



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغفلة



الرما
عليكم يا صابري

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحدائق الناضرة فى احكام العتره الطاهره

كاتب:

يوسف بحراني

نشرت فى الطباعة:

مجهول (بي جا ، بي نا)

رقمى الناشر:

مركز القائميہ باصفهان للتحريرات الكمبيوترية

الفهرس

| | |
|----|---|
| ٥ | الفهرس |
| ٢٣ | الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ٢٤ |
| ٢٣ | اشاره |
| ٢٣ | اشاره |
| ٢٥ | [اتتمه كتاب النكاح] |
| ٢٥ | [اتتمه الفصل الثانى فى اسباب التحريم] |
| ٢٥ | المطلب السادس: الكفر: |
| ٢٥ | اشاره |
| ٢٥ | [البحث الأول]: |
| ٢٥ | اشاره |
| ٢٥ | [المسأله] الاولى [فى جواز نكاح الكتابيه و عدم جوازه]: |
| ٢٥ | اشاره |
| ٢٥ | [الأقوال فى المقام] |
| ٢٥ | اشاره |
| ٢٥ | [الأول] التحريم مطلقا |
| ٢٦ | و الثانى: الجواز مطلقا |
| ٢٧ | الثالث: جواز متعه اليهود و النصرى اختيارا و الدوام اضطرارا |
| ٢٧ | الرابع: عدم جواز العقد بحال، و جواز ملك اليمين |
| ٢٨ | الخامس: جواز المتعه و ملك اليمين، و تحريم الدوام |
| ٢٩ | السادس: تحريم نكاحهن مطلقا اختيارا، و تجويزه مطلقا اضطرارا. |
| ٢٩ | [أنواع الروايات فى المقام] |
| ٢٩ | اشاره |
| ٢٩ | [النوع] الأول: على الجواز مطلقا |
| ٣٣ | و النوع الثانى: بما دل على التحريم مطلقا |

- ٣٤ و النوع الثالث: ما دل على الجواز للضرورة
- ٣٦ و النوع الرابع: ما دل على الجواز على كراهه
- ٣٦ و النوع الخامس: ما دل على تخصيص الجواز بالبله
- ٣٨ و النوع السادس: ما ورد في التمتع بهن
- ٤٥ تنبيهات
- ٤٥ الأول [في أن المجوس من أهل الكتاب أم لا؟] :
- ٥٠ الثاني [في اختلاف كلام الأصحاب في الصائبه و دينهم]
- ٥٢ الثالث [عدم الفرق بين الحربى و الذمى]
- ٥٣ المسأله الثانيه: في ارتداد أحد الزوجين أو إسلامه
- ٥٣ اشاره
- ٥٣ الأول [في ارتداد أحد الزوجين بعد الدخول و حكم وطى الشبهه بعد الارتداد]
- ٥٨ الثاني [فيما لو أسلم زوج الكتابيه]
- ٦٠ الثالث [فيما لو أسلمت زوجة الكافر]
- ٦٥ تذييب
- ٦٧ المسأله الثالثه: إذا أسلم الذمى على أكثر من أربع منكوحات
- ٦٩ تذييبان
- ٦٩ الأول [فيما رواه الصدوق في إباق العبد]
- ٧٠ الثاني [في أنه ليس للمسلم إجبار زوجته الذميه على الغسل من الحدث الأكبر]
- ٧١ البحث الثاني: في كيفية الاختيار:
- ٧١ اشاره
- ٧٣ تتمه [في دلالة بعض الألفاظ على الاختيار]
- ٧٤ البحث الثالث في اللواحق:
- ٧٤ اشاره
- ٧٤ اشاره
- ٧٤ [المسأله الأولى: إذا تزوج الكافر امرأه و بنتها ثم أسلم
- ٧٤ اشاره

- ٧٤ الاولي:أن يكون قد دخل بهما
- ٧٤ الثانيه:أن يدخل بالأم خاصة
- ٧٤ الثالثه:أن يدخل بالبنت خاصة
- ٧٦ الرابعه:أن لا يدخل بواحد منهما
- ٧٩ تذييبات
- ٧٩ الأول [لو أسلم من أمه و بنتها]
- ٨٠ الثاني [لو أسلم عن أختين]
- ٨٠ الثالث:لو أسلم عن عمه و بنت أخيها،أو خاله و بنت أختها
- ٨١ مسائل من لواحق العقد
- ٨١ اشاره
- ٨١ اشاره
- ٨١ [المسألة] الاولى [فى اشتراط الكفاهه فى صحه النكاح و حكم نكاح المخالف]
- ٨١ اشاره
- ٩٧ تنبيهات
- ٩٧ الأول:
- ٩٨ الثاني:
- ٩٨ الثالث [أن المشهور بين المتأخرين هو المنع من مناحه المخالفين]
- ١٠٠ الرابع [فيما روى من جواز مناحه المخالفين]
- ١٠١ المسألة الثانيه [هل التمكن من النفقه شرط فى الكفاهه؟]
- ١٠٨ المسألة الثالثه [فيما لو تجدد عجز الزوج عن النفقه]
- ١١٣ المسألة الرابعه [وجوب الإجابه لو خطب المؤمن القادر على النفقه]
- ١١٦ المسألة الخامسه [فيما لو تزوج امرأه ثم علم أنها كانت زانيه]
- ١١٩ المسألة السادسه [فيما لو ائتمن الرجل إلى قبيله و تزوج،فوجد على خلاف ذلك]
- ١٢٢ المسألة السابعه [عدم جواز التعريض بالخطبه لذات العده الرجعيه]
- ١٢٨ المسألة الثامنه [فى أن الشرط الفاسد هل يفسد العقد أم لا؟]
- ١٢٨ اشاره

- الأول:فيما إذا شرطت في العقد أنه بعد التحليل فلا نكاح بينهما ١٢٨
- الثاني:فيما لو شرط الطلاق ١٣٠
- الثالث:ما لو لم يصرح بالشرط ١٣١
- الرابع: ١٣١
- المسألة التاسعة [في بطلان نكاح الشغار] ١٣١
- المسألة العاشرة:في جملة من مكروهات النكاح - ١٣٣
- اشاره - ١٣٣
- و منها العقد على القابله و بنتها - ١٣٣
- و منها أن يزوج ابنه بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقتها - ١٣٧
- (و منها)أن يتزوج ضره كانت لامه مع غير أبيه ١٤١
- (و منها)أن يتزوج الرجل أخت أخيه ١٤١
- (و منها)التزويج بالزانية قبل التوبه ١٤٣
- (و منها)نكاح المرأة المتولده من الزنا بالعقد أو الملك ١٤٣
- (و منها)نكاح المجنونه - ١٤٥
- (و منها)نكاح الحمقاء ١٤٥
- (و منها)تزويج شارب الخمر ١٤٥
- (و منها)تزويج سيئ الخلق ١٤٥
- (و منها)تزويج المخنث ١٤٧
- (و منها)تزويج الزنج و الأكراد و الخزر ١٤٧
- (و منها)تزويج الأعرابي بالمهاجره ١٤٨
- الفصل الثالث في نكاح المتعه ١٤٩
- اشاره ١٤٩
- اشاره ١٤٩
- [فيما روته العامه في جواز المتعه] ١٤٩
- [مما يدل على استحباب المتعه و فضلها] ١٥٢
- [فيما يدل على المنع من الإلحاح في المتعه متى أغناه الله بالأزواج] ١٥٨

- المقام الأول في الأركان: ١٥٩
- إشاره ١٥٩
- الأول: في الصيغه ١٥٩
- الثاني: في المحل ١٦٤
- إشاره ١٦٤
- الأولى [في اشتراط كون المتمتع بها مسلمه أو كتابيه] ١٦٤
- الثانيه [استحباب كون المتمتع بها مؤمنه عفيفه] ١٦٥
- الثالثه [حكم التمتع بالزانيه] ١٦٨
- الرابعه [حكم التمتع بالبكر] ١٧٤
- إشاره ١٧٤
- (أحدهما) البكر التي لها أب ١٧٥
- (الثاني) في البكر التي لا أب لها ١٧٥
- الخامسه [فيما لو أسلم المشرك و عنده كتابيه بالعقد المنقطع] ١٧٧
- الثالث: في الأجل ١٧٨
- إشاره ١٧٨
- الأول [حكم العقد لو خلا من الأجل] ١٨٤
- إشاره ١٨٤
- فرع لو اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع العقد فادعى أحدهما أنه متعه ١٨٨
- الثاني [اعتبار ضبط الأجل على وجه يكون محروسا من احتمال الزيادة و النقصان] ١٨٩
- الثالث [في اعتبار اتصال المده بالعقد و عدم اعتباره] ١٩٠
- الرابع [جواز جعل الأجل العرد و العردين] ١٩٤
- إشاره ١٩٤
- (أحدها) أن يقتصر على ذكر العدد مره أو مرتين أو أزيد ١٩٥
- (ثانيها) أن يشترط العدد في زمان معين بحيث يكون الزمان أجلا مضبوطا ١٩٦
- (ثالثها) أن يشترطه في وقت معين بحيث يكون ظرفا له كالיום مثلا ١٩٧
- الخامس [حكم التزويج بأخت المتمتع بها قبل انقضاء العده] ١٩٧

- ١٩٨ الرابع [ذكر المهر]
- ١٩٨ اشاره
- ١٩٨ أحدها [اشتراط كون المهر مملوكا معلوما]
- ٢٠٢ ثانيها [فى وجوب دفع المهر بالعقد]
- ٢٠٤ ثالثها [فى الأخبار الداله على أنه يصح لمن تمتع بامرأه أن يهبها جميع المده]
- ٢٠٧ رابعها [فيما لو تبين فساد عقد المتعه بأحد الوجوه الموجبه لذلك]
- ٢١١ المقام الثانى فى الأحكام و اللواحق التابعه للمقام:
- ٢١١ اشاره
- ٢١١ الأولى [صحه الاشتراط فى العقود بما لا يخالف الكتاب و السنه] :
- ٢١٤ الثانيه [إلحاق الولد بالمتمتع بها و إن عزل]
- ٢١٤ اشاره
- ٢١٧ تنبيه
- ٢١٨ الثالثه [عدم وقوع الطلاق بالمتعه]
- ٢١٩ الرابعه [فى اختلاف الأصحاب فى ثبوت التوارث بعقد المتعه]
- ٢٢٧ الخامسه [فى اختلاف الأصحاب فى عدّه المتمتع بها]
- ٢٣٥ السادسه [فى اختلاف الأصحاب فى عدّه المتعه من الوفاه]
- ٢٣٥ اشاره
- ٢٣٥ الأول: أن تكون الزوجه المتمتع بها حره
- ٢٣٧ الثانى: أن تكون أمه
- ٢٣٩ السابعه [فى جواز تجديد العقد عليها بعد الأجل]
- ٢٤٢ الثامنه [فى اشتراط المرأه المتمتع بها عدم الوطى فى الفرج]
- ٢٤٥ التاسعه [عدم جواز التمتع بأمه المرأه بغير إذنها]
- ٢٤٥ الفصل الرابع فى نكاح الإمام
- ٢٤٥ اشاره
- ٢٤٦ [المطلب] الأول: فى جملة من المسائل المتعلقة بالمقام
- ٢٤٦ [المسأله] الأولى [لزوم إذن السيد فى عقد العبد و الأمه على أنفسهما]

- ٢٤٤ اشارة
- ٢٥١ تذييبات
- ٢٥١ الأول [فيما لو أذن المولى لعبده في التزويج]
- ٢٥٣ الثاني [في ملكيه المولى مهر الأمه]
- ٢٥٣ الثالث [عدم الفرق بين كون المالك متحدا أو متعددا]
- ٢٥٣ المسأله الثانيه [حكم الولد لو كان الأبوان مملوكين أو كان أحدهما مملوكا]
- ٢٦١ المسأله الثالثه [فيما لو تزوج الحر أمه بدون إذن السيد و دخل بها قبل إذنه]
- ٢٦١ اشارة
- ٢٦١ الاولى: أن يكونا عالمين بالتحريم
- ٢٦٥ الثانيه: أن يكونا جاهلين بالتحريم
- ٢٦٦ الثالثه: أن يكون الحر عالماو الأمه جاهله
- ٢٦٦ الرابعه: العكس
- ٢٦٨ المسأله الرابعه: إذا ادعت المرأه الحريه، فتزوجها الحر بناء على ذلك
- ٢٦٨ اشارة
- ٢٧٥ تذييبات
- ٢٧٥ الأول: لو دلسها عليه مدلس فزوجها منه على أنها حره فظهرت أمه، فهل يحكم على الولد بالحريه أو الرقيه؟
- ٢٧٧ الثاني [في إباء الأب عن الاستسعاء في قيمه الولد]
- ٢٨١ الثالث [فيما لو تزوجت الحره بالعبد الغير المأذون له في التزويج]
- ٢٨٣ المسأله الخامسه [فيما إذا زوج الرجل جاريته عبده]
- ٢٨٣ اشارة
- ٢٨٩ إلحاق [فيما لو تزوج عبد بأمه لغير مولاه]
- ٢٩٠ المسأله السادسه: لو تزوج أمه بين شريكين ثم اشترى حصه أحدهما
- ٢٩٥ المطلب الثاني في الطوارئ:
- ٢٩٥ اشارة
- ٢٩٥ المقام [الأول: في العتق]:
- ٢٩٥ اشارة

- ٢٩٥ [المسأله] الأولى [حكم عتق الأمه التي كان لها زوج عبد] -
- ٢٩٥ اشاره
- ٣٠٠ تنبيهات:
- ٣٠٠ الأول:
- ٣٠٠ الثاني:
- ٣٠١ الثالث:
- ٣٠١ الرابع:
- ٣٠١ الخامس:
- ٣٠٢ السادس:
- ٣٠٣ السابع:
- ٣٠٤ المسأله الثانيه [فى جواز تزويج الرجل أمته بأن يجعل عتقها صداقها] -
- ٣٠٤ اشاره
- ٣٠٨ الأول [فى أنه هل يشترط تقديم التزويج على العتق؟] -
- ٣١٠ الثاني: لو قال: تزوجتك و جعلت مهرک عتقک
- ٣١١ الثالث [عدم الحاجه إلى القبول هنا من المرأه] -
- ٣١٢ الرابع [فيما لو طلقها قبل الدخول] -
- ٣١٦ المسأله الثالثه [فيما لو اشترى نسيه فأعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها] :
- ٣٢٠ المسأله الرابعه [انعتاق أم الولد بعد وفاه المولى من نصيب ولدها] -
- ٣٢٦ المقام الثاني فى البيع
- ٣٢٦ اشاره
- ٣٢٦ [المسأله] الأولى [حكم بيع الأمه ذات البعل] -
- ٣٢٦ اشاره
- ٣٣٠ الأول [هل بقاء النكاح لازما على هذه الحاله مظنه لضرر المالك؟] -
- ٣٣١ الثاني [حكم العبد إذا بيع و تحته أمه] -
- ٣٣٢ الثالث [تخصيص الخيار بالمشتري فى بيع العبد أو الأمه] -
- ٣٣٣ الرابع [فيما لو كان كل واحد من المزوجين لمالك واحد، فباعهما لاثنتين] -

- المسأله الثانيه:إذا زوج الرجل أمته من غيره بمهر مسمى ٣٣٥
- اشاره ٣٣٥
- فائده [فى بينونه الأمه من زوجها الحر بالبيع] ٣٣٩
- المسأله الثالثه [فيما لو زوج السيد عبده و باعه قبل الدخول] ٣٤٠
- المقام الثالث فى الطلاق: ٣٤٢
- اشاره ٣٤٢
- تنبيهات ٣٥١
- الأول [فى أن نكاح السيد عبده أمته هل يتوقف على الإيجاب و القبول؟] ٣٥١
- الثانى [ما يعتبر فى فسخ المولى لهذا النكاح] ٣٥٣
- الثالث [هل يكون مجرد الأمر للعبد بالطلاق فسخا من السيد أم لا؟] ٣٥٣
- الرابع:لو طلق الزوج الأمه ثم باعها المالك ٣٥٤
- تذنيبان ٣٥٥
- أحدهما [فيما لو زوج السيد أمته لعبده] ٣٥٥
- ثانيهما [فى عدم تسليط السيد على الفسخ فيما لو كان زوج الأمه حرا] ٣٥٨
- المطلب الثالث فى الملك: ٣٦٢
- اشاره ٣٦٢
- [المقام] الأول:فى ملك الرقبه ٣٦٢
- اشاره ٣٦٢
- الأول [عدم انحصار النكاح بملك اليمين فى عدد] : ٣٦٢
- الثانى [حكم الجمع بين الأختين و بين الام و البنت فى الملك] ٣٦٥
- الثالث:إذا بيعت الأمه و لها زوج ٣٦٥
- الرابع [فى جواز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب] ٣٦٦
- الخامس [وجوب الاستبراء قبل الوطى إلا ما استثنى] ٣٦٨
- المقام الثانى:فى ملك المنفعه الحاصل بالتحليل ٣٧٢
- اشاره ٣٧٢
- الأول [صحه تحليل المولى وطؤ أمته لغيره] : ٣٧٢

- الثانى [فى اعتبار صيغه لنكاح التحليل] ٣٧٨
- الثالث [فى أن التحليل هنا هل هو عقد أو إباحه؟] ٣٨٠
- الرابع [فى تحليل السيد أتمه لعبده] ٣٨٢
- الخامس [حكم الأمه المبعوضه أو المشترکه] ٣٨٥
- السادس [حكم الولد الحاصل من التحليل] ٣٨٥
- ختام [نوادير الأخبار فى الفصل] ٣٩١
- الفصل الخامس فيما يلحق بالنكاح ٣٩٩
- اشاره ٣٩٩
- [المقصد] الأول فيما يرد به النكاح ٣٩٩
- اشاره ٣٩٩
- [المطلب] الأول: فى العيوب ٣٩٩
- اشاره ٣٩٩
- [المقام] الأول: فى عيوب الرجل ٣٩٩
- اشاره ٣٩٩
- [الجنون] ٣٩٩
- [الخصاء] ٤٠٥
- [العنن] ٤٠٨
- [الجب] ٤١٦
- [الزنا] ٤٢٠
- أما لو ظهر كون الزوج خنثى] ٤٢٠
- [ظهور كذبه فى الانتماء إلى قبيله] ٤٢٢
- المقام الثانى: فى عيوب المرأه ٤٢٢
- اشاره ٤٢٢
- الأول [فى بيان حقيقه البرص] ٤٢٨
- الثانى [فى بيان حقيقه القرن] ٤٣١
- الثالث [هل العرج من العيوب؟] ٤٣٣

- ٤٣٦ الرابع [فى بيان معنى الزمانه]
- ٤٣٧ الخامس [حكم العمى]
- ٤٣٧ السادس [حكم الرتق]
- ٤٣٨ السابع [هل المحدوده فى الفجور من العيوب؟]
- ٤٤٠ المطلب الثانى: فى أحكام العيوب
- ٤٤٠ اشاره
- ٤٤٠ [المسأله] الاولى [فى تجدد العيب بعد العقد و قبل الدخول]:
- ٤٤٣ المسأله الثانيه [فى أحكام خيار الفسخ]
- ٤٤٣ اشاره
- ٤٤٣ (منها) الفوريه
- ٤٤٤ [عدم لزوم الرجوع إلى الحاكم فى الفسخ]
- ٤٤٤ المسأله الثالثه [فيما لو فسخ الزوج]
- ٤٤٤ اشاره
- ٤٤٧ [مباحث]
- ٤٤٧ اشاره
- ٤٤٧ الأول:
- ٤٤٨ الثانى:
- ٤٥٠ الثالث:
- ٤٥١ الرابع:
- ٤٥١ الخامس:
- ٤٥٣ المسأله الرابعه [مواضع من أحكام العنن]
- ٤٥٣ اشاره
- ٤٥٤ الأول [فى الطريق إلى الحكم بالعنن]
- ٤٥٥ الثانى [حكم ما لو تجدد العنن بعد الوطى]
- ٤٥٨ الثالث [متى يتحقق العنن؟]
- ٤٦١ الرابع [فيما لو ادعى الوطى و أنكرت]

- ٤٦٤الخامس [مدة الخيار]
- ٤٦٥المطلب الثالث في التدليس:
- ٤٦٥اشاره
- ٤٧١المسأله الثانيه [فيما لو تزوجت الحره عبدا على أنه حر]
- ٤٧٣المسأله الثالثه [فيما لو عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيبره فبانت بنت أمه]
- ٤٧٣اشاره
- ٤٧٩فوائد
- ٤٧٩الأولى:
- ٤٧٩الثانيه:
- ٤٨٠الثالثه:
- ٤٨٠المسأله الرابعه [فيما لو تزوج امرأه على أنها بكر فظهرت ثيبا]
- ٤٨٤المسأله الخامسه [فيما لو تزوج رجلان بامراتين فأدخلت امرأه كل واحد منهما على الآخر]
- ٤٨٨المسأله السادسه [ثبوت مهر المثل بطلان العقد و مهر المسمى بفسخه]
- ٤٨٩المقصد الثاني في المهور:
- ٤٨٩اشاره
- ٤٩٠[البحث] الأول:فيما يصح أن يكون مهرا
- ٤٩٠اشاره
- ٤٩٠[المسأله] الأولى [في أن كل ما يملكه المسلم مما يعد مالا يصلح جعله مهرا]
- ٤٩٦المسأله الثانيه:لو عقد الذميان و نحوهما على ما لا يجوز العقد عليه في شريعته الإسلام
- ٤٩٦اشاره
- ٤٩٧(أحدهما) في صحه العقد و بطلانه
- ٤٩٩و(ثانيهما) [ما الذي يجب على تقدير الصحه؟]
- ٥٠١المسأله الثالثه [في أن المهر لا يتقدر بقدر في جانب القله إلا بأقل مما يتمول]
- ٥٠٦المسأله الرابعه [لزوم تعيين المهر لو ذكر في العقد]
- ٥٠٧المسأله الخامسه [في صحه النكاح لو تزوج امرأتين فصاعدا في عقد واحد بمهر واحد]
- ٥٠٧اشاره

- الأول [دليل الحكم] ٥٠٧
- الثاني: في صحة المهر و بطلانه ٥٠٧
- الثالث [في تقسيط المسمى على كل واحده] ٥٠٩
- المسألة السادسة [فيما لو عقد على مهر مجهول] ٥١٠
- المسألة السابعة: لو تزوجها على كتاب الله و سنه نبيه ص و لم يسم مهرًا ٥١٥
- المسألة الثامنة: لو سمى لها مهرًا و لأبيها أو غيره من الأولياء أو واسطه أو أجنبي شيئًا ٥١٧
- المسألة التاسعة [فيما أفاده صاحب الشرائع من ضرورة تعيين المهر بما يرفع الجهالة] ٥٢٠
- المسألة العاشرة [في جواز جعل الصداق تعليم صنعه لا يحسنها أو سوره لا يعلمها] ٥٢٣
- المسألة الحادية عشر: إذا عقد على هذا الطرف على أنه خل في زعمها فبان خمرًا ٥٢٤
- المسألة الثانية عشر [في أن المهر مضمون في يد الزوج قبل تسليمه إلى الزوجه] ٥٢٧
- المسألة الثالثة عشر: لو ظهر الصداق معيبًا ٥٣٢
- المسألة الرابعة عشر [في جواز الامتناع من تسليم نفسها قبل قبض المهر] ٥٣٢
- اشاره ٥٣٢
- الأول: فيما إذا سمى لها مهرًا و كان موسرًا و لم يدخل بها و المهر حال ٥٣٣
- الثاني: الصورة الأولى بحالها و لكن الزوج معسر ٥٤٣
- الثالث: الصورة الأولى و أن يكون المهر مؤجلًا ٥٤٦
- الرابع: الصورة الأولى، إلا أنه قد دخل بها ٥٤٧
- البحث الثاني: في التفويض ٥٤٨
- اشاره ٥٤٨
- [المطلب] الأول: في تفويض البضع ٥٤٩
- اشاره ٥٤٩
- [الموضع] الأول [جواز إخلاء العقد من المهر] ٥٤٩
- الموضع الثاني [المعتبر في مهر المثل و المتعه] ٥٥٤
- اشاره ٥٥٤
- (أحدهما) في مهر المثل ٥٥٤
- و(ثانيهما) في المتعه ٥٥٦

- ٥٦٢ [تنبيهات]
- ٥٦٢ اشاره
- ٥٦٢ الأول [انقسام حال الزوج إلى اليسار و الإعسار و لا ثالث لهما]
- ٥٦٢ الثاني [خروج الموارد المذكوره فى الأخبار مخرج التمثيل لا الحصر]
- ٥٦٣ الثالث [عدم الخلاف فى وجوب المتعه هنا]
- ٥٦٤ الرابع [فيما لو حصلت البينونه بينهما بغيره من فسخ أو موت أو لعان]
- ٥٦٥ الخامس [توجيه الأخبار الداله على شمول المتعه للمدخل بها أيضا]
- ٥٦٥ السادس [هل للولى أن يزوج المولى عليه مفوضه أم لا؟]
- ٥٦٧ المطلب الثاني: فى تفويض المهر
- ٥٦٧ اشاره
- ٥٦٧ [الأخبار الوارده فى المقام]
- ٥٦٩ الأول [فى اختصاص تفويض تقدير المهر بأحد الزوجين]
- ٥٧٠ الثاني [حكم ما لو فوض التقدير إلى الزوج أو الزوجه]
- ٥٧١ الثالث [فيما لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم]
- ٥٧١ الرابع [فيما لو مات الحاكم قبل الحكم و قبل الدخول]
- ٥٧٣ البحث الثالث: فى اللواحق
- ٥٧٣ اشاره
- ٥٧٣ [المسأله] الاولى [فى عدم سقوط المهر كلا أو بعضا بالدخول لو لم تقبضه]
- ٥٧٣ اشاره
- ٥٨٤ تنبيه [فيما لو لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا قبل الدخول]
- ٥٨٥ المسأله الثانيه [عدم استقرار جميع المهر بمقدمات الوطى]
- ٥٩٥ المسأله الثالثه [فيما لو طلق زوجته قبل الدخول و قد فرض لها مهرا]
- ٥٩٥ اشاره
- ٥٩٥ الاولى: أن يكون المهر دينا فى ذمته
- ٥٩٧ الثانيه: أن يكون عينا إلا أنها باقيه فى يد الزوج
- ٥٩٧ الثالثه: أن يكون عينا إلا أنه قد سلمها إليها

- الرابعه:كسابقتها إلا أنه وجد العين ناقصه ٥٩٧
- الخامسه:الصوره بحالها إلا أنه وجد العين زائده ٥٩٨
- تنبيهات ٦٠٢
- الأول [فيما لو أصدقها حيوانا حاملا و حكمنا بدخول الحمل فى الصداق] ٦٠٢
- الثانى [فيما لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول] ٦٠٢
- الثالث [فيما لو أبرأته من الصداق قبل الدخول بها ثم طلقها] ٦٠٤
- الرابع:لو أعطاهها عوض المهر متاعا أو عبدا أبقا أو شيئا ثم طلق قبل الدخول ٦٠٥
- الخامس [فيما لو دبر مملوكا جاز أن يجعله مهرا لزوجته] ٦٠٦
- المسأله الرابعه [فيما لو اشترط فى العقد ما يخالف المشروع] ٦٠٨
- المسأله الخامسه [فيما لو شرطت أن لا يفتضاها] ٦١٥
- المسأله السادسه [فيما لو اشترط أن لا يخرجها من بلدها] ٦٢٠
- اشاره ٦٢٠
- [تنبيهات] ٦٢٢
- اشاره ٦٢٢
- الأول: ٦٢٢
- الثانى: ٦٢٣
- الثالث:هل يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد؟ ٦٢٤
- المسأله السابعه:لو شرط لها مائه دينار إن خرجت معه، ٦٢٤
- المسأله الثامنه [بطلان النكاح بشرط الخيار] ٦٢٨
- المسأله التاسعه [فى أن المرأة تملك المهر بمجرد العقد] ٦٢٩
- المسأله العاشره [فى حكم المهر مع موت أحد الزوجين قبل الدخول] ٦٣٣
- المسأله الحاديه عشر [فى من بيده عقده النكاح أنه من هو؟] ٦٤٤
- اشاره ٦٤٤
- [تنبيهات] ٦٥٢
- اشاره ٦٥٢
- الأول [فى دلالة أكثر الروايات على خلاف القول المشهور] : ٦٥٢

- ٦٥٤ الثاني [تعسف تفسير من بيده النكاح بالزوج] :
- ٦٥٥ الثالث [فى شمول من بيده عقده النكاح لو كمل المرأه فى النكاح]
- ٦٥٥ الرابع [فى أن] أكثر الأخبار مطلق بالنسبه إلى عفو غيرها بأنه يعفو عن الكل أو البعض
- ٦٥٦ الخامس [فى معنى العفو المراد من الآيه]
- ٦٥٨ السادس [أنه ليس لولى الزوج العفو من حقه كلاً أو بعضاً]
- ٦٥٩ السابع [فى أن القدر المعفو عنه ينتقل بمجرد العفو]
- ٦٦١ المسأله الثانيه عشر [فيما لو زوج الرجل ولده الصغير و للولد مال]
- ٦٦١ اشاره
- ٦٦٤ [فوائد]
- ٦٦٤ اشاره
- ٦٦٤ الأول [فيما لو اشترط الأب عدم الضمان]
- ٦٦٦ الثاني [فيما لو كان الصبى مالكا لبعض المهر] :
- ٦٦٦ الثالث [فى أن إطلاق المال فى الأخبار شامل لما يؤخذ فى الدين و ما لا يؤخذ]
- ٦٦٦ الرابع [لو أدى الأب المهر فى موضع لا يضمه]
- ٦٦٧ الخامس: إذا دفع الأب عن ولده الصغير مع يسار الولد [ثم بلغ الولد و طلق قبل الدخول]
- ٦٦٨ السادس: لو لم يدفع الأب المهر مع لزومه له و طلقها قبل الدخول
- ٦٦٩ السابع: لو دفع الأب المهر عن الولد الكبير متبرعاً، ثم طلق قبل الدخول
- ٦٧٠ البحث الرابع: فى التنازع
- ٦٧٠ اشاره
- ٦٧٠ الأولى: لو اختلفا فى أصل المهر
- ٦٧٤ الثانيه: لو أقر بالمهر و ادعى تسليمه، و أنكر المرأه
- ٦٧٤ الثالثه: لو اختلفا فى المدفوع بعد أن كان قدر مهرها فقالت: دفعته هبه، فقال: بل صداقا
- ٦٧٥ الرابعه: إذا خلا بها فادعت المواقعه
- ٦٧٥ الخامسه: إذا اختلف الزوجان بعد اتفاهما على وقوع عقد نكاح بينهما فى وقتين
- ٦٧٧ المقصد الثالث فى القسم و النشوز و الشقاق:
- ٦٧٧ اشاره

- ٦٧٧ [المقاله الأولى فى القسم:
- ٦٧٧ اشاره
- ٦٧٨ الأول [فى أن لكل من الزوجين على الآخر حقوقا واجبه و مستحبه]
- ٦٧٩ الثانى: لا خلاف بين الأصحاب فى وجوب القسمة بين الزوجات
- ٦٨٣ الثالث [فيما لو لم يكن له إلا زوجه واحده]
- ٦٨٥ الرابع [فى أقل أفراد القسم لو تعددت الزوجه ليله ليله]
- ٦٨٦ الخامس [فى كيفية البدء]
- ٦٨٧ السادس [فى أن الواجب فى القسمة هو المضاجعه ليلا دون المجامعه]
- ٦٨٩ السابع: إذا اجتمع عنده حره و أمه بالعقد
- ٦٩٥ الثامن [فى أن المبيت عند البكر سبعة أيام و ثلاثه عند الثيب]
- ٧٠١ التاسع [فى سقوط القسمة بالسفر]
- ٧٠٢ العاشر [فى استحباب التسويه بين الزوجات فى الإنفاق و حسن المعاشره]
- ٧٠٦ الحادى عشر: لو وهبت إحدى الزوجات حقها من القسم للزوج أو لبعض نسائه
- ٧٠٨ الثانى عشر: لا قسمة للصغيره و لا الناشزه
- ٧٠٩ المقاله الثانيه فى النشوز و الشقاق
- ٧٠٩ اشاره
- ٧٠٩ [المقام الأول فى النشوز:
- ٧٠٩ اشاره
- ٧١٠ الأول: فى نشوز المرأه
- ٧١٤ الثانى: فى نشوز الزوج
- ٧١٧ المقام الثانى فى الشقاق:
- ٧١٧ اشاره
- ٧٢٠ [تنبيهات]
- ٧٢٠ اشاره
- ٧٢٠ الأول [فى المراد من خوف الشقاق فى الآيه هل هو خشيته أو العلم به؟]
- ٧٢١ الثانى [من المخاطب فى الآيه بإنفاذ الحكمين؟]

- الثالث [فى أن وجه الجمع بين الأخبار هو كون البعث من الزوجين]----- ٧٢٤
- الرابع [فيما لو رأيا الحكمان الصلح]----- ٧٢٦
- الخامس [هل يتعين كون الحكمين من أهل الزوجين؟]----- ٧٢٩
- السادس [فى أن بعث الحكمين هل هو واجب أو مستحب؟]----- ٧٣٠
- السابع [فى نقد المصنف ما أفاده على بن إبراهيم فى المقام]----- ٧٣١
- الثامن [هل حكم الحكمين من باب التوكيل أو التحكيم؟]----- ٧٣٣
- التاسع [فى أنه ينبغى للحكمين إخلاص النيه فى السعى و قصد الإصلاح]----- ٧٣٤
- العاشر: لو غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين فهل ينفذ حكمهما أم لا؟----- ٧٣٥
- الحادى عشر [فيما لو منعها شيئاً من حقوقها الواجبه]----- ٧٣٦
- تعريف مركز----- ٧٣٨

الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره المجلد ٢٤

اشاره

سرشناسه : بحراني، يوسف بن احمد، ق ١١٨٦ - ١١٠٧

عنوان و نام پديدآور : الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره / تاليف يوسف البحراني

مشخصات نشر : قم.

وضعيت فهرست نویسی : فهرست نویسی قبلى

يادداشت : فهرست نویسی براساس جلد هجدهم

يادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ٥٥٦٠٩

ص : ١

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على خير خلقه و أفضل بريته محمد و آله الطاهرين.

ص : ١

[تمه كتاب النكاح]

[تمه الفصل الثانى فى أسباب التحريم]

المطلب السادس: الكفر:

اشاره

و فيه بحوث

[البحث] الأول:

اشاره

و فيه مسائل:

[المسأله] الاولى [فى جواز نكاح الكتائبه و عدم جوازه]:

اشاره

لا خلاف بين الأصحاب-رضوان الله عليهم- كما نقله غير واحد من محققيهم فى أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتائبه.

[الأقوال فى المقام]

اشاره

و أما الكتائبه فقد اختلفوا فيها على أقوال سته، و الأصل فى ذلك اختلاف ظاهر الآيات و الروايات فى ذلك، و اختلاف الأفهام فى الجمع بينها.

و الأول من الأقوال المذكوره

[الأول] التحريم مطلقا

، و هو مذهب المرتضى و الشيخ فى أحد قوليه، و هو أحد قولى الشيخ أيضا، و قواه ابن إدريس، قال المرتضى:

مما انفردت به الإماميه حظر نكاح الكتائيات، و قال الشيخ فى الخلاف: المحصلون من أصحابنا يقولون: لا يحل نكاح من خالف

الإسلام، لا اليهود و لا النصارى و لا غيرهم، و قال قوم من أصحاب الحديث من أصحابنا: يجوز ذلك، و اختار فى كتابى الأخبار التحريم أيضا مطلقا.

و الثانى: الجواز مطلقا

، و هو منقول عن الشيخ على بن الحسين بن بابويه و ابنه، و ابن أبى عقيل، قال الشيخ على المذكور على ما نقله عنه فى المختلف: و إن تزوجت يهوديه أو نصرانيه فامنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير، و اعلم

ص: ٣

أن عليك في دينك في تزويجك إياها غضاؤه. ونحوه قال ابنه في المقنع، و زاد:

و تزويج المجوسيه حرام، و لكن إذا كان للرجل أمه مجوسيه، فلا بأس أن يطأها و يعزل عنها و لا يطلب ولدها.

و قال ابن العقييل: و أما المشركات فقوله تعالى «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ» (١) إلا- ما استثناء من عوائف أهل الكتاب، فقال «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» (٢) ثم قال في موضع آخر، قال الله عز و جل «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ» -إلى قوله- «أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ» و ذكر مشركى أهل الكتاب فقال «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» -إلى قوله- «وَلَا تُتَّخَذِ أَخْدَانٍ».

و أهل الشرك عند آل الرسول (صلى الله عليه و آله) صنفان: صنف أهل الكتاب، و صنف مجوس و عبده أوثان و أصنام و نيران، فأما الصنف الذى بدأنا ذكره فقد حرم الله نساءهم حتى يسلموا، و أما أهل الكتاب فهم اليهود و النصرى فلا بأس بنكاح نسائهم متعه و إعلانا، و لا يجمع فى نكاح الإعلان منهن إلا أربع فما دون.

الثالث: جواز متعه اليهود و النصرى اختيارا و الدوام اضطرارا

، و هو مذهب الشيخ فى النهايه و ابن حمزه و ابن البراج، قال فى النهايه: لا يجوز للرجل المسلم أن يعقد على المشركات على اختلاف أصنافهن يهوديه كانت أو نصرانيه، أو عابده وثن، فإن اضطر إلى العقد عليهن عقد على اليهوديه و النصرانيه، و ذلك جائز عند الضروره، و لا بأس أن يعقد على هذين الجنسين عقد المتعه مع الاختيار.

انتهى، و على هذا النهج كلام الفاضلين الآخرين.

الرابع: عدم جواز العقد بحال، و جواز ملك اليمين

، و نقل عن الشيخ فى أحد قوله.

أقول: و بهذا القول صرح الشيخ المفيد على ما نقله عنه فى المختلف حيث قال: و قال المفيد: نكاح الكافره محرم بسبب كفرها، سواء كانت عابده وثن أو

ص: ٤

١- ١) سورة البقره- آيه ٢٢١.

٢- ٢) سورة المائده- آيه ٥.

مجوسيه أو يهوديه أو نصرانيه، قال الله عز وجل «وَلَا تَتَّكِفُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ» وقال في باب العقد على الإمام: و تنكح بملك اليمين اليهوديه و النصرانيه و لا يجوز له ذلك بعقد نكاح و لا يجوز وطؤ المجوسيه و الصابئيه و الوثنيه على حال.

و قال في باب السرارى: و لا- بأس أن يطأ اليهوديه و النصرانيه بملك اليمين، و لا يجوز له وطؤ المجوسيه على حال، و كذا الصابئيات و الوثنيات حرام و طؤهن بالعقود و ملك اليمين.

الخامس: جواز المتعه و ملك اليمين، و تحريم الدوام

، و نقل عن أبى الصلاح و سلا، و أنه اختار المتأخرين.

أقول: و هو ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط حيث قسم المشركين فيه إلى أقسام ثلاثه: من له كتاب، و هم اليهود و النصرارى، أهل التوراه و أهل الإنجيل، قال:

فهؤلاء عند المحصلين من أصحابنا لا يجوز أكل ذبائحهم و لا تزويج حرائرهم، بل يقرون على أديانهم إذا بذلوا الجزيه، و فيه خلاف بين أصحابنا، و قال جميع الفقهاء: يجوز أكل ذبائحهم و نكاح حرائرهم.

فأما السامره و الصابئون فقد قيل: إن السامره قوم من اليهود، و الصابئون قوم من النصرارى، فعلى هذا يحل جميع ذلك، و الصحيح فى الصابئه أنهم غير النصرارى، لأنهم يعبدون الكواكب، فعلى هذا لا يحل جميع ذلك بلا خلاف، و أما غير هذين الكتابين من الكتب كصحف إبراهيم عليه السلام و زبور داود عليه السلام، فلا يحل نكاح حرائر من كان من أهلها و لا أكل ذبائحهم.

و من لا كتاب له و لا شبهه كتاب كعبده الأوثان، فلا يحل نكاحهم، و لا أكل ذبائحهم و لا يقرون على أديانهم بلا خلاف.

و من له شبهه كتاب، و هم المجوس قال قوم: هم أهل الكتاب، كان لهم كتاب ثم نسخ، و رفع من بين أظهرهم، و قال آخرون: ما كان لهم كتاب أصلا، و غلب التحريم، فقل على القولين، يحقن دماؤهم ببذل الجزيه، و تحريم مناكحهم

و ذبائحهم بلا- خلاف و قد اختار أصحابنا كلهم التمتع بالكتابه و وطأها بملك اليمين، و روى رخصه في التمتع بالمجوسيه. انتهى.

السادس: تحريم نكاحهن مطلقا اختيارا، و تجويزه مطلقا اضطرارا.

و تجويز الوطى بملك اليمين

، و نقل عن ابن الجنيد، قال في المختلف: و قال ابن الجنيد: و اختار لمن وجد الغناء- عن نكاح أهل الكتابين- ترك مناكحتهن بالعقد في دار الإسلام، أما في دار حربهم فلا يجوز ذلك، فإن رغبت إلى ذلك ضروره في دار الإسلام أن يكون الأبكار منهن، و أن يمنعهن أكل و شرب ما هو محرم في دار الإسلام، و لا- يحل نكاح من كان نصارى من بنى تغلب و ذميمه العرب و مشركيهن.

و من لم يصح له كتاب من الصابئين و غيرهن و اجتناب مناكحتهن أحب إلى، و أما السامره فيجرون مجرى اليهود، و إن كانوا من بنى إسرائيل، و لا- بأس بوطىء من ملك من هذه الأصناف كلها بملك اليمين و لكن لا يطلب الولد من غير الكتابيه، و قال في نكاح الحر للإماء: و لا يحل للمسلم التزويج على إماء أهل الكتاب. انتهى.

[أنواع الروايات في المقام]

اشاره

و منشأ هذا الاختلاف اختلاف الأخبار كما أشرنا إليه آنفا، فإنها خرجت في هذا المقام على أنواع متعدده.

[النوع الأول: على الجواز مطلقا]

، و هي ما رواه

المشايخ الثلاثة (1)- رضوان الله عليهم- عن معاويه بن وهب و غيره في الصحيح عن ابى عبد الله عليه السلام

«في الرجل المؤمن يتزوج النصرانيه و اليهوديه، قال: إذا أصاب المسلمه فما يصنع باليهوديه و النصرانيه: فقلت: يكون له فيها الهوى، فقال: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير و اعلم أن عليه في دينه في تزويجه إياها غضاضه».

ص: ٦

فى الكافى (١) فى الصحيح كما عن ابن رئاب عن ابى بصير و هو مشترك إلا أن الأظهر عندى عدّه فى الصحيح كما تقدمت الإشارة إليه عن ابى جعفر عليه السلام قال:

« سألته عن رجل له امرأه نصرانيه له أن يتزوج عليها يهوديه؟ فقال: إن أهل الكتاب ممالك للإمام، و ذلك موسع منا عليكم خاصه، فلا بأس أن يتزوج قلت: فإنه يتزوج عليها أمه؟ قال: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء، فإن تزوج عليهما حره مسلمه و لم تعلم أن له امرأه نصرانيه و يهوديه ثم دخل بها فإن لها مما أخذت من المهر فإن شاءت أن تقيم بعد معه أقامت، و إن شاءت أن تذهب إلى أهلها ذهبت، و إذا حاضت ثلاثه حيض أو مرت لها ثلاثه أشهر حلت للأزواج، قلت: فإن طلق عليها اليهوديه و النصرانيه قبل أن تنقضى عدّه المسلمه، له عليها سبيل أن يردها إلى منزله؟ قال: نعم» (٢).

فى الكافى و التهذيب (٢) عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« سألته عن رجل تزوج ذميه على مسلمه، و لم يستأمرها، قال: و يفرق بينهما،

-
- ١- ١) الكافى ج ٥ ص ٣٥٨ ح ١١، و التهذيب ج ٧ ص ٤٤٩ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٠ ح ١.
٢- ٣) الكافى ج ٧ ص ٢٤١ ح ٨، التهذيب ج ١٠ ص ١٤٤ ح ٣، الوسائل ج ١٨ ص ٤١٥ ب ٤٩ ح ١.

قلت: فعليه أدب؟ قال: نعم اثني عشر سوطا و نصف ثمن حد الزاني و هو صاغر، قلت:

فإن رضيت المرأة الحره المسلمه بفعله بعد ما كان فعل؟ قال: لا يضرب و لا يفرق بينهما يبقيان على النكاح الأول». أقول: في التهذيب «أمه» مكان «ذميه».

و ما رواه

في الفقيه (١) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام

«في رجل تزوج ذميه على مسلمه قال: يفرق بينهما، و يضرب ثمن الحد اثني عشر سوطا و نصفها، فإن رضيت المسلمه ضرب ثمن الحد و لم يفرق بينهما، قلت: كيف يضرب النصف؟ قال: يؤخذ بالسوط بالنصف فيضرب به».

و ما رواه

الشيخ في التهذيب (٢) عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن طعام أهل الكتاب و نكاحهم حلال هو؟ قال: نعم قد كان تحت طلحه يهوديه».

و عن محمد بن مسلم (٣) في الموثق عن ابي جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا بأس، أما علمت أنه كان تحت طلحه بن عبد الله يهوديه على عهد النبي صلى الله عليه و آله».

و ما رواه

في الكافي (٤) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال:

«سألته أبا عبد الله عليه السلام هل للرجل أن يتزوج النصرانيه على المسلمه، و الأمه على الحره؟ فقال: لا يتزوج واحده منهما على المسلمه، و يتزوج المسلمه على الأمه و النصرانيه، و للمسلمه الثلثان و للأمه و النصرانيه الثلث».

و عن سماعه (٥) في الموثق قال:

«سألته عن اليهوديه و النصرانيه أ يتزوجها

ص: ٨

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٦ ح ٣.

- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٣.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٣.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٢.

الرجل على المسلمة؟ قال: لا، و يتزوج المسلمة على اليهوديه و النصرانيه».

و ما

فى كتاب الفقه الرضوى (١) حيث قال عليه السلام:

و إن تزوجت يهوديه أو نصرانيه فامنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير، و اعلم أن عليك فى دينك فى تزويجك إياها غضاظه، و لا يجوز تزويج المجوسيه، و لا يجوز أن تزوج من أهل الكتاب و لا من الإماء إلا اثنتين». إلى آخره.

و كلام الشيخ على بن بابويه المتقدم نقله عين صدر هذه العبارة، و قد تقدم التنبيه على أن أكثر عبارته و فتاويه فى رساله مأخوذ من هذا الكتاب، و هذه الأخبار هى مستند قول الثانى.

و النوع الثانى: ما دل على التحريم مطلقا

، و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٢) عن الحسن بن الجهم فى الموثق قال:

«قال لى أبو الحسن الرضا عليه السلام: يا أبا محمد ما تقول فى رجل يتزوج نصرانيه على مسلمه؟ قلت: جعلت فداك، و ما قولى بين يديك، قال: لتقولن فإن ذلك يعلم به قولى، قلت: لا يجوز تزويج النصرانيه على مسلمه، و لا على غير مسلمه، قال: لم؟ قلت: لقول الله عز و جل «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ» (٣) قال: فما تقول فى هذه الآية؟. «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» (٤) قلت فقوله «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» نسخت هذه الآية فتبسم ثم سكت».

و عن زواره (٥) عن ابى جعفر عليه السلام قال:

«لا ينبغي نكاح أهل الكتاب، قلت:

ص: ٩:

١- (١) فقه الرضا ص ٣١، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤ ح ٢ مع اختلاف يسير.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٣٥٧ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٠ ح ٣.

٣- (٣) سورة البقره- آيه ٢٢١.

٤- (٤) سورة المائده- آيه ٥.

٥- (٥) الكافى ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٧ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤١١ ح ٤.

جعلت فداك و أين تحريمه؟ قال: قوله «وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ» (١).

و عن زراره في الصحيح أو الحسن (٢) قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله سبحانه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» فقال: هذه منسوخة بقوله «وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ».

و ما رواه

الثقة الجليل على بن إبراهيم في تفسيره (٣) عن أبي جعفر عليه السلام

في تفسير قوله «وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ» أن من كانت عنده امرأة كافره يعنى على غير مله الإسلام و هو على مله الإسلام فليعرض عليها الإسلام فإن قبلت فهي امرأته، وإلا فهي بريئة منه، فنهى الله أن يمسك بعضهم.

و ما رواه

الراوندى في نوادره (٤) بإسناده عن موسى بن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال:

«قال على عليه السلام: لا يجوز للمسلم التزويج بالأمة اليهودية و لا النصرانية، لأن الله تعالى قال مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ» الحديث.

و روى العياشى في تفسيره (٥) عن مسعده بن صدقه، قال:

سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» قال: نسختها «وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ». و هذه الأخبار أدله القول الأول.

و النوع الثالث: ما دل على الجواز للضرورة

، و منها ما رواه

في الكافي (٦)

ص: ١٠

١- ١) سورة الممتحنة- آية ١٠.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٠ ح ١.

٣- ٣) تفسير القمي ج ٢ ص ٣٦٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ح ٧.

٤-٤) نوادر الراوندى ص ٤٨، البحار ج ١٠٣ ص ٣٨٠ ح ٢٠ طبعه الاخوندى.

٥-٥) تفسير العياشى ج ١ ص ٢٩٦ ح ٣٨ عن ابن سنان عن أبى عبد الله، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤ ح ١ عن مسعده بن صدقه.

٦-٦) الكافى ج ٥ ص ٣٦٠ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٢ ح ٣.

عن يونس عنهم عليهم السلام قال: «لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمه إلا أن لا يجد حره، فكذلك لا ينبغي له أن يتزوج امرأه من أهل الكتاب إلا في حال الضروره، حيث لا يجد مسلمه حره ولا أمه».

و عن محمد بن مسلم في الصحيح (١) وإن اشتمل على إرسال ابن أبي عمير لعددهم مراسلاته في الصحاح عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهوديه ولا نصرانيه و هو يجد مسلمه حره أو أمه». و التقريب فيه بحمل «لا ينبغي» على التحريم كما هو ظاهر الخبر الأول.

و النوع الرابع: ما دل على الجواز على كراهه

و منه صحيحه معاويه ابن وهب (٢) المتقدمه في صدر روايات الجواز.

و ما رواه

في الكافي (٣) في الصحيح أو الحسن عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال:

«و ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج اليهوديه و لا النصرانيه مخافه أن يتهود ولده أو يتنصر».

و ما رواه

في كتاب قرب الاسناد (٤) عن أبي البختری عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

«أنه كره مناكحه أهل الحرب». إلا أن هذا مبني على أن لفظ «لا أحب» و لفظ «كره» بمعنى المكروه المستعمل بين الناس، و هو في الأخبار أعم من ذلك، فإنه قد ورد بمعنى التحريم كثيرا فهما من الألفاظ المتشابهه كما تقدم تحقيقه.

و النوع الخامس: ما دل على تخصيص الجواز بالبله

كما رواه

في الكافي (٥) عن

ص: ١١

١-١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٥.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٧ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٢ ح ١.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥١ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١١ ح ٥.

٤-٤) قرب الاسناد ص ٦٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١١ ح ٦.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٩ ح ٧ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٤ ح ١.

زراره قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهوديه و النصرانيه فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهوديه و لا نصرانيه، و إنما يحل منهن نكاح البله».

و لفظ «لا- يصلح» و إن كان ظاهرا فى الكراهه باعتبار اصطلاح الناس، إلا أنه فى الأخبار من الألفاظ المتشابهه المستعمله فى التحريم أيضا، و قرينه التحريم هنا قوله «إنما يحل».

و النوع السادس: ما ورد فى التمتع بهن

و من ذلك ما رواه

فى التهذيب (١) عن الحسن بن على بن فضال فى الموثق عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا بأس أن يتمتع الرجل باليهوديه و النصرانيه و عنده حره».

و عن زراره (٢) قال:

«سمعتة يقول: لا بأس بأن يتزوج اليهوديه و النصرانيه متعه، و عنده امرأه».

و عن محمد بن سنان (٣) عن الرضا عليه السلام قال:

«سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا بأس، فقلت: فمجوسيه، فقال: لا بأس به، يعنى متعه».

أقول: قوله «يعنى متعه» من كلام الراوى، و هو تفسير لكلامه عليه السلام و بيان لإجماله، لعلمه بذلك بقرينه الحال يومئذ، إلا أن هذا التفسير يمكن ان يكون للمجوسيه خاصه، و أن نفى البأس عنها إنما هو بالنسبه إلى المتعه دون الدائم، و حينئذ فنفى البأس فى اليهوديه و النصرانيه أعم من المتعه و الدائم، و بهذا تكون هذه الروايه من روايات النوع الأول، و هذا هو الأقرب، و يحتمل أن يكون للجميع.

و عن منصور الصيقل (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا بأس بالرجل أن يتمتع

ص: ١٢

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٥ ح ١.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٢٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٥ ح ٢.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٤.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٥.

و عن إسماعيل بن سعد الأشعري (١) في الصحيح قال:

«سألته عن الرجل يتمتع من اليهوديه و النصرانيه؟ قال: لا أرى بذلك بأسا، قال: قلت: بالمجوسيه؟ قال: و أما المجوسيه فلا». و حمل في التهذيبن المنع عن المجوسيه على الكراهه عند التمكن من غيرها، هذا ما ورد من الأخبار على ما عرفت من الاختلاف و مثلها الآيات القرآنيه، فإنها مختلفه أيضا.

فمما يدل على التحريم قوله عز و جل في سوره البقره «وَلَا تُنَكِّحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ» - إلى قوله - «وَلَا تُنَكِّحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا» (٢). و قوله عز و جل في سوره الممتحنه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ - إلى قوله - «وَلَا تُنَسِّكُوا بَعْضُهُمُ الْكُوفِرِ» (٣).

و مما يدل على الجواز قوله عز و جل في سوره المائده «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرِ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ» (٤).

و أنت خير بأن أكثر الأخبار دال على الجواز و إن كان على كراهه كما يفهم من الأخبار الأخر المتقدمه، و لا ينافي ذلك روايات المتعه إن لم تؤكد، لدلالاتها على الجواز في الجملة، و لهذا مال إلى الجواز شيخنا في المسالك و سبطه السيد السند في شرح النافع.

ص: ١٣

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ج ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦١ ح ١.

٢-٢) سوره البقره-آيه ٢٢١.

٣-٣) سوره الممتحنه-آيه ١٠.

٤-٤) سوره المائده-آيه ٥.

و يؤيده ما رواه النعماني في تفسيره (١) عن علي عليه السلام و صرح به الثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره (٢) أيضا في بيان ما نصفه منسوخ من الآيات و نصفه باق من أن قوله «وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ» قد نسخ بقوله تعالى في سورة المائدة «الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ» -إلى قوله- وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ « (٣) و قوله «وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا» لم ينسخ إلى آخر كلامهما زيد في إكرامهما، و حينئذ ربما يمكن القول بترجيح الجواز، إلا أن إجماع العامة على الجواز كما نقله الشيخ و غيره.

و قد تقرر في طريق الترجيح في مقام اختلاف الأخبار، عرض الأخبار على مذهبهم و الأخذ بخلافه كما تضمنته مقبوله عمر بن حنظله (٤)، و رواه زراره و غيرها حتى ورد أنهم ليسوا من الحنيفة على شيء، و أن الرشد في خلافهم، و بلغ الأمر إلى أنهم أمروا شيعتهم بأنه متى أعوزهم الحكم الشرعي رجعوا إلى قضاء العامة، و أخذوا بخلاف ما يفتون به، و حينئذ فيشكل العمل بأخبار الجواز، لإمكان الحمل على التقيه.

فإن قيل: إن من جملة القواعد أيضا العرض على الكتاب العزيز، و الأخذ بما وافقه، بل العرض عليه و الترجيح مقدم في الأخبار على رتبة العرض على مذهب العامة.

قلنا: نعم الأمر و إن كان كذلك، لكن الآيات كما عرفت مختلفة، و الجمع بينها مشكل، إلا أنه يمكن أن يقال: إن مقتضى ما قدمنا نقله عن تفسير النعماني و علي بن إبراهيم أن آية «وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» (٥) الداله على التحريم قد

ص: ١٤

١- ١) المحكم و المتشابه ص ٣٤ و ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٣ ح ٦.

٢- ٢) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣.

٣- ٣) سورة المائدة- آية ٥.

٤- ٤) الفقيه ج ٣ ص ٥ ح ٢، الوسائل ج ١٨ ص ٧٥ ح ١.

٥- ٥) سورة البقرة- آية ٢٢١.

نسخت بآيه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ» (١) الداله على الجواز، و لهذا جعلنا ذلك مؤيدا للجواز.

و مقتضى ما دلت عليه حسنه زراره أو صحيحته، و كذا روايته الأخرى المتقدمتين فى النوع الثانى أن آيه التحريم إنما هى «وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ» (٢) و أن هذه الآيه قد نسخت آيه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ» و يؤيد ذلك الروايات الوارده فى تفسير «وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ» المتقدمه فى الموضع المذكور.

و أما آيه «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» فالظاهر من إيراده فى الاستدلال على التحريم فى حسنه زراره و روايته بآيه «وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ» دونها، مع أنه أصرح فى التحريم: أنها قد نسخت بآيه المائده كما نقله الشيخان المتقدم ذكرهما فى تفسيريهما، و لعله بعد ذلك نسخت آيه المائده بآيه «وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ» كما صرحت به الروايتان المذكورتان.

و ما يقال من أن المائده آخر القرآن نزولا غير معلوم على إطلاقه، نعم بعض آياتها كذلك، فإن الظاهر من الأخبار أن السور لم تنزل دفعه واحده بل القرآن كله إنما نزل نجوما بحسب الأحكام المتجدده و الوقائع المتعدده، و لهذا صرحوا بأنه لم يتكامل فى نزوله إلا بعد عشرين سنه، و حينئذ فىكون القرآن دليلا على التحريم بمعونه هذه الروايات، لأننا لا نفهم من القرآن إلا ما أفهمونا إياه، و أوقفونا عليه، سيما عند تشابهه علينا، و نسخ بعضه بعضا.

و من ذلك يظهر ترجيح القول بالتحريم بالنظر إلى هاتين القاعدتين الوارديتين فى مقام الترجيح، لأن العرض على مذهب العامه و الأخذ بخلافه لا يتم إلا على القول بالتحريم و العرض على الكتاب بالتقريب الذى أوضحناه

ص: ١٥

١-١) سورة المائده-آيه ٥.

٢-٢) سورة الممتحنه-آيه ١٠.

يقتضى القول بالتحريم، فإنه هو المفهوم من الآيات بمعونه هذه الروايات.

و أما ما ذكره شيخنا في المسالك-من أن إثبات النسخ بهذه الرواية يعنى حسنه زواره مشكل، خصوصا مع عدم صحه سندها- محل نظر، فإن حسننها إنما هو بإبراهيم بن هاشم الذى لا راد لروايته لما هو عليه من علو الشأن و رفعه المكان، حتى عد روايته فى الصحيح جمله من محققى متأخرى المتأخرين كالشيخ البهائى و والده، و شيخنا المجلسى و والده المولى محمد تقى و غيرهم.

و هو قد اعترف فى غير موضع، و كذا سبطه السيد السند بأنه لا راد لروايته، و إن نظموا فى قسم الحسن، فالمناقشه فى ذلك واهيه على أنها كما عرفت قد عاصدها روايه زواره الثانيه، و روايه تفسير الشيخ على بن إبراهيم، و حينئذ فتحمل تلك الروايات الداله على الجواز على التقيه.

و يؤيده ما سيأتى تحقيقه-إن شاء الله تعالى-فى مسأله اشتراط الكفاءه فى فى النكاح التى هى عباره عن التساوى فى الايمان- كما هو المشهور-أو الإسلام- كما هو القول الآخر- فإنه و إن كان المشهور اختصاص ذلك بجانب الزوج إلا أن الأظهر هو اشتراط ذلك من الجانبين، كما هو مذهب سلا، حيث قال:

و من الشرائط أن تكون مؤمنه أو مستضعفه، فإن كانت ذميه أو مجوسيه أو معانده لم يحل نكاحها قط، لأن الكفاءه فى الدين مراعاه عندنا فى صحه هذا العقد، فأما فى عقد المتعه و الإمامه فجائز فى الذميات خاصه، دون المجوسيه، انتهى.

و أما ما ذكره السيد السند فى شرح النافع و إليه أشار جده فى المسالك من أن آيه «وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ» (١) الداله على الجواز.

لا ينافيها قوله تعالى «وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ» (٢) لأن الأولى خاصه، و العمل على الخاص مقدم.

ص: ١٦

١-١) سورة المائده-آيه ٥.

٢-٢) سورة البقره-آيه ٢٢١.

ففيه أنه جيد لو لم تعارضه الروايه عنهم عليهم السلام فإن موثقه الحسن بن الجهم (1) دلت على أن آيه «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» قد نسخت آيه «وَالْمُحْصَنَاتُ» وهو وإن وقع في كلام الراوى إلا أنه عليه السلام قد قرره على ذلك، لكن هذه الروايه معارضه بما قدمنا نقله عن تفسير النعمانى.

و كلام الشيخ على بن إبراهيم فى تفسيره-من أن آيه «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ» قد نسخت بقوله تعالى فى سوره المائده «الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ -إلى قوله- وَ الْمُحْصَنَاتُ» (2) و ما ذكروه من الجمع بين الآيتين بتخصيص إحداهما بالأخرى- لا يتم على كل من الروائتين، بل الروائتان ظاهرتان فى

ص: ١٧

١-١) الكافى ج ٥ ص ٣٥٧ ح ٦، و التهذيب ج ٧ ص ٢٩٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٠ ح ٣.
٢-٢) أقول: و بذلك يظهر لك ما فى قوله فى المسالك-من أنه لا وجه للنسخ بعد إمكان الجمع بين الآيتين بتخصيص عموم آيه «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» بآيه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ» فان فيه أن الروايات قد صرحت بالنسخ و ان اختلف فى أن أيتها الناسخه و أيتها المنسوخه. فقوله «لا وجه للنسخ فيه» نوع اعتراض على الامام-عليه السلام-فى حكمه بالنسخ، و هو لا- يخلو من سوء أدب. نعم لو كان ذلك فى مقابله دعوى من ادعى ذلك بغير دليل اتجه ما ذكره. و كذا قوله «و أما آيه النهى عن التمسك بعصم الكوافر فليست صريحه فى إرادته النكاح، و لا فيما هو أعم منه» فان فيه أنه و ان كان الأمر كذلك بالنظر الى ظاهر الآيه، و لكن بعد ورود الروايات يكون «وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ» ناسخه لايه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ» و ورود تفسير الآيه بالنكاح كما قدمنا نقله عن تفسير على بن إبراهيم، فلا وجه لهذا الكلام، و هل هو الا نوع رد على الامام-عليه السلام-فيما فسره به الآيه فى المقام. و بالجمله فإن كلامه هنا بعيد عن التحقيق، و سحيق فى ذلك، و أى سحيق (منه-قدس سره-).

فى التعارض، و أنه لا- مخرج من ذلك إلا- بنسخ إحداهما للثانية، و إن وقع الاختلاف بينهما فى أن أيتهما الناسخه و أيتهما المنسوخه.

و كيف كان فالمسأله بمحل من الاشكال، لما عرفت من الاختلاف فى الآيات و الروايات، و إن كان ما ذكرناه هو الذى يترجح فى النظر القاصر و الذهن الفاتر، و الله العالم.

تنبيهات

الأول [فى أن المجوس من أهل الكتاب أم لا؟]:

ظاهر الأصحاب أن المجوس ليسوا داخلين تحت إطلاق أهل الكتاب، و أن أهل الكتاب حقيقه إنما هم اليهود و النصارى، و هذا البحث المتقدم مخصوص بهم و إن ألحقوا بهم فى بعض الأحكام.

قال شيخنا فى المسالك بعد تمام البحث فى اليهود و النصارى: بقى الكلام فى المجوسيه، فإن الظاهر عدم دخولها فى أهل الكتاب،

لقول النبى صلى الله عليه و آله (١)

«سنوا بهم سنه أهل الكتاب». فإن فيه إيماء إلى أنهم ليسوا منهم و لذلك قيل: إنهم ممن لهم شبهه كتاب،

و قد روى (٢)

أنهم حرقوا كتابهم فرفع.

و أيضا فلا يلزم أن يسن بهم سنتهم فى جميع الأحكام، و ظاهر الروايه كونه فى الجزيه، و يؤيده أنهم رروا فيها أيضا غير ناكحى نسائهم و لا أكل ذبائهم، فيضعف الاحتجاج ببعضها دون بعض، و الروايه عاميه، انتهى.

أقول: المفهوم من بعض الأخبار كونهم من أهل الكتاب و أنه كان لهم نبى و كتاب،

فروى فى الكافى و التهذيب (٣) عن أبى يحيى الواسطى عن بعض أصحابنا

ص: ١٨:

١- (١) الفقيه ج ٢ ص ٢٩ ح ١١، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٥.

٢- (٢) التهذيب ج ٦ ص ١٧٥ ح ٢٨، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٥.

٣- (٣) الكافى ج ٣ ص ٥٦٧ ح ٤، التهذيب ج ٤ ص ١١٣ ح ١، الوسائل ج ١١ ص ٩٦ ح ١.

قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس كان لهم نبي؟ فقال: نعم. أما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله إلى أهل مكة أن أسلموا وإلا نابذتكم بحرب، فكتبوا إلى النبي صلى الله عليه وآله أن خذ منا الجزية و دعنا على عباده الأصنام، فكتب إليهم النبي صلى الله عليه وآله: إنني لم آخذ الجزية إلا من أهل الكتاب، فكتبوا إليه صلى الله عليه وآله يريدون بذلك تكذيبه صلى الله عليه وآله: زعمت أنك لا تأخذ الجزية إلا من أهل الكتاب ثم أخذت الجزية من مجوس هجر، فكتب إليهم النبي صلى الله عليه وآله: أن المجوس كان لهم نبي فقتلوه، و كتاب فأحرقوه، أتاهاهم نبيهم بكتابهم في اثني عشر ألف جلد ثور».

و ما رواه

في التهذيب (١) عن أبي يحيى الواسطي قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس فقال: كان لهم نبي قتلوه و كتاب أحرقوه، أتاهاهم نبيهم بكتابهم في اثني عشر ألف جلد ثور».

«و قال الصدوق في الفقيه (٢) المجوس تؤخذ منهم الجزية، لأن النبي صلى الله عليه وآله قال: سنوا بهم سنة أهل الكتاب، و كان لهم نبي اسمه جاماست فقتلوه، و كتاب يقال إنه كان يقع في اثني عشر ألف جلد ثور فحرقوه».

و روى الصدوق في كتاب المجالس (٣) بسنده عن الأصمغ بن نباته

أن عليا عليه السلام قال على المنبر: سلوني قبل أن تفقدوني، فقام إليه الأشعث فقال: يا أمير المؤمنين عليه السلام كيف تؤخذ الجزية عن المجوس و لم ينزل عليهم كتاب و لم يبعث إليهم نبي فقال: بلى يا أشعث قد أنزل الله عليهم كتابا و بعث إليهم نبيا». الحديث.

و روى الشيخ الطوسي في كتاب مجالسه (٤) عن علي بن علي بن دعبل أخى

ص: ١٩

١- (١) التهذيب ج ٦ ص ١٧٥ ح ٢٨، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٣.

٢- (٢) الفقيه ج ٢ ص ٢٩ ج ١١، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٥، و فيهما اختلاف مع الأصل.

٣- (٣) المجالس ص ٢٠٦ ح ٥٥، الوسائل ج ١١ ص ٩٨ ح ٧.

٤- (٤) مجالس ابن الشيخ ج ٢ ص ٣٧٥ المجلس-١٣، الوسائل ج ١١ ص ٩٨ ح ٩.

دعبل بن على عن على بن موسى الرضا عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن على بن الحسين عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: سنوا بهم سنه أهل الكتاب يعنى المجوس».

و روى الشيخ المفيد فى المقنعه (١) عن أمير المؤمنين عليه السلام مرسلأ أنه قال:

المجوس إنما ألحقوا باليهود و النصارى فى الجزية و الديات لأنه قد كان لهم فى ما مضى كتاب».

أقول:الظاهر أنه حيث لم يشتهر نبى المجوس و كتابهم كشهرة كتابى اليهود و النصارى و نبيهما بل كانوا عند الناس أولا و آخرا أنهم ليسوا بأهل الكتاب و لا نبى وقع التعبير بأن يسن بهم سنه أهل الكتاب المشهورين و يلحقوا بهم.

و ظاهر أكثر هذه الأخبار أن ذلك إنما هو بالنسبه إلى الجزية،و ظاهر خبر الشيخ المفيد الإلحاق فى الديات أيضا،و الظاهر أنه لهذا لم تجر عليهم أحكام أهل الكتاب المذكوره فى هذا المقام بالنسبه إلى الكلام المتقدم نصا و فتوى،و إن كانت الأخبار مختلفه فيهم أيضا لكن لا على الوجه المذكور.

و من ذلك ما تقدم فى النوع الأول من

قول الرضا عليه السلام فى كتاب الفقيه (٢)

«و لا يجوز تزويج المجوسيه».

و ما تقدم فى النوع السادس من روايه

محمد بن سنان (٣) عن الرضا عليه السلام قال:

« سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه فقال:لا بأس،فقلت:فمجوسيه،فقال:

لا بأس به يعنى متعه». بالتقريب المذكور فى ذيلها ثمه.

و روايه منصور الصيقل (٤)المتقدم نقلها ثمه أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمجوسيه».

ص: ٢٠:

١- ١) المقنعه ص ٤٤،الوسائل ج ١١ ص ٩٨ ح ٨.

٢- ٢) الفقه الرضوى ص ٢٣٥،مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣١،الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٤.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٥.

و صحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري (١) المتقدمه ثمه أيضا قال:

«سألته عن الرجل يتمتع من اليهوديه و النصرانيه:قال:لا أرى بذلك بأسا قال:قلت:

بالمجوسيه؟قال:أما المجوسيه فلا».

و روى الشيخ فى التهذيب (٢) فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسيه؟قال:لا،و لكن إن كانت له أمه مجوسيه فلا بأس أن يطأها و يعزل عنها و لا يطلب ولدها».

قال فى المسالك:و ليس فى حكم المجوسيه أوضح من هذه الروايه،و قد دلت على النهى عن تزويجها مطلقا الشامل للدوام و المتعه،و نفى البأس عن وطئها بملك اليمين،و يمكن أن يستنبط منها جواز المتعه،لما روى أن المتمتع بها بمنزله الأمه،إلا أن يلحق بأهل الكتاب حقيقه أو حكما،و فيه نظر لأن الروايه عاميه.انتهى.

أقول:قد دلت صحيحه محمد بن مسلم و كلامه عليه السلام فى الفقه الرضوى على تحريم التزويج بالمجوسيه،و ظاهرهما الإطلاق أعم من أن يكون دائمه أو متعه إلا أن غيرهما من هذه الأخبار قد اختلفت فى المتعه،فمما يدل على الجواز روايه محمد بن سنان و منصور الصيقل،و مما يدل على المنع صحيحه إسماعيل بن سعد.

و حيثذ فمن يعمل بالأخبار كلها ضعيفها و صحيحها فوجه الجمع عنده هو حمل صحيحه إسماعيل على ما ذكره الشيخ من الكراهه عند التمكن من غير المجوسيه،و تخصيص إطلاق كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه و صحيحه محمد بن مسلم بهذه الأخبار الداله على جواز المتعه،فيحمل ذلك الإطلاق على الدائمه و هذا هو الأظهر.

و من يعمل على الاصطلاح المحدث كشيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و غيره،

ص: ٢١

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣٠،الوسائل ج ١٤ ص ٤٦١ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٩٢ ح ٦٣،الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ٨،الوسائل ج ١٤ ص ٤١٨ ح ١.

فإنهم يقفون على إطلاق الصحيحه المذكوره و نحوها فيمنعون من التزويج بها مطلقاً، إلا- أن فيه أنك قد عرفت الروايات المتقدمه أنها داله على أن المجوس من جمله أهل الكتاب فيلحقهم في هذا المقام ما يلحق اليهود و النصارى من الأحكام و لا سيما التمتع الذي تكاثرت به الأخبار.

و قوله في المسالك: أن الروايه بكونهم ملحقين بأهل الكتاب عاميه -بناء على ما قدمنا نقله عنه من إيراد تلك الروايه العاميه- ضعيف لما عرفت من الروايات التي أوردناها من طرق أصحابنا-رضوان الله عليهم.

و بالجمله فالأظهر هو المنع من تزويجها دواماً، و أنه يجوز تزويجها متعه و بملك اليمين.

و أما قوله في المسالك-بعد ذكر صحيحه محمد بن مسلم-أنه ليس في روايات المسأله أوضح من هذه الروايه يعنى باعتبار السند و صحته، ففيه أن صحيحه إسماعيل مثلها في الصحه لأنه نقلها في التهذيب عن أحمد بن محمد بن عيسى عن إسماعيل، و طريقه إلى أحمد المذكور صحيح كما صرحوا به في الرجال، و هي في المعنى مؤكده لظاهر إطلاق صحيحه محمد بن مسلم.

الثانى [فى اختلاف كلام الأصحاب فى الصائبه و دينهم]

قد اختلف كلام الأصحاب فى الصائبه و دينهم فقال الشيخ فى المبسوط كما قدمنا نقله: فأما السامره و الصابئون فقد قيل (١) إن السامره قوم من اليهود، و الصابئون قوم من النصارى، و الصحيح فى الصائبه أنهم غير النصارى، لأنهم يعبدون الكواكب.

و قال الفيومى فى كتاب المصباح المنير (٢): و صبأ من دين الى دين يصبأ-مهموز

ص: ٢٢

١- ١) أقول: و هذا القول حكاه أيضا العلامة فى القواعد فقال: و أما السامره فقيل: أنهم من اليهود، و الصابئون من النصارى، و الأصل أنهم ان كانوا يخالفون القبليتين فى فروع الدين فهم منهم، فان خالفوهم فى أصله فهم ملاحده لهم حكم الحربيين، انتهى. (منه-رحمه الله-).

٢- ٢) المصباح المنير ج ١ ص ٤٥٤.

بفتحتين-:خرج،فهو صابئ،ثم جعل هذا اللقب علما على طائفه من الكفار يقال أنهم تعبد الكواكب فى الباطن،و تنسب إلى النصرانية فى الظاهر،و هم الصابئه و الصابئون و يدعون أنهم على دين صابئ بن شيث بن آدم،و يجوز التخفيف فىقال:الصابون.

و قال فى القاموس (١):و الصابئون يزعمون أنهم على دين نوح عليه السلام و قبلتهم من مهب الشمال عند منتصف النهار.

و قال فى الصحاح:هم جنس من أهل الكتاب.و نقل العلامة فى التذكرة عن الشافعى أنهم مبتدعه النصارى كما أن السامرة مبتدعه اليهود.

أقول:و الظاهر أن هذا هو القول الذى رده الشيخ فى المبسوط.

و قال المحقق الشيخ على فى شرح القواعد:و يقال إن الصابئين فرقتان، فرقه توافق النصارى فى أصول الدين،و الأخرى تخالفهم فيعبدون الكواكب السبعة،و تضيف الآثار إليها و تنفى الصانع المختار.

قال:و كلام المفيد قريب من هذا،لأنه قال:إن جمهور الصابئين توحّد الصانع فى الأزل،و منهم من يجعل معه هيولى فى القدم صنع منها العالم،فكانت عندهم الأصل،و يعتقدون فى الفلك و ما فيه الحياه و النطق أنه المدبر فى هذا العالم الدال عليه و عظموا الكواكب و عبدوها من دون الله،و سموها بعضهم ملائكه،و جعلها بعضهم آلهه و بنوا لها بيوتا للعبادات،انتهى.

و فى كتاب تفسير الثقة الجليل على بن إبراهيم القمى (٢):

الصابئون قوم لا مجوس و لا يهود و لا نصارى و لا مسلمون،و لكنهم يعبدون الكواكب و النجوم.

و فى التبيان (٣)للشيخ أبى جعفر الطوسى،و مجمع البيان (٤)لأبى على الطبرسى:

ص: ٢٣

١-١) القاموس ج ١ ص ٢١.

٢-٢) تفسير على بن إبراهيم القمى ج ١ ص ٤٨.

٣-٣) التبيان ج ١ ص ٢٨٣.

٤-٤) مجمع البيان ج ١ ص ١٢٦.

إنه لا يجوز عندنا أخذ الجزية عن الصابئة لأنهم ليسوا من أهل الكتاب.

إلى غير ذلك من أقوال العلماء المختلفه فيهم، ولا سيما في كتاب الملل والنحل، فإنهم تكلم فيهم في مواضع و أطلال.

و الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه الطائفة ما نقله

الشيخ فخر الدين ابن طريح في كتاب مجمع البحرين (١) عن الصادق عليه السلام قال:

«سمى الصابئون لأنهم صبوا إلى تعطيل الأنبياء و الرسل و الشرائع، و قالوا كلما جاءوا به باطل، فجحداوا توحيد الله و نبوه الأنبياء و رساله المرسلين، و وصيه الأوصياء، فهم بلا شريعة و لا كتاب و لا رسول». و من هذا الخبر يظهر أنهم ملاحده كفار، و لا مجرى لهم في هذا المضمار و أما السامره فظاهر كلام من تعرض لذكرهم أنهم قوم من اليهود كما تقدم في عبارته الشيخ في المبسوط، و الشيخ إنما أنكر ذلك في الصابئين، و لم يتعرض لذكر السامره، و ربما أشعر كلامه بالموافقه على ما ذكره.

قال في كتاب المصباح المنير (٢): فالسامره فرقه من اليهود و تخالف في أكثر الأحكام. و نحو ذلك نقل العلامة -أجزل الله إكرامه- في القواعد، و حينئذ فالظاهر إجراء أحكام اليهود عليهم لصدق الاسم، و دوران الأحكام مداره، و الله العالم.

الثالث [عدم الفرق بين الحربى و الذمى]

قال في المسالك: و اعلم أنه لا فرق في أهل الكتاب بين الحربى منهم و الذمى لشمول الاسم لهما، و لكن تتأكد الكراهه في نكاح الحربيه حذرا من أن يسترق و هى حامل منه، و لا يقبل قولها في أن حملها من مسلم.

أقول: الظاهر بعد ما ذكره -قدس سره- من الشمول للحربى في هذا الحكم، فإنه و إن كان الأمر كذلك من حيث الإطلاق، و إلا أن حكم الحربى لما كان إنما هو القتل أو الدخول في الإسلام كتابيا أو غير كتابى و جب تخصيص

ص: ٢٤

١-١) مجمع البحرين ج ١ ص ٢٥٩.

٢-٢) المصباح المنير ج ١ ص ٣٩٢.

الحكم بغير الحربى،و إلا لجاز نكاح الحربيه من غير أهل الكتاب،لأن الجميع واحد من حيث الأحكام،مع أنه لا يقول به.

على أن بعض روايات المسأله تضمن التعبير بالذميه كروايه منصور بن حازم (١)و روايه هشام بن سالم (٢)المتقدمتين فى النوع الأول،و حينئذ فيجب حمل ما عداهما من أخبار المسأله عليهما،و يصير الحكم مختصا بالذميه دون الحربيه،و بالجمله فإن ما ذكره من العموم عندى محل إشكال.

ثم إنه قال فى المسالك أيضا:و إنما اختص أهل الكتاب باليهود و النصارى دون غيرهم ممن يتمسكون بكتب الأنبياء كصحف شت و إدريس و إبراهيم أو بالزبور،لأن تلك الكتب لم تنزل عليهم بنظم تدرس و تتلى،و إنما أوحى إليهم معانيها،و قيل:إنها كانت حكما و مواعظ لم تتضمن أحكاما و شرائع،و لذلك كان كل خطاب فى القرآن لأهل الكتاب مختصا بهاتين الملتين،انتهى.

المسأله الثانيه:فى ارتداد أحد الزوجين أو إسلامه

اشاره

و الكلام هنا يقع فى مواضع:

الأول [فى ارتداد أحد الزوجين بعد الدخول و حكم و طى الشبهه بعد الارتداد]

قد صرح الأصحاب-رضوان الله عليهم-بأنه لو ارتد أحد الزوجين عن الإسلام قبل الدخول انفسخ العقد بينهما فى الحال،و نسب ذلك إلى عامه أهل العلم من الأصحاب و غيرهم،سواء كان الارتداد عن مله أو عن فطره،لأن الارتداد نوع من أنواع الكفر الذى لا يباح التناكح معه.

ثم إنه لا يخلو إما أن يكون المرتد هو الزوجه أو الزوج،فإن كان الزوجه فإنه لا شىء لها لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول بها،و يمكن الاستدلال بفقوى ما يدل على أن النصرانيه إذا أسلمت قبل الدخول انفسخ نكاحها و لا مهر لها، كما سيأتى-إن شاء الله تعالى-فى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج،فإن ذلك

ص: ٢٥

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٢٤١ ح ٨، التهذيب ج ١٠ ص ١٤٤ ح ٣، الوسائل ج ١٨ ص ٤١٥ ب ٤٩ ح ١.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٤.

يقتضى سقوط المهر هنا بطريق أولى (١).

و إن كان المرتد الزوج فعليه نصف المهر المسمى إن كانت التسميه صحيحه، لأن الفسخ جاء من قبله فأشبهه الطلاق، و إن كانت التسميه فاسده فنصف مهر المثل و إن لم يكن سمي شيئاً فالمتع، كذا صرح جملته منهم.

و قيل بثبوت جميع المهر فى الصوره المذكوره، لأنه هو الثابت بالعقد، و تنصيفه يحتاج إلى دليل، و قيام الدليل على التنصيف بالطلاق أو بإضافه الموت على قول لا يوجب إلحاق ما لا دليل عليه إلا بطريق القياس المحظور فى الشريعه.

و اختار هذا القول شيخنا فى المسالك، و سبطه السيد السند فى شرح النافع و قوته ظاهره (٢) إلا أنه

قد روى فى الكافى و التهذيب (٣) عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام فى مجوسيه أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها فقال أمير المؤمنين عليه السلام لزوجها: أسلم، فأبى زوجها أن يسلم، ففضى لها عليه نصف الصداق، قال: و لم يزلها الإسلام إلا عزاء».

و الظاهر أنه إنما قضى عليه السلام لها بنصف المهر عليه، لأن الفسخ جاء من قبله بعد إسلامه بعد تكليفه له عليه السلام بذلك، فإنه لو أسلم لكانا على نكاحهما، فيكون من قبيل ما نحن فيه، و فيه إشكال يأتى التنبيه عليه، قالوا: و لو وقع الارتداد

ص: ٢٦

١- ١) وجه الأولويه أنه إذا كان المهر يسقط بالإسلام فإنه يسقط بالكفر بطريق أولى (منه- قدس سره-).

٢- ٢) و بنحو ذلك صرح سبطه فى شرح النافع فقال: ان كان الارتداد بعد الدخول وقف انفساخ العقد على انقضاء العده إذا كان الارتداد من الزوجه و كان عن مله فإن رجع المرتده قبل انقضائها ثبت النكاح، و الا تبين انفساخه من حين الارتداد من غير خلاف عندنا و عند أكثر العامه. انتهى، و الروايه كما ترى بخلافه (منه- قدس سره-).

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٢ ح ٧.

منهما دفعه انفسخ النكاح إجماعاً، كذا نقل عن التذكرة، و هل يسقط المهر أم لا؟ وجهان، والأصل يقتضى العدم.

هذا فيما إذا كان الارتداد قبل الدخول، و أما بعد الدخول، فإن كانت المرتدة هى المرأة ملىه كانت أو فطريه وقف انفساخ العقد على انقضاء العده و هى عندهم عده الطلاق، و لم أقف فيها على نص، فإن انقضت العده و لم ترجع إلى الإسلام فقد بانت، و لا يجوز له فى ضمن العده التزويج بأختها و لا بخامسه لأنها كالعده الرجعيه، حيث إنه يرجى رجوعها و عودها فى كل وقت، كذا ذكره، و لا يحضرنى الآن نص فى أنها هل تبين بمجرد الارتداد، أو يقف على انقضاء العده كما ذكره.

و إن كان المرتد هو الزوج فإن كان عن مله وقف الفسخ على انقضاء العده و هى كعده الطلاق، فإن عاد قبل انقضاء عدتها فهو أملك بها، و إلا فقد بانت منه، كذا قالوا، و به صرح فى المسالك.

و الذى حضرنى من الأخبار المتعلقة بهذه الصوره

حسنه أبى بكر الحضرمى (1) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا ارتد الرجل المسلم عن الإسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلقه ثلاثاً و تعدت منه كما تعدت المطلقه، فإن رجع إلى الإسلام و تاب قبل أن يتزوج فهو خاطب من الخطاب، و لا- عده عليها منه، و إنما عليها العده لغيره، فإن قتل أو مات قبل انقضاء العده اعتدت منه عده المتوفى عنها زوجها، و هى ترثه فى العده و لا يرثها إن ماتت، و هو مرتد عن الإسلام».

و هذه الروايه- كما ترى- داله على أنها تبين منه بمجرد الارتداد كما تبين المطلقه ثلاثاً، و أنه لو تاب و هى فى العده فهو خاطب من الخطاب، و هو أيضاً صريح فى البينونه بمجرد الارتداد، غايه الأمر أن له أن يتزوجها فى العده، حيث

ص: ٢٧

١- ١) الكافى ج ٧ ص ١٥٣ ح ٣ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٩ ص ٣٧٣ ح ١ و ج ١٠ ص ١٤٢ ح ٢٤، الفقيه ج ٤ ص ٢٤٢ ب ١٦٩ ح ٢، الوسائل ج ١٧ ص ٣٨٦ ح ٤.

إنها عدته، و أما غيره فلا يتزوجها إلا بعد انقضاء العده.

و مورد الخبر هو الملى، لأن الفطرى - كما سيأتى الكلام فيه - يجب قتله، و لا يتزوج و لا يقبل توبته بالنسبه إلى التزويج و نحوه، و هم قد ذكروا - كما قدمنا نقله عنهم - أنه يقف فسخ عقد النكاح على انقضاء عده المرأه منه، و أنه إن عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العده فهو أملك بها و لا يحتاج إلى عقد آخر و الروايه - كما ترى - على خلافه، و قد صرحوا بأنه لا يسقط من المهر هنا شىء لاستقراره بالدخول، و هو كذلك.

و إن كان ارتداد الزوج عن فطره فإن زوجته تبين منه فى الحال، و تعتد عده الوفاه لوجوب قتله و عدم قبول توبته بالنسبه إلى الأحكام الدينويه من بينونه زوجته، و قسمه أمواله و وجوب قتله، و إن قبلت فيما بينه و بين الله عز و جل، كما تقدم تحقيقه فى باب القضاء من كتاب الصلاه، و الأخبار بما ذكرنا من حكم المرتد الفطرى متظافره.

منها ما رواه

فى الكافى (١) فى الصحيح عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد، فقال: من رغب عن الإسلام و كفر بما أنزل الله على محمد صلى الله عليه و آله بعد إسلامه فلا توبه له، و قد وجب قتله، و بانت منه امرأته، و يقسم ما ترك على ولده».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (٢) عن عمار الساباطى فى الموثق قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و جحد محمدا صلى الله عليه و آله نبوته و كذبه، فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه، و امرأته بائنه منه يوم ارتد، فلا تقربه، و يقسم ماله على ورثته، و تعتد امرأته عده المتوفى عنها زوجها، و على

ص: ٢٨

١- (١) الكافى ج ٧ ص ١٥٣ ح ٤، التهذيب ج ١٠ ص ١٣٦ ح ١، الوسائل ج ١٨ ص ٥٤٤ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٢٥٧ ح ١١، التهذيب ج ١٠ ص ١٣٦ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٨٩ ح ١، الوسائل ج ١٨ ص ٥٤٤ ح ٣.

الامام أن يقتله، ولا يستتبهه». إلى غير ذلك من الأخبار، ويثبت المهر أيضا في هذه الصورة كما في سابقتها للعله المتقدمه.

بقي هنا شيء، وهو أنهم قالوا: لو كان ارتداده عن فطره و بانت منه فلو وطأها شبهه عليها فعليه مهر آخر للشبهه، والظاهر أنه مما لا إشكال فيه.

و إن كان ارتداده عن مله و كان بعد الدخول بها فإنه يقف نكاحه على العده - كما تقدم - فإن رجع إلى الإسلام فيها استمر على نكاحه الأول، و إن بقي على ارتداده تبين انفساخ النكاح من حين الرده، و على هذا لو وطأها بشبهه على المرأه فإن رجع في العده فلا شيء عليه، لأن إسلامه كشف عن كونها زوجته حال النكاح، و من ثم إنه بنى على العقد الأول.

و إن بقي على كفره حتى مضت العده، فهل عليه مهر لو وطأ الشبهه زائدا على الأول أم لا؟ قولان:

أولهما للشيخ، قال: لأن عدم عوده إلى الإسلام كشف عن بطلان النكاح بالرده فكانت كالأجنبيه.

و قيل (١): لا - يلزمه لهذا الوطى مهر لأنها في حكم الزوجه و إن حرمت عليه و لهذا لو رجع لم يفتقر إلى عقد جديد، بل بينى على الأول، فدل على بقاء حكمه و إن حصل التحريم، غايته أن يكون الرده كالطلاق الرجعي، و هو لا يوجب البيونونه.

قال في المسالك: و لعل هذا أقوى، و الظاهر أنه بناء على ما اختاره في المسالك من أنه لا حد عليه لو وطأها لأنها في حكم الزوجه و إن كان ممنوعا من وطئها.

و أما على مذهب الشيخ فيشكل ذلك بما ذكرنا، و ما ذكره من كونها بحكم الأجنبيه، إلا أن يحمل كلامه على أنها بحكم الأجنبيه بالنسبه إلى المهر لوطء

ص: ٢٩

(١ - ١) هذا هو القول الثاني.

قال فى المسالك: و يجب العده لهذا الوطى، و هما عدتان من شخص واحد فهو بمثابة ما لو طلق امرأته ثم وطأها فى العده و اجتماعهما فى الإسلام بمثابة الرجعه هناك، انتهى.

و أنت خبير بأن ظاهر كلام الأصحاب-رضوان الله عليهم-أن الأصل فى مسأله المرتد هو ما تقدم فى الكافر الغير الكتابى من عدم جواز مناكحته، بناء على الاشتراك فى الكفر كما تقدمت الإشارة إلى صدر المسأله فبنوا الأحكام فى جميع شقوقها المذكوره على ذلك.

و أیده ببعض ما ورد فى أحكام المرتد، و للنظر فى ذلك مجال، فإن الأدله الداله على تحريم نكاح الكفاره ذكورا و اناثا من الآيات و الروایات إنما يتبادر منها المشرك الغير الكتابى مثل قوله عز و جل «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ . وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا» (١) «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ» (٢) و نحو ذلك الروایات أيضا، و ليس بعد ذلك إلا الأخبار الوارده فى المرتد، و هى غير وافیه بالأحكام المذكوره هنا، و حيثذ فيشكل الحكم فى جملة منها كما أشرنا إليه آنفا سيما بما عرفته من كلامهم فى حكم المرتد الملى إذا كان بعد الدخول، و دلالة الروایه على خلاف ما ذكروه.

الثانى [فيما لو أسلم زوج الكتابيه]

قالوا إذا أسلم زوج الكتابيه فهو على نكاحه سواء كان إسلامه قبل الدخول. أو بعده، و هو موضع وفاق من العلماء المجوزين نكاح الكتابيه و المانعين، و محل الخلاف المتقدم إنما هو فى ابتداء نكاح المسلم الكتابيه دون استدامته، قالوا: و لا فرق فى هذا الحكم بين أن يكون الزوج كتابيا أو غير كتابى من أصناف الكفار.

ص: ٣٠

١-١) سورة البقره-آيه ٢٢١.

٢-٢) سورة الممتحنه-آيه ١٠.

أقول: يمكن الاستدلال على ذلك بما رواه

في الكافي (١) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«إن أهل الكتاب وجميع من له ذمه إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما» الخبير.

فإنه بإطلاقه شامل لما نحن فيه إلا أنه

قد روى في الكافي (٢) أيضا عن منصور ابن حازم قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أو مشرك من غير أهل الكتاب كانت تحته امرأة فأسلم أو أسلمت قال: ينظر بذلك انقضاء عدتها و إن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضى عدتها فهما على نكاحهما الأول، و إن هو لم يسلم حتى تنقضى العدة فقد بانت منه».

و ما رواه

في التهذيب (٣) عن أحمد بن محمد بن محمد أبي نصير في الصحيح قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الزوجه النصرانية فتسلم، هل يحل لها أن تقيم معه؟ قال: إذا أسلمت لم تحل له، قلت: جعلت فداك فإن الزوج أسلم بعد ذلك أ يكونان على النكاح؟ قال: لا، بتزويج جديد (٤).

ص: ٣١

١-١ الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٥.

٢-٢ الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٠١ ح ١٦ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٣.

٣-٣ التهذيب ج ٧ ص ٣٠٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ح ٥.

قوله «فإن الزوج أسلم بعد ذلك» ينبغى حمله على انقضاء العده، أى أسلم بعد انقضاء العده كما دل عليه الخبر المتقدم، والمفهوم منهما أنه مع إسلام أحدهما فإنه يكون ثبوت النكاح واستمراره مشروطاً بإسلام الآخر قبل انقضاء العده، وإطلاقهما شامل لما نحن فيه.

و على هذا يمكن تقييد خبر محمد بن مسلم المتقدم بمورده، وهو أهل الذمه خاصة بأن يكون الزوج و الزوجه ذميين، و يكون من جملة الأخبار المتقدمه الداله على جواز نكاحهن، إلا أنه يشكل بما يدل عليه على إطلاقه من جواز نكاح المسلمه، و الأقرب تقييده بخبر منصور بن حازم بأن يكون معنى قوله «يكونان على نكاحهما» يعنى إذا أسلم الآخر قبل انقضاء العده.

و كيف كان فالظاهر أنه لا مستند لما ذكره من الحكم الذى قدمنا نقله عنهم إلا الإجماع المدعى فى المقام، إذ لم أقف فى الأخبار بعد الفحص على ما يدل على ذلك بخصوصه، و الله العالم.

الثالث [فيما لو أسلمت زوجته الكافر]

إذا أسلمت زوجته الكافر فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال، لعدم العده و امتناع كون الكافر زوجاً للمسلمه، و لا مهر لأن الفرقة جاءت من قبلها، و يدل على ذلك ما رواه

ثقه الإسلام (1) فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج

ص: ٣٢

عن أبي الحسن «في نصراني تزوج نصرانيه فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال:

قد انقطعت عصمتها منه و لا مهر لها و لا عده عليها منه».

أقول: ما دل عليه الخبر من عدم المهر لها في هذه الصورة هو المعروف من مذهب الأصحاب كما صرحوا به، إلا أنه قد تقدم في روايه

السكوني (١) المذكوره في صدر المسأله عن أمير المؤمنين (عليه السلام)

«في مجوسيه أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها فقضى (عليه السلام) أن لها عليه نصف الصداق».

و يمكن الجمع بين الروايتين: بأن روايه السكوني قد تضمنت أن أمير المؤمنين (عليه السلام) قد دعاه إلى الإسلام فلم يجب، و لو أجاب لكانا على نكاحهما، فلما لم يجب كان الفسخ من قبله فيكون في حكم الطلاق، بخلاف صحيحه عبد الرحمن، فإنها لم تتضمن ذلك، فكان الفسخ من قبل الزوجه، و لعل قصر روايه السكوني على موردها، و العمل بما دلت عليه الصحيحه المذكوره أولى، سيما مع اعتضاها بفتوى الأصحاب (٢).

و إن كان بعد الدخول وقف انفساخ العقد على انقضاء العده، و هي عده الطلاق من حين إسلامها فإن انقضت العده و هو على كفره تبين أنها قد بانت منه حين إسلامها، و إن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح.

ص: ٣٣

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٤ مع اختلاف سير، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٢ ح ٧.
٢-٢) أقول: و من هنا يظهر أن غير الكتابي محل اتفاق فيما ذكرناه من الحكم، و أنه مع عدم الدخول يجب انفساخ العقد، و مع الدخول يقف على انقضاء العده، فإنه ان كانت المسلمه هي الزوجه فلا سبيل للكافر عليها- كما تقدم دلالة الآيات عليه- و لا تحل له، و ان كان هو الزوج فقد عرفت أن المسلم انما يجوز له التزويج بالكتابه على الخلاف المتقدم، هذا في الابتداء، و أما الاستداه فقد تقدم أن الجواز متفق عليه، و أما غير الكتابيه فلا- دليل على جوازه، بل الآيات و الاخبار داله على المنع منه، و بالجملة فالمسأله ليس محل اشكال. (منه- رحمه الله-).

و يدل على هذا روايه منصور بن حازم (١) المتقدمه فى سابق هذا الموضوع، و نحوها ما رواه

الشيخ فى التهذيب (٢) عن السكونى

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي (عليهم السلام) إن امرأه مجوسيه أسلمت قبل زوجها، قال علي (عليه السلام): أ تسلم؟ قال: لا، ففرق بينهما، ثم قال: إن أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك، و إن انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب».

و المشهور بين الأصحاب أنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الزوج كتابيا أو غير كتابي، و ذهب الشيخ فى النهايه و كتابي الأخبار إلى اختصاص الحكم المذكور بغير الكتابي، أما الكتابي فإنه ذهب فيه إلى بقاء النكاح و عدم انفساخه إذا كان الزوج بشرائط الذمه، و لكنه لا يمكن من الدخول عليها ليلا، و لا من الخلوه بها نهارا.

و استدل على المشهور بما تقدم من أخبار المسأله، و صحيحه أحمد بن محمد بن أبي نصر (٣) المتقدمه فى سابق هذا الموضوع.

و يدل على ما ذهب إليه

الشيخ (٤) ما رواه عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما (عليهما السلام)

«أنه قال فى اليهودى و النصرانى و المجوسى إذا أسلمت امرأته و لم يسلم قال: هما على نكاحهما، و لا يفرق بينهما، و لا يترك أن يخرج بها من دار الإسلام إلى دار الكفر».

و عن محمد بن مسلم (٥) فى الحسن بإبراهيم بن هاشم مع إرسال ابن أبي عمير

ص: ٣٤

١-١) الكافى ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٠١ ح ١٦ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٣.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠١ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٢.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ح ٥.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٠ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٠ ح ١.

٥-٥) الكافى ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٥.

الذى ينظمون مراسلاته فى الصحاح عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إن أهل الكتاب وجميع من له ذمه إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما و ليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها، ولا يبيت معها، ولكنه يأتيها بالنهار، و أما المشركون مثل مشركى العرب و غيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العده، فإن أسلمت المرأة ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته، و إن لم يسلم إلا بعد انقضاء العده فقد بانت منه و لا سبيل له عليها، و كذلك جميع من لا ذمه له (١).

و ما رواه

فى الكافى (١) عن يونس قال:

«الذمى تكون له المرأة الذميه فتسلم امرأته، قال: هي امرأته يكون عندها بالنهار، و لا يكون عندها بالليل، قال: فإن أسلم الرجل و لم تسلم المرأة يكون الرجل عندها بالليل و النهار».

و طعن السيد السند فى شرح النافع فى الروايتين الأولتين بضعف السند من حيث إرسال الأولى مع اشتغال سندها على بن حديد، و إرسال الثانية، حيث إن ابن أبى عمير قد رواها عن بعض أصحابه و هو مشعر باعترافه بصراحه دلالة الخبرين، و حينئذ فمن لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث يتحتم عليه العمل بالروايتين المذكورتين سيما مع تصريحه هو و غيره بقبول مراسلات ابن أبى عمير، و أنها فى حكم المسانيد عندهم.

و قال المحدث الكاشانى فى الوافى - بعد إيراد خبر محمد بن مسلم و ما قبله - ما لفظه: أفتى فى التهذيبيين بهذا الخبر فى حكم أهل الذمه، و أول المقيد من الأخبار بانقضاء العده فيهم بما إذا أخلوا بشرائط الذمه، و فيه بعد، بل هذا الخبر و ما قبله أولى بالتأويل مما تقدمها لمخالفتها قوله عز و جل

ص: ٣٥

انتهى.

أقول: فيه (أولاً) إن الأخبار المتضمنه للتقييد بانقضاء العده بمعنى أنه لا يحكم بالبينونه إلا بعد انقضاء العده ليست إلا روايه منصور بن حازم، وروايه السكوني، و ليس فى شىء منهما ما يدل على أن الزوج كان ذمياً بل هما مطلقتان بل روايه منصور ظاهره فى كون الزوج ليس من أهل الذمه، وروايه محمد بن مسلم المذكوره قد فصلت حكم الذمى و غيره، و مقتضى القاعده حمل المجمل على المفصل و المطلق على المقيد.

و(ثانياً) ما استند إليه فى الاستدلال على ما اختاره من جعل التأويل فى جانب هذه الروايات الثلاثه من الآيه المذكوره تبعاً للأصحاب فيما استدلووا به فى جمله من الأبواب بهذه الآيه، مع أنه روى فى تفسيره الصافى (٢) عن الرضا عليه السلام ما يدل على أن المراد من السبيل إنما هو من حيث الحجج و الدليل لا الاستيلاء و الغلبه، فإن استيلاء الكفره و الفراعنه على المؤمنين بل الأنبياء و الأئمه المعصومين عليهم السلام بالقتل و الإهانه أمر لا ينكر - كما صرح به عليه السلام فى الخبر - و قد تقدم ذكرنا ذلك فى غير موضع.

و بالجمله فإن قول الشيخ المذكور قوى لا أعرف له عله إلا ما يتخيل من ضعف أخباره، بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذى هو إلى الفساد أقرب منه إلى الصلاح، و روايات المسأله التى استدل بها للقول المشهور مطلقه قابله للتقييد بهذه الأخبار (٣).

ص: ٣٦

١-١) سورة النساء-آيه ١٤١.

٢-٢) تفسير الصافى ج ١ ص ٤٠٦.

قال السيد السند فى شرح النافع: والعجب أن الشيخ فى الخلاف وافق الجماعة على انفساخ النكاح بخروجها من العده محتجا بإجماع الفرقه، مع اختياره لهذا القول فى النهايه و كتابى الأخبار.

أقول: من يعرف حال الشيخ و طريقته فى دعوى الإجماع و اختلاف أقواله و فتاويه فى كتبه لا يتعجب منه، فإنه فى بعض كتبه كالخلاف و المبسوط من رؤوس المجتهدين، و فى بعض آخر كالنهايه و كتابى الأخبار من رؤوس الأخباريين و شتان ما بين الحاليتين.

و قال فى المسالك: و اعلم أنه على قول الشيخ بعدم بطلان النكاح فى الذمى لا فرق بين كون إسلامها قبل الدخول و بعده لتناول الأدله للحاليتين، و ربما فهم من عبارته بعض الأصحاب اختصاص الخلاف بما لو كان الإسلام بعد الدخول و ليس كذلك. انتهى و هو جيد.

تذنيب

لو انتقلت زوجه الذمى من دين الكفر الذى كانت عليه إلى دين آخر من أديان الكفر أيضا قالوا: وقع الفسخ فى الحال، و إن عادت بعد ذلك إلى دينها، و ظاهره أن الدين الذى انتقلت إليه أعم من أن يقر أهله عليه أم لا، لعموم قوله تعالى «وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ» (١) و قوله صلى الله عليه و آله (٢) «من بدل دينه فاقتلوه» و حينئذ يقع الفسخ بينهما فى الحال لأنها لا تقرر على ذلك، و إنما الحكم فيها القتل، أو الدخول فى الإسلام، و على التقديرين يفسخ النكاح بينهما و بين الذمى.

و أورد عليه أنه محل نظر من وجهين: (أحدهما) إن حكمنا على الذمى بذلك غير لازم لجواز انتقالها إلى دين يصح فيه التناكح فى دينهم، فلا يفسخ ما دامت حيه، و على تقدير قتلها فالانفساخ من جهته لا من جهه الكفر.

(الثانى) إنه على تقدير الإسلام لا ينبغى إطلاق الحكم بالانفساخ بل يجىء فيه التفصيل السابق حتى لو كان بعد الدخول فوقف الانفساخ على انقضاء العده قبل إسلامه، و لو كان انتقالها إلى دين يقر أهله عليه كما لو انتقلت اليهوديه إلى النصرانيه، فيبنى على أنها هل تقرر على ذلك أم لا؟ و على تقدير عدم إقرارها لو عادت إلى دينها هل تقرر على ذلك كما كانت تقرر ابتداء أم لا؟ خلاف، ذكر فى بحث الجهاد. انتهى.

أقول: و حيث كانت المسأله عاربه من النص، فالكلام فيها مشكل، إلا أن هذا خلاصه ما ذكره فى المقام.

ص: ٣٧

١- ١) سورة آل عمران- آيه ٨٥.

٢- ٢) فى هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ١٠١.

المسألة الثالثة: إذا أسلم الذمي على أكثر من أربع منكوحات

بالعقد الدائم من الحرائر و أمتين و حرتين فارق ما زاد على العدد المذكور، و لو كان عبدا استدام حرتين أو حره و أمتين و فارق ما زاد، و استدل عليه في المسالك (١)

بأن النبي صلى الله عليه و آله قال لغيلان

«أمسك أربعا و فارق سائرهن». حيث إنه أسلم و عنده ثمان نسوه فقال له النبي صلى الله عليه و آله ذلك.

أقول: الظاهر أن الخبر المذكور من أخبار العامه فإنني لم أقف عليه في كتب أخبارنا، و الموجود فيها ما رواه

في الكافي و التهذيب (٢) عن عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام

«في المجوسى أسلم و له سبع نسوه و أسلمن معه كيف يصنع؟ قال:

يمسك أربعا و يطلق ثلاثا». إلا- أن مورد هذه الروايه خارج عما نحن فيه لكونها متضمنه لاسلامهن معه، و محل البحث بقاء الزوجات على دينهن، نعم الروايه الأولى داله بإطلاقها على ذلك، إلا- أنك قد عرفت ما فيها، و الظاهر أن قوله في الروايه المذكوره «يطلق» من الإطلاق من باب الأفعال، أو يحتمل على التطبيق اللغوى بمعنى التخليه و الترك، فإن المعلوم من كلام الأصحاب أنه يفسخ عقد الزائد على من يختاره من الأربع و لا يتوقف على طلاق، إلا أنى لم أقف لهم على نص فيه، و الخروج عن ظاهر الخبر بغير معارض مشكل.

و كيف كان فلا بد من تقييد هذا الحكم المذكور في صدر المسأله بقيود، منها تقييد الزوجات بكونهن كتابيات مثله ليصح استدامه نكاح العدد المعبر لما تقدم في الموضع الثانى من سابق هذه المسأله من أن الخلاف في نكاح المسلم الكتابيه إنما هو فى الابتداء دون الاستدامه، فإن الجواز فيها موضع وفاق، و حينئذ فيجب تخصيص الزوجات بالذميات، فلو كن كافرات غير ذميات فلا بد

ص: ٣٩

١- ١) مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤ ب ٤ ح ٣.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٥ ح ٧٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٤ ح ١.

من مراعاة ما تقدم فيهن من أنه إن أسلمن معه في العده إن كان بعد الدخول، أو مطلقا إن كان قبله، وإلا انفسخ نكاحهن بإسلامه لعدم جواز تزويج المسلم الكافر الغير الكتابيه.

و منها أنه يجب تقيدهن بكونهن ممن يجوز نكاحهن في دين الإسلام كما نبه عليه بعض الأعلام و هو واضح.

و منها أن تخيير الحر أمتين و حرتين كما تقدم مبنى على جواز نكاح الأمه بدون الشرطين، و حينئذ اعتبرنا الشرطين في جواز نكاح الأمه كما هو أحد القولين احتمال انفساخ النكاح ههنا إذا جمعت حره لفوات الشرط، و يحتمل عدم الانفساخ بناء على أن اعتبار الشرطين إنما هو بالنسبه إلى ابتداء النكاح لا في استدامته، و إلى هذا مال في التذكرة و نسبه إلى علمائنا و استوجهه في المسالك، قالوا: و لا- فرق في جواز اختياره لمن شاء منهن على تقدير زيادتهن على العدد الشرعى بين من ترتب عقدهن أو اقترن، و لا بين الأوائل و الأواخر، و لا بين من دخل بهن و غيرهن.

و ظاهر العلامه في التذكرة أن ذلك موضع وفاق بين علمائنا حيث إنه إنما نقل الخلاف في ذلك عن بعض العامه (1) و استدل على هذا الحكم بحديث غيلان المتقدم من حيث إن عدم الاستفصال فيه يفيد العموم. قال في شرح النافع: و في السند و الدلاله نظر، و لا فرق عندهم في هذا الحكم بين ما لو أسلم بعض تلك الزوجات و عدمه، فإن التخيير باق حتى لو كان عنده ثمان فأسلم معه أربع منهن لم يمنع ذلك من اختيار الكتابيات، لأن الإسلام لا- يمنع الاستمرار على نكاح الكتابيه و لا يوجب تحتم نكاح المسلمه. نعم الأولى و الأفضل اختيار المسلمات لشرف المسلمه

ص: ٤٠

١- ١) أقول: الخلاف المنقول عن بعض العامه هنا هو أنه إذا تزوجهن في عقد واحد اندفع نكاح الجميع و ان كان في عقود مترتبه لزمه الأربع الأوائل، و أصحابنا لم يعتدوا به. (منه- قدس سره-).

على الكافره، إلا أنه قد تقدمت الإشارة إلى أنا لم نقف لهم على نص يدل على ما ذكره من هذه الدعوى، وليس إلا ما ينقل من اتفاقهم على ذلك كما تقدم في آخر الموضوع الثاني من سابق هذه المسأله، ثم إن من أراد فراقها لا يخلو إما أن يكون قد دخل بها أم لا، وعلى الثاني فلا مهر لها، وعلى الأول فالمسمى إن كان، على قول، وقواه في المسالك، وقيل يثبت لها مهر المثل لفساد نكاح ما زاد على العدد فيكون كوطئ الشبهه.

تذنيبان

الأول [فيما رواه الصدوق في إباق العبد]

روى الصدوق في الفقيه و الشيخ في التهذيب (1) في الموثق عن عمار الساباطى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأه حره فتزوجها، ثم إن العبد أبق من مواليه فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من مولى العبد فقال: ليس لها على مولى العبد نفقه و قد بانت عصمتها منه، لأن إباق العبد طلاق امرأته، و هو بمنزله المرتد عن الإسلام، قلت: فإن هو رجع إلى مولاه أ ترجع امرأته إليه؟ قال: إن كانت انقضت عدتها منه ثم تزوجت زوجها غيره فلا سبيل له عليها، و إن كانت لم تتزوج «و لم تنقض العده» فهي امرأته على النكاح الأول». هكذا في روايه الشيخ، الخبر.

و في روايه الصدوق له هكذا «و إن كانت لم تتزوج فهي امرأته على النكاح الأول» و لفظ «و لم تنقض العده» غير مذكور في البين، و ظاهر روايه الصدوق أنها من انقضاء العده تبقى على نكاحها ما لم تتزوج، و أما على روايه الشيخ فهو مسكوت عنه، و القول بمضمون هذه الروايه منقول عن الشيخ في النهايه و ابن حمزه إلا أن ابن حمزه قيده بكون الزوجه أمه غير سيده، و تزوجها بإذن السيد ثم

ص: ٤١

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٨ ح ١٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٧ ح ٣٧ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٢ ح ١.

أبق، وعلل الحكم مع الروايه بأن الارتداد خروج العبد عن طاعه السيد، و هذا المعنى حاصل فى الإباق، فإنه كما يجب على المكلف الحر طاعه الله كذلك يجب على العبد طاعه سيده، فيتجه الحكم مع اتحاد علتة، و رد بأن طريق الروايه ضعيف، و فى التعليل فساد، لمنع كون الارتداد خروج العبد عن طاعه سيده مطلقا، بل خروجه عن طاعه الله معتقدا عدم وجوب الطاعه و ما فى معنى ذلك، و الإباق ليس كذلك، و إلا لزم قتل الأبق كما يقتل المرتد.

قال فى المسالك بعد ذكر ذلك: و الحق بقاء الزوجيه و وجوب النفقه على مولاه لعدم دليل صالح يخرجها عن الأصل، انتهى. و قال سبطه السيد السند فى شرح النافع بعد ذكر الروايه: و نقل قول الشيخ و ابن حمزه بذلك و المعتمد بقاء الزوجيه إلى أن تقع البيونته بطلاق أو غيره، لأن هذه الروايه لا تبلغ حجه فى إثبات هذا الحكم، انتهى.

أقول: و الحكم فى هذا المقام لا يخلو من شوب الاشكال لخروج هذه الروايه على خلاف القواعد المقرره و الضوابط المعتمده المستفاده من الأخبار المتكاثرة، و إمكان تخصيص تلك القواعد بهذا الخبر و العمل بمضمونه فى هذا الفرد كما تقدم نظائر ذلك فى مواضع عديده، و الله العالم.

الثانى [فى أنه ليس للمسلم إجبار زوجته الذميه على الغسل من الحدث الأكبر]

قد صرح جملة من الأصحاب-رضوان الله عليهم- بأنه ليس للمسلم إجبار زوجته الذميه على الغسل من حيض كان أو جنابه، لأن ذلك حق الله عز و جل، لا حق الزوج، و الحال أنها قد أقرت على دينها شرعا فليس له اعتراضها هذا إن قلنا بجواز الوطى قبل الغسل من الحيض، و لو قلنا بالتحريم كما هو أحد القولين أو جنبا عليها ذلك، فللزواج إجبارها على ذلك لتوقف الاستمتاع الذى هو حقه عليه، و إن كان الذى يجبر عليه إنما هو صورته الغسل مع النيه، لأن الغسل و كذا غيره من العبادات لا يصح منها حال الكفر.

قالوا: و له إجبارها أيضا على كل ما ينقض الاستمتاع بدون فعله، و إزاله

كل ما ينقصه بقاءه كالوسخ الكثير و التثني الغالب، و طول الأظفار و شعر الإبط و العانه، و شرب الخمر المؤدى إلى الإسكار، لأن السكر مانع من تمام الاستمتاع، و كذا أكل لحم الخنزير و مباشره النجاسات المنفره للنفس، و لا فرق بين قليل السكر و كثيره، لاختلاف الناس فى مقدار ما يسكر، فربما أسكر القليل منه فينافى المقصود، لكن قيل: بأنه يشكل هذا الإطلاق بنحو تناول القطرات اليسيره التى يعلم قطعاً عدم إسكارها، و كذلك إطلاق منعها من استعمال النجاسات إنما يتم على تقدير إيجابه نفره، أو على القول بطهاره بدنها كما يعتبره العامه هنا، أما على قول أصحابنا من نجاستها بدونه، فلا يظهر وجه المنع من مباشرتها لها مطلقاً بل من حيث إنها تنافى الاستمتاع و توجب نفره الطبع، و مثل هذا لا يختص بالكافره بل تشاركها فيه المسلمه، حتى أن له منعها من تناول كل ذى رائحه خبيثه توجب ذلك كالثوم و البصل، و كذا له منعها من الخروج إلى البيع و الكنائس و غيرها لمنافاته الاستمتاع الواجب عليها فى كل وقت، كما له منع المسلمه من الخروج إلى المساجد و نحوها من بيوت الأقارب و الجيران، فإن هذا الحكم يشترك بين الزوجات مطلقاً، و لا فرق بين الشابه و المسنه و إن كان المنع فى حق الشابه أقوى خوفاً من الفتنه، و الله العالم.

البحث الثانى: فى كيفية الاختيار:

اشاره

قالوا: و هو إما بالقول أو بالفعل، و الأول إما بالتصريح أو الكنايه.

أما (الأول) فهو كل ما دل من الألفاظ على الإمساك للنكاح، مثل اخترت نكاحك، أو اخترت تقرير نكاحك، أو اخترت بقاءك على النكاح، و نحو ذلك، و فى اخترتك و أمسكتك مطلقاً إشكال من حيث عدم النكاح، و عده فى الشرائع من الألفاظ الداله على ذلك.

و أما (الثانى) و هو ما يدل بالكنايه، فهو ما يدل عليه اللفظ بالالتزام كما

لو كان عنده ثمان نسوه فاختار أربعا للفسخ فإنه يلزم نكاح الأربع الباقيات، وإن لم يتلفظ في حقهن بشيء، فإن الشارع قد جعل له الخيار في أن يفسخ عقد من شاء، فإذا اختار فسخ نكاح أربع ثبت عقد البواقي بدون لفظ يدل على الاختيار، بل لا مجال للاختيار هنا بعد خروج أولئك بالفسخ.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك عد لفظ «اخترتك» و «أمسكتك» فى هذا القسم لما قلناه من عدم التصريح بإرادته الإمساك للنكاح و الاختيار له.

و أما (الثالث) و هو الاختيار بالفعل فمثل أن يطاء، فإن ظاهر ذلك أنه لا يطاء إلا من يختار نكاحها لدلالته على الرغبة فيها، عملاً بحمل أفعال المسلم على الصحة و صيانتها عن الزنا، و لهذا عد ذلك رجوعاً فى الطلاق، و فسحاً على تقدير الخيار للبائع، و على هذا لو وطأ أربعا ثبت عقدهن، و اندفع البواقي. و يظهر من جماعه من الأصحاب عدم الخلاف فى ذلك عندنا.

أقول: الأظهر أن يقال: إنه إن اقترن ذلك بالقصد إلى الاختيار فما ذكره فى محله، و إلا فهو محل إشكال، لأن الاختيار الذى به يتحقق بقاء نكاح من يختارهن إنما هو عبارة عن القصد و اللفظ، و الفعل إنما جعل موجبا لذلك، لأنه دال عليه و مبنى عنه، و حينئذ إطلاق القول يكون مجرد الوطى اختياراً بالفعل كما ذكره لا يخلو من إشكال.

ثم إنهم قالوا: لو لمس أو قبل بشهوه فإنه يمكن أن يكون اختياراً، بتقريب ما ذكر فى الوطى من حيث الدلالة على الرغبة، و صيانته حال المسلم، فإنه قائم فى الموضوعين، و حينئذ فيدلان على الاختيار، كما أنهما يدلان على الرجوع لا بطريق القياس عليها بل المراد تشبيه الاختيار بالرجوع لتقاربها فى المعنى، و يمكن أن لا يكون ذلك اختياراً من حيث إنهما أضعف دلاله من الوطى، و الاحتمال فيهما يتطرق من حيث إنهما قد يوجدان فى الأجنبية.

أقول: و الأظهر أن يقال هنا ما قدمناه أيضاً من أنه إن اقترن ذلك بالقصد

إلى الاختيار، فالظاهر أنه موجب للاختيار، وإلا فهو محل إشكال.

تمه [فى دلالة بعض الألفاظ على الاختيار]

قد صرحوا بأن من جملة الألفاظ الدالة على الاختيار الطلاق، لواحد أو أزيد، لأن الطلاق موضوع لازالة قيد النكاح، فلا تواجه به إلا الزوجه، فإذا خاطب واحده منهن به كان ذلك دليلاً على اختيارها زوجه أو لا، ثم يقع بها الطلاق إن حصلت شرائطه، وينقطع نكاح الأربع المطلقات بالطلاق، و يندفع نكاح الباقيات بالشرع، والأصل فى ذلك أن الاختيار ليس باللفظ، بل بالقصد، واللفظ وضع دالاً عليه، والطلاق يدل على إرادته النكاح كما قرناه.

أما لفظ الظهار والإيلاء فليس كذلك على المشهور، إذ لا دلالة فيهما على الاختيار، وهو وجه الفرق بينهما وبين الطلاق.

و توضيحه: إن الظهار وصف بتحریم المرأة المواجهه به، والإيلاء حلف على الامتناع من وطئها و كل منهما بالأجنبيه أليق منه بالزوجه، غاية الأمر أن الظهار إذا خوطبت به الزوجه ترتب عليه أحكام مخصوصه، وإذا خوطبت به الأجنبيه لم ترتب عليه الأحكام، وكان قولاً صحيحاً بالنسبة إليها، وفى الإيلاء لو حلف على الامتناع من وطئ الأجنبيه فتزوجها و وطأها كان عليه الكفاره، و كذلك بالزوجه مع زياده أحكام أخر.

و الحاصل: إن نفس المخاطبه بهما لا تستلزم الزوجيه، فلا يكون أحدهما اختياراً، بخلاف الطلاق فإنه رافع للنكاح، والنكاح جزء مفهومه، أو لازمه لزوماً بيناً، فإثباته يستلزم إثباته.

و نقل عن الشيخ إن كل واحده من الظهار والإيلاء يكون تعييناً للنكاح كالطلاق، لأنهما تصرفان مخصوصان بالنكاح، فأشبهها لفظ الطلاق، كذا أفاده شيخنا - قدس سره - فى المسالك، و عندى فى أصل الحكم المذكور توقف لعدم

النص بما ذكروه، وإثبات الأحكام الشرعية بأمثال هذه التقريبات العقلية عندى محل إشكال.

و لم أقف فى هذا الباب إلا على خبر عقبه بن خالد المتقدم (1)، و غايه ما يدل عليه أنه يمسك أربعاً و يطلق ثلاثاً، و المتبادر من الإمساك هو القصد إلى اختيار بقاء أربع معينات من تلك السبع و المفارقة للباقيين.

على أنك قد عرفت دلالة ظاهر الخبر المذكور على توقف فسخ نكاح من لا يريد هـن على الطلاق، و إن كانوا لا يقولون به، إلا أن الخبر كما عرفت لا معارض له إلا مجرد شهره الحكم بينهم بما قالوه.

و بالجملة فالخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل، و الخروج عن ظاهر الأخبار بذلك أشكل، و الله العالم.

البحث الثالث فى اللواحق:

إشارة

إشارة

و هى مسائل مترتبة على اختلاف الدين

[المسألة] الأولى: إذا تزوج الكافر امرأة و بنتها ثم أسلم

إشارة

، فلا يخلو إما أن يكون قد دخل بهما معاً، أو لم يدخل بواحدة منهما، أو دخل بالأم دون البنت، أو بالعكس، فههنا صور أربع.

الأولى: أن يكون قد دخل بهما

، فيحرمان عليه معاً، أما الأم فللعقد على البنت فضلاً عن الدخول بها، و أما البنت فللدخول بالأم، و على هذا فيسقط الاختيار لتحريم كل منهما عليه كما عرفت.

الثانية: أن يدخل بالأم خاصة

، و هو موجب لتحريمهما معاً أيضاً، أما البنت فللدخول بالأم، و أما الأم فللعقد على البنت كما عرفت فى سابق هذه الصورة.

الثالثة: أن يدخل بالبنت خاصة

، و حينئذ تحرم الأم خاصة للعقد على البنت فضلا عن الدخول المفروض هنا، و أما البنت فنكاحها صحيح لا موجب لتحريمها

ص: ٤٤

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٥ ح ٧٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٤ ح ١.

لأن مجرد العقد على الام لا يحرمها، وإنما يحرمها الدخول مع ذلك.

الرابعه: أن لا يدخل بواحد منهما

، وفيها قولان:

(أحدهما) وهو المشهور بين المتأخرين أن هذه الصورة كسابقتهما في أنها تحرم عليه الأم خاصة، و يبطل عقدها للعقد على البنت، فإنه موجب لتحريم الام و إن لم يقترن به دخول، و أما البنت فيلزم نكاحها لعدم الموجب لبطلانها، لأن نكاح الكفر صحيح، و من ثم يتخير أربعا لو أسلم على أزيد منهن، و يصح نكاحهن بغير تجديد عقد آخر.

و(ثانيهما) وهو المنقول عن الشيخ-رحمه الله-القول بأن له اختيار أيتها شاء بناء على أن عقد المشرك لا يحكم صحته إلا بانضمام الاختيار في حال الإسلام، و إلا فهو في حد ذاته باطل بدون ذلك، فإنه لو تزوج بعشر و اختار منهن أربعا لم يكن للبواقي مهر و لا نفقه و لا متعه، بل هن بمنزله من لم يقع عليهن عقد، و لأنه لو أسلم على أختين قد تزوجهما دفعه تخير أيتها شاء، و لو كان العقد الذي صدر حال الكفر صحيحا لزم بطلانها كالمسلم، و ليس له الاختيار، و على هذا فإن اختار نكاح البنت استقر نكاحها و حرمت الأم مؤبدا، و إن اختار نكاح الام لم تحرم البنت بدون الدخول.

و أوجب بأن ما ذكر من سقوط المهر و النفقه لا يدل على بطلان العقد، بل الوجه فيه أنه فسخ جاء لا من قبل الزوج، و لأن العقد لو لم يكن صحيحا لم يكن، لانضمام الاختيار أثر في صحته، كما في كل عقد باطل.

هذا ما ذكره-نور الله تعالى مراقدهم-في هذا المقام، و لم أقف على نص في ذلك عنهم عليهم السلام و أنت خير بان الظاهر أن الكلام في هذه المسألة مبني على ما هو المشهور بينهم، و كذا بين العامه، بل الظاهر اتفاق الجميع عليه حيث لم ينقلوا الخلاف فيه إلا- عن أبي حنيفة من أن الكافر مكلف بالفروع، و الخطابات الشرعيه متوجهه إليه كما تتوجه إلى المسلم، و إن كان قبول ذلك و صحته منه

موقوفا على الإسلام، وحينئذ فما دل من الأخبار على تحريم الام بالعقد على البنت أو الدخول بها، وكذا ما دل على تحريم البنت بالدخول بالأم دون مجرد العقد عليها، ونحو ذلك شامل للكافر كالمسلم فيؤخذ به بعد الإسلام و يحكم عليه بذلك.

و أما على ما يظهر من جملة من الأخبار من أن الخطابات الشرعية و التكاليف الفرعية لا- تتناول الكافر في حال كفره، بل هي مختصة بالمسلم، وإنما يخاطب بها و يكلف بأحكامها بعد الإقرار بالإسلام، فمن الجائز أن يقال: إن جميع ما فعله في حال كفره من العقد و التزويج بكل من كان و كيف كان و على أى نحو كان لا يترتب عليه أثر و لا حكم بالنظر إلى شريعتنا، وإنما يترتب على أحكام شريعتهم و ملتهم.

نعم متى دخل في الإسلام تعلقت به التكاليف الإسلامية، و توجهت إليه الخطابات الشرعية، و حينئذ فإذا أسلم على امرأه و بنتها قد تزوجهما في حال الكفر لم ينظر فيما فعله في حال الكفر من دخول أو عدمه أو نحو ذلك مما رفعوه و ذكروه، بل الواجب التفريق بينه و بينهما، حيث إن ذلك غير جائز في شريعة الإسلام.

بقي الكلام في جواز اختيار إحداهما و عدمه، و المسألة غير منصوصه كما عرفت، إلا أنه بالنظر إلى ما ورد في إسلام الكافر على أزيد من أربع أنه يختار أربعاً و يفارق الباقي (١) يمكن القول هنا بذلك، لأن الجميع من باب واحد فيختار إحداهما حينئذ، و يثبت نكاحها بالاختيار، و يفسخ نكاح الثانية.

و من الأخبار المشار إليها ما رواه

ثقه الإسلام في الكافي (٢) في الصحيح عن

ص: ٤٨

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٥ ح ٧٤ الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٤ ح ١.

٢-٢) الكافي ج ١ ص ١٨٠ ح ٣.

زراره قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام أخبرني عن معرفه الإمام منكم واجبه على جميع الخلق؟ فقال: «إن الله عز و جل بعث محمدا صلى الله عليه و آله إلى الناس أجمعين رسولا و حجه لله على جميع خلقه في أرضه، فمن آمن بالله و بمحمد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و اتبعه و صدقه، فإن معرفه الإمام منا واجبه عليه، و من لم يؤمن بالله و برسوله و لم يتبعه و لم يصدقه و يعرف حقهما، فكيف يجب عليه معرفه الامام و هو لا يؤمن بالله و رسوله و يعرف حقهما» الحديث.

و الحديث صحيح صريح فى المدعى، و التقريب فيه أنه إذا لم يجب عليه معرفه الإمام الحامل للشريعة و المستودع أحكامها فبطريق الأولى لا يجب على القيام بتلك الأحكام و لا تعرفها و لا الفحص عنها التى هى لا تؤخذ إلا منه، و هذا بحمد الله سبحانه و واضح لا خفاء عليه.

و ما رواه

الثقة الجليل على بن إبراهيم القمى فى تفسيره (١) عن الصادق عليه السلام

فى تفسير قوله تعالى «وَ وَيْلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ، الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَ هُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ» (٢) قال عليه السلام: أ ترى أن الله تعالى طلب من المشركين زكاه أموالهم و هم مشركون به، حيث قال: وَ وَيْلٌ لِّلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَ هُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ، إنما دعا العباد إلى الايمان، فإذا آمنوا بالله و رسوله افترض عليهم الفرض».

و ما رواه

فى كتاب الاحتجاج (٣) فى حديث الزنديق الذى جاء إلى أمير المؤمنين عليه السلام مستدلا بآى من القرآن على تناقضه و اختلافه، حيث قال عليه السلام

«فكان أول ما قيدهم به الإقرار بالوحدانية و الربوبية و الشهادة أن لا إله إلا الله، فلما أقروا بذلك تلاه بالإقرار لنبية صلى الله عليه و آله بالنبوه، و الشهادة بالرسالة، فلما انقادوا لذلك

ص: ٤٩

١- ١) تفسير على بن إبراهيم ج ٢ ص ٢٦٢.

٢- ٢) سورة فصلت- آيه ٦ و ٧.

٣- ٣) الاحتجاج ص ١٢٨ طبعه سنة ١٣٠٢.

فرض عليهم الصلاة ثم الصوم ثم الحج» الحديث.

و لم أر من تنبه لما ذكرناه في هذا المقام و لا حام حوله من العلماء الأعلام إلا المحدثين الأمين الأسترآبادى فى كتابه الفوائد المدينة، و المحسن الكاشانى فى كتابه الوافى و تفسيره الصافى، فقال فى الأول بعد نقل الخبر الأول: و فى هذا الحديث دلالة على أن الكفار ليسوا مكلفين بشرائع الإسلام كما هو الحق، خلافا لما اشتهر بين متأخرى أصحابنا.

و قال فى الثانى بعد نقل الخبر الثانى: هذا الحديث يدل على ما هو التحقيق عندى من أن الكفار غير مكلفين بالأحكام الشرعية ما داموا باقين على الكفر، انتهى.

و نحن قد بسطنا الكلام فى هذا المقام بما لا يحوم حوله نقض و لا إبرام فى كتابنا الدرر النجفیه من الملتقطات اليوسفيه، و تقدم نبذه منه فى الجلد الأول من كتاب الطهاره فى باب غسل الجنابه (1) و أوردنا جملة من الأدله العقلية و النقلية زياده على ما ذكرناه، و أبطلنا ما استدل به للقول المشهور بما هو واضح الظهور فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه.

و بالجملة فإنه لو قام لهم دليل فى هذا المقام على ما ذكروه من هذه الأحكام من الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام لوجب علينا الانقياد، و جذب أعنه الأقلام من هذا الكلام، و حيث لا دليل فالمانع مستظهر، كما هو ظاهر لدوى الأفهام و إن كان هذا يكبر فى صدور الآلفين بتقليد المشهورات، و لا سيما إذا زخرفت بالإجماعات، و الله الهادى لمن يشاء.

تذنيبات

الأول [لو أسلم من أمه و بنتها]

قالوا بناء على ما تقدم: لو أسلم من أمه و بنتها و هما مملوكتان له، فإن كان قد وطأهما حرمتها معا، و إن كان وطأ إحداهما حرمت الأخرى،

ص: ٥٠

و إن لم يكن وطئ واحد منهما تخير، و علل الحكم الأول بأن وطئ كل من الام و البنت يحرم الأخرى سواء وقع بعقد أو ملك أو شبهه.

و علل الثانى بأنها أم امرأه مدخول بها أو بنتها، و كلاتهما محرم، و أما المدخول بها أيتها كانت، فإنه يستقر حل وطئها إذ لا موجب لتحریمها.

و علل الثالث بما تقدم فى المسلم إذا تزوج الأختين دفعه أو ملكهما فإنه يتخير لنكاح أيتها شاء، و قد تقدم الكلام فى ذلك.

الثانى [لو أسلم عن أختين]

قالوا: لو أسلم عن أختين تخير أيتها شاء و إن كان قد وطأها، بخبر فيروز الديلمى (1) حيث أسلم عن أختين فخيره النبى صلى الله عليه و آله فى إمساك أى الأختين شاء، و وطئهما لا- دخل له فى التحريم هنا، إذ ليستا مثل الام و البنت و يصير حكم غير المختاره حكم الزائد على العدد الشرعى.

الثالث: لو أسلم عن عمه و بنت أخيها، أو خاله و بنت أختها

فإن رضيت العمه أو الخاله بالجمع بينها و بين بنت أخيها أو بنت أختها فلا بحث، و إن اختارتا عدم الجمع تخير بين العمه و بنت أخيها و الخاله و بنت أختها فكل من اختارها صح نكاحها و بطل نكاح الأخرى كما فى الأختين، و لو أسلم عن حره و أمه، فإن رضيت الحره بالجمع فلا- إشكال، و إلا انفسخ عقد الأمه و بقيت الحره وحدها، ثم أنه على تقدير رضى الحره بالجمع فعند الأصحاب أنه لا- يبنى على القول بجواز نكاح الأمه بدون الشرطين بل هو جاز على القولين، لأن محل الخلاف كما تقدمت الإشارة إليه إنما هو فى ابتداء نكاح الأمه لا فى استدامته، و يجوز فى الاستدامه ما لا يجوز فى الابتداء، كما أنه ليس له العقد على الكتابيه على القول به، و له استدامته على هذا القول، و لا فرق فى رضى العمه أو الخاله أو الحره بالجمع بين كونه فى حال الكفر أو حال الإسلام، فلو رضين فى حال الكفر فليس لهن الرجوع عنه بعد الإسلام تمسكا بالاستصحاب و لأن نكاح الكفر صحيح، فإذا

ص: ٥١

وقع مستجمعا للأموال المعتبره فى شرع الإسلام كان لازما.

هذا ما صرحوا به-نور الله تعالى مراقدهم-فى المقام،و هو كما عرفت فيما تقدم خال عن الروايات الداله على شىء من هذه الأحكام،و لا-ريب أن هذه الفروع كلها-ما ذكر و ما يأتى،و كذا ما تقدم فى الكتب السابقه كما تقدمت الإشارة إليه-إنما أخذت الأصحاب من كتب المخالفين لعدم وجود أمثال هذه التفريعات فى كتب أصحابنا المتقدمين حيث إنها مقصوره على مجرد نقل الأخبار.

نعم ربما أمكن ارتباط بعضها بالأدله العامه،و ربما وجد نص فى بعضها،و ما ذكرناه من البحث سابقا يمكن تطرقه إلى بعض هذه المواضع أيضا.

و بالجملة فالوقوف على جاده الاحتياط فيما لا دليل واضح عليه طريق السلامه، و حيث كان بقيه مسائل هذا البحث من هذا القبيل ضربنا صفحا عن ذكرها، و طوينا كشحا عن نشرها،لعدم الأدله الواضحه فيما ذكره فيها من الأحكام سيما مع كونها مما لا-وقوع لها بين الأنام فى جملة من الأيام و الأعوام،و رأينا التشاغل بغيرها مما هو أهم و نفعه أعم أولى بالمسارعه إليه لدى الملك العلام،و الله العالم.

مسائل من لواحق العقد

إشاره

إشاره

قد حصلت الغفله عن ذكرها ثمه،فذكرناها فى آخر هذا الفصل.

[المسأله] الاولى [فى اشتراط الكفاه فى صحه النكاح و حكم نكاح المخالف]

إشاره

لا-خلاف بين الأصحاب-رضوان الله عليهم-فى اشتراط الكفاه فى صحه النكاح،و هى لغه التساوى و المماثله،من قولهم تكافأ القوم أى تماثلوا، و شرعا التساوى فى الايمان على المشهور،وقيل:إنها عباره عن التساوى فى الإسلام و هو اختيار المحقق فى كتابيه،و الشهيد الثانى فى المسالك،و المحدث الكاشانى فى المفاتيح،و نقل فى المسالك عن الشيخ المفيد و ابن حمزه قال:للإجماع على اعتباره و عدم الدليل الصالح لاعتبار غيره،ثم قال:و وافقهم ابن الجنيد فى غيره من تحرم عليه الصدقه.

أقول:لا بد قبل الخوض فى البحث من تقديم مقدمه فى المقام،ليتضح بها

محل الخلاف، و يبتنى عليها الكلام، فنقول قد عرفت فيما تقدم أنه لا يجوز للمسلم التزويج بالكافره مطلقاً، و هو موضع نص و وفاق، و لا يجوز للمسلم التزويج بالكافره أيضاً إلا ما استثني من جواز نكاح الكتابيه استدامه و ابتداء على الخلاف المتقدم، و المراد من الإسلام هنا هو التصديق بالشهادتين و جميع ما جاء به النبي صلى الله عليه و آله عدا الإمامه، و الايمان عباره عن الاعتقاد بالإمامه مع الإسلام المذكور، ثم أنه على تقدير القول المشهور، و هو اعتبار الايمان، فمذهب الأكثر اعتباره فى جانب الزوج دون الزوجه، بمعنى أنه لا يجوز للمؤمنه التزويج بالمخالف دون العكس، و هو تزويج المؤمن بالمخالفه، و حكى الشهيد الثانى فى الروضه عن بعضهم أنه ادعى الإجماع على ذلك، و على هذا فالكفاءه إنما تشترط فى جانب الزوج دون الزوجه.

و قد نقل فى المختلف عن سلالر ما يشعر باشتراط الكفاءه من جانب الزوجه فإنه قال: و قال سلالر: و من الشرائط أن تكون المرأه مؤمنه أو مستضعفه، و إن كانت ذميه أو مجوسيه أو معانده لم يحل نكاحها قط غبطه، لأن الكفاءه فى الدين مراعاه عندنا فى صحه هذا العقد، انتهى و هو المؤيد بالأخبار الآتیه فى المقام فإنها صريحه فى المنع إلا من المستضعفين و الشكاك.

و بالجمله فالذى يظهر لى من الروايات اعتبار الكفاءه من الطرفين، نعم دلت على استثناء المستضعفه فيجوز تزويجها من حيث إسلامها على كلام يأتى فى ذلك إن شاء الله.

و الظاهر أن الحامل لأكثر المتأخرين -على القول بجواز تزويج المخالفه و أن الكفاءه غير مشترطه فى جانب المرأه- هو الأخبار الداله على جواز التزويج بالذميه فجعلوا المخالفه من قبيل ذلك، و فيه ما قدمنا تحقيقه من أن الروايات و إن اختلفت فى ذلك إلا أن الأقرب حمل روايات الجواز على التقيه.

و كيف كان فمظهر الخلاف بين القولين المتقدمين عند أصحابنا هو المخالفون

أهل السنه و المستضعفون من الفريقين.

و أنت خبير بأن هذا إنما يتمشى على مذهب المتأخرين القائلين بإسلام المخالفين و وجوب إجراء أحكام الإسلام عليهم، و أما على مذهب المتقدمين القائلين بكفر المخالفين و نصبهم و عدم جواز إجراء شىء من أحكام الإسلام عليهم إلا أن يكون للتقيه كما هو الظاهر من الأخبار الواضحة المنار الساطعه الأنوار كما حققناه فى كتاب «الشهاب الثاقب فى بيان معنى الناصب» و ما يترتب عليه من المطالب، فلا يتم هذا الكلام، بل يجب الحكم بعدم صحه مناكحتهم كسائر أفراد الكفار، كما ستأتيتك به الأخبار إن شاء الله فى المقام، مكشوفه القناع لذوى الأفهام، و على هذا فإنما مظهر الخلاف المستضعف خاصه.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن ما يدل من الأخبار على اشتراط الايمان، و جواز نكاح فى المستضعف و الشكاك خاصه ما رواه

المشايخ الثلاثة (١) - عطر الله مراقدهم - عن الحسين بن بشار قال:

«كتبت إلى أبي جعفر الثانى عليه السلام أسأله عن النكاح فكتب عليه السلام: من خطب إليكم فرضيتم دينه و أمانته «كائنا من كان» فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنه فى الأرض و فساد كبير». و قوله «كائنا من كان» فى روايه الفقيه خاصه.

و ما رواه

فى الكافى (٢) فى الصحيح عن على بن مهزيار قال:

«كتب على بن أسباط إلى أبى جعفر عليه السلام فى أمر بناته، و أنه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهمت ما ذكرت من أمر بناتك، و أنك لا تجد أحدا مثلك، فلا تنظر فى ذلك رحمك الله، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنه فى الأرض و فساد كبير».

ص: ٥٤

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٦ ح ٩، الفقيه ج ٣ ص ٢٤٨ ح ١ مع زياده فيه، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ٣.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٣٤٧ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٦ ح ١٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠ ح ١.

و بهذا المضمون أخبار عديده، و التقريب فيها إن غير المؤمن لا يرضى دينه، و الخلق فى هذه الروايه و غيرها بمعنى الدين كما صرح به أهل اللغه، لأنه و إن كان لغه بمعنى السجيه و الطبيعه أيضا فهو مستعمل فى المعنيين.

قال فى القاموس (١): و الخلق بالضم و بضميتين: السجيه و الطبيعه و المروه و الدين، و قال فى كتاب مجمع البحرين (٢): إن هذا إلا خلق الأولين بسكون اللام يريد مذهبهم إلى أن قال: و الخلق بالضم السجيه لأنه لا قائل هنا باشتراط حسن الخلق و الطبع فى صحه النكاح، و لا ورد بذلك نص، فيتعين حمله على المعنى الثانى، و حينئذ فيكون من قبيل عطف المرادف.

و بذلك يظهر لك أن ما طعن به فى المسالك على هذه الروايات من أن ذكر الخلق هنا و إضافته إلى الدين مع أن الخلق غير معتبر فى الكفاءه إجماعا قرينه على أن اشتراط كل من الأمرين إنما قصد به الكمال، و الأمر بتزويج من هو كذلك لكماله، فلا يلزم منه تحريم تزويج غيره، فإن فيه إنه إنما يتم ما ذكره لو انحصر معنى الخلق فى السجيه و الطبيعه، و أما إذا كان بمعنى الدين كما صرحوا به أيضا فالواجب حمل اللفظ عليه دون المعنى الآخر لتأييده بالروايات المتكاثره الداله على اشتراط الايمان، و أيضا فإن الفتنة و الفساد الكبير إنما يترتب على ترك تزويج من اتصف بالمعنى الذى ذكرناه، لا بالمعنى الذى ذهب إليه.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٣) عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

تزوجوا فى الشكاك، و لا تزوجوهم لأن المرأه تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه».

ص: ٥٥

١-١) ج ٣ ص ٢٢٩ فصل الخاء باب القاف.

٢-٢) ج ٥ ص ١٥٦.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٣٤٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٢٤.

و رواه فى الفقيه (١) عن صفوان عن زرارہ عن أبى عبد الله عليه السلام مثله، و طريقه إلى صفوان حسن بإبراهيم بن هاشم فيكون الحديث كالصحيح.

و ما رواه

الشيخ (٢) عن زرارہ فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أتزوج مرجئه أو حروريه؟ قال: لا، عليك بالبله من النساء، قال زرارہ: فقلت: و الله ما هى إلا مؤمنه أو كافره، فقال أبو عبد الله عليه السلام: و أين أهل ثنوى الله عز و جل (٣) قول الله عز و جل أصدق من قولك إلا المُسْتَضَعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَ النِّسَاءِ وَ الْوَالِدَانِ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَهُ وَ لَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا» (٤).

و ما رواه

فى الكافى (٥) عن زرارہ فى الصحيح أو الحسن قال:

«قلت لأبى جعفر عليه السلام: إنى أخشى أن لا- يحل لى أن أتزوج من لم تكن على أمرى، فقال: ما يمنعك من البله من النساء؟ قلت: و ما البله؟ قال: هن المستضعفات من اللاتي لا ينصبن و لا يعرفن ما أنتم عليه».

و عن حمران بن أعين (٦) قال:

«كان بعض أهله يريد التزويج و لم يجد امرأه مسلمه موافقه فذكرت ذلك لأبى عبد الله عليه السلام فقال: أين أنت من البله الذين لا يعرفون شيئاً».

و ما رواه

فى الفقيه (٧) عن حمران بن أعين فى الحسن أو الموثق

«و كان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأه يرضاها، فذكر ذلك لأبى عبد الله عليه السلام فقال: أين

ص: ٥٦

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ٢.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ١.

٣- ٣) أى الذين استثناهم الله تعالى بقوله «إِلَّا الْمُسْتَضَعَفِينَ». الى آخر الآيه».

٤- ٤) سورة النساء- آيه ١٠١.

٥- ٥) الكافى ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ٣.

- ٦-٦) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٠ ح ٧.
- ٧-٧) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٠ ح ٧ مع الاختلاف.

أنت من البلهاء و اللواتى لا يعرفن شيئاً؟قلت:إنا نقول:إن الناس على وجهين كافر و مؤمن،فقال:فأين الذين خلطوا عملا صالحا و آخر سيئا؟و أين المرجون لأمر الله؟و أين عفو الله».

و ما رواه

فى الكافى (١)عن زراره فى الموثق عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قلت:

ما تقول فى مناكحه الناس فإنى قد بلغت ما ترى و ما تزوجت قط،قال:و ما يمنعك من ذلك؟قلت:ما يمنعنى إلا أخشى أن لا يكون يحل لى مناكحتهم،فما تأمرنى؟قال:كيف تصنع و أنت شاب أ تصبر؟ثم ساق الخبر إلى أن قال:قلت:أصلحك الله فما تأمرنى أنطلق فأتزوج بأمرك؟فقال:إن كنت فاعلا- فعليك بالبلهاء من النساء،قلت:و ما البلهاء؟قال:ذوات الخدور العفائف،قلت:من هو على دين سالم بن أبى حفصه؟فقال:لا،فقلت:من هو على دين ربيعه الرأى؟فقال:لا، و لكن العواتق اللاتى لا ينصبن و لا يعرفن ما تعرفون».

و ما رواه

فى التهذيب (٢)فى الصحيح عن زراره قال:

«قال أبو جعفر عليه السلام:عليك بالبله من النساء التى لا تنصب و المستضعفات»(٣).

أقول:قد دلت هذه الأخبار على أن زراره و نحوه كانوا يعتقدون الناس يومئذ إما مؤمن أو كافر،و أنه لا تحل مناكحه الكافره،و الامام عليه السلام قد أقره على الحكم بالكفر،و أن نكاحها لا يجوز لذلك،و إنما رد عليه فى حصره الناس فى القسمين

ص: ٥٧

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٣٥٠ ح ١٢،الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٠ ح ٩.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٢٦،الوسائل ج ١٤ ص ٤٣١ ح ١٠.

المذكورين مع وجود قسم ثالث، و منهم البله و المستضعفون الذين ليسوا بمؤمنين و لا كافرين، فإنهم من المسلمين.

و قوله عليه السلام فى هذه الأخبار «لا ينصبون» كناية عن المخالف الذى حكم أصحابنا بإسلامه، و ظاهر هذه الأخبار كما ترى هو كفره، و قوله عليه السلام «و لا يعرفون» كناية عن المؤمنين القائلين بإمامه الأئمة عليهم السلام، و هذا هو الموافق للأخبار المستفيضة (١) الداله على أن الناس فى زمانهم عليهم السلام على أقسام ثلاثة: مؤمن و كافر و ضال، و المراد بالضال الشكاك و المستضعفون، و قد نقلناها بكمالها فى كتابنا الشهاب الثاقب المتقدم ذكره، و هى صريحه فى كفر المخالفين كما عليه جل علمائنا المتقدمين حسبما أوضحناه فى الكتاب المشار إليه.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٢) عن الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا يتزوج المؤمن الناصبه المعروفه بذلك».

و ما رواه

فى الكافى (٣) عن ربهى عن الفضيل بن يسار فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال له الفضيل: أتزوج الناصبه؟ قال: لا، و لا كرامه، قلت: جعلت فداك و الله إنى لأقول لك هذا، و لو جاءنى بيت ملآن دراهم ما فعلت».

و عن الفضيل بن يسار (٤) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن لامرأتى أختا عارفه على رأينا، و ليس على رأينا بالبصره إلا قليل فأزوجه ممن لا يرى رأيها؟ قال: لا و لا نعمه و لا كرامه إن الله عز و جل يقول «فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ، وَ لَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ» .

ص: ٥٨

١-١) الكافى ج ٢ ص ٣٨١ ح ٢.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٣٤٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٣ ح ١.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٣٤٨ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٣ ح ١.

٤-٤) الكافى ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٤.

و عن الفضيل بن يسار (١) في الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الناصب فقال: لا وجه و الله ما يحل، قال فضيل: ثم سألته مره أخرى فقلت: جعلت فداك ما تقول في نكاحهم؟ قال: و المرأه عارفه؟ قلت: عارفه، قال: إن العارفه لا توضع إلا عند عارف».

و ما رواه

في التهذيب (٢) عن فضيل بن يسار قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرأه العارفه هل أزوجه الناصب؟ قال: لا، لأن الناصب كافر، قال: فأزوجه الرجل غير الناصب و لا العارف؟ فقال: غيره أحب إلى منه».

أقول: أفعل التفضيل هنا ليس على بابه، بل هو بمعنى أصل الفعل كما سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

و ما رواه

في الكافي (٣) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام

«أنه أتاه قوم من أهل خراسان من وراء النهر فقال لهم: تصافحون أهل بلادكم و تناكحونهم أما إنكم إذا صافحتموهم انقطعت عروه من عرى الإسلام، و إذا ناكحتموهم انتهكت الحجاب بينكم و بين الله عز و جل».

و عن أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال:

«تزوج اليهوديه و النصرانيه أفضل - أو قال - خير من تزوج الناصب و الناصبيه».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب (٥) عن عبد الله بن سنان في الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الناصب الذى قد عرف نصبه و عداوته، هل نزوجه المؤمنه و هو قادر على رده، و هو لا يعلم برده؟ قال: لا يزوجه المؤمن الناصبه و لا يتزوج الناصب

ص: ٥٩

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٥.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٣ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣١ ح ١١.

٣- ٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٦ ح ١٢.

- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥١ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٦ ح ١١.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٣.

المؤمنه، ولا يتزوج المستضعف مؤمنه».

إلى غير ذلك من الأخبار البالغه حد التواتر المعنوى، والمفهوم من الأخبار أن الناصب حيثما يطلق إنما يراد به المخالف الغير المستضعف كما أشرنا إليه فى ذيل روايات زراره، لأن بعضا ورد بأنه عباره عن المقدم للجبث و الطاغوت و بعضا آخر ورد بأنه المبعض للشيعة من حيث الشيع، و المعنيان متلازمان كما هو المؤيد بالوجدان، و أصحابنا المتأخرون الحاكمون بإسلام المخالفين جعلوا الناصب هو المبعض لأهل البيت عليهم السلام أو المعلن ببغضهم فجعلوه أخص من المخالف، و الحق أن الاستفادة من الأخبار هو حصول البغض لهم عليهم السلام من جميع المخالفين، فإن مجرد التقديم عليهم فى الإمامه بغض لهم كما اعترف به شيخنا الشهيد الثانى الحاكم بإسلامهم هنا فى كتاب روض الجنان(١) مضافا إلى استفاضه الأخبار بثبوت البغض لهم(٢) كما نقلناه فى كتابنا المتقدم ذكره، و بذلك يظهر لك

ص : ٦٠

ضعف قوله فى المسالك بعد الخلاف فى أن الناصب هل هو المعلن بعداوه أهل البيت عليهم السلام أو لا يشترط الإعلان؟ و على التقديرين فهذا أمر عزيز فى المسلمين الآن لا يكاد يتفق إلا نادرا، فلا تغتر بمن يتوهم خلاف ذلك، انتهى.

فإنه كلام باطل لا يلتفت إليه و عاطل لا يعرج عليه، و إنما نشأ من عدم التعمق فى الأخبار و ملاحظتها بعين الاعتبار، و ذيل البحث فى المقام واسع، و من أراد الاستقصاء فى ذلك فليرجع إلى كتابنا المذكور، و إلى كتاب الأنوار الخيرية و الأقمار الدرية فى أجوبه المسائل الأحمدية.

و بالجملة فالحكم بالكفر و تحريم المناكحة مما لا ريب فيه و لا شك يعتريه.

و بذلك يظهر لك ما فى كلامه فى المسالك من المجازفة حيث نقل بعض الروايات الضعيفة السند و ردها بذلك، و نقل بعض روايات «إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه» و رده بما قدمنا نقله عنه، و قد عرفت جوابه، و نقل من جملة ذلك

ص: ٦١

روايه أبى بصير المرويه فى الكافى (١)الداله على النهى عن تزويج الشكاك معللا بأن المرأه تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه، و ردها بضعف السند ثم طعن فى متنها بأن النهى عن الشكاك لا يستلزم النهى عن غيرهم، و قد عرفت أنها و إن كانت ضعيفه بروايه صاحب الكافى إلا- أن الصدوق رواها فى الفقيه كما قدمناه عن صفوان عن زراره و طريقه إلى صفوان حسن بإبراهيم بن هاشم الذى هو فى حكم الصحيح على المشهور، و صحيح على القول الآخر.

و أما طعنه فى متنها فستعرف ما فيه إن شاء الله ثم، نقل صحيحه عبد الله بن سنان (٢)، و هى الأخيره من الروايات التى قدمناها الداله على أنه لا- يتزوج المستضعف مؤمنه، ثم قال: و هى و إن كانت صحيحه إلا أن المستضعف يطلق على معان، منها ما هو أسوء حالا- من المخالف العارف، فلا- يلزم من النهى عن نكاح المستضعف النهى عن نكاح غير المؤمن مطلقا، و إن كان فى أفراد ما هو أحسن حالا من المخالف. انتهى، ثم نقل موثقه الفضيل بن يسار (٣)الداله على أن العارفه لا توضع إلا عند عارف، ثم طعن فى سندها، ثم حمل النهى على الكراهه، و استدل بروايه الفضيل الأخرى (٤)الداله على أن «غيره أحب إلى منه».

و العجب أنه بعد نقل هذه الروايات التى ذكرناها عنه قال: فهذه جمله الروايات للقول المشهور فى هذا الباب إيدانا بأنه لا دليل للقول المشهور سواها، و هو غلط محض و سهو صرف ناش من عدم إعطاء التأمل حقه فى تتبع الأخبار

ص: ٦٢

-
- ١- (١) الكافى ج ٥ ص ٣٤٨ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ٢.
 - ٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٩ ح ٦.
 - ٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٣٥٠ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٥.
 - ٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٣ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٧ ح ١٥.

كما لا يخفى على من جاس خلال الديار، و الموجود فى الأخبار مما يدل على تحريم المناكحة ما يزيد على ما قدمناه أضعافا مضاعفه، ثم أنه استدل على القول الذى اختاره بما قدمنا نقله عنه فى صدر المسأله من الإجماع على اعتبار الإسلام، و عدم الدليل الصالح لاعتبار غيره، ثم قال فى آخر البحث:

و روى عبد الله بن سنان (1) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام: بم يكون الرجل مسلما يحل مناكحته و موارثته، و بم يحرم دمه؟ فقال: يحرم دمه بالإسلام إذا أظهر و تحل مناكحته و موارثته». و هو أصح ما فى الباب سندا و أظهر دلالة، فقد ظهر بذلك قوه ما اختاره المصنف و إن كان الاحتياط فى الفروج أولى، انتهى.

أقول: و وجه النظر يتطرق إلى مواضع من هذا الكلام: الأول: ما قدمنا نقله من قوله فى الجواب عن روايه أبى بصير المرويه فى الفقيه عن صفوان عن زراره - أن النهى عن الشكاك لا يستلزم النهى عن غيرهم - فإن فيه منعا ظاهرا، كيف و تعليله عليه السلام ذلك بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه، ينادى باستلزام النهى عن تزويج الشكاك النهى عن تزويج المخالفين الذين هم أسوء حالا و أثقل أحمالا و أسوء عقيدة من الشكاك كما لا يخفى على من له أدنى ذوق و رويه، و قد ساعدنا على هذه المقالة سبطه السيد السند - قدس سره - فى شرح النافع، فقال بعد نقله الصحيحه المذكوره: و وجه الدلالة أن المنع من تزويج الشكاك يقتضى المنع من تزويج غيره من المعتقدين لمذهب أهل الخلاف بطريق أولى، و يؤيده التعليل المستفاد من قوله عليه السلام: لأن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه، انتهى.

الثانى: ما أجاب به عن صحيحه عبد الله بن سنان من قوله: إن المستضعف يطلق - إلى آخر ما قدمنا نقله عنه - فإن فيه أن ما ذكره من هذا المعنى لم ينقله ناقل من علمائنا، و لا - ورد به خبر من أخبارنا، و الظاهر أنه ألجأته إليه ضروره التعصب لهذا القول الضعيف و المذهب السخيف، فإن جملة من الأصحاب

ص: ٦٣

فسروا المستضعف بتفسيرات متقاربه و معان متناسبه، لا مدخل لهذا القول الذى تحمله فيها، و قد فسر ابن إدريس -طاب ثراه- بمن لا يعرف اختلاف الناس فى المذاهب و لا يبغض أهل الحق على اعتقادهم.

و عرف فى الذكرى بأنه الذى لا يعرف الحق و لا يعاند عليه، و لا يوالى أحدا بعينه.

و عرفه الشيخ المفيد فى المسائل الغربيه بأنه لا- يعرف بالولاء، و يتوقف عن البراءه، و هذه التعاريف كلها متقاربه فى المعنى، و تعاريف الأصحاب كلها من هذا القبيل، كما صرحوا به فى بحث الصلاه على الأموات، و أما الأخبار فى تفسيره فمن هذا القبيل أيضا، و قد عقد له فى الكافى بابا و سماه باب المستضعف (1) و أخباره كلها كما ذكرناه، ففى جمله منها أنه عبارته «عمن لا يستطيع أن يؤمن، و لا يستطيع أن يكفر» و فى بعضها هم النساء و الأولاد، و فى بعضها من لم يعرف اختلاف الناس، و فى بعضها من لم ترفع له حجه، و مرجعها كلها إلى ضعف العقل، على أن ما ذكره من المعنى فاسد فى حد ذاته، حيث إنه لا- يفهم من الأسوء حالا من المخالف العارف، و هو المعنى الذى فسر به المستضعف هنا إلا الأشد عنادا فى مذهب الباطل و تعصبا فى دينه العاطل، و ليس ذلك إلا- بعداوه أهل البيت أو عداوه شيعتهم لأجلهم، لأننا لا نعقل من المخالف متى أطلق إلا المخالف فى الإمامه، و المقدم فيها سيما مع وصفه بالعارف، و حينئذ فالأسوء حالا منه إنما هو الناصب المجاهر بالعداوه، و قد عرفت أن الروايه تضمنت حكم الناصب أولا فلا معنى لذكره ثانيا. و بالجمله فإن كلامه هنا مختبط لا يظهر له وجه استقامه بالكلية.

الثالث: فيما استند اليه من روايه الفضيل بحمل قوله عليه السلام- بعد قول السائل فأزوجها الغير الناصب و لا العارف-: «و غيره أحب إلى منه» على إرادته التفضيل من هذه الصيغه، فإنه يقتضى كون تزويج الغير الناصب و العارف و هو المستضعف

ص: ٦٤

و الشكاك محبوبا في الجملة، فإن فيه أنه يجب حمل أفعل التفضيل هنا على غير بابيه جمعا بين هذا الخبر و غيره مما دل على اشتراط الايمان في الرجل فإن ذلك شائع ذائع، و من ذلك قوله عز و جل «مَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ اللَّهِو» (١) الآية، و قوله عليه السلام في

صحيحه عبد الله بن سنان (٢) و قد سأله أبوه عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال عليه السلام

«نكاحهما أحب إلي من نكاح الناصبيه». فإنه بمقتضى ما قاله يدل على جواز نكاح الناصبيه مع أنه حرام نسا و إجماعا. و نحوها روايه أبى بصير المتقدمه الداله على أن تزويج اليهوديه و النصرانيه أفضل، أو قال: خير من تزويج الناصب و الناصبيه.

و بذلك يظهر لك أن الاستدلال بهذه الروايه على إسلام المخالفين أشد بعدا، لأن موردها المستضعف، فإنه هو المراد من غير الناصب و لا العارف، و الناصب هنا بقريته المقابله بالعارف إنما أريد به المخالف كما تقدم في أخبار

زراره من قوله عليه السلام

«اللواتي لا يعرفن و لا ينصبين». فإن ذلك مبنى على نصب المخالفين و كفرهم، فلا يعبر عنهم إلا بهذا اللفظ.

و أما ما اشتهر بين المتأخرين من تخصيص الناصب بفرد آخر غير المخالف فهو باطل لا دليل عليه كما تقدمت الإشارة إليه.

الرابع: ما استدل به على ما اختاره من القول بالإسلام من الإجماع على اعتبار الإسلام، و عدم الدليل الصالح لاعتبار غيره فإنه باطل مردود بالأخبار الداله على كفر القوم و نصبهم و شركهم، و حل أموالهم و دمائهم، كما أوضحناه في كتابنا المتقدم ذكره بما لا يحوم حوله شبهه للناظرين، و الدليل الصالح لاعتبار الايمان قد عرفته ساطع البيان مشيد الأركان.

و أما صحيحه عبد الله بن سنان التي نوه بأنها أصح ما في الباب سنداً و أظهر

ص: ٦٥

١-١ (١) سورة الجمعة-آيه ١٠.

٢-٢ (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥١ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٦ ح ١٠.

دلالة، فأما ما ذكره من أنها أصح ما في الباب سندا فهو جيد بالنسبة إلى ما أورده من الروايات التي ادعى أنها هي الروايات القول المشهور، وأنه ليس غيرها في الباب، وإلا فإن فيما قدمناه من الأخبار ما هو مثلها، وكذا ما لم نقله من أخبار المسألة.

و أما ما ذكره من أنها أظهر دلالة على مدعاه، فهو على الضد والعكس مما قاله و ادعاه، بل هي أخفى من السهوى الذى لا يكاد أحد يراه.

و بيان ذلك أن السائل سأل عما به يحصل الإسلام لتجرى عليه تلك الأحكام، لأنه قال: بم يكون الرجل مسلما تحل مناكحته، و الامام عليه السلام لم يجبه عن سؤاله، وإنما ذكر له أن هذه الأحكام مترتبة على الإسلام، وهذا ليس من محل السؤال فى شىء.

و بالجملة فإن السؤال عن معنى الإسلام و بيان حقيقته، و نحن لا نخالف فى أنه متى ثبت الإسلام لأحد فإنه يجب أن تجرى عليه تلك الأحكام، و المدعى فى المقام ثبوت الإسلام لأولئك المخالفين، و ليس فى الخبر دلالة عليه بوجه، لأنه عليه السلام لم يذكر أن الإسلام يحصل بكذا و كذا، و أن هذا الذى يحصل به الإسلام موجود فى المخالفين ليحكم بإسلامهم لذلك، و لعل فى عدول الامام عليه السلام عن صريح الجواب إلى التعمية و الإبهام ما ينبئ عن تقيه فى المقام، فإن السائل سأل عن الإسلام بم يحصل و يتحقق حتى يحكم بإسلام المتصف به و إجراء أحكام الإسلام عليه، و لم يجب عن أصل السؤال، و هذا بحمد الله سبحانه و واضح، و لما ذكره من الاستدلال بالرواية على مدعاه فاضح، و الله العالم.

تنبيهات

الأول:

حيث إن السيد السند صاحب المدارك فى شرح النافع إختار عدم الحكم بمناكحة المخالفين مع قوله بإسلامهم أجاب عن صحيحه عبد الله بن سنان المذكوره، قال: الظاهر أن المراد من حل المناكحة و الموارثة الحكم بصحة

نكاحهم و موارثتهم، لا جواز تزويجهم، انتهى.

و أنت خبير بما فيه من البعد، و لكنه لا مندوحة له عن ارتكابه حيث إنه ممن يحكم بإسلام أولئك المخالفين.

و التحقيق أن الروايه المذكوره بمعزل عن الدلاله على ما ذكره، فلا يحتاج إلى تأويل لما أوضحناه من الاشتباه فيها المؤدى إلى طرحها و الاعراض عنها فى هذا المقام، كما هو ظاهر لمن سرح بريد النظر فيما قدمناه من الكلام.

الثانى:

قد عرفت دلالة صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه على أنه لا يتزوج المستضعف المؤمنه، و نحوها صحيحه زراره المرويه فى الفقيه الداله على جواز التزويج فى الشكاك، و عدم جواز نكاحهم المؤمنه، المعلن بأن المرأه تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه، و هو مشكل غايه الإشكال، حيث إنه لا خلاف و لا إشكال فى كون الشكاك و المستضعفين من أفراد المسلمين، و قد استفاضت الأخبار بأنه متى حكم بإسلام أحد و جب أن تجرى عليه أحكامه من حل المناكحه و الموارثه، و حقن المال و الدم و نحوها، فكيف يتم المنع من مناكحته، و تؤيد الصحيحتين المذكورتين أيضا قوله عليه السلام فى بعض روايات

الفضيل المتقدمه

«العارفه لا توضع إلا عند عارف».

و قوله فى أخرى

«غيره أحب إلى منه». أى غير المستضعف كما تقدم بيانه، و يؤكد أيضا الأخبار الكثيره الداله على أنه

«إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه، و إلا تفعلون تكن فتنه فى الأرض و فساد كبير».

فإن مفهومها أن من لا يرضى دينه لا يزوجه، و الشكاك و المستضعفين ممن لا يرضى دينه البتة فلا يزوجه، و حمل النهى على الكراهه و إن أمكن لكنه بعيد عن سياق نظامها و مقتضى مقامها، و الاحتياط لا يخفى.

الثالث [أن المشهور بين المتأخرين هو المنع من مناكحه المخالفين]

قد عرفت أن المشهور بين المتأخرين هو المنع من مناكحه المخالفين مع قولهم بإسلامهم، لا بشرطهم، الايمان فى صحه المناكحه، و لم يذهب منهم

إلى الاكتفاء بالإسلام إلا المحقق و الشهيد الثاني و المحدث الكاشاني كما قدمنا ذكره.

و فيه (أولاً) إن هذا القول بالنظر إلى الأخبار لا يخلو من تدافع و تناقض، فإن مقتضى الحكم بالإسلام جواز المناكحة و غيرها من الأحكام المترتبة على الإسلام كما عرفت آنفاً،

ففى روايه حمران بن أعين (١) عن أبى عبد الله عليه السلام

«و الإسلام ما ظهر من قول أو فعل و هو الذى عليه جماعه الناس من الفرق كلها و به حقنت الدماء و عليه جرت المواريث و جاز النكاح» الحديث.

و فى روايه سماعه (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

الإسلام شهاده أن لا إله إلا الله، و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله و به حقنت الدماء و عليه جرت المناكح و المواريث و على ظاهره عامه الناس».

و فى حسنه الفضيل بن يسار (٣)

«و الإسلام ما عليه المناكح و المواريث و حقن الدماء». إلى غير ذلك من الروايات التى يقف عليها المتتبع.

و (ثانياً) إنه من المعلوم فى زمنه صلى الله عليه و آله جواز مناكحه المنافقين المظهريين للإسلام مع العلم بنفاقهم، و أنه صلى الله عليه و آله قد نكح و أنكح بناء على ظاهر الإسلام، و إن علم بالنفاق، و ليس ذلك إلا- باعتبار الاكتفاء بالإسلام فى صحه المناكحه، و عدم اشتراط الايمان.

و بالجمله فالقول بالإسلام و المنع من المناكحه مما لا يجتمعان، فالقائل بإسلامهم يتحتم عليه القول بجواز مناكحتهم كما هو أحد القولين، و القائل بالمنع من مناكحتهم لا- يتم له إلا- مع القول بكفرهم و عدم إسلامهم بالكلية كما هو القول الفصل، و المذهب الجزل، المؤيد بتظافر الآيات و الروايات، و هذه الأخبار المانعه من المناكحه إنما منعت من حيث الكفر، و لكن جل هؤلاء القائلين بالإسلام قد وقعوا لذاك فى مضيق الإلزام، فاختلف نظامهم و انحل زمامهم،

ص: ٦٨

١-١) الكافى ج ٢ ص ٢٦ ح ٥.

٢-٢) الكافى ج ٢ ص ٢٥ ح ١.

٣-٣) الكافى ج ٢ ص ٢٦ ح ٣.

وقد وقع لهم مثل هذا الخبط و الخلط في مسأله غسل المخالفين كما تقدم فى غسل الأموات من كتاب الطهاره، و كذا الصلاه على الأموات، حيث منعوا من الغسل و الصلاه أو توقفوا مع حكمهم بالإسلام.

الرابع [فيما روى من جواز مناكحه المخالفين]

روى الصدوق (١)- عطر الله مرقده- فى الصحيح عن العلاء بن رزين

«أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن جمهور الناس، فقال: هم اليوم أهل هدنه ترد ظالتهم و تؤدى أمانتهم و تجوز مناكحتهم و موارثتهم فى هذه الحال».

و هذه الروايه بحسب ظاهرها منافيه لما قدمناه، و الأظهر عندى حملها على التقيه، و إلى ذلك أشار صاحب الوسائل أيضا حيث قال: باب جواز مناكحه الناصب عند الضروره و التقيه، ثم أورد الروايه المذكوره و أورد فيها بروايه تزويج عمر أم كلثوم (٢)، و ظاهر السيد السند فى شرح النافع حمل هذه الروايه على ما حمل عليه صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه من أن المراد بجواز مناكحتهم يعنى بعضهم فى بعض، قال بعد ذكر ما قدمنا نقله عنه فى التنبيه الأول: و أوضح منها دلالة على هذا المعنى ما رواه ابن بابويه فى الصحيح عن العلاء بن رزين.

ثم ساق الروايه إلى آخرها، و هو بعيد بل الأظهر إنما هو الحمل على التقيه، و يؤيده ما رواه

الشيخ (٣) عن محمد بن على الحلبي قال:

«استودعنى رجل من بنى مروان ألف دينار، فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير، فأتيت أبا عبد الله عليه السلام فذكرت ذلك له، و قلت: أنت أحق بها، فقال: لا إن أبى عليه السلام كان يقول: نحن فيهم بمنزله هدنه تؤدى أمانتهم و نرد ضالتهم و نقيم الشهاده لهم و عليهم، فإذا تفرق الأهواء لم يسمع أحد المقام».

ص: ٦٩

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٠٢ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٣ ح ١.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٦ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٣ ح ٢.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٦ ص ٣٥٠ ح ١١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٤ ح ١٠.

و عن الحسين الشيباني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: رجل من مواليك يستحل مال بنى أميه و دماءهم، و إنه وقع لهم عنده و ديعه، فقال: أدوا الأمانات إلى أهلها و إن كان مجوسيا، فإن ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحل و يحرم».

المسألة الثانية [هل التمكن من النفقة شرط في الكفاءة؟]

المشهور بين الأصحاب-رضى الله عنهم- أن التمكن من النفقة ليس شرطا في الكفاءة بل يحصل الكفاءة و يصح العقد و إن كان عاجزا عن ذلك، و قيل باشرط ذلك، و ظاهرهم أنه شرط في صحة النكاح، و هو منقول عن الشيخ في المبسوط و العلامة في التذكرة، قال في المبسوط على ما نقله في المختلف:

و الكفاءة معتبره في النكاح، و هي عندنا شيان: الايمان و إمكان القيام بالنفقة و اليسار المرعى ما يملك القيام بمثونه المرأة و كفايتها لا أكثر من ذلك.

و قيل و هو ظاهر ابن إدريس: إن ذلك ليس شرطا في صحة العقد و إنما للمرأة الخيار إذا تبين كونه غير مؤسر بنفقتها، و لا يكون العقد باطلا بل لها الخيار و ليس كذلك خلاف الايمان الذى هو الكفر إذا بان كافرا فإن العقد باطل و لا يكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار، ثم أمر بأن يلحظ ذلك و يتأمل (٢).

و استوجهه العلامة في المختلف، و قال: إن المرأة لو نكحت ابتداء بفقير

ص: ٧٠

١-١) الكافي ج ٥ ص ١٣٢ ح ٢، التهذيب ج ٦ ص ٣٥١ ح ١١٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٢ ح ٥.

٢-٢) قال في السرائر: عندنا أن الكفاءة المعتبره في النكاح أمران: الايمان و اليسار بقدر ما يقوم بأمرها، و الإنفاق عليها، و لا يراعى ما وراء ذلك من الأنساب و الصنائع، و الاولى أن يقال: إن اليسار ليس بشرط في صحة العقد، و إنما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسرا بنفقتها، و لا- يكون العقد باطلا- بل الخيار إليها، و ليس كذلك خلاف الايمان الذى هو الكفر إذا بان كافرا فإن العقد باطل، و لا- يكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار، ثم أمر ان يلحظ ذلك و يتأمل، و ما نقلناه في الأصل هو ملخص ذلك. (منه-قدس سره-).

عالمه بذلك صح نكاحها إجماعاً، ولو كانت الكفاءة شرطاً لم يصح، وإذا صح مع العلم وجب أن يصح مع الجهل، لوجود المقتضى السالم عن معارضة كون الفقر مانعاً. نعم أثبتنا لها الخيار دفعا للضرر عنها، و دفعا للمشقة اللاحقه بها.

و استشكل السيد السند في شرح النافع في ثبوت هذا الخيار هنا، من جهة التمسك بلزوم العقد إلى أن يثبت ما يزيله، و من لزوم الضرر ببقائها معه كذلك المنفى بالآيه و الروايه، قال: و المسأله محل تردد.

و قال الشيخ المفيد: المسلمون الأحرار يتكافؤون بالإسلام و الحرية في النكاح و إن تفاضلوا في الشرف و النسب، كما يتكافؤون في الدماء و القصاص، فالمسلم إذا كان واجداً طويلاً للإنفاق بحسب الحاجه إلى الأزواج مستطيعاً للنكاح مأموناً على الأنفس و الأموال، و لم يلزمه آفه في عقله و لا سفه في رأيه، فهو كفو في النكاح.

و قال ابن الجنيد: و الإسلام جامع و أهله إخوه متكافؤ دماءهم إلا أن لمن حرمت عليه الصدقه فضلاً على غيرهم، فوجب ألا يتزوج فيهم إلا من هو منهم، لئلا يستحل بذلك الصدقه من حرمت عليه إذا كان الولد منسوباً إلى من يحل له الصدقه، انتهى.

أقول: و مما يدل على القول المشهور (أولاً) إطلاق الأخبار الداله على الاكتفاء في الكفاءة بمجرد الايمان، كالأخبار المتقدمه الداله على أنه (١)

«إِذَا جَاءَكُمْ مِنْ تَرْضُونَ خَلْقَهُ وَ دِينَهُ فَرُوجِهِ، إِلَّا تَفَعَّلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَ فِسَادٌ كَبِيرٌ.»

و منها زياده على ما قدمناه ما رواه

الكليني في الكافي (٢) مرسلًا عن الصادق عليه السلام قال:

«إن الله عز و جل لم يترك شيئاً مما يحتاج إليه إلا - علمه نبيه، فكان من تعليمه إياه أنه صعد المنبر ذات يوم فحمد الله و أثنى عليه، ثم قال: أيها الناس

ص: ٧١

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١ و ٢ و ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠ ح ١ و ص ٥١ ح ٢ و ٣.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٣٧ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩ ح ٢.

إن جبرئيل أتاني عن اللطيف الخبير فقال: إن الأبقار بمنزله الثمر على الشجر، إذا أدرك ثمره فلم يجتنى أفسدته الشمس و نثرته الرياح، وكذلك الأبقار إذا أدركن ما يدرك النساء فليس لهن دواء إلا البعول، وإلا لم يؤمن عليهن الفساد لأنهن بشر، قال: فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فمن نزوج؟ فقال:

الأكفاء، فقال: يا رسول الله و من الأكفاء؟ فقال: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض.

و روى الصدوق في كتاب علل الشرائع و عيون أخبار الرضا (١) بسنده عن أبي جون مولى الرضا عنه عليه السلام قال:

«نزل جبرئيل على النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا محمد إن ربك يقرؤك السلام، ويقول: إن الأبقار من النساء بمنزله الثمر على الشجر، فإذا أبيع الثمر فلا دواء له إلا اجتناؤه، وإلا أفسدته الشمس و غيرته الرياح، و إن الأبقار إذا أدركن ما تدرك النساء فلا دواء لهن إلا البعول، و إلا لم يؤمن عليهن الفتنة، فصعد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المنبر فخطب الناس ثم أعلمهم ما أمر الله تعالى به، فقالوا: ممن يا رسول الله؟ فقال: من الأكفاء، فقالوا: و من الأكفاء؟ فقال:

المؤمنون بعضهم أكفاء بعض، ثم لم ينزل حتى زوج ضباعه المقداد بن الأسود، ثم قال: أيها الناس إنما زوجت ابنة عمى المقداد ليتصنع النكاح».

و(ثانيا) خصوص قوله عز و جل «إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» (٢).

و ما رواه

في الكافي (٣) في الصحيح عن أبي حمزه الثمالى قال:

«كنت عند أبي جعفر عليه السلام إذا استأذن عليه رجل فأذن له فدخل عليه فسلم فرحب أبو جعفر عليه السلام و أدناه و سأله، فقال الرجل: جعلت فداك إني خطبت إلى مولاك فلان ابن أبي رافع ابنته، فردنى و رغب عني و ازدراى لدمامتي و حاجتي و غربتي، و قد دخلني من

ص: ٧٢

١-١) العلل ص ٥٧٨ ح ٤، العيون ج ١ ص ٢٢٥ ح ٣٧، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩ ح ٣.

٢-٢) سورة النور- آيه ٣٢.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٣٣٩ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣ ح ١.

ذلك غضاضه هجمه غض لها قلبى تمنيت عندها الموت، فقال أبو جعفر عليه السلام: اذهب فأنت رسولى إليه، وقل له: يقول لك محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب عليهم السلام زوج منجح بن رباح مولائى ابنتك فلانته ولا- ترده، قال أبو حمزه: فوثب الرجل فرحا مسرعا برسالة أبى جعفر عليه السلام فلما أن توارى الرجل قال أبو جعفر عليه السلام: إن رجلا كان من أهل اليمامة يقال له جويبر أتى رسول الله صلى الله عليه وآله منتجعا للإسلام (١) فأسلم و حسن إسلامه و كان رجلا قصيرا دميما محتاجا عاريا- ثم ساق الخبر المشتمل على فقر جويبر و أنه من جمله أهل الصفه الذين كانوا يتعاهدهم رسول الله صلى الله عليه وآله بالبر و التمر و الشعير إلى أن قال: فقال له: يا جويبر لو تزوجت امرأه فعففت بها فرجك و أعانتك على دنياك و آخرتك، فقال له جويبر: يا رسول الله بأبى أنت و أمى من يرغب فى؟ فوالله ما من حسب و لا نسب و لا مال و لا جمال، فأيه امرأه ترغب فى؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: يا جويبر إن الله قد وضع بالإسلام من كان فى الجاهليه شريفا، و شرف بالإسلام من كان فى الجاهليه وضيعا، و أعز بالإسلام من كان فى الجاهليه ذليلا، و أذهب بالإسلام ما كان من نخوه الجاهليه و تفاخرها بعشائرها، و باسق (٢) أنسابها- إلى أن قال-: ثم قال له: انطلق يا جويبر إلى زياد بن لبيد فإنه من أشرف بنى بياضه حسبا فيهم فقل له: إنى رسول الله إليك، و هو يقول لك: زوج جويبرا ابنتك الذلفاء». ثم ساق الكلام بما يتضمن تزويج جويبر المرأه المذكوره.

و الخبر المذكور ظاهر بالنظر الى صدره فى المطلوب و المراد، و صريح بالنظر إلى حكاية قصه جويبر بأوضح صراحه لا يعترها الإيراد.

و مما يدل على ذلك

قول الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (٣)

«إذا خطب

ص: ٧٣

١- ١) انتجع القوم: إذا ذهبوا بطلب الكلاء، و انتجع فلانا: طلب معروفه. «النهايه».

٢- ٢) الباسق: المرتفع فى علوه. «النهايه».

٣- ٣) الفقه الرضوى ص ٣١، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٣٧ ب ٢٤ ح ٣.

إليك رجل رضيت دينه و خلقه فزوجه، ولا يمنعك فقره و فاقته، قال الله تعالى «وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَيِّئَاتِهِ» (١)، و قال «إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ، وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ» (٢). و هو كما ترى أيضا صريح في المدعى، و تؤيده الآيات و الروايات الداله على ضمان الله عز و جل الرزق لمن خلق و تكفله به.

و استدل للقول الثاني بما رواه

في الكافي (٣) في الصحيح عن أبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«الكفو أن يكون عفيفا و عنده يسار».

و رواه الشيخ في التهذيب (٤) عن محمد بن الفضيل، عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

و أجاب عنه في المختلف بالحمل على الأولويه و الاستحباب، و هو جيد و يشير إليه اشتراط العفه التي هي عباره عن التقوى، فإنه لم يشترطها أحد في الكفاءة و صحه النكاح، و إلا لبطل بدونه، و على هذا ينبغي حمل كلام الشيخ المفيد فيما قدمنا من عبارته.

و أما ما ذهب إليه ابن الجنيد فإنه استدل له في المختلف بما رواه

في الكافي (٥) عن علي بن بلال قال:

«لقي هشام بن الحكم بعض الخوارج فقال: يا هشام ما تقول في العجم يجوز أن يتزوجوا في العرب؟ قال: نعم، قال: فالعرب يتزوجوا من قريش؟ قال: نعم، قال: فقريش يتزوج في بني هاشم؟ قال: نعم، قال: عمن أخذت هذا؟ قال: عن جعفر بن محمد عليه السلام سمعته يقول: أتكافأ دماؤكم، و لا تكافأ فروجكم؟ قال: فخرج الخارجي حتى أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال: إنني لقيت هشاما فسألته

ص: ٧٤

١-١ (١) سورة النساء-آيه ١٣٠.

٢-٢ (٢) سورة النور-آيه ٣٢.

٣-٣ (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ٤.

٤-٤ (٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٤ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢ ح ٥.

٥-٥ (٥) الكافي ج ٥ ص ٣٤٥ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦ ح ٣.

عن كذا، فأخبرني بكذا، و ذكر أنه سمعه منك، قال: نعم قد قلت ذلك، فقال الخارجي: فيها أنا ذا قد جئتكم خاطبا، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إنك لكفو في دمك و حسبك في قومك، و لكن الله عز و جل صاننا عن الصدقه، و هي أوساخ أيدي الناس فنكره أن نشرك فيما فضلنا الله به من لم يجعل الله مثل ما جعل الله لنا، فقام الخارجي و هو يقول: تالله ما رأيت رجلا مثله قط ردني و الله أقبح رد، و ما خرج من قول صاحبه».

و حملة في المختلف على الأولويه أيضا، و يحتمل أن هذا الكلام إنما خرج في مقام دفع الخارجي بما لا يستوحش منه من كفره و عدم جواز مناكحته، و لا- يراد به ظاهره بالنسبه إلى غيره من الإماميه، فإنهم يتزوجون في بني هاشم من غير خلاف و لا كراهه، كما دل عليه صدر الخبر المذكوره، و حديث تزويج النبي صلى الله عليه و آله و سلم ضباعه بنت الزبير بن عبد المطلب من المقداد بن الأسود، كما دلت عليه جملة من الأخبار، منها الخبر المتقدم.

و منها ما رواه

في الكافي و التهذيب (1) عن أبي بكر الحضرمي

«عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله زوج المقداد بن الأسود ضباعه بنت الزبير بن عبد المطلب و إنما زوجه لتتصنع المناكح و ليتأسوا برسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و ليعلموا أن أكرمهم عند الله أتقاهم».

و رواه

في الكافي (2) بسند آخر عن هشام بن سالم عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام مثله، و زاد فيه

«و كان الزبير أخا عبد الله و أبي طالب لأبيهما و أمهما».

و روى في التهذيب (3) عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

إن

ص: ٧٥

١-١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٥ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥ ح ١.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٤ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥ ح ٢.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٥ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧ ح ٥.

رسول الله صلى الله عليه وآله زوج ضييعه بنت الزبير بن عبد المطلب من مقداد بن الأسود، فتكلمت في ذلك بنو هاشم فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «إني إنما أردت أن تصنع المناكحة». و بالجملة فإن القول المذكور بمكان من الضعف و القصور.

و أما ما ذهب إليه ابن إدريس و العلامة في المختلف من الخيار للمرأة لو ظهر كون الزوج فقيرا بعد عقده عليها، فإن أثر له في أخبار المسألة، و ما استدلوا به من دفع الضرر عن المرأة مدفوع بما ذكرنا من الآيات و الأخبار الدالة على أن الله سبحانه ضامن بالرزق و متكفل به سواء أجراه على يد الزوج أو غيره، ألا ترى إلى قوله عز و جل «وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ» (١)، فإن فيه إشارة إلى أن التفرق الموجب لقطع إنفاق الزوج على المرأة أو استعانه الزوج بالمرأة على ذلك لا يكون موجبا لاحتياج كل منهما و فقره بالله سبحانه يغنى كلا من سعته و كرمه و كذا قوله «إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءً يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» (٢) فإن فيه إشارة إلى أنه لا ينبغي الرد عن التزويج لأجل الفقر، فإن الله عز و جل هو الرزاق لا الزوج، و قد ضمن ذلك في كتابه و هو لا يخلف الميعاد، فلا يمنعه التزويج لأجل فقره، و الآيه ظاهره في الرد على هذا القائل بأوضح ظهور، الظاهر أنه إلى ما ذكرنا يشير كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٣) حيث استدل بهذه الآيه و الآيه التي بعدها على عدم منع الفقير من تزويج من رضى دينه، و بذلك يظهر قوة التمسك بلزوم العقد حتى يقوم دليل على جواز فسخه، و يظهر أيضا ضعف استشكال السيد السند في المسألة كما قدمنا نقله عنه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم قد صرحوا بأن هذا الشرط ليس على نهج ما قبله من شرط الايمان أو الإسلام للاتفاق هنا على جواز تزويج الفقير المؤمن،

ص: ٧٦

١-١ (١) سورة النساء-آيه ١٣٠.

٢-٢ (٢) سورة النور-آيه ٣٢.

٣-٣ (٣) الفقه الرضوي ص ٢٣٧.

و إنما يظهر فائده هذا الاشتراط هنا على تقدير القول به في الوكيل المطلق و الولي، فإنه ليس لهما أن يزوجها إلا من كفو، فإذا اعتبرنا اليسار في الكفاءة لم يصح لهما تزويجهما بالفقير، و إن زوجها تخيرت في الفسخ كما تتخير في العيوب.

و اختلف كلام العلامة في كتبه هذه المسألة ففي التذكرة اشتراط في الكفاءة اليسار كما قدمنا نقله عنه، و جوز للولي أن يزوجها بالفقير، و لو كان الذي يزوجها السلطان لم يكن له أن يزوجها إلا بكفو في الدين و اليسار، و هذا الكلام لا يخلو من تدافع كما عرفت، و في المختلف لم يعتبر اليسار، و اكتفى بالايمان لكنه حكم بأنها لو تزوجت الفقير جاهله بفقره كان لها الخيار إذا علمت، و هو قول ابن إدريس كما تقدم، و في القواعد لم يجعل اليسار شرطاً و لا أثبت لها الخيار.

و كيف كان فالظاهر أن اليسار شرط في وجوب الإجابة عليها أو على الولي فلو لم يكن ذا يسار لم تجب إجابته، لأن الصبر على الفقر ضرر يدفع الوجوب، و إن ترجحت الإجابة مع كمال دينه كما في قضيه جويبر و نحوه، و المعتبر في اليسار من النفقه كونه مالكا لها بالفعل أو القوه القريبه منه، بأن يكون قادرا على تحصيلها بحرفه يحترفها أو تجاره يتجرها، و لا يشترط اليسار في المهر و إنما محل البحث و الخلاف في النفقه خاصه، و الله العالم.

المسألة الثالثة [فيما لو تجدد عجز الزوج عن النفقه]

المشهور بين الأصحاب أنه لو تجدد عجز الزوج عن النفقه فليس للمرأة الفسخ، و نقل عن ابن الجنييد أنها تتخير بين الفسخ و عدمه، و قيل:

بأن الحاكم يبينهما، و هذا القول نقله السيد السند في شرح النافع، قال: نقل المحقق الشيخ فخر الدين عن المصنف أنه نقل عن بعض علمائنا قولاً بأن الحاكم يبينهما.

حجه القول المشهور أن النكاح عقد لازم، فيستصحب، و لظاهر قوله تعالى

«وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ»

(١)

و ما رواه

الشيخ في التهذيب (٢) عن السكوني

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام أن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا، فأبى علي عليه السلام أن يحبسها، وقال: إن مع العسر يسرا».

و لو كان لها الفسخ لعرفها به ليندفع عنها الضرر الذي استعدت لأجله، و حجه ما ذهب إليه ابن الجنيد ما رواه

الصدوق (٣) في الصحيح عن ربي و الفضيل بن يسار

«عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز و جل «وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» قال: إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه، و إلا فرق بينهما».

و ما رواه

في الفقيه (٤) أيضا عن عاصم بن حميد عن أبي بصير- و الظاهر أنه ليث المرادى- فتكون الرواية صحيحة قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امرأه فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام أن يفرق بينهما». و الظاهر أن هذه الرواية هي مستند القول الثالث، و إلى هذا القول- بما نقل عن ابن الجنيد- مال السيد السند في شرح النافع للصحيحين المذكورتين، قال: و الروايتان صحيحتا السند، فيتجه العمل بهما مضافا إلى ما يلزم في كثير من الموارد من الحرج العظيم المنفى بقوله تعالى «وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (٥) و العسر الزائد الذي هو غير مراد الله عز و جل.

أقول: و الرواية الأولى قد رواها

في الكافي (٦) أيضا عن روح بن عبد الرحيم قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: قول الله عز و جل «وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ» الحديث. كما تقدم.

ص: ٧٨

- ٢-٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩ ح ٤٤، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٨ ح ٢.
- ٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٩ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٣ ح ٢.
- ٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٩ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٤٦٢ ح ٦١ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٣ ح ١.
- ٥-٥) سورة الحج-آيه ٧٨.
- ٦-٦) الكافي ج ٥ ص ٥١٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٤ ح ٦.

و يقرب من هذين الخبرين ما رواه

في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج قال:

«لا- يجبر الرجل إلا- في نفقه الأبوين و الولد، قال ابن أبي عمير: قلت لجميل: و المرأه؟ قال: قد روى عنبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا كساها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه و إلا طلقها» الحديث.. و حاصل معنى الخبر أنه في العمودين يجبر على النفقه، و أما في الزوجه فإنها ليست لازمه له لزوم العمودين، بل يجبر على النفقه أو الطلاق.

و يعضد ذلك ما ورد في خبر رواه

في أصول الكافي (٢) في باب سيرتهم عليهم السلام مع الناس إذا ظهر أمرهم

«قال فيه: و الرجل ليس له على عياله أمر و لا نهى إذا لم يجز عليهم النفقه» (٣).

و العلامه في المختلف بعد أن نقل الاستدلال للقول المشهور باستصحاب لزوم العقد و روايه السكوني، و لابن الجنيد بلزوم الضرر، و الروايه عن الصادق عليه السلام و عارضها بروايه السكوني (٣) قال في آخر كلامه: و نحن في المسأله من المتوقفين.

ص: ٧٩

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٥١٢ ح ٨، التهذيب ج ٦ ص ٢٩٣ ح ٢٢ و ص ٢٩٦ ح ٢٣ و ص ٣٤٨ ح ٩٨، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٤ ح ٤.

٢- (٢) أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦ ح ٦.

٣- (٤) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩ ح ٤٤، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٨ ح ٢.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني فى المسالك التوقف ايضا حيث اقتصر على نقل الأقوال و أدلتها و لم يرجح شيئا فى البين، إلا أن الظاهر أنه لم يقف على صحة الخبرين اللذين قدمناهما دليلا لابن الجنيّد، فإنه إنما نقل روايه ربيعى و الفضيل عاربه عن وصفها بالصحة، و الظاهر أنه أخذها من التهذيب، فإنها فيه ضعيفه و إلا فهى فى الفقيه صحيحه، و أما صحيحه أبى بصير فلم يتعرض لها، و الظاهر أنه لو وقف على صحة هاتين الروايتين لما عدل عنها بناء على عادته و طريقته كما علمته من سبطه فى شرح النافع.

إذا عرفت هذا فاعلم أن الظاهر عندى فى المقام بالنظر إلى هذه الأخبار -بناء على قاعدتنا فى العمل بجميع الأخبار من غير التفات إلى هذا الاصطلاح المحدث- أمر آخر غير ما ذكره، و ذلك فإن صريح روايه السكونى كون الزوج معسرا، و أما صحيحه ربيعى و الفضيل و كذا صحيحه أبى بصير فإنهما مطلقتان، و حيثئذ فيمكن حمل إطلاقهما على ما صرحت به روايه السكونى من التقييد، فينتج من ذلك أن الزوج متى كان معسرا و جب عليها الصبر، عملا باستصحاب لزوم العقد و لا تتخير فى فسخ عقدها، و لا يجوز أن يفرق بينهما، و أما إذا كان ذا يسار و لم ينفق عليها فإن الحكم فيه ما دلت عليه الصحيحتان من التفريق بينهما، و يؤيد ما ذكرناه ما هو المفهوم من روايه جميل بن دراج كما ذيلناها به من أنه يجبر على الإنفاق عليها أو الطلاق، و من الظاهر أن الخبر على الإنفاق إنما هو مع إمكانه، و على ما ذكرناه لا تكون الصحيحتان من محل البحث فى شىء لتخصيصهما بمن كان ذا يسار، و محل البحث إنما هو العاجز عن الإنفاق.

و بالجملة فالأظهر عندى فى الجميع بين الأخبار هو ما ذكرته، و به يظهر قوه القول المشهور، و أنه هو المؤيد المنصور.

ثم أنه لا يخفى أن الذى ذكره هنا -بناء على قول ابن الجنيّد- هو تخير المرأه فى فسخ العقد و عدمه، و الذى دلت عليه الصحيحتان التفريق، و هو

أعم من ذلك لاحتقال أن يكون المراد به الطلاق بمعنى أنه يجبر على طلاقها، وإلا طلقها الحاكم الشرعى، و يؤيده ما قدمنا نقله من صحيحه جميل أو حسنته الظاهره فى الطلاق إن لم ينفق عليها، بمعنى أنه يجبر عليه مع عدمه الإنفاق عليها.

و نقل عن فخر المحققين أنه بنى الخلاف فى هذه المسألة على أن اليسار بالنفقة ليس شرطاً فى لزوم العقد فلو جعلناه شرطاً تسلطت بتجدد العجز بغير إشكال، قال فى المسالك: و هذا البناء ليس بعيداً، إلا أن عبارات الأصحاب مطلقه، بحيث يحتمل كون الخلاف هنا جارياً على القولين، إذ يحتمل على القول بأن اليسار جزء من الكفاره أن يختص بالابتداء، و لا يلزم مثله فى الاستداه كما فى العيوب الموجهه للخيار ابتداءً، و لا يثبت مع تجدها كما سيأتى، و على كل حال فكلام فخر الدين موجه. انتهى.

المسألة الرابعة [وجوب الإجابة لو خطب المؤمن القادر على النفقه]

قالوا: لو خطب المؤمن القادر على النفقه وجبت إجابته على الولى، و إن كان أخفض نسباً، و إن منعه الولى كان عاصياً، و قيد بعضهم وجوب الإجابة بعدم قصد الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوه، فلو قصد الأعلى مع وجوده لم تجب الإجابة بل يتخير بينهما، و هل يعتبر فى وجوب الإجابة بلوغ المرأه، أم يجب على الولى الإجابة و إن كانت صغيره؟ احتمالان، من إطلاق الأمر و انتفاء الحاجه، و علة تخصيص الأولياء بالحكم بأن الولى هو المجيب، و المانع غالباً و إن لم يكن له ولاية شرعيه، كما تشير إليه صحيحه على بن مهزيار (١) المتقدمه الداله على أنه

«كتب على بن أسباط إلى أبى جعفر عليه السلام فى أمر بناته أنه لا يجد أحداً مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهتم ما ذكرت فى أمر بناتك، و أنك لا تجد أحداً مثلك، فلا تنظر فى ذلك» الخبر.

و الأصل فى هذا الحكم من أصله الأخبار الكثيره المتقدمه الداله على

قوله عليه السلام (٢)

«إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه، و إلا- تفعلوه تكن فتنه فى الأرض و فساد كبير». و التقريب فيها أن مقتضى الأمر الوجوب، و أن مخالفته معصيه.

ص: ٨١

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١ و ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ١ و ٢.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٣٤٧ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ٣.

و يمكن أن يناقش في دلاله الأمر على الوجوب هنا حيث إن الظاهر من السياق كونه للإباحه، ولا ينافي ذلك «إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَلْسَافٌ كَثِيرٌ» إذ الظاهر أن المراد أنه إذا حصل الامتناع من الإجابة لكون المخاطب حقيرا في نسبه لا لغيره من الأغراض فإنه يترتب على ذلك الفساد أو الفتنه من نحو التفاسر بالعشائر و المباحاه بالتكاثر كما في زمن الجاهليه، و ما يترتب على ذلك من القبائح الخارجه عن جاده الدين.

و يعضد ما ذكرناه ما صرح به ابن إدريس في كتابه حيث قال: و روى أنه إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته و كان عنده يسار بقدر نفقتها، و كان ممن يرضى فعاله و أمانته و لا يكون مرتكبا لشيء يدخل به في جمله الفساق و إن كان حقيرا في نسبه قليلا في ماله فلا يزوجه إياها كان عاصيا لله تعالى مخالفا لسنة نبيه صلى الله عليه و آله و سلم، و وجه الحديث في ذلك أنه إنما يكون عاصيا إذا رده و لم يزوجه لما هو عليه من الفقر، و الأنفه منه لذلك، و اعتقاده أن ذلك ليس بكفو في الشرع، فأما إن رده و لم يزوجه لا- لذلك، بل لأمر آخر و غرض غير ذلك من مصالح دنياه فلا حرج عليه و لا يكون عاصيا، فهذا فقه الحديث. انتهى كلامه زيد إكرامه، و هو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه.

و منه يعلم ما قدمنا ذكره من أن الولي لو ترك الإجابة لأجل العدول إلى الأعلى لا يكون عاصيا، و كذا لو ترك الإجابة لما هو عليه من الصفات الذميمة من فسق و نحوه، فإنه لا حرج عليه و لا يكون عاصيا، و الظاهر من الروايات المذكوره أن الخطاب فيها و الأمر بالتزويج و النهي عن الرد إنما توجه إلى الأولياء بالتقريب الذي قدمناه، و على هذا ففي تعلق الحكم بالثيب و البكر البالغ التي لا- ولي لها و وجوب الإجابة عليها إن قلنا بالوجوب على الولي إشكال، من حيث إن ظاهر النصوص كما عرفت أن توجه الخطاب فيها إنما هو لخصوص الولي، فلا يتعلق بغيره، و إطلاق هذه الأخبار شامل لجواز مناقحه الأخفض نسبا و الأدنى صنعه

و حرفه و نحو ذلك، لأن المدار فيها على المماثلة في الإيمان أو الإسلام خاصة، و أنت خبير بأنها بإطلاقها شامله للقادر على النفقه و العاجز عنها، و هم قد قيدوا وجوب الإجابة بالقدره على النفقه، و كأنهم نظروا إلى أن في الصبر على الفقر ضررا عظيما فخصصوا إطلاق هذه الأخبار بذلك، و فيه ما لا يخفى كما تقدم الكلام عليه في شرط الكفاءة، و مقتضى الأخبار المذكوره أيضا تزويج الفاسق، و لا سيما شارب الخمر، إلا أنه قد ورد في النهي عنه أخبار عديده حملها أكثر الأصحاب على الكراهه جمعا، و منع منه بعض الأصحاب، لقوله تعالى «أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ» (١).

و فيه إن الظاهر من أكثر آيات القرآن أن إطلاق الفسق فيها إنما هو بمعنى الكفر، لا- بمعنى المشهور الآن من الأمور المخله بالعداله، سيما ما ورد في تفسير هذه الآيه من أن المؤمن أمير المؤمنين عليه السلام و الفاسق الوليد أخو عثمان لأمه (٢).

و من الأخبار الوارده في النهي عن تزويج شارب الخمر ما رواه

في الكافي (٣) عن أحمد بن محمد رفعه قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها».

و عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: شارب الخمر لا يزوج إذا خطب». إلى غير ذلك من الأخبار الكثيره، إلا

ص: ٨٣

١- ١) سورة السجده- آيه ١٨.

٢- ٢) تفسير على بن إبراهيم ج ٢ ص ١٧٠.

٣- ٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣ ح ١.

٤- ٤) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٨ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣ ح ٤.

أنها محموله عند الأصحاب على الكراهه جمعا بينها وبين ما تقدم.

المسألة الخامسة [فيما لو تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زانية]

المشهور بين الأصحاب أنه إذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ، ولا الرجوع على الولي بالمهر، وعلل الأول بأن ذلك مقتضى العقد اللازم، وأما عدم الرجوع بالمهر فلأن ذلك مقتضى الأصل.

أقول: ويدل على الأول أيضا ما رواه

الصدوق (١) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل».

و في روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله المرويه في التهذيب (٢) قال:

«و ترد المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون و أما سوى ذلك فلا».

و ذهب ابن بابويه في المقنع إلى أنه يفرق بينهما و لا صداق لها، لأن الحديث كان من قبلها، و يدل عليه ما رواه

المشايخ الثلاثة (٣) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها الرجل يفرق بينهما و لا صداق لها لأن الحديث كان من قبلها».

و يدل عليه أيضا ما رواه

في الفقيه (٤) عن الحسن بن محبوب عن الفضل بن يونس في الموثق قال:

«سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت، قال: يفرق بينهما و تحد الحد و لا صداق لها».. و رد المتأخرون هذه الروايات بضعف السند.

ص: ٨٤

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٥ ح ١٣.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٣، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٣.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٩٠، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٢.

و نقل عن الشيخ المفيد و جماعه أن له الخيار فى المحدوده (١)، قال فى شرح النافع: و لم نقف لهم فى ذلك على مستند سوى ما فى الالتزام بها من الضرر، لاشتماله على العار، و يضعف بأنه قادر على طلاقه، و به يندفع الضرر، ثم نقل صحيحه الحلبي التي قدمنا نقلها عن الصدوق، و عقبها بما رواه

الكلينى (٢) عن رفاعه بن موسى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود و المحدوده، هل ترد من النكاح؟ قال: لا.»

أقول: و نحو هذه الروايه ما رواه

الحسين بن سعيد فى كتابه عن فضاله عن رفاعه بن موسى (٣) قال:

«سألت عن المحدوده؟ قال: لا يفرق بينهما و لا يترادان النكاح» الحديث، و هو صحيح صريح، و الظاهر أن المستند للشيخ المفيد- فيما نقل عنه- هو ما قدمناه من الأخبار الداله على مذهب ابن بابويه، و إلا فلم نقف على غيرها.

و ذهب الشيخ فى النهايه إلى أنها لا ترد، و كذلك التى كانت زنت قبل العقد

ص: ٨٥

١ - ١) أقول: قال الشيخ المفيد- رحمه الله-: ترد المحدوده فى الفجور، و به قال: سلار و ابن البراج و اختاره ابن الجنيد و أبو الصلاح و قطب الدين الكيدري، و قال الشيخ فى النهايه: المحدوده فى الزنا ترد، و أما التى قد زنت قبل العقد فليس للرجل ردها الا- أن له أن يرجع على وليها بالمهر، و ليس له فراقها الا- بالطلاق، و قال ابن إدريس: الذى فى نفسى أن المحدوده لا ترد بل يرجع على وليها بالمهر إذا كان عالما بدخيله أمرها، فإن أراد فراقها طلقها، انتهى. كذا نقله العلامة فى المختلف، ثم قال: و الأقرب عندى عدم الرد للأصل و ما رواه الحلبي فى الصحيح، ثم ساق الروايه كما ذكرناه فى دليل القول الأول، و احتج لما ذكره المفيد- رحمه الله- باشتماله على العار فكان موجبا للتسلط على الفسخ، و قد عرفت ما فيه. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ح ٢.

٣- ٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣٦٥ ح ٢٢.

إلا أن له الرجوع على وليها بالمهر، وقريب منه قول ابن إدريس، إلا أنه قيل الرجوع عليه بعلمه بحالها.

أما عدم ردها وفسخ نكاحها فلما تقدم في القول المشهور.

و أما الرجوع على وليها فلما رواه

الشيخ في التهذيب (1) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها قد كانت زنت، قال: إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها و لها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها، قال: وترد المرأة من العفل و البرص و الجذام». إلى آخر ما تقدم في أدله القول الأول.

و روى هذا الخبر الكليني في الكافي (2) في الصحيح عن معاوية بن وهب بدون الزيادة التي في آخره، و منه يظهر قوة القول بالرجوع إلى المهر لكن ينبغي تقييده بما ذكره ابن إدريس من علم الولي بالزنا، و عدم إخباره الزوج (3) و الظاهر أن مراد الشيخ ذلك و إن أطلق، و يؤيده عموم الأخبار الدالة على الرجوع على الولي إذا كان عالما بالعيب، و الزنا من أظهر العيوب و أفحشها.

و خصوص ما رواه

في الكافي (4) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله

ص: ٨٦

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤.

٣- (٣) و إلى ما اخترناه من العمل بهذه الاخبار يميل كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، حيث انه بعد نقل صحيحه معاوية بن وهب التي في الكافي قال: و لو عمل به لم يكن به بأس، و حملة-على ما لو شرط للزوج كونها عفيفه-خلاف الظاهر، و كون مقتضى النكاح أن المهر على الزوج، و انما يرجع به على الولي لكونه غره بإخفاء أمر المرأة. انتهى و هو جيد، و يعضد كلامه الأخير تكاثر الاخبار بكون المهر على الولي إذا علم بالعيب، و لم يخبر الزوج بذلك، و الزنا من أفحش العيوب فلا اشكال. (منه- قدس سره-).

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ب ٦ ح ١.

عليه السلام قال: «سألته عن المرأة تلد من الزنا ولا يعلم بذلك أحد إلا وليها، أ يصلح له أن يزوجهما ويسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبه أو معروفا؟ فقال: إن لم يذكر ذلك لزوجهما، ثم علم بعد ذلك، فشاء أن يأخذ صداقها من وليها مما دلس عليه، كان له ذلك على وليها، وكان الصداق الذي أخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحلت من فرجها، وإن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس».

و رواه

الحسين بن سعيد في كتابه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي (1) قال:

«سألته عن المرأة» الحديث،. وهو صحيح و بما ذكرنا يظهر ضعف ما تقدم في القول الأول من تعليل عدم الرجوع بالمهر، من أن ذلك مقتضى الأصل فإن فيه أنه و إن كان ذلك مقتضى الأصل لكن يجب الخروج عنه بالدليل و قد عرفته.

بقي الكلام في الروايات المتعارضة في الفسخ و عدمه، و الظاهر ترجيح الروايات الدالة على العدم، و قد تقدم الكلام في هذا المقام بالنسبة إلى الرد بالزنا و عدمه في المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة في الإلحاق الذي في آخر المقام الثاني في الزنا، و إنما ذكرناه هنا بالنسبة إلى ما يتعلق به من الرجوع بالمهر و عدمه، و مما يؤيد أخبار عدم الرد أيضا صحاحه رفاعه المتقدمه ثمه، و إن كان موردها إنما هو زنا الزوج، إلا أن الصدوق قائل بالرد و فسخ العقد بالزنا، أعم من أن يكون من الزوج أو الزوجه كما تضمنته عبارته المقنع المتقدمه ثمه.

المسألة السادسة [فيما لو أئتمن الرجل إلى قبيله و تزوج، فوجد على خلاف ذلك]

قال الشيخ في النهايه، إذا ائتمن الرجل إلى قبيله و تزوج، فوجد على خلاف ذلك بطل التزويج، و اختاره ابن الجنيد و ابن حمزه، و جعله ابن البراج في كتابيه معا روايه.

و قال الشيخ في المبسوط: إن كان الغرور بالنسب، فهل لها الخيار أم لا؟

ص: ٨٧

قولان، والأقوى أن الاختيار لها، وفي الناس من قال لها الخيار وقد روى ذلك في أخبارنا، واختار ابن إدريس المنع،

قال: وقد روى (١)

أن الرجل إذا انتسب إلى قبيلة فخرج من غيرها، سواء كان أرذل أو أعلى، يكون للمرأة الخيار في فسخ النكاح. والأظهر أنه لا يفسخ بذلك النكاح لقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٢) ونسب ما قاله الشيخ في النهاية إلى أنه خبر واحد، ثم قال: إلا أن هذا وإن لم يكن عيباً، فإنه يرد به لأنه تدليس، فرددناه من حيث التدليس بالاشتراط، لا من حيث إنه عيب يرد به من غير اشتراط، لأن العيوب في الخلقه يرد بها النكاح وإن لم يشترط السلامه في حال العقد، بل بمجرد العقد يرد النكاح بعيب الخلقه، فأما التدليس فإنه إذا اشترط أنه حر فخرج عبداً أو انتسب إلى قبيلة فخرج بخلافها، سواء كان أعلى منها أو أدنى، وكذلك السواد والبياض إذا شرطه فخرج بخلافه، وما أشبه ذلك، فلا يرد به النكاح إلا إذا اشترط خلافه، وأما بمجرد العقد دون تقدم الشرط فلا يرد به النكاح، فهذا الفرق بين عيب الخلقه وبين التدليس.

وقال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال: والأقرب أنه إذا انتسب إلى قبيلة فبان أدنى منها بحيث لا يلائم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ، لما فيه من الفضاحه والنقص والتضرر بذلك.

وما رواه

الحلبى (٣) في الصحيح

«قال في رجل يتزوج المرأة، فيقول لها أنا من بني فلان، فلا يكون كذلك؟ قال: تفسخ النكاح أو قال: ترد النكاح». انتهى.

أقول: وهذا التفصيل صار قولاً ثالثاً في المسألة لأن المشهور فيها القولان المتقدمتان خاصه من الخيار مطلقاً، أو عدمه مطلقاً، وأنت خير بآن الروايه

ص: ٨٨

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ١.

٢- (٢) سورة المائدة- آية ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ١.

مطلقه لا دلالة لها على ما ذكره من التفصيل كما عرفت من كلام ابن إدريس.

و إلى القول بعدم الخيار يميل كلام المحقق في كتابيه، وهو اختيار شيخنا في المسالك حيث قال-بعد نقل الصحيحه المذكوره- ما لفظه: و الروايه موقوفه لا تصلح للحجيه على فسخ مثل هذا العقد اللازم المعتضد بقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و أصاله بقاء النكاح، نعم لو شرط ذلك في متن العقد توجه التسلط على الفسخ بالإخلال بالشرط، و إن لم يرد في ذلك روايه عملا بالعموم.

و في المختلف وافق الشيخ على الفسخ بدون الشرط بزياده قيد آخر، وهو ظهوره أدنى مما انتسب إليه بحيث لا يلائم شرف المرأه، و الأقوى عدم الخيار بدون الشرط في متن العقد و هو قول الشيخ في المبسوط و الأكثر، انتهى.

و ظاهر السيد السند في شرح النافع الميل إلى العمل بالروايه المذكوره، فقال-مشيرا إلى الجواب عما طعن به جده على الروايه، و نعم ما قال:- و هذه الروايه صحيحه السند، لكن ردها المتأخرون بالإضمار، حيث إن المسؤول فيها غير مذكور، و عندي أن ذلك غير قادح إذ من المعلوم أن الحلبي إنما يروى عن الامام عليه السلام خاصه، و الوجه في وقوع هذه الإضمار في روايات الأصحاب أن الحلبي و غيره من الرواه إذا أورد عده أحاديث عن الامام عليه السلام يصرح أولا- باسم المروى عنه ثم يرجع الضمير إليه، فيقول و سألته عن كذا إلى أن يستوفي الأحاديث التي رواها، فلما نقل من بعده تلك الروايات، و فرقتها ذلك الناقل على مقتضى ما أراد، اتفق فيها مثل هذه الإضمار، و هو غير قادح قطعاً، انتهى.

أقول: و بمثل ذلك صرح المحقق الشيخ حسن في مقدمات منتقى الجمان و غيره من الأعيان.

ثم قال السيد المذكور: و مقتضى الروايه تسلط المرأه على الفسخ إذا انتسب الرجل إلى قبيله، فبان بخلاف ذلك، و كان الباعث على تزويجه ذلك الانتساب، و العمل بها متجه، و لو بشرط ذلك في متن العقد و ظهر بخلافه تسلط على الفسخ

بغير إشكال. انتهى، و هو جيد.

و نقل فى المختلف عن ابن الجنيد أنه قال: لو انتسب أحد الزوجين إلى نسب أو صناعه و لم يكن كذلك كان النكاح منفسخا إن لم يرضه الآخر بعد علمه به، فإن تأول تأويلا- يكون به صادقا لم يبطل النكاح، و قد روى «أن رجلا- تزوج على أنه يبيع الدواب، فوجد بايعا للسنانير لم يفسخ أمير المؤمنين عليه السلام نكاحه، و قال: السنانير دواب».

و قال فى المختلف بعد ذلك: و البحث هنا يقع فى مقامين:

الأول: هل حكم الصنعه حكم القبيله؟ نص ابن الجنيد عليه فى كلامه، هذا و فى الروايه دلالة ما من حيث المفهوم عليه.

الثانى: هل الانتساب إلى القبيله مشترك بين الرجل و المرأة؟ نص ابن الجنيد عليه، و هو قول ابن حمزه و لم يتعرض الشيخ فى النهايه لانتساب المرأة، انتهى.

أقول: و الروايه التى أشار إليها ابن الجنيد هى ما رواه

الشيخ فى التهذيب (1) عن حماد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال:

«خطب رجل إلى قوم، فقالوا: ما تجارتك؟ فقال: أبيع الدواب، فزوجوه، فإذا هو يبيع السنانير، فاختصموه إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأجاز نكاحه و قال: السنانير دواب». و يفهم منه أن إجازة النكاح إنما هو من حيث صدق الدواب على السنانير، فلو لم يثبت صدقها عليها لم يجز النكاح، و حينئذ يكون حكم الصنعه حكم القبيله و الله العالم.

المسألة السابعة [عدم جواز التعريض بالخطبه لذات العده الرجعية]

قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز التعريض بالخطبه لذات العده الرجعية لأنها زوجته، و يجوز للمطلقة ثلاثا من الزوج و غيره، و لا يجوز التصريح لها منه و لا من غيره، أما المطلقة تسعا للعهده ينكحها بينها رجلان فلا يجوز

ص: ٩٠

التعريض لها من الزوج و يجوز من غيره،و لا يجوز التصريح فى العده منه و لا من غيره.

و أما المعتده البائنه فيجوز التعريض من الزوج و غيره،و التصريح من الزوج دون غيره.

أقول:التصريح هو الخطاب بما لا يحتمل إلا النكاح،مأخوذ من الصراحه و هو الخلوص،و منه تسميه اللبن الخالص من المدق
بالصريح مثل أن يقول:

أتزوجك بعد العده،و نحوه،و التعريض هو الخطاب بما يحتمل الرغبه فى النكاح و غيرها،و إن كان فى النكاح أقرب كما سيأتى
فى الأخبار إن شاء الله.

و أما تحريم التعريض لذات العده الرجعيه فلما ذكروه من أنها زوجة، فيتعلق بها ما يتعلق بالزوجه،و من ذلك تحريم خطبتها
تعريضا و تصريحا بواسطه و غيرها من غير خلاف يعرف.

و أما جواز التعريض للمعتده فى العده البائنه دون التصريح لها فقليل لأنه موضع وفاق،و استدل عليه بقوله ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا
عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ، أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا، إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾
(١).

و بالجمله فالضابط عندهم فى جميع ما ذكر أن التصريح بالخطبه للمعتده حرام مطلقا،إلا من الزوج فى العده التى يجوز له
نكاحها بعدها بحيث لا تكون محرمة عليه كالعده الرجعيه،و كذا إذا كانت بائنا إذا كانت تحل له فى الحال، و إن توقف الحل
على رجوعها فى البذل كما فى المختلعه،و التعريض جائز من كل من يجوز له تزويجها بعد العده،و من الزوج و إن لم يجز له
تزويجها حينئذ كالمطلقة ثلاثا قبل المحلل ما لم تكن محرمة عليه مؤبدا.

ص: ٩١

و الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه

فى الكافى (١) فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قول الله عز و جل «وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا» قال: هو الرجل يقول للمرأة قبل أن تنقضى عدتها: أوعدك بيت آل فلان، ليعرض لها بالخطبه، و يعنى بقوله «إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا» التعريض بالخطبه

«و لا يعزم عقده النكاح حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ».

و عن عبد الله بن سنان (٢) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل «وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا» الآية، قال: السر أن يقول الرجل موعداك بيت آل فلان ثم يطلب إليها أن لا تسبقه بنفسها إذا انقضت عدتها، فقلت: فقوله «إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا»؟ قال: هو طلب الحلال فى غيره أن يعزم عقده النكاح حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ».

و عن على بن أبى حمزه (٣) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز و جل «وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا» قال: يقول الرجل أوعداك بيت آل فلان يعرض لها بالرفث و يرفث، يقول الله عز و جل «إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا» و القول المعروف التعريض بالخطبه على وجهها و حلها «وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ».

و عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام

فى قول الله عز و جل «إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا» قال: يلقاها فيقول إنى فيك لراغب و إنى للنساء

ص: ٩٢

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٣٤ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٣ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٣٤ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٣ ح ١.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٤٧١ ح ٩٤، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٣.

٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٤.

لمكرم، ولا تسبيني بنفسك، والسر لا يخلو معها حيث و عدها».

و عن عبد الرحمن بن سليمان عن خالته (١)

«قالت: دخل علي أبو جعفر محمد بن علي و أنا في عدتي، فقال: قد علمت قرابتي من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و حق جدى علي و قدمى في الإسلام، فقلت له: غفر الله لك أ تخطبني و أنا في عدتي، و أنت يؤخذ عنك، فقال: أو قد فعلت؟ إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و موضعي، و قد دخل رسول الله صلى الله عليه و آله علي أم سلمه و كانت عند ابن عمها أبي سلمه فتوفى عنها فلم يزل يذكر لها منزلته من الله و هو متحامل علي يده حتى أثر الحصر في يده من شده تحامله عليها فما كانت تلك خطبه».

و روى أمين الإسلام الفضل بن الحسن الطبرسى في كتاب مجمع البيان (٢) عن الصادق عليه السلام في قوله «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنُتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ - إِلَى قَوْلِهِ - وَ لَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا» قال:

«لا تصرحوا لهن بالنكاح و التزويج» قال: «و من السر أن يقول لها موعدك بيت آل فلان».

و روى العياشى في تفسيره (٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام

في قول الله عز و جل «وَ لَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا» قال: المرأه في عدتها تقول لها قولا جميلا، ترغبها في نفسك: و لا تقول: إنى أصنع كذا و أصنع كذا القبيح من الأمر في البضع و كل أمر قبيح».

و عن مسعد بن صدقه (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله «إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا» قال:

«يقول الرجل للمرأة و هى في عدتها: يا هذه ما أحب إلا ما أسرك و لو قد مضى عدتك لا تفوتنى إن شاء الله فلا تسبيني بنفسك، و هذا كله من غير أن يعزموا عقده النكاح».

ص: ٩٣

١- ١) مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨١.

٢- ٢) مجمع البيان ج ١ ص ٣٣٩ ط صيدا، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٥.

٣- ٣) تفسير العياشى ج ١ ص ١٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٦.

٤- ٤) تفسير العياشى ج ١ ص ١٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٥ ح ٧.

و قال الشيخ على بن إبراهيم فى تفسيره (١)

وقوله «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنُتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ» فهو أن يقول الرجل للمرأة فى العده إذا توفى عنها زوجها: لا تحدثى حدثاً، ولا يصرح لها بالنكاح والتزويج، فنهى الله عن ذلك، و السر فى النكاح، فقال «وَلَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا» قال: من السر أيضاً أن يقول الرجل فى عده المرأة موعداً بيت آل فلان،. انتهى.

و أنت خبير بأنه ليس فى هذه الأخبار ما يفى بالتفصيل الذى ذكره فى أفراد العدد من العده الرجعية و البائنه بينونه مؤبده، أو يمكن الرجوع فيها بعد المحلل من الزوج و غيره.

نعم ظاهر كلام الشيخ على بن إبراهيم فرض ما ذكره فى عده الوفاء، لكنه لا يفيد الاختصاص، و غايه ما يستفاد من هذه الأخبار - بعد ضم بعضها إلى بعض - هو أنه إذا خطبها لا يصرح لها بالنكاح، و إنما يعرض بها تعريضاً، و لا يخلو بها، و يقول بها ما يستهجن من القول ترغيباً لها، مثل أنه عظيم الآله أو أنى كثير المجامع للنساء، و نحوه، و إليه يشير خبر على بن أبى حمزه، و أصرح منه خبر العياشى و تفسير «السر» المواعده فى مكان كما فى أكثر هذه الأخبار كأن فيه إشارة إلى أنهم فى السابق هكذا كانوا يفعلون، بأن يواعدها فى مكان و يخلو بها و يقول لها من تلك الأقوال القبيحه، فنهى فى الآيه عنه إلا أن يقولوا قولاً سديداً، و هو التعريض الذى دلت الأخبار على جوازه، فالنهى راجع إلى الخلوه بها على المذكور.

و بالجمله فإن ما ذكره من التفصيل، الظاهر أنه لا مستند له إلا اتفاقهم كما يظهر من بعض عباراتهم، ثم أن ما قدمنا نقله عنهم من جواز التعريض للمطلقه ثلاثاً قبل المحلل للزوج و غيره دون التصريح ظاهر السيد السند فى شرح

ص: ٩٤

النافع المناقشه فيه بالنسبه إلى الزوج حيث قال-بعد نقل ذلك عنهم:-و الأجدود تحريمهما معا،لامتناع نكاحه لها قبل المحلل،و هو جيد بناء على ما يفهم من كلامهم من أنه متى كانت المرأة محرمة مؤبدا،فإنه لا يجوز التصريح و لا التعريض لها كالمطلقة تسعا للعدة،و هذه قبل المحلل كذلك،إلا أنك قد عرفت ما فى أصل هذه الأحكام من عدم دليل واضح حتى بالنسبه إلى التعريض،بل التصريح فى العده الرجعيه حيث إنها زوجه،بل الزوجه فضلا عن العده،فأى دليل دل على التحريم (1)فإنى لم أقف على نص يقتضيه،و التحريم حكم شرعى يترتب عليه المؤاخذة و العقاب من الله سبحانه،و ثبوت الفسق مع المخالفه،و الحكم به من غير دليل مشكل.

و من الممكن أن يقال:إنه لغو من القول لا أثر يترتب عليه.نعم يمكن أن يقال:إن النهى فى الآيه عن الخلوه بها و هى فى العده و قول ما هو غير المعروف من التصريح بالخطبه أو الكلام المستهجن يدل على النهى عن ذلك لذات الزوج بطريق أولى.

و فيه ما فيه إذ يمكن منع الأولويه بأنه يجوز أن يكون للعدة خصوصيه فى ذلك،نعم اتفاقهم على الحكم المذكور كما يظهر من كلامهم من أقوى المؤيدات.

و بالجمله فباب المناقشه غير مسدود،و كيف كان فإنه لو صرح بالخطبه فى موضع المنع فالظاهر كما صرحوا به أيضا أنه لا يفيد أزيد من الإثم،فلو نكحها بعد انقضاء العده فنكاحه صحيح،و لا يؤثر فيه ما صنعه أولا كما لو نظر إليها محرما ثم تزوجها،و لم ينقل الخلاف هنا إلا عن بعض العامه.

ص: ٩٥

١ - ١) و أما حديث الباقر عليه السلام-المدال على إنكاره الخطبه حيث اعترضت عليه المرأة بذلك فهو غير صريح فى التحريم،بل يمكن حمله على الكراهه. (منه-قدس سره-).

قالوا: إذا تزوجت المطلقة ثلاثا و شرطت فى العقد أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما بطل العقد، و ربما قيل بلغوا الشرط، فلو شرطت الطلاق قيل يصح النكاح و يبطل الشرط، و إن دخل بها فلها مهر المثل، و أما لو لم يصرح بالشرط فى العقد، و كان ذلك فى نيته أو نيه الزوجه أو الولى لم يفسد، و كل موضع قيل يصح العقد فمع الدخول تحل للمطلق مع الفرقه و انقضاء العده، و كل موضع قيل يفسد لا تحل له، لأنه لا يكفى الوطى ما لم يكن عن عقد صحيح.

أقول: و تفصيل هذه الجملة و بيان ما اشتملت عليه من الأحكام يقع فى مواضع:

الأول: فيما إذا شرطت فى العقد أنه بعد التحليل فلا نكاح بينهما

و الظاهر أنه لا ريب فى بطلان هذا الشرط لمنافاته لمقتضى العقد، إذ قضيته بقاء التزويج إلى أن يحصل ما يزيله شرعا من طلاق و نحوه بما علم من الشارع كونه مزيلا و رافعا للنكاح، و لم يثبت من الشارع أن شرط ارتفاعه من نفسه و إن كان على هذا الوجه المعين من جملة ذلك، فقضيه الأصل بمعنى الاستصحاب الشرعى المتفق على صحه الحكم به بقاء النكاح و بطلان هذا الشرط.

بقى الكلام فى صحه العقد على هذا التقدير و عدمه، و المشهور بين المتأخرين بطلانه، و علوه بأن التراضى بالعقد إنما وقع على هذا الوجه المخصوص و لم يتم لهما، فلو لم يبطل النكاح لزم صحته بدون التراضى، و هو باطل، و مرجعه إلى أن العقود بالقصود، فلو قيل بالصحه للزم أن ما وقع غير مقصود، و ما قصد غير واقع.

و ذهب جمع من الأصحاب إلى صحه العقد و إن بطل الشرط، منهم الشيخ و ابن الجنيد و ابن البراج و ابن إدريس استنادا إلى ما دل على أن الأصل فى العقد الصحه، و قال فى المسالك - بعد أن نقل أن القول بالبطلان للأكثر بل ادعى عليه

الشيخ الإجماع، ثم علله بما ذكرناه- ما لفظه: و القول بصحة العقد دون الشرط لم يظهر قائله، و ينسب إلى الشيخ و قد صرح بخلافه. نعم هو بابن إدريس أنسب لأنه صرح في غير موضع من النكاح و غيره أن فساد الشرط لا يفسد العقد محتجا عليه بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و لأنهما شيئان كل منهما منفك عن الآخر، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر.

و جوابه: أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من صحه و بطلان، سلمنا أن المراد به العمل بمضمونه لكنه مشروط بوقوعه صحيحا بالتراضى و لم يحصل هنا، و انفكاك العقد عن الشرط في نفسه مسلم، لكنه في العقد المخصوص مرتبط به، لأن التراضى إنما وقع كذلك، و الأقوى بطلان العقد أيضا. انتهى، و فيه أن ما ذكره من أن القول بصحة العقد دون الشرط لم يظهر قائله إن أراد به في خصوص هذه المسألة فهو ممكن، إلا- أن ما ذكره بقوله «و هو بابن إدريس أنسب»- حيث إنه صرح في مواضع عديده بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد- يجرى أيضا في غيره ممن قال بهذا القول و منهم الشيخ و الجماعة الذين قدمنا ذكرهم، و قد تقدم في كتاب البيع في الفصل الثانى عشر فى نكت متفرقة ذكر المسألة، و أنه لو اشتمل العقد على شرط فاسد، فهل يبطل الشرط خاصة مع صحه العقد أو يبطل العقد أيضا؟ و أن العلامة- رحمه الله- نقل فى المختلف القول الأول عن الشيخ و ابن الجنيد و ابن البراج، و قد حققنا فى الموضوع المذكور و كذا فى مواضع آخر مما تقدم و لا سيما فى مقدمات الكتاب فى أول جلد كتاب الطهارة أن ما ذكره من هذا التعليل و إن كان المتسارع إلى الذهن صحته و قبوله، إلا أنه بالنظر إلى الروايات الواردة فى ذلك و اختلافها فيما هناك فالحكم لا يخلو من الاشكال، حيث إن جملة من الأخبار ظاهره بل صريحه فى القول بصحة العقد و فساد الشرط خاصة و بعضا دل على بطلان العقد من أصله.

و من الأخبار الداله على صحه العقد و فساد الشرط خاصة زياده على ما

الشيخ في التهذيب (1) عن زراره قال:

«سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهاريه يشترط عليها عند عقده النكاح أن يأتيها متى شاء كل شهر أو كل جمعه يوماً، و من النفقه كذا و كذا؟ فليس ذلك الشرط بشيء، و من تزوج امرأه فلها ما للمرأة من النفقه و القسمه» الحديث.

أقول: و النهاريه على ما ذكره بعض محققى المحدثين هو أن الرجل يخاف من زوجته فيتزوج امرأه أخرى سترها عنها، و يشترط على الثانيه إلا يأتيها ليلاً، و حاصل كلامه عليه السلام أن أصل العقد صحيح و الشرط باطل، و أنه بعد تمام عقد النكاح تستحق المرأة القسمه و النفقه كغيرها من الزوجات، و هو صريح كما ترى فى المدعى، و منه يظهر أن جعل ذلك قاعده كليه كما يظهر من كلامهم بالنظر إلى هذا التعليل الذى ذكره غير جيد، بل الواجب الوقوف على مقتضى الأدله إن وجدت، و إلا فالتمسك بالاحتياط فى هذا الموضوع و غيره، و المسأله عاريه هنا من النص فيتحتم الاحتياط فيها.

و أما ما ذكره فى معنى قوله عز و جل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» من أنه العمل بمقتضاه من صحه و بطلان فهو بعيد غاية البعد، بل المعنى فيه إنما هو ما سلمه من أن المراد بالعمل بمضمونه كما هو الظاهر لكل ناظر. نعم ما اعترضه به جيد فى الظاهر إلا أنه بالرجوع إلى الأخبار يزول عنه الاعتبار كما ذكرناه، و من أراد تحقيق المسأله رجع إلى أحد المواضع التى أشرنا إليها.

الثانى: فيما لو شرط الطلاق

و الكلام يجرى على نحو ما تقدم فى سابقه، قال فى المسالك: و بطلان الشرط هنا متفق عليه، ثم إنه على القول بصحة العقد و بطلان الشرط يبطل المهر، لأن الشرط جزء من العقد و محسوب منه و له قسط من المهر، فيتجهل المهر حيث فات منه ما يجهل نسبتته إلى المجموع فيبطل،

ص: ٩٨

(١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٤ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٢ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨ ح ٣ مع اختلاف يسير.

و حينئذ فيجب مع الدخول مهر المثل، و على القول ببطلان العقد من أصله، فإن كانت جاهله بالتحريم و دخل بها صار نكاح شبهه و الواجب فيه مهر المثل، و إلا فلا مهر لها لأنها بغى.

الثالث: ما لو لم يصرح بالشرط

و إن كانت ذلك في نيه أحدهما فإن النكاح صحيح، قال في المسالك: و هو موضع اتفاق، و هو الدليل مضافا إلى عموم الوفاء بالعقود، حيث لم يثبت المخصص، و نيه الطلاق من حيث العقد لم يثبت كونها مانعه من الصحة و إنما المانع اشتراطه في متن العقد.

أقول: و يؤيده ما ورد في بعض الأخبار من أنه إنما يحرم الكلام.

الرابع:

ما ذكره من أن كل موضع قيل فيه بصحة العقد. إلى آخره، فإنه مما لا إشكال فيه، لأنه شرط التحليل التزويج، و الدخول بالزوجه، و هذا لا يحصل إلا بصحة العقد مع الدخول بها، فلو قيل بفساد العقد - كما هو أحد القولين في المسألة - لم يترتب عليه التحليل و إن نكح، لأنه نكاح لا عن تزويج و عقد، و هو ظاهر.

المسألة التاسعة [في بطلان نكاح الشغار]

قد صرح الأصحاب بأن نكاح الشغار باطل - و هو بكسر الشين و فتحها ثم الغين المعجمتين، نكاح كان معمولا عليه في الجاهلية و هو أن يجعل بضع امرأه مهرا لأخرى.

قال الجواهرى: الشغار - بكسر الشين - نكاح كان في الجاهلية، و هو أن يقول الرجل لآخر: زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي على أن صدق كل واحد منهما بضع الأخرى.

و قريب منه في القاموس و المصباح المنير، و هو مأخوذ إما من شجر الكلب برجله ليبول أى رفعها، و شغرت المرأة رفعت رجلها للنكاح، و منه قول زياد لبنت معاوية التي كانت عند ابنه عبيد الله بن زياد لما افتخرت عليه يوما و تناولت فشكاها إلى أبيه فدخل عليهما بالدره ليضربها، و هو يقول: أشغرا و فخرأ. أو

مأخوذ من شجر البلد إذا خلا من القاضى و السلطان، لخلوه من المهر، و هو باطل بإجماع العلماء و الأخبار.

و منها ما رواه

فى الكافى (١) عن غياث بن إبراهيم قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا جلب و لا جنب و لا شغار فى الإسلام، و الشغار أن يزوج الرجل ابنته أو أخته، و يتزوج هو ابنه المتزوج أو أخته و لا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا من هذا و هذا من هذا».

أقول: الظاهر أن هذا التفسير فى الخبر من الامام عليه السلام لكلامه صلى الله عليه و آله و سلم، و أما الجلب و الجنب، محركين - فلهما معان.

منها: أن ينزل عامل الصدقات موضعا ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليأخذ صدقاتها، و الجنب أيضا أن ينزل العامل بأقصى مواضع الصدقة ثم يأمر بالأموال أن تجلب إليه أى تحضر بين يديه.

و منها: أن يجنب رب المال بماله، أى يبعده عن موضعه، حتى يحتاج العامل إلى الابعاد فى طلبه.

و منها: أى يجلب الرجل على فرسه فى السباق حثا له على الجرى، يقال:

أجلب عليه إذا صاح به و استحسنة.

و منها: أى يجنب فرسا فى السياق إلى فرسه الذى يسابق عليه، فإذا عجز المركوب تحول إلى المجنوب، و الظاهر أن المراد فى الخبر إنما هو بالنسبة إلى عامل الصدقات فى كل من اللفظين كما تقدم فى كتاب الزكاه.

و منها ما رواه

فى الكافى (٢) عن ابن جمهور عن أبيه رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن نكاح الشغار و هى الممانحة و هو أن يقول الرجل

ص: ١٠٠

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٣٦١ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٥ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٩ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٣٦٠ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٩ ح ٣.

للرجل:زوجنى ابنتك حتى أزوجك ابنتى على أن لا مهر بينهما». قال فى الوافى:

الممانحه إما بالنون من المنحه بمعنى العطيه، أو الياء التحتانيه المشناه من الميخ، و هو إيلاء المعروف، و كلاهما موجودان فى النسخ.

و ما رواه (١)

عن ابن بكير فى الموثق عن بعض أصحابنا عن أبى جعفر عليه السلام أو أبى عبد الله عليه السلام قال:

«نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحد منهما صداق إلا بضع صاحبتهما، وقال: لا يحل أن ينكح واحده منهما إلا بصداق و نكاح المسلمين».

و لم ينقل الخلاف فى عدم صحته عند العامه، إلا عن أبى حنيفه فإنه قال:

بصحته.

المسأله العاشره: فى جملة من مكروهات النكاح

اشاره

زياده على ما تقدم،

و منها العقد على القابله و بنتها

، و المشهور بين الأصحاب الكراهه، و خص الشيخ و المحقق و جماعه الكراهه بالقابله المريبه، و ظاهر الصدوق فى المقنع التحريم حيث قال فى الكتاب المذكور: و لا تحل القابله للمولود و لابنتها، و هى كبعض أمهاته، و فى حديث إن قبلت و مرت فالقوابل أكثر من ذلك، و إن قبلت و ربت حرمت عليه، انتهى.

و الذى وقفت عليه من الأخبار ما رواه

فى الكافى (٢) عن عمرو بن شمر عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: الرجل يتزوج قابله؟ قال: لا، و لا ابنتها».

و ما رواه

فى التهذيب (٣) عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا يتزوج المرأه التي قبلته ولا ابنتها».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (٤) عن جابر بن يزيد عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«سألته

ص: ١٠١

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٣٦١ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٩ ح ١.
 - ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٤٧ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ٣.
 - ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٨.
 - ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤٤٧ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٣١، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٩ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ١.

عن القابله أ يحل للمولود أن ينكحها؟ فقال: لا، ولا ابنتها هي كبعض أمهاته».

أقول: وهذه الروايات ظاهره الدلالات على ما ذهب إليه الصدوق.

وقال في الكافي و كذا في الفقيه (١) وفي روايه معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

إن قبلت و مرت فالقوابل أكثر من ذلك، وإن قبلت و ربت حرمت عليه»، وهذه هي الروايه التي أشار إليها في المقنع بقوله «و في حديث.» و الظاهر أن المراد بقوله «قبلت و مرت» أي تقدمت و مضت و لم تكلفه و لم تربه، و القوابل بهذا المعنى أكثر من أن يقال بتحريمهن، و نظيره ما ورد في روايه نجاسه أبوال الدواب (٢)، بعد الحكم بنجاسه الأبوال «و أما أرواثها فهي أكثر من ذلك» يعنى أكثر من أن يحكم بنجاسته و هو كناية عن القول بطهارته.

و منها ما رواه

في الكافي (٣) عن إبراهيم بن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا استقبل الصبي القابله بوجهه حرمت عليه و حرم عليه ولدها».

أقول: وهذه الروايه أيضا ينتظم في سلك تلك الروايات السابقه: و الظاهر أن المراد باستقبال الصبي القابله بوجهه يعنى وقت الولادة و خروجه من بطن امه، و هو ظاهر في التحريم بمجرد كونها قابله.

و ما رواه

في التهذيب (٤) عن إبراهيم بن عبد الحميد في الصحيح قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابله تقبل الرجل، إله أن يتزوجها؟ فقال: إن كانت قبلته المره و المرتين و الثلاثه فلا بأس، و إن كانت قبلته و ربتة و كفلته فإنى أنهى عنها

ص: ١٠٢

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٩ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ٢.

٢-٢) الكافي ج ٣ ص ٥٧ ح ٥، التهذيب ج ١ ص ٢٦٥ ح ٦٢، الوسائل ج ٢ ص ١٠١١ ح ٨.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ٤.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٧.

نفسى و ولدى».

و فى خبر آخر

«و صديقى».

و أنت خير بأنه لا يظهر لقوله «إن كان قبلته المره و المرتين و الثلاثه» وجه ظاهر، لأن القبالة بكسر القاف إنما هى عباره عن تلقى القبالة الولد عند خروجه، و لا- معنى للفظ غير ما ذكرناه، و هذا لا يتكرر و لا يتعدد بحيث يكون مرتين و ثلاثا، إلا أن يراد بالقباله ما هو أعم من الترييه و الكفاله، فيصير معنى الخبر إن كانت كفلته بعد الولاده فى بعض من الزمان دفعات غير مستمره و لا متصله فلا- بأس، و إن استمرت بعد القباله على كفالته و تربيته فإنه قد نهى عنها، و هذا النهى محتمل لكونه نهى تحريم كما يدعيه الصدوق أو نهى كراهه كما يدعيه الأصحاب حيث استدلوا بهذه الروايه على الكراهه.

و قد ورد فى جملة من الأخبار (١)

«قولهم عليهم السلام» أحلتها آيه و حرمتها آيه أخرى و أنا أنهى عنهما نفسى و ولدى». مع حكمهم بكون النهى هناك نهى تحريم كما تقدم فى نكاح الأختين المملوكتين، و بالجملة فإنه ظاهر فيما ذهب إليه الصدوق (٢).

و منها ما رواه

الشيخ فى التهذيب (٣) عن أحمد بن محمد بن أبى نصر فى الصحيح قال:

«قلت للرضا عليه السلام: يتزوج الرجل المرأه التى قبلته؟ فقال: سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك».

و ما رواه

الحميرى فى كتاب قرب الاسناد (٤) عن أحمد بن محمد بن أبى نصر فى

ص: ١٠٣

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٨٩ ح ٥١، الوسائل ج ١٤ ص ٣٧٢ ح ٣.

٢- (٢) قال المحقق الشيخ على فى شرح القواعد بعد نقل كلام الصدوق و الاستدلال بروايه جابر المتضمنه لأنها كبعض أمهاته، و الجواب الطعن فى السند أولا- ثم الحمل على الكراهه لما رواه إبراهيم بن عبد الحميد ثم ساق الروايه ثم قال: فإنها ظاهره فى الكراهه. انتهى، و فيه ما عرفت فى الأصل. (منه-قدس سره).

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٢٩، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٦.

٤- (٤) قرب الاسناد ص ١٧٠، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٥.

الصحيح عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن المرأة تقبلها القابله فتلد الغلام، يحل للغلام أن يتزوج قابله امه قال: سبحان الله و ما يحرم عليه من ذلك». و هذان الخبران صريحان فى الجواز و هما مستند القول المشهور، إلا أن الأصحاب لم ينقلوا فى كتب الاستدلال إلا- الروايه الاولى، و الظاهر أنه بناء منهم على عدم الاعتماد إلا على أخبار الكتب الأربعة كما هو المشهور بينهم، و الشيخ فى كتابى الأخبار حمل النهى المطلق على المقيد بالتريه، ثم حمل الجميع على الكراهه جمعا، كما تقدم نقله عنه فى صدر المسأله، و يمكن حمل الأخبار الداله على التريه مثل صحيحه إبراهيم بن عبد الحميد، و روايه معاويه بن عمار، على ما إذا أرضعته بأن يكون التعبير بالتريه و الكفاله كنايه عن الرضاع، فالتحريم إنما جاء من قبل الرضاع.

و بالجمله فالمسأله لا تخلو من نوع إشكال، و إن كان القول المشهور أقرب و لا يحضرنى الآن مذهب العامه فى المسأله، فلعل بعض أخبارها خرج مخرج، التقيه، و الله العالم.

و منها أن يزوج ابنه بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقتها

و لا بأس بتزويجه ابنتها التى ولدتها من زوج آخر قبله، و الظاهر أن مستند الكراهه هنا هو الجمع بين ما دل على المنع و الجواز، و الذى وصل إلى من الأخبار المتعلقه بهذه المسأله ما رواه

الشيخ فى التهذيب (١) عن أبى همام إسماعيل بن همام فى الصحيح قال:

«قال أبو الحسن عليه السلام: قال محمد ابن على عليه السلام فى الرجل يتزوج المرأة و يزوج بنتها ابنه فيفارقها، و يتزوجها آخر بعد فتلد منه بنتا، فكره أن يتزوجها أحد من ولده لأنها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزله الأب، و كان قبل ذلك أبا لها».

و عن على بن إدريس (٢) قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن جاريه كانت فى ملكى

ص: ١٠٤

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٥.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٦.

فوطأتها ثم خرجت من ملكي فولدت جاريه، يحل لابني أن يتزوجها؟ قال:

نعم لا بأس به قبل الوطى و بعد الوطى واحد».

و ما رواه

فى الكافى (١) عن العيص بن القاسم فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليها رجل بعده فولدت للآخر هل يحل ولدها من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: نعم، قال: و سألته عن رجل أعتق سريه له ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للآخر، هل يحل ولدها لولد الذى أعتقها؟ قال: نعم».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٢) عن شعيب العرقوفى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الجارية يقع عليها يطلب ولدها فلم يرزق منها ولدا فوهبها لأخيه أو باعها فولدت له أولادا، أ يزوج ولده من غيرها ولد أخيه منها؟ فقال: أعد على، فأعدت عليه، فقال: لا بأس به».

و عن الحسين بن خالد الصيرفى (٣) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن هذه المسألة، فقال: كررها على، قلت له: إنه كانت لى جاريه فلم ترزق منى ولدا فبعته، فولدت من غيرى ولدا، و لى ولد من غيرها، فأزوج ولدى من غيرها ولدها؟ قال:

تزوج ما كان لها من ولد قبلك يقول: قبل أن يكون لك».

و عن زيد بن الجهم الهاللى (٤) قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج

ص: ١٠٥

-
- ١- (١) الكافى ج ٥ ص ٣٩٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٥١ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٣ ح ١.
 - ٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٣٩٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٥٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٢.
 - ٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٣٩٩ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٤٥٢ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٣.
 - ٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٤٠٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٥٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٤.

المرأه و يزوج ابنه ابنتها؟ فقال: إن كانت الابنه لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس».

و ما رواه

فى الفقيه (١) عن صفوان بن يحيى عن زيد بن الجهم الهلالى قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأه و لها ابنه من غيره أ يزوج ابنه ابنتها؟ قال: إن كانت من زوج قبل أن يتزوجها فلا بأس، و إن كانت من زوج بعد ما تزوجها فلا».

أقول: هذا ما حضرنى من أخبار المسأله و قد اشتركت فى الدلاله على جواز التزويج بين ولد الزوج و ولد المرأه الذين كانوا لها قبل أن يتزوج به، و إنما اختلف فى المناكحه بين أولاد الزوج و أولادها الذين تجددوا بعد مفارقه الزوج لها، و قد دلت روايه الحسين بن خالد الصيرفى و روايه زيد بن الجهم الاولى و كذا الثانيه على المنع من ذلك، و قد حملها الشيخ و من تأخر عنه على الكراهه جمعاً بينها و بين ما دل على الجواز، و استدل على ذلك بصحيحه إسماعيل ابن همام (٢) لاشتمالها على الكراهه، و هو جيد و إن كان لفظ الكراهه فى الأخبار أعم، إلا أن ظاهر التعليل المذكور فى الروايه مؤذن بذلك، مضافاً إلى ما دل على الجواز.

و من الأخبار المذكوره فى هذا المقام ما رواه

الشيخ فى التهذيب (٣) عن الصفار عن محمد بن عيسى قال:

« كتبت إليه خشف أم ولد عيسى بن على بن يقطين فى سنه ثلاث و مائتين تسأل عن تزويج ابنتها من الحسين بن عبيد: أخبرك يا سيدى و مولاي إن ابنه مولاك عيسى بن على بن يقطين أملكته من ابن عبيد بن يقطين، فبعد ما أملكتهم ذكروا أن جدتها أم عيسى بن على بن يقطين كانت لعبيد بن يقطين ثم صارت إلى على بن يقطين فأولدها عيسى بن على، فذكروا أن ابن عبيد

ص: ١٠٦

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٢ ح ٧٦، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٤.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٦.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٦ ح ٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٧.

قد صار عمها من قبل جدتها أم أبيها أنها كانت لعبيد بن يقطين، فأريك يا سيدى و مولاي أن تمن على مولاتك بتفسير منك، و تخبرنى هل تحل له؟ فإن مولاتك يا سيدى فى غم، الله به عليم: فوقع عليه السلام فى هذا الموضع بين السطرين: إذا صار عما لا تحل له، و العم والد و عم».

قال الشيخ: هذا الخبر يحتمل شيئين: (أحدهما) ما تضمنه حديث زيد بن الجهم و الحسين بن خالد الصيرفى أنه إذا كانت للرجل سريه و طأها ثم صارت إلى غيره فرزقت من الآخر أولادا لم يجز أن يتزوج أولاده من غيرها بأولادها من غيره، لمكان و طئه لها، و قد بينا أن ذلك محمول على ضرب من الكراهه، و أنه لا- فرق بين أن يكون الولد قبل الوطى أو بعده فى أن ذلك ليس بمحظور.

و(الوجه الآخر) هو أن يكون إنما صار عمها لأن جدتها لما كانت لعبيد ابن يقطين ولدت منه الحسين بن عبيد و ليس فى الخبر أن الحسين كان من غيرها، ثم لما أدخلت على على بن يقطين ولدت منه أيضا عيسى، فصارا أخوين من جهة الأم و ابنى عمين من جهة الأب، فإذا رزق عيسى بنتا كان أخوه الحسين بن عبيد من قبل أمها عما لها، فلم يجز أن يتزوجها، و لو كان الحسين بن عبيد مولودا من غيرها لم تحرم بنت عيسى عليه على وجه، لأنه كان يكون ابن عم له لا غير، و ذلك غير محرم على حال، انتهى.

أقول: لا- يخفى أن الاحتمال الأول لا وجه له، لأن جواب الامام عليه السلام صريح فى أن التحريم إنما هو لصيرورته عما لها، و الصواب الحق إنما هو الثانى.

بقى هنا شىء و هو أن المحقق الشيخ على فى شرح القواعد و الشهيد الثانى فى المسالك بعد أن ذكرا من أدله المسألة صحيحه إسماعيل بن همام و صحيحه العيص اعترضوا على عباره المتن، بأنه لو أبدل الابن و البنت بالولد ليشمل الذكر و الأنثى كما ورد فى صحيحه العيص لكان أجود.

و فيه أن مستند الكراهه فى المسألة إنما هى صحيحه إسماعيل بن همام

و موردها إنما هو ابن الزوج و بنت المرأه لا مطلق الولد كما تضمنته الروايات الداله على الجواز من صحيحه العيص و غيرها، و حينئذ فتلك الروايات الداله على الجواز إنما يستثنى منها هذا الفرد خاصه، و أما غيره فلا كراهه فيه، هذا بالنسبه إلى ما ذكره من الروايتين المتقدمتين حيث إنهما إنما اعتمدا عليهما لصحتها.

و أما على ما نقلناه من الأخبار كملا فإن التعارض بينهما قد حصل فى مطلق الولد، فإن كلا من روايات المنع و روايات الجواز عدا روايه أبى همام قد اشتملت على مطلق الولد، و وجه الجمع بينهما حمل المنع على الكراهه، و حينئذ فيتم ما ذكره إلا أنهم لا يرتضونه لعدم عملهم بالروايات المذكوره لضعفها باصطلاحهم، و الله العالم.

(و منها) أن يتزوج ضره كانت لامه مع غير أبيه

، و يدل على ذلك ما رواه

الشيخ (١) فى الصحيح عن زراره قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضره كانت لامه مع غير أبيه».

و خص المحقق فى الشرائع الكراهه بمن كانت ضره لامه قبل أبيه، و اعترضه فى المسالك بأن الروايه شامله للمتقدمه و المتأخره.

(و منها) أن يتزوج الرجل أخت أخيه

، لما رواه

الشيخ (٢) عن إسحاق بن عمار قال:

«سألته عن الرجل يتزوج أخت أخيه؟ قال: ما أحب له ذلك».

و يدل على الجواز ما رواه

فى الفقيه (٣) عن صفوان بن يحيى عن أبى جرير القمى قال:

«سألته أبا الحسن عليه السلام أزواج أخى من أمى أختى من أبى؟ فقال أبو الحسن عليه السلام: زوج إياها إياه، أو زوج إياه إياها».

و قد مر فى الرضاع ما يدل على

ص: ١٠٨

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٢ ح ١٠١، الوسائل ج ١٤ ص ٢٨٠ ح ٤.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٠، الوسائل ج ١٤ ص ٢٧٩ ح ١.

الجواز على الكراهه فى الإخوه الرضاعيه.

(و منها) التزويج بالزانية قبل التوبه

عند أكثر الأصحاب، وقيل بالتحريم، و قد تقدم تحقيق الكلام فى هذا المقام فى الإلحاق المذكور ذيل المقام الثانى من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهره.

(و منها) نكاح المرأه المتولده من الزنا بالعقد أو الملك

، و يتأكد فى استيلادها،

روى الكلينى -رحمه الله عليه- عن عبد الله بن سنان (1) فى الصحيح قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام ولد الزنا ينكح؟ قال: نعم، و لا يطلب ولدها».

و عن محمد بن مسلم (2) فى الصحيح قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام: الخبيثه يتزوجها الرجل؟ قال: لا، و قال: إن كان له أمه وطأها و لا يتخذها أم ولده».

و عن محمد بن مسلم (3) فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام قال:

سألته عن الخبيثه أتزوجها، قال: لا،.

و عن محمد بن مسلم (4) فى الصحيح عن أحدهما عليهما السلام

«فى الرجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشده و يتخذها لنفسه، فقال: إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس».

و عن الحلبي (5) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا، عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، و إن تنزه عن ذلك فهو أحب إلى».

و روى البرقى فى المحاسن عن ثعلبه و عن عبد الله بن هلال (6) عن أبى عبد الله

ص: ١٠٩

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ٢.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ٣.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ٤.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٨ ح ٥.

٦-٦) لم نعثر عليها في المحاسن بل وجدناها في التهذيب ج ٧ ص ٤٧٧ ح ١٢٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٧١ ح ٧١، الوسائل ج ١٤ ص

٣٣٨ ح ٨.

عليه السلام «في الرجل يتزوج ولد الزنا؟ قال: لا- بأس، إنما يكره ذلك مخافه العار، وإنما الولد للصلب، وإنما المرأه وعاء، قلت: الرجل يشتري خادما ولد زنا فيطأها قال: لا بأس».

(و منها) نكاح المجنونه

فروى في الكافي و التهذيب (١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«سأله بعض أصحابنا عن الرجل المسلم تعجبه المرأه الحسناء أ يصلح له أن يتزوجها و هي مجنونه؟ قال: لا، و لكن إن كانت عنده أمه مجنونه فلا بأس بأن يطأها و لا يطلب ولدها».

(و منها) نكاح الحمقاء

فروى في الكافي و التهذيب (٢) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام: إياكم و تزويج الحمقاء، فإن صحبتها بلاء و ولدها ضياع».

و روى في الكافي (٣) في الصحيح عن أحمد بن أبي عبد الله عن أبيه عن حدثه عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

زوجوا الأحمق و لا تزوجوا الحمقاء، فإن الأحمق ينجب و الحمقاء لا تنجب».

(و منها) تزويج شارب الخمر

و قد مر بعض الأخبار الداله على المنع من تزويجه في المسأله الرابعه.

(و منها) تزويج سبي الخلق

و يدل عليه ما رواه

الصدوق (٤) بطريقه إلى

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٦ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧ ب ٣٤ ح ١.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٦ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦ ب ٣٣ ح ١.
- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٦ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧ ح ٢.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٥٦٣ ح ٣٠، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٩ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤ ح ١.

يعقوب بن يزيد عن الحسين بن بشار الواسطي قال: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: إن لي قرابه قد خطب إلى ابنتي و في خلقه سوء، قال: لا تزوجه إن كان سيئ الخلق».

(و منها) تزويج المخنث

فروى عبد الله بن جعفر الحميري في قرب الاسناد (1) عن عبد الله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن أخيه قال: «سألته أن أزوج ابنتي غلاما فيه لين و أبوه لا بأس به، قال: إذا لم يكن فاحشه فلا بأس به». يعني المخنث. و رواه علي بن جعفر في كتابه مثله.

(و منها) تزويج الزنج و الأكراد و الخزر

فروى في الكافي و التهذيب (2) عن مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إياكم و نكاح الزنج فإنه خلق مشوه». قيل: الزنجى بالفتح و الكسر: صنف من السودان واحد هم زنجى.

و روى في الكافي (3) عن أبي ربيع الشامي قال:

«قال لي أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتتر من السودان أحدا، فإن كان لا بد فمن النوبه، فإنهم من الذين قال الله عز و جل «وَمِنَ الَّذِينَ قَالُوا إِنَّا نَصْرَارٌ أَخَذْنَا مِيثَاقَهُمْ فَنَسُوا حَظًّا مِمَّا ذُكِّرُوا بِهِ» (4) أما إنهم سيدكرون ذلك الحظ، و سيخرج مع القائم عليه السلام منا عصابه منهم، و لا تنكحوا من الأكراد أحدا فإنهم جنس من الجن كشف عنهم الغطاء».

ص: ١١١

-
- ١- (١) قرب الاسناد ص ١٠٨، بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٨٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤ ح ٢ مع اختلاف يسير.
٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ١ و فيه «مسعده بن زياد» التهذيب ج ٧ ص ٤٠٥ ح ٢٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤ ب ٣١ ح ١.
٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٥ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦ ب ٣٢ ح ١.
٤- (٤) سورة المائدة- آيه ١٤.

و روى فى الكافى (١) عن على بن داود الحداد عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا تناكحوا الزنج و الخزر (٢)، فإن لهم أرحاما تدل على غير الوفاء، قال: و الهند و السند و القند ليس فيهم نجيب يعنى القندهار.

قال فى الوافى: خوز: بالضم صنف من الناس، و فى بعض النسخ الخزر بالمعجمتين ثم المهمله و هو محركه ضيق العين و صفرها سمي به صنف من الناس هذه صفتهم.

(و منها) تزويج الأعرابى بالمهاجره

،لما رواه

فى الفقيه (٣) فى الصحيح عن الحسن بن محبوب عن العلاء

«و الخراز» عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام «قال:

لا يتزوج الأعرابى المهاجره فيخرجها من دار الهجره إلى الأعراب».

و من هذه الأخبار الداله على كراهه تزويج شارب الخمر و سبي الخلق و نحوهما من الأفراد المعدوده يعلم صحه ما ذكره ابن إدريس فى معنى الحديث النبوى صلى الله عليه و آله و سلم كما تقدم نقله عنه فى المسأله الرابعه من أن النهى عن رده متى كان ممن يرضى خلقه و دينه و ترتيب الفتنة و الفساد على الرد، و عدم التزويج إنما هو فيما إذا رده من حيث الفقر و المسكنه و الحقاره فى نسبه لا أن يكون رده لا تصافه بهذه الأوصاف المنهى عنهما شرعا، و الله العالم.

ص: ١١٢

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥ ح ٢.

٢- ٢) الخزر: هو ضيق العين و صغرها كأنه ينظر بمؤخرها، و الخزر: جبل من الناس «الصحيح».

٣- ٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٥ و فيه «و أبى أيوب عن محمد بن مسلم»، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٥ ب ١٤ ح ١.

و يعبر عنها أيضا بالنكاح المنقطع لتحديده بأجل معين، و قد أجمع علماء الفريقين كافه على أن نكاح المتعه كان مشروعاً فى صدر الإسلام، و فعله الصحابه فى زمن النبى صلى الله عليه و آله و سلم و زمن أبى بكر و برهه من زمن عمر، ثم نهى عنها و توعد من فعلها، و وافقه بعض، و خالفه بعض، و سكت آخرون، و أجمع أهل البيت عليهم السلام و شيعتهم على بقاء شرعيتها و أنه لم ينسخ حكمها، و وافقهم على ذلك جماعه من الصحابه و التابعين.

و الأخبار الوارده بها عن أهل البيت عليهم السلام قد بلغت حد التواتر المعنوى،

[فيما روته العامه فى جواز المتعه]

و من أخبارهم الداله على إباحتها ما رواه

الحميدى (١) فى الجميع بين الصحيحين فى مسند عبد الله بن عباس قال:

«قال أبو نصره: كان ابن عباس يأمر بالمتعه، و كان ابن الزبير ينهى عنها، قال: فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله فقال: على يدى دار الحديث تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه و آله، فلما قام عمر قال: إن الله كان يحل لرسوله ما شاء بما شاء، و إن القرآن قد نزل منازل، فأتوا الحج و العمره كما أمركم الله، و أتوا نكاح هذه النساء، فلن اوتى برجل نكح امرأه إلى أجل إلا رجمته بالحجاره».

و روى الحميدى (٢) أيضا فى كتابه فى مسند جابر بن عبد الله من طريق آخر قال:

«كنا نتمتع بالقبضه من التمر و الدقيق، الأيام على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و أبى بكر حتى نهى عنها عمر فى شأن عمرو بن حريث».

ص: ١١٣

١- (١) صحيح مسلم ج ١ ص ٤٦٧، أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٧٨، راجع الغدير ج ٦ ص ٢١٠.

٢- (٢) صحيح مسلم ج ٢ ص ٢٣ ١٠ ح ١٦ و فيه «نستمع».

و روى الترمذى فى صحيحه (١) عن ابن عمر،

و قد سأله رجل من أهل الشام عن متعه النساء، فقال: حلال، فقال: إن أباك قد نهى عنها، فقال ابن عمر:

أ رأيت إن كان أبى قد نهى عنها و صنعها رسول الله صلى الله عليه و آله أ نترك السنه و نتبع أبى؟.

و روى الحافظ أبو نعيم فى كتاب الحليه و أحمد (٢) بن حنبل فى المسند عن عمران بن حصين

فى متعه النساء، و اللفظ له، قال: أنزلت آيه المتعه فى كتاب الله و عملناها و فعلنا مع النبى صلى الله عليه و آله و لم ينزل قران بحرمتها و لم ينه عنها حتى مات.

إلى غير ذلك من الأخبار التى يضيق عنها المقام، ثم إنهم لانحلال زمامهم و اختلال نظامهم مع دلالة هذه الأخبار و أمثالها على استمرار الحل إلى زمان عمر، اعتذروا لعمر فى نهيه عنها بأنه إنما نهى عنها لنسخها فى زمنه صلى الله عليه و آله و أن معنى

قول عمر فى الخبر المشهور (٣)

«متعتان كانتا فى عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حلالا- و أنا أنهى عنهما». يعنى أخبركم بالنهى عنهما موافقه لنهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم. هذا مع اضطراب أخبارهم التى رووها له فى النسخ و عدم إمكان الجمع بينها.

فروى البخارى و مسلم فى صحيحهما (٤) عن ابن مسعود قال:

«كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ليس معنا نساء فقلنا: ألا نستخصى؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا بعد أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾ (٥).

و روى الترمذى عن ابن عباس (٦) -رضى الله عنه- قال:

إنما كانت المتعه فى

ص: ١١٤

١- ١) صحيح الترمذى ج ١ ص ١٥٧، تفسير القرطبى ج ٢ ص ٣٦٥.

٢- ٢) صحيح البخارى ج ٧ ص ٢٤ كتاب التفسير سورة البقره طبع سنه ١٢٧٧.

٣- ٣) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٤٢ و ٣٤٥، تفسير القرطبى ج ٢ ص ٣٧٠.

٤- ٤) صحيح البخارى ج ٧ ص ٥ كتاب النكاح، صحيح مسلم ج ١ ص ٣٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٠ ح ٢٦ مع اختلاف يسير.

٥- ٥) سورة المائده- آيه ٨٧.

٦- ٦) صحيح الترمذى ج ٣ ص ٤٣٠.

صدر الإسلام كان الرجل يقدم البلد ليس له بها معرفه فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ متاعه و تصلح له شيء حتى نزلت هذه الآية «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» (١).

و روى فى الصحيحين (٢)

«عن على عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن نكاح المتعه و عن لحوم الحمر الأهليه زمن خير».

و روى عن سلمه بن الأكوع (٣)

«أنه قال: رخص لنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى متعه النساء عام أو طاس ثلاثه أيام ثم نهى عنها».

و روى عن سيره الجهنى (٤)

«أنه غزى مع النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى فتح مكه قال:

فأقمنا فيها خمسه عشر فأذن لنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى متعه النساء ثم لم يخرج حتى نهى عنها» و رواه مسلم.

و روى أبو داود و أحمد (٥) عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

فى حجه الوداع نهى عنها.

أقول: انظر إلى هذه الأخبار فى هذا المقام و ما هى عليه من التناقض الذى لا يقبل الالتئام و هى بانضمام بعضها إلى بعض داله على التحليل مرارا عديده و النسخ كذلك، مع أن غايه ما يدعونه كما نقل عن الشافعى إنما هو مرتان، فإنهم نقلوا عن الشافعى أنه قال: ما علمت شيئاً حرم مرتين و أبيع مرتين إلا المتعه.

قال شيخنا فى المسالك بعد نقل هذه الروايات التى فى النسخ و نعم ما قال:

تأمل هذا الاختلاف فى روايه نسخها، و أين النهى عنها فى خير، و الاذن فيها فى أو طاس، ثم النهى عنها بعد ثلاثه أيام مع الحكم بأنها كانت سائغه فى أول الإسلام

ص: ١١٥

١- (١) سورة المؤمنون- آيه ٦.

٢- (٢) صحيح البخارى ج ٧ ص ١٦، صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٧.

٣- (٣) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٨٢، صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٤.

٤- (٤) صحيح الترمذى ج ٣ ص ٤٣٠.

٥- (٥) صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٤.

إلى آخر ذلك الحديث المقتضى لطول مده شرعيتها، ثم الاذن فيها في فتح مكة و هي متأخره عن الجميع، ثم النهي عنها ذلك الوقت، ثم في حجه الوداع و هي متأخره عن الجميع، فيلزم على هذا أن تكون شرعت مرارا و نسخت كذلك.

و من اللطائف في هذا المقام ما نقله في المسالك عن بعض كتب الجمهور: أن رجلا كان يفعلها فقبل له: عمن أخذت حلها؟ فقال: عن عمر، فقالوا: كيف ذلك و عمر هو الذي نهى عنها و عاقب على فعلها؟ فقال:

لقوله (١)

«متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنا احرمهما و أعاقب عليهما، متعه الحج و متعه النساء». فأنا أقبل روايته في شرعيتها على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و لا أقبل نهيه من قبل نفسه.

و البحث معهم في أمثال هذه المسائل واسع، و قد استوفينا ذلك في مقدمات كتابنا «سلاسل الحديد في تقييد ابن أبي الحديد».

[مما يدل على استحباب المتعه و فضلها]

و لننقل هنا طرفا من الأخبار المرويه عن أهل البيت عليهم السلام تيمنا كما هي عادتنا في الكتاب، و منها ما يدل على إباحتها، و منها ما يدل على فضلها و استحبابها مضافا إلى ما يأتي في أثناء مباحث الكتاب مما يدل على أحكامها.

فروى في الكافي (٢) في الصحيح عن أبي بصير قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن المتعه، فقال: نزلت في القرآن فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيْمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ» (٣).

و عن عبد الله بن سليمان (٤) قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كان على عليه السلام يقول: لو لا ما سبقني به بنى الخطاب ما زنى إلا شقى». كذا في الروايه المنقوله في

ص: ١١٦

١- (١) راجع الغدير ج ٦ ص ٢٠٥-٢١٢.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ج ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٦ ح ١.

٣- (٣) سورة النساء- آيه ٢٤.

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٦ ح ٢.

وقال ابن إدريس فى سرائره:

روى فى بعض كتب أصحابنا عن أمير المؤمنين عليه السلام

لولا ما سبقنى إليه بنى (ابن) الخطاب ما زنى إلا شفى». بالشين المعجمه و الفاء و معناه إلا قليل، و الدليل عليه حديث ابن عباس ذكره الهروى فى الغريين: ما كانت المتعه إلا رحمه، رحم الله بها أمه محمد صلى الله عليه و آله و سلم، و لو لا نهيه عنها ما احتاج إلى الزنا إلا شفاء. و قد أورده الهروى فى باب الشين و الفاء، لأن الشفاء عند أهل اللغه القليل بلا خلاف بينهم، و بعض أصحابنا ربما حرف ذلك و قال: و تكلم بالقاف و الياء المشدده، و ما ذكرناه هو وضع اللغه و إليهم المرجع و عليهم المعول فى أمثال ذلك، انتهى.

أقول: و يؤيده ما فى النهايه الأثيريه (٢) قال: و فى حديث ابن عباس:

ما كانت المتعه إلا رحمه، رحم بها أمه محمد صلى الله عليه و آله و سلم لو لا نهيه عنها ما احتاج إلى الزنا إلا شفاء. أى القليل من الناس من قولهم غابت الشمس إلا قليلا من ضوئها عند غروبها.

و قال الأزهرى: قوله إلا شفاء، إلا أن يشفى، يعنى يشرف على الزنا و لا يواقعه، و أقام الاسم و هو الشفاء مقام المصدر الحقيقى، و هو الإشفاء على الشىء.

أقول: انظر إلى روايتهم هذا الخبر فى كتبهم الموافق لما قدمناه عنهم من الأخبار الداله على استمرارها إلى زمان عمر، و دلالتها على أن عمر هو الناهى عنها مع أخبار النسخ التى قدمنا نقله عنهم، فأى الخبرين أولى بالقبول عند ذوى العقول، فإن أحدهما باطل البتة و كذب محض بلا ريبه، و لا ريب أن الصحيح منها

ص: ١١٧

١-١) أقول: و مما يؤيد ما هو المذكور فى لفظ الخبرين ما ورد فى بعض الأخبار المنقوله فى كتاب البحارج ١٠٣ ص ٣٠٥: لعن الله ابن الخطاب فلولا ما زنى إلا شقى أو شقيه لانه كان للمسلمين غناء فى المتعه عن الزنا. (منه-قدس سره-).

٢-٢) النهايه ج ٢ ص ٤٨٨.

هو ما اتفق عليه الفريقان، وهو خبر البقاء و الاستمرار إلى ذلك الوقت، فتعين بذلك كذب أخبار النسخ و إن رووها في الصحاح بزعمهم.

و منها ما رواه

في الكافي (١) عن ابن أبي عمير عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

« إِنَّمَا نَزَلَتْ «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فآتوهنَّ أجورهنَّ فريضةً» .

أقول: وقد روى نحو هذا الخبر من طرقهم، رواه الثعلبي في تفسيره عن حبيب بن أبي ثابت قال: أعطاني عبد الله بن العباس مصحفاً و قال: هذا قراءة أبي ابن كعب، فرأيت في المصحف «فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى فآتوهن أجورهن فريضة و لا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة إن الله كان حكيماً عليماً» .

و رواه الثعلبي أيضاً في تفسيره عن عبد الله بن جبير و أبي نصره.

و عن علي النسائي (٢) قال:

«قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك إني كنت أتزوج المتعة فكرهتها فتشأمت بها فأعطيت الله عهداً بين الركن و المقام و جعلت علي في ذلك نذراً و صيماً أن لا أتزوجها، ثم أن ذلك شق علي و ندمت علي يميني، و لم يكن بيدي من القوه و ما أتزوج في العلانية، قال: فقال: عاهدت الله أن لا تطيعه، و الله لئن لم تطعه لتعصينه» .

و ما رواه

في الفقيه (٣) عن جميل بن صالح قال:

«إن بعض أصحابنا قال لأبي عبد الله عليه السلام: إنه يدخلني من المتعة شيء فقد حلفت أن لا أتزوج متعه أبداً، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إنك إذا لم تطع الله فقد عصيته» .

ص: ١١٨

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٤٩ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٦ ح ٣.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٠ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٥١ ح ٨ و ج ٨ ص ٣١٢ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٤ ح ١.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٥ ح ٢.

و عن جميل بن صالح (١) عن عقبه عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«قلت له: للمتمتع ثواب؟ قال: إن كان يريد بذلك وجه الله تعالى و خلافا على من أنكرها لم يكلمها كلمة إلا كتب الله تعالى له بها حسنه، و لم يمد يده إليها إلا كتب الله له حسنه، فإذا ذنى منها غفر الله تعالى له بذلك ذنبا، فإذا اغتسل غفر الله له بقدر ما مر من الماء على شعره، قلت: بعدد الشعر؟ قال: نعم بعدد الشعر».

و عن بكر بن محمد (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن المتعه، فقال: إنى لأكره للرجل المسلم أن يخرج عن الدنيا و قد بقيت عليه خله من خلال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لم يصنعها».

و قال الصادق عليه السلام (٣) إنى لأكره للرجل أن يموت و قد بقيت عليه خله من خلال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لم يأتها، فقلت له: فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم؟ قال: نعم، و قرأ هذه الآية

«وَ إِذْ أَسْرَ النَّبِيُّ إِِلَىٰ بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِيثًا - إِلَىٰ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ - نَبِيَّاتٍ وَ أَبْكَارًا».

و نقل شيخنا المجلسي - رحمه الله عليه - فى كتاب البحار (٤) عن رساله الشيخ المفيد - رحمه الله عليه - فى المتعه أخبارا عديده فى استحبابها، منها ما رواه بسنده فى رساله إلى

هشام بن سالم فى الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«يستحب للرجل أن يتزوج المتعه و ما أحب للرجل منكم أن يخرج من الدنيا حتى يتزوج المتعه و لو مره».

ص: ١١٩

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٥ ح ١٨ و فيه «و روى صالح بن عقبه عن أبيه»، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٢ ح ٣.

٢- ٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٥ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٢ ح ١ و فيهما «لم يقضها».

٣- ٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٢ ح ٢.

٤- ٤) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٣ ح ١٠.

و عن بكر بن محمد (١)

«عن الصادق عليه السلام حيث سئل عن المتعه، فقال: أكره للرجل أن يخرج من الدنيا و قد بقيت عليه خله من خلال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لم تقض».

و عن محمد بن مسلم (٢) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه قال: قال لى: تمتعت؟ قلت: لا، قال: لا تخرج من الدنيا حتى تحبى السنه».

و عن صالح بن عقبه (٣) عن أبيه عن الباقر عليه السلام قال:

«قلت: للمتمتع ثواب؟».

الحديث كما تقدم نقله عن الفقيه.

و بالإسناد المتقدم أولاً

عن أحمد بن محمد بن عيسى عن على بن محمد الهمداني (٤) عن رجل سماه عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ما من رجل تمتع ثم اغتسل إلا خلق الله من كل قطره يقطر منه سبعين ملكا يستغفرون له إلى يوم القيامة، و يلعنون متجنبيها إلى أن تقوم الساعة».

ثم نقل جملة من الأخبار إلى ان قال فى رساله: هذا قليل من كثير فى هذا المعنى.

و روى فى الكافى (٥) عن على - و المراد به على بن إبراهيم الذى هو أحد مشايخه - رفعه قال:

«سأل أبو حنيفة أبا جعفر محمد بن النعمان صاحب الطاق فقال له: يا أبا جعفر ما تقول فى المتعه أ تزعم أنها حلال؟ قال: نعم، قال: فما يمنعك أن تأمر نساءك أن يتمتعن و يكتسبن عليك؟ فقال له أبو جعفر: ليس كل الصنعات يرغب فيها و إن كانت حلالاً و للناس إقدار و مراتب يرفعون أقدارهم، و لكن ما تقول يا أبا حنيفة فى النيذ أ تزعم أنه حلال؟ فقال: نعم، قال: فما يمنعك

ص: ١٢٠:

١-١) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ ح ١٤، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٧ ب ٢ ح ١.

٢-٢) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٣ ح ١١.

٣-٣) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٦ ح ١٩، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٨ ب ٢ ح ٣.

٤-٤) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٧ ح ٢٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٤ ح ١٥.

أن تتعد نساءك في الحوانيت نباذات فيكتسبن عليك؟ فقال أبو حنيفة: واحد بواحدة و سهمك أنفذ، ثم قال له: يا أبا جعفر إن الآيه التي في «سأل سائل» تنطق بتحريم المتعه، و الروايه عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قد جاءت بنسخها؟ فقال له أبو جعفر:

يا أبا حنيفة إن سوره سأل سائل مكيه و آيه المتعه مدينه و روايتك شاذه رديه، فقال له أبو حنيفة: و آيه الميراث أيضا تنطق بنسخ المتعه، فقال أبو جعفر: قد ثبت النكاح بغير ميراث، قال أبو حنيفة: من أين قلت ذاك؟ فقال أبو جعفر: لو أن رجلا- من المسلمين تزوج امرأه من أهل الكتاب ثم توفى عنها ما تقول فيها؟ قال: لا ترث منه، قال: فقد ثبت النكاح بغير ميراث ثم افترقا» (١).

أقول: كان أبو جعفر المذكور حديد النظر سريع الجواب بديهه، و كان له مع المخالفين إلزاعات، و هو عند الشيعه يلقب بمؤمن الطاق و شاه الطاق و صاحب الطاق، و المخالفون يلقبونه بشيطان الطاق لما يجرعهم في إلزاعاته لهم من المشاق.

و له مع أبي حنيفة من هذا القبيل كثير، قال له أبو حنيفة لما بلغه موت الصادق عليه السلام شماته: يا أبا جعفر مات إمامك، فقال له: و إمامك من المنظرين إلى يوم الوقت المعلوم.

[فيما يدل على المنع من الإلحاح في المتعه متى أغناه الله بالأزواج]

و في بعض الأخبار ما يدل على المنع من الإلحاح فيها و مداومتها متى أغناه الله بالأزواج

فروى في الكافي (٢) عن علي بن يقطين في الصحيح أو الحسن قال:

« سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن المتعه فقال: و ما أنت و ذاك فقد أغناك الله عنها، قلت: إنما أردت أن أعلمها، فقال: هي في كتاب علي عليه السلام، فقلت: تزيدها و تزدد؟ فقال: و هل يطيبه إلا ذاك». و المراد «تزيدها» في المهر» و تزدد» في

ص: ١٢١

١- ١) أقول: الظاهر أن عدول مؤمن الطاق الى هذا الجواب مبني على التنزيل و المماشاه، و الا فإن له أن يجيب بأن المتعه زوجه فتدخل تحت الآيه و ان كان إطلاقها على الدائم أكثر استعمالا الا أن الظاهر أنه تفرس في أبي حنيفة أنه لا يقبل هذا الجواب فعدل عنه الى ما ذكره مما لا يمكنه رده و إنكاره. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٢ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٩ ح ١.

الأجل، بأن يعقد عليها بعد انقضاء المده و إن كانت فى العده بمهر جديد و مده أخرى، و قوله «و هل يطيبه إلا ذاك» لعل المراد به أنها ليست مثل الدائم متى تزوجها صارت كلا عليه، فإن هذه باعتبار المده التى لها إن أعجبتة جدد العقد عليها بعد المده و زادها و زادته و إلا تركها.

و عن الفتح بن يزيد (١) قال:

سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعه؟ فقال: هى حلال مباح مطلق لمن لم يغنه الله بالتزويج، فليستعفف بالمتعه، فإن استغنى عنها بالتزويج فهى مباح له إذا غاب عنها.

و عن ابن شمون (٢) قال:

«كتب أبو الحسن عليه السلام إلى بعض مواليه لا تلحوا على المتعه، إنما عليكم إقامة السنه، فلا تشتغلوا بها عن فرشكم و حرائركم فيكفرون و يتبرين و يدعين على الأمر بذلك و يلعنونا». إلى غير ذلك من الأخبار.

إذا عرفت ذلك فالكلام هنا يقع فى الأركان و الأحكام فهنا مقامان:

[المقام الأول فى الأركان:

إشاره

و هى عند الأصحاب أربعه: الصيغه، و المحل، و الأجل، و المهر. و تفصيل الكلام فيها يقع فى موارد:

الأول: فى الصيغه

و لا- خلاف فى انعقاد نكاح المتعه بأحد هذه الألفاظ الثلاثه و هى: زوجتك و أنكحتك و متعتك بأن تقول المرأة ذلك فى الإيجاب، فيقبل الزوج بما يدل على ذلك من الألفاظ، و جوز أبو الصلاح و ابن البراج فى الإيجاب أن يقع من الرجل بقوله متعنى نفسك كذا فتقول المرأة قبلت أو رضيت.

و نقل عن المرتضى أنه جعل تحليل الأمه عقد متعه، و على هذا فينعقد عنده بلفظ الإباحه و التحليل، قال فى شرح النافع و هو جيد لو ثبت كونه كذلك، لكنه غير واضح كما ستقف عليه فى محله، و المشهور فى كلام المتأخرين

ص: ١٢٢

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٩ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٥٣ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٠ ح ٤.

اعتبار اللفظ الماضى فى عقد النكاح مطلقا، لأنه صريح فى الإنشاء، بخلاف المستقبل المحتمل للوعد، و خالف جماعه فافتوا بلفظ المستقبل، و هذا هو المستفاد من الأخبار المتكاثرة.

منها ما رواه

فى الكافى (١) عن أبى بصير، قال:

«لا بد من أن تقول فى هذه الشروط: أتزوجك متعه كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما نكاحا غير سفاح» الحديث، و ظاهره أن هذه الصيغه العقد كما تدل عليه جمله من الأخبار الآتية:

و عن أبان بن تغلب (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما و إن شئت كذا و كذا سنه بكذا و كذا درهما، و تسمى من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا- كان أو كثيرا، فإذا قالت: نعم، فقد رضيت فهى امرأتك، و أنت أولى الناس بها» الحديث، و هو كما ترى ظاهر فى مخالفه ما ذكره من وجوه:

منها اشتراط الماضى فى الإيجاب و هو هنا بلفظ المستقبل.

و منها كون الإيجاب من المرأه و القبول من الرجل، و الإيجاب هنا من الرجل و القبول من المرأه عكس ما قالوه.

و فى روايه ثعلبه (٣)

«أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم نكاحا غير سفاح.» إلى آخره.

ص: ١٢٣

١-١) الكافى ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٤.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ٢.

«يقول لها زوجينى نفسك على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم.» إلى آخره. إلى غير ذلك من الأخبار التى من هذا القبيل.

و بالجمله فالظاهر من تتبع الروايات فى هذا الباب و غيره أن المدار فى صحه العقود كيف كانت على التراضى من الطرفين بالألفاظ الداله على مقتضى ذلك العقد، كما تقدم ذكره فى غير موضع من الكتب المتقدمه.

و يؤكده بالنسبه إلى ما نحن فيه ما رواه

فى الكافى (٢) عن نوح بن شعيب عن على عن عمه عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«جاءت امرأه إلى عمر فقالت: إنى زنيت فطهرنى، فأمر بها أن ترجم فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام فقال: كيف زنيت؟ فقالت: مررت بالبادية فأصابنى عطش شديد فاستسقيت أعرابيا، فأبى أن يسقيني إلا أن امكنه من نفسى، فلما أجهدنى العطش و خفت على نفسى سقانى فأمكنته من نفسى، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: تزويج و رب الكعبه.»

قال فى الوافى: إنما كان تزويجا لحصول الرضا من الطرفين و وقوع اللفظ الدال على النكاح و الإنكاح فيه، و ذكر المهر و تعيينه، و المره المستفاده من الإطلاق القائم مقام ذكر الأجل، انتهى.

أقول: و يؤيد ما ذكره -رحمه الله عليه- من حمل الخبر على التزويج المنقطع ذكر الكلينى له فى هذا الباب و جعله من قبيل أخبار العقد المنقطع، و كأنه فهم منه أنها زوجته نفسها بشربه من ماء.

إلا أنه قد رويت هذه القصة بعينها فى خبر آخر بما يدل على خلاف هذا الخبر،

فروى الصدوق فى الفقيه و الشيخ فى التهذيب (٣) عن محمد بن عمرو بن سعيد عن

ص: ١٢٤

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦١، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٥.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨.

٣- (٣) التهذيب ج ١٠ ص ٤٩ ح ١٨٦، الفقيه ج ٤ ص ٢٥ ح ٤٠، الوسائل ج ١٨ ص ٣٨٤ ح ٧.

بعض أصحابنا قال: «أتت امرأه إلى عمر فقالت: يا أمير المؤمنين إنني فجرت فأقم في حد الله، فأمر برجمها و كان على عليه السلام حاضرا قال: فقال له: سلها كيف فجرت؟ قالت: كنت في فلاة من الأرض فأصابني عطش شديد فرفعت لى خيمه فأتيته فأصببت فيها رجلا أعرابيا فسألته الماء فأبى على أن يسقيني إلا أن امكنه من نفسي فوليت منه هاربه فاشتد بى العطش حتى غارت عيناى و ذهب لساني، فلما بلغ منى أتيته فسقاني و وقع على، فقال له عليه السلام: هذه التى قال الله تعالى «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ» (١) هذه غير باغيه و لا عاديه إليه، فخلى سبيلها، فقال عمر: لو لا على لهلك عمر».

و لم أقف على من تكلم فى هذين الخبرين و ما هما عليه من الاختلاف فى البين إلا المحدث المحسن الكاشانى فى الوافى، و لا بأس بنقل كلامه بطوله، و إن طال به زمام الكلام لجوده محصوله، قال فى ذيل هذا الخبر- بعد أن أورده فى أبواب الحدود فى باب من أتى ما يوجب الحد لجهاله أو لضروره- ما لفظه: «البغى الخيانه، و الظلم و العدوان التجاوز عن الحد و عن قدر الضروره، و المجرور فى «إليه» راجع إلى الفجور، و الظاهر من أمر عمر برجم المرأة بعد إقرارها بالفجور من اكتفائه بالمره من دون سؤال عن كونها محصنه أو غير محصنه، و ليس هذا من مثله ببعيد، ثم المستفاد من هذا الحديث جواز الزنا إذا اضطر الإنسان إليه بحيث يخاف على نفسه التلف، إلا- أنه ستأتى هذه القصة بعينها فى باب إثبات المتعه من كتاب النكاح بإسناد آخر و عبارته أخرى (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام و ليس فى آخر قوله عليه السلام هذه التى قال الله تعالى. إلى آخر الحديث، بل

قال عليه السلام: فقال أمير المؤمنين عليه السلام:

تزويج و رب الكعبه،. و مفاده أنه ليس ذلك بزنا و لا فجور مضطر إليه بل هو نكاح حلال و تزويج صحيح، و ذلك لحصول شرائط النكاح فيه

ص: ١٢٥

١- ١) سورة البقره- آيه ١٧٣.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨.

من خلوها عن الزوج و عن ولايه أحد عليها، و رضاء الطرفين و وقوع اللفظ الدال على النكاح و الإنكاح فيه، و ذكر المهر و تعيينه، فهو تزويج متعه و نكاح انقطاع، لا يحتاج إلى الطلاق، فإن قيل: يشترط في صحه المتعه ذكر الأجل، قلنا: قد ثبت أنه يغني عنه ذكر المره و المرتين، و الإطلاق يقتضى المره فيقوم مقام ذكر الأجل، إن قيل: أنها لم تعتقد حلها و إنما زعمت أنها زنت، قلنا: لعل الحد إنما يجب على الإنسان إذا زنى دون ما إذا زعم أنه زنى، مع أنها كانت مضطره إلى ما فعلت، فكل من الأمرين جاز أن يكون مسقطا للحد عنها، و لعل هذا هو الوجه فى ورود الاعتذار عنها تاره بأنها ليست بزانيه و اخرى بأنها كانت مضطره للزنا، و التحقيق هو الأول، و لعل الثانى إن صح وروده فإنما ورد على التقيه و المماشاه مع عمر و أصحابه، و على هذا فلا دلالة فيه على جواز الزنا مع الاضطرار إليه، إن قيل: إن القصه واحده يستبعد وقوعها مرتين فما وجه اختلاف الفتيا فيها من مفت واحد فى مجلس واحد؟ قلنا: الاعتماد فيها إنما هو على روايه أبى عبد الله عليه السلام دون روايه غيره، مع أن الحكم الذى فى روايته عليه السلام هو الصواب فى المسأله كما دريت، و إن أريد تصحيح الأخرى أيضا قيل: لعل أمير المؤمنين عليه السلام: خاطب القوم فيها علانيه على جهه التقيه بما يناسب قدر عقولهم و مبلغ ما عندهم من العلم، و خاطب أصحابه سرا بما وافق الحل و بما هم أهله، فروى الثانى عنه أولاده عليه و عليهم السلام، و الأول الأجانب، و العلم عند الله» انتهى كلامه زيد مقامه.

أقول: الأظهر فى الجواب عن السؤال الثانى أن اعتقاد الحل و عدمه لا - مدخل له فى صحه العقد إذا وقع مستكملا لشرائط الصحه، و العقد هنا كذلك كما اختاره، و من الجائز أن تكون المرأه جاهله بحل نكاح المتعه لعدم اشتهاها يومئذ، و أنها على مذهب عمر فى تحريمها فاعتقدت كون ما وقع منها زنا يوجب الحد، فلذا اعترفت بذلك و طلبت اقامه الحد عليها، و الامام عليه السلام أسقط الحد

عنها لصحة النكاح كما فى روايه الصادق عليه السلام، أو لمكان الضروره كما فى الروايه الأخرى، و سقوطه لمكان الضروره غير بعيد.

فإن جملة من الأخبار دلت على أنه ما من شيء حرمه الله إلا أباحه لمكان الضروره،

ففى موثقه سماعه (١) قال:

«قال: إذا حلف الرجل تقيه لم يضره - إلى أن قال: - قال: ليس شيء مما حرم الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه». و نحوه غيره من الأخبار المؤيده بالدليل العقلى أيضا.

بقى الكلام فى اختلاف الخبرين فى أن سقوط الحد هل هو لكونه نكاحا صحيحا كما فى روايه الصادق عليه السلام (٢) أو لمكان الضروره و أنه كان زنا؟ و ما ذكره - رحمه الله عليه - فى الجميع بين فتواه عليه السلام فى هذين الخبرين جيد، و يؤيده أنه عليه السلام خاطب بهذا الجواب الذى فى هذا الخبر عمر و أصحابه، و مذهب عمر تحريم المتعه فلم يصرح له بأن عدم الحد لصحة النكاح متعه، و إنما صرح له بالاضطرار، و هو صحيح كما عرفت، فإن الضرورات تبيح المحظورات، و أما خبر الصادق عليه السلام فليس فيه دلالة على مخاطبه عمر بذلك، و غايه ما يدل عليه أنه أخبر أمير المؤمنين عليه السلام بذلك فسألها، فلما أخبرته القضية قال: «تزويع و رب الكعبه» و ليس فى الخبر أنها حدث بعد ذلك أو لم تحد، و بلغ ذلك عمر أو لم يبلغه، بل الخبر مجمل فى ذلك، فيجمد على إجماله، و الله العالم.

الثانى: فى المحل

إشاره

، و فيه مسائل:

الاولى [فى اشتراط كون المتمتع بها مسلمه أو كتابيه]

قالوا، يشترط أن تكون مسلمه أو كتابيه كاليهود و النصارى و المجوس على أشهر الروايتين، و يمنعها من شرب الخمر، و ارتكاب المحرمات، أما المسلمه فلا تتمتع إلا بالمسلم خاصه، و لا يجوز بالوثنيه و الناصبيه، و لا تتمتع أمه و عنده حره إلا بإذنها، و لو فعل كان العقد باطلا، و كذا لا يدخل عليها بنت أخيها

ص: ١٢٧

١- (١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٩ طبعه طهران الجديده، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٥ ح ١٨.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨ الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨.

و لا بنت أختها إلا مع الاذن، و لو فعل كان العقد باطلا.

أقول: قد تقدم الكلام في هذه المواضع، و كلما ثبت هناك من الجواز أو التحريم فهو يجرى في هذا الموضع أيضا من هذه المذكورات و غيرها، فلا وجه لإعادته.

الثانيه [استحباب كون المتمتع بها مؤمنه عفيفه]

قالوا: يستحب أن تكون مؤمنه عفيفه، و أن يسألها عن حالها مع التهمه، و ليس ذلك شرطا في الصحه، و هذا الكلام يتضمن جمله من الأحكام.

(منها) يستحب أن تكون مؤمنه عفيفه، و يدل على ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثة (1) في الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال:

«سأل رجل أبا الحسن الرضا عليه السلام -إلى أن قال-: فقال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مؤمنه أو مسلمه، فإن الله عز و جل يقول «الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشرکه و الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرک، و حرّم ذلك على المؤمنین» (2) و في روايه الفقيه «إلا بمأمنه».

عوض «مؤمنه».

و في حديث أبي ساره (3) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عنها -يعنى المتعه- قال لي: حلال و لا- تتزوج إلا- عفيفه، إن الله عز و جل يقول «و الذين هم لفروجهم حافظون» (4) فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك».

أقول: قد قيل في معنى هذا الخبر وجوه: (أحدها) إن من لا تأمنها على درهمك كيف تأمنها على فرجك، فلعلها تكون في عده غيرك فيكون وطؤك

ص: ١٢٨

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥١ ح ٣.

٢- (٢) سورة النور- آيه ٣.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥١ ح ٢.

٤- (٤) سورة المؤمنون- آيه ٥.

لها بشبهه، و الاحتياط في تجنب الشبهات مطلوب.

(الثاني) إنها إذا لم تكن عفيفه كانت فاسقه، فهي ليست بمحل للأمانه، فربما تذهب بدراهمك و لا تفي بالأجل.

(الثالث) إنها لما لم تكن مؤتمنه على الدراهم فبالحرى أن لا تؤمن على الفرج و إيداع النطفه لديها فلعلها تزني و تخلط ماء ك بماء غيرك.

و في الحديث الحسن التفليسي (١) قال:

«سألت الرضا عليه السلام أ يتمتع من اليهوديه و النصرانيه؟ قال: يتمتع من المرأه المؤمنه أحب إلى و هي أعظم حرمه منهما».

و في روايه محمد بن الفيض (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه، فقال:

نعم إذا كانت عارفه، قلت: فإن لم تكن عارفه؟ قال: فأعرض عليها و قل لها فإن قبلت فتزوجها، و إن أبت أن ترضى بقولك فدعها» الحديث.

و أما ما رواه

الشيخ (٣) عن الحسن بن علي عن بعض أصحابه يرفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام قال:

«لا تمتع بالمؤمنه فتذلها». فقد قال الشيخ إنه يحتمل أن يكون المراد به إذا كانت المرأه من أهل بيت الشرف يلحق أهلها العار و يلحقها الذل و يكون ذلك مكروها، انتهى.

و(منها) إنها متى كانت غير مأمونه فالأفضل له أن يسأل عن حالها، و يدل على ذلك ما رواه

المشايخ الثلاثة (٤) -رحمه الله عليهم- عن أبي مريم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام

أنه سئل عن المتعه فقال: إن المتعه اليوم ليس كما كانت قبل اليوم

ص: ١٢٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٧ ح ٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٢ ح ٣.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٢ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٢ ح ٤.

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٥١ ح ٩، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥١ ح ١.

إنهن كن يومئذ يؤمن و اليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن».

قال فى الوافى: يؤمن إما بكسر الميم من الايمان،بمعنى إيمانهن بحل المتعه،و إما بفتحها من الأمانه،بمعنى صيانه أنفسهن عن الفجور،أو عن الإذاعه إلى المخالفين.

أقول:الظاهر هو الثانى،وفيه إشاره إلى شيوع الزنا و كثرته يومئذ كما تدل عليه

روايه على بن يقطين (١)قال:

«قلت لأبى الحسن عليه السلام:نساء أهل المدينه،قال:فواسق،قلت:فأتزوج منهن؟قال:نعم». على أن الايمان بحل المتعه و التصديق به لا- معنى لترتب السؤال عليه،فإنه يجوز التمتع بغير المؤمنه بذلك،و ظاهر الخبر هو السؤال من الغير عن حالها،و عبارات الأصحاب تضمنت سؤالها عن أنه هل لها زوج أم لا؟و الروايه لا تدل عليه،و إنما تدل على ما ذكرناه.

(و منها)إنه يصح التمتع بها بغير سؤال،بل الأفضل ترك الفحص و السؤال فإنها مصدق فى عدم الزوج و العده،و الأخبار بذلك متكاثره.

فروى الكلينى (٢)فى الصحيح عن ميسر قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:ألقي المرأه بالفلاه التى ليس فيها أحد،فأقول لها:هل لك زوج؟فتقول:لا،فأتزوجها؟ قال:نعم هى المصدقه على نفسها».

و روى الصدوق (٣)بإسناده عن يونس بن عبد الرحمن عن الرضا عليه السلام فى حديث قال:

«قلت:المرأه نتزوج متعه فينقضى شرطها،فتتزوج رجلا آخر قبل أن تنقضى عدتها،قال:و ما عليك،إنما إثم ذلك عليها».

ص: ١٣٠:

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٦،الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٥ ح ٢.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٤٦٢ ح ٢،الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٦ ح ١.

٣-٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٧،الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٦ ح ٢.

و روى فى التهذيب (١) عن فضل مولى محمد بن راشد عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« قلت: إنى تزوجت امرأه متعه فوق فى نفسى أن لها زوجا، ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجا، قال: و لم فتشت.»

و عن مهران بن محمد (٢) عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« قيل له:

إن فلانا تزوج امرأه متعه، فقيل له: إن لها زوجا، فسألها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: و لم سألها.»

و عن محمد بن عبد الله الأشعري (٣) قال:

« قلت للرضا عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة فيقع فى قلبه أن لها زوجا، قال: ما عليه، أ رأيت لو سألها البينه؟ كانت تجد من يشهد أن ليس لها زوج.»

و فى رساله المتعه للشيخ المفيد على ما نقله فى البحار (٤) عن أبان بن تغلب عن أبى عبد الله عليه السلام

« فى المرأة الحسناء ترى فى الطريق، و لا- يعرف أن تكون ذات بعل أو عاهره، فقال: ليس هذا عليك، إنما عليك أن تصدقها فى نفسها.»

و عن جعفر بن محمد بن عبيد الأشعري (٥) عن أبيه قال:

« سألت أبا الحسن عليه السلام عن تزويج المتعه و قلت: أتتمها بأن لها زوجا، يحل لى الدخول بها؟ قال عليه السلام:

أ رأيت إن سألتها البينه على أن ليس لها زوج، هل تقدر على ذلك.»

و ظاهر هذه الأخبار كما ترى كراهيه السؤال و إن كان مع التهمه، و هو خلاف ما دل عليه صحيح أبى مريم المتقدم، و لا يخلو ذلك من الإشكال.

الثالث [حكم التمتع بالزانية]

المشهور بين الأصحاب كراهيه التمتع بالزانية، و نقل التحريم عن الصدوق فى المقنع.

ص: ١٣١

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٨ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ٤.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٩ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ٥.

- ٤-٤) البجار ج ١٠٣ ص ٣١٠ ح ٤٩، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٩ ح ١.
- ٥-٥) البجار ج ١٠٣ ص ٣١٠ ح ٥٠، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٩ ح ٢.

و عن ابن البراج أنه لا- يعقد على فاجره إلا إذا منعها من الفجور، فإذا لم تمتنع من الفجور فلا يعقد عليها، و هو ظاهر الشيخ في النهاية أيضا (١).

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذا المقام منها روايه

محمد بن الفيض (٢) المتقدم صدرها فى المسأله الثانيه، حيث قال عليه السلام فيها:

«و إياكم و الكواشف و الدواعى و البغايا و ذوات الأزواج، فقلت: ما الكواشف؟ قال: اللواتى كاشفن، و بيوتهن معلومه و يزنين، قلت: فالدواعى؟ قال: اللواتى يدعون إلى أنفسهن و قد عرفت بالفساد، قلت: و البغايا؟ قال: المعروفات بالزنا، قلت: فذوات الأزواج قال: المطلقات على غير السنه».

أقول: الظاهر أن هذه الروايه كملا ما تقدم من صدرها، و ما ذكرناه هنا من تمتتها هى حجه الصدوق فيما نقل عنه، حيث إنه قال فى الكتاب المذكور:

و لا- يتمتع إلا- بعارفه، فإن لم تكن عارفه فأعرض عليها فإن قبلت. إلى آخر الخبر كملا ثم قال: و اعلم أن من تمتع بزانيه فهو زان، لأن الله يقول الرَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً « (٣)، انتهى.

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (٤) عن محمد بن إسماعيل بن بزيع فى الصحيح قال:

« سأل رجل أبا الحسن الرضا عليه السلام و أنا أسمع عن رجل تزوج المرأة متعه و يشترط عليها على أن لا يطلب ولدها، فتأتى بعد ذلك بولد، فشد فى إنكار الولد، و قال:

ص: ١٣٢:

١- ١) أقول: حيث قال: فإذا أراد الرجل أن يتمتع بامرأه فلتكن دينه مأمونه، فإنه لا يجوز التمتع بزانيه أو غير مأمونه. الى آخره. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ ح ١٣، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٤ ح ٣.

٣- ٣) سورة النور- آيه ٣.

٤- ٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٣ ح ١.

أ يجحده أعظاما لذلك؟ فقال الرجل: فإن اتهمها؟ فقال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مؤمنة أو مسلمة، فإن الله عز وجل يقول أَلزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً».

الحديث كما تقدم، والظاهر أن هذا الخبر مستند الصدوق فيما ذكره، من تتمه عبارته السابقة بحمل لفظ «لا ينبغي لك» على التحريم كما هو شائع ذائع في الأخبار.

و ما رواه

الشيخ (١) عن زراره قال:

«سأله عمار و أنا عنده عن الرجل يتزوج الفاجره متعه، قال: لا بأس، و إن كان التزويج الآخر فليحسن بابه»، و فيه دلالة على جواز التمتع بها و إن كان يعلم أنها تزنى بخلاف الزوجه الدائمه، فإنه شرط عليه أن يمنعها عن الفجور.

و عن علي بن يقطين (٢) قال:

«قلت لأبي الحسن عليه السلام: نساء أهل المدينة» الخبر.

و قد تقدم قريبا.

و عن إسحاق بن جرير (٣) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن عندنا بالكوفة امرأه معروفه بالفجور، هل يحل لي أن أتزوجها متعه؟ فقال: رفعت رايه؟ قلت:

لا، لو رفعت رايه لأخذها السلطان، قال: نعم تزوجها متعه، قال: ثم أصغى إلى بعض مواليه فأسر إليه شيئا، فلقيت مولاه فقلت له: ما قال لك؟ فقال: إنما قال: و لو رفعت رايه ما كان عليه في تزويجها شيء، إنما يخرجها من حرام إلى حلال».

و منها ما رواه

في الكافي (٤) في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن أبي يعفور رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن المرأة و لا أدري ما حالها أ يتزوجها الرجل متعه؟ قال يتعرض لها فإن أجابته إلى الفجور فلا يفعل». و يمكن أن تكون هذه الروايه دليلا لابن البراج فيما تقدم نقله عنه.

ص: ١٣٣

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٤ ح ١.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٥ ح ٢.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٥ ح ١٥٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٥ ح ٣.
٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٣ ب ٨ ح ٢.

و عن يونس عن بعض رجاله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعه أياما معلومه، فتجيئه في بعض أيامها فتقول إني قد بغيت قبل مجيئي إليك بساعه أو يوم، هل له أن يطأها، وقد أقرت له ببغيها؟ قال: لا ينبغي له أن يطأها».

و قال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي

«و روى لا تمتع بلبسه و لا مشهوره بالفجور، و ادع المرأة قبل المتعه إلى ما لا يحل، فإن أجابت فلا تمتع بها».

و من الأخبار المنقوله في كتاب البحار عن رساله الشيخ المفيد المتقدم ذكرها ما رواه

عن محمد بن فضيل (٢) عن أبي الحسن عليه السلام

«في المرأة الحسناء الفاجره هل يجوز للرجل أن يتمتع بها يوما أو أكثر؟ قال: إذا كانت مشهوره بالزنا فلا يتمتع بها و لا ينكحها».

و عن ابن جرير (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة تزني أ يتمتع بها؟ قال: أ رأيت ذلك؟ قلت: لا، و لكنها ترمى به، قال: نعم يتمتع بها، على أنك تغادر و تغلق بابك».

و عن الحسن (٤) عن الصادق عليه السلام

«في المرأة الفاجره هل يحل تزويجها؟ قال: نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها».

و روى في كتاب كشف الغمه (٥) عن كتاب دلائل الحميري عن الحسن بن ظريف قال:

«كتبت إلى أبي محمد عليه السلام و قد تركت التمتع ثلاثين سنه، و قد نشطت

ص: ١٣٤

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٢ ب ٣٨ ح ١.

٢- ٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٩ ح ٤٠ و فيه «عن محمد بن فضيل»، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٧ ح ١.

٣- ٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٩ ح ٤١، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٨ ح ١.

٤- ٤) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٩ ح ٤٢، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٢٣ ب ٣٩ ح ٣.

٥- ٥) كشف الغمه ج ٢ ص ٤٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٥ ح ٤.

لذلك، و كان فى الحى امرأه و صفت لى بالجمال فمال إليها قلبى، و كانت عاهرا لا تمنع يد لأمس فكرتها، ثم قلت: قد قال الأئمه: تمتع بالفاجره فإنك تخرجها من حرام إلى حلال، فكتبت إلى أبى محمد عليه السلام أشاوره فى المتعه، و قلت:

أ يجوز بعد هذه السنين أن أ تمتع، فكتب: إنما تحبى سنه و تمت بدعه، و لا- بأس، و إياك و جارتك المعروفه بالمهر و إن حدثتك نفسك، إن آبائى قالوا:

تمتع بالفاجره فإنك تخرجها من حرام إلى حلال، فهذه امرأه معروفه بالهتك، و هى جارتك، و أخاف عليك استفاضه الخير. فتركتها و لم أ تمتع بها، و تمتعها شاذان بن سعيد، رجل من إخواننا و جيراننا، فاشتهر بها حتى علا أمره و صار إلى السلطان و غرم بسبها مالا نفيسا، و أعاذنى الله من ذلك بركه سيدى».

أقول: هذا ما حضرنى من أخبار المسأله، و هى كما ترى ما بين ما يدل على الجواز كما هو المشهور، و ما يدل على التحريم كما هو مذهب الصدوق، و الأصحاب حملوا ما دل على المنع على الكراهه، جمعا بين الأخبار.

و أما على القول بالتحريم فاللازم طرح ما دل على الجواز، و هو مشكل، و بعض ما دل على الجواز و إن أمكن تقييده بما يرجع إلى القول بالتحريم، كأن يقيد بمنعها من الفجور، المكنى عنه بأن يغلق بابها، أو بظهور التوبه، كما دلت عليه جمله من هذه الأخبار، إلا- أن بعضا آخر كصحيحه زراره، و روايه إسحاق ابن جرير، و روايه على بن يقطين، و روايه كشف الغمه ظاهر فى الجواز مع عدم القيد المذكورين، و لا- يحضرنى الآن مذهب العامه فى المسأله فلعل أخبار أحد الطرفين إنما خرج مخرج التقيه.

و بالجمله فإن المسأله غير خاليه من شوب الإشكال، فإن جمله من أخبار المنع صريح فى التحريم، و الله العالم.

الرابعه [حكم التمتع بالبكر]

أشاره

قد صرح جمله من الأصحاب بأنه يكره التمتع ببكر ليس لها أب فإن فعل فلا يفتضها و ليس محرما.

أقول:الكلام هنا يقع فى موضعين

(أحدهما)البكر التى لها أب

هل يجوز التمتع بها دون الأب أم لا؟وقد تقدم تحقيق الكلام فى هذه المسألة،فى مسائل المقصد الثانى فى الأولياء للعقد من الفصل الأول.

(الثانى)فى البكر التى لا أب لها

و لم نقف فيها على نص بخصوص ما قالوه و إنما نصوص المسألة ما بين مطلق و ما بين مصرح بوجود الأب.

و الظاهر أن الأصحاب إنما استندوا فيما ذكروه إلى الإطلاق،و من ذلك ما رواه

فى الكافى (١)عن زياد بن أبى الحلال فى الصحيح قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:لا بأس بأن يتمتع بالبكر ما لم يفض إليها،مخافه كراهيه العيب على أهلها».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (٢)نور الله مراقدهم عن حفص بن البختري فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«قال فى الرجل يتزوج البكر متعه،قال:يكره للعيب على أهلها».

و ما رواه

فى الكافى (٣)عن محمد بن أبى حمزه عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى البكر يتزوجها الرجل متعه؟قال:لا بأس ما لم يفتضاها».

و عن جميل بن دراج (٤)فى الصحيح أو الحسن قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع من الجارية البكر،قال:لا بأس بذلك ما لم يستصغرها».

أقول:الظاهر أن المعنى فى قوله«ما لم يستصغرها»أى:يعدها صغيره لم تكمل التسع،فإنه لا يصح العقد عليها إلا من الولى،و

قيل:إن معناه ما لم يفتضاها،لأنه موجب لصغارها و ذلها عند أهلها،و الأول أظهر.

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ١.
- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٣ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٥ ج ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٩ ح ١٠.
- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٨ ح ٢.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٠ ح ١.

فى الفقيه (١) عن ابن أسباط عن محمد بن عذافر عن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن التمتع بالأبكار، فقال: هل جعل ذلك إلا لهن، فليسترن به و ليستعفن».

و من كتاب الحسين بن سعيد على ما نقله فى كتاب البحار (٢) بسنده فيه عن أبى بكر الحضرمى قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: يا أبا بكر، إياكم و الأبكار أن تزوجهن متعه».

و عن عبد الملك بن عمرو (٣) قال:

«سألته أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه، فقال: إن أمرها شديد، فاتقوا الأبكار». و إطلاق هذه الأخبار شامل لذات الأب و غيرها، خرجت منها ذات الأب باختلاف الأخبار فيها بجواز تمتعها بدون إذن الأب و عدمه كما تقدم الكلام فيه، و بقيت غير ذات الأب على مقتضى ما دلت عليه هذه الأخبار و الاستفادة منها بعد ضم بعضها إلى بعض هو كراهه التمتع بها، و أشد كراهه الإفشاء إليها بعد التمتع بها، و هو فتوى الأصحاب كما عرفت، و الله العالم.

الخامسه [فيما لو أسلم المشرك و عنده كتابيه بالعقد المنقطع]

قالوا: إذا أسلم المشرك و عنده كتابيه بالعقد المنقطع كان عقدها ثابتاً، و كذا لو كن أكثر، و لو سبقت بالإسلام وقف على انقضاء العده إن كان دخل بها، فإن انقضت و لم يسلم بطل العقد، و إن لحق بها قبل العده فهو أحق بها ما دام أجله باقياً، و عللت هذه الأحكام بأنه لما كان عقد المتعه صحيحاً عندنا، فإذا أسلم المشرك على منكوحه يجوز استدامه نكاحها كالكتابيه أقر عليه كما يقر على الدوام، و كذا لو كن أكثر من واحده لما سلف من أنه لا تنحصر شرعاً فى عدد.

و لو انعكس الفرض بأن أسلمت هى دونه توقف فسخ النكاح على العده، لأن نكاح المسلمه لا يصح لكافر مطلقاً، فإن انقضت العده أو المده التى جعلها أجلاً للمتعه

ص: ١٣٧

-
- ١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٢٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٨ ح ٤.
٢- (٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٦ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٠ ح ١٣.
٣- (٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٨ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٠ ح ١٤.

و لم يسلم تبين انفساخ النكاح فى حين الإسلام، أما مع انقضاء العده فلانفساخ النكاح حينئذ، و أما مع انتهاء المده فلاقتضائه بالبينونه، و إن أسلم فى العده و قد بقى من المده شىء فهو أملك بها ما دامت المده باقيه، و على التقديرين يثبت المسمى لاستقراره بالدخول لأنه المفروض، فلو كان الإسلام قبل الدخول، فإن كان منه فالحكم بحاله، و إن كان منها انفسخ النكاح و لا مهر كما مر، لأن الفسخ من قبلها هذا كله إذا كانت المرأه كتابيه، فلو كانت غير كتابيه فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العده و تبين منه بانقضاء الأجل أو خروج العده، فأيهما حصل بعد الإسلام انفسخ به النكاح.

و الوجه فى ذلك أنه لما لم يجر نكاح غير الكتابيه للمسلم دواما و متعه ابتداء و استدامه، و امتنع نكاح الكافر و إن كان كتابيا للمسلم ابتداء و استدامه، و جب فيما إذا كانت الزوجه غير كتابيه- أعم من أن تكون و ثنيه أو غيرها من فرق الكفر- الحكم بانفساخ النكاح إن كان قبل الدخول مطلقا، و توقفه على انقضاء العده أو المده إن كان بعده، فأيهما حصل حكم بانفساخ النكاح أو انتهائه، و يثبت المسمى مع الدخول و بدونه إن كان المسلم الزوج كما مر، هكذا حققه شيخنا - رحمه الله - فى المسالك، و الله العالم.

الثالث: فى الأجل

إشاره

أجمع الأصحاب على أن ذكر الأجل شرط فى صحه نكاح المتعه، فلو لم يذكره انعقد دائما، قالوا: و لا يتقدر فى القله و الكثره بقدر، بل بما تراضيا عليه، و إن بلغ فى حد الكثره إلى ما يقضى العاده بعدم بلوغه إليه و فى جانب القله إلى حد لا يمكن الجماع فيه، لأن غايه العقد لا ينحصر فى ذلك.

و نقل عن ابن حمزه أنه قدر الأجل بما بين طلوع الشمس و نصف النهار، و قيل و لعله أراد التمثيل لا الحصر.

قالوا: و لا بد أن يكون محروسا من الزيادة و النقصان كغيره من الأجل.

و الواجب أولا نقل ما وصل إلينا من الأخبار فى هذا المقام، ثم الكلام فيها

بتوفيق الملك العلام، و بيان ما يستفاد منها من الأحكام.

الأول: ما رواه

فى الكافى و التهذيب (١) عن زراره فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا تكون متعه إلا بأمرين أجل مسمى و أجر مسمى».

الثانى: ما رواه

فى التهذيب (٢) عن إسماعيل بن الفضل الهاشمى فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه، فقال: مهر معلوم إلى أجل معلوم».

الثالث: ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٣) فى الموثق عن أبى بصير قال:

«لا بد من أن تقول فيه هذه الشروط: أتزوجك متعه كذا و كذا يوماً بكذا و كذا درهماً، نكاحاً غير سفاح على كتاب الله عز و جل و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم و على أن لا- ترثينى و لا- أرثك، و على أن تعتدى خمسه و أربعين يوماً، و قال بعضهم: حيضه».

أقول: الظاهر أنه لما كانت المتعه غير معهوده فى تلك الأزمان فربما توهمت المرأة الزنا، فأمروا عليهم السلام بذكر هذه الشروط المذكوره التى لا مدخل لها فى صحتها دفعا لتوهم الدوام و توهم الزنا، و لهذا لم يقل أحد من أصحابنا باشتراط ما ذكر فى هذا الخبر و نحوه فى صحه العقد كما يظهر من هذا الخبر و نحوه، و قوله فى آخر الخبر «و قال بعضهم» الظاهر أنه من كلام أبى بصير، و يحتمل أن يكون من من بعض الرواه، و الضمير البارز الظاهر رجوعه إلى الأئمه عليهم السلام، و احتمال الرجوع إلى بعض الرواه الظاهر بعده.

الرابع:

عن أبان بن تغلب (٤) قال:

«قلت: لأبى عبد الله عليه السلام: كيف

ص: ١٣٩

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٦٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٥ ح ٣.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٤ و فيها اختلاف يسير مع ما نقله صاحب الحقائق-رحمه الله.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١.

أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم، لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما، و إن شئت كذا و كذا سنه، بكذا و كذا درهما، و تسمى من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أم كثيرا، فإذا قالت نعم فقد رضيت: فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها، قلت: فيأني أستحيي أن أذكر شرط الأيام، قال: هو أضر عليك، قلت: و كيف؟ قال: إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام، و لزمتهك النفقه في العده و كانت وارثه و لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنه».

الخامس: ما رواه

في الكافي (١) عن ثعلبه قال:

«تقول: أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم نكاحا غير سفاح، و على أن لا ترثيني و لا أرثك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما، و على أن عليك العده».

السادس:

عن هشام بن سالم (٢) قال:

«قلت: كيف يتزوج المتعه؟ قال: تقول يا أمه الله أتزوجك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما، فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها، و لا عده لها عليك».

السابع: ما رواه

في التهذيب (٣) عن محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال:

«قلت له: الرجل يتزوج متعه سنه أو أقل أو أكثر؟ قال: إذا كان شيئا معلوما إلى أجل معلوم، قال: قلت: و تبين بغير طلاق؟ قال: نعم».

الثامن: ما رواه أيضا

عن زراره (٤) في الموثق قال:

«قلت له: هل يجوز أن

ص: ١٤٠

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ٣.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٩ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٦ ح ٧٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ب ٢٥ ح ١.

٢-٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٩ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٦ ح ٧٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٩ ح ٢.

يتمتع الرجل من المرأة ساعه أو ساعتين؟ فقال: الساعه و الساعتان لا- يوقف على حدهما، و لكن العرد و العردتين و اليوم و اليومين، و الليله و أشباه ذلك».

التاسع: ما رواه

في الكافي (1) عن خلف بن حماد قال:

«أرسلت إلى أبي الحسن عليه السلام: كم أدنى أجل المتعه، هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مره واحده؟ قال: نعم».

العاشر: ما رواه أيضا

عن القاسم بن محمد (2) عن رجل سماه قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد، فقال: لا بأس، و لكن إذا فرغ فليحول وجهه و لا ينظر».

الحادى عشر: ما رواه

في التهذيب (3) عن هشام قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

أتزوج المرأة متعه مره مبهمه؟ قال: فقال: ذلك أشد عليك، ترثها و ترثك، و لا- يجوز لك أن تطلقها إلا- على طهر و شاهدين، قلت: أصلحك الله فكيف أتزوجها؟ قال: أياما معدوده بشيء مسمى مقدار ما تراضيتم به، فإذا مضت أيامها كان طلاقها في شرطها، و لا نفقه و لا عدله لها عليك، قلت: ما أقول لها؟ قال: تقول لها: أتزوجك على كتاب الله و سنه نبيه، و الله و لى و وليك كذا و كذا شهرا بكذا و كذا درهما، على أن الله لى عليك كفيلا لتفين لى و لا اقسم لك، و لا أطلب ولدك و لا عدله لك على، فإذا مضى شرطك فلا تتزوجى حتى يمضى لك خمس و أربعون ليله، و إن حدث بك ولد فأعلمينى».

الثانى عشر: و ما رواه

المشايخ الثلاثة (4) - رحمه الله عليهم - عن بكار بن كردم

ص: ١٤١

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٩ ح ٥.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٩ ح ٤.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٠ ح ٣.

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٠ ح ١.

قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يلقي المرأة فيقول لها: زوجيني نفسك شهرا، و لا يسمى الشهر بعينه، ثم يمضى فيلقاها بعد سنين، قال: فقال: له شهره إن كان سماه، وإن لم يكن سمي فلا سبيل له عليها».

الثالث عشر: ما رواه

فى الكافى (١) عن ابن أبى عمير عن عبد الله بن بكير فى الموثق فى حديث

«إن سمي الأجل فهو متعه، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات».

أقول: هذه جملة ما وقفت عليه من الروايات المتعلقة بالأجل، والكلام فيها يقع فى مواضع:

الأول [حكم العقد لو خلا من الأجل]

إشاره

قد اتفقت هذه الأخبار فى الدلاله على صحه ما ذكره الأصحاب من اشتراط الأجل فى صحه عقد المتعه، وقضيه ذلك بطلان العقد لو خلا- منه، كما هو ظاهر جملة من الأصحاب و مذهب العلامة و والده و ولده و جمع من الأصحاب منهم شيخنا فى المسالك و سبطه السيد السند فى شرح النافع.

و قيل بأنه ينقلب العقد دائما و هو المشهور و عليه يدل الخبر الرابع و الخبر الثالث عشر.

و قيل -و هو اختيار ابن إدريس-: إنه إن كان الإيجاب بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائما، وإن كان بلفظ التمتع بطل العقد.

احتج من قال بالأول، أما على البطلان فبأنه لم ينعقد متعه لفوات الشرط الذى هو ذكر الأجل، و هو موضع وفاق، و أما على عدم انعقاده دائما، فإن الدوام غير مقصود بل المقصود خلافه، و العقود تابعه للقصود، و بالجملة فإنه مع الحكم بكونه يكون دائما يلزم أن ما وقع غير مقصود، و ما قصد غير واقع.

أقول: و هذا التعليل ربما يترأى صحته فى بادى النظر، إلا أنك بالرجوع إلى الأخبار و تتبعها فى جملة مواضع يظهر لك فساده، و من ذلك الروايتان المذكورتان

ص: ١٤٢

هنا، فإنهما صريحتان في أنه ينقلب دائما، ونحوهما أيضا الرواية الحادية عشر، و من ذلك ما تقدم في غير مقام من دلالة جملة من الأخبار على صحة العقد المشتمل على الشرط الفاسد، وبطلان الشرط خاصة مع أن القصد إنما تعلق بالجميع، فما وقع غير مقصود، وما قصد غير واقع، وبذلك يظهر منع تبعيه العقد للقصد على إطلاقه، ويؤيده ما ذكره من الإجماع على أن عقد النكاح-إذا تضمن شروطا فاسده-صحيح مع بطلان الشروط المقصوده، ذكر ذلك السيد السند في شرح النافع، وأما ما أجاب به عنه حيث إنه ممن يختار هذا القول غير موجه.

و بالجملة فإن الاعتماد على هذا التعليل في تأسيس الأحكام الشرعيه في مقابله هذه النصوص الواضحه الجليه لا يخرج عن مقابله النصوص بالاجتهاد، وفيه خروج عن نهج السداد و طريق الرشاد.

و مما ذكرناه علم حجه القول الثاني، إلا- أنه في المسالك نقل الاحتجاج للقول المذكور قال: لأن لفظ الإيجاب صالح لكل منهما، وإنما يتمحض للمتعه بذكر الأجل و للدوام بعده، فإذا انتفى الأول ثبت الثاني، ولأن الأصل في العقد الصحة، و الفساد على خلاف الأصل، و لموثقه عبد الله بن بكير، ثم نقل الخبر الثالث عشر، ثم قال: وفيه نظر، لأن المقصود إنما هو المتع كما هو الفرض، و الأجل شرط فيها، و فوات الشرط يستلزم فوات المشروط، و صلاحية العبارة غير كاف مع كون المقصود خلاف ما يصلح له اللفظ، و المعبر اتفاق اللفظ و القصد على معنى واحد، و هو غير حاصل هنا، لأن المقصود هو المتع، و المطابق للفظ هو الدائم، و ذلك يقتضى البطلان لفوات شرط المقصود و قصد الملفوظ، و الأصل إنما يكون حجه مع عدم الناقل، و هو موجود، و الخبر-مع قطع النظر عن سنده-ليس فيه دلالة على أن من قصد المتع و لم يذكر الأجل يكون دائما، بل إنما دل على أن الدوام لا يذكر فيه الأجل و هو كذلك، لكنه غير المدعى، و حينئذ فالقول بالبطلان مطلقا أقوى، انتهى.

أقول: قد عرفت في غير موضع مما تقدم أن الاعتماد عندنا في تأسيس الأحكام الشرعية إنما هو على الأدلة المعصومية دون التخريجات العقلية، وقد عرفت أن هذا التعليل الذي بنى عليه وإن كان مما يتسارع إلى الفهم قبوله، إلا أن الأخبار تردده كما عرفت، وحينئذ فمن الجائز أن يقال في الجواب عما ذكره أولاً إنه لما كان لفظ الإيجاب صالحاً لكل منهما، وامتنع حمله على المتعه وإن كانت هي المقصوده، للإخلال بشرطها وهو ذكر الأجل، إلا أنه لا مانع من حيث صالحه اللفظ الدائم أن يحمل عليه، وينقلب العقد إليه وأن لم يكن مقصوداً وهو يرجع إلى بطلان ما ادعوه من اشتراط الصحة بالقصد هذا.

و أما جوابه عن الخبر بعدم الدلالة، وأن المعنى فيه ما ذكره فهو بعيد، إذ لا يخفى على المتأمل أن الخبر ظاهر في أن المدار في الفرق بين كون العقد دائماً أو منقطعاً إنما هو على تسميه الأجل في العقد وعدمها، وفيه إشعار بأن القصد لا اعتبار به، وإنما الاعتبار بذكر الأجل وعدمه، فإن ذكر الأجل كان منقطعاً وإن قصد الدائم، وإن لم يذكره فهو دائم وإن قصد المنقطع، هذا ظاهره، وإن كان على خلاف مقتضى قاعدته التي بنى عليها، وضابطته التي استند إليها، وأظهر منه خبر أبان بن تغلب، وهو الخبر الرابع، فإنه صريح الدلالة، وهو الذي استدلل به غيره، إلا أنه لم ينقله في المقام، ومثلها كما عرفت الخبر الحادي عشر، فإنه ظاهر في عدم انعقاد العقد متعه إذا جعل الأجل مره مبهمه:

و مقتضاه على ما يدعيه أن يكون العقد باطلاً مع أنه لم يحكم عليه السلام فيه بالبطلان، وإنما حكم بانقلابه دائماً فيكون من قبيل الخبرين الأولين، وهو ظاهر الدلالة في خلاف ما زعمه.

نعم، له الطعن في هذه الأخبار بضعف السند، إلا أنه عندنا وعند متقدمي أصحابنا غير مسموع ولا معتمد، ومن العجب أن سبطه في شرح النافع بعد أن ذكر الروايتين أجاب عنهما بما أجاب جده عن موثقه ابن بكير من أنه لا دلاله

فيهما على أنه إذا قصد المتعه و لم يذكر الشرط ينعقد دائما، وإنما المستفاد منهما أن الدوام لا يذكر فيه الأجل، و هو عجيب من مثل هذا الفحل المشهور، فإنه لا يخفى على أدنى ناظر في خبر أبان أن سياق الخبر ينادى بأفصح لسان، و يصرح بأوضح بيان، بأنه في صورته عقد المتعه المشتمل على شروطها المتكرره في الأخبار لو أخل بذكر هذا الشرط من بينها لمكان الاستحياء انقلب عقده دائما، و إن اشتمل على تلك الشروط الأخر، فكيف يتم له دعوى أنه لم يقصد المتعه، و سياق الخبر كما ترى و نحوها فيما ذكرناه أيضا الخبر الحادي عشر بالتقريب المتقدم.

و بالجمله فإن جوابهم عن هذه الأخبار لتشييد قاعدتهم التي بنوا عليها و ضابطتهم التي استندوا إليها محض مجازفه لا تشفى العليل و لا يبرد الغليل، على أنك قد عرفت انتقاض هذه القاعده و بطلان ما يترتب عليها من الفائدة بما دلت عليه الأخبار الداله على صحة العقود المشتمله على الشروط الفاسده، مع بطلان الشروط.

و أما ما ذهب إليه ابن إدريس من التفصيل المتقدم، فإنه علله بأن اللفظين الأولين صالحان لهما بخلاف الثالث، فإنه يختص بالمتعه، فإذا فات شرطها بطل.

و أورد عليه بأن بطلان عقد المتعه كما حصل بفوات شرطه و هو الأجل، فكذلك الدوام بطل بفوات شرطه، و هو القصد إليه، و هو الركن الأعظم في صحة العقود، و هو جيد لو تم ما ذكره من شرطيه القصد في صحة العقد كليا.

و نقل هنا أيضا قول رابع و هو التفصيل بأنه إن وقع الإخلال بالأجل على وجه النسيان أو الجهل بطل، و إن وقع عمدا انقلب دائما.

و فيه أنه لا دليل على هذا التفصيل العليل، قال في المسالك بعد نقل هذا القول: و قد ظهر ضعفه مما تقدم، فإنه مع التعمد و قصد المتعه يكون قد أخل بركن من أركان عقدها عمدا، و لم يقصد غيرها، ثم قال: و بالجمله فالأصل في القول بالصحة و الانقلاب دائما هو الروايه السابقه على أى وجه اعتبر و قد عرفت قصورها

عن تأسيس مثل هذا الحكم المخالف للأصل متنا و سندا، انتهى.

أقول، وقد عرفت أن الدال على هذا الحكم الروايات الثلاث المتقدمة، و أن ضعف السند غير مرضى عندنا و لا معتمد.

و أما الدلالة فقد أوضحناها بأوضح إيضاح فلا قصور فيها و لا حرج في القول بها و لا جناح، و الله العالم.

فرع لو اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع العقد فادعى أحدهما أنه متعه

و ادعى الآخر الدوام، فإن قلنا بأن إهمال الأجل مطلقا يقتضى الدوام كان القول قول مدعى الدوام، لأن الآخر يدعى الزيادة و هى الأجل، و القول قول منكرها، و إن قلنا أن الإهمال يقتضى الإبطال ما لم يقصد الدوام كما هو القول الآخر فالوجه أنهما يتحالفان، و يفسخ النكاح، لأن كلا- منهما مدع و منكر، و القول قول المنكر بيمينه، و لو اشتبه الحال لموت و نحوه لم يحكم بالتوارث و نحوه إلا مع ثبوت الدوام، كذا صرح به السيد السند فى شرح النافع.

و فيه أن تفریع المسأله المذكوره على الخلاف المتقدم هنا لا يخلو من الإشكال فإن القائل بالإبطال فى صورته إهمال الأجل إنما هو فيما إذا كان القصد إلى المتعه و أهمل الأجل كما تقدم، و الظاهر من أصل المسأله المفروضه أنهما متفقان على وقوع عقد النكاح فى الجملة، و لكن أحدهما يدعى أنه عقد نكاح منقطع مستكمل لجميع شرائط المنقطع، و الآخر يدعى أنه عقد نكاح دائم مستكمل لجميع شرائط الدائم، و متى كان الفرض كذلك فإنه لا تعلق له بهذه المسأله المذكوره و لا تفرع له عليها بوجه.

و الذى يقتضيه النظر فى قواعدهم فى أمثال هذا المقام هو القول بالتحالف و انفساخ النكاح، لأن ضابطه التحالف هو أن يدعى كل منهما على صاحبه ما ينفيه

الآخر بحيث لا يتفقان على أمر، وهو هنا كذلك، فإن كلا من العقدين مغاير للآخر في الأحكام و ما يترتب عليه في المقام، فإذا ادعى أحدهما الدوام و الآخر المتعه، فكل منهما يدعى ما ينفيه صاحبه، كما إذا ادعى أنه باعه هذا الثوب، فقال الآخر إنما بعتهنى هذا الثوب إشاره إلى ثوب آخر، فإن الحكم التحالف، و أما ترتب ذلك على المسأله المتقدمه و الخلاف فيها كما ذكره-قدس سره- و قبله العلامه فى المختلف أيضا فلا أعرف له وجهها.

قال فى المختلف: قال ابن البراج: إذا اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على العقد، فادعى أحدهما أنه متعه، كان على مدعى المتعه البيئه و على المنكر اليمين، لأن الزوج إن ادعى المتعه كان مدعىا لما يسقط عنه حقوقا من نفقه و ميراث و غير ذلك، و إن ادعت المرأه ذلك كانت مدعيه لما تملك نفسها معه بغير طلاق و ما أشبهه، و المعتمد أن نقول إن كان إهمال الأجل يقتضى الدوام، فالقول قول مدعى الدوام لأن الآخر يدعى زياده، فالقول قول من ينكرها و إن كان الإهمال يقتضى الإبطال- كما اخترناه نحن- فالوجه أنهما يتحالفان و يفسخ النكاح، لأن كلا منهما مدع، فالقول قول المنكر بيمينه. انتهى، و أنت خير بما فى كل من القولين بعد التأمل فيما قدمناه، و الله العالم.

الثانى [اعتبار ضبط الأجل على وجه يكون محروسا من احتمال الزيادة و النقصان]

من المواضع المتقدم ذكرها: قد عرفت أنه لا بد من اعتبار ضبط الأجل على وجه يكون محروسا من احتمال الزيادة و النقصان كقدوم المسافر و إدراك الثمره كغيره من الآجال، و يشير إليه ما تقدم فى بعض الأخبار المتقدمه إلى أجل معلوم، و قوله فى الخبر الثامن «الساعه و الساعتان لا يوقف على حدهما» فإن الجميع ظاهر فى أنه لا بد من أن يكون الأجل محدودا، و كذا لا تقدر له فى جانب القله و الكثره، فلو قدره بوقت لا يعيش إليه لم يضر، لأن الموت قبله غير قادح فى صحته شرعا، و كذا فى جانب القله بما لا يمكن فيه الجماع لم يقدر فى صحته لأنه لا ينحصر صحته فى الجماع.

قال فى المسالك: و لا يشترط أن يكون بقدر يمكن فيه الجماع، لأنه غير

معتبر فيه، وإنما هو بعض ما يترتب عليه، فلو جعلاه لحظه واحده مضبوطة صحح و يترتب عليه حكم العقد من إباحه النظر، و تحريم المصاهره كالألم و نحو ذلك مما يترتب على صحه العقد و إن كان المقصود ذلك، لأنه أحد الأغراض المقصوده من النكاح بالعقد إذ لا- يعتبر فى العقد قصد جميعها و لا- أهمها فى صحته، و لا- فرق فى ذلك بين كون الزوجه فى محل الاستمتاع و عدمه. انتهى، و هو جيد.

و فيه رد على ما زعمه بعض الأفاضل المعاصرين من بطلان العقد لو وقع لمجرد التحليل و جواز النظر إلى ابنه المعقوده أو أمها و نحو ذلك، و قد بسطنا الكلام معه فى ذلك فى كتابنا الدرر النجفيه.

و كذا قوله «فى محل الاستمتاع و عدمه» فيه رد على المحقق الشيخ على -رحمه الله- كما ذكرناه ثمه، و يجوز جعل المده بعض يوم إذا كان مضبوطا إما بغايه معروفه كالزوال و غروب الشمس أو بمقدار معين كنصف يوم، ثم إن اتفق معرفتهما ذلك عملا بما علماه، و إلا رجعا فيه إلى أهل الخبره العارفين بذلك و ظاهرهم اشتراط العدالة فى المخبر، و هل يشترط التعدد كالشهاده أو لا- فيكون من باب الخبر؟ وجهان، قالوا: و لا- يشترط ذكر وقت الابتداء و لا- العلم به، حيث جعلاه إلى الزوال أو الغروب و نحو ذلك بل أوله وقت العقد كيفما اتفق.

الثالث [فى اعتبار اتصال المده بالعقد و عدم اعتباره]

المشهور فى كلام الأصحاب (١) أنه لا يجوز أن يعين شهرا متصلا بالعقد و متأخرا عنه، و لو أطلق اقتضى الاتصال، و قيل بعدم جواز الانفصال، و اختاره السيد السند فى شرح النافع حيث قال فى الكتاب المذكور: و هل يعتبر فى المده الاتصال أم يجوز جعلها منفصله عن العقد؟ قولان، أظهرهما الأول، لأن

ص: ١٤٨

١- ١) أقول: من فروع المسأله ما لو كانت المرأه ذات بعل مده معينه و أراد الغير تزويجها شهرا معيناً بعد انقضاء أجل الزوج الأول و عدتها منه فإنه يصح النكاح بمقتضى ظاهر الخبر، و كذا لو لم تكن ذات بعل وقت العقد، و أرادت التزويج فى المده التى بين وقت العقد و بين الشهر المعين بحيث تتم عدتها و أجلها قبل ذلك الشهر، فإنه يجوز بمقتضى ظاهر الخبر أيضا. (منه- قدس سره-).

الوظائف الشرعية إنما تثبت بالتوقيف، و لم ينقل تجويز ذلك، وإنما المنقول ما تضمن اتصال المده بالعقد، فيجب القول بنفي ما عده إلى أن يثبت دليل الجواز.

وقيل بالثاني لوجود المقتضى و هو العقد المشتمل على الأجل المضبوط و هو ضعيف. انتهى، و هو جيد لولا ورود الخبر الثاني عشر (1) فإنه صريح في أنه متى سمى شهرا و عليه- و إن كان بعد مضي سنين بين العقد و ذلك الشهر- فإن له شهره و به استدل الأصحاب القائلون بالجواز، إلا أن له أن يردده بضعف السند بناء على تصلبه في العمل بهذا الاصطلاح المحدث، و الظاهر أنه لم يقف على الخبر و إلا لأشار إليه و أجاب عنه.

و الخلاف في هذا المقام وقع في موضعين:

أحدهما: ما ذكرناه من جواز الانفصال و عدمه، و قد عرفت دلالة الرواية على الجواز، إلا أنه قد قيل في وجه القول بالبطلان أيضا زياده على ما ذكره السيد السند في شرح النافع حيث قال: إن صحة العقد توجب ترتب أثره، و أثره هنا هو تحقق الزوجية، و ذلك يمتنع مع تأخر الأجل فيكون فاسدا، لأننا لا نعنى بالفاسد إلا ما لا يترتب أثره عليه، و لأنه لو صح العقد كذلك لزم كونها زوجه للعقد، و خليه من الزوج في المده، فيلزم جواز تزويجها لغيره خصوصا على تقدير وفاء المده بالأجل و العده، و الرواية المذكوره و إن دلت بإطلاقها على الجواز لكنها ضعيفه السند مجهوله الراوى فلا تصلح للدلالة.

و أجاب في المسالك عن ذلك فقال: و يمكن الجواب بأن الأثر مترتب على العقد، و من ثم حكمنا بالزوجية في المده، فلو كان غير مترتب لما صح في ذلك

ص: ١٤٩

(١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٠ ح ١.

الوقت و تخلفه عن العقد بحسب مقتضى العقد،و إنما يتم ما ذكره على تقدير اقتضائه الاتصال ثم لا يوجد الأثر.

أقول:فيه أن هذا الجواب غير تام لأن القائل بالبطالان هنا إنما قال به من حيث إن الواجب عنده اتصال الأجل بالعقد،و إنه لا يجوز جعله منفصلاً لما ذكره من قوله «إن صحه العقد توجب ترتب أثره.إلى آخره»،و حينئذ فقوله-قدس سره-فى الجواب بأن الأثر مترتب على العقد بالنظر إلى الحكم بالزوجيه فى المده المتأخره لا يرد على هذا القائل،لأنه يمنع ذلك و يقول بالبطالان فى المده المتأخره و غيرها،فإن استند فيه إلى الروايه فهو قد اعترف كما تقدم،و سيأتى فى كلامه الآتى من أنه لم يستند إليها لضعفها،و إنما جعلها شاهده على هذه الاعتبار.

و بالجملة فإن الحكم بما ادعاه من صحه الزوجيه فى المده المتأخره حيث قال فى آخره:و إنما يتم ما ذكره على تقدير اقتضائه الاتصال ثم لا يوجد الأثر.

و العجب منه-قدس سره-أن صريح كلامه قبل هذا الكلام الذى نقلناه هو أن محل الخلاف ما قررناه من أنه هل يصح العقد مع انفصال الأجل عن العقد أم لا؟و ما نقلناه من الاحتجاج الذى أجاب عنه هو احتجاج القائلين بالعدم،و أن صحه العقد يقتضى الاتصال،و لو فصل الأجل بطل العقد،فكيف يقول:و هذا إنما يتم على تقدير اقتضائه الاتصال ثم لا يوجد؟فإن فيه اعترافاً بصحه ما ذكره من الاحتجاج و بطلان ما ذكره من الجواب،حيث إن الأمر كذلك كما عرفت،فإن هذا المحتج بهذه الحجج إنما احتج بها لقوله بالاتصال،و أنه لا يجوز عنده الانفصال للزوم تخلف أثره عند العقد.

و بالجملة فإن كلامه-رحمه الله-هنا لا يخلو عن تشويش و اضطراب،ثم إنه قال فى تتمه الكلام المذكور عنه:و أما استلزام جواز العقد عليها فيمكن منع الملازمه أولاً من حيث إنها ذات بعل،و العقد على ذات البعل لا يجوز،

و يمكن التزام الجواز لما ذكر و منع كونها ذات بعل مطلقا (1) بل في المده المعينه و يترتب على ذلك ثبوت المحرميه قبل المده و ثبوت المهر لو مات قبلها، فعلى الأول يمكن القول به، و على الثاني ينتفيان إلى أن قال: و الروايه المذكوره جعلت شاهدا للاعتبار لا مستندا للحكم فلا يضر ضعفها، و كيف كان فالقول بجواز النكاح مع تأخر المده عن العقد قوى، انتهى.

أقول: أراد بالاعتبار الذى استند إليه و جعل الروايه شاهدا عليه هو ما قدمه أولا حيث قال: و إن عيناه منفصلا صح أيضا على الأقوى عملا بالأصل، و لوجود المقتضى للصح و هو العقد المشتمل على الأجل المضبوط، و انتفاء المانع، و ليس إلا تأخره عن العقد، و لم يثبت شرعا كون ذلك مانعا، و يشهد له إطلاق روايه بكار بن كردم، ثم ساق الروايه.

و فيه أولا ما عرفت فيما قدمنا نقله عن سبطه فى شرح النافع، فإنه كلام جيد، و مرجعه إلى أن الأصل عصمه الفروج حتى يقوم دليل على إباحتها، و الذى علم من الأدله-بناء على طرح الروايه كما هو المفروض فى كلامهم- هو اتصال الأجل بالعقد، و من ادعى سوى ذلك فعليه الدليل.

و بذلك يظهر لك ضعف تمسكه بالأصل بمعنى أصاله صحه العقد، فإن الأصل الذى ذكرناه أقوى متمسكا، لأن مرجعه إلى أصاله العدم و هو بديهى لا نزاع فيه.

و كيف كان فدليله بعد ما عرفت لا يخرج عن المصادره، لأن قوله لوجود

ص: ١٥١

١ - ١) أقول: الأقرب الثانى و هو منع كونها ذات بعل مطلقا، بل انما تتصف بذلك فى المده لأن أحكام ذات البعل لا يمكن إجراؤها عليها إلا فى تلك المده، فكيف يصدق عليها أنها ذات بعل و تدخل تحت أخبار تحريم التزويج بذات البعل، و الحال أنه لا يترتب عليها شىء من أحكام ذات البعل، نعم يمكن أن يقال: أنها ذات بعل فى الجملة باعتبار المده المتأخره، و كيف كان فهذا الاشكال انما يتفرع على القول بجواز الانفصال، و أما مع القول بوجوب الاتصال فلا ورود له بالكليه. (منه-قدس سره-).

المقتضى للصحة إلى آخره عين المدعى، و الخصم يمنعه من حيث انفصال الأجل حتى يقوم دليل على الصحة مع الانفصال، و قوله «و لم يثبت شرعا كون ذلك مانعا فيه» أن الأصل العدم، و هو يقتضى أن الأصل المنع حتى يقوم دليل الثبوت.

و بالجملة فإن الخصم يدعى أن تأخير الأجل مانع لعدم ثبوت التعدييه، و النوافل الشرعيه من نكاح أو بيع أو نحوها موقوفه على السماع من صاحب الشريعه و لم يوجد دليل على أن هذا منها، و بذلك يظهر ضعف تقويته لما اختاره مع طرحه الروايه.

الموضع الثانى من الموضوعين المذكورين: فيما لو أطلق يعنى شرط أجلا- مطلقا لم يعينه بكونه مفصولا أو موصولا، فالمشهور صحة العقد، و أنه يحمل على الاتصال لأنه المتبادر عرفا، و يؤيده أن أثر العقد يجب أن يترتب عليه حين وقوعه، إلا أن يمنع مانع كاشتراط التأخير أو نحوه، و المانع هنا منتف، و لأن المطلق يوجد فى ضمن المتصل فيحصل به البراءه، و ظاهر الخبر المذكور فى المسأله أيضا ذلك، فإن حكمه عليه السلام بنفى السبيل عليها مع عدم تسميه الشهر، بعد مضى الشهر المتصل بالعقد ظاهر فى ذلك، و به صرح الشيخ فى النهايه تبعا لظاهر الخبر فقال: و متى عقد عليها شهرا، و لم يذكر الشهر بعينه، و مضى عليه شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل. انتهى، و هو مبنى على حمل الإطلاق على الاتصال كما هو ظاهر.

و قال ابن إدريس: الصحيح ترك هذه الروايه لأن هذا أجل مجهول، إلا أن يقول شهرا من هذا الوقت فيصح لأنه معلوم، و رد بمنع المجهوليه، لما عرفت من شهاده العرف بالاتصال، و مثله ما لو أجله إلى الخميس أو إلى الربيع فإنه يحمل على الأقرب مؤيدا بما قدمنا ذكره، و الله العالم.

الرابع [جواز جعل الأجل العرد و العردين]

إشاره

قد دل الخبر الثامن على جواز جعل الأجل العرد و العردين، و هو على ما فى أكثر النسخ بالعين و الرأء المهملتين.

قال فى القاموس: العرد: الصلب الشديء المنتصب و الءكر المنءشر المنءصب، و هو هنا كناية عن المره و المرءين، و فى بعض نسخ التهذيب العوء بالواو، و لا- يبعء أن يكون ءصءيفا كما وقع ءءصريح بالمره أيضا فى الخبر ءاسع، و فى الخبر العاشر على عرد واءء أى مره واءءه، و الءى ذكره الأصءاب- رضوان الله عليهم- هو أنه إذا ءءققا على اشءراط المره و المرءين، فإما أن يقتصرأ على ذلك، أو يقيدا بزمان معين، بحيث يكون أءلا و ظرفا للءمل، أو يقيدا بزمان على أن يكون ظرفا خاصه، كره فى هذا اليوم من غير أن يجعلأ آخره منءهى الأءل، فهنا أقسام ءلاءه:

(أءءها) أن يقتصرأ على ذكر العءء مره أو مرءين أو أزيد

على وءه مضبوط من غير ءقيىء بزمان كما هو ظاهر الأخبار المءكوره، و قد اءءلف كلام الأصءاب فيه على قولين: أءءهما- و عليه الأ- كءر- البءلان لقولهم عليهم السلام فى جملة من الأخبار المءقءمه إلى أءل معلوم، و الأءل الواقع على هذا الوجه غير معلوم، إذ يمكن وقوع المره و المرءات فى الزمن الطويل و القصير، و ظاهر الأخبار ءلاءه المءقءم ذكرها هو الجواز سيما الخبر العاشر، و قوله فيه «إذا فرغ فليءول وءهه».

و الجمع بين الأخبار هنا لا يءلأ من الاشكال للمءهوليه فى هذه الصوره، و قد صرح بذلك فى الءءءء الءاءى عشر، فقال: مره مبهمه، إلا أنه ءكم فيه بالانءلاب إلى الءائم، و هو القول ءانى فى المسأله، و به صرح الشءخ فى النهايه و التهذيب و المءءق فى الشرائع اسءناءا إلى الخبر المءكور، و يأتى فيه البءء المءقءم، فإن الأصءاب قد رءوه بما ءقءم فى مسأله الإءلال بالأءل بالمره من عءم القصد إلى الءائم، بل ءوجه القصد إلى المءعه، فلا ينصرف إلى الءائم بل يبءل من أصله، و قد ءقءم الكلام معهم فى ذلك و يأتى بناء على ما ءققناه ءمه من عءم ءبوء هذه الضابطه ءى بنوا عليها، و طرءوا الأخبار لأءلها، بل ظاهر الأخبار يءفعها، و يرءها قوه ما ذهب إليه الشءخ.

و بالجمله فالمتأخرون القائلون بهذه الاصطلاح المحدث لهم أن يردوا هذه الأخبار كملا بضعف الاسناد، و بينوا على ما ذكره من القاعده المذكوره و نحوها و أما القائلون بالعمل بجميع الأخبار كما هي قاعده متقدمى علمائنا الأبرار و جمله من متأخرى المتأخرين كما هو الحق العلى المنار، فيشكل الحكم لاختلاف هذه الأخبار كما عرفت، و إن كان قول الشيخ فى النهايه لا يخلو من قرب.

و

(ثانيها) أن يشترط العدد فى زمان معين بحيث يكون الزمان أجلا مضبوطا

كيوم و شهر و لكن ذكر العدد شرطا زائدا على ذلك، و هذا مما لا إشكال فيه و لا ريب يعتريه، لاستجماع العقد لشرائط الصحه المتفق عليها، و ليس فيه زياده على غيره من العقود المذكوره فى الأخبار إلا- اشتراط الجماع مره أو مرات، و هو من الشروط السائغه فى هذا العقد، و عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط يشمله، و يظهر الفائدة فى عدم جواز الزيادة على المرات المشترطه، و لا تخرج عن الزوجيه إلا بانقضاء المده، و لا منافاه بين كونها زوجه و تحريم وطئها بعد تمام العدد المشترط، و يجوز الاستمتاع بها فى بقيه المده بغير الوطى، لأنها زوجه.

بقى الكلام فى أنها لو أذنت بالوطء بعد ذلك فهل يجوز أم لا-؟ قال فى المسالك: و فى جواز الوطى بإذنها وجه، لأن ذلك حقا، فإذا أذنت جاز مع كونها زوجته، و يحتمل المنع لأن العقد لم يتضمن سوى ذلك العدد، و لم يتشخص إلا بما ذكر.

أقول: لا يخفى عليك ضعف هذا الاحتمال، و أن الوجه إنما هو الأول، لما

رواه الصدوق (1) عن إسحاق بن عمار، و طريقه إليه صحيح، و هو مشترك بين الثقه و الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: رجل تزوج بجاريه عاتق على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس». و هى الدليل الحق

ص: ١٥٤

(ثالثها) أن يشترطه فى وقت معين بحيث يكون ظرفا له كالיום مثلا

، ولا مدخل له فى التأجيل، والمراد أن لا يقع خارج ذلك اليوم منه شىء، وتبين بانتهاء العدد المشروط، كما أنها تبين بانقضاء ذلك الوقت، وإن لم يفعل.

قال فى المسالك، وفى صحته قولان: أصحابهما البطلان لجهالة الأجل، إذ يحتمل الزيادة و النقصان حيث يكون مقيدا بانقضاء العدد.

و يظهر من الشيخ فى النهايه الصحه، حيث قال: إن ذكر المره و المرتين جاز إذا أسنده إلى يوم معلوم، فإن إسناده إلى اليوم أعم من جعله بمجموعه أجال أو جعل اليوم ظرفا كما ذكرناه.

و هذا هو الذى فهمه منه علامه فى المختلف، فإنه قال بعد نقله لكلامه بصحة ذلك و البطلان مع إبهام المره: و الحق البطلان فى الجميع، و علل البطلان بأنه ذكر أجال مجهولا، و يجىء على قول الشيخ بانعقاد الشرط بالعدد المبهم صحته دائما أن يصح هنا كذلك، لأن الأجل المجهول باطل، فيساوى غير المذكور، و جوابه الفرق و منع الأصل، انتهى.

الخامس [حكم التزويج بأخت المتمتع بها قبل انقضاء العده]

ظاهر قوله عليه السلام فى الخبر السابع كان طلاقها فى شرطها و لا عده لها عليك- و مثله فى الخبر الحادى عشر- «أنه يجوز للزوج التزويج بأخت زوجته المتمتع بها بعد انقضاء مدتها و إن كانت فى العده» (1) لأن المراد بأنه لا عده لها على الزوج أنه لا يلزمه الصبر إلى انقضاء عدتها ليحل له ما حرم عليه بتزويجها

ص: ١٥٥

١- ١) أقول: و بما ذكرناه من معنى الخبر صرح المحدث الكاشانى فى الوافى فقال: و لا عده لها عليك، أى ليس عليك أن تصبر الى انقضاء عدتها إذا أردت أن تنكح أختها بعد حلول الأجل، أو ابنه أختها أو ابنه أخيها، أو نحو ذلك من الأمور كما تكون تصبر فى عده الدائم، انتهى، و قيل: بأن المراد من العبارة المذكوره أن العده بمعنى العدد، أى لا يلزمك رعايه كونها من الأربع، و لا يخفى بعده. (منه- قدس سره-).

من نكاح الأخت، والخامسة، وابنه الأخت، وابنه الأخت، وهو موافق لما هو المشهور بين الأصحاب من جواز التزويج بهؤلاء المذكورين في عده المتعه، لأنها بائنه ليس للزوج عليها رجعه كالعده الرجعيه، إلا أن بعض الأخبار قد دلت على تحريم التزويج بالأخت في هذه العده، وهو مذهب الشيخ المفيد وجماعه تقدم ذكرهم، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسأله الثالثه من المقام الأول من المطلب الرابع في استيفاء العدد من الفصل الثاني فليراجع، والمسأله بسبب تأييد الأخبار السابقه الداله على الجواز بهذين الخبرين لا يخلو من الإشكال، إلا أن الاحتياط سيما في الفروج مطلوب، وهو في العمل بروايه التحريم، والله العالم.

الرابع [ذكر المهر]

إشاره

من الموارد المتقدم ذكرها في المهر: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب -رضى الله عنهم- في أن ذكر المهر شرط في صحه هذا العقد، فيبطل بفواته بخلاف الدائم، وعليه تدل النصوص المتقدمه في سابق هذا المورد كقوله عليه السلام في خبر الأول «لا يكون متعه إلا - بأمرين أجل مسمى و مهر مسمى» وفي الثاني «مهر معلوم إلى أجل معلوم» ونحوهما غيرهما، والفارق بينه وبين العقد الدائم في ذلك النصوص باشرطه هنا في صحه هذا العقد، وعدم الاشرط ثمه، وعلل أيضا زياده على ذلك، بأن الغرض الأصلي من نكاح المتعه هو الاستمتاع و إعفاف النفس، فاشتد شبهه بعقود المعاوضات بخلاف عقد الدوام، فإن الغرض الأصلي منه بقاء النسل و غيره من الأغراض المترتبه عليه التي لا تقصد من المتعه، فكان شبهه بالمعاوضات أقل، فمن ثم جاز تجريد العقد منه، ولم يكن ذكره شرطاً.

و لا يخفى ما فيه من تطرق المناقشه، إلا أن الأمر في ذلك سهل بعد دلالة النصوص على المراد.

و كيف كان ففي هذا المقام أحكام يجب التنبيه عليها لالغاء الضروره و الحاجه في أكثر الموارد إليها.

أحدها [اشرط كون المهر مملوكا معلوما]

قالوا: إنه يشترط في المهر أن يكون مملوكا معلوما بالكيل

أو الوزن أو المشاهده أو الوصف، و يتقدر بالمرضاه قل أو كثر، و هذا الكلام يتضمن أحكاما ثلاثة:

(أحدها) أن يكون مملوكا، و المراد به ما يشمل ما يصح تملكه كالخمر و الخنزير، و ما يختص تملكه بالعاقد، فلا يجوز العقد على مال مغصوب غير مملوك للعاقد، قالوا: فلو عقد على مال الغير لم يصح، لامتناع أن يملك البضع بمال غيره، و إن رضى المالك بعد ذلك، بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات، فإن الإجازة تؤثر في نقله إلى ملك المالك، و هنا لا يتصور ذلك.

أقول: لا يظهر لى وجه حسن فى الفرق بين الأمرين، بناء على ما يدعونه من صحة الفضولى، و أما بناء على ما هو المختار من بطلان الفضولى فلا إشكال.

و(ثانيها) العلم بمقداره، فإن كان مكيلا فبالكيل، و إن كان موزونا فبالوزن أو معدودا فبالعدد، قالوا: و تكفى المشاهده فى هذه الثلاثه عن الاعتبار بما ذكر كصبره الحنطه لاندفاع الغرر المطلوب دفعه فى هذه المعاوضه، و إن لم يندفع فى غيرها لأنها ليست معاوضه محضه بحيث تبنى على المغابنه و المكايسه، بل يعتبر رفع الغرر فى الجملة، لأن الركن الأظهر فيها الاستمتاع و لواحقه، و من ثم أطلق عليه اسم الصدقه و النحله.

أقول: قد عرفت ما فى البناء على أمثال هذه التعليلات فى تأسيس الأحكام الشرعيه من الاشكال، و لا يحضرنى الآن نص فى المسأله، و كيف كان فما ذكره من الاكتفاء بالمشاهده مخصوص بما إذا كان حاضرا، فلو كان غائبا اعتبر وصفه بما يرفع الجهاله فيبطل العقد بدونه، هكذا قالوا أيضا و قال السيد السند فى شرح النافع بعد ذكر نحو ما ذكرنا فيما قطع به الأصحاب: و للنظر فيه مجال، و الظاهر أنه إشاره إلى ما أشرنا إليه.

و(ثالثها) إنه لا تقدير له قله و كثره و إنما يتقدر بالمرضاه، و على ذلك تدل جملة من الأخبار.

منها ما رواه

الكلينى (١) عن الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن المهر ما هو؟ قال: ما تراضى عليه الناس.»

و عن زراره (٢) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«الصداق كل شىء تراضى الناس عليه قل أو كثر فى متعه أو تزويج غير متعه.»

و عن فضيل بن يسار (٣) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير فهذا الصداق.»

و عن أبى بصير (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أدنى مهر المتعه ما هو؟ قال:

كف من طعام، دقيق أو سويق أو تمر.»

و ما رواه

ابن بابويه (٥) فى الحسن عن محمد بن النعمان الأحول

«أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام قال: أدنى ما يتزوج به الرجل متعه؟ قال: كفين من بر.» و نقل عن ابن بابويه أنه قال: أدنى ما يجزى فى المتعه درهم فما فوقه.

و ربما كان مستنده ما رواه

أبو بصير (٦) قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن متعه النساء؟ فقال: حلال، و أنه يجزى فيه الدرهم فما فوقه.»

ص: ١٥٨

١-١) الكافى ج ٥ ص ٣٧٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ١.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٣ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٢ ح ٦.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٥ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٣.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٥.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ ح ٢ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٥٠، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٢.

٦-٦) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٥١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٠ ح ١.

و حمل الخبر جمعا بينه و بين ما عرفت من هذه الأخبار المتقدمه و نحوها على الأدنى فى العاده و إن كانت الأدنى منه جائزا شرعا.

و

ثانيتها [فى وجوب دفع المهر بالعقد]

قد صرح جملة من الأصحاب (١) بأنه يجب دفع المهر بالعقد، و استشكله آخرون.

أما (أولا) فبأن المهر أحد العوضين الذى لا يجب تسليمه إلا بتسليم العوض الآخر، فلا بد من تسليمها نفسها.

و (ثانيا) بما رواه

فى الكافى (٢) فى الصحيح عن عمر بن أبان عن عمر بن حنظله قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة شهرا فتريد منى المهر كملا و أتخوف أن تخلفنى، فقال: يجوز أن تحبس ما قدرت عليه، فإن هى أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك». و هى ظاهره كما ترى فى عدم وجوب دفعه إليها كملا.

و كيف كان فالمفهوم من الأخبار أنه لا يستقر ملكها للمهر إلا بالدخول و مضى المده، فلو لم تف له المده جاز له مقاصتها بالنسبه، و ظاهرهم أنه موضع وفاق.

و مما يدل على ذلك الروايه المذكوره، و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٣) فى الصحيح إلى عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: أتزوج المرأة شهرا فأحبس عنها شيئا؟ قال: نعم، خذ منها بقدر ما تخلفك، إن كان نصف شهر فالنصف، و إن كان ثلثا فالثلث».

و عن إسحاق بن عمار (٤) فى الموثق قال:

«قلت لأبى الحسن عليه السلام: الرجل

ص: ١٥٩

١- ١) منهم المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد و غيرهما. فى غيرهما. (منه - رحمه الله).

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٤٦٠ ح ١ و فيه «لا يجوز» الوسائل ج ١٤ ص ٤٨١ ح ١.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٤٦١ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٥٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨١ ح ٢.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨١ ح ٣.

يتزوج المرأه متعه بشرط أن تأتيه كل يوم حتى توفيه شرطه، أو يشترط أياما معلومه تأتيه فتغدر به فلا- تأتيه على ما شرط عليها، فهل يصلح أن يحاسبها على ما لم تأتيه من الأيام فيحبس عنها من مهرها بحساب ذلك؟ قال: نعم، فينظر ما قطعت من الشرط، فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ما خلا أيام الطمث فإنها لها، فلا يكون له إلا ما حل له فرجها».

و ما رواه

في الفقيه (1) عن صفوان بن يحيى عن عمر بن حنظله قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأه شهرا بشيء مسمى فتأتي بعض الشهر، ولا تفي ببعض؟ قال: تحبس عنها من صداقها بقدر ما أحبست عنك، إلا أيام حيضها فإنها لها».

أقول: ظاهر لفظ حبس بعض المهر في جمله من هذه الأخبار دال على ما قدمنا من عدم وجوب دفع المهر بمجرد العقد خلافا لما ذكروه، لأن حبسه عنها يقتضى بقاءه في ذمه الزوج و عدم دفعه لها، و بذلك يظهر ضعف ما تقدم نقله عنهم، و الله العالم.

و

ثالثها [في الأخبار الداله على أنه يصح لمن تمتع بامرأه أن يهبها جميع المده]

الظاهر لا خلاف بين الأصحاب في أنه لو وهب المتمتع زوجته المده بعد الدخول بها فإنه لا يسقط شيء من المهر لاقتضاء العقد وجوب الجميع و استقراره بالدخول، فسقوط شيء منه يتوقف على دليل، و ليس فليس، و سقوط بعض منه بالتوزيع كما تقدم لقيام دليل عليه- لا يقتضى ذلك في غيره بغير دليل، و إن كان قبل الدخول وجب نصف المهر، و سقط النصف الآخر.

و ينبغي أن يعلم أولا أن مذهب الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه يصح لمن تمتع بامرأه أن يهبها جميع المده و بعضها قبل الدخول و بعده، و على ذلك تدل جمله من الأخبار.

ص: ١٦٠

الصدوق (١) في الصحيح عن علي بن رئاب قال:

«كتبت إليه أسأله عن رجل تمتع بامرأه ثم وهب لها أيامها قبل أن يفضى إليها، أو وهب لها أيامها بعد ما أفضى إليها، هل له أن يرجع فيما وهب من ذلك؟ فوق عليه السلام:

لا يرجع».

و عن يونس بن عبد الرحمن (٢) قال:

«سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرأه متعه، فعلم بها أهلها، فزوجها من رجل في العلانية، وهي امرأه صدق، قال:

لا- تمكن زوجها من نفسها حتى تنقضى عدتها و شرطها، قلت: إنه كان شرطها سنه، و لا- يصبر زوجها، قال: فليتنق الله زوجها و ليتصدق عليها بما بقى» الحديث.

و رواه

في الكافي (٣) عن إسحاق بن عمار عن أبي الحسن موسى عليه السلام بأدنى تفاوت، و فيه

«فليتنق الله زوجها الأول و ليتصدق عليها بالأيام، فإنها قد ابتليت و الدار دار هده، و المؤمنون في تقيه» الحديث (٤).

و عن أبان بن تغلب (٥) قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعه فيتزوجها على شهر، ثم إنها تقع في قلبه فيجب أن يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيدا في أجرها و يزداد في الأيام قبل أن

ص: ١٦١

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٣ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٣ ب ٢٩ ح ١.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٦ ح ٢.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٣ ح ١.

٤- (٤) و تمامه «قلت: فإنه تصدق عليها في أيامها و أنقصت عدتها كيف تصنع؟ قال: إذا خلا الرجل بها فلنقل هي: يا هذا ان أهلى و ثبوا على فزوجوني منك بغير أمرى و لم يستأمروني و انى الان قد رضيت فاستأنف أنت الان فتزوجنى تزويجا صحيحا فيما بينى و بينك». (منه- قدس سره-).

٥- (٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٨ ح ٧٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ح ١.

تنقضى أيامه التى شرط عليها، فقال: لا يجوز شرطان فى شرط، قلت: كيف يصنع، قال: يتصدق عليها بما بقى من الأيام، ثم يستأنف شرطا جديداً».

و هذه الأخبار مع اتفاقها على ما ذكرناه من صحة الهبة بجميع المده و بعضها قبل الدخول و بعده مؤيده بظاهر اتفاق الأصحاب على الحكم المذكور، و بذلك يظهر ما فى كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك- حيث قال: و قد يشك فى جواز هذه الهبة من حيث تجدده شيئا فشيئا، فالثابت فى الذمه حال البراءة ليس هو الحق للتجدد- فإنه محض اجتهاد فى مقابله النصوص.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن ما قدمنا ذكره من أنه لو كان هبه المده قبل الدخول و جب لها نصف المهر و سقط النصف الآخر كما فى الطلاق قبل الدخول، الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بل ادعى عليه المحقق الشيخ على الإجماع.

و يدل عليه أيضا ما رواه

الشيخ فى التهذيب (1) بطريقتين أحدهما فى الموثق عن سماعه قال:

«سألته عن رجل تزويج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته فى حل من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم، إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه، فإن خلالها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق».

و التقريب فيها أنه لو لا أن الحكم تنصيف المهر فى الصورة المذكوره لكان الواجب أن لا ترد إليه شيئا أو ترد الجميع كما لا يخفى، و ظاهره فى المسالك التوقف فى الحكم، و منشأ المناقشه فى ثبوت الإجماع المدعى، و أن الروايه مقطوعه يعنى مضمره، و اعتمد فى وجوب تمام المهر على اقتضاء العقد، لقصور الدلاله على المسقط، و ظاهر السيد السند فى شرح النافع العمل بالروايه، و إن كانت ضعيفه لجبرها باتفاق الأصحاب لعدم ظهور المخالف، بل دعوى الإجماع كما عرفت، و كل منهما قد خالف نفسه فى غير موضع فيما ذكرناه هنا، و الوجه فيه ما قدمنا ذكره من أن أصحاب هذا الاصطلاح- لضيق الخناق- لا يقفون على ضابطه

ص: ١٦٢

يعتمدون عليها ولا قاعده يرجعون إليها، و الحق هو القول المشهور، فإنه بعد ورود الخبر به لا يعتريه قصور ولا فتور، وقد صرح غير واحد منهم كما تقدم قريبا بأن الإضرار غير مضر في الأخبار ولا موجب فيها لسقوط الاعتبار.

ثم إنه ينبغي أن يعلم أن ما ذكر من التنصيف في الهبة قبل الدخول مما لا إشكال فيه، إذا وقعت الهبة بجميع المده الباقية وقت الهبة كما هو ظاهر الخبر الذي هو مستند هذا الحكم، أما لو وهبها البعض خاصة قبل الدخول و قلنا بجوازه و انقضت المده و لم يدخل فالأظهر أنه لا يسقط من المهر شيء اقتصارا فيما خالف الأصل على مورد النص و الوفاق، قيل: و يحتمل السقوط لصدق التفرق قبل الدخول و رد بأنه ضعيف.

و الظاهر كما استظهره جملة من الأصحاب أن هذه الهبة في معنى الإبراء، فلا يتوقف على القبول، و قال في المسالك: يصح هبه المده جميعها.

و

رابعها [فيما لو تبين فساد عقد المتعه بأحد الوجوه الموجه لذلك]

إذا تبين فساد عقد المتعه بأحد الوجوه الموجه لذلك، كأن ظهر أن لها زوجا، أو أنها أخت زوجته، أو أمها أو نحو ذلك مما يوجب فسخ العقد فإن كان قبل الدخول فلا خلاف في أنه لا شيء لها من المهر، و إن أخذته استعاده منها، إنما الخلاف فيما إذا ظهر شيء من ذلك بعد الدخول، فللأصحاب فيه أقوال:

(أحدها) و هو مذهب الشيخين في المقنعه و النهايه أن لها ما أخذت و لا يلزمه أن يعطيها ما بقى، و لم يفصلا بين كونها عالمه أو جاهله، و استدل عليه الشيخ في التهذيب (1) بما رواه

في الحسن عن حفص بن البختری عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا بقى عليه شيء من المهر و علم أن لها زوجا فما أخذته فلها بما استحلت من فرجها و يحبس عنها ما بقى عنده».

ص: ١٦٣

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦١ ح ٥٤ الوسائل ج ١٤، ص ٤٨٢ ح ١.

في الكافي (١) عن علي بن أحمد بن أشيم قال:

« كتب إليه الريان بن شبيب-يعنى أبا الحسن عليه السلام:-الرجل يتزوج المرأة متعه بمهر إلى أجل معلوم و أعطاه بعض مهرها و آخرته بالباقي ثم دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيه باقي مهرها إنما زوجته نفسها و لها زوج مقيم معها، أ يجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب عليه السلام: لا يعطيها شيئاً لأنها عصت الله عز و جل».

و الرواية الاولى و إن دلت بإطلاقها على عدم الفرق بين العالمه بالزوج و الجاهله بأن تعتقد خلوها من الزوج بطلاق أو موت ثم يظهر خلافه، إلا أنه يجب حملها على الجاهله بقريته قوله عليه السلام في الخبر «فما أخذته فلها بما استحل من فرجها» حيث إنه مع فرض كونها عالمه تكون بغيا و لا مهر لبغي، فكيف يكون ما أخذت ملكا لها بما استحل من فرجها!! و يؤيده قوله عليه السلام في الرواية الثانيه المشتمله على العالمه «لا تعطها شيئاً فإنها عصت الله تعالى»، و ظاهره جواز استرجاع ما أخذته، و لكن لما كان سؤال السائل إنما هو عن جواز حبس الباقي و عدمه أجابه بما ذكر في الخبر، فكأنه عليه السلام فهم منه الاعراض عما دفعه لها و عدم إرادته، و إلا- فإنه يستحق المطالبه به، لما عرفت من أنها بغى، فلا- يستحق شيئاً. و الظاهر أيضا حمل كلام الشيخين على ذلك، و لا يحضرني الآن صورته كلاميهما فإن كان وفق عبارته الخبر فالقريته فيه ظاهره أيضا.

و بالجملة فما ذكرناه هو الأوفق بالأصول و القواعد، و قد عرفت أن الرواية لا تأباه إلا ان في ذلك إشكالا سيأتي التنبيه عليه.

بقي الكلام فيما لو لم يدفع إليها شيئاً بالكلية، أو دفع الجميع، فإن الرواية لا دلالة فيها على حكم شيء من هذين الفردين، و مقتضى القواعد في هذا الباب أنها إن كانت عالمه فإنه يسترجع ما دفع و يمنعها من الجميع إن لم يدفع،

ص: ١٦٤

و إن كانت جاهله فإنه يكون نكاح شبهه يرجع فيه إلى مهر المثل، لكن هل يقسط على المده كما إذا أخلفته و لم تف له بتمام المده أو تستحق الجميع؟ إشكال، و لعل الأول أقرب و الله العالم.

و(ثانيها) أنها إن كانت عالمه فلا شيء لها مطلقاً لأنها بغى، و لا مهر لبغى، و إن كانت جاهله فلها مجموع المسمى، فإن قبضته و إلا أكمل لها، و اختاره المحقق فى الشرائع و جماعه، و أورد عليه بالنسبه إلى صوره الجهل، بأن المسمى إنما يلزم بالعقد الصحيح لا الفاسد، و العقد هنا فاسد، و مجرد التراضى بالعقد لا يقتضى لزومه.

و(ثالثها) أنه لا شيء لها مع العلم مطلقاً، و مع الجهل فلها مهر المثل مطلقاً لأن ذلك هو عوض البضع فى وطئ الشبهه، و الواقع هنا كذلك، و هذا هو مختار المحقق فى النافع و شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، قال السيد السند فى شرح النافع: هو جيد مع إطراح الروايه.

أقول: لا ريب أن مقتضى القواعد بالنسبه إلى صوره الجهل هو وجوب مهر المثل مطلقاً، و الروايه و لو على تقدير ما حملناها عليه من التخصيص بالجاهله قد تضمنت حبس الباقي من المهر، و القول الثالث إنما يتم بطرحها، إلا أنه يمكن أن يقال بتخصيص القاعده المذكوره بهذه الروايه، و يجب الوقوف فيها على مورد النص من عقد المتعه إذا ظهر أن لها زوجاً بعد أن أخذت بعضاً من المهر و بقى بعض.

و هل المراد بمهر المثل مهر أمثالها بحسب حالها لتلك المده التى سلمت نفسها فيها متعه أو مهر المثل للنكاح الدائم، لأن ذلك هو قيمه البضع عند وطئ الشبهه من غير اعتبار العقد المخصوص أو غيره؟ قولان: استظهر فى شرح النافع الأول و نفى البعد فى المسالك عن الثانى لما ذكرناه من التعليل، و سيجىء الكلام فى ذلك و المسأله محل إشكال.

و(رابعها) أنه لا شيء لها مع العلم، و مع الجهل يلزمه أقل الأمرين من المسمى و مهر المثل، لأن مهر المثل إن كان أقل فهو عوض البضع حيث تبين بطلان العقد، و إن كان المسمى هو الأقل فقد قدمت على أن لا يستحق غيره.

و أورد عليه بأنه يشكل بأن المسمى إنما رضيت به على وجه مخصوص و هو كونها زوجها، فلا يلزم الرضاء به على تقدير فساد العقد، ثم إنه على تقدير صحه القول المذكور فلو كان فى أثناء المده فالمعتبر الأقل من قسطها من المسمى و مهر المثل بأحد الاختيارين.

قال فى المسالك: و لا بأس بهذا القول لو قال به أحد يعتد به من الفقهاء بحيث لا يخرق الإجماع إن اعتبر فى الأقوال الحادثه مثل هذا كما هو المشهور.

و اعترضه سبطه فى شرح النافع فقال بعد نقل ذلك عنه: أقول: إن إحداث القول فى المسأله إنما يمنع منه إذا كان قد انعقد الإجماع البسيط أو المركب على خلافه لاقتضائه الخروج عن قول الامام عليه السلام لدخول قوله عليه السلام فى أقوال المجمعين كما هو المقدر، هذا إنما يتحقق إذا نقل الإجماع فى المسأله، أما إذا وجد فيها منا قول أو أقوال و لم ينقل عليها إجماع و لا ظهر المخالف فإن ذلك لا يكون إجماعاً و لا يقتضى المنع من إحداث قول مخالف له، و إن لم يعلم وجود قائل به.

هذا كله بعد تسليم كون الإجماع المنقول فى كتب الأصحاب هو الإجماع الذى علم فيه دخول قول المعصوم عليه السلام فى أقوال المجمعين، و من تتبع كلام الأصحاب و ما وقع لهم فى نقل الإجماع من الاختلاف و الاضطراب خصوصاً ما وقع فى كلام الشيخ و المرتضى من دعوى كل منهما الإجماع على نقيض ما ادعى عليه الآخر فى عدّه مسائل، و دعوى الشيخ فى الخلاف الإجماع فى مسائل كثيره و إفتائه بخلاف ذلك فى مواضع آخر علم أنهم لا يريدون بالإجماع ذلك المعنى، و إنما يريدون به المشهور بين الطائفه أو غير ذلك مما لم تثبت حجيته و الله العالم، انتهى و هو جيد.

أقول: لا يخفى على من تتبع كلام شيخنا الشهيد الثانى -رحمه الله- فى

المسالك ما وقع من الاضطراب فى هذا المقام، و قد قدمنا عنه فى كتاب الوصايا فى مسأله ما لو أوصى له بأبيه فقبل الوصيه ما هو ظاهر بل صريح فى إبطال هذا الكلام و أنه من أضعف الأوهام.

فإنه قال: و لا يقدح دعواه الإجماع فى فتوى العلامه بخلافه، لأن الحق أن إجماع أصحابنا إنما يكون حجه مع تحقق دخول قول المعصوم عليه السلام فى جملة أقوالهم، فإن حججه إنما هى باعتبار قوله عندهم، و دخول قوله فى أقوالهم فى مثل هذه المسأله النظرية غير معلوم، و قد نبه المصنف فى أوائل المعبر على ذلك فقال: إن حجه الإجماع لا تتحقق إلا مع العلم القطعى بدخول قول المعصوم عليه السلام فى قول المجمعين، و نهى عن الاغترار بمن يتحكم و يدعى خلاف ذلك، و هذا عند الإنصاف عين الحق، فإن إدخال قول شخص غائب لا يعرف قوله فى قول جماعه معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم تحكم بارد، و بهذا يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين فى كثير من المسائل التى ادعوا فيها الإجماع إذا قام عنده الدليل على ما يقتضى خلافهم، و قد اتفق ذلك لهم كثيرا، لكن زله المتقدم مسامحه عند الناس دون المتأخر. انتهى، و هو جيد يستحق أن يكتب بالنور على وجنات الحور.

المقام الثانى فى الأحكام و اللوائح التابعه للمقام:

إشاره

و فيه مسائل

الأولى [صححه الاشتراط فى العقود بما لا يخالف الكتاب و السنه]:

لا- ريب و لا- إشكال فى صححه الاشتراط فى العقود بما لا يخالف الكتاب و السنه، و وجوب الوفاء به لعموم الأخبار الداله على وجوب الوفاء بها، و المفهوم فى كلام أكثر الأصحاب أن الشرط إنما يعتد به و يجب الوفاء إذا وقع بين الإيجاب و القبول ليكون من جملة العقد اللازم، فلو قدمه على العقد أو أخره عنه لم يقع معتدا به، لأنه و الحال هذه لا يكون محسوبا من العقد.

و قال الشيخ فى النهايه: كل شرط يشترط الرجل على المرأه يكون له

ص: ١٦٧

تأثير بعد ذكر العقد، فإن ذكر الشروط و ذكر بعدها العقد كانت الشروط التي قدم ذكرها باطله لا تأثير لها، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما شرط.

و أنكر ابن إدريس ذلك و خص اللزوم بما اشتمل عليه العقد، و عليه كافة المتأخرين، و ربما قيل بأن ما دل على الوفاء بالشرط كما يشمل الشرط الذي في العقد يشمل ما تقدم و ما تأخر عنه أيضا، إلا أن يدعى منع صدق اسم الشرط على غير ما لم يذكر في العقد.

و الذي وقفت من الأخبار في هذا المقام ما رواه

في الكافي و التهذيب (١) عن محمد ابن مسلم في الموثق قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعه إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا، و إنما الشرط بعد النكاح».

و عن ابن بكير (٢) في الموثق أو الحسن قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز» الحديث.

و ما رواه

في الكافي (٣) عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ» (٤) فقال: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز و ما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها و بشيء يعطيها فترضى به».

و عن ابن بكير في الموثق (٥) قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا اشترطت على

ص: ١٦٨

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٩ ح ٤.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٨ ح ٢.

٣- ٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٩ ح ٣.

٤- ٤) سورة النساء- آية ٢٤.

٥- ٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٨ ح ١.

المرأه شروط المتعه فرضيت به و أوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فإن أجازته فقد جاز، و إن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح».

و قال الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (١) بعد أن ذكر أن وجوه النكاح الذى أمر الله جل و عز بها أربعة أوجه إلى أن قال:

«و الوجه الثانى نكاح بغير شهود و لا- ميراث و هو نكاح المتعه بشروطها، و هى أن تسأل المرأه فارغه هى أم مشغوله بزواج أو بعده أو بحمل، و إذا كانت خاليه من ذلك قال لها: و تمتعيني نفسك على كتاب الله و سنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نكاح غير سفاح كذا و كذا بكذا و كذا، و بين المهر و الأجل على أن لا ترثيني و لا أرثك، و على أن الماء أضعه حيث أشاء، و على أن الأجل إذا انقضى كان عليك عده خمسه و أربعين يوما، فإذا أتممت قلت لها:

متعيني نفسك، و تعيد جميع الشروط عليها، لأن القول الأول خطبه، و كل شرط قبل النكاح فاسد، و إنما ينعقد الأمر بالقول الثانى، فإذا قالت فى الثانى: نعم دفع إليها المهر أو ما حضر منه، و كان ما بقى دينا عليك، و قد حل لك وطؤها». انتهى.

و نقل شيخنا المجلسى فى كتاب البحار (٢) عن خبر المفضل الوارد فى الغيبه قال:

«و فيه قال المفضل للصادق عليه السلام: يا مولاي فالمتعه؟ قال: المتعه حلال طلق، و الشاهد فيها قول الله عز و جل، ثم ساق كلاما طويلا إلى أن قال: قال المفضل:

يا مولاي فما شرائط المتعه؟ قال: يا مفضل لها سبعون شرطا من خالف منها شرطا واحدا ظلم نفسه، قال: قلت: يا سيدى قد أمرتمونا أن لا نتمتع ببغيه و لا مشهوره بفساد و لا مجنونه، و أن ندعو المتعه إلى الفاحشه فإن أجابت فقد حرم الاستمتاع بها، و أن نسأل أ فارغه أم مشغوله ببعل أو حمل أو عده، فإن شغلت بواحد من الثلاث فلا تحل، و إن خلت فيقول لها: متعيني نفسك على كتاب الله عز و جل

ص: ١٦٩

١- ١) فقه الرضا ص ٢٣٢، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ١٤ ح ٢.

٢- ٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠١ ح ١١، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩٢ ب ٣٢ ح ١.

و سنه نبيه صلى الله عليه و آله نكاحا غير سفاح، أجلا معلوما بأجره معلومه-و هي ساعه أو يوم أو يومان أو شهر أو سنه أو ما دون ذلك أو أكثر،و الأجره ما تراضيا عليه من حلقه خاتم أو شسع نعل أو شق تمره إلى فوق ذلك من الدراهم و الدنانير أو عرض ترضى به-على أن لا- ترثيني و لا- أرثك،و على أن الماء لى أضعه منك حيث أشاء،و عليك الاستبراء خمسه و أربعين يوما أو محيضا واحدا،فإذا قالت،نعم أعدت القول ثانيه و عقدت النكاح،فإن أحببت و أحببت هي الاستزاده فى الأجل زدتما»الحديث.

أقول:هذه الأخبار قد اتفقت على بطلان الشرط المتقدم قبل العقد، و الأصحاب قد فهموا من كلام الشيخ أن ذكر الشروط فى أثناء العقد لا تلزم إلا أن تعاد بعده،و هو ظاهر أكثر الأخبار المتقدمه،إلا أنهم حملوا لفظ النكاح-فى قوله عليه السلام:و ما كان بعد النكاح فهو جائز-على الإيجاب،و أنه عليه السلام سماه نكاحا مجازا،و على ذلك أيضا حملوا عبارته الشيخ.

و أنت إذا تأملت فى كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى و كذا حديث المفضل ظهر لك صحه ذلك،فإن ظاهر الخبرين المذكورين هو ذكر الشروط مرتين (أما) المره الأولى فهى للاعلام بها،و استعمال رضا المرأه بذلك و عدمه،و(أما)الثانيه فهى للعقد الذى يستبيح نكاحها كما هو صريح عبارته كتاب الفقه الرضوى،و كذا حديث المفضل حيث قال:فإذا قالت:نعم أعدت القول ثانيه و عقدت النكاح،و هما ظاهران فى أن عقد النكاح إنما هو بالقول الثانى،و حينئذ فيحمل قولهم عليهم السلام فى تلك الأخبار المجمله و ما كان بعد النكاح،يعنى بعد الإيجاب بقولها أنكحتك نفسى،أو خطابه لها فى المره الثانيه بقوله أ تمتعيني نفسك،و نحو ذلك من ألفاظ الإيجاب.

و بالجملة فإنه متى حكم على إجمال تلك الأخبار بهذين الخبرين،فإنه يرتفع بذلك الخلاف من البين،و الله العالم.

الثانيه [إلحاق الولد بالمتمتع بها و إن عزل]

إشاره

قد صرحوا بأنه يجوز للممتع العزل و إن لم ترض،و أن الولد

يلحق به و إن عزل، و أنه لو نفاه عن نفسه انتفى و لم يفتقر إلى لعان، و هذا الكلام يتضمن أحكاما ثلاثة:

الأول: إنه يجوز للمتمتع العزل و إن لم تأذن، و قد نقل غير واحد من الأصحاب أنه موضع وفاق، و يؤيده ما تقدم في الفائدة الحادية عشر من الفوائد المتقدمة من أن الأظهر الأشهر جواز العزل عن الحره على كراهيه.

و يؤيده أيضا أن الوطى لا يجب لهن إجماعا، لأن الغرض الأصلي منهن الاستمتاع دون النسل، و قوله عليه السلام في روايه ابن أبي عمير (١) المرسله:

الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء، إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره و شدد في إنكار الولد، و بالجمله فالحكم مما لا خلاف و لا إشكال.

الثاني: إن الولد يلحق به و إن عزل، و هذا الحكم لا يختص بالمتع بل يجرى في كل وطئ صحيح، و الوجه فيه بعد النص الدال على أن «الولد للفراس» (٢).

و خصوص روايه ابن أبي عمير المتقدمه جواز سبق المنى من حيث لا يشعر، و يعضد ذلك إطلاق

صحيحه محمد بن مسلم (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعه قال:

«قلت: أ رأيت إن حملت؟ قال: هو ولده». فإن ترك الاستفصال دليل على العموم في المقال.

و في صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع (٤) قال:

«سأل رجل الرضا عليه السلام عن

ص: ١٧١

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٩ ح ٥.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٣٤٦ ح ٢٦، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٦ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ح ١ و فيه «جبلت».

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ح ٢.

الرجل يتزوج المرأة متعه، و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها فتأتى بعد ذلك بولد فينكر الولد، فشدد في ذلك، فقال: يجحد، و كيف يجحد إعظاما لذلك، قال الرجل:

فإن اتهمها؟ قال: لا- ينبغي لك أن تتزوج إلا مأومنه». قوله «و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها» كناية عن العزل بمعنى أنه يشترط عليها العزل، و هو ظاهر في أنه ليس له بعد الوطى نفى الولد و إن عزل، و لا بمجرد التهمه، بل لا بد من العلم بانتفائه.

و في روايه الفتح بن يزيد (١) قال:

«سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الشروط في المتعه، فقال: الشروط فيها بكذا و كذا إلى كذا و كذا، فإن قالت نعم فذاك له جائز، و لا تقول كما أنهى إلى أن أهل العراق يقولون: الماء مائى و الأرض لك و لست أسقى أرضك الماء، و إن نبت هناك نبت فهو لصاحب الأرض، فإن شرطين في شرط فاسد: فإن رزقت ولدا قبله، و الأمر واضح، فمن شاء التلبيس على نفسه لبس».

قيل: المراد بالشرطين هما الإفضاء إليها و عدم قبول الولد: و إنما فسدا لتنافيهما شرعا، و قيل: المراد بأحد الشرطين شرط الله لقبول الولد، و الآخر شرط الرجل لنفسه، و الظاهر أن الأول أقرب، لأن ذلك هو الذى اشتمل عليه العقد.

و كيف كان فالخبر دال على أنه متى جامعها فإن عزل فإنه يجب عليه قبول الولد متى رزقها الله تعالى إياه، و لا يجوز له نفيه بأن يلحقه بالأم، و هو المشار إليه بقوله «و إن نبت هناك نبت فهو لصاحب الأرض» فإن المراد بالنبت الولد.

الثالث: إنه لو نفاه عن نفسه، فإنه ينتفى ظاهرا، و لا يتوقف على اللعان، قال في المسالك: و هو موضع وفاق.

ص: ١٧٢

أقول: و يدل على ذلك ما رواه

في الكافي (١) في الصحيح عن ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها».

و ما رواه

في التهذيب (٢) عن ابن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

« لا يلاعن الحر الأمه، و لا الذميه، و لا التي يتمتع بها».

و التقريب فيها أن مقتضى سقوط اللعان مطلقا انتفاء الولد بغير لعان، و إلا لا نسد باب نفيه، و لزم كونه أقوى من ولد الزوجه الدائم و هو معلوم البطلان.

فإن قيل: إن مقتضى ما تقدم من الأخبار هو أن الولد يلحق به و إنه لا يجوز له نفيه إلا أن يعلم بانتفائه، و مقتضى ما ذكر هنا أنه لو نفاه عن نفسه انتفى قلنا: ما ذكر هنا مبني على الظاهر كما أشير إليه آنفا، و مبني ما ذكر سابقا على ما بينه و بين الله عز و جل، فهو و إن قبل قوله ظاهرا في انتفائه إلا أنه لا يجوز له فيما بينه و بين الله عز و جل إلا مع العلم بانتفائه، لا بمجرد العزل و لا التهمه، إلا أن لقائل أن يقول: إن ما دل عليه الخبران المذكوران من أنه لا يلاعن الرجل المرأة المتمتع بها لا تصريح فيه بكون اللعان لنفى الولد، فيجوز أن يكون نفى اللعان إنما هو بالنسبه إلى القذف، فإنه أحد موضعي اللعان.

و حينئذ فلا- دليل على الحكم المذكور، إلا ما يدعونه من الاتفاق إن ثبت، فلو قيل بعد انتفائه بنفيه- للأخبار الأوله الداله على وجوب قبوله للولد، و أنه لا يجوز نفيه لعدم التعويل على مثل هذه الإجماعات- لكان في غايه القوه إلا أن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل، و موافقتهم من غير دليل واضح أشكل.

تنبيه

قد طعن شيخنا الشهيد في صحيحه ابن سنان المذكوره هنا، بأن ابن سنان

ص: ١٧٣

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٧، التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٥ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ح ٤.

مشترك بين عبد الله و هو ثقه،و محمد و هو ضعيف،و الاشتراك يمنع الوصف بالصحه.

و اعترضه سبطه فى شرح النافع بأن ابن سنان الذى يروى عن أبى عبد الله عليه السلام،هو عبد الله الثقه الجليل قطعاً،لأن محمد لم يرو عن الصادق عليه السلام أصلاً،و إنما يروى عن أصحابه،و قد روى محمد عن عبد الله،و ذلك معلوم من كتب الرجال، انتهى.

أقول:ما ذكره جيد بالنسبه إلى محمد بن سنان الزاهرى الضعيف،إلا أنه يبقى احتمال محمد بن سنان أخى عبد الله بن سنان،فإنه قد نقلت روايته عن الصادق عليه السلام فى مواضع من كتاب طب الأئمه عليهم السلام،و يمكن أن يقال:إنه و إن كان كذلك إلا أن الغالب المتكرر روايته هو عبد الله دون أخيه محمد،و الحمل على الغالب أقوى دون الشاذ النادر.

الثالثه [عدم وقوع الطلاق بالمتعه]

لا خلاف نسا و فتوى فى أن المتعه لا يقع بها طلاق،بل تبين بانقضاء المده،و قد تقدمت جمله من الأخبار داله على ذلك.

و قد عرفت أنه لا يقع بها لعان لنفى الولد اتفاقاً،إلا أنك قد عرفت ما فيه،و أما اللعان للذف فالمشهور أنه لا يقع بها كما هو ظاهر الصحيحين المتقدمين.

و نقل عن الشيخ المفيد و السيد المرتضى أنه يقع بها،لأنها زوجته فتدخل فى عموم «و الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ» (١) و أجيب عنه بأن عموم القرآن مخصص بالسنة و إن كانت آحاداً كما هو الأشهر الأظهر،و المشهور أيضاً أنه لا يقع بها إيلاء لقوله عز و جل فى قصه الإيلاء «وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ» (٢) الدال على قبول المولى منها الطلاق،و المتعه ليست كذلك،و لأن من لوازم الإيلاء المطالبه بالوطء و هو منتف فيها،و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم.

و نقل عن المرتضى-رضى الله تعالى عنه-وقوع الإيلاء بها لعموم قوله

ص: ١٧٤

١-١) سورة المؤمنون-آيه ٥.

٢-٢) سورة البقره-آيه ٢٢٧.

تعالى «لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ» (١) فإنه جمع مضاف و هو من صيغ العموم.

و أجيب عنه بأنه مخصوص بقوله تعالى «وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ» فإن عود الضمير إلى بعض أفراد العام يخصصه.

قال في المسالك: وفيه نظر و المسألة موضع خلاف بين الأصوليين، و قد ذهب جماعة من المحققين إلى أنه لا يخصص.

أقول: و المسألة لعدم النص الظاهر لا تخلو من توقف و إن كان القول المشهور لا يخلو من قرب.

و هل يقع بها ظهار أم لا؟ قولان: المشهور الأول، لأن المتمتع بها زوجته، فتدخل في العمومات المتضمنه لظهار الزوجه و ذهب جماعة منهم ابن بابويه و ابن إدريس إلى الثاني، لأصالة بقاء الحل، و لأن المظاهر يلزم بالفئه أو الطلاق و لا طلاق في المتعه و لا يجب الوطى، فيلزم بالفئه، مع أن إيجابها وحدها لا دليل، و إقامه هبه المده مقام الطلاق قياس، و لأن أمره بأحد الأمرين موقوف على المرافقه المتوقفه على وجوب الوطى.

قال في المسالك مشيرا إلى الجواب عن ذلك قوله «و لأن المظاهر يلزم بالفئه أو الطلاق.» إلى آخره: و الإلزام بأحد الأمرين لا يوجب التخصيص، فجاز اختصاصه بمن يمكن معه أحد الأمرين و هو الدائم، و هكذا الموافقه، و يبقى أثر الظهار باقيا في غيره كوجوب اعتزالها، و هذا هو هو الأقوى، انتهى.

أقول: و المسألة أيضا محل توقف، لعدم الدليل الواضح، و بالتردد في المسألة أيضا صرح السيد السند في شرح النافع و هو في محله.

الرابعه [في اختلاف الأصحاب في ثبوت التوارث بعقد المتعه]

اختلف الأصحاب في ثبوت التوارث بهذا العقد على أقوال:

(أحدهما) إنه يقتضى التوارث كالدائم حتى لو شرطا سقوطه بطل الشرط، كما لو شرطا عدمه في النكاح الدائم، و يعبر عنه بأن المقتضى للإرث هو العقد

ص: ١٧٥

لا بشرط شىء، وهذا القول لابن البراج، استند فيه إلى عموم الآية الداله على توريث الزوجه (١)، وهذه زوجه، فترث كسائر الزوجات، ويدل على كونها زوجه آيه «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» (٢) وملك اليمين منتف عنها قطعاً، فلو لم تثبت كونها زوجه لزم تحريمها، وعدم حلها كما تدعيه العامه من الآية.

و فى هذا القول طرح للأخبار بجملتها، ولعله إما بناء من قائله على أنها قد تعارضت فتساقطت، أو كونها خبر واحد لا يخصص عموم القرآن، أو الطعن فى السند بالضعف، إلا أن الثالث بعيد، لتفرعه على هذا الاصطلاح المحدث، وهو غير معمول عليه عند أمثال هذا القائل من المتقدمين.

قيل: ولقد كان هذا القول بالسيد المرتضى أنسب، وبأصول أليق، لكنه -رحمه الله- عدل عنه لما ظنه من الإجماع على خلافه.

و(ثانيها) عكس القول المذكور، وهو أنه لا توارث فيه من الجانبين، سواء شرطاً التوارث أو عدمه، أو لم يشترط شيئاً منهما، ذهب إليه أبو الصلاح و ابن إدريس و العلامة فى أحد قوليه، و ابنه فخر المحققين، و المحقق الشيخ على، و الظاهر أنه مذهب أكثر المتأخرين، تمسكاً بأصالة العدم، لأن الإرث حكم شرعى يتوقف ثبوته على الدليل، و مطلق الزوجيه لا يقتضى استحقاق الإرث، لأن من الزوجات من ترث، و منهن من لا ترث، و الروايه سعيد بن يسار (٣) الآتيه إن شاء الله تعالى - و نحوها روايه عبد الله بن عمر (٤) الآتيه أيضاً إن شاء الله تعالى

ص: ١٧٦

١-١) سورة النساء-آيه ١٢.

٢-٢) سورة المؤمنون-آيه ٦.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٧.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٨، و فيهما «عبد الله بن عمرو».

بالتقريب الآتي ذيلهما.

و(ثالثها) إن أصل العقد لا يقتضى التوارث بل اشتراطه، فإذا شرط ثبت تبعا للشرط، أما عدم اقتضائه الإرث بدون الشرط فلأدله المتقدمه، و أما ثبوته مع الشرط فلعموم

«المسلمون عند شروطهم» (١). اختاره الشيخ و أتباعه إلا القاضى ابن البراج، و به قطع المحقق و الشهيدان، و ستأتى الأخبار الداله عليه إن شاء الله تعالى.

و(رابعها) عكسه، و هو أنهما يتوارثان ما لم يشترط سقوطه، فيكون المقتضى للإرث هو العقد بشرط لا شىء، و لو اشترط ثبوته كان اشتراطا لما يقتضيه العقد، و إلى هذا القول ذهب المرتضى و ابن أبى عقيل، أما ثبوت التوارث مع انتفاء شرط السقوط، فلعموم الآيه (٢)، و أما السقوط مع الشرط، فلعموم «المؤمنون عند شروطهم» و قد استدل عليه أيضا بموثقه محمد بن مسلم (٣) الآتيه إن شاء الله تعالى.

و الواجب نقل ما وصل إلينا من روايات المسأله، ثم الكلام فيها بما وفق الله سبحانه فهمه منها.

الأول: ما رواه

فى الكافى (٤) عن أحمد بن محمد بن أبى نصر فى الصحيح أو الحسن عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال:

«تزوج المتعه نكاح بميراث، و نكاح بغير ميراث، إن اشترطت كان، و إن لم يشترط لم يكن».

و رواه الحميرى فى قرب الاسناد (٥) عن أحمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن أبى نصر، قال فى الكافى بعد نقل الخبر المزبور:

و روى أيضا

«ليس بينهما ميراث

ص: ١٧٧

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٨٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٩.

٢- (٢) سورة النساء- آيه ١٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٤.

٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٤٦٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٥ ح ١.

٥- (٥) قرب الاسناد ص ١٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٥ ح ١.

اشترط أو لم يشترط».

الثانى: ما رواه

فى الكافى (١) أيضا فى الموثق عن محمد بن مسلم قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول فى الرجل يتزوج المرأة متعه: إنهما يتوارثان ما لم يشترطا، و إنما الشرط بعد النكاح».

و رواه

الحسين بن سعيد فى كتابه عن صفوان بن يحيى بن بكير عن محمد بن مسلم (٢) قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:..» الحديث.

و رواه ابن إدريس فى مستطرفات السرائر نقلا من كتاب عبد الله بن بكير،

و حمله الشيخ على أنهما يتوارثان إذا لم يشترطا الأجل، و أيده بما تقدم فى روايه أبان بن تغلب (٣) إن لم يشترط كان تزويج مقام.

الثالث:

من الكتاب المذكور عن أبى عمير (٤) فى الصحيح أو الحسن عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث فى المتعه قال:

«فإن أحدث به حدث لم يكن لها ميراث».

الرابع: ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام: كم المهر؟ يعنى فى المتعه، فقال: ما تراضيا عليه- إلى أن قال: -و إن اشترطا الميراث فهما على شرطهما».

و رواه

الحسين بن سعيد فى كتابه عن النضر عن عاصم عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام» الحديث إلى آخره.

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٢.
- ١-٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٥ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٢.
- ١-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١.
- ١-٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٣.
- ١-٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٦ وفيه «و ان اشترطت»، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٥.

الخامس: ما رواه أيضا

عن عمر بن حنظله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعه قال:

«و ليس بينهما ميراث».

السادس: و بإسناده

عن سعيد بن يسار (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

« سألت عن الرجل يتزوج المرأة متعه و لم يشترط الميراث؟ قال: ليس بينهما ميراث، اشترط أو لم يشترط» (٣).

و حمله الشيخ على اشتراط سقوط الميراث و قال: و إنما يحتاج ثبوته إلى شرط، لا- ارتفاعه، و أيده في الوافي بأنه لما كان المتعارف اشتراطه في هذا العقد نفى التوارث لا إثباته، كما مضى في عده أخبار حمل قوله «اشترط أو لم يشترط» على ذلك.

السابع: ما رواه أيضا

عن عبد الله بن عمر (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه، فقال: حلال من الله و رسوله، قلت: فما حدها؟ قال: من حدودها أن لا- ترثها و لا ترثك» الحديث.

الثامن: ما رواه

في الفقيه عن موسى بن بكير عن زراره (٤) عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال:

«و لا ميراث بينهما في المتعه إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل».

و رواه الحسين بن سعيد في كتابه عن النضر عن موسى بن بكير عن زراره (٥) عن أبي جعفر عليه السلام.

ص: ١٧٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٧٠ ح ٨٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٦.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٧.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٨ و فيهما «عبد الله بن عمرو».

٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ١٠.

٥- (٥) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٦ ح ٢٣، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩١ ب ٢٤ ح ١.

الرضا عليه السلام في كتابه الفقه الرضوي (١) حيث قال:

اعلم أن وجوه النكاح الذي أمر الله عز وجل بها أربعة أوجه منها نكاح بميراث، وهو بولي وشاهدين ومهر معلوم -إلى أن قال: -و الوجه الثاني نكاح بغير شهود ولا ميراث، وهي نكاح المتعه بشروطها. إلى آخر عبارته المتقدمه في المسأله الأولى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مما يدل على القول الثاني الروايه السادسه والسابعه، والتقريب في الثانيه منهما أنه عليه السلام جعل نفى التوارث من حدود نكاح المتعه، بمعنى أن عقد المتعه لا يقتضى التوارث، إلا أن غايه ما تدل عليه هو عدم التوارث بالعقد، ولا ينافيه ثبوت الإرث بالشرط الخارج عن العقد، وحينئذ فلا تكون هذه الروايه منافيه لما دل على ثبوته بالشرط، كما هو القول الثالث.

و أما ما قيل في وجه الاستدلال بالروايه المذكوره من أنه عليه السلام نفى التوارث من الجانيين وجعله من حدود المتعه ومقتضياتها، فوجب أن لا يثبت بها توارث إنما مع عدم الاشتراط بعدم فواضح، وأما مع شرط الإرث فلا أنه شرط ينافى مقتضى العقد على ما دل عليه الحديث، فوجب أن يكون باطلا.

ففيه أنه في صورته شرط الإرث إنما يحصل المنافاه لمقتضى العقد لو كان العقد يقتضى عدم الإرث، وقد عرفت أن غايه ما يدل عليه الخبر هو عدم اقتضاء الإرث، لا اقتضاء عدمه، والمنافاه إنما تحصل بناء على الثاني لا الأول، إذ معنى قوله عليه السلام «من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك» هو أن من حدودها ومقتضياتها أن عقدها لا يقتضى الإرث، لا أنه يقتضى عدم التوارث، والفرق بين الأمرين ظاهر.

و مما يدل على القول الثالث الروايه الاولى والرابعه، وهما مع صحه سنديهما ظاهرهما الدلاله على القول المذكور.

و مما يدل على القول الرابع الروايه الثانيه، وقد عرفت حمل الشيخ لها على أن المراد بالشرط اشتراط الأجل، بمعنى أنهما يتوارثان إذا لم يشترطا

ص: ١٨٠

الأجل، فإن العقد بدون الأجل يصير دائما كما تقدم، ولا بأس به جمعا بين الأخبار.

و لعل أقرب هذه الأقوال هو القول الثالث لما عرفت من قوه دليله سندا و متنا، و لا ينافيه إلا الروايه السادسه، و إلا فالسابعه قد عرفت أنه لا منافاه فيها، و الروايه الثانيه بما ذكرناه من حملها على ما ذكره الشيخ يرتفع المنافاه منها، و الروايه الثالثه غايه ما تدل عليه أنه لا ميراث بمقتضى العقد، و هو موافق للقول المذكور، و كذلك الروايه الخامسه فإن المعنى فيها أنه ليس بينهما توارث، يعنى بمقتضى العقد، و لا ينافيه ثبوته بالشرط، و كذلك الروايه الثامنه و التاسعه، فإن مقتضى الجميع أنه لا توارث بمقتضى العقد كما فى النكاح الدائم، و هو أحد جزئى المدعى، و حينئذ فتتحصر المنافاه فى الروايه السادسه، و الشيخ -رحمه الله عليه- قد حملها على أن المراد اشتراط نفى الميراث و لم يشترط، و هو و إن كان لا -يخلو من بعد إلا- أنه فى مقام الجمع بين الأخبار لا -بأس به، لئلا ينافى ما دل على ثبوت الميراث مع الشرط.

و بما حررناه فى المقام، يظهر أن أظهر الأقوال المذكوره -بعد رد هذه الأخبار بعضها إلى بعض حسبما عرفت- هو القول المزبور، إلا -أنه ربما أشكل من وجه آخر، و هو أن الاشتراط ليس بسبب شرعى فى ثبوت الإرث، و أسباب الإرث محصوره و ليس هذا منها، و ما ليس بسبب شرعى لا يمكن جعله سببا، و لا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجيه، و لا يقتضى ميراث الزوجيه إلا الآيه، فإن اندرجت المتعه فى الزوجيه التى دلت الآيه على ثبوت الإرث لها ورثت على كل حال و إن لم يشترط ثبوته، و بطل شرط نفيه، و إن لم تندرج فى الزوجيه التى فى الآيه لم يثبت بالشرط لأنه شرط تورث من ليس بوارث، و هو باطل قطعاً، و ربما حمل الخبران لأجل ما عرفت على إرادته الوصيه باشتراط الإرث فى عقد المتعه، فيكون كالإرث، لا إرثا حقيقيا.

و أجيب عن الاشكال المذكور بأنه لما كان الخبران المذكوران مع اعتبار

سنديهما واضحا الدلالة على المدعى، والمستفاد منهما كون اشتراط الميراث سائغا لازما فيثبت به، وإن كان أصل الزوجيه لا يقتضيه، والواجب تخصيص الآيات الداله على ميراث الزوجه بهما كما خصصت فى الزوجه الذميه إذا أسلمت تحت كافر، بروايه أن الكافر لا يرث المسلم، و من ذلك يعلم الجواب عن قوله «و لا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجيه. إلى آخره» فإنه مسلم إلا أنها بدون الشرط مخصوصه بالروايتين المذكورتين بمعنى أن الآيات و إن دلت على كونها زوجيه، و الزوجيه تقتضى الميراث، إلا أن الخبرين دلا على تخصيص الميراث لعدم المقتضى فيجب تخصيص الآيات بهما، فمع الاشتراط تدخل فى عموم الآيات لعدم المقتضى للتخصيص، و مع العدم يجب إخراجهما من العموم بالخبرين، نعم هذا الحكم غريب لعدم النظر، إلا أن الجمع بين الأدله يقتضيه، فلا بعد فيه، و ليس بعده (١) إلا اطراح الخبرين مع ما هما عليه من جوده الاسناد و الدلاله على المراد.

و أما قوله «إن الاشتراط ليس بسبب شرعى فى ثبوت الإرث. إلى آخره» فإنه مردود بأنه بعد دلالة النص على ذلك لا وجه لهذا الكلام لما يتضمنه من الرد على الامام عليه السلام حيث جعله سببا فى ذلك، و الأسباب لا تنحصر فى دلالة الكتاب فهو و إن لم يثبت بالكتاب إلا أنه ثبت بالسنة.

و بالجمله فالنظر فى أخبار المسأله بالتقريب الذى قدمناه فى حمل بعضها على بعض يقتضى العمل بالقول المذكور.

و مما يتفرع على القول المذكور أنهما لو اشترطا التوارث لأحدهما دون الآخر فإن مقتضى الخبرين العمل بشرطهما، و له نظائر فى الأحكام كما فى إرث المسلم الكافر دون العكس، و إرث الولد المنفى باللعان إذا اعترف به الأب بعد ذلك فإن الولد يرثه و هو لا يرث الولد، و الله العالم.

الخامسه [فى اختلاف الأصحاب فى عده المتمتع بها]

اختلف الأصحاب فى عده المتمتع بها متى دخل بها الزوج و انقضت

ص: ١٨٢

١- (١) الظاهر أن فى العبارة سقط و هو أنه ليس بعده أزيد أو أبعد من اطراح الخبرين.

مدتها، أو وهبها إياها و لم تكن يائسه و كانت ممن تحيض على أقوال: و منشأ هذا الاختلاف اختلاف الروايات فى المسأله.

(فأحدها) - و هو قول الشيخ فى النهايه و جمع من الأصحاب منهم ابن البراج فى كتابيه و سلالر و المحقق فى الشرائع و الشهيد فى اللمعه و غيرهم - أنها حيضتان فإن كانت فى سن من تحيض و لا تحيض فخمسه و أربعون يوما.

و يدل على هذا القول ما رواه

فى الكافى (١) فى الصحيح أو الحسن عن إسماعيل ابن الفضل قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه فقال: الق عبد الملك بن جريح فأسأله عنها، فإن عنده منها علما، فلقيته فأملى على منها شيئا كثيرا فى استحلالها، فكان فيما روى لى ابن جريح قال: ليس فيها وقت و لا عدد، إنما هى بمنزله الإماء يتزوج منهن كم شاء، و صاحب الأربع نسوه يتزوج منهن ما شاء بغير ولى و لا - شهود، فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق، و يعطيها الشىء اليسير، و عدتها حيضتان، و إن كانت لا - تحيض فخمسه و أربعون يوما. فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فعرضت عليه، فقال: صدق و أقر به، قال ابن أذينه: و كان زراره بن أعين يقول هذا و يحلف أنه الحق، إلا أنه كان يقول: إن كانت تحيض فحيضه، و إن كانت لا تحيض فشهرو نصف».

و يدل على ذلك أيضا ما رواه

العياشى فى تفسيره (٢) عن أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام فى المتعه إلى أن قال:

«و لا تحل لغيرك حتى تنقضى عدتها، و عدتها حيضتان».

و ما رواه

الحسين بن سعيد فى كتابه على ما نقله فى كتاب البحار (٣) عن النضر عن عاصم بن حميد عن أبى بصير قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن المتعه، فقال: نزلت فى القرآن - إلى أن قال: - فلا تحل لغيرك حتى تنقضى لها عدتها، و عدتها حيضتان».

ص: ١٨٣

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٥١ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨.

٢- (٢) تفسير العياشى ج ١ ص ٢٣٣ ح ٨٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٧ ح ٦.

٣- (٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٥ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٧ ح ٦.

و لم أفق على من استدلل بهذه الأخبار لهذا القول، وإنما استدلل له فى المسالك و الروضه بروايه

محمد بن الفضيل (١) عن أبى الحسن الماضى عليه السلام قال:

«طلاق الأمه تطليقتان و عدتها حيضتان».

قال: و روى زراره (٢) فى الصحيح عن الباقر عليه السلام

«أن على المتعه ما على الأمه». ثم قال: فيجتمع من الروايتين أن عدده المتعه حيضتان.

و لا يخفى ما فيه سيما مع اختلاف الروايات فى الأمه التى جعلوها أصلا للمتعه، على أن صحيحه زراره التى ذكرها و إن أوهمت ما ذكره باعتبار ما نقله منها إلا أنها بملاحظه ما تقدم منها على هذه العبارة غير داله على ما أراد.

فإن صورته الروايه هكذا: زراره عن أبى جعفر عليه السلام «قال: و عدده المطلقه ثلاثه أشهر، و الأمه المطلقه عليها نصف ما على الحره، و كذلك المتعه عليها مثل ما على الأمه» و ظاهر هذه الروايه أن المماثله بين المتعه و الأمه إنما هو فى الاعتداد بالأشهر لا الحيض، إذ لا تعرض فيها للحيض بالكلية كما هو ظاهر.

و (ثانيها) إنها حيضه واحده ذهب إليه ابن أبى عقيل، و يدل عليه من الأخبار ما رواه فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن ابن أذينة عن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «عدده المتعه إن كانت تحيض فحيضه، و إن كانت لا تحيض فشهريه و نصف».

أقول: هكذا نقل الروايه فى الوافى، و الذى

فى الكافى إنما هو بهذه الصوره عن زراره (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال:

«إن كانت تحيض فحيضه، إلى آخر ما تقدم».

و بهذه الكيفيه نقلها صاحب الوسائل، و ينبه عليه أيضا ما ذكره السيد السند فى شرح النافع بعد الروايه كما ذكرناه حيث قال: كذا فى الوافى، و صدرها

ص: ١٨٤

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٠ ح ٥.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ٢.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٤٥٨ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٣ ح ١.

غير مذکور، لكنه أوردها في أول باب عده المتعه. انتهى، و من ذلك و يعلم أن ما نقله في الوافي من الزيادة في أولها اجتهاد منه كما هي عادته غالبا.

و كيف كان فإن صاحب الكافي لم يورد في هذا الباب من روايات الاعتداد بالحيض إلا هذه الروايه، و ربما أشعر ذلك بأن مذهبه الاكتفاء بالحيضه الواحده كما هو المنقول عن ابن أبي عقيل، و قد عرفت في عجز صحيحه إسماعيل بن الفضل (١) أو حسنه ما نقله ابن أذينه عن زراره من أن مذهبه في العده بالحيض، القول بالحيضه الواحده، و الظاهر أن معتمد زراره على هذه الروايه، و الراوى لها عنه ابن أذينه كما عرفت، و في جميع ذلك نوع تقويه لهذا القول كما لا يخفى.

و مما يدل على هذا القول أيضا ما رواه

في الكافي (٢) عن عبد الله بن عمر قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه-الحديث كما تقدم في سابق هذه المسأله، و هو الحديث السابع، إلى أن قال في آخره- قال: فقلت: فكم عدتها؟ فقال: خمس و أربعون يوما أو حيضه مستقيمه».

و ما رواه

في كتاب قرب الاسناد (٣) عن أحمد بن محمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال:

«سمعتة يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: عده المتعه حيضه، و قال: خمس و أربعون يوما لبعض أصحابه».

و يؤيده ما رواه

في الكافي (٤) عن أبي بصير قال:

«لا بد من أن تقول في هذه الشروط: أتزوجك متعه كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما نكاحا غير سفاح على كتاب الله عز و جل و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم و على أن لا ترثيني و لا أرثك، و على أن

ص: ١٨٥

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٣ ح ٤.

٣- (٣) قرب الاسناد ص ١٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٤ ح ٦.

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٣ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٤ مع اختلاف

تعتدى خمسة و أربعين يوما، و قال بعضهم: حيضه».

أقول: قوله «و قال بعضهم» إما من كلام صاحب الكافي أو من أحد الرواه للخبر.

و روى الطبرسى أبو منصور أحمد بن أبي طالب فى كتاب الاحتجاج (١) عن محمد ابن عبد الله بن جعفر الحميرى عن صاحب الزمان صلوات الله عليه أنه كتب إليه فى رجل تزوج امرأه بشىء معلوم إلى وقت معلوم، و بقى له عليها وقت فجعلها فى حل مما بقى له عليها، و قد كانت طمشت قبل أن يجعلها فى حل من أيامها بثلاثة أيام، أ يجوز أن يتزوجها رجل آخر بشىء معلوم إلى وقت معلوم عند طهرها من هذه الحيضه، أو يستقبل بها حيضه أخرى؟ فأجاب عليه السلام: يستقبل بها حيضه غير تلك الحيضه، لأن أقل العده حيضه و طهره تامه. و فى بعض النسخ

«و طهاره».

و هذه الروايه أيضا ظاهره فى هذا القول، و المعنى فى قوله «لأن أقل العده.

إلى آخره» أن العده عباره عن حيضه كامله حتى تطهر منها.

و (ثالثها) أنها حيضه و نصف، و هو مذهب الصدوق فى المقنع حيث قال: و إذا تزوج الرجل امرأه متعه ثم مات عنها فعليها أن تعتد أربعة أشهر و عشره أيام، و إذا انقضت أيامها و هو حى فحيضه و نصف مثل ما يجب على الأمه، و إن مكثت عنده أياما فعليها أن تحد و إن كانت عنده يوما أو يومين أو ساعه من النهار فتعتد و لا تحد، انتهى.

و هو مضمون ما رواه

فى الفقيه (٢) فى الصحيح عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأه يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها هل عليها العده؟ قال: تعتد أربعة أشهر و عشرا، فإذا انقضت أيامها و هو حى فحيضه و نصف مثل ما يجب على الأمه قال: قلت: فتحد؟ قال: فقال: نعم إذا مكثت

ص: ١٨٦

١-١) الاحتجاج ج ٢ ص ٣١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٤ ح ٧.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٤، التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٣ و فيه «وجبت العده كملا»، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٤ ح ٥.

عنده أياما فعليتها العده و تحده، و أما إذا كانت عنده يوما أو يومين أو ساعه من النهار فقد وجبت العده و لا تحده (١).

و رواه الشيخ فى التهذيب عن محمد بن أحمد عن على الميمنى عن صفوان إلى آخر ما تقدم.

و(رابعها) إنها طهران، و هو اختيار الشيخ المفيد و ابن إدريس و العلامه فى المختلف، و هو ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و لم أقف بعد التبع على خبر يدل على هذا القول، و إنما استدل له فى المختلف بما رواه

الشيخ عن ليث المرادى (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كم تعدد الأمه من ماء العبد؟ قال: بحيضه».

قال فى المختلف فى تقرير الاستدلال بهذا الخبر: و الاعتبار بالقرء الذى هو الطهر بحيضه واحده يحصل قران، القرء الذى طلقها فيه، و القرء الذى بعد الحيضه، و المتمتع بها كالأمه، انتهى.

و مرجعه إلى حمل المتمتع بها على الأمه، و على ذلك حمل الخبر فى التهذيب أيضا و اعترضه السيد السند فى شرح النافع و قبله جده فى المسالك بأن فيه نظرا، فإن الحيضه تتحقق بدون الطهرين معا فضلا عن أحدهما كما لو أتاها الحيض بعد انتهاء المده بغير فصل، فإن الطهر السابق منتف، و إذا انتهت أيام الحيض تحققت الحيضه التامه و إن لم يتم الطهر، بل بمعنى لحظه منه، و مثل هذا لا يسمى طهرا فى اعتبار العده، و إن اكتفى به سابقا على الحيض، انتهى.

و استدل له فى المسالك

بحسنه زواره (٣) عن الباقر عليه السلام و فيها

«إن كان حر

ص: ١٨٧

١-١) أقول: ما دل عليه هذا الخبر و ان أفتى به فى المقنع من التفصيل فى الحد و لا أعرف له وجهها، و بذلك صرح العلامه فى المختلف فقال بعد نقل كلامه و نقل الروايه المذكوره: و فى التفصيل اشكال و هو فى محله. (منه-قدس سره-).

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٠ ح ٦.

٣-٣) الكافى ج ٦ ص ١٦٧ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٩ ح ١.

تحتة أمه فطلاقها تطليقتان، و عدتها قران». مضافا إلى

صحيحه زراره المتقدمه (1) الداله على

«أن على المتمتع ما على الأمه». قال: و هذه أوضح دلالة من الاولى، و أشار بالأولى إلى روايه محمد بن الفضيل التي قدمنا نقلها عنه دليلا على القبول الأول، قال: لأنها حسنه، و محمد بن الفضيل الذي يروى عن الكاظم عليه السلام ضعيف، و إن كان العمل بها أحوط لأن العده بالحيضتين أزيد منها بالقرءين، انتهى.

و أنت خير بما فى هذا الاستدلال من الوهن و الاختلال أما (أولا) فلأن حسنه زراره التي استدل بها إنما تضمنت القرءين، و هو كما يطلق على الطهرين يطلق على الحيضتين لغه و شرعا كما قد استفاض فى الأخبار، و سيأتى تحقيقه فى محله إن شاء الله.

و مع الإغماض عن ذلك فقد عرفت أن ما دلت عليه صحيحه زراره من أن على المتمتع ما على الأمه إنما هو بالنسبه إلى الاعتداد بالأشهر لا بالأقراء، حيزا كانت أو أطهارا.

و أما (ثانيا) فلأن الحمل على الأمه مع اختلاف الأخبار فيها أيضا بالطهرين أو الحيضتين، أو الحيضه و نصف كما سلف فى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج التي بها أفتى الصدوق فى المقنع و اختلاف كلمه الأصحاب كذلك مما لا يجدى نفعا، و لا يثمر ترجيحا، و الحيضتان فى الأمه ليس مختصا بروايه محمد بن الفضيل حتى أنه يرجح حسنه زراره عليها بل هو مدلول صحيحه محمد بن مسلم و صحيحه زراره كما سيأتى تحقيقه فى تلك المسأله إن شاء الله تعالى.

و بالجمله فإن كلامه و غيره فى هذا المقام مبنى على حمل المتمتع بها على الأمه، و قد عرفت ما فيه، و القول الأول قد عرفت قوه مستنده، و صراحه الروايات مع صحتها به، و القول الثانى و الثالث أيضا ظهران من الأخبار التي قدمناها، و من أجل ذلك حصل الإشكال إذ لا أعرف وجهها للجمع بينها على وجه يشفى

ص: ١٨٨

العليل، و يبرد الغليل، و الحمل على التقيه هنا مغلق بابه و مسدل حجابيه، إلا أن يكون بالمعنى الآخر الذى تقدمت الإشارة إليه مرارا، لكنه غير معلوم فى أى هذه الأقسام، و ظاهر جمله من أفاضل متأخرى المتأخرين كالسيد السند فى شرح النافع و المحدث الكاشانى فى المفاتيح و الفاضل الخراسانى فى الكفايه التوقف فى المسأله.

و ربما جمع بين الأخبار (1) بحمل ما زاد على الحيضه على الاستحباب، و جعله السيد السند الأولى فى الجمع بينهما، و جعل الاحتياط فى الحيضتين، و هو جيد، و ظاهر المحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملى فى الوسائل اختيار مذهب الشيخ المفيد تبعا للجماعه المتقدم ذكرهم استنادا إلى الأخبار الداله على تفسير الأقرء المعتبره فى العدد بالأطهار، و اتفاق الأصحاب على اعتبار الأطهار فى العده، و تفسير الأقرء التى تضمنتها الآيه بها، و عدم عملهم على ما قبلها من روايات الحيض بل حملها على التقيه كما ذكره الشيخ.

و فيه (أولا) إنه و إن كان الأمر كما ذكره من حمل الروايات الداله على تفسير الأقرء بالحيض على التقيه و عدم عملهم عليها، إلا أن ذلك إنما وقع لهم فى مسأله الزوجه التى يجب عليها العده بثلاثه أقرء، و الروايات إنما اختلفت فى أنه هل المراد بالأقرء هنا هى الأطهار أو الحيض، إنما هو فى هذه المسأله و اتفاق الأصحاب على أن المراد بالأقرء هى الأطهار لا الحيض إنما هو ثمه دون ما نحن فيه، و نحن إنما صرنا إلى العمل بتلك الأخبار فى تلك المسأله لاتفاق الأصحاب، و اعتضاد تلك الأخبار به، و هذا مفقود فيما نحن فيه لما عرفت من الاختلاف فى هذه المسأله، و الحمل على التقيه فى هذه المسأله غير ميسر لعدم قول

ص: ١٨٩

١ - ١) و به صرح شيخنا المجلسى -قدس سره- فى حواشيه على التهذيب حيث قال بعد نقل الأقوال: و حمل الزائد على الحيضه على الاستحباب لا - يخلو من قوه، و الأحوط رعايه الحيضتين، و هو الذى صرح به السيد السند فى شرح النافع كما عرفت فى الأصل. (منه -قدس سره-).

العامه بها،فرد تلك الأخبار المعارضه فى تلك المسأله من هذه الحثيه لا يستلزم ردها مطلقا.

و(ثانيا)إنك قد عرفت دلالة جمله من الروايات الصحيحه الصريحه على الحيضتين،و جمله أخرى على الحيضه،و صحيحه عبد الرحمن على الحيضه و النصف، و العمل بهذا القول مع عدم الدليل الواضح عليه إلا مجرد هذا التخريج السحيق يستلزم طرح جمله تلك الأخبار،مع ما هى عليه من الصراحه و صحه أكثرها، و هذا لا يلتزمه محصل.

و بالجمله فإننى لا أعرف لهذا القول وجهها يعتمد عليه،و كيف كان فالاحتياط بالعمل بأخبار الحيضتين عندى متعين،فإنه أحد المرجحات الشرعيه فى مقام اختلاف الأخبار،و الله العالم.

السادسه [فى اختلاف الأصحاب فى عده المتعه من الوفاه]

اشاره

قد اختلف الأصحاب فى عده المتعه من الوفاه لو مات الزوج فى المده المعينه بينهما،و الكلام هنا يقع فى مقامين:

الأول:أن تكون الزوجه المتمتع بها حره

و المشهوره أن عدتها أربعه أشهر و عشره أيام إن لم تكن حاملا،و إلا فبأبعد الأجلين منها و من وضع الحمل كالدائم.

و ذهب جمع من الأصحاب-منهم المفيد و المرتضى و سلالر و ابن أبى عقيل- إلى أن عدتها شهران و خمسه أيام.

احتج القائلون بالأول بعموم قوله عز و جل «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا» (١)الآيه،و الزوجه صادقه على المتمتع بها بلا خلاف و لا إشكال.

و ما تقدم

فى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (٢)من قوله

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها،هل عليها العده؟فقال:تعتد

ص: ١٩٠:

١- (١) سورة البقره-آيه ٢٣٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ص ١٤٣،الفاقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٤،الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ١.

أربعة أشهر و عشرة» الحديث.

و ما رواه

فى الفقيه (١) فى الصحيح عن ابن أذينة عن زراره قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام ما عده المتعه إذا مات عنها الذى يتمتع بها؟ قال: أربعة أشهر و عشرة، قال: ثم قال: يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حره كانت أو أمه و على أى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملكك يمين فالعده أربعة أشهر و عشرة، و عده المطلقه ثلاثه أشهر، و الأمه المطلقه عليها نصف ما على الحره و كذلك المتعه عليها ما على الأمه».

و الذى يدل على القول الثانى ما رواه

الشيخ (٢) عن على بن حسن الطاطرى عن على بن عبد الله بن على بن شعبه الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« سألت عن رجل تزوج امرأه متعه ثم مات عنها، ما عدتها؟ قال: خمس و ستون يوما».

و ردها المتأخرون بضعف الاسناد سيما بالطاطرى، فإن الشيخ ذكر فى الفهرست أنه كان واقفيا شديد العناد فى مذهبه صعب العصبيه على من خالفه من الإماميه، و أجاب الشيخ عنها بالحمل على ما إذا كانت أمه، لما سيأتى إن شاء الله تعالى من أن عده الأمه من الوفاء هذا القدر، و لا بأس به جمعا بين الأخبار.

بقى من أخبار هذه المسأله ما رواه

الشيخ (٣) عن على بن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«عده المرأة إذا تمتع بها فمات عنها زوجها خمس و أربعون يوما».

و هذا الخبر لا ينطبق على شىء من القولين المذكورين، و حمله الشيخ على موت الزوج فى العده بعد انقضاء الأجل، و هو جيد و يؤنس به، عطف الموت بالفاء

ص: ١٩١

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٥، التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ٢.

٢- ٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٨ ح ١٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٥ ح ٤.

٣- ٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ٣.

على المتمتع بها، فكانه في معنى أن موته وقع على أثر تمام التمتع بانقضاء الأجل.

الثاني: أن تكون أمه

والمشهور أن عدتها شهران وخمسة أيام، نصف عده الحرة إذا كانت حاملا، وتدل عليه الأخبار الكثيرة الدالة على أن عده الأمة في الوفاة زوجته دائمه كانت أو متعه شهران وخمسة أيام.

و من ذلك ما رواه

الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«الأمة إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام».

و عن الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«عده الأمة إذا توفى عنها زوجها شهران وخمسة أيام، وعده المطلقة التي لا تحيض شهر ونصف».

و عن أبي بصير (٣) قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: عده الأمة التي يتوفى عنها زوجها شهران وخمسة أيام، وعده الأمة المطلقة شهر ونصف».

و بهذا المضمون موثقه سماعه، وعلى هذه الروايات حمل الشيخ روايه ابن أبي شعبة المتقدمه فخصص المرأه بالأمة لمناسبتها لها في العده.

و ذهب جمع من الأصحاب منهم ابن إدريس والعلامة في المختلف إلى أن عده الأمة في الوفاة عده الحرة مطلقا.

قال في المسالك: و في صحيحه زواره السابقه ما يدل عليه، ويشكل بمعارضتها بهذه الأخبار الكثيرة، وربما كانت أصح سندا و إن شاركها في وصف الصحة، و أشار بصحيحه زواره السابقه إلى صحيحته المتقدمه في المقام الأول، و هو قوله «يا زواره كل النكاح إذا مات الزوج» إلى آخره، و فحوى كلامه يدل على أنه لا مستند لهذا القول إلا هذه الصحيحه مع أن الروايات الداله عليه كثيره.

ص: ١٩٢

١-١) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٩.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٨.

٣-٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٦.

فى الكافى (١) فى الصحيح عن سليمان بن خالد قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمه إذا طلقت ما عدتها؟ إلى أن قال: قلت: فإن توفى عنها زوجها؟ فقال: إن عليا عليه السلام قال: فى أمهات الأولاد لا يتزوجن حتى يعتدن أربعة أشهر و عشرة و هن إماء».

و ما رواه

فى الكافى و الفقيه (٢) عن الحسن بن محبوب عن وهب بن عبد ربه عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل كان له أم ولد، فزوجها من رجل فأولدها غلاما، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها، إله أن يطأها؟ قال: تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر و عشره أيام، ثم يطأها بالملك بغير نكاح». و طريق الصدوق إلى حسن بن محبوب صحيح، فتكون الروايه صحيحه.

و ما رواه

فى التهذيب (٣) عن سليمان بن خالد فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«عده المملوكه المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرة».

و بالجمله فالروايات فى المقام مختلفه، و الشيخ قد جمع بينها بحمل هذه الروايات الداله على عده الحره على أمهات الأولاد، و الأخبار الداله على التنصيف على غيرها من الإماء، و هذا الحمل لا يجرى فى صحيحه و هب بن عبد ربه، و هو ظاهر، لكون العده عن الرجل الذى زوجه السيد، و لا موثقه سليمان بن خالد المصرحه بأن المتوفى الزوج لا السيد، و دلالة الروايات من الطرفين إنما هو باعتبار إطلاق الأمه المتوفى عنها زوجها الشامل للزوجه الدائمه و المتمتع بها، و أم الولد بالنسبه إلى سيدها لا تدخل فى ذلك و بالجمله فالمسأله محل

ص: ١٩٣

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٧٠ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٧٢ ح ١٠، التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٣٠، الفقيه ج ٤ ص ٢٤٦ ح ٦ مع تفاوت يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ح ٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٥.

توقف و إشكال.

قال في المسالك: لو كانت الأمه حاملا- اعتدت بأبعد الأجلين من المده المذكوره و وضع الحمل، أما إذا كانت الأشهر الأبعد، فظاهر، للتحديد بها في الآيه و الروايه، و أما إذا كان الوضع أبعد فلا ممتنع الخروج عن العده مع بقاء الحمل، لأنه أثر ماء الميت الذى يقصد بالعهه إزالته، و لعموم قوله تعالى «وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (١) فلا بد من مراعاة المقامين، و ذلك بأبعد الأجلين، انتهى.

أقول: و سيأتى تحقيق المسأله إن شاء الله تعالى فى محل اللائق به، و الله العالم.

السابعه [فى جواز تجديد العقد عليها بعد الأجل]

لا ريب فى جواز تجديد العقد عليها بعد الأجل و إن كانت فى العده سواء أراد العقد عليها دواما أو متعه، و هذا مخصوص به، أما غيره فلا يجوز له العقد عليها إلا بعد تمام العده.

و يدل على ذلك ما رواه

فى الكافى (٢) عن أبى بصير فى الصحيح أو الموثق قال:

«لا بأس بأن تزيدك و تزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما، تقول لها: استحللتك بأجل آخر برضا منها، و لا يحل ذلك لغيرك حتى تنقضى عدتها» الخبر.

و لا يصح قبل انقضاء أجلها، و لو أراد ذلك و هبها المده الباقية من الأجل، و استأنف العقد متعه أو دواما، و على ذلك يدل مفهوم الشرط فى الخبر المتقدم.

و ما رواه

فى الكافى (٣) عن أبان بن تغلب قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: جعلت فداك الرجل يتزوج المرأه متعه فيتزوجها على شهر ثم إنها تقع فى قلبه فيجب أن

ص: ١٩٤

١- ١) سورة الطلاق- آيه ٤.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٤٥٨ ح ١١، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٨ ح ٧٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٥ ح ٢.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٤٥٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٨ ح ٧٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ح ١.

يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيدا في أجرها، ويزداد في الأيام قبل أن تنقضى أيامه التي شرط عليها؟ فقال: لا، لا يجوز شرطان في شرط، قلت:

فكيف يصنع؟ قال: يتصدق عليها بما بقي من الأيام ثم يستأنف شرطا جديدا.

قوله عليه السلام «لا يجوز شرطان في شرط» قيل في معناه وجوه: (منها) إن الشرطان المدتان المتخالفتان و الأجران المتباينان في شرط أى في عقد واحد، ذكره المحدث الكاشاني في الوافي.

(ومنها) ما ذكره المحدث الأمين الأسترآبادى قال: أى أعلان في عقد واحد، فلذا لا يجوز عقد جديد قبل انفساخ العقد الأول.

(ومنها) ما ذكره المجلسى في حواشيه على الكافي، قال: لعل المراد بالشرط ثانيا الزمان على طريقه مجاز المشاكلة، وبالشرطين العقدين، أى لا يتعلق عقدان بزمان واحد.

و يحتمل أن يكون المفروض زياده الأجل و المهر فى أثناء المده تعويلا على العقد السابق من غير تجديد، فيكون بمنزله اشتراط أجلين و مهريين فى عقد واحد.

أقول: الظاهر من هذه الوجوه هو ما ذكره المحدث الكاشاني.

و ربما بنى الكلام هنا على الخلاف المتقدم فى وجوب اتصال المده بالعقد و عدمه، فإن قلنا بالأول امتنع حتى ينقضى أجلها، و إن قلنا بالثانى جاز العقد عليها قبل انقضاء الأجل، و هو جيد، إلا أن المحقق -مع تصريحه فى الشرائع بجواز انفصال الأجل عن وقت العقد- صرح فى النافع فى هذه المسأله بأنه لا يصح العقد قبل انقضاء الأجل، و احتمال رجوعه عما أفتى به فى الشرائع بعيد.

و ما ذكرناه من عدم جواز تجديد العقد عليها قبل انقضاء الأجل هو المشهور بين الأصحاب، و نقل فى المختلف عن ابن حمزه أنه قال: «و إن أراد أن يزيد فى الأجل جاز و زاد فى المهر، و روى أنه يهب منها مدته ثم يستأنف، و أنه لا يصح ما ذكرناه أولا.

و نقل فى المختلف أنه احتج بأصالة الجواز السالم عن معارضه شغلها بعقد

غيره، وكونها مشغولة بعقد لا يمنع من العقد عليها مدة أخرى كما لو كانت مشغولة بعدته، ثم قال فى المختلف. و لا بأس به عندى، ثم نقل عن ابن أبى عقيل أنه قال:

لو نكح متعه إلى أيام مسماه، فإن أراد أن ينكحها نكاح الدائم قبل أن تنقض أيامه منها لم يجز ذلك ما لم تملك نفسها، و هو أملك بها منها ما لم تنقض أيامها، فإذا انقضت أيامها فشاءت المرأه أن تنكحه من ساعته جاز، و لو وهب أيامه ثم نكحها نكاح إعلان جاز ذلك.

قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه: و هو يعضد قول ابن حمزه، إلا أنه قيد بالإعلان.

أقول: ما ذكره -رحمه الله- من الاحتجاج لابن حمزه و اختاره محض اجتهاد فى مقابله النصوص، و هو مما منعت منه الشريعة على العموم و الخصوص، و الخبران المتقدمان ظاهران فى عدم جواز ذلك.

أما الأول فإنه يدل على ذلك بمفهوم الشرط الذى هو حجه عند محققى الأصوليين، و عليه دلت جملة من الأخبار التى تقدمت الإشارة إليها مرارا.

و أما الثانى فهو صريح فى ذلك، و بها يجب الخروج عن الأصل الذى استند إليه، و قياسه العقد فى الأجل على العقد فى العده قياس مع الفارق، فإنها فى الأجل زوجته، و فى العده تباين، قد خرجت عن الزوجية بالكلية، و إنما وجبت العده عليها لأجل استبراء رحمها، و لو جدد العقد عليها لم يضر بالعله فى العده، بخلاف غيره، و لو صح تجديد العقد عليها متعه فى الأجل لصح ذلك دواما إذ لا فرق بينهما إذ المقتضى للصحة أمر واحد فيها مع أنه لا يقول به.

و بالجمله فإن ما اختاره من القول المذكور الموجب لرد الخبرين المذكورين مع ظهور دلالتهم و عدم المعارض لهما مما لا يلتزمه محصل، و كان الواجب عليه الجواب عنهما، و هو قد ذكر روايه أبان دليلا للقول المشهور، و اختار ما ذكره و لم يتعرض للجواب عنها.

الثامنة [فى اشتراط المرأه المتمتع بها عدم الوطى فى الفرج]

المشهور بين الأصحاب أنه لو اشترط المرأه المتمتع بها أن لا يطأها فى الفرج لزم الشرط و لم يجز له الوطى، و لو أذنت بعد ذلك جاز.

قال الشيخ فى النهايه: إذا اشترط الرجل فى حال العقد أن لا يطأها فى فرجها لم يكن له وطؤها فيه، فإن رضيت بعد العقد بذلك كان ذلك جائزاً، و جعله ابن إدريس روايه، و هو مؤذن بتوقفه فى ذلك.

و ظاهر العلامه فى المختلف عدم الجواز و إن رضيت، فإنه قال -بعد نقل كلام الشيخ فى النهايه و نقل نسبه ابن إدريس ذلك إلى الروايه- ما لفظه: و الشيخ عول على

روايه عمار بن مروان (١) عن الصادق عليه السلام قال:

«قلت: رجل جاء إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسى على أن تلتمس منى ما شئت من نظر أو التماس و تنال منى ما ينال الرجل من أهله، إلا أنك لا تدخل فرجك فى فرجى و تلذذ بما شئت فإنى أخاف الفضيحه؟ قال: لا بأس، ليس له إلا ما اشترط». ثم قال: و الجواب نحن نقول بموجب الروايه، و أنها لو اشترطت عليه عدم الإتيان فى الفرج لزم، و تمنع تسويغه بعد ذلك بالاذن، انتهى.

أقول: فيه أن الشيخ لم يعود على هذه الروايه كما توهمه، فإنها غير وافية بالاستدلال على ما قال، بل دليله الذى اعتمد عليه إنما هو ما ذكره من الروايه مع ما رواه

فى التهذيب عن إسحاق بن عمار، و رواه الصدوق فى الفقيه (٢) بطريقه إلى إسحاق بن عمار أيضاً عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: رجل تزوج بجاريه عاتق على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس».

و هى كما ترى ظاهره بل صريحه فى جواز الوطى بعد الاذن، و طريق

ص: ١٩٧

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٢٧٠ ح ٨٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩١ ب ٣٦ ح ١.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٩، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ ب ٣٦ ح ٢.

الصدوق-رحمه الله-إلى إسحاق بن عمار صحيح،و لكن لما كان إسحاق المذكور مشتركاً بين الصيرفي الإمامي الثقة،و بين الفطحي الثقة،فالخبر من الموثق.

و في معنى خبر عمار بن مروان ما رواه

سماعه (١) أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له:رجل جاء إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها،فقالت:أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر و التماس و تنال مني ما ينال الرجل من أهله،إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي،و تلذذ بما شئت،فإنى أخاف الفضيحة، فقال:ليس له إلا ما اشترط.».

و المفهوم من هذه الأخبار الثلاثة-بعد ضم بعضها إلى بعض-هو صحة الشرط المذكور،و عدم جواز الجماع إلا مع الاذن بعد ذلك فإنه يجوز.

قال السيد السند في شرح النافع بعد ذكر روايات المسألة كملاً:و يظهر من العلامة في المختلف عدم جواز مخالفه الشرط،و إن رضيت بذلك،و ربما كان وجهه أن العقد لم يتشخص سوى ذلك بالشرط،فلا يكون خلافه مندرجاً في العقد،و المسألة محل إشكال و إن كان الجواز لا يخلو من رجحان،انتهى.

أقول:الظاهر أن العلامة لم يقف في وقت ما كتبه هنا في الكتاب المذكور على روايه إسحاق بن عمار الداله على مدعى الشيخ كما سمعت مما نقلناه عنه، و إنما استدلل له بتلك الروايه الداله على المنع من الوطى بالشرط و هو مما لا ريب فيه،و لم يقف على ما دل على الجواز مع الاذن فهو معذور فيما ذهب إليه، و إلا فلو أنه وقف على الروايه-و مع هذا اختار المنع-لأجاب عن الروايه المذكوره.

بقى الكلام معه في هذا الوجه الذي استدلل به على المنع،و استشكل لأجله مع نقله للخبر المذكور.

و فيه أنه لا ريب في كونها زوجته،و أن الوطى حق لها،فمتى أذنت جاز

ص: ١٩٨

و الاعتماد على تشخيص العقد بذلك الشرط-فلا يكون خلافه مندرجا في العقد- قد هدمنا بنيانه، و زعزعا أركانها بالأخبار الكثيره الصحيحه الصريحه في صحه العقود المشتمله على الشروط الفاسده مع بطلان تلك الشروط كما تقدم في غير مقام.

هذا مع تسليم جواز الاعتماد على أمثال هذه التعليلات العليله في تأسيس الأحكام الشرعيه، مع عدم المعارض لها من الأخبار، و إلا فمع منعه سيما بعد وجود الخبر الصريح الصحيح بالاصطلاح القديم، فالحكم أظهر من أن يعتريه شائبه الإشكال.

ثم إنه لا يخفى أن مورد هذه الروايات الثلاث هو الزوجه مطلقا أعم من أن تكون دائمه أو متعه، و الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال في صحه هذا الشرط في عقد المتعه لعموم ما دل على الوفاء بالشروط، و عدم ما يدل على المنافاه، و ما ربما يقال من أن مقتضى العقد إباحه الاستمتاع في كل وقت فتخصيصه ببعض الأوقات ينافيه، مدفوع بأن ذلك إنما يقتضيه العقد المطلق أى المجرد عن الشرط، لا مطلق العقد، على أن ذلك لو تم لاقتضى عدم جواز اشتراط انتفاع البائع بالمبيع مده معينه و إسقاط الخيار و ما شاكل ذلك، مما أجمع الأصحاب على صحه اشتراطه.

و يعضده ما قدمنا تحقيقه في كتب المعاملات من أن الشروط كائنه ما كانت إنما هي بمنزله الاستثناء الذى عرفوه بأنه إخراج ما لولاه لدخل، فالمنافاه لأجل العقد حاصله البتة، و لا خصوصيه له بهذا المكان كما يوهمه كلام هذا القائل.

نعم يبقى الكلام و الاشكال في صحه هذا الشرط و عدمه في النكاح الدائم، و القول بلزوم الشرط و جواز الوطى مع الاذن في المنقطع و الدائم للشيخ و المحقق في كتابيه و جماعه.

قال في النافع: لو شرطت أن لا يفتضها صح و لو أذنت بعده جاز، و منهم من خص الجواز بالمتعته، انتهى.

و القول باختصاص صحه هذا الاشتراط بالمتع، و بطلانه بل بطلان العقد فى الدائم، للشيخ أيضا و جماعه منهم علامه فى المختلف و ولده فى الشرح، استدلووا على البطلان فى الدائم بمنافاه هذا الشرط لمقتضى العقد، إذ من أهم مقتضياته حصول التناسل، و هو يستدعى الوطى، و إذا فسد الشرط فسد العقد، لعدم الرضا به بدون الشرط.

أقول: لا- يخفى أن الأخبار الثلاثة الواردة فى المسألة شامله بإطلاقها للنكاح الدائم و المنقطع، و بها أخذ من قال بالعموم، إلا أن الظاهر من روايتى عمار و سماعه الاختصاص بنكاح المتع، فإنه هو الذى يترتب عليه حصول الفضيحة، و سيجىء إن شاء الله الكلام فى هذه المسألة بمزيد تحقيق فى المقام، و الله العالم.

التاسعه [عدم جواز التمتع بأمه المرأه بغير إذنها]

المشهور بين الأصحاب أنه لا يجوز التمتع بأمه المرأه بغير إذنها، و خالف فى ذلك الشيخ فى النهايه و التهذيب فجوز التمتع بها بغير إذن المرأه استنادا إلى روايات سيف بن عميره (١) و قد تقدم تحقيق البحث فى هذه المسألة مستوفى، كما هو حقه فى المسألة الثانيه عشر من المقصد الثانى فى الأولياء للعقد من الفصل الأول فى العقد (٢)، و الله العالم.

الفصل الرابع فى نكاح الإماء

إشاره

و هو إما بالملك للرقبه أو المنفعه أو العقد دواما أو متعه، و قد تقدم فى الأبحاث السابقه ذكر كثير من أحكامهن و بقى الكلام هنا فى مطالب ثلاثه:

ص: ٢٠٠

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٧ و ٢٥٨ ح ٣٩ و ٤٠ و ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٣ ح ١ و ٢ و ٣.

٢- (٢) أقول: من جمله ذلك فى كتاب البيع سيما فى باب الحيوان، و كذا فى هذا الكتاب فيما يحرم جمعا أو عينا من المطلب الثالث فى المصاهره و غيرهما أيضا. (منه- قدس سره-).

إشاره

لا- يجوز للعبد و لا- للأمه أن يعقدا على أنفسهما نكاحا إلا- بإذن السيد، لأنهما ملك له، فليس لهما أن يتصرفا في ملكه بغير رضاه، ثم إنه لو تصرفا بغير إذنه كان ذلك من قبيل العقد الفضولي، و قد تقدم الكلام في عقد النكاح الفضولي، و أنه هل يكون صحيحا موقوفا على الإجازة أو باطلا، تقدم ذلك في المسألة السابقة من المقصد الثاني في الأولياء من الفصل الأول، و قد حققنا ثمه أن الأصح صحته، و إن قلنا بالبطلان في غير النكاح من العقود، كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع، ثم إن من قال بالبطلان في النكاح مطلقا فقد أبطله هنا.

و من قال بالصحة و توقفه على الإجازة، فقد اختلفوا هنا على أقوال، فمنهم من قال بالصحة و جعله موقوفا على الإجازة، و من أفراد النكاح و هو الأشهر عندهم.

و منهم من جعل الإجازة كالعقد المستأنف و هو قول الشيخ في النهاية، فإنه قال: من عقد على أمه غيره بغير إذن مولاه كان العقد باطلا، فإن رضى المولى بذلك كان رضاه كالعقد المستأنف، يستباح به الفرج، و قد اختلفوا في تنزيل كلامه حيث إن ظاهره التناقض، لحكمه ببطلان العقد، ثم الاكتفاء عنه بالإجازة، و جعلها مبيحة للنكاح كالعقد، مع أن ما يقع باطلا في نفسه لا تثبت صحته بالإجازة على وجوه:

منها ما ذكره العلامة في المختلف من حمل كونه باطلا على معنى أنه يؤول إلى البطلان و هو جيد، لأن إطلاق البطلان على الموقوف كثير شائع، و على هذا فيرجع إلى القول الأول.

و منهم من قال بالبطلان و هو مذهب ابن إدريس مع أنه حكم بصحة نكاح الفضولي في غير المملوك محتجا بالنهي المقتضى للفساد.

و منهم من فرق بين نكاح العبد و الأمة، فيقف الأول و يبطل الثاني، و هو قول ابن حمزه.

و الذى وقفت عليه-من الأخبار المتعلقة بالمسألة-جملة من الأخبار قد تقدمت فى المسألة المشار إليها آنفا، و هى صريحه فى صحه ذلك، و توقفه على الإجازة، إلا أن موردها كلها إنما هو نكاح المملوك بغير إذن سيده.

و منها

حسنه زراره (١) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن مملوك تزويج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته، و إن شاء فرق بينهما، قلت:

أصلحك الله إن الحكم بن عتيبه و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون إن أصل النكاح فاسد و لا تحل إجازة السيد له، فقال: أبو جعفر عليه السلام إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جائز».

و أما نكاح الأمة فلم أقف فى شىء من الأخبار على ما يدل على أن الحكم فيه ذلك، بل ربما ظهر منها خلافه، و هو البطلان من رأس.

و منها ما رواه

فى التهذيب (٢) عن أبى بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة، قال: لا يصلح نكاح الأمة إلا بإذن مولاها».

و ما رواه

فى الكافى (٣) عن أبى العباس قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوج بغير إذن أهلها؟ قال: يحرم ذلك عليها و هو الزنا».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب (٤) عن أبى العباس البقباق قال:

«قلت لأبى عبد الله

ص: ٢٠٢

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ح ٤.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ح ٢.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ ح ٥٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٦ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ح ١.

عليه السلام: الرجل يتزوج الأمه بغير علم أهلها؟ قال: هو زنا، إن الله يقول «فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» .

و ما رواه

في الكافي (١) عن فضل بن عبد الملك قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمه تتزوج بغير إذن مواليتها؟ قال: يحرم ذلك عليها و هو زنا».

و في روايه الوليد بن صبيح (٢)

«عن الصادق عليه السلام «إن كان الذى زوجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد» (٣).

و في روايه سيف بن عميره (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«لا بأس أن يتمتع الرجل بأمه المرأه، فأما أمه الرجل فلا يتمتع إلا بأمه».

و في روايه داود بن فرقد (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يتزوج بأمه بغير إذن مواليتها؟ فقال: إن كانت لامرأه فنعم، و إن كانت لرجل فلا».

و أنت خبير بما فى هذه الروايات من ظهور الدلاله على بطلان العقد من أصله، بل صراحتها فى ذلك، و لو كان الحكم فى الأمه كما فى العبد لأجابوا فى هذه الأخبار بما أجابوا به فى تلك، من أن ذلك للسيد، فإن شاء أجازته، و إن شاء منعه، مع أنها إنما دلت على كونه فاسدا و حراما و أنه زنا.

و بالجملة فإن دلالتها على ما ذكرنا ظاهر، لا يقبل الإنكار، و منه يظهر قوه

ص: ٢٠٣

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ح ٣.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١.

٣- ٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٨ ح ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٣ ب ١٤ ح ١.

٤- ٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٨ ح ٤٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٣ ح ٣.

ما ذهب إليه ابن حمزه من الصحة في العبد و إن كان موقوفا، دون الأمه، فإنه باطل و منه أيضا يظهر قوه قول الشيخ في النهايه بالبطلان حيث خصه بالعقد على الأمه إلا أن ما ذكره من أن الإجازة كالعقد المستأنف محل إشكال، و يمكن أن يقال في دفع الاشكال أنه لما ثبت عنده بالإجماع أن إجازة المولى لعقد الفضولي ماضيه في النكاح، جمع بين الأمرين بذلك فقال بالبطلان عملا بتلك الأخبار، و جعل الإجازة كالعقد المستأنف بناء على الإجماع المذكور.

و من الأصحاب من حمل كلام الشيخ المتقدم على أن العقد يكون باطلا بدون الاذن كما ذكرناه، و لكن الإجازة تقوم مقام التحليل، فيكون الرضا عباره عن التحليل، قال: و من ثم فرضها في الأمه، لأن العبد لا يأتي فيه ذلك، و على هذا الوجه أيضا يرتفع الإشكال الذي ذكرناه أيضا إلا- أنه في المسالك قد اعترض على هذا الوجه بأن التحليل منحصر في عبارات، و ليس الرضا منها، فليس بتحليل و لا عقد.

أقول: إن كانت هذه العبارات التي ادعى انحصار التحليل فيها مما دلت عليها الأخبار، و دلت على انحصاره فيها، فما ذكره جيد و إن كانت من كلام الأصحاب من غير دليل يدل عليها في الباب، فكلامه لا يخلو من المناقشه، و سيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

و مما ذكرنا من دلالة الأخبار على بطلان عقد الأمه دون عقد العبد يظهر لك ضعف حمل العلامه لكلام الشيخ في النهايه على الحمل المتقدم ذكره.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهره في المسالك أن ما استند إليه ابن حمزه من البطلان في الأمه إنما هو بعض الروايات العاميه، و كذلك ابن إدريس في احتجاجه بالنهي، إنما أراد به النهي الوارد في الأخبار العاميه، و لهذا اعترضه في المسالك بأنه لا يناسب أصول ابن إدريس، لأن طريقه عامي، و هو لا يكتفى به لو كان خاصيا.

أقول: والتحقيق ما عرفت من أن ما ذكره من الصحة و كونه فضوليا إنما يتم لهم في نكاح العبد خاصة دون الأمة، و أن المستند في بطلان عقد الأمة إنما هو الأخبار التي قدمناها، و به يظهر ضعف القول المشهور من الصحة مطلقا، و ضعف قول ابن إدريس من البطلان مطلقا، و قوه قول ابن حمزه من التفصيل المذكور، و المفهوم من جملة من الأخبار المتقدمة في المسألة المشار إليها آنفا، أنه تكفى في الإجازة سكوت السيد بعد علمه بالنكاح و عدم إنكاره له، و بذلك صرح ابن الجنيد فقال: لو كان السيد علم بعقد العبد و الأمة على نفسه فلم ينكر ذلك، و لا فرق بينهما، جرى ذلك مجرى الرضا في الإمضاء، و استقر به في المختلف و هو جيد للأخبار المشار إليها، إلا أن موردها نكاح العبد كما عرفت، و الله العالم.

تذنيات

الأول [فيما لو أذن المولى لعبده في التزويج]

المشهور بين الأصحاب أنه إذا أذن المولى لعبده في التزويج كان المهر و نفقه الزوجه على السيد، لأن النكاح لما وقع صحيحا لزمه الحكم بثبوت المهر و النفقه، و لا محل لهما إلا ذمه السيد، لأن العبد لا يملك. هكذا علله في المسالك.

و نقل الشيخ في المبسوط تعلق ذلك بكسب العبد، لأن المهر و النفقه من لوازم النكاح، و كسب العبد أقرب شيء إليه، فإن مصرف الكسب مؤنه الإنسان و ضروراته، و من أهمها لوازم النكاح.

و أورد عليه بأن الدين لا بد له من ذمه يتعلق بها، و ذمه العبد ليست أهلا لذلك، فلا بد من تعلقه بذمه السيد، كذا ذكره السيد السند في شرح النافع.

ثم اعترضه بأنه يمكن دفعه بمنع كون ذمه العبد ليست أهلا- للتعلق، و لهذا يتعلق بها عوض التلف إجماعا، و لجواز تعلق المهر بالكسب كما يتعلق أرش الجنايه برقبه الجاني، إذ لا مانع من ذلك عقلا و لا شرعا. ثم قال: و احتمال العلامة ثبوتها

فى ذمته و المسأله قويه الإشكال لفقء النص فىها على أءء الوجوه، و أصاله براءه ذمه المولى من ذلك و الأءوط أن يعىن فى العءء كون المهر فى ذمه المولى أو فى كسب العءء أو فى ذمته، ىبع به بعء العءق و الیسار، و لو قلنا: إن العءء ىملك مءلقا، أو على بعض الوجوه ءبء المهر و النفقه فى ذمته من غیر إشكال. انءهى كلامه، زىء مقامه. أقول: قءء تقدم الكلام فى هذه المسأله فى المسأله الرابعه عشر من مسائل المقصد ءانى من الفصل الأول فى العءء.

و قء ذكرنا ءمه رواىءن ىظهر منهما أن المهر على السىء (أو لهما)

روایه زراره (١) عن أبى جعفر علیه السلام قال:

«سألءه عن رجل ءزوج عبءه بغير إءنه فءءل بها، ءم اطلع على ذلك مولاه، فقال: ذلك إلی مولاه، إن شاء فرق بینهما (٢)، و إن شاء أءاز نكاحهما، فإن فرق بینهما فللمرأه ما أءءقها، إلا أن ىكون اعءءى فأءءقها صءاقا كءىرا، و إن أءاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول» ءءءء.

و (ءانىه)

روایه على بن أبى ءمزه (٣) عن أبى ءسن علیه السلام

«فى رجل ىءزوج مملوكا له امرأه ءره على مائه ءرهم، ءم أنه باعه قبل أن ىءءل علیها، فقال: ىعطىها سىءه من ءمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزله ءىن اسءءانه ىأءن سىءه».

و أما الأولى فإن القرىنه فىها على كونه على السىء قوله «فلمرأه ما أءءقها إن لم ىكن أءءقها صءاقا كءىرا» فإن الظاهر أن المرءء بالصءاق الكءىر

ص: ٢٠٦

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ ء ٢، الفقىه ج ٣ ص ٢٨٣ ء ١، ءهءىب ج ٧ ص ٣٥١ ء ٦٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ ء ٢.
٢- (٢) أقول: فىه أن ظاهر ءفرىقه بینهما ىؤءن بعءم اءازه النكاح، و مقءضى كلام الأصءاب أنه مع عءم اءازه السىء و لا اءنه فان المهر على العءء ىبع به العءق، و لكن ظاهر ءءر أنه على السىء بالءقرىب المءكور فى الأصل، و لا ىءلو من الاشكال. (منه-قءس سره-).

٣- (٣) ءهءىب ج ٨ ص ٢١٠ ء ٥١، الفقىه ج ٣ ص ٢٨٩ ء ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٥ ب ٧٨ ء ١.

هو الزائد على مهر المثل، والمعنى فيه أن الصداق على السيد بشرط أن لا يزيد على مهر المثل، ولو كان الصداق إنما على العبد في رقبته أو كسبه لكان هذا الشرط لغوا وإيجاب المهر كاملا- في الرواية الأولى و نصفه في الثانية من حيث تضمن الأولى الدخول و الثانية عدم الدخول.

و في الثانية دلالة على تنصيف المهر بغير الطلاق كما هو أحد القولين، و في الأولى دلالة على أنه مع الدخول قبل إذن المولى لا يعد زانيا يستوجب حد الزاني، و في بعض الروايات المتقدمة ثمه ما يؤيده.

ثم إن الأظهر في تقرير حجه القول المشهور هو ما قدمنا نقله ثمه عن جده في المسالك، فإنه شاف واف بذلك، و تخرج الروايتان شاهدا عليه.

الثاني [في مالكيه المولى مهر الأمه]

قد صرحوا بأنه إذا أذن المولى لأخته في التزويج أو زوجها هو كان المهر له دون الأمه، و الظاهر أنه لا إشكال فيه، لأن الأمه و منافعها مملوكه له، و المهر الذى هو فى مقابله البضع من جمله تلك المنافع المشار إليها، و الله العالم.

الثالث [عدم الفرق بين كون المالك متحدا أو متعددا]

لا- فرق فى توقف نكاح المملوك على إذن مالكيه بين كون المالك متحدا أو متعددا لتحقق المالىه لكل من الملاك، و قبح التصرف بغير إذن المالك عقلا- و نقلا- و الخلاف فى كون النكاح موقوفا على الإجازة أو باطلا يجرى هنا كما فى المالك المتحد، و كذا القول فى المهر و النفقه، و يوزع على كل واحد بمقدار ما يخصه من الملك، و الله العالم.

المسألة الثانية [حكم الولد لو كان الأبوان مملوكين أو كان أحدهما مملوكا]

لا- خلاف و لا إشكال فى أنه إذا كان الأبوان مملوكين يكون الولد مملوكا لمالكهما، فإنه نماؤهما و تابع لهما، فإن كانا لمالك واحد فالولد له، و إن كان كل واحد منهما لمالك فالولد نصفين بين المالكين عند الأصحاب لأنه نماء ملكهما و لا مزيه لأحدهما على الآخر، بخلاف باقى الحيوانات، فإن الولد لمالك الام، و فرقوا بينهما بأن النسب مقصود فى آدميين و هو تابع لهما فيه بخلاف غيره من الحيوانات فإن النسب فيه غير معتبر و النمو و التبعية فيه لاحق

بالأم خاصة، كذا ذكروا-رضى الله عنهم-و لم أقف في ذلك على نص.

قال في المسالك-بعد نقله للفرق بين الإنسان و غيره من الحيوانات في التبعية فيه دونها-:و في الفرق خفاء إن لم يكن هنا إجماع، مع أن أبا الصلاح ذهب إلى أنه يتبع الام كغيره من الحيوانات، انتهى.

و بالجمله فما ذكروه من الفرق لعدم الوقوف على نص فيه لا يخلو من الاشكال.

و يدل على الحكم الأول-و هو ما إذا كان الأبوان ملكا لملك واحد، فإن الولد لملك أبويه-ما رواه

في الكافي (١) عن أبي هارون المكفوف قال:

«قال لى أبو عبد الله عليه السلام: أيسرك أن يكون لك قائد يا أبا هارون؟ قال: قلت: نعم جعلت فداك، قال: فأعطاني ثلاثين دينارا فقال: اشتر خادما كسوميا، فاشتراه، فلما أن حج دخل عليه فقال له: كيف رأيت قائدك يا أبا هارون؟ فقال: خيرا، فأعطاه خمسه و عشرين دينارا فقال له: اشتر جاريه شبانيه فإن أولادهن قره، فاشتريت جاريه شبانيه فزوجتها منه، فأصبث ثلاثه بنات فأهديت واحده منهن إلى بعض ولد أبى عبد الله عليه السلام و أرجو أن يجعل ثوابى منها الجنة، و بقيت بنتان ما يسرنى بهن ألوف».

أقول: في القاموس الكسوم: الماضي في الأمور، و فيه أيضا الشابين: الغلام الناعم و قد شبن، و شبانه اسم، ثم قال: و الشباني و الاشباني-بالضم-الأحمر الوجه و السبال.

نعم لو شرط أحدهما انفراده بالولد أو الزيادة على نصيبه منه فالظاهر صحه الشرط، لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط (٢).

أما لو كان أحد الأبوين حرا و الآخر مملوكا فالمشهور أن الولد يتبع الحر

ص: ٢٠٨

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٠ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٧ ح ١.

٢- (٢) سورة المائده-آيه ١.

منهما، فيكون حراً مطلقاً، وذهب ابن الجنيدي إلى أن الولد رق وأنه تبع للرق منهما إلا مع اشتراط الحرية.

و يدل على القول المشهور أخبار مستفيضه منها ما رواه

في الكافي عن مؤمن الطاق (١) عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام

«أنه سئل عن المملوك يتزوج الحرة، ما حال الولد؟ فقال: حر، فقلت: و الحر يتزوج المملوكه؟ قال: يلحق الولد بالحرية حيث كانت إن كانت، الأم حرة أعتق بأمه، وإن كان الأب حراً أعتق بأبيه».

و عن جميل و ابن بكير (٢)

«في الولد من الحر و المملوكه؟ قال: يذهب إلى الحر منهما».

و عن جميل بن دراج (٣) قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار، و إذا تزوج الحرة الأمه فولده أحرار».

و عن جميل بن دراج (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج الأمه، أو عبد يتزوج حرة، قال: فقال لي: ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً إنه يلحق بالحر منهما أيهما كان، أبا كان أو اما».

و ما رواه

في الفقيه (٥) عن جميل بن دراج في الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج بأمه فجاءت بولد، قال: يلحق الولد بأبيه، قلت: فعبد يتزوج بحره؟ قال: يلحق الولد بأمه».

ص: ٢٠٩

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ٧.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٤.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٦.

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ٨.

٥- (٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٩١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٢.

و ما رواه

فى الكافى (١) فى الصحيح أو الحسن، و فى التهذيب فى الصحيح عن عبد الله ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«فى العبد تكون تحته الحره، قال: ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بأبيه».

أقول: يعنى فى الحضانه و الميراث، و أما أصل الحرىه فإنما حصلت من تبعيه الأم.

و ما رواه

فى الكافى (٢) فى الصحيح أو الحسن عن ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا، و رواه فى الفقيه مرسلًا عن أبى عبد الله عليه السلام

قال:

«سألته عن الرجل الحر يتزوج بأمه قوم، الولد مماليك أو أحرار؟ قال: إذا كان أحد أبويه حرا فالولد أحرار».

و ما رواه

فى التهذيب (٣) عن إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى مملوك يتزوج حره، قال: الولد للحره، و فى حر تزوج مملوكه؟ قال: الولد للأب».

هذه جملة ما وقفت عليه من روايات القول المذكور.

و أما ما يدل على ما ذهب إليه ابن الجنيد، فجملة من الأخبار أيضا منها ما رواه

الشيخ فى التهذيب (٤) عن أبى بصير قال:

«لو أن رجلا- دبر- و فى الاستبصار رواها عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لو أن رجلا دبر- جاريه ثم زوجها من رجل فوطأها كانت جاريته و ولدها منه مدبرين، كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج إليهم مملوكهم كان ما ولد لهم مماليك».

و ما رواه

الصدوق فى الفقيه فى الصحيح و الشيخ فى التهذيب (٥) فى الصحيح أو

ص: ٢١٠

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٩٣ ح ٦، و أما فى التهذيب نعر عليه، فلم الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٣.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٩٣ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٩١ ح ٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٥.

- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ٩.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ١٠.
- ٥-٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٢، الفقيه ج ٣ ص ٦٨ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣١ ح ١٣.

الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل زوج أمته من رجل و شرط له أن ما ولدت من ولد فهو حر، فطلقها زوجها أو مات عنها، فزوجها من آخر، ما منزله ولدها؟ قال: منزلتها ما جعل ذلك إلا للأول، وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق و إن شاء أمسك».

و ما رواه

في التهذيب (١) عن الحسن بن زياد قال:

«قلت له: أمه كان مولاها يقع عليها ثم بدا له فزوجها، ما منزله ولدها؟ قال: بمنزلتها إلا أن يشترط زوجها».

و عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصرى (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام

«في رجل يزوج جاريتة رجلا، واشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر فطلقها زوجها ثم تزوجت آخر فولدت، قال: إن شاء أعتق و إن شاء لم يعتق».

و عن أبان بن تغلب (٣) في الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكته، ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها، وترك الأولاد منها، فقال: أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذى دبر أمهم فهم أحرار، قلت له: أيجوز للذى دبر أمهم ان يردّها فى تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت:

أ رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقى أولادها من الزوج الحر، أيجوز لسيدّها أن يبيع أولادها، و يرجع عليهم فى التدبير؟ قال: لا، إنما كان له أن يرجع فى تدبير أمهم إذا احتاج و رضيت هى بذلك».

و عن عبد الله بن سليمان (٤) فى حديث قال:

«سألته عن رجل يزوج وليدته من رجل و قال: أول ولد تلدينه فهو حر، فتوفى الرجل و تزوجها آخر، فولدت

ص: ٢١١

١-١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٤ ح ٦٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣١ ح ١٢.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٢ ح ٦٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ١١.

٣-٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٥٠ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٧٨ ب ٧ ح ١.

٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣١ ب ٣٠ ح ١٤.

له أولادا؟ فقال: أما من الأول فهو حر، وأما من الآخر فإن شاء استرقهم».

هذه جملة ما حضرني من الأخبار الدالة على ما ذهب إليه ابن الجنيد، وأصحابنا لم ينقلوا لابن الجنيد من الأخبار سوى روايه أبي بصير كما في المختلف و شرح النافع للسيد السند، و زاد في المسالك الاستدلال له بروايه الحسن بن زياد ثم طعنوا فيها بضعف الاسناد، و الأخبار كما ترى فيها الصحيح باصطلاحهم بل هو أكثرها، إلا أن هذه قاعدتهم غالبا من عدم إعطاء التبع حقه في روايات المسألة.

و الشيخ -رحمه الله عليه- في الاستبصار أجاب عن روايه أبي بصير بالحمل على ما إذا شرط عليه أن يكون الولد مماليك، فإنهم يكونون كذلك، و قال في التهذيب -بعد ذكر هذا الحمل-: و هذا الخبر و إن لم يكن فيه ذكر الشرط صريحا فنحن نعلم أنه المراد بدلاله ما قدمناه من الأخبار، و أن الولد لاحق بالحرية فإذا ثبت ذلك فلا وجه لهذا الخبر إلا الوجه الذي ذكرناه. انتهى، و لا يخفى ما فيه.

و أجاب عن روايه الحسن بن زياد و صحيحه عبد الرحمن بالحمل على التقيه تاره، قال: لأن في العامه من يذهب إلى أن الولد يتبع الام على كل حال، و تاره على ما إذا كان الزوج مملوكا للغير، قال: فإن الولد يكون لاحقا لها إلا أن يشترط مولى العبد.

أقول: و المسألة لتصادم هذه الأخبار و بعد ما ذكره من المحامل محل إشكال، إلا أنه يمكن أن يرجح الحمل على التقيه، لشهره القول الأول في الصدر الأول حيث لم ينقل المخالفه ثمه إلا عن ابن الجنيد سيما مع ما علم غالبا من جريه على مذهب العامه، و قوله بأقوالهم، و عمله بقياساتهم.

هذا كله مع الإطلاق و عدم الشرط، و أما مع الاشتراط فإن كان الواقع هو اشتراط الحرية فلا خلاف و لا إشكال في صحه ذلك كما دلت عليه النصوص المتقدمه و إن كان الشرط هو الرقيه فمحل خلاف و إشكال، و المشهور صحه الشرط لعموم

قوله عز و جل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و عموم

«المؤمنون عند شروطهم» (٢).

و ذهب جمع من المتأخرين إلى فساد هذا الشرط، و أنه إذا كان الولد محكوما بحريته مع الإطلاق، و عدم الشرط كما هو القول المشهور، فإنه لا يكون اشتراط رقيته مشروعا، كما أنه لا يصح اشتراط رقيه ولد الحرين.

و يعضده أن الولد ليس مملوكا للحر من الأبوين ليصح اشتراطه للمولى، و إنما ألحق فيه الله سبحانه، فلا يصح اشتراطه، و هو كلام جيد متين، و يزيده تأييدا أن أقصى ما دلت عليه الروايات الداله على الرقيه مع الإطلاق هو صحة شرط الحريه بناء على ذلك، أما على العكس و هو ما إذا حكم بالحريه كما هو مدلول أخبار القول المشهور، فإنه لم يتضمن شىء منها الدلاله على الرقيه مع اشتراطها، بل ربما أفاد إطلاقها- بأن أحد الأبوين إذا كان حرا فالولد حر- الحكم بالحريه مطلقا بتقريب أن ترك الاستفصال فى جواب السؤال مع قيام الاحتمال يفيد العموم فى المقال.

و من ثم إن المحقق تردد فى النافع، و فى الشرائع نسب لزوم الشرط هنا إلى قول المشهور مؤذنا بضعفه و عدم الدليل عليه، و إلى ما ذكرناه من القول الآخر مال فى المسالك و سبطه فى شرح النافع و هو كذلك لما عرفت، ثم إنه على تقدير بطلان الشرط فهل يبطل العقد، أم يختص البطلان بالشرط؟ قولان، قد تقدم الكلام فىهما فى غير موضع، و مما يتفرع على ذلك ما لو وطأها بهذا العقد فأولدها، فإن قلنا بصحة العقد و بطلان الشرط خاصه فالولد حر كما لو لم يشترط بالكلية، و كذا إن قلنا بفساده مع الجهل بالفساد، لأنه نكاح شبهه يلحق بالصحيح، أما لو قلنا ببطلان العقد و كان عالما فإنه يكون زانيا، و الولد يكون رقبا تبعا

ص: ٢١٣

١-١) سورة المائده- آيه ١.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ذيل ح ٤.

للام من حيث الزنا لا- من حيث الشرط، و إن قلنا بصحة الشروط لزوم و لم يسقط بالإسقاط، و إنما يعود إلى الحرية بسبب جديد، كملك الأب له و نحوه، و الله العالم.

المسألة الثالثة [فيما لو تزوج الحر أمه بدون إذن السيد و دخل بها قبل إذنه]

إشاره

إذا تزوج الحر أمه بدون إذن السيد، و دخل بها قبل رضا السيد و إجازته، فلا يخلو الحال من أن يكونا معا عالمين بالتحريم أو جاهلين أو أحدهما عالما و الآخر جاهلا و بالعكس، فهنا صور أربع:

الأولى: أن يكونا عالمين بالتحريم

و قد قطع الأصحاب بكون الوطى زنا يثبت به الحد عليهما و الولد رق لمولى الأمه، و إنما اختلفوا في ثبوت المهر للمولى و عدمه.

أقول: أما الحكم بكونه زنا فقد تقدم ما يدل عليه من الأخبار المذكوره في صدر المسألة الأولى الداله على أن نكاح الأمه من غير إذن المولى باطل، دخل بها أو لم يدخل، خلافا لما ذهب إليه أصحابنا من كونه فضوليا موقوفا على الإجازة، و قد صرح جملة من تلك الأخبار بكونه زنا، كقوله عليه السلام

في روايه أبي العباس (١).

بعد السؤال عن الأمه تتزوج بغير إذن أهلها؟ قال: يحرم ذلك عليها و هو الزنا.

و في روايه الثانيه (٢) هو الزنا إن الله يقول «فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» .

و نحوه في روايه الثالثه (٣).

و أما تزويج العبد بدون إذن سيده و إن كان خارجا عن موضوع المسألة، فظاهر الأخبار التي تقدمت في المسألة السابعه من المقصد الثاني في الأولياء من الفصل الأول أنه موقوف على إذن السيد، و إن دخل بها كما صرح به في بعضها و إن ذلك ليس بزنا معللا في جملة منها بأنه لم يعص الله عز و جل، و إنما عصي

ص: ٢١٤

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ب ٢٩ ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ ح ٥٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ب ٢٩ ح ١.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ب ٢٩ ح ٣.

سيده، وربما ظهر من كلام بعض الأصحاب أنه مع الدخول أيضا زنا يجب به الحد، و ظاهر الأخبار المشار إليها يرده.

و أما الولد فإنه لا- خلاف في كونه رقبا في صورته تسافح المملوكين أو زنا الحر بالأمه، و ما هنا من قبيل الثاني و إن وقع بلفظ العقد، و قد علل بأن الولد نماء الأمه.

و الأولى الاستدلال عليه بما رواه

الشيخ (1) في الصحيح عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام

«في رجل أقر على نفسه أنه غصب جاريه رجل فولدت الجارية من الغاصب، قال: ترد الجارية و الولد على المغصوب منه إذا أقر بذلك الغاصب».

و رواه الكليني، كذلك و الصدوق- رحمه الله عليه- عن الصادق عليه السلام مرسلا، إلا أنه قال فيه

«إذا أقر بذلك أو كانت عليه بينه».

و لا إشكال و لا خلاف في كل من هذين الحكمين، إنما الإشكال و الخلاف في المهر، فإن فيه قولين:

(أحدهما)- و هو مختار المحقق في الشرائع- العدم، لأنها زانية، فلا مهر لها، لقوله عليه السلام «لا مهر لبغى» و لأن البضع لا يثبت لمنافعه عوض إلا بعقد أو شبهه أو إكراه لها تخرج به عن كونها بغيا، و الوجه أن ماله ليست على نهج الأموال الصرفه، ليكون مطلق الانتفاع بها موجبا للعوض، ألا ترى أنه لو قبل أحد مملوكه الغير أو استمتع بها فيما دون الوطى لم يكن عليه عوض، بخلاف ما لو استخدمها، و الفرق عدم نقصانها بسببه، و حينئذ فالأصل عدم ثبوت كون البضع مضمونا على هذا الوجه، و إنما تضمن بأحد الوجه الثلاثة المتقدمه.

و(ثانيهما) ثبوت المهر للمولى، لأن البضع ملكه، فلا يؤثر علمها و رضاها

ص: ٢١٥

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٥٥٦ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٤، مع اختلاف يسير، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٦ ح ٥١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧١ ب ٦١ ح ١ و فيه «عن علي بن حديد» مع اختلاف يسير.

فى سقوط حقه، و أجب عن الخبر بعد تسليم صحته بأنه خارج عن محل البحث، و أن المراد به إنما هو الحره لا الأمه، و ذلك ظاهر من وجهين.

أحدهما: إن لفظ المهر إنما يقال بالنسبه إلى الحره، و أما عوض بضع الأمه فإنما يطلق عليه اسم العقر أو العشر أو نصفه، و إن أطلق عليه المهر فهو مجاز، و الأصل عدمه، و لهذا وقع التعبير عن الزوجه بانه المهيره فى قولهم: لو زوجه بنت مهيره و أدخل عليه بنت أمه.

و الثانى: من جهه اللام المفيد للملك أو الاستحقاق أو الاختصاص، فإن المنفى فى الخبر إنما هو ملك البغى له، و استحقاقها أو اختصاصها، و الثلاثه منفيه عن الأمه هنا، لأن المالك له أو المختص أو المستحق إنما هو المولى دون الأمه، و ذلك واضح، لما عرفت من أن البضع ملكه، فما جعل عوضا له إنما يكون للمولى لا- للأمه، و بذلك يظهر لك أن الخبر المذكور لا- وجه للاستدلال به هنا.

نعم يبقى الإشكال بالنسبه إلى التعليل الثانى، و لهذا أنه فى المسالك قوى هذا القول، و جعل ثبوته متوقفا على إثبات كون البضع مضمونا حسبا قدمنا تحقيقه، إلى أن قال: و الثابت على الزانى العقوبه الدينويه أو الأ-خرويه، و ما سواه يحتاج إلى دليل و هو حاصل مع العقد أو الشبهه.

أقول: و قد عرفت أن الإكراه المخرج لها عن كونها بغيا ثابت لهذين الأمرين.

قال السيد السند فى شرح النافع- بعد ذكر القول الثانى و الاستدلال له بأن البضع ملكه فلا يؤثر علمها فى سقوط حقه-: و يمكن الاستدلال عليه أيضا

بصحيحه الفضيل بن يسار (1) عن أبى عبد الله عليه السلام، حيث قال فيها

«قلت: أ رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضاها؟ قال: لا ينبغى له ذلك، قلت: فإن فعل أ يكون زانيا؟ قال: لا، و لكن يكون خائنا، و يغرّم لصاحبها عشر قيمتها

ص: ٢١٦

إن كانت بكرا، وإن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها».

قال: فإن ثبوت العوض هنا يقتضى ثبوته فى الزنا المحض بطريق أولى، انتهى.

و فيه ما ذكره جده فى المسالك حيث قال-بعد الكلام المتقدم:-نعم لو كانت بكرا لزمه أرش البكاره، لأنها خيانه، فلا دخل فى المهر هنا، وإن دخلت فيه على بعض الوجوه، و لربما احتمال كونها مهرا، لأن الشارع جعله تبعا للوطى، فيأتى فيه الخلاف السابق، و الأصح الأول، لأن الخيانه على المال المملوك الموجه لنقص المالىه مضمونه بغير إشكال، بخلاف المهر، انتهى.

و هو ظاهر فى كونه وجوب العشر أو نصفه، إنما وجب من حيث النقص الحاصل بتصرفه فى مال الغير بدون إذنه، و لا خصوصيه له بالنكاح، فمنشؤه إنما هو التصرف الموجب للنقص، لا- ما يراد من المهر، و هو كونه فى مقابله الانتفاع بالبضع، و حينئذ فحملة عليه لا يخرج عن القياس و إن كان قياس أولويه.

و بالجملة فإن المسألة بما عرفت من القيل و القال، و عدم وجود النص لا تخلو من الاشكال، و الله العالم.

الثانيه: أن يكونا جاهلين بالتحريم

و يتحقق ذلك إما بأن لا يكونا عالمين بتحريم تزويج الأمه بغير إذن مالكةا، أو كانا يعلمان ذلك، و لكن عرضت شبهه أوجبت لهما ذلك، بأن وجدها على فراشه فظنها زوجته أو أمته بعد أن عقد عليها أولا، فإنك قد عرفت أن هذا العقد حيث لم يكن بإذن المالك لا ثمره له، و لا أثر يترتب عليه و ظنت هى أنه مولاه، لا العاقد عليها، و حينئذ فنكاحه لها و الحال هذه من الطرفين نكاح شبهه، موجب لحرية الولد، و لحوقه بالأب، و درايه للحد و موجب للمهر.

و لكن فى المهر هنا أقوال ثلاثة: فقيل: بأنه المسمى فى العقد، لأنه العوض الذى تراضيا عليه بالعقد، و العقد صحيح ظاهرا للشبهه.

و قيل: مهر المثل لظهور فساد العقد فى نفس الأمر، و أن مهر المثل هو

المحكوم به فى نكاح الشبهه، وقواه فى المسالك، وقد تقدم تحقيق الكلام فى ذلك فى باب الرضاع، وأن الأظهر هو الثانى.

وقيل: بأنه العشر أو نصف العشر، واختاره السيد السند فى شرح النافع، قال: وهذا أقوى، لصحيحه الفضيل المتقدمه، وقوله عليه السلام

فى صحيحه الوليد بن صبيح (١) - إذا تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها -

«و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلت من فرجها».

وفيه ما عرفت آنفا أن مورد كل من الرويتين صورته مخصوصه، والتعدى إلى غيرها كما فى ما نحن فيه يحتاج إلى دليل، وإلا فهو مجرد قياس، والأظهر الاقتصار فى كل منهما على مورد.

ومما ذكرنا يظهر أن الأقرب إلى القواعد الشرعيه هو القول بمهر المثل.

قالوا: وإن أنت بولد كان حرا تابعا لأبيه، وعلى الأب قيمته للمولى لأنه نماء ملكه و يعتبر القيمه يوم سقوطه حيا، لأنه وقت الحكم عليه بالماليه لو كان رقا، والظاهر أنهم استندوا فى وجوب القيمه على الأب للمولى إلى الأخبار الواردة فى تدليس المرأه نفسها، أو تدليس من زوجها على أنها حره، ثم ظهر كونها أمه، وسيأتى - إن شاء الله - بعد هذه المسأله.

الثالثه: أن يكون الحر عالما، والأمه جاهله

قالوا: والحد عليه فى هذه الصوره، و ينتفى عنه الولد لأنه عاهر، له الحجر، و يثبت عليه مهر المثل أو العشر أو نصفه للمولى، كما سبق و الولد رق، وهذه الأحكام كلها ظاهره مما سبق.

الرابعه: العكس

بأن يكون الحر جاهلا، وهى عالمه و فى هذه الصوره يسقط عنه الحد، و يلحقه الولد، و عليه فكه بالقيمه يوم سقوطه حيا كما تقدم، و كذا وجوب المهر حسب ما تقدم جميع ذلك فى الصوره الثانيه و ظاهره فى المسالك

ص: ٢١٨

١ - ١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧ و ص ٤٢٢ ح ١ و فيهما اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧

ح ١.

التوقف هنا في وجوب المهر، حيث قال: والحكم بسقوط الحد و لحوق الولد به، و وجوب القيمة كالسابقة، و كذا في وجوب المهر على ما أطلقه المصنف و الجماعه بناء على أنه وطئ محترم من قبله من حيث الشبهه، فيثبت عوضه، و ظاهرهم بل صريح بعضهم عدم الفرق بين علمها و جهلها في ذلك، هنا لا يخلو من إشكال، لأنها مع العلم بغى، فينبغى مجيء الخلاف السابق، لكن لم يتعرضوا له هنا. انتهى، و هو جيد، و أشار بذلك إلى الخلاف المذكور في هذه الصورة، و قد عرفت الكلام فيه.

قالوا: هذا كله إذا لم يجز المولى العقد، فإن أجازته قبل الوطئ فواضح، و إن كان بعده بنى على أن الإجازة هل هي كاشفه عن صحه العقد من حينه، أو مصححه له من حينها؟ فعل الأول قال في المسالك و هو الأقوى: يلحق به الولد و إن كان عالما حال الوطئ بالتحريم، و سقط عنه الحد و إن كان قد وطأ محرما حالته، و يلزمه المهر لانكشاف كونها زوجته حال الوطئ، و إقدامه على المحرم يوجب التعزير لا الحد.

و على الثانى تبقى الأحكام السابقه بأسرها، لأنها حين الوطئ لم تكن زوجته ظاهرا و لا فى نفس الأمر، و إنما كان قد حصل جزء السبب المبيح و لم يتم إلا بعد الوطئ، فكان كما لو لم يكن هناك عقد أصلا. قال فى شرح النافع: و الأصح الثانى.

أقول: فيه (أولا-) إنما لم نقف بعد التتبع التام للأخبار على أثر يدل على شىء من هذين القولين، و ليس إلا- مجرد كلامهم فى البين، سيما مع ما عرفت فى كتاب البيع من عدم صحه البيع الفضولى الذى هو الأصل فى اعتبار الإجازة، و لزوم العقد بها، بل بطلانه من رأس، و إن صح فى النكاح كما تقدم تحقيقه، و أما كون الإجازة له بعد وقوعه كاشفه أو ناقله فلا أثر له فى الأخبار سوى ما ذكره من هذا الاعتبار.

و(ثانيا) إنك قد عرفت مما قدمنا ذكره فى المسألة الأولى دلالة الأخبار

على بطلان تزويج الأمه بغير إذن مولاها، لا أنه صحيح موقوف على الإجازة كما ادعوه، و ما ذكره هنا متفرع على ما وقع لهم ثمه من حكمهم بالصحة من غير فرق بين العبد و الأمه لو تزوج كل منهما بغير إذن السيد، و الأخبار إنما دلت على ذلك بالنسبة إلى تزويج العبد كما قدمناها فى المسأله المذكوره.

و أما أخبار تزويج الأمه فإنها قد اتفقت على بطلانه و تحريمه، و أنه زنا محض، و لكنهم غفلوا عن ملاحظتها و التأمل فيما وقع فيها، فتأمل و أنصف، و الله العالم.

المسأله الرابعه: إذا ادعت و التأمل فيما وقع فيها، فتأمل و أنصف، و الله العالم.

المسأله الرابعه: إذا ادعت المرأه الحريه، فتزوجها الحر بناء على ذلك

إشاره

من غير علمه بفساد دعواها، و إلا كان زانيا، و كان الحكم فيه كما تقدم فى الصوره الاولى من صور المسأله المتقدمه، و دعواها الحريه إما باعتبار أنها حره الأصل و لم يكن الزوج عالما بحالها، أو ادعت العتق و ظهر للزوج من قرائن الحال ما أثمر له الظن بصدقها، و توهم الحل بذلك.

أما لو كان عالما بفساد دعواها، أو بعدم الالتفات إلى قولها بدون البينه أو الشيع أو نحو ذلك مما يفيد العلم، فإنه يكون زانيا، و يكون الحكم كما تقدم فى الصوره المشار إليها، و حينئذ فمع العمل على يدعواها بالتقريب المتقدم يكون من قبيل الشبهه، فيسقط عنه الحد و يلزمه المهر على الخلاف فيه من كونه المسمى أو مهر المثل أو العشر أو نصفه، و هل يكون الولد حرا أو رقاً؟ قولان، و على كل منهما يجب على الأب فكه عند الأصحاب بدفع قيمه إلى مولى الجاريه، و الكلام هنا يقع فى موضعين:

الأول: فى المهر، و ظاهرهم الاتفاق عليه و إن كانت الأمه عالمة بالتحريم، و احتمال العدم كما تقدمت الإشارة إليه ممكن، ثم إنهم اختلفوا فى تقديره، فقيل: إنه المسمى لأنه عقد صحيح، قبض فيه أحد العوضين فيجب الآخر، و عروض الفسخ لا يوجب فساد من أصله.

قال فى المسالك - هو ظاهر اختيار المصنف و الأكثر، ثم تنظر فيه،

قال:-لأنه واقع بغير إذن السيد و لا أثر لصحته ظاهرا إذا تبين فساده بعد ذلك، و دعوى كون الفسخ لا يفسده من أصله غير سديد.انتهى،و هو جيد.

و قد تقدم الكلام فى ذلك،و أن الأظهر بطلان المسمى لظهور بطلان العقد الذى اشتمل عليه،نعم يتم القول بالصحة لو أجاز السيد العقد،بناء على ما يدعونه من كون العقد فضوليا،و أن الإجازة كاشفه.

و قيل:مهر المثل،ذهب إليه الشيخ فى المبسوط،و نقله فخر المحققين عن ابن حمزه،كما نقل الأول عن القاضى ابن البراج،و غلظه الشهيد فى شرح الإرشاد فى كل من النقلين بأنهما قائلان بالقول الثالث.و قد علم وجه هذا القول مما تقدم فى غير مقام من أن مرجعه إلى نكاح الشبهه،و الواجب فى نكاح الشبهه إنما هو مهر المثل،و وجهه هنا أنه لا-ريب أن الجارية ملكة للغير،و النكاح موقوف على رضاه،و حيث لم يرض فالنكاح باطل،إلا-أنه قد حصل الوطى المحرم بسبب الجهل،فصار نكاح شبهه فوجب مهر المثل،هذا عندهم إذا لم يجز المولى،و إلا-فلو أجاز و قلنا بأن الإجازة كاشفه عن صحة العقد من حينه لا-من حينها،فإن الواجب حينئذ هو المسمى،إلا أنك قد عرفت ما فيه.

و قيل:بوجوب عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصفه إن كانت ثيبا،و هو مذهب الشيخ فى النهايه و القاضى ابن البراج و ابن حمزه،و مستندهم فى ذلك

صحيحه الوليد بن صبيح (1) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل تزوج امرأة حره فوجدتها أمه قد دلست نفسها له،قال:إن كان الذى زوجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت:فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه قال:إن وجد مما أعطها شيئا فليأخذه،و إن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها،و إن كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا،

ص: ٢٢١

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧ و ص ٤٢٢ ح ١ و فيهما اختلاف يسير،الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١،و فيه اختلاف يسير.

و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، قال: و تعتد منه عده الأمه، قلت: فإن جاءت بولد؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى».

قال فى المسالك: و ينبغى أن يكون العمل بها لصحتها، و ربما حملت على ما إذا طابق العشر أو نصفه المهر المثل، و هو بعيد، و من الجائز اختصاص الأمه بهذا الحكم و جعل مهر المثل للحره أو للأمه أيضا فى غير موضع النص. انتهى و هو جيد، فإن الروايه لا معارض لها فى المقام إلا ما ذكروه من تلك التعليقات مع إمكان الجمع بما ذكره -رحمه الله- و تخرج صحيحه الفضيل المتقدمه مؤيدا لذلك.

الثانى: فى حكم الولد، و قد تقدمت الإشاره إلى الخلاف فيه بالحرية و الرقيه، و نقل فى المسالك القول بالرقيه عن الشيخ و أتباعه و اختاره المحقق فى الشرائع، مع أنه قد حكم فى سابق هذه المسأله أن الولد مع الشبهه الجاربه على الأب يكون حرا، و إن لزمه فكه بالقيمه، و ما نحن فيه من قبيل ذلك، لأن المفروض اشتباه الحال عليه كما عرفت.

و بالثانى من القولين المذكورين صرح السيد السند فى شرح النافع و استدل على القول بالرقيه

بحسنه زواره (1) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أمه أبقت من مواليتها فأتت قبيله غير قبيلتها فادعت أنها حره فوثب عليها رجل فتزوجها، فظفر بها مواليتها بعد ذلك و قد ولدت أولادا، فقال: إن أقام البيه الزوج على أنه تزوجها على أنها حره أعتق ولدها، و ذهب القوم بأمتهم، و إن لم يقيم البيه أوجع ظهره و استرق ولده».

و عد هذه الروايه فى الحسن بناء على روايه الشيخ لها فى التهذيب عن عبد الله بن يحيى و لكن الذى فى الكافى إنما هو عبد الله بن بحر مكان عبد الله بن

ص: ٢٢٢

(١- ١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٣.

يحيى، و لعله الأقرب فتكون الروايه ضعيفه بهذا الاصطلاح.

و موثقه سماعه (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكه أتت قوما فزعمت أنها حره فتزوجها رجل منهم و أولدها ولدا، ثم إن مولاهم أتاهم فأقام عندهم البينه أنها مملوكه، و أقرت الجاربه بذلك، فقال: تدفع إلى مولاهم هي و ولدها، و على مولاهم أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم تصير إليه، قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه و يأخذ ولده، قلت:

فإن أبي الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال: فعلى الامام أن يفتديه، و لا يملك ولد حر».

و استدل السيد فى شرح النافع على الحريه كما قدمنا نقله عنه

بصحيحه الوليد بن صبيح (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام المتقدمه لقوله فى آخرها

«أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى». و على وجوب القيمه على الأب

بصحيحه محمد بن قيس (٣) عن أبى جعفر عليه السلام

«فى رجل تزوج جاربه على أنها حره، ثم جاء رجل آخر فأقام البينه على أنها جاربه، قال: يأخذها و يأخذ قيمه ولدها».

ثم قال: و فى هذه الروايه دلالة على حريه الولد أيضا.

و أنت خير بأن الروايه الاولى لا دلالة فيها على القيمه، و الثانيه لا دلالة فيها على الحريه، فقوله «و فى هذه الروايه دلالة على حريه الولد» لا أعرف له وجها.

و الشيخ قد حمل صحيحه الوليد على أحد وجهين: أحدهما أن يكون قد شهد شاهدان عنده أنها حره و الثاني أن يكون الأب قد رد ثمنهم.

و احتمال بعضهم أن هذا الكلام منه عليه السلام على جهه الإنكار دون الاخبار

ص: ٢٢٣

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٦٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٩ ح ٥.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧ و ص ٤٢٢ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١، و ما فى المصادر اختلاف يسير مع ما ذكره- قدس سره.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٠ ح ٨.

بقرينه الشرط، و هو قريب، بل الظاهر أنه أقرب من حملى الشيخ.

و من أخبار المسأله

موثقه سماعه (١) قال:

«سألته عن مملوكه قوم أتت قبيله غير قبيلتها، و أخبرتهم أنها حره فتزوجها رجل منهم فولدت له، قال: ولده مملوكون إلا أن يقيم البيئه أنه شهد لها شاهدان أنها حره، فلا تملك ولده و يكونون أحرارا».

و فى هذا الخبر دلالة على ما دلت عليه روايه زراره (٢) المتقدمه من حرية الولد إن أقامت البيئه على ما ادعت من الحرية، و تزوجها الرجل بناء على ذلك، و إلا فالولد رق، و هى مؤيده للقول المشهور برقيه الولد بناء على ظاهر الحال، و هى بالنسبه إلى فك الولد بالقيمه مطلقه، فيحمل إطلاقها فى ذلك على ما تضمنته موثقه سماعه (٣) المتقدمه، و كذا صحيحه محمد بن قيس من وجوب فك الأب له بالقيمه جمعا بين الأخبار.

و منها

موثقه محمد بن قيس (٤) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى على عليه السلام فى امرأه أتت قوما فأخبرتهم أنها حره، فتزوجها أحدهم و أصدقها صداق الحره ثم جاء سيدها، فقال: ترد إليه و ولدها عبيد».

و هذه الروايه أيضا صريحه فى الرقيه كما هو القول المشهور، و أما بالنسبه إلى فكه بالقيمه فهى مطلقه، فيجب تقييد إطلاقها بما فى الصحيحه المتقدمه الداله على أن المولى يأخذ قيمه الولد، و أخذ القيمه هو الأنسب بالرقيه لا بالحرية

ص: ٢٢٤

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٦٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٩ ح ٥.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٤.

كما توهمه السيد السند فى شرح النافع فيما قدمنا نقله عنه حتى ادعى أنها داله على حريه الولد.

و بالجمله فإنه يحصل من الجمع بين روايتى محمد بن قيس المذكورتين باعتبار اشتمال الاولى على أنه يأخذ قيمه الولد أعم من أن يكون حراً أو رقاً، و اعتبار اشتمال الثانيه على أن ولدها عبيد من غير تعرض للقيمه، هو أنهم عبيد للسيد، و لكن يجب على الأب فكهم بالقيمه، و سند هذا الجمع موثقه سماعه الأولى الداله على أنها تدفع هى و ولدها إلى مولاهما، و على مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الذى يظهر لى من تدبر هذه الأخبار-بعد ضم بعضها إلى بعض من غير فرق فيها بين ضعيف و صحيح- هو أن الزوج إن كان قد تزوجها بعد ثبوت دعوى الحريه بالشاهدين فأولاده أحرار و لا يجب عليه فكهم بالثمن، لأنه إنما تزوج حره باعتبار ظاهر الشرع فلا وجه للقيمه هنا بالكليه، و إن تزوجها على ظاهر الحريه بالتقريب الذى تقدم صدر المسأله، فالولد يكون رقاً، و يجب عليه فكه بالقيمه.

و يمكن توجيه ذلك بعد ورود النص به كما عرفت، فيكون بياناً لوجه النص لا عله فى الحكم، بأن يقال: إنه لما كانت مملوكه و لم يأذن المالك فى تزويجها و لم يكن التزويج على نحو الشاهدين الموجب للثبوت شرعاً كان فيه شائبه من الزنا الموجب لرقيه الولد، و لما كان ذلك راجعاً إلى الشبهه الموجهه لحريه الولد كان الجمع بين الأمرين بالرقيه مع الفك بالقيمه.

نعم صرح ابن إدريس بأن القيمه فى صورته شهاده الشاهدين و إن لم يكن على الأب إلا أنها على الشاهدين كما سيأتى نقله إن شاء الله.

و فصل العلامه فى المختلف فقال: إن رجعا لم يلتفت إلى رجوعهما و ضمنا لمولاهما قيمه الجاريه و الولد و المهر، و إن ثبت تزويرهما نقض الحكم و كان الولد

حرا، و على الأب دفع قيمته يوم سقط حيا. إلى آخره.

أقول: لا يخفى أن أخبار المسألة هنا خالية عن التعرض للقيمة في هذه الصورة، وإنما تضمنت القيمة في صورته التزويج على ظاهر الحال المحكوم فيه برقية الولد لا في صورته الشاهدين المحكوم فيها بالحرية، والظاهر أن ما ذكره ابن إدريس من أن القيمة على الشاهدين، و ذكره هو بالنسبة إلى رجوعهما هو الأوفق بالقواعد الشرعية كما نبهنا عليه، والفرق في ذلك بين رجوعهما و ثبوت تزويرهما - كما ذكره العلامة - لا أعرف له وجها.

و أما ما ذهب إليه السيد السند من حرية الولد كما قدمنا نقله عنه استنادا إلى صحيحه الوليد بن صبيح، حيث إن سندها صحيح باصطلاحه، و هو ممن يتهافت على صحه السند، فهو عندنا غير مرضى و لا معتمد، و الروايات التي ذكرناها كما عرفت كلها داله على الرقيه، و الصحيحه المذكوره يمكن تأويلها بما قدمنا ذكره، و الجمع بينها و بين باقى الأخبار يقتضيه.

و أما على ما ذكره و اختاره فإنه يلزم طرح هذه الأخبار مع ما هى عليه من الصراحة و قوه الأسانيد أيضا.

و بما ذكرنا من الحرية مع البيئه و الرقيه بدونها، صرح الشيخ فى النهايه حيث قال: فإن عقد عليها على ظاهر الأمر بشهاده الشاهدين لها بالحرية و يرزق منها أولادا كان أولادها أحرارا، و إن عقد عليها على ظاهر الحال و لم يقم عنده بينه بحريتها ثم تبين أنها كانت رقا كان أولادها رقا لمولاهما، و يجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمة، و على الأب أن يعطيه قيمتهم، فإن لم يكن له مال استسعى فى قيمتهم، فإن أبى كان على الامام أن يعطى مولى الجاربه قيمتهم من سهم الرقاب، و لا يسترقت ولد حرا. انتهى، و إليه يرجع كلامه فى كتابى الأخبار حيث حمل صحيحه الوليد بن صبيح على أحد الحملين المتقدمين.

الأول: لو دلسها عليه مدلس فزوجها منه على أنها حره فظهرت أمه، فهل يحكم على الولد بالحرية أو الرقيه؟

الذي صرح به جملة من الأصحاب منهم ابن حمزه و ابن إدريس هو الأول.

قال ابن حمزه: إن تزوجها بغير إذن مولاها فأقسامه خمسة:

(الأول) دلسها عليه أحد بالحرية، فيرجع بالمهر على المدلس، و يكون الولد حراً، و للسيد عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً و نصف العشر إن كانت ثيباً، و أرش العيب إن عابت بالولادة، و إن دلسها مولاها سقط المهر المسمى و لزم مهر المثل، و دفع بالمهر على سيدها و تحرر الولد.

(الثاني) شهد الشاهدان لها بالحرية، فيرجع بالمهر على الشاهدين، و باقى الأحكام على ما ذكر.

(الثالث) تزوجها بظاهر الحال على الحرية، فيكون النسب لاحقاً و الولد رقاً، و له الرجوع إليها بالمهر، و عليه للسيد ما ذكرناه من عشر القيمة أو نصفه، و يجب على السيد أن يبيع الولد من أبيه، و لزم الأب قيمته، فإن عجز استسعى فيها، فإن لم يسع دفع الامام عليه السلام قيمته للسيد من سهم الرقاب. إلى آخره (١).

و قال ابن إدريس: و إن عقد عليها على ظاهر الحال بشهادة الشاهدين لها بالحرية و رزق منها أولاداً كانوا أحراراً، و يجب على الشاهدين ضمان المهر إن

ص: ٢٢٧

١ - ١) و تمام عبارته هكذا: (الرابع) علم الرقيه و لم يعلم التحريم، فيكون الولد رقاً، و يلزم المسمى، و يلتحق النسب، و يضمن أرش العيب و الفرق. (الخامس) أن يعلم الرق و التحريم، فيكون زانياً إن لم يرض السيد بالعقد، و يكون الولد رقاً، و النسب غير لاحق، و المهر غير لازم، و الأرش مضموناً، و عشر القيمة إن كانت بكراً، و نصف العشر إن كانت ثيباً، و ان رضى السيد بالعقد صح النكاح، انتهى. (منه - رحمه الله -).

كان الزوج سلمه إليها، وقيمة الأولاد يوم وضعهم أحياء، لأن الشهود الزور يضمنون ما يتلفون بشهاداتهم، بغير خلاف بيننا، والإجماع منعقد على ذلك.

وإن عقد عليها على ظاهر الحال ولم يقدّم عنده بينه بحريتها ثم تبين أنها كانت رقاً كان أولادها رقاً لمولاهها، ويجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمة، وعلى الأب أن يعطيه قيمتهم، فإن لم يكن له مال استسعى في قيمتهم على ما روى في الأخبار - إلى أن قال: - وإذا عقد على امرأة بظن أنها حرة، والذي عقد عليها كان قد دلّسها وكانت أمه، كان له الرجوع عليه بمهرها إن كان قد قبضته، فإن رزق منها أولاداً كانوا أحراراً.

وقال أبو الصلاح: وإذا تزوج الحر بامرأة على أنها حرة فخرجت أمه، فولدها لآحقون به، ويرجع بقيمة الولد والصدّاق على من تولى أمرها، وإن كانت هي التي عقدت على نفسها لم ترجع على أحد بشيء.

أقول: اشتركت هذه العبارات في الحكم بحرية الولد في صورته التدليس، إلا أن كلام أبي الصلاح صريح في الرجوع بقيمة الولد على المدلس كما يرجع الزوج بالصدّاق إذا كان قد قبضته، وكلام ابن حمزة إنما تضمن الرجوع بالصدّاق خاصة، وهو بالنسبة إلى قيمة الولد، وكلام ابن إدريس مطلق بالنسبة إلى الأمرين أعني المهر وقيمة الولد.

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بالمقام ما رواه

الشيخ في التهذيب (1) عن إسماعيل بن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت: رجل كان يرى امرأته تدخل على قوم وتخرج فسأل عنها فقليل له إنها أمتهم واسمها فلانة، فقال لهم: زوجوني فلانة، فلما زوجوه عرفوا على أنها أمه غيرهم، قال: هي وولدها لمولاهها، قلت:

فجاء إليهم فخطب إليهم أن يزوجه من أنفسهم فزوجوه وهو يرى أنها من أنفسهم، فعرفوا بعد ما أولدها أنها أمه، قال: الولد له وهم ضامنون لقيمة الولد

ص: ٢٢٨

لمولى الجارية».

و ما رواه

فى الكافى (١) عن إسماعيل بن جابر أيضا قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته فسأل عنها فقيل: هى ابنه فلان، فأتى أباهما فقال: زوجنى ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه فعلم بعد أنها غير ابنته، وأنها أمه، فقال: يرد الوليد على مولاها، والولد للرجل، وعلى الذى زوجه قيمه ثمن الولد يعطيه موالى الوليد كما غر الرجل و خدعه».

وهما ظاهران فى الحكم بحرية الولد، لأنه لا معنى لقوله فى الأول الولد له، وفى الثانى والولد للرجل، إلا اللحق به فى الحرية، وأنهم أحرار مثله و صريحان أيضا فى وجوب القيمة على المدلس لمولى الجارية لأن الولد نماء ملكه و حينئذ فيجب حمل إطلاق عبارتى ابن إدريس و ابن حمزه على ما دل عليه الخبران المذكوران من وجوب القيمة على المدلس كما صرح به أبو الصلاح، و بما ذكر هنا و فيما تقدم تجب القيمة فى صورته التديس على المدلس مع الحكم بالحرية، و تجب أيضا فى صورته التزويج على ظاهر الحال على الأب مع الحكم بالرقية على ما يستفاد من الأخبار فى المقامين.

و إنما يبقى الكلام فى صورته شهادته الشاهدين، من وجوب القيمة على الشاهدين كما ذكره ابن إدريس، أو التفصيل الذى تقدم نقله عن العلامة حيث إن الأخبار خالية من التعرض لذلك، إلا أن الظاهر أن الأقرب ما ذكره ابن إدريس، والله العالم.

الثانى [فى إباء الأب عن الاستسعاء فى قيمه الولد]

قد صرح الشيخ فيما تقدم من عبارته المنقولة عن النهاية أن الأب إن أبى عن الاستسعاء فى قيمه الولد كان على الامام عليه السلام أن يعطى مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب.

و ابن إدريس قد اعترضه هنا فقال -بعد نقل ذلك عنه-: والذى يقتضيه

ص: ٢٢٩

أصول المذهب أن الامام لا يعطى مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب، ولا يجوز أن يشتروا من سهم الرقاب من الزكاه، لأن ذلك مخصوص بالعييد و المكاتبين، و هؤلاء غير عبيد و لا مكاتبين بل أحرار فى الأصل، انعتقوا كذلك، ما مسهم رق أبدا، لأنه قال عليه السلام «و لا- يسترق ولد حر» وصفه بأنه حر، فكيف يشتري الحر من سهم الرقاب، و إنما أثمانهم فى ذمه أبيهم، لأن من حقهم أن يكونوا رقا لمولى أمهم، فلما حال الأب بينه و بينهم بالحرية و جب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء أحرارا، و هو وقت الحيلولة، انتهى.

و العجب منه أنه قد وافق الشيخ فى هذه الصورة- أعنى صورته التزويج- بناء على ظاهر الحال، فقال برقيه الولد فيها كما قدمنا نقله عنه فى عبارته السابقة و أوجب السعى على أبيه فى قيمته، فكيف يوافق على رقيه الولد و يمنع من إعطائه من سهم الرقاب، مدعىا حرّيتهم- و أنهم ما مسهم رق أبدا مستندا إلى جعل «حر» فى الرواية «صفه ولد»- و مع عدم تعيينه لذلك لاحتمال الإضافة بل هو أظهر مناقض لما صرح به من الرقيه فى المسألة.

و كيف كان فكلام الشيخ مبنى على الرقيه، و كلامه مبنى على الحرية، فهذا الإنكار منه مصادره لأن الشيخ لا يقول بالحرية حتى أنه يرد عليه ما ذكره.

نعم قد ناقش بعض المتأخرين فى جعل الشيخ ذلك من الزكاه من سهم الرقاب، مع أن الرواية ليس فيها «إلا أنه على الامام أن يفديه» و هو أعم من كونه من سهم الرقاب أو غيره، و يجوز أن يكون من بيت المال لأنه معد للمصالح.

و فيه أنه متى قيل بالرقيه كما هو اختيار الشيخ فجعله من سهم الرقاب أوجه كما صرح به و نازع بعض المتأخرين أيضا فى وجوب استسعاء الأب مع عجزه، و أوجب النظر إلى يساره، لضعف الرواية، لأنه من جملة الديون «و قد قال الله تعالى «وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرَةٌ إِيَّاهُ مَيْسَرَةٌ» (١) و حمل الرواية على الاستحباب

ص : ٢٣٠

أقول فيه: إن هذا إنما يتم بناء على القول بالحرية كما هو ظاهر كلام ابن إدريس المذكور هنا حيث صرح بالحرية، وادعى أن أثمانهم في ذمه أبيهم، ونحوه كلام العلامة في المختلف (١).

و أما على القول بالرقية كما هو ظاهر الأخبار سيما موثقه سماعه، فإنه غير تام، إذ الولد رق للمولى، والواجب على الأب السعى لفك ابنه من الرقية بكل وجه تمكن منه، ولو تعذر وجب على الامام عليه السلام فكه له، ولا يجب على المولى دفعه إلى الأب إلا بالقيمة،

لقوله عليه السلام في الرواية المذكورة

«و يدفع إلى مولاهما هي و ولدها، و على مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته». و ليس هنا دين بالكليه، و مما هو ظاهر في الرقيه دون الحرية في الصورة المذكورة

قوله عليه السلام في روايه زراره المتقدمه،

«و إن لم يقيم البيئه أوجع ظهره و استرق ولده»،.

و قوله عليه السلام في موثقه سماعه الثانيه

«و ولده مملو كون إلا أن يقيم البيئه» الحديث،.

و قوله في موثقه محمد بن قيس

«و ولدها عبيد». فأى دليل في الحكم بالرقية أصرح من هذه

ص: ٢٣١

١- ١) قال العلامة في المختلف: و التحقيق أن تقول: إذا شهد اثنان لها بالحرية فإن رجعا لم يلتفت الى رجوعهما و ضمنا لمولاهما قيمه الجارية و الولد و المهر، و ان ثبت تزويرهما نقض الحكم و كان الولد حرا، و على الأب دفع قيمته يوم سقط حيا، فان عجز فالوجه الانظار به الى اليسار، و لا يجب الاستسعاء و لا الأخذ من بيت المال، و ان كان جائزا، لكنه غير واجب، لانه من المصالح، و كذا الحكم لو تزوجها على ظاهر الحال بالحرية من غير أن يشهد لها أحد به، لانه مال ثبت في ذمته، و هو عاجز عنه، فينظر إذا به. ثم نقل عن الشيخ الاحتجاج بموثقه سماعه الأوله منهما فيما قدمنا نقله، ثم أجاب بالطنن في السند و الحمل على الاستحباب. و كلامه كما ترى مبنى على الحكم بالحرية في كل صورته تزوير الشاهدين، و الصوره التي هي محل البحث و هو التزويج على ظاهر الحال، مع أنك قد عرفت مما في الأصل تصريح الاخبار في الصورة الثانيه بالرقية، و أن وجوب القيمة على الأب انما هو لذلك: لا أنه حر و يجب على الأب أن يدفع قيمته لو كان رقا. (منه- قدس سره-).

الأخبار كما لا يخفى على من جاس خلال الديار.

و ظاهر هذه الأخبار أن الأولاد لا يتصفون بالحرية إلا بعد دفع القيمة إلى المولى من الأب أو الامام، وإلا فهم على الرق، لا أنهم قد ولدوا على الحرية كما ادعاه ابن إدريس فيما تقدم من كلامه، وهو ظاهر من كلام العلامة فى المختلف أيضا.

قال فى المسالك بعد ذكر القولين أعنى الحرية و الرقيه: وتظهر فائده القولين-مع اتفاقهما على وجوب دفع القيمة و حرئته بدفعها-فما لو لم يدفعها لفقر أو غيره، فعلى القول بحرئته تبقى دينا فى ذمته و الولد حر، و على القول الآخر يتوقف على دفعها و هو ظاهر فيما قلناه، و واضح فيما ادعينا. ثم قال أيضا على أثر هذا الكلام:

و أما الحكم باستسعاء الأب فى الثمن فمبنى على روايه سماعه، و سندها ضعيف، و هو من جملة الديون و لا يجب الاستسعاء بها بل ينظر إلى اليسار لعموم قوله تعالى «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» و هذا أقوى، و يمكن حمل الأمر بالاستسعاء على الاستحباب، انتهى.

و فيه أنه قد صرح بأن القيمة يكون دينا فى ذمته، و إنما هو على تقدير القول بالحرية، و أما على تقدير الرقيه فلا دين بالكلية، و إنما غايه الأمر أن الحرية تتوقف على الشراء و دفع القيمة، بمعنى أنه يجب عليه الشراء، و قبل وقوع الشراء. فالذمه غير مشغوله بالثمن، فلا وجه لتعلقها بالذمه على هذا القول، و حينئذ فحق الكلام أن يقال: و أما الحكم باستسعاء الأب فى الثمن فهو مبنى على القول بالرقيه، و روايه سماعه إنما صرحت بالاستسعاء لما تضمنته من القول بالرقيه، و قد عرفت دلالة جملة من الأخبار على ذلك أيضا، فلا معنى لقصر الحكم على روايه سماعه و الطعن فيها بالضعف، و لا معنى لجعله ذلك من الديون بناء على هذا القول، بل كونه من الديون إنما هو على القول بالحرية كما

اعترف به، وبالجملة فكلامهم هنا بمعزل عما دلت عليه روايات المسأله.

الثالث [فيما لو تزوجت الحره بالعبد الغير المأذون له في التزويج]

ما تقدم كله بالنسبه إلى التدليس من جهه الزوجه بأن كانت أمه قد دلست نفسها، أو دلستها آخر بأنها حره.

أما العكس بأن تتزوج الحره بالعبد الغير المأذون له في التزويج، قالوا:

فإن كانت عالمه بعدم الاذن لم يكن لها مهر، ولا نفقه مع علمها بالتحريم، و كان أولادها منه رقاقا، و لو كانت جاهله كانوا أحرارا و لا- يجب عليها قيمتهم، و كان مهرها لازما لذمه العبد إن دخل بها يتبع به إذا تحرر، و تفصيل هذه الجملة يقع في مواضع الأول: إنه لا ريب أنه متى علمت بالتحريم فإنه لا مهر لها و لا نفقه، لأنها بغى خصوصا مع علمها بحاله.

و يدل عليه- مع كونه الأوفق بالقواعد الشرعيه- ما رواه

الكليني و الصدوق (1) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أيما امرأة حره تزوجت نفسها عبدا بغير إذن مواليه، فقد أباحت فرجها و لا صداق لها».

و هو محمول على علمها بالتحريم.

ثم إنه لو اتفق ولد و الحال هذه فإنهم قالوا: إنه رق لمولى الأب لعدم لحوقه بها، و إن كانت حره حيث إنها بغى فلا- وجه لحرية، قال في المسالك:

و هو نماء العبد، و في بعض الروايات دليل عليه.

و لو جهلت التحريم، إما بجهلها بريقه الزوج أو بجهلها بالحكم، فالنكاح صحيح لموضع الجهل و حصول الشبهه.

و المشهور في كلام الأصحاب من غير نقل خلاف أن الولد حر، لأنه لاحق بها فيتبعها في الحرية، لما تقدم في المسأله الثانيه من الأخبار الداله على

ص: ٢٣٣

تبعيته لأشرف أبويه، ولا قيمه عليها هنا لمولى الزوج، لأنه نماؤها حقيقه، وإنما حكم بالقيمه حيث ينسب إليها وهي أمه.

أقول: والأظهر أن الفرق بين الموضوعين إنما هو لوجود النص ثمه، وعدم وجوده فيما نحن فيه، ثم إن ما صرحوا به هنا من حريه الولد في صوره الجهل بناء على التعليل المذكور لا يخلو من إشكال، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، لما رواه

الشيخ (1) بسند معتبر عن العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام

«قال في رجل دبر غلاماً فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم، ولم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد، وكسب مالا ومات مولاه الذى دبره، فجاء ورثه الميت الذى دبر العبد فطالبوا العبد، فما ترى؟ فقال: العبد وولده لورثه الميت، قلت: أليس قد دبر العبد؟ قال: إنه لما أبق هدم تدبيره، ورجع رقا». وهي كما ترى صريحه في خلاف ما ذكره، وهي مستندهم في الحكم ببطلان التدبير بالإباق، وظاهر الشيخين أيضا في المقنعه و التهذيب القول بمضمونها.

قال في المقنعه: إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأولاده رق للسيد، وإن كانت المرأه حره.

و الشيخ بعد أن أورد العبارة المذكوره في التهذيب قال: وأما الذى يدل على أن الأولاد يكون رقا لمولاه ما رواه البيهقي، ثم ساق الروايه المذكوره، ولم أقف على من تصدى لنقلها في هذا المقام فضلا عن الجواب عنها، والمسأله لذلك محل إشكال، ولا يحضرني الآن وجه الجمع بين الأخبار إلا الوقوف على موضع النص، وتخصيص الأخبار الداله على تبعيته للحر من الطرفين بهذا الخبر، على أنه قد عارضها أيضا أخبار عديده تقدم ذكرها في المسأله الثانيه.

الثاني: إنه على تقدير علمها بالتحريم و كونها بغيا فإن مقتضى القواعد الشرعيه وجوب الحد عليها، إلا أنه لم يذكره أحد منهم في المقام، وربما

ص: ٢٣٤

قيل بسقوطه عنها، لأن العقد الواقع عليها يعد شبهه بالنسبه إلى المرأه لضعف عقلها، و هو غير جيد، فإن مجرد العقد عليها مع علمها بفساده و تحريم الوطى لا يعد شبهه قطعاً، و الأقرب أن عدم ذكرهم للحد هنا لا يقتضى حكمهم بالعدم، لجواز أن يكونوا قد اعتمدوا على القواعد المقرره الداله على وجوب الحد على الزانى العالم بالتحريم و هو هنا كذلك.

الثالث: إنه على تقدير الجهل و صحه النكاح فإن المهر يثبت فى ذمه العبد لأن الوطى المحرم لا- يكون إلا بمهر فيتبع به إذا أعتق، و هل هو المسمى أو مهر المثل يبتنى على الخلاف السابق؟ فلو أجاز المولى بعد ذلك فلا إشكال فى كونه المسمى، و لو قلنا إن الإجازة كاشفه و حصلت بعد الوطى مع العلم بالتحريم سقط الحد عنها و لحق الولد بها، لتبين أنها كانت زوجه حال الوطى و إن لم يكن ذلك معلوماً لها، إلا أنك قد عرفت فيما قدمناه أنه لم يثبت بذلك دليل على ما ذكرناه من هذه القاعده، و إن كانت متداوله فى كلامهم.

و أما النفقه فهى تابعه للزوم العقد بالإجازة، فإذا انتفت الإجازة انتفت النفقه لعدم الزوجيه التى هى مناطها هنا، و الله العالم.

المسأله الخامسه [فيما إذا زوج الرجل جاريته عبده]

إشاره

قال الشيخ فى النهايه: إذا زوج الرجل جاريته عبده، فعليه أن يعطيها شيئاً من ماله مهراً لها، و كان الفراق بينهما بيده، و ليس للزوج طلاق على حال، فمتى شاء المولى أن يفرق بينهما أمره باعترالها، و يقول قد فرقت بينكما، و تبعه ابن البراج و أبو الصلاح و ابن حمزه.

و بالغ المفيد فى ذلك فقال: إذا زوج الرجل عبده أمته كان المهر عليه فى ماله دون العبد و ينبغى أن يعطى عبده شيئاً قل أو كثر ليكون مهراً لأمه يتسلمه من العبد قبل العقد أو فى حاله أو بعده ليحل له بذلك، و متى كان العقد من السيد بين عبده و أمته كان الفراق بينهما بيده، أى وقت شاء أمرها باعتراله، و أمره باعترالها، و لم يكن لأحدهما خلافه فيما يأمره من ذلك فان خالفا سقط

خلافهما و كانت تفريقه بينهما كافيا فى التحريم، و نائبا مناب لفظ الطلاق الموجب للافتراق.

و قال ابن إدريس: الذى يقوى فى نفسى أنه إذ زوج الرجل عبده أمته، فإن السيد لا يجب عليه أن يعطيها شيئا، و أن هذا الفعال من المولى إباحه للعبد جاريته، دون أن يكون عقد نكاح، و إن سمي تزويجا و عقدا، فعلى سبيل الاستعارة و المجاز، و كذا تفریق المولى بينهما- بأمر العبد باعتزالها و أمرها باعتزاله- سمي طلاقا مجازا، لأنه لو كان طلاقا حقيقيا لرعى فيه أحكام الطلاق و ألفاظه و شروطه، و لا كان يقع إلا أن يتلفظ به الزوج،

لأن الرسول صلى الله عليه و آله قال (١)

«الطلاق بيد من أخذ بالساق». و هذا قد وقع ممن لم يأخذ بالساق، و هو المولى، و هذا أول دليل و أصدق قيل على أن هذا العقد و الفعال من المولى إباحه للعبد و طئ جاريته، لأنه لو كان عقد نكاح لرعى فيه الإيجاب و القبول من موجب و قابل، و كان يراعى ألفاظ ما ينعقد به النكاح، و لأن العقد حكم شرعى، يحتاج إلى دليل شرعى، انتهى.

و قال العلامة فى المختلف- بعد نقل هذه الأقوال: و التحقيق أن نقول:

أما إعطاء الأمه فلا شك فى استحبابه، لأنها ملك له، فلا تستحق على مالكها شيئا، و أما كون ذلك إباحه ففى مقام المنع، بل هو نكاح صريح، لأن العبد و الأمه كلاهما محل قابل له.

و يؤيده ما رواه

الشيخ فى التهذيب (٢) فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام

«فى المملوك يكون لمولاه أو لمولاته أمه، فيريد أن يجمع بينهما، أ ينكحه

ص: ٢٣٦

١- (١) كنوز الحقائق المطبوع فى هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٩ عن الطبرانى، المستدرک ج ٣ ص ٨.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٨٠ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ٣.

نكاحاً؟ أو يجزيه أن يقول قد أنكحتك فلانه، و يعطى من قبله شيئاً أو من قبل العبد؟ قال: نعم و لو مدا، و قد رأيتُه يعطى الدراهم».

و روى الصدوق فى الفقيه (١) فى الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يجزيه أن يقول:

قد أنكحتك فلانه، و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه، و لا بد من طعام أو درهم أو نحو ذلك، و لا بأس بأن يأذن له فيشترى من ماله إن كان له جاريه أو جوارى يطأهن».

و روى الشيخ فى التهذيب (٢) قريباً من ذلك فى الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام.

لا- يقال: النكاح يفتقر إلى القبول، و لا- يفتقر هذا إلى القبول، فلا يكون نكاحاً، لأننا نقول: القبول إنما يشترط فى حق من يملكه، و العبد هنا لا يملك القبول، لأن للمولى إجباره على النكاح، فله هنا ولاية طرفى العقد.

و يدل على أنه ليس بإباحه، ما رواه

على بن يقطين (٣) عن أبى الحسين عليه السلام

«أنه سئل عن المملوك يحل له أن يطأ الأمه من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: لا يحل له».

و أما تسميه هذا الفراق طلاقاً، فإنه على سبيل المجاز، لكن الإجماع منا على أن الفراق هنا بيد السيد.

و يؤيده ما رواه

محمد بن مسلم (٤) فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال:

«سألته عن

ص: ٢٣٧

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٤ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٥ ح ٤٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ٢.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ح ١.

قول الله عز و جل «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» (١) قال: هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمتة فيقول له اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثم يجلسها عنه حتى تحيض ثم يمسه». انتهى.

أقول: في عده روايه محمد بن مسلم الاولي من الصحيح نظر، فإن في طريقها عبد الله بن محمد، و هو ابن أخو أحمد بن عيسى و ليس بموثق.

ثم إنه لا يخفى أن الكلام هنا يقع في مواضع: الأول: ما ذكر من الخلاف فيما تضمنته هذه الأخبار من دفع السيد شيئاً لأمتة، متى زوجها عبده، هل هو على وجه الوجوب أو الاستحباب؟ المشهور بين المتأخرين الثاني، و الظاهر أن المشهور بين المتقدمين الأول، و ظاهر السيد السند في شرح النافع الميل إليه، حيث قال -بعد إيراد صحيحه العلاء عن محمد بن مسلم المتقدمه، و حسنه الحلبي المشار إليها في كلام العلامة، و هي ما رواه (٢)

قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل كيف ينكح عبده أمتة؟ قال: يقول: قد أنكحتك فلانة و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه و لو مدا من طعام أو درهما أو نحو ذلك». -و مقتضى الرويتين وجوب الإعطاء و إليه ذهب الشيخان و أبو الصلاح و ابن حمزه و ابن البراج و حملها المصنف و بعض من تأخر عنه على الاستحباب، و هو مشكل و الوجوب أقرب، انتهى.

و قال في المسالك: و ذهب المصنف و الأكثر إلى الاستحباب بعدم صراحه الروايه في الوجوب، و لما فيه من جبر قلبها مع أن المملوكه ملك للمولى، فلا- وجه لوجوب صرف شيء من ملكه إلى وجه آخر من ملكه، و ما يدفعه العبد هو من مال المولى أيضاً، لأن ما بيده من كسب أو غيره هو للمولى، انتهى.

أقول: كأنه أشار بعدم صراحه الروايه في الوجوب إلى كون الأمر هنا بالجمله الخبريه.

ص: ٢٣٨

١- ١) سورة النساء- آيه ٢٤.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٤٦ و فيه اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ٢.

و فيه أن الدليل على كون الأمر حقيقه في الوجوب من الأدله الأصوليه، و الأخبار المعصوميه التي ذكرناها في المقدمات في صدر كتاب الطهاره (١) لا اختصاص له بصيغه افعال، بل كلما دل على الطلب بصيغه الأمر أو الخبر، و ما ذكره-من التأييد وفاقا لما تقدم في كلام العلامة أيضا من أن الأمه ملك للسيد فلا يستحق على مالکها شيئا مردود- بأنه من الجائز حمل الأمر على التعبد الشرعى بذلك، و إن كان الأمر كما ذكره.

و بالجملة فالأظهر الوقوف على ظواهر النصوص المذكوره، و عدم الالتفات إلى هذه التعليقات في مقابلتها، على أنها قد قدمنا في كتاب المتاجر (٢) أن الظاهر من الأخبار هو ملك العبد و إن كان مهجور التصرف إلا بإذن السيد، فلا ورود لما أورده حينئذ.

الثانى: إن صريح كلام الشيخين المتقدم، و هو ظاهر من تبعهما أن المدفوع مهر، و الأخبار المذكوره لا تنهض بالدلاله على ذلك بل ظاهرها أنه عطيه محضه.

و فى المسالك: و اعلم أن الظاهر من حال هذا المدفوع أنه ليس على جهه كونه مهرا بل مجرد الصله و البر و جبر خاطر المملوكين.

الثالث: ظاهر كلام المتقدمين أيضا أن ذلك نكاح لا إباحه كما ذكره ابن إدريس فإن قولهم إذا زوج الرجل عبده أمته صريح فى إرادته النكاح، و هو ظاهر الأخبار المذكوره أيضا، و ليس فيها ما ربما ينافى ذلك، إلا عدم ذكر القبول من الزوج.

و الجواب عنه بما ذكره العلامة جيد، و ربما قيل بتخصيص الوجوب بكونه عقدا ليكون مهرا، و هو ظاهر كلام المتقدمين المذكورين، فإن كلامهم ظاهر فى الثلاثه أعنى الوجوب، و كونه عقدا، و كون المدفوع مهرا، و لا يبعد حمل الأخبار عليه، و إن كانت غير ظاهره فى كون المدفوع مهرا.

الرابع: إن ما استدلل به العلامة على نفي كون المراد بالنكاح هنا إباحه،

ص: ٢٣٩

١-١) ج ١ ص ١١٢.

٢-٢) ج ١٩ ص ٣٩٥.

من روايه على بن يقطين ربما أشعر بعدم جواز نكاح التحليل مطلقا أو في هذه الصورة، وليس الأمر كذلك.

و التحقيق أن الروايه المذكوره-لمصادمه الأخبار المستفيضه الداله على صحه نكاح التحليل لحر كان أو عبد لها-محموله على التقيه،لأن العامه لا يقولون بصحه نكاح التحليل كما ذكره بعض الأصحاب و سيأتى إن شاء الله تحقيق الكلام فى المسأله كما هو حقه فى بحث التحليل،و يكفى فى رد ما ذهب إليه ابن إدريس من دعوى كونه إباحه،دلالة الروايات على كونه نكاحا و ظهورها فى ذلك،و المفهوم من روايه محمد بن مسلم التى عدتها فى المختلف صحيحه أن هذا النكاح ليس على حد النكاح المشهور فى غير هذه الصوره المفتقر إلى الإيجاب من الزوجه،و القبول من الزوج،و الشروط المقرره ثمه بل هو نوع خاص منه، لأن

قوله (١)

«أينكحه نكاحا أو يجزيه أن يقول أنكحتك فلانه و يعطى منه من ماله شيئا»الخبر،. ظاهر فيما قلناه و الظاهر أن مرجع السؤال إلى أنه هل يشترط فيه القبول من العبد بعد قول السيد ذلك أم لا؟فأجاب بأنه لا يشترط ذلك بل يكفى قول السيد ذلك.

الخامس:إن ما أطال به ابن إدريس من منع الطلاق هنا و عدم كونه طلاقا حقيقه تطويل بغير طائل لأن أحدا من المتقدمين لم يدع ذلك،بل صريح كلام الشيخين المتقدم هو الحرمة بمجرد الأمر بالاعتزال و التفريق بينهما،و لعله أراد-بهذا التطويل فى نفى كون ذلك طلاقا-هو الدلاله على كونه حينئذ إباحه لا عقدا.

و فيه إنك قد عرفت أن المفهوم من الأخبار أنه و إن كان عقدا إلا- أنه لا- كالعقود المشهوره المترتبه عليها تلك الأحكام المذكوره بل هو نوع خاص منها وقوفا على ظواهر الأخبار الوارده فى المقام.

ص: ٢٤٠

قالوا: إذا تزوج عبد بأمه لغير مولاه، فإن أذن المولى فالولد لهما، وكذا لو لم يأذنا، ولو أذن أحدهما كان الولد لمن لم يأذن، ولو زنا بأمه لغير مولاه كان الولد لمولى الأمه.

قال في المسالك بعد نقل ذلك: هذا التفصيل ذكره الأصحاب كذلك و ظاهرهم الاتفاق عليه، و يظهر من بعضهم أنه منصوص و لم نقف عليه.

أقول: قد تقدم شطر من الكلام في هذا المقام في صدر المسألة الثانية، و أشرنا ثمه إلى أنا لم نقف له على دليل سوى ما يدعونه من الاتفاق، مع أن أبا الصلاح جعل الولد لمولى الأمه خاصة كغيرها من الحيوانات، إلا أن يشترط مولى العبد، فيكون له من حيث الشرط.

و بالجمله فإنني لم أقف على نص يدل على الاشتراك سواء كان مع الأذن منهما أو عدمه.

و أما لحوقه بمن لم يأذن إذا أذن أحدهما فعلوه بأن الإذن لمملوكه في التزويج مطلقا مقدم على قران الولد منه، لأنه قد يتزوج من ليس برق، فينعقد الولد حرا، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة.

ولا يخفى ما فيه، نعم يمكن أن يستأنس له بالأخبار المتقدمه الداله على أن الأمه إذا تزوجت بدون إذن السيد بدعوى الحرية، فإن الولد يكون رقا كروايه زراره و موثقه سماعه المتقدمين في المسألة الرابعه، و التقريب فيها أنه حيث كان الزوج حرا فهو بمنزله المأذون له في النكاح في كون نكاحه صحيحا، و الزوجه حيث أن تزويجها بدعوى الحرية و هي مملوكه واقعا فهو غير مأذون لها و قد ألحق الشارع هنا الولد بالأم الغير المأذونه دون الأب الذي هو في معنى المأذون.

و أما في الزنا و الحكم بالولد لمولى الجارية فيدل عليه مضافا إلى الاتفاق

المدعى ما قدمناه فى الصورة الاولى من المسأله الثالثه من

روايه جميل (١) عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل أقر على نفسه أنه غصب جاريه فولدت الجاريه من الغاصب فقال: ترد الجاريه و الولد على المغصوب» الخبر.

المسأله السادسه: لو تزوج أمه بين شريكين ثم اشترى حصه أحدهما

بطل العقد، و حرم عليه وطؤها، و لو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الابتياح لم يصح، و قيل: يجوز له وطؤها بذلك، و هو ضعيف.

و لو حلها له قيل: يحل و هو مروى، و قيل: لا، لأن سبب الاستباحه لا يتبعض.

و كذا لو ملك نصفها و كان الباقي حرا لم يجز وطؤها بالملك، و لا بالعقد الدائم، فإن هاباها على الزمان قيل: يجوز أن يعقد عليها متعه فى الزمان المختص بها و هو مروى، و فيه تردد لما ذكرنا من العله كذا صرح به المحقق - رحمه الله عليه - و تفصيل الكلام فى بيان هذه الأحكام يقع فى مواضع:

الأول: فى الحكم ببطالان العقد فى الصورة المذكوره بشراء حصه أحد الشريكين، و عله فى المسالك بأن ملك الجزء يبطل عقده لامتناع أن يعقد الإنسان لنفسه على أمته عقدا، و هو يستلزم بطالان الاستدامه و لا - يمكن الحكم ببقاء العقد فى الجزء الآخر، لأن العقد لا يتبعض ليبطل فى بعضه و يصح فى بعض آخر، فتعين بطالانه فى الجميع.

قال: و أما تحريم وطئها فلاستلزامه التصرف فى مال الغير بغير إذنه الممتنع عقلا و شرعا.

أقول: و الأظهر الاستدلال على ذلك بما رواه

الصدوق - رحمه الله عليه - (٢)

ص: ٢٤٢

١ - ١) الكافى ج ٥ ص ٥٥٦ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ٢٤٤، مع اختلاف يسير الوسائل ج ١٤ ص ٥٧١ ب ٦١ ح ١ و فيه «عن على بن حديد» مع اختلاف يسير.

٢ - ٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٤ ح ٢٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٥ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٦ ح ١.

بطريقه عن زرعه عن سماعه قال: «سألته عن رجلين بينهما أمه فزوجاها من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين، قال: حرمت عليه باشرائه إياها و ذلك أن بيعها طلاقها إلا أن يشتريها جميعا».

و رواه

في الكافي (1) في الموثق عن سماعه أيضا مثله، إلا أن فيه

«إلا أن يشتريها من جميعهم».

و إذا ثبت بطلان العقد بالخبر المذكور حرم وطؤها لاستلزامه التصرف في مال الشريك بغير إذنه، و حينئذ فلا طريق إلى حلها إلا بشراء الجميع أو ببيع الجميع، ثم تجديد النكاح بأحد الأسباب المبيحه له، و أشار-بقوله: و لو أمضى الشريك الآخر العقد- إلى الرد على الشيخ في النهايه حيث قال: إذا تزوج رجل جاريه بين شريكين فاشترى نصيب أحدهما حرمت عليه، إلا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقدا مستأنفا، و تبعه ابن البراج.

ورد بأنه إن كان عقد النكاح قد بطل بالشراء كما هو الظاهر فكيف يصير صحيحا بمجرد الرضا، و إن لم يبطل فلا وجه لاعتبار رضاه بعد العقد، لأن العقد المذكور وقع أولا برضاه و لم يتجدد له ملك فلا يقف على إجازته.

أقول: و قد عرفت دلالة الخبر على البطلان فتعين الحكم به، فتصحيحه بعد ذلك بمجرد الرضا غير معقول، و تأول المحقق في نكت النهايه كلام الشيخ هنا فحمله على أن المراد بقوله- أو يرضى مالك نصفها بالعقد- عقد البيع على النصف الثاني، قال: فكأنه يقول: إلا- أن يشتري النصف الآخر من بايع النصف الأول فضولا، و يرضى مالك ذلك النصف بالعقد، فتكون الإجازة كالعقد المستأنف، و يكون الألف في قوله «أو وقعت» سهوا من الناسخ أو يكون بمعنى الواو، و على هذا فيكون الطريق إلى حلها في كلام الشيخ أمرا واحدا، و هو شراء النصف الآخر.

قال فخر المحققين بعد أن نقل هذا التأويل: و فيه تأسف و بعد، و قال في

ص: ٢٤٣

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٤ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٦ ح ٢.

المسالک: وهذا التأويل و إن كان بعيدا إلا أن بناء حكم الشيخ - رحمه الله - على ظاهره أبعد.

أقول: إن الشيخ ليس بمعصوم من ذلك الاقدام، فكم له من هفوات الأقلام في الأحكام التي لا تقبل الإصلاح بين الأنام، و الظاهر أن ما هنا من ذلك القليل.

الثاني: ما ذكره بقوله «و لو حللها له» إلى آخره، و توضيحه أن الأمة إذا كانت مشتركة بين شريكين، فأحل أحد الشريكين للآخر وطئها، فهل تحل بذلك؟ الأكثر على العدم، قالوا: لا استلزامه تعريض سبب الإباحة، بمعنى حصول النكاح بالملك و التحليل معا، مع أن الله عز و جل حصره في أمرين، العقد و الملك بقوله «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» (١) و التفصيل قاطع الشركه، فلا يكون الملقق منهما سببا.

و ذهب ابن إدريس إلى حلها بذلك، لأن المراد بالملك الذي هو أحد السببين المذكورين ما هو أعم من ملك الرقبه و المنفعه، و السبب الموجب للتحليل هنا هو الملك، و إن كان مركبا من ملك الرقبه في بعضها و ملك المنفعه في البعض الآخر، فيكون السبب في حل جميعها واحدا، و هو الملك.

و يدل عليه أيضا - و إن كان ابن إدريس لا يستند إليه - ما رواه الكليني و الشيخ (٢) في باب السرارى و ملك الايمان

في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن علي بن رثاب عن محمد بن قيس قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام - و رواه الصدوق في الصحيح أيضا عن الحسن بن محبوب عن ابن رثاب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته - عن جاريه بين رجلين دبراها جميعا ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه، قال: هي له حلال، فأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من

ص: ٢٤٤

١- ١) سورة المؤمنون - آية ٦.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٣ ح ٢٣، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٥ ح ١.

قبل الذى مات، و نصفها مدبرا، قلت: أ رأيت إن أراد الثانى منهما أن يمسخها، إله ذلك؟ قال: لا، إلا أن يثبت عتقها و يتزوجها برضا منها متى ما أراد، قلت له: أ ليس قد صار نصفها حرا، و قد ملكت نصف رقبتها و النصف الآخر الباقى منها؟ قال: بلى، قلت: فإن هى جعلت مولاهما فى حل من فرجها؟ قال: لا يجوز لها ذلك، قلت: لم لا يجوز لها ذلك و كيف أجزت للذى له نصفها حين أحلها فرجها لشريكه فيها؟ قال: لأن الحره لا تهب فرجها و لا تعيره و لا تحله، و لكن لها من نفسها يوم، و للذى دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعه بشىء فى ذلك اليوم الذى تملك فيه نفسها فليتمتع منها بشىء قبل أو كثر».

و هذه الروايه قد رواها المشايخ الثلاثة بطرق صحيحه، إلا أن الشيخ فى التهذيب (1) رواها فى أول كتاب النكاح بطريق فيه على بن الحسن بن فضال عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام و من تأخر عنه كالمحقق و غيره لم يقفوا إلا- على هذا السند، فردوا الروايه لذلك بالضعف. قال المحقق فى النافع: و بالتحليل روايه فيها ضعف، و فى الشرائع نسبه إلى الروايه كما قدمنا ذكره مؤذنا بضعفه.

و قال فى المسالك بعد نقل قول ابن إدريس و الاستدلال له بنحو ما قدمنا ذكره: و يؤيده

روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام

«فى جاريه بين رجلين دبراها جميعا ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هو له حلال». و هذه الروايه تصلح شاهدا لغير ابن إدريس، فإنه لا- يستند إلى مثل هذه الأخبار مع صحتها، فكيف مع ضعفها، و كلام ابن إدريس متوجه و إن كان المنع أولى، انتهى.

و الظاهر أنه لو وقف على هذه الأسانيد الصحيحه المتعددده لهذه الروايه عن محمد بن قيس و عن محمد بن مسلم عنه عليه السلام لما عدل عن مذهب ابن إدريس، و بالجمله فالظاهر هو ما ذهب إليه ابن إدريس لما عرفت.

الثالث: ما ذكره بقوله «و كذا لو ملك نصفها و كان الباقى حرا» بمعنى أنه

ص: ٢٤٥

لا يجوز له وطؤها أيضا لو ملك بعضها و كان البعض الآخر حرا، و علل بأن الجزء الحر لا يستباح بملك البعض قطعا، و لا بالعقد الدائم اتفاقا لتبعيض السبب، و لا بالمنقطع لذلك، و لا بالتحليل، لأن المرأه ليس لها تحليل نفسها إجماعا و إنما يقع التحليل من المولى.

أقول: و قد صرحت بالحكم المذكور صحيحه محمد بن قيس المتقدمه، فإنه عليه السلام قد صرح بأنه متى مات أحد الشريكين الذى دبرها و صار نصفها حرا، فإنه لا يجوز للآخر من الشريكين وطؤها و الحال هذه إلا أن يثبت عتقها بمعنى أن تعتق كملا و يتوجه تزويجا جديدا برضا منها و اختيار، و بالجمله فالظاهر أن الحكم مما لا خلاف فيه.

بقى الكلام فى العقد عليها متعه فى أيامها و هو المشار إليه بقوله «فإنها باها على الزمان» فإن الروايه المذكوره قد دلت على جواز ذلك، و الأكثر على المنع، لضعف الخبر عندهم كما عرفت، و مع ذلك عللوا المنع بأنها بالمهاباه لا تخرج عن كون المولى مالكا لذلك البعض، و هو يمنع من العقد، لاستحاله العقد على ملكه، و تعدد السبب، و هو المشار إليه بقوله «لما ذكرنا من العله» و علل أيضا بأن منافع البضع لا تدخل فى المهاباه، و إلا لحل لها المتعه فى أيامها و هو باطل اتفاقا، و الشيخ فى النهايه أفتى بالجواز للروايه المذكوره، و هو الظاهر، فإن الروايه المذكوره لنقل المشايخ الثلاثة لها بعده أسانيد أكثرها صحيح - مع عدم المعارض لها إلا - هذه التعليقات العقلية التى عرفت ما فيها فى غير مقام - لا يمكن طرحها و الاعراض عنها، و من الظاهر أيضا أن المتأخرين لو اطلعوا لها على سند صحيح لما عدلوا عنها إلى هذه التعليقات، و إلى ما ذكرنا من العمل بالروايه المذكوره يميل كلام السيد السند - رحمه الله عليه - فى شرح النافع لاطلاعه على تلك الأسانيد الصحيحه، و الله العالم.

إشارة

(١)

و هي ثلاثه: العتق و البيع و الطلاق، فتحقيق الكلام في هذا المطلب يقع في مقامات ثلاثه:

[المقام الأول: في العتق:

إشارة

و فيه مسائل:

[المسألة الأولى [حكم عتق الأمه التي كان لها زوج عبد]

إشارة

لا- خلاف بين الأصحاب في أن الأمه لو أعتقت و كانت تحت عبد فإنها تتخير في فسخ نكاحها، و الروايات بذلك متظافره مستفيضه، إنما الخلاف فيما لو كانت تحت حر، فهل يثبت لها الخيار أيضا أم لا؟ فذهب الأكثر و منهم الشيخ في النهايه و المحقق في النافع إلى ثبوته أيضا، و ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف و المحقق في الشرائع إلى العدم، و الواجب أولا نقل ما وصل إلينا من روايات المسألة و الكلام فيها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها.

فمن الأخبار المذكوره ما رواه

ثقه الإسلام في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أمه كانت تحت عبد فأعتقت الأمه، قال: أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، و إن شاءت نزع نفسها منه، قال:

و ذكر أن بريده كانت عند زوج لها، و هي مملوكه، فاشترتها عائشه، فأعتقتها،

ص: ٢٤٧

١- ١) أقول: الوجه في تسميه هذه الأمور طواري هو أنها تطراً على عقد الأمه فيتغير حكمه الأول إلى حكم آخر لم يكن قبل ذلك، من التسلط على فسخ العقد و تحريمها في بعض الموارد كما سيجيء ذكره ان شاء الله تعالى، و بعضهم أطلق عليها

المبطلات للعقد، وفيه أنها لا- تبطل العقد مطلقاً، بل قد تبطل العقد، وقد يؤول إلى الإبطال فما ذكره الأكثر من المعنى الأول أظهر، قيل: وإنما خص الأمور الثلاثة بالتسميه مع أن الطارئ على نكاح المماليك غير منحصر فيها لكثرة مباحث هذه الثلاثة و تشتت أحكامها فتناسب تخصيصها بالذكر و ذكر الباقي في ضمنها أو في محل آخر مناسب، انتهى. (منه-قدس سره-).

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٩ ح ٢.

فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله» الحديث.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (١) عن سماعه فى الموثق قال:

«ذكر أن بريره مولاه عائشه كان لها زوج عبد، فلما أعتقت قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: اختارى، إن شئت أقمت مع زوجك، وإن شئت فلا».

و ما رواه

فى التهذيب (٢) عن عبد الله بن سنان فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه كان لبريره زوج عبد فلما أعتقت قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: اختارى».

و عن محمد بن آدم (٣) عن الرضا عليه السلام

«أنه قال: إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيرت إن كانت تحت عبد أو حر».

و رواه

بسند آخر عن زيد الشحام (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيرت إن كانت تحت حر أو عبد».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب (٥) عن محمد بن مسلم فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوكه تكون تحت العبد ثم تعتق؟ فقال: تخير فإن شاءت أقامت على زوجها، وإن شاءت فارقت».

و هذه الأخبار متفقه الدلاله على الحكم الأول مضافه إلى الاتفاق عليه.

و أما بالنسبه إلى ما إذا كان الزوج حرا فالذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بذلك روايه محمد بن آدم و روايه زيد الشحام الدالتان على تخيرها سواء

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٠ ح ٦.
- ١-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ٩.
- ١-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١٢.
- ١-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١٣.
- ١-٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٣، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٢ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٠ ح ٧.

كان الزوج عبداً أو حراً كما هو المنقول عن الأكثر.

و منها ما رواه

الشيخ عن أبي الصباح الكناني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«أيما امرأه أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت قامت معه، وإن شاءت فارقته».

وهي دالة على ذلك أيضاً بإطلاقها، وهذه الرواية وصفها جملة من الأصحاب - ومنهم شيخنا في المسالك - بالصحة مع أن في طريقها محمد بن الفضيل، وهو مشترك بين الثقة والضعيف كما لا يخفى على من راجع سندها.

و عن عبد الله بن بكير (٢) في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام

في رجل حر نكح أمه مملوكه ثم أعتقت قبل أن يطلقها: قال هي أملك ببضعها».

وهذه الرواية أيضاً صريحة في القول المذكور، ولم أقف للقول الآخر على دليل، إلا أصاله لزوم العقد، وأن إبطاله يحتاج إلى دليل، فإن هذه الأخبار حيث كانت ضعيفة الإسناد فهي لا تنهض دليلاً يخرج به عن مقتضى الأصل، وبذلك تمسك السيد السند في شرح النافع حيث قال - بعد إيراد الروايات الثلاث المذكورة -: ويشكل بأن هذه الروايات كلها ضعيفة الإسناد فلا تصلح لإثبات حكم مخالف للأصل، ثم نقل عن الشيخ في المبسوط والخلاف أنه ذهب إلى عدم ثبوت الخيار هنا، ثم قال: والمصير إليه متعين.

و شيخنا الشهيد الثاني في المسالك لما وصف روايه الكناني بالصحة (٣) تمسك بها في الجواب، وجعلها موجه للخروج عن حكم الأصل، وأيدها بالروايتين

ص: ٢٤٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ٨.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١١.

٣- (٣) حيث انه بعد أن نقل عنهم الاستناد إلى أصاله لزوم العقد و أن حدوث الخيار يحتاج الى دليل، قال: وجوابه أن الدليل موجود و هو الرواية الصحيحة السالفة الداله بعمومها عليه، و خصوص الروايتين شاهد صريح و ان ضعف طريقها، انتهى. (منه - قدس سره -).

الأخيرتين و إن ضعف سندهما، و هو ظاهر فى أنه مع ثبوت ضعف الروايه المذكوره كما أوضحناه فإنه لا يتمسك بها و يلتزم بالقول الثانى.

و بالجمله فإن من يعمل بهذا الاصطلاح المحدث يتعين عليه القول بما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط و الخلاف، و من لم يلتفت إليه و لا يعمل عليه فإنه يتحتم عليه القول بما هو المشهور، و هو عندنا المؤيد المنصور.

تنبيهات:

الأول:

ظاهر الأصحاب الاتفاق على وجوب الفوريه بهذا الخيار، و لم أقف له على دليل إلا على وجوه اعتباريه و كلمات عاميه، و أخبار المسأله المتقدمه عاربه عنه، و الأصل عدمه، إلا إن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل إن تم الاتفاق.

قال السيد السند فى شرح النافع: و قد قطع الأصحاب بأن هذا الخيار على الفور، و لا بأس به اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع الوفاق و الضروره.

و كيف كان فالظاهر كما صرح به جمله منهم -رضى الله عنهم- أنه لو أخرت الفسخ جهلا بالعتق أو جهلا بالخيار، فإنه لا يسقط خيارها فتعذر فى عدم الفوريه و هل تعذر مع الجهل بالفوريه؟ احتمالا ن: العدم، لاندفاع الضرر مع العلم بالخيار، و لإشعاره بالرضا حيث علمت بالخيار و أخرت و المعذوريه لاحتمال كون التأخير لفائده التروى و نحوه، حيث لا تعلم باشتراط الفوريه، و التأخير لا يكون دليلا على الرضا إلا مع العلم باشتراط الفوريه، و إلا فلا (١).

الثانى:

لا يخفى أن الحكم بالتخير فى الأخبار المتقدمه معلق على عتق جميع الأمه، و قضيه ذلك أنه لو أعتق بعضها قليلا كان أو كثيرا فلا خيار، و قوفا فيما خالف الأصل على مورده، و بذلك صرح أيضا جمله من الأصحاب من غير نقل خلاف.

ص: ٢٥٠

(١- ١) أى: حيث لا يعلم باشتراط الفوريه لا يكون التأخير دليلا على الرضا، و هو ظاهر. (منه- قدس سره-).

الثالث:

لو كانت صغيره أو مجنونه ثبت لها الخيار عند الكمال، قالوا: وليس للمولى هنا تولى الاختيار، لأنه منوط بالشهوه و الميل القلبي، فلا يعتد بوقوعه من غيرها، وإذا أكملت كان الخيار لها على الفور بناء على ما تقدم من وجوب الفوريه، وللزوج الوطى قبل الاختيار لبقاء الزوجيه و عدم انفساخها ما لم تفسخ و هكذا فى وطئها و هى كامله قبل اختيارها الفسخ، فإنه يجوز له الوطى حيث لا ينافى الفوريه.

الرابع:

لا فرق فى ثبوت الخيار بين أن يحدث العتق قبل الدخول أو بعده، فلو كان قبله سقط المهر، لأن الفسخ جاء من قبلها و هو موجب لسقوط المهر كما تقدم، وإن كان بعده فالمهر باق على حاله لاستقراره بالدخول، و هو ظاهر فيما لو كان العتق بعد الدخول، فإن العتق الذى هو سبب الخيار إنما وقع بعد استقرار المهر، أما لو كان العتق قبل الدخول ثم حصل الدخول قبل الاختيار-لما عرفت آنفا من عدم المنافاه-فهو مبنى على أن الفسخ إنما يرفع النكاح من حينه، وإن كان سببه قد حصل قبل الدخول، و حينئذ فقد استقر المهر، و حيث يستقر باختيارها الزوج أو بالدخول قبل الفسخ فهو للسيد، لوجوبه بالعقد على الأصح، و كونها حاله العقد مملوكه، هذا ملخص كلامهم.

الخامس:

استثنى العلامه فى القواعد من الحكم بتخيرها على الإطلاق صورته واحده، و هى ما إذا كان لشخص جاريه قيمتها مائه مثلاً، و هو يملك مائه أخرى فزوجها بمائه، ثم أعتقها فى مرض الموت قبل الدخول، و بعبارة أخرى إذا كان قد زوجها بثلاث ماله و قيمتها ثلث اخرى و ترك مالا- بقدر قيمتها، ثم أعتقها فى مرضه، أو أوصى بعتقها و وقع العتق قبل الدخول، فإن تخيرها الفسخ يوجب سقوط المهر كما تقدم، فلا ينفذ العتق فى جميعها، لانحصار التركة حينئذ فى الجاريه و مقدار قيمتها، فيبطل العتق فيما زاد على الثلث فيبطل خيارها، لاشتراطه بعتق جميعها كما سلف، فيؤدى ثبوته إلى عدم ثبوته، و هو دور، و لا فرق

فى ذلك بين وقوع التزويج فى مرضه و عدمه، لأن تزويجها لا يتضمن إتلافاً، بل اكتساباً للمهر، نعم يشترط وقوع العتق فى المرض إذا جعلنا منجزات المريض من الثلث، أو كونه بطريق الوصيه كما مثلناه، و لو كان العتق فى حال الصحه أو بعد الدخول، فالتخيير بحاله، كذا حققه شيخنا فى المسالك.

السادس:

مورد النص التى تقدمت أن الخيار للأمه لو أعتقت، حراً كان زوجها أو عبداً على الأشهر الأظهر، أما لو كان الزوج عبداً و أعتق، فإنه لا- خيار له لاختصاص النصوص بالأمه، و لأن الله سبحانه قد جعل بيده الطلاق، فله التخلص منها بالطلاق بخلاف المرأة، و نقل عن بعض العامه أنه أثبت له الخيار قياساً على الزوجه، و نقل ذلك عن ابن الجنييد من علمائنا على ما ذكره فى المختلف حيث قال:

و قال ابن الجنييد: فإن أعتق العبد و بقيت الزوجه أمه كان له الخيار دونها و فيه ما عرفت.

و نقل عن ابن حمزه أنه إن أعتق السيد عبده و لم يكرهه على النكاح لم يكن له الخيار، و إن أكرهه كان له ذلك.

و قال فى المختلف- بعد رد كلام ابن الجنييد بأنه قياس، و القياس عندنا باطل-: أما لو أكرهه مولاه، فإن الوجه ثبوت الخيار له كالحرم المكره، و كما لا- خيار له فلا خيار أيضاً لمولاه لعدم المقتضى فى حقه، و كذا لا خيار للزوجه حره كانت أو أمه، لأنها رضيت به عبداً فأولى بأن ترضى به حراً.

و قد ورد هذا التعليل

فى روايه على بن حنظله (1) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل زوج أم ولد له من عبد، فأعتق العبد بعد ما دخل بها، هل يكون لها الخيار؟ قال: لا، قد تزوجته عبداً و رضيت به فهو حين صار حراً أحق أن

ص: ٢٥٢

السابع:

إذا زوج عبده أمته ثم أعتق الأمه أو أعتقهما معا، وكذا لو كانا لمالكين فأعتقا دفعه واحده، فإن الخيار للزوجه كما تقدم.

أما ثبوت الخيار لها في صوره عتقها خاصه فيدل عليه ما رواه

الكليني و الشيخ (١) في الصحيح عن عبد الله بن سنان قال:

«و سألته عن الرجل ينكح بعبده أمته ثم أعتقها، تخير فيه أم لا؟ قال: نعم تخير فيه إذا أعتقت».

و ما رواه

في التهذيب (٢) عن عبد الله بن سليمان قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نكح أمته عبده و أعتقها، هل تخير المرأة إذا أعتقت أو لا؟ قال: تخير».

و أما في صوره عتقهما معا دفعه واحده الظاهر أن تخير الأمه هنا مبنى على ما تقدم من الخلاف فيما إذا كان الزوج حرا و ذلك لأن عتقهما دفعه اقتضى كون الحكم بخيارها حال حريره، فلا يتم لها الخيار إلا على القول به.

و المحقق في الشرائع قد جمع بين اختصاص التخيير بما إذا كان الزوج عبدا و بين ثبوت الخيار لها إذا أعتقا دفعه، و مثله ما في التحرير و هو لا يخلو عن غفله

ص: ٢٥٣

١-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٦ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٩ ح ١.

٢-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١٠.

لما عرفت من أن التخيير لها في صورة عتقهما معا دفعه واحده إنما يتم على القول المشهور من عدم الفرق بين كون الزوج حرا أو عبدا لا على القول الآخر الذي هو مذهبه في الشرائع كما تقدم.

و العلامة في القواعد قد تنبه لذلك، فرتب الحكم بتخييرها هنا على الخلاف المتقدم.

بقي هنا إشكال قل من تنبه له و هو أنه قد

روى الكليني و الشيخ (1) في الصحيح عن عبد الله بن سنان قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا أعتقت مملوكيك رجلا و امرأته فليس بينهما نكاح، و قال: إذا أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق». و المستفاد منه بطلان نكاح المملوكين بعتقهما معا، و المعروف من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف كما عرفت هو التخيير لا البطلان، و الله العالم.

المسألة الثانية [في جواز تزويج الرجل أمتة بأن يجعل عتقها صداقها]

إشاره

لا خلاف بين أصحابنا في جواز تزويج الرجل أمتة بأن يجعل عتقها صداقها، و اعترف غير واحد منهم بأنه من الأصول المقرره إن تزويج الرجل أمتة باطل إلا في هذه الصورة فإنه يجوز عند علمائنا أجمع للنصوص المستفيضة، بل ادعى بعضهم وصولها إلى حد التواتر.

و أورد المحقق في نكت النهايه على هذا الحكم - بسبب مخالفته للأصول - سؤالات (2)، ثم تكلف الجواب عنها، و قال في آخر كلامه: إنه بتقدير منا فإنها الأصل يجب المصير إليها لتحقيق مشروعيتها بالنقل المستفيض.

ص: ٢٥٤

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٦ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٢ ح ١.

٢- ٢) أقول: و مجملها أنه كيف يجوز أن يزوج جاريتته، و هي مملوكة البضع بغير التزويج، و كيف يتصور الإيجاب و القبول و هي مملوكة، ثم المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد، و مع تقديم التزويج الذي هو مذهب الأكثر لا يكون متحققا ثم يلوح منه الدور، فإن العقد لا يتحقق الا بالمهر الذي هو العتق، و العتق لا يتحقق الا بعد العقد. الى آخر كلامه زيد في إكرامه. (منه - قدس سره).

و قريب منه كلام العلامة فى المختلف حيث قال-بعد كلام فى المقام:-

و بالجمله فلو كانت هذه المسأله منافيه للأصول، لكن بعد ورود النقل فيه يجب المصير إليه متابعه للنقل، و تصير أصلا بنفسها، كما صارت لديه على العاقله أصلا، انتهى.

أقول: و فيه تأييد أكيد و تشييد سديد لما قدمناه فى غير موضع من أن الواجب الوقوف على ما وردت به الأخبار عنهم عليهم السلام و إن خالفت مقتضى القواعد المقرره بينهم، و تخصيص تلك القواعد بها.

قال شيخنا فى المسالك: و الأصل فيه أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم اصطفى صفيه بنت حى ابن أخطب من ولد هارون بن عمران عليه السلام فى فتح خيبر و أعتقها، و تزوجها، و جعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضه (١).

أقول: و لا بأس بنقل جمله من الأخبار الوارده بذلك، و منها ما رواه

فى الكافى (٢) عن عبيد بن زراره فى الحسن

«أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لأتمته: أعتقك و أتزوجك و أجعل مهرك عتقك، فهو جائز».

و عن سماعه بن مهران (٣) فى الموثق قال:

«سألته عن رجل له زوجة و سريه يبدو له أن يعتق سريته و يتزوجها، فقال: إن شاء اشترط عليها، أن عتقها صداقها فإن ذلك حلال، أو يشترط عليها، إن شاء قسم لها، و إن شاء لم يقسم، و إن شاء فضل الحره عليها، فإن رضيت بذلك فلا بأس».

و عن الحلبي (٤) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن

ص: ٢٥٥

١- ١) البحار ج ٢١ ص ٣٤ طبعه طهران الجديده.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ح ١.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ح ٢.

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ٤٧٥ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ح ٣.

الرجل يعتق الأمه و يقول:مهرک عتقک؟فقال:حسن».

و عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (١)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تكون له الأمه فيريد أن يعتقها فيتزوجها، أ يجعل عتقها مهرها، أو يعتقها ثم يصدقها؟ وهل عليها منه عده؟ و كم تعتد إن أعتقها؟ وهل يجوز له نكاحها بغير مهر؟ و كم تعتد من غيره؟فقال:يجعل عتقها صداقها إن شاء،و إن شاء أعتقها ثم أصدقها،و إن كان عتقها صداقها فإنها تعتد و لا يجوز نكاحها إذا أعتقها إلا بمهر و لا يطأ الرجل المرأه إذا تزوجها حتى يجعل لها شيئاً و إن كان درهما».

و عن عبيد بن زرارہ (٢)فى الصحيح أو الحسن بثعلبه و هو ابن ميمون

«أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول:إذا قال الرجل لأمته:أعتقك و أتزوجك و أجعل مهرک عتقک،فهو جائز».

و ما رواه

الشيخ (٣)عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«أیما رجل شاء أن يعتق جاريتہ و يتزوجها و يجعل عتقها صداقها فعل».

و عن عبيد بن زرارہ (٤)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت:رجل قال لجاريتہ:

أعتقتک و جعلت عتقک مهرک؟قال:فقال:جائز».

و ما رواه

الشيخ فى الأمالى (٥)بسندہ فيه عن صفیه

«قالت:أعتقنى رسول الله صلى الله عليه و آله و جعل عتقى صداقى».

إلى غير ذلك من الأخبار الآتیه-إن شاء الله تعالى-فى المقام.

و كيف كان فتحقيق البحث فى هذه المسأله يستدعى بسط الكلام فى مواضع:

ص: ٢٥٦

- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ ح ١.
- ٣-٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٢ وفيه «صداقها عتقها» الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ٥.
- ٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ٦.
- ٥-٥) الأمالي ص ٢٥٨ الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ٨.

الأول [في أنه هل يشترط تقديم التزويج على العتق؟]

اختلف الأصحاب في الصيغه الموجهه لهذا الحكم من صحه التزويج و حصول العتق و كونه عوضا عن المهر، فلا يجب عليه مهر بعد ذلك، فهل يشترط تقديم التزويج على العتق أو عكسه؟ أو يجوز الكل منهما؟ الأ- أكثر منهم على الأول و ذهب الشيخ في الخلاف و قبله الشيخ المفيد-رحمه الله- إلى اشتراط تقديم العتق، اختاره العلامة في المختلف و الإرشاد، و إلى القول الثالث ذهب المحقق في الشرائع و جملة من المتأخرين منهم السيد السند في شرح النافع، و قبله جده في المسالك، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

و استدل على القول الأول بما رواه

الصدوق في الفقيه (١) عن علي بن جعفر في الصحيح عن أخيه موسى عليه السلام قال:

«سألته عن رجل قال لأتمته: أعتقتك و جعلت عتقك مهرك، فقال: أعتقت و هي بالخيار، إن شاءت تزوجته، و إن شاءت فلا، فإن تزوجته فليعطها شيئا، فإن قال: قد تزوجتك و جعلت مهرك عتقك فإن النكاح واقع و لا يعطيها شيئا» (٢).

روى هذه الروايه الشيخ في التهذيب مرسله عن علي بن جعفر، فلذا ردها في المسالك بالضعف بناء على روايه الشيخ لها، و لم يطلع على روايه الصدوق لها بالطريق الصحيح، و من العجب أيضا أنه في المسالك نقل عجز الروايه بهذه الصوره «و إن قال: تزوجتك و جعلت مهرك عتقك فإن النكاح باطل لا يعطيها شيئا» فجعل محل قوله «واقع» في الروايه لفظ «باطل» و قال بعد ذلك في دفع دلالة الروايه على مطلوبهم: و يدل عليه تصريحه بالبطلان في روايه علي بن جعفر مع

ص: ٢٥٧

-
- ١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٦١ ح ٢٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ١.
 - ٢- (٢) أقول و بهذه الروايه أفتى الصدوق في المقنع فقال: و إذا قال الرجل لأتمته: أعتقتك و أجعل عتقك مهرك فقد عتقت، و هي بالخيار ان شاءت تزوجته، و ان شاءت لم تزوجه، و ان تزوجته فليعطها شيئا، و ان قال: قد تزوجتك و جعلت مهرك عتقك، فإن النكاح واجب و لا يعطيها شيئا و قد عتقت، انتهى. (منه-قدس سره-).

تقديم التزويج الذى هو مطلوبهم، و لم ينقلها ناقل غيره بهذه الكيفيه، لا فى كتب الحديث، و لا فى كتب الاستدلال.

و التقريب فى الاستدلال بالروايه المذكوره أنه عليه السلام حكم بالعتق دون التزويج فى صورته تقديم العتق، و حكم بالتزويج و العتق معا فى صورته تقديم التزويج.

و رد بأنه يجوز أن يكون حكمه عليه السلام ببطلان النكاح فى الصوره الأولى إنما استند الى عدم ذكر التزويج فى هذه الصيغه، لا إلى تقديم العتق على التزويج، إذ لفظ التزويج غير مذكور فى السؤال، و غايه ما ذكر فيها العتق و المهر فجاز أن يكون البطلان إنما نشأ من الإخلال بهذا اللفظ، لا من تقديم العتق عليه.

و نحو هذه الروايه

روايه محمد بن آدم (1) عن الرضا عليه السلام

«فى الرجل يقول لجاريته: قد أعتقتك و جعلت صدأقك، عتقك، قال: جاز العتق، و الأمر إليها، إن شاءت زوجته نفسها و إن شاءت لم تفعل، فإن زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً».

و التقريب التقريب المتقدم، و الجواب عن ذلك الجواب المتقدم، و يزيده أن القائل بالصحة على تقدير تقديم العتق يعتبر معه التصريح بالتزويج، و هو منتف فى الروايتين المذكورتين.

أقول: ظاهر روايه عبيد بن زراره المتقدم نقلها عن التهذيب صحة النكاح و حصول العتق بقوله «أعتقتك و جعلت عتقك مهرک» فإن قوله عليه السلام «جائز» إنما هو بمعنى الصحيح لأنه لا وجه للحمل على العقد المترلزل هنا، بل هو إما صحيح أو باطل، و هو بظاهره مخالف لما دل عليه صحيح على بن جعفر، و روايه محمد بن آدم من عدم صحة النكاح، و إنما الثابت العتق خاصه، إلا أن يحمل الجواز فى كلامه عليه السلام على جواز العتق خاصه كما هو مدلول الخبرين المذكورين، و يحتمل أيضا أن لفظ «التزويج» سقط من هذا الخبر بناء على روايه صاحب الكافي له بزياده

ص: ٢٥٨

لفظ «التزويج» كما سلف.

و بالجمله فإنه لا بد من ارتكاب التأويل فيه بما يخرج عن المخالفه للخبرين المذكورين، و فى المسالك أورد هذا الخبر دليلا للقول بما ذهب إليه الشيخ فى الخلاف من اشتراط تقديم العتق فى صحه النكاح، ثم أطلال فيما أورد على الاستدلال به و الجواب عن ذلك، و الأظهر ما عرفت من أنه على ظاهره لا يخلو من الاشكال، فلا بد من ارتكاب التأويل فيه.

و احتج القائلون بالقول الثانى- كما أشار إليه المحقق فى الشرائع- بأن بضع الأمه مباح لمالكها بدون العقد، فلا يستباح بالعقد، فلا بد من تقديم العتق ليقع العقد على الحره.

و رد بأن الكلام إنما يتم بآخره، و لو لا- ذلك لم يصح جعل العتق مهرا، لأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغه امتنع اعتباره فى التزويج المأتى به بعد.

أقول: و من ذلك ظهر وجه القول الثالث، و هو الأظهر، و مرجعه إلى أنه لا فرق بين تقديم لفظ التزويج أو العتق، لأن الكلام جملة واحده إنما يتم بآخره.

و مما يدل على الصحه مع تقديم لفظ التزويج صحيحه على بن جعفر المتقدمه.

و و ما يدل على الصحه مع تقديم لفظ العتق صحيحه عبيد بن زراره المتقدم نقلها عن الكافى، و فى معناها روايه محمد بن مسلم المتقدمه أيضا، و على هذا يحمل إجمال باقى روايات المسأله مما قدمناه و غيره، فإن اشتمل الكلام على العتق و التزويج حكم بهما من غير نظر إلى تقدم خصوص واحد منهما، و إن اشتمل على العتق خاصه فإنما يحكم به خاصه.

الثانى: لو قال: تزويجتك و جعلت مهرک عتقک

، فهل يكفى فى العتق عن الإتيان بلفظ أعتقتك؟ الأشهر الأظهر الأول، و عليه يدل صحيحه على بن جعفر المتقدمه.

قال في المختلف: ألفاظ علمائنا و ما ورد في الأخبار يدل على الاكتفاء بقوله تزوجتك و جعلت مهرک عتقک، و إن لم يقل أعتقتك أو أنت حره، بل يقع العتق بقوله و جعلت عتقک مهرک، كما لو أمهر امرأه ثوبا و قال لها: قد تزوجتك و جعلت مهرک هذا الثوب، فإذا قبلت ملكته بالقبول، فكذا لو جعل العتق مهرا فإنها تملك نفسها بالقبول، و لا- حاجه إلى النطق بالعتق و غير ذلك، انتهى و هو جيد.

و نقل عن ظاهر المفيد و أبى الصلاح أنهما اعتبرا لفظ أعتقتك، لأن العتق لا- يقع إلا- بالصيغه الصريحه، و هو التحرير أو الإعتاق، فلا بد من اللفظ بأحدهما.

و رد- بعد تسليم انحصار العتق في هاتين الصيغتين- بأن هذا العقد قد ثبت بالنصوص الصحيحه الصريحه التي لا سبيل إلى ردها، فلا- يقدر فيه مخالفته للأصول المقرره سيما مع ما عرفت آنفا من أن أصل هذه المسأله إنما بنى على خلاف الأصول المقرره و القواعد المعتمده، و ظاهره في المختلف اختيار ما ذهب إليه الشيخ المفيد و أبو الصلاح (1) بعد اعترافه بأن الأول هو الوارد في الأخبار، و تعليقه ذلك زياده على دلالة الأخبار بما قدمنا نقله عنه، و هو لا يخلو من تعجب.

الثالث [عدم الحاجه إلى القبول هنا من المرأه]

الظاهر كما استظهره العلامة في المختلف و جمع من المتأخرين أنه لا حاجه إلى القبول هنا من المرأه، و ذلك لأن مستند شرعيه هذا العقد هو النصوص المستفيضة، و هي خاليه من اعتبار ذلك إذ ليس في شيء منها ما يدل على ذلك، و لأنها حال الصيغه مملوكة، فلا- اعتبار برضاها، و لأن رضاها لو كان معتبرا لبطل ما وقع من المولى، لأنه قائم مقام القبول، حيث إنه وظيفه الإيجاب من جهتها، و لأنه لا- بد من كمال المتعاقدين حال الإيجاب و القبول، و هو منتف هنا، و احتمال جمله من الأصحاب اشتراط القبول كغيره من العقود

ص: ٢٦٠

١- ١) فإنه بعد أن نقل عن أبى الصلاح أن صيغته مع تكامل الشروط أن يقول سيدها قد أعتقتك و تزوجتك و جعلت عتقك صداقك قال: و هو المعتمد و هو قول شيخنا المفيد في مقننته أيضا، انتهى. (منه- قدس سره-).

الشرعيه، لأن العقد في عرف أهل الشرع هو المركب من الإيجاب و القبول، قالوا:

و لا يقدح في ذلك كونها مملوكه، لأنها بمنزله الحره حيث تحرر بتمام العقد، فرقيتها غير مستقره، و لو لا ذلك لامتنع تزويجها، و الواقع منها منزل منزله الإيجاب، و إن كان بلفظ القبول لحصول ما يعتبر في العقد في اللفظ الواقع من المولى فكان المعتبر من جانبها مجرد الرضاء به، سواء سميناها إيجابا أم قبولا.

أقول: العجب منهم -رضوان الله عليهم- أنهم يعترفون بأن أصل هذه المسأله إنما بنيت على خلاف القواعد الشرعيه المقرره عندهم لدلاله النصوص المستفيضه على شرعيه هذا العقد و صحته و إن كان على خلاف القواعد، و يتكلفون هنا لوجوب القبول بهذه التكاليف البعيده مع خلو النصوص على كثرتها من ذلك حتى أنهم قالوا: إنه يعتبر وقوعه بالعريبه و على الفور على نهج سائر العقود اللازمه.

و الذي اختاره في المسالك و مثله سبطه السيد السند في شرح النافع هو الأول و لا ريب في ظهور قوته، و ضعف ما عارضه، و هو يرجع إلى ما ورد في جملة من الأخبار من الأمر بالسكوت عما سكت الله عنه و إبهام ما أبهمه الله، و النهي عن القول في الأحكام الشرعيه بغير سماع منهم.

الرابع [فيما لو طلقها قبل الدخول]

اختلف الأصحاب فيما إذا طلقها قبل الدخول، فقال الشيخ في النهايه: و إن طلق التي جعل عتقها مهرها قبل الدخول بها، رجع نصفها رقا، و استسعت في ذلك النصف، فإن لم تسع فيه كان له منها يوم، و لها من نفسها يوم في الخدمه، و إن كان لها ولد له مال ألزم أن يؤدي عنها النصف الباقي و ينعق حينئذ، انتهى. و تبعه ابن حمزه في ذلك، و به قال العلامة في الإرشاد.

و قال الصدوق في المقنع: و إذا أعتقها و جعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقد مضى عتقها، و يرتجع إليها سيدها بنصف قيمه ثمنها تسعى فيه، و به قال ابن الجنيد و ابن البراج و ابن إدريس و العلامة في المختلف.

و الأصل فى هذا الخلاف اختلاف الأخبار فى المسأله، فمما يدل على القول الأول ما رواه

الشيخ (١) عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يعتق جاريتته، و يقول لها: عتقك مهرک، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: يرجع نصفها مملوكا و يستسعيها فى النصف الآخر».

و عن يونس بن يعقوب (٢) فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل أعتق أمه له و جعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: يستسعيها فى نصف قيمتها، فإن أبى كان لها يوم، و له يوم فى خدمه، فإن كان لها ولد و له مال أدى عنها نصف قيمتها و عتقت».

و رواه الصدوق فى الفقيه بإسناده عن الحسن بن محبوب عن يونس بن يعقوب.

و عن عباد بن كثير البصرى (٣) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل أعتق أم ولد له و جعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: يعرض عليها أن تستسعى فى نصف قيمتها، فإن أبى هى فنصفها رق و نصفها حر».

و أما ما يدل على الثانى فهو ما رواه

الشيخ (٤) فى الصحيح عن عبد الله بن سنان قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق مملوكه له و جعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: قد مضى عتقها و ترد على السيد نصف قيمه ثمنها تسعى فيه و لا عده عليها».

و ما رواه

فى الكافى (٥) عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يعتق أمته

ص: ٢٦٢

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٦١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ٤.

- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٦١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ١.
- ٥-٥) الكافي ج ٥ ص ١٠٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٦٤ ح ٣.

فيجعل عتقها مهرها، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: ترد عليها نصف قيمتها تستسعى فيها».

و العلامة في المختلف قد احتج على ما اختاره- من مذهب الصدوق- بأنها ملكت نفسها بالإصداق و عتقت فلا ترجع مملوكة بعد العتق، قال: و كلام الشيخ إنما يتم لو قلنا أن المرأة لا- تملك جميع المهر بالعقد، بل تملك النصف به، و النصف الآخر بالدخول، ثم أجب عن الأخبار الثلاثة المتقدمة بأنها ضعيفه السند، ثم قال: و الوجه أن يقال كما قال الصدوق: تستسعى في نصف قيمتها، لأن نصفها يجري مجرى التالف من المهر المعين، أو تنتظر إلى أن يوسع الله تعالى عليها و يؤيد بروايه عبد الله بن سنان، ثم ساق الروايه كما قدمنا، و عده الروايه مؤيدا دون أن يعدها دليلا، كأنه لعدم صحتها عنده مع أنها كما عرفت صحيحه السند، لأن الشيخ رواها عن الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان، و طريقه إلى الحسن بن محبوب صحيح كما نبهوا عليه، و أنت خبير بأن المسألة محل إشكال لتعارض هذه الأخبار، و عدم ظهور وجه للجمع بينها، و إن أمكن أن يقال بتخير المولى بين الأمرين لأنه ملك نصفها بالطلاق، كما لو أصدقها زوجته (1)، و ملكها أنفسها بالعتق كما يشير إليه كلامه مع تسليمه فهو ملك مترزل، إنما يستقر بالدخول كما في غيره من المهور، و قوله: إن الحر لا يعود رقا مسلم بالنسبه إلى من استقرت حرته لا مطلقا.

و لا يحضرني الآن كلام لأحد من أصحابنا في المقام غير ما نقلته عن العلامة في المختلف.

ص: ٢٦٣

١- ١) بمعنى أنه تزوج امرأه و أصدقها أمه ثم طلق تلك المرأة قبل الدخول بها فيرجع عليها بنصف الأمه التي هي المهر، و لا فرق بين المسألتين إلا- أن الأمه جعلت مهرا لنفسها بالعتق فيما نحن فيه، و جعلت مهرا لغيرها في المسألة المفروضه و مرجع الأمرين إلى أمر واحد. (منه- قدس سره-).

ثم إن ما ذكره الشيخ فيما قدمنا نقله عنه-من أنه إن كان لها ولد له مال ألزم أن يؤدي عنها النصف الباقي-قد اعترضه فيه جماعه منهم ابن إدريس و العلامة في المختلف، قالوا: لأصله براءة ذمه الولد إلا أن يتبرع الولد بأداء ذلك، و به صرح ابن الجنيد فقال: لو طلقها قبل الدخول بها مضى عتقها، و استسعت في نصف قيمتها، و إن كان لها ولد فأدى نصف قيمتها عتقت، انتهى.

و الظاهر أن الشيخ قد استند فيما ذكره إلى روايه يونس بن يعقوب المتقدمه، إلا أنها غير صريحة في إلزام الولد بذلك و وجوبه عليه، و الله العالم.

المسألة الثالثة [فيما لو اشترى نسيه فأعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها] :

اختلف الأصحاب فيما إذا اشترى أمه نسيه، فأعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها فحملت منه، ثم مات المولى و لم يترك ما يقوم بثمنها فقيل: بأن العتق صحيح و لا سبيل عليها و لا على ولدها، بل يكونان حرين، و هو اختيار ابن إدريس و العلامة و ولده و أكثر المتأخرين، و قيل، ببطلان العتق و عودها رقا، و أن ولدها رق، و هو قول الشيخ في النهاية و ابن الجنيد و ابن البراج.

و الأصل في هذه المسألة ما رواه

الكليني في الكافي (1) في الصحيح و الحسن معا عن هشام بن سالم قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريه بكذا إلى سنه فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد، و تزوجها و جعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر فقال، أبو عبد الله عليه السلام: إن كان للذي اشتراها إلى سنه مال أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته، فإن عتقه و نكاحه جائز، قال: و إن لم يكن للذي اشتراها فأعتقها و تزوجها مال و لا عقده يوم مات تحيط بقضاء ما عليه من الدين برقبته، فإن عتقه و نكاحه باطلان لأنه أعتق ما لا يملك، و أرى أنها رق لمولاها الأول، قيل له: فإن كانت علقته-أعنى من المعتق لها المتزوج بها- ما حال الذي في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهيتها».

ص: ٢٦٤

(١-١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٢ ب ٧١ ح ١.

الشيخ في التهذيب (1) عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي بصير قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام» الحديث. و اضطربت آراء المتأخرين في هذه الرواية من حيث صحه سندها فلم يتجاسروا على ردها، و من حيث مخالفتها لجملة من القواعد الشرعيه و الضوابط المرعيه فلم يقدموا على القول بما دلت عليه بظاهرها كما قدم عليه الشيخ و من تبعه.

و نقل عن المحقق في نكت النهايه أنه قال: إن سلم هذا النقل، فلا كلام في جواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافيه لعله لا- نعلمها، لكن عندى أن هذا خبر واحد لا- يعضده دليل، فالرجوع إلى الأصل أولى، و في الشرائع صرح بردها تبعا لابن إدريس لمخالفتها الأصول الشرعيه، لأن العتق و التزويج صدرا من أهلها في محلها فوجب الحكم بصحتها و بحريه الولد لحريه أبويه، و حملها العلامه في المختلف على وقوع العتق و النكاح و الشراء في مرض الموت، بناء على مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدين المستغرق، و حينئذ فترجع رقا و يتبين بطلان النكاح، و اعترضه تلميذه السيد السند عميد الدين بأن الروايه اقتضت عودها و ولدها رقا كهيئتها، و تأويله لا يتم إلا في عودها إلى الرق لا في عود الولد، لأن غايته بطلان العتق في المرض فتبقى أمه، فإذا وطأ الحر أمته لا ينقلب ولده رقا، بل غايته أن امه تباع في الدين (2).

ص: ٢٦٥

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٢ ب ٧١ ح ١.
٢- (٢) أقول: ما نقلناه في الأصل من كلام السيد عميد الدين المذكور انما نقلناه من كلام صاحب المسالك، و الذى وقفت عليه في شرح السيد المذكور على القواعد هذه صورته: و المصنف في المختلف حمل هذه الروايه على وقوع ذلك في مرض موته، فان منجزات المريض تخرج عنده من ثلث تركته ما لم يكن عليه دين، أما مع وجود الدين فإنه يجب أن يبدأ بإخراج الديون، فإذا كان مستغرقا بطل العتق، و ترجع رقا الى مولاها. و أقول: هذا التأويل لا يتم أيضا لأن الروايه اقتضت عود ولدها رقا كهيئتها، و هو مناف لمذهب المصنف فإنه على تقدير أن يكون عتقها في مرض موته يكون العتق و النكاح باطلين، و أن أولاده لا يجوز استرقاقهم، غايه ما في الباب أنها تباع في الدين، انتهى، و الظاهر أن شيخنا في المسالك نقل العبارة بالمعنى الواضح حيث ان كلامه غير خال من الإجمال فأوضحه- قدس سرهما بأوضح بيان. (منه- قدس سره).

و أجاب ابنه فخر المحققين انتصارا لوالده عن ذلك بأنه ليس فى الروايه ما يدل على رقيه الولد إذ ليس فيها إلا قوله كهيئتها، و هو أعم من أن يكون كهيئتها فى حال الحكم بحريتها قبل ظهور عجزه عن الثمن، فيكون حرا، أو بعده فيكون رقا، و لا دلاله للعام على الخاص بإحدى الدلالات.

ورده شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد بأن هذا الكلام على النص فإن المفهوم من قوله كهيئتها ليس إلا أن حكمه حكمها فى حال السؤال، و قد حكم قبل ذلك بأنها رقا فيكون الولد رقا، فهو دال على رقيته بالمطابقه، إذ هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى، و تجوز مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص، و فى التزامه ما لا يخفى. انتهى و هو جيد.

و بذلك يظهر أن حمل العلامه الروايه على ما ذكره مع تسليمه فإنه لا يتم فى الولد مع أنه قد نوقش فى أصل الحمل المذكور بأنه يشكل فى الأم أيضا من جهه أخرى، و هى أن الروايه دلت على عودها رقا للبائع و مقتضى الحمل جواز بيعها فى دينه، لا عودها إلى ملكه.

و نقل عن العلامه فى التحرير الحمل على أنه انكشف فساد البيع و وطأ بعد علمه بذلك و مات، فعلى هذا يكون زانيا فيرق ولده.

و اختار هذا الحمل الشيخ أحمد بن فهد الأحسائي فى شرحه على الإرشاد، قال: و المختار ما أوله المصنف فى التحرير، ثم ذكر العبارة المذكوره، و أورد عليه بأن الروايه قد تضمنت أنه إذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق و النكاح صحيحين جائزين، و متى حمل على فساد البيع - كما ذكره فإنه لا معنى

للحكم بجوازهما سواء خلف شيئا أو لم يخلف، و هو ظاهر.

و حملها ثالث (1) على أنه فعل ذلك مضاره، و العتق يشترط فيه القربه، و رد بأن بطلان العتق لا يقتضى عودها إلى مولاهما الأول و لا رقيه الولد، مع أن البطلان قد علل فى الروايه بأنه أعتق ما لا يملك، و هو غير مناسب لهذا الحمل.

و قال شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك بعد ذكر التأويلات المذكوره ما ملخصه: و أقول: أن الموجب لهذا الاعتناء و التكلف لهذه الروايه المخالفه للأصول هو ما اعتقدوه من صحه سندها، و قد صرح بصحتها جماعه من الأصحاب المعتبرين كالعلامه و تلميذه الفخر و العميد و الشهيد و غيرهم، أو فى صحتها عندى نظر من وجهين، ثم ذكر الوجه الأول بما ملخصه: إن أبا بصير الراوى مشترك بين ليث المرادى، و يحيى بن القاسم الأسدى، و الأول و ان كان ثقاه الا ان الثانى ضعيف مختلط، و لا قرينه هنا على تعيين الثقه منهما، ثم ذكر الوجه الثانى بما ملخصه:

إن الروايه المذكوره رواها الشيخ فى مواضع عديده، و فى بعضها هشام بن سالم عن أبى بصير، و فى بعضها هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام، و الكلينى رواها عن هشام عنه عليه السلام بغير واسطه، قال: و حينئذ تكون الروايه مضطربه الاسناد، و الاضطراب فى الإسناد يمنع الصحه كما قرره فى علم الدرايه، و الغرض أن هذه الروايه ليست مقطوعه الصحه فى سندها كما ذكره، فلا يصعب إطراحها حيث يخالف الأمور القطعيه التى شهد لها الأصول الشرعيه، انتهى.

أقول: أما كلامه فى الوجه الأول فجيد، بناء على العمل بهذا الاصطلاح المحدث.

و أما كلامه فى الوجه الثانى ففيه أن عد ذلك من باب الاضطراب الذى ترد به الروايه منع ظاهر، كما تقدم الكلام فيه فى غير موضع، فإنه من الجائز أن

ص: ٢٤٧

١- ١) أقول: هذا الحمل الثالث نقله الشهيد فى شرح الإرشاد عن الشيخ قومان بن أحمد العاملى المنارى، و هذا الشيخ قد ذكرنا أحواله فى اجازتنا الكبيره. (منه- قدس سره-).

يروى الراوى تاره مشافهه و تاره بواسطه، و أى مانع من ذلك.

و بالجمله فالطعن فى الروايه بضعف السند ليس فى محله، نعم الطعن فيها بمخالفه الأصول و القواعد المتفق عليها نصا و فتوى يمكن، إلا أنه قد تقدم له نظائر لا تكاد تحصي كثره، و ما ذكره المحقق فى نكت النهايه-من أنه متى سلم هذا النقل فلا كلام فى جواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافيه لعله لا نعلمها-جيد و إن كان قد رجع عنه، و كيف كان فالمسأله غير خاليه من من شوب الاشكال لما عرفت، و الله العالم بحقيقه الحال.

المسأله الرابعه [انعتاق أم الولد بعد وفاه المولى من نصيب ولدها]

لا إشكال فى أن أم الولد إنما تنعتق بعد وفاه المولى من نصيب ولدها، لأن مجرد الاستيلاء لا يكون سببا فى العتق، و إنما غايته التشبث بواسطته بالحرية، و لا خلاف أيضا فى أنه لو مات ولدها و أبوه حى عادت إلى محض الرقيه و جاز بيعها، إنما الخلاف هنا فى مواضع:

أحدها: ما نقله فى المختلف عن ابن إدريس أنه نقل عن المرتضى أنه لا يجوز بيعها ما دام الولد باقيا لا فى الثمن و لا فى غيره، و هو ضعيف مردود بالأخبار الصحيحه الصريحه فى جواز البيع فى بعض المواضع، كما سيأتى بعض منها إن شاء الله تعالى فى المقام، و يؤيده أنها لم تخرج بالاستيلاء عن الملك.

و ثانيها: فيما لو عجز نصيب ابنها من التركه عن التخلف منها، بمعنى أنه إذا مات المولى و الولد حى انعتقت بموت المولى لانتقالها أو بعضها إلى ولدها، فينعتق عليه ما يرثه منها، لأن ملك الولد لأحد أبويه يوجب عتقه عليه كما قدمنا تحقيقه و لو بقى منها شىء خارج عن ملكه سرى إليه العتق إن كان نصيبه من التركه يفى به، و إلا أعتق منها بقدره.

و لو عجز النصيب عن المتخلف- و هذا هو محل الكلام هنا- فهل الحكم فى ذلك أنها تسعى فى المتخلف، و لا يسرى عليه و لو كان له مال من غير التركه، و لا يلزمه السعى لو لم يكن له مال؟ أم يجب على الولد فكها من ماله؟ الأكثر على

الأول، لأن السرايه من شروطه الملك الاختياري، والإرث ليس منه، وإنما قلنا بسرايته عليه في نصيبه من باقي التركة لإطلاق النصوص بأنها تعتق من نصيبه من التركة، وإلا فالأصل يقتضى أن لا تعتق عليه سوى نصيبه منها.

و ذهب ابن حمزه و الشيخ في المبسوط إلى أنه يجب على الولد فك باقيها، أما ابن حمزه فإنه نقل عنه أنه أوجب على الولد السعى في فك باقيها، وأما الشيخ في المبسوط فإنه أوجب على الولد فكها من ماله، ولم نقف لها على دليل، والأصل يقتضى العدم، لأصالة البراءة من وجوب السعى و عدم المقتضى للسرايه عليه حتى يجب عليه فكها من بقيه ماله لعدم الاختيار في ملكها.

و ثالثها: في بيعها في حياه المولى في ثمن رقبته، وتفصيل ذلك أنه لا خلاف في جواز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبته إذا مات مولاها و لم يخلف سواها، وإنما الخلاف فيما إذا كان كذلك مع حياه المولى، بمعنى أنه هل يجوز بيعها في ثمن رقبته إذا كان مولاها حيا، وليس له من المال ما يفي بثمنها؟ ذهب الأكثر إلى الجواز.

و استدل عليه في المسالك

بروايه عمر بن يزيد (1) عن أبي الحسن عليه السلام قال:

«سألته عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبته».

و روى عمر بن يزيد (2) في الصحيح قال:

«قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن قلت: وكيف ذلك؟ فقال: أيما رجل اشترى جاريه فأولدها ثم لم يؤد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدى عنه، أخذ ولدها منها، و بيعت فأدى ثمنها، قلت:

ص: ٢٦٩

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٢، الوسائل ج ١٣ ص ٥١ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٥، الوسائل ج ١٣ ص ٥١ ح ١.

فيعن فيما سوى ذلك من أبواب الدين و وجوهه؟ قال: لا».

و عندي في الاستدلال بالصحيحه المذكوره نظر، فإن قوله عليه السلام فيها «و لم يدع من المال ما يؤدي عنه» ظاهر في أن ذلك في صورته موت المولى لا- حياته كما ادعاه، نعم الروايه الأول مطلقه، لكن يمكن حمل إطلاقها على ما دلت عليه الصحيحه المذكوره من تخصيص ذلك بالموت، و حينئذ فيشكل الاستدلال بهما على الحكم المذكور و إن كان هو المشهور.

و من ثم نقل عن ابن حمزه تخصيص الجواز بالموت و المنع مما سواه (1) و ظاهر السيد السند في شرح النافع تقويه القول بالمنع أيضا حيث قال: و القول بالمنع نادر لكنه لا يخلو من قوه.

أقول: و يؤيده قوله عليه السلام في آخر الخبر بعد سؤال السائل «فيعن فيما سوى ذلك من دين؟» و التقريب فيه أنه حيث كان مورد الخبر كما ذكرناه إنما هو جواز البيع في فكاك رقابهن بعد موت المولى إذا لم يدع من المال ما يؤدي عنه، فإنه تدخل حينئذ هذه الصوره المفروضه- و هو البيع حال الحياه- فيما سوى ذلك، فلا يجوز البيع حينئذ.

فإذا دلت الروايه المذكوره مع صحه سندها عندهم الذي هو المدار عليه في الاستدلال بينهم على تخصيص الجواز بهذه الصوره الخاصه، و هي بعد الوفاه بالقيود المتقدمه، مع تصريحها بعدم الجواز فيما سوى ذلك، فإنه يتحتم حمل إطلاق روايه عمر بن يزيد المذكوره على هذه الصحيحه جمعا.

ص: ٢٧٠

١- ١) و نقل عن ابن حمزه هنا أيضا التصريح بعود الولد رقا حيث قال على ما نقله في المختلف: فإن مات سيدها و لم يكن له مال سواها و كان ثمنها في ذمه سيدها عادت بولدها رقا، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه: و ليس بجيد لانه ولد حرا. أقول: لا ريب أن النص انما دل على جواز بيع الأم خاصه و لأجل ذلك حكمنا برقيتها، و أما الولد فلا دليل على رقيته بالكليه. (منه- قدس سره-).

و رابعها: إن المشهور أنه لا- يجوز بيعها في مطلق الدين، بل ثمن رقبتهما على ما عرفت من الخلاف في التخصيص بالموت أو العموم لحال الحياه، و نقل عن ابن حمزه جواز بيعها في دينه و إن لم يكن ثمننا لها مع موته و استغراق الدين للتركة (١).

و اختاره الشهيد في اللمعه، و وجهه أن عتقها بعد موت مولاهما إنما هو من نصيب ولدها، و الحال أنه لا نصيب له على تقدير استغراق الدين للتركة لقوله عز و جل «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنًا» (٢).

و احتج له أيضا

بروايه أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام حيث قال في آخره

«فإن مات و عليه دين قومت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر، ثم يجبر على قيمتها».

قال في المسالك بعد نقل ذلك: و جوابه أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقا، و إن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها، كما لو لم يكن دين، و يلزمه إذا مقدار قيمة النصيب من ماله، و الرواية قاصره سندا و دلالة، و مشتمله من الأحكام على ما لا يوافق الأصول فلا اعتداد بها، انتهى.

و ظاهر العلامة في المختلف التوقف في هذه الصورة، حيث قال: المشهور أنه لا يجوز بيع أم الولد إلا في ثمن رقبتهما إذا كان دينا على مولاهما، و ليس له سواها.

و قال ابن حمزه: و إن مات سيدها و عليه دين في غير ثمن رقبتهما قومت على ولدها، فإذا بلغ أداؤها، فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن مات

ص: ٢٧١

١- ١) حيث قال في عد المواضع التي يباع فيها: و سابعها: إذا مات مولاهما و لم يخلف سواها و عليه دين مستغرق و ان لم يكن ثمننا لها، و علله الشارح بما يرجع الى ما ذكرناه في الأصل، و قد عرفت ما فيه. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) سورة النساء- آية ١١.

٣- ٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٨، الوسائل ج ١٣ ص ٥٢ ح ٥.

قبل البلوغ يبعث في الدين.

احتج الأولون بما رواه عمر بن يزيد (١) عن الكاظم عليه السلام، ثم أورد مضمون صحيحه عمر بن يزيد كما قدمنا ذكره، ثم قال:

احتج

ابن حمزه بما رواه أبو بصير (٢) عن الصادق عليه السلام قال:

«سألته عن رجل اشترى جاريه فولدت منه ولدا فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، وإن مات مولاها و عليه دين قامت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها، فإن مات ابنها قبل امه يبعث في ميراث الورثه إن شاء الورثه،.

و لأنها مملوكه (٣) فيجب صرف ثمنها في الدين كما لو كان الدين ثمنها، ونحن في هذه المسألة من المتوقفين، انتهى.

أقول: لا يخفى أن النقل عن ابن حمزه في هذا الموضوع مختلف، فإن مقتضى النقل الأول -و به صرح في المسالك- إنما هو جواز بيعها في الدين و إن لم يكن ذلك الدين ثمنها إذا كان مستغرقا كما يدل عليه دليله المتقدم، و على هذا فروايه أبي بصير المذكوره لا تعلق لها بذلك، و لا دلالة فيها عليه بوجه، و لهذا ردها في المسالك بذلك.

و مقتضى ما نقله العلامة عنه في المختلف إنما هو تقويمها على ولدها، لا بيعها مطلقا كما هو النقل الأول، و هذا هو مدلول روايه أبي بصير المذكوره، فالاستدلال بها عليه في محله، إلا أنه لا يظهر لى هنا وجه وجيه في مخالفته للقول المشهور كما يعطيه كلام العلامة في المختلف، إذ مقتضى القول المشهور إنما هو

ص: ٢٧٢

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٥، الوسائل ج ١٣ ص ٥١ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٨، الوسائل ج ١٣ ص ٥٢ ح ٤ و ٥.

٣- (٣) قوله و لأنها مملوكه الى آخره من كلام العلامة لا من الروايه كما ربما يسبق الى الوهم. (منه-قدس سره-).

تحريم بيعها.إلا فى ثمن رقبتهها.

و غاية ما يدل عليه هذا القول بناء على هذا النقل،و كذا روايته هو أنها تنتقل إلى ولدها و يكون ضامنا لقيمتها،يجب عليه بعد البلوغ أداؤها،و ليس فيها ما يدل على بيعها فى غير ثمن رقبتهها،ليكون مخالفاً،بل ما دلت عليه الروايه هو الأوفق بالقواعد الشرعيه،لأن المفروض أن مولاها مديون و لا مال سواها،و لا وارث سوى ابنها،و قد تقرر أن التركة تنتقل إلى الوارث مع اختياره ضمان الدين،فالولد هنا قد ورثتها بموت أبيه،فوجب انعاقها عليه و وجب عليه أداء قيمتها فى الدين،غايه الأمر أنه من حيث كونه صغيراً ينتظر بإخراج الدين من قيمتها إلى بلوغه،و أى منافاه على هذا التقدير،بين هذا القول و بين القول المشهور،نعم فى

قوله فى آخر الروايه

«فإن مات ابنها قبل امه بيعت فى ميراث الورثه إن شاء الورثه». إشكال،إلا أنه خارج عن موضع الاستدلال.

و بالجمله فالروايه المذكوره لا- تبلغ قوه المعارضه للصحيحه المتقدمه لو ثبت التعارض،فالعامل على الصحيحه المشار إليها لتأييدها زياده على ما هى عليه بعمل الأصحاب و فتواهم بها.

هذا و لك أن تقول:إن الدين المذكور فى روايه أبى بصير مطلق فيحمل على ثمن رقبتهها،و يكون الحكم فيه ما ذكر فى الخبر،و على هذا يكون الجمع بينه و بين صحيحه عمر بن يزيد المتقدمه التخيير فيما إذا مات المولى مشغول الذمه بقيمه الأمه،و لم يخلف سواها بين بيعها و دفع ثمنها فى الدين،كما تدل عليه الصحيحه المذكوره،و بين التقويم على الولد كما دلت عليه روايه أبى بصير.

و بما ذكرناه فى معنى روايه أبى بصير صرح الشيخ -رحمه الله عليه- فى النهايه حيث قال:فإن لم يخلف غيرها و كان ثمنها دينا على مولاها قومت على ولدها و يترك إلى أن يبلغ،فإذا بلغ اجبر على ثمنها،و إن مات قبل البلوغ بيعت فى ثمنها و قضى به الدين،انتهى.

ص: ٢٧٣

أقول: وهذا هو ما دلت عليه روايه أبي بصير المذكوره، و الشيخ فرضها في الدين الذي هو ثمن رقبتها، حملا للروايه على ذلك، و حينئذ فلا إشكال في بيعها لو مات الولد قبل البلوغ، لأنه يجوز بيعها في حياته كما دلت على صحاحه عمر بن يزيد، فكيف بعد موته.

و ابن إدريس قد اعترض على الشيخ فقال: هذا غير واضح لأننا نبيعها في ثمن رقبتها في حياها مولاها، فكيف بعد موته، و لأى شىء يجبر الولد بعد بلوغه على ثمنها، و لأى شىء يؤخر الدين، إلا أن شيخنا رجع عن هذا في عدة مواضع، و لا شك أن هذا خبر واحد أورده هنا إيرادا لا اعتقادا، انتهى.

و كلام ابن إدريس هو الموافق للمشهور من جواز بيع أم الولد في ثمن رقبتها حيا كان المولى أم ميتا، لما تقدم، إلا أنك قد عرفت أن الدليل لا تنهض بالعموم لحال الحيا.

و كيف كان فمقتضى عمل الشيخ بهذه الروايه هنا موافقه لما تقدم نقله في المختلف عن ابن حمزه، و الوجه في الجمع بين الروايه المذكوره و صحاحه عمر بن يزيد هو ما أشرنا إليه من التخيير، و الله العالم.

المقام الثانى فى البيع

اشاره

و فيه مسائل:

[المسأله] الأولى [حكم بيع الأمه ذات البعل]

اشاره

لا- خلاف بين الأصحاب فى أنه إذا بيعت الأمه ذات البعل، فإن بيعها طلاقها، و يتخير المشتري فى الإجازة و الفسخ، و الأصل فى هذا الحكم الأخبار المستفيضه.

و منها ما رواه

فى الكافى (1) فى الصحيح إلى الحسن بن زياد و هو مشترك بين الثقه و غيره قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاربه يطؤها، فبلغه أن لها زوجا، قال: يطؤها فإن بيعها طلاقها، و ذلك أنهما لا يقدران على شىء من أمرها إذا بيعا.»

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٧ ح ٢.

و عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) في الصحيح أو الحسن قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تباع و لها زوج؟ فقال: صفقتها طلاقها».

و عن بريد بن معاوية و بكير (٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام

«قالا: من اشترى مملوكه لها زوج فإن بيعها طلاقها، فإن شاء المشتري فرق بينهما، و إن شاء تركهما على نكاحهما».

و ما رواه

في الكافي و من لا يحضره الفقيه (٣) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال:

«طلاق الأمة بيعها، أو بيع زوجها، و قال في الرجل يزوج أمته رجلا حرا ثم يبيعها، قال: هو فراق ما بينهما، إلا أن يشاء المشتري أن يدعهما».

و ما رواه

في الكافي (٤) عن عبيد بن زرارة في الموثق قال:

«قلت: لأبي عبد الله عليه السلام: إن الناس يروون أن عليا عليه السلام كتب إلى عامله بالمدائن أن يشتري له جارية فاشتراها و بعث بها إليه، و كتب إليه أن لها زوجا، فكتب إلى علي عليه السلام أن يشتري يضعها، فاشتراها، فقال: كذبوا علي علي عليه السلام، أعلى عليه السلام يقول هذا».

و ما رواه

في التهذيب (٥) في الصحيح عن محمد بن مسلم قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام طلاق الأمة بيعها».

و ما رواه

في من لا يحضره الفقيه (٦) عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني

ص: ٢٧٥

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٤ ب ٤٧ ح ٣.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٤ ب ٤٧ ح ٤.

٣- ٣) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ح ١.

- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٤ ب ٤٧ ح ٥.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٠ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٧.
- ٦-٦) الفقيه ج ٣ ص ٣٥١ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٥ ب ٤٨ ح ١.

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بيعت الأمه و لها زوج فالذى اشتراها بالخيار، إن شاء فرق بينهما. وإن شاء تركها معه، فإن هو تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد ما رضى، قال: وإن يبع العبد، فإن شاء مولاه الذى اشتراه أن يصنع مثل الذى صنع صاحب الجارية فذلك له، وإن سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم».

و أما ما رواه

الشيخ فى التهذيب (1) عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يبتاع الجارية و لها زوج؟ قال: لا- تحل لأحد أن يمسه حتى يطلقها زوجها الحر». فحمله الشيخ على ما إذا كان المشتري قد أقر الزوج على عقده و رضى به.

إذا عرفت ذلك فالكلام هنا يقع فى مواضع:

الأول [هل بقاء النكاح لازما على هذه الحالة مظنه لضرر المالك؟]

قال فى المسالك: و الأصل فى الحكم بعد النص أن بقاء النكاح لازما على هذه الحالة مظنه لضرر المالك، إذ قد لا يناسب بقاء النكاح فجعل له طريق إلى التخلص بالفسخ.

و أنت خير بما فيه كما لا يخفى على الموفق النبيه، إذ لا وجود لهذه العلة فى الأخبار فيكون مستنبطه. و إطلاق الأخبار المذكوره و كذا إطلاق كلام الأصحاب يقتضى عدم الفرق بين كون البيع قبل الدخول أو بعده، و كذا بين كون الزوج حرا أو مملوكا، بل فى صحيحه محمد بن مسلم تصريح بثبوت الخيار مع كونه حرا، و قد قطع الأصحاب بأن هذا الخيار على الفور، و يشير إليه قوله عليه السلام فى روايه أبى الصباح الكنانى: فإن هو تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد التراضى، فإنه ظاهر فى أنه بعد علمه و عدم فسخه بل سكوته مثلا فإنه رضا منه بذلك، و ليس له التفريق بعد ذلك، فعلى هذا لو أخر لا لعذر كالجهل بأصل الخيار سقط خياره، و فى كون الجهل بفوريته عذرا وجهان، و تقدم الإشارة إليهما.

ص: ٢٧٤

لا-خلاف فى أن حكم العبد إذا بيع و تحته أمه،حكم الأمه إذا بيعت و لها زوج،حرا كان أو عبدا،و على ذلك دلت صحاحه محمد بن مسلم و روايه أبى الصباح الكنانى،إلا أنها مطلقه بالنسبه إلى زوجة العبد بخلاف الأولى، فإنها صريحه فى كونها أمه.

و إنما الخلاف فيما لو كان العبد المبتاع تحته حره،فالأكثر كما نقله فى المسالك على ثبوت الخيار للمشتري أيضا،فإن الحكم كما فى الأمه لتساويهما فى المعنى المقتضى له،و هو توقع الضرر ببقاء الترويح.

و لروايه محمد بن على (١)عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«إذا تزوج المملوك حره فللمولى أن يفرق بينهما فإن زوجة المولى حره فله أن يفرق بينهما».

و التقريب فيها أنه ليس له التفريق بغير البيع إجماعا فينحصر فى البيع.

و ردها المتأخرون بضعف السند و الدلاله،فلا يسوغ التعلق بها فى إثبات هذا الحكم،و لهذا جزم ابن إدريس-و جمع ممن تأخر عنه-بعدم ثبوت الخيار هنا تمسكا بلزوم العقد،و عدم المخرج عنه لشذوذ الروايه،و الحمل على البيع و الأمه قياس باطل.

و العلامه فى المختلف قد شنع على ابن إدريس فى هذا المقام،قال:و نسبه كلام الشيخ إلى القياس جهل منه و قله تأمل و سوء نظر فى الأدله و استخراجها،لأنه لو فقدت النصوص لكان الحكم مساويا للأمه،لأن الشارع لم يفرق بينهما فى مثل هذه الأحكام كما لم يفرق فى التقويم و عدمه.

و رده جمله من المتأخرين-منهم الشهيد الثانى فى المسالك و سبطه فى شرح النافع-بأن الحكم بالمساواه يحتاج إلى دليل من نص أو إجماع،و مع انتفائه يجب التمسك بمقتضى العقد اللازم،و حكموا بأن الأصح ما اختاره ابن إدريس،

ص: ٢٧٧

و قال فى المسالك: و نمنع من مساواه الحره و الأمه فى هذا المعنى، لأن الحره أشرف، و لا يلزم مع ثبوت الحكم فى الأدنى ثبوته فى الأعلى، و الروايه قد عرفت ضعفها، و بعدها عن الدلاله، انتهى.

أقول: لا- يخفى ما فى تعليله المذكور فى المسالك من الضعف و الوهن، و إنما الظاهر ما ذكرناه أولاً، إلا أنه يمكن أن يقال: إن إطلاق روايه أبى الصباح الكناني شامل لما لو كانت الزوجه حره أو أمه، فإنه عليه السلام حكم بأنه متى بيع العبد فلمشتريه الخيار، كما فى مشترى الجاربه، و لم يفرق بين كون الزوجه حره أو أمه، و لو كان الحكم كما يدعونه من تخصيص الخيار بما إذا كانت أمه لم يحسن هذا الإطلاق، إلا- أن للمتأخرين الطعن بضعف سند الروايه، و من لا- يرى العمل بهذا الاصطلاح فإن له التمسك بالروايه المذكوره، إذ لا طعن فيها من جهه الدلاله، بل هى ظاهره الدلاله فيما قلناه، و به يظهر قوه القول المشهور، و الله العالم.

الثالث [تخصيص الخيار بالمشترى فى بيع العبد أو الأمه]

المستفاد من كلام جملة من الأصحاب و هو صريح كلام ابن إدريس هو تخصيص الخيار بالمشترى فى بيع العبد أو الأمه، بمعنى أنه لو زوج السيد أمته عبد غيره فباع السيد أمته أو العبد سيده فإن الخيار مخصوص بالمشترى فى كل من الصورتين، و ذهب الشيخ فى النهايه إلى ثبوته أيضاً لمالك الآخر الذى لم يبع، قال الشيخ فى النهايه: و متى عقد الرجل لعبده على أمه غيره جاز العقد، و كان الطلاق بيد العبد، و ليس لمولاه أن يطلق، فإن باعه كان ذلك فراقاً بينه و بينهما إلا أن يشاء المشترى إقراره على العقد، و يرضى بذلك مولى الجاربه فإن أبى واحد منهما ذلك لم يثبت العقد على حال، و كذلك لو باع مولى الجاربه جاربه كان ذلك فراقاً بينهما إلا أن يشاء الذى اشتراها إقرارها على العقد، و يرضى بذلك مولى العبد، و إن أبى واحد منهما كان العقد مفسوخاً، و تبعه ابن البراج فى ذلك.

و الشيخ المفيد لم يذكر سوى المشترى و لم يذكر حكم الآخر، و كذا

ابن حمزه، وقال ابن إدريس: لا أرى لرضاء الذى لم يبع وجها، لأن الخيار فى إقرار العبد و فسخه للمشتري فى جميع أصول هذا الباب، وإنما جعل الشارع لمن لم يحضر العقد و لا كان مالكا لأحدهما و إنما انتقل إليه الملك الخيار، لأنه لم يرض بشيء من ذلك الفعال، لا الإيجاب و لا القبول و لا كان له حكم فيها، و الموجب و القابل أعنى السيدين المالكين الأولين رضيا و أوجبا و قبلا، فمن جعل الخيار لهما أو لأحدهما يحتاج إلى دليل، لأنه حكم شرعى يحتاج مثبتته إلى دليل، و إنما أوجبنا الخيار للمشتري، لأنه انتقل الملك إليه، و ليس هو واحدا منهما.

و ظاهر العلامة فى المختلف الميل إلى ما ذهب اليه الشيخ حيث نفى عنه البعد عن الصواب، قال: لأن الذى لم يبع إنما رضى بالعقد مع المالك الأول، و الأغراض تختلف باختلاف الملاك، و أيضا البائع أوجد سبب الفسخ، و هو الخيار للمشتري، فيكون للآخر ذلك أيضا، لأنه مالك كالبائع مساو له فى الحكم، فيثبت له ما يثبت له.

أقول: و الظاهر هو ما ذهب إليه ابن إدريس، لأنه هو المستفاد من الأخبار المتقدمه، و ما ادعوه زياده على ذلك لا دليل عليه، و ما ذكره العلامة من الدليلين المذكورين.

أما (الأول) فإنه يصلح لأن يكون وجها للنص بعد وروده، لا دليلا مستقلا برأسه لما عرفت من أن الأحكام الشرعيه إنما تبنى على الأدله المنصوصه الواضحه الجليه، لا على هذه التعليلات العقلية.

و أما (الثانى) فإنه مع صحته لا يخرج عن القياس، و الله العالم.

الرابع [فيما لو كان كل واحد من المزوجين لمالك واحد، فباعهما لاثنين]

قالوا: لو كان كل واحد من العبد و الأمه المزوجين لمالك واحد، فباعهما لاثنين، سواء باع أحدهما لواحد و الآخر لآخر، أم باعهما معا لاثنين على وجه الاشتراك، فإن الخيار فى الفسخ للمشتري المتعدد كما ثبت للواحد،

و لو باع أحدهما خاصة كان الخيار فى فسخ العقد و إمضائه لكل من البائع و المشتري، فظاهر مما تقدم، و أما البائع فلا طلاق النص السابق فى كون البيع كالطلاق، و معناه ثبوت التسلط على فسخ العقد المتناول لهما و لاشتراكهما فى المعنى المقتضى لجواز الفسخ، فإن المشتري كما يتضرر و يتزوج مملوكه لغير مملوكته كذلك البائع، و حينئذ فيتوقف عقدهما على رضا المتبايعين معا، كذا ذكره شيخنا فى المسالك.

و أنت خير بأن ما ذكره من الحكم الأول جيد لا- إشكال فيه، إذ الخيار الثابت للمشتري لا- فرق فيه بين تعدد المشتري و اتحاده، لإطلاق النصوص.

و أما الثانى و هو ما ذكره بقوله: و لو باع أحدهما خاصة إلى آخره، ففيه أن إثبات الخيار فيه للبائع لا دليل عليه، و ما احتج به من إطلاق النص فى كون البيع كالطلاق بمعنى ثبوت التسلط على الفسخ المتناول لهما.

ففيه أن مقتضى قوله عليه السلام

فى حسنه بغير و بريد المتقدمه

«فإن بيعها طلاقهما فإن شاء المشتري فرق بينهما، و إن شاء تركهما على نكاحهما». هو تخصيص الخيار بالمشتري، و التشبيه بكونه طلاقا إنما هو باعتبار ذلك خاصة، و نحوها قوله عليه السلام

فى صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام

«هو فراق فيما بينهما إلا أن يشاء المشتري أن يدعها»، و ما احتج به من اشتراكهما فى المعنى المقتضى لجواز الفسخ.

إلى آخره، ففيه ما أشرنا إليه سابقا من أن هذه العلة مستنبطه فلا تقوم حجه.

و بالجمله فإنه لا- فرق فى اختصاص الخيار بالمشتري بين كون الزوجين لمالك واحد كما هو المفروض هنا، أو لمالكين متعددين كما تقدم فى سابق هذا الموضع، و يؤيد ذلك أيضا إطلاق

روايه أبى الصباح الكناني المتقدمه عن أبى عبد الله عليه السلام، قال:

«إذا بيعت الأمه و لها زوج فالذى اشتراها بالخيار». الخبر إلى آخره، فإنه دال بإطلاقه على تخصيص الخيار بالمشتري أعم من أن يكون الزوجان لمالك واحد أو لمالكين متعددين فى كل من بيع الأمه أو الزوج، و هو ظاهر فى الدلالة على المراد

أتم الظهور، لا يعتريه شائبه الفتور و لا القصور.

ثم إنه قال فى المسالك-على أثر الكلام المتقدم:-فإن اتفقا على إبقائه لزم، وإن اتفقا على فسخه أو طلب أحدهما فسخه و الآخر إمضاءه انفسخ، أما الأول فظاهر، و أما الثانى فلأين رضاء أحدهما به يوجب تقرر من جانبه، و يبقى من جانب الآخر متزلزلاً، فإذا فسخه انفسخ كما لو لم يكن للآخر خيار، و مثله ما لو اشترك الخيار بين البائع و المشتري، فاختار أحدهما الإمضاء و الآخر الفسخ.

انتهى، و هو بالنسبه إلى ما نحن فيه جيد متى ثبت عموم الخيار للبائع و المشتري.

المسألة الثانية: إذا زوج الرجل أمتة من غيره بمهر مسمى

إشاره

فلا إشكال فى أن المهر للمولى، لأنه عوض البضع الذى هو ملكه، فإن باعها بعد الدخول بها فقد استقر المهر، و ثبت للمولى لما عرفت، و لا- يسقط بالبيع الواقع بعده سواء أجاز المشتري أم لا، و سواء قبض البائع شيئاً من المهر أم لا، و الوجه فيه أن الدخول موجب لاستقرار المهر فى الحره حتى لو طلق الزوج، و الحال هذه لم يسقط من المهر شىء، فالبيع أولى.

و بالجمله فإنه قد ثبت و استقر بالأدله المتكاثره، و سقوطه بالبيع يحتاج إلى دليل، و ليس فليس.

و إن كان البيع قبل الدخول فظاهرهم سقوط المهر و عدم استحقاق المولى له، و قد تقدم أن للمشتري الخيار، فإن أجاز لزم المهر فكان له، لأن الإجازة كالعقد المستأنف، و إن فسخ سقط المهر، لأن الفرقه قبل الدخول إذا كانت من قبل المرأه توجب سقوطه، و هى هنا من المالك للبضع، فيكون بمنزله المرأه كما لو كان من قبلها، و هذا هو المشهور بين المتأخرين من ابن إدريس فمن دونه.

و قال ابن إدريس-رحمه الله-: إذا زوج أمتة من غيره و سمي لها مهراً معيناً ثم باع المولى الجارية قبل الدخول بها لم يكن لها المطالبه بشىء من المهر، لأن الفسخ جاء من قبل مولى الجارية، و كل فسخ جاء من قبل النساء قبل

الدخول بهن فإنه يبطل مهورهن، وكذلك ليس لمن يشتريها أيضا المطالبة بالمهر إلا أن يرضى بالعقد، فإن رضى المشتري بالعقد كان رضاه كالعقد المستأنف و له حينئذ المطالبة بالمهر كاملا، فإن كان الزوج قد دخل بها قبل أن يبيعها مولاهما الأول فإن المهر للأول يستحقه جميعه، لأن بالدخول يستقر جميع المهر و له المطالبة به، فإن رضى المولى الثانى الذى هو المشتري بالعقد الأول لم يكن له مهر على الزوج و إن لم يرض بالعقد الأول انفسخ النكاح، و كان للمولى الأول المطالبة بكامل المهر إن لم يكن استوفاه و لا قبضه. انتهى، و على هذه المقالة جرى من تأخر عنه.

و قال الشيخ فى النهايه: و إذا زوج الرجل أمته من غيره و سمي لها مهرا معيناً، و قدم الرجل من المهر شيئا معيناً ثم باع الرجل الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر، و لا لمن يشتريها إلا أن ترضى، و تبعه ابن البراج فى هذه المقالة.

أقول: و الشيخ قد عول فيما ذكره هنا على ما رواه

فى التهذيب (1) عن أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام

«فى رجل زوج مملوكه له من رجل حر على أربعمائه درهم، فجعل له مائتى درهم و آخر عنه مائتى درهم فدخل بها زوجها، ثم إن سيدها باعها بعد من رجل، لمن تكون المائتان المؤخرتان على الزوج؟ قال: إن كان الزوج دخل بها و هى معه و لم يطالب السيد منه بقيه المهر حتى باعها فلا شىء عليه و لا لغيره، و إذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعرف هذا الأمر».

و هذه الروايه ردها المتأخرون بضعف الاسناد، قال فى المسالك بعد نقل قول الشيخ المذكور: و استند فى هذا التفصيل إلى روايه ضعيفه السند لا تصلح لإثبات مثل هذا الحكم الذى لا يوافق الأصول. و نحوه كلام سبطه فى شرح النافع.

ص: ٢٨٢

(١ - ١) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٤ ح ١٥٣، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٠ ح ١.

و نقل عن الشيخ أنه أجاب عنها في كتابي الأخبار بحمل الدخول على الخلوه دون الإيلاج، قال: وقوله «إن لم يكن أوفاهما بقيه المهر» معناه إن لم يكن فعل الدخول الذى باعتباره يجب أن يوفيه المهر ثم باعها لم يكن له شىء - للفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول - ولا لغيره إذا لم يجز العقد، وبذلك أجاب فى المختلف أيضا، وبعده أظهر من أن يخفى.

و من أجل ذلك اعتمدوا على ما ذهب إليه ابن إدريس إلا أن ظاهر شيخنا فى المسالك الميل إلى أنه فى صورته عدم الدخول و إجازة العقد يكون المهر للأول لوجوبه و هى ملكه، أو نصفه بناء على أن البيع بمنزله الطلاق كما صرح به النصوص المتقدمه، و لا ريب فى تنصفه بالطلاق فينتصف هنا بالبيع أيضا.

و قواه سبطه فى شرح النافع بالنسبه إلى المهر كملا، قال - قدس سره -:

و يحتمل قويا القول بكون المهر للأول مع إجازة الثانى العقد لدخوله فى ملكه بالعقد، و الإجازة تقرير للعقد الأول، و ليست عقدا مستأنفا، و يؤيده اتفاق الأصحاب ظاهرا على أن الأمه المزوجه إذا أعتقت قبل الدخول فأجازت العقد يكون المهر للسيد، و الحكم فى إجازة الأمه بعد العتق و إجازة المشتري واحد.

و ربما فرق بينهما بأن البيع معاوضه تقتضى تمليك المنافع تبعا للعين، فتصير منافع البضع مملوكه للمشتري بخلاف العتق فإنه لا يقتضى تمليكا، فإنما هو فك ملك، ففى الأمه المعتقه يكون المنافع كالمستثناه للسيد و فى البيع ينتقل إلى المشتري، و فى الفرق نظر يعلم مما حررناه، انتهى.

أقول - و بالله التوفيق - لا يخفى أن الروايه المذكوره قد رواها الشيخ بهذا النحو الذى قدمنا ذكره، و رواها الصدوق و كذا الشيخ أيضا مره ثانيه بنحو آخر يأتى ذكره إن شاء الله تعالى، و هى بناء على ما قدمنا ذكره موافقه لما صرح به ابن إدريس و من تبعه من أنه مع الدخول قبل البيع فالمهر للمولى الأول و توهم المنافاه فيها من حيث حكمه عليه السلام بعدم استحقاق المولى الأول و غيره باقى

المهر إذا دخل بها و لم يطلبه السيد بذلك مبنى على مسأله أخرى: و هى أن الدخول هل يسقط الأجل أم لا؟ كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى باب المهور.

و دلت جمله من الأخبار الصحيحه الصريحه فى الزوجه الحره على مثل ما دلت عليه هذه الروايه، و لكن المشهور بين الأصحاب الاعراض عن هذه الروايات لمخالفتها لمقتضى الأصول الشرعيه، و حينئذ فلا طعن فى هذه الروايه من هذه الجبهه، فكل من عمل بتلك الروايات عمل بهذه الروايه أيضا، و كل من أطرحها أطرح هذه الروايه أيضا.

و روى هذه الروايه أيضا

الصدوق فى الفقيه (1) عن الحسن بن محبوب عن سعدان بن مسلم عن أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام

«فى رجل زوج مملوكه له من رجل حر على أربعمائه درهم فعجل له مائتى درهم، ثم أخر عنه مائتى درهم فدخل بها زوجها، ثم أن سيدها باعها بعد من رجل، لمن تكون المائتان المؤخره عليه؟ فقال: إن لم يكن أوفأها 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 قد تقدم من ذلك على أن بيع الأمه طلاقها».

أقول: و التقريب فى هذه الروايه كما فى السابقه، و إن كان فى السابقه أصرح من حيث التصريح بعدم الدخول فى الجواب، و قوله و لم يطلب السيد منه بقيه المهر حتى باعها.

و بالجمله فالروايه على كل من النقلين ظاهره فى ما ذكرناه من التقريب المذكور، و بذلك يظهر أنه لا موجب لردّها بالضعف، و لا ضروره إلى ما ارتكبه الشيخ و مثله العلامه فى المختلف من ذلك التأويل البعيد.

بقى الكلام فيما مال إليه فى المسالك من تقويه احتمال المهر أو نصفه فى صوره عدم الدخول.

ص: ٢٨٤

أقول: هذا الاحتمال بالنسبة إلى النصف ضعيف إذ التشبيه بالطلاق لا يقتضى أن يكون من كل وجه كما تقدم ذكره، بل إنما أريد من حيث تسلط المشترى على الفسخ كما تقدم ذكره، و أما بالنسبة إلى المهر كملا فإشكال، لعدم النص، إذ مورد الرواية المتقدمه إنما هو صورة الدخول، وليس غيرها في الباب، و التعليقات الاعتباريه مع كونها لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه متصادمه من الطرفين، و متعارضه في البين، و في المسأله أقوال ضعيفه ليس في التعرض لها مزيد فائده و الله العالم.

فائده [في بينونه الأمه من زوجها الحر بالبيع]

قوله عليه السلام في روايه الفقيه

«و إذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعرف هذا الأمر إلى آخره». الظاهر من هذا الكلام أن البينونه بالبيع مخصوص بالشيعة الإماميه، و حيثئذ فهذا الزوج متى كان منهم و هو عارف بمذهبهم فإنه قد قدم على ذلك، أو أنه قد تقدم له العلم بذلك، و هو يدل بمفهومه على أنه لو لم يكن إماميا فلا يلزمه ذلك و لا تبين بالبيع.

و نظير ذلك ما ورد

في صحيحه محمد بن مسلم (1) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«قلت له: الرجل يزوج أمته من رجل حر ثم يريد أن ينزعها منه و يأخذ منه نصف الصداق فقال: إن كان الذي زوجها منه يبصر ما أنتم عليه و يدين به فله أن ينزعها منه و يأخذ منه نصف الصداق، لأنه قد تقدم من ذلك على معرفه أن ذلك للمولى، و إن كان الزوج لا يعرف هذا، و هو من جمهور الناس يعامله المولى على ما يعامله به مثله، فقد تقدم على معرفه ذلك منه».

و مورد هذا الخبر هو جواز تفريق السيد بين أمته و بين من زوجه بها حرا كان أو عبدا لغيره، و المشهور هنا أن الطلاق بيد العبد، و لكن جملة من الأخبار

ص: ٢٨٥

و منها هذا الخبر دلت على أن الأمر بيد السيد، و يظهر من هذا الخبر حمل تلك الأخبار الداله على أن الطلاق بيد العبد على التقيه كما سيجىء ذكره ان شاء الله تعالى.

و حاصل المعنى فى الخبر المذكور أنه إن كان الذى زوجه المولى إماميا عارفا بمذهب الإماميه فى جواز نزع المولى أمته متى أراد، فللمولى نزعها منه و أخذ نصف الصداق، لأنه إنما تزوجها قادمًا على ذلك، و إن لم يكن إماميا عامله بمقتضى مذهبه من عدم جواز النزع، بل يكون الطلاق بيد العبد لا اختيار للمولى فيه، هذا حاصل المعنى فيه، و منه يفهم حمل تلك الأخبار الداله على ما هو المشهور من أن الطلاق بيد العبد على التقيه إلا أنه لا قائل بذلك كما سيأتى تحقيق المسأله فى محلها إن شاء الله تعالى، و الله العالم.

المسأله الثالثه [فيما لو زوج السيد عبده و باعه قبل الدخول]

قد تقدم فى الموضوع الثانى من المسأله الأولى الكلام فيما لو زوج السيد عبده بخره ثم باعه من أنه هل للمشتري الخيار فى الفسخ كما هو المشهور أم لا، كما ذهب إليه ابن إدريس و جميع من تأخر عنه، و أوضحنا ما اقتضته الأدله فى المسأله.

بقى هنا خلاف آخر فى المهر، و تفصيل الكلام فيه أنه لا إشكال فى أن السيد إذا زوج عبده لزمه المهر، إلا أنه متى باعه بعد الدخول فقد استقر المهر و لزم السيد كمالًا، و إن باعه قبل الدخول فالذى صرح به الشيخ و جماعه هو تنصيف المهر، لما تقرر فى نظيره من أن الفرقه قبل الدخول توجب تنصيف المهر كالطلاق.

و يؤيده تأكيدنا هنا

روايه على بن أبى حمزه (١) عن أبى الحسن عليه السلام

«فى رجل زوج مملوكا له امرأه حره على مائه درهم ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها،

ص: ٢٨٦

(١-١) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٥ ب ٧٨ ح ١.

فقال: يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزله دين استدانه بأمر سيده» (١).

و أنكر ابن إدريس ذلك هنا كما أنكر ثبوت الخيار للمشتري لما علم من ثبوت المهر بالعقد، و تنصيفه بالطلاق قبل الدخول وقع على خلاف مقتضى الأدلة، فيقتصر فيه على مورده، و إلحاق غيره به قياس، و الرواية المذكورة ضعيفه السند بعلي بن أبي حمزه.

أقول: و ملخص الكلام هنا يرجع إلى أنه من يعمل على هذا الاصطلاح المحدث فلا شك في قوه قول ابن إدريس عنده، و لهذا مال إليه جملة من المتأخرين منهم صاحب المسالك و غيره، و من لا يرى العمل به فالدليل عنده موجود و هي الرواية المذكورة، و روايات أخر في موارد أخر أيضا.

منها ما تقدم في المورد الرابع في المهر من الفصل الثالث في المتعه من

موثقه سماعه (٢) قال:

«سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها، أ يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا، قال: نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المراه على الرجل نصف الصداق».

و التقريب فيها أنه لو لا- أن الحكم تنصيف المهر هنا لكان الواجب أن لا ترد إليه شيئا أو ترد الجميع كما لا يخفى، و في روايه على بن أبي حمزه المذكوره دلالة على أن المهر في الصورة المذكوره على السيد كما هو المشهور، لا أنه يتعلق بكسب العبد كما ذهب إليه الشيخ، و قد تقدم الكلام في ذلك في التذنيب الأول

ص: ٢٨٧

١- ١) و قال في المسالك: و هذه الرواية ضعيفه بعلي بن أبي حمزه، و قول ابن إدريس وجيه في الموضوعين، و الجماعة زعموا أن ضعف الرواية منجبر بالشهره فوافقوا الشيخ هنا و ان خالفوه في غيرها لعدم النص، و يظهر من المصنف التوقف في المسألة و له وجه، مراعاة لجانب الأصحاب، انتهى. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٤ ح ٧٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ب ٤١ ح ٢.

من المسأله الاولى من المطلب الأول من هذا الفصل، و الله العالم.

المقام الثالث فى الطلاق:

اشاره

لا- خلاف نسا و فتوى فيما أعلم فى أنه إذا زوج السيد عبده أمته، فإن الطلاق بيد السيد، وله أن يأمر به و أن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق.

و من الأخبار فى ذلك ما رواه

فى الكافى (١) عن ليث المرادى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه، فقال: إن كانت أمتك فلا، إن الله عز و جل يقول «عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» (٢) و إن كانت أمه قوم آخرين أو حره جاز طلاقها».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٣) عن أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا كان العبد و امرأته لرجل واحد، فإن المولى يأخذها إذا شاء و إذا شاء ردها، و قال: لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو و امرأته لرجل واحد إلا أن يكون العبد لرجل و المرأه لرجل، و تزوجها بإذن مولاها و إذن مولاها، فإن طلق و هو بهذه المنزله فإن طلاقه جائز».

و ما رواه

الكافى (٤) عن على بن يقطين فى الموثق عن العبد الصالح عليه السلام فى حديث قال:

«و سألته عن رجل زوج غلامه جاريتة، فقال: الطلاق بيد المولى».

و ما رواه

فى التهذيب (٥) عن محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام قال:

طلاق

- ١-١) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ ح ٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ب ٦٦ ح ٤.
- ١-٢) سورة النحل- آيه ٧٥.
- ١-٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ب ٤٥ ح ٦.
- ١-٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ب ٤٣ ح ٤.
- ١-٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ح ٥.

العبد-إذا تزوج امرأه حرة، أو تزوج وليده قوم آخرين-إلى العبد، وإن تزوج وليده مولاه كان هو الذى يفرق بينهما إن شاء، وإن شاء نزعها منه بغير طلاق».

و ما رواه

فى الكافى (١) عن عبد الله بن سنان فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سمعتة يقول: إذا زوج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها، قال له: اعتزلها فلما طمشت وطأها، ثم يردها عليه إذا شاء».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٢) فى الصحيح عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز و جل «و الْمُخْصِنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» (٣) قال هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته فيقول له: اعتزل امرأتك و لا- تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح».

و ما رواه

فى الكافى (٤) عن عمار الساباطى فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« سألته عن الرجل يزوج جاريتة من عبده فيريد أن يفرق بينهما، فيفر العبد، كيف يصنع؟ قال: يقول لها: اعتزلى فقد فرقت بينكما، فاعتدى فتعتد خمسة و أربعين يوماً ثم يجامعها مولاه إن شاء، و إن لم يفر قال له مثل ذلك، قلت:

فإن كان المملوك لم يجامعها؟ قال: يقول لها: اعتزلى فقد فرقت بينكما ثم يجامعها مولاه من ساعته إن شاء و لا عده عليها».

و عن حفص بن البخرى (٥) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا كان للرجل أمه فزوجها مملوكه فرق بينهما إذا شاء، و جمع بينهما إذا شاء».

ص: ٢٨٩

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٨١ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ب ٤٥ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٨١ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ب ٤٥ ح ١.

٣- (٣) سورة النساء- آية ٢٣.

٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٤٨١ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ح ٣.

٥- (٥) الكافى ج ٦ ص ١٦٩ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ح ٨.

فى التهذيب (١) عن محمد بن مسلم فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أ يفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول «عَبْدًا مَّملُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» فليس للعبد شىء من الأمر و إن كان زوجها حراً فإن طلاقها صفتها».

قوله عليه السلام «فإن طلاقها صفتها» أى الطلاق الذى بيد المولى فى هذه الصورة إنما هو بيعها كما تقدم.

و أما ما رواه

الشيخ (٢) عن على بن سليمان قال:

«كتبت إليه: جعلت فداك، رجل له غلام و جاريه، زوج غلامه جاريته، ثم وقع عليها سيدها، هل يجب فى ذلك شىء؟ قال: لا ينبغى له أن يمسه حتى يطلقها الغلام».

فهو مع ضعف سنده شاذ لا يلتفت إليه بعد ما عرفت من هذه الأخبار المستفيضة، و قد حملة الشيخ على أن المعنى حتى تبين من الغلام و تعتد و تصير فى حكم المطلقة، و ذلك يكون بالتفريق الذى قدمناه، انتهى.

و بالجمله فإن الحكم مما لا -خلاف فيه كما عرفت، إنما الخلاف فيما لو لم تكن الزوجه أمه المولى بأن تكون حرة أو أمه لغيره، و المشهور بين الأصحاب أن الطلاق بيد العبد و ليس للسيد إجباره على ذلك، و لا نهييه عنه، و ذهب جمع منهم ابن أبى عقيل و ابن الجنيد إلى نفي ملكيه العبد للطلاق إلا بإذن السيد.

و الأصل فى هذا الخلاف ما عليه الأخبار من الاختلاف، فمما يدل على القول المشهور ما تقدم من روايه ليث المرادى و روايه أبى الصباح و روايه محمد بن الفضيل، إلا أن الأخيره أظهر دلالة، حيث دلت على أن أمر الطلاق إلى العبد، بخلاف الأولتين، فإن غاية ما دلنا عليه أن طلاق العبد جائز، و هو لا ينفى طلاق السيد إلا أن يقال: إنه لا قائل بالتشريك بينهما فى الطلاق، فحيث دلنا على جواز

ص: ٢٩٠

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٠ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٨.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٧ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ب ٤٤ ح ٣.

وقوعه منه مع عدم القول بالتشريك اقتضى ذلك اختصاصه به.

و منها أيضا ما رواه

في الكافي (١) عن أبي بصير قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يأذن لعبده أن يتزوج الحرة أو أمه قوم، الطلاق إلى السيد أو إلى العبد؟ قال: الطلاق إلى العبد.»

و في الموثق عن عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج غلامه جاريه حره، فقال: الطلاق بيد الغلام فإن تزوجها بغير إذن مولاه فالطلاق بيد المولى.»

و عن علي بن يقطين (٣) في الموثق عن العبد الصالح عليه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج غلامه جاريه حره، فقال: الطلاق بيد الغلام، قال: و سألته عن رجل زوج أمته رجلا حرا؟ فقال: الطلاق بيد الحر.»

و يؤيده أيضا

قوله عليه السلام (٤)

«الطلاق بيد من أخذ بالساق.»

و مما يدل على القول الثاني ما رواه

الشيخ (٥) في الصحيح عن بكير و بريد بن معاوية عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام

«أنهما قالوا في العبد المملوك: ليس له طلاق إلا بإذن مولاه.»

و ما رواه

في الفقيه و التهذيب (٦) عن زراره في الصحيح عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام

«قالا: المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده قلت: فإن كان السيد زوجه، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد

- ١-١) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ب ٤٣ ح ٣.
- ٢-٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ب ٤٣ ح ٥.
- ٣-٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ح ٤ و ص ٣٤٢ ح ١.
- ٤-٤) المستدرک ج ٣ ص ٨.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ب ٤٥ ح ٧.
- ٦-٦) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥٠، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٣ ب ٤٥ ح ١.

«ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» الشيء الطلاق».

و ما رواه

في التهذيب (١) عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال:

«سألت عن الرجل يزوج عبده أمته ثم يبدو له فينزعها منه بطييه نفسه، أ يكون ذلك طلاقاً من العبد؟ فقال: نعم، لأن طلاق المولى هو طلاقها، ولا طلاق للعبد إلا بإذن مولاه».

و عن شعيب العرقوفى (٢) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سئل و أنا عنده أسمع عن طلاق العبد، قال: ليس له طلاق و لا نكاح، أما تسمع الله تعالى يقول «عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» قال: لا يقدر على طلاق و لا نكاح إلا بإذن مولاه».

و عن محمد بن على (٣) عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«إذا تزوج المملوك حره فللمولى أن يفرق بينهما، و إن تزوج المولى حره فله أن يفرق بينهما».

هذا ما حضرنى من أخبار القولين، و الشيخ حمل هذه الأخيره من حيث إطلاقها على ما إذا كانت زوجة العبد أمه مولاه كما قيد به بعضها.

و أنت خبير بأن هذا و إن تم فى بعضها إلا أنه لا يتم فى بعض آخر، مثل قوله

فى صحيحه زراره

«قلت: و إن كان السيد زوجة بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد».

فإن ظاهره كون الزوجه أجنبيه غير أمته، و أظهر منه قوله فى روايه محمد بن على «و إن زوجة المولى حره فله أن يفرق بينهما».

و بالجملة فإن ظاهرها باعتبار ضم بعضها إلى بعض إنما هو بالنسبه إلى كون الزوجه غير أمه السيد.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك هو الميل إلى القول الثانى لصحة أخباره، حيث إنه -بعد أن ذكر حمل الشيخ المذكور- رده بأن الجمع بين

ص: ٢٩٢

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٦ ح ١.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٦ ح ٢.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٤.

الأخبار بتقييد بعضها ببعض فرع حصول المعارضه، وتلك الأخبار لضعفها لا تبلغ قوه المعارضه لهذه الأخبار الصحيحه، إلا أن شيخنا المذكور لم ينقل للقول المشهور إلا الروايات الثلاث الأول، وهي روايه ليث و أبي الصباح و محمد بن الفضيل.

و ظاهر سبطه السيد السند في شرح النافع بعد الاشكال الميل إلى القول المشهور حيث إنه قد طعن في أدله القول الثاني بأن غايه ما يدل عليه أكثرها و هو- ما عدا صحيحه شعيب العرقوفى- توقف طلاق العبد على إذن مولاه، لا أن الطلاق بيد السيد، و حينئذ فهو غير واضح الدلاله (1) نعم صحيحه شعيب صريحه في المطلوب، قال: و الجمع بينهما و بين الأخبار المتقدمه لا يخلو من الاشكال و المسأله محل تردد، و إن كان القول المشهور لا- يخلو من قرب، لاستفاضه الروايات به و اعتبار أسانيد بعضها و اعتضاها بعمل الأصحاب، انتهى.

أقول: من العجب هنا خروج السيد المذكور- توجه الله بتاج السرور- عن مقتضى قاعدته في الدوران مدار الأسانيد صحه و ضعفا، و دوره مدار صحه السند و إن اشتمل متن الخبر على علل واضحه كما أوضحناه في غير موضع مما تقدم.

و كيف كان فالمسأله عندى محل إشكال لما عرفت من تعارض أخبارها، و عدم استقامه ما ذكره الشيخ من الجمع، إلا أنه

قد روى العياشى في تفسيره (2) بسند فيه عن الحسين بن زيد بن علي، عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» (3) و يقول:

«للعبد لا طلاق و لا نكاح، ذلك إلى سيده، و الناس يرون خلاف ذلك إذا أذن السيد لعبده،

ص: ٢٩٣

١- ١) بمعنى أن الطلاق انما هو للعبد و ان توقف على اذن مولاه على نحو ما قيل من أنه يملك، و ان توقف صحه تصرفه على اذن مولاه و هو لا يوجب استقلال السيد بولايه الطلاق. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) تفسير العياشى ج ٢ ص ٢٦٦ ح ٥٤، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩٧ ب ١٧ ح ٣.

٣- ٣) سورة النحل- آيه ٧٥.

لا يرون له أن يفرق بينهما».

و يفهم من هذا الخبر أن ما دل على القول المشهور من الأخبار إنما خرج مخرج التقيه، و أن الحكم الشرعى فى المسأله إنما هو القول الثانى، و أنت خبير بأن ظاهر الآيه أيضا ليشهد لهذا القول كما ذكره عليه السلام فى هذا الخبر.

و حينئذ فىحصل الترجيح لأخبار القول الثانى بموافقه ظاهر القرآن الذى هو أحد المرجحات المنصوصه و مخالفه العامه كما يفهم من هذا الخبر التى هى أيضا أحد المرجحات المنصوصه مضافا ذلك إلى صحه أخباره، و به يظهر قوه القول به، و زوال ما ذكرنا آنفا من الاشكال، و الله العالم.

تنبيهات

الأول [فى أن نكاح السيد عبده أمته هل يتوقف على الإيجاب و القبول؟]

قد تقدم فى المسأله الخامسه من المطلب الأول تحقيق الكلام فى أن نكاح السيد عبده أمته هل هو ضرب من ضروب النكاح كتزويج غيرها يفتقر إلى العقد المشتمل على الإيجاب و القبول و نحوهما، فلا يكفى مجرد الاذن كما هو ظاهر المشهور؟ أم يكفى مجرد الاذن و التحليل كما هو قول ابن إدريس؟ و قد حققنا الكلام ثمه فى المقام بما لا يحوم حوله نقض و لا إبرام، و بينا أن الظاهر من الأخبار هو كون ذلك نكاحا، إلا- أنه ليس كغيره من العقود المفتقره إلى تلك الشرائط المقرره و لا- سيما القبول، فإنه هنا غير مشروط، و إنما هو نوع خاص منه.

و مما يشير إلى ما قلناه من الروايات فى هذه المسأله زياده على ما تقدم ثمه قوله

فى موثقه على بن يقطين

«و سألته عن رجل زوج غلامه جاريتة»، و قوله عليه السلام

فى روايه محمد بن الفضيل

«و إن تزوج وليده مولاه كان هو الذى يفرق بينهما»،

و قوله عليه السلام

فى صحيحه عبد الله بن سنان

«إذا زوج الرجل عبده أمتة»، و نحوها موثقه عمار، و التزويج عباره عن العقد.

و بالجمله فإن تحقيق الكلام قد مر مستوفى فى الموضع المتقدم ذكره،

و الذى يتلخص من الكلام فى المسأله كون الأقوال فيها ثلاثه:

(أحدهما)-و هو المشهور-اشتراط وقوع النكاح بالإيجاب و القبول.

و(ثانيها)الاكتفاء بالإيجاب مع تسميته نكاحا،و هذا هو الذى اخترناه ثمه،و به صرح العلامة فى المختلف،و إليه يميل كلام شيخنا فى المسالك.

و(ثالثها)كونه إباحه يكفى فيه كل ما دل على الاذن،و هو مذهب ابن إدريس.

الثانى [ما يعتبر فى فسخ المولى لهذا النكاح]

المفهوم من الروايات المتقدمه أنه يكفى فى فسخ المولى لهذا النكاح كل لفظ دل عليه من طلاق أو غيره حتى مجرد أمرهما بالتفريق و اعتزال أحدهما الآخر،و هو و إن كان بالقول بالإباحه كما ذهب إليه ابن إدريس أنسب، إلا أنك قد عرفت دلالة الأخبار على إطلاق التزويج و النكاح عليه الموجب لكونه عقدا،و قد دلت أيضا على أن رفع هذا العقد بيد السيد بأى نحو فعل،فلا بعد فى ارتفاعه بغير الطلاق كما يرتفع النكاح بالفسخ فى مواضع عديده.

و الظاهر أنه إن وقع التفريق بالطلاق و استجمع شروط الطلاق من الشاهدين و كونه فى طهر لم يواقعها فيه و نحو ذلك سمي طلاقا،و إن لم يستجمع الشروط فإنه يكون فسحا إذ لا يقصر عن غيره من الألفاظ الداله على الفسخ كالأمر بالاعتزال و نحوه بل هو أظهر فى ذلك.

و قيل:إن جميع ما يفسخ به النكاح يكون طلاقا،لإفادته فائدته كالخلع.

و قيل:إنه إن وقع بلفظ الطلاق كان طلاقا مطلقا،فإن اتفق خلل فى بعض شروطه وقع باطلا لا فسحا،و إن جمع الشروط كان طلاق حقيقا،و إن وقع الفسخ بغير لفظ الطلاق لم يكن طلاقا،و اختار فى المسالك الأول من هذه الأقوال الثلاثه.

الثالث [هل يكون مجرد الأمر للبعد بالطلاق فسحا من السيد أم لا؟]

لو أمر المولى العبد بالطلاق و لم يباشره بنفسه،فهل يكون مجرد الأمر للعبد بذلك فسحا من السيد أم لا؟قيل فيه وجهان:

(أحدهما) نعم، لدلالته عليه كما دل عليه ما هو أضعف منه كالأمر بالاعتزال و نحوه.

و(ثانيهما)العدم لأن المفهوم إرادته إيجاداً من العبد فلا- يحصل قبله، ولأن الأمر بالطلاق يستدعى بقاء الزوجية إلى حين إيقاعه، فلو دل على الفسخ قبلها، لتنافى مدلول اللفظ، ولأنه لو دل على الفسخ لامتنع فعل مقتضاه، ووجه الملازمه أن الفسخ لو وقع لامتنع الطلاق مع أنه مأمور به، فلا يكون ممتنعاً.

و أجيب عنه بأن دلالة على إيجاد الطلاق مطابقتها، فلا تنافي لدلالته بالالتزام على كونه فسخاً و هو المدعى، و نمنع كون الأمر بالطلاق يستدعى بقاء الزوجية إلى حينه، وإنما يستدعيه الطلاق الصحيح، والقائل بكونه فسخاً لا يجعل الطلاق الواقع بعده صحيحاً، و هو جواب الثالث، فإن الأمر إذا دل على الفسخ لا ينافيه امتناع فعل مقتضاه من حيث انفساخ النكاح به، فلا يتوقف على فسخ آخر.

الرابع: لو طلق الزوج الأمه ثم باعها المالك

فلا خلاف في وجوب عده الطلاق عليها، و هل يجب على المشتري مع إكمالها العده أن يستبرأها زياده على العده؟ قولان مبنيان على التداخل و عدمه.

فقيل: بعدم التداخل، و به قال الشيخ-رحمه الله- و أتباعه و ابن إدريس نظراً إلى أن العده و الاستبراء حكمان مختلفان، و لكل منهما سبب يقتضيه، و تعدد الأسباب يقتضى تعدد المسببات إلا بدليل يوجب التداخل.

و ذهب جملته من المتأخرين و منهم المحقق في الشرائع إلى القول بالتداخل و اختاره في المسالك و علله بوجود الدليل المقتضى، و هو أن الغرض من الاستبراء إنما هو العلم ببراءة الرحم كيف اتفق، و لهذا اكتفى باستبراء البائع، و يسقط لو كانت امرأه أو حائضاً، و العده أدل على ذلك، و لأنها بقضاء العده مستبرأه، فلا يجب عليها استبراء آخر، لأن وجوب الاستبراء بالبيع إنما هو من احتمال وطئ البائع لغرض وطئ المشتري، و كلاهما ممتنع في صورته النزاع، انتهى، و هو من

حيث الاعتبار جيد، إلا هذه العلة التي اعتمد عليها و هي براءة الرحم غير مطرده لوجوب العده فى مواضع مع العلم ببراءه الرحم يقينيا كمن طلقها زوجها مع فراقه لها سنين عديده، و المتوفى عنها زوجها و إن لم يدخل بها، و نحو ذلك.

و بالجمله فإن علة الشرع ليست عللا حقيقيه يدور المعلول معها وجودا و عدما كما تقدم تحقيقه فى غير موضع، فاحتمال وجوب الاستبراء على المشتري قائم، و المسأله خاليه من النص، فالاحتياط فيها مطلوب سيما مع كونها من مسائل الفروج المطلوب فيها الاحتياط زياده على غيرها كما تكاثرت به الأخبار.

ثم إن ما فرضنا به المسأله تبعا لكلامهم من الترتيب بين الطلاق و البيع - يطلق الزوج أو لا ثم يبيع السيد- الظاهر أنه متعين، بل لو باع السيد ثم طلق الزوج قبل فسخ المشتري فإن الحكم أيضا كما تقدم.

تذنيبان

أحدهما [فيما لو زوج السيد أمته لعبده]

المشهور فى كلام الأصحاب-رضى الله عنهم-من غير خلاف يعرف أنه إذا زوج السيد أمته لعبده فإنها تصير من مولاها بمنزله الأجنبيه لا تحل له منها إلا ما يحل له من أمه غيره كنظر الوجه و الكفين بغير شهوه، و يحرم عليه جميع وجوه الاستمتاع و نظر ما يحل منها بشهوه.

قال فى المسالك: و النصوص به كثيره، و الوجه فى ذلك مع النص أن وجوه الاستمتاع صارت مملوكه للزوج فيحرم على غيره، لامتناع حل الاستمتاع بالمرأه لأزيد من واحد شرعا، انتهى.

و ظاهر سبطه السيد السند فى شرح النافع المناقشه فى هذا الحكم حيث قال: و أطلق العلامه فى جملة كتبه أن الأمه المزوجه يحرم على مالکها ما يحرم على غير المالك، و هو غير واضح المأخذ.

و الذى وقفت عليه فى هذه المسأله من الأخبار ما رواه

الكلىنى و ابن بابويه (١) فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أ تقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفا أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك، وقال: قد منعى أبى أن أزوج بعض خدمى غلامى لذلك». و الظاهر أن المراد بالكراهه هنا التحريم.

و ما رواه

الشيخ (٢) فى الموثق عن عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يزوج جاريتته، هل ينبغى له أن ترى عورته؟ قال: لا».

و يستفاد من هاتين الروايتين تحريم النظر إلى العوره و ما فى معناها مطلقا و لا يبعد تحريم اللمس و النظر بشهوه أيضا كما ذكره المصنف، أما تحريم النظر إلى ما عدا العوره و ما فى معناه بغير شهوه فمشكل، لانتفاء الدليل عليه، و الأصل يقتضى العدم، انتهى.

أقول:

و روى الكلىنى فى الكافى (٣) موثقه عبيد بن زراره و زاد فيها على ما تقدم بروايه الشيخ

«و أنا أتقى ذلك من مملوكتى إذا زوجتها».

و من الأخبار الواردة فى المقام أيضا

خبر مسمع (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشره لا يحل نكاحهن و لا غشيانهن إلى أن قال: و أمتك و لها زوج».

و فى حديث مسعده بن زياده (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام

«تحرم من الإماء عشره:

لا تجمع بين الام و البنت إلى أن قال: و لا أمتك و لها زوج».

ص: ٢٩٨

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٨٠ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٩٩ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٠٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ب ٤٤ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٨ ح ٤٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٤.

- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٥٥٥ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ب ٤٤ ح ٢.
- ٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٦.
- ٥-٥) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٥.

و روى الحميرى فى كتاب قرب الاسناد (١) عن الحسن بن ظريف عن الحسين ابن علوان عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال:

«إنه قال: إذا زوج الرجل أمته، فلا ينظر إلى عورتها، و العوره ما بين السره و الركبه».

و أنت خير بأن ظاهر هذه الروايه هو تحريم النظر إلى ما بين السره و الركبه أعم من أن يكون بشهوه أم لا، و بها يتم الاستدلال للأصحاب فيما تقدم نقله عنهم.

و بالجمله فالظاهر هو العمل بما قاله الأصحاب، و فى معنى الأمه المزوجه المحلل وطؤها للغير، أما لو حلل منها ما دون الوطى، فهل تحرم بذلك على المالك؟ إشكال.

و

ثانيهما [فى عدم تسلط السيد على الفسخ فيما لو كان زوج الأمه حرا]

المفهوم من كلام الأصحاب أنه متى كان زوج الأمه حرا أو مملوكا لغير سيد الأمه، فإن السيد لا يتسلط على الفسخ بل الطلاق للزوج حرا كان أو عبدا، أما لو كان الزوج مملوكا للسيد، فإن للسيد التسلط على الفسخ كما تقدم مشروحا.

و يدل على الحكمين المذكورين هنا ما رواه

الشيخ (٢) فى الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أنكح الرجل عبده أمته، فرق بينهما إذا شاء، قال:

و سألته عن رجل يزوج أمته من رجل حر أو عبد لقوم آخرين، إله أن ينزعها منه؟ قال: لا- إلا- أن يبيعها، فإن باعها فشاء الذى اشتراها أن يفرق بينهما فرق بينهما».

و عن محمد بن مسلم (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أ يفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول «عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» فليس للعبد شىء من الأمر، و إن

ص: ٢٩٩

١- ١) قرب الاسناد ص ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٧.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٥ و ص ٥٥١ ح ٤.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٠ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٨.

كان زوجها حرا فإن طلاقها صفتها».

أقول: يعني أن طلاق السيد و تسلطه على فسخ النكاح إنما يكون ببيعه الأمة.

و مما يدل على الحكم الأول ما رواه

الشيخ (1) في الموثق عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام

«في رجل يزوج أمته من حر؟ قال: ليس له أن ينزعها».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (2) عن أبي بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أنكح أمته حرا أو عبد قوم آخرين، فقال: ليس له أن ينزعها، فإن باعها فشاء الذي اشتراها أن ينزعها من زوجها فعل».

إلا أنه قد ورد هنا جملة من الأخبار ظاهره في المنافاه لما ذكرناه.

و منها ما رواه

الشيخ (3) في الصحيح عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يزوج جاريتته من رجل حر أو عبدا، أ له أن ينزعها بغير طلاق؟ قال: نعم، هي جاريتته ينزعها متى شاء».

و الشيخ حمل هذا الخبر على أن له ذلك بأن يبيعه، فيكون ببيعه تفريقا بينهما، و لا يخفى ما فيه من البعد.

و منها ما رواه

الشيخ (4) في الموثق عن إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام قال:

«سألته عن رجل كانت له جاريتته، فزوجها من رجل آخر، بيد من طلاقها؟ قال: بيد مولاه، و ذلك لأنه تزوجها و هو يعلم أنها كذلك».

و هذا الخبر أيضا حملة الشيخ على ما حمل عليه سابقه، و احتمال أيضا حملة على كون المولى قد اشترط على الزوج عند العقد أن يبيده الطلاق، كما دل عليه بعض

-
- ١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ١.
٢-٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١٠، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٢ ح ٢.
٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٣.
٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٦.

أخبار المسأله، و لا يخفى بعد الجميع.

و منها ما رواه

فى الكافى (١) فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

« قلت له: الرجل يزوج أمته من رجل حر، ثم يريد أن ينزعها منه، و يأخذ منه نصف الصداق، فقال: إن كان الذى زوجها منه يبصر ما أنتم عليه و يدين به، فله أن ينزعها منه، و يأخذ منه نصف الصداق، لأنه قد تقدم من ذلك على معرفه أن ذلك للمولى، و إن كان الزوج لا يعرف هذا، و هو من جمهور الناس يعامله المولى على ما يعامل مثله، فقد تقدم على معرفه ذلك منه».

و هذا الخبر كما ترى ظاهر فى أن ما ورد من الأخبار الداله على أن الطلاق بيد الزوج، و أن السيد ليس له انتزاعها إنما خرجت مخرج التقيه و أن الحكم الشرعى فى المسأله إنما هو رجوع الاختيار إلى السيد، فله أن ينزعها.

و إلى ما تضمنه هذا الخبر يشير أيضا قوله فى موثقه إسحاق بن عمار «لأنه تزوجها و هو يعلم أنها كذلك» يعنى يعلم أن للسيد انتزاعها، و أن طلاقها بيده، و هو مثل قوله فى الخبر «لأنه قد تقدم من ذلك على معرفه أن ذلك للمولى» و قد تقدم الكلام فى بيان معنى هذا الخبر.

و بالجمله فإن حاصله الجمع بين الأخبار بحمل أخبار القول المشهور على التقيه، و هو جمع حسن بين الأخبار، إلا أن الاشكال فيه أنه لا قائل بذلك، بل المشهور الذى لم يظهر فيه خلاف إنما هو العكس.

و منها ما رواه

العياشى فى تفسيره (٢) على ما نقله عنه شيخنا المجلسى فى كتاب البحار، و روى عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل ينكح أمته من رجل، قال: إن كان مملوكا فليفرق بينهما إذا شاء لأن الله يقول

ص: ٣٠١

١- ١) الكافى ج ٦ ص ١٦٩ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٢ ح ٣ و فيه اختلاف يسير.

٢- ٢) تفسير العياشى ج ٢ ص ٢٦٤ ح ٤٨ و فيه «فان طلاقها عتقها»، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩٩ ب ٣٢ ح ٢.

«عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيَّ شَيْءٌ» فليس للعبد من الأمر شيء، وإن كان زوجها حراً فإن طلاقها صفتها.

و هذا الخبر كما ترى أغرب و أعجب حيث دل على الفرق بين الحر و العبد فجعل الطلاق بيد الزوج إن كان حراً، و بيد السيد إذا كان عبداً.

و منها ما رواه

العياشي (1) أيضاً عن أبي بصير

«في الرجل ينكح أمته لرجل، إله أن يفرق بينهما إذا شاء؟ قال: إن كان مملوكاً فليفرق بينهما إذا شاء؟ قال:

إن كان مملوكاً فليفرق بينهما إذا شاء، لأن الله يقول «عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَيَّ شَيْءٌ». فليس للعبد من الأمر شيء، و إن ان زوجها حراً فرق بينهما إذا شاء المولى». و يشبه أن يكون قد وقع في هذا الخبر تحريف و تغيير لأن قضيه التفصيل المغايره، مع أن مرجعها إلى أمر واحد.

و بالجمله فالمسأله لما عرفت في غايه الاشكال، و نهايه الإعضال، و من ذكر هذه المسأله من الأصحاب لم يذكر من الأخبار المنافيه للقول المشهور إلا صحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، و أجاب عنها بما قدمناه نقله عن الشيخ، و الله العالم.

المطلب الثالث في الملك:

إشارة

قد تقدم أن نكاح الإماء يقع بالعقد و بالملك، و الأول قد تقدم الكلام فيه.

و الكلام هنا في الثاني، و حيث كان الملك ينقسم إلى ملك الرقبه و ملك المنفعه، فلا بد من بيان أحكامه في مقامين:

[المقام الأول: في ملك الرقبه]

إشارة

و، و الكلام فيه يقع في مواضع:

الأول [عدم انحصار النكاح بملك اليمين في عدد]:

لا خلاف نسا و فتوى في عدم انحصار النكاح بملك اليمين في عدد، بخلاف نكاحهن بالعقد.

١-١) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٦٥ ح ٥١، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩٩ ب ٣٢ ح ٣.

ففى صحيحه ابن أذينه (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت: كم يحل من المتعه؟ قال: فقال: هن بمنزله الإمام.»

و فى حسنه إسماعيل بن الفضيل (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فيما أخبر به ابن جريح فى أحكام المتعه، قال: ليس فيها وقت و لا عدد، إنما هى بمنزله الإمام.»

و فى حديث أحمد بن محمد بن أبى نصر (٣) عن أبى الحسن عليه السلام فى حديث المتعه

«حكى زراره عن أبى جعفر عليه السلام: إنما هى مثل الإمام يتزوج ما شاء.»

قال فى المسالك: و اعلم أن النص و الإجماع متطابقان على جواز النكاح بملك اليمين، و على عدم انحصاره فى عدد، بخلاف نكاحهن بالعقد، و لعل الوجه فيه خفه حقوق المملوكه، و كون استحقاق منافع البضع بالماليه، فيكون كالتصرف فى مطلق الأموال، فلا يتطرق إليه ما يتطرق إلى النكاح بالعقد من محذور الحيف و الميل، انتهى.

و الحكم مختص بالرجال، أما النساء فإن الملك فيهن ليس طريقا إلى حل الوطى.

و روى ابن بابويه (٤) فى الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه أمكنت من نفسها عبدا لها أن يباع بصغر منها و محرم على كل مسلم أن يبيعها عبدا مدركا بعد ذلك.»

و روى الكليني (٥) الروايه المذكوره، و زاد فيها

«تضرب مائه، و يضرب العبد خمسين.»

ص: ٣٠٣

-
- ١-١) الكافى ج ٥ ص ٤٥١ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٦.
 - ٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٤٥١ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨.
 - ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٩ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٨ ح ١١.
 - ٤-٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٨ ب ٥١ ح ١.
 - ٥-٥) الكافى ج ٥ ص ٤٩٣ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٨ ب ٥١ ح ١.

الثانى [حكم الجمع بين الأختين وبين الام و البنت فى الملك]

لا- خلاف فى جواز الجمع بين الأختين وبين الام و البنت فى الملك، و لا إشكال، إنما يحرم ذلك فى العقد أو الوطى على التفصيل الذى تقدم فى مسائل المقصد الثانى فيما يحرم جمعا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة، و كذا يجوز أن يملك موطوءه الأب كما يجوز للأب ملك موطوءه الابن، فإنه كما لا يمتنع أن ينتقل إلى الأب أو الابن مال الآخر كذلك لا يمتنع أن ينتقل إليه مملوكته، و إن كان قد وطأها المالك الأول، و إنما يحرم على كل واحد منهما وطئ من وطأها الآخر لعموم قوله عز و جل «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (١).

و بالجمله فإن تحريم الوطى لا يقدح فى صحه التملك كما لو تملك بعض من يحرم عليه بالنسب.

الثالث: إذا بيعت الأمه و لها زوج

فإن أجاز المشتري النكاح لم يكن له فسخه بعد ذلك، لأن الذى له شرعا هو الخيار، فإذا أجاز سقط حقه، و لزم النكاح، و كذا لو علم و سكت و لم يعرض له، لما عرفت آنفا من أن الخيار فوري، فإذا أعرض بعد علمه بطل خياره، و إن لم يجرى النكاح انفسخ العقد، و جاز للمشتري نكاحها، إلا أنه لا يحل له إلا بعد العده، و هى قران، أو شهر و نصف على قول إن كانت لم تحض و مثلها تحيض، و قيل: يكفى الاستبراء بحيضه أو خمسه و أربعين يوما.

وجه الأول: إطلاق الطلاق على هذا البيع فى كثير من الأخبار المتقدمه لكونه سببا فى التسلط على الفسخ، فإذا حصل الفسخ كان طلاقا بطريق أولى، كذا ذكره فى المسالك، و فيه ما عرفت آنفا من أن غايه ما تدل عليه هذه العبارة فى الأخبار هو المشابهه للطلاق، و يكفى فى ذلك مجرد التسلط به على الفسخ كما يشير إليه قوله فى صحيحه بريد و بكير المتقدمه «فإن بيعها طلاقها، فإن شاء المشتري فرق بينهما، و إن شاء تركهما على نكاحهما» و هو لا يستلزم كونه طلاقا لو وقع، بحيث يترتب عليه ما يترتب على الطلاق من الأحكام التى من

ص: ٣٠٤

جملتها وجوب العده، و بذلك يظهر أن قوله «فإذا حصل الفسخ كان طلاقاً بطريق أولى» غير موجه.

و وجه الثانى: إطلاق النصوص الداله على استبراء المشتري للأمه إذا اشتراها، و ما نحن فيه من جمله ذلك، و استبراؤها كما سيأتى ذكره بحيضه أو خمسه و أربعين يوماً.

و من العجب ما وقع له فى المسالك فى هذا المقام، فإنه نقل فى المتن عن المصنف أنه لو لم يجرز نكاحها لم يكن عليها عده و كفى الاستبراء فى جواز الوطى، ثم إنه قال فى الشرح: و حيث يفسخ المشتري العقد لا تحل له حتى تنقضى عدتها من الفسخ كالطلاق بمعنى قرءين أو شهر و نصف - إلى أن قال: - و قيل:

و يكفى استبراؤها بحيضه أو خمسه و أربعين يوماً، و هو الذى اختاره العلامة و لم ينقل غيره، و الأقوى الأول، و هو الذى اختاره المصنف و لم ينقل غيره. انتهى ملخصاً، و فيه أن المصنف إنما صرح بالاستبراء كما نقله عن العلامة مع تصريحه بنفى العده، فكيف ينسب إليه اختيار القول الأول، و هو القول بوجوب العده.

و أما ما ذكره من أن الأقوى القول بالعده بناء على ما قدمنا نقله عنه فى بيان وجهه ففيه ما عرفت.

الرابع [فى جواز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب]

قد صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب و لو من أزواجهن، و كذا يجوز شراء بناتهم و أبنائهم و لو من الآباء، و يصيرون ملكاً للمشتري، و يترتب على هذا التملك أحكامه التى من جملتها وطئ الجارية بملك اليمين، و على ذلك دلت جمله من النصوص، و قد تقدمت فى كتاب البيع فى الفصل التاسع فى بيع الحيوان (١) و منها

روايه عبد الله اللحام (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري

ص: ٣٠٥

١- ١) ج ١٩ ص ٤٦٢.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ح ٢.

من رجل من أهل الشرك ابنته، فيتخذها؟ قال: لا بأس».

و بهذا الاسناد (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري امرأه رجل من أهل الشرك، يتخذها أم ولد؟ قال: فقال: لا بأس». و أشار بقوله يتخذها إلى الوطى.

و روى الشيخ فى التهذيب (٢) عن إسماعيل بن الفضل الهاشمى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سبى الأكراد إذا حاربوا و من حارب من المشركين، هل يحل نكاحهم و شراءهم؟ قال: نعم». إلى غير ذلك من الأخبار المتقدمة ثمه.

و قد صرح جملة من الأصحاب منهم المحقق الشيخ على فى الشرح و الشهيد الثانى فى المسالك، بأن إطلاق البيع على ذلك يعنى بالنسبة إلى الشراء من الزوج أو الأب و نحوهما إنما هو بطريق المجاز، باعتبار صورته، فهو بالاستنقاذ أشبه منه بالبيع، فإنهم فىء للمسلمين يملكون بمجرد الاستيلاء عليهم، فإذا حصل البيع كان أكد فى ثبوت الملك و تحققه.

قال المحقق المذكور: نعم فى صورته بيع القريب (٣) قريبه الذى حقه أن ينعق عليه إشكال.

و قال فى المسالك: و الأقوى أنه لا- يترتب عليه أحكامه من طرف المشتري، حتى لو كان المبيع قريبه الذى ينعق عليه عتق بمجرد البيع، و تسليطه عليه، لإفاده اليد الملك المقتضى للعتق.

أقول: قد تقدم الكلام فى ذلك فى المسألة الحادية عشر من المقصد الثانى من الفصل التاسع فى بيع الحيوان من كتاب البيع (٤) و كذا يجوز شراء ما يبيعه أهل

ص: ٣٠٦

-
- ١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ح ٣.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٠ ح ٩، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥٠ ح ١.
 - ٣- (٣) مثل الابن و الابنه، لا مثل الزوجه و نحوها. (منه- رحمه الله-).
 - ٤- (٤) ج ١٩ ص ٤٦٢.

الضلال من أهل الحرب و إن كان ذلك للإمام عليه السلام لحصول الاذن منهم عليهم السلام و فى روايه الهاشمى المتقدمه ما يدل عليه، و تقدم أيضا فى المسأله الاولى من المقصد الأول من الفصل التاسع فى بيع الحيوان (١) من الأخبار ما يدل عليه.

الخامس [وجوب الاستبراء قبل الوطى إلا ما استثنى]

قد صرح جل الأصحاب بأن كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك ببيع أو هبه أو إرث أو صلح أو قرض أو استرقاق أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه استبراؤها قبل الوطى.

و خص ابن إدريس ذلك بالبيع و الشراء اقتصارا على مورد النص، فإنه هو الذى وردت النصوص فيه بالاستبراء دون غيره من الوجوه المذكوره، مستدلا على نفيه فى غير البيع بالأصل و عموم «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» (٢).

و احتج الأصحاب على ما ذهبوا إليه من العموم باشتراك هذه الوجوه فى المقتضى لذلك، و هو العلم ببراءه الرحم من ماء الغير، و المحافظه على الأنساب من الاختلاط.

و نقل عن ابن إدريس أنه وافق الأصحاب أيضا فى موضع آخر من كتابه، ثم إنهم صرحوا أيضا بسقوطه فى مواضع.

أقول: و تحقيق المسأله بتفصيل هذا الجمال بما يزيل عنه نقاب الاشكال قد تقدم فى كتاب البيع فى فصل بيع الحيوان فلا حاجه إلى إعادته، و إن كان جملة من أصحابنا قد كرروا الكلام عليه فى هذا الموضع أيضا.

نعم هنا موضعان يسقط الاستبراء فيهما لم يتقدم ذكرهما:

(أحدهما) ما لو ملك أمه فأعتقها فإن له العقد عليها بعد العتق، و أن يطأها من غير استبراء، و إن كان الأفضل له الاستبراء.

قال فى المسالك: و ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، أما غيره فقد أطلق جملة

ص: ٣٠٧

(١-١) ج ١٩ ص ٣٧٢.

(٢-٢) سورة النساء-آيه ٢٤.

من الأصحاب أنه ليس له ذلك إلا بعد العده، و يدل على الحكم الأول جملة من الأخبار:

منها ما رواه

الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام

«في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: يستبرئ رحمها بحيضه، قلت: فإن وقع عليها؟ قال: لا بأس».

و عن عبيد بن زراره (٢) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام

«في الرجل يشتري الجارية ثم يعتقها و يتزوجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال:

يستبرئ رحمها بحيضه، و إن وقع عليها فلا بأس».

و عن أبي العباس البقباق (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية فأعتقها ثم تزوجها و لم يستبرئ رحمها، قال: كان نوله أن يفعل، و ان لم يفعل فلا بأس».

و عن ابن أبي يعفور (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث

«و قال في رجل اشترى جارية ثم أعتقها و لم يستبرئ رحمها، قال: كان نوله أن يفعل، فإذا لم يفعل فلا شيء عليه». قوله «نوله أن يفعل» أي ينبغي له أن يفعل.

و استدلوا على الحكم المذكور أيضا بأن الاستبراء إنما للمملوكه، و هذه قد خرجت بالعتق عن كونها مملوكه، فإنها تصير بالعتق أجنبيه منه، نسبتها إليه و إلى غيره على السواء.

و فيه أن هذا إنما يصلح وجها للنص لا لتأسيس الحكم، لأن أدله وجوب الاستبراء على المشتري مطلقه أو عامه، فهي شامله لمن أعتق و لم يعتق، إلا أنه لما ورد النص باستثناء من أعتق وجب الوقوف على مورد النص، و بقي ما عداه

ص: ٣٠٨

١- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٤ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٤ ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٨ و فيه «كان له أن يفعل»، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٤ ح ٣.

٤- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧١ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٨ ح ٣.

و كيف كان فإن هذا الأخبار كما أنها داله على جواز الوطى من غير استبراء فهي داله على أفضليه الاستبراء، وإطلاق أكثر عبارات الأصحاب تقتضى عدم الفرق بين أن يعلم للأمه وطئ محرم أم لا، وقيدته العلامة فى جملة من كتبه بأن لا يعلم لها وطئ محرم، وإلا وجب الاستبراء، ولا ريب أنه أحوط.

و أما الحكم الثانى و هو أنه لا يجوز لغيره وطؤها حتى تعتد كالحره، فهو مما لا ريب فيه و لا إشكال إذا كان المولى قد وطأها كما سيأتى الدلاله عليه فى حسنه الحلبى و صحيحه زواره الآيتين فى الموضع الثانى.

أما لو لم يطأها المولى فإطلاق جملة من العبارات يقتضى وجوب العده، و هو لا يخلو من إشكال، إذ لا يظهر هنا وجه للفرق بين الأجنبى و المولى، لأنها بالعتق صارت أجنبيه للجميع، فوجوب العده للأجنبى و سقوطها عن المولى لا يظهر له وجه و المفهوم من عبارته فى الشرائع سقوط العده فى الموضعين و هو صريح شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك حيث قال: و حاصل الحكم أن المولى إذا أعتق أمته فلا يخلو إما أن يكون بعد أن وطأها أو قبله، فإن كان قبل الوطى جاز لغيره تزويجها بغير عده و لا استبراء، و إن أمكن أن تكون موطوءه فى ذلك الطهر لغير المعتق، بأن يكون المعتق اشتراها ثم أعتقها قبل أن تحيض عنده، و وجه جواز تزويجها لغيره بغيره استبراء ما تقدم من جواز تزويج مولاه لها من غير استبراء من حيث إنه مختص بالمالك، و تابع لنقل الملك، و هو هنا منتف لأنها حره، انتهى.

أقول: و يمكن أن يقال على ما ذكره فى وجه الجواز (1) إن الذى تقدم فى كلامه فى الاستدلال على جواز تزويج المولى من غير استبراء هو الاستدلال بالأخبار

(١ - ١) فإنه قال بعد ذكر الحكم فى عبارته المصنف: و مستنده صحيحه محمد بن مسلم و أردفها بروايه عبيد بن زراره و روايه أبى العباس، ثم قال: و يدل عليه أيضا أن الاستبراء انما يثبت وجوبه للمملوكه، إلى آخر ما ذكره من الدليل العقلى. (منه - رحمه الله -).

الثلاثة الأول، ثم أردفها بالدليل العقلي الذي قدمنا ذكره عنهم، وقد عرفت ما فيه، وأنه لا يصلح لتأسيس حكم شرعي، وإن صلح لأن يكون وجها للنص، فلم يبق إلا الأخبار و موردها إنما هو المولى، و حينئذ يبقى غير المولى لا دليل عليه فيجب العده بالنسبه إليه و به يزول الإشكال الذي أشرنا إليه آنفا و يقوى الفرق بين المولى و غيره كما دل عليه إطلاق العبارات المشار إليها آنفا.

قال في المسالك: و ألحق بعضهم بالعتق تزويج المولى للأمه المبتاعه فإنه لا يجب على الزوج استبرأؤها ما لم يعلم سبق وطئ محرم في ذلك الطهر، و ذلك لأن الاستبراء تابع لانتقال الملك، و هو منتف هنا، و على هذا فيمكن أن يجعل ذلك وسيله إلى سقوط الاستبراء من المولى أيضا بأن يزوجه من غيره، ثم يطلقها الزوج قبل الدخول، فيسقط الاستبراء بالتزويج، و العده بالطلاق قبل المسيس، و إن وجد ما يظن كونه عله للاستبراء، و هو اعتبار براءة الرحم من ماء السابق، فإن العله مستنبطه لا منصوصه، و مثله الحيله على إسقاطه ببيعها من امرأه و نحو ذلك، انتهى.

أقول: مدار صحه هذا الكلام من أوله إلى آخره على ما ادعاه من أن العله في الاستبراء هو طلب براءة الرحم إنما هي عله مستنبطه و إلا فإن ظاهر النصوص أن الأمر بالاستبراء إنما هو على جهه التعبد شرعا بذلك.

و فيه أنه

قد روى الكليني (1) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام

«في رجل اشترى جاريه-إلى أن قال:قلت: جاريه لم تحض، كيف يصنع بها؟ فقال: أمرها شديد، غير أنه إن أتاها فلا ينزل عليها حتى يستبين له إن كان بها حبل، قلت: و في كم يستبين له؟ قال: في خمسه و أربعين ليله».

و هي ظاهره كما ترى في أن العله في الاستبراء هو اعتبار براءة الرحم من ماء السابق، و حينئذ فإذا كانت العله ذلك كما دل عليه النص فإنه لا يتم ما ادعاه

ص: ٣١٠

ذلك البعض الذى نقل عنه إلحاق تزويج المولى للأمه بالعتق، فإنه إذا كانت العله فى الاستبراء شرعا هو ما عرفت، فإنه لا يختص ذلك بالمشتري، بل يجرى فيه و فى ذلك الرجل الذى زوجه الأمه، و تكاثر الأخبار بالنسبه إلى المشتري إنما هو من حيث كون شرائه لأجل الوطى، لا من حيث كونه مشتريا و مالكا كما توهموه.

و(ثانيهما) ما لو كانت الأمه سريره للمولى فأعتقها، فإنه يجوز له وطؤها بالعقد عليها من غير استبراء و لا عدّه، و أما غيره فلا يجوز إلا بعد العدّه.

و يدل على ذلك ما رواه

فى الكافى (١) فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يعتق سريته، أ يصلح له أن يتزوجها بغير عدّه؟ قال: نعم، قلت: فغيره؟ قال: لا، حتى تعتد ثلاثه أشهر» الخبر.

و ما رواه

فى التهذيب (٢) عن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل أعتق سريته، إله أن يتزوجها بغير عدّه؟ قال: نعم، قلت: فغيره؟ قال: لا، حتى تعتد ثلاثه أشهر».

المقام الثانى: فى ملك المنفعه الحاصل بالتحليل

اشاره

، و الكلام فى هذا المقام يقع فى موارد:

الأول [صحّه تحليل المولى وطؤ أمته لغيره] :

المعروف من مذهب الأصحاب صحّه تحليل المولى وطؤ أمته لغيره.

قال ابن إدريس: إنه جائز عند أكثر أصحابنا المحصلين، و به تواترت الأخبار، و هو الأظهر بين الطائفه و العمل عليه و الفتوى به، و منهم من منع منه، انتهى.

و حكى الشيخ فى المبسوط قولاً بالمنع منه، و هو الذى أشار إليه ابن إدريس بقوله: و منهم من منع.

و يدل على المشهور الأخبار المستفيضه المتكاثره التى يضيق المقام عن الإتيان

- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥١١ ب ١٣ ح ١.
٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥١١ ب ١٣ ح ١.

عليها، و لكن نقل شطرا منها.

و منها ما رواه

الكليني و الشيخ (١) في الصحيح عن الفضيل بن يسار قال:

« قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت:

إذا أحل الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال، فقال: نعم يا فضيل، قلت له: فما تقول في رجل عنده جاريته نفيسه و هي بكر أحل لأخيه ما دون فرجها، إله أن يفتضها؟ قال: لا، ليس له إلا ما أحل له منها، و لو أحل له قبله منها لم يحل له سوى ذلك، قلت: أ رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل، أ يكون زانيا؟ قال: لا، و لكن يكون خائنا، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها». و زاد في الكافي «و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها» الحديث.

و ما رواه

في الكافي (٢) في الصحيح عن ابن رثاب عن أبي بصير، و هو مشترك و الأظهر عندي عد حديثهما معا في الصحيح قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه أحلت لابنها فرج جاريته، قال: هو له حلال، قلت: أ فيحل له ثمنها؟ قال:

لا، إنما يحل له ما أحلت له» الحديث.

و في الصحيح عن ضريس بن عبد الملك (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام

«في الرجل يحل لأخيه من جاريته و هي تخرج في حوائجه؟ قال: هي له حلال».

ص: ٣١٢

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٤ ح ١٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٧ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٤ ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٨ ح ٢٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ١.

و فى الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع (١) عن أبى الحسن الرضا عليه السلام

فى امرأه أحلت لزوجها جاريتها، فقال: ذلك لك له، قال: فإن كانت تمزح؟ فقال:

و كيف له بما فى قلبها، إذا علم أنها تمزح فلا.

و فى الحسن عن زراره (٢) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يحل جاريتته لأخيه؟ قال: لا بأس، قال: قلت: فإنها جاءت بولد؟ الحديث، و سيأتى تمامه إن شاء الله قريبا.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٣) عن عبد الكريم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قلت له: فى الرجل يحل لأخيه فرج جاريتته؟ قال: نعم، له ما أحل منها».

و عن أبى بكر الحضرمى (٤) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام إن امرأتى أحلت لى جاريتها، فقال: انكحها إن أردت، قلت: أبيعها؟ قال: لا، إنما حل لك منها ما أحلت».

و عن الحسن بن عطيه (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أحل الرجل من جاريتته قبله لم يجز له غيرها، فإن أحل له منها دون الفرج لم يحل له غيره، و إن أحل له الفرج حل له جميعا».

ص: ٣١٣

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ١٠ و ص ٤٦٢ ح ٦٢ مع تفاوت يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٧ ح ٢ ص ٥٣٤ ح ٣.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٣ و ٤ و ما فى المصادر «قلت لأبى جعفر عليه السلام».

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٤٦٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ٩ و فيه «عن أبى عبد الله -عليه السلام-»، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٨ ح ٣.

٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٤٦٨ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٩ ح ٢.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٩ ح ١.

و فى الصحيح عن هشام بن سالم و حفص بن البخرى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يقول لامرأته: أحلى لى جاريتك، فإنى أكره أن ترانى منكشفا، فتحلها له، قال: لا يحل له منها إلا ذلك، و ليس له أن يمسه و لا أن يطأها» و زاد فيه هشام «له أن يأتيتها؟ قال: لا يحل له إلا الذى قالت».

و عن محمد بن إسماعيل بن بزيع (٢) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه أحلت لى جاريتها؟ فقال: ذلك لك، قلت: فإن كانت تمزح؟ قال: كيف لك بما فى قلبها، فإن علمت أنها تمزح فلا».

إلى غير ذلك من الأخبار، و سيأتى شرط منها إن شاء الله تعالى فى الأبحاث الآتية.

احتج المانعون على ما نقله فى المختلف بقوله عز و جل «وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ. إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ، فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ» (٣) و هذا خارج عن القسمين فيدخل تحت العدوان.

و ما رواه

الحسين بن على بن يقطين (٤) فى الصحيح قال:

«سألته عن الرجل يحل فرج جاريتها؟ قال: لا أحب ذلك».

و عن عمار الساباطى (٥) عن الصادق عليه السلام

«فى المرأة تقول لزوجها: جاريتى لك قال: لا يحل له فرجها إلا أن تبيعه أو تهب له».

و أجاب فى المختلف عن الآية بأن المراد بالملك فى الآية ما يشمل ملك المنفعة، فىكون نكاح التحليل مندرجا تحت الآية، و عن الحديث الأول بالحمل

ص: ٣١٤

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٨ ح ٤.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ١٠، و فيه «أحلت لزوجها»، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٤ ح ٣.

٣- (٣) سورة المؤمنون- آية ٥ و ٦ و ٧.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٣ ح ٧.

٥- (٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٥ ح ٥.

على الاستحباب، قال: والثاني ضعيف السند، مع أن الصيغه و هي التحليل لم توجد، انتهى.

و الأظهر عندى حمل الخبرين على التقيه، فإن العامه مطبقون على عدم صحه نكاح التحليل و هو من خواص الإماميه-أنار الله برهانهم.

و يشير إلى ما ذكرنا كلام الشيخ فى الجواب عن خبر الحسين بن على بن يقطين حيث إنه قال: إن هذا الخبر و رد مورد الكراهه، و الوجه فيه أن هذا مما لا يراه غيرنا، و مما يشنع علينا مخالفونا به، فالتنزه عنه أولى. انتهى، و هو يرجع إلى الحمل على التقيه كما ذكرناه.

و من هذه الأخبار المتقدمه و أمثالها يعلم صحه ما صرح به الأصحاب من أنه يجب الاقتصار فى التحليل على ما تناوله اللفظ، فلو أحل له قبله خاصه-اقتصر عليها و حرم ما زاد-و النظر خاصه اختص الحل به، و لو أحل له الخدمه خاصه حرم ما سواها، و لو أحل له الوطى لم يحل له الاستخدام. نعم يحل له غيره من ضرور الاستمتاع لدلالته على الوطى بالمطابقه، و دلالته على باقى وجوه الاستمتاع كالنظر و اللمس و القبلة و نحوها بالالتزام، و بذلك صرحت روايه الحسن بن عطيه.

الثانى [فى اعتبار صيغه نكاح التحليل]

لا ريب فى اعتبار صيغه لهذا النكاح، فإن مجرد التراضى لا يكفى حل الفروج إجماعا، و قد أجمعوا على الجواز بلفظ التحليل، لأنه هو الوارد فى النصوص كما عرفت مما قدمناه من الأخبار و غيره على هذا المنوال أيضا، فيصح بقوله: أحللت لك و طؤ فلانه، أو: جعلتك فى حل من وطئها، قاصدا به الإنشاء.

و اختلفوا فى لفظ الإباحه، فالمشهور-و هو قول الشيخ فى النهايه و أتباعه و المرتضى- أنه لا يفيد الحل، و نقل عن العلامه فى أحد قولييه و قوفا على ظاهر النصوص، و تمسكا بالأصل، و ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و المحقق و العلامه فى القول الآخر و جماعه إلى الاكتفاء به لمشاركته للتحليل فى المعنى، و يجوز إقامه كل من المترادفين مقام الآخر كما ذكر فى الأصول.

و رد بمنع الاكتفاء بالمرادف، فإن فى النكاح شائبه العباده، و كثير من أحكامه توقيفيه، و فى معنى الإباحه أذنت لك فى وطئها، و سوغت لك و ملكتك ذلك، فمن جوز الإباحه اكتفى بهذه الألفاظ لأنها فى معناها، و من اقتصر على التحليل منع منها.

أقول:

و روى الشيخ فى التهذيب (١) عن هشام بن سالم قال:

«أخبرنا محمد بن مضارب قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام: يا محمد خذ هذه الجاربه تخدمك و تصيب منها فإذا خرجت فارددها إلينا».

و فيه كما ترى دلالة على الاكتفاء بالكنايات، فبطريق الأولى الاكتفاء بالإباحه، و ما فى معناها من هذه الألفاظ المذكوره و نحوها. و أما لفظ العاربه فظاهر المحقق فى النافع أنه لا خلاف فى المنع منه حيث نقل الاتفاق من الجميع على المنع.

و يدل عليه ما رواه

فى الكافى (٢) عن أبى العباس البقباق قال:

«سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و نحن عنده عن عاربه الفرج، فقال: حرام، ثم مكث قليلا ثم قال: و لكن لا بأس بأن يحل الرجل جاربه لأخيه».

إلا- أنه نقل السيد السند فى شرح النافع عن ظاهر ابن إدريس حصول أبا عبد الله عليه السلام و نحن عنده عن عاربه الفرج، فقال: حرام، ثم مكث قليلا ثم قال: لكن لا بأس بأن يحل الرجل جاربه لأخيه».

إلا أنه نقل السيد فى شرح النافع عن ظاهر ابن إدريس حصول التحليل به، ثم قال: و يدل عليه

روايه الحسن العطار (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عاربه الفرج، قال: لا بأس به، قلت: فإن كان منه ولد؟ فقال: لصاحب الجاربه إلا أن يشترط عليه».

ص: ٣١٦

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٧٠، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٢ ح ٦.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٧٠، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٤ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٦ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٢.

ثم قال: و هي ضعيفه بجهاله الراوى، فالأحوط الاقتصار على لفظ التحليل، لأنه المتفق و إن كان الاجتزاء بكل لفظ أفاد الاذن فى الوطى لا يخلو من قوه، انتهى.

أقول: أما ما ذكره من ضعف الروايه بجهاله الراوى فإنه يمكن المناقشه فيه بأن الحسن العطار هنا الظاهر أنه الحسن بن زياد العطار الضبى، و هو ثقه فتكون الروايه صحيحه.

و أما ما ذكره من الاحتياط أو الاقتصار على لفظ التحليل و إن كان الاجتزاء بكل لفظ أفاد الاذن فى الوطى لا يخلو من قوه فهو جيد، و يؤيده ما تقدم فى غير مقام من أن المدار فى العقود مطلقا على الألفاظ الداله على الرضاء بمقتضى ذلك العقد بأى لفظ كان، فهنا بطريق أولى حيث إنه فى الحقيقه لا- يخرج عن الإباحه كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى، و الأمر فيها أوسع دائره من العقود و يؤيده تأييدا روايه محمد بن مضارب المتقدمه.

بقى الكلام فى تعارض روايه البقباق الداله على عدم جواز النكاح بالعاريه، و روايه الحسن العطار الداله على جوازه، و أنه لا بأس به، و قد جمع بينهما فى الوافى بحمل العاريه فى روايه الحسن على التحليل، و أنه قد أطلق عليه تجوزا، و لا بأس به فى مقام الجمع، و الله العالم.

الثالث [فى أن التحليل هنا هل هو عقد أو إباحه؟]

اختلف الأصحاب فى أن التحليل هنا هل هو عقد إباحه و تمليك منفعه؟ فنقل عن السيد المرتضى أنه عقد متعه محتجا على ذلك بأنه ليس ملك يمين، لأن المفهوم من ملك اليمين ملك الرقبه فيكون عقدا لانحصار سبب الإباحه فى العقد و الملك بنص القرآن، و المشهور أنه ملك منفعه، لأنه ليس عقد دوام، و إلا لم يرتفع إلا بالطلاق و هو باطل إجماعا، و لا عقد متعه، لأنه مشروط بذكر المهر و الأجل و هما غير معتبرين فى التحليل، و إذا انتفى كونه عقدا ثبت كونه تمليك منفعه، لأن الحل دائر مع العقد و الملك على سبيل منع الخلو، و إذا انتفى الأول ثبت الثانى.

قال السيد السند فى شرح النافع بعد ذكر ذلك و هو جيد: لو انحصر طريق الحل فى المنفعه و الملك، لكنه غير ثابت خصوصاً مع استفاضه الأخبار بل تواترها بأن التحليل طريق إلى حل الوطى، انتهى.

أقول: فيه أنه لا- ريب فى أن مقتضى قوله عز و جل «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ، فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ» (١) هو انحصار الحل فى العقد و الملك، إلا أنه حيث ثبت بالأخبار حصول الحل بالتحليل فلا بد من إرجاع ذلك إلى أحد الفردين المذكورين فى الآيه لئلا يلزم طرح الأخبار المذكوره لخروجها على خلاف ما صرح به الكتاب العزيز حسب ما استفاضت به

أخبارهم عليهم السلام

«أن كل خير خالف القرآن يضرب به عرض الحائط (٢).»

و بالجملة فاللازم إما منع دلالة الآيه على الحصر، و الظاهر أنه لا يقول به لتصريحها بأن من ابتلى و راء ذلك فهو عاد، و أما طرح الأخبار المذكوره فالجمع بين الأدله حيثما أمكن أولى من طرحها، و هو هنا ممكن على القول المشهور بحمل الملك فى الآيه على ما هو أعم من ملك الرقبه أو المنفعه.

و كيف كان فالظاهر هو القول المشهور، إذ لا يخفى على من تأمل الأخبار المتقدمه و ما اشتملت عليه من

قوله عليه السلام

«لو أحل له قبله لم يحل له سواها، و أنه لا يحل له إلا ما أحل.»

و قوله

«يحل له ما دون الفرج.»

و نحو ذلك أنه لا مجال للحمل على العقد المدعى هنا و لا معنى له، بل ليس إلا مجرد الإباحه و تمليك تلك المنفعه الخاصه التى تعلق بها الاذن، و كذا ما تضمن أنه لو أحل له الفرج حل له جميع ذلك، لا معنى له إلا إباحه الفرج له، فإنه يستتبع به ما عداه من نظر و لمس و تقبيل و نحوها، و لا معنى للعقد هنا بوجه، فكلام السيد المزبور على غايه من القصور.

ص: ٣١٨

(١-١) سورة المؤمنون-آيه ٦ و ٧.

(٢-٢) لم نعثر عليه بهذا اللفظ.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر الأصحاب وجوب القبول على كل من القولين، قال في المسالك: أما على العقد فظاهر، واما التملك فلأنه في معنى هبه المنفعة فيكون أيضا من قبيل العقود، وإنما نفينا عنه اسم عقد النكاح، لا مطلق العقود، فالتحقيق أنه عقد في الجملة على التقديرين، انتهى.

و فيه أنه لا- يخفى على من راجع الأخبار الواردة في المقام أنها على كثرتها و تعددها لا إشارة فيها إلى اعتبار القبول كما عرفت من الأخبار المتقدمة و نحوها غيرها فإنها كلها على هذا المنوال، بل هي بالدلالة على العدم أنسب و إليه أقرب، وقد اعترف بذلك أيضا سبطه السيد السند في شرح النافع، فقال بعد نقل ذلك عنهم: و ليس في الروايات ما يدل عليه، بل الظاهر منها خلافه، انتهى.

ثم إن المشهور بينهم أنه لا يفتقر إلى تعيين مده، و نقل عن الشيخ في المبسوط أنه يفتقر، و لم نقف له على دليل، و الروايات على كثرتها خالية من ذلك، و الظاهر أنه لا يشترط فيه ما تقدم في نكاح الإماء من الاشتراط بفقدان الطول و خوف العنت لإطلاق أكثر الأخبار و خصوص صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدمه و هي الأولى منها، و روايه أبي بكر الحضرمي المتقدمه أيضا.

الرابع [في تحليل السيد أتمته لعبده]

اختلف الأصحاب في تحليل السيد أتمته لعبده، فذهب جملة منهم الشيخ في النهاية و العلامة في المختلف و ولده فخر المحققين إلى العدم

لصحيحه على بن يقطين (١) عن أبي الحسن عليه السلام

«أنه سئل عن المملوك أ يحل له أن يطأ الأمه من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: لا- يحل له». و استدلوا أيضا بأنه نوع تملك، و العبد ليس أهلا له.

و ذهب ابن إدريس و المحقق في الشرائع إلى الجواز، و يدل عليه ما رواه

الشيخ في التهذيب (٢) عن فضيل مولى راشد قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: لمولاي في

ص: ٣١٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٨ ح ٦٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ١.

يدى مال، فسألته أن يحل لي مما أشتري من الجوارى، فقال: إن كان يحل لك إن أحل لك فهو حلال، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال: إن أحل لك جاريه بعينها فهو لك حلال، وإن قال: اشتر منهم ما شئت، فلا تطأ منهم شيئا إلا من يأمرك، إلا جاريه يراها فيقول: هي لك حلال، وإن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدا لك».

و إلى هذه الرواية مع الرواية السابقة أشار المحقق في الشرائع بقوله: وفي تحليل أمته لمملوكه روايتان: إحداهما المنع، و ظاهر شيخنا في المسالك أنه لم يقف على الرواية الثانية حيث قال: و الرواية التي أشار المصنف إلى دلالتها على الجواز لم نقف عليها و لا ذكرها غيره، و إنما التجأ في تحليل هذا القول و الاحتجاج له إلى الأدلة العقلية التي يتكلفونها في أمثال هذا الموضوع.

قال: و اختار المصنف الحل لوجود المقتضى، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه لا يملك و نفى ملكه مطلقا ممنوع، سلمنا لكن المراد بالملك هنا الإباحة بمعنى استحقاق البضع و إباحته لا الملك بالمعنى المشهور لأن ملك البضع لا معنى له إلا الاستحقاق المذكور.

و أنت خبير بما فيه كما سلف الكلام في مثله في غير موضع، و قد اتفق لسببه في شرح النافع أيضا- من حيث عدم وقوفه على الرواية- ارتكاب تكلف آخر أيضا، فقال- بعد قول المصنف: و في تحليل أمته لمملوكه تردد، و مساواته للأجنبي أشبه- ما هذا لفظه: منشأ التردد من إطلاقات الروايات المتضمنه لحل الأمه بالتحليل المتناوله للحر و العبد، و من صحيحه على بن يقطين المتضمنه للمنع من ذلك، ثم ساق الرواية.

و فيه أن ما ادعاه من إطلاق الروايات و تناوله للحر و العبد غير مسلم، إذ لا وجود له في الأخبار كما لا يخفى على من راجعها، و قد تقدم لك شطر منها، فإنه ليس فيها ما يتناول للمملوك بوجه، إذ غايه ما دلت عليه و به صرحت عباراتها

إنما هو الرجل يحل جاريته لأخيه، و منها ما هو مخصوص بالمرأه تحل لزوجها أو المرأه لابنها و نحو ذلك، و ليس فيها إشاره إلى الحل للمملوك بالكلية.

و تردد المصنف إنما هو من تعارض الخبرين المذكورين، و لكنه لما لم يطلع على الخبر الدال على الجواز ارتكب هذا التكلف مع ما عرفت من بطلانه.

و كيف كان فالظاهر هو حمل صحيحه على بن يقطين على التقيه، كما قدمنا ذكره فى المورد الأول، لاعتضاد روايه الجواز المذكوره بجمله من الأخبار الداله على جواز تسرى العبد الجوارى بإذن مولاه.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (١) عن زراره عن أحدهما عليهما السلام قال:

«سألته عن المملوك كم يحل أن يتزوج؟ قال: حرتان أو أربع إماء. و قال: لا بأس إن كان فى يده مال، و كان مأذونا له فى التجاره أن يتسرى ما شاء من الجوارى و يطأهن».

و ما رواه

فى الكافى (٢) عن إسحاق بن عمار قال:

«سأل أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك يأذن له مولاه أن يشتري من ماله الجاريه و الثنتين و الثلاث و رقيقه له حلال؟ قال: يحل له حدا لا يجاوزه».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن زراره (٣) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«إذا أذن الرجل لعبده أن يتسرى من ماله، فإنه يتسرى كم شاء بعد أن يكون قد أذن له».

و ظاهره فى المسالك أيضا حمل صحيحه على بن يقطين على التقيه، قال: لأن العامه يمنعون التحليل مطلقا، إلا أنه من حيث عدم اطلاعه على الروايه المعارضه

ص: ٣٢١

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٧٧ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢١٠ ح ٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٠ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٧٧ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٧ ح ٢.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٤٧٧ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٦ ح ٧٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٧ ح ٣.

استشكل، فقال: و مع ذلك ففي تكلف الحمل مع عدم وجود المعارض إشكال، ثم قال: إنه لا فرق على القولين بين تحليل عبده لأتمته أو عبد غيره إذا أذن سيده و إنما خص المصنف عبده لموضع النص.

و عندي فيه إشكال، لأن التحليل على خلاف الأصل و خارج عن مقتضى القواعد و ظاهر القرآن، و لهذا أطبق العامه على عدم جوازه، و لكن لما تكاثرت به أخبارنا من غير معارض فيها أطبق الأصحاب على جوازه، إلا الشاذ النادر، و تكلفوا إدخاله فى الآيه كما تقدم، و لا ريب أن مورد الأخبار كما لا يخفى على من تتبعها إنما هو التحليل للحر خاصة، و التحليل للعبد إنما وقع فى خبر فضيل مولى راشد، و مورده مختص بتحليل السيد أتمته لعبده، و حيثئذ فالحكم بتحليل السيد أتمته لعبد غيره مع إذن مالك العبد مما لا دليل له فى الأخبار، و حملة على ما نحن فيه من عبد السيد و أتمته كما يفهم من كلامه لا يخرج عن القياس.

الخامس [حكم الأمه المبعوضه أو المشترکه]

قالوا: لو ملك بعض الأمه، و كان البعض الآخر حراً، فأحلت نفسها له، لم يحل له نكاحها، و لو كانت بين شريكين، فأحل أحد الشريكين حصته لشريكه فقولان: المشهور المنع.

أقول: قد تقدم تحقيق الكلام فى هذا المقام بما يتعلق بكل من المسألتين المذكورتين فى المسأله السادسه من المطلب الأول مفصلاً فليرجع إليه.

السادس [حكم الولد الحاصل من التحليل]

إذا أحل السيد أتمته لحر و حصل من التحليل ولد، فلا يخلو إما أن يشترط فى صيغه التحليل كونه حراً أو رقاً، أو لا يشترط شىء منهما.

و على الأول فإنه يكون حراً، و لا قيمه على الأب إجماعاً.

و على الثانى بينى على صحه هذا الشرط فى نكاح الأمه و عدمه، و قد تقدم الكلام فيه فى المسأله الثانیه من المطلب الأول.

و على الثالث فالمسأله محل خلاف بين الأصحاب، فالمشهور بين المتأخرين و به قال الشيخ فى الخلاف و المرتضى و ابن إدريس أنه حر، و لا قيمه على أبيه

و خالف في ذلك الشيخ في النهايه و المبسوط و كتابي الأخبار، فقال: بأنه رق، قال في النهايه: و متى جعله في حل من وطئها، و أت بولد كان لمولاها و على أبيه أن يشتره بماله إن كان له مال، و إن لم يكن له مال استسعى في ثمنه، و إن شرط أن يكون حرا كان على ما شرط و نحوه في المبسوط و كتابي الأخبار، و منشأ هذا الخلاف اختلاف الأخبار و الانظار.

فمما يدل على القول المشهور ما رواه

في الكافي (١) عن زراره في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام

«في الرجل يحل جاريتة لأخيه؟ فقال: لا بأس بذلك، قلت:

فإنه قد أولدها، قال: يضم إليه ولده، فترد الجارية على مولاها، قلت: فإنه لم يأذن له في ذلك، قال: إنه قد حللها منها فهو لا يأمن ذلك».

و ما رواه

الشيخ (٢) في الموثق عن إسحاق بن عمار قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحل جاريتة لأخيه؟ أو حره حللت جاريتها لأخيها؟ قال: يحل له من ذلك ما أحل له، قلت: فجاءت بولد، قال: يلحق بالحر من أبويه».

و عن عبد الله بن محمد (٣) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لأخيه جاريتي لك حلال، قال: قد حلت له، قلت: فإنها قد ولدت، قال: الولد له و الام للمولى، و اني لأحب للرجل إذا فعل بأخيه أن يمن عليه فيهبها له». أقول:

يعنى إذا جاءت بولد.

و مما يدل على القول الآخر ما رواه

الصدوق - رحمه الله عليه - و الشيخ (٤) عن ضريس بن عبد الملك في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام

«الرجل يحل لأخيه جاريتة

ص: ٣٢٣

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٤ و ما في المصادر اختلاف يسير مع ما نقله - قدس سره.

- ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤١ ح ٧.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤١ ح ٦.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٨ ح ٢٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ١.

و هي تخرج في حوائجه، قال: هي له حلال، قلت: رأيت إن جاءت بولد ما يصنع به؟ قال: هو لمولى الجارية، إلا- أن يكون قد اشترط عليه حين أحلها له أنها إن جاءت بولد فهو حر، قال: إن كان فعل فهو حر، قلت: فيملك ولده؟ قال: إن كان له مال اشتراه بالقيمه».

و روى الشيخ هذه الرواية في التهذيب بسند آخر ضعيف، و هو الذى نقله الأصحاب فى كتب الاستدلال، و لذا ردوا الرواية بذلك كما أشار إليه المحقق فى الشرائع، و صرح به الشارح فى المسالك، و العلامة فى المختلف، و لم يقفوا على رواية الشيخ لها بالسند الآخر الصحيح و مثله الصدوق فى الفقيه.

و يدل على ذلك

صحيحه الحسن العطار (١) و هو الحسن بن زياد العطار، و قد و ثقه النجاشى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عاربه الفرج؟ قال: لا بأس به، قلت: فإن كان منه ولد، فقال: لصاحب الجارية إلا أن يشترط عليه». و المراد بالعاربه هنا التحليل كما تقدم ذكره.

و ما رواه

فى التهذيب (٢) عن إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن عليه السلام

«فى امرأه قالت لرجل: فرج جاريتى لك حلال، فوطأها فولدت ولدا، قال: يقوم الولد عليه بقيمته».

و قد رد المتأخرون هذه الروايات بضعف الاسناد، و قال فى المسالك: و فى طريق الاولى على بن فضال، و الثانى مجهوله بالعطار، و الثالثه بعبد الرحمن بن حماد، و أراد بالأولى صحيحه ضريس بناء على نقلها بذلك السند الضعيف كما عرفت، و أراد بالثانيه صحيحه الحسن العطار، و بالثالثه روايه إبراهيم بن عبد الحميد، و مثله العلامة فى المختلف، و كان الحامل لهم على الطعن فى الحسن العطار هو ما فى الفهرست من قول الشيخ: الحسن العطار له أصل يروى عنه ابن أبى عمير،

ص: ٣٢٤

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٦ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ب ٣٧ ح ٢.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٨ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤١ ح ٥.

و فيه أن الظاهر إن الرجل المذكور هو ما ذكره النجاشى بقوله الحسن بن زياد العطار مولى بنى ضبه كوفى ثقه-إلى أن قال:-له كتاب يروى عنه ابن أبى عمير فإن الوصف بالعطار و روايه ابن أبى عمير عنه قد اتفقت عليه العبارتان،و لكن النجاشى زاد ذكر الأب،و الشيخ لم يتعرض له،و بالجمله فالمتمأمل فى ذلك لا يخفى عليه أن الرجل واحد.

و أجاب الشيخ عن الروايات الأولى بالحمل على أحد وجهين:

(الأول)الحمل على اشتراط الأب الحريه فإنها مجمله قابله لذلك.

(الثانى)الحمل على أن يكون ضم ولده إليه و لحوقه به بالقيمه كما هو صريح عبارته فى النهايه المتقدمه ذكرها،و يبعد الأول قوله عليه السلام فى آخر حسنه زراره قد حلله منها و هو لا يأمن ذلك،و يرجح الثانى قوله عليه السلام

فى آخر روايه إبراهيم بن عبد الحميد

«يقوم الولد عليه بقيمته». و قوله

فى آخر صحيحه ضريس

«قلت:فيملك ولده؟قال:إن كان له مال اشتراه بالقيمه».

و قال الصدوق فى كتاب من لا يحضره الفقيه-بعد أن أورد حسنه زراره و صحيحه ضريس-ما صورته:قال مصنف هذا الكتاب-رحمه الله عليه:-هذان الحديثان متفقان،و ليسا بمختلفين و خبر

حريز عن زراره قال

«يضم إليه ولده».

يعنى بالقيمه ما لم يقع الشرط بأنه حر.انتهى،و هو جمع حسن بين الأخبار، و قد رجحه السيد السند فى شرح النافع فإنه قال-بعد نقل كلام الصدوق:-

و ما ذكره من الجمع جيد.

و أما ما احتج به بعض المتأخرين من عموم الأخبار المتقدمه-فى المسأله الثانيه من المطلب الأول الداله على أن ولد الحر لا يكون إلا حرا-منظور فيه بأن الدليل هناك مورده التزويج،و التحليل أمر آخر،و لهذا أن الشيخ فى المبسوط فرق بين ما إذا قلنا بأن التحليل عقد كما هو قول المرتضى أو إباحه، فأوجب إلحاقه بالحر منهما على الأول و حكم بالرقيه على الثانى،فقال على

ما نقله فى المختلف: و يكون الولد لاحقا بأمه و يكون رقا إلا أن يشترط الحرية، و لو كان عقدا يعنى التحليل الحق بالحرية على كل حال، لأن الولد عندنا يلحق بالحرية من أى جهة كان. ذكر ذلك فى معرض الاستدلال على أن التحليل نوع تمليك لا عقد، على أنه قد دلت هناك جملة من الروايات على الرقيه أيضا كما هو مذهب ابن الجنيـد.

و بذلك يظهر لك رجحان ما ذهب إليه الشيخ-عطر الله مرقدہ- و الأصحاب لم ينقلوا الخلاف فى هذا المقام إلا عن الشيخ وحده، مع أن عبارته الصدوق المذكوره صريحه فى ذلك.

هذا و ظاهر عبارته المحقق فى كتابيه أنه لا-خلاف فى حرية الولد، و إنما الخلاف فى وجوب فكه بالقيمه على الأب، قال فى الشرائع: ولد المحلله حر، ثم إن شرط الحرية مع لفظ الإباحه فالولد حر، و لا سبيل على الأب، و إن لم يشترط قيل: يجب على أبيه فكه بالقيمه، و قيل: لا يجب، و هو أصح الروايتين، و قال فى النافع: ولد المحلله حر، فإن شرط الحرية فى العقد فلا سبيل على الأب و إن لم يشترط ففى إلزامه قيمه الولد روايتان، أشبههما أنه لا يلزم.

و أنت خير بما فيه، فإن الخلاف كما عرفت إنما هو فى الحرية و الرقيه، و قد صرح الشيخ فى عبارته المتقدم نقلها عن المبسوط بالرقيه، فقال: و يكون رقا إلا- أن يشترط الحرية، و كذا عبارته النهايه، و قوله «كان لمولاه» يعنى ملكا لمولاهها، و الأخبار أيضا إنما تصادمت فى ذلك، و القول بوجوب فكه بالقيمه إنما هو على تقدير الرقيه كما عرفت من عبارته الشيخ فى النهايه و الصدوق فى الفقيه، و القائل بالحرية لا يقول بلزوم القيمه للأب.

أقول: و قد تقدم جملة من أحكام الإمام فى كتاب البيع، و فى الفصول السابقه من هذا الكتاب.

يتضمن جملة من الأخبار كالتوادير لهذا الفصل.

فمنها ما رواه

في الكافي (١) عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

« لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين و الحرّتين، إنما نساؤكم بمنزله اللعب.»

و عن عبد الرحمن بن أبي نجران (٢) عن رواه عن أبي الحسن عليه السلام

أنه كان ينام بين جاريتين.

أقول: قد صرح الأصحاب هنا بأنه لا بأس بالنوم بين أمتين، و يكره بين الحرّتين.

أما الحكم الأول فاستدلوا عليه بالرواية الثانية، و عللوا الكراهه بما فيه من الامتهان كما ذكره في المسالك، و نحوه سبطه في شرح النافع حيث نقل عنهم ذلك، و قال: لا بأس به.

و فيه أن الخبر الأول - كما ترى - ظاهر في الجواز بالنسبه إلى الإمام و الحرائر، معللا له بما ذكر مما يدل على حسنه و حصول اللذه به.

و روى الشيخ (٣) في الصحيح عن عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام

«في الرجل ينكح الجارية من جواريه و في البيت من يرى و يسمع، قال: لا بأس.»

و بمضمون هذه الرواية صرح المحقق في النافع فقال: و لا بأس أن يطأ الأمه و في البيت غيره.

ص: ٣٢٧

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٠ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٦ ح ١٦١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٩ ب ٨٤ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٩ ح ٤٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٩ ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٨ ح ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٤ ح ١.

أقول:

قد روى فى الكافى (١) عن ابن راشد عن أبيه قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام قال: لا يجمع الرجل امرأته و لا جاريتها و فى البيت صبى، فإن ذلك مما يورث الزنا». و هو ظاهر فى الكراهه كالحره، اللهم إلا أن يقال: إنه لا منافاه بين نفى البأس الدال على الجواز و الكراهه.

و روى فى الكافى (٢) عن عبد الرحمن بن أبى نجران عن رواه عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أتى الرجل جاريتها ثم أراد أن يأتى الأخرى توضأ». و فيه دلالة على استحباب الوضوء فى هذا الحال.

و روى الراوندى سعيد بن هبه الله فى كتاب الخرائج و الجرائح (٣) عن الحسن ابن أبى العلاء قال:

«دخل على أبى عبد الله عليه السلام رجل من أهل خراسان فقال: إن فلانا بن فلان بعث معى بجاريه و أمرنى أن أدفعها إليك، قال: لا حاجة لى فيها إنا أهل بيت لا تدخل الدنس بيوتنا، قال: لقد أخبرنى أنها ربيبه حجره، قال:

لا خير فيها، فإنها قد أفسدت، قال: لا علم لى بهذا، قال: أعلم أنه كذا».

و عن أبى عبد الله عليه السلام (٤)

«أنه دخل عليه رجل من أهل خراسان، فقال عليه السلام:

ما فعل فلان؟ قال: لا علم لى به، قال: أنا أخبرك به، بعث معك بجاريه لا حاجة فيها، قال: و لم قال: لأنك لم تراقب الله فيها حيث عملت ما عملت ليله نهر بلخ، فسكت الرجل، و علم أنه أعلم بأمر عرفه».

قال فى الوسائل بعد نقل هذين الخبرين: و روى الراوندى و المفيد و الطبرسى و الصدوق و غيرهم أحاديث كبيره فى هذا المعنى، و أنه أرسل إليهم عليهم السلام بهدايا

ص: ٣٢٨

-
- ١-١) الكافى ج ٥ ص ٤٩٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤١٤ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٩٤ ح ١.
٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٩ ح ٤٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٩ ب ٨٤ ح ٢ و لم نعثر عليه فى الكافى.
٣-٣) الخرائج ص ٢٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ١.
٤-٤) الخرائج ص ٢٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ٢.

و جواز زنا بهن الرسل، فأخبروا بالحال، و ردوا الجوارى (١).

و ظاهر صاحب الوسائل عموم هذا الحكم لغيرهم عليهم السلام أيضا فقال: باب كراهه وطئ الجارية الزانية بالملك و تملكها و قبول هبتها، و الظاهر بعده، فإن ظاهر الخبر الأول هو اختصاص هذا الحكم بهم عليهم السلام «إنا أهل بيت لا تدخل الدنس بيوتنا» لا أنه عام لغيرهم، مع ما عرفت من الأخبار المتكاثرة الدالة على جواز تزويج الزانية، و المتع به، و إمساك امرأته التي يعلم أنها تزني، و جوازه في الحره- خصوصا الزوجه- يقتضى ثبوته في الأمه بطريق أولى كما لا يخفى.

و روى في الكافي (٢) عن جعفر بن يحيى الخزاعي عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام قال:

«قلت له: اشتريت جاريه من غير رشده، فوقعت مني كل موقع، فقال: سل عن أمها لمن كانت، فسله يحلل الفاعل بأمرها ما فعل ليطيب الولد».

أقول: قد تقدم في باب الرضاع أخبار عديده نظير هذا الخبر في الاسترضاع ممن ولادتها من الزنا.

و منها

روايه إسحاق بن عمار (٣) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن غلام لي وثب على جاريه لي فأحبها فولدت، و احتجنا إلى لبنها فإن أحللت لهما ما صنعا أ يطيب اللبن؟ قال: نعم».

و قد صرح جملة من الأصحاب بالإعراض عنها، و ارتكبوا التأويل فيها بالحمل على ما إذا كانت الأمه قد تزوجت بدون إذن مولاهما، فإن الأولى له إجازة العقد ليطيب اللبن، مستندين إلى أن إحلال ما مضى من الزنا لا يرفع إثمه، و لا يرفع حكمه، فكيف يطيب لبنه، و هذه المناقشه تجرى في هذا الخبر أيضا إلا أنها

ص: ٣٢٩

١- (١) الخرائج ص ٢٩٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٥٦٠ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٠ ح ٢.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ٤٣ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ١٠٩ ح ١٨، الوسائل ج ١٥ ص ١٨٥ ح ٥.

غير ملتفت إليها، فإنه اجتهاد في مقابله النصوص، واستبعاد محض بل جرأه على أهل الخصوص.

و روى الشيخ (١) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«أيما رجل وقع على وليده قوم حراما ثم اشتراها فادعى ولدها فإنه لا يورث منه، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله سلم قال: الولد للفراش وللعاهر الحجر، ولا يورث ولد الزنا إلا رجل يدعى ابن وليدته». وهو محمول على كون الشراء وقع بعد تحقق الولد كما هو ظاهر الخبر المذكور.

و عن أبي بصير (٢) قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يقال للإماء يا بنت كذا و كذا، وقال: لكل قوم نكاح».

أقول: فيه دلالة على عدم جواز قذف أصحاب الممل و الأديان و الطعن في أنسابهم بما خالف مقتضى شريعتنا إذا كان سائغا في شرائعهم، و عليه تدل جملة من الأخبار.

منها ما رواه

في التهذيب (٣) عن عبد الله بن سنان في الحسن قال:

«قذف رجل رجلا مجوسيا عند أبي عبد الله عليه السلام فقال: مه، فقال الرجل: إنه ينكح امه و أخته، فقال: ذاك عندهم نكاح في دينهم».

و عن أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«كل قوم يعرفون النكاح من السفاح فنكاحهم جائز». إلى غير ذلك من الأخبار.

ص: ٣٣٠

-
- ١-١) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٧ ح ٤٠، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٦ ح ١.
 - ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٢ ح ٩٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٨ ح ٢.
 - ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٥٧٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٦ ح ١٦٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٨ ح ١.
 - ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٥ ح ١١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٨ ح ٣.

و روى فى الكافى (١) عن أبى شبل قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل مسلم ابتلى ففجر بجاريه أخيه، فما توبته؟ قال: يأتيه فيخبره و يسأله أن يجعله من ذلك فى حل و لا يعود، قال: قلت: فإن لم يجعله من ذلك فى حل؟ قال: قد لقي الله و هو زان خائن» الحديث.

و الأصحاب قد صرحوا فى هذا الموضوع بأنه فى صورته طلب التحليل و البراءة منه يعرض له و يكنى و لا يصرح، لما فيه من إثارة العداوة و مزيد الشحنة، و الخير كما ترى بخلافه.

و عن سليمان بن صالح (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سئل عن الرجل ينكح جاريه امرأته، ثم يسألها أن تجعله فى حل فتأبى، فيقول: إذا لأطلقنك و يجتنب فراشها فتجعله فى حل، فقال: هذا غاصب، فأين هو من اللطف».

و عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٣) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل تصب عليه جاريه امرأته إذا اغتسل و تمسحه بالدهن؟ قال: يستحل ذلك من مولاتها، قال: قلت: إذا أحلت له هل يحل له ما مضى؟ قال: نعم» الحديث.

أقول: و هذا الخبر من قبيل ما تقدم من مرسله الخزاعى و أخبار الرضاع.

و عن محمد بن مسلم (٤) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى امرأه الرجل يكون لها الخادم قد فجرت فتحتاج إلى لبنها؟ قال: مرها، فلتحللها يطيب اللبن».

ص: ٣٣١

-
- ١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٩، الفقيه ج ٤ ص ٢٨ ح ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٢ ح ٢.
 - ٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٠، الفقيه ج ٣ ص ٣٠٣ ح ٣٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٢ ح ٢.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٩ ح ٤٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٢ ح ٣.
 - ٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٣ ح ١.

و عن جميل بن دراج (١) عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام

«فى رجل كانت له مملوكه فولدت من فجور فكر، مولاها أن ترضع له مخالفه أن لا يكون ذلك جائزا له، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فحلل خادمك من ذلك حتى يطيب اللبن».

أقول: و هذان الخبران من الأخبار المشار إليها آنفا فى الدلالة على ما دلت عليه روايه إسحاق بن عمار المتقدمه.

و روى فى الكافى (٢) عن عبد الله بن سنان فى الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«لا يجوز للعبد تحرير و لا تزويج و لا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه».

و عن منصور بن حازم (٣) فى الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام

فى مملوك تزوج بغير إذن مولاه، أ عاص لله؟ قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعم أنه حرام، و قل له أن لا يفعل إلا بإذن مولاه».

و عن معاويه بن وهب (٤) فى الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام

«أنه قال فى رجل كاتب على نفسه و ماله و له أمه و قد شرط عليه أن لا يتزوج، فأعتق الأمه و تزوجها؟ قال: لا يصلح له أن يحدث فى ماله إلا الأكله من الطعام و نكاحه فاسد مردود» الحديث.

أقول: فى هذه الأخبار دلالة على ما هو المختار كما قدمنا ذكره فى كتاب البيع من القول بأن العبد يملك و لكن التصرف محجور عليه إلا بإذن المولى، و ظاهر هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض هو أن نكاحه بغير إذن المولى و إجازته باطل و إن لم يكن حراما يستحق عليه العقاب، و يشير إليه قول الباقر

ص: ٣٣٢

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٣ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٧٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٢ ح ١.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٢ ح ٢.

٤- (٤) الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٢ ح ٣.

عليه السلام في حسنه زرارته المتقدمه (١) في المسأله الاولى من المطلب الأول في الرد على العامه القائلين ببطلان النكاح و أنه لا يكون موقوفا على الإجازة، أنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده فإذا أجازته فهو جائز.

و روى الشيخ (٢) عن مسعده بن زياد قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: تحرم من الإماء عشره: لا تجمع بين الام و البنت، و لا بين الأختين، و لا أمتك و هي حامل من غيرك حتى تضع، و لا- أمتك و لها زوج، و لا- أمتك و هي عمتك من الرضاعة، و لا أمتك و هي خالتك من الرضاعة، و لا أمتك و هي أختك من الرضاعة، و لا أمتك و هي ابنة أختك من الرضاعة، و لا أمتك و هي في عده، و لا أمتك و لك فيها شريك».

و عن مسمع كردين (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قال أمير المؤمنين عليه السلام:

عشره لا- يحل نكاحهن و لا غشيانهن: أمتك أمها أمتك، و أمتك أختها أمتك، و أمتك و هي عمتك من الرضاعة، و أمتك و هي خالتك من الرضاعة، و أمتك و هي أختك من الرضاعة، و أمتك و قد أرضعتك، و أمتك و قد وطأت حتى تستبرئ بحيضه، و أمتك و هي حامل من غيرك، و أمتك و هي على سوم من مشرتى، و أمتك و لها زوج و هي تحته».

و روى في كتاب مكارم الأخلاق (٤) عن الحسين بن المختار رفعه

«إن سلمان تزوج امرأه غنيه، فدخل فإذا البيت فيه الفراش، فقال: إن بيتكم لمحرم، إذ قد تحولت فيه الكعبه، قال: فإذا جاريه محتمه، فقال: لمن هذه؟

ص: ٣٣٣

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥١ ح ٦٣، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ ح ١.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٦ ح ٤، الخصال ج ٢ ص ٤٣٨ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٦ ح ١.

٣-٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٧ ح ٢.

٤-٤) مكارم الأخلاق ص ٢٣٧، البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٢ ح ٢٢.

فقالوا: لفلانه امرأتك، قال: من اتخذ جاريه لا يأتيها ثم أتت محرما كان وزر ذلك عليه».

و عن الصادق عليه السلام (1)

«من اتخذ جاريه في أنها في كل أربعين يوما مره».

و عنه عليه السلام (2) قال:

«إذا أتى الرجل جاريته ثم أراد أن يأتي الأخرى توضأ».

أقول: في الخبر الثاني دلالة على كراهه ترك الجاريه بغير وطئ بعد الأربعين يوما.

و نقل في كتاب البحار (3) عن نوادر الراوندى بإسناده عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال:

«قال علي عليه السلام: إذا تزوج الرجل حره و أمه في عقد واحد، فنكاحهما باطل».

و بهذا الاسناد (4) قال:

«قال علي عليه السلام إذا تزوج الحر أمه فإنها تخدم أهلها نهارا، و تأتي زوجها ليلا، و عليه النفقه إذا فعلوا ذلك، فإن حالوا بينه و بينها ليلا فلا نفقه». و الله أعلم بحقائق أحكامه.

ص: ٣٣٤

١-١) مكارم الأخلاق ص ٢٣٧، البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٢ ح ٢٣.

٢-٢) مكارم الأخلاق ص ٢٣٧، البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٢ ح ٢٤.

٣-٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٤ ح ٣٤.

٤-٤) البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٤ ح ٣٥.

الفصل الخامس فيما يلحق بالنكاح

إشاره

و فيه مقاصد

[المقصد] الأول فيما يرد به النكاح

إشاره

، والكلام فيه يقطع في مطالب ثلاثه:

[المطلب] الأول: في العيوب

إشاره

، و هي إما في الرجل أو المرأة، فههنا مقامان:

[المقام] الأول: في عيوب الرجل

إشاره

، و هي على المشهور بين الأصحاب أربعة: الجنون، و الخصاء، و العنن، و الجب. و تردد في الشرائع في الرابع ثم قال: و الأشبه تسلطها على الفسخ، و نقل عن ابن البراج في المهذب أنه ذهب إلى اشتراك الرجل المرأة في كون كل من الجنون و الجذام و البرص و العمى موجبا للخيار في النكاح.

و كذلك ابن الجنييد و زاد العرج و الزنا، و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك الميل إلى عد الجذام و البرص في عيوب الرجل حيث قال -بعد نقل قولى ابن البراج و ابن الجنييد-: و دليلهما في غير الجذام و البرص غير واضح، أما فيهما ففي غايه الجوده، لصحيحه الحلبي، ثم ساق الروايه، و سيأتى ذكرها و نقل كلامه الذى على أثرها، و بيان ما فيه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا بد من الكلام في كل واحد واحد من هذه الأمور المذكوره.

[الجنون]

(و منها الجنون) قال في المسالك: لا خلاف في كون الجنون من عيوب الرجل المجوزه لفسخ المرأة النكاح في الجملة، ثم إذا كان مقدما على العقد أو مقارنا له ثبت لها به الفسخ مطلقا سواء كان مطبقا أم دوارا، و سواء عقل أوقات الصلاه أم لا، و إن كان متجددا بعد العقد سواء كان قد وطأ أم لا، فإن كان لا يعرف أوقات الصلاه فلها الفسخ أيضا، و إن عقل حينئذ فأكثر المتقدمين

كالشيخ و أتباعه على عدم الفسخ، و الأقوى عدم اشتراطه لعدم وجود دليل يفيد التقييد، و تناول

ص: ٣٣٥

الجنون بإطلاقه لجميع أقسامه، فإن الجنون فنون، و الجامع بينهما فساد العقل كيف اتفق، انتهى.

و نقل عن ابن حمزه أنه أطلق أن الجنون الموجب للخيار في الرجل و المرأة هو الذي لا يعقل معه أوقات الصلاة، و هو يشمل المتقدم منه و المتجدد، و المشهور في كلام الأصحاب أنهم لم يقيدوا الجنون بهذا القيد إلا في المتجدد بعد العقد.

قال في المسالك: و كيف كان فلا دليل على اعتبار ذلك، و إن كان مشهورا.

أقول: و الذي وقفت عليه من الأخبار هنا ما رواه

المشايخ الثلاثة (١) عن علي ابن أبي حمزه قال:

«سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن المرأة يكون لها زوج، و قد أصيب في عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون، فقال لها: أن تنزع نفسها منه إن شاءت.»

قال في الفقيه (٢) بعد أن أورد هذه الرواية:

و روى في خبر آخر أنه

«إن بلغ به الجنون مبلغا لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما، و إن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه، فقد ابتليت.»

قال السيد السند في شرح النافع بعد نقل ذلك: و كأن هذه الرواية مستند ابن حمزه و من قال بمقالته، لكنها مرسله، ثم طعن في الرواية الأولى بأن راويها علي بن أبي حمزه، و هو أحد عمد الواقفيه، فلا تنهض روايته حجه في إثبات الأحكام الشرعية.

أقول: الظاهر أن الرواية التي أشار إليها الصدوق إنما هي ما صرح به

الرضا عليه السلام في كتاب الفقيه الرضوى (٣) حيث قال عليه السلام:

«إذا تزوج رجل فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغا لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما، فإن عرف

ص: ٣٣٦

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٥١ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٩، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٣.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٤.

٣- (٣) فقه الرضا ص ٢٣٧، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٧ ح ١ و ٣.

أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد ابتليت».

وقد عرفت مما تقدم سيما في كتب العبادات نقل الصدوق-رحمه الله عليه- و أبيه في رساله عبارات هذا الكتاب و الإفتاء بها و إن كان نقله هنا إنما هو بطريق الروايه، و أبوه في رساله قد أفتى بهذه العبارة بعينها، على ما نقله في المختلف (1) و لم أقف في هذا الحكم إلا على هذين الخبرين.

و يمكن الجمع بينهما بتقييد إطلاق روايه على بن أبي حمزه (2) بما ذكره عليه السلام في كتاب الفقه.

ثم إن ظاهر كلامه عليه السلام في كتاب الفقه هو أن الجنون بعد العقد، و أن التفصيل بكونه إن كان لا يعقل أوقات الصلاة فلها الفسخ و إن عقل فلا- فسخ إنما هو في صورته ما إذا كان الجنون بعد العقد، و طأ أم لا، و هو على هذا دليل لقول الشيخ و من تبعه، و لا يصلح لأن يكون دليلاً لابن حمزه، لأن كلامه عليه السلام أعم من المتقدم على العقد و المتأخر عنه، و إن كانت العبارة التي نقلها الصدوق-رحمه الله عليه- (3)

ص: ٣٣٧

١- ١) حيث قال: و ظاهر كلام علي بن بابويه ذلك، فإنه قال: إذا تزوج رجل و أصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما، و ان عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه، فقد ابتليت. انتهى، و هي عين عبارة كتاب الفقيه كما ترى. (منه-قدس سره-).

٢- ٢) فإنها مطلقه بالنسبه إلى عقل أوقات الصلاة و عدمه، و كلامه-عليه السلام- في كتاب الفقه مفصل، فيحمل إطلاق الخبر المذكور على التفصيل الذي في كلامه-عليه السلام- كما هو القاعده المقرره في أمثال ذلك. (منه-قدس سره-).

٣- ٣) الظاهر أن الصدوق بنى في عبارته التي نقلها في الروايه على ما تضمنه الخبر الذي قبلها من فرض الجنون بعد ما تزوجها، فأطلق في نقلها الروايه اعتماداً على ذلك، فكأنه قال: و روى في خبر آخر أنه مع ظهور الجنون بعد التزويج ان بلغ به الجنون. إلى آخره، و اللفظ الذي نقله عنه لفظ الكتاب كلمه كلمه، و عبارته أبيه في رساله كما عرفت من نقل المختلف إنما هي عبارة الكتاب من أولها إلى آخرها، و بالجملة فإنه لا ريب في كون تلك الروايه هي كلامه-عليه السلام- في كتاب الفقه (منه-قدس سره-). الفقه الرضوى ص ٢٣٧.

مطلقه، ولهذا إن السيد فى شرح النافع جعلها دليلا له، إلا أن الظاهر كما عرفت أن كلام الصدوق -رحمه الله عليه- إنما هو مأخوذ من كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه، و إن أجمل فى التعبير عنه، و عبارته الكتاب صريحه فى المتأخر عن العقد كما عرفت، و ظاهر روايه على بن أبى حمزه أيضا أن الجنون إنما هو بعد العقد

لقوله عليه السلام

«و قد أصيب فى عقله بعد ما تزوجها».

و على هذا فمورد روايات المسأله إنما هو المتجدد بعد العقد، و الظاهر أن الوجه فيه هو عدم صحه النكاح لو فرض الجنون قبل العقد، إلا أن يكون الجنون أدوارا و عقد فى حال الصحه، أو قلنا بجواز تزويج الولى له.

و كيف كان فإن ما ذكره الأصحاب من العموم أو الإطلاق فى المسأله لما قبل العقد أو قارنه أو تأخر عنه لا دليل عليه، بل الموجود فى الأدله إنما هو المتأخر خاصه، و الظاهر أن معتمد المتأخرين بعد الطعن فى أخبار المسأله بالضعف إنما هو الاتفاق و الإجماع إن ثبت.

و فى المسالك استدلال على الحكم المذكور

بصحيحه الحلبي (1) عن الصادق عليه السلام قال:

«إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل». قال: و هو شامل لما قبل العقد و بعده، و لما يعقل معه أوقات الصلاه و غيره، ثم نقل روايه على بن أبى حمزه، ثم قال: و هى صريحه فى المتجدد شامله بإطلاقها لما قبل الدخول و بعده، ثم قال: لكن فى طريقها ضعف، و عمدته الأمر على الاتفاق على كون الجنون عيبا مطلقا مع عدم وجود دليل مخصص، انتهى.

أقول: ما ذكره من الاستدلال على هذا الحكم بصحيحه الحلبي محل نظر.

أما (أولا) فلأن المتبادر من قوله «إنما يرد النكاح» إنما هو تسلط الزوج

ص: ٣٣٨

على الفسخ إذا ظهر بالزوجه أحد هذه العيوب لأن النكاح إنما يستند إلى الزوجه، فيكون رده من قبل الزوج.

و أما (ثانيا) فلأن الكليني و الصدوق -رحمه الله عليهما- قد رويا هذه الروايه بالاشتمال على السؤال عن عيوب المرأه، و الشيخ قد أسقط السؤال، و اقتصر على مجرد الجواب.

و هذه صوره الروايه بنقل الشيخين المذكورين:

عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام

«أنه قال في رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء، و لم يبينوا له، قال:

لا ترد إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل، قلت: أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها قال: لها المهر بما استحل من فرجها، و يغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها».

و نقلها

شيخنا المجلسي في كتاب البحار (٢) عن الحسين بن سعيد في كتابه عن ابن أبي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام

«أنه قال في الرجل: يتزوج إلى قوم» الحديث. كما نقله الشيخان المذكوران.

و بالجملة فإن من يقول بهذا الاصطلاح المحدث لا دليل عنده لهذا الحكم إلا ما يتشبهون به من الإجماع الذي قد عرفت في غير مقام ما فيه من النزاع، و لهذا إن السيد السند في شرح النافع قال: و المسأله قويه الإشكال، لانتفاء ما يعتمد عليه من النص فيها، فإن ثبت فيها إجماع على أن الجنون مطلقا أو على بعض الوجوه موجب للخيار: و جب المصير إليه، و إلا فالأمر كما ترى.

و أما من لا يقول به -كما هو الحق الحقيقي بالاتباع، و إن كان في هذه الأزمان قليل الاتباع- فالأمر واضح، و العمل على الروايتين المذكورتين، إلا

ص: ٣٣٩

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٥.

٢-٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٦٤ ح ١٨ مع اختلاف يسير.

أن موردهما كما عرفت إنما هو الجنون المتجدد بعد العقد أعم من أن يكون قد وطأ أم لا.

بقي شيء، وهو أنه هل يفتقر فسخ المرأه في المتجدد إلى طلاق أم لا؟ ظاهر الشيخ في النهايه الأول حيث قال: فإن حدث بالرجل جنه يعقل معها أوقات الصلاه لم يكن لها اختيار، وإن لم يعقل أوقات الصلاه كان لها الخيار، فإن اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها، وكذا قال ابن البراج في المهذب و ابن زهره و ابن إدريس لم يذكر الطلاق.

قال في المختلف: و الوجه أنه لا يفتقر الى طلاق، سواء تجدد بعد الدخول أو قبله كغيره من العيوب، انتهى.

أقول: أنت خير بأن الروايتين الواردتين في المسأله لا- دلالة فيهما على الطلاق بوجه، بل ظاهر روايه على بن أبي حمزه و قوله فيها «لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت» إنما هو الفسخ خاصه و أن الاختيار لها، فأيهما اختارت مضى، و عباره كتاب الفقه و إن كانت مجمله إلا أن الظاهر حملها على هذه الروايه لصراحتها في الفسخ، و بالجملة فالظاهر ضعف القول المذكور.

[الخصاء]

(و منها الخساء) و هو بكسر الخاء المعجمه: المرسل الأنثيين، قاله الجوهري، و في كتاب المصباح المنير للفيومي: خصيت العبد و أخصيته خساء بالكسر و المد سللت خصيته، فهو فعيل بمعنى مفعول، قيل: و الحق به الوجاء، و هو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما.

و في القاموس: أنه بمعنى الخساء.

و قال في المسالك: و الوجاء بالكسر و المد أيضا هو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما، قيل: إنه من أفراد الخساء، فيتناوله لفظه، انتهى.

و عد الخساء من عيوب الرجل هو المشهور بين الأصحاب، و يدل عليه

جملة من الأخبار.

منها ما رواه

المشايخ الثلاثة (١) في الموثق عن عبد الله بن بكير عن أبيه عن أحدهما عليهما السلام

«في خصى دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها، قال: فقال: يفرق بينهما إن شاءت المرأة، ويوجع رأسه، وإن رضيت به و أقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به إن تاباه».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب (٢) عن سماعه في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام

«أن خصيا دلس نفسه لامرأة، قال: يفرق بينهما و تأخذ المرأة منه صداقها، و يوجع ظهره كما دلس نفسه».

و ما رواه

في التهذيب (٣) عن عبد الله بن مسكان في الصحيح قال:

«بعثت بمسأله مع ابن أعين قلت: سله عن خصى دلس نفسه لامرأة و دخل بها فوجدته خصيا، قال: يفرق بينهما و يوجع ظهره و يكون لها المهر بدخوله عليها».

و ما رواه

الحميري في كتاب قرب الاسناد (٤) عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال:

«سألته عن خصى دلس نفسه لامرأة، ما عليه؟ قال: يوجع ظهره و يفرق بينهما و عليه المهر كاملا إن دخل بها و إن لم يدخل بها فعليه نصف المهر».

و قال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٥)

«و إن تزوجها خصى فدلس نفسه لها و هي لا تعلم فرق بينهما، و يوجع ظهره كما دلس نفسه، و عليه نصف الصداق و لا عده عليها منه، فإن رضيت بذلك لم يفرق بينهما، و ليس لها الخيار بعد ذلك».

ص: ٣٤١

- ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٨ ح ٢.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٨ ح ٣.
- ٤-٤) قرب الاسناد ص ١٠٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٩ ح ٥.
- ٥-٥) فقه الرضا ص ٢٣٧، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ، وفيه «لم يفرق ما بينهما».

و بهذه العبارة بعينها أفتى الشيخ على بن بابويه فى الرساله على ما نقله عنه فى المختلف (١).

و ما رواه

الكشى فى كتاب الرجال عن ابن مسكان (٢)

«أنه كتب إلى الصادق عليه السلام مع إبراهيم بن ميمون يسأله عن خصى دلس نفسه على امرأه، قال: يفرق بينهما و يوجع ظهره».

و نقل عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط أن الخصاء ليس بعيب، محتجا بأن الخصى يولج و يبالح أكثر من الفحل، و إنما لا ينزل و عدم الانزال ليس بعيب.

و العجب منه مع ورود هذه الأخبار و نقله لجملة منها فى كتب الأخبار كيف يطرحها فى معارضه هذا التعليل و يرجحه عليها. و بالجملة فإن الحكم بعد ورود هذه الأخبار مما لا ريب فيه.

بقى الكلام فى الوجود فإن ثبت أنه داخل تحت الخصاء، و إلا فالتمسك بأصاله صحة العقد أقوى مستند فى المقام، و بما ذكرناه أيضا صرح السيد السند فى شرح النافع.

[العنن]

(و منها العنن) و قد عرفه المحقق فى الشرائع بأنه مرض تضعف معه القوه عن نشر العضو بحيث يعجز عن الإيلاج.

قال فى المسالك: و الاسم العنه بالضم، و يقال للرجل إذا كان كذلك:

عين كسكين.

ص: ٣٤٢

١- ١) قال فى المختلف: و قال على بن بابويه «و ان تزوجها خصى قد دلس نفسه لها و هى لا تعلم فرق بينهما و يوجع ظهره كما دلس نفسه، و عليه نصف الصداق و لا عده عليها منه» و كذا قال الصدوق فى المقنع. أقول: و هذه العبارة عين عبارته كتاب الفقه المذكوره فى الأصل، و به يعلم صحة ما كررناه فى غير مقام من اعتماد الصدوقين على هذا الكتاب و الإفتاء بعبارته. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) رجال الكشى ص ٢٤٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٩ ح ٧.

أقول: قال في القاموس: العنين كسكين من لا يأتي النساء عجزاً، ولا يريدهن.

و قال في كتاب مصباح المنير: رجل عنين لا يقدر على إتيان النساء، ولا يشتهي النساء، و ظاهره أنه لا بد في تحقق العنن من أمرين: أحدهما العجز عن إتيانهن لضعف العضو و عدم قدرته عن الانتشار، و ثانيهما عدم إرادته القلبية بالكليه، و ظاهر كلام الفقهاء إنما هو الأول خاصة كما عرفت من كلام المحقق.

و كيف كان فإنه قد أجمع الأصحاب على أنه من العيوب الموجه لتسلط المرأه على الفسخ، و عليه تدل جملة من الأخبار.

منها ما رواه

الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال:

« العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت.»

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (٢) عن عباد الضبي و في الفقيه و التهذيبين غياث مكان عباد، عن أبي عبد الله عليه السلام

«قال في العنين: إذا علم أنه عنين لا يأتي النساء فرق بينهما، فإذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرق بينهما و الرجل لا يرد من عيب.»

و ما رواه

في الكافي (٣) عن أبي بصير في الصحيح، و هو المرادى بقرينه ابن مسكان عنه قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع، أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت، قال ابن مسكان: و في حديث آخر تنتظر سنه، فإن أتاها و إلا فارقته، فإن أحببت أن تقيم معه فلتقم.»

و ما رواه

في الكافي و الفقيه (٤) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قال

ص: ٣٤٣

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٥.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٥، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ٢.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ١.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٣، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٨ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٤.

أمير المؤمنين عليه السلام من أتى امرأته مره واحده ثم أخذ عنها فلا خيار لها».

قال في الفقيه: وفي خبر آخر

«أنه متى أقامت المرأة مع زوجها بعد ما علمت أنه عنين ورضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا».

و ما رواه

في التهذيب (١) عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

«أن عليا عليه السلام كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأة فوق عليها مره ثم أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت».

و عن أبي الصباح الكناني (٢) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا، أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت».

و عن الكناني (٣) بهذا الاسناد قال:

«إذا تزوج الرجل المرأة و هو لا يقدر على النساء أجل سنه حتى يعالج نفسه».

و عن أبي البختری (٤) عن أبي جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام

«أن عليا عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنه من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها، وإلا فرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه

ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار و لا خيار لها».

و ما رواه

في كتاب قرب الاسناد (٥) عن الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام

«أنه كان يقضى في العنين أنه يؤجل سنه من يوم مرافعه المرأة».

و عن عبد الله بن الحسن (٦) عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن عنين دلس نفسه لامرأة، ما حاله؟ قال: عليه المهر، و يفرق

ص: ٣٤٤

- ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٦.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٩، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٧.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٩.
- ٥-٥) قرب الاسناد ص ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٩.
- ٦-٦) قرب الاسناد ص ١٠٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ١٢.

بينهما إذا علم أنه لا يأتي النساء».

و في كتاب الفقه الرضوي (١) قال عليه السلام

«فإن تزوجها عنين و هي لا تعلم، فإن علم أن فيه عله تصبر عليه حتى يعالج نفسه سنه، فإن صلح فهي امرأته على النكاح الأول، وإن لم يصلح فرق بينهما، و لها نصف الصداق، و لا عده عليها منه، فإن رضيت بذلك لا يفرق بينهما، و ليس لها خيار بعد ذلك».

أقول: و يفهم من هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض بحمل مطلقها على مقيدها و مجملها على مفصلها أمور:

الأول: إنه يجب تأجيله سنه بعد ظهور العنن، و أن مبدأ ذلك من وقت المرافعه إلى الحاكم الذي وقعت النزاع و الدعوى بينهما، و قد نقل الشهيد الثاني و قبله المحقق الشيخ على الاتفاق على وجوب التأجيل سنه، مع أن العلامة في المختلف نقل عن ابن الجنيد أنه إن كانت العنة متقدمه على العقد جاز للمرأة الفسخ في الحال، و إن كانت حادثه بعد العقد أجل سنه من حين الترافع.

و احتج له في المختلف بروايه الضبي و روايه أبي الصباح الكناني، و الجواب عنهما بما ذكرناه من تقييد إطلاقهما بالأخبار الداله على التأجيل، و حمل المطلق على المقيد.

و أجاب العلامة عنهم في المختلف بأن العلم إنما يحصل بعد السنه، قال:

و لو قدر حصوله قبلها فالأقوى ما قاله ابن الجنيد.

أقول: الظاهر من الأخبار أن التأجيل سنه ليس لأن العلم به لا يحصل إلا بعد السنه كما ذكره، بل إنما هو لاحتمال زواله بالمعالجه و نحوها و إلا فهو قد ثبت بأحد الأمور الآتية في ثبوته من العجز عن وطئ النساء، أو القيام في الماء البارد و نحوهما مما سيأتي، و لكن الشارع لأجل التوسع عليه ضرب له هذه المده للمعالجه كما تضمنه خبر الكناني الثاني، و سيأتي إن شاء الله ما يدل

ص: ٣٤٥

على ما ذكرناه.

الثانى: إنه له تجدد بعد وطئها و لو مره واحده فإنه لا فسخ لها، فلتصبر فإنها قد ابتليت، و هو أشهر القولين بين الأصحاب، و ذهب الشيخ المفيد و جماعه إلى أن لها الفسخ أيضا للاشتراك فى الضرر الحاصل باليأس من الوطئ، و فيه طرح للأخبار المصرحه بالصبر لها و أنها قد ابتليت كروايه إسحاق بن عمار، و رويها الضبى و رويها السكونى.

و ظاهره فى المسالك الميل إلى القول الثانى لضعف الأخبار المذكوره، لأن الجمع بين الأخبار بحمل المطلق على المقيد فرع تحقق المعارضه، و هذه الأخبار تقصر عن معارضه الأخبار المطلقه التى فيها الصحيح كصحيحه محمد بن مسلم، قال:

و توقف فى المختلف و له وجه، انتهى.

أقول: و سيأتى تتمه الكلام فى هذا المقام فى المطلب الآتى فى أحكام العيوب إن شاء الله تعالى.

الثالث: لو رضيت من المرأه بالزوج بعد العلم بالعن فإنه لا خيار لها، و الظاهر أنه لا خلاف فيه.

الرابع: الظاهر من الأخبار المتقدمه أن العن الموجب للفسخ هو عدم إمكان إتيانه النساء، سواء كانت هى أو غيرها، فلو عجز عنها مع إمكان إتيانه غيرها لم يسم عينا، فإن قوله

فى رويها الضبى

«إذا علم أنه لا يأتى النساء، فرق بينهما». و قوله

فى رويها أبى بصير

«ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع».

ظاهر فيما قلناه، و نحوهما غيرهما.

و يظهر من عباره الشيخ المفيد المتقدمه أن المعتبر فى صدق العن و عدمه إنما هو بالنسبه إلى الزوجه، و لا عبره بغيرها، حيث قال: فإن وصل إليها و لو مره واحده فهو أملك بها، و إن لم يصل إليها فى السنه كان لها الخيار، و مفهومه

ص: ٣٤٦

أنه لو لم يصل إليها و إن وصل إلى غيرها فإن لها الخيار، و هو مشكل (١).

و يمكن حمل كلامه على التمثيل، بمعنى أنه إن أمكنه الوصول إلى من يريد نكاحها من تلك المرأة أو غيرها، و التعبير بها إنما وقع من حيث كونها هي الزوجه المراد الدخول بها.

و الظاهر أنه لا وجه لهذا التقدير الذى بنى عليه الكلام من إمكان زوال العنن بالنسبه إلى امرأته دون أخرى، فإن العنن الذى هو عبارته عن المرض المذكور إن وجد فإنه مانع مطلقاً، و إن زال فهو يقدر على الجماع مطلقاً، و التعبير فى الروايات إنما وقع بناء على ذلك، فربما عبر بالنساء مطلقاً، و ربما عبر بالمرأة، و هكذا من العبارات الخارجة مخرج التمثيل دون الخصوصيه بفرد دون آخر.

الخامس: ما تضمنته روايه عبد الله بن الحسن المرويه فى كتاب قرب الاسناد من وجوب المهر كملاً، و كلامه فى كتاب الفقه الرضوى من التخصيص بالنصف لا يخول من إشكال، و مقتضى قواعد الأصحاب أنه إذا كان الفسخ من قبل المرأة و كان قبل الدخول فإنه يسقط المهر، إلا أنهم استثنوا العنن فى هذا المقام، فقالوا:

بأنه ينتصف المهر بالفسخ كما دل عليه كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى، و عليه تدل أيضاً

صحيحه أبى حمزه (٢) قال:

«سمعت أباً جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التى قد تزوجت زوجها غيره، فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها- إلى أن قال: فعلى الامام أن يؤجله سنه، فإن وصل إليها و إلا فرق بينهما و أعطيت نصف الصداق، و لا عده عليها». و هذه الروايه هى مستند الأصحاب

ص: ٣٤٧

١- ١) أقول: قد ذكرنا هذه المسأله أيضاً فى المطلب الثانى فى أحكام العيوب فليراجع. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٤١١ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٣ ح ١.

فى تنصيف المهر فى هذه الصورة و نحوها كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه.

و أما روايه قرب الاسناد الداله على إعطاء المهر كملا- فلا- أعلم بها قائلا، إلا أن المنقول عن ابن الجنيـد أنه قال: إن المرأه إن اختارت الفسخ بعد تمكينها إياه من نفسها وجب المهر و إن لم يولج، و يمكن جعل هذه الروايه مستندا له، و العلامه فى المختلف قد جعل كلام ابن الجنيـد بناء على أصله من قوله بوجوب المهر بالخلوه (1)، مع أن هذه الروايه كما ترى ظاهره فيه.

[الجب]

(و منها الجب) و المشهور بين الأصحاب على وجه لم ينقل فيه أحد خلافا هو عد الجب من العيوب الموجه للفسخ، و إن تردد فيه المحقق فى الشرائع، و الظاهر أن وجهه عدم ورد نص فيه بخصوصه، كغيره من العيوب المتقدمه، و أن مقتضى العقد لزوم النكاح، و فسخه يتوقف على دليل شرعى، و ليس فليس، و يمكن الاستدلال عليه بفحوى ما دل على ثبوت الخيار بالخصاء و العن بخلاف المـجبـوب الذى لم يبق له ما يمكنه به الوطى بالكليه، و يعضده إطلاق روايه أبى الصباح الكنانى المتقدمه.

قال فى المسالك: و يمكن إثباته من النصوص الداله على حكم الخصاء فإنه أقوى عيبا منه لقدره الخصى على الجماع فى الجملة، بل قيل: إنه يصير أقوى من

ص: ٣٤٨

١- ١) قال العلامه فى المختلف: المشهور أن العنين يجب عليه نصف المهر مع فسخ المرأه النكاح، و قد نص عليه الصدوق فى المقنع و أبوه و الشيخ فى النهايه و غيرهم، و ليس هنا فسخ من قبل الزوجه يستعقب شيئا من المهر سوى هذا، و الأصل فيه اترافه على مخادمتها و خلوته بها سنه، و قال ابن الجنيـد-رحمه الله عليه-: إذا اختارت الفرقة بعد تمكينها إياه من نفسها وجب المهر و ان لم يولج، و هو بناء على أصله من أن المهر يجب بالخلوه كما يجب بالدخول، انتهى. أقول: قد عرفت أن مستند القول بالتنصيف انما هو صحيحه أبى حمزه، و أما مذهب ابن الجنيـد فيمكن أن يكون مستند روايه قرب الاسناد. (منه-قدس سره-).

الفحل بواسطة عدم خروج المنى منه، و من ثم ذهب بعضهم إلى عدم كونه عيباً لذلك، بخلاف المجهوب، فإنه قد انتفى عنه القدره على الجماع رأساً لعدم الآله، و كذلك استفادته من العنن لمشاركته له فى المعنى و زياده، لأن العنن يمكن برؤه، و المجهوب يستحيل، و يمكن استفادته من عموم الأخبار كقوله فى روايه أبى الصباح (1) فى امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع إلى آخره، فإنه يشمل بإطلاقه المجهوب لأنه لا يقدر على الجماع مضافاً إلى لزوم الضرر بالمرأه على تقدير عدم إثبات الخيار لها، و هو منفى، و حينئذ فالمذهب كونه عيباً انتهى و هو جيد.

و يؤكد أن الظاهر من جعل الشارع لها الخيار فى المواضع المتقدمه إنما هو لرفع الضرر عنها، و لهذا لو رضيت سقط خيارها، و لا ريب فى حصول الضرر فى هذا الموضع، بل هو أشد ضرراً من غيره كما ذكره شيخنا المذكور، فىكون أولى بجعل الخيار لها فيه، و اشترط فى الشرائع أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطى و لو قدر الحشفه، و هو كذلك لأن الوطى يصدق بذلك المقدار و يترتب عليه أحكامه من الغسل و المهر و الحد و نحوها.

و بالجمله فالظاهر أنه عيب يثبت به الفسخ اتفاقاً، هذا إذا كان ثابتاً قبل العقد.

أما لو تجدد بعد العقد سواء كان قبل الوطى أو بعده، فهل يكون الحكم فيه كذلك أم لا، قولان، و قد اضطرب هنا كلام الشيخ و العلامه فى كتبهما، فذهب الشيخ فى المبسوط و ابن البراج و جماعه إلى ثبوت الخيار متى وجد.

و استدلل عليه فى المبسوط بالإجماع، و عموم الأخبار، مع أنه فى موضع آخر من الكتاب المذكور، قال: و عندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا الجنون الذى لا يعقل معه أوقات الصلاه، و قال المخالف: إذا حدث واحد من الأربعة:

الجنون و الجذام و البرص و الجب فلها الخيار، و عندنا أنه لا خيار، انتهى.

و هو مشعر بدعوى الإجماع عليه مع ادعائه الإجماع فى مقابله، و هذا من

ص: ٣٤٩

جملة ما اتفق له في غير موضع من دعوى الإجماع على حكم، و دعواه في موضع آخر على خلافه، و كذلك ذهب في الخلاف إلى عدم الخيار بالحادث، و إليه ذهب ابن إدريس.

و أما العلامة فإنه في المختلف قوى جواز الفسخ بالجب و الخضاء و العنن، و إن تجددت بعد الدخول، و في الإرشاد قطع بعدم ثبوته بالمتجدد منها مطلقا، و كذا في التحرير، ثم في موضع آخر منه قرب جواز الفسخ بالمتجدد من الجب بعد الوطى و إبقاء الخضاء على الحكم الأول من عدم الفسخ بالمتجدد منه بعد العقد مطلقا، و في العنه جوز بالمتجدد بعد العقد و قبل الدخول خاصة.

و في القواعد جزم بالجباء المتجدد منه بعد العقد و قبل الوطى و تردد في المتجدد بعد الوطى و شرط في الخضاء سبقه على العقد، و نسب الحكم في المتجدد إلى قول، مشعرا بتردده، و في العنه شرط عدم الوطى.

و التحقيق في هذا المقام أن يقال: إنك قد عرفت أنه ليس في الأخبار ما يدل على حكم الجب بالكليه، و إنما المرجع في حكمه إلى الأخبار المتقدمه في تلك الأفراد بالتقريب المتقدم، و قد عرفت أن الظاهر من تلك الأخبار باعتبار ضم بعضها إلى بعض، و حمل مطلقها على مقيدها، و مجملها على مفصلها من غير التفات إلى صحيح منها أو ضعيف هو أنه مع الدخول بها و لو مره فلا فسخ، و الفسخ إنما هو فيما عدا ذلك، و حينئذ فيكون الحكم في الجب أيضا كذلك، و يأتي على القول الآخر المتقدم ذكره ثمه جواز الفسخ مطلقا، و لعله من هنا نشأ هذا الخلاف في هذه الصورة أيضا.

[الجذام و البرص و العمى]

(و منها) الجذام و البرص و العمى، و ذهب إليه ابن البراج في المهذب، و جعله مشتركا بين المرأه و الرجل، و قبله ابن الجنيد أيضا و زاد العرج و الزنا.

قال في المسالك: و دليلهما في غير الجذام و البرص غير واضح، أما فيهما ففي

لصحيحه الحلبي (1) عن أبي عبد الله عليه السلام

«يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». قال: و هو متناول بإطلاقه للرجل و المرأة، و لأن ثبوتهما عيبا في المرأة مع أن للرجل و سيئه إلى التخلص منها بالطلاق يوجب كونها عيبا في الرجل بالنسبه إليها بطريق أولى، لعدم قدرتها على التخلص لو لا الخيار، و حصول الضرر منه بالعدوى باتفاق الأطباء- إلى أن قال: -و يبقى الكلام في اعتبار سبقه على العقد و الاكتفاء بالمتجدد منه مطلقا أو قبل الدخول كما سبق في نظائره، بل العموم هنا أولى لإطلاق النص الصحيح المتناول لجميع الأقسام، انتهى.

و فيه أن ما استند إليه هنا من النص المذكور قد تقدم الجواب عنه و أن هذا النص ليس من محل البحث في شيء، فإن مورد الخبر إنما هو عيوب النساء كما تقدم ذلك مشروحا مبينا في مسأله الفسخ بالجنون، و يؤيده ذكر العفل في جمله تلك العيوب، فإنه مخصوص بالمرأة، و من نظر إلى روايتي الكليني و الصدوق المشتملتين على السؤال عن عيوب المرأة، و هو عليه السلام قد أجابه بما هو مذكور هنا علم أن الشيخ قد أسقط السؤال و اقتصر على إيراد الجواب، و هو معيب عند المحدثين كما ذكره جمله من المحققين، لعروض مثل هذا الاشتباه هنا، فإن هذا الجواب مبني على السؤال المذكور في صدر الخبر، و إقطاعه عنه يوجب ما وقع فيه هذا المستدل هنا، و كيف كان فإنه لا أقل أن يكون ما ذكرناه مساويا لما قالوه للاحتمال، و به يبطل الاستدلال.

و أما الوجه العقلي الذي ذكره فقد عرفت في غير موضع مما تقدم أن هذه التعليلات العقلية لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية، لاستفاضه الآيات و الروايات بالرجوع في الأحكام إلى الكتاب العزيز أو ما ورد عنهم عليهم السلام.

ص: ٣٥١

(و منها) الزنا، المشهور أنه ليس بعيب يرد به النكاح، وقال ابن الجنيدي:

الزنا قبل العقد و بعده يرد به النكاح، فلو زنت المرأة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما، وكذلك إن كان الزاني رجلاً فلم ترض المرأة فرق بينهما، و وافقه الصدوق في المقنع في الزوجه، فقال في الكتاب المذكور: إذا زنت المرأة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها،

لقول علي عليه السلام (١)

«إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها؟ قال: يفرق بينهما و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها».

أقول: لا ريب أن ما ذكره الصدوق و ابن الجنيدي هنا قد دل عليه جملة من الأخبار المتقدمة في الإلحاق الذي بعد المقام الثاني في الزنا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة، إلا- أنه قد دلت صحيحه رفاعه المذكوره ثمه على خلاف ما دلت عليه تلك الروايات، و بهذه الصحيحه أفتى الصدوق في علل الشرائع (٢) مع أنه قد أفتى في المقنع كما عرفت بالأخبار الداله على الفسخ، و هو غريب منه.

و بالجملة فإن ظاهر الأصحاب الاعراض عن تلك الروايات و عدم العمل بها، و قد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام في مواضع، منها في المسألة الخامسة من من مسائل لواحق المذكوره في آخر الفصل الثاني فليراجع ذلك من أحب.

[ما لو ظهر كون الزوج خنثى]

(و منها) ما لو ظهر كون الزوج خنثى (٣) قيل: لها الفسخ، و هو قول الشيخ في المبسوط في موضعين منه، قال في أحدهما: و لو أصابته خنثى و قد ثبت أنه رجل فهل لها الخيار؟ على قولين: أحدهما أن لها الخيار و هو الأقوى،

ص: ٣٥٢

- ١- (١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٥، التهذيب ج ٧ ص ٤٩٠ ح ١٧٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣ ح ٣٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٣.
- ٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ١٧٩ ح ٧، علل الشرائع ص ٥٠٢ ط النجف الأشرف، الوسائل ج ١٨ ص ٣٥٩ ح ٨.
- ٣- (٣) أي المرأة وجدت الزوج خنثى. (منه- قدس سره-).

و فى موضع ثالث أنه لىس بعب و إنما هو بمنزله الإصبع الزائده، و هذا هو الأقوى، و كذا لو ظهرت المرأه خنتى، لأن الزائد فيها كالإصبع الزائده.

أقول: و الأظهر أن يقال، بالنسبه إلى الرجل كالثقبه الزائده، لا كالإصبع كما ذكره، و إنما التشبيه بالإصبع لمن حكم بكونها امرأه.

قال فى المسالك: و موضع الخلاف ما إذا كان محكوما له بالذكوريه، أو الأنوثيه، أما لو كان مشكلا تبين فساد النكاح، و بذلك صرح الشيخ فى المبسوط بأنه صرح بكون الخلاف فى الخنتى الواضح، لأنه قال فى الموضوعين المشار إليهما آنفا: لو بان خنتى و حكم بأنه ذكر هل لها الخيار أم لا؟ و اختار العلامه فى المختلف عدم الخيار لما ذكره الشيخ من التعليل بأن هذه الزياده كالإصبع الزائده، قال: و لا وجه للخيار مع إمكان الوطى و ثبوت الرجوليّه، و قال فى المسالك:

و وجه الخيار مع وضوحه (1) و وجود النفره منه، و كون العلامات ظنيه لا تدفع الشبهه، و الانحراف الطبيعى.

أقول: و بمقتضى هذا التقرير أنه لو ظهر كون الزوج امرأه و الزوجه رجلا بالعلامات التى يستعلم بها الواضح بطل العقد، و كذا لو ظهر كونه خنتى مشكلا بطل أيضا، و لم أقف فى هذه المسأله على نص يدل على ما ذكره من ثبوت الخيار للمرأه لو ظهر كون زوجها خنتى و قد حكم بكونه رجلا شرعا، و للرجل لو ظهر كون زوجته خنتى قد حكم شرعا بكونها امرأه، إلا أن حديث دينار الخصى (2) المشتمل على عد الأضلاع، و أن أمير المؤمنين عليه السلام ألحق تلك الخنتى بالرجل لما كانت أضلاعها مثل أضلاع الرجال، يدل على بطلان النكاح لو ظهر كون الخنتى

ص: ٣٥٣

١-١) قوله «مع وضوحه» يعنى فرض كونه خنتى واضحا لا خنتى مشكلا فإنه مع كونه مشكلا يبطل النكاح. (منه-قدس سره-).

٢-٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٥٤ ح ٥، الفقيه ج ٤ ص ٢٣٩ ح ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٥٧٥ ح ٣.

التي كانت زوجه-رجلا-و يأتي مثله في الزوج إذا كان خنثى، و ظهر كونه امرأه بالعلامات المنصوبه من الشارع، و هو مما لا إشكال فيه كما صرح به الأصحاب، و أما موضع البحث فلم أقف فيه على نص.

[ظهور كذبه في الانتماء إلى قبيله]

(و منها) ما لو انتمى الرجل إلى قبيله فزوجه بناء على ذلك، فظهر خلاف ما ادعاه، فهل للمرأة الخيار أم لا؟ قولان: و قد تقدم الكلام في هذه المسألة في المسألة السادسة من مسائل لواحق العقد المذكوره في آخر الفصل الثاني، فلا حاجة الى إعادته.

المقام الثاني: في عيوب المرأة

إشاره

و هي على المشهور في كلامهم سبعة: الجنون و الجذام و البرص و القرن و الإفضاء و العمى و الإقعاد، و في العرج أقوال، يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى، و عد الصدوق في المقنع من عيوب المرأة الموجه للفسخ ما إذا زنت المرأة قبل دخول الزوج بها، و عد ابن الجنييد مطلق الزنا من الرجل و المرأة قبل العقد و بعده، و عد ابن الجنييد مطلق الزنا من الرجل و المرأة قبل العقد و بعده، و عد المفيد و جماعه المحدوده في الزنا، بل الظاهر أنه المشهور بين المتقدمين على ما نقله في المسالك، و المشهور بين المتأخرين عدم عد ذلك، و الواجب أولاً- نقل ما وصل إلينا من الأخبار المتعلقة بالمقام، ثم الكلام فيها بتوفيق الملك العلام و بركة أهل الذكر عليهم السلام.

الأول: ما رواه

في الكافي (1) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء، و لم يبين و له، قال:

يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل».

الثاني: ما رواه

الشيخ و الصدوق (2) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن

ص: ٣٥٤

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦ و ص ٥٩٧ ح ٥.

أبى عبد الله عليه السلام «أنه قال فى رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء، و لم يبينوا له، قال: لا تردد، إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل، قلت:

أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحل من فرجها، و يغرم وليها الذى أنكحها مثل ما ساق إليها».

الثالث: ما رواه

الشيخ فى التهذيب (1) عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل».

الرابع: ما رواه

عن زيد الشحام (2) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ترد البرصاء و المجنونه و المجذومه، قلت: العوراء؟ قال: لا».

الخامس: ما رواه

فى الكافى و التهذيب (3) عن رفاعه قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود و المحدوده هل ترد من النكاح؟ قال: لا، قال رفاعه: و سألته عن البرصاء؟ قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه زوجها و ليها و هى برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها، و أن المهر على الذى زوجها، و إنما صار المهر عليه لأنه دلسها، و لو أن رجلاً تزوج امرأه و زوجها رجل لا يعرف دخيله أمرها لم يكن عليه شىء و كان المهر يأخذها منها» (4).

السادس:

عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله (4) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال فى الرجل إذا.

ص: ٣٥٥

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ١٠.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ١١.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ح ٢.
٤-٥) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ٢.

تزوج المرأة فوجد بها قرنا و هو العفل أو بياضا أو جذاما أنه يردها ما لم يدخل بها».

السابع:

عن الحذاء (١) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام

«في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دلست العفلاء نفسها و البرصاء و المجنونه و المفضاه و ما كان بها من زمانه ظاهره، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق، و يأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه، و ترد إلى أهلها، قال: و إن أصاب الزوج شيئا مما أخذت منه فهو له، و إن لم يصب شيئا فلا شيء له، قال: و تعتد منه عدة المطلقة إن كان قد دخل بها، و إن لم يكن دخل بها فلا عدة و لا مهر».

الثامن: ما رواه

في الكافي (٢) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«المرأة ترد من أربعة أشياء من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا».

التاسع: ما رواه

في الكافي و الفقيه (٣) عن الحسن بن صالح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرنا، قال: هذه لا تحبل و ينقبض زوجها عن مجامعتها ترد على أهلها، قلت: فإن كان دخل بها؟ قال: إن كان علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضى بها، و إن لم يعلم بها إلا بعد ما جامعها، فإن شاء بعد أمسكها، و إن شاء سرحها إلى أهلها، و لها ما أخذت منه بما استحل من فرجها».

ص: ٣٥٦

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٦ ح ١.
 - ٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ ح ١.
 - ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٤ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٩ ح ٣.

فى الكافى (١) عن أبى الصباح الكنانى فى الصحيح قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فوجد بها قرنا قال: هذه لا تحبل و لا يقدر زوجها على مجامعتها، يردها على أهلها صاغره و لا مهر لها، قلت: فإن كان دخل بها؟ قال إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها يعنى المجامعه ثم جامعها فقد رضى بها، و إن لم يعلم إلا بعد ما جامعها، فإن شاء بعد أمسك و إن شاء طلق».

الحادى عشر: ما رواه

الشيخ (٢) فى الصحيح عن داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: ترد على وليها، و يكون لها المهر على وليها. فإن كان بها زمانه لا يراها الرجال أجزى شهادة النساء عليها».

الثانى عشر: ما رواه

فى التهذيب (٣) عن محمد بن مسلم فى الموثق عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«ترد البرصاء و العمياء و العرجاء». و زاد فى الفقيه: الجذماء.

الثالث عشر: ما رواه

فى التهذيب (٤) عن غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام

«فى رجل تزوج امرأه فوجدها برصاء أو جذماء، قال: إن كان لم يدخل بها و لم يبين له فإن شاء طلق، و إن شاء أمسك، و لا صداق لها و إذا دخل بها فهى امرأته».

الرابع عشر: ما رواه

فى التهذيب (٥) عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال:

«سألت

ص: ٣٥٧

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ٩.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ٧ و ١٢.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٥ ح ١٤.

٥-٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩ و ص ٤٤٨ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤، وما في المصادر

اختلاف يسير مع ما نقله-قدس سره.

أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها قد كانت زنت، قال:

إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها، و لها الصداق بما استحل من فرجها، و إن شاء تركها،

قال:

و ترد المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون فأما ما سوى ذلك فلا».

الخامس عشر: ما رواه

في التهذيب (١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام

«أنه قال: في كتاب علي عليه السلام: من تزوج امرأة فيها عيب دلسته و لم تبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، و يكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوجها و لم يبين».

السادس عشر: ما ذكره

الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٢) قال:

«و إن تزوج رجل بامرأة فوجدتها قراء أو عفلاء أو برصاء أو مجنونه، إذا كان بها ظاهرا كان له أن يردها على أهلها بغير طلاق، و يرجع الزوج على وليها بما أصدقها إن كان أعطائها شيئا، فإن لم يكن أعطائها شيئا فلا شيء عليه».

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مواضع.

الأول [في بيان حقيقته البرص]

لا- خلاف نسا و فتوى في أن الجنون الذي هو عبارته عن فساد العقل من العيوب الموجبه للفسخ و إطلاق النصوص يقتضى الفسخ به متى تحقق، بأي سبب كان، و على أي وجه كان دائما أو أدوارا، عقل معه أوقات الصلوات أو لم يعقل، و كذا إطلاق فتاوى الأصحاب على ما صرح به غير واحد منهم- رضى الله عنهم-، نعم يشترط استقراره، فلا عبره بعروض زوال العقل وقتا ثم يعود، لعدم صدق الجنون عرفا على من كان كذلك.

و كذا الجذام متفق عليه نسا و فتوى، إلا أنه لا يحكم به إلا بعد تحققه بتناثر اللحم و سقوط بعض الأطراف كالأنف، و ذلك لأن الجذام بالفتح بمعنى القطع،

ص: ٣٥٨

٢-٢) فقه الرضا ص ٢٣٧، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٢ ب ١ ح ٨.

و إنما سمي مجذوما لذلك.

قال في كتاب المصباح المنير (١)- بعد أن ذكر أن الجذام مصدر من باب ضرب بمعنى القطع- ما لفظه: و منه يقال: جذم الإنسان بالبناء للمفعول إذا أصابه الجذام، لأنه يقطع اللحم و يسقطه و هو مجذوم، انتهى.

و أما مع ظهور علاماته قبل أن يتحقق من ضيق النفس و بحه الصوت و كمود العينين إلى حمرة، و نحو ذلك، فإنه يرجع فيه إلى أهل الخبرة من الأطباء، قالوا:

و يشترط فيهم العدالة و التعدد و المذكوره كغيرها من الشهادات أو الشيع المتأخم للعلم، و بدون ذلك يتمسك بأصالة لزوم العقد.

و كذا لا خلاف في البرص نصا و فتوى، و الذي ذكره جمله من الأصحاب، و به صرح في القاموس (٢) أنه بياض يظهر في ظاهر البدن لفساد مزاج. و قال المحقق في الشرائع هو البياض الذي يظهر على صفحه البدن لغلبيه البلغم.

و قالوا في المسالك: و البرص مرض معروف يحدث في البدن يغير لونه إلى السواد أو إلى البياض، لأن سببه قد يكون غلبه السوداء فيحدث الأسود، و قد يكون غلبه البلغم فيحدث الأبيض.

و قال في كتاب مجمع البحرين (٣): البرص لون مختلط حمرة و بياضا أو غيرهما.

و لا يحصل إلا من فساد المزاج و خلل في الطبيعه.

أقول: و المفهوم من دعاء أمير المؤمنين عليه السلام على أنس لما لم يشهد بخبر الغدير فدعا عليه بياض لا تواريه العمامه، أن البرص هو البياض.

و كيف كان فإنه لا يحكم به إلا بعد تحققه كالجذام.

قال في المسالك: فإنه يشته بالبهق في القسامين و السبيين، قال: و الفرق

ص: ٣٥٩

١-١) المصباح المنير ص ١٣٠.

٢-٢) القاموس المحيط ج ٢ ص ٢٩٥.

٣-٣) مجمع البحرين ج ٤ ص ١٦٣.

بينهما أن البرص يكون غائضا في الجلد و اللحم، و البهق يكون في سطح الجلد خاصة ليس له غرز و قد يتميزان بأن يغرز فيه الإبره، فإن خرج منه دم فهو بهق، و إن خرج منه رطوبه بيضاء فهو برص، انتهى.

و بالجمله فإنه مع اشتباه الحال يرجع فيه إلى أرباب الخبره بذلك حسبما تقدم في الجذام.

الثانى [فى بيان حقيقه القرن]

قد دل الحديث الأول على أن من جمله تلك العيوب العفل، و كذا فى الخبر الثانى و الثالث و السابع و الرابع عشر، و فى بعضها ذكر عوضه «القرن» كالخبر التاسع و العاشر و الخامس عشر، و فى بعضها فسر أحدهما كما فى الخبر السادس و الثامن، و به يزول الاشكال من البين، و كلام أهل اللغة قد اختلف فى الاتحاد و التغاير، و باختلافه اختلف كلام الفقهاء أيضا.

قال فى كتاب المصباح المنير (١): عفلت المرأة عفلا من باب تعب إذا خرج من فرجها شىء يشبه أدره الرجل فهى عفلاء و زان حمراء، و الاسم العفله مثل قصبه.

و قال ابن الأعرجى (٢): العفل لحم ينبت فى قبل المرأة و هو القرن، قالوا:

و لا- يكون العفل فى البكر، و إنما يصيب المرأة بعد الولاده، و قيل: هى المتلاحمه أيضا، و قيل هو ورم يكون بين مسلكى المرأة فيقبض فرجها حتى يمنع الإيلاج، انتهى.

و قال فى ماده قرن: و القرن مثل فلس أيضا العفله، و هو لحم ينبت فى الفرج فى مدخل الذكر كالغده الغليظه، و قد يكون عظما، ثم نقل عن الأصمعى أنه سمى قرنا لأنه اقترن مع الذكر خارج الفرج، انتهى.

و قال فى القاموس (٣): العفل و العفله متحركتين شىء يخرج من قبل النساء و حياء الناقه كالأدره للرجال و لم يذكر القرن.

ص: ٣٦٠

١- ١) لم نعثر عليه فى المصباح المنير.

٢- ٢) تاج العروس ج ٨ ص ٢٤.

٣- ٣) القاموس المحيط ج ٤ ص ١٨.

و قال فى النهايه الأثيريه (١): القرن بسكون الراء شىء يكون فى فرج المرأه كالسن يمنع من الوطى يقال له العفل.

و قريب منه قال الجوهري (٢)، إلا أنه قال فى موضع آخر: العفل شىء يخرج من قبل النساء و حياء الناقه شبيه بالأدره التى للرجل.

و نقل عن ابن دريد فى الجمهره (٣) أن القرناء هى المرأه التى يخرج قرنه من رحمها، قال: و الاسم القرن و ضبطه محركا مفتوحا، و قال فى العفل: إنه غلظ فى الرحم.

أقول: و كلام أكثرهم يدل على اتحاد العفل و القرن، و لكنه مختلف فى أنه هل هو عباره عن شىء يخرج من قبل المرأه إلى خارج القبل، و يكون كالأدره للرجال، و الأدره على ما ذكره و زان غرفه انتفاخ الخصيتين، أو أنه عباره عن عظم كالسن يكون فى باطن القبل يمنع من الوطى أو أنه لحم ينبت فى باطن القبل، و على كل تقدير فإن النصوص قد دلت على أنه عيب يجوز الفسخ به، فبأى معنى كان من هذه المعانى فإن الفسخ به جائز، لدوران الحكم مدار هذا الاسم بأى معنى كان، و الظاهر من جمله من الأخبار المتقدمه هو أنه لا يمنع الجماع و إن كان يعسر كالخبر الثانى لقوله «أ رأيت إن كان قد دخل بها» إلى أن قال «لها المهر بما استحل من فرجها» مع عده العفل فى جمله تلك العيوب و كذا مفهوم الخبر السادس لقوله «يردها ما لم يدخل بها» و صريح الخبر الثامن، و كذا التاسع، و عدم الرد مع الدخول بها محمول على الدخول مع العلم بالعيب، فإنه دال على الرضاء بها فليس له الفسخ حينئذ كما صرح به فى الخبر التاسع و نحوه الخبر العاشر.

ص: ٣٦١

١- (١) النهايه الأثيريه ج ٤ ص ٥٤.

٢- (٢) الصحاح ج ٥ ص ٧٦٩.

٣- (٣) جمهره اللغه ج ٢ ص ٤٠٨.

و هذه الأخبار كلها داله على إمكان المجامعه مع عده عيبا يفسخ به، و الأصحاب قد اختلفوا فى ذلك بعد اتفاقهم على أن المانع عيب يتخير فى الفسخ به.

فالمشهور و هو الذى قطع به الشيخ عدم الخيار به لعدم المقتضى له، فإن الخيار إنما نشأ من حيث المنع من الوطى الذى هو أهم المطالب من التزويج، و ظاهر المحقق فى الشرائع الميل إلى ثبوت الخيار به، و قوفا على ظاهر النصوص الداله على عده عيبا أعم من أن يمكن معه الوطى أم لا، و لم أفد على قائل صريح بذلك، و عبارته المحقق بقوله «و لو قيل بالفسخ» تشعر بأنه لا قائل بذلك.

قال فى المسالك: و هذا القول قوى إن لم يكن الإجماع على خلافه إذ لا يظهر به قائل صريحا كما يظهر من عبارته المصنف، انتهى.

أقول: العجب منهم -رحمه الله عليهم- فى استنادهم فى الخيار إلى إطلاق الأخبار مع أن ما ذكرنا من الأخبار مع كثرتها مطابقه للدلاله على إمكان النكاح معه مع عده عيبا يوجب الخيار.

و بالجمله فالظاهر من الأخبار هو ثبوت الخيار به، و إن أمكن الوطى، و ما ذكره من التعليل العقلى بأن الخيار إنما نشأ من حيث المنع من الوطى ممنوع، فإنها عله مستنبطه لا دلالة فى شىء من الأخبار عليها، و لعل العله إنما هو نفره الزوج من ذلك أو عدم الحبل أو عسر مجامعتها كما يشير إليه الخبر التاسع و العاشر، و كيف كان فإن هذا التعليل فى مقابله ما ذكرناه من الأخبار عليل لا يلتفت إليه.

الثالث [هل العرج من العيوب؟]

أكثر الأخبار المتقدمه خاليه من عد العرج فى جملة عيوب المرأه، و إنما تضمنه الخبر الحادى عشر و الثانى عشر مع تضمن جملة منها الحصر فى الأربعة المشهوره و هى: الجذام و البرص و الجنون و العفل، و يؤكد قوله فى الخبر الرابع عشر بعد عد الأربعة المذكوره «فأما ما سوى ذلك فلا» و من هنا اختلف كلمه الأصحاب فى ذلك على أقوال عديده:

(أحدها)عده مطلقا و هو قول الشيخين فى الفقيه و التهذيب و المقنعه و ابن الجنيد و أبى الصلاح و أكثر الأصحاب للخبرين المذكورين.

و(ثانيها)ثبوته بشرط كونه بينا،ذهب إليه العلامة فى المختلف و التحرير، و نقله عن ابن إدريس،و استدل عليه بالروايتين المذكورتين.

و أنت خير بأنه لا دلالة فيهما على هذا القيد،و العجب أن العلامة نسب هذا القول إلى الشيخ فى النهاية و التهذيب مع أن الشيخ لم يقيده بذلك، و المتبادر من لفظ البين ما كان ظاهرا فى الحس و إن لم يبلغ حدا يمنع من التردد إلا بمشقه كثيره،و هذا هو المتبادر من لفظ العرج،و حينئذ فيرجع القولان إلى قول و أحد،و إن أريد هنا معنى آخر فلا أعرف له دليلا.

و(ثالثها)تقييده ببلوغ حد الإقعاد،و هو قول المحقق فى الشرائع و العلامة فى القواعد و الإرشاد،و أنت خير بما فيه،فإن هذا لا يسمى عرجا لغه و لا عرفا.

قال فى المسالك:و كأن الحامل لهم على هذا التقييد أمران:أحدهما:

استبعاد كون مطلق العرج عيبا موجبا للخيار خصوصا مع وقوع الخلاف فيه، و حصول الشك فى خروج العقد من اللزوم إلى الجواز،و معارضه صحيحه الحلبي السابقه الداله على عدم الرد بغير ما ذكره فيها من العيوب.

و الثانى:ورود كون الزمانه عيبا فى صحيحه داود بن سرحان،فإن ظاهرها أن الرد منوط بالزمانه عملا بمفهوم الشرط و كذا روايه أبى عبيده السالفه، فيجب حمل المطلق على المقيد،ثم قال:و فيه نظر،لأن مفهوم الزمانه أمر آخر غير المفهوم من العرج،و مقتضى النصوص كون كل واحد منهما عيبا برأسه، و ليس ذلك من باب المطلق و المقيد فى شىء،بل الظاهر أن الزمانه أمر خفى لا- يطلع عليه الرجال،و العرج ليس كذلك،و سيأتى النقل عن الصدوق-رحمه الله عليه-أنه جعلهما أمرين و أثبت الخيار بالزمانه دون العرج،و استبعاد كون العرج عيبا مطلقا غير مسموع بعد و رود النص الصحيح،و الشك فى خروج

العقد من لزوم منتف بعد و رود النص، و عمل أكثر الأصحاب. انتهى، و هو جيد، و منه يعلم ضعف القول المذكور، و أنه بمحل من القصور.

و(رابعها) عدم عده عيبا مطلقا، و هو الظاهر من كلام الشيخ فى المبسوط و الخلاف حيث إنه لم يعده فى عيوب المرأه، و كذا ابن البراج فى المهذب، و هو ظاهر الصدوق فى المقنع حيث إنه لم يعده فى عيوب المرأه، و إنما نسبه إلى الروايه، فقال: و اعلم أن النكاح لا يرد إلا من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و العقل، إلا أنه روى فى الحديث أن العمياء و العرجاء ترد.

أقول: و المسأله عندى لا تخلو من الإشكال لدلاله الخبرين المذكورين على عده من العيوب، و مفهوم الحصر فى تلك الأخبار الدال على العدم المؤكد بقوله فى بعضها «و أما ما سوى ذلك فلا».

فإن قيل: هنا أشياء آخر خارجه عن الأربعة المذكوره قد و ردت بها النصوص أيضا و قال بها جمله من الأصحاب، قلنا: ما ذكرناه فى العرج يجرى فيها أيضا.

و أما ما أجب به فى المسالك حيث نقل عن أصحاب هذا القول الاحتجاج بأصالة لزوم العقد، و ظاهر الحصر

فى صحيحه الحلبي فى قوله عليه السلام

«إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». ثم قال: و لا يخفى ضعف الدليلين، فإن الأصل قد عدل عنه بما ثبت فى النصوص الصحيحه من الخيار فيه، و فى غيره من العيوب، و الحصر فى الروايه غير مراد، لخروج كثير من العيوب عنها، و إثبات الاختيار حينئذ بدليل خارجى ليشاركه العرج فيه، و الكلينى رواها عن الحلبي مجردة عن أداء الحصر و هو أوضح، انتهى.

ففيه أن الحصر ليس مخصوصا بالروايه التى ذكرها و هى الروايه الثالثه، بل هو موجود فى الروايه الثانيه أيضا، و أظهر منها ما فى الروايه الرابعه عشر من قوله عليه السلام بعد عد الأربعة المذكوره «و أما ما سوى ذلك فلا» و حينئذ فكيف

لا يكون الحصر مراداً في تلك الأخبار مع صراحه هذه الروايه في أنه لا ترد فيما سوى هذه الأربعة.

و بذلك يظهر لك بقاء الاشكال فيما ذكرناه بالنسبه إلى هذه الأربعة و ما زيد عليها من عرج و غيره،فأن مقتضى هذه الروايات هو انحصار العيب في هذه الأربعة،و مقتضى ما ورد في غير هذه الأخبار موجوده في مواضع آخر.

و كيف كان فالظاهر ترجيح ما ذكره من العمل بالأخبار في كل فرد فرد وردت به،إلا أنه بعد لا يخلو من نوع توقف،و لعل روايات أحد الطرفين إنما خرجت مخرج التقيه.

الرابع [في بيان معنى الزمانه]

قد تضمنت الروايه السابعه عد الإفضاء في جمله عيوب المرأه، و قد تقدم ذكر معناها،و هو أحد السبعه التي ذكرها الأصحاب كما تقدم ذكره، و هو مما لا إشكال و لا خلاف فيه عندهم فيما أعلم مع أنه زائد على الأربعة المتقدمه، و تضمنت أيضاً «من بها زمانه» و كذا الروايه الحاديه عشر.

و الزمانه على ما ذكره في القاموس (١) العاهه،و قال في كتاب المصباح المنير (٢):

زمن الشخص زماناً و زمانه،فهو زمن من باب تعب،و هو مرض يدوم زماناً طويلاً.

و لم يعده الأصحاب هنا من عيوب المرأه سوى الصدوق في المقنع فإنه قال:

من تزوج امرأه فوجدها قرناء أو عفلاء أو برصاء أو مجنونه أو كان بها زمانه ظاهره كان له أن يردّها على أهلها بغير طلاق،و إنما ذكر أكثرهم الإقعاد، مع أنه لا- وجود له في الأخبار،إلا- أن جمله ممن تأخر استدلووا له بصدق الزمانه عليه،فإنها بكل من التفسيرين المذكورين صادقه على المقعد،و يؤيده أنه قد تقدم دلالة الأخبار على عد العرج في العيوب،و الإقعاد أسوء حالاً منه فيكون عيباً البتّه.

ص: ٣٦٥

١-١) القاموس المحيط ج ٤ ص ٢٣٢.

٢-٢) المصباح المنير ص ٣٤٨.

و بالجمله فالأقرب عده بالتقريب المذكوره، و قد تقدم أنه أحد السبعه المشهوره فى كلامهم.

الخامس [حكم العمى]

قد عدوا من جمله السبعه المشهوره العمى أيضا، و يدل عليه الخبر الحادى عشر و الثانى عشر، و ربما ظهر من كلام الشيخ فى المبسوط أنه ليس بعيب، فإنه عد عيوب المرأه سته، ثم قال: و فى أصحابنا من ألحق بها العمى، و كونها محدوده فى الزنا، و الظاهر هو المشهور لما عرفت من دلالة الخبرين المذكورين عليه.

السادس [حكم الرتق]

قد عد بعضهم الرتق من جمله العيوب الموجهه للخيار، و نسبه المحقق فى الشرائع إلى لفظ قيل مؤذنا، بتمريضه لعدم وجوده فى النصوص، و إن كان الاعتبار بالنظر إلى ما تقدم فى الأخبار يساعده، و لهذا قال فى الشرائع:

و ربما كان صوابا إن منع الوطى أصلا، لفوات الاستمتاع.

و الرتق على ما ذكره أهل اللغة: التحام الفرج على وجه لا يمكن دخول الذكر فيه.

قال فى كتاب المصباح المنير (١): رتقت المرأه رتقا من باب تعب فهى رتقاء، إذا انسدت مدخل الذكر من فرجها و لا يستطاع جماعها.

و فى القاموس (٢) امرأه رتقاء: بينه الرتق لا يستطاع جماعها، أو لا خرق لها إلا المبال خاصه. و نحوه كلام الجوهرى فى الصحاح (٣).

و فسر العلامة فى القواعد بأنه عباره عن كون الفرج ملتحما بحيث لا يكون فيه مدخل للذكر، و هذا هو الموافق لما ذكره أهل اللغة، و لكنه قال فى السرائر:

إن الرتق لحم ينبت فى الفرج يمنع دخول الذكر، و على هذا يكون مرادفا للعفل بأحد معانيه المتقدمه.

ص: ٣٦٦

١-١) المصباح المنير ص ٢٩٧.

٢-٢) القاموس المحيط ج ٣ ص ٢٣٥.

٣-٣) الصحاح ج ٤ ص ١٤٨٠.

و الظاهر أنه إلى هذا أشار في المسالك بقوله: و ذكر بعضهم أن الرتق مرادف للقرن و العفل، و أن الثلاثة بمعنى و أحد، فعلى هذا يكون داخلا في النص، ثم إنه على تقدير تفسيره بالمعنى المشهور فإنه و إن كان لم يرد به نص بخصوصه إلا أنه يمكن استفاده حكمه من الخبر التاسع و الخبر العاشر، و قوله فيهما «هذه لا تحبل و لا يقدر زوجها على مجامعتها يردها على أهلها» فإنه بمنزلة التعليل لجواز الرد بالنسبه إلى المسؤول عنه في الرويتين فيتعدى إلى كل موضع و جدت فيه العله المذكوره.

قال في المسالك: و ما قيده به من كونه عيبا على تقدير منعه الوطى أصلا هو المذهب، لأنه حينئذ يصير أولى بالحكم من القرن و العفل اللذين لا يوجبان انسداد المحل أصلا مع اشتراكهما في العله الموجه للفسخ و هو فوات الاستمتاع، فجرى مجرى فوات المنفعه فيما يطلب بالعقد منفعه. انتهى و هو جيد.

السابع [هل المحدوده في الفجور من العيوب؟]

عد الشيخ المفيد في عيوب النساء المحدوده في الفجور، و به قال سلا و ابن البراج و ابن الجنيد و أبو الصلاح و قطب الدين الكيدري، و عد الصدوق في المقنع المرأه إذا زنت قبل الدخول بها فإنه يفرق بينهما و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها.

و قال الشيخ في النهايه: المحدوده في الزنا لا ترد و كذلك التي كانت قد زنت قبل العقد، فليس للرجل ردها، إلا أن يرجع على وليها بالمهر و ليس له فراقها إلا بالطلاق، و قال ابن إدريس: الذي يقوى في نفسى أن المحدوده لا ترد بل يرجع على وليها بالمهر إذا كان عالما بدخله أمرها، فإن أراد فراقها طلقها. انتهى، و هو يرجع إلى كلام الشيخ في النهايه و هو المشهور بين المتأخرين.

و نقل عن الشيخ المفيد أنه احتج باشماله على العار فكان موجبا للتسلط على الفسخ و بالروايه الرابعه عشر، و الظاهر أن بناء الاستدلال بها على أن قوله

«إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها، ولها الصداق بما استحل من فرجها» و هو كناية عن المفارقة بقريته المقابلة بقوله «و إن شاء تركها» و حاصل الجواب أنه يتخير بين فراقها فيأخذ الصداق ممن زوجها، و بين إمساكها و تركها على حالها، و الشيخ قد أجاب عن هذه الرواية فقال: إن هذا لا ينافي ما قدمناه من أنه ليس الرد بمجرد الفسق لأنه قال: إذا علم بها أنها كانت قد زنت كان له الرجوع على وليها بالصداق، و لم يقل أن له ردها، و لا يمنع أن يكون له استرجاع الصداق و إن لم يكن له رد العقد، لأن بأحد الحكمين منفصل عن الآخر، و ظاهر من تأخر عنه الجمود على هذا الجواب، و لا يخفى ما فيه، فإن ما ادعاه من إمساكها مع أخذ الصداق مما لا يوافق أصولهم و قواعدهم، و كأنه على هذا حمل قوله «و إن شاء تركها» على ترك أخذ المهر و إلا فلا معنى لهذا الكلام على تقدير حمله المذكور.

و بالجمله فالظاهر من الرواية إنما هو التخيير بين فراقها و إمساكها، لكنه عبر عن فراقها بلانزاه الذي هو استرجاع المهر ممن زوجها و لا- معنى لقوله «و إن شاء تركها» إلا على هذا الوجه، على أنه قد اعترضه في المختلف في هذا الجواب أيضا فقال: إذا ثبت هذا ففي إيجاب المهر على الولي مع عدم كونه عيبا كما اختاره الشيخ و ابن إدريس إشكال، ينشأ من أن التضمن إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيبا كان له الفسخ، و إن لم يكن فلا، و حاصله أن وجوب الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فلو لم يكن عيبا فإنه لا ضمان و متى كان عيبا يوجب الضمان فإنه يوجب الفسخ أيضا.

و بالجمله فإنه لا معنى للرواية إلا ما ذكرناه على أنه قد تقدم جملة من الأخبار الدالة على ما دل عليه هذا الخبر في الإلحاق الذي بعد المقام الثاني في الزنا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة، و تقدم ما يعارضها، و الأصحاب قد

أعرضوا عن العمل بتلك الأخبار، لمعارضتها بما هو أكثر عدداً و أقوى سنداً كما تقدم تحقيقه في الموضوع المذكور، مع أن هذه الرواية لا- تنطبق على القول المذكور، لأن موردها المحدوده في الزنا لا- مطلق الزانية، و الرواية إنما اشتملت على الثاني دون الأول، و المنقول عن أصحاب القول المذكور إنما هو التعليل العقلي، و هو الأول، و الاستدلال لهم بالرواية إنما وقع من العلامة في المختلف بناء على قاعدته من تكلف الأدله لما ينقله من الأقوال.

قال شيخنا في المسالك- و نعم ما قال-: و منها المحدوده في الزنا، ذهب أكثر قدماء الأصحاب إلى أنه يجوز للزوج فسخ نكاحها لأن ذلك من الأمور الفاحشه التي يكرهها الأزواج، و نفور النفوس منه أقوى من نحو العمى و العرج، و لزوم العار العظيم به يقتضى كون تحمله ضرراً عظيماً، و للرواية السابقه، و فيها مع قصور الدلاله عن جواز الرد، عدم دلالتها على محل النزاع، و من ثم ذهب المتأخرون إلى أن ذلك كله ليس بعيب يجوز الفسخ، و الطلاق بيد الزوج لجبر ما يشاء من الضرر و المشقه بتحملها، و للشيخ قول آخر بعدم الفسخ، لكن يرجع الزوج بالمهر على وليها العالم بحالها، عملاً- بمدلول الروايه، و رده في المختلف بأن الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيباً أوجب الفسخ، و إلا لم يجب المهر. انتهى و هو جيد و جيه.

و بالجمله فإنه لا دليل على ما نقله الشيخ المفيد و من تبعه إلا هذا الوجه العقلي الاعتباري، فإن الروايات خاليه منه، و ما نقل عن الصدوق- رحمه الله عليه- من مطلق الزنا، فقد تقدم الكلام فيه مشروحاً في الموضوع المشار إليه آنفاً.

المطلب الثاني: في أحكام العيوب

إشاره

و فيه مسائل:

[المسأله] الاولى [في تجدد العيب بعد العقد و قبل الدخول] :

عيوب المرأة المبيحه للفسخ إما أن تكون متقدمه على العقد أو متجدده بعده و قبل الدخول أو متأخره عن الدخول، و الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال في الفسخ في المتقدم على العقد، و عدم الفسخ في المتأخر عن الدخول.

ص: ٣٦٩

أما الأول فلأنه مورد النصوص المتكاثرة المتقدمه.

و أما الثانى فإنه قال فى المسالك: لا- خيار فى هذه الصوره اتفاقا على ما يظهر من المصنف و غيره لجريان الدخول مجرى التصرف المانع من الرد بالعيب، و سبق لزوم العقد فيستصحب،

و لصحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (1) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«المرأه ترد من أربعه أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا». و هى شامله بإطلاقها لوقوعه عليها قبل وجود العيب و بعده، انتهى.

و ربما ظهر من كلام الشيخ فى المبسوط أن العيب الحادث بعد الدخول يثبت به الفسخ كما نقله عنه فى المسالك، و بالجمله فالعمده عندهم الاستدلال على عدم الفسخ مع تأخر العيب عن الدخول هو الإجماع المدعى مع ظاهر إطلاق الخبر المذكور.

أقول: و التمسك بأصالة لزوم العقد حتى يقوم دليل على تطرق الفسخ إليه أقوى مستمسك فى المقام، و محل الخلاف فى هذا المقام إنما هو تجدد العيب بعد العقد و قبل الدخول، و فيه قولان:

(أحدهما) ثبوت الفسخ، ذهب إليه الشيخ فى المبسوط و الخلاف تمسكا بإطلاق الأخبار المتقدمه الداله على ثبوت الفسخ بهذه العيوب أعم من أن تكون موجوده قبل العقد أو متجدده بعده.

و(ثانيهما) العدم، و اختاره ابن إدريس و المحقق فى الشرائع و العلامه فى جملة من كتبه، و هو المشهور بين المتأخرين، محتجين بأن العقد وقع لازما فيستصحب، و بأن أمر النكاح مبنى على الاحتياط فلا يتسلط على فسخه بأى سبب كان، و أجابوا عن الأخبار بأنها ليست صريحه فى ذلك، بل ربما ظهر من

ص: ٣٧٠

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ ح ١.

أكثرها تعلق الحكم بالموجود قبل العقد فيجب التمسك فيما عداه بمقتضى العقد اللازم، قال في المسالك: ولا بأس بهذا القول وإن كان القول الآخر لا يخلو من قوه أيضا.

و ظاهر سبطه في شرح النافع اختيار هذا القول حيث قال -بعد الاحتجاج عليه بنحو ما ذكرنا-: وهذا أقوى.

أقول: لا يخفى أن أكثر الروايات المتقدمة المشتملة على الأسئلة ظاهره في تقدم العيب على العقد مثل قوله في الخبر الأول و الثاني (١)

قال:

«سألته عن رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء». فإنه ظاهر في تقدم العور على العقد، لكن لما لم يكن العور من العيوب،

قال عليه السلام

«لا ترد و لكن ترد من البرص و الجذام و الجنون و العفل». بمعنى أنها ترد لو كانت المرأه المسؤول عنها كذلك، و المسؤول عنها كما عرفت من كان العور متقدما فيها على العقد، و قوله في الخبر الخامس

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأه زوجها وليها و هي برصاء». و هو ظاهر في تقدم البرص على العقد، و قوله في الخبر السادس

«في الرجل إذا تزوج المرأه فوجد بها قرنا». و هو أيضا ظاهر في التقدم، و مثله الخبر السابع بل هو أظهر باعتبار نسبه التدليس إلى المرأه أو الولي، و التدليس إنما يكون باعتبار العقد عليها و هي معيبه، و إلا فلو عقد عليها و هي صحيحه سالمه من العيب و إنما حدث العيب بعد العقد فإنه لا ينسب التدليس إليها و لا إلى وليها و هو ظاهر، و فيها دلالة بالمفهوم الشرطي -الذي هو حجه عند المحققين- على أنه متى لم يحصل التدليس الذي هو كما عرفت عبارته عن تقدم العيب على العقد فإنها لا ترد على أهلها، و هو يصدق على من حدث بها العيب بعد العقد و قبل الدخول و أنها لا ترد لعدم التدليس فيها الموجب للرد، و هو بحمد الله سبحانه ظاهر و مثل ذلك الخبر

ص: ٣٧١

«تزوج امرأه فوجد بها قرنا». و قوله فى الخبر الحادى عشر

«يتزوج المرأه فىؤتى بها عمياء أو برصاء». و مثله الخبر الثالث عشر و الخامس عشر.

و بالجمله فإن هذه الأخبار كما ترى ظاهره فى تقدم العيب على العقد، و ما أجمل منها و هو الأقل يمكن حمله على ما دلت عليه هذه الأخبار من التقدم، و على هذا فتبقى أصاله لزوم العقد سالمه من المعارض، و به يظهر قوه القول المشهور بين المتأخرين، إلا أنه بعد لا يخلو من نوع توقف، و المشهور فى كتب الأصحاب انحصار الخلاف فى هذه المسأله فى القولين المذكورين، و ربما يظهر من ابن الجنيده هنا قول ثالث على ما نقله فى المسالك، و هو ثبوت الفسخ بالجنون المتجدد، و إن كان بعد الدخول كما تقدم فى الرجل لأنه قال: و لو حدث ما يوجب الرد قبل العقد بعد الدخول لم يفرق بينهما إلا الجنون فقط، فجعل الجنون موجبا للخيار فى كل من الزوجين و إن حدث بعد الدخول، لأنه كما تقدم نقله عنه آنفا شرك فى العيوب التى ذكرها بين الرجل و المرأه، و مفهوم عبارته المذكوره أيضا ثبوت الخيار بباقي العيوب لو حدث قبل الدخول كقول الشيخ - رحمه الله عليه.

المسأله الثانيه [فى أحكام خيار الفسخ]

إشاره

قد ذكر الأصحاب لخيار الفسخ هنا أحكاما

(منها) الفوريه

و المشهور فى كلامهم من غير خلاف يعرف أن الخيار المذكور هنا فورى للرجل كان أم للمرأه، فلو علم من له الخيار و لم يبادر بالفسخ لزم العقد، و علل مع ذلك بأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالتسلط على الفسخ، و هو يحصل بذلك فيقتصر فيما خالف الأصل على مقدار ما يحصل به.

و اعترف فى المسالك بأنه ليس لهم نص فى ذلك بالخصوص. و قال سبطه فى شرح النافع: و فى بعض الروايات دلالة عليه، ثم إنه إن كان العيب ظاهرا متفقاً عليه لا نزاع فيه بينهما فالفوريه معتبره فى الفسخ، و إن توقف ثبوته على المرافعه إلى الحاكم فالفوريه فى المرافعه إلى الحاكم، فإذا ثبت صار الفسخ فوريا.

(ومنها) أن الفسخ المذكور ليس بطلاق، لأن الطلاق يفتقر إلى لفظ خاص

و شروط مقرره لا- دليل على اعتبارها هنا و لا قائل بها، فلا يعد من الثلاث المحرمه، و لا ينتصف به المهر كما ينتصف بالطلاق إلا فى صورته خاصه خرجت بنص خاص، و هى الفسخ بالعنه كما تقدم.

[عدم لزوم الرجوع إلى الحاكم فى الفسخ]

و(منها) أن المشهور أنه لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم، سواء كانت فى المرأه أو الرجل، بل لكل من المرأه و الزوج التفرد بالفسخ فى موضع يجب له الخيار إلا فى العنه، فإنه يفتقر لضرب الأجل، و غايه ما يفهم من النصوص أن الفسخ حق ثابت لكل من الزوجين فى مورده، فمتى اختاره فسخ به.

و من الأخبار الداله على كل من الحكامين الأخيرين

روايه على بن أبى حمزه (١) الوارده فى الجنون، و فيها

«لها أن تنزع نفسها متى شاءت». و فى روايات الخصاء «يفرق بينهما» و هو خطاب لمن له قوه يد فى الأمر و النهى مطلقا، و كناية عن انفساخ النكاح إذا لم ترض به، و فى بعض روايات العن أنه بعد مضى السنه «إن شاءت تزوجت و إن شاءت أقامت» و فى بعض «تفارقه إن شاءت» و فى بعض «فإن أتاها فى ضمن السنه و إلا فارقته» و فى بعض أخبار عيوب المرأه «ترد على أهلها من غير طلاق» و هو صريح فى نفي الطلاق و مثله فى كتاب الفقه الرضوى مما تقدم قوله «يردها إلى أهلها بغير طلاق» و فى جملة منها «يرد النكاح من البرص و الجنون» و نحو ذلك مما ذكر فى تلك الأخبار، و الجميع كما ترى ظاهر فى أنه ليس بطلاق، و لا يفتقر إلى الحاكم الشرعى بوجه.

و أما ما اشتمل عليه بعض تلك الأخبار من قوله «إن شاء طلق و إن شاء أمسك» فالمراد بالطلاق هنا كما ذكره الشيخ -رحمه الله- الرد و السراح المذكوران فى غير هذا الخبر.

و بالجملة فالحكم بالنسبه إلى النظر فى الأخبار مما لا شك فيه و مما يدل

ص: ٣٧٣

على المرافعه إلى الحاكم في العنه لضرب الأجل ما تقدم

في حديث أبي البختری (١) من قوله

«يؤخر العنين سنه من يوم مرافعه امرأته». و مثله حديث كتاب قرب الاسناد (٢) المتقدم أيضا.

و ما ذكرناه من أنه لا يفتقر الفسخ إلى الرجوع إلى الحاكم في غير العنه هو المشهور في كلام الأصحاب، و نقل الخلاف هنا عن ابن الجنيّد حيث قال: و إذا أريدت الفرقه لم يكن إلا- عند من يجوز حكمه من و الى المسلمين أو خليفته أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلد هدنه أو سلطان متغلب، انتهى.

و اضطرب كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام فقال: و إن اختار الفسخ أتى الحاكم بفسخ النكاح، و ليس له أن ينفرد به لأنها مسأله خلاف، هذا عند المخالف و لا يمنع عندنا أن يفسخ الرجل ذلك بنفسه أو المرأه، لأن الأخبار مطلقه في هذا الباب، ثم قال بعد كلام طويل: فأما الفسخ فالى الحاكم لأنه مختلف فيه، و لو قلنا على مذهبا أنه له الفسخ بنفسه كان قويا، و الأول أحوط لقطع الخصومه، ثم قال بعد ذلك: لا يجوز أن تفسخ- يعنى امرأه العنين- بغير حاكم لأنه مختلف فيه.

أقول: ظاهر كلامه و كذا ظاهر كلام ابن الجنيّد أن اشتراط الفسخ بالحاكم مذهب المخالفين. أما كلام الشيخ فهو صريح في ذلك، و أن مذهب الإماميه عدم اشتراطه، و أن هذا الاحتياط الذى صار إليه إنما هو بالنظر إلى خلاف العامه.

و أما كلام ابن الجنيّد فإنه يشير إلى ذلك بقوله إن كانا في بلد هدنه- يعنى تقيه- أو سلطان متغلب- يعنى سلاطين الجور.

و بالجملة فإن القول المذكور كما عرفت مع شدوده لا دليل عليه، و ليس في هذا الكلام المنقول عنهما ما يدل على المخالفه لما عليه الأصحاب و صريحا إن

ص: ٣٧٤

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٩ و فيهما «ترافعه».

٢- (٢) قرب الاسناد ص ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ١٢.

لم يكن أولى بالدلالة على الموافقه، فإن كلامهم يدور على أن ذلك إنما هو مذهب المخالفين، والقول به إنما هو على وجه التقيه منهم، و هو ظاهر فيما قلناه و واضح فيما ادعيناه.

المسأله الثالثه [فيما لو فسخ الزوج]

اشاره

الظاهر أنه لا خلاف في أنه إذا فسخ الزوج قبل الدخول فإنه لا مهر لها، و لو فسخ بعده فلها المسمى و يرجع به على المدلس، و يدل على الحكم المذكور جمله من الأخبار المتقدمه في المقام الثاني من سابق هذا المطلب مثل

صحيحه أبي عبيده (١) و هي الروايه السابعه من تلك الروايات، و قوله فيها

«و ترد على أهلها بغير طلاق، و يأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه، و ترد إلى أهلها، قال: و إن أصاب الزوج شيئاً مما أخذت منه فهو له، و إن لم يصب شيئاً فلا شيء له، قال: و تعتد عدّه المطلقه إن كان دخل بها، و إن لم يكن دخل بها فلا عدّه و لا مهر».

و روايه رفاعه (٢) و هي الخامسه من الروايات المتقدمه، و قوله عليه السلام فيها

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأه زوجها وليها و هي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها و أن المهر على الذي زوجها، و إنما صار المهر عليه لأنه دلسها، و لو أن رجلاً تزوج امرأه أو زوجها رجل لا يعرف دخيله أمرها لم يكن عليه شيء و كان المهر يأخذ منها».

و صحيحه الحلبي أو حسنته (٣) و هي الثانيه من تلك الروايات و فيها

«قلت:

أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحل من

ص: ٣٧٥

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٦ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦.

فرجها، و يغرم وليها الذى أنكحها مثل ما ساق إليها».

و نحو هذه الروايات أيضا روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (١) و هى الرابعه عشر من تلك الروايات، و كذا صحيحه محمد بن مسلم (٢) و هى الخامسه عشر.

[مباحث]

إشاره

و تمام تحقيق الكلام فى المقام يتوقف على رسم مباحث:

الأول:

إذا فسخ الزوج بعد الدخول استحقت الزوجه المسمى و مقتضى القواعد الشرعيه أنه لا فرق فى ذلك بين كون العيب الذى فسخ به كان قبل العقد أو حدث بعده، لأن النكاح صحيح و إن فسخ بالخيار و ثبوت الخيار فرع على صحه العقد فى نفسه، لأن الفسخ لا يبطله من أصله، و لهذا لا يرجع بالنفقه الماضيه، و حينئذ فالواجب هو المسمى لصحه العقد.

و قال الشيخ فى المبسوط: إن كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى لأن الفسخ إنما يستند إلى العيب الطارئ بعد استقراره، و إن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول و جب مهر المثل، لأن الفسخ و إن كان فى الحال إلا أنه مستند إلى حال حدوث العيب، فيكون كأنه وقع مفسوخا حين حدث العيب، فيصير كأنه وقع فاسدا، فيلحقه أحكام الفاسد، إن كان قبل الدخول فلا مهر و لا متعه، و إن كان بعده فلا نفقه للعهده و يجب مهر المثل.

قال فى المسالك: و لا يخفى ضعفه لأن النكاح وقع صحيحا، و الفسخ و إن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من أصله بل من حين الفسخ، و لا يزيل الأحكام التى سبقت عليه خصوصا إذا كان العيب حادثا بعد العقد، فإن دليله لا يخفى عليه.

أقول: و فيه أيضا أن مقتضى كلامه أن ظهور العيب السابق على العقد أو على الدخول موجب لبطلان العقد، حيث إنه جعل العقد فى قوه المفسوخ به.

و فيه أنه قد ثبت له التخيير بين الفسخ و الإمضاء، و اختياره الإمضاء لا يجامع

ص: ٣٧٦

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٧.

بطلانه بالعيب حين ظهوره.

و كيف كان فإن المعتمد فى ذلك على الأخبار، و هى كما عرفت داله على أنه متى فسخ فإن لها المسمى مع الدخول، أعم من أن يكون العيب متقدما على العقد أو متأخرا، بل ظاهر أكثرها كما قدمنا بيانه إنما هو تقدم العيب على العقد، و هو الذى حكم فيه بمهر المثل، و الروايات صريحه فى المسمى كما عرفت.

الثانى:

قد دلت الأخبار و به صرح الأصحاب على أنه متى فسخ الزوج بعد الدخول فإن لها المسمى، و أن الزوج يرجع به على وليها الذى دلستها، و المراد من التديس هو عدم إخبار الزوج بالعيب المذكور، مع علم المتولى للتزويج به، و لا فرق فى ذلك بين كون المدلس وليا شرعيا أو غيره، بل لو كان التديس إنما وقع منها من غير واسطه فى البين فإنه يرجع عليها بالمهر متى قبضته، و لو لم يدفع إليها شيئا لم تستحق شيئا.

و يدل على ذلك فيما إذا كانت هى التى دلست نفسها ما تقدم

فى روايه رفاعه (١) من قوله

«و لو أن رجلا تزوج امرأه قد زوجها رجل لا يعرف دخيله أمرها لم يكن عليه شىء، و كان المهر يأخذه منها». و حاصله أن التديس لما لم يحصل من المتولى لتزويجها لعدم علمه، و إنما حصل منها لعدم إخبارها بالعيب مع علمها به، فإن للزوج الرجوع بالمهر عليها، و مقتضاه أنه لو لم يدفع إليها شيئا فإنه لا يجب عليه، إذ لا معنى لدفعه لها و استرجاعه منها، و بما ذكرنا صرح الأصحاب أيضا.

و يدل على ذلك أيضا ما رواه

فى الكافى (٢) فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل ولته امرأه أمرها أو ذات قرابه أو جار لها لا يعلم دخيله أمرها فوجدها قد دلست عياها هو بها، قال: يؤخذ المهر منها و لا يكون

ص: ٣٧٧

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٦ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٤.

على الذى زوجها شىء».

قال فى المسالك: إذا تقرر ذلك فمما غرم الزوج من المهر، و كان هناك مدلس رجع به عليه سواء كان وليا أم غيره، حتى لو كان المدلس هو المرأه رجع عليها أيضا بمعنى أنه لا يثبت عليه لها مهر، و لا وجه لإعطائها إياه ثم الرجوع عليها به.

بقى الكلام فيما لو انتفى التدليس بأن كان العيب خفيا لم تطلع عليه المرأه فضلا عن المتولى لتزويجها، و الظاهر أنه لا رجوع لانتفاء المقتضى لذلك، ثم إنهم ذكروا أنه لو كان الرجوع على غير الزوجه فلا ريب أنه يرجع لجميع ما غرمه، و إن كان الرجوع عليها فإن المشهور أنه لا- يرجع بالجميع بل يجب أن يستثنى منه ما يكون مهرا، لأن الوطى المحرم لا يخلو من مهر، و قيل إنه يرجع بالجميع تمسكا بالإطلاق، و استظهره السيد السند فى شرح النافع.

أقول: و يؤيده ما ذكرنا من روايه رفاعه، و قوله فيها «و كان المهر يأخذه منها» فإنه صريح فى الرجوع بالمهر كاملا، و أصرح منها صحيحه الحلبي أو حسنته المذكوره.

و أما ما ذكروه من أن النكاح المحرم لا يخلو من مهر على إطلاقه ممنوع، فإن الظاهر أن الرجوع عليها بالمهر هنا عقوبه لتدليسها كما فى صوره الرجوع على المتولى لنكاحها إذا كان عالما بالعيب مع أنه أجنبي.

ثم إنه على تقدير القول المشهور من استثناء شىء يكون مهرا ففى تقديره قولان:

(أحدهما) ما ذهب إليه ابن الجنيد من أنه أقل مهر مثلها، لأنه قد استوفى منفعه البضع فوجب عوضه، و هو مهر المثل.

(و ثانيها) و عليه الأكثر أنه أقل ما يكون مهرا و هو أقل ما يتمول فى العاده، و وجهه ورود النص بالرجوع بالجميع، فيجب الاقتصار فى المخالفه على موضع

اليقين، و اعترف في المسالك بأن النصوص خاليه من هذا الاستثناء. أقول: بل هي ظاهره في رده لما عرفت من حديث رفاعه.

الثالث:

قد دلت جملة من الأخبار المتقدمة في المقام الثاني في عيوب المرأه من المطلب الأول على جواز الفسخ بعد الدخول مثل الخبر الثاني و الخامس و السابع (١) و يستفاد منها أن الوطى لا يمنع من الفسخ بالعيب السابق على العقد، و لكن قد دلت جملة منها أيضا على أن الدخول بها يمنع من الرد، كقوله عليه السلام في

روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢) و هي الروايه السادسة

«أنه يردها ما لم يدخل بها».

فإن مفهومه أنه متى دخل بها لا يردها، و

في صحيحته (٣) و هي الثامنه من تلك الروايات

«ترد من أربعه أشياء. ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا».

و في روايه غياث بن إبراهيم (٤) و هي الروايه الثالثه عشر

«و إذا دخل بها فهي امرأته».

و الوجه الواضح المنار في الجمع بين هذه الأخبار هو أنه إن دخل بها مع علمه بالعيب فهو رضا منه بها، فليس له الفسخ حينئذ، و عليه تحمل الأخبار الأخيره، و إن دخل بها جاهلا به فإن له الرد، و عليه تحمل الأخبار الأوله، و قد دل على هذا التفصيل الخبر التاسع (٥) و الخبر العاشر (٦) بأوضح دلالة.

ص: ٣٧٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢ و ص ٤٢٤ ح ٨ و ص ٤٢٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦ و ص ٦٠٠ ح ٢ و ص ٥٩٦ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ٢.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ ح ١.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٥ ح ١٤.

٥- (٥) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٤ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٩ ح ٣.

٦- (٦) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ١.

الرابع:

إذا فسخت الزوجه بعيب فى الزوج، فإن كان بعد الدخول فإن لها المسمى فى العقد لأن المسمى يلزم بالعقد، ويستقر بالدخول، وإن كان قبل الدخول فلا شىء لها لأن الفسخ جاء من قبلها، واستثنى من ذلك الفسخ بالعنن فإن لها نصف المهر.

فأما ما يدل على أن الفسخ متى كان من قبل المرأة فإنه مع عدم الدخول لا مهر لها فهو ما رواه

المشايخ الثلاثة (١) عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« قال أمير المؤمنين عليه السلام فى المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها الرجل: يفرق بينهما و لا صداق لها، إن الحدث كان من قبلها». و هو ظاهر فى أنه متى كان السبب الموجب للفسخ من قبلها فإنه لا مهر لها عملا بالعله المذكوره، وهذا الحكم من القواعد المتفق عليها عندهم و المسلمه بينهم كما صرحوا به فى غير موضع من الأحكام.

و أما ما يدل على استثناء الفسخ بالعنن من هذه القاعده

فصحيحه أبى حمزه (٢) قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التى قد تزوجت زوجها غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها- إلى أن قال: فعلى الامام أن يؤجله سنه فإن وصل إليها و إلا فرق بينهما و أعطيت نصف الصداق و لا عده عليها».

و قد تقدم الكلام فى هذا المقام أيضا.

الخامس:

قد ذكر الشيخ و جملة من الأصحاب أنه لو فسخت المرأة بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوه و يعزر، و استدلوا عليه بما رواه

الشيخ (٣) فى الصحيح عن

ص: ٣٨٠:

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٥، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٣ ح ١٠٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣ ح ٣٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٣.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤١١ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٣.

ابن مسكان قال: «بعثت بمسأله مع ابن أعين قلت: سله عن خصى قد دلس نفسه لامراه و دخل بها فوجدته خصيا، قال: يفرق بينهما و يوجع ظهره، و يكون لها المهر بدخوله عليها».

و عن سماعه (1) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام

«أن خصيا دلس نفسه لامراه، قال: يفرق بينهما و تأخذ المرأه منه صداقها و يوجع ظهره كما دلس نفسه».

و أنكر ابن إدريس هذا الحكم و قال: لا دليل على صحه هذه الروايه من كتاب و لا سنه مقطوع بها و لا إجماع، و الأصل براءه الذمه، و إن كان أورده شيخنا في نهايته إيرادا لا اعتقادا.

و قال العلامة في المختلف: إن الشيخ بنى ذلك على أصله من ثبوت المهر بالخلوه.

قال السيد السند في شرح النافع- بعد نقل ذلك عن العلامة-: و فيه نظر فإن الشيخ إنما استند في هذا الحكم إلى هذه الروايات، و لو صح سندها لوجب المصير إليه، و إذا لم يثبت ذلك الأصل فالمسأله محل تردد، انتهى.

أقول: و من روايات المسأله ما رواه

الثقه الجليل عبد الله بن جعفر الحميرى في كتاب قرب الاسناد (2) عن على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال:

«سألته عن خصى دلس نفسه لامراه ما عليه؟ قال: يوجع ظهره و يفرق بينهما و عليه المهر كاملا إن دخل بها، و إن لم يدخل بها فعليه نصف المهر».

و ما صرح به

الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوى (3) حيث قال:

و إن تزوجها خصى فدلس نفسه لها و هى لا تعلم فرق بينهما و يوجع ظهره كما دلس نفسه، و عليه نصف الصداق و لا عده عليها منه». و نقل في المختلف هذه العبارة بلفظها عن

ص: ٣٨١

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٢.

٢- ٢) قرب الاسناد ص ١٠٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٩ ح ٥.

٣- ٣) فقه الرضا ص ٢٣٧، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٤ ب ١٢ ح ٢.

الشيخ على بن بابويه في رساله، و ابنه في المقنع على وجه الإفتاء بها.

و أنت خبير بأن المستفاد من هذه الروايات بعد ضم بعضها إلى بعض هو أن الخصاء و إن كان عيبا إلا أنه يمكن الجماع معه كما ذكره الشيخ و غيره، و من هذه الجهة لم يعده عيبا كما تقدم نقله عنه، قال: لأن غايته أنه لا ينزل، و إلا فإنه يبالغ في الإيلاج أكثر من الفحل، و عدم الانزال ليس بعيب، و حينئذ فنقول إنه متى دخل الخصى بها وجب المهر. و هو مما لا إشكال فيه، و به صرحت صحيحه على بن جعفر، و عليه يحمل صحيحه ابن مسكان و موثقه سماعه، و إن لم يدخل بها فنصف المهر كما صرحت به صحيحه على بن جعفر أيضا و عليه يحمل كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوى.

و بذلك يظهر لك أن ما ذكره هؤلاء الأجلاء في المقام فإنه نفخ في غير ضرام:

و مبنى هذا الاشكال عندهم و الاختلاف بينهم على دعوى دلالة صحيحه ابن مسكان و موثقه سماعه على وجوب المهر بالخلوه، فمن ثم اتخذهما الشيخ دليلا على ما ادعاه من وجوب المهر بالخلوه، و ردهما ابن إدريس لذلك، و هكذا كلام العلامة و السيد المذكور.

و فيه أن غايه ما يدل عليه الخبران المذكوران هو أنه بتزويجه بها و دخوله عليها يجب المهر، و هو مجمل بالنسبه إلى الوطى و عدمه، و لكن صحيحه على بن جعفر قد فصلت الحكم بأنه إن كان قد دخل بها فلها المهر كاملا، و إن لم يدخل فنصفه، و المجمل يحمل على المفصل كما هو القاعدة الكلية و يعصدها كلامه عليه السلام في كتاب الفقيه، و حكمه بالتنصيف فإنه محمول على الفسخ مع عدم الدخول، و هذا بكرامته سبحانه واضح لا ستره عليه، و الله العالم.

المسألة الرابعة [مواضع من أحكام العن]

إشاره

قد ثبت بما قدمناه في المقام الأول من المطلب الأول أن العن من جمله عيوب الرجل المتفق على جواز فسخ المراه به، بقى الكلام هنا في مواضع من أحكامه:

إنك قد عرفت أن العنه عباره عن ضعف الآله عن الانتشار و الولوج فى الفرج،فهو أمر مخفى لا يطلع عليه غير من ابتلى به،فلا يمكن الاطلاع عليه بالشهاده حينئذ فلا طريق إلى الحكم به إلا بإقرار صاحبه على نفسه أو قيام بينه بإقراره،فعلى هذا لو ادعت المرأه عليه بذلك و أنكر الرجل فالقول قوله يمينه عملا بأصالة السلامه الرجعه إلى أصالة العدم،فإن حلف استقر النكاح،و إن نكل فإن قضينا بمجرد النكول ثبت العيب،و إلا- ردت اليمين على المرأه،فإن حلفت ثبت العيب،إلا- أنه لا- بد فى حلفها من حصول العلم لها به،و ذلك يحصل بممارستها له مده على وجه يحصل لها بتعاقد القرائن العلم بالعنه.

و نقل الأصحاب عن الصدوق-رحمه الله عليه-أن الرجل المدعى عليه العنه يقام فى الماء البارد،فإن تقلص حكم بقوله،و إن بقى مسترخيا حكم لها.

و نقل ذلك فى المسالك عن ابن حمزه أيضا قال:و معنى تقلص انضم و انزوى، و لفظ الصدوق«و إن تشنج»و المراد به تقبض الجلد،قال:و أنكر هذه العلامه المتأخرون،لعدم الوثوق بالانضباط و عدم الوقوف على مستند صالح،نعم هو قول الأطباء و كلامهم فيثمر الظن الغالب بالصحه،إلا أنه ليس طريقا شرعيا،انتهى.

أقول:لا يخفى أن ما نقلوه عن الصدوق فإنه قد رواه فى كتابه من لا يحضره الفقيه (١)عن الصادق عليه السلام مرسلا و به

صرح الرضا عليه السلام فى كتابه (٢)حيث قال:

و إذا ادعت عليه أنه عنين و أنكر الرجل أن يكون كذلك،فإن الحكم فيه أن يجلس الرجل فى ماء بارد فإن استرخى ذكره فهو عنين،و إن تشنج فليس بعنين».

و لكن أصحابنا المتأخرين حيث لم يصل إليهم الكتاب المذكور و لا اطلعوا عليه لم يطلعوا على ما فيه من الأحكام.

ص: ٣٨٣

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٢،الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ٤.

٢- (٢) فقه الرضا ص ٢٣٧،مستدرک الوسائل،ج ٢ ص ٦٠٤ ب ١٤ ح ١.

و روى الصدوق فى الفقيه (١) قال: و فى خبر آخر

أنه يطعم السمك الطرى ثلاثه أيام ثم يقال له: بل على الرماء، فإن ثقب بوله الرماد فليس بعين، و إن لم يثقب بوله الرماد فهو عين.

الثانى [حكم ما لو تجدد العنن بعد الوطى]

إذا تحقق العنن للرجل فإما أن يثبت تقدمه على العقد أو تأخره عنه قبل الوطى أو بعده، و إنما يحصل بعد الوطى، و لا خلاف فى الفسخ به فى الصوره الاولى و عليه تدل الأخبار المتقدمه.

و أما بعد العقد و قبل الوطى فالمشهور جواز الفسخ به أيضاً، و ربما ظهر من عباره المبسوط عدمه، و أما المتجدد بعد الوطى فأكثر الأصحاب على عدم الفسخ به.

و ذهب الشيخ المفيد و جماعه إلى أن لها الفسخ به أيضاً، قال الشيخ المذكور -على ما نقله عنه فى المختلف-: و إن تزوجته على أنه سليم فظهر لها أنه عين انتظرت به سنه، فإن وصل إليها فيها و لو مره واحده فهو أملك بها، و إن لم يصل إليها فى مده السنه كان لها الخيار، فإن اختارت المقام معه على أنه عين لم يكن لها بعد ذلك خيار، و إن حدث بالرجل عنه بعد صحته كان الحكم فى ذلك كما وصفناه ينتظر به سنه، فإن تعالج فيها و صلح و إلا كانت المرأه بالخيار، انتهى.

قال الشيخ فى التهذيب -بعد نقل ذلك عنه-: فأما الذى ذكره -رحمه الله عليه- من التسويه بين العنن إذا حدثت بعد الدخول و بينهما إذا كانت قبل الدخول إنما حملة على ذلك عموم الأخبار التى رويت فى ذلك مثل ما رواه الحسين بن سعيد، ثم نقل

صحيحه محمد بن مسلم (٢) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت».

ص: ٣٨٤

١- ١) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ٥.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٥.

و عن أبي الصباح الكناني (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً، أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت.»

و عن أبي البختری (٢) عن أبي جعفر عن أبيه عليهما السلام

«أن عليا عليه السلام كان يقول:

يؤخر العنين سنه من يوم ترافعه امرأته فإن خلص إليها و إلا فرق بينهما.»

ثم قال: و الأولى عندي الأخذ بالخبر الذي روينا

عن إسحاق بن عمار (٣) عن جعفر عن أبيه عليه السلام

«أن عليا عليه السلام كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأه فوقع عليها مره ثم أعرض عنها فليس لها الخيار فلتصبر فقد ابتليت و ليس لأمهات الأولاد و لا الإماء ما لم يمسه من الدهر إلا مره واحده خيار.»

و عن غياث الضبي (٤) عن الصادق عليه السلام

«قال في العنين: إذا علم أنه عنين لا يأتي النساء فرق بينهما، و إذا وقع عليها دفعه واحده لم يفرق بينهما، و الرجل لا يرد من عيب.»

أقول: مرجع كلام الشيخ إلى أن الأخبار التي استدل إليه الشيخ المفيد و إن دلت على ما ذكره بإطلاقها إلا أن هذه الروايات باعتبار ما اشتملت عليه من أنه متى جامعها و لو مره واحده فإنه لا خيار لها خاصه صالحه لتقييد تلك الأخبار، و قضيه الجمع بينها تقييد ذلك الإطلاق بهذه الأخبار، و هو جيد، فإن ذلك قاعده كليه عندهم في الجمع بين الأخبار.

ص: ٣٨٥

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٦.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٩.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٨.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٤ و فيه «عباد الضبي»، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٥، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٤ مع تفاوت يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ٢.

و جمله من المتأخرين منهم صاحب المسالك و سبطه فى شرح النافع (1) و غيرهما رجحوا مذهب الشيخ المفيد عملا بذلك الإطلاق حيث إن فى رواياته صحيحه محمد ابن مسلم، و الأخبار المقيده ضعيفه باصطلاحهم لا تصلح لمعارضه تلك الأخبار، و الجمع بين الأخبار عندهم فرع حصول التعارض، و موجب ذلك أن من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح كالمقدمين و من تبعهم من متأخرى المتأخرين فإنه يتحتم عندهم الجمع بين الأخبار بما ذكره الشيخ-رحمه الله عليه.

قال فى المختلف-بعد نقل ما ذكرناه:-و الأشهر قول الشيخ عملا بمقتضى العقد اللازم و بما تقدم فى الروايه، و إن كان قول المفيد لا يخلوا أيضا من قوه، لما فيه من دفع الضرر بفوات فائده النكاح، فنحن فى ذلك من المتوقفين، انتهى.

و فيه أنه بعد ثبوت الحكم بالأخبار و دلالتها على أنها قد ابتليت فلتصبر لا وجه لهذا الكلام، و الأدله العقلية فى حد ذاتها غير مسموعه، فكيف فى مقابله الأخبار الصريجه فى ردها.

و العجب من شيخنا المفيد أنه حكم فى صورته العنن الأصلي بأنه متى أجل سنه و وصل إليها فى تلك المده و لو مره فإنه يكون أملك بها-يعنى لا- خيار لها- و هو أعم من أن يعود العنن إليه بعد ذلك أم لا- فإنه لا- خيار لها فى هذه الصوره على كلا الاحتمالين، و حينئذ فلا- بد من تقييد إطلاق الأخبار بغير هذه الصوره، لأن مقتضى إطلاق تلك الأخبار هو أن العنن موجب للخيار أعم من أن يكون أصليا أو إنما عرض بعد التزويج و الدخول، و مقتضى ما ذكره من أنه بعد ثبوت العنن و كونه أصليا لو وصل إليها مره فإنه لا خيار لها و إن عاد العنن له بعد

ص: ٣٨٦

١- ١) قال السيد السند فى شرح النافع بعد رده الروايات المقيده بضعف الاسناد: و المسأله محل تردد و ان كان المصير الى ما عليه الأ-كثر من اشتراط حصول العنه قبل الوطى أولى اقتصارا فى فسخ العقد اللازم على موضع الوفاق، و هو ظاهر فى اختياره القول المشهور للتعليل المذكور. (منه-قدس سره-).

ذلك كما هو مقتضى إطلاق كلامه، الخروج عن مقتضى ذلك الإطلاق، فيجب تخصيصه بغير هذه الصورة.

و أنت خبير بأنه لا فرق بين هذه الصورة و لا بين العن العارض بعد الوطى إذ الجميع من باب واحد، فلا معنى لاستثنائه هذه الصورة، و حكمه بالفسخ فى تلك الصورة. و بالجملة فالمعتمد هو القول الأول و هو الذى عليه المعول.

الثالث [متى يتحقق العن؟]

ظاهر جملة من الأصحاب أن العن إنما يتحقق بالعجز عن وطئها قبلًا و دبرًا، و العجز عن وطئ غيرها. فلو عجز عنها مثلًا و أمكن وطئ غيرها لم يكن عنيًا، و لم يترتب عليه جواز الفسخ.

و يدل على ذلك قوله عليه السلام

فى روايه غياث الضبى (١) المتقدمه

«إذا علم أنه لا يأتى النساء فرق بينهما». و قوله

فى روايه أبى بصير (٢) المتقدمه أيضا

«ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع».

و استدل السيد السند فى شرح النافع على هذا القول

بروايه عمار (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها، فقال:

إن كان لا يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك، و إن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامسكها».

ثم ردها مع روايه الضبى بضعف السند، و ظنى أن هذه الروايه ليست من روايات العن، و إنما المراد بالأخذ فيها هو عمل شىء كالسحر يمنع من الجماع.

قال فى القاموس (٤): و الأخذ بالضم رقيه كالسحر، و على هذا المعنى حملة فى الوافى

ص: ٣٨٧

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤١٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤١١ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ١.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٤١١ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٣.

أيضا و إن احتمل اراده العنن أيضا.

و ظاهر عباره الشيخ المفيد المتقدمه فى سابق هذا الموضوع وقوله «انتظرت به سنه فإن وصل إليها فيها و لو مره واحده فهو أملك بها، و إن لم يصل إليها فى مده السنه كان لها الخيار» فإن ظاهرها أن العنن يصدق بمجرد عدم الوصول إليها و إن أمكن الوصول إلى غيرها.

و يدل على ذلك قوله عليه السلام

فى صحيحه أبى حمزه الثمالى (1) و قد تقدمت

«فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الامام أن يؤجله سنه فإن وصل إليها، و إلا فرق بينهما».

فإن ظاهر هذا الكلام هو الاكتفاء فى حصول العنن، و جواز الفسخ بعجزه عن وطئها و إن لم يعلم عجزه عن وطئ غيرها، و يعترينى فى هذا المقام إشكال، و هو أنه قد تقدم فى كلام أهل اللغة فى معنى العنن أنه الذى لا يقدر على إتيان النساء و لا يريدهن بالكليه، و فى كلام الفقهاء أنه مرض تضعف معه القوه عن نشر العضو.

و ظاهر الكلام فى الموضوعين أنه لا- يختلف باختلاف النساء فيزول بالنسبه إلى بعض، و يحصل بالنسبه إلى أخرى، ففرض الأصحاب هذا الخلاف و جعله مسأله فى البين ليس فى محله، و الروايات المذكوره لا دلالة فيها على ما ادعوه من الاختلاف بل هى بالنسبه إلى ما ندعيه أقرب و بما ذكرناه أنسب.

و أما روايه الضبى و كذا روايه أبى بصير فهما ظاهرتان فى أن العنن من لا يقدر على مجامعه النساء من زوجته و غيرها و هو صريح فيما قلناه.

و أما صحيحه أبى حمزه فغايه ما تدل عليه أنه إن جامعها فى هذه المده فإنه يعمل زوال العنه عنه، و إن لم يمكنه جامعها علم أنه عنن لا يمكن جامعها و لا جماع غيرها، نعم روايه عمار ظاهره فيما ذكروه إلا أنك قد عرفت أنها ليست من محل البحث فى شىء.

ص: ٣٨٨

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤١١ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ١.

الرابع [فيما لو ادعى الوطى و أنكرت]

أطلق الأكثر بأنه لو ادعى الوطى و أنكرت فالقول قوله بيمينه، سواء كان بعد ثبوت العنن أو قبله، والمحقق فى الشرائع فرض المسألة فيما لو ادعى الزوج الوطى بعد ثبوت العنن، و حكم بأن القول قوله بيمينه، و الحكم ظاهر فيما لو ادعى الزوج الوطى قبل ثبوت العنن، فإنه يقبل قوله بيمينه.

قالوا: لأن دعوى الوطى يتضمن إنكار العنن المؤيد بأصاله السلامه من العيب فيكون قوله مقبولا بيمينه، و يدل عليه ما رواه

الشيخ (١) فى الصحيح عن أبى حمزه قال:

«سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التى قد تزوجت زوجها غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها فإن القول فى ذلك قول الرجل، و عليه أن يحلف بالله لقد جامعها، لأنها المدعية، قال: فإن تزوجها و هى بكر فزعمت أنه لم يصل إليها فإن مثل هذا تعرفه النساء فلينظر إليها من يوثق به منهن، فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الامام أن يؤجله سنه، فإن وصل إليها و إلا فرق بينهما، و أعطيت نصف الصداق و لا عده عليها».

و قال فى الفقه الرضوى (٢)

«و إذا ادعت أنه لا يجامعها-عينا كان أو غير عين- فيقول الرجل أنه قد جامعها، فعليه اليمين و عليها البينه لأنها المدعية».

و الخبران ظاهران فى أن الدعوى المذكوره قبل ثبوت العنن.

و إنما الإشكال فيما إذا كانت الدعوى بعد ثبوت العنن كما فرضه المحقق و نحوه العلامه فى القواعد، و وجه الاشكال أنه مدع لزوال ما قد ثبت، فلا يكون قوله مقبولا، مع أنهم حكموا هنا بقبول قوله بيمينه.

و المفهوم من كلام المحقق الشيخ على فى شرح القواعد أن الوجه فيما حكموا به من قبول قوله بيمينه فى هذه الدعوى مع ثبوت العنن أحد أمرين:

ص: ٣٨٩

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤١١ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ١.

٢- (٢) فقه الرضا ص ٢٣٧، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٤ ب ١٤ ح ١.

إما لأن هذا الفعل لا- يعلم إلا- من قبله فيقبل قوله فيه، كدعوى المرأة انقضاء العده بالأقراء، وإما لأن العنه لا تثبت قبل مضي السنه، وإلا لثبت الفسخ، وأما الثابت العجز الذى يمكن أن يكون عنه و أن يكون غيرها، ولهذا يجب أن يؤجل سنه لينظر فيها هل يقدر على الوطى أم لا، فإن قدر فلا عنه وإلا تثبت و حكم بها، فيكون الزوج بدعواه الوطى و إن كان بصوره المدعى، إلا أنه فى الحقيقه منكر للعنه و الأصل الصحه و حصول العيب على خلاف الأصل، و إن كان بعد ثبوت العجز، و حينئذ فيقبل قوله فيه، و استدلوا أيضا بصحيحه أبى حمزه المذكوره بدعوى أنها مطلقه فإن موردها اختلافهما فى حصول الوطى و عدمه المتناول لما إذا وقع ذلك قبل ثبوت العنه و بعده.

و فيه أن الظاهر بعده، لأنه بعد ثبوت العنه يثبت لها الخيار فى الفسخ و عدمه، فلا وجه لما تضمنه الخبر حينئذ من الحكم المذكور فيه، و لا ضروره تلجأ إليه.

و فى المسأله قول آخر أيضا صرح به الشيخ فى الخلاف و الصدوق فى المقنع و جماعه من الأصحاب، و هو أن دعواه الوطى إن كان فى القبل، فإن كانت بكرًا صدق بشهاده أربع نساء يشهدون بدهابها، و إن كانت ثيبًا حشى قبلها خلوقًا، ثم يؤمر بالوطء فإن خرج الخلوق على ذكره كان القول قوله، و إلا فلا.

و استدل عليه فى الخلاف بإجماع الفرقه و أخبارهم.

و الذى ورد من الأخبار فى ذلك أما بالنسبه إلى البكر فما تقدم فى صحيحه أبى حمزه.

و أما بالنسبه إلى الثيب فهو ما رواه

الشيخ فى التهذيب و الكلينى فى الكافى (1) عن عبد الله بن الفضل الهاشمى عن بعض مشيخته قال:

«قالت امرأه لأبى عبد الله

ص: ٣٩٠

١-١) الكافى ج ٥ ص ٤١١ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢١، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ٢.

عليه السلام، أو سأله رجل عن رجل تدعى عليه امرأته أنه عنين و ينكر الرجل، قال:

تحشوها القابله بالخلوق و لا تعلم الرجل و يدخل عليها الرجل، فإن خرج و على ذكره الخلق صدق، و كذبت، و إلا صدقت و كذب.»

و رواه

الشيخ فى التهذيب (١) عن عبد الملك بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له، أو سأله رجل عن رجل ادعت عليه امرأته» الحديث (٢).

و ما رواه

فى الكافى عن غياث بن إبراهيم (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«ادعت امرأه على زوجها على عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا يجامعها، فأمرها أمير المؤمنين عليه السلام أن تستدفر بالزعفران ثم يغسل ذكره فإن خرج الماء أصفر صدقه، و إلا أمره بطلاقها.»

و رد المتأخرون الروايات المذكوره بضعف الاسناد، فلا يسوغ التعلق بها، و الأظهر بناء على إطراح هذا الاصطلاح المحدث العمل بها كما عمل بها المشايخ المتقدمون.

ص: ٣٩١

١- ١) ما عثرنا على هذه الروايه بهذا السند فى التهذيب نعم روى فى الفقيه عن محمد ابن على بن محبوب عن أحمد بن محمد عن أبيه عن أبيه عن عبد الله الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله -عليه السلام- الى آخر الحديث.

٢- ٢) أقول: الذى فى الكافى عبد الله بن الفضل الهاشمى و هو ثقة فى الرجال، الا أن الحديث فيه ضعف باعتبار الإرسال عن بعض مشيخته، و فى التهذيب عبد الملك بن الفضل الهاشمى و هو غير موجود فى الرجال، و لا يبعد عندى أنه عبد الله المذكور فى روايه الكافى و انما حصل الغلط من قلم الشيخ بإبداله عبد الملك و له أمثال ذلك مما لا يخفى كثره، فيكون الحديث صحيحا لانه رواه الحسن بن محبوب عن أحمد بن محمد عن أبيه عن عبد الملك و طريقه الى الحسن محبوب صحيح. (منه- قدس سره-).

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٤١٢ ح ١١ و فيه اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٤ ح ٣.

أما بالنسبة إلى البكر فحيث كان الخبر كما عرفت صحيحا باصطلاحهم، فإنهم حكموا بمضمونه، ثم إنه لو ادعى عود البكاره بعد ثبوتها بشهاده النساء و أنه قد وطأها، و لكن هذه البكاره التي شهدت النساء بها إنما تجددت بعد الوطى فالقول قول المرأه يمينها، و إما بعدم الوطى أو بأن هذه البكاره بكاره الأصل لا متجدده، فإن دعوها معتضده بأصالة بقاء البكاره، و أن الظاهر عدم العود، هذا كله فيما لو كانت الدعوى وطؤها قبلا.

أما لو ادعى وطؤ غيرها من النساء أو وطؤها دبرا فإن القول قوله يمينه أيضا كما تقدم في سابق هذا الموضوع عملا بما تقدم في تينك المسألتين من أصالة الصحه و عدم العيب في إحداهما و تعذر إقامه البيئه في الأخرى.

الخامس [مده الخيار]

قد تقدم أن العنز يثبت بأحد الطرق المتقدمه من اعتراف الرجل بالعجز عن المجامعه، أو القيام في الماء البارد كما ذهب إليه الشيخ في الخلاف و الصدوق في المقنع، أو أكل السمك طريا ثلاثه أيام و البول على الرماد كما روى، و حينئذ فإن صبرت المرأه مع علمها بأن لها الخيار و رضيت به فلا- خيار لها بعد ذلك لأن الخيار فوري، و إن لم تصبر رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنه من يوم المرافعه، فإن واقعها في ضمن تلك المده فلا- خيار لها، و إلا تخيرت و فسخت، و لها نصف المهر، و قد تقدمت جملة من الأخبار الداله على هذه الأحكام.

و علل التمديد بالسنة الواقع في الأخبار بأن تعذر الجماع ربما كان لعارض من خارج من حراره، فيزول في فصل الشتاء، أو بروده فيزول في فصل الصيف، أو يبوسه فيزول في فصل الربيع، أو رطوبه فيزول في الخريف، و المشهور أنه ليس لها الفسخ قبل المرافعه و مضى المده المذكوره.

و قد تقدم نقل خلاف ابن الجنييد و قوله: إن كانت العنه متقدمه على العقد جاز للمرأه الفسخ في الحال، و إن كانت حادثه بعد العقد أجل سنه، و يدل

عليه خبر غياث الضبى و خبر أبى الصباح الكنانى، إلا أنهما مطلقان فيحمل إطلاقهما على ما تضمنته الأخبار المقيده بذكر السنه.

و المفهوم من الاخبار و كلام الأصحاب أن العجز عن إتيان النساء الذى فسر به العنز ليس باعتبار بعض دون بعض، لأنه مرض مخصوص يمنع من حركه العضو و انتشاره مطلقا، و هو لا- يختلف باختلاف النسوه، فأما مع العجز عن امرأه مخصوصه فإنه قد يتفق و يكون لانجباس الشهوه عنها بسبب نفره أو حياء أو نحو ذلك، و لا- يكون بذلك عينا، و قد يكون له نوع اختصاص بالقدور على جماعها بالإنس بها و الميل إليها و انتفاء ذلك من غيرها، و لا فرق فى العنه عندهم بين كونها خلقه أو عارضه، بين كونها قبل العقد و بعده قبل الدخول، و أما بعد الدخول فقد تقدم أن الأشهر الأظهر عدم الخيار و حيث يختار لها الفسخ فلها نصف المهر، و إن كان على خلاف القاعده المقرره بينهم، لصحيحه أبى حمزه، و قد تقدمت و تقدم الكلام فى ذلك و الله العالم.

المطلب الثالث فى التدليس:

إشاره

تفعيل من الدلس و هو الظلمه، قال فى كتاب المصباح المنير (1): دلس البائع تدليسا كتم عيب السلعه من المشتري و أخفاه.

و قال الخطابى و جماعه و يقال: دلس دلسا من باب ضرب، و التشديد أشهر فى الاستعمال.

قال الأزهرى: سمعت أعرابيا يقول: ليس لى الأمر دنس و لا دلس، أى لا خيانه و لا خديعه، و الدلسه بالضم الخديعه أيضا. و قال ابن فارس: أصله من الدلسه و هى الظلمه، انتهى.

أقول: و منه يعلم أنه لغه بمعنى الظلمه و المخادعه، و كأن المدلس لما أتى بالمعيب أو الناقص إلى المخدوع و قد كتم عليه عيبه و نقصانه أتاه به فى الظلمه و خدعه.

قال فى المسالك: و الفرق بينه-يعنى التدليس- و بين العيب أن التدليس لا يثبت إلا بسبب اشتراط صفه كمال، و هى غير موجوده أو ما هو فى معنى الشرط،

ص: ٣٩٣

و لولاه لم يثبت الخيار بخلاف العيب، فإن منشأ وجوده، وإن لم يشترط الكمال و ما فى معناه فمرجع التدليس إلى إظهار ما يوجب الكمال أو إخفاء ما يوجب النقص، و منشأ الخيار فوات مقتضى الشرط أو الظاهر، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام يقتضى أن للتدليس معنى أخص فيقابل العيب، و معنى أعم يشمل به العيب، و المفهوم من كلام أهل اللغة هو الثانى، إلا- أنه سبب الخيار فى العيب غيره بالنسبه إلى إظهار ما يوجب الكمال، و كيف كان فالأمر فى ذلك سهل بعد وضوح المقصود.

و تحقيق الكلام فى هذا المطلب يقع فى مسائل:

[المسألة] الأولى [فيما لو تزوج امرأه على أنها حرة فبانت أمه]

إذا تزوج امرأه على أنها حرة باشتراط ذلك فى نفس العقد فبانت أمه، فللزواج فسخ النكاح إذا وقع النكاح بإذن المولى و كان ممن يجوز له نكاح الإماء، أما بدون ذلك فإنه يقع العقد باطلا فى الثانى، و فى الأول موقوفا على الإجازة على المشهور، و قيل: إنه باطل، و هو الأظهر، و لا فرق فى جواز الفسخ فى الصورة المذكوره بين الدخول بها و عدمه.

أما ثبوت الفسخ فلأن ذلك قضيه الشرط دخل أم لم يدخل، فإن التصرف لا يسقط خيار الشرط كما سبق فى موضعه، أما لو وقع ذلك بغير شرط، بل أخبرته أو أخبره المتولى لنكاحها بالحرية فتزوجها لذلك على وجه حصل به تدليس بأن وقع الخبر فى معرض التزويج، ففى إلحاقه بالشرط قولان ناشئان من تحقق التدليس و أصالة لزوم العقد، و نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه صرح باختصاص الحكم بما لو شرط ذلك، و عن القواعد أنه صرح بمساواه الأمرين.

قال فى المسالك: و عبارته المصنف و جماعه يحتمل إرادته القسمين، و كذلك الروايه التى هى مستند الحكم و هى

روايه الوليد بن صبيح (1) عن أبى عبد الله

ص: ٣٩٤

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١.

عليه السلام «في رجل تزوج امرأة حره فوجدها أمه قد دلست نفسها». إلى آخره، انتهى.

و ظاهر السيد السند في شرح النافع القول بمساواه الأمرين حيث قال: إذا تزوج امرأة على أنها حره فظهرت أمه، سواء شرط ذلك في نفس العقد أو ذكر قبله و جرى العقد عليه، وكان للزوج فسخ النكاح - إلى أن قال: - أما ثبوت الفسخ مع اشتراط ذلك في العقد فظاهر، لأن ذلك فائده الشرط، و أما مع ذكره قبل العقد و جريان العقد عليه، فإن التراضى إنما وقع على هذا الوجه المخصوص فإذا لم يبطل العقد بفواته فلا أقل من ثبوت الخيار، انتهى.

أقول: لم أقف لما ذكره من الحكم بأن له الفسخ في الصوره المذكوره على نص واضح، إلا أنه في صوره الشرط الظاهر أنه لا إشكال فيه عملاً بقضيه الشرط و هو موضع اتفاق، و أما مع عدمه فليس إلا ما ذكره السيد السند هنا، و ظاهر جملة منهم الاستدلال على ذلك

بروايه الوليد بن صبيح التي أشار إليها في المسالك، و هي ما رواه عن أبي عبد الله عليه السلام

«في رجل تزوج امرأة حره فوجدها أمه قد دلست نفسها قال: إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليتها فالتكاح فاسد، قلت: و كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه، و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها، و إن كان زوجها إياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرًا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، قال: و تعتد منه عده الأمه، قلت:

فإن جاءت منه بولد؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الولي» (1).

و أنت خبير بأن هذه الروايه لا دلالة فيها على المدعى، و إنما الظاهر

ص: ٣٩٥

١ - ١) أقول: ربما يتسارع الى الوهم المغايره بين لفظ الولي في الروايه و الموالى و هو باطل، فإنه لا ولى للأمه الا مولاهها، فالولى بالنسبه إليها و المولى بمعنى واحد كما لا يخفى، و يؤيده قرينه المقابله بينه و بين قوله في صدر الخبر «ان كان الذي زوجه إياها من غير مواليتها» فإنه ظاهر في كون الولي من مواليتها. (منه - قدس سره -).

منها أنه متى كان الذى زوجها من غير مواليتها فالنكاح فاسد، وفيه رد لما يدعونه من أنه موقوف على الإجازة كما تقدمت الإشارة إليه، و متى كان المزوج لها من مواليتها فإنه يرجع عليه بالمهر الذى أخذته منه، و هو ظاهر فى بطلان النكاح، و لكن لمولاها عوض ما استحل من فرجها العشر أو نصف العشر، و المدعى هو أنه لو كان التزويج بإذن المولى و التدليس إنما وقع منه فإن الزوج يتخير بين الرضا بالعقد و فسخه، و الرواية إنما تدل بظاهرها على البطلان، لقضيه الرجوع على المولى بالمهر الذى دفعه، و حينئذ فالخبر بالدلاله على خلاف ما يدعونه أنسب، و إلى ما ذكرناه أقرب.

و أما ما اشتمل عليه صدر الخبر من أنه إذا كان الذى زوجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد، و أنه يرجع بالمهر عليها فيأخذ مما وجده دون أن يرجع على الذى زوجها، فيجب حمله على عدم علم الذى زوجها بالتدليس كما يشير إليه قوله «دلست نفسها» فإنه فى هذه الحال إنما يرجع عليها، و أما لو كان المدلس هو الذى زوجها فالرجوع بالمهر إنما هو عليه دونها، كما تقدم تحقيقه.

و بالجمله فالظاهر عندى من الخبر المذكور هو بطلان النكاح فى الصورة التى ادعوا أن للزوج الفسخ، بمعنى التخيير بين الرضا بالعقد و بين فسخه، فليتأمل فى المقام.

ثم إنه بناء على ما ذكره من تخيير الزوج فى الفسخ لو فسخ قبل الدخول فإنه لا مهر، و الظاهر أنه لا خلاف فيه كما سبق فى العيوب، و إن فسخ بعده فحيث كان بإذن السيد كما هو المفروض يلزم المسمى، و أما لو لم يكن بإذنه فإنه بناء على ما قالوه، من أن العقد يقع موقوفا على إذنه تأتي الأقوال الثلاثة المتقدمه فى مثله من المسمى أو مهر المثل أو العشر و نصف العشر على التقديرين، إلا أنك قد عرفت أن الظاهر من الأخبار فى هذه الصورة إنما هو البطلان.

و منها روايه الوليد المذكوره و قوله فيها «إن كان الذى زوجها من غير

مواليها فالنكاح فاسد» ونحوها غيرها مما تقدم في المسأله الاولى من الفصل الرابع فى نكاح الإماء.

و أنت خبير بأن ما ذكره أيضا من لزوم المسمى بالدخول متى كان بإذن المولى مشكل بما ذكرناه، من أن المفهوم من روايه الوليد المذكوره هو أنه يرجع فى الصوره المذكوره على وليها بالمهر الذى أخذته منه، و لكن المولى يرجع عليه بالعشر أو نصف العشر، فالواجب فى هذه الحال إنما هو العشر أو نصف العشر، و فيه إشاره إلى بطلان المسمى فى الصوره المذكوره، و الرجوع إلى العشر و نصف العشر.

هذا مقتضى الخبر، و هم -رضوان الله عليهم- قد نقلوا الخبر المذكور و لم يتكلموا فى معناه و ما اشتمل عليه من هذه الأحكام بشيء بالكليه، و ما ذكرناه من بيان معناه و ما اشتمل عليه من هذا التفصيل الذى ذكرناه ظاهر لمن تأمل بعين البصيره، و نظر بمقله غير حسيره، و تناوله بيد غير قصيره.

ثم إنهم قالوا بناء على ما ذكره من أن للزوج الفسخ فى الصوره المذكوره أنه لو فسخ بعد الدخول فلا كلام فى وجوب المهر للمولى، و أنه لو فسخ بعد الدخول و غرم المهر و ما فى معناه و تبين بطلان العقد فإنه يرجع به على المدلس، و قد تقدم فى أحكام العيوب ما يدل عليه.

ثم إنه لا يخلو إما أن يكون المدلس هو المرأه أو مولاهما أو أجنبيا، فإن كانت هى المدلسه لم يكن الرجوع عليها حال الرقيه، لأنه يكون كالرجوع على المولى و هو باطل، بل إنما يرجع عليها بعد العتق و اليسار، فإن لم يكن دفع المهر إليها غرمه المولى، لأنه له، و لكن يرجع به عليها كما عرفت على الوجه المتقدم، و إن كان قد دفعه إليها استعادته، لأنه باق على ملكه حيث إن قبضها إياه قبض فاسد إن كانت عينه باقيه كلا أو بعضا، و تبعها بالباقي حسبما تقدم، و إن كان المدلس المولى قالوا: فإن أتى فى لفظه بما يقتضى العتق، مثل

قوله هي حره، إنشاء أو إخبارا حكم عليه بحريتها إعمالا- لسبب بحسب مقتضاه، و حينئذ فيصح العقد و يكون المهر لها دون السيد، لأنها قد تحررت، و يعتبر في صحة النكاح حينئذ إذنها سابقا أو إجازتها لاحقا كغيرها من الحرائر.

و إن لم يتلفظ بما يقتضى العتق بل تكلم بكلام يحتمل الحريه و غيرها فلا شىء للسيد، و لا للمملوكه، أما المملوكه فإنها لا تستحق من مهرها شيئا، و السيد و إن استحقه بالدخول إلا أن للزوج الرجوع عليه لتدليسه عليه و تغريبه إياه، و لا وجه لدفعه إليه ثم استرجاعه منه.

و هل يستثنى للسيد أقل ما يصح أن يجعل مهرا و هو أقل ما يتمول أو أقل ما يكون مهرا لأمثالها كما ذهب إليه ابن الجنييد؟ قيل: لا، و هو ظاهر اختيار المحقق تمسكا بإطلاق ما دل على الرجوع على المدلس مما غرمه و إن كان هو المولى. و قيل: نعم، لأن الوطى المحرم فى غير صورته التحليل يمتنع خلوه من العوض، و أوجب بأن العوض متحقق لكن يرجع به على المدلس.

أقول: قد تقدم الكلام فى هذا المقام فى المسأله الثالثه من المطلب الثانى، و قد ذكرنا ثمه أن ما ادعوه من هذه القاعده، و هو أن الوطى المحرم يمتنع خلوه من العوض على إطلاقه ممنوع، بل ظاهر الأخبار خلافه كما قدمنا بيانه و شيدنا بيانه.

و إن كان المدلس أجنبيا رجع عليه بجميع المهر المسمى للمولى. قالوا:

و لو دفعه إليها فى هذه الصوره و تلف فى يدها غرم مهرا آخر للسيد و رجع به على المدلس، لأن دفعه لها غير شرعى، حيث إن المهر للمولى، فيجب عليه دفعه مره أخرى للمولى، و يرجع به على المدلس.

أقول: حيث إنه لم يرد فى الأخبار ماله تعلق بهذه المسأله إلا روايه الوليد ابن صبيح المتقدمه بالتقريب الذى ذكرناه فيها، فإنه يعسر الجمع بينها و بين ما قرروه فى هذا المقام فى جملة من المواضع:

(منها)إنهم ذكروا فى صورته ما إذا كانت هى المدلسه،أنه لو دفع إليها المهر استعاده إن كان موجودا كلا أو بعضا،و إن لم يكن تبعها به العتق و اليسار، و ظاهر الروايه فى هذه الصوره كما بيناه أنه إن لم يجد شيئا فلا شىء له عليها.

(و منها)إن ما ذكروه فى صورته تزويج المولى لها من التفصيل فى الألفاظ التى حصل بسببها التدليس من حصول العتق بها فى بعض و عدم حصوله فى آخر يردده إطلاق الخبر المذكور فإن غايه ما دل عليه أنه إذا زوجها الولي-و هو الذى عرفت أن المراد به المولى-فإنه يرجع عليه بما أخذت منه أعم من أن يأتى بتلك الألفاظ المذكوره أو غيرها،و يؤيده أن الحكم بحصول العتق بمجرد تلك الألفاظ كما ذكروه من غير قصد إليه-ولا سيما أنه مشروط بالقربه و لم تحصل-مشكل.

(و منها)ما تقدم ذكره من أن مقتضى كلامهم أنه متى كان النكاح بغير إذن المولى فإنه يقع صحيحا موقوفا على إجازته،و الخبر المذكور صريح فى أن النكاح فاسد و يعضده فى ذلك جملة من الأخبار التى قد تقدمت الإشارة إليها.

(و منها)ما تقدم الإشارة إليه أيضا من أنهم صرحوا بأنه متى كان التزويج بإذن السيد فإن له المسمى مع الدخول،مع أن الروايه المذكوره تدل بناء على ما شرحناه فى معناها على أن الزوج يرجع على السيد بالمهر المسمى لتدليسه، و لكن للسيد عليه العشر أو نصف العشر بما استحل منها،و هو ظاهر فى بطلان المسمى الذى حكموا به و الانتقال عنه إلى العشر أو نصف العشر.

و بالجملة فإن من تأمل الروايه المذكوره حق التأمل لا يخفى عليه صحه ما قلناه،و لم أر من تعرض للكلام على ما اشتملت عليه من هذه الأحكام،و قد تقدم الكلام فى المسأله بالنسبه إلى المهر و الولد فى المسأله الرابعه من الفصل الرابع فى نكاح الإمام.

المسأله الثانيه [فيما لو تزوجت الحره عبدا على أنه حر]

إذا تزوجت الحره عبدا على أنه حر-و إن كان بمجرد

إخباره قبل العقد بكونه حراً - ثم ظهر كونه عبداً، فإن كان التزويج بغير إذن مولاه و لم يجر العقد بعد وقوعه كان العقد باطلاً، وإن كان بإذنه أو إجازته صح العقد و كان للمرأة الفسخ، ولا فرق في ذلك بين أن تتبين الحال قبل الدخول أو بعده إلا أنه إن فسخت قبل الدخول فلا مهر، وكذا لو تبين بطلان العقد لعدم إذن السيد قبل الدخول بها فإنه لا مهر لها أيضاً، وإن فسخت بعد الدخول فلها المهر، وإن وقع النكاح برضاء السيد كان لها عليه المسمى و إلا كان لها مهر المثل على المملوك يتبع به بعد العتق.

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذا المقام ما رواه

الشيخ (١) فى الصحيح عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حره قد تزوجت مملوكاً على أنه حر فعلمت بعد أنه مملوك، فقال: هي أملك بنفسها إن شاءت قرت معه، وإن شاءت فلا، فإن كان دخل بها بعد ما علمت أنه مملوك و أقرت بذلك فهو أملك بها». و رواه الكليني و الصدوق.

و ما رواه

فى الكافى (٢) عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأة حره دلس لها عبد فنكحها و لم تعلم إلا أنه حر، قال: يفرق بينهما إن شاءت المرأة».

و الروايتان صريحتان فى ثبوت الخيار لها بعد العلم و إطلاقها دال على أنه لا فرق فى ذلك بين كون ذلك بعد الدخول أو قبله، و أما باقى الأحكام فهى معلومه مما سبق فى غير مقام.

ص: ٤٠٠

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤١٠ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٨، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٧ ح ١٣ و فيها «سألت أبا جعفر»، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٥ ب ١١ ح ١، و ما فى المصادر اختلاف يسير مع ما نقله - قدس سره.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤١٠ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٦ ح ٢.

اشاره

اختلف الأصحاب فيما لو عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيره فبانت بنت أمه، فقال الشيخ في النهايه أن له ردها، فإن لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء و كان المهر على أبيها، وإن كان قد دخل بها كان المهر عليه بما استحل من فرجها، وقال ابن البراج: إذا تزوج من رجل على ابنته أنها بنت مهيره فوجدها بنت أمه كان مخيرا بين ردها و بين إقرارها على العقد، فإن ردها فعلى قسمين: إما أن يكون دخل بها فعليه المهر بما استحل من فرجها، وإن لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيء، وقد ذكر أن المهر يجب لها على أبيها إذا لم يدخل بها، والأولى أن ذلك لا يجب.

و قال الكيدري: إن لم يدخل بها فلا شيء عليه و المهر على أبيها على ما روى، والأصل انه غير واجب.

و قال ابن إدريس: إن لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيء، و روى أن المهر على أبيها، وليس عليه دليل من كتاب و لا سنه مقطوع بها و لا- إجماع، والأصل براءة الذمه، فمن شغل ذمه الأب بالمهر يحتاج إلى دليل، وإن دخل بها كان المهر عليه لها بما استحل من فرجها، و رجع على أبيها به، فإن رضى بعد ذلك بالعقد لم يكن له بعد رضاه الرجوع بالمهر و لا خيار الرد.

و قال المحقق في الشرائع: قيل: إذا عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيره فبانت بنت أمه كان له الفسخ، و الوجه ثبوت الخيار مع الشرط لا مع إطلاق العقد، فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر، و لو فسخ بعده كان لها المهر و يرجع به على المدلس أبا كان أو غيره.

أقول: و قد اتضح بما ذكرناه أن الخلاف هنا في مواضع ثلاثه:

(أحدها) إنه مع عدم الدخول بها هل يثبت لها المهر على أبيها أم لا؟ و الأول قول الشيخ في النهايه خاصه، و الثاني هو المشهور.

و(ثانيها) إنه هل الحكم في هذه الصوره هو ردها على أبيها كما ذكره

الشيخ، أو أنه يتخير بين الرد و القبول كما هو المشهور.

و(ثالثها) إنه على تقدير أن الحكم هو الخيار كما هو المشهور، هل الخيار مخصوص بما إذا شرط كونها بنت مهيره في أصل العقد أو مطلقاً؟ عبارته المحقق المذكوره صريحه كما ترى في الأول، و مثله العلامه في المختلف حيث قال: و الوجه عندى أنه لا خيار إلا مع الشرع، و اختاره في المسالك فقال- بعد أن نقل عن المحقق ذلك-: و هذا هو الأقوى و ظاهر الأكثر الثانى.

ثم إن الأصحاب ذكروا مسأله أخرى على أثر هذه المسأله، فقالوا: لو زوجه بنت مهيره و أدخل عليه بنته من أمه فعليه ردها، و لها مهر المثل إن دخل بها، و يرجع به على من سائقها إليه و يرد عليه التى زوجها، و كذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته، قالوا: و الفرق بين المسألتين أن العقد فى السابقه على بنت الأمه مع دخوله على أن تكون بنت الحره، فلذا كان له الخيار لفوات شرطه، أو ما أقدم عليه، و فى هذه الصوره وقع على بنت الحره باتفاقهما، و إنما أدخل عليه بنت الأمه بغير عقد، و الحكم بوجوب رد التى أدخلت عليه ظاهر، لأنها ليست هى المعقود عليها، و لها مهر المثل إذا دخل بها جاهلاً بالحال، لأنه و طء شبهه، و مهر المثل عوضه، و يرجع به على المدلس الذى ساقها إليه لغروره.

و قال الشيخ فى النهايه (1) : و متى كان للرجل بنتان أحدهما بنت مهيره و الأخرى بنت أمه فعقد الرجل على بنته من المهيره، ثم ادخل عليه بنته من أمه كان له ردها، و إن كان قد دخل بها و أعطاه المهر كان المهر لها بما استحل من فرجها، و إن لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر، و على الأب أن يسوق إليه ابنته من المهيره، و كان عليه المهر من ماله إذا كان المهر الأول قد وصل إلى

ص: ٤٠٢

ابنته الاولى،و إن لم يكن قد وصل إليها و لا يكون قد دخل بها كان المهر فى ذمه الزوج.

و قال ابن البراج:و إن كان الرجل قد دفع الصداق إلى الأولى لم يكن لهذه عليه شىء،و وجب على أبيها فى ماله صداقها دون الزوج.

أقول:و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذا المقام ما رواه

فى الكافى و التهذيب (١)فى الموثق عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألت عن رجل خطب إلى رجل ابنه له من مهيره،فلما كان ليله دخولها على زوجها ادخل عليه ابنه له اخرى من أمه قال:ترد على أبيها و ترد إليه امرأته،و يكون مهرها على أبيها».

و هذه الروايه ظاهره فى المسأله بل صريحه فى المسأله الثانيه لدلالته على أن التى أدخلت عليه غير الابنه التى وقع العقد عليها،و قد حكم عليه السلام بأنه ترد الابنه التى أدخلت عليه إلى أبيها لأنها ليست هى الزوجه،و يرد إلى الرجل ابنته التى وقع عليها العقد لأنها زوجته،و مهرها على أبيها عوض تدليسه،و المهر الذى دفعه أولاً للتى أدخلت عليه بناء على أنه دخل بها،و الروايه و إن كانت مجمله فى ذلك إلا أن هذا التفصيل معلوم مما سياتى إن شاء الله تعالى.

و ما رواه

فى الكافى (٢)عن محمد بن مسلم فى الصحيح أو الحسن قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيره فأتاه بغيرها،قال:

ترد إليه التى سميت له بمهر آخر من عند أبيها،و المهر الأول للتى دخل بها».

و هذه الروايه أيضا ظاهره بل صريحه فى المسأله الثانيه،و أن التى أدخلت عليه غير زوجته المعقود بها،و قد كنى عن العقد فى الخبرين بالخطبه،و قد حكم

ص: ٤٠٣

١-١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٤،التهذيب ج ٧ ص ٤٢٣ ح ٣،الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٣ ح ٢.

٢-٢) الكافى ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٥،التهذيب ج ٧ ص ٤٢٣ ح ٢،الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٣ ح ١.

عليه السلام بأن ما ساقه الزوج من المهر يكون للتي أدخلت عليه لمكان دخوله بها مع جهله بالحال، وأن علي الأب أن يدفع لزوجته التي عقد بها عليه المهر من ماله.

و الروايتان المذكورتان كما ترى على خلاف قواعدهم (١) من إيجاب مهر المثل للتي أدخلت عليه لأنه نكاح شبهه، و هو موضع مهر المثل، و أنه يرجع به على الأب لتدليسه، مع أن الروايتين ظاهرتان في أن لها المهر الذي ساقه الزوج أولاً، و مقتضى قواعدهم أنه يجب للزوجه المهر الذي سمي في العقد، و يجب على الزوج دفعه لها، مع أنه عليه السلام حكم في الخبرين بإيجابه على الأب.

و يعضد هذين الخبرين أيضا ما رواه

الثقة الجليل أحمد بن محمد بن عيسى في كتاب النوادر (٢) عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

« إن عليا عليه السلام قضى في رجل له ابنتان إحداهما لمهيره و الأخرى لأم ولد، فزوج ابنته المهيره فلما كان ليله البناء أدخلت عليه ابنته لام ولد فوقع عليها، قال:

ترد عليه امرأته التي كانت تزوجها، و ترد هذه على أبيها، و يكون مهرها على أبيها».

و رواه

الصدوق في المقنع (٣) مرسلا قال:

«قضى على عليه السلام» الحديث.

أقول: قول «و يكون مهرها على أبيها» راجع إلى التي كانت قد تزوجها

ص: ٤٠٤

١- ١) قال السيد السند في شرح النافع: ما تضمنته الروايه من كون مهر الزوجه على أبيها مخالف للأصل، و يمكن حملها على أن المسمى مساو لمهر المثل، فان ما أخذته التي دخل بها من المهر يكون للشبهه، و يرجع إلى أبيها إذا كان قد ساقها إليه و يدفع إلى ابنته الأخرى، و يكون ذلك معنى كون المهر من عند أبيها، انتهى. و لا يخفى ما فيه من التعسف الظاهر، و أى ضروره تلجئ إلى ذلك، إذ من الجائز بل هو الظاهر أن الحكم بذلك و ان كان على خلاف القواعد الا أنه وقع عقوبه و مؤاخذه للأب بما فعله من التدليس، و له نظائر قد تقدمت. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) النوادر ص ٦٥، البحار ج ١٠٣ ص ٣٦٥ ح ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٣ ح ٣.

٣- ٣) الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٣ ذيل ح ٢.

كما صرح به الخبر المتقدم.

و يؤكد أيضا ما رواه

ابن شهر آشوب في كتاب المناقب (١) عن إسماعيل بن موسى بإسناده

«أن رجلا خطب إلى رجل ابنه له عرييه فأنكحها إياه، ثم بعث إليه بابنه له أمها أعجميه فعلم بذلك بعد أن دخل بها، فأتى معاويه و قص عليه القصة فقال: معضله لها أبو الحسن، فاستأذنه و أتى الكوفه و قص على أمير المؤمنين عليه السلام فقال: على أبي الجاربه أن يجهز لابنه التي أنكحها إياه بمثل صداق التي ساق إليه فيها، و يكون صداق التي ساق منها لأختها بما أصاب من فرجها، و أمره أن لا يمس التي تزف إليه حتى تقضى عدتها، و يجلد أبوها نكالا لما فعل» (٢).

و أنت خبير بأن هذه الأخبار بعد حمل مجملها على مفصلها قد اتفقت على أن الحكم في المسأله الثانيه هو وجوب مهر الزوجه التي آخر دخولها على أبيها، و المهر الذي ساق الزوج أولا- يكون للتي أدخلت عليه لمكان الدخول بها، و إن كان ذلك على خلاف قواعدهم المشهوره إلا أنه صريح كلام الشيخ في النهايه كما قدمناه، و كذا كلام ابن البراج، و المشهور بين المتأخرين خلافه كما عرفت مما قدمنا نقله عنهم.

قال العلامة في المختلف- بعد ذكر المسأله الثانيه و نقل قول الشيخ في النهايه بنحو ما نقلناه آنفا و ذكر روايه محمد بن مسلم الاولى-: و الحق أن نقول إن كانت الأولى عالمه بأنها ليست الزوجه و دخل بها على علمها بالتحريم لم يكن لها مهر لأنها زانيه، و إن لم تكن عالمه أو جهلت التحريم كان لها مهر مثلها- إلى أن

ص: ٤٠٥

١- (١) المناقب ج ٢ ص ٣٧٦، البحار ج ١٠٣ ص ٣٦١ ح ٣.

٢- (٢) قد تضمنت هذه الروايه زياده على غيرها من روايات المسأله عدم جواز وطئ زوجته حتى تنقضى عدته التي أدخلت عليه، و الوجه فيه ظاهر حيث انها أختها، و نكاحها صحيح لانه نكاح شبيهه، و الوطئ ما دامت في العده يستلزم الجمع بين الأختين، و تضمنت جلده تأديبا جزاء لما فعله من التدليس و ارتكاب أمر محرم شرعا. (منه- قدس سره-).

قال:-و أما الأولى فلها مهرها على الزوج لأنه لا يسقط بدفع الزوج إلى الثانيه، ثم الزوج يطالب الأب الراجع بما دفعه الزوج إلى الثانيه لأنه غره،انتهى.

و فيه أنه و إن كان ذلك مقتضى قواعدهم المقرره،لكن اتفاق هذه الروايات و دلالتها صريحا على ما ذكرناه يمنع من ردها و طرحها فى مقابله ما ذكره سيما مع ما عرفت فى غير موضع مما تقدم من وقوع نحو ذلك فى مواضع لا تحصى كثره.

و كيف كان فجملة هذه الأخبار إنما تضمنت حكم المسأله الثانيه،و ليس غيرها فى الباب،و على هذا فالمسأله الأولى خاليه من الدليل،و إن كثر فيها القول و القيل،و ما ذكره فيها من الروايه بأن مهر تلك المرأه مع عدم الدخول بها على أبيها لم نقف عليه فى خبر بالكلية،و كذا المواضع التى وقع فيها الخلاف كما قدمنا ذكره لم نقف فيها على خبر.

و بالجملة فإنه لم يصل إلينا خبر يتضمن تلك المسأله بالكلية،و إنما الذى وصل إلينا هذه الأخبار التى ذكرناها،و موضعها إنما هو المسأله الثانيه، و حينئذ فيشكل الكلام فيها و إن أمكن بالنظر إلى تقريباتهم العقلية فى بعض المواضع منها،إلا- أنها غير معمول عليها عندنا كما عرفت فى غير موضع مما تقدم.

و العلامه فى المختلف بعد أن اختار فيها أنه لا خيار إلا مع الشرط كما قدمنا نقله عنه قال:و الشيخ عول على روايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، ثم ساق الروايه الاولى من روايته،ثم قال:و إن كان ضامنا فى هذه الصوره فكذا فى المتنازع لعدم التفاوت،و فى إيجاب المهر على الأب إشكال،انتهى.

و أنت خبير بأن ظاهر كلامه أن الشيخ إنما قال بوجوب المهر على الأب فى المسأله الأولى إلحاقا لها بالمسأله الثانيه،حيث أوجب على الأب المهر للزوجه، و لا يخفى أنه مع كونها قياسا،فهو قياس مع الفارق،لأن التى حكم بإيجاب المهر لها على الأب فى المسأله الأولى ليست زوجته،لأن الشرط و التراضى إنما وقع على بنت المهيره،و هذه إنما هى مدلسه،و لذا حكم بردها على أبيها،و من أجل

ذلك استشكل أيضا في إيجاب المهر على الأب، و التي حكم بإيجاب المهر لها في المسألة الثانيه زوجه شرعيه مستحقه للمهر، لكن لما كان الأب سيبا في فوات مهرها باستحقاق الأخت التي أدخلت عليه لدخوله بها، غرم المهر عقوبه لابنته التي آخر إدخالها على زوجها.

و بالجمله فالمسأله حيث كانت عاريه عن النص فالكلام فيها مشكل، و حبس الفكر عن الجولان في ميدانها أوفق بالامثال لما أمروا به في أمثالها.

فوائد

الأولى:

قد وقع التعبير بالمهيره في الأخبار و كلام الأصحاب،

و في الحديث

كان لداود عليه السلام (١) ثلاثمائة مهيره، و سبعمائه سريه. و هي فعليه بمعنى مفعوله، و المراد بها على ما ذكره أهل اللغه الحره كالجوهري و غيره، سميت بذلك لأنها لا ينكح إلا بمهر، بخلاف الأمه فإنها قد توطئ بالملك و التحليل.

قال في القاموس (٢) المهيره هي الحره الغاليه المهر. و في الصحاح (٣): المهيره هي الحره.

الثانيه:

قال في المسالك: و اعلم أنه لا فرق في بنت المهيره بين كون أمها حره في الأصل، أو معتقه لما عرفت من أن المراد منها لغه الحره، و هي شامله لهما و يحتمل ضعيفا (٤) الفرق، بناء على أن المعتقه يصدق عليها أنها كانت أمه،

ص: ٤٠٧

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ١٨١ ح ٩، و ما في المصدرين «كان لسليمان بن داود».

٢- (٢) القاموس ج ٢ ص ١٣٧.

٣- (٣) الصحاح ج ٢ ص ٨٢١.

٤- (٤) أقول: أشار بهذا الاحتمال الى ما ذكره جملة منهم السيد عميد الدين في شرح القواعد فإنه استشكل في المسأله لهذا الاحتمال، و المذكور فيها جوابه. (منه - قدس سره -).

إذ لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه، ولا يخفى ضعفه إذ لا اشتقاق هنا، بل الأمه اسم للرقية، وهو منتف بعد العتق، و تعريف أهل اللغة ينافيه، انتهى.

الثالث:

لا يخفى أن ما صرحت به أخبار المسألة الثانيه من ثبوت المهر لمن أدخلت عليه مبنى على الدخول بها مع عدم علمها بالحال، وإلا- فلو كانت عالمه بأنها ليست زوجته فإنه لا شىء لها لأنها زانية، ولو علم هو مع جهلها كان هو زانيا، ولكن لها مهر المثل عند الأصحاب لموضع الشبهه، والمهر الذى تضمنته الأخبار، هذا مع الدخول بها وإلا فلا شىء لها لا على الرجل الذى أدخلت عليه ولا غيره، لأنها ليست معقودا عليها ولا موطوءه، والله أعلم.

المسألة الرابعه [فيما لو تزوج امرأه على أنها بكر فظهرت ثيبا]

إذا تزوج الرجل امرأه على أنها بكر فظهرت ثيبا فظاهر كلام جملة من الأصحاب التفصيل فى ذلك بأنه إن كان شرط كونها بكرا و ثبت سبق الثيبوبه على العقد فإنه يجوز له الفسخ لفوات الشرط المقتضى للتخير كظائره، وإلا فلا، لأن الثيبوبه فى نفسها ليست عيبا بحيث ترد به المرأة، ولذلك لم يذكر فى العيوب المتقدمه، وإنما جاز الفسخ من حيث الشرط.

و يثبت سبق الثيبوبه بإقرارها وبالبينه، أو بقرائن الأحوال المفيد للعلم، و لو تجددت الثيبوبه بعد العقد فلا خيار أيضا ولا رجوع لعدم المقتضى، و ما تجدد بعد العقد من جملة العوارض اللاحقه لها لا توجب شيئا، ولا يترتب عليها أثر، و لو اشتبه الحال بأن لم يعلم تقدم ذلك على العقد أو تأخره عنه، فلا خيار أيضا لأصالة عدم التقدم، ثم إنه متى فسخ فإن كان قبل الدخول فلا شىء لها، وإن كان بعده فقد استقر المهر و يرجع به على المدلس، و إن كانت هى المدلسه فلا شىء لها، إلا أنهم قالوا هنا جريا على ما تقدم من نظائر هذا الموضوع أنه يستثنى لها أقل ما يصلح لأن يكون مهرا كما هو أحد القولين.

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذا المقام ما رواه

ثقه الإسلام (1) فى الصحيح

ص: ٤٠٨

عن محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام «في الرجل يتزوج امرأة على أنها بكر فيجدها ثيبا، يجوز له أن يقيم عليها؟ قال: فقال: قد تفتق البكر من المركب و من النزوه».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب (١) في الصحيح عن محمد بن جزك قال:

«كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جاربه بكرا فوجدها ثيبا، هل يجب لها الصداق و اياها أم ينتقص؟ قال: ينتقص».

و ظاهر الخبر الأول يتناول من اشترط بكارتها في العقد أو ذكرت قبله و جرى العقد عليها من غير اشتراط له في نفس العقد، و أنه مع عدم العلم بالتقدم على العقد يجوز تجرده بأحد الوجهين المذكورين فلا يوجب ذلك الخيار، و ظاهر الثانيه هو أنه مع ظهور الثيبوبه ينقص شيء من المسمى، و سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى، و أما باقى الأحكام فى المقام فقد علم وجهها مما سبق.

بقى هنا شيء، و هو أنه حيث لا فسخ إما لعدم وجود موجه، أو لاختياره المقام معها و إن جاز له الفسخ، فهل للزوج أن ينقص شيئا من المهر لظهور الثيبوبه التى هى على خلاف ما وقع عليه الاتفاق من البكاره أم لا؟ قولان، و الثانى منقول عن أبى الصلاح و بن البراج (٢) و الأول هو المشهور.

قال أبو الصلاح على ما نقل عنه فى المختلف فى بحث المهور: إذا تزوج بكرا فوجدها ثيبا و أقرت للزوج بذلك حسب، أو قامت به البينه فليس يوجب الرد و لا نقصانا فى المهر.

و ظاهر هذا الكلام عدم ثبوت الخيار، و إن تقدم حصول الثيبوبه على العقد

ص: ٤٠٩

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٥ ب ١٠ ح ٢.
٢- ٢) و أما ابن البراج فإنه قال: إذا تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيبا جاز أن ينقص من مهرها شيئا، و ليس ذلك بواجب. انتهى، و ربما أشعرت هذه العبارة بخلاف ما نقل عنه. (منه-قدس سره-).

و شرط البكاره، و هو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب كما عرفت، و لهذا أن العلامه فى المختلف قال: و أبو الصلاح إن قصد التزويج بالبكر مع عدم شرط البكاره فهو مسلم، و إن قصد ذلك مع اشتراط البكاره فهو ممنوع، ثم إنه على تقدير القول المشهور من جواز أن ينقص من المهر شيئاً فإنهم قد اختلفوا فى قدر ذلك على أقوال:

(أحدها) أن ينقص شىء فى الجملة، حيث قد ورد عن الشارع نقص شىء و لم يقدره كما تشعر به صحيحه محمد بن جزك المتقدمه، و التقريب فيها استلزام النقص تقدير منقوص، و المناسب تقدير لفظ شىء مبهم لاقتضاء المقام إياه، و هذا القول للشيخ فى النهايه.

و(ثانيها) إن الناقص السدس، و نقل عن القطب الراوندى فى شرح مشكل النهايه محتجا بأن الشىء فى عرف الشرع السدس، فلهذا حمل عليه فى الوصيه فكذا هنا، و غلطه المحقق فقال: بأن الشىء لم يذكر فى الروايه، و إنما وجب تقديره لاقتضاء اللفظ نقصان قدر مبهم، و هو الشىء المنكر، لا الشىء المعين الذى هو السدس، ثم كون الشىء سدسا فى الوصيه لا يقتضيه فى غيرها، لانتفاء الدليل عليه مع كونه أعم، وورده العلامه أيضا فى المختلف فقال: الجواب المنع من العرف الشرعى فى ذلك، و لهذا لا يحمل عليه فى الإقرار و غيره، و لا يلزم من تقديره فى الوصيه تقديره فى غيرها، إذ ليس فى الروايه لفظ شىء.

و(ثالثها) إنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر و الثيب، و هو قول ابن إدريس حيث قال -على ما نقله فى المختلف-: الصحيح أنه ينقص من المسمى مقدار مثل ما بين مهر البكر إلى مهر الثيب، و ذلك يختلف باختلاف الجمال و السن و الشرف و غير ذلك، فلأجل هذا قيل ينقص من مهرها شىء منكر غير معروف، و اختاره فى المختلف، و هو قول المحقق فى الشرائع.

و قد اعترض على هذا القول السيد عميد الدين فى شرحه على القواعد فقال: و أنا أقول: إن كلام ابن إدريس ليس جيدا على إطلاقه، فإنه ربما

أدى إلى سقوط المهر بالكلية، وذلك لأننا لو فرضنا أن مهرها بكرة خمسون و ثيبا أربعون كان له أن يسقط التفاوت و هو عشره، كما قال ابن إدريس، فلو فرضنا أن المسمى كان عشره لزم خلو البضع من المهر بإسقاط جميعه، بل ينبغي أن يقال أنه يسقط نسبه ما بين مهرها بكرة و ثيبا، ففي هذه الصورة يسقط خمس ما وقع عليه العقد، وذلك ديناران. انتهى و هو جيد، و قد تقدم نظيره في كتاب البيع.

و نقل الشيخ ابن فهد في الموجز عن فخر المحققين أنه رده بأن قيمه المثل يعتبر في المعاوضات المحضه و النكاح ليس منها، و هو ظاهر في رد قول ابن إدريس.

و ظاهره في المسالك (1) و سبطه في شرح النافع حمل كلام ابن إدريس على ما ذكره السيد عميد الدين من إرادته النسبه بين المهرين لا- مجموع ما بينهما. و نسبه في المسالك إلى العلامه في التحرير أيضا، و قال: و وجهه أن الرضاء بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكاره و لم تحصل إلا خاليه من الوصف، فيلزم التفاوت كأرض ما بين المبيع صحيحا و معيبا، قال: و يضعف بأن ذلك إنما يتم حيث يكون فواته قبل العقد، أما مع إمكان تجدده فلا، لعدم العلم بما يقتضى السقوط. انتهى و هو جيد.

و(رابعها) ما نقله في المسالك عن المحقق أيضا و هو إحاله تقدير ذلك على نظر الحاكم، لا انتفاء تقدير النص شرعا مع الحكم بأصله بالروايه الصحيحه فيرجع فيه إلى رأى الحاكم، قال: و هذا القول منسوب إلى المصنف أيضا و هو أوجه الأقوال، لثبوت النقص بالروايه الصحيحه و عدم تقديره لغه و شرعا، فلا

ص: ٤١١

١- ١) حيث قال في ثالثها: أنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر و الثيب أى بنسبه ما بينهما لا مجموع ما بينهما لثلا يلزم استيعاب المسمى في بعض الموارد بل الزيادة عليه، فلو فرض مهر مثل البكر مائه و الثيب خمسين نقص من الفرض نصف المسمى، و هو قول ابن إدريس- رحمه الله- و رجحه المصنف- رحمه الله عليه- و العلامه في التحرير. الى آخر ما ذكرناه في الأصل. (منه- قدس سره-).

شىء أنسب له من نظر الحاكم، وحينئذ فينظر فى أصل المسأله برأيه، انتهى.

أقول: الموجود من الأقوال فى المسأله هو الثلاثه الأول كما ذكره فى المختلف، و مثله السيد عميد الدين فى شرح القواعد، و هذا القول نقله الشيخ أحمد ابن فهد عن المحقق فى النكت (١).

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المسأله غير خاليه من الاشكال، و الظاهر عندى ضعف القول الرابع بعد الثانى فإنه أضعف الأقوال، و ما احتج فى المسالك بهذا القول من ثبوت النقص بالروايه، و عدم تقديره لغه و شرعا يعنى عدم تقدير الشىء، فإنه لا يستلزم الرجوع إلى الحاكم بوجه من الوجوه، و كيف و الحاكم إنما يجوز له الحكم بشىء بعد قيام دليل عليه عنده، و لم يرد من الشرع تفويض الأحكام الشرعيه أو تقدير المجهولات إليه يحكم فيها برأيه كما ادعاه من قوله، و ينظر فى أصل المسأله برأيه، و أى دليل دل على تفويض ذلك إليه يحكم فيه برأيه، مع أنه مأخوذ عليه آيه و روايه أن لا- يحكم إلا- بما أنزل الله، و أقرب هذه الأقوال القول الأول و الثالث، بل يمكن إرجاعهما إلى قول واحد كما هو ظاهر العلامه فى المختلف حيث قال- بعد اختيار مذهب ابن إدريس- و هو غير مناف لما قاله الشيخ، و الله العالم.

المسأله الخامسه [فيما لو تزوج رجلان بامراتين فأدخلت امرأه كل واحد منهما على الآخر]

قد صرح جملته من الأصحاب بأنه إذا تزوج رجلان بامراتين فأدخلت امرأه كل واحد منهما على الآخر فوطأها، فلكل واحد منهما على واطئها مهر المثل، و ترد كل واحد على زوجها، و عليه مهرها المسمى، و ليس له وطؤها حتى تنقضى عدتها من وطئ الأول، و لو ماتتا فى العده أو مات الزوجان ورث كل منهما زوجه نفسه و ورثته.

ص: ٤١٢

١- ١) و ظاهر السيد السند فى شرح النافع الميل الى هذا القول تبعاً لجده- قدس سرهما- حيث قال- بعد ذكر الوجه الذى نقلناه عن جده-: و لا بأس به. (منه- قدس سره-).

و قال الشيخ فى النهايه (١) إذا عقد الرجلان على امرأتين فأدخلت امرأه هذا على هذا، والأخرى على الآخر ثم علم بعد ذلك فإن كانا قد دخلا بهما فإن لكل واحده منهما الصداق، فإن كان الولى تعمد ذلك، اغرم الصداق، ولا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضى عدتها، فإن ماتتا قبل انقضاء العده فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتها، ويرثانها الزوجان، وإن مات الرجلان و هما فى العده فإنهما يرثانها، و لهما المسمى.

و قال ابن إدريس: و الصحيح من الأقوال أن بموت أحد الزوجين يستقر جميع المهر كاملاً، سواء دخل بها الرجل أو لا.

أقول: و الأصل فى هذه المسأله ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٢) عن جميل بن صالح عن بعض أصحاب أبى عبد الله عليه السلام

«فى أختين هديتا إلى أخوين فى ليله، فأدخلت امرأه هذا على هذا، وأدخلت امرأه هذا على هذا، قال: لكل واحد منهما الصداق بالغشيان، و إن كان وليهما تعمد ذلك اغرم الصداق، و لا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضى العده، فإذا انقضت العده صارت كل واحده منهما إلى زوجها بالنكاح الأول، قيل له: فإن ماتتا قبل انقضاء العده؟ قال: فقال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، و يرثانها الرجلان، قيل: فإن مات الرجلان و هما فى العده؟ قال: ترثانها و لهما نصف المهر المسمى، و عليهما العده بعد ما تفرغان من العده الأولى تعتدان عده المتوفى عنها زوجها».

و روى هذه الروايه

الصدوق فى الفقيه (٣) عن الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح أن أباً عبد الله عليه السلام قال:

«فى أختين أهديتا» الحديث، و هو صحيح لأن طريق

ص: ٤١٣

١- (١) النهايه ص ٤٨٨ ط قم مع إضافات فراجع.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١١، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٤ ح ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٦ ب ٤٩ ح ٢.

٣- (٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٧ ح ٥٤.

الصدوق إلى الحسن بن محبوب صحيح، و باقى رجاله ثقاة، و الأصحاب فى كتب الاستدلال كالمختلف و المسالك و غيرهما إنما نقلوا الخبر بروايه الكلينى و الشيخ، و ردوه بضعف السند، لما عرفت من الإرسال، و طعن فيه المسالك باشماله على تنصيف المهر فى موت كل منهما، و لا بأس بنقل كلامه، و إن طال به زمام الكلام ليظهر لك ما فيه من صحه أو سقام.

قال- رحمه الله عليه- بعد الكلام فى المسأله و ذكر الروايه: و قد ظهر أن الروايه ضعيفه بالإرسال و القطع معا، و مع ذلك فالشيخ لم يعمل بموجبها فى الزوجين لتضمنها لثبوت نصف المهر بالموت فى كل منهما، و الشيخ خصه بموت الزوجه، و أوجب مع موت الزوج المسمى، و لعل لفظ المسمى وقع سهواً، و كان حقه نصف المسمى كما فى الروايه، لأنها هى مستند ذكره لها فى النهايه، و قد ذكرها الصدوق فى المقنع كما ذكرها فى التهذيب، و لكن الصدوق لم يجعلها مقطوعه، بل قال: و سئل الصادق عليه السلام عن أختين أهديتا إلى أخوين. إلى آخر الحديث، و فى المختلف اقتصر فى نقل الروايه على ما تضمنه كلام الشيخ، و ترك حكاية آخرها المتضمن لثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوج، فلم يحصل فيها مخالفه إلا فى موضع واحد، و هو ثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوج كما ذكره فى النهايه، ثم حمل الروايه على أن المرأتين ليس لهما ولد، فيرجع الزوجان بالنصف فيما دفعاه مهرا على سبيل الميراث، و رضيه منه المتأخرون، و هذا الحل مع بعده يتم فى جانب الزوج دون الزوجه لحكمه لها أيضا بالنصف، مع أن أول الروايه تضمن حصول الغشيان و وجوب الصداق، و آخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت، و حملها على ما لوقع ذلك قبل الدخول خلافاً ظاهرها، و على كل تقدير، فإطراح الروايه لما ذكر من وجه الضعف أولى من تكلف حملها على ما لا تدل عليه، انتهى.

أقول- و بالله التوفيق-: إن ما طعن به من ضعف السند فقد عرفت جوابه،

و أنه مبنى على نقله الروايه من التهذيب أو الكافي، و إلا- فهي كما عرفت صحيحه فى الفقيه، و عبارته المقنع التى حكاها مبنيه على ذلك.

و أما ما طعن به فى متن الخبر من اشتماله على تنصيف المهر بموت الزوج و الزوجه مع ذكر الغشيان الذى هو كناية عن الدخول فى صدر الخبر، فالجواب عنه أنه لا يخفى أن الغشيان الذى وقع إنما هو من ذلك الرجل الأجنبى الذى أدخلت عليه المرأة بظن أنه زوجها فجامعها على أنها زوجته، و الصداق المذكور الذى استحقه بالغشيان مراد به مهر المثل الذى ذكره الأصحاب، حيث إن النكاح هنا وقع نكاح شبهه يوجب مهر المثل، غايه الأمر أنه عبر عنه بالصداق، و هو غير بعيد و لا مستغرب.

و أما ما ذكره من السؤال فى الروايه بقوله: فإن ماتتا قبل انقضاء العده؟ قال: يرجع بنصف الصداق. فالمراد بالصداق هنا إنما هو المسمى فى العقد بين تلك المرأة و زوجها لا مهر المثل الذى تقدم فى صدور الروايه.

و بذلك على ذلك أن هذا السؤال إنما وقع على أثر قوله: و لا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضى العده، فإذا انقضت العده صارت كل امرأه منهما إلى زوجها، فإنه لما تضمن وجوب إرجاع كل واحد منهما إلى زوجها الذى عقد عليها، بعد أن تنقضى عده نكاح شبهه رجوع السائل و سأل عن موت أحد الزوجين من المرأة أو الرجل فى تلك العده.

و حاصله يرجع إلى موت أحد الزوجين قبل الدخول و هى مسأله مشهوره سيأتى تحقيق الكلام فيها، و قد قيل بتنصيف المهر فى الموضوعين و دلت عليه جملة من الأخبار أيضاً، و هذا الخبر من جملتها، و إن عارضها غيرها من الأخبار.

و بالجملة فإن كلاً- من المرأتين المذكورتين لها صداقان: أحدهما و هو مهر المثل على الواطئ لها، و هو المذكور فى صدر الروايه، و المهر الآخر المسمى فى العقد على الزوج، و هذا هو الذى وقع السؤال عن وجوبه كملاً أو

تنصيفه بالموت، و هي مسأله مشهوره، و أخبارها من الطرفين مأثوره، و هذا الخبر من جملتها، و بذلك يظهر أنه لا طعن من هذه الجبهه لوجود القائل، و دلالة الأخبار على تنصيف المهر فى الموضوعين، و لا ضروره إلى ما تكلفه فى المختلف و لا غيره، و لا إشكال بحمد الملك المتعال فى هذا المجال كما لا يخفى على من عرف الرجال بالحق، لا الحق بالرجال.

و من روايات المسأله أيضا و إن لم تشتمل على هذه الأحكام ما رواه

فى الفقيه (١) عن محمد بن مسلم فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن رجلين نكحا امرأتين، فأتى هذا بامرأه هذا، و هذا بامرأه هذا؟ قال: تعتد هذه من هذا، و هذه من هذا، ثم ترجع كل واحده إلى زوجها».

أقول: حكمه عليه السلام بالعهده هنا محمول على وقوع الدخول، و إلا فمع عدمه فإنه ترجع كل واحده إلى زوجها من حين العلم بالحال، و به صرح الأصحاب أيضا، و قد صرحوا أيضا بأنه متى كان الرجل عالما بالحال و هى جاهله فإنه يكون زانيا فيحد لذلك، و لها المهر، و عليها العده و لو علمت هى و جهل هو كانت زانية لا- مهر لها، و يجب عليها الحد و عليها العده لوطنه المحرم، و العده تثبت مع احترام الوطى من جهتها أو من جهته كما عرفت، و لو علما معا كانا زانيين فلا مهر و لا عده، و لو فرض دخول أحدهما دون الآخر أو العلم من أحدهما دون الآخر اختص كل بما يلزمه من الأحكام المذكوره، و الله العالم.

المسأله السادسة [ثبوت مهر المثل ببطان العقد و مهر المسمى بفسخه]

من القواعد المقرره بينهم أن كل موضع حكم فيه ببطان العقد فللزوجه مع الوطى مهر المثل لا المسمى، و كل موضع حكم فيه بصحة العقد فلها مع الوطى المسمى و إن تعقبه الفسخ.

و علل الأول بأن مهر المثل عوض البضع المحرم حيث لا عقد، و مع بطلان العقد ينزل كعدمه فيكون كالوطى لشبهه المجرد عن العقد.

ص: ٤١٦

و علل الثانى بأن المسمى تابع لصحة العقد، فمتى صح العقد وجب المسمى و إن تعقبه الفسخ لوجوبه بالعقد، و الفسخ إنما يرفع العقد من حين الفسخ لا من أصل العقد، فلا يبطل المسمى الذى قد استقر بالدخول سواء كان الفسخ بعيب سابق له أو لاحق، و للشيخ فى المبسوط قول بالتفصيل، و هو أنه إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطى لزم مهر المثل سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده، و قد تقدم الكلام فى ذلك.

المقصد الثانى فى المهور:

إشاره

جمع مهر و هو على ما عرفه فى الصحاح و القاموس (١): الصداق، قالوا: و الصداق بكسر الصاد و فتحها: المهر.

قال فى المسالك: و هو مال يجب بوطىء غير زنا منهما و لا ملك يمين أو بعقد النكاح أو تفويت بضع قهرا على بعض الوجوه كإرضاع و رجوع شهود.

قال سبطه فى شرح النافع بعد نقل ذلك: و أورد عليه طردا عقر الأمه الزانية إن جعلنا العقر مهرا كما ذكره المعرف فإنه جعل من أسماء المهر العقر، و عكسا أرض البكاره، فإنه يجب بالوطء المخصوص و ليس مهرا و النفقه إن قلنا أنها تجب بالعقد، و النشوز مانع، ثم قال: و الأمر فى ذلك هين.

ثم إنه قال فى المسالك: و له أسماء كثيره منها الصداق بفتح الصاد و كسرهما سمي به لإشعاره بصدق رغبه باذله فى النكاح الذى هو الأصل فى إيجابه، و الصدقه بفتح أوله و ضم ثانيه، و النحله، و الأجر، و الفريضة، و قد ورد بها القرآن، قال الله تعالى «و آتوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ» (٢) و قال «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (٣) و قال «وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً» (٤) و العليقه، و العلائق،

و قد روى (٥) أن النبى صلى الله عليه و آله قال:

أدوا العلائق، قيل: و ما العلائق؟ قال: ما ترضى به الأهلون.

ص: ٤١٧

١- ١) الصحاح ج ٤ ص ١٥٠٦، القاموس ج ٢ ص ١٣٦.

٢- ٢) سورة النساء- آيه ٤.

٣- ٣) سورة النساء- آيه ٢٤.

٤- ٤) سورة البقره- آيه ٢٣٧.

٥- ٥) النهايه لابن الأثير ج ٣ ص ٢٨٩.

و العقر بالضم، و الحباء بالكسر، و يقال من لفظ الصداق و الصدقة: صدقتها، و من المهر: مهرتها، و لا يقال: أصدقتهأ و أمهرتها، و منهم من جوزة، و قد استعمله المصنف و غيره من الفقهاء، انتهى كلامه.

قال فى كتاب المصباح المنير (١): و مهرت المرأة مهرا من باب نفع أعطيتها المهر، و أمهرتها بالألف كذلك، و الثانى لغه تميم و هى أكثر استعمالا، و منهم من يقول مهرتها إذا زوجها من رجل على مهر فهى مهيره، فعلى هذا يكون مهرت و أمهرت لاختلاف معنيين. انتهى.

و قال أيضا فى الكتاب المذكوره: و صداق المرأة فيه لغات أكثرها فتح الصاد، و الثانى كسرهما، و الجمع صدق بضمين، و الثالثه لغه الحجاز صدقه، و يجمع صدقات على لفظها، و فى التنزيل «وَ آتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ» و الرابعه لغه تميم صدقه، و الجمع صدقات، مثل غرفه و غرفات، و صدقه لغه خامسه و جمعها صدق مثل قريه و قرى، و أصدقتهأ بالألف أعطيتها صداقها، و أصدقتهأ تزوجتها على صداق، انتهى.

و كيف كان ففى هذا المقصد بحوث:

[البحث الأول: فيما يصح أن يكون مهرا]

إشاره

، و فيه مسائل:

[المسأله الأولى] فى أن كل ما يملكه المسلم مما يعد مالا يصلح جعله مهرا]

المفهوم من كلام الأصحاب الاتفاق على أن كل ما يملكه المسلم مما يعد مالا يصلح جعله مهرا للزوجه عينا كان أو دينا أو منفعه، و المراد بالمنفعه ما يشمل منفعه العقار و الحيوان و الغلام و الأجير، و إنما وقع الخلاف فى جعل المهر عملا من الزوج للزوجه أو وليها، فمنعها الشيخ فى النهايه، و المشهور الجواز و هو قوله فى الخلاف و المبسوط، و إليه ذهب الشيخ المفيد و ابن الجنيد و ابن إدريس، و جمله من تأخر عنه.

قال فى النهايه: يجوز العقد على تعليم آيه من القرآن أو شىء من الحكم و الآداب، لأن ذلك له أجر معين، و قيمه مقدوره، و لا يجوز العقد على إجاره،

ص: ٤١٨

و هو أن يعقد الرجل على امرأه على أن يعمل لها أو لوليها أياما معلومه، أو سنين معينه.

و ظاهر كلامه فى الخلاف أن القول بما ذهب إليه فى النهايه كان موجودا قبله حيث قال: يجوز أن يكون منافع الحر مهرا مثل تعليم قرآن أو شعر مباح أو تعليم بناء أو خياطه ثوب و غير ذلك مما له أجر، و استثنى أصحابنا من جمله ذلك الإجاره، و قالوا: لا يجوز، لأنه كان يختص بموسى عليه السلام، و نحوه فى المبسوط.

و ابن البراج قد تبع الشيخ فى النهايه فى كتاب الكامل، و وافق المشهور فى المذهب فقال: و يجوز أن يكون منافع الحر مهرا، مثل أن يخدمها شهرا و على خياطه ثوب، و على أن يخط له شهرا، و كذلك البناء و ما أشبهه، و كذلك تعليم القرآن، و المباح من الشعر، و روى أصحابنا أن الإجاره مده لا تصلح أن تكون صداقا لأن ذلك مخصوص بموسى عليه السلام.

و قال ابن إدريس: يجوز أن يكون منافع الحر مهرا، مثل تعليم القرآن أو شعر مباح أو بناء أو خياطه ثوب و غير ذلك مما له اجره، لأن كل ذلك له أجر معين و قيمه مقدره.

و استثنى بعض أصحابنا من جمله ذلك الإجاره إذا كانت معينه يعملها الزوج بنفسه، قال: لأن ذلك كان مخصوصا بموسى عليه السلام، و الوجه فى ذلك أن الإجاره إذا كانت معينه لا تكون مضمونه، بل إذا مات المستأجر لا يؤخذ من تركته، و لا يستأجر لتمام العمل، و إذا كانت فى الذمه تؤخذ من تركته، و يستأجر لتمام العمل، قال: و الذى أعتمده و أعمل عليه و أفتى به أن منافع الحر ينقذ بها عقود النكاح، و تصح الإجاره، و الأجره على ذلك، سواء كانت الإجاره فى الذمه أو معينه لعموم الأخبار، و ما ذكره بعض أصحابنا من استثنائه الإجاره و أنها كانت مخصوصه بموسى عليه السلام فكلام فى غير موضعه، و اعتماد على خبر شاذ نادر.

فإذا تأمل حق التأمل بان ووضح أن شعيبا عليه السلام استأجر موسى عليه السلام ليرعى له، لا ليرعى لبنته، وذلك كان في شرعه و ملته أن المهر للأب دون البنت، وإذا كان كذلك فإنه لا يجوز في شرعنا ما جاز في شرع شعيب عليه السلام، فأما إذا عقد على إجاره ليعمل لها فالعقد صحيح سواء كانت الإجاره معينه أو في الذمه.

و قد أورد شيخنا

في التهذيب (1) خبرا عن السكوني عن الصادق عليه السلام

«قال لا يحل النكاح اليوم في الإسلام بإجاره بأن يقول: أعمل عندك كذا سنه على أن تزوجني أختك أو بنتك، قال: حرام، لأنه ثمن رقبتها و هي أحق بمهرها».

فهذا يدل لك على ما حررناه و بيناه، فمن استثنى من أصحابنا الإجاره، إن أراد الإجاره التي فعلها شعيب عليه السلام مع موسى عليه السلام فصحيح، و إن أراد غير ذلك فباطل. انتهى كلامه، و هو جيد للأخبار الداله على ذلك عموما و خصوصا.

و منها ما رواه

في الكافي (2) عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام

«قال سألته عن المهر ما هو؟ قال: ما تراضى عليه الناس».

و عن الفضيل بن يسار (3) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير فهذا الصداق».

و عن الحلبي (4) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن المهر، فقال: ما تراضى عليه الناس» الحديث.

ص: ٤٢٠

١- ١) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥١، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٨ ح ٥٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ح ٢.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ١.

٣- ٣) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٣.

٤- ٤) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ١.

و عن زراره بن أعين (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«الصداق كل شيء تراضى عليه الناس قل أو كثر في متعه أو تزويج غير متعه». إلى غير ذلك من الأخبار التي بهذا المضمون.

و ما رواه

في الكافي (٢) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال:

« جاءت امرأه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوجني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لهذه؟ فقال رجل فقال: أنا يا رسول الله صلى الله عليه وآله زوجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لي شيء، قال: لا، فأعاد، فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام، فلم يقدّم أحد غير الرجل، ثم أعاد، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: في المره الثالثه أ تحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب (٣) عن بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام قال:

« سألته عن رجل تزوج امرأه على أن يعلمها سورة من كتاب الله عز و جل، فقال:

ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السوره و يعطيها شيئاً، قلت: أ يجوز أن يعطيها تمراً أو زيبياً؟ فقال: لا بأس بذلك إذا رضيت به كائناً ما كان». و هذه الأخبار كما ترى ظاهره في القول المشهور غايه الظهور، و لا سيما الخبرين الأخيرين.

هذا و الذي وقفت عليه من الأخبار في قصه موسى عليه السلام ما رواه

في الكافي (٤) في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال:

«قلت لأبي الحسن عليه السلام: قول شعيب عليه السلام إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج،

ص: ٤٢١

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢ ح ٦.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣ ح ١.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ٢.

٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ح ١.

فإن أتممت عشرا فمن عندك، أى الأجلين قضى؟ قال: الوفاء منهما أبعدهما عشر سنين، قلت: فدخل بها قبل أن ينقضى، الشرط أو بعد انقضائه؟ قال قبل أن ينقضى، قلت له: فالرجل يتزوج المرأة و يشترط لأبيها إجاره شهرين، يجوز ذلك؟ فقال: إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفى له، وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج المرأة على السورة من القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبضه من الحنطه».

و روى الشيخ فى التهذيب (١) عن أحمد بن محمد عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يتزوج المرأة و يشترط إجاره شهرين، قال: إن موسى عليه السلام» الحديث. كما تقدم بأدنى تفاوت.

و روى الثقة الجليل على بن إبراهيم القمى فى تفسيره (٢) عن محمد بن مسلم فى حديث طويل قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أى الأجلين قضى؟ قال: أتمها عشر حجج، قلت له: فدخل بها قبل أن يقضى الأجل أو بعده؟ قال: قبل، و قال قلت:

فالرجل يتزوج المرأة و يشترط لأبيها إجاره شهرين مثلا، أ يجوز ذلك؟ قال:

إن موسى بن عمران عليه السلام علم أنه يتم له شرطه، فكيف لهذا أن يعلم أنه يبقى حتى يفى» الحديث.

و أجيب عن هذه الأخبار بأن الظاهر هو حمل النهى فيها على الكراهه لا التحريم، لأن ما اشتملت عليه جار فى تعليم القرآن الذى قد دلت الأخبار كما عرفت على جواز جعله مهرا، بل كل مهر قبل تسليمه كذلك، لأنه لا وثوق له بالبقاء حتى يسلمه، مع أن ذلك غير قاذح فى الصحه إجماعا.

أقول: و الظاهر عندى أن هذه الأخبار إنما خرجت مخرج المجاراه، و التسليم بمعنى أن العقد بهذه الصورة غير جائز، لأن المهر حق للزوجه لا للأب،

ص: ٤٢٢

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ب ٢٢ ح ١.

٢- (٢) تفسير القمى ج ٢ ص ١٣٩، المستدرک ج ٢ ص ٦٠٨ ب ١٩ ح ٤.

و مع فرض جواز ذلك للأب فإنه كيف له بالعلم بالبقاء هذه المدة، و فعل موسى عليه السلام بناء على جوازه فى تلك الشريعة إنما كان لعلمه بالبقاء إلى أن يفى بالمدة، و أما غيره ممن لا يعلم فلا ينبغى له ذلك، و النهى أيضا على هذا التقدير لا يخرج عن الكراهة على تقدير جواز التزويج، و إلا فهو غير جائز.

و يدل على عدم جواز التزويج بهذه الكيفية ما رواه

فى الكافى و التهذيب (١) عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لا يحل النكاح - كذا فى الكافى، و فى الكتابين الأخيرين عن أبى عبد الله عليه السلام أن عليا عليه السلام قال: لا يحل النكاح - اليوم فى الإسلام بإجاره، بأن يقول: أعمل عندك كذا و كذا سنة على أن تزوجنى ابنتك أو أختك، قال: هو حرام، لأنه ثمن رقبته و هى أحق بمهرها».

قال فى الفقيه ذيل هذا الخبر: و فى حديث آخر

«إنما كان ذلك لموسى بن عمران لأنه علم من طريق الوحي هل يموت قبل الوفاء أم لا، فوفى بأتم الأجلين».

و التقريب فى الخبر المذكور دلالة على أن المنع من هذه الصورة إنما هو من حيث جعل المهر للأب و هو حق للمرأة، و ثمن رقبته لا - من جهة الإجاره، و فيه إشعار بأنه لو كانت الإجاره لها بأن يكون العمل لها فإنه صحيح لا مانع منه، و هو صريح فى بطلان هذا العقد لو كان العمل المجمعول مهرا لأبيها، و ما ذيله فى الفقيه لا يظهر له وجه ارتباط بالخبر، بناء على ما قلناه، لأن الخبر لم يتضمن المنع من حيث الإجاره، و التذليل المذكور إنما ينصب على ذلك، ليصير بمعنى التخصيص له، بل إنما تضمن بالمنع و البطلان من حيث إن هذا العمل الذى جعله مهرا لا يجوز جعله للأب لأنه مهر، و المهر حق الزوجه لا الأب.

و بالجملة فالظاهر هو القول المشهور كما عرفت من ظهور الأخبار المتقدمه

ص: ٤٢٣

(١ - ١) الكافى ج ٥ ص ٤١٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥١ و فيه اختلاف يسير، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٨ ح ٥٦ و فيه فقط «أن عليا عليه السلام قال:» و التهذيب موافق للكافى، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ب ٢٢ ح ٢.

فى ذلك، و عدم ظهور المنافاه من هذه الأخبار. و الله العالم و أولياؤه الأخيار.

المسأله الثانيه: لو عقد الذميان و نحوهما على ما لا يجوز العقد عليه فى شريعه الإسلام

اشاره

كالخمر و الخنزير صح، لأن ذلك مما يملك فى شريعتهم فيجوز جعله مهرا، لكن لو أسلما معا أو أحدهما، فإن كان بعد التقابض لا شىء للزوجه، لبراءه ذمه الزوج بقبضها فى شريعتهم، و إن كان قبل التقابض لم يجوز دفع المعقود عليه، أما مع إسلامهما معا فإنه يحرم القبض و الإقباض فى دين الإسلام، و أما مع إسلام الزوج فإنه لا يجوز له إقباضه و لا دفعه، و أما مع إسلامها فإنه لا يجوز لها قبضه، و العله فى هذه المواضع هو عدم صحه تملك هذه الأشياء فى شريعه الإسلام، و ما لا يكون مملوكا لا يكون مهرا، و حينئذ فالواجب بناء على ما هو المشهور هو القيمه عند مستحليه، لأن التسميه وقعت صحيحه، و لهذا لو كان قد حصل التقابض قبل الإسلام براء، و لكن حيث تعذر تسليم العين لما عرفت و جب الانتقال إلى القيمه، و هذا القول هو المشهور، مثله ما لو جعلاه ثمنا لمبيع أو عوضا لصلح أو إجاره أو نحوهما.

و قيل: إن الواجب مهر المثل تنزيلا- لتعذر تسليم العين- منزله الفساد، و رده السيد السند فى شرح النافع بأنه ضعيف.

أقول: و يدل على ما هو المشهور من الرجوع إلى القيمه ما رواه

المشايخ الثلاثة (1) عن رومى بن زراره عن عبيد بن زراره قال:

«قلت: لأبى عبد الله عليه السلام:

النصرانى يتزوج النصرانيه على ثلاثين دنا من خمر 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».

ص: ٤٢٤

(١-١) الكافى ج ٥ ص ٤٣٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٦ ح ١١، الفقيه ج ٣ ص ٢٩١ ب ١٤٢ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ح ٢.

و قد روى فى الكافى و التهذيب (١) عن طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« سأله (٢) رجل عن رجلين من أهل الذمه أو من أهل الحرب يتزوج كل واحد منهما امرأه و أمهرها خمرا و خنازير ثم أسلما، فقال: ذلك النكاح جائز حلال، لا يحرم من قبل الخمر، و لا من قبل الخنازير، قلت: فإن أسلما قبل أن يدفع إليها الخمر و الخنازير؟ فقال: إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئا من ذلك، و لكن يعطيها صداقا».

و أنت خبير بأن هذه الرواية للدلالة على القول بمهر المثل، و احتمال حملها على القيمة - كما دلت عليه الرواية الأولى - يحتاج إلى تكلف بعيد.

و لو كانا مسلمين أو أحدهما مسلما فعقدا على خمر أو خنزير أو نحوهما مما لا يصح تملكه، فلا ريب فى بطلان المسمى، و هل يبطل العقد أو يصح؟ قولان و على تقدير الصحة ما الذى يجب عوض ذلك، فالكلام هنا فى موضعين:

(أحدهما) فى صحة العقد و بطلانه

و قد اختلف الأصحاب فى ذلك فذهب جمع منهم الشيخان فى المقنعه و النهايه و القاضى و ابن البراج و التقى أبو الصلاح إلى القول بالبطلان، و قيل: بالصحة و هو مذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف، و به قال ابن حمزه و ابن زهره و ابن إدريس و المحقق، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

احتج الأولون بأن الرضا شرط فى صحة العقد، و هو إنما وقع على جعل الخمر فى مقابله البضع مع أنه باطل، فما وقع عليه الرضا غير صحيح، و ما هو صحيح لم يقع عليه التراضى، و لأنه عقد معاوضه (٣) فيفسد بفساد العوض كالبيع،

ص: ٢٢٥

١-١) الكافى ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ح ١.

٢-٢) فى التهذيب «عن طلحه بن زيد قال: سألته إله» و الظاهر أنه من سهو قلم الشيخ - رضى الله عنه. (منه - قدس سره -).

٣-٣) و الذى يدل على كونه عقد معاوضه قوله سبحانه «فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ» و الأدله الداله على جواز النظر إليها متى أراد تزويجها من قولهم - عليهم السلام - أنه مسام، و أنه يشتريها بأعلى الثمن، و نحو ذلك من الألفاظ الداله على المعاوضه، و أن المهر عوض البضع، و يظهر أيضا من قولهم زوجتك بكذا، فإن الباء للمعاوضه كما فى قولك بعث كذا بكذا. (منه - رحمه الله -).

«الصداق ما تراضيا عليه قل أو أكثر». و يلزمه بطريق عكس النقيض أن ما لم يتراضيا عليه لم يكن مهرا.

احتج الآخرون بوجود المقتضى للصحة و هو الإيجاب و القبول و عدم المانع إذ ليس إلا بطلان المهر، لكن بطلانه لا يؤثر في بطلان العقد، لصحة، عرائه عنه، بل صحة العقد مع شرط عدمه، فلا يكون ذكر المهر الفاسد أعظم من اشتراط عدم المهر، و لأن المهر و العقد غير ان، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر، و يظهر الغيريه فيما لو عقد بغير مهر، فإنه يصح بلا خلاف.

و أجيب عن دليل الأولين بأن ما ادعوه من أن بطلان المسمى يوجب عدم الرضا بأصل العقد قياسا على سائر المعاوضات منقوض بما لو ظهر المهر مستحقا، فإن العقد صحيح بلا إشكال، مع أنه لو كان كذلك في المعاوضه المحضه فإنها تفسد بظهور استحقاق أحد العوضين، و بذلك يظهر أنه ليس النكاح كالمعاوضه المحضه، و من ثم سماه الله تعالى نحله (٢) و هي العطيّه، و ركن العقد يقوم بالزوجين.

و أما ما استندوا إليه من الخبر، ففيه أن الظاهر أن المراد من الصداق الذي تراضيا عليه هو المهر الذي يذكر في العقد، لا مطلق المهر، لأن المهر الواجب مع عدم ذكره في العقد لم يتراضيا عليه، مع أنه صح أن يكون مهرا، و أيضا فالظاهر منه كون التراضي في جانب الفله و الكثيره مع التعيين بقريته قوله «قل أو أكثر».

ص: ٤٢٦

١-١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ١ ب ١ ح ٣.

٢-٢) سورة النساء-آيه ٤.

و أوجب عن دليل الآخرين بالفرق بين عدم التسميه و تسميه الفاسد، لأنهما فى الأول قد تراضيا على عدم المهر، فصح العقد للرضا به خاليا عن العوض، إلا- أنه يثبت مهر المثل حينئذ، لأنه العوض شرعا فى مثل ذلك، بخلاف الثانى، لأن التراضى لم يقع بالعقد خاليا عن العوض و المسمى باطل شرعا، و غيره غير مرضى به، فلا- تصح للعوضيه، و لا يلزم من تغايرهما مع التعويض تغايرهما مع التسميه، لأن التراضى إنما وقع على العقد المشخص بالمهر المعين، فكانا أمرا واحدا مركبا، فيفوت بفوات أحد أجزائه.

أقول: و المسأله لخلوها عن النص محل إشكال، سيما مع تدافع هذه الأقوال، و لهذا توقف العلامة فى المختلف، و كذا شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و سبطه فى شرح النافع، إلا أنه فى المسالك مع موافقته للعلامه فى التوقف قال:

إن جانب الصحه لا يخلو من رجحان، و سبطه قال بعد نقله التوقف عن علامه:

و هو فى محله، و إن كان القول بالبطلان لا يخلو من رجحان، و قد عرفت فى غير موضع مما تقدم عدم جواز الاعتماد فى تأسيس الأحكام الشرعيه على هذه التعليلات العقلية مع سلامتها من التعارض، فكيف و الحال كما رأيت.

و(ثانيهما) [ما الذى يجب على تقدير الصحه؟]

أنه على تقدير القول بالصحه كما هو المشهور بين المتأخرين، فما الذى يجب؟ قد اختلف الأصحاب القائلون بهذا القول على أقوال:

الأول: إنه يجب مهر المثل مع الدخول كالمفوضه، ذهب إليه الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و المحقق، و علل بأن عدم صلاحية المسمى لأن يكون صداقا اقتضى بطلان التسميه، فيصير العقد خاليا من المهر، و يلزم بالوطء مهر المثل، لأنه قيمه البضع حيث لا تسميه، و قد اختلف كلام العلامة هنا، ففى الإرشاد قيد بالدخول كما ذكره هؤلاء المشار إليهم، و فى غيره أطلق مهر المثل، و ظاهره وجوب مهر المثل و إن كان بمجرد العقد بدل المسمى حيث تعذر، و على هذا يكون هذا القول منقسما إلى قولين، و قد نبه عليهما شيخنا الشهيد فى شرح نكت الإرشاد،

و نقل القول بوجود مهر المثل بنفس العقد عن الشيخ، و علل هذا القول بأن العقد وقع بالعوض، فلا يكون تفويضا، لكن لما تعذر العوض المعين وجب الانتقال إلى بدله، و هو مهر المثل.

و رد بأن مهر المثل إنما ثبت كونه عوضا للطوى حيث لا تسميه، لا أنه يكون بدلا عن المهر الفاسد، و لا يبعد أن يكون مراده- رحمه الله عليه- بما أطلقه هو التقييد بالدخول كما ذكره في الإرشاد، و إنما أطلق اعتمادا على ظهور ذلك من القواعد الشرعية، و كيف كان فإنه لو حمل على ظاهره ضعيف جدا لا ينبغي أن يلتفت إليه.

الثانى: إن الواجب قيمته عند مستحليه حتى لو كان المهر حرا قدر على تقدير رقيته، و نقل عن الشيخ فى موضع من المبسوط، و الوجه فيه أن قيمه الشيء أقرب إليه عند تعذره، و لأنهما عقدا على شخص باعتبار ماليتها، فمع تعذر الشخص يجب المصير إلى المال.

و رد الأول بأن الانتقال إلى القيمة فرع صحة العقد على ذى القيمة، لأن القيمة لم يقع التراضى عليها، و رد الثانى بأن تقدير المالىه هنا ممتنع شرعا، فيجب أن تلغى كما ألغى التعيين.

أقول: و مع قطع النظر عن الرد بما ذكر فى كل من الوجهين فإن إثبات الأحكام الشرعية بمثل هذه التعليقات العقلية مما منعت منه الآيات القرآنية و السنه النبويه على الصادع بها و آله أشرف صلاه و تحيه.

الثالث: الفرق بين كون المهر الذى لا- يملكه المسلم متقوما فى الجملة كالخمر و الخنزير فيعتبر قيمته، و غير متقوم كالحر فيعتبر مهر المثل، و توضيحه أن الحر ليس مالا بالكلية، فيكون ذكره كالعدم بخلاف الخمر، فإنه مضمون على المسلم للذمى المستتر و كذا الذمى على مثله، فتكون المالىه فيه ملحوظه فى الجملة، فلا يكون العقد خاليا عن المهر أصلا بخلاف الحر، و ضعف هذا القول يعلم مما سبق، فإنه مركب منهما.

قال فى المسالك: و اعلم أنه على القول الثانى يكون وجوب القيمه منوطا بمجرد العقد و إن لم يدخل بغير خلاف، بخلاف القول الأول فإن فيه وجهين، و كذا على الثالث، فإن الجبهه التى توجب فيه القيمه تلحقه بالثانى، و الذى توجب مهر المثل تلحقه بالأول، انتهى.

و ظاهر السيد السند فى شرح النافع ترجيح الأول من هذه الأقوال الثلاثة حيث قال: و أجود الأقوال دليلا الأول، و هذا الترجيح مبنى على القول بالصحة، بمعنى أنه لو قيل بالصحة لكان هذا القول أجود الأقوال المذكوره، و إلا فقد عرفت أننا قد رجح القول بالبطلان من عبد التوقف فى المسأله، و الله العالم.

المسأله الثالثه [فى أن المهر لا يتقدر بقدر فى جانب القله إلا بأقل مما يتمول]

لا خلاف بين الأصحاب فى أن المهر لا يتقدر بقدر فى جانب القله إلا بأقل ما يتمول، أى يعد مالا.

و أما فى جانب الكثره، فالمشهوره بين المتقدمين -و عليه كافه المتأخرين- أنه لا يتقدر بقدر بل بما شاء.

و نقل الخلاف هنا صريحا عن المرتضى -عليه الرحمه- فى الانتصار، فإنه قال: و مما انفردت به الإماميه أن لا يتجاوز بالمهر خمسمائه درهم جياذ قيمتها خمسون دينارا، فما زاد على ذلك رد إلى السنه، و هو ظاهر ابن الجنيد و الصدوق فى الفقيه، و كذا فى الهدايه (١) وورد ذلك بالآيات و الروايات، قال الله عز و جل «وَ آتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا» (٢).

ص: ٤٢٩

١- ١) قال فى الهدايه، و مهر السنه خمسمائه درهم فمن زاد على السنه رد إلى السنه، فإن أعطاه من الخمسمائه درهما واحدا أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شىء لها بعد ذلك انما لها ما أخذت منه قبل أن يدخل. أقول: و هو مضمون روايه المفضل المذكوره فى الأصل، و نحو ذلك عباره ابن الجنيد، فإنه ذكر روايه المفضل أيضا. (منه-قدس سره-).

٢- ٢) سورة النساء-آيه ٢٠.

و القنطار على ما فى القاموس (١): بالكسر وزن أربعين أوقيه من ذهب أو فضه أو ألف دينار أو ألف و مائتا أوقيه، أو سبعون ألف دينار أو ثمانون ألف درهم أو مائه رطل من ذهب أو فضه أو ألف دينار أو ملاً مسك ثور ذهباً أو فضه.

و قال عز و جل «فَأَتَوْهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (٢) و قال «فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» (٣) و هى عامه لكل ما وقع عليه التراضى، و قد تقدمت جمله من الروايات فى المسأله الأولى صريحه الدلاله بأن المهر ما وقع عليه التراضى قليلاً كان أو كثيراً.

و فى حسنه الوشاء (٤) عن الرضا عليه السلام

«لو أن رجلاً تزوج امرأة جعل مهرها عشرين ألفاً و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً، و الذى جعل لأبيها فاسداً».

و روى فى الكافى (٥) فى الصحيح عن الفضيل قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم، فأعطاها عبداً آبقاً و برداً حبره بألف درهم التى أصدقها، قال: إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفته فلا بأس إذا هى قبضت الثوب و رضيت بالعبد» الحديث،. إلى غير ذلك مما يضيق المقام عن نقله.

احتج المرتضى على ما نقله عنه بإجماع الطائفة، و بأن المهر يتبعه أحكام شرعية، فإذا وقع العقد على مهر السنه فما دون ترتب عليه الأحكام بالإجماع، و أما الزائد فليس عليه إجماع و لا دليل شرعى، فيجب نفيه.

و أنت خبير بما فيه بعد ما عرفت، و ضعفه أظهر من أن يذكر.

ص: ٤٣٠

١-١) القاموس المحيط ج ٢ ص ١٢٢.

٢-٢) سورة النساء- آيه ٢٤.

٣-٣) سورة البقره- آيه ٢٣٧.

٤-٤) الكافى ج ٥ ص ٣٨٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٥ ص ١٩ ح ١.

٥-٥) الكافى ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥ ب ٢٤ ح ١.

نعم ربما أمكن الاستدلال له بما رواه

الشيخ (١) عن محمد بن سنان عن المفضل ابن عمر قال:

«دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمنين أن يجوزوه؟ قال: فقال: السنه المحمديه خمسمائه درهم فمن زاد على ذلك رد إلى السنه و لا شيء عليه أكثر من الخمسمائه درهم، فإن أعطها من الخمسمائه درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه، قال:

قلت: فإن طلقها بعد ما دخل بها؟ قال: لا شيء لها، إنما كان شرطها خمسمائه درهم، فلما أن دخل بها قبل أن تستوفى صداقها هدم الصداق، فلا شيء لها، إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك في حياها منه أو بعد موته فلا شيء لها». إلا أنه لا يوافق مذهبه، في عدم العمل بالأخبار و لو كانت صحيحه فكيف إذا كانت ضعيفه.

و قد أجاب العلامة في المختلف عنها بالحمل على الاستحباب، قال: و مع الزيادة يستحب الرد بالبراء إلى مهر السنه، فإذا حصل الإبراء لا يلزمه أكثر منه. انتهى، و لا بأس به، فإنه ليس بعد ذلك إلا - طرحه لمخالفته لما عرفت من الآيات القرآنيه و السنه المستفيضه النبويه، و قد استفاضت الأخبار بعرض الأخبار عليهما و رمى ما خالفهما و هذا الخبر بظاهره مخالف لهما كما عرفت.

قال في المسالك: و احتج المرتضى على مذهبه بإجماع الطائفه و هو عجيب، فإنه لا يعلم له موافق فضلا عن أن يكون مما يدعى فيه الإجماع، و قد اتفق له ذلك في الانتصار في مسائل كثيره ادعى فيها الإجماع، و ليس له موافق، ذكرنا جمله منها في بعض الرسائل - إلى أن قال بعد الطعن في سند الروايه بمحمد بن سنان و المفضل بن عمرو الطعن في متنها بمخالفتها لعموم الكتاب و السنه - ما لفظه:

و بقى أنه قال بعد ذلك، فإن أعطها من الخمسمائه إلى آخر ما تقدم، ثم قال:

ص: ٤٣١

فانظر إلى هذه المخالفات العجيبة و الأحكام الغريبة في هذا الخبر الواهي، و كيف يحسن بعد ذلك الاستناد إليه في حكم من هذه الأحكام مع مخالفه مدلوله في جميعها لما عليه علماء الإسلام، بل مثل هذا لا ينبغي إبداعه في كتب الحديث فضلا عن أن يجعل سند الحكم، انتهى.

و فيه أن هذا الطعن ليس من خصوصيات هذا الخبر، بل هنا أخبار عديده فيها الصحيح باصطلاحهم داله عليه، و بها قال جمله من الأصحاب أيضا كما سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى عند ذكر المسأله المشار إليها، بل ظاهر عباره الصدوق في الفقيه و الهدايه هو القول بمضمون هذه الروايه، و كذا عباره ابن الجنيد القائل بذلك أيضا، و لكن شيخنا الحر - رحمه الله - على رد هذا الخبر و رميه من البين غفل عن ذلك، نعم هو بما تضمنه صدره من عدم جواز الزيادة على الخمسمائه درهم مخالف لعمومات الكتاب و السنه كما عرفت، و الله العالم.

و كيف كان فإن الأفضل هو الاقتصار على الخمسمائه لاستفاضه الأخبار بأنه مهر السنه حتى وقعت المبالغه فيه بما تضمنه هذا الخبر مما يؤذن بتعيينه.

فمن الأخبار المشار إليها ما رواه

ثقه الإسلام (1) في الصحيح عن معاويه بن وهب قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ساق رسول الله صلى الله عليه و آله إلى أزواجه اثنتي عشره أوقيه و نشا، و الأوقيه أربعون درهما، و النش نصف الأوقيه عشرون درهما، فكان ذلك خمسمائه درهم، قلت: بوزننا، قال: نعم».

و عن حماد بن عيسى (2) في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سمعتة يقول:

قال أبي: ما زوج رسول الله صلى الله عليه و آله شيئا من بناته، و لا تزوج شيئا من نسائه على أكثر من اثنتي عشره أوقيه و نش، و الأوقيه أربعون درهما، و النش عشرون درهما».

ص: ٤٣٢

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥ ح ١.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٥، قرب الاسناد ص ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦ ح ٤.

و عن عبيد بن زرارہ (١) قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: مهر رسول الله صلى الله عليه وآله نساءه اثني عشر أوقيه و نشأ، و الأوقيه أربعون درهما، و النش نصف الأوقيه و هو عشرون درهما».

أقول: و بما دلت عليه هذه الأخبار من تفسير الأوقيه و النش و صرح به أهل اللغة أيضا، قال ابن إدريس في سرائره: النش - بالنون المفتوحه و الشين المعجمه المشدده - و هو عشرون درهما و هو نصف الأوقيه من الدراهم، لأن الأوقيه عند أهل اللغة أربعون درهما، فإنني سألت ابن القصار ببغداد و هو إمام أهل اللغة في عصره فأخبرني بذلك، انتهى.

و قال في القاموس (٢): النش إلى أن قال: و نصف أوقيه عشرون درهما.

و قال الجوهرى (٣): النش عشرون درهما و هو نصف أوقيه لأنهم يسمون الأربعين درهما أوقيه و يسمون العشرين نشا، و يسمون الخمسه نواتا.

و روى ثقه الإسلام (٤) عن الحسين بن خالد قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنه كيف صار خمسمائه درهم؟ فقال: إن الله تبارك و تعالى أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن مائه تكبيره، و يسبحه مائه تسبيحه، و يحمده مائه تحميده، و يهلله مائه تهليله، و يصلى على محمد و آله مائه مره ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين إلا - زوجه الله حوراء عيناء و جعل ذلك مهرها، ثم أوحى الله إلى نبيه صلى الله عليه وآله أن يسن مهر المؤمنات خمسمائه درهم ففعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله و أيما مؤمن خطب أخيه مؤمنه و بذل له خمسمائه درهم فلم يزوجه فقد عقه و استحق من الله أن لا يزوجه حوراء».

ص: ٤٣٣

١-١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٦ ح ٣.

٢-٢) القاموس المحيط ج ٢ ص ٢٩٠.

٣-٣) الصحاح ج ٣ ص ١٠٢١.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٧، وفيه «حوراء عين»، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٦ ح ١٤ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥ ح ٢.

المسألة الرابعة [لزوم تعيين المهر لو ذكر في العقد]

قد صرح الأصحاب بأن المهر إذا ذكر في العقد فلا بد من تعيينه ليخرج عن الجهالة إما بالإشارة كهذا الثوب و هذه الدابة، أو بالوصف الذي يحصل به التعيين.

و ظاهرهم أنه يكفي فيه المشاهدة و إن كان مكيلا أو موزونا و أمكن استعلامه بها، بل صرح بذلك جملة منهم كالصبره من الطعام و القطعه من الفضه أو الذهب، و مرجع ذلك إلى المعلوميه في الجملة من غير استقصاء لجميع طرقها، قالوا، و الوجه فيه أن النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقيه، و الركن الأعظم فيه الزوجان، و المهر دخيل فيه لم يعتبر فيه ما يعتبر في غيره من المعاوضات المحضه.

أقول: و يدل على ذلك صحيح محمد بن مسلم (١) المتقدمه المتضمن لحكاية المراه التي أتت إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و طلبت منه أن يزوجهما فإن المهر فيها قد جعل ما يحسنه من القرآن، و لم يسأل عن مقداره، و هو مجهول، فإذا جاز التزويج بالمهر الذي على هذا النحو، فالمشاهده من غير وزن و لا كيل بطريق أولى لحصول المعلوميه في الجملة، بخلاف المهر في هذا الخبر.

و يؤيد ذلك أيضا ما تقدم في جملة من الأخبار «أن المهر ما تراضيا عليه» فإنه شامل بإطلاقه لما نحن فيه، و قد تقدم في جملة من أخبار المتعه كف من طعام دقيق أو سويق أو تمر.

و في خبر (٢) عن الكاظم عليه السلام

«كان الرجل يتزوج على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله على القبضه من الحنطه». و في الجميع دلالة واضحة على الاكتفاء بالمعلوميه في الجملة.

بقي الكلام فيما لو قبضته و الحال هذه فإنه إن لم يتوقف على العلم به أمر

ص: ٤٣٤

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٣ ح ١.
٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ح ١.

و حصل العلم لها بعد ذلك فلا إشكال، و إن استمر الأمر على المجهوليه و احتج بعد ذلك إلى معلوميته لتلفه قبل التسليم أو بعده، و قد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه، فالظاهر أنه لا- وجه للرجوع إلا- بطريق الصلح إذ لا- طريق للمعلوميه لفواته على المجهوليه، و نقل عن المحقق الشيخ على أنه احتمال وجوب مهر المثل (1) و رده في المسالك و مثله سبطه في شرح النافع بأن ضمان المهر عندنا ضمان يد، لا ضمان معاوضه، و من ثم كان التلف قبل القبض يوجب الرجوع إلى قيمه، لا مهر المثل، و زاد في المسالك: نعم هو مذهب العامه.

المسأله الخامسه [في صحه النكاح لو تزوج امرأتين فصاعدا في عقد واحد بمهر واحد]

اشاره

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال في صحه النكاح لو تزوج امرأتين فصاعدا في عقد واحد بمهر واحد، إنما الخلاف و الاشكال في صحه المهر في هذه الصوره و بطلانه، و أنه على تقدير الصحه، فهل يقسط المهر على عدد رؤوسهن بالسويه أو يقسط على مهر أمثالهن؟ وجهان، بل قولان، و تفصيل هذه الجمله يقع في مواضع:

الأول [دليل الحكم]

إن ما ذكر من صحه النكاح في هذه الصوره لم أقف فيه على نص بخصوصه، إلا أن الظاهر دخوله تحت العمومات، و الأصحاب قد عللوا ذلك بوجود المقتضى للصحه و هو العقد الجامع لشرائطه، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا جمع المهر على شيء واحد و هو لا يصلح للمانعيه، لأنه على تقدير صحه المهر يظهر حق كل واحده بالتوزيع، و على تقرير البطلان لا يؤثر في العقد كما سيأتى بيانه و هو يرجع إلى ما ذكرناه.

الثاني: في صحه المهر و بطلانه

و المشهور هو الأول، حتى أن أكثرهم

ص: ٤٣٥

١ - ١) أقول: ظاهر كلام الشيخ على -تقدس سره- في شرح القواعد أن هذا الاحتمال إنما هو بالنسبه إلى تلف المهر قبل التسليم، دون ما إذا كان بعده و قد طلقها قبل الدخول، فإنه قال: لكن لو تلف قبل التسليم أو بعده و قد طلقها قبل الدخول أمكن وجوب مهر المثل في الأول إلى آخر ما ذكره. (منه-قدس سره-).

لم ينقل هنا خلافاً، وإنما تعرضوا للخلاف في التقسيط كما سنذكره في الموضوع الآتي، و من حكم بالصحة كما هو المشهور قال: لأنه معلوم جملة، و حصه كل واحد يمكن علمها بعد ذلك كضمن المبيعين في عقد واحد.

و من حكم بالبطلان قال: لأن المهر هنا متعدد في نفسه و إن كان مجتمعاً، و حصه كل واحد منه ليست معلومه عند العقد، و علمها بعد ذلك لا يفيد الصحة كما لو كان مجهولاً منفرداً و علم به بعد ذلك، و نمنع صحة البيع للملكين غير المشترين بضمن واحد كما هو مذهب الشيخ في الخلاف و غيره (١).

أقول: و يؤيده ما تقدم في كتاب البيع من دلالة

صحيحه محمد بن الحسن الصفار (٢) على أنه

«لو باع ماله و مال الغير بطل بالنسبه إلى مال الغير، و صح بالنسبه إلى ماله». و الوجهان حكاهما الشيخ في المبسوط، و لم يتعرض الأكثر لذكر البطلان و لا لذكر وجهه.

أقول: حيث كانت المسألة عاربه من النص أشكال الكلام فيها سيما مع تدافع هذه التعليقات، و إن كانت لا تصلح لتأسيس حكم شرعي.

ص: ٤٣٦

١- ١) و ربما أوجب عن ذلك بأن المسمى هنا في مقابله البضعين من حيث الاجتماع و لا يلزم من التقسيط الحكمي التقسيط اللفظي، و هو الموجب للجهالة في المهر دون التقسيط الحكمي، و هو الجواب عن بيع الملكين أيضاً و لزوم كون الثمن مجهولاً بالتقسيط، ثم انه لو سلم عدم الجواز في البيع كما هو المنقول عن الشيخ في الخلاف فإنه يمكن أن يقال بالصحة هنا، لان النكاح ليس على حد المعاوضات المحضه و ان أشبهها و لحق بها في بعض الأحكام فإنه يحتمل من الجهالة ما لا يحتمله غيره من عقود المعاوضات. و أنت خبير بما في هذا الكلام عن تطرق المناقشه و عدم صلوحه لتأسيس الأحكام لما عرفته في غير مقام، و الأحكام الشرعيه انما تبنى على الأدله الواضحه الجليه لا هذه التخريجات العقلية. (منه-قدس سره-).

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ١٥٠ ح ١٦، الوسائل ج ١٢ ص ٢٥٢ ح ١.

إنه على تقدير القول بالصحة يقسط المسمى على كل واحد ليعرف مقدار ما يخصها من المهر، وفيه وجهان، بل قولان:

(أحدهما) وهو قول الشيخ فى المبسوط و تبعه ابن البراج أنه يقسم بينهن بالتسوية، فيقسم على الزوجين أنصافا و على الثلاث أثلاثا و هكذا.

و علل بأنه الأصل فى إطلاق الاستحقاق إذا قيل لفلان و فلان كذا و الترجيح على خلاف الأصل.

و(الثانى) و هو اختيار المحقق و العلامة و الأكثر و منهم المحقق الشيخ على و الشهيد الثانى فى المسالك و غيره التقسيط على مهور أمثالهن، و تعطى كل واحد ما يقتضيه التقسيط كما لو باع عبده و عبد غيره بثمان واحد، أو جمع بين نكاح و بيع، و علل بأن العرض المالى إذا قوبل بعوض متقوم كانت قيمه ملحوظه، و من ثم يكون زياده العوض و نقصانه ناشئا عن زيادتها و نقصانها غالبا، و قيمه البضع إنما هى مهر المثل فيكون قسط كل واحد من المسمى بحسبه لا محاله.

ثم إنه لا- ينبغى أن يعلم أنه على القول بفساد المهر، فالذى صرح به فى المسالك أن لكل واحد مهر مثلها كما لو أصدقها مجهولا يتعذر تقويمه كعبد و دابه و شىء، لأن الصداق و إن لم يكن عوضا فى أصله إلا أنه إذا ذكر فى العقد جرت عليه أحكام المعاوضات، و الجهالة من موانع صحتها فيثبت مهر المثل، قال:

و يحتمل الفرق و توزيع المسمى هنا على مهور أمثالهن، و لكن واحد منه ما يقتضيه التوزيع، و يكون الحاصل لهن على هذا القول كالحاصل إذا قلنا بصحة المسمى، و الفرق بينه و بين المجهول المطلق تعذر تقويم ذلك، و إمكان تقويم هذا.

أقول: هذا حاصل ما ذكره فى المسألة، و قد عرفت أن المسألة خالية من النص بجميع شقوقها، و ظاهر من ذهب إلى التقسيط على مهور أمثالهن أن الوجه فى ذلك عنده هو إلحاق النكاح بالبيع، و قياسه عليه للاشتراك فى المعاوضه، حيث إن المهر عوض البضع كما أن الثمن عوض المثل، مع أنا قد قدمنا فى

كتاب البيع (أقول: قد تقدم ذلك في المسألة الرابعة من المقام الثاني في المتعاقدين من الفصل الأول) (١) أن هذا التقسيط على الوجه المذكور، والأخذ بالنسبة من الثمن لم نقف له على نص، وأن طريق الاحتياط فيه هو الصلح، وبذلك يظهر لك أن المسألة غير خالية من شوب الاشكال.

و كيف كان فإن الذى ذكره ثمه من التقسيط أو الأخذ من المسمى بالنسبة هو أنه يقوم المجموع أعنى ما باعه من ماله و مال غيره بقيمه عادله، ثم إنه يقوم أحدهما بانفراده و تنسب قيمته إلى قيمه المجموع و يؤخذ بهذه النسبة من المسمى فى العقد، و مقتضى ذلك بالنسبة إلى ما نحن فيه أن ينظر إلى مهور أمثال هؤلاء المعقود عليهن اثنتين أو أكثر، و إلى مهر مثل كل واحده واحده منهن فينسب إلى ذلك المجموع و يؤخذ من المسمى فى العقد بتلك النسبة، مثلاً مهور أمثال هؤلاء المعقود عليهن مائه درهم، و مهر إحداهن خمسون درهماً، و الثانية خمسه و عشرون، و الثالثة خمسه و عشرون، فيؤخذ من المسمى للأولى بالضعف، و لكل من الثانية و الثالثة بالربع، و على هذا فقس.

ثم إنه قال فى المسالك: و اعلم أنه لو زوج أمته من رجل على صداق واحد صح النكاح و الصداق قولاً واحداً. لأن المستحق هنا واحد، فهو كما لو باع عبيد بثمان واحد، و لو كان له بنات و للآخر بنون، فزوجهن صفقه واحد بمهر واحد، بأن قال: زوجت ابنتى فلانه من ابنك فلان، و فلانه من فلان إلى آخره بألف، ففى صحه الصداق كالسابقه و جهان، و أولى بالبطلان هنا لو قيل به، ثم لأن تعدد العقد هنا أظهر لتعدد من وقع له من الجانيين، انتهى.

المسألة السادسة [فيما لو عقد على مهر مجهول]

لا خلاف بين الأصحاب كما ادعاه فى المسالك و غيره فى غيره فى أنه إذا عقد على مهر مجهول بحيث لا يمكن استعلامه فى نفسه كعبد و دابه و شىء و نحو ذلك، فإنه يبطل المسمى و يثبت مهر المثل، لامتناع تقويم

ص: ٤٣٨

المجهول على هذا الوجه.

أقول: و الوجه فيه هو ما تقدم من أن المهر متى ذكر في العقد فإنه يشترط فيه التعيين بالإشارة أو الوصف الرافعين للجها له، و قضيه ذلك بطلان المسمى لو كان أحد هذه المذكورات أو بطلان العقد، إلا أنه نقل عن الشيخ و أتباعه و تبعه جمع من المتأخرين فيما لو تزوجها على خادم أو دار أو بيت فإنهم حكموا بصحة العقد و المهر، و أن الواجب لها ما كان وسطا من هذه الأشياء، استنادا إلى أخبار وردت بذلك و هي:

ما رواه

في الكافي و التهذيب (١) عن ابن أبي عمير عن علي بن أبي حمزة قال:

«قلت لأبي الحسن عليه السلام: تزوج رجل امرأه على خادم، قال: فقال: لها وسط من الخدم قال: قلت: على بيت؟ قال: وسط من البيوت».

و ما رواه

في التهذيب (٢) في الصحيح عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي الحسن عليه السلام

«في رجل تزوج امرأه على دار، قال: لها دار وسط».

و ما رواه

في الكافي (٣) عن علي بن أبي حمزة قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل زوج ابنته ابن أخيه، و أمهرها بيتا و خادما، ثم مات الرجل، قال:

يؤخذ المهر من وسط المال، قال: قلت: فالبيت و الخادم؟ قال: وسط من البيوت و الخادم وسط من الخدم، قلت: ثلاثين أربعين دينارا؟ و البيت نحو من ذلك، فقال:

هذا سبعين ثمانين دينارا، أو مائة نحو من ذلك».

و ظاهر المحقق في الشرائع التوقف في هذا الحكم حيث نسبته إلى «قيل» و كذا عبارته العلامة في القواعد، و يلوح عن ابن إدريس اختياره، حيث أورده

ص: ٤٣٩

- ٢-٢) ،التهديب ج ٧ ص ٣٧٥ ح ٨٣،الوسائل ج ١٥ ص ٣٦ ح ٣.
- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ٨،الوسائل ج ١٥ ص ٣٥ ح ١.

و بالجملة فالظاهر من كلام المتأخرين الذين هم أصحاب هذا الاصطلاح المحدث في الأخبار أنهم ما بين جازم ببطلان المسمى و الرجوع إلى مهر المثل، و ما بين متوقف في المسألة.

و أما المتقدمون الذين لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم فإنهم قائلون بهذا الأخبار، و قصروها على موردها لما عرفت من مخالفتها للقاعده التي قرروها في المهر و هو الأظهر.

قال في المسالك-بعد نقل روايه على بن أبي حمزه الاولي و مرسله ابن أبي عمير- ما لفظه: و لا يخفى ضعف الروايه الاولي بعلى المذكور، فإنه رأس الواقفيه، و الثانيه مرسله، لكن مرسل ابن أبي عمير قبله الأصحاب، اعتمادا منهم على أنه لا يرسل إلا عن الثقة، مع أنه راوى الروايه الاولي عن ابن أبي حمزه، فإن تم ما قالوه فهو يتسامح في الروايه مع ذكر المروى عنه لا مع تركه، و لا بد لهذه الدعوى من إثبات، و الأقوى بطلان المهر كغيره، و الرجوع إلى مهر المثل لما ذكر، و لأن الوسط من هذه الأشياء لا ينضبط بل هو مختلف اختلافا شديدا خصوصا مع عدم تعيين بلد الدار و البيت، انتهى (1).

ص: ٤٤٠

١- ١) و بنحو ما نقلناه عن المسالك صرح المحقق الثاني في شرح القواعد فقال بعد رد الروايتين الأولتين بضعف السند: و مع ذلك لا يمكن العمل بهما، لأن الوسط من الدور و البيوت و الخدام ليس شيئا معينا مضبوطا و لا هو مختلف اختلافا يسيرا، بل هو في غايه البعد عن القسط، فإن الأعلى و الأدنى من ذلك لا يكاد يوقف عليه، و الوسط ان أريد به ما بين الطرفين فمعلوم شده اختلاف أفراده و تباين قيمتها، و أن ذلك طريق للتنازع و التخاصم، و موقع للحاكم في التحديد. و ان أريد أوسط ما بين الطرفين فهو أبعد، و لان هذا لا يكاد يوقف عليه، فالقول بعدم الصحه و الرجوع الى مهر المثل لا يخلو من قوه، لأن الشارع أحكم من أن يضبط الأحكام بما لا ينضبط، انتهى. و اقتفاه في هذا الكلام السيد في شرح النافع، و قد عرفت ما فيه و ما استبعده به- من أن الشارع أحكم من أن يضبط الأحكام بما لا ينضبط- مردود بأن الأمر على ما يفهم من الاخبار في هذا المقام و في باب البيع و غيره من العقود ليس على ما ضيقوه، بل هو أوسع من ذلك كما تقدم في غير موضع من الكتب السالفه. (منه- قدس سره-).

أقول: لا يخفى أن ما جرى عليه المتقدمون من المعاصرين للأئمة إلى زمان المحقق والعلامة و من فى عصرهم من أصحاب هذا الاصطلاح المحدث إنما هو صحة هذه الأخبار المنقولة فى أصولهم المشهوره، و الصحة و الضعف عندهم ليس باعتبار الراوى، و تعليل العمل بمراسيل ابن أبى عمير بما ذكره إنما هو تخرج من المتأخرين بناء على عملهم بهذا الاصطلاح و ضيق الخناق فيه، فيعتذرون بهذه الأعذار الواهيه ليتسع لهم المجال إلى العمل بالأخبار، و نحوه قولهم بجبر الخبير الضعيف بالشهره، إذ لا يخفى على المتأمل بالفكر الصائب أنه لو اقتصر فى العمل بالأحكام الشرعيه على الأخبار الصحيحه باصطلاحهم لبطلت هذه الشريعه من أصلها و اضمحلت بأكملها أصولاً و فروعاً، إذ ليس فى هذا القسم من الأخبار ما يفى بأقل قليل من الأحكام كما لا يخفى على ذوى الأفهام، و المنقول عن ابن أبى عمير فى إرساله الروايات إنما هو حيث ذهبت كتبه لما كان فى حبس الرشيد خمس سنين، فقيل: إن أخته وضعتها فى غرفه فذهبت بالمطر، و قيل: إنها دفتتها تلك المده حتى ذهبت، فحدث لذلك من حفظه و أرسل الأخبار لذلك، و لكنهم لضيق الخناق فى اصطلاحهم و احتياجهم إلى العمل بأخباره لفقوا لأنفسهم هذا الاعتذار الشارد.

و بالجملة فالكلام فى هذا الباب واسع ليس هذا مقامه، على أن لقائل أن يقول: إن ما ادعوه من القاعده فى المهر فإنه لا بد بعد ذكره فى العقد من الإشاره إليه أو وصفه بما يحصل به التعيين لم نقف لهم فيه على نص يوجب الالتزام به، وورد ما خالفه إليه، و إنما هو مجرد اصطلاح منهم بزعم أن الجهاله فيه

تؤدي إلى النزاع، وقد عرفت ما في الاستناد إلى الأدلة العقلية في الأحكام الشرعية لورود الأخبار بخلافها في مواضع لا تحصى مما مر بك، وسيأتي أمثاله إن شاء الله، ويؤيد ما قلناه ما صرحوا به آنفا من اغتفار الجهالة في المهر، وجوازه بمثل قبضه من طعام ونحو ذلك على أن ما ذكره من أن الوسط لا ينضبط بل هو مختلف اختلافا شديدا إن أريد به الانضباط على تقدير ما اختاروه مسلم، ولكن لا - دليل عليه و إن أريد في الجملة، و إن حصل الاختلاق أيضا في الجملة فهو غير ضائر و لا مانع من الصحة كما تشير إليه الرواية الثالثة، و لم يذكرها أحد منهم فإن ظاهرها أن الوسط الذي يؤخذ به في قيم هذه الأشياء هي هذه المقادير المذكورة في الخبر لصدق الوسط على كل منها عرفا.

و بالجملة فإن الأمر بالنظر إلى الأخبار أوسع مما ضيقوا به في هذا الموضوع و غيره مما تقدم، و تقدم الكلام فيه.

و كيف كان فالأحوط الوقوف على ما ذكره من القاعده و ما يترتب عليها من الفائده، و الوقوف على موارد هذه الأخبار جمعا بين ما ذكره، و بين ما دلت عليه الأخبار المذكوره، و الله العالم.

المسألة السابعة: لو تزوجها على كتاب الله و سنه نبيه ص و لم يسم مهرها

فالمشهور من غير خلاف يعرف، بل ظاهر المحقق الشيخ على و الشهيد الثاني في الروضه إن ذلك إجماع أن مهرها خمسمائه درهم لما عرفت من الأخبار المتقدمه أن مهر السنه هو هذا القدر.

و يدل عليه هذا الحكم بخصوصه ما رواه

في التهذيب (1) عن أسامه بن حفص، و كان قيما لأبي الحسن موسى عليه السلام قال:

«قلت له: رجل تزوج امرأه و لم يسم لها مهرها و كان في الكلام أتزوجك على كتاب الله و سنه نبيه، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها، فما لها من المهر؟ قال: مهر السنه، قال: قلت: يقولون أهلها

ص: ٤٤٢

مهور نساؤها، قال: فقال: هو مهر السنه، و كلما قلت له شيئا قال: مهر السنه».

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى الروضه موافقه الأصحاب فى الحكم المذكور من غير إشكال و لا مناقشه، قال بعد ذكر المصنف الحكم المذكور ما لفظه: للنص و الإجماع، و بهما يندفع الاشكال مع جهل الزوجين أو أحدهما لما جرت به السنه منه، و لقبوله الغرر كما تقرر، و العجب أنه خالف نفسه فى المسالك فناقش أولا- فى صدق كون ذلك على كتاب الله، حيث إنه ليس فى الكتاب ما يدل على كون المهر خمسمائه ثم التجأ إلى قوله «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ» (1) قال: و مما آتانا به كون السنه فى المهر ذلك، ثم نقل روايه أسامه بن حفص المذكوره و طعن فى سندها بالضعف، ثم قال: فإن كان على الحكم إجماع، و إلا فلا يخلو من إشكال، لأن 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 ثم على تقدير إرادتهما بذلك كون المهر مهر السنه، ففى الاكتفاء بذلك عن ذكر القدر فى العقد نظر، كما لو قال: تزوجتك على المهر الذى تزوج به فلان، انتهى.

أقول: أما المناقشه الأولى فإنها مدفوعه أولا بالروايه المذكوره و ثانيا بالأخبار المستفيضه الداله على أنه لا حكم من الأحكام إلا و هو المذكور فى القرآن حتى أرش الخدش، و الجلده و نصف الجلده، و فى جمله من الأخبار ما يدل على استنباطهم عليهم السلام لجمله من الأحكام المخصوصه من آيات القرآن ما لم تبلغه عقولنا و لا تصل إليه أفهامنا، و حينئذ فعدم علمه و معرفته- رحمه الله عليه- هو و غيره لهذا الحكم من القرآن لا يدل على العدم، كما لا يخفى.

و أما المناقشه الثانيه فإنها مدفوعه بالخبر المذكور المنجبر بالشهره، إذ لا مخالف فى الحكم المذكور و هو ممن نقل الإجماع عليه فى الروضه كما سمعت، و هذه قاعده مسلمه بين أصحاب هذا الاصطلاح بالاتفاق، و إن كانت ناشئه عن

ص: ٤٤٣

ضنك المجال فى هذا الاصطلاح و ضيق الخناق كما تقدمت الإشارة إليه.

و مما ذكرنا يعلم الجواب عن المناقشه الثالثه، فإنه متى ثبت المذكور و جب القبول لما اشتمل عليه من الأحكام، و منها ما ذكره فى هذا المقام.

و بالجمله فإن الظاهر هو العمل بالخبر المذكور، و ما تضمنته من الأحكام، و منه يستفاد صحه العقد و إن كانا جاهلين بقدر مهر السنه كما أشار إليه فى الروضه، و أما مع علمهما بذلك فينبغى القطع بالصحه.

و كيف كان فهذا الخبر مؤيدا لما قدمنا ذكره فى المسأله السابقه من سعه الدائره فى صحه العقود، و أنها ليست على الوجه الذى ضيقوه و اشترطوه من الشروط الموجهه للتعين و التشخيص على وجه لا يتطرق إليه الجهاله الموجهه للتخاصم و التنازع.

المسأله الثامنه: لو سمى لها مهرا و لأبيها أو غيره من الأولياء أو واسطه أو أجنبى شيئا

فظاهر كلام جمله من الأصحاب كالمحقق فى الشرائع و العلامه فى فى القواعد و غيرهما فى غيرهما التفصيل فى ذلك بين أن يكون المشروط لغيرها خارجا عن المهر و يكون جزء من المهر ناسبين الثانى إلى لفظ قيل، و حينئذ فتحقيق الكلام فى هذا المقام فى موضعين:

الأول: أن يكون المشروط لغيرها خارجا عن المهر بأن يجعل مهرها مثلا ألفا و يعقدان على ذلك، و يشترطان لأبيها أو غيره فى العقد شيئا آخر زائدا على الألف، و ظاهر الأصحاب الاتفاق على صحه المهر الذى جعله للزوجه و بطلان ما سماه لغيرها، و بذلك صرح الشيخ فى النهايه فقال: لو عقد على امرأه و سمى لها مهرا و لأبيها أيضا شيئا كان المهر لازما له، و ما سماه لأبيها لم يكن منه عليه شيء.

و استند الأصحاب فيما ذكروه هنا إلى

حسنه الوشاء (١) عن الرضا عليه السلام

«قال

ص: ٤٤٤

لو أن رجلا تزوج امرأة و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا، و الذي جعله لأبيها فاسدا».

و إطلاق الخبر يقتضى عدم الفرق بين كون المجعول لأبيها تبرعا محضا، أو لأجل وساطة و عمل محلل، و لا بين كون المجعول له مؤثرا فى تقليل مهر الزوجه بسبب جعله فى العقد، و قصدها إلزامه به و عدمه.

و نقل عن ابن الجنييد أنه قال: و لا- يلزم الزوج غير المهر من جعله جعلها لولى أو واسطه، و لو وفى الزوج بذلك تطوعا كان أحوط

لقول النبى صلى الله عليه و آله (١)

«أحق الشروط ما نكحت به الفروج». فإن طلقها قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف الصداق دون غيره، فإن كان قد دفع ذلك رجع عليها بنصف المهر، و كذلك الجعالة على الواسطه.

و قال فى المختلف: و الوجه أن نقول إن كان قد جعل للواسطه شيئا على فعل مباح، و فعله لزمه و لم يسقط منه شيء بالطلاق، لأنه جعله على عمل محلل مطلوب فى نظر العقلاء، و كان واجبا بالفعل كغيره، و إن لم يكن على جهه الجعالة بل ذكره فى العقد لم يكن عليه منه شيء سواء طلق أو لا.

و اعترضه فى المسالك بأن ما ذكره جيد إلا- أنه خارج عن محل الفرض، لأن الكلام فيما يشترط فى العقد و يلزم بمجردة، و كذلك كلام ابن الجنييد، و إنما جعل الوفاء به على وجه الاحتياط رعايه للحديث النبوى، و إذا دفعه على هذا الوجه لا يملكه القابض بمجرد الدفع، فيجوز الرجوع فيه بعده سواء طلق أم لا، لكن فرضه مع الطلاق نظرا إلى فوات المطلوب من النكاح، فلم نجد فى الرجوع مخالفه للحديث.

و ما ذكره فى المختلف إنما يلزم من حيث الجعالة، لا من حيث ذكره فى العقد بل ذكره فى العقد بدون لفظ يقتضى الجعالة لغو، فهو خارج عن محل

ص: ٤٤٥

١- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ١٢ و فيه «عن أمير المؤمنين -عليه السلام-» مع اختلاف يسير.

الفرض، وبتقدير وقوعه بالجعل على عمل محلل لا إشكال في لزومه بالفعل و عدم الرجوع فيه بالطلاق حيث لا يكون له مدخل في ذلك، انتهى و هو جيد.

أقول: لا يخفى أن ما ذكره في فرض المسألة كما قدمنا ذكره و كذا ما يفهم من ظاهر الخبر من الإطلاق لا يخلو من الاشكال، و الأنسب بالقواعد الشرعية و الضوابط المرعية هو أن يقال: إنه إذا تزوج المرأه و سمي لها مهر، و سمي لأبيها أو غيره شيئاً بحيث يكون المجموع في مقابله البضع فإنه يسقط ما سمي لغيرها، لأن المهر إنما هو حق الزوجه في مقابله البضع دون غيرها، و على ذلك يحمل إطلاق الخبر المذكور.

و بالجمله فإن سقوطه لا بد أن يكون من حيث استناده إلى عقد النكاح و إلا فلو شرط له شيئاً على جهه التبرع خارجاً عن المهر و عن كونه جعله فلا مانع من صحته، و قضيه الأخبار الداله على وجوب الوفاء بالشروط و وجوب الوفاء به، و لا فرق في ذلك بين كون الاشتراط المذكور باستدعاء الزوجه أو بفعل الزوج ابتداءً، و ينبغي على تقرير صحه الشرط المذكور أن لا يؤثر الطلاق فيه كما هو ظاهر، و بما ذكرناه يظهر لك أيضاً ما في قول العلامة في المختلف، و إن لم يكن على جهه الجعالة بل ذكره في العقد لم يكن عليه منه شيء، فإنه على إطلاقه ممنوع، فإنه لو وقع على جهه الشرط كما ذكرناه فما المانع من لزومه، بل ظواهر أخباره و وجوب الوفاء بالشروط يقتضى وجوب الوفاء به، طلق أو لم يطلق.

الثاني: أن يكون المشروط من جمله المهر، و ظاهر كلام ابن الجنييد لزومه، حيث قال-على أثر الكلام المتقدم نقله عنه-: فإن كانت المرأه اشترطت رجوع عليها بنصف صداقها، و نصف ما أخذه من الذي شرطت له ذلك، لأن ذلك كله بعض الصداق الذي لم ترض بنكاحها إلا به، و المشهور بين الأصحاب على ما نقله في المسالك عدم الصحه نظراً إلى ما قدمنا ذكره من أن المهر حق الزوجه،

فشرطه لغيرها مناف لمقتضى العقد، و من ثم إن المحقق-رحمه الله-إنما نسب القول باللزوم (١) إلى لفظ قيل كما قدمت الإشارة إليه، وربما أيد كلام ابن الجنيد هنا بعموم الأخبار الداله على أن (٢).

«المؤمنين عند شروطهم». و لأن عطيتها من مالها جائز، فاشترطه في العقد لا يخالف السنه، و نقل عن الشهيد في شرح نكت الإرشاد الميل إليه، و كذلك المحقق الشيخ على (٣) و هذا القدر المشروط هنا يتتصف بالطلاق لأنه من جمله المهر كما هو المفروض بأن شرط عليها بعد فرضه مهرها أن يدفع إلى أبيها منه شيء، فمتى طلقها رجع عليها بنصف المجموع، و بذلك صرح الشيخ على فيما طوينا من كلامه و هو صريح عبارته ابن الجنيد المذكوره.

المسألة التاسعه [فيما أفاده صاحب الشرائع من ضرورة تعيين المهر بما يرفع الجهالة]

قال في الشرائع: لا بد من تعيين المهر بما يرفع الجهالة، فلو أصدقها تعليم سوره و جب تعيينها و لو أبهم فسد المهر، و كان لها مع الدخول مهر المثل.

و قال في المسالك-بعد ذكر ذلك-: من جمله المفسد للمهر جهالته، فمتى عقد على مجهول كدابه و تعليم سوره غير معينه بطل المسمى، لأن الصداق و إن لم يكن عوضا في أصله، إلا أنه مع ذكره في العقد يجرى عليه أحكام

ص: ٤٤٧

١-١) قال المحقق في الشرائع و لو سمي للمرأة مهرا و لأبيها شيئا معينا لزم ما سمي لها و سقط ما سمي لأبيها، و لو أمهرها مهرا و شرط أن تعطى أباه من شيئا معينا قبل: يصح المهر و الشرط بخلاف الأول. و في معناها عبارته القواعد (منه-قدس سره-).

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

٣-٣) حيث قال في شرح القواعد: و الذي يقتضيه النظر-الى أن قال:- و ان كان قد سمي للمجموع للزوجه مهرا و شرط عليها أن تدفع إلى أبيها منه شيئا على جهه التبرع منه و الإحسان، فالفساد لا وجه له، لان ذلك شرط لا يخالف الكتاب و السنه، فلا وجه لإبطاله، و على هذا لو طلقها يرجع ينصف المجموع لان جميعه هو المهر، انتهى و هو مؤيد لما ذكرناه (منه-قدس سره-).

المعاوضات، و الجهاله من موانع صحتها، فيثبت مهر المثل مع الدخول، و المتعه مع الطلاق، كالمفوضه، لا بمجرد العقد لأن فساد المهر باعتبار الجهل به الموجب لتعذر تقويمه صير العقد كالخالي عن المهر، فلا يثبت مثل المهر بمجرد العقد كما صرح به المصنف و غيره، و فهم خلاف ذلك و هم، انتهى.

أقول: قد عرفت مما قدمنا ذكره أن ما ذكره من اشتراط التعيين على الوجه الذى ذكره مما لم يقم عليه دليل، بل ربما ظهر من الأدله خلافه (١).

و صحيح محمد بن مسلم المتضمن لحكاية المرأه التى طلبت من النبى صلى الله عليه و آله أن يزوجها ظاهر فيما قلناه، فإنه صلى الله عليه و آله قال فى المره الثالثه

«أ تحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه».

و من الظاهر أن هذه صيغه العقد مع أن ما يحسنه غير معلوم و لا مضبوط بكونه سوره أو أقل أو أكثر، فأى جهاله أشد من هذه الجهاله، و هم قد أثبتوا الجهاله فيما لو أصدقها تعليم سوره، و هى أعم من الطويله و القصيره فلا بد من تعيينها، و الخبر قد تضمن ما يحسن من القرآن، و هو أشد إجمالاً و إبهاماً، و الروايه صحيحه باصطلاحهم، و قد تلقوها بالقبول فى جملة من الأحكام التى اشتملت عليها، و هى ظاهره فى خلاف ما ذكره هنا.

و قد عرفت أيضاً ورد الأخبار بصحة التزويج على الدار و البيت و الخادم، و أن لها وسطاً من هذه الأشياء، و من الظاهر أن هذه الأشياء إنما خرجت مخرج التمثيل، فالحكم بالصحة غير مقصور عليها، لكنهم من حيث الالتزام بهذه القاعده التى اتفقوا

ص: ٤٤٨

١- ١) و يشير الى ما ذكرناه ما صرح به السيد السند فى شرح النافع حيث قال: و ربما ظهر من صحيحه محمد بن مسلم المتضمنه لقصه تلك المرأه التى طلبت من النبى -صلى الله عليه و آله- أن يزوجها جواز كون المهر مجهولاً -فإنه -صلى الله عليه و آله- زوجها على ما يحسن من القرآن من غير أن يسأله عما يحسن من ذلك، انتهى. (منه -قدس سره-).

عليها في المهر قصرها الحكم فيها على مورد هذا الأخبار، وإلا فالحق أن هذه القاعدة و إن اتفقوا ظاهرا عليها لكن لما كانت غير منصوصه و لا- دليل عليها في الأخبار فإنه بالنظر إلى الأخبار الواردة في المقام مما ذكرناه و غيره لا مانع من صحة العقد فيما منعوا منه، و يؤيد ذلك الأخبار الداله على أن المهر ما تراضيا عليه من قليل أو كثير، فإنه بإطلاقه شامل للمجهول الذي منعوا من العقد عليه، على أنهم قد صرحوا- كما قدمنا نقله عنهم آنفا في المسألة الرابعه- بالاكْتفاء بالمعلوميه في الجملة، حتى أنهم حكموا في الموضوع الذي يحتاج فيه إلى تنصيف المهر بالرجوع إلى الصلح من حيث المجهوليه، و عدم إمكان استعمال النصف.

و يؤيد ذلك أيضا الأخبار المتفق على العمل بها الوارده بجعل المهر ما حكمت به الزوجه أو الزوج (1)، فإن العقد قد اشتمل على مهر مجهول، و من شروط صحته أن يكون المهر المذكور في العقد معلوما، و الاكْتفاء في الصحة بالمعلوميه بعد العقد كما دلت عليه تلك الأخبار لا يوجب الصحة بمقتضى قواعدهم، فإنهم صرحوا بأنه لو عقد على مجهول بطل العقد، و لا يفيد العلم بعد ذلك صحه، و إليه يشير قوله في عبارته المسالك المذكوره، إلا أنه مع ذكره في العقد تجرى عليه أحكام المعاوضات، و الجهالة من موانع صحتها.

و ما يؤيد ذلك أيضا ما رواه

في التهذيب (2) عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: ما أدنى ما يجرى من المهر؟ قال: تمثال من سكر». و حملته على تمثال مشاهد أو معلوم بأحد الوجوه خلاف ظاهر الخبر.

ص: ٤٤٩

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣١-٣٤.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٣ ح ٣٦، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٢.

و من الأخبار الظاهره فى المسأله المذكوره ما رواه

الشيخ (١) عن بريد بن معاويه عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه على أن يعلمها سوره من كتاب الله عز و جل، فقال: ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السوره، و يعطيها شيئاً، قلت: أ يجوز أن يعطيها تمراً أو زبيبا؟ فقال: لا بأس بذلك إذا رضيت به كائنا ما كان».

و الخبر كما ترى ظاهر فى أن المهر تعليم سوره فى الجملة و هو عليه السلام قد حكم بالصحة، و لم يشترط تعيينها و كونها سوره كذا كما هو ظاهر كلامهم، و ليس فى سند هذا الخبر مما ربما يتوقف فى شأنه، إلا الحارث بن مؤمن الطاق، و هو و إن لم يوصف بمدح و لا توثيق، إلا أنه من أصحاب الأصول.

قال النجاشى (٢) بعد ذكره: روى عن الصادق عليه السلام، له كتاب يرويه عنه عده من أصحابنا منهم الحسن بن محبوب.

و قال الشيخ فى الفهرست (٣): له أصل عنه الحسن بن محبوب، و الراوى عنه هنا هو الحسن بن محبوب، و هو مشعر بنوع مدح له، لأن روايه هؤلاء الأجلاء عنه و الاعتماد على كتابه لا يقصر عن وصفه بالمدح الموجب لعد حديثه فى الحسن، بناء على اصطلاحهم، و كيف كان فالخبر ظاهر فى خلاف ما ذكره من اشتراط التعيين، كما هو ظاهر للحاذق المكين.

المسأله العاشره [فى جواز جعل الصداق تعليم صنعه لا يحسنها أو سوره لا يعلمها]

قد صرحوا بأنه يجوز أن يجعل الصداق تعليم صنعه لا يحسنها بالفعل، أو تعليم سوره لا يعلمها و نحو ذلك، و الوجه فيه أن المعبر كونه معيناً فى حد ذاته و مقدوراً عليه عادة، و لا يشترط فيه وجوده بالفعل عنده،

ص: ٤٥٠

١-١) الكافى ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ٢.

٢-٢) النجاشى ص ١٠١.

٣-٣) الفهرست ص ٨٩.

بل لمكان تحصيله له بنفسه أو بمعاون، و غايته أنه يثبت في الذمه، و يجب و فاؤه عند المطالبه إن أمكن ذلك، و مع عدم إمكان حصوله فيما نحن فيه من تعليم الصنعه أو السوره فإنه يرجع إلى أجره المثل، لأنه قيمه المهر حيث تتعذر عينه.

قال في المسالك: و هل يعتبر في المعلم لها غيره المحرمية؟ و جهان، من استلزامه سماع صوت الأجنبي المحرم و نظره كذلك، و من تقييده بخوف الفتنة، و استثناء نظر يمكن معه التعليم، و قد تقدم بحثه في بابہ خصوصاً تعليم القرآن إذا كان واجبا فإنه يستثنى للضروره، و لا إشكال لو أمكن من وراء الحجاب.

أقول: قد تقدم الكلام في أن ما ادعوه -من تحريم سماع صوت المرأة و تحريمه بأكثر من خمس كلمات- و إن كان هو المشهور، إلا أن الأدله المعصوميه في خلافه و اضحه الظهور، و تحدث النساء في مجالس الأئمه و فاطمه صلوات الله عليها مع الصحابه، و لا سيما في مخصصتها لطلب الميراث أمر غير منكور، و تقدم أيضا في كتب العبادات و غيرها استثناء الوجه و ظاهر الكفين و الرجلين من المرأة، و لهذا يجوز كشفها في الصلاه، و حينئذ فلا إشكال في جواز تعليم الأجنبي لها، نعم يبقى الاشكال لو فيما استلزم الفتنة فما ذكروه من الكلام في المقام على إطلاقه غير موجه، ثم إنه إن شرط تعليمها بنفسه فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب تعلمه لتعليمها، و أما مع عدمه فإشكال من أنه تكسب لوفاء الدين، و هو غير واجب عليه، و من توقف الواجب عليه.

المسأله الحاديه عشر: إذا عقد على هذا الظرف على أنه خل في زعمها فبان خمرا

، أو على شخص معين أنه عبد فبان حرا و نحو ذلك مما يظن صلاحيته لأن يكون مهرا فيظهر عدمها، فإنه لا خلاف في صحه العقد، لما عرفت من أن المهر ليس من أركانه، و لا شرط في صحته و لا خلاف أيضا في فساد المعين بعد ظهوره على خلاف ما يصلح لأن يكون مهرا، و إنما الخلاف فيما يجب من المهر في هذه الحال، لأن العقد صحيح و البضع لا بد له من عوض، و في ذلك أقوال:

(أحدها) هو اختيار ابن الجنييد و ابن إدريس و المحقق فى الشرائع و العلامه فى المختلف فى مثل الخل فى المثال المتقدم، و هكذا فى باقى الأمثله يرجع إلى مثل ذلك المظنون، و علل بأن تراضيهما وقع على ذلك الجزئى المعين الذى ظنا كونه خلا، و هو يستلزم الرضا بالخل الكلى مهرا، لأن الجزئى يستلزم الكلى، فالرضاء به يستلزم الرضاء به، فإذا فات ذلك الجزئى لعدم صلاحيته للملك بقى الكلى، لأنه أحد الأمرين اللذين وقع التراضى بهما، و لأنه أقرب إلى المعقود عليه لأنه مثله، و اعترضه المحقق الشيخ على فى شرح القواعد فقال:

و لقائل أن يقول أن الكلى الذى وقع التراضى عليه بالعقد على الجزئى هو الكلى المقترن بالمشخصات الموجوده فى ذهن المتعاقدين، و هذا يمتنع بقاؤه، و إذا ارتفعت المشخصات، و المحكوم بوجوبه غيره، أعنى الكلى فى ضمن شخص آخر و هذا لم يقع التراضى عليه أصلا أصاله و لا- تبعا، فإيجابه بالعقد إيجاب لما لم يتراضيا عليه، و كونه أقرب إلى المعقود عليه مع تسليم صحته لا يستلزم وجوبه، لأن المهر الذى يجب بالعقد هو ما تراضيا عليه، و لا يلزم من التراضى على أحد المثلىن التراضى على الآخر.

أجاب فى المسالك عن ذلك- بعد أن ذكره بلفظ إن قيل- بما صورته:

قلنا الجزئى الذى وقع التراضى عليه و إن لم يساوه غيره من أفراد الكلى، إلا- أن الأمر لما دار بين وجوب مهر المثل و قيمه الخمر، و 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 تنفك المرأه عن استحقاقه، حتى لو طلقها كان لها نصفه، أو مات أحدهما فجميعه، و إذا فات أحد الثلاثة، و هو الأول، و جب المصير إلى بقاء الآخرين بحسب الإمكان (١).

«إذ

ص: ٤٥٢

(١- ١) رواه التراقي فى الفوائد ص ٨٨ عن عوالى اللئالى عن على- عليه السلام.

لا يسقط الميسور بالمعسور». و عموم (١)

«إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم». و هما لا يوجدان معا فى ضمن وجوب مهر المثل، لأنه لا يجب إلا بالدخول عند القائل به، و إمكان وجودهما فى ضمن قيمة الخمر يفسد بما سببته من ضعف دليله له، فلم يبق إلا المثل، و لا شبهه فى أن الرضاء بالخل المعين فى الظرف يستلزم إرادته كون المهر خلا بخلاف القيمة و نحوها.

أقول: يقتضى هذا الكلام تسليم صحه ما أورده المحقق المذكور و بطلان الدليل الأول الذى قرره، و أن المعتمد إنما هو الدليل الذى قرره هنا.

و(ثانيها) إن الواجب مهر المثل، إختاره العلامة فى القواعد و فى أكثر كتبه مستدلا عليه بأن الكلى غير مرضى به إلا فى ضمن الجزئى المشترط، فهو منفى بتغليب التشخص عليه، و الشخصى باطل لخروجه عن المالىه، فيرجع الأمر فى شرط عوض لم يسلم لها فينتقل الى مهر المثل.

و ظاهر المحقق الشيخ على فى شرح القواعد إختيار هذا القول، قال فى المسالك: و يشكل بما مر، و بأن مهر المثل ربما كان زائدا عن قيمة الخل كثيرا، فلا يكون مقصودا للزوج أصلا، أو ناقصا كثيرا فلا يكون مقصودا للزوجه و لا مرضيا به،

و قد قال عليه السلام

«المهر ما تراضيا 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 مثل هذا العارض، انتهى.

و(ثالثها) وجوب قيمة الخمر عند مستحليه، و إليه ذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف، مستندا إلى أن قيمة الشئ أقرب إليه عند تعذره، و لأنهما عقدا على شخص باعتبار مالىته، فمع تعذره لظهور بطلان المعاوضه عليه يصار إلى القيمة.

ص: ٤٥٣

١-١) رواه مسلم فى صحيحه ج ١ ص ٥١٣، و النسائى ج ٢ ص ١.

قال في المسالك: وفيه منع بين لأن الخمر غير مقصود أصلاً، ولا وقع عليه التراضي، فكيف ينتقل إلى قيمته، واعتبارها فرع صحة العقد على العين بخلاف ما لو عقدا على الخمر عالمين به، فإنهما قد تراضيا على العين، فلا يمتنع الانتقال إلى قيمته لتعذر العين كما تقدم، وظاهر الحال أن قول المصنف أقرب الأقوال إلى مراد المتعاقدين فينبغي أن يكون العمل عليه.

ثم قال في المسالك أيضاً: هذا كله في المثلى كالخمر. أما القيمي كالعبد إذا ظهر حراً فالانتقال إلى قيمته لقيامها مقام المثل في المثلى وليس هذا كالقول الثالث، لأن ذلك يعتبر فيه قيمة العين بالوصف الواقع الذي امتنع صحته عليه بواسطته، وهنا اعتبرت القيمة باعتبار الوصف المقصود لهما، وعلى هذا فيسقط القول الثالث في القيمي لأن الحر لا قيمة له. نعم لو ظهر مستحقاً كان اعتبار قيمته جارياً على القولين، وعلى هذا فالقول بالمثل متعذر في القيمي مطلقاً، وبقيمه الواقع متعذر في الحر، فليس فيه إلا القول بقيمته أو مهر المثل، وإطلاقهم تشبيه الحكم في مسأله الحر بظرف الخمر لا يأتي على إطلاقه، بل يحتاج إلى تنقيح.

أقول: وحيث إن المسألة غير منصوصه فالاعتماد في الحكم فيها على هذه التعليقات سيما مع ما عرفت من تدافعها مشكل على طريقتنا، والاحتياط فيها واجب، والظاهر أنه يحصل بالتراضي على مهر المثل أو مثل الخل، والثاني أظهر لأنه الأقرب إلى ما ظناه وعقدا على تقديره، والله العالم.

المسألة الثانية عشر [في أن المهر مضمون في يد الزوج قبل تسليمه إلى الزوجه]

لا خلاف بين الأصحاب في أن المهر مضمون في يد الزوج قبل تسليمه إلى الزوجه، وإنما الكلام في وجه الضمان في أنه هل يكون ضمانه كضمان المبيع في يد البائع و الثمن في يد المشتري؟ أو كضمان المقبوض بالسوم و ضمان العاريه المضمونه؟ و يعبر عن الأول بضمان العقد و ضمان المعاوضه، و يعبر عن الثاني بضمان اليد، و على تقدير الأول فالمضمون مهر المثل كما سيأتي

تحقيقه، و على تقدير الثانى يكون المضمون مثل المهر إن كان مثليا، و قيمته إن كان قيميا.

وجه الأول على ما ذكره إن الصداق مملوك بعقد معاوضه، فكان كالمبيع فى البيع، و يظهر كونه معاوضه من قوله عز و جل «وَ آتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ» (١) و قولهم «زوجتك بكذا» كما يقال «بعتك بكذا» و لأنها تتمكن من رده بالعيب كما فى المبيع، و تحبس نفسها لتستوفيه بمعنى أنها تمنع عن الدخول بها حتى تقبضه كما سيأتى ذكره فى محله- إن شاء الله تعالى- و الحكمان الأخيران من أحكام المعاوضه.

و وجه الثانى إنه ليس عوضا حقيقيا لجواز العقد، و صحته بدونه و أن يكون عاريا منه و عدم انفساخ النكاح بتلفه، و لا يفسخ برده، و لا- يفسد بفساده، و لا يتزلزل بتزلزه، و لا شىء من الأعواض الحقيقيه كذلك، و يؤيده أيضا إطلاق اسم النحله عليه فى قوله سبحانه «وَ آتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ» (٢) و من أجل ما ذكرناه فى هذين الوجهين حصل الاشتباه فى الضمان على أحد الأمرين المذكورين، إلا- أن المشهور فى كلام الأصحاب هو الثانى كما صرح به فى المسالك، و إليه يشير كلام المحقق فى الشرائع بقوله «و المهر مضمون على الزوج، فلو تلف قبل تسليمه كان ضامنا له بقيمه وقت تلفه على قول المشهور لنا».

قال الشارح: و نبه بنسبته إلى القول على عدم تعيينه و احتمال القول الآخر.

أقول: لا يبعد أن مراده بالنسبه إلى قول المشهور إنما هو الإشارة إلى عدم دليل من النصوص على الحكم المذكور، و ليس إلا مجرد الشهره كما هو الغالب فى عباراته و عبارات غيره.

و بالجملة فإن المسأله- كما عرفت- عاريه عن النص، و ليس إلا هذان الوجهان الاعتباريان المتضادان، و لا ترجيح لأحدهما على الآخر إلا بالشهره المدعاه

ص: ٤٥٥

١- ١) سورة النساء- آيه ٥٢.

٢- ٢) سورة النساء- آيه ٤.

فى الثانى؁ و فرعوا على الوجهين المذكورين فروعاً منها ما نحن فيه من تلف المهر فى يد الزوج قبل تسليمه إذا كان التلف من جهته أو من جهة الله.

فعلى الوجه الأول يجب مهر المثل لأنه يفسخ المهر فيرجع إلى مهر المثل؁ كما أنه إذا تلف أحد العوضين فى البيع قبل القبض انفسخ البيع؁ وإنما جعل الانفساخ فى البيع دون النكاح لأن العوضين من أركان البيع؁ بخلاف المهر؁ فإنه ليس بركن فى عقد النكاح؁ فإنما أركانه الزوجان فلا يبطل النكاح بفواته قبل القبض؁ ومعنى كونه مضموناً عليه هو أن فواته من ماله فىكون فى حكم ما لو لم يذكر بالكلية؁ ويرجع إلى مهر المثل و يكون هو الواجب؁ كما لو لم يذكر المهر بالكلية.

و على الوجه الثانى يكون مضموناً على الزوج بالمثل إن كان مثلياً؁ أو قيمه إن كان قيمياً كغيره من الأموال المضمونه ضمان يد مما تقدم ذكره و نحوه؁ و أكثر الأصحاب إنما ذكروا فى هذا المقام الضمان على هذا الوجه من غير أن ينقلوا قولاً بوجوب مهر المثل أو يذكروه احتمالاً فى المسألة.

و الظاهر أن القول بمهر المثل إنما هو للعامه؁ و إن ذكره بعض متأخرى أصحابنا وجهاً و احتمالاً فى المسألة كما يشير إليه كلام الشيخ فى المبسوط حيث قال -بعد نقل القولين عن العامه-: و الذى يقتضيه مذهبنا فى كل مهر معين إذا تلف؁ فإنه تجب قيمته و لا يجب مهر المثل؁ لا يقال: إن ظاهر كلام العلامة ينافى ذلك؁ حيث إنه أوجب مهر المثل فى مواضع نزل فيها المهر منزله التالف؁ و من جملة ما لو تزوجها على ظرف خل فظهر خمراً؁ أو ما لو تزوج المسلم على خمر أو خنزير عالماً بالحال؁ فإن حكمه بمهر المثل هنا إنما يتم على تقدير ضمان المعاوضه لا ضمان اليد؁ من حيث إن هذا فى حكم التلف؁ مع أنه لا يقول بضمان المعاوضه فى التلف الحقيقى؁ لأننا نقول: إن موضع البحث فى البناء على ضمان المعاوضه أو ضمان اليد إنما هو بالنسبه إلى عروض التلف بعد الحكم بالصحه

كما فى ما نحن ففة؁ لأنه بعد صحه المهر عرض له البطلان بالآلف؁ أما مع فساد المهر ابتداء من أول الأمر فلا إشكال فى وحب مهر المآل.

و المواضع الآى نقلناها عن العلامة إنما هى من قبيل الآنى؁ لا الأول؁ و بذلك صرح الآى فى المبسوط أيضا آىآ قال -عقوب ما أقدم نقله عنه-: و أما المهر إذا كان فاسدا فإنه وحب مهر المآل بلا- شك؁ و العلامة إنما ذكر مهر المآل بناء على أن المهر المذكور فاسد من أصله؁ و لذلك ذكر مهر المآل.

بقى الكلام فى أنه على أقدير الضمان بالآىمه إذا كان آىمىا؁ فالآبار بأى الآىم؁ هل هى آىمه و آى الآلف؟ أو أعلى الآىم من آىن العآء إلى آىن الآلف؟ أو الأعلى من آىن المآلبه إلى و آى الآلف فىما إذا طالبته و امتنع من الآلىم؟ (1) أقوال:

للأول أن العىن ما دامت ووبه لا آبب الآىمه قطعاً؁ و إنما ىنآل إليها مع آلف العىن فىكون المآبب فىها و آى الآنآال إليها؁ و لا ىنافى ذلك كون العىن مضمونه علىه آىنآء؁ لأن معنى ضمانها إنما هو بمعنى أنها لو آلفت لوبب الآنآال إلى البآل؁ و هذا القول هو الذى صرح به المآقق فى الشرائع و العلامة فى الإرشاد؁ قال فى المسالك: و هو الأقوى. و فى القواعد اقآصر على القولىن الأولىن من آىر آرىآ لآىء منها؁ و الظاهر أنه هو المشهور كما أقدم فى آاب البىع.

و علل الآنى بأنه مضمون فى آبب الأوقات؁ و من آملآها ضمان علو الآىمه

ص: ٤٥٧

(١ - ١) و هذا القول للآىخ فى المبسوط؁ و ظاهره أنه مع عآم المآلبه فالآىمه و آىم الآلف؁ قال فى الآاب المذكور: إذا كان المآلف الزوج أو أمرا سماوىا؁ فان كان مآلىا كان لها مآله؁ و ان لم ىكن له مآل فالآىمه؁ فإن كانت آى طالبآ به فمآعها فعلىه أكثر ما كانت له آىمه من ووم المآلبه إلى ووم الآلف لأنه كالأصب؁ و ان آلف فى ىده من آىر مآلبه آىل: علىه آىمه ووم الآلف؁ و هو الأقوى؁ و آىل: الأكثر؁ لأنه كالأصب إلا فى الإآم؁ انتهى. (منه -آىس سره-).

خصوصا مع مطالبتها بالتسليم و امتناعه، لأنه يصير حينئذ غاصبا فيؤخذ بأشق الأحوال و جوابه يعلم مما ذكر في تعليل القول الأول.

و بيانه أن ما ذكره من كونه مضمونا في جميع الأوقات ليس إلا- بمعنى أنه لو تلف لوجب الانتقال إلى البدل كما عرفت، و التعدي بالمنع بعد المطالبة، و عدم التسليم غايه ما يوجبه الإثم لا الزيادة في القدر الذي قام الدليل على ضمانه، و منه يعلم الجواب عن الثالث أيضا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المذكور في كلام غير واحد من الأصحاب هنا كما تقدمت الإشارة إليه إنما هو الضمان بالمثل أو قيمه من غير تعرض لمهر المثل، و لا تفرغ ذلك على مسأله أخرى، و ما نقلناه من تفرغ ذلك على تقسيم الضمان إلى ضمان يد و ضمان معاوضه لم أقف عليه إلا في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك و المحقق الشيخ على في شرح القواعد، و قد صرحا بأنه لو تلف المبيع في يد البائع أو الثمن في يد المشتري فإنه يفسخ البيع و يجب مثل المبيع أو قيمته في الأول، و حيث إنه لا- سييل هنا إلى فسخ النكاح، لأن المهر ليس ركنا فيه، بخلاف البيع بالنسبه إلى المبيع و الثمن، فإنهما ركنا فيه، و إنما يفسخ المهر خاصه، كان الواجب على هذا الوجه مهر المثل، قال في المسالك: و على الأول -و أراد ضمان المعاوضه- يجب مهر المثل، كما لو تلف أحد العوضين في البيع قبل القبض، فإن البيع يفسخ، و يجب مثل البيع أو قيمته، و نحوه كلام المحقق الشيخ على أيضا، و لا يخلو من الاشكال.

و وجه الاشكال- أن ما صرحوا به هنا من الضمان لو تلف المبيع في يد البائع فإنه يفسخ العقد، و يجب عليه مثل المبيع أو قيمته- ينافي ما صرحوا به في كتاب البيع من أنه في هذه الصوره يبطل البيع من أصله، و يرجع كل من المبيع و الثمن إلى صاحبه الأول، و لا ضمان بالكلية.

قال في المسالك- بعد قول المصنف إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال

بايعه-ما صورته:المراد أنه يفسخ العقد بتلفه من حينه،و يرجع الثمن إلى المشتري إلى آخره،فإنه صريح فى بطلان البيع من رأس،و لم يذكروا ثمة ضمانا و لو إشاره،و يؤكد أنه حكموا بأن بطلان البيع إنما هو بعد دخول المبيع فى ملك البائع بعد انتقاله آنا ما،و أن التلف كاشف عنه.

و بالجمله فإن كلامهم ثمة ظاهر فى أنه لا ضمان بالكلية،و بذلك يظهر لك أن الحكم هنا بالضمان و تسميته ضمان معاوضه،و تفريع النكاح عليه من هذه الجهة لا يخلو عندى من إشكال،و لعله لقصور فهمى الفاتر و جمود ذهنى القاصر، فليتأمل.

المسألة الثالثة عشر: لو ظهر الصداق معيبا

فلا يخلو (إما) أن يكون العيب كان قبل العقد و لكن لم تعلم به الزوجه،و الحكم فيه عند الأصحاب أن لها رده بالعيب و الرجوع إلى قيمته،و لها إمساكه بالأرش،لأن العقد إنما وقع على السليم،فإذا لم يجده كذلك أخذت عوض الفاتت و هو الأرش،و لم ينقلوا فيها خلافا.

(و إما) أن يكون بعد العقد و قبل التسليم،فالذى صرح به الشيخ فى المبسوط على ما نقل عنه أنها تتخير بين أخذه بالأرش،و رده فتأخذ القيمة كما لو تلف،لأنه مضمون عليه و قد وقع العقد عليه سليما،فإذا تعيب كان لها رده،و المشهور فى كلام المتأخرين أن الذى لها فى هذه الصورة أرش النقصان من غير رد،لأنه عين حقها،و نقصه ينجبر بضمان أرشه،و ضعفوا ما ذكره الشيخ بأن كونه مضمونا ضمان اليد يوجب بقاؤه على ملكها،و ضمان الفاتت لا غير،كما لو عابت العين المغصوبه عند الغاصب،على أنه فى موضع آخر من المبسوط قوى عدم الخيار و تعيين أخذ الأرش.

أقول:لم أقف على نص فى المقام و بذلك يشكل البحث فيها و الكلام.

المسألة الرابعة عشر [فى جواز الامتناع من تسليم نفسها قبل قبض المهر]

إشارة

الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فى أنه يجوز للزوجه الغير المدخول بها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض إذا كان المهر

حالا و الزوج موسرا،و إنما الخلاف فيما إذا كان معسرا،و كذا الخلاف لو كانت المطالبه بعد الدخول،و الكلام فى هذا المقام يقع فى مواضع:

الأول: فيما إذا سمي لها مهرا و كان موسرا و لم يدخل بها و المهر حال

، و المشهور-بل ادعى عليه الإجماع-هو جواز الامتناع لها،و لا أعرف لهم دليلا غير ما يدعونه من الإجماع،و أن النكاح من قبيل المعاوضات التى قد تقرر فيها أن لكل من المتعاضين الامتناع من تسليم ما فى يده من العوض حتى يتسلم الآخر.

قال شيخنا الشهيد فى المسالك-بعد الكلام فى المسألة و ذكر مقدمات مهدها قبل الكلام فى المسألة-ما صورته:و خلاصه القول فيها أن الزوجه إن كانت كامله صالحه للاستمتاع و لم يكن قد دخل بها الزوج و المهر حال و هو موسر،فلها الامتناع من التمكين حتى تقبض مهرها بتمامه اتفاقا،لا بمعنى وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر أولا،بل إما كذلك،أو بتقابضهما معا،بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق فى يد من يتفقان عليه أو يد عدل،و تؤمر بالتمكين، فإذا مكنت سلم العدل الصداق إليها،و هذا فى الحقيقه فى معنى إقباض المهر أولا، إلا أن ما يخافه الزوج من فواته بوصوله إليها يستدرك بوضعه على يد العدل فيصير فى معنى التقابض معا،حيث إن القابض نائب عنها،و إنما اعتبر ذلك لما تقرر فى المقدمه الأولى أن فى النكاح معنى المعاوضه،و فى الثانيه أن لكل من المتعاضين الامتناع من الإقباض حتى يقبض الآخر و طريق الجمع ما ذكره، و فى المسألة وجهان آخران:

أحدهما:أنه يجبر الزوج على تسليم الصداق أولا،فإذا سلم سلمت نفسها، و الفرق بينهما أن فائت المال يستدرك،و فائت البضع لا يستدرك.

و الثاني:لا يجبر واحد منهما،لكن إذا بادر أحدهما إلى التسليم اجبر الآخر على تسليم ما عنده،و أصحابهما الأول لما فيه من الجمع بين الحقين،و به

يحصل الجواب عن الوجه الثانى.

و فى الثالث: أنه قد يؤدى إلى بقاء النزاع لعدم بدءه أحدهما و لا بد من نصب طريق شرعى يحسم مادته، و هذه الأوجه قد مضى نقلها فى البيع، انتهى كلامه علت فى الخلد أقدامه.

و قال سبطه السيد السند و العلامه الأوحد السيد محمد فى شرح النافع - بعد ذكر ذلك، و نعم ما قال، فإنه الأصح من هذه الأقوال كما لا يخفى على من عرف الرجال بالحق، لا الحق بالرجال - ما صورته: إنا لم نقف فى هذه المسألة على نص، و الذى يقتضيه النظر فيها أن تسليم الزوجه نفسها حق عليها، و تسليم المهر إليها حق عليه، فيجب على كل منهما إيصال الحق إلى مستحقه، و إذا أخل أحدهما بالواجب عصى، و لا يسقط بعصيانه حق الآخر، فإن تم الإجماع على أن لها الامتناع من تسليم نفسها إلى أن تقبض المهر كما ذكره الأكثر أو إلى أن يحصل التقابض من الطرفين فلا كلام، و إلا وجب المصير إلى ما ذكرناه. انتهى و هو جيد و جيه كما لا يخفى على الفطن النبيه.

و ما اعترضه به هنا بعض مشايخنا المعاصرين من المحدثين (1) - حيث قال بعد نقله ما صورته: و قد ظهر من كلامه أنه مخالف للأصحاب فى المسألة، و إنما خالفهم لعدم وقوفه فى المسألة على نص، مع أن الذى ذكره أيضا خال من النص، فلا وجه لترجيحه على كلامهم، انتهى - ظاهر السقوط، و ذلك لأن ما ذكره السيد المزبور و إن كان خاليا من النص على الخصوص، إلا أنه الموافق للقواعد الشرعيه و الضوابط المرعيه، إذ لا يخفى أن قضيه العقد أوجبت استحقاق الزوج البضع، و استحقاق المرأه المهر، فليس لأحدهما الإخلال بما وجب عليه فى مقابله امتناع الآخر، و إخلاله بما وجب عليه، و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لكل ناظر.

ص: ٤٦١

١- ١) هو الشيخ المحدث الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحرانى فى جواب المسائل الحسينيه. (منه - رحمه الله عليه -).

و ما ذكره السيد المشار إليه هنا قد سبقه إليه أستاذه المحقق الأوحى المولى أحمد الأردبيلي -رحمه الله عليه- فى كتاب البيع فى شرحه على الإرشاد كما ذكره ثمه حيث قال-بعد نقل قول المصنف«و يجب على المتبايعين دفع العوضين من غير أولويه» إلى آخره- ما صورته: اعلم أن الأكثر هكذا قالوا:

و حاصله أنها يجب عليها مع الدفع، أو بعد أخذ العوض، و يجوز لكل المنع حتى يقبض، و كأنهم نظروا إلى أن البيع معاوضه محضه، و لا- يجب على كل منهما الدفع، لأن العوض مال الآخر، فما لم يأخذ العوض لا يجب إعطاء العوض، و المسأله مشكله كسائرهما لعدم النص، و ثبوت الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر، و عدم جواز الحبس حتى يقبض، و جواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الآخر إن أمكن له على أى وجه كان، لأن ذلك هو مقتضى الملك، و منع أحدهما حق الآخر و ظلمه لا يستلزم جواز الظلم للآخر، و منعه من حقه فيجبرهما الحاكم معاً على ذلك إن امتنع، فيعطى من يد و يأخذ من أخرى، أو يقبض لأحدهما، و يأمره بالإعطاء، انتهى كلامه.

و قد تكلف بعض المجتهدين من مشايخنا المعاصرين (١) فى الاستدلال للقول المشهور بأدله لا يخلو من القصور حيث سئل عن هذه المسأله فأجاب-رحمه الله عليه- بأن لها الامتناع حتى تقبضه هى أو وكيلها وفاقاً للمشهور، قال: لأن تقديم المهر أو بعضه هو المتعارف فى جميع الأعصار و به جرت السنه، فعند إطلاق العقد يكون بمنزله ما شرط تقديمه، فلها الامتناع حتى تقبضه أو ترضى بشىء عملاً لمقتضى الشرط، و ما كان بمنزله.

و يدل عليه ما رواه

الشيخ (٢) عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا

ص: ٤٤٢

١- ١) هو شيخنا الشيخ أحمد الجزائرى المجاور بالنجف الأشرف حيا و ميتا قدس الله سره. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ١.

تزوج الرجل المرأة فلا- يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً درهما فما فوقه أو هديه من سويق أو غيره». و المعنى لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق إليها مهرها أو شيئاً ترضى به، و أما إذا رضيت فهي حلال له، و لا تحرم بلا خلاف، و يكون المهر دينا عليه كما تدل عليه الأخبار.

و يدل عليه أيضا

قول أبي جعفر عليه السلام فى صحيحه الفضيل بن يسار (١)

«فالذى أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها حل للزوج به فرجها قليلا كان أو كثيرا إذا هى قبضته منه و قبلت و دخلت عليه، و لا شىء لها بعد ذلك».

و قول أبى عبد الله عليه السلام فى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (٢)

«إذا أهديت إليه و دخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلا- شىء لها». فإن فيه إشعارا و واضحا بأن لها الامتناع من الدخول حتى تقبض ما ترضى به، و يرشد إلى ذلك، أن فائت المال يستدرك بإقامه مثله، و فائت البضع لا يستدرك، لعدم إمكان قيام مثله مقامه.

فينبغى أن يسلم المهر إليها أولا ثم هى تسلم نفسها، فإذا أرادت مهرها و بذلت نفسها فعلى الحاكم أن يجبره على التسليم أولا إذا امتنع، كما يجبره على الحقوق، فإن بذله لها مقدما فعلى الحاكم أن يجبرها على تسليم نفسها إن امتنعت، و هذا هو الموافق للعدل، و الأمور به من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و المفتى به عند الكل، انتهى.

أقول: الظاهر عندى أن ما تكلفه من هذا الدليل، فإنه لا يشفى العليل، و لا يبرد الغليل، و لا يفى بالهدايه إلى ذلك السبيل.

أما (أولا) فإن ما ذكره من أن تقديم المهر أو بعضه لما كان هو المتعارف فى جميع الأعصار، و به جرت السنه، فهو كالشرط فى إطلاق العقد، فلها الامتناع

ص: ٤٦٣

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٣.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ١٨.

حينئذ حتى تقبض المهر، لا يخفى ما فيه بعد تسليم ما ذكره على من راجع الآيات و الأخبار الداله على التشديد فى الفتوى، فإنه لا بد من العلم و اليقين فيما يحكم به و يفتى به، و وجوب الوقوف مع الاشتباه، و هى مستفيضه فى الكافى و غيره.

و من ذلك ما رواه

فى الكافى (١) بإسناده إلى زرارته قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام: ما حق الله على العباد؟ فقال: أن يقولوا ما يعلمون، و يقفوا عند ما لا يعلمون».

و عن هشام بن سالم (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

و عن زياد بن أبى رجا (٣) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«ما علمتم فقولوا، و ما لم تعلموا فقولوا: الله أعلم».

و عن إسحاق بن عبد الله (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إن الله خص عباده بآيتين من كتابه «أن لا يقولوا حتى يعلموا، و لا يردوا ما لم يعلموا، و قال الله تعالى «أَلَمْ يَأْخُذْ عَلَيْهِمْ مِيثَاقَ الْكِتَابِ أَنْ لَا يَقُولُوا عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ» (٥).

و عن حمزه الطيار (٦) قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام: لا يسعكم فيما ينزل بكم مما لا تعلمون إلا الكف عنه، و التثبت و الرد إلى أئمة الهدى حتى يحملوكم فيه على القصد».

و فى حديث صاحب البريد المروى فى الكافى (٧) عن أبى عبد الله عليه السلام

«أما إنه شر عليكم أن تقولوا بشيء ما لم تسمعه منا». إلى غير ذلك من الأخبار.

ص: ٤٦٤

١- (١) الكافى ج ١ ص ٤٣ ح ٧، الوسائل ج ١٨ ص ١١ ح ٩.

٢- (٢) الكافى ج ١ ص ٥٠ ح ١٢، الوسائل ج ١٨ ص ١٢ ب ٤ ح ١٠.

٣- (٣) الكافى ج ١ ص ٤٢ ح ٤، الوسائل ج ١٨ ص ١٠ ب ٤ ح ٥.

٤- (٤) الكافى ج ١ ص ٤٣ ح ٨.

٥- (٥) سورة الأعراف- آية ١٦٩.

٦- (٦) الكافى ج ١ ص ٥٠ ح ١٠، الوسائل ج ١٨ ص ٥٩ ح ٢٩.

(٧-٧) الكافي ج ٢ ص ٤٠٢ ذيل ح ١ ط طهران، الوسائل ج ١٨ ص ٤٧ ب ٧ ح ٢٥.

و حينئذ فكيف يمكن التجاسر على الحكم لها بالامتناع من تسليم نفسها بعد ملك الزوج للبضع بالعقد، وأنه هو الناقل له، و المبيح أن يقال فيه أنه محتمل لذلك، لا أنه دليل شرعى يصح تأسيس الأحكام الشرعية به و ترتبها عليها، و لو صح الاعتماد على مثل هذه التخريجات فى الأحكام الشرعية لاتسع المجال و عظم الاشكال، سيما مع ما عرفت من استفاضه الآيات و الروايات بالنهى عن القول و الفتوى بغير علم قطعى، و يقين شرعى كما عرفت.

و أما (ثانيا) فإن ما استند إليه من روايه أبى بصير- و أن المعنى أنه لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق إليها مهرها أو شيئا ترضى به- ففيه أن المراد من الروايه كما ذكره الأصحاب قديما و حديثا إنما هو كراهه الدخول بها قبل ذلك، و كيف لا، و هو قد استباح فرجها بالعقد، و ملك بضعها بذلك، فكيف يتوقف حلها على دفع المهر أو شيء آخر مع اتفاق الأصحاب على أن المهر ليس ركنا فى العقد، و يملك البضع بدون ذكره بالكلية.

و يوضح ذلك بآتم إيضاح قيام غير المهر مقامه فى ذلك، فإن الاتفاق قائم على أن حل الفرج لا- يتوقف على ذلك بالكلية، فكيف يتوهم من لفظ لا يحل هنا التحريم، و الحال كما عرفت.

و من الأخبار الظاهره فيما ذكرناه

صحيحه بريد العجلي (1) عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه على أن يعلمها سوره من كتاب الله، فقال: ما أحب أن يدخل حتى يعلمها السوره أو يعطيها شيئا، قلت: أ يجوز أن يعطيها تمرا أو زيبيا؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضيت به كائنا ما كان.»

ص: ٤٦٥

(١-١) الكافى ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ٢.

و روى أحمد بن محمد بن عيسى (١) فى كتاب النوادر عن أحمد بن محمد بن أبى نصر قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرأه بنسيه، فقال: إن أبا جعفر عليه السلام تزوج امرأه بنسيه، ثم قال لأبى عبد الله عليه السلام: يا بنى ليس عندى من صداقها شىء أعطيتها إياه و أدخل عليها، فأعطني كساءك هذا فأعطيها إياه، فأعطاها ثم دخل بها».

و فى موثقه أبى بصير (٢) قال:

«تزوج أبو جعفر امرأه فزارها و أراد أن يجامعها، فألقى عليها كسائه ثم أتاها، قلت: أ رأيت إذا أوفى مهرها إله أن يرتجع الكساء؟ قال: لا إنما استحل به فرجها».

و إنما حملنا هذه الأخبار على الكراهه، لما بإزائها من الأخبار الداله على جواز الدخول بها من غير أن يعطيها شيئاً.

و منها روايه عبد الحميد بن عواض (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام الداله على أنه يصلح أن يواقعها و لم ينقدها من مهرها شيئاً.

و فى روايه أخرى (٤) له عنه عليه السلام قال:

«قلت له: أتزوج المرأة و أدخل بها و لا أعطيها شيئاً؟ قال: نعم يكون ديناً لها عليك».

و فى ثالثه له (٥) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون

ص: ٤٦٦

١-١) الوسائل ج ١٥ ص ١٣ ح ٥.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ب ٣٣ ح ١.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٤١٣ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ب ٨ ح ١٠.

٤-٤) الكافى ج ٥ ص ٤١٣ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ب ٨ ح ٩.

٥-٥) الكافى ج ٥ ص ٤١٤ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ب ٨ ح ٢.

عنده ما يعطيها فيدخل بها؟ قال: لا بأس، إنما هو دين لها عليه».

و ما رواه

أحمد بن محمد بن عيسى (١) في كتاب النوادر في الموثق عن زراره قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة، أيحل له أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم».

و لو تم ما ذكره من أنه لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق إليها مهرها أو شيئاً ترضى به، للزم طرح هذه الأخبار، مع أنها هي المعتضده بالاتفاق على التحليل بالعقد، وأنه هو المبيح لذلك لا غير.

و أما ما اشتمل عليه خبر أبي بصير من أنه لا يرتجع الكساء، لأنه إنما استحل فرجها به، فإنه محمول على تأكيد استحباب الدفع إليها شيئاً قبل الدخول، وذلك لأنه إنما استحل فرجها بالعقد لا بما دفعه أخيراً من مهر أو هديه، و ما استند إليه من لفظ «لا تحل» وأنه محمول على ظاهره من التحريم فهو مما لا يتجسمه محصل، للاتفاق نضا و فتوى على التحليل بالعقد، فلا بد من الحمل على المجاز كما ورد في

قوله صلى الله عليه و آله

«لا يحل لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تدع عانتها فوق عشرين يوماً». رواه في الكافي (٢)، على أن ما اعتمده من هذه الأخبار مدخول أيضاً من وجهين:

أحدهما: إن مقتضى كلامه أن الأمر بدفع هذه الأشياء قبل الدخول إنما هو ليرضيها، و إلا فلو رضيت من غير شيء فهي له حلال، و المفهوم من الأخبار التي تلونها أن دفع ذلك إنما هو من حيث إنه السنه في الدخول قبل دفع المهر، فإنه يدفع لها ذلك، و إن رضيت بالدخول بغير شيء بالكليه إذ لا إشعار في شيء منها بأن الدفع إنما هو لامتناع المرأة من الدخول، و أن الإعطاء إنما هو لاسترضائها، و أخبار الكساء الذي ألقاه الباقر عليه السلام على امرأته ثم أتاها ظاهره

ص: ٤٦٧

١-١) الوسائل ج ١٥ ص ١٨ ح ١٧.

٢-٢) الكافي ج ٦ ص ٥٠٦ ح ١١، الوسائل ج ١ ص ٤٣٩ ب ٨٦ ح ١.

فيما قلناه، وكذا غيرها.

و ثانيهما: إن محل البحث و مطرح الكلام هو أن لها الامتناع حتى تقبض المهر، و الذى دلت عليه هذه الأخبار هو الاكتفاء بدفع شيء على وجه الهدية، و أنه ليس لها الامتناع بعد ذلك، و أحدهما غير الآخر، و حينئذ فلا دلاله فيها على ما ادعوه.

و أما (الثالثا) فإن ما استند إليه من صحيحه الفضيل بن يسار و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج الدالتين على سقوط المهر بالدخول، فمع أنهما لا إشعار فيهما بما نحن فيه كما ادعاه و سجل عليه بأنه إشعار و اضح، فالقول بما دلا عليه مرغوب عنه كما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى فى محله.

و كيف كان فما ادعاه من إشعارهما بما ذكره لا أعرف له وجهاً، و لعل وجه الأشعار عنده بهذه العبارة التى نقلها من صحيحه الفضيل (1) و هى قوله: فالذى أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها، حل للزوج به فرجها من حيث الأشعار بتحريم الفرج على الزوج مع عدم الأخذ، و إذا كان الفرج حراماً بدون ذلك فلها الامتناع حينئذ قبل الأخذ، و فيه ما عرفت من أن حل الفرج هنا إنما حصل بالعقد، لا بدفع المهر كلاً أو بعضاً أو غيره من هديه و نحوها، و هذا الكلام فى جملة هذه الأخبار إنما خرج مخرج التجوز فى الكناية عن استحباب تقديم المهر أو بعضه أو غيره من هديه و نحوها لا أنه محمول على ظاهره فإنه باطل اتفاقاً إذ لا خلاف و لا إشكال فى أن تحليل الفرج إنما حصل بالعقد، و تؤيده الأخبار المتقدمه الداله على جواز الدخول بها و إن لم يدفع إليها شيئاً.

و أما (رابعاً) فإن ما ذكره -من أنه يرشد إلى ذلك أن فائت المال يستدرك إلى آخره- بمعنى أنه يجب تقديم المهر إليها أولاً لأنه لو امتنعت من تسليم

ص: ٤٦٨

البضع يمكن استرجاعه منها، بخلاف ما إذا قدمت البضع و دخل بها، فإنه لا يمكن استرداكه إذا لم يدفع المهر.

فيه أنه أول المسألة و محل البحث، فإن الخصم يمنع ذلك، و يقول: إن البضع هنا ليس بفائت، بل هو تسليم للحق إلى مستحقه، دفع الزوج المهر أم لم يدفع، لأن الزوج قد ملك البضع بمجرد العقد، كما أنها قد ملكت المهر في الصورة المفروضة كذلك، و بما شرحناه و أوضحناه يظهر لك ما في قوله، هذا هو الموافق للعدل و المأمور به من قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) فإن فيه أن دعوى موافقته للعدل عدول عن المنهج الواضح، بل الموافقة للعدل إنما تحصل بالجري على ما اقتضاه العقد من انتقال كل من العوضين إلى الآخر، و وجوب تسليمه إليه من غير توقفه على شيء، و هذا هو المأمور به في قوله عز و جل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حيث إن قضيه العقد انتقال البضع إلى الزوج و المهر إلى الزوجه، فيجب على كل منهما الوفاء بما اقتضاه العقد من الانتقال على الوجه المذكور من غير توقف لأحدهما على الآخر، و حينئذ فالآية عليه لا له، و بالجمله فإن جميع ما لفته في هذا المقام و زعم أنه دليل و اضح فهو من جملة الأوهام التي لا يعرج عليها في الأحكام.

الثاني: الصورة الأولى بحالها و لكن الزوج معسر

و المشهور أن الحكم فيها كما تقدم من جواز الامتناع لها حتى تقبض المهر، و إنما الفرق بين الصورتين عندهم بالإثم و عدمه، فإنه مع اليسار و طالبتها يَأْتَمُ الزوج بالمنع، و تستحق عنده النفقة، و إن لم تسلم نفسها إذا بذلت التمكين بشرط تسليم المهر، و أما مع إعساره فلا إثم عليه بالتأخير.

و في استحقاق النفقة و جهان (٢) و ذهب ابن إدريس إلى أنه ليس لها الامتناع

ص: ٤٦٩

(١-١) سورة المائدة- آية ١.

(٢-٢) أحدهما: العدم لانتفاء التمكين حيث انه معلق بأمر ممتنع عادة، و هو اختيار الشهيد في شرح الإرشاد، و ثانيهما: انها تستحق النفقة كما في الموسر لاشتراكهما في بذل التمكين بشرط تسليم المهر، و امتناع التسليم عادة، و لا دخل له في الفرق سيما أنه يمكن الاجتماع بالعرض و نحوه، و هو اختيار شيخنا الشهيد الثاني -قدس سره- في المسالك. (منه-قدس سره-).

مع الإعسار لمنع مطالبته، فيبقى وجوب حقه بلا معارض، واختاره السيد السند في شرح النافع، وهو جيد، واعترضه المحقق الشيخ على و مثله الشهيد الثاني بأن منع المطالبة مع الإعسار لا يقتضى وجوب التسليم قبل دفع العوض، ولأن النكاح نوع معاوضه، فلا يجب تسليم أحد العوضين بدون الآخر، وإلى ما ذكره يميل كلام شيخنا المحدث المعاصر المتقدم ذكره (1) حيث قال في رد كلام ابن إدريس بناء على ما ذكره في المسألة السابقة:- إن الذى اقتضاه الدليل أمران، أحدهما جواز الامتناع قبله، والثاني جبره على تسليم المهر إليها إذا طلبته، والإعسار إنما رفع الثاني ولا يستلزم رفع الأول.

و أنت خبير بعد الإحاطه بما أسلفناه ما فى كلاميهما من النظر الظاهر، و من ثم مال إلى ما اخترناه فى هذه المسألة و فى السابقه المولى الفاضل ملا محمد باقر الخراسانى فى كتاب الكفايه.

قال السيد السند فى شرح النافع- بعد نقل كلام المحقق الشيخ على المتقدم- ما صورته: و هو مدفوع بعموم ما دل على أنه يجب للزوجه طاعه الزوج خرج من ذلك ما إذا امتنع من تسليم المهر إليها مع يسار، فيبقى ما عداه مندرجا فى العموم، انتهى.

و اعترضه هنا أيضا شيخنا المحدث المذكور بأن فيه نظرا، لأن مقتضى هذا الدليل يتناول المعسر و الموسر معا، و قد تقرر سابقا أن مقتضى النظر أن ليس

ص : ٤٧٠

١- ١) هو شيخنا المحدث الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحرانى -قدس سره- و شيخنا المعاصر الآخر الذى قدمنا ذكره أيضا انما هو من المجتهدين، و الإشاره بالمحدث قرينه إرادته الأول دون الآخر. (منه-قدس سره-).

لها الامتناع و إن عصى، لعدم النص على ذلك، و ليس الإجماع عنده متحققا، فما باله يرد كلام الشيخ بحجه لم يتحقق عنده، فإما أن يقول الأصحاب مطلقا، أو يخالفهم مطلقا، فإن التفصيل مدخول، و الدليل معلول. انتهى، و ظنى أن ما اعترضه به -رحمه الله عليه- لا وجه له.

أما (أولا-) فلأذن كلام السيد-رحمه الله عليه- فى المسأله الأولى ليس بصريح فى الجزم و الفتوى بما ذكره بل علق على ثبوت الإجماع و عدمه، فإن ثبت الإجماع على ما ادعوه كان الأمر على ما قالوه، و إلا وجب المصير إلى ما ذكره، و لم يصرح بأن الإجماع عنده متحقق أو غير متحقق، بل الإجماع عنده فى مقام الاحتمال، فلذا جعل الحكم فى قالب الإجمال.

و(ثانيا) إن كلامه هنا إنما جرى فيه على طريق المماشاه مع الأصحاب فيما ذكره فى تلك المسأله فإنه على تقدير صحه كلامهم فى المسأله السابقه لا- يتم إلحاق هذه بها، و جعلها مثلها- كما ادعوه- لظهور الفرق بينهما بما ذكره من أن ما دل (1) على عموم إطاعه الزوجه للزوج و إن خصص فى تلك المسأله بالإجماع المدعى على جواز امتناعها، إلا أنه لا مخصص هنا له، لعدم تحقق الإجماع فى المسأله، و هو كلام صحيح لا- غبار عليه، و لا- يتطرق القدرح بوجه من الوجوه إليه، ثم إن شيخنا المحدث المذكور، قال- بعد البحث فى المسأله الذى من جملته ما نقلناه عنه- ما صورته: و عندى فى كلا الحكمين توقف، لعدم الظفر بشىء من النصوص من أهل العصمه عليهم السلام فيها و قد أرجيت حكمها إلى العالم من أهل بيت محمد-عجل الله فرجه- و رددتها إلى الله و رسوله و إليه-صلوات الله و سلامه عليه- انتهى كلامه.

أقول: ما ذكره من التوقف- و إن كان لا- يخلو من وجه- لعدم النص فى المسأله على الخصوص، إلا- أن ما ذكره السيد السند المتقدم ذكره جريا على ما ذكره

ص: ٤٧١

شيخه المحقق الأردبيلي -عطر الله مرقديهما- في المقام لا يخلو من قرب تام لما ذكرناه من أن مقتضى العقد انتقال البضع إلى الزوج، وانتقال حق المهر في الصورة المفروضة إلى الزوجه، وأنه لا دليل على توقف دفع أحدهما على الآخر إلا ما يدعى من الإجماع، وقد عرفت ما فيه في غير موضع مما تقدم، ولا سيما في بحث صلاه الجمع من كتب العبادات، وما يدعونه من أن النكاح من المعاوضات، وفيه ما عرفت أيضا من عدم الدليل على الامتناع في المعاوضات، ومع تسليم الدليل في المعاوضات، فحمل النكاح عليها قياس لا يناسب أصول المذهب سيما مع اعترافهم بأنه ليس من المعاوضات الحقيقيه كما تقدم ذكره، وإنما له شبه بها في بعض الموارد، ومجرد المشابهه لا يقتضى أن يكون من كل وجه، وللأدله الداله على وجوب قيامها بحقوق الزوجيه الواجبه عليها، ووجوب إطاعته متى أرادها، خرج من ذلك ما قام الدليل على خروجه، وبقي الباقي وهذا منه، حيث إنه لم يقدّم هنا دليل شرعي على العذر لها في الامتناع.

الثالث: الصورة الاولى و أن يكون المهر مؤجلا

معسرا كان الزوج أو مؤسرا، وقد قطع الأصحاب بأنه ليس لها الامتناع، إذ لا يجب لها عليه شيء فيبقى وجوب حقه عليها بلا معارض، فيجب الوفاء بالعقد الواقع عن رضاها به، والحكم هنا لا إشكال فيه، وإنما الكلام فيما لو مضت المده ولم يدخل بها لمانع من جهته كمرض أو غيبته أو نحوهما، أو مانع من جهتها شرعي كالحيض والمرض المانع من جميع أنواع الاستمتاع، أو غير شرعي كما لو منعت نفسها عصيانا وأقدمت على فعل الحرام حتى انقضت المده، قالوا: في جواز امتناعها إلى أن تقبضه تنزيلا له منزله الحال ابتداء، وعدمه نظرا إلى استصحاب وجوب التمكين الثابت قبل الحلول وجهان: استجود السيد في شرح النافع الثاني، وجعله الأقوى في شرح المسالك، ونقله عن الشيخ في المبسوط قال: وتبعه عليه الأكثر.

أقول: والقول بجواز الامتناع منقول عن الشيخ في النهاية، حيث أطلق جواز امتناعها حتى قبض المهر الشامل لمحل النزاع، أما بخصوص المسألة فلا- نعلم به قائلًا- ولا- ذكره أحد ممن تعرض لنقل الأقوال على ما صرح به في المسالك، وإنما ذكره من ذكره وجهها في المسألة و احتمالاً.

ثم أقول: وعلى ما اخترناه و حققناه فلا وجه للوجه الأول، إذ الواجب عليها بذل الطاعة و عدم جواز الامتناع سواء كان المهر حالاً أو مؤجلاً كما عرفت.

الرابع: الصورة الأولى، إلا أنه قد دخل بها

و المشهور أنه ليس لها الامتناع بعد ذلك، و به صرح الشيخ في الخلاف و المرتضى و أبو الصلاح، و اختار المحقق و جملة من المتأخرين، قال في المسالك: و هو الأقوى عملاً بمقتضى القواعد السابقة، فإن المهر قد استقر بالوطء، و قد حصل تسليمها نفسها برضاها، و متى سلم أحد المتعاضين الذي قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه، و قيل بجواز الامتناع لها و هو خيره الشيخ في النهاية و المبسوط و الشيخ المفيد و القاضي ابن البراج، و فرق ابن حمزه بين تسليم نفسها اختياراً، فحكم بسقوط حقها من الامتناع، و إكراهها، فجوز لها الامتناع لأنه بسبب الإكراه قبض فاسداً فلا يترتب عليه أثر القبض الصحيح، و لأصالة بقاء الحق الثابت إلى أن يثبت المزيل.

أقول: و هذا التفصيل مبني على ما ذكره في المسالك من أنه هل يشترط في القبض وقوعه طوعاً، أم يكتفى به مطلقاً؟ و جهان، من حصول الغرض و انتفاء الضمان به كيف اتفق، و من تحريم القبض بدون الاذن، فلا يترتب عليه أثر الصحيح، قال: و الحق أن بعض أحكام القبض متحققه كاستقرار المهر بالوطء كغيرها، و بعضها غير متحقق قطعاً كالنفقة، و يبقى التردد في موضع النزاع حيث يدخل بها أكرها هل لها الامتناع بعده من الإقباض حتى قبض المهر أم لا؟ انتهى.

و أنت خبير بأنه على ما حققه فإن الحكم بقي في قالب الاشتباه، ثم لا يخفى

أن البحث هنا جار على ما مهدوه من الحكم يكون النكاح من قبيل المعاوزات التي يشترط فيها التقابض من الطرفين، و أما على ما اخترناه فإنه لا ثمره لهذا الخلاف لوجوب الطاعة عليها، و بذل نفسها له متى طلبها، سلم إليها المهر أو لم يسلمه، دخل بها أو لم يدخل، ثم إنه على تقدير تسليم ما ذكره من البناء على تلك القاعدة، فإنه يمكن أن يقال في بطلان القول الثاني: إن مقتضى العمومات الدالة على وجوب التمكين متى طلبها و أرادها هو عدم جواز الامتناع، خرج منه ما قبل الدخول بالإجماع المدعى إن تم، فيبقى الباقي مندرجا تحت العمومات المذكوره.

و أما ما ذكره ابن حمزه في صورته الإكراه من أنه قبض فاسد، فلا يترتب عليه أثر القبض الصحيح، و لأصالة بقاء الحق الثابت إلى أن يثبت المزيل - يمكن دفعه بأن العقد لما اقتضى استحقاق الزوج للبضع و ملكه له، و دلت الأخبار على وجوب إطاعة الزوجه لزوجها متى طلبها و أرادها مطلقا، مع ما عرفت من عدم الدليل على التوقف على المهر، فإن ما ذكره من فساد القبض ممنوع، فإنه قبض حقه، و الاذن فيها غير شرط بعد ثبوت استحقاقه، و وجوب الطاعة عليها، و الحق الذي أوجبه لها و هو الامتناع حتى تقبض المهر ممنوع، لعدم الدليل عليه، هذا هو مقتضى التحقيق بالنظر إلى الأدله الشرعيه و القوانين المرعيه، و ما عداه فهو كما عرفت إنما تبنى على دعاوى عاربه من الدليل، لا تشفى العليل و لا تبرد الغليل و إن اشتهرت بينهم جيلا بعد جيل.

البحث الثاني: في التفويض

إشارة

و هو لغه الرد إلى الغير، و منه قوله «وَ أَوْضُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ» و الإهمال، و منه قوله شعرا:

لا يصلح الناس فوضى لا سراهم لهم

و لا سراهم إذا جهالهم سادوا

قال في كتاب المصباح (1): و فوض إليه أمره تفويضا: أسلم أمره إليه،

ص: ٤٧٤

و فوضت المرأة نكاحها إلى الزوج حتى تزوجها من غير مهر، وقيل: فوضت أى أهملت حكم المهر، وهى مفوضه اسم فاعل، قيل: مفوضه اسم مفعول لان الشرع فوض أمر المهر إليها فى إثباته و إسقاطه (١)، و قوم فوضى إذا كانوا متساوين لا رئيس لهم، و المال فوضى بينهم أى مختلط من أراد منهم شيئاً أخذه، و كانت خبير فوضى أى مشتركه بين الصحابه غير مقسومه، انتهى.

و التفويض شرعا رد أمر المهر أو البضع إلى أحد الزوجين أو ثالث، أو إهمال المهر فى العقد و عدم ذكره بالمره، و الأول منهما يسمى تفويض المهر، و الثانى تفويض البضع، فالكلام هنا يقع فى مطلبين:

[المطلب الأول: فى تفويض البضع]

إشاره

و هو أن لا يذكر فى العقد مهر، مثل أن تقول هى زوجتك نفسى، أو يقول وليها أو وكيلها زوجتك فلانه، فيقول الزوج قبلت، و تحقيق القول فيه يقع فى موضعين:

[الموضع الأول] جواز إخلاء العقد من المهر]

لا خلاف بين الأصحاب فى جواز إخلاء العقد من المهر، و ادعى عليه جماعه الإجماع، و عليه تدل الآيه و الأخبار الكثيره.

أما الآيه فهى قوله عز و جل «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً» (١) و التقريب فيها على ما ذكره بعض الأصحاب أن الظاهر أن المراد من الجناح المنفى هو المهر، لأنه تعالى نفى الجناح إلى إحدى الغائتين،

ص: ٤٧٥

و هي الميسيس أو الفرض، و الثابت عند أحد هذين الأمرين هو المهر، فإنه يجب بالجماع أو فرضه بعد إخلاء العقد منه.

أقول: و يشير إلى ذلك تتمه الآية من قوله سبحانه «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ، مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ، وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً، فَنَصِفُ مَا فَرَضْتُمْ» الآية، فإنه تعالى حكم بالتمتع لتلك التي نفى الجناح عن طلاقها قبل الميسيس و الفرض، و لا تمتعه لمن طلقها قبل الدخول إلا التي لم يسم لها مهرا، ثم عقبها بالمطلقه قبل الميسيس مع فرض المهر، و بين حكمها و هو ظاهر أيضا في أن الاولى لم يفرض لها مهر في العقد.

و أما الأخبار فممنها ما رواه

في الكافي (1) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال:

« قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأه و لم يفرض لها صداقا ثم دخل بها قال:

لها صداق نساءها».

و عن عبد الرحمن المذكور (2) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تزوج المرأة و لم يفرض لها صداقا فمات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها، ما لها عليه؟ قال: ليس لها صداق و هي ترثه و يرثها».

و ما رواه

الشيخ (3) في الموثق عن منصور بن حازم قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امرأه و لم يفرض لها صداقا، قال: لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نساءها».

و عن الحلبي (4) في الصحيح قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه فدخل بها

ص: ٤٧٦

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ٣.

٢- (٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٣ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٧٨ ب ٥٩ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ب ١٢ ح ٢.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ب ١٢ ح ١.

و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها، فقال: لها مهر مثل مهور نساءها و يمتعها».

و عن أبي بصير (١) قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه فوهم أن يسمى لها صداقا حتى دخل بها، قال: السنه، و السنه خمسمائه درهم».

و عن أسامه بن حفص (٢) و كان قيما لأبي الحسن موسى عليه السلام قال:

«قلت له:

رجل تزوج امرأه و لم يسم لها مهرا، و كان فى الكلام أتزوجك على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله فمات عنها، أو أراد أن يدخل بها، فمالها من المهر؟ قال: مهر السنه، قال: قلت: يقول أهلها: مهور نساءها، قال: فقال هو مهر السنه» الحديث.

و الوجه فى صحه العقد- مع خلوه عن ذكر المهر- ما تقدم من أن المهر ليس من أركان عقد النكاح كالعوضين فى البيع و نحوه من عقود المعاوضات و إنما الأركان فيه الزوجان خاصه، و إن كان المهر لازما فى الجملة، و يتحقق التفويض بعدم ذكر المهر فى العقد سواء أطلق، أم شرط أن لا مهر عليه فى الحال، أو أطلق، بأن قال لا مهر عليه، فإن مرجع الجميع إلى أمر واحد، لأن عدم ذكره فى معنى نفيه فى الحال، و هو لا- ينافى مقتضى التفويض و وجوبه فى المثال. نعم لو صرح بنفيه فى الحال و المثال على وجه يشمل ما بعد الدخول أو قال: قبل الدخول و بعده، فالظاهر كما صرح به الأصحاب بطلان العقد، لأن المعلوم من الأخبار أن وجوب المهر من مقتضيات عقد النكاح إما بالعقد أو بالوطء أو بالفرض، فإذا شرط خلاف ذلك فقد شرط خلاف مقتضى العقد فيبطل.

و يدل على ذلك ما رواه

الشيخ (٣) عن زراره فى الصحيح قال:

«سألته كم أحل لرسول الله صلى الله عليه و آله من النساء؟ قال: ما شاء من شىء، قلت: فأخبرنى عن قول

ص: ٤٧٧

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ب ١٣ ح ٢.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٣ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ب ١٣ ح ١.

٣- ٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٤ ح ٤١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨ ب ١٩ ح ١.

الله عز و جل «وَ امْرَأَةٌ مُؤْمِنَةٌ إِنَّ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ» (١) قال: لا تحل الهبة إلا لرسول الله صلى الله عليه وآله و أما غيره فلا يصلح له نكاح إلا بمهر».

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مجرد العقد فى التفويض لا يوجب المهر و لا المتعه، بل إنما يجب المتعه بالطلاق قبل الدخول، و مهر المثل بالدخول، و يجب أيضا ما يفرضانه و يتفقان عليه بالفرض قبل الدخول، و لا فرق فى وجوب مهر المثل بالدخول بين أن يطلقها أو لا يطلقها، لأنه قد استقر بالدخول.

و أما ما يفرض قبل الدخول فإنه لو طلقها و الحال كذلك فلها نصف المفروض كما دلت عليه الآية «فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» (٢).

و يدل على وجوب المتعه الآية المتقدمه، للأمر فيها و هو للوجوب،

و حسنه الحلبي (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئا، و إن لم يكن فرض فليمتعها على نحو مما مثلها من النساء».

و لو مات أحد الزوجين قبل الدخول و الطلاق، فإن كان الموت قبل المرض فلا شىء لها لانتفاء سبب الوجوب فإنه منحصر فى الفرض و الدخول.

و عليه تدل

صحيحه الحلبي (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام

«أنه قال فى المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها: فإن لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر لها، و عليها العده و لها الميراث». و هو يدل بمفهوم الشرط على ثبوت المهر المفروض إن كان فرضه.

ص: ٤٧٨

١-١) سورة الأحزاب-آيه ٥٠.

٢-٢) سورة البقره-آيه ٢٣٧.

٣-٣) الكافى ج ٦ ص ١٠٦ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٧.

٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٤، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ب ٥٨ ح ٢٢.

«سألته عن المرأة تموت قبل أن يدخل بها، أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها، وإن لم يكن فرض لها فلا مهر لها».

إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الجارية على هذا المنوال، وقد اشتركت في الدلالة على عدم المهر مع موتها أو أحدهما إذا لم يفرض المهر لا في العقد ولا بعده، و اختلفت في استحقاق الجميع أو النصف لو فرض المهر، وحصل الموت قبل الدخول، و سيجيء تحقيق ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى، ثم إنه لا يخفى أن المفوضه و إن لم تستحق المهر بنفس العقد و لكنه حيث كان المهر لازماً للنكاح كما عرفت و أنها ملكت بالعقد أن تملك المهر كما ذكره، فإن لها المطالبة بفرضه و تعيينه قبل الدخول لتعرف ما تستحق بالوطء أو الموت و ما تشتر بالطلاق قبل الدخول أو الفسخ على القول بالتنصيف به، ثم إن اتفاقاً على قدر معين صح و لم يكن لها غيره، و لا فرق بين كونه بقدر مهر المثل أو أقل منه أو أكثر، و ليس لأحد منهما بعد الاتفاق الرجوع فيه مطلقاً، و إن اختلفا بأن فرض الزوج لها أقل مما ترضى به فإشكال، و لم أقف في المقام على نص، إلا أنهم ذكروا أنه إن كان مفروضه بقدر مهر السنه فصاعداً ففي لزومه من طرفها وجهان ينشآن من أنه لو فرض إليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه، و كذا الحاكم كما سيأتي، و من أن البضع يقتضى مهر المثل، و الخروج عنه في بعض الموارد على خلاف الأصل فيقتصر عليه، و كون ذلك للحاكم ممنوع، و إن كان أقل منه لم يقع بغير رضاها اتفاقاً، فحينئذ إن ترفعا إلى الحاكم فرض لها مهر المثل من غير زياده و لا نقصان ما لم يتجاوز السنه فيرد إليها إن اعتبرنا ذلك في مهر المثل، و إلا لم يتقيد بذلك قال في المسالك: و هو الأقوى. و المسألة لما عرفت محل توقف و إشكال.

قد صرح الأصحاب بأن المعتبر في مهر المثل بحال المرأة، و في المتعه بحال الزوج، فالكلام هنا أيضا في موضعين:

(أحدهما) في مهر المثل

و المراد به ما يبذل عادة في مقابل نكاح أمثالها، و المراد بأمثالها من كان متصفا بمثل صفاتها و ما هي عليه من الجمال و البكاره و الشرف و الثروه و العقل و الأدب و حسن التدبير في المنزل و نحو ذلك، و أضداد هذه الأشياء لأن ذلك مما يختلف به المهر اختلافا ظاهرا.

و في الأخبار فسروا عليهم السلام مهر المثل هنا بمهور نسائها، كما تقدم في روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله الاولى (١)، و موثقه منصور بن حازم (٢) و صحيحه الحلبي (٣)، و حينئذ فيجب تقييد ما ذكره الأصحاب- من مثلها، و أن المراد به من شأنها في أوصافها- بمن كان من نسائها و أقاربها من الأب أو الأم للإطلاق (٤)، و هل يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها؟ قولان، قال السيد السند في شرح

ص: ٤٨٠

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ١.

٤- (٤) أى إطلاق نسائها شامل لمن كان من جهة الأب أو الأم حسبما هو المشهور، و قال بان البراج: المعتبر من مهر المثل بنساء المرأة، و هن من كان منهن من عصباتها كالأخت من جهة الأب و الام و بناتها و العمه و بناتها و ما أشبه ذلك، و أما الأم و ما هو من جهتها فلا يعتبر به في ذلك، و قد كان الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي و غيره يعتبرون من ذلك، و الأقوى عندي ما ذكرته، لأن المرأة لم الولد من عرض المسلمين تكون تحت الشريف النسب، مثل الرجل يكون من ولد الحسن و الحسين- عليهما السلام- فيتزوج بالمرأة من العامه ليس لها نسب و لا حسب، فالمعتبر في نسائها من كان من عصبتها لما ذكرناه. انتهى، و لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه. (منه- قدس سره-).

النافع أظهرهما ذلك، لأن المهر يختلف باختلاف البلدان اختلاف عظيمًا، وفيه تأمل. وقيد جملة من الأصحاب- بل الظاهر أنه المشهور- الحكم بلزوم مهر المثل بما إذا لم يتجاوز مهر السنه و هي خمسمائه درهم، وإلا رد إليها، و ادعى عليه فخر المحققين الإجماع، مع أن والده في المختلف نقل الاختلاف في ذلك، و حكى القولين، و لم يرجح شيئًا في البين قال بعد نقل جملة من الأقوال في المسألة:

بقي هنا بحثان: (الأول) هل يعتبر البلد؟ قال بعض علمائنا به، و يحتمل العدم (الثاني) أكثر الأصحاب على أنه لا يزيد على مهر السنه و هو خمسمائه درهم، لما رواه

أبو بصير (1) عن الصادق عليه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه فوهم أن أن يسمى صداقها»- الخبر،. و قد تقدم قريبًا- ثم قال: و هو غير دال صريحًا على المطلوب، و قال بعض علمائنا: لا يتقدر بقدر، لما دلت الأخبار المطلقة عليه. انتهى.

و ربما أشعر ظاهره باختيار القول الأخير، حيث إنه طعن في روايه أبي بصير التي استند إليه الأكثر بأنها غير داله صريحًا على المطلوب و لم يطعن في دليل الآخر، و توجيه ما أشار إليه في رد روايه أبي بصير و عدم دلالتها على القول المذكور، و ما ذكره شيخنا في المسالك قال- بعد نقل الروايه-: و فيها مع ضعف السند قصور الدلالة، لأن الكلام في المفوضه، و مورد الروايه ما إذا و هم أن يسمى صداقها، و هو يقتضى كونه أراد التسميه فنسيها، و هذا ليس من التفويض في شيء، و إن كان العقد قد وقع بصوره التفويض، فجاز اختلاف الحكم لذلك، و من ثم ذهب بعض علمائنا إلى أن مهر المثل لا- يتقدر بإطلاق الأخبار في ذلك، ثم نقل روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، و موثقه منصور بن حازم و صحيحه الحلبي، انتهى.

و بذلك يظهر لك أن الأظهر هو القول الآخر، و أن القول المشهور بمحل من القصور.

ص: ٤٨١

ثم إنه لا يخفى أن مهر المثل قد حكموا به في مواضع عديدة غير هذا الموضوع، منها نكاح الشبهه، و الوطى في النكاح الفاسد و الإكراه، و التسميه الفاسده، و إذا نكح عده نساء بمهر واحد كما تقدم كل منها في موضعه.

و لم يذكروا في شىء من هذه المواضع هذا التقييد إلا في مسأله التفويض، و وجه الشبهه في ذكره هنا دون تلك المواضع من حيث ذهاب معظم الأصحاب إلى التقييد و قصور دليله.

و(ثانيهما) في المتعه

، و مستحقها هي المفوضه إذا طلقها قبل الدخول و قبل أن يفرض لها فريضه، و الاعتبار فيها بحال الزوج في يساره و إعساره كما دلت عليه الآيه وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ (١) و على ذلك تدل الأخبار.

و منها ما رواه

في الفقيه (٢) عن محمد بن الفضيل عن الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها، و إن لم يكن سمي لها مهرا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره و على المقتر قدره» الحديث.

و ما رواه

في الكافي (٣) عن أبى بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها- إلى أن قال- و إن لم يكن فرض لها شيئا فليمتعها على مثل ما تمتع به مثلها من النساء».

و ما رواه

في الكافي (٤) عن حفص بن البختري في الصحيح أو الحسن عن ابى عبد الله عليه السلام

«في الرجل يطلق امرأته، أ يمتعها؟ قال: نعم أما يحب أن يكون من المحسنين،

ص: ٤٨٢

١-١) سورة البقره-آيه ٢٣٦.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٨.

٣-٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٧.

٤-٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٤٠ ح ٨٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٥.

أما يحب أن يكون من المتقين».

و ما رواه

فى التهذيب (١) عن أحمد بن محمد بن أبى نصر عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام

«أن متعه المطلقه فريضة».

و ما رواه

فى الفقيه (٢) قال: و فى روايه البنزطى

«أن متعه المطلقه فريضة».

و ما رواه

فى الفقيه (٣) عن ابن رثاب عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«متعه النساء واجبه، دخل بها أو لم يدخل، و تمتع قبل أن تطلق».

و ما رواه

فى الكافى (٤) عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى قول الله عز و جل «وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» (٥) قال: متاعها بعد ما تنقضى عدتها على الموسع قدره و على المقتر قدره، و كيف يمتعها و هى فى عدتها ترجوه و يرجوها، و يحدث الله بينهما ما يشاء، و قال: إذا كان الرجل موسعا عليه يمتع امرأته بالعبد و الأمه، و المقتر يمتع بالحنطه و الزبيب و الثوب و الدراهم، و إن الحسن ابن على عليهما السلام متع امرأه له بأمه، و لم يطلق امرأه إلا متعها».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٦) عن أبى بصير قال:

«قلت لأبى جعفر عليه السلام:

أخبرنى عن قول الله عز و جل «وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» ما أدنى ذلك المتاع إذا كان معسرا لا يجد؟ قال: خمار و شبهه».

-
- ١-١) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ٢.
 - ١-٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٦ ح ٩.
 - ١-٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ح ١.
 - ١-٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ح ٢ و ٣.
 - ١-٥) سورة البقره-آيه ٢٤١.
 - ١-٦) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ١٤٠ ح ٨٥ مع اختلاف يسير الوسائل ج ١٥ ص ٥٧ ح ٢.

قال في الفقيه (١): وروى

أن الغنى يمتع بدار أو خادم، و الوسط يمتع بثوب، و الفقير يمتع بدرهم أو خاتم، و روى أن أدناه خمار و شبهه.

و ما رواه

في التهذيب (٢) عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يريد أن يطلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يمتعها قبل أن يطلقها فإن الله تعالى قال «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ» (٣).

و عن محمد بن مسلم (٤) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يطلق امرأته، قال: يمتعها قبل أن يطلق، فإن الله تعالى يقول «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ».

و ما رواه

في كتاب قرب الاسناد (٥) عن ابن الوليد عن ابن بكير قال:

«سألته أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ» ما قدر الموسع و المقتر؟ قال: كان على بن الحسين عليه السلام يمتع بالراحله».

و روى هذا الخبر

العياشي في تفسيره (٦) و زاد

«يعنى حملها الذي عليها».

و ظاهره أن المتعه إنما هو الحمل لا أصل الراحله، فهو على حذف مضاف مثل و سأل القرية.

و في كتاب الفقيه الرضوي (٧)

«كل من طلق امرأته من قبل أن يدخل بها

ص: ٤٨٤

١-١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٤ و ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٧ و ٥٨ ح ٣ و ٤.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ٤.

٣-٣) سورة البقره-آيه ٢٣٦.

٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩١،الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ١.

٥-٥) قرب الاسناد ص ٨١.

٦-٦) تفسير العياشى ج ١ ص ١٢٤،الوسائل ج ١٥ ص ٥٨ ح ٥.

٧-٧) فقه الرضا ص ٢٤٢،مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٠ ب ٣٣ ح ٥ و ص ٦١١ ب ٣٤ ح ٥.

فلا عده عليها منه، فإن كان سمي لها صداقا فلها نصف الصداق، فإن لم يكن سمي لها صداقا فلا صداق لها و لكن يمتعها بشيء قل أم كثر على قدر يساره، فالموسع يمتع بخادم أو دابه، و الوسط بثوب، و الفقير بدرهم أو خاتم، كما قال الله تبارك و تعالى «و متَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ، وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ» .

[تنبيهات]

إشاره

و تمام الكلام فى المقام يتوقف على بيان أمور:

الأول [انقسام حال الزوج إلى اليسار و الإعسار و لا ثالث لهما]

المفهوم من ظاهر الآيه و أكثر الأخبار هو انقسام حال الزوج إلى قسمين، اليسار و الإعسار، و المشهور فى كلام الأصحاب زياده قسم ثالث و هو المتوسط، و عليه يدل كلام الرضا عليه السلام فى كتاب الفقيه الرضوى، و مرسله الصدوق المتقدمه، و الظاهر أنها من الكتاب فإنها عين عبارته، و لا- ريب أنها منه حسب ما تقدم بيانه فى غير مقام، سيما فى كتب العبادات، و الظاهر كما استظهره فى المسالك أن مرجع الثلاثه الأقسام المذكوره إلى القسمين المذكورين، لأن القسم الثالث الذى هو الوسط بعض أفراده ما يلحق بالأعلى، و بعضها ما يلحق بالأسفل، فهو لا- يخرج منهما، و من ثم أنه عليه السلام فى كتاب الفقه بعد أن ذكر الأقسام الثلاثه استدلل عليه بالآيه التى ظاهرها إنما هو التقسيم إلى قسمين، و ما ذاك إلا من حيث ما ذكرنا.

الثانى [خروج الموارد المذكوره فى الأخبار مخرج التمثيل لا الحصر]

قال المحقق فى النافع: فالغنى يمتع بالثوب المرتفع و عشره دنانير و أزيد، و اعترضه السيد السند فى شرحه بأنه لم يقف على مستنده، قال: و زاد فى الشرائع الدابه أيضا، و هو كالذى قبله، ثم قال: و الأجود اتباع ما ورد به النقل، و هو أن الغنى يمتع بالعبد أو الأمه أو الدار، و الفقير بالحنطه و الزبيب و الخاتم و الثوب و الدرهم فما فوق.

أقول: الظاهر أن ما ذكره فى هذه الأخبار التى قدمناها من ذكر هذه الأشياء المعدوده إنما خرج مخرج التمثيل لا الحصر، و كلام الأصحاب فى عد هذه الأشياء الغير المنصوصه إنما هو بناء على ما ذكرناه، و يشير إلى ذلك

قول

الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (١) المذكور «يتمتعها بشيء قل أم كثر على قدر يساره». و يؤيد ذلك أيضا إطلاق الآيه، و أما ما ذكره -من أن المحقق في الشرائع ذكر الدابه و هي غير موجوده في النصوص- فالجواب عن ذلك ما عرفت مع أنها مذكوره في كتاب الفقه الرضوي فلعله و إن لم يقف على الكتاب المذكور إلا أنه تبع من عد الدابه لورودها في هذا الكتاب كالشيخ على بن بابويه و الشيخ المفيد و نحوهم، و المحقق تبعهم في عدها.

الثالث [عدم الخلاف في وجوب المتعه هنا]

الظاهر أنه لا- خلاف في وجوب المتعه هنا للآيه و الروايات المتقدمه و نحوها المشتمله على الأمر بها الذي هو حقيقه في الوجوب و في بعضها أنها فريضه، و ظاهر جملة من الأخبار المتقدمه أنها قبل الطلاق كروايه أبي حمزه (٢) و صحيحه محمد بن مسلم (٣) و روايه زراره (٤) المنقوله في الفقيه، إلا أن روايه الحلبي (٥) المنقوله في الكافي صريحه في أن المتعه إنما هي بعد أن تنقضى عدتها معللا ذلك بأنها في العده ترجوه و يرجوها، و الجمع بين هذه الأخبار لا يخلو من إشكال، و لا يحضرني الآن وجه يعتمد عليه في ذلك، هذا على تقدير ما دلت عليه الأخبار من ثبوت المتعه للمدخل بها، و أما على ما ذكره الأصحاب من تخصيصها بغير المدخول بها فالظاهر أنها قبل الطلاق، كما هو ظاهر هذه الأخبار، و لم أقف على من ذكر هذا الحكم من الأصحاب، بل ظاهرهم وجوب دفع ذلك و إن كان بعد الطلاق، و لعل مستندهم الإطلاق في أكثر الأخبار، إلا أن مقتضى القاعده بعد ورود هذه

ص: ٤٨٦

- ١-١ (١) فقه الرضا ص ٢٤٢، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٠ ب ٣٣ ح ٥.
- ١-٢ (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ٤.
- ٣-٣ (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ١.
- ٤-٤ (٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ب ٥٠ ح ١.
- ٥-٥ (٥) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٣٩ ح ٨٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ب ٥٠ ح ٢ و ٣.

الأخبار بالتقيد هو حمل المطلق على المقيد.

الرابع [فيما لو حصلت البينونه بينهما بغيره من فسخ أو موت أو لعان]

قد عرفت مما قدمنا في صدر هذه المسألة أن مستحق المتعه هي المطلقة على الوجه المتقدم، فلو حصلت البينونه بينهما بغيره من فسخ أو موت أو لعان أو غير ذلك من قبله أو من قبلها أو منهما فلا مهر ولا متعه للأصل، وهذا هو المشهور، وقوى الشيخ في المبسوط ثبوتها بما يقع من قبله من طلاق أو فسخ أو من قبلهما، دون ما كان من قبلها خاصة، وقوى في المختلف وجوبها في الجميع.

قال في المبسوط: الفراق أربعة أضرب: إما أن يكون من جهته بطلاق أو لعان أو رده أو إسلام، فإن كان بالطلاق فلها المتعه لعموم الآيه، وإن كان باللعان أو بالارتداد أو بالإسلام قال قوم: تجب المتعه، لأن الفراق من قبله، وهو الذي يقوى في نفسى، ولو قلنا لا يلزمه متعه - لأنه لا دليل عليه - لكان قويا.

و إما من جهتها بارتداد أو إسلام أو بعق تحت عبد فتختار نفسها، أو تجد به عيبا فتفسخ، أو يجد بها عيبا فإنه وإن كان الفاسخ هو، فهي المدلسه، فالكل من جهتها، ولا متعه في ذلك كله، فأما امرأه العنين فلو شاءت أقامت معه، وقال قوم: لها متعه، وقال آخرون: لا متعه لها وهو الصحيح.

و أما إن جاءت الفرقة من جهتهما معا كالخلع وهو كالطلاق يجب المتعه.

و أما من جهه أجنبى بأن ترضعها أمه فهو كالخلع المذهب فيه حكم الزوج، لأنه يعود إليه بها قبل الدخول نصف المهر، فكأنه طلقها هو، فعليه المتعه.

قال في المختلف - بعد نقل ذلك عنه - وهذا الكلام يدل على ترده في إيجاب المتعه باللعان وشبهه، والوجه عندى الوجوب، وكذا في زوجة العنين لما تقدم في الأول، ولو جوب نصف المهر في الثانى، انتهى.

والشيخ في الخلاف قد وافق القول المشهور، فقال: كل فرقة تحصل بين الزوجين سواء كان من قبله أو من قبلها أو من قبل أجنبى أو من قبلهما فلا يجب بها المتعه إلا الطلاق فحسب، وبه قال ابن إدريس وجل من تأخر عنه وهو

الأظهر، لدلاله الآيه و الأخبار المتقدمه، على أن ذلك في الطلاق مع تأييدها بالأصل، و حمل غيره عليه بمجرد المشابهه قياس لا يوافق أصول المذهب.

الخامس [توجيه الأخبار الداله على شمول المتعه للمدخول بها أيضا]

الظاهر من كلام الأصحاب هو اختصاص المتعه بغير المدخول بها كما قدمناه في عنوان المسأله، و عليه تدل أكثر أخبار المسأله المتقدمه، إلا أن جمله من الأخبار قد دلت على ثبوتها للمدخول بها أيضا كروايه

زراره (١) و قوله فيها

«متعته النساء واجبه دخل بها أو لم يدخل».

و روايه الحلبي (٢) لقوله فيها

«متاعها بعد ما تنقضى عدتها، إلى أن قال: و كيف يمتعها و هي في عدته ترجوه و يرجوها». فإنه ظاهر في المدخول بها إذ لا عدته على غير المدخول بها إجماعا نصا و فتوى،

و صحيحه الحلبي (٣) قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها، فقال: لها مهر مثل مهر نساءها و يمتعها».

و هي صريحه في مجامعه المتعه للمهر.

و الشيخ قد حمل هذه الأخبار على الاستحباب، و تبعه الجماعة، و لا يخفى بعد سيما مع قوله في روايه زراره «واجبه دخل بها أو لم يدخل» و المسأله لا تخلو من توقف و إشكال و الاحتياط فيها مطلوب على كل حال.

السادس [هل للولى أن يزوج المولى عليه مفوضه أم لا؟]

لا إشكال في صحه التفويض من البالغه الرشيداه الغير المولى عليها، لأن الحق في ذلك لها، و أمر نكاحها بيدها، تختار ما تريد من الوجوه الصحيحه، و منها التفويض و إنما الكلام في المولى عليها بجميع أنواعها، فهل للولى أن يزوجها مفوضه أم لا؟ قولان: (أحدهما) صحه التفويض كغيرها، فعلى هذا ليس لها بعد الطلاق و قبل الفرض أو الدخول إلا المتعه.

ص: ٤٨٨

- ٢-٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٣٩ ح ٨٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ب ٥٠ ح ٢ و ٣.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ١.

و(الثاني) صحه العقد، و أن الثابت لها مهر المثل بمجرد العقد و لا تفويض، و على هذا فبالطلاق ينتصف المهر.

و أنت خبير بأن إطلاق الأخبار المتقدمه الوارده فى التفويض شامل للتفويض من الزوجه و الولي، مثل قولهم فى تلك الأخبار «رجل تزوج امرأه و لم يفرض لها صداقا» و نحو ذلك من العبارات، و حيثئذ فإذا صح التفويض من الولي كما هو أحد القولين المذكورين ترتب عليه أحكام التفويض، و القائل بوجود مهر المثل هنا إنما عله بأن تصرف الولي منوط بمهر المثل و ثمن المثل، لأن النكاح يلحق بالمعاوضات فيجب مراعاة عوض البضع، فإذا فرض دون مهر المثل وقع فاسدا، فوجب مهر المثل كما لو فسد المهر بغيره.

و فيه أنك قد عرفت ما فى قياس النكاح على المعاوضات، و أنه متى كانت الأخبار شامله لهذا الفرد، فالتفصيل الذى اشتملت عليه -بأنه إن دخل بها فلها مهر المثل أو فرض لها فرضا فهو ما فرضه، و إلا فالتمتع إن وقع الطلاق بدون أحد الأمرين -جار فيه. و الله العالم بأحكامه و نوابه القائمون بمعالم حلاله و حرامه.

المطلب الثاني: فى تفويض المهر

إشاره

و هو كما تقدمت الإشارة إليه أن يذكر فى العقد مجملا، و يفوض تعيينه إلى أحد الزوجين و لا -خلاف بين أصحابنا فى جوازه، و أخبارهم داله عليه، و إنما خالف فيه العامه، فحكموا بأن المهر الواقع على هذه الكيفيه فاسد، فيكون الكلام فيه على قياس المهر الفاسد من من الرجوع إلى مهر المثل.

[الأخبار الوارده فى المقام]

و تحقيق الكلام فى هذه المطلب يتوقف على نقل الأخبار الوارده فى المقام، ثم الكلام فيما دلت عليه من الأحكام.

فمنها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (1) فى الحسن عن الحسن بن زراره عن

ص: ٤٨٩

أبيه قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على حكمها، قال: لا يتجاوز بحكمها مهر نساء آل محمد صلى الله عليه وآله اثنتي عشرة أوقيه و نش، وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة، قلت: أ رأيت إن تزوجها على حكمه و رضيت بذلك، فقال: ما حكم به من شيء فهي جائز عليهما قليلا كان أو كثيرا، قال: فقلت له: كيف لم تجز حكمها عليه و أجزت حكمه عليها؟ قال: فقال: لأنه حكمها فلم يكن لها أن تجوز ما سن رسول الله صلى الله عليه وآله و تزوج عليه نساءه فرددتها إلى السنه، و لأنها هي حكمته و جعلت الأمر إليه في المهر و رضيت بحكمه في ذلك فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان أو كثيرا».

قال بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين بعد ذكر هذا الخبر:

الحكم إجماعى و التفصيل و الفرق غير واضح، و لعله يرجع إلى أنه لما حكمها فلو لم يقدر لها حد فيمكن أن تجحف و تحكم بما لا يطيق، فلذا حد لها، و لما كان خير الحدود ما حده رسول الله صلى الله عليه وآله جعل ذلك حده، انتهى.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثة (١) عن محمد بن مسلم فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام

«فى رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعه و الميراث، و لا- مهر لها، قلت: فإن طلقها و قد تزوجها على حكمها؟ قال: إذا طلقها و قد تزوجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه أ كثير من وزن خمسمائة درهم فضه مهور نساء رسول الله صلى الله عليه وآله قوله «أكثر من وزن خمسمائة درهم». هكذا فى الكافى و الفقيه، و فى التهذيبين «لم يتجاوز بحكمها على خمسمائة درهم» و هو الصواب.

و ما رواه

فى من لا يحضره الفقيه (٢) عن صفوان بن يحيى فى الصحيح عن أبى جعفر

ص: ٤٩٠:

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٣٧٩ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٥ ح ٤٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٢ ح ٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢ ح ٢.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٢ ح ٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢ ب ٢١ ح ٣.

-يعنى الأحوال- قال: «قلت لأبى بعد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأه بحكمها ثم مات قبل أن تحكم، قال: ليس لها صداق و هى ترث».

و رواه فى الفقيه (١) أيضا عن البنزطى عن عبد الكريم بن عمرو عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام.

و ما رواه

فى التهذيب (٢) عن أبى بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يفوض إليه صداق امرأته، فينقص عن صداق نساءها، قال: يلحق بمهر نساءها».

و حملة الشيخ فى كتابى الأخبار على ما إذا فوض إليه على أن يجعله مثل مهر نساءها.

قال فى الوافى: و بعده لا يخفى، و الصواب حملة على ما هو الأولى و إن لم يلزمه أكثر مما أوفى. انتهى و هو جيد.

إذا عرفت ذلك فالكلام هنا يقع فى مواضع:

الأول [فى اختصاص تفويض تقدير المهر بأحد الزوجين]

الظاهر من الأخبار المذكورة هو اختصاص تفويض تقدير المهر بأحد الزوجين، و هو المتفق عليه، و قيل بجواز التفويض إليهما معا، و اختاره فى المسالك. و قيل بجوازه إلى أجنبى و رده فى المسالك، قال-رحمه الله- فى الكتاب المذكور: و يفوض تقديره إلى أحد الزوجين، و عليه اقتصر المصنف أو إليهما معا و لا إشكال فى جوازه أيضا، و ألحق بعضهم جعله للأجنبى غيرهما، لأنه و إن لم يكن منصوبا بخصوصه، إلا أنه فى معنى التوكيل و قد تراضيا عليه، و لعموم

قوله صلى الله عليه و آله (٣)

«المؤمنون عند شروطهم». و وجه المنع أن المهر حق يتعلق بالزوجين فلا يتعدى إلى غيرهما بغير إذن شرعى و هذا أجود، انتهى.

وفيه أن ما أورده على هذا القول وارد عليه فيما ذهب إليه من جعل الاختيار إليهما معا مع أن الوارد فى النصوص إنما هو التفويض إلى أحدهما،

ص: ٤٩١

١- (١) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٩ ح ٣، الوسائل ج ١٧ ص ٥٢٩ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢ ح ٤.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

فالخروج عنه إلى كل من الفردين الآخرين يكون بغير إذن شرعى، و هو قد منع من التعدى إلا بإذن شرعى بل يمكن أن يدعى أن المنع هنا أظهر منه فى الأجنبى، لأن التفويض إليهما معا مظنه النزاع و الاختلاف، ثم إنه قال فى المسالك بناء على ما اختاره من التفويض إليهما معا و تفويضه إلى الزوجين معا يتوقف على اتفاقهما معا عليه كاتفاقهما على فرضه فى القسم الأول، فإن اختلفا قال الشيخ فى المبسوط: وقف حتى يصطلحا. و تبعه العلامة، و لم يذكر الرجوع هنا إلى الحاكم، و لو قيل به كان حسنا، لوجود المقتضى فيهما مع اشتراكهما فى عدم النص على الخصوص، انتهى.

أقول: هذا ما أشرنا إليه آنفا من مفسدات هذا القول، فإنه لو لم يتفقا بالكلية يلزم الحرج و العسر المنفيين بالآيه و الروايه، و كلما أدى إليهما يكون باطلا، و ما اختاره من الرجوع إلى الحاكم بمجرد تخرج لا دليل عليه، نعم لو كان أصل الحكم مما ثبت بالدليل فلا بأس بما ذكره إلا أن الأصل غير ثابت كما اعترف به. و بالجمله فالأظهر هو الوقوف على مورد النصوص.

الثانى [حكم ما لو فوض التقدير إلى الزوج أو الزوجه]

المفهوم من الأخبار المذكوره أن المهر متى فوض تقديره إلى الزوج كان له الحكم بما شاء من قليل أو كثير، فلا تقدير له فى طرف الكثره، و متى فوض إلى الزوجه لم يتقدر فى طرف القله، و يتقدر فى طرف الكثره بمهر السنه، فلا يمضى حكمها فيما زاد عليه، و الظاهر أنه لا خلاف فيه بين الأصحاب أيضا، إذا لم ينقل فى المسأله خلاف فيما أعلم، و يظهر من السيد السند فى شرح النافع المناقشه فى الدليل حيث إنه استدل على الحكم المذكور بروايه الحسن بن زراره، ثم طعن فيها من حيث السند باشماله على الحسن بن زراره و هو مجهول، و أن ما تضمنه من تعليل الفرق غير واضح، فإنه فرق بنفس الدعوى.

و فيه أن الحسن بن زراره و إن لم يذكر فى كتب الرجال كما ذكره إلا- أن مدح الصادق عليه السلام له و لأخيه الحسين فى الحديث الصحيح الذى ورد فى حق

أبيه كما رواه الكشي مما يوجب عد حديثه في الحسن، حيث قال عليه السلام: ولقد أدى إلى ابناك الحسن و الحسين رسالتك أحاطهما الله و كلاًهما ورعاهما و حفظهما بصلاح أبيهما. إلى آخره، ولذا قال شيخنا المجلسي في رسالته الوجيزه في الرجال إنه مهمل على المشهور، ممدوح على الظاهر.

و أما الطعن في المتن بما ذكره من عدم وضوح الفرق، فغير مضر بالمقصود من الاستدلال بالخبر.

الثالث [فيما لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم]

قد ذكر الأصحاب أنه لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم ألزم من إليه الحكم أن يحكم، و كان لها النصف مما حكم به، و لو كانت الحاكمة هي المرأة و حكمت بما يزيد على مهر السنه، فالواجب هو نصف مهر السنه لما تقدم من بطلان ما زاد عليه، و لو كان الحكم بعد الدخول فالواجب هو جميع ما يحكم به الحاكم لأنه مقتضى العقد، و قد استقر بالدخول و لا موجب لتنصيفه.

و يشير إلى هذه الصوره قوله عليه السلام

في صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه

«فإن طلقها، و قد تزوجها على حكمها لم تتجاوز بحكمها على خمسمائه درهم» الحديث.

و الروايه و إن كان موردها كون الحاكم هو المرأة إلا أنه لا قائل بالفرق، و الأصل بقاء الحكم حتى يحكم الحاكم أيهما كان، و الحكم بالتنصيف بالطلاق و إن لم يتضمنه هنا روايات المسأله إلا أنه مستفاد من أدله أخرى.

الرابع [فيما لو مات الحاكم قبل الحكم و قبل الدخول]

اختلف الأصحاب فيما لو مات الحاكم قبل الحكم و قبل الدخول، فالمشهور بينهم و منهم الشيخ في النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و الصدوق في المقنع و العلامه في المختلف و ولده في الشرح و الشهيد في شرح الإرشاد أن لها المتعه و على هذا القول تدل صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه، و ربما قيل: إن الروايه غير صريحه الدلاله على المطلوب لأن قوله «فمات أو ماتت» محتمل لكون الميت هو الحاكم، أو كونه المحكوم عليه، و مع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال.

و رد بأنه لا ريب أن الظاهر منها كون الميت هو الحاكم، لأنه الأقرب

والمحدث عنه، ولأنه عليه السلام في آخر الحديث ذكر أن الحكم لا يسقط بالطلاق مع بقاء الحاكم، وإذا لم يسقط بالطلاق لم يسقط بالموت بطريق أولى.

قال في المسالك في الجواب عن الاحتمال المذكور: لأننا نقول: لفظها وإن احتمل ذلك بمجرد إلا أن فيها ما ينفي كون الميت المحكوم عليه، لأنه ذكر فيها أن المحكوم عليه لو مات قبل الحكم لا يبطل الحكم، ويحكم الحاكم بعد ذلك، ويثبت ما يحكم به، وإذا كان الطلاق لا يسقط الحق مع بقاء الحاكم فلأن لا يسقط مع موت أحدهما مع بقائه أولى، وجه الأولويه بقاء حكم الزوجيه بالموت دون الطلاق، ولا يضر اختلاف الحق حيث إنه هنا المتعه، وهناك المهر المحكوم به، لا شترأكهما في أصل الاستحقاق، وإن فرق النص بينهما في المقدار، وأيضاً فموت المحكوم عليه خارج بالإجماع، على أنه لا أثر له في وجوب المتعه، فيبقى الآخر. انتهى المقصود من كلامه، وفيه زياده في إيضاح الحكم على ما نقلناه.

و ذهب العلامة في القواعد إلى ثبوت مهر المثل، و علله بأنه هو قيمه البضع حيث لم يتعين غيره، و بأن المهر المذكور، غايته أنه مجهول، فإذا تعذرت معرفته وجب الرجوع إلى مهر المثل.

و رد الأول بأن الزوج لم يتحقق منه الدخول ليثبت عليه عوض البضع، و الثاني بأنه نفس المدعى، فكيف يجعل دليلاً عليه مع أنهما معارضان بالنص الصحيح المتقدم.

قال السيد السند في شرح النافع: و حكى الشيخ في المبسوط في هذه المسألة قولاً بلزوم مهر المثل و قواه، و اختاره العلامة في القواعد و استدلل له ثم ذكر الدليل المتقدم.

أقول: إن كتاب المبسوط لا يحضرني الآن، و لكن الذي نقله العلامة عن المبسوط لا يساعد ما ذكره، بل هو على خلافه، حيث نقل عنه إنه قال: لو مات

أحدهما فقولان: أحدهما أن لها مهر مثلها، والثاني لا مهر لها، وهو الصحيح عندنا، وفيه خلاف، هذه صورته ما نقله في المختلف عنه، ومع ذلك فإن الشهيد الثاني في المسالك بعد أن نقل عن المختلف ما ذكرناه، وكذا عن الشهيد في شرح الإرشاد، اعترضهما بأن في هذا النقل نظراً لأن الشيخ إنما ذكر هذه العبارة والخلاف المذكور في مفوضه البضع، وأما مفوضه المهر فلم يذكر حكم موت الحاكم فيها أصلاً.

و ذهب ابن إدريس إلى عدم ثبوت شيء مع موت الحاكم قبل الحاكم قال:

لو مات الحاكم قبل الدخول و قبل الحكم لم يثبت للزوجه مهر و لا متعه كمفوضه البضع، لأن مهر المثل، إنما يجب بالدخول، و المتعه إنما تجب بالطلاق، و الأصل براءة الذمه: و إلحاق الموت بالطلاق قياس، و إلى هذا القول ذهب الشيخ في الخلاف و ابن الجنيد أيضاً، و الخبر الصحيح حجه على من عدا ابن إدريس، فإنه بمقتضى أصوله الغير الأصيلة لا يلزمه القول به، و الله العالم.

البحث الثالث: في اللواحق

إشارة

و فيه مسائل:

[المسألة] الأولى [في عدم سقوط المهر كلاً أو بعضاً بالدخول لو لم تقبضه]

إشارة

المشهور بين الأصحاب أن المهر كلاً أو بعضاً لا يسقط بالدخول لو لم تقبضه بل يكون ديناً عليه، طال المدة أم قصرت، طالبت أم لم تطالب، و يدل عليه ظاهر قوله عز و جل «وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ» (١).

و من الأخبار الدالة على ذلك ما رواه

في الكافي (٢) في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة على الصداق المعلوم، فيدخل بها قبل أن يعطيها؟ فقال: يقدم إليها ما قل أو كثر إلا أن يكون له وفاء من عرض إن حدث به حدث أدى عنه فلا بأس».

ص: ٤٩٥

١- ١) سورة النساء- آية ٤.

٢- ٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٨، الوسائل ج ١٥ ص ١٣ ح ١.

و عن عبد الحميد بن عواض (١) في الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها؟ قال: لا بأس إنما هو دين عليه لها».

و عن غياث بن إبراهيم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام

«في الرجل يتزوج بعاجل و آجل؟ قال: الأجل إلى موت أو فرقه».

و ما رواه

الشيخ في التهذيب (٣) عن عبد الحميد الطائي قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة و أدخل بها و لا أعطيها شيئاً؟ قال: نعم يكون ديناً عليك».

و رواه الكليني (٤) في الحسن عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن عبد الحميد.

و عن عبد الحميد بن عواض (٥) في الموثق قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

المرأة أتزوجها أ يصلح أن أواقعها و لم أنقدها من مهرها شيئاً؟ قال: نعم إنما هو دين عليك».

و رواه الكليني (٦) أيضاً مثله.

و عن عمرو بن خالد عن زيد بن علي (٧) عن آبائه عن علي عليه السلام

«أن امرأة أخته و رجل قد تزوجها و دخل بها و سمي لها مهرا و سمي لمهرها أجلاً، فقال له علي عليه السلام: لا أجل لك في

مهرها إذا دخلت بها فأد إليها حقها» (٨).

ص: ٤٩٦

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٢.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٣.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ٩.

٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ٩.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ١٠.

٦-٦) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ١٠.

٧-٧) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ١١.
٨-٨) أقول: هذا الخبر على ظاهره لا أعلم به قائلاً. (منه-قدس سره-).

و عن عبد الخالق (١) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها قبل أن يعطيها شيئا، قال: هو دين عليه».

و مما يؤيد ذلك تأييدا ظاهرا جملة من الروايات الدالة على أن من لم ينو إعطاء المهر فهو زان، ولا فرق بين عدم نيته سابقا أو لاحقا.

و منها ما رواه

في الكافي (٢) عن الفضيل بن يسار في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام

«في الرجل يتزوج المرأة، ولا يجعل في نفسه أن يعطيها مهرها فهو زان».

و عن حماد بن عثمان (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«من تزوج امرأة و لا يجعل في نفسه أن يعطيها مهرها فهو زنا».

و عن السكوني (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: إن الله ليغفر كل ذنب يوم القيامة إلا مهر امرأة، و من غصب أجيرا أجرته، و من باع حرا».

و ما رواه

الصدوق في الفقيه (٥) مرسلا قال:

«قال الصادق عليه السلام من تزوج امرأة و لم ينو أن يوفيقها صداقها فهو عند الله زان».

«قال (٦) و قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج».

و روى في حديث المناهى عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد (٧) عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي صلى الله عليه

و آله و سلم قال:

«من ظلم امرأة مهرها فهو عند الله

ص: ٤٩٧

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٢.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢١ ح ١.

- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢١ ح ٣.
- ٤-٤) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٤.
- ٥-٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٦.
- ٦-٦) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٧.
- ٧-٧) الفقيه ج ٤ ص ٧ ضمن حديث مناهي النبي-صلى الله عليه وآله-، و الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٨.

زان، يقول الله عز و جل يوم القيامة:عبدى زوجتك أمتى على عهدى فلم توف بعهدى و ظلمت أمتى،فيؤخذ من حسناته فيدفع إليها بقدر حقها،فإذا لم تبق له حسنه أمر به إلى النار،بنكته العهد إن العهد كان مسؤولاً».

و روى الراوندى فى كتاب النوادر (1) عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال:

«قال على عليه السلام فى قوله تعالى «وَآتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» -:أعطوهن الصداق الذى استحلتتم به فروجهن،فمن ظلم المرأة صداقها الذى استحلت به فرجها فقد استباح فرجها زناً».

و ما رواه

الصدوق فى كتابى العلل و العيون (2) عن الرضا عليه السلام فى علل محمد بن سنان أنه كتب إليه أن

«عله المهر و وجوبه على الرجال،و لا يجب على النساء أن يعطين أزواجهن؟قال:لأن على الرجال مؤنه المرأة و هى بائعه نفسها، و الرجل مشتر،و لا يكون البيع بلا ثمن،و لا الشراء بغير إعطاء الثمن».

و التقريب فى هذه الأخبار الأخيره أن المرأة متى جاءت تطلب مهرها الذى وقع عليه العقد كلا أو بعضا و منعها إياه من أجل رضاها بالدخول أو جبرها عليه،فقد دخل تحت مصداق هذه الأخبار،إذ النواقل الشرعيه محصوره،و ليس مجرد الدخول بالمرأة منها،و الأصل بقاء الحق الثابت أولاً حتى يظهر ما يوجب البراءه منه.

و نقل الشيخ فى التهذيب عن بعض أصحابنا أنه إذا دخل بها هدم الصداق، و عليه تدل جملة من الأخبار أيضاً.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (3) فى الصحيح عن الفضيل عن أبى جعفر عليه السلام

ص: ٤٩٨

١-١) نوادر الراوندى ص ٣٧.

٢-٢) علل الشرائع ص ٥٠٠ ب ٢٦٢، عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ٢٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣ ح ٩.

٣-٣) الكافى ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٣.

«فى رجل تزوج امرأه و دخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شيئاً من صداقها على ورثه زوجها، 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 قليلاً كان أو كثيراً إذا هى قبضته منه و قبلت و دخلت عليه به، و لا شىء لها بعد ذلك».

و ما رواه

فى الكافى (١) عن عبد الرحمن بن الحجاج فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الزوج و المرأة يهلكان جميعاً فيأتى ورثه المرأة فيدعون على ورثه الرجل الصداق، فقال: و قد هلكا و قسم الميراث؟ فقلت: نعم، فقال ليس لهم شىء، فقلت: و إن كانت المرأة حيه فجاءت بعد موت زوجها تدعى صداقها؟ فقال:

لا- شىء لها و قد أقامت معه مقره حتى هلك زوجها، فقلت: فإن ماتت و هو حى فجاءت ورثتها يطالبونه بصداقها؟ فقال: و قد أقامت معه حتى ماتت لا- تطلبه؟ فقلت: نعم، فقال: لا شىء لهم، قلت: فإن طلقها فجاءت تطلب صداقها؟ قال: و قد أقامت لا تطلبه حتى طلقها لا شىء لها، قلت: 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 تستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل و لا كثير».

و عن محمد بن مسلم (٢) عن أبى جعفر عليه السلام

«فى الرجل يتزوج المرأة و يدخل بها ثم تدعى عليه مهرها، فقال: إذا دخل بها فقد هدم العاجل».

و عن عبيد بن زراره (٣) فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يدخل

ص: ٤٩٩

١- ١) الكافى ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٨.

٢- ٢) الكافى ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٠ ح ٢٥، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٦.

٣- ٣) الكافى ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٤.

بالمراه ثم تدعى عليه مهرها، فقال: إذا دخل بها فقد هدم العاجل».

و ما رواه

فى التهذيب (١) عن الحسن بن على بن كيسان قال:

«كُتبت إلى الصادق عليه السلام أسأله عن رجل يطلق امرأته و طلبت منه المهر، و روى أصحابنا أنه إذا دخل بها لم يكن لها مهر، فكتب: لا مهر لها».

و عن المفضل بن عمر (٢) قال:

«دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقلت له: أخبرنى مهر المراه الذى لا يجوز للمؤمنين أن يجزوه، قال: فقال: السنه المحمديه خمسمائه درهم فمن زاد على ذلك رد إلى السنه و لا شىء عليه أكثر من الخمسمائه درهم، فإن أعطها من الخمسمائه درهم درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شىء عليه، قال: قلت: فإن طلقها بعد ما دخل بها؟ قال: لا شىء لها، إنما كان شرطها خمسمائه 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 حياه منه أو بعد موته فلا شىء لها».

و أنت خير بأن هذه الأخبار على كثرتها و صحه جمله منها لم أقف على قائل بما دلت عليه غير ذلك البعض الذى نقل عنه الشيخ، و إلا فالشيخ و من تأخر عنه كلهم قد صرحوا بخلاف ما دلت عليه، و ارتكبوا التأويل فيها، و هو لما عرفت من وضوح أدله القول المشهور و موافقتها لأصول المذهب، و مخالفه هذه.

و الشيخ حمل هذه الأخبار تاره على أنه ليس لها شىء بمجرد الدعوى من دون بينه كما يدل عليه

خبر الحسن بن زياد (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر، و قال الزوج: قد أعطيتك، فعليها البيه»

ص: ٥٠٠

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٦ ح ٨٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٨ ح ١٥.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٤.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٠ ح ٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٧.

و عليه اليمين».

قال: و لو كان الأمر على ما ذهب إليه بعض أصحابنا من أنه إذا دخل بها هدم الصداق لم يكن لقوله عليه السلام «عليها البيه و عليه اليمين» معنى، لأن الدخول قد أسقط الحق، فلا وجه لإقامه البيه و لا اليمين.

و تاره على ما إذا لم يسم لها مهرا، و قد ساق إليها شيئا كما نبه عليه خبر الفضيل (١).

و قد اعترضه شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك بالنسبه إلى الوجه الأول بعد أن نقل عنه الجمع بين الأخبار به فقال: و فى هذا الحمل نظر، لأن الخصم يستند إلى تلك الأخبار، و هى صريحه فى إسقاط الدخول، و لا يضره هذا الخبر لأنها أصح منه سندا مع أن فى الخبر مع تسليم سنده إشكالا من حيث إن المهر إذا تعين فى ذمه الزوج، فهو المدعى للإيفاء، و هى المنكره، فيكون البيه عليه لا- عليها، نعم لو كان النزاع فى التسميه و عدمها مع عدم الدخول أمكن توجيه ذلك، و سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى، انتهى.

و أما التأويل الثانى فاعترضه فيه المحدث الكاشانى بأنه ليس فى خبر الفضيل ما يدل على عدم التسميه، بل فيه ما يشير إلى التسميه، انتهى.

أقول: لا يخفى أن الخبر غير صريح و لا ظاهر فى شىء من الأمرين، و مع تسليم ظهوره فيما ذكره فهو لا ينافى ارتكاب التأويل فيه بما ذكره الشيخ-رحمه الله عليه- إذ التأويل إنما هو على خلاف الظاهر.

ثم إن المحدث المذكور قال: و يخطر بالبال أن يحمل مطلق هذه الأخبار على مقيدها-أعنى يحمل سقوط مطلق الصداق على سقوط العاجل منه- فإنهم كانوا يومئذ يجعلون بعض الصداق عاجلا و بعضه آجلا، كما مر التنبيه عليه فى

ص: ٥٠١

بعض ألفاظ خطب النكاح، و كان معنى العاجل ما كان دخوله بها مشروطا على إعطائه إياها، فإذا دخل بها قبل الإعطاء فكأن المرأة أسقطت عنه حقها العاجل و رضيت بتركه، و لا سيما إذا كانت قد أخذت بعضه أو شيئا آخر كما دل عليه حديث الفضيل (١)، و أما الآجل فلما جعلته حين العقد دينا عليه فلا يسقط إلا بالأداء، و عليه تحمل أخبار أول الباب. انتهى، و أشار بأخبار أول الباب إلى أخبار القول المشهور.

أقول: ما ذكره من الحمل و إن كان وجيها في حد ذاته، و عليه يدل خبر غياث بن إبراهيم (٢) المتقدم، إلا أن فيه أن خبر الفضيل ظاهر بل صريح في خلافه، فإنه ظاهر كالصريح في أن المهر و هو خمسمائة درهم إنما هي عاجله لا تأجيل فيها، و أنها متى قبضت منها و لو درهما واحدا أو دخلت عليه سقط الباقي بمجرد دخوله بها، و كذلك صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (٣) فإنه عليه السلام قد قرر فيها ضابطه كليه، و هي أنه متى عقد على مهر ثم دخلت عليه فليس لها المطالبة، و إما لها المطالبة قبل الدخول، و الذي يقرب في الفكر العليل أن يقال: إن هذه الأخبار قد خرجت على نوعين:

(أحدهما) إن الدخول يهدم العاجل مثل روايه محمد بن مسلم (٤) و روايه عبيد بن زراره (٥) و هذه الأخبار ظاهره في أن المهر آجل و عاجل، و المعنى فيها

ص: ٥٠٢

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٣.
 - ١-٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٣.
 - ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٨.
 - ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٢٥، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٦.
 - ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٤.

ما ذكره فى الوافى و به تشهد روايه غياث المتقدمه، و الأقرب عندى حملها على التقيه كما ذكره جمله من الأصحاب من تصريح جمله من العامه بذلك، و أن العاجل عندهم يهدم بالدخول، و إلا فمجرد رضاها بالدخول بعد استقرار المهر فى ذمته و إن اشترط تقديمه على الدخول لا يوجب سقوطه بالدخول.

و(النوع الثانى) سقوط المهر مطلقا بالدخول و إن لم يكن ثمه حال و لا مؤجل، و هذه محل الاشكال و الداء العضال، فإن بعضها و إن أمكن حملة على عدم التسميه كما احتمله الشيخ إلا أن خبر الفضيل صريح فى التسميه، و عليه يحمل إطلاق باقى الأخبار إلا أن قوله

فى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (١)

«إنه كثير لها أن تستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل و لا كثير». صريح فى عدم الهدم، و إلا لم يكن لتحليفه على ذلك وجه، ثم إنه بالنظر إلى إطلاق تلك الأخبار و عدم التسميه فيها و قطع النظر عن روايه الفضيل، و ظاهر الأصحاب أن الحكم فيها كما حملت عليه هذه الأخبار من أنه متى لم يسم مهرا و أعطائها شيئا و دخل بها مع رضاها بذلك فإنها لا تستحق سواه، و ليس لها مطالبه بشيء.

و قال شيخنا الشهيد الثانى: هذا القول هو المشهور بين الأصحاب خصوصا المتقدمين منهم، و لاشتهاره وافقهم ابن إدريس عليه (٢) مستندا إلى الإجماع و الموافق

ص: ٥٠٣

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٨.
٢- (٢) قال ابن إدريس فى كتابه: و من سمي المهر حال العقد و دخل بها كان فى ذمته، و ان لم يكن سمي مهرا و أعطائها شيئا قبل دخوله بها ثم دخل بها بعد ذلك لم تستحق عليه شيئا سوى ما أخذته منه قبل الدخول كان ذلك قليلا أو كثيرا على ما رواه أصحابنا و أجمعوا عليه، فان دليل هذه المسألة هو الإجماع المتقدم بغير خلاف، و فيه الحجه لا وجه لذلك إلا الإجماع، و ان لم يعطها شيئا قبل الدخول بها، و لم يسم مهرا حال العقد ثم دخل بها لزمه مهر المثل، انتهى. (منه-قدس سره-).

للأصول أنها إن رضيت به مهرا لم يكن لها غيره، وإلا فلها مع الدخول مهر المثل و يحسب ما وصل إليها منه إذا لم يكن على وجه التبرع، انتهى.

أقول: ينبغي أن تحمل الأخبار المذكورة على الرضاء به عن المهر ليحسم ماده الاشكال.

و إنما يبقى الكلام فى روايه المفضل، و لعلها لقصورها سندا و عددا لا يعارض بها الأخبار المذكوره سيما مع ما اشتملت عليه مما ظاهر الأصحاب على خلافه من عدم جواز الزيادة على مهر السنه كما تقدم الكلام فيه، فيجب إرجاعها إلى قائلها، و لا يبعد حملها على التقيه أيضا، و احتمال العلامه فى المختلف هنا وجهها آخر، و هو أن العاده كانت فى الزمان السابق أن لا يدخل بالمرأه حتى يقدم المهر، و الأخبار المذكوره إنما خرجت بهذا التقريب، قال: بقى هنا شىء، و هو أن تقول: قد كان فى الزمن الأول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر، و العاده الآن بخلاف ذلك، فلعل منشأ الحكم العاده فنقول: إن كانت العاده فى بعض الأزمان أو الأصقاع كالعاده القديمه كان الحكم ما تقدم، و إن كانت العاده كالعاده الآن كان القول قولها، انتهى.

و منه يظهر حمل الأخبار المذكوره على ما جرت به العاده يومئذ من التقديم قبل الدخول، فيكون القول قول الزوج عملا بمقتضى العاده، و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى -رحمه الله عليه- فى المسالك التوقف فى المسأله حيث اقتصر على نقل الخلاف فى المسأله و نقل بعض الروايات المتعلقة بها و لم يرجح شيئا فى البين، و سبطه السيد السند قد اختار القول المشهور و أشار إلى بعض ما فى أدله خلافه من القصور، و المعتمد هو القول المشهور، و الله العالم.

تنبيه [فيما لو لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا قبل الدخول]

قد عرفت مما تقدم أن المشهور بين الأصحاب أنه لو لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرا، و أن ابن إدريس قد ادعى عليه الإجماع، و لم نقف له عليه دليل من الأخبار، و الشيخ قد حمل روايه الفضيل المتقدمه

على ذلك، فقال: يدل على صحه التأويل قوله عليه السلام فى روايه الفضيل الذى أخذته قبل أن يدخل بها فهو الذى حل له به فرجها، و ليس بعد ذلك شىء و أورد عليه أن سكوتها و رضاها بالدخول لا يدل على رضاها به مهرا، بل هو أعم منه، و العام لا يدل على الخاص، على أنه قد تقدم فى مفوضه البضع أن المستفاد من أخبارها أنها تستحق بالدخول مهر المثل، و هذه من جمله أفرادها.

و أما ما نقل عن الشيخ المفيد من تعليل ذلك بأنها لو لم ترض به مهر لما مكنته من نفسها حتى تستوفى تمامه أو توافقه على ذلك و تجعله دينا عليه فى ذمته.

فرده فى المسالك بأن منعه ظاهر، إذ لا يلزم من عدم رضاها عدم تمكينها لجواز اعتمادها فى ذلك على ما يلزم شرعا بالدخول و هو مهر المثل.

أقول: و من ثم إن المحقق فى الشرائع قال هنا: قيل: إذا لم يسم لها مهرا و قدم لها شيئا ثم دخل كان ذلك مهرا، و لم يكن لها مطالبته بعد الدخول إلا- أن تشارطه قبل الدخول، على أن المهر غيره، و هو تعويل على تأويل روايه و استناد إلى قول المشهور. انتهى، و هو جيد، و قد قدمنا أن الأظهر حمل روايه الفضيل على الرضاء بما قدمه مهر لثلا- يلزم مخالفتها للقواعد الشرعيه، و الله العالم.

المسألة الثانية [عدم استقرار جميع المهر بمقدمات الوطى]

لا خلاف بين الأصحاب فى أن الوطى الموجب للغسل موجب لاستقرار ملك جميع المهر المسمى فى العقد، و إنما الخلاف فى أنه هل يقوم غيره من مقدمات الوطى- كالخلوه و نحوها مما يأتى ذكره- مقامه أم لا؟ الأشهر الأظهر الثانى، و ذهب جمع من المتقدمين إلى أن الخلوه توجب المهر ظاهرا حيث لا يثبت شرعا عدم الدخول، و أما باطنا فلا يستقر المهر جميعه إلا بالدخول، و أطلق الصدوق وجوبه بمجرد الخلوه، و أضاف ابن الجنيد إلى الجماع إنزال الماء بغير إيلاج و لمس العوره و النظر إليها و قبله متلذذا بذلك، و إن لم يكن قد دخل، و لا بأس بنقل جمله من عباراتهم فنقول:

قال الشيخ فى النهايه: و متى خلا الرجل بامرأته و أرخى الستر ثم طلقها

وجب عليه المهر على ظاهر الحال، و كان على الحاكم أن يحكم بذلك و إن لم يكن بها، إلا أنه لا يحل للمرأة أن تأخذ أكثر من نصف المهر.

و قال فى الخلاف: إذا طلقها بعد أن خلا بها و قبل أن يمسه اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب، فذهبت طائفته إلى أن وجود هذه الخلوه و عدمها سواء، و ترجع عليه نصف الصداق و لا عده عليها، و هو الظاهر من روايات أصحابنا، و ذهب طائفته إلى أن الخلوه يستقر بها المسمى و تجب لها العده، و به قال قوم من أصحابنا، و نحوه قال فى المبسوط.

و قال ابن الجنيّد: الذى يوجب العقد من المهر المسمى النصف، و الذى يوجب النصف الثانى من المهر بعد الذى و جب من العقد منه الوقاع أو ما قام مقامه من تسليم المرأة نفسها لذلك، فإن وقعت الخلوه بحيث لا مانع ظهر من عله و لا غيرها فالحكم بالأغلب يقع بوجوب المهر من الحاكم، و لا يحل للمرأة أخذه إذا علمت أنه لم يقع جماع و لا ما يقوم مقام ذلك من إنزال الماء من غير إيلاج أو لمس عوره أو نظر إليها أو قبله، فإن تلذذ بشيء من ذلك خصيا كان أو عينا أو فحلا لزمه المهر.

و قال ابن أبى العقيل: و قد اختلف الأخبار عنهم عليهم السلام فى الرجل يطلق المرأة قبل أن يجامعها و قد دخل بها و مس كل شيء منها إلا- أنه لم يصحبها، فروى عنهم فى بعض الأخبار أنهم قالوا: إذا أغلق الباب و أرخيت الستور و جب لها المهر كاملا و وجبت العده. و فى بعض الأخبار أن لها نصف المهر و لا عده عليها، و هذا أدل الخبرين بدلاله الكتاب و أشبه بقولهم، لأن الله عز و جل يقول «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» (١) فأخبر أنه إذا طلقها قبل أن يجامعها أن لها نصف المهر.

و قد جاء عنهم عليهم السلام ما يخص هذا فى قضائهم فى العنن أن الرجل إذا تزوج

ص: ٥٠٦

المرأه فدخل بها فادعت المرأه أنه لم يصبها و خلا بها أجله الإمام سنه، فإذا مضت السنه و لم يصبها فرق بينهما و أعطيت نصف الصداق و لا عدّه عليها منه، و فى هذا إبطال لروايه من روى عنهم عليهم السلام أنه إذا أغلق الباب و أرخى الستور و جب المهر كاملاً، و هذا العين قد أغلق الباب و أرخى الستور و أقام معها سنه لا يجب عليه إلا نصف الصداق، و المسألتان واحده لا فرق بينهما.

و ابن البراج و قطب الدين الكيدرى و افقا الشيخ فى النهايه.

و قال الصدوق فى المقنع: و إذا تزوج الرجل المرأه و أرخى الستور و أغلق الباب ثم أنكرا جميعا المجامعه فلا يصدقان، لأنها ترفع عن نفسها العده، و يرفع عن نفسه المهر.

و قال ابن حمزه: و إذا دخل بها و أرخى الستر عليها و ادعى الرجل أنه لم يواقعها و أمكنه إقامه البيئه و أقامها قبلت منه، و إن لم يمكنه كان له أن يستحلفها، فإن استحلفها و إلا لزمه المهر.

أقول: و الواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسأله ثم الكلام فى المقام بما رزق الله عز و جل فهمه منها ببركه أهل الذكر عليهم السلام.

فمنها ما رواه

فى الكافى (١) فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل دخل بامرأته، قال: إذا التقى الختانان و جب المهر و العده».

و عن حفص بن البختري (٢) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا التقى الختانان و جب المهر و العده و الغسل».

و عن داود بن سرحان (٣) فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أولج فقد و جب الغسل و الجلد و الرجم و و جب المهر».

ص: ٥٠٧

١-١) الكافى ج ٦ ص ١٠٩ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ٣.

٢-٢) الكافى ج ٦ ص ١٠٩ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ٤.

٣-٣) الكافى ج ٦ ص ١٠٩ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ٥.

و عن يونس بن يعقوب (١) في الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فأغلق بابا و أرخى سترا و لمس و قبل ثم طلقها، أ يوجب عليه الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلا الوقاع».

و عن عبد الله بن سنان (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سأله 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: و إن كان واقعها في الفرج و لم ينزل؟ قال: إذا أدخله و جب الغسل و المهر و العده».

و ما رواه

الشيخ في التهذيب عن يونس بن يعقوب (٣) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سمعتة يقول: لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج».

و عن محمد بن مسلم (٤) في الموثق قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها».

و عن حفص بن البختري (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام

«في رجل دخل بامرأته، قال: إذا التقى الختانان و جب المهر و العده».

و عن يونس بن يعقوب (٦) في الحسن أو الموثق قال:

«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».

أقول: و هذه الأخبار هي أدله القول المشهور.

و يدل على القول الآخر ما رواه

في الكافي عن الحلبي (٧) في الصحيح أو

ص: ٥٠٨

- ٢-٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ١.
- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٦.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٧.
- ٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٨.
- ٦-٦) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٧٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٨ ح ٥.
- ٧-٧) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٧ ح ٢.

الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يطلق المرأة وقد مس كل شيء منها إلا- أنه لم يجامعها، إلها عده؟ فقال: ابتلى أبو جعفر عليه السلام بذلك فقال له أبوه على بن الحسين عليه السلام: إذا أغلق بابا و أرخى سترا وجب المهر و العده».

قال في الكافي: قال ابن أبي عمير، اختلف الحديث في أن لها المهر كماله و بعضهم قال: نصف المهر، و إنما معنى ذلك أن الوالى إنما يحكم بالحكم الظاهر إذا أغلق الباب و أرخى الستر وجب المهر، و إنما هذا عليها إذا علمت أنه لم يمسه فليس لها فيما بينهما و بين الله إلا نصف المهر.

و ما رواه

في التهذيب (١) عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فأغلق عليها بابا و أو أرخى سترا ثم طلقها فقد وجب عليه الصداق، و خلاؤه بها دخول».

و عن السكوني (٢) عن جعفر عن أبيه ع أن عليا ع كان يقول:

من أجاف من الرجال على أهله بابا و أرخى سترا ثم طلقها فقد وجب عليه الصداق».

و الشيخ حمل هذين الخبرين على ما إذا كانا متهمين، يعنى يريد الرجل أن يدفع المهر عن نفسه، و المرأة أن تدفع العده عن نفسها.

و استدل عليه بما رواه

في الكافي (٣) عن أبي بصير قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

الرجل يتزوج المرأة فيرخى عليها و عليها الستر و يغلق الباب ثم يطلقها، فتسأل المرأة: هل أتاك؟ فتقول: ما أتاني، و يسأل هو: هل أتيتها؟ فيقول: لم آتها، فقال: لا يصدقان، و ذلك أنها تريد أن تدفع العده عن نفسها، و يريد هو أن يدفع المهر عن نفسه، يعنى إذا كانا متهمين». قال: و متى كانا صادقين أو كان هناك طريق

ص: ٥٠٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٧١ لكن عن إسحاق بن عمار، الوسائل ج ١٥ ص ٦٧ ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٧٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٧ ح ٤.

٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١١٠ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٦٥ ح ٧٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦٩ ح ١.

يمكن أن يعرف به صدقهما فلا يوجب المهر إلا المواقعه.

و استدل عليه بروايه زراره (١) الداله على تنصيف المهر بالطلاق قبل الدخول، ثم ذكر ما نقله فى الكافى عن ابن أبى عمير قال: و هذا وجه حسن و لا- ينافى ما قدمناه، لأننا إنما أوجبنا نصف المهر مع العلم بعدم الدخول و مع التمكن من معرفه ذلك، فإما مع ارتفاع العلم و ارتفاع التمكن فالقول ما قاله ابن أبى عمير، انتهى.

و منها ما رواه

فى التهذيب (٢) عن محمد بن مسلم فى الموثق عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن المهر متى يجب؟ قال: إذا أرخيت الستور و أجيء الباب، و قال:

إنى تزوجت امرأه فى حياها أبى على بن الحسين عليه السلام و إن نفسى تاقت 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، فنامت مولاه لها فأرخت و أجافت الباب، فقلت: مه، و قد وجب الذى تريدن».

و عن أبى بصير (٣) قال:

«تزوج أبو جعفر عليه السلام امرأه فأغلق الباب، فقال:

افتحوا و لكم ما سألتكم، فلما فتحوا صالحهم».

و ما رواه

فى الكافى (٤) عن إسحاق بن عمار فى الموثق عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يتزوج المرأه فيدخل بها فيغلق بابا و يرخى سترا عليها و يزعم أنه لم يمسه، و تصدقه هى بذلك، عليها عده؟ قال: لا، قلت: فإنه شىء دون شىء؟ قال: إن أخرج الماء اعتدت، يعنى إذا كانا مأمونين صدقا».

و ما رواه

فى الصدوق عن كتاب العلل (٥) عن أبى عبيده فى الصحيح عن أبى عبد الله

ص: ٥١٠

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٥ ح ٧٤، الوسائل ج ١٥ ص ٧٠ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٦ ح ٧٥، الوسائل ج ١٥ ص ٦٨ ح ٦.

- ٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٧٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٩ ح ٨.
- ٤-٤) الكافي ج ٦ ص ١١٠ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٩ ح ٢.
- ٥-٥) علل الشرائع ص ٥١٧ ب ٢٨٩ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٧٠ ح ٣.

عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة البكر أو الثيب و يرخى عليه و عليها الستر أو أغلق عليه و عليها الباب، ثم يطلقها فتقول: لم يمسنى، و يقول هو: لم أمسها، قال:

لا يصدقان، فإنها تدفع عن نفسها العده و يدفع عن نفسه المهر.

أقول: هذا ما حضرني من أخبار المسألة، و الشيخ-رحمه الله عليه- فيما تقدم من كلامه قد جنح إلى ما ذكره ابن أبي عمير في الجميع بين هذه الأخبار و هذه الأخبار، و إلى هذا مال السيد السند في شرح النافع حيث قال بعد نقل كلام ابن أبي عمير: و استحسّن الشيخ-رحمه الله- هذا الوجه من الجمع، و لا بأس به، انتهى.

و مرجعه إلى حمل أخبار إرخاء الستر و إغلاق الباب على الكناية عن الدخول بها، و أن الظاهر من هذا العمل وقوع الدخول لوجوب التستر به عن الناس، و حينئذ فترجع هذه الأخبار إلى الأخبار الأولى الداله على وجوب المهر كمالا بالدخول، و يخطر بخاطري القاصر و ذهني الفاتر بعد ما ذكره بل الذي يظهر من هذه الروايات بعد التأمل في مضامينها و عباراتها و النظر في مطاوى قرائنها و إشاراتنا هو أن الموجب للمهر إنما هو إرخاء الستر و إغلاق الباب من حيث هو، لا من حيث إنه مظنه للوقوع، و كاشف عن وقوعه، بل و إن علم عدم الوقوع فالواجب هو ذلك، و ينبهك على ذلك قوله عليه السلام في روايه زراره المتقدمه بعد أن حكم بوجوب الصداق بمجرد إغلاق الباب و إرخاء الستر «خلاؤه بها دخول» بجعل مجرد خلائه بها دخولا، و الحمل على أنه إنما حكم بذلك من حيث كونه مظنه للدخول، خلاف الظاهر، و أوضح منه في ذلك أخبار تزويج الباقر عليه السلام و قد تضمن خبر محمد بن مسلم أنه عليه السلام بعد أن قذف عليها بالكساء و رآها كرهها فذهب ليخرج، فقامت مولاتها لما رأته عازما على الخروج و أرخت الستر و أجافت الباب، فقال عليه السلام: «قد وجب الذي تريد» يعني المهر كمالا، و من الظاهر أنه لم يجمعها كما يدل عليه سياق الخبر، و قد حكم عليه السلام لها بوجوب المهر بمجرد ما فعلته مع عدم الجماع، و هو أظهر ظاهر فيما قلناه، و هو أيضا ظاهر

خبر أبي بصير و إن كان الخبر الأول أوضح، و يقرب عندي حمل هذه الأخبار بناء على ما ذكرناه على التقيه.

أما (أولاً) فلأنها هي الأصل في اختلاف الأخبار كما تقدم تحقيقه في مقدمات الكتاب من جلد كتاب الطهاره (1).

و أما (ثانياً) فلأنه بعد بطلان الحمل الذي ذكره بما عرفت فليس إلا رد الأخبار المذكوره، و قد تقدم أن الحمل على التقيه لا يشترط فيه وجود القائل به منهم، على أنه يمكن وجود القائل به، فإنه لا يحضرني الآن مذاهب العامه في هذه المسأله، و كيف كان فالظاهر الذي عليه العمل هو القول المشهور، و أما ما ذكره ابن الجنيده من تلك الأمور الزائده على الخلوه فلم نظفر له في أخبارنا على أثر، و هذه أخبار المسأله كملا، و الظاهر أنه تبع في ذلك العامه كما هي عادته غالباً، و العجب من أصحابنا في نقل أقوال، و الاعتداد بها مع ما يطعنون به عليه من اقتفاء العامه، و لا سيما في العمل بالقياس و الاستحسان، هذا بالنسبه إلى ما عدا روايه أبي بصير و صحيحه أبي عبيده المنقوله من كتاب العلل و موثقه إسحاق ابن عمار، و أما هذه الأخبار الثلاثه فالمستفاد منها بعد ضم بعضها إلى بعض أنه إن كانا في اعترافهما بعدم الدخول متهمين يجر كل منهما النفع إلى نفسه من جهه كما صرح به في خبري أبي بصير و صحيحه أبي عبيده فإنها لا يقبل قولهما، و لو كانا مأمونين صدقا كما صرح به موثق إسحاق بن عمار، و الظاهر حمل خبر أبي بصير و صحيحه أبي عبيده على وقوع الدخول في الخلوه و ظهور ذلك بقرائن الحال، و أنهما إنما أنكرا ذلك للعله المذكوره في كل منهما و موثقه إسحاق ابن عمار على عدم ظهور ذلك مع كونهما مأمونين، و حينئذ فلا ينافي ما قدمنا ذكره من أن ظاهر تلك الأخبار هو ترتب وجوب المهر على مجرد الخلوه و إن علم عدم الدخول، و الله العالم.

ص: ٥١٢

(١-١) ج ص ٤.

المسألة الثالثة [فيما لو طلق زوجته قبل الدخول و قد فرض لها مهرا]

اشاره

لا- خلاف بين الأصحاب في أنه إذا طلق زوجته قبل الدخول و قد فرض لها مهرا فإنه يرجع بنصفه، فإن كان قد دفع المهر لها استعاد نصفه، و إلا أعطها النصف خاصة، سواء قلنا بأنها تملك المهر جميعا بمجرد العقد أو نصفه خاصة.

و يدل على ذلك من الأخبار ما رواه

في الفقيه (١) عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها، و إن لم يكن سمي لها مهرا فمتاع بالمعروف» الحديث.

و ما رواه

في الكافي (٢) عن أبي بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئا» الحديث.

و ما رواه

في الكافي (٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فقد بانت منه و تزوج إن شاءت من ساعتها، و إن كان فرض لها مهرا فلها نصف المهر» الحديث.

و عن الحلبي (٤) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام

«في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئا» الحديث.

إلى غير ذلك من الأخبار الآتى جملة منها إن شاء الله تعالى في المقام، ثم إن في هذا المقام صورا عديده:

الاولى: أن يكون المهر دينا في ذمته

و لا إشكال في أنه إذا طلقها قبل الدخول برئت ذمته من نصفه، و وجب عليه دفع النصف الآخر إليها.

ص: ٥١٣

- ٢-٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ ح ١١ و ص ١٠٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦١ ح ٢.
- ٣-٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٦١ ح ١.
- ٤-٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٧.

الثانية: أن يكون عينا إلا أنها باقية في يد الزوج

، وحينئذ فإن كانت باقية إلى وقت الطلاق من غير زياده و لا نقصان فلا إشكال في أنه يستحق نصفها و يكونان شريكين فيها، و إن زادت بزياده من الله سبحانه فالزياده لها بناء على ما هو الأشهر الأظهر من انتقال المهر كملا إليها بالعقد و أنها تملكه، و إن كان ملك أحد النصفين مترزلا- و إن كانت الزياده بفعله فهو بمنزله الغاصب بناء على القول بانتقال المهر إليها كملا كما هو المعتمد فإنه كأجنبي و يصير كالغاصب.

و إن نقصت كان النقص مضمونا عليه، و إن تلف رجعت عليه بالقيمه أو المثل.

الثالثه: أن يكون عينا إلا أنه قد سلمها إليها

، فإن كان باقيا استعاد نصفه، و إن وجده تالفا استعاد نصف مثله إن كان مثليا، و نصف قيمته إن كان قيميا، ثم إنه إن اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلا- إشكال، و إن اختلفت قالوا: يرجع بأقل القيم، لأن قيمته يوم العقد إن كانت هي الأكثر منها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضمونا عليه، فلا يضمنها ما هو في ضمانه، و إن كانت قيمه يوم القبض أكثر مما زاد بعد العقد لها، فلا يضمنها ما هو ملكها، قالوا: و في حكم التلف ما لو انتقل عن ملكها انتقالا لازما كالبيع و العتق و الهبه اللازمه.

الرابعه: كسابقتها إلا أنه وجد العين ناقصه

، و كان النقص نقصان عين، كعور الدابه أو صفه كنسيان الصنعه، ففي كيفية الرجوع أقوال ثلاثه:

(أحدها) و هو المنقول عن الشيخ في المبسوط أن الزوج يتخير بين الرجوع بنصف قيمه سليما، و بين أخذ نصف العين من غير أرش.

(ثانيها) الرجوع بنصف العين و نصف الأرش لأن العين لا تخرج عن حقيقتها بالتعيب، و مستحقه إنما هو العين و تعييبها مجبور بالأرش، و ظاهره في المسالك اختيار هذا القول.

(ثالثها) التفصيل بأن النقص إن كان بفعلها أو فعل الله سبحانه تخير بين أخذ نصفه ناقصا و بين تضمينها نصف قيمته، و إن كان من قبل أجنبي لم يكن

له سبيل على المهر و ضمنها نصف قيمه يوم قبضه، و هو قول ابن البراج.

الخامسة: الصورة بحالها إلا أنه وجد العين زائده

، و حينئذ فلا يخلوا إما أن تكون الزيادة باعتبار قيمه السوقية، و لا إشكال في أنه يأخذ نصف العين كما لو نقصت كذلك، و إن كانت الزيادة منفصلة كالولد و اللبن و ثمره الشجره و الكسب فهي للمرأة بناء على ما هو الأشهر الأظهر من ملكها المهر كاملا بمجرد العقد و هذه الأشياء نماء ملكها سواء كانت العين في يدها أو في يده، و يختص رجوعه بنصف الأصل.

و يدل على خصوص هذا الحكم من الأخبار ما رواه

في الكافي (١) عن عبيد ابن زراره في الموثق قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأه على مائه شاه، ثم ساق إليها الغنم، ثم طلقها قبل أن يدخل بها و قد ولدت الغنم، قال:

إن كان الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها، و إن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها و لم يرجع من الأولاد بشيء».

و ما رواه

الشيخ في التهذيب (٢) عن عبيد بن زراره قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأه و مهرها مهرا فساق إليها غنما و رقيقا فولدت عندها فطلقها قبل أن يدخل بها، قال: إن كان ساق إليها ما ساق و قد حملن عنده فله نصفها و نصف ولدها، و إن كن حملن عندها فلا شيء له من الأولاد».

و التقريب فيها أن تلك الغنم و الرقيق إذا حملن عنده فالمهر مجموع الأمهات و الأولاد، فمع الطلاق قبل الدخول يرجع بنصف كل منهما، و أما إذا حملن عندها فإن المهر إنما هو الأمهات خاصة، و قد فرضنا أنها تملك المهر بأجمعه بمجرد العقد فيكون هذا النماء نماء ملكها، و في الخبر دلالة واضحة على القول المشهور من ملكها المهر بمجرد العقد خلافا لابن الجنيدي إذ لو كان كما يدعيه من ملكها

ص: ٥١٥

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ح ١.

النصف خاصة بالعقد و النصف الآخر إنما تملك بالدخول لكان الرجوع عنها بنصف الأولاد إذا حملن عندها.

إلا أنه

قد روى الصدوق في الفقيه (1) عن الحسن بن محبوب عن حماد الناب عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه على بستان له معروف و له غله كثيره، ثم مكث سنين لم يدخل لها ثم طلقها، قال: ينظر إلى ما صار إليه من غله البستان من يوم تزوجها فيعطيها نصفه و يعطيها نصف البستان، إلا أن تغفو فتقبل منه و يصطلحا على شيء ترضى به منه فإنه أقرب للتقوى».

و هو كما ترى ظاهر فيما ذهب إليه ابن الجنيد من أنها بالعقد لا تملك إلا النصف خاصة، و لهذا حكم بأن غله البستان في تلك السنين التي بين العقد و الطلاق تقسم أنصافا بينهما، و من المعلوم أن الغله تابعه للأصل.

و بذلك يظهر لك ما في كلام السيد السند في شرح النافع حيث قال في الجواب عن دلالتها على مذهب ابن الجنيد ما صورته: و هذه الرواية غير داله على المطلوب صريحا، إذ لا مانع من ثبوت هذا الحكم و إن قلنا إن المرأة تملك المهر بأجمعه بالعقد، فإن فيه إن من القواعد المقرره المتفق عليها نصا و فتوى أن النماء تابع للأصل، فإذا فرض أن المرأة تملك المهر كاملا- بمجرد العقد، فكيف يحكم عليه السلام للزوج بنصفه؟ و ما الوجه فيه؟ و مقتضى القواعد إنما هو كونه للمرأة، و الموافق للقاعده إنما هو ما ذكرناه من كون نصف الأصل لها بمجرد العقد و النصف الآخر قبل الدخول للزوج، هذا كلامه في تلك المسألة- أي مسأله ملك الكل أو النصف بالعقد- و أما في هذه المسألة فأقصى ما أجاب به عنها هو ضعف السند.

و بالجملة فالمسألة غير خاليه من شوب الإشكال في كل من الموضوعين لعدم ظهور محمل لروايه أبي بصير المذكوره، و ليس في سندها ممن ربما يتوقف في شأنه إلا أبو بصير لا شراكه بين يحيى بن القاسم الضعيف باصطلاحهم و المرادى

ص: ٥١٦

الثقة، والحق عندى كما عليه جملة من أفاضل متأخرى المتأخرين هو جلاله يحيى بن القاسم و عد حديثه فى الصحيح، فإن الاستفادة من جملة من الأخبار أنه بالمحل الأعلى عندهم عليهم السلام، و حينئذ فتكون الرواية صحيحة معتبرة، و بذلك يعظم الاشكال.

هذا كله فى الزيادة المنفصلة، و أما لو كانت متصله كالسمن و كبر الحيوان فإنه قطع جماعه من الأصحاب بأن للزوج نصف قيمته من دون الزيادة، و أن المرأة لا تجبر على دفع العين، لأن الزيادة ليست مما فرض فلا يكون للزوج الرجوع بها، و علله فى المسالك بأن الزيادة ملكها و لا يمكن فصلها و لا تجبر على بذلها مجاناً و لا بالعوض، لكنها تتخير حينئذ بين دفع نصف المشتمل على الزيادة و بين بذل نصف قيمه مجردة عنها، فإن سمحت ببذل العين اجبر على القبول، لأن النفع عائد إليه واصل حقه فى العين عملاً بظاهر الآيه، و إنما منع تعلق حقه بها الذى لا يمكن فصله، فإذا سمحت ببذله زال المانع، انتهى.

أقول:

روى الشيخ فى التهذيب (1) عن على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام عن أبيه أن علياً عليه السلام

«قال فى الرجل يتزوج المرأة على وصيف فكبر عندها فيريد أن يطلقها قبل أن يدخل بها قال: عليه نصف قيمته (2) يوم دفعه إليها لا ينظر فى زيادة و لا نقصان».

ص: ٥١٧

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤ ح ٢.

٢- ٢) أقول: الذى رواه الشيخ فى التهذيب «عليه نصف قيمته» الى آخره، و قال السيد السند فى شرح النافع و لعل المراد بقوله عليه نصف قيمته أنه يتعلق بالوصيف نصف القيمة لمولاه، إذ لا- وجه للإلزام المولى بدفع نصف قيمه الوصيف إلى المرأة، و لو كان بدل «عليه» «عليها، أو له» كان أوضح، انتهى. أقول: الظاهر أن ما وقع من تذكير الضمير هنا إنما هو من سهو قلم الشيخ- رحمه الله- كما نبهنا عليه فى مواضع لا- يخفى سيما فى كتب العبادات مما وقع له من التحريف بالتغيير و التبديل فى متون الاخبار و أسانيدنا بحيث انه لا- يكاد يسلم خبر من شىء من ذلك الا نادراً و لهذا أنه فى الوافى إنما ذكر الخبر بلفظ «عليها» و من عادته مراعاة أمثال هذا الغلط و التحريف فى الاخبار فلا حاجة الى ما تكلفه السيد السند- قدس سره- من الحمل، و الله العالم. (منه- قدس سره-). و يحتمل أن يكون من سهو النساخ لا من قلم الشيخ و لذا فى الكافى «و عليها».

«عن أبي عبد الله عليه السلام» قال: إن أمير المؤمنين عليه السلام قال في المرأة: تزوج على الوصف فيكبر عندها فتزيد أو ينقص ثم يطلقها قبل أن يدخل بها» الحديث. كما تقدم، وهو كما ترى ظاهر بل صريح فيما ذكره الأصحاب من حكم المسألة، والشيخ في المبسوط بعد أن قوى تخيرها بين دفع نصف العين و نصف قيمتها من دون الزيادة كما قدمنا نقله عن المسالك قال: ويقوى في نفسى أن له الرجوع بنصفه مع الزيادة التى لا يتميز لقوله تعالى «فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» (2) و ظاهره أنها تجبر على دفع نصف العين فى صورته الزيادة التى لا يتميز، و أورد عليه فى المسالك بأن الزيادة ليست مما فرض فلا تدخل فى مدلول الآية.

و أجاب سبطه السيد السند فى شرح النافع فقال: و يمكن دفعه بأن العين مع الزيادة التى لا تتميز يصدق عليها عرفاً أنها المفروضه فتناولته الآية الشريفة، و بالجملة فما قوى فى نفس الشيخ لا يخلو من قوه، انتهى.

أقول: لا- يخفى أنه بعد دلالة الخبر المذكور على أن الحكم فى المسألة هو دفع نصف القيمة لا ينظر فى زياده و لا نقصان، فما ذكره الشيخ و قواه بمكان من الضعف، و أن ظاهره كما عرفت أن الحكم الشرعى هو جبر المرأة على دفع نصف العين فى الصورة المذكورة، و لهذا أن المحقق فى الشرائع أشار إلى رده بقوله: و لا- تجبر المرأة على الأظهر، و هل هو إلا- الاجتهاد فى مقابلة النصوص، و بذلك يظهر لك ما فى تقوية السيد السند لقول الشيخ هنا من النظر الظاهر، و الله العالم.

ص: ٥١٨

١- ١) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ ح ١٣، و فيه «و عليها»، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤ ح ٢.

٢- ٢) سورة البقرة- آية ٢٣٧.

الأول [فيما لو أصدقها حيوانا حاملا و حكمنا بدخول الحمل فى الصداق]

قالوا: لو أصدقها حيوانا حاملا و حكمنا بدخول الحمل فى الصداق إما بمجرد الإطلاق كما هو مذهب الشيخ و جماعه أو بالشرط كما هو القول الآخر صار الجميع مهرا، فإذا طلقها قبل الدخول رجع بنصف الجميع لأنه هو المهر.

أقول: وقد تقدم ما يدل على ذلك من روايتى

عبيد بن زرارہ (1) و قوله عليه السلام فى الأولى منهما

«إن كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها». و نحوه فى الثانية، و قد تقدم بيان الوجه فيه، و إطلاق الخبرين المذكورين شامل لما لو وقع الطلاق قبل وضع الحمل أو بعده فإنه يرجع بالنصف فى كلتا الحالتين، لأنه قد علق الرجوع بالنصف على حصول الحمل عنده المستلزم لوقوع العقد بعد الحمل، و هو أعم من أن تضع قبل الطلاق أو بعده، و بذلك يظهر أن ما وقع لهم فى هذا المقام من الاحتمالات و التفرعات و التكاليف - كما نقله فى المسالك حتى ذهب بعضهم فى صورته الطلاق بعد الوضع إلى الرجوع بنصف الأم خاصة و أرش نقصانها، قال: لأن الحمل زياده ظهرت بالانفصال عن ملكها، و بعضهم جعله احتمالا فى المسألة - كله نفخ فى غير ضرام و خروج عما جاء عنهم عليهم السلام، و الظاهر أنه لم تخطر لهم هذه الأخبار بالبال، و إنما بنوا على مجرد التخريجات العقلية كما هى عادتهم غالبا.

الثانى [فيما لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول]

قالوا: لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف اجره تعلمها، و لو كان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الأجره. و علل الرجوع بنصف الأجره فى الموضوعين المذكورين بأنه (فى الأول) يتعذر تعليمها نصف الصنعه خاصه، إذ ليس للنصف حد يوقف عليه أو لا نصف لها مطلقا فينزل ذلك منزله

ص: ٥١٩

ما لو تلف الصداق في يده، فترجع بنصف الأجره، ولأنه صار أجنبيا لا يصلح تعلمها منه لو فرض إمكان التوصل إلى الحق.

و أما (في الثاني) فلتعذر رجوعه بعين ما فرض، إذ لا يمكن تخليص نصف الصنعه منها فيكون المهر بمنزله التالف في يدها، فيرجع بنصف الصنعه منها فيكون المهر بمنزله التالف في يدها، فيرجع بنصف الأجره. قالوا: والحكم في الموضوعين مما لا إشكال فيه.

قالوا: ولو كان الصداق تعليم سورة و طلقها قبل الدخول، فإن كان قد علمها رجع عليها بنصف الأجره كالصنعه، وإن لم يكن علمها فليس الحكم فيها كالصنعه لأن تعليم نصف السوره أمر ممكن في نفسه، ولكن الزوج صار أجنبيا منها، فإن حرمتنا على الأجنبي سماع صوت المرأة أو جوزناه، ولكن خيف الفتنة أو لم يمكن ذلك إلا بالخلوه المحرمه رجعت عليه بنصف الأجره كالصنعه، لتعذر الرجوع إلى نصف المفروض بموانع شرعي، فيكون كالموانع العقلي، وإن أمكن ذلك من غير محذور قيل: جاز تعليمها النصف من وراء حجاب، لأنه موضع ضروره كعامله الأجنبيه، أو لأنه تعليم واجب، أو لأن مطلق سماع صوتها غير محرم، وهذا الوجه خيره الشيخ في المبسوط، وقيل: ترجع عليه بنصف الأجره مطلقا، لما ذكر من الموانع، ولأن النصف يعسر الوقوف عليه، لاختلاف الآيات في سهوله التعليم و صعوبته، و على الأول تقسم السوره بالحروف، لا بالآيات.

أقول: لم أقف في هذا المقام على شيء من الأخبار إلا ما رواه

في الكافي و التهذيب (1) عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام

«في رجل تزوج امرأه على سورة من كتاب الله عز و جل ثم طلقها من قبل أن يدخل بها، و بما يرجع عليها؟ قال: بنصف ما يعلم به مثل تلك السوره». و مورد الروايه ما إذا علمها السوره، لأن الرجوع عليها دليل وصول المهر إليها، و إلا لكانت هي التي ترجع عليه، و يبقى الاشكال فيما لو لم يعلمها السوره، فهل الواجب عليه تعليمها النصف لأنه ممكن؟ و ما ذكره من تحريم سماع

ص: ٥٢٠

الأجنبيه على إطلاقه ممنوع كما تقدم قريبا، بل الأدله الكثيره صريحه فى الجواز فيعلمها و لو من وراء حجاب-أنها ترجع بنصف الأجره؟-احتمالان، و الظاهر أن الحكم فى الصنعه إذا طلقها بعد أن علمها إياها كذلك، و من وجوب الرجوع عليها بنصف اجره مثلها كما ذكره عليه السلام فى السوره، لاشتراك الجميع فى التعليم الذى هو الموجب للأجره، و حينئذ فيكون حكم هذه الصوره مستفاد من النص المذكور، فلا حاجه إلى ما أطلوا به فى تعليل ذلك مما تقدم نقله عنهم، من قولهم:

و أما فى الثانى فلتعذر رجوعه بعين ما فرض إلى آخره.

الثالث [فيما لو أبرأته من الصداق قبل الدخول بها ثم طلقها]

المشهور بين الأصحاب أنه لو أبرأته من الصداق قبل الدخول بها ثم طلقها قبل الدخول أنه يرجع عليها نصف المهر الذى وقع عليه العقد، لأنه لا فرق بين تصرفها فيه يصرفه فى مصالحها و لا بين تصرفها فيه بالإبراء منه أو بهبته له أو لغيره، و مجمله أنها متى تصرفت فيه تصرفا ناقلا عن ملكها لازما لا يمكن الرجوع فيه، فإنه يلزمها عوض النصف.

و حكى فى القواعد وجها بعدم الرجوع، و قبله الشيخ فى المبسوط، قال فى المسالك: و هو قول لبعض العامه، و احتجوا عليه بأنها لم تأخذ منه مالا و لا نقلت إليه الصداق و لا أتلفته عليه، فلا تضمن.

ورد بأن ضعفه ظاهر، فإن المهر كان مستحقا لها فى ذمه الزوج، فلما أبرأته منه انتقل عن ملكها إليه فتحقق النقل، أو يقال: بأنها إسقاط المهر من ذمته بعد أن كان ثابتا فيها قد أتلفته، إذ لا شبهه فى أنه كان ملكها ثم خرج عنه فتغرم له البدل (1).

ص: ٥٢١

١- ١) قالوا: أما الأول فظاهر، و أما الثانى فلاشتماله أن يستحق الإنسان فى ذمه نفسه شيئا فلا يتحقق نقله إليه، و أما الثالث فلانه لم يصدر منها الا إزاله استحقاقها فى ذمته و هو ليس بإتلاف البتة، وورد هذه الوجوه فى المسالك بكلام يطول ذكره ليس فى نقله مزيد فائده بعد ما عرفت فى الأصل، و من أحب الوقوف عليه فليرجع الى الكتاب المذكور. (منه-قدس سره-).

أقول:و الذى حضرني من الأخبار المتعلقة بهذه المسأله ما رواه

فى الكافى و التهذيب (١)عن محمد بن مسلم فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فأمهرها ألف درهم و دفعها إليها فوهبت له خمسمائه درهم وردتها عليه ثم طلقها قبل أن يدخل بها،قال:ترد عليه الخمسمائه درهم الباقية لأنها إنما كانت لها خمسمائه درهم فوهبتها له،وهبتها إياها له و لغيره سواء.»

و ما رواه

فى التهذيب و الفقيه (٢)عن شهاب بن عبد ربه فى الصحيح قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه على ألف درهم،فبعث بها إليها فردتها عليه و وهبتها له،وقالت:أنا فيك أرغب منى فى هذه الألف هى لك،فقبلها منها ثم طلقها قبل أن يدخل بها،قال:لا شىء لها و ترد عليه خمسمائه درهم.»

و ما رواه

الشيخ (٣)فى الموثق عن سماعه قال:

«سألته عن رجل تزوج جاريه أو تتمتع بها ثم جعلته من صداقها فى حل،أ يجوز له أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟قال:نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه،فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق.»

و بذلك يظهر لك ضعف ما احتمله الشيخ و العلامه من عدم الرجوع بناء على تلك التخرصات الباردة و التخريجات الشارده،و منشأ ذلك الغفله عن ملاحظه الأخبار و عدم إعطاء التأمل حقه فى تتبع الآثار الوارده عن الأئمه عليهم السلام.

الرابع:لو أعطها عوض المهر متاعاً أو عبداً آبقاً أو شيئاً ثم طلق قبل الدخول

رجع بنصف المسمى دون العوض،و الوجه فى رجوعه بنصف المسمى دون

ص: ٥٢٢

١- (١) الكافى ج ٦ ص ١٠٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤ ب ٣٥ ح ١.

٢- (٢) الكافى ج ٦ ص ١٠٧ ح ٨ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٤ ح ٧٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ٩ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ح ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٤ ح ٧٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ح ٢.

نصف العوض أن الذى يستحقه الزوج بالطلاق نصف المهر المفروض، و عوضه غيره، فلا- يرجع به، و ينبغى أن يعلم أن المراد برجوعه بنصف المسمى هنا إنما هو رجوعه بمثله أو قيمته، لأن المسمى بالمعاضه و دفع العوض الذى هو أحد هذه المذكورات قد صار ملك الزوج، فالنصف المحكوم بعوده إليه قد انتقل عن ملكها بالمعاضه المذكوره، فيرجع حينئذ إلى مثله أو قيمته، كما لو انتقل منها إلى غيره، و لا فرق فى ذلك بين انتقاله بعوض يساوى قيمته أو ينقص أو يزيد، و لا بين أنواع الأعواض لاشتراك الجميع فى المقتضى و هو خروجه بذلك عن ملكها كما خرج بغير عوض كالهبة.

و يدل على أصل الحكم المذكور ما رواه

الكلينى (١) فى الصحيح عن الفضيل ابن يسار قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطاها عبدا له آبقا و بردا حبره بألف درهم التى أصدقها، قال: إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفته فلا بأس إذا هى قبضت الثوب و رضيت بالعبد، قلت: فإن طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال: لا مهر لها و ترد عليه خمسمائه و يكون العبد لها».

الخامس [فيما لو دبر مملوكا جاز أن يجعله مهرا لزوجته]

الظاهر أنه لا- إشكال و لا خلاف فى أنه إذا دبر مملوكا ذكرا كان أو أنثى جاز لمن دبره أن يجعله مهرا لزوجته، لأنه بالتدبير لا يخرج عن ملكه، بل له التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات من بيع و غيره، و هو كالوصيه بل هو فى التحقيق وصيه بالعتق، و حينئذ فلو طلقها قبل الدخول صار المدبر مشتركا بينهما لرجوع نصفه إلى الزوج، حيث إنه المهر و حكمه الرجوع بنصفه فى الطلاق، و هذا كله مما لا خلاف فيه. إنما الخلاف فى أنه يجعله مهرا، هل يبطل التدبير أو يبقى صحيحا؟ أكثر الأصحاب سيما المتأخرين على الأول، و هو مذهب ابن إدريس و من تأخر عنه، و ذهب الشيخ فى النهاية و بعض أتباعه

ص: ٥٢٣

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥ ح ١.

إلى الثاني.

قال فى النهايه: إذا عقد لها على جاريه مدبره له و رضيت المرأه به ثم طلقها قبل الدخول بها كان لها يوم من خدمتها، و له يوم، فإذا مات المدبر صارت حرة و لم يكن لها عليها سبيل، و إن ماتت المدبره و كان لها مال كان نصفه للرجل و نصفه للمرأة. و نحوه كلام ابن البراج فى كتابيه المذهب و الكامل.

و قال ابن إدريس: الذى يقتضيه أصول المذهب أن العقد على هذه المدبره صحيح، و تخرج عن كونها مدبره و تستحقها المرأه، لأن التدبير وصيه، و لو أوصى ببعض أملاكه ثم أخرجه عن ملكه قبل موته بطلت وصيته، و المدبره هنا قد أخرجها بجعلها مهرا- إلى أن قال:- اللهم إلا أن يكون التدبير المذكور واجبا على وجه النذر لا رجوع للمدبر فيه، فيصح ما قاله شيخنا- رحمه الله.

و اعترضه العلامة فى المختلف بطلان جعلها مهرا حينئذ، و قيد بقاء التدبير بما لو شرط إبقاء التدبير فإنه يكون لازما لعموم (1) «المؤمنون عند شروطهم».

و لأنه كشرط العتق فى البيع و نحوه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مستند الشيخ فيما ذهب إليه فى النهايه هو ما رواه

عن المعلى بن خنيس (2) قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه على جاريه له مدبره قد عرفتها المرأه و تقدمت على ذلك و طلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمه المدبره، و يكون للمرأة يوم فى الخدمه، و يكون لسيدها الذى كان دبرها يوم فى الخدمه، قيل له: فإن ماتت المدبره قبل المرأه و السيد، لمن يكون الميراث؟ قال: يكون نصف ما تركت

ص: ٥٢٤

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ذيل ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

٢- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٤٩، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤ ح ١.

للمرأه و النصف الآخر لسيدھا الذی دبرھا» (١).

قال فی المسالك: و هذه الروايه مع ضعف سندھا لا تدل على انعتاقھا بموت السيد كما ادعاه الشيخ، و إنما تضمنت صحه جعلھا مهرا و عود نصفھا إلى المولى، و كونھا مشتركه بينه و بين المرأه، و ما تركته بينهما كذلك، و هذا كله لا كلام فيه.

نعم يظهر منها رائحه البقاء على التدبير من قوله «و تقدمت على ذلك» و قوله «فإن مات المدبره» و شبه ذلك، و مثل هذا لا يكفى فى إثبات الحكم بالمخالف للأصل.

انتهى، و هو جيد.

أقول الأقرب فى هذه الروايه و إرجاعھا إلى ما عليه الأصحاب هو ما ذكره فى المختلف من الحمل على الشرط بمعنى أنه أمهرھا المدبره و شرط بقاء التدبير، فإن الشرط سائغ كما فى شرط العتق فى البيع، فيكون التدبير لازما لا يمكن الرجوع فيه لوجوب الوفاء بالشرط، و يشير إليه قوله فى الروايه و قد عرفتها المرأه و تقدمت على ذلك بمعنى أنها عرفت الشرط عليها بذلك و رضيت به، و على هذا يرتفع منافاه الخبر للقواعد الشرعيه و ينطبق على ما قاله الأصحاب، و لا ريب أنه أقرب ما يمكن أن يقال.

المسأله الرابعه [فيما لو اشترط فى العقد ما يخالف المشروع]

المشهور فى كلام الأصحاب أنه إذا اشترط فى العقد ما يخالف المشروع مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى بطل الشرط و صح العقد و المهر، و كذا لو شرط تسليم المهر فى أجل، فإن لم يسلمه كان العقد باطلا، لزم العقد و المهر و بطل الشرط.

ص: ٥٢٥

١ - ١) أقول: فى هذه الروايه ما يدل على ما اخترناه و قدمنا تحقيقه فى كتاب البيع من أن العبد يملك و ان كان فى التصرف محجورا عليه الا بإذن سيده، و ما طعن به ابن إدريس فى هذه الروايه من هذه الجبهه مردود بأن ما ذكرناه من ملك العبد مستفاد من جمله من الاخبار كما تقدم فى الكلام فيه ثمه. (منه-قدس سره-).

قال في المسالك: لا إشكال في فساد الشرط المخالف للمشروع لذلك، وإنما الكلام في صحة العقد بدون الشرط من حيث إنهما لم يقصدا إلى العقد إلا مقيدا بالشرط المذكور، وقد سبق غير مره أن فساد الشرط يوجب فساد العقد عند المصنف و الأكثر، ولكن ظاهرهم هنا هو الاتفاق على صحة العقد، لأنهم لم ينقلوا فيه خلافا، انتهى.

و اعترضه سبطه السيد السند في شرح النافع فيما ذكره من أن ظاهرهم الاتفاق على صحة العقد و أنهم لم ينقلوا خلافا، فقال: و هو غير جيد، فإن العلامة -رحمه الله عليه- حكى في المختلف عن الشيخ في المبسوط أنه قال: إن كان الشرط يعود بفساد العقد -مثل أن تشترط الزوجه عليه أن لا يطأها- فالنكاح باطل، لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد، ثم قال في المختلف: و الوجه عندي ما قاله الشيخ في المبسوط إلى آخره.

أقول: فيه أن الظاهر من كلام جده في المسالك و مثله المحقق في الشرائع أن مسأله اشتراط أن لا يطأها الزوج غير مسأله اشتراط أن لا يتزوج و لا يتسرى عليها، و أن الثانيه منهما مما لا خلاف في كون الشرط مخالفا للمشروع بخلاف الأولى، فإن المحقق قد صرح بالمسألتين كل منهما في مقاله على حده، فذكر مسأله اشتراط أن لا يتسرى و لا يتزوج بنحو ما قدمنا، و وصفه بأنه شرط يخالف المشروع، و حكم فيها بطلان الشرط و صحة العقد، ثم ذكر بعدها بلا فصل مسأله اشتراط أن لا يطأها، و اختار لزوم الشرط و صحة العقد، و مثله الشارح في المسالك فإنه اختار ذلك أيضا، و نقل كلام الشيخ في المبسوط الذي اعترض به عليه في شرح هذه المقاله، و هو ظاهر في تغاير المسألتين و اختلاف الحكمين، و أن الاتفاق الذي ادعاه إنما هو بالنسبه إلى الشروط المتفق على كونها مخالفه للمشروع، و شرط عدم الوطى -عنده، و عند من قال بجواز اشتراطه و هو مذهب الشيخ في النهايه و غيره كما سيأتى إن شاء الله- غير مخالف للمشروع، و بذلك يظهر لك

أن إirاده عليه غير متوجه كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى تمام الظهور من الكلام فى ثانى هذه المسأله، على أن جده قد نقل فى شرح هذه المسأله-أعنى مسأله أن لا تشتترط ما يخالف المشروع كعدم التزويج و التسرى-عن الشيخ فى المبسوط أنه قال فى هذه المسأله:و لا يفسد المهر عندنا.قال فى المسالك:و هو ظاهر فى الاتفاق عليه،و صحه المهر إنما يكون مع صحه العقد.

أقول:و فيه كما ترى دلالة واضحة على ما قلناه من تغاير المسألتين،و أن ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط فى هذه المسأله الاتفاق على صحه العقد بالتقريب الذى أشار إليه جده،و فى مسأله اشتراط أن لا يطأها،ذكر ذلك الكلام الظاهر فى بطلان العقد كما عرفت،و يدل أيضا على اختلاف المسألتين اختلاف أخبارهما كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى (1).

و الواجب هنا أولا نقل ما وصل إلينا من الأخبار فى هذه المسأله،ثم الكلام بما يتعلق بها من نقض أو إبرام.

فمنها ما رواه

الشيخ فى التهذيب (2) عن محمد بن قيس عن أبى جعفر 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 بأن شرط الله قبل شرطكم،فإن شاء و فى لها بالشرط،و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها».

و عن ابن سنان (3) 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 و آله قال:من اشترط شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له و لا عليه».

ص: ٥٢٧

١-١) فان أخبار اشتراط أن لا يتزوج عليها و لا يتسرى قد اتفقت على بطلان الشرط مع صحه العقد،و أخبار اشتراط أن لا يطأها قد اتفقت على صحه الشرط.(منه-قدس سره-).

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٠ ح ٦٣،الوسائل ج ١٥ ص ٤٦ ب ٣٨ ح ١.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧١،الوسائل ج ١٥ ص ٤٧ ب ٣٩ ح ٣٩ ح ٢.

و ما رواه

فى الكافى (١) عن زراره

«أن ضريسا كان تحته بنت حمران بن أعين، فجعل لها أن لا يتزوج عليها و لا يتسرى أبدا فى حياتها و لا بعد موتها على إن جعلت له هى أن لا تتزوج بعده و جعلها عليه السلام فذكر ذلك له، فقال: إن لابنه حمران لحقا، و لن يحملنا ذلك على أن لا نقول لك الحق، اذهب و تزوج و تسر، فإن ذلك ليس بشىء، و ليس شىء عليك و لا عليها و ليس ذلك الذى صنعتما بشىء، فجاء فتسرى و ولد له بعد ذلك أولاد».

و رواه

فى الفقيه (٢) عن موسى بن بكر عن زراره قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام إن ضريسا كان تحته أنبه حمران» الحديث. على تفاوت فى ألفاظه و زياده و نقصان.

إلا أنه قد ورد بإزاء هذه الأخبار ما يدل أيضا على لزوم الشرط المذكور.

و هو ما رواه

فى الكافى (٣) عن ابن بزرج قال:

«قلت لأبى الحسن موسى عليه السلام و أنا قائم: جعلنى الله فداك إن شريكا لى كانت تحته امرأه فطلقها فبان من فأراد مراجعتها، و قالت المرأه: لا و الله لا أتزوجك أبدا حتى تجعل الله عليك لى إلا تطلقنى و لا تزوج على، قال: و فعل؟ فقلت: نعم قد فعل، جعلنى الله فداك، قال:

بئس ما صنع و ما كان يدرىه ما وقع فى قلبه فى جوف الليل أو النهار، ثم قال له: أما الآن فقل له: فليتم للمرأة شرطها فإن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: «المسلمون عند شروطهم» الحديث.

و ما رواه

فى التهذيب (٤) عن بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال: قلت: إن رجلا

ص: ٥٢٨

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٥ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩ ح ٢.

٢- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٧٠، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩ ح ٣.

٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ مع اختلاف.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

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 فأعطاه ذلك، ثم بدا له فى الترويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ قال: بثس ما صنع و ما كان يدريه ما يقع فى قلبه بالليل و النهار، قل له فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: «المؤمنون عند شروطهم».

قال فى التهذيب بعد ذكر الروايه الثانيه: ليس بين هذه الروايه و الروايه الأولى تضاد، لأن هذه الروايه محموله على الاستحباب على أن هذه الروايه تضمنت أنه جعل الله عليه ذلك، و هذا نذر و جب عليه الوفاء، و ما تقدم فى الروايه الأولى جعلاً على أنفسهما و لم يقل الله فلم يكن ذلك نذراً يجب الوفاء به.

و فى الاستبصار جوز حمله على التقيه، قال: لموافقته العامه.

أقول: و هذا هو الظاهر الذى يجب حمل الخبرين المذكورين عليه و إلا فالاستحباب قد عرفت ما فيه فيما تقدم، و أما الحمل على النذر، ففيه إشكال لأن الظاهر أنه يرجع إلى نذر المباح، و فى انعقاده خلاف، أظهره عدم الانعقاد كما تحقق فى محله، و الأخبار دلت على أن النذر ليس بشيء حتى يسمى لله شيئاً صدقه أو صلاه أو نحو ذلك من الطاعات الراجحه، و مجرد قوله لله مع كون المنذور إنما هو أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها لا يخرج عن المباح.

و بالجملة فالظاهر هو حمل الخبرين على التقيه، و يكون العمل على تلك الأخبار المؤيده باتفاق الأصحاب على الحكم المذكور.

ثم إن من الأخبار الداله على صحه العقد مع بطلان الشرط خلافاً لما زعموه من أن مقتضى القواعد بطلان العقد ببطلان الشرط من حيث عدم القصد إلى العقد إلا مقيداً بالشرط- ما رواه

الشيخ (1) فى الصحيح عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام

«فى الرجل يتزوج المرأة إلى أجل مسمى فإن جاء بصدقتها إلى أجل

ص: ٥٢٩

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٠ ح ٦١ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦ ب ٣٨ ح ١.

مسمى فهي امرأته، وإن لم يأت بصدقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل -و ذلك شرطهم بينهم حين أنكحوا- فقضى للرجل أن بيده بضع امرأته و أحبط شرطهم».

و رواه الكليني (١) أيضا بسند فيه سهل.

و عن محمد بن قيس (٢) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«قضى على في رجل تزوج امرأه و أصدقها و اشترطت في ذلك أن بيدها الجماع و الطلاق، قال:

خالفت السنه، و ولت الحق من ليس بأهله، قال: فقضى على عليه السلام أن على الرجل النفقه و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنه».

و في معناها أخبار عديده تقدمت في كتاب البيع، و منها أخبار بريره (٣).

و مما يدل على ما هو المشهور هنا ما رواه

في الكافي و التهذيب (٤) عن هارون ابن مسلم عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: ما تقول في رجل جعل أمر امرأته بيدها؟ قال: فقال: ولي الأمر من ليس أهله و خالف السنه، و لم يجز النكاح».

أقول: و يمكن حمل إطلاق الخبر الأول على هذا الخبر: فإنه صريح في بطلان النكاح، و السابق لا ظهور له في ذلك، و إن استدل به أصحابنا على صحه العقد مع بطلان الشرط، إلا أنه عندي غير ظاهر في حكم العقد من صحه أو بطلان، بل هو مطلق، و الذي قدمناه من التحقيق في هذا المقام هو أنه لما كانت الأخبار مختلفه في ذلك فالواجب الوقوف على ما دلت عليه من غير أن يكون

ص: ٥٣٠

١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦ ب ٣٨ ح ١.

٢-٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٧ و فيه «عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله -عليه السلام-» مع اختلاف، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٦٠، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦١ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠ ب ٢٩ ح ١ مع اختلاف يسير.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ٩.

٤-٤) الكافي ج ٦ ص ١٣٧ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ٨٨ ح ٢٢٠ و فيه «مروان بن مسلم»، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٦ ح ٥.

هنا قاعده يبنى عليها كما ذكروه، و ما لم يرد فيه خبر ينبغي التوقف فى الحكم.

و كيف كان فالعمل فى المسأله على ما دلت عليه الأخبار المتقدمه من صحه العقد و بطلان الشرط فى صورته اشتراط أن لا يتزوج و لا يتسرى، و كذا فى صورته اشتراط تسليم المهر إلى أجل.

و قد صرح فى المسالك بأن فى المسأله وجها أو قولاً بصحه العقد دون المهر، ثم شرح ذلك بما هو المذكور ثمه (1) و هو اجتهاد فى مقابله النصوص، و من ثم أعرضنا عن ذكره و طوينا الكلام دون نشره، فإن مقتضى النصوص المذكوره هو صحه العقد و المهر و بطلان الشرط خاصه، و الله العالم.

المسأله الخامسه [فيما لو شرطت أن لا يفتضاها]

اختلف الأصحاب فيما لو شرطت أن لا يفتضاها على أقوال:

(أحدها) ما ذهب إليه الشيخ فى النهايه من لزوم الشروط و صحه العقد فى الدائم و المنقطع، و به قال جمع من الأصحاب منهم المحقق فى الشرائع، و الشارح فى المسالك.

ص: ٥٣١

١ - ١) قال -قدس سره- فى تعلييل ما نقلناه عنه: لان الشرط كالعوض المضاف الى الصداق حيث يكون من المرأه، أو كجزء من المعوض، و الصداق مبدول فى مقابله الجميع، و بفساد الشرط يفوت بعض العوض و المعوض و قيمته مجهوله، فلا يعلم قدر الصداق فى الأول و لا نصيب الباقي فى الثانى، فيثبت مهر المثل و هو متجه لأنه فى الأول قد رضى ببذله مع التزام ترك حق، فمع انتفاء اللزوم يكون الرضا به أولى، و لأنها فى الثانى قد رضيت به مع ترك حق لها، فبدونه أولى به، انتهى. و فيه ما عرفت من غير مقام من الكتاب من أن مقابله النصوص بهذه التعليقات العقليه جراه عليهم -صلوات الله عليهم-، أ رأيت أنهم عليهم السلام -يطلقون الأحكام فى النصوص، و لا يعلمون ما ذكره هو و غيره من هذه التعليقات المذكوره و نحوها، و لله در سبطه فى شرح النافع حيث قال بعد نقل ملخص كلامه: و هذا الاحتمال لا يخلو من ضعف، لأنه ان اعتبر حصول الرضا بالعقد بدون الشرط اتجه الحكم بفساد العقد، و ان عول على الروايه و جب المصير الى القول بالصحه فى مواردنا، و الله العالم (-منه قدس سره-).

قال في النهاية: لو شرطت عليه في حال العقد أن لا يفتضها لم يكن له افتضاؤها فإن أذنت له بعد ذلك في الافتضاض جاز له ذلك.

وقال المحقق في الشرائع: وإذا شرط أن لا يفتضها لزم الشرط، ولو أذنت بعد ذلك جاز عملاً بإطلاق الرواية، وقيل: يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع وهو تحكم.

و استدلو على ذلك بما تكرر من الحديث المستفيض (١)

«المؤمنون عند شروطهم».

و ما رواه

الشيخ (٢) عن سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له:

رجل جاء إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر و التماس، و تنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي و تلذذ بما شئت فإنني أخاف الفضيحة، قال: ليس له منها إلا ما اشترط».

و رواه في الكافي (٣) عن عمار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

و عن إسحاق بن عمار (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له رجل تزوج بجاريه عاتق على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس».

و الرواية الأولى داله على جواز اشتراط عدم الوطى مطلقاً، وإن لم يكن بطريق الافتضاض، و هما بإطلاقهما شاملتان للعقد الدائم و المنقطع.

(و ثانيها) ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط من بطلان الشرط و العقد معا في الدائم و صحه الشرط في المنقطع، و هو مذهب العلامة في المختلف و ولده في الشرح

ص: ٥٣٢

١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ذيل ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ذيل ح ٥٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ ح ١.

٣- (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٢٧٠ ح ٨٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩١ ب ٣٦ ح ١.

٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ذيل ح ٥٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ ح ٢.

و اختاره المحقق الشيخ على في شرح القواعد (1) و السيد السند في شرح النافع، قال في المبسوط: إذا كان الشرط يعود بفساد العقد مثل أن تشترط الزوجه عليه أن لا يطأها فالنكاح باطل، لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد، قال: و قد روى أصحابنا أن العقد صحيح و الشرط صحيح و لا يكون له وطؤها، فإن أذنت فيما بعد كان له ذلك، قال: و عندي أن هذا يختص عقد المتعه دون عقد الدوام، و مثله قال القطب الكيدري.

قال في المختلف بعد نقل الأقوال في المسألة: و الوجه عندي ما قاله الشيخ في المبسوط من بطلان العقد و الشرط معا، أما الشرط فلأنه مناف لمقتضى العقد، و من أهم مقتضياته حصول التناسل، و هو يستدعى الوطى، و أما العقد فلعدم الرضاء به بدون الشرط.

و احتجوا على الجواز في المنقطع بأن المقصود الأصلي من التمتع التلذذ و كسر الشهوه دون التوالد و التناسل، و ذلك لا يستدعى الوطى، و عليه نزلوا الروايتين المذكورتين.

قال في المسالك: و هذا لا يخلو من التحكم كما قاله المصنف، لأن النص مطلق، و المقاصد في النكاح مطلقا مختلفه، و جاز أن يكون المطلوب من الدائم ما ادعوه في المنقطع و بالعكس، و لا يعتبر في صحه العقد تتبع غايته، و لا رعايه مقاصده الغائيه، بل يكفي قصد بعضها، و هو متحقق في المتنازع فيهما، انتهى، و هو جيد.

و(ثالثهما) ما ذهب إليه ابن إدريس و جماعه من فساد الشرط في الدائم

ص: ٥٣٣

١ - ١) قال المحقق الشيخ على -رحمه الله- و أما البطلان في الدوام فلأنه مناف لمقتضاه لان المقصود الأصلي منه النسل، و من أهم مقتضياته حصول التناسل و هو يستدعى الوطى فيكون الشرط فاسدا و يفسد به العقد للمنافاه و عدم الرضاء بالعقد الا به، انتهى. (منه-قدس سره-).

و المنقطع، و صحه العقد، قال فى كتاب السرائر: إن شرط ما يخالف الكتاب و السنه كان العقد صحيحا، و الشرط باطلا، و روى أنه إن شرطت عليه فى حال العقد أن لا يفتضاها لم يكن له افتضاها، فإن أذنت له بعد ذلك فى الافتضاض جاز له ذلك، فأوردها شيخنا أبو جعفر فى نهايته إيرادا لا- اعتقادا، لأنه رجع عنه فى مبسوطه، و قال: ينبغى أن يخص هذه الروايه بالنكاح المؤجل دون الدوام، لأن المقصود من ذلك الافتضاض، و الذى يقتضيه المذهب الأول، إذ الشرط باطل لأنه مخالف لموضوع الكتاب و السنه، و لأن الأصل براءه الذمه من لزوم هذا الشرط، و الإجماع غير منعقد عليه، بل ما يورد ذلك إلا فى شواذ الأخبار، انتهى.

أقول: أما ما ذهب إلى بطلان العقد استنادا إلى تلك القاعده التى قرروها، و الضابطه التى اعتبروها فهو مردود بما قدمنا تحقيقه فى غير موضع من أن أكثر الأخبار خرجت على خلاف هذه الضابطه و إن دل بعضها على اعتبارها، فهى حيث لا تصلح لأن تكون ضابطه كليه ترد فى مقابلتها الأخبار، بل الواجب هو العمل على الأخبار فى كل حكم و أفقت تلك الضابطه أو خالفتها، و مع عدم وجود خبر فالتوقف فى المسأله و الرجوع إلى الاحتياط.

و أما من ذهب إلى فساد الشرط فهو أيضا مبنى على ما ذكره و ادعوه من أن الغرض من النكاح الدائم و التوالد و التناسل الذى يتوقف على الجماع، و أنه بذلك يكون هذا الشرط مخالفا للكتاب و السنه.

و فيه ما ذكره شيخنا الشهيد الثانى فإنه كلام موجه، و يرجع ذلك إلى منع مخالفه الكتاب و السنه، فإنه حيث دل الخبر على صحه اشتراطه فلا مخالفه فيه، و أنه شرط سائغ كغيره من الشروط السائغه، و الغرض من النكاح غير منحصر فى الجماع و لا طلب الولد فإن (1) كان هو أعظم غاياته.

بقى الكلام فى الأخبار المذكوره، و لا ريب أن ظاهرها العموم للنكاح الدائم

ص: ٥٣٤

(١- ١) الصحيح «و ان» و لعله اشتباه وقع من النسخ.

و المنقطع، إلا أن احتمال الحمل على المنقطع قائم بقريته ذكر خوف الفضيحة في الرواية الأولى.

و(رابعها) ما ذهب إليه ابن حمزه و هو كقول ابن إدريس في الدائم مع الحكم بصحتها في المنقطع، قال-على ما نقله عنه في المختلف-: الشرط الذي لا يقتضيه العقد و يخالف الكتاب و السنه يبطل الشرط، دون العقد، و هي تسعه، اشتراطها عليه أن لا يتزوج عليها في حياتها و بعد وفاتها و لا يتسرى و لا يجامعها إلا في نكاح المتعه.

أقول: و وجهه يعلم مما تقدم، و كيف كان فإن المسألة لما عرفت لا تخلو من شوب الاشكال، و إن كان الأقرب هو القول الأول (1) و ينبغي التنبيه على أمرين:

الأول: المذكور في كلام الأصحاب في هذا المقام هو اشتراط عدم الافتضاض، و الظاهر جريان الحكم في الوطى مطلقا كما تضمنه خبر سماعه، و حينئذ فيجوز فيه الكلام كما في الافتضاض، و هل اشتراط عدم التقبيل و نحوه و من مقدمات الوطى معه كذلك؟ قال في شرح القواعد: لم أقف فيه على شيء، و إلحاقه باشتراط عدم الوطى ليس ببعيد، و ينبغي أن يستوى في ذلك الدوام و المتعه، انتهى.

و قال في المسالك: و لو اشترط ترك بعض مقدمات الوطى ففي إلحاقه باشتراط تركه وجهان: من مساواته له في المقتضى، و اختصاص الوطى بالنص، و في الأول قوة، لضعف المخصص.

أقول: لا يخفى أن المقتضى لا اشتراط عدم الوطى هو خوف الفضيحة كما تضمنه الخبر الأول، و هذا لا يجري في مقدمات النكاح من تقبيل و نحوه، و مورد النص هو الوطى خاصة و الخروج عنه إلى تلك الأمور قياس لا يوافق أصول المذهب،

ص: ٥٣٥

١- ١) لا اعتضادها بعموم الآية أعنى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و الخبر المستفيض المتقدم الدال على وجوب الوفاء بالشرط و الخبرين المذكورين، و ليس لذلك معارض إلا- ما يدعونه من منافاه الشرط المقصود بالنكاح، و قد عرفت ما فيه، و من هنا استشكل العلامة في القواعد، و قد عرفت ضعف المعارض. (منه-قدس سره-).

و هو قد عمل بمقتضى النص، و وافق الشيخ فى النهايه فيما أفتى به عملا بالنص المذكور، و كيف يطعن فيه بالضعف هنا، و هو قد عمل به فى الأصل المسأله؟ الثانى: قد عرفت أنه على القول بصحة شرط عدم الافتضاخ فإنه يلزم و لا- يجوز له الافتضاخ، فإذا أذنت بعد ذلك فى جوازه قولان:

(أحدهما) الجواز، و به قطع الشيخ و المحقق فيما تقدم من عبارتيهما، و عليه دل خبر إسحاق بن عمار، و علل أيضا بأن المنع حق لها فيزول بإذنها إذ الزوجيه متحققه.

و(ثانيهما) العدم، لأن الفروج لا تحل بالاذن بل بالعقد، و لما لم يكن العقد مثمرا للحل لم يكن للاذن اعتبار.

و أجيب عنه بأن السبب فى الحل هو العقد المتقدم، لا مجرد الإذن، غاية الأمر أن الشرط كان مانعا من عمل السبب عمله، و بالاذن يرتفع المانع، و ظاهر المحقق الشيخ على فى شرح القواعد اختيار الثانى محتجا بما نقلناه، و أن الروايه ضعيفه، و فيه ما عرفت من الجواب عما احتج به، و الطعن بضعف الروايه غير مسموع عندنا.

و قال فى شرح النافع- بعد ذكر دليل القول الثانى و جوابه:- و المسأله محل تردد، و إن كان القول بالجواز لا يخلو من قرب، و الظاهر أن منشأ التردد عنده ضعف الروايه الداله على الجواز.

و بالجمله فالعمل على ما دل عليه الخبر، و لا يلتفت إلى هذه التعليقات فى مقابله.

المسأله السادسه [فيما لو اشترط أن لا يخرجها من بلدها]

اشاره

اختلف الأصحاب فيما إذا اشترط أن لا- يخرجها من بلدها، فقليل: يلزم الشرط، و هو قول الشيخ فى النهايه، قال فى الكتاب المذكور: و متى شرط الرجل لامرأته فى حال العقد أن لا يخرجها من بلدها لم يكن له أن يخرجها إلا برضاها، و تبعه على ذلك جمع من الأصحاب منهم ابن حمزه و ابن البراج

و العلامه فى المختلف و الإرشاد و الشهيد فى اللمعه و شرح نكت الإرشاد، و ظاهر المحقق فى الشرائع التوقف فيه، حيث قال: قيل يلزم و هو المروى، فإن نسبه إلى قيل ثم إلى الروايه مما يؤذن بتمريضه و التوقف فيه، و نحو ذلك عبارته العلامه فى القواعد أيضا.

و يدل عليه صريحا ما رواه

الشيخ (١) فى الصحيح عن أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى الرجل يتزوج امرأه و يشترط لها أن لها يخرجها من بلدها، قال: يفى له لذلك (أو قال: يلزمه ذلك)».

و ما رواه

فى التهذيب (٢) عن على الميثمى عن ابن عمير قال:

«قلت لجميل ابن دراج: رجل تزوج امرأه و شرط لها المقام بها فى أهلها أو بلد معلوم، فقال:

قد روى أصحابنا عنهم عليهم السلام أن ذلك لها، و أنه لا يخرجها إذا شرط ذلك لها».

و يدل عليه عموما أيضا ما رواه

فى التهذيب عن السكونى (٣) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

«أن عليا عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فإن المؤمنين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما».

و يؤكد أيضا أن ذلك شرط مقصود للعقلاء، و الأغراض تتعلق باللبث فى المنازل و الاستيطان فى البلدان التى حصل بها الأُنس، و النشوء بين الأهل و رعايه مصلحتها و ذلك أمرهم، فجاز اشتراطه لهذه الأغراض الصحيحه المترتب عليه.

و ذهب ابن إدريس إلى بطلان الشرط و صحه العقد، و تبعه عليه جميع منهم المحقق الشيخ على فى شرح القواعد، و نقل أيضا عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف

ص: ٥٣٧

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٢ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٢ ح ٦٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ٣.

٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٨٠ لكن عن إسحاق بن عمار و فيه «المسلمين» بدل «المؤمنين»، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ح ٤.

قالوا: لأن الاستمتاع بالزوجه فى جميع الأزمنه و الأمكنه حق للزوج بأصل الشرع فإذا شرط ما يخالفه بطل.

و أجابوا عن الروايه الأولى حيث إنها هى المتداوله فى كلامهم بالحمل على الاستحباب، و فيه أن الحمل على الاستحباب-الذى هو خلاف الظاهر- فرع وجود المعارض الأقوى، و المعارض هنا ليس إلا هذا التعليل، و ضعفه ظاهر للمتأمل بعين الإنصاف.

فإن فيه (أولاً) إن ما ادعى من كون الاستمتاع فى جميع الأزمنه و الأمكنه حقاً للزوج إن أريد مع عدم الشرط فهو مسلم و لا يضرنا، و إن أريد و لو مع الشرط فهو محل البحث و عين المتنازع فيه، فالاستدلال به مصادره محضه.

و (ثانياً) إنه لا تخفى أن الشروط إنما هى بمنزله الاستثناء فى الكلام الذى هو عبارته عن إخراج ما لو لا استثناء لدخل بمعنى أن مقتضى العقد هو الدخول و لكن بالاشتراط يجب خروجه، و لو كان اشتراط ما يخالف الثابت بالعقد و الشرع باطلاً للزم بطلان جميع الشروط المخالفه لمقتضى العقد كاشتراط تأجيل المهر، و إسقاط الخيار فى البيع، و انتفاع البائع بالمبيع مده معينه، و كذا المشترى بالثمن مده معينه، و هو معلوم البطلان، و المستفاد من الأخبار أن البطلان فى الشروط إنما هو باعتبار المخالفه للكتاب و السنه، و هو المشار إليه بقولهم فى تلك الأخبار، و منها الروايه التى قدمناها ما أحل حراماً أو حرم حلالاً، و بذلك يظهر لك ضعف القول المذكور و أنه بمحل من القصور، سيما بعد دلالة الأخبار الواضحه عليه كما عرفت عموماً و خصوصاً،

[تنبيهات]

إشارة

و ينبغى التنبيه على أمور:

الأول:

قد نقل جملة من الأصحاب منهم المحقق الشيخ على كما تقدم موافقه مذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف لما ذهب إليه ابن إدريس من بطلان الشرط، و صحه العقد فى صورته اشتراط أن لا يخرجها من بلدها، و الموجود فى عبارته الشيخ فى الكتابين إنما هو اشتراط أن لا يسافر بها، و لهذا اعترضهم فى المسالك بأن

عد الشيخ من جمله القائلين بالمنع فى المسأله كابن إدريس و غيره ليس كذلك، قال: لأن السفر أمر آخر غير الخروج من البلد كما لا يخفى و الخروج من البلد قد يصدق من غير السفر، انتهى.

أقول: الظاهر أن ما استدركه -رحمه الله- على الأصحاب ليس فى محله لعدم خطور هذه التديققات -التي جرى عليها هو و غيره من المتأخرين- ببال الشيخ، و ذكره عدم السفر إنما أراد به عدم الخروج تجوزا على الغالب من أن الخروج عن البلد لأجل الاستيطان إنما يكون بالسفر.

الثانى:

قد صرح فى المسالك و غيره فى غيره بأنه على تقدير القول بصحة الشرط هنا، فهل يتعدى الحكم إلى شرط أن لا يخرجها من منزلها و من محلها أم لا؟ وجهان، من مشاركته النصوص فى الحكمه الباعثه على الحكم و عموم الأدله الأخرى، و من عدم النص و بطلان القياس. و قطع الشهيد فى المعه بالأول، و اختاره السيد السند فى شرح النافع، و قواه جده فى المسالك.

و بالثانى صرح المحقق الشيخ على فى شرح القواعد معللاً له بأن اشتراط ذلك على خلاف الأصل لما قلناه من أن سلطنه إسكان الزوجه بيد الزوج، فيقتصر فيه على مورد النص، قال: و الأصح عدم التعدى.

أقول: لا يخفى أن كلام كل من هذين القائلين و ما اعتمد عليه فى البين مبنى على أنه ليس فى المسأله إلا صحيحه أبى العباس المذكوره التى موردها الإخراج من البلد، فإنها هى المتداوله فى كلامهم، و الجاربه فى هذا المقام على رؤوس أقلامهم، و أما على ما نقلناه من الخبرين الأخيرين فإنه لا إشكال فى صحه التعدى إلى ما ذكره من هذه المواضع.

فإن (الأولى) منهما دلت على أنه لو شرط لها المقام فى أهلها أو بلد معلوم و جب عليه الوفاء به، و الأولى منهما هو ما ذكره من أنه شرط لها أن لا يخرجها من منزلها.

و (الثانيه) منهما قد دلت على أن من شرط لامرأته شرطاً فليف به،

و علله بالخبر المستفيض، و لا ريب أن المفروض هنا من قبيل ذلك، و حينئذ فالواجب هو الاستدلال بما ذكرناه من الأخبار، و لا يحتاج إلى ما بنوه عليه، و وقعوا به بسببه في التردد من تلك الوجوه، إلا أنهم لعدم الاطلاع على هذه الأخبار في عذر مما أوردناه عليهم، ثم إنه مع قطع النظر عن هذين الخبرين و الرجوع إلى ما ذكره من التعليقات، فالظاهر تعدى الحكم إلى هذه المذكورات عملاً بعموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالشروط إلا ما استثنى، و ليس هذا منه، و به يندفع ما قيل من أنه قياس فإن العمل كما يجب بالأدلة الخاصة كذلك بالعمومات مع عدم التخصيص، و ما استند إليه المحقق الشيخ على من أن سلطنه إسكان الزوجه بيد الزوج قد عرفت الجواب عنه آنفاً.

الثالث: هل يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد؟

قيل: لا، لأن الذي يعقل سقوطه بالإسقاط هو الحق الثابت و استحقاق السكنى يتجدد بتجدد الزمان، فلا يسقط بالإسقاط كالفقه، و يحتمل السقوط كما في إسقاط الخيار، و هبه مده المتمتع بها، و توقف لذلك السيد السند في شرح النافع.

أقول: لا ريب أن الشرط المذكور هو أن لا يخرجها من البلد، و إسقاطه هو الرضاء بالخروج، و لا ريب في أنه مع الرضاء بالخروج مع طلب الزوج ذلك، فإن الواجب شرعاً هو الخروج لوجوب طاعته بمقتضى الأدلة، و لا معارض لها هنا مع رضاها، و لو تم ما ذكره من عدم السقوط بإسقاطها الشرط المذكور لكان لها التخلف عن طاعته بغير عذر شرعي، و هو باطل، و الظاهر أن ما ذكره من عدم السقوط بالإسقاط إنما هو بالنسبة إلى الحق المالى الذى يتجدد بتجدد الزمان كنفقه الزوجه مثلاً، لا مطلق الحق، و الحق الذى لها هنا هو عدم الخروج و متابعتها فيه لا السكنى كما ذكره، فإذا أسقطت حقها و رضيت بالخروج سقط و جب عليها الخروج مع طلب الزوج ذلك.

المسألة السابعة: لو شرط لها مائة دينار إن خرجت معه،

و خمسين إن

ص: ٥٤٠

لم تخرج معه، فإن أخرجها إلى بلد الشرك يبطل شرطه و لزمته المائه، و إن أخرجها إلى بلاد الإسلام لزم الشرط.

و المستند فى هذا الحكم ما رواه

الكلينى (١) فى الحسن عن على بن رثاب عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال:

«سئل و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه على مائه دينار على أن تخرج معه إلى بلاده» فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون دينار، أ رأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها فى ذلك، و لها مائه دينار التى أصدقها إياها، و إن أراد أن يخرج بها إلى بلد المسلمين و دار الإسلام فله ما اشترط عليها، و المسلمون عند شروطهم، و ليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدى إليها صداقها، أو ترضى من ذلك بما رضيت و هو جائز له».

أقول: لا ريب أن هذه المسألة من فروع المسألة السابقة، فكل من منع من صححه هذا الشرط ثمه كابن إدريس و من تبعه منع من الصحة هنا، و إن صح العقد.

و من جوز الشرط و قال بصحته ثمه، فبعض منهم قالوا بذلك هنا أيضا، و بعض توقف و تنظر هنا.

و من الأولين الشيخ فى النهايه و جماعه منهم العلامة فى أكثر كتبه، و المحقق فى النافع عملا - بالخبر المذكور و عموم الأمر بالوفاء بالشروط.

و من الآخريين المحقق فى الشرائع فإنه حكم بالصحة فى المسألة الاولى، و تردد فى هذه المسألة.

ثم إن قوله عليه السلام فى الجواب «إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك» إلى آخره معناه أنه لما اشترط عليها أن يخرج إلى بلاده، و هو أعم من أن يكون بلاد الإسلام أو بلاد الشرك أراد عليه السلام إيضاح الحكم بالنسبة إلى كل

ص: ٥٤١

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ٢.

من الفردين، فقال: إن كان بلاده التي شرط الخروج إليها بلاد الشرك فإنه لا شرط له عليها في ذلك، بمعنى أن شرطه باطل، و الوجه فيه ظاهر، لما في الإقامه في بلاد الشرك من الشرر بالمسلم في دينه، فلا يجب عليها إطاعته، و كان لها مجموع المائة الدينار التي أصدقها إياها، و إن كان بلاده بلاد الإسلام فله ما اشترط عليها، بمعنى أنه يجب عليها متابعتة و الوفاء بما شرطه عليها من الخروج إلى بلاده، لدخوله في الحديث المشهور (1)

«المسلمون عند شروطهم».

بقي هنا شيء، و هو أنه قد طعن جملة من الأصحاب في متن هذه الروايه بمخالفتها لمقتضى الأصول في مواضع:

(أحدها) مجهوليه المهر و عدم تعيينه، حيث جعله مائه على تقدير، و خمسين على تقدير.

و (ثانيها) إنه أوجب فيها مائه دينار على تقدير إرادته الخروج بها إلى بلاد الشرك، و إنه لا شرط له عليها، بمعنى أنه لا يجب عليها الخروج معها مع أنه خلاف الشرط الذي وقع العقد عليه، لأن استحقاق المائة إنما وقع على تقدير الخروج معه إلى بلاده كائنه ما كانت، فكيف تستحق المائة مع عدم الخروج؟ و (ثالثهما) الحكم بعدم جواز إخراجها إلى بلاده- و إن كانت دار الإسلام- إلا بعد أن يعطيها المهر الشامل لما لو كان ذلك قبل الدخول و بعده، مع أنه بعد الدخول لا يجوز لها الامتناع عند أكثر الأصحاب، كما تقدم على أنه لا- يجب عليه إعطاء المهر مطلقاً من دون أن تطلبه، مع أنه قد حكم في الروايه بعدم جواز خروجه بها إلا بعد أن يؤدي صداقها، و لو لم تطلبه، و ربما كان منشأ تردد المحقق كما قدمنا نقله عنه من هذه المخالفات التي اشتملت عليها الروايه، و ظاهر المحقق الشيخ على في شرح القواعد بناء على مذهبه في المسأله السابقه

ص: ٥٤٢

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٨ و ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ٢.

من موافقه ابن إدريس فى بطلان الشرط، رد الروايه هنا بما اشتملت عليه من هذه المخالفات مضافا إلى ما اعتمد من المخالفات التى ذكرها فى تلك المسأله.

قال فى المسالك: و الذى يوافق الأصل بطلان الشرط المذكور لما ذكرناه، و بطلان المهر لكونه غير معين، و صحه العقد لعدم ارتباطه به كما سلف فى نظائره، و لعدم القائل ببطلانه، و إن كان محتملا، و على هذا فيثبت لها مهر المثل لكونه مجهولا ابتداء، ثم أورد على نفسه جمله من الإشكالات فى المقام. إلى أن قال:

و لو عملنا بالروايه لجوده سندها كان حسنا، و سلمنا من هذا الاشكال، ثم ذكر الاعتذار عن تلك المخالفات.

و قال سبطه السيد السند فى شرح النافع: و الحق أنه إن بلغت الروايه من حيث السند حدا يجب معه العمل بها، و جب المصير إلى ما تضمنته من الأحكام، إذ ليس فيها ما يخالف دليلا قطعيا و إلا و جب ردها و الرجوع إلى مقتضى الأصول المقرره، و هو بطلان المسمى إن قدح فيه مثل هذه الجهاله، و الرجوع إلى مهر المثل أو بطلان العقد من رأس، لعدم الرضاء به دون الشرط، انتهى.

أقول: و كلامه هنا كلام متردد و متوقف، و لعله من حيث إن الروايه ليست من قسم الصحيح باصطلاحهم، و إنما هى من الحسن، و كلامه فيه لا يخلو من اضطراب مع أن حسننها إنما هو بإبراهيم بن هاشم الذى لا راد لحديثه، بل عدّه فى الصحيح جمله من أرباب هذا الاصطلاح.

ثم إنه لا يخفى أنه قد تقدم فى غير موضع من هذا الكتاب فى كتب المعاملات مما لا يكاد يحصى كثره من ورود الأحاديث على خلاف قواعدهم المقرره و ضوابطهم المعتره و اضطراب كلامهم فى ذلك، فما بين أن يعملوا بالأخبار فى بعض تلك المواضع، و يغمضون النظر عن تلك القواعد، و ما بين أن يردوا النصوص و قوفا على تلك القواعد، و ما بين أن يتكلفوا الجمع بين الجميع.

و الحق هو الوقوف على ما وردت به الأخبار كما قدمنا فى غير موضع على

أن المخالفه الاولى مدفوعه بما تقدم فى كتاب البيع (1) من الأخبار الداله على صحه البيع مع الترديد فى الثمن بين كونه نسبه بكذا و كذا و نقدا بكذا و كذا، و قد ذكرنا ثمه صحه ذلك كما دلت عليه الأخبار و إن كان خلاف قواعدهم، و قد صرحوا أيضا بالصحه فيما لو قال: إن خطته كذا فلك كذا، و إن خطته كذا فلك كذا، و هذا كله مما يؤيد الصحه هنا مع أنه قد تقدم النقل عنهم بالاكْتفاء فى المهر بالمشاهده عن الكيل و الوزن فيما يشترط فيه الكيل و الوزن نظرا إلى أن مثل هذه الجهاله غير مؤثره فى بطلان المهر، لأنه ليس على حد المعاوضات المشترطه فيها المعلوميه من كل وجه، و قد تقدم فى المسأله الرابعه من البحث الأول من المقصد الثانى فى المهور ما فيه مزيد تأييد لما ذكرناه و تأكيد لما سطرناه، و بالجمله فالعمل على ما دل عليه الخبر فى المقام، و هكذا فى غير هذا من الأحكام، و الله العالم.

المسأله الثامنه [بطلان النكاح بشرط الخيار]

المشهور بين الأصحاب بطلان النكاح بشرط الخيار، و به قطع الشيخ فى المبسوط و غيره من المتأخرين، و عللوه بأن النكاح ليس من عقود المعاوضات القابله لخيار الشرط، بل فيه شائبه العباده، فالشرط يخرج عن وضعه، و حينئذ فيبطل الشرط، و أما بطلان العقد فلأن التراضى لم يقع على العقد إلا مقترنا بالشرط المذكور، و إذا لم يتم الشرط لم يصح العقد مجردا لعدم القصد إليه كذلك، و صحه العقود مترتب على القصد، فليس إلا الحكم ببطلانها معا و صحتهما معا، لكن لا سبيل إلى الثانى، لمنافاته وضع النكاح كما عرفت، فتعين الأول، قال فى المسالك: و هذا هو الأقوى.

أقول: مبنى هذا الاستدلال على ثبوت هذه القاعده التى تكررت فى كلامهم، و هى أن العقود بالقصد، و القصد هنا إنما توجه للعقد المقرون بذلك الشرط، و حينئذ فيبطل مع بطلان الشرط، لعدم القصد المذكور، و فيه ما نبهنا

ص: ٥٤٤

عليه في غير موضع مما تقدم من أن الأخبار الواردة في هذا المضممار تدفع هذه القاعدة، و تبطل ما يترتب عليها من الفائدة لتكاثرها بصحة العقد مع بطلان الشرط في غير موضع من الأحكام.

و بذلك يظهر لك قوه ما ذهب إليه ابن إدريس في هذه المسأله من صحة العقد و بطلان الشرط، و وجهه ما أشار إليه من وجود المقتضى لصحة العقد، و هو اجتماع شرائط الصحة فيه، لأنه الفرض، و انتفاع المانع إذ ليس إلا اشتراط الخيار فيه و إذا كان العقد غير قابل للخيار لنفى شرطه، و عمل بمقتضى العقد لأصالة الصحة، و عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (1) كما لو اقترن بغيره من الشرائط الفاسده، فإن كل واحد من العقد و الشرط أمر منفك عن الآخر، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر، و بالغ في ذلك فقال: إنه لا دليل على البطلان من كتاب و لا سنه و لا إجماع، بل الإجماع على الصحة لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا، و إنما هو تخريج المخالفين و فروعهم، إختاره الشيخ على عادته في الكتاب. انتهى، و هو جيد لما عرفت.

و أما اشتراط الخيار في الصداق فالظاهر أنه لا مانع من صحته و قد تقدم تحقيق القول في هذه المسأله بكلا فرديها في المسأله السادسه من الفصل الأول في العقد.

المسأله التاسعه [في أن المرأه تملك المهر بمجرد العقد]

المشهور بين الأصحاب أن المرأه تملك المهر بمجرد العقد، و إن كان الملك كاملاً لا يستقر إلا بالدخول، فلو طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه إن كان قد دفعه إليها، و خالف في ذلك ابن الجنيد، فقال: الذي يوجب العقد من المهر المسمى النصف، و الذي يوجب النصف الثاني من المهر بعد الذي وجب بالعقد منه هو الوقاع، أو ما قام مقامه من تسليم المرأه نفسها لذلك.

ص: ٥٤٥

احتج من ذهب إلى الأول بقوله عز وجل «وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ» (١) حيث أضاف الصداق إليهن، ولم يفرق بين قبل الدخول وبعده، وأمر أيضا بإيتائهن ذلك، فثبت أن الكل لهن، وأن الصداق عوض البضع، فإذا ملك الزوج البضع بالعقد وجب أن تملك المرأة عوضه لأن ذلك مقتضى المعاوضه، وهذا الوجه من حيث الاعتبار جيد.

ويدل على ذلك أيضا موثقه عبيد بن زراره المرويه في الكافي (٢)، وكذا موثقه المرويه في التهذيب (٣) وقد تقدمنا في المسأله الثالثه، وتقدم القول في تقريب الاستدلال بهما، ويدل على ذلك أيضا الأخبار الآتية إن شاء الله في مسأله موت أحد الزوجين قبل الدخول الداله على ان الزوجه المتوفى عنها زوجها قبل الدخول تستحق المهر كاملا.

و منها

صحيحه منصور بن حازم (٤) قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يدخل بها، قال: لها صداقها كاملا و ترثه و تعتد أربعة أشهر و عشرا كعده المتوفى عنها زوجها».

و التقريب فيها أنه لو كان الأمر كما يدعيه ابن الجنيد من أنها لا تملك بالعقد إلا النصف، و النصف الآخر إنما تملكه بالدخول و التمكين لما حكم عليه السلام بأن الصداق بعد الموت لها كاملا، إلا أنه قد تقدم في المسأله المشار إليها دلالة روايه أبي بصير على ما ذهب ابن الجنيد بالتقريب الذي ذكرناه ثمه، و من أجل ذلك بقى الإشكال في المسأله، و العلامه في المختلف احتج لابن الجنيد بأنه لو ملكت بالعقد لاستقر و لم يزل عن ملكها إلا بسبب ناقل كييع و نحوه.

ص: ٥٤٦

١-١ (١) سورة النساء-آيه ٣.

٢-٢ (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ١٤ ح ٤.

٣-٣ (٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ١٤ ح ٤.

٤-٤ (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٧، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٣.

و ما رواه

يونس بن يعقوب (١) عن الصادق عليه السلام قال:

«لا يوجب المهر إلا الوقاع فى الفرج».

و عن محمد بن مسلم (٢) عن الباقر عليه السلام قال:

«سألته متى يجب المهر؟ قال:

إذا دخل بها».

قال: و هو يقتضى عدم الوجوب مع عدم الدخول، ثم رده بما ملخصه:

منع الملازمه فى الأول، فإن الوجوب أعم من الاستقرار، ولأن المتبادر من الوجوب اللزوم، و الاستقرار و انتفاؤه قبل الدخول لا يقتضى انتفاء أصل الملك.

و بالجملة فإن محل الاشكال إنما هو باعتبار دلالة ظاهر روايه أبى بصير المذكوره على ما ادعاه، و ما أجيب به عنها قد عرفت ما فيه مما قدمناه فى تلك المسأله، و لا يحضرنى الآن وجه تحمل عليه.

ثم إن مما يتفرع على الخلاف المذكور جواز التصرف لها فى المهر قبل القبض و عدمه، فمتى قلنا بملكها له بمجرد العقد فإنه يجوز لها التصرف فيه قبل القبض و بعده عملاً بالخبر المشهور عنه صلى الله عليه و آله (٣)

«الناس مسلطون على أموالهم».

و قضيه التسلط جواز التصرف.

و نقل عن الشيخ فى الخلاف أنه منع منه قبل القبض استناداً إلى ما

روى عنه صلى الله عليه و آله (٤)

«أنه نهى عن بيع ما لم يقبض». و بأن تصرفها بعد القبض جائز بالإجماع، و لا دليل على جوازه قبله، و ضعفه أظهر من أن يخفى.

أما (أولاً) فلأن النهى فى الخبر على إطلاقه ممنوع، و مورده إنما هو النهى عن بيع ما اشتراه قبل قبضه لا مطلقاً، سلمنا، لكن لا يلزم من النهى عن بيعه النهى عن مطلق التصرف الذى هو المدعى، لأن نفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم.

و أما (ثانياً) فإنه يمكن حمل النهى على الكراهه جمعاً.

- ١-١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٦.
- ٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٧.
- ٣-٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٢ ص ٣٨٢ ح ٦.

و أما (ثالثا) فلأن نفي الدلالة على جواز التصرف فيه قبل القبض ممنوع، و سند المنع قد عرفته، و الدليل لا ينحصر في الإجماع.

و أما (رابعا) فإنه قد اعترف قبل هذا الكلام في الكتاب المذكور كما نقله عنه في المختلف- بأن المرأة تملك الصداق بالعقد، و هو في ضمان الزوج إن تلف قبل القبض، و هو ظاهر المناقضة لما ذكره، و بالجمله فإن كلامه هنا عليل لا يلتفت إليه و لا يعول عليه.

المسألة العاشرة [في حكم المهر مع موت أحد الزوجين قبل الدخول]

قد عرفت أن الأشهر الأظهر هو وجوب المهر كاملا بمجرد العقد، إلا أنه لا يستقر إلا بالدخول، و أنه لا خلاف نضا و فتوى في استقراره بالدخول. و عليه تدل الأخبار المستفيضة، و قد تقدم شطر منها في المسألة الثانية من هذا البحث، و أنه ينتصف بالطلاق قبل الدخول من غير خلاف، كما دلت عليه الأخبار، و قد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثالثة.

بقي الكلام هنا في حكم المهر مع موت أحد الزوجين قبل الدخول، و أنه هل ينتصف المهر بذلك أم لا؟ و الواجب أولا نقل ما وصل إلينا من كلامهم، ثم نقل الأخبار الواردة في المقام، و الكلام فيها بما يسر الله تعالى فهمه ببركة أهل الذكر عليهم السلام.

فنقول: قال الشيخ في النهاية: و متى مات الرجل عن زوجته قبل الدخول بها و جب على ورثته أن يعطوا المرأة المهر كاملا، و يستحب لها أن تترك نصف المهر، فإن لم تفعل كان لها المهر كله. و إن ماتت المرأة قبل الدخول بها كان لأولياها نصف المهر، و تبعه ابن البراج في الكامل، و قال في المهذب: لورثتها المطالبة بالمهر، و قطب الدين الكيدري تابع الشيخ أيضا، و قال ابن حمزة: يلزم المهر المعين بنفس العقد، و يستقر بأحد ثلاثه أشياء بالدخول و الموت و ارتداد الزوج (1).

ص: ٥٤٨

١ - ١) أي ارتداده عن فطره، و بنحو هذه العبارة عبر الشهيد الثاني في الروضة، فقال: و يستقر بأحد أمور أربعة: الدخول إجماعا، و رده الزوج عن فطره و موته في الأشهر. انتهى، و الظاهر أن الوجه في استقراره بالرده هو ثبوت المهر عليه بالعقد، فيجب الحكم باستمراره إلى أن يعمل وجود المسقط، و لم يثبت أن الرده توجب السقوط. (منه- قدس سره-).

وقال ابن إدريس: متى مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر جميع المهر كاملاً، لأن الموت عند محصلى أصحابنا يجرى مجرى الدخول فى استقرار المهر جميعه، و هو اختيار شيخنا المفيد فى أحكام النساء، و هو الصحيح لأننا قد بينا بغير خلاف بيننا أن بالعقد تستحق المراه جميع المهر المسمى، و يسقط بالطلاق قبل الدخول نصفه، و الطلاق غير حاصل إذا مات، فيقينا على ما كنا عليه من استحقاقه فمن ادعى سقوط شىء منه يحتاج إلى دليل، و لا دليل على ذلك من إجماع، لأن أصحابنا مختلفون فى ذلك، و لا من كتاب الله تعالى، و لا تواتر أخبار و لا دليل عقلى، بل الكتاب قاض بما قلناه، و العقل حاكم بما اخترناه، ثم نسب كلام الشيخ فى النهايه إلى أنها أخبار آحاد أو ردها إيراداً لا اعتقاداً، فلا رجوع عن الأدله القاهره اللائحه، و البراهين الواضحه بأخبار الآحاد التى لا توجب علماً و لا عملاً.

قال فى المختلف: و قول ابن إدريس قوى، ثم قال فى المختلف: تذييب:

لو مات الزوج قبل الدخول و جب لها المهر كاملاً كما نقلناه فى صدر المسأله.

وقال الصدوق فى المقنع: و فى حديث آخر إن لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهراً فلها نصفه، و لها الميراث و عليها العده، و هو الذى أعتد به و أفتى به، و الوجه الأول لما تقدم، انتهى.

أقول: ظاهر كلامه أنه لا مخالف فى وجوب المهر كاملاً بموت الزوج إلا الصدوق فى المقنع، و قد اقتفاه فى نقل هذا القول من تأخر عنه، و الذى وقفت عليه فى كتاب المقنع لا يساعد ما تذكره، بل ظاهره إنما هو موافقه القول المشهور.

و هذه صورته عبارته فى النسخه التى عندى: و المتوفى عنها زوجها التى لم يدخل بها، إن كان فرض لها صداقاً فلها صداقها الذى فرض لها، و لها الميراث و عدتها أربعة أشهر و عشر، كعده التى دخل بها. و إن لم يكن فرض لها مهراً

فلا- مهر لها، و عليها العده و لها الميراث. و فى حديث آخر إن لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهرا فلها نصفه و لها الميراث و عليها العده.

هذه صورته ما فى الكتاب و الظاهر منه هو الفتوى بما ذكره أولا من وجوب المهر كاملا، و القول بالنصف إنما نسبه إلى الروايه مؤذنا بضعفه أو التوقف فيه، كما هو الجارى فى عبارته غيره، فقله «و هو الذى أعتده و أفتى به» يعنى القول بالتنصيف لا أعرف له وجهها، و هذه عبارته كما عرفت، و لا يحضرنى الآن نسخه اخرى من الكتاب المذكور، فليتأمل فى ذلك.

هذا و أما روايات المسأله فمنها ما رواه

فى الكافى و التهذيب (١) فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام

«فى الرجل يموت و تحته امرأه لم يدخل بها، قال:

لها نصف المهر و لها الميراث كاملا و عليها العده كامله».

و ما رواه

فى التهذيب (٢) عن عبيد بن زرارته فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه و لم يدخل بها، قال: إن هلكت أو هلك أو طلقها و لم يدخل بها فلها النصف و عليها العده كاملا و لها الميراث».

و ما رواه

فى الكافى (٣) عن عبد الرحمن بن حجاج فى الصحيح عن رجل عن على بن الحسين عليه السلام

«أنه قال فى المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها: أن لها نصف الصداق و لها الميراث و عليها العده».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (٤) فى الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبى

ص: ٥٥٠

١-١) الكافى ج ٦ ص ١١٨ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٨، الوسائل ج ١٥ ص ٧١ ح ١.

٢-٢) الكافى ج ٦ ص ١١٨ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٩، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ح ٣.

٣-٣) الكافى ج ٦ ص ١١٨ ح ٣ و ج ٧ ص ١٣٢ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ح ٥.

٤-٤) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ١٠٠، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ح ٦.

عبد الله عليه السلام قال: «إن لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهرا فلها نصف ما فرض و لها الميراث و عليها العده».

و عن زراره (١) في الصحيح قال:

«سألت عن المرأة تموت قبل أن يدخل بها أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها؟ فقال أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها، وإن لم يكن فرض لها، فلا مهر لها».

و ما رواه

في الكافي (٢) عن ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام

«أنه قال في امرأة توفيت قبل أن يدخل بها، ما لها من المهر؟ وكيف ميراثها؟ فقال: إذا كان قد فرض لها صداقا فلها نصف المهر، و هو يرثها، و إن لم يكن فرض لها صداقا فلا صداق لها. و قال في رجل توفى قبل أن يدخل بامرأته، قال: إن كان فرض لها مهرا فلها نصف المهر، و هي ترثه، و إن لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر لها».

و رواه

في التهذيب (٣) في الصحيح مثله إلى قوله

«فلا صداق لها».

و ما رواه

في الكافي و التهذيب (٤) عن عبيد بن زراره و أبي العباس

«قالا: قلنا لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل تزوج امرأة ثم مات عنها و قد فرض لها الصداق؟ فقال: لها نصف الصداق و ترثه من كل شيء، و إن ماتت فهو كذلك».

و عن عبيد بن زراره (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام

«في المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها، قال: هي بمنزلة المطلقة التي لم يدخل بها، إن كان سمى لها مهرا فلها نصفه» الحديث.

ص: ٥٥١

١- (١) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٨، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٧.

٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٨.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١٠٩، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٨.

٤-٤) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٧، التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٩.
٥-٥) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٧٤ ح ١١.

و عن الصيقل و أبي العباس (١) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام

«في المرأة يموت عنها زوجها قبل أن يدخل بها، قال: لها نصف المهر». الحديث.

و ما رواه

في الكافي و الفقيه (٢) عن عبيد بن زرارة في الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة هلك زوجها و لم يدخل بها، قال: لها الميراث و عليها العده كامله، و إن سمي لها مهرا فلها نصفه، و إن لم يكن سمي لها مهرا، فلا شيء لها».

و ما رواه

في الفقيه (٣) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يتزوج المرأة ثم يموت قبل أن يدخل بها، فقال: لها الميراث- إلى أن قال: -و إن كان سمي لها مهرا يعني صداقا فلها نصفه» الحديث.

و ما رواه

في التهذيب (٤) عن الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام

«في رجل تزوج امرأة و لم يسم لها مهرا فمات قبل أن يدخل بها، قال: هي بمنزله المطلقه».

هذا ما وقفت عليه من أخبار التنصيف في موت الزوج.

و أما الأخبار الداله على الجميع فمنها:

ما رواه

في التهذيب (٥) عن سليمان بن خالد قال:

«سألته عن المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها، فقال: إن كان فرض لها مهرا فلها مهرا و عليها العده و لها الميراث و عدتها أربعة أشهر و عشرة، و إن لم يكن قد فرض لها مهرا فليس لها مهرا، و لها

ص: ٥٥٢

- ٢-٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ ح ١١، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ح ٤.
- ٣-٣) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٩ ب ١٥٧ ح ١، الوسائل ج ١٧ ص ٥٢٩ ح ١.
- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٨ ح ٤٢، الوسائل ج ١٥ ص ٧٨ ح ٤.
- ٥-٥) التهذيب ج ٨ ص ١٤٥ ح ١٠١ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٧٥ ح ٢٠.

الميراث و عليها العده».

و عن الكنانى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا توفى الرجل عن امرأته و لم يدخل بها فلها المهر كله إن كان سمي لها مهرا و سهمها من الميراث، و إن لم يكن سمي لها مهرا لم يكن لها مهر و كان لها الميراث».

و عن الحلبي (٢) فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام

«قال فى المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها: إن كان فرض لها مهرا فلها مهرا الذى فرض لها و لها الميراث» الحديث.

و رواه بسند آخر عن زراره مثله (٣).

و عن منصور بن حازم (٤) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يدخل بها، قال: لها صداقها كاملا و ترثه» الحديث.

و عن منصور بن حازم (٥) قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة و سمي لها صداقا، ثم مات عنها و لم يدخل بها، قال: لها المهر كاملا و لها الميراث، قلت: فإنهم رويوا عنك أن لها نصف المهر، قال: لا يحفظون عنى إنما ذلك فى المطلقه».

أقول: هذا ما حضرني من أخبار المسألة، و هى كما ترى إنما اختلفت بالنسبة إلى موت الرجل و أكثرها قد دل على التنصيف.

و أما بالنسبة إلى موت المرأة فهى متفقه على التنصيف، و ليس فى شىء منها

ص: ٥٥٣

١-١) التهذيب ج ٨ ص ١٤٥ ح ١٠٢ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢١.

٢-٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٤، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٢.

٣-٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٥، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٢.

٤-٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٧، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٣.

٥-٥) التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٧٧ ح ٢٤.

دلالة على استحقاق ورثتها لجميع المهر، وبذلك يظهر لك ضعف قول من ذهب إلى وجوب الجميع في هذه الصورة، ولا أعرف لهم مستنده في وجوب ذلك إلا وجوب المهر بأصل العقد كما هو ظاهر كلام ابن إدريس فيستصحب الحكم المذكور.

و فيه أنهم قد خرجوا عن ذلك في الطلاق بورود الأخبار الدالة على التنصيف، و الأخبار هنا أيضا قد اتفقت على التنصيف بغير معارض، فيجب الخروج بها عن حكم الاستصحاب المذكور.

ولهذا قال الشيخ -رحمه الله- في التهذيب: على أن الذي اختاره و أفتى هو أن أقول: إذا مات الرجل عن زوجته قبل الدخول بها كان لها المهر كله، وإن ماتت هي كان لأوليائها نصف المهر، وإنما فصلت هذا التفصيل، لأن جميع الأخبار التي قدمناها في وجوب المهر فإنها تتضمن إذا مات الزوج، وليس في شيء منها أنها إذا ماتت هي كان لأوليائها المهر كاملا، وأنا لا أتعدى الأخبار. و أما ما عارضها من التسوية بين موت كل واحد منهما في وجوب نصف المهر فمحمول على الاستحباب الذي قدمناه. و أما الأخبار التي تتضمن أنه إذا ماتت كان لأوليائها نصف المهر، فمحموله على ظاهرها و لست أحتاج إلى تأويلها، و هذا المذهب أسلم لتأويل الأخبار انتهى كلامه.

أقول: أما ما ذكره بالنسبة إلى موت الزوجه ف جيد لما عرفته. و أما بالنسبة إلى موت الزوج من أن الواجب هو الجميع فمحل إشكال، و إن كان هو المشهور في كلامهم، إلا أن ظاهر صاحبى الكافي و الفقيه هو القول بالتنصيف حيث إنهما اقتصرا في نقل أخبار المسألة على أخبار التنصيف، و لم ينقلا شيئا من أخبار وجوب الجميع، و إلى هذا يميل كلام المحدثين الفاضل المحسن الكاشانى في الوافى، و الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملى فى الوسائل، و إلى ذلك أيضا يميل كلام السيد السند فى شرح النافع بعد الإشكال فى المقام، و هو الأقرب عندى.

أما (أولا) فلتكثر الأخبار بالتنصيف كما عرفت منها ما نقلناه، و منها ما لم

نقله مما ورد في مواضع من الأحكام.

منها ما رواه

في الفقيه (١) عن الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام

«في أختين أهديتا إلى أخوين- ثم ساق الحديث إلى أن قال:- فإن ماتتا؟ قال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، و يرثانهما الزوجان، قيل: فإن مات الزوجان؟ قال: ترثانهما و لهما نصف الصداق».

و عن عبد العزيز بن المهتدي عن عبيد بن زرار (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام

«في الرجل يزوج ابنه يتيمه في حجره، و ابنه مدرك و اليتيمه غير مدركه، قال: نكاحه جائز على ابنه، فإن مات عزل ميراثها منها حتى تدرك، فإذا أدركت حلفت بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا- رضاها بالنكاح، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر» الحديث.

و في صحيح أبي عبيد الحذاء (٣) و قد تقدم قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جاريه زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين- إلى أن قال:- قلت: فإن الرجل أدرك قبل الجارية و رضى بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أ ترثه؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر» الحديث.

و في حديث زرار (٤) عن أبي جعفر عليه السلام

«في جاريه لم تدرك لا يجامع مثلها أو رتقاء- إلى أن قال:- قلت: فإن مات الزوج عنهن قبل أن يطلق؟ قال: لها

ص: ٥٥٥

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١١، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٤ ح ٤١، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٧ ح ٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٦ ح ٢.
٢-٢) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٧ ح ٢ و فيه «عبد العزيز العبدى»، الوسائل ج ١٥ ص ٧٤ ح ١٤.
٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠١ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٧١ ح ٢ و ج ١٧ ص ٥٢٧ ح ١.
٤-٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٧ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٧٤ ح ٧٤ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٧٠ ح ١.

الميراث و نصف الصداق و عليهن العده».

و فى حديث عبد الله بن بكير (١) عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى رجل أرسل يخطب عليه امرأه و هو غائب فأنكحوا الغائب و فرضوا الصداق، ثم جاء خبره أنه توفى بعد ما سبق الصداق لها، قال: إن كان أملك بعد ما توفى فليس لها صداق و لا ميراث، و إن كان أملك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق و هى وارثه و عليها العده».

و يؤيده مفهوم الروايات الكثيره الداله على أنه لا يوجب المهر إلا الوقاع فى الفرج، و إذا أدخله و جب الجلد و الغسل و المهر، و نحو ذلك من العبارات.

و أنت خير بأن أخبار المهر كملا و هى الأربع الروايات المتقدمه لا تبلغ قوه فى معارضه هذه الأخبار المستفيضه فى أحكام عديده و مواضع متفرقه، فالواجب هو جعل التأويل فى جانبها لقلتها و رجحان ما عارضها بالكثرة و الاستفاضه.

و أما (ثانيا) فإنه قد نقل جملة من أصحابنا أن جمهور العامه على القول فى هذه المسأله بوجوب المهر كملا.

و يؤيده ما نقله بعض أصحابنا عن كتاب ينابيع الأحكام فى معرفه الحلال و الحرام حيث قال: و يتقرر المهر كله بالوطء و لو حراما و موت أحدهما، لانتهاه العقد به، و هو كاستيفاء المعقود عليه به قبله. انتهى، قال: و ضابطه فى الكتاب نقل مذاهبيهم الأربعة، متفقه كانت أو مختلفه، انتهى.

و يشير إلى ما ذكرناه من حمل أخبار المهر كملا على التقيه، قوله

فى روايه منصور بن حازم الثانيه (٢)

«قلت: فإنهم رووا عنك أن لها نصف المهر، قال:

لا يحفظون عنى إنما ذلك فى المطلقه.

و يوضحه ما رواه

الثقه الجليل سعد بن عبد الله فى بصائر الدرجات عن محمد

ص: ٥٥٦

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤١٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٥ ص ٧٥ ح ١٦.

٢- (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٧٧ ح ٢٤.

ابن أبي عمير عن جميل بن صالح عن منصور بن حازم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أما أحد أجد أحدثه و إنى لأحدث الرجل بالحديث، فيتحدث به فأوتى فأقول:

إنى لم أقله». فإن فيه إشعار بالشكايه من أصحابه فى عدم كتمان ما يحدث عن غير أهله، و أنه إذا سئل بعد ذلك أنكر ما قاله أولاً تقيه، و لا يخفى أن الأمر هنا كذلك، فإن قوله عليه السلام بالتنصيف قد استفاض كما عرفت من هذه الأخبار التى ذكرناها على وجه لا- يقبل الإنكار، فإنكاره عليه السلام لذلك، و قوله «لا- يحفظون عنى» بعد إفتائه بوجوب الجميع إنما خرج مخرج التقيه، و هو بحمد الله سبحانه واضح لكل ذى فكر و رويه، و حمل روايه التنصيف على الاستحباب- كما زعمه الشيخ، بمعنى أنه يستحب للمرأة أخذ النصف خاصة- أبعد بعيد لما عرفت من هذه الأخبار و تكاثرها فى غير حكم من الأحكام مضافاً إلى ما عرفته فى غير موضع مما تقدم مما فى الحمل على الاستحباب، و إن اتخذوه قاعده كلياً فى جميع الأبواب.

و بالجمله فالظاهر عندى بالنظر إلى ما ذكرته من الأخبار هو القول بالتنصيف و حمل الأخبار المعارضه على التقيه التى هى فى اختلاف الأخبار أصل كل بليه، إلا أن لقائل أن يقول: إن مرجع ما اخترعوه إلى ترجيح أخبار التنصيف باعتبار مخالفتها للعامه، و أخبار الجميع موافقه لهم عملاً بالقاعده المنصوصه من عرض الأخبار عند الاختلاف على مذهب العامه و الأخذ بخلافه، و هو جيد إلا أنه يمكن أن يقال أيضاً إن من القواعد عرضها- عند الاختلاف- على الكتاب العزيز و الأخذ بما وافقه، و طرح ما خالفه، و أخبار الجميع موافقه له بقوله عز و جل «وَآتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ» (٢) الشامل بإطلاقه لحال الحياه و الموت، و أخبار التنصيف مخالفه له، فيجب طرحها بمقتضى هذه القاعده.

و يمكن الجواب بأن الأمر و إن كان كذلك، إلا أنه هنا لا يمكن العمل

ص: ٥٥٧

١- (١) الوسائل ج ١٥ ص ٧٧ ح ٢٥ نقلاً عن مختصر البصائر ص ١٠٢.

٢- (٢) سورة النساء- آيه ٤.

بهذه القاعده لما عرفت من تكاثر الأخبار الداله على التنصيف، و تعددها في موارد عديده بحث لا يمكن طرحها، و لو جاز ردها على ما هي عليه من الاستفاضه و صحه الأسانيد و روايه الثقات لها في الأصول المعتمده، لأشكل الحال أى إشكال، و صار الداء عضالا و أى عضال، و التأويلات التي ذكرها الشيخ بعيدة غايه البعد، لا وجه للقول بها فلم يبق إلا طرحها بل الواجب تخصيص الآيه بها كما جرى عليه الأصحاب في غير موضع من نظائر هذه المسأله، حسبما قدمناه في غير موضع، و يبقى حمل تلك الأخبار على التقية كما قلناه، و هذه هو الأقرب، و الله العالم.

المسأله الحاديه عشر [في من بيده عقده النكاح أنه من هو؟]

إشاره

قد عرفت أن الأشهر الأظهر هو أن المرأه تملك المهر بمجرد العقد إلا أنه متى طلقها قبل الدخول عاد نصفه إلى الزوج، و ينبغي أن يعلم أن عود النصف إلى الزوج مقيد بأن لا تعفو عن النصف الباقي لها، فيصير الجميع للزوج حينئذ أو يعفو الذي بيده عقده النكاح، لقوله عز و جل «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» (١) إلا أن من له عقده النكاح ليس له أن يعفو عن الجميع، و أما هي فإن لها العفو عن الجميع كما تدل عليه الأخبار.

بقي الكلام في من بيده عقده النكاح أنه من هو؟ هل هو الولي الجبري الذي هو الأب أو الجد له؟ أو هو مع من توليه أمرها في النكاح كان من كان؟ و الأول مذهب أكثر الأصحاب، و منهم الشيخ في الخلاف مدعيا عليه الإجماع، و الثاني قوله في النهايه، و تلميذه القاضى.

و الواجب أولا- نقل ما وصل إلينا من عباراتهم ثم عطف الكلام على نقل أخبار المسأله، ثم الكلام في المقام بما وفق الله سبحانه لفهمه منها ببركه أهل الذكر عليهم السلام.

فنقول: قال الشيخ في النهايه: الذي بيده عقده النكاح الأب أو الأخ إذا

ص: ٥٥٨

جعلت الأخت أمرها إليه، أو من وكلته في أمرها، فأى هؤلاء كان جاز له أن يعفو عن بعض المهر، وليس له أن يعفو عن جميعه.

وقال في كتاب الخلاف: الذى بيده عقده النكاح عندنا هو الولي الذى هو الأب أو الجد، إلا أن عندنا له أن يعفو عن بعضه، وليس له أن يعفو عن جميعه.

□
وقال في كتاب التبيان: قوله تعالى «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ» معناه من يصح عفوها من الحرائر البالغات غير المولى عليها لفساد عقلها، فيترك ما يجب لها من نصف الصداق. وقوله «أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» قال مجاهد والحسن وعلقمه أنه الولي، وهو المروى عن الباقر عليه السلام وصادق عليه السلام غير أنه لا ولاية لأحد عندنا إلا الأب و الجد على البكر غير البالغ، فأما من عداهما فلا ولاية له إلا بتوليه منها، وروى عن علي عليه السلام وسعيد بن المسيب وشريح أنه الزوج، وروى ذلك أيضا في أخبارنا، غير أن الأول أظهر وهو المذهب، ومن جعل العفو للزوج -قال- له أن يعفو عن جميع النصف، ومن جعله للولي قال أصحابنا: له أن يعفو عن بعضه، وليس له أن يعفو عن جميعه، وإن امتنعت المرأة من ذلك لم يكن لها ذلك إذا اقتضت المصلحة، ذلك عن أبي عبد الله عليه السلام واختار الجبائي أن يكون المراد به الزوج، لأنه ليس للولي أن يهب مال المرأة.

وقال ابن البراج: الذى بيده عقده النكاح من الأب وغيره ممن تجعل المرأة إليه ذلك، وتوليه إياه يجوز له العفو عن بعض المهر، ولا يجوز له العفو عن جميعه.

وقال ابن إدريس: الذى يقوى فى نفس و يقتضيه أصول المذهب، ويشهد بصحته النظر و الاعتبار و الأدله القاهره و الآثار، أنه الأب و الجد من قبله مع حياته أو موته إذا عقدا على غير البالغ، فلهما أن يعفوا عما تستحقه من نصف المهر بعد الطلاق إذا رأيا ذلك مصلحة لها، و يكون المرأة وقت عفوهما غير بالغ، فأما من عداهما أو هما مع بلوغها و رشدها فلا يجوز لهما العفو عن النصف، و صارا

كالأجانب، لأنهما لا ولاية لهما في هذه الحال، ولا يجوز لأحد التصرف في مالها بالهبه و العفو و غير ذلك إلا عن إذنها للمنع من التصرف في مال الغير عقلا و سمعا إلا بإذنه، و ليس في الآية متعلق سوى ما ذكرناه، لأنه تعالى قال «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ» فدل هذا القول أنهم ممن لهم العفو و هن الحرائر البالغات الواليات على أنفسهن في العقد و العفو و البيع و الشراء و غير ذلك، ثم قال «أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» معناه إن لم يكن بالغات، و لا واليات على أنفسهن، فعند هذه الحال لا يلي عليهن عندنا سوى الأب و الجد بغير خلاف، فلهما العفو بعد الطلاق عما تستحقه، و لو لا إجماع أصحابنا-على أن الذي بيده عقده النكاح هو الأب و الجد على غير البالغ-لكان قول الجبائي قويا، مع أنه قد ورد في بعض أخبارنا أنه الزوج.

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال: و التحقيق أن نقول: الزوجه إن كانت صغيره كان ولي أمرها الأب و الجد له، و لهما العفو عن جميع النصف و بعضه مع المصلحه في ذلك، و إن كانت بالغه رشيده فالأمر لها. إلى آخره.

و أما الأخبار الواردة في المسأله فمنها ما رواه

في الكافي (1) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي في حديث قال:

«و قال في قول الله عز و جل «أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» قال: هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه، و الرجل يجوز أمره في مال المرأة، فيبيع لها و يشتري لها فإذا عفى فقد جاز».

و ما رواه في الكافي و الفقيه (2) عن سماعه كما في الأول، و عن الحلبي و أبي بصير و سماعه كما في الثاني، و الخبر في الموثق على الأول و الصحيح على الثاني

عن

ص: ٥٦٠

١- ١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٢ ح ١.

٢- ٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٦٢ ح ١.

أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْيَضَةً فَإِنَّهُمَا فَارِضَةٌ بِمَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» قَالَ: هُوَ الْأَبُ أَوْ الْأَخُ أَوْ الرَّجُلُ يُوصِي إِلَيْهِ، وَالَّذِي يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي مَالِ الْمَرْأَةِ فَيَبْتَاعُ لَهَا، فَتَجِيزُ، فَإِذَا عَفَا فَقَدْ جَازَ». وَفِي الْفَقِيهِ عَوْضُ قَوْلِهِ «فَتَجِيزُ» (وَيَتَجَرُّ) وَهُوَ أَظْهَرُ.

قال في الفقيه (1): و في خبر آخر

«يأخذ بعضا و يدع بعضا، وليس له أن يدع كله».

و ما رواه

في التهذيب (2) في الصحيح عن ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الذي بيده عقده النكاح، قال: هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه، و الذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها و يشتري فأى هؤلاء عفا فقد جاز».

و ما رواه

العياشي في تفسيره (3) عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام

«في قول الله عز و جل «أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» قَالَ: هُوَ الْأَبُ وَ الْأَخُ وَ الرَّجُلُ يُوصِي إِلَيْهِ» الحديث. كما هنا.

و عن أبي بصير و محمد بن مسلم (4) في الصحيح كلاهما عن أبي جعفر عليه السلام

«فِي الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»، فَقَالَ: هُوَ الْأَبُ وَ الْأَخُ وَ الْمُوصَى إِلَيْهِ، وَ الَّذِي يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي مَالِ الْمَرْأَةِ مِنْ قَرَابَتِهَا فَيَبْتَاعُ لَهَا وَ يَشْتَرِي، قَالَ: فَأَيُّ هَؤُلَاءِ عَفَا فَعَفَوْهُ جَائِزٌ فِي الْمَهْرِ إِذَا عَفَا عَنْهُ».

ص: ٥٦١

١-١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٢.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٣ ح ٤٩ وفيه «عن أبي بصير»، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٣ ح ٤.

٣-٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٦ وفيه «و الأخ و الموصى إليه»، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١١ ب ٣٧ ح ١.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٤ ح ١٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٣ ح ٥.

و عن ابن أبي عمير (١) عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام

«فى قوله تعالى «أَوْ يَغْفُورَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» قال: يعنى الأب و الذى توكله المرأه و توليه أمرها من أخ أو قرابه أو غيرهما».

و عن عبد الله بن سنان (٢) فى الصحيح

«قال الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ هو ولى أمرها».

و رواه العياشى فى تفسيره (٣) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

و عن رفاعه (٤) فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذى بيده عقده النكاح، قال: الولي الذى يأخذ بعضا و يترك بعضا، و ليس له أن يدع كله».

و رواه

العياشى فى تفسيره (٥) عن رفاعه مثله، إلا أن فيه قال:

«هو الولي الذى يزوج، و يأخذ بعضا و يترك بعضا». إلى آخر ما هنا.

و ما رواه

العياشى فى تفسيره (٦) عن زراره و حمران و محمد بن مسلم عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام

«فى قوله «إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُورَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» قال:

هو الولي و الذين يغفون عن الصداق أو يحطون عنه بعضه أو كله».

و عن إسحاق بن عمار (٧) قال:

«سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن قول الله «إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ» قال: المرأه تغفو عن نصف الصداق، قلت «أَوْ يَغْفُورَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» قال: أبوها إذا عفا جاز، و أخوها إذا كان يقيم بها و هو القائم عليها فهو

ص: ٥٦٢

١-١) الفقيه ج ٣ ص ٥١ ذيل حديث ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٠ ب ٧ ح ١.

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٢ ح ٤٦، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٢ ح ٢.

٣-٣) تفسير العياشى ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٤، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٦٤ ب ٧ ح ١.

- ٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٢ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٣ ح ٣.
- ٥-٥) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٧، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١١ ب ٣٧ ح ٣.
- ٦-٦) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٥، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٤.
- ٧-٧) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٦ ح ٤١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٥.

بمنزله الأب يجوز له، وإذا كان الأخ لا يقيم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها أمره».

و عن محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام

«فى قوله «إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» قال: الذى يعفو عن الصداق أو يحط بعضه أو كله».

و عن سماعه (٢)

«عن أبى عبد الله عليه السلام «أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» قال:

هو الأب و الأخ و الرجل الذى يوصى إليه و الذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها و يشتري فأى هؤلاء عفا فقد جاز، قلت: رأيت إن قالت، لا أجيزها، ما يصنع؟ قال: ليس لها ذلك، أ تجيز بيعه فى مالها و لا تجيز هذا».

و عن أبى بصير (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى قول الله «أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» قال: هو الأخ و الأب و الرجل يوصى إليه، و الذى يجوز أمره فى مال يتيمه، قلت: رأيت إن قالت: لا أجيز، ما يصنع؟ قال: ليس ذلك لها، أ تجيز بيعه فى مالها و لا تجيز هذا».

هذا ما حضرنى من أخبار المسألة،

[تنبيهات]

إشارة

و الكلام فيها يقع فى مواضع:

الأول [فى دلاله أكثر الروايات على خلاف القول المشهور]:

لا يخفى أن أكثر هذه الروايات إنما تدل على القول الثانى الذى هو خلاف المشهور بينهم، و الأصحاب لم يذكروا دليلا عليه إلا صحيحه أبى بصير و محمد بن مسلم، و رواه أبى بصير عاربه عن الوصف بالصحة، و العلامه فى المختلف حيث اختار القول المشهور رد روايه أبى بصير بأنها مرسله.

و بالجمله فإنهم لعدم إعطاء الوسع حقه فى تتبع الأخبار يقعون فى مثل هذه الإشكالات، و سوء الاختيار، كما لا يخفى على من نظر ما نقلناه من أخبار المسألة هنا من الكتب الأربعة و غيرها، و ليس فيها على تعددها ما تدل على المشهور

- ١-١) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٦ ح ٤١١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٣.
- ٢-٢) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٦ ح ٤١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٣.
- ٣-٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٨ وفيه «في ما له بقيمه» مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٦.

إلا صحيحه عبد الله بن سنان و صحيحه رفاعه، مع أنهما غير صريحتين في الحصر في الولي، بل غايتهما أنهما بالنسبه إلى غيره مطلقات، وقضيه الجمع بينهما و بين باقى الأخبار حمل إطلاقهما على ما فصلته الأخبار الباقية، سيما مع ما عرفت من صحه أسانيد كثيره منها.

و بالجمله فالظاهر بالنسبه إلى ما ذكرناه من الأخبار هو القول الثانى لما عرفت، و إلا فالعمل بما دلت عليه هاتان الروايتان و طرح باقى أخبار المسأله على كثرتها و صحه أكثرها مما لا يتجشمه محصل، على أنه متى كان جواز عفو مشروطا بكونه و كيلا من جهتها فى ذلك، فإنه لا مانع حينئذ من ذلك كما سيأتى ذكره.

الثانى [تعسف تفسير من بيده النكاح بالزوج] :

لا- يخفى أن ما ذكره جملة من أصحابنا كما عرفت من كلام الشيخ -رحمه الله- فى التبيان و ابن إدريس من ورود الروايه من طرقنا بتفسير «الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النَّكَاحِ» بالزوج، لم نقف عليها فيما وصل إلينا من أخبار المسأله و هى هذه التى ذكرناها، و لو ثبت ورود خبر بذلك فالظاهر خرج مخرج التقيه لاختصاص هذا القول بالعامه و روايتهم له عن على عليه السلام كما تقدم فى كلام الشيخ فى التبيان، على أن انطباق الآيه على ذلك لا- يخلو من تعسف، لأن العفو حقيقه إنما هو بمعنى الاسقاط، فمعنى عفو الزوجه عن النصف الباقى لها فى ذمه الزوج بعد الطلاق يعنى إسقاطه فيكون الجميع للزوج، و ليس للزوجه شىء بالكلية، و عفو الزوج ليس بهذه الكيفيه، بل هو عبارته عن التزامه ما سقط بالطلاق و رده على الزوجه، فيكون المهر كاملا للزوجه، و هذا ليس بإسقاط، بل هو عكسه، على أن صدق من بيده عقده النكاح على الزوج أيضا لا يخلو من تكلف، فإن الظاهر أن الذى بيده عقده النكاح إنما هو الموجب له، و هو الذى يعقده كالمراه أو الولي دون القابل الذى هو الزوج.

و بالجمله فإن هذا القول و إن طال فى المسالك الذب عنه فهو بمحل من

الضعف، لخلو أخبارنا عنه، و عدم قائل به فيما أعلم، فالاشتغال بغيره أهم.

الثالث [فى شمول من بيده عقده النكاح لو كيل المرأه فى النكاح]

لا- يخفى أن ظاهر هذه الأخبار أن أحد أفراد من بيده عقده النكاح الذى يقوم على المرأه و يبيع و يشتري لها قريبا كان كما تضمنه صحيح أبى بصير و محمد بن مسلم، و غيره كما هو ظاهر الأخبار الباقية، و الأصحاب حملوه على أن يكون و كيلا فى النكاح أو العفو، و إلا- فمجرد قيامه بأمرها و البيع و الشراء لها لا- يسوغ له العفو عن مهرها، لعدم دخوله فى من بيده عقده النكاح، إذ لا- يسوغ له تزويجها بمجرد ذلك، إلا أن الحمل على ذلك فى غايه البعد عن ظواهر سياق أكثر الأخبار، مثل روايه إسحاق بن عمار المنقوله من تفسير العياشى و قوله فى الأخ إن كان يقيم بها و هو القائم عليها «فهو بمنزله الأب يجوز له، و إذا كان لا- يقيم بها و لا- يقوم عليها لم يجز عليها أمره» فجعل مناط صحه العفو إنما هو القيام بأمرها و عدمه، و لو كان الأمر منوطا بالتوكيل- كما ذكره الأصحاب- لما حسن هذا التردد، و نحو ذلك قوله فى روايتي

سماعه و أبى بصير المنقولتين من تفسير العياشى أيضا

«أ رأيت إن قال (1) لا أجيز». إلى آخره، و تعليقه عليه السلام إن ذلك ليس لها بأنها تجيز بيعه فى مالها و لا تجيز هذا، فإنه لو كان الأمر كما ذكره الأصحاب من أنه و كيل من جهتها فى العقد و العفو أو فى العفو خاصه لكان الظاهر الرد لما قائلته إنما هو ليس لها ذلك لأنها و كلته، و جعلته قائما مقامها فى ذلك إلا أن مرسله ابن أبى عمير ظاهره فيما ذكره الأصحاب. و بالجملة فإن الأحوط هو ما ذكره، و إن كان انطباق أكثر الأخبار عليه فى غايه البعد.

الرابع [فى أن أكثر الأخبار مطلق بالنسبه إلى عفو غيرها بأنه يعفو عن الكل أو البعض]

و ربما ظهر من بعضها جواز عفوه عن الكل أيضا، إلا أن صحيحه رفاعه قد صرحت بأنه ليس له العفو عن الكل، و عليها ظاهر كلام الأصحاب،

ص: ٥٦٥

(١-١) الصحيح «قالت» و لعل اشتباه وقع من النساج.

بل ربما ظهر من المبسوط و التبيان و مجمع البيان و الراوندى فى فقه القرآن دعوى الإجماع عليه، و فى المختلف وفاقا للجامع أن المصلحه إن اقتضت العفو عن الكل جاز، و مورد الصحيحه المذكوره هو الولى الشرعى، و إطلاقها يقتضى جواز عفو، سواء كان فيه مصلحه المولى عليه أم لا، و أما هى فلها أن تعفو عن الجميع لأنه مالها، ثم إن الظاهر من الآيه و أكثر الأخبار أن عفوها من النصف الذى لها إنما هو على وجه الفضل و الاستحباب، و ظاهر روايتى سماعه و أبى بصير المنقولتين عن تفسير العياشى تحتم الإجازة عليها و الرضاء اللهم إلا أن يحملا على الوكاله، و أن الوكيل إذا تصرف بعد الوكاله فليس للموكل فسخه، بل يجب عليه إمضاؤه، و ربما قيد تحتم ذلك عليها بما إذا اقتضته المصلحه، قال فى كتاب مجمع البيان:

فإن امتنعت المرأه عن ذلك لم يكن لها ذلك إذا اقتضته المصلحه عن أبى عبد الله عليه السلام.

أقول: و هذه الروايه لم تصل إلينا و لا وقفنا عليها، فإن هذه روايات المسأله التى قدمناها، و الروايتان الدالتان على ذلك خاليتان من هذا القيد.

و كيف كان فلا- أعرف للزوم ذلك إلا- الوجه الذى ذكرته، و هو أعم من أن تقتضيه المصلحه أم لا، و ربما أشعر ظاهر هذا الكلام الذى ذكره فى مجمع البيان بأن ذلك فى صورته عفو الولى بالنسبه إلى الصغيره، و أنه ليس لها بعد البلوغ رده إذا اقتضته المصلحه، حيث إن فعل الولى منوط بها، إلا أن مورد الأخبار كما عرفت إنما هو بالنسبه إلى البالغه، و القائم بأمرها فى بيع و شراء و نحوه كما عرفت.

الخامس [فى معنى العفو المراد من الآيه]

مقتضى إطلاق الآيه و الأخبار انتقال الجميع إلى الزوج بالعفو عن النصف الباقى لها، أعم من أن يكون المهر دينا أو عينا، و بهذا صرح الشيخ فى المبسوط و أكثر الأصحاب و حمل على أن العفو بمعنى العطاء، فيتناول الأعيان، قال فى المسالك: و هو قوى لوروده بمعنى العطاء لغه كما سننبه عليه.

و قيل: إن العفو مختص بالدين، و أما العين فلا تنتقل إلا بلفظ الهبه أو

التمليك أو نحوهما، لا بالعفو، لأنه لا مجال فيه للأعيان، كلفظ الإبراء فلا يتناول إلا الدين.

و أجابوا عن الآيه بأن المراد من العفو معناه لا- لفظه، بمعنى إرادته حصول الملك للعفو عنه، بعبارة تقييد ذلك، و لو كان المراد لفظه لتعين في الموضوعين، و هو منفى بالإجماع، و سمي نقله منها عفوا تبيينها على حصول فضيله العفو و المدح، فإن توقف النقل له على صيغته شرعيه- كما لو قال: ملكه هذا- فإنه يريد نقل ملكه إليه بلفظ شرعي يفيد به أى لفظ ادعى معناه و إن لم يكن بلفظ التمليك.

أقول: الظاهر عندي قوة هذا القول: و إن كان خلاف ما عليه الأكثر، فإن الأول مبنى على صحه كون العفو بمعنى الإعطاء، و ما ادعاه شيخنا المتقدم ذكره من وروده بمعنى العطاء لغيره لم أقف عليه فى كلام أحد من أهل اللغة، و المذكور فى كلامهم إنما هو الاسقاط.

قال فى كتاب المصباح المنير (١) «و عفوت عن الحق: أسقطته» و غايه ما استند إليه- رحمه الله عليه- و هو الذى أشار إليه بقوله «كما سننبه عليه» هو ما ذكره أخيرا حيث قال: و العفو كما يطلق على الاسقاط، يطلق على الإعطاء كما أشرنا إليه سابقا، و من الأول قوله تعالى «وَ الْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ» (٢) أى التاركين ما لهم عندهم من مظلومه. و من الثانى قوله تعالى «يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ» (٣) أى الفضل من الأموال الذى يسهل إعطاؤه. و قوله تعالى «خُذِ الْعَفْوَ» (٤) أى خذ ما أعطاك الناس من ميسور أخلاقهم و لا تنقص عليهم، و غير ذلك فيصلح للأمرين.

أقول: لا يخفى أن غايه ما تدل عليه الآيتان هو كون العفو هنا بمعنى الميسور.

ص: ٥٦٧

١-١) المصباح المنير ص ٥٧٢.

٢-٢) سورة آل عمران- آيه ١٣٤.

٣-٣) سورة البقره- آيه ٢١٩.

٤-٤) سورة الأعراف- آيه ١٩٩.

و عن الصادق عليه السلام فى تفسير الآيه الأولى قال: العفو الوسط من غير إسراف و لا إفتار.

و بالجمله فالمراد ما يسهل إعطاؤه، فأين هذا مما يدعيه من أن العفو بمعنى الإيعاء، و الإيعاء إنما استفيد من لفظ آخر كقوله خذ فى قوله «خُذِ الْعَفْوَ» و ينفقون فى قوله «مَا ذَا يُنْفِقُونَ» لا من لفظ العفو.

و بالجمله فإن الاستدلال بذلك من مثله -رحمه الله- غريب عجيب كما لا يخفى على الأديب اللبيب و الموافق المصيب، و حينئذ فالواجب على ما اخترناه أنه متى كان المهر ديناً فإنه يصح بلفظ العفو و الهبه و الإبراء، و الترك و الإسقاط و التملك، لإفاده كل من هذه الألفاظ المعنى المراد من إسقاط حقها الذى فى ذمته (١)، و إن كان عيناً و كان فى يده فبلفظ التملك و الهبه، و لا يصح بلفظ الإبراء و الإسقاط و الترك لأن هذه الألفاظ ظاهره عندهم فى إسقاط ما فى الذمه، و كذا لو كان فى يدها فإنه يكفى التملك و الهبه بشرط القبض له من يدها كما تقدم فى الهبه دون التملك، قالوا: و لا بد من القبول على التقديرين إذا كان عيناً، و النصوص لا دلالة لها عليه.

السادس [أنه ليس لولى الزوج العفو من حقه كلاً أو بعضاً]

قد صرحوا بأنه ليس لولى الزوج العفو من حقه كلاً -أو بعضاً مع الطلاق، لأن العفو عن مال الغير بغير إذن المالك على خلاف الأصل، فيجب الاقتصار فيه على مورد الاذن و الرخصه، و هو ولى المرأه خاصه، و لأنه لا غبطه للمولى عليه فى ذلك، و تصرف الولى منوط بالمصلحه، و إنما خرج عنها ولى المرأه بالنص الخاص، و من ثم منع بعضهم من عفو ولى المرأه أيضاً لذلك، كما

ص: ٥٦٨

١ - ١) قال الشيخ فى المبسوط: لو كان المهر ديناً على الزوج فطلق قبل الدخول كان لها العفو عن الباقي بألفاظ منه العفو و التملك و الهبه و الإسقاط و التبرئه و الإبراء، و هل يفتقر الى قبوله؟ قال: فيه وجهان: الأول أن نقول يفتقر الى قبوله، و الوجه عندى عدم الافتقار، لأنه إسقاط و إبراء فأشبه الطلاق و العتاق، و انتهى. (منه -قدس سره-).

تقدم فى كلام ابن إدريس، قالوا: و يتصور الولاية على الزوج مع وقوع طلاقه عن مولى عليه فيما إذا بلغ فاسد العقل، فإن للولى أن يطلق عنه مع المصلحة كما سيأتى بخلاف الصبى، و لو فسرنا من بيده عقده النكاح بما يشتمل الوكيل كما هو القول الآخر، و هو الذى قد عرفت دلالة جل الأخبار عليه و إن كان خلاف المشهور دخل و كيل الزوج فى الحكم المذكور هنا كما يدخل و ليه.

السابع [فى أن القدر المعفو عنه ينتقل بمجرد العفو]

ظاهر الآيه و الأخبار المتقدمه هو أن القدر المعفو عنه ينتقل بمجرد العفو إلى من عفى له من زوج أو زوجته، و لا يتوقف على أمر آخر، و هو لا يوافق ما فصله الأصحاب فى هذا الباب مما تقدمت الإشارة إليه، و بسط جملة من الأصحاب الكلام عليه.

و نحن نذكر هنا ملخص ما ذكره شيخنا فى المسالك الذى أوضح فيه طرق الأحكام لكل قاصد و سالك، قال: ليس المراد من العفو الموجب لبراءه كل من الزوجين من حق الآخر كونه سببا تاما بمجردة فى نقل الملك أو البراءه منه، بل المراد كونه سببا فى ذلك، أعم من أن يكون تاما أو ناقصا أو متوقفا على شرط آخر، و إن كان قد أطلق فى الآيه كون العفو موجبا لسقوط الحق أو نقله، لأن إطلاقه كذلك لا ينافى اعتبار أمر آخر.

إذا تقرر ذلك فنقول: المهر إما أن يكون عينا أو دينا، و على الأول إما أن يكون فى يدها أو فى يده، و الثانى إما أن يكون فى ذمتها- بأن قبضته و تلف فى يدها- أو فى ذمته، و على التقادير الأربعة إما أن يكون العافى الزوج أو أو الزوجه أو من يقوم مقامهما فى معناهما، فتحقق الملك و انتقاله و سقوطه عن الذمه يتم بثمان صور:

الأولى: أن يكون دينا فى ذمه الزوج، و العافى المرأه، فتحصل براءه ذمته بمجرد عفوها، لأن العفو حينئذ بمنزله الإبراء، فلا يشترط فيه سوى اللفظ الدال عليه و إن لم يقبل من عليه الحق على الأقوى، و قد تقدم تحقيقه فى باب

الهبة، و يصح ذلك بلفظ العفو و الإبراء و الاسقاط و الترك و الهبة و التملك لاشتراك الجميع فى الدلالة عليه.

الثانية: الصورة بحالها و يكون عينا فى يده فلا يكفى مجرد العفو، لأن ذلك بمنزلة الهبة لغيره، بل لا بد من لفظ يدل عليه، كلفظ الهبة و التملك أو العفو على قول قوى، لا- الإبراء و الاسقاط و ما شاكلهما، و يشترط أيضا قبول المتهب، و لا- يشترط قبض جديد، لأنه مقبوض بيده بالفعل، و يلحقه حينئذ أحكام الهبة من اللزوم و الجواز على ما سبق تفصيله.

الثالثة: الصورة بحالها بأن كان عينا فى يده لكن كان هو العافى عن حقه، فيشترط فيه ما اشترط فى السابقة من الإيجاب و القبول، و يزيد اشتراط إقباضها إياه، لأنه خارج عن يدها.

الرابعة: الصورة بحالها بأن كان هو العافى، و لكن كان دينا فى ذمته، و لا ينقل بالإبراء و ما فى معناه قطعا لاختصاصه بالدين فى ذمه المعفو عنه لا العافى، و ينتقل بلفظ الهبة لكن بشرط التسليم.

الخامسة: أن يكون دينا فى ذمتها و تكون هى العافيه، و الحكم فيه كالسابقه، و الأقوى افتقاره إلى العقد بعد التعيين فيهما لأن ذلك مقتضى الهبة، و لا وجه هنا سواها، و هذا هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط.

السادسة: الصورة بحالها و هو كونه دينا فى ذمتها لكن العافى هو الزوج، و هنا ينزل منزله الإبراء كما مر فى نظيره، و يصح بجميع الألفاظ الستة، و لا يفتقر إلى القبول على الأقوى.

السابعة: أن يكون عينا فى يدها، و هى العافيه أيضا، و يشترط فيه ما يشترط فى الهبة من العقد و الإقباض.

الثامنة: الصورة بحالها، و العافى هو الزوج فيشترط فيه عقد الهبة، و لا يشترط تجديد الإقباض لحصوله فى يدها، و اشترط الشيخ مضى مده يمكن فيها قبض من

هى فى يده، و الأقوى عدم اشتراطه، و قد تقدم البحث فى بابه، انتهى ملخصا.

المسأله الثانيه عشر [فيما لو زوج الرجل ولده الصغير و للولد مال]

اشاره

المشهور فى كلام الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فيه، كما يفهم من المسالك و نقل عن التذكره أنه استند إلى علمائنا مؤذنا بدعوى الإجماع عليه أنه إن زوج الرجل ولده الصغير و للولد مال، فإن المهر فى مال الولد، و إن كان الولد فقيرا فالمهر لازم للأب يخرج من أصل ماله لو مات و لم يدفعه، و إن بلغ الولد و أيسر أو مات قبل ذلك.

و الذى وقفت عليه من الأخبار فى هذه المسأله ما رواه

فى الكافى (١) عن الفضل ابن عبد الملك قال:

«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 يكون للغلام مال فهو ضامن له، و إن لم يكن ضمن» الحديث.

هكذا صورته الخبر فى الكافى على ما نقله فى الوافى، و فيه إشكال، و نقله فى المسالك «إلا أن لا يكون للغلام مال» و هو الظاهر، و هذه الخبر وصفه فى المسالك بالصحة مع أن فى طريقه عبد الله بن محمد عن علي بن الحكم، و عبد الله بن محمد هذا هو المشهور بينان أخو أحمد بن محمد بن عيسى، و هو مجهول فى كتب الرجال.

و عن عبيد بن زراره (٢) فى الموثق قال:

«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 أو لم يضمن».

ص: ٥٧١

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٤٠٠ ح ١ و فيه «إلا أن لا يكون للغلام مال»، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٩ ح ٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٤٠٠ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٩ ح ٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ١.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب (١) فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال:

«سألته عن رجل له ولد فزوج منهم اثنين و فرض الصداق ثم مات، من أين يحسب الصداق من جملة المال أو من حصتهما؟ قال: من جميع المال إنما هو بمنزله الدين».

و رواه

الشيخ (٢) بطريق آخر فى الموثق عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«سألته» الحديث.

و فى آخر صحيحه

أبى عبيده الحذاء (٣) المتقدمه الوارده فى تزويج الصغيرين

«قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية».

و ما رواه

فى التهذيب (٤) عن محمد بن مسلم فى الصحيح قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبى يتزوج الصبيه؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوجها فنعمة جائز، و لكن لهما الخيار إذا أدركا، فإن رضيا بذلك، فإن المهر على الأب، قلت له:

فهل يجوز طلاق الأب على ابنه فى صغره؟ قال: لا».

و لا- يضر اشتغال الروايه على ما لا- يقول به الأصحاب من ثبوت الخيار فى صورته تزويج الأبوين لهما، فإن طرح بعض الخبر لمعارض أقوى، لا يستلزم طرح ما لا معارض له.

و ما رواه

على بن جعفر فى كتابه (٥) عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال:

-
- ١-١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٩ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ٣.
 - ١-٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ٣.
 - ١-٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠١ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٨ ح ٣١ و ج ٩ ص ٣٨٢ ح ٢ الوسائل ج ١٧ ص ٥٢٧ ح ١.
 - ١-٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٢٠٨ ح ٨.
 - ١-٥) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٩٠ طبعه الاخوندي، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠ ح ٤.

سألته عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، فدخل الابن بامرأته، على من المهر؟ على الأب أو على الابن؟ قال: المهر على الغلام، وإن لم يكن له شيء فعلى الأب، ضمن ذلك على ابنه أو لم يضمن إذا كان هو أنكحه و هو صغير».

و ما رواه

أحمد بن محمد بن عيسى (١) في النوادر عن صفوان عن محمد عن أحدهما عليهما السلام قال:

«قلت: الرجل يزوج ابنه و هو صغير، فيجوز طلاق أبيه، قال: لا، قلت: فعلى من الصداق؟ قال: على أبيه إذا كان قد ضمنه لهم، فإن لم يكن ضمن لهم فعلى الغلام، إلا أن لا يكون للغلام مال فعلى الأب، ضمن أو لم يضمن».

و المفهوم من هذين الخبرين الأخيرين أن المهر يكون على الأب و إن كان للولد مال، و أما في حال فقر الولد فإنه عليه، ضمن أو لم يضمن، و على هذا المعنى يحمل إطلاق روايه الفضل بن عبد الملك، فإن قوله «قال: على الأب إن كان ضمنه لهم» يعني في صورته ما إذا كان للولد مال، فإن وجوبه عليه مشروط بضمانه له، فلو لم يضمنه فإنه على الولد، و لهذا قال «فإن لم يكن ضمنه فهو على الغلام» ثم استثنى منه «إلا- أن لا- يكون للغلام مال» بالكليه، فإن الأب ضامن و إن لم يضمن، هذا على تقدير ما رواه في المسالك كما قدمنا ذكره، و أما على ما نقله في الوافي- و هو الموجود في الكافي (٢)- فهو لا يخلو من الاشكال لعدم استقامه المعنى، كما دلت عليه الروايات الأخر.

و أما ما أطلق في بعض هذه الروايات من كون المهر على الأب فيجب حمله على فقر الولد كما فصلته الأخبار الأخر.

[فوائد]

إشاره

بقي الكلام هنا في مواضع:

الأول [فيما لو اشترط الأب عدم الضمان]

نقل عن العلامة في التذكرة أنه استثنى من الحكم بضمان الأب

ص: ٥٧٣

١-١) الوسائل ج ١٥ ص ٤٠ ح ٥.

٢-٢) لا يخفى أن الموجود في الكافي مطابق لنقل المسالك و كأن نقل الوافي من غلط النسخه، و الله العالم.

له على تقدير فقر الابن ما لو صرح الأب بنفى الضمان، فإنه لا يضمن، و حمل قوله في الرواية «أ و لم يضمن» على عدم اشتراط الضمان لا على اشتراط عدمه.

و اعترضه في المسالك بأنه لا- يخلو من إشكال، قال: لأن النص و الفتوى متناول لما استثناءه، و حمله على غيره يحتاج إلى دليل نقلى يعارضه حتى يوجب حمله على ذلك، و لأن الصبي لا- يحتاج إلى النكاح فلا حظ له في التزام المهر في ذمته مع الإعسار عنه، فتزويج الولي متوقف على وجود المصلحة، بل و انتفاء المفسده، و لو قيد ذلك بما إذا كان في التزام الصبي بالمهر مصلحة- بأن كانت الزوجه مناسبة له و خاف فوتها بدون ذلك، و نحوه- قرب من الصواب، إلا أن تخصيص النصوص الصحيحه بذلك لا يخلو من إشكال، انتهى.

و قال سبطه السيد السند في شرح النافع بعد أن نقل عن جده- أن النص و الفتوى متناول لما استثناءه- ما لفظه: و هو كذلك، لكن لا يبعد المصير إلى ما ذكره في التذكرة لعموم قوله عليه السلام (1)

«المؤمنون عند شروطهم». و الرواية لا تنافيه صريحا و لا ظاهرا.

أقول: لا- يخفى قوه ما ذكره شيخنا في المسالك فإن قوله عليه السلام «أو لم يضمن» شامل لكل من صورتي عدم الضمان و اشتراط عدمه، و التخصيص بالأول يحتاج إلى مخصص، و بذلك يظهر ما في قول سبطه «و الرواية لا تنافيه صريحا و لا ظاهرا» و كيف لا تنافيه، و هي داله بإطلاقها أو عمومها على الصورة المذكوره، فإنه يصدق على من اشترط عدم الضمان أنه لم يضمن و حديث «المؤمنون عند شروطهم» إنما يتم الاستدلال به لو لم يكن له معارض، و المعارض كما ذكرنا موجود، فإن مقتضى إطلاق الروايات المتقدمه أنه يضمن في هذه الصورة أعني صورته فقر الولد أعم من أن يشترط الضمان على نفسه أو لا- يشترط بأن اشترط عدمه أو لم يشترط، و العجب من قوله- رحمه الله عليه- «و الرواية لا- تنافيه صريحا و لا ظاهرا» بعد اعترافه أولا بأن النص متناول لما استثناءه، فإنه إذا كان متناولا لذلك الفرد

ص: ٥٧٤

المستثنى فكيف لا تنافى استثنائه و لو ظاهرا.

الثانى [فيما لو كان الصبي مالكا لبعض المهر] :

قالوا: لو كان الصبي مالكا لبعض المهر دون بعض لزمه بنسبه ما بملكه، و لزم الأب الباقي، و هو جيد.

الثالث [فى أن إطلاق المال فى الأخبار شامل لما يؤخذ فى الدين و ما لا يؤخذ]

إطلاق المال فى الروايات-الداله على أنه متى كان للولد مال فإن المهر على الأب شامل لما يؤخذ فى الدين و ما لا يؤخذ فيه، مثل دار السكنى و دابه الركوب و نحوهما إلا- أن ذلك لا يقتضى صرف الثانى من هذين الفردين فى أداء دين المهر لو تزوج و الحال كذلك، فلو كان له دار سكنى و فرس ركوب و نحوهما، فإن إطلاق النصوص و الفتاوى يقتضى أن المهر عليه دون الأب، و لكنه متى تزوج كذلك كان المهر فى ذمته، و لا- يجب عليه صرف هذه الأشياء فى أداء دين المهر لو طلبته الزوجه، بل يبقى المهر ثابتا فى ذمته إلى أن يتيسر له قضاؤه، و قوفا على مقتضى الدليلين فى كل من المقامين، فإن غايه ما يدل عليه الدليل فى هذه المسأله هو أنه متى كان له مال فالمهر عليه دون أبيه، بمعنى أن المهر يكون فى ذمته و الحكم بوجوب المهر فى ذمته لا يقتضى وجوب صرف هذه الأشياء فى أدائه، بل يرجع فى ذلك إلى تلك المسأله الأخرى، و هو استثناء هذه الأشياء من الصرف فى الدين، بل يبقى فى ذمته إلى أن يقدر على الوفاء جمعا بين الأصلين المذكورين.

الرابع [لو أدى الأب المهر فى موضع لا يضمه]

لا ريب أن كل موضع لا يضم الأب المهر فيه لو أداه تبرعا عنه فإنه لا رجوع له به، كما لو أداه الأجنبى، أما لو ضمنه صريحا و انتقل إلى ذمته بالضمان، فلو أدى بعد ذلك فهل يرجع به أم لا؟ اختلف كلام العلامة فى التذكرة فى ذلك فقال فى موضع منها بجواز رجوعه إذا قصد بالضمان الرجوع، محتجا بأن قصد الرجوع هنا يجرى مجرى إذن المضمون عنه فى الضمان، و فى موضع آخر قطع بعد الرجوع محتجا بأنه أدى مالا و جب عليه بأصل الشرع.

و أورد عليه بأن فى الفرق بين ضمانه لذلك و أدائه له ابتداء نظرا، لأنه بالنظر إلى الطفل متبرع فى الموضعين، و بالنظر إلى كونه وليا منصوبا للنظر،

و رعايه المصلحه للابن ينبغي عدم الضمان فى الموضوعين إذا أدى و ضمن بطريق الولايه على قصد الرجوع على الطفل.

و يتجه على هذا أن يقيد بكون ذلك مصلحه للطفل، فإن مطلق وفاء الدين عن المعسر و انتقاله من مستحق إلى آخر لا يكون مصلحه مطلقاً، بل قد يكون، كما لو كان المستحق الثانى أسهل من الأول، و أرفق بالمديون، و قد ينعكس، فإن انضم إلى كون الأداء و الضمان مصلحه للطفل مع قصد الرجوع عليه اتجه جوازه، و إلا فلا.

الخامس: إذا دفع الأب عن ولده الصغير مع يسار الولد [ثم بلغ الولد و طلق قبل الدخول]

تبرعا أو مع فقره لكونه ضامنا له، ثم بلغ الولد و طلق قبل الدخول، فإنه يزول ملك المرأه عن نصف الصداق، و هل يرجع فى هذه الصوره إلى الأب أو الابن؟ الأقوى أنه يرجع إلى الابن، و هو اختيار جمع من الأصحاب منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و سبطه السيد السند فى شرح النافع، و تردد المحقق فى الشرائع.

و وجه القوه فيما قويناه ما صرحوا به من أنه لا ريب أن المرأه قد ملكته بقبضها إياه من الأب، سواء كان قد لزمه بالضمان أم دفعه تبرعا، و من ثم كان النماء لها، و خروج النصف بالطلاق ثابت للزوج بالنص، و هو ملك جديد ثبت له بعد ملك المرأه، لا إبطال لملك المرأه السابق، ليرجع إلى مالكه، و لأن دفع الأب له كالهبة للابن التى لا يجوز الرجوع فيها.

و الأظهر الاستناد إلى عموم النصوص الداله على رجوع النصف إلى الزوج بالطلاق فإنه شامل لهذه الصوره، لأن ترك الاستفصال دليل على العموم فى المقال.

و أما ما ذكره المحقق من التردد فى الحكم فإن منشأه مما ذكرناه، و من أن المهر عوض البضع، و البضع ملك للولد قطعاً، فيكون عوضه عليه، و لزومه للأب من حيث إزامه ذمه الصغير الذى لا- يحتاج إلى النكاح لا- يوجب كون دفعه هبه له، و إن نزل منزلتها، فلا يلزم مساواتها فى جميع الأحكام، و إنما القصد منه

وفاء دين الولد، فإذا برئت ذمته من النصف بالطلاق ينبغي أن يعود إلى الأب.

ورد بمنع استلزام ملك الولد البضع كون عوضه عليه، وانتفاضة ظاهر بالمتنازع، فإن العوض على الأب إجماعاً.

إنما الكلام في عوده بعد خروجه عن ملكه، ووجوب وفائه، ثم لا نقول:

إن دفع الأب له هبه حتى يلزم ما ذكره، وإنما فرضناه منزلاً منزله الهبه لما بينهما من المناسبه، وإلا فهو دين وفاء المستحق عليه و انتقاله من المستحق له بالطلاق ملك آخر قهري إلى الزوج، لا اختيار فيه لأحد.

أقول: والأظهر عندي ما تقدمت الإشارة إليه من أن الاعتماد في ذلك إنما هو على الأخبار الداله على استحقاق الزوج للنصف بعد الطلاق قبل الدخول و رجوعه إليه، وفيها غنيه عن هذه التكاليفات و لا نزاع في كونها بإطلاقها أو عمومها شامله لموضع البحث.

السادس: لو لم يدفع الأب المهر مع لزومه له و طلقها قبل الدخول

فقد قطع الشيخ في المبسوط و تبعه العلامة في القواعد بأنه لا يستحقه الابن، و تبرأ ذمه الأب من النصف و يلزمه دفع النصف الآخر إلى الزوجه، و عللوا ذلك بأن دفع المهر بمنزله الهبه للولد، فبعد قبضه لا رجوع فيها، و قبله غير متحققه فتبرء ذمته من النصف، فلا يملكه الولد لعدم القبض.

وفيه -على تقدير تسليم الاعتماد على مثل هذه التعليقات العليله- أن هذا إنما يتم فيما إذا كان الأب متبرعاً بالدفع عن الصغير، كما إذا كان الصغير موسراً أو معسراً، و قد شرط الأب عدم الضمان على القول به، أما إذا لزمه ابتداءً، كما إذا كان الولد معسراً و لم يشترط عدم ضمانه، فإن المهر يلزمه بالعقد سواء كان قبضته الزوجه أم لا -حتى لو كان عيناً ملكت نماؤها كما سلف، فلا يظهر الفرق بين قبضتها و عدمه هنا، و التعليل بالهبه لا يظهر إلا مع التبرع به لا مع لزومه ابتداءً و هو جيد.

السابع: لو دفع الأب المهر عن الولد الكبير متبرعا، ثم طلق قبل الدخول

، فهل يعود النصف إلى الدافع و هو الأب أو إلى الزوج و هو الابن؟ قولان، و بالثاني قطع العلامة في التذكرة على ما نقل عنه، و تردد فيه في الشرائع، و استشكله في القواعد، و في التحرير قوى الأول، و جزم الشهيد الثاني في المسالك و سبطه في شرح النافع بالحكم برجوعه إلى الزوج، و هو الظاهر لعين ما تقدم من أن العين قد انتقلت إلى الزوجه و صارت ملكها بعد قبضها إياها، و العود إلى الولد إنما وقع بملك جديد، و في معناه ما لو دفعه أجنبي تبرعا فإن الحكم فيه بعد القبض كذلك.

قالوا: و من هنا ظهر الفرق بين دفع الأب المهر إلى الزوجه و عدمه، لأنه لما لم يكن المهر لازما له فهو متبرع بالوفاء فلا يخرج عن ملكه إلا بدفعه، فإن دفع الجميع كان الحكم كما سبق، و إن دفع النصف و طلق الولد قبل الدخول سقط النصف الآخر عن ذمه الزوج، و لم يجب على الأب دفعه إلى الولد بغير إشكال، لانتفاء ما يقتضيه.

و وجه تردد المحقق هنا و استشكل العلامة ما ذكروا من الأصل بقاء الملك على مالكة حيث لم يتحقق قصد التمليك، بل غايته إرادته إبراء ذمته من الدين، فإذا برئت بالطلاق عاد المال إلى أصله، و دفعه في قضاء الدين عنه لا يستلزم أن يكون هبه، حتى أنه يقال: إن الولد ملكه، و لا يصح للأب الرجوع في هبه الولد.

و رد بما عرفت من أنه بالدفع إلى المرأة قد انتقل عن ملكه، و صار ملكا لها قطعا.

و أما الولد فلا دخل له في ذلك، ليقل إنه هبه أو إنه صار مملوكا للولد.

بل الزوج إنما استحقه بملك جديد بعد أن صار للمرأة، للأخبار الدالة على رجوع النصف له بالطلاق.

و قال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك: و اعلم أن الشيخ في المبسوط قطع في المسألتين بعدم عود النصف المدفوع إلى الوالد كما ذكر المصنف من غير تردد،

و اتفق كلام العلامة في كتبه في أن الحكم في الصغير كذلك، و اختلف كلامه في الكبير، ففي التذكرة و الإرشاد قطع بكون حكمه حكم الصغير في عود النصف إليه، و في التحرير قوى رجوعه إلى الأب بعد أن حكم بكونه للولد، و في القواعد استشكل بعد حكمه بكونه للولد أيضا.

و بالجملة فلم يتحقق في الصغير خلاف، و إنما هو ظاهر في الكبير، و إنما تردد المصنف نظرا إلى ما يظهر من عدم إفاده تعليلهم المدعى، فإن الشيخ و غيره إنما عللوه بكونه هبه، و الهبة لا يرجع فيها بعد إقباضها للرحم، أو بعد التصرف فيها، و لا يخفى قصور التعليل، انتهى.

البحث الرابع: في التنازع

إشاره

، و فيه مسائل:

الاولى: لو اختلفا في أصل المهر

بأن ادعته المرأه و أنكر الزوج، فقال:

لا مهر لك عندي، و ما أشبهه، فإن كان ذلك قبل الدخول فالظاهر أنه لا إشكال و لا خلاف في أن القول قول الزوج بيمينه، لأن مجرد العقد لا يستلزم المهر لانفكاكه عنه في صورته التفويض، ثم يمكن استمرار براءته إلى أن يموت أحدهما قبل الدخول.

و إن كان بعد الدخول فقد أطلق الأكثر أنه كذلك أيضا، و هو على إطلاقه مشكل، لأن العقد إن اشتمل على مهر فهو الواجب، و الأصل بقاؤه، و إن لم يشتمل على مهر كان مهر المثل واجبا بالدخول، فالقول بأن القول قول الزوج بيمينه - و الحال كما عرفت - مشكل.

و ربما أوجب بالتمسك بالبراءة الأصلية، و توضيحه أن العقد لا يستلزم وجوب المهر على الزوج و كذا الدخول لا يستلزمه بل هو أعم منه، و العام لا يدل على الخاص، و بيان العموم أن الزوج قد يكون صغيرا معسرا زوجه أبوه، فإن المهر في ذمه الأب، أو يكون عبدا زوجه مولاة، فكان المهر على المولى.

و بذلك يظهر أن الدخول لا يستلزم ثبوت المهر في ذمه الزوج، و منه يظهر

صححه التمسك بأصاله البراءه فى مقام الاختلاف.

و فيه أنه لا-خلاف نسا و فتوى فى أن تفويض البضع موجب لمهر المثل مع الدخول، وهذا هو الذى تمسكنا به، و ما ذكر من هذين الموضوعين لا ينافى ذلك، فإننا نقول بموجبهما، فإن ثبت هنا أن النكاح كان على أحد هذين الوجهين فلا نزاع فى أن القول قول الزوج بيمينه، أما لو علم انتفاؤهما فهو محل الاشكال، فلا يتم ما ذكره كليا.

و بالجمله فإن ما ذكره جيد إن ثبت انتفاء التفويض، إما باتفاقهما على ذلك، أو قيام البيئه و ما فى معناها على ذلك، لجواز أن يكون المهر المسمى دينا فى ذمه المرأه أو عينا فى يدها، فلا يكون العقد المشتمل على التسميه بمجرد مقتضيا لاشتغال ذمه الزوج بشىء من المهر.

و نقل عن العلامة فى التحرير قول آخر فى المسأله، و هو أنه إذا وقع الاختلاف فى أصل المهر بعد الدخول يستفسر، هل سمي أو لا؟ فإن ذكر تسميته كان القول قوله مع اليمين، و إن ذكر عدمها لزم مهر المثل، و إن لم يجب بشىء حبس حتى يبين. و اعترضه فى المسالك بوجوه، من أحب الوقوف عليها فليرجع إلى الكتاب المذكور.

و فى القواعد فصل تفصيلا آخر، فقال: و التحقيق أنه إن انكسر التسميه صدق باليمين، لكن يثبت عليه-قبل الدخول مع الطلاق- المتعه، و مع الدخول مهر المثل، و الأقرب أن دعواها إن قصرت عنهما ثبت ما ادعته، و لو أنكر لاستحقاق عقيب دعواها إياه أو دعواها التسميه، فإن اعترفا بالنكاح فالأقرب عدم سماعه.

قال فى المسالك: و هو أقل إشكالا من الأول. ثم أطل فى الكلام عليه و بيان ما اختاره فى المسأله بتفصيل يقف عليه من أحب الرجوع إليه، و الملخص عندى ما قدمنا ذكره.

و أما ما أضيف إلى ذلك من التفريعات فى المسأله فمحل إشكال، و لو كان

الاختلاف في القدر بأن ادعت الزوجه قدرا زائدا على ما أقر به الزوج، فلا- إشكال و لا- خلاف في أن القول قول الزوج يمينه، بمقتضى القاعده الكليه المستفاده من النصوص المستفيضه، و خصوص

صحيحه أبي عبيده (1) عن أبي جعفر عليه السلام

«في رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها فادعت أن صداقها مائه دينار، و ذكر الرجل أنه أقل مما قالت، و ليس لها بينه على ذلك؟ قال: القول قول الزوج مع يمينه».

إلا أنه ينبغي تقييد ذلك بما لو أطلق الدعوى، أو ادعت هي التسميه هذا القدر في العقد، و ادعى هو تسميه الأقل، و الشيخ في المبسوط فرض المسأله في هذا القسم الأخير.

أما لو اتفقا على عدم التسميه فالواجب مهر المثل، و الاختلاف يقع حينئذ فيه، فإن كان القدر الذي يعترف به الزوج أقل منه، فدعواه في قوه إيفاء الزائد أو التخلص منه بالإبراء و نحوه، و مثل هذا لا يقبل قوله فيه.

و كذا مع اتفاقهما على التسميه، و اعترف بأنهما أكثر، و يدعى التخلص من الزائد بإبراء أو وفاء و نحوهما، على أنه يمكن المناقشه أيضا فيما فرضه في المبسوط محلا للمسأله من الاختلاف في دعوى التسميه بأن يقال: إنه مع اختلافهما في قدر التسميه، يكون كل منهما منكرا لما يدعيه الآخر، و مقتضى ذلك وجوب التحالف، و الرجوع إلى مهر المثل، إلا أنه يشكل بأن إطلاق الروايه الصحيحه شامل لهذه الصوره كما فهمه الشيخ- رحمه الله عليه- على ما فيه مما عرفت من الحزازه، و من هنا قال في القواعد: و ليس بعيدا من الصواب تقديم قول من يدعى مهر المثل، فإن ادعى النقصان و ادعت الزيادة تحالفا، و رد إليه، و لو كان الاختلاف في صفه المهر كالصحيح و المكسر، و الجيد و الردي، فالقول قول الزوج يمينه، لأصاله براءه ذمته مما تدعيه المرأه من الوصف الزائد،

ص: ٥٨١

١- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٤ ح ٣٩ مع اختلاف و ص ٣٧٦ ح ٨٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨ ب ١٨ ح ١.

و لا فرق فى ذلك بين الدخول و عدمه، و لا بين ما لو كان ما تدعيه مهر المثل أم أقل.

و ألحق به بعض الأصحاب الاختلاف فى الحلول و التأجيل، أو فى تقدير الأجل، بل جعلها من أفراد الاختلاف فى الصفه، و استشكله فى المسالك بأن الأصل عدم التأجيل و عدم زياده الأجل عما تدعيه، فهى المنكره و هو المدعى، فتقديم قوله فىهما ممنوع، قال: و لو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف فى الصفه لأن كلا منهما منكر ما يدعيه الآخر خصوصا مع تصريح كل منهما بكون ما يدعيه هو الذى وقع عليه العقد كان وجهها فيثبت مهر المثل، إلا أن يزيد على ما تدعيه المرأه أو ينقص عما يدعيه الزوج، انتهى.

و ألحق جماعه من الأصحاب منهم الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و العلامه فى التحرير اختلافهما فى جنسه بالاختلاف فى قدره، كما لو قالت: المهر مائه دينار فقال: بل مائه درهم، و استدلوا عليه بأن الزوج منكر، فيكون القول قوله.

قال فى المسالك: و الاشكال فيه أقوى، و وجه التحالف فيه أولى، إلا أن الأصحاب أعرضوا عنه رأسا، و جماعه من العامه أثبتوه فى أكثر هذه المسائل حتى فى الاختلاف فى أصل المهر، و ما حققناه أظهر.

أقول: ما ذكره من اختيار القول بالتحالف فى هذه المواضع يخالف ما قدمه فى كتاب البيع فى مسأله اختلاف المتبايعين، فإنه قد جعل لذلك ضابطه، و هو ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر، بحيث لا يتفقان على أمر، فلو اتفقا على أمر خرج ذلك عن مقتضى الضابطه المذكوره، و فى هذا الموضع قد اتفقا على أمر، و إنما الاختلاف فى الزيادة التى يدعيها المدعى و الزيادة فى الوصف أو الزيادة فى الجنس، و قد تقدم منا تحقيق الكلام فى ذلك فى المسأله المذكوره فى كتاب التجاره، و تحقيق آخر أيضا فى آخر أبواب الإجاره فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه. و كيف كان فالاحتياط فيما عدا المنصوص من هذه المواضع بالصلح و نحوه أولى.

الثانية: لو أقر بالمهر و ادعى تسليمه، و أنكر المرأة

،فمقتضى القواعد الشرعية أن القول قولها يمينها، و به صرح الأصحاب أيضا لثبوتها في ذمتها باعترافه و أصاله بقائه و عدم تسليمه حتى يثبت ذلك بوجه شرعي، و أما ما ورد

في روايه الحسن بن زياد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر، و قال الزوج: قد أعطيتك، فعليها بينه، و عليه اليمين». فهي غير معمول عليها عند أصحابنا سيما مع ما في منتها من المخالفه للأصول، فإن المهر إذا تعين في ذمه الزوج فهو المدعى للأيفاء، و هي المنكره، فتكون بينه عليه لا عليها، و أما ما ورد في معنى هذه الروايه من الأخبار التي دلت على سقوط المهر كلا أو بعضا بالدخول فقد تقدم الكلام فيها و أنه لا عامل بها منها، لمعارضتها بالأخبار الراجحه بعمل الأصحاب و موافقه الضوابط الشرعية، تقدم ذلك في المسأله الاولى من سابق هذا البحث، و عمل بمضمونها ابن الجنيدي، فقال بتقديم قول الرجل في البراءه من المهر بعد الدخول، و قولها في ثبوتها قبله.

قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه: و المذهب هو الأول، و أنه لا فرق بين وقوع الدعوى قبل الدخول و بعده.

أقول: لا يبعد حمل الأخبار المشار إليها على التقيه كما تقدمت الإشارة إليه.

الثالث: لو اختلفا في المدفوع بعد أن كان قدر مهرها فقالت: دفعته هبه، فقال: بل صداقا

،فظاهر جملة من الأصحاب كالمحقق في الشرائع أن القول قوله لأنه أبصر بنيته، و فصل شيخنا في المسالك في ذلك فقال: إن كان دعواها عليه أنه نوى بالدفع الهبه من غير أن يتلفظ بما يدل عليها فالقول قوله بغير يمين، لأنه لو اعترف لها بما تدعيه لم يتحقق الهبه إلا بانضمام لفظ يدل عليها، فلا يفتقر إلى اليمين، و إن ادعت تلفظه بما يدل على الهبه فالقول قوله مع اليمين، لأصاله

ص: ٥٨٣

(١-١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٠ ح ٢٦ و ص ٣٧٦ ح ٨٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٧.

العدم، ولأنه منكر.

أقول: وبهذا التفصيل صرح فى القواعد فقال: ولو دفع مساوى المهر فادعت دفعه هبه، قدم قوله مع اليمين إن ادعت تلفظه بالهبة، وإلا قبل من غير يمين، بأن تدعى أنه نوى بالدفع الهبه، لأنه لو نواه لم يصر هبه.

الرابعة: إذا خلا بها فادعت المواقعه

فلا- يخلو إما أن تكون بكرا أو ثيبا، و على الأول فلا- إشكال، لإمكان استعلام الحال بنظر الثقات من النساء إلى ذلك، و هو مستثنى لموضع الحاجه، كنظر الطبيب و نحوه، وإنما الاشكال و الخلاف فى الثانى، فقيل: القول قول الرجل عملا بالأصل، لأن الأصل العدم حتى يثبت خلافه. و قيل: إن القول قولها عملا- بالظاهر من حال الصحيح فى خلوته بالحلال مع عدم الموانع و حصول الدواعى، و تؤيده الأخبار المتقدمه بأن إرخاء الستر يوجب المهر، و قد تقدم الكلام فى هذه الأخبار، و أن الظاهر عدم العمل عليها.

و بالجمله فمرجع الكلام هنا إلى تعارض الأصل و الظاهر، فمن عمل بظاهر تلك الأخبار فقد رجح البناء على الظاهر، و يكون الحكم هنا عنده هو تقديم قول المرأه بيمينها، و أما مع عدم العمل بها فالظاهر هو ترجيح الأصل، و به صرح فى المسالك، فقال: لكن الأقوى تقديم الأصل، لأن وجود القدره و الدواعى و انتفاء الصارف مظنون لا معلوم، و معها لا بد لفعل القادر من ترجيح، و الأصل عدمه.

الخامسه: إذا اختلف الزوجان بعد اتفاهما على وقوع عقد نكاح بينهما فى وقتين

فادعى الزوج التكرار المحض إما على وجه الاحتياط فى تصحيحه أو لقصد اشتهاه أولا كذلك و ادعت المرأه أن كلا منهما عقد شرعى مستقل لا مجرد تكرار، و إن لم تذكر سبب الفرقة من العقد الأول، لأن الدعوى تدل عليه، فظاهر كلام الأصحاب أن القول قولها، و علل بأن العقد حقيقه شرعيه فى السبب المبيح للبضع، و استعماله فى مجرد الإيجاب و القبول المجردين عن ذلك الأثر مجاز بحسب الصوره كتسميه الصوره المنقوشه على الجدار فرسا.

بقى الكلام فى أنه مع تقديم قولها فما الواجب من المهر فى هذه الصورة؟ قال الشيخ فى المبسوط: لو أقامت بينه لعقدين فى وقتين فادعى الزوج التكرار و ادعت صحه العقدين و تعدد النكاح قدم قولها باليمين، و الأولى أن يقول: أن يلزمه المهران معا، و قال بعضهم يلزمه مهر و نصف لأنه يقول: طلقها بعد الأول قبل الدخول فعلى نصف المهر، ثم تزوجت بها ثانيا، و هذا أقوى.

قال فى المختلف و هو يدل على ترده فى ذلك، قال: و كان والدى -رحمه الله عليه- يقوى الثانى، و شيخنا أبو القاسم جعفر بن سعيد -رحمه الله- يقوى الأول و هو الأقوى عندى لاعتراف الزوج بثبوت الأول فى ذمته، و قيام البينه عليه بالثانى، و تعليل الشيخ ليس بجيد، لأن دعواه الطلاق المتخلل بين العقدين ينافى دعوى التكرار، و لو ادعى تخلل الطلاق كان القول قوله مع اليمين. انتهى.

أقول: و هنا قول ثالث، لم يتعرض إليه فى المختلف و هو وجوب مهر واحد و قد نقله فى المسالك ثالثا للقولين المذكورين، و علل القول بوجوب المهرين بأن كل عقد له سبب تام فى وجوب المهر و الأصل استمراره و لأنه لا ينتصف إلا بالطلاق، و سماع دعواه الطلاق الموجب للتصيف ينافى دعواه التكرار كما عرفت من كلامه فى المختلف، و علل القول الثانى بأن الفرقه متحققه ليصح فرض العقد الثانى، و الوطؤ غير معلوم مع أن الأصل عدمه فيجب النصف بالعقد الأول و المهر كاملا بالعقد الثانى.

و علل القول الثالث بأن من أسباب الفرقه ما لا يوجب مهرا و لا نصفها كردتها و إسلامها، و فسخه بعيها قبل الدخول، و فسخها بعب غير العنه قبله، أيضا فإنه يجوز أن تكون الفرقه الموجبه لتعدد العقد من أحد هذه المذكورات، فلا توجب شيئا بالكلية، و يبقى المهر بالعقد الثانى، على أنه يمكن أيضا كونه مهرا واحدا بالطلاق فى الأول قبل الدخول، و فى الثانى كذلك، فإن كل واحد من الطلاقين موجب للنصف، و من المجموع يحصل مهر واحد.

و ظاهر فى المسالك اختيار القول الأول على تردد قال: و الأقوى وجوب

المهرين لأصالة بقائهما في ذمته حتى يحصل المزيل و هو غير معلوم، و مجرد الفرقه أعم من كونها مسقطه و عدمه، إلا أن يدعى عدم الإصابه و الطلاق، فيلزم مهر و نصف، أو يدعى الطلاق في الثاني أيضا قبل الدخول فمهر واحد يجتمع منهما، أو يدعى الفسخ بأحد الأسباب الموجبه لعدم المهر مع إمكانه، فيجب المهر الثاني خاصه أو يدعى الطلاق قبل الدخول في الثاني فنصفه لا غير، لكن يشكل قبول دعواه الفسخ بالعيب، لأصالة عدمه، و يظهر من الشهيد في شرح الإرشاد قبوله محتجا بأن تجويزه ينفي القطع بالزيادة على المهر الثاني، و هذا بخلاف دعوى الطلاق، فإنه بفعله، و يرجع فيه إليه، و أما الدخول فالأصل عدمه، كما أن الأصل استصحاب المهر كمالا- إلا- إن يدعى المزيل، فلو سكت عن الدعوى ثبت المهران على الأقوى، و هذا كما يقال: إن المستودع بعد ثبوت الإيداع مطالب بها، و محبوس عليها ما دام ساكتا، فإن ادعى تلفا أو ردا صدق بيمينه، و انقطعت المطالبه، انتهى.

هذا ملخص كلامهم في المقام، قد أوردناه لتطلع على ما وقع لهم فيه من النقض و الإبرام، و المسأله لخلوها عن النص القاطع لماده القيل و القال لا تخلو من الاشكال، و لهذا كثر فيها الاحتمال و تعددت الأقوال.

المقصد الثالث في القسم و النشوز و الشقاق:

إشاره

فهنا مقالتان،

[المقاله] الاولى في القسم:

إشاره

و هو بفتح القاف مصدر قسم يقسم، و بالكسر: الحظ و النصيب، قال: في كتاب المصباح المنير (1): قسمته قسما من باب ضرب فرزته أجزاء فانقسم، و الموضع مقسم مثل مسجد، و الفاعل قاسم، و قسام مبالغه، و الاسم القسم بالكسر، ثم أطلق على الحصه و النصيب، فيقال هذا قسمي، و الجمع أقسام مثل حمل و أحمال.

ص: ٥٨٦

و عرفه فى المسالك بأنه حق واجب لمن يجب الإنفاق عليه من الزوجات.

و أورد عليه سبطه فى شرح النافع بأنه ينتقض طردا بوطىء الزوجه الواجب فى أربعه أشهر، فإن التعريف صادق عليه، و عكسا بمن لا يجب عليه الإنفاق من الأزواج، كالمعسر و الصغير، فإن القسم يجب عليه مع أن النفقه غير واجبه، قال:

و يمكن دفعها بتكلف، و الأمر فى ذلك هين. انتهى، و الكلام هنا يقع فى موارد:

الأول [فى أن لكل من الزوجين على الآخر حقوقا واجبه و مستحبه]

لا- خلاف و لا إشكال فى أن لكل من الزوجين على الآخر حقوقا واجبه و مستحبه، و من الواجب على الزوج النفقه و الكسوه و الإسكان.

و من الواجب عليها التمكين من الاستمتاع، و إلى ما ذكرنا يشير قوله عز و جل «قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فى أَزْوَاجِهِمْ» (١) و قوله عز و جل «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (٢) و قال «وَ لَهِنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (٣) و المراد تشبيه أصل الحقوق بالحقوق لا فى الكيفيه و الكميه لاختلافهما.

و أما الأخبار الواردة فى هذا المقام الداله على حقوق كل منهما على الآخر فهى مستفيضه متكاثره، و قد تقدم جملته منها فى الفائده السادسه عشر من فوائد المقدمه.

و مجمل حقوق الزوج عليها كما دلت عليه الأخبار المشار إليها أن تطيعه و لا تعصيه و لا تصدق من بيته إلا بإذنه، و لا تصوم تطوعا إلا بإذنه، و لا تمنعه نفسها و إن كانت على ظهر قتب، و لا تخرج من بيته إلا بإذنه، و عليها أن تطيب و تزين له بأطيب طيبها و أزين زينتها، و أن لا تبیت ليله و هو عليها ساخط و ان كان ظالما لها.

و قال صلى الله عليه و آله (٤)

«لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأه أن تسجد

ص: ٥٨٧

١- ١) سورة الأحزاب- آيه ٥٠.

٢- ٢) سورة النساء: آيه ١٩.

٣- ٣) سورة البقره- آيه ٢٢٨.

٤- ٤) الكافى ج ٥ ص ٥٠٧ ح ٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٧ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ١١٥ ب ٨١ ح ١.

لزوجها».

و فى خبر آخر (١) عنه صلى الله عليه و آله

«و أكثر من ذلك حقوقه عليها».

و مجمل حقوقها عليه أن يكسوها و يشبعها، و إن جهلت غفر لها،

و فى خبر عنه (٢) صلى الله عليه و آله

«فقلت: فليس لها عليه شيء غير هذا؟ قال صلى الله عليه و آله: لا، قالت: لا و الله لا تزوجت أبدا».

و فى خبر آخر (٣)

«يسد جوعها و يستر عورتها و لا يقبح لها وجهها، و إذا فعل ذلك فقد و الله أدى إليها حقوقها».

إذا تقرر ذلك فالواجب على كل منهما القيام بالحق الواجب عليه من غير أن يخرج صاحبه إلى طلبه له و الاستعانة بالغير على ذلك.

الثانى: لا خلاف بين الأصحاب فى وجوب القسمة بين الزوجات

لما فيه من العدل و المعروف و حسن المعاشرة المشار إليه بقوله عز و جل «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (٤) و التأسى به صلى الله عليه و آله (٥) فإنه كان يقسم بين زوجاته، حتى أنه كان فى مرضه يطاف به بينهن، و كان يقول: هذا قسمى فيما أملك، و أنت أعلم بما لا أملك» يعنى الموده و الميل القلبى.

و روى (٦)

«أن عليا عليه السلام كان له امرأتان، فكان إذا كان يوم واحده لا يتوضأ فى بيت الأخرى».

و روى فى كتاب عقاب الأعمال (٧) عنه صلى الله عليه و آله

«أنه قال: و من كانت له امرأتان

ص: ٥٨٨

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٥٠٨ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ١١٢ ح ٢.

٢- (٢) الكافى ج ٥ ص ٥١١ ح ٢.

- ٣-٣) الكافي ج ٥ ص ٥١١ ح ٥ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٦ ح ١.
- ٤-٤) سورة النساء-آيه ١٩.
- ٥-٥) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٤ ح ٢.
- ٦-٦) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣.
- ٧-٧) عقاب الأعمال ص ٣٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٨٤ ب ٤ ح ١.

فلم يعدل بينهما فى القسم من نفسه و ماله جاء يوم القيامة مغلولاً مائلاً شقه حتى يدخل النار».

و ينبغي أن يعلم أن وجوب العدل فى القسم إنما هو باعتبار المساواة فيما تقدم ذكره من الأمور الواجبه عليه من النفقه و الكسوه و الإسكان و المبيت و الإقامه عندها فى يومها و ليلتها لا بالنسبه إلى الموده التى هى أمر قلبى، لقوله عز و جل «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَ لَوْ حَرَضْتُمْ، فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ» الآية (١) و إليه يشير الحديث النبوى المتقدم.

و روى فى الكافى فى الصحيح أو الحسن عن نوح بن شعيب و محمد بن الحسن (٢) قال:

«سأل ابن أبى العوجاء هشام بن الحكم فقال له: أليس الله حكيمًا؟ قال:

بل هو أحكم الحاكمين، قال: فأخبرنى عن قول الله عز و جل «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً» (٣) أليس هذا فرض؟ قال: بلى، قال: فأخبرنى عن قول الله عز و جل «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَ لَوْ حَرَضْتُمْ، فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ» أى حكيم يتكلم بهذا؟ فلم يكن عنده جواب، فرحل إلى المدينة إلى أبى عبد الله عليه السلام فقال: يا هشام فى غير وقت حج و لا عمره؟ قال: نعم جعلت فداك لأمر أهمنى، إن ابن أبى العوجاء سألنى عن مسأله لم يكن عندى فيها شىء، قال: و ما هى؟ قال: فأخبره بالقصه - فقال له أبو عبد الله عليه السلام: أما قوله عز و جل «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً» يعنى فى النفقه، و أما قوله «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَ لَوْ حَرَضْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ» يعنى فى الموده، قال: فلما قدم عليه هشام بهذا

ص: ٥٨٩

١-١ (١) سورة النساء-آيه ١٢٩.

٢-٢ (٢) الكافى ج ٥ ص ٣٦٢ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٦ ح ١.

٣-٣ (٣) سورة النساء-آيه ٣.

الجواب و أخيره قال: و الله ما هذا من عندك»(١).

و بالجمله فإنه لا- خلاف في وجوب القسمة، إنما الخلاف في أنه هل تجب بنفس العقد و التمكين، أم يتوقف على الشرع؟ قولان، المشهور- على ما نقله في المختلف- الأول، و مبني هذا الخلاف على أن القسمة هل هي حق للزوج خاصة أو مشتركة بينه و بين الزوجه؟ و قال الشيخ في المبسوط: لا يجب عليه القسمة ابتداء، لكن الذي يجب عليه النفقه و الكسوه و المهر و السكنى، فمتى تكفل بهذا لا- يلزمه القسم، لأنه حق له، فإذا أسقطه لا يجبر عليه، و يجوز له تركه، و أن يبيت في المساجد و عنه أصدقائه، فأما إذا أراد أن يتدئ بواحد منهن فيجب عليه القسمة، لأنهن ليس واحد منهن أولى بالتقديم من الأخرى، انتهى.

و اعترضه في المختلف بأننا نمنع أنه حقه المختص به بحيث يكون له تركه، فإنه حق مشترك، فللمرأة المطالبة بحقها منه، و الأخبار وردت مطلقه بالأمر بالقسمة، فإن الباقر عليه السلام قسم للحره الثلثين من ماله و نفسه، و للأمه الثلث من ماله و نفسه، و إلى القول بما ذهب إليه الشيخ في المبسوط ذهب المحقق في الشرائع و العلامه في التحرير، و اختاره السيد السند في شرح النافع، قال- رحمه الله-

ص: ٥٩٠

بعد نقل ذلك عن هؤلاء المذكورين: وهو المعتمد تمسكا بمقتضى الأصل السالم عما يصلح للمعارضه، فإن الأخبار الواردة في هذا الباب قليلة جدا و ليس فيها ما يدل على وجوب القسم ابتداء بخصوصه أو إطلاقه كما يظهر للمتتبع، وكذا الكلام في التأسى، فإنه لم يثبت أن النبي صلى الله عليه و آله قسم بين نسائه ابتداء على وجه الوجوب ليجب التأسى به في ذلك، على أن المشهور بين الخاصه و العامه أن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه و آله، انتهى.

أقول: و الحق أنه لا دليل في الأخبار على شىء من القولين، إلا أن ما ذهب إليه الشيخ و من تبعه مؤيد بالأصل كما ذكره السيد السند، فلا يبعد ترجيحه لذلك، و أدله القول المشهور كلها مدخوله كما بسط عليه الكلام في المسالك.

الثالث [فيما لو لم يكن له إلا زوجه واحده]

ينبغي أن يعلم أن مما يتفرع على الخلاف المتقدم كما صرح به الأصحاب أيضا أنه لو لم يكن له إلا- زوجه واحده فعلى المشهور من وجوب القسم ابتداء، فإن لها ليله من أربع ليال يبيت فيها عندها، و ثلاث له يضعها حيث يشاء، لأن الله تعالى أباح له أن ينكح أربع نساء لا أزيد، فللواحد من الأربع ليله، فإذا انقضت الأربع و جب أن يبيت عندها ليله، ثم له ثلاث يضعها حيث يشاء و هكذا، و من كان له زوجتان فلكل واحده ليله من الأربع، و اثنتان من الدور له، يضعها حيث يشاء، و من كان له ثلاث زوجات يبقى له من الدور ليله يضعها حيث يشاء، و من كان له أربع فقد كل الدور لهن فليس له شىء زائد، و لم يكن له الإخلال بالمبيت عند صاحبه الليله أبدا مع الاختيار، و عدم الاذن، و كل ما فرغ الدور استأنف الدور على الترتيب الذى فعل فى الدور الأول و له أن يخص بعض الزوجات بالليله التى له، إلا أن الفضل المساواه بينهن.

و أما على القول الآخر من عدم الوجوب إلا- إذا ابتدأه، فلو لم يكن عنده إلا زوجه واحده لم يجب القسم لها مطلقا، بل له أن يبيت عندها متى شاء، و يعتزلها متى شاء، و من كانت عنده زوجتان فإنه لا يجب عليه القسم لها ابتداء

بل له أن يبيت حيث يشاء، فإن بات عند واحد منهن ليله وجب عليه أن يبيت عند الأخرى، مراعاة للعدل بينهما، و عملا بالأمر بالمعاشرة بالمعروف. و نحو ذلك من الأدلة الدالة على وجوب العدل كما تقدم، فإذا ساوى بينهما في المبيت كما ذكرنا جاز له اعتزالهما و ترك القسمه إلى أن يبيت عند واحد منهما فيلزمه المبيت عند الأخرى لما تقدم، و هكذا، و مثله يأتي فيما لو كان عنده ثلاث أو أربع، فإنه بعد كمال دوره عليهن و المساواه بينهما في ذلك الدور له الاعراض عنهن كما في الابتداء.

و من الأخبار الواردة في المقام ما رواه

الشيخ في التهذيب (١) عن الحسن ابن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يكون له المرأتان و إحداهما أحب إليه من الأخرى، إله أن يفضلها بشيء؟ قال: نعم له أن يأتيها ثلاث ليال، و الأخرى ليله، لأن له أن يتزوج أربع نسوة، فليلتاه يجعلهما حيث يشاء- إلى أن قال: -و للرجل أن يفضل نساءه بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً».

و ما رواه

في الفقيه (٢) في الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم قال:

«سألته 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، و لذلك كان له أن يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً».

و ما رواه

في التهذيب (٣) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سئل عن الرجل يكون عنده امرأتان إحداهما أحب إليه من الأخرى، أ له أن يفضل إحداهما على الأخرى؟ قال: نعم يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً».

ص: ٥٩٢

١-١) التهذيب ج ٧ ص ٤١٩ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٠ ح ٢.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٨١ ح ٣.

٣-٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٨٠ ح ١.

فى كتاب قرب الاسناد (١) عن على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال:

« سألته عن رجل له امرأتان هل له أن يفضل إحداهما على الأخرى؟ قال: له أربع، فليجعل لواحدة ليله، وللأخرى ثلاث ليال،.

قال:

و سألته عن رجل له ثلاث نسوة، هل له أن يفضل إحداهن؟ قال: له أربع ليال فليجعل لواحدة إن أحب ليلتين، وللأخرتين لكل واحدة ليله، و فى الكسوة و النفقة مثل ذلك».

و غاية ما تدل عليه هذه الأخبار و نحوها هو أنه يجوز له التفضيل بما له من ليالى الدور بمن شاء من نساءه ما لم يكن أربعاً.

و أما ما نحن فيه من الخلاف فلا دلاله و لا إشاره فى هذه الأخبار إليه، و قد عرفت أنه على المشهور يجب عليه استئناف الدور كلما فرغ و على القول الآخر لا- يجب عليه بل له أن يبيت حيث شاء إلى أن يبيت عند واحدة منهن، فيجب عليه المبيت عند الأخرى متعده أو متعدده.

و مما يتفرع على القولين أنه لو كان عنده منكوحات لا يجب لهن قسمه، فعلى الأول بعد تمام الدور لا يجوز له المبيت عند واحدة منهن إلا بإذن مستحقه تلك الليلة، و على الثانى يجوز له المبيت عند كل من لا يستحق قسمته إلى أن يبيت عند واحدة من ذوى القسم فيجب عليه إتمام الدور، و له بعد تمام الدور أن يعدل إلى من لا يستحق قسمه، و ذلك واضح، و الله العالم.

الرابع [فى أقل أفراد القسم لو تعددت الزوجه ليله ليله]

لا خلاف و لا إشكال فى أن أقل أفراد القسم لو تعددت الزوجه ليله ليله فإنه هو المستفاد من الأخبار و من سيره النبى صلى الله عليه و آله و الأئمة الأبرار عليهم السلام و إنما الخلاف و الاشكال فى الزيادة.

فقيل: يجوز أن يجعلها أزيد من ليله، و نقل عن الشيخ فى المبسوط و جمع من الأصحاب للأصل و حصول الغرض حيث تحصل التسوية بينهن فى الزمان، و لأن الحق له، فتقديره إليه، و حقهن إنما هو فى العدل و التسوية و هو متحقق.

ص: ٥٩٣

وقيل: لا يجوز الزيادة على ليله، و هو اختيار المحقق فى الشرائع و غيره، و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين تأسيساً بالنبي صلى الله عليه و آله، و لما فيه من الإضرار و التضير، إذ قد يحصل لبعضهن القسم، و يلحقه ما يقطعه عن القسم للباقيات، و لا يخفى ما فى هذه التعليقات العلية من الضعف و القصور لو جوزنا بناء الأحكام الشرعية على مثلها، و قد أوضحه شيخنا فى المسالك.

و بالجملة فإنه بالنظر إلى تعليقاتهم فى المقام، فالأول هو الأقرب، و قد اختلفوا أيضاً فى أنه على تقدير جواز الزيادة، فهل لها قدر محدود؟ فى المبسوط قدرها بثلاث ليال، و اعتبر فى الزائد عنها رضاهن.

و نقل عن ظاهر ابن الجنيد جواز جعلها سبعا، و الظاهر - كما أشرنا إليه فى غير موضع مما تقدم سيما فى كتب المعاملات - أن هذه التفريعات و نحوها الأصل فيها العامه، و الشيخ حذا حدوهم كما هى عادته فى المبسوط، و من تأخر عن الشيخ أخذ ذلك عنه، و هى بمعزل عن الأخبار، و الكلام فيها بمثل هذه التخرصات و التخريجات مشكل، و طريق الاحتياط يقتضى الوقوف على القسمه ليله ليله، من غير زيادة و لا نقصان، فإنه هو المعلوم من سيرته صلى الله عليه و آله و سيره أبنائه الطاهرين عليهم السلام و شيعتهم الماضين.

الخامس [فى كيفية البدأه]

إذا أراد القسمه سواء قلنا بوجوبها ابتداء أو بعد الاختيار، فقد اختلف الأصحاب فى كيفية البدأه، فهل له أن يبدأ بمن شاء منهم، ثم يختار ثانياً و ثالثاً إلى أن يتم الدور على العدد الذى عنده، و لا يتوقف ذلك على القرعه؟ أو أنه يجب الرجوع إلى القرعه؟ قولان، المشهور الأول، و هو اختيار المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك، و على الثانى فمن خرج اسمها بدأ بها، فإن كانتا اثنتين اكتفى بالقرعه مره واحده، لأن الثانى تعينت ثانياً، و إن كن ثلاثاً أقرع بين الباقيين فى الليله الثانى، و إن كن أربعاً أقرع بين الثلاث ثانياً ثم بين الاثنتين ثالثاً تحرزاً عن التفضيل و الترجيح، و لأنه ليس واحده منهم أولى

بالتقدم من الأخرى، فالتقديم بالقرعة عدل، ولأن تقديم واحده بغير قرعه يقتضى الميل إليها فيدخل في الوعيد السابق من الخبر النبوي، ولأن النبي صلى الله عليه وآله كان يقرع بين نسائه إذا أراد سفراً و يصحب من أخرجتها القرعه، ومن هذا الكلام علم أدله القول الثاني.

و أما الأول فاستدل عليه في المسالك بالأصل، ولأنه على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمه، بسبيل من الاعراض عنهن جميعاً، ولما لم يبت عند بعضهن لا يلزم شيء للباقيات، فلا يحتاج إلى القرعه ابتداءً، قال: وهذا أقوى، وهو الذى اختاره المصنف والأكثر.

أقول: والكلام فى هذا الفرع كغيره مما تقدم مما لا نص فيه ولا دليل عليه، ولهم فيه تفرعات ليس فى التطويل بها مزيد فائده بعد ما عرفت من عدم ثبوت الأصل.

السادس [فى أن الواجب فى القسمه هو المضاجعه ليلاً دون المجامعه]

قد صرح الأصحاب بأن الواجب فى القسمه هو المضاجعه ليلاً دون المجامعه، والمراد بالمضاجعه النوم معها على فراش واحد قريباً منها عادة بحث لا يعد هاجراً وإن لم يتلاصقا، قالوا: ويدل عليه التأسي، وظاهر قوله تعالى «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» .

أقول: ويشير إليه أيضاً قوله عز وجل «وَ جَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاساً» الآية،

روى الصدوق - رحمه الله عليه - فى كتاب علل الشرائع (١) بإسناده إلى عبد الله بن زيد بن سلام

«أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: أخبرنى لم سمي الليل ليلاً؟ قال: لأنه يلائل الرجال من النساء، جعله الله عز وجل ألفه ولباساً، وذلك قول الله عز وجل «وَ جَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاساً وَ جَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشاً» (٢) فقال: صدقت يا محمد صلى الله عليه وآله الحديث.

و أما المواقع فلا تجب عند الأصحاب إلا فى كل أربعة أشهر مره وقد تقدم

ص: ٥٩٥

١- ١) علل الشرائع ص ٤٧٠ ح ٣٣ ط النجف الأشرف.

٢- ٢) سورة النبا- آيه ١٠ و ١١.

أن مورد الخبر إنما هو المرأه الشابه لا مطلقا.

و أما النهار فالمشهور أنه لا قسمه فيه، و وجوب القسمه مختص بالليل لقوله سبحانه «وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا» أى لتحصيل المعاش، و هو وقت التردد و الانتشار فى الحوائج.

و ربما ظهر من كلام الشيخ فى المبسوط وجوب الكون مع صاحبه الليله نهارا، فإنه قال: قد بينا أن القسم يكون ليلا، و كل امرأه قسم لها ليلا فإن لها نهار تلك الليله، فإن أراد أن يبتدأ بالنهار جاز، و إن أراد أن يبتدأ بالليل جاز، لكن المستحب أن يبتدأ بالليل.

و قريب منه كلام العلامه فى التحرير، لكنه جعل النهار تابعا ليله الماضيه فقال: النهار تابع ليله الماضيه فلصاحبته نهار تلك الليله، لكن له أن يدخل فيه إلى غيرها لحاجه كعباده أو دفع نفقه أو زيارتها أو استعلام حالها، أو لغير حاجه، و ليس له الإطاله، و الأقرب جواز الجماع و لو استوعب النهار قضاء لصاحبه الليله، انتهى.

و نقل عن ابن الجنيد أنه أضاف إلى الليله القيلولة، و لم نقف له على مستند بالخصوص.

أقول: و الذى وقفت عليه من الأخبار المتعلقه بالمقام ما رواه

المشايع الثلاثة (1) عن إبراهيم الكرخى قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوه، فهو يبيت عند ثلاث منهن فى لياليهن و يمسهن، فإذا نام عند الرابعه فى ليلتها لم يمسها، فهل عليه فى هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يكون عندها فى ليلتها و يظل عندها صبيحتها، و ليس عليه أن يجمعها إذا لم يرد ذلك».

و ظاهر هذه الروايه تخصيص المقام عندها نهارا بصبيحه تلك الليله، و هى

ص: ٥٩٦

١-١) الكافى ج ٥ ص ٥٦٤ ح ٣٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ١١، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٨٤ ب ٥ ح ١.

عبارة عن أول النهار، و يحتمل على بعد كون هذا التعبير كناية عن مجموع النهار أيضا.

و كيف كان فإنه يظهر ضعف قول من استدل بهذه الرواية لابن الجنيدي، و الأصحاب-لضعف الرواية بالراوي المذكور-حملوها على الاستحباب، فإنه لا قائل بها على ظاهرها، و قد تقدمت الرواية

عن علي عليه السلام (١)

«إنه كان له امرأتان فكان إذا كان يوم واحده لا يتوضأ في بيت الأخرى». و لعله محمول على الفضل و الاستحباب، ثم إن ما تقدم ذكره من تخصيص القسم بالليل ليس المراد به أنه يجب المقام عندها من أول الليل إلى آخره بل يجب الرجوع إلى ما جرت به العادة من كون ذلك بعد قضاء الحوائج كالصلاة في المسجد و مجالسه الضيف و نحو ذلك. نعم ليس له الدخول في تلك الليلة عند ضربتها إلا للضرورة فيما قطع به الأصحاب، و من الضرورة عيادتها إذا كانت مريضة، و قيده في المبسوط بما إذا كان المرض ثقيلًا، و إلا لم يصح، فإن مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعد إقامة عرفًا، فيأثم خاصة، قيل: هذا كله فيمن لا- يكون كسبه ليلا- كالحارس و شبهه، و إلا- فعماد القسمة في حقهم النهار، و حكم الليل عندهم كنهام غيرهم، و النهار كالليل عند غيرهم في جميع ما ذكر.

السابع: إذا اجتمع عنده حره و أمه بالعقد

فالمشهور أن للأمة ليله و للحره ليلتين، و هو مبني على جواز الجمع بينهما، كما تقدم تحقيقه في موضعه، فكل موضع يجوز الجمع بينهما فإن للحره الثلثين، و للأمة الثلث على المشهور، و نقل عن الشيخ المفيد (٢)-رحمه الله عليه- أن الأمة لا قسمه لها، و الأخبار ترده.

ص: ٥٩٧

١- ١) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣.

٢- ٢) أقول: صورته كلامه على ما نقله في المختلف أنه قال: «و هذا الحكم يعنى القسمة في حرائر النساء، فأما الإماء و ملك اليمين منهن فله أن يقسم بينهن كيف شاء، و يقيم عند كل واحد منهن ما شاء، و ليس للأخرى عليه اعتراض في ذلك بحال. قال في المختلف: و هذا يومهم أنه لا-حق للأمة المزوجه في القسم، فان قصد شيخنا المفيد عدم القسمة صارت المسألة خلافية و الا فلا، انتهى. (منه-قدس سره-).

و منها ما رواه

الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال:

« سألته عن الرجل يتزوج المملوكه على الحره؟ قال: لا، فإذا كانت تحته امرأه مملوكه فتزوج عليها حره قسم للحره مثلى ما يقسم للمملوكه».

و عن محمد بن قيس (٢) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«قضى في رجل نكح أمه ثم وجد طولاً-يعنى استغناء-و لم يشته أن يطلق الأمه نفسه فيها، فقضى أن الحره تنكح على الأمه، و لا تنكح الأمه على الحره إذا كانت الحره أولهما عنده، و إذا كانت الأمه عنده قبل نكاح الحره على الأمه، قسم للحره الثلثين من ماله و نفسه-يعنى نفقته-و للأمه الثلث من ماله و نفسه».

و عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (٣) قال:

«سألته عن الرجل يتزوج الأمه على الحره؟ قال: لا يتزوج الأمه على الحره و يتزوج الحره على الأمه، و للحره ليلتان و للأمه ليله».

و ما رواه

في الكافي (٤) و التهذيب (٥) عن أبي بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمه، قال: يتزوج الحره على الأمه-إلى أن قال:-و إن اجتمعت عندك حره و أمه فللحره يومان و للأمه يوم» الحديث.

و ما رواه

الصدوق في الفقيه (٦) مرسلاً قال:

«قال أبو جعفر عليه السلام: تزوج

ص: ٥٩٨

- ١- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ١.
- ٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ٢.
- ٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ٣.
- ٤- (٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٢ ح ٢.
- ٥- (٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ح ٤.

٦-٦) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٦٩، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٣ ح ٧.

الأمه على الأمه و لا- تزوج الأمه على الحره، و تزوج الحره على الأمه، فإن تزوجت الحره على الأمه فللحره ثلثان و للأمه الثلث، و ليلتان و ليله».

و ما رواه

فى الكافى (١) فى الصحيح عن ابن مسكان عن أبى بصير فى حديث قال:

« و لا بأس أن يتزوج الحره على الأمه، فإن تزوج الحره على الأمه فللحره يومان و للأمه يوم».

و فى روايه محمد بن الفضيل (٢) عن أبى الحسن عليه السلام

فالقسم للحره يومان و للأمه يوم». إلى غير ذلك من الأخبار الجاربه فى هذا المضمار.

قال فى المسالك: و المشهور أن للأمه نصف حق الحره، و لما كانت القسمه لا تصح من دون ليله كامله جعل للحره ليلتان، و للأمه ليله، و ليكن ذلك من ثمان جمعا بين حقهما و حق الزوج، فيكون الذى له منها خمس ليال و لهما ثلاث، هكذا ذكره جماعه من المتأخرين، و لا يخلو من نظر لأن تنصيف الليله فى القسمه يجوز لعوارض كما سيأتى، فإن لم يجز ابتداء فلا مانع من كونه هنا كذلك، و لما كان الأصل فى دور القسمه أربع ليال فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل.

أقول: الظاهر أن منشأ هذا الكلام هو الإجمال الذى فى بعض هذه الروايات كما فى صحيحه محمد بن مسلم (٣) و هى التى أوردها فى هذا المقام من قوله «قسم للحره مثلى ما قسم للمملوكه» و نحوها موثقه محمد بن قيس (٤) المشتمله أيضا على الثلثين و الثلث، فإن ذلك يمكن بجعل نصف ليله للأمه، و ليله كامله للحره فيكون الدور من أربع، و لا يتوقف صحه القسمه على جعل ليله كامله للأمه

ص: ٥٩٩

-
- ١- (١) الكافى ج ٥ ص ٣٦٠ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٣ ح ٣.
 - ٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٤ ح ٤٠، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٣ ح ٤.
 - ٣- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ١.
 - ٤- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ٢.

و ليلتين للحره كما ذكروه،و لما فيه من أنه يلزم الخروج عن الدور الأول بجعل ثمان ليال.

و فيه أنه لا يخفى أن جمله من أخبار المسأله قد خرجت مجمله كما حكيناها،و جمله قد اشتملت على التفصيل،و تعيين القسمة بكونها ليلتين و ليله، و يومين و يوما،فإذا حمل مجملها على مفصلها و مبهمها على مبينها ظهر أن القسمة إنما هي على ما ذكره الأصحاب لا ما ذكره هو،و إيراده بأن الدور يلزم أن يكون من ثمان لا خير فيه،بعد اقتضاء ما تضمنته الأخبار له،و حينئذ فالعمده فيما ذكره الأصحاب-من جعل القسمة ليله و ليلتين-إنما هو الأخبار،و الظاهر أنها لا تصح بدون ذلك،و إلا لوقعت الإشارة إليه فيها،و لعل الوجه في ذلك دون أن يكون بنصف ليله و ليله كامله كما ذكر أن في ذلك رفعا للاستثناس و تنقيصا للعيش مضافا إلى تعسر ضبط النصف غالبا،فلا يصح أن يكون مناطا للأحكام الشرعيه،و بذلك يتضح لك ما في قوله«فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل»فإن العدول إنما وقع لاقتضاء الأخبار-الداله على القسمة بالليله و الليلتين-ذلك،و اتفاقها على ذلك بعد حمل مجملها على مبينها لا بمجرد ما توهم.

قيل:و يجب تفريق ليلتى الحره فى الثمان الذى هو الدور،بأن يكون واحده فى الأربع الاولى،و الثانيه فى الأربع الثانيه ليقع لها من كل أربع واحده إن لم ترض بغيره.

و فيه أن إطلاق الأخبار المذكوره يدفعه،و الله العالم.

هذا و لو اجتمع عنده حره و زوجه كتابيه،فالمشهور بين الأصحاب من غير خلاف يعرف أن للكتاييه مثل ما للأمه فى هذه الصوره،فلها ليله و للحره المسلمه ليلتان.

في الكافي (1) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام: هل للرجل أن يتزوج النصرانية على المسلمة و الأمه على الحره؟ فقال: لا يتزوج واحده منهما على المسلمة، و يتزوج المسلمة على الأمه و النصرانية، و للمسلمة الثلثان، و للأمه و النصرانية الثلث.»

و بذلك يظهر ما في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك من إنكار النص في هذه المسأله حيث قال: مساواه الحره الكتابيه للأمه في القسمه لا نص عليه ظاهرا، لكنه مشهور بين الأصحاب، و ذكر ابن إدريس أنه مروى، و ربما استدل له باقتضاء الإسلام أن يعلو على غيره، و لا- يعلو عليه، فلو ساوت المسلمة لزم عدم العلو، و فيه نظر، لأن مثل ذلك لا يقاوم الأدله العامه المتناوله لها إلى آخره.

و العجب أيضا من سبطه السيد السند في شرح النافع حيث قال-بعد أن أورد الروايه المذكوره مستندا للحكم المذكور- ما لفظه: و سندها معتبر إذ ليس فيه من يتوقف في حاله سوى عبد الله بن محمد بن عيسى الأشعري، فإنه غير موثق، لكن كثيرا ما يصف الأصحاب روايته بالصحه، مع أن عدم ظهور الخلاف في المسأله كاف في إثبات هذا الحكم، انتهى.

أقول: لا- يخفى ما فيه على الفطن النبيه من الوهن و التستر بما هو أوهن من بيت العنكبوت و إنه لأوهن البيوت، و لكن هذا عاده أصحاب هذا الاصطلاح المحدث إذا ضاق عليهم الخناق و اضطروا إلى العمل بالروايه الضعيفه باصطلاحهم لستروا بأمثال هذه الأعذار السخيفه، و هو أظهر دليل على ضعف اصطلاحهم كما تقدم تحقيقه في غير موضع.

و كذا قوله «مع أن عدم ظهور الخلاف في المسأله كاف في إثبات الحكم» فإن فيه أن غايه ما يستندون إليه مع فقد النصف بالإجماع، و هو هنا مما لم يدعه أحد، و مجرد عدم ظهور الخلاف لا يدل على العدم، و الأحكام الشرعيه مطلوب فيها وجود الأدله الشرعيه، و إلا كان قولاً على الله بغير علم، فيدخل قائله تحت

ص: ٦٠١

ذم الآيات و الروايات المتضمنه لذلك.

و بالجمله فإن كلامه-رحمه الله عليه-هنا بمحمل من الضعف و القصور.

قالوا:و لو كانت الزوجه أمه كتابيه،فالظاهر أنها تستحق من القسم نصف ما تستحقه الأمه المسلمه فيكون لها مع الحره المسلمه ربع القسمه،فتصير القسمه من ستة عشر ليله للأمه الكتابيه منها ليله،و للحره المسلمه أربع،و الباقي للزوج،حيث لا يكون له غيرهما،و لا يخفى أن اجتماع المختلفات يتشعب إلى صور كثيره تعرف أحكامها بالمقاييسه إلى ما ذكرناه.

الثامن [فى أن المبيت عند البكر سبعة أيام و ثلاثه عند الثيب]

المشهور بين الأصحاب أن البكر تختص عند الدخول بسبع، و الثيب بثلاث،و به صرح المحقق فى الشرائع،و قال فى النافع:و تختص البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع،و الثيب بثلاث.و نقل عن الشيخ فى النهايه و كتابى الأخبار أن اختصاص البكر بالسبع على وجه الاستحباب،و أما الواجب لها ثلاث،و الظاهر أن عبارته النافع مبنيه على هذا القول.

و قال ابن الجنيد:إذا دخل ببكر و عنده ثيب واحده فله أن يقيم عند البكر أول ما يدخل بها سبعا ثم يقسم،و إن كان عنده ثلاث ثيب أقام عند البكر ثلاثا حق الدخول،فإن شاء أن يسلفها من يوم إلى أربعه تتمه 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،انتهى.

و الأصل فى ذلك الأخبار و باختلافها،اختلفت هذه الأقوال فى مقام الجمع بينها،فالواجب أولا نقل ما وصل إلينا من أخبار المسأله،ثم الكلام بما وفق سبحانه لفهمه منها ببركه أهل الذكر عليهم السلام.

فمنها ما رواه

فى الكافى (1) عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام

ص: ٦٠٢

«فى الرجل تكون عنده المرأه فیتزوج اخرى، كم یجعل للتی یدخل بها؟ قال:

ثلاثه أيام، ثم یقسم». و هذه الروایه كما ترى مطلقه، و لیس فیها دلالة على خصوص شیء من الفردين اللذین هما محل البحث.

و ما رواه

فى الكافى (١) عن هشام بن سالم فى الصحیح أو الحسن عن أبى عبد الله علیه السلام

«فى الرجل یتزوج البكره، قال: یقیم عندها سبعة أيام».

و ما رواه

الشیخ فى التهذیب (٢) عن الحضرمی عن محمد بن مسلم قال:

«قلت لأبى جعفر علیه السلام: رجل تزوج امرأه و عنده امرأه؟ فقال: إن كانت بكره فیلبت عندها سبعة، و إن كانت ثیبا فثلاثا».

و عن ابن أبى عمیر عن غیر واحد عن محمد بن مسلم (٣) قال:

«قلت: الرجل یكون عنده المرأه یتزوج الأخرى، أ له أن یفضلها؟ قال: نعم، إن كانت بكره فسبعة أيام، و إن كانت ثیبا فثلاثه أيام». و هذه الروایه رواها الصدوق فى كتابه عن ابن أبى عمیر، و طریقته الیه صحیح، فتكون الروایه صحیحه، و لا یضر الإرسال إن لم یكن مؤكدا للصحه، لأن الروایه عن غیر واحد مما یؤذن بالاستفاضه، و هى أظهر فى الصحه عن الروایه عن الثقه المتحد، و هذه روايات السبع.

و ما رواه

الشیخ فى التهذیب (٤) عن الحسن بن زیاد عن أبى عبد الله علیه السلام فى حدیث قد تقدم قریبا، قال فیه:

«قلت: فیکون عنده المرأه فیتزوج جاریه بكره؟ قال: فلیفضلها حین یدخل بها بثلاث لیل» الخیر.

و عن سماعه (٥) فى الموثق قال:

«سألته عن رجل كانت له امرأه فیتزوج علیها، هل یحل له أن یفضل واحدہ على الأخرى؟ قال: یفضل للمحدثه حدثان

ص: ٦٠٣

١-١) الكافى ج ٥ ص ٥٦٥ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٣.

٢-٢) التهذیب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٥.

٣-٣) التهذیب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٤ بتفاوت فى السند و المتن، الفقیه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٨١ ح ١.

٤-٤) التهذيب ج ٧ ص ٤١٠ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٧.

٥-٥) التهذيب ج ٧ ص ٤١٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٨.

عرسها بثلاثة أيام إذا كانت بكرًا ثم يسوى بينهما بطيبه نفس إحداهما للأخرى».

و عن الحلبي (1) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث تقدم، قال فيه:

«و قال: إذا تزوج الرجل بكرًا و عنده ثيب فله أن يفضل البكر ثلاثة أيام». و هذه الروايات الثلاث.

هذا ما وقفت عليه من الأخبار في المسألة، و الشيخ قد جمع بينها بحمل أخبار السبع على الجواز، و الثلاث على الأفضل، قال: لأن الأفضل أن لا يفضل البكر أكثر من ثلاث ليال عندنا في عرسها.

أقول: ظاهر حسنه محمد بن مسلم و جوب السبع للبكر و الثلاث للثيب، لقوله فيها «فليت» و هو أمر باللام، إلا أنه يعارضها في ذلك لفظ الأمر أيضا بالتفضيل بثلاث في روايه الحسن بن زياد، و الظاهر أنه لا مندوحة عما ذكره الشيخ من الجمع المذكور، و أن البكر أكثر ما تفضل به السبع، و أقله الثلاث، و الثيب بالثلاث خاصه.

إنما يبقى الكلام في الوجوب، و أكثر أخبار المسألة ظاهر في الجواز مثل قوله «و له أن يفضل» و يحمل الأمر في الروايتين اللتين ذكرناهما على على الاستحباب، و أن أقل مراتبه الثلاث و أكثرها السبع، و لم أقف على مصرح بالوجوب صريحا في كلامهم.

بقى الكلام هنا في مواضع الأول: ظاهر النص و الفتوى أنه لا فرق في الزوجه بين الحره و الأمه، و لا في الشيب بين من ذهب بكارتها بجماع أو غيره، و نقل عن العلامة في النهايه أنه استقرب تخصيص الأمه بنصف ما تختص به، لو كانت حره و رجح في القواعد المساواه، و الروايات كما ترى مطلقه.

الثاني، قال في المسالك: يجب التوالى في الثلاث و السبع، لأن الغرض لا يتم إلا به، و يتحقق بعدم خروجه في الليل إلى عنده و احده من نسائه مطلقا

ص: ٦٠٤

على حد ما يعتبر فى القسمه، و لا إلى غيرها لغير ضروره أو طاعه كصلاه جماعه و نحوها مما لا يطول زمانه، و إن كان طاعه لأن المقام عندها واجب فهو أفضل من المندوب.

أقول: ظاهر هذا الكلام وجوب السبع و الثلاث، و هو مشكل لعدم الدليل الواضح عليه من الأخبار، و جمله منها إنما دلت على أن له أن يفضل، و ظاهر هذه العبارة إنما هو الجواز، و أما بعض الأخبار الداله على ذلك بلفظ الأمر فقد عرفت ما فيه من تعارض الخبرين بالثلاثة فى أحدهما و السبعه فى الآخر، و لا طريق فى الجمع بينهما إلا بحمل الأمر على الاستحباب و الترتيب فيه بمعنى أن أقل أفراد الفضل ثلاثه و أكثرها سبعة.

و بالجمله فالقول بالوجوب يحتاج إلى دليل من النصوص واضح الدلاله صريح مقاله، و ظاهر كلامه أن مستنده فى الوجوب إنما هو الغرض المترتب على ذلك، و هو إشاره منه إلى ما قدمه فى صدر البحث حيث قال -بعد ذكر تخصيص البكر بسبع، و الثيب بثلاث- ما لفظه: و المقصود منه أن ترتفع الحشمه و تحصل الألفه و الانس، و خصت البكر بزياده، لأن حياءها أكثر. انتهى، و فيه أن هذه العله غير منصوصه بل هى مستنبطه فلا يكون حجه.

و بالجمله فإنى لا أعرف على الوجوب دليلا واضحا، و أصاله براءه الذمه أقوى متمسك حتى يقوم دليل واضح على ما يوجب شغلها. نعم ما ذكره من من التوالى هو المتبادر من ظواهر الأخبار المذكوره، و أما كونه على جهه الوجوب فغير واضح.

و وجه استفاده التوالى منها كما ذكرنا هو قوله عليه السلام

فى روايه عبد الرحمن ابن أبى عبد الله

«ثلاثه أيام ثم يقسم».

و فى موثقه سماعه

«ثلاثه أيام ثم يسوى بينهما». فإن ظاهرهما هو توالى الثلاثه ثم القسمه الشرعيه بعد ذلك، على أنهم صرحوا فى مسأله ثلاثه أيام التى هى أقل الحيض و عشره أيام الإقامه بأن المتبادر

من ذلك هو التوالى، والظاهر أنه هنا كذلك.

ويعضده أن التوالى هو المعمول عليه فى جميع الأعصار و الأمصار من زمن النبى صلى الله عليه و آله إلى يومنا هذا، و إطلاق الأخبار إنما يحمل على الأفراد المتعارفه المتكرره دون الفروض النادره التى ربما لا توجد، و إنما تذكر فرضا كما هنا.

الثالث:

روى الصدوق فى كتاب علل الشرائع (١) عن محمد بن الحسن عن الصفار عن أحمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن الحسين بن علوان عن الأعمش عن عبايه الأسدى عن عبد الله بن عباس فى حديث

«أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم 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».

أقول: ما دل عليه هذا الخبر من إقامته صلى الله عليه و آله و سلم سبعة أيام عند زينب مع كونها ثيبا، ظاهر المخالفه لما تقدم من الأخبار المتفقه على أن الثيب ليس لها إلا ثلاثه أيام، و الأخبار إنما اختلفت فى البكر دون الثيب، إلا أن الخبر سنده غير نقى كما عرفت، فإن صح و جب قصره على مورده و تخصيصه صلى الله عليه و آله و سلم بذلك، و أن مورد تلك الأخبار ما عداه صلى الله عليه و آله و سلم و ظاهر الخبر المذكور أن الدخول بزینب كان فى ليله أم سلمه، و هى حقها من القسم، و أنه صلى الله عليه و آله و سلم بعد إقامه السبعه عند زينب تحول إلى بيت أم سلمه حيث كان الدخول بزینب فى ليلتها، و الظاهر أنه صلى الله عليه و آله و سلم استمر على القسم بعد ذلك كما كان أولا.

و ظاهره فى المسالك أنه لو كان التزويج فى أثناء القسم ظلم على من بقى بتأخير حقها بعد حضوره، و أنه يجب التخلص بما ذكره فى سابق هذا الكلام، مما لا أعرف له وجه استقامه فى المقام، فليراجع إليه من أحب الوقوف عليه.

الرابع: ظاهر أكثر الأصحاب أنه لا فرق هنا فى الزوجه بين الأمه و الحره عملا بعموم الأدله.

ص: ٦٠٦

و نقل عن العلامة فى التحرير أنه استقرت تخصيص الأمه بنصف ما يختص به لو كانت حره كالقسم فى دوام النكاح، فكما أنها فى القسم إنما لها نصف الحره فكذا هنا، و فى القواعد رجح المساواه.

ثم إنه على القول بالتشطير كما قربه فى التحرير فى كيفية وجهان:

(أحدهما) أن يكمل المنكسر فيثبت للبكر أربع ليال، و للثيب ليلتان.

و(ثانيهما) - و هو أصحهما على ما ذكره فى المسالك - أن للبكر ثلاث ليال و نصفاً، و للثيب ليله و نصفاً، قال: لأن المده قابله للتصنيف، فيخرج عند انتصاف الليل إلى بيت منفرداً و متحداً، ثم قال: و تعتبر الحريه و الرقيه بحال الزفاف، فلو نكحها و هى أمه، و زفت إليه و هى حره فلها حق الحرائر، انتهى.

التاسع [فى سقوط القسمه بالسفر]

المفهوم من كلام جملة من الأصحاب سقوط القسمه بالسفر، بمعنى أنه متى أراد سفراً و أحب أن يصحب بعض نساءه دون بعض فإن له ذلك، و لا يجب عليه القضاء لمن خلفهن بعد الرجوع.

و احتجوا على ذلك بأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان يفعل ذلك، و لم ينقل عنه القضاء، و لو وقع لنقل، و قيد بعضهم عدم القضاء بما إذا صحب من أراده بالقرعه، و لو صحبها بمجرد الميل القلبي قضى، لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم ما كان يخرج معه واحده إلا - بالقرعه، و لهذا أنه لم يقض، و صحبتها دون غيرها بمجرد الميل القلبي من غير قرعه لا - يخلو من الظلم لغيرها و الميل على الباقيين، و من أطلق نظر إلى أن السفر لا حق للنساء فيه، و من ثم جاز انفراد به.

و أورد عليه بالفرق بين الأمرين، فإن جواز ذلك له منفرداً لا يستلزم جواز صحبه من أراد بمجرد الميل إليها.

ثم إنه مع الإطلاق أو التقييد بالقرعه هل يعم الحكم لكل سفر النقلة و الإقامة كإرادته الانتقال إلى بلد و التوطن فيها، و سفر الغيبه الذى يريد الرجوع بعد قضاء غرضه إلى بلده كسفره للتجاره و نحوها؟ قولان:

(أحدهما)العموم،معللاً بأن السفر لا حق لهن فيه،و لا مزيه لسفر على سفر،ولأن الاشتغال بمشقه السفر و عنايه يمنع من حقوق القسمة و خلوص الصحبه،و التفرد بالخلوه التى هى غايه القسمة.

و(ثانيهما)الاختصاص بسفر الغيبه فيقضى فى سفر النقله،قالوا:و الفرق بينهما أن سفر النقله لا يختص ببعضهن،بل يحتاج إلى نقلهن جميعا،فلا يخصص واحده بالاستصحاب كما فى الحضر،فإن صحب بعضهن قضى للباقيين،بخلاف السفر الآخر،إذ لا حق لهن فيه.

قالوا:و فى حكم سفر النقله الإقامة فى سفر الغيبه بحيث يخرج عن اسم المسافر بالتمام أو ما فى معناه:لأنه بالإقامه على ذلك الوجه يصير كالحاضر فى التمتع بالزوجه،و الخروج عن مشقه السفر.

أقول:و لم أف بعد التبع على نص فى هذا المقام بحيث يمكن الرجوع إليه فى استنباط شىء من هذه الأحكام.نعم من المشهورات الدايعات بين الخاصه و العامه صحبته صلى الله عليه و آله و سلم لبعض نسائه فى السفر،و أن ذلك بالقرعه،حتى أن أبا حنيفه -فيما نقله عنه العامه و الخاصه-قد رد على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى مواضع منها هذا الموضوع،فقال:إنه كان يصحب بعض نسائه بالقرعه،و القرعه عندى قمار، و الظاهر أن جميع ما ذكره الأصحاب هنا تبعاً للشيخ فى المبسوط و غيره إنما هو من تفريعات العامه على ما عرفت فى غير مقام مما تقدم،و الاعتماد فى تأسيس الأحكام على مجرد هذه التعليقات العقلية لا- يوافق أصول مذهبنا المبنيه على الكتاب و السنه،و أن ما عداهما مما تكاثرت الآيات و الأخبار بالمنع من الاعتماد عليه و الرجوع فى الأحكام الشرعيه إليه،و الواجب الرجوع فيما لم ترد به النصوص إلى الاحتياط و الوقوف فيه على سواء ذلك الصراط كما وردت به أخبارهم عليهم السلام.

العاشر [فى استحباب التسويه بين الزوجات فى الإنفاق و حسن المعاشره]

من المستحبات عند الأصحاب فى هذا المقام أن يقرع بينهن إذا

أراد أن يصحب بعضهن في السفر معه تأسيا بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم فإنه كان يقرع بينهن لذلك كما تقدم، وكيفيه القرعه هنا أن يكتب أسماء النسوة في رقع بعددهن، ويدرجهما في بنادق متساويه، ويضعها على وجه لا يتميز ويخرج منها واحده على السفر، فمن خرج منها صحبها، وإن أراد استصحاب اثنتين معه أخرج رقعته أخرى، وهكذا. وإن شاء أثبت الحضر في ثلاث رقع و السفر في واحده و أدرجهما ثم يخرج رقعته على اسم واحده فإن خرجت رقعته السفر صحبها، وإن خرجت من رقع الحضر أخرج رقعته أخرى على اسم أخرى. وهكذا حتى يبقى رقعته السفر، فيتعين المتخلفه، وإذا أراد السفر باثنتين أثبت السفر في رقتين و الحضر في رقتين، ثم إنه بعد خروج القرعه، على من تخرج عليه من واحده أو أكثر لا يكون ذلك موجبا لاستصحابها بل يجوز له أن يجعلها مع المتخلفات، لكن هل يجوز له مع تركها أن يستصحب غيرها؟ منع منه الشيخ في المبسوط و إلا لانتفت فائده القرعه.

وقيل: يجوز ذلك لأنها ليست من الملزمات، فإن الاستصحاب تبرع، حيث إن زمان السفر لا يستحق الزوجات فيه القسم، وإنما فائده القرعه دفع المشقه، و الشحاء عن قلوب المتخلفات حيث لم يصحبهن و صحب من يريد بمجرد الميل و الهوى، و إذا كان صحبتها بالقرعه التي هي من الله عز و جل ارتفع ذلك من قلوبهن، و الفرق بين تركها مع المتخلفات و عدم أخذ غيرها، و بين تركها و أخذ غيرها- حيث جاز الأول بلا خلاف دون الثاني- أن القرعه لا يوجب الصحبه و إنما تعين من يستحق التقديم على تقدير إرادته، و كيف كان فالأولى مراعاة القرعه.

و منها استحباب التسويه بين الزوجات في الإنفاق و حسن المعاشره و طلاقه الوجه و الجماع و نحو ذلك، لما في ذلك من رعايه العدل و الإنصاف.

و من الأخبار الجاربه في هذا المضمار ما رواه

الصدوق (1) مرسلا قال:

«قال

ص: ٦٠٩»

(١-١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨١ ح ١٣ و ١٤ و ص ٣٦٢ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ١٢٢ ح ٥ و ٨ و ٩.

الصادق عليه السلام: رحم الله عبدا أحسن فيما بينه وبين زوجته، فإن الله تعالى قد ملكه ناصيتها و جعله القيم عليها.

قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:

خيركم خيركم لنسائه، و أنا خيركم لنسائي.

قال: و قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم:

عيال الرجل أسراؤه، و أحب العباد إلى الله تعالى أحسنهم صنعا إلى أسرائه.

و روى الشيخ فى التهذيب (١) عن عبد الملك بن عتبة الهاشمى قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون له امرأتان يريد أن يؤثر إحداهما بالكسوه و العطيه، أ يصلح ذلك؟ قال: لا بأس بذلك و اجتهد فى العدل بينهما».

و عن معمر بن خلاد (٢) قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام هل يفضل الرجل نساءه بعضهن على بعض؟ قال: لا، و لكن لا بأس به فى الإماماء». و النهى فى هذا الخبر محمول على الكراهه جمعا بينه و بين ما تقدمه، و قد تقدمت الروايه

عن على (٣)

أنه إذا كان يوم واحده، لا يتوضأ فى بيت الأخرى.

و منها أن يكون صبيحه ذلك اليوم عند صاحبه الليله لما تقدم فى المورد الخامس من روايه إبراهيم الكرخى الداله على أنه إنما عليه أن يكون عندها فى ليلتها، و يظل عندها صبيحتها، و قد تقدم أن الحمل على الاستحباب إنما هو من حيث ضعف سند الروايه، و إلا- فلو كانت صحيحه لحكم بالوجوب، و حينئذ فمن لا يرى العمل بهذا الاصطلاح فالحكم عنده الوجوب كما هو ظاهر كلام الشيخ فى المبسوط المتقدم ذكره ثمه.

و منها أنه يستحب له أن يأذن لها فى عياده مرض أبيها و أمها و حضور موتها و نحوهما من أقاربها أيضا، و له منعها عن ذلك، كذا ذكره الأصحاب.

و عللوا الأول بما فى عدم ذلك من التأديه إلى الوحشه و قطيعه الرحم.

ص: ٤١٠

٢-٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٨٣ ح ٢.

٣-٣) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣.

و أما الثاني فيدل عليه ما رواه

الكلينى (١) عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«إن رجلا من الأنصار على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خرج فى بعض حوائجه فعهد إلى امرأته عهدا أن لا تخرج من بيتها حتى يقدم قال: وإن أباهما مرض فبعثت المرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: إن زوجى خرج و عهد إلى أن لا أخرج من بيتى حتى يقدم، فإن أبى قد مرض، فتأمرنى أن أعوده؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله:

لا اجلسى فى بيتك و أطيعى زوجك، قال: فنقل فأرسلت إليه ثانيا بذلك، فقالت:

فتأمرنى أن أعوده؟ فقال: اجلسى فى بيتك و أطيعى زوجك، قال: فمات أبوها فبعثت إليه أن أبى قد مات فتأمرنى أن أصلى عليه، فقال: لا اجلسى فى بيتك و أطيعى زوجك، قال: فدفن الرجل فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إن الله قد غفر لك و لأبيك بطاعتك لزوجك».

أقول: ما عللوا به الحكم الأول عليل لا يصلح للاستدلال، فإن الاستحباب حكم شرعى كالوجوب و التحريم لا يثبت إلا بدليل من الكتاب و السنه أو الإجماع عند من يرى حجيته، لا بمثل هذه المناسبات و التقريبات العقلية.

و بالجمله فإنى لم أقف على نص يدل على استحباب ذلك له مع عدم صراحه الروايه المذكوره فى أن له المنع من ذلك.

الحادى عشر: لو وهبت إحدى الزوجات حقها من القسم للزوج أو لبعض نسائه

جاز، لكن لا يجب على الزوج القبول لأن الاستمتاع بها حق له فى الجمله، فإن رضى بذلك جاز.

و يدل على جواز ذلك ما رواه

الشيخ (٢) عن على بن جعفر عن أخيه موسى ابن جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن رجل له امرأتان، قالت إحداهما ليلتى و يومى

ص: ٦١١

١- (١) الكافى ج ٥ ص ٥١٣ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٠ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ١٢٥ ح ١.

٢- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٤ ح ١١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٢.

لك يوماً أو شهراً أو ما كان، أ يجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس». و ظاهر الخبر حصول المعاوضه عن الهبه المذكوره، و التعبير بالشراء و البيع مجاز، لأن البيع و الشراء متعلقه بالأعيان الماليه، و إن كان للشيخ قول كما تقدم فى كتاب البيع بتعلقه بالمنافع و نحوها. و كيف كان فالظاهر أن المراد المعاوضه عليه فى الجملة.

هذا بالنسبه إلى هبته للزوج، و فى معنى هذا الخبر أخبار أخر تأتي إن شاء الله تعالى فى النشور.

و أما الهبه لبعض الزوجات فيدل عليه ما نقله فى المسالك من روايه سوده بنت زمعه زوجة النبي صلى الله عليه و آله و سلم، قال بعد ذكر الحكم المذكور، و الأصل فى ذلك

ما روى (١)

أن سوده بنت زمعه لما كبرت و هبت ليلتها لعائشه، و كان النبي صلى الله عليه و آله و سلم يقسم لها يوماً و يوم سوده.

أقول: الظاهر أن هذه الروايه من روايات العامه فإنى لم أقف بعد التتبع عليها فى شىء من كتب أخبارنا، و على هذا فلو كانت الهبه لبعض الزوجات، فإن كانت ليله الواهبه متصله بليله الموهوبه بات عند الموهوبه ليلتين متواليتين، و إن كانت منفصله فالأظهر أنه تبقى على ما كان سابقاً، بمعنى أنه يبيت عند الموهوبه فيها من غير أن يجوز له تقديمها و جعلها متصله بليله الموهوبه، لأن من الجائر رجوع الواهبه فى تلك الأيام للمتوسطه، و بالتقديم يفوت حق الرجوع و لو كانت الهبه للزوج فهو مخير فى وضعها حيث شاء، لكن الظاهر أنه ليس تقديمها على و وقتها، فينظر مع ذلك فى ليله التى يريد تخصيصها بها، فإن كانتا متواليتين فلا إشكال، و إلا أخر المبيت بها عندها إلى ذلك الوقت، لعين ما تقدم، و إن و هبتها لجميع نسوته كان القسم كما لو لم تكن، و اختص القسم بمن عداها.

بقى الكلام هنا فى شيئين (أحدهما) أنه ينبغى أن يعلم أنه لما كانت الهبه

ص: ٦١٢

مشروطه برضاء الزوج كما تقدم، و كانت هذه الهبه فى معنى الاسقاط للحق و المسامحه به، فلزومها إنما يمكن باعتبار الزمان الماضى بمعنى أنه لو رجعت فيما مضى لم يجب قضاؤه لخروجه عن ملكها بالهبه و القبض و انتقاله إلى الموهوب، و أما المستقبل فلا- تلزم الهبه فيه، بل لها الرجوع كما عرفت، لأنه متجدد لا يمكن قبضه و إنما هو بمعنى الاسقاط لا هبه حقيقه، حتى أنها لو رجعت فى أثناء الليل و جب على الزوج الانتقال و الخروج مع العلم من عند الموهوبه إليها، و ما مضى فلا تأثير للرجوع فيه لجريان الهبه فيه.

و (ثانيهما) أنه لو طلبت عوضا عن هذه الهبه فأجابها الزوج و الضرات.

فهل يكون العوض المذكور لازما أم لا-؟ نقل عن الشيخ فى المبسوط الثانى محتجا بأن العوض إنما يكون فى مقابله عين أو منفعه، و هذا الحق ليس عينا و لا منفعه، و إنما هو مأوى و مسكن فلا تصح المعاوضه عليه بالمال.

و المحقق فى الشرائع نقل هذا القول بلفظ «قيل» مؤذنا بتمريضه و تضعيفه أو ترده فيه، و وجهه فى المسالك بمنع انحصار المعاوضه فى الأمرين المذكورين، قال: لجواز المعاوضه بالصلح على حق الشفعه و التحجير و غيرهما من الحقوق.

أقول: قد عرفت من ظاهر روايه على بن جعفر المتقدمه صحه ذلك، و إن عبر عنه بالشراء مجازا و المراد الكنايه عن المعاوضه عليه، و بذلك يظهر قوه القول الأول.

الثانى عشر: لا قسمه للصغيره و لا الناشزه

عند الأصحاب، و علل بأن القسمه كالنفقه التى هى من جمله الحقوق الواجبه، فمن لا يستحق النفقه لصغر أو نشوز لا تستحق القسمه.

و أما المجنونه فإن كان جنونها أدوارا فظاهرهم أن لها نصيب من القسمه، و إن كان مطبقا فظاهر جمع منهم إطلاق عدم القسمه لها، و إن استحققت النفقه، إذ لا عقل لها حتى يدعواها إلى الانس بالزوج و التمتع به، و فصل آخرون فخصوا عدم القسمه بما إذا كان يخاف أذاها، و لم يكن لها شعور بالانس به، و إلا قسم لها.

و أما المسافره فإن كان سفرها بغير إذنه فى غير واجب فهى ناشزه لا تستحق قسمه، و إن كان واجبا مضيقا كالحج الواجب بالأصل و النذر المعين فظاهرهم أنه لا- يسقط حقها بل يجب القضاء لها بعد الرجوع، و لو كان السفر بإذنه فى غرض لها غير الواجب أو الواجب الموسع فهل تستحق قسمه أم لا؟ قولان: أولهما للعلامه فى التحرير، و ثانيهما له فى القواعد. و وجه الأول أنه بالإذن لها و إن فات حقه، إلا- أن حقها باق فيجب القسم لها، و وجه الثانى فوات التمكين و الاستمتاع المستحق عليها لأجل مصلحتها، و الاذن إنما يؤثر فى سقوط الإثم عنها، و فوات التسليم المستحق عليها، و إن كان بسبب غير مأثوم فيه، لكنه يوجب سقوط ما يقابله و هو القسم، كما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب تعذر التسليم فيه، فإنه يسقط تسليم الثمن، و حيث يحكم بالوجوب فى هذه المواضع أو عدم الوجوب، فالمراد وجوب القضاء و عدم وجوبه، و ظاهره فى المسالك التوقف هنا حيث اقتصر على نقل القولين المذكورين و الوجه فيهما و لم يرجح شيئا، و لم أقف فى هذا الموضع على شىء من النصوص إلا أن جملة من الأحكام المذكوره فى المقام مما تقتضيه القواعد الشرعيه و الضوابط المرعيه.

المقاله الثانيه فى النشوز و الشقاق

اشاره

، و الكلام فيها يقع فى مقامين:

[المقام] الأول فى النشوز:

اشاره

و هو لغه الارتفاع، و شرعا الخروج عن الطاعه، يقال:

نشز الرجل ينشز نشزا، إذا كان قاعدا فنهض قائما، و منه قوله عز و جل «وَ إِذَا قِيلَ انشُرُوا فَانشُرُوا» (١) أى انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى.

قالوا: و سمي خروج أحد الزوجين عن طاعه الآخر نشوزا، لأنه بمعصيته قد ارتفع و تعالى عما أوجب الله عليه من ذلك، و لذلك خص النشوز بما إذا كان الخروج من أحدهما، لأن الخارج ارتفع على الآخر، فلم يبق بحقه أو عن

ص: ٦١٤

الحق، و لو كان الخروج منهما معا خص باسم الشقاق- كما سيأتي -لا- النشوز، لاستوائهما معا فى الارتفاع فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الآخر.

أقول: فى كتاب المصباح المنير (١): نشزت المرأة من زوجها نشوزا- من بابى قعد و ضرب- عصت زوجها و امتنعت عليه، و نشز الرجل من امرأته نشوزا- بالوجهين- تركها و جفاها، و فى التنزيل «وَإِنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» (٢) و أصله الارتفاع، يقال: نشز من مكانه نشوزا- بالوجهين- إذا ارتفع عنه. انتهى، و مقتضى هذا الكلام إطلاق النشوز لغه على المعنى الشرعى.

و نحو هذه العبارة فيما ذكرناه عبارته القاموس (٣)، و حينئذ فما ذكره الأصحاب من أنه لغه بمعنى الارتفاع و شرعا بمعنى الخروج عن الطاعة غير جيد، لما عرفت من أنه يطلق لغه على المعنيين المذكورين.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن النشوز قد يكون من الزوجه، و قد يكون من الزوج، و إلى الأول يشير قوله عز و جل «وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ» (٤) و إلى الثانى يشير قوله عز و جل «وَإِنَّ امْرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا» الآية، فالكلام هنا يقع فى موضعين:

الأول: فى نشوز المرأة

، و الأصل فى هذا المقام الآية المتقدمه، و هى قوله تعالى «وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ» الآية، إلا أنه قد وقع الكلام فيها فى مواضع:

الأول: إنه هل تثبت هذه الأمور المذكوره فى الآية مع تحقق النشوز أو ظهور أماراته قبل وقوعه أو معهما؟ فقيل: إن المراد بخوف النشوز توقعه،

ص: ٦١٥

١-١) المصباح المنير ص ٨٣١.

٢-٢) سورة النساء-آيه ١٢٨.

٣-٣) القاموس المحيط ج ٢ ص ١٩٤.

٤-٤) سورة النساء-آيه ٣٤.

وقال الفراء على ما نقله في كتاب مجمع البيان (١) تعلمون نشوزهن، قال: وقد يكون الخوف بمعنى العلم، وهو ظاهر جملة من الأصحاب كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى.

الثاني: إن هذه الأمور الثلاثة المذكورة في الآية على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الأخف إلى الأثقل، وهو جل شأنه قد ذكر الثلاثة متعاطفه بالواو، والمفيد للجمع، وقد ذهب ابن الجنيدي إلى الجمع في هذه الأمور الثلاثة كما هو ظاهر الواو، وجعلها مترتبة على النشوز بالفعل، ولم يتعرض للحكم مع ظهور أماراته، وكأنه حمل الخوف على معنى العلم كما تقدم نقله عن الفراء، وأبقى الواو على ظاهرها من إفاده الجمع، وذهب جمع منهم المحقق في النافع إلى أن هذه الأمور الثلاثة مترتبة، لكن المحقق اعتبر في الوعظ ظهور أماره العصيان، وفي الهجر عدم إفاده الوعظ، وفي الضرب عدم إفاده الهجر.

و أنت خبير بأنه إذا لم يفد الوعظ يكون النشوز متحققا بالفعل.

والعلامه في الإرشاد جعل الأمور الثلاثة مترتبة على النشوز بالفعل مع كونها في نفسها مرتبه و هو ظاهر كلام الثقة الجليل على بن إبراهيم الآتي إن شاء الله تعالى.

و ظاهر جماعه منهم المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد جعل الأمور الثلاثة منزله على الحالين -أعنى ظهور أمارات النشوز، و تحققه بالفعل- فإنهم جعلوا الوعظ و الهجر معلقا على ظهور أماراته، و الضرب منوطا بحصوله بالفعل، و العلامه في التحرير و قوله جمع من الأصحاب فصلوا في المسأله تفصيلا آخر فجعلوه الأمور الثلاثة مترتبة على مراتب ثلاثة من حالها، فمع ظهور أمارات النشوز يقتصر على الوعظ، و مع تحققه قبل الإصرار ينتقل إلى الهجر، فإن لم ينجع و أصرت انتقل إلى الضرب، و استقر به السيد السند في شرح النافع قال:

فَيَكُونُ مَعْنَى الْآيَةِ «وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ، فَإِنْ نَشَرْنَ فَاهْجُرُوهُنَّ»

ص: ٦١٤

(١-١) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٣.

فى المضاجع فإن أصررن فاضربوهن، انتهى.

و قال الثقة الجليل على بن إبراهيم القمى فى تفسيره (١)

«و اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا»

(٢)

و ذلك إذا نشزت المرأة عن فراش زوجها، قال زوجها، اتقى الله و ارجعى إلى فراشك، فهذه الموعظه، فإن أطاعته فسيبيل ذلك، و إلا سبها و هو الهجر، فإن رجعت إلى فراشها فذلك، و إلا ضربها ضربا غير مبرح، فإن رجعت و أطاعت فضاجته، يقول الله «فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا» يقول: لا تكلفوهن الحب، فإنما جعل الموعظه و السب و الضرب لهن فى المضجع «إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا». انتهى، و ظاهره كما ترى ترتب هذه الأمور على النشوز بالفعل لا خوفه، و هو محمول على ما تقدم نقله عن الفراء من أن الخوف بمعنى العلم.

الثالث: فيما هو المراد من هذه الأمور الثلاثة المذكورة فى الآيه، (أما) الوعظ فظاهر، و هو تخويفها بالله سبحانه و ذكر ما ورد من حقوق الزوج على المرأة فى الأخبار عن النبى صلى الله عليه و آله و أبنائه الأطهار.

(أما) الهجر فقد اختلف فيه كلامهم، و ظاهر كلام الشيخ على بن إبراهيم المتقدم، تفسيره بالسب و هو غريب، و لم يذكره غيره فيما أعلم و لا ريب أنه أحد معانى الهجر لكنه هنا بعيد، بل المراد إنما هو ما يؤذن بالصد و الاعراض و القطعيه، و قيل: هو أن يحول ظهره إليها فى المضجع، و به قال ابن بابويه (٣)، و رواه

ص: ٦١٧

١- ١) تفسير القمى ج ١ ص ١٣٧.

٢- ٢) سورة النساء- آيه ٣٤.

٣- ٣) قال فى المختلف: قال الشيخ فى المبسوط: الهجران فى المضجع أن يترك قربها، و قال الشيخ على بن بابويه فى رسالته و ابنه فى مقنعه و ابن البراج: أن يجعل إليها ظهره، و ابن إدريس قال بالأول، و جعل الثانى روايه، و كلامهما عندى جائز، و تختلف ذلك باختلاف الحال فى السهوله و الطاعه و عدمها، انتهى. (منه- قدس سره-) [تمه] أقول: صورته العبارة هكذا: و أما النشوز فقد يكون من الرجل، و قد يكون من المرأة. فأما الذى من الرجل فهو انه يريد طلاقها فنقول: أمسكنى و لك ما عليك و قد وهبت لى لى لك. و يصطلحان على هذا، فإذا نشزت المرأة كنشوز الرجل فهو الخلع إذا كان من المرأة و حدها فهو أن لا تطيعه، و هو ما قال الله تبارك و تعالى «و اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ» فالهجران الى آخر ما فى الأصل. (منه- قدس سره-).

الطبرسى فى كتاب مجمع البيان (١) عن الباقر عليه السلام، و نسه فى الشرائع إلى الروايه.

و فى كتاب الفقه الرضوى (٢):

و أما النشوز- إلى أن قال- و الهجران هو أن يحول إليها ظهره فى المضجع و الضرب بالسواك و شبهه ضربا رفيقا، انتهى.

و قيل: أن يعتزل فراشها و يبيت على فراش آخر، إختاره الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس، و قيل: إنه كناية عن ترك الجماع.

و أما الضرب فقد تقدم فى كلام على بن إبراهيم أنه يضربها ضربا غير مبرح، و به صرح غيره أيضا، و المراد من غير المبرح ما لا يدمى لحما، و لا يهشم عظما، و يكون كضرب الصبيان للتأديب بحيث يتألم منه المضروب، و لا يوجب ضررا فى بدنه.

و فى تفسير مجمع البيان (٣) عن الباقر عليه السلام

«أنه الضرب بالسواك». و مثله ما عرفت من كلام الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى.

قال فى المسالك و نعم ما قال: و فى بعض الأخبار أنه يضربها بالسواك، و لعل حكمته توهمها إرادته المداعبه، و إلا فهذا الفعل بعيد عن التأديب و الإصلاح، انتهى و هو جيد.

و قيل: إن الضرب يكون بمنديل ملفوف، أو دره، و لا يكون بسياط و لا خشب،

ص: ٦١٨

١-١) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤.

٢-٢) فقه الرضا ص ٢٤٥.

٣-٣) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤.

نقله الشيخ في المبسوط عن قوم، وأظهر هذه الأقوال الأول فإنه هو الذى يرجى به الرجوع إلى الطاعة. و لو حصل بالضرب تلف، قيل: وجب عليه الغرم لأنه قد تبين بذلك أنه إتلاف لا- إصلاح بخلاف الولي إذا أدب الطفل، و فرق بينهما بأن تأديب المرأة لحظ نفسها، و الولد لحظه لا لحظ الولي.

و أورد عليه بأن فى الفرق نظرا، قال فى شرح النافع: و ينبغى القطع بعدم غرمه لأنه بتأديب الطفل محسن، و ما على المحسنين من سبيل، و لا يبعد إلحاق الزوج به فى ذلك، خصوصا إن كان المقصود من الضرب تأديبها على فعل محرم انتهى.

أقول: يمكن أن يقال: إنه إن كان الضرب المذكور ليس مما يترتب عليه التلف بحسب العادة، و إنما اتفق التلف بعده اتفاقا فهذا لا يترتب عليه ضمان، و إن كان مما يمكن ترتب التلف عليه فلا يبعد وجوب الضمان.

الثانى: فى نشوز الزوج

و هو المشار إليه بقوله عز و جل «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَغْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» (١) الآية: قالوا: و هو عبارته عن أن يتعدى الزوج عليها و يمنعها بعض حقوقها الواجبه من نفقه أو كسوه أو قسم أو نحو ذلك أو أنه يضربها و يؤذيها بغير سبب مبيح له ذلك، و حينئذ فترفع أمرها إلى الحاكم، فإن ثبت عنده ما ادعته بيينه أو اعتراف أو نحو ذلك عزره بما يراه، و أجرى عليها النفقه من ماله و لو بيع عقاره عليه، و إلا نصب بينهما ثقه يستعلم صدق ما ادعته، و يكون الحكم كما تقدم، و لو لم يكن يؤذيها و لا يمنعها شيئا من حقوقها الواجبه إلا أنه يكرهها لكبر أو مرض أو غيرهما فلا يدعوها إلى فراشه و يهمل بطلاقها، فلها أن تسترضيه بإسقاط بعض حقوقها من القسم أو النفقه أو نحوهما و يحل له ذلك، و هذا هو الصلح الذى أشارت إليه الآية بقوله «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَغْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا» .

ص: ٦١٩

و على ذلك تدل جملة من الأخبار، منها ما رواه

في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» فقال: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إنني أريد أن أطلقك، فتقول له: لا- تفعل إنني أكره أن تشمت بي، ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعني على حالتي، فهو قوله تبارك و تعالی «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصِدِّحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا» و هذا هو الصلح».

و عن علي بن أبي حمزة (٢) قال:

«سألته أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز و جل «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» فقال: إذا كان كذلك فهم بطلاقها قالت له: أمسكني و ادع لك بعض ما عليك و أحللك من يومي و ليلتي، حل له ذلك و لا جناح عليهما».

و عن أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» قال: هذا تكون عنده المرأة لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له: أمسكني و لا- تطلقني و ادع لك ما على ظهرك، و أعطيك من مالي و أحللك من يومي و ليلتي، فقد طاب ذلك له كله».

ما رواه

في الفقيه (٤) عن المفضل بن صالح عن زيد الشحام عن أبي عبد الله

ص: ٦٢٠:

-
- ١- (١) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ٩٠ ح ١.
 - ٢- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ١، العياشي ج ١ ص ٢٧٨ ح ٢٨٢ و فيه «عن أبي عبد الله -عليه السلام- قال: سألته» مع فرق يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٩٠ ح ٢.
 - ٣- (٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ٣ و فيه «هذا كله»، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٨ و فيه «الحسن بن هاشم»، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٣.
 - ٤- (٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٦ ب ١٦٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٤.

عليه السلام قال: «النشوز قد يكون من الرجل و المرأة جميعاً، فأما الذي من الرجل فهو ما قال الله عز و جل في كتابه «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ» (١) و هو أن تكون المرأة عند الرجل لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له: أمسكني و لا تطلقني و ادع لك ما على ظهرك، و أحل لك يومى و ليلتى، فقد طاب له ذلك».

و ما رواه

العياشى (٢) فى تفسيره عن أحمد بن محمد عن أبى الحسن الرضا عليه السلام

«فى قول الله عز و جل «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» فقال: النشوز:

الرجل يهيم بطلاق امرأته، فتقول له: ادع ما على ظهرك، و أعطيك كذا و كذا، و أحلللك من يومى و ليلتى على ما اصطالحا، فهو جائز».

و عن زراره (٣) قال:

«سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهاريه- إلى أن قال:- و لكنه إن تزوج امرأه فخافت منه نشوزاً أو خافت أن يتزوج عليها أو يطلقها فصالحته من حقها على شىء من نفقتها أو قسمتها، فإن ذلك جائز لا بأس به».

أقول: و هذه الأخبار بعد حمل مطلقها على مقيدها و مجملها على مبينها ظاهره الاتفاق فى تخصيص صحه الصلح- و براءة ذمه الزوج مما أسقطته عنه المرأة- بما لو كرهها أو أراد التزويج عليها أو نحو ذلك مما لا يتضمن إخلالاً بواجب أو ارتكاب محرم.

و بذلك يظهر ضعف قول من قال: إنه لو أحل الزوج بحقوقها الواجبه أو بعضها فتركت له بعض الحقوق جاز ذلك و براءت ذمته، و إن كان آثماً فى نشوزها،

ص: ٦٢١

١- (١) سورة النساء- آيه ١٢٨.

٢- (٢) تفسير العياشى ج ١ ص ٢٧٨ ح ٢٨١، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٦.

٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٤، و فيه «المهاريه» و «إذا تزوج»، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٢ ح ٦٨، تفسير العياشى ج ١ ص ٢٧٨ ح ٢٨٣ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٧ و ص ٤٨ ح ٣.

لأن الآيه بمقتضى الروايات التى وردت بتفسيرها أكثرها صريح فى تخصيص ذلك بكراهته لها و نحو ذلك دون الإخلال بالحقوق الواجبه عليه لها، و ما أطلق فقراين ألفاظه ظاهر فى ذلك أيضا.

و بالجمله فإن المستفاد من الآيه و الأخبار-بتقريب ما قلناه- أن الشوز الموجب لصحه الصلح بإسقاط بعض الحقوق هو ما لم يتحقق إخلال الزوج بشىء من الحقوق الواجبه عليه، على أنه متى كان القسم و النفقه من الأمور الواجبه عليه، فتركت له النفقه مثلا- لأجل القسم، فإنه يكون هذا الترك لا- فى مقابله عوض، لأن القسم واجب عليه تركت النفقه أم لم تتركها، فيكون إسقاط النفقه من غير سبب يوجبه قبيحا، و لو قهرها على بذل ما تركت له فلا ريب فى عدم حله. لأنه إكراه بغير حق شرعى.

المقام الثانى فى الشقاق:

إشاره

و هو أن يكره كل واحد من الزوجين صاحبه، فيكون كل واحد منهما بكراهيته للآخر فى شق عنه- أى ناحيه- و الحكم فى ذلك، بعث كل واحد منهما حكما من أهله حسبما يأتى تفصيله.

و الأصل فى هذا المقام الآيه أعنى قوله عز و جل «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» (١).

و الأخبار و منها ما رواه

فى الكافى (٢) عن على بن أبى حمزه قال:

«سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عز و جل «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» فقال: يشترط الحكمان إن شاءا فرقا و إن شاءا جمعا، ففرقا أو جمعا جاز».

و عن سماعه (٣) فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل

ص: ٦٢٢

١- ١) سورة النساء- آيه ٣٥.

٢- ٢) الكافى ج ٦ ص ١٤٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٩ ح ٢.

٣- ٣) الكافى ج ٦ ص ١٤٦ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٠٤ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ ح ١.

«فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» أ رأيت إن استأذن الحكمان فقالا للرجل و المرأة: أ ليس قد جعلتما أمركما إلينا فى الإصلاح و التفريق؟ فقال الرجل و المرأة: نعم، فأشهدا 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 بينهما، و قال الآخر: لم أفرق بينهما، فقال:

لا يكون تفريقا حتى يجتمعا جميعا على التفريق، فإذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما.

و عن محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا»؟ قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمروا».

و ما رواه

المشايخ الثلاثة (٢) عن الحلبي فى الصحيح، و فى آخر فى الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرا الرجل و المرأة، و يشترطا عليهما إن شئنا جمعنا و إن شئنا فرقنا فإن جمعا فجائز، و إن فرقا فجائز».

و ما رواه

فى الكافى (٣) عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى قول الله عز و جل «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» قال: الحكمان يشترطان إن شاءا فرقا و إن شاءا جمعا، فإن جمعا فجائز، و إن فرقا فجائز».

و فى كتاب الفقه الرضوى (٤)

«و أما الشقاق فيكون من الزوج و المرأة جميعا كما

ص: ٦٢٣

١- ١) الكافى ج ٦ ص ١٤٧ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ١.

٢- ٢) الكافى ج ٦ ص ١٤٦ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٩، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٩ ح ١.

٣- ٣) الكافى ج ٦ ص ١٤٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ٢.

٤- ٤) فقه الرضا ص ٢٤٥، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١.

قال الله تعالى «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» يختار الرجل رجلا- والمرأه تختار رجلا فيجتمعان على فرقه أو على صلح، فإن أرادا إصلاحا أصلحا من غير أن يستأمرأ، وإن أرادا التفريق بينهما فليس لها إلا بعد أن يستأمرأ الزوج والمرأه». انتهى.

و في تفسير العياشى (١) عن محمد بن سيرين عن عبيده قال:

«أتى على بن أبى طالب عليه السلام رجل و امرأه، و مع كل واحد منهما فتام من الناس فقال عليه السلام: ابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها، ثم قال للحكمين: هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن يجمعا جمعتهما، و إن رأيتما أن يفرقا فرقتما، فقالت المرأه:

رضيت بكتاب الله على ولى، فقال الرجل: أما فى الفرقة فلا، فقال على عليه السلام:

ما تبرح حتى تقر بما أقرت به».

و روى فى الكتاب المذكور عن زيد الشحام (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام

«فى قوله تعالى «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرأ الرجل و المرأه».

قال: و فى خبر آخر عن الحلبي عنه عليه السلام

«و يشترط عليهما إن شاء جمعا و إن شاء فرقا» فإن جمعا فجائز، فإن فرقا فجائز، قال: و فى روايه فضاله «فإن رضيا و قلداهما الفرقة ففرق فهو جائز». انتهى.

هذا ما حضرنى من أخبار المسأله،

و قال الشيخ على بن إبراهيم فى تفسيره (٣)

«وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» فما حكم به الحكمان فهو جائز، يقول الله «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» يعنى الحكمان، فإذا كان الحكمان عدلين دخل حكم المرأه على المرأه فيقول: أخبرنى ما فى نفسك فإنى لا أحب أن أقطع شيئا دونك، فإن كانت هى الناشزه قالت:

ص: ٦٢٤

١- ١) تفسير العياشى ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ٩٤ ح ٦.

٢- ٢) تفسير العياشى ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٤ و ١٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ و ٩٤ ح ٣ و ٥.

٣- ٣) تفسير القمى ج ١ ص ١٣٧ مع اختلاف يسير، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٤ ب ١١ ح ١.

أعطه من مالى ما شاء و فرق بينى و بينه،و إن لم تكن ناشزه قالت:أنشدك الله أن لا- تفرق بينى و بينه،و لكن استزد لى فى نفقتى،فإنه إلى مسىء،و يخلو حكم الرجل بالرجل،فيقول:أخبرنى بما فى نفسك،فإنى لا أحب أن أقطع شيئاً دونك، فإن كان هو الناشز قال:خذ لى منها ما استطعت و فرق بينى و بينها فلا حاجه لى فيها،و إن لم يكن ناشزا قال:أنشدك الله أن لا تفرق بينى و بينها فإنها أحب الناس إلى،فأرضها من مالى بما شئت،ثم يلتقى الحكمان و قد علم كل واحد منهما ما أوصى به إليه صاحبه،فأخذ كل واحد منهما على صاحبه عهد الله و ميثاقه لتصدقنى و لأصدقنك،و ذلك حين يريد الله أن يوفق بينهما،فإذا فعلا- و حدث كل واحد منهما صاحبه بما أفضى إليه عرفا من الناشز،فإن كانت المرأة هى الناشزه قال:أنت عدوه الله الناشزه العاصيه لزوجك ليس لك عليه نفقه و لا كرامه لك و هو أحق أن يبغضك أبدا حتى ترجعين إلى أمر الله،و إن كان الرجل هو الناشز قال:له:يا عدو الله أنت العاصى لأمر الله المبغض لامرأته فعليك نفقتها و لا تدخل لها بيتا و لا ترى لها وجهها أبدا حتى ترجع إلى أمر الله عز و جل و كتابه.

و قال:و أتى على بن أبى طالب عليه السلام رجل و امرأه على هذه الحال فبعث حكما من أهله و حكما من أهلها،و قال للحكيمين هل تدرين ما تحكمان؟ احكما،إن شئتما فرقتما،و إن شئتما جمعتما،فقال الزوج:لا- أرضى بحكم فرقه و لا أطلقها،فأوجب عليه نفقتها،و منعه أن يدخل عليها،و إن مات على ذلك الحال الزوج ورثته،و إن ماتت لم يرثها إذا رضيت منه بحكم الحكيمين و كره الزوج،فإن رضى الزوج و كرهت المرأة أنزلت هذه المنزله إن كرهت و لم يكن لها عليه نفقه،و إن مات لم ترثه،و إن ماتت ورثها حتى ترجع إلى حكم الحكيمين. انتهى.

[تنبيهات]

إشاره

إذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام فى المقام يقع فى مواضع:

الأول [فى المراد من خوف الشقاق فى الآيه هل هو خشيته أو العلم به؟]

هل المراد من خوف الشقاق فى الآيه هو خشيه الشقاق كما هو ظاهر اللفظ،أو العلم به؟قولان،و إلى الأول يميل كلام أمين الإسلام الطبرسى

فى كتاب مجمع البيان حيث قال «وَ إِنْ خِفْتُمْ» أى خشيتم، وقيل علمتم، والأول أصح، لأنه لو علم الشقاق يقينا لما احتيج إلى الحكمين.

و إلى الثانى يميل كلام شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، حيث حمل الآية أولا- على المعنى الظاهر من اللفظ مع تقدير الاستمرار بمعنى أنه إن خشيتم استمرار الشقاق، لأن ظهور النشوز منها موجب لحصول الشقاق.

أقول: فالمراد حينئذ خوف استمراره، ثم قال: ويجوز أن يراد من خشية الشقاق العلم به كما سلف، وهو أولى من إضمار الاستمرار، وكلام سبطه فى شرح النافع يميل إلى الأول حيث قال: والظاهر أن المراد والله أعلم «إن خفتم استمرار الشقاق بينهما» أو يقال: إن الشقاق إنما يتحقق مع تمام الكراهة بينهما، فيكون المراد أنه إذ حصلت كراهة كل منهما لصاحبه وخفتم حصول الشقاق بينهما «فَابْتَعَثُوا حَكْمًا» وقيل: معنى خفتم علمتم.

أقول: الظاهر أن المراد من قول شيخنا الطبرسى «لأنه لو علم الشقاق يقينا لما احتيج إلى الحكمين» هو أن الغرض من بعث الحكمين هو الإصلاح بينهما باجتماع أو فرقه، ومتى كان الشقاق معلوما علم أنه لا يمكن الإصلاح بالاجتماع، فموضع إرسالهما إنما هو فى مقام يرجو فيه الاجتماع بأن يظهر الكراهة من كل منهما لصاحبه فى الجملة إلا أنه يرجى الاجتماع حينئذ، وهو يرجع إلى المعنى الثانى الذى ذكره فى شرح النافع، والظاهر قربه.

الثانى [من المخاطب فى الآية بإنفاذ الحكمين؟]

اختلف المفسرون والفقهاء فى المخاطب فى الآية بإنفاذ الحكمين هل هو الحاكم الشرعى؟ أو الزوجان؟ أو أهل الزوجين؟ على أقوال، وبالأول قطع المحقق فى الشرائع والعلامه فى القواعد، ونسبه فى المسالك إلى الأكثر، قال: وجعلوا ضمير فابعثوا فى الآية راجعا إلى الحكام.

و الثانى اختيار ابن بابويه فى الفقيه والمقنع وأبيه فى الرسالة والمحقق فى الشرائع، إلا أنه فى النافع قال: إذا امتنعا بعثتهما الحاكم.

قال في كتاب مجمع البيان (١): «و اختلف في المخاطب بإنفاذ الحكمين من هو؟ فقيل: السلطان الذي ترفع الزوجان إليه، عن سعيد بن جبير والضحاك وأكثر الفقهاء، وهو الظاهر في الأخبار عن الصادقين عليهما السلام وقيل: إنه الزوجان أو أهل الزوجين عن السدي، واختلفوا في الحكمين هل لهما أن يفرقا بالطلاق إن رأيا أم لا؟ والذي في روايات أصحابنا عنهم عليهم السلام أنه ليس لهما ذلك إلا بعد أن يستأمرهما ويرضيا بذلك، وقيل: إن لهما ذلك، عن سعيد بن جبير والشعبي والسدي وإبراهيم، ورواه عن علي عليه السلام، ومن ذهب إلى هذا القول قال: إن الحكمين وكيلان، انتهى.

و أنت خبير بأنه ليس في الأخبار المتقدمة ما يدل على ما نحن فيه إلا كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه، فإنه صريح في أن البعث من الزوجين، وإنما نسب هذا القول إلى الصدوق في الفقيه (٢) لأنه قد عبر بهذه العبارة حيث قال: الشقاق قد يكون من المرأة والرجل جميعاً، وهو ما قال الله تعالى «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» (٣) فيختار الرجل رجلاً وتختار المرأة رجلاً، فيجتمعان على فرقه أو صلح، فإن أرادوا الإصلاح أصلحاً من غير أن يستأمر، وإن أرادوا أن يفرقا فليس لهما أن يفرقا إلا بعد أن يستأمر الزوج والمرأة، انتهى (٤).

و الظاهر أن عبارته أبيه في رسالته كذلك أيضاً، وأما عبارته المقنعة فهي

ص: ٦٢٧

١-١) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٧.

٣-٣) سورة النساء- آية ٣٤.

٤-٤) ثم قال في تمام هذا الكلام: وهو المناسب بمقام البعث والتحكيم واللائق بقطع النزاع والمروى. ثم ذكر القولين الآخرين وضعفهما، وكلامه ظاهر في اختيار هذا القول ب- (منه- قدس سره-).

مثل عبارته في الفقيه، و هو نظير ما قدمنا في غير موضع من إفتاء الصدوق و أبيه في رساله إليه بعبارات هذا الكتاب، و من أجل ذلك اعتمدنا عليه فيما تضمنه من الأحكام و ظاهر الروايه المرسله المذكوره في كلام علي بن إبراهيم، هو أن المرسل هو الامام عليه السلام حيث تضمنت أنه بعد أن أتاه الرجل و المرأة على هذه الحاله بعث حكما من أهله و حكما من أهلها.

و أما روايه عبيده المنقوله من تفسير العياشي فهي محتمله لكون خطابه عليه السلام للزوجين، و إن كان الخطاب بضمير الجمع فإنه غير غريب في الكلام، و يحتمل أن يكون لأهلها، و لعله الأقرب.

و ظاهر موثقه سماعه هو أن البعث من الزوجين أيضا كما دل عليه كلامه عليه السلام في كتاب الفقه حيث قال الراوى بعد ذكر الآيه: أ رأيت إن استأذن الحكمان فقالا للرجل و المرأة: أ ليس قد جعلتما أمركما إلينا في الإصلاح و التفريق إلى آخره، فإنه ظاهر في كون البعث منهما كما لا يخفى بل هو ظاهر الروايات الداله على اشتراط الحكمين على الزوجين قبول ما يحكمان به، فإنه لو كان البعث إنما هو من الامام من غير تعلق بالزوجين بالكلية كما هو ظاهر القول المشهور، لما كان لهذا الاشتراط هنا وجه كما لا يخفى (١).

و نقل عن ابن الجنيد أن الامام يأمر الزوجين أن يبعثا فيكون هذا قولاً ثالثاً، و يدل عليه ظاهر روايه عبيده المنقوله من تفسير العياشي بجعل الخطاب فيها للزوجين كما قدمنا ذكره.

و أما ما ذكره في كتاب مجمع البيان من أن القول بأن البعث من السلطان -يعنى الإمام- «هو الظاهر في الأخبار عن الصادقين» فلا أعرف له وجهاً، و هذه

ص: ٦٢٨

١- ١) فان ظاهر هذه الاخبار أن البعث موقوف على رضاهما و من قال بأن البعث من الحاكم فإنه يجعله مستقلاً لا يتوقف على مراجعتهما، رضاهما بذلك أو لا. (منه - قدس سره -).

أخبار المسألة كملا الموجوده فى الكتب الأربعة و غيرها، و ليس فيها ما يدل على ذلك إلا المرسله المذكوره فى كلام على بن إبراهيم، مع معارضتها بما عرفت من ظاهر موثقه سماعه، و صريح كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى، و ظواهر تلك الأخبار المشار إليها، اللهم إلا أن يكون قد وصلت إليه أخبار لم تصل إلينا.

و كيف كان فالظاهر أن وجه الجمع بين الأخبار المذكوره هو كون البعث من الزوجين، فإن أخلا به بعث الحاكم كما قدمنا نقله عن المحقق فى النافع، و الظاهر أنه جعله وجه جمع بين الأخبار، و لعله إلى ذلك يشير خبر عبيده المنقوله عن تفسير العياشى حيث أمر عليه السلام غيره بأن يبعث، و هو كما عرفت محتمل لأن يكون الزوجان أو أهلهما، و يحتمل أيضا أن يكون البعث إنما هو من الامام، و لكن مع تعذره فالزوجان، و هذا أنسب بالقول المشهور من أن الباعث إنما هو الامام، لكن روايه عبيده المذكوره منافره لهذا الحمل.

الثالث [فى أن وجه الجمع بين الأخبار هو كون البعث من الزوجين]

المشهور بين الأصحاب القائلين بأن الباعث هو الامام أن ذلك على جهه التحكيم، لا التوكيل، بأن يكون الامام قد نصبهما و كيلين عن الزوج و الزوجه، لأن البضع حق للزوج، و المال حق للزوجه، و هما بالغان رشيدان، فلا يكون لأحد ولايه عليهما، فلا يكونا إلا و كيلين.

و اعترض عليه بأن حكم الشارع قد يجرى على غير المحجور عليه كالمماطل و بإصرار الزوجين على الشقاق قد صاراممتنعين عن قبول الحق، فجاز الحكم عليهما.

و القول بكونه توكيلا لابن البراج فى الكامل، إلا أنه عدل عنه فى المذهب و وافق المشهور، قال فى كتاب المذهب: و قد ذكرنا فى كتابنا الكامل فى الفقه فى هذا الموضوع أنه على طريق التوكيل، و الصحيح أنه على طريق التحكيم، لأنه لو كان توكيلا لكان ذلك تابعا للوكاله و بحسب شرطها، انتهى.

و قال الشيخ فى المبسوط: الذى يقتضيه مذهبنا أن ذلك حكم لأنهم رروا أن لهما الإصلاح من غير استئذان، و ليس لهما الفرقة بالطلاق و غيره إلا بعد

أن يستأذناهما، و لو كان توكيلا لكان ذلك تابعا للوكاله و بحسب شرطها، و به قال ابن إدريس، و العلامه و غيرهما.

و ظاهر الأصحاب الاتفاق على أنه متى كان البعث من الزوجين فلا- يكون إلا- توكيلا. قال فى المسالك: و لو جعلنا بعثهما من الزوجين فلا شبهه فى كونه توكيلا، لأنهما ليسا من أهل التفويض فى الحكم الكلى و إن كان متعلقه جزئيا.

أقول- و بالله الثقة لإدراك كل مأمول: إنه لا يخفى على من راجع الأخبار التى قدمناها و هى أخبار المسأله التى وصلت إلينا أنها متفقه على كون ذلك تحكيما، سواء كان الباعث الإمام أو الزوجين، و الذى يدل على كونه تحكيما لا توكيلا مع بعث الزوجين كلام الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (1) و هو مذهب الصدوقين أيضا حيث عبرا بعبارة حسبا عرفت آتفا، فإنه عليه السلام ذكر أن الحكمين بعد بعث الزوجين لهما يجتمعان على فرقه أو إصلاح، فإن اجتمعا على الإصلاح لم يحتج إلى مراجعه، و إن اجتمعا على الفرقة فلا بد لهما أن يستأمر الزوج و الزوجه، و هذا هو الذى دلت عليه روايه محمد بن مسلم و حسنه الحلبي فإنهما دلتا على الاستئمار فى الفرقة دون الإصلاح، و لو كان ما يدعونه من أنه إذا كان البعث من الزوجين فإنه لا يكون إلا توكيلا- كما سمعته من كلامه فى المسالك- لكان الواجب فى كلامه عليه السلام فى كتاب الفقه أن يجعل الحكم منوطا بما يأمران به و يعينانه لهما كما فى سائر أفراد الوكاله، لا أنه يجعل ذلك مفوضا لهما، و أظهر من ذلك أنه عليه السلام قد جعل كلامه تفسيرا للآيه، الصريحه فى التحكيم دون الوكاله.

و بالجمله فإنه لا- شك فى دلالة كلامه عليه السلام على أنه فى صورته بعث الزوجين تحكيم لا توكيل، كما ادعوه، و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، و قد عرفت أيضا أن ظاهر موثقه سماعه هو كون الباعث الزوجين، و قد اعترف بذلك أيضا فى المسالك، فقال بعد إيراد الروايه: و يمكن أن يستدل بها على أن المرسل الزوجان،

ص: ٦٣٠

مع أنه لا ريب في أن ما اشتملت عليه تحكيم بلا إشكال لا توكيل.

و بالجمله فإن ما ذكره ابن البراج في الكامل من كونه توكيلا مع كون الباعث الامام، و ما ذكره من أنه أيضا توكيل مع كون الباعث الزوجين، لا دليل عليه سوى هذه الوجوه الاعتبارية التي لفقوها، و الأخبار كما ترى على خلافها (١).

الرابع [فيما لو رأيا الحكمان الصلح]

المفهوم من كلام الأصحاب أنه لا- إشكال في أن الحكمين لو رأيا الصلح و اجتمعا عليه، فإنه لا- يتوقف على الاستئذان من الزوجين، و إنما الخلاف فيما لو رأيا الفرقه بخلع أو طلاق فهل لهما الاستقلال بذلك أم يتوقف على الاستئذان؟ قولان، قال في المسالك بعد كلام في المقام: ثم إن رأيا الإصلاح هو الأصلح فعلاه، و إن رأيا الأصلح لهما الفراق فهل يجوز لهما الاستبداد به فيباشر حكمه الطلاق و حكمها بذل عوض الخلع إن رأيا الخلع هو الصلاح؟ أم يختص بحكهما بالإصلاح دون الفراق؟ قولان مرتبان على كونهما و كيلين أو حكيمين، فعلى الأول لا إشكال في وجوب مراعاة الوكالة، فإن تناولت الفراق فعلاه و إلا فلا.

و على الثاني ففي جواز الفراق أيضا قولان مبنيان على أن مقتضى التحكيم على الإطلاق تسويغهما فعل ما يريانه صلاحا، فيتناول الطلاق و البذل حيث يكون صلاحا، و بأن أمر طلاق المكلف إلى الزوج

لقوله صلى الله عليه و آله و سلم (٢)

«الطلاق بيد من أخذ بالساق». و هذا هو الأشهر.

أقول: لا يخفى أن ما يكررونه في هذا المقام من احتمال التوكيل و يفرعون

ص: ٦٣١

١ - ١) قال السيد السند في شرح النافع: الأقرب أن المرسل لهما ان كان هو الحاكم كان بعثهما تحكيما، و ليس لهما التفريق قطعاً، و ان كان الزوجان كان توكيلا- فيجوز لهما التصرف فيما تعلق به الوكالة من صلح أو طلاق أو بذل صداق أو غير ذلك، و ليس لهما تجاوز عما تعلق به الوكالة. انتهى، و ظاهر كلامهم كلها على هذا المنوال، و فيه ما عرفت في الأصل. (منه- قدس سره-).

٢ - ٢) في هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٩ عن الطبراني ط القاهره ١٣٧٣ هـ.

عليه فروعا مثل ما ذكره هنا قد عرفت ما فيه، و ليس في أخبار المسأله ما يشير إليه فضلا عن الدلاله عليه، بل هي ظاهره في خلافه حيث إنهم قد ادعوا أنه متى كان البعث من الزوجين فإنه لا يكون إلا توكيلا، مع أننا بينا دلاله كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوى، و نحوه موثقه سماعه على خلافه بل هو ظاهر تلك الأخبار التي أشرنا إليه آنفا، و بذلك يظهر لك أن ما ذكره من البناء في الخلاف -الأول- على كونهما وكيلين أو حكيمين لا- وجه له بالكليه، و التحقيق إنما هو ما ذكره ثانيا من أن القولين المذكورين إنما هما على تقدير كونهما حكيمين، و هذا هو الذى دلت عليه الأخبار المتقدمه، فإن بعضها قد دل على الاستئذان متى اختارا الفراق، و بعضها قد دل بظاهره على العدم.

و من هنا علم دليل كل من القولين، إلا أن المفهوم منها بعد التأمل في مضامينها إنه إن شرط الحكمان على الزوجين الرضاء بكل ما فعلاه، و قبول كل ما رأياه من فرقه أو اجتماع فإن تفريقهما جائز لا يتوقف على المراجعه متى رأيا ذلك صلاحا و إن لم يشترطا فإنه يجب عليهما الاستئذان في الفراق متى رأيا المصلحه فيه، و على الأول من هذين الأمرين تدل روايه على بن أبى حمزه (١) و موثقه سماعه (٢) و روايه أبى بصير (٣) فإنهما قد اشتركت في أنه متى وقع الاشتراط كان ما فعلاه من أى الأمرين جائزا و إن لم يحصل الاستئذان، ألا- ترى أنه في موثقه سماعه لم يستثن بعد الاشتراط إلا كونها على طهر لو أراد الطلاق أو الخلع، و أظهر من ذلك مرسله فضاله المنقوله في آخر كلام العياشى، و قوله فيها «فإن رضيا و قلدهما الفراق ففرقا فهو جائز».

ص: ٦٣٢

١-١) الكافى ج ٦ ص ١٤٥ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٩٠ ح ٢.

٢-٢) الكافى ج ٦ ص ١٤٦ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٠٤ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ ح ١.

٣-٣) الكافى ج ٦ ص ١٤٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ٢.

و على الثانى تدل روايه محمد بن مسلم (١) و صدر حسنه الحلبي (٢) و روايه زيد الشحام المنقوله من تفسير العياشى (٣)، و عبارته كتاب الفقه الرضوى (٤) و الظاهر أن حسنه الحلبي قد جمعت الأمرين باعتبار صدرها و عجزها، و أن العطف بالواو فى قوله «و إن يشترطا» وقع سهوا من النساخ، و إنما هو «بأو» المخيره، و يكون حاصل المعنى أنه ليس لهما أن يفرقا حتى يستأمرأ، أو أنهما يشترطان إن شاء جمعا و إن شاء فرقا، فلا يتوقف التفريق على الاستئذان، بل إن جمعا فجائز و إن فرقا فجائز، و على تقدير العطف بالواو كما هو الموجود فيما حضرني من نسخ الخبر لا يخلو معنى الخبر من إشكال، لما عرفت من الأخبار الأخر.

و بما ذكرنا يظهر أنه لا معنى للخلاف المذكور، بل الحكم هو ما صرحت به هذه الأخبار بالتقريب الذى ذكرناه و عليه تجتمع الأخبار.

و أما ما علله فى المسالك من بناء القولين المذكورين على ما ذكره من العلتين فكلام قشرى ناش عن عدم تتبع الأخبار و التأمل فيما دلت عليه.

أما ما ذكره من تعليل جواز الفراق بغير استئذان بأن مقتضى التحكيم على الإطلاق تسويغها، ففيه إن جمله من الأخبار قد صرحت بوجوب الاستئذان مع إرادته الفراق، و حينئذ فيجب تقييد هذا الإطلاق بها فلا معنى للاستدلال به.

و أما ما ذكره من تعليل عدم الجواز بأن الطلاق بيد الزوج للخبر النبوى، ففيه أنه لا عام إلا و قد خص، على أن ما نحن فيه لا ينافى الخبر حقيقه لأن الطلاق إنما وقع عن إذنه، حيث إنه جعل اختياره إلى من حكمه، و قد شرط

ص: ٦٣٣

١-١) الكافي ج ٦ ص ١٤٧ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ١.

٢-٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٩ و فيهما «ان شئنا جمعنا و ان إلخ»، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٩ ح ١.

٣-٣) العياشى ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ ح ٣.

٤-٤) فقه الرضا ص ٢٤٥، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١.

عليه الحكم الذى عينه قبول الفراق إن رأيا المصلحه فيه فرضى و قبل بذلك كما أشارت إليه الأخبار المتقدمه سيما مرسله فضاله.

و بالجمله فإن الظاهر عندى من الأخبار هو ما ذكرته (١) وافق كلامهم أو خالفه.

الخامس [هل يتعين كون الحكمين من أهل الزوجين؟]

المشهور بينهم أنه لا- يتعين كون الحكمين من أهل الزوجين، بأن يكون المبعوث من قبل الزوج من أهله و المبعوث من قبل الزوجه من أهلها، و هو قول الشيخ فى المبسوط و ابن البراج و تبعهما الأ-كثر، و إن دل ظاهر الآ-يه على ذلك، لحصول الغرض بهما و إن كانا أجنبيين، و أجابوا عن الآيه بأنها مسوقه للإرشاد، فلا يدل الأمر فيها على الوجوب، بل هى من قبيل «وَأَشْهَدُوا إِذَا بُيَعْتُمْ» (٢).

ص: ٦٣٤

١ - ١) أقول: ما اخترناه نقله فى المختلف عن ابن حمزه، قال: المشهور أنه ليس للحكمين التفريق إلا- بإذن الزوجين، و قال ابن حمزه يبعث الحاكم حكما من أهله و حكما من أهلها لتدبير الأمر، فإن جعل إليهما الإصلاح و الطلاق أنفذا ما رأياه صلاحا من غير مراجعه، و أن لهما القول و حضر كل الزوجين و لم يكن أحدهما مغلوبا على عقله، و ان كان ما رأياهما الإصلاح أصلحا من غير مراجعه، فإن رأيا التفريق بينهما بطلاق أو خلع لم يمضيا الا بعد المراجعة، فإن رضيا فذاك و ان أبيا ألزمهما الحاكم القيام بالواجب. لنا ما رواه الحلبي فى الخبر، ثم أورد حسنه الحلبي ثم قال: احتج ابن حمزه بما رواه سماعه، ثم ذكر موثقه سماعه، ثم أجاب عنها بمنع صححه السند. أقول: قد عرفت أن المفهوم من الاخبار أن الوجه فى عدم الاستئذان فى الفراق انما هو من حيث اشتراط الحكمين على الزوجين الرضا بكل ما حكما به، و قبول الزوجين ذلك، لا من حيث إطلاق أمر الإمام لهما كما ذكره ابن حمزه، و بالجمله فإن كلامهم فى المقام على غايه من البعد عن ظواهر الاخبار كما أوضحناه فى الأصل. (منه- قدس سره-).

٢ - ٢) سورة البقره- آيه ٢٨٢.

وقيل: بوجوب كونهما من أهلها، وقوفا على ظاهر الآيه، وهو مذهب ابن إدريس، وقواه العلامه فى المختلف فلا يتحقق الامتثال بدونه، وأيد بأن الأهل أعرف بالمصلحه من الأجانب.

أقول: لا يخفى أن المسأله لا تخلو من نوع إشكال، والاحتياط فيها مطلوب على كل حال.

ويمكن تأييد القول الثانى بأن المأمور به وجوبا أو استحبابا إنما هو من كان من الأهل، فإجزاء غيره يتوقف على دليل، ومجرد ما ذكر من الاحتمال لا ينهض قوه بالاستدلال، وإلى ما ذكرنا يميل كلام السيد السند فى شرح النافع حيث قال: وهل يجوز كونه أجنبيا؟ قيل: نعم، وبه قطع المصنف فى الشرائع لحصول الغرض بهما.

وقيل: يعتبر كونهما من أهلها لدلاله الآيه عليه، ولأن الأهل أعرف بالمصلحه من الأجانب، وهو جيد خصوصا بعد حمل الأمر على الوجوب، ثم نقل عن جده فى المسالك أنه قال: ولو تعذر الأهل فلا كلام فى جواز الأجانب، ثم قال: وقد يناقش فيه بعد تعلق الأمر بذلك، انتهى وهو جيد.

السادس [فى أن بعث الحكمين هل هو واجب أو مستحب؟]

قد وقع الخلاف أيضا فى أن بعث الحكمين هل هو واجب أو مستحب؟ فقيل بالأول نظرا إلى ظاهر الأمر فى الآيه الذى هو حقيقه فى الوجوب.

وقيل بالثانى نظرا إلى أن الغرض منه مصلحه دنيويه فيكون الأمر للإرشاد كما فى قوله «وَأَشْهَدُوا إِذَا نَبَأَ بَعْثُكُمْ» .

أقول: يمكن أن يستدل على الوجوب بما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى من أن الامام يجبر المتخلف عن حكم الحكمين بعد التحكيم على القبول، ويعاقبه، فإنه لو كان البعث مستحبا لما حسن ترتب هذا التكليف عليه.

و ربما علل الوجوب بأن الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين أو أحدهما فى المحرم فيجب تخليصهما منه حسبه، و علل العدم بإمكان الإصلاح

بدون ذلك فلا يكون واجبا، وإن كان راجحا نظرا إلى ظاهر الآيه، وفي الأول منهما نظر (١).

قال في المسالك: والوجه -بناء على أن البعث من وظائف الحاكم- الوجوب، ولو جعلنا متعلق الأمر الزوجين فالاستحباب أوجه، لإمكان رجوعهما إلى الحق بدون الحكمين. نعم لو توقف الرجوع إلى الحق عليهما وجب بعثهما مطلقا من باب المقدمة، انتهى.

السابع [في نقد المصنف ما أفاده علي بن إبراهيم في المقام]

المفهوم من خبر عبيده المنقول عن العياشي (٢) وكذا الخبر المرسل المنقول في كلام الشيخ الجليل علي بن إبراهيم (٣) أن الامام يجبر الزوجين على الرضا بما حكم به الحكمان، أعم من أن يكونا مبعوثين من الامام أو الزوجين.

أما الأول فلأنه لما رضيت المرأة بما حكم به الحكمان لها أو عليها يعنى من اجتماع أو فرقه، وامتنع الزوج من الرضاء بالفراق فقال له عليه السلام: لا تبرح حتى تقر بما أقرت به، أى ترضى بما رضيت به، وظاهره الحبس حتى يرضى بذلك.

و أما الثانى فإنه لما علم عليه السلام الحكم بأنكما إن شئتما فرقتما و إن شئتما اجتماعا، امتنع الزوج من الحكم بالفراق فأوجب عليه نفقتها، ومنعه الدخول عليها و أنه إن مات الزوج على تلك الحال ورثته المرأة، و إن ماتت لم يرثها، وهكذا لو كان الامتناع من جهه المرأة و هو ظاهر فى أن الحكم الشرعى فيما لو امتنع أحدهما هو حصول الفرقة من جانب الممتنع بحيث إنه لا يرث من صاحبه لو مات، و صاحبه يرثه، و لم أقف على ذلك فى غير الكتاب المذكور و الشيخ المذكور من الثقات المعتمدين، و كتابه مشهور معمول عليه، و من الأصول

ص: ٦٣٦

١- ١) وجه النظر أن الوجوب انما يترتب على تحقق الوقوع فى المحرم لا- على خوف الوقوع فيه، لإمكان عدم الوقوع كما فى الثانى. (منه- قدس سره-).

٢- ٢) تفسير العياشى ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٧.

٣- ٣) تفسير علي بن إبراهيم ج ١ ص ١٣٧ و فيه «جمعتهما».

المعتمده، وهو ظاهر فى كون ذلك مذهبه فى هذه المسأله، ولم أقف فى كلام أحد من الأصحاب على من تعرض للكلام فى هذه الصوره إلا- ما يظهر من كلام ابن الجنيد حيث أوجب على الزوجين إنفاذ ما حكم به الحكمان من فرقه أو اجتماع من غير استئذان متى اشترط الحكمان عليهما ذلك، فإنه يشعر بأنه مع إخلال أحدهما بهذا الواجب فعلى الامام أن يجيره على القيام به، بل صرح بذلك فى كلامه كما سيأتى نقله إن شاء الله تعالى قريبا.

و العجب أنه مع حرص أصحابنا على نقل الأقوال و بيان الخلاف فى جميع المسائل كيف غفلوا عن نقل ذلك و التنبيه عليه و بيان ما فيه من صحه أو بطلان، مع أن الشيخ المذكور من أساطين الفرقة الناجيه، و كتابه مشهور متداول بينهم، و مثل ذلك أيضا ما اشتمل عليه صدر كلامه الذى جعله تفسيرا للآيه فإنه لا خلاف بين الأصحاب فى أن الشقاق عباره عن النشوز من كل من الزوجين عن الآخر و البغض من كل منهما لصاحبه، و هو صريح كلام الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه (1) كما قدمناه، و هذا الكلام الذى ذكره- رحمه الله- يرجع إلى أن النشوز إنما هو من أحدهما، و أيضا مقتضى ما دلت عليه الأخبار و صرح به الأصحاب أن الحكمين بعد أن يجتمعا و يتفقا على الحكم فهو إما صلح و جمع بينهما، و إما فرقه و طلاق، و ظاهر كلامه- رحمه الله عليه- هنا أنه بعد اجتماعهما و ظهور الناشز منهما و أنه الزوج أو الزوجه فإنهما ينكران على الناشز منهما، و أن الحكم الشرعى فيه إن كان الناشز هو الزوج أن تجب عليه النفقه و حقوق الزوجيه و لا يمكن من المرأه، و إن كانت الزوجه فإنها لا تستحق عليه نفقه و لا يجب لها شىء من الحقوق، و أيد ذلك بما رواه عن على عليه السلام كما قدمنا إيضاحه، و من ذلك تفسيره الهجر فى المضاجع بالسب كما قدمنا ذكره.

و بالجمله فإن جميع ما ذكره فى هذا المقام من الأحكام الغريبه التى لم نقف

ص: ٦٣٧

١- (١) فقه الرضا ص ٢٤٥، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١.

عليها فى كلام غيره، و الشىخ المذكور كما عرفت على غاية من الجلاله و هو من أرباب النصوص و من معاصرى الأئمه عليهم السلام و من الظاهر أنه لا يفتى بذلك إلا عن خبر وصل إليه.

الثامن [هل حكم الحكامين من باب التوكيل أو التحكيم؟]

قال ابن الجنييد على ما نقله العلامة فى المختلف عنه: و إن كان النشوز منهما و لم يرجعا بالوعظ من الوالى و لا الذى يتحاكمان إليه أمر الرجل بأن يختار من أهله من لا يتهم على المرأة و لا عليه، و كذلك تؤمر المرأة بأن تختار من أهلها و يشترط الوالى أو المرتضى بحكمه على الزوجين أن للمختارين جميعا أن يفرقا بينهما أو يجمعا إن رأيا ذلك صوابا، و كذلك إن رأيا إيقاع شروط بينهما لا يردها كتاب و لا سنه و لا إجماع، و على كل واحد من الزوجين إنفاذ ذلك و الرضاء به، و أنهما قد و كلاهما فى ذلك، و مهما فعلاه فهو جائز عليهما، ثم يخلو كل واحد من المختارين بصاحبه، فيعلم ذات نفسه و يشير عليه بالصواب ثم يجتمعان فيحكمان، و على الوالى إن كان التحاكم إلى غيره أن يأخذ الزوجين بالعمل بذلك، إلا أن يكون المختاران أو أحدهما قد تجاوز شيئا رسماه أو رسمه صاحبه له.

قال العلامة بعد نقله: و هذا الكلام يعطى أنه توكيل، و أن لها أن يفرقا.

أقول: الظاهر أن قوله «و أنهما و كلاهما فى ذلك» إنما خرج مخرج التجوز بمعنى أنه فى حكم الوكاله، و إلا فصدر الكلام ظاهر بل صريح فى أنه تحكيم، ثم إن فى هذا الكلام دلالة على ما قدمنا ذكره فى وجه الجمع بين أخبار المسأله، من أنه متى شرط الحكمان على الزوجين الرضاء بما حكما به، فلهما أن يفرقا بينهما من غير استئذان، و هو جيد كما عرفت، و إن كان خلاف المشهور بينهم، و أما قوله «و كذلك إن رأيا إيقاع شروط بينهما لا يردها كتاب و لا سنه» فهو مما صرح به غيره أيضا، كما إذا شرطا على الزوج أن يسكنها فى البلد الفلانى، أو المسكن الفلانى، أو لا يسكن معها ضره فى دار واحده أو

نحو ذلك، أو شرطاً على الزوجه أن يؤجل عليه الحال من المهر إلى أجل، أو ترد عليه ما قبضته منه قرضاً أو نحو ذلك، لعموم الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشروط، ويلزم الزوج و الزوجه القيام بذلك حسبما اشترط عليهما أولاً.

و أما الشروط المخالفه للمشروع كعدم التزويج و التسرى و نحو ذلك مما تقدم الكلام فيه، أو ترك بعض حقوقها من القسم أو النفقه أو المهر أو نحو ذلك، فهو غير لازم إجماعاً.

و أما قوله «ثم يخلو كل واحد إلى آخره» فإن ظاهر الأصحاب أن هذا من مستحبات التحكيم.

قال فى المسالك: و ينبغى أن يخلو حكم الرجل بالرجل و حكم المرأة بالمرأة خلوه غير محرمة ليعرفا ما عندهما، و ما فيه رغبتهما و إذا اجتمعا لم يخف أحدهما على الآخر ليمكننا من الرأى الصواب. انتهى، و الظاهر أن الأصل فى ذلك ما قدمنا نقله عن الثقة الجليل على بن إبراهيم فى تفسيره.

التاسع [فى أنه ينبغى للحكمين إخلاص النية فى السعى و قصد الإصلاح]

من المستحبات عندهم أيضاً فى هذا المقام ما ذكره شيخنا فى المسالك: قال: و ينبغى للحكمين إخلاص النية فى السعى و قصد الإصلاح، فمن حسن نيته فيما يتحراه أصلح الله مسعاه، و كان ذلك سبباً لحصول مبتغاه كما ينبه عليه قوله تعالى «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» (١) و مفهوم الشرط أن عدم التوفيق بين الزوجين يدل على فساد قصد الحكمين، و أنهما لم يجتمعا على قصد الاصطلاح بل فى نية أحدهما أو هما فساد، فلذا لم يبلغا المراد، انتهى.

أقول: و مما يزيد ما ذكره تأييداً و يعليه تشبيهاً ما رواه الصدوق فى الفقيه فى هذا الباب عن ابن أبى عمير عن هشام بن الحكم (٢) أنه تناظر هو و بعض المخالفين فى الحكمين بصفين عمرو بن العاص و أبى موسى الأشعري، فقال المخالف: إن الحكمين لقبولهما الحكم كانا مرادين للإصلاح بين الطائفتين، فقال هشام، بل

ص: ٦٣٩

١-١) سورة النساء- آية ٣٥.

٢-٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٢.

كانا غير مرئدين للإصلاح بينهما، قال المخالف: من أين قلت هذا؟ قال هشام: من قول الله فى الحكمن «إِنَّ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا». فلما اختلفا و لم يكن اتفاق على أمر واحد و لم يوفق الله بينهما، علمنا أنهما لم يريدوا الإصلاح.

العاشر: لو غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمن فهل ينفذ حكمهما أم لا؟

صرح الشيخ فى المبسوط بالثانى، فقال: لا- يجوز الحكم مع غيبه أحدهما لأن الحكم حينئذ مشروط ببقاء الشقاق و الخصومه بينهما، و مع الغيبه لا يعرف بقاء ذلك، و لأن كل واحد منهما محكوم له و عليه، و لا يجوز القضاء للغائب و إنما يجوز عليه.

و جوز المحقق و المتأخرون الحكم مع الغيبه، لأنه مقصور على الإصلاح و هو غير متوقف على الحضور، و أجابوا عن دليل الشيخ بأن الأصل بقاء الشقاق استصحابا لما كان قبل الغيبه.

قال فى المسالك: و فيه نظر، لجواز أن يشمل الحكم مع الإصلاح على شرط لأحدهما، فيكون حكما للغائب و إن حصل معه الإصلاح.

أقول: لا يخفى أن كلام المجوزين مبنى على ما تقدم نقله عنهم من أنه لا يجوز للحكمين الحكم بالفرقه إلا بعد الاستئذان، فلذا خصوا الجواز بالإصلاح.

و التحقيق أنك قد عرفت أن أخبار المسأله قد خرجت على نوعين (أحدهما) ما إذا اشترط الحكمان على الزوجين قبول ما يحكمان به، و أنه ليس فى هذه الصوره مراجعه، لا- فى فرقه و لا إصلاح، كما دلت عليه الأخبار المذكوره، و قضيه ذلك جواز الحكم مع الغيبه، لأنه بالاشتراط عليهما و قبولهما الشرط لزم قبولهما لما يحكمان به، حضرا أو غابا كما اعترفوا به فى صوره الإصلاح، اشتمل الحكم على شروط أو لم يشتمل، و الفرق بين الحكم له و عليه لا أعرف له دليلا واضحا، فإن قضيه التحكيم قبول ما يحكم به الحكمان كيف كان، و بأى صوره كان، هذا مقتضى ظاهر الأخبار المذكوره.

و(ثانيهما) إذا لم يشترطاً و أنه لا- بد في هذه الصورة من المراجعة في إرادته التفريق كما دلت عليه الأخبار المذكورة و قضيه ذلك الجواز مع الغيبه بالنسبه إلى الصلح خاصه دون التفريق.

هذا ما يظهر لى من الأخبار حسبما أدى إليه الفهم السقيم.

الحادى عشر [فيما لو منعها شيئاً من حقوقها الواجبه]

قد صرح جملته من الأصحاب بأنه لو منعها شيئاً من حقوقها الواجبه كالنفقه و القسم مثلاً، فبذلت له مالا للخلع لم يكن ذلك إكراهاً و إن كان محرماً، و إنما لم يكن ذلك إكراهاً لأنه أمر منفك عن طلب الخلع، فإنه قد يفعل ذلك مع إرادته المقام معها، و إنما منعها لحرصه على المال، و قله دياتته و ضعف دينه أو ميله إلى ضررتها، و كذا لو بذلت له مالا للخلع، حيث إنه أغارها و تزوج عليها، و هو أولى بعدم ترتب الإكراه عليه، فإن التزويج جائز بل مستحب.

و ما ذكرنا من أصل الحكم المذكور صرح به الشيخ في المبسوط و المحقق في الشرائع و غيرهما، و الظاهر أنه المشهور، و اختلف كلام العلامة في ذلك، ففى الإرشاد وافق الشيخ و أفتى بما ذكره، و فى التحرير نسب القول المذكور إلى الشيخ ساكتاً عليه، و هو يؤذن بتردده فيه أو ضعفه عنده، و فى القواعد قيد حقوقها بالمستحبه، و مفهومه أنه لو منعها الحقوق الواجبه كان ذلك إكراهاً، و هذا القول نقله الشيخ فى المبسوط أولاً عن بعض العامه، ثم قال: الذى يقتضى مذهبنا أن هذا ليس بإكراه و هو المعتمد.

و كيف كان فإن مقتضى ما ذكره الشيخ و من تبعه أنه لا- يشترط فى الكراهه الموجهه للخلع أن تكون ذاتيه كما هو المعمول عليه فى بلادنا البحرين، و حضرناه مع جملته من مشايخنا المعاصرين بل تكفى الكراهه العارضه بسبب ترك القسم أو النفقه و نحوهما، و سيأتى تحقيق الكلام فى باب الخلع إن شاء الله تعالى.

إلى هنا تم الجزء الرابع والعشرون حسب تجزئتنا بحمد الله و منه، و قد بذلنا الجهد غايه فى تصحيحه و مقابلته مع النسخ المطبوعه و استخراج أحاديثه. و سيليه الجزء الخامس و العشرون فى بقيه كتاب النكاح و أول كتاب الطلاق بمشيئه البارى عز اسمه.

ص: ٦٤٢

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 آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية

WWW

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