



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليكم يا صبا
الربا

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي
والشيخ محمد باقر

٦١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام المجلد ٣١
١١	اشاره
١٢	[اتتمه القسم الثانى فى العقود]
١٢	[اتتمه كتاب النكاح]
١٢	[اتتمه يلحق بالنكاح النظر فى أمور خمس]
١٢	[النظر الثانى فى المهور]
١٢	اشاره
١٤	[الطرف الأول فى المهر الصحيح]
٦٢	[الطرف الثانى فى التفويض]
٦٢	اشاره
٦٢	[القسم الأول تفويض البضع]
٦٢	اشاره
٦٢	[مسائل]
٦٢	[المسأله الأولى ذكر المهر ليس شرطاً فى صحه العقد]
٦٧	[المسأله الثانيه المعتبر فى مهر المثل حال المرأة فى الشرف و الجمال و عاده نسائها]
٧٨	[المسأله الثالثه لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز]
٨٠	[المسأله الرابعه لو تزوج المملوكه ثم اشتراها فسد النكاح]
٨٠	[المسأله الخامسه يتحقق التفويض فى البالغه الرشيده و لا يتحقق فى الصغيره]
٨٢	[المسأله السادسه إذا زوجها مولاهم مفوضه ثم باعها كان فرض المهر بين الزوج و المولى الثانى]
٨٣	[القسم الثانى تفويض المهر]
٨٩	[الطرف الثالث فى الأحكام]
٨٩	اشاره
٨٩	[مسائل]

- ٨٩ اشاره
- ٨٩ المسأله الأولى إذا دخل الزوج قبل تسليم المهر كان دينا عليه
- ٩٨ المسأله الثانيه قيل إذا لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا ثم دخل بها كان ذلك مهرها
- ٩٩ المسأله الثالثه إذا طلق قبل الدخول كان عليه نصف المهر
- ١٠٩ المسأله الرابعه لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه
- ١١١ المسأله الخامسه إذا أعطها عوضا عن المهر عبدا أبقا و شيئا آخر ثم طلقها قبل الدخول كان له الرجوع بنصف المسمى دون العوض
- ١١٢ المسأله السادسه إذا أمهرها مدبره ثم طلقها صارت بينهما نصفين
- ١١٤ المسأله السابعه إذا شرط فى العقد ما يخالف المشروع مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى بطل الشرط
- ١٢٠ المسأله الثامنه إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها قيل يلزم
- ١٢٣ المسأله التاسعه لو طلقها بائنا ثم تزوجها فى عدته ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر
- ١٢٣ المسأله العاشره لو وهبته نصف مهرها مشاعا ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي
- ١٢٤ المسأله الحاديه عشره لو تزوجها بعبدتين فمات أحدهما رجع عليها بنصف الموجود و نصف قيمه الميت
- ١٢٤ المسأله الثانيه عشره لو شرط الخيار فى النكاح بطل العقد
- ١٢٤ المسأله الثالثه عشره الصداق يملك بالعقد
- ١٣٨ المسأله الرابعه عشره لو كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع
- ١٣٨ المسأله الخامسه عشره لو أصدقها قطعه من فضه فصاعقتها آنيه ثم طلقها قبل الدخول كانت بالخيار فى تسليم نصف العين أو نصف القيمه
- ١٤٠ المسأله السادسه عشره لو أصدقها تعليم سوره كان حده أن تستقل بالتلاوه
- ١٤١ المسأله السابعه عشره يجوز أن يجمع بين نكاح و بيع
- ١٤٢ [فروع]
- ١٤٢ الأول لو أصدقها عبدا فأعتقته ثم طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمته
- ١٤٤ الثانى إذا تزوجها الولى بدون مهر المثل يصح المهر المسمى
- ١٤٤ الثالث لو تزوجها على مال مشار اليه غير معلوم الوزن فتلف قبل قبضه فأبرأته منه صح
- ١٤٥ أتتمه إذا زوج ولده الصغير فان كان له مال فالمهر على الولد و إن كان فقيرا
- ١٤٥ اشاره
- ١٥٠ أفرع لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعا ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر
- ١٥٣ الطرف الرابع فى التنازع

- ١٥٣ اشاره
- ١٥٣ [المسأله الأولى إذا اختلفا فى أصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه]
- ١٥٣ اشاره
- ١٦١ [تفريع لو دفع قدر مهرها فقالت دفعته هبه فقال بل صداقا فالقول قوله]
- ١٦٢ [المسأله الثانيه إذا خلا الزوج بالزوجه فادعت المواقعه فإن أمكن الزوج إقامة البينه بأن ادعت هى أن المواقعه قبلا و كانت بكرا فلا كلام]
- ١٦٤ [المسأله الثالثه لو أصدقها تعليم سوره أو صناعه فقالت علمنى غيره فالقول قولها]
- ١٦٤ [المسأله الرابعه إذا أقامت المرأه بينه أنه تزوجها فى وقتين بعقدين فادعى الزوج تكرار العقد الواحد و زعمت المرأه أنهما عقدان فالقول قولها]
- ١٦٧ [النظر الثالث فى القسم و النشوز و الشقاق]
- ١٦٧ اشاره
- ١٦٧ [القول فى القسم]
- ١٦٧ [أما القسم]
- ١٦٧ اشاره
- ١٩٢ [أفروع]
- ٢٠٩ [أما اللواحق فمسائل]
- ٢٠٩ [المسأله الأولى القسم حق مشترك بين الزوج و الزوجه]
- ٢١٢ [المسأله الثانيه إذا وهبت و رضى الزوج صح]
- ٢١٣ [المسأله الثالثه لو التمسست عوضا عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم قيل لا]
- ٢١٤ [المسأله الرابعه لا قسمه للصغيره]
- ٢١٦ [المسأله الخامسه لا يزور الزوج الضره فى ليله ضررتها]
- ٢١٧ [المسأله السادسه لو جار فى القسمه قضى لمن أخل بليلتها]
- ٢١٩ [المسأله السابعه لو كان له أربع فنشزت واحده سقط حقها]
- ٢٢٠ [المسأله الثامنه لو طاف على ثلاث و طلق الرابعه بعد دخول ليلتها أثم]
- ٢٢٢ [المسأله التاسعه لو كان له زوجتان فى بلدين فأقام عند واحده عشرا كان عليه للأخرى مثلها]
- ٢٢٣ [المسأله العاشره لو تزوج امرأه و لم يدخل بها فأقرع للسفر فخرج اسمها جاز له مع العود توفيتها حصه التخصيص]
- ٢٢٤ [القول فى النشوز]
- ٢٣٣ [القول فى الشقاق]

- ٢٣٣ اشاره
- ٢٤٢ [تفريع لو بعث الحكمان فغاب الزوجان أو أحدهما نفذ حكمها قطعاً]
- ٢٤٣ [مسألتان]
- ٢٤٣ [المسألة الأولى ما يشترطه الحكمان يلزم إن كان سائغاً]
- ٢٤٤ [المسألة الثانية لو منعها شيئاً من حقوقها المستحبه أو أغارها فبذلت له بذلاً ليخلعها صح]
- ٢٤٤ [النظر الرابع فى أحكام الأولاد]
- ٢٤٤ اشاره
- ٢٤٤ [القسم الأول فى إحقاق الأولاد]
- ٢٤٤ اشاره
- ٢٤٤ [أحكام ولد الموطوءه بالعقد الدائم]
- ٢٤٣ [أحكام ولد الموطوءه بالملك]
- ٢٧٥ [أحكام ولد الشبهه]
- ٢٧٧ [القسم الثانى فى أحكام الولاده]
- ٢٧٧ اشاره
- ٢٧٧ [أما سنن الولاده]
- ٢٨٥ [أما اللواحق فثلاثه]
- ٢٨٥ اشاره
- ٢٨٥ [الأول سنن اليوم السابع]
- ٣٠٧ [الثانى الرضاع]
- ٣٠٧ اشاره
- ٣١٧ [أفرع لو ادعى الأب وجود متبرعه و أنكرت الأم فالقول قول الأب]
- ٣١٨ [الثالث الحضانه]
- ٣١٨ اشاره
- ٣٣٤ [أفروع أربعة]
- ٣٣٤ [الفرع الأول قال الشيخ إذا اجتمعت أخت لأب و أخت لأم كانت الحضانه للأخت من الأب نظراً إلى كثرة النصيب فى الإرث]
- ٣٣٥ [الفرع الثانى قال فى جده و أخوات الجده أولى]

- ٣٣٥ [الفرع الثالث إذا اجتمعت عمه و خاله فهما سواء]
- ٣٣٦ [الفرع الرابع قال إذا حصل جماعه متساوون في الدرجه كالعمه و الخاله أقرع بينهم]
- ٣٣٦ [أمن لواحق الحضانه ثلاث مسائل]
- ٣٣٦ [المسأله الأولى إذا طلبت الأم للرضاعه أجره زائده عن غيرها فله نزعها منها و تسليمه إلى الأجنبيه]
- ٣٣٧ [المسأله الثانيه إذا بلغ الولد رشيدا سقطت ولاية الأبوين عنه]
- ٣٣٧ [المسأله الثالثه إذا تزوجت سقطت حضانتها فإن طلقها رجعيه فالحكم باق]
- ٣٣٧ [النظر الخامس في النفقات]
- ٣٣٧ اشاره
- ٣٣٧ [القول في نفقه الزوجه]
- ٣٣٧ اشاره
- ٣٤٠ [أما الشرط]
- ٣٤٠ اشاره
- ٣٤٠ [الأول أن يكون العقد دائما]
- ٣٤٠ [الثاني التمكين الكامل]
- ٣٤٠ اشاره
- ٣٤٧ [أمن فروع التمكين أن لا تكون صغيره يحرم وطء مثلها]
- ٣٧٠ [أما قدر النفقه]
- ٣٨١ [أما اللواحق فمسائل]
- ٣٨١ [المسأله الأولى لو قالت: أنا أخدم نفسي و لى نفقه الخادم لم يجب إجابتها]
- ٣٨٢ [المسأله الثانيه الزوجه تملك نفقه يومها مع التمكين]
- ٣٩١ [المسأله الثالثه إذا دخل بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده لم يكن لها مطالبته بمده مؤاكلته]
- ٣٩١ اشاره
- ٣٩٣ [تفريع على التمكين لو كان غائبا فحضرت عند الحاكم و بذلت التمكين لم تجب النفقه إلا بعد إعلامه]
- ٣٩٧ [المسأله الرابعه إذا ادعت البائن أنها حامل صرفت النفقه إليها يوما فيوما]
- ٣٩٧ اشاره
- ٤٠٠ [أفرع على قول الشيخ إذا لاعنها فبانت منه و هى حامل فلا نفقه لها لانتهاء الولد]

- ٤٠١ [المسأله الخامسه نفقه زوجة المملوك تتعلق بكسبه أو رقبته]
- ٤٠٣ [المسأله السادسه إذا طلق الحامل رجعيه فادعت أن الطلاق بعد الوضع و أنكر فالقول قولها مع يمينها]
- ٤٠٤ [المسأله السابعه إذا كان له على زوجته دين جاز أن يقاصها يوما فيوما إن كانت موسره]
- ٤٠٥ [المسأله الثامنه نفقه الزوجه مقدمه على الأقارب]
- ٤٠٦ [القول في نفقه الأقارب]
- ٤٠٦ اشاره
- ٤٠٦ [الكلام في من ينفق عليه]
- ٤١٢ [كيفيه الإنفاق]
- ٤٢١ [تشتمل اللواحق على مسائل]
- ٤٢١ اشاره
- ٤٢١ [المسأله الأولى تجب نفقه الولد على أبيه]
- ٤٢٦ [المسأله الثانيه في ترتيب المنفق عليه]
- ٤٢٨ [المسأله الثالثه لو كان له أب و جد موسران فنفقته على أبيه دون جده]
- ٤٢٩ [المسأله الرابعه إذا دافع بالنفقة الواجبه أجبره الحاكم]
- ٤٣٠ [القول في نفقه المملوك]
- ٤٣٠ اشاره
- ٤٣٥ [أما نفقه البهائم المملوكه]
- ٤٤١ تعريف مركز

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان: عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذي ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثاني و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغني ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط: نسخ

نوع و تزئینات جلد: جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق: تصحیحاتی اندک با نشان «صح» و توضیحاتی اندک با نشان «منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک: یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثاني من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن " (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۳۱، ص: ۱

[تممه القسم الثانی فی العقود]

[تممه کتاب النکاح]

[تممه يلحق بالنکاح النظر فی أمور خمسہ]

[النظر الثانی فی المهور]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

النظر الثاني في المهور جمع مهر، و يسمى الصداق بفتح الصاد و كسرها، و النحلة و الأجر و الفريضة و العقر و الصدقه بفتح الصاد مع ضم الدال و إسكانها و فتحها و بضمها و العليقه، و الحباء بالمد و كسر الحاء المهمله ثم موحده، و الطول، و هو كما في المسالك مال يجب بوطء غير زنا منها و لا ملك يمين أو بعقد النكاح أو تفويت البضع قهرا على بعض الوجوه، كارضاع و رجوع شهود، و كأنه أخذه من بعض العامه، قال: «إنه في الشرع اسم لما وجب في مقابله البضع بنكاح أو وطء أو موت أو تفويت البضع قهرا- ثم قال:- و قولنا: أو تفويت البضع قهرا يدخل فيه الرضاع و رجوع الشهود و وطء الأب زوجته ابنه و بالعكس بالشبهه فيهما، و وطء الأب جاريتها، و إقرار الامراه بعد إقرارها لزواج قبله، و غير ذلك من المواضع المعروفه في أبوابها» قلت:

ذلك و نحوه سبب في الرجوع بالمهر الذي هو مقابل لتملك منفعه البضع أو استيفائها بغير زنا منها، و الأمر سهل كسهولته في الأسماء المزبوره التي من المحتمل اختصاص اسم الأجر منها في مهر المتعه. بل قد يمنع تسميته بالنحله، و إنما وقع في الآية (١) وصفه بها، كما أنه قد يمنع تسميته بالفريضة، و إنما يوصف بها باعتبار كونه فرضا على الزوج و نحو ذلك مما لا طائل تحته.

و على كل حال ف في البحث عن ه أطراف

[الطرف الأول في المهر الصحيح]

الأول في المهر الصحيح في نكاح المسلمين و هو كلما يصح أن يملك ه المسلم عينا كان أو منفعه لعقار أو حيوان أو إنسان عبد أو حر و لو الزوج نفسه، للأصل و المعتبره المستفيضه في تحديد الصداق بما تراضيا عليه و أن المنساق منها ذلك بالنسبه إلى الكثيره و القله، ف

في صحيح الكنانى (١) «سألت عن المهر ما هو؟ فقال: ما تراضى عليه الناس»

و صحيح زواره (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «الصداق كل شىء يتراضى عليه الناس قل أو كثر»

و صحيح فضيل (٣) عنه عليه السلام أيضا «الصداق ما تراضى عليه الناس من قليل أو كثير فهو الصداق»

و في الصحيح الآخر (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن المهر، فقال:

هو ما تراضى عليه الناس أو اثنتا عشره أوقيه و نش أو خمسمائه درهم»

مضافا إلى

الصحيح (٥) عن أبي جعفر عليه السلام «جاءت امرأه إلى النبي صلى الله عليه و آله، فقالت: زوجنى، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوجنيها، فقال:

ما تعطيها؟ فقال: ما لى شىء، فقال: لا، قال: فأعادت، فأعاد رسول الله صلى الله عليه و آله الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل ثم أعادت، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله في المره الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه»

و في آخر (٦) عنه عليه السلام أيضا «سألته عن رجل تزوج امرأه على أن يعلمها سوره

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور الحديث ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور الحديث ٤.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٢- من أبواب المهور الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب-٧- من أبواب المهور الحديث ٢.

من كتاب الله عز وجل فقال: ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السوره و يعطيها شيئاً، قلت: أيجوز أن يعطيها تمراً أو زبيبا؟ فقال: لا بأس بذلك إذا رضيت به كائنا ما كان.

و قد بان لك من ذلك أنه لا إشكال في أنه يصح العقد على منفعه الحر كتعليم الصنعه و السوره من القرآن و الشعر و الحكم و الآداب و كل عمل محلل، بل و على إجاره الزوج نفسه مده معينه أو على عمل مخصوص، وفاقا للمشهور لما عرفت و قيل و القائل الشيخ في النهايه و جماعه على ما حكى بالمنع استنادا إلى روايه لا تخلو من ضعف في السند مع قصورها عن افاده المنع و هي

روايه البنزطى (١) عن الرضا عليه السلام «في الرجل يتزوج المرأة و يشترط لأبيها إجاره شهرين فقال: موسى على نبينا و آله و عليه السلام علم أنه سيتم له شرطه فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي، و قد كان على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله تتزوج المرأة على السوره و على الدراهم و على القبضه من الحنطه»

إذ هو - مع احتمال الكراهه و عدم مكافأته لما سمعت من وجوه - غير واضح الدلاله، ضروره ظهوره في كون المانع عدم علمه بالبقاء إلى أن يفي، فلو فرض علمه بذلك صح، بل مقتضاه فساد الإصداق بنحو تعليم سوره و غيره الذي قد تضمن هو جواز جعله مهرا فضلا عن الإجماع و دلاله المعتبره السابقه.

اللهم إلا - أن يقال: إن محل النزاع الاصداق بإجاره خصوص نفسه لا الاصداق بعمل في ذمته كلى غير مشروط عليه المباشره بنفسه، فان ذلك جائز عند الجميع، و هو مضمون المعتبره المستفيضه (٢) و المحكى عليه الإجماع، و من هنا صرح بعضهم بل لعله ظاهر المتن أيضا بكون النزاع في جعل الزوجه المهر استئجار

١- ١ الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المهور الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المهور الحديث ١ و الباب ٧ منها الحديث ٢ و الباب - ١٧ - منها الحديث ١ و الباب - ٢٢ - منها الحديث ١.

الزوج لأن يعلم أو يعمل هو بنفسه لها أو لوليها مده معينه، كشهرا أو شهرين أو سنه.

و ربما كان وجه المنع فيه حينئذ عدم الطمأنينه للامراه بحصول المهر لاحتمال موته قبل العمل، و الفرض عدم كون الشىء فى ذمته حتى يؤخذ لها من تركته، و ليس هو كالإجاره على ذلك التى لا- إشكال فيها مع عمله و مع عدمه يرجع بأجرته إذا انفسخت بموت و نحوه.

قلت: فيه (أولاً) أنه إذا جعل عمله نفسه مهراً فان فعل فلا إشكال و إن مات بعد الدخول مثلاً و لم يعمل كان لها قيمه ذلك العمل من تركته، إذ هو مضمون عليه حتى يوصله إليها، و ليس هو كالإجاره فى الانفساخ بتلف العين المستأجره على أنه لو سلم يكون لها مهر المثل حينئذ لعدم خلو البضع عن المهر، و الفرض انفساخ العقد بالنسبه إلى المسمى.

و (ثانياً) أن الأصل فى هذا الشيخ فى النهايه و ظاهر الخلاف، و ليس فى كلامهما تعرض للفرق بين العمل فى الذمه و بين إجاره النفس،

بمعنى اشتراط المباشره أو على كونه كالأجير الخاص.

قال فى النهايه: «يجوز العقد على تعليم آيه من القرآن أو شىء من الحكم و الآداب، لأن ذلك له أجر معين و قيمه مقدره، و لا يجوز العقد على إجاره، و هو أن يعقد الرجل على امرأه على أن يعمل لها أو لوليها أياما معلومه أو سنين معينه».

و قال فى محكى المبسوط: «يجوز أن تكون منافع الحر مهراً، مثل أن يخدمها شهراً، أو على خياطه ثوب، أو على أن يخيط لها شهراً و كذلك البناء و غيره، و كذلك تعليم القرآن و الشعر المباح، كل هذا يجوز أن يكون صداقاً، و فيه خلاف، غير أن أصحابنا رووا أن الإجاره مده لا يجوز أن تكون صداقاً، لأنه كان يختص موسى عليه السلام».

و فى محكى الخلاف بعد أن ذكر أن الصداق ما تراضيا عليه مما يصلح أن

يكون ثمننا لمبيع أو أجره قليلا- كان أو كثيرا و استدل على ذلك بإجماع الفرقه و أخبارهم، قال: «مسأله يجوز أن تكون منافع الحر مثل تعليم قرآن أو شعر مباح أو بناء أو خياطه أو غير ذلك مما له أجره صداقا، و استثنى أصحابنا من جمله ذلك الإجاره، و قالوا: لا يجوز، لأنه كان يختص موسى عليه السلام، و به قال الشافعي و لم يستثن الإجاره، بل أجازها، ثم حكى عن أبي حنيفه و أصحابه أنه لا- يجوز أن تكون منافع الحر صداقا بحال سواء كانت حجا أو غيره- ثم قال:- دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم، و أيضا روى سهل الساعدي»(١) و ساق الحديث السابق.

و ليس فى شىء من كلامه فى كتبه الثلاثه الإشاره إلى الفرق بما عرفت، و لا يبعد أن يكون مراده باستثناء الإجاره بقريته ذكر قضيه موسى عليه السلام جعل الصداق الإجاره نفسها على وجه يكون البضع اجره كما كانت الإجاره مهرا، على معنى تزويج المرأه نفسها بإجاره نفسه لها شهرا أو على عمل بحيث، يكون الصداق عقد الإجاره، أو يذكر العمل فيه على إرادته عقد الإجاره و يجعل البضع نفسه أجره لذلك، كقول شعيب عليه السلام لموسى عليه السلام (٢)«على أن تأجرني ثمانين حجج» و لا ريب فى عدم صحه ذلك، ضروره عدم صلاحيه البضع لأن يكون أجره و لا ثمن لمبيع و لا عوضا فى جميع المعاضات، مضافا إلى ما تسمعه من خبر حماده(٣) و ظاهر الآيه مع فرض إرادته مختص بموسى عليه السلام، كما أنه اختص به جعل تلك الإجاره التى منفعتھا لشعيب عليه السلام مهرا كما أومى إليه فى

خبر السكونى (٤)الذى رواه المشايخ الثلاثة قال: «لا يحل النكاح اليوم فى الإسلام بإجاره، بأن تقول: أعمل عندك كذا و كذا سنه على أن تزوجني ابنتك أو أختك، قال: هو حرام، لأنه ثمن رقبتها، و هى أحق بمهرها».

١- ١ المستدرک الباب- ٢- من أبواب المهور الحديث ٢ و سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٤٢.

٢- ٢ سورة القصص: ٢٨- الآيه ٢٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب المهور الحديث ٢.

و من ذلك يعلم ما فى كلام بعضهم من تحرير محل النزاع جعل ذلك مهرا لها أو لوليها، حتى أنه جعل المشهور الجواز، و ربما تسمع لذلك تتمه إنشاء الله، كما أن منه يعلم ما فى تأويل ما فى المتن و نحوه فى تحرير النزاع من التعبير بإجاره الزوج نفسه بأن المراد جعل العمل الذى يكون موردا للإجاره، لا أن المراد الإجاره نفسها، بل منه يعلم أيضا أنه لا وجه للاستدلال للشيخ بالخبر المذكور أولا و إن كان فيه ذكر قصه موسى عليه السلام و التعليل بما عرفت الذى لا يمنع من أن يكون المنع فيه لعله أخرى، و هى ما سمعت، بل الأولى الاستدلال بما دل على عدم جواز جعل الإجاره مهرا كخبر السكوني.

و ربما احتمل فى كلام الشيخ أن محل نزاعه فى خصوص العمل مدته، لكنه كما ترى، و كذا احتمال كون نزاعه جعل العمل للغير مهرا نحو ما وقع من موسى عليه السلام، فان كلامه الذى سمعته صريح فى خلاف ذلك، و لعل التدبر فى كلامه فى كتبه الثلاثه يقتضى ما قلناه، بل ظاهره فى الخلاف أن ذلك أمر معروف عند الأصحاب و عدم كون ذلك من خواصه، و لذا نسبه إلى استثناء الأصحاب ثم حكى عن أبى حنيفة ما سمعت المبنى على عدم ماله منافع الحر، و لذا لا تضمن بالفوات، فلا تصح أن تجعل مهرا نعم لو قبلت بمال كما فى الإجاره، و هو كالأجتهاد فى مقابله النص، بل هو منه، على أنه لا فرق فى ماليتها فى المعاوضات بين المقابله بمال و عدمه، و لذا جاز استئجار الشخص الحر على عمل بعمل آخر من المستأجر كما هو واضح.

و على كل حال فقد عرفت أن المدار فى المهر على المالىة التى تصح أن تكون عوضا من غير فرق بين العين و العروض و المنافع و الأعمال و نحوها، بل الظاهر جواز جعل المهر حقا ماليا كحق التحجير و نحوه مما يصح المعاوضه عليه.

أما الحقوق التى يصح المعاوضه عن إسقاطها كحق الدعوى و اليمين و الخيار و الشفعة و نحوها ففى صحه جعلها مهرا و جهان ينشأن من عموم

قوله عليه السلام (١) «ما تراضيا عليه»

و أولويه المهر من غيره من المعاوضات، باعتبار كونه ليس عوضا صرفا و من إطلاق الفتاوى اعتبار كونه مملوكا على وجه ينتقل إلى الزوجه، و يقبل التنصيف

لو احتيج اليه بطلاق قبل دخول و نحوه و لو بتقويمه، و احتمال الالتزام بالتقويم فى الفرض حينئذ يدفعه عدم كون مثل ذلك من المتقومات العرفيه، و إنما تقع المعاوضه عليه بما يتراضيان عليه، اللهم إلا أن يدعى إمكان تقويمه و لو بملاحظه الدعوى مثلاً، لكنه كما ترى، مضافاً إلى

خبر حماده بنت أخت أبى عبيده الحذاء(١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه و شرط لها أن لا يتزوج عليها و رضيت أن ذلك مهرها، فقال أبو عبد الله عليه السلام:

هذا شرط فاسد، لا يكون النكاح إلا على درهم أو درهمن».

ثم إن المراد من قول المصنف: «كلما يصح أن يملك المسلم» الصحه المحققه على وجه ينتقل منه إلى غيره كى يتجه حينئذ جعل الزوج له مهراً منتقلاً إلى الامراه، و ربما خرج بذلك العقد على مال الغير بغير إذنه، فإنه لا يصح ملكه فعلاً لمسلم بدون إذن مالكة، و يمكن أن يكون المصنف أراد الاحتراز عن مثله بمثل هذه العبارة، و عدم جواز جعله مهراً لحرمة التصرف فى مال الغير و إن صدق عليه صحه تملك المسلم له، بل قد يمنع صحته مهراً حتى مع إذن المالك إذا لم يكن على وجه يدخل فى ملك الزوج، لكون المهر كالأعواض التى لا يصح أن تكون لمالك و المعوض لآخر، اللهم إلا أن يمنع اعتبار ذلك فى المهر و إن اعتبر مثله فى المعاوضات، لكن ليس هو منها، فيصح حينئذ بذل الغير له، بل يصح العقد للزوج على أن يكون المهر فى ذمه غيره، و قد يشهد له فى الجملة ما تسمعه إنشاء الله من كون المهر فى ذمه الوالد لو زوج ولده الصغير المعسر، بل يظهر من الفاضل فى القواعد و غيره المفروغيه من مشروعيه بذل الغير المهر عن الولد الموسر الصغير بل و غيره، فلاحظ ما ذكره فى الفرع الرابع عشر و هو: لو زوج الأب أو الجد له الصغير إلى آخره، و لعله الأقوى خصوصاً مع ملاحظه مخالفه معاوضه المهر لأحكام المعاوضه فى كثير من المقامات، و ربما يأتى لذلك تتمه إنشاء الله.

و كيف كان ف لو عقد الذميان أو غيرهما من أصناف الكفار على

خمر أو خنزير أو نحوهما مما لا يصح من المسلم صح العقد و المهر حكما إذا كان كذلك في دينهم، بمعنى إقرارهم على ما في أيديهم و عدم التعرض له، و إلزامهم بما ألزموا به أنفسهم و لأنه في دينهما يملكانه فيصح ذلك بالنسبة إليهم عقدا و مهرا و حينئذ ف لو أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض فلا إشكال، و إن كان ذلك قبل القبض دفع الزوج قيمه عند مستحليه ل تعذر ما استحقته الزوجه بالعقد ب خروجه عن صلاحيه ملك المسلم (١١) له، و الفرض ضمانه عليه حتى يوصله إلى الزوجه، فيكون حينئذ كالمثلى الذى قد تعذر مثله فى الانتقال إلى قيمه، ضروره أنه بإسلامهما يمتنع قبضه و إقباضه فى دين الإسلام عليهما، و كذا إن كان المسلم الزوج الذى لا يصح له إقباضه و لا دفعه نحو الزوجه التى لا يصح لها قبضه حينئذ، فليس حينئذ إلا قيمه التى هى أقرب شىء إليه سواء كان (١٢) الخمر و الخنزير المجعولان مهرا عينا (١٣) مشخصه أو (١٤) كليا مضمونا (١٥) فى الذمه، مؤيدا ذلك كله ب

خبر عبيد بن زرارته (١) قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «النصرانى يتزوج النصرانيه على ثلاثين دنا خمرا و ثلاثين خنزيرا ثم أسلما بعد ذلك و لم يكن دخل بها، قال: ينظر كم قيمه الخمر؟ و كم قيمه الخنازير؟ فيرسل بها

إليها ثم يدخل عليها، و هما على نكاحهما الأول»

و قد مر تحقيق فى المسأله فى نكاح الكفار و ذكر الأقوال فيها.

لكن ينبغى أن يعلم هنا أن ما يظهر من المصنف و غيره من ملكيه الكافر للخمر و الخنزير و نحوهما مناف لقاعده تكليف الكافر بالفروع، و لما دل (٢) على عدم قابليتهما للملك شرعا من غير فرق بين المسلم و الكافر، و عدم التعرض لما فى أيديهم من أديانهم لا يقتضى ملكيتهم ذلك فى ديننا، بمعنى أن المسلم فيه لا يملك بخلاف الكافر، فإنه يملك ذلك، ضروره منافاته لما عرفت، و لنسخ دينهم، فهو

١-١ الوسائل الباب-٣- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-٥٥ و ٥٧- من أبواب ما يكتسب به.

حرام عليهم، و الثمن الذى يأخذونه فى مقابلته حرام عليهم، و تصرفهم فيه حرام أيضا و إن جاز لنا تناوله منهم، و معاملته معاملته المملوك، و إجراء حكم الصحيح عليه إلزاما لهم بما ألزموا به أنفسهم، فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع.

كما أنه ينبغى أن يعلم أيضا أنه قد يقال بعدم وجوب القيمة فى المقام لو كان المهر مثلا خمرا معيناً و قد أسلم الزوج و قد قبضته هى من دون إذن منه أو مع عدم منعه، لعدم جواز تعرضه لها فى ملكها، بل من يتلف على الذمى خمرا يضمه له، فوجوب القيمة فى ذلك

محل نظر و إن لم أجد ذلك لأحد من أصحابنا، نعم عن بعض العامة الفرق بين الدين و العين، و هو جيد فى هذا الفرد، لا فيما إذا أسلمت الزوجه قبل القبض و كان مهرها خمرا معيناً فإنه بإسلامها تعذر عليه قبضها و تلف عليها، و الفرض ضمانه فى يد الزوج، و ليس ذلك تفريطا بعد أن كانت مأموره به شرعا، فالإسلام يرفعها و يعزها و قد أومأنا إلى ذلك فى ذلك المقام، و الله العالم بحقيقته الحال.

و لو كانا أى الزوج و الزوجه مسلمين أو كان الزوج مسلما و عقدا على خمرا أو خنزير مثلا عالمين بعدم صحه ذلك أو جاهلين أو مختلفين قيل و القائل جماعه منهم الشيخان فى المقنعه و النهايه و القاضى و التقى على ما حكى:

يبطل العقد لتعليق الرضا بالباطل المقتضى لارتفاعه بارتفاعه، و لأنه حيث يذكر المهر فيه عقد معاوضه، ضروره اتحاده مع عقود المعاوضه فى القصد و دخول الباء و نحو ذلك، و لذا أطلق عليه اسم الأجر فى قوله تعالى (١) «فَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ» فينبغى أن يعتبر فيه ما يعتبر فيها من توقف الصحه على صحه العوض كالبيع و نحوه، و صحته بلا مهر لا ينافى جريان حكم المعاوضه عليه مع ذكر المهر، بل قد يؤيد ذلك ما فى المعتبره المستفيضه (٢) من أن المهر ما تراضيا عليه المنعكس بعكس النقيض إلى أن ما لا يراضيان عليه لا يكون مهرا المقتضى عدم غير المذكور فى

١-١ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٢-٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور.

العقد مهرا فينا في ما دل على عدم إخلاء البضع عن المهر، فليس حينئذ إلا البطلان.

وقيل والقائل المشهور يصح العقد، بل عن بعض نفى الخلاف فيه إلا من مالك و بعض الأصحاب، للعمومات السالمة عن معارضة غير ما عرفت من التعليق المذكور الذي يمكن منعه بعدم ظهور المعاوضة في ذلك، وإنما تقتضى معنى التعاوض و التبادل عرفا من غير اعتبار معنى التعليق بل ذلك فيها شبه الداعى يعنى أن الزوجه مثلا رضيت بالنكاح و رضيت بكون الخمر ملكا لها، و الزوج رضى بكونها زوجته و أنها مالكة للخمر عليه، لا- أن المراد إنشاء معلقا على وجه يكون الرضا معلقا عليه، فيكون حاصله أن الزوجه قد أنشأت الرضا بالنكاح معلقه ذلك على أن يكون الخمر ملكا لها، بحيث إن لم يكن ملكا لها فلا رضا لها بالنكاح، ضروره عدم إرادته ذلك فى المعاوضه و إن انساق إلى ذهن غير المحصل ابتداء و التحقيق ما عرفت، و حينئذ فلم يحصل فى العقد المفروض إلا هذا التقابل، و هو مقتضى للبطلان فى العقد الذى اعتبر الشارع فيه العوض، كالبيع و الإجاره، أما نحو النكاح المسلم عند الخصم عدم اعتبار العوض فيه لا دليل على اقتضاء بطلانه بطلانه، بل الدليل من العمومات و غيرها يقتضى صحه.

(و بالجمله) بطلان عقود المعاوضات ببطلان العوض العرفى شرعى لا- لانتفاء الرضا، فالمعاوضه حينئذ عرفيه و شرعيه و هى المشتمله على العوض الصحيح شرعا و شرعيه لا عرفيه، لوجوب مهر المثل بالدخول و قيمه الشىء بتلفه، و عرفيه لا شرعيه، و هى المشتمله على العوض الفاسد، و هذه إن اعتبر الشارع فيها العوض تكون باطله لذلك، و إلا كان العقد صحيحا للعمومات و التعاوض باطلا، و ما نحن فيه من ذلك، ضروره تسليم الخصم عدم اعتبار العوض فيه فيصح بلا مهر، بل و تسليمه صحه العقد مع ظن كونه خلا فبان خمرًا، أو حيوانا مملوكا فبان خنزيرا، أو ماله فظهر مستحقا للغير، و نحو ذلك مما قيل فيه إن العقد صحيح قولًا واحداً، و لا وجه له إلا ما ذكرناه الذى منه يستفاد الصحه فى الفرض، و كذا فحوى ما دل عليها فى

النكاح المشتمل على الشروط الفاسده التى هى كالمهر من حيث الرضا المزبور، بل ربما كانت الدعوى فيه أظهر مع حكمهم بالصحة و إن فسد الشرط، و ليس ذلك إلا لما عرفت، كل ذلك مضافا إلى صحيح الوشاء (١) فى المسأله الاتيه المصرح فيه بصحة العقد و بطلان ما جعل فيه من المهر لأبيها.

و كأنه إلى بعض ما ذكرنا أشار بعض الأفاضل فى الاستدلال على الصحة فى الفرض بالعمومات، قال: «و لا يخرج عنها سوى اشتراطه بالتراضى المفقود هنا بناء على وقوعه على الباطل المستلزم لعدمه بدونه، فلا يكون الرضا بالتزويج باقيا بعد معرفه ببطلان المرضى به» و فيه أن الشرط حصوله و قد وجد فتثبت الصحة المشروطه به، و بطلان المتعلق غير ملازم لبطلانه أولا، و على تقديره فاللازم منه ارتفاع الرضا من حين معرفه بالبطلان، و

عدم البقاء ليس شرطا فى الصحة، بل الوجود و قد حصل، و دعوى استلزام بطلان المرضى به بطلان أصل الرضا و عدم حصوله فاسده بالضروره هنا و إن كان بعض ما ذكره لا يخلو من نظر.

و من ذلك بان ما فى جميع أدله الخصم حتى الأخير الواضح فساده، ضروره أنه بعيد تسليم مقدماته الفاسده يقتضى عدم كونه غير ما تراضيا عليه مهرا فى العقد و هو لا ينافى ثبوت المثل بالدخول لا بالعقد، كما هو واضح. نعم لا ريب فى اقتضاء ما ذكرناه انحصار ما أوجه العقد فى ملكيه البضع خاصه من غير مهر.

فدعوى- إيجابه مع ذلك مهر المثل أو قيمه الخمر أو التفصيل فى المذكور بين ما له قيمه و لو عند مستحليه و غيره كالحر، فيوجب مهر المثل فى الثانى و القيمه فى الأول، و التفصيل بين ما علم كونه خمرا أو خنزيرا و بين غيره مما ظن كونه خلا- و حيوانا مملوكا فبان خمرا أو خنزيرا، فيجب بالعقد مهر المثل فى الأول و القيمه فى الثانى أو مقدار ذلك الخمر خلا أو غير ذلك- من الأقوال و الاحتمالات التى لا ينبغى أن تصدر ممن له أدنى نصيب فى الفقه، ضروره عدم إيجاب العقد ما لم يذكر

فيه، ولا ريب أن مهر المثل أو قيمه أو غير ذلك أشياء لم يذكرها المتعاقدان في العقد لا لفظاً ولا تقديراً، وقيمه الشيء إنما تجب حكماً من الشارع بعد استحقاق ذلك الشيء لا قبل أن يستحق عليه.

فما وقع من جماعه- من نحو هذه الأقوال حتى أنه أوجبوا النصف بالطلاق والجميع بالموت- واضح الفساد، بل لعل المتجه عدم جعل محل البحث من المفوضه، للعلم بعدم وقوع معنى التفويض منها، بل ما وقع منها من القصد إلى مهرية الخمر و الخنزير ينافيه، فلا متعه لها لو طلقت قبل الدخول، بناء على اختصاصها بها، كما لا شيء مع الموت.

و إنما يثبت لها مع الدخول مهر المثل الذي لا مدخله للعقد في وجوبه، ولذا قد يجب بالوطء شبهه بدون عقد و حينئذ فما قيل: لا- يجب مهر المثل لها بل الواجب لها قيمه الخمر أو مقداره خلا- أو غير ذلك من الأقوال التي قد عرفت فسادها- لا ينبغي الالتفات إليه.

وقد ظهر لك من ذلك أن القول الثاني أى القول بصحة العقد، و أن لها مهر المثل مع الدخول مع كونه أشهر أشبه بأصول المذهب وقواعده، كما عرفته بما لا مزيد عليه، والله العالم بحقيقه الحال.

ولا تقدير في المهر في جانب القله بل ما تراضى عليه الزوجان و إن قل ما لم يقصر عن التقويم كحبه من حنطه (١١) و نحوها مما يعد نقله عوضاً من السفه و العبث، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك نصاباً (١) و فتوى، بل لعل الإجماع بقسميه عليه.

و كذا لا حد له في الكثره (١٢) على المشهور بين الأصحاب، شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً، بل لعلها كذلك، لإطلاق الأدله و عمومها كتاباً (٢) و سنه (٣).

١-١ الوسائل الباب -١- من أبواب المهور.

٢-٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤ و ٢٠ و سورة البقره: ٢ الآيه ٢٣٧.

٣-٣ الوسائل الباب -١- من أبواب المهور.

من آيه الأجرور و ما فَرَضْتُمْ (١) و غيرها، و لأنه نوع معاوضه فيتبع اختيار المتعاضين فى القدر كغيره من المعاوضات و خصوص المعبره (٢) المحدده له بما تراضيا عليه قل أو كثر، و قوله تعالى (٣) «وَ آتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا» الذى هو المال العظيم (٤) أو وزن أربعين أوقيه من ذهب أو فضه أو ألف و مأتا أوقيه (٥) أو سبعون ألف دينار (٦) أو ثمانون ألف دينار (٧) أو مأه رطل من ذهب أو فضه (٨) أو ملء مسك ثور ذهبا أو فضه (٩) و قضيه (١٠) عمر مع المرأة التى حجت به هذه الآيه حين نهى عن المغالاه فى المهر حتى قال: «كل الناس أفاقه منك يا عمر حتى المخدرات» معروفه،

و صحيح الوشاء (١١) عن الرضا عليه السلام «سمعته يقول: لو ان رجلا تزوج امرأه و جعل

مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشره آلاف كان المهر جائزا و الذى سماه لأبيها فاسدا»

و صحيح الفضيل (١٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطاها عبدا آبقا و بردا بألف درهم التى أصدقها، قال: إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفته فلا بأس، إذ هى قد قبضت الثوب و رضيت بالعبد»

و عن

الشيخ فى المبسوط أنه روى فيه «عن عمر أنه لما تزوج أم كلثوم بنت

١- ١ فى النسخه الأصلية المبيضة «ما عرضتم» و الصحيح ما أثبتناه كما فى النسخه الأصلية المسوده بخط المصنف طاب ثراه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٠.

٤- ٤ مجمع البيان سورة النساء ذيل الآيه ٢٠.

٥- ٥ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٣٣.

٦- ٦ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٣٣.

٧- ٧ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٣٣.

٨- ٨ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٣٣.

٩- ٩ مجمع البيان سورة آل عمران ذيل آيه ١٤.

١٠- ١٠ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٣٣. راجع الغدير للامينى قده ج ٦ من ص ٩٥ الى ٩٨.

١١- ١١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب المهور الحديث ١.

١٢- ١٢ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب المهور الحديث ١.

على عليه السلام أصدقها أربعين ألف درهم»^(١)

و أن أنس بن مالك تزوج امرأة على عشرة آلاف^(٢)

و «أن الحسن بن على عليهما السلام تزوج امرأة فأصدقها مائة جاريه، مع كل جاريه ألف درهم»^(٣)

بل ربما روى أزيد من ذلك فى عهد الصحابه و التابعين من غير نكير من أحد منهم.

و لكن مع ذلك قيل و القائل المرتضى بل حكى عن الإسكافى و الصدوق بالمنع من الزيادة عن

مهر السنه و هو خمسمائه درهم بل لو زاد عليه رد إليها بل فى الانتصار دعوى إجماع الطائفة عليه، قال فيه: «و مما انفردت به الإماميه أنه لا يتجاوز بالمهر خمسمائه درهم جيداً، قيمتها خمسون ديناراً، فما زاد على ذلك رد إلى هذه السنه، و باقى الفقهاء يخالفون فى ذلك- إلى أن قال:- و الحجج بعد إجماع الطائفة أن قولنا: مهر يتبعه أحكام شرعيه، و قد أجمعنا على أن الأحكام الشرعيه تتبع ما قلناه إذا وقع العقد عليه، و ما زاد عليه لا إجماع على أنه يكون مهراً، و لا دليل شرعى، فيجب نفي الزيادة».

و فى محكى الفقيه «و السنه المحمديه فى الصداق خمسمائه درهم، فمن زاد على السنه رد إليها» و نحوه عن هدايته ثم ذكر «أنه إذا أعطاها درهما واحداً من الخمسمائه و دخل بها فلا شىء لها بعد ذلك، و كان ذلك صداقها إلا أن تجعله ديناً فتطالب به فى الحياه و بعد الممات، و إذا لم تجعله ديناً فالأولى أن لا تطالب به

- ثم قال:- و إنما صار مهر السنه خمسمائه درهم، «لأن الله تعالى أوجب على نفسه ما من مؤمن كبره و سبحه و هلله و حمده و صلى على نبيه صلى الله عليه و آله مائة مائة ثم قال:

اللهم زوجنى الحور العين إلا زوجه الله حوراء من الجنة، و جعل ذلك مهرها»^(٤).

و أما ابن الجنيد فالمحكى عنه بعد أن ذكر أن كل ما صح الملك له و التمول

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٣٣ و فيه «على عشرين ألفاً».

٣- ٣ الوسائل الباب- ٩- من أبواب المهور الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤- من أبواب المهور الحديث ٢.

من قليل أو كثير فينتفع به في دين أو دنيا من عروض أو عين أو يكون له عوض من أجره دار أو عمل إذا وقع التراضي بين الزوجين، فالفرج حينئذ يحل به بعد العقد عليه - قال:-

«و سأل المفضل (١)أبا عبد الله عليه السلام» إلى آخر الخبر المذكور دليلا للمرتضى و هو «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه، فقال: السنه المحمديه صلى الله عليه و آله خمسمائه درهم، فمن زاد على ذلك رد إلى السنه، و لا شىء عليه أكثر من الخمسمائه درهم، فإن أعطاه من الخمسمائه درهم درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شىء عليه، قال: قلت:

فان طلقها بعد ما دخل بها، قال: لا شىء لها، إنما كان شرطها خمسمائه درهما فلما أن دخل بها قبل أن تستوفى صداقها هدم الصداق فلا شىء لها إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك في حياته أو بعد موته فلا شىء لها».

لكن لا يخفى عليك عدم صراحه كلام الإسكافي في موافقه المرتضى، بل و لا ظهوره، بل لعل ظاهره خلافه، كما أنه قد يظهر من الصدوق إرادته الاستحباب الذي لا كلام فيه للتأسي و غيره، بل لا يبعد كراهه الزيادة خصوصا من المحكى عنه في المقنع قال: «و إذا تزوجت فانظر أن لا يتجاوز مهرها مهر السنه، و هو

خمسمائه درهم، فعلى هذا تزوج رسول الله صلى الله عليه و آله نساءه، و عليه زوج بناته، و صار مهر السنه خمسمائه لأن الله أوجب على نفسه» إلى آخر ما سمعته، فانحصر الخلاف حينئذ في المرتضى خاصه، و منه يعلم ما فى دعواه إجماع الطائفة على ذلك.

كما يعلم مما عرفت ما فى الاستدلال له بالخبر المزبور الذى هو فى غايه الضعف سنداً، و مشتمل على بعض الأحكام الغريبه الذى لم يقل به أحد، و لذا سمعت الصدوق ذكر مضمونه على معنى رضاها بالدرهم و إبرائها إياه عن الباقي فلا بأس بحمله على الندب و الكراهه ك

خبر محمد بن إسحاق (٢)قال أبو جعفر عليه السلام:

١- ١ الوسائل الباب - ٨- من أبواب المهور الحديث ١٤.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٤- من أبواب المهور الحديث ٦.

«تدرى من أين صار مهور النساء أربعة آلاف درهم؟ قلت: لا، قال: إن أم حبيبه بنت أبي سفيان كانت فى الحبشه فخطبها النبى صلى الله عليه و آله فساق عنه النجاشى أربعة آلاف درهم، فمن ثم هؤلاء يأخذون به، أما الأصل فاثنتا عشره أوقيه و نش»
الذى هو مع الضعف لا دلالة فيه على ذلك، بل لعله ظاهر فى عكسه، و التأسى به بعد العلم بكون ذلك منه على الندب بالأدله السابقه

يراد منه الاستحباب، و لعله لما سمعت قال المصنف و ليس بمعتمد.

و لكن مع ذلك كله فالأولى الاقتصار على الخمسمائه تأسيا بهم و إن أريد الزيادة نحلته على غير جهه المهر، ك

ما فعله الجواد عليه السلام لابنه المأمون (١) قال:

«و بذلت لها من الصداق ما بذله رسول الله صلى الله عليه و آله لأزواجه، و هو اثنتا عشره أوقيه و نش على تمام الخمسمائه، و قد نحلته من مالى ما ألف».

بل قد يقال: إن المرتضى أجل من أن يخفى عليه ما فى الكتاب (٢) و السنه (٣) المتواتره و فعل الصحابه و التابعين و تابعيهم و ما عليه الطائفه المحقه و احتجاج الامرأه على عمر و غير ذلك، و احتمال الاعتذار عنه- بأن ذلك منه بناء على مذهبه من أنه ليس للعموم صيغه تخصه، فحينئذ

قوله عليه السلام (٤): «ما تراضى عليه الزوجان»

لا دلالة فيه على العموم- يدفعه (أولا) عدم حصر الدليل فى نحو ذلك كما عرفت و (ثانيا) أنه و إن قال: إنه ليس له لغه لكنه وافق

على كونه فى الشرع كذلك و (ثالثا) أن النصوص المزبوره فيها ما يدل على إرادته العموم، ك

قوله عليه السلام (٥) «قل أو كثر»

١-١ البحار ج ١٠٣ ص ٢٦٤.

٢-٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٠.

٣-٣ الوسائل الباب- ٩- من أبواب المهور.

٤-٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور الحديث ٣ و ٩ و فيهما « ما تراضيا عليه» و فى الحديث ١ و ٤ و ٥ و ١٠ « ما تراضى

عليه الناس» و فى سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٤١ عن على عليه السلام « ما تراضى به الزوجان».

٥-٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور الحديث ٦ و ٩.

و نحو ذلك، كاحتمال الاعتذار عنه- بأن مراده الاستحباب و كراهه الزيادة، و استحباب العفو عنها مع فرض حصولها و نحو ذلك- مما ينافيه ظاهر كلامه أو صريحه.

نعم قد يقال: إن مراده أن المهر و إن لم يكن له وضع شرعى إلا أن له مسمى كذلك، و كل حكم فى الشريعة كان عنوانه لفظ مهر يراد منه الشرعى، فإذا أمهرت المرأة أزيد من الخمسمائة كان الجميع واجبا على الزوج قطعا، إلا أن المهر الشرعى منه الخمسمائة و الزائد مهر عرفى واجب شرعى على الزوج أيضا، و إن شئت فسمه نحلته، و كأنه إليه أو ما الجواد عليه السلام فإذا قال الشارع مثلا: «للأمرأة الامتناع عن الزوج حتى تتسلم المهر» و لم تكن ثم قرينه على أراه العرفى كان الواجب الشرعى، و هكذا، و لعله إلى ذلك أشار المرتضى رحمه الله بقوله: «قولنا مهر» إلى آخره.

و حينئذ فالوجه فى رده منع المسمى الشرعى للمهر على الوجه المزبور كمنع وضعه كذلك و إن اشتهر التلفظ بمهر السنه فى النصوص و غيرها، لكن ليس المراد منه مسمى شرعى للمهر

على وجه يكون عنوانا للأحكام الشرعية المتعلقة على المهر الظاهر عرفا بالعوض المقابل للبضع فى العقد، لا رده بالايه(١) و الروايات (٢) و فعل الصحابه و غير ذلك مما سمعت ما لا ينكره بناء على ما ذكرنا و الله العالم بحقيقته الحال.

و على كل حال يكفى فى المهر مشاهدته إن كان حاضرا و لو جهل وزنه و كيله و عدده و ذرعه كالصبره من الطعام و القطعه من الذهب و الصبره من الدراهم و الثوب و الأرض و نحو ذلك، بلا خلاف أجده فيه، بل نسبه بعضهم إلى قطع الأصحاب، لإطلاق الأدله التى منها ما سمعته من المعتمده(٣) المشتمله

١- ١ سورة النساء: ٤ الآيه ٢٠.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب المهور.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور.

على تحديد المهر بما تراضيا عليه، و أنه كان على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله تتزوج الامراه على السوره و على القبضه من الحنطه، مضافا إلى فحوى الاكتفاء بالقبضه و نحوها فى نصوص المتعه(١) التى يعتبر فى صحتها المهر بخلاف المقام الذى هو ليس على حد المعاوضات المعترف فيها العلم الذى لا يكفى فيه المشاهده و إن ارتفع بها معظم الغرر الذى يكفى هنا فيغتفر حينئذ ما عداه.

و حينئذ فإن قبضته و لم يتوقف الأمر على العلم بقدره أو علماه بعد ذلك فلا كلام، و إن استمر مجهولا و احتيج إلى معرفته قبل التسليم أو بعده و قد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه فالوجه الرجوع إلى الصلح، لانحصار الطريق فيه، و احتمال وجوب مهر المثل حينئذ كما عن بعضهم مناف لأصول المذهب و قواعده حتى لو فرض تلفه قبل القبض، فان ضمان المهر عندنا ضمان يد لا ضمان معاوضه، و لذا وجبت قيمته لو تلف فى يد الزوج، و ليس هذا كما لو تزوجها ابتداء على المجهول الذى لا يجوز جعله مهرا، لعدم إمكان استعلامه فى نفسه بلا- خلاف أجده فيه، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه لامتناع تقويم المجهول، و لاعتبار العلم به فى المتعه التى لم يثبت الفرق بينها و بين غيرها بالنسبه إلى ذلك، بل ظاهر الأدله اتفاهما فى المهرية و إن اختلفا فى اشتراط صحتها به دون غيرها إلا أن ذلك أمر خارج عما نحن فيه.

فحينئذ و لذا قال فى القواعد: «إنه يشترط فى صحتة- أى المهر- مع ذكره التعيين إما بالمشاهده و إن جهل كيله و وزنه، كقطعه من ذهب و قبه من طعام، أو بالوصف الرافع للجها له مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبهم فسد المهر و صح العقد» بل لم أجد خلافا بينهم فى ذلك، نعم ستسمع البحث فيما لو جعل المهر خادما آبقا لكن التأمل التام يورث إشكالا فى المقام، ضروره أن المهر إن كان مع ذكره يعتبر فيه ما يعتبر فى المعاوضات- كما صرح به غير واحد، بل نفى عنه الخلاف، بل ربما نسب إلى قطع الأصحاب- ينبغى أن لا- يكتفى فيه بالمشاهده التى قد عرفت نفى الخلاف عن الاكتفاء بها أيضا كما لم يكتف فيها، و إن لم يعتبر فيه ذلك فلا

وجه للبطلان بالجهالة فى بعض الأوصاف و القدر و نحو ذلك، ضروره كونه حينئذ من قبيل الخطابات الشرعيه فى الزكاه و الكفاره و العتق و النذر و الوصيه و نحوها مما لا يعتبر فيها المعلوميه، و يكفى المطلق عنوانا لها.

نعم يمكن اعتبار الوسط من الأفراد كما فى الزكاه، مؤيداً ب

خبر ابن أبى عمير عن على بن أبى حمزه (١) قلت لأبى الحسن عليه السلام: «تزوج رجل امرأه على خادم، فقال: لها وسط من الخدم قال: قلت: على بيت، قال: وسط من البيوت»

و مرسله الآخر عن بعض أصحابنا (٢) عنه عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه على دار، قال: لها دار وسط»

و خبر على بن أبى حمزه (٣) «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل زوج ابنه ابنه أخيه و أمهرها بيتاً و خادماً ثم مات الرجل، قال: يؤخذ المهر من وسط المال، قلت: و البيت و الخادم، قال: وسط من الخدم، قلت: ثلاثين أربعين ديناراً، و البيت نحو من ذلك، فقال: هذا- يعنى البيت- سبعين ثمانين ديناراً مأه»

المحكى على مضمونها الشهره بين الأصحاب، بل فى الخلاف دعوى إجماع الفرقه بعد أن نسبه إلى روايه أصحابنا، بل قال: «إنه ما اختلفت رواياتهم و لا فتاواهم» و فى المبسوط فيما إذا أصدقها عبداً مجهولاً: «قد روى أصحابنا أن لها خادماً وسطاً، و كذلك قالوا فى الدار المجهوله، و هو الذى نفتى به» و فى موضع آخر منه «لها عبد وسط عندنا و عند جماعه- إلى أن قال:- و كذلك إذا قال: تزوجتك على دار مطلقاً، فعندنا يلزم داراً بين دارين» و قد تبعه عليه ابنا زهره و البراج، بل لعله هو الظاهر من ابن إدريس أيضاً، بل هو خير المصنف فى النافع و الفاضل فى الإرشاد.

لكن ظاهر الجميع الاقتصار على هذه الثلاثه، بل لعله صريح المبسوط، نعم قال بعض الأفاضل من متأخر المتأخرين: الظاهر ان الاقتصار على الخادم و الدار و البيت إنما كان لأن السؤال وقع عنها لا لخصوصيتها، و إلا فالملحفه و الخمار و القميص

١- ١ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب المهور الحديث ٣ مرسل موسى بن عمر الا أن الموجود فى التهذيب ج ٧ ص ٣٧٥- الرقم ١٥٢٠ موسى بن عمر عن ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب المهور الحديث ١.

و الإيزار و القرط و السوار و الشاه و البعير و نحو ذلك من الحلى و الحلل و الأنعام و غيرها أولى بذلك، لأنه أقل جهاله، و لاتحاد مدرك الرجوع إليه إذ هو إما انصراف المطلق إلى الفرد الغالب، و ليس هو إلا الوسط بخلاف الأعلى و الأدنى، بل لا يكاد يتحقق الفرد الأقصى منهما، و إما لأنه الجامع بين الحقين، بل ظاهر النصوص المزبوره عدم الخصوصيه بما فيها، كما لا يخفى على من تأملها.

و حينئذ فما فى جامع المقاصد- من طرح هذه الروايات، للطعن فى سندها بل و فى دلالتها، ضروره عدم انحصار الوسط، و شدة اختلاف أفراده بما لا يتسامح فيه، و تبعه عليه ثانى الشهيدين و غيره- واضح الضعف، إذ هى- مع أن ابن أبى عمير فى سندها و إرساله مقبول عند الأصحاب- منجبره بما عرفت من الشهره تحصيلًا و نقلًا و صريح الإجماع و ظاهره، و اختلاف أفراد الوسط بعد أن اجتزأ الشارع بأى فرد منها كالاتجاه فى مقابله النص، إذ الوسط كالمطلق بالنسبه إليها، نحو اجتزائه فى الزكاه، و إن أبيت عن الاجتزاء به كان المتجه الاجتزاء بكل فرد يتحقق به المطلق، نحو الوصيه و النذر، و التخيير بيد الزوج، كما أن التخيير فيها بيد الوارث، و اختلاف الأفراد- بعد أن كان المهر ليس من الأعواض التى يعتبر فيها العلم، بقريته الاكتفاء بالمشاهده و القبض و الشىء من الزيب و نحوه، و ما يحسن من القرآن و السوره و الدار و الخادم و البيت، مع إطلاق تلك النصوص (١)المعتبره تحديده بما يتراضيان عليه، و عدم كونه ركنا فى العقد، و لذا لا يبطل ببطلانه- غير قادح، و حديث الغرر(٢)مع أنه من طرق العامه إنما هو النهى عن بيع الغرر أو ما كان كالبيع فى اعتبار المعلومه التى لا تكفى فيها المشاهده، كالأجره فى الإجاره و حينئذ فيصح جعل المهر «شيئًا» و نحوه، و يتعين على الزوج أقل ما يتمول، على أنه ليس فى شىء من نصوص المقام اعتبار المعلومه فيه، و إنما ورد(٣)ذلك فى

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٣٨.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب المتعه.

المتعه التي اكتفوا فيها بالمشاهده أيضا يمكن الفرق بينهما بكونه ركنا في عقدها بخلاف نكاح الدوام.

و الحاصل أن ما ذكره- من الاكتفاء بالمشاهده لعدم كونه معاوضه، و اعتبار حكم ثمن البيع في غير المشاهده، لأنه مع ذكره في العقد يعتبر فيه ما يعتبر في عوض المعاوضه، حتى أنه صرح في جامع المقاصد باعتبار أوصاف السلم فيه عدا خصوص الخادم و الدار و البيت بناء على العمل بتلك النصوص، أو حتى هي أيضا بناء على طرحها- لا يتم إلا أن يكون إجماعا، و الله العالم بحقيقه الحال.

و كيف كان فلا خلاف أجده كما اعترف به بعضهم في أنه يجوز أن يتزوج امرأتين أو أكثر بعقد واحد، بل صريح بعض و ظاهر آخرين عدم الفرق في ذلك بين اتحاد الزوج و تعدده كما لو قال مثلا: «زوجت فاطمه زيدا و هنداً بكراً» فقال و كيلهما: «قد قبلت» و المراد باتحاد العقد اتحاد إيجابه و قبوله أو أحدهما، فتعدده يكون بتعدد إيجابه و قبوله، و على ذلك يمكن اجتماع البيع و النكاح و غيرهما من العقود بعقد واحد فضلا عن اجتماع المنقطع و الدائم بأن يقول: «بعثتك العبد و آجرتك الدار و زوجتك فاطمه بكذا» فيقول الرجل مثلا:

«قبلت كل ذلك» لإطلاق الأمدله و عمومها من الأمر بالوفاء بالعقود(١) و غيره، و فرعوا على ذلك جواز ذكر عوض واحد للجميع، و يكفي معلومته

في هذا العقد و إن جهل التقييط، فيصح مهر الامرأتين أو أزيد بشىء واحد، بل يصح جعله عوضا للنكاح و البيع و الإجاره، و ذلك لأن المتيقن من اشتراط المعلوميه حصولها في ذلك العقد، و هو حاصل و إن جهل التقييط، نحو ما سمعته في كتاب البيع من جواز بيع المالكين من متحد أو متعدد بثمان واحد، و يسقط حينئذ على ما يخص كل واحد بحسب قيمته.

نعم لو فرض تعدد العقد بتعدد إيجابه و قبوله و جب حينئذ معلوميه عوضه، و لا يكفي التقييط حينئذ، فلا يجوز مثلا «زوجت فاطمه زيدا و زوجت هنداً بكراً»

بمأه» فقال كل منهما: «قبلت» ضروره تعدد العقد حينئذ، فلا يكفى معلوميه العوض بالنسبه إلى العقدين، مع احتمالاه أيضا اكتفاء بالمعلوميه فى هذه المقابله و إن تعدد العقد، لعدم دليل على اعتبار الأزيد ذلك، كما لو قال: «بعت الدار زيدا و بعت العبد عمرا بمأه» فقال كل منهما: «قبلت» فتشتغل ذمه كل منهما بما يخص المبيع من التقسيط.

هذا و لكن المتجه بناء على ما عرفت فسخ العقد بوجود العيب فى إحدى الزوجتين أو أحد الزوجين، ضروره اتحاد العقد، و لا يتصور تبعيضه فى الفسخ الطارى عليه، كما لو باع شيئين و كان أحدهما معيبا، و يلزم حينئذ رد نكاح الامراه الصحيحه أو الرجل الصحيح من دون عيب و مع تراضى الزوجين و عدم إرادتهما الفسخ، بل يتجه حينئذ مع نظم العقود المتحدده بقبول واحد فسخ النكاح منها و غيره بخيار فى البيع مثلا، لكون المفروض اتحاد العقد الذى لا يتبعض بالنسبه إلى ذلك، و لو سلم إمكان التزام تعدد العقد فى هذا الفرض و فرض تعدد الزوجه فلا محيص عن الحكم باتحاده مع تعدد الزوجه و اتحاد الزوج، فإن الإيجاب فيه و القبول كذلك و مقتضاه انفساخ نكاح الصحيحه بفسخه فى المعيبه فينافى ما دل على عدم رد المرأه بغير العيوب السابقه(١) كما أنه قد يتوقف من نظم العقود بتعدد إيجابها و اتحاد قبولها و عوضها فى اندراجها تحت اسم أى عقد، و مع فرض خروجها عنها- لكنه يندرج تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٢)- يشكل جريان حكم كل عقد على متعلقه، و يشكل فسخ النكاح بفسخ البيع و بالعكس.

و من ذلك و نحوه قد يشك فى أصل تعلق عقد النكاح الواحد بالمتعدد و إن لم يظهر فيه خلاف بينهم، بل قد يفرق بينه و بين البيع فى ذلك فضلا عن غيره بإمكان ملاحظه جهه الوحده فى المبيع و إن تعدد على وجه يكون المجموع من حيث كونه كذلك، و لذا ثبت له خيار تبعض الصفقه بخلافه فى النكاح، فإن جهه الوحده فى

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب العيوب و التدليس.

٢- ٢ سورة المائده: ٥- الآية ١.

النساء على معنى يكون المجموع من حيث كونه كذلك منكوحا غير صحيح و حينئذ يكون المدار في جواز التعدد و عدمه في العقود على ذلك، لكنه مناف لكلام الأصحاب الذى يمكن ملاحظه جهه

الوحده الاعتباريه فيه، أيضا، كما أنه يمكن اعتبار ملاحظتها فى الصحه، للعمومات التى لا ينافى العمل بها التزام ما سمعته من الأحكام مع فرض اتحاد العقد، نعم قد يمنع الاتحاد عرفا فى بعض الصور المزبوره، بل كل صوره تعدد فيها الإيجاب و القبول، ضروره عدم أولويه إلحاقه بالمتحد باعتبار الاتحاد فى أحدهما من إلحاقه بالمتعدد باعتبار التعدد فيهما، فالأولى حينئذ إلحاق حكم المتحد من جهه و التعدد من أخرى، فيجرى عليه حكم الواحد بالنسبه إلى مقابله المهر، فلا يقدح جهاله التقسيط و حكم المتعدد بالنسبه إلى الفسخ و نحوه، فتأمل جيدا فانى لم أجده محررا، و الله العالم.

و على كل حال ففى مفروض المسأله لو جمعهما بمهر واحد كقوله: «بمأه و فرس» و نحو ذلك فهل يكون باطلا و إن لم يبطل به عقد نكاح كما عن بعضهم؟

لأن المهر هنا متعدد فى نفسه و إن كان مجتمعا، و حصه كل واحده منه غير معلومه حال العقد، و علمها بعد ذلك لا يفيد الصحه، كما لو كان مجهولا و علم بعد ذلك.

بل قد يمنع صحه البيع للمالكين غير المشترين بثمان واحد، كما هو المحكى عن خلاف الشيخ و غيره، لذلك و لأنه كالعقدين و الثمن غير معلوم بالنسبه إلى كل واحد منهما، بل عنه فى المبسوط أيضا إذا اختلفت القيمتان، و يكون لكل واحده مهر المثل مع فساد المسمى، أو أن المهر صحيح كالعقد كما هو مذهب الأكثر للعمومات التى لم يعلم تخصيصها بأزيد من العلم به جملة واحده فى العقد الواحد فى البيع، فضلا عن المهر الذى قد عرفت الحال فيه، و أنه يحتمل من الجهاله ما لا يحتمله غيره، لأنه ليس معاوضه محضه، و يعلم حينئذ حصه كل واحد منهما بعد ذلك، بل هو الموافق ل

قوله عليه السلام (١) «المهر ما تراضى عليه الزوجان»

الصادق

على ذلك، على أن المسمى فى مقابله البضعين من حيث الاجتماع، و لا يلزم من التقسيط الحكى التقسيط اللفظى، و و لعل هذا هو الأقوى.

نعم هل يكون المهر بينهن بالسويه؟ كما عن مبسوط الشيخ و من تبعه باعتبار عدم كونه عوضا حقيقه، فيبقى حينئذ على الأصل فى الاستحقاق لو قيل لفلان و فلان كذا المقتضى للتسويه إذ لا ترجيح فى مقتضى التمليك و قيل:

يقسط على مهور أمثالهن فيعطى كل واحده ما يقتضيه التقسيط نحو البيع و هو مع كونه أشهر من الأول أشبه بأصول المذهب و قواعد، لظهور إرادته معنى المعاوضه مع ذكر المهر، و لذا يقع البحث فى زيادته و نقصانه تبعاً لزيادته قيمه المعوض و نقصانها، و ليس للبضع قيمه إلا مهر المثل، فيقسط المسمى حينئذ

عليه، نحو تقسيطه فى المبيعين لمالكين، بل فى المسالك احتمال تقسيطه كذلك حتى على القول ببطلان المهر، قال: للفرق بينه و بين المجهول المطلق الذى لا- يمكن تقويمه، فان المتجه فيه مهر المثل، بخلاف المقام الذى يمكن فيه توزيع المسمى على مهور أمثالهن، فيكون لكل واحده منه ما يقتضيه التوزيع، و حينئذ يتجه مع القول بالصحة و إن كان فيه ما لا يخفى، ضروره عدم اعتبار توزيعه بعد فرض فساده، و عدم عقد ملزم به، و ما ذكره بعد تسليمه يصح جعله مهرا باعتبار عدم منع جهالته عن التقويم التى هى مدار المنع، لا توزيعه بعد فرض عدم الالتزام به لفساده، كما هو واضح.

هذا و لو زوج أمتيه من رجلين على صداق واحد صح النكاح و الصداق قولاً واحداً كما اعترف به فى المسالك، لأن المستحق هنا واحد، فهو كما لو باع عباين بثمان واحد، ثم قال فى المسالك: «و لو كان له بنات و لآخر بنين فزوجهن صفقه واحده بمهر واحد بأن قال: «زوجت بنتى فلانه من ابنك فلان و فلانه من فلان و هكذا بألف» ففى صحه الصداق كالسابقه و جهان، و أولى بالبطلان هنا لو قيل به ثم، لأن تعدد العقد هنا أظهر، لتعدد من وقع العقد له من الجانبين».

قلت: قد عرفت التحقيق فى ذلك، و أنه يمكن القول بالصحة مع فرض تعدد

العقد بتعدد إيجابه و قبوله، فضلا عما فرضه من المثل المتحد فيه الإيجاب اكتفاء في العلم بالمهر بهذه المقابلة، و أنه لا دليل على اعتبار الأزيد من هذ المعلوميه، خصوصا لو قلنا بالصحة في البيع لو قال: «بعت زيدا العبد و بعت عمرا الدار بمأه في ذمتيهما» و قال كل واحد منهما أو و كيله «قبلت».

كما أنه عرفت تحقيق الحال فيما لو تزوجها على خادم غير مشاهده و لا موصوفه و أنه قيل بل هو المشهور كان لها خادم وسط، و كذا لو تزوجها على بيت مطلقا استنادا إلى روايه على بن أبي حمزه (١) أو على دار على روايه ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام (٢) بما لا مزيد عليه فلاحظ و تأمل، و الله العالم بحقيقه الحال.

و لو تزوجها على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و لم يسم مهرا كان مهرا خمس مأه درهم بلا خلاف أجده فيه، بل هو مجمع عليه مع قصدهما عالمين، بل ظاهر الأصحاب ذلك مطلقا، بل في الروضه و غيرها الإجماع عليه، لإطلاق الأدله و عمومها المؤيده لما سمعته سابقا من احتمال المهر من الجهاله ما لا يحتمله غيره، مضافا إلى

خبر أسامه بن حفص (٣) القيم لأبي الحسن موسى عليه السلام المعتبر بوجود المجمع على تصحيح ما يصح عنه في سنده، و بالانجبار بما عرفت قال: «قلت له: رجل يتزوج امرأه و لم يسم لها مهرا و كان في الكلام أتزوجك على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها، فما لها من المهر؟ قال: مهر السنه قال: قلت: يقول أهلها: مهور

نسائها قال: فقال: هو مهر السنه، و كلما قلت له شيئا قال: مهر السنه»

فلا وجه للإشكال في ذلك بعد ما عرفت بأن تزويجها على الكتاب و السنه أعم من جعل المهر مهر السنه، كما لا يخفى، إذ كل نكاح مندوب إليه بل جائز فهو على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله.

١- ١ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ راجع التعليقه ٢ من ص ٢٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب المهور الحديث ١.

ثم على تقدير إرادتهما بذلك كون المهر مهر السنه ففى الاكتفاء بذلك عن ذكر القدر فى العقد نظر، كما لو قال: «زوجتك على المهر الذى تزوج به فلان».

ثم الزوجان قد يعلمان أن مهر السنه هذا المقدار، وقد لا يعلمانه، وقد يعلمه أحدهما دون الآخر، والحكم بالصحة مطلقا يحتاج إلى سند صالح، وكثير من المتقدمين كابن الجنيدي وابن بابويه و سلار لم يذكروا هذه المسألة، ضروره ظهور هذه العبارة فى كون المراد على ما أباحه الله من النكاح ودعى إليه و سنه رسوله فيه من المهر وغيره و جرى عليه، و لما كان ذلك معلوما فى الشريعة لم يضر خفاؤه عليهما لعدم الدليل على اعتبار المعلوميه فى المهر بأزيد من ذلك، بل إن لم يقيم إجماع على فساد المهر لو قال: «مهر فلانه أو أمها» أو غير ذلك مما هو معلوم و مضبوط كان المتجه فيه الصحة أيضا، لما عرفته فى محله، نعم لو فرض كون المراد بهذه العبارة أنه نكاح غير سفاح، و لم يقصد المهر لا عموما و لا خصوصا كان الواجب مهر المثل حينئذ، لعدم ذكر المهر فيه حينئذ، لكنه خروج عن فرض المسألة الظاهر فيما سمعت، و حينئذ يكون المهر مذكورا فى العقد، ثابتا به لا بالدخول، كمهر السنه الثابت للمفوضه فى بعض الصور، و لذا حكم بثبوتها مع الموت فى الخبر المزبور(١) فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو سمي للمرأة مهرا و لأبيها أو غيره واسطه على عمل مباح أو أجنبى شيئا معينا لزم ما سمي لها بلا خلاف، بل عن الخلاف الإجماع عليه و سقط ما سمي لأبيها بلا خلاف محقق أيضا، بل عن الغنيه الإجماع عليه، و الأصل فى ذلك

صحيح الوشاء(٢) عن الرضا عليه السلام «لو أن رجلا تزوج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا، و الذى جعله لأبيها فاسدا»

مضافا إلى معلوميه كون المهر كالعوض الذى لا يصح أن يملكه فى

١-١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب المهور الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٩- من أبواب المهور الحديث ١.

عقد المعاوضه غير من له المعوض، و قد سمعت ما فى

خبر السكونى (١) من أنها «هى أحق بمهرها»

و الشرط فى العقد إنما يلزم إذا كان لمن له العقد، و فرض ذلك على وجه يرجع إلى الزوجه - حتى أنه ربما كان السبب فى رضاها بذلك

المهر - يخرجها عن مفروض المسأله الذى هو جعل ذلك لأبيها على نحو جعل المهر لها.

ولا ريب فى بطلانه بما عرفت، من غير فرق بين المجعول لأبيها تبرعا محضا أو لأجل وساطه و عمل محلل، و لا بين كون المجعول مؤثرا فى تقليل مهر الزوجه بسبب جعله فى العقد و قصدتها إلزامه به و عدمه، كما هو مقتضى الصحيح المزبور على ما اعترف به فى المسالك و غيرها، بل فيها أيضا «و لم يخالف فى ذلك أحد من الأصحاب إلا ابن الجنيده - قال: - و لا يلزم الزوج غير المهر من جعله لولى أو واسطه، و لو وفى الزوج بذلك تطوعا كان أحوط، ل

قول النبى صلى الله عليه و آله (٢): «أحق الشروط ما نكحت به الفروج»

فان طلقها قبل الدخول عليها لم يكن لها إلا نصف الصداق، دون غيره، فان كان قد دفع ذلك يرجع عليها بنصف الصداق، و كل الجعالة على الواسطه - نعم فى آخر كلامه قال: - قد يشكل الحكم فى بعض فروض المسأله كما لو شرطت لأبيها شيئا و كان الشرط باعئا على تقليل المهر، و ظنت لزوم الشرط، فان الشرط حينئذ يكون كالجزم من العوض الذى هنا هو المهر، فإذا لم يتم لها الشرط يشكل تعيين ما سمته من المهر خاصه، كما سبق فى نظائره من المعاوضات، و ذلك لا ينافى الروايه، لأن ما عينته من المهر ثابت على التقديرين، و انما الكلام فى شىء آخر، و لو لا الروايه الصحيحه لكان القول بفساد المهر و وجوب مهر المثل

قويا، لاشتمال المهر على شرط فاسد، فيفسده كما يفسد العقد لو كان العوض من لوازمه» و تبعه غيره فى هذا الاشكال.

قلت: بل لا صراحه فى كلام أبى على فى الخلاف بعد ظهور إرادته الندب من.

١- ١ الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٤٨ و فيه «أحق الشروط ان يوفى بها ما استحلتتم به الفروج».

الاحتياط في كلامه المبني على عدم إرادته الجعالة الاصطلاحية، و احتمال وجوبه باعتبار كونه جعلاً مصطلحاً على عمل محلل، فيجب حينئذ مع الفعل خروج عن مفروض المسألة الذي هو الوجوب من حيث التسميه في العقد.

و من ذلك يعلم ما عن المختلف في المسألة من أن الوجه أن نقول: «إن كان قد جعل للواسطة شيئاً على فعل مباح و فعله لزمه، و لم يسقط منه شيء بالطلاق، لأنه جعله على عمل محلل مطلوب في نظر العقلاء، فكان واجباً بالعقد كغيره، و إن لم يكن على وجه الجعالة بل ذكره في العقد لم يكن عليه شيء، سواء طلق أو لا» ضروره خروج الوجوب بالجعالة أو الإجاره أو نحوهما عن مفروض المسألة الذي هو ما عرفت.

كما أنه قد يدفع إشكاله أن زعمها لزوم ذلك الجعل لا يقتضى فساداً في المهر و إن كان ذلك سبباً في رضاها به، ضروره كون ذلك من الدواعي التي لا تؤثر شيئاً، إذ المهر ليس من العقود، و لا يؤثر فساداً في العقد شيئاً، فالرضا به لزعم شيء آخر لا يقتضى فساداً، و إن قلنا: إن الشرط الفاسد في عقد يقتضى فساد العقد، لكن ذلك إنما هو لتعليق رضا التعاوض عليه، و ليس رضا معاوضه هنا كما هو واضح.

بل قد يظهر مما ذكرنا الوجه أيضاً في المسألة الثانية و هي لو أمهرها مهراً و شرط أن يعطى أباهاً منه شيئاً معيناً فان المشهور كما في المسالك و غيرها على البطلان أيضاً، بل لم يعرف فيه خلاف إلا ما يظهر من المحكى عن أبي علي، و هو الذي أشار إليه المصنف بقوله قيل: يصح المهر و يلزم الشرط بخلاف الأول نعم في المسالك عن ظاهر الشهيد في شرح الإرشاد الميل و كذلك المحقق الشيخ على لعموم

قوله صلى الله عليه و آله (١): «المؤمنون عند شروطهم»

و النبوى (٢) «أحق الشروط ما نكحت به الفروج»

و فيه (أولاً) أنه لا صراحه في كلام ابن الجنيدي بذلك،

١- ١ الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٤.

٢- ٢ سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٤٨ و فيه «أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج».

إذ المحكى عنه أنه قال بعد العبارة السابقة: «فإن كانت المرأة اشترطت رجوع عليها بنصف صداقها و نصف ما أخذته من شرطت له ذلك لأن ذلك كله بعض الصداق الذى لم ترض

بالنكاح إلا به» و هو صريح فى كون الشرط للمرأة، و ليس ذلك الذى حكم الأصحاب بفساده، حتى عده بعضهم من الشرط المخالف للكتاب و السنه، و إنما هو جعل الشرط للأجنبى على وجه يكون حق الشرطيه نفسها للأجنبى، لا أن الشرط للمرأة و المشترط له، و ذلك لا ريب فى بطلانه، لما عرفت من عدم صحه الشرط لغير المتعاقدين، كما لا ريب فى صحه الثانى، ضروره كونه شرطاً للمرأة لها إسقاطه و لها المطالبه به، و إن كان المشترط لغيرها نحو بيع الشىء مثلاً و شرط بناء دار زيد على المشترى، فان الشرط للبائع نفسه، و هو الذى ذكره ابن الجنيد، فلا يكون مخالفاً للأصحاب، كما أن الظاهر عدم خلاف من عرفت فى ذلك و إن حكموا بالصحه، لكن فيما حكم به ابن الجنيد، بل الظاهر أنه لم يخالف فيه أحد منهم، و إنما المحكوم ببطلانه الجعل للأب تسميه أو شرطاً على الذى ذكرناه، كما هو ظاهر الصحيح المزبور و الفتاوى، فتأمل جيداً، فإنه دقيق نافع.

و على كل حال فبناء على اعتبار المعلوميه لا بد من تعيين المهر بما يرفع الجهاله، فلو أصدقها تعليم سوره و جب تعيينها رفعا للجهاله، ضروره اختلاف أفرادها اختلافاً شديداً و حيثئذ لو أبهم فسد المهر، و كان لها مع الدخول لا بدونه مهر المثل بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، و إن كان قد يشكل أصل الحكم بما سمعت، بل قد تقدم ما فى

خبر سهل الساعدى (١) من تزويج النبى صلى الله عليه و آله إياه على ما يحسنه من القرآن

الذى استدل به فى الرياض على اغتفار مثل هذه الجهاله فى المهر، كما أنه قد يشكل ما ذكره غير واحد من وجوب المتعه فى الفرض لو طلق قبل الدخول، بعد صدق التفويض عليه بناء على أنه ذكر المهر فى العقد، اللهم إلا أن يقال إن الفاسد بحكم العدم، و ستمتع إن شاء الله

التحقيق فيه.

و هل يجب تعيين الحرف أى القراءه من

قوله عليه السلام (١): «نزل القرآن على سبعة أحرف»

بناء على أن المراد منه القراءات السبع و إن كان فى نصوصنا(٢)نفى ذلك، و أن المراد أنواع التراكيب من الأمر و النهى و القصص و نحوها؟

قيل و القائل بعض الأصحاب نعم يجب ذلك مع فرض عدم فرد ينصرف إليه الإطلاق، لشده اختلافها و تفاوت الأغراض فيها. و قيل و القائل الأ-كثر كما فى كشف اللثام لا يجب للأصل و عدم تعيين النبى صلى الله عليه و آله ذلك على سهل (٣)مع أن التعدد كان موجودا فى ذلك

الزمان و اغتفار هذه الجهاله بعد فرض جواز الجميع، و حينئذ فىلقنها الجائز منها، سواء كان إحدى السبع أو الملفق منها، بل فى المسالك أن المتواتره لا تنحصر فى السبع، بل و لا فى العشر كما حقق فى محله و هو أشبه بإطلاق الأدله و عمومها السالمه عن معارضه اعتبار الأزيد من ذلك، و الاقتصار على المتواتر لانصراف إطلاق التعليم إليه، ثم إن التخيير إليه، ضروره كون الواجب فى ذمته أمر كلى موكول إليه كغيره من الدين الكلى.

و لو أمرته بتلقين غيرها أى غير القراءه المعينه لو كانت أو غير القراءه التى اختارها وفاء لما وجب عليه لم يلزمه إجابتها لأن الشرط لم يتناولها كى يجب عليه امتثالها، كما هو واضح.

و حد التعليم أن تستقل بالتلاوه، لأنه المفهوم عرفا، و لا يكفى تتبع نطقه، و لو نسيت الآية الأولى بعد استقلالها بالتلاوه عقيب تلقين الثانيه لم يجب إعادته التعليم، لأن تعليم السوره لا يمكن إلا بتعليم آيه آيه، فإذا كان المفروض

١-١ الخصال ص ٣٢٧ ط النجف.

٢-٢ الكافى ج ٢ ص ٦٣٠.

٣-٣ المستدرک الباب-٢- من أبواب المهور الحديث ٢ و سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٤٢.

استقلالها بتلاوه الآيه الأولى مثلا حصل التعليم بالنسبه إليها، و لا دليل على وجوب الإعادة، نعم لا يكفى نحو كلمه و كلمتين، لأنه لا- يعد فى العرف تعليما، بل مذاكره، لكن مع ذلك لا يخلو من إشكال، لأن المفهوم من التعليم هو الاستقلال بالتلاوه، فتعليم السوره إنما يتحقق باستقلالها بتلاوتها بتمامها، و للعامه وجه على ما قيل بأنه لا يتحقق التعليم بأقل من ثلاث آيات، لأنها مقدار أقصر سوره، و هى أقل مما يقع به الإعجاز.

و لو أصدقها تعليم صنعه لا يحسنها أو تعليم سوره كذلك جاز لأنه ثابت فى الذمه سواء أصدقها التعليم مطلقا بنفسه أو بغيره أو التعليم بنفسه، أما الأول فظاهر، إذ لا يتوقف تحصيل التعليم على علمه، نعم إن تعذر الغير ففى وجوب تعلمه ليعلمها إشكال، من أنه كالتكسب لوفاء الدين، أو من توقف الواجب عليه، و هو الوجه، و أما الثانى فلأنه يكفى القدره على المهر، و لا- يشترط الفعلية، و عن المبسوط وجه بالعدم، و عن القاضى الاحتياط به، إذ لا- يصح إصداق منفعه شىء بعينه و هو لا- يقدر عليها، كإصداق منفعه عبد لا يملكه و الفرق ظاهر، فإن منفعه الغير لا تثبت فى الذمه.

نعم لو تعذر عليه التوصل إلى تعليمها بنفسه و غيره، بل فى القواعد أو تعلمت من غيره كان عليه أجره مثل ذلك التعليم لأنها قيمه المهر حيث تعذر عنه، بل ظاهر الأصحاب عدم الفرق فى ذلك بين أن يكون قد اشترط تعليمها بنفسه فعرضت له ما منعه من ذلك و غيره، بل لا- فرق بين أن يكون منفعه عين مخصوصه و تعذرت و غيرها، كل ذلك لأدله وجوب المهر، و كونه مضمونا على الزوج حتى يوصله إلى الزوجه بالمثل أو القيمه، و ليس الإمهار من قبيل عقد الإجاره الذى يفسخ بتلف العين المستأجره و يتعذر وقوع العمل من الأ-جير المشروط عليه المباشره، للأدله الداله على ذلك بخلاف ما هنا، فان عقد النكاح المذكور فيه المهر لا يفسخ بذلك قطعا، لما عرفته من عدم كون

المهر ركنا فيه، و المهر ليس هو عقدا بنفسه، و إنما هو واجب بعقد النكاح، و مضمون على الزوج ضمان يد، فمتى تعذر انتقل إلى المثل أو القيمة، و فى الفرض أجره مثل العمل المتعذر قيمته، كما هو واضح. و حينئذ فما فى جامع المقاصد و كشف اللثام من احتمال وجوب مهر المثل واضح الضعف.

نعم قد يشكل وجوبها فيما لو تعلمت بنفسها مع بذل الزوج التعليم و استناد التقصير إليها بترك التعلم، و كذا لو أمهرها منفعه عين مخصوصه مده و قد بذلها لها فلم تستوف منفعتها، و الظاهر سقوط مهرها فى الثانى، أما الأول فقد سمعت ما فى القواعد و إطلاق غيرها، و لعل وجهه ما عرفت لكنه محتاج إلى التأمل.

و على كل حال فهل يعتبر فى تعليم غيره لها المحرمية الظاهر عدمه مع فرض عدم توقفه على ما يحرم من نظر أو لمس و فرض تجرده عن الريبه و الفتنة كما سمعته فى محله، و الله العالم.

و لو أصدقها ظرفا مخصوصا على أنه خل مثلا فبان خمرًا فلا خلاف فى صحه العقد، بل فى جامع المقاصد و غيره هو كذلك قولًا واحدًا إنما الكلام فى المهر ف قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و خلافه كان لها قيمة الخمر عند مستحليه لأنها أقرب شىء إليه عند التعذر، و لأنها عقدا على شخصى باعتبار ماليته، فمع تعذره لظهور بطلان المعاوضه عليه يصار إلى القيمة.

و فيه أن الخمر غير مقصود أصلا، و لا وقع عليه التراضى، فكيف ينتقل إلى قيمته، و اعتبارها فرع صحه العقد على العين، بل هو غير العقد على الخمر عالمين به الذى قد عرفت البحث فيه أيضا، فإنهما قد تراضيا على العين، فلا يمنع الانتقال إلى القيمة لتعذر العين.

و لذا أعرض عنه المصنف و قال و لو قيل: كان لها مثل الخل كان حسنا بل هو المحكى عن ابنى الجنيد و إدريس و الفاضل فى المختلف، لأنهما عقدا على الخل بهذا القدر و ظناه خلا، فإذا ظهر خمرًا لزم مثله، إذ هو مثلى فات،

فيلزم مثله الذى هو أقرب الأشياء إليه، و لأن المعقود عليه خل منحصر فى هذا الشخص، فإذا لم يتم الانحصار بقيت الخليه، بل رضاهما بالجزئى المعين الذى يظنان كونه خلا رضا بالخل الكلى مهرا، إذ هو مستلزم للجزئى، فالرضا به مستلزم للرضا به، فإذا فات الجزئى لعدم صلاحية الملك بقى الكلى الذى هو أحد الأمرين الذى وقع التراضى بهما.

و فيه أن المفروض وقوع العقد على خصوص ما فى الظرف لا- على خل بهذا القدر، فالمعقود عليه حينئذ الكلى المقترن بالمشخصات الموجوده، و هذا يمتنع بقاؤه إذا ارتفعت المشخصات، و المحكوم بوجوبه هو الكلى فى ضمن شخص آخر لم يقع عليه التراضى أصلا، فإيجابه حينئذ إيجاب لما لم يتراضيا عليه، و كونه أقرب إلى المعقود عليه لا يستلزم وجوبه، لأن المهر الذى يجب بالعقد هو ما يتراضيا عليه، و لا يلزم من التراضى بأحد المثليين التراضى على الآخر.

و ما فى المسالك- من «ان الجزئى الذى وقع عليه التراضى و إن لم يساوه غيره من أفراد الكلى إلا أن الأمر لما دار بين وجوب مهر المثل أو قيمه الخمر أو مثل الخل كان اعتبار المثل أقرب الثلاثة، لأن العقد على الجزئى المعين اقتضى ثلاثه أشياء: ذلك المعين بالمطابقه، و إرادته الخل الكلى بالالتزام، و كون المهر واجبا بالعقد بحيث لا ينفك المرأه من استحقاقه، حتى لو طلق كان لها نصفه، أو مات أحدهما فجميعه، فإذا فات أحد الثلاثة و هو الأول يجب المصير إلى إبقاء الأخيرين بحسب الإمكان، إذ

«لا يسقط الميسور بالمعسور»(١)

و عموم «إذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم»(٢)

و هما لا يوجدان فى ضمن وجوب مهر المثل، لأنه لا يجب إلا بالدخول عند القائل به، و إمكان وجودهما فى ضمن قيمه الخمر قد عرفت فساده، فلم يبق إلا المثل، و لا شبهه فى أن الرضا بالخل المعين فى الظرف يستلزم إرادته

١- ١ رواه النراقى قده فى عوائده ص ٨٨ عن غوالى اللثالى عن أمير المؤمنين عليه السلام.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٤ ص ٣٢٦.

كون الخمر خلا- بخلاف قيمه ونحوها- من غرائب الكلام، فإنه على طوله لا محصل له، و لا ينطبق على شىء من القواعد الشرعيه، بل هى منافيه لها، فلا- ريب فى أن الأ-حسن من ذلك وجوب مهر المثل، وفاقا للفاضل فى أكثر كتبه، لعدم الرضا بالكلى إلا فى ضمن الشخصى المعين المفروض بطلانه بخروجه عن المالىه، فيرجع الأمر إلى ذكر مهر لم يسلم لهما، فينتقل إلى مهر المثل.

و إشكاله فى المسالك- بأن مهر المثل ربما كان زائدا عن قيمه الخل كثيرا فلا يكون مقصودا للزوج أصلا أو ناقصا كثيرا فلا يكون مقصودا للزوجه و لا مرضيا به و قد

قال عليه السلام (١): «المهر ما تراضى عليه الزوجان»

و لا- يرد مثله فى وجوب مثل الخل، لأن ذلك أقرب إلى ما تراضيا عليه، بل ربما لم يخالف ما تراضيا عليه إلا بمشخصات لا دخل لها فى المقصود و لا فى المالىه، فيلغو عند حصول هذا العارض- واضح الفساد، ضروره عدم القصد و الرضا فى وجوب مهر المثل الثابت بالشرع قهرا عليهما، و الأقربيه لا دخل لها فى إيجاب غير المذكور فى العقد، و الكليه التى فى ضمن الجزئى بعد فرض وقوع القصد و الرضا عليه غير ملاحظه و لا منظور إليها كما هو واضح لا يحتاج إلى بيان.

و كذا الكلام فيما لو تزوجها على عبد فبان حرا أو مستحقا بل الرجوع فى مثله إلى مهر المثل أقوى من الأول، إذ لا مثل للحر كى يدفع عوضه و لا قيمه، و دفع قيمته بعد تنزيله عبدا لم يقع عليها العقد.

هذا و فى المسالك بعد ما سمعت «هذا كله فى المثلى كالخمر أما القيمى كالعبد إذا ظهر حرا فالانتقال إلى قيمته لقيامها مقام المثل فى المثلى، و ليس هذا كالقول الثالث، لأن ذاك يعتبر قيمه العين بالوصف الواقع الذى امتنع صحته عليه بواسطته، و هنا اعتبرت القيمه باعتبار الوصف المقصود لهما، و على هذا فيسقط القول الثالث فى القيمى، لأن الحر لا- قيمه له، نعم لو ظهر مستحقا كان اعتبار قيمته جاريا على القولين، و على هذا فالقول بالمثل متعذر فى القيمى مطلقا، و بقيمه الواقع

فى الحر؁ فليس فيه إلا القول بقيمته عبدا أو مهر المثل؁ فإطلاقهم تشبيه الحكم فى مسأله الحر بظرف الخمر لا يأتى على إطلاقه؁ بل يحتاج إلى تنقيح» قلت:

هو متأت بناء على وجوب مهر المثل لفساد المسمى؁ سواء كان مثليا أو قيميا؁ أما على القولين الآخرين فليس إلا القيمه و لو بفرض العبد حرا؁ نعم قد يتأتى بناء على ما سمعته منه فى توجيه القول الثانى احتمال وجوب عبد عليه بأوصاف الحر الذى وقع عليه العقد؁ و إن كان هو كما ترى كأصله.

بقى شىء و هو أن ظاهر العلامه فى القواعد الفرق بينما لو ظهر خمرا أو حرا و بينه لو خرج مستحقا؁ فحكم فى الأولين بمهر المثل و فى الأخير بالمثل أو القيمه؁ و احتمال مهر المثل احتمالا؁ و لم يظهر لنا وجه الفرق؁ ضروره اقتضاء ما سمعت مهر المثل مطلقا إذ ليس هو من قبيل ما إذا تلف المهر فى يد الزوج بعد صحته فى العقد كما هو واضح.

و على كل حال فلو أمهرها عباين مثلا فبان أحدهما حرا لم ينحصر الصداق فى الآخر كما عند أبى حنيفه لأنها لم ترض به؁ بل يجب لها بقدر حصه الحر من مجموع المسمى إذا قوما من مهر المثل بناء على المختار؁ إذ هو مقتضى الجمع بين الأدله و كون المذكور فى العقد قائما مقام مهر المثل؁ يعنى أنه لولاه لوجب هو بالدخول؁ فان فات أجمع ثبت بتمامه؁ و إن فات بعضه ثبت فيه بمقدار الفات على النسبه؁ هذا كله على المختار؁ و إلا فبناء على وجوب دفع القيمه فيجب دفع قيمه الفات؁ كما هو واضح؁ و فى محكى التحرير «هل لها المطالبه بقيمتها و دفع الآخر؟ إشكال» قلت: لا إشكال عندنا بناء على عدم الفساد بتبعض الصفقه عندنا؁ و لا- دليل على الخيار؁ نعم يحكى عن الشافعيه هنا أقوال بناء على الخلاف فى تفريق الصفقه؁ فإن بطل به بطل هنا؁ فلها مهر المثل أو قيمتهما على القولين؁ و إن اختارت فيما أن يلزمها الرضا بالباقي خاصه أو ليس عليها ذلك؁ بل لها المطالبه بقيمه الآخر أو ما يخصه من مهر المثل؁ و قد عرفت أن المتجه الأخير؁ اللهم إلا أن يثبت بها خيار فى المهر بهذا التبعض؁ فتفسخه حينئذ و ترجع إلى مهر المثل؁ بل

لعل المتجه حينئذ ما سمعته من أبي حنيفة من الرضا خاصه أو الفسخ و الرجوع إلى مهر المثل، و الله العالم.

و إذا تزوجها بمهر سرا و بآخر جهرا كان لها الأول عندنا، سواء كان هو الزائد أو الناقص، بلا خلاف و لا إشكال إذا كان قد أوقع العقد معها بمهر معين سرا ضروره كون الثاني لغوا فلا- يفيد شيئا، نعم عن بعض العامه الخلاف في ذلك، و لهم فيه تنزيلات مختلفه لا- تنطبق على الأصول و الضوابط الشرعيه، و إن كان المراد بذلك الاتفاق على ذكر ألفين مثلا ظاهرا و على الاكتفاء بألف باطنا في عقد واحد بأن يتواطئا على إرادته الألف بعباره الألفين.

ففي المسالك «فيه وجهان مبنيان على أن اللغات هل هي توقيفيه أو اصطلاحيه؟ و على أن الاصطلاح الخاص يؤثر في الاصطلاح العام و بغيره أم لا-؟ فعلى الأول يفسخ المهر، لأن الألف غير ملفوظه، و الألفين غير مقصوده، و لم تقع عبارته عنا لمباينتها لها، و ينتقل إلى مهر المثل، و على الثاني يحتمل الصحه، و يكون المهر الألف، لاصطلاحهما عليه، و كون الألفين بوقوع العقد عليه باتفاقهما، و الوضع العام لا يتغير، و هذا الاحتمال يجرى أيضا على الأول، و قطع في المبسوط بوقوع ما يلفظانه، و لا- يلتفت إلى ما اتفقا عليه سرا، محتجا بأن العقد وقع صحيحا سرا كان أو علانيه، و فيه نظر يعلم مما قرناه- إلى أن قال- و هذه الصوره لم يتعرض لها من أصحابنا غير الشيخ، و كانت أحق بالبحث من الأولى لدقه مدركها و خفاء حكمها».

قلت: عدم تعرض الأصحاب لوضوحها، ضروره اعتبار الألفاظ بسبب دلالتها على إرادته الالفاظ مدلولها، فمع فرض العلم بعدم إرادتهما المعنى من اللفظ لا جهه لالتزامهما بمعناه، و لا مدخلية لتوقيفيه اللغات و اصطلاحيتها في ذلك، إذ مع تسليم الأول إنما يكون ذلك على سبيل الغلط في اللغه منهما، و لا يعتبر فيما عدا صيغه النكاح من مهر و غيره الجريان على القانون العربى، و لعله إلى ذلك أشار

الباقر عليه السلام في خبر زواره(١) في «رجل أسر صداقا و أعلن أكثر منه فقال: هو الذى أسر،

و كان عليه النكاح».

و ما فى كشف اللثام- من أن الصواب حملة على أن يعقد سرا و إرادته ذلك من

قوله: «و كان عليه النكاح»

- مناف لظاهرة أو صريحه، كما أن ما فيه أيضا- من أنه لا يبعد القول بفسادهما، لخلو العقد عن الأول، و خلو لفظه عن قصد الثانى- واضح الضعف أيضا، لعدم خلو العقد بعد تواطى المتعاقدين على إرادته من اللفظ و إن كان لا يفيد لغه لا حقيقه و لا مجازا.

و أوضح منه فسادا ما سمعته من المبسوط الذى حكى مثله فى كشف اللثام عن المهذب من كون اللازم المذكور فى العلانية، لأنه الذى وقع عليه العقد، و لا يعدل فى الألفاظ عن موضوعاتها باصطلاح خاص بين اثنين، ضروره أنه لا وجه لالتزامهما بما لم يريداه و لم يتراضيا عليه، و ليس ذا عدولا عما كان بينهما فى السر، إذ هو خلاف المفروض، و كان عدم تعرض الأصحاب لهذه الصورة لوضوحها و إن قال فى المسالك ما سمعت، لكن قد عرفت وضوح الأمر فيها.

نعم قد يتصور صورته أولى بالنظر منهما، و هى ما لو تواطئا فى السر مثلا على شىء خاص و أظهرها فى العلانية غيره مرادين ذكره فى العقد قاصدين معناه، إلا أنهما قد تواطئا على عدم الالتزام به، و لم يريداه به ما تواطئا عليه فى السر على وجه يكون كالأستعمال فيه، ضروره إشكال ما تواطئا عليه سرا لعدم ذكره فى العقد و لو استعمالا غلطا، كالأشكال فى التزام ما وقع بالعلانية بعد فرض عدم قصدهما معا إلى عدم إيراد الالتزام به بالعقد و إن ذكره فيه قاصدين معناه لكنه صورى، مع احتمال أخذا بما وقع فيه و إن لم يقصدا الالتزام به، لكون العقد ملتزما شرعيا غير متوقف على القصد، و إن كان الأقوى الأول.

كما أن الأقوى كون مثل هذا العقد مما لم يذكر فيه مهر، فلا يلزم بما فى السر و العلانية إلا إذا أراداه فيه و بنياه عليه على وجه يضمراه فيه بقريته بينهما، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و المهر مضمون على الزوج حتى يسلمه إلى الزوجه عينا كان أو دينا أو

منفعه أو عملا بلا خلاف و لا إشكال، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى أصول المذهب و قواعده في الجملة.

إنما الكلام في أنه هل هو ضمان معاوضه لقوله تعالى (١) «وَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ» و إطلاق اسم الثمن عليه، و التعبير بلفظ المعاوضه في نحو «زوجتك بكذا» و جواز من التمكين قبل القبض، و رده بالعيب كما ستعرف، و نحو ذلك، أو ضمان يد كالعاريه المضمونه، و المقبوض بالسوم و نحوهما، لتسميته نحل، و جواز خلو العقد عنه، و عدم انفساخه بتلفه، و عدم سقوطه بامتناعها من التمكين إلى الموت، و نحو ذلك؟ المعروف عندنا الثاني، بل لم أجد الأول قولاً لأحد من أصحابنا، و إنما هو لبعض العامه، إذ لو كان ضمان معاوضه لاقتضى تبعض العقد، ضروره عدم انفساخه بتلفه، الذي هو ليس بأولى من عدمه من أول الأمر، و إنما يفسخ بالنسبه إليه خاصه، و هو تبعض للعقد من غير دليل شرعى، فليس هو حينئذ إلا ضمان معاوضه.

و لذا قال الشيخ في المحكى من مبسوطه بعد أن حكى عن العامه الخلاف:

«و الذى يقتضيه مذهبنا في كل مهر معين إذا تلف فإنه يجب قيمته، و لا يجب مهر المثل، و أما المهر إذا كان فاسدا فإنه يوجب مهر المثل بلا شك» و ما سمعته منا و من الفاضل من وجوب مهر المثل فيما لو بان خمرا و نحوه

إنما هو إذا بان فساد، لا ما إذا كان صحيحا ثم تلف، و البحث السابق في الصحه و لو باعتبار إرادته القيمه أو المثل و الفساد، و قد عرفت أن الأقوى الأخير.

و حينئذ في الفرض لو تلف قبل تسليمه بفعل المرأه برىء و كان الإتلاف منها كالقبض، و إن تلف بفعل أجنبي تخيرت بين الرجوع على الأجنبي أو الزوج و إن كان لو رجعت على الزوج رجوع هو به على الأجنبي، و إن تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد كان ضامنا له بمثله إن كان مثليا، و بقيمته إن كان قيميا، و الأقوى اعتبار قيمته وقت تلفه و إن طالبته

به فمّنه لا لعذر كما فى نظائره على قول مشهور لنا، لأنه وقت الانتقال إليها، و أما القول بضمان أعلى القيم من حين العقد إلى حين التلف أو من حين المطالبه به إن كانت إليه فقد عرفت فساده فى نظائره المسأله فى محالها، نعم لو كان نقصان القيمه لنقصان فى العين و لو السمن لا لتفاوت السوق ففى احتمال ضمان ذلك الفاتئ قوه كما ذكرناه فى محله، و يأتى إن شاء الله فى الغصب له تتمه.

هذا و فى المسالك «أن القول بالقيمه يوم التلف ليس هو المشهور و إن كان هو المنصور، بل المشهور خلافه، و سيأتى فى الغصب نقل المصنف عن الأكثر ضمان المغصوب بقيمته يوم الغصب لا يوم التلف، فناسبه القول هنا بضمان قيمته يوم العقد، لكن لا قائل به هنا معلوما، و كيف كان فاعتبار يوم التلف ليس هو القول المشهور و لا محل توقف عند المصنف، فان اقتصاره على نسبه إلى القول يؤذن بتوقف فيه أو تمريض، و إنما المراد ما ذكرناه سابقا من حكم ضمان القيمه أو المثل لا مهر المثل فإنه محل البحث و الاشكال» قلت: قد عرفت أنه ليس محل بحث و لا إشكال عندنا لما يناسب المصنف التوقف فيه، و أما القول بالضمان يوم التلف فهو إن لم يكن المشهور فهو قول مشهور لنا، و قوته ظاهره كما حرر فى محله.

و لو وجدت به عيبا سابقا كان لها رده بالعيب، و الرجوع إلى قيمته بناء على ضمان اليد، و لها إمساكه بالأرش، لأن العقد انما وقع على السليم، فإذا لم تجده كذلك أخذت عوض الفاتئ، و هو الأرش، كذا ذكروه بلا خلاف فيه.

لكن قد يشكل (أولا) باقتضاء رده فسخ العقد بالنسبه إليه، و هو تبعض محتاج إلى الدليل، و (ثانيا) أن مقتضى ذلك الرجوع إلى مهر المثل، ضروره أنه بعد رده يكون العقد خاليا عن المهر، و الرجوع إلى القيمه إنما هو فى الواجب بالعقد التالف فى يد الزوج، بل قد يشكل الأرش أيضا و إن ثبت فى المبيع بدليل خاص، مضافا إلى أنه جزء من الثمن مقابل الجزء الفاتئ من المبيع، فالمتجه ملاحظته هنا بالنسبه إلى مهر المثل، نحو ما سمعته سابقا فيما لو أمهرها بعبدین فبان حريه أحدهما (و بالجملة) إثبات هذا الحكم الذى هو الخيار بين الرد

و أخذ القيمه و بين الإمساك و أخذ الأرش بغير دليل مشكل، لعدم وفاء القواعد به، اللهم إلا أن يكون إجماعاً، فهو الحجج حينئذ، هذا كله في العيب قبل العقد.

و أما لو عاب بعد العقد قيل و القائل الشيخ في محكى الخلاف و موضع من المبسوط و القاضى فى محكى المهذب كانت بالخيار أيضا فى أخذه مع الأرش، لكونه مضمونا عليه ضمان يد أو أخذ القيمه بعد رده، لأن العقد وقع عليه سليما فإذا تعيب كان له رده، و لو قيل: ليس لها القيمه لأصاله لزوم ملكها له و إنما لها عينه و أرشه لكونه مضمونا ضمان يد كان حسنا بل فى القواعد أنه الأقرب، و هو كذلك.

و كيف كان ف لها أن تمتنع (١١) قبل الدخول بها من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها (١٢) اتفاقاً، كما فى كشف اللثام و غيره، لأن النكاح مع الاصداق معاوضه بالنسبه إلى ذلك، لاتحاده معها فى الكيفيه المقتضيه أن لكل من المتعاضين الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض، و ل

خبر زرعه عن سماعه (١) «سأله عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته فى حل من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه»

و للخرج و العسر و الضرر و الظلم عليها إن لم يكن لها الامتناع، لأن للبضع عوضاً بالإجماع، كان النكاح معاوضه أو لا و لاستفاضه

الأخبار (٢)، بأن ما يعطيها الزوج فتمكنه من الدخول به استحلت فرجها.

هذا و لكن فى محكى الحدائق تبعاً لنهايه المرام أنه ليس لها ذلك، و لا له، بل كل منهما مخاطب بأداء ما عليه عصى الآخر أو أطاع، و فيه ما لا يخفى، ضروره اقتضاء

١- ١ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧- من أبواب المهور و الباب- ٨- منها الحديث ١٣ و الباب- ٣٣- منها الحديث ١ و الباب- ٢٧- من

أبواب المتعه الحديث ٣ و الباب- ٢٨- منها الحديث ١.

المعاوضه ما عرفت.

نعم قد يشكل ذلك هنا بالنسبه إلى الزوج فيما لو امتنعا جميعا من التسليم حتى يقبض، فان المذكور فى المسالك و كشف اللثام «إبداع المهر من يثقان به، فإذا وطأها قبضته، لأن الوطء فى النكاح هو القبض، إذ البضع لا يدخل تحت اليد و إن كانت الزوجه أمه، لأن ملك الرقبه لغير مالك الاستمتاع، و لهذا لا يجب عليه عوض البضع بالغصب ما لم يظأ».

قلت: هو - مع أن الوضع فى يد العدل حكم على الزوج - لا- دليل على وجوب امتثاله بناء على ثبوت الحق لكل منهما بمقتضى المعاوضه، و إن وجهه فى المسالك بأنه طريق جمع بين الحقين، و عليه لا ينحصر الأمر فى ذلك، إذ الطرق متعدده قد يشكل بظهور الفتاوى كالعباره و نحوها باستحقاق المرأه تسليم المهر أولا، خصوصا مع اعتبار ذلك فى النكاح، و النصوص (١)الداله على عدم الدخول بها حتى يقدم لها و

لو شيئا، و ما سمعته سابقا فى نكاح المتعه الذى لا فرق بينه و بين المقام بالنسبه إلى ذلك على الظاهر، بل هو المأثور و السنه فى النكاح.

و من هنا احتمل فى المسالك و كشف اللثام أنه يجبر الزوج على التسليم، لأن فائت المال يستدرك دون البضع، و الإيقاف إلى أن يبادر أحدهما بالتسليم، فيجبر الآخر، و إن رد الأخير فى المسالك بأنه قد يؤدي إلى بقاء النزاع بعدم بدأه أحدهما، و لا بد من نصب طريق شرعى يحسم مادته، و هو كذلك، أما الاحتمال الأول فهو متجه و إن لم يكن فيه جمع بين الحقين، لعدم حق للرجل فى الفرض بناء على ما عرفت، و لا- استبعاد فى اختصاص النكاح بذلك الذى هو ليس معاوضه حقيقه، و يكفى فى مشابهته لها فى طرف واحد.

و على كل حال ذلك لها سواء كان الزوج موسرا أو معسرا ضروره أن إعساره و إن أسقط حق المطالبه عنه بالأدله الشرعيه (٢)لكنه لا يرفع حقها المستفاد

١-١ الوسائل الباب-٧- من أبواب المهور.

٢-٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٨٠ و الوسائل الباب-٢٥- من أبواب الدين و القرض من كتاب التجاره.

من المعاوضه، فما عن ابن إدريس - من منعها من الامتناع للإعسار المانع من المطالبه - واضح الضعف، إذ امتناع المطالبه لا يوجب تسليم المعوض قبل العوض، و إنما يختلف الحال بالايثار و عدمه بالإثم و استحقاق النفقه و إن لم تسلم نفسها إذا بذلت التمكين بشرط تسليم المهر، لأن المنع حينئذ بحق، فلا يقدر في التمكين، و أما مع إعساره فلا إثم عليه بالتأخير، و في استحقاقها النفقه حينئذ وجهان: من انتفاء التمكين، إذ هو متعلق بأمر ممتنع عادة، و هو الذى جزم به الشهيد فيما حكى من شرح الإرشاد، و من أن المنع بحق كالموسر، لاشتراكهما فى بذل التمكين بشرط تسليم المهر، و امتناع التسلم عادة لا دخل له فى الفرق، مع جواز الاجتماع بالاقتراض و نحوه، و هذا يتجه كما اعترف به فى المسالك.

و فيها أيضا «أنه فرق مع عدم الدخول بين كونها قد مكنت منه فلم يقع و عدمه، فلها العود إلى الامتناع بعد التمكين إلى أن تقبض المهر، و يعود الحكم إلى ما قبله، لما تقرر أن القبض لا يتحقق فى النكاح بدون الوطاء» قلت: قد يقال:

إن ذلك منها إسقاط لحقها و ليس فى الأدله تعليق الحكم على الوطاء.

و من ذلك يعرف الحال فيما لو كان المهر كله مؤجلا - فإنه ليس لها الامتناع قطعا، لثبوت حقه عليها حالا، فان امتنعت و حل المهر لم يكن لها الامتناع أيضا وفاقا لما عن الأكثر، لاستقرار وجوب التسليم عليها قبل الحلول، فيستصحب، و لأنهما عقدا و تراضيا على أن لا يقف تسليم أحد العوضين على تسلم الآخر، فبناء المعاوضه حينئذ على سقوط حق الامتناع بالنسبه إليها.

لكن و مع ذلك قد احتمل جواز الامتناع لها، بل ربما حكى عن إطلاق النهايه، لمساواته بعد الحلول للحال، و لأن الأصل فى المتعاضين جواز الامتناع من التسليم قبل التسلم، و انما يتخلف لمانع من تأجيل أحدهما دون الآخر، فالزمان قبل الحلول مانع من الامتناع، فإذا حل ارتفع المانع، و فيه أن الأصل استحقاق التسلم بالتسليم، و استحقاق كل منهما على الآخر التسليم لا الامتناع، و أيضا قد عرفت اقتضاء المعامله عدم الامتناع.

و لو كان بعض المهر حالاً- و بعضه مؤجلاً فلكل واحد حكم نفسه، فلها أن تمتنع حتى تقبض الحال دون المؤجل و إن قل كما قرر.

و من ذلك أيضا يعرف الحال في أنه هل لها ذلك أى الامتناع بعد الدخول؟ قيل و القائل المفيد فيما حكى عن مقننته، و الشيخ فيما حكى من مبسوطه نعم لها ذلك، لأن أحد العوضين و هو منفعة البضع تتجدد لا يمكن قبضه جملة، و المهر بإزاء الجميع، فبالإقباض، فجاز الامتناع، و لعموم العسر و الحرج و الضرر و الظلم.

و قيل: لا و هو مع كونه أشهر، بل المشهور، بل عن السرائر الإجماع عليه- أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأن الاستمتاع حق لازم بالعقد خرج منه الاستمتاع قبل القبض بالإجماع، فيبقى الباقي على أصله، و لما سمعته من سقوط حقها برضاها، و لا دليل على عوده.

بل في المسالك «و في معناه ما لو سلم الولي من ليست بكامله و لم يقبض الصداق، فهل لها الامتناع بعد الكمال حتى تقبضه؟ وجهان، و أولى بعدم الجواز لأن تسليم الولي شرعى، إلا أن يمنع من جواز تسليمه لها قبل قبض المهر كغيره من المعاوضات، فتساوى المكرهه في الحكم» و هو كما ترى.

على أنه قد ذكر في المسالك في مقدماته في المسألة «أنه هل يشترط في القبض وقوعه طوعاً أم يكتفى به مطلقاً؟ وجهان: من حصول الغرض، و انتقال الضمان به كيف اتفق، و من تحريم القبض بدون الاذن، فلا- يترتب عليه الأثر الصحيح، و الحق أن بعض أحكام القبض متحققه كاستقرار المهر بالوطء كرها، و بعضه غير متحقق قطعاً كالفقه، و يبقى التردد في موضع النزاع حيث يدخل بها كرها هل لها الامتناع بعده من الإقباض حتى تقبض المهر أم لا؟ قلت: لا وجه للتردد هنا ضروره عدم دليل على سقوط حق الامتناع بالوطء حتى أنه يصدق مع الإكراه، و إنما هو حق اقتضته المعاوضه التي لا- فرق في اقتضاها بين حالى الاختيار و الإكراه،

بخلاف استقرار المهر الذى كان الحق عليه فيه لا له، فإن إكراهه لها أولى فى إفاده الاستقرار، والله العالم.

و لو لم يكن المرأه مهياًه للاستمتاع بأن كانت مريضه أو محبوسه لم يلزمه تسليم الصداق بناء على اشتراط وجوبه عليه بالتقابض من الجانبين، و قد يشكل ذلك بما لو كان قد عقدها غير مهياًه للاستمتاع، ضروره أنه هو الذى قد أقدم على تعجيل حقها دونه، نحو ما ذكروه فى الصغيره التى لا يصلح للجماع إذا طلب الولى المهر، فإنه و إن قال فى المسالك: «فيه وجهان: من تعذر التقابض من الجانبين، لعدم إمكان الاستمتاع، و هو خيره الشيخ فى المبسوط، و من أن الصداق حق ثابت، و قد طلبه المستحق، فوجب دفعه إليه، و عدم قبض مقابله من العوض قد أقدم الزوج عليه، حيث عقد كذلك، و أوجب على نفسه المال فى الحال، كالعكس لو كان المهر مؤجلاً» لكن لا ريب فى أن الأخير هو الأقوى، كما اعترف هو به و الفاضل فى القواعد، خلافاً للمحكى عن المبسوط و الكافى من العدم، لتعذر التقابض.

و محل الإشكال فى الصغيره ما لو لم تصلح للاستمتاع مطلقاً أما لو صلحت لغير الوطء فطلبها الزوج لذلك ففى وجوب إجابهته وجهان: من تحقق الزوجيه المقتضيه لجواز الاستمتاع، فلا يسقط بعضه بتعذر بعض، فيجب التسليم للممكن، و من أن القصد الذاتى من الاستمتاع الوطء و الباقي التابع، فإذا تعذر المتبوع انتفى التابع، و إمساكها لغير ذلك حضانه، و الزوج ليس أهلاً لها، و إنما هى حق للأقارب، و لأنه لا يؤمن إذا خلا بها أن يأتيها فتتضرر، و على هذا فلو بذلت له لم يجب عليه القبول، لأن حقه الاستمتاع و لم يخلق فيها، و لو وجب للزمه نفقه الحضانه و التربيه، و فى المسالك «و هذا أقوى، و هو خيره المبسوط» قلت: و هو المحكى عن التحرير أيضاً، لكن قد يحتمل وجوب التسليم إن طلبها، لإمكان الاستمتاع بغير الوطء كالحائض، خصوصاً فى الكبيره المريضه، نعم قد يقوى المنع إذا لم يؤمن منه المواقعه.

و لو كانا صغيرين و طلب الولى المهر من الولى فالوجهان فى الكبير مع

الصغيره، بل و أولى بعدم الوجوب لو قيل به ثم، لكن قد عرفت هناك أن الأقوى الوجوب، فالمتجه حينئذ ذلك هنا أيضا، و لو انعكس فكانت كبيره و الزوج صغير فالوجهان أيضا، و عن المبسوط اختيار عدم وجوب تسليم المهر فى الجميع، كما لا تجب النفقه، محتجا بأن الاستمتاع غير ممكن، و فيه أنه يتم فى النفقه لا فى المهر.

هذا و فى القواعد «و لو منعت الزوجه مع تهيئتها للاستمتاع من التمكين لا للتسليم أى تسليم المهر إليها ففى وجوب التسليم إشكال» قلت: لا أعرف وجهها للإشكال بعد البناء على اقتضاء المعاوضه التقابض المفروض انتفاؤه فى المقام، و تسليم المهر إنما يجب إذ امتنعت من التسليم لتسلمه، فإنه الامتناع المشروع، فإذا امتنعت لغيره لم تبذل نفسها، فلم تستحق عليه المهر، و صدق الامتناع من التسليم، و إن لم يكن لأجل التسليم لا يوجب تسليم المهر عليه، كما هو واضح.

و لو دفع الصداق فامتنعت من التمكين أجبرت عليه إن لم يكن لها عذر، لوجود المقتضى لوجوبه و انتفاء المعارض، و فى القواعد «ليس له الاسترداد» و لعله لأنه حق لها، فهو كالدين المؤجل إذا تبرع المديون بتعجيل أدائه، قلت: قد يقال بناء على ما سمعته منا من وجوب تسليم المهر على الزوج أولا- له الاسترداد، فإنه يدفعه دفعا مراعى بسلامه العوض له، فإذا امتنعت من التمكين استرد، و فيها أيضا «أنه إذا سلم الصداق فعليه أن يمهلها مده استعدادها بالتنظيف و الاستحداد» أى إزاله الشعر بالحديد أو غيره، كما عن المبسوط مجرى العاده به، و لأنه ربما ينفر عنها إن لم تستعد له، و ربما يفهم من النهى (١) عن طروق الأهل ليلا

و قوله صلى الله عليه و آله (٢): «أمهلوا كى تمشط الشعثه و تستحد المغيبه».

١- ١ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب آداب السفر الحديث ٢ و ٣ من كتاب الحج.
٢- ٢ صحيح البخارى ج ٧ ص ٦ باب ١٠ من النكاح و صحيح مسلم ج ٦ ص ٥٥.

و أما التحديد بيوم و يومين و ثلاثة كما عن المبسوط فلعل المراد به التمثيل و أن العبره بزمان تستعد فيه، و عن المبسوط «أنه نص على عدم امهالها أكثر من ثلاثة أيام إذا استمهلت، لأن الثلاثة تسع لإصلاح حالها» قلت: لا يخفى عليك ما فى أصل الحكم حينئذ من الوجوب، ضروره عدم صلاحه مثل ذلك دليلا، و دعوى أن بناء استحقاقه تسليمها على ذلك واضحه المنع، لمنافاتها جميع ما دل على تسلط الزوج على الزوجه كتابا(١) و سنة(٢) و لعله لذا كان المحكى عن التحرير أنه استقرب عدم وجوب الإمهال للأصل السالم عن المعارض.

و لا-ريب فى عدم وجوب إمهالها لأجل تهيئه الجهاز، و لا لأجل الحيض، لإمكان الاستمتاع بغير القبل، كما هو واضح، و الله العالم.

و يستحب تقليل المهر بلا خلاف كما فى المسالك، ل

قوله صلى الله عليه و آله (٣): «أفضل نساء أمتى أصبحهن وجهها، و أقلهن مهرا»

و «إن من شؤم المرأة كثره مهرها»(٤)

و(٥)

«إن أعظم النكاح بركه أيسره مؤنه»

بل يكره أن يتجاوز مهر السنه، و هو خمسمائه درهم

لأنه صلى الله عليه و آله كما حكاه الباقر عليه السلام عنه (٦) «لم يتزوج و لا زوج بناته بأكثر من ذلك»

و «قد أمر أن يسن ذلك لأمته ففعل»(٧)

و حينئذ فما زاد عليه فهو شؤم المرأة الذى هو كثره مهرها،

و فى خبر حسين بن خالد(٨) عن أبى الحسن عليه السلام «أيا مؤمن خطب إلى أخيه حرمه

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧٩ و ٨٠ و ٨١- من أبواب مقدمات النكاح.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب المهور الحديث ٩.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥- من أبواب المهور الحديث ٨.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥- من أبواب المهور الحديث ٣ و ١٠ و فيهما « من بركه المرأة خفه مؤنتها» و فى سنن البيهقى ج ٧ ص

٢٣٥ « من أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا».

٤-٦ الوسائل الباب-٤- من أبواب المهور الحديث ٤.

٢-٧ الوسائل الباب-٤- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢-٨ الوسائل الباب-٤- من أبواب المهور الحديث ٢.

فبذل خمسمائه درهم فلم يزوجه فقد عقه و استحق من الله عز و جل أن لا يزوجه حوراء».

نعم فى المسالك «ظاهره أن الكراهه متعلقه بالمرأه و وليها لا بالزوج، و عبارته المصنف شامله لهما، و يمكن تعلق الكراهه به من حيث الإعانه عليه إن أمكنه النقصان، و إلا فلا كراهه عليه، و قد تقدم إمهارة الحسن عليه السلام امرأه مأه جاريه (١) قلت: ظاهر الفتاوى الكراهه أيضا للزوج، بل هو مستفاد من التأمل فى النصوص (٢) و الله العالم.

و كذا يكره أن يدخل بالزوج حتى يقدم مهرها أو شيئا منه أو غيره و لو هديه ل

خبر أبى بصير (٣) عن الصادق عليه السلام «إذا تزوج الرجل المرأه فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئا، درهما فما فوقه أو هديه من سويق أو غيره»

و لا يحرم للأصل و قصور الخبر عن إفاده الحرمة، و

خبر عبد الحميد الطائى (٤) قال له: «أتزوج المرأه و أدخل بها و لا أعطيها شيئا، فقال: نعم يكون دينا عليك».

١-١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب المهور الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب- ٤ و ٥ و ٩- من أبواب المهور.

٣-٣ الوسائل الباب- ٧- من أبواب المهور الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ٨- من أبواب المهور الحديث ٩.

[الطرف الثاني في التفويض]

إشاره

الطرف الثاني في التفويض و هو لغه إيكال الأمر إلى الغير، و منه «أَفْوَضُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ»^(١) و قد يطلق و يراد به الإهمال، و منه «لا يصلح الناس فوضى لا سراهم»^(٢).

و على كل حال ف هو قسمان: تفويض البضع و تفويض المهر،

[القسم الأول تفويض البضع]

إشاره

أما الأول فهو أن لا يذكر في العقد مهرا أصلا، مثل أن يقول الوكيل:

زوجتك فلاننه أو تقول هي: «زوجتك نفسى» فيقول الزوج قبلت و حيثئذ هو من التفويض بمعنى الإهمال، ضروره عدم ذكر المهر فيه.

[مسائل]

[المسأله الأولى ذكر المهر ليس شرطا فى صحه العقد]

الأولى قد عرفت فيما تقدم أيضا أنه لا خلاف فى أن ذكر المهر ليس شرطا فى صحه العقد، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى ظاهر آيه لا جُنَاحَ^(٣) و النصوص^(٤) المستفيضة أو

المتواتره، و حيثئذ فلو تزوجها و لم يذكر مهرا فى العقد أو شرط أن لا مهر صح العقد قطعا مع إرادته نفى المهر المسمى فى العقد، أما لو أرادت نفيه حال العقد و ما بعده و لو بعد الدخول فلا خلاف و لا إشكال

١- ١ سورة غافر: ٤٠- الآيه ٤٤.

٢- ٢ هذا مصراع من شعر الأفوه الأودى من شعراء العصر الجاهلى و تمام البيت « لا يصلح الناس فوضى لا سراهم و لا سراهم إذا جهالهم سادوا»

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٤-٤ الوسائل الباب- ١٢ و ١٣ و ٢١- من أبواب المهور و الباب- ٥٨- منها الحديث ٤ و ٧ و ٨ و ١١ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢.

فى فساد الشرط، بل المعروف فساد العقد أيضا، و لعله ل

صحيح الحلبي (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر، فقال: إنما كان هذا للنبي صلى الله عليه وآله، فأما لغيره فلا يصلح هذا حتى يعوضها شيئا يقدم إليها قبل أن يدخل بها، قل أو كثر و لو ثوب أو درهم، و قال: يجزئ الدرهم»

و فى صحيح زراره (٢) عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن قول الله عز و جل وَ امْرَأَةٌ مُؤْمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ (٣) فقال: لا تحل الهبة إلا لرسول الله صلى الله عليه وآله، و أما غيره فلا يصلح نكاح إلا بمهر»

و فى المرسل عن عبد الله بن سنان (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى امرأه وهبت نفسها لرجل أو وهبها له وليها، فقال: لا، إنما كان ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله، و ليس لغيره إلا أن يعوضها شيئا، قل أو كثر»

و فى مرسل ابن المغيرة (٥) عنه عليه السلام أيضا «فى امرأه وهبت نفسها للرجل من المسلمين، قال: إن عوضها كان ذلك مستقيما».

خلافًا للمحكى عن الشيخ من الصحة، لأنه بمعنى «لا مهر عليك» فإنه أيضا نكره منفيه تفيد العموم، فكما خص ذلك بمجرد العقد فكذا هنا، و رد بأن العام يقبل التخصيص بخلاف التنصيص.

و فيه أن مرجع كلام الشيخ إلى فساد الشرط فى الفرض دون العقد، ضروره كون محل البحث مع إرادته عدم التخصيص، فليس حينئذ إلا القول بعدم التلازم بين فساد الشرط و بين فساد العقد هنا، و لذا لم يفسد بفساد ما يذكر فيه من المهر الذى هو أعظم من الشرط باعتبار ذكره بصوره العوض، و ربما يؤيده ما تسمعه فيما يأتى من أن المعروف بين الأصحاب عدم فساد عقد النكاح بفساد الشرط فيه و لا صراحه فى النصوص السابقه فى فساد العقد، بل قد يظهر من بعضها الصحة و إن وجب عليه أن يدفع عوضا، و لا يخلو من قوه، و ربما احتتمل صحة العقد و فساد التفويض، فيثبت حينئذ مهر المثل بمجرد العقد،

١-١ الوسائل الباب-٢- من أبواب عقد النكاح- الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب عقد النكاح- الحديث ٤.

٣-٣ سورة الأحزاب: ٣٣- الآية ٥٠.

٤-٤ الوسائل الباب-٢- من أبواب عقد النكاح- الحديث ٣.

٥-٥ الوسائل الباب-٢- من أبواب عقد النكاح- الحديث ٥.

و لا ريب فى ضعفه، لأن غاية فساد الشرط كونه فى حكم السكوت عن المهر.

و على كل حال فان طلقها قبل الدخول فلها المتعه حره كانت أو مملوكه، و لا مهر بلا خلاف أجده، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، مضافا

إلى ظاهر الكتاب (١) و السنه المستفيضه أو المتواتره (٢) فما عن مالك و جماعه من العامه من استحباب المتعه نظرا إلى قوله تعالى فى آخر الآيه (٣) «حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» واضح الضعف، ضروره عدم اقتضاء ذلك الخروج عن ظاهر الأمر فى الكتاب و السنه، بل مقتضى قوله: «حقا» و قوله: «على» الوجوب، و المراد بالمحسنين: من يحسنون بفعل الطاعه و اجتناب المعصيه، و خصهم بالحكم تشريفا لهم، أو أن المراد من أراد أن يحسن فهذا طريقه و هذا حقه، بأن يعطى المطلقات ما فرض الله لهن.

و إن طلقها بعد الدخول و قبل الفرض فلها مهر أمثالها و لا- متعه بلا- خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى المعتبره المستفيضه: منها

الصحيح (٤) «عن رجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال:

لها مثل مهور نساءها، و يمتعها»

و نحوه الموثقان (٥) «فى رجل تزوج امرأه و لم يفرض لها صداقا، قال: لا شىء لها من الصداق، فان كان دخل بها فلها مهر نساءها».

فان مات أحدهما قبل الدخول و قبل الفرض فلا مهر لها و لا متعه عندنا للأصل، و

صحيح الحلبي (٦) عن الصادق عليه السلام «فى المتوفى عنها زوجها قبل الدخول إن كان فرض

لها زوجها فلها، و إن لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر»

و ما رواه بعض العامه عن النبى صلى الله عليه و آله (٧) من أنه «قضى فى تزويج بنت واشق و قد

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٨ و ٤٩ و ٥٠- من أبواب المهور.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٦.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب المهور الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب المهور الحديث ٢ و ٣.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب المهور الحديث ٢٢.

نكحت بغير مهر فمات زوجها بمهر نسائها و الميراث»

غير ثابت عند الأكثر منهم فضلا عنا و غيره (١) خلافا لبعض العامة فأوجب مهر المثل.

و فيه أنه لا- يجب مهر المثل عندنا بالعقد، و إنما يجب بالدخول المفروض انتفاؤه، خلافا لبعضهم، فأثبتته فيه، و لا ريب في ضعفه، بل ظاهر الكتاب و السنه و الإجماع على خلافه.

[المسألة الثانية المعبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف و الجمال و عادة نسائها]

المسألة الثانية المعبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف و الجمال و عادة نسائها و السن و البكاره و العقل و اليسار و العفه و الأدب و أصدادها (و بالجملة) ما يختلف به الغرض و الرغبة اختلافا بينا، فيكون المعبر حينئذ المثليه بالأهل و الصفات جميعا و إن

كنا لم نعثر في شيء مما وصل إلينا من النصوص على أزيد من

قول: «لها صداق نسائها» (٢)

و «مهر نسائها» (٣)

و «مهر مثل مهور نسائها» (٤)

اللهم إلا- أن يراد بنسائها من ماثلها بالصفات من نساء أهلها، ضروره كون ذلك نوعا من التقويم الذي ينبغي فيه ملاحظه كل ماله مدخله في ارتفاع قيمه و نقصانها حتى الزمان و المكان.

و منه يعلم الوجه فيما ذكره غير واحد من الأصحاب من اعتبار كون أقاربها في أهل بلدها، لتفاوت البلدان في المهور تفاوتنا بينا، فلو لم يعتبر البلد أشكال الأمر مع الاختلاف، و كما اعتبر الاختلاف في الصفات لإيجابه اختلاف

١- ١ هكذا في النسختين الأصليتين و الصحيح « و غيرهما» و الضمير يرجع الى الأصل و صحيح الحلبي، فإن الموجود في النسخه المخطوطه بقلمه الشريف كان « و لا- متعه عندنا للأصل و غيره» ثم أضاف في الهامش بعد قوله: « للأصل» قوله: « و صحيح الحلبي» إلى « فضلا عنا» و غفل عن تثنيه الضمير في قوله: « و غيره».

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب المهور الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب المهور الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب المهور الحديث ١.

المهر لزم اعتبار الاختلاف فى البلد، و الضرر العظيم إن لم نعتبر البلد، و لأن الظاهر منها الرضا بمهر أمثالها فى البلد إذا مكنت، و حينئذ، فاحتمال عدم اعتبار البلد لإطلاق الأخبار فى غير محله.

بل لما ذكرنا اعتبار المشهور الأقارب مطلقا من غير فرق بين من يرجع منهم إلى الأب أو

الأم، ضروره حصول الاختلاف فى ذلك، خلافا للمحكى عن المهذب و الجامع، فاعتبر الأقارب من قبل الأب دون الأم، قال: «فان لم يكن فغيرهم من ذوات الأرحام، فان لم يكن فمثلها من نساء بلدها» لكنه كما ترى فان اختلاف المهر بالنسبه إلى الأم و أقاربها شرفا و دناءه اختلاف بين، فلا بد من ملاحظته، لما عرفت أن ذلك نوع من التقويم، و حينئذ فالمثل مع مراعاة ذلك كله لا يختلف كقيمه الشىء نفسه، نعم قد يختلف بالنسبه إلى تقويم المقومين، و الظاهر أنه يجرى فيه ما جرى فى غيره مما اختلف فى تقويمه، فيؤخذ النصف من الاثنين، و الثلث من الثلاثة، و هكذا بعد جمع الجميع، أو نحو ذلك مما قرر فى محله.

بل الظاهر اعتبار مهر مثلها مع فرض عدم معرفه أقاربها من الأب أو الأم؛ فيلحظ مهر المرأه بالصفات فيها غير معرفه الأب و الأم و هكذا.

بل ربما ظهر من بعضهم ملاحظه حال الزوج بالنسبه إلى مهرها؛ لاختلاف مهر النساء باختلاف الأزواج اختلافا بينا، و لا يخلو من وجه، بل جزم به العلامة فى القواعد.

و من ذلك كله ظهر لك عدم الاختلاف فى مهر المثل حينئذ و إن اختلف مهور نساءها باعتبار الزيادة على مهر أمثالهن و النقيصه، فإن ذلك ليس اختلافا فى مهر، كما هو واضح.

ثم الواجب بالدخول أكثر مهر لمثلها من يوم العقد إلى الوطء أو يوم العقد؟

وجهان عند العامه، و لعل الأقوى عندنا ثالث، و هو يوم الدخول، لأنه هو يوم الثبوت فى ذمته، كقيمه المال المضمون، لكن فى قواعد الفاضل اعتبار يوم العقد،

و فيه ما لا يخفى.

و على كل حال ففى المتن و غيره تقييد مهر المثل ب ما لم يتجاوز مهر السنه و هو خمسمائه درهم و إلا رد، بل المشهور نقلا و تحصيلاً، بل عن الغنيه و فخر المحققين الإجماع عليه، و هو الحجه، مضافاً إلى

موثق أبى بصير(١) عن الصادق عليه السلام «سألته عن رجل تزوج امرأه فوهم أن يسمى صداقها حتى دخل بها، قال: السنه، و السنه خمسمائه درهم»

و إلى ما تقدم من

قوله عليه السلام أيضاً فى خبر المفضل ابن عمر(٢) «فمن زاد على ذلك رد إلى السنه، و لا- شىء عليه أكثر من الخمسمائه درهم»

و إلى معلوميه دون كل امرأه بالنسبه إلى بنات النبى صلى الله عليه و آله اللاتى (٣) لم

يتزوجن إلا بذلك (٤) و إلى فحوى ما ورد فيمن تزوج امرأه على حكمها من خبر زرارته(٥) و غيره (٦) و أنها لا تتجاوز ما سنه رسول الله صلى الله عليه و آله.

و المناقشه فى خبر أبى بصير مع فسادها فى نفسها مدفوعه بالانجبار بما عرفت، كالمناقشه فى دلالتها بأنها ليست من المفوضه باعتبار نسيان ذكر الصداق، ضروره أنك قد عرفت أن موضوع المفوضه يشملها، و كذا المناقشه فى بعض ما ذكر مؤيدا للحكم المدلول عليه بما عرفت، و حينئذ فلا محيص عن القول به، فما وقع من ثانى الشهيدين و بعض من تأخر عنه- من الوسوسه فى ذلك، بل جزم بعضهم بعدم التحديد بذلك، لإطلاق النصوص السابقه المؤيده بظهور إقدامها بلا ذكر مهر فى كون نظرها مهر أمثالها- واضح الفساد بعد الإحاطه بما ذكرناه، و الله العالم.

و المعبر فى المتعه عند المشهور بل عن الغنيه الإجماع عليه حال

١- ١ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب المهور الحديث ١٤.

٣- ٣ فى النسخه الأصلية «التي».

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤- من أبواب المهور الحديث ٤.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ١.

الزوج خاصه بالنسبه إلى السعه و الإقتار، لظاهر الآيه (١) و

خبر الكنانى (٢) عنه عليه السلام «إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف

مهرها فان لم يكن سمى لها مهرا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره و على المقتر قدره»

لكن قد يقال:

إن ذلك لا ينافى اعتبار حالها أيضا كما فى

صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام «فى رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئا، و

إن لم يكن فرض لها فليمتعها على مثل ما يمتع مثلها من النساء»

و خبر أبى بصير (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها- إلى أن قال:-

فإن لم يكن فرض لها شيئا فليمتعها على مثل ما يمتع مثلها من النساء».

بل عن المبسوط أن الاعتبار بهما جميعا عندنا، و قال قوم: الاعتبار به، لقوله تعالى (٥) «وَمَتَّعُوهُنَّ» إلى آخره و هذا هو الأقرب، و

منهم من قال:

الاعتبار بها بحسب يسارها و إعسارها و كمالها (و جمالها خ ل) و لعله أشار فى الأخير إلى ما عن الشافعى من اعتبار حالها

خاصه، نظرا إلى أنها عوض مهرها، فيعتبر فيها ما يعتبر فيه، لكن الكتاب و السنه و الإجماع بخلافه، و على كل حال فظاهر

الآيه (٦) و

كثير من النصوص (٧) اعتبار حالين للزوج: السعه و الإقتار.

لكن فى المتن و غيره تقسيمه إلى ثلاثة فالغنى يمتع بالدابه أو الثوب المرتفع أو عشره دنانير، و المتوسط بخمسه دنانير أو الثوب

المتوسط، و الفقير بالدينار أو الخاتم و ما شاكلة و لعله لعدم اقتضاء الآيه (٨) حصر المتعه فى شيئين:

عليا و دنيا، و ذلك لأن الناس ينقسمون باعتبار الإعسار و اليسار إلى ثلاثة: أعلى و متوسط و فقير، و لكل مراتب، فالغنى يمتع

بثوب نفيس أو فرس أو خادم أو

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب المهور الحديث ٨.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب المهور الحديث ٧.

٤-٤ أشار إليه في الوسائل في الباب -٤٨- من أبواب المهور الحديث ٧ و ذكره في الكافي ج ٦ ص ١٠٨.

٥-٥ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٦.

٦-٦ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٦.

٧-٧ الوسائل الباب -٤٩- من أبواب المهور.

٨-٨ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٦.

عشره دنائير أو نحو ذلك بحسب مراتبه في الغنى و إن كان يجزؤه كل من ذلك في أى مرتبه كان من الغنى، و يستفاد حكم الوسط حينئذ إما لظهور إرادته المثل من الموسع و المقتر، و إما لأن ذكر حكمها يقتضى حكمه، إذ هو موسع بالنسبه و مقتر كذلك، فله حينئذ الحاله الوسطى بين اليسار و الإقتار، و لعله إلى ذلك أوماً في

المحكى عن فقه الرضا عليه السلام (١) «يتمتعها منه قل أو كثر على قدر يساره، فالموسع يتمتع بخادم أو دابه، و الوسط بثوب، و الفقير بدرهم أو خاتم، كما قال الله: وَ مَتَّعُوهُمْ - إلى آخره»

و فى محكى الفقيه «و روى (٢) أن الغنى يتمتع بدار أو خادم، و الوسط يتمتع بثوب، و الفقير يتمتع بدرهم أو خاتم و روى أن أدناه خمار و شبهه».

و حينئذ فما فى

خبر ابن بكير المروى عن قرب الاسناد (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل وَ مَتَّعُوهُمْ، ما قدر الموسع و المقتر؟ قال: كان على بن الحسين عليهما السلام يتمتع بالراحله»

و عن العياشى (٤) أنه رواه فى تفسيره ثم قال: «يعنى حملها الذى عليها»

و خبر أبى بصير (٥) قلت لأبى جعفر عليه السلام:

«أخبرنى عن قول الله تعالى (٦) وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ، ما أدنى ذلك المتاع إذا كان معسراً لا يجد؟ خمار و شبهه»

و فى خبر الحلبي (٧) «إن كان الرجل موسعاً عليه أن يتمتع امرأته العبد و الأمه، و المقتر يتمتع الحنطه و الزبيب و الثوب و الدرهم، و إن الحسن بن على عليهما السلام متع امرأه له بأمه، و لم

١- ١ المستدرک الباب - ٣٤- من أبواب المهور الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٤٩- من أبواب المهور الحديث ٣ و ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٤٩- من أبواب المهور الحديث ٥.

٤- ٤ أشار إليه فى الوسائل فى الباب - ٤٩- من أبواب المهور الحديث ٥ و ذكره فى المستدرک فى الباب - ٣٤- منها الحديث ٢.

٥- ٥ الوسائل الباب - ٤٩- من أبواب المهور الحديث ٢.

٦- ٦ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٤١.

٧- ٧ الوسائل الباب - ٤٩- من أبواب المهور الحديث ١.

يطلق امرأه إلا متمعها»

خارج مخرج التمثيل لا الحصر.

و كيف كان ف لا تستحق المتمع إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر و لم يدخل بها كما هو ظاهر معظم النصوص (١) و الفتاوى، بل و الآية (٢) باعتبار تعقيها المتمع و إلا لناسب تأخيرها، لكن في

خبر زراره (٣) عن أبي جعفر عليه السلام «متع النساء واجبه دخل بها أو لم يدخل، و تمتع قبل أن تطلق»

و صحيح الحلبي (٤) «سألته عن رجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها، قال: لها مهر مثل مهور نساءها و يمتعها»

و خبره الآخر (٥) عنه عليه السلام في قول الله عز و جل:

وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالمَعْرُوفِ - إلى آخره - قال: متاعها بعد أن تنقضى عدتها على الموسع قدره و على المقتر قدره، و كيف يمتعها و هي في عدتها ترجوه و يرجوها و يحدث الله بينهما ما شاء»

و نحوه خبر سماعه (٦)

و ما سمعته من «أن الحسن عليه السلام لم يطلق امرأه إلا متمعها» (٧)

و قوله تعالى (٨) «فَتَعَالَيْنِ أُمْتَعُكُنَّ وَ أَسْرَحُكُنَّ» إلى آخره.

مضافا إلى إطلاق

صحيح حفص (٩) عنه عليه السلام «في الرجل يطلق امرأته أ يمتعها؟ قال: نعم، أ ما يجب أن يكون من المحسنين؟ أ ما يجب أن يكون من المتقين؟»

و خبر البنظي (١٠) «إن متعه المطلقة فريضة»

و خبر جابر (١١) عن أبي

١- ١ الوسائل الباب - ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ - من أبواب المهور.

٢- ٢ سورة البقرة: ٢- الآية ٢٣٦.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب المهور الحديث ١.

- ٤-٤ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب المهور الحديث ١.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٥٠- من أبواب المهور الحديث ٢.
- ٦-٦ أشار إليه في الباب- ٥٠- من أبواب المهور الحديث ٢ و ذكره في الكافي ج ٦ ص ١٠٥.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ٤٩- من أبواب المهور الحديث ١.
- ٨-٨ سورة الأحزاب: ٣٣- الآيه ٢٨.
- ٩-٩ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب المهور الحديث ٥.
- ١٠-١٠ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب المهور الحديث ٢.
- ١١-١١ الوسائل الباب- ٤٩- من أبواب المهور الحديث ٦ مع الاختلاف اليسير.

جعفر عليه السلام «فى قوله تعالى (١) فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَيَّرْجُوهُنَّ سَيِّرًا حَاجِمِيًّا، قال: متعوهن حملوهن بما قدرتم عليه من معروف، فإنهن يرجعن بكآبه و خساره، و هم عظيم، و مهانه من أعلاقهن، فان الله كريم يستحيى، و يحب أهل الحياء، إن أكرمكم أشدكم إكراما لحلائلهم».

إلا- أن المطلق منها منزل على المطلقه المفوضه التى لم يفرض لها و لم يدخل بها حتى الآيه، خصوصا بعد ما قيل فى نزولها(٢) من أنه لما نزل «وَمَتَّعُوهُنَّ» قال بعضهم: إن أحببت فعلت و إن لم أرد ذلك لم أفعله،

فنزل (٣) «وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّاعٌ» إلى آخره، أو أنها منسوخه بآيه المتعه(٤) أو أن المراد من المتاع منها النفقه كما قيل، أو غير ذلك، و الناص منها على ضرب من التقية، لأنه مذهب قوم من العامه: منهم سعيد بن جبير و الزهرى و الشافعى فى الجديد، أو على ضرب من الاستحباب كما عن الشيخ و جماعه، بل تأكده للتعبير بلفظ الوجوب و نحوه، و لا بأس به و إن أصبنا شيئا جبرا لكسرهن، و لأنه نوع إحسان، و عليه ينزل قوله تعالى (٥) «فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ» أو أن ذلك من خواصه صلى الله عليه و آله أو لفضل نسائه على غيرهن.

كل ذلك للإجماع بقسميه، و النصوص (٦) على اختصاص الوجوب بالمطلقه المفوضه التى لم يفرض لها و لم يدخل بها باعتبار عدم إصابتها شيئا، فناسب إكرامها بالمتعه جبرا لما أصابها من الخجل و الهوان.

و ربما الحق بها- المفوضه المفارقة من قبل الزوج بعيب و نحوه، أو من قبله و قبلها كالخلع، أو من أجنبى كالرضاع- فى وجوب المتعه، بل هو خير

١- ١ سورة الأحزاب: ٣٣- الآيه ٤٩.

٢- ٢ الدر المنثور ج ١ ص ٣١٠.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٤١.

٤- ٤ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٦.

٥- ٥ سورة الأحزاب: ٣٣- الآيه ٢٨.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب المهور الحديث ٧ و ٨ و ١٠ و ١٢.

المحكى عن مختلف الفاضل، بل ظاهر المحكى عن المبسوط الميل اليه إلا- أنه لم نجد لهما موافقا منا، وإنما هذا الكلام و نحوه مذكور في كتب العامه، و لا دليلا سوى دعوى تنقيح

المناطق، و ما يشعر به خبر جابر من التعليل، و هما معا كما ترى، ضروره عدم التنقيح المعتبر، خصوصا بعد الشهره العظيمه أو الإجماع على الاختصاص بالمطلقه، و ضعف الخبر المزبور الظاهر فى جريان ما فيه مجرى الحكمة لا العله، و لعله لذا وافق الشيخ فى المحكى من خلافه الأصحاب.

نعم قد يقال بالاستحباب كما عن بعضهم لذلك، بل قد يقال به أيضا فى مطلق المفارقه كالمطلقه للتسامح فيه، فيكفى حينئذ إشعار الخبر المزبور.

هذا و فى الروضه «أنه ألحق بمفوضه البضع من فرض لها مهر فاسد، فإنه فى قوه التفويض، و من فسخت فى المهر لخيار به مثلا» قيل: و فيه منع، لدخولها فيها موضوعا بعد ما عرفته، فلا- دليل على ثبوت حكمها لها، و احتمال كونها التى لم يذكر لها مهر صحيح لا- دليل عليه، فتأمل و قال بعض الأفاضل: «ظاهر الكتاب و كلام الأصحاب أن محل التمتع ما بعد الطلاق، فإنه إنما يخاطب به بعده، كما جاء فى عده أخبار(١) فيمن طلقت قبل الدخول فليمتعها، بل إذا كان الدخول فمحلّه بعد انقضاء العده حيث تبين، لخبر الحلبي (٢) السابق».

قلت: لا دلالة فى شىء منهما على عدم جواز تقديمها، بل فى كثير من الأخبار أنها قبله، ك

خبر أبى حمزه(٣) «سألته عن الرجل يريد أن يطلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يمتعها قبل أن يطلقها، فان الله تعالى قال وَ مَتَّعُوهُنَّ»(٤)

إلى آخره،

و صحيح ابن مسلم (٥) عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن الرجل يطلق

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب المهور الحديث ١ و الباب- ٤٨- منها الحديث ٧ و ٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٠- من أبواب المهور الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب المهور الحديث ٤.

٤- ٤ سورة البقره: ٢- الآية ٢٣٦.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب المهور الحديث ١.

امرأته قال: يمتعها قبل أن يطلق، فان الله تعالى يقول وَ مَتَّعُوهُنَّ إِلَى آخِرِهِ»

و خبر زواره (١) السابق، بل هو ظاهر قوله تعالى (٢) «فَتَعَالَيْنَ» إلى آخِرِهِ نعم الظاهر أن ذلك من باب الاستحباب دون الاستحقاق الذى هو لا يتحقق إلا بعد تحقق الطلاق، كما هو مقتضى قوله تعالى (٣) «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ» إلى آخِرِهِ بل قد عرفت خبر الحلبي (٤) وإن كان هو فى المتعة المستحبه، و حينئذ فإذا قدمها لا تكون متعه إلا بتعقيب الطلاق، لكن بقوى حينئذ كونه كاشفا، لما سمعته من النصوص (٥) الداله على كونها متعه قبل أن يطلق.

ثم إن المتعه لا- يعتبر فيها رضا الزوجه، لظهور الآيه و الروايه فى كون الخطاب للزوج، خلافا لبعض العامه، فجعلها كالمهر ما تراضى عليه الزوجان، فان لم يتراضيا قدرها القاضى باجتهاده و لو فوق نصف المهر، و عن آخر منهم أنها لا تزيد على النصف، و عن ثالث منهم أنها لا تزيد على مهر المثل، فليس فى شىء من أخبار الباب و لا فتاوى الأصحاب تعرض لذلك، لما عرفت.

كما أنها هى بعد تحقق سبب وجوبها من الدين فى ذمه الزوج، فللامرأه مع عدم دفعها لها الضرب مع الغرماء بموت أو فلس، و بيرة الزوج بدفعها لها كما وجبت عليه، فان امتنعت الامرأه من قبضها قبضها الحاكم أو كان ذلك البذل بحكم القبض. و بالجمله حالها كحال غيرها من الديون، و لو أبرأت المفوضه الزوج قبل الوطاء و الفرض و الطلاق من مهر المثل أو المتعه أو منهما لم يصح، لأنه إبراء ما لم يثبت، و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب- ٥٠- من أبواب المهور الحديث ١.

٢- ٢ سورة الأحزاب: ٣٣- الآيه ٢٨.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٤١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥٠- من أبواب المهور الحديث ٢.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٤٨- من أبواب المهور الحديث ١ و ٤ و الباب- ٥٠- منها الحديث ١.

[المسألة الثالثة لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز]

المسألة الثالثة قد ذكر غير واحد من الخاصه و العامه أن للمفوضه المطالبه بفرض المهر، و أن لها حبس نفسها عليه و على تسلمه بعده، و أنهما لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز، لأن الحق لهما، سواء كان بقدر مهر المثل أو أزيد أو أقل، و سواء كانا عالمين أو جاهلين، أو كان أحدهما عالما دون الآخر لأن فرض المهر إليهما ابتداء فجاز انتهاء بل ذلك بعد تراضيهما لازم لهما، فليس لأحدهما الرجوع عما وقع التراضى عليه، بل يكون حينئذ كالواقع فى العقد، نعم إن اختلفا و كان مفروض الزوجه حينئذ بقدر مهر السنه فصاعدا فى المسالك «فى لزومه من طرفها وجهان من أنه لو فوض إليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه، و كذا للحاكم لما سيأتى، و من أن البضع يقتضى مهر المثل و الخروج عنه فى بعض المواضع (الموارد خ ل) على خلاف الأصل فيقتصر عليه، و كون ذلك للحاكم ممنوع» و فى القواعد و غيرها «و إن اختلفا فى فرض الحاكم إذا ترافعا إليه نظر، أقربه أنه يفرض مهر المثل» و لعل وجه النظر أنه إثبات للمهر فى ذمه الزوج، و لا يصح إلا بتراضى الزوجين، و لا مدخل فيه لغيرهما، و فيه أن الحاكم معد لقطع الخصومات و ليس ذلك منه إثبات مهر فى ذمه الزوج، ضروره أنها بالعقد ملكت أن تملك، نعم لا يفرض إلا- مهر المثل كما فى قيم المتلفات ما لم يتجاوز السنه، فيرد إليها كما عن التحرير التصريح به، و أما لو رضيا بفرضه لزمهما ما فرضه مطلقا وافق مهر المثل أو لا، وافق السنه أو لا، و الأمر فى هذا كله سهل.

انما الكلام فى دليل الأحكام الأول التى هى المطالبه بالفرض و حبس نفسها عليه و على تسليمه، و أنهما يلتزمان بما تراضيا عليه، و لعل الوجه فيها بعد ظهور ذكرهم لها ذكر المسلمات فى الإجماع عليها أنها بالعقد ملكت أن تملك المهر عليه بالفرض أو الدخول، فكان لها المطالبه بذلك كى تعرف استحقاقها بالوطء

أو الموت أو الطلاق، و رضاها بالتفويض إنما هو بالنسبه إلى خلو العقد عن المهر لا عدمه مطلقا الذى قد عرفت عدم اعتبار رضاها بالنسبه إليه.

و منه يعلم كون النكاح معاوضه فى الواقع و إن خلا- عقده عن ذكر العوض، فجرى عليه حينئذ حكمها من المطالبه بتعيين العوض، و حبس المعوض حتى تسلم العوض، و غير ذلك من أحكامها.

و أما الائتزام بما يتراضيان عليه من الفرض بعد العقد فهو لإطلاق ما دل على وجوب الفرض كتابا(١) و سنه(٢) الشامل لحالى العقد و ما بعده، مؤيدا بما دل (٣)على أن المهر ما تراضيا عليه الشامل لما هو فى العقد و بعده، و بما دل (٤)على لزوم الشرط بعد النكاح دون ما قبله، فمتى حصل التراضى منهما حينئذ كان مهرا، و دخل فى ملك الزوجه فعلا عينا كان أو دينا حالا أو مؤجلا، و يجرى عليه حينئذ ما يجرى على المذكور فى العقد.

و لو كان الفارض أجنبيا ففى لزوم فرضه عليها مع رضاها به و جهان ينشئان من إطلاق أدله الفرض و كونه كفرض الزوجه، ضروره ظهور قوله تعالى(٥):

«فَرَضْتُمْ» فى كون الفرض للزوج، و من قاعده الاقتصار على المتيقن، و حينئذ فلو فرضه الأجنبى و دفعه إلى الزوجه ثم طلقها قبل الدخول احتمل المتعه، فيرد المدفوع إلى الأجنبى بناء على أن فرضه لا- يوجب على الزوج شيئا، فوجوده كعدمه، و احتمل الصحه بناء على صحه فرضه، فيرجع النصف إلى الزوج بالطلاق المملك لذلك و إن لم يكن المهر من الزوج نحو ما إذا أدى الأب مهر زوجته ابنه الصغير

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٢٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب عقد النكاح.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب المهور.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب المتعه.

٥- ٥ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

من ماله فبلغ و طلق قبل الدخول، فإنه يرجع النصف إليه لا- إلى الأب، فما في القواعد- من احتمال رجوعه إلى الأجنبي على ذلك أيضا، لأنه دفعه ليقضى به ما وجب لها عليه، وبالطلاق سقط وجوب النصف، فيرد النصف إليه، لأنه لم يسقط به حق عن قضاة- ووضح الضعف، والله العالم.

[المسألة الرابعة لو تزوج المملوكه ثم اشتراها فسد النكاح]

المسألة الرابعة لو تزوج المملوكه ثم اشتراها قبل الدخول بها فسد النكاح قطعا لما عرفته سابقا من عدم اجتماع سببيه و لا مهر لها و لا متعه و إن كانت مفوضه، ضروره عدم استحقاق السيد الأول المهر مع الانتقال عن ملكه و فسخ النكاح، و لا متعه لعدم كونه طلاقا، و لأنها حال استحقاقها غير مملوكه للسيد الأول، و لا يستحق المشتري على نفسه مالا، و كذا لو كان لها مهر مسمى فى العقد و قد اشتراها قبل الدخول، كما هو مفروض المسألة، نعم لو كان قد اشتراها بعد الدخول كان للسيد الأول المسمى أو مهر المثل، كما هو واضح.

[المسألة الخامسة يتحقق التفويض فى البالغة الرشيدة و لا يتحقق فى الصغيره]

المسألة الخامسة يتحقق التفويض فى البالغة الرشيدة قطعا و إن كانت بكرًا بناء على الأصح من أن أمرها إليها و لا يتحقق فى الصغيره و لا المجنونه و لا فى الكبيره السفيهه قطعا أيضا، لأنه ليس لهن التزويج بالمهر فضلا عن التفويض.

انما الكلام فى جواز ذلك للولى، فعن بعضهم عدم جواز ذلك، بل لا يجوز له التزويج بدون مهر المثل و حينئذ ف لو زوجها الولى بدون مهر المثل أو لم يذكر مهرا صح العقد بلا خلاف و لا إشكال مع المصلحة فيه أو عدم المفسده،

و بطل التفويض و النقص من مهر المثل. و يثبت لها مهر المثل بنفس العقد لأنه

«لا نكاح إلا بمهر»^(١)

فمع فرض فساد التفويض و المسمى ليس إلا- مهر المثل الذى هو عوض شرعى فهو حينئذ إتلاف لبضع الغير بغير عوض، فلا يجوز كما لا يجوز فى المعاوضات على الأموال، و نسب هذا القول إلى مبسوط الشيخ، و لم نتحققه.

و مع ذلك فيه تردد منشؤه أن الولي له نظر المصلحة فيصح منه التفويض معها وثوقا بنظره، و هو أشبه بإطلاق الأدلة المقتضى جواز تصرف الولي فى البضع و المال و غيرهما مع المصلحة أو عدم المفسده، و لأن له العفو عن المهر أصلا، كما أشار إليه فى الآيه الشريفه^(٢) «أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» فالمتجه حينئذ صحه ذلك معها، نعم لو لم يكن ثم مصلحة فى أصل النكاح أو فى خصوص المهر بالأقل أو التفويض كان العقد أو المهر فضوليا أو باطلا أو أن لها الخيار على ما تقدم الكلام فيه سابقا، بل لو سلم عدم جواز التفويض له أو المهر بالأقل كان المتجه ثبوت مهر المثل بالدخول لا بالعقد الذى لم يذكر ذلك فيه صريحا و لا مقدرا، و لا تلازم بين بطلان التفويض و ثبوت مهر المثل بالعقد، كما هو واضح.

و كيف كان ف على التقدير الأول لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مهر المثل الذى فرض ثبوته بالعقد، و على ما اخترناه من صيرورتها مفوضه لها المتعه حينئذ كما فى غيرها، هذا و فى المسالك «و أما على تقدير تزويجها بدون مهر المثل فان جوزناه بالمصلحة فلها مع الطلاق قبل الدخول نصف المسمى، و إن أوقفناه على رضاها به بعد الكمال كما هو المشهور فان طلقها قبل الكمال فلها نصف المسمى، و إن طلقها بعده روعى فى الواجب رضاها به أو

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب عقد النكاح الحديث ٢ و ٤ و ٦ و فيها «فلا يصلح نكاح الا بمهر».

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

فسخه، فترجع إلى مهر المثل، و إن جعلنا الواجب حينئذ مهر المثل بالعقد إلحاقاً لهذه التسميه بالفاسده حيث وقعت بغير عوض المثل وجب بالطلاق نصف مهر المثل» قلت: قد يقال بالمراعاة المزبوره أيضا فيما لو طلقها قبل الدخول، لاتحاد الوجه فيهما فتأمل.

ولا- إشكال كما لا خلاف في أنه يجوز أن يزوج المولى أمته مفوضه، لاختصاصه بالمهر بخلاف المولى عليها لصغر، و حينئذ يلحقها حكم المفوضه من الفرض و المتعه و مهر المثل بالدخول كما عرفت، فان بقيت على ملكه إلى أن دخل بها الزوج استقر ملكه على مهر المثل، و إن اتفق على فرضه هو و الزوج قبل الدخول صح، لأنه يملك بالعقد ما تملكه المفوضه، و لحق المفروض حينئذ حكم المسمى في العقد، كما هو واضح.

[المسأله السادسة إذا زوجها مولاها مفوضه ثم باعها كان فرض المهر بين الزوج و المولى الثاني]

المسأله السادسة إذا زوجها مولاها مفوضه ثم باعها من آخر كان فرض المهر بين الزوج و المولى الثاني الذى هو المالك حين الفرض إن اختار النكاح، و يكون المهر المفروض أو مهر المثل المستحق بالدخول له دون الأول نعم إن فسخ النكاح بطل العقد و تبعه المهر و لو أعتقها الأول قبل الدخول فرضيت بالعقد كان المهر لها خاصه سواء كان مهر المثل الذى تستحقه بالدخول أو المهر الذى قد تراضت مع الزوج على فرضه بعد تحريرها، و هذا بخلاف ما لو أعتقت بعد تزويجها و تعيين المهر فى العقد، فإنه يكون للمولى كما مر، و الفرق أن المهر يملك بالعقد و المالك لمهر الأمه هو السيد بخلاف المفوضه، فإن ملك المهر يتوقف على الفرض أو الدخول كما مر، فقبله لا- مهر، و قد حصل الانتقال عن ملكه قبل تحققه، فيكون لها لحدوثه على ملكها، و أما المشتري فإنه يملك

مع الإجازة على التقديرين، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى محله، فلاحظ و تأمل و الله العالم.

[القسم الثانى تفويض المهر]

و أما القسم الثانى- و هو تفويض المهر- فهو أن يذكر على الجملة و يفوض تقديره إلى أحد الزوجين بعينه، كما عن ظاهر التحرير و غيره، و فى كشف اللثام أو مطلقا، كما ربما يظهر من الخلاف و المبسوط و السرائر، و إليهما جميعا كما فيها و فى التحرير، للأصل و لعموم كون

المؤمنين عند شروطهم (١)،

و الأولويه من تفويض البضع مع الاتفاق فى المقتضى و فى القواعد أو أجنبى على إشكال من ذلك أيضا، حتى الأولويه بناء على فرض الأجنبى فى المفوضه للبضع، و أنه كالنائب عنهما، و من انتفاء النص، لاقتصاره على أحدهما و أنه معاوضه، فتقدير العوضين إنما يفوض إلى المتعاضين دون الأجنبى، و فى كشف اللثام و ضعفهما ظاهر بعد ما عرفت.

قلت: الذى عثرنا عليه من النصوص

خير زواره (٢) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأه على حكمها، قال: لا تتجاوز بحكمها مهر نساء محمد صلى الله عليه و آله اثنتى عشره أوقيه و نش، و هو وزن خمسمائه درهم من الفضة، قلت: أ رأيت إن تزوجها على حكمه و رضيت بذلك؟ فقال: ما حكم من شىء فهو جائز عليها قليلا كان أو كثيرا، قال: قلت له: فكيف لم تجز حكمها عليه و أجزت حكمه عليها؟ قال: فقال:

لأنه حكمها، فلم يكن لها أن تجوز ما سن رسول الله صلى الله عليه و آله و تزوج عليه نساءه، فرددتها إلى السنه، و لأنها هى حكمته، و جعلت الأمر إليه فى المهر، و رضيت بحكمه فى ذلك، فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان أو كثيرا»

و صحيح ابن مسلم (٣) عنه عليه السلام أيضا «فى رجل تزوج امرأه على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعه و الميراث و لا مهر لها، قلت: فان طلقها و قد تزوجها على حكمها، قال: إذا طلقها و قد تزوجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه

١- ١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٢.

أكثر من وزن خمسمائة درهم فضه، مهور نساء رسول الله صلى الله عليه وآله»

و خبر أبي جعفر (١) قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأه بحكمها ثم مات قبل أن يحكم، قال: ليس لها صداق، و هي ترث»

و خبر أبي بصير (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يفوض إليه صداق امرأته فتنقص عن صداق نساءها، قال: يلحق بمهر نساءها»

و هي كما ترى مشتملة على التفويض للزوج بعينه أو الزوجه كذلك.

لكن قد يقال: إن مبنى ذلك إطلاق الأدلة و عمومها الذى لا فرق فيهما بين هذين القسمين و غيرهما، ضروره أنها مفوضه البضع، إلا- أنه اشترط فى العقد تعيين الفارض للعقد، و بذلك افتقرت عن موضوع مفوضه البضع الذى هو إهمال ذكر المهر أصلا فى العقد حتى اشترط فرضه، فليس حينئذ تفويض المهر قسما من المهر المجهول صح للأدلة الخاصه حتى يقتصر فيه على ما تضمنته دون غيره من الأقسام، إذ لم يذكر مهرها فى العقد بلفظ مشترك لفظا أو معنى مرادا منه فرد خاص و فرض تعيينه إلى الزوج أو الزوج حتى يكون من المهر المجهول، بل المراد أنه فوض فى عقدها أصل تقدير المهر إلى الزوج أو الزوجه، فهى فى الحقيقه مفوضه البضع، إلا- أن الفرق بينهما بأن الفرض فى مفوضه البضع لم يتعرض فى العقد إليه و لا- إلى من يفرضه، بخلاف مفوضه المهر، فإنه قد تعرض فى عقدها إلى تعيين من يفرض مهرها، فلا مهر فى عقدها كى يكون مجهولا.

فالمراد حينئذ من ذكر المهر فى الجملة المذكور فى المتن و غيره ذكره بالطريق الذى قلناه، بمعنى أنه تعرض فى عقدها إلى تعيين من يفرضه بخلاف مفوضه البضع التى أهمل فيه ذكر المهر أصلا حتى بذلك، بل المراد بما

فى النصوص «من تزوج المرأة بحكمها أو بحكمه»

هذا المعنى أيضا و ليس هو من المهر المجهول الذى هو بمعنى ذكر مشترك لفظا أو معنى و أريد منه فرد خاص و فوض تعيينه إلى أحدهما، فإن هذا و نحوه المهر المجهول.

و من ذلك ظهر لك خطأ المخالفين فى إبطال هذا القسم من التفويض و جعله

١- ١ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٤.

من المهر الفاسد و إجراء حكمه عليه.

كما أنه ظهر لك جواز اشتراط جميع أفراد الفرض الجائزه فى مفوضه البضع من دون اشتراط للاندراج تحت

قوله صلى الله عليه و آله (١): «المؤمنون عند شروطهم»

الذى قد استدلل به هنا غير واحد من الأصحاب فضلا عن الإطلاقات و العمومات و الأولويه التى سمعتها من كشف اللثام.

و على كل حال فان كان الحاكم الذى اشترط فى العقد هو الزوج لم يتقدر فى طرف الكثره

التى هى حكمه على نفسه و لا القله إلا بما يتمول و يصح جعله مهرا التى هى حكم على الزوجه برضاها.

و لذلك جاز أن يحكم بما شاء بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى ما سمعته من الصحيح (٢) و غيره (٣) و من هنا وجب حمل خبر أبى بصير (٤) على الندب، أو على ما عن الشيخ من أنه فوض إليه صداق امرأته على أن يجعله مثل مهور نسائها فتقصها، أو غير ذلك الذى هو أولى من الطرح.

و لو كان الحكم إليها لم يتقدر فى طرف القله إلا بما عرفت، لأنه حكم على نفسها و يتقدر فى طرف الكثره بما لا مزيد عن مهر نساء محمد صلى الله عليه و آله و بناته اللاتى (٥) هن أعلى من كل امرأه إذ لا- يمضى حكمها فيما زاد عن مهر السنه، و هو خمسمائه درهم بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الصحيح السابق و غيره، و منه يعلم وجه الفرق بين مضى حكمه عليها دون حكمها عليه، باعتبار أن لها حدا لا يجوز لها أن تتجاوزه بخلافه، فإنه لا حد له كما أوماً إليه فى الصحيح (٦).

١-١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٠.

٤-٤ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٤.

٥-٥ و فى النسخه الأصلية «التى».

٦-٦ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٢.

و لو كان الحاكم الأجنبي فقيل: الظاهر الاقتصار على مهر المثل إلا أن يصرحا بالرضا بما يفرضه أيا كان، و فيه أنه لا فرق بين

التصريح بذلك و الظهور، و لو من حيث إطلاق الحكم نحو إطلاق الحكم للزوج الذى قد عرفت مضى حكمه على كل حال، نعم لو فرض تحكيم الأجنبي على وجه يكون نائبا عنها لا- عن الزوج أو بالعكس أو عنهما جميعا جرى على الأولين حكم المنوب عنه، و على الثالث يتقيد بما لا يزيد عن مهر السنه، لكن من جعل الحكم إلى الأجنبي كان حاكما أصليا لا نائبا على وجه يراعى فيه حكومه المنوب عنه، فالمتجه حينئذ مضى حكمه على كل حال، كتحكيم الزوج، و لا يتقيد بما تقيد به تحكيم الزوجه المنصوص عليه بخصوصه.

و لو كان الحكم إليهما فلا إشكال مع التراضى، و مع التخالف قيل: يوقف حتى يصطلحا، كما عن المبسوط و التحرير، و يحتمل الرجوع إلى الحاكم و إلى مهر المثل، قلت: قد يقال: إذا بذل الزوج لها ما يساوى مهر السنه لم يكن لها اقتراح الزائد، لظهور الخبر المزبور(١) فى ذلك، سواء كان الحكم لها خاصة أو مشتركا بينها و بين غيرها، نعم لو حكم بالأقل من ذلك كان لها خلافه، فيحتاج حينئذ إلى الحاكم، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و على كل حال ف لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم الزم من اليه الحكم أن يحكم مقدمه لإيصال الحق إلى صاحبه و كان لها النصف من ذلك و لا تسقط حكومته بالطلاق، للأصل و

عموم «المؤمنون عند شروطهم»(٢)

و الصحيح(٣) السابق متما بعدم القول بالفصل، و بذلك ظهر الفرق بينها و بين مفوضه البضع الذى لا فرض لها بعد الطلاق.

١- ١ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٢.

و لو كانت هي الحاكمة فلها النصف ما لم تزد في الحكم عن مهر السنه فان زادت ردت إليه في ذلك الحكم على الأقوى، و
يحتمل إلزامها بفرض آخر لفساد فرضها الأول بالزيادة.

و لو امتنعت عن الحكم على وجه لا- يمكن إجبارها احتمال قيام الحاكم مقامها، يحكم لها بما لا يزيد عن مهر السنه، و يحتمل
إيقاف حقها حتى تحكم.

و لو امتنع الزوج عن الحكم على وجه لا يمكن إجباره عليه احتمال قيام الحاكم مقامه، فيحكم عليه بما لا يزيد على مهر المثل أو
السنه، و يحتمل الإيقاف حتى يتمكن من إلزامه بالحكم.

و لو جن مثلاً- من إليه الحكم قام وليه مقامه في وجه، و الحاكم في آخر و بطلان الحكومه و إيجاب المتعه لها لصدق كونها
مطلقة قبل المس و لا- فرض لها، و كذا لو طلقت قبل الدخول و مات من له الحكم، و لعله لا- يخلو من قوه، و ربما كان في
صحيح ابن مسلم (١) المتضمن للمتعه بالموت إيماء إليه في الجملة.

و كيف كان ف لو مات الحاكم قبل الحكم و بعد الدخول فلها مهر المثل مطلقاً أو ما لم يزد عن مهر السنه، خصوصاً إذا كان
الحكم إليها و قد مات قبله بلا خلاف و و لا إشكال، و إن كان قبل الدخول قيل و القائل المشهور نقلاً أو تحصيلاً سقط المهر،
و لها المتعه لصحيح ابن مسلم (٢) السابق المؤيد بأنها ليست مفوضه بضع حتى يقال: إنها أقدمت على المجانيه و لا مسمى لها في
العقد، و لا- مقتضى لمهر المثل إذ الفرض كونه قبل الدخول، فليس حينئذ إلا المتعه و بذلك ظهر الفرق بينها و بين مفوضه
البضع التي لا شيء لها عندنا في مفروض المسأله.

و المناقشه في الصحيح- بأن النشر على ترتيب اللف فيكون الحكم بالمتعه فيما إذا مات المحكوم عليه لا الحاكم، و باختصاص
الجواب فيه بموت الزوج، إذ لو مات لم يكن لها ميراث، و لا تتم المقايسه بإيجاب المتعه لها و الميراث له- يدفعها

١- ١ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب المهور الحديث ٢.

أنه لا- فرق بين الموتين و أنه لا- جهه لثبوت المتعه بموت المحكوم عليه مع بقاء الحاكم، فإن المؤمنين عند شروطهم، و انعقد النكاح على حكمه، فإذا كان باقيا كان له الحكم، و لا أثر لموت المحكوم عليه، كيف و قد نص في الخبر بعد ما ذكر على أن له الحكم مع الطلاق القاطع لعلاقه الزوجيه بخلاف الموت، فلا بد من الحمل على موت الحاكم جمعا بين طرفيه و بين

الأصول، كل ذلك مضافا إلى فهم المراد منه عرفا، كما هو واضح.

و منه يعلم حينئذ ما فى قواعد الفاضل من وجوب مهر المثل، لأنها لم تفوض بضعها، بل سمي لها فى العقد مهر مبهم، فاستحقت المهر بالعقد، و لما لم يتعين وجب الرجوع إلى مهر المثل، مع أنه لم نره لأحد قبله و لا بعده، و إن حكى عن الشيخ إلا أنا لم نتحققه، بل لعل المحقق عنه خلافه، ضروره كونه من الاجتهاد فى مقابله النص، على أن مهر المثل لم يذكره فى العقد و لا كان فى قصدهما، فكيف يتصور وجوبه به؟ و دعوى أن كل مهر فى العقد قد تعذر تعيينه يقتضى الانتقال إلى مهر المثل ممنوعه على مدعيها، بل قد يمنع أصل تسميه المهر فى العقد فى مفروض المسأله الذى قد عرفت أنه من مفوضه البضع إلا أنه تعرض فى العقد لذكر الفارض كما أوضحناه فى السابق.

و من هنا كان المتجه مع قطع النظر عن الصحيح المزبور ما عن ابن إدريس رحمه الله من عدم وجوب شىء لها لا متعه و لا غيرها، و هو الذى أشار إليه المصنف بقوله:

وقيل: ليس لها أحدهما و لكن قد عرفت أن الأول مروى صحيحا، و قد عمل به المعظم، فلا محيص عنه حينئذ، و وجوب المتعه حينئذ له لا على أصولنا من حجه مثله [\(١\)](#) لا للقياس الفاسد عند الإماميه، كما هو واضح.

١- ١ هكذا فى النسختين الأصليتين و الصحيح « و وجوب المتعه حينئذ له على أصولنا من حجه مثله ».

[الطرف الثالث فى الأحكام]

إشاره

الطرف الثالث فى الأحكام

[مسائل]

إشاره

و فيه مسائل:

[المسأله الأولى إذا دخل الزوج قبل تسليم المهر كان ديناً عليه]

الأولى إذا دخل الزوج قبل تسليم ما فى ذمته من المهر الحال فضلاً عن المؤجل أو بعضه كان جميعه أو الباقي منه ديناً عليه، و لم يسقط بالدخول، سواء طالت مدتها عنده أو قصرت، طالبت به أو لم تطالب به للأصل و الإجماع بقسميه، و العمومات من قوله تعالى (١) «وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» و غيره، و خصوص المعتمبره المستفيضه أو المتواتره (٢) الصريحه فى ذلك المعتمضه بأصول المذهب و قواعده و لكن مع ذلك فيه روايه أخرى (٣) متعدده، و بعضها معتبر السند، لكنها مهجوره بين الطائفه و إن قيل فى التهذيبيين عن بعض الأصحاب السقوط بالدخول، و لم نتحققه.

نعم عن الصدوق و الحلبي أنها إن أخذت منه شيئاً قبل الدخول سقط الباقي إلا أن توافقه على بقاء الباقي عليه ديناً، و لعله ليس خلافاً فى المسأله، ضروره كون ذلك منهما باعتبار ظهور حال رضاها بما دفع إليها و تسليمها نفسها بذلك فى العفو عنه، لا مع عدم ظهور ذلك، كما هو ظاهر القول بأن الدخول من حيث كونه دخولا مسقطاً للمهر، و احتمال إرادته

دلالتة على الاسقاط خلاف ظاهر القول و دليله، و لو سلم فلا ريب فى ضعفه، لما ستعرف من عدم كونه كذلك عرفاً، إذ

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨- من أبواب المهور.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٨- من أبواب المهور الحديث ٤ و ٥ و ٦ و ٨ و ١٤ و ١٥.

هو أعم، و لا شرعا لعدم ما يصلح له على وجه يقاوم ما يدل على غيره، و يمكن أن يكون ما عن الصدوق و الحلبي في المسأله المشهوره بين الأصحاب، بل عن ابن إدريس و غيره الإجماع عليها، و هى فى المفوضه التى لم يسم لها مهرا إذا قدم لها شيئا قبل الدخول ثم دخل بها ساكته عن ذكر المهر كان ذلك مهرا و ليس لها بعد المطالبه بمهر المثل، بل و لا بمهر السنه، و لعل ذلك هو المراد من

صحيح الفضيل (١) عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه و دخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شيئا من صداقها على ورثته فجاءت تطلبه منهم و تطلب الميراث، فقال: أما الميراث فلها أن تطلبه، و أما الصداق فالذى أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها فهو الذى حل للزوج به فرجها قليلا كان أو كثيرا إذا قبضته منه و دخلت عليه به، و لا شىء لها بعد ذلك»

بل يمكن تنزيل غيره من بعض النصوص الآتية عليه.

و على كل حال فالروايه التى أشار إليها المصنف هى

خبر محمد بن مسلم (٢) عن أبى جعفر عليه السلام «فى الرجل يتزوج المرأه و يدخل بها ثم تدعى عليه مهرا، قال: إذا دخل بها فقد هدم العاجل»

و خبر عبيد بن زراره (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يدخل بالمرأه ثم تدعى عليه مهرا، قال: إذا دخل بها فقد هدم العاجل»

و خبره الآخر (٤) عنه عليه السلام أيضا «دخول الزوج على المرأه يهدم العاجل»

و خبر على بن كيسان (٥) «كتبت إلى الصادق عليه السلام أسأله عن رجل يطلق امرأته و طلبت منه المهر، و روى أصحابنا إذا دخل بها لم يكن لها مهر، فكتب: لا مهر لها»

و خبر عبد الرحمن (٦) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الزوج و المرأه يهلكان جميعا، فأتى ورثه المرأه فيدعون على ورثه الرجل الصداق، فقال: و قد هلكا و قسم الميراث؟ فقلت: نعم، فقال: ليس لهم شىء، قلت: و إن كانت المرأه حيه فجاءت بعد موت زوجها تدعى صداقها فقال: لا شىء لها، و قد أقامت معه مقره حتى هلكت زوجها، فقلت: فان ماتت و هو حى فجاء ورثتها يطالبون بصداقها،

١-١ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور الحديث ١٣.

٢-٢ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور الحديث ٦.

٣-٣ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور الحديث ٥.

٥-٥ الوسائل الباب -٨- من أبواب المهور الحديث ١٥.

٦-٦ الوسائل الباب -٨- من أبواب المهور الحديث ٨.

فقال: و قد أقامت حتى ماتت لا تطلبه؟ فقلت: نعم، قال: لا شىء لهم، قلت: فان طلقها فجاءت تطلبه صداقها؟ قال: و قد أقامت لا- تطلبه حتى طلقها؟ قال: لا شىء لها، فقلت: فمتى حد ذلك الذى إذا طلبته كان لها؟ قال: إذا أهديت إليه و دخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلا شىء لها، إنه كثير لها أن يستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل و لا كثير»

و خبر المفضل بن عمر(١) عن الصادق عليه السلام المتقدم سابقا فى مهر السنه، قال فيه: «فان أعطاه من الخمسه مائة درهم درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا- شىء عليه، قلت: فان طلقها بعد ما دخل بها، قال: لا شىء لها إنما كان شرطها خمسمائة درهم، فلما أن دخل بها قبل أن تستوفى صداقها هدم الصداق، فلا شىء لها إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك فى حياته أو بعد موته فلا شىء لها».

لكن لقصورها عن معارضه ما عرفت من وجوه و جب طرحها أو حملها على هدم المطالبة للتمكين ثانيا، أو على أن الظاهر من التمكين إما القبض أو الإبراء، خصوصا إذا تأخرت المطالبة عن الطلاق أو الموت، فلا يقبل قولها فى الاستحقاق،

قال الصادق عليه السلام فى خبر الحسن بن زياد(٢): «إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر و قال الزوج: قد أعطيتك فعليها البينه و عليه اليمين»

بل

قوله عليه السلام فى خبر عبد الرحمن(٣) منها: «و كثير لها منه»

إلى آخره كالصريح فى خلاف ما يقوله الخصم، ضروره أنه لا وجه لليمين مع فرض السقوط بالدخول، بل هو حينئذ دال على المختار، كخبر ابن زياد، و ذلك واضح.

بل قد يقال: إن القول قول الزوج فى عدم استحقاقها المهر عليه مطلقا، ضروره أن صيرورتها زوجة له أعم من استحقاقها عليه ذلك، و إن كان النكاح لا- يخلو من مهر، إذ من المحتمل كون المهر شيئا له كان فى ذمتها أو عينا عندها أو غير ذلك، و احتمال القول: إن ملك البضع أو الدخول به يستدعى عوضا- فيحصل حينئذ سبب استحقاقها، و يكون بذلك القول قولها، خصوصا مع أصاله عدم وصول شىء

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب المهور الحديث ١٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب المهور الحديث ٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب المهور الحديث ٨.

منه إليها- يدفعه ظاهر النص و الفتوى، و سترسم لذلك تتمه إنشاء الله فى مسائل التنازع.

و من الغريب بعد ذلك كله ما فى وافى الكاشانى حيث إنه بعد ذكر جميع النصوص قال: «و يخطر بالبال أن يحمل مطلق هذه الأخبار على مقيدها، أعنى يحمل سقوط مطلق الصداق على سقوط العاجل منهم، فإنهم كانوا يومئذ يجعلون بعض الصداق عاجلا و بعضه آجلا، كما مر التنبيه عليه فى بعض ألفاظ خطب النكاح و كان معنى العاجل ما كان دخوله به مشروطا

على إعطائه إياها، فإذا دخل بها قبل الإعطاء فكأن المرأه أسقطت حقها العاجل و رضيت بتركه له، و لا سيما إذا أخذت بعضه أو شيئا آخر، كما دل عليه حديث الفضيل، و أما الأجل فلما جعلته حين العقد دينا عليه فلا يسقط إلا بالأداء، و عليه يحمل أخبار أول الباب» ضروره معلوميه قصور المقيد عن مقاومه المطلق من وجوه، على أن بعض تلك النصوص كالصريح فى عدم سقوط العاجل بالدخول، و أنه يكون دينا، كما أن بعض هذه النصوص ظاهر فى سقوط الأجل بالدخول، و هو

خبر أبى بصير(١) عن أحدهما عليهما السلام «فى رجل زوج مملوكته من رجل على أربعمائه درهم فيحل له مأتى درهم، و آخر عنه مأتى درهم، فدخل بها زوجها، ثم إن سيدها باعها من رجل، لمن يكون المائتان المؤخرتان على الزوج؟ قال: إن لم يكن أوفاهما بقيه المهر إن كان الزوج دخل بها و هى معه و لم يطلب السيد منه بقيه المهر حتى باعها فلا شىء له عليه و لا لغيره، و إذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعرف هذا الأمر»

و حينئذ فالتحقيق ما عرفت، و الله العالم.

و كيف كان فالمشهور بين الأصحاب شهره عظيمه أن الدخول الموجب للمهر هو الوطء قبلا- أو دبرا على وجه يتحقق عليه الغسل و إن لم ينزل دون غيره، للأصل و ظاهر قوله تعالى (٢) «ما لَمْ تَمْسُوهُنَّ» المتفق على

١- ١ الوسائل الباب- ٨٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٦.

أنه بمعنى الوطء، على أنه متردد بين إرادته المعنى اللغوي و الشرعي، و الأول باطل اتفاقا فيبقى الثاني، و هو الوطء، و استفاضه النصوص أو تواترها على تعليق ذلك عليه،

قال الصادق عليه السلام في خبر ابن البختری (١): «إذا التقى الختانان وجب المهر و العده و الغسل»

و في خبر داود بن سرحان (٢) «إذا أولجه فقد وجب الغسل و الجلد و الرجم و وجب المهر»

و سأله عليه السلام يونس بن يعقوب (٣) أيضا «عن رجل تزوج امرأه فأغلق بابا و أرخى سترا و لمس و قبل ثم طلقها، أوجب عليه الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلا الوقاع»

و قال عبد الله بن سنان (٤):

سأله عليه السلام أيضا أبي و أنا حاضر «عن رجل تزوج امرأه فأدخلت عليه فلم يمسه و لم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عده منه؟ فقال: إنما العده من الماء، قيل له: فإن كان واقعها في الفرج و لم ينزل، قال: إذا أدخله وجب الغسل و المهر و العده»

و قال يونس بن يعقوب (٥) سمعته عليه السلام أيضا يقول: «لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج»

و قال ابن مسلم (٦) «سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال:

إذا دخل بها»

و قال يونس (٧): «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فأدخلت عليه، فأغلق الباب و أرخى الستر و قبل و لمس من غير أن يكون وصل إليها بعد ثم طلقها على تلك الحال، قال: ليس عليه إلا نصف المهر»

إلى غير ذلك من النصوص (٨) الواردة في العنين و غيره.

و حينئذ ف لا يجب بالخلوه و إن كانت تامه بحيث لا مانع من الوطء حتى الإنزال في الفرج من دون وطء و لكن مع ذلك قيل: يجب بالخلوه أيضا على

١- ١ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب المهور الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور الحديث ٦.

٦-٦ الوسائل الباب-٥٤- من أبواب المهور الحديث ٧.

٧-٧ الوسائل الباب-٥٥- من أبواب المهور الحديث ٥.

٨-٨ الوسائل الباب-١٣- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ٥ و الباب ١٥ منها الحديث ١ و الباب-١٧- منها الحديث ٣.

معنى أنها سبب تام فى وجوبه كالدخول، إلا- أنا لم نتحقق القائل به، و إن حكى عن خلاف الشيخ أنه حكاه عن قوم من أصحابنا، نعم فى النهايه «متى خلا- الرجل بامرأته و أرخى الستر ثم طلقها أوجب عليه المهر على ظاهر الحال، و كان على الحاكم أن يحكم بذلك و إن لم يكن قد دخل بها، إلا أنه لا يحل للمرأة أن تأخذ أزيد من النصف» و نحوه حكى عن ابن البراج و الكيدرى، بل عن ابن أبى عمير «أنه

اختلف الحديث فى أن لها المهر كاملا- أو بعضه، قال بعضهم: نصف المهر، و إنما معنى ذلك أن الوالى إنما يحكم بالحكم الظاهر إذا أغلق الباب و أرخى الستر و جب المهر، و إنما هذا عليها إذا علمت أنه لم يمسه فليس لها فيما بينها و بين الله إلا نصف المهر».

بل لعله هو مراد الصدوق فى محكى المقنع «إذا تزوج الرجل المرأة و أرخى الستور و أغلق الباب ثم أنكرا جميعا المجامعه فلا يصدقان، لأنها ترفع عن نفسها العده و يرفع عن نفسه المهر» مشيرا بذلك إلى ما فى

خبر أبى بصير(١) عن أبى عبد الله عليه السلام قلت له: «الرجل يتزوج المرأة فيرخى عليه و عليها الستر أو يغلق الباب ثم يطلقها فتسأل المرأة هل أتاك؟ فتقول: ما أتانى، و يسأل هو هل أتيتها؟

فيقول: لم آتها فقال: لا يصدقان، و ذلك لأنها تريد أن تدفع العده من نفسها، و يريد أن يدفع هو المهر»

و هو أحد نصوص المختار، ضروره أنه لو كانت الخلوه نفسها موجه لم يكن لعدم تصديقهما مدخلية فى ذلك.

و لعله عليه يحمل

خبر زراره(٢) عن أبى جعفر عليه السلام: «إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا- بها و أغلق بابا و أرخى سترا ثم طلقها فقد وجب الصداق، إخلاؤه بها دخول»

و خبر السكونى(٣) عن أبى جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إن عليا عليه السلام كان يقول:

١- ١ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب المهور الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب المهور الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب المهور الحديث ٤ عن إسحاق ابن عمار كما فى التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ الرقم ١٨٦٤ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٢٧ الرقم ٨٢٢.

من أجاف من الرجال على أهله بابا أو أرخى سترًا فقد وجب عليه الصداق»

كما عن الشيخ التصريح بحملهما على ذلك مستدلاً عليه بخبر أبي بصير السابق، قال:

«و متى كانا صادقين أو كان هناك طريق يمكن أن يعرف به صدقهما فلا يوجب المهر إلا المواقعه» مستدلاً عليه بخبر زواره السابق، ثم حكى ما سمعته من ابن أبي عمير، وقال: «هذا وجه حسن و لا ينافى ما قدمناه، لأنه، إنما أوجبناه نصف المهر مع العلم بعدم الدخول و مع التمكن من معرفه ذلك، فأما مع ارتفاع العلم و ارتفاع التمكن فالقول ما قاله ابن أبي عمير».

و من ذلك كله ظهر لك الوجه فى نصوص الخلوه التى منها ما سمعت، و (منها)

حسن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يطلق المرأة و قد مس كل شىء منها إلا أنه لم يجامعها، إلها عده؟ فقال: ابتلى أبو جعفر عليه السلام بذلك، فقال له أبوه على بن الحسين عليهما السلام:

إذا أغلق بابا و أرخى سترًا وجب المهر و العده».

و (منها)

خبر محمد بن مسلم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن المهر متى يجب؟ قال: إذا أرخيت الستور و أجيف الباب، و قال: إنى تزوجت امرأة فى حياه أبى على بن الحسين عليهما السلام و إن نفسى تاقى إليها فذهبت إليها فنهانى أبى، فقال:

لا- تفعل يا بنى، لا- تأتها فى هذه الساعه، و إنى أبيت إلا أن أفعل، فلما دخلت عليها قذفت إليها بكساء كان على و كرهتها، و ذهبت لأخرج، فقامت مولاه لها فأرخت الستر و أجافت الباب، فقلت: قد وجب الذى تريدن»

إلى غير ذلك من النصوص المحموله على ما عرفت أو على التقيه، لقصورها عن معارضه ما سمعت من وجوه.

و أما ما يحكى عن ابن الجنيد- من وجوب المهر بالجماع فى غير الفرج و التقبيل و سائر أنواع الاستمتاع إذا كان بتلذذ و الإنزال بالملاعبه- فلم أجد له فى هذه النصوص ما يدل عليه، و يمكن أن يكون قد أخذه من النصوص (٣) الداله

١- ١ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب المهور الحديث ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من أبواب ما يحرم بالمصاهره.

على قيام نحو ذلك مقام الوطاء في حرمه مملوكه الولد على الوالد و بالعكس، باعتبار تنزيل ذلك منزله الجماع، لكنه كما ترى. و من ذلك كله ظهر لك أن الأقوال أربعة و أن الأول منها أظهر، بل هو الأصح، و الله العالم.

[المسألة الثانية قيل إذا لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا ثم دخل بها كان ذلك مهرها]

المسألة الثانية قيل و القائل الشيخان و سلار و بنو زهره و إدريس و سعيد على ما حكى عنهم إذا لم يسم لها مهرا في العقد و لا بعده و قدم لها قبل الدخول شيئا ثم دخل بها كان ذلك مهرها، و لم يكن لها مطالبته بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره أو أن ما قدمه لها بعض المهر و هو تعويل على تأويل روايه (١) و استناد إلى قول مشهور بل لا أجد فيه خلافا، بل في محكى السرائر أن دليل هذه المسألة الإجماع مؤيدا بما عن المقنعه من دلاله التمكين على الرضا بذلك مهرا، و إن كان فيه ما فيه، و بصحيح الفضيل (٢) المتقدم و إن لم يكن صريحا في ذلك، بل ربما كان المراد منه و قبلته مهرا، بل ظاهر قول المصنف «تأويل روايه» أن ذلك ليس مدلولها، و إنما هو تأويل، بل ظاهره التردد فيه، بل ظاهر ثانى الشهيدين عدمه و الرجوع إلى القواعد الشرعيه، و هى إن رضيت به مهرا لم يكن لها غيره، و إلا فلها مع الدخول مهر المثل، و يحتسب ما وصل إليها منه إذا لم يكن على وجه التبرع كالهديه.

لكن لا يخفى عليك ما فى ذلك كله بعد الإجماع المزبور المعتضد بفتوى المعظم الذى به تجبر دلاله الصحيح المتقدم، فلا بأس بخروج هذه المسألة عن

١- ١ المستدرک الباب - ٨ - من أبواب المهور الحديث ٨ و ١٣ و ١٤.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور الحديث ١٣.

القواعد لذلك، ولا حاجة إلى ما عن المختلف من أنه كانت العادة في الزمن الأول تقديم المهر على الدخول، والآن بخلافه، ولعل المنشأ في الحكم العادة، فإن كانت العادة في بعض الأزمان والأصقاع كالعادة القديمة كان الحكم ذلك، وإلا فلا، فإن تنزيل ما عرفت على ذلك لا يخفى ما فيه، نعم ينبغي الاقتصار فيه على المتيقن، وهو خصوص المفوضه الساكنه على ما قدم لها من شىء، وهل يعتبر فيه مع ذلك قصد الزوج أن ذلك مهرها أو لا يعتبر، بل يكفي تقديمه ساكتا أيضا؟ وجهان، مقتضى الاقتصار على المتيقن الأول، والله العالم.

[المسألة الثالثة إذا طلق قبل الدخول كان عليه نصف المهر]

المسألة الثالثة إذا طلق قبل الدخول كان عليه نصف المهر المسمى في العقد أو المفروض بعده بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الكتاب (١) والسنة (٢) فإن كان دينا عليه ولم يكن قد دفعه برأت ذمته من نصفه، وإن كان عينا كانت مشتركة بينه و

بينها ولو كان دفعه إليها استعداد نصفه إن كان باقيا، أو نصف مثله إن كان تالفا، ولو لم يكن له مثل فنصف قيمته التي هي أقرب شىء إليه، وتقوم مقامه عند التعذر ولو اختلفت قيمته في وقت العقد و وقت القبض لزمها أقل الأمرين على المشهور، لأنه ملكته بتمامه بالعقد على الأصح فالزيادة حينئذ لها، وليس النقصان عليها، فإنه ليس مضمونا عليها للزوج، لأنه ملكها، خصوصا ولم يسلم إليها، فإن زادت حين التسليم لم يستحق الزيادة، وإن نقصت حينه لم يضمن له النقصان، وإن نقصت في البين ثم زادت و الزيادة متجدده غير مستحقة له فهي لها (و بالجمله) إن كانت القيمة يوم العقد هي الأكثر

١- ١ سورة البقرة: ٢- الآية ٢٣٧.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٥١- من أبواب المهور.

فالتقص قبل القبض مضمون عليه، فلا تضمن له ما هو في ضمانه، وإن كانت القيمة يوم القبض هي الأكثر فهي زياده في ملكها، فلا تضمن له ما هو لها، هذا خلاصه ما ذكره.

و فيه أن القيم السوقية غير مضمونه بحال، و المتجه لو لا ما سمعته من خبر على ابن جعفر (١) من ضمان القيمة يوم القبض لا أقل الأمرين ما بينه و بين العقد، كما سمعته من المشهور ضمانها القيمة يوم التلف باعتبار تعلق حق الاستعادة في العين ما دامت موجوده، فمع تلفها يتعلق بقيمتها في ذلك اليوم الذي هو ابتداء تعلق الحق المزبور أو ضمانها القيمة يوم الطلاق الذي هو يوم تملك النصف

من العين أو من قيمتها في ذلك اليوم، إلا- أن ذلك كله من الاجتهاد في مقابله النص بعد ما سمعته من خبرى على بن جعفر (٢) فضلا عما سمعته من المشهور المبني على ما عرفت مما لا يخفى ما فيه، خصوصا قولهم: «إنها لا تضمن له ما هو لها» ضروره أن المال في يدها و إن كان لها، إلا أنه مضمون عليها، بمعنى أنه لو طلق قبل الدخول كان له عليها القيمة لو كانت العين تالفه، و هذا معنى الضمان، فتأمل جيدا، هذا كله مع بقاء العين بحالها.

و أما لو زال ملكها على المهر قبل الطلاق بوجه لازم كالبيع و العتق و الهبة اللازمه لزمها مثل النصف أو قيمته، ضروره كونه حينئذ كالتالف، بل لو عاد إلى ملكها بعد أن دفعت له المثل أو القيمة لم يكن له الرجوع، نعم لو عاد قبل الدفع رجع، لزوال المانع من الرجوع قبل سقوط حقه منها بأخذ المثل أو القيمة، و لأن الرجوع إليهما لتعذر العين مع كونهما أقرب الأشياء إليها، و لا تعذر حينئذ،

١- ١ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب المهور الحديث ٢، الا أنه لم يتقدم لعلى ابن جعفر ما يدل على ذلك. و الظاهر أنه سهو من قلمه الشريف، و الصحيح « ما تسمعه».

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب المهور الحديث ٢ بسندين أحدهما عن على بن جعفر و الثانى عن السكونى و لم يتقدم لعلى بن جعفر خبر يدل على ذلك، و الظاهر أنه سهو من قلمه الشريف هنا أيضا، و الصحيح « ما تسمعه» فإنه قد ذكرهما بعد قليل.

مع احتمال العدم أيضا، لسقوط حقه من العين أولا، و كون العود مملكا لا من جهة الصداق، و لأنه بالطلاق تعلق خطاب المثل أو قيمه، و لا دليل على ارتفاعه و إن كان قد يناقش بمنع سقوط الحق مطلقا، و عدم منافاه تملكه بالعود للتملك بالطلاق الذى هو سبب جديد لذلك، لا أنه التمليك باعتبار تسببه فسخ

السبب الأموال الذى ملكت به المرأة حتى يقال: إن العود مملك غير الصداق، و تعلق خطاب المثل أو قيمه على جهة التزلزل لمكان التعذر كما هو واضح.

و لو تعلق به حق لازم من غير انتقال كالرهن و الإجاره ففى القواعد «تعين البدل، فان صبر إلى الخلاص فله نصف العين، و لو قال: أنا أرجع فيها و أصبر حتى تنقضى الإجاره احتمل عدم وجوب الإجابة و إجباره على أخذ قيمه إذا دفعته، لأنه يكون حينئذ مضمونا عليها، و لها أن تمتنع منه، إلا أن يقول أنا أقبضه و أردته أمانه، أو يسقط عنها الضمان على إشكال فله ذلك» و فى كشف اللثام «أنه يشكل الحكم بتعيين البدل مع كون الطلاق مملكا فان التمليك إذا كان قهريا و العين باقيه فى ملكها لزم التعلق بها كالإرث» و فيه أيضا احتمال وجوب الإجابة عليها مطلقا، لتعلق حقه بالعين أولا، و لا ينافيه تعلق حق الغير بها من جهة أخرى، فإذا رضى بالعين مسلوبا عنها المنافع مده الإجاره أو الارتهان لزمتهما الإجابة.

قلت: قد يقال: ليس له إلا البدل مطلقا، لعدم بقاء ما فرضه كما فرضه، و الطلاق إنما يملك قهرا إذا كانت العين موجوده على الحال التى دفعها، و رضاه بغير ماله لا يوجب الإجابة عليها، و قد يفرق بين الارتهان و الإجاره، خصوصا مع كون المده قليله، فتأمل.

و لو انتقل عنها لا على جهة اللزوم كما لو باعته بخيار تخيرت بين الرجوع و دفع نصف العين و عدمه و دفع نصف قيمه.

و لو نقصت عينه أو صفته مثل عور الدابه أو نسيان الصنعه قيل و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه و يحيى بن سعيد فى المحكى عن جامعه كان له نصف قيمه سليما تنزيلا للتعب بذلك منزله التلف، و له نصف العين أى بلا

أرش على الظاهر منهما، لأن الرجوع إلى القيمة لكونها أقرب الأشياء إلى العين فالعين أولى، و لقوله تعالى (١) «فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» و هي عين المفروض، و إن بقيت و لما كان التعيب في ملكها لم نضمن الأرش و حيثذ ف لا يجبر على أخذ نصف العين كما لا يجبر على أخذ نصف القيمة، لما عرفته من التخيير.

و لكن فيه تردد و نظر، و ذلك لأن العين المفروضه إن كانت بهذه الحاله قائمه فاللازم أخذها من غير انتقال إلى القيمة، و إن كانت بهذا التغيير غير مفروض كما اعترفوا به فلا- وجه للرجوع بالعين، و لأن التعيب- و إن كان في ملكها- لا ينافى ضمانها الأرش للزوج، ضروره كونه كتلف العين على ملكها الموجب لضمانها قيمتها له، بل ضمانها مستلزم لضمان أجزائها و صفاتها و أرش ذلك كقيمته نفس العين.

فالمتجه حيثذ كما في القواعد و المسالك الرجوع بنصف العين مع الأرش، لأن التعيب بذلك خصوصا مثل نسيان الصنعه لا يخرج العين عن

حقيقتها، و بقبضها العين تدخل في ضمانها كلا أو جزء أو صفه.

و من ذلك يظهر لك ما في المحكى عن المهذب من «أن العيب إن كان منها أو من الله تعالى تخير بين أخذ نصفه ناقصا أو أخذ القيمة يوم القبض، و إن كان من أجنبي تعين أخذ القيمة يوم القبض، فإنه إن كان من أجنبي استحقت عليه الأرش، فكان المهر الموجود مع الأرش، فالتقصان محسوب، فيكون كالتالف، و ان كان منها أو من الله تعالى لم يحسب التقصان فكانت العين كالتامه من وجه و التالفه من آخر» و في كشف اللثام «قد يقال: منشأ الخلاف أن معنى «ما فَرَضْتُمْ» هل هو الماهيه وحدها أو مع صفاتها؟ فعلى الأول يتعين الرجوع في نصف العين، و على الثاني يتخير أو يتعين القيمة».

قلت: قد يستفاد من

خبر على بن جعفر (٢) عن أخيه عن أبيه عليهما السلام

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب المهور الحديث ٢.

«إن عليا عليه السلام قال فى الرجل: يتزوج المرأه على وصيف فيكبر عندها، و يريد أن يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: عليها نصف قيمته يوم دفعه إليها، لا ينظر فى زياده و لا نقصان»

تعين القيمه على الوجه المزبور من غير أرش بناء على أن المراد عدم النظر إلى زياده العين و نقصها و إن لم أجده قولاً لأحد، بل لعل

صحيحه (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «إن أمير المؤمنين عليه السلام قال: فى المرأه تتزوج على الوصيف فيكبر عندها فيزيد أو ينقص ثم يطلقها قبل أن يدخل بها»

دال على ذلك أيضاً و إن كان ظاهره إرادته زياده القيمه و نقصها بسبب الكبر، بل هو حينئذ قرينه على إرادته هذا المعنى من خبره الأول.

لكنه أيضاً دال على المطلوب، بتقريب أن عدم النظر الى الكبر الذى هو سبب زياده القيمه و نقصها يقتضى عدم النظر إلى كل صفه تجددت فى العين اقتضت زيادتها أو نقصها، و أنها توجب الانتقال إلى القيمه على الوجه المزبور، فيكون المدار حينئذ فى رد نصف العين على بقاء العين غير متغيره بشىء يقتضى زياده قيمتها أو نقصها، و إلا فالقيمه وقت القبض.

و منه يعلم أن المراد ما فرضتم العين و صفاتها، كما أن منه يعلم أن الواجب رد نصف القيمه لا- قيمه النصف، بل و يعلم أن الواجب قيمته يوم الدفع لا الأقل.

أما لو نقصت قيمته لتفاوت السعر كان له نصف العين قطعاً، و كذا لو زادت قيمته لزياده السوق، إذ لا نظر إلى القيمه مع بقاء العين على حالها التى بها يتحقق نصف ما فرضتم،

لكن فى القواعد بعد أن ذكر ذلك قال: «و تضمن- أى الزوجه للزوج- النقص- أى للقيمه لتفاوت السعر- مع التلف دون الزياده، يعنى إذا نقصت القيمه بعد القبض لنقصان السعر ثم تلفت العين ثم طلقها كان عليها رد نصف القيمه قبل القبض، لأنه لا عبره بالنقص بعد القبض، لتعلق حق الاستعاده به حين التسليم، و لو زادت القيمه بعد القبض لزياده السعر ثم تلفت كان عليها رد نصف القيمه قبل

١- ١ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ٣٤- من أبواب المهور الحديث ٢ عن السكونى كما فى الكافى ج ٦ ص ١٠٨.

الزيادة، إذا الزيادة بعد القبض أولى بعدم الاعتبار من النقصان بعد القبض» و هو جيد موافق للخبر (١) المزبور.

لكن قد يقال: إنه مناف لما سبق منه و من غيره من ضمان الأقل من حين العقد إلى حين القبض الشامل لما كانت قيمته حال القبض أعلى منها حال العقد الذى يقتضى الخبر المزبور زمان قيمته حال القبض لا حال العقد الذى هو الأقل، فتأمل جيدا.

و كذا لو زاد بكبر أو سمن و نحوهما من الزيادات المتصلة التى لا يمكن قطعها، كتعلم الصنعه و قصاره الثوب و صبغه كان له نصف قيمته من دون الزيادة التى هى ملك الامراه و ليست مما فرض، و قد سمعت خبر على بن جعفر (٢).

و حينئذ ف لا تجبر المرأه على دفع العين مجاناً و لا بعوض على الأظهر خلافاً للمحكى عن

المبسوط فجعل له الرجوع بنصف العين مع زيادتها، للايه (٣) التى قد سمعت عدم تناولها الزيادة، نعم لو دفعتها هى باختيارها جاز، لأن الحق لها بل المعروف وجوب قبوله، لأنها حقه مع زياده، و المانع امتزاج الحقين، و قد انتفى برضاها، و ليس ذلك من المنه التى تدفع وجوب قبوله، خصوصاً بعد معاوضه التشطير، و ربما كانت القيمة أرضى له، فلا منه بالعين.

كما أن المعروف أيضاً وجوب قبوله القيمة لو بذلتها له، لوجوب تجنبه عن حقهها بغير إذنها، و لا يتم إلا بالتجنب عن العين رأساً، و لدوران حقه بين الأمرين و لا اختيار له، فيلزمه قبول ما اختارته له، و ليس له تأخير المطالبه حتى تفوت العين فيلزمها القيمة، أو يفوت كمالها فيلزمها من العين، لتضررها بشغل الذمه، كما ليس له اختيار نصف العين مجردة عن الزيادة على وجه يشاركها بالنسبه، كما فى كشف اللثام من «أن الزيادة لا تستقل بالتقويم، و لا بد حينئذ من تقويمها منفردة، فإنه إذا شاركها فى السمين مثلاً كان لها نصف العين و كل السمن، و إذا شاركها

١-١ الوسائل الباب-٣٤- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-٣٤- من أبواب المهور الحديث ٢.

٣-٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

فيما كبر عن صغر كان لها نصف العين و كل الكبر و نحو ذلك» و إن كان هو كما ترى، خصوصا بعد ملاحظه غير المقام مما لا- تمنع فيه الزيادة عن الاستقلال بالرجوع، كما إذا أفلس المشتري بالثمن و أراد البائع الرجوع في المبيع مع الزيادة المتصله و أراد الواهب

الرجوع في العين مع الزيادة، أو رد المشتري المبيع بالعيب و أراد الرجوع في العوض المشتمل على الزيادة المتصله و غير ذلك.

لكن في المسالك الفرق بأن الملك في هذه المسائل يرجع بطريق الفسخ الذي يرفع العقد من أصله أو من حينه، فعلى الأول يكون كأنه لا عقد، و تكون الزيادة على ملك المالك الأول، و على الثاني فالفسوخ محموله على العقود و مشبهه بها، و الزيادة تتبع الأصل في العقود و كذلك في الفسوخ، و عود الملك في تشطير الطلاق ليس على سبيل الفسخ، بل ملك مبتدأ، ألا ترى أنه لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم عتق و طلق قبل الدخول يكون التشطير له لا للسيد؟ و لو كان سبيله سبيل الفسخ لعاد إلى الذي خرج عن ملكه، و إنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقا لـ(١)و ليست الزيادة فيما فرض، فلا يعود شيء منها إليه.

و فيه أنه إذا كانت من التوابع للملك لم يكن فرق في تبعيتها بين الملك بالعقد و شبهه و بين غيرهما، و عدم كونها من المفروض لا- ينافي ملكيتها بالتبعيه له، على أن دعوى جريان الفسوخ مجرى العقود واضحه البطلان، كما أن دعوى عدم كون الطلاق من قبيل الفسوخ لا تخلو من نظر.

نعم العمده في وجوب القيمه هنا ما سمعته من النص (٢)المعتضد بالفتاوى، إلا أن المتجه عليه تعيين القيمه عليها على وجه لو أراد إجبارها عليه كان له، مؤيدا بأنه لا نظير لهذا التخيير في الشرع بمعنى عدم تعيين

الواجب عليها أولا و يكون الثاني كالعوض عنه، كتخيير المكلف في الزكاه بين دفع العين و بين القيمه عنها، و تخير الوارث بين دفع التركه للديان و بين دفع القيمه عنها.

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب المهور الحديث ٢.

اللهم إلا أن يقال هنا: أيضا إنه كان مقتضى الخبر تعين قيمه، و لكن جاز دفع العين عنها لما عرفت، مؤيدا بفتاوى الأصحاب، فإنه لا خلاف بينهم على الظاهر فى ذلك، فيكون كالعين المستقرضه، فإنها ملك المستقرض بالقرض، و لا يجبر على دفعها لو أراد المقرض، لكن لو دفعها وجب عليه قبولها، فتأمل جيدا.

و أما لو زاد من جهه و نقص من أخرى، كما إذا أصدقها عبدا فتعلم صنعه مثلا و نسي أخرى، أو أصابه عور و سمن، أو كان بسبب واحد، كما لو كان عبدا صغيرا فكبير، فإنه نقصان من جهه نقصان قيمه، و من جهه أن الصغير يصلح لما لا يصلح له الكبير، و أبعد من الغوائل، و أشد تأثيرا بالتأديب و الرياضه، و زياده من جهه قوته على الشدائد و الاسفار، و أحفظ لما يستحفظ، إذ لا- يشترط فى الزيادة زياده قيمه بها: بل ما فيه غرض مقصود، و من هنا كان الكبير فى العبد زياده من جهه و نقص من أخرى، و لعل حمل الأمه كذلك، أما حمل البهيمة فهو زياده محضه إلا إذا أثر فى فساد اللحم، كما أن الزرع للأرض ينقصها.

و على كل حال فالمتجه بناء على ما سمعت تعيين قيمه، بل لعله المراد من

قوله عليه السلام: «يزيد و ينقص» فى صحيح على بن جعفر(١)

لكن فى المسالك «الأمر موقوف هنا على تراضيهما، فان تراضيا برد النصف فذاك، و أيهما امتنع لم يجبر الآخر عليه، للزياده على تقدير طلب الزوج و النقيصه على تقدير طلبها، و حينئذ تتخير المرأه بين دفع قيمه النصف مجردا عن الزيادة و النقيصه و بين دفع نصف العين مع أرش، أما الأول فلان فيه جمعا بينه و بينها، حيث لم يمكن وصوله إلى العين إلا بأخذ حقها فى الزيادة، و لا دفعها إليه إلا- بالنقيصه التى ليست العين معها نصف المفروض، و أما الثانى فلأنها إذا دفعت نصف العين كانت باذله للزياده، فيجبر على قبولها كما مر، و هى عين ما فرض، فيجبر عليها، و النقصان ينجر بالأرش، لأنه قيمه الفائت كالتالف، و ليس لها جبر النقص بالزياده بدون رضاه لاختلاف الحقين» و فى القواعد «و لو زادت و نقصت باعتبارين - كتعليم صنعه و نسيان

أخرى - تخيرت في دفع نصف العين أو نصف القيمة، فإن أوجبنا عليه أخذ العين أجبر عليها و إلا تخير أيضا».

قلت: لعل المتجه بناء على كلامهم إجباره على قبولها لو بذلتها بدون أرش بناء على عدم

وجوبه له عليها أو معه بناء على وجوبه، نعم يتجه عدم إجباره على ما سمعته منا من أنه ليس له إلا - القيمة، بل المتجه حينئذ إجبارها عليها لو طلبها منها، هذا كله في التعيب في يدها.

أما لو تعيبت في يده ففي القواعد «لم يكن له إلا نصف، فان كان قد دفع أرشا رجع بنصفه أيضا» قلت: قد يقال: إنه يجري على ما مر من تنزيل العيب منزله التالف التخيير بين العين و القيمة أيضا، و لا - يعين العين أخذ المرأه لها، فإنه لا - يجعلها المهر المفروض، و لذا قالوا: إذا تعيب المهر في يده تخيرت المرأه بين أخذ العين و القيمة، لتلف العين بالتعيب، فإذا رضيت بالعين فليس، لأنه المفروض، بل لأنه عوضه كالقيمة، فللزواج إذا طلقها أن لا يرضى إلا بالقيمة، فتأمل جيدا.

و أما لو حصل له نماء منفصل كاللبن و الولد كان للزوجه خاصه سواء كان في يده أو يدها، لأنه نماء ملكها و انما له نصف ما وقع عليه العقد و هو ليس منه.

و لو أصدقها حيوانا حاملا على وجه يدخل الحمل في الصداق بالشرط أو بالتبعيه كان له النصف منهما و إن كان بعد الوضع، لأن دخوله إن كان بالشرط فالشروط توزع عليها القيمة و تلحق بالماليه، و إن كان بالتبعيه فهو مما يفرد بالملك، كما لو أذن مولى الأمه في النكاح دون مولى العبد، فإنه يكون الولد لمولى الأب على القولين، و حينئذ فيكون المفروض مهرا الحيوان و حملة، و يحتمل على هذا القول كما عن بعضهم أو عليه و على الأول كما عن آخر اختصاص الأم بالرجوع، لأن الولد زياده ظهرت بالانفصال على ملكها، إذ هو قبل الوضع لا يفرد بالتقويم، نعم له أرش نقصانها بالولاده إن قلنا بضمائها مثل ذلك، بل بناء

على حرمه التفريق بين الولد و امه و كان الحيوان أمه غرمت له نصف قيمتها، و أخذت الأم و الولد، و إلا فلا، بل عن قوم تباع هي و ولدها لهما، فتختص هي بقيمه الولد، و قيمه الأم بينهما نصفان.

و لكن فى الجميع أنه مناف لما عرفت، و ل

موثق عبيد بن زرارہ(١)قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «رجل تزوج امرأة على ما شاء ثم ساق إليها الغنم ثم طلقها قبل أن يدخل بها و قد ولدت الغنم، قال: إن كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها، و إن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها، و لم يرجع من الأولاد بشىء»

و موثقه الآخر(٢)قال له عليه السلام أيضا: «رجل تزوج امرأة و مهرها مهرا فساق إليها غنما و رقيقا فولدت عندها، فطلقها قبل أن يدخل بها، قال: إن كان ساق إليها ما ساق و قد حملت عنده فله نصفها و نصف ولدها، و إن كن حملن عندها فلا شىء له من الأولاد»

و الله العالم.

و لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول كان لها عليه نصف أجره تعليمها

لتعذر المهر حينئذ فى يده إذ ليس للصنعة نصف، فيكون كالتالف فى يده الذى يرجع فيه إلى القيمة التى هى هنا الأجره و لو كان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الأجره لتعذر رجوعه بعين ما فرض، فيكون بمنزلة التالف فى يدها، كما هو واضح.

و لو كان تعليم سوره قيل و القائل الشيخ فى المحكى من خلافه و مبسوطه:

يعلمها النصف لكونه أمرا ممكنا فى نفسه، و لكن لما صار الزوج أجنبيا ينبغى أن يعلمها ذلك من وراء حجاب بناء على جواز سماع صوتها مطلقا أو للضرورة، و لم يكن ثم خوف فتنه و خلوه محرمة، و الاعتبار فى النصف بالحروف

١- ١ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب المهور الحديث ١.

٢- ٢ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ٣٤- من أبواب المهور الحديث ١ و ذكره فى التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨- الرقم ١٤٩١.

و لكن فيه تردد ينشأ من التردد في حرمه سماع صوتها و إن كان الأقوى جوازه، و من اختلاف الألفاظ سهوله و صعوبه فلا يتعين النصف، و قد يقال: إن ذلك لا- يمنع معرفه النصف عرفا، و فى كشف اللثام و غيره «إذا لم يمكن التعليم إلا- بالخلوه المحرمه أو مع خوف الفتنة فالرجوع بنصف الأجره قطعاً» قلت: قد يقال:

بوجود استتجار من يعلمها ممن لا يحصل معه جهه محرمه مع إمكانه إذا لم يكن قد اشترط عليه المباشره.

[المسأله الرابعه لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه]

المسأله الرابعه لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه وفاقا للمشهور، ل

مضمّر سماعه (١) «سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته فى حل، قال:

إذا جعلته فى حل فقد قبضته، فان خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأه على الزوج نصف الصداق،»

مؤيدا بأن ذلك تصرف منها فيه تصرفا ناقلا له عن ملكها بوجه لازم و إسقاط، فيلزمها عوض النصف كما لو نقلته إلى ملك غيره أو أتلفته، لكن فى القواعد و محكى المبسوط و الجواهر إنه يحتمل عدم رجوعه عليها بشىء، بل عن بعض العامه القول به، لأنها لم تأخذ منه مالا، و لا- نقلت اليه الصداق، و لا- أتلفته عليه فلا- تضمن، أما الأول فظاهر، و أما الثانى فلاستمحاله أن يستحق الإنسان شيئا فى ذمه نفسه، فلا يتحقق نقله إليه، و أما الثالث فلأنه لم يصدر منها إلا إزاله استحقاقها فى ذمته، و هو ليس إتلافا عليه، و من هنا لو رجع الشاهدان بدين فى ذمه زيد لعمر و بعد حكم الحاكم عليه و إبراء المشهود عليه لم يرجع عليهما، لعدم تغريمهما له بشىء، و لو كان الإبراء إتلافا على من فى ذمته غرما له.

و فيه مع أنه كالاتجاه فى مقابله النص صدق التصرف به قطعاً على وجه اقتضى فراغ الذمه منه و إسقاطه، و ذلك كاف فى إيجاب نصف بدله، فلا حاجه إلى تكلف

الأول و الثاني أو الثالث التي ليس واحد منها عنوان الحكم، كما لا حاجة إلى ما في المسالك من تجشم الفرق بين المقام و بين عدم الرجوع على الشاهدين بما ذكره فيها، ثم قال: «و في الفرق نظر» ضروره وضوح الفرق بينهما بأن مبنى رجوع المدعى عليه عليهما بما يغرمه قاعده قوه السبب على المباشر، فهما أولى بالاندراج في

قوله عليه السلام (١) «من أتلف»

و الفرض عدم إتلافهما شيئاً عليه، لأنه أبرأه بخلاف ما لو دفعه له ثم وهبه له، ضروره صدق الغرامه التي لا ينافيها هبته له ذلك التي هي ملكك جديد بسبب جديد، فتأمل جيداً.

نعم قد يشكل الحال فيما ذكر المصنف و غيره بقوله و كذا لو خلعها به أجمع الذي معناه أنه كالإبراء و الهبه ما لو بذلته له ليخلعها عليه فخلعها به، فإنه يستحق عليها مقدار نصفه مضافاً إلى ما خلعها به الذي بذلته له، فكان بمنزله إبرائها و هبتها إياه، ضروره وضوح الفرق بين المشبه و المشبه به الذي هو إتلاف للمهر قبل الطلاق على وجه يصادف وقوعه سبق انتقاله عنها، فيستحق عليها حينئذ مقدار نصفه لتعذره،

بخلاف المشبه الذي لا يملكه من حيث الخلع إلا بتمام الطلاق المفروض أنه مملك للنصف، لكونه قبل الدخول، فيتحد حينئذ زمان السبين، و الفرض تنافيهما، فلا يقع واحد منهما، و إلا كان ترجيحاً بلا مرجح، و ليس ذلك مثل ظهور استحقاق مال الخلع كي يتجه حينئذ ضمانها ذلك، و لا أنه يتمحض بذلاً للخلع، فيوجب الطلاق مقدار نصفه في ذمتها لتعذره، لأن كلا منهما مبنى على

١-١ المراد منه هو الحديث المشتهر على ألسنه الفقهاء «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» الا أنه لم نجد نص ذلك مع التبع في مظانها، و الظاهر أنه مستفاد من عدة روايات وردت في أبواب مختلفه: منها ما رواه في الوسائل في الباب- ١٠ و ١١ و ١٤- من كتاب الشهادات و الباب- ٧ و ٥- من كتاب الرهن الحديث ٢ منهما و الباب- ٢٩- من كتاب الإجاره و الباب- ١٨- من كتاب العتق الحديث ١ و ٥ و ٩ و الباب- ٢٢- من أبواب حد الزنا الحديث ٤ و الباب- ١- من أبواب نكاح البهائم الحديث ٤ من كتاب الحدود.

ترجيح أحد السببين على الآخر بلا مرجح، و دعوى ترجيح الثاني - بتقدم بعض سبب الملك و هو البذل و إن كان لا يتم إلا بتمام الطلاق و إلا - فهو نفسه غير مملك - كما ترى، اللهم إلا أن يقال إنه يبطل خلعا و يصح طلاقا كما فى كل مقام يظهر فيه فساد الخلع، فيكون ذلك ليس لتقديم أحدهما على الآخر مما تواردا عليه، بل لأن ازدحامهما يبطل تأثيرهما، فيفسد ما كان البذل ركنا فيه و هو الخلع، بخلاف الطلاق الذى لا مدخله له فى ذلك، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسألة الخامسة إذا أعطها عوضا عن المهر عبدا آبقا و شيئا آخر ثم طلقها قبل الدخول كان له الرجوع بنصف المسمى دون العوض]

المسألة الخامسة إذا أعطها عوضا عن المهر عبدا آبقا و شيئا آخر ثم طلقها قبل الدخول كان له الرجوع بنصف المسمى الذى هو المفروض دون العوض بلا خلاف و لا إشكال،

قال الفضيل بن يسار (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطها عبدا آبقا و بردا حبره بالألف التى أصدقها، فقال: إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفتة فلا بأس، إذ هى قبضت الثوب و رضيت بالعبد، قلت: فان طلقها قبل أن يدخل بها، قال: لا مهر لها، و ترد عليه خمسمائة درهم، و يكون العبد لها»

و لعل ذكر الضميمة مع الآبق قرينه على إرادته وقوع ذلك معها على جهة البيع، أو أن الدفع للآبق وفاء يعتبر فيه ما يعتبر فى البيع من اعتبار الضميمة فيه.

و على كل حال فالثابت بالطلاق نصف المسمى دون المدفوع وفاء إلا إذا كان فردا للكلى الذى وقع عليه العقد، فإنه باعتبار حلول الكلى فيه يكون هو المفروض، بل الظاهر أنه لو دفعه إليها معيبا و رضيت به و طلقها قبل الدخول كان له نصف المعيب، لكونه المفروض دون الصحيح، مع احتمال، لأنه المفروض، و لذا كان لها الامتناع عن قبض المعيب وفاء، و رضاها بالمعيب لا يصيره المفروض المنصرف

إلى الصحيح.

نعم قد يقال: إن له نصف المعيب مع الأرش لا نصف الصحيح، أو يفرق بين قبضها المعيب غير عالمه به و بين قبضها له عالمه راضيه به وفاء عن ذلك الكلى، فيجب الأرش مع الأول، لأنه مستحق لها، فان لم تأخذه منه كان ذلك منها

عفوا له، بخلاف الثانى الذى لم يثبت لها فيه استحقاق أرش، و الفرض أنه أحد أفراد الكلى، فليس لها حينئذ إلا نصفه، بل قد يحتمل ذلك أيضا فى الأول و إن أخذت الأرش، فضلا عما إذا لم تأخذه مع استحقاقها له باعتبار كونه المفروض، و الأرش إنما هو سبب المعيب منه لا أنه من المفروض، فتأمل جيدا.

و كذا لو أعطها متاعا أو عقارا أو حيوانا أو غير ذلك مما هو ليس من أفراد الكلى المسمى فى العقد- سواء وقع ذلك وفاء، و قلنا أنه معاوضه برأسها أو باعها ذلك مثلا بمالها فى ذمته- ف انه على كل حال ليس له لو طلق قبل الدخول إلا نصف ما سماه و فرضه لها كما هو واضح، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسألة السادسة إذا أمهرها مدبره ثم طلقها صارت بينهما نصفين]

المسألة السادسة:

إذا أمهرها مدبره فعن النهايه و المهذب لا يبطل التدبير بامهارها، لكونه عتقا معلقا، أو لأن الملك المتجدد لا يبطله و إن قلنا: إنه وصيه بالعتق، و حينئذ فلو فعل ذلك ثم طلقها قبل الدخول صارت بينهما نصفين، فإذا مات تحررت كل ذلك ل

خبر المعلى بن خنيس (١) «سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عنده عن رجل تزوج امرأة على جاريه له مدبره قد عرفتها المرأة و تقدمت على ذلك، و طلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمه المدبره

يكون للمرأة يوم فى الخدمه، و يكون لسيدها الذى دبرها يوم فى الخدمه،

قيل له: فان ماتت المدبره قبل المرأه و السيد لمن يكون الميراث؟ قال: يكون نصف ما تركته للمرأه، و النصف الآخر لسيدھا الذي دبرھا».

لكن لضعفه و عدم صراحته في بقاء التدبير و انه لا خلاف فيما تضمنه من غير ذلك قيل و القائل ابن إدريس و غيره على ما حكى: لا يصح جعلها و هي مدبره مهرا بل يبطل التدبير بجعلها مهرا كما لو كانت موصى بها لزيد مثلا، فان تجدد الملك يبطل ذلك، ضروره تعلق الوصيه في ملكه، فمع فرض خروجها عن ملكه فيعدم موضوع الوصيه، و التدبير نوع منها.

بل قد يقال ببطلانه أيضا لو قيل بأنها تملك بالإمهار النصف و الآخر يبقى على ملك الزوج حتى يدخل، و إن كان المنساق على هذا التقدير بقاء التدبير في النصف، إلا أنه يمكن القول ببطلانه باعتبار إقدام المدبر على فسخه بجعله مهرا متحملا لتمام سبب انتقاله عنه بالدخول، فيعدم التدبير، فيكون ذلك منه رجوعا عن التدبير، نحو ما لو أوصى به لزيد فوهبه من عمره ثم رجع بالهبة قبل أن يقبض المتب، فان ذلك منه يكون فسحا للوصيه و إن لم يتم منه سبب الانتقال عنه، إلا أن الانصاف إمكان منع ذلك في المقيس و المقيس عليه، بناء على أن فسح الوصيه بالتضاد بينها و بين ما أوصى به، و لا تضاد هنا مع فرض عدم انتقاله عن ملكه، نعم لو كان هذا الفعل منه ظاهرا في الرجوع بالوصيه اتجه حينئذ انفساها بقصده لا بفعله.

و على كل حال هو أشبه عند المصنف و من تبعه، لأن التدبير وصيه تنفسخ بنحو ذلك، و الخبر (١) المزبور لا صراحه فيه في بقاء التدبير، مع احتمال ما عن ابن إدريس من كون التدبير واجبا بنذر و نحوه مما لا يصح الرجوع معه منه، أو عن غيره من احتمال اشتراط بقاء التدبير، فإنه يكون حينئذ لازما

لعموم «المؤمنون» (٢).

و لأنه كشرط العتق في البيع و نحوه، و يظهر من

قوله عليه السلام

١- ١ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب المهور الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

في الروايه: «قد عرفتها و تقدمت على ذلك»

كونه قد شرط عليها بقاء التدبير.

و ربما ردا معا ببطلان جعلها مهرا حينئذ، و فيه أنه لا دليل على اعتبار تماميه الملك في المهر على وجه يمنع جعل المدبر لذلك بناء على تسليمه في البيع، ضروره كونه مالا مملوكا قبل موت المدبر، و خروجه عن الماليه بالحريه فيما بعد لا ينافي جعله مهرا الان،

نعم لو دلسه عليها أمكن حينئذ وجوب القيمه عليه أو مهر المثل أو غير ذلك مع الفسخ فيها، و من هنا قال في الروايه: إنها علمت به و قدمت عليه.

و بذلك يظهر دلالة الخبر المزبور على بقاء التدبير، مضافا إلى قوله فيه:

«فان ماتت المدبره» و غير ذلك مما يؤكد هذا المعنى، فلا يبعد القول بعدم انفساخ التدبير بنقله عن الملك من بين الوصايا، و لعله لبناء العتق على التغليب، و يخرج الخبر المزبور شاهدا على ذلك، فيصح حينئذ جعله مهرا، بل لا مانع من جواز بيعه مدبرا بناء على الدليل على اعتبار تماميه الملك على وجه تمنع بيع مثل ذلك المشمول لعدم الأدله إن لم يكن إجماعا، أما المقام فلا إجماع قطعا بل و لا شهره محققه على البطلان، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى بطل الشرط]

المسأله السابعه إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع مما لم يكن فيه خلل بمقصد النكاح على وجه يكون منافيا لمقتضى العقد مثل اشتراط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يقسم لضررتها أو لا يمنعها من الخروج من المنزل متى شاءت أو نحو ذلك بطل الشرط اتفاقا كما في كشف اللثام و غيره، ل

قوله (١) صلى الله عليه و آله: «من اشترط شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز له و لا عليه»

و صح العقد اتفاقا لكونه ليس معاوضه محضه، و لذا لا يبطل ببطلان المهر

الذى هو كالركن فيه، فضلا عما يذكر شرطا فيه، بل المشهور صحة العقد و المهر بل قد يظهر من محكى المبسوط الاتفاق عليه لإطلاق ما دل على صحته من الكتاب و السنه و غيرهما، فلا تلازم بينه و بين الشرط الذى هو ليس من المهر قطعا و ان كان له دخل فى قلته و كثرته، و ربما أوماً إلى ذلك

خبر محمد بن قيس (١) عن الباقر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأه أو هجرها أو اتخذ عليها سريه فهى طالق، فقضى فى ذلك أن شرط الله قبل شرطكم، فان شاء وفى لها ما يشترط، و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها».

و كذا فى صحة العقد و المهر و بطلان الشرط خاصة ما لو شرط تسليم المهر فى أجل، فان لم يسلمه كان العقد باطلا عند المشهور بيننا أيضا، تصريحاً من جماعه منهم بأنه متى فعل ذلك لزم العقد و المهر و بطل الشرط خاصة و ظاهراً من آخرين، لما عرفت

و صحيح محمد بن قيس (٢) عن أبى جعفر عليه السلام أيضا «فى الرجل تزوج المرأه إلى أجل مسمى فان جاء بصدقتها إلى أجل مسمى فهى امرأته و إن لم يأت بصدقتها فليس له عليها سبيل، و ذلك شرطهم بينهم حين أنكحوه، فقضى للرجل أن بيده بضع امرأته و أحبط شرطهم».

و ربما يومئ أيضا إلى بطلان الشرطين الأولين ما رواه

زراره (٣) «من أن ضرىسا كان تحته بنت حمران بن أعين فجعل لها أن لا يتزوج عليها و لا يتسرى أبدا فى حياتها و لا بعد موتها على أن جعلت له هى أن لا تتزوج بعده أبدا، و جعلها عليهما من الهدى و الحج و البدن و كل مالهما فى المساكين إن لم يف كل واحد منهما لصاحبه، ثم إنه أتى أبا عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال: إن لابنه حمران لحق و حرمة عندى. و لن يحملنا ذلك على أن لا نقول لك الحق، اذهب فتزوج و تسر، فإن

١-١ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب المهور الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب المهور الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٢.

ذلك ليس بشىء، وليس عليك شىء ولا عليها، وليس ذلك الذى صنعتما بشىء، فجاء و تسرى و ولد له بعد ذلك أولاد»

فإن ذلك ليس إلا لكونه غير مشروع فى نفسه، وإلا لانعقد النذر عليه، و

خبر ابن سنان (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسريت فهى طالق، قال: ليس ذلك بشىء، إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إن من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له، ولا عليه».

لكن قد يشكل ذلك بما فى

خبر محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليهما السلام «فى الرجل يقول لعبده: أعتقك على أن أزوجك ابنتى فإن تزوجت أو تسريت عليها فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك و تسرى أو تزوج، قال: عليه شرطه»

و خبر بزرج (٣) قلت لأبى الحسن موسى عليه السلام و أنا قائم: «جعلنى الله فداك إن شريكاً لى كانت تحته امرأه فطلقها فبانت منه، فأراد مراجعتها، فقالت المرأة: لا والله لا أتزوجك أبداً حتى تجعل الله لى عليك أن لا تطلقنى و لا تتزوج على، قال:

و قد فعل، قلت: نعم قد فعل جعلنى الله تعالى فداك، قال: بئس ما صنع، و ما كان يدريه ما يقع فى قلبه فى جوف الليل أو النهار؟ ثم قال: أما الآن فقل له: فليتيم للمرأة شرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المسلمون عند شروطهم».

و خبره الآخر (٤) عن عبد صالح عليه السلام قلت: «إن رجلاً من مواليك تزوج امرأه ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج

عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له فى التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟

قال: بئس ما صنع، و ما كان يدريه ما يقع فى قلبه فى الليل و النهار؟ قل له: فليف

١-١ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ٣٧- من أبواب المهور الحديث ١.

٣-٣ الكافى ج ٥ ص ٤٠٤ عن منصور بن بزرج.

٤-٤ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤ و هو خبر منصور بن بزرج.

للمرأه بشرطها، فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: المؤمنون عند شروطهم»

و غير ذلك مما يدل على مشروعيه هذا الشرط، و عدم كونه مخالفا للمشروع، اللهم إلا أن يحمل ذلك على التقيه، لموافقته العامه كما عن الإستبصار، أو يفرق بين النذر و الشرط، كما عن الشيخ فى التهذيبين، و إن كان هو كما ترى و على كل حال فالمعروف ما عرفت من فساد الشرط و صحه العقد و المهر.

نعم فى القواعد و المسالك و غيرهما احتمال فساد المهر، لأن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق أو البضع، و مع فساده يتعذر الرجوع إلى قيمه، فيتجهل المهر و لو بجهاله ما يخص الشرط منه إذا كان عليها، بل فى المسالك «هو متجه إلا أن يزيد المسمى عنه و الشرط لها أو ينقص و الشرط عليها، فيجب المسمى حينئذ لأنه قد رضى ببذله مع الترام ترك حق له، فمع انتفاء اللزوم يكون الرضا به أولى، و لأنها فى الثانى قد رضيت به مع ترك حق لها، فبدونه أولى، و مع ذلك فينبغى احتساب المسمى من مهر المثل، و إكمال من غيره حيث يفتقر إليه، لاتفاقهما على تعيينه فى العقد» و فيه أنه غير مجد مع فرض فساده، و لذا أطلق فى القواعد وجوب مهر المثل على هذا الاحتمال، و الله العالم.

و لو شرط أن لا يقتضها لزم الشرط لعموم الوفاء(١)

و «المؤمنون عند شروطهم»(٢)

و خبر سماعه(٣) عنه عليه السلام قلت: «جاء رجل إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسى على أن تلتمس منى ما شئت من نظر و التماس و تنال منى ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك فى فرجى فإنى أخاف الفضيحه، قال: ليس له منها إلا ما اشترط»

و غيره من النصوص.

نعم لو أذنت بعد ذلك جاز عملا بإطلاق الروايه

عن إسحاق بن عمار(٤)

١- ١ سورة المائده: ٥- الآيه ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب المهور الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب المهور الحديث ٢.

عن الصادق عليه السلام قلت له: «رجل تزوج بجاريه على أن لا يفتضها ثم أذنت له بعد ذلك قال: إذا أذنت له فلا بأس».

و لكن مع ذلك قيل و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه، و ابن حمزه فى المحكى من

وسيلته، بل فى المسالك نسبه إلى جماعه من المتقدمين و المتأخرين: منهم العلامه فى المختلف و ولده فى الشرح يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع الذى هو مورد النصوص التى منها

خبر عمار بن مروان (١) عن الصادق عليه السلام «فى رجل جاء إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها متعه، فقالت:

أزوجك نفسى»

إلى آخر ما فى

خبر سماعه المتقدم الذى قد يظهر إرادته ذلك أيضا، خصوصا مع قولها فيه: «إنى أخاف الفضيحه»

و لأنه هو الذى لم يطلب فيه النسل، و إنما يراد منه الاستمتاع المتحقق بغيره، و لذا لم ينافه الشرط المزبور بخلافه فى الدائم المراد منه النسل و التوالد، فهو حينئذ خلاف مقتضى العقد، بل لعله أيضا من خلاف المشروع باعتبار تصريح الكتاب (٢) و السنه (٣) بأن له الوطاء أنى شاء، فىكون شرط عدمه خلاف المشروع، و ربما يرمى إليه الحكم بفساد اشتراط جعل الوطاء و الطلاق بيد الزوجه فى غير واحد من النصوص (٤) و أنه من خلاف السنه، و لا-ريب فى أن اشتراط عدم الوطاء أصلا أولى بذلك منه، بل لعله مناف لمقتضى العقد، أو مخالف للمشروع فى الدائم و المنقطع، لكن خرج عنه فى الأخير للنصوص بخلاف الأول، فإنه لا

نص يقتضيه عدا الخبرين، و هما مع ضعفهما يمكن إرادته المؤجل منهما، لكون المتعارف اشتراط ذلك فيه، بل قد عرفت القرينه عليه فى أحدهما.

و هو كما ترى تحكم بلا حاكم، ضروره عدم الفرق بين الدائم

١- ١ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب المتعه الحديث ١.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧٩ و ٨٣- من أبواب مقدمات النكاح.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب المهور.

و المنقطع فى ذلك، بل ربما كان الوطء فى الأخير أشد فلاحظه، و خبر إسحاق بن عمار و غيره مطلق، و الضعف إن كان منجبر بالشهره، و لو أن الوطء من مقتضيات النكاح على وجه يستلزم اشتراط عدمه بطلانه لم يجز نكاح المتعذر وطئها أو وطئها، و هو معلوم الفساد، و انما الوطء غايه من الغايات، و النصوص (١) المتضمنه لبطلان اشتراط كون ولايه الجماع بيدها و ولايه الطلاق كذلك إنما هو لمخالفه نحو قوله تعالى (٢) «الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ»

و «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٣)

و نحو ذلك، و هو غير عدم الوطء.

من ذلك كله يعلم ما فى القول ببطلان العقد و الشرط فيهما معا الذى هو كالاتجاه فى مقابله النص، كالقول بفساد الشرط خاصه مطلقا، كما عن جماعه منهم الحلى، أو فى

الأول خاصه و صحتهما فى الثانى، كما عن ابن حمزه.

و كذا الاشكال من بعضهم فى جواز الوطء بالاذن على تقدير الصحه، لتوقف إباحه البضع على العقد، و عدم كفايه الإذن فيها، و قد سمعت التصريح به فى النص، على أن المبيح إنما هو العقد، و لكن كان الشرط كالمانع، فمع فرض الاذن يزول المانع، فيبقى المقتضى على مقتضاه، بل لو عصى و خالف الشرط لم يكن زانيا، و يلحق به الولد، كما هو واضح.

و الظاهر إلحاق غير الوطء من وجوه الاستمتاع به فى جميع ما ذكرناه، لما عرفته من صلاحية العموم الذى لا فرق فيه بين الوطء و غيره مدركا لذلك.

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب المهور.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ٣٤.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٦٠ و فيه « انما يملك الطلاق من أخذ بالساق».

[المسألة الثامنة إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها قيل يلزم]

المسألة الثامنة إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها قيل كما عن النهايه و المهذب و الوسيه و الجامع و النافع يلزم الشرط للعمومات، بعد أن كان سائغا جاريا مجرى مقاصد العقلاء و هو المروى

صحيحاً(١) عن الصادق عليه السلام «في الرجل يتزوج امرأه و يشترط لها أن لا يخرجها من بلدها قال: يفى لها بذلك، أو قال:

يلزمه ذلك»

و الصحيح لابن أبي عمير(٢) قال: «قلت لجميل بن دراج: رجل تزوج امرأه و شرط لها المقام بها في أهلها أو بلد معلوم، فقال: قد روى أصحابنا عنهم عليهم السلام أن ذلك لها، و أنه لا يخرجها إذا شرط ذلك لها».

خلافاً لما عن المبسوط و الخلاف و الغنيه و السرائر من بطلان الشرط بمخالفته مقتضى العقد الذي هو استحقاق الاستمتاع بها في كل زمان و مكان، فيحمل الخبر حينئذ على الاستحباب، و فيه (أولاً) أن مقتضى ذلك بطلان العقد أيضاً و (ثانياً) أنا نمنع الاستحقاق المزبور حتى مع الشرط، و دعوى مخالفه الشرط استحقاقه كذلك يدفعها أن ذلك آت في كل شرط يمنع ما يقتضيه إطلاق العقد لو لا الشرط، كالأجل و نحوه مما هو معلوم أنه ليس منافياً للكتاب و السنه، و حينئذ فحمل الروايه على الاستحباب بمجرد ذلك غير جائز، إذ لا معارض لها، و المعارضه العامه غير كافيه، بل لو سلم تعارض

عموم «المؤمنون»(٣)

و عموم ما دل (٤) على الاستمتاع في كل زمان و مكان من وجه كان الترجيح للأول، و لو للصحيح المزبور، مضافاً إلى ظهور الثاني في ثبوت ذلك من حيث كونها زوجته، فلا ينافي عدمه من حيث الشرط، فتأمل جيداً.

١-١ الوسائل الباب - ٤٠- من أبواب المهور الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب - ٤٠- من أبواب المهور الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل الباب - ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٤-٤ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٣.

و من ذلك يظهر لك أنه لا فرق في اللزوم بين ذلك و بين اشتراط منزل مخصوص خلافا لبعضهم، فاقصر على خصوص البلد، بناء منه على مخالفته المسأله للقواعد، فيجب الاقتصار على المتيقن، و فيه- مع أنك قد سمعت التصريح به في خبر ابن أبي عمير- ما عرفته من جريان المسأله على العمومات التي لا فرق فيها بين الجميع، كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان فبناء على صحه الشرط المزبور حكى عن الشيخ و جماعه أنه لو شرط لها مهرا إن أخرجها إلى بلاده و أنقص منه إن لم تخرج معه، فأخرجها إلى بلد الشرك أى أراد إخراجها إليه لم يجب عليها إجابته لما في ذلك من الضرر في الدين، و لذا وجب الهجره عنها و لها الزائد الذي قد اشترطه في العقد لها، و أنه لا يسقط إلا بامتناعها، و الفرض أن ذلك كان منها بحق.

و إن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازما قيل للعمومات و خصوص

حسن على بن رثاب (١) عن الكاظم عليه السلام قال: «سئل و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده، فان لم تخرج معه فمهرها خمسون دينارا أرايت إن لم تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا- شرط له عليها في ذلك، و لها مائة دينار التي أصدقها إياها، و إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الإسلام و دار الإسلام فله ما اشترط عليها، و المسلمون على شروطهم، و ليس له أن يخرج بها

إلى بلاده حتى يؤدي لها صداقها أو ترضى من ذلك بما رضيت به، و هو جائز له».

و لكن مع ذلك فيه تردد مما عرفت و من مخالفته للأصول، لجهل المهر، و للحكم بأن لها الزائد إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرك من غير خروج إليها مع أنه خلاف الشرط، و للحكم بأنه لا يخرجها إلى بلاد الإسلام إلا

بعد أن يوفى لها مهرها الأزيد، مع عدم جواز الامتناع لها مع الدخول، و عدم وجوب الوفاء بالمهر إلا بعد الدخول، أو المطالبه مع التهيؤ للتمكين، و لما عن السرائر من لزوم إطاعه الزوج و الخروج معه إلى حيث شاء.

و من هنا كان المتجه بطلان الشرط، بل و المهر للجهاهه، فيجب مهر المثل حينئذ، لكن في المسالك «يشكل فيما لو زاد عن المفروض على تقديره، لقدومها على الأقل، و كذا مع زيادته على الأقل إذا لم يخرجها من بلدها، و كذا يشكل فيما لو نقص عن المقدر على تقديره، لالتزامه بالأزيد منه مع الشرط عليه، فلزوم المقدر مع عدم لزوم الشرط أولى» و فيه أن ذلك كله غير مجد فساد الشرط الملزم به، نعم قد يقال باغتفار مثل هذه الجهاهه في المهر الذي قد تقدم البحث في اعتبار المعلومه فيه على وجه لا تبطله الجهاهه بذلك و نحوه، خصوصا و قد عرفت الحال في مثل ذلك في الإجاره التي هي أضيق دائره من المهر.

على أنه قد يقال: المهر هو المأه، و إنما اشترط عليها الإبراء إن لم يخرجها، فتجب عليه المأه إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرك، و إن عصته لوجوب الهجره عنها فلا بد من صرف الإخراج المشترط إلى الجائر منه، لثلا يخالف المشروع، و الإطاعه إنما تجب فيما ليس معصيه لله و ليس نفا في وجوب إعطائها المهر قبل الإخراج مطلقا لاحتمال أنه ليس له الإخراج حتى يلزمه الأداء و لو بعده، أو حتى يوطن نفسه على الأداء، أو إذا طالبتة و رضى من ذلك بما رضيت يشمل الرضا بالتأخير، و يمكن أن يكون التقديم مرادا من الشرط، بمعنى أنه اشترط على نفسه تعجيل ذلك إليها إن أراد إخراجها إلى بلاده، كما أنه يمكن بناء ذلك على وجوب تعجيل الزوج المهر إذا طلبته الزوجه، لإرادته التمكين و غير ذلك.

و من ذلك يظهر لك قوه العمل بالخبر (١) المزبور المعتبر سندا المعمول به عند جمع من الأصحاب، و هو العمده لا العمومات و هذه التكاليفات، ضروره كون مضمون الخبر من التعليق الممنوع لو لا الخبر المزبور، فلا تجدى هذه التجشمتات

و لذا لم يجز نظائره لا فى النكاح و لا فى غيره، و ما فى الإجاره لو قلنا بجوازه فهو للدليل، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله التاسعه لو طلقها بائنا ثم تزوجها فى عدته ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر]

المسأله التاسعه:

لو طلقها بائنا ثم تزوجها فى عدته ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر لخروجها عن الزوجيه الأولى بالطلاق البائن الذى لا ينافيه جواز تزويجها فى العده باعتبار كونها حقا له لحرمة مائه، فلا تمنعه، و إنما تمنع غيره، فإذا تزوجها ثبت المهر حينئذ فى ذمته كغيره من عقود النكاح، و بالطلاق قبل الدخول يعود اليه نصف ما فرض فى العقد الجديد، خلافا لبعض العامه، فأوجب لها جميع المهر تنزيلا للعقد منزله الرجعه، فتكون من المطلقه المدخول بها، و ضعفه ظاهر.

[المسأله العاشره لو وهبته نصف مهرها مشاعا ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي]

المسأله العاشره:

لو وهبته نصف مهرها مشاعا ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي، و لم يرجع عليها بشىء، سواء كان المهر دينا أو عينا بناء على كفايه لفظ الهبه فى الإبراء صرفا ل ما وقع منها من الهبه إلى حقها منه بمعنى أنه بالطلاق قبل الدخول يتمحض النصف الباقي للزوج، لأنه مصداق «فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» (١) فلا يرجع إلى المثل أو قيمه، لعدم تعذره، لكن فى القواعد و المسالك احتمال الرجوع بنصف الباقي بعينه و قيمه الآخر من الموهوب، لشيوع نصفيهما فى تمام العين، و شيوع النصف

الموهوب أيضا، فتعلق الهبه بنصفى النصيبين، فالنصف الباقي بمنزله ما تلف نصفه و بقى النصف، بل قيل: إنه يظهر من المبسوط احتمال الرجوع بنصف الباقي خاصه، لأنه لما تعلق الهبه بالنصف المشاع فقد تعلق بنصفى النصيبين

فإنما ملك من نصيبها النصف و هو الربع، و استعجل نصف نصيب نفسه، و انما بقى له النصف الآخر من نصيبه و هو الربع، و ربما احتمل أيضا التخيير بين بذل تمام النصف الباقي و عين نصفه مع بذل نصفه الآخر دفعا لضرر تبعض الصنفه.

إلا- أن الجميع كما ترى، ضروره عدم تأتيها مع فرض بقاء النصف المشاع الذي هو مصداق «فَنَصْفُ ما فَرَضْتُمْ» نعم لو كان النصف الموهوب معنا لا مشاعا اتجه ذلك، كما هو واضح. و كذا لو خالعتة على النصف فإنه إن قيدته بالنصف الذي يبقى لها بعد الطلاق فلا كلام، و إن أطلقت انصرف إلى ما تملكه بعد الطلاق، و على كل حال إذا تم الخلع ملك الزوج تمام المهر، بل مما فرق بينه و بين الهبه بأنه بذل على الطلاق المنصف للمهر، فهو تمليك بعد الطلاق، و للشافعيه كما قيل وجه بالشيوخ في نصفي النصيين، و لا ريب في ضعفه، و الله العالم.

[المسأله الحاديه عشره لو تزوجها بعبدین فمات أحدهما رجع عليها بنصف الموجود و نصف قيمه الميت]

المسأله الحاديه عشره لو تزوجها بعبدین مثلا فمات أحدهما رجع عليها بنصف الموجود و نصف قيمه الميت ضروره كون ذلك كانتقال أحدهما عن ملكها، لأن التالف عليهما و الموجود بينهما و تزلزل ملكهما في النصف المشاع من كل منهما، إلا أنه لما كان ما يرجع اليه مضمونا عليها و جب الانتقال إلى بدل التالف عليه في يدها، و عن الشافعيه احتمال الرجوع بتمام الموجود أو ما يساوى منه النصف، لصدق أنه نصف المفروض، و احتمال التخيير نحو ما سمعته في المشاع، و لا ريب في ضعفهما.

[المسأله الثانيه عشره لو شرط الخيار في النكاح بطل العقد]

المسأله الثانيه عشره لو شرط الخيار في النكاح بطل العقد فضلا عن الشرط على المشهور بين الأصحاب، بل لا أجد خلافا في بطلان الشرط، بل لعل الإجماع بقسميه عليه

لمعالميه عدم قبول عقد النكاح لذلك، لأن فيه شائبه العباده التي لا تقبل الخيار، و لحصر فسحه بغيره، و لذا لا تجرى فيه الإقاله بخلاف غيره من عقود المعاوضات، فيكون حينئذ اشتراط الخيار فيه منافيا لمقتضاه المستفاد من الأدله الشرعيه، بل لم يريدنا بلفظ العقد معنى النكاح مع اشتراطه، و من هنا كان هذا الشرط مبطلا للعقد و إن قلنا بأن فساد الشرط بالمخالفه للكتاب و السنه لا يبطل النكاح كما عرفت الكلام فيه سابقا، فما وقع من بعضهم- من تعليل البطلان هنا بأن التراضى لم يقع على العقد إلا مقترنا بالشرط المذكور فإذا لم يتم الشرط لا يصح العقد مجردا، لعدم القصد اليه كذلك- فى غير محله، ضروره أن ذلك يأتى فى كل شرط فاسد، و قد عرفت سابقا الإجماع على عدم اقتضائه الفساد هنا و حينئذ فقول المصنف:-

فيه تردد منشؤه الالتفات إلى تحقق الزوجيه، لوجود المقتضى و ارتفاعه عن تطرق الخيار، أو الالتفات إلى عدم الرضا بالعقد، لترتبه على الشرط غير متجه أيضا، و كان الأولى جعل منشئه التردد فى أن بطلان هذا الشرط لمخالفته مقتضى العقد أو لكونه غير مشروع، فيكون مخالفا للكتاب و السنه، فعلى الأول يتجه بطلان العقد دون الثانى اللهم إلا أن يكون مراده ذلك.

و على كل حال فما عن ابن إدريس- من بطلان الشرط خاصه، بل قال فيما حكى عنه: إنه لا دليل على بطلان العقد من كتاب و لا سنه و لا إجماع، بل الإجماع على الصحه، لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا، و إنما هو من تخريج المخالفين و فروعهم، اختاره الشيخ على عادته فى الكتاب- واضح الفساد بناء على ما عرفت من أن البطلان هنا للمنافاه لمقتضى العقد، لا لكونه غير مشروع فى نفسه كى يختص بالبطلان فى عقد النكاح كغيره من الشروط الفاسده فيه، اللهم إلا أن يمنع ذلك، فإنه لا يخلو من تأمل، هذا كله فى اشتراط الخيار فى عقد النكاح.

أما لو اشترطه فى المهر صح العقد و المهر و الشرط، لكون المهر كالعقد المستقل

بنفسه، و من ثم صح إخلاؤه عنه، فيندرج اشتراط الخيار فيه حينئذ تحت

قوله صلى الله عليه وآله (١): «المؤمنون عند شروطهم»

نعم يشترط ضبط مدته كغيره من العقود، و لا يقدر إطلاق الأصحاب المعلوم بناؤه على ذلك و إن كان ربما احتمل عدم اعتبار ضبطه لذلك، و لأنه يغتفر فيه من الجهالة ما لا يغتفر في غيره، لكن المذهب الأول، و لا يتقيد بثلاثة و إن حكى عن الشيخ أنه مثل بها.

ثم إن استمر عليه و انقضت مدته لزم، و إن فسخه ذو الخيار يرجع إلى مهر المثل، كما لو عرى العقد عن المهر، و إنما يجب بالدخول كما مر الكلام فيه و في هذه المسألة، و الله العالم.

[المسألة الثالثة عشره الصداق يملك بالعقد]

المسألة الثالثة عشره الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين و القولين، بل المشهور منهما شهره عظيمه، بل عن الحلبي نفي الخلاف فيه، و لعله كذلك، فاني لم أجده إلا من المحكي عن الإسكافي، فملكها النصف به و الآخر

بالدخول أو ما يقوم مقامه مع عدم صراحته في ذلك، لاحتمال إرادته الاستقرار كما في كشف اللثام، فلا خلاف حينئذ أصلاً، كما يشهد به ما سمعته من الحلبي، و عليه يمكن دعوى لحوقه بالإجماع إن لم يكن سبقه.

مضافاً إلى ظهور قوله تعالى (٢) «وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ» و غيره مما دل على وجوب دفعه إليهن المقتضى لملكهن فضلاً عن ظهور الإضافة في الاختصاص، و إلى أن ذلك شأن المعاوضات، فكما أن المشتري يملك المبيع بالعقد و البائع الثمن به فكذلك النكاح الذي لا ريب في ملك الزوج البضع به المقتضى ملك المرأة المهر

١-١ الوسائل الباب - ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٢-٢ سورة النساء: ٤- الآية ٤.

به الذى هو عوض عن ذلك فى اللفظ و القصد، و إلى ما دل من النصوص (١) السابقة المعتضده بالفتاوى على كون النماء المتخلل بين العقد و الطلاق لها، و هو مستلزم لملكها، و فضلا عن ظهور الإضافة فى الاختصاص الذى لا يعارضه

صحيح أبى بصير (٢) سأل الصادق عليه السلام «عن رجل تزوج امرأه على بستان له معروف و له غله كثيره ثم مكث سنين لم يدخل بها ثم طلقها، قال: ينظر إلى ما صار إليه من غله البستان من يوم تزوجها، فيعطيها نصفه و يعطيها نصف البستان، إلا أن يعفو فتقبل منه، و يصطلحان على شىء ترضى به منه، فإنه أقرب للتقوى»

لقصوره باعتضاد الأول مع تعدده بما عرفت، مع احتمال أن تكون الغله من زرع يزرعه للرجل، و أن يكون الصداق و هو البستان دون أشجاره، و على التقديرين فليست الغله من نماء المهر، فيختص بالرجل، و يكون الأمر حينئذ بدفع النصف محمولا على الاستحباب كما يرشد إليه

قوله عليه السلام: «فإنه أقرب للتقوى»

أو لأنه عوض أجره الأرض.

و بذلك ظهر لك ضعف الاستدلال به للإسكافى، مضافا إلى ظهور عده من النصوص السابقة التى منها

خبر محمد بن مسلم (٣) سأل الباقر عليه السلام «متى يجب المهر؟

قال: إذا دخل بها»

و خبر يونس بن يعقوب (٤) عن الصادق عليه السلام «لا يوجب المهر إلا الوقاع»

المحمول فيهما الوجوب على الثبوت و الاستقرار، لظهوره و غلبه استعماله فى ذلك، أو للجمع أو لغير ذلك، فيكون المراد أنه لا يوجبه بتمامه إلا الوقاع فى مقابله احتمال وجوبه بالخلوه أيضا، و إلى أنها لو ملكته به لاستقر و لم يزل إلا بناقل من بيع و نحوه، و الملازمه ثم بطلان اللانزم ممنوعان، و يكفى فى السبب طلاقها قبل الدخول، كل ذلك مع قطع النظر عما دل على وجوبه أجمع بالموت من

النصوص (٥) المعمول بها كما ستعرف، و عن الحاوى وجوب النصف

١-١ الوسائل الباب- ٣٤- من أبواب المهور.

٢-٢ الوسائل الباب- ٣٠- من أبواب المهور الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور الحديث ٧.

٤-٤ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور الحديث ٦.

٥-٥ الوسائل الباب - ٥٨- من أبواب المهور الحديث ٢٠ الى ٢٤.

عليها فيما لو أبرأتها، و وجوب دفع قيمه النصف عليها لو زاد عندها زياده متصله و لو كان قد دفع إليها عوضه عبداً آبقاً و حبره، و غير ذلك مما يشرف الفقيه على القطع بفساد القول المحكى.

و حينئذ ف لها التصرف فيه قبل القبض على الأشبه الأشهر، بل المشهور، بل لم أجد فيه خلافاً إلا من الشيخ فى محكى الخلاف، فمنع منه قبله، و يمكن دعوى لحوقه بالإجماع، بل و سبقه للأصل، و عموم تسلط الناس (١) و ما دل (٢) على جواز إبرائها إياه منه، و على العفو عنه (٣) و دفع الآبق و الحبره عنه (٤) و غير ذلك مما لا يعارضه النهى (٥) عن بيع ما لم يقبض الذى هو أخص من المدعى، بل هو وارد فى بيع ما اشتراه (٦) و قد عرفت حملته على الكراهه فى محله، و من الغريب استدلاله على ذلك بأن الإجماع محقق على تصرفها به بعد القبض دون ما قبله الذى يمكن منعه عليه، كما عرفت. على أن الدليل غير منحصر بالإجماع، بل يكفى ما عرفت من الأصل و العموم و غيرهما.

و على كل حال فإذا طلق الزوج عاد إليه النصف، و بقى للمرأة النصف بلا خلاف كتاباً (٧) و سنه (٨) و إجماعاً فلو عفت عما لها كان الجميع للزوج بلا خلاف أيضاً و لا إشكال كتاباً (٩) و سنه (١٠) و إجماعاً بقسميه، مضافاً إلى عموم تسلط

١-١ البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ط الحديث.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٦ و ٣٥ و ٤١- من أبواب المهور.

٣-٣ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب المهور الحديث ٥.

٤-٤ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب المهور الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام العقود الحديث ١ و ١١ و ١٢ و ١٥ و غيرها من كتاب التجاره.

٦-٦ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام العقود من كتاب التجاره.

٧-٧ سوره البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

٨-٨ الوسائل الباب- ٥١- من أبواب المهور.

٩-٩ سوره البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

١٠-١٠ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب المهور.

الناس على أموالهم (١) فإذا كان الصداق ديناً أو عينا و قد تلفت في يد الزوج صح عفوها بلفظه و الإسقاط و الإبراء و الترك، بل في القواعد و المسالك و كشف اللثام و الهبه، بل في الأخيرين و التمليك، بل لم يحك أحد منهما الخلاف هنا و لعله لدلاله كل منهما على إسقاط الحق الذي لا يختص بلفظه، و لا إشكال فيه مع إرادته معنى الإبراء منهما، إنما الكلام فيما لو أريد منهما معناهما لو تعلقا بالعين على أن يكون الإبراء تبعاً لذلك، و كان وجهه صحه تمليك ما في الذمه ممن هو عليه بالهبه، لكونه مقبوضاً، فيحصل الإبراء باعتبار عدم قصور ملك الإنسان على نفسه، بخلاف هبه ما في ذمه الغير، فإنه لا يتصور قبضه ديناً، و تشخيصه بالعين يخرج عن الدين الذي هو محصل البحث.

لكن قد يناقش بأنه لا معنى لملك الكلى في الذمه إلا استحقاقه على من في ذمته، ضروره

كونه معدوماً لا يصلح لقيام صفه الملكيه، فلا يتصور حصولها لمن في ذمته على نفسه، و حينئذ يتجه عدم الصحه إلا ما دل عليه الدليل في البيع و غيره من العقود المملكه لا المسقطه.

و قد يدفع بأن الشارع قد جعل الوجود الذمي كالوجود الخارجي، فيصح قيام صفه الملكيه فيه إلا أن ذلك لما كان يتبعه الاستحقاق للمالك يتجه سقوطه في الفرض و نحوه، لعدم تصور استحقاقه على نفسه، لا يقال: إن ذلك يقتضى أيضاً جواز هبه ما في ذمه الغير للغير، إذ هو حينئذ كالأعيان، لأننا نقول: إنه و إن كان كذلك لكنه يمنع اعتبار القبض في صحه الهبه، و قد عرفت عدم إمكان قبضه ديناً، و احتمالاً بالضمان مثلاً يدفعه أنه ليس قبضاً، و إنما هو عقد آخر و إن أفاد كونه مقبوضاً لمن صار في ذمته بعد الضمان، هذا و لتمام الكلام فيه محل آخر.

و على كل حال لا يفتقر إلى قبول عند المشهور بأي لفظ وقع كسائر الإبراءات، لإطلاق الأدله المعتضده بفتوى المشهور، و مما يؤيده هنا إطلاق قوله

تعالى (١) «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ»

و ما فى الخبر السابق (٢) من أنها «إذا جعلته فى حل منه فقد قبضته»

فما عن المبسوط - من الافتقار إليه مطلقا و الشافعيه إذا كان بلفظ الهبه و التملك فى وجه - ضعيف، و إن كان ما عن الشيخ أضعف مما عن الشافعيه.

و إن كان عينا صح بلفظ الهبه و التملك و نحوهما مما يقوم مقامهما، و اعتبر فيهما القبول و القبض.

و هل يصح بلفظ العفو؟ كما عن المبسوط و التحرير للآيه (٣) لمجيئه بمعنى العطاء كما عن العين و المبسوط، و فى المسالك أن منه «و يَسْتَلُونَكْ مَا ذَا يُنْفِقُونَ؟ قُلِ: الْعَفْوُ مِنَ الْمَالِ» أى الفضل من الأموال التى يسهل إعطاؤها، و قوله تعالى (٤):

«خُذِ الْعَفْوَ» أى خذ ما أعطاك الناس من ميسور أموالهم، و لا تشدد عليهم، و فيه أنه لا دلالة على كونه بمعنى العطاء، و إنما هو عباره عن نفس المال الزائد، و العطاء مستفاد فى الأول من الإنفاق، و يحتمل العدم، لمنع مجيئه بمعنى العطاء، و لو سلم كان خلاف المعروف، و لا سيما إذا قال: «عفوت عنه» بل لعل المتعدى بعن لا يكون إلا بمعنى الإبراء، و الآيه لا تتعين للفظ العفو، و إنما المراد إسقاط الحق من العين أو الدين مطلقا، و لعله أقوى.

و منه يعلم ما عن المبسوط من أنه إن عفت فهو هبه تقع بثلاثه ألفاظ: الهبه و العفو و التملك، و افتقر إلى القبول و القبض إن كان فى يدها، و مضى مده القبض إن كان فى يده، و الاذن فى القبض على قول، و لها

الرجوع قبل مضى مده القبض، و إن عفى فان كان الطلاق مخيرا فهو إسقاط لحقه - كحق الشفعه - لا هبه، فيصح بسته ألفاظ، و هى جميع ما مر و لا - حاجه إلى القبول، و إن كان مملكا، و هو الصحيح عندنا فهو هبه انما يقع بالثلاثه الألفاظ، و افتقر إلى القبول، و كان له الرجوع قبل القبض أو مضى مدته، و نحوه عن التحرير، مضافا إلى ما فيه من النظر من

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب المهور الحديث ٢.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

٤- ٤ سورة الأعراف: ٧- الآيه ١٩٩.

وجوه أخر أيضا.

و كذا الكلام لو عفى الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ المذكور في الآية (١) سواء قلنا: إنه الزوج كما عند العامه أو قلنا هو الولي كما عند الخاصه، كالأب و الجد للأب و عن النهايه زياده الأخ و قيل كما عن المهذب أو من تولته الامراه عقدها كل ذلك لتظافر نصوصهم في ذلك أو تواترها، ك

صحيح ابن سنان (٢) عن الصادق عليه السلام «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ فهو ولي أمرها»

و حسن الحلبي (٣) أيضا في قوله تعالى (٤) «أَوْ يَعْفُوا» إلى آخره «هو الأب و الأخ، و الرجل يوصى اليه، و الرجل يجوز أمره في مال الامراه، فيبيع لها و يشتري، فإذا عفا فقد جاز»

و نحوه في خبر سماعه (٥) عنه عليه السلام أيضا، و في

مرسل ابن أبي عمير (٦) عنه عليه السلام أيضا «يعنى الأب و الذي توكله المرأه و توليه أمرها من أخ أو قرابه أو غيرهما»

و في خبر إسحاق بن عمار (٧) «أبوها إذا عفا جاز له، و أخوها إذا كان يقيم بها، و هو القائم عليها، فهو بمنزله الأب يجوز له، و إذا كان الأخ لا يهتم و لا يقيم عليها لم يجز أمره»

و في خبر أبي بصير (٨) عنه عليه السلام أيضا قال: «هو الأخ و الأب، و الرجل يوصى اليه، و الذي يجوز أمره في مال يتيّمته، قال: قلت: أ رأيت إن قالت: لا أجز ما يصنع؟ قال: ليس لها ذلك، أ تجيز بيعه

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب عقد النكاح- الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب المهور الحديث ١.

٤- ٤ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب المهور الحديث ١.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٧- من كتاب الوكاله الحديث ١.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب المهور الحديث ٥.

٨- ٨ أشار اليه و ذكر ذيله في الوسائل في الباب- ٥٢- من أبواب المهور الحديث ٣ و ذكر تمامه في البحار- ج ١٠٣ ص ٣٥٨

ط الحديث- و فيه « في مال بقمته».

في مالها ولا تجيز هذا؟»

وقال الباقر عليه السلام في صحيح ابن مسلم و أبي بصير(١): «هو الأنب و الأبخ، و الموصى إليه، و الذى يجوز أمره فى مال الامراه من قرابتها، فيبيع لها و يشتري فأى هؤلاء عفا فعفوه جائز فى المهر»

و سأل رفاعه(٢) الصادق عليه السلام فى الصحيح «عن الذى بيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ فقال: الولى الذى يأخذ بعضا و يترك بعضا و ليس له أن يدع كله»

إلى غير ذلك من النصوص المتفق فى الدلالة على أنه غير الزوج.

مؤيده بأنه المناسب لعطفه على الغائب، إذ لو أريد به الزوج لما عدل عن الخطاب الذى قد صدر به الآيه، و بأن العفو حقيقه فى الإسقاط لا- التزام ما سقط بالطلاق، إذ لا- يسمى ذلك عفوا، و بأن إقامه الظاهر مقام المضممر مع الاستغناء بالمضممر خلاف الأصل، و لو أريد الأزواج لقليل: أو يعفو، و بأن المسند إليهن العفو أولا الرشيدات، فيجب ذكر غير الرشيدات ليستو فى القسمه، و بأن قوله تعالى(٣):

«إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ» استثناء من الإثبات، فيكون نفيا، و حمله على الولى يقتضى ذلك، ففيه طرد لقاعده الاستثناء بخلاف ما لو حمل على الزوج، فإنه يكون الاستثناء من الإثبات إثباتا و هو خلاف القاعده، و بأن قضيه العطف التشريكي، و هو حاصل على تقدير إرادة الولى، ضروره اشتراكهما حينئذ فى النفى، بخلاف ما لو حمل على الزوج، فإنه يكون إثباتا، فلا يحصل معه الاشتراك.

و هذه الوجوه و إن كان فى بعضها أو جميعها نظر كما أظن فى بيانه فى المسالك لكن قد عرفت أن العمده النصوص السابقه التى لا يعارضها ما فى بعض الشواذ(٤) من كون المراد به الزوج، خصوصا بعد اتفاق الإماميه أو

كالاتفاق على مضمونها، و لولاه لأمكن إراداه الأعم من الزوج و وليه و وليها منه، على معنى ثبوت النصف

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب عقد النكاح- الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب عقد النكاح- الحديث ٣.

٣- ٣ سورة البقره ٢- الآيه ٢٣٧.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٥١.

بالطلاق إلا أن يعفون أو يعفو أحد هؤلاء، فلا تنصيف حينئذ و إن اختلف مالک الكل.

لكن قد عرفت اشتمال بعض النصوص على الأخ، و الإجماع محقق منا على عدم ولايته، فلا بد حينئذ من إدراجه فيما بعده من كونه وصيا أو ولته أمرها كما سمعته في خبر إسحاق بن عمار(١)، فيكون حينئذ تعميما بعد تخصيص و لا بأس به، كما أنك قد عرفت اشتمالها على من توليه أمرها الذي سمعته من القاضى المؤيد- مضافا إلى ذلك- بعموم الآية(٢) و بعدم الفرق بين الأخ و غيره في انتفاء الولاية بدون توليتها و ثبوتها بتوليتها و توكيلها، و لأنها إذا وكت رجلا و أذنت له في كل ما يراه من التصرف في أموالها مطلقا كان له جميع ما يدخل في الاذن و منه هذا التصرف، و لعل اقتصار معظم الأصحاب على الأب و الجد لعدم كونه وليا حقيقه، ضروره أنه عن أمرها و عن توليتها و توكيلها.

و من ذلك يظهر أنه لا- وجه لما في المتن و غيره من نسبه إلى القيل مشعرا بتمريضه فضلا عن وقوع الخلاف، لما عرفت من عدم تصوره فيه، إذ مع فرض عموم و كالتة لما يشمل ذلك لا إشكال في اعتبار عفو حينئذ، كما أنه لا إشكال في عدم اعتباره مع فرض عدم عمومها، و

احتمال أن القائل يقول بذلك على هذا التقدير بعيد، بل لعل النصوص كالصريحه في خلافه.

نعم قد يقال: إن المراد هنا على وجه متحقق فيه الخلاف هو أن توليتها أو توكيلها إذا كان على وجه الإطلاق في غير مقام يقيد بالمصلحه، نحو إطلاق التوكيل في البيع المنصرف إلى ثمن المثل، أما فيه فله العفو و إن كان هو نفسه لا مصلحه لها فيه عملا بظاهر النصوص المزبوره، و حينئذ يكون الوجه في الخلاف أن القاضى عمل بالنصوص المزبوره المؤيده بإطلاق الآية، فهو حينئذ كالأب و الجد بالنسبه إلى ذلك.

١- ١ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب المهور الحديث ٥.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآية ٢٣٧.

و هو قوى إن لم نتحقق إعراض الأصحاب عنه على هذا التقدير، ترجيحاً لما دل على اعتبار المصلحة في التصرف في مال المولى عليه من قوله تعالى (١):

«وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ: إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ» وقوله تعالى (٢) «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»* و غير ذلك على هذه النصوص التي - ربما كان خبر إسحاق بن عمار (٣) منها شاهداً على ما سمعت - توجب حينئذٍ صرف ظاهرها إليه أو رفع البعد عنه، نحو ما يظهر أيضاً منها من مضى عفو كل من له الأمر في نكاحها و مالها من وصى أو غيره مما لم نعرف قائله به و إن كان هو غير بعيد، بل لو لا اتفاق

الأصحاب ظاهراً على خلاف ذلك لأمكن أن يقال المراد من الآية بيان العفو منها أو من وليها على حسب عفو عن غير ذلك من ديونها و أموالها، فلا يختص المقام حينئذٍ بخصوصية.

بل ربما حكى عن ابن إدريس و العلامة في المختلف و حاشية الكركي اعتبار المصلحة في العفو و لو عن البعض، و مقتضاه عدم الخصوصية للمقام، لكن قد يستفاد من معقد الاتفاق في محكي الخلاف و المبسوط أن للأب و الجد العفو، و أنه المذهب في محكي التبيان و مجمع البيان و روض الجنان للشيخ أبي الفتوح و فقه القرآن للراوندي و الأخبار أن للمقام خصوصية، و هي جواز عفوها مطلقاً مع المصلحة و عدمها.

بل ما ذكره المصنف و غيره - من أنه يجوز للأب و الجد للأب أن يعفو عن البعض و ليس لهما العفو عن الكل بل قيل: إنه يظهر الاتفاق عليه في المبسوط و التبيان و مجمع البيان و فقه القرآن للراوندي - أصرح في إثبات الخصوصية، و لعل دليله الأصل، و صحيح رفاعه (٤) السابق

و مرسل ابن أبي عمير (٥).

١- ١ سورة البقرة: ٢- الآية ٢٢٠.

٢- ٢ سورة الانعام: ٦- الآية ١٥٢.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٥٢- من أبواب المهور الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل الباب - ٨- من أبواب عقد النكاح الحديث ٣.

٥- ٥ الوسائل الباب - ٧- من كتاب الوكاله الحديث ١.

عن الصادق عليه السلام «و متى طلقها قبل الدخول بها لأبيها أن يعفو عن بعض الصداق و يأخذ بعضها، و ليس له أن يدع كله»

لكن عن المختلف وفاقا للجامع أن المصلحة إن اقتضت العفو عن الكل جاز، و فى كشف اللثام و هو الموافق للأصول و يمكن حمل الخبرين على أن الغالب انتفاء المصلحة فى العفو عن الكل و فيه أن محل البحث العفو من حيث كونه عفوا مع قطع النظر عن أمر خارج عنه، و لا ريب فى عدم جوازه من الولي فى غير المقام، لكونه تضييع مال المولى عليه.

و لذا قال المصنف و غيره بل ظاهرهم الاتفاق عليه إنه لا- يجوز لولي الزوج أن يعفو عن حقه إن حصل الطلاق منه ثم صار مولى عليه بجنون أو بلغ فاسد العقل و قلنا بصحة طلاق الولي عنه حينئذ لأنه منصوب لمصلحته و لا غبطه له فى العفو نعم قل يقال:- بسبب استبعاد هذا الحكم خصوصا مع تصريح بعضهم بعدم الفرق فى البعض بين القليل و الكثير المقتضى لجواز العفو مع إبقاء شىء من المهر و إن قل و عدمه إلا مع المصلحة بالنسبة إلى ذلك القليل، و عدم وفاء مثل الخبرين (١) المزبورين بمثله مع فرض دلالة تلك النصوص (٢) و الآية (٣) و لو من جهة الإطلاق على العفو مطلقا، فيقصران حينئذ عن تقيده بهما- أنه يمكن طرحهما أو حملهما على ما لا ينافى ذلك.

و كيف كان فقد عرفت مما قدمناه أنه إذا عفت الزوجه عن نصفها مثلا أو عفى الزوج عن نصفه لم يخرج عن ملك أحدهما بمجرد العفو لأنه و إن قلنا: إنه هبه باعتبار وروده بمعنى العطاء أو لجواز عقد الهبة به مع إرادتها

منه و لو مجازا فلا ينتقل إلا بالقبض كغيره من أفراد الهبة،

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب عقد النكاح- الحديث ٣ و الباب- ٧- من كتاب الوكالة الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب عقد النكاح و الباب- ٥٢- من أبواب المهور.

٣- ٣ سورة البقرة: ٢- الآية ٢٣٧.

إذ احتمال اختصاصه بتحقيق الملك بمجرد العقد به- لتوهم دلالة إطلاق الآيه (١) و الروايه (٢) على ذلك- واضح الفساد.

نعم لو كان الصداق ديناً على الزوج أو تلف في يد الزوجه كفى العفو عن الضامن له زوجاً كان أو زوجه لأنه يكون حينئذ إبراء كما عرفت ذلك، و عرفت أيضاً أنه لا يفتقر إلى القبول على الأصح خلافاً للشيخ فلاحظ و تأمل.

أما الذى عليه المال أو عنده فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه لأنه إن كان عينا فهو حينئذ هبه يحتاج صحتها إلى القبض، و إن كان ديناً فالعفو عنه مع كونه ليس فى ذمه العفو عنه كالهبه أيضاً لا يتحقق ملكه إلا بالقبض، بل الظاهر أنه لا بد من تجديد الصيغه بعد تعيينه و تشخيصه، و لا- يكفى التلفظ بالعفو السابق الذى لم يكن مورده عينا و لا ديناً فى ذمه المعفو عنه، لأنه بعد التسليم يكون كهبه ما فى ذمه الغير لمن ليس عليه، و هى باطله على ما قرر فى محلها، و احتمال خصوصيه للعفو هنا باعتبار إطلاق الآيه (٣) ضعيف، و حينئذ فظاهر المتن و غيره من كفايه العفو الذى يتعقبه التسليم لا يخلو من نظر إلا إذا قلنا بصحة هبه ما فى ذمه الغير لمن ليس

عليه الحق بتعقب التشخيص و القبض، فإنه يتجه حينئذ ما ذكره و الله العالم.

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب المهور.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

[المسألة الرابعة عشره لو كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع]

المسألة الرابعة عشره قد عرفت فيما تقدم أنه لو كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع عن الدخول بها، لأن بضعها ملك بالمهر المتأخر برضاها فلو عصت و امتنعت و حل مهرها المؤجل هل لها أن تمتنع؟ قيل: نعم، و قيل: لا، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده كما سمعت الكلام فيه مفصلا، و الله العالم.

[المسألة الخامسة عشره لو أصدقها قطعه من فضه فصاغتها آنيه ثم طلقها قبل الدخول كانت بالخيار فى تسليم نصف العين أو نصف القيمة]

المسألة الخامسة عشره لو أصدقها قطعه من فضه مثلا- فصاغتها حليا أو آنيه محلله أو للادخار بناء على جوازه ثم طلقها قبل الدخول كانت بالخيار فى تسليم نصف العين أو نصف القيمة التى هى هنا المثل لأنه لا يجب عليها بذل الصفه كما تقدم البحث فى نظيره من كل عين قد زادت فى يدها، بل قد تقدم سابقا قوه تعيين القيمة لخبر العبد الذى كبر فى يدها(١) مؤيدا بأن الطلاق من المملكات التى ينافيها خيارها بين بذل نصف العين و نصف القيمة، ضروره قابليته تحقق صفه الملك فى الكلى التخييرى، و من هنا كان المتجه - بناء

على جواز بذلها نصف العين و وجوب القبول عليه و لو للإجماع، أو لكونه حينئذ أقرب إلى نصف المفروض من القيمة إن لم نقل: إنه منه- أن الواجب أولا للزوج القيمة أو نصف العين و يدفع الآخر عنه، و الأمر سهل بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا.

و لو أصدقها حليا فكسرتة أو انكسر عندها و إعادته صنعه أخرى فهو زياده و نقصان، و قد عرفت أن المتجه وجوب القيمة أيضا لخبر العبد(٢) لكن ذكروا

١- ١ الوسائل الباب - ٣٤- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٣٤- من أبواب المهور الحديث ٢.

فيه أن لهما معا الخيار كما سمعت.

إنما الكلام فيما إذا أعادت تلك الصنعة الأولى دون صنعة أخرى، فإنه يحتمل الرجوع إلى نصفه و إن لم ترض الزوجه، لأنه الآن بالنصفه التي كانت عليه عند الاصداق من غير زياده، و يحتمل اعتبار رضاها بذلك فلا يرجع بدون رضاها لأنها زياده حصلت عندها باختيارها و إن كانت مثل الأولى، و الزيادة الحاصله عندها تمنع من الرجوع بدون رضاها و إن جوزنا إعادته المعدوم بعينه، فإنه يختلف باختلاف وضع الأجزاء و إن تشابه، و من المعلوم عادة أن الأجزاء لا تعود إلى أوضاعها السابقه، نعم يتجه إن قيل باتصال الجسم مع بقائه حال الانكسار و إعادته النصفه بعينه و لم يقل به أحد.

قيل: و فرق بين ذلك و بين الجاربه إذا هزلت عنده ثم سمت،- فإنه يرجع بنصف الجاربه و

إن لم ترض مع حدوث السمن عندها- بأن السمن بدون اختيارها و النصفه باختيارها و التزامها المثنونه، و من العامه من لم يفرق بينهما، بل عن فخر الإسلام الميل اليه، لكنه كما ترى، فإن أبت فله نصف قيمته مصوغا بتلك النصفه، فإنه بمنزله التالف، و هو مركب من جزءين مادي و صوري، و لا- مثل للصورى، فيتعين قيمه، و لا- بد من أن يكون من غير الجنس تحرزا من الربا، و يحتمل أن يكون له مثل وزنه اجره مثل النصفه، لأن الجزء المادي مثلى، و المثل أقرب إليه من قيمه، و لا- ينافى اعتبار مثله اعتبار قيمه للجزء الأخر.

و لو كان الصداق ثوبا ف فصلته و خاطته قميصا لم يجب على الزوج أخذه كما لا تجبر هي على دفعه و كان له إلزامها بنصف قيمه، لأن الفضه لا- تخرج بالصياغه عما كانت قابله له، و ليس كذلك الثوب و من هنا وجب عليه القبول فى الأول بخلاف الثانى، و قد عرفت سابقا قوه احتمال عدم وجوب القبول فى نظير الأول أيضا، فلاحظ و تأمل.

[المسأله السادسه عشره لو أصدقها تعليم سوره كان حده أن تستقل بالتلاوه]

المسأله السادسه عشره قد تقدم سابقا أنه لو أصدقها تعليم سوره مثلا كان حده أن تستقل بالتلاوه صحيحا بغير مرشد و لا يكفى فى صدقه عرفا تتبعها لنطقه نعم قيل لو استقلت بتلاوه الآيه ثم لقنها غيرها فنسيت الأولى لم يجب عليه إعاده التعليم عرفا، مع أن تحقق المراد من إطلاق تعليم السوره بذلك عرفا محل نظر أو منع، و عن بعضهم اعتبار ثلاث آيات مراعاة لما يحصل به الإعجاز، و أقله سوره قصيره مشتمله على ثلاث آيات كالكوثر، و الأجود الرجوع إلى العرف، لعدم التقدير شرعا، و لا مدخله للإعجاز فى ذلك خصوصا مع اختلاف الآيات قصرا و طولا.

و على كل حال ف لو استفادت ذلك من غيره كان لها عليه أجره التعليم كما لو تزوجها بشىء و تعذر عليه تسليمه سواء كان بتقصير منها فى التعلم منه مع بذله نفسه لذلك و عدمه.

و كذا لو مات أحدهما قبل التعليم و قد شرط تعليمها بنفسه، أو تعذر تعليمها لبلادتها، أو أمكن بتكلف عظيم زياده على المعتاد، و قد عرفت أن ذلك ليس كالإجاره، كما أنه ليس ذلك كوفاء دين الإنسان بغير إذنه، حيث حكم ببراءته ببذل الغير و لو من غير إذنه، لأن تعليمه بنفسه لا يمكن وفاؤه عنه بتعليم غيره، لأن ذلك غير التعليم المجعول مهرا، نعم لو كان الواجب عليه التعليم مطلقا فتبرع واحد عنه سقط حينئذ عنه و لم تستحق الامراه شيئا، كما هو واضح.

[المسألة السابعة عشره يجوز أن يجمع بين نكاح و بيع]

المسألة السابعة عشره قد عرفت فيما تقدم أنه يجوز أن يجمع بين نكاح و بيع و غيرهما فى عقد واحد، و يقسط العوض حينئذ على الثمن الذى هو قيمه المبيع و مهر المثل الذى هو قيمه البضع، كما عرفت فيما تقدم و لو كان معها دينار مثلا- فقالت: زوجتك نفسى و بعتك هذا الدينار بدينار فعن المبسوط و وافقه المصنف بطل البيع، لأنه ربا باعتبار مقابلته بدينار مع زياده النكاح أو عوضه و فسد المهر حينئذ و صح النكاح الذى قد عرفت غير مره أن المهر ليس من أركانه.

و لكن فى القواعد و تبعه فى المسالك أن الأقوى و جوب ما يقتضيه التقسيط من المسمى للنكاح و بطلان البيع خاصه، إذ لو أخلينا النكاح من المسمى لزم وقوع الدينار كله بإزاء الدينار، فيصح البيع حينئذ لانتفاء الربا، فلو فرض مهر مثلها ديناراً كان ما يخص المهر منه نصف دينار، لاتفاقهما على جعله فى مقابله دينارين، و يبطل البيع فى نصف الدينار بالدينار الذى يقابله، و لو فرض مهر مثلها عشره دنانير قسم الدينار على أحد عشر جزء، و كان المهر عشره أجزاء من أحد عشر جزء من الدينار، و بطل البيع فى جزء من أحد عشر جزء من دينار، و لعل هذا آت فى كل مختلفين جمعا فى عقد واحد بعوض واحد، و لا يلزم من بطلان الربا بطلان الأمرين، لوجود المقتضى للصحة و انتفاء المانع.

و فيه أن عقد المعاوضه واحد إلا أن عدم بطلان النكاح من جهة عدم اعتبار العوض فيه، و إلا فلا ريب فى بطلان «بعتك الفرس و الدينار بدينار» بل «و بعتك الفرس و وهبتك الدينار بدينار» بناء على جريان الربا فى سائر المعاوضات، فتأمل جيدا، هذا كله مع اتحاد الجنس.

أما لو اختلف الجنس (١١) كالدينار بالدرهم صح الجميع (١٢) لعدم الربا

نعم يعتبر تحقق شرط الصرف و هو التقابض فى المجلس و إلا بطل فيما يقابل الدرهم من الدينار، و صح فيما اقتضاه المهر من التقسيط، لعدم اعتبار التقابض فيه فى المجلس و كأن المصنف ذكر هاتين المسألتين فى هذا الباب- مع أنهما ليستا منه- لما يحكى عن العامه من عد ذلك من مفسدات المهر، و الله العالم.

[فروع]

[الأول لو أصدقها عبدا فأعتقته ثم طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمته]

الأول لو أصدقها عبدا فأعتقته ثم طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمته بلا خلاف و لا إشكال، كما عرفته فى المباحث السابقه. و لكن الكلام فيما لو دبرته فإنه قيل: كانت بالخيار فى الرجوع بالتدبير و إعطائه نصف العين و فى الإقامه على تدبيره و إغرامه نصف قيمه، و ذلك لأن التدبير طاعه مقصوده قد تعلقت بالعبد، فكانت كالزيادة المتصله التى قد سمعت أنها لا تجبر معها على دفع العين، بل قد سمعت قوه احتمال تعين قيمه، فى مثل ذلك، و لتعلق حق الحريه بالعين و لا عوض عنه، بخلاف حق الزوج، فإن قيمه تقوم مقامه، فتدفع حينئذ جمعا بين الحقين، إلا أن ذلك كما ترى، ضروره عدم إخراج التدبير المدبر عن الملك، كضروره كون الطلاق مملكا للنصف، فالمتجه حينئذ انتقال نصف العين إلى المطلق، لكون العين باقيه على ملكها، فلا مانع حينئذ من إعمال سبب الطلاق قبل الدخول عمله، كما فى غير التدبير من الوصايا المتعلقة بالصداق، و احتمال خصوصيه للتدبير يدفعه منع ذلك بعد فرض جواز الرجوع كغيره من الوصايا، نعم قد يتم ذلك لو قلنا بعدم جواز الرجوع به، كما هو المشهور بين العامه على ما قيل، كمنع احتمال ترجيح استصحاب بقاء حكم الوصيه أو عموم

ما دل على نفوذها ما لم يرجع صاحبها و عدم جواز تبديلها(١)على ما دل (٢)على تنصيف الطلاق بناء العتق على التغليب الذى لأجله شرع التدبير، لكون التعارض بينهما من وجه، خصوصا مع عدم منع التدبير رجوع الواهب بالموهوب و لا الرجوع بالعين ليعب مثلا فى البيع، فإنه لا فرق بينهما فى المقام، و ما فى بعض كتب العامه من قوه الفسخ فيهما، و كونه كالعقد بخلاف الطلاق مجرد استحسان، و من هنا كان خيره ثانى الشهيدين بطلان التدبير فى النصف، إلا أن الانصاف عدم خلو الأول من قوه أيضا.

و على كل حال فان رجعت بالتدبير أخذ نصفه، و إن أبت لم تجبر على الرجوع و كان عليها قيمه النصف بل قد يقال: بأن له قيمه النصف فى الأول أيضا و إن رجعت فيه بعد الطلاق قبل

الغرامه، لما عرفت من كون الطلاق مملكا من حينه، فمع فرض تمليكه قيمه عليها يكون العبد مدبرا لا دليل على عود استحقاقه إلى العين بعد الرجوع، اللهم إلا أن يقال: إن لم يعد الحق إليها فلا ريب فى أنها أقرب إليه من قيمه، و فيه أنه لا دليل فيه أيضا على وجوب الأقرب بعد فرض تعلق السبب بمقتضاه.

و من ذلك يعلم الكلام فيما لو دفعت نصف قيمه ثم رجعت فى التدبير الذى هو أولى من الأولى بالحكم السابق و إن قيل كان له العود فى العين لأن قيمه أخذت لمكان الحيلولة كالعين المغصوبه و لكن فيه تردد منشؤه ما عرفت، و ما فى المتن من استقرار الملك بدفع قيمه و لو للأصل.

١- ١ الوسائل الباب- ٣٢- من كتاب الوصايا.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥١- من أبواب المهور.

[الثاني إذا زوجها الولي بدون مهر المثل يصح المهر المسمى]

الثاني قد عرفت فيما مضى أن المولى عليها إذا زوجها الولي بدون مهر المثل لا لمصلحه كان لها عدم إجازة المهر، بل و العقد في وجه تقدم الكلام في ذلك مفصلاً، و لكن في المتن هنا قيل: يبطل المهر و لها مهر المثل، و قيل: يصح المسمى و هو أشبه بعمومات الولاية و بما ثبت كتاباً (١) و سنة (٢) من أن له العفو عن المهر و هو مناف لما اختاره سابقاً، اللهم إلا- أن يحمل على الصحة التي لا تنافي اعتراضها، فلاحظ و تأمل.

و في المسالك «أن المختار صحة العقد و لزوم المسمى مع المصلحة، و ثبوت الخيار لها فيه مع عدمها، فان فسخت فلها مهر المثل مع الدخول كالمفوضه- إلى أن قال:- و لو كان المولى عليه ذكراً و زوجته الولي بأكثر من مهر المثل فالأقوى وقوفه على الإجازة لعقد الفضولي بالنسبة إلى المسمى، فإن أبطله ثبت مهر المثل كالسابق، و يتخير الآخر حينئذ في العقد، هذا إذا كان الصداق من مال الولد، فلو كان من مال الأب جاز، لأنه لا تخيير للولد حينئذ، و إن دخل في ملك الولد ضمناً و ظاهره الفرق في الحكم بينهما، و فيه نظر يعرف مما قدمناه سابقاً فلاحظ و تأمل.

[الثالث لو تزوجها على مال مشار اليه غير معلوم الوزن فتلف قبل قبضه فأبرأته منه صح]

الثالث لو تزوجها على مال مشار اليه غير معلوم الوزن أو غيره مما يعتبر فيه العد و الكيل و الذرع فتلف قبل قبضه فأبرأته منه صح لعموم أدله الإبراء (٣)

١- ١ سورة البقرة: ٢- الآيه ٢٣٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب المهور.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤١- من أبواب المهور.

خلافًا لما عن الشيخ من المنع عند الجهل بالقدر في قول و كذا لو تزوجها بمهر فاسد و استقر لها مهر المثل فأبرأته منه أو من بعضه صح لذلك و لو لم تعلم كميته، لأنه إسقاط للحق، فلم يقدح فيه الجهالة التي لا دليل يعارض العمومات و غيرها على مانعيتها، نعم لو أبرأته من مهر المثل قبل الدخول بناء على وجوبه به لم يصح، لعدم الاستحقاق

حينئذ، فهو إبراء مما لم يجب، مع احتمال أن يقال:

إنه مع تحقق استحقاق أن تستحق بالعقد مثلاً- يصح له إسقاط ذلك الاستحقاق لكنه ليس إبراء من مهر المثل، فتأمل، و الله العالم.

[تممه إذا زوج ولده الصغير فان كان له مال فالمهر على الولد و إن كان فقيراً]

إشارة

تممه:

إذا زوج ولده الصغير فان كان له مال فالمهر على الولد، و إن كان فقيراً أى لم يكن له مال فالمهر فى عهده الوالد و حينئذ ف لو مات الوالد أخرج المهر من أصل تركته لأنه من ديونه سواء بلغ الولد و أيسر أو مات قبل ذلك بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى النصوص، ففى

صحيح الفضل بن عبد الملك (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب، قال: لا، قلت: على من الصداق؟

قال: على الأب إن كان ضمنه لهم، و إن لم يكن ضمنه فهو على الغلام إلا أن لا يكون للغلام مال، فهو ضامن له و إن لم يكن ضمن»

و موثق عبيد (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير قال: إن كان لابنه مال فعليه المهر، و إن لم يكن لابن مال فالأب ضامن المهر ضمن أم لم يضمن»

و خبر على بن جعفر (٣) عن أخيه موسى عليه السلام «سألت عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير فدخل الابن بامرأته على من المهر؟ على الأب؟ قال: المهر على الغلام، و إن لم يكن له شىء فعلى الأب ضمن ذلك عن ابنه أو لم يضمن إذا كان هو أنكحه و هو صغير»

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المهور الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المهور الحديث ٤.

و على ذلك ينزل إطلاق

صحيح ابن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن رجل كان له ولد فزوج منهم اثنين و فرض الصداق ثم مات، من أين يجب الصداق من جملة المال أو من حصتهما؟ قال: من جميع المال، إنما هو بمنزله الدين».

فلا حازه حينئذ بعد ذلك إلى ما عن السرائر و التذكرة- من الاستدلال عليه بأنه لما قبل النكاح لولده مع علمه بإعساره و بلزوم الصداق فعقد النكاح علمنا بالعرف و العادة أنه دخل على أن يضمه- الواضح منعه، بل يمكن دعوى أن المرأة مع علمها بالحال دخلت على أن الصبر إلى الإيسار.

نعم في القواعد «لو تبرأ الأب في العقد من ضمان العهده صح إن علمت المرأة بالإعسار» و لعله لأن

المؤمنين عند شروطهم (٢)

و لدخول المرأة على ذلك، و للاقتصار في خلاف الأصل على المتيقن، بل لو لم تعلم بالإعسار، فكذلك أيضا لما عرفت، و إن قيل: إن لها حينئذ خيار الفسخ، مع أن فيه ما فيه، كما أن ما في كشف اللثام- من احتمال عدم اعتبار التبري حينئذ، لإمكان كون رضاها بذلك لظنها الإيسار و أن التبري قد كان مما ليس عليه ضمانه، و لو أنها علمت كون الضمان عليه لم ترض بالتبري منه- كذلك أيضا هذا.

و لكن في المسالك الإشكال في أصل صحه ذلك، لإطلاق النص و الفتوى بلا- معارض، على أن الصبي غير محتاج إلى النكاح، فلاحظ له في التزام المهر في ذمته مع الإعسار عنه، و تزويج الولي له غير متوقف على وجود المصلحه، بل على انتفاء المفسده، و لو قيد ذلك بما إذا كان في التزام الصبي بالمهر مصلحه- بأن كانت مناسبة له و خاف فوتها بدون ذلك و نحوه- قرب من الصواب إلا أن تخصيص النصوص الصحيحه بذلك لا يخلو من إشكال.

قلت: قد عرفت ما يقتضى تخصيصها لو سلم عمومها، لإمكان دعوى ظهورها

١- ١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المهور الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

فى صورته الإطلاق أو عدم ظهورها فيما يشمل هذه الصورة، فما عساه يقال:- إن بين أدله (١)المقام

و «المؤمنون عند شروطهم»(٢)

تعارض العموم من وجه و ترجيح الأول على الثانى ليس بأولى من العكس المعتضد بإطلاق الفتاوى- واضح الضعف، خصوصا بعد ما سمعت من عدم ظهور النصوص فى الفرض، و إنما هى ظاهره فى النكاح من حيث نفسه، و كذا الكلام فى صورته عدم المسمى لفساد أو لتفويض أو لنحو ذلك، فوجب مهر المثل بالدخول بعد البلوغ، فان ضمان الأب حينئذ له و إن بقى الولد على إعساره لا يخلو من إشكال أو منع، بل قد يتوقف فى ضمانه بالفرض فى مفوضه البضع أيضا.

و لو كان الصبى مالكا لبعض المهر دون بعض ففى المسالك «لزمه منه بنسبه ما يملكه، و لزم الأب الباقي- ثم قال فيها أيضا:- إن إطلاق النصوص و الفتاوى يقتضى عدم الفرق فى مال الصبى بين كونه مما يصرف فى الدين على تقديره و غيره، فيشمل ما لو كان له دار سكنى و دابه ركوب و نحو ذلك، فيكون المهر حينئذ فى ذمته و إن كان لا يجب عليه الوفاء منها، بل تنتظره حتى يقدر على الوفاء إن شاء جمعا بين الأصلين» قلت: إن كان المراد من النصوص بالمال للصبى الذى تتسلط المرأة على استيفاء مهرها منه كان المتجه حينئذ عدم اعتبار المستثنيات المزبوره، و إن كان المراد صدق له مال و إن لم يكن كذلك لقلته أو لكونه مرهونا أو لغير ذلك من الموانع التى تمتنع المرأة من استيفاء مهرها إلا أنه مع ذلك يصدق عليه أن عنده مال و شىء اتجه حينئذ عدم التوزيع فى الفرع الأول، بل يكون تمام المهر عليه، و لعل ذلك هو الموافق لقاعده الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن، و لتعليق ضمان الأب على ما إذا لم يكن عنده شىء فى خبر على بن جعفر(٣) و مال فى غيره (٤)فتأمل جيدا.

و على كل حال ففى كل موضع لا يضمن الأب المهر لو أذاه تبرعا عن

١-١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المهور.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المهور الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المهور الحديث ١.

الصبي أو ضمنه لا بقصد الرجوع لم يكن له رجوع للأصل، كما لو أداه عن أجنبي أو أداه أجنبي، نعم لو أداه بقصده مع الغبطه أو عدم المفسده يتجه حيثذ رجوعه، لعموم ما دل على نفوذ تصرف الأولياء، و خصوصا الإجبارى منه، و ما عن التذكرة- من عدم الرجوع بالأداء، و رجوعه بالضمان مع قصده الرجوع به فى موضع منها- غير واضح الوجه، ضروره عدم الفرق بينهما فى ذلك كما عرفت.

و لا يخفى أن مورد النصوص الأب و فى التعدى إلى الجد و إن علا وجهان، من كونه أبا حقيقه، بل ولايته أقوى من ولايه الأب فى بعض المواضع، و من مخالفه الحكم للأصول، فينبغى الاقتصار فيه على المتيقن، خصوصا و المنساق منه هنا الأب، بل فى المسالك منع كونه أبا حقيقه، و لذا يصح سلبه عنه، و مطلق الاستعمال أعم من الحقيقه، و إن كان فيه ما فيه.

و لا- فرق فى ضمان الأب المهر بين المؤجل منه و المعجل و إن زاد الأجل على زمان البلوغ، بل و لا فى النكاح بين الفضولى و غيره مع

إجازه الأب له، نعم لو لم يجز الأب لعدم علمه مثلا فأجاز الولد بعد بلوغه أمكن عدم الوجوب على الولى، للأصل و ظهور خبر على بن جعفر(١) فى خلافه.

و كذا لا فرق فيه بين أن يكون دينا فى ذمه الوالد أو عينا يبذلها للمهر بها عن ولده، بل صريح بعضهم المفروغيه من ذلك، و لعله للقطع بإلغاء الخصوصيه فى مضمون النصوص، إلا- أن الانصاف عدم خلوه من نوع تأمل و إن كان الأقوى ذلك، و الله العالم.

و كيف كان فلو دفع الأب المهر الذى ضمنه فى ذمته لإعسار الصبي و بلغ الصبي فطلق قبل الدخول استعاد الولد النصف منه دون الوالد، لأن الطلاق مملك جديد للنصف لا فاسخ لسبب الملك و لما قيل من أن ذلك من الوالد يجرى مجرى الهبه من الوالد إلى الامراه، و على كل حال فمع طلاقه يرجع

إليه نصف المال الذى دفع مهرا، بل هو كذلك لو دفعه عن الصبى الموسر تبرعا أو ضمنه عنه كذلك، بل لا فرق بين الولد و الأجنبى فى ذلك فضلا عن الكبير كما لا فرق بين الولد و بين الأجنبى.

و منه يعلم الوجه فى قول المصنف:

[فرع لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعا ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر]

فرع لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعا ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر، و لم يكن للوالد انتزاعه منه، لعين ما ذكرناه فى الصغير و لكن فى المتن و فى المسألتين تردد و كذا فى القواعد، لكن فى الدفع عن الكبير ولدا كان أو أجنبيا، بل فى محكى التحرير الحكم يرجع النصف للوالد كما فى القواعد، و لعل ذلك كله لأن دفع الوالد إنما هو للوفاء عما فى ذمه الولد تحقيقا أو تقديرا، كما فى الصبى المعسر الذى كان ينبغى صيروره العوض فى ذمته مقابل البضع الذى ملكه على حسب المعاوضات، كما يومئ إليه التعبير فى النصوص (١) بضمان الوالد المشعر بكونه كالضمان عنه، فمع الطلاق الذى هو فسخ عقد النكاح يعود النصف إلى من دفعه وفاء، نحو الفسخ بالعيب فى البيع الذى دفع فيه الثمن عن ذمه المشتري تبرعا مثلا.

و من هنا جزم فى القواعد بأنه «لو طلق الولد قبل أن يدفع الأب عن الصبى المعسر سقط النصف عن ذمه الأب و الابن، و لم يكن للابن مطالبه الأب بشىء» بل فى كشف اللثام «أنه ظاهر، لأنه بضمانه تمام المهر للامراه لا يثبت للابن عليه شىء، و إنما ينتقل إليه المهر بدفعه عنه إليها، كما أن المديون لا يطالب الضامن عنه بشىء إذا أبرأه المضمون له، نعم لو كان المهر عينا للأب ملكتها المرأه بالإصداق و إن لم تقبضها، فإذا طلقها رجع إليه لا إلى الأب نصفها».

إلا- أن الجميع كما ترى بعد ما عرفت من ظهور النص (١) و الفتوى فى أن الطلاق مملك لا أنه فاسخ يعود به السبب الأول للملك، بل ظاهر المحكى عن الشيخ الإجماع عليه، و حينئذ لا فرق بين دفع الأب و عدم دفعه، بل و لا بينه و بين الضمان تبرعا، و لا بين كونه عينا أو دينا، ضروره عدم الفرق فى تسيبه الملك لنصف العين أو الدين، فيطالب به الأب.

و لعله لذا اعترف فى المسالك بعدم ظهور الفرق بين الدفع و عدمه فى الصبى المعسر برجوع الولد بالنصف، لكن قال: إن ذلك يتم لو كان الأب متبرعا بالدفع عن الصغير، و فيه أنه لا فرق أيضا مع دفعه أو ضمانه كذلك، نعم لو لم يكن قد دفع و لا ضمن لم يكن له الرجوع بشىء على الوالد، لأن ذمته المشغولة لا والده، و الفرض عدم دفع عنه.

و من الغريب ما سمعته من كشف اللثام من قياس ذلك على الضمان الذى لا يتم التشبيه فيه إلا بالضمان عنه باذنه فاتفق أن المضمون له قد أبرأ ذمه الضامن فإنه تبرأ ذمه المضمون عنه أيضا، لكونه دينا واحدا، و هو غير ما نحن فيه، نعم لو قلنا فى الصبى المعسر إن ذمته المشغولة و الأب ملتزم بالتأديه عنه اتجه حينئذ ما ذكره و لكنه خلاف ظاهر النصوص (٢) بل صريحها و صريح الفتاوى، بل ما فى النصوص من التعبير بالضمان يراى منه الالتزام نحو

قوله عليه السلام (٣): «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»

لا الضمان المصطلح، على أنه على تقديره فهو حينئذ ضمان شرعى قهرى لا ينافى تملك نصفه للولد بالطلاق.

و دعوى أن المراد بالايه «فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» (٤) عود النصف للفارض، و هو

١- ١ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء و الباب- ١٧- من أبواب المهور و الباب- ٢٤ و ٣١ و ٣٤ و ٣٥- منها.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المهور.

٣- ٣ راجع تعليقه فى ص ٩١.

٤- ٤ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٧.

هنا الأب، أو أن المراد لها نصف ما فرضتم لهن، فيبقى النصف الآخر على حاله يدفعها ظهور النص و الفتوى في إرادته ما يشمل فرض الولي، و لهذا لم يكن عندهم إشكال معتد به في تملك الولد النصف مع الدفع، و ظهورهما أيضا في إرادته تملك المطلق نصف المفروض الذي ملكته الامراه بتمامه في العقد كما هو واضح، و كأن تردد المصنف باعتبار اشتهاار تعليل هذا الحكم بما ذكره من التنزيل منزله الهبه، و حينئذ فإذا دفع و طلق الولد كان له باعتبار لزوم هبه الرحم، و إن كان من الأجنبي كان هذا الدفع منه للزوجه بمنزله قبض الموهوب و تصرفه بالهبه، فليس له الرجوع، و يتعين للولد النصف بالطلاق، أما إذا لم يدفع فلا هبه، فإذا طلق لم يكن للولد الرجوع على الوالد، و فيه أنه لا رجوع له إلا مع الضمان التبرعى، و الطلاق مملك للولد

النصف، فيستحق حينئذ على الضامن إذا ملكت الامراه عليه الكل بالضمان.

على أن دعوى الهبه في السابق مع عدم قصدتها، و عدم ولايه الدافع عن المدفوع عنه في بعض أفرادها، و غير ذلك مما ينفي كونه هبه، و خصوصا مع ملاحظه النظائر التي يدفع فيها الدين تبرعا عن المديون و بدون إذنه، لعدم اعتبار المملوكيه في المدفوع و فاء كى يحتاج إلى هذا التقدير مما لا ينبغى صدورها ممن له أدنى ممارسه في الفقه، و لعله لذلك تردد المصنف، و استشكل غيره، و التحقيق ما عرفت.

و من ذلك كله تعرف النظر في جمله من كلمات القوم التي أطنب فيها في المسالك، كما أنك منه قد عرفت الوجه في جميع أفراد المسأله، و الله العالم.

[الطرف الرابع فى التنازع]

اشاره

الطرف الرابع فى التنازع و فيه مسائل:

[المسأله الأولى إذا اختلفا فى أصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه]

اشاره

الأولى إذا اختلفا فى أصل استحقاق المهر و عدمه ف لا ريب فى أن القول قول الزوج مع يمينه بلا خلاف و لا إشكال إذا كان ذلك قبل الدخول للأصل بل الأصول السالمة عن المعارض، لاحتمال تجرد العقد عن المهر الذى قد عرفت عدم اعتباره فى صحته، بل قيل: مقتضى الأصل تجرده، و لذا كان الأصل التفويض لو وقع الاختلاف بينهما فى التسميه و عدمها بلا خلاف و لا إشكال أيضا، نعم قد يظهر من بعض العامه التحالف، و مرجعه الى حكم التفويض أيضا، و على كل حال فلا إشكال فى الحكم المزبور.

لكن الاشكال لو كان الاختلاف بينهما فى أصل استحقاق المهر و عدمه بعد الدخول ف المشهور كما فى كشف اللثام أن القول قوله أيضا نظرا إلى البراءه الأصلية لاحتمال أن ذلك قد كان بانكاح أبيه و هو صغير معسر، فيكون المهر على أبيه، و إنكاح سيده لأنه رق سابقا فيكون المهر فى ذمه السيد، بل فى الرياض الحكم بذلك قطعا مع ثبوت انتفاء التفويض باتفاقهما عليه أو البينه أو ما فى معناها، لجواز كون المسمى دينا فى ذمه الزوجه أو عينا فى يدها، فلا يكون العقد المشتمل على التسميه بمجرد مقتضيا لاشتغال ذمه الزوج بشىء من المهر و ظاهرا، مع احتمال أيضا لأصله البراءه المرجحه على أصله عدم التسميه، مع أن فرض

التساوى لا يوجب الحكم باشتغال الذمه إلا مع رجحان الأصاله الأخيره، و ليس فليس كل ذلك.

مضافا إلى ما فى كشف اللثام من الاستدلال عليه بالأخبار ك

قول الصادق عليه السلام فى خبر الحسن بن زياد(١): «إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر و قال:

قد أعطيتك فعليها بينه و عليه اليمين»

و فى

صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (٢): «إذا أهديت إليه و دخلت بيته و طلبت بعد ذلك فلا شىء لها، إنه كثير لها أن يستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل و لا كثير».

قلت: قد يقال: الظاهر أن مبنى هذه النصوص على ما إذا كانت العاده الإقباض قبل الدخول، بل قيل إن الأمر كذلك كان قديما، فيكون حينئذ ذلك من ترجيح الظاهر على الأصل، و على كل حال موضوعها غير مفروض المسأله، ضروره كونه فى اختلافهما فى وصول المهر إليها و عدمه، بخلاف ما نحن فيه الذى قد سمعت مفروضه استحقاق المهر و عدمه.

بل من ذلك يظهر لك وجه النظر فيما سمعته من الرياض على التقديرين لأن احتمال كون المهر ديناً له فى ذمتها أو عينا لا ينافى دعواها الاستحقاق، و إنما ينافى جوابه دعواها بعدم الاستحقاق، ضروره كون ذلك على فرضه أداء منه لما استحق عليه، فكان عليه إثباته و من هنا لم يذكر الأصحاب ذلك فى وجه براءته التى هى مقتضى الأصل، و إنما ذكروا احتمال كون المهر فى ذمه الوالد و السيد، فإنه عليهما يكون إنكاره الاستحقاق عليه فى محله، و هو الموافق حينئذ للأصل.

و من هنا قال فى المسالك: «هذا التوجيه حسن حيث يكون الزوج محتملاً لكونه بأحد الوصفين، فلو علم اتفأؤهما فى حقه - بأن كانت حرته معلومه و لم يتزوج المرأه المدعيه إلا و هو

بالغ أو مات أبوه قبل أن يتزوجها و نحو ذلك - لم يتمسك بالبراءه الأصلية، للقطع باشتغال ذمته بعوض البضع، لانحصار أمره حينئذ

١-١ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور الحديث ٧.

٢-٢ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور الحديث ٨.

فى الأمرين على سبيل منع الخلو، لأنه إن كان لم يسم مهرا فقد استقر عليه مهر المثل، و إن كان قد سمي استقر المسمى، و الأصل عدم دفعه إليها، و اللازم من ذلك أن لا يلتفت إلى إنكاره، بل إما أن يحكم عليه بمهر المثل، أو ما تدعيه المرأة إن كان أقل، نظرا إلى أصله عدم التسميه الموجب لذلك، و إما أن يطالب بجواب آخر غير أصل الإنكار، فإن ادعى تسميته حكم عليه بالمسمى إلى أن يثبت براءه ذمته منها أو عدمها فيثبت عليه مقتضى التفويض» و هو صريح فى أن القول قولها حينئذ مع العلم بانتفاء الاحتمالين.

بل قد يقال بذلك مع عدم العلم أيضا، بدعوى أن الأصل ثبوت الاستحقاق بالدخول حتى يعلم عدمه، لاستفاضه النصوص (١) بكون الدخول موجبا للمهر و الغسل و العده، و هو قاعده شرعيه قاطعه لأصله البراءه، مضافا إلى أولويه البضع من المال بأصله الاحترام و الضمان، و لعله إلى ذلك أو ما فى كشف اللثام حيث إنه بعد أن ذكر ما عرفت عن المشهور قال: «و يشكل بأن الأصل مع الدخول شغل ذمه الزوج خصوصا إذا علم انتفاء الأمرين» بل هو ظاهر المسالك فى أثناء كلام له، بل لعله إليه

يرجع ما عن الإرشاد فى مفروض المسأله من وجوب مهر المثل بتقريب الأصل السابق و أصله عدم التسميه، فيثبت التفويض الموجب لمهر المثل، و ليس ذلك من الأصول المثبتة، لأن التفويض قيده عدم (عدمى خ ل) يمكن إثباته بالأصل، فيترتب حكم التفويض، و لا حاجه إلى ما فى المسالك من أنه لا بد من تقييده بعدم زيادته على ما تدعيه، لأن الزائد عنه منفى بإقرار المدعى، فلا يجب دفعه إليه، و ذلك لأن مفروض المسأله الاقتصار فى اختلافهما على أصل استحقاق المهر و عدمه، و ما ذكره من التقييد خروج عن مفروض المسأله المتجه فيه الضمان بمهر المثل الذى هو قيمه له كالمال، فلا وجه حينئذ للقول بأن ثبوت استحقاق المهر إنما يقتضى ثبوت أقل ما يتمم الصالح لأن يكون مهرا يتحقق به أصله ثبوته بالدخول، ضروره أنك قد عرفت اقتضاء أصله احترام البضع و ضمانه على حسب

المال ضمانه بقيمته التي هي مهر المثل، حيث لا يثبت الأقل أو الأكثر بالتسميه بالعقد مثلا، و حينئذ فالزوج مدع إن ادعى الأقل، كما أنها مدعيه لو ادعت الأكثر.

و من ذلك يعلم ما في قول المصنف و لا إشكال لو قدر المهر بأرزه واحده أى ربع حبه، و الحبه ثلث قيراط، و هو جزء من عشرين جزء من دينار لأن الاحتمال متحقق و الزيادة غير معلومه اللهم إلا أن يريد عدم الاشكال باعتبار رفع الاختلاف بينهما، ضروره أعميه دعواها الاستحقاق من الأرزه و غيرها، فلا نزاع بينهما، لعدم إنكاره دعواها، لا أن الأرزه فقط ثابتة حتى لو زادت على دعواها استحقاق المهر بإنكار التسميه بذلك، فان القول حينئذ قولها بيمينها، للأصل و يثبت لها مهر المثل لما عرفت، و لو زادت مع ذلك في جوابه بيان دعوى استحقاقها بدعوى التسميه بأزيد من ذلك كان ذلك من الاختلاف في القدر الذى ستعرف الكلام فيه.

و من ذلك كله ظهر لك ما عن التحرير من أنه «إذا وقع الاختلاف في أصل المهر بعد الدخول يستفسر هل سمي أم لا؟ فان ذكر تسميه كان القول قوله مع اليمين، و إن ذكر عدمها لزمه مهر المثل، و إن لم يجب بشىء حبس حتى يبين» إذ من المعلوم أن الاستفسار إنما يجب مع إفاده الكلام فائده بدونه، و قد عرفت أن مجرد الاعتراف بالنكاح مع الدخول له حكم يترتب عليه، فلا يجب الاستفسار و إن كان جائزا، كما أن من المعلوم ان القول قولها في عدم التسميه لا قوله، نعم هو كذلك لو اتفقا عليها و اختلفا فيها قله و كثره، كما تسمع الكلام فيه، و حبسه إذ لم يبين تعجيل عقوبه لا سبب لها، و ذلك لأن الدخول يقتضى حكما فينبغى ترتيبه عليه حتى يتبين خلافه.

و لو عدل الزوج قبل الحكم عليه بمهر المثل إلى دعوى لا تنافى الأولى بأن قال: كنا سميينا قدرا و لكن وصل إليها أو أبرأتني منه أو نحو ذلك سمعت الدعوى و رتب عليها حكمها من قبوله في القدر و قبول قولها في عدم القبض و الإبراء، و هو

حسن إن تجبه بإنكار التسميه، و إلا كان لها أيضا مهر المثل بيمينها على نفى التسميه، كما هو واضح.

و لو اختلفا فى قدره بأن ادعت الامراه تسميه الزائد و الرجل الناقص أو اختلفا فى وصفه بعد الاتفاق على جنسه أى نوعه على وجه ترتفع الجهاله القادحه فيه ثم ادعت المرأه زياده وصف آخر مثلا و أنكر هو ذلك ف لا ريب فى أن القول قوله أيضا كما هو المشهور بين الأصحاب، بل هو كالمجمع عليه، بل ربما حكاه عليه بعضهم، لأصاله البراءه من الزائد و من الوصف الذى هو بمنزله دعوى الاشتراط، و ل

صحيح أبى عبيده^(١) عن الباقر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها فادعت أن صداقها مأه دينار و ذكر الزوج أن صداقها خمسون دينارا و ليس لها بينه على ذلك، قال: القول قول الزوج مع يمينه».

و جعل بعضهم من الاختلاف فى الوصف الاختلاف فى التعجيل و التأجيل أو زياده الأجل، لمعارضه أصاله عدم التأجيل و زيادته بأصاله عدم الزياده فى المهر، فإن التأجيل نقص فى المهر و عدمه زياده فيه، و الأصل عدمها، و هكذا فى كل وصف يقتضى زياده المهر مضافا إلى أصاله عدم اشتغال الذمه الان مثلا فى الاختلاف فى الأجل، و فيه منع واضح و مخالفه للمعلوم فى غير المقام من عدم معارضه أصاله عدم ذكر الأجل أو زيادته بأصاله عدم الزياده باعتبار ورودها عليه.

و من الغريب ما فى المسالك من تفسير عبارته المصنف بدعوى الامراه استحقاقها عليه من جهه المهر مأه دينار سواء كان ذلك جميعه أو بعضه، ثم حكى عن مشهور الأصحاب تقديم قول الزوج و ذكر الصحيح المزبور إلى أن قال: «و لا- فرق بين كون مدعاه مما يبذل مهرا عاده لأمثالها و عدمه عندنا، لعموم الأدله- ثم قال:- و مقتضى إطلاق الأصحاب و الروايه أنه لا يستفسر هنا بكون ذلك تسميه أم من مهر المثل، و للبحث فى ذلك مجال، لأنه لو كان بعد الدخول مع اتفاقهما على عدم التسميه فالواجب مهر المثل، فإذا كان الذى يعترف به أقل منه فدعواه فى قوه

إيتاء الزائد، و التخلص منه بالإبراء و نحوه، و مثل ذلك لا يقبل قوله فيه، و كذا مع اتفاقهما على التسميه و اعترافه بأنها أكثر و لكن يدعى التخلص من الزائد، ضروره أن ذلك ليس من الاختلاف فى القدر المذكور فى النص و الفتوى بل لعلهما صريحان فى خلافه- ثم قال:- و الحق حمل النص و الفتوى على ما لو أطلق الدعوى أو ادعى تسميه هذا القدر و ادعت هى تسميه الأزيد- إلى أن قال:-

و مع ذلك ففيهما معا بحث، لأنه مع الإطلاق كما يحتمل كونه بطريق التسميه يحتمل كونه بطريق عوض البضع المحترم، و عوضه مطلقا مهر المثل، و إنما يتعين غيره بالتسميه، و الأصل عدمها، و هذا الأصل مقدم على أصل البراءة، لوجود الناقل عنها، و مع اختلافهما فى قدر التسميه يكون كل منهما منكرا لما يدعيه الأخر منهما، فلو قيل بالتحالف و وجوب مهر المثل كان حسنا، إلا- أن إطلاق الروايه الصحيحه المتناول لمحل النزاع يؤنس بترجيح ما أطلقه الأصحاب على ما فيه من الحزازه، و من ثم قال العلامة فى القواعد: و ليس ببعيد من الصواب تقديم من يدعى مهر المثل منهما، فان ادعى النقصان و ادعت الزيادة تحالفا و ردا إليه، و لو ادعى الزيادة عليه المختلفه احتمل تقديم قوله لأنه أكثر من مهر المثل و مهر المثل، و لو ادعى النقصان عنه احتمل تقديم قولها و مهر المثل، و على كل حال فلا- خروج عما عليه الأصحاب و يتناوله إطلاق النص الصحيح و إن كان ما قربه العلامة فى محل القرب».

قلت: هذا منه أيضا كسابقه، ضروره عدم اندراج صوره الإطلاق فى النص و الفتوى و إن كان الحكم فيها ما ذكره بناء على عدم وجوب الاستفسار أو عدم التمكن منه على وجه يفيد، و إنما محل كلام الأصحاب الصوره الثانيه خاصه، و لا وجه للتحالف فيها بعد تصادم الدعويين منهما، و رجوع الحال إلى الاختلاف فى الدين من حيث كونه دينا زياده و نقصا، و لا ريب فى أن القول قول مدعى النقيصه بعد اتفاقهما على قدر متيقن، و الاختلاف إنما هو فى الزائد و القول قول منكره، لأصالة البراءة، و كلام العلامة بعد أن ذكر أنهما لو اختلفا فى قدره أو وصفه أو ادعى التسميه

فأنكرت قدم قوله و لو قدره بأرزه مع اليمين قال ما سمعته، و ظاهره الفتوى فى الأول، على أن التحالف لم يذكره إلا فيما إذا اختلفا بدعوى الزيادة على مهر المثل منه و النقصان منهما، أما إذا كان دعوى أحدهما مهر المثل كان القول قوله، لاعتضاد أصاله عدم الزائد بظهور الحال فى ذلك، و هو غير ما ذكره من التحالف مطلقاً.

هذا كله مضافاً إلى ما فى كلام العلامة من النظر الواضح، إذ لا وجه لتقديم قوله مع دعواه التسميه و لو بالارزه و إنكارها ذلك، مع أن الأصل عدم التسميه، فالمتجه حينئذ فيه مهر المثل الذى هو قيمه البضع، كما أنه لا-وجه للرجوع إلى مهر المثل فى دعواهما الزيادة المختلفه مع اعتراف الزوج بتسميه الأزيد منه و فى دعواهما النقصان عنه مع اعتراف الزوجه بالأنقص منه، فالتحقيق حينئذ ما عرفت، بل لا فرق بين الاختلاف فى القدر و فى الوصف لكن على الوجه الذى عرفت.

أما لو كان اختلافهما فى دعوى كل منهما وصفا مستقلاً تختلف القيمة باختلافه فالمتجه التحالف، نحو الدعوى فى اختلاف العين، فيفسخ الالتزام بالوصف خاصه مع فرض صحه العقد بدونه، و إلا فسد المهر و رجع إلى مهر المثل لانفساخ المسمى حينئذ بالتحالف.

و لو فرض اختلافهما فى وصف يفسد العقد بانتفائه كان القول قول مدعيه، لأصاله الصحه.

و من ذلك كله يعلم ما فى إطلاق المسالك من أنه لو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف فى الصفه كان وجهها فيثبت مهر المثل إلا-أن يزيد عما تدعيه المرأه و ينقص عما يدعيه الزوج، كما أنه يعلم أيضاً ما فى دعوى إطلاق تقديم قول الزوج مع الاختلاف فى الوصف و إن كان نحو الاختلاف فى التأجيل و الحلول أو زياده الأجل و نقصانه، ضروره مخالفته للقواعد و للنظائر فى غير المقام من غير دليل خاص.

و كذا ما عن جماعه منهم الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و العلامة فى التحرير من تقديم قول الزوج فى الاختلاف فى جنس المهر كالاختلاف فى القدر، بل عن

ظاهر الخلاف الإجماع عليه، ضروره كون المتجه فيه التحالف، من غير فرق بين أن يختلفا قيمه أولا، لأن كلا منهما مدع منكر كما في نظائره، و أصاله براءته من غير العين التي يدعيها معارض بأصاله عدم استحقاقها غير العين التي تدعيها بالعقد.

اللهم إلا أن يريدوا الاختلاف في جنس لم يتعلق غرض بعينه، وإنما المراد منه قيمه، كما لو اختلفا في كون المهر مائة دينار أو مائة درهم بعد أن كان المتفق عليهما من النقد، فإنه يمكن أن يكون ذلك نحو الاختلاف في القدر باعتبار عدم تعلق الغرض بخصوص الدرهم أو الدينار، وإنما المراد المقدار، فيكون القول قول الزوج الذى هو مدعى النقيصه، وربما يومئ إلى ذلك تمثيلهم له بذلك، لا ما إذا كان الاختلاف فى أنه دار مثلا أو حيوان فإنه لا وجه لتقديم قول الزوج المنفى بالأصل، كالدعوى المقابله له، كما هو واضح، والله العالم. هذا كله فى الاختلاف فى أصل المهر أو قدره أو جنسه أو وصفه.

أما لو اعترف أى الزوج بالمهر ثم ادعى تسليمه ولا بينه ف لا إشكال ولا خلاف معتدا به فى أن القول قول المرأه مع يمينها، لأصاله عدم التسليم من غير فرق بين ما قبل الدخول و بعده، نعم قد سمعت سابقا جملة من النصوص (١) وفيها الصحيح وغيره داله على أن القول قوله مع الدخول، وهى مطرحه أو منزله على ما إذا كانت عاده بتقديم المهر على وجه يكون الظاهر مع الزوج، فتخرج حينئذ هذه الأخبار دليلا- على تقديم الظاهر على الأصل، بل ربما جمع بين المحكى عن صدق الخلاف أن بتقديم قولها الإجماع والأخبار و عن نفقاته أن بتقديم قوله الإجماع والأخبار بذلك أيضا فيحمل الثانى على جريان العاده بالتقديم، والأول على خلافه إلا أنه مع ذلك لا يخلو من بحث أيضا. والله العالم.

[تفريع لو دفع قدر مهرها فقالت دفعته هبه فقال بل صداقا فالقول قوله]

تفريع:

لو دفع قدر مهرها مثلا من دون أن يقترن دفعه بما يقتضى وفاء أو هبه من لفظ أو غيره ثم اختلفا بعد ذلك فقالت المرأه دفعته هبه فقال: بل دفعته صداقا فالقول قوله، لأنه أبصر بنيته و الوفاء إنما يعتبر فيه نيه الدافع دون القابض، بل فى المسالك «أنه

كذلك بغير يمين، لأنه لو اعترف لها بما تدعيه لم تتحقق الهبه إلا بانضمام لفظ يدل عليها، فلا يفتقر إلى يمين» و فيه إمكان الاكتفاء فى الهبه بالفعل المنوى به ذلك و إن كان هو حينئذ بحكم المعاطاه و حينئذ يتوجه لها اليمين عليه، كما يتوجه أيضا لو قرنه بلفظ قابل لكل منهما، بحيث لا يتشخص المراد به إلا بالقصد أيضا، ضروره كونه المنكر باعتبار استناده إلى أمر لا يعلم إلا من قبله.

و كذلك لو ادعت عليه أنه تلفظ بما يدل على الهبه و إن كان ليس نزاعا فى النيه، و لكن قوله أيضا موافق لأصل العدم الذى يكفى فى تحقق كونه منكرا.

و لو فرض اعترافه بصدور ما يظهر منه الهبه كان القول قولها و إن ادعى هو أنه أراد خلاف الظاهر بل لا يبعد عدم ضمانها للمدفع مع فرض تلفه حتى لو علم بعد ذلك منه إرادته خلاف الظاهر، نعم يتجه له الرجوع حينئذ به لو كانت عينه باقيه، كما هو واضح.

[المسأله الثانيه إذا خلا الزوج بالزوجه فادعت المواقعه فإن أمكن الزوج إقامه البينه بأن ادعت هي أن المواقعه قبله و كانت بكره فلا كلام]

المسأله الثانيه إذا خلا الزوج بالزوجه خلوه خاليه عن موانع الوقاع فادعت المواقعه فإن أمكن الزوج إقامه البينه على فساد دعواها بأن ادعت هي أن المواقعه قبله- و كانت بكره فلا- كلام في بطلان دعواها حيثئذ من غير يمين، لبعده احتمال عودها و إن كان يسمع منها لو ادعته، لكن مع إقامتها البينه بالمواقعه أو بالزوال سابقا، نعم قد يناقش بأن الختانيين يلتقيان من دون زوال البكاره كما في كشف اللثام، هذا و في المسالك في شرح عبارته المتن «إذا ادعت بعد الخلوه التامه الخاليه من موانع الوقاع الدخول و أنكر فإن كانت بكره فلا- إشكال، لإمكان الاطلاع على صدق أحدهما باطلاع التعاقب من النساء عليها، و ذلك جائز لمكان الحاجه، كنظر الشاهد و الطيب» و فيه مضافا إلى ما عرفت أن رؤياها ثبينا لا دلالة فيه على صدق دعواها، لاحتمال زوال بكارتها بغير وقاعه، كما أن كونها بكره لا يوجب تمكينها من نفسها للاطلاع على معرفه حالها، خصوصا مع حرمة النظر إلى العوره، و ما فيه من المشقه، لمنافاته الحياء، فلها المطالبه حيثئذ باليمين أو يكون القول قولها على اختلاف القولين، اللهم إلا أن يقال: إنه يظهر من بعض النصوص (١) السابقه في العيوب أن للحاكم تعرف نحو ذلك بنحو ذلك، فله الإلزام في مقام قطع الخصومه، و تبين صحه الدعوى من فسادها.

و على كل حال ف الا- يتمكن الزوج من إقامه البينه على وجه المزبور كان القول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم المواقعه و حيثئذ ف هو منكر لما تدعيه المرأه عليه، فيكون القول قوله بيمينه، و قيل كما عن الشيخ في النهايه و التهذيبيين القول قول المرأه مع يمينها عملا بشاهد حال الصحيح في خلوته بالحلائل (١١) فيكون قولها موافقا للظاهر، و هو المحكى عن

ابن أبي عمير و جماعه من القدماء، كما سمعته سابقا فى البحث عن استقرار المهر بالخلوه للنصوص (١) السابقه الحاكمه باستقرار المهر بها التى يجب الجمع بينها و بين ما دل (٢) على عدم استقراره إلا بالوقاع بالحكم شرعا بالوقاع معها، إلا أن يعلم عدمه مع عدم الدعوى منها، فضلا عما إذا ادعت ذلك كما فى الفرض، بل فى بعضها (٣) عدم سماع دعوى عدم الوقاع منهما معها و إن تصادقا عليه لانهما ياراده عدم استقرار المهر و عدم العده عليها، و لعل ذلك أولى مما سمعته من ابن الجنيد من العمل بهذه النصوص على جهه قرار المهر بالخلوه و إن لم يكن معها وقاع، لما سمعته فيما تقدم.

و لكن مع ذلك الأول أشبه منه بأصول المذهب و قواعده و أشهر بين الطائفة، بل لعله إجماع بين المتأخرين منهم، لقصور النصوص المزبوره عن المعارضه باعتبار ضعف سند أكثرها و موافقه لفظها

المروى (٤) عن عمر «من أرخى سترا و أغلق بابا فقد وجب عليه المهر»

الذى قد أفتى به أبو حنيفه و كثير من العامه، فيقوى الظن بخروجها مخرج التقيه،

فلا- تصلح لإثبات ذلك، كما لا تصلح لما سمعته من ابن الجنيد من استقرار المهر بالخلوه المجرده عن الوقاع، فيبقى الظهور المزبور بلا مستند شرعى صالح لقطع الأصول الموافقه لدعوى عدم الوقاع، و الظاهر إذا لم يكن عليه دليل شرعى لا يعارض الأصل، كما هو واضح.

١- ١ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب المهور.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب المهور الحديث ٦ و الباب- ٥٥- منها الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب المهور الحديث ١.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٥٥.

[المسألة الثالثة لو أصدقها تعليم سوره أو صناعه فقالت علمنى غيره فالقول قولها]

المسألة الثالثة لو أصدقها تعليم سوره أو صناعه فقالت: علمنى غيره فالقول قولها بلا خلاف و لا إشكال لأنها منكره لما يدعيه نحو إنكارها وصول المهر لو ادعى عليها تسليمه، و نحو إنكارها لو ادعى عليها تعليم السوره فقالت: علمنى غيرها، و حينئذ يلزم فى الفرض بأجره التعليم كما عرفته سابقا.

[المسألة الرابعه إذا أقامت المرأة بينه أنه تزوجها فى وقتين بعقدين فادعى الزوج تكرار العقد الواحد و زعمت المرأة أنهما عقدان فالقول قولها]

المسألة الرابعه إذا أقامت المرأة بينه أنه تزوجها فى وقتين بعقدين على مهرين متفقين أو مختلفين أو أقر الرجل بذلك فادعى الزوج تكرار العقد الواحد و زعمت المرأة أنهما عقدان فالقول قولها لأن الظاهر معها أى ظاهر الإتيان بالصيغ إرادته ترتب آثارها عليها الذى هو مقتضى أصاله الصحه فيها، لكن فى المسالك «قدم قولها عملا بالحقيقه الشرعيه، لأن العقد حقيقه شرعيه فى السبب المبيح للبيع، و استعماله فى نفس الإيجاب و القبول المجردين عن الأثر مجاز بحسب الصوره، كتسميه الصوره المنقوشه على الجدار فرسا، و مثله ما لو قال لغيره: بعنى هذا العبد ثم ادعى أنه ملكه، فإنه لا يلتفت اليه، و يجعل استدعاؤه البيع إقرارا له بالملك، و لا- يعتد بقوله: إنى طلبت منه صوره البيع- إلى إن قال:- و المراد بقول المصنف: لأن الظاهر معها أن الظاهر من إطلاق اللفظ حمله على حقيقته دون مجازة، و أراد بالظاهر معنى الأصل من حيث إن استعمال العقد فى غير حقيقته خلاف الظاهر فى الاستعمال و إن كان المجاز فى نفسه كثيرا شائعا» و فى كشف اللثام «قدم قولها من غير خلاف يظهر، لأن الأصل و الظاهر معها، فإن الأصل و الظاهر التأسيس و الحقيقه فى لفظ العقد و فى صيغته، و لا عقد فى المكرر حقيقه و لا فى الصيغه المكرره بمعنى

الإشياء المعترف في العقود».

قلت: لا حقيقه شرعيه في لفظ العقد قطعا، و على تقديره فليس هو محط النزاع بينهما، ضروره كون الواقع بينهما مصداق العقد لا لفظه، و دعوى اعتبار ترتب الأثر في أصل وضعه واضحه الفساد، ضروره تحقق معناه الحقيقي في جميع صور الفساد التي لم يترتب الأثر فيها، و الإنشاء متحقق فيها و إن لم يكن صحيحا يترتب عليه الأثر، و لا ريب في تحقق جميع ما يعتبر في العقد من الإنشاء و غيره في العقد المكرر، و لذا لو صادف فساد الأول أثر فيه، نعم مع فرض كون الأول صحيحا لا يؤثر لانتفاء شرط تأثيره نحو غيره من العقود الفاسده، فالصحة و الفساد شىء و الحقيقه و المجاز شىء آخر، كما هو واضح. نعم ما سمعته من التعليل الأول في كشف اللثام متجه، و مرجعه إلى ما ذكرناه، إذ التأسيس هو الصحة بمعنى ترتب الأثر و على كل حال مع اقتصارهما على الدعوى المزبوره و لو لموت و نحوه ف هل يجب عليه المهران المسميان فيهما؟ قيل: نعم عملا- بمقتضى العقدین المحكوم بصحتهما شرعا فيترتب على كل منهما أثره كما هي القاعده في كل سبب، و قيل كما عن الشيخ في المبسوط و سديد الدين والد العلامة:

يلزمه مهر و نصف، لمعلوميه تحقق الفرقه و إلا لم يصح العقد الثانى، و الوطاء غير معلوم، بل الأصل عدمه، فتستحق النصف منه، و ربما قيل بلزوم مهر واحد، لأصالة براءة الذمه بعد أن كان من أسباب الفرقه ما لا يوجب مهرا و لا نصفه كردها و فسخه بعيها قبل الدخول، و فسخها بعيه غير العنن قبله أيضا، بل قد ينقدح من ذلك عدم لزوم مهر أصلا بعد فرض كون النزاع بعد الفراق منهما، إلا أن الجميع كما ترى.

و لذا كان الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، ضروره عدم ما يصلح به الخروج عن مقتضى السبب الثابته سببته و المستصحب مقتضاه، و أصاله عدم الدخول لا تصلح لإثبات التنصيف الذى ينفى مقتضيه بأصاله عدم حصوله، كأصاله

عدم العيب و نحوه، و مجرد احتمال كون الفرقه مما تقتضى عدم المهر أصلاً أو نصفه لا يقطع أصاله بقاء الاستحقاق و الملك و نحوهما التى يكفى فى ثبوتها احتمال كون الفرقه بما يقتضى تمام المهر، و لا- ريب فى تحقق الاحتمال فى الفرض، كما هو واضح.

نعم لو ادعى كون الفرقه فى الأول بالطلاق قبل الدخول على وجه يسمع ذلك منه اتجه حينئذ لزوم مهر و نصف، بل لو ادعى الطلاق فى الثانى أيضاً قبله لزم مهر واحد مجتمع منهما، بل ربما قيل إنه لو ادعى الفسخ بأحد الأسباب الموجبه لعدم المهر مع إمكانه فيجب المهر الثانى خاصه ما لم يدع الطلاق فيه أيضاً قبله، فنصفه لا غير، و فيه منع قبول دعواه الفسخ بالعيب، لأصاله عدمه، و ما عن الشهيد فى الشرح- من القبول محتجاً بأن تجويزه ينفى القطع بالزيادة على المهر الثانى- كما ترى، و ليس هو كدعوى الطلاق الذى هو فعله، و يرجع فيه إليه، و أما الدخول فالأصل عدمه، كما أن الأصل استصحاب المهر كاملاً إلى أن يدعى المزيل، فلو سكت عن الدعوى ثبت المهران على الأقوى، و هذا كما يقال: إن المستودع بعد ثبوت الإيداع مطالب بالوديعة و محبوس ما دام ساكتاً، فان ادعى تلفاً أو رداً صدق بيمينه و انقطعت المطالبه، و الله العالم.

[النظر الثالث فى القسم و النشوز و الشقاق]

اشاره

النظر الثالث فى القسم و النشوز و الشقاق

[القول فى القسم]

[أما القسم]

اشاره

و القول الان فى القسم، و الكلام فيه و فى لواحقه، أما الأول فنقول: هو بفتح القاف مصدر قسمت الشىء أقسمه، و بالكسر: الحظ و النصيب، و يقال: هو التقدير، و عرفا هو قسمه الليلالى بين الزوجات، و يمكن اعتباره من كل منهما.

و كيف كان ف لكل واحد من الزوجين حق يجب على صاحبه القيام به و يستحب كتابا(١) و سنه متواتره(٢) و إجماعا و إن كان حق الزوج على الزوجه أعظم بمراتب، فإنه لا- حق لها عليه مثل ما له عليها، بل و لا من كل مأه واحد، بل هو أعظم الناس حقا عليها(٣)

و قال رسول الله صلى الله عليه و آله (٤): «لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر، و لو صلح لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها، و الذى نفسى بيده لو كان من مفرق رأسه إلى قدمه قرحه تشرح بالقيح و الصديد ثم استقبلته تلمسه ما أدت حقه»

و قال أمير المؤمنين عليه السلام (٥): «كتب الله الجهاد على الرجال و النساء فجهاد الرجل بذل ماله و نفسه حتى يقتل فى سبيل الله، و جهاد المرأة أن تصبر على ما ترى من أذى زوجها و غيرته»

و جهادها أيضا حسن التبعل (٦) إلى غير

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٨. و سورة النساء: ٤- الآيه ١٩ و ٣٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧٩ و ٨١ و ٨٧ و ٨٨- من أبواب مقدمات النكاح.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧٩- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٤- ٤ كتر العمال- ج ٨ ص ٢٥١- الرقم ٤٠٩١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٤- من أبواب جهاد العدو الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب-٤- من أبواب جهاد العدو الحديث ٢.

ذلك مما ورد فيه (١)، و لا- ينافيه قوله تعالى (٢) «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ» بعد اراده التشبيه في أصل الحقيقه لا- في الكيفيه، ضروره شده اختلافهما.

و من حقه عليها «أن تطيعه و لا- تعصيه و لا- تتصدق من بيته إلا باذنه و لا تصوم تطوعا إلا باذنه، و لا تمنعه نفسها، و لو كانت على ظهر قتب، و لا تخرج من بيتها إلا باذنه» (٣)

و لو إلى أهلها و لو لعياده والدها أو في عزائه (٤)

و «أن تطيب بأطيب طيبها، و تلبس أحسن ثيابها، و تتزين بأحسن زينتها، و تعرض نفسها غدوه و عشيه» (٥)

بل «ليس للمرأة أمر مع زوجها في عتق و لا صدقه و لا تدبير و لا هبه و لا نذر في مالها إلا بإذن زوجها إلا في حج أو زكاه أو بر والديها أو صلته قرابتها» (٦)

بل «أيما امرأة قالت لزوجها: ما رأيت منك خيرا قط أو من وجهك خيرا فقد حبط عملها» (٧)

و «أيما امرأة باتت و زوجها عليها ساخط في حق لم تتقبل منها صلاه حتى يرضى عنها، و لا يرفع لها عمل» (٨)

و «إن خرجت من غير إذنه لعنتها ملائكة السماء و ملائكة الأرض و ملائكة الغضب و ملائكة الرحمه حتى ترجع إلى بيتها» (٩).

و من حقها عليه أن يشبعها و أن يكسوها و أن يغفر لها إذا جهلت (١٠)

«و لا

١- ١ الوسائل الباب- ٧٩ و ٨١- من أبواب مقدمات النكاح.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٨.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧٩- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٩١- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٧٩- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١٧- من كتاب الوقوف و الصدقات الحديث ١.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٨٠- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٧.

٨- ٨ الوسائل الباب- ٨٠- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و ٢.

٩- ٩ الوسائل الباب- ٧٩- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

١٠- ١٠ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

يقبح لها وجهها» (١)

و «رحم الله عبدا أحسن فيما بينه وبين زوجته، فان الله تعالى قد ملكه ناصيتها» (٢)

وقال رسول الله صلى الله عليه وآله (٣): «أوصاني جبرئيل بالمرأه حتى ظننت أنه لا ينبغي طلاقها إلا من فاحشه ميينه»

و «عيال الرجال أسراؤه، و أحب العباد إلى الله تعالى أحسنهم صنعا إلى أسرائه» (٤)

و «إنما المرأه لعبه من اتخذها فلا يضعها» (٥)

أ يضرب أحدكم المرأه ثم يظل معانقها» (٦)

و «خيركم خيركم لنسائه، و أنا خيركم لنسائي» (٧)

إلى غير ذلك مما يدخل تحت قوله تعالى (٨) «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ».

ف حينئذ قد ظهر لك أنه كما يجب على الزوج النفقه من الكسوه و المأكل و المشرب و الإسكان على حسب ما ستعرف فكذا يجب على الزوجه التمكين من الاستمتاع مع عدم المانع عقلا أو شرعا و لو كانت على ظهر قتب و أن تتجنب (تجتنب خ ل) ما ينفر منه الزوج من الثوم و البصل و الأوساخ و القذارا و غير ذلك.

و أما القسمة بين الأزواج فهى حق على الزوج و له، لاشتراك ثمرته، و هو الاستئناس، و لأن الأخبار (٩) توجب استحقاقها، و حق الاستمتاع يوجب استحقاقه، فلكل منهما الخيار فى قبول إسقاط صاحبه له و عدمه و لا يتعين عليه القبول حرا كان أو عبدا و لو كان عنيئا أو خصيا فإن القسمة لليناس و العدل و التحرز عن الإيذاء، و للمعاشره بالمعروف، فلم يفرق فيها بين الحر و العبد، و لا بين العنين و الفحل، و لا بين الخصى و غيره، لاشتراك الجميع فى

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب النفقات الحديث ١ من كتاب النكاح.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٤.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٩.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٨٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٨٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١١.

٨- ٨ سوره النساء: ٤- الآيه ١٩.

٩- ٩ الوسائل الباب- ١ و ٥- من أبواب القسم و النشوز.

الفائدة المطلوبة منه.

بل و كذا لو كان مجنوناً و إن كان يقسم عنه الولي بأن يطوف به عليهن أو يدعوهن إليه أو بالتفريق، نعم إن لم يوثق به أو لا ينتفع به في مثل ذلك فلا- قسم في حقه، و إن أمن و كان قد قسم لبعض نسائه ثم جن فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات قضاء لحقوقهن، كما يقتضى ما عليه من الدين، و كذا إذا طلبن القسم بناء على اشتراك حق القسم بينهما، و إن قلنا باختصاصه بالزوج لم يجب على الولي الإجابة، و لو أردن التأخير إلى أن يضيق فيتم المؤانسه فلهن ذلك، و إن لم يكن عليه شىء من القسم بأن كان معرضاً عنهن أجمع أو جن بعد التسويه بينهما فإن رأى منه الميل إلى النساء أو قال أهل الخبره: إن غشيانهن ينفعه فعلى الولي أن يطوف به عليهن، أو يدعوهن إلى منزله، فإن جار في القسمه أثم.

و هل على المجنون القضاء بعد الإفاقه؟ المشهور على ما حكى نعم، و فى المسالك «لو قيل بعدم الوجوب كان وجهها، لأن المجنون غير مكلف، و القضاء تابع للتكليف بالفعل أو ثابت بأمر جديد، و هو متنف هنا» و فيه أن قضاء ذلك من تأديه الحق الثابت فى ذمه المجنون بحكم خطاب الوضع كالدين و نحوه، ثم قال: «و لو انتفى الميل و المصلحه لم يجب على الولي أن يقسم به، و يظهر من عبارته وجوب القسم به مطلقاً، و هو يتم على القول باشتراك الحق بين الزوجين و طلبن ذلك، لكن المصنف لا يقول به، كما سيأتى، فعدم الوجوب هنا أجود».

هذا، و فى القواعد «و لو كان يجن و يفيق لم يجز له أن يختص واحده بنوبه الإفاقه إن كان نوبتها مضبوطاً، بأن يجن يوماً و يفيق يوماً مثلاً، بل يطرح أيام الجنون و ينزلها منزله أيام الغيبه، و يقسم أوقات الإفاقه، فلو أقام المجنون عند واحده لم يقض لغيرها إذ لا- اعتداد به، و يحتمل القضاء، و يحتمل أن يكون إليه القسمه أوقات الإفاقه و إلى الولي القسمه أوقات الجنون، فيكون لكل منهن نوبه من كل من الحالتين، و إن لم يكن نوبه الإفاقه مضبوطاً فأفاق فى نوبه واحده قضى للأخرى ما جرى لها فى الجنون، أى لم يعتد، لكونه عندها فى الجنون و إن كان بقسمه الولي،

لقصور حقها من الاستئناس حال الجنون، و لو خاف من أذى زوجته المجنونه سقط حقها من القسمة للضروره و إلا- وجب للعموم و انتفاء العذر^(١) و استظهر بعضهم السقوط إذا لم يكن لها شعور تنتفع بالقسمة و تستأنس به، إلى غير ذلك من كلماتهم المشتملة على أحكام كثيره التي لم نقف فيها على دليل خاص، و إنما ذكرها بعض العامه، بل ربما كان بعضها منافيا للآخر، خصوصا مع عدم الدليل على الفرق بين الأدوارى حال جنونه و بين المطبق، كما أن المتجه بناء على وجوب القسمة عدم وجوب القبول على الولي لو أردن التأخير إلى زمان الإفاقة.

و أقصى ما يقال: هو ما أشرنا إليه من أن المستفاد من النص^(٢) و الفتوى أن القسمة حق مشترك بين الزوج و الزوجه، و أنه لا يسقط بالجنون من أحدهما مع إمكانه، و حينئذ يختص نقص ذلك بمن عرض فى ليلتها، نحو غيره من الأعذار كالمرض و نحوه.

و أما انتقال الحكم التكليفى إلى الولي فى الزوج و الزوجه- على وجه يجب عليه أن يطوف به و أن يأتى بالزوجه على وجه لا نقصان فيما يمكن من الاستمتاع بها و غير ذلك من الأحكام التي سمعتها- فلا دليل عليه، نعم لو كانت له مصلحة فى الطواف به، كما لو فرض نفعه بذلك أو منعه من الفساد به، أو نحو ذلك من المصالح كان على الولي حينئذ مراعاتها، فتأمل جيدا، فإنه لم نجد دليلا واضحا سوى اعتبارات يشكل التمسك بها على أصولنا.

و كيف كان فالمشهور على ما حكاه غير واحد وجوب القسمة ابتداء، بمعنى وجوبها بالعقد و التمكين كالنفقه، للأمر بالمعاشرة بالمعروف^(٣) التي هى معظمها على أن الأمر فيه للتكرار قطعا، و ليس فى كل الأوقات، فبقى أن يكون بحسب ما تقتضيه القسمة، إذ لا قائل بثالث،

و التأسى بالنبي صلى الله عليه و آله «فإنه كان يقسم

١- ١ ليس هذه من عباره القواعد، و إنما هى من كشف اللثام ملفقه بعباره القواعد.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١ و ٥- من أبواب القسم و النشوز.

٣- ٣ سورة النساء ٤:- الآيه ١٩.

بينهن» (١)

دائما حتى

«كان يطاف به في مرضه محمولا» (٢)

و كان يقول «اللهم هذا قسمي فيما أملكك و أنت أعلم بما لا أملكك» (٣)

يعنى من جهة الميل القلبي، و إطلاق

قول الصادق عليه السلام في خبر البصرى (٤) «في الرجل تكون عنده المرأه فيتزوج أخرى كم يجعل للتي يدخل بها؟ قال: ثلاثه أيام، ثم يقسم»

كإطلاق المستفيضه الأمره بالقسم للحره ثلثي ما للأمه (٥) و ما يشعر به

خبر على بن جعفر (٦) عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما: ليلتي و يومي لك يوما أو شهرا أو ما كان أ يجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها لا بأس به»

من كون ذلك حقا لها على وجه لها بيعه، و كذا غيره ك

خبر الحسن ابن زياد (٧) و غيره قال: «سألته عن الرجل يكون له المرأتان و إحداهما أحب إليه من الأخرى إله أن يفضلها بشىء؟ قال: نعم له أن يأتيها ثلاث ليال و الأخرى ليله، لأن له أن يتزوج أربع نسوه، فثلاثه يجعلها حيث شاء، قلت: فتكون عنده المرأه فيتزوج جاريه بكر، قال: فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال، و للرجل أن يفضل نساءه بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً»

و صحيح ابن مسلم (٨) «سألته

١-١ سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٩٨.

٢-٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

٣-٣ سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٩٨.

٤-٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٤.

٥-٥ هكذا في النسخه الأصلية و الصحيح « مثلى ما للأمه » كما هو مستفاد من الروايات المرويه في الوسائل في الباب- ٨- من أبواب القسم و النشوز.

٦-٦ الوسائل الباب- ٦- من أبواب القسم و النشوز الحديث

٧-٧ ذكر صدره و ذيله في الوسائل الباب- ١- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢ و وسطه في الباب- ٢- منها الحديث ٧ عن

الحسين بن زياد، الا أن الموجود في التهذيب ج ٧ ص ٤١٩ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٤٢ الحسن بن زياد و في الجميع « فليتيه يجعلهما حيث شاء».

٨-٨ الوسائل الباب -١- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٣.

عن الرجل يكون عنده امرأتان إحداهما أحب إليه من الأخرى، قال: له أن يأتيها ثلاث ليال و الأخرى ليله، فإن شاء أن يتزوج أربع نسوة كان لكل امرأه ليله، فلذلك كان له أن يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على أن لكل زوجة ليله من أربع ليال (١) الشامل لصورتى الاتحاد و التعدد المؤيده بآيه النشوز (٢) المشعره باشرط الهجر فى المضاجع به دون ما لم يكن نشوزاً، فإنه لا سبيل له إلى ذلك.

و لكن مع ذلك كله قيل و القائل الشيخ فيما حكى من مبسوطه لا تجب القسمة حتى يبتدى بها، و هو أشبه فلا يجب حينئذ للواحدة مطلقاً التى لا موضوع للقسمة فيها، بل و لا للمتعددات إلا مع المبيت ليله عند إحداهما فيجب حينئذ ذلك لهن حتى يتم الدور، ثم لا يجب عليه شىء، فله الإعراض حينئذ عن القسم عنهن أجمع، للأصل و ظهور قوله تعالى (٣) «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» فى أن الواحدة كملك اليمين لا- حق لها أصلاً و يتم دلالتة على عدم وجوب القسم مطلقاً بالإجماع المركب، كما فى المسالك من أن كل من قال بعدمه للواحدة قال بعدمه للأزيد إلا مع الابتداء بواحدة، و ما

روى (٤) عن النبى صلى الله عليه و آله «أنه غضب على بعض نساءه فاعتزلهن أجمع شهراً»

، و لو كان القسم واجبا اختصت الناشزه بالحرمان، و لا دليل على أن ذلك من خصوصياته، بل الأصل الاشتراك، على أن حق الاستمتاع ليس للزوجات، و من ثم لم يجب على الزوج بذله إذا طلبته إلا الجماع، فإنه يجب فى كل أربعة أشهر مره.

كل ذلك مضافاً إلى استفاضه النصوص أو تواترها فى حصر حق الزوجه على الزوج فى غير ذلك، ففى

خبر إسحاق بن عمار (٥) قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «ما حق

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب القسم و النشوز.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ٣٤.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآية ٣.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٨.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٥ من كتاب النكاح.

المرأه على زوجها الذى إذا فعله كان محسنا؟ قال: يشبعها و يكسوها، و إن جهلت غفر لها»

و فى خبر شهاب بن عبد ربه (١) قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «ما حق المرأه على زوجها؟ قال: يسد جوعتها، و يستر عورتها، و لا يقبح لها وجهها، فإذا فعل ذلك فقد و الله أدى إليها حقها».

و فى خبر العزمى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «جاءت امرأه إلى النبى صلى الله عليه و آله فسألته عن حق الزوج على المرأه فخيرها، ثم قالت: فما حقها عليه؟ قال: يكسوها من العرى و يطعمها من الجوع، و إن أذنبت غفر لها، فقالت: فليس عليه شىء غير هذا؟ قال: لا، قالت: لا و الله لا تزوجت أبدا ثم ولت»

الحديث، و فى

خبر يونس بن عمار (٣) قال: «زوجنى أبو عبد الله عليه السلام جاريه كانت لإسماعيل ابنه، فقال: أحسن إليها، فقلت: و ما الإحسان إليها؟ قال:

أشبع بطنها، و اكس جنبها، و اغفر ذنبها»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على هذا المعنى.

و دعوى تخصيص هذه النصوص بما سمعته من أدله القسمة و اضحه المنع، ضروره قصورها عن ذلك،

بل عدم دلاله كثير منها على المدعى، فان الأمر بالمعاشره بالمعروف لا يقتضى وجوب المبيت - و لو كانت واحده - فى كل أربع ليال ليله واحده، و إن سلم كونه من المعروف لكن من المعلوم عدم وجوب كل معروف معها، و إنما المسلم وجوبه ما أدى تركه إلى الظلم و الجور عليها و نحو ذلك، كما هو واضح.

و التأسى بالنبى صلى الله عليه و آله - بعد معلوميه عدم وجوب القسم عليه، و لذا أذن له بايواء من يشاء منهم و اعتزال من شاء - لا محل له.

١-١ الوسائل الباب -٢- من أبواب النفقات الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب -٨٤- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣.

٣-٣ الوسائل الباب -١- من أبواب النفقات الحديث ٨ من كتاب النكاح.

و خبر البصرى إنما يراد منه بيان عدم استحقاق الجديده أكثر من ثلاث ليال يختص بها و أما غيرها فليس لها إلا على جهه القسمه، لا أن المراد بيان وجوبها ابتداء، كما هو واضح لمن تأمله.

و المراد من أخبار الحره و الأمه بيان كيفية العدل حيث يريد القسمه.

و خبر على بن جعفر فى الامراه التى لها ضره و استحققت عليه ليله بييت ليله عند ضررتها.

و خبر الحسن بن زياد و غيره إنما يراد منه بيان تفضيل بعض النساء على بعض، لا أن المراد به وجوب القسمه بينهن ابتداء على وجه يحرم عليه اعتزالهن أجمع و الإعراض عن مضاجعتهن و الاشتغال بعبادته أو مطالعته أو غير ذلك من أغراضه.

على أن جميع هذه النصوص جاريه مجرى الغالب فى حال الزوج أنه بييت عند زوجته، فمع فرض تعددها كان عليه ملاحظه العدل فى القسمه و التفضيل على الوجه المذكور فى النصوص، و ليس المراد وجوبها ابتداء، و لا وجوب مييت ليله من الأربع لو كانت واحده، بل ينبغى الجزم بعدم الأخير كما جزم به فى الرياض، لعدم دلالة شىء من تلك الأدله عليه، سوى دعوى ظهور خبر الحسن بن زياد و ما شابهه فى أن لكل امراه ليله من أربع ليال الممنوعه على مدعيها على وجه يفيد ذلك بحيث يعارض الأصل، و نصوص حصر حق الزوجه فى غير ذلك.

و من هنا كان صريح ابن حمزه و ظاهر المحكى عن المقنعه و النهايه و الغنيه و المهذب و الجامع وجوب القسم مع التعدد دون الواحده، و اختاره بعض المتأخرين و متأخريهم، و لا ينافى ذلك ما سمعته من دعوى الإجماع المركب المردوده على مدعيها بذلك الذى منه و غيره يظهر ما فى دعوى الشهره على القول الأول أيضا.

و قد تحصل من ذلك أن الأقوال فى المسأله ثلاثه، و لكن القول بوجوب القسمه ابتداء و لو فى المتعددات التى هى محل اجتماع القولين - مع ما عرفته فيه

من عدم الدليل الواضح فضلا عن أن يكون بحيث يعارض ما سمعت - يستلزم أحكاما عديدة يصعب التزامها، بل لعلها مخالفة للمعلوم من سيره أهل الشرع و طريقتهم، كعدم جواز الاشتغال في العبادات و الاستئجار في الليل لبعض الأعمال و غير ذلك إلا برضا صاحبه الليله.

و لا- يقال: إن مثله أيضا لازم على القول بوجوب القسمه بعد الشروع، لأن له طريقا إلى التخلص بإتمام الدور، على أنك قد عرفت أن مبنى ذلك عدم حق للزوجه، و إنما هو من جهة مراعاة العدل في القسمه الذى يمكن دعوى عدم منافاته إذا كان ذلك لعذر شرعى أو عرفى أو غرض من أغراض العقلاء و نحوها، فإن الذى ينافيه ترجيح بعض الزوجات على بعض فيما ليس له الترجيح فيه من دون عروض إقبال، بل لو قلنا بكونه حقا للزوجه بدليل صحه شرائه منها و هبته لشريكته و سقوطه بإسقاطها و نحو ذلك إلا أنه مقدر بملاحظه صدق عدم خروجه عن العدل إلى صدق الجور و الظلم.

و القول فى حقوق الزوجات المتحقق بما عرفت بخلاف القول بكونه حقا لها ابتدائيا متعلقا بعين الزوج على نحو تعلق حقه بها، فان ذلك يقضى بالتزام أحكام كثيره يصعب قيام الدليل عليها، بل ربما كان بعضها مخالفا للمعلوم من السير، بل و للمقطوع به من الشرع، كما لا- يخفى على من أعطى النظر حقه فى جميع لوازم هذا القول، و خصوصا مع ملاحظه كونه حقا لها على وجه يكون الأصل فيه القضاء مع الفوات و لو لعذر إلا ما خرج لدليل يقتضى سقوطه، بل هو مناف للنصوص (١) السابقه التى كادت تكون متواتره فى حصر حق الزوجه على الزوج فى غيره، بخلافه على ما ذكرناه، فإنه ليس حقا لها من حيث كونها زوجه، و لذلك لا يجب لها مع الاتحاد، بل و لا مع التعدد مع عدم القسمه، و إنما يجب عليه العدل فى

القسمه، و عدم الجور فيها إن أرادها، و لم يكن حقا لها، أو كان و لكن كان من حيث عدم العدل فى القسمه، فلا ينافى تلك النصوص المراد بها حصر حقوق الزوجه من حيث الزوجيه،

فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع، والله العالم.

و على كل حال ف قد بان لك أن مقتضى القول الأول أن من كان له زوجه واحده ف ان لها ليله واحده من أربع، و له ثلاث يضعها حيث يشاء و لو عند مملوكاته و للثنتين ليلتان و له ليلتان يضعهما حيث يشاء و للثلاث ثلاث، و الفاضل و هو ليله واحده له يضعها حيث يشاء و و أما لو كان له أربع فلكل واحده ليله، بحيث لا يحل له الإخلال بالمبيت في إحداهن إلا مع العذر (١١) العقلى أو الشرعى المرجح على أداء حقها المسقطين لأدائه أوله و لقضائه أو السفر (١٢) منه أو منها على الوجه الذى ستعرف الحال فيه أو إذنه أو إذن بعضهن فيما يختص به الأذنه (١٣) إذ لا- سلطان لها على غير حقها، كما أنه بان لك جميع ما يتفرع على الأقوال الثلاثة بحيث لا يحتاج إلى الإيضاح و الإطناب.

و كيف كان فلا- خلاف فى عدم جواز جعل القسمه- سواء قلنا بوجوبها ابتداء أو بالشروع- أنقص من ليله، لكونها خلاف المأثور، بل خلاف ما دل على استحقاقها ليله(١) و لو عند القسمه، و لتعسر ضبط أجزاء الليل، و لما فى قسمته من

تنغص العيش، كما لا خلاف فى جوازها ليله ليله.

و (١٤) إنما الكلام فى أنه هل يجوز أن يجعل القسمه أزيد من ليله لكل واحده؟ قيل (١٥) و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه و جماعه نعم (١٦) يجوز للأصل و إطلاق الأمر بالقسمه(٢) مع عدم العول و الجوز فيها، و لا شىء منهما فى المفروض، بل ربما كان ذلك أصح لهن و أتم لمطلوبهن، بل و للزوج خصوصا مع تباعد أمكتهن على وجه يشق عليه ليله ليله.

و الوجه (١٧) عند المصنف و جماعه اشتراط (١٨) جوازه ب رضاهن (١٩) فلا يجوز مع عدمه، ل

خبر سماعه(٣)«سألته عن رجل كانت له امرأه فيتزوج

١- ١ الوسائل الباب- ١ و ٥ و ٩- من أبواب القسم و النشوز.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٨.

عليها هل يحل له أن يفضل واحده على الأخرى؟ قال: يفضل المحدثه حدثان عرسها ثلاثة أيام إذا كانت بكرا، ثم يسوى بينهما بطييه نفس إحداهما للأخرى»

بناء على أن المراد به التسويه التى يتراضيان بها، فلو جعل لكل واحده منهن ليلتين متواليتين و لم تطب نفس إحداهما إلا بليله ليله لم تفعل ذلك، ولأنه الثابت عن

النبي صلى الله عليه و آله (١) الذى يجب التأسى به، و لظهور النصوص (٢) فى استحقاق كل زوجه ليله من أربع، و لأنه ربما أدى ذلك إلى الضرر فى صاحبه النوبه، لإمكان عروض عارض له عن إتمام ما تساوى به ضررتها.

و فى الجميع نظر، فان خبر سماعه لو سلم إمكان إرادته ذلك منه لا يصلح لذلك بعد عدم ظهوره، و كونه من المأول، و يمكن إرادته استحباب التسويه بينهما برضاها فيما فضل عنده من الليالى و غير ذلك.

و التأسى بالنبي صلى الله عليه و آله مع عدم وجوب أصل القسمة عليه المقتضى لعدم وجوب كفييتها عليه أيضا لا محل له.

و النصوص مساقه لبيان مقدار الاستحقاق الذى هو أربع من لياليه على وجه لو أراد التفضيل بما زاد عنده من الأربع كان له، لا أن المراد منها بيان الاستحقاق المنافى لذلك، كما لا يخفى على من تأملها، بل يمكن دعوى كون المراد منها بيان أقل أفراد القسمة، و احتمال وجوب وفائها حقها مع المطالبه به يدفعه منع ثبوت الحق لها مع فرض كون القسمة على ذلك.

و عروض العارض كما هو محتمل فى القسمة ليله محتمل فى القسمة بأزيد، و أما الضرر فيمكن التخلص منه بتقييد الجواز بما لا ضرر فيه، و بما لا يعد فيه هجرا و عشره بغير المعروف، و بما لا يتعارف فى كفييته قسمة مثل ذلك و المهاياه فيه، و لعل العلامه و غيره ممن أطلق الجواز يريد ذلك أيضا.

١-١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٠٠ و ٣٠١.

٢-٢ الوسائل الباب- ١ و ٥ و ٩- من أبواب القسم و النشوز.

فالأقوى حينئذ خصوصا على المختار الجواز مطلقا لكن على الوجه المزبور، و كأنه أولى مما عن الشيخ من تحديده بالثلاث، كما هو عند جمهور العامه، و ما عن الإسكافي من التحديد بالسبع الذى يمكن أن يكون الوجه فيه تحديد العشره بالمعروف، و عدم الهجر بذلك عرفا أو أن ذلك أقصى المأثور و لو فى التى تزوجها جديدا، و لا ريب فى أولويه ما ذكرناه من ذلك، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو تزوج أربعاً دفعه مثلا رتبهن بالقرعه مع التشاح، سواء قلنا بوجوب القسمه ابتداء أو بالشروع تخلصا من ترجيح بلا مرجح، و من العول فيها، و من لحوق شبهه الميل إلى من يبتدىء بها، ف

فى الخبر (١) عن النبى صلى الله عليه و آله «من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة و شقه مائل»

و فحوى القرعه من النبى صلى الله عليه و آله بين نسائه إذا أراد سفرا فيصحب من أخرجتها القرعه (٢) و لأنها على الأول من قبيل المهايات فيه المعلوم تعيين الأول فيها بالقرعه، بل هى كقسمه الأشياء المشتركه، ضروره تعلق الحق بالعقد، بل و على الثانى الذى هو و إن لم يكن كذلك و لكنه من باب العدل فى القسمه المتوقف على القرعه فى المبتدأ بها.

و قيل: يبدأ بمن شاء منهن حتى يأتى عليهن ثم يجب التسويه على الترتيب و عند المصنف بل قيل و الأكثر هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأن ولايه القسمه بيده، إذ هو المخاطب بها، و إنما يحرم عليه العول و الجور فيها، و لازم ذلك التخيير فى الترتيب، و وجوب التسويه بعد تمامه على نحوه، لتحقق القسمه حينئذ، و تعيين كل ليله لصاحبها.

نعم قد يقال - بناء على مختار المصنف - بعدم الالتزام بها فى الدور الثانى الذى هو فى الحقيقه قسمه جديده، و خصوصا مع الإعراض عنهن مده بعد تمام

١- ١ الوسائل الباب- ٤- من أبواب القسم و النشوز و المستدرك الباب- ١٢- منها الحديث ١ و سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٩٧ مع الاختلاف فى الجميع.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٠٢.

الدور، بل فى القواعد بناء أصل المسأله- أى القسم بالقرعه أو الاختيار- على الوجوب ابتداء و عدمه، و لعله لاجتماع حقوقهن عليه على الأول بخلافه على الثانى، فإنه لا حق لأحد منهن عليه، فحينئذ له الابتداء بمن شاء منهن، نعم يتجه القرعه فى الثانى مع تعددهن لثبوت الحق لهن بالمبيت عند إحداهن.

لكن فى محكى المبسوط بعد التصريح بالوجوب بالشروع قال: «فأما إن أراد أن يبتدىء بواحد منهن فيجب عليه القسم، لأنه ليس واحد منهن أولى بالتقديم من الأخرى، فعليه أن يقسم بينهما بالقرعه، فمن خرجت بالقرعه قدمها، هذا هو الأحوط، و قال قوم: قدم من شاء منهن، و كان وجهه ما أشرنا إليه من أنه و إن كان لا حق لهن إلا أنه مخاطب بقسمه العدل بينهما إن أراد القسمه، و لا تتحقق إلا بمعاملتها قسمه الحق بين مستحقيه، و لا ريب فى الاحتياج فى ترجيح الأول من المستحقين لمثل هذا الحق الذى لا يمكن استيفاؤه إلا بالترتيب إلى مرجح، و ليس إلا القرعه، و الأمر بالقسمه للزوج منصرف إلى الكيفيه المتعارفه فى قسمه أمثال ذلك، و حينئذ فالمتجه وجوب القرعه على القولين، لكن ذكروا فى كيفيتها أنه إذا كانت اثنتين كفت القرعه مره واحده، لأن الثانى تعينت و إن كن ثلاثا احتيج إلى قرعتين الأولى لتعيين الأولى منهن و الثانى لتعيين إحدى الباقيتين و إن كن أربعاً احتيج إلى القرعه ثلاث مرات، كما هو واضح».

قلت: يمكن الاكتفاء بالقرعه الواحد من أول بأن يكتب ليله كل واحد منهن فى ورقه ثم يقرع فتكون ليله كل واحد منهن ما فى ورقتها، و ظاهرهم عدم الحاجه فى القرعه للواحد، و إن قلنا بوجوب القسم ابتداء لتعيين ليلتها من الأربع مع فرض التشاح مع الزوج، و لعله لوجوب تعيين الأولى منهن لها فى الفرض، لكونها ذات حق تطالب من هو متمكن منه، و دعوى أنه واحد من الأربع لا- الأولى منهن فان له أن يتزوج فى تلك الليله من يزاحمها فيها يدفعها وضوح الفرق بين وجود المزاحم و عدمه، كدعوى أنه هو المزاحم، لأن الزائد له، ضروره عدم كون المراد من كون الفاضل له أنه حق له، فإنه لا يتصور استحقاقه على نفسه، بل المراد منه عدم استحقاق أحد عليه، فلا يتصور

كونه مزاحما لمن له حق عليه.

هذا، وقد يظهر من المتن و محكى التلخيص اختصاص هذا البحث بمن تزوج دفعه دون من كان تزويجه مرتبا، و لعله لأن الترتيب فى النكاح يقتضى الترتيب فى الاستحقاق، لكن فى المسالك «أن ذلك من المصنف على جهه المثال لا الحصر، لأن الخلاف يجرى و إن تزوجهن على الترتيب، أما على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمه فظاهر إذ لو كان معرضا عن تزوجهن أولا ثم تزوج غيرهن و أراد القسمه جاء فى البدأه الخلاف، و كذا لو قسم لاثنتين و أكمل الدور لنفسه ثم تزوج ثالثه، و أما على القول بوجوب القسم مطلقا فيأتى الخلاف فيمن تزوج بها على رأس كل دور، بأن بات عند ثلاث ليال و تزوج رابعه، أو عند اثنتين ليلتين و تزوج ثالثه أو اثنتين».

قلت: قد يقال: إنه مع القسم للمتدمات يتعين حقهن فيما قسمه لهن، كما أنه يتعين حق المتجدده فيما له من الليالى، ضروره اقتضاء القسم السابق تعين الحق فى الأولى من الدور مثلا نعم لو تزبن فى النكاح و لم يكن قسم لنشوز أو غيره تأتى البحث حينئذ فى كيفية البدأه به، و السبق فى النكاح من حيث كونه كذلك لا يقتضى تعين ليله مخصوصه من الأربع، بل هو و النكاح المتأخر سواء فى كيفية اقتضاء استحقاق ليله من أربع، كما هو واضح. و ليس له نقض القسم بدون رضا صاحبه الحق، إذ هو ليس فى خصوص ليله خاصه من الدور، بل متى وقع كان مقتضيا لتعلق الحق فى كل أولى أو ثانيه مثلا من الدور، بل قد يتوقف فى مشروعيتها مع التراضى بالقسم فى دور خاص و إن يقوى جوازه، لانحصار الحق فيهما، أما مع عدم التصريح بذلك فالظاهر تعلقه بكلى الثانيه مثلا من الدور لا الخاصه منها، فلا يجوز نقضه حينئذ من دون تراض.

نعم بناء على عدم وجوب القسم ابتداء قد يقال: إن له فى كل دور تجديد القرعه، خصوصا مع الاعراض عنهن مده طويله بعد تمام الدور الأول، و إلى ذلك

أشار في المسالك بقوله: «إذا أقرع بينهن و تمت النوبه فلا حاجه إلى إعاده القرعه، بل يراعى ما اقتضته من الترتيب الأول وجوبا أو استحبابا هذا إذا أوجبا القسمه مطلقا أو أراد العود إليها على الاتصال، أما لو أعرض عنهن مده طويله ففى وجوب البناء على الترتيب السابق نظر، لأن القسمه الحاضره حق جديد لا تعلق له بالسابق، بل يحتمل سقوط اعتباره و إن عاد على الاتصال حيث لا نوجبها مطلقا، لأن كل دور على هذا التقدير له حكم برأسه».

قلت: يمكن دعوى ظهور النص و الفتوى فى اتحاد القسم، سواء قلنا بوجوبه ابتداء أو بعد الشروع، و عدم وجوبه على الزوج على الثانى بعد إتمام الدور لا ينافى تعينه بالكيفيه التى وقعت أولا و إن لم يكن مستحقا عليه، ضروره كونه قسما على كل حال، و لعله لذا كان خيره المصنف وجوب التسويه على الترتيب مع قوله بالوجوب بالشروع.

بل لعل ذلك هو الوجه فيما احتمل من وجوب الترتيب أيضا فيما لو أساء و بدأ بواحد من غير قرعه بناء على وجوبها ثم أقرع بين الباقيات، فان عصيانه لعدم مراعاة القرعه لا ينافى صدق كونه قسما و تعين الحق للباقيات فى غير الليله التى ظلم بها، فيجب عليه حينئذ ذلك الترتب لتشخص القسم بما وقع و إن ظلم فى الأولى، و الوجه الآخر سقوط اعتبار البدأه شرعا، فتعتبر القرعه كما لو ابتداء بالقسم، بل فى المسالك هو أجود و إن كان لا يخفى عليك الحال بعد الإحاطه بما ذكرناه، و الله العالم.

و كيف كان ف الواجب فى القسمه المضاجعه بأن ينام قريبا منها على النحو المعتاد معطيا لها وجهه كذلك فى جملة من الليل، بحيث يعد معاشرًا بالمعروف لا- هاجرا و إن لم يتلاصق الجسمان لا المواقع التى لا تجب عليه إلا فى كل أربعه أشهر مره، و ليست مقدوره فى كل وقت، فهى حينئذ حق له متى أراد فعله بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل ظاهرهم المفروغيه من ذلك، و هو كذلك بالنسبه إلى المواقع التى دل عليه- مضافا إلى الأصل و غيره-

الكرخى (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربعة نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن و يمسهن و إذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها، و يظل عندها في صبيحتها، و ليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك».

و أما المضاجعة على الوجه المزبور فإنها و إن لم نجد بها نصا بخصوصها كما اعترف به في كشف اللثام، بل قال: «المروى الكون عندها» لكن قد يدعى أنها المتعارفة من المبيت عندها، بل هو و شبهه السبب في تعيين ليله لها و إضافتها إليها، بل هي المرادة من المعاشرة بالمعروف، بل يمكن استفادتها من آية (٢) «وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ» إلى آخرها الظاهره في اشتراط ذلك بالنشوز، و أنه مع الطاعة ليس للزوج عليها هذا السبيل، بل ربما كان في

قوله (٣) «أ يضرب أحدكم المرأة ثم يظل معانقها»

و الله العالم.

و على كل حال ف يختص الوجوب بالليل الذى خلقه للناس سكنا من حركات التعب و نهضات النصب، و جعله لهم لباسا ليلبسوا من راحته و منامه فيكون ذلك لهم جماحا و قوه، و لينالوا به لذه و شهوه في المضاجعة و المواقعه و نحوهما، دون النهار الذى خلقه لهم مبصرا ليتبعوا فيه من فضله و ليتسبوا إلى رزقه و يسرحوا في أرضه طلبا لما فيه نيل العاجل من دنياهم و درك الأجل من آخر أهم (٤) مضافا إلى الأصل و اقتصار النصوص على الليله (٥) و السيره المستمره و غير ذلك

، خلافا للمحكى عن المبسوط «كل امرأه قسم لها ليلا فان لها نهار تلك

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ٣٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨٦- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٤- ٤ ما ذكره قده في خواص الليل و النهار مأخوذه من الصحيحه السجديه: الدعاء ٦ و ذكرها في البحار أيضا- ج ٥٨ ص ١٩٩ ط الحديث.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١ و ٥ و ٩- من أبواب القسم و النشوز.

الليله» و عن ابن الجنيد «العدل بين النساء هو إذا كن حرائر مسلمات لم يفضل إحداهن على الأخرى فى الواجب لهن من مبيت بالليل و قيلوله صبيحه تلك الليله، كان ممنوعا من الوطاء أو لا».

و لعله إليه أشار المصنف بقوله و قيل: يكون عندها فى ليلتها و يظل عندها فى صبيحتها كما أنه أشار بقوله و هو المروى إلى خبر الحضرمى (١) السابق، و قد يشهد للأول

نصوص «للحره يومان و للأمه يوم» (٢)

و تخصيص البكر و الثيب بالأيام (٣) بناء على كون اليوم اسما لمجموع الليل و النهار، لكن النصوص المزبوره معارضه بالمعتبره المصرحه بدل اليوم بالليله (٤) فلا بد من التجوز بأحد الطرفين، إما بأن يراد من اليوم الليله خاصه تسميه للجزء باسم كله، أو يراد من الليله مجموع اليوم المشتمل على النهار تسميه لكل باسم جزئه، و لا ريب فى رجحان الأول لاعتضاده بما سمعت، و صحه السند، و تعارف لحوق اليوم لليل فى ذلك و إن لم يكن واجبا، و خبر الحضرمى مع قصوره عن معارضه (٥)

غيره سندا و غيره إنما دل على الصبيحه لا- القيلولة، اللهم إلا- أن يريد الإسكافى من القيلولة المكث عندها فى تلك الصبيحه بقرينه قوله: «صبيحه تلك الليله» أو يحمل الخبر على إرادته اليوم من الصبيحه على معنى خصوص القيلولة منه، لأنها هى التى تشبه الليل فى السكون و النوم و غيرهما، بخلاف غيرها من أجزاء النهار المعتاد فيها الخروج لتدبير المعاش و لغيره، و على كل حال فحمله على الندب متجه.

-
- ١-١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١ و هو خبر إبراهيم الكرخى المتقدم فى ص ١٦٢.
 - ٢-٢ هكذا فى النسختين الأصليتين و الصحيح «و قد يشهد للثانى» الا أن يريد قده به الأول من قولى الخلاف، و هما المحكى عن المبسوط و المحكى عن ابن الجنيد.
 - ٣-٣ الوسائل الباب- ٤٦- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٢ و ٣ و ٤.
 - ٤-٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.
 - ٥-٥ الوسائل الباب- ١ و ٩- من أبواب القسم و النشوز.

بل المستحب أيضا إلحاق اليوم بالليل بل هو من الفرد الكامل من العدل و العشره بالمعروف و المعهود من النبي صلى الله عليه و آله (١) بل

عن على عليه السلام (٢) «إنه كان لا يتوضأ في يوم إحداهن عند الأخرى».

و كيف كان فقد ذكر غير واحد أنه لا- يراد من البيتوته معها في الليله القيام معها في جميعها، بل ما يعتاد منها، و هو بعد قضاء الرحل من الصلاه في المسجد و مجالسه الضيف و نحو ذلك، حملا- للإطلاق على المتعارف، مع عدم منافاته للمعاشره بالمعروف، نعم ليس له الدخول في تلك الليله على الضره إلا للضروره فيما قطع به الأصحاب كما في الرياض، لمنافاته المعاشره المزبور، و من الضروره عيادتها إذا كانت مريضه، بل عن المبسوط تقييده بثقل المرض و إلا لم يجز، فان مكث في

غير ذلك أثم، و وجب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعد إقامه عرفا، فيأثم خاصه.

قلت: إن كان استثناء الجلوس عند الأضياف و نحوه لعدم منافاته صدق المبيت ليله عرفا، فلا تفاوت بين الجلوس عندهم و عند الضره، ضروره كون الواجب مصداق ذلك و الفرض تحققه، بل هو غير مناف للعدل و للعشره بالمعروف بعد أن لم يكن لهن حق فيه، نعم لو قيل بأن الواجب المبيت في جميع الليله عندها و إنما خرج خصوص بعض الأفعال المزبوره التي يكون الزمان من لوازمها لا- أن زمانها مستثنى كى لا يتفاوت صرفه في الضيف أو في زياره الصديق أو نحوهما إلا أنه محل للنظر و البحث و الانصاف تحقق السيره القطعيه في عدم المداقه في ذلك، كما أن الانصاف الاكتفاء بمطلق ما يكون مثله عذرا في العاده في التخلف عنها في بعض الليله بل قد يسامح فيه بلا عذر، و الميزان ما يتحقق به مسمى العدل و العشره بالمعروف، لا الفرد الكامل منهما الذى لا يستطيعه إلا الأنبياء أو الأوصياء (صلوات الله عليهم)

١-١ الوسائل الباب-٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب-٥- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٣.

و عدم الميل إلى إحداهن على وجه تبقى الأخرى كالمعلقة.

هذا و قد قيل أيضا إن إطلاق النص و الفتوى بوجوب الليله وارد مورد الغالب و هو ما يكون معاشه نهارا فلو انعكس كالوقاد و الحارس و البزار فعماد قسمته النهار خاصه بلا خلاف، جمعا بين الحقين، و دفعا للضرر، و التفاتا إلى قوله تعالى(١):

«جَعَلَ اللَّيْلَ وَ النَّهَارَ خِلْفَةً».

و لو اختلف عمله فكان يعمل تاره بالليل و يستريح بالنهار و تاره يعمل بالنهار و يستريح بالليل و جب عليه مراعاة التسويه بين زوجاته بحسب الإمكان، فإن شق عليه ذلك لزمه لكل واحده ما يتفق في نوبتها من الليل أو النهار.

و لو كان مسافرا معه زوجاته فعماد القسمة في حقه وقت النزول، قليلا كان أم كثيرا، ليلا أم نهارا، قلت: قد ذكر هذا الحكم بعض العامه و الخاصه، و هو إن تم إجماعا كان هو الحجه، و إلا أمكنت المناقشه باحتمال سقوط القسم في حقه باعتبار تعذر محله، و الآيه(٢) لا- تفيد عموم قيام الليل و النهار مقام الآخر في كل أمر و جب في أحدهما على وجه يفيد المطلوب، و أصاله بقاء الحق لا يصلح مثبتا لمشروعيه أدائه في غير المحل المخصوص، إذ هو بالنسبه إلى ذلك من الأصول المثبتة، على أنهم قد ذكروا سقوط القسم للعدر و السفر على وجه لا يجب عليه قضاؤه، و لعل ذلك و نحوه من عدم المداقه في هذا الحكم التي قلناه سابقا، و الله العالم.

و إذا كانت الأمه مع الحره أو الحرائر حيث يجوز الجمع بينهما في التزويج فللحره ليلتان و للأمه ليله بلا خلاف معتد به أجده فيه، إذ المحكى عن بعض القدماء منا من عدم

القسم للأمه محجوج بالنصوص (٣) التي كادت تكون متواتره في خلافه، مضافا إلى ما دل (٤) على أن الأمه على النصف من الحره،

١- ١ سورة الفرقان: ٢٥- الآيه ٦٢.

٢- ٢ سورة الفرقان: ٢٥- الآيه ٦٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٦- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٢ و ٣ و ٤ و الباب- ٨- من أبواب القسم و النشوز.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨- من أبواب القسم و النشوز.

و حينئذ فالمتجه كون الدور من ثمانية، خمس للزوج، و ليلتان للحره، و ليله للأمه، لكن نظر فيه فى المسالك «بأن تنصيف الليله فى القسمة يجوز لعوارض كما سيأتى و إن لم يجرز التنصيف ابتداء، فلا مانع من كونه هنا كذلك، و لما كان الأصل فى الدور أربع ليال فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل، خصوصا إذا قيل بجواز جمع ليلتى الحره من الثمان، لأن ذلك خلاف وضع القسمة» و فيه ما قد عرفت سابقا من أن القسم لا يقع فى أقل من ليله، لما فيه من تنغيص العيش، و تعسر ضبط أجزاء الليل، و المنافاه لظاهر التقدير بالليله و اليوم، فلا يجوز قسمة الليله الواحده كما اعترف به سابقا، و المقام من ذلك قطعا، و عليه جرى

قوله عليه السلام (١) «و إن تزوج الحره على الأمه فللحره يومان و للأمه يوم»

و نحوه آخران (٢)

و قوله عليه السلام فى الموثق (٣): «للحره ليلتان و للأمه ليله»

و نحوه غيره (٤) إذ هو مبنى إما على بيان أقل القسمة بناء على جوازها بالأزيد أو على كيفيتها على وجه لا زياده و لا نقيصه، نحو

ما ورد فى الحره (٥) من أنها «لها ليله من أربع»

الذى فهموا منه عدم جواز القسم بأقل منها، بل قد سمعت البحث فى الأزيد، كل ذلك مضافا إلى ما عن الخلاف و غيره من الإجماع على ذلك، قلت: بل لعله من المسلمين فضلا عن المؤمنين.

ثم إن إطلاق النص و الفتوى جواز الجمع بين ليلتى الحره و التفريق خلافا لما عن بعض، فأوجب الثانى إلا برضاها بالأول، لأن لها حقا فى كل أربع واحد و لا يسقطه اجتماعها مع الأمه، و فيه - مع إمكان تحصيل ذلك أيضا فى بعض أفراد الجمع، كما لو كانت الليله الأولى الرابعه من الدور الأول، و الأولى من

١- ١ الوسائل الباب- ٤٦- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٦- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ٢ و ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨- من أبواب القسم و النشوز.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٩- من أبواب القسم و النشوز.

الدور الثاني - أن المراد من تلك النصوص تقدير الحق بذلك لا حصر القسم به، و لذا جوزناه بالأزيد، على أن المنساق منها حال اتحادها مع وجوب القسم ابتداء أو مع اجتماعها مع الحره دون اجتماعها مع الأمة الذى أطلق فيه الليلتان الصادقتان على حالى الاجتماع و التفريق فالأصح حينئذ جواز كل منهما بناء على المختار من جواز القسم بأزيد، بل لعله كذلك أيضا بناء على القول

الأخر، ضروره كون الليلتين هنا بمنزله الليله حال الاجتماع مع الحره، و الله العالم.

و الكتابيه الحره كالأمة التى هى خير منها وَ لَوْ أَعْجَبْتُكُمْ (١) فى القسمه و حينئذ فلو كان عنده مسلمه و كتابيه كان للمسلمه ليلتان و للكتابيه ليله بلا- خلاف معتد به أجده فيه، بل عن الخلاف الإجماع عليه، لإطلاق (٢) إنهن بمنزله الإمام، و خصوص الخبر (٣) المنجبر بذلك، بل عن جماعه عد مثله

فى الصحيح «للمسلمه الثلثان، و للأمة و النصرانيه الثلث»

فتوقف ثانى الشهيدين فيه فى المسالك فى غير محله و حينئذ ف لو كانت عنده أمه مسلمه و حره ذميه كانتا سواء فى القسمه فتستحقان ليلتين من ثمان بل المتجه على ذلك ما ذكره غير واحد من الأصحاب قاطعين به من أنه لو كان عنده أمه كتابيه كان لها ربع القسمه، فتستحق ليله من ست عشره ليله، لثلا تساوى الأمة المسلمه التى هى خير من الحره الكافره، و للأصل مع عدم المخرج عنه سوى إطلاق الخبر المتقدم بالتنصيف للنصرانيه، و ليس فيه حجه لتخصيصه بقريته السياق - حيث جعلت فى مقابله الأمة - بما لو كانت حره، بل ربما ظهر من ذلك دليل آخر للحكم فى المسأله السابقه بناء على مخالفه و وجوب القسمه لأصالة

١- ١ إشاره إلى الآيه الكريمة ٢٢١ من سوره البقره « وَ لَأَمَّهُ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكِهِ وَ لَوْ أَعْجَبْتُكُمْ»

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ١ و الباب - ٤٥ - من أبواب العدد الحديث ١ من كتاب الطلاق.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣.

البراءه، فيقتصر في الخروج عنها بالإضافه إلى الكتابيه الحره على ما هو المتيقن من الأدله، و ليس إلا كونها كالأمه، إذ مساواتها للحره المسلمه لا دليل عليها سوى إطلاق الأدله(١) بأن للحره من أربع ليال ليله الذي هو غير منصرف إلى مثلها قطعا، كل ذلك مضافا إلى أصاله عدم التداخل في السببين اللذين هما الكتابيه و المملوكيه المقتضى كل منهما نقضا عن مقابله، و أنه على النصف، فإذا كان أحدهما مقتضيا ليله من ثمان فإذا انضم الثاني معه اقتضى من الست عشره واحده، بل

قوله عليه السلام (٢): «الأمه على النصف من الحره»

مقتض ذلك أيضا، ضروره اقتضائه حينئذ كون الأمه الكتابيه على النصف من الحره الكتابيه التي قد عرفت مساواتها للأمه المسلمه، و النصف من النصف ربع، و هو المطلوب، على أن المراد من كون الأمه على النصف من الحره من حيث كونها أمه، و كذا الكتابيه من حيث كونها كتابيه، لا أن المراد منه أن الأمه و إن كانت كتابيه على النصف من الحره و إن كانت مسلمه، بل ليس المراد عند التأمل إلا أن الأمه الكتابيه على النصف من الحره كذلك، و الأمه المسلمه على النصف من الحره كذلك كما هو واضح، هذا.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر لك الحكم في جميع صور اجتماع الزوجات المتفرقات في

القسمه، و هي أربعون صوره: ست منها ثنائيه، و أربع عشره ثلاثيه، و عشرون رباعيه، تبلغ مع الصور المتفرقه إحدى و خمسون، و هي من واحده إلى أربع أحرار مسلمات، و مثلها كتابيات، و اثنتان إماء كتابيات، و هما واحده و اثنتان فيهما.

و اعلم أن القسمه في المتفرقه من ثمان في عشرين صوره، و من ست عشره في

١-١ الوسائل الباب- ١ و ٩- من أبواب القسم و النشوز.

٢-٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١ و فيه « قسم للحره مثلى ما يقسم للمملوكه»

عشرين، و فى المتفقه من أربع فى أربع، و من ثمان فى ست، و من ست عشره فى اثنتين، و الله العالم، هذا.

و فى إلحاق المبعضه بالحره أو الأمه أو التقسيط إشكال من أصله التسويه بين الزوجات إلا- من علم خروجها، و هو هنا غير معلوم، مضافا إلى تغليب الحره، و من أن الحره سبب التسويه و تحققها مع التبعض غير معلوم، بل الظاهر العدم، لظهور عدم المساواه و من الجمع بين مقتضى النصيين، و من التردد فى الدخول فى الحره أو الأمه أو فى كل باعتبار، و لعل الأخير أقوى نظرا إلى غير ذلك من الأحكام التى جرى فيها التقسيط.

و كيف كان فهنا

[فروع]

فروع: و هى لو بات عند الحره ليلتين فأعتقت الأمه قبل ليلتها أو فى أثنائها و رضيت بالعقد ساوت الحره و كان لها ليلتان، لأنها صادفت محل الاستحقاق و التحقت بالحره قبل توفيه حقها و للشافعيه وجه بالعدم نظرا إلى الابتداء و لو بات عند الحره ليلتين ثم بات عند الأمه ليله ثم أعتقت لم يبت عندها أخرى لأنها استوفت حقها نعم يستأنف فى الدور الثانى التسويه، و هل العتق فى اليوم الثانى ليلتها كالعتق فى الليله؟ أما على القول بعدم الدخول فى القسم أصلا فليس مثله قطعاً، و على القول الآخر فيه وجهان، من عدم الاستيفاء، و من كونه تابعا، هذا إن بدأ بالقسمه بالحره.

و أما العكس كما لو بات عند الأمه ليله ثم أعتقت فى أثناء ليلتها ساوت الحره، فكانت لها أيضا ليله واحده، و إن أعتقت بعد تمام نوبتها قبل استيفاء الحره حقها و لو فى أثنائها فى الليله الأولى أو الثانيه لم تساوها، فيجب حينئذ للحره ليلتان، ثم يسوى بينهما بعد ذلك فى دور آخر، لأنها إنما استحقت ليله واحده على أن يكون نصف ما للحره.

و قيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط يقضى للأمه ليله، لأنها ساوت الحره قبل توفيه حقها و فيه تردد (١١) لما عرفت، و عن الشافعيه قول

بأنها إن عتقت قبل الليله الأولى من ليلتى الحره أو فيها لم يكن لها إلا-ليه، و إن أعتقت فى الليله الثانيه خرج من عندها فى الحال، و هو قريب من قول الشيخ، و إن كان الظاهر أنه لا يرى الخروج من عندها، و قد تقدم لك تمام الكلام فى هذه المسائل فى نكاح الكفار.

كما أنه قد ظهر لك مما ذكرنا الضابط فى المسأله، و هو أن الأمه متى أعتقت بعد استيفاء حقها من النوبه فلا شىء لها و أعطيت الحره حقها كاملا، سواء كانت متقدمه أو متأخره، و متى أعتقت قبل تمام نوبتها أكمل لها نصيب الحره.

و ليس للموطوءه بالملك القسمة بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه واحده كانت أو أكثر فله مع تعددهن تخصيص من شاء منهن بالمبيت إذا لم يكن له زوجة أو كان و فضل من الدور شىء فصرفه إلى الأمه. و بالجمله فحكمهن فى القسمة حكم المعدومات، فلو كان له زوجة واحده و لم نوجب القسمة لها من كل أربع كان مبيته عند الأمه دائما بمنزله الاعراض عن الزوجه و مبيته وحده.

و كذا لا خلاف معتد به فى أن له أن يطوف على الزوجات فى بيوتهن، و أن يستدعيهن إلى منزله، و أن يستدعى بعضا و يسعى إلى بعض لأن تعيين المسكن يرجع إليه، كما أن الطاعه واجبه عليها، و دعوى منافاه الأخير للعدل و العشره بالمعروف واضحه المنع بعد فرض إرادته المقرر بالشرع منهما فيما جعله الشارع لهن فيه حقا، نعم لا يبعد استحباب المساواه، و أفضل منه خصوص الطواف عليهن تأسيا بالنبي صلى الله عليه و آله (١) و أتم فى استجلاب الموده و العشره بالمعروف.

و الله العالم.

و تختص البكر عند الدخول فى التفضيل بسبع ليال و الثيب بثلاث

على المشهور،

للنبوى (١) «للبكر سبعة أيام و للشيب ثلاثة»

و لصحيح ابن أبى عمير عن غير واحد عن محمد بن مسلم (٢) قال: «قلت: الرجل يكون عنده المرأة يتزوج أخرى له أن يفضلها؟ قال: نعم إن كانت بكرا فسبعة أيام، و إن كانت ثيبا فتلاثة أيام»

و خبره الآخر (٣) قلت لأبى جعفر عليه السلام: «رجل تزوج امرأة و عنده امرأة، فقال: إذا كانت بكرا فليبت عندها سبعا؛ و إن كانت ثيبا فتلاثة»

و خبر هشام بن سالم (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يتزوج البكر، قال: يقيم عندها سبعة أيام»

و على ذلك ينزل إطلاق

خبر البصرى (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يكون عنده المرأة فيتزوج الأخرى كم يجعل للتى يدخل بها؟ قال:

ثلاثة أيام ثم يقسم».

نعم فى

خبر الحسن بن زياد (٦) عن أبى عبد الله عليه السلام قلت: «فىكون عنده المرأة فيتزوج عليها جاريه بكرا، قال: فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال»

و فى

موتق سماعه (٧) «سألته عليه السلام عن رجل كانت له امرأة فيتزوج عليها، هل يحل له أن يفضل واحده على الأخرى؟ قال: يفضل المحدثه حدثان عرسها ثلاثة أيام إذا كانت بكرا، ثم يسوى بينهما بطييه نفس إحداهما للأخرى».

بل عن الشيخ فى التهذيبن الجمع بينهما و بين النصوص السابقه بحمل السبع للبكر على الجواز، و الثلاث على الأفضل؛ بل عن ابن سعيد موافقه على ذلك، بل لعله ظاهر المحكى عن السرائر أيضا «إذا عقد على بكر جاز أن يفضلها بسبع، و يعود إلى التسويه؛ و لا يقضى

ما فضلها، فان كانت ثيبا فضلها بثلاث ليال لكن على الخلاف أن للبكر حق التخصيص بسبعة و للشيب حق التخصيص بثلاثة خاصه لها أو بسبعة يقضيها للباقيات» و استدل عليه بالإجماع و الأخبار (٨) و بما

روى (٩) عن

- ١-١ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٠١ و كتر العمال ج ٨ ص ٢٥٣ الرقم ٤١٣٦ و فيهما « للبكر سبع و للثيب ثلاث».
- ٢-٢ الوسائل الباب-٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٥.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٣.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٤.
- ٦-٦ الوسائل الباب-٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٧.
- ٧-٧ الوسائل الباب-٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٨.
- ٨-٨ الوسائل الباب-٢- من أبواب القسم و النشوز.
- ٩-٩ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٠٠.

النبي صلى الله عليه وآله إنه قال لأُم سلمة حين بنى بها: «ما بك على أهلك من هوان إن شئت سبعت عندك و سبعت عندهن و إن شئت ثلثت عندك و درت».

و قد يظهر من المحكى عن أبى على وجه آخر للجمع، قال: «إذا دخل ب بكر و عنده ثيب واحده فله أن يقيم عند البكر أول ما يدخل بها سبعا ثم يقسم و إن كانت عنده ثلاث ثيب أقام عند البكر ثلاثا حق الدخول، فان شاء أن يسلفها من يوم إلى أربعة تمته سبعة، و يقيم عند كل واحده من نسائه مثل ذلك ثم يقسم لهن جاز، و الثيب إذا تزوجها فله أن يقيم عندها ثلاثا حق الدخول ثم يقسم لها و لمن عنده واحده كانت أو ثلاثا قسمه متساويه» إلا أنه كما ترى لا شاهد له، و لا ينتقل إليه من مجرد اللفظ.

بل قد يناقش فى الجمع الأول أيضا المقتضى لكون الحكم من أصله نديبا، و إن مال إليه

بعض الأفاضل من متأخرى المتأخرين، مؤيدا بالأصل مع انتفاء الصارف عنه من النص و كلام أكثر الأصحاب من حيث تضمنهما ما يدل على الوجوب فى مقام توهم الحظر بظهور النص و الفتوى أن ذلك على جهة الاستحقاق لها، و الأصل فيه وجوب الوفاء ممن عليه، و به تقوى إرادته الوجوب من الأمر به هنا، مضافا إلى ما سمعته من معقد إجماعه فى الخلاف، و لمعالمه رجحان نصوص السبع فى البكر بالشهره العظيمه بل عدم الخلاف كما قيل، بل الإجماع المحكى عن جماعه على وجه لا يقاومها خبرا الثالث (١) المحمولان على أنها إنما تستحقها دون التكلمه سبعا، و إنما له تقديمها و يقضيها للباقيات كما سمعته من الإسكافى فى الجمله، أو على إرادته استمرار تفضيلها بالثلاثه التى له و لها من الأربع، بل لعله ظاهر الأول منهما بقريته ما قبله و ما بعده، فيراد حينئذ من حين الدخول بها و حدثان العرس الأيام القريبه منه، أو غير ذلك.

و أما الثيب فلا خلاف أجده فى النص و الفتوى فى عدم زياده تفضيلها على الثلاث

إلا ما يحكى عن بعض الفتاوى و الأخبار من التفضيل بالسبع أيضا فعن

العلل (١) «أن رسول الله صلى الله عليه و آله تزوج زينب بنت جحش فأولم و أطعم الناس - إلى أن قال - و لبث سبعة أيام بلياليهن عند زينب،

ثم تحول إلى بيت أم سلمه، و كان ليلتها و صبيحه يومها من رسول الله صلى الله عليه و آله»

و هو مع قصور سنده و شدوذه و عدم مكافأته لما مر من الأخبار محمول على الاختصاص به صلى الله عليه و آله، لعدم وجوب القسم عليه، و إلا ما سمعته من الخلاف الذى هو ليس تفضيلا لها، و إنما هو تقديم و قضاء للباقيات، مع أنا لم نجد فيه فيما وصل إلينا من النصوص المعتبره سوى ما سمعته من قول النبى صلى الله عليه و آله لأم سلمه (٢) المفتى به عند العامة التى جعل الله الرشد فى خلافها المحمول أيضا على اختصاصه صلى الله عليه و آله به، فلا محيص حينئذ عن القول المشهور نقلا و تحصيلا.

بل الظاهر أنه لا يقضى لسنائه شىء من ذلك، لظهور النص (٣) و الفتوى فى استحقاقهما القدر المزبور، بل لم نعرف فيه خلافا بيننا إلا ما سمعته من الإسكافى منا الذى لم نعثر على دليل معتد به له، و أبى حنيفه من غيرنا، فأوجب القضاء مطلقا، و لا ريب فى ضعفه، من غير فرق بين طلب الثيب المبيت عندها سبعا و عدمه، خلافا لما عن مشهور الشافعيه من أنها إن التمس السبع قضاهن أجمع، و إن بات عندها سبعا من غير التماس لم يقض إلا - الأربع، لأنه صلى الله عليه و آله خير أم سلمه فى الخبر (٤) المتقدم بين اختيار الثلاث خالصه و السبع بشرط القضاء، فدل على أنها إن اختارت السبع لزم القضاء، و لأن السبع حق البكر، فإذا التمسها فقد رغبت فيما ليس مشروعاً لها، فيبطل أصل حقها، و إن التمس الست فما دونها، أو التمس البكر إقامه ما زاد على

السبع لم يقض إلا الزائد، لأنها لم تطمع فى الحق المشروع لغيرها، و قد سمعت كلام الشيخ فى الخلاف، و أنه اما أن يخصها بثلاث أو بسبع و يقضيها لخبر أم سلمه الذى هو عامى، فالتحقيق ما عرفت.

١- ١ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٠٠.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القسم و النشوز.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٠٠.

ثم إن الظاهر اعتبار الولاء فيها لأنه المنساق، بل كاد يكون صريح قوله في بعضها: «ثم يقسم» ولأن الغرض وهو الإيناس ورفع الوحشه لا يتم إلا به، نعم يتحقق بما سمعته في القسمه، وفي المسالك «يتحقق بعدم خروجه إلى أحد من نسائه مطلقاً على حد ما يعتبر في القسمه ولا إلى غيرها لغير ضروره أو طاعه، كصلاه جماعه ونحوها مما لا يطول زمانه وإن كان طاعه، لأن المقام عندها واجب فهو أولى من المندوب» وفيه ما عرفت مضافاً إلى كون المدار سبق المبيت عندها على النحو المتعارف حتى بالنسبه إلى عروض بعض العوارض من ضيف أو عباده في ليله مشرفه ونحو ذلك.

و على كل حال فلو فرق الليالي أساء قطعاً بل في المسالك «و في الاحتساب به وجهان، من امتثال الأمر بالعدد، مكان ذلك بمنزله القضاء، و من اشتمال التوالى على غايه لا- تحصل بدونه، كالأنس و ارتفاع الحشمه و الحياء» قلت: كأن مراده وجوب قضاء عدد مشتمل على التوالى في أحد الوجهين، لكنه كما ترى، خصوصاً مع عدم اعتبار التوالى في النصوص شرطاً، و مع إرادته أيام مخصوصه متواليه متصله بالعقد، و بذلك افترق الحال بين التوالى في الكفار و بينه هنا، بل المتجه هنا إما سقوط القضاء من أصله أو قضائها مع الإخلال بها و لو مفرقه، و لعل الثاني لا يخلو من قوه.

ثم إنه قد صرح بعضهم بأنه لا فرق هنا بين الحره و الأمه المسلمه و الكتابيه لإطلاق النص و الفتوى، و لأن المقصود من ذلك أمر متعلق بالبضع، و هو لا يختلف بالحرية و الرق و لا بالإسلام و الكفر، كما يشترك الجميع في مده الفئه في الإيلاء، و فيه أنه يمكن أن يكون الإطلاق هنا اتكالاً على معلوميه نقصان الأمه عن الحره و الكافره عن المسلمه، حتى ورد أن الأمه على النصف من الحره (١) و أن الكتابيه بمنزله الأمه (٢).

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب القسم و النشوز.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ٣ و الباب- ٤٥- من أبواب العدد الحديث ١ من كتاب الطلاق.

و من هنا حكى عن بعضهم التشطير على حسب القسم، و هو قوى، خصوصا بناء على أن المقام قسم من القسم أيضا.

إنما الكلام فى كفيته، فيحتمل تكميل المنكسر، فيثبت للبكر الأمه أربع ليال، و كذا الحره الكتاييه، و للثيب منهما ليلتان، و ليله للأمه الكتاييه، و يحتمل التزام التشقيص هنا إما لجوازه فى القسم أو فى خصوص المقام، لعدم كونه منه، بل فى المسالك «أنه أصح الوجهين» و هو متجه على ما سمعته منه سابقا، أما على المختار فالمتجه الأول، لكونه من القسم الذى لا- يجوز فيه التشقيص، و

حذف الكسر منها مرجوح بالنسبه إلى تكميلها به ترجيحا لحق الجديده، كما عساه يومئ إليه ترجيحها بالسبع و الثلاث.

و كيف كان فالمعتبر فى الحريه و الرقيه بحاله الزفاف، فلو نكحها أمه و زفت إليه حره لحقها حكم الحرائر، بل لا يبعد ذلك لو أعتقت فى أثناء أيامها، لما عرفته سابقا، و لو قضى حق الجديده ثم طلقها ثم راجعها لم يعد حق الزفاف، لأنها باقيه على النكاح الأول الذى قضى حقه، نعم لو طلقها بائنا ثم جدد نكاحها فى العده فالأصح تجدد الحق، لعود الجبه بالفراق المبين، و قد يحتمل عود الأول، لكنه واضح الضعف، و مثله ما لو أعتق مستولدته أو أمته التى هى فراشه ثم نكحها.

و لو كان قد أبانها قبل أن يوفيه حقه ثم جدد نكاحها فى المسالك «لزمه التوفيه، لأنه ظلم بالطلاق-، قال-: و على هذا فلو أقام عند البكر ثلاثا و افتضاها ثم أبانها ثم نكحها و جب أن يبيت عندها ثلاثا حق زفاف الثيب و لو قلنا بعود الأول و جب أن يبيت عندها أربعاً لأن حق الزفاف فى النكاح الثانى على هذا يبنى على النكاح الأول، و قد بقى منه هذا المقدار» قلت: قد يمنع وجوب وفاء الأول الذى قد سقط بالطلاق، بل يمكن منع كونه ظلما لاحتمال اشتراطه ببقاء كونها زوجته، لا أنه يحرم عليه طلاقها قبل توفيه حقه، و كذا الكلام فى صاحبه الدور، كما ستسمع الكلام فيه فى المسائل إنشاء الله.

هذا وقد ظهر لك أن للجديده حق الاختصاص بالعدد المذكور، و التقدم به على غيرها، فان زفت إليه بعد تمام الدور حصل لها الاختصاص خاصه، و كذا لو تزوجها على واحده بناء على عدم القسم لها، و لو كان عنده امرأتان فزفت اليه جديده بعد ما قسم لإحدهما دون الأخرى ففي المسالك «قضى حق الزفاف، و تحقق هنا الاختصاص و التقديم، ثم قسم للقديمه الأخرى و أعطى الجديده نصف ما وفى القديمه، لاستحقاقها حينئذ ثلث القسم، فان كان قد قسم للأولى ليله و فى الأخرى بعد حق الزفاف ليله، و بات عند الجديده نصف ليله، و خرج بقيه الليله إلى مسجد و نحوه، ثم استأنف القسم بينهن على السويه، و لو قسم للأولى خمس عشره و تزوج بكرًا خصها بسبع، ثم قسم ثلاثا للقديمه و واحده للجديده خمس أدوار- و قال فيها أيضا- لو تزوج فى أثناء القسم ظلم من بقى بتأخير حقها بعد حضوره، و لكن لا يؤثر فى تقديم الجديده، و يجب التخلص من مظلمه المتأخره على الوجه الذى ذكرناه» انتهى.

و قد يقال: (أولاً) أنه لا- ظلم، لاشتراط حقها بعدم اتفاق نكاح جديد فى الأثناء و إلا كان مقدا لإطلاق النصوص السابقه و (ثانياً) أنه لو فرض نكاحه بعد وفاء الأولى ليلتها دون الثانيه اختصت الجديده بأيام زفافها، ثم كان لها ليله من الأربع، و لا يختص قسمها بين الباقيه و الجديده حتى أنه تستحق الثلث مما لها.

و لكن قد يدفع الأخير بأنه لا حق للجديده مع القديمه المستوفيه حقها فى القسم قبل صيروره الجديده زوجه، و انما تشارك الباقيه، فيكون كما لو كان عنده زوجتان، إلا أن القديمه الباقيه قد استحققت عند القديمه الأولى، لأن القسم كان بينهما، فيكون للقديمه الباقيه ثلثان و للجديده ثلث، و يتجه حينئذ ما ذكره من أنه إذا وفى القديمه ليلتها كان للجديده نصف ليله.

و بتقرير آخر هو أن القديمه السابقه قد استوفت حقها من الأربع قبل صيروره الجديده زوجه، فاستحققت الثانيه ليله منها أيضا بمقتضى القسم بينهما قبل

تجدد الجديده، فلم يبق من الدور حينئذ إلا ليلتان للجديده فيهما الربع، و هو نصف ليله، و أما الليلتان منه للقديمتين فلا حق لها فيهما.

و كذا الكلام فى القسم للأولى بخمس عشره فإنه إذا أراد وفاء الثانية حقها مع إعطاء الجديده حقها من الأدوار المتجدده بات عندها خمسه أدوار على الوجه المزبور، و هو ثلاث عند القديمه و واحده عند الجديده، فيحصل حينئذ خمس عشره ليله للقديمه، و خمس للجديده يكون المجموع عشرين، إذ ليس للجديده فى الأدوار المزبوره إلا خمس، لأن لها من كل أربع ليله و للقديمه الباقيه كذلك، مضافا إلى استحقاقها فى مقابله ما أخذته القديمه السابقه و هو عشره، إلا أن خمس منها للزوج، فالجديده حينئذ إنما لها ثلث من الخمس عشره، و هو خمس هى نصف ما و فى به القديمه الباقيه أى عشره، فلا فرق بين هذا المثال و بين الليله و نصف فى المثال السابق مع قطع النظر عن الخمسه التى هى له دفعها فى مقابله الخمسه السابقه التى أخذ منها القديمه السابقه.

و كذا الكلام فيما تسمعه من المصنف و غيره من أنه لو كان له أربع فنشرت واحده ثم قسم لكل خمس عشره فبات عند اثنتين ثم أطاعت الناشز و جب توفيه الثالثه خمس عشره و الناشز خمسا، إذ لا حق لها فى الثلاثين ليله التى باتها عند الأولتين، لأنها كانت ناشزا، و لها مع الثالثه اشتراك فى استحقاق الدور، فكأن له زوجتين، للناشز فى كل دور ليله، و للثالثه ثلاث إلى أن يكمل الخمس عشره ليله، فيبىء عند الثالثه فى كل دور ثلاثا و عند الناشز ليله خمسه أدوار ثم يستأنف القسم للأربع.

لكن هذا إذا قلنا بأنه إذا كان له أقل من أربع فقسم بما يستوعب الدور أو يزيد عليه سقط حقه من الأربع، و إلا كان متبرعا على كل من الأولتين بثلاث و ثلاثه أربع، فلا يكون عليه للثالثه تمام الخمس عشره، بل إحدى عشره و ربع.

و ظاهر الأصحاب كما قيل على الأول بناء على وجوب العدل بينهما، خرج ما إذا قسم ليله ليله بالنص و الإجماع على أنه حينئذ له أن يضع ما له من الأربع عند من

شاء من أزواجه، فيبقى غير هذه الصورة على أصل وجوب العدل، و إن كان قد يناقش بأن العدل إنما يجب فيما لهن من الحق لا- فيما يتفضل به عليهن، أو على أنه إذا قسم لهن أزيد من ليله كان حقه بعد تمام قسمه كل منهن مساويا لما قسمه لها في المضاعفه، فإذا قسم لاثنتين كان له بعد ليلتي الأولى أربع و كذا بعد ليلتي الثانية، و نزلت الليلتان منزله ليله، فلا يكون له فيهما حق، فله أن يأخذ بحقه بعد الأولى بأن يبيت بعد ليلتها عند غيرها و أن يأخذه بعد الثانية، فهنا أيضا لما وفي لكل من الاثنتين خمس عشره كان الجميع حقهما، فله أن يبيت خمس عشره ليله عند غير زوجاته الثلاث ثم يبيت عند الثالثة خمس عشره و أن يؤخر حقه عن توفيه الثالثة حقها، و على كل حال فلها الخمس عشره كامله، و إذا رجعت الرابعه إلى الطاعه بكل ما كان له من الحق كما لو كانت له ثلاث فتزوج رابعه في الليله الرابعه أو يومها.

و كذا لو نشزت واحده و ظلم واحده و أقام عند الأخيرين ثلاثين ليله ثم أراد القضاء للثالثه فأطاعت الناشز، فإنه يقسم للمظلومه ثلاثا و للناشز يوما خمسه أدوار، فيحصل للمظلومه خمس عشره ليله عشره قضاء لأنه كان لها من كل ثلاث ليال ليله، لنشوز الرابعه، و قد بات فيها عند إحدى الأخيرين، و خمس أداء فكلما بات عندها ليلتين قضاء كانت الثالثه أداء لها، بخلاف الصورة الأولى، فإن تمام الخمس عشره فيها أداء، لانتفاء الظلم، و يحصل خمس للمطيعه، كما في الصورة السابقه.

و لو سيق إليه زوجتان أو زوجات في ليله أو يوم قيل: يبتدئ بمن شاء في وفاء أيام الاختصاص، لإطلاق خطابه بذلك مع التساوى في الاستحقاق و إن ترتبا في الزفاف، و قيل كما عن بعضهم: إنه يقرع بينهما، لما سمعته في القسم، ضروره كون المسألتين من واد واحد، و الأول أشبه عند المصنف بناء على ما سمعته سابقا و الثاني أفضل خروجا من شبهه الخلاف و الميل و الجور، بل قد عرفت أنه الأقوى عندنا، لا ما ذكره المصنف و لا ما عن المبسوط

و التحرير من وجوب الابتداء بمن سبق زفافها، لأن لها حق سبق، و فيه أنه لا يصلح مرجحا بعد الاتحاد في تعلق الحق.

ثم إن الظاهر القرعه في وفاء تمام الحق المعتبر فيه التوالى كما عرفت، لا أنه يخير بين ذلك و بين أن يبيت الليله الأولى عند من خرجت القرعه باسمها ثم عند الأخرى و هكذا، فان فى ذلك فوات التوالى فتأمل، و الله العالم.

و تسقط القسمة بالسفر بمعنى أن له السفر وحده من دون استصحاب أحد منهن، و ليس عليه قضاء ما فاتهن فى السفر، سواء قلنا بوجوب القسمة ابتداء أم لا، للإجماع الفعلى من المسلمين على المسافره كذلك من غير تكبير و لا نقل قضاء مع أصاله عدم وجوبه بعد قصور أدله القسم لمثله.

و لا- شبهه فى أنه لو أراد إخراجهن معه فله ذلك، و عليهن الإجابة إلا لعذر، و إن أراد إخراج بعضهن جاز اتفاقا، و لأن النبى صلى الله عليه و آله كان يفعل ذلك و لا قضاء عليه للمتخلفات، للأصل، و لأنه صلى الله عليه و آله لم ينقل عنه القضاء و لو وقع لنقل، خصوصا فيما اشتمل على ذكر سفره بمن خرج اسمها، بل فى المسالك «فى بعض الروايات أنه صلى الله عليه و آله لم يكن يقضى صريحا، و يؤيده أن المسافره و إن حظت بصحبه الزوج لكنها قاست مشقه السفر، و لم يحصل لها دعه الحضر، فلو قضى لهن كان خلاف العدل».

و عن بعضهم اشتراط ذلك بكون خروج المصحوبه بالقرعه، فلو صحبها بدونها قضى، و إلا- كان ميلا و ظلما و خروجا عن التأسى، فإن عدم قضاء النبى صلى الله عليه و آله للقرعه، و فى القواعد «و لو استصحب من غير قرعه ففى القضاء إشكال» مما عرفت، و من أنه لا- حق لهن فى أوقات السفر و إلا- لم يجز له بانفراده، و له استصحاب من شاء منهن خصوصا إذا استحبت القرعه كما ستعرف، و الأصل عدم وجوب القضاء، و أنها و إن فازت بالصحبه فقد قاست شده السفر.

نعم هل ذلك عام لكل سفر لأن الاشتغال به مطلقا يمنع حق القسمة، لما فيه من المشقه و العناء المانع من حصول الصحبه و التفرد بالخلوه الذى هو غايه القسمة؟

ظاهر المصنف و صريح غيره ذلك.

وقيل: يقضى سفر النقلة من مكان إلى مكان آخر و الإقامة أى الذى تحصل الإقامة فيه دون سفر الغيبة للتجاره و نحوها و لم تتخلل فيه إقامة، و اختاره الفاضل فى القواعد قال: «و لو سافر للنقله و أراد نقلهن فاستصحب واحده قضى للبقاى و إن كان بالقرعه، لأن سفر النقله و التحويل لا يختص بإحدها- أى فهو فى حكم الإقامة، و عليه نقل الكل- فإذا خص واحده قضى للبقاى» بخلاف سفر الغيبة الذى هو للتجاره و غيرها بعزم الرجوع، فإنه لا حق لهن فيه، و فى محكى المبسوط «إن فى سفر النقله وجهين- و لم يرجح شيئاً منهما- أحدهما قضاء مده السفر لذلك، و الآخر قضاء مده الإقامة معها فى بلد النقله خاصه دون مده السفر- و قال فيها أيضاً- و لو سافر بالقرعه ثم نوى المقام فى بعض المواضع قضى للباقيات ما أقامه دون أيام الرجوع على إشكال، و لو عزم على الإقامة أياماً فى موضع ثم أنشأ منه سفراً آخر لم يكن عزم أو لا لزمه قضاء أيام الإقامة دون أيام السفر، و لو كان قد عزم عليه لم يقض أيام السفر على إشكال» و فى المسالك «عن بعض التفصيل أيضاً فى سفر النقله بين الخروج بالقرعه و عدمه، فيقضى فى الثانى دون الأول».

و الأقوى عدم الفرق بين سفر النقله و غيره، و بين الخروج بالقرعه و غيره، و بين سفر الإقامة و غيره، للأصل السالم عن المعارضه بعد الشك فى تناول أدله القسم لذلك أو ظهورها فى غيره، خصوصاً بعد السيره المستمره.

إنما الكلام فى أيام الإقامة المتخلله فى أثناء السفر باعتبار خروجها عن اسم السفر شرعاً، فهى من الحضر، مع قوه احتمال كونها كأيام السفر، لاندراجها فيها عرفاً، و لأن السيره أيضاً على عدم الفرق بينها و بين غيرها، و يمكن دعوى ظهور عبارته المتن فى ذلك، و إشكال الفاضل فى أيام الرجوع فى غير محله، ضروره اتحاد سفر الغيبه ذهاباً و إياباً، و القرعه هنا لا محل لها، و كذا إشكاله الأخير المبني على أحد الوجهين، و إيجاب القضاء مع السفر بلا- قرعه، لكن من المعلوم أنه لا مجال لها هنا، كما هو واضح، فالمتجه حينئذ ما ذكرنا.

نعم لو سافر باثنتين عدل بينهما فى السفر أقرع عليهما أو لإحداهما خاصة أو لم يقرع، لعدم كونه غائبا عنهما، فان ظلم إحداهما قضى لها إما فى السفر أو فى الحضر من نوبه المظلوم بها، و له أن يخلف إحداهما فى أثناء السفر فى بعض الأماكن بالقرعه و غيرها على الأصح، لعدم الفرق بينه و بين منزله قبل إنشاء السفر، فان تزوج فى السفر بأخرى خصها بثلاث أو بسبع فى السفر ثم عدل بينهما، إذ السفر لا يسقط حق الجديده، لإطلاق أدلته.

و لو خرج وحده ثم استجد زوجه لم يلزمه القضاء للمتخلفات من نوبه الجديده و إن قلنا بالقضاء إن استصحب إحدى القديمات بالقرعه، نعم إن أقام فى السفر أو منتهاه لزمه القضاء، مع أن فيه البحث السابق، و الله العالم.

و كيف كان فالظاهر أنه يستحب أن يقرع بينهما إذا أراد استصحاب بعضهن للتأسى (١) و لأنه أطيّب لقلوبهن و أقرب إلى العدل، و لا- يجب، للأصل، و كفيئتها معلومه، و لا تنحصر فى طريق، لكن فى كشف اللثام «أنها يكتب اسم كل منهن بالسفر فى رقعته يجعلها فى بندقه طين أو غيره فيقال لمن لم يعلم بالحال:

أخرج على السفر رقعته فكل من خرجت رقعته سافر بها، فإن أراد إخراج أخرى أمره بإخراج رقعته أخرى، و كذا إذا أراد السفر بثالته، و له إن أراد السفر باثنتين أن يجعل اسم كل اثنتين فى بندقه، و الأول أعدل، أو يخرج السفر على الأسماء فإن أراد السفر بواحدة كتب فى رقعته سفر و فى ثلاث حضر، فان خرج على فلانه رقعته السفر سافر بها، و إن خرجت رقعته الحضر أخرج باسم أخرى، و إن أراد أن يسافر باثنتين كتب فى رقعته سفر و فى آخرين حضر، أو اقتصر على رقعته إحداهما سفر و فى الأخرى حضر، و إن أراد السفر بثلاث كتب فى ثلاث سفر و فى واحده حضر».

و نحوه فى المسالك و لا بأس به إن أراد بذلك أحد الأفراد، إذ لا دليل على تعيين ذلك فى كفيئتها، و الأمر سهل.

و هل يجوز العدول عن خرج اسمها إلى غيرها؟ قيل كما عن المبسوط

و الوسيله لا- يجوز لأنها تعينت للسفر و إلا- انتفت فائدتها، و فيه تردد بل الأقوى أن له ذلك، للأصل السالم عن معارضه ما يقتضى كونها من الملزمات، و فائده القرعه استحباب اختيارها للسفر، كما هو واضح، و الله العالم.

و لا- تتوقف قسم الأمه على إذن المالك، لأنه لا- حظ له فيه، فليس له منعها عن المطالبه به و عن إسقاطه و هبته للزوج أو ضرائرها، و فى المسالك «هذا لا كلام فيه» و هو جيد إن تم إجماعاً، خصوصاً لو أرادت الصلح عنه بمال.

و على كل حال فهل يتوقف القسم لها على وجوب نفقتها كالحره؟ وجهان، من كونه من جمله الحقوق المترتبه على التمكين، و دورانه مع النفقه فى الحره وجوداً و عدماً، و من أن وجوب النفقه على الزوج يتوقف على تسليمها إليه نهارة، و هو غير واجب على السيد، فلا يكون حكمها كالناشر، بل المسافره فى واجب، و عن المبسوط «النفقه و القسم شىء واحد، فكل امرأه لها النفقه لها القسم، و كل من لا نفقه لها لا قسم لها» و هذا يقتضى عدم وجوب القسم لأمه مع عدم تسليم المولى نهارة، لسقوط نفقتها حينئذ و إن كان ذلك غير واجب على المولى» و فى المسالك «لعله الوجه» قلت: قد يقال:

إن مقتضى إطلاق أدله القسم وجوبه عليه، خصوصاً مع إقدامه على عدم استحقاقه التسليم نهارة بناء عليه على مولاها، فحينئذ امتناعها عليه بحق لا يسقط حقها من القسم، و الله العالم.

و يستحب التسويه بين الزوجات فى الإنفاق و إطلاق الوجه و الجماع و غير ذلك، لأنه من كمال العدل و الانصاف المرغب فيهما شرعاً، مع ما فى ذلك من جبر قلوبهن و حفظهن عن التحاسد و التباغض، و

فى الخبر (١) عن أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه «من كان عنده امرأتان فإذا كان يوم واحد فلا يتوضأ عند الأخرى»

بل فى

خبر معمر بن خلاد (٢) النهى عن ذلك، فإنه سأل الرضا عليه السلام «عن

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٣ و فيه «ان علياً عليه السلام كان له امرأتان، فكان إذا كان يوم واحد لا يتوضأ فى بيت الأخرى».

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

تفضيل نسائه بعضهن على بعض فقال: لا»

و إن كان من المعلوم عدم وجوبها، للأصل

و خبر عبد الملك بن عتبة الهاشمي (١)سأل الكاظم عليه السلام «عن الرجل يكون له امرأتان يريد أن يؤثر إحداهما بالكسوه و العطيه أ يصلح ذلك؟ قال: لا بأس و اجهد في العدل بينهما»

و ظاهر قوله تعالى (٢)«وَلَنْ تَشْتَطِعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ

الْمَيْلِ» و غير ذلك، و لذا أفتى الأصحاب باستحباب التسويه في غير ما دل الدليل على وجوبه من القسم و الإنفاق الواجبين و نحوهما، بل لا يبعد القول بکراهه التفاضل، لما سمعته من الخبر السابق (٣)، و الله العالم.

و كذا يستحب أن يكون في صبيحه كل ليله عند صاحبها للخبر (٤)المتقدم سابقا الذي منه قيل بالوجوب. و قد عرفت الحال فيه، و أن يأذن لها في حضور موت أبيها و أمها لما في منعها من ذلك من المشقه و الوحشه و قطيعه الرحم و إن كان له منعها عن ذلك و عن عياده أبيها و أمها فضلا عن غيرهما و عن الخروج من منزله إلا لحق واجب لأن له الاستمتاع بها في كل زمان و مكان، فليس لها فعل ما يتنافيه بدون إذنه، و منه الخروج إلى بيت أهلها و لو لعيادتهم و شهاده جنائزهم، و في

خبر عبد الله بن سنان (٥)عن أبي عبد الله عليه السلام «إن رجلا من الأنصار على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله خرج في بعض حوائجه فعهد إلى امرأته أن لا- تخرج من بيتها حتى يقدم، قال: و أن أباه مرض فبعثت إلى النبي صلى الله عليه و آله تستأذنه في أن تعوده فقال: اجلسي في بيتك و أطيعي زوجك، قالت:

فثقل فتأمرني أن أعوده فقال: اجلسي في بيتك و أطيعي زوجك، قال: فمات أبوها فبعثت إليه إن أبي قد مات فتأمرني أن أصلي عليه، فقال: اجلسي في بيتك و أطيعي

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ١٢٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٩١- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

زوجك، قال: فدفن الرجل، فبعث رسول الله صلى الله عليه وآله أن الله تعالى غفر لك ولأبيك بطاعتك لزوجك»

بل منه يستفاد أن له منعها عن الخروج لغير الحق الواجب وإن لم يكن منافيا لاستمتاعه المفروض امتناعه عليه بسفر أو غيره.

وقد ظهر لك من ذلك كله كيفية القسم و زمانه، لكن المصنف ترك التعرض لمكانه، وفي القواعد «أما المكان فإنه يجب أن ينزل كل واحد منزلا - بانفراده، و لا - يجمع بين ضررتين في منزل إلا - مع اختيارهن أو مع انفصال المرافق، و يستدعيهن على التناوب، و له المضى إلى كل واحد ليلة، و أن يستدعى بعضا و يمضى إلى بعض، و لو لم ينفرد بمنزل بل كان كل ليلة عند واحد كان أولى، و لو استدعى واحد فامتنعت فهي ناشز لا نفقه لها و لا قسمه إلى أن تعود إلى الطاعة و هل له أن يساكن واحد و يستدعى إليها؟ فيه نظر، لما فيه من التخصيص» لكن لا يخفى عليك خلو النصوص عن إفادة جميع ما ذكره و كذلك آية المعاشرة بالمعروف (١) بعد أن كان المراد منه ما وقته الشارع من القسم الواجب و النفقه، و كذلك قوله تعالى (٢) «أَسِيكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَيَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ، وَ لَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ» بل ربما كان دالا على خلاف بعض ما ذكره، نعم لا بأس بذلك سياسه و جلبا للقلوب، و مراعاة لكمال العدل و نحو ذلك مما يصلح للاستحباب لا

الإيجاب المحتاج إلى دليل مخصوص واف بالمطلوب.

نعم إن ظهر منه الإضرار بها بأن لا يوفىها حقها قسمه و غيرها استعدت عليه الحاكم لرفع ذلك عنها، و في القواعد أيضا «أنه يأمره بأن يسكنها إلى جنب ثقه ليشرف عليها، فيطالبه الحاكم بما يمنعه من حقوقها، فإن أراد السفر بها لم يمنعه الحاكم، لكن يكاتب حاكم ذلك البلد بالمراعاة» و إن كان فيه أيضا نحو ما تقدم إلا أن الأمر فيه سهل، خصوصا بعد ما تسمعه في السياسه بينهما لو حصل الشقاق، و الله العالم.

١-١ سورة النساء: ٤- الآيه ١٩.

٢-٢ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

[المسألة الأولى القسم حق مشترك بين الزوج و الزوجه]

الأولى القسم بناء على وجوبه مطلقا حق مشترك بين الزوج و الزوجه لاشتراك ثمرته التي هي الاستمتاع لكل منهما بل و على المختار أيضا على معنى أنه حيث يجب و لو بالشروع يكون مشتركا بينهما، فما فى المسالك- من أن ذلك إنما يوافق القول بوجوبه مطلقا خاصه، إذ الحق بناء على القول الآخر مختص بالزوج دون غيره- فى غير محله، ضروره أن المختص به الشروع به لا بعده، فإنه حينئذ يكون حقا لهما إلى تمام الدور، بل الظاهر أن المراد بالقسم هو ذلك، و حينئذ فلا حاجة إلى الاعتذار فيها عن المصنف و غيره ممن عبر بهذه العبارة مع عدم قوله بوجوب القسم مطلقا باحتمال إرادته الأعم من الواجب من الحق، ضروره معلوميه الاشتراك فى ثمرته، و إنما الكلام فى اشتراك حقيقته أو اختصاصها بالزوج، ثم قال: «و لو أراد بالحق ما هو أعم من الواجب فلا بد من استعماله فى معنييه، فليدخل حق الزوج فيه، فإنه واجب، و يمكن حينئذ أن يريد القدر المشترك بين الواجب و غيره، و هو الراجح مطلقا، و قد كان يمكن تفريع قوله «فلو أسقطت حقها منه» على الحكم بكونه حقا للزوج فليس لها حينئذ إسقاط نصيبها من القسم إلا برضاها، و تحصل المطابقه بين الحكمين» إذ قد عرفت أن الحكم بالاشتراك متجه على التقديرين.

و على كل حال فلو أسقطت حقها منه كان للزوج الخيار بين الرضا

بذلك و عدمه، لما سمعته من الاشتراك بينهما المقتضى لعدم سقوط أحدهما بإسقاط الآخر، و منه يعلم صورته العكس، و هى لو أسقط هو حقه من ذلك كانت الزوجه بالخيار، للاشتراك المزبور، و لعل اقتصار المصنف باعتبار كون الغالب وقوع ذلك، و الظاهر أن المراد بالإسقاط هنا الاذن منها، لا أنه كإسقاط الحقوق التى تسقط بالإسقاط على وجه لم يكن لصاحب الحق العود إليه، و لا أنه من قبيل ما فى الذمه. و ذلك لأنه استمتع فى زمان مستمر، فما دامت مستمره هى على الاذن فى ذلك كان ساقطاً، فإذا رجعت عن الاذن كان الحق لها، بل لو خرجت عن قابليه الاذن بإغماء أو جنون لم يستمر السقوط.

و لها أن تهب ليلتها للزوج أو بعضهن مع رضاه لتسلطها على حقها كالمال، إلا أنه لما كان مشتركاً بينها و بين الزوج اعتبر رضاه، و

للمرسل عن النبي صلى الله عليه و آله (١) «إن سوده بنت زمعه لما كبرت وهبت نوبتها لعائشه فكان النبي صلى الله عليه و آله يقسم لها يوم سوده و يومها»

نعم الظاهر أن إطلاق الهبة على ذلك توسع، باعتبار أنه ليس من موردها الذى هو الأعيان، نعم الظاهر اعتبار القبول من الموهوبه، فان لم تقبل لم ينتقل الحق إليها.

و من هنا يمكن أن يقال: بجريان جميع أحكام الهبة على ذلك، فيكون الخارج بما هنا من النص و الفتوى تعلق الهبة بغير العين، لكن الإنصاف أن ذلك ليس بأولى من القول بعدم جريان شىء من أحكام الهبة عليها و عدم اندراجها فى إطلاق دليلها و إن شاركتها فى بعض الأحكام، فلا- يجرى عليها حكم هبة الرحم و نحو ذلك من أحكام الهبة، و إطلاق لفظ الهبة فى المرسل و العبارات كله من باب التوسع، و إلا فالمراد الاذن منها فى إسقاط حقها على وجه مخصوص، و هو وضعه عند واحده منهن، و أما هبتها للزوج فليس معناه إلا الإسقاط.

و من هنا قال المصنف فان وهبت للزوج وضعها حيث شاء منهن

و من غيرهن و لو بأن يترك المبيت فيها عند أحد منهن، ثم إن كانت نوبه الواهبه متصله بنوبه الموهوبه بات عندها ليلتين على الولا، و إن كانت منفصله فالأصح كما فى المسالك و جوب مراعاة النوبه فيهما، لأن لها حقا من بين الليلتين سابقا، فلا يجوز تأخيرها، و لأن الواهبه على تقدير تأخر ليلتها قد ترجع بين الليلتين، و الموالاه تفوت حق الرجوع، و إن وهبت حقها من الزوج فله وضعه حيث شاء، بمعنى أنه ينظر فى ليله الواهبه و ليله التى يريد تخصيصها أهما متواليان أم لا؟ و يكون الحكم على ما سبق.

و إن وهبتها لهن أجمع و جب قسمتها عليهن على معنى المبيت عند كل واحده منهن بعض الليله، و لو رضين بقسمتها ليال على معنى أن يكون عند واحده منهن فى كل دور جاز أيضا، و اتفاق رجوعها بعد استيفاء إحداهن دون الأخرى غير قادح، و مثله يأتي فى القسمة أبعاضا، و من هنا كان المتجه القرعه فى الابتداء مع التشاح، فينحصر الخسران حينئذ بالتى حصل رجوع الواهبه قبل استيفائها.

و إن وهبتها لبعض منهن معينه اختصت بالموهوبه على حسب ما عرفت. هذا و لكن فى المسالك «و إن وهبت حقها من جميعهن و جبت القسمة بين الباقيات، و صارت الواهبه كالمعدومه، و مثله ما لو أسقطت حقها مطلقا، هذا إذا لم نوجب القسمة ابتداء، و إلا- لم يتم تنزيلها كالمعدومه فيما لو كن أربع، لاشتراكهن حينئذ فى تمام الدور، و هو الأربع، و لو جعلناها معدومه فضل له ليله، و الواجب على هذا التقدير أن يرجع الدور على ثلاث دائما ما دامت الواهبه مستحقه، بخلاف ما لو طلقها أو نشزت، فان حكم ليلتها ساقط و تصير كالمعدومه محضا و على التقدير الآخر يفضل له ليله» و هو جيد.

لكن قد يناقش بعدم الفرق بين القولين فى عدم تماميه التشبيه، اللهم إلا أن يكون المراد أنه لا حق لها تهبه على القول بالوجوب بالشروع، فمرجع هبتها حينئذ إلى تنزيلها منزله العدم، و فيه نظر، ضروره إمكان هبتها فى أثناء الدور،

و إمكان عدم الحق لها و إن كان معلقا على الشرع كما نبه عليه قوله و كذا لو وهبت ثلاث منهن لياليهن للرابعه لزمه المبيت عندها من غير إخلال الذى وافقه عليه فى المسالك، حيث قال: «و لو فرض هبه الجميع لواحده انحصر الحق فيها، و لزمه مبيت الأربع عندها على تقدير القول بوجوب القسمه دائما، و لا ينزل حيثئذ منزله الواحده، بل بمنزله الأربع، و على القول الآخر يجب عليه إكمال الدور لها حيث ابتدأ به، و يسقط عنه بعد ذلك إلى أن يتدئ به فيجب عليه إكمال الأربع، و هكذا. و يجرى عليه أيضا قوله: «لزمه المبيت عندها من غير إخلال» يعنى بالدور الواجب» فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا وهبت و رضى الزوج صح]

المسأله الثانيه إذا وهبت و رضى الزوج الذى قد عرفت اعتبار رضاه للاشتراك فى الحق الذى علمته صح لما تقدم.

و لو رجعت كان لها ذلك و لكن فى غير ما مضى و إن كانت الموهوبه رحما لها، لعدم كونها هبه حقيقه، و لعدم القبض فيما رجعت فيه، و من هنا كان لا يصح رجوعها فى الماضى بمعنى أنه لا يقضى لكونه بمنزله التلف المانع من الرجوع به و يصح فيما يستقبل الذى هو متجدد و لا قبض فيه، فلها الرجوع فيه بحيث لو رجعت فى أثناء الليل و علم به خرج من عند الموهوبه.

و لو رجعت و لم يعلم الزوج بذلك لم يقض ما مضى قبل علمه للأصل بعد عدم التقصير منه، و فى المسالك «فى المسأله وجه آخر، أنه يقضى كما قيل بانعزال الوكيل قبل العلم بالعزل، و الحق الأول» قلت: هو لا يخلو من قوه باعتبار انكشاف استيفاء حقها مع عدم إذنهما، و عدم التقصير لا مدخلية له فى تدارك الحق لديه، و ليس هو كالمال المأذون فى أكله الذى تأتى فيه قاعده

الغرور، كما أنه ليس من قسم الوكاله التي ثبت بالنص (١) والفتوى عدم انفساخها قبل العلم، بعد حرمة القياس عندنا، فيتجه حينئذ التدارك لها، خصوصا مع علم الزوجه دونه،

فإنها حينئذ هي ظالمه تقاص من ليلتها، لأن الحُرْمَاتُ قِصَاصٌ (٢) والله العالم.

[المسأله الثالثه لو التمسست عوضا عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم قيل لا]

المسأله الثالثه لو التمسست عوضا عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم؟ قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه لا يلزم لأنه حق لا يتقوم منفردا أى غير مالى، لعدم كونه فى مقابله عين أو منفعه، و إنما هو مأوى و مسكن فلا- تصح المعاوضه عليه و الأقوى خلافه، لإطلاق أدله الصلح مثلا الشامله لمثل ذلك من الحقوق كحق الخيار و الشفعه، من غير فرق بين الصلح على إسقاطه أو انتقاله فيما كان قابلا منه للانتقال، كما فى المقام، مضافا إلى

خبر على بن جعفر (٣) عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما: ليلتى و يومى لك يوما أو شهرا أو ما كان، أ يجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى منها ذلك فلا بأس»

و من المعلوم أن إطلاق الشراء مجاز، لأن البيع متعلق بالأعيان، فهو كناية عن المعاوضه عليه بالصلح مثلا.

و الظاهر عدم اختصاص ذلك بالزوج، بل يجوز للنساء بعضهن مع بعض، لكن مع إذن الزوج، للإطلاق المزبور، كما أن الظاهر جوازه لهن بتبديل ليله بعضهن بالأخرى لذلك أيضا.

١- ١ الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الوكاله.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ١٩٤.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٦ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

هذا و فى المسالك «حيث لا- تصح المعاوضه يجب عليها رد العوض إن كانت قبضته، و يجب القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت، لأنه لم يسلم لها العوض، هذا مع جهلها بالفساد أو علمها و بقاء العين، و إلا أشكل الرجوع، لتسليطه لها على إتلافه بغير عوض حيث يعلم أنه لا- يسلم له، كما فى البيع الفاسد مع علمها بالفساد» و فيه أنه لا- يتم مع فرض كون البذل بعنوان المعاوضه التى لم يتم له فيها المعوض و عدم الرجوع فى البيع الفاسد لو سلم فللدليل خاص من إجماع و نحوه، ضروره أن التسليط المزبور لو اقتضى عدم الرجوع لاقتضى فى المعوض أيضا كما فى العوض، و قد تقدم تحقيق المسأله فى محله.

[المسأله الرابعه لا قسمه للصغيره]

المسأله الرابعه لا قسمه للصغيره و لا المجنونه المطبقه و لا الناشزه و لا المسافره بغير إذنه بمعنى أنه يؤديه ذلك لهن فعلا و لا يقتضى لهن عما سلف أما فى الأولى و الثالثه فلا أجد فيه خلافا هنا، و ذلك لأن القسمه من جمله حقوق الزوجيه، و هى بمنزله النفقه التى تسقط بالصغر و النشوز، و لعله كذلك فى الناشزه، أما الصغيره القابله للاستمتاع الملتذ به فلا دليل عليه، لاندراجها فى اسم الزوجه التى قد سمعت ما يدل (١) على استحقاتها الليله من الأربع، و سقوط النفقه المشروطه بالدخول لو قلنا به لا يقتضى سقوط حقها من القسم، اللهم إلا أن يشك فى شمول

أدلتها لمثلها، و الأصل البراءه، و لعله كذلك.

و أما المجنونه المطبقه فقد علل بأنها لا عقل لها يدعوها إلى الأانس بالزوج و التمتع به، و هو كما ترى أخص من المدعى، و لذلك قال فى المسالك:

«و الأولى تقييد المطبقه بما إذا خاف أذاها أو لم يكن لها شعور بالانس به و إلا لم يسقط حقها منه» و ربما يؤيد ذلك فى الجملة ما سمعته سابقا فى جنون الزوج،

نعم يمكن الشك أيضا، في تناول الأدلة للمجنونه على حسب ما سمعته في الصغيره، خصوصا مع ظهور المفروغيه منه عند المصنف و غيره، و كان التقييد بالمطبقه لإخراج ذات الأدوار، فإنه لا يسقط حقها حال إفاقتها قطعا، أما حال أدوارها فيشكل الفرق بينها وبين المطبقه أداء و قضاء.

و المسافره بغير إذنه في غير واجب أو ضرورى من الناشز التي قد عرفت الحال فيها، نعم إن كان في واجب مضيق أو بإذنه في غرضه لم يسقط حقها، و وجب القضاء لها بعد الرجوع على ما صرح به بعضهم، بل ظاهره عدم الخلاف فيه، لاقتصاره في حكايته على ما إذا كان بإذنه في غرضها، قال: «فيه قولان، من الاذن في تفويت حقه فيبقى حقها، و من فوات التمكين و الاستمتاع المستحق عليها لأجل مصلحتها، و الاذن إنما تؤثر في سقوط الإثم، و فوات التسليم المستحق و إن كان بسبب غير مأثوم فيه يوجب سقوط ما يقابله، كما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب يعذر فيه، فإنه يسقط تسليم الثمن، و الأول خيره العلامه في التحرير و الثانى خيرته في القواعد» قلت: مبنى المسأله على الظاهر أمران: (أحدهما) أصاله تدارك هذا الحق و قضائه أولا (ثانيهما) أن ظاهر أدله القسم شمولها لمثل المفروض أو أنها ظاهره في الزوجات القابله للتقسيم عليهن، و لعل الأقوى الأول في الأول، و الثانى في الثانى، و هو كاف في سقوط الحق لها، بل منه ينقدح الشك أيضا في ثبوته في الأولين إن لم يكن إجماعا، و الله العالم.

[المسألة الخامسة لا يزور الزوج الضرة في ليله ضررتها]

المسألة الخامسة لا يجوز أن يزور الزوج الضرة في ليله ضررتها بغير إذنها، لما في ذلك من منافاه العدل والإيذاء غالباً، ولأنها مستحقة لجميع أجزاء الليله فلا يجوز صرف شيء منها إلى غيرها إلا بما جرت به العادة، أو دلت قرائن الأحوال على إذنها فيه، كالدخول على بعض أصدقائه والاشتغال ببعض العباده ونحو ذلك، ولا ريب في عدم دخول زياره الضرة فيه و احتمال أن المستثنى زمان أمثال ذلك فله وضعه حيث شاء، مناف لظاهر الأدله إن لم يكن المقطوع به منها.

نعم لو كانت مريضه جاز له عيادتها لقضاء العاده، كما تجوز عياده الأجنبي، و لعدم التهمه في زيارتها حينئذ، لمكان المرض بخلاف الصحة، و لذا قيده بعضهم بكون المرض ثقيلًا و إلا لم يصح، ثم إن خرج من عندها في الحال لم يجب قضاؤه حتى لو فرض في حال عصيانه به، لكونه قدرا يسيرا لا يقدر في المقصود و لم يفد تداركه ف يبقى على الأصل.

و إن استوعب الليله عندها في غير العياده أو طال مكثه كذلك فلا شبهه في القضاء، و إن استوعبها فيها لاقتضاء المرض ذلك ف هل يقضيها؟ قيل: نعم، لأنه لم يحصل المبيت لصاحبها و الأصل التدارك، و تممه في المسالك بأنه ليس من ضرورات الزياره الإقامه طول الليله، فهو ظلم، و كل ظلم للزوجه في المبيت يقضى و قيل: لا يقضى كما لو زار أجنبيا، و هو أشبه عند المصنف، لكن في المسالك «أن الأول أقوى، و الفرق بين الأمرين واضح، و الأصل ممنوع فإن زياره الأجنبي مشروطه بعدم استيعاب الليله».

قلت: محل البحث على الظاهر ما إذا اقتضى الحال استيعاب الليله عندها لتمريضها، و المراد بالتشبيه بزياره الأجنبي أنه يكون معتادا كأصل الزياره، لا

أن المراد الزياره المستوعبه، و حينئذ لا يكون فيه ظلم للزوج، فيبنى على أصاله التدارك مع عدم الظلم، و يمكن أن يكون بناء المصنف عدم التدارك فيما لا- يكون ظلما، و هو لا يخلو من وجه و إن كان الأقوى خلافه. و على كل حال لا يحتسب على المريضه نعم لو طال المكث عندها بغير عياده اقتصر منها بمثله في نوبتها.

أما لو طال المكث عند غير الضره قضاءه من ليلته إن بقيت له ليله، و إلا بقيت المظلمه في ذمته إلى أن يتخلص منها بمسامحه و نحوها.

و لو دخل على إحدى الضرات في ليله الأخرى فواقعها ثم عاد إلى صاحبه الليله لم يقض المواقعه قطعاً في حق الباقيات للأصل و لأن المواقعه ليست من لوازم القسمه نعم يتجه قضاء زمان المواقعه مع طولها، لما عرفت، و إن لم يطل ففي المسالك فالإثم خاصه، قلت: في الإثم أيضاً نظر، و عن بعض العامه و جوب قضاء الجماع للمظلومه في ليله المجامعه كما فعله لها، ثم يذهب إليها ليحصل العدل و إن لم يكن الجماع واجبا في نفسه، و هو كما ترى بعد عدم و جوب العدل بنحو ذلك، و الله العالم.

[المسأله السادسة لو جار في القسمه قضى لمن أخل بليتها]

المسأله السادسة:

لو جار في القسمه قضى لمن أخل بليتها بلا خلاف لكنه مشروط ببقاء المظلوم بهن في حباله، و بأن يفضل له من الدور فضل يقضى، فلو كان عنده أربع فظلم بعضهن في ليلتها بأن ترك المبيت فيها عندها و عند ضررتها لم يمكنه القضاء، لاستيعاب الوقت بالحق على القول بوجوب القسمه ابتداء فيبقى في ذمته إلى أن يتمكن بطلاق واحده أو نشوزها أو موتها أو غير ذلك مما يكون سببا لرجوع شىء من الزمان اليه يتمكن فيه من القضاء أو يسترضيهن بمال أو غيره، نعم لو كان ظلمه بالمبيت عندهن فان جعل ليلتها لواحده معينه قضاها من دورها، و إن ساوى بينهما و أسقط المظلومه من رأس قضى لها من الزمان بقدر ما فاتها، بل قيل: مواليا إلى

أن يتم لها حقها ثم يرجع إلى العدل، ووجهه ما تسمعه.

و كذا لا يتمكن من القضاء لو تزوج ثلاثا مثلا بعد مفارقه المظلوم بهن، فإن المظلومه لا حق لها عند المتجددات، نعم لو أمكن الجمع بين حق الجديده و القضاء اتجه حينئذ ذلك. كما لو فارق واحده منهن و تزوج أخرى أمكن القضاء من دور المظلوم بهما دون الجديده، فيعطيها من كل دور ثلاثا و للجديده ليله إلى أن يكمل حقها ثم يرجع إلى العدل، فلو كان معه ثلاث نسوه مثلا فبات عند اثنتين منهن عشرين ليله مثلا فاستحقت الثالثه عنده عشرين - بل قيل: و عليه أن يوفيه إياه ولاء، لأنها قد اجتمعت في ذمته، و هو متمكن من وفائها، فلا يجوز أن يؤخر و إن كان لا يخلو من نظر - فنكح جديده بعد العشرين لم يجز أن يقدم قضاء العشره، لأنه ظلم على الجديده، بل يوفيه أولا حق الزفاف من ثلاث أو سبع ثم يقسم الدور بينها و بين المظلومه فيجعل لها ليله و للمظلومه ليلتها و ليلتى الظالمتين، و هكذا ثلاثه أدوار فيوفيه تسعا، و يبقى لها ليله.

قال في المسالك: «فان كان قد بدأ بالمظلومه بات بعد ذلك ليله عند الجديده، لحق القسم ثم ليله عند المظلومه لتمام العشر، و يثبت للجديده بهذه الليله ثلاث ليله، لأن حقها واحده من أربع، فإذا أكمل لها ثلاث ليله خرج باقى الليل إلى مكان خال عن زوجاته ثم يستأنف القسمه للأربع بالعدل، و إن كان قد بدأ بالجديده فإذا تمت التسع للمظلومه بات ثلاث ليله عند الجديده و خرج باقى الليل كما وصفناه، ثم بات ليله عند المظلومه ثم قسم بين الكل بالسويه» و فيه نظر كقوله فيها: «إنه قد يحتاج إلى التبعيض بغير الظلم، كما لو كان يقسم بين نسائه فخرج فى نوبه واحده لضروره و لم يعد أو عاد بعد وقت طويل، فيقضى لها من الليله التى بعدها مثل ما خرج، و يخرج باقى الليل إلى المسجد أو نحوه كما قررناه و يستثنى من الخروج ما إذا خاف اللص و العسس أو لم يكن فى داره مكان منفرد يصلح لمنامه بقيه الليله، فيعذر فى الإقامه، و الأولى أن لا يستمتع فيما وراء زمان القضاء» فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسألة السابعة لو كان له أربع فنشزت واحده سقط حقها]

المسألة السابعة:

لو كان له أربع فنشزت واحده سقط حقها وفضل له حينئذ من الدور ليله يضعها حيث يشاء لو كانت قسمته ليله ليله، أما إذا كانت أكثر من ليله ففي المسالك «استوعب دور القسمة أو زاد عليه، لأن أقل النسوة المتعددات أن يكونا اثنتين، فإذا جعل القسم بينهن اثنتين استوعب حقهما الدور، فيسقط حقه من الزائد، لأنه أسقطه بيده حيث اختار الزيادة» و نسب ذلك إلى ظاهر مذهب الأصحاب في مسألة الكتاب و نظائرها، قال: «و يدل عليه أن ثبوت حقه معهن و تفضيل بعضهن على بعض على خلاف الأصل، و الدلائل العامة من وجوب العدل و التسوية بينهن يدل على خلافه، و يقتصر فيه على مورد النص، و هو ثبوت حقه في الزائد عن عددهم في الأربع على القسمة ليله ليله على ما في الرواية الدالة من ضعف السند، و لو لا ظهور اتفاق الأصحاب عليه أشكل إثباته بالنص، و عامه الفقهاء من غير الأصحاب على خلافه، و أنه متى قسم لواحد عددا و جب أن يقسم للأخرى مثلها مطلقا مع تساويهما في الحكم».

قلت: لا ريب في ظهور النص (١) المشتمل على الإشارة إلى الآية الكريمة (٢) كما تقدم سابقا أن للرجل حقا في القسم على نسبه الأربع، ضروره عدم الخصوصيه للأربع، و لا ينافي ذلك وجوب العدل و التسوية و عدم التفضيل، إذ ذلك كله خارج عن محل البحث الذى هو ثبوت حق لهن فيه و عدمه، فإنه لو فرض استيفاء نصيبه بغير الاستمتاع بأحد منهن لم يكن منافيا للعدل و لا مفضلا و لا- تاركا للتسوية، و فتوى عامه غير الأصحاب بخلافه مما يؤكد حقيقته، لا- أنه يوهنه بعد أن جعل الله الرشد في خلافهم، و إطلاق المصنف و غيره في المسألة لا ينافي ذلك، لمعوميه إرادته القسم من ذلك، بل كاد يكون صريح كلامهم، خصوصا بعد عدم سوجه لمحل

١- ١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٦.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ٤.

البحث، كما هو واضح.

فلا ريب في أن المتجه أن له حقا على حسب نسبه الأربع، و لكن في المسالك يسهل الخطب بدعوى أن الفائدة إنما تظهر على القول بوجوب القسمة ابتداء دائما أما على المختار و هو القول بوجوبها مع الابتداء بها خاصة و جواز الإعراض بعد ذلك فالأمر سهل، لأنهن إذا وفي لهن العدد الذى جعله لهن جاز له الاعراض عنهن، سواء كان له حق فى المده أم لا، مع أنه أيضا لا يخلو من نظر.

و على كل حال فإذا نشزت واحده من الأربع ثم قسم خمس عشره فوفى اثنتين ثم أطاعت الرابعه و جب أن يجمع بين حقى الباقية و التى أطاعت، ف يوفى الثالثه خمس عشره و التى كانت ناشزا خمسا فيقسم الدور بينهما خاصة، للناشز ليله و للثالثه ثلاثا خمسه أدوار، فتستوفى الثالثه خمس عشره، و الناشز خمسا ثم يستأنف و ليس له أن يفى الثالثه خمس عشره متواليه، لمزاحمه حق المطيعه جديدا التى صارت بتجدد طاعتها كالمراه الجديده التى قد عرفت الحال فيها، و هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الثامنه لو طاف على ثلاث و طلق الرابعه بعد دخول ليلتها أثم]

المسأله الثامنه:

لو طاف على ثلاث و طلق الرابعه مثلا- بعد دخول ليلتها أثم بذلك، كما فى المسالك حاكيا له عن الشيخ و غيره، بل ظاهره المفروغيه منه، إلا- أنه لا- يبطل به الطلاق، لكونه محرما لأمر خارج هو تفويت الحق، فيكون كالبيع وقت النداء من غير فرق فى المطلقه بعد حضور نوبتها بين الراغبه و غيرها، و لا- فى الطلاق بين كونه رجعيا و بائنا و إن تمكن فى الأول من التخلص بالرجوع، لكونه بقسميه سببا فى تعطيل الحق و اشتغال الذمه، و فيه إمكان عدم الإثم به، لأن

وجوب القسم مشروط بالبقاء على الزوجية، و لا يجب عليه تحصيل الشرط، و ربما كان ما تسمعه من اختيار المصنف مبنيًا على ذلك.

و على كل حال فلو كان رجعيًا و رجع في العده و جب قضاء، و تخلص منها بغير إشكال كما في المسالك، لأن الرجعه أعادت الزوجية الأولى كما كانت.

و إن تركها حتى انقضت عدتها أو كان الطلاق بائنا ثم تزوجها قيل و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه يجب لها قضاء تلك الليلة لأنه حق استقر في ذمته و أمكنه التخلص منه، فيجب و لكنه فيه تردد كما عن الإرشاد و ظاهر التلخيص ينشأ، من ذلك و من سقوط حقها بخروجها عن الزوجية و تباين الحقوق بتباين النكاحين، فلا يفيد قضاء مثل ما فات في أحدهما في الآخر، بل يجب العدل في كل منهما، فلو قضى لها في الثاني لزم الجور على الآخر.

و بذلك يظهر لك وجه ما ذكرناه من الفرق بين الرجعه و التزويج الذى جعله المصنف عنوان المسألة إلا أنه مع ذلك و فى المسالك أن الأقوى و جوب القضاء، لمنع الملازمه بين الخروج عن الزوجية و سقوط الحقوق المتعلقة بها، و من ثم يبقى المهر و غيره من الحقوق الماليه و إن طلق، و تخصيص بعض الحقوق بالسقوط دون بعض لا- دليل عليه، ثم فرع على ذلك و جوب التزويج لو توقفت البراءة عليه، و لو فرض إمكان التخلص بوجه آخر تخير بينهما، و حينئذ فلا- يمنع من تزويج رابعه، لكون الفرض عدم الانحصار فيه، بل و على تقديره لم يقدح فى صحه التزويج، لما سمعته من عدم اقتضاء مثل هذا النهى الفساد.

و لا يخفى عليك ما فى ذلك كله بعد ما عرفت من ظهور الأدله فى و جوب هذه الحقوق ما دامت الزوجية باقيه، فهى من قبيل الواجب المشروط، و ليست مثل المهر و نحوه.

و كيف كان فمن المعلوم أن و جوب القضاء مع إمكانه و إلا فلا، كما إذا لم بيت فى ليلتها عند واحده من الباقيات أو أنه فارق التى باتها عندها و تزوج

بجديده مع المظلومه، أو نحو ذلك، فإنه لا يتمكن من القضاء ما دام تحته أربع زوجات، لاستيعاب حقوقهن الليالي، بل و كذا إن فارق التي باتها عندها و لم يجدد نكاحها و لا- نكاح غيرها مع المظلومه بناء على أنه لا عبره بالقضاء حينئذ إلا من نوبه المظلوم بها، و إن كان فيه نظر واضح، ضروره عدم الفرق بعد وصول حقها إليها بين أن يكون من نوبتها أو مما فضل له من دوره، و الله العالم.

[المسأله التاسعه لو كان له زوجتان في بلدين فأقام عند واحده عشرا كان عليه للأخرى مثلها]

المسأله التاسعه:

لو كان له زوجتان في بلدين فأقام عند واحده عشرا قيل و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه كان عليه للأخرى مثلها إذا كان ذلك منه على وجه القسمه، و ما يمضى عليه في السفر بين البلدين لا يحسب من لياليه و لا من ليالي إحداهما و إن لم يكن على وجه القسمه لم يلزمه للثانيه إلا خمس لأنه نصف الدور فنصف العشر حقها و نصفها تبرع، و لعله لحاجه الإطلاق المزبور إلى التقييد المذكور نسبة المصنف إلى القليل أو للشك في وجوب القسم مع عدم اجتماع النساء في بلد واحد، بل كان بينهما مسافه فصاعدا، فله حينئذ الإقامة عند كل واحده ما يشاء.

هذا و لكن في المسالك بعد أن ذكر ذلك عن المبسوط قال: «وجهه ما أشرنا إليه من أن المبيت عند واحده من الزوجات زياده على الليله توجب المبيت عند الأخرى مثلها مراعاة للعدل بينهما، و أن جواز المفاضله بين الاثنتين و الثلاث مشروط بجعل القسم ليله و نقل المصنف له بصيغه القليل يؤذن باستشكاله، و وجهه ما علم من أن للزوج مع الاثنتين نصف الدور، فينبغي أن يكون له من العشر نصفها، و لكل واحده منهن ربع، فلا يلزمه للثانيه إلا ليلتان و نصف».

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما قدمناه سابقا خصوصا فيما ذكره أخيرا، بل لم أعثر على غيره قد جزم بالحكم المزبور، و في حاشيه الكركى على

الكتاب «هذا القول مشكل، لأن لها نصف القسم، فكيف يجب استيعابه للأخرى» و أجيب بوجه ثلاثه (الأول) حمله على الاستحباب (الثاني) حمله على أن له زوجتين آخرتين، فان مفهوم الاسم ليس بحجه، و (الثالث) حمله على أنه استوفى حقه من القسم، و لم يذكر ما سمعته من المسالك وجها.

و كيف كان فمن المعلوم أنه يتخير في وفاء الثانيه بين الذهاب إليها و استدعائها إليه، فإن امتنعت منه مع قدرتها سقط حقه، للنشوز حينئذ، و الله العالم.

[المسأله العاشره لو تزوج امرأه و لم يدخل بها فأقرع للسفر فخرج اسمها جاز له مع العود توفيتها حصه التخصيص]

المسأله العاشره:

لو تزوج امرأه و لم يدخل بها فأقرع للسفر فخرج اسمها من بين غيرها استصحابها معه، و لكن جاز له مع العود بل و جب عليه إن طلبته منه توفيتها حصه التخصيص التي هي الثلاث أو السبع لأن ذلك لا يدخل في السفر، إذ ليس السفر داخلا في القسم خلافا للمحكي عن الشيخ من الاكتفاء في تخصيصها بما يحصل في أيام السفر، لحصول المقصود بها و هو الأانس و زوال الحشمه، و فيه- بعد منع انحصار الفائده في ذلك، بل يمكن أن يكون أهميه الاستمتاع بالجديده في هذه المده، و كون هذه العله مستنبطه- أن أيام التخصيص من ليالى القسم التي فضلت بها مثل ما فضلت الحره على الأمه، و الاتفاق على أن أيام السفر لا تدخل في القسم، و لذا لم يقض للمتخلفات ما فاتهن مع المصحوبه فكذلك هنا.

نعم لو كان المتزوج بهما جديدا اثنتين فاستصحب إحداهما في السفر بالقرعه قضى حق المقيمه إذا حضر من الثلاث أو السبع، إما بعد قضاء حق المصحوبه أو قبله إن ترتبا في النكاح أو بالقرعه، و ذلك لاستصحاب ما لها من الحق من غير ما يدل على إسقاط صحبه الأخرى في السفر له، قيل كما أنه إذا قسم للأربع لكل منهن ليله فبات عند ثلاث ثم سافر و استصحب معه غير الرابعه، فإنه يبقى عليه

حق الرابعه، فإذا عاد وفاها حقها، و للعامه وجه بالعدم، للزوم تفضلها، لأنه لم يقضها ما لها من الحق، و إنما دخل حقها في السفر، فلو قضى المقيمه حقها لزم التفضيل، و هو كما ترى، و الله العالم.

[القول فى النشوز]

القول فى النشوز:

و هو الخروج من الزوج أو الزوجه عن الطاعه الواجبه على كل واحد منهما للآخر و أصله لغه الارتفاع يقال: نشز الرجل ينشز إذا كان قاعدا فنهض قائما، و منه قوله تعالى (١) «وَ إِذَا قِيلَ انشُرُوا فَانشُرُوا» أى انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى، و سمي خروج أحدهما نشوزا لأنه بمعصيته قد ارتفع عما أوجب الله تعالى عليه من ذلك للآخر، قيل: و لذلك خص النشوز

بما إذا كان الخروج من أحدهما، لأن الخارج ارتفع على الآخر فلم يبق بحقه، و لو كان الخروج منهما معا خص باسم الشقاق كما يأتى، لاستوائهما معا فى الارتفاع، فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الآخر، و قال بعضهم:

يجوز إطلاق النشوز على ذلك أيضا، نظرا إلى جعل الارتفاع عما يجب عليه من الطاعه لا على صاحبه، و هو متحقق فيهما، و بعض الفقهاء أطلق على الثلاثه اسم الشقاق، و فى المسالك و الكل جائز بحسب اللغه، و لكن ما جرى عليه المصنف أوفق بقوله تعالى (٢) «وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ» إلى آخره و قوله تعالى (٣):

«وَ إِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَغْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» إلى آخره و قوله تعالى (٤):

«وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا».

قلت: الظاهر تحقق اسم النشوز بخروج كل منهما عن الطاعه الواجبه عليه

١- ١ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ١١.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٤.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآيه ١٢٨.

٤- ٤ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٥.

للآخر بل لا يبعد كون ذلك بمعنى ارتفاع كل منهما عن الآخر عما وجب عليه، نعم تحقق اسم الشقاق بخروج أحدهما دون الآخر بعيد، كما أن ما عن نهائه الشيخ من تخصيص النشوز بخروج الزوج عن الحق كذلك، بل هو خلاف الآيه الأولى و غيرها، و نحوه ما فى ظاهر أحكام الراوندى

فى اختصاصه بالعكس، إذ لا ريب فى أنه قد يكون من الزوج، كما يكون من الزوجه.

بل ربما ظهر من الصحاح و القاموس و المجمع صدق اسم النشوز لعه على المعنى العرفى، فإن فيها «نشزت المرأة تنشز نشوزا استعصمت على زوجها و أبغضته، و نشز عليها إذا ضربها و جفاها» و عن شمس العلوم «عصته و خالفتها، و نشز عليها: ضربها و جفاها» و المصباح المنير «عصته و امتنعت عليه، و نشز عليها: تركها و جفاها» و النهايه «عصت عليه و خرجت عن طاعته، و نشز عليها: جفاها و أضر بها و كرهها و أساء صحبتها».

اللهم إلا- أن يقال: إن حاصل ذلك منهم كون النشوز منها الاستعصاء و الكراهه، و منه الضرب و الهجر، و هو خلاف ما فى الشرع من كونه الامتناع من خصوص الحق الواجب عليه أو عليها و لذا قيل لم يكن من النشوز البذاء و إن أئمت به و استحقت التأديب، و لا الامتناع من خدمته و قضاء حوائجه التى لا تعلق لها بالاستمتاع، لعدم وجوب شىء من ذلك عليها، و لا غير ذلك مما لا ينقص الاستمتاع بها.

و على كل حال ف قد ذكر المصنف و غيره أنه متى ظهر من الزوجه أمارته أى النشوز مثل أن تتقطب فى وجهه أو تبرم فى حوائجه المتعلقة بالاستمتاع أو تغير عاداتها فى أدبها جاز له هجرها فى المضجع بعد عظتها، و صورته الهجر أن يحول إليها ظهره فى الفراش، و قيل: أن يعتزل فراشها، و الأول مروى عن الباقر و الصادق عليهما السلام (١) و لا يجوز له ضربها و الحال هذه، أما لو وقع النشوز

١-١ مجمع البيان- ذيل الآيه ٣٤ من سوره النساء عن الباقر عليه السلام و مجمع البحرين ماده: «هجر» عن الصادق عليه السلام.

و هو الامتناع عن طاعته فيما يجب له جاز ضربها و لو بأول مره و لكن يقتصر على ما يؤمل معه رجوعها ما لم يكن مدميا و لا مبرحا و ظاهره الفرق بين الموعظه و الهجر و بين الضرب، فيجوز الأولان على ظهور أمارات النشوز بخلاف الأخير، فلا يجوز إلا مع تحقق النشوز، نعم معه يجوز من أول مره، و لا يعتبر تقدم الوعظ أو الهجر بخلاف الأولين، فإن الثاني منهما مرتب على عدم نفع الأول، و هو أحد الأقوال فى المسأله، محكى عن المبسوط و الفاضل فى القواعد، و كان وجهه أن الأصل فى هذا الحكم الآيه الشريفه (١) و هى قوله تعالى «و اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيًّا» و لا-ريب فى ظهورها بترتب الأمور الثلاثه بخوف النشوز إلا أن الأخير منها لما علم بالإجماع المحكى عن المبسوط و الخلاف اعتبار النشوز فى جوازه المؤيد بقاعده عدم جواز العقوبه إلا على فعل المحرم و جب تقدير ذلك بالنسبه إليه فى الآيه، و بقيت على ظاهرها فى الأولين، و إطلاقتها حينئذ يقتضى

جواز الضرب مع تحقق النشوز من غير تقدم الوعظ و الهجر، أما هما فمترتان على حسب ترتب النهى عن المنكر.

و فيه أن الهجر تفويت لحقها الواجب عليه أيضا، فلا يجوز قبل تحقق الذنب، إذ هو عقوبه أيضا لا تجوز بدون فعل المحرم، و كونه أوسع من الضرب لا- يقتضى جوازه بظهور أمارات المعصيه، و إلا لجاز الضرب، و دعوى الاكتفاء بظاهر الآيه فى جوازه يقتضى جواز الضرب أيضا، ضروره اتحاد الجميع بالنسبه إلى دلالتها اللهم إلا أن يقال: إن الإجماع السابق منع منه بالنسبه إلى الضرب بخلاف الأولين، أو يقال: إن ذلك أيضا محرم عليها و إن لم يكن نشوزا، فجوز عقابها بالهجر بخلاف الضرب المشروط جوازه بالنشوز للإجماع السابق، إلا أن الجميع كما ترى مجرد اقتراح و تعسف بلا شاهد معتد به.

و من هنا كان ظاهر المصنف فى النافع ترتب الثلاثه على ظهور أمارات النشوز

من غير فرق بين الضرب و غيره، إلا- أنها مترتبة على حسب ترتب النهى عن المنكر فجوازها حينئذ مع الشوز مستفاد من الأولويه، و فيه أنه و إن وافق ظاهر الآيه بالنسبه إلى ثبوت الثلاثه على خوف الشوز، لكنه مناف لظاهرها بالنسبه إلى التخيير بين الثلاثه و الجمع، لأن الواو لمطلق الجمع، اللهم إلا أن يستفاد من ترتب أفراد النهى عن المنكر، لكن الكلام فى أن ذلك منها؟ ضروره عدم الشوز بها و عدم ثبوت حرمتها بدونها، على أنه مناف أيضا لما سمعته من الإجماع المحكى المعتضد بما عرفت من عدم جواز الضرب إلا على الشوز.

و من هنا عكس ابن الجنيد فيما حكى عنه بجعل الأمور الثلاثه مترتبة على الشوز بالفعل، و لم يذكر الحكم عند ظهور أماراته، و جوز الجمع بين الثلاثه ابتداء من غير تفصيل، فقال: «و للرجل إن كان الشوز من المرأه أن يعظها و يهجرها فى مضجعها، و له أن يضربها غير مبرح» و يظهر منه جواز الجمع بين الثلاثه و الاجتزاء بأحدها أو باثنين منها، و لعله لأن ذلك حقه، فله فيه الخيار و لأن الواو لمطلق الجمع المقتضى جوازه و التخيير، و المراد من الخوف فى الآيه العلم، لقوله تعالى (١):

«فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ الْآيَةِ» فأول الخوف و استغنى عن الإضمار الذى تكلفه غيره.

لكنه فيه أنه مناف لقاعده ترتب أفراد النهى عن المنكر، بل يمكن دعوى أن يكون المراد من الآيه ذلك، و لعله لذا جعل العلامة فى الإرشاد الثلاثه مترتبة على الشوز بالفعل، كما سمعته من ابن الجنيد، لكن جعلها مترتبة مراتب الإنكار.

و لعل ذلك أولى من جميع ما تقدم، و مما عن بعض العلماء من التفصيل أيضا من جعل الأمور الثلاثه مترتبة على مراتب ثلاثه من حالها، فمع ظهور أمارات الشوز يقتصر على الوعظ، و

مع تحققه قبل الإصرار ينتقل إلى الهجر، فان لم ينجع و أصرت انتقل إلى

الضرب، فيكون معنى الآية: و اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، فان نشزن فاهجروهن فى المضاجع، فان أصررن فاضربوهن. إذا هو أيضا كما ترى و إن حكى عن العلامة فى التحرير موافقته.

و انما المتجه ما سمعته من الإرشاد الذى هو يرجع أيضا إلى إرادته و إن خفتم استمرار نشوزهن، بل يمكن القطع بذلك بملاحظه ما ورد من النصوص (١) فى قوله تعالى (٢) «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» و فى قوله تعالى (٣) «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا» ضروره اتحاد المساق فى الجميع، كضروره اتحاد المراد من الخوف و النشوز فى الكل و إن كان للرجل مع كراهته للمرأة مفرا بطلاقها بخلافها هى.

فمن الغريب تكثير القيل و القال هنا و اتفاقهم ظاهرا على إرادته ذلك فى آيه الشقاق، بل لا يبعد إرادته الكراهه من النشوز فى الآية على وجه ينقص استمتاعه بها و لو بالتقطب فى وجهه و إسماعه الكلام الغليظ، و نحو ذلك مما يذهب الرغبه فى مقاربتها و

الاستمتاع بها، كما تسمع إنشاء الله النصوص (٤) الواردة فى قوله تعالى (٥):

«وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» إلى آخره بل فى

خبر زرارته (٦) المروى فى تفسير العياشى عن أبى جعفر عليه السلام «إذا نشزت المرأة على الرجل فهى الخلعه، فليأخذ منها ما قدر عليه، و إذا نشز الرجل مع نشوز المرأة فهو الشقاق»

إشاره إليه.

و من ذلك كله يظهر لك النظر فى جملة من كلماتهم حتى ما فى المسالك و غيرها من أن المراد بظهور أمارات النشوز تغير عاداتها معه فى القول أو الفعل،

١- ١ الوسائل الباب- ١١ و ١٢ و ١٣- من أبواب القسم و النشوز.

٢- ٢ النساء: ٤- الآية- ١٢٨.

٣- ٣ النساء: ٤- الآية- ٣٥.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب القسم و النشوز.

٥- ٥ سورة النساء: ٤- الآية ١٢٨.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١١- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٥.

بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو غير مقبله بوجهها معه بعد أن كانت تقبل، أو تظهر عبوساً أو إعراضاً و تناقلاً و دمدمه بعد أن كانت تطف به و تبادر اليه و تقبل عليه، و نحو ذلك، و التقييد بتغيير العاده احترازاً عما لو كان ذلك من طبعها ابتداءً، فإنه لا يعد أماره النشوز، نعم مثل التبرم فى الحوائج لا يعتبر فيه العاده، لأن ذلك حقه، فعلها المبادره إليها ابتداءً، و لا عبره بالعاده بخلاف الآداب، و هذه الأمور و

نحوها لا تعد نشوزاً، فلا تستحق عليه ضرباً على الأقوى، بل يقتصر على الوعظ، فلعلها تبدئ عذراً أو ترجع عما وقع من غير عذر.

و يظهر من مجوز الضرب بل الهجر أنها أمور محرمة و إن لم يكن نشوزاً، و الضرب لأجل فعل المحرم، ثم قال: «ليس من النشوز و لا- من مقدماته بذاءه اللسان و الشتم، و لكنها تأثم به و تستحق التأديب عليه، و هل يجوز للزوج تأديبها على ذلك و نحوه مما لا- يتعلق بالاستمتاع أم يرفع أمره إلى الحاكم؟ قولان تقدمتا فى كتاب الأمر بالمعروف، و الأقوى أن الزوج فيما وراء حق المساكنه و الاستمتاع كالأجنبى و إن نغص ذلك عيشه و كدر الاستمتاع- و قال أيضاً- المراد بحوائجه التى يكون التبرم بها أماره النشوز ما يجب عليها فعله من الاستمتاع و مقدماته، كالتنظيف المعتاد و إزاله المنفر و الاستحداد، بأن تمتنع و أو تتناقل إذا طلبها على وجه يحوج زواله إلى تكلف و تعب، و لا أثر لامتناع الدلال و لا للامتناع من حوائجه التى لا تتعلق بالاستمتاع، إذ لا يجب عليها ذلك، و فى بعض الفتاوى المنسوبه إلى فخر الدين أن المراد بها نحو سقى الماء و تمهيد الفراش، و هو بعيد جداً، لأن ذلك غير واجب عليها، فكيف يعد تركه نشوزاً؟» فان الجميع كما ترى، ضروره تحقق النشوز بالعبوس و الاعراض و التناقل و إظهار الكراهه له بالفعل و القول و نحوهما مما ينقص استمتاعه بها و تلذذه بها، بل لا ينبغى التأمل فى تحققه بتبرمها بحوائجه المتعلقة بالاستمتاع أو الداله على كراهتها له، بل لعل ما سمعته من الفخر يرد منه ذلك، بل لعل إطلاق المتن مثله أيضاً، كضروره اقتضاء آيه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ

عَلَى النِّسَاءِ» (١) و «قُوا أَنْفُسَكُمْ وَ أَهْلِيكُمْ نَارًا» (٢) إلى آخرها و غيرهما تولى تأديبها، خصوصا فيما يتعلق به نفسه.

و على كل حال فالمراد بالهجر فى المضجع ما صرح به غير واحد من الأصحاب توليتها ظهره فى الفراش، كما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (٣) بل عن المبسوط نسبه إلى روايه أصحابنا (٤)، و عن مجمع البيان إلى الباقر عليه السلام (٥) و لكن عن المبسوط و السرائر هو أن يعتزل فراشها، و عن المفيد التخيير بينهما، و فى الرياض أنه أقوى، لاندرجاهما فى الهجر عرفا.

قلت: يمكن دعوى الترتيب فى أفراده أيضا على حسب الترتيب فى أفراد النهى عن المنكر، نعم ما عن تفسير على بن إبراهيم (٦) من سبها لا دليل عليه، و كذا الكلام فى الضرب، فيقتصر على ما يؤمل معه طاعتها، فلا يجوز زياده عليه مع حصول الغرض به، و إلا تدرج إلى الأقوى فالأقوى ما لم يكن مدميا و لا مبرحا، و ابتداءه الضرب بالسواك.

و عليه يحمل ما عن الباقر عليه السلام (٧) من تفسيره به، لا أنه منتهاه، ضروره منافاه إطلاقه الآية (٨) و ما دل على النهى عن

المنكر (٩) و بعده عن حصول الغرض به دائما، مضافا إلى إطلاق كلمات الأصحاب.

نعم ينبغى اتقاء المواضع المخوفه كالوجه و الخاصره و مراق البطن و نحوه،

١- ١ سورة النساء: ٤- الآية ٣٤.

٢- ٢ سورة التحريم: ٦٦- الآية ٦.

٣- ٣ البحار ج ١٠٤ ص ٥٨ ط الحديث.

٤- ٤ المبسوط ج ٤ ص ٣٣٨ ط الحديث.

٥- ٥ مجمع البيان ذيل الآية ٣٤ من سورة النساء.

٦- ٦ البحار ج ١٠٤ ص ٥٥ ط الحديث.

٧- ٧ مجمع البيان ذيل الآية ٣٤ من سورة النساء.

٨- ٨ سورة النساء: ٤- الآية ٣٤.

٩- ٩ سورة آل عمران: ٣- الآية ١٠٤.

و أن لا- يوالى الضرب على موضع واحد، بل يفرق على المواضع الصلبة مراعيًا فيه الإصلاح لا- التشفى و الانتقام، بل فى المسالك أنه يحرم بقصده مطلقًا، بل بدون القصد المأذون لأجله، و لو حصل بالضرب تلف و جب الغرم، لإطلاق أدلته الذى لا ينافيه الرخصه فيه، مع أن المرخص فيه غير المفروض من الضرب، كما لا ينافيه عدم الضمان بضرب الولى الصبى تأديبا الذى يمكن الفرق بينهما بعد تسليم ذلك فيه بأن ضرب الزوج لمصلحته بخلافه فى الولى الذى هو محسن محض، و لذا كان للأول العفو بل فى بعض النصوص النهى عن الضرب (١) بخلاف الثانى، و الله العالم هذا كله فى نشوز الزوجه.

و أما إذا ظهر من الزوج النشوز بمنع حقوقها الواجبه من قسم و نفقه و نحوهما فلها المطالبه بها و وعظها إياه، و إلا رفعت أمرها إلى الحاكم و كان للحاكم إلزامه بها، و ليس لها هجره و لا ضربه، كما صرح به غير واحد مرسلين له إرسال المسلمات و إن رجعت عوده إلى الحق بهما، لأنهما متوقفان على الاذن الشرعى و ليست، بل فى الآيتين (٢) ما

ينبه على تفويض ذلك إليه لا- إليها، و أنه هو اللائق بمقامه و مقامها، و لا بأس به و إن نافي إطلاق أدله الأمر بالمعروف، إذ يمكن دعوى سقوط هذه المرتبه منه هنا، كما تسقط بالنسبه للولد و الوالد، نعم إن عرف الحاكم ذلك باطلاع أو إقرار أو شهود مطلعين عليهما نهاه عن فعل ما يحرم، و أمره بفعل ما يجب، فان نفع و إلا عزره بما يراه، و له أيضا الإنفاق من ماله مع امتناعه من ذلك و لو بيع عقاره إذا توقف عليه.

و إن كان لا- يمنعها شيئًا من حقوقها الواجبه و لا يفعل ما يحرم عليه بها إلا أنه يكره صحتها لكبر أو غيره فيهم بطلاقها ف لها ترك بعض حقوقها

١- ١ المستدرک الباب- ٦٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣- ٥.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٤ و سورة التحريم: ٦٦- الآيه ٦.

أو جميعها من قسمه أو نفقه استماله له و يحل للزوج قبول ذلك بلا- خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الأصل و الكتاب و السنه، إذ هو المراد من قوله تعالى (١) «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا» كما استفاضت به النصوص، ففي

صحيح الحلبي أو حسنه (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن قول الله تعالى وَ إِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ- إلى آخره- فقال: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها، فيقول لها اني أريد أن أطلقك فتقول له: لا تفعل إنى أكره أن تسمت

بى، و لكن انظر فى ليلتى فاصنع بها ما شئت، و ما كان سوى ذلك من شىء فهو لك، و دعنى على حالتى، فهو قوله: فلا جناح- إلى آخره- و هذا هو الصلح».

و خبر أبى حمزه (٣) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز و جل وَ إِنْ امْرَأَةٌ- إلى آخره- فقال: إذا كان كذلك فهم بطلاقها فقالت له: أمسكنى و أدع لك بعض ما هو عليك و أحلك من يومى و ليلتى حل له ذلك، و لا جناح عليهما».

و خبر أبى بصير (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن قول الله عز و جل وَ إِنْ امْرَأَةٌ- إلى آخره- قال: هذا تكون عنده الامرأة لا- تعجبه فيريد طلاقها، فتقول له: أمسكنى و لا- تطلقنى و أدع لك ما على ظهرك، و أعطيك من مالى و أحلك من يومى و ليلتى فقد طاب ذلك كله»

و نحوه خبر الشحام (٥) عنه عليه السلام أيضا.

و فى

خبر أحمد بن محمد (٦) عن أبى الحسن الرضا عليه السلام «فى قول الله عز و جل:

وَ إِنْ امْرَأَةٌ- إلى آخره- قال: النشوز: الرجل يهم بطلاق امرأته فتقول: أدع

١- ١ سورة النساء: ٤ الآيه ١٢٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢ عن على بن أبى حمزه.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١١- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٤.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١١- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٦.

ما على ظهرك و أعطيك كذا و كذا و أحلك من يومى و لىلى على ما أصلحا فهو جائز»

و فى

خبر زراره(١)«سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهاريه يشترط عليها عند عقده النكاح أن يأتيها ما شاء نهارا أو من كل جمعه أو من كل شهر يوما و أن النفقه كذا و كذا، قال: فليس ذلك الشرط بشىء، من تزوج امرأه فلها ما للمرأة من القسمة و النفقه، و لكنه إن تزوج امرأه فخافت منه نشوزا أو خافت أن يتزوج عليها فصالحت من حقها على شىء من قسمتها أو بعضها فان ذلك جائز لا بأس به»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على ذلك.

إلا أنها جميعا كما ترى متفقه على جواز قبوله ما تبذله له من حقوقها فى مقابله ما يريد فعله معها مما هو غير محرم عليه كطلاق و نحوه، لا أنه جائز له و إن كان لدفع ما يفعله مما هو محرم عليه، كما تسمعه من بعض، و يأتى تحقيق الحال فيه إنشاء الله.

[القول فى الشقاق]

إشاره

القول فى الشقاق و هو مصدر على وزن فعال من الشق بالكسر: الناحيه كأن كل واحد منهما صار فى شق أى ناحيه غير ناحيه الأخر باعتبار حصول الكراهه و الارتفاع و المعصيه و الاختلاف من كل منهما، فإن المشاقه و الشقاق الخلاف و العداوه، كما فى الصحاح، و لعل الأولى كونه من الشق بمعنى التفرق الذى منه شق فلان

العصا، أى فارق الجماعه، و انشقت العصا أى تفرقت الأمر.

و على كل حال فإذا كان النشوز منهما و خشى الشقاق بينهما بعث الحاكم حكما من أهل الزوج و آخر من أهل المرأة على الأولى، و لو كان من غير أهلها أو كان أحدهما جاز أيضا و الأصل فيه قوله تعالى(٢):

١- ١ الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ٧.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٥.

«وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» و
فى

خبر على بن حمزه (١) «سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عز وجل وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ - إلى آخره - فقال: يشترط الحكماء إن شاء فرقا وإن شاء جمعا، ففرقا أو جمعا جاز»

و نحوه خبر أبى بصير (٢) عن الصادق عليه السلام.

و خبر سماعه (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى فَابْعَثُوا حَكَمًا - إلى آخره - أ رأيت إن استأذن الحكماء فقالا للرجل و المرأة: أألستما قد جعلتما أمركما إلينا فى الإصلاح و التفريق؟ فقال الرجل و المرأة: نعم، و أشهدا بذلك شهودا عليهما أ يجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم، و لكن لا يكون إلا على طهر من المرأة من غير جماع من

الزوج، قيل له: أ رأيت إن قال أحد الحكمين: قد فرقت و قال الآخر: لم أفرق بينهما؟ فقال: لا يكون تفريقا حتى يجتمعا جميعا على التفريق، فإذا اجتمعا جميعا على التفريق جاز تفريقهما»

و فى

خبر محمد بن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن قول الله تعالى فَابْعَثُوا - إلى آخره - قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرا»

و فى

صحيح الحلبي (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن قول الله عز وجل فَابْعَثُوا - إلى آخره - قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرا الرجل و المرأة، و يشترطا عليهما إن شئنا جمعنا و إن شئنا فرقنا فإن فرقا ففجائر و إن جمعا ففجائر».

و الظاهر تحقق الشقاق بينهما بالنشوز من كل منهما، و من هنا كان المحصل

١- ١ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢ عن على بن أبى حمزه كما يأتى فى ص ٢١٦.

٢- ٢ الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

من الأصحاب في المراد بالايه إضمار الاستمرار، بمعنى و إن خفتم استمرار الشقاق بينهما، أو كون المراد بالخوف العلم و التحقق، و منه يعلم المراد بالايه السابقه، لكن في الرياض بعد ذكر الأول قال: «و فيه نظر، لتوقفه على كون مطلق الكراهه بينهما شقاقا و ليس،

لاحتمال أن يكون تمام الكراهه بينهما فيكون المراد أنه إذا حصل كراهه كل منهما لصاحبه و خفتم حصول الشقاق فابعثوا، مع أنه المتبادر عند الإطلاق، و الأولى من الإضمار على تقدير مجازيته، نعم على هذا التقدير يتردد الأمر بين المجاز المزبور و بين التجوز في الخشيه، بحملها على العلم و المعرفه و إبقاء الشقاق على حقيقته التي هي مطلق الكراهه» و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما سمعت من تفسير الشقاق و الاتفاق على بعث الحكمين بحصوله و عدم انقطاعه لا على تمام الكراهه، بل من ذلك يعلم ما في كشف اللثام أيضا من احتمال إضمار شدة الشقاق بينهما و التأدي إلى التساب و التهاجر و التضارب، فان ذلك ليس عنوان بعث الحكمين قطعاً.

و على كل حال فالظاهر ما عن الأ-كثر كما في المسالك من أن المخاطب بالبعث الحكام المنصوبين لمثل ذلك، بل في كثر العرفان أنه المروى (١) عن الباقر و الصادق عليهما السلام، و في

المرسل عن تفسير على بن إبراهيم عن أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه (٢) «في رجل و امرأه في هذا الحال فبعث حكما من أهله و حكما من أهلها»

و نحوه عن مجمع البيان خلافا لظاهر المصنف في النافع و المحكى عن الصدوقين من أنه

الزوجان، فان امتنعا فالحاكم، لظاهر النصوص (٣) السابقه و صريح المحكى عن

فقه الرضا عليه السلام (٤) «يختار الرجل رجلا و تختار المرأة رجلا»

إلى آخره.

١- ١ كثر العرفان ص ٣١٥ ط حجر.

٢- ٢ المستدرک الباب- ١١- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢ و ١٣- من أبواب القسم و النشوز.

٤- ٤ المستدرک الباب- ٨- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

و فيه أنه مناف لاختلاف الضميرين بالغيبه و الحضور و التثنيه و الجمع، و ليس المقام مقام التفات، على أن المأمور بالبعث الخائف من شقاقهما، و هو غيرهما، و الإنسان لا يبعث أحدا إلى نفسه، و لا منافاه بين كون الباعث الحاكم و بين اشتراطهما على الزوجين مما يريد ان اشتراطه.

و قريب منه ما عن الإسكافي إلا أنه جعل الحاكم بأمر الزوجين بأن يبعثا من يختارانه من أهلهما، و فى المسالك «و فيه جمع بين الفائدتين و القولين، و فى موثق سماعه(١) السابق ما يرشد إليه، بل قال: و يمكن أن يستدل به على أن المرسل الزوجان» و فيه ما لا يخفى.

و أضعف منهما ما عن بعض من شذ من كون المرسل أهلوها، و هو مع كونه شاذاً مناف

لظاهر الآيه و النصوص و إن قيل إنه يشعر به بعض الأخبار(٢).

نعم لو تعذر الحاكم قام عدول المسلمين مقامه فى ذلك، و لو تعذر الجميع فبعث الزوجان كان المبعوث و كيلا محضا لا حكما، فيفعل ما تقتضيه الوكاله من عموم أو خصوص.

هذا و لكن فى كشف اللثام بعد أن ذكر ما سمعته من النافع قال: «و هو حق، و لا يستلزم أن يكون الخطاب فى الآيه للزوجين ليستبعد، و لا- ينافيه ظاهرها فان من المعلوم أن بعثهما الحكيمين جائز و أنه أولى من الترافع إلى الحاكم، و كذا إذا بعث أولياؤهما الحكيمين مع جواز الخطاب فى الآيه لهم عموما أو خصوصا أو البعث منهم أو منهما، فيقسم إلى الواجب و غيره كما فى بعث الحاكم، و اقتصر فى النهايه على نفى البأس عن بعث الزوجين، و بالجمله ينبغى أن لا يكون خلاف فى جواز البعث من كل من هؤلاء، و وجوبه إذا توقف الإصلاح عليه، خصوصا الحاكم و الزوجين، و لا- ينشأ الاختلاف فى الآيه الاختلاف فى ذلك».

١-١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٣- من أبواب القسم و النشوز الحديث ٦ و المستدرک الباب-١١- منها الحديث ١ و سنن البيهقي ج ٧

قلت: قد يناقش بإمكان منع بعث الزوجين حكيمين و الأهلين على وجه يترتب عليه إمضاء حكمهما عليهما بالصلح و إن لم يرضيا بناء على اختصاص الخطاب فى الآيه للحكام، لعدم دليل حينئذ على ذلك، و كذا الكلام فى العكس، و هذا و نحوه أحد ثمرات الخلاف فى المسأله.

و كيف كان فالظاهر وجوب هذا البعث وفاقا لجماعه، لظاهر الأمر، و لكون ذلك من الأمر بالمعروف، و من الحسب التى نصب الحاكم لأمثالها، خلافا للمحكى عن التحرير من الاستحباب، للأصل و ظهور الأمر فى الإرشاد، على أنه من الأمور الدنيويه التى لا يظهر إرادته الوجوب منه فيها، و فيه أن الأصل مقطوع بما عرفت و الأخيرين لا ينافيان ظهوره فى الوجوب المؤيد بما عرفت.

نعم قد يقال بعدم تعيين وجوب الكيفيه المخصوصه مع إمكان إصلاح حالهما بغيرها أما لو انحصر فيها تعيين وجوبها.

و كذا الكلام فى كون الحكيمين من الأهلين، ضروره عدم اعتبار القرابه فى الحكومه، و الغرض يحصل بالأجنبى كما يحصل بها، و الآيه مسوقه للإرشاد، فمع عدم انحصار الأمر فيهم يجوز الأجانب، كما إذا لم يكن ثم قريب، نعم لو انحصر الأمر فيهم اتجه الوجوب حينئذ، كما أنه لو انحصر الأمر فى الأجنبى تعيين.

هذا و فى الرياض بعد اختيار الاختصاص بالأهل قال فى شرح قوله فى النافع:

«و يجوز أن يكونا أجنبيين» «أما مطلقا كما هو ظاهر المتن أو مقيدا بعدم الأهل كما هو الأقوى، لكن مع ذلك ليس لهما حكم المبعوث من أهلها من إمضاء ما حكما عليهما، لمخالفته الأصل، فيقتصر فيه على مورد النص، و يكون حكمهما حينئذ الاقتصار على ما أذن به الزوجان و فيه و كلا، و ليس لهما من التحكيم- الذى هو حكم الحكيمين كما يأتى- شىء جدا، و فى حكم فقد الأهل توقف الإصلاح على الأجنبى».

و هو من غرائب الكلام يمكن دعوى الإجماع على خلافه، مضافا إلى ظهور النصوص (١) فى الآيه فى عموم الحكم للزوجين ذى الأهل و غيرهم، على أن التقيد

الذى ذكره معناه مضى حكم الأجنبي و صيرورته كالأهل مع عدمهم، و إلا فالتوكيل لا ريب فى جوازه مع وجود الأهل فضلا عن حال عدمهم (و بالجمله) لا- يخفى ما فى كلامه من الغبار، خصوصا مع ملاحظه كلام الأصحاب و التأمل فى الآيه الشريفه (١) و نصوص (٢)الباب، و الله المسدد للصواب.

و كيف كان ف هل بعثهما على سبيل التحكيم أو التوكيل قولان إلا أن الأظهر منهما و الأشهر بل المشهور بل عن ظاهر السرائر و فقه القرآن الإجماع عليه، و فى محكى المبسوط أنه مقتضى المذهب أنه تحكيم لأنه مقتضى تسميتهما حكيمين فى الكتاب (٣) و السنه (٤) و الفتاوى و مقتضى خطاب غير الزوجين بعثهما، و الوكيل مأذون ليس بحكم، و المخاطب به الزوجان لا غيرهما، و لأنهما إن رأيا الإصلاح فعلاه من غير استئذان، و يلزم ما يشترطانه عليهما من السائق، و لو كان توكيلا لم يقع إلا ما دل عليه لفظهما، و كون الزوج و الزوجه رشيدين، و الحق لهما لا- ينافى حكم الشارع عليهما كالمماطل، فإنهما بالإصرار على الشقاق صارا

كالممتنعين عن قبول الحق، فجاز الحكم عليهما، كما أن عدم اعتبار الاجتهاد فيهما لا ينافى مضى حكمهما، لأن محله أمر معين جزئى يجوز تفويض أمره إلى الآحاد كنظائره، و ليس هو من الرئاسة العامه التى يعتبر فيها الاجتهاد، مع أن مثل ذلك لا يعارض ظاهر الكتاب و السنه، خصوصا و الحاكم فى الحقيقه الحاكم الذى أرسلهما، فهما بمنزله الوكيلين.

و الظاهر عدم اعتبار رضا الزوجين فى بعثهما بناء على المختار، ضروره كون ذلك سياسه شرعيه.

نعم قد يقال باعتبار رضاهما على التوكيل مع احتمال عدمه أيضا، على معنى أنهما مع الامتناع يوكل عنهما الحاكم قهرا.

و لا ريب فى اشتراط البلوغ و العقل و الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما،

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠ و ١٢ و ١٣- من أبواب القسم و النشوز.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٠ و ١٢ و ١٣- من أبواب القسم و النشوز.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٠ و ١٢ و ١٣- من أبواب القسم و النشوز.

قيل: و الإسلام، و هو جيد فيما كان الشقاق بين المسلمين أما غيرهم فلا يخلو من نظر.

و أما العدالة و الحرية ففي المسالك «إن جعلناهما حكمين اعتباراً قطعاً و إن جعلناهما وكيلين ففي اعتبارهما وجهان، أجودهما العدم، لأنهما ليسا شرطاً في الوكيل» و فيه إمكان منع اعتبار ذلك على الأول أيضاً، و ما دل على اعتبارهما في الرئيس العام لا يقتضيه في مثل المقام المجبور بنظر الرئيس، كما أنه احتمال اعتبارهما على الثاني بدعوى أن الوكالة إذا تعلقت بنظر الحاكم اعتبر فيها ذلك كأمر الحاكم.

و كيف كان فيجب عليهما البحث و الاجتهاد في حالهما و في السبب الداعي إلى الشقاق بينهما، ثم يسعون في أمرهما فإن اتفقا على الإصلاح فعلاه من غير مراجعه لهما، لأنه مقتضى تحكيمهما أو توكيلهما على ذلك، و إن اتفقا على التفريق فعلى التوكيل لم يصح إلا- ب فرض التوكيل الدال على رضا الزوج في الطلاق و رضا المرأه في البذل إن كان خلعا، و أما على التحكيم فالأشهر بل المشهور عدم جوازه أيضاً إلا- مع مراجعتهما، و لعله لظاهر كون المراد من التحكيم فعل ما يتحقق به الإصلاح و التأليف، كما أوماً إليه بقوله تعالى (١) «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا»

و قال الحلبي (٢) في الحسن: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل (٣):

فَمَا بَعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، قال: ليس للحكمين بأن يفرقا حتى يستأمر الرجل و المرأه و يشترطا عليهما إن شئنا جمعنا و إن شئنا فرقنا، فان فرقا فجائز، و إن جمعا فجائز».

و في

صحيح ابن مسلم (٤) عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن قول الله عز و جل:

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

٣- ٣ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٥.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

فَابْعَثُوا حَكَمًا - إلى آخره - قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرًا.

و في

خبر على بن أبي حمزة (١) «سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله تعالى وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا - إلى آخره - فقال: يشترط الحكمان إن شاء فرقا و إن شاء جمعا ففرقا أو جمعا جاز»

و نحوه خبر أبي بصير (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام،

و في خبر سماعه (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل فَابْعَثُوا - إلى آخره - أ رأيت إن استأذن الحكمان، فقلا للرجل و المرأة: أ ليس قد جعلتما أمركما إلينا في الإصلاح و التفريق؟ فقال الرجل و المرأة: نعم و أشهدا بذلك شهودا عليهما، أ يجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم، و لكن لا يكون إلا على طهر من المرأة من غير جماع كالزوج، قيل له: أ رأيت إن قال أحد الحكمين: قد فرقت بينهما، و قال الآخر:

لم أفرق بينهما؟ فقال: لا يكون تفريق حتى يجتمعا جميعا على التفريق، فإذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما».

لكن لا يخفى عليك ظهور هذه النصوص في أن التفريق لهما مع اشتراطهما ذلك، و لعله لا ينافي كلام المشهور المنزل على أنه ليس لهما التفريق مع الإطلاق بل على ذلك نزل كلام ابن الجنيد، فإنه قال على ما حكى عنه: «و يشترط الوالى أو المرضى بحكمه على الزوجين أن للمختارين جميعا أن يفرقا بينهما أو يجمعا إن رأيا ذلك صوابا، و على كل واحد من الزوجين إنفاذ ذلك و الرضا به، و أنهما قد و كلاهما في ذلك، و مهما فعلاه فهو جائز عليهما».

و في المسالك «قد روى (٤) أن عليا صلوات الله و سلامه عليه بعث حكمين و قال تدريان ما عليكما، عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما و إن رأيتما أن تفرقا

١- ١ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب القسم و النشوز الحديث ٦ و المستدرک الباب - ١١ - منها الحديث ١ و سنن البيهقي ج ٧

فرقتما، فقالت المرأة: رضيت بما فى كتاب الله على و لى فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال على عليه السلام: كذبت و الله حتى تقرر بمثل الذى أقرت به»

و قد احتج بهذا الخبر الفريقان، فالأول من حيث إنه اعتبر رضاهما و إقرارهما، و الثانى من حيث جعل الجمع و التفريق إلى الحكيمين، و قوله عليه السلام: «حتى تقرر» أى ليس لك أن تمتنع، بل عليك أن تنقاد لحكم الله تعالى، كما انقادت هى، و هذا أشبه بمذهب ابن الجنيد.

قلت: يمكن تنزيل الخبر على تلك الأخبار أيضا على معنى أنه لا بد من اتفاقهما على كيفية الحكم على الإصلاح خاصة أو عليه و على التفريق، نعم يظهر منه و جوب تبعيه الآخر عن إرادته تعميم التحكيم.

و كيف كان فعلى ما قلناه إذا رأى حكم الرجل أن يطلق بغير عوض طلق مستقلا به، لأن حكم المرأة لا صنع له بالطلاق، و لا يزيد على واحده، لكن إن راجع الزوج و داما على الشقاق زاد إلى أن يستوفى الطلقات الثلاث، و إن رأى الخلع و ساعده حكم المرأة تخالعا: و إن اختلفا وقف، و ينبغى أن يخلو حكم الرجل بالرجل و حكم المرأة بالمرأة خلوه غير محرمه ليعرفان ما عندهما و ما فيه رغبتهما، و إذا اجتمعا لم يخف أحدهما على الآخر بما علم، ليمكننا من رأى الصواب و ينقدح ما رأياه صوابا بشرطه، فان اختلف رأيهما بعث إليهما آخرين حتى يجتمعا على شىء، و ينبغى للحكيمين إخلاص النية فى السعى و قصد الإصلاح فمن حسنت نيته فيما تحراه أصلح الله مسعاه، و كان ذلك سببا لحصول مسعاه، كما ينبه عليه قوله تعالى (١) «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» و مفهوم الشرط يقتضى أن عدم التوفيق بين الزوجين يدل على فساد قصد الحكيمين و أنهما لم يجتمعا على قصد الإصلاح، بل فى نية أحدهما أو هما فساد، فلذلك لم يبلغا المراد و الظاهر أنه هو السبب فى الفساد فى تحكيم ابن العاص و أبى موسى الأشعري فى أيام

صفيين (١) فإن نيه كل منهما فاسده و إن كان الأول أشد من الثاني، و لذا ترتب عليه ما ترتب، و الله العالم.

[تفريع لو بعث الحكمان فغاب الزوجان أو أحدهما نفذ حكمها قطعا]

تفريع:

لو بعث الحكمان فغاب الزوجان أو أحدهما ففي المسالك نفذ حكمها قطعا بناء على التوكيل، لأن تصرف الوكيل فيما وكل فيه نافذ مع حضور الموكل و غيبته و مع بقاءه على الخصومه و الشقاق و عدمه، و فيه إمكان منع نفوذه مع فرض ارتفاع الخصومه، ضروره انتفاء موضوع التوكيل حينئذ على الصلح الرافع للنزاع و الشقاق المفروض ارتفاعهما قبل حكم الحكامين.

و أما على التحكيم ف قيل و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه:

لم يجز الحكم، لأنه حكم للغائب لا- عليه و الجائز الثاني لا- الأول و لو قيل بالجواز كان حسنا ل لما ذكره المصنف من أن حكمهما مقصور على الإصلاح، أما التفرقة فموقوفه على الاذن ضروره عدم انطباق ذلك على حجه المدعى، بل لمنع عدم جواز الحكم للغائب و عليه في المقام، لإطلاق الأدله الذى لا يعارضه القياس على حكم الفقيه للغائب لو سلم المقيس عليه، و لذا لا يكون الغائب منهما على حجته فى المقام بخلافه هناك، و دعوى عدم معلوميه بقاء الشقاق بينهما مع الغيبه خروج عن عنوان البحث الذى هو الحكم عليهما من حيث الغيبه التى يمكن أن تجامع العلم ببقاء

الشقاق بينهما، على أن الاستصحاب كاف و إن كان قد يقوى عدم نفوذ الحكم عليهما لو فرض تأخره عن ارتفاع الشقاق بينهما، و كذا الحكم فيما لو سكت أحدهما، بل لا يبعد نفوذ حكم الحكامين فيما لو خرجا أو أحدهما عن قابليه التكليف بجنون أو إغماء فضلا عن الغيبه، لإطلاق الأدله. و الله العالم.

[المسألة الأولى ما يشترطه الحكمان يلزم إن كان سائغا]

الأولى ما يشترطه الحكمان عليهما أو على أحدهما يلزم إن كان سائغا بلا خلاف و لا إشكال، لإطلاق الأدله و إلا كان باطلا، بل يقوى بطلان الحكم بما أوقعاه من الاصطلاح لا أن لهما نقضه كما عبر به المصنف مشعرا بأن لهما الرضا به و لهما نقضه، و هو غير متصور فى الشرط لغير السائغ.

لكن فى المسالك «إذا اشترط الحكمان شرطا نظر فيه، فان كان مما يصلح لزومه شرعا لزم و إن لم يرض الزوجان، كما لو شرطا عليه أن يسكنها فى البلد الفلانى أو فى المسكن المخصوص أو لا يسكن معها فى الدار أمه و لو فى بيت منفردا و لا يسكن معها الضره فى دار واحده، أو شرطا عليها أن تؤجله بالمهر الحال إلى أجل أو ترد عليه ما قبضته منه قرضا و نحو ذلك،

لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١)

بعد جعل الحكم إليهما. و إن كان غير مشروع كما لو شرط عليها ترك بعض حقوقها من القسم أو النفقه أو المهر أو عليه أن لا يتزوج أو لا- يتسرى أو لا- يسافر بها لم يلزم ذلك بلا خلاف. ثم إن كان الشرط مما للزوجين فيه التصرف كترك بعض الحق فلهما نقضه و التزامه تبرعا، و إن كان غير مشروع أصلا كعدم التزويج و التسرى فهو منقوض فى نفسه، و يمكن أن يريد المصنف بقوله «كان لهما نقضه» مطلقا الشامل للجميع الدال بمفهومه على أن لهما أيضا التزامه الترام مقتضاه، بأن لا يتزوج و لا يتسرى تبرعا بذلك و إن لم يكن لازما له بالشرط، و إلى هذا يشير كلام الشيخ فى المبسوط، حيث قال فى هذا القسم: «فان اختار الزوجان المقام على ما فعله الحكمان كان جميلا، و إن اختارا أن يطرحا فعلا فان ظاهر فعل الجميل كونه تبرعا و تفضلا بغير استحقاق» و تبعه على ذلك فى كشف اللثام.

و لكن لا يخفى عليك ما فيه من النظر فى أصل المطلب فضلا عن بعض

الخصوصيات، ضروره لزوم كل شرط سائغ عليهما أو على أحدهما، لعموم الأدله القاضيه بكونهما حكمين، و أنه لا يبطل منه إلا الباطل بأصل الشرع، فليس حينئذ من الشروط ما لهما الالتزام به و لهما نقضه، كما هو واضح.

[المسأله الثانيه لو منعها شيئاً من حقوقها المستحبه أو أغارها فبذلت له بذلاً ليخلعها صح]

المسأله الثانيه لو منعها شيئاً من حقوقها المستحبه أو أغارها بما لا يحرم عليه فبذلت له بذلاً ليخلعها صح، و ليس ذلك إكراها قطعاً و إن قصد بذلك ذلك بل الظاهر عدم الإكراه بترك حقوقها الواجبه عصياناً لا لإرادته البذل، كما جزم به فى المسالك و إن كان آثماً، بل فيها «و كذا لو قصد بترك حقها ذلك و لم يظهره لها و إن كان آثماً أيضاً- قال:- أما لو أظهر لها أن تركه لأجل البذل كان ذلك إكراها و أظهر منه ما لو أكرهها على نفس البذل- ثم قال:- و ما ذكره المصنف قول الشيخ فى المبسوط^(١) و وافقهما عليه العلامة فى الإرشاد، و فى التحرير نسب القول إلى الشيخ ساكتاً عليه مؤذناً بتردده فيه أو ضعفه، و فى القواعد قيد حقوقها بالمستحب، و مفهومه أنه لو منع الواجبه كان إكراها، و هذا القول نقله الشيخ فى المبسوط أولاً عن بعض العامه، ثم قال:

الذى يقتضيه مذهبنا أن هذا ليس إكراها، و هو المعتمد».

قلت: لا إشكال فى تحقق الإكراه بالصورتين المذكورتين، و أما الصورة السابقه فهى إن لم تكن إكراها فقد يقال بحرمة البذل عليه أيضاً لاندراجه فى قوله تعالى ^(٢) «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا» المفسر بذلك، بل قد يقال: بحرمة

١- ١ فى النسخه الأصلية المبيضة « و ما ذكره المصنف و الشيخ فى المبسوط» و فى المخطوطه بخط المصنف طاب ثراه « و ما ذكره المصنف الشيخ فى المبسوط» و الصحيح ما أثبتناه، كما أن الموجود فى المسالك أيضاً كذلك.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣١.

عليه في الأولى أيضا، و هي فيما لو ضارها حتى بذلت و لم يكن من قصده ذلك، لكونه أشبه شىء بعوض المحرم، بل يمكن اندراجه في الآية أيضا.

و لا- ينافيه قوله تعالى (١) «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَدِّقَا بَيْنَهُمَا صِلًا» و ذلك لما عرفت مما ورد في تفسير هذه الآية من النصوص (٢) التي فيها الصحيح و غيره أن المراد بها الامراه التي تخشى الطلاق أو التزويج عليها أو كان الرجل يكرها أو لا تعجبه أو نحو ذلك مما يؤدي إلى فراقها فأسقطت بعض حقوقها لإرادته إمساكها و عدم طلاقها، و هذا غير المفروض الذي هو ترك حقوقها الواجبه عليه فبذلت له مالا- للخلاص من يده و من أسره، إذ هي كالمظلوم في يد الظالم، فيبذل له للتخلص من ظلمه، فان ذلك لا ريب في حرمة على الظالم و إن لم يكن قد قصد بالظلم ذلك المبدول، و لعله إلى ذلك أوما العلامة في تقييد الحقوق بالمستحبه في القواعد.

كما أنه مما ذكرنا يظهر لك أيضا ما في كشف اللثام و غيره حتى من الرياض، فإنه- بعد أن اعترف بعدم دلالة الآية و النصوص المفسره لها على عموم الحكم من جواز الصلح ببذل حقها كما لو أخل الزوج ببعض حقوقها الواجبه أو كلها لظهور سياقها في غيره- قال: «نعم جاز له القبول هنا لو بذلته بطيب نفسها لا

مطلقا، للأصل و فقد الصارف عنه، و هذا هو ظاهر العبارة و الأكثر، و ربما منع منه من جوزة هنا لما قدمناه من اختصاص الآية و النص بالأول، و لقبح تركها الحق من دون عوض بناء على لزومه عليه من دونه، و فيهما نظر إذ اختصاص الكتاب و السنه بما ذكر لا- يوجب المنع عن جريان الحكم الذي فيه في غيره بعد قضاء الأصل به، و القبح ممنوع حيث يرجى حصول الحقوق الواجبه التي أخل بها بالبذل فتكون هي العوض الحاصل بالبذل، و لزومه عليه غير ملازم، للزوم صدورها عنه حتى يتنفي

١- ١ سورة النساء: ٤ الآية ١٢٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب القسم و النشوز.

العوض حين البذل، ثم على تقديره يصح منع القبح أيضا، كيف لا و يجوز لها إبراء ذمه زوجها عن حقوقها بعضا أو كلا ابتداء مطلقا جدا (و بالجمله) لا وجه لتعليل المنع من الجواز بنحو هذا بعد طيبه نفسها فى بذلها، و منه يظهر الجواز فيما لو بذلت بطيبه نفسها بعد إكراهها عليه و إن أطلق الأصحاب المنع حينئذ» فإنه كما ترى خروج عن موضوع البحث، بل هو غير لائق لجعله عنوانا فى كلام الأصحاب كما هو واضح بأدنى تأمل، و الله العالم.

[النظر الرابع فى أحكام الأولاد]

إشاره

النظر الرابع فى أحكام الأولاد و هى قسمان

[القسم الأول فى إلحاق الأولاد]

إشاره

القسم الأول فى إلحاق الأولاد، و النظر فى أولاد الزوجات دواما و انقطاعا و الموطوءات بالملك و الموطوءات بالشبهه

[أحكام ولد الموطوءه بالعقد الدائم]

(الأول) أحكام ولد الموطوءه بالعقد الدائم و هم يلحقون بالزوج بشروط ثلاثه: الدخول بغيوبه الحشفه أو مقدارها قبلا أو دبرا، بل فى كشف اللثام و غيره أنزل أو لا، لإطلاق الفتاوى و نحوه

قول الباقر عليه السلام لأبى مريم الأنصارى (١) «إذا أتاها فقد طلب ولدها».

لكن فى الروضه «و المراد بالوطء- على ما يظهر من إطلاقهم و صرح به المصنف

فى القواعد- غيبوبه الحشفه قبلأ أو دبرا و إن لم ينزل، و لا يخلو ذلك من إشكال إن لم يكن مجمعا عليه بانتفاء التولد عاده فى كثير من موارد، و لم ننف على شىء ىنافى ما نقلناه يعتمد عليه» و تبعه فى الرياض و قال: «ولد الزوجه الدائمه التام خلقه يلحق بالزوج الذى يمكن التولد منه عاده و لو احتمالا مع شروط ثلاثه: أحدها الدخول منه بها دخولا يحتمل فيه ذلك و لو احتمالا بعيدا، قبلأ كان أو دبرا، إجماعا، و فى غيره إشكال و إن حكى الإطلاق عن الأصحاب، و احتمل الإجماع، مع أن المحكى عن السرائر و التحرير عدم العبره

بالوطء دبرا، و استوجهه من المتأخرين جماعه، و هو حسن إلا مع الإماء و احتمال السبق و عدم الشعور به لا مطلقا».

قلت: مع فرض إمكان سبق المنى و عدم الشعور به لا سبيل حينئذ للقطع بنفى الاحتمال و لو بعيدا مع تحقق مسمى الدخول، على أنه يمكن التولد من الرجل بالدخول و إن لم ينزل، و لعله لتحرك نطفه الامراه و اكتسابها العلوق من نطفه الرجل فى محلها أو غير ذلك من الحكم التى لا يحيط بها إلا رب العزه، و لذا أطلق أن

«الولد للفراش»^(١)

المراد به الافتراض فعلا لا ما يقوله العامه من الافتراض شرعا، بمعنى أنه يحل له وطؤها، فلو ولدت و إن لم يفترشها فعلا ألحق به الولد، إذ هو مع ما فيه من فتح باب الفساد للنساء أشبه شىء بالخرافات.

و ربما يومئ إلى بعض ما قلناه

خبر أبى البخترى ^(٢)المروى عن قرب الاسناد عن جعفر بن محمد عن على عليهم السلام قال: «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله قال: كنت أعزل عن جاريه لى فجاءت بولد، فقال: الوكاء قد ينفلت، و ألحق به الولد»

و فحوى

التوقيع المروى عن إكمال الدين و إتمام النعمه ^(٣)فى جملة مسائل منها «استحللت

بجاريه و شرطت عليها أن لا أطلب ولدها و لم ألزمها منزلى، فلما أتى لذلك مده

١- ١ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

قالت: قد حبلت ثم أتت بولد لم أنكره- إلى أن قال:- فخرج جوابها عن صاحب الزمان صلوات الله عليه: و أما الرجل الذى استحل بالجارية و شرط عليها أن لا يطلب ولدها فسبحان من لا شريك له فى قدرته، شرطه على الجارية شرط على الله تعالى، هذا ما لا يؤمن أن يكون، و حيث عرض له فى هذا شك و ليس يعرف الوقت الذى أتاها فليس ذلك يوجب البراءة من ولده».

و الثانى مضى ستة أشهر هلاليه أو عدديه أو ملفقه من حين الوطء لأنها أقل الحمل كتابا(١) و سنة(٢) مستفيضه أو متواتره و إجماعا محكيا كذلك بل فى المسالك نسبة ذلك إلى علماء الإسلام، بل و محصلا، فلا يلحق به إن وضعته حيا كاملا لأقل من ذلك، و ما عن المفيد بل و الطوسى أيضا- من التخيير بين النفى و الإقرار به- محجوج بما عرفت، بل قيل: لا يظهر له وجه إلا

خبر أبان بن تغلب (٣) عن الصادق عليه السلام «رجل تزوج فلم تلبث بعد أن أهديت إليه أربعة أشهر حتى ولدت جاريه، فأنكرها و ردها، و زعمت هى أنها حبلت منه فقال: لا

يقبل ذلك منها، و إن ترافعا إلى السلطان تلاعنا، و لم تحل له أبدا»

و هو مع الضعف يحتمل عدم حياه الولد أو تمامه و أن يتنازعا فى المده و فى غير الكامل مما تسقط المرأه، ففى الرياض «يرجع فى إلحاقه بالزوج حيث يحتاج إليه- ليجب عليه التكفين و مئونه التجهيز و نحو ذلك من الأحكام المترتبة على حياته- إلى المعتاد لمثله من الأيام و الأشهر، فإن أمكن عادة منه لحقه حكمه، و إن علم عادة انتفاؤه عنه لغيبته عنه مده تزيد عن تخلقه عادة انتفى عنه» و كان المراد إلحاقه به مع إمكانه، و أنه لا ينفى عنه إلا مع العلم بانتفائه عنه.

و الثالث أن لا يتجاوز أقصى الوضع، و هو تسعه أشهر على الأشهر بل المشهور، بل عن ظاهر الإسكافى و الطوسى فى المبسوط و الخلاف إجماعا عليه،

١- ١ سورة الأحقاف: ٤٦- الآيه ١٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٠.

مرسل عبد الرحمن بن سيبه (١) «أقصى مده الحمل تسعه أشهر لا يزيد لحظه، و لو زاد لحظه لقتل امه قبل أن يخرج»

و ظاهر

خبر وهب (٢) عن الصادق عليه السلام عن أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه «يعيش الولد

لسته أشهر و لسبعه و لتسعه و لا يعيش لثمانيه»

و صحيح ابن الحجاج (٣) «سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول: إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر تسعه أشهر، فإن ولدت و إلا اعتدت بثلاثه أشهر، ثم قد بانت منه»

و خبر محمد بن الحكم (٤) عن أبي الحسن عليه السلام قلت له: «المرأه الشابه التي مثلها تحيض يطلقها زوجها و يرتفع حيضها كم عدتها؟ قال: ثلاثه أشهر؟ قلت: فإنها ادعت الحبل بعد الثلاثه أشهر، قال: عدتها تسعه أشهر، قلت: فإنها ادعت الحبل بعد تسعه أشهر، قال: إنما الحبل تسعه أشهر، قلت: تتزوج، قال: تحتاط بثلاثه أشهر، قلت: فإنها ادعت بعد ثلاثه أشهر، قال: لا ريبه عليها تزوجت إن شاءت»

و خبره الآخر (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام أو أبي الحسن عليه السلام قلت له: «رجل طلق امرأته فلما مضت ثلاثه أشهر ادعت حملا، فقال:

ينتظر بها تسعه أشهر قال: قلت: فإنها ادعت بعد ذلك حبلا، فقال: هيهات هيهات إنما يرتفع الطمث من ضربين، إما حمل بين و إما فساد في الطمث، و لكنها تحتاط بثلاثه أشهر»

مؤيدا ذلك ب

خبر أبان (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «إن مريم عليها السلام حملت بعيسى عليه السلام تسع ساعات كل ساعه شهر».

و الخبر المروى في باب مبدء النشوء من الكافي (٧) فإن فيه «و للرحم

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب العدد الحديث ١ من كتاب الطلاق.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق. عن محمد بن الحكيم.

- ٥-٥ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب العدد الحديث ٥ من كتاب الطلاق. عن محمد بن الحكيم.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٧.
- ٧-٧ الكافي ج ٦ ص ١٥ كتاب العقيقه باب بدء خلق الإنسان و تقلبه في بطن أمه الحديث ٥.

ثلاثة أقفال، قفل في أعلاها مما يلي أعلى السره من الجانب الأيمن، و القفل الآخر وسطها، و القفل الآخر أسفل من الرحم، فما يوضع بعد التسعه أيام في القفل الأعلى فيمكث فيه ثلاثة أشهر، فعند ذلك يصيب المرأة خبث النفس و التهوع، ثم ينزل إلى القفل الأوسط، فيمكث فيه ثلاثة أشهر- إلى أن قال:- ثم ينزل إلى القفل الأسفل فيمكث فيه ثلاثة أشهر، فذلك تسعه أشهر، ثم تطلق المرأة».

لكن ظاهره زياده تسعه أيام على تسعه أشهر، و يمكن إدراجها في التسعه أشهر بضرب من التأويل بحمل

قوله عليه السلام: «في القفل الأول فيمكث»

إلى آخره على الثلاثة التي منها التسعه، و الشاهد عليه ذيل الروايه و باقى النصوص، على أن إبقاءه على ظاهره مخالف للإجماع.

و قيل و القائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه عشره أشهر، و هو حسن عند المصنف يعضده الوجدان في كثير و الفاضل في أكثر كتبه على ما قيل، إلا أنا لم نقف على ما يدل عليه

بالخصوص فيما وصل إلينا من النصوص، و إن حكى عن جماعه أن به روايه، بل يعارض ما ذكر من الوجدان بما في المسالك و نهايه المرام، بل و زماننا بوجدان الوضع إلى سنه، فقصره حينئذ عليه دونه ليس في محله، بل يمكن أن يكون ابتداء الحمل بالوجدان المزبور من التسعه، و يكون حبس الطمث قبله لريبه، كفساد الطمث، كما سمعته في النصوص السابقه المشتمله على أن الثلاثة للريبه، بل عن جماعه من الأصحاب منهم أبو الصلاح و ابنا زهره و شهر آشوب التصريح بذلك، بل في كشف اللثام لا يبعد حمل كلام السيد عليه، و يؤيده ما نقل عنه في الموصليات من أولويه التسعه، ثم قال:

«و بالجمله فلم يظهر لى صريح قول بالسنه».

و من ذلك يعرف ما في القول الثالث الذى أشار إليه المصنف بقوله و قيل:

سنه، و هو متروك و إن نسب إلى المرتضى في الانتصار مدعيا عليه الإجماع، و الجامع و أبى الصلاح، و مال إليه في المختلف، بل في المسالك أنه أقرب إلى الصواب،

إذ لم يرد دليل معتبر على كون أقصاه أقل من السنه، فاستصحاب حكمه و حكم الفراش أنسب و إن كان خلاف الغالب، و قد وقع فى زماننا ما يدل عليه، مع أنه يمكن تنزيل تلك الأخبار على الغالب، كما يشعر به

قوله عليه السلام (١): «إنما الحمل تسعه أشهر»

ثم أمر بالاحتياط نظرا إلى النادر، و لكن مراعاة النادر أولى من الحكم بنفى النسب عن أهله، بل يترتب ما هو أعظم من ذلك على المرأه مع قيام الاحتمال و تبعه على ذلك سبطه و بعض أتباعه.

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا، ضروره أنه لو كان قدح فى سند نصوص المشهور أو دلالتها فهو مجبور بما سمعت من الشهره، بل الإجماع الذى لا يعارضه المحكى من إجماع المرتضى المحتمل ما عرفت، و أنه على النفى عن الأزيد لا أنه الأقصى ردا على العامه، كما أفصح عنه الخبر (٢) السابق، و الحمل على الغالب - مع ما فيه من ظهور

قوله عليه السلام: «لو زاد ساعه لقتل أمه»

فى نفيه، ضروره عدم كون الغالب منحصرا فى التسعه الحقيقه التى لا تزداد ساعه - ليس بأولى مما ذكرناه الذى منه يعلم أولويه الاستدلال بالصحيح (٣) و الخبر (٤) على المطلوب من الاستدلال بهما على السنه، بل يمكن دعوى صراحتها فى نفى ذلك و أن الثلاثه أشهر للعهده تعبد، أو لنفى الرية، أو لنحو ذلك، بل يمكن إرادته العزم على طلاقها فادعت الحمل من قوله عليه السلام: «طلقها» فأخر ذلك حتى علم حالها، فطلقها حينئذ و اعتدت بثلاثه أشهر تعبدا، كما فى غيرها من العدد المشروعه للتعبد و للاحتياط فى تعميم ذلك مراعاة للفروج و للإسرار التى لا يحيط بها إلا

من شرع ذلك، فمن الغريب الاستدلال بهما على السنه.

نعم فى

خبر سلمه بن الخطاب (٥) بسنده عن على صلوات الله و سلامه عليه

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب العدد الحديث ١ من كتاب الطلاق.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٥- من أبواب العدد الحديث ٢ من كتاب الطلاق.
 - ٥- ٥ الفقيه ج ٣ ص ٣٣٠- الرقم ١٦٠٠ و فى الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٥ «الستين» و رواه فى الوافى أيضا- ج ١٢ ص ٢١٧ الباب- ٢٢٨- من كتاب النكاح.

«أدنى ما تحمل المرأة لسته أشهر وأكثر ما تحمل لسنه» لكن في الوافي و في بعض «و أكثر ما تحمل لسنتين»

بل عن الوسائل أنه لم يذكر غير هذه النسخه، و حينئذ فلا وجه إلا الحمل على التقية.

و في المرسل (١) في قول الله تعالى (٢) «يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَ مَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَ مَا تَزْدَادُ» قال: «الغيض كل حمل دون تسعه أشهر، و ما تزداد كل شىء تزداد على تسعه أشهر، فكلما رأت المرأة الدم الخالص في حملها فإنها تزداد بعدد الأيام التي رأت في حملها من الدم»

و في المرفوع المروى عن نواذر المعجزات للراوندى عن سيده النساء فاطمه عليها السلام «إنها ولدت الحسين عليه السلام عند تمام سنه من حملها به».

لكنهما قاصران عن معارضه ما عرفت من وجوه بل الأول منهما بالنصوص (٣) الواردة في تفسير الآيه المزبوره بخلاف ذلك، بل يمكن إرادته ما لا ينافى الريبه التي سمعتها في النصوص (٤) السابقه، كما أن المرسل الثاني معارض بغيره مما ورد (٥) بخلافه فلا محيص عن القول بالتسع.

و الوجدان المدعى بخلافه على وجه ينفى الاحتمال الذي ذكرناه ممنوع على مدعيه، خصوصا مع احتمال الوطاء من غير الزوج و لو شبهه أو مع عدم علمها بذلك، كما هو واضح.

١-١ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٦.

٢-٢ سورة الرعد: ١٣- الآيه ٨.

٣-٣ المستدرک الباب-١٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٦ و تفسير البرهان- ج ٢ ص ٢٨٢ ذيل الآيه ١٣ من سورة الرعد.

٤-٤ الوسائل الباب-٢٥- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.

٥-٥ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤ و ١٤ و المستدرک الباب-١٢- منها الحديث ٢ و ٣ و ٤.

و حينئذ فالرجوع إلى الاستصحاب و إطلاق

قوله صلى الله عليه و آله (١): «الولد للفراش»

و نحو ذلك مما سمعت مما لا ينبغي الإصغاء إليه، ضروره عدم معارضه الأول منهما للدليل المزبور، و وجوب حمل الثاني على المقيد، و الله العالم.

و على كل حال فلو لم يدخل بها لم يلحقه إجماعاً بقسميه و خصوصاً، نعم قد يقال بعدم اعتبار العلم بالدخول مع ولادتها ما يمكن تولده منه تغليبا للنسب، و ل

قوله صلى الله عليه و آله (٢): «الولد للفراش»

فان المراد به الزوج أو المرأه على تقدير مضاف، أى ذى الفراش، و على التقديرين يقتضى اللحق، خرج منه ما علم عدم الدخول لما عرفت، و يبقى غيره، و حينئذ يكون الأصل بعد وقوع العقد لحق الولد بالزوج مع الإمكان، و لا ينافى ذلك ذكر الدخول فى عباره المصنف و غيره بعنوان الشرطيه المقتضيه للشك فى المشروط بالشك بها، فإن الأصل الشرعى المزبور طريق للحكم بتحققها بالنسبه إلى الإلحاق المذكور.

و من هنا فرع المصنف و غيره على الاشتراط المزبور العلم بعدم الدخول، لا الولاده الممكنه اللحق مع عدم العلم بالدخول، لكن ستعرف فى كتاب اللعان التحقيق فى ذلك، و إن جزم بالاحتمال المزبور فى المسالك فى كتاب اللعان، و الله العالم.

و كيف كان فيتحقق الدخول الموجب لإلحاق الولد و غيره من الأحكام بغيوبه الحشفه خاصه أو قدرها من مقطوعها فى القبل و إن لم ينزل، كما هو صريح بعض النصوص (٣) الوارده فى العزل و فى المتعه و غيرها، بل يمكن دعوى تواتر النصوص فيه معنى، ضروره ترتيب ذلك فيها على الوطاء المتحقق بما سمعت قطعاً، كما لا يخفى على من لاحظها، بل عن الشهيد فى قواعده أن الوطاء فى الدبر على هذا

١- ١ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٠٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١ و الباب- ٣٣- من أبواب المتعه و الباب- ٥٩- من أبواب نكاح العبيد و الإماء و الباب ١٦- و ١٩ من أبواب أحكام الأولاد.

الوجه يساوى القبل فى هذا الحكم و غيره إلا فى مواضع قليلة استثنائها و فى المسالك «و

ما وقفت فى كلام أحد على ما يخالف ذلك» قلت: لعل الوجه فيه أيضا ما عرفته من صدق مسمى الوطاء المعلق عليه الحكم، و الدبر أحد المأتين (١).

و كذا لو دخل بها و جاءت به لأقل من ستة أشهر حيا كاملا فإنه لا يلحق به على المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه، بل لعل الإجماع بقسميه عليه و إن حكى عن الشيخين أنه خيرا بين نفيه و بين الاعتراف به للخبر السابق (٢) الذى قد عرفت الحال فيه لكنه شاذ لا يقدر فى تحصيل الإجماع، بل يمكن دعوى تواتر النصوص (٣) بخلافه، و قد سمعت دعوى الإجماع من المؤمنين أو المسلمين على أن الستة أشهر أقل الحمل و غيرها من الأدلة على ذلك، و احترز بالحياه و الكمال عما ولدته فى هذه المده غير حى أو ناقص الخلقه، فإنه يلحق به مع إمكان تولده منه عاده، للأصل المزبور، فتجب حينئذ عليه مئونه تجهيزه، و يستحق ديته لو جنى عليه، إلى غير ذلك من الأحكام المترتبة على لحوقه به، نعم لو لم يمكن فى العاده لحوقه به لم يلحق به، كما هو واضح.

و الظاهر أنه يجرى هنا ما سمعته فى السابق من الحكم بعدم اللحق فى المتولد حيا كاملا لأقل من ستة إذا كان ذلك معلوما، أما مع الجهل فالظاهر الحكم باللحق للأصل الذى قدمناه، بل لعله هنا أولى باعتبار تحقق المدخول الذى هو أصل فى الحكم باللحق حتى يعلم فساده بالعلم بالتولد للأقل و نحوه، و ستسمع لذلك تتمه إنشاء الله.

و كذا لو اتفقا على انقضاء ما زاد عن تسعة أشهر أو عشره من زمان الوطاء أو ثبت ذلك بغيه متحققه تزيد عن أقصى الحمل، و لا يجوز له إلحاقه بنفسه

١- ١ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٧.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد.

و الحال هذه لما عرفت من عدم اللحوق مع التجاوز عن أكثر الحمل، نعم ذلك كذلك مع العلم، أما مع الشك فالظاهر للحوق، للأصل السابق على نحو ما سمعته سابقا، و حينئذ فلا خلاف و لا إشكال فى شىء من الأحكام المزبوره إلا فى ثبوت ذلك بل و السابقين بالاتفاق على عدم حصول الشرط، ضروره تعلق الحكم بغيرهما و هو الولد، فلا يجدى اتفاقهما على نفيه عنه.

و ربما وجه بأن الحق منحصر فيهما، و الفعل لا- يعلم إلا- منهما، و إقامه البيئه على ذلك متعذره أو متعسره، فلو لم يكتف باتفاقهما عليه و ألحقنا به الولد حتما نظرا إلى الفراش لزم الحرج و الإضرار به، حيث يعلم انتفاؤه عنه فى الواقع و لا يمكنه نفيه ظاهرا، و لأن الشارع أوجب نفيه عنه مع العلم بانتفائه، و جعل له وسيله مع إنكار المرأه اللعان، فلا بد فى الحكم من نصب وسيله إلى نفيه مع تصادقهما ليثبت الحكم اللانزم له شرعا، و لا يمكن ذلك باللعان المشروط بتكاذبهما، فلم يبق لانتفائه إلا الاتفاق المزبور، و هو كما ترى.

بل عن الشهيد إشكاله بأنهما لو اتفقا على الزنا لم ينتف الولد، و لحق بالفراش و كذا هنا، و إن كان فيه أن مجرد الزنا غير كاف فى انتفاء الولد عن الفراش إذا كان قد وطأ و طءا يمكن إلحاقه به، لما ثبت شرعا من أن

«الولد للفراش و للعاهر الحجر»(١)

و هذا بخلاف ما لو اتفقا على عدم الوطء فى المده المذكوره، لأن الولد لا يمكن لحوقه بالزوج من دون الوطء فى مده الحمل، و من ثم اتفقوا على أنه لو ثبت عدم الوطء فى المده بالبيئه حيث يمكن إثباتها كما لو اتفقت الغيبه انتفى عنه بغير إشكال بخلاف ما إذا ثبت زناها بالبيئه، فإنه لا يوجب نفيه عن الزوج و لا عن المرأه مع وجود الفراش الذى يمكن إلحاقه به، فافترق الأمران، اللهم إلا أن يريد الشهيد بالاتفاق على الزنا الاتفاق على كون الولد منه لا من وطء الفراش.

و على كل حال فالإشكال بما ذكرناه- من منع انحصار الحق فى الزوجين

حتى يقبل تصادقهما فيه، لأن للولد حقا في النسب- متجه خصوصا مع حكمهم كما قيل بأنه لو ادعى مدع مولودا على فراش غيره بأن ادعى وطئه بالشبهه و صدقه الزوجان فلا بد من البيهه، لحق الولد، فلا يكفى تصديق الزوجين فى دعوى الولد، و مثل هذا آت هنا، لكن فى المسالك «أنه وافق المصنف على هذا المدعى،

إلا- أنه يمكن منعه بما ذكرناه من الحرج و الضرر، و كيف يجتمع الحكم بعدم جواز إلحاقه و وجوب نفقته مع الحكم بعدم انتفائه عنه بوجه من الوجوه حيث يتعذر إقامه البيهه» قلت: اختلاف الأحكام ظاهرا و واقعا غير عزيز، فلا يكون ذلك دليلا على الدعوى، نعم قد يقال: إن التصادق منهما مسقط حق التداعى بينهما، أما الولد فإذا كبر كان له حق الدعوى، و يمكن حمل كلام المصنف و غيره على ذلك، و الله العالم.

و لو وطأها واطى فجورا و لو بعده كان الولد لصاحب الفراش فضلا عن تهمتها به مع فرض وطئه على وجه يمكن إلحاق الولد به، فإنه أظهر أفراد

قوله (١): «الولد للفراش و للعاهر الحجر»

المتفق على مضمونه، فلا ينتفى عنه حينئذ إلا باللعان إذا لم يصرح باستناد النفى إليه، و إلا لم ينتف به أيضا على ما فى كشف اللثام و إن كان قد يشكل بإطلاق أدله اللعان مع فرض إقدامه عليه و لو لا طمئئانه فى السبب المزبور، و لعله لذا أطلق المصنف و غيره، و سسمع فى كتاب اللعان التحقيق فى ذلك إنشاء الله.

و على كل حال ف لا ينتفى عنه فى الفرض المزبور إلا باللعان لأن الزانى لا ولد له، و إنما له الحجر، فلا يعارض وطؤه و طء ذى الفراش سبق أو تأخر و شابهه الولد فى الخلق و الخلق أو لا، و

خبر داود بن فرقد (٢) عن الصادق عليه السلام «أتى رجل رسول الله صلى الله عليه و آله، فقال: يا رسول الله إنى خرجت و امرأتى حائض و رجعت و هى حبلى، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله: من تتهم؟ (قال: اتهم رجلين) قال: ائت بهما،

١- ١ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

فجاء بهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن يك ابن هذا فسيخرج قططا كذا و كذا، فخرج كما قال رسول الله صلى الله عليه وآله، فجعل معقلته على قوم أمه و ميراثه لهم»

مع الإرسال يحتمل طول الغيبه أو غير ذلك، و ما ورد في بعض الأخبار(١) من أن القيافه فضله من النبوه، و العمل عليها منهم عليهم السلام في بعض الأحيان(٢) محمول على ما لا ينافى المقام المجمع عليه نقلا و تحصيلا.

و احترز بالفجور عن الوطء شبهه على وجه يمكن تولده منهما، فإنه يقرع بينهما، و يلحق بمن تقع عليه القرعه، لأنها حينئذ فراش لهما، من غير فرق بين وقوع الوطءين في طهر و عدمه مع إمكان الإلحاق بهما، نعم لو أمكن لأحدهما دون الآخر تعين له من دون قرعه، كما أنه ينتفى عنهما بعدم إمكانه منهما، و هو واضح.

و لو اختلفا في الدخول أى الوطء الموجب لإلحاق الولد و عدمه فادعته المرأه لتلحق به الولد و أنكره أو اتفقا و لكن اختلفا في ولادته فنفاها و ادعى أنه أتت به من خارج

فالقول قول الزوج مع يمينه للأصل، و لأن الأول من فعله، فيقبل قوله فيه، و الثانى يمكنها إقامه اليينه عليه، فلا يقبل قولها فيه بغيرها، و كذا إذا كبر الولد فادعى كونه ولدا له.

و لو اتفقا عليهما و اختلفا في المده فادعى ولادته لدون سته أشهر أو لأزيد من أقصى الحمل ففي اللمعه حلفت، و فى الروضه «تغليبا للفراش، و لأصالة عدم زياده المده فى الثانى- لكن قال:- أما الأول فالأصل معه، فيحتمل قبول قوله فيه عملا بالأصل، و لأن مآله إلى النزاع فى الدخول فإنه إذا قال لم تنقص سته أشهر من حين الوطء فمعناه أنه لم يطأ منذ سته أشهر، و إنما وقع الوطء فيما دونها،

١- ١ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٢ من كتاب التجاره.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب نكاح و العبيد و الإمامه الحديث ٤ و ٥ و الكافى ج ١ ص ٣٢٢ و صحيح مسلم ج ٤ ص ١٧٢.

و ربما فسر بعضهم النزاع فى المده بالمعنى الثانى خاصه، فىوافق الأصل، و ليس ببعيد إن تحقق فى ذلك خلاف، إلا أن كلام الأصحاب مطلق» و كذا فى المسالك و زاد أنه «لو نظر فى تقديم قولها إلى أنها مع الاجتماع و الخلوه يكون الظاهر الدخول لكان ذلك مشتركاً بين المسألتين» إلى آخره.

قلت: فى تحقيق الحال أن يقال: إن قاعده الفراش حجه شرعيه، فالموافق لمقتضاها منكر على نحو قاعده يد المسلم على المال، فلو فرض كون النزاع بينهما بكون الولد له و عدمه على وجه إبراز التداعى على هذا الوجه فلا ريب فى أن القول قول مدعى الإلحاق بيمينه، نعم لو لم يقتصر فى الدعوى، بل أسنده إلى سبب خاص على وجه يكون لحقوق الولد به تبعاً، كما لو ادعت الامراه الدخول بها بحيث يلحق به الولد أو ادعت الولاده فأنكره كان القول قول المنكر، نحو ما لو أسند المسلم ما فى يده إلى سبب خاص يقتضى بطلان دعوى المدعى، كما لو قال: «اشتريته منك» كان القول قول منكره بيمينه، هذا كله فيما يتعلق بالمسأله الأولى.

أما الثانيه و هى الاختلاف فالظاهر أن مبناها أصاله لحقوق الولد بالوطء المحترم حتى يتبين فساد ذلك، و هى قاعده أخرى غير قاعده «الولد للفراش» و لو لكونها أخص منها، و حينئذ فمتى تحقق الوطء حكم شرعاً بلحوق الولد إلا إذا علم العدم بالوضع لأقل الحمل أو لأقصاه أو لغير ذلك، ففى الفرض الذى قد تحقق فيه الوطء و اختلفا فى المده تكون المرأة منكره على كل حال باعتبار موافقه دعواها الأصل المزبور، من غير فرق بين دعوى الزوج الأزيد من أقصى الحمل أو الأقل من أدناه، إذ هو على كل حال مدع ما ينافى أصاله لحقوق الولد بالوطء، و لعله لذا أطلق الحلف، بل و أولى مما فى كشف اللثام من تعليله بالرجوع إليها فى العلوق بالولد فإنه من فعلها فيقدم قولها مطلقاً.

و فى الرياض بعد أن حكى ما سمعته من الروضه قال: «لكن فى الاكتفاء بمثله فى الخروج عن الأصل إشكال إلا أن يعتضد

بعموم «الولد للفراش»

ولا

ينتقض بصوره وقوع النزاع فى الدخول، لعدم ثبوت الفراش فيها بدون ثبوته، بخلاف المقام، لثبوته باتفاقهما عليه، هذا مع إمكان المناقشه فى الأصل الذى ادعى كونه مع الزوج، كيف و هو معارض بأصالة عدم موجب للحمل لها غير دخوله، و بعد التعارض لا بد من المصير إلى الترجيح، و هو معها. للعموم المتقدم، و لا ينتقض بالصوره المتقدم ذكرها، لانتفاء المرجح المزبور فيها كما مضى، فهذا أقوى».

و فيه (أولاً) أن المراد بالفراش المرأه كما عن بعضهم، أو الزوج كما عن المصباح المنير، و معناه على الأول ان الولد الذى افتراض المرأه، فيتحقق حينئذ بمطلق الدخول بالمرأه و لو الوطء الذى قد اتفقا على عدم التولد منه، فيتجه شموله للصوره الأولى، و لا- مخلص منه إلا- بما ذكرناه من إسناد دعواها إلى ما يقتضى الأصل نفيه من وطء زائد على ما تحقق به اسم الفراشيه، كما يقتضى به فرض كلامهم فى الأعم من التى تحقق فيه الفراشيه و عدمه، بل هو فى الثانى أظهر، إذ ذاك مبنى على عدم قبول قولها مع فرض الخلو، ترجيحاً للأصل على الظاهر مع احتمال العكس، و كلامهم أجنبى عن ذلك هنا، كما لا يخفى على من له أدنى نظر و تأمل و أما على الثانى فالمراد به واضح، و على كل حال فلا يخرج منه إلا ما علم ولادته بلا و طء من الزوج.

و (ثانياً) أن أصل عدم موجب آخر للحمل لا يقتضى صحه دعواها من كون الوطء لأقل الحمل، و إلا لاقتضى أصل عدم التولد من وطئه ثبوت و طء غيره نعم إن كان مراده بأصل عدم موجب للحمل الإشاره إلى ما ذكرنا من الأصل الشرعى فى الحكم بلحوق الولد مع تحقق الوطء إلا أن يعلم فساده بالتولد لدون أقصى الحمل أو لأزيد من أقصاه أو لغير ذلك كان متجهاً.

ثم قال: «و حيث قدمنا قولها فالمتجه عند جماعه منهم شيخنا الشهيد فى اللمعه توجه اليمين عليها، و ربما لاح من كلام بعض كما حكى عدمه، و لا- بأس به نظراً إلى الأصل و انتفاء المخرج، بناء على أن تقديم قولها ليس لإنكارها حتى يتوجه عليها اليمين، بل لتغليب جانب الفراش المستدل عليه بالعموم المتقدم، و ليس

فيه اعتبار اليمين، و لكن الأحوط اعتباره» وفيه أنها ليست إلا منكروه، و لذا تقبل البينه في مقابل قولها، و تغليب جانب الفراش لا ينافي توجه اليمين عليها، لاحتمال نكولها و اعترافها بعدم الدخول الذى يتسبب منه (فيه خ ل) الوطاء.

و كيف كان فقد ظهر لك أنه مع الدخول و انقضاء أقل الحمل و عدم تجاوزه أقصاه لا يجوز له نفى الولد، لمكان تهمة أمه بالفجور بل و لا- مع تيقنه سواء ظن انتفاؤه عنه أو لا و حينئذ ف لو نفاه لم ينتف إلا باللعان إذ الفرض إمكان تولده منه، و قد سمعت

قوله صلى الله عليه و آله (١): «الولد للفراش»

المتفق على مضمونه، و لا يستثنى من ذلك إلا وطاء الشبهه على حسب ما عرفت.

و لو طلقها فاعتدت ثم جاءت بولد ما بين الوطاء الذى لحقه الفراق إلى أقصى مده الحمل لحق به الولد إذا لم توطأ بعقد و لا شبهه و إن وطئت زنا بلا خلاف و لا إشكال، لأنها فراشه، و لم يلحقها فراش آخر يشاركه فى الولد، بل بناء على ما ذكرنا يلحق به أيضا لو لم يعلم الحال، لقاعده الفراش أيضا، نعم لو كان بدون الأقل أو الأزيد من الأقصى انتفى عنه قطعاً.

أما إذا لحقه فراش آخر بعقد أو شبهه فان لم يمكن لحوقه بالثانى فهو للأول، و إن لم يمكن لحوقه بالأول فهو للثانى، و إن لم يمكن لحوقه بواحد منهما انتفى عنهما، و إن كان قابلا للالتحاق بكل منهما ففى ترجيح الثانى أو القرعه قولان، قد تقدم الكلام فيهما سابقا، و يأتى أيضا، و لا ريب فى أن الأقوى منهما ما هو المشهور بين الأصحاب من كونه للثانى للنصوص (٢) التى فيها الصحيح و غيره.

و لو زنى بامرأه فأحبها ثم تزوج بها لم يجز إلحاقه به، و كذا لو زنى بأمه فحملت ثم ابتاعها لما سمعت من النص (٣) و الإجماع على أن للزانى الحجر، و تجدد الفراش لا يقتضى إلحاق المحكوم بانتفائه إذ المراد من

«الولد للفراش»

المنعقد فى الفراش لا المتولد مطلقا، و لذا انتفى عنه ما كان منعقدا قبل الفراش، و لم

١- ١ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ و ١١ و ١٢ و ١٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

ينتف المنعقد فيه و إن زال عنه حال التولد بطلاق مثلا، كل ذلك مضافا إلى

خبر على بن مهزيار عن محمد بن الحسن القمي (١) قال: «كتب بعض أصحابنا على يدي إلى أبي جعفر عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في رجل فجر بامرأه فحملت، ثم إنه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد، و هو أشبه خلق الله به؟ فكتب بخطه و خاتمه: الولد لغيه لا يورث».

و على كل حال فقد عرفت مما قدمنا سابقا أنه يلزم الأب الإقرار بالولد مع اعترافه بالدخول و ولاده زوجته له على وجه يوجب إلحاقه به فلو أنكره و الحال هذه لم ينتف عنه إلا باللعان كما هو واضح، بل هو كالمستغنى عنه بما سبق، بل قد ظهر مما قدمنا سابقا أن المتجه الحكم بالذوق بعد تحقق الفراشيه و إن لم يعلم دخوله في المسبب لانعقاد الولد، لقاعده الفراش، خصوصا على ما سمعته من المعنى الثاني، و إنما قلنا بتقديم قوله بعدم الدخول مع فرض التداعى فيه لإرادته إلحاق الولد به لا مع عدم تداع فيه، و لا ينافى ذلك ذكرهم له بعنوان الشرطيه المقتضيه للشك في المشروط بالشك في حصولها، ضروره أن ذلك طريق شرعى لما يستلزم الحكم شرعا بحصولها حتى يعلم العدم.

و كذا الكلام لو اختلفا في المده على الوجه الذى قد عرفت تفصيل الحال فيه، فلا حظ و تأمل.

و كذا عرفت الحال فيما لو طلق امرأته فاعتدت و تزوجت أو باع أمته فوطأها المشتري أو أعتقها فاعتدت و نكحت ثم جاءت بولد لدون سته أشهر كاملا، فهو للأول، و إن كان لسته أشهر فصاعدا فهو للثاني ففى

خبر زراره (٢) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت و قد اعتدت و وضعت لخمسه أشهر فهو للأول، و إن كان ولد أنقص من سته فلا أمه و لأبيه الأول، و إن ولدت لسته أشهر فهو للأخير».

١-١ الوسائل الباب- ١٠١- من أبواب أحكام الأولاد.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١١.

و مرسل جميل (١) عن أحدهما عليهما السلام «في المرأه تزوج في عدتها، قال:

يفرق بينهما، و تعتد عده واحده منهما جميعا، و إن جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير، و إن جاءت بولد لأقل من سته أشهر فهو للأول»

و في

خبر أبي العباس (٢) قال: «إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير، و إن كان أقل من سته أشهر فهو للأول»

و في

صحيح الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا كان للرجل منكم الجاربه يطؤها فيعتقها فاعتدت و نكحت فان وضعت لخمسه أشهر كان من مولاها الذي أعتقها، و إن وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخير»

و من ذلك كله يعلم ضعف القول بالقرعه، مضافا إلى ما قيل من ظهور أدله الفراش في الفعلي منه، و الله العالم.

[أحكام ولد الموطوءه بالملك]

و أما أحكام ولد الموطوءه بالملك ف إذا وطأ الأمه به فجاءت بولد لسته أشهر فصاعدا إلى أقصى الحمل لزمه الإقرار به إن لم تظهر أماره الخلاف، كما ستمع الكلام فيه و إن لم نقل أنها فراش، كما هو المشهور بلا خلاف، بل في كشف اللثام اتفاقا كما يظهر منهم، بل و لا إشكال، لقاعده لحوق الولد للوطء المحترم مع الإمكان، و ل

صحيح سعيد بن يسار (٤) سأل الكاظم عليه السلام «عن الجاربه تكون للرجل يطيف بها و هي تخرج فتعلق، قال: أ يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قلت: أما ظاهره فلا، قال: إذا لزمه الولد»

و سأل الصادق عليه السلام في حديث آخر (٥) «عن رجل وقع على جاربه له تذهب و تجيء و قد عزل عنها، و لم يكن منها إليها، ما تقول في الولد؟ قال: أرى أن لا يباع هذا يا سعيد» قال: «و سألت أبا الحسن عليه السلام فقال: أ يتهمها؟ فقلت: أما تهمة ظاهره فلا، قال: فيتهمها أهلك؟

فقلت: أما شيء ظاهره فلا، فقال: فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد؟».

و لكن لو نفاه انتفى و لم يحتج إلى أن يلاعن أمه، و حكم

١-١ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٣.

٢-٢ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٢.

- ٣-٣ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٥.

بنفيه عنه ظاهرا إجماعا بقسميه اقتصارا في اللعان المخالف للأصل على موضع النص (١) وهو الأزواج، و إذا انتفى اللعان فيها لزم الانتفاء بالنفى، إذ لم يبق طريق إليه غيره، و هو بمنزله فعلة لا يعلم إلا منه، فيقبل فيه قوله.

نعم لو اعترف به بعد ذلك الحق به لعموم إقرار العقلاء (٢) و فحوى صحيح الحلبي (٣) بمثله في ولد الملاعنه، لكن الظاهر أنه إنما يترتب عليه من أحكام النسب ما عليه دون ما له أخذا بإقراره كما صرحوا به في ولد الملاعنه وفاقا للأخبار (٤).

و لو وطأ الأمه المولى و أجنبى فجورا حكم بالولد للمولى للأصل السابق الذى لا يعارضه و طء الزانى الذى ليس له إلا الحجر، و للأخبار ك

خبر سعيد الأعرج (٥) سأل الصادق عليه السلام «عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده الجاريه، لقول رسول الله صلى الله عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر»

أما إذا كان الوطء شبهه فالقرعه، لما عرفته سابقا.

و لو انتقلت الأمه إلى موال بعد و طء كل واحد منهم لها حكم بالولد لمن هى عنده إن جاء لسته أشهر فصاعدا منذ يوم وطئها، و إلا كان للذى قبله إن كان لوطنه سته أشهر فصاعدا، و إلا كان للذى قبله، و هكذا الحكم فى كل واحد منهم بلا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال فى كونه للأخير منهم، لما سمعته من النصوص (٦) ٢٧٣٦٢ - ٢٧٣٦٤ السابقة مضافا إلى

خبر الصيقل (٧) عن أبى عبد الله عليه السلام «سمعتة يقول و سئل عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من كتاب الإقرار الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب ميراث ولد الملاعنه الحديث ١- من كتاب المواريث.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب ميراث ولد الملاعنه من كتاب المواريث.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٤.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ و ١١ و ١٢ و ١٣.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٢.

رحمها، قال: بئس ما صنع، يستغفر الله و لا- يعود، قلت: فان باعها من آخر و لم يستبرئ رحمها ثم باعها الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث. فقال أبو عبد الله عليه السلام: «الولد للفراش و للعاهر الحجر»

و عن الشيخ روايته بسند آخر عن الصيقل (١) قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام» و ذكر مثله، إلا أنه قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: الولد للذى عنده الجارية»

و عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (٢) «و إن كانوا ثلاثة واقعوا جاريه على الانفراد و بعد أن اشتراها الأول و واقعها ثم اشتراها الثانى و واقعها ثم اشتراها الثالث و واقعها كل ذلك فى طهر واحد فأنت بولد لكان الحق أن يلحق الولد بالذى عنده الجارية و يصبر، لقول رسول الله صلى الله عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر، هذا مما لا يخرج فى النظر و ليس فيه إلا التسليم»

نعم ليس فى الجميع إلحاقه بالذى قبله مع تعذره و لعله لأنه بتعذر الآخر يصير الاشكال فيما بينه و بين ما تقدمه، فهو بمنزله ما لو وقع الاشكال فيه قبل الانتقال إلى الثالث، و لا يترتب فى ترجيحه حينئذ، لما سمعته من النصوص التى يستفاد منها نسخ اللاحق للسابق مع الإمكان، و المقام منه، و الله العالم.

و لو وطأها المشتركون فيها فى طهر واحد أو متعدد عالمين بالحرمة أو جاهلين، أذن كل واحد منهم للآخر أولاً فولدت ولدا على وجه يمكن لحوقه بكل واحد منهم و تداعوه أو سكتوا أقرع بينهم إذ من المعلوم عدم لحوقه بالجميع، لأن التكون من أكثر من نطفه مندفع بالنص و الإجماع فمن خرج اسمه ألحق به الولد و أغرم حصص الباقين من قيمه أمه و قيمته يوم سقط حيا ضروره كون الجارية بالنسبه إليه أم ولد، و كون الولد ولدا له، فهو حينئذ كالجاني على حصصهم، إذ قد سمعت فيما تقدم أن الأمه المشتركة إذا وطأها أحد

١-١ الوسائل الباب - ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٣.

٢-٢ البحار ج ١٠٤ ص ٦٣ ط الحديث.

الشركاء أثم و عزر، لكن لا يكون زانيا بل يكون عاصيا، و يلحق به الولد، و تكون الجارية أم ولد، و يغرم حصه الشريك من الأم و الولد، و بعد القرعه يرجع الأمر إلى ذلك.

و لو ادعاه واحد منهم و نفاه الباقيون ألحق به و أغرم حصص الباقيين من قيمة الأم و الولد، لانتفائه عن غيرهم بالنفى من غير لعان، إذ حكم كل واحد بالنسبة إلى هذا الولد مثله من الأمه الموطوءه المنفرده من حيث اللقوق، و تحريم النفى مع عدم العلم بنفيه، و انتفائه بالنفى من غير لعان، و إنما يزيد هنا توقف لحوقه بأحدهم مع تداعيهم أو سكوتهم على القرعه، كما لو وطأ الأمه غير مالكتها معه شبهه و طءا يمكن لحوقه بكل منهما.

و الأصل في ذلك - مضافا إلى بعض ما تقدم في و طء أحد الشريكين -

حسنه أبي بصير(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال: «بعث رسول الله صلى الله عليه و آله عليا صلوات الله و سلامه عليه إلى اليمن فقال له حين قدم: حدثني بأعجب ما مر عليك، قال: يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جاريه فوطئوها جميعا في طهر واحد، فولدت غلاما فأصبحوا فيه يدعون، فأسهمت بينهم و جعلته للذي خرج سهمه و ضمنتهم نصيبهم، فقال النبي صلى الله عليه و آله: إنه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله تعالى إلا خرج سهم المستحق»

و صحيح الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا وقع الحر و العبد و المشرك بامرأه في طهر واحد فادعوا الولد أقرع بينهم، فكان الولد للذي يخرج سهمه».

و صحيح معاوية بن عمار(٣) عنه عليه السلام أيضا «إذا وطأ رجلان أو ثلاثه جاريه في طهر واحد فولدت فادعوه جميعا أقرع بينهم، فمن قرع كان الولد ولده، و يرد قيمة الولد على صاحب الجارية».

و صحيح سلمان بن خالد(٤) عنه عليه السلام أيضا قال: «قضى على عليه السلام في ثلاثه

١- ١ الوسائل الباب - ٥٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٥٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٥٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب - ٥٧- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٢ عن سليمان بن خالد.

وقعوا على امرأه في طهر واحد، وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الإسلام، فأقرع بينهم وجعل الولد لمن قرع، وجعل ثلثي الديه للآخرين، فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجده، وقال: لا أعلم فيها شيئاً إلا ما قضى على عليه السلام»
و صحيح الحلبي (١) عنه عليه السلام أيضا «إذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأة في طهر واحد أقرع بينهم، وكان الولد للذي تصيبه القرعة».

لكن في المسالك بعد أن ذكر الخبر الأول قال: «و الأصحاب حكموا بمضمونها، و حملوا

قوله عليه السلام: «و ضمنته نصيبهم»

على النصيب من الولد و الأم معا، كما لو كان الواطئ واحدا منهم ابتداء، فإنه يلحق به و يغرم نصيبهم منها، لكن يشكل الحكم بضمانه لهم نصيب الولد لادعاء كل واحد منهم أنه ولده.

و أنه لا يلحق بغيره، و لازم ذلك أنه لا قيمة له على غيره من الشركاء، و هذا بخلاف ما لو كان الواطئ واحدا، فان الولد محكوم بلحوقه به، و لما كان من نماء الأمه المشتركة جمع بين الحقين بإغرامه قيمة الولد لهم و إلحاقه به بخلاف ما هنا، و الرواية ليست صريحة في ذلك، لأن قوله: «و ضمنته نصيبهم» يجوز إرادته النصيب من الأم لأنه هو النصيب الواضح لهم باتفاق الجميع بخلاف الولد، و يمكن أن يكون الوجه في إغرامه نصيبهم من الولد أن ذلك ثابت بزعمه أنه ولده، و دعواهم لم تثبت شرعا، فيؤخذ المدعى بإقراره بالنسبة إلى حقهم، و النصيب في الرواية يمكن شموله لهما معا من حيث إن الولد نماء أمتهم، فكل منهم له نصيب فيه، سواء ألحق به أم لا، و لهذا يغرم من ألحق به نصيب الباقيين في موضع الوفاق و على كل حال فالعمل بما ذكره الأصحاب متعين، و لا يسمع الشك فيه مع ورود النص به ظاهرا و إن احتمل غيره».

و فيه (أولا) أن النصوص التي سمعتها غير الخبر الأول صريحة في ضمان قيمة الولد، حتى الخبر الأخير المراد من الديه فيه القيمة بناء على أن مورد الجميع

الأمة المشتركة و لو لقرائن تدل على ذلك، كما أن

قول الصادق عليه السلام لعبد الله ابن سنان (١) فيما أرسله الشيخ عن يونس «فى قوم اشتركوا فى جاريه فائتمنوا بعضهم و جعلوا الجاريه عنده فوطأها: يجلد الحد و يدراً عنه بقدر ما له فيها، و تقوم الجاريه، و يغرم ثمنها للشركاء، فان كانت قيمه فى اليوم الذى وطأ فيه أكثر من ما اشترت به ألزم أكثر الثمن، لأنه قد أفسد على شركائه، و إن كانت قيمه فى اليوم الذى وطأ أكثر مما اشترت به يلزم الأكثر لاستفساده»

نعم روى مثله

فى موضع آخر مسنداً (٢) و زاد فيه «قلت: فإن أراد بعض الشركاء شراءها دون الرجل، قال: ذلك له، و ليس له أن يشتريها حتى يستبرئ، و ليس على غيره أن يشتريها إلا بالقيمه»

و هو يدل على عدم الإيجاب على التقويم و إعطاء قيمه و يمكن أن يكون ذلك فى حال عدم ولادتها منه و إلا فهى أم ولد له فى الظاهر.

و (ثانياً) أن ما أورده من الاشكال كما يجرى فى الولد يجرى فى الأم أيضاً، ضروره أن مقتضى دعوى كل واحد منهم صيرورتها أم ولد له، فلا وجه لأن يأخذ الغرامه عوضها مع وجوبها عليه، فحمله النصيب على النصيب منها لا يرفع الاشكال، اللهم إلا أن يقال: إن أخذه باعتبار الحيلولة بينه و بين ملكه.

و (ثالثاً) أن إلزامه بإقراره لا يقتضى استحقاقهم عليه، أقصاه صيروره المال مجهول المالك، و الذى يقوى فى النظر حمل الدعوى فى النص و الفتوى من كل واحد على إرادته الجميع معرفه لحقوقه بواحد منهم، لأن كل واحد منهم يدعيه أنه له، فان ذلك مع الطريق له فى غايه البعد، و إنما المراد عدم نفى أحد منهم إياه عن نفسه، بل أرادوا معرفه ذلك بالقرعه، و حينئذ فيتجه بعدها الغرامه لهم، أو يقال: إنه بالقرعه التى هى

١- ١ التهذيب ج ١٠ ص ٢٩- الرقم ٩٦ و فيه «و يغرم ثمنها للشركاء، فان كانت قيمه فى اليوم الذى وطأ أقل مما اشترت به.»

٢- ٢ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ١٧- من أبواب بيع الحيوان الحديث ١ من كتاب التجاره و ذكرها فى التهذيب ج ٧ ص

٧٢ الرقم ٣٠٩.

أماره لاستخراج الواقع يعلم كذب دعوى كل مدع منهم، فله حينئذ تناول الغرامه ممن خرجت القرعه له، و على كل حال فالأمر كما ذكره الأصحاب من غرامه قيمه الأم و الولد، و لا يقدح فيه ما قيل من عدم تعرض الشيخين و ابن زهره إلا لقيمه الولد، و ابن سعيد إلا لقيمه الأم و للعقر، فان ذلك ليس خلافا، و على تقديره فهو محجوج بما عرفت.

و كيف كان ف ان ادعاه واحد منهم خاصه و نفاه عنه غيره ألحق به بلا قرعه و ألزم حصص الباقيين من قيمه الأم و الولد بلا خلاف و لا إشكال، لانتفائه عن نفاه عنه بنفيه، إذ هو أولى من الواطئ المتحد، بل فى كشف اللثام ذلك كذلك مع السكوت، لأنه بمنزله النفى، و لأنه مدع بلا منازع، و للرجحان بدعواه مع سكوت الغير، فلا إشكال ليقرع، و لأن القرعه لإثبات النسب إلى واحد، و قد ثبت، و الأصل انتفاؤه عن الغير، و لاختصاص نصوص القرعه فيها بصوره التداعى، و إن كان قد يشكل بأعميه السكوت من النفى، فلا ينزل منزلته، و بظهور النصوص فى كون الموضوع من المشتبه فى نفسه المحتاج تميزه و تعيينه إلى القرعه، و نصوص القرعه إنما يراد منها عدم نفي أحد منهم، و الكلام فى ثبوته للمدعى مع سكوت الباقيين بدون القرعه كى يثبت النسب، خصوصا مع دعوى الساكت بعد سكوته، و رجحانه عليهم بالدعوى لا دليل عليه شرعا.

ثم من المعلوم عدم جواز نفي النافى منهم أو جميعهم إلا مع العلم بانتفائه عنه، بل لو علم كون نفيه لا لذلك لم يسمع نفيه، و لا ينتفى عنه بنفيه، و لو نفوه أولا عنهم ثم أقروا بعد ذلك أنه لواحد منهم أمكن سماع هذا الإقرار فيما عليهم و الإخراج بالقرعه، و أولى بالقبول ما لو رجع كل منهم إلى دعواه بعد أن نفوه، نعم قد يقال بعدم سماع الإقرار بعد النفى و دعوى المدعى به و الحكم بلحوقه به، مع احتمالها أيضا، كاحتمال عدم سماع الإقرار فى الأول لكونه ليس إقرارا، و لم نجد للأصحاب فى ذلك كلاما محررا، و الله العالم.

و لا يجوز نفي الولد لمكان العزل بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل

الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى النصوص (١).

و لو وطأ المولى أمته و وطأها آخر فجورا ألحق الولد بالمولى فضلا عما لو اتهمها إجماعا بقسميه و نصوصا (٢) عموما و خصوصا إذا لم تكن أماره يظن منها كونه لغيره.

و أما لو حصل مع ولادته أماره يغلب بها الظن أنه ليس منه فعن جماعه على ما قيل بل الأكثر بل المشهور أنه لم يجز إلحاقه به و لا نفيه، بل ينبغى أن يوصى له بشيء من ماله و لا يورثه ميراث الأولاد للنصوص التي منها

خبر ابن عجلان (٣) «إن رجلا من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السلام فقال: قد ابتليت بأمر عظيم، إنى قد وقعت على جاريتى ثم خرجت فى بعض حوائجى فانصرفت من الطريق فأصبت غلامى بين رجلى الجارية فاعتزلتها، فحملت ثم وضعت جاريه لعهده تسعه أشهر فقال له أبو جعفر عليه السلام: احبس الجارية و لا تبعها، و أنفق عليها حتى تموت أو يجعل الله لها مخرجا، فان حدث بك حدث فأوص أن ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجا»

و نحوه

خبر عبد الله (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام «إن رجلا من الأنصار أتى أبى».

لكن فيه مضافا إلى ذلك «فقال له أبى: لا ينبغى لك أن تقربها و لا أن تبيعها»

و خبر حريز (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل كان يطأ جاريه له، و أنه كان يبعثها فى حوائجه، و أنها حملت، و أنه بلغه عنها فساد فقال أبو عبد الله عليه السلام: إذا ولدت أمسك الولد و لا تبعه و لا تجعل له نصيبا من دارك، قال: فقيل له: رجل يطأ جاريه و أنه لم يكن يبعثها فى حوائجه و أنه اتهمها و حبلى، فقال: إذا هى ولدت أمسك الولد و لا يبعه و يجعل له نصيبا من داره و ماله، و ليس هذه مثل تلك».

و خبر عبد الحميد بن إسماعيل (٦) الذى رواه المشايخ الثلاثة «سألت أبا عبد الله

١- ١ الوسائل الباب- ٣٣- من أبواب المتعه الحديث ٥ و الباب- ٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٥ و الباب- ١٥ و ١٩- من أبواب أحكام الأولاد.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ١.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام الحديث ٢ «فقال أبو عبد الله عليه السلام: إذا ولدت أمسك الولد، فلا يبيعه و يجعل له نصيبا من داره».

٤-٦ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإماماء الحديث ٤.

عليه السلام عن رجل كانت له جاريه يطؤها و هي تخرج فحبلت فخشى أن لا يكون منه كيف يصنع؟ أ يبيع الجاريه و الولد؟ قال: يبيع الجاريه و لا يبيع الولد، و لا يورثه من ميراثه شيئاً»

و خبرا سعيد(١) المتقدمان فى أول المبحث المتضمن ظاهرهما على اشتراط اللقوق بعدم التهمه.

و خبر محمد بن إسماعيل الخطاب (٢) «كتب إليه يسأله عن ابن عم له كانت له جاريه تخدمه، و كان يطؤها، فدخل يوما منزله فأصاب معها رجلا تحدثه، فاستراب بها فهدد الجاريه، فأقرت أن الرجل فجر بها، ثم إنها حبلت بولد، فكتب إن كان الولد لك أو فيه مشابهه فيك فلا تبعها، فان ذلك لا يحل لك، و إن كان الابن ليس منك و لا فيه مشابهه منك فبعه و بع أمه»

و خبر يعقوب بن يزيد(٣) «كتب إلى أبى الحسن عليه السلام: فى هذا العصر رجل وقع على جاريه ثم شك فى ولده، فكتب إن كان فيه مشابهه منه فهو ولده».

و لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الغض عن السند فى أكثرها، ضروره عدم انطباق ما عدا الأخيرين على المدعى الذى هو عدم الحكم بلقوق الولد مع الأماره التى يغلب الظن منها ذلك، إذ هى بين معلقه ذلك على الزنا أو تهمته أو خوف أن لا يكون الولد منه، و نحو ذلك مما لا يقول به الخصم، فهى فى الحقيقه مخالفه للإجماع، معارضه بغيرها من النصوص (٤) العامه و الخاصه المصرحه بلقوق الولد مع الزنا فضلا عن تهمته، بل خبر حرير(٥) منها قد اشتمل على التفصيل

١- ١ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٢ و ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٤ عن جعفر بن محمد بن إسماعيل الخطاب كما فى التهذيب ج ٨ ص ١٨٠ و الاستبصار ج ٣ ص ٣٦٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٣.

بالبعث في حوائجه و بلوغه الفساد عنها و بين التهمة مع عدم البعث، و هو شىء لا- يقول به أحد، بل ربما نوقش في الأولين
باحتمال رجوع الضمير إلى الجارية الوالده لا المولوده، و إرادته المنع من الزنا من الحبس و المقاربه من

قوله عليه السلام: «و لا تقربها»

لا للنهي عن الإقرار بها، و إن كان هو كما ترى مخالف لظاهر جميع النصوص.

و أما الخبران الأخران فمع مخالفتهما لما عرفت قد اشتملا على اشتراط اللحوق بالمشابهه و لم يعتبره، بل قيل: إنه مخالف
للإجماع، بل و للمعتبره الصريحه في خلافه، ف

في الخبر(١) «إن رجلا- أتى بامرأته إلى عمر فقال: إن امرأتى هذه سوداء و أنا أسود، و إنها ولدت غلاما أبيض، فقال لمن
بحضرتة: ما ترون؟

فقالوا: نرى أن ترجمها فإنها سوداء و زوجها أسود و ولدها أبيض، قال: فجاء أمير المؤمنين عليه السلام و قد وجه بها لترجم،
فقال: ما حالكما؟ فحدثاه، فقال للأسود: أ تتهم امرأتك؟ فقال: لا، قال: فأيتها و هى طامث، قال: قد قالت لى فى ليله من الليالى
إنى طامث فظننت أنها تتقى البرد فوقعت عليها، فقال للمرأة:

و أنت طامث، قالت: نعم سله قد خرجت عليه و أبيت، قال: فانطلقا، فإنه ابنكما و إنما غلب الدم النطفه فايض، و لو قد تحرك-
أى نشأ و كبر- اسود، فلما أيفع اسود»

و مرسل ابن سنان(٢) عن أبى جعفر عليه السلام «أتى رجل من الأنصار رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: هذه ابنه عمى و
امرأتى لا- أعلم منها إلا- خيرا، و قد أتتني بولد شديد السواد، منتشر المنخرين، جعد ققط أفضس الأنف لا أعرف شبهه فى
أحوالى و لا فى أجدادى، فقال لامرأته: ما تقولين؟ قالت: لا و الذى بعثك بالحق نبيا ما أقعدت مقعده منى منذ ملكنى أحدا
غيره، قال: فنكس رسول الله صلى الله عليه و آله رأسه مليا ثم رفع رأسه إلى السماء، ثم أقبل على الرجل، فقال: يا هذا إنه ليس
من أحد إلا بينه و بين ولده تسعه و تسعون عرفا كلها تضرب فى النسب، فإذا وقعت النطفه فى الرحم اضطربت تلك العروق
فسل الله الشبه لها،

١- ١ الوسائل الباب- ١٠٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

فهذا من تلك العروق التي لم يدركها أجدادك ولا أجداد أجدادك، خذ إليك ابنك، فقالت المرأة: فرجت عنى يا رسول الله»

إلى غير ذلك من النصوص (١) التي يمكن دعوى تواترها في عدم اعتبار المشابهة في اللحق بالأولاد شرعا و لعله لما سمعت قال المصنف و فيه تردد.

[أحكام ولد الشبهه]

و أما أحكام ولد الشبهه فنقول الوطاء بالشبهه التي قد تقدم الكلام مشبعا في موضوعها و فى أنه يلحق به النسب كالوطء الصحيح بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى النصوص (٢) فلو اشتبهت عليه أجنبيه فظنها زوجته أو مملوكته على وجه يكون مشتبهها فوطأها لحق به الولد و إن لم تكن هى مشتبهه، كما أنه يلحق بها الولد مع شبهتها و إن لم يكن هو كذلك، و كذا لو وطأ أمه غيره لشبهه، لكن فى الأمه يلزمه مضافا إلى العقر قيمه الولد يوم سقط حيا، لأنه وقت الحيلولة بينه و بين ماله الذى هو نماء ملكه، أما قبله فليس بتمول، و لا يدخل تحت التقويم، كما تقدم الكلام فى ذلك سابقا، و فى أن الحكم فى الولد القرعه مع فرض الاشتباه فى فراش آخر و صلاحيته لكل واحد منهما، أما مع زواله فلأخير، و يأتى على كلام الشيخ القرعه، لكن زوال فراش الشبهه يكون بتمام عدتها منه على الظاهر، و لو وطأها الزوج فى أثنائها فهو وطء فراش و إن أثم بذلك و ليس بزنا، فيلحق به الولد مع عدم صلاحية التولد إلا منه، و يقرع بينه و بين المشتبهه مع صلاحيته لهما، و الظاهر ترتب فراش المشتبهين كالفراش الصحيح، فيحكم به للأخير منهم، كما يحكم به له لو ترتب على الفراش الصحيح فضلا عن فراش الشبهه، و يقرع بينهم مع اتحاد الفراش، و يأتى فى النفى و الإقرار ما سمعته سابقا، و كذا فى دعوى الواحد مع

١- ١ الوسائل الباب- ١٠٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤ و المستدرک الباب- ٧٦- منها الحديث ١ و البحار ج ٦٠ ص ٣٤٠ و ٣٨٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام و الباب- ٧- من أبواب العيوب و التدليس و الباب- ٧- من أبواب عقد النكاح الحديث ٢.

سكوت الباقيين أو نفيهم على نحو ما تقدم سابقا، كما أنه يأتي به الحكم للأخير مع إمكانه وإلا فلسابقه، وهكذا.

وبالجملة ينزل فراش المشتبه منزله فراش الصحيح، ويلحظ الحكم به كذلك ولعل العمده في ذلك الإجماع، ولولاه لأمكن القول بترجيح فراش المالك مثلا على فراش المشتبه عملا بإطلاق ما دل (١) على الحكم به لمن هي عنده، فتأمل، هذا كله في الرجل المشتبه.

أما إذا كان الاشتباه بالنسبة إلى المرأة خاصة فقد يتوهم بجريان القرعه بينها وبين زوجها في اختصاصها بالولد و اشتراكهما فيه، و

قوله صلى الله عليه وآله (٢): «للعاهر الحجر»

لا ينافي ذلك، بل قد يقال بجريان جميع الأحكام السابقة على تقدير اشتباه الزوج، إلا أنني لم أجد ذلك في شيء من كلمات الأصحاب، بل ربما لاح من بعضها ما ينافيه، ولعله كذلك، لأنها هي أم على كل حال، والزاني لا شيء له،

و قوله صلى الله عليه وآله (٣) «الولد للفراش»

يقتضى اللحق به، وقول المرأة ليس لك غير مسموع، ومن هنا كان الحكم معلقا في النص والفتوى على اشتباه الواطئ وزناه دونها، فالمتجه حينئذ الحكم به لدى الوطاء المحترم ما دام ممكنا حتى لو زال فراشه، ضروره كون الوطاء المفروض تعقبه له زنا بمنزله العدم وإن كانت هي مشتبهه، والله العالم.

و كيف كان ف لو تزوج امرأة لظنها خاليه أو لظنها موت الزوج أو طلاقه على وجه يكون مشتبهها على ما قدمنا سابقا فيبان أنه لم يمت ولم يطلق ردت على الأول قطعا بعد الاعتداد من الثاني الذي قد فرض اشتباهه واختص الثاني بالأولاد مع فرض حصول الشرائط السابقة في لحوق الأولاد سواء استندت في ذلك إلى حكم حاكم أو شهادة شهود عدول أو إخبار مخبر ولو فاسقا مع فرض تحقق موضوع الشبهه به، كما هو واضح.

١-١ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد والإماء الحديث ٣ و ٤ و ٧.

٢-٢ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد والإماء.

٣-٣ الوسائل الباب- ٥٨- من أبواب نكاح العبيد والإماء.

[القسم الثانى فى أحكام الولاده]**اشاره**

القسم الثانى فى أحكام الولاده و يقع الكلام فيها فى سنن الولاده و اللواحق

[أما سنن الولاده]

أما سنن الولاده و آدابها الواجبه و المندوبه فالواجب منها استبداد النساء بالمرأه عند الولاده دون الرجال إلا مع عدم النساء بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل و لا إشكال، ضروره وجوب حضور من علم بحالها من النساء كفايه، لوجوب حفظ النفس المحترمه عند تحقق ما يخشى منه تلفها مع عدم الحضور، و منه ما نحن فيه، كضروره وجوب استبدادهن بذلك للإجماع، قيل: و لملازمه اطلاع الرجال حتى المحارم لما يحرم عليهم من النظر للعوامه و غيرها و مسها و سماع الصوت و نحو ذلك، بل ربما أدى حضورهم إلى تلفها و تلف ولدها باعتبار ما يحصل معها من الحياء و نحوه، و ربما يرشد إلى ذلك ما دل من نص (١) و فتوى على قبول شهاده النساء منفردات بالولاده و الاستهلال و نحوهما.

نعم مع فرض عدم من يقوم بحاجتها من النساء يجب على الرجال، و ينبغى تقديم المحارم، بل عن بعضهم وجوبه، و هو لا يخلو من وجه، بل قد يحتمل إيجاب جعل الأجنبى محرما مع الإمكان، إلا أن الأقوى خلافه، بل قد يقوى عدم اختصاص الوجوب بالمحارم لاتحاد الجميع فى اقتضاء الدليل الدال على وجوب حفظ النفس المحترمه المرجح على غيره، فتباح حينئذ المحظورات عند الضرورات التى اقتضت جواز لمس الطيب و نظره حتى إلى العوره، بل ربما نوقش فى إطلاق عدم جواز مساعده الرجال بعدم دليل عليه مع عدم استلزامها اطلاعهم على العوره و إن كان قد تدفع بما أومأنا إليه.

نعم لا بأس بالزوج و إن وجدت النساء لعدم حرمة شىء عليه بلا خلاف فيه،

بل ولا إشكال، هذا و لكن في

خبر جابر(١) عن أبي جعفر عليه السلام «كان على بن الحسين عليهما السلام إذا حضر ولاده المرأة قال: أخرجوا من في البيت من النساء، لا تكون المرأة أول ناظر إلى عورته»

و هو حكم غريب مخالف للسيرة و الفتاوى و غيره من النصوص(٢).

و أما النذب فقد ذكر المصنف منه ستة و إن كان المستفاد من النصوص أزيد من ذلك كاللف بخرقه بيضاء(٣) بل كراهه الصفراء(٤) و غير ذلك.

الأول غسل المولود بضم الغين كما هو مقتضى ذكر الأصحاب له في الأغسال، بل لعله الظاهر من الأخبار(٥) لذلك، و ربما احتتمل الفتح، و قد تقدم الكلام فيه و في اعتبار الترتيب فيه و غيره من أحكام الغسل على الأول، و في أن وقته كما هو المنساق من النص(٦)، و الفتوى و العمل حين الولادة، و في أن المشهور ندبه، و قيل بالوجوب تمسكا بظاهر النص(٧) في الأغسال المندوبه من كتاب الطهاره مفصلا، فلاحظ و تأمل.

و الثاني الأذان في أذنه اليمنى.

-
- ١-١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد و الباب ٢٤ من كتاب الشهادات.
 - ٣-٣ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤ و ١٠ و ١٣ و ١٥.
 - ٤-٤ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥ و ١٣ و ١٥.
 - ٥-٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب الأغسال المسنونه الحديث ٣ و الباب- ٢٧- منها من كتاب الطهاره.
 - ٦-٦ الوسائل الباب- ١- من أبواب الأغسال المسنونه الحديث ٣.
 - ٧-٧ الوسائل الباب- ١- من أبواب الأغسال المسنونه الحديث ٣.

للنبوى (١) «من ولد له مولود فليؤذن فى أذنه اليمنى أذان الصلاه، و ليقم فى أذنه اليسرى، فإنه عصمه من الشيطان الرجيم»

و قال الصادق عليه السلام لأبى يحيى الرازى (٢): «إذا ولد لكم مولود أى شىء تصنعون به؟ قلت: لا أدرى ما يصنع به، قال: خذ عدسه جاوشير فدفه بالماء ثم قطر فى أنفه فى المنخر الأيمن قطرتين و فى الأيسر قطره، و أذن فى أذنه اليمنى أذان الصلاه، و أقم فى اليسرى، تفعل به ذلك قبل أن تقطع سرتة، فإنه لا يفزع أبداً و لا تصيبه أم الصبيان»

إلى غير ذلك من النصوص (٣) المعترضه بالفتوى، لكن فى

خبر حفص الكنانى (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام «مروا القابله أو بعض من يليه أن يقيم الصلاه فى أذنه اليمنى»

و يمكن حمله على الرخصه أو على استحباب ذلك أيضا مضافا إلى الأول، و الأمر سهل.

هذا و ربما ظهر من بعض اختصاص الاستحباب قبل قطع السره، و لعله للخبر المزبور، و لكن فيه أنه مناف لإطلاق النص و الفتوى، و الخبر المذكور إنما ذكر فيه ذلك و الدواء لأجل تينك الغائتين، فلا ينافى إطلاق الاستحباب منفردا حتى بعد قطع السره لأمر آخر غيرهما، بل ظاهر بعض النصوص أو صريحه المتضمن لفعل النبى صلى الله عليه و آله (٥) و الكاظم عليه السلام (٦) وقوع ذلك منهما بعد قطع السره، بل قيل قد ورد (٧) فعلهما بالسابع و لا بأس بالجميع و إن اختلفت غاياته، و الله العالم.

و الرابع تحنيكه بماء الفرات الذى هو النهر المعروف،

-
- ١-١ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.
 - ٣-٣ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢ و ٤ و ٥ و ٧ و ١٠ و ١٥.
 - ٤-٤ الوسائل الباب- ٣٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣ عن حفص الكناسى و هو الصحيح.
 - ٥-٥ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥ و ٧ و ١٠ و ١٥.
 - ٦-٦ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.
 - ٧-٧ البحار ج ١٠٤ ص ١٢٢ ط الحديث.

و بتربه الحسين عليه السلام للنصوص (١) فان لم يوجد ماء الفرات فبماء السماء كما فى النص (٢) لكن المصنف بل قيل و الأصحاب قالوا بماء فرات أى عذب، و لم يحضرنى نص عليه و ما فى كشف اللثام- أنه يمكن فهمه من بعض نصوص ماء الفرات بناء على احتمال إضافه العام إلى الخاص- لا يخفى عليك ما فيه، كما لم يحضرنى نص على ما قالوه أيضا ف ان لم يوجد إلا ماء ملح جعل فيه شىء من التمر أو العسل نعم قد ورد (٣) استحباب التحنيك بالتمر نفسه بل و فى المحكى عن فقه الرضا عليه السلام (٤) العسل أيضا و إن كان لا بأس بخلط شىء من العسل و التمر بماء الفرات أو السماء و تحنيكه به، فان فيه جمعا بين الجميع، و المراد بالتحنيك ما هو المنساق إلى الذهن إدخال ذلك إلى حنكه، و هو أعلى داخل الفم.

ثم الخامس أن يسميه أحد الأسماء المستحسنه فإن ذلك من حق الولد على الوالد، و أنه يدعى باسمه يوم القيامه و أفضلها على ما ذكره المصنف و الفاضل ما يتضمن العبوديه لله سبحانه و تعالى، نحو عبد الله و عبد الرحمن و عبد الرحيم و نحو ذلك و إن ذكر جماعه أنا لم نقف على نص فى ذلك، و إنما الموجود إن أصدقها ما تضمن العبوديه لله و أفضلها أسماء الأنبياء عليهم السلام،

قال الباقر عليه السلام (٥) «أصدق الأسماء ما سمي بالعبوديه، و أفضلها أسماء الأنبياء»

و هو لا يقتضى الأفضليه.

قلت:

قال أبو جعفر عليه السلام فى خبر جابر (٦) المروى عن الخصال قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله ألا أن خير الأسماء عبد الله و عبد الرحمن و حارثه و همام، و شر

- ١- ١ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢ و ٣ و ٤.
- ٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.
- ٣- ٣ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
- ٤- ٤ المستدرک الباب- ٢٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
- ٥- ٥ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
- ٦- ٦ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.

الأسماء ضرار و مره و حرب و ظالم».

و فى

خبر ابن حميد(١) أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام و شاوره فى اسم ولده، فقال:

«سمه بأسماء العبوديه، فقال: أى الأسماء هو؟ قال: عبد الرحمن»

و لا- يبعد دعوى الأفضليه فيها على غيرهما، و أما هما فلكل منهما جهه، فما اشتمل على العبوديه من جهه الخضوع و الاعتراف بالعبوديه.

و أما أسماء الأنبياء عليهم السلام فالتبرك و التيمن، بل لا يبعد أفضليه اسم «محمد»، منها بل لا يبعد كراهيه ترك التسميه به فيمن ولد له أربعه أولاد، ففى

خبر عاصم الكردى (٢) عن الصادق عليه السلام «أن النبى صلى الله عليه و آله قال: من ولد له أربعه أولاد و لم يسم أحدهم باسمى فقد جفانى»

و الأمر سهل. و فى

خبر سليمان بن جعفر الجعفرى (٣) «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: لا يدخل الفقر بيتا فيه اسم محمد أو أحمد أو على أو الحسن أو الحسين أو جعفرا أو طالب أو عبد الله أو فاطمه من النساء».

و على كل حال فقد بان لك قول المصنف و يليها أسماء الأنبياء و الأئمه عليهم السلام كما بان لك إمكان دعوى رجحان تسميه الإناث بأسماء الصالحات منهن، و خصوصا اسم فاطمه منها.

و السادس أن يكتبه أى المولود ذكرا كان أو أنثى مع الاسم، و المراد بها ما صدر بأب و أم مخافه النبز و هو لقب السوء،

قال الباقر عليه السلام فى خبر محمد بن خثيم (٤) «إنا لنكنى أولادنا فى صغرهم مخافه النبز أن يلحق بهم»

١- ١ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢ عن عاصم الكوزى كما فى الكافى ج ٦ ص ١٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ عن معمر بن خثيم كما فى الكافى ج ٦ ص ١٩ و التهذيب ج ٧

و فى

خبر السكونى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «من السنه و البر أن يكنى الرجل باسم أبيه».

و كيف كان فقد روى مستفيضا (٢) استحباب التسميه يوم السابع لكن أكثر الأخبار مطلق، بل فى بعضها قبل الولاده، و فى آخر بعدها كما فى السقط.

ففى

خبر أبى بصير (٣) عن أبى عبد الله، عن أبيه، عن جده عليهم السلام قال أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه: «سموا أولادكم قبل أن يولدوا، فان لم تدرؤا ذكرا أو أنثى فسموهم بالأسماء التى تكون للذكر و الأنثى، فإن أسقاطكم إذا لقوكم فى يوم القيامة و لم تسموهم يقول السقط لأبيه: ألا سميتنى، و قد سمى رسول الله صلى الله عليه و آله محسنا قبل أن يولد»

و فى

خبر أبى البخترى (٤) المروى عن قرب الاسناد عن أبى عبد الله عليه السلام «قال رسول الله صلى الله عليه و آله سموا أسقاطكم، فإن الناس إذا دعوا يوم القيامة بأسمائهم تعلق الأسقاط بأبائهم، فيقولون: لم لم تسمونا؟ فقيل:

يا رسول الله صلى الله عليه و آله من عرفناه أنه ذكر سميناه باسم الذكور، و من عرفناه أنه أنثى سميناه باسم الإناث أ رأيت من لم يستبن خلقه كيف نسميه؟ قال: بالأسماء المشتركة، مثل زائده و طلحه و عنبسه و حمزه».

و لعل الوجه فى ذلك أنه يستحب تسميه الحمل ما دام حملا بمحمد فإذا ولد بقى على ذلك إلى اليوم السابع، فان شاء غيره فيه و إن شاء أبقاءه، و أما السقط فليس له سابع فيستحب عند ولادته،

قال الصادق عليه السلام فى مرسل أحمد (٥) «لا يولد لنا ولد إلا سميناه محمدا، فإذا مضى سبعة أيام فإن شئنا غيرنا و إن شئنا تركنا»

١- ١ الوسائل الباب- ٢٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣٦ و ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٢٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

فيراد حينئذ مما ورد(١) من استحباب التسميه فى اليوم السابع الاسم المستقر أو يراد أن منتهى الرخصه فى التأخير إلى اليوم السابع، والله العالم.

و يكره أن يكنيه أبا القاسم إذا كان اسمه محمدا ل

خبر السكونى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «إن النبى صلى الله عليه وآله نهى عن أربع كنى: عن أبى عيسى، و عن أبى الحكم، و عن أبى مالك، و عن أبى القاسم إذا كان الاسم محمدا»

و الظاهر أن القيد للأخير، أما الثلاثة فتركه مطلقا.

و كذا أبو مره ففى

خبر زراره(٣) «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كان رجل يغشى على بن الحسين عليهما السلام كان يكنى أبا مره، و كان إذا استأذن عليه كان يقول:

أبو مره بالباب، فقال له على بن الحسين عليه السلام: يا هذا إذا جئت بابنا فلا تقولن أبو مره».

و كذا يكره أن يسميه حكما أو حكيمًا أو خالدا أو حارثا أو مالكا أو ضرارا ففى

خبر عثمان (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله دعا بصحيفه حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يسمى بها، فقبض و لم يسمها، منها الحكم و حكيم و خالد و مالك و ذكر أنها ستة أو سبعة مما لا يجوز أن يسمى بها».

و فى

خبر محمد بن مسلم (٥) عن أبى جعفر عليه السلام «إن أبغض الأسماء إلى الله سبحانه حارث و مالك و خالد»

و قد سمعت خبر الخصال (٦) الدال على النهى عن ضرار، بل فيها غير الأسماء المزبوره و لا بأس، بل قد يستفاد من

خبر على بن عنبسه(٧)

١- ١ الوسائل الباب- ٣٦ و ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ حماد بن عثمان.

٥-٥ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٥-٦ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.

٧-٧ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٦ عن علي بن عطيه أنه عليه السلام قال لعبد الملك بن أعين.

عن الصادق عليه السلام أنه قال لعبد الله بن أعين: «كيف سميت ابنك ضريسا؟ قال:

كيف سماك أبوك جعفرا؟ قال: إن جعفرا نهر في الجنة و ضريس من أسماء الشيطان»

و كراهه التسميه بضريس بل بكل اسم من أسماء الشياطين و صفاتهم بل و الأسماء المنكره باعتبار الاشتمال على الصفات الذميمة، كما أنه قد يستفاد كراهه التسميه بصفات الخالق، و الأمر سهل. و الله العالم.

[أما اللواحق فثلاثة]

إشارة

و أما اللواحق فثلاثة: الأول سنن اليوم السابع و الثانى الرضاع و الثالث الحضانه و قد ذكر المصنف و غيره أن

[الأول سنن اليوم السابع]

سنن اليوم السابع أربع مضافا إلى ما سمعته من التسميه الحلق و الختان و ثقب الأذن و العقيقه (٦)

- قال الصادق عليه السلام فى خبر أبى بصير(١) «فى المولود يسمى فى يوم السابع، و يعق عنه، و يحلق رأسه، و يتصدق بوزن شعره فضه و يبعث إلى القابله بالرجل مع الورك، و يطعم منه و يتصدق».

و فى خبره الآخر(٢) «إذا ولد لك غلام أو جارية فعق عنه يوم السابع شاه أو جزورا، و كل منها و أطعم، و سم، و احلق رأسه يوم السابع، و تصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه، و أعط القابله طائفا من ذلك، فأى ذلك فعلت أجزأك»

و قال أبو الصباح الكنانى(٣): «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصبى المولود متى يذبح عنه و يحلق رأسه و يتصدق بوزن شعره و يسمى؟ قال: كل ذلك يوم السابع».

و فى

موثق عمار(٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العقيقه عن المولود كيف هى؟

قال: إذا أتى على المولود سبعة أيام سمي بالاسم الذى سماه الله تعالى، ثم يحلق رأسه و يتصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه، و يذبح عنه كبش».

إلى غير ذلك من النصوص (٥) الداله على ذلك التى لا ينفى زيادتها على أربع

- ١-١ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
- ٢-٢ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٧.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٤٤- وغيره من أبواب أحكام الأولاد.

بعد أن كانت هي فيها كالصدقه بوزن الشعر و لطح الرأس بالزعفران و الخلق و نحوها.

فأما الحلق منها ف قد عرفت أن من السنه حلق رأسه يوم السابع و لو في آخر جزء منه، بل

في الصحيح (١) «عن مولود لم يحلق رأسه يوم السابع فقال إذا مضى سبعة أيام فليس عليه حلق»

و إن كان قد يقال باستجاباه أيضا

للمروى (٢) في محكى العلل «إن العله في الحلق التطهير من شعر الرحم»

بل في الرياض «أنه مؤيد لما يقتضيه إطلاق النص و الفتوى من عدم الفرق في ذلك بين الذكر و الأنثى» قلت: بل قد سمعت

خبر أبي بصير المصرح فيه بالغلام أو الجارية و لا ينافيه خبر أبي الصباح.

و ينبغي أن يكون مقدما على العقيقه، قيل لظاهر

الحسن (٣) «عن العقيقه و الحلق و التسميه بأيها يبدأ؟ قال: يصنع ذلك كله في ساعه واحده، يحلق و يذبح و يسمى»

و فيه نظر، نعم

في الروضه قال إسحاق بن عمار (٤) للصادق عليه السلام: «بأى يبدأ؟ قال: تحلق رأسه و تعق عنه و تتصدق بوزن شعره فضه،

يكون ذلك في مكان واحد»

و الأمر سهل.

و أما التصديق بوزن شعره ذهباً أو فضه فقد عرفت ما يدل عليه، و قد يحتمل رجحان الفضه، للاقتصار عليها في جملة من

النصوص (٥).

و يكره أن يحلق من رأسه موضع و يترك موضع، و هي القنازع.

١- ١ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ و فيه «سألته عن مولود يحلق رأسه يوم السابع» و في الكافي ج ٦

ص ٣٨ «سألته عن مولود يحلق رأسه بعد يوم السابع» الا أن الموجود في الفقيه ج ٣ ص ٣١٦ كالجواهر و في التهذيب ج ٧ ص

٤٤٦ «سألته عن مولود لم يحلق رأسه بعد يوم السابع» أيضا.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٩.

٥-٥ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ و ٢ و ٨ و ٩.

خبر السكونى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «لا تحلقوا الصبيان القزح، و القزح أن تحلق موضعا و تترك موضعا» قيل: و فى بعض النسخ «لا تحلقوا الصبيان»

بالحاء المعجمه و الفاء، و المراد بها حينئذ واضح، كما أن المراد على الأول بتقدير مضاف أى حلق القزح، و أصل القزح بالتحريك: قطع من السحاب، الواحد قزعه، و سمي حلق بعض الرأس و ترك بعضه فى مواضع متعددة بذلك تشبيها بقطع السحاب المتفرقه، و يقال: القنازع الواحد قنزعه بضم القاف و الزاء و فتحهما و كسرهما.

و على كل حال فلا ريب فى الكراهه، بل فى

خبر السكونى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «أنه أتى النبى صلى الله عليه و آله بصبى يدعو له و له قنازع، فأبى أن يدعو له، و أمر أن يحلق رأسه»

لكن قد ينافى ذلك ما روى من ثبوت ذلك للحسن و الحسين عليهما السلام

قال ابن خالد (٣): «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن التهنئه بالولد متى؟ قال:

إنه لما ولد الحسن بن على عليهما السلام هبط جبرئيل على النبى صلى الله عليه و آله بالتهنئه فى اليوم السابع، و أمره أن يسميه و يكنيه و يحلق رأسه و يعق عنه و يثقب أذنه، و كذلك كان حين ولد الحسين عليه السلام، فأمره بمثل ذلك، قال و كان لهما ذؤابتان فى القرن الأيسر، و كان الثقب فى الأذن اليمنى فى شحمه الأذن، و فى اليسرى فى أعلى الأذن، و القرط فى اليمنى، و الشنف فى اليسرى»

و فى الكافى روى (٤) «أن النبى صلى الله عليه و آله ترك لهما ذؤابتين فى وسط الرأس».

و ربما قيل بأن ما دل على الكراهه مخصوص بما إذا كان ما يترك بغير حلق فى مواضع متفرقه لا فى موضع واحد، لظهور كلام أهل اللغه فى اختصاص القزح بذلك، ف

فى نهايه ابن الأثير «فى الحديث (٥) «نهى عن القنازع»

و هو أن يأخذ بعض الشعر و يترك منه مواضع متفرقه كالقزح» و نحوه عن القاموس، و فيه أنه مناف لما رواه

القداح (٦) عن أبى عبد الله عليه السلام «أنه كان يكره القزح فى رؤوس

- ٢-٢ الوسائل الباب-٦٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.
- ٣-٣ الوسائل الباب-٥١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٦٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.
- ٥-٥ نهايه ابن الأثير- ماده: «قنزع».
- ٦-٦ الوسائل الباب-٦٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.

الصبيان، و ذكر أن القزع أن يحلق الرأس إلا قليلا و يترك وسط الرأس، و تسمى القزعه».

و أما الختان ف لا- خلاف فى أنه مستحب يوم السابع بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص به مستفيضه أو متواتره (فمنها) ما تقدم، و (منها)

قول الصادق عليه السلام فى خبر السكونى (١) «اختنوا أولادكم لسبعه أيام، فإنه أطهر و أسرع لنبات اللحم، و أن الأرض لتكره بول الأغلف»

و (منها)

قوله عليه السلام أيضا فى خبره الآخر (٢) «قال رسول الله صلى الله عليه و آله طهروا أولادكم يوم السابع، فإنه أطيب و أطهر و أسرع لنبات اللحم، و أن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين يوما»

و كتب عبد الله بن جعفر (٣) إلى أبى محمد الحسن بن على عليهما السلام «أنه روى عن الصادقين عليهما السلام أن اختنوا أولادكم يوم السابع يطهروا، و إن الأرض تضج إلى الله من بول الأغلف، و ليس جعلت فداك بحجامى بلدنا حذق بذلك، و لا يحسنونه يوم السابع، و عندنا حجام اليهود، فهل يجوز لليهود أن يختنوا أولاد المسلمين أم لا؟ فوقع عليه السلام: السنه- أى فى الختان- يوم السابع، فلا تخالفوا السنن»

إلى غير ذلك من النصوص.

و لكن لو أخر عنه جاز بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى ظهور النصوص المزبوره فى استحبابه المقتضى جوازه تركه فيه، و إلى

صحيح ابن يقطين (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ختان الصبى لسبعه أيام من السنه هو أو يؤخر و أيهما أفضل؟ قال: لسبعه أيام من السنه، و إن أخر فلا بأس»

و إلى غيرها.

نعم لو بلغ و لم يختن و جب أن يختن نفسه بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع

١- ١ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥ و هو خير مسعده ابن صدقه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

بقسميه عليه و ذلك لأن الختان واجب في نفسه بالضروره من المذهب و الدين التي استغنت بذلك عن تظافر النصوص كغيرها من الضروريات، على أن في

خبر السكوني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه: إذا أسلم الرجل اختتن و لو بلغ ثمانين»

و لا قائل بالفصل،

و كتب الرضا عليه السلام إلى المأمون (٢) «الختان سنه واجبه للرجال و مكرمه للنساء»

و منه يظهر وجه الدلاله في المستفيض من النصوص (٣) أو المتواتر من كون الختان سنه،

و في بعضها (٤) «السنه في الختان على الرجال، و ليس على النساء»

و في آخر (٥) «من الحنيفيه الختان»

و في صحيح ابن سنان (٦) «ختان الغلام من السنه، و خفض الجوارى ليس من السنه».

و في

خبر السكوني (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام «خفض النساء مكرمه ليست من السنه، و ليست شيئاً واجباً، و أى شىء أفضل من المكرمه»

فإن المراد بعد معلوميه استحبابه في النساء نفى الوجوب، فيدل على إرادته الواجبه من السنه في مقابلتها، إلى غير ذلك من النصوص الداله على كونه من الحنيفيه التي أمرنا باتباعها، و كونه من السنه الواجبه في نفسه، لا لكونه شرطاً في صحه الصلاه، لعدم ثبوت ذلك.

فمن الغريب و سوسه المحدث البحراني عند ذلك كله و ميله إلى عدم الوجوب نعم في وجوبه على الولي قبل البلوغ خلاف، و الأشهر بل المشهور العدم، للأصل

١- ١ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥٢ و ٥٤ و ٥٦ و ٥٨- من أبواب أحكام الأولاد.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

- ٥-٥ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣ وفيه «من الحنيفيه الختن».
- ٦-٦ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣ وهو خير مسعده ابن صدقه.

و ظهور ما تضمن خطاب الولي من النصوص السابقه فى الاستحباب، خصوصا المصرح فيها بجواز التأخير، و خصوصا المشتمل منها على التعليل المناسب للاستحباب، خلافا للمحكى عن الفاضل فى التحرير فأوجهه، بل فى المسالك «أنه ظاهر عبارته المصنف، لإطلاق حكمه عليه بالوجوب، و لا ينافيه حكمه بالاستحباب يوم السابع لأن الوجوب على هذا القول موسع، و أفضل أفراده السابع، كما يقال يستحب صلاه الفريضة فى أول وقتها و حيثئذ يكون الوجوب متعلقا بالولي، فان لم يفعل إلى أن بلغ الصبى أتم و تعلق الوجوب بالصبى» و فيه أن الأظهر فى عبارته المصنف ما ذكرنا من الاستحباب على الولي قبل البلوغ و الوجوب على الصبى بعده، كما عرفت.

و الخنثى المشكل يقوى عدم الوجوب عليه، للأصل، لكن فى المسالك «فى وجوبه و توقف صحه صلاته عليه وجهان، من الشك فى ذكوريته التى هى مناط الوجوب معتضدا بأصاله البراءة، و من توقف حصول اليقين بصحه الصلاه عليه، و تناول قوله صلى الله عليه و آله (١): «اختنوا أولادكم يوم السابع»

خرج الأنثى منه خاصة، فيبقى الباقي» و فيه ما لا يخفى بعد ما عرفت من عدم توقف صحه الصلاه عليه و كون عنوان الوجوب الذكر، هذا كله فى الذكر.

و أما فى الإناث المعبر عنه فى كلام الأصحاب ب خفض الجوارى ف مستحب بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص (٢) مستفيضة فيه أو متواتره، و قد تقدم جملة، و لا- يجب على الولي قبل البلوغ و لا عليهن بعده، و الظاهر أن وقته فيهن لسبع سنين، بل فى

خبر غياث بن إبراهيم (٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام «لا تخفض الجارية حتى تبلغ سبع سنين».

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٥٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.
 ٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٩ و الباب- ٥٦- منها الحديث ٣ و الباب- ٥٨- منها و الباب- ١٨- من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجاره.
 ٣- ٣ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٣ و هو خبر وهب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام كما فى التهذيب ج ٦ ص ٣٦٠ الرقم ١٠٣٣.

كما أنه ينبغي عدم استئصال فيه، ل

صحيح ابن مسلم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «لما هاجرن النساء إلى رسول الله صلى الله عليه وآله هاجرت فيهن امرأه يقال لها أم حبيب وكانت خافضه تخفض الجوارى، فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وآله قال لها: يا أم حبيب العمل الذى قد كان فى يدك هو فى يدك اليوم؟ قالت: نعم يا رسول الله إلا أن يكون حراما تنهاني عنه، فقال: لا بل حلال، فادنى حتى أعلمك، قال: فدنت منه، فقال:

يا أم حبيب إذا أنت فعلت فلا تنهكى أى لا تستأصلى، و أشمى فإنه أشرق للوجه و أحظى للزوج».

و على كل حال فقد ظهر لك مما ذكرنا الحال فيما لو أسلم كافر غير مختتن وجب أن يختن نفسه و لو كان مسنا و قد سمعت الخبر (٢) المشتمل عليه. و ظهر لك أيضا فيما لو أسلمت امرأه و انه لم يجب ختانها و لكن استحب لها ذلك، و فى

خبر أبى بصير (٣) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الجارية تجىء من أرض الشرك فتسلم فتطلب لها من يخفضها فلا تقدر على امرأه فقال: أما السنه فى الختان على الرجال و ليس على النساء».

و أما ثقب الأذن فلا خلاف أجده فى استحبابه، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى السيره المستمره و إلى النصوص التى تقدم بعضها، و فى

خبر السكونى (٤) قال النبى صلى الله عليه وآله: «يا فاطمه اثقبى أذنى الحسن و الحسين عليهما السلام خلافا لليهود»

و فى

خبر مسعده بن صدقه (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «إن ثقب أذن الغلام من السنه»

و نحوه صحيح عبد الله بن سنان (٦) فما وقع من بعض العامه من الوسوسه فى ذلك باعتبار ما فيه من الإيذاء، و التأليم اجتهاد فى مقابله النص، ثم إنك قد سمعت اشتمال بعض (٧) النصوص على ثقب الأذنين بل على التفصيل فى كيفية الثقب فى

١-١ الوسائل الباب- ١٨- من أبواب ما يكتسب به الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٥٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ٥١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

٥-٥ الوسائل الباب- ٥١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب- ٥١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.

٧-٧ الوسائل الباب- ٥١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

اليمنى و اليسرى، و فى آخر(١)كالفتاوى ثقب الأذن و لا يبعد دعوى الاستحباب فى كل منهما، كما لا يبعد استحباب تلك الكيفيه الخاصه، و الأمر سهل، و الله العالم.

هذا و يستحب الدعاء عند ختان الولد بما فى

خبر مرزم بن حكيم (٢)عن الصادق عليه السلام «فى الصبى إذا ختن تقول: اللهم هذه سنتك و سنه نبيك صلواتك عليه و آله، و اتباع منا لك و لنبيك بمشيتك و يارادتك و قضائك لأمر أردته و قضاء حتمته و أمر أنفذته، و أذقتة حر الحديد فى ختانه و حجامته لأمر أنت أعرف به منى، اللهم فطهره من الذنوب، و زد فى عمره، و ادفع الأذيات عن بدنه و الأوجاع عن جسمه، و زده من الغناء، و ادفع عنه الفقر فإنك تعلم و لا نعلم، و قال الصادق عليه السلام:

أيما رجل لم يقلها عند ختان ولده فليقلها عليه قبل أن يحتلم، فإن قالها كفى حر الحديد من قتل أو غيره».

و أما العقيقه فهى هنا الذبيحه التى تذبح للمولود و إن كان تقال أيضا للشعر الذى يولد عليه المولود آدميا كان أو غيره كالعقيق، و العق بالكسر و قيل:

إن أصل العق الشق، يقال: عق ثوبه أى شقه، و منه عق الولد أباه أى عصى و شق ما أوجه الله عليه من الطاعه، و همى به الشعر الذى على المولود باعتبار حلقه أو زواله، و الذبيحه باعتبار شق حلقومها، أو لأنها تفعل لأجل العقيقه فأطلق اسم السبب على المسبب، و الأمر سهل.

و على كل حال ف قد ذكر غير واحد من الأصحاب أنه يستحب أن يعق عن الذكر ذكرا و عن الأنثى أنثى بل عن الخلاف إجماع الفرقه و أخبارهم عليه، و لعله ل

خبر محمد بن مارد(٣)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن العقيقه، فقال: شاه

١- ١ الوسائل الباب- ٥١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥٩- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٣- ٣ ذكر صدره فى الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٣ و ذيله فى الباب- ٤٢- منها الحديث.

أو بقره أو بدنه، ثم يسم و يحلق رأس المولود في يوم السابع، و يتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضه، فإن كان ذكراً عت عنه ذكره و عن الأنثى أنثى»

و المرسل (١) في الكافي عن الباقر عليه السلام «إذا كان يوم السابع و قد ولد لأحدكم غلام أو جاريه فليعت عنه كبشاً، عن الذكر ذكره و عن الأنثى مثل ذلك».

لكن في أكثر النصوص التسويه، ففي

صحيح منصور بن حازم (٢) عن الصادق عليه السلام «العقيقه في الغلام و الجاريه سواء».

و في

موثق سماعه (٣) «سألته عن العقيقه فقال: في الذكر و الأنثى سواء»

و في خبر أبي بصير (٤) عن الصادق عليه السلام «عقيقه الغلام و الجاريه كبش»

و في خبر ابن مسكان (٥) عنه عليه السلام أيضاً «سألته عن العقيقه فقال عقيقه الغلام كبش كبش»

و في خبر علي بن جعفر (٦) عن أخيه عليه السلام «سألته عن العقيقه الجاريه و الغلام فيها سواء قال: كبش كبش»

و في خبر يونس بن يعقوب (٧) «سألته أبا الحسن موسى عليه السلام عن العقيقه الغلام و الجاريه فيها سواء، قال: نعم».

و في المسالك بعد أن اقتصر على المرسل في الدلاله على ما في المتن، و ذكر جملة من أخبار التسويه قال: «إن المرسل ليس صريحاً في اعتبار المساواه، بل الظاهر من

قوله عليه السلام: «و الأنثى مثل ذلك»

أن المستحب كونه ذكره في الذكر و الأنثى، فيكون موافقاً لغيره من الأخبار الداله على التسويه بينهما» قلت:

لا-ريب في أجزاء كل منهما في كل منهما، و إنما الكلام في الأفضليه، و ما ذكره الأصحاب لا يخلو من قوه، لما عرفت من الإجماع المحكى و الخبر، و نصوص التسويه يمكن إرادته ثبوت أصل استحباب العقيقه فيها، أو إيراد بيان أصل الجواز.

١-١ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١١.

٢-٢ الوسائل الباب-٤٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب-٤٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

- ٤-٤ الوسائل الباب- ٤٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ٤٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤ وفيه «عقيقه الجاربه و الغلام كبش كبش».
- ٦-٦ الوسائل الباب- ٤٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ٤٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٦.

و لعل الأصل فى ذلك شدة التسامح فى أمر العقيقه، كما أومى إلى ذلك فى

خبر منهل (١) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن أصحابنا يطلبون العقيقه إذا كان إبان يقدم الأعراب فيجدون الفحول، و إن كان غير ذلك الإبان لم يوجد فيعز عليهم، فقال: إنما هى شاه لحم ليست بمنزله الأضحيه، يجرئ فيها كل شىء»

و فى خبر مرزم (٢) عنه عليه السلام أيضا «العقيقه ليست بمنزله الهدى، خيرها أسمنها»

و قد سمعت ما فى خبر ابن مارد (٣) من أجزاء البقره و الشاه و البدنه.

و فى

خبر أبى بصير (٤) عن الصادق عليه السلام «إذا ولد لك غلام أو جاريه فعق عنه يوم السابع شاه أو جزور»

و فى

خبر الفطحيه (٥) عنه عليه السلام أيضا «يذبح عنه أى المولود كبش، و إن لم يوجد كبش أجزاء ما يجرئ فى الأضحيه، و إلا فحمل أعظم ما يكون من حملان السنه»

و المراد بالحمل ولد الضأنه فى السنه الأولى، كل ذلك للتساهل فى أمر العقيقه، و إن كان لا يبعد وجود جهه رجحان فى مراعاة الذكر للذكر و الأنثى للأنثى، كما أنه لا يخلو عق الذكر عنهما معا لكونه أطيب لحما و الأمر فى ذلك سهل.

إنما الكلام فى أنه هل تجب العقيقه؟ قيل كما عن الإسكافى و المرتضى و بعض متأخر المتأخرين نعم بل عن انتصار الثانى الإجماع عليه للأمر بها فى جملة من النصوص (٦) بل فى خبر على بن أبى حمزه (٧) و خبر على (٨) و موثق أبى بصير (٩) و

صحيحه (١٠) «العقيقه واجبه»

مضافا إلى ما

ورد (١١) من «أن

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٣.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٧.
 - ٥- ٥ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

- ٦-٦ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٧ و ٨ و ١١ و ١٢.
- ٧-٧ الوسائل الباب-٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.
- ٨-٨ الوسائل الباب-٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.
- ٩-٩ الوسائل الباب-٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.
- ١٠-١٠ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٠ الا أن السند فيه موافق لسابقه.
- ١١-١١ الوسائل الباب-٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ و ٢ و ٦ و ٧.

كل امرء أو مولود مرتهن بعقيقته».

و لكن مع ذلك كله الوجه الاستحباب وفاقا للمشهور، بل عن الخلاف الإجماع عليه الذى لا يعارضه ما سمعته من إجماع المرتضى بعد تبين حالهما، و الأمر بها فى جملة من السنن المعلوم ندبها أوضح قرينه على كونه فيها أيضا كذلك، بل ما سمعته من ذلك التساهل فى أمرها كذلك، و الوجوب فى النصوص يراد منه تأكيد الندب، كما يومئ إليه

صحيح عمر بن يزيد (١) «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

إنى و الله لا أدرى أبى عقى عنى أو لا، قال: فأمرنى أبو عبد الله عليه السلام فعققت عن نفسى و أنا شيخ»

و قال عمر (٢): «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول كل امرء مرتهن بعقيقته، و العقيقه أوجب من الأضحيه»

فإن الأضحيه مندوبه إجماعا على ما قيل و منه يعلم المراد بالارتهان أيضا.

و بالجمله لا يخفى لسان الندب فى ذلك كله على الفقيه الممارس، بل يمكن إقامه قرائن كثيره على ذلك على وجه يكون كالمقطوع به، خصوصا ما دل (٣) من النصوص على إجزاء الأضحيه عنها، و أنه إذا جاز سبعة أيام فلا عقيقه له (٤) المعلوم إرادته نفي الكمال منها، بقرينه ما دل (٥) من النصوص الكثيره على بقاء ندبها إلى آخر العمر، بل قد يستفاد من أخبار (٦) الارتهان العق عنه بعد الموت أيضا، و أن هذا الوجوب إن كان على الولي فلا وجه لانتقاله، كما لا يخفى على من له أدنى دريه بالفقه، فوسوسه بعض متأخرى المتأخرين و جزم آخر فى ذلك فى غير محله، و ناش من عدم التعمق فى الفقه.

١-١ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ٦٥- من أبواب أحكام الأولاد.

٤-٤ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٥-٥ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب أحكام الأولاد و الباب- ٦٥- منها الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب أحكام الأولاد.

هذا و

فى بعض النصوص المرويه فى غيبه البحار(١) «أن أبا محمد عليه السلام عق عن صاحب الأمر عليه السلام بكذا و كذا شاه»

و منه يستفاد استحباب التعدد فيها، مضافا إلى أنها أوجب من الأضحيه التى من المعلوم شرعيه ذلك فيها، بل قد يستفاد من تعارف تعاقب الذبح فى الشياه المتعدده استحباب التكرار مع التسامح فى الندب، خصوصا فى مثل الدماء التى يحب الله إراقتها، و الله العالم.

و لو تصدق بثمانها لم يجز فى القيام بالسنة بلا خلاف، للأصل، و لأن الله يحب إراقه الدماء،

قال محمد بن مسلم (٢): «ولد لأبى جعفر عليه السلام غلامان فأمر زيد ابن على أن يشتري له جزورين للعقيقه، و كان زمان غلاء، فاشترى له واحده و عسرت عليه أخرى فقال لأبى جعفر عليه السلام: عسرت على الأخرى فأصدق بثمانها؟ فقال: لا، أطلبها حتى لا تقدر عليها، فان الله يحب إهراق الدماء و إطعام الطعام»

و قال ابن بكير(٣): «كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فجاء رسول عبد الله بن على فقال له: يقول عمك: إنا طلبنا العقيقه فلم نجد فما ترى نتصدق بثمانها؟ قال: لا، إن الله يحب إطعام الطعام و إراقه الدم».

و حينئذ لو عجز عنها آخرها حتى يتمكن لما عرفت من عدم قيام الصدقه بثمانها مقامها مع إطلاق الأدله باستحبابها، بل قد سمعت خبر عمر بن يزيد(٤) السابق المتضمن لعقه عن نفسه و هو شيخ ف لا يسقط حينئذ الاستحباب بالتأخير لعذر أو غير عذر، لأنه مرتين بها.

و يستحب أن يجتمع فيها شروط الأضحيه من كونها سليمه من العيوب سمينه، فإنها أوجب منها كما فى خبر عمر بن يزيد(٥)

و فى الموثق المتقدم(٦) «يدبح عنه كبش، فان لم يوجد كبش، أجزاء ما يجزى، فى الأضحيه،

١-١ البحار ج ٥١ ص ٥ ط الحديث.

٢-٢ الوسائل الباب - ٤٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب - ٤٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب - ٣٩- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب - ٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٦-٦ الوسائل الباب - ٤١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

و إلا فحمل، أعظم ما يكون من حملان السنه»

و ما فى بعض النصوص (١) من أنه إذا ضحى أو ضحى عنه فقد أجزأه عن العقيقه.

لكن قد سمعت ما فى

خبر منهل (٢) من أنها «إنما هى شاه لحم ليست بمنزله الأضحيه»

و ما فى خبر مرزم (٣) من أنها «ليست بمنزله الهدى خيرها أسمنها»

و لعله لذا عنون الباب فى الكافى بأنها ليست بمنزله الأضحيه، و تبعه بعض المحدثين مدعيا عدم دليل فى النصوص على ما ذكره، و قد عرفت الحال، و أنه مقتضى الجمع بين النصوص اعتبار ذلك فيها و إن لم يكن متأكدا تأكده فى الأضحيه، فتأمل و الله العالم.

و يستحب أن يخص القابله منها بالرجل و الورك كما استفاضت به النصوص (٤) و لعل المراد إعطاء ثلثها كما فى خبر أبى خديجه (٥) و دونه ربعها كما فى غيره (٦) من النصوص و إن كان الأولى كون الثلث أو الربع ذلك،

و فى خبر عمار (٧) «و إن لم يكن قابله فلائمه تعطيه من شاءت».

و منه يعلم الوجه فى قوله و لو لم تكن قابله أعطى الأم تتصدق به أى تعطيه من شاءت و لو الغنى، و لو كانت القابله يهوديه لا تأكل ذبائح المسلمين أعطيت قيمه الربع، كما رواه عمار (٨) نعم لو كانت القابله أم الرجل أو من عياله فليس لها منه شىء على ما رواه أبو خديجه (٩) عن الصادق عليه السلام كما ستسمعه.

و لو لم يعق الوالد استحب للولد أن يعق عن نفسه إذا بلغ بل لو شك

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٦٥- من أبواب أحكام الأولاد.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.
 - ٤- ٤ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد.
 - ٥- ٥ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
 - ٦- ٦ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤ و ١٠ و ١٥.
 - ٧- ٧ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.
 - ٨- ٨ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.
 - ٩- ٩ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

فى ذلك استحب له ذلك أيضا كما سمعته فى خبر عمر بن يزيد(١) مضافا إلى ما دل (٢) على أنه مرتهن بعقيقته، بل قد يستفاد من فحوى ذلك كونها كالدين فى أجزاء العق عنه و لو من أجنبى.

و لو مات الصبى يوم السابع قبل الزوال سقطت، و لو مات بعده لم يسقط الاستحباب ل

خبر إدريس بن عبد الله (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن مولود يولد فيموت يوم السابع يعق عنه، قال: إن مات قبل الظهر لم يعق عنه و إن مات بعد الظهر عق عنه»

و قد يقال: إن المراد سقوط شدة الاستحباب، لإطلاق الأدلة بالعق عنه بالولادة.

و يكره للوالدين أن يأكلا منها و كذا من فى عيالهما حتى القابله لو كانت منهم، ل

قول الصادق عليه السلام (٤): «لا يأكل هو و لا أحد من عياله من العقيقه و قال للقابله ثلث العقيقه، فإن كانت القابله أم الرجل أو فى عياله فليس لها منها شىء، و تجعل أعضاء ثم يطبخها و يقسمها و لا يعطيها إلا أهل الولاية، و قال: يأكل من العقيقه إلا الأم»

و الظاهر تأكد الكراهه بالنسبه إلى الأم، ل

قول الصادق عليه السلام فى حسن الكاهلى (٥): «لا تطعم الأم منها شيئا»

بل فى المحكى من كتاب

فقه الرضا عليه السلام (٦) «أنها إذا أكلت منها فلا ترضعه»

و الأمر فى الجميع سهل لكون الحكم من السنن، إذ قد ورد فى خبرى أبى بصير (٧) السابقين أكل الأب منها، بل فى

١-١ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب أحكام الأولاد.

٣-٣ الوسائل الباب- ٦١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٥-٥ الوسائل الباب- ٤٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٦-٦ المستدرک الباب- ٣٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٧-٧ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٧ و ليس هناك لأبى بصير خبر آخر يتعرض فيه لأكل الأب من العقيقه.

خبر يحيى بن أبى العلاء (١) عن الصادق عليه السلام فى حديث عقيقه الرسول صلى الله عليه وآله وسلم عن الحسن والحسين عليهما السلام قال: «و عق عنهما شاه شاه، و بعثوا برجل شاه إلى القابله و نظروا ما غيره فأكلوا منه، و هدوا إلى الجيران».

و ربما استفيد من

قول الصادق عليه السلام (٢) «تجعل أعضاء»

و قوله عليه السلام (٣) «إذا قطع العقيقه جداول فاطبخها و ادع عليها رهطاً من المسلمين»

كراهه أن يكسر شيئاً من عظامها، بل تفصل أعضاء لكن هو كما ترى، ضروره أن الأمر بذلك لا يقتضى كراهه الكسر، خصوصاً بعد

خبر عمار (٤) «و سئل عن العقيقه إذا ذبحت هل يكسر عظمها؟ قال: نعم يكسر عظمها، و يقطع لحمها، و تصنع بها بعد الذبح ما شئت»

إلا أن الحكم من السنن، و الأمر فيها سهل، سيما مع النهى عن الكسر فى بعض النصوص (٥) كما قيل.

و يستحب الدعاء عند ذبحها بالمأثور (٦)، و هو كثير، كما أن الاستفادة من النصوص (٧) التخيير بين تفريقها لحماً و بين طبخها بماء و ملح، بل

فى الفقيه «أنه أفضل أحوال طبخها» (٨)

و بإضافه شىء إليها من الحبوب أو غير ذلك من أنواع الطبخ و دعاء عشره من المؤمنين إليها، و إن زاد فهو أفضل، يأكلون منها و يدعون للغلام (٩) و أما ما اشتهر بين السواد من استحباب لف العظام بخرقه بيضاء و دفنها فلم نقف عليه فى شىء مما وصل إلينا من نصوص الباب و فتاوى الأصحاب، و الله العالم.

- ١-١ الوسائل الباب - ٥٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.
- ٢-٢ الوسائل الباب - ٤٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
- ٣-٣ الوسائل الباب - ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٨ مع اختلاف يسير.
- ٤-٤ الوسائل الباب - ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٧.
- ٥-٥ الوسائل الباب - ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.
- ٦-٦ الوسائل الباب - ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٦.
- ٧-٧ الوسائل الباب - ٤٦- من أبواب أحكام الأولاد.
- ٨-٨ الوسائل الباب - ٤٤ و ٤٧- من أبواب أحكام الأولاد.

٩-٩ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤ و ١٢ و ١٥ و الباب ٤٧ منها الحديث ١.

[الثانى الرضاع]

اشاره

و أما الرضاع فلا يجب على الأم إرضاع الولد بلا خلاف أجد فيه بيننا للأصل، و لظاهر قوله تعالى (١) «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» و قوله تعالى (٢) «وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى» و قوله تعالى (٣) «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا» الشامل لاضرارها بالإجبار على إرضاعه لو كان واجبا، و ل

خبر سليمان بن داود (٤) قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرضاع، قال: لا تجبر المرأة على إرضاع الولد، و تجبر أم الولد».

نعم فى المسالك و غيرها «أن عدم وجوب إرضاع الولد على الأم مشروط بوجود الأب أو وجود مال للولد و وجود مرضعه سواها و قدرته على دفع الأجره إليها أو تبرعها، و إلا وجب عليها إرضاعه، كما يجب عليها الإنفاق عليه حيث يكون مفقودا أو معسرا» و فى الرياض «المعروف من مذهب الأصحاب بل كاد يكون إجماعا منهم أنه لا تجبر الأم الحره و لا مملوكه الغير على إرضاع ولدها إلا إذا لم يكن للولد مرضعه أخرى سواها، أو كانت و لم يتمكن لعدم وجود الأب أو إعساره أو عدم تمكنه منه مع عدم مال للولد يمكن به إرضاعه من غيرها، فيجب عليها بلا خلاف، لوجوب إنفاقها عليه فى هاتين الصورتين».

قلت: المراد من نحو عباره المصنف عدم وجوب الإرضاع على الأم من حيث كونها أما، فالتقييد المزبور فى غير محله، ضروره وجوب الإرضاع عليها مع الانحصار إنما هو من حيث حفظ النفس المحترمه كغير الأم مع فرض الانحصار فيها، على أن الظاهر عدم سقوط الأجره من الأب الموسر أو مال الطفل فى هذه الصوره، و لا يجب إنفاقها عليه، فلا وجوب عليها حينئذ فى هذه الصوره من حيث كونها أما، و أما الصوره الثانيه فلا يجب عليها إرضاعها إياه، إذ أقصاه وجوب

١- ١ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

٢- ٢ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٦٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

إنفاقها عليه و لو باستئجار مرضعه أخرى أو بالتماسها، فلا وجوب حينئذ من حيث كونها أما، و بذلك يظهر أنه لا حاجة إلى تقييد العبارة بذلك، كما أن منه يظهر وجه استدلال الأصحاب بالآيتين و إن كان مساقهما في المطلقات، إذ المراد عدم الوجوب من حيث الأمية التي لا تفاوت فيها بين المطلقة و غيرها، فما في الحدائق و الرياض من النظر في ذلك في غير محله.

بل الظاهر عدم تقييد نحو المتن بغير اللبأ، و هو أول ما يحلب مطلقاً أو إلى ثلاثه أيام، لوجوب إرضاعه إياه، لأنه لا يعيش بدونه، كما أفتى به الفاضل و الشهيد لعدم الدليل على وجوبه، بل ظاهر إطلاق الأدلة خلافه، و دعوى توقف الحياه عليه يكذبها الوجدان، و من هنا حملها بعض الناس على الغالب أو على أنه لا يقوى و لا تشتد بنيته إلا بذلك، و حينئذ فلا وجه للوجوب، و لو سلم فهو حينئذ من حيث الضرر لا من حيث كونها أما الذي هو محل البحث، إذ يمكن ولادته و شربه اللبأ من غيرها مع فرض ولاده أخرى مقارنة لها.

ثم إن الظاهر عدم سقوط الأجره على تقدير الوجوب، إذ هو حينئذ كبذل الزاد للمضطر، فلا يرد أنه لا يجوز أخذ الأجره على الواجب.

و على كل حال بما ذكرنا يصرف ظاهر الطلب المطلق المنصرف إلى الوجوب في قوله تعالى (١) «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ» إلى الاستحباب جمعاً بين الأدلة، و في الرياض «و يمكن الجمع بحمله إما على الصورتين الأولتين أو على أم ولد المولى» قلت: لكنه كما ترى، و قد يقال إن المراد من الآية بيان مدة الرضاع لمن أراد أن يتم الرضاعه لا بيان وجوب أصل الرضاع عليهن كما هو واضح بأدنى تأمل.

و كيف كان ف لها أي الأم المطالبه بأجره رضاعه مع وجود المال له أو الأب الموسر بلا خلاف و لا إشكال، ضروره كون نفقته عليه أو على ماله، و منها رضاعه المتوقف حياته عليه، بل قيل: ربما ظهر من إطلاق نحو العبارة

وجوب الأجره على الأب ولو مع إعساره، وفيه أنه مناف للأصل، على أن الظاهر كون الأجره من الإنفاق المعلوم عدم وجوبه في الفرض، وإطلاق الآيتين إنما هو على حال الإنفاق، فلا وجه للتوقف في ذلك، بل ولا أظن فيه خلافا، كما أنه لا وجه للتوقف في عدم الوجوب عليه مع وجود المال للولد وإن اقتضى ذلك إطلاق الآيتين المنزل على ذلك، بل عن بعضهم وجوب ذلك على الأب وإن كان عند الولد مال، نعم لو مات الأب وجب من مال الولد، ل

صحيح ابن أبي يعفور (١) عن الصادق عليه السلام «إن أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه قضى في رجل توفي و ترك صبيا فاسترضع له إن أجز رضاع الصبي مما يرث من أبيه و أمه»

و مرسل ابن أبي عمير (٢) عنه أيضا «قضى على عليه السلام في صبي مولود مات أبوه إن رضاعه من حظه مما ورث من أبيه»

و صحيح ابن سنان (٣) السابق، إلا أن الجميع كما ترى، لا دلالة في شىء منها على ما ذكره، وإنما هي دالة على أجره رضاع الصبي من ماله حال عدم الأب و هو لا خلاف فيه و لا إشكال.

و على كل حال ف له استئجارها على الرضاع إذا كانت بائنا بلا خلاف و لا إشكال، نعم قيل و القائل الشيخ منا لا يصح ذلك و هي في حباله و كذا لا يصح استئجارها لخدمته أو خدمه غيره و إرضاع ولد غيره، لعدم قدره على التسليم باعتبار ملك الزوج للاستمتاع بها، وفيه - مع فرض كون المستأجر الزوج - أن المانع من قبله، فهو في الحقيقة إسقاط منه لحقه، بل هو أولى بالصحة من أجير أذن له المؤجر بالإجاره من غيره في مده إجارته، أما إذا كان

١- ١ الوسائل الباب- ٧١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٢- ٢ أشار إليه في الوسائل الباب- ٧١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢ و ذكره في التهذيب ج ٧ ص ٤٤٧ الرقم ١٧٩٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ و لم يتقدم هذا الصحيح سابقا و الصواب «الاتي» فإنه قد ذكره بعد قليل.

المستأجر الغير فلا ريب فى تقييده بما إذا لم يناف حق الزوج، كما هو واضح.

و من هنا كان الوجه الجواز وفاقا للمشهور شهره عظيمه، بل لم نعرف فيه خلافا بيننا إلا ما سمعته من الشيخ للعمومات و الإطلاقات.

كما لا خلاف و لا إشكال فى أنه يجب على الأب بذل أجره الرضاع مع يسره إذا لم يكن للولد مال لأنها من النفقه الواجبه عليه إجماعا، بل هو مقتضى قوله تعالى (١) «فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ» بل وقوله تعالى (٢) «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ» الذى هو كناية عن أجره الرضاع، بل فى التعبير بالمولود له تنبيه حسن على كون الولد حقيقه له، و لذا نسب إليه دون أمه، و وجبت نفقته عليه، أما إذا كان له مال فلا تجب نفقته عليه، لأنه غنى حينئذ.

و لأمه أن ترضعه بنفسها و غيرها و على كل حال لها الأجره ل

صحيح ابن سنان (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل مات و ترك امرأته و معها منه ولد فألقته على خادمه لها فأرضعته ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصى؟ فقال:

لها أجر مثلها و ليس للوصى أن يخرجها من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله»

و حينئذ يكون ذلك حكما شرعيا، و هو استحقاق الأم أجره الرضاع و إن لم تقع معامله بينها و بين الأب، سواء أرضعته بنفسها أو عند غيرها.

لكن فى المسالك حمل العبارة على معنى آخر قال: «إذا استأجرها للرضاعه فإن صرح بإرادته تحصيل رضاعه بنفسها و غيرها فلا شبهه فى جواز الأمرين و استحقاقها الأجره المسماه، و إن شرط إرضاعه بنفسها تعين، و لا يجوز لها إرضاعه من غيرها، فان فعلت فلا- أجره لها، و إن أطلق بأن استأجرها لارضاعه فهى مسأله الكتاب، و المشهور جواز إرضاعها بنفسها و غيرها، لأنها حينئذ أمر مطلق، و من شأنه جواز تحصيل المنفعه بنفسه و غيره، و قيل: لا- يجوز لاختلاف المراضع فى الحكم و الخواص، و دلالة العرف على مباشرتها حتى قيل: إنه يجب

١- ١ سورة الطلاق: ٦٥ الآية ٦.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآية ٢٣٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

تعيين المرضعه فى العقد لذلك، فلا أقل من تعيينها عند الإطلاق، و الأقوى الرجوع إلى العرف، فان لم يتفق أو اضطرب جاز أن ترضعه بنفسها و غيرها، و لا- فرق فى الغير بين أن يكون خادمها و غيره، و حيث جاز استتحت الأجره، و إلا فلا» و تبعه على ذلك الفاضل الأصبهانى فى شرح القواعد و المحدث البحرانى.

لكن الجميع كما ترى إذ لا خصوصيه لهذه المسأله فى المقام، و لا يليق التنبيه عليها، و إنما المراد ما ذكر من بيان استحقاق الأم أجره الرضاع، سواء وقع معها عقد الإجاره أم لا- كما هو مقتضى إطلاق الأدله، و سواء أرضعتها بنفسها أو غيرها للصحيح (١)المزبور، بل الظاهر عدم الفرق فى الغير بين مملوكتها و غيرها، و سواء أرضعته عند الغير بأجره أو لا، و هو حكم يليق التنبيه عليه مستفاد من الكتاب (٢) و السنه (٣) و الفتاوى.

و لا- يشكل بأنه لا- وجه لرجوعها بالأجره مع إرضاع الغير لها غير المملوكه و المستأجره، إذ ذاك ليس إلا لكون من يتبرع قد تبرع لها، و أدى عنها ما يراد منها بتلبسه بالقيام، فهو كالمتبرع عمن فى ذمته عمل للغير بالعمل بعنوان كونه للأجير و عنه، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و للمولى إجبار أمته على الرضاع لولده منها أو من غيرها أو غيره ولده بلا خلاف و لا إشكال، لأن جميع منافعها مملوكه له.

و الأصل فى نهايه الرضاع حولان للايه (٤) و

للمروى (٥) فى تفسير «لا رضاع بعد فطام»

انه الحولان، و فحوى ما دل (٦) على أن ليس للمرأة

١- ١ الوسائل الباب- ٧١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٢- ٢ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧١- من أبواب أحكام الأولاد.

٤- ٤ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥- من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث ٥.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٧٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

أن تأخذ في رضاع ولدها أكثر من حولين و إن جاز الزيادة عليها و النقصان، فان ذلك لا- ينافى الأصل المزبور و لذا قال المصنف و غيره: إنه يجوز الاقتصار على أحد و عشرين شهرا بلا خلاف أجده فيه، للأصل و قول الصادق عليه السلام في خبر سماعه(١)«الرضاع أحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور».

و في

خبر عبد الوهاب بن الصباح (٢)«الفرص في الرضاع أحد و عشرون شهرا، فما نقص عن أحد و عشرين شهرا فقد نقص المرضع، فإن أراد أن يتم الرضاع له فحولين كاملين»

قيل و ظاهر قوله تعالى (٣)«وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» بناء على المختار من أن التسعة أكثر الحمل و أنه الغالب المنزل عليه إطلاق الآيه فيكون الباقي أحد و عشرون شهرا لكن قد ينافيه استدلالهم سابقا بهذه الآيه مع قوله تعالى (٤)«وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ» أن أقل الحمل ستة أشهر، فإنه يقتضى تنزيلها على كون المراد منها الوضع لأقل الحمل، و يسهل الأمر في ذلك عدم انحصار الدليل فيها.

و على كل حال فظاهر الخبرين بعد الانجبار سنداً و دلالة أنه لا يجوز نقصه عن ذلك و حيثئذ ف لو نقص لغير ضروره كان جوراً محرماً، بل في كشف اللثام دعوى الاتفاق عليه، و لعله ظاهر غيره أيضاً، فما عن بعض - من الجواز للأصل و ظاهر قوله تعالى (٥)«فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا»

و الصحيح (٦)«ليس للمرأة أن تأخذ في رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين، فإذا أرادا الفصال قبل ذلك عن تراض منهما فحسن»

- واضح الضعف، لوجوب تقييد ذلك بالمدى المذكور للأدلة المزبوره.

و كيف كان فالمشهور بين الأصحاب أنه يجوز الزيادة على

١- ١ الوسائل الباب - ٧٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٧٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٣- ٣ سورة الأحقاف: ٤٦- الآيه ١٥.

٤- ٤ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٥- ٥ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٦- ٦ الوسائل الباب - ٧٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

الحولين للأصل و ظاهر الصحيح السابق، و أظهر منه

صحيح سعد بن سعد الأشعري (١) عن الرضا عليه السلام «سألته عن الصبي هل يرتضع أكثر من سنتين؟ فقال: عامين، قلت: فان زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شىء؟ قال: لا»

بل ظاهره كالأول عدم تحديد ذلك بأشهر و الشهرين، كما هو مقتضى الأصل، بل عن جماعه الميل إليه، إلا أن المشهور خلافه، بل فى الرياض «مستنده غير واضح، إلا ما يقال من أن به روايه و فى الاعتماد على مثلها فى تقييد ما مر من الأدله مناقشه، و إن كان ربما يتوهم كونها مرسله مجوره بالشهره، فترجح على تلك الأدله، و ذلك لأن الرجحان بعد وضوح الدلاله و ليس، إذ يحتمل التوهم، لكن مراعاة الاحتياط مطلوبه بالبدايه».

قلت: قد يقال: إن مستنده حرمه الإرضاع بعد الحولين، باعتبار حرمه شرب لبنها فيما خرج عن مده الرضاع، لكونه من فضلات ما لا- يؤكل لحمه الممنوع أكلها، بل الظاهر أن ذلك لكونه من الخبائث كالبصاق و باقى رطوباتها، و كلما حرم على المكلف لخبثه يحرم إطعامه لغير المكلف كالدوم و نحوه، و حيثئذ فالمحتاج إلى المستند جوازه بعد الحولين اللذين هما منتهى الرضاع كتابا(٢) و سنه(٣) و إجماعا.

نعم قد يستثنى الزيادة شهرا أو شهرين باعتبار صعوبه فصال الطفل دفعه واحده على وجه يخشى عليه التلف، لشده تعلقه به، و للمرسل المنجبر بالشهره، و احتمال التوهم يسد باب النقل بالمعنى، إذ ليس ما يحكونه من الروايات إلا كما يرونه، بل قد يدعى ظهور قوله عليه السلام «عامين» فى صحيح سعد(٤) جوابا للسؤال المزبور فى عدم جواز الزيادة، بل و الآيه(٥) و لا ينافى ذلك ما فى الدليل بعد احتمال

١- ١ الوسائل الباب- ٧٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧٠- من أبواب أحكام الأولاد.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٧٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

٥- ٥ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

إرادته أن ارتضاع الصبى فى نفسه عند من يرضعه أزيد لا يؤثر على الأبوين حرمه، لعدم كونه من فعلهما، فتأمل، والله العالم.

و كيف كان ف لا- يجب على الوالد و غيره ممن وجب عليه إرضاع الصبى دفع أجره ما زاد على حولين لأنهما منتهى الرضاعه الواجبه عليه و إن لم يرض، لكونه حقا للولد عليه و نفقه له، فأجرتهما جعل شرعى تستحقه الأم بإرضاعها للصبى بنفسها و غيرها على الوجه الذى ذكرناه سابقا من غير حاجه إلى معامله مع الأب و تراض، بل الظاهر ذلك حتى مع عدم رضاه بأصل إرضاعها، أما ما زاد على الحولين فلا تستحق عليه ذلك إلا بمعامله معه، و هو المراد من

قوله عليه السلام فى الصحيح (١) السابق: «ليس للمرأة»

إلى آخره.

و بذلك يظهر أنه لا- وجه للإشكال من جماعه فى الحكم المزبور بأنه لا معنى لعدم استحقاقها الأجره للزائد الذى هو بمنزله النفقه الضروريه التى تجب على الولد، و لا لدفعه فى الرياض بأنه اجتهاد فى مقابله إطلاق النصوص المعتمده المعترضه بالأصل و الشهره، بل و الاتفاق كما يظهر من عبار الأجله، لكن ربما يجاب عن النصوص و عبارات الأصحاب بالورود مورد الغالب، و ربما لا- يخلو من مناقشه، إلا أن الأحوط مراعاة الأجره، إذ الجميع كما ترى، و خصوصا ما سمعته من الرياض مما هو ظاهر فى عدم العض على المسأله بضرر قاطع، و كان السبب فى ذلك أنه تبع غيره فى الإشكال المزبور الذى لا محل له بناء على كون المراد مما فى النص و الفتوى ما ذكرنا من أن أجره المثل المضروبه للأم على الأب شرعا إنما هى فى الحولين لا الأزيد، فإن استحقاقها أجرتها محتاج إلى معامله مع الزوج أو غيرها مما يقتضى استحقاقها إياه غير الإرضاع، كما هو واضح عند التأمل.

نعم قد يشكل استحقاقها أجره ما زاد على الواحد و العشرين شهرا مع عدم رضا الأب، بل و مع سكوته، باعتبار ما سمعت من أن الفرض عليه أحد و عشرون

شهرًا، فالزائد على ذلك حينئذ كالزائد على الحولين، و يدفعه أن ظاهر قوله تعالى (١):

«وَالْوَالِدَاتُ» و السنه (٢) و الفتوى أن الأصل في منتهى الرضاعه شرعا الحولان، و أما النقصان إلى الواحد و العشرين فهو مشروط بالتراضي منهما و التشاور، و إلا فمع فرض إرادته الأب ذلك فصلا عن سكوته و عدم رضا الأم فالظاهر ثبوت الأجره لها، ضروره ظهور الآيه (٣) في اعتبار رضاهما و تشاورهما في رفع الجناح عن النقصان عن الحولين، و هذا و إن خلت عنه كلمات الأصحاب و تصريحها إلا أنه ظاهرها، بل هو ظاهر الكتاب بل هو صريح المقداد في الكنز فلا بأس بالفتوى به، بل هو جيد جدا، فتأمل و الله العالم.

و كيف كان ف الأم أحق بإرضاعه بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعله المراد من قوله تعالى (٤) «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ» خصوصا مع قوله تعالى بعد ذلك «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا» مضافا إلى

الخبر (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام «الحبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها، و هى أحق بولدها أن ترضعه بما تقبله امرأه أخرى، إن الله عز و جل يقول (٦) «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ».

و خبر الكنانى (٧) عنه عليه السلام أيضا «إذا طلق الرجل و هى حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها، فإذا وضعت أعطاهما أجرها و لا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص أجرا منها، فإن هى رضيت بذلك الأجر فهى أحق به حتى تطفمه».

و خبر البقباق (٨) قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «الرجل أحق بولده أم المرأه؟

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧٠- من أبواب أحكام الأولاد.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٤- ٤ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.

٦- ٦ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٨- ٨ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.

فقال: لا بل الرجل قال: فان قالت المرأة لزوجها الذي طلقها: أنا أَرْضِع ابني بمثل ما تجد من ترضعه فهي أحق به».

و خبر داود بن الحصين (١) عنه عليه السلام أيضا في قول الله عز و جل «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ» إلى آخره قال: «ما دام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية، فإذا فطم فالأب أحق به من الأم، فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه، فإن وجد الأب من يرضعه بأربعه دراهم و قالت الأم لا أرضعه إلا بخمسه دراهم فان له أن ينزعه منها، إلا أن ذلك خير له و أرفق به أن يترك مع أمه»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على أحقيه الأم إذا لم تكن مضاره بزياده الطلب و إنما طلبت ما يطلب غيرها، و أما لو طلبت زياده كان للأب نزعه و تسليمه إلى غيرها للنهي (٢) عن المضاره و للنصوص (٣) السابقه المعتضده بعدم الخلاف نقلا و تحصيلا أو الإجماع كذلك.

و حيثئذ ف لو تبرعت أجنبيه بإرضاعه فرضيت الأم بالتبرع فهي أحق به لما عرفت و إن لم ترض بذلك فللأب تسليمه إلى المتبرعه بل لعل ظاهر المصنف سقوط الحضانه أيضا كما ستسمع جزمه به فيما يأتي، إنما الكلام فيما لو عصت به و لم تسلمه إلى الأب مع وجود المرضعه بالأقل فهل يسقط حقها أصلا، لأنها تكون حيثئذ كالأجنبيه المتبرعه، أو يسقط بالنسبه إلى ما طلبته من الزياده؟ وجهان، ظاهر الأصحاب و النصوص الأول، لعدم الإذن حيثئذ في رضاعها إياه شرعا، و يحتمل قويا الثاني إن لم يكن إجماعا على عدمه، بل يمكن تنزيل النص و الفتوى عليه. فتأمل جيدا.

ثم إن الظاهر سقوط حقها مطلقا مع وجود المتبرعه مجانا، و عن بعض العامه بل ربما حكى عن بعض منا أيضا أن مع رضاها بأجره المثل تكون لها، وجدت

١- ١ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآية ٢٣٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد.

المتبرعه أو لم توجد، رضى الأب أو لم يرض، لإطلاق قوله تعالى (١) «فَمِنْ أَرْضِ عَن لَكُمْ» و غيره لكنه - بعد ما سمعت من النصوص - كالاتجاه فى مقابله النص، بل وقوله تعالى (٢): «لَا تُضَارَّ. مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ» بل وفحوى قوله تعالى (٣): «وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَتْرُضِعْ لَهُ أُخْرَى».

[فرع لو ادعى الأب وجود متبرعه و أنكرت الأم فالقول قول الأب]

فرع:

لو ادعى الأب وجود متبرعه و أنكرت الأم ف المحكى عن المبسوط أن القول قول الأب لأنه يدفع عن نفسه وجوب الأجره فهو حينئذ منكر و هى مدعيه وجوبها عليه و لكن على تردد كما عن التحرير، لأصالة أحقيه الأم كما سمعت النصوص (٤) الداله عليه، فوجود المتبرعه كالمانع الذى يحتاج مدعيه إلى البيئه عليه، خصوصا مع إمكان إقامتها عليه، و

قوله عليه السلام (٥) فى النصوص «إلا أن يجد»

يراد منه إلا- أن يوجد أو يعلم أنه يجد، لا أن المراد إيكال ذلك إلى دعواه، بل ينبغى الجزم به لو كانت الدعوى بعد حصول الرضاع، فان عليه إقامة البيئه على وجود المتبرعه حال رضاعها مع طلب انتزاعه منها و امتناعها، ضروره أصاله احترام عمل المسلم و ماله، و المراد من نحو المتن التداعى من أول الأمر، مع أن الأقوى فيه أيضا ما سمعت، نعم لو أقام بينه بعد ذلك أن المتبرعه كانت موجوده فى ذلك الوقت الذى قلنا بتقديم قولها فيه سقطت أجرتها، مع أنه قد يمنع مع فرض حصول اليمين و انقطاع الدعوى، لذهاب اليمين بما فيها، بل قد يحتمل ذلك مع عدم الحلف مع فرض عجزه عن البيئه أو تساهله فى إقامتها على دعواه، فان عمل الامراه و لبنها حينئذ محترم، فيبقى على أصل الاحترام بعد فرض كون ذلك

١- ١ سورة البقره:- الآيه ٢٣٣.

٢- ٢ سورة البقره:- الآيه ٢٣٣.

٣- ٣ سورة البقره:- الآيه ٢٣٣.

٤- ٤ الوسائل الباب - ٨١- من أبواب أحكام الأولاد.

٥- ٥ الوسائل الباب - ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث - ٢.

منها بالطريق الشرعى، فتأمل جيدا، والله العالم.

و يستحب أن يرضع الصبى بل المولود بلبن أمه فهو أبرك و أفضل من غيره لأنه أقرب إلى مزاجه، و ل

قول الصادق عليه السلام فى خبر طلحه بن يزيد(١)قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما من لبن يرضع به الصبى أعظم بركه عليه من لبن أمه».

كما أنه يستحب إرضاع المرضعه الولد من الثديين معال

خبر العباس بن الوليد عن أمه أم إسحاق بنت سليمان (٢) قالت: «نظر الصادق عليه السلام إلى و أنا أرضع أحد ابني محمد أو إسحاق فقال: يا أم إسحاق لا ترضعيه من ثدى واحد، و أرضعيه من كليهما يكون أحدهما طعاما و الآخر شرابا».

و فى خبر جابر(٣)قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا وقع الولد فى بطن أمه- إلى أن قال:- و جعل الله رزقه فى ثدى أمه أحدهما شرابه و الآخر طعامه»

الخير.

هذا و لكن ينبغى أن يعلم أن ظاهر استحباب الارتضاع بلبن الأم إنما هو من حيث الأمية المقابل بالأجنبيه، و إلا فقد تقتضى العوارض أولويه الارتضاع من غير الأم من حيث شرافه الأجنبيه و طيب لبنها و خباثه الأم لكونها ذميه أو مجوسيه أو غير عفيفه أو غير نقيه أو نحو ذلك، فالمراد حينئذ أنه مع تساوى المرضعات من كل الجهات الأمية جهه مرجحه، و الله العالم.

[الثالث الحضانه]

اشاره

و أما الحضانه بالفتح و الكسر فهى كما فى القواعد و المسالك و لايه و سلطنه على تربيته الطفل و ما يتعلق بها من مصلحه حفظه و جعله فى سريره و كحله و تنظيفه و غسل خرقة و ثيابه و نحو ذلك، و فيه أنه إن كان المراد أنها و لايه كغيرها من الولايات التى لا تسقط بالإسقاط و أنه تجب على الأم مراعاة ذلك على وجه لا تستحق عليه الأجره- كما صرح به فى المسالك- منهما ليس فى شىء من الأدله

١- ١ الوسائل الباب- ٦٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢ عن طلحه بن زيد و هو الصحيح.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦٩- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٩- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

ما يقتضى ذلك، بل فيها ما يقتضى خلافه، كالتعليق على مشيئتها والتعبير بالأحقية، بل ظاهرها كون هذه الأحقية مثلها فى الرضاع، وحيث لا يكون ذلك واجبا عليها، ولها إسقاطه والمطالبه بأجرته، اللهم إلا أن يكون إجماعا ولم نتحققه، بل لم نعثر على تحرير لأصل المسأله فى كلماتهم، نعم فى الرياض «لا- شبهه فى كون الحضانه حقا لمن ذكر، ولكن هل تجب عليه مع ذلك أم له إسقاط حقه منها؟ الأصل يقتضى ذلك، وهو الذى صرح به الشهيد فى قواعد فقهاء: لو امتنعت الأم من الحضانه صار الأب أولى، ولو امتنعا معا فالظاهر إيجاب الأب، ونقل عن بعض الأصحاب وجوبها، وهو حسن حيث يستلزم تركها تضييع الولد، إلا- أن حضانه تجب كفايه كغيره من المضطرين، وفى اختصاص الوجوب بذى الحق نظر، وليس فى الأخبار ما يدل على غير ثبوت أصل الاستحقاق، وهو لا يستلزم الوجوب» وهو كما ترى لا تحرير فيه، بل ما ذكره من عدم إيجاب الأب واضح الضعف، والله العالم.

و على كل حال فأصله الحفظ و الصيانه كما عن المقاييس، ولعله يرجع إليه ما قيل من أنها من الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، كما عن العين وغيره، يقال:

حزن الطائر بيضه يحضنه إذا ضمه إلى نفسه، ولا إشكال فى أمرها كما فى كشف اللثام إذا لم يفترق الزوجان بطلاق أو غيره، فإذا افترقا فان كان الولد بالغاً رشيداً تخير فى الانضمام إلى من شاء منهما أو من غيرهما و التفرد ذكراً كان أو أنثى، لأصالة عدم ولايه أحد على أحد المقتصر فى خلافها على محل اليقين، ولأنها إنما ثبتت مع ضعف المولى عليه و نقصه، فإذا كمل فلا جهه للولايه عليه، فلا عبره بإطلاق بعض أخبار ما يوهم عموم ولايه الحضانه، وهو جيد، لكن قوله: «لا إشكال» إلى آخره فيه أنه لا فرق فى حكم الحضانه بين الافتراق و عدمه، اللهم إلا أن يريد من عدم الاشكال غلبه عدم التشاح و النزاع فى الولد مع عدم الافتراق، لا عدمه بالنسبه إلى الحكم، و الأمر سهل.

و إن كان صغيراً فالأم أحق بالولد مده الرضاع، و هى حولان ذكراً كان

أو أنثى إذا رضعته هي بنفسها أو بغيرها بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل في الرياض «إجماعاً و نصاً و فتوى» لقوله تعالى (١) «لا تُضَارَّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا» و للنصوص (٢) السابقة الداله على أحقيه الأم، و ل

مرسل المنقرى (٣) «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته و بينهما ولد أيهما أحق؟ قال: المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج»

و رواه الصدوق عنه عن حفص بن غياث (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام،

و خبر أيوب بن نوح (٥) قال: «كتب إليه بعض أصحابه أنه كانت لى امرأه و لى منها ولد فخلت سبيلها، فكتب: المرأه أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأه»

و خبر داود الرقى (٦) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه حره نكحت عبدا فأولدها أولادا ثم طلقها، فلم تقم مع ولدها و تزوجت، فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد أن يأخذ ولده منها، و قال: أنا أحق بهم منك إذا تزوجت، قال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوجت حتى يعتق، هي أحق بولدها منه ما دام مملوكا، فإذا أعتق فهو أحق بهم منها».

و خبر الفضيل بن يسار (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام «أيما امرأه حره تزوجت عبدا فولدت منه أولادا فهي أحق بولدها منه، و هم أحرار، فإذا أعتق الرجل فهو أحق بولده منها لموضع الأب».

و موثق جميل و ابن بكير جميعا (٨) «فى الولد من الحر و المملوكه، قال:

يذهب إلى الحر منهما»

و خبر عبيد الله بن على المروى عن الأمالى (٩) عن الرضا عن آبائه، عن على عليهم السلام «إن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قضى بانه حمزه لخالتها، و قال: الخاله والده».

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث- ٤.

٤- ٤ أشار إليه فى الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤ و ذكره فى الفقيه ج ٣ ص ٢٧٥ الرقم ١٣٠٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث- ٦.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٨- ٨ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.

و خبر أيوب بن نوح (١) قال: «كتب إليه مع بشار بن بشير: جعلت فداك رجل تزوج امرأه فولدت منه ثم فارقها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله وإن تركه فله»

لكن عن ابن الفهد أن الحضانه مشتركه بين الأب و الأم، بل ادعى الإجماع، و ربما كانت الآية (٢) داله عليه، بل خبر داود بن الحصين (٣) السابق ظاهر فيه، و فيه أن الإجماع موهون بمصير الأكثر إلى خلافه بل الكل، و معارضه صدر الخبر بذيله مع عدم وضوح المراد بالتسويه فيه، إذ يمكن إرادته ذلك من جهة أن على الأم الرضاعه و على الأب الأجره فتربيته بينهما بالسويه من هذه الحثيه، و على كل حال فلا ريب في ضعفه.

نعم لا- خلاف في اشتراط ذلك بما إذا كانت حره مسلمه عاقله و غير مزوجه بلا خلاف في الأربعه ف لا حضانه للأمه المقيدته بالرق المانع من ثبوت ولايه له باعتبار كونه كلا على مولاه لا يقدر على شىء، و كون المولى عليه لا يكون وليا بناء على أن الحضانه من الولايات، و إلا- كانت النصوص التى سمعتها هى الحججه، مؤيده بأن منافع الأمه مملوكه للسيد المقدم حقه على غيره، من غير فرق فى المملوك بين المدبر و أم الولد و المكاتب المشروط و المطلق إذا لم يتحرر منه شىء أما المبعوضه فيحتمل أن لها الحضانه بمقدار جزئها الحر فى مده المهاياه، نحو ما فى المسالك من أنه «لو كان نصف الولد رقا و نصفه حرا فنصف حضانتته للسيد و نصفه للأم أو من يلي حضانه الحر من الأقارب، فإن اتفقا على المهاياه أو على استئجار من يحصنه أو رضى أحدهما بالآخر فذاك و إن تمانعا لم يضيع و استأجر الحاكم من يحصنه، و أوجب المئونه على السيد و من يقتضى الحال الإيجاب عليه، و ليس هذا كتراحم المتعديدين فى درجه على الحضانه كما سيأتى، لأنه لا استحقاق

١- ١ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٧ و فيه «كتبت اليه مع بشر بن بشار.» كما هو كذلك فى السرائر ص ٤٧٩.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآية ٢٣٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

هنا لكل واحد فى مجموع الحضانه بخلاف ما يأتى، فلا يتوجه القرعه» قلت: لكن يتوجه المهاياه بينهما فى ذلك.

و كذا لا- حضانه للكافره مع الأب المسلم لكون الولد حينئذ مسلما بإسلام أبيه وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا(١) بناء على أنها ولايه، بل و إن قلنا: إنها أحقيه، فإن

«الإسلام يعلو و لا يعلى عليه»(٢)

و المسلم أحق من الكافر الذى يخشى على عقيدته الولد ببقائه عنده و نموه على أخلاقه و ملكاته، نعم لو كان الولد كافرا تبعا لأبويه فحضانته لها إلى أن يفطم إن ترافعوا إلينا، بل فى المسالك أنه لو وصف الولد الإسلام نزع من أهله، و لم يمكنوا من كفالتة، لثلا يفتنوه عن الإسلام الذى قد مال إليه و إن لم يصح إسلامه، و إن كان قد يناقش بأنه مخالف لمقتضى الأدله التى لا يصلح الخروج عنها باعتبارات لا دليل عليها من الشرع.

و لا حضانه أيضا للمجنونه التى لا يتأتى منها الحفظ و التعهد، بل هى فى نفسها محتاجه إلى من يحضنها، بل فى المسالك «لا فرق بين أن يكون الجنون مطبقا أو منقطعا إلا إذا وقع نادرا أو لا يطول مدته، فلا يبطل الحق، بل هو كمرض يطرء و يزول» و فيه أن الأدوارى و إن لم يكن نادرا لا يمنع جريان حكم المعامله حال عدمه، كما فى نظائر المقام، لإطلاق الأدله، بل قد يقال إن لم يكن إجماعا: إن الجنون و إن كان مطبقا لا- يبطل حقها من الحضانه و إن انتقل الأمر حينئذ فى تدبير ذلك إلى وليها كباقى الأمور الراجعه إليها، و لعله لذا ترك المصنف اشتراطه، و كأن من اشترطه نظر إلى كون الحضانه ولايه، و المجنون معزول عنها، و قد عرفت ما فيه.

و منه يعلم ما فى المسالك و غيرها من أن «فى إلحاق المرض المزمن الذى

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ١٤١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب موانع الإرث الحديث ١١ من كتاب المواريث.

لا- يرجى زواله كالسل و الفالج بحيث يشغله الألم عن كفالتة و تدبر أمره وجهين، من اشتراكهما فى المعنى المانع من مباشره الحفظ، و أصاله عدم سقوط الولايه مع إمكان تحصيلها بالاستتابه، و به يفرق بينه و بين الجنون» ضروره أن السقوط مناف لإطلاق الأدله على كل تقدير.

و كذا ما فى المحكى عن قواعد الشهيد عن بعضهم من اشتراط أن لا يكون بها مرض معد من جذام أو برص مما يترتب على حضانتها من خوف الضرر على الولد، و قد

قال صلى الله عليه و آله و سلم (١): «فر من المجذوم فرارك من الأسد»

ضروره منافاه ذلك أيضا لإطلاق الأدله، خصوصا بعد

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (٢): «لا عدوى و لا طيره»

على أنه يمكن التحرز عن ذلك بمباشره غيرها بأمرها.

و كذا ما يحكى عنها أيضا من سقوط حضانتها أيضا بسفر الأب، لجواز استصحابه الولد حينئذ فتسقط حضانتها، و كذا ما يحكى عن مبسوط الشيخ من اعتبار كونها مقيمه فلو انتقلت إلى محل يقصر فيه الصلاه بطل حقها من الحضانه، ثم حكى عن قوم أنه إن كان المنتقل هو الأب فالأم أحق به، و إن كانت الأم

١- ١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب أحكام العشره الحديث ٢ من كتاب الحج عن الصدوق قده بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام فى حديث المناهى قال: «و كره ان يكلم الرجل مجذوما». الا أن هذه القطعه لم يذكر فى حديث المناهى المروى فى الفقيه ج ٤ ص ٢ بالسند المتقدم بعينه، فما ذكره المعلق على الوسائل الطبع الحديث من أن فى الاسناد و هم فى غير محله، فان سند حديث المناهى هو ذلك، و هذه القطعه مذكوره فى روايتين: الاولى فى وصايا النبى صلى الله عليه و آله و سلم لعلى عليه السلام المرويه فى الفقيه ج ٤ ص ٢٥٨ الا أن السند غير السند المتقدم، و الثانيه فى ضمن المكروهات التى ذكرها النبى صلى الله عليه و آله و سلم المرويه فى الفقيه أيضا ج ٣ ص ٣٦٣ بسند آخر.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب أحكام الدواب الحديث ١ من الحج.

منتقله فان انتقلت من قريه إلى بلد فهي أحق به، و إن انتقلت من بلد إلى قريه فالأب أحق به، لأن في السواد يقل تعليمه، بل عنه أنه قواه.

و الجميع كما ترى تهجس لا- يجوز الخروج به عن إطلاق الأدله، و من الغريب ذكرهم جمله من الأمور هنا بعنوان الشرطيه لاستحقاق الحضانه و لم يذكروا شيئاً منها في أحقيه الرضاع مع اتحاد الوجه فيهما فتأمل.

و كذا الكلام في اعتبار العداله التي من النادر حصولها في النساء باعتبار أن الفاسق لا ولايه له، و لا يؤمن أن يخون في حفظه فلا حظ له في حضانتها إذ قد عرفت أنها ليست ولايه، مع أن منشأها الشفقه التي هي من لوازم طبيعه كل حيوان، و من هنا قال في القواعد: «الأقرب عدم اشتراط العداله» خلافاً للمحكي عن مبسوط الشيخ و قواعد الشهيد و تحرير الفاضل، فاشتروا عدم الفسق.

و في المسالك «أنه يمكن الجمع بين عدم اشتراط العداله مع اشتراط عدم الفسق، لثبوت الواسطه عند الأكثر، و يجعل المانع ظهور الفسق لما يترتب عليه من الأخطار السابقه، بخلاف غير من المستورين و إن لم تظهر عدالته بالمعنى الذى اعتبره المتأخرون» و فيه أن مقتضى إطلاق الأدله أيضاً خلاف ذلك، خصوصاً مع غلبه الفسق في النساء، نعم لو ظهر عدم ائتمان المرأه على الولد أمكن حينئذ دعوى سقوط حضانتها و عدم شمول الإطلاقات لها، بل في كشف اللثام أنه لا شبهه في ذلك.

أما اشتراط عدم التزويج فلا أجد فيه خلافاً، بل في الروضه الإجماع عليه، و هو الحجه بعد مرسل المنقرى (١) المنجبر بما عرفت، بل و فحوى خبر داود الرقى (٢) معتضداً ذلك كله

بالنبوى (٣) العامى إنه صلى الله عليه و آله و سلم قال: «الأم أحق بحضانه ابنها ما لم تتزوج»

و فى آخر (٤) «إن امرأه قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان

١- ١ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٣- ٣ المستدرک الباب- ٥٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ٨ ص ٤.

بطنى له وعاء و ثديى له سقاء و حجرى له حواء و إن أباه طلقنى و أراد أن ينتزعه منى، فقال لها النبى صلى الله عليه و آله و سلم: أنت أحق به ما لم تنكحى»

و بأنها بالتزويج تشتغل بحقوق الزوج عن الحضانه، و إذنه لا تجدى كإذن السيد لاحتمال رجوعه فيتشوش أمر الولد، و العمده النص و الإجماع، إذ حقوق الزوجيه لا تنافى حق الحضانه و إلا لنافتها و هى فى حباله، على أن ظاهر النص و الفتوى سقوط حق حضانتها بمجرد عقد النكاح و إن لم يحصل دخول يقتضى التشاغل فى حق الزوج، بل ظاهرهما ذلك أيضا و لو التزم الزوج الجديد بملزم شرعى لعدم الرجوع بالاذن لها و بما لا ينافى الحضانه أو فرض التزويج بحال لا ينافى الحضانه.

إنما الكلام فى عود الحضانه لها بالطلاق و عدمه، فعن الشيخ الأول، لوجود المقتضى و فرض ارتفاع المانع، و عن ابن إدريس الثانى، لاستصحاب السقوط بعد عدم الدليل على العود، قيل و على الأول أنه يعود بمجرد وقوعه إذا كان بائنا، و إن كان رجعيا فبعد العده، و يحتمل عوده بمجرد أيضا، لعدم الاشتغال بحقوق الزوجيه معه و إن كان رجعيا.

بقى شىء: و هو أن ما قلناه من الحضانه للأُم مدة الرضاعه أى الحولين مشروط بارتضاعه منها، فلو فطم قبل الحولين ترتفع حضانتها، كما هو مقتضى

قوله عليه السلام (١): «إذا فطم فالأب أحق منها»

أو أن لها الحضانه فى مدته تمام الحولين و إن فطم قبلهما، و إنما ترتفع حضانتها بتمامهما و إن بقى يرتضع بعدهما؟ وجهان، لا يخلو ثانيهما من قوه، للأصل و إمكان تنزيل

قوله عليه السلام (٢): «حتى يفطم»

على الغالب من الحولين، فتأمل جيدا، هذا كله فى مدته الرضاعه أى الحولين.

ف أما إذا فصل الولد و انقضت مدته الرضاعه فالوالد أحق بالذكر و الأم أحق بالأثنى حتى تبلغ سبع سنين من حين الولادة على الأشهر بل المشهور، بل عن الغنيه الإجماع عليه فيهما، و السرائر فى الأول لخبرى الكنانى (٣)

- ١- ١ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
- ٢- ٢ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.
- ٣- ٣ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

و داود بن الحصين (١) المتقدمين و إن شملا الأثنى إلا أن المراد منهما الذكر، جمعا بينهما و بين ما دل على السبع من خبرى أيوب بن نوح (٢) السابقين المنزلين على الأثنى، و الشاهد الإجماع المحكى فيهما المؤيد بالاعتبار، إذ الوالد أنسب بتربيته الذكر و تأديبه، كما أن الوالده أنسب بتربيته الأثنى و تأديبها.

و قيل و القائل المفيد و سلار و القاضى فيما حكى عنهم الأم أحق بها حتى تبلغ تسعا إلا أنا لم نقف على مستنده اللهم إلا أن يقال: إنها لما كانت مستوره و لا بد للأب من التبريج كثيرا لم يكن بد من ولى يربيهما إلى البلوغ، و حده تسع سنين، أو تستصحب الحضانه إليها بعد تنزيل خبرى السبع على الذكر، كما عن الخلاف و المبسوط و أبى على و القاضى أيضا، فيقتصر بهما على الخروج منه عليه خاصه، فإنه و إن كان مطلقا إلا أن الأليق ولايه الأب عليه إذا بلغ سبعا و الأثنى بخلافه، إذ بلوغ السبع وقت التأديب و التربية لهما، و تأديبه أليق بالأب و تربيتها بالأم، و ربما يؤيد النصوص (٣) الوارده فى إهمال الصبى سبعا، و ضمه و لزومه للأب و تعليمه الكتاب سبعا، و تعليمه الحلال و الحرام سبعا، بل منها مال فى الحدائق إلى التوقيت بالسبع فى الذكر و الأثنى، إلا أنه قد فاته ملاحظه نصوص (٤) التعليق على الفطام.

و قيل و القائل الصدوق فى المحكى عن مقنعه و أبو على فيما حكى عنه أيضا إن الأم أحق بها ما لم تتزوج الأم لمرسل المنقرى (٥) و خبر حفص بن غياث (٦) السابق، و لكن يمكن حمل الخبر و كلاميهما على ما قبل البلوغ على

١- ١ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٦- ٧.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨٢ و ٨٣- من أبواب أحكام الأولاد.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

٦- ٦ راجع التعليقه ٤ من ص ٢٨٥.

ما يقتضيه الأصول، كما عن صريح الخلاف، فيوافق القول بالانتهاء إلى تسع سنين، و على كل حال ف الأول أظهر لما عرفت. ثم يكون الأب أحق بها حينئذ.

و كذا قد عرفت أنه لو تزوجت الأم سقطت حضانتها عن الذكر و الأنثى و كان الأب أحق بهما للنص (١) و الإجماع السابقين، لكن من المعلوم إرادته تزويجها بغير الأب و إلا لسقطت حضانتها و هى فى حباله قبل أن تفارقه، و هو معلوم العدم، فمن الغريب ما فى المسالك من احتمال ذلك.

نعم ينبغى أن لا يمنع الولد من زيارتها و الاجتماع معها كما لا تمنع هى من زيارته و الاجتماع معه، لما فى ذلك من قطع الرحم و المضاره بها، فان كان ذكرا ترك يذهب إلى أمه، و إن كانت أنثى أتتها هى زائره مع فرض الضرر عليها بخروجها و إلا مضت هى إليها، و المراد عدم منع المواصلة بينهما مع فرض عدم التضمر على الطفل بها، و خصوصا فى حال مرضه أو مرضها أو موت كل منهما، كما هو واضح، هذا كله فى الذكر و الأنثى.

أما الخنثى المشكل ففى إلحاقه بالذكر أو بالأنثى قولان، منشؤهما استصحاب حق حضانه الأم الثابت قبل تمام الحولين، للشك فى المزيل، إذ هو الذكور و لم تتحقق، و كون استحقاقها مشروطا بالأنوثة و لم يعلم.

و فى المسالك و غيرها «الأقوى الأول لوجوب جريان أحكامها عليها من الستر و نحوه، و دخوله فى عموم الأخبار (٢) الداله على استحقاقها الولد مطلقا، خرج منه الذكر لمناسبه تربيته و تأديبه فيبقى الباقي» و فيه منع وجوب الستر عليها فى غير متيقن الشغل، كالصلاه المحتاجه إلى البراءه اليقينيّه، و عموم أخبار السبع (٣) ليس بأولى من عموم أخبار التعليق على الفطام (٤) الذى لم يعلم خروج غير

١- ١ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٦- ٧.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ و ٢.

الأنثى منه، فالمتجه حينئذ الرجوع إلى إطلاق ولاية الأب على ولده المقتصر في تقييده على خصوص الحولين في حضانه الذكر والسبع في حضانه الأنثى، فيبقى الخنثى في غير القدر المشترك أى الحولين تحت الإطلاق.

و كيف كان ف لو مات الأب بعد انتقال الحضانه إليه أو قبله كانت الأم أحق بهما من الوصى للأب و من باقى أقاربه حتى أبيه و امه فضلا عن غيرهما، كما أنها لو ماتت هي في زمن حضانتها كان الأب أحق بهما من وصيها و من أبيها و أمها فضلا عن باقى أقاربه بلا خلاف أجده في شىء من ذلك، بل ظاهرهم الإجماع عليه، للأصل في بعض الصور متمما بعدم القول بالفصل، ولأنها أشفق و أرفق «و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله»^(١) و لما في

مرسل ابن أبى عمير عن زراره^(٢) عن الباقر عليه السلام المتقدم سابقا «و ليس للوصى أن يخرج من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله».

و ما في

خبر داود بن الحصين^(٣) السابق أيضا «فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه»

و لظهور قوله تعالى^(٤) «لا تُضَارَّ» إلى آخره في كون الحق لهما دون غيرهما، إلا أنه مع وجودهما كان تفصيل الأمر بينهما شرعا على ما عرفت، أما مع موت أحدهما يبقى الآخر بلا معارض، فلا يضار بأخذ الولد منه، بل لعل ذلك ظاهر النصوص^(٥) السابقه باعتبار إثبات أحقيه للأم في الذكر حتى يفطم فيكون الأب أحق به، و فى الأنثى سبعا، فيكون الأحق الأب، فأصل الحق ثابت لكل منهما إلا أنه يكون غيره أحق منه، و من المعلوم أن ذلك يكون مع وجوده، أما مع عدمه

١- ١ سورة الأنفال: ٨- الآية ٧٥.

٢- ٢ أشار إليه في الوسائل الباب- ٧١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢ و ذكره في التهذيب ج ٨ ص ١٠٦ الرقم ٣٥٦ الا أنه لم يتقدم هذا المرسل سابقا، و انما ذكر لفظه في صحيح ابن سنان المتقدم في تعليقه ٣ من ص ٢٧٥.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٤- ٤ سورة البقره: ٢- الآية ٢٣٣.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد.

فليس الحق حينئذ إلا لذى الحق، ضروره فرض عدم الأحق منه، و كأن ذلك و نحوه منشأ اتفاق الأصحاب، فما وقع من بعض الناس - من الإشكال فى ذلك باعتبار خلو النصوص عن التعرض لذلك - فى غير محله.

و منه يعلم الوجه فيما يقتضيه إطلاق العبارة و غيرها من كونها حينئذ أحق حتى لو كانت متزوجه، كما هو صريح المحكى عن إرشاد العلامة و تلخيصه، لكن فى المسالك «أن باقى عبارات الأصحاب فى ذلك مجمله، كعبارة المصنف محتمله لتقييدها بكونها غير مزوجه نظرا إلى أنه شرط فى الحضانه مطلقا، و إلى التعليل المذكور باشتغالها بحقوق الزوج، فإنه آت هنا» و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا، و بعد ما سمعته سابقا مما فى التعليل المزبور الذى لا أثر له فى شىء من النصوص، مضافا إلى ما عساه يستفاد من قول المصنف و غيره.

و كذا لو كان الأب مملوكا أو كافرا كانت الأم الحره المسلمه أحق بهما و إن تزوجت بل لعله لا خلاف فيه، إذ ليس ذاك إلا من جهه عدم حق لهما فى الحالين، فيبقى حقها حينئذ بلا معارض نحو ما سمعته فى المقام، بل هو منشأ النصوص (١) السابقه المصرحه بأولويه الأم مع رقيه الأب، بل

فى بعضها (٢) «و إن تزوجت».

و أما الكافر فإنه و إن لم يكن فيه نص إلا أن من المعلوم عدم ولايته على المسلم و عدم معارضته له، لأن

«الإسلام يعلو و لا يعلى عليه» (٣)

فهو حينئذ أنقص من المملوك بالنسبه إلى ذلك، فيكون أولى منه بالحكم المزبور.

و من هنا يعلم أن ما اعتبر فى الحضانه بالأم معتبر أيضا فى الأب عدا التزويج إلا أن المصنف لما اقتصر هناك على الحره و الإسلام ذكرهما خاصه هنا، و أما العقل و غيره مما سمعته فيما تقدم فالكلام فيها كالكلام هناك، فالضابط حينئذ أن الأب إنما يكون أولى من الأم مع اجتماع شرائط الحضانه فيه التى منها الإسلام

١- ١ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب موانع الإرث الحديث ١١ من الموارث.

و الحرية قطعاً، بل في المسالك و العقل إجماعاً و إن كان فيه الاحتمال السابق.

و أما الإقامه و الحضر و السلامه من الأمراض المزمنه و المعديه فعلى البحث السابق، فمتى اختل شرط من شروطها فيه كانت الأم أحق بالولد مطلقاً إلى أن يبلغ، و متى اختل شرط من شروطها فيها فالأب أحق به مطلقاً، و متى مات أحدهما انتقل الحق إلى الآخر مطلقاً، لما عرفته مفصلاً، و اشتراط عدم تزويجها إنما يعتبر في ترجيحها على الأب مع اجتماع الشرائط ف يه خاصه.

نعم لو أعتق العبد كان حكمه حكم الحر بلا خلاف أجده فيه للنص (١) المتقدم، و مثله ما لو أسلم الكافر أو عقل المجنون أو عدل الفاسق إلى غير ذلك من الشرائط السابقه بناء على اعتبارها، ضروره اتحاد الجميع في المدارك، و هو أن الولايه ثابتة بالأصل و إنما تخلفت لفقد الشرط، فإذا حصل ثبتت. أو أن هذه الأشياء موانع، فإذا زالت أثرت لإطلاق ما دل (٢) على أن الأب مثلاً أحق بالحضانه الشامل لمحل الفرض، خصوصاً بعد فحوى ما ورد (٣) في العبد من أنه لو أعتق كان أحق لموضع الأب المراد منه أن الأبوه المقتضيه لأحقيته متحققه فيه، إلا أنه كانت الرقيه مانعه من تأثيرها، فلما زالت اقتضت الأبوه مقتضاها، و هو أمر جار في جميع نظائره، كما هو واضح، و لا ينافي ذلك عدم عودها بالطلاق بناء عليه، لظهور الدليل في سقوط أحقيتها بأصل وقوع النكاح منها، و هو متحقق منها و إن طلقت، فتأمل و الله العالم.

و كيف كان فان فقد الأبوان فالحضانه لأب الأب أي الجدد للأب، وفاقاً للمحكي عن ابن إدريس و الفاضل، لأن أصل الحضانه للأب لأن له الولد انتقلت عنه إلى الأم مع وجودها بالنص و الإجماع، فإذا انتفيا انتقلت إلى أب الأب، لأنه أب و مشارك للأب في كون الولد له، و له الولايه عليه في المال و غيره، و كذا في

-
- ١- ١ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
 - ٢- ٢ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد.
 - ٣- ٣ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

الحضانه، و لا يرد أن أم الأم و أم الأب يسميان بالأم فيشملهما ما دل على حضانه الأم، لأنها لما خالفت الأصل اقتصرنا فيها على المتيقن.

فان عدم أى الأب للأب قيل كانت الحضانه للأقارب و ترتبوا ترتب الإرث نظرا إلى أولويه الأرحام فى الآيه (١) و فيه تردد أو منع إذ المتجه حينئذ كون الحضانه للوصى للأب ثم للوصى للجد، لكونهما نائين عنهما و قائمين مقامهما، و منها حضانه الطفل و تربيته و السعى فى مصالحه و مفاصله، و ربما استفيد من مرسل ابن أبى عمير (٢) ثبوت حق فى الجمله للوصى و إن كانت الأم أحق منه، لكن لم أجده قولاً لأحد من الأصحاب مع كثره أقوالهم فى المسأله و تشتتها.

(فمنها) ما سمعت من أنها للجد من الأب مع فقد الأبوين، و مع عدمه فان كان للولد مال استأجر الحاكم من يحضنه و إلا كانت حكم حضانه حكم الإنفاق تجب على الناس كفايه كما عن ابن إدريس، و ربما قيل: إنه ظاهر المصنف أيضا، و إن كان فيه ان تردده فى انتقالها إلى الأرحام أعم من ذلك، لإمكان صيرورتها إلى الوصى الذى سمعته أو إلى الحاكم بعده أو من أول الأمر باعتبار أنه ولى من لا ولى له، فيحضنه حينئذ من بيت المال.

و (منها) أن حضانه بعد الأبوين للأولى بميراثه، فان اتحد و إلا أقرع بينهم، لأنه لاحظ للولد فى الشركه به، و هو الذى اعتمده فى المسالك لايه «و أولوا الأرحام»*(٣).

و (منها) ما فى محكى الإرشاد من أنها للأجداد دون من شاركهم فى الإرث من الإخوه، فإذا عدموا فالى باقى مراتب الإرث، إلا أنه لم يفصل بين الأجداد للأب و للأم، و لا بين القريب و البعيد.

و (منها) ما عن المفيد من أنها تكون لأم الأب، فان لم تكن فلأبيه، فإن

١- ١ سورة الأنفال: ٨- الآيه ٧٥.

٢- ٢ راجع التعليقه ٢ من ص ٢٩٣.

٣- ٣ سورة الأنفال: ٨- الآيه ٧٥.

لم يكونا فلأم الأم.

و (منها) ما عن أبي على من أنه من مات من الأبوين كان الباقي أحق به من قرابه الميت، إلا أن يكون المستحق له غير رشيد، فيكون من قرب إليه أولى به، فإن تساوت القرابات قامت القرابات مقام من هي له قرابه في ولايته- إلى أن قال:-

و الأم أولى به ما لم تتزوج، ثم قرابتها أحق به من قرابه الأب، ل

قوله صلى الله عليه وآله وسلم (١) في ابنه حمزه: «يدفعها لخالتها دون أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه و جعفر»

إلى آخره. إلى غير ذلك من أقوالهم المنتشرة التي لم نقف لها على دليل معتبر، إذ ليس فيما عثرنا عليه هنا مما يصلح مدركا و لو في الجملة إلا الآيه و خبر بنت حمزه و إشعار

قوله عليه السلام في الخبر (٢) السابق: «الأم أحق به من العصبه»

كقوله في آخر:

«أحق به من الوصى و ولايه الجد للأب»

و نحو ذلك مما لا يستفاد منه شىء من هذه الأقوال، نعم دعوى عدم الحضانه لشىء من الأرحام سوى الأب و الأم و الجد للأب كما عن ابن إدريس واصله الضعف، للايه و خبر بنت حمزه و ما يشعر به قوله تعالى (٣):

«و ما كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ» من معلوميه هذا الحال فى ذلك الزمان مضافا إلى فعل زكريا، و الذى يقوى فى النظر كونها للجد من قبل الأب بعد فقد الأبوين، ثم للوصى المتأخر موته منهما، ثم للأرحام على مراتبهم فى الإرث، ثم للحاكم، ثم للمسلمين كفايه، و الله العالم.

١- ١ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤ و المستدرک- الباب- ٥٢- منها الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٣- ٣ سورة آل عمران: ٣- الآيه ٤٤.

[فروع أربعه]**[الفرع الأول قال الشيخ إذا اجتمعت أخت لأب و أخت لأم كانت الحضانه للأخت من الأب نظرا إلى كثره النصيب في الإرث]**

الأول قال الشيخ «ره»: إذا اجتمعت أخت لأب و أم أو لأب و أخت لأم كانت الحضانه للأخت من الأب نظرا إلى أن كثره النصيب في الإرث تقتضى زياده القرب، فتكون أولى، أو أن البنت من السبين أولى من السبب الواحد و قد سمعت الاشكال من المصنف في أصل الاستحقاق للحضانه، للأصل و اختصاص النص بالأب و الأم و إرادته الأولويه بالإرث من الآية (١) و على تقديره فالإشكال في الترجيح أيضا و منشؤهما تساويهما في الدرجه التي يستحقان بها الإرث، و زياده النصيب أعم من كونها للقرب المقتضى للاختصاص في الحضانه، و من هنا كان المحكى عنه في موضع من مبسوطه أنه قال:

«و إن قلنا: إنهما سواء و يقرع بينهما كان قويا» بل ستمتع كلامه في الفرع الثالث.

و كذا قال في أم الأم مع الأب فخص الحضانه بالثانيه لذلك أيضا و فيه الإشكال من الوجهين و إن كان قد عرفت ما في أولهما، نعم هو لا يخلو من وجه في ثانيهما، مع إمكان القول بأن ذلك مرجح لأحدهما على وجه يرفع القرعه المعتبر في محلها التساوى في الفردين من كل وجه، و فيه منع كون ذلك مرجحا بعد أن

لم يكن عليه دليل شرعى، على أنه يعارض فى الثانى بأن أم الأم أم أو بمنزلتها، فينبغى أن تكون مقدمه على من كان بمنزله الأب خصوصا بعد المحكى عنه فى

[الفرع الثانى قال فى جده و أخوات الجده أولى]

الفرع:

الثانى: و هو أنه قال فى جده و أخوات: الجده أولى لأنها أم فيشمها النص حينئذ و إن اتفق قله نصيبها من الأخت، و فيه منع كونها أما حقيقه، و لذا يصح السلب عنها، فيقال: ليست أما و إنما هى أم أم أو منع إرادتها منها هنا و لو للانسياق و إلا لقدمت على الأب، و لعله لذا كان المحكى عنه فى المبسوط تساويهما أى الأخوات و الجده فى الاستحقاق لاشتراكهما فى أصل الإرث فيتناولهما آيه أولى الأرحام (١) و لعله الأقوى وفاقا لثانى الشهيدين، و حينئذ فيقرع بينهما، و للشافعى قول على ما قيل ترجيح (٢) الأخت، لأنها ركضت مع المولود فى رحم أو صلب.

[الفرع الثالث إذا اجتمعت عمه و خاله فهما سواء]

الفرع الثالث قال: أى الشيخ أيضا إذا اجتمعت عمه و خاله فهما سواء مع زياده نصيب العمه على الخاله، و هذا مما يدل على اضطرابه فى المسأله، اللهم إلا أن يكون منشؤه تعارض الترجيح بزياده النصيب مع التعليل فى خبر (٣) بنت حمزه بأن الخاله أم فيتساويان و يقرع بينهما حينئذ.

١- ١ سورة الأنفال: ٨- الآيه ٧٥.

٢- ٢ هكذا فى النسخه الأصلية المبيضة الا أن الموجود فى المخطوطه بخط المصنف طاب ثراه «بترجيح» و هو الصحيح.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

[الفرع الرابع قال إذا حصل جماعه متساوون في الدرجه كالعمه و الخاله أقرع بينهم]

الفرع الرابع:

قال: إذا حصل جماعه متساوون في الدرجه كالعمه و الخاله أقرع بينهم لأنه لاحظ للصبى فى الاشتراك بحضانه دفعه أو مهاياه و ما يشعر به قصه مريم (١) و حيث يتعين أحد بالقرعه يستمر الاستحقاق إلى أن يموت أو يعرض عن حقه، فينتقل إلى غيره إن اتحد، و إلا افتقر إلى القرعه أيضا، كما هو واضح.

[من لواحق الحضانه ثلاث مسائل]**[المسأله الأولى إذا طلبت الأم للرضاعه أجره زائده عن غيرها فله نزعها منها و تسليمه إلى الأجنبيه]**

الأولى قد سمعت النص (٢) و الفتوى على أنه إذا طلبت الأم للرضاعه أجره زائده عن غيرها سواء كانت أجره المثل أو أزيد فضلا عن وجود المتبرعه فله نزعها منها و تسليمه إلى الأجنبيه و لكن فى سقوط حضانه الأم حينئذ تردد ينشئ من تبعيتها فى العاده له، بل العسر و الحرج زمانا و مكانا فى تفريقهما، و ظهور لفظ النزع فى الخبر (٣) و من كونهما حقين متغايرين لا يسقط أحدهما بالآخر، و من ذلك يعلم حينئذ حال العكس الذى لم أجد فيه خلافا و إن كان يمكن جريان التردد فيه.

و على كل حال ف السقوط هنا أشبه بأصول المذهب و قواعده، ضروره معلوميه أصاله أحقيه الوالد بولده المنسوب إليه إلا أنه خرج عنها الحضانه التابعه للرضاع لأنها المتيقنه من النص، فيبقى غيرها على الأصل.

١- ١ سورة آل عمران: ٣- الآيه ٤٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.

[المسأله الثانيه إذا بلغ الولد رشيدا سقطت ولايه الأبوين عنه]

المسأله الثانيه لا خلاف فى أنه إذا بلغ الولد رشيدا سقطت ولايه الأبوين عنه للأصل و كان الخيار إليه فى الانضمام إلى من شاء منهما أو من غيرهما، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه.

[المسأله الثالثه إذا تزوجت سقطت حضانتها فإن طلقها رجعيه فالحكم باق]

المسأله الثالثه قد عرفت الحال فى أنه إذا تزوجت سقطت حضانتها فإن طلقها رجعيه فالحكم باق مع احتمال العدم، و إن بانث منه ثم رجعت إليه قيل و القائل ابن إدريس لم ترجع حضانتها، و الوجه عند المصنف و جماعه الرجوع فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[النظر الخامس فى النفقات]

اشاره

النظر الخامس فى النفقات فنقول: من المعلوم أنه لا- تجب النفقه (١١) من حيث كونها نفقه لا- من حيث توقف حفظ النفس المحترمه إلا بأحد أسباب ثلاثه: الزوجيه و القرابه و الملك (١٢) بإجماع الأمه كما عن جماعه الاعتراف به،

[القول فى نفقه الزوجه]

اشاره

و القول (١٣) الآن فى نفقه الزوجه (١٤) المدلول عليها مضافا إلى ما عرفت بالكتاب و السنه المتواتره «ذَلِكَ

أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا» (١) و «عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (٢) و «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ، وَ مَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» (٣) و «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (٤) «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» (٥) «فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» (٦) و

قال الصادق عليه السلام (٧) في قوله تعالى «وَ مَن قُدِرَ» إلى آخره: «إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه، و إلا فرق بينهما»

و الباقر عليه السلام في خبر أبي بصير (٨) «من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و لم يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام أن يفرق بينهما»

و سئل أبو عبد الله عليه السلام (٩) «عن حق المرأة على زوجها قال:

يشبع بطنها، و يكسو جنبها، و إذا جهلت غفر لها».

و في

خبر عنبيه (١٠) عنه عليه السلام أيضا «إذا كساها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها، أقامت معه، و إلا طلقها»

إلى غير ذلك من النصوص (١١) التي هي فوق حد التواتر، و منها ما

روى (١٢) «أن هند امرأة أبي سفيان جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: إن أبا سفيان شحيح لا يعطيني ما يكفيني و ولدى إلا ما آخذ منه سرا و هو لا يعلم، فهل على من ذلك شىء؟ فقال: خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف».

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٣.

٢- ٢ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٣- ٣ سورة الطلاق: ٦٥ الآيه ٧.

٤- ٤ سورة النساء: ٤- الآيه ١٩.

٥- ٥ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٤.

٦- ٦ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٩.

٧- ٧ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ١.

٨- ٨ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٢.

٩- ٩ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٣.

١٠- ١٠ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٤.

١١- ١١ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات.

إنما الكلام فى الشرط و قدر النفقه و اللواحق، و

[أما الشرط]

إشاره

أما الشرط المتفق عليه ف اثنان

[الأول أن يكون العقد دائماً]

الأول: أن يكون العقد دائماً فلا نفقه لذات العقد المنقطع إجماعاً بقسميه، كما عرفته فيما تقدم.

[الثانى التمكين الكامل]

إشاره

و الثانى: التمكين الكامل، و هو التخليه بينها و بينه على وجه به يتحقق عدم نشوزها الذى لا- خلاف فى اعتباره فى وجوب الإنفاق، بل الإجماع بقسميه عليه فمتى مكنته على الوجه المزبور بحيث لا تخص موضعاً و لا وقتاً مما يحل له الاستمتاع بهما و جب عليه الإنفاق و إلا فلا.

فلو بذلت نفسها فى زمان دون زمان أو فى مكان دون آخر مما يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل له التمكين و لم تجب عليه النفقه قطعاً لتحقق نشوزها حينئذ بذلك، بل لو مكنته قبلاً و منعت غيره من الدبر أو سائر الاستمتاعات لا لعذر سقطت نفقتها أجمع فى أقوى الوجوه، بل فى المسالك «أنه يمكن أن يكون المراد بالمكان فى المتن ما يعم البدن كالقبل و غيره» و إن كان هو كما ترى، نعم قد تقدم قوه سقوط نفقتها أجمع بذلك و احتمال التبعض و عدم السقوط.

و على كل حال ففى المتن بعد ما عرفت و فى وجوب النفقه بالعقد أو بالتمكين تردد، أظهره بين الأصحاب و قوف الوجوب على التمكين و فى القواعد «الأول فى الشرط: إنما تجب النفقه بالعقد الدائم مع التمكين التام. فلا- تجب بالمتع و لا- لغير الممكنه من نفسها كل وقت فى أى موضع أراد، فلو مكنت قبلاً و منعت غيره سقطت نفقتها، و كذا لو مكنته ليلاً أو نهاراً أو فى مكان دون آخر مما يجوز فيه الاستمتاع، و هل تجب النفقه بالعقد بشرط عدم النشوز أو بالتمكين؟ فيه إشكال» و ظاهرهما أو صريحهما بعد التأمل الجيد فى كلامهما أنه لا كلام فى اعتبار التمكين الذى هو ضد النشوز، و لا يتحقق عدمه إلا به فى وجوب الإنفاق، و لذا فرعوا عليه ما يقتضى النشوز، و إنما الكلام فى اعتبار غيره فيه، و لعله إلى ذلك أوماً فى المسالك، فإنه بعد أن

ذكر كلام المصنف الأول قال: «فان جعلنا التمكين شرطاً فظاهراً، وإن جعلنا النشوز مانعاً كان ملحوظاً في تحقق معناه، فلذا بدأ به قبل تحقق محل

الخلاف- ثم قال أيضا في شرح تردد المصنف: لا ريب في أن للنفقة تعلقا بالعقد و التمكين جميعا، فإنها لا تجب قبل العقد و تسقط بالنشوز بعده، و اختلف في أنها بم تجب؟

ف قيل بالعقد كالمهر- إلى أن قال:- و قيل: لا يجب بالعقد مجردا بل بالتمكين» إذ لو لم يرجع حاصله إلى ما ذكرناه كان بلا حاصل.

و كيف كان فغايه ما ذكره دليلا لذلك أن اشتراط هذا الشرط معروف بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعا، مع أنا لم نقف على مخالف فيه صريحا و لا ظاهرا إلا ما ربما يستفاد من تردد المصنف و استشكال الفاضل في القواعد، و هو بمجرد لا يوجب المخالفه، مع تصريح الأول بأن اعتباره هو الأظهر بين الأصحاب بكلمه الجمع المفيد للعموم الظاهر في الإجماع، و نحوه شيخنا الشهيد في المسالك، و أظهر من كلامه ثم كلامه في الروضه، فاختر المصير إلى اعتباره بعد المناقشه في دليله معتذرا بعدم ظهور مخالف فيه، و جعله وسيله لاختياره، و هو ينادى باجماعيته، فان دأبه عدم جعل الشهره بل و لا عدم ظهور الخلاف بمجرد دليلا و إن وجد له من الأخبار الغير الصحيحه شاهدا فحكمه ثم بالمصير لأجله قرينه واضحه على بلوغه حد الإجماع و درجته، و هو الحجج فيه بعد الأصل المؤيد بل المعتضد بظاهر الأمر بالمعاشره بالمعروف (١) الظاهر في اختصاص الأمر بالإنفاق بما تقتضيه العاده، و ليس من مقتضياتها الوجوب إلا بعد التمكين كما هو المشاهد من أهلها، فإنهم ينكحون و يتزوجون من غير إنفاق إلى الزفاف مع عدم اختلاف من الزوجات و أهلهن فيه مع الأزواج المستمرين، و ربما يؤخذ ذلك من المسلمين إجماعا، و يجعل مثله وفاقا و ربما يخلق بالضروره قطعا، و قد جعل هذا من فروع التمكين، و مع ثبوت حكمه يثبت غيره من الفروع جدا، لعدم القائل بالفرق أصلا فتأمل جيدا.

و ربما أيد اعتباره أيضا، بل قيل: إنه لا يبعد جعله دليلا ما

روى عن النبي

صلى الله عليه وآله وسلم (١) «إنه تزوج ثم دخل بعد سنين ولم ينفق».

كل ذلك مضافاً إلى ما قيل أيضاً من أن العقد يوجب المهر عوضاً، فلا يوجب عوضاً آخر، وأن النفقة مجهولة، والعقد لا يوجب مالا مجهولاً.

وما

روى عنه صلى الله عليه وآله وسلم (٢) من قوله: «و اتقوا الله فى النساء، فإنهن عوارى عندكم اتخذتموهن بأمانه الله، و استحلتتم فروجهن بكلمه الله، و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف»

فإنه صلى الله عليه وآله وسلم أوجب لهن من الرزق و الكسوه إذا كن عندهم.

لكن الجميع كما ترى، ضروره عدم عد ذلك من الإجماع المحكى الذى قام الدليل على حجيته، كضروره عدم ظهور الأمر بالمعاشره بالمعروف فى اشتراط التمكين، و عدم الإنفاق إلا بعده بعد تسليمها أجنبيه عن الدلاله على الاشتراط، بل دعوى اتخاذ ذلك إجماعاً أو ضروره من غرائب الكلام، و ما كنا نرجو وقوع هذا الكلام من مثله، كعدم الإنفاق الصادر من النبى صلى الله عليه وآله وسلم مع عدم علمنا بكيفية عدم صدوره منه، و ليست النفقه من الأعضاض الواجبه بالعقد، بل و لا من المال المجهول، و إنما العقد أفاد كونها زوجه له، و الشارع أثبت النفقه للزوجه، نحو شراء الدابه و العبد المملوك، و الخبر المزبور لا دلالة فيه على اشتراط النفقه بكونهن عندكم، بل قد يقال: إن إطلاقه دليل على العدم.

و من هنا قد اعترف فى كشف اللثام بضعف هذه الأدله غير الأصل، قال:

«و هو يكفيننا، فإن أدله الوجوب مجمله، فنقتصر على مدلولها على موضع اليقين» و تبعه على دعوى الإجمال فى الرياض، لكن فى المسالك بعد أن أفسد جميع ما ذكر دليلاً له قال: «و أما أصله البراءه فإنما تكون حجه مع عدم دليل ناقل عنه، لكنه موجود بالعمومات الداله على وجوب نفقه الأزواج، و الأصل عدم التخصيص» و مراده على الظاهر إطلاق الكتاب و السنه الذى قد سمعته، و هو حجه كالعوم، و دعوى

١- ١ سنن النسائى - ج ٦ ص ١٣١.

٢- ٢ سنن البيهقى - ج ٧ ص ٣٠٤.

الاجمال واضحه الفساد، و من هنا جزم المحدث البحرانى باختيار القول الثانى الذى لا يخفى عليك دليله بعد ما ذكرنا.

لكن قد يقال: إن ظاهر

النصوص المشتمله على بيان حق الزوج على الأمراء- و أن منه «أن تطيعه و لو كانت على ظهر قتب»(١)

و «أن تلبس أحسن ثيابها، و تطيب بأحسن طبيها، و تعرض نفسها عليه كل غدوه و عشيه»(٢)

و «أن لا تخرج من بيته بغير إذنه»(٣)

و غير ذلك مما اشتملت عليه النصوص التى هى و إن كانت خاليه عن ذكر اعتبار ذلك فى النفقه، إلا أنه قد يستفاد ذلك مما دل (٤) على سقوط نفقتها بخروجها من بيته بغير إذنه و نشوزها الذى هو مخالفه ما تضمنته النصوص الأولى المشتمله على بيان حقه عليها- كون النشوز مسقطا باعتبار تفويته الشرط الذى هو وجوب طاعتها و عرضها نفسها عليه، و عدم خروجها من بيته بغير إذنه، لا أنه مانع لوجوب النفقه الذى كان سبب وجوبها العقد مجردا، كما هو واضح بأدنى التفات، بل ربما يشم من قوله تعالى (٥) «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» ما يشبه معاوضه الاستمتاع بالإففاق على نحو ما ورد (٦) من الإففاق على الدابه عوض ما يستوفيه من منافع ظهرها، كما أنه يشم من نصوص (٧) بيان حق كل منهما على الآخر مقابله كل منهما لصاحبه.

نعم الإنصاف أن هذا المعنى المستفاد من النصوص المزبوره ليس هو اعتبار مطلق التمكين الذى فرعوا عليه الفروع المتجه بناء عليه سقوط النفقه لمن لم تمكن من ذلك و لو لعذر شرعى، ضروره عدم مدخلية العذر شرعا فى صدق انتفائه المقتضى

١- ١ الوسائل الباب- ٧٩- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧٩- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٧٩- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٦- من أبواب النفقات.

٥- ٥ سورة النساء: ٤- الآية ٣٤.

٦- ٦ الوسائل الباب- ١٢- من كتاب الرهن الحديث ٢.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٧٩ و ٨٨- من أبواب مقدمات النكاح و الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٧ و الباب- ٦- منها

الحديث ٢.

لانتفاء مشروطه و إن كان لا إثم عليها به، لأن الفرض معذوريتها شرعا، فالمتجه حينئذ اعتبار الطاعه التى يكون عدمها نشوزا فى وجوب الإنفاق، و هو لا يكاد ينفك عن عدم النشوز، فلا يتجه الفرق بين القول بكون التمكين شرطا و بين القول بكون النشوز مانعا بعد فرض إرادته ما ذكرناه من التمكين على الوجه المزبور الذى مرجعه إلى اتحاد مصداق المراد من مفهوم التمكين و عدم النشوز بالنسبه إلى وجوب الإنفاق، فاتفق صدق عدم النشوز فى بعض الأفراد التى لا يتحقق فيها مصداق التمكين غير قادح بعد فرض عدم الاكتفاء بمثله فى الإنفاق كما فى الصغيره، كما أنه لا يقدر عدم صدق التمكين فى بعض الأفراد التى لا نشوز فيها باعتبار العذر شرعا أو عقلا المانع عن الاستمتاع فى وجوب الإنفاق الذى فرضنا كفايه صدق عدم التقصير من الامراه فيما وجب عليها من حقوق الزوج فيه و الفرض تحققه.

و كيف كان فما عن التحرير- من أنه لا بد من قول: «سلمت إليك نفسى فى كل زمان و مكان شئت» فى التمكين التام الذى هو شرط النفقه، و فى كشف اللثام لأنه لا يتحقق بدونه إلا أن يكتفى بالتمكين مره مع الوثوق، أو بالوثوق و إن لم يحصل التمكين و إن بعد الفرض- واضح الفساد، و كأنه أو ما إليه فى المسالك حيث قال: «اعلم أن الظاهر من كلام المصنف و غيره بل صرح به بعضهم أن التمكين لا يكفى حصوله بالفعل، بل لا بد من لفظ يدل عليه من قبل المرأه، بأن تقول: «سلمت نفسى إليك حيث شئت أو أى زمان شئت» و نحو ذلك، فلو استمرت ساكته أو مكنته من نفسها بالفعل لم يكف فى وجوب النفقه، و لا يخلو ذلك من إشكال».

قلت: بل واضح المنع، ضروره عدم دليل عليه، و عدم توقف صدق الطاعه و الانقياد عرفا عليه، و عرض نفسها عليه كل غدوه و عشيه لا يقتضى ذلك قطعا.

(و بالجملة) من لاحظ مجموع كلماتهم فى هذا المقام و فيما أتى- من إيجابهم النفقه للمعذوره عقلا أو شرعا فى عدم التمكين الذى يقتضى اعتباره شرطا فيها انتفاؤها بانتفائه و لو لعذر، ضروره عدم مدخلية الحكم التكليفى فى الحكم

الوضعي - يعلم أنها لا تخلو من تشويش و اضطراب و أن جملة منها لا ترجع إلى حاصل، ضروره عدم دليل بالخصوص على استثناء ذلك من اعتبار التمكين، و أنه لا- محيص على القول بالاكتفاء في عدم التقصير فيما يجب عليها من حقوق الزوج في وجوب الإنفاق، و ذلك إنما يكون بتمكينها من نفسها و تخليه بينها و بينه مع عدم المانع شرعا أو عقلا، و ربما يأتي لذلك مزيد تحقيق.

و كيف كان فقد ذكروا أنه من ثمرات الخلاف ما لو تنازعا في النشوز و عدمه، فإن عليه بينه النشوز على القول بكونه مانعا، لأن الأصل معها، و هو وجوب النفقه و انتفاء المانع، و على القول الآخر عليها إقامه اليينه على التمكين، لأن الأصل معه.

و قد يناقش في الأول بأن المانع يكفي فيه الأصل مع فرض كون عدمه على مقتضاه بلا معارضه شىء آخر، أما في المقام فقد يقال بمعارضه أصاله عدم طاعتها و عدم وصول حقه إليه، و الفرض انحصار الدعوى بينهما بالطاعة و النشوز على وجه يكون غير الناشزه و غير الطائعه معلوم خروجهما عن دعواهما و مقطوع بعدمهما.

كما أنه قد يناقش في الثاني في الاكتفاء في ثبوته بسبق حصوله مع فرضه، أو أصاله عدم تقصير المسلم بما يجب عليه من تكليف، على أن أصاله عدم حصول ذلك منها لا يكفي في سقوط النفقه عند القائلين باعتبار التمكين، لما تسمعه من ثبوتها عندهم لغير الممكنه لعذر شرعى أو عقلى كالمريضه و المسافره في واجب مضيق و نحوه، فعدم تمكنها مع فرض كونه مقتضى الأصل لا يقتضى سقوط نفقتها إلا إذا كان على جهه النشوز، و أيضا إقامه اليينه على ذلك في الليل و النهار مما يتعذر أو يتعسر، فيؤدى تكليفها بها إلى سقوط هذا الحق.

و التحقيق أنه ليس في شىء مما ذكرناه و ذكروه من أدله التمكين ما يقتضى اعتباره شرطا على وجه تتفرع عليه الفروع التي ذكروها المعلوم توقفها على دليل يدل على شرطيته بقول مطلق، و أقصى ما يستفاد من نصوص (١) الطاعة و حقيقه الزوج

أنه لا نفقه لها مع انتفاء الطاعه الذى يتحقق بنشوزها و تقصيرها فى تأديه حقه.

كما أن الانصاف عدم إجمال فيما دل على وجوب الإنفاق على الزوج من الكتاب (١) و السنه (٢) و معاهد الإجماعات و من الغريب دعوى ذلك مما سمعته من كشف اللثام و فاضل الرياض و المحكى عن سيد المدارك، مع أنهم لا- مفر لهم عن التمسك بها فى فاقده التمكن لعذر شرعى أو عقلى، فالمتجه حينئذ فى مثل الفرض عدم الحكم بالنفقة، للشك فى حصول الطاعه، لا لأن التمكن شرط و لم يتحقق، فإنك قد عرفت أنه لا دليل على شرطته كما هو واضح بأدنى تأمل و انصاف.

و بذلك يظهر لك الفرق بين قولنا و القول بأن النشوز مانع، كما أنه يظهر لك فيما يأتى من الفروع الفرق بينه و بين القول بأن التمكين شرط، فالمختار حينئذ واسطه بين القولين.

و على كل حال منه يظهر لك الحال أيضا فيما فى المتن و غيره من أنه

[من فروع التمكين أن لا تكون صغيره يحرم وطء مثلها]

من فروع التمكين أن لا- تكون صغيره يحرم وطء مثلها سواء كان زوجها صغيرا أو كبيرا و لو أمكن الاستمتاع منها بما دون الوطء لأنه استمتاع نادر لا يرغب إليه فى الغالب فلا نفقه لها حينئذ، من غير فرق بين تصريحها ببذل نفسها و تصريح وليها و عدمه، و لا بين صغر الزوج و كبره، لصدق انتفاء التمكين الكامل المفروض شرطيته أو كونه جزء السبب.

و فى كشف اللثام «و لا يفيد تمكينها مع حرمة أو عدمها بأن كان الزوج صغيرا و لا يحرم عليه، فإنه تمكين غير مقصود شرعا و الفرق بينها و بين الحائض أن الحائض أهل للاستمتاع بالذات، و إنما المانع أمر طارئ بخلافها، فإنها ليست أهلا للتمكين، لصغرها و نقصها، و لا عبره بتسليم الولى، لأنها ليست مالا بخلاف الحائض، فإنها مسلمه لنفسها تسليما معتبرا لكمالها، و الإجماع على استثناء زمن

١-١ تقدمت الايات الداله على ذلك فى ص ٣٠٢.

٢-٢ الوسائل الباب-١- من أبواب النفقات.

الحيض و نحوه، فالتمكين التام فى الشرع هو التمكين فى غير هذه الأحوال، بخلاف حال صغرها، فان استثناءه غير معلوم، و الأصل البراءة من النفقه.

و فى المسالك «أنه لا- يتحقق التمكين من الصغيره سواء مكنت منه أم لا، لتحريم وطئها شرعا، و عدم قبولها لذلك، و بهذا يفرق بينها و بين الحائض، على أن الاستمتاع بالحائض ممكن حتى بالوطء على بعض الوجوه، بخلاف الصغيره، فلا يجب على الزوج الإنفاق عليها و لا على وليه لو كان صغيرا، لفقده الشرط، و المعتبر فى الصغير هنا من لا يصلح للجماع و لا يتأتى منه و لا يلتذ به، و بالكبير من يتأتى منه ذلك، لا ما يتعلق بالتكليف و عدمه، فالمرهق كبير هنا، و محل الكلام فيما إذا عرضت الصغيره نفسها أو وليها، أما بدونها فلا مجال للبحث كالكبيره، إلا إذا جعلنا الموجب العقد وحده».

قلت: هذا أقصى ما ذكره فى المقام، و فيه منع عدم صدق اسم التمكين منها مع فرض بذلك نفسها نحو الكبيره، و حرمة وطئها لا مدخله لها فى صدق اسم التمكين منها المتحقق عند المصنف برفع المانع من جهتها كما تسمعه، و خصوصا فى المراهقه مع كبر الزوج أو كونه مراهقا على ما هو مقتضى إطلاق المتن و غيره الصغير المعلوم إرادته ما قبل البلوغ منه على وجه يندرج فيه المراهق، و ما سمعته من ثانى الشهيدين فى تفسيره مجرد اقتراح لا شاهد له من كلماتهم، و كأن الذى دعاه إلى ذلك أنه لا وجه لعدم كونه تمكينا من المراهقه.

كل ذلك مضافا إلى ما سمعته من عدم دليل على شرطيه التمكين بحيث يتفرع عليها ذلك، و لعله لذا قال ابن إدريس بوجوب النفقه لها إلا- إذا كان الزوج صغيرا، مع قوله بكون التمكين شرطا على ما حكى عنه، و ربما كان وجهه أنه يخص اشتراطه فى ذات التمكين، أى الكبيره المطلوب منها ذلك، بخلاف محل الفرض التى تبقى على إطلاق ما دل على النفقه، و أنها لا تسقط إلا بالنشوز المعلوم عدمه هنا، نعم لو كان الزوج صغيرا لم يكن لها نفقه، لعدم وجوب شىء عليه، و لا عبره بتسلمه و لا تسلم الولى فإن تسليم الزوجه منوط بالشهوه.

و بالجمله لا يخفى على من لاحظ كلماتهم فى المقام شده تشوشها، و كأن السبب فى ذلك عدم تحقيقهم كيفيه اعتبار التمكين فى النفقه، و أنه على وجه يشمل مثل الفرض كى يتم لهم تفريعه أو لا، و قد عرفت أن الانصاف عدم دليل لاعتبار اشتراط التمكين بحيث يترتب عليه عدم النفقه فى مثل الفرض، ضروره أن نصوص (١) حقوق الزوج و نصوص (٢) النشوز و غيرها أجنبيه عنه، كما أن الانصاف الشك فى تناول إطلاقات النفقه له إن لم يدع ظهوره فى غيره، فالتمسك حينئذ بأصل البراءه من النفقه لا بأس به، و على كل حال فلا وجه لتفريعه على ذلك الأصل الذى قد عرفت حاله، و الله تعالى هو العالم، هذا كله فى الصغيره.

و أما لو كانت كبيره و زوجها صغيرا قال الشيخ فى المحكى من خلافه و مبسوطه لا نفقه لها و نحوه عن الجامع و المهذب، للأصل مع انتفاء التمكين بانتفاء التمكين.

و لكن فى المتن فيه إشكال منشؤه تحقق التمكين من طرفها لأن المعتبر فى استحقاق العوض التسليم من صاحب العوض الآخر و إن لم يتسلمه صاحبه الأول مع عموم أدله النفقه و من هنا كان الأشبه عند المصنف وفاقا للمحكى عن ابنى الجنييد و إدريس و جوب الإنفاق و فيه منع تحقق التمكين بدون التمكين، و لو سلم على أن الثابت اشتراطه بذل نفسها و عدم المانع من قبلها فقد يقال: إنه يشك فى شمول الأدله لذلك، ضروره ظهورها باعتبار أنها خطابات و تكاليف فى غير الصغيره، و صرفها إلى الولى مدفوع بالأصل، بل قيل: إنه مستلزم إما حصرها فيه أو استعمالها فى متغايرين، و لذا كان قول الشيخ هو المتجه كما اعترف به كشف اللثام و الرياض و محكى نهايه المرام، كما أن منه يعلم عدم الوجه فى تفريعه على اشتراط التمكين، لما عرفت من خروج هذا الموضوع عن المنساق

١- ١ الوسائل الباب- ٧٩- من أبواب مقدمات النكاح.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨٠ و ٩١- من أبواب مقدمات النكاح و الباب- ٦- من أبواب النفقات.

من الأدله، فيبقى أصل البراءه سالما عن المعارض، نحو ما سمعته فى الصغيره، والله العالم.

ولو كانت مريضه أو قرناء أو رتقاء لم تسقط النفقه بلا خلاف أجده فيه، بل وفى كل ما امتنع الاستمتاع فيه لعذر شرعى أو عقلى، ل للأصل و عموم أدله الإنفاق و إمكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلا و ظهور العذر فيه فإسقاط النفقه حينئذ به من غير المعاشره بالمعروف، و لأنه إن لم تجب النفقه مع دوام عذرها لزم دوام الزوجيه بلا نفقه، و هو ضرر عظيم، و أيام المرض كأيام الحيض فى ظهور العذر و توقع الزوال و رضاه لما تزوج، فإن الإنسان لا ينفك عنه دائما، فاستثناؤها لا ينافى تماميه التمكين، خصوصا مع علمه و إقدامه على التزويج بمن يتعذر الاستمتاع بها بالوطء، فكأنه أسقط حقه من التمكين من الوطء و رضى بما عداه فهو التمكين التام فى حقه، إلى غير ذلك مما ذكره فى المقام.

و فيما لو اتفق الزوج عظيم الإله و هى ضعيفه أو كانت ضئيله و هو غيل يضر وطؤه بها و إن لم يكن عظيم الإله بالنسبه إلى غيره من أنه إذا كان الحال كذلك منع من وطئها و لم تسقط النفقه و كانت كالرتقاء لما عرفت.

لكن لا- يخفى على كل ناظر لكلماتهم هنا وضوح التجشم و التهجس عليها، و أنها لا ترجع إلى دليل شرعى، خصوصا بعد أن ذكروا أن الموجب لها هو التمكين من الوطء و لا عبره بغيره من الاستمتاع، فإنها مقصوده بالتبع، و كل ذلك دخل عليهم من دعوى شرطيه التمكين المقتضيه انتفاء المشروط بانتفائه و لو لعذر عقلى أو شرعى، ضروره عدم مدخليه العذر فى ذلك بعد عدم الدليل عليه بالخصوص، و خصوصا من ادعى منهم إجمال الإطلاقات، أما على ما ذكرناه- من أن الثابت من شرطيه الطاعه فيما وجب عليها من حقوق الزوجيه الذى يكون انتفاؤه بالنشوز و ما عداه يكون داخلا تحت إطلاق الأدله الذى قد عرفت أنه لا إجمال فيه- فالأمر واضح، و الظاهر أنه هو المدرك لهذه الأحكام كلها، و هذا كله ناش من عدم التأمل فى تنقيح الشىء على وجهه و جميع ما يتفرع عليه، بل يحفظ شيئا و يغيب عنه أشياء

و يبقى يتمحل و يتجشم فى الخروج عما ينافى ما سبق إلى بادئ النظر، و الله هو الحافظ و المؤيد و المسدد.

و من ذلك ما ذكره بعضهم فى المريضه من أنها معذوره فى الامتناع من التخليه إذا كان الوطء يضرها فى الحال أو فيما بعد، و لا يؤمن الرجل فى قوله لا أطؤها لكن قال: «فى وجوب النفقه حينئذ لها نظر، لامتناعها من سائر الاستمتاعات الممكنه» - ثم قال:- نعم لا- يظهر خلاف فى استحقاق النفقه أيام المرض إذا تمكن من الاستمتاع بها بغير الوطء لقضاء العاده باستثنائها مع بقاء الائتلاف و الاستمتاع بسائر الوجوه».

قلت: بل العاده قاضيه بذلك و إن تعذر عليه سائر وجوه الاستمتاع، لكونها زوجه غير مقصره فيما وجب عليها من حقوق الزوج بعد فرض معذوريتها شرعا.

نعم لو أنكر الضرر بالوطء رجع إلى أهل الخبره من الرجال و النساء، نحو ما ذكروه فيما لو ادعت قرحه فى فرجها تمنع الوطء و نحوها من أنها تفتقر مع إنكاره إلى شهاده أربع من النساء، و لو فرضت شهاده رجلين بذلك فالظاهر الحكم بها، و إن تعذرت الشهاده أحلفته إن ادعت عليه العلم، و إن ادعت كبر آله و ضعفها عنها أمر النساء بالنظر إليهما وقت إرادته الجماع ليقض عليه و هو جائز للحاجه، و ربما اكتفى بواحد بناء على أنه من باب الإخبار، و لكن ضعفه واضح، فتأمل جيدا فى أصل المسأله، فإنه من مزال الأقدام، و قد مضى و يأتى له أيضا مزيد تحقيق.

و منه أيضا ما ذكروه فيما لو سافرت الزوجه بإذن الزوج فإنه لا خلاف بينهم فى أنه لو فعلت كذلك لم تسقط نفقتها سواء كانت فى واجب أو مندوب أو مباح متعلق به أو بها إلا- ما احتمل فى الأخير من سقوطها، إلا أن الذى استقر عندهم أجمع عدم الالتفات إلى هذا الاحتمال، و أنه لا فرق مع سفرها باذنه بين أن يكون لمصلحته أو مصلحتها، معللين ذلك بأن الإذن منه إسقاط لحقه، فيبقى حينئذ مقتضى حقها بحاله، و فيه أن المتجه- بناء على ما ذكروه من شرطيه التمكين- السقوط أيضا لصدق انتفائه، و الاذن إنما تفيد عدم نشوزها، لا تخلف

أثر الحكم الوضعى الذى لا مدخلية للإذن فيه.

و كذا الكلام فيما ذكره أيضا فيما لو سافرت فى واجب مضيق بغير إذنه كالحج الواجب و نحوه من أنها تستحق النفقه، لكونها معدوره

و «لا طاعه لمخلوق فى معصيه الخالق»^(١)

نعم هو متجه بناء على المختار، ضروره عدم حق للزوج عليها مع الاذن أو تضيق الوجوب كى تكون مقصره فيه، فتبقى مندرجه فى إطلاق أدله الإنفاق.

أما لو سافرت بغير إذنه فى مندوب أو مباح سقطت نفقتها على كل حال بلا خلاف و لا إشكال، لأنه من حقه عليها أن لا يقع ذلك منها إلا بإذنه، بل الظاهر ذلك و إن لم يناف الاستمتاع لغيبه منه أو غيرها، بل هى من الناشزه لا نفقه لها، و قد سمعت التصريح فى النص^(٢) بسقوط نفقتها بالخروج من بيته بغير إذنه و لو لغير سفر فضلا عما كان له كما هو واضح.

بل لا يبعد القول بسقوط نفقتها أيضا فى السفر بغير إذنه فى الواجب الموسع، لتضيق حقه، فلا يعارضه الموسع، و دعوى كون الواجب مستثنى بالأصل و تعيينه منوط باختيارها شرعا و إلا- لم يكن موسعا واضحه المنع، فما عساه يظهر من المتن بل هو المحكى عن بعضهم بل هو خيره ثانى الشهيدين من عدم اعتبار الاذن فيه كالمضيق لا يخلو من منع.

و من ذلك يعلم الحال فيما لو صلت أو صامت أو اعتكفت بإذنه أو فى واجب و إن لم يأذن مضيق أو مطلقا و أنه لم تسقط نفقتها لكن قد صرح هنا غير واحد بأنه لا خلاف فى عدم الفرق فى الصلاه الواجبه بين كون وقتها موسعا أو مضيقا فى جواز فعلها بدون إذنه، و عدم تأثيره فى سقوط النفقه، بخلاف

١- ١ الوسائل الباب- ٥٩- من أبواب وجوب الحج الحديث ٧ و الفقيه ج ٤ ص ٢٧٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب النفقات الحديث ١.

الصوم و نحوه، فان فى الموسع منه البحث السابق.

و كأن وجه الفرق ما قيل من أن الوقت لها بالأصالة بخلاف ما يثبت بالنذر و بأن الأمر بها فى قوله تعالى (١) «أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ» عام فصارت كالصوم المعين، و أن الصلاة قيل بوجوبها فى أول الوقت الذى هو رضوان الله تعالى بخلاف آخره الذى هو عفو الله (٢) و أن زمان الصلاة يسير لا يستوعب اليوم بخلاف الصوم، إلا أن الجميع كما ترى.

نعم يمكن القطع بالسيره المستمره و غيرها أنه لا تحتاج فى المبادره إلى ذلك إلى الاذن، أما مع فرض طلب الاستمتاع منها فى أول الوقت فالظاهر وجوب طاعتها له، لعدم معارضه الموسع للمضييق، اللهم إلا أن يكون إجماعا و لم أتحققه، بل الظن أن مراد مدعيه الصورة التى ذكرناها، و كفى بها فرقا بينها و بين غيرها من الواجب الموسع المحتاج إلى سفر مثلا كالحج و نحوه، فإنه لا يجوز لها المبادره له إلا مع الاذن.

و كذا لك لا تسقط نفقتها لو بادرت إلى شىء من ذلك و نحوه ندبا من دون إذنه، بل و مع نهيه إذا فرض عدم منافاته لما يريد منها من الاستمتاع و لو لأن له فسخه فلو صامت حينئذ ندبا بدون إذنه أو مع نهيه لم تسقط نفقتها، لأنه غير مانع من التمكين، نعم لو طلب الاستمتاع فمنعته سقطت لذلك لا لأجل العباده، خلافا للمحكى عن مبسوط الشيخ من السقوط بذلك و أنها تكون ناشزا إذا طلب منها الإفطار و امتنعت، و يمكن إرادته طلب الاستمتاع بها المقتضى للإفطار فامتنعت، و إلا فلا ريب فى أن مخالفتها بترك الأكل و الشرب من حيث كونهما كذلك لا يعد نشوزا، لأنه لا يجب عليها طاعته فيهما، و الوطاء يمكن بدونهما.

١-١ سورة الإسراء: ١٧- الآيه ٧٨.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب المواقيت الحديث ١٦ من كتاب الصلاة.

و ما يقال:- من أن الصوم عبارته عن توطين النفس على ترك المفطرات التي من جملتها الوطء، و هو مستلزم لعزمها على منع الزوج عن الوطء الذى هو عين النشوز- يدفعه (أولاً) أنه مناف لدعوى الشيخ التي هي تعليق نشوز بالامتناع من الإفطار الذى طلبه منها، و هو يقتضى تحقق النشوز بمجرد نيه الصوم أو بدخول أول النهار و إن لم يطالب. و (ثانياً) ما فى المسالك من أن نيه النشوز ليست نشوزاً، إذ هو الخروج عن الطاعة و منعه من الاستمتاع و الخروج بغير إذنه أو نحو ذلك، لا- نيته حتى لو نوت أن تخرج عن طاعته و لم تفعل لم يكن نشوزاً، و إن كان قد يناقش فيه بأنه لو سلم عدم كونه نشوزاً لكنه للتمكين الذى هو عبارته عن التصريح بالبدل فى أى مكان و أى زمان مع عدم ظهور مناف منها له، و هو الشرط فى وجوب النفقة.

فالأولى فى دفعه أن يقال: إنه لا تلازم بين نيه الصوم و بين بقائها على التمكين بمعنى أنها عازمه عليه ما لم يحصل المنافى له، لا أنه يستلزم العزم على عصيان الزوج لو أراد الاستمتاع منها، لا بما سمعت، و لا بما قيل من أن منع الصوم مستلزم للدور من حيث إن كونه مانعاً يستلزم صحه المستلزم، لكونه عذراً فلا يسقط به النفقة، و لا يكون مانعاً، بل يلزم من إسقاطه لها عدم إسقاطه، ضروره أن مدعى إسقاطه للنفقة لا يتوقف على إثبات كونه مانعاً، لأن النشوز يتحقق بحصول الامتناع من جهه المرأه و إن قدر الزوج على قهرها عليه، و الشيخ بناء على أن مراده ما عرفت قائل بأن الصوم ندبا نشوز من جانب المرأه من حيث امتناعها منه و إغراضها عنه بما ليس بواجب و إن قدر الزوج معه على الاستمتاع المقتضى لفساده.

و مما ذكرنا ظهر لك أن المراد بقول المصنف و لو استمرت مخالفه تحقق النشوز و سقطت النفقة لاستمرارها على الامتناع من تمكينها نفسها، لا أن المراد بقاؤها على إظهار العزم على الصوم و ترك الأكل و الشرب و نحو ذلك، و إلا كان فيه ما عرفت، و الله العالم.

و تثبت النفقة للمطلقة الرجعية كما تثبت للزوجه بلا خلاف، بل الإجماع

بقسميه عليه، مضافا إلى

قول أبي جعفر عليه السلام في خبر زراره (١) «إن المطلقة ثلاثا ليس لها نفقه على زوجها، إنما ذلك للتي لزوجها عليها رجعه»

و صحيح سعد بن أبي خلف (٢) «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شيء من الطلاق، فقال: إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها، و ملكت نفسها، و لا سبيل له عليها، و تعتد حيث شاءت، و لا نفقه لها، قال: قلت: أ ليس الله يقول:

لَا تَخْرُجُونَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجَنَّ (٣) قال: فقال: إنما عنى بذلك التي تطلق تطليقه بعد تطليقه فتلك التي لا تخرج و لا تخرج حتى تطلق الثالثه، فإذا طلقت الثالثه فقد بانت منه، و لا نفقه لها، و المرأه التي يطلقها الرجل تطليقه ثم يدعها حتى يحل أجلها فهذه أيضا تعتد في منزل زوجها، و لها النفقه و السكنى حتى تنقضى عدتها»

و إطلاق

خبر على بن جعفر (٤) عن أخيه موسى عليه السلام المروى عن قرب الاسناد «سألته عن المطلقة أ لها نفقه على زوجها حتى تنقضى عدتها؟ قال: نعم»

المنزل على ذلك.

نعم قد استثنى بعضهم منها آله التنظيف، لعدم انتفاع الزوج بها، مع أن المحكى عن آخر عدمه فعل الله يحدث بعد ذلك أمرا، بل في الحدائق هو المؤيد بالأخبار الكثيره

، كالموثق (٥) عن أحدهما عليهما السلام «في المطلقة تعتد في بيتها و تظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا»

و خبر محمد بن قيس (٦) عن أبي جعفر عليه السلام

١-١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات الحديث ١.

٣-٣ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات الحديث ١١.

٥-٥ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب العدد الحديث ١ من كتاب الطلاق في النسخه الموجوده عندى عن أبي عبد الله عليه

السلام الا أن الموجود في الكافي ج ٦ ص ٩١ و التهذيب ج ٨ ص ١٣١ عن أحدهما عليهما السلام.

٦-٦ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب العدد الحديث ٤ و فيه «تسوق لزوجها» و في الكافي ج ٦ ص ٩١ «تشوفت لزوجها».

«المطلقة تشوق زوجها ما كان له عليها رجعه، و لا يستأذن عليها»

و خبر زواره(١) عن أبي عبد الله عليه السلام «المطلقة تكتحل و تختضب و تلبس ما شاءت من الثياب، فان الله تعالى يقول لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا(٢) لعلها أن تقع في نفسه فيراجعها»

و إن كان فيه أن ذلك كله لا يدل على كون آله الزينه منه، و لعل الأولى الاستدلال عليها بالإطلاق السابق.

و فى القواعد «استثناء وطئها للشبهه فى العده- سواء حملت أولا- و تأخرت عده الزوج عن عدتها و قلنا لا رجوع له فى الحال، فلا- تجب النفقه على إشكال» و لعله من أنها إنما تجب للزوجه و من فى حكمها و هى من فى العده الرجعيه، لكونها بمنزله الزوجه الممكنه لأنه له الرجوع إليها متى شاء و الأمران منتفیان، و من بقاء حكم الزوجيه و إن امتنع الرجوع الاين لمانع، كما تجب النفقه على الزوجه الصائمه و المحرمه مع امتناع الاستمتاع بها، و إطلاق النص، و فى كشف اللثام «هذا إذا كانت الشبهه منها أو من الواطئ أيضا، و إن اختصت بالواطئ فالأظهر عدم النفقه فإنها التى سببت لامتناع الرجوع، فهى كالناشز».

قلت: لو فرض توبتها عن ذلك كانت كغيرها، بل قد يمنع صدق النشوز بذلك، اللهم إلا أن يدعى أولويته منه فى إسقاطه النفقه و الظاهر بناء الحكم فى هذه المسأله على الحكم فى الزوجه إذا وطئت شبهه، فإنه لا فرق بينهما، لكن فى القواعد الإشكال فى نفقتها أيضا، قال: «و المعتده عن (فى خ ل) شبهه إن كانت فى نكاح فلا- نفقه لها على الزوج على إشكال» و لعله من انتفاء التمكين، و من العذر كالمريضه و ربما فرق بينهما بوجود النص (٣) على الإنفاق فى المطلقة بخلاف الباقية فى النكاح، إلا أنه كما ترى، ضروره أولويتها منها بذلك، و الاتفاق على الإنفاق على الباقية

١- ١ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب العدد الحديث ٢.

٢- ٢ سورة الطلاق: ٦٥- الآية ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات.

فى النكاح، و هو إن لم يكن أقوى من النص فلا يقصر عنه، على أن ما دل من الكتاب (١) و السنه (٢) على النفقه للزوجه كاف، و على كل حال فالأقوى وجوب الإنفاق عليها مع عدم اختصاص الشبهه بالواطى، بل و معه أيضا فى وجه قوى.

ثم إنه لا- فرق فى الرجعيه بين الحره و الأمه و الحائل و الحامل فى معاملتها معاملته الزوجه فى ثبوت النفقه و سقوطها بما تسقط به، و تستمر إلى انقضاء العده بوضع الحمل أو غيره، و لو ظهر بها أمارات الحمل بعد الطلاق على وجه تحصل به الطمأنينه عرفا فعليه النفقه حينئذ إلى أن تضع أو يبين الحال، فإن أنفق ثم بان أنه لم يكن حمل فله استرداد المدفوع إليها بعد انقضاء العده فى الأقوى و إن لم تكن مدلسه كما تسمع الكلام فيه إن شاء الله و تسأل حينئذ عن قدر الأقرء، فإن عينت قدرا صدقت باليمين إن كذبها الزوج، و بلا يمين إن صدقها و إن قالت:

لا أعلم متى انقضت العده سئلت عن عاده طهرها و حيضها فان ذكرت عاده مضبوطة عمل عليها، و إن ذكرت أنها مختلفه أخذ بأقل عاداتها، و رجع الزوج فيما زاد، لأنه المتيقن الذى لا- تدعى زياده عليه، و إن قالت نسيت عادتي ففى البناء على أقل ما يمكن انقضاء العده به، لأصالة البراءه من الزائد أو على ثلاثه أشهر بناء على الغالب و جهان منشؤهما تعارض الأصلين المعتضدين بالظاهر و المتيقن.

و إن بان حامل و أتت به لمدته يمكن أن يكون منه فالولد له و النفقه عليه إلى حين الوضع لأنها بحكم الزوجه، و إن أتت به لمدته لا يمكن لحوقه به انتفى عنه بغير لعان، و لا تنقضى عدتها به عنه، بل تكون بالأقرء، فإن نسبته إلى غير الزوج و ادعت أنه وطأها بعد الأقرء استعيد الفاضل، و إن قالت بعد قرءين فلها نفقتهم، و لا شىء لها عن مده الحمل بناء على ما سمعت، و عليها تتمه الاعتداد بالقرء الثالث بعد الوضع، و لها نفقته، و إن قالت عقيب الطلاق فعدتها بعد الوضع ثلاثه أقرء، و لا نفقه لها عن مده الحمل، و الله العالم.

١-١ تقدمت الايات الداله على ذلك فى ص ٣٠٢.

٢-٢ الوسائل الباب-١- من أبواب النفقات.

و تسقط نفقه البائن و سكنها سواء كان عن طلاق أو فسخ تبين به، كما إذا كان بردته عن فطره أو قبل الدخول أو بعيب فيها أو بنحو ذلك، بلا- خلاف أجده في شيء منه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الأصل بعد انقطاع الزوجيه، و إلى تظافر النصوص في المطلقة ك

صحيح ابن سنان أو موثقه (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن المطلقة ثلاثا على السنه هل لها سكنى أو نفقه؟ قال:

«لا»

و خبر أبي بصير (٢) عنه عليه السلام أيضا سأل «عن المطلقة ثلاثا إليها سكنى و نفقه؟

قال: حبلى هي؟ قلت: لا، قال: لا»

و موثق سماعه (٣) قلت: «المطلقة ثلاثا إليها سكنى أو نفقه؟ فقال: حبلى هي؟ قلت: لا، قال: ليس لها سكنى و لا نفقه»

على وجه لا يعارضها

صحيح ابن سنان (٤) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلقة ثلاثا على العده لها سكنى أو نفقه؟ قال: نعم»

المحمول على الاستحباب أو كونها حاملا،

كالمروى عن قرب الاسناد (٥) عن «المطلقة إليها نفقه على زوجها حتى تنقضى عدتها؟ قال: نعم»

المحتمل زياده على ذلك التقييد بالرجعيه.

نعم لو كانت المطلقة بائنا حاملا لزمه الإنفاق عليها حتى تضع، و كذا السكنى بلا خلاف أجده فيه أيضا، بل الإجماع بقسميه عليه، كالنص كتابا (٦) و سنه (٧) بل في القواعد ثبوتها للحامل البائنه بالفسخ على إشكال و إن كان الذى يقوى عدمه، للأصل السالم عن المعارض حتى إطلاق الآية (٨) التى هي فى ذيل أحكام المطلقات، نعم لو قلنا بأن النفقه للحمل أمكن حينئذ وجوبها، بل فى القواعد الجزم به، بل ظاهر كشف اللثام نفى الاشكال عنه و إن كان فيه ما ستعرفه.

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات الحديث ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات الحديث ٨.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات الحديث ١١.

٦-٦ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

٧-٧ الوسائل الباب -٧- من أبواب النفقات.

٨-٨ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

كما أن المتجه أيضا عدمها للفراق باللعان سواء كانت حائلا أو حاملا و كان اللعان لنفى الولد و فى كشف اللثام «و قلنا بكون النفقه للحمل و إلا ففيه الإشكال» قلت: قد عرفت ضعفه، نعم فى القواعد «لو أنفقت على الولد المنفى باللعان أى و لو متصلا إن قلنا بأن النفقه للحمل ثم كذب نفسه فى رجوعها بالنفقة إشكال» و لعله من تسببه لحكم الحاكم عليها بالإنفاق، و كون اللعان شهاده بالايه(١)و قد أوجبت النفقه عليها، و إذا كذب الشاهد نفسه رجع عليه بما غرم، لشهادته و نفى الضرر(٢)و هو خير المحكى عن المبسوط، و من أن نفقه القريب لا تقضى، و ستعرف ما فيه و ما فى قوله فى القواعد أيضا من أن المعتد عن شبهه إن كانت خليه عن نكاح فلا نفقه لها على الواطئ إلا مع الحمل، فتثبت النفقه إن قلنا: إنها للحمل.

و على كل حال ف هل النفقه للحمل أو لأمه؟ قال الشيخ ره فى المحكى عن مبسوطه، و تبعه عليه جماعه، بل فى الحدائق نسبتة إلى الأ-كثر هي للحمل و عن ابن حمزه و جماعه هي للحامل و تظهر الفائده فى مسائل: (منها) فى الحر إذا تزوج بأمه و شرط عليه مولاها رق الولد و قلنا بصحته، فإنه لا نفقه عليه إذا أبانها حاملا لأن نفقه الرقيق على مولاها، بخلاف ما إذا قلنا النفقه للحامل فان المتجه حينئذ وجوبها عليه.

و (منها) فى العبد إذا تزوج أمه أو حره و شرط مولاها الانفراد برق الولد من الحره أو الأمه فأبانها حاملا إذ الولد حينئذ ملك للمولى، فالنفقه عليه، بل إن لم يشترط الرقيه فى ولد الحره لم تجب النفقه على الزوج أيضا، لأنه رقيق و لا نفقه عليه للقريب و لا على مولاها، و هو ظاهر كظهور اشتراك المؤمنين فى النفقه مع عدم اشتراط الانفراد بالولد من الأمه (و بالجمله) لا نفقه على الزوج الرقيق للحمل حرا كان أم رقا مشتركا أو مختصا، فذكر المصنف و غيره شرط الانفراد لعله لدفع ما قد يتوهم من أنه مع اشتراطه تكون نفقته عليه من كسبه كنفقه

١- ١ سورة النور: ٢٤- الآيه ٦ الى ٩.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من كتاب احياء الموات.

زوجته، أما على القول بكون النفقة للحامل فالمتجه حينئذ وجوبها على مولى العبد أو فى كسبه على البحث السابق فى نفقه زوجته.

و (منها) فيما إذا لم ينفق عليها حتى مضت مدته أو مجموع العده فلا قضاء عليه على الأول، لأن نفقه الأقارب لا تقضى بخلافه على الثانى، فإن نفقه الزوجه تقتضى، لا يقال: إن القضاء للزوجه من حيث كونها كذلك و الفرض انتفاؤها، لأننا نقول: إن المراد وجوبها لها على وجوبها للزوجه، و لعله لكون النفقه حقا ماليا، و الأصل فيه القضاء.

و (منها) فيما لو كانت ناشزا وقت الطلاق أو نشزت بعده، فإن المتجه السقوط على الثانى، لما عرفت من كون نفقه المطلقه كالزوجه تثبت حيث تثبت، و تسقط حيث تسقط، بخلافه على الأول الذى لا مدخله للنشوز و عدمه (فيه ظ).

و (منها) فيما لو ارتدت بعد الطلاق، فلا تسقط على الأول دون الثانى.

و (منها) صحه ضمان النفقه الماضيه على الثانى دون الأول.

و (منها) سقوطها بموت الزوج على الأول دون الثانى، فإن فيه قولين يأتیان.

و (منها) سقوطها بالإبراء بعد طلوع الفجر من نفقه اليوم على الثانى دون الأول.

و (منها) استرداد نفقه اليوم لو سلمها إليها إذا خرج الولد ميتا فى أوله على الأول دون الثانى مع احتماله أيضا.

و (منها) وجوب الفطره على الثانى، لأنها من عياله دون الأول، و ربما احتتم الوجوب على القولين، لكونها منفقا عليها حقيقه عليهما، إلى غير ذلك من الفوائد التى لا تخفى، و ستسمع بعضها.

إنما الكلام فى ترجيح أحد القولين اللذين قد استدلل لأولهما بدوران النفقه معه وجودا و عدما، و لانتفاء الزوجيه التى هى أحد أسباب الإنفاق كالملك، فليس إلا القرابه، و بوجوبها له منفصلا فكذا متصلا، و بنص الأصحاب على أنه ينفق عليها من مال الحمل، و لثانيهما بأنه لو كانت للحمل لوجب نفقته دون نفقتها، و لما كانت

نفقته مقدره بحال الزوج، لأن نفقه الأقارب غير مقدره بخلاف نفقه الزوجه، و بأنه لو كانت للحمل لوجب على الجد كما لو كان منفصلا، و لسقطت بيساره يارث أو وصيه قد قبلها وليه، لكن عن الشيخ الالتزام بالأخيرين، و الجميع كما ترى.

و من هنا قال فى الرياض: «إن استند الجانبان إلى اعتبارات واهيه ربما أشكل التمسك بها فى إثبات الأحكام الشرعيه، لكن بعضها المتعلق بأنها للحمل قوى معتضد بالشهره المحكيه، فالمصير إليه لا يخلو عن قوه» قلت:

بل القوه فى القول الآخر، ضروره ظهور الآيه (١) فى الأعم من الرجعيات و البائنات، و لا- كلام فى أن نفقه الأولى نفقه زوجة، كما لا إشكال فى ظهورها فى اتحاد النفقه فيهما، بل لعل هذا المعنى هو المستفاد من النصوص (٢) خصوصا المعبره بقول: «لها النفقه» الظاهر فى ملكيتها لها، فضلا عن إصافتها إليها، بل لعل التأمل الصادق يشهد بفساد كثير مما ذكره من التفریع على القولين، ضروره ابتناؤه على كونه نفقه للحمل حقيقه حتى أنه أوجه فى كل حمل حتى للحامل من وطء الشبهه، بل قد سمعت ما ذكره من يسار الحمل و إعساره و غير ذلك مما هو واضح الفساد.

نعم قد يقال فى تصور هذا النزاع بعد الاتفاق منهم جميعا على كون النفقه على الحامل أكلا و كسوه و سكنى و نحو ذلك مما كان يجب للزوج: إنه لما انعقد الإجماع و تظافت النصوص (٣) فى الإنفاق على الحامل المطلقه المعلوم كون ذلك لأجل الحمل - ضروره انقطاع حكم الزوجيه التى هى سبب الإنفاق - حصل الشك فى أن حكم هذه النفقه حكم نفقه الزوجه، على معنى أن وجود الحمل يجعلها بحكمها كالرجعيه فى غيرها، فيجرى حينئذ على نفقتها حكم نفقه الزوجه، أو أنه بسبب انقطاع الزوجيه بينهما و كون الحمل عله فى الإنفاق يجعلها بحكم نفقه

١- ١ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨- من أبواب النفقات.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٧- من أبواب النفقات.

القريب، فيجرى عليها حينئذ حكمها، لا- أن المراد كونها نفقه للحمل حقيقه، و إن توهمه بعضهم، حتى أنه وجه ذلك باعتبار صيرورتها سببا لتعيش الحمل، فاطعامها و كسوتها و سكنها مقدمه له، فإن الإنفاق عليه إنما يكون بالإنفاق على أمه و هو كما ترى من المضحكات، و إنما المراد ما عرفت من الإنفاق عليها لا عليه و لكن الشك في ذلك باعتبار ما سمعت، و لا ريب في أن الأقوى كونها بحكم نفقه الزوجه، لكن لا على حد السقوط بالنشوز و الارتداد و نحوهما مما علم كون السبب في إسقاطها فوات التمكين و انقطاع الزوجيه المعلوم عدمهما في المقام، بل على حدها في الكيفيه و القضاء و خطاب الزوج بها و نحو ذلك، كما أن المراد بكونها نفقه للحمل الإنفاق عليها لأجل الحمل، لا أن المراد نفقته على وجه يلاحظ يساره و إعساره اللذين يمكن منعهما حال كونه حملا كما ستسمعه إنشاء الله تعالى في المتوفى عنها زوجها.

و من هنا يظهر لك النظر في كثير من الفروع السابقه، بل و في كثير من الكلمات التي لا مدرك لها، خصوصا ما في القواعد، و خصوصا ما في تعديده الحكم إلى الحمل في الفسخ و في وطء الشبهه بناء على أن النفقه له و غير ذلك مما لا يخفى فساده ضروره أن الحمل ممن لا- نفقه له أصلا، و لذا لم يجب في المتوفى عنها زوجها في الأشهر و في غير ذلك، فلا ريب في أن النفقه للأُم هنا، و لذا خص المصنف الحكم في المطلقه بعد ذكره المفسوخه، لكن هل ثبوتها على حد نفقه القرابه باعتبار كونها السبب فيها أو نفقه الزوجيه باعتبار كونها امرأته و في عدته و مشغوله بما تحمل منه؟

وجهان، و لا يخلو الثاني منهما من قوه كما عرفت، و إن آبيت لكان المتجه ملاحظتها نفقه مستقلة يثبت لها حكم كل منهما إذا كان موافقا للقواعد العامه، ضروره كون المتجه مراعاة الأصول و القواعد في هذه النفقه بعد فرض عدم ظهور دليل يقتضى مساواتها لنفقه الزوجه أو القرابه، كما هو واضح.

و أوضح منه أنه يلزم بناء على أن النفقه للحمل نفسه حقيقه كما هو مقتضى بعض الكلمات و جوب نفقتين للمطلقه الرجعيه الحامل، بل الزوجه الحامل كذلك

أيضا، إذ لا فرق في نفقه القريب بين المطلقة و غيرها، و لا أظن التزامهم به، هذا كله في المطلقة.

و أما الحكم في الحامل المتوفى عنها زوجها و هى حامل ففيه روايتان أشهر هما روايه و عملا أنه لا نفقه لها بل في الرياض أنه حكى الشهره المطلقة عليه جماعه، قال الصادق عليه السلام في

صحيح الحلبى أو حسنه (١) «في الحبلى المتوفى عنها زوجها أنه لا نفقه لها»

و فى حسن الكنانى (٢) «فى المرأه الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقه؟ قال: لا»

و فى

خبر زراره (٣) فى «المرأه المتوفى عنها زوجها هل لها نفقه؟ قال: لا»

و أحدهما عليهما السلام فى صحيح ابن مسلم (٤) بعد أن سئل عن المتوفى عنها زوجها، قال: «لا، ينفق عليها من مالها».

و الروايه الأخرى ينفق عليها من نصيب ولدها و هى

قول الصادق عليه السلام فى خبر الكنانى (٥): «الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها»

و ربما وصفت بالصحه، و لكن فيه أن فى سندها محمد بن الفضيل، و هو مشترك بين الثقه و الضعيف، نعم فى

صحيح ابن مسلم (٦) عن أحدهما عليهما السلام «المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله»

و فى

خبر السكونى (٧) عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام «نفقه الحامل المتوفى عنها زوجها من جميع المال حتى تضع».

إلا- أن الأول لا- ذكر فيه للولد، بل و لا- للحمل، و تقديره مرجعا للضمير بلا قرينه مخالف للضوابط، خصوصا مع ظهوره فى

الزوج، فيوافق الخبر الثانى فى كونه من الشواذ التى لم يعمل بها أحد من الأصحاب، إذ المحكى عنهم الخلاف من الإسكافى و

الصدوق و أبى الصلاح و ابنى البراج و حمزه قالوا بأن النفقه من نصيب

١-١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب النفقات الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب النفقات الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل الباب- ٩- من أبواب النفقات الحديث ٣.

٤-٤ الوسائل الباب- ٩- من أبواب النفقات الحديث ٤.

- ٥-٥ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب النفقات الحديث ١.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ٩- من أبواب النفقات الحديث ٤.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب النفقات الحديث ٢.

الولد، على أن المحكى فى الكافى أنه أورد الصحيح الأول فى باب الرجل يطلق امرأته ثم يموت قبل أن تنقضى عدتها، و هو ظاهر فى حملة الخبر على المطلقة قبل الوفاة و إن لم تكن حاملا و هو غير ما نحن فيه، و ربما حمل على استحباب ذلك للورثة، كما أنه حمل خبر السكونى عليه، أو على نصيب الولد فان له من جميع المال نصيبا، أو لأن نصيبه بعد لم يتميز لعدم العلم بكونه ذكرا أو أنثى، أو على التقية أو غير ذلك.

بل لو لا- الإجماع لأمكن أن يقال فى وجه العمل بالنصوص الثلاثة: إن الحامل المتوفى عنها زوجها لا تسقط نفقتها من جهة شغلها بالحمل، إلا أنها من مال الحمل مع انفصاله، لأولويته من غيره من الورثة بذلك، و إلا فمن الجميع، ضروره رجوع المال المعزول إليهم أجمع، فيصدق حينئذ أن نفقتها من جميع المال و من مال الزوج، فليس حينئذ إلا الخبر الأول الذى قد عرفت سنده مع عدم الجابر له.

بل قد يقال: إن الحمل لا يكون له مال حتى يولد حيا كما أوضحناه فى محله، بل عن تمهيد المفيد أنه أنكر ذلك أشد الإنكار، و قال: إن الجنين و هو جنين لا- يعرف له موت و لا- حياه، فلا ميراث له و لا مال، فكيف ينفق على الحبلى من مال من لا مال له لو لا- السهو فى الروايه و الإدخال فيها؟ و إن كان قد يقال: إن المراد من المال المعزول للولد، فان خرج حيا حسب عليه و إلا استرد منها فى وجه أو يكون تالفا على الجميع فى آخر كما سمعته فيما تقدم، فمن الغريب بعد ذلك دعوى الجمع بين النصوص بحمل الأولى على إرادته لا نفقه لها من مال الميت و إن كان لها نفقه من مال الولد، إذ هو مع أنه فرع التكافؤ المفقود هنا قطعا من وجوه مناف لما فى صحيح ابن مسلم (١) منها المصرح فيه بكون الإنفاق عليها من مالها، و إن كان هو ليس فى خصوص الحامل لكنه مطلق، اللهم إلا أن يحمل على غير الحامل.

و أغرب منه ما عن المختلف من كون التحقيق بناء المسألة على أن النفقه

للحمل أو للحامل، فعلى الأول يتجه الثانى و إلا فالأول، و وجه يكون مراده بذلك الجمع بين النصوص بحمل الأولى على عدم النفقه لها من غير الولد، إذ هو مع أن فيه أيضا ما عرفت لا وجه له، ضروره كون النزاع هناك فى المطلقه باعتبار خطاب الزوج بالنفقه لها إلا أنه لم يعلم كونها نفقه زوج أو قريب، و هنا لا إشكال فى سقوط النفقه عن المتوفى، فليس حينئذ إلا العمل بالخبر المزبور أو طرحه، و قد عرفت أن القواعد تقتضى بالثانى لمرجوحيته بالنسبه إلى غيره من وجوه. و لعل حمله على إرادته أنه لو قلنا فى تلك المسأله إن النفقه للحامل اتجه السقوط باعتبار موت المنفق، و إن قلنا إنها للحمل لم تسقط باعتبار أن الحمل له مال فينفق حينئذ منه أولى من ذلك، و إن كان فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه فى المسأله السابقه.

و أما ما عن بعض المحدثين - من الجمع بين النصوص بحمل الثانى منها على ما إذا كانت الأم محتاجه لأنه حينئذ تجب نفقتها عليه و الأول على ما إذا لم تكن محتاجه - فهو مع أنه فاسد فى نفسه مخالف للإجماع لا شاهد عليه فلا محيص حينئذ عن القول بالأول، و الله العالم.

و كيف كان ف تثبت النفقه للزوجه مسلمه كانت أو ذميه بلا خلاف و لا إشكال، لإطلاق الأدله، بل أو أمه إذا مكنه السيد منها ليلا و نهارا، نعم لو لم يمكنه منها إلا ليلا بناء على أن له ذلك كما سمعته سابقا فالذى ذكره غير واحد من الأصحاب أنه لا نفقه حينئذ لها، لعدم التمكين التام، لأنها لكونها أمه ليست أهلا للاستقلال فى التمكين، لمالك المولى منافعها إلا ما ملكه الزوج منها و هو الاستمتاع، فلا عبره إلا بتمكين المولى، بخلاف ما إذا منع الأب أو غيره الحره البالغه من زوجها، فإنه لا عبره به، و لا تسقط نفقتها إذا كانت ممكنه، لأنها مالكة لنفسها، فهى مستقله بالتمكين، و يؤكد ذلك أنه لا نفقه للأمه إلا من مال المولى، فإذا أراد إسقاطها عن نفسه لزمه التسليم الكامل، فإذا لم يفعل لزمه النفقه، بخلاف الحره، فربما تنفق على نفسها من مالها، و جواز منع المولى للأمه نهارا

بناء على بقاء حق الخدمه له لا يستلزم أن يكون التمكين التام بالنسبه إليها هو التمكين ليلا يلزم به النفقه، فإن الإجماع منعقد على أنه لا نفقه لها بانتفاء التمكين التام مع تفسيره بالتمكين كل حين في كل مكان.

وقد يقال إنما انعقد الإجماع على سقوط النفقه بالنشوز، و لا نشوز هنا، لوجوب طاعه المولى، كما لا نشوز بالامتناع للحيض و نحوه، و يدفعه أن الأصل البراءه إلا فيما أجمع فيه على الوجوب، و لا إجماع هنا، بخلاف الحائض و نحوها.

قلت: قد عرفت فيما تقدم أنه لا دليل على شرطيه التمكين على وجه يقتضى أن انتفائه مطلقا يترتب عليه انتفاء الإنفاق، و لذا أوجبوه للمريضه و المسافره فى المضيق و الصائمه و الحائض و غيرهن من ذوات الأعذار، و المسلم من الإجماع ما ذكره أخيرا من أن انتفاءه على وجه النشوز يقتضى انتفاء الإنفاق، فالمتجه حينئذ الإنفاق هنا، ضروره كونها حينئذ كباقي ذوات العذر فى عدم التمكين، بل ربما كانت أولى منهن باعتبار إقدامه فى تزويجه بها على ذلك، و ما ذكره من أن الأصل البراءه فيه ما لا يخفى من وضوح عدم كون المدرك الإجماع على خصوصيات ذوات الأعذار، و إنما هو ما عرفت مع إطلاق أدله الإنفاق، و هو بعينه جار فى المقام، و دعوى إجمال الإطلاقات فلا- تعارض أصل البراءه واضحه الفساد، بل لا يليق وقوعها ممن له أدنى نصيب فى الفقه.

و كأن الذى أوقعهم فى الشبهه فى هذا المقام و غيره من المقامات معلوميه مدخليه التمكين فى الجمله فى الإنفاق، فظنوا أنه صار بذلك شرطا على وجه يقتضى انتفاء مشروطه بانتفائه كيف ما كان على ما هو القاعده فى الشروط، و غفلوا عن أن ذلك يتوقف على ملاحظه دليل الشرطيه، فإن كان هو بحث يقتضى ذلك جرى عليه أحكامها و إلفا، و ليس فى المقام دليل شرطيه على الوجه المزبور و إلا لما صح لهم فى إيجاب النفقه فى ذوات الأعذار شرعا أو عقلا و دعوى أن ذلك للإجماع و غيره من الأدله الخاصه معلومه البطلان لمن له أدنى فهم و دريه و ملاحظه لكلمات الأصحاب، خصوصا ما وقع لهم من الاستدلال على الإنفاق على ذوات الأعذار

بالعذر، فليس حينئذ إلا ما ذكرناه، و به ينكشف الغبار عن كثير من المقامات، و ربما يأتي لذلك تتمه إنشاء الله.

هذا و لا- يخفى أن الحكم فى النفقة التى لم تتوقف على التمليك- كالإسكان و الكسوة على القول بأنها إمتاع- واضح، لأن الأُمه أهل للانتفاع المجرد عن الملك و إن توقف على الملك كالمثونه التى تملكها فى صبيحه كل يوم ففيما حضرنى من نسخه المسالك لكنها غير نقيه من السقط و الغلط «أنه يشكل الحكم بها للأُمه، إلا أن نقول يملكها بالمولى، و يتلقى الانتفاع بها غيره عنه، و يتوقف تصرفها فيها على إذنه، إذ له إبدالها و إطعامها من غيرها، و يمكن أن يجعل تزويجها بنفسه مفيدا للاذن لها فى تناول المثونه و إن لم تكن مالكة، عملا بشاهد الحال و العرف، و هذا حسن- ثم قال:- و على القولين فللأُمه أن تطالب بها الزوج، كما لها أن تطالب السيد، و إذا أخذت فللسيد الابدال، لحق الملك، و الحاصل أن له فى النفقة حق الملك، و لها حق التوثق، و يتفرع عليه أنه ليس للمولى الإبراء من نفقتها، و لا بيع المأخوذ إلا أن يسلمها بدله».

و فيه (أولا) إمكان منع التوقف على الملكيه فيه أيضا، فيكون حينئذ استحقاقها فى الجميع الإنفاق، و (ثانيا) منع عدم جواز الإبراء للسيد بعد فرض كونه المالك، أقصى ذلك أنه يتعين عليه الإنفاق عليها كما إذا لم تكن ذات زوج، و دعوى تعلق حق لها بها على نحو تعلق حق الدين بتركة الميت يدفعها أنه لا- دليل عليها بعد أن صرفت أدله الإنفاق المراد منها الملكيه إلى السيد، ضروره كونها حينئذ كالمهر الذى تستحقه الزوجه بعقد النكاح أشد من استحقاق النفقه، نعم مقتضى ذلك اختصاص تعلق حق هذه النفقه بالسيد، و هو مخير بين دفعها إليها و بين غيرها من أمواله، فإن عصى جبره الحاكم.

و من ذلك يظهر لك ما فى قوله فيها أيضا: «و لو اختلفت الأُمه و زوجها فى تسليم نفقه اليوم فالقول قولها مع يمينها، و لا أثر لتصديق السيد الزوج، مراعاة

لحقها، و فيها لو اختلفا فى النفقه الماضيه اتجه ثبوت المدعى بتصدق السيد، و كذا الخصومه فيها، لأنها حينئذ كالصداق، و حقها إنما يتعلق بالحاضر» و نحوه ما فى القواعد، قال: «و لو اختلفا فى النفقه الماضيه فالغريم السيد، فان صدق الزوج سقطت، و إلا حلف و طالب، أما الحاضره فالحق فيها لها، لأنها حق يتعلق بالنكاح، فيرجع إليها كالإيلاء و العنه» و إن كان ربما أشكل بعدم جواز الحلف على نفى فعل الغير، لكن قد يدفعه معلوميه إرادته ما لو كان الاختلاف فى الدفع بعد مضى جملة من الأيام، فإن الغريم حينئذ السيد، و لا يجدى تصديق الأمه و لا حلفها و لا نكولها، لعدم تعلق حق لها به، إذ هو دين محض للسيد، و لا إذن للأمه فى قبضه، نعم لو كان الاختلاف بينهما فى الدفع فيما مضى يوما فيوما فالخصم حينئذ ليس إلا الأمه، فإذا صدقته سقطت، ضروره كونها مأذونه فى قبضها و إن كان المالك السيد، و إن أنكرت و لا بينه لها حلفت، و تمحض الحق للسيد، مع إمكان أن يقال: إنه كذلك أيضا، و يكون الحلف منه على عدم وصول حقه إليه و لو فى يد المأذون أو الوكيل، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[أما قدر النفقه]

و أما الكلام فى قدر النفقه فضابطه القيام بما تحتاج المرأة إليه من طعام و إدام و كسوه و إسكان و إخدام و آله الادهان تبعا لعاده أمثالها من أهل البلد للأصل و إطلاق الأوامر بالإنفاق كتابا (١) و سنه (٢) الذى يرجع فى مثله إليها بعد أن لم يكن ثم تقدير شرعى، على أنه صرح فى

النصوص (٣) بأن «حق المرأة على الرجل أن يشبع بطنها و يكسو جنبها»

نعم فى

صحيح شهاب بن عبد ربه (٤) قلت لأبى عبد الله عليه السلام؟ «ما حق المرأة على زوجها؟ قال: يسد جوعتها، و يستر عورتها، و لا يقبح لها وجهها، فإذا فعل ذلك فقد أدى و الله إليها حقها، قلت: فالدهن، قال: غبا يوم و يوم لا، قلت: فاللحم، قال: فى كل ثلاثه أيام مره، فيكون فى

١- ١ تقدمت الايات الداله على ذلك فى ص ٣٠٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب النفقات الحديث ١.

الشهر عشره مرات لا- أكثر من ذلك، و الصبغ فى كل سته أشهر، و يكسوها فى كل سنه أربعه أثواب: ثوبين للشتاء و ثوبين للصيف، و لا ينبغى أن يفقر بيته من ثلاثه أشياء: دهن الرأس و الخل و الزيت، و يقوتهن بالمد، فإنى أقوت به نفسى و عيالى، و ليقدر لكل إنسان منهم قوته، فان شاء أكله و إن شاء و هبه و إن شاء تصدق به، و لا تكون فاكهه عامه إلا أطعم منها عياله، و لا يدع أن يكون للعبد عندهم فضل فى الطعام أن ينيلهم من ذلك شيئاً لا ينيلهم فى سائر الأيام».

لكن الظاهر حمل ذلك فيه على ضرب من الندب أو على العاده فى البعض أو غير ذلك، و إلا فالواجب ما عرفت، و قد تعرض بعض الأصحاب إلى بيان المعتاد من ذلك، فأوجبوا فيها أموراً ثمانية: الأول الإطعام، و إنما يجب منه سد الخله أى حاجتها بحسب حالها، بل فى كشف اللثام «لعله يدخل فى ذلك اختلافها شرافه و رضاعه».

و فى تقديره أى الإطعام خلاف فمنهم من قدره بمد للرفيعه و الوضيعه من الموسر و المعسر، و هو الشيخ فى المحكى من خلافه محتجا بإجماع الفرقه و أخبارهم التى لم نعثر منها إلا على صحيح شهاب المتقدم الذى قد عرفت حمله على الفضل، و ما ورد(١) من تقديره فى الكفاره التى لا يقاس ما نحن فيه عليها، و منهم هو أيضاً فى المحكى من مبسوطه، فقدرة بذلك للمعسر و بمدين للموسر و مد و نصف للمتوسط، كما عن الشافعى، و لم نعثر له على دليل معتد به و منهم من لم يقدره بشىء من ذلك و اقتصر على سد الخله، و هو مع أنه أشهر بيننا، بل المشهور شهره عظيمه أشبه بأصول المذهب و قواعده.

و أما جنسه فقد قيل: إن المعتبر فيه غالب قوه البلد، كالبر فى العراق و خراسان، و الأرز فى طبرستان، و التمر فى الحجاز، و الذره فى اليمن، لأن شأن كل مطلق حمله على المعتاد، و لأنه من المعاشره بالمعروف، و إن اختلف الغالب باختلاف الناس اعتبر حالها، و فى محكى المبسوط «و يعتبر بغالب قوت أهل البلد، و ينظر إلى غالب قوته»

فأوجب عليه كالإطعام فى الكفارات، و يحتمل أن يكون أراد به ما ذكره بعضهم من أنه إن لم يكن القوت الغالب أى لم يقدر عليه الزوج إما لعدمه أو عدم الوصول إليه فما يليق بالزوج، لأنه لا تكلف نفساً إلا وسعها، و لقوله تعالى (١) «وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» و فى المسالك «أنها ترجع فيما تحتاج إليه من طعام و جنسه من البر و الشعير و التمر و الزبيب و الذره و غيرها و الإدام و السمن و الزيت و الشيرج و اللحم و اللبن، و الكسوه من القميص و السراويل و المقنعه و الجبه و غيرها، و جنسها من الحرير و القطن و الكتان، و الإسكان فى دار أو بيت لائقين، و الإخدام إذا كانت من أهله من ذوى الحشمه و المناصب المرتفعه، و آله الادهان التى تدهن به شعرها أو رجله من زيت أو شيرج مطلق أو مطيب بالورد أو البنفسج أو غيرهما مما يعتاد لأمثالها و المشط، و ما يغسل به الرأس من السدر و الطين و الصابون على حسب عاده البلد و نحو ذلك مما يحتاج إليه فى عاده أمثالها من أهل بلدها، و إن اختلفت العاده ترجع إلى الأغلب، و مع التساوى فما يليق منه بحاله».

قلت: لعل ما فى المسالك من الرجوع إلى عاده الأمثال من أهل البلد أولى من جعل المدار على القوت الغالب فى الفطر أو البلد، ضروره انسياق الأول من إضافه «رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ» (٢)

و «ستر عورتها و سد جوعتها» (٣)

و كذا ما ذكره من الرجوع إلى الأغلب مع الاختلاف، فإنه الأقرب إلى الإضافه المزبوره و إلى حمل الإطلاق، نعم ما ذكره من الرجوع إلى ما يليق بحال الزوج مع التساوى لا- يخلو من نظر، فان المتجه فى الفرض التخيير بين افراد ما يليق بها، إذ هو الفرد القريب إلى الإضافه المزبوره و إلى المعاشره بالمعروف، كما أن ما ذكره غيره من أنه إن لم يقدر الزوج على القوت الغالب إما لعدمه أو عدم الوصول إليه فما يليق بالزوج كذلك أيضاً، لاحتمال

١- ١ سورة الطلاق: ٦٥ الآية ٧.

٢- ٢ سورة البقره: ٢ الآية ٢٣٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب النفقات الحديث ١ و فيه «يسد جوعتها و يستر عورتها».

احتساب ذلك عليه ديناً خصوصاً في الأخير، و لو أخذ بإطلاق الآية (١) لكان المتجه اعتبار حال الزوج بالنظر إلى إعساره و إيساره و إن كان القوت الغالب موجوداً، و لعل الخصم لا يلتزم به.

اللهم إلا- أن يقال: إن المراد عدم الشىء في نفسه أو حصول المانع إليه من خوف عام أو نحو ذلك مما هو من عوارض النفقات في العرف و العاده أيضاً لا من عوارض المنفق، فإنه حينئذ قد يقال: العشره بالمعروف هو المقدور، بل يكون هو قوت الأمثال في هذا الحال، فتأمل جيداً.

قال في كنز العرفان: «قال المعاصر في هذه الآية (٢) دلالة على أن المعبر في النفقه حال الزوج لا الزوجه، و لذلك أكده بقوله تعالى (٣) لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا» إذ لو كان المعبر حال الزوجه لا حال الزوج لأدى ذلك في بعض الأوقات إلى تكليف ما لا يطاق، بأن تكون ذات شرف و الزوج معسر، و عندي فيه نظر أما (أولاً) فلفتوى الأصحاب أنه يجب القيام بما تحتاج إليه المرأه من طعام و إدام و كسوه و إسكان تبعاً لعاده أمثالها. و (ثانياً) فلأن قوله تعالى «لا يُكَلِّفُ اللَّهُ» إلى آخره قابل للتقييد، أى في حال التي قدر فيها الرزق، و حينئذ جاز أن يكون الواجب عليه ما هو عاده أمثالها، فيؤدى ما قدر عليه الان، و يبقى الباقي دين عليه، فلذلك اتبع الكلام بقوله تعالى (٤) سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا».

قلت: هو صريح فيما قلناه، بل ظاهره الإجماع على ذلك، على أنه يمكن تنزيل الآية على نفقه غير الزوجه التي يسقط بالإعسار ها هنا ما يعسر عليه حتى بالكسب بناء على وجوبه لنفقه القريب، و الله العالم.

و على كل حال فالثاني الإدام، و البحث فيه جنساً و قدراً كالإطعام، لاتحاد المدرك في الجميع، لكن عن المبسوط أن عليه في الأسبوع اللحم مره، لأنه هو العرف، و يكون يوم الجمعة لأنه عرف عام، و عن أبي علي أن على المتوسط أن يطعمها اللحم في كل ثلاثه أيام مره، و الأولى منه الرجوع فيه إلى العرف في أمثال الامرأه و يمكن إرادته الجميع

١-١ سورة الطلاق: ٦٥ الآية ٧.

٢-٢ سورة الطلاق: ٦٥ الآية ٧.

٣-٣ سورة الطلاق: ٦٥ الآية ٧.

٤-٤ سورة الطلاق: ٦٥ الآية ٧.

ذلك، فلا يكون خلافا، كما أنك قد عرفت المراد في صحيح الشهاب (١) السابق: بل هو المرجع في جنسه أيضا، وكونه من الضأن وغيره وفي قدره وإن حكى عن بعضهم أنه رطل، وعن آخر الزيادة عليه بيسير، وحينئذ لو كان عادة أمثالها دوام أكل اللحم وجب، لأنه هو المعاشره بالمعروف في رزقهن، بل في كشف اللثام «و كذا لو اعتادته هي مع الضرر بتركه وإن لم يكن الضرر إلا- بمخالفه العاده» وإن كان لا- يخلو من نظر، كما أنه لا- يخلو وجوب التباك و الترياق و القهوه لها إذا كان عادة لأمثالها أولها خاصه و لو مع الضرر بتركه، من نظر أيضا نعم لو تبرمت بجنس من الإدام كان عليه الابدال مع فرض تعدده، لأنه هو حينئذ المعاشره بالمعروف، بل لو كان عادة أمثالها أكل الشىء العزيز من القند و المربيات و نحو ذلك وجب، بل لو كان عاداتها هي على وجه تتضرر بتركه أمكن وجوبه و إن كان ذلك كله لا يخلو من بحث أيضا.

و كيف كان فلها أن تأخذ الإدام و الطعام و إن لم تأكل، لما تعرف إنشاء الله من أنها تملكهما بالأخذ فلها التصرف بهما كيف شاءت، و قد سمعت ما في صحيح شهاب (٢) السابق.

الثالث الكسوه، و المرجع فيها و في جنسها و في قدرها إلى العاده أيضا و إن ذكر بعض أصحابنا أنه يجب منها أربع قطع: قميص و سراويل و مقنعه و نعل أو شمشك، و يزيد في الشتاء الجبه، بل ستسمع نحو ذلك من المصنف، لكن مراد الجميع ملاحظه العاده في ذلك و في الجنس أيضا، فلو كان عادة الأمثال القطن أو الكتان وجب، و كذا الخز و الإبريسم و نحوهما دائما أو في وقت، بل لو كانت من ذوى التجمل وجب لها زياده على ثياب البدن الثياب له على حسب أمثالها، فالضابط حينئذ ما عرفت، و عليه يحمل ما في صحيح شهاب (٣) السابق، كما أن ما عن كتب العامه من تعديد أشياء بخصوصها محمول عليه أيضا، و لعل عدم التعرض لضبط ذلك أولى، ضروره شده الاختلاف في الكم و الكيف و الجنس بالنسبه إلى ذلك

-
- ١-١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب النفقات الحديث ١.
 - ٢-٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب النفقات الحديث ١.
 - ٣-٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب النفقات الحديث ١.

و خصوصا فى البلدان.

الرابع الفراش الداخلى فى عموم الإنفاق و المعاشره بالمعروف، بل فى كشف اللثام «يدخل بعضه فى الكسوه» كما أن فى القواعد «يجب لها حصير فى السيف و الشتاء، فان كانت متجمله بالزينه و البساط و جب لها ذلك ليلا و نهارا، و يجب لها ملحفه و لحاف فى الشتاء، و مضربه و مخده، و يرجع فى جنس ذلك إلى عاده أمثالها فى البلد» و فى محكى المبسوط «فأما الفراش و الوساده و اللحاف و ما ينام فيه قال قوم:

يجعل لها فراش و وساده من غليظ البصرى و لحاف منه، و قال قوم: الفراش الذى يجلس عليه نهارا هو الذى ينام عليه ليلا مثل لبد أوزوليه، فأما مضربه محشوه فلا، لأن العرف هذا، و الأول أقوى، لأنه العرف و العاده، و يكون لها لحاف محشو و قطيفه، فأما خادمتها فلها وساده و كساء تتغطى به دون الفراش، هذا فى امرأه المؤسر، و أما امرأه المعسر فدون هذا، و يعطيها كساء تتغطى به، و لخادمتها عباده أو كساء غليظ تنام فيه أو فروه» قلت: لا يخفى عليك أن إحاله ذلك كله إلى العاده فى القدر و الجنس و الوصف و نحو ذلك أولى، بل هو المتعين، ضروره عدم دليل على الخصوصيات.

الخامس آله الطبخ و الشرب، مثل كوز و جره و قدر و مغرفه إما من خشب أو حجر أو خزف أو صفر بحسب عاده أمثالها.

السادس آله التنظيف، و هى المشط و الدهن، و لا يجب الكحل و الطيب، و يجب المزيل للسنان، و له منعها من أكل البصل و الثوم و كل ذى رائحه كريهه، و من تناول السم و الأطمعه الممرضه، و لا تستحق عليه الدواء للمرض، و لا أجره الحجامه و لا الحمام إلا- مع البرد، و عن المبسوط «أنه شبه الفقهاء الزوج بالمكترى و الزوجه بالمكرى دارا، فما كان من تنظيف كالرش و الكنس و تنقيه الابار و الخلاء فعلى المكترى لأنه يراى للتنظيف، و ما كان من حفظ البنيه كبناء الحائط و تغيير جذع انكسر فعلى المكترى، لأنه الأصل، و كذلك الزوج ما يحتاج إليه للنظافه و ترجيل الشعر فعليه، و ما كان من الأشياء التى تراد لحفظ الأصل و البنيه كالقصد

و الحجامة فعلية، و إنما يختلفان فى شىء واحد، و هو أن ما يحفظ البنية على الدوام و هو الإطعام فعلية دونها، ففى هذا يفترقان و فى ما عداه يتفقان» و فيه ما لا يخفى.

السابع السكنى، و عليه أن يسكنها دارا يليق بها، إما بعاريه أو إجاره أو ملك:

الثامن نفقه الخادمه إن كانت من أهل الإخدام لشرف أو حاجه، و المرجع فيه العرف، فان كانت من أهل بيت كبير و لها شرف و ثروه لا تخدم بنفسها فعليه إخدامها و إن تواضعت فى الخدمه بنفسها، و كذا إن كانت مريضه تحتاج إلى الإخدام لزم و إن لم تكن شريفه، بل لو كانت الزوجه أمه تستحق الإخدام لجمالها لزم ذلك لها، لقضاء العاده.

و المرجع فى نفقه الخادمه جنسا و قدرا و غير ذلك العاده لأمثالها من الخدام أيضا، و ما عن بعض العامه من التقدير للموسر بمد و ثلث و للمعسر بمد لا عبره به عندنا، و كذا الخلاف فى أن الإدام دون إدام الزوجه أو مثله.

و قد أشار المصنف إلى أكثرها حتى آله التنظيف المراده من قوله: «آله الادهان» بمعنى ما تدهن به شعرها و ترجله و غيره، كما سمعته من المسالك، و حتى فراش النوم المشار إليه فيما يأتى بقوله «و لا بد» و حتى نفقه خادمها المشار إليها بقوله: «فالزوج بالخيار» نعم ليس فى كلامه إشاره إلى آله الطبخ و الشرب، و يمكن اكتفاؤه عن ذلك بالإطعام الذى هذه الأمور من مقدماته.

لكن لا يخفى عليك ما فى هذه الكلمات من التشويش و الاضطراب، و لو أحالوا ذلك إلى العاده لكان أحسن، و كأنهم تبعوا بذلك ما فى كتب العامه من التعرض لأمثال هذه الأمور التى تستعملها قضاةهم لتناول العشر منها أو غير ذلك من المقاصد الفاسده، ضروره أنه إن كان المدار فى الإنفاق بذل جميع ما تحتاج إليه المرأه لم يكن لاستثناء الدواء و الطيب و الكحل و أجره الحمام و الفصد وجه، و إن كان المدار على خصوص الكسوه و الإطعام و المسكن لم يكن لعد الفراش و الإخدام و خصوصا

ما كان منه للمرض و غير ذلك مما سمعته فى الواجب منها وجه، و إن جعل المدرك فيه المعاشره بالمعروف و إطلاق الإنفاق كان المتجه وجوب الجميع، بل و غير ما ذكروه من أمور آخر لا- حصر لها، فالمتجه إحاله جميع ذلك إلى العاده فى إنفاق الأزواج على الزوجات من حيث الزوجيه لا من حيث شده حب و نحوه، من غير فرق بين ما ذكروه من ذلك و ما لم يذكروه، مع مراعاة حال الامراه و المكان و الزمان و نحو ذلك، و مع التنازع فما يقدره الحاكم من ذلك لقطع الخصومه، و إلا فليس على ما سمعته منهم إثباتا و نفيا دليل معتد به بالخصوص.

و منه ما ذكره المصنف و غيره من أنه يرجع فى الإخدام إلى عاداتها، فان كانت من ذوى الأخدام و جب للعشره بالمعروف، و إلا خدمت نفسها من غير فرق فى ذلك بين إعسار الزوج و إيساره، نعم الاعتبار بحال الامراه فى بيت أبيها دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها.

و أنه إذا و جبت الخدمه فالزوج بالخيار بين الإنفاق على خادمها إن كان لها خادم فيكون ذلك منه عوض الخدمه حينئذ و بين ابتياع خادم لها أو استيجارها حره أو أمه أو استعارتها أو مملوكه له يأمرها بالخدمه أو الخدمه لها بنفسه و عن بعض العامه و الخاصه بل ظاهر المسالك اختياره تقييد الأخير بما لا يستحى منه، كغسل الثوب و كنس البيت و طبخ الطعام، أما ما يستحى منه كالذى يرجع إلى خدمه نفسها من صب الماء على يدها و حمله إلى الخلاء و غسل خرقة الحيض فلها الامتناع من خدمته، لما فيه من المشقه عليها المنافيه للعشره بالمعروف، بل عن بعضهم أن لها الامتناع من قبول خدمته مطلقا، لما فيه من الحياء و التعيير، و على كل حال فالخيار فى أفراد الخدمه له، لأنه هو المكلف بها.

و ليس لها التخيير فحينئذ لو اختارت خادما و اختار الزوج غيره قدم اختياره، و كذا اختار الخدمه بنفسه، لكن عن الفاضل احتمال تقديم اختيارها لجواز كون ما تختاره أقوم بخدمتها، و لاحتمامها الزوج عن الخدمه، بل له إبدال

خادمتها المألوفه لربيه أو غيرها، لما عرفت من أن له الاختيار ابتداء فكذا استدأمه، و احتمال بعضهم عدمه لغير الربيه، لعسر قطع المألوف، قيل: و للعامه قول بعدم الإبدال مطلقا.

و أنه لا يلزمه أكثر من خادم واحد و لو كانت من ذوى الحشم و من أجل الناس لأن الاكتفاء يحصل بها خلافا لما عن بعض العامه، فأوجب خادما خارج الدار و آخر للداخل، و عن آخر أنه أوجب لمن كانت شريفه زفت إليه مع جواز كثيره الإنفاق على الجميع، بل عن بعض الأصحاب احتمال، لكونه من المعاشره بالمعروف، بل فى المسالك احتمال اعتبار عاداتها فى بيت أبيها، فإن كانت ممن تخدم بخادمين أو أكثر و جب، لأنه من المعاشره و إنه لو أرادت استخدام ثانيه و ثالثه من مالها فلزوج أن لا يرضى بدخولهن داره، و كذا لو حملت أكثر من واحده فله الاقتصار على واحده و إخراج الباقيات من داره، كما أن له تكليفها بإخراج مالها من داره، و منع أبويها و ولدها من غيره أو غيرهم عن الدخول إليها فى داره، و منعها من الخروج إليهم للزياره و غيرها كما فى صحيح ابن سنان (١) السابق.

و أن من لا عاده لها بالإخدام يخدمها مع المرض أو يمرضها نظرا إلى العرف و لا ينحصر هنا فى واحد، بل بحسب الحاجه.

إلى غير ذلك من كلماتهم المشتمله على التعليل الذى هو أعم من المدعى، بل مع قطع النظر عما ذكرناه لا يخلو أصل وجوب الإخدام الذى لا تعلق له فى الإنفاق من نظر، ضروره حصر الأدله حقها فى ستر العوره و سد الجوعه و إسكانها (و الإسكان ل) فلا يجب حينئذ غير هذه الثلاثه، و على تقديره من إطلاق الإنفاق و العشره بالمعروف و نحوها فلا ينبغى عدم الالتفات هنا إلى ما تقتضيه عاده أمثالها فى القدر و الجنس أيضا، ضروره عدم الفرق بينه و بين غيره مما ادعى انصراف إطلاق الأدله بل لا ينبغى إخراج الدواء و أجره الحمام و الفصد و الحجامه و نحو ذلك، إذ لا فرق بينها و بين الخادم لها عند المرض و بين غيرها مما أوجبه للمعاشره بالمعروف

و إطلاق الإنفاق و كون المرأة عيالا عرفا، بل هو المراد من قوله تعالى (١):

«ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا» و عيال الرجل ثقله و كل عليه فالمناسب حينئذ جعل المدار ما أشرنا إليه سابقا مما يعتاد إنفاقه على الزوجات من حيث الزوجية، ملاحظا فيه حد الوسط الذى هو المراد من المعروف، لا الإسراف الذى يقع من المبذرين، و لا التقدير الذى يقع من الباخلين، و مع التنازع و التشاح ما يقدره الحاكم فى قطع الخصومه ملاحظا الميزان المعلوم.

و كيف كان فقد عرفت فيما تقدم أنه يرجع فى جنس المأدوم و الملبوس لها و لخدمها إلى عاده أمثالها و أمثال خادم مثلها من أهل البلد، و كذا فى المسكن و إن كان لا يعتبر فيه تمليكها إياه، لكونه إمتاعا فيكفى المستعار و المستأجر اتفاقا، بل نص بعض الأصحاب على أنها لو كانت (٢) من أهل البادية لم يكلف الإسكان فى بيت مدر و إن كانت من أهل الحضر، بل كفاه بيت شعر يناسب حالها، للزوم الحرج بالتكليف بذلك، و قضاء العرف بالاكتفاء به، و لقوله تعالى (٣) «أَسَدٍ كُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ» و لعله لذا قيد بعض الناس وجوب المسكن المناسب بالقدره.

و لكن ذكر غير واحد من الأصحاب أن لها المطالبة بالتفرد بالمسكن عن مشاركة غير الزوج ضرره أو غيرها، من دار أو حجره منفردة المرافق مع القدره عليه، لأنه من المعاشره بالمعروف و الإمساك بالمعروف، و لفهمه من قوله تعالى (٤) «وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ» و إن كان لا يخلو

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٣.

٢- ٢ هكذا فى النسختين الأصليتين إلا أن الموجود فى كشف اللثام «لو كان من أهل البادية» و هو الصحيح و الظاهر ان المراد من بعض الأصحاب هو الفاضل الهندى قده فإن العبارة إلى آخر الآيه الاتيه مأخوذه من كشف اللثام.

٣- ٣ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

٤- ٤ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

من نظر مع فرض عدم كون عاده أمثالها كذلك و عدم تضرر لها به و إلا و جب من هذه الجهة، لا أن ذلك حق لها من حيث كونها زوجته، و لعل الرجوع فيه إلى الضابط الذى ذكرناه أولى.

و كذا تقدم أنه لا بد فى الكسوه من زياده فى الشتاء للتدثر، كالمشحوه لليقظه و اللحاف للنوم و غير ذلك مما يختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه و النساء، بل لو كانت من أهل الاصطلاء بالنار و جب الحطب و الفحم و غيرهما، كما أنه يجب ملاحظه حال أمثالها فى ثياب الضيف.

و يرجع فى جنسه أى الدثار و غيره إلى عاده أمثال المرأه و الخادمه، و كأن المصنف أخذ وجوبه من الكسوه، و هو كما ترى بالنسبه إلى اللحاف، و كذا ما تحتاجه من الفراش فى اليقظه، و لو لا ما ذكرناه لأشكل وجوب ذلك كله، و عليه فلا ينحصر تعداد أفرادها، و من هنا حصل الزيادة و النقصان فى التعدد فى كلامهم المبني على مراعاة عاده أمكنتهم و أزمتهم و أحوالهم.

و قد عرفت فيما مضى أيضا أنه تزداد إذا كانت من ذوى التجمل زياده على ثياب البدله ما يتجمل أمثالها به للمعاشره بالمعروف و إطلاق الإنفاق و انصراف ستر العوره إليه، مضافا إلى ما ذكرناه من الضابط السابق الذى بعد الإحاطه به و بما قدمناه فى جميع هذا المبحث يظهر لك الحال فى أطراف المسأله.

[المسألة الأولى لو قالت: أنا أخدم نفسي و لى نفقه الخادم لم يجب إجابتها]

الأولى:

لو قالت: أنا أخدم نفسي و لى نفقه الخادم لم يجب إجابتها لما عرفت من كون التخيير فى طرف الخدمه إليه، بل فى كشف اللثام «أن عليه الإخداام إن كانت من أهله و إن تواضعت، كما أن عليه الإنفاق عليها بما هى أهله، و إن رضيت بالتقتير» و نحوه فى المسالك قال فيها: «لأن ذلك يسقط مرتبتها، و له أن لا يرضى بها، لأنها تصير مبتذله، و له فى رفعها حق و غرض صحيح و إن رضيت بإسقاط حقها» و فيه أنه لا وجه للوجوب مع الرضا على وجه الإسقاط للحق، نعم ليس لها النفقه إن لم تقبل الخادم، لأن الخدمه للنزاهه و الدعه فإذا لم تخترها لم يكن لها عوض عنها.

كما أنها لو بادرت بالخدمه من غير إذن لم يكن لها المطالبه بالأجره و لا نفقه الخادم و إن ادعت أنها ما تبرعت بمقتضى إطلاق المصنف و غيره، و إن كان قد يشكل أصل الحكم بعدم الفرق بين الإخداام و الكسوه و الإطعام فى الرجوع بالعوض مع عدم ظهور إسقاط منها بالاعراض عما بذله لها من ذلك مثلا، إذ الظاهر أنه لا يتوقف استحقاقها النفقه على المطالبه، فما فى المسالك - من تعليل هذا الحكم بكونها متبرعه فلا- أجره لها و لا نفقه زائده بسبب الخدمه - يلزمه مثل ذلك فى الإطعام و الكسوه، و لعله لا- يلتزمه، ضروره إطلاق الأدله فى استحقاقها ذلك عليه على وجه إن لم يدفعه إليها يكون دينا عليه إلا إذا أسقطت حقها منه كما هو واضح، و الله العالم.

[المسألة الثانية الزوجه تملك نفقه يومها مع التمكين]

المسألة الثانية لا- خلاف في أن الزوجه تملك المطالبه ب نفقه يومها في صبيحته مع التمكين و أنه إذا قبضتها كانت ملكا لها، لقوله عليه السلام في

صحيح شهاب (١) المتقدم «و ليقدر لكل إنسان منهم قوته، فان شاء أكله و إن شاء وهبه و إن شاء تصدق به»

و ظاهرهم بل هو صريح المسالك أن ذلك كذلك في كل ما يتوقف الانتفاع به من النفقه على إتلاف عينه من مأكلا و مشرب و دهن و طين و صابون و نحو ذلك و إن كان هو لا- يقتضى اعتبار الملكيه فيه، ضروره إمكان الاكتفاء بالبذل و الإباحه المطلقه، بل يمكن أن تجامع حتى ما في الصحيح المزبور من التسلط على بيعه و هبته فإنه من الإباحه ما يكون كذلك، و من هنا اعترف في كشف اللثام بإمكان القول بعدم اعتبار الملك فيه و أن الواجب إنما هو البذل و الإباحه.

قلت: بل لعله متعين بناء على اعتبار التمكين على وجه الجزئيه في سبب ملكها، إذ لا وجه حينئذ لتقدم المسبب على السبب و المعلول على العله، نعم قد يتوجه بناء على شرطيته بمعنى أنه يكون شرطا كاشفا أو شرطا للاستقرار فحينئذ لو قبضتها من الصبح يبقى الملك فيها مراعى حتى ينقضى ذلك اليوم متمكنه، فينكشف استقراره بأول القبض حينئذ أو يستقر حينئذ، و عبارته المتن محتمله للوجه الثلاثه و إن كانت لا تخلو من إشعار بالأخير بقريته ما بعد.

لكن فيه أن ذلك يتم لو كان في الأدله ما يقتضى سببيه قبضها للملك كى يجمع بينهما حينئذ بما عرفت، كما هو الشأن في الشرائط الكاشفه و ليس، إذ أقصى ما ذكروه في وجه ذلك أنه لما كان المقصود من النفقه القيام بحاجتها و سد خلقتها لكونها محبوسه لأجله و جب أن يدفع إليها يوما فيوما، إذ لا وثوق باجتماع الشرائط في باقى الزمان، و الحاجه تندفع بهذا المقدار، فيجب دفعها في صبيحه كل

يوم إذا طلع الفجر، ولا يلزمها الصبر إلى الليل ليستقر الوجوب، لأنها ربما تجوع فتتضرر بالتأخير، وربما زاد الضرر إذا افتقرت إلى خبز أو طبخ أو إصلاح، إذ الواجب عليه دفع الحب مؤثمه إصلاحه، وكذا الإدام من اللحم ونحوه، لا عين المأكول.

بل في قواعد الفاضل التصريح بعدم وجوب تسليم الدقيق في الخبز أو القيمة إلا مع التراضي منهما، وفي كشف اللثام «أما القيمة فالأمر فيها ظاهر، فإن الواجب انما هو الطعام، وأما الدقيق و الخبز فظاهر أنه لا يجبر الزوج عليهما إذا دفع الحب مع مؤثمه الطحن و الخبز و الطبخ، و أما الزوجه فالظاهر أنها تجبر على القبول، كما يعطيه كلام الإرشاد، و يحتمل العدم، كما هو قضيه الكلام هنا، لأنهما لا- يصلحان لجميع ما يصلح له الحب» و إن كان لا يخفى عليك ما في جميع ذلك بعد الإحاطه بما في نصوص (١)المقام من الاقتصار فيها على أن حقها سد جوعتها و نحو ذلك مما هو أظهر فيما لا يحتاج بعد ذلك إلى عمل كالخبز و الطبخ و التمر و ما أشبه ذلك مما لا يتوقف إلا على تناول المرأه.

بل جزم المحدث البحراني بكون الواجب على الزوج ذلك، فلا- تجبر المرأه حينئذ على قبول الحب و مؤثته، بل يجبر الزوج على ما لا- يحتاج إلى مؤثمه غير التناول، و إن كان قد يناقش بمخالفته المعتاد في الإنفاق المحمول إطلاقه عليه، كإطلاق سد الجوعه، لا- أقل من أن يكون الزوج مخيرا بين الأمرين إن لم يكن غضاضه على الزوجه في فعل المطبوخ عليها على وجه ينافي عادة أمثالها.

و على كل حال فليس في شىء من ذلك ما يقتضى اعتبار الملكيه، فضلا عن كون القبض سببا فيها، و لو سلم لكان المتجه ذلك أيضا في قبض نفقه الأيام المتعدده، و لا- أظن القائل يلتزم به، ضروره عدم الفرق في كيفية اشتراط التمكين بين اليوم الحاضر و غيره، اللهم إلا أن يقال بالفرق بينهما بحضور هذا اليوم الذى هو بمنزله

تحقق السبب فيه، و لذا قدم قوته على الغرماء فى المفلس بخلاف ما عداه، بل لعل الأمر بالإنفاق منزل على ذلك، ضرورة عدم كونه نفقه له بعد انقضائه، بل هو وفاء دين، فليس نفقته إلا استقباله بما تقع الحاجة فيه إلى صبيحه اليوم الآخر، لكنه كما ترى أيضا، فليس حينئذ إلا الإجماع على ذلك و ما فى صحيح الشهاب (١) السابق، فيكون حينئذ هما الدليل على وجوبها و ملكها قبل حصول التمكين، نحو تقديم غسل الجمعة يوم الخميس، و تقديم الفطره قبل الهلال، و إلا- لأمكن القول بأن المقدم ما يساوى استحقاقها المؤخر حينئذ، فبعد حصول شرطه أو تمام سببه يقع التهاثر قهرا، و مع عدمه يرجع عليها بما دفع إليها.

و كيف كان فلو منعها و انقضى اليوم ممكنه استقرت نفقه ذلك اليوم فى ذمته إن لم تكن قد قضت، و ملكها لها إن كانت قد قبضت و كذا الكلام فى نفقه الأيام الآخر و إن لم يقدرها الحاكم و لم يحكم بها بلا خلاف فيه بيننا و لا إشكال، ضرورة ثبوت الحق لها و إن سكتت و لم تطالب و لا وقع التقدير خلافا لمن اعتبر التقدير من العامه.

إنما الكلام فيما لو ماتت فى أثناء النهار أو طلقها أو نشزت، و فى موضع من القواعد الجزم بعدم استردادها فى الأولين، لأنها ملكتها، و الاسترداد فى الأخير على إشكال من تقديم القبض الموجب للملك قبل النشوز، و من أن الملك مشروط بالتمكين، فبالقبض إنما ملكته ملكا مراعى.

و فى كشف اللثام هذا مع بقاء العين، إذ مع الإلتلاف لا- دليل فيه على وجوب العوض مع إباحه المالك و الاذن شرعا فى الإلتلاف، و لا يخفى عليك أن الوجه الأخير من الاشكال آت أيضا فى الأولين، كما لا يخفى عدم الفرق بين الإلتلاف و عدمه بعد أن كان الدفع بعنوان النفقه التى بان عدمها بفوات التمكين.

هذا و لكن قال فى موضع آخر من القواعد فى مسأله ما لو دفع لها نفقه لمدته و انقضت تلك المده ممكنه فقد ملكت النفقه قولا واحدا و كذا

لو استفضلت منها شيئاً بالتقدير عليها أو بأن أنفقت على نفسها من غيرها كانت ملكاً لها بلا خلاف فيه بينهم، لما عرفته فيما تقدم ما لفظه «فان طلقها في الأثناء استعاد نفقه الباقي إلا يوم الطلاق، و لو نشزت أو ماتت أو مات هو استرد الباقي» أى من النفقه لذلك اليوم و لغيره، و هو مناف لما سمعته منه سابقاً، بل قد يشكل الفرق بين يوم الطلاق و غيره بعد اشتراط التمكين و إن قيل: إنها في صورته الطلاق مسلمه للعوض الذى هو التمكين، و إنما رده الزوج بالطلاق بخلاف غيره من الصور التى لا تسليم فيها، لكنه كما ترى، ضروره صدق عدم حصوله بفوات الزوجيه بسبب الطلاق المأذون فيه شرعاً، و المشروط عدم عند عدم شرطه، كدعوى الفرق بين يوم الطلاق و غيره من الأيام، و بأنها ملكت النفقه ملكاً مستقراً فى صبيحته ببذل التمكين أوله بخلاف غيره الذى لا ملك لها فيه أصلاً، إذ هى إنما تملك متجدداً بتجدد كل يوم، و ذلك لما عرفت من عدم الفرق بين الأيام فى كيفية اشتراط التمكين، فهى و إن ملكت المدفوع إليها فى يومه لكنه مراعى بالتمكين الذى هو كالمعوض، فان سلم فذاك و إلا استرد بإزائه، نحو المؤجر الذى يملك تمام الأجره ملكاً مراعى بسلامه العوض للمستأجر بل اللازم على تقدير الاكتفاء ببذل التمكين أول اليوم الاستقرار فى ذمته لها إن لم يدفع لو طلقها فى أثناء اليوم، و الظاهر أنهم لا يلتزمون به، و لعله لذلك كله اعترف فى كشف اللثام بأن الفرق مشكل بعد أن حكاه عن قطع الشيخ و غيره، قال: «و لذا احتمل بعض العامه استرداد نفقه يوم الطلاق».

قلت: و هو المتجه بناء على ما قدمنا، بل ربما احتمل استرداد جميع نفقه اليوم و الليله بفوات التمكين و لو فى الجزء الأخير منها، لكونه فى تمام اليوم و الليله، و لعله ظاهر بعض العبارات، و إن كان الذى يقوى فى النظر التوزيع، نحو توزيع الأعواض على المعوضات، و هذا متجه فى نفقه اليوم و الليله الحاضرين، أما ما زاد عليهما فلا إشكال و لا خلاف فى استردادها بالموت و الطلاق و النشوز و غير ذلك،

زراره^(١) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل سافر و ترك عند امرأته نفقه ستة أشهر أو نحو من ذلك ثم مات بعد شهر أو اثنين، فقال: ترد ما فضل عندها في الميراث».

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أنه لو دفع إليها كسوه لمدته جرت العادة ببقائها إليها صح ذلك نفقه، ضروره كونه المعتاد فى مثلها، لعدم كونها كالطعام الذى يمكن توزيعه يوما فيوما، إنما الكلام فى أن ذلك ملك لها أو إمتاع و كذا الكلام فى غير ذلك من أعيان النفقه التى لا يتوقف الانتفاع بها على إتلافها و إن كان الاستعمال يتلفها لكن بعد مدته نحو فراش النوم و اليقظه و آلات التنظيف من المشط و نحوه، و حينئذ تكون النفقه أقساما ثلاثة: (أحدها) ملك بلا خلاف و هو طعام اليوم و الليله و نحوها مما يتوقف انتفاعه على إتلافه، كالصابون و نحوه.

و (الثانى) إمتاع بلا خلاف، كالمسكن و الخادم و نحوهما مما علم من الأدله عدم اعتبار الملك فى إنفاقهن. و (الثالث) محل البحث، و هو الكسوه و ما شابهها.

ففى القواعد و محكى المبسوط و غيره أنها ملك، و لعله الظاهر مما تسمعه من المصنف و فى الإرشاد و كشف اللثام و غيرهما أنها إمتاع، و مال إليه فى فوائد الشرائع، بل فى الرياض أنه أشهر و أجود، و لعله كذلك خصوصا بعد ما عرفت فى الإطعام، مع أن الأصل يقتضى ذلك أيضا، ضروره عدم ما يدل على اعتبار الملك فى صدق الإنفاق المأمور به شرعا، و الفرض عدم قصد الباذل له، فلا سبب للملك شرعا و لا قصدا.

و دعوى أن بذل شخصى الكسوه عن كليها الثابت فى الذمه بالتمكين أو بالزوجيه موجب لذلك نحو المدفوع وفاء للدين واضح المنع، ضروره أعميه خطاب الإنفاق من اقتضاء ملك مال فى الذمه على الزوج كى يكون شخص المدفوع وفاء عنه بل هو ليس إلا خطابا شرعيا نحو الخطاب بالنفقه للأرحام و المماليك و نحوها مما لا يقتضى ملكيته.

كما أن الآية الكريمة (١) «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ» لا تقتضى ذلك أيضا و إن عطف فيه الكسوه على الرزق المعتبر فيه الملكيه على ما عرفت، لكن العطف إنما يقتضى المشاركة في الحكم المثبت للمعطوف عليه في العبارة لا الأحكام الخارجيه الثابته له غيرها من الأدله، نعم الحكم الثابت للمعطوف عليه وجوب ذلك، فالعطف يقتضى مشاركته له في ذلك، و هو أعم من الملكيه و الإمتاع، و تعين الأول في الأول من خارج لا يستلزم تعين إرادته في الآية.

و أما

النبوى (٢) «لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف»

فمع ضعف سنده و عدم وجوده في كتبنا المعتبره قد يمنع إرادته الملكيه من اللام هنا، خصوصا على القول باشتراكها بين معان المقتضى توقف إرادته واحد بخصوصه منها على قرينه هي في المقام مفقوده، و مجرد ثبوت الملكيه في الرزق غير ملازم لثبوتها في الكسوه إلا- على تقدير قيام الدلاله على إرادتها بالنسبه إليه من اللام المذكور في الروايه، و هو محل مناقشه، إذ ليس إلا الإجماع الذى حكاه جماعه، و لا يستفاد منه سوى ثبوت الملكيه له في الجملة المجامع لثبوتها له من غير الروايه، و أما هي فلا يستفاد منها سوى الاستحقاق الذى هو أعم من ذلك، نحو قوله تعالى (٣) «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَّهِنَّ» و كالمفهوم من

قوله عليه السلام (٤) «إذا خرجت من بيتها بغير إذنه فلا نفقه لها»

خصوصا بعد استفاضه التعبير في النصوص (٥) بكون ذلك من حقوق الزوجه على الزوج، فلا ريب حينئذ في بقائها على ملكيه الزوج إلا مع التصريح بإنشاء التمليك لها، فيكون حينئذ خارجا عن محل النزاع الذى هو أن دفع الكسوه من حيث خطاب النفقه يقتضى الملك شرعا و إن لم يقصده الدافع في دفعه، بل و لا القابض في قبضه، اللهم إلا أن يقال:

إنه يجب على الزوج في إنفاقه أن يملك الزوجه الكسوه على وجه إن لم يملكها

١- ١ سورة البقره: ٢- الآية ٢٣٣.

٢- ٢ سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٠٤.

٣- ٣ سورة البقره: ٢- الآية ٢٢٨.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٦- من أبواب النفقات الحديث ١. نقل بالمعنى.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات.

لم يكن منفقا، فيكون ذلك شرطا في إنفاق الكسوه شرعا، و إن كان هو كما ترى مناف للسيره المستمره مع عدم دليل يقتضى ذلك، و الله العالم.

و على كل حال فقد ذكروا أنه تظهر فائده الخلاف فى أمور:

(منها) أنه لو أخلقتها أى الكسوه المدفوعه إليها للمده التى جرت العاده ببقائها إليها قبل المده لم يجب عليه بدلها على الملك و يجب على الإمتاع، و فيه أن المتجه الإبدال عليهما مع فرض عدم التقصير فى ذلك، و كون العاده تقتضى بقاؤها إلى المده لا يستلزم انحصار خطاب النفقه فيها و إلا لكان المتجه عدم الإبدال على التقديرين، نعم قد يقال: على فرض التقصير لا يجب الإبدال على الملك بخلافه على الإمتاع و إن ضمنت حينئذ له ما أتلفته بتقصيرها، مع إمكان القول بأنه لا إبدال عليه أيضا، لقاعده الاجزاء و احتساب ما قبضته نفقه عليها للمده، فهى كما لو قبضت تمام نفقتها ثم أتلفتها، و من هنا قال فى المسالك: «و لو أتلفتها بنفسها فلا إبدال على القولين، لأنه على الإمتاع يلزمها ضمانها، فكأنها لم تتلف - إلى أن قال - و لو تخلقت قبل مجيء الوقت لكثرة تحاملها عليها زياده على المعتاد أو قصرت فى حفظها و نشرها حيث يفتقر إليه فهو كما لو أتلفتها» فتأمل جيدا.

و (منها) أنه لو انقضت المده و الكسوه باقيه طالبت به بكسوه ما يستقبل على الأول دون الثانى، لبقائها على ملكه، و فرض صلاحيتها لاكتسائها، و فيه أيضا أن ذلك إن كان لاتفاق حسن الكسوه و عدم عروض ما اقتضى خلقها أمكن منع وجوب الإبدال على الأول أيضا، ضروره أن ملكها لها على جهه الإنفاق لا مطلقا، و لا تقدير للمده شرعا و إنما هو يزعم بقاء الكسوه إليها، فمع فرض اتفاق بقاءها إليها لا دليل على خطابه بالإنفاق، نعم لو استفضلت ذلك بلبس ثياب منها أو بتحمل العرى أو نحو ذلك أمكن حينئذ القول بأن لها المطالبه على الملك، لنحو ما سمعته فى استفضال الطعام.

و (منها) كما فى المسالك و كشف اللثام أنه إذا لم يكسوها مده صارت الكسوه دينا عليه على الأول دون الثانى الذى معناه تمكينها من الانتفاع الذى لا يتصور ضمانه

بعد انقضاء مدته، إذ ليس هو منفعه لها ولا عين، وفيه أنه يكفي في ضمانه كونه حقا ماليا لها، ولعل ذلك هو مقتضى اللام الذى سمعته فى الآيه (١) و الروايه (٢) وإن لم نقل بكون الكسوه ملكا لها، و لعله لذا احتمله فى المسالك، بل هو المتجه.

و (منها) كما فى كشف اللثام أنه لا يصح الاعتياض عنها على الإمتاع، و يصح على التملك، و فيه أنه مبنى على السابق من كون الإمتاع بشىء يرجع إلى الممتع نفسه، فلا يقضى من فواته و لا ينقل عينه، و لذا لا يصح الاعتياض عنه، لكن فيه ما عرفت من أنه حق مالى يكون كالدين يقضى مع فواته و يصح الاعتياض عنه و لو لإرادته إسقاطه عمن عليه، و لعله لذا وجد مضروبا عليه فى نسخه الأصل، و الله العالم و (منها) أن له أخذ المدفوع إليها و إعطاؤها غيره على الإمتاع دون التملك إلا برضاها، و فيه أنه يمكن القول بذلك أيضا عليه باعتبار تزلزل ملكها و عدم انحصاره فيما قبضته، بل هو مخير فى ذلك ابتداء و استدامه إلا أنه كما ترى.

و (منها) أنه لا يصح لها بيع المأخوذ و لا التصرف فيه بغير اللبس من إجاره أو إعاره و نحوهما على الإمتاع بخلاف الملك ما لم يناف غرض الزوج من التزين و التجميل و نحوهما، مثل نفقه الطعام التى يؤدى تصرفها بغير الأكل إلى الضعف و ما لا يليق بالزوج من الأحوال، و فيه أنه قد يمنع تصرفها فيه على الملك بناء على أنه ملك مراعى ببقائها ممكنه إلى تمام المده، فإنه حينئذ يكون نحو ملك الفضولى المال الذى لا يجوز له المبادرة إلى التصرف فى عينه قبل معرفه الحال، إلى غير ذلك مما هو مذكور فى كتب الأصحاب.

و على كل حال ف لو سلم إليها نفقه طعام لمدته ثم طلقها قبل انقضائها استعاد نفقه الزمان المتخلف الذى لم تكن قد ملكته بالقبض، لما

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب النفقات الحديث ١.

عرفته من أنها لا- تملك عندهم إلا- بتجدد كل يوم، بل لو قلنا بملكها به فإنما هو في مقابله التمكين، فإذا لم يسلم له بعض العوض استرد ما بإزائه، فملكها حينئذ مراعى بسلامه العوض، كما أن المؤجر يملك تمام الأجره ملكا مراعى بسلامه العوض للمستأجر، نعم فى القواعد و غيرها إلا- نصيب يوم الطلاق فلا- يستعاد منها، قيل: لأنها تملكه فى صبيحته ملكا مستقرا ببذل التمكين أوله، بل هو المحكى عن قطع الشيخ و غيره فى الحكمين، لكن قد نقدم لك سابقا ما فيه، و أن المتجه استعادته أيضا كما لو نشزت أو مات هو أو هى، و احتمال الفرق بأنها فى صورته الطلاق مسلمه للعوض الذى هو التمكين و إنما رده الزوج بالطلاق بخلاف النشوز و الموت كما ترى، بل قد عرفت فيما تقدم عدم الفرق فيما حكم باستعادته بين بقاء عينه و عدمه، لكونه من المضمون عليها بعد أن كان مدفوعا على وجه خاص، و إن تقدم فى كشف اللثام الفرق بينهما، هذا كله فى نفقه الطعام.

و أما الكسوه فله استعادتها ما لم تنقض المده المضروبه لها بل و إن انقضت بناء على الإمتاع، بل و على التملك فى وجه قد تقدم سابقا، نعم لو لم تكن قد لبستها و قد انقضت المده اتجه حينئذ استقرار ملكها بناء على التملك نحو الطعام المستفضل، و فى القواعد فى فروع الإمتاع و التملك «لو طلقها قبل انقضاء شىء من المده المضروبه للكسوه كان له استعادتها، و لا يكون له استعادتها إن طلقها بعدها» أى على التملك دون الإمتاع ثم قال: «و لو انقضت نصف المده سواء لبستها أولا ثم طلقها احتل على التملك التشريك و اختصاصها به، و كذا لو مات» و لعل وجه الاختصاص أنها ملكتها بالقبض و استحقتها بالتمكين الكامل، فيكون كنفقه اليوم إذا طلقها فى الأثناء، و لكن فيه ما عرفت، فالمتجه حينئذ انفساخ ملكها عنها مع فرض لبسها له، أما مع عدمه كما لو أبقته لإيراده الاستفضال كان المتجه التشريك بينهما، هذا كله على التملك دون الإمتاع فإن المتجه عليه استعادتها مطلقا، فتأمل جيدا.

[المسأله الثالثه إذا دخل بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده لم يكن لها مطالبته بمده مؤاكلته]**اشاره**

المسأله الثالثه إذا دخل بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده لم يكن لها مطالبته بمده مؤاكلته لصدق الإنفاق عليها، و حصول الملك لها فيما تناوله، و للسيره المستمره على ذلك، نعم لها الامتناع من المؤاكله ابتداء بمعنى أن لها طلب كون نفقتها بيدها تفعل بها ما تشاء من أكل أو غيره، لا أن المراد امتناعها عن خصوص هذا الفرد من الإنفاق و طلب كون طعامها حبا مثلا أو نحو ذلك، ضروره عدم دليل معتد به على وجوب دفع فرد خاص من النفقه، بل ظاهر الأدله تخيير الزوج بين جميع أفراد النفقه المناسبه لعاده أمثالها و إن كان هي تملك الفرد المدفوع إليها منها.

نعم فى المسالك «هذا إذا كانت المرأه بالغه رشيده أو كانت تأكل معه بإذن الولي، أما لو كانت مولى عليها و لم يأذن الولي فالزوج متطوع به، و لا يسقط نفقتها، لتوقفها على قبضه أو إذنه».

و فيه أولا أنه إن كان القبض له مدخلية فى كون الشئ نفقه و فى الملك لم يجد إذن الولي ضروره سلب أفعال المجنون مثلا و أقواله عن القابليه، فلا بد حينئذ من قبضه أو وكيه فى حصول الملك، و إن كان لا مدخلية له فى ذلك - باعتبار أن الزوج هو المخاطب بالإنفاق، و إن كان من ينفق عليه يملك ما يكون فى يده منه، لكنه تمليك شرعى لا مدخلية فيه للقبض و نحوه من الأسباب التى يعتبر فيها العقل - فلا يحتاج إلى استئذانه فى ذلك، و يسقط عنه خطاب النفقه بالمؤاكله المزبوره، و لعل السيره و الطريقه على ذلك، و على عدم اعتبار قصد الزوج التمليك فيما يدفعه من الطعام إلى زوجته و عدم قصدها التملك له و إن كان هو ملك لها شرعا.

و من ذلك ينقدح أن الزوجه إذا كانت أمه كان له النفقه عليها بالمؤاكله

و نحوها و إن ملك السيد حينئذ ما يكون في يدها من ذلك، و ليس هذا تمليكا للعبد، بل هو مقتضى إطلاق دليل الإنفاق، فتأمل جيدا.

و كيف كان ف لو تزوجها و لم يدخل بها و انقضت مدته لم تطالبه بنفقه لم تجب النفقه على القول بأن التمكين موجب للنفقه أو شرط فيها، إذ لا وثوق بحصول التمكين لو طلبه و المشروط عدم عند عدم شرطه، كما أن المسبب لا يحصل بدون سببه، نعم تجب عليه النفقه بناء على أن سببها العقد و الفرض حصوله، و أن النشوز مانع و الفرض عدمه.

هذا و لكن في المسالك و غيرها توجيه نحو ما في المتن من عدم التمكين بأن المراد منه على ما فسره به غيره أن تقول باللفظ: «سلمت نفسى إليك فى أى وقت شئت و أى مكان شئت» و نحو ذلك، و لا يكفى السكوت و إن وثق ببذلها التمكين على تقدير طلبه منها، قال: «و تعليل المصنف بعدم الوثوق بحصول التمكين يريد ذلك، لكن العبارة عنه غير جيدة، بل الأولى التعليل بعدم التمكين كما ذكرناه، سواء حصل الوثوق أولا، و قد أجاد الشيخ فى المبسوط، حيث علل عدم الوجوب بقوله: لأن النفقه لا تجب إلا بوجود التمكين لا بإمكانه، و فى القواعد جمع بين العلتين، و كان يستغنى بإحدهما، و هو عدم التمكين و إن تكلف متكلف للجمع بينهما فائده ما» و تبعه على ذلك بعض الأفاضل فاعتبر فى التمكين التصريح باللفظ مع عدم صدور ما ينافيه، أو الدخول بها مره و الوثوق بحصوله بعد ذلك، و فى الفرض لا تصريح و لا دخول، فلا تمكين فلا نفقه.

و فيه منع اعتبار ذلك فى التمكين، ضروره صدق حصوله عرفا بالوثوق بحصوله منها لو طلبه فى أى زمان أو مكان سواء دلت على ذلك بقول أو فعل أو علم من حالها ذلك، و لكن عدم النفقه فى الفرض باعتبار عدم الوثوق بالحصول لو طلبه، و حينئذ فالصحيح ما فى المتن، بل يمكن أن يكون قد قصد بذلك التعريض بما سمعته من المبسوط، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو فرض كونها مولى عليها بالجنون مثلاً قيل: اعتبر فى التمكين التصريح من وليها المتمكن منها ببذلها للزوج فى كل مكان أو زمان، ولا يجدى بذلها نفسها، و فيه أن إطلاق الأدله يقتضى الاجتزاء به، ضروره صدق كونها حينئذ امرأه ممكنه، فيثبت حقها على الرجل الذى هو سد جوعتها و ستر عورتها، و ليس هذا من التسبب المسلوب فى أفعال المجنون و أقواله، بل هو أشبه شىء بالحكم الشرعى المترتب على حصول موضوعه بأى طريق كان، و عدم كونها ممن يصح تصرفها غير قاذح بعد استحقاق الزوج قبضها، و لا اعتبار فى كون المقبوض من أهل الإقباض، كما لو دفع ثمن المبيع و قبضه من صبي أو مجنون أو وجدته فى الطريق، و كذا لو كان الزوج مجنوناً و قد بذلت الامراه نفسها له على وجه يصدق تمكينها كفى فى مطالبه الولي بالنفقة، للإطلاق المزبور، فتأمل جيداً.

[تفريع على التمكين لو كان غائباً فحضرت عند الحاكم و بذلت التمكين لم تجب النفقه إلا بعد إعلامه]

تفريع على التمكين: لو كان الزوج غائباً بعد أن مكنته الزوجه و جبت نفقتها عليه بلا-خلاف و لا إشكال مع فرض بقائها على الصفة التى فارقتها عليها، و إن كان قد غاب و لم يكن قد دخل بها فحضرت عند الحاكم مثلاً و بذلت التمكين الكامل لم تجب النفقه إلا بعد إعلامه المتوقع صدق التمكين عليه و وصوله إليها أو وكيله و تسليمها نفسها إياه لو أراد نقلها من مكان إلى آخر و نحو ذلك نعم لو أعلم فلم يبادر و لم ينفذ و كيلاً سقط عنه نفقه زمان قدر وصوله نفسه أو وكيله إليها و ألزم ب (١١) نفقه ما زاد (١٢) على ذلك، لأن الامتناع حينئذ منه، و لو أعلمته الحال من غير توسط حاكم فكذلك أيضاً، بل فى المسالك لو لم يعرف موضعه كتب الحاكم إلى حكام البلاد التى تتوجه إليها القوافل من تلك البلد عادة ليطلب و ينادى باسمه، فإن لم يظهر فرض الحاكم نفقتها فى ماله الحاضر، و أخذ منها كفيلاً بما يصرفه إليها، لأنه لا يؤمن أن تظهر وفاته أو طلاقه و إن كان قد يناقش بأن المتجه حينئذ سقوطها، لعدم حصول التمكين المتوقع على إعلامه المفروض عدمه، إذ المشروط عدم عند عدم شرطه، نحو ما اعترف به

فيها من وقوف النفقه فيما لو لم يظهر له خبر، أو لم يتمكن الحاكم من الإرسال و البحث عنه بناء على اعتبار التمكين، ضروره اتحادهما في المدرك الذي هو ما عرفته.

و كيف كان ف لو نشزت و قد غاب عنها و هي كذلك ثم عادت إلى الطاعه لم تجب النفقه حتى يعلم و ينقضى زمان يمكنه الوصول إليها أو وكيله لنحو ما عرفته سابقا، بل هي في الحقيقه من المسأله السابقه و إن فارقتها باستمرار عدم التمكين في الأولى من حين العقد و تجددته بالنشوز في الثانيه، و في المسالك أنها تفارقها أيضا في جريان حكم هذه المسأله على القولين أى القول بشرطيه التمكين و القول بكون النشوز مانعا، ضروره تحققه بخلاف المسأله السابقه، فإنها مبنيه على اعتبار التمكين، و نحوه في كشف اللثام أيضا، و قد يناقش بمنع جريانها على القول الثاني الذي مبناه على سببيه العقد للنفقه و أن النشوز مانع، فمع فرض عودها إلى الطاعه تحقق ارتفاع المانع، فيكون السبب تام السببيه، و ليس التمكين شرطا حتى يتوقف صدقه على إعلامه، كما أن عدم النشوز و ارتفاعه لا يتوقف صدقه على إعلامه، و إنما أقصى ذلك عدم وجوب المبادره إلى الإنفاق عليه عملا بالاستصحاب، فإذا بان بعد ذلك عودها إلى الطاعه و جب عليه قضاؤها.

ثم إن ظاهر المتن و غيره الاجتزاء في المسأله السابقه و غيرها بناء على اعتبار التمكين بإعلامه و مضى زمان قدر وصوله أو وكيله في وجوب النفقه، من غير فرق بين حصول المانع له من الوصول بنفسه أو وكيله و لو خوف الطريق أو حبس ظالم و عدمه، و لعله لصدق التمكين حينئذ من قبلها: فهي حينئذ كما لو مكنته و قد عرض له نحو هذه العوارض و هو حاضر، فإنه لا ريب في وجوب النفقه لها، لأن المراد به عندهم رفع الموانع من قبلها لا جعل الاستمتاع ممكنا من كل وجه، و هو صادق في الفرض، و استثناء زمان الوصول إنما هو من جهة توقف صدق التمكين منها في حال الغيبه عليه، إذ تمكين كل شىء بحسبه، فمن هذه الجهه حسب عليها مقدار زمان الوصول بخلاف غيره من الموانع التي لا مدخلية لها فيهن، كما هو

واضح، فتأمل جيدا فإنه ربما دق، والله العالم.

و لو ارتدت الزوجه الممكنه سقطت النفقه لخروجها بذلك عن الزوجيه ظاهرا فيتبعها سقوط النفقه حينئذ و لكن لو غاب و أسلمت عادت نفقتها عند إسلامها و إن كان قد انكشف بذلك عدم خروجها عن حكم الزوجيه بالارتداد السابق الذى فرض تعقبه الإسلام بالعهده إلا- أنه لما فوتت عليه التمكين من الاستمتاع بها بسوء اختيارها الارتداد كان ذلك موجبا لسقوط نفقتها على القولين، ضروره كونه بحكم النشوز أو أعظم منه بالنسبه إلى ذلك و إن فارقه عند المصنف و المحكى عن الشيخ بعود النفقه بعودها فى غيبته و إن لم يعلم بذلك، بخلافه فإنه لا تعود حتى يعلم و يمضى زمان وصوله أو وكيله إليها كما عرفت، و ذلك لأن الرده سبب السقوط و قد زالت فيزول المسبب بزوالها، لأن المعلول عدم عند عدم علته، فيبقى حينئذ مقتضى النفقه الذى هو العقد و التمكين بحاله، لأن الفرض عدم خروجها عن قبضته بالارتداد و إن منعه الشارع عن وطئها و الاستمتاع بها. و ليس كذلك الأولى أى الناشزه و قد غاب عنها ناشزه لأنها بالنشوز خرجت عن قبضته فلا تستحق النفقه إلا بعودها إلى قبضته و ذلك لا يكون إلا بعد إعلامه و مضى الزمان المذكور.

و ربما أشكل ذلك بأن الارتداد مانع شرعى من الاستمتاع و قد حدث من جهتها، و متى لم يعلم الزوج بزواله فالواجب عليه الامتناع منها و إن حضر، و لا يكفى مجرد كونها فى قبضته مع عدم العلم بزوال المانع الذى جاء من قبلها فأسقط النفقه، نعم هذا الفرق يتم لو كان المانعان حصلا فى غيبته و لم يعلم بهما فان نشوزها بخروجها من بيته إذا أسقط النفقه لم تعد برجوعها إلى بيته، لخروجها عن قبضته، فلا بد من عودها إليه، و لا يحصل ذلك حال الغيبه، بخلاف ما لو ارتدت ثم رجعت و لما يعلم بهما، فان التسليم حاصل مستصحب، و المانع حصل و زال و هو لا يعلم به، فلم يتحقق من جهته الامتناع منها لأجله بخلاف ما لو علم.

لكن فى المسالك «يمكن الجواب عن ذلك بأن العقد لما اقتضى وجوب النفقه

إما مع التمكين أو بدونه و هو شرط، فالأصل يقتضى وجوبها إلى أن يختل الشرط، و الارتداد لا يحصل معه الإخلال به، لأن التمكين من قبلها حاصل، و إنما كانت الرده مانعا، فإذا زال المانع عمل المقتضى لوجوب النفقه عمله، كما أشرنا إليه، بخلاف النشوز، فان الشرط و السبب قد انتفى، فلا بد للحكم بوجوب النفقه من عوده، و لا يحصل إلا بتسليم جديد، فان قيل: الارتداد لما أسقط وجوبها توقف ثبوتها حينئذ على سبب شرعى جديد و إلا فحكم السقوط مستصحب، قلنا: السبب موجود، و هو العقد السابق المصاحب للتمكين لأنه الفرض، فالرده ما رفعت حكم العقد، و لهذا لو أسلمت عادت إلى الزوجيه بالعقد السابق، فعلى هذا لا يفرق بين علمه بعودها و عدمه».

و لا يخفى عليك ما فيه بعد أن كان وجه الاشكال المزبور عدم كفايه كونها فى قبضته مع عدم العلم بزوال المانع الذى حدث من قبلها و أسقط النفقه، نعم بناء على ما ذكرناه من أن سقوط النفقه بالارتداد باعتبار فوات الزوجيه ظاهرا، و قد انكشف بإسلامها فى العده بقاء السبب الأول بحاله، و إنما سقط نفقه المتخلل باعتبار حصول الحائل من قبلها، فلم يكن ثم حينئذ فوات تمكين كى يحتاج فى عودها إلى عوده بخلاف النشوز الذى هو سبب تام فى فوات التمكين، فاحتاج حينئذ عود النفقه إلى عوده، و لا- يحصل إلا- مع العلم به، إلا- أن ذلك كما ترى لا يتم إلا على القول باعتبار التمكين فى النفقه، أما على القول بكون النشوز مانعا فالمتجه عدم الفرق بينه و بين الارتداد فى وجوب النفقه بمجرد ارتفاعه، لصدق كونها زوجه غير ناشز، و عدم توقف ذلك على علمه، و الفرض كونه السبب فى النفقه لا تمكينها المحتاج إلى العلم بحصوله.

اللهم إلا أن يقال: إن الموجب لها صدق ذلك عنده، و هو لا يكون إلا مع علمه بارتفاع النشوز، و فيه أنه مناف لإطلاق الأدله، و استصحابه نشوزها إنما يفيد عدم الإثم فى المبادره إلى نفقتها، لا سقوطها بعد أن تبين فساده بسبق ارتفاعه،

فلا محيص حينئذ عن القول بوجوبها بارتفاعه و إن لم يعلم به، فهو حينئذ كالرده على هذا القول، بل قد يقال بذلك أيضا على القول الآخر بناء على توقف حصول التمكين على العلم به، ضروره أنه و إن قلنا بأن إسلامها يكشف عن بقاء الزوجيه، السابقه، إلا أنه مع فرض عدم العلم به لا يصدق معه كونها ممكنه، و دعوى عود الزوجيه المصاحبه للتمكين السابق واضحه المنع، على أن التمكين السابق بعد أن تعقبته الرده التي لا يعلم ارتفاعها غير مجد في حصول التمكين الفعلى الذى هو السبب فى وجوب الإنفاق، فتأمل جيدا، فان منه أيضا يظهر لك الحال فى المانعين الحاصلين فى غيبته، و أن المتجه عدم سقوط النفقه بهما معا من غير فرق بين الرده و النشوز، و ذلك لعدم صدق فوات التمكين المفروض استصحابه و مقارنته للواقع و إن تخلل فى أثناءه ما كان يحتاج إلى العلم بارتفاعه فى تحقق التمكين لو كان قد علم به، نعم لا بأس بالقول بسقوط النفقه زمان التخلل، لانتفاء التمكين الذى هو سبب أو شرط فى النفقه، بل هو كالعوض عنها، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا ادعت البائن أنها حامل صرفت النفقه إليها يوما فيوما]

إشاره

المسأله الرابعه:

إذا ادعت المطلقه البائن أنها حامل صرفت النفقه إليها يوما فيوما جوازا أو وجوبا، لأن ابتداءه لا يعلم إلا من قبلها، فلو لم يجب الإنفاق عليها بادعائها لزم الحرج بحسبها عليه من غير إنفاق، مع نهيهم عن كتمان ما خلق الله فى أرحامهن (١) و الأمر بالإنفاق على أولات الأحمال (٢) مع كون المرجع فيه غالبا إلى ادعائهن، و لأن ذلك جمع بين حقها و حقه المنجبر بالرجوع عليها لو تبين عدمه، و العكس ينافيه الإضرار بها مع حاجتها إلى النفقه، أو مطلقا لو قلنا:

إن النفقه للحمل الذى لا تقتضى نفقته باعتبار كونه من الأرحام.

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٢٨.

٢- ٢ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

لكن عن الشيخ في المبسوط تعليق الوجوب على ظهور الحمل، و السرائر على شهاده أربع قوابل، و فى المسالك «لعله أجد، لانقطاع وجوب الإنفاق على الزوجه بالطلاق البائن، و الوجوب معه مشروط بالحمل، كما هو مقتضى قوله تعالى (١) «وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ و الأصل عدمه، و هذا الوصف لا يتحقق بمجرد الدعوى».

و فيه أن محل البحث فى قبول دعواها و عدمه، إذ على فرضه لا تنفع قاعده الشرط و لا غيرها، لكونه حينئذ طريقا شرعيا للحكم بتحقيقه، كما أنه لا وجه للوجوب مع عدمه لما ذكر، و دعوى المقدميه المنافيه لقاعده الشرطيه فى نحو المقام واضحه الفساد، لعدم تحقق الخطاب بذى المقدمه، كوضوح فساد دعوى كون المقام من قاعده كل ما لا يعلم إلا من قبل المدعى، ضروره عدم الفرق بين المدعى و غيره فى عدم معرفه الواقع على وجه اليقين، و فى اشتراكهما فى الطمأنينه بالأمارات الظاهره على وجه يصدق عليها أنها حامل، كما فى غير المقام مما علق عليه حكم للحمل، و الظاهر أن ذلك هو المدار فى وجوب الإنفاق، فإن صادف و إلا استعيد، كما ستعرف.

و كيف كان فان تبين الحمل فذاك و إلا استعيدت النفقه،

لعموم «على اليد» (٢)

و «من أتلف» (٣)

و التسليط الذى وقع منه مقيد بكونه نفقه على حامل لا- مطلقا، و دعوى تنزيل خطاب النفقه على مذنونه الحمل بعدم العلم يدفعها إمكان تنزيلها على الواقع، كما هو مقتضى عنوان كل خطاب، و الظن إنما هو طريق للإلزام بالمبادره، فما فى الرياض- من أن الأظهر عدم الرجوع بالمأخوذ للأصل إلا إذا دلست عليه الحمل فرجع به للغرور- واضح الضعف، ضروره أن الإنفاق خلاف الأصل بعد أن كان النص (٤) الإنفاق على أولات الأحمال، فلما

١- ١ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

٢- ٢ سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥ و كنز العمال ج ٥ ص ٣٢٧ الرقم ٥٧١٣.

٣- ٣ راجع التعليقه من ص ٩١.

٤- ٤ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

ظهر فساد الظن علم الخروج من النص، واستحقاقها بالظن إنما كان استحقاقا مراعى.

و من ذلك يعرف أيضا ما فى المحكى عمن لم يوجب التعجيل من أنه إن عجل بأمر الحاكم استرد، وإلا فإن لم يذكر عند الدفع أنه نفقه معجله لم يسترد، و كان تطوعا، و إن ذكر و شرط الرجوع استرد، و إلا فوجهان، أصحابهما الرجوع نعم هل تطالب الامراه بكفيل لاحتمال ظهور الخلاف؟ وجهان، و فى المسالك لا يخلو أولهما من قوه، للجمع بين الحقين، و فيه أن ثانيهما أقوى بعد فرض وجوب الدفع، لإطلاق الأدله و أصل البراءه، و الله العالم.

و كيف كان فقد عرفت فيما تقدم أنه لا- ينفق على بائن غير المطلقه الحامل للأصل و النصوص (١)السابقه و قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه:

ينفق على البائن الحامل مطلقا لأن النفقه للولد و قد عرفت ضعفه بما لا مزيد عليه، و أن مبناه دعوى وجوبها للمطلقه الحامل لأجل الحمل من حيث كونه ولدا للمتعلق لا لأجلها، فتجب حينئذ حتى للحامل من نكاح فاسد شبهه، و إطلاق الأخبار وجوبها على الحامل (٢)و هى واضحه الفساد، ضروره رجوع الأول إلى القياس المحرم عندنا، إذ الآية (٣)كالصريحه فى الحامل المطلقه و ليس فيها و لا فى غيرها من النصوص إشاره إلى كون النفقه للحمل، و إنما المعلوم منها كونها للحامل و إن كان ذلك بسبب الحمل، بل قد عرفت فيما مضى أنه لا وجه لدعوى كون النفقه للحمل نفسه، و أما الأخبار التى ادعى عمومها فلم نعثر فيها إلا على

خبر محمد بن قيس (٤)عن أبى عبد الله عليه السلام «الحامل أجلها أن تضع حملها، و عليها نفقتها

١-١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب النفقات.

٢-٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب النفقات.

٣-٣ سورة الطلاق: ٦٥- الآية ٦.

٤-٤ الوسائل الباب- ٧- من أبواب النفقات الحديث ٣ عن أبى جعفر عليه السلام كما فى التهذيب ج ٨ ص ١٣٤ و الكافى ج ٦

بالمعروف حتى تضع حملها»

المحتاج إلى جابر و ليس، الممكن بل لعله الظاهر إرادته المطلقه فيه، فلا- وجه للخروج عن الأصل بمثله و مثل تخريج العله المزبوره.

و من ذلك يظهر لك حال ما فى قواعد الفاضل من الإشكال فى نفقه الحامل البائنه بفسخ العيب مثلا بناء على أنها للحامل و الجزم بها بناء على أنها للحمل كما تقدم سابقا، فلاحظ و تأمل.

[فرع على قول الشيخ إذا لاعنها فبانت منه و هى حامل فلا نفقه لها لانتفاء الولد]

فرع على قوله أى الشيخ ره إذا لاعنها لنفى الولد فبانت منه و هى حامل فلا- نفقه لها لانتفاء الولد عنه باللعان، فهى كالحائل بالنسبه اليه على القولين، نعم لو كان لعانها للكدف مع الاعتراف بالولد اتجه بناء نفقتها حينئذ على القولين، فان قلنا: إنها للحمل و جب هنا، لوجوب الإنفاق عليه لولده، و إن قلنا إنها للحامل سقطت، لعدم الدليل على إلحاق البائنه بغير الطلاق به.

و كذا لو طلقها ثم ظهر بها حمل فأنكره و لاعنها فإنها و إن كانت مطلقه إلا أنها صارت كالحائل بالنسبه إليه بعد نفى الولد باللعان. فلا نفقه حينئذ لها على القولين أيضا و لو أكذب نفسه بعد اللعان و استلحقه لزمه الإنفاق بناء على أنه للحمل، لأنه حينئذ من حقوق الولد الذى لحقه بإقراره، فيجب حينئذ النفقه لأمه قبل الوضع، نعم ظاهر المصنف بل هو صريح المسالك عدم وجوب النفقه فيما لو أكذب نفسه بناء على أنها للحامل فى الصورتين، و قد يناقش فيه بأن الثانيه حينئذ مطلقه حامل فالمتجه وجوب النفقه لها على كل حال. اللهم إلا أن يقال: إنها باللعان صارت بائنه بغير الطلاق أيضا، و قد عرفت أنه لا نفقه للبائنه بغيره و إن كانت حاملا، و فيه منع إبطال اللعان صدق

كونها مطلقه حاملا و حينئذ فالمتجه الوجوب لها بل و قضاء ما فات منها، كما أن المتجه عدم وجوب قضاء ما فات بناء على أنها للحمل، لكونها حينئذ من نفقه الأقارب التي لا تقضى.

لكن عن المبسوط أن لها الرجوع بذلك و بما أنفقته عليه بعد الوضع، و لعله لأن النفقه و إن كانت للحمل إلا أنها مصروفة إليها، فهي صاحبه حق بها، فتكون دينا كنفقه الزوج، و لأنه السبب في الحكم حاكم بوجوب النفقه عليها، فيضمن لكونه أقوى من المباشر، بل اللعان من الشهاده التي من حكمها ضمان الشاهد بما يتلف بسبب شهادته لو رجع عنها.

إلا- أن الجميع كما ترى، ضروره عدم كون اللعان من الشهاده و إن أطلقت عليه، و عدم استناد نفقتها على الولد إلى الحكم حاكم بها عليها، هذا كله بناء على أنها للحمل.

أما على القول بأنها للحامل فلا نفقه لها أصلا في صورتين و إن كان قد أكذب نفسه بصيرورتها حينئذ بائنا باللعان الذي هو غير الطلاق، و هو واضح كوضوح جريان الكلام منا هنا على مذاقهم في تفسير كونها للحمل أو للحامل، لا على ما قلناه سابقا، فلاحظ و تأمل.

[المسألة الخامسة نفقه زوجه المملوك تتعلق بكسبه أو رقبته]

المسألة الخامسة قال الشيخ في المحكى من مبسوطه ما حاصله أن نفقه زوجه المملوك المأذون في التزويج تتعلق بكسبه إن كان مكتسبا و برقبته إن لم يكن مكتسبا و يباع منه في كل يوم بقدر ما يجب عليه منها إن أمكن، و إلا يبع كله كما في الجنايه، و وقف ثمنه للإتفاق، و قد انتقل ملك سيده منه إلى آخر.

و قال آخرون تجب النفقه في ذمته يتبع بها بعد العتق و اليسار

و لو قيل تلزم السيد لوقوع العقد باذنه و الإذن فى الشىء إذن فى لوازمه كان حسنا بل هو المحكى عن ابنى حمزه و إدريس، بل و ابن الجنيد، و قد تقدم سابقا الكلام فيه.

و قال الشيخ ره أيضا و لو كان مكاتبا لم تجب عليه نفقه ولده من زوجته، و تلزمه نفقه الولد من أمته التى اشتراها باذن السيد لأنه حينئذ بحكم ماله فتجب عليه نفقته من كسبه كنفقه الحيوان المملوك له، و لا ينعق عليه، لعدم استقرار ملكه عليه بخلاف الولد من الزوجه، فإنه إن كانت حرة كان الولد حرا، و نفقته على أمه حينئذ لكون الأب مملوكا لا يقدر على شىء، و إن كانت أمه و قد اشترط مولاها الانفراد بالرق كان الولد ملكا له، فتجب نفقته عليه، و إلا كان مشتركا بين المولين، فتجب نفقته عليهما دونه، و لكن الانصاف مع ذلك قد يستشكل فى الأول كما فى كشف اللثام بأنه لا- دليل على جواز الإنفاق ثم لزومه على مملوك السيد من ماله بغير إذنه اللهم إلا أن مقتضى الكتابه ذلك، و على كل حال لا نفقه عليه لولده الحر.

نعم لو تحرر منه أى المكاتب شىء كانت نفقته (١١) أى الولد الحر فى ماله بقدر ما تحرر منه (١٢) لأن الرق مانع من الوجوب، فإذا زال بعضه زال بعض المانع و ثبت بعض الممنوع، و إن كان له التصرف فى نصيبه مما يملكه كيف شاء و أمكنه تمام الإنفاق منه، فما عن العامه من الوجه بوجوب تمام النفقه فى غير محله، و أما نفقه زوجه المكاتب فالظاهر أنها باقيه على السيد إلى أن يتحرر أجمع فيكون عليه، أو بعضه فعليه بقدر ما تحرر منه، فما فى المسالك من وجوبها فى كسبه لا دليل عليه.

[المسألة السادسة إذا طلق الحامل رجعيه فادعت أن الطلاق بعد الوضع و أنكر فالقول قولها مع يمينها]

المسألة السادسة:

إذا طلق الحامل التي علم أنها كذلك في زمان من الأزمنة رجعيه فادعت أن الطلاق قد كان بعد الوضع فلها النفقه عليه لكونها حينئذ في العده و أنكر هو ذلك و ادعى أن طلاقها قد كان قبل الوضع فلا نفقه لها لخروجها عن العده به حينئذ فالقول قولها مع يمينها لأصالة تأخره، و أصالة بقائها في العده و بقاء النفقه و لكن يحكم عليه بالبينونه منها و عدم الرجوع له بها تدينا له بإقراره المسموع في حقه دون حق غيره و لها النفقه حينئذ عليه و إن كانت بائنا في حقه و خارجه من العده استصحابا لدوام حكم الزوجيه.

(١١) و لو انعكس الفرض بأن ادعى هو تأخير الطلاق لإرادته إثبات حق الرجعه بها و أنكرت هي ذلك و ادعت أنه قبل الوضع كان القول قوله بيمينه، لما عرفت لكن ليس لها المطالبه بالنفقه، لاعترافها بعدم استحقاقها.

هذا و ظاهر إطلاق المصنف عدم الفرق في الحكم المزبور بين اتفاقهما على تاريخ أحدهما و عدمه، لكن في المسالك «و لو قيل بتخصيص هذا الحكم بما إذا لم يعينا زمانا لأحدهما أما لو اتفقا عليه و اختلفا في تقدم الآخر و تأخره فالقول قول مدعى تأخره مطلقا لأصالة عدم تقدمه و استقرار حال ما اتفقا عليه كان حسنا فلو فرض أن الطلاق وقع يوم الجمعة مثلا و اختلفا في زمان الوضع، و ادعت أنه يوم الخميس في المسألة الأولى و ادعى هو وقوعه يوم السبت مثلا- فالقول قوله، لأصالة عدم تقدم الوضع، و لو انعكست الدعوى بأن ادعت هي تأخره و ادعى هو تقدمه فالقول قولها لما ذكر، و لو اتفقا على وقوع الوضع يوم الجمعة مثلا و اختلفا في تقدم الطلاق و تأخره فالقول قول مدعى التأخير في المسألتين».

و فيه أن مفروض البحث تقدم الطلاق و تأخره، و لا ريب في أن القول قول من

يدعى تأخره، و الوضع و عدمه لا مدخلية له في ذلك، و إنما هو من المقارنات و لازم إحدى الدعويين نعم لو كان الاختلاف بينهما في دعوى تقدم الطلاق على الوضع و تقدم الوضع على الطلاق اتجه ما ذكره حينئذ.

مع أنا نقول أيضا على تقديره فيه ما ذكرناه غير مره من أن أصله تأخر الحادث إنما تقضى تأخره في نفسه لا عن مفروض الدعوى و إلا- كانت من الأصول المثبتة المعارضه بمثلها، إذ الأصل أيضا عدم تأخره عنه، لكونه من الحوادث أيضا فالتحقيق حينئذ عدم الفرق بين العلم بزمان أحدهما و عدمه الذى قد عرفت حكمه، و أنه لا- يحكم فيه بالاقتران الذى هو أيضا من الحوادث، و الأصل عدمه.

و بذلك ظهر قوه إطلاق المصنف و ضعف التقييد المزبور، و أضعف منه ما حكاه هو أيضا قال: «و ربما قيل بأنه مع الاتفاق على أحدهما و الاختلاف في الآخر يقدم قول الزوج في الطلاق مطلقا لأنه من فعله، و قولها في الوضع مطلقا كذلك»^(١) ضروره عدم الدليل على قبول كل ما كان من فعل المدعى و إن كان لا يعسر اطلاع الغير عليه، بل ظاهر الأدله التى

منها «البينه على المدعى»^(٢)

خلافه، كما هو واضح.

[المسألة السابعة إذا كان له على زوجته دين جاز أن يقاصها يوما فيوما إن كانت موسره]

المسألة السابعة:

إذا كان له على زوجته دين و امتنعت عن أدائه جاز له أن يقاصها يوما فيوما إن كانت موسره لإطلاق الأدله فينوى الاستيفاء بما لها عليه في صبيحه كل يوم يوم، و لا- يجوز له ذلك مع عدم امتناعها، لأن التخير في جهات القضاء من أموالها إليها، إلا أن يفرض التهاتر قهرا بأن يكون له عليها مثل النفقه التى تستحقها منه.

١- ١ هكذا في النسخه الأصلية و فى المسالك «لذلك».

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفية الحكم من كتاب القضاء.

و كذا لا يجوز له المقاصه مع إعسارها لأن قضاء الدين فيما يفضل عن القوت و لذا استثنى للمفلس، نعم لو رضيت هي بذلك لم يكن له الامتناع إلا مع المخالفه لجنس الحق أو مع الضرر له بضعفها عن حقه.

بقي شىء، و هو أنه لو فرض مساواه ماله عليها لما تستحقه عليه هل يقع التهاتر قهرا و إن كانت معسره؟ يحتمل ذلك، و استثناء القوت إنما هو فيما لو استوفى لا ما إذا حصل الوفاء قهرا، باعتبار عدم تصور أنه يملك عليه ما يملكه عليه، إذ ليس هو إلا كلى واحد، و حينئذ فلا- ينقدح إشكال فى قوله: «و لو رضيت بذلك» إلى آخره بأن يقال مع اتحاد الجنس يقع التهاتر قهرا، و مع اختلافه له الامتناع حينئذ فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الثامنه نفقه الزوجه مقدمه على الأقارب]

المسأله الثامنه نفقه النفس مقدمه على نفقه الزوجه عند التعارض بلا خلاف و لا إشكال، لأهميه النفس عند الشارع. و الزوجه مقدمه على الأقارب لكونها من المعاوضه، و لذا تجب لها مع غناها و فقرها مع غنى الزوج و فقره، و لو بأن تكون دينا عليه، بخلاف نفقه الأقارب التى هى من المواساه، و لذا لا تقضى و لا تكون دينا مع الإعسار، و حينئذ فما فضل عن قوته صرفه إليها ثم لا- يدفع إلى الأقارب إلا- ما يفضل عن واجب الزوجه ل ما عرفت من أنها نفقه معاوضه و تثبت فى الذمه نعم تقدم نفقه الأقارب على ما فات من نفقه الزوجه الذى قد صار دينا، بخلاف النفقه الحاضره التى هى أعظم من الدين، و لذا قدمت عليه فى المفلس، فما عن بعض الشافعيه- من تقديم نفقه الطفل على الزوجه- فى غير محله، و أضعف منه احتمال تقديم نفقه القريب مطلقا عليها باعتبار كونها من الديون التى تقدم نفقه القريب عليها كما فى المفلس، و ربما أيد بما

روى (١) من «أن رجلا جاء إلى

١-١ سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٦٦ و ليس فيه «أنفقه فى سبيل الله» و انما هو مذكور فى الروايه التى رواها الشيخ قده فى المبسوط

النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: معى دينار فقال: أنفقه على نفسك، فقال: معى آخر، فقال:

أنفقه على ولدك، فقال: معى آخر، فقال: أنفقه على أهلك، فقال: معى آخر، فقال: أنفقه على خادمك، فقال: معى آخر، فقال: أنفقه فى سبيل الله»

فقدم نفقه الولد على الأهل كما قدم نفقه النفس عليه، إلا أن الجميع كما ترى، خصوصا بعد كون الخبر من غير طرفنا و محتملا للإنفاق على وجه التبوع توسعا فى النفقه، كما يومئ إليه ما فى آخره الذى لم يعلم وجوبه، والله العالم.

[القول فى نفقه الأقارب]

إشارة

و أما القول فى نفقه الأقارب فتفصيل البحث و تمام الكلام فيه يكون فىمن ينفق عليه و كيفية الإنفاق و اللواحق.

[الكلام فى من ينفق عليه]

أما الأول ف تجب أى النفقه على الأبوين و الأولاد إجماعا من المسلمين فضلا عن المؤمنين و خصوصا مستفيضه أو متواتره،

قال حريز(١): «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: من الذى أجبر عليه و تلزمنى نفقته؟ فقال: الوالدان و الولد و الزوجه»

و نحوه صحيح الحلبي(٢) لكن مع زياده «و الوارث الصغير، يعنى الأخ و ابن الأخ و غيره»

قال محمد بن مسلم(٣): «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: من يلزم الرجل من قرابته ممن ينفق عليه؟ قال: الوالدان و الولد و الزوجه».

و فى مرسل جميل(٤) عن أحدهما عليهما السلام «لا يجبر الرجل إلا على نفقه الأبوين و الولد، قلت لجميل: فالمرأه؟ قال: روى بعض أصحابنا و هو عن بن ابن مصعب و سوره بن كليب عن أحدهما عليهما السلام أنه إذا كساها ما يوارى عورتها و أطعمها

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب النفقات الحديث ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٩. راجع الفقيه ج ٣ ص ٥٩ الرقم ٢٠٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب النفقات الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٤.

ما يقيم صلبها أقامت معه و إلا طلقها، قال: قلت لجميل: فهل يجبر على نفقه الأخت؟ قال: إن جبر على نفقه الأخت كان ذلك خلاف الرواية»

إلى غير ذلك من النصوص المتفق عليها وجوب نفقه العمودين و الأولاد.

إنما الكلام في وجوب الإنفاق على آباء الأبوين و أمهاتهم ففي النافع تردد من الأصل و عدم دخولهم في إطلاق الوالدين و الأبوين، و من ظهور الأصحاب عليه، بل في كتاب المقدس البغدادي أنه حكى الإجماع عليه فضلا عن إشعار جملة من العبارات به، كما اعترف به في الرياض و غيره، بل لم نعرف المناقشه من أحد منهم سوى المصنف هنا و النافع، مع أنه قال: أشبهه و أظهره الوجوب للظن إن لم يكن القطع بإرادته من علا- منهم من الوالدين و الأبوين هنا و لو بمعونه الاتفاق ظاهرا، مضافا إلى ما يشعر به

الخبر(١)«في الزكاه يعطى منها الأخ و الأخت و العم و العمه و الخال و الخاله، و لا يعطى الجد و الجده»

خصوصا بعد استفاضه النصوص (٢) و انعقاد الإجماع على حرمتها لواجبي النفقه، فليس النهى عن إعطائهما حينئذ إلا لوجوب نفقتهما، بل لا بد من إرادتهما من الأب و الأم حينئذ

في الصحيح (٣)«خمسه لا يعطون من الزكاه شيئا: الأب و الأم و الولد و المملوك و الزوجه، و ذلك لأنهم عياله لازمون له».

و كذا الكلام في أولاد الأولاد و لو البنات منهم و إن نزلوا الذي لم يتردد فيهم المصنف، بل يدل على الإنفاق عليهم مضافا إلى ما سمعت قوله تعالى (٤):

«وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ» هذا كله بعد تسليم عدم انصراف إطلاق الوالدين و الأبوين و الولد لمن علا و إن نزل، و إلا كما أوضحناه

١- ١ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ٣ من كتاب الزكاه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٣ و ١٤- من أبواب المستحقين للزكاه من كتاب الزكاه.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ١ من كتاب الزكاه.

٤- ٤ سورة الإسراء: ١٧- الآية ٣١.

فى كتاب الخمس فلا إشكال حينئذ فى أصل المسأله، و لعل المقام من الشواهد لما ذكرناه هناك أيضا، و الله العالم.

نعم لا إشكال بل و لا خلاف محقق فى أنه لا تجب النفقه على غير العمودين و الأولاد من الأقارب ممن كان على حاشيه النسب كالإخوه و الأعمام و الأخوال و غيرهم بل فى الرياض الإجماع فى الظاهر عليه، للأصل و الحصر فى النصوص (١) السابقه الذى قد سمعت الاعتراف به من جميل و استفاضه النصوص (٢) فى إعطائهم الزكاه المنافى لوجوب الإنفاق عليهم كما عرفت، مؤيده بما عرفت من ظهور الإنفاق عليه.

و ما فى القواعد من حكايه قول بالوجوب على الوارث لم نعرف قائله و إن أسنده شراحه إلى الشيخ، إلا أن المحكى عنه فى المبسوط القطع بخلاف ذلك، بل ظاهره الإجماع، نعم عن الخلاف احتمالاه، و فى محكى المبسوط إسناد الوجوب إلى روايه (٣) حملها على الاستحباب، مع أنه أنكر جملة ممن تأخر عنه - كما قيل - العثور عليها، و إن كان فيه أنه يمكن إرادته الصحيح السابق و إن كان هو أخص من ذلك أو

خبر غياث (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «أتى أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه بيتيم فقال: خذوا بنفقتة أقرب الناس إليه من العشيره ممن يأكل ميراثه»

الذى حملة الشيخ فى محكى الإستبصار على الندب أو على ما إذا لم يكن وارث غيره بحيث إذا مات أحدهما ورث الآخر لا كل وارث، مع أن المحمول عليه أخيرا أيضا لا وجه له و لا دليل عليه، بل هو محجوج بما عرفت، و نحوه ما عن

١- ١ الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات الحديث ٤ - ٩ و الباب - ١١ - منها.

٢- ٢ الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ٣ و الباب - ١٤ و ١٥ - منها.

٣- ٣ المبسوط ج ٦ ص ٣٥ ط الحديث.

٤- ٤ الوسائل الباب - ١١ - من أبواب النفقات الحديث ٤.

سيد المدارك من الميل إلى العمل بمضمون الصحيح (١) السابق المتضمن لوجوب الإنفاق على الوارث الصغير.

ضروره عدم الالتفات إلى أمثال ذلك بعد استقرار الكلمه فى الأعصار المتعدده على عدم الوجوب، و بعد ما سمعت من الأدله المعتضده بما يشعر به

مرسل زكريا المروى (٢) عن الخصال عن أبى عبد الله عليه السلام «من عال ابنتين أو أختين أو عمتين أو خاليتين حجبناه من النار باذن الله»

و بالمروى من تفسير العسكرى عليه السلام (٣) لقوله تعالى (٤) «وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ» من الصدقات و الزكاه و الحقوق اللازمات- إلى أن قال:- و ذوى الأرحام القريبات و الإباء و الأمهات و كالتنفقات المستحبه على من لم يكن فرض عليهم النفقه و سائر القربات»

و بعد معروفه القول المزبور لابن أبى ليلى الذى هو من الذين جعل الله الرشد فى خلافهم، مستدلا عليه بقوله تعالى (٥) «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ» بناء على أن المراد منه و على الوارث للصبي، و فيه أنه خلاف الظاهر، بل المراد به الكنايه عن الصبى الرضيع، أى عليه فى ماله الذى ورثه من أبيه مثل ما كان على أبيه من الإنفاق بالمعروف على أمه، كما أشار إليه فى

المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام (٦) «أنه قضى فى رجل توفى و ترك صبيا و استرضع له أن أجر رضاع الصبى مما يرث من أبيه و أمه»

أو المراد به الباقي، نحو

قوله عليه السلام (٧) «و اجعلهما الوارثين منى»

أى الباقيين فيكون المعنى:

و على الباقي من الأبوين مثل ذلك.

و على كل حال فلا ريب فى عدم ظهور الآيه فيما ذكره، خصوصا بعد ما

١-١ الوسائل الباب- ١- من أبواب النفقات الحديث ٩.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب النفقات الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب النفقات الحديث ٢.

٤-٤ سورة البقره: ٢- الآيه ٣.

٥-٥ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٦-٦ الوسائل الباب -٧١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢-٣.

٧-٧ ورد ذلك في الدعاء المعروف للحسين عليه السلام في يوم عرفه الا أن فيه: «و اجعل سمعى و بصرى الوارثين منى.».

أكثرها فيها من الاحتمالات، بل لم يدعوا وجهها يمكن القول به إلا قال به بعضهم، فعن ابن عباس أن المراد به وارث الأب، و عن الحسن و قتاده و أبي مسلم و القاضي و غيرهم وارث الولد، و هؤلاء اختلفوا، فعن عمر و الحسن و مجاهد و عطاء و سفيان و إبراهيم أنه العصبات دون الأم و إخوه الأم، و عن قتاده و ابن أبي ليلى مطلق وارثه من الرجال و النساء على قدر النصيب من الميراث، و عن أبي حنيفة و أصحابه أنه الوارث ممن كان ذا رحم محرم دون غيرهم من ابن العم و المولى، و عن بعضهم أن المراد بالوارث الباقي من الأبوين، و عن مالك و الشافعي أن المراد به الصبي نفسه الذي هو وارث أبيه المتوفى، على معنى أن أجره رضاعه فيما له الذي ورثه من أبيه إن كان له مال، و إلا أجبرت الأم على رضاعه.

بل اختلفوا في المراد بمثل ذلك، فقليل: إنه النفقة و الكسوة، و قيل ترك الإضرار، و قيل منهما كما عن أكثر أهل العلم، و في

الصافي عن العياشي عن الباقر عليه السلام (١) أنه سئل عنه أى قوله «وَعَلَى الْوَارِثِ» فقال: «النفقة على الوارث مثل ما على الوالد»

و عن الصادق عليه السلام (٢) أنه سئل عنه، فقال: «لا ينبغى للوارث أن يضار المرأة، فيقول: لا أدع ولدها يأتيها و يضار ولدها إن كان عبد لهم عنده شىء فلا ينبغى أن يقتتر عليه»

و في الكافي عنه عليه السلام (٣) فى قوله تعالى: «وَعَلَى الْوَارِثِ» إلى آخره «إنه نهى أن يضار بالصبي أو تضار أمه فى رضاعه، و ليس لها أن تأخذ فى رضاعه فوق حولين كاملين»

إلى غير ذلك مما هو المذكور فى كتب العامه و الخاصه مما يقتضى إجمال الآيه، أو إرادته غير ما نحن فيه، أو ما ذكرناه مما هو موافق لما سمعت من النص و الفتوى، فلا وجه للاستدلال بل لا ينبغى حتى على الاستحباب الذى يتسامح فيه، كما وقع من بعضهم، نعم لا بأس

١-١ الوسائل الباب-١٢- من أبواب النفقات الحديث ٣ عن أحدهما عليهما السلام.

٢-٢ الوسائل الباب-١٢- من أبواب النفقات الحديث ٤.

٣-٣ الوسائل الباب-٧٠- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣ راجع الكافي ج ٦ ص ٤١.

فى حمل الخبر(١)المزبور عليه أى الندب أو التقيه أو طرحه، لقصوره عن المقاومه لما سمعت من وجوه، و الاتفاق على أنه من الشواذ التى أمرنا بالإعراض عنها، و الله العالم.

هذا و لكن تستحب نفقتهم التى هى من صله الرحم الذى قال الله تعالى شأنه فيه (٢)«وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ»

و قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (٣): «لا صدقه و ذو رحم محتاج»

و يتأكد الاستحباب فى الوارث منهم لما عرفته من الخبر(٤)المزبور و غيره، و الله العالم.

[كيفية الإنفاق]

و كيف كان فلا خلاف فى أنه يشترط فى وجوب الإنفاق الفقر فى المنفق عليه، بمعنى عدم وجدانه تمام ما يقوته، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه، للأصل السالم عن معارضه الأدله السابقه بعد انصرافها لغير المفروض.

و إنما الكلام فى أنه هل يشترط مع ذلك العجز عن الاكتساب اللائق بحاله؟ الأظهر عند المصنف بل لعله الأشهر اشتراطه بل لم أعثر فيه على مخالف هنا لأن النفقه معونه على سد الخله، و المكتسب قادر فهو كالغنى (١١) و لذا منع من الزكاه و الكفاره المشروطه بالفقر،

فعن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (٥)«لا حظ فى الصدقه لغنى و لا لقوى مكتسب»

لكن قد يناقش بمنع صدق الغنى عرفا على القادر المعرض عن الاكتساب، بل يصدق عليه أنه محتاج، و لا دليل على أنه

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب النفقات الحديث ٤.

٢- ٢ سورة النساء: ٤- الآية ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب الصدقه الحديث ٤ من كتاب الزكاه راجع الفقيه ج ٢ ص ٣٨- الرقم ١٦٦ و ج ٤ ص ٢٦٧.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب النفقات الحديث ٤.

٥- ٥ المستدرک الباب- ٦- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ٢ من كتاب الزكاه و فيه «لا يحل».

بحكم الغنى شرعا، نعم لو تلبس بالاكتساب الساد لخلته كان غنيا أو بحكمه، و لعل هذا هو المراد من الخبر المزبور، بل يمكن تنزيل كلام الأصحاب أيضا عليه، كما أوضحنا ذلك في باب الزكاه.

و من الغريب ما وقع من بعضهم هنا أن الامراه القادره على التكسب بالتزويج كذلك بحكم الغنى، إذ من الواضح عدم اندراج نحو ذلك في القدره على التكسب الذى هو بحكم الغنى، و أغرب من ذلك ما عن شرح النافع من احتمال اشتراط عدم تمكن القريب من آخذ من الزكاه و نحوها من الحقوق، و الله العالم.

و على كل حال ف لا عبره عندنا كما عن الخلاف بنقصان الخلقه بعمى أو إقعاد و نحوهما و لا بنقصان الحكم بجنون أو صغر مع الفقر و العجز لإطلاق الأدله خلافا لبعض العامه فتجب حينئذ نفقه الصحيح الكامل فى الأحكام إذا كان فقيرا غير مكتسب، كما أنها لا تجب للأعمى و لا للمقعد و غير الكامل مع الغنى بالمال أو بالتكسب، بل صرح بعضهم بعدم وجوبها للطفل مثلا إذا بلغ حدا يستطيع تحصيل نفقته بالتكسب بإذن الولى، و إن كان فيه ما فيه بناء على ما سمعته منا ما لم يتلبس بذلك، كما هو واضح.

و تجب النفقه بلا- خلافاً أجده فيه لمن عرفت من الأصول و الفروع و لو كان فاسقا أو كافرا بلا- خلافاً أجده فيه، بل عن جماعه الإجماع عليه، لإطلاق الأدله و خصوصا فى الوالدين المأمور بمصاحبتهم بالمعروف مع كفرهما(١) لكن قد يناقش بمعارضه ذلك للنهى (٢) عن المواده لمن نصب لله المحاده و لو من وجه، فان مقتضاه التساقط و الرجوع إلى الأصل المنافى للوجوب، و يدفع بأنه لا ريب فى ترجيح الأول بما سمعت من الإجماع المحكى المعتضد بفتوى الأصحاب مع إمكان منع كون ذلك مواده، خصوصا بعد الأمر بالمصاحبه بالمعروف للوالدين الكافرين، فهو حينئذ كالخاص بالنسبه إلى ذلك، و يتم بالنسبه للأولاد،

١- ١ سورة لقمان: ٣١- الآيه ١٥.

٢- ٢ سورة المجادله: ٥٨- الآيه ٢٢.

لعدم القول بالفصل.

و لعله لذا قال في محكى المبسوط «كل سبب يجب به الإنفاق من زوجه و نسب و ملك يمين فانا نوجبها مع اختلاف الدين كما نوجبها مع اتفائه، لأن وجوبها بالقرابه، و تفارق الميراث، لأنه يستحق بالقرابه فى الموالاه و اختلاف الدين يقطع الموالاه» و فى المسالك «أنه أغرب المحقق الشيخ فخر الدين حيث جعل المانع من الإرث كالرق و الكفر و القتل مانعا من وجوب الإنفاق، و ربما نقل عنه أن ذلك إجماعى».

قلت: لعل وجهه وجوب نفقه المملوك على المولى دون القريب، و إسقاط التكليف عن المقتول بالقتل، و النهى عن الموالاه للكافر المنافيه للإنفاق على القرابه الذى منشؤه الموالاه و صله الرحم، و إن كان فى الأخير ما سمعت. و ما يقال - من أن ذلك فى الرق لا- يمنع النفقه على القريب، بل أقصاه أولويه المالك منه باعتبار استيفائه لمنافعه، و إلا تجب على القريب مع فرض إفسار المولى أو تقصيره على وجه لا يمكن جبره عليها أو على بيعه- يمكن منعه بعد تخصيص أدله المقام بما دل على وجوبها على المالك، و فرض إفساره أو تقصيره لا ينافى الإنفاق على العبد برقيته و إن لم يمكن جبره على البيع، بل هو الموافق لقول المصنف و غيره و تسقط أى النفقه إذا كان مملوكا و تجب على المولى بلا- خلاف أجده فيه، بل فى الرياض الإجماع على اشتراط الحريه الموافق للسقوط المفروض فى المتن، إذ المشروط عدم عند شرطه، و ليس هو إلا معنى السقوط المذكور المراد منه عدم خطاب القريب بها أصلا و لو لتحكيم ما دل (١) على كونها على المولى على أدله (٢) المقام بعد القطع بعدم وجوبها عليهما معا، فان مقتضاه حينئذ السقوط لا الخطاب بها مرتبا على حسب ما سمعت، و حينئذ فكلامه فى الرق و القتل تام على معنى سقوط النفقه.

١- ١ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب النفقات و الباب- ١٤- من كتاب العتق.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١ و ١٢- من أبواب النفقات.

أما الكفر فقد يقال بتمامه أيضا في غير محقون الدم كالمرتد عن فطره و الحربى و نحوهما، فإن الإنفاق المنافى للحكم بإزهاق نفسه غير متجه، و أما محقونه فظاهر الأصحاب و الأدله ما سمعت من وجوب الإنفاق، و لكنه غير مناف لما ذكرناه من عدمه في غير المحقون، لكون المراد أن المخالفه في الدين من حيث كونها مخالفه لا- يقتضى سقوط النفقه كالإيرث، لا- أن المراد الوجوب على كل كافر، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال في أنه يشترط في وجوب النفقه على المنفق القدره عليها بعد نفقته و نفقه زوجته التي قد عرفت تقدمها على نفقه القرابه فلو فرض أنه حصل له قدر كفايته خاصه اقتصر على نفسه المقدمه شرعا و عاده على غيرها فان فرض أنه فضل منه شىء فلزوجته كما عرفته سابقا فان فرض أنه فضل (١١) منه شىء فللابوين و الأولاد (١٢) و لا ريب في تحقق القدره بها على التكسب لنفقه نفسه التي يجب عليه دفع الضرر عنها، و يحرم عليه إلقاؤها إلى التهلكه، نعم في كشف اللثام «و يدخل في التكسب السؤال و الاستيهاب إن لم يقدر على غيره- ثم قال:- و يمكن القول بوجوب التكسب بغيره إذا قدر عليه،

لما ورد(١) من التشديد على السؤال، و «أن المؤمن لا يسأل بالكف»

قلت: الظاهر عدم حرمه مطلق السؤال الذى هو بمعنى الاستيهاب، للأصل و السيره و غيرهما، و إنما يحرم منه ما به يحصل هتك العرض الذى يجب على الإنسان حفظه كالنفس و المال، بل هو أعظم من الأخير منهما، و إن كان قد يجب مقدمه لحفظ النفس مع فرض الانحصار فيه، فاحتمال وجوب التكسب بغيره مع التمكن في غير محله.

و كذا يجب عليه التكسب لنفقه زوجته لوجوبها عليه معاوضه، و لوجوب الإنفاق عليها اتفاقا، مع أن الغالب في الناس التكسب، و الأصل في الواجب الإطلاق فما عن بعض العامه- من عدم وجوبه لها، لأنها كالدين- واضح الضعف، نعم

الظاهر عدم وجه عليه بالسؤال الهاتك للعرض مع فرض الانحصار فيه، بل لا يبعد عدم وجوبه بالاستيهاب، لما فيه من المشقه التي يسقط مثل هذا التكليف معها، بل لعل قبول الهبه من ذلك فضلا عن الاستيهاب، لما فيها من المنه.

و أما نفقه الأقارب ففي أصل وجوب التكسب لها إشكال من إطلاق الأمر بإعطاء الأجر (١) للرضاع، و هو نفقه المولود، و إطلاق أخبار الإنفاق (٢) و أن القادر على التكسب غنى في الشرع، و قد اتفقوا على وجوبها على الغنى، و نحو

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (٣): «ملعون من ضيع من يعول به»

و قول الصادق عليه السلام (٤) «إذا أعسر أحدكم فليضرب في الأرض، يبتغي من فضل الله و لا يغم نفسه و أهله»

و هو المحكى عن التحرير و المبسوط، و من الاقتصار فيما خالف أصاله البراءه و غيرها على محل اليقين، و هو الوجوب بشرط الغنى و أن النفقه عليهم مواساه و لا مواساه على الفقير، و قوله تعالى (٥) «لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» و لم يقل فليكتسب و إن كان قد يقال أنه لبيان قدر النفقه و كيفية الإنفاق لا- الوجوب مع أنه إدخال القادر على الاكتساب في كل من ذى السعه و خلافه، و على كل حال فالأقوى الأول، و للعامه قول بالفرق بين الولد و غيره، فيجب الاكتساب للولد لأنها من تتمه الاستمتاع بالزوجه، و لأن الولد بعضه، فكما يجب الاكتساب لنفسه فكذا لبعضه، و ضعفه واضح.

هذا و فى القواعد «أنه يباع عبده و عقاره فيه» أى الإنفاق على القريب، و لعله

١-١ الوسائل الباب- ٧١- من أبواب أحكام الأولاد.

٢-٢ الوسائل الباب- ١١ و ١٢- من أبواب النفقات.

٣-٣ الوسائل الباب- ٢١- من أبواب النفقات الحديث ٥.

٤-٤ راجع الوسائل الباب- ٤- من أبواب مقدمات التجاره الحديث ١٢ و المستدرك الباب- ١- منها الحديث ٣ و الباب- ٣-

منها الحديث ٢.

٥-٥ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٧.

لإطلاق الأدله و عدم الاستثناء، و فيه أنه يمكن أن يكون ذلك اتكالا على ما ذكره من تقديم نفقه النفس التي منها داره و عبده و نحوهما مما استثنى في الدين، نعم يتجه بيع ما لا يرجع إلى ذلك منها، كما أنه يتجه استثناء نحو ذلك للمنفق عليه، فلا يكفى في سقوط النفقه عن من هي عله وجود نحو ذلك عند من وجبت النفقه له، ضروره أنها من جمله النفقه التي يستغنى بها عن المنفق.

هذا و لا إشكال في أنه لا تقدير في النفقه كما لا خلاف أجده فيه هنا، بل عن جماعه الإجماع عليه، للأصل و إطلاق الأدله بل الواجب قدر الكفايه من الإطعام و الكسوه و المسكن و ما يحتاج إليه من زياده الكسوه في الشتاء للتدثر يقظه و نوما و غير ذلك مما يحتاج إليه مما جرت العاده بإنفاقه مع اعتبار اللائق بحاله في الجميع نحو ما سمعته سابقا في نفقه الزوجه و إن فرق بينهما بكون المدار هنا على الحاجه، فلو فرض استغناؤه بضيافه و نحوها لم تجب له نفقه بخلاف الزوجه، و بأنه هنا إمتاع بلا خلاف أجده فيه دونه في الزوجه التي قد عرفت اعتبار الملك في المأكل و نحوه من نفقتها، و في الملبوس و نحوه البحث السابق.

لكن قد يناقش بأن مقتضى صحيح شهاب (١) المتقدم الذي هو العمده في اعتبار الملك هناك عدم الفرق بين الزوجه و غيرها في ملك الطعام منها، ل

قوله عليه السلام: «و ليقدر لكل إنسان منهم قوته، إن شاء و هبه و إن شاء تصدق به»

و لا ينافى ذلك كون النفقه هنا للمواساه و الرحم باعتبار سد الخله الذي لا يتوقف على الملك، بل ليس له المطالبه به مع فرض الاستغناء عنه و لو بضيافه و نحوها، بخلافه في الزوجه التي لها ادخار نفقتها و المطالبه بها و إن كانت غير محتاجه إليها، لكونها من قبيل المعاوضه، ضروره اقتضاء ذلك و نحوه عدم الملك عليه على وجه يكون كالدين له، لا أنه لا يكون ملكا له بعد أن قبضه مستحقا لقبضه له باعتبار حاجته إليه، فله حينئذ التقتير على نفسه و هبته و الصدقه به.

بل قد يقال له ذلك لو فرض استغناؤه عنه بعد قبضه له و لو ببذل أحد له ما يقوم

مقامه، بل لو قلنا بعدم جواز التصرف له فيه بغير الأكل أمكن دعوى كونه ملكا له أيضا، لكنه على الوجه المخصوص، باعتبار كونه مدفوعا إليه بعنوان الإنفاق على نفسه، و الملك على وجه خاص غير عزيز في الشرع، وقد تقدم نظيره في كتاب الزكاه التي تدفع للفقير على وجه خاص، و ربما يؤيد ذلك إن كان القطع بالاجتزاء عن تكليف النفقه بالدفع إليه كما جزم به في القواعد فقال: «و لو أعطاه النفقه فهلك في يده لم يستحق ثانيا» بل لعل ذلك كذلك و إن قصر هو و أتلفه في غيرها، و لا يجب على المنفق البذل جديدا، و لو كان إمتاعا لكان المتجه ذلك، و إن اشتغلت ذمته بمثله له أو قيمته يؤديه له عند اليسار، نحو ما سمعته في نفقه الزوجه الامتاعيه، و التزامه كما هو ظاهر بعض و صريح آخر بعيد عن مذاق الفقه، نعم قد يقال به و لو قلنا بكونه إمتاعا لقاعده الاجتزاء.

و على كل حال فقد ظهر لك أنه إن لم يكن إجماعا أمكن القول بالملك في خصوص القوت، بل و غيره مما يتوقف الانتفاع على إتلاف عينه بناء على أن ذلك هو المدرك في الملك لذلك.

و لا يجب إعفاف من تجب النفقه له ولدا كان أو والدا بتزويج أو إعطاء مهر أو تمليك أمه أو نحو ذلك مما يناسب حاله في الإعفاف، بلا خلاف معتد به أجده فيه، للأصل السالم عن معارضه إطلاق النفقه في الأدله السابقه بعد القطع أو الظن بعدم إرادته ما يشمل ذلك من النفقه المزبوره المراد منها ما هو المتعارف في الإنفاق من سد العوره و ستر العوره و ما يتبعهما، و المصاحبه بالمعروف المأمور بها في الوالدين (١) إنما يراد بها المتعارف من المعروف، و ليس هو إلا- ما ذكرنا، لا- أقل من الشك في ذلك، و الأصل البراءه، فما عن بعض العامه- و جوب إعفاف الأب مع الإعسار و نقصان الخلقه و الأحكام أو مع الإعسار فقط لكونه من المصاحبه بالمعروف، بل في المسالك حكايته عن بعض الأصحاب لذلك، و لأنه من وجوه حاجاته المهمه فيجب على الابن القيام به- واضح الضعف، و لو كان قادرا على التزويج مالكا للمهر لم يجب

على القولين و إن وجبت نفقته بعد ذلك، و فى المسالك «و يشترط حاجته إلى النكاح و يقبل قوله فى الرغبة من غير يمين، لكن لا- يحل له طلبه حيث نقول بوجوبه إلا إذا صادفت شهوته و شق عليه الصبر» و فيه أنه يمكن دعوى عدم اعتبار ذلك بناء على أنه من النفقة التى يكفى فيها تعارف ذلك بالنسبة إليه كغيره من أفراد الإنفاق، و لا مدخله للشهوه و نحوها فيه، بل قد يقال: إن محل البحث بين الأصحاب و جوبه من حيث كونه إعفافا باعتبار أنه من النفقة عرفا، أما مع فرض الاحتياج إليه لشده شق أو أذيه فى مزاج أو نحو ذلك فهو خارج عن البحث و إن كان مندرجا حينئذ فى البحث عما يتفق الاحتياج إليه من دواء و نحوه مما لم يكن من النفقة المعتادة، و فيه وجهان تقدما فى الزوجه المأمور بمعاشرتها بالمعروف (١) أيضا كالمصاحبه للوالدين، و إن كان قد صرح بعضهم هناك بعدم وجوب الدواء و أجره الفصد و نحو ذلك لها، إلا أنه تقدم لك أيضا الكلام فى ذلك، فراجع و تأمل، فإن كثيرا من أحكام النفقة هنا يمكن استنباطه من حكم النفقة هناك، ضروره أولويه تلك منها، و لذا تقدم عليها عند التعارض و تكون دينا كما عرفت.

و كيف كان فقد عرفت أنه يجب على الولد أن ينفق على أبيه مع الشرط فى المنفق و المنفق عليه، و فى بعض نسخ المتن «و على زوجه أبيه على تردد» و لم أجده لأحد من أصحابنا، بل فى كشف اللثام حكايته للعامه و جهها، و فى آخر وجوبه لزوجه كل قريب، و فى ثالث لزوجه الابن أيضا، لكن فى المسالك «و نفقه الزوجه تابعه للإعفاف، فان وجب وجبت و إلا استجبت، و كذا القول فى نفقه زوجه الأب التى يتزوجها بغير واسطه الابن و أوجب الشيخ فى المبسوط نفقه زوجته و إن لم يجب إعفافه، لأنها من جمله مؤنته و ضرورته، كنفقه خادمه الذى يحتاج إليه».

قلت: قد يقال: إن محل البحث فى وجوبها للزوجه من حيث وجوبها على الأب و التحقيق حينئذ عدم وجوبها عليه، ضروره اختصاص الأدله فى وجوب نفقته لا أداء ما عليه من كفاره أو قضاء دين أو أورش جنايه أو حق زوجه أو نحوه مما يمكن

أن يكون ديناً عليه للميسره، و دعوى اندراج نفقتها فى نفقته الواجبه على المنفق واضح المنع، لا- أقل من الشك، و الأصل البراءه، و قياسها على نفقه الخادم و الدابه التى هى من تتمه نفقه الإخدام و المركب الواجب عليه نحو ما سمعته فى الزوجه محرم عندنا، و لو فرض حاجته إلى الزوجه التى لا بد من بذل نفقه لها و كانت عنده أو قلنا بوجود ذلك على المنفق أمكن أن يقال: إنها واجبه من هذه الجهه، لا أنها واجبه من حيث كونها نفقه زوجه على وجه يجرى فيها البحث السابق فى ملك ما يملك منها و امتناع غيره و القضاء و نحو ذلك، فتأمل جيداً. و مما ذكرنا ظهر لك وجه التردد فى كلام المصنف.

كما أنه ظهر لك الوجه أيضاً فى إعفاف الولد و النفقه على زوجته و إن كان الذى فى بعض نسخ المتن «النفقه على زوجه الأب».

و على كل حال فالنفقه على الأب دون أولاده الصغار و إن وجبت نفقتهم على الأب لو كان موسراً لأنهم إخوه المنفق الذى قد عرفت عدم وجوب نفقه حواشى النسب عليه و لكن ينفق على ولده و أولاده لأنهم أولاد حقيقه أو فى خصوص الإنفاق، لما سمعته من الأدله السابقه.

و لا تقضى نفقه الأقارب بلا خلاف أجده فيه، بل ظاهر بعضهم الإجماع عليه لأنها مواساه لسد الخله الذى لا يمكن تداركه بعد فواته و إن كان عن تقصير و حينئذ ف لا تستقر فى الذمه بمضى يوم مثلاً و لو قدرها الحاكم خلافاً لبعض العامه.

نعم لو أمره أى الحاكم المنفق عليه بالاستدانه عليه (١١) أى المنفق لغيبته أو لمدافعته أو نحو ذلك فاستدان وجب (١٢) عليه القضاء (١٣) تنزيلاً- لأمر الحاكم منزله أمره، لكونه ولياً بالنسبه إلى ذلك، فلو استدان حينئذ من غير إذن الحاكم مع إمكانه لم يجب عليه لما عرفت، و لو فرض تعذر الحاكم قام مقامه عدول المسلمين، و مع تعذرهم أمكن الاجتزاء حينئذ بنيتة، بل فى كشف اللثام

«تتجه الاستدانه عليه مع التعذر دفعا للحرص، و للعامه قول بوجود الاشهاد على استدانه إن تعذر الحاكم».

قلت: قد يشكل ذلك بعدم ثبوت ولايه لغير الحاكم أو عدول المسلمين على وجه يمضى عليه مثل ذلك، نعم قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء في كل حق مالى لا دمي، و دعوى كون الحق هنا خصوص السد الذى لا يمكن تداركه واضحه المنع بعد إطلاق الأدله المزبوره، و حرمة العله المستنبطه عندنا، على أنه لو سلم فهو مخصوص بما إذا كان الفات السد لضيافه أو تقتير أو نحوهما، أما إذا كان قد فات بقرض و نحوه فان تداركه ممكن بدفع عوض ما حصل بالسد فالعمده حينئذ الإجماع و هو مع فرض تماميته فى غير المفروض، فتأمل.

[تشمّل اللواحق على مسائل]

إشاره

و كيف كان ف تشتمل اللواحق للبحث فى القول المزبور على مسائل:

[المسأله الأولى تجب نفقه الولد على أبيه]

الأولى فى ترتيب المنفقين: تجب نفقه الولد ذكرا كان أو غيره على أبيه بلا خلاف و لا إشكال و إن كان معه أم موسره، لقوله تعالى (١) «فَإِنْ أَرْضَ عَنْ لَكُمْ» و أصله الأب المستفاده من قوله تعالى (٢) «وَ إِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنَى آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ» و ترك الاستفصال فى حديث هند زوجه أبى سفيان (٣) و للإجماع على عدم وجوب الإرضاع على الأم، و لظاهر النصوص (٤) المزبوره التى لا يتعدى فيها إلى الأم، بل مطلق الأنثى إلا بقاعده الاشتراك المفقود هنا بالإجماع

١- ١ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

٢- ٢ سورة الأعراف: ٧- الآيه ١٧٢.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٧ ص ٤٧٧.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١١- من أبواب النفقات.

و غيره نعم مع عدمه أى الأيب أو فقره فعلى أب الأب الذى هو أب كما عرفت دون الأم، خلافا لما عن بعض العامه، فعلى الأم الثلث و على الجد الثلثان، فان فقد الجد أو كان معسرا فعلى أب الجد و هكذا، و إن علا لأنه أب حقيقه أو فى خصوص النفقه، و الترتيب باعتبار آيه أولى الأرحام (١) و ل

قول أمير المؤمنين عليه السلام فى الخبر السابق (٢): «خذوا بنفقته أقرب الناس منه فى العشيره كما يأكل ميراثه».

و لو عدمت الإباء أو كانوا أجمع معسرين و لم يكن له ثم ولد و لو أنثى و كان معسرا أيضا فعلى أم الولد التى هى أقرب الناس إليه حينئذ، و مشاركته للرجل فى وجوب النفقه على الولد المعسر بقاعده الاشتراك فى الحكم.

و مع عدمها أو فقرها فعلى أبيها و أمها و إن علوا الأقرب فالأقرب لنحو ما سمعته فى الإباء و إن كان الأقرب أنثى و الأبعد ذكرا، بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل عن جماعه الإجماع عليه.

و مع التساوى يشتركون بالسويه فى الإنفاق و إن اختلفوا فى الذكوره و الأنوثة، للإجماع بحسب الظاهر، أو لدعوى انسياق ذلك من خطاب النفقه مع فرض تعدد عنوان أفراد المنفق أو لغير ذلك، و لولاه لأمكن القول بالوجوب كفايه، أو يكون التخيير بيد المنفق عليه، نحو رجوع المالك على ذوى الأيدى أو بالقرعه لتعين من ينفق منهم، و ذلك لاقتضاء الخطاب تكليف كل واحد منهم بتمام النفقه لا النصف أو الثلث مع التعدد، فتأمل و إن كان لا مناص عنه بعد ما عرفت.

فعلى أبوى الأم حينئذ النفقه بالسويه بخلاف جد الأم و أمها فإن النفقه على أمها، و كذا جدتها مع أبيها، فإنها على أبيها، و هكذا. نعم لو كان معها أم أب شاركتهم للتساوى فى الدرجه، أما لو كان أبو الأب معهم فإن النفقه عليه و إن علا، لأنه أب و متقرب

١- ١ سورة الأنفال: ٨- الآيه ٧٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب النفقات الحديث ٤.

بالأب، فلا يضر مساواته في الدرجة لهم، (و بالجمله) فالتساوى في الدرجة إنما يوجب الاشتراك في الإنفاق في الأقرباء من الأم و لو من جهة الأب، لا فيهم مع الأقرباء من الأب و جدهم فإن أبا الأب و أمه إذا اجتمعا كانت النفقه على أبي الأب، و في شرح المقدس البغدادي بعد نفى الخلاف عن ذلك كله قال: «نعم يبقى حكم أبي أم الأب، فلم يتعرضوا له، فيبقى على أصل البراءة».

قلت: قال في المسالك: «قد ذكر الشيخ وغيره من الأصحاب أن حكم آباء أم الأئب و أمهاتها و إن علوا حكم آباء الأم و أمهاتها، فيشتركون بالسويه مع التساوى في الدرجة، و يختص الأقرب منهم بها مع عدم التساوى» و في محكى المبسوط «أنه متى اجتمع اثنان ينفق كل واحد منهما على الآخر إذا انفرد لم يخل من ثلاثه أحوال: إما أن يكونا من قبل الأب أو من قبل الأم أو منهما، فإن كانا من قبل الأب نظرت فإن اشتركا في التعصيب فلا يكونان على درجه، و لا بد أن يكون أحدهما أقرب، و الأقرب أولى، و إن تساويا في القرب و انفرد أحدهما في التعصيب مثل أم أب و أبي أب فالتعصبه أولى، فإن كان الذى له العصبه أبعدهما فهو أولى عندهم، و لو بعد بمأه درجه، و عندنا أن الأقرب أولى، و إن لم يكن لأحدهما تعصيب و لا يدلى بعصبه فإن كانا على درجه واحده فهما سواء، و إن كان أحدهما أقرب فالأقرب أولى بلا خلاف، و إن لم يكن أحدهما عصبه لكن أحدهما يدلى بعصبه مثل أم أم أب و أم أبي أب فهما سواء عندنا، و قال بعضهم:

من يدلى بعصبه أولى، فإن كانا من قبل الأم معا نظرت فإن كانا على درجه فهما سواء، و إن كان أحدهما أقرب فالأقرب أولى، سواء كانا ذكرا أو أنثيين أو ذكرا و أنثى، لأن الكل من ذوى الأرحام، و إن كانا من الشقين معا فإن كان أحدهما عصبه فهو أولى عندهم، و إن تعدد عندنا هما سواء، و الأقرب أولى، و إن لم يكن أحدهما عصبه و لا يدلى بعصبه فإن كانا على درجه فهما سواء، و إن كان أحدهما أقرب فالأقرب أولى، مثل أم أم و أم أم أب، فإن كان أحدهما يدلى بعصبه فإن كانا على درجه واحده مثل أم أم و أم أب فهما سواء عندنا، و قال

بعضهم: أم الأب أولى، و إن اختلفا في الدرجة فالأقرب أولى، مثل أم و أم أب أو أم أم و أم أبي أب فالأقرب أولى» و إن كان هو أيضا كما ترى، و ذلك لأن ما ذكره في القسم الأول من أولويه الأقرب و إن كان الأبعد عصبه مخالفا لما سمعته من أن أبا الأب و إن علا أولى من أم الأب، و ما ذكره في القسم الثالث من أنه إن كان أحدهما عصبه فهما سواء عندنا يخالف ما سمعته أيضا من أن أبا الأب أولى من أم الأم، بل و لما قطع به نفسه من أن أبا الأب و إن علا أولى بالإنفاق من الأم.

و على كل حال فلا ريب في أن ما ذكرناه أولى، و هو أن الأبوه و إن علت مقدمه في الإنفاق لكنها مترتبة على الأم و إن قربت، ثم الأم بلا- واسطه، ثم من تقرب بها من أبويها و أبوي أم الأب يشتركون بها مع التساوى في الدرجة، و يختص الأقرب منهم فالأقرب مع الاختلاف فيها، فإنه المستفاد من الفتاوى و آيه أولى الأرحام (١) و الخبر (٢) المزبور و غير ذلك، و اقتصر بعضهم على أم الأب إنما هو في مقام بيان الدرجة بعد انتفاء الأم، و ليس بها حينئذ إلا أمها و أباه و أم الأب لأن أبا الأب داخل في الأبوه التي قد علمت تقدمها على الأمومه، و في الدرجة الثانية أبو أم الأب و أمها و أبو أم الأم و أمها و أبو أبيها و أمه و هكذا.

نعم هذا كله إذا لم يكن له ولد و إلا كان شريكا بالسويه للأب في النفقه و تختص به مع عدم الأب،

فعنه صلى الله عليه و آله و سلم (٣) «إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه و أن ولده من كسبه»

و عنه صلى الله عليه و آله و سلم (٤) «إن أولادكم هبه من الله لكم، يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْ شَاءَ إِنْ شَاءَ لِمَنْ يَشَاءُ الدُّكُورَ، و أموالهم لكم إذا احتجتم إليها»

بل مرتبه البنوه

١- ١ سورة الأنفال: ٨- الآيه ٧٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب النفقات الحديث ٤.

٣- ٣ سنن البيهقي ج ٧ ص ٤٧٩ و ٤٨٠.

٤- ٤ سنن البيهقي ج ٧ ص ٤٨٠.

بالنسبه إلى ذلك كالأبوه، و حيثئذ فالأب يختص بها مع عدم الولد و إن كان له ولد ولد، لكونه الوالد حقيقه، نعم يشترك ولد الولد مع الجد، فهم بالنسبه إلى ذلك كالتبقة الواحده، الأقرب منهم أيضا بدرجه أولى من الأبعد، و يشتركون فيها مع التساوى، و لكن هي مقدمه على الأمومه، فلو كان له ابن و أم فالنفقة على الابن دونها، بل و كذا البنت، لكن ستسمع التردد فيها من بعضهم، بل ذكر غير واحد أن فى اشتراك الأم و الولد الموسرين فى نفقه الولد المعسر و اختصاص الولد بها وجهين، من اتحاد الرتبة و كون الولد مقدا على الجد المقدم عليها و إن كان الأقوى الأخير منهما.

و على كل حال فقد تلخص من جميع ذلك أنه لو كان له أب وجد فالنفقة على أبيه الذى هو الوالد و المولود له و الأقرب، دون جده، و لو كان له أم و جده من قبل الأب أو الأم فالنفقة على الأم التى هى أحد الوالدين، دون الجده، و لو كان له أم و جد لأب فالنفقة عليه، دون الأم، لما عرفت من أن الأبوه هى الأصل.

و لو كان له أولاد موسرون تشاركوا فى الإنفاق و قدر النفقه إن كانوا ذكورا أو إناثا، لاشتراك العله من غير رجحان، و لو كانوا ذكورا و إناثا فى القواعد و كشف اللثام احتمال التشريك، للتساوى فى الولاده و الكون من كسبه، إما بالسويه لانتفاء المرجح أو على نسبه الميراث، لقوله تعالى (١) «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ» و ل

قول أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه (٢): «خذوا بنفقته أقرب الناس إليه فى العشيره كما يأكل ميراثه»

و احتمال اختصاص الذكور، لأنهم لما كانوا أكثر ميراثا كانوا أقرب، بل قد يؤيد أن على الأب الإنفاق دون الأم إذا اجتمعا، و أن

١- ١ سورة البقره: ٢- الآيه ٢٣٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب النفقات الحديث ٤.

«الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ»^(١)و أنهم أقدر منهن على الكسب، بل لعل الأصل فى الإنفاق الرجال، إلا أن الجميع كما ترى لا يصلح الخروج به عما دل على النفقة على الولد الشامل للذكر و الأئى المقتضى للاشتراك بالسويه مع التعدد.

و لو كان له ابن موسر فعلا- و الأخر مكتسب فهما سواء للإطلاق، لكن فى القواعد على إشكال، و هو فى غير محله مع فرض كون الكسب كاليسار فعلا.

و لو كان له بنت و ابن ابن فالنفقة على البنت التى هى أقرب، لكونه والدها.

و لو كان له أم و بنت فى القواعد احتمال التشريك أى إما بالسويه أو على نسبة الميراث، و اختصاص البنت بالنفقة، قلت: و هو الأقوى، لأنه من كسبه، و لوجود ما يدل على عدم الوجوب على الأم من الكتاب ^(٢)و السنه ^(٣)بخلاف البنت المأموره بالمصاحبه بالمعروف التى هى أقرب و أكثر ميراثا.

و لو كان له أب و ولد ولد فالنفقة على الأب، و لو كان له جد و ولد ولد له اشتركا فيها على حسب ما عرفت، و الله العالم.

[المسأله الثانيه فى ترتيب المنفق عليه]

المسأله الثانيه فى ترتيب المنفق عليه، و قد عرفت فيما تقدم أن النفس أولى، و لكن هل يدخل فى النفس نفقه المملوك المحتاج إليه و الدابه المحتاج إليها، فتقدم حينئذ على نفقه الزوجه فضلا عن الأقارب؟ وجهان، لا يخلو أولهما من قوه، ثم الزوجه ثم الأقارب، فإن فضل عنده ما يكفى الجميع و جب من غير فرق بين الإباء و إن علوا من جهه الأب أو من جهه الأم و بين الأولاد و إن نزلوا ذكورا أو إناثا أو أولاد ذكور أو إناث مع فرض تحقق الشرط، و هو يساره و حاجتهم و لو لعدم

١- ١ سورة النساء: ٤- الآيه ٣٣.

٢- ٢ سورة الطلاق: ٦٥- الآيه ٦.

٣- ٣ الوسائل الباب - ٧١- من أبواب النفقات الحديث ١.

ما ينفق عليهم ممن هو أولى بالوجوب منه، نعم هم مترتبون مع فرض القصور، فالأبوان و

الأولاد المتساوون في الدرجة مقدمون على غيرهم، فان فضل فللأجداد و أولاد الأولاد، و هكذا يتساوون الواقعون في درجه قريبه أو بعيدة في النفقه، فإذا فضل عن الأدنى درجه ارتقى إلى الأبعد، و إن لم يفضل اقتصر على الأدنى.

ف إذا كان له أبوان و فضل له ما يكفي أحدهما كانا فيه سواء مع فرض انتفاعهما به و كذا لو كان ابنا و أبا لما عرفت من أنهم مستوون في الدرجة و وجوب الإنفاق عليهم من حيث الوالديه و الوالديه متحد، نعم لو كان أبا و جدا أو أما و جده مثلا خص به الأقرب الذى هو أولى بالمعروف، و لو فرض عدم الانتفاع فى الفاضل لأحد من كان فى الدرجة مع شركه غيره فالوجه القرعه، لأن النفقه عليهم إنما هي لسد الخله، فإذا لم ينسد خله الجميع لزمه الإنفاق على من تنسد به خلته واحدا أو أكثر، و لا يمكن الترجيح إلا بالقرعه، و ليست كالدين الذى يقتسمه الديانه و إن لم ينتفع أحد منهم بما يأخذه، لكن عن المبسوط و السرائر احتمال القسمة للاشتراك فى الاستحقاق، و اختصاص القرعه بما ينحصر المستحق فيه فى واحد و لم يتعين، و يندفع بما عرفت، نعم قد يقال بالتخير له فى اختصاص من شاء إلا أن القرعه أعدل، بل لو لا عدم ظهور المخالف فى الاشتراك مع الانتفاع الذى لم يحصل به سد الخله لأمكن القول بالقرعه فيه أيضا لأنه هو المكلف به المنفق، و الفرض عدم تمكنه إلا من واحد.

على كل حال فإن أقرع و فضل من الغذاء شىء أقرع بين من عدا الأول الذى اندفعت ضرورته الان منهم بخلاف غيره، و فى القواعد احتمالها بين الجميع، باعتبار عدم اندفاع ضروره من خرجت القرعه له أو لا فى بقيه يومه، فيبقى حينئذ استحقاقه معهم، إلا أنه كما ترى.

و الظاهر عدم اعتبار شده الحاجه لصغر أو غيره فى ترجيح أحد المتساوين

فى الدرجه و إن احتمله فى القواعد، لكنه لا- دليل عليه، فان أقصى ما يستفاد من آيه أولى الأرحام (١) و غيرها تقديم الأقرب فالأقرب، فلو كان له أب و جد معسران قدم الأب على الجد، ثم الجد على أبيه و هكذا. نعم يتساوى الأجداد من الأب مع الأجداد من الأم مع التساوى فى الدرجه، لتساوى درجه الأبوين، و ولد الولد و إن نزل مع الجد و إن علا يتشارك مع التساوى فى النسبه إلى المنفق للتساوى فى الدرجه و إن لم يرث الجد مع ولد الولد، و الذكور و الإناث من الأولاد يتشاركون بالسويه و إن اختلفوا فى الميراث، لانتفاء الدليل هنا على الاختلاف، كما يحكم بالتشارك بالسويه فى الأبوين و فى الأجداد.

بقى شىء، و هو أن ظاهر الأصحاب وجوب النفقه على القريب مع الشرط، و هو على إطلاقه مشكل، إذ قد يمنع فى ذات الزوج المعسر مثلا حتى لو كانت اما أو بنتا، و إلا لكان الواجب لها نفقتين إحداهما دين على زوجها و الأخرى على قريبها، و المفهوم من الأدله أن لا واجب إلا

نفقه واحده، نعم لو فرض سقوط خطابه بها بالإعسار كما فى نفقه القريب اتجه حينئذ خطاب البعيد بها، فتأمل جيدا، و الله العالم. و كيف كان فمما قدمناه سابقا فى ترتيب المنفق ظهر لك الوجه فى:

[المسأله الثالثه لو كان له أب و جد موسران فنفته على أبيه دون جده]

المسأله الثالثه و هى لو كان له أب و جد موسران فنفته على أبيه دون جده، و لو كان له ابن و أب موسران كانت نفقته عليهما بالسويه فلاحظ و تأمل، و لو كان الأقرب مثلا معسرا و الأبعد موسرا فدفعت النفقه ثم أيسر الأقرب كانت النفقه على الأقرب، و لكن لا رجوع للأبعد بها عليه، نعم لو فرض يساره مع وجود عينها بيد المنفق عليه أمكن الرجوع بها، لأنها إمتاع بيده، و الخطاب قد توجه إلى الأقرب بيساره، و لو كان له ولدان

و لم يقدر إلا على نفقه أحدهما و له أب موسر قيل وجب على الأب نفقه الآخر، فإن اختلفا فى قدر النفقه و كان مال الأب يسع أحدهما بعينه كالأقل نفقه اختص به، و وجبت نفقه الآخر على جده، و إن تساويا فى النفقه و اتفقا على الشركه أو على أن يختص كل واحد منهما بواحد فذلك، و إلا رجعا إلى القرعه.

قلت: قد يكون ذلك مؤيدا لما ذكرناه سابقا فيما لو تعدد المنفق الذى حكموا فيه بالاشتراك فيها، ضروره أنه يأتى فيه مثل ما هنا من احتمال القرعه، و إلا كان المتجه فيه الاشتراك و إن كان الموضوع فى المسألتين مختلفا فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا دافع بالنفقه الواجبه أجبره الحاكم]

المسأله الرابعه إذا دافع بالنفقه الواجبه من خوطب بها متحدا أو متعددا أجبره الحاكم حسبه، فان لم يكن فعدول المؤمنين، بل إن لم يكونوا ففساقهم فى وجه. فان امتنع حسبه إذا فرض توقف حصولها عليه لخفاء ماله مثلا و إلا ب أن كان له مال ظاهر جاز له أى الحاكم أن يأخذ من ماله ما يصرف فى النفقه من غير حاجه إلى اعتبار رضاه، فإنه وليه و الحال هذه، و لا حاجه إلى حسبه لياشر الإنفاق، لكنه لا دليل عليه.

و إن كان له عروض أو عقار أو متاع جاز له بيعه، لأن النفقه حق كالدين الذى لا ريب فى بيع الحاكم ذلك فى الوفاء مع فرض امتناعه، بل هى أعظم منه كما عرفت سابقا، بل له الأمر بالاستدانه عليه، بل قد عرفت القول بالاجتراء بنيه الرجوع من المنفق عليه مع تعذر الحاكم خاصه أو مع عدول المسلمين للحرج، كما قد عرفت أن له صرف المال فيها و لو ببيع و نحوه مع الغيبه فضلا عن الامتناع، قال فى المسالك هنا: «و لو لم يقدر على الوصول إلى الحاكم ففى جواز استقلاله بالاستقراض عليه أو البيع من ماله مع امتناعه أو غيبته وجهان، أجودهما

الجواز، لأن ذلك من ضرور المقاصه حيث يقع أخذ القريب فى الوقت و الزوجه مطلقا و إن كان قد يناقش بمنع اندراجه فى دليل المقاصه فى القريب مطلقا و فى الزوجه قبل مضى المده، لعدم الملك حينئذ عليه، على أنه لا دليل على جوازها لغير الحاكم مع الغيبه و نحوه ها مما لا امتناع منه، ثم إن الاستدانه عليه لا مدخلية لها فى المقاصه بوجه، و إنما تتوقف على ثبوت ولايه للمستدين، و هى لغير الحاكم ممنوعه كما أشرنا إلى ذلك سابقا، و الله العالم.

[القول فى نفقه المملوك]

إشاره

و اما القول فى نفقه المملوك فلا- خلاف فى أنه تجب النفقه على ما يملكه الإنسان من رقيق و بهيمه و إن كان لكل منهما أحكام تخصه أما العبد و الأمه ف نفقتهما على مولاها إجماعا بقسميه و نصوصا قال الصادق عليه السلام فى

صحيح ابن الحجاج(١): «خمسه لا يعطون من الزكاه شيئا: الأب و الأم و الولد و المرأه و المملوك، و ذلك لأنهم عياله لازمون له»

وفى

خبر ابن الصلت المروى عن الأمالى عن عده من أصحابنا(٢) عنه عليه السلام أيضا «خمسه لا يعطون من الزكاه: الولد و الوالدان و المرأه و المملوك، لأنه يجبر على النفقه عليهم»

و النبوى (٣) «للمملوك طعامه و كسوته بالمعروف»

مضافا إلى قوله تعالى (٤) «كُلُّ عَلَى مَوْلَاهُ» إلى غير ذلك من النصوص المعمول عليها بين الأصحاب من غير خلاف يعرف فيه، بل نفاه بعضهم من علماء الإسلام فضلا عن علماء الايمان، من غير فرق فى المملوك بين

١- ١ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ٤ عن العلل.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٨ ص ٦.

٤- ٤ سورة النحل: ١٦- الآية ٧٦.

الصغير والكبير والصحيح والأعمى والمدبر وأم الولد والمتفجع به وغيره والمرهون والمستأجر والكسوب وغيرهم، رفع السيد عنه وخلي بينه وبين نفسه أو لا.

نعم في الكسوب عبداً كان أو أمه مولاها بالخيار في الإنفاق عليهما من خاصه ماله أو من كسبهما الذي هو أحد أمواله أيضاً، و لهذا لو قصر كسبه وجب التمام على السيد، ولو زاد أخذه له، ولكن قد

روى عنه عليه السلام (١) أنه قال: «لا تكلفوا الصغير الكسب، فإنكم متى كلفتموه سرق، ولا تكلفوا الأمه غير الصغيره الكسب، فإنكم متى كلفتموها الكسب اكتسبت بفرجها».

و على كل حال ف لا- تقدير في الشرع لنفقتهما، بل الواجب قدر الكفايه و سد الخله من إطعام و إدام و كسوه و غيرها مما عرفته سابقا في النفقات، و لا يكفي قدر مثله مع فرض عدم سد

خلته به و إن احتمله بعضهم، إلا أن الأقوى خلافه، و كذا في نفقه القريب.

نعم يرجع في جنس ذلك كله إلى عادة ممالك أمثال السيد من أهل بلده نحو ما سمعته في نفقه الزوجه، إذ هو المعروف في الخبر المزبور (٢)، و المنصرف إليه إطلاق الأدله، و لعله المراد مما عن المبسوط من أنه غالب قوت البلد و كسوته، كما تقدم الكلام في نحو ذلك في نفقه الزوجه، و منه يعلم الحال فيما هنا، لكن في المسالك «أنه يراعى حال السيد في اليسار و الإعسار و المقام، فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب و خسيسه، و لا يجوز الاقتصار في الكسوه عن ذلك و إن لم يتأذ بحر و لا برد، لأن ذلك يعد تحقيرا و إذلالا-» ثم قال:- و لو كان له ممالك لزمه التسويه بينهم مع اتفاقهم في الجنس و ان اختلفوا في النفاسه و الخسه».

و الجميع كما ترى للنظر فيه مجال، و ذلك لاتحاد الأدله في جميع النفقات التي قد عرفت انسياق اعتبار حال المنفق عليه لا المنفق، اللهم إلا أن يمنع ذلك

١- ١ سنن البيهقي ج ٨ ص ٩ و فيه « الأمه غير ذات الصنعه».

٢- ٢ سنن البيهقي ج ٨ ص ٦.

فى خصوص نفقه القربى أو يقال: إنه لا مثل للعبد إلا بالنسبه إلى حال سيده المختلف باليسار والإعسار و المقام، فتأمل جيدا.

و على كل حال فيستحب أن يطعمه مما يأكله و يلبسه مما يلبسه، ل

قوله صلى الله عليه و آله و سلم (١): «إخوانكم حولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل و يلبسه مما يلبس»

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم (٢): «إذا جاء أحدكم خادمه بطعامه و قد كفاه حره و عمله فليقعه فليأكل معه و إلا فليناوله أكله من طعام»

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم (٣): «إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره و دخانه فليدعه فليجلسه معه، فان أبى فليروغ له اللقمه و اللقمتين»

و فى محكى المبسوط «و الترويع أن يرويه من الدسم» و فى المسالك «و ليكن ما يناوله من اللقمه كثيره تسد مسدا، دون الصغيره التى تهيج و لا تقضى النهمه» بل فيها عن بعضهم و جواب أحد الأمرين:

أى الاجلاس معه أو ترويع اللقمه، و أن الأول أفضل، لكنه كما ترى، ضروره ظهور إرادته التواضع و مكارم الأخلاق و رد شهوه من عالج الطعام منهم من الخبرين كما هو واضح، و لذا جزم فى المسالك و غيرها باستحباب إجلاس رقيقه معه و إطعامه».

خصوصا إذا كان هو المعالج و إن كان قد يتوقف فى ذلك تنزيلا للخبر المزبور على الخادم الحر لا المملوك الذى مرتبه أقل من ذلك، و ربما نافي السياسه فى تأديبه و تعظيم السيد فى نفسه، و الأمر سهل.

و كيف كان ف لو امتنع المولى عن الإنفاق مع قدرته عليه و لو بالتكسب من رقيقه أو منه نفسه- فان الظاهر وجوبه عليه بنفقته و إن لم نقل له بالنسبه إلى القربى، لكونه محبوسا عليه، و منافعه مملوكه له، بل فى كشف اللثام أن نفقته أقوى من نفقه الزوجه.

١- ١ المستدرک الباب- ١٣- من كتاب العتق الحديث ٨.

٢- ٢ كتر العمال ج ٥ ص ١٧ الرقم ٣٧٤ و ص ١٨ الرقم ٤٠٨ و ص ٢٠ الرقم ٤٣٢ بألفاظ مختلفه متقاربه.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٨ ص ٨.

أجبر على بيعه أو غيره مما يزيل حبسه و ملكه عنه أو الإنفاق عليه و مع تعذر أحدهما يتعين الثاني كما هو الشأن في كل واجب مخير.

و يستوى في ذلك كله القن و المدبر بل قيل و أم الولد لكونه أقل ضررا من الاحتباس عليه مع فقد النفقه، بل فيه حفظ النفس من الهلاك لكن قد يناقش بإطلاق دليل المنع، و عدم انحصار طريق الخلاص في ذلك، بل قد يقال بالإنفاق عليها من بيت المال المعد لذلك أو من الزكاه أو غير ذلك، بل لو فرض تعذر ذلك كله و أدى بقاؤها إلى الهلاك و جب على الناس كفايه، و لعله لذا حكى عن بعضهم الجزم بعدم إجباره على بيعها، فتأمل و في القواعد «لو عجز عن الإنفاق على أم الولد أمرت بالتكسب، فان عجزت أنفق عليها من بيت المال، و لا يجب عتقها، و لو كانت الكفايه تحصل بالتزويج و جب، و لو تعذر الجميع ففي البيع إشكال» و كأنه لما عرفت من أن به حفظا عن الهلاك الذي هو أولى لها من التشبث بالحريه و من عموم النهي (١) و احتمال كونها كفقراء المؤمنين يلزمهم الإنفاق عليها، فتأمل.

هذا و في المسالك «أنه خرج بمن عدد من المماليك المكاتب، فان نفقته تسقط عن المالك، و تكون في كسبه، و كذا لو اشترى مملوكا أو اتهب أو أوصى له حيث جوزناها و لو بأبيه و أمه» و فيه أن ذلك ليس سقوطا عن السيد، ضروره كون كسبه من أمواله، و لذا لو فرض قصوره عنها و جب على السيد الإتمام، و أما قبول اتهاب الوالد أو الولد أو الوصيه بهما فقد صرح الفاضل في القواعد بجوازه، و لزوم النفقه حينئذ له.

بل في كشف اللثام «و إن لم يأذن المولى، لأن قبول الهبه و الوصيه لا يتضمن إتلاف مال، و وجوب النفقه أمر خارج عن ذلك لازم للقرايه» و لكن لا يخلو من نظر، و لذا كان المحكى عن المبسوط عدم جواز القبول إن كان ممن يلزمه نفقته،

لأنه يستقر بالإنفاق، و فيه منع وجوب النفقه عليه بعد فرض عدم قدرته للحجر عليه بالنسبه إلى ذلك، و يأتي تمام الكلام فيه في محله إنشاء الله فتأمل جيدا، و الله العالم.

و يجوز له أن يخارج المملوك بأن يضرب عليه ضريبه في كل يوم أو مده يؤديها له و يجعل الفاضل له إذا رضى بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى

صحيح عمر بن يزيد (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكا له و قد كان مولاه يأخذ منه ضريبه فرضها عليه في كل سنه و رضى بذلك المولى فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبه، قال: فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضه فهو للمملوك. ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: أ ليس قد فرض الله على العباد فرائض فإذا أدوها لم يسألهم عما سواها؟ قلت: فللمملوك أن يتصدق بما اكتسب و يعتق بعد الفريضه التي كان يؤديها إلى سيده، قال: نعم، و أجر ذلك له، قلت:

فإن أعتق مملوكا مما كان اكتسب سوى الفريضه لمن يكون ولاء العتق؟ فقال:

يذهب فيتولى من أحب، إذا ضمن جريرته و عقله كان مولاه و ورثه، قلت: أ ليس قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الولاء لمن أعتق؟ فقال: هذا سائبه لا يكون ولاؤه لعبد مثله، قلت: فان ضمن العبد الذي أعتقه جريرته و حدثه يلزمه ذلك، و يكون مولاه و يرثه؟ فقال: لا يجوز ذلك، لا يرث عبد حرا».

ف لا- إشكال حينئذ في أصل المخارجه التي يمكن وفاء العمومات بها أيضا، خصوصا بعد أن كان حكمها من غير خلاف يعرف فيه أنه إن فضل قدر كفايته و كله إليه و إلا كان على المولى التمام و أنه لا يجوز أن يضرب عليه ما يقصر كسبه عنه، و لا ما لا يفضل معه قدر نفقته إلا إذا قام بها المولى و أنه إن زاد على النفقه و الضريبه كان مبره من السيد إلى

عبده، و أنه كما لا تلزم ابتداء لا تلزم استدامه، نعم لو قلنا بلزومها و لزوم دوام بذل السيد لتلك الزيادة على وجه لا يجوز

له الرجوع بها أو نحو ذلك مما هو خارج عن القواعد اتجه حينئذ الاحتياج إلى دليل خاص، إلا أنى لم أفق على تصريح من الأصحاب بترتب أحكام خاصة عليها وإن كان هو مقتضى الصحيح المزبور.

و كيف كان فليس للعبد إجبار السيد عليها إجماعاً، بل فى المسالك «و لا للسيد إجبار العبد على أصح القولين، لأنه يملك استخدامه المعتاد لا تحصيل ذلك المطلوب منه بالكسب» و فى القواعد «ليس له أن يضرب مخرجه على مملوكه إلا برضاه» بل هو ظاهر اشتراط الرضا فى المتن أيضاً، بل هو المحكى عن المبسوط أيضاً، و لكن قد يناقش بأنه مناف لعموم تسلط المولى عليه على وجه له نقل منافعه إلى غيره بالعوض على كره منه، فالمخرجه مثله أو أولى بعد فرض اعتبار ما سمعت فيها من عدم تكليفه بما يشق عليه.

و لعله لذا كان المحكى عن التحرير جواز الإجماع، بل هو خير الأصبهاني فى كشفه أيضاً، بل هو الموافق لما صرحوا به من غير خلاف يعرف فيه بينهم من أن للسيد الاستخدام فيما يقدر عليه المملوك و لا- يخرج عن وسعه عادة و الملازمه عليه إلا فى أوقات اعتيد فيها الاستراحة، و أما الأفعال الشاقه الشديده التى لا يمكن المداومه عليها عادة فله الأمر بها إذا قدر عليها فى بعض الأوقات و على المملوك بذل الوسع فى جميع ذلك، و لا يكلفه الخدمه ليلاً و نهاراً معاً لأنها فوق الوسع، بل إذا عمل بالنهار أراحه ليلاً أو بالعكس و يريحه فى الصيف وقت القيلولة، و بالجمله فالمتع العاده الغالبه.

[أما نفقه البهائم المملوكه]

و أما نفقه البهائم المملوكه التى منها دود القز و النحل و غيرهما فواجبه بلا خلاف سواء كانت مأكوله اللحم أو لم تكن و سواء انتفع بها أو لا،

قال الصادق عليه السلام فى خبر السكونى (١): «للدابه على صاحبها سته حقوق: لا يحملها فوق طاقتها، و لا يتخذ ظهرها مجلساً يتحدث عليها، و يبدأ بعلفها إذا نزل منها، و لا يشتمها، و لا يضربها فى وجهها، فإنها تسبح، و يعرض عليها

الماء إذا مر به»

و في

خبره الآخر بإسناده (١) قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: للدابة على صاحبها خصال: يبدأ بعلفها إذا نزل، و يعرض عليها الماء إذا مر به، و لا يضرب وجهها، فإنها

تسمح بحمد ربها، و لا يقف على ظهرها إلا في سبيل الله، و لا يحملها فوق طاقتها، و لا يكلفها من الشئ إلا ما تطبق»

و عنه صلى الله عليه وآله وسلم (٢) أيضا أنه قال: «اطلعت ليله أسرى بي على النار فرأيت امرأة تعذب، فسألت عنها، فقيل:

إنها ربطت هره و لم تطعمها و لم تسقها و لم تدعها تأكل من حشاش الأرض حتى ماتت فعذبها بذلك، و قال: و اطلعت على الجنة فرأيت امرأة مومسه يعنى زانيه فسألت عنها، فقيل: إنها مرت بكلب يلهث من العطش فأرسلت إزارها فى بئر فعصرته فى حلقة حتى روى فغفر الله لها».

و لكن لا تقدير لنفقاتهن و إنما الواجب القيام بما تحتاج إليه من أكل و سقى و مكان و جل و نحو ذلك مما يختلف باختلاف الأزمنة و الأمكنه.

نعم يكفيها فى إطعامها تخليتها ترعى من خصب الأرض فإن اجتزأت بالرعى فذلك و إلا علفها، فان امتنع من الإنفاق عليها و لو بالتخليه للرعى الكافى لها أجبره الحاكم على بيعها مثلا- أو ذبحها إن كانت تقصد بالذبح للحم أو الإنفاق عليها، فان تعذر إجباره ناب الحاكم عنه فى ذلك على ما يراه و يقتضيه الحال، فقد يبيع عقاره و نحوه فى علفها مثلا إن لم يمكن التوصل إلى ما تعتلف به من ماله، فان لم يكن له ملك أو كان يبيع الدابة أنفع له يبع عليه كالا أو كل يوم بقدر ما يفى

بنفقتها إن أمكن و لم يكن يبع الكل أنفع للمالك،

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام الدواب الحديث ١ من كتاب الحج.

٢- ٢ روى الشيخ قده هذا الخبر بنصه فى المبسوط ج ٦ ص ٤٧ كما روى القطعه الأولى منه نقلا بالمعنى فى البحار ج ٦٥ ص ٦٤ و ٦٥ و كنز العمال ج ٨ ص ١٧٣ من الرقم ٣٠٠١ الى ٣٠٠٥ و القطعه الثانية كذلك فى البحار ج ٦٥ ص ٦٥ و كنز العمال ج ٣ ص ٢٧٧ الرقم ٤٥٤٨ و ٤٥٤٩.

و إن أمكن إجارتها بما يفى بعلفها و كانت أنفع له أو جرت (و بالجمله) يراعى مصلحته فى ذلك لكونه الولى عنه فى هذا الحال، بل قد عرفت سابقا أن للحاكم ذلك بمجرد الامتناع من غير حاجه إلى إجبار المالك على مباشره ذلك.

و على كل حال فما ذكرناه من التخيير مع إمكان ما فرضناه من الأفراد و إلا و جب الممكن، فلو فرض عدم وقوع التذكيه عليها أجبر على الإنفاق أو البيع أو نحوه دون التذكيه.

و هل يجبر على الإنفاق خاصه إن امتنع البيع فى غير مأكول اللحم مما تقع عليه التذكيه للجلد أو عليه أو على التذكيه أيضا؟ وجهان بل قولان، أقواهما الثانى، لكون التذكيه فيها كالتذكيه فى مأكول اللحم و فى كونها أحد طرق التخلص خلافا للمحكى عن ظاهر المبسوط فالأول خاصه، و لعله لكونها غير مقصوده بالذبح فى أصل الشرع، إلا أنه كما ترى.

و لو لم يوجد ما ينفق على الحيوان و وجد عند غيره و جب الشراء منه، فإن امتنع من البيع ففى المسالك يجوز غصب العلف منه لإبقائها إذا لم يوجد غيره، كما يجوز غصبه كذلك لحفظ الإنسان، و يلزمه المثل أو القيمه، و فى القواعد «كان له قهره عليه و أخذه منه غصبا إذا لم يجد غيره» و فى كشف اللثام «و لم تشتد حاجته إليه لنفسه أو مملوكه من انسان أو غيره و إن لم يحضره الثمن و أمكنه بيع مملوكه منه أو من غيره- إلى أن قال:- و كذا يجوز غصب الخيط لجراحته كما يجبر على الطعام لنفسه، للاشتراك فى حرمة الروح و نفى الضرار» و لكنه لا يخلو من نظر و تأمل، و لعله لذا قال فى كشف اللثام بعد ذلك: «و الأحوط التوصل إلى الحاكم مع الإمكان، و أنه إن أمكن البيع باع إن لم يحتج إليه و لو للشرف» قلت: بل قد يقال و إن احتاج إليه.

و كيف كان ف ان كان لها أى البهيمة ولد يرضع و فر عليه من لبنها قدر كفايته لكونه النفقه الواجبه عليه حينئذ فما عن بعض العامه من أنه إنما يجب إبقاء ما يقيم الولد حتى لا يموت واضح الضعف، نعم له الفاضل بعد ذلك.

و كذا لو اجتزأ الولد بغيره من رعى أو علف كلاً- أو بعضاً جاز له أخذ اللبن كلاً أو بعضاً، و لو كان أخذ اللبن مضراً بالدابة نفسها لقله العلف لم يجز له أخذه و إن لم يضر ولدها بل يسقيها إياه، نعم يكره له أو يحرم ترك الحلب مع عدم الإضرار بها و بولدها، لما فيه من تضييع المال، و لكن لا يستقصى فى الحلب بل يبقى فى الضرع شىء لأنها تتأذى بذلك.

بل يستحب له أن يقص أظفاره تحرزاً من إيذائها بالقرص، و لا يكلفها ما لا تطيقه من تثقيل الحمل و إدامه السفر، و لذا نهى (١) عن ارتداف ثلاثه عليها، بل و كذا الشاق عليها المنافى للعادة.

و ينبغى أيضاً أن يبقى للنحل شىء من العسل فى الكوزه، بل فى المسالك و غيره «أنه لو احتاجت إليه كوقت الشتاء وجب إبقاء ما يكفيها عادة، و يستحب أن يبقى أكثر من الكفايه إلا أن يضربها» بل فيها و فى غيرها أيضاً «أن ديدان القز إنما تعيش بورق التوت، فعلى مالكةا بكفايتها منه، و حفظها من التلف، فان عز الورق و لم يعتن منها باع الحاكم من ماله و اشترى لها منه ما يكفيها» قلت:

ينبغى التخيير بين ذلك و بين البيع عليه نحو ما سمعته فى الامتناع من نفقه الحيوان الذى هو منه، و لكن إذا جاء وقتها جاز تجفيف جوزها فى الشمس و إن أدى ذلك إلى هلاكها تحصيلاً للغرض المطلوب منه، و للسيره المستمره عليه فى سائر الأعصار و الأمصار، هذا كله فى المال ذى الروح.

أما ما لا- روح فيه فالظاهر أنه لا- خلاف فى عدم وجوب عماره العقار و نحوه بزرع أو غرس أو غيرهما، بل فى القواعد «و لو ملك أرضاً لم يكره له ترك زراعتها» لكن فى المسالك الجزم بالكراهه إذا أدى إلى الخراب، بل فى كشف اللثام أنه قد يحرم إذا أضر بها الترك للتضييع، و فيه منع حرمه مثل هذا التضييع بل و كراهته بالخصوص، نعم لو ملك زرعاً أو

شجراً أو نحوهما مما يحتاج إلى السقى ففى القواعد

«كره له تركه لأنه تضييع، و لا يجبر على سقيه، لأنه من تنميه المال، و لا يجب على الإنسان تملك المال، فلا يجب تنميته» و فى المسالك «فى وجوب سقى الزرع و الشجر و حرثه من الإمكان قولان، أشهرهما العدم» لكن فى كشف اللثام فى شرح ما سمعته مع القواعد «و فيه أنه إبقاء لما ملكه و صون له من الضياع، و هو واجب، نعم يمكن القول بأنه لا- يجبر عليه، لكنه ربما دخل بذلك فى السفهاء فيحجر عليه» و فى التحرير «أن ما يتلف بترك العمل فالأقرب إلزامه بالعمل من حيث أنه تضييع للمال، فلا يقر عليه».

قلت: قد يقال: إن الأصل و السيره و عموم تسلط الناس على أموالها(١) يقتضى عدم حرمه مثل هذا الإلتلاف للمال المحتاج حفظه إلى معالجه و عمل، بل لا يعد مثله سفها، و من ذلك يعلم ما فى قوله أيضا «و يكره أو يحرم ترك عماره الدار و نحوها حتى تخرب إن لم يكن الخراب أصلح لها، و القول فى الإيجاب عليها و عدمه كما مر، ضروره اتحاد المدرك فى الجميع، و هو حرمه مثل هذا التضييع للمال، من غير فرق فى الأموال بين العقار و الكتب و الثياب و غيرها» و التحقيق عدم حرمه ما لا يعد سفها و سرفا منه.

و الحمد لله أولا- و آخرا و ظاهرا و باطنا و له الشكر على توفيقه لإتمام كتاب النكاح الذى هو آخر قسم العقود، و الرجاء منه التوفيق لإتمام الباقي الذى منه القسم الثالث فى الإيقاعات، و هى أحد عشر كتابا، و قد كان ذلك عند العصر تقريبا فى يوم الأربعاء: رابع عشر من ربيع الثانى من سنه السابعه و الأربعين بعد الألف و المأتين، و هى السنه التى أدب الله فى شوال سابقتها أى السادسة و الأربعين أهل بغداد و فى ذى القعدة منها أهل الحلّه و أهل النجف و أهل كربلاء و غيرهم بالطاعون العظيم الذى قد من علينا و على عيالنا و أطفالنا و بعض متعلقينا بالنجاه منه، و كم له من نعمه، فإنه المنان الكريم الرحمن الرحيم.

و بهذا و الحمد لله انتهت تعاليقنا على الجزء الحادى و الثلاثين من كتاب (جواهر

الكلام) و قد بذلنا غاية المجهود فى تنميقه و التعليق عليه و مقابلته بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه، فنشكره تعالى على ما وفقنا لذلك، و نسأله أن يديم توفيقنا و يزيد من فضله.

كما و أنى فى الختام أشكر أخى العلامة الشيخ محمد القوجانى على جهوده المتواصله حيث كان عوننا لى فى سرعه الإنجاز وفقه الله تعالى لمراضيه.

و بهذا الجزء تم كتاب النكاح و يتلوه الجزء الثانى و الثلاثون فى كتاب الطلاق إنشاء الله.

النجف الاشراف ٢٠- ذى القعدة- ١٣٩٥ محمود القوجانى و تم تصحيحه و تهذيبه و ترتيبه فى اليوم الثالث من ثانى الربيعين سنه ١٣٩٧ و الحمد لله أولا و آخرا و ذلك بيد العبد:

السيد إبراهيم الميانجى عفى عنه و عن والديه

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
الغمامة اصحمان



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