



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



الرمضان
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

الزبد القوي

في مسج الرقة الهمة

في مسج الرقة الهمة

تأليف
السيد محمد حسين بن محمد بن الحسين

الجزء الثاني

مسج الرقة الهمة
في مسج الرقة الهمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

کاتب:

محمد حسن ترحینی عاملی

نشرت فی الطباعة:

دارالفقه للطباعة والنشر

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحریات الكمبيوتریة

الفهرس

٥	الفهرس
١٤	الزبده الفقهيه فى شرح الروضه البهيه الجزء ٦
١٤	اشاره
١٥	اشاره
١٩	كتاب الوصايا
١٩	اشاره
١٩	الفصل الأول فى الوصيه
١٩	فى معنى الوصيه
٢١	فى الإيجاب و القبول
٣٢	فى الوصيه المطلقه و المقيده
٣٥	فى الوصيه للجهه
٣٧	فى أن القبول كاشف عن سبق الملك
٤٠	فى ما يشترط فى الموصى
٤٣	فى ما يشترط الموصى له
٤٤	فى ما لو أوصى للعبد
٥١	فى الوصيه لجماعه
٥٣	فى الوصيه للجيران
٥٥	فى الوصيه للموالى
٥٤	فى الوصيه للفقراء
٥٨	الفصل الثانى فى متعلق الوصيه
٥٨	اشاره
٥٨	فى أن الوصيه بما يقبل النقل
٦٠	فى الوصيه بغير المعلوم
٦٣	فى أنه لا تصح الوصيه بما لا يقبل النقل

٦٣	في الوصيه بالكلاب الأربعة
٦٣	في أنه يشترط في الزائد عن الثلث إجازة الوارث
٦٨	في المعتبر بالتركة
٧٠	في ما لو أوصى بما يقع اسمه على المحرم و المحلل
٧٢	في أن الجمع يحمل على الثلاثة
٧٢	في ما لو أوصى بمنافع العبد دائما، أو بثمره البستان
٧٥	في ما لو أوصى بعتق مملوكه و عليه دين
٨٠	في ما لو أوصى بعتق ثلث عبده
٨٠	في ما لو أوصى بأمور متعدده فيها واجب
٨٣	في ما لو أجاز الورثه ما زاد على الثلث
٨٤	في ما كان الإيصاء بجزء شائع
٨٦	في ما يدخل في الوصيه بشيء
٨٧	في ما لو عقب الوصيه بمضادها
٨٩	الفصل الثالث في الأحكام
٨٩	اشاره
٨٩	في أنه الوصيه للذمي
٩٣	في ما لو أوصى في سبيل الله
٩٤	في أنه تستحب الوصيه لذوى القرباه
٩٥	في ما لو أوصى بمثل نصيب ابنه
٩٩	في ما لو قال: أعطوه مثل سهم أحد وراثي
١٠٠	في ما لو أوصى بثلثه للفقراء
١٠٢	في ما لو أوصى له بأبيه
١٠٤	في ما لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء
١٠٥	في ما لو جمع بين منجز و مؤخره
١٠٨	في أنه يصح الرجوع في الوصيه
١١٠	الفصل الرابع في الوصايه

١١٠	اشاره
١١٠	فى الوصيه على الأطفال
١١٢	فى ما يعتبر فى الوصى
١٢١	فى أنه يصح تعدد الوصى
١٢٨	فى ما لو خان الوصى
١٣٣	فى الإذن فى الإيضاء
١٣٦	فى أن الصفات المعتمده فى الوصى يشترط حصولها حال الإيضاء
١٣٧	فى أجره الوصى
١٤٠	فى الرد للوصيه
١٤٤	كتاب النكاح
١٤٤	اشاره
١٤٦	الفصل الأول - فى المقدمات
١٤٦	اشاره
١٤٦	فى أن النكاح مستحب مؤكد
١٥٢	فى اختيار البكر
١٥٦	فى عدم الاقتصار على الجمال و الثروه
١٥٧	فى ما يستحب لمن أراد التزويج
١٦٤	فى الزمن و المكان و الحال الذى يكره الجماع فيها
١٧٠	فى ما يجوز النظر إلى امرأه يريد نكاحها
١٧٦	فى النظر إلى الأجنبيه
١٨٥	فى ما يجوز استمتاع الزوج به
١٨٨	فى العزل و ترك الوطء
١٩٨	فى أنه يكره للمسافر أن يطرق أهله
٢٠٠	الفصل الثانى فى العقد
٢٠٠	اشاره
٢٠٠	فى الإيجاب و القبول

- ٢٠٩ فى ما يشترط فى العاقد و ما يشترط فى العقد
- ٢١٧ فى من له الولاية فى النكاح
- ٢٢٤ مسائل
- ٢٢٤ اشاره
- ٢٢٤ الأولى: يصح اشتراط الخيار فى الصداق
- ٢٣٥ الثانية: لو ادعى زوجته امرأه فصدقته
- ٢٤١ الثالثة: لو ادعى زوجته امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه
- ٢٥٢ الرابعه: لو اشترى العبد زوجته لسيده
- ٢٥٤ الخامسه: لا يزوج الولي بدون مهر المثل و لا بالمجنون
- ٢٥٩ السادسه: عقد النكاح لو وقع فضولا
- ٢٦٣ السابعه: لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالكتها
- ٢٦٧ الثامنه: لو زوج الفضولى الصغيرين
- ٢٧٥ التاسعه: لو زوجها الأبوان برجلين
- ٢٨٠ العاشره: لا ولاية للأم
- ٢٨٥ الفصل الثالث - فى المحرمات و توابعها
- ٢٨٥ اشاره
- ٢٨٥ فى ما يحرم بالنسب
- ٢٩٠ فى ما يحرم بالرضاع و ما يحصل به الرضاع
- ٣٢٧ فى من تحرم بالمصاهره
- ٣٤٤ فى من تكره نكاحه
- ٣٥٤ مسائل عشرون
- ٣٥٤ اشاره
- ٣٥٤ الأولى: لو تزوج الأم و ابنتها فى عقد واحد
- ٣٦٨ الثانية: لا يجوز أن يتزوج أمه على حره إلا بإذنها
- ٣٨١ الثالثة: من تزوج امرأه فى عدتها
- ٣٩٢ الرابعه: لا تحرم المزنى بها على الزانى

- الخامسه: من أوقب غلاما أو رجلا ٣٩٨
- السادسه: لو عقد المحرم ٤٠١
- السابعه: لا يجوز للحر أن يجمع زياده على أربع حرائر ٤٠٤
- الثامنه: إذا طلق ذو النصاب ٤١٢
- التاسعه: لا تحل الحره على المطلق ثلاثا ٤١٥
- العاشره: تحرم الملاعنه أبدا ٤٣٣
- الحاديه عشر: تحرم الكافره غير الكتابيه ٤٤٢
- الثانيه عشر: لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين ٤٥٤
- الثالثه عشر: لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإبائه ٤٤٢
- الرابعه عشر: الكفاءه ٤٤٤
- الخامسه عشر: ليس التمكن من النفقه شرطا في صحه العقد ٤٧٣
- السادسه عشر: يكره تزويج الفاسق ٤٧٨
- السابعه عشر: لا يجوز التعريض بالعقد لذات البعل ٤٧٩
- الثامنه عشر: تحرم الخطبه بعد إجابته الغير ٤٨١
- التاسعه عشر: يكره العقد على القابله المريبه ٤٨٣
- العشرون: نكاح الشغار باطل ٤٨٥
- الفصل الرابع - في نكاح المتعه ٤٨٧
- اشاره ٤٨٧
- في شرعيته ٤٨٧
- في إيجابه و قبوله ٤٩٢
- في أنّ حكمه كالدائم إلا في بعض ٤٩٤
- في ما لو تبين فساد العقد ٥٠٣
- في أنه يجوز اشتراط السانغ في العقد ٥٠٤
- في أنه لا يقع بها طلاق ٥٠٨
- في أنه لا توارث بينهما إلا مع شرطه ٥١٠
- في أنه يقع بها الظهار ٥١٣

٥١٧	في عدتها
٥٢٥	الفصل الخامس - في نكاح الإمام
٥٢٥	اشاره
٥٢٥	في أنه لا يجوز للعبد، أن يعقد لنفسه إلا بإذن المولى
٥٣٠	في أنه إذا كان الأبوان رقاً فالولد رق
٥٣٨	في أنه لو شرط مولى الرق رقيته جاز
٥٤٦	في أنه يستحب إذا زوج عبده من أمته أن يعطيها شيئاً
٥٥٠	في أنه يجوز تزويج الأمه بين الشريكين لأجنبي
٥٥٩	في أنه لو أعتقت المملوكه فلها الفسخ على الفور بخلاف العبد
٥٦٢	في أنه يجوز جعل عتق أمته صداقها
٥٧٢	في ما لو بيع أحد الزوجين
٥٧٦	في أنه ليس للعبد طلاق أمه سيده
٥٨٠	في أنه للسيد أن يفترق بين رقيقه متى شاء
٥٨١	في أنه تباح الأمه لغير مالكتها بالتحليل
٥٩٢	في أنه لا بأس بوطء الأمه و في البيت آخر مميز و يكره في الحره
٥٩٤	الفصل السادس - في المهر
٥٩٤	اشاره
٥٩٤	في أنّ المهر كل ما يصلح أن يملك
٥٩٩	في مقدار المهر
٦١٦	في جواز تفويضه إلى غيرهما، أو إليهما
٦١٨	في ما لو طلق قبل الدخول أو مات
٦٢١	مسائل عشر
٦٢١	اشاره
٦٢١	الأولى - الصداق يملك بأجمعه بالعقد
٦٣١	الثانية - لو دخل قبل دفع المهر كان ديناً عليه
٦٣٥	الثالثة - لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول

- الرابعة - يجوز اشتراط ما يوافق به الشرع في عقد النكاح - ٦٣٩
- الخامسة - لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول - ٦٤٥
- السادسة - لو استبدلت مهرها بدونه، أو أزيد منه - ٦٤٦
- السابعة - لو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول - ٦٤٦
- الثامنة - للزوجه الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها - ٦٥٢
- التاسعة - إذا زوج الأب ولده الصغير - ٦٦٠
- العاشره - لو اختلفا في المهر - ٦٦٦
- الفصل السابع - في العيوب والتدليس - ٦٧٣
- اشاره - ٦٧٣
- العيوب المجوزه لفسخ النكاح خمسه - ٦٧٣
- في ما لو تجددت هذه العيوب - ٦٨٤
- عيوب المرأه تسعه - ٦٩٢
- في أنّ خيار العيب على الفور - ٦٩٧
- في أنّ الفسخ ليس بطلاق و لا مهر فيه - ٦٩٩
- في ما لو تزوج امرأه على أنها حره فظهرت أمه - ٧٠٧
- في أنه لو شرطها بكرا فظهرت ثيبا - ٧١٥
- الفصل الثامن - في القسم و النشوز و الشقاق - ٧٢١
- اشاره - ٧٢١
- في أنه يجب للزوجه الواحده ليله من أربع - ٧٢٣
- في أنّ القسمه تسقط بالنشوز - ٧٣٠
- في أنّ الوجوب يختص بالليل - ٧٣٢
- في أنّ للأمه و الكتائبه نصف القسم - ٧٣٥
- في أنه لا قسمه للصغيره - ٧٣٨
- في أنّ الولي يقسم بالمجنون - ٧٣٩
- في أنّ البكر تختص عند الدخول بسبع و الثيب بثلاث - ٧٤١
- في أنه ليس للزوجه أن تهب ليلتها للضره - ٧٤٤

- ٧٤٨ فى أنه لا يصح الاعتياض عن القسم بشيء -
- ٧٥٢ فى أنّ الواجب فى المبيت المضاجعه
- ٧٥٢ فى أنه لو جار فى القسمه قضى
- ٧٥٤ فى النشوز
- ٧٥٨ فى نشوز الزوج
- ٧٦١ فى الشقاق
- ٧٦٧ هنا بحثان
- ٧٦٧ الأول - فى الأولاد
- ٧٦٧ اشاره
- ٧٦٧ فى أنّ الولد يلحق بالزوج الدائم بشروط
- ٧٧٤ فى اختلافهما
- ٧٧٧ فى أنّ ولد المملوكه يلحق به
- ٧٨٠ فى أنه لا يجوز نفى الولد لمكان العزل
- ٧٨٢ فى أنّ ولد الشبهه يلحق بالواطئ
- ٧٨٤ فى أنه يجب انفراد النساء بالمرأه عند الولاده
- ٧٨٤ فى ما يستحب بعد الولاده
- ٧٨٨ فى تسميه الولد
- ٧٩٣ أحكام الأولاد أمور
- ٧٩٣ فى سنن اليوم السابع
- ٨٠٠ فى العقيقه و آدابها
- ٨٠٧ فى الرضاع
- ٨١١ فى مده الرضاع
- ٨١٤ فى الحضانه
- ٨٢٨ فى أنّ الولد إذا بلغ رشيدا سقطت الحضانه عنه
- ٨٣٢ الثانى فى النفقات
- ٨٣٢ اشاره

الأول فى نفقه الزوجه - - - - - ٨٣٢

الثانى - القراهه - - - - - ٨٥٢

الثالث فى نفقه الملك - - - - - ٨٦٨

تعريف مركز - - - - - ٨٧٧

سرشناسہ: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضہ البہیہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ. شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقہ للطباعہ والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاہری: ۹ ج.

شابک: دوره X-۳۱-۸۲۲۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۲-۸-۹۶۴ ؛ ج. ۲ ۸۲۲۰-۳۳-۶-۹۶۴ ؛ ج. ۳ ۸۲۲۰-۳۴-۴-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۸۲۲۰-۳۵-۲-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۸۲۲۰-۳۶-۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۳۷-۹-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۸-۷-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۹-۵-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۴۰-۹-۹۶۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضہ البہیہ" شهید ثانی کہ خود شرحی است بر "اللمعہ الدمشقیہ" شهید اول.

یادداشت: کتابنامہ.

موضوع: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٨ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندى كنگره: BP١٨٢/٣/ش ٩٠٢١٢ ٨٠٣٨٥

رده بندى ديويى: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسى ملي: ١٠٣٣٥٦٠

ص: ١

اشاره

(كتاب الوصايا) و فيه فصول:

الفصل الأول في الوصية

في معنى الوصية

(الأول الوصية) مأخوذه (١) من وصى يصى، (١)الوصية مأخوذه من الثلاثى وصى يصى وصيا، كما عن الشيخ فى المبسوط و العلامة فى التذكرة و المحقق فى جامع المقاصد، و الوصى هو الوصل، و الوصية مأخوذه من الوصل لما فيها من وصل القربات الواقعة فى حال الحياه بالقربات الواقعة بعد الممات، أو لما فيها من وصل التصرف فى حال الحياه بالتصرف الواقع بعد الممات، و عليه فالوصية اسم مصدر.

و الظاهر أن الوصية مأخوذه من الرباعى المضاعف وصى يوصى إيضاء، أو من الرباعى المهموز أوصى يوصى توصيه، و هى اسم مصدر حينئذ بمعنى العهد، ففى لسان العرب (أوصى الرجل و وصّاه: عهد إليه)، و يشهد له تنوع استعمالها فى القرآن الكريم، قال تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ (١)، و قال تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ٢، و قال تعالى: وَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا (٢).

و منه يظهر ضعف القول الأول، و يظهر ضعف التردد من الشارح و غيره بأن الوصية قد تكون من الثلاثى و قد تكون من الرباعى، بل قد عرفت تعيين اشتقاق الوصية من الرباعى و أنها بمعنى العهد.

هذا و لا ريب فى مشروعيتها، قال تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ وَ الْأَقْرَبِينَ (٣)، و قال تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا -

ص: ٥

١- ((١ و ٢)) سورة النساء، الآيتين: ١١ و ١٢.

٢- (٣) سورة العنكبوت، الآية: ٨.

٣- (٤) سورة البقرة، الآية: ١٨٠.

أو أوصى يوصى، أو وصّى يوصّى، وأصلها الوصل، و سمي هذا التصرف وصيه لما فيه من وصله التصرف في حال الحياه به بعد الوفاه، أو وصله القربه في تلك الحال بها في الحاله الأخرى. و شرعا (١): (تمليك عين، أو منفعه، أو تسليط على) -أَوْ دَيْنٍ (١)، و للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (الوصيه حق و قد أوصى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فينبغي للمسلم أن يوصى) (٢)، و مرسل المفيد في المقنعه (قال عليه السّلام: ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلا و وصيته تحت رأسه) (٣)، و مرسله الآخر (قال عليه السّلام:

من مات بغير وصيه مات ميتة جاهليه) (٤)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (من لم يحسن عند الموت وصيته كان نقصا في مروته و عقله) (٥)، و في خبر آخر (من لم يحسن وصيته عند موته كان نقصا في مروته و لم يملك الشفاعة) (٦).

(١) عرفها المحقق في الشرائع بأنها تمليك عين أو منفعه بعد الوفاه، و نسب ذلك إلى أكثر الأصحاب، و أشكل عليه بأنه غير جامع لعدم شموله الولايه إلى الغير بإنفاذ الوصيه، و الولايه على الأطفال و المجانين الذين تجوز له الوصيه عليهم، مع أنها من الوصيه، و لذا زاد المحقق في النافع و الشهيد على التعريف (أو تسليط على تصرف بعد الوفاه).

و قد قيل: إن الوصيه غير الوصايه فلا يحتاج إلى الاحتراز عنها، و لذا عنون الشهيد في الدروس كل واحد منها تحت عنوان و أشكل على هذا التعريف بأنه غير جامع أيضا بالوصيه بالعنق، فإنه فك ملك لا تمليك العبد نفسه، و كذلك التدبير على القول بأنه وصيه كما ذهب إليه الأكثر، و الوصيه بإبراء المديون و بوقف المسجد، فإنه فك ملك، و بالوصيه بالمضاربه و المساقاه، فإنهما و إن أفادا ملك العامل للحصه من الربح و الثمره على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتهما ليست كذلك، بل قد لا يحصل ربح و لا ثمره فينتفى التمليك، و هذا الإشكال أورده الشارح هنا و في المسالك.

و قد رده صاحب الجواهر بقوله: (اللهم إلا أن يريدوا من ذلك أحد أفراد الوصيه، و لعل الظاهر ذلك، و حينئذ فلا وجه لنقض التعريف المذكور بالوصايه و بالوصيه بإبراء المديون) إلى آخر كلامه، و مراده أنهم يريدون من الوصيه خصوص الوصيه التمليكيه لا الأعم منها و من العهديه.

ص: ٦

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٧ و ٨.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٢.

(تصرف بعد الوفاه) فالتمليك بمنزله الجنس يشمل سائر التصرفات المملكه من البيع، و الوقف، و الهبه. و فى ذكر العين و المنفعه تنبيه على متعلقى (١) الوصيه، و يندرج فى العين: الموجود منها بالفعل كالشجره، و القوه كالثمره المتجدده، و فى المنفعه (٢) المؤبده (٣)، و المؤقته (٤) و المطلقه (٥)، و يدخل فى التسليط على التصرف الوصايه إلى الغير بانفاذ الوصيه، و الولايه على من (٦) للموصى عليه ولايه، و يخرج ببعديه الموت الهبه، و غيرها من التصرفات المنجزه فى الحياه المتعلقه بإحداهما (٧)، و الوكاله (٨) لأنها تسليط على التصرف فى الحياه.

و ينتقض فى عكسه (٩) بالوصيه بالعتق، فإنه فك ملك، و التدبيريه به عند الأكثر، و الوصيه المديون، و بوقف المسجد، فإنه فك ملك أيضا، و بالوصيه بالمضاربه و المساقاه فإنهما و إن أفادا ملك العامل الحصه من الربح و الثمره على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتهما ليست كذلك، و قد لا يحصل ربح، و لا ثمره فينتفى التمليك.

فى الإيجاب و القبول

(و إيجابها (١٠): أوصيت) لفلان بكذا، (أو افعلوا كذا بعد وفاتى) هذا (١) أى أن الوصيه تاره تتعلق بالعين و أخرى بالمنفعه.

(٢) أى و يندرج فى المنفعه.

(٣) ما لو أوصى بسكنى الدار أبدا.

(٤) ما لو أوصى بسكنى الدار سنه.

(٥) ما لو أوصى بسكنى الدار من غير تقييد.

(٦) كالطفل و المجنون.

(٧) أى بالعين أو المنفعه.

(٨) أى و تخرج ببعديه الموت الوكاله.

(٩) فلا يكون جامعا و قد تقدم.

(١٠) اعلم أن الوصيه على قسمين: تمليكيه و عهديه، فالأولى الوصيه بتمليك شىء من ماله بعد وفاته لشخص، و الثانيه الوصيه بالتصرف بشىء يتعلق ببدنه أو ماله بعد الوفاه لشخص.

و المشهور على أن الوصيه التمليكيه من العقود فتحتاج إلى قبول، لأن القول بثبوت الملك للموصى له من غير قبوله موجب للإلحاق ضرر المته عليه، و لأن الموصى به قد يكون شيئا يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى و الزمن و المقعد، فلو لزمه الملك من غير قبوله -

القيد (١) يحتاج إليه في الصيغه الثانيه خاصه، لأنها أعم مما بعد الوفاء، أما الأولى فمقتضاها كون ذلك بعد الوفاء، (أو لفلان بعد وفاتي كذا)، و نحو ذلك من الألفاظ الداله على المعنى المطلوب.

-لحقه الضرر من غير التزام منه، و لأن الموصى به لو دخل فى ملك الموصى له من غير قبول لكان الموصى صاحب سلطته على الموصى له بإدخال ما يشاء فى ملكه، و هو مناف لسلطته على نفسه.

و ذهب البعض إلى أنها من الإيقاعات فلا- تحتاج إلى القبول، لأنها لو كانت عقدا لوجب التوالى بين الإيجاب و القبول مع أنه غير واجب إذ يجوز إيقاع القبول بعد الوفاء، و لأن القبول على فرض اشتراطه فى الوصيه إنما يكون بعد وفاه الموصى على مبنى المشهور و هذا يتم بعد بطلان الإيجاب بموت الموصى، فاشتراط القبول بعد بطلان الإيجاب كضم الحجر إلى جنب الإنسان.

و على فرض اشتراط القبول فهو شرط إذا كانت الوصيه التملكيه لمعین كزيد، و أما إذا كانت لغير معین كالفقراء فلا يشترط القبول، لأن اعتباره من الجميع متعذر و من البعض ترجيح بلا مرجح فيسقط اعتباره كما عن العلامة فى التذكرة و جماعه، و عن سيد الرياض اشتراط القبول مطلقا و لو كانت لغير معين و يتولاه الحاكم.

و على كل فالوصيه التملكيه إن كانت من العقود فهى عقد جائز بلا خلاف لجواز رجوع الموصى فيما أوصى به ما دام حيا.

و أما الوصيه العهديه فلا تحتاج إلى القبول على المشهور، بل ظاهرهم الاتفاق عليه كما فى الحدائق، و فى الجواهر: (أنها بهذا المعنى ليست من العقود قطعا بل ضروره).

ثم إن إيجابها منعقد بكل لفظ دال عليها، سواء كان لفظا مخصوصا و هو: أوصيت، أو مشتركا مع قيام القرينه الداله على خصوص الوصيه كأن يقول: اعطوا فلانا بعد وفاتي كذا و كذا مع أنه يستعمل فى الأمر كاستعماله فى الوصيه، قال الشارح فى المسالك:

(و اعلم أن التقييد بقوله بعد وفاتي فى الإيجاب إنما يفتقر إليه فى اللفظ المشترك بينه و بين غيرها، كقوله اعطوا فلانا، المشترك بين الوصيه و الأمر، و قوله: لفلان كذا، المشترك بينها و بين الإقرار له، فلا بدّ من مائز يخرج ما يحتمله اللفظ من غيرها، و هو يحصل بقوله: بعد وفاتي).

و أما قوله: أوصيت له بكذا فلا يفتقر إلى القيد، لأنه صريح فى العطيه و نحوها بعد الموت) انتهى.

(١) أى بعد وفاتي.

(و القبول الرضا) بما دل عليه الإيجاب، سواء وقع باللفظ (١) أم بالفعل (٢) الدال عليه (٣) كالأخذ، و التصرف، و إنما يفتقر إليه (٤) في من يمكن في حقه كالمحصور لا غيره كالفقراء، و الفقهاء، و بنى هاشم، و المسجد، و القنطرة كما سيأتي.

و استفيد من افتقارها (٥) إلى الإيجاب و القبول أنها من جمله العقود، و من جواز رجوع الموصى ما دام حيا، و الموصى له كذلك (٦) ما لم يقبل بعد الوفاه كما سيأتي أنها من العقود الجائزه، و قد تلحق باللازمه على بعض الوجوه كما يعلم ذلك من القيود (٧).

و لما كان الغالب عليها حكم الجواز لم يشترط فيها القبول اللفظي (٨)، و لا مقارنته (٩) للإيجاب، بل يجوز مطلقا سواء (تأخر) عن الإيجاب، (أو قارن).

(١) أى باللفظ الدال على الرضا بالإيجاب.

(٢) كذلك الدال على الرضا بالإيجاب، و قد تقدم جريان المعاطاه بالبيع فهنا أولى.

(٣) على الرضا بالإيجاب.

(٤) إلى القبول.

(٥) أى افتقار الوصيه التملكيه.

(٦) أى ما دام حيا.

(٧) بحيث لو مات الموصى و قد قبل الموصى له بعد الوفاه فتصير الوصيه لازمه.

(٨) بل لا يشترط القبول اللفظي فى العقود اللازمه على ما تقدم بيانه فى البيع.

(٩) لا يشترط مقارنه القبول للإيجاب لجواز وقوع القبول بعد الوفاه مع كون الإيجاب فى زمن الحياه بلا خلاف من أحد بناء على اشتراط الوصيه بالقبول.

و إنما وقع الخلاف بينهم فى اشتراط وقوع القبول بعد الوفاه، أو جواز وقوعه فى زمن حياه الموصى، ذهب الأكثر إلى الثانى، لأن القبول فى زمن الحياه قبول ما نقل إليه من الملك على الوجه الذى نقل إليه و إن لم يكن فى وقته، بل كما صح وقوع الإيجاب قبل وقت الانتقال فالقبول كذلك.

و ذهب البعض منهم العلامه و المحقق الثانى إلى الأول، لأن القبول فى حياه الموصى غير مطابق للإيجاب، لأن الإيجاب تمليك بعد الوفاه فالقبول فى زمن الحياه حينئذ كالقبول قبل الوصيه.

و يمكن أن يريد بتأخره تأخره عن الحياه، و مقارنته للوفاه (١)، و الأول أوفق بمذهب المصنف، لأنه يرى جواز تقديم القبول على الوفاه (٢)، و الثانى للمشهور (٣).

و مبنى القولين على أن (٤) الإيجاب فى الوصيه إنما يتعلق بما بعد الوفاه لأنها (٥) تملك، أو ما فى حكمه (٦) بعد الموت، فلو قبل قبله (٧) لم يطابق القبول الإيجاب، و أن المتعلق (٨) بالوفاه تمام الملك على تقدير القبول و القبض (٩) لا إحداث سببه (١٠)، فإن (١) لوقال الشارح: و يمكن أن يريد بتأخره تأخره عن الوفاه و مقارنته لها كان أحضر و أظهر، هذا من جهه و من جهه أخرى فالتفسير الأول مبنى على جواز وقوع القبول قبل الوفاه، و الثانى مبنى على عدم جواز وقوع القبول قبل الوفاه فلا تغفل.

(٢) كما يظهر من كلامه فى الدروس، و لكن يحتمل تبدل رأيه فى اللمعه لذا قال الشارح بأن الأول أوفق.

(٣) بل قد عرفت أن الثانى لغير المشهور، و قد نسب الشارح الأول إلى المشهور فى المسالك فراجع.

(٤) شروع فى دليل القول الثانى الذى هو لغير المشهور، القائل بحصر القبول بعد الوفاه.

(٥) أى الوصيه.

(٦) أى حكم التملك من التسليط.

(٧) قبل الموت.

(٨) شروع فى دليل القول الأول الذى هو للمشهور القائل بجواز القبول قبل الوفاه.

(٩) اعلم أن النقل و الانتقال فى الوصيه يتمان على تقدير تحقق الإيجاب و القبول و على تقدير تحقق وفاه الموصى، هذا على المشهور، أما الأول فلأن الملك بحاجه إلى سبب ناقل، و سببه هو العقد المؤلف من الإيجاب و القبول، و أما الثانى فلأن الوفاه قد جعلت قيدا فى الإيجاب فهى قيد فى القبول أيضا فلا يتحقق الملك قبلها.

و ذهب الشيخ فى مبسوطه و ابن سعيد فى جامعه إلى أن القبض شرط فى تحقق الملك أيضا قياسا على القبض فى الهبه، و هو ضعيف لعدم القول بالقياس، على أن القبض فى الهبه إنما تم لدليل خارجى و هو مفقود فى الوصيه.

و على كل فيتحقق الملك بعد الإيجاب و القبول، و إن كان لا يتحقق تمامه إلا بعد الوفاه و القبض أو الوفاه فقط على اختلاف القولين و لازمه جواز القبول قبل الوفاه.

(١٠) أى لا أن الوفاه إحداث سبب الملك.

الإيجاب جزء السبب فجاز أن يكون القبول كذلك (١) و بالموت يتم (٢)، أو يجعل الموت شرطاً لحصول الملك بالعقد (٣) كالبيع على بعض الوجوه (٤).

و هذا أقوى، و تعلق الإيجاب بالتمليك بعد الموت لا ينافي قبوله قبله (٥) لأنه قبوله (٦) بعده أيضاً، و إنما يصح القبول على التقديرين (ما لم يردّ) الوصيه قبله (٧) (فإن ردّ) حينئذ (٨) لم يؤثر القبول لبطلان الإيجاب برده (٩). نعم لو رده (في حياه) (١) أى جزء السبب قبل الوفاء.

(٢) أى يتم الملك بتحقيق سببه الآخر و هو الوفاء.

(٣) أى بسبب العقد المؤلف من الإيجاب و القبول الواقعين قبل الوفاء، و يكون الموت شرطاً متأخراً، و هذا لم يذهب إليه أحد.

(٤) و هو رأى الشيخ كما فى جامع المقاصد، بحيث أن عقد البيع يفيد الملك، و انقضاء الخيار شرط متأخر فى تحقيقه.

(٥) قبل الموت، و قد تقدم دليله.

(٦) أى قبول التمليك المذكور.

(٧) أى قبل القبول.

(٨) أى حين قبل القبول.

(٩) رد الموصى له للوصيه مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكيه، و إذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلا لها كما هو واضح مع ضميمه أن الملكيه متوقفه على الإيجاب و القبول و وفاء الموصى عند المشهور، و على هذا مع ضميمه القبض على مبنى الشيخ و ابن سعيد على ما تقدم.

فإذا تقرر ذلك فلو ردّ بعد موت الموصى و بعد القبول فلا- أثر لهذا الرد لتحقق الملكيه حينئذ فلا- تزول بالرد، لأن الرد هنا إعراض عن الملك، و الإعراض لا- يوجب زوال الملك، لأن زواله بعد ثبوته محتاج إلى سبب ناقل و هو غير متحقق، نعم الإعراض يفيد إباحه التصرف للغير.

و لو ردّ بعد الموت و قبل القبول فتبطل الوصيه لعدم تحقق الملكيه، و لكون الرد حينئذ موجبا لبطلان الإيجاب.

و لو رد قبل الموت سواء كان قبل القبول أم بعده، فلا- أثر لهذا الرد، و له أن يجدد القبول بعد ذلك، لأن الرد قد وقع قبل حصول الملكيه فيقع لاغيا.

إن قلت ما الفرق بينه و بين الرد بعد الوفاء و قبل القبول، مع أنهما رد قبل حصول-

(الموصى جاز القبول بعد وفاته) إذ لا- اعتبار برده السابق، حيث إن الملك لا يمكن تحققة حال الحياة، و المتأخر (١) لم يقع بعد.

و هذا بمذهب من يعتبر تأخر القبول عن الحياة أوفق. أما على تقدير جواز تقديمه (٢) فى حال الحياة فىنبغى تأثير الرد حالتها (٣) أيضا، لفوات أحد (٤) ركنى العقد حال اعتباره (٥)، بل يمكن القول بعدم جواز القبول بعد الرد مطلقا (٦)، لإبطاله (٧) الإيجاب السابق، و لم يحصل بعد ذلك (٨) ما يقتضيها (٩) كما لو رد المتهب الهبه.

و لو فرق (١٠) بأن المانع هنا (١١) انتفاء المقارنه بين القبول و الإيجاب قلنا: مثله -الملكيه فىجب أن يؤثر الرد فى إبطال الوصيه فى كليهما، فلم حكم بالإبطال فى ما بعد الوفاء دونه قبل الوفاء.

قلت إن الرد بعد الموت رد للإيجاب بعد كونه مقتضيا للتمليك، و الرد لما هو قابل للتمليك إبطال له، بخلاف الرد قبل الموت فالإيجاب غير مقتضى للتمليك لأنه لا يكون مقتضيا إلا بعد الوفاء، و عليه فالرد لغير المقتضى للتمليك لا يبطله بل يجوز له القبول بعد الرد قبل الوفاء.

(١) أى و الرد المتأخر بعد الموت لم يقع بعد، نعم لو وقع فقد عرفت أنه مبطل للوصيه.

(٢) تقديم القبول.

(٣) حال الحياة، لأن الرد فى زمن الحياة رد للإيجاب بعد كونه مقتضيا للتمليك، بناء على جواز تقديم القبول قبل الموت.

(٤) و هو الإيجاب.

(٥) أى حال اقتضائه للتمليك، و إن كان تحقق التملك بعد الوفاء لأن الوفاء جزء فى تحقق الملك كما تقدم.

(٦) سواء كان الرد فى حال الحياة أم لا.

(٧) أى لإبطال الرد.

(٨) بعد الإبطال.

(٩) أى ما يقتضى الوصيه من إيجاب جديد.

(١٠) أى فرق بين الوصيه و الهبه، فالهبه مشروطه بمقارنه القبول للإيجاب و مع الرد لم تتحقق المقارنه، و هذا غير جار فى الوصيه فالمقارنه غير شرط فالرد غير مانع.

(١١) فى الهبه.

فى رد الوكيل الوكاله فإنه لى له التصرف بعد ذلك (١) بالإذن السابق و إن جاز تراخى القبول، و فى الدروس نسب الحكم بجواز القبول حينئذ (٢) بعد الوفاء إلى المشهور مؤذنا بتمريضه، و لعل المشهور مبنى على الحكم المشهور السابق (٣) (و إن رد بعد الوفاء قبل القبول بطلت (٤) و إن قبض) اتفاقا، إذ لا أثر للقبض من دون القبول (إن رد بعد القبول لم تبطل و إن لم يقبض) على أجود القولين، لحصول الملك بالقبول فلا يبطله الرد، كردّ غيره من العقود المملكه بعد تحققه، فإن زوال الملك بعد ثبوته يتوقف على وجود السبب الناقل و لم يتحقق، و الأصل عدمه (٥).

و قيل يصح الرد (٦) على أن القبض شرط فى صحه الملك (٧) كالهبة فتبطل بالرد قبله (٨).

و يضعف ببطلان القياس (٩) و ثبوت حكمها (١٠) بأمر خارج لا يقتضى المشاركة بمجرده و أصله عدم الزوال بذلك (١١)، و استصحابك ثابت (١٢).

(و ينتقل حق القبول إلى الوارث) (١٣) (١) بعد الرد، بمعنى أن الوكاله كالوصيه فى عدم اشتراط المقارنه، مع أن الرد مبطل للإيجاب فى الوكاله فكذلك فى الوصيه.

(٢) أى حين الرد.

(٣) و هو عدم جواز تقديم القبول على الوفاء، و قد عرفت أن توصيف هذا الحكم بالمشهورى لى فى محله، بل هو قول غير المشهور.

(٤) أى الوصيه.

(٥) أى و الأصل عدم زوال الملك لو شككنا به بعد ثبوته.

(٦) بعد القبول و قبل القبض.

(٧) و هو قول الشيخ و ابن سعيد و قد تقدم.

(٨) أى قبل القبض.

(٩) و هو قياس الوصيه على الهبه.

(١٠) أى حكم الهبه.

(١١) أى و أصله عدم زوال الملك لو شككنا بزواله بسبب الرد بعد القبول و قبل القبض.

(١٢) و الفرق بين هذا و بين سابقه كالفرق بين استصحاب الموجود و استصحاب المعدوم.

(١٣) لو مات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه فى قبول الوصيه وردها، سواء كان ذلك -

لو مات الموصى له قبله (١)، سواء مات في حياة الموصى أم بعدها على المشهور، و مستنده روايه تدل بإطلاقها عليه.

في حياة الموصى أم بعد وفاته على المشهور لخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر، و الموصى له غائب فتوفى الموصى له قبل الموصى، قال: الوصيه لو ارث الذي أوصى له، و من أوصى لأحد شاهدا كان أو غائبا فتوفى الموصى له قبل الوصى فالوصيه لو ارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل موته) (١)، و أشكل بأن محمد بن قيس مشترك بين الثقة و غيره، فلا يصلح الخبر مستندا للحكم كما في المسالك.

و فيه: إن ابن قيس هنا هو البجلي الثقة لا الأسدي الضعيف، بقرينه روايه عاصم بن حميد عنه، على أن الخبر مؤيد بخبر الساباطي (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أوصى إليّ و أمرني أن أعطى عما له في كل سنه شيئا، فمات العم فكتب: أعط ورثته) ٢، و خبر عباس بن عامر عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها و لم يترك عقبا، قال: اطلب له وارثا أو مولى فادفعها إليه) ٣، و ذهب جماعه منهم ابن الجنيد و العلامه في المختلف إلى البطلان بموت الموصى له قبل القبول، سواء كان موته في حياة الموصى أم لا، بناء على أن عقد الوصيه مفتقر إلى إيجاب و قبول، و موت الموصى له قبل القبول يوجب عدم تحقق العقد، و لصحيح أبي بصير و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى، قال: ليس بشيء) (٢)، و موثق منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيته إن حدث به حدث، فمات الموصى له قبل الموصى، قال: ليس بشيء) ٥.

و فصل ثالث و هو المحقق كما في الدروس بين موته في حياة الموصى فتبطل، و بين موته بعد موت الموصى فتصح للجمع بين الأخبار بحمل الطائفة الثانيه على ما لو مات في حياة الموصى كما هو صريحها، و بحمل الأول على ما لو مات بعد الموصى.

و فصل رابع بين ما لو علم أن غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل، و بين غيره فلورثته، و قال الشهيد في الدروس: إن التفصيل المذكور حق و به يجمع بين النصوص.

(١) قبل القبول.

ص: ١٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٣ و ٢.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الوصايا حديث ٤ و ٥.

وقيل تبطل الوصيه بموته، لظاهر صحيحه أبي بصير، و محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام.

و فضل ثالث فأبطلها بموته في حياته، لا بعدها.

و الأقوى البطلان مع تعلق غرضه بالموث، و إلا فلا. و هو مختار المصنف في الدروس، و يمكن الجمع به (١) بين الأخبار لو وجب (٢).

ثم إن كان موته (٣) قبل موت الموصى لم تدخل العين في ملكه (٤)، و إن كان بعده ففي دخولها (٥) وجهان مبنيان على أن القبول هل هو كاشف (٦) عن سبق الملك من حين الموت، أم ناقل له من حينه (٧)، أم الملك يحصل للموصى له (١) بالتفصيل الأخير.

(٢) أى وجب الجمع بين الأخبار المتعارضه إذا كانت متكافئه من ناحيه السند، غير أن خبر ابن قيس الدال على انتقال القبول إلى الوارث ضعيف لاشتراك ابن قيس بين الثقة و غيره كما أشكل بذلك الشارح في المسالك، و فيه: إن ابن قيس هنا هو الثقة لا الضعيف فالتعارض وارد غير أن الترجيح لخبر ابن قيس لأن الطائفة الثانيه موافقه للعامه حيث إن المنقول عنهم هو بطلان الوصيه، و في مخالفتهم الرشد.

(٣) أى موت الموصى له، و هذا شروع من الشارح في تأييد التفصيل القائل ببطلان الوصيه لو مات الموصى له في حياه الموصى، و بين انتقال حق القبول إلى الوارث لو مات الموصى له بعد موت الموصى.

(٤) أى فى ملك الموصى له، و ذلك لأن انتقال الملك عن الموصى مشروط بموت الموصى و المفروض عدمه، و هذا هو الشق الأول من التفصيل المذكور.

(٥) أى دخول العين في ملك الموصى له.

(٦) فيكون قبول الوارث كاشفا عن ملك موثه من حين موت الموصى، و هو المفروض فالموصى له يكون حيا حينئذ، و هذا القول بالكشف يؤيد الشق الثاني من التفصيل المتقدم لأنه يدل على كون الموصى له قبل وفاته و بعد وفاه الموصى هو قابل للملك، و هذا دال على عدم بطلان الوصيه على هذا الشق.

(٧) أى من حين قبول الوارث، قال الشارح في المسالك: (نعم لو قيل بأن الوارث مع قبوله ينتقل الملك إليه، و لا يدخل في ملك الميت كما اختاره العلامة أشكل هذا القول - أى الشق الثاني من التفصيل المتقدم -، من حيث أن الموصى له لم يكن مالكا و لا صالحا -

بالوفاه (١) متزلزلا و يستقر بالقبول (٢) أوجه تأتي.

و تظهر الفائده فيما لو كان الموصى به ينعق على الموصى له الميت لو ملكه (٣).

في الوصيه المطلقه و المقيده

(و تصح) الوصيه (مطلقه) غير مقيده بزمان، أو وصف (مثل ما تقدم) من قوله: أوصيت، أو افعلوا كذا بعد وفاتي، أو لفلان بعد وفاتي، (و مقيده مثل) افعلوا (بعد وفاتي في سنه كذا، أو في سفر كذا فتخصص) (٤) بما خصصه من السنه و السفر، و نحوهما فلو مات في غيرها (٥)، أو غيره (٦) بطلت الوصيه (٧)، لاختصاصها بمحل القيد فلا وصيه بدونه.

(و تكفي الإشاره) الداله على المراد (٨) قطعاً (٩) في إيجاب الوصيه (مع تعذر اللفظ) (١٠) لخرس، أو اعتقال لسان بمرض، و نحوه، (و كذا) تكفي (الكتابه) - للملك بسبب موته قبل القبول، و الوارث قبل موت مورثه ليس بقابل أيضاً لملك الموصى به، لأنه ليس بموصى له) انتهى.

(١) أي بوفاه الموصى.

(٢) أي بقبول الوارث، و لكن قد عرفت أن القول بالكشف هو الذي يفيد ترجيح الشق الثاني من التفصيل المتقدم.

(٣) كما إذا كان الموصى به أباً للموصى له بحيث ينعق على المورث لو ملكه، و لا ينعق على الوارث لأنها زوجه الموصى له، فعلى الأول و الأخير ينعق لدخوله في ملك المورث ابتداء من حين موت الموصى.

و على القول بالنقل فيدخل في ملك الوارث ابتداء فلا ينعق.

(٤) أي الوصيه.

(٥) غير السنه.

(٦) غير السفر.

(٧) إن كان القيد المذكور قيداً في التمليك.

(٨) و هو إنشاء التمليك بعد الوفاه.

(٩) لا ظناً.

(١٠) تكفي الإشاره الداله على المراد من العاجز عن النطق بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (ذكر أن أباه حدثه عن أبيه أن أمامه بنت -

كذلك (١) (مع القرينه) الداله قطعاً (٢) على قصد الوصيه بها (٣)، لا مطلقاً (٤)، لأنها أعم، و لا- تكفيان مع الاختيار (٥) و إن شوهد كاتباً، أو علم خطه، أو علم الورثه -أبى العاص بن الربيع، و أمها زينب بنت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ كانت تحت على عليه السَّلام بعد فاطمه - إلى أن قال - و تزوجها بعد على عليه السَّلام المغيره بن نوفل، ذكر أنها توجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها، فجاءها الحسن و الحسين أبناء على عليهم السَّلام، لا تستطيع الكلام فجعلوا يقولان لها - و المغيره كاره لما يقولان -: أعتقت فلانا و أهله فتشير برأسها نعم، و كذا و كذا فجعلت تشير برأسها نعم، فلا تفصح بالكلام فأجاز ذلك لها(١)، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه، فجعل أهاليه يسأله أعتقت فلانا و فلانا فيومئ برأسه أو تومئ برأسها، في بعض نعم و في بعض لا- و في الصدقه مثل ذلك، أ يجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز)٢.

(١) مع العجز عن النطق.

(٢) أى الداله على المراد على نحو القطع لا الظن.

(٣) بالكتابه.

(٤) أى لا مطلق الكتابه، لأن مطلق الكتابه أعم من الوصيه لاحتمال أن يكون قد كتب ذلك ليوصى به فيما بعد.

(٥) أى لا تكفى الإشاره و لا الكتابه مع قدره على النطق كما عن ابن إدريس و الفاضل و ولده و الشهيد و المحقق الثانى و القطيفى، و فيه: إنه قد تقدم جريان المعاطاه فى تحقق العقد للعرف، و مثله نقول هنا فى الكتابه و لا إشكال فى صدق العقد على المكتوب الذى فيه إنشاء تمليك، فالأقوى كفايه الكتابه الداله على نحو القطع و إن كان قادراً على النطق، و يدل عليه خبر إبراهيم بن محمد الهمداني (كتبت إلى ابن الحسن عليه السَّلام رجل كتب كتاباً، فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب بخطه، و لم يأمرهم بذلك فكتب عليه السَّلام إليه: إن كان له ولد، ينفذون كل شىء يجدونه فى كتاب أبيهم فى وجوه البر و غيره) (٢)، و جمله من النصوص الناهيه أن يبيت الإنسان إلا و وصيته تحت رأسه كقوله عليه السَّلام (ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلا و وصيته تحت رأسه) (٣) و هذه داله على كفايه الكتابه حال الاختيار.

ص: ١٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٢.

٢- ((٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

٣- ((٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٧.

ببعضها (١)، خلافاً للشيخ في الأخير، أو قال (٢): إنه بخطى و أنا عالم به، أو هذه وصيتى فاشهدوا علىّ بها، و نحو ذلك، بل لا بد من تلفظه به (٣)، أو قراءته عليه و اعترافه بعد ذلك، لأن الشهاده مشروطه بالعلم و هو (٤) منفي هنا، خلافاً لابن الجنيّد حيث اكتفى به (٥) مع حفظ الشاهد له عنده (٦).

و الأقوى الاكتفاء بقراءة الشاهد له (٧) مع نفسه (٨) مع اعتراف الموصى بمعرفه بما فيه و أنه يوصى به. و كذا القول في المقر (٩).

في الوصيه للجبهه

(و الوصيه للجبهه العامه مثل الفقراء)، و الفقهاء، و بنى هاشم،(و المساجد، و المدارس لا تحتاج إلى القبول) (١٠)، لتعذره إن أريد من الجميع، و استلزامه الترجيح من غير مرجح إن أريد من البعض، و لا- يفتقر إلى قبول الحاكم، أو منصوبه و إن أمكن كالوقف (١١).

(١) ببعض الوصيه لأمر دلّتهم على صحه هذا البعض فلا- يلزمهم العمل بالجميع على مبنى المشهور، و عن الشيخ في النهايه ألزمهم بالعمل بالجميع لمكاتبه الهمداني المتقدمه، و قد ردت بقصورها سنداً و دلالة، و قد تقدم كفايه الكتابه من القادر لصدق العقد عرفاً فيلزمهم العمل بالجميع مع العلم بكونها من المورث.

(٢) لو كتب وصيه و قال: إنها بخطى أو أنا عالم بما فيها، أو هذه وصيتى فاشهدوا علىّ بها، ففي القواعد لم تجز الشهاده حتى يسمعوا ما فيها أو تقرأ عليهم من قبله، أو تقرأ عليه فيقرّ به، لأن الشهاده مشروطه بالعلم فلا تصح الشهاده على ما فيها، نعم تصح الشهاده على أصل الوصيه.

(٣) بما كتب.

(٤) أى العلم بما فى الوصيه.

(٥) بالخط.

(٦) أى مع حفظ الخط عند الشاهد فيؤمن من التزوير.

(٧) للخط.

(٨) من دون قراءته على الموصى.

(٩) أى الحكم فى المقر بكتاب الوصيه كالحكم بالمقر بكتاب الإقرار، فمع قراءه الشاهد لكتاب الإقرار مع اعتراف المقر بمعرفه ما فيه و أنه مقرّبه فتجوز الشهاده على الإقرار.

(١٠) قد تقدم الكلام فيه.

(١١)الذى هو غير محتاج إلى القبول.

ص:١٨

و ربما قيل فيه بذلك (١)، و لكن لا- قائل به هنا (٢). و لعل مجال الوصيه أوسع، و من ثم (٣) لم يشترط فيها التنجيز (٤)، و لا فوريه القبول (٥)، و لا صراحه الإيجاب (٦)، و لا وقوعه بالعرييه مع القدره (٧).

فى أن القبول كاشف عن سبق الملك

(و الظاهر أن القبول كاشف عن سبق الملك) للموصى له (بالموت) (٨) لا- ناقل له من حينه، إذ لولاه (٩) لزم بقاء الملك بعد الموت بغير مالك إذ الميت لا- يملك، لخروجه به عن أهليته كالجماادات، و انتقال ماله عنه (١٠)، و لا- الوارث لظاهر قوله (١) أى ربما قيل فى الوقف بافتقاره إلى القبول.

(٢) فى الوصيه.

(٣) أى و لأن مجال الوصيه أوسع.

(٤) لأنه قد علّق إنشاء التمليك فى الإيجاب على وفاه الموصى.

(٥) حيث جاز بالاتفاق وقوع القبول بعد وفاه الموصى.

(٦) لجواز إيقاعه بكل لفظ دال عليه و لو بمعونه القرينه.

(٧) أى مع القدره على العرييه.

(٨) أى موت الموصى، و قد وقع الخلاف بينهم فى أن قبول الموصى له بعد وفاه الموصى هل هو كاشف عن سبق الملك للموصى له من حين موت الموصى كما هو المشهور، أو أن القبول المذكور جزء السبب الناقل فيتعين تحقق الملك للموصى له بعد وفاه الموصى من حين القبول كما ذهب إليه العلامة فى المختلف.

حجه الثانى: أن القبول معتبر فى عقد الوصيه فوجب أن لا يتحقق الملك قبله مطلقا و حجه الأول أن الله قد جعل ملك الوارث بعد الوصيه و الدين لقوله تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (١)، و الوصيه هنا موجوده فلا- يجوز انتقال متعلقها إلى الوارث لظاهر الآيه، و لا يبقى على ملك الميت لانتفاء أهليته، و لا ينتقل إلى غير الوارث و غير الموصى له بالاتفاق، فلم يبق إلا الانتقال إلى ملك الموصى له انتقالا- متوقفا على قبوله على نحو يكون القبول كاشفا عن سبق ملكه من حين الموت فرارا من المحذور المتقدم، و لو ردّ الموصى له لكشف الرد عن ملك الوارث من حين الموت.

(٩) أى لو لا الكشف.

(١٠) أى عن الميت إلى الوارث و غيره.

تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ (١) فلو لم ينتقل إلى الموصى له لزم خلوه عن المالك، إذ لا يصلح لغير من ذكر.

و وجه الثانى (٢): أن القبول معتبر فى حصول الملك، فهو إما جزء السبب، أو شرط كقبول البيع فيمتنع تقدم الملك عليه (٣)، و كونها (٤) من جملة العقود يرشد إلى أن القبول جزء السبب الناقل للملك، و الآخر الإيجاب كما يستفاد من تعريفهم العقود بأنها الألفاظ الداله على نقل الملك على الوجه المناسب له (٥)، و هو (٦) العين فى البيع، و المنفعه فى الإجاره، و نحو ذلك، فيكون الموت شرطاً فى انتقال الملك (٧)، كما أن الملك للعين، و العلم بالعوضين شرط فيه (٨)،

فإن اجتمعت الشرائط قبل تمام العقد بأن كان مالكا للمبيع تحققت ثمرته به (٩)، و إن تخلف بعضها (١٠) فقد يحصل منه بطلانه (١١) كالعلم بالعوض، و قد تبقى موقوفه على ذلك الشرط (١٢)، فإذا حصل تحقق تأثير السبب الناقل و هو (١)النساء الآيه: ١١.

(٢)أى النقل.

(٣)أى على القبول و دعوى انتفاء الملك عن الميت ممنوع كما لو قتل و قد وجبت السديه فإنها تدخل فى ملكه و تؤدى منها ديونه، و كما لو نصب شبكه فوق فيها صيد بعد موته، فالصيد له ثم ينتقل إلى وارثه، و الآيه المباركه يراد منها من بعد وصيه مقبوله بدليل أنه مع عدم القبول يكون المال للوارث لا محاله من حين الموت و هذا دال على عدم تحقق الملك للموصى له من حين وفاه الموصى.

(٤)أى الوصيه.

(٥)أى للملك.

(٦)أى الملك.

(٧)أى فيكون الموت شرطاً فى انتقال الملك فى الوصيه، لأن إيجابها قد جعل التمليك متوقفا على الموت.

(٨)فى نقل الملك بالبيع.

(٩)أى تحققت ثمره عقد البيع بالقبول، و ثمرته النقل و الانتقال.

(١٠)بعض الشرائط.

(١١)بطلان عقد البيع.

(١٢)أى الشرط المتخلف.

العقد، كإجازة المالك في عقد الفضولي، و الموت في الوصية، فالانتقال حصل بالعقد، لكنه موقوف على الشرط المذكور، فإذا تأخر قبول الوصية كان الملك موقوفا عليه، و الشرط و هو الموت حاصل قبله (١) فلا يتحقق الملك قبل القبول.

و يشكل بأن هذا لو تم (٢) يقتضى أن قبول الوصية لو تقدم على الموت حصل الملك به (٣) حصولا متوقفا على الشرط و هو الموت، فيكون الموت كاشفا عن حصوله (٤) بعد القبول كإجازة المالك بعد العقد، و القائل بالنقل لا يقول بحصول الملك قبل الموت مطلقا (٥). فتبين أن الموت شرط في انتقال الملك، بل حقيقه الوصية التملك بعده (٦) كما علم من تعريفها (٧)، فإن تقدم القبول توقف الملك على الموت، و إن تأخر عنه فمقتضى حكم العقد عدم تحققه (٨) بدون القبول، فيكون تمام الملك موقوفا على الإيجاب و القبول و الموت، و بالجمله فالقول بالكشف متوجه لو لا مخالفه ما علم من حكم العقد (٩).

في ما يشترط في الموصى

(١) ويشترط في الموصى الكمال) بالبلوغ (١٠)، (١) أى قبل القبول.

(٢) و هو القول بكون القبول ناقلا لا كاشفا.

(٣) بالقبول.

(٤) أى حصول الملك.

(٥) أى أبدا.

(٦) بعد الموت.

(٧) و هو إنشاء تملك عين أو منفعه بعد الوفاء.

(٨) أى عدم تحقق الملك.

(٩) حيث إن العقد يرشد إلى كون القبول جزءا ناقلا، و لكن يتعين تركه و الذهاب إلى الكشف لثلا- يلزم تحقق الملك بعد القبول في حياه الموصى مع أن الإيجاب قد قيد التملك بعد الوفاء.

هذا و قد تقدم أن الوجوه ثلا-ته، و ثالثها القول بكون القبول شرطا في لزوم الملك بحيث أن الملك يحصل بالوفاء مترزلا و يستقر بالقبول، و هو قول لم يذهب إليه أحد و هذا لازمه أن القبول ليس له الدخل في أصل الملك و هذا مناف لكون الوصية من جملة العقود و لعله لضعفه الظاهر و لعدم القائل به لم يذكره الشارح.

(١٠) لا تصح وصيه غير البالغ في الجملة بلا خلاف فيه، لحديث رفع القلم (أ ما علمت أن -

و العقل (١)، و رفع الحجر (٢)، (و فى وصيه من بلغ عشرين قول مشهور) بين الأصحاب (٣)، مستندا إلى روايات متظافره، بعضها صحيح إلا أنها مخالفه لأصول المذهب، و سبيل الاحتياط.

-القلم يرفع عن ثلاثه: عن الصبى حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ(١).

(١) فلا تصح وصيه المجنون بلا خلاف فيه لحديث رفع القلم أيضا ٢، نعم تصح وصيه الأديارى منه إذا كانت فى دور إفاقته، لأنه حينئذ عاقل، و أما لو طرأ الجنون على الموصى بعد الوصيه فلا تبطل لعدم الموجب لذلك حتى لو قلنا ببطلان العقود الجائزه بالجنون، و ذلك لأن العقد الجائز الذى يبطل بالجنون هو العقد الذى يبطل بالموت، و الوصيه ليست كذلك، فكما لا تبطل بالموت لا تبطل بالجنون.

(٢) لأن المحجور ممنوع من التصرف كما هو واضح.

(٣) المشهور على صحه وصيه من بلغ عشرين للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق، فهو جائز)(٢)، و صحيح أبى بصير المرادى عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا بلغ الغلام عشر سنين و أوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته)٤، و موثق أبى أيوب و أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الغلام ابن عشر سنين يوصى قال عليه السلام: إذا أصاب موضع الوصيه جازت)(٣).

و عن ابن إدريس عدم النفوذ قال فى السرائر: (الذى يقتضيه أصول مذهبنا أن وصيه غير المكلف البالغ غير صحيحه، سواء كانت فى وجوه البر أو غير وجوه البر - إلى أن قال - و إنما هذه أخبار آحاد أو ردها فى النهايه إيرادا) انتهى.

و تبعه جماعه منهم العلامة فى المختلف حيث قال: (و هذه الروايات و إن كانت متظافره و الأقوال مشهوره، لكن الأحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقا حتى يبلغ، لعدم مناط التصرف فى المال عنه)، و منهم المحقق الثانى فى جامعته حيث قال: (و المناسب لأصول المذهب و طريقه الاحتياط القول بعدم الجواز)، و منهم الشارح حيث قال فى المسالك:

(و هذه الروايات التى دلت على الحكم و إن كان بعضها صحيحا إلا أنها مختلفه، بحيث لا-

ص: ٢٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الوصايا حديث ٤ و ٢.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الوصايا حديث ٦.

(أما المجنون (١) و السكران (٢) و من جرح نفسه بالمهلك (٣) فالوصيه) من كل -يمكن الجمع بينها، و إثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل) انتهى.

و أشار باختلافها إلى ما ورد في خبر الحسن بن راشد عن العسكري عليه السلام (إذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجازز أمره فى ماله، و قد وجب عليه الفرائض و الحدود، و إذا تم للجاريه سبع سنين فكذلك) (١)، و قد عمل به ابن الجنيد، و إلى صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء) (٢).

و فيه: إن الخبرين الأخيرين لا يصلحان لمعارضه الباقي من هذه الطائفة الدال على نفوذ وصيه من بلغ عشرين سواء كانت لأرحامه أم لا، و هذا الباقي صالح لتخصيص ما دل على اشتراط البلوغ، و معه لا سبيل للاحتياط فالأقوى ما عليه المشهور (١) فقد تقدم.

(٢) لا تصح وصيه السكران حال سكره بلا إشكال لسلب قصده الموجب لرفع القلم منه.

(٣) قاتل نفسه لا تصح وصيته، بمعنى أنه أحدث فى نفسه ما يوجب هلاكه من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك ثم أوصى فلا تصح وصيته على المشهور لصحيح أبى ولاد حفص بن سالم (سمعت أبى عبد الله عليه السلام يقول: من قتل نفسه متعمدا فهو فى نار جهنم خالدا فيها، قلت: أ رأيت إن كان أوصى بوصيه ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ فقال عليه السلام: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا فى نفسه من جراحه أو قتل أجزت وصيته فى ثلثه، و إن كان أوصى بوصيه بعد ما أحدث فى نفسه من جراحه أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته) (٣)، و علله العلامة فى المختلف بدلاله فعلة على سفهه و بعدم استقرار حياته فيكون فى حكم الميت، و بأن القاتل يمنع عن الميراث لغيره فيمنع من نفسه، لأن إنفاذ وصيته نوع إرث لنفسه، و لكنها أمور استحسانيه العمده على الصحيح المتقدم.

و خالف ابن إدريس فجوز إنفاذ وصيته، و رد الخبر بأنه خبر آحاد قال فى السرائر:

(الذى يقتضيه أصولنا و تشهد بصحته أدلتنا أن وصيته ماضيه صحيحه إذا كان عقله ثابتا عليه) إلى آخر كلامه و تبعه بعضهم كالعلامة فى المختلف و القواعد.

ص: ٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الوقوف و الصدقات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الوصايا حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب الوصايا حديث ١.

منهم (باطله) أما الأولان فظاهر، لانتفاء العقل، و رفع القلم، و أما الأخير فمستنده صحيحه أبي ولّاد عن الصادق عليه السلام: «فإن كان أوصى بوصيه بعد ما أحدث في نفسه من جراحه، أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته» و لدلاله هذا الفعل على سفهه، و لأنه (١) في حكم الميت فلا تجرى عليه الأحكام الجارية على الحي، و من ثم لا تقع عليه الذكاه لو كان قابلاً لها (٢).

و قيل تصح وصيته مع ثبات عقله كغيره. و هو حسن، لو لا معارضة النص المشهور، و أما دلالة الفعل على سفهه فغير واضح، و أضعف منه كونه في حكم الميت، فإنه غير مانع من التصرف مع تيقن رشده.

و موضع الخلاف ما إذا تعمد الجرح، فلو وقع منه سهواً، أو خطأ لم تمتنع وصيته إجماعاً.

في ما يشترط الموصى له

(و) يشترط (في الموصى له الوجود) (٣) حاله الوصيه، (و صحه التملك (٤))، -هذا و الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك في نفسه عمداً كما هو صدر الصحيح المتقدم، و أما إذا كان سهواً أو خطأ فتنفذ وصيته لعموم أدله نفوذها بعد عدم المانع، إذا المانع هو الصحيح و هو مختص بحال العمد.

(١) أى و لأن الجراح نفسه بمهلك.

(٢) أى أن الجراح نفسه بمهلك مثله كمثل الحيوان الذى جرح بمهلك فلا تقع عليه التذكيه لأنه بحكم الميت فكذا الإنسان الجراح نفسه بما ذكر.

(٣) يشترط وجود الموصى له حال الوصيه، فلو أوصى لميت أو لمن ظن وجوده فبان ميتا عند الوصيه لم تصح، و كذا لو أوصى لما تحمله المرأه فى الزمان المستقبل، أو لمن يوجد من أولاد فلان، بلا خلاف فى ذلك، لأن الوصيه تملك عين أو منفعه كما تقدم من تعريفها و المعدوم غير قابل للتملك.

(٤) تصح الوصيه للحمل الموجود حين الوصيه و إن لم تلجه الروح على فرض ولادته حيا بلا خلاف بينهم أمّا صحه الوصيه له لأنه غير مقدوم و أمّا اشتراط تولاه حيا لأنه على تقدير عدم ولادته حيا فهو غير قابل للتملك.

غايته يعلم وجوده حين الوصيه لو ولدته أمه لأقل من ستة أشهر - و هو أقل الحمل - من حين الوصيه فيعلم أنه كان موجودا حين الوصيه، نعم لو ولدته لأكثر من عشرة أشهر - و هو أقصى الحمل - علم أنه لم يكن موجودا حال الوصيه.

(فلو أوصى للحمل اعتبر) وجوده حال الوصيه (بوضعه لدون سته أشهر منذ حين الوصيه) فيعلم بذلك (١) كونه موجودا حالتها، (أو بأقصى) مده (الحمل) فما دون (إذا لم يكن هناك زوج، و لا مولى)، فإن كان أحدهما (٢) لم تصح، لعدم العلم بوجوده عندها، و أصاله عدمه (٣)، لإمكان تجددده بعدها، و قيام الاحتمال (٤) مع عدمهما بإمكان الزنا، و الشبهه مندفع بأن الأصل عدم إقدام المسلم على الزنا كغيره من المحرمات، و ندور الشبهه.

و يشكل الأول لو كانت كافره (٥)، حيث تصح الوصيه لحملها.

و ربما قيل على تقدير وجود الفراش (٦) باستحقاقه (٧) بين الغائتين (٨) عملا- بالعادة الغالبه من الوضع لأقصاهما (٩)، أو ما يقاربها (١٠). و على كل تقدير فيشترط انفصاله حيا، فلو وضعته ميتا بطلت، و لو مات بعد انفصاله حيا كانت (١١) لوارثه.

-نعم لو ولدته بين أقصى مده الحمل و أقله أمكن وجوده حال الوصيه و عدمه، فينظر إن كانت أمه فراشا لزوج أو مولى بحيث يمكن تجددده بعد الوصيه لم يحكم بصحتها، لأصاله عدم تقدمه عليها، و إن كانت خاليه من الفراش بأن فارقها الواطئ - الذى يباح له وطؤها - من حين الوصيه حكم بوجوده عملا بالظاهر و أصاله عدم وطئ غيره لها.

إن قلت: إن الخاليه يمكن وطؤها بالشبهه بل و بالزنا.

قلت: الشبهه نادره و الزنا منتف لأن الظاهر أن المسلم لا يقدم على فعل المحرم.

(١) بوضعه لأقل من سته أشهر.

(٢) أى الزوج أو المولى و قد وضعته بين أقصى الحمل و أقله.

(٣) أى و لأصاله عدم الحمل عند الوصيه لإمكان وجود الحمل بعد الوصيه.

(٤) و هم و قد تقدم ذكره بلفظ إن قلت، و هو مبنى على كونها خاليه من الزوج أو المولى.

(٥) فلا محذور فيها لعدم صيانتها فلا يجرى فيها أصل عدم إقدام المسلم على فعل الحرام.

(٦) من وجود الزوج أو المولى.

(٧) باستحقاق الحمل.

(٨) غايه أقصى الحمل و غايه أقله.

(٩) و هو عشره أشهر.

(١٠) و هو تسعه أشهر و هو الغالب، قال فى المسالك: (إن الظاهر الغالب إنما هو الولاده لتسعه أشهر تقريبا فما يولد قبلها يظهر كونه موجودا و إن كان لها فراش) انتهى.

(١١) أى الوصيه.

ص: ٢٥

و فى اعتبار قبوله (١) هنا وجه قوى، لإمكانه منه، بخلاف الحمل.

و قيل (٢): يعتبر قبول وليه. ثم إن اتحد (٣) فهى له، و إن تعدد قسيم الموصى به على العدد بالسويه (٤)، و إن اختلفوا بالذكوريه، و الأنوثيه.

فى ما لو أوصى للعبد

(و لو أوصى للعبد لم يصح) (٥)، سواء كان قنا أم مدبرا أم أم ولد. أجاز مولاه (١) أى قبول الوارث فيما لو مات الحمل بعد انفصاله حيا وجه قوى لإمكانه فى حقه، نعم لا نعتبر القبول من الحمل لتعذره فيسقط كما سقط القبول عند تعذره فيما لو أوصى لغير معين.

(٢) و هو الحلّى كما نقل.

(٣) أى الحمل فالوصيه له.

(٤) قضاء لحق العدل.

(٥) لا- تصح الوصيه للمملوك الأجنبي، لانتفاء أهليه الملك عن العبد، لأنه لا يملك و لو أذن له سيده، بلا فرق بين القن و المدبر و أم الولد لاشتراكهم فى تمحض الرقيه، نعم لو قلنا بملك العبد فتصح الوصيه و تحتاج إلى قبوله، و يؤيد الأول بل يدل عليه خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام (لا وصيه لمملوك) (١).

نعم إذا كان عبد الغير الموصى له مكاتبا، فإن كان مطلقا لم يؤد شيئا أو مشروطا فكذلك لا- تصح الوصيه له ببقائه على المملوكيه، و لصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (فى مكاتب كانت تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصيه، فقال أهل الميراث لا تجوز وصيتها، إنه مكاتب لم يعق و لا يرث، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه، و قضى فى مكاتب أوصى له بوصيه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيه، و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأجاز له ربع الوصيه) (٢)، و المناقشه بالسند باشتراك محمد بن قيس بين الثقه و غيره، و باشماله على إبراهيم بن هاشم و هو لم يمدح و لم يذم ليست فى محلها، لأن ابن قيس هو البجلى الثقه بقريته روايه عاصم بن حميد، و لأن إبراهيم بن هاشم من مشايخ الإجازة و هذا ما يغنى عن توثيقه و عن المحقق الثانى و الشارح فى المسالك صحه الوصيه للمكاتب لانقطاع سلطنه المولى عنه، و لهذا يصح ما يقع من المكاتب من بيع و اكتساب من دون توقف على-

ص: ٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨٠ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

أم لا، لأن العبد لا يملك بتمليك سيده، فبتمليك غيره أولى و لروايه عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليه السلام قال: «لا وصيه لمملوك». و لو كان مكاتبا مشروطا، أو مطلقا لم يؤد شيئا ففى جواز الوصيه له قولان. من أنه (١) فى حكم المملوك حيث لم يتحرر منه شىء، و لروايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام و من انقطاع (٢) سلطنه المولى عنه. و من ثم جاز اكتسابه، و قبول الوصيه نوع منها (٣).

و الصحه مطلقا أقوى. و الروايه لا حجه فيها (٤)، (إلا أن يكون) العبد الموصى له (عبده) أى عبد الموصى (فتنصرف) الوصيه (إلى عتقه) (٥) فإن -إذن المولى، و الوصيه نوع من الاكتساب، بعد رمى الروايه بالضعف لاشتراك ابن قيس بين الثقه و غيره كما فى المسالك، و بعد كونها قضيه فى واقعه لا عموم فيها كما عن جامع المقاصد.

و فيه: أما المناقشه فى السند فمردوده على ما تقدم، و أما لا عموم فيها فهى دعوى واضحه الفساد كما فى الجواهر لظهور دلالتها فى المطلوب، و أما انقطاع السلطنه فلا دليل عليه إذا المكاتبه لا تقتضى قابليته للملك، نعم جاز له البيع و الاكتساب و نحو ذلك بعد المكاتبه ليوفى للمولى ما طلبه، فهو تصرف بإذن المولى و ليس تصرفا غير متوقف على الاذن.

ثم ممّا تقدم تعرف أنه لو تحرر من العبد المكاتب شىء لصحت الوصيه له بالنسبه.

(١) دليل عدم الصحه.

(٢) دليل الصحه.

(٣) من المكاسب.

(٤) قد تقدم ما فيه.

(٥) لا خلاف فى صحه الوصيه لعبد الموصى، سواء كان قنّا أم مدبرا أم مكاتبا فى الجملة.

و صحه الوصيه لعبد الموصى أنه ننظر فى الموصى به بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته اعتق العبد و كان الموصى به للورثه، و إن كانت قيمته أقل أعطى الفاضل، و إن كانت قيمته أكثر من الموصى به سعى للورثه فيما بقى هذا ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به، و هذا مما لا خلاف فيه، و أما لو كانت قيمته ضعف ما أوصى له به بأن كانت قيمته مائتين و الموصى به إليه مائه بطلت الوصيه كما عن المفيد و الشيخ فى النهايه و القاضى، و قال المفيد فى المقنعه: (بهذا جاء الأثر عن آل محمد عليهم السلام). و استدلل لهذا القول بمؤيد و هو: أن القيمه لما كانت ضعف الموصى به كان نصف العبد على الرقيه و النصف الآخر على الحريه، و لا ترجيح فيبقى على أصاله عدم صحه الوصيه للعبد. -

ساواه (١) أعتق أجمع، و إن نقص (٢) عتق بحسابه (و إن زاد المال عن ثمنه فله الزائد).

و لا فرق فى ذلك بين القن، و غيره، و لا بين المال المشاع، و المعين على الأقوى (٣).

و عن الصدوق و الشيخ فى الخلاف و الحلبى و الحللى تصح الوصيه و يسعى فى الباقي، و فى الفرض المذكور يسعى فى المائة، و يشهد له إطلاق الفقه الرضوى (فإن أوصى لمملوكه بثلث ماله قوّم المملوك قيمه عادله، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى فى الفضيله) (١)، و خبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله فقال: يقوّم المملوك بقيمه عادله، ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أكثر أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد فى ربع قيمه، و إن كان الثلث أكثر من قيمه العبد أعتق العبد و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد قيمه) (٢) بناء على أن المراد من قوله بقدر ربع قيمه مثال لجميع أفراد الأقل و لا خصوصيه فيه

نعم عن المحقق و الشهيد الثانى جعل هذا الخبر هو الدليل على القول الأول بدلاله المفهوم، لأن منطوقه على أن الثلث لو كان أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه عليه السعى و مفهومه على أن الثلث لو لم يكن أقل من قيمه العبد بقدر الربع فلا يستسعى بل تبطل الوصيه.

و فيه: ما قاله الشارح فى المسالك. إن هذا المفهوم شامل لما لو كانت قيمه قدر الضعف أو أقل من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع فمن أين خصّوا البطلان بما لو كانت قيمته قدر الضعف ما هذا إلا عجيب من مثل هذين الشيخين الجليلين - المفيد و الطوسى - هذا مع تسليم الروايه فإنها ضعيفه السند بالحسن المذكور فإن حاله فى الزيديه مشهور) انتهى.

(١) أى ساوى الموصى به العبد.

(٢) أى نقص الموصى به عن قيمه العبد عتق، و سعى بالباقي.

(٣) المشهور على ما سمعت سواء كان الموصى به مشاعا كالثلث و الربع و الخمس و نحو ذلك أم كان معينا كالدار و البستان، و عن العلامه فى المختلف موافقه المشهور فى الجزء المشاع، لأن العبد حينئذ من جملة الموصى به فكأنه قد أوصى بعتق جزء منه فيعتق و يسرى فى الباقي، بخلاف ما لو كانت الوصيه بجزء معين فتبطل الوصيه لعموم (لا-

ص: ٢٨

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوصايا حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

و يحتمل اختصاصه (١) بالأول (٢)، لشيوعه في جميع المال و هو (٣) من جملته، فيكون كعتق جزء منه، بخلاف المعين، و لا بين أن تبلغ قيمته ضعف الوصيه، و عدمه.

و قيل: تبطل في الأول (٤) استنادا إلى روايه ضعيفه.

(و تصح الوصيه للمشققص) و هو الذى عتق منه شقص بكسر الشين و هو الجزء (بالنسبه) أى بنسبه ما فيه من الحريه (٥). و المراد به (٦) مملوك غير السيد، أما هو (٧) فتصح فى الجميع (٨) بطريق أولى (٩)، (و لأم الولد) (١٠) أى أم ولد الموصى، -وصيه لمملوك(١)، على ما تقدم فى خبر ابن الحجاج، و لأن تنفيذ الوصيه بتمليك العبد الموصى به محال لامتناع ملك العبد، و التخطى إلى رقبته يقتضى تبديل الوصيه، و يدفعه إطلاق خبر الحسن بن صالح المتقدم حيث هو شامل للمشاع و المعين، و دعوى كونه ضعيف السند مردوده بجبره بعمل الأصحاب.

(١) أى اختصاص الحكم.

(٢) بالمشاع.

(٣) أى العبد الموصى له.

(٤) ما لو كانت قيمته ضعف الموصى به.

(٥) قد تقدم الكلام فيه.

(٦) بالمشققص.

(٧) أى مملوك الموصى.

(٨) أى جميع ما أوصى به.

(٩) لأنه إذا جازت الوصيه من المولى لعبده إذا كان قنا كما تقدم فتجوز الوصيه لعبده المشققص الذى تحرر بعضه من باب أولى.

(١٠) لو أوصى الإنسان لأم ولده صحت الوصيه من الثلث بلا خلاف، كما لا خلاف فى أنه إذا مات سيدها و لم يوصى لها بشىء تعتق من نصيب ولدها، و إنما الكلام فى أنها هل تعتق من الوصيه إذا وفت بقيمتها، أو من نصيب ولدها، إذا أوصى لها بشىء، و هما قولان مشهوران كما فى الرياض و متكافئان كما فى المسالك.

و استدل للأول بأنه لا ميراث إلا بعد الوصيه، فلا يحكم لابنها بشىء حتى يحكم لها بالوصيه فتعتق منها إن وفت بقيمتها، و مع القصور يكمل الباقي من نصيب ولدها.

و استدل للثانى بأن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث لثلا يلزم خلو المال عن -

١- (١) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

لأنها في حياته من جملة ممتلكاته، وإنما خصها ليرتب عليها قوله: (فتعق من نصيبه) أى نصيب ولدها، (و تأخذ الوصيه) لصحيحه
أبى عبيده عن الصادق عليه السلام، ولأن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث فيستقر ملك ولدها على جزء منها فتعق
عليه و تستحق الوصيه، و الوصيه للمملوك (١) و إن لم تتوقف على القبول فينتقل إلى ملك الموصى له بالموت، إلا أن تنفيذها
يتوقف على معرفه قيمه، و وصول التركة إلى الوارث، بخلاف ملك الوارث.

و قيل: تعق من الوصيه، فإن ضاقت فالباقي من نصيب ولدها، لتأخر الإرث عن الوصيه و الدين، بمقتضى الآيه (٢)، و لظاهر
الروايه (٣).

في الوصيه لجماعه

(و الوصيه لجماعه تقتضى التسويه) (٤) بينهم فيها، ذكورا كانوا أم إناثا أم -المالك، لكنه لا يستقر ملك الوارث إلا بإخراج
الوصيه و الدين، و عليه فيستقر ملك ولدها على جزء منها فتعق عليه و تستحق الوصيه، و يدل عليه أيضا صحيح أبى عبيده
المروى في الكافي و التهذيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولد، و له منها غلام فلما حضرته الوفاه
أوصى لها بألفى درهم أو أكثر، للورثه أن يسترقوها؟ فقال: لا بل تعق من ثلث الميت و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به، و فى
كتاب أبى العباس: تعق من نصيب ابنها و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به) (١)، و ما فى كتاب أبى العباس نص فى المطلوب، و
هناك أقوال نادره فى المسأله.

(١) و هم و حاصله: أن الوصيه لا تحتاج إلى القبول فينتقل الموصى به إلى المملوك الموصى له من حين وفاه الموصى، فالقول
بانتقال التركة بأجمعها إلى الوارث من حين موت الموصى ليس فى محله.

و دفعه: أن الوصيه للمملوك و إن كانت غير محتاجه إلى القبول إلا- أن تنفيذها متوقف على معرفه قيمه المملوك و وصول
التركة إلى الوارث بخلاف ملك الوارث فإنه غير متوقف على شىء.

(٢) و هى قوله تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ (٢).

(٣) أى صحيح أبى عبيده المتقدم بحسب صدره.

(٤) إطلاق الوصيه لجماعه محصوره يقتضى التسويه ما بينهم من غير فرق بين القريب و البعيد-

ص: ٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٨٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

٢- (٢) سورة النساء، الآيه: ١١.

مختلفين، و سواء كانت الوصيه لأعمامه و أخواله أم لغيرهم على الأقوى (إلا- مع التفضيل) فيتبع شرطه، سواء جعل المفضل الذكر أم الأنثى.

(و لو قال: على كتاب الله فللذكر ضعف الأنثى)، لأن ذلك حكم الكتاب فى الإرث، و المتبادر منه هنا ذلك (و القرابه (١): من عرف بنسبه) عاده، لأن -و الذكر و الأنثى و الوارث و غيره بلا خلاف للتساوى فى سبب الملك.

و منه تعرف أنه إذا أوصى لأولاده و هم ذكور و إناث، فهم فيه سواء، و كذا لأخواله و خالاته، أو لأعمامه و عماته، و عن الشيخ و جماعه أنه لو أوصى لأخواله و أعمامه، فالأعمام لهم الثلثان و الأخوال لهم الثلث لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل أوصى بثلاث ماله فى أعمامه و أخواله فقال: لأعمامه الثلثان، و لأخواله الثلث)(١)، و قد حملت على ما لو أوصى على كتاب الله.

(١) لا إشكال فى صحه الوصيه للقرابه، و لما فيها من الصدقه و صله الرحم، و قد اختلف الأصحاب فى القرابه، فعن الأكثر لا بد من الرجوع إلى العرف فى تحقيق معناها، لأن العرف هو الحجه المتبع فى الألفاظ بعد عدم ورود تحديد من قبل الشارع.

و عن الشيخ بانصراف القرابه إلى كل من يتقرب إليه إلى آخر أب و أم له فى الإسلام و يحكم للجميع بالقرابه، و لا يرتقى إلى آباء الشرك و إن عرفوا بقرابه عرفاً، فقد اعتبر الإسلام للنبوى (قطع الإسلام أرحام الجاهليه)(٢)، كما أورده صاحب الجواهر و غيره فى كتب الفقه و إلا فلم يعثر عليه فى كتب الحديث عند العامه و الخاصه، و لقوله تعالى لنوح عن ابنه إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ (٣).

وفيه: إن المدار فى مسألتنا على صدق اللفظ و لا ريب أن المرجع فيه هو اللغه و العرف، على أن النبوى ضعيف السند لما تقدم على أن نفى الإسلام لأرحام الجاهليه قد يكون بمعنى تحريم العصبيه الجاهليه فى الإسلام، و لو سلم أن الإسلام قد قطع أرحام الجاهليه فهو لا يدل على نفى القرابه.

و أما الآيه فنفى الأهليه لا يدل على نفى القرابه، على أنها تحمل على نفى الأهليه من نوح من حيث هو نبى معصوم و مطيع لله جل و علا و ليس على نفى الأهليه من حيث كونه أباً.

ص: ٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

٢- (٢) جواهر الكلام ج ٢٨ ص ٣٨٤.

٣- (٣) سورة هود، الآيه: ٤٦.

المرجع فى الأحكام إلى العرف حيث لا- نص، و هو (١) دال على ذلك. و لا- يكفى مطلق العلم بالنسب كما يتفق ذلك فى الهاشميين، و نحوهم ممن يعرف نسبه مع بعده الآن مع انتفاء القرابه عرفا.

و لا فرق بين الوارث، و غيره، و لا بين الغنى، و الفقير، و لا بين الصغير، و الكبير، و لا بين الذكر، و الأنثى. و قيل: ينصرف إلى أنسابه الراجعين إلى آخر أب و أم له فى الإسلام، لا مطلق الأنساب استنادا إلى قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «قطع الإسلام أرحام الجاهليه» فلا يرتقى إلى آباء الشرك و إن عرفوا بالنسب، و كذا لا يعطى الكافر و إن انتسب إلى مسلم، لقوله تعالى عن ابن نوح: إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ (٢)، و دلالتهما على ذلك ممنوعه مع تسليم سند الأول.

فى الوصيه للجيران

(و الجيران (٣) لمن يلى داره إلى أربعين ذراعا) من كل جانب على المشهور -و عن ابن الجنيد أن القرابه و الأرحام من لا يتجاوز ولد الأب الرابع، لأن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لم يتجاوز في تفرقه سهم ذوى القربى من الخمس، و فيه: إن فعل النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بالخمس لدليل لا يدل على نفى القرابه عما عداه.

و قيل: إن القرابه مختصه بالوارث، و قيل: إنها مختصه بالمحرم من ذوى الأرحام، و هما مع ضعفهما لعدم الدليل عليهما مع مخالفتهما للمعنى العرفى للقرابه فهما مجهولا القائل.

(١) أى العرف.

(٢) النساء آيه: ١١.

(٣) الوصيه للجيران إنما تكون لمن صدق عليه لفظ الجار عرفا، و عن المشهور لمن يلى داره إلى أربعين ذراعا من كل جانب، و لا مستند له كما فى المسالك، و لم نقف له على شاهد كما فى الجواهر.

و عن البعض على أنه لمن يلى داره إلى أربعين دارا استنادا إلى أخبار.

منها: صحيح جميل بن دارج عن أبى عبد الله عليه السلام (حد الجوار أربعون دارا من كل جانب من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله) (١)، و خير عمرو بن مكرمه عنه عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: كل أربعين دارا جيران من بين يديه و من خلقه و عن يمينه و عن شماله) ٢.

ص: ٣٢

والمستند ضعيف، وقيل إلى أربعين داراً، استناداً إلى روايه عاميه (١).

و الأقوى الرجوع فيهم (٢) إلى العرف، و يستوى «فيه» مالك الدار، و مستأجرها، و مستعيرها، و غاصبها على الظاهر (٣)، و لو انتقل منها إلى غيرها اعتبرت الثانيه، و لو غاب لم يخرج عن الحكم ما لم تطل الغيبه بحيث يخرج عرفاً، و لو تعددت دور الموصى و تساوت فى الاسم عرفاً استحق جيران كل واحده، و لو غلب أحدها اختص، و لو تعددت دور الجار و اختلفت فى الحكم (٤) اعتبر اطلاق اسم الجار عليه عرفاً كالمتمحد.

و يحتمل اعتبار الأغلب سكنى فيها، و على اعتبار الأذرع ففى استحقاق ما كان على رأس الغايه و جهان أجودهما الدخول (٥)، و على اعتبار الدور قيل (٦):

يقسم على عددها، لا على عدد سكانها. ثم تقسم حصه كل دار على عدد سكانها (٧). و يحتمل القسمة على عدد السكان مطلقاً (٨)، و على المختار (٩) فالقسمة على الرؤوس مطلقاً.

(١)العجب منه كيف جعل المستند روايه عاميه مع أنه فى المسالك قال: (و قد حققنا فى الوقف أن به من طرفنا روايات كثيره منها حسنه جميل بن دراج عن أبى جعفر عليه السلام) انتهى.

(٢)فى الجيران.

(٣)لأن المعبر هو السكنى فلا- يعتبر فى الجار العرفى الملكيه فيدخل المستأجر و المستعير بل و الغاصب، و عن علامه فى التحرير عدم استحقاق الغاصب، و حكى عنه التوقف فى المستأجر و المستعير.

(٤)بحيث خرجت بعد الدور عن جواره.

(٥)بحيث انتهى عدد الأذرع إلى باب الدار فعن ابن البراج الدخول و قواه فى الدروس و غيره فى غيره، لدخول الغايه فى المغيا، و لو انتهى عدد الأذرع إلى وسط الدار فلا إشكال فى الدخول.

(٦)و لم يعرف القائل.

(٧)و فيه: إن المدار على عدد السكان لأنهم هم المراد بالجيران، نعم كانت الدور لتحديد سعه الجيره.

(٨)سواء تساوى سكان الدور أم اختلفوا فى العدد.

(٩)أى على الجار العرفى.

(و للموالى) (١) أى موالى الموصى، و اللام عوض عن المضاف إليه (تحمل على العتيق) بمعنى المفعول (و المعتق) بالبناء للفاعل على تقدير وجودهما، لتناول الاسم لهما كالأخوه (٢)، و لأن المضاف يفيد العموم فيما يصلح له، (إلا مع القرينه) الداله على إرادته أحدهما خاصه فيختص به بغير إشكال، كما أنه لو دلت على ارادتهما معا تناولتهما بغير إشكال، و كذا لو لم يكن له موالى إلا من إحدى الجهتين (٣).

(و قيل: تبطل) مع عدم قرينه تدل على ارادتهما، أو أحدهما، لأنه (٤) لفظ مشترك (٥)، و حملة على معنيه مجاز (٦)، لأنه موضوع لكل منهما على سبيل البدل، (١) إذا كان له موال من أعلى و هم المعتقون له أو من انتهى إليه ولاء المعتق، و له موال من أسفل و هم الذين أعتقهم أو من انتهى إليه ولاء العتق ثم أوصى لمواليه، فإن علم أنه أراد أحدهما بقرينه حال أو مقال انصرفت الوصيه إليه، بلا خلاف و لا إشكال. و كذا لو علم دخول الجميع.

و إن لم يعلم، فعن المشهور انصراف الوصيه إليهما بناء على أن الجمع و هو الموالى يحمل على جميع معانيه مع التجرد عن القرائن و لا يشترط فى الجمع اتفاق المعنى كما ذهب إليه ابن مالك فى التسهيل، و كذا لو أوصى للمولى فيحمل على المولى الأعلى و المولى الأدنى بناء على جواز استعمال اللفظ فى أكثر من معنى.

و عن العلامه فى التحرير و القواعد و ولده فى الإيضاح و المحقق الثانى و الشارح فى المسالك البطلان، لأن الوصيه لو كانت للفظ الجمع أعنى الموالى فيتعذر إرادته جميع معانيه المختلفه كما صرح به أكثر أهل اللغه على ما فى الارتشاف، و لو كانت الوصيه بلفظ المفرد أعنى المولى فيتعذر استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، و لا قرينه على تعيين أحدهما فتكون الوصيه مبهمه فتبطل.

(٢) فإنه متناول للأخوه من الأب و الأخوه من الأم.

(٣) فتختص الوصيه به، لأن وحده وجوده هى القرينه المعينه.

(٤) أى المولى بما هو لفظ مفرد.

(٥) أى مشترك لفظى كما عليه الأكثر و حكى التصريح به كما عن بعض أهل اللغه، كما فى الرياض، و فى التنقيح للمقداد أنه مشترك معنوى.

(٦) لأن استعمال اللفظ المشترك فى أكثر من معنى محال، و حملة على عموم الاشتراك مجاز كما هو واضح.

و الجمع (١) تكرير الواحد فلا يتناول غير صنف واحد، و المعنى المجازى لا يصار إليه عند الاطلاق (٢)، و بذلك (٣) يحصل الفرق بينه (٤)، و بين الأخوه، لأنه (٥) لفظ متواطئ، لا مشترك، لأنه موضوع لمعنى يقع على المتقرب بالأب، و بالأم، و بهما و هذا أقوى.

فى الوصيه للفقراء

(و) الوصيه للفقراء (٦) تنصرف إلى فقراء مله الموصى)، لا- مطلق الفقراء و إن كان جمعا معرفا مفيدا للعموم. و المخصص شاهد الحال الدال على عدم إرادته فقراء غير ملته، و نحلته، (و يدخل فيهم المساكين (٧) إن جعلناهم (٨) مساوين) لهم (٩) فى الحال بأن جعلنا اللفظين بمعنى واحد، كما ذهب إليه بعضهم، (أو أسوأ) حالا (١٠) كما هو الأقوى (١١)، (١) أى الموالى بما هو لفظ جمع، و الحاصل أن الجمع تكرير للمفرد، و كما أن مفردة لا- يصح استعماله إلا- فى معنى واحد من المعانى المشتركة، فكذلك جمعه.

(٢) فلا يحمل اللفظ على عموم المشترك.

(٣) أى مما تقدم من عدم جواز إرادته أكثر من معنى من اللفظ المفرد و الجمع، مع عدم إرادته الجميع على نحو المجاز لأنه بحاجة إلى قرينه و هى مفقوده.

(٤) بين الموالى.

(٥) أى الأخوه، فهو لفظ متواطئ و هو الموضوع لمعنى يشترك فيه الكثير و هو موضوع لكل من يتقرب إليك بأحد الأبوين.

(٦) لو وصى المسلم للفقراء لانصرفت الوصيه إلى فقراء المسلمين، لأن لفظ الفقراء و إن كان عاما لأنه جمع محلى باللام إلا أن شاهد الحال قرينه على الاختصاص، و لذا فتصرف الوصيه إلى خصوص فقراء ملته، و كذا وصيه الكافر تنصرف إلى فقراء نحلته.

نعم لو لم يكن فى البلد إلا فقراء غير مذهبه سواء كان الموصى مسلما أم كافرا و كان عالما بذلك اتجه حينئذ الصرف إليهم للقرينه الخارجيه، و مما تقدم تعرف أن اللفظ يحمل على المعنى اللغوى فى مقام تحديد مراد المتكلم إن لم تقم قرينه حاله أو مقالیه تشهد بإرادته المعنى الخاص.

(٧) أى و يدخل المساكين فى الفقراء.

(٨) أى المساكين.

(٩) للفقراء.

(١٠) فيدخلون بطريق أولى.

(١١) وقد تقدم الكلام فيه في كتاب الزكاه.

ص: ٣٥

و إلا (١) فلا) يدخلون، لاختلاف المعنى، و عدم دلاله دخول الأضعف (٢) على دخول الأعلى، بخلاف العكس.

و ذكر جماعه من الأصحاب أن الخلاف فى الأسوأ، و التساوى إنما هو مع اجتماعهما (٣) كآيه الزكاه، أما مع انفراد أحدهما خاصة فيشمل الآخر إجماعا. و كأن المصنف لم تثبت عنده هذه الدعوى (٤). (و كذا) القول (فى العكس) بأن أوصى للمساكين فإنه يتناول الفقراء على القول بالتساوى، أو كون الفقراء أسوأ حالا (٥)، و إلا (٦) فلا. و على ما نقلناه عنهم (٧) يدخل كل منهما فى الآخر هنا (٨) مطلقا (٩).

الفصل الثانى فى متعلق الوصيه

اشاره

(الفصل الثانى فى متعلق الوصيه)

فى أن الوصيه بما يقبل النقل

(و هو (١٠).....

(١) بأن كان المسكين أحسن حالا من الفقير.

(٢) و هو الفقير.

(٣) و قد تقدم فى كتاب الزكاه أن الفقير و المسكين إذا افترقا اجتماعا و إذا اجتمعا افترقا، بمعنى لو ذكر أحدهما فهو يشمل الآخر، و إذا ذكرا معا فلكل له معنى.

و عليه فلو اجتمعا كاجتماعهما فى آيه الزكاه و هى قوله تعالى: **إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ، وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (١)**، فقد وقع الخلاف بينهم فى معنى الفقير و المسكين من أنهما متساويان أو أن أحدهما أسوأ من الآخر و قد تقدم الكلام فيه.

(٤) و هى إذا افترقا اجتماعا، و ذلك لأن الوصيه هنا للفقراء، و على أساس الدعوى يجب أن يشمل اللفظ المساكين سواء كانوا أسوأ حالا أم لا.

(٥) بطريق الأولويه.

(٦) بأن كان الفقير أحسن حالا من المسكين.

(٧) من أنه إذا افترقا اجتماعا.

(٨) للانفراد.

(٩) سواء كان الآخر أحسن حالا أم لا عند الانفراد.

(١٠) الموصى به إما أن يكون عينا و إما منفعه و إما حقا قابلا للنقل، فإن كان الموصى به عينا-

ص: ٣٦

١- (١) سورة التوبه، الآية: ٦٠.

(كل مقصود (١) للتملك عادة (يقبل النقل) عن الملك من مالكة إلى غيره، فلا تصح الوصية بما ليس بمقصود كذلك، إما لحقارته كفضله الإنسان، أو لقلته كحبه الحنطة، و قشر الجوزة، أو لكون جنسه لا- يقبل الملك كالخمر، و الخنزير، و لا بما لا يقبل النقل كالوقف، و أم الولد،(و لا يشترط كونه معلوما) (٢) للموصى، و لا للموصى له، و لا مطلقا (٣)،(و لا موجودا) بالفعل (حال الوصية) (٤) بل يكفي صلاحيته للوجود عادة في المستقبل.

فى الوصية بغير المعلوم

(فتصح الوصية بالقسط، و النصيب، و شبهه) كالحظ، و القليل، و الكثير، و الجزيل،(و يتخير الوارث فى تعيين ما شاء) إذا لم يعلم من الموصى إرادته قدر معين، أو أزيد مما عينه الوارث.

(أما الجزء (٥) فالعشر) لحسنه أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام ممتثلا بالجبال -أو منفعه فيشترط كونه ملكا للموصى، على معنى قابليته للملك فلا تصح الوصية بما لا يملك كالخمر، و لا بما يملكه الغير لعدم جواز التصرف بمال الغير، و لا بما يملك و لكنه مما لا يتمم كحبه الحنطة و قشر الجوزة، هذا و أما الحق فهو على أقسام:

الأول: ما لا يقبل المعارضه بالمال و لا يقبل النقل و لا الإسقاط كحق الحضانه و الولاية.

الثانى: ما يقبل الإسقاط و لا يقبل النقل كحق الشفعه و الخيار.

الثالث: ما يكون قابلا للنقل و الانتقال و الإسقاط كحق التحجير، و الوصية لا تصلح إلا بالقسم الثالث القابل للنقل و الانتقال.

(١)بمعنى صلاحية الملك للموصى و الموصى له.

(٢)بل تصح الوصية بالمجهول قدرا أو جنسا بعد تعيينه بالجملة، لأن الغرر المنهى مختص بالعقود العوضيه.

(٣)أى و لا معلوما لأحد و لو غيرهما.

(٤)بلا خلاف فيه، لأن المالك كما يملك العين ملكيه مرسله غير محدد بزمان كذلك يملك منافعتها، و عليه فما يتجدد من منافعتها هو مملوك له فتجوز الوصية به إذا كان مما يتوقع وجوده فى الزمن المستقبل.

(٥)من أوصى بجزء ماله و لم تكن هناك قرينه تعينه من عرف أو عادة ففيه قولان: الأول أنه السبع كما عن المفيد و الإسكافى و الديلمى و القاضى و ابن زهره و العلامه بل هو المنسوب إلى الأكثر لأخبار.

منها: صحيح البنزطى عن أبى الحسن عليه السلام (عن رجل أوصى بجزء من ماله، -

العشره التي جعل على كل واحد منها جزء من الطيور الأربعة.

(وقيل . السبع)، لصحيحه البنظي عن أبي الحسن عليه السلام متمثلاً بقوله تعالى: لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ و رَجِيح الأول بموافقته للأصل (١). و لو أضافه إلى جزء آخر كالثالث فعشره (٢) لصحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام و تمثل أيضا بالجبال و هو مرجح آخر (و السهم الثمن) (٣) لحسنه -فقال عليه السلام: واحد من سبعة، إن الله تعالى يقول: لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم(١)، و صحيح إسماعيل بن حمام الكندي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (في رجل أوصى بجزء من ماله فقال: الجزء من سبعة، إن الله يقول: لها سبعة أبواب) إلى آخره ٢.

و عن الصدوقين و الشيخ في كتابي الأخبار و العلامه في المختلف و ولده و الشهيد في الدروس و اللمعه هنا و المحقق الثاني أنه العشر لأخبار ادعى تواترها.

منها: صحيح عبد الله بن سنان (أن امرأه أوصت إليّ و قالت: ثلثي يقضى به ديني، و جزء منه لفلانه، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى، فقال: ما أدري ما الجزء، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، إن الله عز و جل أمر إبراهيم عليه السلام فقال: اجعل على كل جبل منهن جزءاً، و كانت الجبال يومئذ عشره، فالجزء هو العشر من الشيء) ٣، و مثله حسنه أبان بن تغلب(٢).

(١) لأن الأصل عدم إخراج الزائد المشكوك، و الزائد هو في السبع.

(٢) و هذا كاشف عن أن السابق هو عشر التركة بتمامها.

(٣) لو أوصى بالسهم من التركة كان الموصى به هو الثمن على المشهور للأخبار.

منها: صحيح البنظي (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بسهم من ماله، فقال: السهم واحد من ثمانية، ثم قرأ: إنما الصدقات) ٤، و مثله حسنه صفوان عن الرضا عليه السلام ٥، و موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ٦. و عن الصدوق و الشيخ و ابن زهره أنه السدس لما روى عن ابن مسعود (أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ السدس) (٣)، و ما قيل عن أياس بن معاوية: (إن السهم في لغة العرب السدس) (٤)، و الجميع لا- يصلح لمعارضه ما تقدم-.

ص: ٣٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١٤ و ١٣ و ٢ و ١.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١ و ٢ و ٣.

٣- (٧) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٦.

٤- (٨) التذكرة ج ٢ ص ٤٩٦.

صفوان عن الرضا عليه السّلام، و مثله روى السكونى عن الصادق عليه السّلام معللا بآيه أصناف الزكاه الثمانيه، و أن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم قسمها على ثمانيه أسهم.

و لا يخفى أن هذه التعليقات لا تصلح للعليه، و إنما ذكروها عليه السّلام على وجه التقريب، و التمثيل.

و قيل: السهم العشر استنادا إلى روايه ضعيفه.

و قيل: السدس لما روى عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه أعطاه لرجل أوصى له بسهم.

و قيل: إن فى كلام العرب أن السهم سدس، و لم يثبت.

(و الشىء السدس) (١) و لا نعلم فيه خلافا.

و قيل: إنه إجماع، و به نصوص غير معلله.

(و) حيث لم يشترط فى الموصى به كونه موجودا بالفعل (٢) (تصح الوصيه بما ستحملة الأمه، أو الشجره) إما دائما، أو فى وقت مخصوص كالسنه المستقبليه، (و بالمنفعه) كسكنى الدار مده معينه، أو دائما. و منفعه العبد كذلك (٣)، و شبهه (٤) و إن استوعبت قيمه العين.

- نعم ورد خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشره) (١)، و لا- قائل به، و نسبة الشيخ إلى توهم الراوى و أنه سمعه من أوصى بجزء من ماله فظنه بالسهم أو أنه ظن أن السهم و الجزء بمعنى واحد.

(١) لو أوصى بالشىء من ماله كان هو السدس بلا خلاف، فيه لخبر أبان عن على بن الحسين عليه السّلام (عن رجل أوصى بشىء من ماله، فقال عليه السّلام: الشىء فى كتاب على عليه السّلام واحد من ستة) (٢)، و مثله غيره.

(٢) قد تقدم الكلام.

(٣) أى مده معينه أو دائما.

(٤) أى شبه العبد كالدابه.

ص: ٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

فى أنه نصح الوصيه بما لا يقبل النقل

(و لا تصح الوصيه بما لا يقبل النقل (١)، كحق القصاص، و حدّ القذف، و الشفعه) فإن الغرض من الأول (٢) تشفى الوارث باستيفائه فلا يتم الغرض بنقله إلى غيره، و مثله حد القذف، و التعزير للشتم، و أما الشفعه فالغرض منها دفع الضرر عن الشريك بالشركه، و لا حظ للموصى له فى ذلك (٣). نعم لو أوصى له بالشقص (٤) و الخيار (٥) معاً، لم تبعد الصحه، لأن الوصيه بالمال و الخيار تابع، و نفعه ظاهر مقصود، و كذا غيرها (٦) من الخيار.

فى الوصيه بالكلاب الأربه

(و تصح) الوصيه (بأحد الكلاب الأربه) (٧)، و الجرو القابل للتعليم، لكونها مالا مقصوداً، (لا بالخنزير، و كلب الهراش)، لانتفاء المالىه فيهما. و مثله طبل اللهو (٨) الذى لا يقبل التغيير عن الصفه المحرمه مع بقاء المالىه.

فى أنه يشترط فى الزائد عن الثلث إجازة الوارث

(و يشترط فى الزائد عن الثلث إجازة الوارث) (٩)،....

(١) و هو القسمان الأولان من أقسام الحقوق و قد تقدم الكلام فى ذلك.

(٢) أى حق القصاص.

(٣) لأنه ليس شريكاً.

(٤) أى الجزء المشاع.

(٥) أى خيار الشفعه.

(٦) أى غير الشفعه فينقل إلى الموصى له تبعا للموصى به.

(٧) و هى كلب الصيد و الماشيه و الحائط و الزرع، لما تقدم فى كتاب البيع من جواز بيعها لمالها من مالىه، و كذا الجرو القابل للتعليم.

نعم لا يجوز الوصيه بالكلب الذى لا يجوز اقتناؤه و الذى لا مالىه له و هو كلب الهراش و هو غير الأربه المتقدمه.

(٨) فإنه من الأمور التى يحرم بيعها و شراؤها لحرمة ما يترتب عليه كما تقدم فى كتاب البيع، غايته إن أمكن تغييره عن الصفه المحرمه مع بقاء مالىته فتصح الوصيه به و لكن يجب تغييره حينئذ.

(٩) الوصيه نافذه فى الثلث على كل حال، بلا خلاف فيه، و لو زادت على الثلث و أجاز الوارث فكذلك بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (في رجل أوصى بأكثر من الثلث و أعتق ممالكيه في مرضه فقال عليه السلام: إن كان أكثر من الثلث ردّ إلى الثلث و جاز -

ص: ٤٠

و إلا- بطل (١)، (و تكفى) الإجازة (حال حياه الموصى) (٢) و إن لم يكن الوارث مالكا -العق(١)، و خبر حمران عنه عليه السلام (فى رجل أوصى عند موته و قال: اعتق فلانا و فلانا حتى ذكر خمسه، فنظر فى ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعقهم، قال عليه السلام: ينظر إلى الذين سماهم و بدأ بعقهم فيقومون و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شىء ذكر، ثم الثانى و الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان فى الذين سمى أخيرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك)(٢).

و عن على بن بابويه نفوذ الوصيه من دون توقف على إجازة الوارث و إن زادت على الثلث لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (الرجل أحق بما له ما دام فيه الروح، إن أوصى به كله فهو جائز)(٣) و خبر محمد بن عبدوس (أوصى رجل بتركته، متاع و غير ذلك، لأبى محمد عليه السلام، فكتب إليه: رجل أوصى إلىّ بجميع ما خلف لك، و خلف ابنتى أخت له، فأرىك فى ذلك؟ فكتب عليه السلام إلىّ: بع ما خلف و ابعث به إلىّ، و بعث به إليه فكتب عليه السلام إلىّ: قد وصل)(٤)، و لكنه لا يصلح لمعارضه ما تقدم لأنه أكثر عددا و أصح سندا فلا بد من الإعراض عنه أو حمله على ما لا ينافى مضمون الطائفة الأولى.

(١) أى الزائد.

(٢) لا إشكال فى صحه الوصيه بما زاد لو أجاز الوارث بعد وفاه الموصى، و يشهد به صحيح أحمد بن محمد (كتب أحمد بن إسحاق إلى أبى الحسن عليه السلام: إن دره بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاها فى مواضع، و أوصت لسيدنا فى أشقاها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها و أحبينا إنهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بإمضاء الوصيه على وجهها أمضيها، و إن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره فى جميع ما يأمر به إن شاء الله، فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها فى تركتها إلا الثلث، و إن تفضلتم و كنتم الورثه كان جائزا لكم إن شاء الله)(٥).

ثم لو أجاز الوارث فليس له الرجوع، لأن الوصيه قد نفذت بالإجازة، فبطلانها بالرجوع محتاج إلى دليل و هو مفقود.

و أما إذا أجاز الوارث فى حياه الموصى ففى نفوذها قولان، فعن المشهور النفوذ للأخبار:-

ص: ٤١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦٧ - من كتاب الوصايا حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٦ - من كتاب الوصايا حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الوصايا حديث ١٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الوصايا حديث ١٩.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الوصايا حديث ١.

الآن، لتعلق حقه (١) بالمال، وإلا لم يمنع (٢) من التصرف فيه (٣)، ولصحيحه منصور بن حازم، وحسنه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام.

وقيل: لا تعتبر إلا بعد وفاته، لعدم استحقاق الوارث المال حينئذ (٤) وقد عرفت جوابه.

ولا فرق بين وصيه الصحيح والمريض في ذلك (٥)، لاشتراكهما (٦) في الحجر بالنسبه إلى (٧) ما بعد الوفاة، ولو كان التصرف منجزا (٨) افتراقا (٩).

-منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل أوصى بوصيه، وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصيه، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ فقال عليه السلام: ليس لهم ذلك) والوصيه جائزه عليهم إذا أقرؤا بها في حياته (١)، ومثله صحيح منصور بن حازم ٢ وعن المفيد وابن إدريس أنه لا عبره بالإجازة حال الحياه لعدم استحقاق الوارث المال قبل الوفاة فيلغو إذنه كرده، وفيه: إن الوارث قد تعلق حقه بالمال حال حياه الموصى بدليل منع الموصى من التصرف في المال إذا كان مريضا وكان مرضه متصلا بالموت.

ولذا ذهب بعضهم ولم يعرف أن الإجازة من الوارث حال مرض الموصى نافذه، وأما في حال صحته فلا تصح، والأخير هو الموافق للقواعد لو لا النصوص المتقدمه التي لا بد من العمل بها.

(١) حق الوارث.

(٢) أى الموصى إذا كان مريضا.

(٣) في المال.

(٤) حين الحياه.

(٥) أى في اشتراط إجازة الوارث فيما زاد على الثلث.

(٦) أى اشتراك الصحيح والمريض.

(٧) أى إلى التصرف فيما زاد عن الثلث، وكان التصرف بعد الوفاة.

(٨) أى في حال الحياه.

(٩) أى افتراق الصحيح عن المريض، فالصحيح له مطلق التصرف في ماله، والمريض ليس له التصرف إلا في ثلث ماله فقط.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الوصايا حديث ١ و ٢.

و يعتبر في المميز جواز التصرف فلا- عبره بإجازته الصبى، و المجنون (١)، و السفية (٢)، أما المفلس فإن كانت إجازته حال الحياه نفذت إذ لا ملك له حينئذ (٣)، و إنما إجازته تنفيذ لتصرف الموصى، و لو كان بعد الموت ففي صحتها وجهان، مباحهما على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت و بالإجازة تنتقل عنه (٤) إلى الموصى له، أم تكون الإجازة كاشفه عن سبق ملكه (٥) من حين الموت، فعلى الأول لا تنفذ (٦)، لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة، و على الثاني يحتمل الأمرين (٧). و إن كان النفوذ أوجه.

في المعتبر بالتركة

(و المعتبر بالتركة) بالنظر إلى مقدارها ليعتبر ثلثها (حين الوفاة) (٨) لا حين (١) لسلب عبارته الصبى و المجنون شرعا لحديث رفع القلم (١).

(٢) لأنه محجور عليه كما تقدم في كتاب الحجر.

(٣) أى حين حياه الموصى، إذ لا يملك الوارث شيئا من الارث في حياه المورث و هذا لا ينافى ما تقدم من تعلق حق الوارث بالمال، لأن التعلق لا ينافى عدم الملك.

(٤) عن الوارث.

(٥) أى ملك الموصى له من حين موت الموصى.

(٦) أى لا تنفذ إجازة الوارث المحجور عليه بالتفليس.

(٧) من النفوذ و عدمه، أما النفوذ فلأن الإجازة كاشفه عن سبق ملك الموصى له من حين الموت فلم تكن الإجازة تصرفا فيما يتعلق بنفسه و هو محجور، و أما عدم النفوذ فلأن الإجازة تدل على ملكيته ظاهرا فلا تنفذ إجازته لتعلق حق الغرماء قبل الإجازة.

(٨) يعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصيه، فلو أوصى بشيء و كان موسرا في حال الوصيه ثم افتقر عند الوفاة أو العكس فالمدار على ما عرفت بلا خلاف فيه، و اعتبار الثلث عند الوفاة لأنه وقت تعلق الوصيه بالمال و عن ثانی المحققين و الشهيدين أنه يتم بغير إشكال لو كانت الوصيه بمقدار معين كمائه دينار أو بشيء معين، أما لو كانت الوصيه بجزء مشاع و كانت التركة حال الوفاة أزيد منها حال الوصيه لأشكال الأمر لعدم العلم بإرادته الموصى للزياده المتجدده، و لشهادته الحال بأن الموصى لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون متوقعا غالبا خصوصا في الزائد الفاحش، و لأصالة عدم التعلق و هو مدفوع بأن المفهوم عرفا من الوصيه بالثلث هو الثلث حين الموت الذى هو زمن الانتقال-

ص: ٤٣

الوصيه، ولا- ما بينهما، لأنه وقت تعلق الوصيه بالمال (فلو قتل فأخذت ديته حسبت) الديه (من تركته) و اعتبر ثلثها، لثبوتها بالوفاه، وإن لم تكن عند الوصيه.

و هذا إنما يتم بغير إشكال لو كانت الوصيه بمقدار معين كمائه دينار مثلا، أو كانت بجزء من التركة مشاع كالثلث و كانت التركة (١) حين الوصيه أزيد منها حين الوفاه، أما لو انعكس (٢) أشكل اعتبارها عند الوفاه مع عدم العلم بإرادته الموصى للزيادة المتجدده، لأصالة عدم التعلق، و شهادته الحال بأن الموصى لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده متوقعا غالبا، خصوصا مع زيادته كثيرا.

و ينبغي على ما ذكر (٣) اعتبارها (٤) بعد الموت أيضا، إذ قد يتجدد للميت مال بعد الموت كالديه إذا ثبتت صلحا (٥)، و قد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث فلا يكون محسوبا عليه (٦).

-إلى الموصى له، و يشهد له بأن الموصى لو قتل أو جرح على نحو الخطأ كانت الوصيه من ثلث التركة و الديه و الأرش، مع أن الديه و الأرش من المال المتجدد بعد الوفاه كما في صحيح محمد بن قيس عن أبي عبد الله عليه السلام (رجل أوصى لرجل بوصيه من ماله ثلث أو ربع فقتل الرجل خطأ - يعنى الموصى - فقال عليه السلام: يجاز لهذه الوصيه من ماله و ديته) (١)، و خبر السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ، فإن ثلث ديته داخل فى وصيته) (٢)، و مثله غيره.

(١) قيد للأخير فقط.

(٢) بأن كانت التركة حال الوصيه أقل منها حين الوفاه و كان الموصى به جزءا مشاعا كالثلث.

(٣) من اعتبار التركة حين الوفاه لأصالة الوصيه.

(٤) اعتبار التركة.

(٥) و هو الديه على دم العمد.

(٦) أى على الوارث فالثلث يخرج من التركة بعد تلف بعضها بحيث لا يكون التلف من الوارث بل يكون على الجميع.

ص: ٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الوصايا حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الوصايا حديث ٢.

و الأقوى (١) اعتبار أقل الأمرين من حين الوفاء إلى حين القبض (٢).

في ما لو أوصى بما يقع اسمه على المحرّم و المحلّل

و لو أوصى بما يقع اسمه على المحرّم و المحلّل، صرف إلى المحلّل (٣) حملاً لتصرف المسلم على الصحيح (كالعود) و له عود لهو، و عيدان قسي (٤)، و عيدان عصي، و عيدان السقف، و البنيان، (و الطبل) و له طبل لهو، و طبل حرب، ثم إن اتحد المحلّل حمل عليه، و إن تعدد تخير الوارث في تعيين ما شاء، و إن لم يكن له إلا المحرم (٥) بطلت الوصيه إن لم يمكن إزاله الوصف المحرّم مع بقاء ماليته، و إلا صحت و حوّل إلى المحلّل.

(و يتخير الوارث في المتواطى) (٦) و هو المقول على معنى يشترك فيه كثير (كالعبد، و في المشترك) (٧).....

(١) بناء على ما استشكله الشارح.

(٢) أى قبض الوارث، فما زاد على التركة كالديه غير معلوم أن الموصى قد أراده بل شاهد الحال قاض بعدم دخوله و لأصالة عدم التعلق، و أما ما نقص من التركة كالتلف فهو تلف من أصل المال و فيه: إنه على خلاف النصوص المتقدمه فهو اجتهاد فى قبالتها و هو غير مسموع.

(٣) لو أوصى بما يقع اسمه على المحلّل و المحرم كالعود، للاشتراك اللفظى أو المعنوى، انصرف إلى المحلّل حملاً لفعل المسلم على الصحه.

(٤) جمع قوس، هذا و قد أفرد عود اللهو و جمع ما بعده لأن الغالب وحده عود اللهو عند المالك و تعدد عيدان غيره.

(٥) و هو عود اللهو فقيل: تبطل الوصيه لأنها بغير المشروع، و قيل: تصح و يزال عنه الصفه المحرمه لإطلاق أدله الوصيه، و كونه على صفه محرمه لا يخرج عن الملكيه ما دام قابلاً لتزع هذه الصفه عنه، نعم لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود اتجه البطلان كما فى الجواهر لعدم إمكان إنفاذ الوصيه على وجهها، و عن غيره لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن الماليه اتجه البطلان.

(٦) و هو الصادق على أفراد كثيره متساويه كالعبد يتخير الوارث فى أى شاء، لأن الوصيه به وصيه بالماهيه الكليه و خصوصيات الأفراد غير مقصوده إلا تبعاً، فيتخير الوارث فى أى فرد لوجود متعلق الوصيه فى جميع الأفراد.

(٧) و هو الموضوع بوضعين أو أكثر لأكثر من معنى، و قد صرح أكثر من واحد بإلحاقه بالمتواطى لإرادته معنى واحد منه و هو منطبق على معانيه المتعدده فيتخير الوارث، و هذا-

و هو المقول على معنيين فصاعدا بالوضع الأول (١) من حيث هو كذلك (كالقوس) (٢)، لأن الوصيه بالمتواطئ وصيه بالماهييه الصادقه بكل فرد من الأفراد كالعبد، لأن مدلول اللفظ فيه هو الماهيه الكليه. و خصوصيات الأفراد غير مقصوده إلا تبعاً، فيتخير الوارث في تعيين أى فرد شاء، لوجود متعلق الوصيه في جميع الأفراد.

و كذا المشترك، لأن متعلق الوصيه فيه هو الاسم، و هو صادق (٣) على ما تحته من المعاني حقيقه فتحصل البراءه بكل واحد منها.

و ربما احتمل هنا (٤) القرعه، لأنه (٥) أمر مشكل (٦)، إذ الموصى به ليس كل واحد، لأن اللفظ لا يصلح له (٧)، و إنما المراد واحد غير معين فيتوصل إليه بالقرعه.

-يتم بناء على كون استعماله على نحو عموم الاشتراك، أما لو أريد به معنى معين من معانيه فلا بد من القرعه لأنها لكل أمر مشكل كما سيأتى في محله و لذا ذهب بعضهم إلى القرعه بناء على ذلك، نعم ذهب الشارح و غيره أنه يتخير الوارث من دون قرعه بناء على أن معنى المشترك منطبق على أى واحد من معانيه حقيقه على نحو البديله، و فيه: إن معنى المشترك المراد من الموصى لا ينطبق إلا على واحد منها و هو غير معين فلا بد من القرعه.

(١) احتراز عن المجاز، لأن المجاز عند المتقدمين موضوع بوضع ثانوى على ما حرر في علم الأصول.

(٢) قال في المسالك: (اسم القوس يطلق على العرييه و هى التى يرمى بها النبل، و هى السهام العرييه، و على الفارسيه و هى التى يرمى بها سهام النشاب، و على القسى التى لها مجرى ينفذ فيها السهام الصغار و تسمى الحسبان، و على الجلاهق و هى ما يرمى به البندق، و على قوس الندف) انتهى.

(٣) على نحو البديله.

(٤) فى المشترك اللفظى.

(٥) أى المشترك.

(٦) و القرعه لكل أمر مشكل، بحيث يكون معيناً واقعا و مشكلاً ظاهراً.

(٧) أى لكل واحد.

و يضعف بأنها لبيان ما هو معين في نفس الأمر مشكل ظاهراً، و ليس هنا كذلك فإن الإبهام حاصل عند الموصى (١)، و عندنا، و في نفس الأمر (٢) فيتخير الوارث، و سيأتي في هذا الاشكال بحث.

في أن الجمع يحمل على الثلاثة

(و الجمع (٣) يحمل على الثلاثة) جمع (قله كان كاعبد، أو كثره كالعبيد) لتطابق اللغه، و العرف العام على اشتراط مطلق الجمع في اطلاقه على الثلاثة فصاعداً.

و الفرق بحمل جمع الكثره على ما فوق العشره اصطلاح خاص لا يستعمله أهل المحاورات العرفيه، و الاستعمالات العاميه فلا يحمل اطلاقهم عليه (٤).

و لا- فرق في ذلك (٥) بين تعيين الموصى قدرا من المال يصلح لعق العبيد بما يوافق جمع الكثره لو اقتصر على الخسيس من ذلك الجنس، و عدمه (٦) فيتخير بين شراء النفيس المطابق لأقل الجمع فصاعداً، و شراء الخسيس الزائد (٧) المطابق لجمع الكثره حيث يعتبر بها.

في ما لو أوصى بمنافع العبد دائماً، أو بثمره البستان

(و لو أوصى بمنافع العبد دائماً (٨)، أو بثمره البستان دائماً قومت المنفعه على) (١) لا إبهام عند الموصى، لأنه قد أراد واحداً منها.

(٢) لا إبهام في نفس الأمر ما دام قد أراد الموصى واحداً منها.

(٣) لو أوصى بجمع فإنه يحمل على ثلاثة كما هو العرف، بلا فرق بين جموع القله و جموع الكثره، و الفارق اللغوى بينها بحمل الأول على ما دون العشره و الثانى على العشره ما فوقها لا يضّر هنا ما دام الموصى من أهل العرف و قد أراد مخاطبتهم بالوصيه فلا بدّ من حمل كلامه على العرفى دون اللغوى.

(٤) على الاصطلاح الخاص.

(٥) بحمل الجمع على الثلاثة.

(٦) عدم تعيين الموصى قدرا من المال يصلح لما ذكر.

(٧) أى الزائد عن أقل الجمع.

(٨) قد تقدم جواز الوصيه بمنافع العين دائماً أو في مده معينه، و قد يشكل بأن هذه المنافع ليست من تركه الميت و لا من أملاكه، بل هي نماء التركة التي تملكها الوارث بالموت، فتكون له فكيف جاز للمورث أن يوصى بها بعد وفاته، و هو مردود بأن هذه المنافع تكون للوارث لو لم يوصى بها الميت و إلا فمع الوصيه فهي ليست للوارث و بيانه أن-

(الموصى له، و الرقبه على الوارث إن فرض لها (١) قيمه (٢) كما يتفق فى العبد لصحه عتق الوارث له و لو عن الكفار، و فى البستان بانكسار جذع و نحوه، -المورث فى زمن حياته له التسلط على أمواله و يجوز له أن يصنع بها ما شاء، و من جملته إجاره أعيان أمواله مده من الزمن تزيد على عمره، و بهذا الاعتبار جاز له أن يوصى بمنافع أمواله بعد وفاته لمن شاء بشرط الخروج من الثلث.

ثم إن الغرض من التعرض للمسألة ثانيا هو معرفه كيفيه احتساب المنفعه المؤبده أو المنقطعه من الثلث، فإن كانت المنفعه الموصى بها منقطعه فأمرها سهل إذ تقوّم العين مسلوبه المنفعه تلك المده، و تقوّم العين بجميع منافعها مطلقا، و ينظر إلى التفاوت و يخرج من الثلث، فلو أوصى بمنفعه العبد عشر سنين، قوّم العبد بجميع منفعه ثم يقوّم مسلوب المنفعه تلك المده، فلو كانت قيمته مائه على الأول، و خمسين على الثانى، فالتفاوت خمسون، و هو الذى يخرج من الثلث، بمعنى أنه يعتبر أن يكون بيد الوارث مائه منها رقبه العبد مع أن الرقبه قيمتها خمسون كما فى المثال.

و إن كانت المنفعه الموصى بها مؤبده فللأصحاب طرق ثلاثه فى ذلك:

الأول: تقويم العين بمنافعها، و خروج مجموع القيمه من الثلث، لعدم قيمه للعين حال كونها مسلوبه المنفعه و فيه: إنه مبنى على عدم القيمه للعين حينئذ، مع أنها تبقى لها منفعه تعود للوارث كالعتق فى العبد و أكل اللحم فى الشاه لو أشرفت على الموت فذبحت و نحو ذلك.

الثانى: تقويم العين مسلوبه المنافع الموصى بها و إن قلت قيمتها، و تقويمها غير مسلوبه و ينظر إلى التفاوت، و يخرج من الثلث، لكون العين للوارث له بعض المنافع فيها من حيث الملك، و بذلك تكون ذا قيمه فلا معنى لاحتسابها من الثلث، ثم ما دامت الرقبه للوارث فيقدر على الانتفاع بها كالعتق، و هو غرض كثير متقوم بالمال، و يمكن الانتفاع بها كما لو أوصى بثمره البستان فانكسرت أشجاره و يبست فيجوز للوارث استعمالها حطبا أو خشبا لخروجها عن الثمره و هكذا.

الثالث: أن تحسب قيمه المنفعه من الثلث و لا تحتسب قيمه الرقبه على أحد من الوارث و لا الموصى له، أما الموصى له فلأنها ليست له، و أما الوارث فللحيلولة بينه و بينها، و فيه: إن الحيلولة مانعه عن الانتفاع بالمنافع و ليست مانعه عن الانتفاع بالرقبه من حيث الملك.

(١) للرقبه.

(٢) بأن يفرض للعين منافع غير منافع الموصى بها.

ص: ٤٨

فيستحقه الوارث حطبا، أو خشبا، لأنه ليس بثمره، و لو لم يكن للرقبه نفع البته (١) قومت العين أجمع على الموصى له.

و طريق خروجها (٢)، من الثلث حيث يعتبر منه (٣) استفاد من ذلك (٤) فتقوم العين بمنافعها مطلقا (٥) ثم تقوّم مسلوبه المنافع الموصى بها فالتفاوت هو الموصى به (٦)، فإن لم يكن تفاوت فالمخرج من الثلث جميع قيمه (٧). و منه (٨) يعلم حكم ما لو كانت المنفعة مخصوصه بوقت.

في ما لو أوصى بعق مملوكه و عليه دين

(و لو أوصى بعق مملوكه و عليه دين قدم الدين) (٩) من أصل المال الذي من (١) و لا يمكن تصوره في العبد، بل لا بد من فرضه في غير العبد.

(٢) أي خروج المنفعة الدائمه أو المنقطعه.

(٣) من الثلث.

(٤) أي من الوجهين السابقين بحيث إن كانت العين مسلوبه المنفعه ذات قيمه كانت المنفعه للموصى له و الرقبه للوارث، و إن لم تكن العين مسلوبه المنفعه ذات قيمه كانت العين مع منافعها للموصى له و تخرج من الثلث، و لم يذكر الوجه الأخير لضعفه.

(٥) أي سواء كانت المنافع هي الموصى بها أم غير موصى بها، و الثاني على فرض كون الوصيه ببعض المنافع فقط.

(٦) و هو الذي يخرج من الثلث.

(٧) أي قيمه العين مع منافعها.

(٨) أي و مما تقدم في المنفعه المؤبده.

(٩) لو أوصى بعق مملوكه و لم يكن له سواه و كان عليه دين يحيط بقيمته بطلت الوصيه، و بيع المملوك في الدين، و إن لم يكن محيطا بالقيمه بل كانت قيمه المملوك التي هي التركه أكثر من الدين، فعن المحقق و جماعه أنه يبدأ بالدين، ثم يعتق من العبد بمقدار ثلث الباقي، و إن قلّ هذا الباقي، ثم يسرى العتق في الجميع، و يسعى العبد للورثه و الديان في باقي قيمته، لأن العتق قد تعلق به الوصيه فيخرج من الثلث، و المعتمد هو الثلث مما يبقى من التركه بعد الدين على تقدير وجوده، و هذا ما تقتضيه القواعد.

و عن الشيخين و ابن البراج أنه إذا كانت قيمه العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك و يسعى في خمسه أسداس قيمته، و إن كانت القيمه أقل من الدين بمقدار مرتين بطلت الوصيه بعق مملوكه لما تسمعه من النصوص الوارده في التنجيز، و هو المسأله الآتية.

جملته المملوك، (و عتق من الفاضل) (١) عن الدين من جميع التركة (ثلثه) (٢) إن لم يزد على المملوك (٣)، فلو لم يملك سواه (٤) بطل منه (٥) فيما قابل الدين و عتق ثلث الفاضل إن لم يجز الوارث.

و لا فرق بين كون قيمه العبد ضعف الدين و أقل على أصح القولين.

و قيل: تبطل الوصيه مع نقصان قيمته عن ضعف الدين.

(و لو نجّز عتقه) في مرضه (٦) (فإن كانت قيمته ضعف الدين صح العتق) (١) أى فاضل التركة.

(٢) أى ثلث المملوك.

(٣) أى لم يزد الفاضل على المملوك، و إلا فلو زاد الفاضل بحيث يفى ثلثه بكل مملوك عتق كله حينئذ.

(٤) أى سوى العبد.

(٥) من العبد.

(٦) التنجيز هنا هو التبرع بعمل في مرض الموت و عليه فلو أعتق المولى عبده و هو في مرض الموت، و لم يكن له سواه و كان عليه دين كان فيه الخلاف المتقدم فيما لو أوصى بعتقه و لم يكن له سواه و عليه دين، و اتحاد المسألتين ناشئ من كون تصرف المريض حال الموت كتصرف الموصى غير نافذ إلا في الثلث ما لم يجز الوارث، غايته قد تقدم دليل القول الأول، و مستند الثاني صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (قال: سألتني أبو عبد الله عليه السلام: هل يختلف ابن أبي ليلى و ابن شبرمه؟ فقلت: بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه دينا كثيرا و ترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت، فسألتهما عيسى بن موسى عن ذلك، فقال ابن شبرمه: أرى أن تستسعيهم في قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء، فإنه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبي ليلى: أرى أن أبيعهم و أدفع أثمانهم إلى الغرماء، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته و عليه دين يحيط بهم، و هذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده و عليه دين كثير فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير، فرفع ابن شبرمه يده إلى السماء فقال: سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت هذا القول؟ و الله ما قلت إلا طلب خلافي.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: و عن رأى أيهما صدر؟ قلت: بلغني أنه أخذ برأى ابن أبي ليلى، و كان له في ذلك هوى فباعهم و قضى دينه.

قال عليه السلام: فمع أيهما من قبلكم؟ قلت له: مع ابن شبرمه، و قد رجع ابن أبي ليلى إلى -

فيه أجمع (و سعى في قيمه نصفه للديان (١))، -رأى ابن شبرمه بعد ذلك، فقال عليه السّلام: أما والله إن الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى، وإن كان قد رجع عنه، فقلت له: هذا منكسر عندهم في القياس، فقال عليه السّلام: هات قايسني، فقلت: أنا أقايسك؟ فقال عليه السّلام: لتقولنّ بأشد ما يدخل فيه من القياس، فقلت له: رجل ترك عبداً ولم يترك مالا غيره، وقيمه العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال عليه السّلام: يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم و يأخذ الورثة مائة درهم، فقلت: أليس قد بقي من قيمه العبد مائة درهم من دينه، فقال عليه السّلام: بلى، قلت: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء؟ قال عليه السّلام: بلى، قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ فقال عليه السّلام: إن العبد لا وصيه له إنما أمواله لمواليه، فقلت له: فإن كان قيمه العبد ستمائة درهم ودينه أربعمائه؟ فقال عليه السّلام: كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائه درهم و يأخذ الورثة مائتين، ولا يكون للعبد شيء، قلت له: كان قيمه العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائه درهم فضحك وقال: من هاهنا أتى أصحابك، جعلوا الأشياء شيئاً واحداً، ولم يعلموا السنه، إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء و لم يتهم الرجل على وصيته و أجزت وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، و يكون ثلثه للورثة و يكون له السدس(١).

و صحيح زراره عن أحدهما عليه السّلام (في رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين فقال:

إن كان قيمته مثل الذي عليه و مثله جاز عتقه، و إلا لم يجز) ٢ و في صحيح آخر (إذا ملك المملوك سدسه استسعى) ٣، إلى غير ذلك من النصوص الجامعه لشرائط الحجية من حيث السند فلا بدّ من تخصيص تلك القواعد بها، و دعوى إعراض الأصحاب عنها عهدتها على مدعيها.

بل هي على ما تقتضيه القواعد، لأن الموصى إن لم يترك إلا عبداً و كان عليه دين، و كانت قيمته بمقدار ضعف الدين، كان نصف العبد للغرماء، و النصف الآخر تركه، و الموصى يملك ثلث التركة بعد الدين و هو السدس هنا، فلو كانت قيمه العبد بمقدار الضعف فتنفذ وصيه الموصى في السدس عند عدم إجازة الوارث، و هذا ما صرحت به الأخبار المتقدمه.

(١) و المعنى يعتق سدسه الذي هو ثلث الباقي هو إخراج الدين من قيمه العبد الذي هو تمام-

ص: ٥١

و في ثلثه (١) الذى هو ثلثا النصف الباقي عن الدين (للوارث)، لأن النصف الباقي (٢) هو مجموع التركة بعد الدين، فيعتق ثلثه (٣) و يكون ثلثاه (٤) للورثة، و هو ثلث مجموعته (٥). و هذا مما لا خلاف فيه، و إنما الخلاف فيما لو نقصت قيمته عن ضعف الدين، فقد ذهب الشيخ و جماعه إلى بطلان العتق حينئذ (٦) استنادا إلى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام. و يفهم من المصنف هنا الميل إليه، حيث شرط فى صحة العتق كون قيمته ضعف الدين، إلا أنه لم يصرح بالشق الآخر (٧).

و الأقوى أنه (٨) كالأول (٩)، فيعتق منه بمقدار ثلث ما يبقى من قيمته فاضلا عن الدين، و يسعى للديان بمقدار دينه، و للورثة بضعف (١٠) ما عتق منه مطلقا (١١) فإذا أداه (١٢) عتق أجمع. و الرواية المذكورة مع مخالفتها للأصول معارضه بما يدل على المطلوب و هو حسنه الحلبي (١٣) عنه عليه السلام.

-التركة، ثم يسرى العتق فى الجميع و يسعى العبد للديان و الورثة، فيسعى بثلاثه أسداسه للديان، و سدسين للورثة.

(١) أى ثلث العبد الذى هو سدسا العبد.

(٢) و هو ثلاثه أسداس.

(٣) أى ثلث النصف الباقي الذى هو السدس، لأذن المريض ينفذ تصرفه فى ثلث تركته عند عدم إجازة الوارث و كذلك الموصى.

(٤) أى ثلثا النصف الباقي و هو السدسان.

(٥) أى مجموع قيمه العبد.

(٦) حين النقصان.

(٧) و هو فيما لو نقصت قيمته عن ضعف الدين و أن العتق باطل.

(٨) أى الشق الآخر.

(٩) أى كما لو كانت قيمته ضعف الدين و أنه لا يبطل العتق.

(١٠) لأن ما بقى من التركة بعد الدين ثلثاه للورثة و ثلثه للمورث تنفذ فيه وصاياه و منجزاته عند عدم إجازة الوارث، و ما كان للمورث يصح فيه العتق لو أوصى به أو نجزه.

(١١) سواء كانت قيمته ضعف الدين أم لا.

(١٢) أى أدى العبد ما للديان و ما للورثة.

(١٣) بل هي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (رجل قال: إن متّ فعبدي حرّ و عليّ -

ص: ٥٢

فى ما لو أوصى بعق ثلث عبده

(و لو أوصى بعق ثلث عبده، أو عدد منهم مبهم) (١) كثلثه (استخرج) الثلث و العدد (بالقرعه) (٢) لصالحه الحكم لكل واحد فالقرعه طريق التعيين، لأنها لكل أمر مشكل، ولأن العتق حق للمعتق، ولا- ترجيح لبعضهم، لانتفاء التعيين فوجب استخراجها بالقرعه.

وقيل: يتخير الوارث فى الثانى، لأن متعلق الوصيه متواطئ فيتخير فى تعيينه الوارث كما سبق، ولأن المتبادر من اللفظ هو الاكتفاء بعق أى عدد كان من الجميع فيحمل عليه. و هو قوى، و فى الفرق بينه، و بين الثلث نظر (٣).

فى ما لو أوصى بأمر متعدده فيها واجب

(و لو أوصى بأمر) متعدده (٤) (فإن كان فيها واجب قدم) على غيره و إن-الرجل دين، فقال عليه السلام: إن توفى و عليه دين قد أحاط بثمان الغلام بيع العبد، و إن لم يكن قد أحاط بثمان العبد استسعى فى قضاء دين مولاه، و هو حر إذا أوفى (١)، و هو مطلق يشمل ما لو كانت قيمه العبد أقل من ضعف الدين.

وفيه: إنه لا بد من تقييده بما تقدم من النصوص جمعا بين الأخبار، على أن هذا الصحيح لم يتعرض لحق الورثه مع أن لهم حق فى ثلث ما بقى من فاضل قيمته بعد الدين.

(١) أى مبهم من ناحيه المصداق إلا أنه عدد معين كثلثه.

(٢) فالعتق حق للمعتق و لا- ترجيح فيه لبعضهم على بعض فوجب التوصل إليه بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، و عن المحقق و جماعه أن الوارث مخير فى التعيين بالنسبه للعدد لأن الموصى به من المتواطئ و الخيار فى تعيينه للوارث لا للقرعه.

(٣) وجهه أن الثلث متواطئ أيضا فيتخير فيه الوارث.

(٤) لو أوصى بأمر متعدده، و من بينها واجب مالى و غيره أخرج الواجب المالى من الأصل، لأنه كالدين و يشهد به النصوص الكثيره:

منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل توفى و أوصى أن يحج عنه، قال عليه السلام: إن كان ضروره فمن جميع المال، إنه بمنزله الدين الواجب، و إن كان قد حج فمن ثلثه) (٢).

و التعليل عموم لكل ما هو بمنزله الدين فيشمل كل واجب مالى، و المراد به ما كان ماليا-

ص: ٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الحج حديث ٦.

تأخرت الوصيه به، سواء كان الواجب ماليا أم غيره، و بدئى بعده بالأول فالأول. ثم إن كان الواجب ماليا كالدين و الحج أخرج من أصل المال، و الباقي من الثلث، و إن كان بدنيا كالصلاه، و الصوم قَدَم من الثلث و أكمل (١) من الباقي مرتبا للأول فالأول.

(و إلا) يكن فيها واجب (بدئى بالأول) منها (فالأول حتى يستوفى الثلث) -محضا كالزكاه و الخمس و نذر المال و الكفارات أم مشويا بالبدن إلا أن جانب الماله غلب كالحج.

أما لو كان الواجب بدنيا محضا كالصلاه و الصوم فلا يخرج من الأصل و إنما من الثلث إذا أوصى به فتشمله أدله الوصيه التى تخرج من الثلث و الفرق بين الواجب البدنى و المالى واضح، لأن الثانى لما كان متعلقا بالمال حال الحياه و جب إخراجه من المال بعد الوفاه بالإضافه إلى النصوص و قد تقدم بعضها، و الأول لما كان متعلقا بالبدن حال الحياه فيبقى الخطاب به بعد الوفاه متعلقا بالبدن.

ثم بعد إخراج الواجب المالى يخرج الباقي من الثلث و يقدم الواجب البدنى و لو ذكر مؤخرا فى الوصيه، ثم يشرع فى الباقي و يبدأ بالأول فالأول على حسب الذكر فى الوصيه حتى يستوفى الثلث و يبطل فيما زاد عليه مع عدم إجازة الوارث بلا خلاف فيه لخبر حمران عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل أوصى عند موته و قال: اعتق فلانا و فلانا حتى ذكر خمسه، فنظر فى ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعقبتهم، فقال عليه السّلام: ينظر إلى الذين سماهم و بدأ بعقبتهم فيقومون و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شىء ذكرتم الثانى و الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان فى الذين سمى أخيرا، لأنه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك)(١).

و لا- فرق فى الترتيب الذكرى بين ما لو رتب بأداه كتمّ و الفاء و بين الذكر فقط من دون أداه الترتيب، و لا فرق بين العطف بالواو و عدمه نعم لو جمع بأن ذكر أشياء ثم أوصى لمجموعها بأن قال: اعطوا فلانا و فلانا مائه، أو قال بعد الترتيب: لا تقدموا بعضها على بعض، و قد نقص الثلث عن الجميع فيدخل النقص على الجميع بالنسبه فيقسم عليهم قضاء لحق العدل.

(١) أى أكمل الثلث من الباقي منه فى بقيه الوصيه.

ص: ٥٤

و يبطل الباقي إن لم يجز الوارث، و المراد بالأول: الذى قدمه الموصى فى الذكر و لم يعقبه بما ينافيه، سواء عطف عليه التالى بثم أم بالفاء أو بالواو أم قطعه عنه بأن قال: أعطوا فلانا مائه، أعطوا فلانا خمسين، و لو رتب ثم قال: ابدءوا بالأخير، أو بغيره أتبع لفظه الأخير،(و لو لم يرتب) بأن ذكر الجميع دفعه فقال: أعطوا فلانا، و فلانا، و فلانا مائه، أو رتب باللفظ، ثم نص على عدم التقديم (بسط الثلث على الجميع) و بطل من كل وصيه بحسابها، و لو علم الترتيب و اشتبه الأول أقرع (١)، و لو اشتبه الترتيب و عدمه فظاهرهم اطلاق التقديم بالقرعه كالأول (٢).

و يشكل باحتمال كون الواقع عدمه (٣)، و هى (٤) لإخراج المشكل و لم يحصل (٥) فينبغى الإخراج (٦) على الترتيب و عدمه، لاحتمال أن يكون غير مرتب فتقديم كل واحد ظلم.

و لو جامع الوصايا منجز (٧) يخرج من الثلث قدم عليها مطلقا (٨) و أكمل (١) لتحقق مناط القرعه، و هو التعيين واقعا و الاشتباه ظاهرا، و هو متحقق هنا.

(٢) أى فيما لو علم الترتيب و اشتبه الأول هذا و قد علق الشارح هنا كما فى الطبعه الحجرية بقوله: (ينبغى تأمل ذلك، لأن أحدا لم ينبه عليه).

(٣) أى عدم الترتيب.

(٤) أى القرعه و الواو حالیه.

(٥) أى لم يحصل المشكل هنا.

(٦) أى فينبغى إجراء القرعه على الترتيب و عدمه، لا على إخراج الأول فالأول، لأن الثانى متوقف على إحراز الترتيب واقعا و هو مشكوك.

(٧) أى فعل تبرعى قد صدر من المريض بمرض الموت، و قد تقدم أنه من الثلث عند عدم إجازة الوارث.

(٨) سواء تقدم بالذكر أم تأخر، و سواء كان فى الوصايا واجب أم لا، و تقديم المنجز على الوصيه مما لا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصيته، و كان أكثر من الثلث، قال: يمضى عتق الغلام، و يكون النقصان فيما بقى) (١).

ص: ٥٥

الثالث منها (١) كما ذكر (٢).

فى ما لو أجاز الورثه ما زاد على الثالث

(و لو أجاز الورثه) ما زاد على الثالث (فادعوا) بعد الإجازة (ظن القله) أى قله الموصى به و أنه ظهر أزيد مما ظنوه، (فإن كان الإيصاء بعين لم يقبل منهم) (٣) لأن الإجازة وقعت على معلوم لهم فلا- تسمع دعواهم أنهم ظنوا زيادته عن الثالث بيسير مثلا فظهر أزيد، أو ظن أن المال (٤) كثير لأصالة عدم الزيادة فى المال فلا (١) من الوصايا.

(٢) من تقديم الواجب على غيره، مع مراعاة الترتيب فى غير الواجب.

(٣) أى هذا الادعاء، فلو أوصى بعبء أو دار و نحوهما من الأعيان مما زاد على الثالث فأجاز الوصيه ثم ادعى الظن بأن العين الموصى بها بمقدار ثلث التركة أو أزيد بيسير فظهرت أزيد بكثير، فلا يلتفت إلى دعواه لأن الإجازة هنا تضمنت معلوما و هو العين المخصوصه.

نعم لو أوصى بمقدار من المال مشاع فى التركة كنصف ماله مثلا فأجاز الوارث ثم ادعى أنه ظن أنه قليل بالنسبه إلى مجموع التركة فبان أنه كثير فتقبل دعواه و يقضى له بما ظن، و عليه الحلف على الزائد، كذا ذكره جماعه من الأصحاب، و علل بأن الإجازة هناك قد تعلقت بالمعلوم و هو العين المخصوصه مهما كانت التركة فكانت الإجازة ماضيه على الوارث بخلافها هنا فإنها قد تعلقت بالجزء المشاع، و العلم بمقداره متوقف على العلم بمجموع التركة، و الأصل عدم العلم بالمجموع فتقبل فيه دعوى الوارث بالجهالة لموافقته قوله للأصل.

و مال فى الدروس إلى التسويه بين المسألتين و القبول فى الحاليتين، و جعله العلامه فى التحرير وجهها و فى القواعد احتمالا و استوجهه الشارح فى المسالك، و وجهه القبول أن الإجازة قد وقعت على معلوم إلا- أن كونه بمقدار الثلث أو أزيد إنما هو متوقف على العلم بمقدار التركة و الأصل عدم العلم بمقدارها، فلا فرق بين ظن الوارث فى قله النصف فى نفسه بالنسبه لمجموع التركة و بين قله المعين بالإضافة إلى مجموع التركة و إن كان المعين معروفا فى نفسه من ناحيه المالىه، و الأصل بعدم العلم بمجموع التركة جار فى المسألتين فلا معنى للتفريق بينها فى الحكم.

هذا و ذهب صاحب الجواهر و تبعه جمع من المتأخرين إلى التسويه بينهما فى عدم القبول لما ادعاه الوارث بعد الإجازة، لأن الإجازة نافذه عليه و دعوى ظن القله غير مانعه لعدم توقف الإجازة على تصور الواقع بما هو واقع.

(٤) أى مال التركة كثير بحيث يكون المعين بمقدار الثلث أو أزيد بيسير، فتبين أن مال التركة -

تعتبر دعواهم ظن خلافه (١).

فى ما كان الإيضاء بجزء شائع

(و إن كان) الإيضاء (بجزء شائع) فى التركة (كالنصف قبل) قولهم (مع اليمين)، لجواز بنائهم على أصله عدم زياده المال فظهر خلافه (٢) عكس الأول (٣).

و قيل: يقبل قولهم فى الموضوعين، لأن الإجازة فى الأول و إن وقعت على معلوم إلا أن كونه بمقدار جزء مخصوص من المال كالنصف لا يعلم إلا بعد العلم بمقدار التركة، و لأنه كما احتمل ظنهم قله النصف فى نفسه يحتمل ظنهم قله المعين بالإضافة إلى مجموع التركة ظنا منهم زيادتها (٤). و أصله عدمها (٥) لا- دخل لها فى قبول قولهم (٦)، و عدمه لإمكان صدق دعواهم، و تعذر إقامه البينه عليها (٧)، و لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة على التقديرين (٨). و هو (٩) يقتضى جهاله قدر المعين من التركة كالمشاع، و لإمكان ظنهم أنه لا دين على الميت فظهر (١٠)، مع أن الأصل عدمه (١١).

و هذا القول متجه، و حيث يحلفون على مدعاهم يعطى الموصى له من الوصيه ثلث المجموع و ما ادعوا ظنه من الزائد (١٢).

-أقل مما تصوره و لازمه كون المعين الموصى به أزيد من الثلث بكثير.

(١) أى خلاف الأصل.

(٢) أى خلاف الأصل بعدم زياده المال.

(٣) فهنا ظن عدم زياده المال، و الظن موافق للأصل بخلاف هناك فقد ظن زياده المال و هو ظن مخالف للأصل، لذا قبل دعوى الوارث هنا و لم تقبل دعواه هناك.

(٤) أى زياده التركة.

(٥) أى عدم زياده التركة.

(٦) فيما لو كان قولهم موافقا لهذا الأصل كما فى المشاع دون المعين.

(٧) على الدعوى.

(٨) من الوصيه بالعين أو الجزء المشاع.

(٩) أى الأصل بعدم العلم بمجموع التركة الجارى على التقديرين.

(١٠) أى ظهر الدين.

(١١) أى عدم الدين.

(١٢) أى الزائد عن الثلث، و لا يعطى الموصى له تمام ما أجاز الوارث.

ص: ٥٧

(و ىءءل فى الوصيه بالسيف ءفنه) (١) بفتح أوله و هو ءمده بكسره و كذا ءءءل ءلته، لشمول اسمه لها (٢) عرفا و إن اءءص (٣) لءه بالنصل، و روايه أبى ءميله بءءولها شاهد مع العرف، (و بالصندوق أءوابه) (٤) الموضوعه فىه، و كذا (١) لو أوصى بسيف معين، و هو فى ءفن ءءل ءفن و ءلته فى الوصيه على المشهور لءبر أبى ءميله المفضل بن صالح (كءبء إلى أبى ءسن عليه السّلام: أسأله عن ءل أوصى لءل بسيف فءال الورءه: إنما لك ءءءء و لىس لك ءلته، فكءب إلى: السيف له و ءلته) (١)، و ءبره الآخر (سألت الرضا عليه السّلام عن ءل أوصى لءل بسيف و كان فى ءفنى و عليه ءلته، فءال الورءه: إنما لك النصل و لىس لك المال، فءال: لا بل السيف بما فىه له) ٢، بالإءافه إلى العرف الشاهد بءلك، فلو قىل: ءء سيفك و سافر، فلا يفهم منه إلا المجموع ءءى لو ءرءه عن ءمده و سافر لءءء عند العقاء سفىها.

ءذا و ءفن هو ءمء بالكسر، و ءلته ما بزرىن به من مصوع المعءنفاء و الأءار الكرىمه.

و عن العلامه فى المءءلف و ولءه ءءم ءءول شىء منهما فى الوصيه و هو واضء الضعف.

(٢) للءلته.

(٣) أى السيف.

(٤) لو أوصى لءل لءل بصندوق و فىه ءياب، أو سفینه و فىها مءاع، أو ءراب و فىه قماش، فإن الوءاء و ما فىه ءءل فى الوصيه على المشهور لءبر أبى ءميله عن أبى ءسن عليه السّلام (فقلء: لءل أوصى بصندوق و كان فىه مال، فءال الورءه: إنما لك الصندوق و لىس لك ما فىه، فءال عليه السّلام: الصندوق بما فىه له) (٢)، و ضر عقبه (سألت أبا عن لءل أوصى لءل بصندوق و كان فى الصندوق مال، فءال الورءه و لىس لك ما فىه فءال عليه السّلام: الصندوق بما فىه (٣) لك)، و ءبره الآخر عنه عليه السّلام (سألته عن لءل قال: هذه السفینه لءلان و لم ىسم ما فىها، و فىها طعام، أ يعطىها لءل و ما فىها؟ قال:

هى للءى أوصى له بها، إلا أن ىكون صاءبها مءهما و لىس للورءه شىء) (٤).

ص: ٥٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب أءام الوصاءا ءءء ٢ و ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب أءام الوصاءا ءءء ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أءام الوصاءا ءءء ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أءام الوصاءا ءءء ١.

الأموال المظروفه،(و بالسفينه متاعها) الموضوع فيها عند الأكثر. و مستنده روايه أبى جميله عن الرضا عليه السلام، و غيرها مما لم يصح سنده، و العرف قد يقضى بخلافه فى كثير من الموارد، و حقيقه الموصى به (١) مخالفه للمظروف، فعدم الدخول أقوى، إلا- أن تدل قرينه حالیه، أو مقالیه على دخول الجميع، أو بعضه فيثبت ما دلت عليه خاصه. و المصنف اختار الدخول (إلا مع القرينه) (٢) فلم يعمل بمدلول الروايه مطلقا (٣).

فكان تقييد الدخول بالقرينه أولى (٤)، و يمكن حمل الروايه عليه (٥).

فى ما لو عقب الوصيه بمضادها

(و لو عقب الوصيه بمضادها) (٦) بأن أوصى بعين مخصوصه لزيد، ثم أوصى بها لعمرو (عمل بالأخيره)، لأنها ناقضه للأولى، و الوصيه جائزه من قبله فتبطل الأولى.

(و لو أوصى بعق رقبه مؤمنه) (٧) و جب تحصيل الوصف بحسب الإمكان -هذا و قال الشارح فى المسالك: (لا يدل العرف على تناول الظرف للمظروف غالبا، و الروايه قاصره عن إثبات المطلوب، فالقول بعدم الدخول أجود، نعم لو دل العرف أو القرينه على شىء فى بعض الأفراد أتبع، كما أنه لو دل على عدم دخول الجفن أو الحليه فى بعض الموارد لم يدخل، و جمله الأمر ترجع إلى عدم الدخول إلا مع العرف أو القرينه) انتهى.

(١) و هو الظرف.

(٢) أى القرينه على عدم الدخول.

(٣) أى على الإطلاق حتى مع القرينه على عدم الدخول، فقد عمل بالروايه عند عدم القرينه على عدم الدخول، أما مع القرينه على عدم الدخول فلم يعمل بالروايه.

(٤) لما ذكره الشارح من أن الأصل عدم دلالة الظرف على المظروف إلا مع القرينه.

(٥) أى على الدخول بواسطه القرينه.

(٦) إذا أوصى بوصيه ثم أوصى بوصيه مضاده للأولى كما إذا أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو، أو أوصى بربع ماله لشخص ثم أوصى به لآخر، عمل بالأخيره بلا خلاف فيه لكون الثانية ناسخه للأولى، و الثانية رجوع عن الأولى عرفا.

(٧) لو أوصى بعق رقبه و أطلق أجزاء الصغير و الكبير و الذكر و الأنثى للإطلاق و لخبر الحضرمى عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: إن علقمه بن محمد و صياني أن أعتق عنه رقبه، فأعتقت عنه امرأه فيجزيه، أم أعتق عنه من مالى؟ قال: تجزيه، ثم قال لى: إن -

(فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب) على المشهور، و مستنده روايه على بن أبي حمزه عن أبي الحسن عليه السلام. و المستند ضعيف. و الأقوى عدم الإجزاء، بل يتوقع المكنه وفاقا لابن إدريس، (و لو ظنها مؤمنه) على وجه يجوز التعويل عليه بإخبارها، أو بإخبار من يعتد به فأعتقها (كفى و إن ظهر خلافه) (١) لإتيانه بالمأمور به على الوجه المأمور به فيخرج عن العهد، إذ لا يعتبر في ذلك اليقين، بل ما ذكر من وجوه الظن.

-فاطمه أم ابني أوصت أن أعتق عنها رقبه فأعتقت عنها امرأه(١).

و لو أوصى بعق رقبه مؤمنه و جب التقييد بما أوصى به بلا خلاف و لا إشكال، و المراد بالإيمان هو الاعتقاد بإمامه الأئمه الاثنى عشر عليهم السلام، و إن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب لخبر على بن حمزه (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك، قال: يشتري من الناس فيعتق)(٢)، و هو و إن كان خاليا من التقييد بعدم النصب إلا- أنه من المعلوم خروج الناصب لكفره، و خبره الآخر (سألت عبدا صالحا عن رجل هلك فأوصى بعق نسمة مسلمة بثلاثين دينارا فلم يوجد الذي سمى، قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمى قلت: فإن لم يجدوا، قال: فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبا)(٣).

و عن ابن إدريس عدم الاجتزاء بغير الناصبي عند عدم وجود المؤمن، و عن ابن البراج الاحتياط به، بل اختاره جماعه منهم ثانی المحققين و الشهيدین للنهي عن تبديل الوصيه فيتوقع المكنه حينئذ، و مع اليأس يكون حكمه حكم ما لو تعذر صرف الموصى به فيما أوصى به، و هو واضح الضعف بل هو من الاجتهاد و في مقابله النص كما في الجواهر.

(١) فلو ظنها مؤمنه لإخبارها أو لإخبار من يعتد به أو لغير ذلك فأعتقها ثم بانت بخلاف ذلك أجزأت عن الموصى، بلا خلاف فيه لقاعده الإجزاء حيث طابق الماتى به المأمور به بحسب ظنه، و هو من الموارد التي يتعبد بها المرء بظنه، لخبر مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أوصى بنسمة مؤمنه عارمه فلما أعتقها بان أنها بغير رشده، فقال: قد أجزأت عنه، إنما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنها سمينه فوجدها مهزوله)(٤).

ص: ٦٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧٤ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٩٥ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٣.

(و لو أوصى بعق رقبة بثمان معين وجب) (١) تحصيلها به مع الإمكان (و لو تعذر إلا بأقل اشترى و عتق و دفع إليه ما بقى) من المال المعين على المشهور بين الأصحاب.

و ربما قيل: إنه إجماع. و مستنده روايه سماعه عن الصادق عليه السلام: و لو لم ير جد إلا بأزيد توقع الممكنه، فإن يئس من أحد الأمرين (٢) ففي وجوب شراء بعض رقبته (٣)، فإن تعذر صرف في وجوه البر (٤)، أو بطلان الوصيه ابتداء (٥)، أو مع تعذر بعض الرقبه أوجه أوجهها الأول. و يقوى (٦) لو كان التعذر طارئاً على زمن الوصيه، أو على الموت لخروج القدر عن ملك الورثه فلا يعود إليهم (٧).

الفصل الثالث فى الأحكام

إشاره

(الفصل الثالث فى الأحكام)

فى أنه الوصيه للذمى

(تصح الوصيه للذمى (٨). (١) لو أوصى بعق رقبة بثمان معين فلم يجد به، لم يجب الشراء بالزائد، حتى لو بذل له الوارث للنهى عن تبديل الوصيه. و لو وجد الرقبه بالأقل اشتراها و أعتقها و دفع إليها ما بقى، و لا يجوز صرف الباقي فى وجوه البر، لأنه أقرب إلى الموصى، و لموثق سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم، فاشترى الوصى بأقل من خمسمائة درهم و فضلت فضله فما ترى فى الفضله؟ قال: تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق ثم تعتق من الميت) (١).

(٢) و هو الشراء بالثمان المعين أو الأقل.

(٣) لأنه أقرب إلى مراد الموصى.

(٤) لأن متعلق الوصيه قد خرج عن ملك المورث بالموت فلا يعود إليه و لا يدخل فى ملك الوارث للوصيه و وجوه البر مصرف لكل مال لا مالك له.

(٥) لتعذر الموصى به و لا دليل على وجوب غيره و نفى عنه فى التذكرة الباس.

(٦) أى الوجه الأول.

(٧) فلا بد من صرفه إما بشراء بعض رقبته أو فى وجوه البر، و الأول أقرب لمراد الموصى فيتعين.

(٨) تصح الوصيه للذمى الملتزم بشرائط الذمه لإطلاق أدله الوصيه، و لقوله تعالى:

١- (١) الوسائل الباب - ٧٧ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

(و إن كان أجنبياً)، للأصل (١)، والآية و الرواية، (بخلاف الحربى (٢) و إن كان رحماً)، - لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ بِالْمُودَةِ (١)، و الوصية برّ و الذمى الملتزم بشرائط الذمه غير مقاتل للمسلمين، و للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل أوصى بماله فى سبيل الله، فقال عليه السّلام: أعطه لمن أوصى له و إن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله تعالى يقول:

فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه) (٢)، و مثله صحيحه الآخر عن أحدهما عليه السّلام (٣)، و صحيح الريان بن شبيب عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (قلت له:

إن أختى أوصت بوصية لقوم نصارى و أردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين، فقال عليه السّلام: أمض الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى: فمن بدله بعد ما سمعه) (٤) و عن القاضى عدم الجواز لقوله تعالى: لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ (٥)، و الوصية تستلزم المودة و هى محرمة بالنسبة إلى الكافر سواء كان من الأرحام أم لا.

و يضعف بمعارضته بقوله تعالى: لا- يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ... (٦)، و بما تقدم من الأخبار، و الاستدلال منقوض بجواز هبته و إطعامه مع أنها مودة، على أننا نمنع كون مطلق الوصية له مودة، لأن الظاهر أن المراد منها هى مودة المحادّ لله من حيث هو محادّ لله بقرينه جواز صلته لآية البر و المودة و عن ثالث التفصيل بصحة الوصية للذمى إن كان رحماً للموصى و بطلانها إن كان أجنبياً، لما ورد من الحث على صلته الرحم (٧)، و هو متناول للذمى، و فيه: إنه غير مناف لما دل على صلته غيره فالقول بالجواز هو الأقوى.

(١) أى إطلاق أدله الوصية.

(٢) فلا تجوز الوصية له لقوله تعالى: لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ - إلى -

ص: ٦٢

١- (١) سورة الممتحنه، الآية: ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الوصايا حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الوصايا حديث ١.

٤- (٤) الوسائل - من أبواب الوصايا.

٥- (٥) سورة المجادله، الآية: ٢٢.

٦- (٦) سورة الممتحنه، الآية: ٨.

٧- (٧) أصول الكافى ج ٢ ص ١٥٠ طبعه طهران.

لا لاستلزامها (١) المواد المنهى عنها لهم، لمنع الاستلزام (٢)، بل (٣) لأن صحة الوصيه تقتضى ترتيب أثرها، الذى من جملته وجوب الوفاء بها، و ترتب العقاب على تبديلها و منعها، و صحتها تقتضى كونها مالا للحربى، و ماله فىء للمسلم فى الحقيقه و لا يجب دفعه إليه، و هو (٤) ينافى صحتها بذلك المعنى (٥)، بخلاف الذمى.

و هذا المعنى (٦) من الطرفين (٧) يشترك فيه الرحم و غيره (٨). و يمكن أن تمنع قوله تعالى - إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ (١) ، و الحربى من أبرز مصاديق الآيه، و أشكال الشارح على هذا الاستدلال فى المسالك بقوله: (و فيه نظر لأن الحربى قد لا يكون مقاتلا بالفعل بل ممتنعا من التزام شرائط الذمه فلا يدخل فى الآيه) انتهى، بل ما تقدم من الأخبار بإعطاء من أوصى له و إن كان يهوديا أو نصرانيا شامل للحربى بإطلاقه، و لذا ذهب بعضهم إلى جواز الوصيه للحربى أيضا.

(١) أى الوصيه.

(٢) لأن المراد من المواد هى المواد للمحاد لله من حيث هو محاد لله، و ليس النزاع فى ذلك بل النزاع فى جواز الوصيه للحربى بما هو ذو روح و عبد من عباد الله جلّ و علا.

(٣) الدليل الثانى على عدم صحة الوصيه للحربى، فلو صحت الوصيه لوجب ترتيب آثارها، و من جملتها وجوب الوفاء بها و دفع الموصى به إلى الموصى له، و لو وجب الدفع إلى الحربى لوقع التنافى بينه و بين ما وقع عليه اتفاهم من أن مال الحربى غير معصوم و يجوز أخذه لأن ماله فىء للمسلمين، و لازمه عدم وجوب الدفع إليه و هو معنى بطلان الوصيه، و فيه ما قاله الشارح فى المسالك: (لأن معنى صحتها ثبوت الملك له إذا قبله، فتصير حينئذ ملكا من أملاكه، و يلزمه حكمه، و من حكمه جواز أخذ المسلم له) انتهى.

(٤) أى عدم وجوب الدفع إليه.

(٥) من ترتيب آثار الوصيه على تقدير الصحة، و من جمله الآثار وجوب الدفع إليه.

(٦) من ترتيب الآثار على الوصيه على تقدير الصحة، و من جمله الآثار وجوب الدفع إلى الموصى له، مع أنه لا يجب الدفع إلى الحربى لأن ماله فىء للمسلمين، و من إطلاق الآيه و الروايه الواردتين فى الذمى.

(٧) من الذمى و الحربى إثباتا و نفيا.

(٨) فالتمييز بين الرحم و غيره كما تقدم ليس فى محله.

ص: ٦٣

المنافاه (١)، فإن منع الحربى منها (٢) من حيث إنها ماله (٣) غير مناف للوفاء بالوصيه من حيث إنها وصيه، بل منعه من تلك الحثيه (٤) مترتب على صحه الوصيه و عدم تبديلها (٥)، و فى المسأله أقوال آخر.

(و كذا المرتد) عطف على الحربى، فلا تصلح الوصيه له، لأنه بحكم الكافر المنهى عن موادته.

و يشكل بما مر (٦). نعم يتم ذلك فى الفطرى، بناء على أنه لا يملك الكسب المتجدد (٧)، و أما الملى، و المرأه مطلقا (٨) فلا مانع من صحه الوصيه له (٩)، و هو خير المصنف فى الدروس.

فى ما لو أوصى فى سبيل الله

(و لو أوصى فى سبيل الله فلكل قربه) (١٠)، لأن السبيل هو الطريق، و المراد (١) بين القول بصحه الوصيه القاضيه بوجوب الدفع إلى الحربى، و بين كون مال الحربى فيئا للمسلمين.

(٢) من الوصيه.

(٣) بعد القبول.

(٤) أى من حيث إنها ماله.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و تظهر الفائده فى جواز استيلاء الوصى على العين الموصى بها للحربى فيختص بها دون الورثه، و كذا لو استولى عليها بعض الورثه دون بعض، حيث لم يكن فى أيديهم ابتداء، و لو حكمنا بالبطلان لم يتأت هذا، بل يكون الموصى به من جمله التركه لا يختص بأحد من الورثه) انتهى.

(٦) من أن الموادّه المنهى عنها لا تستلزم بطلان الوصيه له من حيث أنه ذو روح و عبد من عباد الله جل و علا.

(٧) لوجوب قتله و سيأتى البحث فيه فى محله.

(٨) سواء كان ارتدادها عن فطره أو مله.

(٩) لعدم المانع من كسبه المتجدد لعدم وجوب قتله.

(١٠) لو أوصى فى سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر، لأن السبيل هو الطريق و المراد بسبيل الله الطريق إلى رضوانه أو ثوابه لاستحاله التحيز عليه، و هذا شامل لكل ما يتقرب به إلى الله فيحمل اللفظ عليه.

و عن الشيخ اختصاصه بالغزاه، و عند تعذر الجهاد يصرف فى أبواب البر من معونه الفقراء و المساكين و ابن السبيل و صله آل الرسول عليهم السلام، و فيه منع واضح إذ لا دليل عليه.

هنا ما كان طريقا إلى ثوابه فيتناول كل قربه جريا له على عمومه.

وقيل: يختص الغزاه، (و لو قال: أعطوا فلانا كذا، و لم يبين ما يصنع به، دفع إليه يصنع به ما شاء) (١) لأن الوصيه بمنزله التملك فتقتضى تسلط الموصى له تسلط المالك، و لو عين له المصرف تعين.

في أنه تستحب الوصيه لذوى القرباه

(و تستحب الوصيه لذوى القرباه، وارثا كان أم غيره) (٢) لقوله تعالى:

(١) لأن الوصيه تملك للموصى له، و التملك يقتضى تسليط الموصى له على المال كتسلط غيره من الملاك على أموالهم، نعم لو عين مصرفا بحيث قال: اعطوه ليصرفه في الجاه الفلانيه تعين عليه صرفه فيها للنهي عن تبديل الوصيه، قال تعالى: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَجَعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (١)، و لو صرفه في غير الجاه المعينه ضمن و لزمه إقامه بدله و صرفه في الوجه المعين.

(٢) تجوز الوصيه للوارث كما تجوز للأجنبي لإطلاق أدله الوصيه، و لقوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢)، و لا بد أن يكون الوالدان وارثين، إلا أن يكونا ممنوعين من الإرث للكفر و نحوه لكن اللفظ أعم فيشمل موضع النزاع، و الأقربين أيضا يشمل الوارث على بعض الوجوه، و للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (الوصيه للوارث لا بأس بها) (٣)، و موثقه الآخر عنه عليه السلام (عن الوصيه للوارث، فقال عليه السلام: تجوز ثم تلا هذه الآية إن ترك خيرا...٤، و صحيح أبي ولاد الحنات عن أبي عليه السلام (عن الميت يوصى للوارث بشيء؟ قال عليه السلام: نعم، أو قال: جائز له) ٥، و مثلها غيرها.

و ذهب أكثر الجمهور إلى عدم جوازها للوارث و هو واضح الفساد بعد ما سمعت من الأدله، و لذا ما ورد من طرفنا و هو دال على أن الوصيه لا تجوز للوارث محمول على التقيه.

هذا بل الآية تدل على استحباب الوصيه لذوى القرباه وارثا كان أم غيره، لأن معنى (كتب) الوارد و في الآية هو الفرض و هو بمعنى الحث و الترغيب و هو يدل على الاستحباب فضلا عن الجواز.

ص: ٦٥

١- (١) سورة البقره، الآية: ١٨١.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ١٨٠.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوصايا حديث ٤ و ٢ و ١.

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ (١)، ولأن فيه صلة الرحم، وأقل مراتبه (٢) الاستحباب، (ولو أوصى للأقرب) أى أقرب الناس إليه نسبا (نزل على مراتب الإرث) (٣) لأن كل مرتبه أقرب إليه من التي بعدها، لكن يتساوى المستحق هنا، لاستواء نسبتهم إلى سبب الاستحقاق وهو الوصيه، والأصل عدم التفاضل فللذكر مثل حظ الأنثى، وللمتقرب بالأب مثل المتقرب بالأم، ولا يتقدم ابن العم من الأبوين على العم للأب وإن قدم في الميراث (٤)، ويتساوى الأخ من الأم والأخ من الأبوين، وفي تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب وجه قوى، لأن تقدمه عليه في الميراث يقتضى كونه أقرب شرعا، والرجوع إلى مراتب الإرث يرشد إليه (٥) ولا يرد مثله في ابن العم للأبوين، لاعتراهم بأن العم أقرب منه (٦)، ولهذا جعلوه مستثنى بالإجماع، ويحتمل تقديمه (٧) هنا لكونه أولى بالميراث.

في ما لو أوصى بمثل نصيب ابنه

(١) ولو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف إن كان له ابن واحد (٨)، و الثلث إن (١)سوره البقره، الآية: ١٨٠.

(٢) إما أقل مراتب صلة الرحم، أو أقل مراتب الأمر الواقع فى الآية المستفاد من قوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمْ .

(٣) إذا أوصى للأقرب نزل على مراتب الارث بالنسب بمعنى تقديم المرتبه الأولى على الثانيه، و الثانيه على الثالثه لأن كل مرتبه أقرب إليه من التي بعدها، فلا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب، و التنزيل على مراتب الارث من حيث المرتبه لا- فى كيفيه الاستحقاق، لأن الوصيه يتساوى فيها الذكر و الأنثى، و المتقرب بالأب و المتقرب بالأم و إن كان إخوه.

(٤) فتقديم ابن العم لدليل خاص فى الارث و سياى بحثه فى بابہ.

(٥) إلى تقديم الأخ من الأبوين، و وجهه أن التنزيل المذكور يقتضى مراعاة مراتب الارث فالطبقه الأولى مقدمه على الثانيه و هكذا، إلا أن الأقربيه التي أوجبت التنزيل المذكور يقتضى تقديم الأخ من الأبوين لأنه أقرب من الأخ من الأب.

وفيه: لو سلم ذلك لاقتضى تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأم، مع أنه قد سلم بتساويهما عرفا.

(٦) أى أقرب من ابن العم من الأبوين عرفا.

(٧) أى تقديم ابن العم من الأبوين على العم للأب فى الوصيه.

(٨) إذا أوصى لأجنبى بمثل نصيب ابنه، و ليس له إلا واحد، فتكون الوصيه بالنصف، لأنه-

(كان له ابنان، و على هذا).

و الضابط أنه يجعل كأحد الوراث و يزداد في عددهم، و لا فرق بين أن يوصى له بمثل نصيب معين، و غيره، ثم إن زاد نصيبه على الثلث توقف الزائد عليه (١) على الإجازة، فلو كان له ابن و بنت و أوصى لأجنبي بمثل نصيب البنت فللموصى له ربع التركة (٢)، و إن أوصى له بمثل نصيب الابن فقد أوصى له -أضاف إلى الوارث الواحد آخرًا بالوصية، و للموصى له كما عرفت النصف، و هو أزيد من الثلث فإن أجاز الوارث فهو، و إلا كان له الثلث و الباقي للولد، و لو أوصى للأجنبي بمثل نصيب ابنه و له ولدان كانت الوصية بالثلث، لأنه قد أضاف إليهما ثالثًا بالوصية، و لو كان له ثلاثة كانت الوصية بالربع و هكذا، و الضابط أن الموصى له يضاف إلى الوارث، و يجعل كأحدهم إن كانوا متساويين، و إن كانوا مختلفين بالسهم جعل الموصى له مثل أضعفهم سهمًا لصدق الموصى به عليه، و لأصالة البراءة عن الزائد إلا أن يصرح الموصى بأن نصيبه مثل أعظمهم سهمًا فيعمل بمقتضى الوصية حينئذ إن لم تزد على الثلث، و إلا توقفت على إجازة الوارث بلا خلاف فيه بيننا.

نعم عن بعض العامة أن الموصى له يخرج من أصل التركة ثم يقسم الباقي على الورثة فلو أوصى له بمثل نصيب أحدهم و ليس له إلا ولد واحد فالوصية بجميع المال، لأن جميع المال هو نصيب ولده في هذا الفرض، و لو أوصى له و عنده ابنان فالوصية بالنصف و النصف الآخر بين الولدين الوارثين، و كان للأجنبي النصف لأنه هو نصيب ولده في هذا الفرض، و لو أوصى له و كان له ثلاثة فالوصية بالثلث، و الباقي بين الورثة الثلاثة بالسوية و هكذا، و مال إليه العلامة في التحرير و جعله قريبًا من الصواب.

و أوجب عن هذا القول بأن التماثل يقتضى شيئين، و الوارث لا يستحق شيئًا إلا بعد الوصية النافذة، و عليه فالموصى له يكون نصيبه كنصيب الوارث بعد الوصية، لا كنصيبه قبل الوصية، مع أن الوصية في الأول بالجميع و الوارث لا نصيب له، و في الثاني بالنصف و لكل وارث ربع، و في الثالث بالثلث و لكل وارث تسعان و هو أقل من الثلث بتسع، و في الجميع لم يكن نصيب الموصى له كنصيب الوارث و هو على خلاف مدلول الوصية مع أن النهي قد تعلق بتغييرها و تبديلها.

(١) على الثلث.

(٢) و ثلاثة أرباعها بين الذكر و الأنثى على قاعده أن له ضعف ما للأنثى، فالذكر له ربعان و الأنثى لها ربع، و أما الموصى له فله الربع لأنه بمنزلة البنت بحسب الفرض فكأن الميت له ذكر و ابنتان، و المسألة من أربعة.

ص: ٦٧

بخمسة التركة (١) فيتوقف الزائد عن الثلث و هو ثلث خمس (٢) على اجازتهما (٣)، فإن أجازا فالمسألة من خمسة لأن الموصى له بمنزله ابن آخر، و سهام الابنين مع البنت خمسة و إن ردّا فمن تسعه (٤)، لأن للموصى له ثلث التركة، و ما يبقى لهما (٥) أثلاثا (٦) فتضرب ثلاثه في ثلاثه، و إن أجاز أحدهما و ردّ الآخر ضربت مسأله الإجازة في مسأله الرد (٧)، فمن أجاز ضربت نصيبه من مسأله الإجازة في مسأله الرد (٨) و من رد ضربت نصيبه من مسأله الرد في مسأله الإجازة (٩)، فلها مع اجازتها تسعه من خمسة و أربعين، و له (١٠) عشرون، و للموصى له ستة عشر (١١)، هي ثلث الفريضة و ثلث الباقي من النصيب على تقدير الإجازة (١٢)، (١) لأن الموصى له كالذكر، فتحسب التركة على أساس وجود ذكركين و بنت، و المسألة من خمسة، فالموصى له خمسان، و الذكر خمسان أيضا، و الخمس الباقي للبنت.

(٢) المسألة من خمسة، و الخمسة لا تنقسم بغير كسر على الثلث، فنضرب أحدهما بالآخر، و الحاصل خمسة عشر و ثلثها خمسة، و خمسها ستة و الفرق بين الخمسين و الثلث حينئذ واحد، و هو ثلث خمس التركة.

(٣) أى إجازة الابن و البنت لانحصار الورثة بهما.

(٤) أى فالمسألة من تسعه.

(٥) للابن و البنت.

(٦) لقاءه للأنثى نصف الذكر، أو للذكر ضعف ما للأنثى.

(٧) فمسألة الإجازة من خمسة، و مسأله الرد من تسعه، و الحاصل خمسة و أربعون، و عليه فالمسألة عند الاختلاف في الإجازة من خمسة و أربعين.

(٨) فلو أجاز الابن فتضرب اثنين بتسعه فالحاصل ثمانية عشر و يعطى للابن، فالاثان هما نصيبه من مسأله الإجازة و التسعه هي مسأله الرد.

و لو أجازت البنت لضربت الواحد بتسعه فالحاصل تسعه و تعطى للبنت فالواحد هو نصيبها من مسأله الإجازة و التسعه هي مسأله الرد.

(٩) فلو ردّ الابن فتضرب أربعة بخمسة فالحاصل عشرون فتعطى للابن، و الأربعة هي نصيبه من مسأله الرد، و الخمسة هي مسأله الإجازة و لو ردت البنت فتضرب اثنين بخمسة فالحاصل عشرة فتعطى للبنت، و الاثنان هما نصيب البنت في مسأله الرد و الخمسة هي مسأله الإجازة.

(١٠) أى للابن على تقدير الرد لأنهما مختلفان.

(١١) و هي الباقي من الخمسة و الأربعين التي هي مسأله الاختلاف.

(١٢) أى و الستة عشر هى ثلث الفريضة الذى هو خمسة عشر، و ثلث الباقي أى ثلث المقدار -

ص: ٦٨

و له مع اجازته (١) ثمانية عشر و لها عشره و للموصى له سبعة عشر، و على هذا القياس.

فى ما لو قال: أعطوه مثل سهم أحد وراثى

(و لو قال: أعطوه مثل سهم أحد وراثى أعطى مثل سهم الأقل) (٢) لصدق الاسم به، و لأصالة البراءة من الزائد، فلو ترك ابنا و بنتا فله (٣) الربع، و لو ترك ابنا و أربع زوجات فله سهم من ثلاثة و ثلاثين (٤)، (و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه) (٥) على المشهور بين الفقهاء، و أهل اللغة.

الذى لو كان الابن و البنت قد أجاز الأخذه، و لكن لما لم يجز الابن فيأخذ الموصى له ثلث الباقي، و لذا استعرف عند إجازة الابن فقط فللموصى له ثلث الفريضة و ثلثا هذا الباقي و المجموع هو سبعة عشر.

(١) أى للابن.

(٢) قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى الموصى له، لأنه بمنزلة البنت.

(٤) لأن ثمن التركة لزوجاته مهما بلغ عددهن، و هذا الثمن فنقسم على أربعة على تقدير عدم الوصية، فلا بد من عدد ينقسم أثمانا و ثمنه ينقسم على أربعة و ما هو إلا اثنان و ثلاثون، و نصيب الزوجه واحد من اثنين و ثلاثين فلا بد من جعل الموصى له كالزوجه له واحد أيضا فتكون المسألة من ثلاثة و ثلاثين و الموصى له واحد و كل زوجه من زوجاته الأربعة لها واحد و الباقي و هو ثمانية و عشرون للابن و عن الشيخ أنه جعل المسألة من اثنين و ثلاثين لكل زوجه واحد، و جعل نصيب الموصى له واحدا كنصيب الزوجه و جعله من نصيب الولد، فيأخذ الولد سبعة و عشرون.

و فيه: لا- معنى لإدخال النقص الحاصل من نصيب الموصى له على حصه الولد فقط بل لا بد من إدخاله على حصص جميع الورثة.

(٥) إذا أوصى للأجنبي بضعف نصيب ولده، كان له مثلاه، لأن ضعف الشيء مثلاه كما هو الأشهر بين الفقهاء، بل عن الخلاف حكايته عن عامه الفقهاء و العلماء، نعم عن الصحاح و الجمهوره و أبى عبيد القاسم بن سلام أن الضعف هو المثل، و عن الأزهرى الضعف هو المثل فما فوقه و ليس بمقصود على مثليه فأقله واحد و أكثره غير محصور، و العرف شاهد على أن الضعف هو المثل مضاعفا فيكون له مثلين، و يشهد له قوله تعالى:

إِذَا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَ ضِعْفَ الْمَمَاتِ (١)، أى عذاب الدنيا و الآخرة مضاعفا.

ص: ٦٩

وقيل: مثله. و هو قول بعض أهل اللغة. و الأصح الأول (و بضعفيه (١) ثلاثة أمثاله)، لأن ضعف الشيء ضم مثله إليه، فإذا قال: ضعفه فكأنه ضم مثليه إليه.

وقيل: أربعة أمثاله، لأن الضعف مثلان كما سبق فإذا تثنى كان أربعة.

و مثله القول في ضعف الضعف (٢).

في ما لو أوصى بثلته للفقراء

(و لو أوصى بثلته للفقراء (٣) جاز صرف كل ثلث إلى فقراء بلد المال) الذي (١) لو أوصى للأجنبي بضعفى نصيب ولده كان له ثلاثة أمثاله، لأن ضعفى الشيء هو و مثلاه، و قد حكى التصريح به عن بعض أهل اللغة لأن الضعف هو ضم مثل الشيء إليه، و الضعفان هو تضعيف هذا الضم مره أخرى، و عن الشيخ فى المبسوط يكون له أربعة أمثاله، لأن كل ضعف مثلان.

(٢) لو أوصى للأجنبي بضعف ضعف نصيب ولده فيجرى فيه الكلام المتقدم، فعن الشيخ يكون له أربعة أمثاله لأن الضعف مثلان، و عن غيره يكون له ثلاثة أمثاله لأن الضعف هو ضم مثل الشيء إليه، و ضعف الضعف أى يضعف هذا الضم مره أخرى فيكون المجموع ثلاثه.

(٣) لو أوصى بثلته للفقراء و له أمواله متفرقه فى بلاد شتى جاز صرف كل ما فى بلد إلى فقرائه، لحصول الغرض من الوصيه مع عدم وجود مانع منه.

و يجوز صرف الجميع فى فقراء بلد الموصى كذلك لحصول الغرض من الوصيه، نعم قيده الشارح فى المسالك بما إذا لم يستلزم تغيراً بالمال بسبب نقله، و لا تأخيراً لإخراج الوصيه مع إمكان التعجيل، و إلا أشكل الجواز لذلك.

و فيه: أنه لا إشكال و إن ائتم أو ضمن لأن الكلام فى أصل جواز الصرف فيهم، على أنه يمكن فرض غرض صحيح لجواز النقل كأولويه المستحق و وجود الحاكم و غير ذلك مما تقدم فى جواز نقل الزكاه من بلد إلى آخر.

نعم لو فرض عدم المستحق فى بلد المال و عدم الخطر فى النقل جاز بلا إشكال حينئذ، كما أنه لا إشكال فى جواز إخراج قدر ثلث التركة من المال الذى فى بلد الموصى إلى فقرائه مع ترك الأموال المتفرقه للورثه مع رضاهم بذلك، لأن المعتبر إخراج ثلث المال بالقيمه، لا-الإخراج من كل شيء ثلثه، و إن كان إطلاق الثلث فى الوصيه يقتضى الإشاعه إلا- أن يتعلق غرض الموصى بشيء من الأعيان أو الجميع فيجب إتباع مراده حينئذ.

هو فيه، و هو الأفضل ليسلم من خطر النقل، و فى حكمه (١)، احتسابه على غائب مع قبض و كيله فى البلد،(و لو صرف الجميع فى فقراء بلد الموصى)، أو غيره (جاز)، لحصول الغرض من الوصيه و هو صرفه إلى الفقراء.

و استشكل المصنف جواز ذلك (٢) فى بعض الصور (٣) بأنه إن نقل المال (٤) من البلاد المتفرقه إلى بلد الإخراج كان فيه تغير فى المال، و تأخير للإخراج، و إن أخرج قدر الثلث (٥) من بعض الأموال ففيه خروج عن الوصيه، إذ مقتضاها الإشاعه (٦). و الأوسط منها (٧) متوجه، فإن تأخير (٨) إخراج الوصيه مع قدره عليه (٩) غير جائز، إلا أن يفرض عدم وجوبه، إما لعدم المستحق فى ذلك الوقت الذى نقل فيه، أو تعيين الموصى الإخراج فى وقت مترقب بحيث يمكن نقله إلى غير البلد قبل حضوره (١٠)، و نحو ذلك.

و ينبغى جوازه (١١) أيضا لغرض صحيح ككثره الصلحاء، و شدة الفقر، و وجود من يرجع إليه (١٢) فى أحكام ذلك (١٣)، كما يجوز نقل الزكاه للغرض، (١) أى و فى حكم الصرف فى بلد المال الاحتساب على غائب.

(٢) أى صرف الجميع فى بلد واحد و المال فى بلاد شتى.

(٣) و هى ما لو كان فى النقل تغير فى المال أو تأخير فى إخراج الوصيه و إلا فلا إشكال.

(٤) و هو الثلث.

(٥) أى ثلث مجموع التركه.

(٦) و لازمها إخراج ثلث كل مال فى بلده.

(٧) من هذه الإشكالات، و الأوسط هو تأخير الإخراج، و الإشكالات هى التغير و تأخير الإخراج و إخراج ثلث المجموع من بعض مال التركه.

(٨) تعليل لتوجه الأوسط.

(٩) على الإخراج.

(١٠) أى حضور الوقت الذى عينه الموصى.

(١١) أى جواز نقل الثلث إلى بلد الموصى.

(١٢) و هو الحاكم.

(١٣) أى أحكام صرف الوصيه.

و أما التغيرير (١) فغير لازم في جميع أفراد النقل (٢)، و أما إخراج الثلث (٣) من بعض الأموال فالظاهر أنه لا مانع منه، إذ ليس الغرض الإخراج من جميع أعيان التركة، بل المراد إخراج ثلثها بالقيمه، إلا أن يتعلق غرض الوصى بذلك (٤)، أو تفاوت فيه مصلحه الفقراء.

والمعتبر صرفه إلى الموجودين في البلد، و لا يجب تتبع الغائب (٥)، و يجب الدفع إلى ثلاثه فصاعدا (٦)، لا في كل بلد، بل المجموع.

في ما لو أوصى له بأبيه

(و لو أوصى له بأبيه (٧) فقبل و هو (٨) مريض ثم مات) الموصى له (عتق) أبوه (١) و هو الأول من اللوازم الثلاثه.

(٢) فلا بد من الاقتصار على موارد الخطر في مقام عدم جواز النقل، على أنه قد يكون في إبقائه في بلد المال تغيرير فيه إذا كان هناك خطر في البقاء فيجب النقل.

(٣) أى إخراج ثلث المجموع و هو الثالث من اللوازم الثلاثه.

(٤) أى بالإخراج من جميع أعيان التركة.

(٥) و كيف كان مما تقدم من جواز النقل و عدمه فلا بد من دفع الثلث إلى الموجودين في البلد و لا يجب تتبع من غاب، لأن الفقراء غير منحصرين فلا يجب الاستيعاب و لا تتبع من ليس بالبلد لعدم انحصارهم.

(٦) فيجب أن يعطى ثلاثه فصاعدا عملا بمقتضى اللفظ، لأن الفقراء جمع و أقله ثلاثه، نعم من يقول إن أقله اثنان اكتفى بهما، هذا و المدار على الثلاثه في ثلث مجموع التركة، و ليس في كل بلد، عملا بظاهر لفظ الوصيه أيضا.

(٧) لو أوصى لرجل بأب الموصى له، و قبل الوصيه و هو مريض مرض الموت، عتق عليه من أصل المال بلا خلاف فيه، و إن كان منجزات المريض من الثلث، لأذن المعتبر من الثلث ما يخرج المريض عن ملكه بنفسه اختيارا كما لو باشر عتقه فيكون فيه ضرر بالوارث فيخرج من الثلث حينئذ.

و مقامنا ليس كذلك، لأن الموصى له لم يخرج عن ملكه حتى يكون من التنجيز، بل بالقبول ملكه و لكن الله هو الذى أخرجه عن ملكه حين ملكه بالقبول، فقد انعتق عليه تبعا لملكه بغير اختياره.

نعم عن بعض العامه أن الخروج من الثلث كما لو أعتقه اختيارا، و عن العلامه في التحرير أنه قواه لأن اختيار السبب و هو القبول اختيار للمسبب و هو الانعتاق عليه حين ملكه.

(٨) أى الموصى له.

(من صلب ماله)، لأنه لم يتلف على الورثة (١) شيئاً مما هو محسوب مالا- له وإنما يعتبر (٢) من الثلث ما يخرج عن ملكه كذلك (٣)، وإنما ملكه هنا بالقبول (٤) و انعتق عليه قهراً تبعاً لملكه.

و مثله (٥) ما لو ملكه بالإرث، أو بالانتهاب (٦) على الأقوى (٧)، أما لو ملكه بالشراء فإنه ينعتق من الثلث على الأقوى (٨)، لاستناد العتق إلى حصول الملك الناشئ عن الشراء. و هو (٩) ملكه في مقابله عوض، فهو بشرائه ما لا يبقى في ملكه مضيق للثمن على الوارث، كما لو اشترى ما يقطع بتلفه. و يحتمل اعتباره (١٠) من الأصل، لأنه مال متقوم بثمن مثله، إذ الفرض ذلك، و العتق أمر قهري طرأ بسبب القرابة. و ضعفه واضح، لأن بذل الثمن في مقابله ما قطع بزوال ماليتها محض التضييع على الوارث.

(١) أى ورثه نفس الموصى له.

(٢) أى و يعتبر منجز المريض من الثلث ما لو أتلّف على الورثة شيئاً باختياره.

(٣) أى باختياره.

(٤) علق الشارح كما في الطبعه الحجرية بقوله: (و هنا لم يخرج المريض كذلك، وإنما أخرجه الله تعالى عن ملكه بالقبول، و انعتق عليه تبعاً لملكه بغير اختياره فلم يكن مفوّتاً بغير اختياره، و إنما جاء الفوات من قبل الله تعالى).

(٥) أى أنه يخرج من الأصل لا من الثلث.

(٦) و كان ملكه في المرض هذا من جهه و من جهه أخرى يشترط في الهبه أن لا- تكون معوّضه و إلا- فهو ينعتق عليه من الثلث كما لو ملكه بالشراء.

(٧) و في قبالة احتمال و ليس قولاً- لأحد، و هو أنه ينعتق عليه من الثلث لتحقق الملك في المرض فيكون من جملة أمواله و انعتاقه يفوّت عليهم المالیه، و فيه: إنه لم يتلف على الورثة لأن العتق قهري، و لم يبذل في إزائه شيئاً من أمواله حتى يقال أنه فوّت على الورثة شيئاً مالياً.

(٨) لأن تملكه له بالشراء تملك له باختياره.

(٩) أى الشراء.

(١٠) كما هو المحكى عن العلامة في القواعد، لأنه يحجر عليه في التبرعات و لا تنفذ من الأصل بل من الثلث، و الشراء هنا ليس تبرعاً فلا يكون محجوراً عليه، مع أن العتق قد حصل بغير اختياره فلا يعتبر إخراجه من الثلث.

(و لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء فلزيد النصف) (١) لأن الوصيه لفريقين فلا- ينظر إلى آحادهما كما لو أوصى لشخصين، أو قبيلتين.

(و قيل: الربع)، لأن أقل الفقراء ثلاثه من حيث الجمع و إن كان جمع كثره، لما تقدم من دلالة العرف و اللغه على اتحاد الجمعين (٢)، فإذا شَرَك بين زيد، و بينهم بالعطف كان كأحدهم.

و يضعف بأن التشريك بين زيد و الفقراء، لا بينه و بين آحادهم فيكون زيد فريقا، و الفقراء فريقا آخر.

و فى المسأله وجه ثالث و هو أن يكون زيد كواحد منهم، لأنهم و إن كانوا جمعا يصدق بالثلاثه، لكنه يقع على ما زاد (٣) و لا يتعين (٤) الدفع إلى ثلاثه، بل (١) إذا قال: أعطوا زيدا و الفقراء كذا، كان لزيد النصف من الوصيه كما لو أوصى لفريقين مختلفى العدد فلا- ينظر إلى آحادهما، و قيل له الربع لأن أقل الفقراء ثلاثه و قد شَرَك بينهم و بين زيد بالعطف فيكون كأحدهم، و فيه: إن التشريك بينه و بين الفقراء و ليس التشريك بينه و بين آحادهم، فهو حينئذ فريق و الجمع فريق آخر، ثم لو سلم أن التشريك بينه و بين آحادهم فليس له الربع ضروره عدم انحصار الجمع فى ثلاثه إذ قد يكونوا أكثر من ذلك، و كون الثلاثه أقل الجمع لا يوجب المصير إليها مع وجود اللفظ الشامل لها و غيرها.

هذا و يحكى عن بعض العامه قول ثالث و هو أن يكون زيد كأحد الفقراء، فإن كان أفراد الفقراء أربعه زيد عليهم زيد و قسمت الوصيه على خمسه و هكذا.

و عن بعض منهم قول رابع أنه يعطى أقل ما يتموّل به و لا- يجوز حرمانه و إن كان غنيا، و عن خامس أنه إن كان فقيرا فهو كأحدهم و تخصيصه للاهتمام به، و إن كان غنيا فله النصف، و عن سادس إن كان غنيا فله الربع و إلا فالثالث لدخوله فيهم، و عن سابع أن الوصيه فى حق زيد باطله لجهاله من أضيف إليه، و هذه الأوجه كلها ضعيفه ما عدا الأولين و قد تقدم تضعيف الثانى و تقويه الأول.

ثم هذا كله إذا أطلق لفظ زيد، و كذا لو وصفه بوصف الجماعه فقال: لزيد الفقير و الفقراء كذا و كذا، أو وصفه بغير صفه الجماعه كما لو قال: لزيد الكاتب و الفقراء.

و على كل حال فلا بد من الصرف إلى ثلاثه من الفقراء مراعاة لصيغه الجمع.

(٢) جمع الكثره و جمع القله.

(٣) من أربعه أو خمسه و هكذا.

(٤) أى يتعين الزائد عن الثلاثه.

يجوز إلى ما زاد، أو يتعين حيث يوجد في البلد و مقتضى التشريع أن يكون كواحد منهم. و هو أمتن من السابق، و إن كان الأصح الأول

في ما لو جمع بين منجز و مؤخره

(و لو جمع بين عطيه (منجزه) في المرض (١) كهبه، و وقف، و إبراء،(و مؤخره) (٢) إلى بعد الموت (قدمت المنجزه) (٣) من الثلث و إن تأخرت في اللفظ، فإن بقي من الثلث شيء بدء بالأول فالأول من المؤخره كما مرّ، و لا فرق في المؤخره (٤) بين أن يكون فيها واجب (٥) يخرج من الثلث، و غيره (٦). نعم لو كان مما يخرج من الأصل (٧) قدم مطلقا (٨).

و اعلم أن المنجزه تشارك الوصيه في الخروج من الثلث في أجود القولين (٩)،

(١) أي مرض الموت.

(٢) و هي الوصيه.

(٣) قد تقدم الكلام فيها عند البحث فيما لو أوصى بأمر متعدد.

(٤) من حيث تقديم المنجزه عليها.

(٥) و هو الواجب البدني.

(٦) و هو ما ليس فيه واجب بدني.

(٧) كالواجب المالي كالحج.

(٨) سواء تأخر في الذكر أم تقدم.

(٩) ذهب الأكثر على أن تصرفات المريض المنجزه المتبرع بها في مرض الموت من الثلث للأخبار.

منها: صحيح على بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السلام: ما للرجل من ماله عند موته، قال: الثلث و الثلث كثير) (١)، و صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يموت ماله من ماله، فقال: ثلث ماله) ٢ و خبر على بن عقبة عنه عليه السلام (في رجل حضره الموت فأعتق مملوكا ليس له غيره فأبى الورثه أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه، قال عليه السلام: ما يعتق منه إلا ثلثه، و ساير ذلك الورثه أحق بذلك، و لهم ما بقي) (٢)، و ما روته العامه (أن رجلا من الأنصار أعتق سته أعبد له في مرضه، لا مال له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و جزأهم ثلاثة أجزاء، و أفرع بينهم، فأعتق اثنين -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٨ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.

و أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت (١)، و أنه يقدم الأسبق (٢) منها فالأسبق لو قصر الثلث عنها (٣)، و تفارقها (٤) في تقديمها عليها (٥)، و لزومها (٦) من قبل المعطى، و قبولها (٧) كغيرها من العقود (٨)، و شروطها شروطه (٩)، و أنه لو برئ من مرضه -و أرق أربعه(١٠) و خبر أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يكون لامرأته عليه دين فتبرأه منه في مرضها، قال: بل تهبه له فتجوز هبتها له و يحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركته شيئاً)(١١)، و عن المفيد و الشيخ في النهاية و ابن البراج و ابن إدريس أنها تخرج من الأصل لعموم النبوى (الناس مسلطون على أموالهم)(١٢)، و خبر عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، و إن أوصى به كله فهو جائز)(١٣)، و مثله غيره و الترجيح للأول لأنه أكثر عدداً و أصح سندا.

(١) أى يعتبر ثلث التركة في زمن الوفاة و لا يعتبر الثلث حين صدور المنجز كما هو ظاهر النصوص المتقدمة.

(٢) لما تقدم من تقديم الأسبق فى الوصايا بحيث لو استوعب الأسبق الثلث، لكان المريض فيما بعد قد تصرف فى مال قد تعلق به حق الغير فيبطل إلا مع إجازة الوارث.

(٣) عن المنجزه.

(٤) أى تفارق المنجزه الوصيه.

(٥) و قد تقدم.

(٦) أى لزوم المنجزه كلزومها لو صدرت من الصحيح، و هذا بخلاف الوصيه فإنه يجوز للموصى العدول عنها كما سيأتى.

(٧) أى قبول المنجزه.

(٨) بل هى كل فعل تبرعى كالهبة و الوقف و الإبراء فيجربى فى المنجزه ما يجربى فى هذه المذكورات.

(٩) أى و شروط المنجزه شروط العقد، و قد علق الشارح كما فى الطبعه الحجرية بقوله:

(المنجزه شروطها الشروط المعتره فيها - أى العقود - كما لو صدرت حال الصحه مع العلم بالعوض فى المحاباه، و التنجيز فى البيع و غيره من العقود، بخلاف الوصيه، فإنها متعلقه بالموت، و عدم الضرر ليست شرطاً فى ضمنها).

ص: ٧٦

١- (١) سنن النسائى ج ٤ ص ٥٢ باب الجنائز.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١١.

٣- (٣) ؟؟؟

٤- (٤) ؟؟؟

لزمت (١) من الأصل، بخلاف الوصيه (٢).

فى أنه يصح الرجوع فى الوصيه

(و يصح) للموصى (الرجوع فى الوصيه) (٣) ما دام حيا (قولا، مثل رجعت، أو نقضت، أو أبطلت)، أو فسخت، أو هذا لوارثى أو ميراثى، أو حرام على الموصى له، (أو لا تفعلوا كذا)، و نحو ذلك من الألفاظ الداله عليه، (أو فعلا، مثل بيع العين الموصى بها) و إن لم يقبضها، (أو رهنها) مع الإقباض قطعا، و بدونه على الأقوى (٤).

(١) و لا تتوقف على إذن الورثه و إن زادت على الثلث، بل و إن مات بعد ذلك بمرض آخر أو بغير مرض بلا خلاف فيه لعموم قاعده تسلط الناس على أموالهم و لم يخرج عنه إلا بمقدار دلالة الدليل، و هو فيما لو تبرع بشىء و قد مات فى نفس المرض.

(٢) فإنها من الثلث مطلقا.

(٣) يجوز رجوع الموصى فى الوصيه متى شاء فى صحه أو مرض بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: موثق بريد العجلي عن أبى عبد الله عليه السلام (لصاحب الوصيه أن يرجع فيها و يحدث فى وصيته ما دام حيا) (١)، و صحيح ابن مسكان عنه عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن المدبر من الثلث، و أن للرجل أن ينقض وصيته فيزيد فيها و ينقص منها ما لم يمت) ٢ و صحيح محمد بن مسلم عنه عليه السلام (للرجل أن يرجع فى ثلثه إن كان أوصى فى صحه أو مرض) (٢).

هذا و يتحقق الرجوع من الموصى بالتصريح به لفظا بلا خلاف فيه نحو: رجعت أو نقضت أو فسخت أو لا تعطوه ما أوصيت به له، و كذا مما يدل على الرجوع ظاهرا كأن يقول: هذا - و يشير إلى الموصى به - لوارثى، أو هذا حرام على الموصى له.

و يتحقق الرجوع بفعل ينافى الوصيه، كما لو باع ما أوصى به أو أعتقه أو أوصى ببيعه أو هبته أو رهنه، و هذا الفعل ينافى الوصيه لإيجابه انتفاء محلها، و ترتفع الوصيه عند فوات موضوعها.

(٤) لما دل على أن الرهن يقتضى تسليط المرتهن على بيع الرهن عند تعذر استيفاء الدين و هو مناف لتملك الرهن بالوصيه لغير المرتهن، و عمم حكم الرهن مع القبض و بدونه فى قبال من جعل الرهن لازما على الراهن عند الإقباض فقط، و الأصح كما حرر فى محله لزوم عقد الرهن على الراهن و لو مع عدم الإقباض.

ص: ٧٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الوصايا حديث ٤ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الوصايا حديث ١.

و مثله (١) ما لو وهبها (٢)، أو أوصى بها لغير من أوصى بها له أولاً (٣)،

و الأقوى أن مجرد العرض (٤) على البيع و التوكيل فيه (٥) و إيجابه و إيجاب العقود الجائزه المذكوره (٦) كاف فى الفسخ، لدلالته عليه (٧)، لا تزويج العبد و الأمه، و إجارتهما، و ختانهما، و تعليمهما، و وطء الأمه بدون الإحبال (٨)، (أو) فعل (٩) ما يبطل الاسم و يدل على الرجوع مثل (طحن الطعام، أو عجن الدقيق) أو غزل القطن أو نسج مغزوله (أو خلطه بالأجود) (١٠) بحيث لا يتميز، و إنما قيد (١) أى مثل الرهن.

(٢) لأن الهبه داله على تمليك العين لغير الموصى له و هذا إبطال للوصيه، و إن قلنا إن لزوم عقد الرهن على الراهن و لو مع عدم الإقباض.

(٣) كانت الوصيه الثانيه ناسخه و رجوعاً عن الأولى كما تقدم.

(٤) قال الشارح فى المسالك عن الفعل الدال على الرجوع عن الوصيه: (و هو فعل ما يدل على إرادته الرجوع و إن لم يكن صريحاً، و يتحقق بفعل مقدمات الأمور التى لو تحققت لناقضت الوصيه كالعرض على البيع مريداً له، فإنه قرينه داله على إرادته الرجوع عن الوصيه، و مثله العرض على الهبه فضلاً عن الشروع فيها قبل إكمال ما يوجب لزومها، و فى معناه العرض على العقد الموجب لنقل الملك، أو المنع من التصرف كالقرض و الصلح و الرهن، و لو دلت القرينه فى هذه المواضع على عدم إرادته الرجوع بذلك بل كان الفرص أمراً آخر عوّل عليها) انتهى.

(٥) فى البيع.

(٦) من الهبه و الوصيه.

(٧) أى لدلاله الإيجاب على الفسخ.

(٨) فهذه المذكورات لا تدل على الرجوع عن الوصيه، نعم مع الإحبال الموجب لصدق أم الولد بحيث لا يجوز بيعها و لا نقلها عن ملكه لتشبهها بالحرية من نصيب ولدها، فيكون دالاً على الرجوع و إن لم ينو الرجوع بالإحبال.

(٩) أى و يتحقق الرجوع بالتصرف المبطل للاسم و هو التصرف فى الموصى به على نحو أخرجه عن مسماه كما لو أوصى بحنطه فطحنها، أو دقيق معجنه و خبره أو بدار فهدمها و هكذا، فعن غير واحد أنه يتحقق الرجوع نظراً إلى أن الموصى به هو المسمى باسم خاص، و مع التغيير ينعدم موضوع الوصيه فلا بد أن ترتفع.

(١٠) قد تقدم أن التصرف الموجب لبطلان الاسم رجوع عن الوصيه، و لكن هل الخلط كخلط الزيت بمثله موجب لهذا التصرف المبطل أو لا، قال الشارح فى المسالك: (و لو خلط -

بالأجود لإفادته الزيادة فى الموصى به، بخلاف المساوى والأردى، وفى الدروس لم يفرق بين خلطه بالأجود و غيره فى كونه رجوعاً، وفى التحرير لم يفرق كذلك فى عدمه (١). و الأنسب عدم الفرق (٢)، و توقف كونه رجوعاً على القرائن الخارجة فإن لم يحكم بكونه رجوعاً يكون (٣) مع خلطه بالأجود شريكاً بنسبه القيمتين (٤).

الفصل الرابع فى الوصايه

إشاره

(الفصل الرابع فى الوصايه) (٥)

فى الوصيه على الأطفال

بكسر الواو و فتحها و هى استنابه الموصى غيره بعد موته فى التصرف فيما -الزيت بمماثله جنساً فإن كان الغير أجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعاً لاشتغال حصته على زياده و لم يحصل منه الرضا ببذلها مع عدم إمكان فصلها، و إن خلطه بمساو أو أردأ فمفهوم كلام المصنف - أى المحقق فى الشرائع - أنه لا يكون رجوعاً لبقاء المال و عدم اشتغاله على وصف مانع، و هو ظاهر مع المساواه، و مع الأردى يكون القدر الناقص من الوصف بمنزله إتلاف الموصى له فيبقى الباقي على الأصل، و أطلق جماعه كون الخلط موجبا للرجوع و هو حسن مع انضمام قرينه تدل عليه) انتهى.

(١) أى عدم كونه رجوعاً.

(٢) أى فى الجميع فالخلط إما رجوع و إما عدمه فى الجميع.

(٣) أى الموصى.

(٤) فقيمه الموصى به قبل الخلط أقل من قيمته بعد الخلط، فله من الموصى به النسبه بين القيمتين.

(٥) بكسر الواو و فتحها و هى الولايه على طفل أو مجنون أو قضاء الديون و استيفائها ورد الودائع و استرجاعها و تفريق الحقوق الواجبه عليه و المتبرع بها، و الولايه على الطفل و المجنون هو ولايه على أموالهم للنظر فيها و التصرف فيها بما فيه مصلحتهم.

و لا- فرق بين الوصيه و الوصايه إلا أن الوصيه مما يعتبر فيها القبول و أما الوصايه فلا يعتبر فيها القبول بل يبطلها الرد على وجه يبلغ الموصى كما سيأتى التعرض له، و عليه فالوصايه ليست من العقود، و منه تعرف ضعف ما عن العلامه فى القواعد و ثانى المحققين و الشهيدين أنها من العقود، بل فى الحدائق الظاهر اتفاقهم عليه، و وجه الضعف أن العقد متقوم بالإيجاب و القبول مع أن المشهور قد ذهب إلى أن المعتبر فى لزوم الوصايه عدم الرد الذى يبلغ الموصى، و هو أعم من القبول، بل يتحقق بالرد مع عدم القبول و هو مناف لدعوى كونها عقداً. -

كان له التصرف فيه، من إخراج حق، أو استيفائه، أو ولاية على طفل، أو مجنون يملك (١) الولاية عليه بالأصل (٢)، أو بالعرض (٣) (وإنما تصح الوصية على الأطفال بالولاية من الأب و الجد له) و إن علا (أو الوصى) لأحدهما (المأذون له (٤) من أحدهما) فى الإيضاء لغيره، فلو نهاه عنه (٥) لم تصح إجماعاً، و لو أطلق (٦) - ثم إنه لا تصح الوصية بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجد للأب خاصة أو من الوصى الذى قد نص فى وصايته على جواز الوصية لغيره المعنى أو المطلق، و أما الحاكم فلا تصح الوصاية منه على الأطفال بعد موته، لأن له الولاية على الأطفال و المجانين بما هو حاكم و قاض، و هذا يقتضى ولاية نفسه حال الحياة، و لا دليل على أن له الولاية بعد الوفاة عليهم حتى تجوز وصايته، و لذا قال الشارح فى المسالك: (لما كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل، إذ الأصل عدم جواز تصرف الإنسان فى مال غيره بغير إذنه أو ما فى معناه، و جب الاقتصار فى نصب الولى على الأطفال على محل النص أو الوفاق، و هو نصب الأب و الجد له، فلا يجوز للحاكم و إن كان ولياً عليهم أن ينصب بعده عليهم ولياً، لأن ولايته مقصوره عليه حياً و إذا مات ارتفع حكمه، و إن جاز أن يوكل حياً عليهم لأن له الولاية حينئذ) انتهى.

و لا ولاية للأب عليهم فلا تصح وصايتها عليهم لشخص بلا خلاف فيه إلا من الإسكافى. و دليل المشهور الأصل الذى ذكره الشارح بعد عدم الدليل، و قد صرح أكثر من واحد بعدم العثور على ما يصلح دليلاً لابن الجنيد.

(١) أى يملك الموصى.

(٢) كالأب و الجد.

(٣) و هو الموصى الذى أذن له بالوصاية.

(٤) أى للأب.

(٥) أى فلو نهى أحدهما الوصى عن الإيضاء بعد موته.

(٦) إذا أذن الموصى للموصى أن يوصى على ما أوصاه به من أطفال أو حقوق جاز بلا خلاف فيه لوجود الاذن، و لا خلاف فى عدم الجواز مع النهى، و إنما الخلاف فيما إذا أطلق و لم يأذن له و لكن لم يمنعه، فعن الأكثر المنع للأصل، و لأن المتبادر من استنابه الوصى هو التصرف مباشرة بنفسه، و أما تفويض التصرف إلى غيره بعد الموت فلا دليل عليه.

و عن الشيخ و ابن الجنيد و ابن البراج جواز الإيضاء له، لمكاتبه الصّفار فى الصحيح إلى أبى محمد الحسن بن على عليه السّلام (رجل كان وصى رجل فمات و أوصى إلى رجل، هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذى كان هذا وصيه، فكتب: يلزمه بحقه إن كان له قبله -

قيل: جاز لظاهر مكاتبه الصفار، ولأن الموصى أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولايه ما ثبت له، ولأن الاستنايه من جمله التصرفات المملوكه له بالنص.

و فيه منع دلالة الروايه، وإقامته مقام نفسه، في فعله مباشره كما هو الظاهر، و يمنع كون الاستنايه من جمله التصرفات، فإن رضاه بنظره مباشره لا يقتضى رضاه بفعل غيره، لاختلاف الأنظار والأغراض في ذلك، والأقوى المنع.

في ما يعتبر في الوصى

(و يعتبر في الوصى الكمال) بالبلوغ (١)، و العقل (٢)، فلا يصح إلى الصبى بحيث يتصرف حال صباه مطلقا (٣)، و لا إلى مجنون كذلك (٤) (و الإسلام) (٥) فلا -حق إن شاء الله- (١)، و لأن الموصى أقام الوصى مقام نفسه، فيثبت للوصى من الولايه ما يثبت للموصى، و الموصى له حق الوصايه فكذا الوصى، و لأن الوصايه من جمله التصرفات التى يملكها الوصى حال حياته، لأن له الولايه عليهم.

و فيه: أما المكاتبه فمحموله على كون ذلك بالاذن الصادر من الموصى، و إقامه الموصى للوصى مقام نفسه لياشر الأمر بنفسه و نظره فهو لا يدل على إقامته ليوصى أيضا فإنه عين المتنازع، و يمنع كون الوصايه من جمله التصرفات التى يملكها الوصى و هل هذا إلا عين المتنازع فيه.

(١) فلا- تصح الوصيه إلى الصبى منفردا بلا- خلاف فيه لسلب عبارته و أفعاله فيكون ممنوعا من الولايه على الآخرين، و أما الوصايه إليه منضمنا إلى البالغ فسيأتى الكلام فيها.

(٢) فلا- تصح الوصيه إلى المجنون سواء كان أدواريا أو مطبقا بلا خلاف فيه لعدم صلاحيته للولايه بعد سلب عبارته و أفعاله بالجنون بل لو طرأ الجنون بطلت وصايته لخبر الدعائم عن على عليه السلام (لا يزيل الوصى إلا ذهاب عقل أو ارتداد أو تبيذير أو خيانه أو ترك سنه، و السلطان وصى من لا وصى له، و الناظر لمن لا ناظر له) (٢).

(٣) و لو قلنا بجواز الوصايه إليه منضمنا إلى البالغ و لكن لا يجوز له التصرف حينئذ.

(٤) أى مطلقا و لو قلنا بجواز الوصايه إليه منضمنا إلى العاقل.

(٥) لا خلاف في اشتراط الإسلام في الوصى إذا كان الموصى مسلما، فلا تصح وصايه المسلم إلى الكافر و لو كان رحما، لقوله تعالى: **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ** -

ص: ٨١

١- (١) لوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

٢- (٢) الدعائم ج ٢ ص ٣٦٣، و قد ذكر صورته في مستدرک الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب الوصايا حديث ٣، و ذيله في

الباب - ٦٤ - منها حديث ١.

تصح الوصيه إلى كافر وإن كان رحماً، لأنه ليس من أهل الولايه على المسلمين، ولا من أهل الأمانه، وللنهي عن الركون إليه (١)، (إلا أن يوصى الكافر إلى مثله) إن لم نشترط العداله في الوصى لعدم المانع حينئذ، ولو اشترطناها فهل تكفى عدالته في دينه (٢)، أم تبطل مطلقاً (٣) وجهان: من أن (٤) الكفر أعظم من فسق المسلم، ومن أن الغرض (٥) صيانته مال الطفل و أداء الأمانه، وهو يحصل بالعدل منهم.

و الأقوى المنع بالنظر إلى مذهبنا (٦). و لو أريد صحتها (٧) عندهم و عدمه (٨) فلا- غرض لنا في ذلك، و لو ترفعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم و إلا فاللزام الحكم ببطلانها (٩) بناء على اشتراط العداله، إذ لا وثوق بعدالته في دينه، و لا ركون إلى أفعاله، لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام.

سَبِيلًا (١١) ، و قوله تعالى: لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكُافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ (٢).

و أما وصايه الكافر لمثله فلا إشكال في جوازها إن لم نعتبر العداله في الوصى.

(١) إلى الكافر لقوله تعالى: وَلَا تَزَكُّوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ (٣).

(٢) كما مال إليه في الجواهر لأن الغرض صيانته مال الطفل و أداء الأمانه، و إذا كان الكافر في دينه مجانباً للمحرمات قائماً بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه بخلاف فاسق المسلمين.

(٣) و إن كان عدلاً في دينه.

(٤) دليل لبطلان الوصايه.

(٥) دليل الصحه.

(٦) لأنه يشترط العداله في الوصى بحسب ما لها من معنى في ديننا.

(٧) أى صحه الوصايه.

(٨) أى و عدم ما ذكرناه من الصحه.

(٩) أى بطلان الوصايه المذكوره.

ص: ٨٢

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٤١.

٢- (٢) سورة آل عمران، الآية: ٢٨.

٣- (٣) سورة هود، الآية: ١١٤.

(و العدالة فى قول قوى) (١)، لأن الوصيه استئمان، و الفاسق ليس أهلا له، لوجوب التثبت عند خبره، و لتضمنها (٢) الركون إليه، و الفاسق ظالم منهى عن الركون إليه، و لأنها (٣) استنابه إلى الغير فيشترط فى النائب العدالة كوكيل الوكيل، بل أولى، لأن تقصير و كيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل و الموكل و تفحصهما على مصلحتهما، بخلاف نائب الميت (٤)، و رضاه به (٥) غير عدل لا يقدح فى ذلك (٦)، (١) ذهب المشهور إلى اشتراط العدالة فى الوصى لأدله.

الأول: لأن الوصيه استئمان على مال الأطفال و الفاسق لا أمانه له لوجوب التثبت عند خبره لقوله تعالى: **إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا (١)**.

(٢) الدليل الثانى و حاصله أن الوصيه تتضمن الركون باعتبار فعل ما أوصى إليه به من تفرقه المال و إنفاقه و صرفه على الأطفال، و الفاسق ظالم لا يجوز الركون إليه لقوله تعالى: **وَلَا تَزْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّيَارُ (٢)**، و فيه: إن الوصايه ليست ركونا، و لو سلم فالممنوع الركون إلى خصوص الظالم من الفاسق، لا مطلق الفاسق و إن كان ظالما فى نفسه، لأن الظاهر من الآيه هو الظالم لغيره لا لنفسه.

(٣) الدليل الثالث و حاصله أن الوصيه استنابه على مال الغير الذى هو الطفل و ليس على مال الموصى، لانتقاله عنه بموته، فيشترط فى النائب العدالة كوكيل الوكيل، بل العدالة هنا أولى، لأن تقصير و كيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل و الموكل بخلاف الوصى فإنه لا يشاركه فيها أحد و لا يتبع أفعاله.

(٤) الذى هو الوصى.

(٥) أى و رضا الموصى بالوصى جواب عن سؤال مقدر، أما السؤال: كيف لا تصح الوصايه عند قول الموصى: هذا وصيى و لو كان فاسقا، فقد رضى به و إن كان غير عادل، و مع الرضا فلا بد من الحكم بالصحه.

و أما الجواب: فالرضا بكونه فاسقا لا يقدح فى اشتراط العدالة فى الوصى، لأن مقتضى الوصايه إثبات الولاية بعد الموت، و حينئذ لا أهليه للميت حتى يأذن و يرضى بولايه شخص على الغير، بخلاف الوكالة فى مال الحياه فرضاه بفسق الوكيل مؤثر فى الصحه لأهليته للاذن حينئذ.

(٦) فى اشتراط العدالة فى الوصى.

ص: ٨٣

١- (١) سورة الحجرات، الآيه: ٦.

٢- (٢) سورة هود، الآيه: ١١٤.

لأن مقتضاها (١) إثبات الولايه بعد الموت (٢) و حينئذ (٣) فترتفع أهليته (٤) عن الإذن و الولايه، و يصير التصرف متعلقا بحق غير المستنيب (٥) من طفل، و مجنون، و فقير، و غيرهم فيكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل (٦)، و وكيل الحاكم، على مثل هذه المصالح. و بذلك (٧) يظهر ضعف ما احتج به نافي اشتراطها (٨) من أنها (٩) فى معنى الوكاله، و وكاله الفاسق جائزه اجماعا و كذا استيداعه، لما عرفت (١٠) من الفرق بينها (١١)، و بين الوكاله، و الاستيداع، فإنهما متعلقان بحق الموكل و المودع، و هو مسلط على إتلاف ماله فضلا عن تسليط غير العدل عليه، و الموصى إنما سلطه على حق الغير، لخروجه (١٢) عن ملكه بالموت مطلقا (١٣)، مع أننا نمنع أن مطلق الوكيل و المستودع لا يشترط فيهما العدالة (١٤).

(١) أى مقتضى الوصايه.

(٢) أى موت الموصى.

(٣) أى و حين موت الموصى.

(٤) أى أهليه الموصى.

(٥) و هو نفس الموصى.

(٦) لأن الوكاله متقومه بإذنه حال الحياه، و هو فى هذه الحال أهل للاذن.

(٧) أى بما ذكر من الوجوه.

(٨) ذهب ابن إدريس و المحقق فى النافع و العلامه فى بعض كتبه إلى عدم اعتبار العدالة، للأصل و إطلاق أدله الوصايه، و إلى أنها تابعه لاختيار الموصى كالوكاله، مع أنه يجوز توكيل الفاسق فكذا يجوز توكيل الوصى و فيه: إن الأصل منقطع بما تقدم من الوجوه، و بها يقتيد إطلاق الأدله، و للفرق بين الوصايه و الوكاله بأن الوكاله تسليط على ماله بخلاف الوصايه فإنها تسليط على مال الغير، و بأن الوكاله أذن بالتصرف فى حال حياته و هو تحت نظره يراعيه فى تتبع المصلحه، بخلاف الوصايه فهى إذن بالتصرف بعد مماته و هو غير أهل للاذن و ليس هناك أحد يراعيه و يتتبع أفعاله.

(٩) أى الوصايه.

(١٠) تعليل لبيان ضعف القول بعدم الاشتراط.

(١١) أى بين الوصايه.

(١٢) و هو حق الغير من مال الأطفال.

(١٣) حتى الثلث.

(١٤) لأن إيداع مال الطفل و نحوه و الوكاله فيه مما يشترط فيها عداله الوكيل و المستودع، فالتشبيه بمطلق الوكيل و المستودع غير تام.

ص: ٨٤

و أعلم أن هذا الشرط (١) إنما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصى، و يقبل خبره به (٢)، كما يستفاد ذلك من دليله (٣)، لا في صحه الفعل في نفسه، فلو أوصى لمن ظاهره العدالة و هو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصيه فالظاهر نفوذ فعله (٤)، و خروجه عن العهده.

و يمكن كون ظاهر الفسق كذلك (٥) لو أوصى إليه فيما بينه، و بينه (٦) و فعل مقتضاه (٧)، بل لو فعله (٨) ظاهرا كذلك (٩) لم يبعد الصحه، و إن حكم ظاهرا بعدم وقوعه (١٠)، و ضمانه (١١) ما ادعى فعله.

و تظهر الفائده (١٢) لو فعل مقتضى الوصيه باطلاع عدلين (١٣)، أو باطلاع الحاكم (١٤)، إلا أن ظاهر اشتراط العدالة ينافى ذلك كله. و مثله (١٥) يأتي في نيابه (١) و هو اشتراط عداله الوصى.

(٢) أى بما فعل الوصى.

(٣) أى من دليل الشرط المذكور.

(٤) للقطع بموافقته فعله لمقتضى الوصيه.

(٥) أى فعله صحيح و نافذ لو وافق مقتضى الوصيه.

(٦) أى بين الموصى و بين ظاهر الفسق و لم يطلع أحد.

(٧) أى مقتضى ما أوصى به.

(٨) أى فعل الموصى الإيصاء ظاهرا بحيث كان بينه و بين الوصى غيرهما.

(٩) أى و فعل الوصى بمقتضى الوصايه.

(١٠) أى بعدم وقوع ما فعله الوصى الذى هو ظاهر الفسق.

(١١) أى و حكم ظاهرا بضمان الوصى، هذا و ما قاله الشارح هنا فقد تابع به العلامه فى التذكرة و المحقق الثانى فى جامعه، و تبعهم سيد الرياض، و فيه: إنه رفع لليد عن اشتراط العدالة فى الوصى.

(١٢) فى الضمان و عدمه.

(١٣) فلا ضمان لحججه البينه التى شهدت بكون فعله على مقتضى الوصيه.

(١٤) فلا ضمان لحججه العلم الذاتيه، و الحاكم هو الذى سيحكم بالضمان و هو عالم بكون فعله على مقتضى الوصيه، و هذا كله بخلاف ما لو فعل مقتضى الوصيه واقعا و لا دليل على الإثبات ظاهرا فإنه يحكم بالضمان عليه.

(١٥) أى و مثل ما تقدم فى الوصى المشترط فيه العدالة و قد أوصى إلى من ظاهره العدالة و هو فاسق فى نفسه إلى آخر ما تقدم.

ص: ٨٥

الفاسق عن غيره في الحج و نحوه (١).

و قد ذكر المصنف و غيره أن عداله النائب شرط في صحه الاستنابه (٢) لا في صحه النيابه (٣).

(و كذا) يشترط في الوصى (الحرية) (٤) فلا تصح وصايه المملوك لاستلزامها التصرف في مال الغير بغير إذنه (٥)، كما لا تصح وكالته (إلا أن يأذن المولى) فتصح لزوال المانع، و حينئذ فليس للمولى الرجوع في الإذن بعد موت الموصى، و يصح قبله، كما إذا قبل الحر.

(١) كالصلاه و الصيام، فتشترط العداله في النائب لا لصحه الفعل بل للوثوق في تحقق الفعل، فلو استتاب ظاهر العداله و كان فاسقا في نفسه و قد عمل بمقتضى النيابه فلا بد من الحكم بصحه الفعل، و كذا مع اشتراط العداله و قد استتاب ظاهر الفسق بينه و بينه و قد عمل بمقتضى النيابه، و كذا مع اشتراط العداله و قد استتاب ظاهر الفسق و كانت النيابه أمام الغير و قد عمل بمقتضى النيابه بشهاده عدلين أو بعلم الحاكم.

أما لو استتاب ظاهر الفسق أمام الغير و قد عمل بمقتضى النيابه واقعا و لكن لا دليل على الإثبات ظاهرا فلا بد من الحكم بعدم صحه الفعل و بعدم خروجه عن العهد.

(٢) أى جعل الغير نائبا.

(٣) أى قيام الغير بالفعل عنه، و ما ذلك إلا لكون العداله في النائب حينئذ لا لصحه الفعل في نفسه بل ليحصل الوثوق بإخباره.

(٤) فلا تصح الوصايه إلى المملوك بلا خلاف فيه، لأن منافعه مملوكه لمولاه و الوصايه إليه تستدعى صرف شيء من منافعه في السعى على تنفيذها و هو مستلزم للتصرف في ملك الغير بغير إذن مولاه فلا يجوز.

نعم لو أذن المولى جاز، لأن المنع لحقه، خلافا لبعض العامه حيث منع من الوصايه إليه مطلقا و هو ضعيف.

ثم إذا تقرر ذلك فلو أذن المولى له في الوصايه لم يكن له الرجوع في الاذن حيث يلزم الوصى بالمضى فيها أن مات الموصى، نعم قبل موت الموصى لا يلزم الوصى بالمضى لجواز الرد الذى يبلغ الموصى فيجوز حينئذ للمولى الرجوع لكن بشرط إعلام الموصى كالحر، و بالجملة فيقوم المولى مقام الوصى و إن كان فعل متعلق الوصايه منوطا بالمملوك.

(٥) أى إذن المولى المستفاد من السياق.

(و تصح الوصيه إلى الصبي منضمًا إلى كامل) (١) لكن لا- يتصرف الصبي حتى يكمل، فينفرد الكامل قبله ثم يشتركان فيها مجتمعين. نعم لو شرط عدم تصرف الكامل إلى أن يبلغ الصبي اتبع شرطه، و حيث يجوز تصرف الكامل قبل بلوغه لا يختص بالضرورة، بل له كمال التصرف، و إنما يقع الاشتراك في المتخلف (٢)، و لا- اعترض للصبي بعد بلوغه في نقض ما وقع من فعل الكامل موافقا للمشروع (٣) (و إلى المرأة (٤) و الخنثى (٥) عندنا مع اجتماع الشرائط (٦)، لانتفاء (١) قد تقدم عدم جواز الوصايه إلى الصبي منفردا لسلب عبارته و أفعاله شرعا، و لكن تصح الوصايه إليه منضمًا إلى البالغ الكامل و لكن لا يتصرف الصبي إلا بعد بلوغه، و فائده نصبه جواز تصرفه بعد البلوغ على وجه يكون شريكا للبالغ الكامل، بلا خلاف فيه لخبر على بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأه و شرك في الوصيه معها صبيًا، فقال عليه السلام: يجوز ذلك و تمضى المرأة الوصيه و لا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت) (١)، و صحيح الصفار قال: (كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام:

نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحبسوه بذلك) (٢).

(٢) إلى ما بعد البلوغ.

(٣) من الوصيه، و إلا فله الاعتراض كما دل عليه ذيل خبر ابن يقطين المتقدم.

(٤) تجوز الوصيه إلى المرأة عندنا بلا خلاف لإطلاق أدله الوصايه، و لخصوص خبر على بن يقطين المتقدم حيث صرح بكون الوصايه إلى المرأة و الطفل، و كذا تجوز الوصايه للأعمى لإطلاق الأدله أيضا، فما عن بعض العامه من منع الوصايه إليها ضعيف لعدم الدليل عليه سوى قياس الوصايه على القضاء، و القياس باطل نعم روى السكوني في المرسل عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه السلام (المرأة لا يوصى إليها، لأن الله تعالى يقول: وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (٣)، و هو محمول على التقية لموافقته للعامه.

(٥) لعدم خروجه عن الذكر أو الأنثى مع صحه الوصايه إليهما.

(٦) من البلوغ و العقل و الإسلام و العدالة و الحريه.

ص: ٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

في أنه يصح تعدد الوصى

(و يصح تعدد الوصى (١) فيجتمعان) لو كانا اثنين في التصرف، بمعنى (٢) صدوره عن رأيهما ونظرهما وإن باشره أحدهما (إلا أن يشترط (٣) لهما الانفراد) فيجوز حينئذ لكل واحد منهما التصرف بمقتضى نظره، (فإن تعاسرا (٤) فأراد (١) لو أوصى إلى اثنين فصاعداً جاز بلا- خلاف فيه للأخبار الآتية، و عليه فإما أن يشترط اجتماعهما - وإما أن يشترط انفرادهما وإما أن يطلق، فإن شرط اجتماعهما والمراد بالاجتماع صدور الفعل عن رأيهما ونظرهما وإن باشره أحدهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف اتباعاً لشرط الموصى.

و كذا لو شرط عليهما الانفراد فلا يجوز لهما الاجتماع أيضاً، و لو أطلق فهل يجب الاجتماع أو يجوز الانفراد، فالمشهور على الأول لأن ثبوت الولاية لهما على نحو الاجتماع معلوم و ثبوتها لكل واحد منفرداً مشكوك و الأصل يقتضى العدم، و لصحيح الصّفار (كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل كان أوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة و الآخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت و أن يعملا على حسب ما أمرهما إن شاء الله تعالى) (١)،

و عن الشيخ في أحد قوليه و القاضي ابن البراج جواز الانفراد عند الإطلاق لموثق بريد بن معاوية (إن رجلا مات و أوصى إلى و إلى آخر أو إلى رجلين، فقال أحدهما: خذ نصف ما ترك و أعطني النصف مما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال: ذلك إليه) (٢)، بناء على أن ذلك إليه ظاهره في كون القسمة للطالب و هي من حقه، مع أنه يحتمل أن يكون المراد أن إباء القسمة حق للآخر و هو الأقرب لكونه الأخير، و الضمير يرجع إلى الأخير عند تعدد مرجعه المحتمل، و مع الاحتمال يبطل الاستدلال، على أنه لا يصلح لمعارضه صحيح الصّفار المتقدم، لكونه صحيحاً و قد عمل به المشهور.

(٢) تفسير للاجتماع المشروط.

(٣) بمعنى يجوز و يرخّص.

(٤) بناء على اشتراط الاجتماع أو في صورته الإطلاق على مبنى المشهور، و التعاسر هو التشاح، بحيث أبى كل منهما على صاحبه أن يوافق على وجه لا ينافي عدالتهما لتخيل كل منهما الصلاح في ضدّ ما يقوله الآخر، فما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه لا-

١- (١) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٣.

أحدهما نوعاً من التصرف و منعه الآخر (صح) تصرفهما (فيما لا بدّ منه كمثونه اليتيم)، و الدابه، و اصلاح العقار، و وقف غيره (١) على اتفاقهما، (و للحاكم) الشرعى (إجبارهما على الاجتماع) (٢) من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان، إذ لا ولاية له فيما فيه وصى، (فإن تعذر) عليه جمعهما (استبدل بهما) (٣) تنزيلاً لهما بالتعذر منزله المعدوم، لاشتراكهما (٤) فى الغايه (٥). كذا أطلق الأصحاب، و هو يتم مع عدم اشتراط عداله الوصى، أما معه فلا، لأنهما بتعاسرهما يفسقان، لوجوب المبادره إلى إخراج الوصيه مع الإمكان فيخرجان بالفسق عن الوصايه، و يستبدل بهما الحاكم فلا يتصور إجبارهما على هذا التقدير (٦)، و كذا لو لم نشترطها (٧) و كانا عدلين، لبطانها (٨) بالفسق (٩) حينئذ على المشهور (١٠).

-ينفذ لأن الموصى لم يرض برأيه منفرداً فتصرفه كذلك، نعم ما لا بدّ منه ككسوه اليتيم و مأكوله و نفقه الرقيق و الدواب و كفن الميت و زاد بعضهم قضاء ديونه و إنفاذ وصيته المعينه و قبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع و الخصومه عن الميت ورد الوديعة و العين المغصوبه فلو تصرف أحدهما حينئذ ينفذ للضروره.

(١) أى غير الذى لا بدّ منه.

(٢) للحاكم الشرعى إجبارهما على الاجتماع مع الإمكان من غير استبدال لهما لعدم ولايه له فيما فيه للميت وصى، و عن الحلبي أنه يردهما الحاكم إلى أعلمهما و أقوامهما و يجعل الثانى تبعاً له، و فيه: إنه ترجيح لأحدهما و قد منعه الموصى عند ما شرط اجتماعهما.

(٣) فإن تعذر على الحاكم جمعهما جاز له الاستبدال بهما حذراً من الترجيح بلا مرجح، و صونا لوصايا الميت من التعطيل، و حفظاً للمال عن التلف.

(٤) أى التعذر و العدم.

(٥) من تعطيل وصايا الميت و تلف المال.

(٦) أى على تقدير اشتراط عداله الوصى، و فيه: إن عدم متابعه كل منهما للآخر إذا كان عن التشهى و العناد فنعم، و إذا كان عن مصلحه بحيث يرى كل واحد منهما المصلحه فى ضد ما يقوله الآخر فالتشاح لا يوجب الفسق، بل الإجابه لطلب الآخر هى الموجه للفسق حينئذ.

(٧) أى العداله.

(٨) أى الوصايه.

(٩) المسبب عن التشاح، و قد عرفت ما فيه.

(١٠) لو أوصى إلى عدل ففسق بعد موت الموصى تبطل الوصيه على المشهور و إن لم تشترط -

نعم لو لم نشرطها (١) ولا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاّخ، (و ليس لهما قسمه المال) (٢)، لأنه خلاف مقتضى الوصيه من الاجتماع فى التصرف.

(و لو شرط لهما الانفراد (٣) ففى جواز الاجتماع نظر)، من أنه خلاف الشرط فلا يصح، و من أن الاتفاق على الاجتماع يقتضى صدوره عن رأى كل واحد منهما (٤)، و شرط الانفراد اقتضى الرضا برأى كل واحد، و هو (٥) حاصل إن لم يكن هنا آكد.

و الظاهر أن شرط الانفراد رخصه لهما، لا تضييق. نعم لو حصل لهما فى حال الاجتماع نظر مخالف له (٦) حال الانفراد توجه المنع، لجواز كون المصيب هو -عداله الموصى، و عن الحلّى الجزم بعدم البطلان، و عن المحقق فى الشرائع التردد فى الإبطال، و مستند المشهور أن الوصايه إليه من حيث هو عادل و لا ريب فى انتفاء الموضوع عند انتفاء وضعه، نعم لو أوصى إلى العدل لا من حيث عدالته بل من حيث ذاته ففسق فلا بد من الحكم ببقاء الوصايه بناء على صحه الوصايه للفاسق كما هو المفروض.

(١) أى العداله فى الموصى.

(٢) لو أرادا قسمه المال بينهما بحيث يكون لكل منهما تصرف فى مجال و قد وجب عليهما الاجتماع كما هو الفرض لم تجز بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأنه على خلاف مقتضى الوصايه من الاجتماع.

(٣) لو شرط لهما الانفراد ففى جواز الاجتماع نظر، من أنه على خلاف الشرط فلا يصح، و من اقتضاء الاتفاق على الاجتماع صدور الفعل عن رأى كل واحد منهما مع أن شرط الانفراد اقتضاء الرضا برأى كل واحد، و هو حاصل عند الاجتماع إن لم يكن آكد فيكون شرط الانفراد رخصه لا تضييق.

و الإنصاف القول أنه إذا فهم من شرط الانفراد بواسطه القرائن الرخصه فلا إشكال فى جواز الاجتماع، و إن فهم التضييق فلا إشكال فى عدم الجواز، و إن لم يظهر شىء فالظاهر عدم الجواز لأن ثبوت الولاية لهما منفردين معلوم و ثبوتها لهما مجتمعين مشكوك، و الأصل العدم.

(٤) أى صدور الفعل برأى كل واحد حاصل عند الاجتماع.

(٥) لضم رأى الغير إلى رأيه فيكون أقرب إلى الواقع.

(٦) للنظر.

حاله الانفراد و لم يرض الموصى إلا به (١)،(و لو نهاهما عن الاجتماع (٢) اتبع) قطعاً عملاً بمقتضى الشرط الدال صريحاً على النهى عن الاجتماع فيتبع.

(و لو جَوَّزَ لهما الأمرين) (٣) الاجتماع و الانفراد (أمضى) ما جَوَّزه و تصرف كل منهما كيف شاء من الاجتماع، و الانفراد (فلو اقتسما المال) فى هذه الحالة (جاز) بالتنصيف، و التفاوت حيث لا يحصل بالقسمه ضرر، لأن مرجع القسمه حينئذ (٤) إلى تصرف كل منهما فى البعض (٥) و هو (٦) جائز بدونها، ثم بعد القسمه لكل منهما التصرف فى قسمه الآخر و إن كانت فى يد صاحبه، لأنه وصى فى المجموع فلا- تزيل القسمه ولايته فيه (٧)(و لو ظهر من الوصى) المتحد، أو المتعدد على وجه يفيد الاجتماع (٨)(عجز (٩) ضم الحاكم إليه معينا)، لأنه بعجزه خرج (١) أى إلا بالانفراد لكونه هو القدر المتيقن عند شرط الانفراد.

(٢) أى شرط الانفراد و نهاهما عن الاجتماع اتبع شرطه عملاً بالنهى عن تبديل الوصيه قال تعالى: **فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (١)**، و لعموم الوفاء بالشرط.

(٣) فلو جَوَّزَ لهما الاجتماع و الانفراد بمعنى أنه قد أذن لكل وصى فى كل من الاجتماع و الانفراد كان تصرف كل واحد منهما ماضياً و لو انفرد، و يجوز أن يقتسما المال و يتصرف كل واحد منهما فيما يصيبه و فيما فى يد صاحبه كما يجوز الانفراد قبل القسمه، بلا خلاف و لا إشكال لكون الفرض شمول الاذن لكل ذلك.

و لا فرق فى جواز القسمه بين جعلها متساويه و متفاوته حيث لا يحصل بها ضرر على الورثه.

(٤) حين الجواز.

(٥) و هو البعض الحاصل لكل منهما بالقسمه.

(٦) أى و التصرف جائز لكل منهما فى هذا البعض بدون القسمه.

(٧) أى فى القسم الآخر الذى تحت يد صاحبه.

(٨) بحيث شرط عليهما الاجتماع أو أطلق و قلنا إن الإطلاق محمول على الاجتماع كما هو مبنى المشهور و قد تقدم.

(٩) فلو عجز أحدهما عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصيه لمرض و نحوه ضم إليه-

ص: ٩١

عن الاستقلال المانع (١) من ولايه الحاكم، وبقدرته على المباشرة فى الجملة لم يخرج عن الوصايه بحيث يستقل الحاكم فيجمع بينهما (٢) بالضم.

و مثله (٣) ما لو مات (٤) أحد الوصيين على الاجتماع (٥)، أما المأذون لهما فى الانفراد فليس للحاكم الضم إلى أحدهما بعجز الآخر، لبقاء وصى كامل (٦).

و بقى قسم آخر (٧) و هو ما لو شرط لأحدهما الاجتماع و سَوَّغ للآخر -الحاكم من يعينه، فيكون التصرف لثلاثه و إن كان الرأى لاثنين، بلا خلاف فيه إلا من الشهيد فى الدروس فإنه ذهب إلى أن الحاكم يضم إلى الآخر لا إلى العاجز فيكون التصرف كالنظر إلى اثنين.

وفيه: إن مرضه و عجزه لا يخرج عن الوصايه لجواز الوصايه إلى المريض و العاجز ابتداء فكذا استداده، و كذا لو كان الوصى منفردا فعجز أو مرض على نحو منعه ذلك عن القيام بتمام ما عليه من الوصايه ضمَّ إليه الحاكم من يعينه و لا ترتفع وصايته بالكلية.

نعم لو عجز أحدهما عن القيام بالوصايه أصلا لموت أو جنون أو فسق أو غيبه بعيده فعن الأكثر أنه يستقل الآخر بالتصرف من غير أن يضم إليه الحاكم بدلا، و عن المحقق فى النافع و العلامه فى جملة من كتبه و الفخر و الشهيدين و جماعه أنه يضم إلى الآخر أمين من قبله.

و وجه الأول أنه لا ولايه للحاكم مع وجود الوصى، و هو موجود هنا، لأن نصب الآخر الذى بطلت وصايته لم يخرج الأول عن كونه وصيا و لهذا يقال: نصب وصيين.

و وجه الثانى أن الموصى لم يرض برأى أحدهما منفردا فتصرفه لوحده مناف لمقصود الموصى، و هو الأقوى.

(١)صفه للاستقلال.

(٢)بين خروجه عن الاستقلال و عدم خروجه بالكلية.

(٣)أى و مثل العجز فى الجملة.

(٤)و كذا لو جن أو فسق بناء على اشتراط العدالة فى الوصى و الضابط هو: عجزه عن القيام بأصل الوصايه.

(٥)بحيث شرط اجتماعهما، و قد عرفت أن الأكثر على عدم الضم بل يستقل الآخر بالتصرف.

(٦)و لا ولايه للحاكم مع وجود وصى كامل للميت كما هو موجود هنا.

(٧)هذا القسم و ما بعده راجعان إلى أصل المسأله و هى ما لو أوصى إلى متعدد، فتاره يطلق -

الانفراد فيجب اتباع شرطه فيتصرف المستقل بالاستقلال (١)، و الآخر مع الاجتماع خاصه.

و قريب منه ما لو شرط لهما الاجتماع موجودين، و انفراد الباقي بعد موت الآخر، أو عجزه فيتبع شرطه، و كذا يصح شرط مشرف (٢) على أحدهما بحيث لا يكون للمشرف شيء من التصرفات و إنما تصدر عن رأيه (٣) فليس للوصي التصرف بدون إذنه (٤) مع الإمكان، فإن تعذر و لو بامتناعه ضم الحاكم إلى الوصي معينا (٥) كالمشروط له (٦) الاجتماع على الأقوى (٧)، لأنه في معناه (٨) حيث لم يرض برأيه منفردا، و كذا يجوز اشتراط تصرف أحدهما في نوع خاص، و الآخر في الجميع منفردين، و مجتمعين على ما اشتركا فيه.

في ما لو خان الوصي

(و لو خان) (٩)....

و أخرى بشرط الاجتماع و ثلثه بشرط الانفراد، و رابعه بتسوية الأمرين و هذا ما تقدم، و خامسه يشترط على أحدهما الاجتماع و يسوّغ للآخر الانفراد فيجب اتباع الشرط فيستقل المنفرد و لا يتصرف الآخر إلا مع الاجتماع كما هو واضح، و سادسه اشتراط الاجتماع حال حياتهما أو حال قدرتهما على القيام بأصل الوصاية بحيث لو مات أحدهما أو عجز انفراد الباقي فكذلك يجب اتباع شرطه، و يمكن فرض صور أخرى.

(١) و أيضا مع الاجتماع.

(٢) أى اشتراط ناظر على أحدهما أو كليهما.

(٣) رأى المشرف.

(٤) إذن المشرف.

(٥) يكون بديلا عن المشرف و له نفس أفعاله.

(٦) أى تعيين الحاكم بديلا عن المشرف كتعيين الحاكم بديلا عن أحد الوصيين إذا شرط اجتماعهما و قد عجز أحدهما عن القيام بأصل الوصاية.

(٧) لم أعثر على مخالف في هذا الفرع.

(٨) أى لأن المشرف في معنى الوصي الآخر حيث لم يرض الموصى برأى الوصي منفردا.

(٩) إن ظهر من الوصي خيانه عزله الحاكم و أقام أمينا غيره بلا خلاف فيه، لأن الحاكم له حق العزل مراعاة لحق الأطفال و أموال الصدقات و نحوها.

و عن المسالك أنه متوقف على عزل الحاكم إن لم نشترط العدالة في الوصى، وإلا فلو اشترطناها فالأجود انعزاله بنفس الفسق
و لو لم يعزله الحاكم لفقدان الشرط المعتبر في -

ص: ٩٣

الوصى المتحد، أو أحد المجتمعين (١)، أو فسق بغير الخيانه (٢) (عزله الحاكم)، بل الأجود انعزاله بذلك من غير توقف على عزل الحاكم، لخروجه عن شرط الوصايه (و أقام) الحاكم (مكانه) وصيا مستقلا إن كان المعزول واحدا، أو منضمًا إلى الباقي إن كان أكثر (٣) (و يجوز للوصى استيفاء دينه مما فى يده) (٤) من غير توقف على -الوصى و يشهد له خبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (لا يزيل الوصى إلا ذهاب عقل أو ارتداد أو تذيير أو خيانه أو ترك سنه) (١).

(١) أى خان أحد الوصيين اللذين شرط عليهما الاجتماع، و هو احتراز ما لو فسق أحد المنفردين و ذلك عند الوصايه لاثنين و جَوَزَ أو شرط عليهما الانفراد، و الوصى الآخر يغنى عن إقامه بديل للخائن.

(٢) بناء على اشتراط العدالة فى الوصى.

(٣) و قد شرط الاجتماع، ثم ما تقدم مبنى على كون الخائن أحدهما أما لو كانت الخيانه منهما فينعزلان و يقيم الحاكم مكانهما و هكذا.

(٤) لو كان للوصى دين على الميت جاز أن يستوفى دينه مما فى يده من غير إذن الحاكم إذا لم يكن له بتيه على إثبات حقه كما عن الشيخ فى النهايه، لأنه مقاصه و لا يجوز التقاص مع وجود البيئه، و لموثق بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: إن رجلا- أوصى إلى فسألته أن يشرك معى ذا قرابه له ففعل، و ذكر الذى أوصى إلى أن له قبل الذى أشركه فى الوصيه خمسين و مائه درهم عنده، و رهن بها جاما من فضه، فلما هلك الرجل أنشأ الوصى يدعى أن له قبله أكرار حنطه، قال عليه السلام: إن أقام البيئه و إلا فلا شىء له، قلت له: أ يحلّ له أن يأخذ مما فى يديه شيئا؟ قال عليه السلام لا يحلّ له، قلت:

أ رأيت لو أن رجلا عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ، أ كان ذلك له؟ قال عليه السلام: إن هذا ليس مثل هذا) (٢) و عن ابن إدريس و الشهيدين و جماعه أنه يجوز له الاستيفاء سواء كان له حجه أو لا، لأن الفرض كونه وصيا فى إثبات الديون و وفائها فيجوز له إيفاء الديون التى على الميت سواء كانت له أو لغيره، و لأنه بقضاء دين الميت محسن له و قال تعالى: ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٣).

و لا يلتفت هنا إلى البيئه و عدمها لأن الغرض منها هو الإثبات عند الحاكم لجواز كذب المدعى، و علمه بدينه أقوى فى الإثبات من البيئه التى يجوز عليها الخطأ، و أما الروايه فهى -

ص: ٩٤

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب الوصايا حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩٣ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

٣- (٣) سوره التوبه، الآيه: ٩١.

حكم الحاكم بثبوته (١)، و لا على حلفه على بقاءه (٢)، لأن ذلك (٣) للاستظهار ببقائه، لجواز إبراء صاحب الدين، أو استيفائه، والمعلوم هنا خلافه (٤)، والمكلف بالاستظهار هو الوصى (٥)، (و) كذا يجوز له (قضاء ديون الميت التي يعلم بقاءها) إلى حين القضاء (٦)، و يتحقق العلم بسماعه إقرار الموصى بها قبل الموت بزمان لا يمكنه بعده القضاء، و يكون المستحق ممن لا يمكن فى حقه الإسقاط كالطفل و المجنون. و أما ما (٧) كان أربابها مكلفين يمكنهم إسقاطها فلا بد من إحلافهم على بقاءها و إن علم بها سابقا (٨)، و لا يكفى إحلافه إياهم إلا إذا كان مستجمعا لشرائط الحكم (٩)، و ليس للحاكم أن يأذن له (١٠) فى التحليف استنادا إلى علمه (١١) بالدين، بل لا بدّ من ثبوته عنده (١٢)، لأنه (١٣) تحكيم لا يجوز لغير أهله.

-محموله على استيفاء أحد الوصيين دينه مع أنه قد شرط عليهما الاجتماع و لم يثبت الدين عند الآخر و هو أجنبى عن مقامنا، لأن الكلام فيه فى صورته ثبوت الدين عند الوصى.

(١) أى بثبوت الدين.

(٢) أى و لا على حلف الوصى على بقاء الدين.

(٣) أى الحلف.

(٤) حيث إن المفروض هو بقاء دين الوصى على الميت بعد الموت.

(٥) لو ادعى على الميت بدين من أجنبى فالوصى هو الذى يطلب الحلف للاستظهار على بقاء الدين إلى ما بعد الموت، و هنا كيف يطلب الحلف من نفسه و هو قاطع بالبقاء.

(٦) أما قضاء ديون الميت فواضح لأنه من جملة أعمال الوصى، و أما إلى حين القضاء لأنه لو لم يعلم بثبوتها إلى ذلك الوقت فلا يجوز قضائها لاحتمال براءه ذمه الميت منها بالوفاء أو الإبراء من الدائن و نحو ذلك.

(٧) أى من الديون.

(٨) لاحتمال إسقاطها من قبل أربابها.

(٩) بحيث ادعى رب الدين بقاءه إلى ما بعد الموت و له بينه على إثبات أصل الدين فحينئذ يحلفه الوصى على البقاء، و قد تقدمت المسألة فى باب القضاء.

(١٠) للوصى.

(١١) أى عمّ الوصى.

(١٢) أى لا بد من ثبوت الدين عند الحاكم.

(١٣) أى ثبوت الدين.

ص: ٩٥

نعم (١) له بعد ثبوته عنده بالبينه توكيله فى الإحلاف، و له (٢) ردّ ما يعلم كونه وديعه، أو عاريه، أو غصبا، أو نحو ذلك من الأعيان التى لا يحتمل انتقالها عن ملك مالكها إلى الموصى، أو وارثه فى ذلك الوقت.

(و لا- يوصى) الوصى إلى غيره عنمن أوصى إليه،(إلا بإذن منه) له (٣) فى الإيصاء على أصح القولين و قد تقدم (٤)، و إنما أعادها لفائده التعميم، إذ السابقه مختصه بالوصى على الطفل و من بحكمه (٥) من أبيه (٦) وجده و هنا شامله لسائر الأوصياء (٧)، و حيث يأذن له فيه (٨) يقتصر على مدلول الإذن فإن خصه بشخص، أو وصف اختص (٩)، و إن عمم أوصى إلى مستجمع الشروط (١٠)، و يتعدى الحكم (١١) إلى وصى الوصى أبدا مع الإذن فيه (١٢)، لا بدونه.

فى الإذن فى الإيصاء

(و) حيث لا يصرح له بالإذن فى الإيصاء (١٣)(يكون النظر بعده) (١٤) فى وصيه الأول (١٥)(إلى الحاكم)(١٦)، لأنه وصى من لا وصى له،(و كذا) حكم كل (١) أى للحاكم.

(٢)أى للوصى.

(٣)أى إلا بإذن من الموصى للوصى فى الإيصاء إلى الغير.

(٤)فى أوائل بحث الوصايه.

(٥)كالمجنون.

(٦)واحدهما هو الموصى.

(٧)حال كون الوصى وصيا على الطفل و على رد الودائع و وفاء الدين و استيفائه و نحو ذلك.

(٨)فى الإيصاء.

(٩)للنهى عن تبديل الوصيه، و قد تقدم مرارا.

(١٠)من كونه مسلما بالغا عاقلا حرا عادلا بناء على اشتراط الأخير.

(١١)و هو الإيصاء للغير.

(١٢)فى الإيصاء.

(١٣)سواء نهى عنه أو لم يأذن و لم يمنع.

(١٤)بعد الوصى.

(١٥) أى الموصى.

(١٦) و هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى بلا خلاف فيه، لأن ذلك من شئون القضاة و قد-

ص: ٩٦

(من مات ولا وصى له، و مع تعذر الحاكم) لفقده، أو بعده بحيث يشق الوصول إليه عادة (يتولى) انفاذ الوصيه (بعض عدول المؤمنين) (١) من باب الحسبه (٢)، و المعاونه على البر و التقوى المأمور بها (٣).

و اشتراط العدالة يدفع محذور إتلاف مال الطفل و شبهه، و التصرف فيه (٤) - جعله الشارع قاضيا و حاكما كما فى مقبوله ابن حنظله (١) و مرفوعه أبى خديجه (٢).

(١) هل يجوز النظر فى تركه الميت و أطفاله و ديونه و الحقوق التى له و عليه لعدول المؤمنين ممن يوثق بهم عند فقد الجميع أو لا، ذهب ابن إدريس إلى العدم لأن ذلك أمر موقوف على الاذن الشرعى و هو منتف.

و عن الأ-كثر الجواز لما فيه من المعاونه على البر و التقوى المأمور بها بقوله تعالى: وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى (٣) ، و لقوله تعالى: الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ (٤) و قد خرج منه ما أجمع على عدم ولايتهم فيه فيبقى الباقي على عمومه، و لأن ذلك من المعروف و المصالح الحسيه التى يستفاد الاذن فيها من عموم أدله الأمر بالمعروف، و مثل هذا كاف فى الاذن الشرعى، و لخصوص خبر محمد بن إسماعيل (مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن إذا لم يكن الميت صير إليه وصيته، و كان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى إلى أحد و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا فيبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى فى ذلك؟ فقال: إذا كان القيم به مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس) (٥).

(٢) أى إن القيام به من باب احتساب أجره عند الله تعالى.

(٣) بالمعاونه.

(٤) فيه: أى و يدفع محذور التصرف فى مال الطفل بدون إذن شرعى.

ص: ٩٧

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث

٣- (٣) سورة المائدة، الآية: ٣.

٤- (٤) سورة التوبه، الآية: ٧١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب عقد البيع و شروطه حديث.

بدون إذن شرعى، فإن ما ذكرناه هو الإذن، و ينبغى الاقتصار على القدر الضرورى الذى يضطر إلى تقديمه قبل مراجعته الحاكم، و تأخير غيره (١) إلى حين التمكن من إذنه (٢)، و لو لم يمكن لفقده لم يختص (٣)، و حيث يجوز ذلك (٤) يجب (٥)، لأنه من فروض الكفايه.

و ربما منع ذلك كله بعض الأصحاب، لعدم النص. و ما ذكر من العمومات كاف فى ذلك. و فى بعض الأخبار ما يرشد إليه.

فى أن الصفات المعتره فى الوصى يشترط حصولها حال الإيضاء

(و الصفات المعتره فى الوصى) من البلوغ و العقل و الإسلام على وجه (٦) و الحرية، و العدالة (يشترط حصولها حال الإيضاء) (٧)، لأنه وقت إنشاء العقد، (١) غير المضطر.

(٢) إذن الحاكم.

(٣) أى لم يختص التصرف بالضرورى.

(٤) أى تولى عدول المؤمنين.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و يستثنى من موضع الخلاف ما يضطر إليه الأطفال و الدواب من المئونه و صائنه المال المشرف على التلف، فإن ذلك و نحوه واجب على الكفايه على جميع المسلمين فضلا عن العدول منهم، حتى لو فرض عدم ترك مورثهم مالا- فمئونه الأطفال و نحوهم من العاجزين عن التكسب واجب على المسلمين من أموالهم كفايه، كإعانه كل محتاج و إطعام كل جائع يضطر إليه، فمن مال المحتاج أولى، و حيث يجوز لأحد فعل ذلك فالمراد به - أى الجواز - معناه الأعم، و المراد منه الوجوب لما ذكرناه من أنه من فروض الكفريات) انتهى.

(٦) إذا كان الموصى مسلما.

(٧) اختلف الأصحاب فى وقت اعتبار هذه الشروط هل هو عند الوصيه أو عند الموت، أو من حين الوصيه إلى أن يموت الموصى، أو من حينها إلى وقت التنفيذ بعد الموت أقوال أربعة.

الأول للأكثر، قضاء لحق الشرط، فالمشروط عدم شرطه، فلا تصح الوصيه إلى شخص إلا إذا كان مستجمعا للشرائط المذكوره و هذا ما يستدعى تحققها حال الوصيه، و لأن الموصى فى وقت الوصيه منهى عن التفويض إلى من ليس بالصفات المذكوره، و النهى فى المعاملات إذا توجه إلى ركنها أوجب الفساد كما فى المسالك و غيره.

و الثانى بحيث لو أوصى إلى صبي مثلا فبلغ ثم مات الموصى صحت الوصيه و كذا الكلام-

فإذا لم تكن مجتمعه لم يقع صحيحاً (١) كغيره من العقود، ولأنه (٢) وقت الوصية ممنوع من التفويض إلى من ليس بالصفات (٣).

وقيل: يكفي حصولها (حال الوفاة) حتى لو أوصى إلى من ليس بأهل فاتفق حصول صفات الأهلية له قبل الموت صح، لأن المقصود بالتصرف هو ما بعد الموت وهو محل الولاية ولا حاجة إليها قبله.

ويضعف بما مر (٤) (وقيل: يعتبر (من حين الإيضاء إلى حين الوفاة) جمعا بين الدليلين.

والأقوى اعتبارها من حين الإيضاء واستمراره (٥) ما دام وصيا (٦).

في أجره الوصى

(و للوصى أجره المثل عن نظره في مال الموصى عليهم مع الحاجة) (٧) وهي -في الحريه و العقل و باقى الشروط، لأن المقصود من الوصية التصرف بعد الموت فيعتبر اجتماع الشروط حينئذ، ولأن حين الموت هو محل ولاية الوصى فلا حاجة إلى وجود الشروط المذكوره قبل ذلك لانتفاء الفائده، و فيه: أن الوصايه ثابتة من حين الوصيه و إنما المتأخر هو التصرف، فلا بد من ثبوت الشروط من حين تحقق الوصيه.

و الثالث هو مختار الشهيد في الدروس، أما ثبوت الشروط من حين الوصيه فلما مرّ في توجيه القول الأول، و أما استمرارها إلى حين الوفاة لأن الوصايه من العقود الجائزه فمتى عرض اختلال أحد الشروط بطلت كظواهرها.

و الرابع لأن المعبر من الشرط هو تحققه في زمن المشروط، و المشروط هو الوصايه من حين إنشائها إلى حين التنفيذ، و هذا ما قواه الشارح في المسالك و الروضه هنا.

(١) لفوات الشرط الموجب لفوات المشروط.

(٢) أى الموصى.

(٣) أى بالشروط المعبره، و النهى في المعاملات موجب للفساد إن تعلق بركنها.

(٤) من كون الإيضاء وقت إنشاء العقد فلو لم تكن مجتمعه لبطل العقد بسبب فوات الشرط.

(٥) أى استمرار الاعتبار.

(٦) إلى حين التنفيذ.

(٧) للوصى أخذ أجره مع الحاجة بلا خلاف فيه سواء كان الوصى وصياً على الأيتام أو وصياً على صرف مال الوصيه في مواضعها المقرره، و لكن اختلفوا في مقدار ما يؤخذ.

فعن الشيخ في أحد أقواله و الإسكافي و العلامه و المحقق أنه يأخذ أجره المثل، و عن الشيخ -

ص: ٩٩

الفقر، كما نبه عليه تعالى بقوله: **وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** (١) ولا يجوز حتى النهاية و ابن إدريس يأخذ قدر الحاجة، و عن الشيخ في خلافه و تبيانه يأخذ أقل الأمرين، فإن كانت كفايته أقل من أجره المثل فله قدر الكفاية و إلا فلو كان العكس فله أجره المثل.

و الأقوى الأول، لأن أجره المثل عوض عمله، و عمله محترم ما دام غير متبرع به، فلا يضيع عليه.

و استدلل للثاني بقوله تعالى: **وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ** (١)، و المعروف هو ما لا إسراف فيه و لا تقتير، و فيه: إن أخذ أجره المثل من غير زياده معروف، نعم الزيادة على ذلك غير معروف.

و استدلل للثالث بأنه إذا كانت كفايته أقل من أجره فمع حصولها يكون غنيا، و الغنى يجب عليه الاستعفاف لقوله تعالى: **وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ** (٢)، فيجب عليه الاستعفاف عن الباقي، و إذا كانت أجره المثل أقل من كفايته فهو يستحق عوض عمله و لا يحل له أخذ الزائد، و يرده إطلاق صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن من تولى مال اليتيم، ماله أن يأكل منه؟ فقال لله عليه السلام: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك) (٣) و هو شامل للأجر المساوي لكفايته و المغاير لها زياده و نقصانا.

ثم إن الحلّي و الشارح في المسالك و سيد الرياض و جماعه اشترطوا الحاجة في الأخذ لظاهر قوله تعالى: **وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ** (٤) و الأمر ظاهر في الوجوب، و موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (من كان يلي شيئا لليتامى و هو يحتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم و يقوم في ضيعتهم، فليأكل بقدر و لا يسرف، و إن كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه فلا يرزأ من أموالهم شيئا) (٥).

و عن الشيخ و الإسكافي و العلامة في بعض كتبه جواز الأخذ للغنى على كراهه و هو ضعيف لظهور الأمر في الآية بالوجوب.

(١) النساء آية: ٦.

ص: ١٠٠

١- (١) سورة النساء، الآية: ٦.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

٤- (٤) سورة النساء، الآية: ٦.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

مع الغنى لقوله تعالى: وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ (١).

وقيل: يجوز أخذ الأجره مطلقا (٢)، لأنها عوض عمل محترم.

وقيل: يأخذ قدر الكفايه لظاهر قوله تعالى: فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنَّ الْمَعْرُوفَ مَا لَا إِسْرَافَ فِيهِ، و لا تقتير من القوت.

وقيل: أقل الأمرين، لأن الأقل إن كان أجره المثل فلا- عوض لعمله شرعا سواها، و إن كان الأقل الكفايه فلأنها هي القدر المأذون فيه بظاهر الآية.

و الأقوى جواز أخذ أقلهما مع فقره خاصه، لما ذكر، و لأن حصول قدر الكفايه يوجب الغنى فيجب الاستعفاف عن الزائد و إن كان (٣) من جمله أجره المثل.

في الرد للوصيه

(و يصح) للوصى (الرد) للوصيه (ما دام) الموصى (حيا) مع بلوغه الرد (٤) (فلو رد و لَمَّا يبلغ) الموصى (الرد بطل الرد، و لو لم يعلم بالوصيه إلا بعد وفاه) (١) النساء آيه: ٦.

(٢) بقدر الكفايه أو أزيد، و غنيا كان أو فقيرا.

(٣) أى الزائد.

(٤) الوصيه من العقود الجائزه فى حياه الموصى، فيجوز للموصى الرجوع فى وصيته كما يجوز للموصى له و الوصى الرجوع و إن كان بعد القبول، و لكن يختص حكم الوصايه بكون بطلانها مشروطا ببلوغ الموصى الرد، فلو لم يبلغه لزمتم كما لو رد بعد الوفاه، و قد تقدم أن الرد بعد القبول و الوفاه لا أثر له.

و ظاهرهم الاتفاق عليه، و فى الأخبار إيماء إليه فى خبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره) (١) و مثله غيره.

أما لو رد فى حياته و بلغه الرد فالوصايه باطله اقتصارا على القدر المتيقن فيما خالف الأصل، إذ الأصل عدم ثبوت حق على الموصى له و الوصى بوجه قهرى، و خرجنا عنه فيما لو ردّ و لم يبلغه الرد للنصوص فيبقى الباقي.

ص: ١٠١

(الموصى لزمه القيام بها) و إن لم يكن قد سبق قبول (١) (إلا- مع العجز) عن القيام بها فيسقط وجوب القيام عن المعجوز عنه قطعاً، للخرج.

و ظاهر العبارة أنه يسقط غيره (٢) أيضاً، و ليس بجيد. بل يجب القيام بما أمكن منها (٣)، لعموم الأدلة (٤)، و مستند هذا الحكم (٥) المخالف للأصل من (١) الحكم السابق من عدم أثر الرد لو لم يبلغ الموصى، و من أثره عند البلوغ مبنى على كون الرد بعد القبول، و أما لو لم يقبل الوصى لعدم علمه بالوصيه إلا بعد الوفاء فالمشهور بين الأصحاب أن الحكم كذلك بأن الرد يقع باطلاً للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب فليس له أن يرد وصيته، و إن أوصى إليه و هو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل) (١)، و صحيح الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل يوصى إليه قال عليه السلام: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها، و إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه) ٢.

و عن العلامة في التحرير جواز الرد و الرجوع ما لم يقبل عملاً بالأصل المتقدم و هو عدم إثبات حق على الوصى بوجه قهري إلا برضاه، و لدفع الضرر المنفي بقوله تعالى: مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (٢) و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ: (لا ضرر و لا ضرار في الإسلام) (٣)، مع حمل الأخبار المتقدمة على حصول القبول، مع أن الأخبار غير صريحة في مدعى المشهور لتضمنها أن الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً و الغائب يلزمه مطلقاً و هو غير محل النزاع.

فإثبات الحكم مشكل بناء على ما عليه المشهور بهذه الأخبار غير الصريحة في مدعاهم، و الحكم مخالف للأصل، و متضمن لتسلط الموصى على إثبات وصيته على من شاء بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصيه إلى حين موته و هو حرج و ضرر على الوصى، ثم على مبنى المشهور لو حصل للموصى ضرر ديني أو ديني أو مشقه لا- يتحمل مثلها عادة، أو لزم من تحملها ما لا يليق بحاله جاز الرجوع عن الوصيه حينئذ.

(٢) أى غير المعجوز عنه، بحيث لو عجز عن البعض سقط وجوب القيام عن الكل.

(٣) من الوصايه.

(٤) أى عموم أدله القيام بالوصيه.

(٥) من لزوم القيام بالوصيه لو لم يعلم بها إلا بعد الوفاء.

ص: ١٠٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٢.

٢- (٣) سورة الحج، الآية: ٧٨.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب التجار حديث ٣ و ٤ و ٥.

إثبات (١) حق على الموصى إليه على وجه قهري، و تسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء: أخبار كثيرة تدل بظاهاها عليه (٢).

و ذهب جماعه منهم العلامه فى المختلف و التحرير إلى أنه له الرد ما لم يقبل، لما ذكر (٣)، و لاستلزامه الحرج العظيم، و الضرر فى أكثر مواردھا، و هما منفيان بالآيه و الخبر (٤)، و الأخبار ليست صريحه الدلاله على المطلوب، و يمكن حملها على شده الاستحباب، و أما حملها على سبق قبول الوصيه فهو مناف لظاهاها (٥).

و المشهور بين الأصحاب هو الوجوب مطلقا (٦).

و ينبغى أن يستثنى من ذلك (٧) ما يستلزم الضرر و الحرج، دون غيره، و أما استثناء المعجوز عنه فواضح.

(١) بيان للأصل.

(٢) و فيه: إنه مناف لما قاله فى المسالك من أنها لا تدل على محل النزاع إلا إيماء و فى بعضها فقط، و سيأتى التصريح منه بذلك.

(٣) من الأصل.

(٤) و هو عموم النبوى المتقدم (لا ضرر و لا ضرار).

(٥) لأن ظاهاها دال على أن الحاضر تلزمه الوصيه مطلقا و الغائب لا تلزمه مطلقا.

(٦) سواء سبق من الوصى قبول أم لا.

(٧) من حكم المشهور.

ص: ١٠٣

كتاب النكاح

اشاره

ص: ١٠٥

الفصل الأول - في المقدمات

إشاره

(و فيه فصول - الفصل الأول)

في أن النكاح مستحب مؤكد

(في المقدمات: النكاح مستحب (٢) مؤكد) لمن يمكنه فعله، و لا يخاف بتركه (١) النكاح في اللغة هو الوطى كما عليه المشهور بين أهل اللغة، و قد يستعمل في العقد، قال الجوهري: (النكاح الوطى و قد يقال للعقد).

و في الشرع بالعكس فهو بمعنى العقد، بل قيل لم يرد في القرآن بمعنى الوطى إلا في قوله تعالى: حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (١)، لاشتراط الوطى في المحلل، و قيل: إنه بمعنى العقد أيضا هنا، و قد استفيد الوطى من السنه.

و عن الزجاج من أهل اللغة أنه حقيقه فيهما نظرا إلى استعماله فيهما و الأصل في الاستعمال الحقيقه، و هو الظاهر من غيره أيضا كما في الرياض، و عن المصباح المنير أنه مجاز فيهما لأن أصله هو الضم أو الغلبه قال: (إنه مأخوذ من نكحه الدواء إذا خامره و غلبه، أو من تناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض، أو من نكح المطر الأرض إذا اختلط بثراها) انتهى.

هذا و الإنصاف أن النكاح اليوم يطلق على الوطى بحسب العرف، و يطلق على العقد في لسان الفقهاء فيقال كتاب النكاح و كتاب البيع و هكذا.

(٢) النكاح في حد نفسه مع قطع النظر عن الطوارئ مستحب بالكتاب و السنه، قال الله تعالى: وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (٢)، و الأيامي جمع أيم، و الأيم هو من لا زوج له ذكرا-

ص: ١٠٧

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٣٠.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٣٢.

- كان أو أنثى، ووجه الاستدلال بها أن الآيه أمرت الأولياء وغيرهم بإنكاح العزّاب من الأحرار سواء كان ذكورا أو إناثا و أمرت بإنكاح الصالحين من العبيد والإماء، و من المعلوم أن الترغيب فيه ليس إلا لفضيله النكاح و رجحانه في نفسه، و كون الإنكاح سببا لوجوده و مؤديا إلى حصوله.

و الأخبار كثيره جدا.

منها: النبوى (النكاح سنتى فمن رغب عن سنتى فليس منى) (١)، و خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: من أحب أن يكون على فطرتى فليستنّ بسنتى و إن من سنتى النكاح) (٢)، و خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم (فمن أحب فطرتى فليستنّ بسنتى و من سنتى النكاح) (٣)، و النبوى (من سنتى التزويج، فمن رغب عن سنتى فليس منى) (٣)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: تزوجوا فإن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم قال: من أحب أن يتبع سنتى فإن من سنتى التزويج) (٤)، و عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث الأربعمائه (تزوجوا فإن التزويج سنه رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم) (٥) و نحوها غيرها، و سنه النبى صلى الله عليه وآله و سلم إما واجبه أو مندوبه، و لا تطلق على المباح و المكروه، على أن (من رغب عن سنتى فليس منى) زجر عن الرغبه عن النكاح، و حث على الرغبه فيه و ليس إلا لرجحانه و فضله.

و نكتفى بهذا المقدار من الأخبار هنا لإيراد الشارح لجملة منها فى متن الروضه، و هذه الأخبار تفيد استحباب النكاح لمن تآقت نفسه إليه و لغيره كما عليه المشهور، و عن الشيخ فى المبسوط و جماعه أن الاستحباب لمن تآقت نفسه إليه فقط، بل حكم الشيخ باستحباب تركه لمن لم تتق نفسه، لأن الله وصف يحيى بقوله: وَ سَيِّدًا وَ حَصُورًا (٥)، و الوصف من قبل الله به يفيد رجحانه، فيحمل على ما إذا لم تتق نفسه النكاح، بل قوله تعالى:

زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَ الْبَنِينَ وَ الْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَ الْفِضَّةِ وَ الْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَ الْأَنْعَامِ وَ الْحَرْثِ، ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا، وَ اللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ (٦) -،

ص: ١٠٨

١- (١) البحار ج ١٠٣ ص ٢٢٠.

٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ١.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٥.

٤- (٥ و ٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٤-٦.

٥- (٧) سورة آل عمران، الآيه: ٣٩.

٦- (٨) سورة آل عمران، الآيه: ١٤.

و هو وارد مورد الذم خرج منه ما أجمع على رجحانه فيبقى غيره تحت العموم، ولأن في النكاح تعريضا لتحمل حقوق الزوجه والاشتغال عن كثير من المقاصد الدينيه فالأولى تركه إلا مع خشيه العنت فيستحب لمكان الحاجه.

و فيه: بأن المدح ليحيى مختص بشرعه فلا يلزنا مثله، و هو ضعيف لأن المدح في كتابنا و هو مشعر برجحانه و لم يثبت نسخه، لأن شريعتنا ناسخه للشرائع السابقه من حيث المجموع لا من حيث الجميع للقطع ببقاء الكثير من الأحكام كأكل الطيبات و نكاح الحلال و غيرها، فوروده في شرعنا و كتابنا من دون الإشاره إلى نسخه دليل على بقاءه فيه و إلا لم يحسن مدحه عندنا.

و أجب أيضا بأنه كان مكلفا بإرشاد أهل زمانه في بلادهم المقتضى للسياحه و مفارقه الزوجه المنافى لرجحان التزويج، فلذلك مدحه على تركه، لا لأن ترك التزويج من حيث هو كذلك مطلوب حتى يدل على مرجوحته.

و أجب بأن المحصور كما عن الكثير من المفسرين أنه المبالغ في حبس النفس عن الشهوات و الملاهي، و هو من الحصر بمعنى الحبس، فمدحه باعتبار تنكبه عن الشهوات و إعراضه عن الملاهي و الملذات كما هو المعهود من حاله، ففي الخبر عن الإمام العسكري عليه السلام (ما من عبد لله إلا و قد أخطأ أو همّ بخطيئه ما خلا يحيى بن ذكريا عليه السلام فلم يذنب و لم يهّم بذنب) (١) و هو عكس المعهود من غيره من غير المعصومين الذين زين لهم حب الشهوات كما هو مقتضى الآيه المتقدمه.

و الأولى في الجواب هو أن مدحه عليه السلام ليس على ترك التزويج حتى يدل على مرجوحته، بل على انكسار الشهوه الطبيعيه في النفس لغلبه الخوف و استيلاء الخشيئه عليه، و لا ريب في حسن ذلك و مدحه و إن أدى إلى ترك التزويج المطلوب، و تأديه الشيء إلى ترك أمر مطلوب لا ينافى حسنه، لتمانع أكثر الطاعات مع اتصاف جميعها بالحسن.

و أما آيه زين للناس حب الشهوات فهي تفيد الذم لمن اتبع ما تهواه نفسه من حب الشهوات المذكوره، و ليست الآيه شامله لمن تزوج على الوجه الشرعي لإيراده النسل و الذريه و رفع الوحشه من الوحده و الإعانه على كثير من الطاعات و العبادات، و الجواب على دليلهم الثالث أن تحمل الحقوق الحاصله بالتزويج يزيد في الأجر المترتب عليه أو في -

ص: ١٠٩

-مطلق الأجر، فضلا عن كون تحمل الحقوق المذكورة من الأمور الدينية ففي الخبر (الكأد على عياله كالمجاهد في سبيل الله) (١).

و مما تقدم يظهر ضعف ما عن ابن حمزه أن استحباب النكاح لمن تاقت نفسه ذلك و كان قادرا عليه، و من لم تتق نفسه و لم يكن قادرا عليه يكره له ذلك، و من كان قادرا و لم تتق نفسه، أو كان تائقا و لم يقدر لم يكره له النكاح و لم يستحب بل كان النكاح مباحا مستدلا بأن مدح يحيى بأنه حضور و بأن قوله تعالى: **وَلَيْسَ تَغْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا (٢)** يقتضى أن استحباب النكاح مشروط بتوق نفسه و بالقدره، و لازمه أن فاقد الوصفين يكون النكاح له مكروها، و أن الواجد لأحدهما دون الآخر يكون قد جمع بين جهه حسن النكاح وجهه حسن تركه فيتعارضان و يثبت له حكم الأصل السالم عن المعارض أعنى الإباحه.

و فيه: ما قد سمعت من إطلاق الآيه و الأخبار على حسن النكاح مطلقا. ثم هل النكاح أفضل أم التخلي للعباده قولان، أقواهما الأول لما فى ترك النكاح و الاشتغال بالعباده من الرهبانيه، و هى منفيه فى هذه الشريعه، ففي خبر عبد الله بن ميمون القداح عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاءت امرأه عثمان بن مظعون إلى النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم، فقالت: يا رسول الله إن عثمان يصوم النهار و يقوم الليل، فخرج رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم مغضبا يحمل نعليه حتى جاء إلى عثمان، فوجده يصلى، فانصرف عثمان حينما رأى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: يا عثمان لم يرسلنى الله بالرهبانيه، و لكن بعثنى بالحنيفيه السهله السمحاء، أصوم و أصلى و أمس أهلى، فمن أحب فطرتى فليستن بسنتين، و من سنتى النكاح) (٣)، و لخبر عبد الله بن الحكم عن أبى جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: ما بنى بناء فى الإسلام أحبّ إلى الله عز و جل من التزويج) (٤)، و خبر صفوان بن مهران عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم (و ما من شىء أحبّ إلى الله عز و جل من بيت يعمر فى الإسلام بالنكاح) (٥)، و عموم خبر القداح عن أبى عبد الله عليه السّلام عن آبائه عليهم السّلام (قال النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: ما استفاد امرئ مسلم فائده بعد الإسلام أفضل من زوجه -

ص: ١١٠

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات التجاره حديث ٥.

٢- (٢) سورة النور، الآيه: ٣٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٤ و ١٠.

-مسلمه تسره إذا نظر إليها و تطيعه إذا أمرها، و تحفظه إذا غاب عنها في نفسها و ماله(١).

و خبر ابن القداح الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (جاء رجل إلى أبي عليه السلام: فقال له:

هل لك من زوجة؟ قال: لا، قال أبي: ما أحب أن لي الدنيا و ما فيها و أنى بت لي و ليست لي زوجة، ثم قال: الركعتان يصليهما رجل متزوج أفضل من رجل أعزب يقوم ليله و يصوم نهاره(٢)، و خبر ابن القداح الثالث عن أبي عبد الله عليه السلام (ركعتان يصليهما المتزوج أفضل من سبعين ركعه يصليهما أعزب)٣، و عموم النبوي (أرذال موتاكم العزاب)٤، و في آخر (رذال موتاكم العزاب)٥، و في ثالث (شرار أمتي عزابها)٤، و في رابع (تزوج و إلا فأنت من رهبان النصارى)٧، و في خامس (تزوج و إلا فأنت من المذنبين)٨، و في سادس (تزوج و إلا فأنت من إخوان الشياطين)٩، و في سابع (لو خرج العزاب من موتاكم إلى الدنيا لتزوجوا)١٠، و في ثامن (خيار أمتي المتأهلون و شرار أمتي العزاب)٥، و احتج من ذهب إلى أفضلية التخلي للعبادة بأن التزويج من القواطع و الشواغل و متضمن لتحمل الحقوق، و فيه: أنه قد عرفت أنه ذلك يوجب زياده الأجر فلا يقدر في أفضلية.

ثم اعلم أن النكاح مستحب بنفسه مع قطع النظر عن العوارض اللاحقه له و إلا فهو بواسطتها منقسم إلى الأحكام الخمسه، فيجب عند خوف الوقوع في الزنا، و يحرم إذا أفضى إلى الإخلال بواجب كالحج، و عند الزيادة على الأربع، و يكره عند عدم التوقان و الطول على قول قد تقدم، و على الزيادة عن الواحد كما عن الشيخ، و قد يكره بالنظر إلى بعض الزوجات كنكاح القابله المريبه، و من ولد من الزنا، غير أن هذا الحكم من جهه المنكوحه لا من جهه النكاح، و يتصف بالإباحه فيما إذا تضمن ترك النكاح مصلحة تساوى مصلحه الفعل كما إذا خاف من تلف مال معتد به بواسطه التزويج، أو تضييع عيال له في محل آخر، و مع خلوه عن العوارض فهو مستحب.

ثم ينقسم إلى الأحكام الخمسه باعتبار المنكوحه فالواجب التزويج بمن يترتب على تركه-

ص: ١١١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٠.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٤ و ١.
- ٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ذيله.
- ٤- ((٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠)) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٤ و ذيله.
- ٥- ((١١ و ١٢)) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٠ و ٧.

الوقوع فى المحرم، و إلا- وجب. قال الله تعالى: فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١). وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ -تزويجه ضرر كما لو علم وقوع الزنا من أجنبيه و علم أنه لو تزوجها منعها من الضرر فيجب كفايه، و يتعين عند عدم قيام غيره به، و المحرم نكاح المحرمات عينا و جمعا، و المستحب نكاح المستجمعه للصفات المحموده فى النساء، و المكروه نكاح المستجمعه للأوصاف المذمومه فى النساء و نكاح القابله المريبه و المتولده من الزنا، و المباح ما عدا ذلك.

ثم إن التزويج مستحب للفقير و الغنى، بل يكره تركه مخافه العيله لقوله تعالى:

وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (١)، و فى خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاء رجل إلى النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فشكا إليه الحاجه فقال له: تزوج فتزوج فوسّع عليه) (٢)، و فى خبر معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قول الله عز و جل: وَ لَيْسَ تَغْفِيفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ، قال عليه السّلام: يتزوجوا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ) (٣)، و خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الحديث الذى يروونه الناس حق، أن رجلا أتى النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فشكى إليه الحاجه فأمره بالتزويج ففعل، ثم أتاه فشكى إليه الحاجه فأمره بالتزويج حتى أمره ثلاث مرات، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: هو حق، ثم قال: الرزق مع النساء و العيال) (٤)، و مثلها غيرها.

ثم إن الزيادة على الواحده مستحب مع الحاجه، بل و بدونها للتأسى، و إطلاق النصوص الداله على الترغيب فى الزواج، و لما فى الزيادة من تكثير النسل، و لخصوص قوله تعالى:

فَإِنْ كُنْتُمْ مِنْكُمْ مِنْ نِسَاءٍ (٢) و أقل مراتب الأمر الاستجاب، و فى الخبر عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى كل شىء إسراف إلا النساء، قال تعالى: فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) (٤) إلى آخره.

فما عن الشيخ من كراهه الزيادة على الواحده واضح الضعف.

(١) سورة النساء آيه: ٣.

ص: ١١٢

١- (١) سورة النور، الآية: ٣٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢ و ٤.

٣- (٥) سورة النساء، الآية: ٣.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٤٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٢.

يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (١). و أقل مراتب الأمر الاستحباب، و قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «من رغب عن سنتي فليس مني، و إن من سنتي النكاح» (٢).

(و فضله مشهور) بين المسلمين (محقق) في شرعهم (حتى أن المتزوج يحرز نصف دينه) رواه في الكافي بإسناده إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ قال: «من تزوج أحرز نصف دينه، فليتنق الله في النصف الآخر»، أو «الباقى» (٣)، (و روى (٤) ثلثا دينه، و هو من أعظم الفوائد بعد الإسلام) فقد روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ بطريق أهل البيت عليه السلام أنه قال: «ما استفاد امرئ مسلم فائده بعد الإسلام أفضل من زوجه مسلمه تسره إذا نظر إليها، و تطيعه إذا أمرها، و تحفظه إذا غاب عنها في نفسها و ماله» (٥)، و قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «قال الله عزّ و جلّ: إذا أردت أن أجمع للمسلم خير الدنيا، و خير الآخرة جعلت له قلبا خاشعا، و لسانا ذاكرا، و جسدا على البلاء صابرا، و زوجه مؤمنة تسره إذا نظر إليها، و تحفظه إذا غاب عنها في نفسها و ماله» (٦).

في اختيار البكر

(و ليتخير البكر) (٧) قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: تزوجوا الأباكار فإنهن أطيب شيء (١) سورة النور آية: ٣٢. (٢) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨٠.

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١١-١٢.

(٤) مستدرک الوسائل باب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢. و هو ما من «شاب تزوج في حدائه سنه إلا عج (١) شيطانه يا ويله عصم مني ثلثي دينه، فليتنق الله العبد في الثلث الباقي».

(٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٠.

(٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٨.

(٧) يستحب لمن أراد العقد أمور كثيرة و يكره له أمور، و لكن الشائع هو الاقتصار على سبع مستحبات و على مكروه واحد.

فيستحب أن يتخير من النساء من تجمع صفات أربعا: كرم الأصل و كونها بكرا و لودا عفيفه.

و المراد بكرم الأصل أن لا تكون من زنا أو حيض أو شبهه، و لا في أوليائها و أمهاتها من هو كذلك، و قيل المراد بكرم الأصل من لم يكن مسّ آبائها رق، و قيل: بأن يكون أبواها صالحين.

و يدل على كرم الأصل أخبار-

١- (٣) عَجّ: رفع صوتہ و صاح.

-منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال النبي صلّى الله عليه وآله وسلم: أنكحوا الأكفاء، وأنكحوا فيهم و اختاروا لنطفكم)(١)، و بنفس الإسناد السابق (قام النبي صلّى الله عليه وآله وسلم خطيباً فقال: أيها الناس إياكم و خضراء الدمن، قيل: يا رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم و ما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسنة في منبت السوء)٢.

و كونها بكرًا لكونها أحرى بالموافقه و الائتلاف، و للأخبار:

منها: خبر عبد الأعلى بن أعين مولى آل سام عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم: تزوجوا الأبكار فانهن أطيب شيء أفواها، و قال: و في حديث آخر: و انشفه أرحاما و أدّر شيء أخلافا - أحلاما - و أفتح شيء أرحاما)(٢)، و ما روته العامه عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم (أنه قال لجابر و قد تزوج ثيبا: هلا تزوّجت بكرًا تلاعبها و تلاعبك)(٣).

و أما كونها ولودا ففي الخبر (أما علمتم أني أباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط يظل محبنتًا على باب الجنة فيقول الله عز و جل: ادخل فيقول: لا أدخل حتى يدخل أبواي قبلي، فيقول الله تبارك و تعالى لملك من الملائكة: آتني بابويه فيأمر بهما إلى الجنة فيقول: هذا بفضل رحمتي لك)٥، و خبر خالد بن نجيع عن أبي عبد الله عليه السّلام قال:

(تذاكروا الشؤم عند أبي عليه السّلام فقال: الشوم في ثلاث، في المرأة و الدابه و الدار، فأما شؤم المرأة فكثره مهرها و عقم رحمها)(٤) الحديث، و مرسل الصدوق عنه عليه السّلام (اعلموا أن السوداء إذا كانت ولودا أحبّ إليّ من الحسناء العاقر)٧، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (جاء رجل إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم فقال: يا نبي الله إن لي ابنه عمّ لي قد رضيت جمالها و حسنها و دينها و لكنها عاقر، فقال: لا تزوجها إن يوسف بن يعقوب لقي أخاه فقال: يا أخي كيف استطعت أن تزوج النساء بعدى؟ فقال: إن أبي أمرني، فقال:

إن استطعت أن تكون لك ذرية تثقل الأرض بالتسييح فافعل قال: و جاء رجل من الغد إلى النبي صلّى الله عليه وآله وسلم فقال له مثل ذلك فقال له: تزوج سوداء و لودا، فإنني مكاثرت بكم الأمم يوم القيامة، فقلت لأبي عبد الله عليه السّلام: ما السوداء؟ قال: القبيحة)(٥)، و في العوالي عن -

ص: ١١٤

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.
- ٢- ((٣ و ٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٣- (٤) كنز العمال ج ٨ ص ٢٤٢ رقم الحديث ٣٨٦٦ و ٣٩١٧.
- ٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ و ٣.
- ٥- (٨) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

-النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم (حصير ملفوف في زاوية البيت خير من امرأة عقيم) (١)، وفي آخر (و الحصير في ناحية البيت خير من امرأة لا- تلد) ٢ ومعرفة كون البكر ولودا بالرجوع إلى نساؤها من الأخوات والعمات، هذا والجمع بين صفة البكاره والولود بأن لا تكون صغيره ولا يائسه ولا في مزاجها ما يدل عادة على عقمها كانتفاء الحيض.

و أما كونها عفيفه فلأخبار:

منها: خبر جابر بن عبد الله (كنا عند النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم فقال: إن خير نساءكم الولود الودود العفيفه العزيزه في أهلها، الذليله مع بعلها، المتبرجه مع زوجها الحصان على غيره، التي تسمع قوله و تطيع أمره، و إذا خلا بها بذلت له ما يريد منها، و لم تبذل كتبذل الرجل، ثم قال ألا أخبركم بشرار نساءكم الذليله في أهلها العزيزه مع بعلها، العقيم الحقود التي لا تورع عن قبيح، المتبرجه إذا غاب عنها بعلها، الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله و لا تطيع أمره، و إذا خلا بها بعلها تمنعت منه كما تتمتع الصعبه عن ركوبها، لا تقبل منه عذرا و لا تغفر له ذنبا) (٢).

هذا و هناك صفات أخرى ككونها سمراء عينا عجزاء مربوعه طيبه اللت درمه الكعب، عظيمه الكعشب، جميله فالمرأه الجميله تقطع البلغم، ذات شعر فالشعر أحد الجمالين، صالحه تعين زوجها على الدنيا والآخرة، تحفظه في نفسها و ماله إذا غاب عنها، قرشيه فإن نساء قريش أطفهن بأزواجهن و أرحمهن بأولادهن.

ففي الخبر عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: تزوجوا سمراء عينا عجزاء مربوعه، فإن كرهتها فعلى مهرها) (٣)، و خبر عبد الله بن المغيرة عن أبي الحسن عليه السلام (عليكم بذوات الأوراك فإنهن أنجب) ٥، و مرسل أحمد بن أبي عبد الله (كان النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم إذا أراد تزويج امرأه بعث إليها من ينظر إليها و قال للمبعوثه: شمى ليتها، فإن طاب ليتها طاب عرفها، و انظري إلى كعبها فإن درم كعبها عظم كعبتها) (٤)، و الليت العنق، و العرف الريح الطيبه، و درم كعبها أى كثر لحم كعبها، و الكعشب الفرج -

ص: ١١٥

- ١- ((١ و ٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات النکاح حديث ٣ و ٤.
- ٢- (٣) الوسائل صدره في الباب - ٦ - من أبواب مقدمات النکاح حديث ٢، و ذيله في الباب - ٧ - منها حديث ١.
- ٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب مقدمات النکاح حديث ١ و ٢.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات النکاح حديث ١.

أفواها، و أنشفه أرحاما، و أدر شيء أخلافا، و أفتح شيء أرحاما (العفيفه) عن الزنا (الولود) أى ما من شأنها ذلك، بأن لا تكون يائسه، و لا صغيره، و لا عقيما، قال صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم: «تزوجوا بكرا ولودا، و لا تزوجوا حسناء جميله عاقرا، فإنى أباهى بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط»، يظل محببنا على باب الجنه فيقول الله عزّ و جلّ: ادخل الجنه. فيقول: لا حتى يدخل أبواى قبلى: فيقول الله تبارك و تعالى لملك من الملائكه: ائتني بأبويه فأمر بهما إلى الجنه. فيقول هذا بفضل رحمتي لك (الكريمه الأصل) بأن يكون أبواها صالحين مؤمنين. قال صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم: انكحوا الأكفاء و انكحوا فيهم و اختاروا لنطفكم.

فى عدم الاقتصار على الجمال و الثروه

(و لا يقتصر على الجمال، و الثروه) (١) من دون مراعاة الأصل، و العفه.

قال صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم: «إياكم و خضراء الدمن» قيل: يا رسول الله: و ما خضراء الدمن؟ قال:

«المرأه الحسناء فى منبت السوء» و عن أبى عبد الله عليه السّلام: «إذا تزوج الرجل المرأه -و فى الخبر (المرأه الجميله تقطع البلغم، و المرأه السوداء تهيج المره السوداء) (١)، و فى آخر (إذا أراد أحدكم أن يتزوج فليسأل عن شعرها كما يسأل عن وجهها، فإن الشعر أحد الجمالين) ٢، و فى خبر حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم:

خير نساء ركب الرجال نساء قريش، أحانهن على ولد و خيرهنّ لزوج) (٢) و فى آخر (ما ركب الابل مثل نساء قريش، أحنى على ولد و لا أرى على زوج فى ذات يديه) ٤ و فى ثالث (خير نسائكم نساء قريش، ألطفهن بأزواجهن و أرحمهن بأولادهن، المجون لزوجه الحصان على غيره، قلت: و ما المجون؟ قال: التى لا تمنع) ٥.

(١) فلا يقتصر فى اختيار المرأه على الجمال و لا على الثروه و إنما عليه بذات الدين ففى خبر هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا تزوج الرجل المرأه لجمالها أو لمالها و كل إلى ذلك، و إذا تزوجها لدينها رزقه الله المال و الجمال) (٣)، و فى خبر بريد عن أبى جعفر عليه السّلام (حدثنى جابر بن عبد الله أن النبى صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم قال: من تزوج امرأه لمالها و كلّه الله إليه، و من تزوجها لجمالها رأى فيها ما يكره، و من تزوجها لدينها جمع الله له ذلك) ٧ و مثلها غيرها.

ص: ١١٤

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٣.
- ٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢ و ٣.
- ٣- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٤.

لجمالها، أو لمالها وكل إلى ذلك، و إذا تزوجها لدينها رزقه الله المال و الجمال».

فى ما يستحب لمن أراد التزويج

(و يستحب) لمن أراد التزويج قبل تعيين المرأه (صلاه - ركعتين (١) و الاستخاره) و هو أن يطلب من الله تعالى الخير له فى ذلك،(و الدعاء بعدهما بالخيره) بقوله: «اللهم إني أريد أن أتزوج فقدر لي من النساء أعفهن فرجا، و أحفظهن لي فى نفسها و مالى، و أوسعهن رزقا، و أعظمن بركه، و قدر لي ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا فى حياتي، و بعد موتي»، أو غيره من الدعاء (٢)، (و ركعتي الحاجه) لأنه (٣) من مهام الحوائج،(و الدعاء) بعدهما بالمأثور، أو بما سنح، (و الإشهاد) على العقد (٤)، (١)لخبر أبى بصير قال أبو عبد الله عليه السلام: (إذا تزوج أحدكم كيف يصنع قلت له: ما أدري جعلت فداك، قال: إذا هم بذلك فليصل ركعتين و يحمد الله و يقول: اللهم إني أريد أن أتزوج، فقدر لي من النساء أعفهن فرجا و أحفظهن لي فى نفسها و فى مالى، و أوسعهن رزقا و أعظمن بركه، و قدر لي منها ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا فى حياتي و بعد موتي)(١).

(٢)و لكن الأولى المحافظه على خصوص ما ورد عنهم عليهم السلام.

(٣)أى التزويج.

(٤)المشهور بين الأصحاب هو استحباب الإشهاد فى النكاح الدائم، و لكنه ليس بشرط فى صحه العقد، و هو مذهب لجماعه من العامه أيضا كما فى المسالك، لأصالة عدم الاشرط و عدم الوجوب و للأخبار.

منها: صحيح زراره بن أعين (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأه بغير شهود، فقال: لا بأس بتزويج البتة فيما بينه و بين الله، إنما جعل الشهود فى تزويج البتة من أجل الولد، لو لا ذلك لم يكن به بأس)(٢)، و صحيح حفص البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يتزوج بغير بينه، قال: لا بأس)٣، و خبر محمد بن الفضيل قال أبو الحسن موسى عليه السلام لأبى يوسف القاضى: (إن الله أمر فى كتابه بالطلاق و أكد فيه بشاهدين و لم يرض بهما إلا عدلين، و أمر فى كتابه بالتزويج فأهمله بلا شهود، فأثبتتم شاهدين فيما أهمل، و أبطلتم الشاهدين فيما أكد)(٣).

ص: ١١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٥.

(و الإعلان) (١) إذا كان دائما،(و الخطبه) بضم الخاء (أمام العقد) (٢) للتأسي، و أقلها -و عن ابن أبي عقيل منا و جماعه من العامه و جوب الإشهاد و أنه شرط في صحته للأخبار.

منها: مكاتبه المهلب الدلال لأبي الحسن عليه السّلام - إلى أن قال عليه السّلام -: (التزويج الدائم لا- يكون إلا- بولي و شاهدين)(١)، و هو محمول على الاستحباب جمعا بين الأخبار.

(١) و هو أبلغ من الإشهاد للأمر به في النبوي (أعلنوا هذا النكاح)(٢)، و لما روته العامه عن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم (كان يكره نكاح السّر حتى يضرب بدف و يقال:

أتيناكم أعناكم فحيونا نحييكم)(٣)

و في النبوي (لا نكاح في السّر حتى يرى و خان أو يسمع حسن دف)(٤).

(٢) و الخطبه هي حمد الله تعالى، و أكملها - كما في المسالك - إضافه الشهادتين و الصلاه على النبي و آله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم، و الوصيه بتقوى الله، و الدعاء للزوجين، و إنما استحبت كذلك للتأسي بالنبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم و الأئمه عليهم السّلام، و خطبهم في ذلك منقوله و مشهوره، ففي خبر عبد الله بن ميمون القداح عن أبي عبد الله عليه السّلام (أن على بن الحسين كان يتزوج و هو يتعرق عرقا)(٥) يأكل، فما يزيد على أن يقول: الحمد لله و صلى الله على محمد و آله و نستغفر الله، و قد زوّجناك على شرط الله، ثم قال على بن الحسين عليه السّلام إذا حمد الله فقد خطب)(٦) و في خبر على بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث (أن جماعه قالوا لأمير المؤمنين عليه السّلام: إنا نريد أن نزوج فلانا فلانه و نحن نريد أن نخطب فقال: و ذكر خطبه تشتمل على حمد الله و الثناء عليه و الوصيه بتقوى الله، و قال في آخرها: ثم إن فلان بن فلان ذكر فلانه بنت فلان و هو في الحسب من قد عرفتموه، و في النسب من لا تجهلوناه، و قد بذل لها من الصداق ما قد عرفتموه فردّوا خيرا تحمدوا عليه و تنسبوا إليه و صلى الله على محمد و آله و سلّم)(٧)، و في خبر الدعائم عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم (كل نكاح لا خطبه فيه فهو كاليد الجذماء)(٨) و على كل فالخطبه مستحبه و ليست بواجبه بلا خلاف منا-

ص: ١١٨

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ١١.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٩٠.

٣- (٣) مجمع الزوائد ج ٤ ص ٢٨٨.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب النكاح حديث ٢.

٥- (٥) عرقت العظم أعرقه بالضم عرقا إذا أكلت ما عليه من اللحم.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٧- (٧) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٨- (٨) مستدرک الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

الحمد لله، (و إيقاعه ليلا) (١) قال الرضا عليه السلام: «من السنه التزويج بالليل، لأن الله جعل الليل سكنا، و النساء إنما هنّ سكن».

(و ليجنب إيقاعه و القمر في) برج (العقرب (٢) لقول الصادق عليه السلام: «من -إلا من داود الظاهري من العامه، و يرده خبر عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التزويج بغير خطبه فقال: أ و ليس عامه ما تزوج فتياتنا و نحن نتصدق إليه الطعام على الخوان نقول: يا فلان زوج فلانا فلانه فيقول: قد فعلت) (١).

بل في المسالك أنه يستحب لولي المرأة الخطبه بكسر الخاء قبل الخطبه بالضم الصادر، من الزوج ثم خطبه الزوج ثم الجواب، و قال عنه في الجواهر: (و لا- بأس به)، و يدل عليه خبر جابر (٢) الوارد في تزويج على عليه السلام: بالزهره عليها أفضل صلوات ربي فقد خطب النبي صلى الله عليه و آله و سلم أولا ثم أمر عليا بأن يخطب.

(١) أي إيقاع العقد، لأنه أقرب إلى المقصود و أقل للانتظار حيث يكون الدخول ليلا، و لخبر الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (سمعتة يقول في التزويج: من السنه التزويج بالليل، لأن الله جعل الليل سكنا و النساء إنما هنّ سكن) (٣)، فيناسب عقدهن بالليل كزفافهن.

(٢) للأخبار:

منها: خبر ابن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام (من تزوج امرأه و القمر في العقرب لم ير الحسنى) (٤)، و خبر عبد العظيم الحسنى عن علي بن محمد العسكري عن آبائه عليهم السلام (من تزوج و القمر في العقرب لم ير الحسنى) ٥ و البروج اثنا عشر فتسير الشمس في كل برج شهرا، و يسير القمر بالشهر في جميع البروج، فيكون في كل برج يومين و ثلث كما في مجمع البحرين، و البروج هي: الحمل و الثور و الجوزاء و هي بروج تسير الشمس فيها في الربيع، و السرطان و الأسد و السنبله و يسمى بالعدراء و هي التي تسير الشمس فيها في الصيف، و الميزان و العقرب و القوس و هي التي تسير الشمس فيها في الخريف، و الجدى و الدلو و الحوت و هو المسمى بالسملكه هي البروج التي تسير فيها الشمس في الشتاء.-

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

تزوج و القمر فى العقرب لم ير الحسنى»، و التزويج حقيقه فى العقد،(فإذا أراد الدخول) (١) بالزوجه (صلى ركعتين) قبله (٢) (و دعا) بعدهما بعد أن يمجد الله سبحانه، و يصلى على النبى صلى الله عليه و آله و سلم بقوله: «اللهم ارزقنى إلفها و ودها و رضاها، و أرضنى بها، و اجمع بيننا بأحسن اجتماع، و أنس و ائتلاف، فإنك تحب الحلال، -و إذا أردت معرفه أن القمر فى أى برج من الأبراج الاثنى عشر فانظر كم مضى من شهر ك من يومك الذى أنت فيه، ثم ضم إليه مثله و خمسته، ثم أسقط لكل من تلك الأبراج خمسته من هذا العدد بادئا بالبرج الذى حلت الشمس فيه، فأى موضع ينتهى إليه الإسقاط فالقمر فيه، فلو وقعت الخمسه الأخيره على العقرب مثلا- فالقمر فى أول درجاته، و إذا كسرت فالقمر فى موضع ذلك الكسر كما فى مجمع البحرين فى كتاب اللام عند تفسير نزل، هذا و يكره إيقاع العقد فى محاق الشهر، و هو الليلتان أو الثلاث من آخر الشهر لمرسل الصدوق (و روى أنه يكره التزويج فى محاق الشهر) (١) و لخبر عبد العظيم الحسنى عن على بن محمد العسكرى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام (من تزوج فى محاق الشهر فليسلم لسقط الولد) ٢، و يكره إيقاع العقد فى ساعه حاره لخبر ضريس بن عبد الملك (بلغ أبا جعفر عليه السلام أن رجلا تزوج فى ساعه حاره عند نصف النهار، فقال عليه السلام: ما أراهما يتفقان فافتراقا) (٢).

(١) شروع فى مستحبات الخلوه بالمرأه.

(٢) قبل الدخول لخبر أبى بصير (سمعت رجلا و هو يقول لأبى جعفر عليه السلام: إنى رجل قد أسننت و قد تزوجت امرأه بكرا صغيره و لم أدخل بها، و أنا أخاف إن دخلت على فرأتنى أن تكرهنى لخضابى و كبرى، فقال عليه السلام: إذا دخلت فمرهم قبل أن تصل إليك أن تكون متوضئه، ثم أنت لا تصل إليها حتى توضحاً و صلى ركعتين، ثم مجّد الله و صل على محمد و آل محمد، ثم ادع الله و مر من معها أن يؤمنوا على دعائك و قل: اللهم ارزقنى إلفها و ودها و رضاها، و أرضنى بها و اجمع بيننا بأحسن اجتماع و أنس و ائتلاف، فإنك تحب الحلال و تكره الحرام) (٣) و الخبر دال على استحباب الوضوء للزوجين قبل الدخول أيضا، و لكن الخبر ليس فيه دلالة على صلاه المرأه ركعتين، و لا على الدعاء لها، و إنما تضمن الخبر الأمر بالتأمين لمن معها.

ص: ١٢٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

و تكره الحرام»، أو غيره من الدعاء (و تفعل المرأه كذلك) فتصلي ركعتين بعد الطهاره و تدعو الله تعالى بمعنى ما دعا.

(و ليكن) الدخول (ليلا) (١) كالعقد، قال الصادق عليه السلام: زفوا نساءكم ليلا، و أطعموا ضحى (و يضع يده على ناصيتها) (٢) و هى ما بين نزعتيها من مقدم رأسها عند دخولها عليه، و ليقول: «اللهم على كتابك تزوجتها، و فى أمانتك أخذتها، و بكلماتك استحلت فرجها، فإن قضيت فى رحمها شيئا فأجعله مسلما سويا، و لا تجعله شرك شيطان» (و يسمى) الله تعالى (عند الجماع) (٣) دائما (٤) عند (١) لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (زفوا عرائسكم ليلا و أطعموا ضحى) (١)، و لأنه أوفق بالستر و الحياء، بل قيل: إنه يستحب إضافة الستر المكانى.

(٢) عند دخولها عليه لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (فإذا دخلت عليه فليضع يده على ناصيتها و يقول: اللهم على كتابك تزوجتها، و فى أمانتك أخذتها، و بكلماتك استحلت فرجها، فإن قضيت فى رحمها شيئا فأجعله مسلما سويا، و لا تجعله شرك شيطان، قلت: و كيف يكون شرك شيطان؟ فقال: إن الرجل إذا دنا من المرأه و جلس مجلسه حضره الشيطان، فإن هو ذكر اسم الله تنحى الشيطان عنه، و إن فعل و لم يسم أدخل الشيطان) (٢) ذكره، فكان العمل منهما جميعا و النطفه واحده، قلت: فبأى شىء يعرف هذا جعلت فداك؟ قال: بحبنا و بغضنا) ٢.

(٣) لخبر أبى بصير المتقدم.

(٤) فى مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (إذا أتى أحدكم أهله فلم يذكر الله عند الجماع و كان منه ولد كان شرك الشيطان، و يعرف ذلك بحبنا و بغضنا) (٣)، و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل إذا أتى أهله و خشى أن يشاركه الشيطان يقول: بسم الله و يتعوذ بالله من الشيطان) ٤ و خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا جامع أحدكم فليقل: بسم الله و بالله، اللهم جنبنى الشيطان و جنب الشيطان ما رزقتنى قال: فإن قضى الله بينهما ولدا لا يضره الشيطان بشىء أبدا) (٤).

ص: ١٢١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٦ و ١.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

الدخول بها، وبعده، ليتباعد عنه الشيطان و يسلم من شركه.

(و يسأل الله الولد الذكر السوي الصالح) قال عبد الرحمن بن كثير: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى أفرغني، فقلت جعلت فداك فما المخرج من ذلك؟ فقال: إذا أردت الجماع فقل: بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السموات والأرض، اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفه فلا تجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيبا ولا حظا، واجعله مؤمنا مخلصا صفتيا من الشيطان و رجزه جل ثناؤك» (١)(و ليولم) (٢) عند الزفاف (يوما، أو) (١)الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٤.

(٢)يستحب الوليمه عند الزفاف للأخبار.

منها: خبر هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حين تزوج ميمونه بنت الحارث أو لم عليها، و أطعم الناس الحيس)(١) و الحيس بفتح الحاء تمر ينزع نواه و يدقّ مع أقط و يعجنان بالسمن ثم يدلك باليد حتى يبقى كالشريد، و ربما جعل معه سويق كما في مجمع البحرين، و خبر الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (إن النجاشي لما خطب لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم آمنه بنت أبي سفيان فوجه دعا بطعام و قال: إن من سنن المرسلين الإطعام عند التزويج)٢، و في الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (لا وليمه إلا في خمس: في عرس أو ضرس، أو عذار أو و كار أو ركاز)٣ و هي التزويج و النفاس بالولد و الختان و شراء الدار و القدوم من مكه.

و عن الشافعي القول بوجوبها لما روته العامه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لعبد الرحمن بن عوف (أولم و لو بشاه)(٢)، و هو محمول على الاستحباب بقرينه تركه صلى الله عليه وآله وسلم ذلك في جملة من أزواجه، هذا و الظاهر أن المدار في الوليمه على مسماها كما و كيفا فقد تقدم في الخبر أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أطعم الناس الحيس، و قد روت العامه أنه صلى الله عليه وآله وسلم (أولم على صفيه بسويق و تمر)(٣)، و قد روت العامه عن أنس (أنه ما أولم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على امرأه من نسائه ما أولم على زينب، جعل يبعثني فأدعو الناس، فأطعمهم خبزا و لحما حتى شبعوا)٤، و أما وقتها ففي المسالك و الروضه عند الزفاف، و في جامع المقاصد أنه هل هو بعد الدخول-

ص: ١٢٢

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ١ و ٥.

٢- (٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٥٨.

٣- ((٥ و ٦)) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٦٠.

(يومين) (١) تأسيا بالنبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم فقد أولم على جملة من نسائه، وقال صَلَّى الله عليه وآله وسلم: «إن من سنن المرسلين الإطعام عند التزويج» وقال صَلَّى الله عليه وآله وسلم: «الوليمة أول يوم حق، والثاني معروف، وما زاد رياء وسمعه».

(و يدعو المؤمنين إليها (٢)، و أفضلهم الفقراء (٣)، و يكره أن يكونوا كلهم أغنياء و لا بأس بالشركه، (و يستحب) لهم (الإجابة) استحبابا مؤكدا (٤)، و من كان صائما ندبا فالأفضل له الإفطار (٥)، خصوصا إذا شق بصاحب الدعوه -أو قبله، لم أجد به تصريحاً، مع أن خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (زفوا عرائسكم ليلا و أطعموا ضحى) (١) ظاهر في كون الوليمة بعد الدخول، كما أن خبر الوشاء المتقدم ظاهر في أن الوليمة بعد العقد، و لعل الجمع بين الأخبار يقتضى تجويز كلا الأمرين من كون الوليمة قبل الدخول و بعده بشرط أن تكون بعد العقد.

(١) للنبوي (الوليمة في أول يوم حق، و الثاني معروف، و الثالث رياء و سمعه) (٢)، و في الخبر عن أبي جعفر عليه السلام (الوليمة يوم، و يومان مكرمه، و ثلاثه أيام رياء و سمعه) (٣).

(٢) لأن المؤمنين أفضل من غيرهم، و أولى بالموده و أقرب إلى إجابة الدعوه كما في الجواهر، نعم لو لم يمكن تخصيصهم فليجمعهم مع غيرهم، و لا يشترط فيهم عدد مخصوص.

(٣) للنبوي (شر الوائم ما يدعى لها الأغنياء و يترك الفقراء) (٤).

(٤) للنبوي (من دعى إلى وليمه و لم يجب فقد عصى الله و رسوله) (٥)، و في نبوي آخر (من دعى إلى وليمه فليأتها) ٦، و لكن لعدم شرائط حجيتها و جب حملها على الندب بل على تأكده، فما عن بعض العامه من أنه تجب الاستجابة لهذه الأخبار ضعيف.

نعم يكره الترك إذا كان الداعي مؤمنا ففي الخبر (و من حقه على أخيه إجابة دعوته) (٦).

(٥) لخبر الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام (لإفطارك في منزل أخيك من صيامك سبعين ضعفا) (٧) و صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (من دخل على أخيه فأفطر عنده و لم -

ص: ١٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٦٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٤- (٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٦٢.

٥- ((٥ و ٦) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٦٢ و ص ٢٦١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ١٢٢ - من أبواب أحكام العشرة حديث ١٥.

٧- (٨) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب الصائم حديث ٦ و ٣.

صيامه (١).

(و يجوز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال) (٢) أى مع شهاده الحال بالأذن فى أخذه، لأن الحال يشهد بأخذه دائما.

و على تقدير أخذه به (٣) فهل يملك بالأخذ (٤)، أو هو مجرد إباحه، قولان أجودهما الثانى.

و تظهر الفائده فى جواز الرجوع (٥) فيه ما دامت عينه باقيه.

فى الزمن و المكان و الحال الذى يكره الجماع فيها

(و يكره الجماع) (٦) مطلقا (عند الزوال) إلا يوم الخميس، فقد روى أن -يعلمه بصومه فيمنّ عليه كتب الله له صوم سنه(١).

(١) لما روته العامه (أن النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلّم حضر دار بعضهم فلما تقدم الطعام أمسك بعض القوم، و قال: إني صائم، فقال النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: يتكلف لك أخوك المسلم و تقول: إني صائم، أفطر ثم اقض يوما مكانه(٢).

(٢) لا- خلاف فى جواز نثر المال فى الأعراس مأكولا- كان أو غيره و ليس من السفه و السرف لكونه من متممات السرور المطلوب فى هذه المواضع، نعم لم يثبت استحبابه لعدم الدليل عليه.

و على كل فيجوز أكل ما ينثر فى الأعراس بلا خلاف و لا إشكال عملا بشاهد الحال الذى عليه السيره، و كذا يجوز أخذه لشاهد الحال، أما لو وضع على الخوان فقط فشاهد الحال أنه إذن بأكله دون نقله.

(٣) بالنتار.

(٤) كما عن المبسوط و المهذب و الإرشاد و التذكرة للسيره القطعيه على معاملته معامله المملوك بالبيع و نحوه، بل السيره قائمه على ذلك فى كل مال أعرض عنه صاحبه، و هنا قد أعرض عنه بنثاره.

و عن الشارح فى المسالك أنه ما زال باقيا على ملك مالكة للأصل حتى يحصل مسبب يقتضى النقل، و ما وقع لا يفيد أكثر من الإباحه.

(٥) على القول بالإباحه دون القول بالتملك.

(٦) من آداب الخلوه كراهه الجماع فى ثمانيه أوقات: الأول عند الزوال حذرا من الحول فى الخبر (إن قضى بينكما ولد فى ذلك الوقت يكون أحول، و الشيطان يفرح بالحول فى -

ص: ١٢٤

الشیطان لا یقرب الولد الذی یتولد حینئذ حتی یشیب (و بعد الغروب (١) حتی یدهب الشفق) الأحمر و مثله ما بین طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، لوروده معه فی الخبر، (و عاریاً) (٢) للنهی عنه، رواه الصدوق عن أبی عبد الله علیه السّلام، (و عقیب الاحتلام قبل الغسل (٣)، أو الوضوء) (٤) قال صلی الله علیه و آله و سلم: «یکره أن یغشی -الإنسان- (١) إلا زوال یوم الخمیس فیستحب كما فی الخبر المتقدم (لأن الشیطان لا یقرب من یقضی بینهما حتی یشیب و یكون فهما و یرزق السلامه فی الدین و الدنيا) ٢.

(١) لصحیح سالم عن أبی جعفر علیه السّلام (قلت: هل یکره الجماع فی وقت من الأوقات و إن کان حلالاً؟ قال: نعم ما بین طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، و من مغیب الشمس إلى مغیب الشفق، و فی یوم الذی تنکسف فیہ الشمس، و فی اللیله التي ینکسف فیها القمر، و فی اللیله و یوم الذین ینکسف فیها الريح السوداء و الريح الحمراء و الريح الصفراء، و الیوم و اللیله الذین ینکسف فیها الزلزله، و قد بات رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم عند بعض أزواجه فی لیله انکسف فیها القمر فلم یکن منه فی تلك اللیله ما کان ینکسف فیها غیرها حتی أصبح، فقالت: یا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم ألبغض کان هذا منك فی هذه اللیله؟ قال: لا، و لكن هذه الآیه ظهرت فی هذه اللیله فکرت أن أتلذذ و أهو فیها، و قد عبّر الله أقواماً فقال جل و عزّ فی کتابه: و إن یروا کسفاً من السماء ساقطاً یقولوا سحاب مرکوم فذرهم حتی یلاقوا یومهم الذی فیہ یصعقون، ثم قال أبو جعفر علیه السّلام: و أیم الله لا- یجامع أحد فی هذه الأوقات التي نهی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم عنها، و قد انتهى إليه الخبر فیرزق ولداً فیری فی ولده ذلك ما یحب) (٢).

(٢) ففی خبر محمد بن العیص عن أبی عبد الله علیه السّلام (أجامع و أنا عریان، فقال علیه السّلام:

لا، و لا تستقبل القبله و لا تستدبرها) (٣)، و قد ورد (٤) أنه من فعل الحمار و أن الملائکه تخرج من بینهما.

(٣) للنبوی (یکره أن یغشی الرجل امرأته و قد احتلم، حتی یغتسل من احتلامه الذی رأى، فإن فعل فخرج الولد مجنوناً فلا یلومّ إلا نفسه) (٥).

(٤) كما فی النهایه و المهدب و الوسيله و القواعد و غیرها، و قال فی الجواهر (و لم نعرف له-

ص: ١٢٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤٩ - من أبواب مقدمات النکاح حدیث ١، و الباب - ١٥١ منها حدیث ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب مقدمات النکاح حدیث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب مقدمات النکاح حدیث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب مقدمات النکاح حدیث ٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب مقدمات النکاح حدیث ١.

الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى، فإن فعل ذلك و خرج الولد مجنوناً فلا يلومن إلا نفسه»، و لا تكره معاودة الجماع بغير غسل للأصل (١).

(و الجماع عند ناظر إليه) (٢) بحيث لا يرى العوره، قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «و الذي نفسى بيده لو أن رجلاً غشى امرأته و فى البيت مستيقظ يراها و يسمع كلامهما و نفسها ما أفلح أبداً، إن كان غلاماً كان زانياً، و إن كانت جارية كانت زانية»، و عن الصادق عليه السّلام قال: «لا يجامع الرجل امرأته، و لا جاريته و فى البيت -سندا كما اعترف به فى كشف اللثام) نعم أورد بعضهم أنه يحتمل أن يكون المستند بعد التعدى من الاحتلام إلى الجماع مرسل عثمان بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أتى الرجل جاريته ثم أراد أن يأتى الأخرى توضأ) (١).

(١) أصله عدم استحباب الوضوء أو الغسل عند المعاودة، و يردّه إطلاق ما عن الرسالة الذهبية المنسوبة إلى الإمام الرضا عليه السّلام (الجماع بعد الجماع من غير فصل بينهما بغسل يورث الولد الجنون) (٢)، و هو مطلق يشمل ما لو عاود الجماع على نفس المرأة أو على امرأة أخرى.

(٢) يكره أن يجامع و عنده من ينظر إليه من ذوى التمييز على وجه يراها و يسمع نفسها ففى خبر زيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: و الذي نفسى بيده لو أن رجلاً يغشى امرأته و فى البيت صبى مستيقظ يراها و يسمع كلامهما و نفسها ما أفلح أبداً، إن كان غلاماً كان زانياً أو جارية كانت زانية، و كان على بن الحسين عليهما السّلام إذا أراد أن يغشى أهله أغلق الباب و أرخى الستور و أخرج الخدم) (٣) و خبر راشد عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يجامع الرجل امرأته و لا جاريته و فى البيت صبى، فإن ذلك مما يورث الزنا) ٤، و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السّلام (إياك و الجماع حيث يراك صبى يحسن أن يصف حالك، قلت: يا ابن رسول الله كراهه الشنعه؟ قال: لا، فإنك إن رزقت ولداً كان شهره علماً فى الفسق و الفجور) ٥، ثم صرح غير واحد بعدم الفرق بين المميّز و غيره كما هو إطلاق خبر راشد، و لكن حملة على المميّز بقريته باقى الأخبار أولى.

ص: ١٢٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٥٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١١٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٩.
- ٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ و ١ و ٨.

صبي، فإن ذلك مما يورث الزنا».

و هل يعتبر كونه مميزاً وجهه، يشعر به الخبر الأول، و أما الثاني فمطلق.

(و النظر إلى الفرج حال الجماع) (١) و غيره، و حال الجماع أشد كراهه، و إلى باطن الفرج أقوى شده، و حرمه بعض الأصحاب، و قد روى أنه يورث العمى فى الولد.

(و الجماع مستقبل القبلة و مستدبرها) (٢) للنهى عنه (و الكلام) من كل منهما (عند التقاء الختانين إلا بذكر الله تعالى) قال الصادق عليه السلام (٣): «اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فإنه يورث الخرس» و من الرجل أكد «ففى وصيه النبى صلى الله عليه و آله و سلم يا على لا تتكلم عند الجماع كثيراً، فإنه إن قضى بينكما ولد لا يؤمن أن يكون أخرس» (٤) (و ليله الخسوف، و يوم الكسوف، و عند هبوب الريح الصفراء، أو) (١) للأخبار:

منها: موثق سماعه (سألته عن الرجل ينظر فى فرج المرأة و هو يجامعها، قال: لا بأس به إلا أنه يورث العمى) (١)، و فى آخر (لا ينظر الرجل إلى فرج امرأته، و ليغض بصره عند الجماع، فإن النظر إلى الفرج يورث العمى فى الولد) ٢.

و عن ابن حمزه الحرمة و هو ضعيف لما سمعته من موثق سماعه، و لخبر أبى حمزه عن أبى عبد الله عليه السلام (أ ينظر الرجل إلى فرج امرأته و هو يجامعها؟ فقال: لا بأس) ٣، نعم المستفاد كراهه النظر إلى الفرج مطلقاً للنبوى (و كره النظر إلى فروج النساء، و قال: إنه يورث العمى) ٤.

(٢) لخبر محمد بن العيص المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (أجامع و أنا عريان، قال عليه السلام:

لا، و لا تستقبل القبلة و لا تستدبرها) (٢) و مثله غيره.

(٣) كما فى خبر عبد الله بن سنان (٣)، و أما استثناء ذكر الله تعالى لأنه حسن على كل حال بل و ما دل على استحباب البسمله و قد تقدم بالإضافة إلى انصراف الكلام المنهى عنه إلى كلام الأدميين.

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

ص: ١٢٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ٥ و ٢ و ٦.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

(السوداء، أو الزلزله) (١) فعن الباقر عليه السّلام أنه قال: «و الذي بعث محمدا صلّى الله عليه وآله و سلّم بالنبوه، و اختصه بالرساله، و اصطفاه بالكرامه، لا يجامع أحد منكم فى وقت من هذه الأوقات فيرزق ذريه فيرى فيها قره عين» (٢) (و أول ليله من كل شهر (٣) إلا شهر رمضان، و نصفه) عطف على أول (٤)، لا على المستثنى، فى الوصيه «يا على لا تجامع امرأتك فى أول الشهر، و وسطه، و آخره، فإن الجنون و الجذام و الخبل يسرع إليها، و إلى ولدها». و عن الصادق عليه السّلام: «يكره للرجل أن يجامع فى أول ليله من الشهر و فى وسطه و فى آخره (٥)، فإنه من فعل ذلك خرج الولد مجنونا، ألا ترى أن المجنون أكثر ما يصرع فى أول الشهر، و وسطه، و آخره، و روى الصدوق عن على عليه السّلام أنه قال: يستحب للرجل أن يأتى أهله أول ليله من شهر رمضان لقوله عزّ و جلّ: أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ (٦).

(و فى السفر مع عدم الماء) للنهى (٧) عنه عن الكاظم عليه السّلام مستثنيا منه خوفه على نفسه.

(١) كل ذلك لصحيح سالم عن أبى جعفر عليه السّلام (١) و قد تقدم.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

(٣) كما فى وصيه النبی صلّى الله عليه وآله و سلّم لعلى عليه السّلام (لا تجامع امرأتك فى أول الشهر و وسطه و آخره، و فيها أيضا: يا على لا تجامع أهلك فى أول ليله من الهلال و لا فى ليله النصف، و لا فى آخر ليله) (٢) و مثلها غيرها.

(٤) أى فىكون النصف كالأول مكروها.

(٥) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

(٦) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٤.

(٧) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١، و الخبر هو خبر إسحاق بن عمار عن أبى إبراهيم عليه السّلام (عن الرجل يكون معه أهله فى سفر لا يجد الماء يأتى أهله؟ قال: ما أحب أن يفعل إلا أن يخاف على نفسه، قلت: فيطلب بذلك اللذه أو يكون شبعا إلى النساء؟ فقال: إن الشبق يخاف على نفسه).

ص: ١٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

و إن لم يستأذنها (١)، بل يستحب له النظر ليرتفع عنه الغرر، فإنه مستام (٢) يأخذ بأعلى ثمن كما ورد في الخبر (٣)، (و يختص الجواز بالوجه و الكفين): ظاهرهما و باطنهما إلى الزندين، (و ينظرها قائمه و ماشيه)، و كذا يجوز للمرأة نظره كذلك (٤) - المعهود من كون غير الوجه و اليدين مستورا بالثياب فلا ينعقد له ظهور في الإطلاق.

و أما الثاني فغير معروف أن الترقيق لكشف ما تحته من البدن، بل الترقيق لكشف حجم المفاتن من الثديين و الوركين و نحوهما.

و اعلم أنه سيأتي جواز النظر إلى وجه المرأة الأجنبية و كفيها في الجملة، و إذا وجب الاقتصار هنا على هذا المقدار فينشأ سؤال ما هو الفرق بين من يريد تزويجها و بين الأجنبية، و الجواب أنه من وجوه.

الأول: الجواز هنا موضع وفاق و هناك محل اختلاف.

الثاني: في الأجنبية مشروط بعدم خوف الفتنة و هنا غير مشروط بذلك.

الثالث: في الأجنبية مقصور على أول نظره فلا يجوز التكرار و هنا يجوز.

الرابع: النظر في الأجنبية مكروه و هنا لا كراهيه إن لم يكن مستحبا.

(١) بلا- خلافاً فيه منا لإطلاق النصوص المتقدمه، و منه تعرف ضعف ما عن مالك من العامه من أن جواز النظر متوقف على إذنها.

(٢) أي مشتري، ففي خبر الباهلي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بأن ينظر الرجل إلى محاسن المرأة قبل أن يتزوجها وإنما هو مستام، فإن يقضى أمر يكن) (١) و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (عن رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها، قال: لا بأس إنما هو مستام فإن يقضى أمر يكون) ٢.

(٣) كما في صحيح محمد بن مسلم و صحيح ابن سنان المتقدمين.

(٤) أي إلى الوجه و الكفين منه و إلى كونه قائما و ماشيا كما عن القواعد و غيره، للتعليل في النصوص السابقه لأنه إذا جاز للرجل النظر لثلا يضيع ماله فجوازه للمرأة لثلا يضيع بضعها أولى، و لما ورد في المرسل عن المجازات النبويه (أنه صلى الله عليه و آله و سلم قال لرجل من أصحابه و قد خطب امرأة: لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما) (٢) و مقتضى عموم العله جواز نظرها إليه، و الخبر ضعيف السند، و لذا ذهب صاحب الجواهر إلى المنع و جماعه منهم الفاضل الهندي في كشف اللثام.

ص: ١٣٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٢ و ٨.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب النكاح حديث ١٣.

(و روى) عبد الله بن الفضل مرسلًا عن الصادق عليه السلام: (جواز النظر إلى شعرها، و محاسنها) و هى مواضع الزينه إذا لم يكن متلذذاً، و هى مردوده بالارسال، و غيره (١).

و يشترط العلم بصلاحيتهما للتزويج بخلوها من البعل، و العده، و التحريم (٢) و تجوز اجابتهما، و مباشره المرید بنفسه (٣) فلا يجوز الاستنابه فيه (٤) و إن كان (٥) أعمى، و أن لا يكون (٦) بريبه، و لا تلذذ (٧)، و شرط بعضهم أن يستفيد بالنظر فائده (٨)، فلو كان عالماً بحالها قبله لم يصح. و هو حسن، لكن النص مطلق، و أن يكون الباعث على النظر إرادته التزويج (٩)، دون العكس (١٠). و ليس بجيد، لأن المعبر قصد التزويج (١١) قبل النظر كيف كان الباعث.

(١) و هو معارضتها للنصوص الداله على حصر مواضع النظر على الوجه و الكفين و الترجيح للطائفة الثانيه لا لها، و قد عرفت أن صحيح ابن سنان دال على جواز النظر إلى الشعر، و عرفت عدم التعارض بين الطائفتين.

(٢) لأن الظاهر من النصوص المتقدمه جواز النظر إلى من يجوز له نكاحها حال النظر، و كذا الظاهر منها جواز النظر إلى من كانت إجابتها ممكنه عادة لا المعلوم عدم إجابتها، فالنصوص منصرفه عن الأخير.

(٣) كما هو ظاهر النصوص السابقه.

(٤) فى النظر.

(٥) أى المرید.

(٦) أى النظر.

(٧) كما صرح به غير واحد لاختصاص النصوص المتقدمه بالنظر للاطلاع، فيرجع فى غيره إلى عموم المنع، بل و قد تقدم ما فى مرسل عبد الله بن الفضل (لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذاً) (١).

(٨) بحيث لا يكون مسبقاً بحالها فيكون النظر مفيداً له، لانصراف النصوص إلى النظر للاطلاع، فيرجع فى غيره إلى عموم المنع.

(٩) كما هو صريح الأخبار المتقدمه، و المراد منه إرادته التزويج منها بالخصوص.

(١٠) أى كون النظر باعثاً إلى التزويج منها.

(١١) أى قصد مطلق التزويج و كان تعيين الزوجه مترتباً على النظر.

ص: ١٣١

(و يجوز النظر إلى وجه الأمه) (١) أى أمه الغير،(و يديها)، و كذا (الذميه) (٢)، (١)يجوز النظر إلى وجه أمه الغير إذا أراد شراءها، و كذا النظر إلى كفيها و محاسنها و شعرها بلا خلاف فيه كما فى المسالك و إن لم يكن بإذن المولى، لأن عرضها للبيح قرينه الاذن فى ذلك، و لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها، قال عليه السلام: لا بأس أن ينظر إلى محاسنها، و يمسّها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه)(١)، و خبر حبيب بن المعلّى الخثعمى عن أبى عبد الله عليه السلام (إنى اعترضت جوارى المدينه فأفديت، فقال عليه السلام: أمّا لمن يريد الشراء فليس به بأس، و أمّا من لا يريد أن يشتري فإنى أكرهه)٢ و مثلها غيرها.

و هل يجوز الزيادة على ذلك من باقى جسدها ما عدا العوره، فعن التذكرة الجواز لدعاء الحاجه للتطلع إليها لثلا يكون بها عيب، و قيده فى الدروس بتحليل المولى، و معه يجوز النظر إلى العوره أيضا، و عن السرائر و غيره الحرمة.

ثم هل يجوز المسّ مع النظر أو لا، صريح خبر أبى بصير الجواز، و فى المسالك استحسانه مع توقف الغرض عليه و إلا فتركه أحسن إلا مع التحليل، ثم الجواز مقيد بعدم التلذذ و الريبه لأنه القدر المتيقن من النصوص، فيبقى غيره تحت عموم حرمة النظر و اللمس.

(٢)المشهور على جواز النظر إلى شعور نساء أهل الذمه و أيديهن لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا حرمة لنساء أهل الذمه أن ينظر إلى شعورهن و أيديهن)(٢) و خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على بن أبى طالب عليهم السلام (لا بأس بالنظر إلى رءوس النساء من أهل الذمه)٢، و استدلل للحكم المذكور بأن نساء أهل الذمه بمنزله الإمام للمسلمين لأن الكفار فىء للمسلمين و إنما يحرمهم الذمه فتكون نساء أهل الذمه بمنزله الأمه المزوجه بالعبد، و فيه: إن الملك إنما يكون بالاسترقاق.

و استدلل للحكم بأنهن ملك الإمام عليه السلام كما فى صحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (إن أهل الكتاب مماليك الإمام)(٣)، و خبر زراره عنه عليه السلام (إن أهل الكتاب مماليك للإمام، ألا ترى أنهم يؤدون الجزية كما يؤدى العبيد الضريبه إلى مواليتهم)(٤)، و صحيح أبى ولّاد عن أبى عبد الله عليه السلام (و هم مماليك للإمام فمن أسلم-

ص: ١٣٢

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١١٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب العدد حديث ١.

و غيرها من الكفار بطريق أولى، (لا لشهوه) (١) قيد فيهما (٢) (و) يجوز (أن ينظر الرجل إلى مثله) ما عدا العورتين (٣) (و إن كان) المنظور (شابا حسن الصورة، لا لريبه) و هو خوف الفتنة، (و لا تلذذ).

-منهم فهو حر(١)، و إذا ثبت أنهن مماليك للإمام فيجوز النظر إلى أمه الغير، و فيه: إن جواز النظر إلى أمه الغير مختص بالمشترى و ليس مطلقا كما هو المدعى هنا.

فالعمده على الحكم ما ذكرناه، نعم عن ابن إدريس المنع من النظر إليهن عملا- بعموم الآيه المحرّمه للنظر حيث قال تعالى: قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ، ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ (٢)، و تبعه على ذلك العلامة فى المختلف، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام، و فيه: إن خبر السكونى الدال على الجواز منجبر بعمل الأصحاب، و معه يجوز تخصيص الآيه بخبر الواحد، و المنع من العمل بالخبر الواحد ليس فى محله كما حرر فى علم الأصول.

و إذا جاز النظر إلى نساء أهل الذمه فيجوز إلى غيرهن من مطلق الكفار بطريق أولى.

(١) جواز النظر إلى نساء أهل الذمه مقيّد بعدم التلذذ و بعدم الريبه لأن النصوص المجوّزه ظاهره فى ذلك، فيرجع فى غيره إلى عموم حرمة النظر، و المراد بالتلذذ هو التلذذ بالنظر، و المراد بالريبه هو خوف الوقوع فى الحرام، و هو المعبر عنه بخوف الفتنة.

(٢) فى الأمه و الذميه. هذا و يجوز النظر أيضا إلى نساء أهل البوادي و القرى من الأعراب بما جرت عادتهن على كشفه لخبر عباد بن صهيب عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس بالنظر إلى رءوس نساء أهل تهامة و الإعراب و أهل السواد و العلوج، لأنهم إذا نهوا لا ينتهون) (٣) كما فى روايه الكافى، و فى روايه الصدوق (لا بأس بالنظر إلى شعور أهل تهامة و الأعراب و أهل البوادي من أهل الذمه و العلوج لأنهن إذا نهين لا ينتهين) ٤، و لكن الجواز مقيّد بعدم التلذذ و الريبه لأنه القدر المتيقن من الخبر.

(٣) يجوز لكل من الرجل و المرأة النظر إلى مماثله ما عدا العورتين بلا خلاف فيه، و يشهد له النصوص الواردة فى الحمام (٤)، و الواردة فى تغسيل الأموات المتضمنه للأمر بأن يلقى على عورته خرقة (٥).

ص: ١٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العاقله حديث ١.

٢- (٢) سورة النور: آيه ٣٠.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١١٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ملحقه.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤ و ٣١ - من أبواب آداب الحمام من كتاب الطهاره.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت.

و كذا تنظر المرأة إلى مثلها كذلك (١)، (و النظر إلى جسد الزوجه باطنا و ظاهرا) (٢)، و كذا أمته غير المزوجه و المعتده (٣)، و بالعكس (٤)، و يكره إلى العوره -بلا- فرق بين حسن الصورة و قبيحها، و لا- بين الأمرد و غيره ما لم يكن بريه أو تلذذ، نعم يكره في الغلام حسن الوجه لما روته العامه (من أن وفدا قدموا على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و فيهم غلام حسن الوجه فأجلسه من ورائه، و كان ذلك بمرأى من الحاضرين) (١) و إجلاسه ورائه تنزهها منه صلى الله عليه و آله و سلم و تعففا و تعليما للناس.

و نعم يكره كشف المسلمه بين يدي اليهوديه و النصرانيه لما في صحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للمرأة أن تنكشف بين يدي اليهوديه و النصرانيه، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن) (٢)، و هو ظاهر في الكراهه فما عن جماعه من المنع ليس في محله، ثم مقتضى التعليل التعدى إلى غير اليهوديه و النصرانيه إذا كانت تصف لزوجها ما تراه من النساء المسلمات.

(١) بلا ريبه و لا تلذذ و إلى ما عدا العورتين.

(٢) يجوز لكل من الزوج و الزوجه النظر إلى جسد الآخر، أما الظاهر منه فهو الوجه و الكفان، و أما الباطن فهو باقى الجسد حتى العوره، نعم بالنسبه للعوره فالنظر مكروه لأنه يورث العمى، و قد تقدم النهى عنه، و قد تقدم عن ابن حمزه حرمه النظر إلى فرج المرأة حال الجماع، و تقدم ما فيه.

(٣) الأمه المملوكه كالزوجه بالنسبه إلى السيد بلا خلاف فيه، نعم إذا حرم عليه نكاحها ذاتا لأنها متزوجه بغيره فلا يجوز النظر إليها بخلاف ما إذا حرم نكاحها عرضا كالحيض و نحوه فلا يحرم النظر إليها، و يدل على أصل الحكم صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أتقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفا أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك و قال: قد منعت أن أزوج بعض خدمي غلامى لذلك) (٣) و مثله غيره.

إذا تقرر ذلك فلا يجوز النظر إلى جسد الأمه إذا كانت مزوجه أو معتده لأن المعتده بحكم الزوجه أو مشتركه أو وثنيه أو مرتده لحرمة نكاحها ذاتا حينئذ.

(٤) أى و الأمه غير المتزوجه و غير المعتده يجوز لها النظر إلى جسد مولاها ظاهرا و باطنا حتى العوره، و كذا الزوجه يجوز لها النظر إلى جسد زوجها ظاهرا و باطنا حتى العوره.

ص: ١٣٤

١- (١) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٤٦٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب نكاح العبيد حديث ١.

فيهما (١)، (وإلى المحارم) (٢) و هو من يحرم نكاحهن مؤبدا بنسب، أو رضاع، أو مصاهره (خلا- العوره) و هي هنا القبل و الدبر.

و قيل: تختص الإباحه بالمحاسن (٣) جمعا بين قوله تعالى: قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ (٤)، و قوله تعالى: وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ (٥) إلى آخره.

في النظر إلى الأجنبية

(و لا- ينظر الرجل إلى) المرأة (الأجنبية) و هي غير محرم، و الزوجه، و الأمه (إلا مره) واحده (من غير معاوده) في الوقت الواحد عرفا (٦)، (١) أى في الزوج و الزوجه و فى المولى و أمته من كلا الطرفين.

(٢) يجوز النظر إلى المحارم بلا خلاف فيه فى الجملة، و على المشهور جواز النظر إلى الجسد ما عدا العوره و يشهد له ما ورد من تغسيل المحارم مجردات و يلقي على عورتهم خرقة (١)، و الحكم مقيد بعدم التلذذ و الريبه، لأنه هو الظاهر من النصوص، و منه يعرف حكم نظرهن إليه للمساواه بين الرجل و المرأة، و عن القواعد فى آخر باب حد المحارب: ليس للمحرم التطلع على العوره و الجسد عاريا، و عن التنقيح ليس له النظر إلى الشدى حال الرضاع و استدل له بخبر أبى الجارود و المروى فى تفسير على بن إبراهيم عن أبى جعفر عليه السلام (فى قوله تعالى: وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا، فقال عليه السلام: فهى الثياب و الكحل و الخاتم و خضاب الكف و السوار، و الزينه ثلاثه: زينه للناس و زينه للمحرم و زينه للزوج، فأما زينه الناس فقد ذكرنا، و أما زينه المحرم فموضع القلاده فما فوقها و الدمليج فما دونه، و الخللخال و ما سفل منه، و أما زينه الزوج فالجسد كله) (٢)، و هو ضعيف السند لم يعمل به الأصحاب فلا جابر له.

ثم إن المراد بالمحارم ما يحرم عليه نكاحهن نسبا أو رضاعا أو مصاهره.

(٣) على ما فى خبر أبى الجارود المتقدم.

(٤) النور آيه: ٣٠.

(٥) النور آيه: ٣١.

(٦) يحرم نظر الرجل إلى الأجنبية فيما عدا الوجه و الكفين بالاتفاق، بلا فرق بين التلذذ و عدمه و لا بين خوف الفتنة و عدمه.

ص: ١٣٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب غسل الميت.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٨٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

و- أما في الوجه و الكفين فاختلفوا على أقوال: الأول الجواز و هو عن الشيخ و جماعه و اختاره في الحدائق و المستند و شيخنا الأعظم في رساله النكاح لصحيح الفضيل (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذراعين من المرأة، هما من الزينه التي قال الله تعالى: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ** ؟ قال عليه السلام: نعم، و ما دون الخمار من الزينه، و ما دون السوارين) (١)، و ظاهره أن الخمار يستر الشعر و الرقبه و أما الوجه فهو خارج عنه، و أن الكف فوق السوار لا- دونه، فيكونان خارجين من الزينه، و لموثق زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل:

إِلَّا- مَا ظَهَرَ مِنْهَا ، قال عليه السلام: الزينه الظاهره الكحل و الخاتم) ٢، و هو ظاهر في كون الوجه و الكفين من الزينه الظاهره المستثناه، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن قول الله عز و جل: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا** ، قال عليه السلام: الخاتم و المسكه و هي القلب) ٣ و القلب بالضم هو السوار، و خبر مسعده بن صدقه (سمعت جعفرًا عليه السلام و سئل عما تظهر المرأة من زينتها، قال: الوجه و الكفين) ٤، و قد تقدم خبر أبي الجارود (٢) الدال على كون زينه الناس هي الكحل و الخاتم و خضاب الكف و السوار، و هو ظاهر في جواز النظر إلى الوجه و الكفين.

بالإضافه إلى قوله تعالى: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا** (٣) فهو ظاهر على أن من الزينه ما هو ظاهر بنفسه، و لا يكون إلا بظهور موضعها فيدل على أن بعض جسد المرأة مما يجوز إظهاره و لا يحرم كشفه، و إذا جاز كشفه جاز النظر إليه.

و نوقش بأن الأخبار ضعيفه السند، و أنها ظاهره في جواز الكشف لا في جواز النظر و فيه: إنها منجبره بعضها ببعض على أنها مؤيده بظاهر القرآن، و الملازمه بين الكشف و النظر قائمه للسيره، و لأن قوله تعالى: **قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ** ٧ غير دال على حرمة النظر بل دال على عموم الغض، و الغض هو غير ترك البصر.

القول الثاني: عدم الجواز كما عن العلامة في التذكرة و الإرشاد و كاشف اللثام و صاحب الجواهر لعموم ما دل على وجوب غض البصر كقوله تعالى: **قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ** (٤) و فيه: يظهر ضعفه مما تقدم، و لقوله تعالى: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ** ٩ و فيه:-

ص: ١٣٦

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٠٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٣ و ٤ و ٥.

٢- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٨٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

٣- ((٦ و ٧)) سورة النور، الآية: ٣١.

٤- ((٨ و ٩)) سورة النور، الآية: ٣٠.

-إنه مقيد بما دل على جواز إبداء ما ظهر منها المفسّر بالوجه والكفين، و لما في كثر العرفان من إطباق الفقهاء على أن بدن المرأة عوره إلا- على الزوج والمحارم، وفيه: مع هذا الخلاف القائم كيف يعتمد على هذا الإجماع، واستدل بالسيره بين المتدينين على الستر، وفيه: إنه أعم من الوجوب، واستدل بالنصوص المتضمنه للذم على النظر و من أنها سهم من سهام إبليس(١)، و أن زنا العين النظر٢، وفيه: إنه مختص بما يترتب على النظر من حرام فيختص بالنظر بشهوه.

و استدل بمكاتبه الصّفار إلى أبي محمد عليه السّلام (في رجل أراد أن يشهد على امرأه ليس لها بمحرم، هل يجوز له أن يشهد عليها و هي من وراء الستر، يسمع كلامها إذا شهد رجلان عدلان أنها فلانه بنت فلان التي تشهدك، و هذا كلامها، أو لا يجوز له الشهاده حتى تبرز و يثبتها بعينها؟ فوقع عليه السّلام: تتقب و تظهر للشهود(٢)، وفيه: إن الأمر بالتقب محمول على الاستحباب بقرينه ما تقدم من الأخبار بجواز كشف الوجه والكفين، مع أن المكاتبه داله على كشف بعض الوجه و جواز النظر إلى هذا البعض.

و استدل بما ورد (من أن المرأة الخثعميه أتت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بمنى في حجه الوداع تستفتيه، و كان الفضل بن العباس رديف رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، فأخذ ينظر إليها و تنظر إليه، فصرف رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم وجه الفضل عنها، و قال: رجل شاب و امرأه شابه، أخاف أن يدخل الشيطان بينهما(٣)، نعم في الفقه الرضوى قد نقل الخبر فقال: (فاستقبل رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أعرابي و عنده أخت له أجمل ما يكون من النساء فجعل الأعرابي يسأل النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم و جعل الفضل ينظر إلى أخت الأعرابي، و جعل رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يده على وجه الفضل يستره من النظر، فإذا هو ستره من الجانب نظر من الجانب الآخر، حتى إذا فرغ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم من حاجه الأعرابي التفت إليه و أخذ بمنكبه ثم قال: أ ما علمت أنها الأيام المعدودات و المعلومات لا يكف رجل فيهن بصره و لا يكف لسانه و يده، إلا كتب الله له مثل حج قابل(٤).

و فيه: إن الخبر دال على جواز الكشف و إلا لنهى المرأة عن الكشف، و النهى محمول على النظر بشهوه كما يشهد به ذيل الخبر بطريقه.

ص: ١٣٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٢- (٣) من لا يحضره الفقيه باب - ٢٩ - من أبواب القضاء حديث ٢.

٣- (٤) تذكره الفقهاء ج ٢ ص ٥٧٣.

٤- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٧.

(إلا لضروره (١) كالمعامله)، -القول الثالث: جواز النظر إلى الوجه و الكفين مره و لا- يجوز تكرار النظر كما عن جماعه منهم المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد، و وجه تحريم الزائد من المره هو أن المعاوده و دوام النظر مظنه الفتنة و للخبر (أول نظره لكك و الثانيه عليك و لا لكك، و الثالثه فيها الهلاك) (١)، و في آخر (النظره بعد النظره تزرع في القلب الشهوه و كفى بها لصاحبها فتنه) ٢ و النبوى (لا- تتبع النظره النظره، فليس لكك يا على إلا أول نظره) ٣ و مثلها غيرها، و هى محموله على كون النظره الثانيه بشهوه و ريبه كما هو الغالب ثم هذا كله إذا كان النظر لا بتلذذ و ريبه، و إلا فلا إشكال في الحرمة لحمل بعض النصوص المتقدمه على ذلك و ظهور البعض الآخر.

(١) يستثنى من عدم جواز النظر إلى الأجنبية مواضع.

الأول: النظر إلى من يريد تزويجها و قد تقدم.

الثانى: مقام المعامله إذا احتاج إلى النظر إليها لنفى الحرج.

الثالث: مقام الشهاده عليها تحملا و أداء إذا كان مضطرا إلى ذلك.

الرابع: المعالجه و ما يتوقف عليها من معرفه النبض و الكسر و الجرح و الفصد و الحجامه لصحيح أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن المرأه المسلمه يصيبها البلاء فى جسدها، إما كسر و إما جرح فى مكان لا يصلح النظر إليه، يكون الرجل أرقق بعلاجه من النساء، أ يصلح له النظر إليها؟ قال عليه السّلام: إذا اضطرت فليعالجها إن شاءت) (٢)، و من الجواب تعرف أنه مع وجود المماثل المعالج فلا ضروره، و أنه إذا توقفت المعالجه على اللمس جاز للضروره أيضا.

الخامس: مقام الضروره كما إذا توقف الاستنقاذ من الغرق أو الحرق أو نحوهما على النظر بل و على المس و اللمس فيجوز لقاعده نفى الضرر.

السادس: القواعد من النساء و من اللواتى لا يرجون نكاحا فقد قعدن عن المحيض و الولد و لا يطمعن فى النكاح من جواز النظر إلى بعض الشعر و الذراع و نحو ذلك مما يعتاد عدم ستره بالنسبه إليهن، لا مثل الثدي و البطن مما يعتاد ستره لهن، و يدل على أصل الحكم قوله تعالى: وَ الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ (٣)، و قد فسرت الثياب بالثياب الظاهره كما-

ص: ١٣٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٨ و ٦ و ١١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٣٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٥) سورة النور، الآية: ٦١.

(و الشهاده) عليها إذا دعى إليها (١) أو لتحقيق الوطء في الزنا وإن لم يدع (٢)، (و العلاج) من الطبيب، و شبهه (٣)، (و كذا يحرم على المرأة أن تنظر إلى الأجنبي (٤))، -في صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (ما الذي يصلح لهن أن يضعن من ثيابهن؟ قال: الجلباب) (١)، و صحيح الحلبي عنه عليه السلام (أنه قرأ أن يضعن ثيابهن، قال عليه السلام: الخمار و الجلباب، قلت: بين يدي من كان؟ فقال: بين يدي من كان غير متبرجه بزينه) ٢ و مثلها غيرها.

و هذه النصوص ظاهره في جواز كشف ما يستره الجلباب و الخمار، و منه يستفاد جواز النظر إلى هذه المواضع و هي الشعر و الرقبه و بعض الذراع، و مما يدل عليه صحيح البنظي عن مولانا الرضا عليه السلام (عن الرجل يحل له أن ينظر إلى شعر أخت امرأته، فقال عليه السلام: لا، إلا أن تكون من القواعد، قلت له: أخت امرأته و الغريبه سواء؟ قال عليه السلام: نعم، قلت: فما لي من النظر إليه منها؟ فقال عليه السلام: شعرها و ذراعها) (٢).

(١) لوجوب الأداء حينئذ لقوله تعالى: **وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا** (٣).

(٢) ذكر ذلك العلامة في القواعد، و علله في المسالك بأنه وسيله إلى إقامه حدود الله تعالى، و لما في المنع من عموم الفساد و اجترأ النفوس على هذا المحرم و انسداد باب ركن من أركان الشرع.

(٣) كالحجاء.

(٤) لقوله تعالى: **وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ** (٤)، و يستثنى الوجه و الكفان للسيره القطعيه و لما دل على الاستثناء في نظر الرجل للمرأة، بل لو قيل بجواز النظر إلى الرجال بما تعارف كشفه منهم للسيره القطعيه لما كان بعيدا و ظاهر الشهيدين هنا كما عليه جماعه عدم جواز النظر مطلقا إلا النظره الأولى لإطلاق نصوص النظره المتقدمه، و قد عرفت ما فيها ثم من قال بعدم جواز نظر الرجل إلى الأجنبية مطلقا قال بمثله في نظر المرأة للرجل لعين ما تقدم، و قد عرفت ما فيه، ثم إن الأعمى كالبصير في حرمه نظر النساء إليه بالخلاف المتقدم، ففي مرفوع أحمد بن أبي عبد الله (استأذن ابن أم مكتوم-

ص: ١٣٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٠٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث.

٣- ((٤)) سورة البقره، الآية: ٢٨٣.

٤- ((٥)) سورة النور، الآية: ٣١.

(أو تسمع صوته (١) إلا- لضروره) كالمعامله، و الطب (و إن كان) الرجل (أعمى)، لتناول النهى له (٢)، و لقول النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ لأم سلمه و ميمونه لما أمرهما بالاحتجاب من ابن أم مكتوم، و قولهما إنه أعمى: «أعمياوان أنتما أ لستما تبصرانه».

(و فى جواز نظر المرأه إلى الخصى المملوك لها، أو بالعكس (٣) خلاف) (٤) -على النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ و عنده عائشه و حفصه فقال لهما: قوما فادخلا البيت، فقالتا: إنه أعمى، فقال صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ: إن لم يركما فإنكما تريانه(١)، و المرسل عن أم سلمه قالت (كنت عند رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ و عنده ميمونه فأقبل ابن أم مكتوم و ذلك بعد أن أمر بالاحتجاب فقال: احتجبا، فقلنا: يا رسول الله، أ ليس أعمى لا يبصرنا؟ قال: أ فعمياوان أنتما أ لستما تبصرانه)٣.

(١) أما سماع المرأه صوت الأجنبي فلم يعرف فى جوازه كلام أو إشكال، و لذا قال فى المستند: (و من الغريب فتوى اللمعه بحرمته مع أنها تقرب مما يخالف الضروره، فإن تكلم النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ و الأئمه و أصحابهم مع النساء مما يبلغ حدا لا يكاد يشك فيه) انتهى.

و أما سماع الرجل صوت الأجنبية فقد ذهب المشهور إلى الحرمة و لو كان بغير تلذذ و لا ربه لما ورد من أن صوتها عوره، و لموثق مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا تبدءوا النساء بالسّلام و لا تدعوهن إلى الطعام، فإن النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ قال: النساء عى و عوره، فاستروا عيهن بالسكوت و استروا عورتهن بالبيوت) (٢)، و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا تسلم على المرأه)٢.

و الأول غير ثابت و لذا قال فى كشف اللثام (لا يحضرنى الخبر بكون صوتها عوره مسندا، و إنما رواه المصنف فى المدنيات مرسلا، و نفقات المبسوط تعطى العدم). و الآخرا قاصرا الدلاله بالإضافه إلى السيره القطعيه من كلام النساء فى محضر المعصوم عليه السّلام، و لذا ذهب إلى الجواز العلامه فى التذكرة و الكركى و جماعه.

(٢) للأعمى فى قوله تعالى: وَ قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ (٣).

(٣) أى نظر الخصى المملوك إلى مالكته.

(٤) ذهب المشهور إلى العدم، و ذهب العلامه فى المختلف إلى الجواز لقوله تعالى: أَوْ مَا -

ص: ١٤٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٣١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٣- (٥) سورة النور، الآية: ٣١.

-مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ (١) الشامل بعمومه للمملوك الفحل و الخصى، و مع فرض خروج الفحل لشبهه دعوى الإجماع فيبقى الخصى تحته و العام حجه في الباقي، و لقوله تعالى: أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ (٢)، و الخصى إذا كان ممسوح الذكر مع الاثنين لا يبقى له إربه في النساء، لأن الإربه هي الحاجه.

و فيه: أما الآية الأولى فقد ورد(٣) أن المراد بقوله تعالى. أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ هو الإمام دون العبيد الذكران، و أما الآية الثانية فقد ورد في صحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن قول الله عز و جل: أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ، قال عليه السّلام: الأحمق الذى لا يأتى النساء)(٤)، و نحوه غيره، و الأحمق لا ينطبق على الخصى فلا يصح الاستدلال بها، بل لا يصح الأخذ بالآيه فى غير ما فسرت به فى النصوص التى تقدم بعضها، نعم عن الشافعى تفسير أولى الإربه بالخصى و المجبوب، و لم يعرف ذلك لغيره، و كأنه حمل للآيه على معنى من لم يكن له فى النساء حاجه، و على هذا لا يختص بما ذكر بل يشمل العينين و العاجز المسنّ و غيرهما، و هو كما ترى، و مع عدم الدليل على استثناء الخصى المملوك فيرجع فيه إلى عمومات المنع من النظر، و منه تعرف ضعف القول بجواز النظر مطلقا و لو إلى غير مملوكته سواء كان الخصى مملوكا أم حرا كما عن ابن الجنيد و جماعه من المتأخرين مع أنه قد ورد المنع فى بعض الأخبار من نظره إلى غير مملوكته، ففى خبر عبد الملك بن عتبه النخعى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن أم الولد، هل يصلح أن ينظر إليها خصى مولاها و هى تغتسل؟ قال عليه السّلام: لا يحلّ ذلك)(٥) ، و خبر محمد بن إسحاق عن أبى الحسن عليه السّلام (قلت: يكون للرجل خصى يدخل على نسائه فيناولهن الوضوء فيرى شعورهن، قال عليه السّلام: لا)(٦).

هذا كله فى الخصى، و أما المملوك غير الخصى فالمشهور على عدم الجواز أيضا مع أنه تردد فيه الشيخ فى المبسوط و مال الشارح فى المسالك إلى الجواز.

ص: ١٤١

١- (١) سورة النور، الآية: ٣١.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٣١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٢٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٦- (٦) الوسائل الباب - ١٢٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

منشأه ظاهر قوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ المتناول بعمومه لموضع النزاع (١).

و ما قيل (٢) من اختصاصه (٣) بالإماء جمعا بينه (٤)، و بين الأمر (٥) بغض - و قد استدلل للجواز بقوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ (١) و للأخبار.

منها: صحيح معاوية بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يرى شعر مولاته و ساقها، قال عليه السلام: لا بأس) (٢)، و الصحيح عن يونس بن عمار و يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يحل للمرأة أن ينظر عبدها إلى شيء من جسدها إلا إلى شعرها غير متعمد لذلك) (٣)، و قال في الكافي (و في روايه أخرى: لا بأس بأن ينظر إلى شعرها إذا كان مأمونا) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

أ ينظر المملوك إلى شعر مولاته؟ قال عليه السلام: نعم و إلى ساقها) (٥)، و خبر القاسم الصيقل (كتبت إليه أم علي تسأل عن كشف الرأس بين يدي الخادم، و قالت له: إن شيعتك اختلفوا علي فقال بعضهم: لا بأس، و قال بعضهم: لا يحل، فكتب عليه السلام:

سألت عن كشف الرأس بين يدي الخادم، لا تكشفى رأسك بين يديه، فإن ذلك مكروه) (٦).

و مقتضى العمل بها هو القول بالجواز إلا أن المشهور قد أعرضوا عنها فلا بد من حملها على التقيه أو الضروره، و أما الآيه فقد تقدم ما في مرسله الشيخ في الخلاف (روى أصحابنا في قوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ، أن المراد به الإماء دون العبيد الذكران) (٣).

(١) و هو الخصى المملوك لها، و إذا جاز نظرها إليه، فيجوز العكس للتلازم.

(٢) دليل عدم الجواز.

(٣) أى اختصاص قوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ (٤).

(٤) بين قوله تعالى المتقدم.

(٥) فى قوله تعالى: وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ (٥).

ص: ١٤٢

١- (١) سورة النور، الآيه: ٣١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٢٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ١ و ٢ و ٦ و ٧.

٣- (٧) الوسائل الباب - ١٢٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٩.

٤- (٨) سورة النور، الآيه: ٣١.

البصر (١)، و حفظ الفرج مطلقا (٢)، و لا- يرد دخولهن في نسائهن (٣)، لاختصاصهن بالمسلمات، و عموم (٤) ملك اليمين للكافرات.

و لا يخفى أن هذا (٥) كله خلاف ظاهر الآية (٦) من غير وجه للتخصيص ظاهرا،

في ما يجوز استمتاع الزوج به

(و يجوز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه (٧)، إلا- القبل في الحيض، و النفاس) (٨) و هو موضع وفاق إلا- من شاذ من الأصحاب حيث حرّم النظر إلى الفرج (٩) و الأخبار (١٠) ناطقه بالجواز (١١)، و كذا القول في الأمه.

(و الوطء في دبرها مكروه كراهه مغلظه) من غير تحريم على أشهر القولين (١٢) و الروايتين، و ظاهر آيه الحرث (و في روايه) سدير عن الصادق عليه السلام (١) عن الرجال.

(٢) عن الرجال و النساء، لكن لا- يتم الاستدلال به إلا- مع ضميمة ما ورد في مرسله الشيخ المتقدمه أن المراد بملك اليمين خصوص الإماء دون العبيد الذكران.

(٣) و هم و حاصله: إن الإماء داخلات في نسائهن الواردة في نفس الآية فلا داعى لإعاده ذكرهن، و ليس حكم الإماء من الأمور المهمه في هذا الباب حتى يعاد ذكرهن للتأكيد بل أمرهن أضعف من ذلك، و هذا ما أورده الشارح في المسالك على من استدل بكون ملك اليمين مختصا بالإماء، و لكنه هنا في الروضه أجاب عنه بأن لفظ النساء الوارد في الآية مختص بالمسلمات مع أن ملك اليمين يشمل الكافرات فلذا جازت الإعاده لوجود الفائده.

(٤) الواو حاله أى و الحال أن ملك اليمين عام يشمل الكافرات.

(٥) أى المذكور من الدليل على عدم الجواز.

(٦) لكونها عامه تشمل الذكور و الإماء.

(٧) و هو من القطعيات.

(٨) على ما تقدم بيانه في محرمات الحائض و النفاس.

(٩) كما عن ابن حمزه و قد تقدم.

(١٠) و قد تقدمت.

(١١) بجواز النظر إلى الفرج.

(١٢) و يشهد له جملة من النصوص.

منها: صحيح صفوان (قلت للرضا عليه السلام: إن رجلا من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة فهابك، واستحي منك أن يسألك عنها، قال: ما هي؟ قلت: الرجل يأتي امرأته -

ص: ١٤٣

فى دبرها؟ قال عليه السّلام: نعم ذلك له، قلت: و أنت تفعل؟ قال عليه السّلام: إنا لا نفعل ذلك(١)، و موثق ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يأتى المرأه فى دبرها، قال عليه السّلام: لا بأس)(٢)، و صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يأتى المرأه فى دبرها، قال عليه السّلام: لا بأس إذا رضيت، قلت: فأين قول الله عز و جل: فَأَتَوْهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمْرَكُمُ اللَّهُ، قال: هذا فى طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله، إن الله عز و جل يقول: نِسْأُكُمْ حَزْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَزْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ)٣، و الأ-خير قيّد الجواز برضاها، و هو صالح للتقييد بعد صحه سنده و إطلاق سائر النصوص المجوّزه بالإضافه إلى كونه موافق للاعتبار نظرا إلى عموم كونه من حقوق الزوجيه فيتوقف جوازه على رضاها.

و عن القميين و ابن حمزه و أبى الفتوح الرازى و الراوندى فى اللباب و السيد أبى المكارم صاحب بلابل القلاقل الحرمه للأخبار.

منها: صحيح معمر بن خلاد (قال لى أبو الحسن عليه السّلام: أى شىء يقولون فى إتيان النساء فى أعجازهن؟ قلت: إنه بلغنى أن أهل المدينة لا يرون به بأسا، فقال عليه السّلام:

إن اليهود كانت تقول إذا أتى الرجل المرأه من خلفها خرج ولده أحول، فأنزل الله عز و جل: نِسْأُكُمْ حَزْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَزْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ، من خلف أو قدام، خلافا لقول اليهود، و لم يعن فى أدبارهن)(٤) و خبر سدير عن أبى جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: محاش النساء على أمتى حرام)(٤) و مرسل الصدوق فى الفقيه (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: محاش نساء أمتى على رجال أمتى حرام)٦ و مثلها غيرها، و الجميع قاصر السند أو الدلاله، بل الجمع العرفى يقتضى الحمل على الكراهه الشديده. هذا كله فى الأخبار و أما الآيات فقد استدلت المجوّز بقوله تعالى: فَأَتُوا حَزْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ (٥) بتقريب أن لفظ (أنى) إما لخصوص المكان كما عن أئمه اللغه أو للأعم منه و من الكيف و على التقديرين يثبت المطلوب، و كونها حرثا لا يستلزم تقييد الإتيان بموضع الحرث، بل المرأه نفسها شبّهت بالحرث و رخص فى إتيانها، و لذا جاز التفخيز و نحوه، و استدلت المانع بقوله-

ص: ١٤٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٥ و ٢.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ و ٥.
- ٥- (٧) سورة البقره، الآيه: ٢٢٣.

(يحرّم)، لأنه روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «مَحَاشِ النِّسَاءِ عَلَى أُمَّتِي حَرَامٌ» وَهُوَ مَعَ سَلَامِهِ سَنَدُهُ مَحْمُولٌ عَلَى شِدَّةِ الْكِرَاهَةِ، جَمْعًا بَيْنَهُ، وَبَيْنَ صَحِيحِهِ ابْنُ أَبِي يَعْفُورٍ الدَّالُّهُ عَلَى الْجَوَازِ صَرِيحًا.

والمحاش جمع محشه وهو الدبر ويقال أيضا بالسين المهملة كَتَى بالمحاش عن الأدبار، كما كَتَى بالحشوش عن مواضع الغائط، فإن أصلها الحش بفتح الحاء المهملة وهو الكنيف، وأصله البستان، لأنهم كانوا كثيرا ما يتغوطون في البساتين، كذا في نهایه ابن الأثير.

في العزل وترك الوطء

(و لا يجوز العزل عن الحره (١) بغير شرط) ذلك حال العقد، لمنافاته لحكمه -تعالى: فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ (١)، وفيه: إن المراد أمر الله لنا هو الوجهة التي أباحها الله، وهي القبل والدبر.

ثم على القول بجواز الوطئ دبرا فلا- فرق في ذلك بين حال الحيض وغيره، لما تقدم في كتاب الحيض من أن النصوص وارده في تحليل ما عدا القبل أو موضع الدم أو ذلك الموضع، وهي ظاهره في تحليل الوطئ في الدبر حال الحيض، ولذا خص الماتن هنا حرمة الوطئ في حال الحيض والنفاس بالقبل فقط.

(١)العزل هو إخراج الآله عند الإنزال وإفراغ المنى خارج الفرج، فالمشهور على الجواز للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث شاء) (٢) و موثق عبد الرحمن بن أبي عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل) (٣)، والصحيح عن عبد الرحمن الحذاء عن أبي عبد الله عليه السلام (كان على بن الحسين عليهما السلام لا يرى بالعزل بأسا، يقرأ هذه الآية: وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ، فكل شيء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج، وإن كان على صخره صماء) (٤)، و موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لا بأس بالعزل عن المرأة الحره إن أحب صاحبها وإن كرهت، وليس لها من الأمر شيء) (٥)، و مثلها غيرها.

و عن المفيد والشيخ في المبسوط والخلاف الحرمه، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (أنه سئل عن العزل فقال: أما الأمه

ص: ١٤٥

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٢٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

النكاح و هي الاستيلاء فيكون منافيا لغرض الشارع.

و الأشهر الكراهه، لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام أنه سأله عن العزل فقال: «أما الأمه فلا بأس، و أما الحره فإنى أكره ذلك، إلا- أن يشترط عليها حين يتزوجها». و الكراهه ظاهره فى المرجوح الذى لا يمنع من النقيض، بل حقيقه فيه (١)، فلا تصلح (٢) حجه للمنع من حيث اطلاقها (٣) على التحريم فى

فلا- بأس، فأما الحره فإنى أكره ذلك، إلا أن يشترط عليها حين يتزوجها(١)، و صحيحه الآخر عن أبى جعفر عليه السّلام مثل ذلك و قال فى حديثه (إلا أن ترضى أو يشترط ذلك عليها حين يتزوجها)٢، و لما روى (أن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم نهى أن يعزل عن الحره إلا- بإذنها)(٢)، و لما روى عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه قال (أنه الوأد الخفى)(٤، و خبر الدعائم عن جعفر بن محمد عليهما السّلام (الوأد الخفى أن يجامع الرجل المرأه، فإذا أحسّ الماء نزعها منها فأنزله فيما سواها، فلا تفعلوا ذلك، فقد نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أن يعزل من الحره إلا بإذنها)(٣)، بالإضافة إلى أن فيه تفويتا للغرض من النكاح و هو الاستيلاء، و أنه مناف لحق الزوجه بل ربما كان فيه إيذاء لها، و إلى أنه يجب فيه الديه، و ثبوتها يقتضى الديه.

و فيه: أما الصحيحان فهما متضمنان للفظ (فإنى أكره) و هو ظاهر فى الكراهه مع أن نصوص الجواز صريحه فى الجواز فيحمل الصحيحان على الكراهه حيثذ، و أما النبويان فهما عاميان و يحملان على الكراهه جمعا بين الأخبار، و كذا خبر الدعائم، و أما تفويت الغرض فهو ليس بواجب التحصيل، و أما منافاته لحق الزوجه فلا دليل على أنه من حقها، و أما ثبوت الديه فهو أعم من الحرمة، مع أنه ستعرف عدم ثبوتها. هذا و قد وقع الاتفاق على أنه لو كان العزل برضاها أو إذا اشترط ذلك عليها فى العقد فيجائز كما هو مقتضى بعض النصوص المتقدمه، و كذلك لو كان العزل فى الأمه فلا- إشكال لصحيحى محمد بن مسلم المتقدمين، بل لو كان العزل فى المتمتع بها فلا إشكال للإجماع المدعى من جامع المقاصد و غيره و إلا فالنصوص لم تتعرض لها بالخصوص.

(١) فى المرجوح.

(٢) أى الكراهه.

(٣) إطلاق الكراهه.

ص: ١٤٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) تذكره الفقهاء ج ٢ ص ٥٧٦.

٣- ((٥)) مستدرک الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

بعض مواردھا (١)، فإن ذلك (٢) على وجه المجاز، و على تقدير الحقيقه فاشتراكھا (٣) يمنع من دلالة التحريم فيرجع إلى أصل الإباحه.

و حيث يحكم بالتحريم (فيجب ديه النطفه لها) أى للمرأة خاصه (عشره دنانير) (٤)، و لو كرهناه فهى (٥) على الاستحباب (٦)، و احترز بالحره عن الأمه فلا يحرم العزل عنها اجماعا و إن كانت زوجته.

و يشترط فى الحره الدوام فلا تحريم فى المتعه، و عدم الإذن (٧) فلو أذنت (١) كما وقع فى غير مورد هذه الصحيحه.

(٢) أى إطلاق الكراهه على الحره.

(٣) أى اشتراك الكراهه حقيقه بين الحره و الكراهه.

(٤) ذهب جماعه منهم الشيخ و القاضى و أبى الصلاح و ابنى حمزه و زهره و الكيدرى و العلامه فى القواعد و الإرشاد، و كاشف اللثام إلى ثبوت ديه النطفه عليه، و هى عشره دنانير يدفعها للزوجه للصحيح عن يونس عن أبى الحسن عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام قضى فى الرجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء و لم يرد ذلك: نصف خمس المائه، عشره دنانير) (١) و رواه الكافى عن كتاب طريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام قال:

(و أفتى عليه السّلام فى منى رجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء و لم يرد ذلك: نصف خمس المائه، عشره دنانير) ٢ بدعوى ظهور كون نصف خمس المائه هى ديه النطفه مهما كان السبب، و عن المعظم خلافه لأن نصوص جواز العزل ظاهره فى عدم الديه، و مصرّحه بأن المنى ماؤه يضعه حيث شاء، و الصحيح المتقدم ناظر إلى الأجنبى الذى أوجب الإفراغ خارج الفرج بسبب الإنزاع و قياس الوالد عليه قياس مع الفارق لا نقول به.

و عن القواعد و الشرائع ثبوت الديه حتى على القول بالجواز، و هو ضعيف، إذ الديه لو قلنا بثبوتها فلا تثبت إلا على القول بحرمة العزل لأنه أنسب كما فى المسالك.

(٥) أى الديه.

(٦) و قد عرفت أن الديه منحصره، على القول بالحرمة فقط.

(٧) أى و يشترط فى الحره عدم الاذن.

ص: ١٤٧

انتفى أيضا، و كذا يكره لها العزل بدون أذنه (١)، و هل يحرم (٢) لو قلنا به فيه (٣) مقتضى الدليل الأول (٤) ذلك (٥)، و الأخبار خاليه عنه (٦).

و مثله (٧) القول فى ديه النطفه له (٨).

(و لا يجوز ترك وطء الزوجه أكثر من أربعة أشهر) (٩)، و المعتبر فى الوجوب (١) معنى عزل المرأة هو: منعها من الإنزال فى فرجها، و قد استظهر صاحب الجواهر و جماعه حرمة لأنه مناف للتمكين الواجب عليها.

(٢) أى يحرم عزل المرأة بدون إذنه.

(٣) أى لو قلنا بحرمة العزل فى الرجل.

(٤) و هو منافاه العزل لحكمه النكاح، و هى الاستيلاد.

(٥) أى حرمة العزل.

(٦) عن عزل المرأة بغير إذنه، و قد عرفت حرمة حتى على القول بجواز عزل الرجل، لأنه مناف للتمكين الواجب عليها.

(٧) أى و مثل عزل المرأة بغير إذنه.

(٨) للرجل، و استظهر فى الجواهر وجوب الدية عليها ضروره كونها حينئذ كالمفزع أو أعظم فى التفويت إذا كانت قد نحت نفسها عنه عند إنزاله، و فيه: إن الجنايه فى خبر الدية المتقدم من الأجنبي و حمل الأم عليه قياس لا نقول به.

(٩) بلا خلاف فيه لخبر صفوان بن يحيى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (سأله عن الرجل تكون عنده المرأة الشابه فيمسك عنها الأشهر و السنه لا يقربها، ليس يريد الإضرار بها، يكون لهم مصيبه، يكون فى ذلك آثما؟ قال عليه السلام: إذا تركها أربعة أشهر كان آثما بعد ذلك) (١)، و قد رده الشيخ بطريق آخر و فيه (إلا أن يكون باذنها) ٢.

و اختصاص السؤال فى الخبر بالشابه لا ينافى تعميم الحكم الثابت لأنه قد ثبت بما هى زوجته، فيشمل الحكم لكل زوجه حينئذ، و لا فرق بين الدائم و المتمتع بها لإطلاق النص كما عليه جماعه، و كذا لا فرق بين الحره و الأمه للإطلاق، كما أن مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين كون الزوج حاضرا أو مسافرا فى غير سفر الواجب، و قد استشكل فى هذا التعميم جماعه منهم كشف اللثام فخصه بالزوج الحاضر المتملك من الوطى كما هو صريح الخبر من أن عنده المرأة الشابه. هذا و المعتبر من الواطئ حينئذ مسماه و هو ما أوجب الغسل و لا يشترط الإنزال، و لا يكفى الدخول فى الدبر لانصراف الخبر المتقدم إلى خصوص المعهود من الوطء و هو الوطء فى الفرج.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

مسماه، و هو الموجب للغسل، و لا يشترط الإنزال، و لا يكفى الدبر،(و) كذا (لا يجوز) الدخول (قبل) إكمالها (تسع) سنين (١).

(١) يحرم الدخول بالمرأه قبل بلوغها تسع سنين للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا تزوج الرجل الجاربه و هى صغيره فلا- يدخل بها حتى يأتى لها تسع سنين)(١)، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (لا يدخل بالجاربه حتى يأتى لها تسع سنين أو عشر سنين)٢ و نحوه خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام٣، و التخيير فيهما يوجب حمل الأكثر على الاستحباب و مقتضى إطلاق النصوص عدم الفرق بين الدائم و المتمتع بها، ثم إن صريح الأخبار حرمة الوطى بمعنى الدخول فى الفرج، و أما غير ذلك من باقى الاستمتاع من النظر و اللمس و الضم و التفخيذ فجائز للأصل السالم عن المعارض، و منه تعرف ما ذهب إليه الشارح هنا فى الروضه من استجواد تحريم الاستمتاع بغير الوطى ليس فى محله، نعم الظاهر أن الدخول فى الدبر كالدخول فى القبل محرم لإطلاق النصوص المتقدمه.

ثم إذا تزوج بالصغيره المذكوره و دخل بها فهو آثم بلا إشكال، و لكن هل تحرم عليه حينئذ كما عن الشيخين فى المقنعه و النهايه و ابن إدريس لمرسل يعقوب بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا خطب الرجل المرأه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينهما و لم تحلّ له أبدا)(٢).

و على المشهور أنها لا تحرم إلا مع الإفضاء لصحيح حمران عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل تزوج جاربه بكر لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فأفضاها، فقال عليه السلام: إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شىء عليه، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين اقتضها، فإنه قد أفسدها و عطلها على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، و إن أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شىء عليه)٢، و خبر بريد بن معاويه عن أبي جعفر عليه السلام (فى رجل اقتض جاربه - يعنى امرأته - فأفضاها، قال: عليه الديه إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين، قال: و إن أمسكها و لم يطلقها فلا شىء عليه، إن شاء أمسك و إن شاء طلق)(٣).

و مقتضى الجمع بين الأخبار أن الدخول قبل التسع مع الإفضاء يوجب التحريم، فما عن -

ص: ١٤٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢ و ١.

٣- ((١)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٣.

هلاله (١) (فتحرم عليه مؤبدا لو أفضاها) بالوطء بأن صير مسلک البول و الحيض واحدا، أو مسلک الحيض و الغائط. و هل تخرج بذلك من حبالته (٢)؟ قولان أظهرهما العدم. و على القولين يجب الإنفاق عليها حتى يموت أحدهما (٣)، و على ما - كشف اللثام من عدم الظفر بخبر يدل على التحريم بالإفضاء ليس فى محله.

ثم المراد من الإفضاء هو صيروره مسلک البول و الحيض واحدا كما عليه المشهور، أو صيروره مسلک الحيض و الغائط واحدا كما عن ابن سعيد و هو المشهور بين العامة، و عن العلامة فى جملة من كتبه على ما يستظهر منها أنه أعم من كليهما، و فيه: إن المعنى الثانى للإفضاء بعيد لأن ما بينهما حاجز عريض قوى، بالإضافة إلى تفریع الفقهاء على الإفضاء بأن البول تاره مستمسك و أخرى غير مستمسك و هو دال على كون الإفضاء صيروره مسلک البول و الحيض واحدا.

هذا و عن مجمع البحرين و كشف الرموز أن الإفضاء هو جعل مسلک البول و الغائط واحدا و هو قول ثالث و ليس عليه دليل من لغة أو عرف أو شرع.

(١) لانصراف النصوص.

(٢) إذا حرمت عليه مؤبدا بالإفضاء فهل تخرج من حبالته بفسخ عقد النكاح كما قيل، لأن التحريم المؤبد ينافى مقتضى النكاح، إذ ثمرته جل الاستمتاع، و لما تقدم فى مرسل يعقوب بن يزيد من قوله عليه السّلام: (فرّق بينهما و لم تحل له أبدا) (١)، و عن المشهور أنها لا- تخرج عن حبالته إلا بالطلاق لصحيح حمران و خبر بريد المتقدمين حيث صرحا بذلك، ففى الأول (و إن أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شىء عليه) و فى الثانى (و إن أمسكها و لم يطلقها فلا شىء عليه، إن شاء أمسك و إن شاء طلق)، و هو الأقوى، بعد ضعف المرسل المتقدم فلا يصلح لمعارضه هذين الخبرين، و لا غرابه فى حرمتها عليه مع بقائها فى حبالته.

(٣) لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل تزوج جاريه فوقع عليها فأفضاها، قال عليه السّلام: عليه الإجراء عليها ما دامت حيه) (٢)، و مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين ما لو طلقها و تزوجت غيره و عدمه، و عن الإسكافى فى سقوط النفقة بالطلاق، و وجهه غير ظاهر فى مقابل الإطلاق، و يستفاد من الخير المتقدم أن عله النفقه هى الإفضاء لا الزوجيه فلذا حكم جماعه ببقاء النفقه و لو تزوجت بعد طلاقها منه لوجود عله النفقه و هى الإفضاء.

ص: ١٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤.

اخترناه (١) يحرم عليه أختها (٢) و الخامسة (٣)، و هل يحرم عليه وطؤها (٤) فى الدبر و الاستمتاع بغير الوطء و جهان أجودهما ذلك (٥)، و يجوز له طلاقها (٦)، و لا- تسقط به (٧) النفقه (٨) و إن كان (٩) بائنا. و لو تزوجت بغيره ففى سقوطها (١٠) و جهان، فإن طلقها الثانى بائنا عادت (١١)، و كذا لو تعذر انفاقه (١٢) عليها لغيبه، أو فقر مع احتمال وجوبها على المفضى مطلقا (١٣) لإطلاق النص، و لا فرق فى الحكم بين الدائم و المتمتع بها (١٤).

و هل يثبت الحكم فى الأجنبيه قولان أقربهما ذلك (١٥) فى التحريم المؤبد، (١) من عدم خروج المرأه عن حبالته و إن حرمت عليه.

(٢) مع عدم الطلاق.

(٣) أى المرأه الخامسة.

(٤) أى وطء التى أفضاها.

(٥) أى الحرمة، و قد تقدم ما فيه بالنسبه للاستمتاع بغير الوطء فى الدبر.

(٦) كما هو صريح خبر بريد المتقدم.

(٧) أى بالطلاق.

(٨) و قد تقدم الكلام فيه.

(٩) أى الطلاق.

(١٠) أى سقوط النفقه، و قد تقدم أنها لا تسقط لوجود عله الإنفاق و هى الإفضاء، و وجه السقوط أن الإنفاق ما لو لم تتزوج هو الفرد المتيقن من الحكم فيقتصر عليه فيما خالف الأصل.

(١١) أى عادت النفقه بناء على سقوطها بالترويج من غيره.

(١٢) أى إنفاق الزوج الثانى.

(١٣) سواء تزوجت بغير الزوج الأول أم لا، و سواء تعذر إنفاق الزوج الثانى أم لا.

(١٤) و قد تقدم الكلام فيه.

(١٥) أى الثبوت ذهب العلامة و ولده إلى تحريم الأجنبيه لو أفضاها بالزنا أو بشبهه، و ذهب غيرهما إلى تحريم الأجنبيه و الأمه، و عن جماعه منهم صاحب الجواهر اختصاص الحرمة بالزوجه الصغيره المفضاه كما هو مورد النصوص فيتعين الرجوع فى غيرها إلى القواعد المقترضه للعدم.

و من ذهب إلى تعميم الحكم للأجنبيه اعتمد على الأولويه فيها لوجود الا-ثم، و من ذهب إلى تعميم الحكم للأجنبيه و الأمه اعتمد على أن مناط الحرمة فى الأخبار المتقدمه هو-

ص: ١٥١

دون النفقه (١).

و فى الأمه الوجهان (٢)، و أولى (٣) بالتحريم. و يقوى الإشكال فى الإنفاق لو أعتقها (٤).

و لو أفضى الزوجه بعد التسع ففى تحريمها وجهان أجودهما العدم (٥)، و أولى بالعدم إفضاء الأجنبى كذلك (٦).

و فى تعدى الحكم إلى الإفضاء بغير الوطاء (٧) وجهان أجودهما العدم (٨) و قوفا فيما خالف الأصل على مورد النص، و إن وجبت الديه فى الجميع (٩).

الصغر و الإفضاء و هذا موجود فى الأجنبيه و الأمه، و فى كليهما ضعف، لأن الحكم بالتحريم على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن من النصوص و هو الزوجه.

(١) و فيه: إن دليل وجوب النفقه على المفضاه هو صحيح الحلبي المتقدم (١) و هو صريح فى اختصاص الحكم بالزوجه فقط فيقتصر عليها، و فى غيرها يرجع إلى القواعد المقتضيه للعدم.

(٢) من الثبوت و عدمه الواردان فى الزوجه، و قد عرفت أن الأقوى عدم الثبوت.

(٣) أى و الأمه أولى بالتحريم من الأجنبيه، لكونها أقرب إلى الزوجه.

(٤) فعتقها بحكم طلاق الحره، و ينبغى ثبوت النفقه عليه حينئذ، و لكن قد عرفت عدم شمول الحكم للأمه.

(٥) لاختصاص صحيح حمران و خبر يزيد المتقدمين بالزوجه الصغيره.

(٦) أى بعد التسع، و وجه الأولويه أن الحكم فى النصوص السابقه مختص بالزوج فيما لو أفضى الزوجه الصغيره، فلا يشمل الأجنبى فيما لو أفضى الصغيره، و من باب أولى لا يشمل الأجنبى فيما لو أفضى الكبيره.

(٧) كالأصبع.

(٨) لخروجه عن مورد النص.

(٩) أى فى الزوجه المفضاه سواء كانت صغيره أو كبيره، و فى الأجنبيه كذلك و فى الأمه كذلك، و سواء كان الإفضاء بالمعهود أو بالإصبع لصحيح سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كسر بعصوه فلم يملك استه، ما فيه من الديه؟-

ص: ١٥٢

(و يكره للمسافر أن يطرق أهله) أى يدخل إليهم من سفره (ليلا) (١) و قيده بعضهم بعدم إعلامهم بالحال، و إلا لم يكره، و النص مطلق: روى عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السّلام أنه قال: «يكره للرجل إذا قدم من سفره أن يطرق أهله ليلا حتى يصبح».

و فى تعلق الحكم بمجموع الليل، أو اختصاصه بما بعد المبيت و غلق -قال عليه السّلام: ديه كامله، و سألته عن رجل وقع بجاريه فأفضاها و كانت إذا نزلت بتلك المنزل لم تلد، فقال عليه السّلام: الديه كامله(١) و لما رواه فى الفقيه بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السّلام (أنه عليه السّلام قضى فى امرأه أفضيت بالديه)(٢)، و لكن ذهب جماعه إلى عدم ثبوت الديه فى الزوجه الكبيره لصحيح حمران المتقدم حيث قال عليه السّلام (إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شىء عليه، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين افتضاها، فإنه قد أفسدها و عطلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتها)(٣)، و بناء عليه يجب أن لا تثبت الديه فى الكبيره سواء كانت زوجه أم أجنبيه أم أمه.

(١) لخبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (يكره للرجل إذا قدم من سفره أن يطرق أهله ليلا حتى يصبح)(٤)، و هو ظاهر فى كراهه الدخول إليهم لا فى الجماع، و عليه فينبغى النوم خارج الدار ثم يدخل نهارا.

هذا و لا- فرق فى الكراهه بين أن يعلمهم بذلك قبل الليل و عدمه للعموم كما فى المسالك، و عن غيره أن مناسبه الحكم و الموضوع تقتضى كون الكراهه فى حال عدم الاعلام المستلزم لعدم الاستعداد.

ثم لا- فرق فى الأهل الموجودين فى الدار بين الزوجه و غيرها للإطلاق كما فى المسالك، و عن غيره أن النساق هو إرادته الزوجه من الأهل، و هو المناسب لذكره فى النكاح، نعم إطلاق الخبر يشمل جميع الليل، و مع ذلك احتمال اختصاص الكراهه بما بعد المبيت، لأن لفظ (يطرق) هو الدق، و الآتى لا يحتاج إلى دق الباب إلا بعد إغلاقه، و هذا لا يكون إلا بعد المبيت.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٦٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

الأبواب نظر، منشأه، دلالة كلام أهل اللغة على الأمرين. ففي «الصحاح»: أتانا فلان طروقاً إذا جاء بليل. وهو شامل لجميعه. وفي نهايه ابن الأثير «قيل: أصل الطروق من الطرق وهو الدق وسمى الآتى بالليل طارفاً لاحتياجه إلى دق الباب» وهو مشعر بالثاني و لعله أجود.

و الظاهر عدم الفرق بين كون الأهل زوجته، و غيرها عملاً بإطلاق اللفظ، و إن كان الحكم فيها أكد، و هو بباب النكاح أنسب (١).

(١) جرت عادة الفقهاء على ذكر خصائص النبي صلى الله عليه و آله و سلم في كتاب النكاح، لأن خصائصه في النكاح أكثر و أشهر، و ذكر الباقي للمناسبة، و أشهر خصائصه صلى الله عليه و آله و سلم الأول الزيادة على أربع نسوة بالعقد الدائم، و قال في المسالك: (أنه صلى الله عليه و آله و سلم مات عن تسعة نسوة: عائشه و حفصه و أم سلمه المخزومية، و أم حبيب بنت أبي سفيان، و ميمونه بنت الحارث الهلاليه، و جويزيه بنت الحارث الخزاعيه، و سوده بنت زمعه، و صفيه بنت حنن بن أخطب الخيريه، و زينب بنت جحش، و جميع من تزوج بهن خمس عشره، و جمع بين إحدى عشره و دخل بثلاث عشره، و فارق امرأتين في حياته: إحداهما الكلبيه التي رأى بكشحها بياضاً فقال: الحقى بأهلك، و الأخرى التي تعوذت منه بخديعه الأوليين حسداً لها.

الثاني: العقد بلفظ الهبه لقوله تعالى: وَ أَمْرًا مُمِناً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَها لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ (١)، و لا يلزمه بها مهر ابتداء و لا انتهاء كما هو قضيه الهبه، و يجوز إيقاع العقد بلفظ الهبه.

الثالث: تحريم زوجاته على غيره بعد موته صلى الله عليه و آله و سلم لقوله تعالى: وَ لَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبْدًا (٢).

الرابع و الخامس و السادس: وجوب السواك و الوتر و الأضحيه للنبوي (ثلاث كتبت على و لم تكتب عليكم: السواك و الوتر و الأضحيه) (٣) و في آخر (كتب على الوتر و لم يكتب عليكم، و كتب على السواك و لم يكتب عليكم، و كتب على الأضحيه و لم يكتب عليكم) ٢.

السابع: قيام الليل و التهجد به لقوله تعالى: وَ مِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ (٤)، و قوله تعالى:-

ص: ١٥٤

١- (١) سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

٢- (٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥٣.

٣- ((٣ و ٤) الجواهر ج ٢٩ ص ١٢٦.

٤- (٥) سورة الإسراء، الآية: ٧٩.

(الفصل الثاني في العقد)

في الإيجاب و القبول

و يعتبر اشتماله على الإيجاب و القبول اللفظيين كغيره من العقود اللازمه (١) -يا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ قُمْ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَ رَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (١).

الثامن: تحريم الصدقه الواجبه أعنى الزكاه للنبوى (إنا أهل بيت لا تحل لنا الصدقه)(٢)، و فى تحريم المندوبه خلاف.

التاسع: تحريم خائنه الأعين، و هى الغمز بها، بمعنى الإيماء بها إلى مباح على خلاف ما يظهر و يشعر به الحال للنبوى (ما كان لنبي أن تكون له خائنه الأعين)(٣)، و علل بأنها تشبه الخيانه من حيث الإخفاء.

العاشر: أبيض له الوصال فى الصوم، و الوصال إما الجمع بين الليل و النهار بالإمساك، و إما تأخير عشائه إلى وقت سحوره.

الحادى عشر: أنه ينام قلبه و لا تنام عينه، و أنه يبصر ورائه كما يبصر أمامه، و قد ذكر من خصائصه غير ذلك حتى أن العلامه فى التذكره قد ذكر ما يزيد على السبعين فراجع.

(١) يشترط فى النكاح الإيجاب و القبول اللفظيين بلا خلاف فيه بل عليه إجماع علماء المسلمين، قال فى الحداثق: (أجمع العلماء من الخاصه و العامه على توقف النكاح على الإيجاب و القبول اللفظيين)، و إلى ما فى النكاح من شوب العباده التى لا تتلقى إلا من الشارع كما فى الجواهر و كشف اللثام و المسالك و غيرها المقتضى لحصر النكاح باللفظ الوارد من الشارع، و إلى جملة من النصوص الداله على انحصار العقد باللفظ.

منها: صحيح بريد العجلى (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن قول الله عز و جل: و أخذن منكم ميثاقا غليظا، فقال: الميثاق هو الكلمه التى عقد بها النكاح، و أما قوله: غليظا، فهو ماء الرجل يفضيه إليها)(٤)، و هو ظاهر فى انحصار العقد باللفظ، و خبر هشام بن سالم (قلت كيف يتزوج المتعه؟ قال: يقول أتزوجك كذا و كذا يوما بكذا أو كذا درهما)(٥) و مثلها غيرها من النصوص الوارده فى اعتبار اللفظ فى المتعه.-

ص: ١٥٥

١- (١) سورة المزمل، الآيات: ١-٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ٦.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ٧ ص ٤٠.

٤-٤ (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النكاح و أولياء العقد حديث ٤.

٥-٥ (٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ٣.

(فالإيجاب زوجتك و أنكحتك و متعتك لا غير) أما الأولان فموضع وفاق، و قد ورد بهما القرآن في قوله تعالى: زَوَّجْنَاكُهَا (١). وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٢).

و أما الأخير فاكتفى به المصنف و جماعه لأنه من ألفاظ النكاح، لكونه حقيقه في المنقطع و إن توقف معه (٣) على الأجل، كما لو عبّر بأحدهما فيه (٤) و ميزه به، - و لعدم تعقل المعاطاه في النكاح، لأن المعاطاه فعل، و فعل الوطء المحقق للعقد بحاجة إلى سبب محلل و إلا لكان سفاحا، و لعدم كفايه الرضا الباطنى و إلا لما بقى فرق بين النكاح و السفاح، لذلك كله اشترط اللفظ في عقد النكاح هذا من جهه و من جهه أخرى وقع الاتفاق على وقوع الإيجاب بلفظ النكاح أو الترويج فتقول الزوجه: زَوَّجْتِكِ أَوْ أَنْكَحْتِكِ نَفْسِي، لكونهما مشتقين من الألفاظ الصريحه الداله على النكاح و قد ورد القرآن بهما، قال الله تعالى: فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطْرًا زَوَّجْنَاكُهَا (١)، و قال تعالى: وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٢).

و قد وقع الخلاف في إيقاع الإيجاب بلفظ (متعتك نفسى)، فعن الأكثر العدم لأصالة عدم ترتب الأثر عليه عند الشك في جوازه، و الشك ناشئ من كونه حقيقه في المنقطع مجاز في الدائم، و العقود اللازمه لا تقع بالمجاز.

و عن المحقق في الشرائع و النافع و العلامه في جمله من كتبه الجواز لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) بعد منع المجازيه لأنه هو اللقدر المشترك كلفظ (زوجتك)، و لما ورد من انقلاب المنقطع دائما عند عدم ذكر الأجل نسيانا و هو ظاهر في صحه إنشاء العقد الدائم بلفظ المتعه ففى خبر عبد الله بن بكير عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن سَمِيَ الأجل فهو متعه، و إن لم يسم الأجل فهو نكاح بات) (٤).

(١) الأحزاب آيه ٣٧.

(٢) النساء آيه ٢٢.

(٣) أى مع لفظ المتعه.

(٤) أى عبر عن المنقطع بأحد لفظى (زوجتك أو أنكحتك)، و ميزه عن الدائم بالأجل.

ص: ١٥٦

١- (١) سورة الأحزاب، الآيه: ٣٧.

٢- (٢) سورة النساء، الآيه: ٢٢.

٣- (٣) سورة المائدة، الآيه: ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المتعه حديث ١.

فأصل اللفظ (١) صالح للنوعين (٢)، فيكون حقيقه في القدر المشترك بينهما (٣)، و يتميزان بذكر الأجل، و عدمه (٤)، و لحكم الأصحاب تبعا للروايه بأنه لو تزوج متعه و نسي ذكر الأجل انقلب دائما، و ذلك (٥) فرع صلاحيه الصيغه له (٦)، و ذهب الأكثر إلى المنع منه (٧)، لأنه حقيقه في المنقطع شرعا فيكون مجازا في الدائم، حذرا من الاشتراك (٨)، و لا يكفي ما يدل بالمجاز حذرا من عدم الانحصار (٩)، و القول المحكى ممنوع، و الروايه مردوده بما سيأتي و هذا (١٠) أولى.

(و القبول (١١). قبلت التزويج و النكاح، أو تزوجت، أو قبلت، مقتصرًا) (١) أعني المتعه.

(٢) الدائم و المنقطع.

(٣) على نحو الاشتراك المعنوي.

(٤) فيتميز المنقطع بذكر الأجل، و الدائم بعدمه.

(٥) أي حكم الأصحاب المذكور.

(٦) أي صيغه المتعه للدائم.

(٧) من لفظ المتعه في الدائم.

(٨) أي أن لفظ المتعه قد استعمل في الدائم و المتعه بناء على ما تقدم، و يدور أمره بين كونه مشتركا بينهما، و بين كونه حقيقه في أحدهما و مجازا في الآخر، و يرجح الثاني لأنه مستلزم لوحده الوضع دون الأول لاستلزامه تعدد الوضع كما حرر ذلك في محله.

(٩) أي لو اكتفى في الصيغه بالألفاظ المجازيه لزم عدم انحصار الصيغه في ألفاظ مخصوصه محصوره، مع أنه قد وقع اتفاقهم على أن صيغه النكاح محصوره، لأنه مبني على الاحتياط و فيه شوب من العبادات المتلقاه من الشارع، و لأصالة تحريم الفرج إلى أن يثبت سبب الحل شرعا.

(١٠) أي المنع.

(١١) المعتبر من لفظ القبول ما دل صريحا على الرضا بالإيجاب سواء وافقه في لفظه أم خالفه مع اتفاق المعنى، فلا خلاف و لا إشكال في صحه (قبلت التزويج) عقيب قولها (زوجتك)، و كذا في صحه (قبلت النكاح) عقيب قولها (أنكحتك)، و كذا قوله (قبلت النكاح) عقيب قولها (زوجتك)، و كذا العكس مع التخالف في الإيجاب ضروره قيام الألفاظ المترادفه بعضها مقام بعض، كما أنه لا إشكال عندنا في جواز الاقتصار على (قبلت) كغيره من العقود خلافا لبعض الشافعيه من المنع لأنه كناية لا تصريح فيه لاحتمال إرادته غير التزويج المطلوب، و رد بمنع عدم صراحته إذ هو صريح في الدلاله-

(عليه) من غير أن يذكر المفعول (كلاهما) أى الإيجاب و القبول (بلفظ المضى) (١) فلا -على كون القبول المجرد قبولا لذلك الإيجاب المتقدم، و كذا لا إشكال فى صحه (رضيت) و نحوه مما هو صريح فى القبول، كما أنه يصح القبول بكل لفظ صريح فى قبول النكاح و التزويج كقوله (تزوجت) و نحوه.

(١) أى بلفظ الماضى، على ما هو المشهور بين علمائنا خصوص المتأخرين منهم، لأن الماضى صريح فى الإنشاء بخلاف المضارع و الأمر، فالأول أشبه بالوعد و الثانى استدعاء لا إيجاب، و اقتصارا على المتيقن فى الخروج عن أصله عدم ترتب الأثر، خصوصا فى الفروج المطلوب فيها شدة الاحتياط، و لأن تجويز غير الماضى يؤدى إلى انتشار الصيغه و عدم وقوفها على قاعده فيصير النكاح مشبها للإباحه مع أن عقد النكاح فيه شوب العباده الموجب للاقتصار على ما هو متلقى من الشارع أو ما هو متيقن من دون خلاف.

و عن جماعه الجواز فى المستقبل كما هو المنسوب إلى ابن أبى عقيل و المحقق و جماعه من المعاصرين، و ما استدل به على الانحصار موهون، أما الأول فلأن الماضى تاره يكون خبرا و أخرى إنشاء كالمضارع، فلا فرق بين الفعلين إلا فى الحكايه عن زمان التلبس و احتمال الوعد فى المضارع كاحتمال الإخبار فى الماضى لا- أثر له مع وجود القرينه على الإنشاء، و أما الثانى فالإقتصار على المتيقن غير لازم مع وجود الدليل فى المشكوك و كفى بإطلاق قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) دليلا و أما الثالث من منع الانتشار فلا ضير فيه فيما هو صريح فى الإنشاء دون غيره، و كفى به قاعده تمنع من إيصال النكاح إلى حد الإباحه، مضافا إلى ورود النصوص فى عقد المتعه المتضمنه لجواز إنشائه بالمضارع.

منها: خبر هشام بن سالم (قلت: كيف يتزوج المتعه؟ قال: يقول أتزوجك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما)(٢) و مثله غيره، و إن كان فى الأخير كلام حيث ذهب ابنا حمزه و سعيد بأنه لا بد بعد ذلك من تلفظه بالقبول للاستصحاب و للاقتصار على المتيقن، و لأن صدور الإيجاب من الزوج على خلاف القواعد إذ الإيجاب هنا من الزوجه، فلو اكتفى بما صدر من الزوج و كان جواب الزوجه بلفظ (نعم) و حكمنا بصحه العقد للزم القول بصحته بدون إيجاب لأن لفظ (نعم) لا يكون إجابا، إلا أن هذه المناقشه غير مسموعه أما الأول من لاديه التلفظ بالقبول فيما بعد فهو منفى لخبر أبان بن تغلب (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجك متعه على كتاب-

ص: ١٥٨

١- (١) سورة المائده، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ٣.

يكفى قوله: أتزوجك بلفظ المستقبل منشأ (١) على الأقوى، وقوفا على موضع اليقين. و ما روى من جواز مثله (٢) فى المتعه ليس صريحا فيه (٣)، مع مخالفته (٤) للقواعد.

-الله و سنه نبيه 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 تراضيما عليه قليلا كان أو كثيرا، فإذا قالت: نعم فقد رضيت، و هى امرأتك و أنت أولى الناس بها(١).

و أما الثانى فلعل النكاح كالصلح يصح وقوع إيجابه من كل من الطرفين، و يكون لفظ (نعم) الصادر من الزوجه قائم مقام القبول، و هذا هو صريح خبر أبان بن تغلب المتقدم.

(١) أى بداعى الإنشاء لا الإخبار.

(٢) مثل لفظ المستقبل.

(٣) فى جواز كفايه الايجاب بلفظ المستقبل، لاحتمال لابدئيه التللفظ بالقبول بعد ايجابها النكاح كما عن ابني حمزه و سعيد.

(٤) أى مخالفه ما روى، و قد تقدم عرضه و تقدم ما فيه، هذا و عن الشيخ و ابني حمزه و زهره و استحسنة المحقق فى الشرائع جواز الاكتفاء بالأمر من قبل الزوج بأن يقول: زوجيني نفسك، فتقول الزوجه: زوجتك، لخبر سهل الساعدي (أن امرأه أتت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله و هبت نفسى لك، و قامت قياما طويلا، فقام رجل و قال: يا رسول الله، زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجه، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: هل عندك من شىء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزارى هذا، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك، اجلس التمس و لو خاتما من حديد فلم يجد شيئا، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: هل معك من القرآن شىء؟ قال: نعم، سوره كذا و سوره كذا، السور سمّاها، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: زوجتك بما معك من القرآن(٢) بناء على أن الزوج لم يأت بالقبول، و قد وصف الخبر فى المسالك بأنه المشهور بين العامه و الخاصه، مع أنه لم يرو هذه الروايه من أصحابنا إلا ابن أبى جمهور الأحسائى فى غوالى اللئالى، نعم فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (جاءت امرأه إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقالت:

زوجنى، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوجنيها،-

ص: ١٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤.

(و لا يشترط تقديم الإيجاب) على القبول (١)، لأن العقد هو الإيجاب - فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لى شىء؟ قال صلى الله عليه و آله و سلم: لا، فأعاد، فأعاد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى المره الثالثه:

أ تحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه(١) و كذلك لا يوجد فى الخبر أن الرجل أعاد القبول فيكون أمره قبولاً مقديماً على الإيجاب حينئذ، و عن الشهيد فى شرح الإرشاد تنزيل الروايه على أن الواقع من النبى صلى الله عليه و آله و سلم قام مقام الإيجاب و القبول، لثبوت ولايته على كل مؤمن، و يكون هذا من خواصه، و فيه: إن المعبر من الولى عن الطرفين وقوع الإيجاب و القبول منه بلفظين لا بلفظ واحد، مع عدم ذكر هذا من خصائص النبى صلى الله عليه و آله و سلم، هذا مع عدم خلو دلالة الخبر من إشكال لعدم إنشاء القبول من الأمر بالتزويج، بالإضافة إلى تخلل الكلام الكثير بين الإيجاب و القبول، و هو كلام ليس من متعلقات الإيجاب، و لذا ذهب جماعه منهم ابن إدريس و العلامه إلى عدم الاجتزاء، و للبحث تتمه ستأتى.

(١) نسب إلى الأكثر عدم اشتراط التقديم فيما لو كان القبول بلفظ: تزوجت، فقالت الزوجه أو وليها: زوجتك، لما هو الظاهر من خبر الساعدى و صحيح محمد بن مسلم المتقدمين، مؤيدا بمراعاة الشارع للحياء فى البكر و لذا اكتفى فى رضاها بالسكوت كما فى الخبر (فى المرأه البكر إذنها صماتها، و الثيب أمرها إليها)(٢) و فى آخر (فى رجل يريد أن يزوج أخته قال: يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها و إن أبت لم يزوجه)٣، و لا-ريب فى المشقه عليها من جهه ابتدائها بالإيجاب بخلاف ما لو ابتدأ الزوج فيهن عليها حينئذ قول:

زوجتك، بل إن القبول الذى هو بمعنى الإيجاب هو إيجاب فى الواقع، و تسميته قبولاً اصطلاحاً فيكون الصادر هو الإيجاب من الزوج و القبول من الزوجه و لازمه صحه القبول منها بلفظ (نعم) كما هو الظاهر من النصوص الوارده فى المتعه و قد تقدم بعض منها كخبر أبان بن تغلب(٣).

و منه تعرف أن النكاح كالصلح يصح إيجابه من كل من المتعاقدين، نعم لو كان القبول من الزوج بلفظ (قبلت) فيتعين تأخره، لأنه حينئذ رضا بالإيجاب و متى لم يوجد إيجاب بحسب الفرض لم يكن هذا قبولاً، لأنه حينئذ كالانفعال الذى يحصل تبعاً لحصول الفعل شبيه الانكسار بعد الكسر، فيستحيل تقدمه عليه.

ص: ١٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المهر حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ١.

و القبول. و الترتيب (١) كيف اتفق غير مخلّ بالمقصود (٢).

و يزيد النكاح على غيره من العقود. أن الإيجاب من المرأه و هى تستحى غالبا من الابتداء به (٣) فاغتفر (٤) هنا، و إن خولف فى غيره (٥)، و من ثم ادعى بعضهم الإجماع على جواز تقديم القبول هنا، مع احتمال عدم الصحه كغيره (٦)، لأن القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وجد قبله (٧) لم يكن قبولا (٨). و حيث يتقدم يعتبر كونه بغير لفظ قبلت، كتزوجت و نكحت و هو حينئذ فى معنى الإيجاب.

(و) كذا (لا) يشترط (القبول بلفظه) أى بلفظ الإيجاب (٩)، بأن يقول:

زوجتك. فيقول: قبلت التزويج، أو أنكحتك. فيقول: قبلت النكاح، (فلو قال:

زوجتك فقال: قبلت النكاح صح)، لصراحه اللفظ، و اشتراك الجميع فى الدلاله على المعنى.

(و لا يجوز) العقد إيجابا و قبولا (بغير العربيه (١٠) مع القدره) عليها، لأن (١) بين الايجاب و القبول.

(٢) إن كان القبول المتقدم بمعنى الايجاب.

(٣) بالايجاب.

(٤) أى اغتفر ابتداء المرأه بالايجاب فى النكاح لمقام حياتها.

(٥) أى فى غير النكاح، بل لا بد من الابتداء بالايجاب و لو كان من المرأه، إلا الصلح على ما تقدم بيانه.

(٦) أى كغيره من العقود.

(٧) قبل الايجاب.

(٨) و فيه: إنه مما تقدم تعرف أنه ليس قبولا بل هو من باب صدور الايجاب ممن وظيفته القبول، و ليس من باب تقديم القبول على الايجاب.

(٩) لأنه لا يشترط فى لفظ القبول مطابقته لعباره الايجاب، بل يصح الايجاب بلفظ و القبول بلفظ آخر، فلو قال الولي: زوجتك، فقال الزوج: قبلت النكاح أو نكحت، أو قال الولي: أنكحتك، فقال الزوج: قبلت التزويج أو تزوجت، صح بلا خلاف و لا إشكال لإطلاق الأدله، و قد تقدم بحثه.

(١٠) بل تعتبر العربيه فى عقد النكاح على المشهور للإجماع المدعى عن المبسوط و التذكرة، و للتأسى بالمعصوم عليه السلام حيث تزوج بالعربيه، و لأصالة الفساد فى العقود عند الشك -

ذلك (١) هو المعهود (٢) من صاحب الشرع كغيره من العقود اللازمه، بل أولى (٣).

وقيل: إن ذلك مستحب لا- واجب، لأن غير العربيه من اللغات من قبيل المترادف يصح أن يقوم مقامه، ولأن الغرض ايصال المعاني المقصوده إلى فهم المتعاقدين فيتأدى بأى لفظ اتفق، و هما (٤) ممنوعان (٥).

و اعتبر ثالث كونه بالعربيه الصحيحه فلا ينعقد بالملحون، و المحرّف (٦) مع -فى اعتبار شىء و هو المسمى بأصالة عدم ترتب الأثر و قد خرج عن ذلك العقد بالعربيه فغيره باق لعدم الدليل على الخروج، و لأصالة الاحتياط فى الفروج، و لعدم صدق العقد على غير العربى، و لأن اعتبار الماضويه فى العقد مستلزم لاعتبار العربيه من باب أولى.

و فيه: أما الاجماع فلم يثبت كونه تعديدياً، و أما التأسى فغير لازم فى كل ما كانوا عليه، فقد كانوا فى الحجاز أو كانوا يتكلمون بالعربيه فى محاوراتهم العرفيه و لا- يتوهم أحد محبوبه ذلك، و أصالة الفساد مع أصالة الاحتياط لا مجال لهما مع إطلاق العقد عرفاً على ما لو تم بغير العربيه فيندرج تحت قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و منه تعرف ضعف عدم صدق العقد على غير العربى، و أما اعتبار الماضويه فهى غير معتبره كما تقدم، و لو سلم فهى ليست من خصوصيات اللغه العربيه حتى يقال بأن اعتبارها مستلزم لاعتبار العربيه، و لذا ذهب ابن حمزه و جماعه من المتأخرين إلى جوازه بغير العربيه، و جعل ابن حمزه كونه بالعربيه مستحبا و لعله للتأسى و قد عرفت ما فيه.

(١)أى العربيه.

(٢)دليل التأسى.

(٣)أى بل النكاح أولى بالعربيه من بقيه العقود اللازمه التى صدرت من الشارع، للاحتياط فى مسأله الفروج.

(٤)أى الدليلان المذكوران سابقا.

(٥)لأن فى النكاح شوباً من العباده، المقتضى للتوقيفيه، و فيه ما قد عرفت من أنه لا مجال له بعد إطلاق أدله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢).

(٦)اللحن هو الغلط فى الاعراب، و التحريف هو الغلط فى الحروف أو فى مخارجها، قال فى المسالك: (و بالجمله فمن جَوَزَ التعبير بغير العربيه جَوَزَ اللحن فى اللفظ العربى إذا لم-

ص: ١٦٢

١- (١) سورة المائده، الآية: ١.

٢- (٢) سورة المائده، الآية: ١.

القدره على الصحيح، نظرا إلى الواقع من صاحب الشرع (١) ولا ريب أنه أولى، ويسقط مع العجز عنه (٢).

و المراد به (٣) ما يشمل المشقة الكثيره فى التعلم، أو فوات (٤) بعض الأغراض المقصوده، و لو عجز أحدهما (٥) اختص بالرخصه، و نطق القادر بالعربيه بشرط أن يفهم كل منهما كلام الآخر و لو بترجمين عدلين (٦).

و فى الاكتفاء بالواحد (٧) وجه (٨)، و لا يجب على العاجز التوكيل و إن قدر عليه (٩)، للأصل (١٠).

(و الأخرس) يعقد ايجابا و قبولا (بالإشاره) المفهمه للمراد (١١)،

فى ما يشترط فى العاقد و ما يشترط فى العقد

(و يعتبر فى) يغير المعنى، و من شرط العربى ظاهره عدم اشتراط الإعراب أيضا، لأن تركه لا يخل بأصل اللفظ العربى، و اشترط بعضهم الاعراب مع القدره لما مرّ فى اشتراط أصل العربى هذا كله مع القدره) انتهى، و الأولى أن اللحن و الغلط إن كان معيبرا للمعنى فلا يجزى، لعدم تحقق إنشاء الإيجاب و القبول به، و إن لم يكن معيبرا فلا بأس به.

(١) حيث لم يصدر منه غلط لا باللحن و لا بالتحريف.

(٢) عن الصحيح، هذا و العجز عنه لا يصحح كون غير الصحيح عقدا إن كان النكاح توقيفيا، و منه تعرف عدم توقيفيه النكاح إلا فى اشتراط الايجاب و القبول اللفظيين، و فى انحصار الايجاب بلفظى (زوجتك و أنكحتك).

(٣) أى العجز.

(٤) أى و التعلم موجب لفوات.

(٥) أحد الزوجين.

(٦) لأنهما بينه.

(٧) أى المترجم الواحد.

(٨) قد قواه سيد الرياض لكفايه قول الثقة إذا لم يفد القطع و إلا فلا ريب فى كفايته.

(٩) على التوكيل.

(١٠) و هو أصاله عدم وجوب التوكيل عليه، و يظهر من التذكرة على ما قيل اتفقهم على جواز النطق بغير العربيه عند العجز عن تعلمها و لا يجب عليه التوكيل. لفحوى اجتزاء الأخرس بالإشاره فى الطلاق على ما ورد فى الخبر.

(١١) سواء كان خرسه أصليا أو طارئا بلا خلاف فيه، و لفحوى ما ورد من أن طلاق الأخرس بالإشاره على ما سيأتى بيانه فى باب

الطلاق.

ص: ١٦٣

(العقد الكمال (١)، فالسكران باطل عقده و لو أجاز بعده) (٢) و اختصه بالذكر تنبيها (١) الكمال يتحقق بالبلوغ و العقل، فلا عبره بعبارة الصبي إيجابا و قبولا، لنفسه و لغيره سواء كان مميزا أم لا، و كذا المجنون حال جنونه سواء كان إطباقيا أم أدواريا، لحديث رفع القلم (١)، و بالجملة فالمعتبر هو قصد المكلف إلى العقد، و قصد غيره منزل منزله العدم و لذا قيل إن الشارع قد جعل الصبي و المجنون مسلوبى العبارة.

(٢) أى لو أجاز العقد بعد السكر، هذا و قد عرفت أن شرط صحة العقد القصد إليه، و السكران الذى بلغ به السكر حدا أزال عقله و ارتفع قصده فنكاحه باطل كغيره من عقوده، سواء فى ذلك الذكر و الأنثى، على ما تقتضيه القواعد المتقدمة، و متى كان عقده باطلا لعدم القصد من رأس فلا تنفعه الإجازة بعد الإقامه، لأن الإجازة لا تصحح ما وقع باطلا من أصله، نعم لو وقع العقد صحيحا غير أنه غير مستجمع لتمام شرائط الصحة كعقد الفضولى كانت الإجازة نافعه و محققه للشرط المتخلف، و مع تحققه يؤثر العقد أثره حينئذ.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه قد ورد فى صحيح إسماعيل بن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت فزوجت نفسها رجلا- فى سكرها، ثم أفادت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعت منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أ حلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر، و لا سبيل للزوج عليها؟ فقال عليه السّلام:

إذا أقامت بعد ما أفادت فهو رضا منها، قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال عليه السّلام: نعم) (٢)، و ظاهره صحة عقد السكران إن تعقبته الإجازة حال الإفاقه، و قد عمل بها الشيخ فى النهايه و تبعه ابن البراج، و حكى عن الصدوق فى الفقيه و المقنع، هذا و المشهور أعرضوا عنه لمخالفته لما تقدم من القواعد، و قد حملها العلامة فى المختلف على السكر الذى لم يبلغ حد إزاله القصد، و أورد عليه فى المسالك بأنه حينئذ يكون العقد صحيحا بلا حاجه إلى تقريرها و رضاها فيما بعد، و حملها الفاضل الهندى فى كشف اللثام على ما لو كان الزوج جاهلا- بسكرها فلا يسمع فى حقه قول المرأة و تجرى عليهما أحكام الزوجيه ظاهرا و هو حمل بعيد لا شاهد له من الخبر، و حملها صاحب الجواهر على توكيلها فى التزويج حال السكر فيكون العقد فضوليا تنفعه الإجازة بعد الإفاقه، و فى الأخير ضعف ظاهر حيث ورد فى الخبر (فزوجت نفسها) و هو ظاهر فى المباشرة لا التوكيل.

ص: ١٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الطلاق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمات العبادات حديث. ١١

على ردّ ما روى من «أن السيكرى لو زوجت نفسها ثم أفاقت فرضيت، أو دخل بها فأفاقت و أقرته كان ماضيا» (١) و الروايه صحيحه، إلا أنها مخالفه للأصول الشرعيه فأطرحها الأصحاب، إلا الشيخ فى النهايه (و يجوز تولى المرأه العقد عنها، و عن غيرها إيجابا و قبولا) (٢) بغير خلاف عندنا، و إنما يتبّه على خلاف بعض العامه المانع منه (٣).

(و لا يشترط الشاهدان) فى النكاح الدائم مطلقا (٤) (و لا الولي (٥) فى نكاح) (١) قد نقل الشارح الروايه بالمعنى.

(٢) لأن عباره المرأه معتبره فى العقد، بمعنى غير مسلوبه العبارة، إذا كانت بليغه رشيدته سواء قلنا بثبوت ولايه الأب عليها أم لا، فيجوز لها حينئذ إجراء عقد النكاح إيجابا و قبولا عن نفسها و عن الغير، لإطلاق الأدله من غير مقيد.

و عن الشافعى سلب عبارتها مطلقا فى النكاح فليس لها أن تتولاه لنفسها و لا لغيرها و إن أذن لها الولي أو وكتت فيه و هو معلوم البطلان، لأن ولايه الأب عليها لا يسلبها عبارتها و يجعلها كالصبي.

(٣) من تولى العقد.

(٤) سواء كانت المرأه رشيدته أم لا، بل و لا تشترط الشهاده فى المنقطع و التحليل لأصالة عدم الاشتراط بعد عدم الدليل عليه إلا ما ورد فى خبر المهلب الدلال (أنه كتب إلى أبى الحسن عليه السّلام أن امرأه كانت معى فى الدار، ثم إنها زوجتني نفسها، و أشهدت الله و ملائكته على ذلك، ثم إن أباها زوّجها من رجل آخر فما تقول؟ فكتب عليه السّلام:

التزويج الدائم لا يكون إلا بولى و شاهدين، و لا يكون تزويج متعه ب بكر، استر على نفسك و اكنم رحمك الله) (١).

و هو ضعيف السند و موافق للعامه و قد أعرض الأصحاب عنه، إلا ابن أبى عقيل حيث اعتمد عليه و حكم باشتراط الشهاده فى الدائم و هو ضعيف لما سمعت.

(٥) سيأتى تحقيقه مفصلا إن شاء الله، و إنما ذكره المصنف هنا إجمالا باعتبار أن المخالف للمشهور و الذى ذهب إلى اشتراط الشاهدين و الولي قد اعتمد على الخبر المتقدم، فأراد أن يتبّه على عدم اشتراط الشهاده لضعف الخبر و ذكر حكم الولي معه إجمالا مع إحاله التفصيل على ما يأتى.

ص: ١٦٥

(الرشيدة و إن كانا (١) أفضل) على الأشهر، خلافا لابن أبي عقيل حيث اشترطهما (٢) فيه (٣) استنادا إلى روايه ضعيفه تصلح سندا للاستحباب، لا للشرطيه.

(و يشترط تعيين الزوجه و الزوج) (٤) بالإشاره، أو بالاسم، أو الوصف (١) أى الشاهدان و الولي.

(٢) أى الشاهدين و الولي.

(٣) فى النكاح الدائم.

(٤) يشترط فى النكاح بأقسامه تعيين الزوجه عن غيرها من النساء، كما أنه يشترط تعيين الزوج عن غيره من الرجال بلا خلاف فيه، لأن الاستمتاع يستدعى فاعلا- و منفعلا- معينين، و التعيين يحصل بأمر ثلاثه: الإشاره كما لو كانت الزوجه حاضره فقال الولي:

زوجتك هذه أو هذه المرأه، و التسميه سواء كانت الزوجه حاضره أو غائبه بأن يقول الولي: زوجتك فاطمه، و الصفه الخاصه بأن يقول: زوجتك ابنتي الكبيره أو الصغيره أو الوسطى أو البيضاء أو السمراء، نعم لو اختلف الاسم و الوصف، أو أحدهما مع الإشاره أخذ بما هو المقصود و ألغى ما وقع غلطا، فمثلا لو قال: زوجتك الكبرى من بناتى فاطمه، و تبين أن اسمها خديجه، صح العقد على خديجه التى هى الكبرى، و لو قال: زوجتك فاطمه و هى الكبرى، فتبين أنها الصغرى صح العقد على فاطمه لأنها المقصود، و يكون توصيفها بالكبرى لغوا، و كذا لو قال: زوجتك هذه و هى فاطمه أو و هى الكبرى فتبين أن اسمها خديجه أو أنها الصغرى فيصح العقد على المشار إليها و تسميتها بفاطمه أو توصيفها بالكبرى يقع لاغيا لأنه وقع غلطا.

إذا تقرر ذلك فلو زوجه إحدى بناته و كان عنده أكثر من واحده و لم يسمّها واقعا بحيث لم يقصد واحده بعينها بطل العقد لعدم تحقق التعيين، و هو شرط كما تقدم، و لو قصد واحده معينه و اتفق القصد عليها من الولي و الزوج صح العقد لتحقيق شرط التعيين و إن لم تسمى فى العقد، و عليه فلو اختلفا فى المعقود عليها بعد ذلك فالقول قول الأب مع يمينه فى التعيين مع رؤيه الزوج للجميع، و إلا- كان العقد باطلا كما عليه الأكثر لصحيح أبى عبيده (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كنّ له ثلاث بنات أبكار فزوج إحداهنّ رجلا و لم يسمّ التى زوج للزوج و لا للشهود، و قد كان الزوج قد فرض لها صداقها، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ الزوج أنها الكبرى من الثلاثه فقال الزوج لأبيها: إنما تزوجت منك الصغيره من بناتك، فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كان الزوج رآهنّ كلهنّ و لم يسمّ له واحده منهن، فالقول فى ذلك قول الأب، و على الأب فيما بينه و بين الله أن يدفع إلى الزوج الجارية التى نوى أن يزوّجها إياه عند عقده النكاح، و إن كان الزوج لم

الرافعين للاشتراك،(فلو كان له بنات و زوجته واحده و لم يسمها فإن أبهم و لم يعين (١) شيئاً في نفسه بطل) العقد، لامتناع استحقاق الاستمتاع بغير معين،(و إن عين) في نفسه من غير أن يسميها لفظاً (فاختلفاً) (٢) في المعقود عليها حلف الأب إذا كان الزوج رآهن، و إلا بطل العقد) و مستند الحكم روايه أبي عبيده الحذاء عن الباقر عليه السلام، و فيها (٣) على تقدير قبول قول الأب أن عليه فيما بينه و بين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج الجارية التي نوى أن يزوجه إياه عند عقد النكاح.

و يشكل بأنه إذا لم يسم للزوج واحده منهن فالعقد باطل (٤) سواء رآهن أم -يرهن كلهن و لم يسم له واحده منهن عند عقده النكاح فالنكاح باطل(١).

و الروايه منافيه لما تقرر من القاعده المتقدمه التي اشترطت التعيين حال العقد حيث دلت الروايه على صحه العقد عند رؤيه الجميع و إن اختلف القصد، و إلى بطلان العقد عند عدم الرؤيه، مع أنه مع اختلاف القصد يجب الحكم بالبطلان لما تقدم، و من الواضح أن الرؤيه لا مدخله لها في الصحه و لا عدمها له مدخله في البطلان لأن المعبر هو التعيين فقط.

و قد ردها ابن إدريس و استجوده الشارح في المسالك لأن العقد لم يقع على معينه مخصوصه و التعيين شرط الصحه، و قد نزلها الفاضلان المحقق و العلامه في الشرائع و المختلف على أنه عند رؤيه الزوج للجميع فيكون قد أوكل التعيين للأب بحسب الظاهر و عليه أن يسم الزوج من نواها و لذا يقدم قول الأب مع يمينه لأن الاختلاف حينئذ في فعله و تعيينه فيرجع إليه فيه لأنه أعلم به، و مع عدم الرؤيه فلا- توكيل بحسب الظاهر و لا قصد مشترك منهما إلى معين فيبطل العقد، و فيه: إن رؤيه الجميع لا تدل على التوكيل و لا- عن الرضا بما عينه الأب لأن الرؤيه أعم فلا يمكن حمل الروايه على ذلك فاللازم إما العمل بمدلول الروايه كما فعل الشيخ و أتباعه و إما ردها كما فعل ابن إدريس.

(١)أى الولي.

(٢)بعد قصد الزوج و تعيينه أيضاً.

(٣)أى كما أن الحكم السابق مذكور فيها، فقد ذكر فيها أيضاً.

(٤)لعدم تعيينها عند الزوج.

ص:١٦٧

لا، لما تقدم (١)، و أن رؤيه (٢) الزوجه غير شرط فى صحه النكاح، فلا مدخل لها (٣) فى الصحه و البطلان. و نزلها الفاضلان على أن الزوج إذا كان قد رآهن فقد رضى بما يعقد عليه الأب منهنّ، و وكل الأمر إليه (٤) فكان كوكيله و قد نوى الأب واحده معينه فصرف العقد إليها، و إن لم يكن رآهن بطل، لعدم رضاء الزوج بما يسميه الأب.

و يشكل بأن رؤيته لهنّ أعمّ من تفويض التعيين إلى الأب، و عدمها (٥) أعم من عدمه (٦)، و الروايه مطلقه، و الرؤيه غير شرط فى الصحه (٧) فتخصيصها (٨) بما ذكر (٩) و الحكم به (١٠) لا دليل عليه (١١)، فالعمل بإطلاق الروايه (١٢) كما صنع جماعه، أو ردها مطلقا (١٣)، نظرا إلى مخالفتها لأصول المذهب كما صنع ابن إدريس و هو الأولى، أولى.

و لو فرض تفويضه إليه (١٤) التعيين ينبغى الحكم بالصحه، و قبول قول الأب مطلقا (١٥)، نظرا إلى أن الاختلاف فى فعله (١٦)، و أن نظر الزوجه ليس بشرط فى (١) من اشتراط تعيين الزوجه.

(٢) إشكال ثان.

(٣) أى لرؤيه الزوجه.

(٤) فى تعيين ما شاء منهنّ.

(٥) أى عدم الرؤيه.

(٦) عد التفويض المذكور.

(٧) إذ شرط الصحه هو التعيين.

(٨) أى الروايه.

(٩) من صورته التفويض.

(١٠) أى بما ذكر من التفويض فيصح العقد، و مع عدمه فيبطل العقد.

(١١) من الروايه.

(١٢) تبعا للرؤيه لا للتفويض.

(١٣) سواء رآهن أم لا كما فعل ابن إدريس لعدم التعيين.

(١٤) أى تفويض الزوج للأب.

(١٥) مع الرؤيه و عدمها.

(١٦) أى فى فعل الأب الوكيل.

ص: ١٦٨

صححة النكاح، و إن لم يفوض إليه التعيين بطل مطلقا (١).

فى من له الولاية فى النكاح

(و لا ولاية فى النكاح لغير الأب (٢) و الجد له) و إن علا، (و المولى و الحاكم) (١) مع الرؤيه و عدمها.

(٢) الولاية منحصره بالأب و الجد و الوصى و الحاكم و المولى، و لا ولاية لغير هؤلاء على المشهور، و ذهب ابن أبى عقيل إلى ولاية الأم و تنزيلها و آباؤها منزله الأب و آباؤه لما ورد عند العامه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (أنه أمر نعيم بن النخاع أن يستأمر أم ابنته فى أمرها، و قال: و أتمروهن فى بناتهن) (١) و هو ضعيف، هذا و مما يدل على ولاية الأب بالجملة أخبار كثيرة.

منها: صحيح ابن بزيع عن أبى الحسن عليه السلام (عن الصبيه يزوجه أبوها يموت و هى صغيره، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال عليه السلام: يجوز عليها تزويج أبيها) (٢)، و صحيح عبد الله بن الصلت عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الجارية الصغيره يزوجه أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال عليه السلام: لا، ليس لها مع أبيها أمر) (٣) و صحيح الفضل بن عبد الملك (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال عليه السلام: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السلام: لا) (٣).

و مما يدل على ولاية الجد أخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (إذا زوج الرجل ابنه فهو جائز على ابنه) (٤) و صحيح هشام بن سالم و محمد بن حكيم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا زوج الأب و الجد كان التزويج للأول، فإن كانا جميعا فى حال واحده فالجد أولى) (٥)، و منه يظهر ضعف ابن أبى عقيل من نفى ولاية الجد، و هذه النصوص الأخيره ظاهره فى كون الجد هو أب الأب، فلا يشمل أب الأم هذا من جهه و من جهه أخرى فالمشهور على أن ولاية الجد غير مشروطه بحياه الأب، لأن ولاية الجد ثابتة حال حياه الأب فتستصحب عند موته، و لأن ولايته أقوى فلا يؤثر فيها موت الأب، و وجه الأقوائيه أنه لو صدر زواجها من الجد و الأب معا فتزويج الجد هو المقدم كما فى صحيح هشام بن سالم و محمد-

ص: ١٦٩

١- (١) مسند أحمد ج ٢ ص ٩٧، و سنن البيهقى ج ٧ ص: ١١٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب المهور حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ٣.

(و الوصى) لأحد الأولين (١) (فولايه القرابه) للأولين ثابتة (على الصغيره، و المجنونه، و البالغه السفيهه، و كذا الذكر) المتصف بأحد الأوصاف الثلاثة (٢) (لا على) البكر البالغه (الرشيده فى الأصح) (٣).

-بن حكيم المتقدم، و لموثق زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الجاربه يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدها أن يزوجه من رجل آخر، فقال عليه السّلام: (الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الأب زوجه قبله، و يجوز عليها تزويج الأب و الجد) (١)، و عن الشيخ و الصدوق و بنى الجنيد و زهره و البراج، و أبى الصلاح و سلالر أنه يشترط حياه الأب لخبر الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن الجد إذا زوج ابنه ابنه و كان أبوها حيا، و كان الجد مرضيا جاز) (٢)، و فيه مع ضعف السند منع الدلاله فإنها بالمفهوم الوصفى - على ما فى المسالك - و هو غير معتبر عند المحققين، و لعل ذكر حياه الأب من باب الرد على العامه القائلين باشتراط ولايه الجد عند موت الأب، و من جهه ثالثه فولايه الأب و الجد ثابتة على الصغيرين من ذكر أو أنثى لما تقدم من الأخبار، و ولايتهما ثابتة على المجنونين من ذكر أو أنثى إذا كان الجنون متصلا بالبلوغ بلا خلاف فيه و يقتضيه الاستصحاب، و أما لو كان الجنون منفصلا ففيه خلاف و عن التحرير و التذكره أنها تعود و استقره الفاضل الهندى فى كشف اللثام لأن ولايتهما ذاتيه منوطه بإشفاقهما و تضررها بما يتضرر به الولد) و فيه: إنه استحسان لا- يصلح لإثبات الحكم الشرعى، و ربما قيل بولايه الحاكم حيثئذ لأنه ولى من لا ولى له، و من جهه رابعه فالبالغ السفيه و كذا البالغه كذلك يحتاج إلى إذن الولى فى النكاح كما يحتاج إلى إذنه فى المالىات، فلهما الولايه على السفيه لإطلاق خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا بلغ و نبت عليه الشعر جاز أمره إلا أن يكون سفيا) (٣).

(١) من الأب أو الجد.

(٢) من الصغر و الجنون و السفه.

(٣) قد تقدم أن الأنثى إذا كانت صغيره أو مجنونه أو سفيهه فلا إشكال فى ثبوت الولايه عليها، و أعلم أنه لا خلاف أيضا فى سقوط الولايه عن الثيب الرشيده بلا خلاف فيه إلا من ابن أبى عقيل من بقاء الولايه عليها و هو قول شاذ للأخبار الكثيره.-

ص: ١٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الحجر حديث ٥.

-منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأه الثيب تخطب إلى نفسها، قال عليه السلام: هي أملك بنفسها تولى أمرها من شاءت إذا كان كفوا بعد أن كانت قد نكحت رجلا قبله)(١)، و مثله خبر عبد الخالق ٢ و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله ٣، و مثلها غيرها من النصوص، و كذا لا خلاف في عدم الولاية على البالغ البكر الرشيد لخبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: إنني أريد أن أتزوج امرأه و إن أبواي أرادا أن يزوجاني غيرها، فقال عليه السلام: تزوج التي هويت ودع التي يهوى أبواك)(٢)، و خير أبان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا زوّج الرجل ابنه كان ذلك إلى ابنه، و إذا زوّج ابنته جاز ذلك)٥ و أما ثبوت الولاية على البكر البالغة الرشيدة ففيه خلاف على أقوال:

الأول: ثبوت ولايتهما عليها على نحو الاستقلال، و هو المنسوب إلى الشيخ في أكثر كتبه و الصدوق و العماني و كاشف اللثام و صاحب الحقائق، بل هو المنسوب إلى مشهور القدامى و استدل له بجملة من النصوص.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبيها أمر؟ فقال عليه السلام: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب)(٣)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها، و ليس لها مع الأب أمر، و قال عليه السلام: يستأمرها كل أحد ما عدا الأب)(٤)، و خبر علي بن جعفر (سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها، قال عليه السلام: نعم، ليس للولد مع الوالد أمر، إلا أن تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر)(٥) و مثلها غيرها، و قد استقصى شيخنا الأعظم هذه الأخبار في رسالته و قال (فهذه ثلاث و عشرون روايه تدل على استمرار ولاية الأب على البالغة البكره) انتهى.

الثاني: عدم الولاية عليها مطلقا بل لها تمام الاستقلال و هو المنسوب إلى المشهور بين -

ص: ١٧١

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤ و ٢ و ١٢.
- ٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ٣.
- ٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب عقد النكاح حديث ١١.
- ٤- ((٧)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣.
- ٥- ((٨)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب عقد النكاح حديث ٨.

-القدماء و المتأخرين للإجماع على زوال الولايه فى المال فكذا فى النكاح، و للأخبار:

منها: صحيح الفضلاء - الفضيل بن يسار و محمد بن مسلم و زراره و بريد بن معاويه كلهم - عن أبى جعفر عليه السلام (المرأه التى قد ملكت نفسها غير السفيهه و لا المولى عليها تزويجها بغير ولى جائز) (١)، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (تستأمر البكر و غيرها، و لا تنكح إلا بأمرها) ٢، و خبر سعدان بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن وليها) (٢)، و لما روته العامه عن ابن عباس (أن جاريه بكرا جاءت إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: إن أبى زوجنى من ابن أخ له ليرفع خسيسته و أنا له كارهه، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: أجزى ما صنع أبوك، فقالت: لا - رغبه لى فيما صنع أبى، قال: فاذهبى فانكحى من شئت، فقالت: لا رغبه لى عن ما صنع أبى، و لكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء فى أمور بناتهم شىء) (٣)، و خبره الآخر عنه صلى الله عليه و آله و سلم (الأيّم أحق بنفسها من وليها، و البكر تستأذن فى نفسها، و إذنها صماتها) (٤) بالإضافة إلى الأصل من عدم اشتراط ولاية الولى و لا إذنه فى صحه العقد بعد انتفاء ولايته عنها فى غير النكاح.

الثالث: التفصيل بين الدوام و الانقطاع، باستقلالها فى الأول دون الثانى، و قد حكاه فى الشرائع و التذكرة قولاً، و لم يعرف قائله، لصحيح البيهقى عن الرضا عليه السلام (البكر لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها) (٥) و صحيح أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السلام (العدراء التى لها أب لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها) ٧، و به يجمع بين الطائفتين الأولى و الثانیه.

و تخصيص المنقطع بالولاية لأن استقلالها بالمتعه إضرار بالأولياء لما يشتمل المنقطع على الغضاضه و العار بسبب الإباء الطبيعى.

الرابع: عكس الثالث باستقلالها فى المنقطع دون الدائم كما عن الشيخ فى كتابى الأخبار للجمع بين الأخبار، و لخبر أبى سعيد (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن التمتع من الأبكار اللواتى بين الأبوين، فقال: لا بأس، و لا أقول كما يقول هؤلاء الأقباب) (٦) ، و خبر -

ص: ١٧٢

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ١٠.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤.

٣- (٤) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٧٨.

٤- (٥) سنن البيهقى ج ٧ ص ١١٨.

٥- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ٥ و ١٢.

٦- (٨) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ٦.

-الحلبى (سألته عن التمتع من البكر إذا كانت بين أبويها بلا- إذن أبويها قال: لا- بأس ما لم يفتض ما هناك)(١). و تخصيص الدائم بالولاية لكثرة أحكام الدائم و كثره حقوق الزوج فيه مع أن المرأة قاصره النظر فى تحصيل المناسب فوكل أمرها إلى الولى فى الدائم لتعذر استدراك فائته بخلاف المنقطع.

و فى القولين ضعف ظاهر، لأن الجمع بين أخبار الطائفتين الأولى و الثانية بما تقدم جمع تبرعى لا شاهد عليه من نفسها أو من غيرها، و أخبار تمتع البكر بدون إذن وليها معارضه بأخبار لابدئيه إذن وليها على ما تقدم عرض بعضها.

الخامس: التشريك بمعنى اعتبار إذنهما معا كما عن المفيد و الحلبيين و ظاهر الوسائل للأخبار:

منها: صحيح العلاء بن رزين عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تتزوج ذوات الآباء من الأبكار إلا بإذن آباءهن)(٢)، و خبر أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السّلام (الجارية البكر التى لها أب لا تتزوج إلا بإذن أبيها)(٣)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (لا- ينقض النكاح إلا الأب)٤، و موثق صفوان (استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر عليه السّلام فى تزويج ابنته لابن أخيه، فقال عليه السّلام: افعل و يكون ذلك برضاها، فإن لها فى نفسها نصيبا، قال: و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السّلام فى تزويج ابنته على بن جعفر، فقال عليه السّلام: افعل و يكون ذلك برضاها، فإن لها فى نفسها حظا)٥ و مثلها غيرها من الأخبار، و به يتم الجمع بين الأخبار المتقدمه الواردة فى استقلال الولى و استقلالها، نعم عن المفيد اختصاص التشريك بين المرأة و أبيها دون غيره من الأولياء لظاهر هذه الأخبار، و قد حملت على الغالب من كون الولى هو الأب، و إلا فقد تقدم أن ما يثبت للأب يثبت للجد ثم على القول بثبوت الولاية على البكر فلو ذهبت بكارتها بغير الوطاء من وثبه و نحوها فقد صرح جماعه منهم الشارح و صاحب الجواهر ببقاء الولاية للاستصحاب، و بصدق الباكره عليها لأنها لم تمس، و بعدم صدق الثيب عليها، لأن الثيب من تزوجت، و لخبر على بن جعفر المتقدم حيث قال عليه السّلام (نعم ليس للولد مع الوالد أمر، إلا- أن تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن-

ص: ١٧٣

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ٦.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢ و ١ و ٥.

الآية (١) و الأخبار و الأصل.

و ما ورد من الأخبار الداله على أنها لا تتزوج إلا بإذن الولي محموله على كراهه الاستبداد جمعا، إذ لو عمل بها (٢) لزم اطراح ما دل على انتفاء الولاية (٣)، و منهم من جمع بينهما بالتشريك بينهما في الولاية، و منهم من جمع بحمل إحداهما (٤) على المتعه، و الأخرى على الدوام، و هو تحكم.

(و لو عضلها) الولي، و هو أن لا يزوجه بالكفو مع وجوده و رغبتها (فلا) -تستأمر(١)، و هو صريح فى كون الثيب مختصه بمن نكحت رجلا، و الباقي و منه موردنا يبقى تحت أدله عموم الولاية للولي.

و أما لو ذهبت بكارتها بالزنا و الشبهه فيه خلاف، ففي المستند إلحاقها بالبكر، و فى الجواهر إلحاقها بالثيب لأن الثوبه هى زوال البكاره بالوطء و هو متحقق فى المقام، و فيه:

إن نصوص الثيب مقيده بمن تزوجت و قد ذهبت بكارتها بذلك فيبقى مقامنا تحت أدله عموم الولاية للولي، فهى فى هذا المورد ملحقه بالبكر، و منه تعرف ما لو تزوجت و مات عنها زوجها أو طلقها قبل أن يدخل بها فهى باكره لعدم تحقق زوال البكاره فيها.

(١) بل استدل فى المسالك بالآيات الداله على إضافه النكاح إلى النساء من غير تفصيل كقوله تعالى: حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (٢) ، و قوله تعالى: وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُمُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ (٣) ، و فيه أما الأخيره فهى وارده فى المعتده عده الوفاه، و هى غالبا ما تكون ثيبا، و أما السابقتان فهما واردتان فى المطلقه و هى غالبا ما تكون ثيبا و معه لا يمكن الاستدلال بها على البكر لخروجها تخصصا.

(٢) بما دل على أنها لا تتزوج إلا بإذن الولي.

(٣) و كذا لو عمل بما دل على انتفاء الولاية للزم اطراح ما دل على أنها لا تتزوج إلا بإذن الولي، فالإشكال مشترك الورود.

(٤) إحدى الطائفتين كما هو مقتضى القولين الثالث و الرابع المتقدمين.

ص: ١٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب عقد النكاح حديث ٨.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٣٠.

٣- (٣) سورة البقره، الآية: ٢٣٢. (٤) سورة البقره، الآية: ٢٣٤.

(بحث في سقوط ولايته)، و جواز استقلالها به (١)، و لا فرق حينئذ (٢) بين كون النكاح بمهر المثل، وغيره، و لو منع من غير الكفو لم يكن عضلا، (و للمولى تزويج رقيقه (٣) ذكرا) كان أم (أنثى) رشيدا كان أم غير رشيد، و لا خيار له (١) بالنكاح، اعلم أن العضل هو المنع من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك أو مع ميلها لذلك، و مع العضل يسقط اعتبار إذن الولي بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (١)**، و لعموم أدله نفى الحرج و الضرر.

و إذا سقط اعتبار إذنه فتستقل هي بنفسها، و عن بعض العامة أنه حينئذ يزوجه الحاكم و لا تستقل هي لكونها مسلوبة العبارة و هو ضعيف ثم إذا استقلت بالنكاح فلا فرق بين نكاحها نفسها للكفء بمهر المثل و بدونه، لأن المهر حقها فلا اعتراض عليها فيه و لذا لو أسقطته بعد وجوبه فلها الحق فكذا لو أسقطت بعضه حال العقد بأن قبلت بمهر دون مهر المثل.

ثم لو منعها من التزويج بغير الكفو فلا يكون عضلا، و غير الكفو من ورد في حقه النهي عن التزويج بهم كشارب الخمر و تارك الصلاة و المتجاهر بالفسق سيئ الخلق، و ليس المراد به من يفقد الكفاءة المعتبره شرعا في صحة النكاح كالإسلام إذا كانت المرأة مسلمة، إذ لا بد من هذه الكفاءة في صحة العقد، و بدونها يحكم بالبطان.

و في حكم العضل الغيبه المنقطعه التي يحصل معها المشقه الشديده من اعتبار استئذان الولي.

(٢) أي حين استقلالها بالنكاح.

(٣) يجوز للمولى تزويج أمته بلا خلاف فيه، لأن بضعها من جملة ماله فله نقله إلى من شاء لقاعده السلطنه و لعموم قوله تعالى: **وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ، فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٢)**، و كذا الكلام في عبده الصغير و الكبير لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته و إن شاء و فزق بينهما) (٣) و مثله غيره، بل مما تقدم تعرف أن المولى له إجبار رقيقه على الزواج و لو كان كبيرا، و منه تعرف ضعف ما عن بعض العامة من أن-

ص: ١٧٥

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٣٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

معه (١)، و له إجباره عليه (٢) مطلقا (٣)، و لو تحرر بعضه لم يملك إجباره حينئذ (٤)، كما لا يصح نكاحه إلا بإذنه.

(و الحاكم (٥) و الوصى (٦) يزوجان من بلغ فاسد العقل)، أو سفيفا (مع كون) -المولى ليس له إجبار المملوك الكبير على الزواج بدعوى أنه مالك للطلاق و فيه: إن كونه مالكا للطلاق لا ينافى جواز إجباره على النكاح.

(١) أى لا خيار للرقيق مع مولاه.

(٢) أى للمولى إجبار رقيقه على التزويج.

(٣) ذكرا كان أو أنثى، صغيرا كان أو كبيرا.

(٤) من تحرر بعضه صار شريكا للمولى فى الحق المتعلق برقبته، فليس لأحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر، و منه النكاح، و ليس للمولى إجباره عليه مراعاة لجانب الحرية لأن الحر لا يجبر عليه و النكاح لا يختص ببعضه، كما أنه لا يجوز للعبد الاستقلال بالنكاح مراعاة لجانب الرقيه، بل يعتبر صدوره عن رأيهما.

(٥) للحاكم الشرعى له ولاية على من ولى له فى النكاح و المال للنبوى (السلطان ولى من لا ولى له) (١)، و لكونه قد جعل قاضيا و حاكما كما فى الخبر (٢)، و تزويج من لا ولى له مع حاجته من مناصب القضاء و وظائفهم، و من لا ولى له هو من كان فاقدا للأب و الجد، و لا وصى عليه من قبلهما، هذا مع أن المشهور على أنه ليس للحاكم ولاية النكاح على الصبى و علل بأنه لا حاجة له فى النكاح و الأصل عدم ثبوت ولايته فيه، و فيه: أما الأول فهو ممنوع بنحو الكليه فقد تكون الحاجة إليه لأن الحاجة لا تختص بالوطء، و أما الثانى فالأصل غير مسموع بعد عموم أدله ولاية الحاكم.

نعم له الولاية على من بلغ غير رشيد بجنون أو سفه و لم يكن له ولى من حيث القرابه، و كذا له الولاية على من تجدد فساد عقله إذا كان النكاح صلاحا له بلا خلاف فيه، لعموم أنه ولى من لا ولى له.

(٦) فالوصى له الولاية على من بلغ غير رشيد بجنون بلا خلاف فيه للضرورة و عجز المحتاج عن المباشرة، و أشكل عليه بأنه لو ثبت ولاية الوصى على المجنون البالغ لثبتت ولايته على الصغير مع أن فيها الخلاف الآتى، و الاستدلال عليها بالضرورة و عجز المحتاج يقتضى إما ثبوت الولاية للحاكم و إما أن يعلم جميع المكلفين على نحو الوجوب الكفائى و لا يختص بالوصى.-

ص: ١٧٦

١- (١) كنز العمال ج ٨ ص ٤٠٠٣، و السنن الكبرى ج ٧ ص ١٢٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٦.

(النكاح صلاحاً له، و خلوه من الأب و الجد له)، و لا- ولاية لهما على الصغير (١) مطلقاً (٢) فى المشهور، و لا- على من بلغ رشيداً، و يزيد الحاكم الولاية على من بلغ و رشد ثم تجدد له الجنون.

و فى ثبوت ولاية الوصى على الصغيرين مع المصلحة مطلقاً (٣)، أو مع -نعم لو قلنا بولاية الوصى على الصغير أمكن استصحاب الولاية إلى ما بعد البلوغ إذا بلغ فاسد العقل، و مثله ما لو بلغ سفيهاً.

و أما ولاية الوصى على غير البالغ ففيه أقوال: نفى الولاية مطلقاً كما عليه المشهور لأصاله عدمها و لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان؟ فقال عليه السلام: إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم) (١) و مفهوم نفى التوارث إذا كان المتولى للتزويج غير الأب و إن كان هو الوصى.

الثانى: ثبوتها مطلقاً و هو اختيار الشيخ فى المبسوط و العلامة فى المختلف و الشهيد فى شرح الإرشاد و الشارح هنا فى الروضه لصحيح أبى بصير و محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الذى بيده عقده النكاح، قال: هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه) (٢) و مثله غيره، و اشتمال الخبر على الأخ الذى لا ولاية له قطعاً لا يسقط النص عن الحجية كما ذكر صاحب الجواهر و غيره.

الثالث: ثبوت الولاية للوصى إذا نص الموصى على النكاح، و عدمه عند عدم التنصيص كما عن الشيخ فى الخلاف و ابن سعيد فى جامعه و المحقق الثانى و جماعه، أما عدم الولاية عند عدم التنصيص فلما تقدم فى القول الأول، و أما ثبوتها مع التنصيص فلقوله تعالى فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُدْلُوهُ (٣) و حرمة تبديل الوصيه تقتضى ثبوت ولاية الوصى بتوليه الموصى، و لقوله تعالى: وَ يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ (٤)، و التزويج مع المصلحة إصلاح فيجوز للوصى حينئذ، و فيه: إنه غير مختص بالوصى بل هو شامل لجميع المكلفين.

(١) ذكرها كان أو أنثى.

(٢) مع المصلحة و عدمها، و سواء صرح الموصى أم لا.

(٣) سواء صرح الموصى أم لا كما هو مقتضى القول الثانى.

ص: ١٧٧

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد النكاح حديث ١.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤ و ٥.
 - ٣- (٣) سورة البقره، الآية: ١٨٢.
 - ٤- (٤) سورة البقره، الآية: ٢٢١.

تصريحه له في الوصيه بالنكاح أقوال (١)، اختار المصنف هنا انتفاءها مطلقا (٢)، وفي شرح الإرشاد اختار الجواز مع التنصيص (٣)، أو مطلقا (٤)، وقبله العلامة في المختلف (٥) وهو حسن، لأن تصرفات الوصى منوطه بالغبطه وقد تتحقق في نكاح الصغير (٦)، و لعموم فمن بدّ له (٧) و لروايه أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «الذي بيده عقده النكاح هو الأب، والأخ، والرجل يوصى إليه» و ذكر الأيخ غير مناف، لإمكان حمله على كونه وصيا أيضا (٨)، ولأن الحاجه قد تدعو إلى ذلك (٩)، لتعذر تحصيل الكفو حيث يراد (١٠)، خصوصا مع التصريح بالولاية فيه (١١).

مسائل

اشاره

(و هنا مسائل)

الأولى: يصح اشتراط الخيار في الصداق

(الأولى: يصح اشتراط الخيار في الصداق) (١٢)،.

(١) بعد ضم قول المشهور المتقدم من نفي الولاية مطلقا.

(٢) مع المصلحه و عدمها، و مع تصريح الموصى أم لا كما هو مقتضى القول الأول.

(٣) كما هو مقتضى القول الثالث.

(٤) كما هو مقتضى القول الثاني.

(٥) اختيار الجواز مع التنصيص أو مطلقا.

(٦) فتندرج تحت قوله تعالى: يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ (١).

(٧) و هو قوله تعالى: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (٢).

(٨) فيكون من باب عطف العام على الخاص.

(٩) أى إلى إنكاح الوصى.

(١٠) قال في المسالك: (و قد تتحقق الغبطه في نكاح الصغير من ذكر أو أنثى بوجود كفاء لا- يتفق في كل وقت و يخاف بتأخيره فوته) انتهى.

(١١) أى في الإنكاح، و التصريح بالولاية من الموصى.

(١٢) لا يجوز اشتراط الخيار في عقد النكاح بلا خلاف فيه، لأن النكاح ليس معاوضه محضه-

ص: ١٧٨

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢١.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ١٨٢.

لأن ذكره (١) في العقد غير شرط في صحته، فيجوز إخلاؤه عنه (٢)، و اشتراط عدمه (٣)، فاشتراط الخيار فيه (٤) غير مناف لمقتضى العقد، فيندرج في عموم «المؤمنون عند شروطهم»، فإن فسخه ذو الخيار ثبت مهر المثل مع الدخول، و لو اتفقا على غيره (٥) قبله (٦) صح، (و لا يجوز) اشتراطه (في العقد) لأنه (٧) ملحق -بل فيه شائبه العباده و العبادات لا يدخلها الخيار، و لأن اشتراط الخيار يفضى إلى فسخ العقد بعد ابتداء المرأة و هو ضرر عليها، و لهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبرا لها، و لأن شرط الخيار مناف للدوام المعتبر في النكاح فهو شرط مخالف لمقتضى العقد، فلو شرط الخيار فالشرط باطل قطعا، و فى بطلان العقد به قولان، فالمشهور على البطلان، لأن التراضى بالعقد لم يقع إلا على هذا الوجه، و بدونه فلا تراضى و لا عقد، و عن ابن إدريس صحة العقد و إن بطل الشرط، لأن العقد مشتمل على أمرين أحدهما صحيح و الآخر فاسد، و لا ربط لأحدهما بالآخر، و مما تقدم تعرف ضعفه.

ثم إنه لا خلاف بينهم فى جواز اشتراط الخيار فى المهر بحيث يوقع العقد على مهر بقدر، و ثبوت الخيار له فيه إلى مده معينه، بحيث لو فسخ قبل انقضاء المده يكون العقد بلا ذكر المهر فيرجع فيه إلى مهر المثل، بلا فرق بين كونه للزوج أو الزوجه، لأن ذكر المهر غير شرط فى صحه العقد فلذا جاز اشتراط الخيار فيه مده مضبوطه، لأن غايته فسخه و إبقاء العقد بغير مهر و هو جائز، و إذا كان الشرط فى المهر غير مناف لمقتضى العقد فيندرج تحت العموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(١) أى ذكر المهر.

(٢) أى خلو عقد النكاح عن المهر.

(٣) أى اشتراط عدم المهر فى عقد النكاح، و لكن اشتراط عدمه فى الحال أما لو شرط عدم المهر فى الحال و فى المآل بحيث يشمل بعد الدخول فسد العقد، لأن اشتراط عدمه حينئذ مناف لما دل على ثبوت مهر المثل لها.

(٤) أى الخيار فى الصداق.

(٥) على غير مهر المثل، و كان الاتفاق المذكور بعد الفسخ.

(٦) أى قبل الدخول.

(٧) أى النكاح.

ص: ١٧٩

بضروب العبادات، لا المعاوضات (فيبطل) العقد باشرط الخيار فيه، لأن التراضى إنما وقع بالشرط الفاسد و لم يحصل.

وقيل: يبطل الشرط خاصه، لأن الواقع شيان فإذا بطل أحدهما بقى الآخر.

و يضعف بأن الواقع شيء واحد و هو العقد على وجه الاشرط فلا يتبعض.

و يمكن إرادته القول الثانى (١) من العبارة (٢).

(و يصح توكيل كل من الزوجين فى النكاح) (٣)، لأنه مما يقبل النيابة و لا يختص غرض الشارع بإيقاعه من مباشر معين (فليقل الولى) و لى (٤) المرأه لو كىل الزوج: (زوّجت من موكلك فلان (٥)، و لا يقل: منك) (٦) بخلاف البيع (٧) و نحوه من العقود.

و الفرق (٨) أن الزوجين (٩) فى النكاح ركان بمثابة الثمن و المثلن فى البيع و لا بدّ من تسميتهما (١٠) فى البيع، فكذا الزوجان فى النكاح (١١)، و لأن البيع (١٢) (١) أى بطلان الشرط خاصه.

(٢) أى عبارة المصنف حيث قال (و لا يجوز فى العقد فيبطل) بإرجاع ضمير الفاعل فى (فيبطل) إلى الشرط فقط.

(٣) أى فى عقد النكاح بلا خلاف فيه، لما تقدم فى باب الوكالة من أن الوكالة تصح فى كل فعل لم يتعلق غرض الشارع بصدوره من مباشر معين.

(٤) و هو المباشر للعمل أى الوكيل أو الولى كأبيها وجدها.

(٥) أو بدون لفظ (من).

(٦) لأن الترويج ليس للوكيل بل لموكله.

(٧) فيصح مخاطبه الوكيل بقوله: بعتك كذا بكذا، و يكون البيع للموكل.

(٨) أى الفرق بين التوكيل فى النكاح و التوكيل فى البيع بما ذكر من الخصوصيات، و الفرق من وجوه أربعة قد ذكرها الشارح هنا تبعا للمحقق الثانى فى جامع المقاصد.

(٩) الفارق الأول.

(١٠) أى تسميه الثمن و المثلن.

(١١) و فيه: إنه قياس مع كون المتعاقدين فى النكاح كالتعاقدين فى البيع، و الذى يقابل الثمن و المثلن هو البضع و المهر.

(١٢) الفارق الثانى.

يرد على المال و هو يقبل النقل من شخص إلى آخر فلا يمتنع أن يخاطب به الوكيل و إن لم يذكر الموكل، و النكاح يرد على البضع و هو لا يقبل النقل أصلا (١)، فلا- يخاطب به الوكيل، إلا مع ذكر المنقول إليه (٢) ابتداء، و من ثم لو قبل النكاح وكاله عن غيره فأنكر الموكل الوكاله بطل (٣) و لم يقع للوكيل (٤) بخلاف البيع فإنه يقع مع الإنكار (٥) للوكيل (٦)، و لأن الغرض (٧) فى الأموال (٨) متعلق بحصول الأَعواض المَالِيه و لا- نظر غالبا إلى خصوص الأشخاص، بخلاف النكاح فإنه متعلق بالأشخاص فيعتبر التصريح بالزوج، و لأن البيع (٩) يتعلق بالمخاطب، دون من له العقد، و النكاح بالعكس (١٠)، و من ثم لو قال: زوجها من زيد فقبل له و كيله صح، و لو حلف أن لا ينكح (١١) فقبل له و كيله حث، و لو حلف أن لا يشتري فاشترى له و كيله لم يحث، و فى بعض (١٢) هذه الوجوه نظر.

(و ليقبل) الوكيل:(قبلت لفلان) كما ذكر فى الإيجاب، و لو اقتصر على «قبلت» ناويا موكله فالأقوى الصحة، لأن القبول عبارته عن الرضا بالإيجاب السابق فإذا وقع بعد إيجاب النكاح للموكل صريحا كان القبول الواقع بعده رضى به (١٣)، فيكون للموكل.

(١) و فيه: إن البضع قابل للنقل فى الجملة، و لو بمعنى تسلط الزوج على منفعته، و لذا وجب عليها تمكينه عند إرادته فى كل أحوالها.

(٢) و هو الموكل.

(٣) أى بطل النكاح، لأنه نكاح للموكل و قد أنكر التوكيل فيبطل.

(٤) لأنه لم يخاطب به.

(٥) أى إنكار التوكيل.

(٦) أى يقع البيع للوكيل و فيه: إن العقود تابعه للقصد، فالوكيل قد قصد الموكل فلو وقع عن الوكيل لما كان مقصودا فكيف يصح؟

(٧) الفارق الثالث.

(٨) عند نقلها بالبيع.

(٩) الفارق الرابع.

(١٠) بحيث يتعلق بمن له العقد فلا بد من ذكره، و فيه أنه أول الكلام.

(١١) أى أن لا يعقد.

(١٢) أى ما عدا الثالث.

(١٣) أى يـيـجاب النـكاح للموكل.

ص: ١٨١

و وجه عدم الاكتفاء به أن النكاح نسبه (١) فلا يتحقق إلا بتخصيصه بمعين (٢) كالإيجاب (٣).

و ضعفه يعلم مما سبق فإنه لما كان رضا بالإيجاب السابق اقتضى التخصيص بمن وقع له، (و لا يزوجه الوكيل من نفسه (٤) إلا إذا أذنت فيه (٥) عموماً) كزوجني ممن شئت، أو و لو من نفسك، (أو خصوصاً) فيصح حينئذ (٦) على الأقوى.

(١) أي أمر غير مستقل فلا يتقوم إلا بشيء آخر.

(٢) فلا بد من التصريح به.

(٣) الذي اشترطنا فيه تخصيصه بمعين فكذلك القبول.

(٤) إذا وكتت المرأة المالكة لأمرها أحداً في تزويجها، فلا يجوز للوكيل أن يزوجه من نفسه، لأن إطلاق الاذن في التزويج منصرف إلى غيره باعتبار أن الوكيل غير الزوجين فلا يشمل الاذن هذا كله في صورته إطلاق الاذن.

أما لو عممت الاذن فقالت: زوجني بمن شئت، فهل يكون التعميم كالإطلاق لأن المغايرة بين الوكيل و الزوج تقتضى إخراجها عن عموم الاذن، أو أن التعميم أقوى دلالة على جزئياته من الإطلاق فيشمل الاذن نفس الوكيل قولان، و يظهر أن القول الثاني إجماعى كما فى المسالك.

و أما لو نصت على نفس الوكيل فقالت: زوجني من نفسك فقد ذهب المشهور إلى الجواز للتصريح، و قيل بالمنع لئلا يكون موجبا قابلاً و لخبر عمار الساباطى (سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه تكون فى أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أ يحلّ لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكتتك فاشهد على تزويجى، قال عليه السلام:

لا، قلت: جعلت فداك، و إن كانت أئماً؟ قال عليه السلام: و إن كانت أئماً، قلت: فإن وكتت غيره بتزويجها منه؟ قال عليه السلام: نعم (١).

و قد طعن فى سندها فضلاً عن قصور دلالتها لجواز كون المنفى من الإمام عليه السلام هو قولها: وكتتك فاشهد، فإن مجرد الإشهاد غير كاف فى تحقق الزواج.

و أما كونه قابلاً موجبا فغير ضائر، لأن تولى الواحد لطرفى العقد أصاله و وكاله غير قادح للأصل، مع كون المغايرة الاعتبارية كافية.

(٥) فى التزويج.

(٦) أى حين التخصيص أو التعميم.

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤.

أما الأول (١) فلأن المفهوم من اطلاق الإذن تزويجها من غيره، لأن المتبادر أن الوكيل غير الزوجين.

و أما الثاني (٢) فلأن العام ناص على جزئياته، بخلاف المطلق.

و فيه نظر (٣).

و أما الثالث (٤) فلانتفاء المانع مع النص (٥). و منع بعض الأصحاب استنادا إلى روايه عمار الداله على المنع، و أنه يصير موجبا قابلا- مردود بضعف الروايه، و جواز تولى الطرفين اكتفاء بالمغايره الاعتباريه، و له تزويجها مع الاطلاق من والده و ولده و إن كان مولى عليه (٦).

الثانيه: لو ادعى زوجيه امرأه فصدقته

(الثانيه: لو ادعى زوجيه امرأه فصدقته حكم بالعقد ظاهرا) (٧) لانحصار (١) و هو الإطلاق.

(٢) أى العموم.

(٣) لأن المغايره بين الوكيل و الزوج قرينه على عدم إرادته من العموم.

(٤) أى التخصيص.

(٥) أى التنصيص عليه.

(٦) أى و إن كان وليا عليه.

(٧) إذا ادعى رجل زوجيه امرأه فصدقته أو ادعت المرأه زوجيه الرجل فصدقها، حكم لهما بذلك فى ظاهر الشرع، و يترتب جميع آثار الزوجيه بينهما بلا- خلاف فيه لأن الحق لا- يعدوهما و قد أقر به فيدخلان فى عموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، بلا- فرق بين كونهما بلديين معروفين أو غربيين خلافا لبعض العامه حيث منع من قبول الإقرار فى البلديين بناء على اعتبار الإشهاد فى النكاح و سهوله إقامه البيئه فى البلديين، و ضعف المبنى و البناء ظاهر، ضروره عدم اعتبار الإشهاد عندنا، و لو سلم فهو فى مقام الثبوت لا الإثبات، و لو سلم فلا فرق بين البلديين و الغربيين، لإمكان إشهاد البلديين غربيين فيصعب الإشهاد، و كذا العكس فيسهل الإشهاد، مضافا إلى أن قبول الإقرار لا يختص بالبلد.

ص: ١٨٣

الحق فيهما، و عموم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز (و توارثا) بالزوجه، لأن ذلك من لوازم ثبوتها، و لا- فرق بين كونهما غريبين، أو بلديين، (و لو اعترف أحدهما) خاصة (قضى عليه به (١) دون صاحبه) سواء حلف المنكر أم لا، فيمنع من التزويج إن كان امرأه و من أختها و أمها و بنت أخويها بدون إذنها، و يثبت عليه ما أقرّ به من المهر، و ليس لها مطالبته به (٢)، و يجب عليه التوصل إلى تخليص ذمته إن كان صادقا، و لا- نفقه عليه، لعدم التمكين، و لو أقام المدعى بينه، أو حلف اليمين المردوده مع نكول الآخر تثبت الزوجيه ظاهرا و عليهما فيما بينهما و بين الله تعالى العمل بمقتضى الواقع، و لو انتفت اليينه ثبت على المنكر اليمين.

و هل له (٣) التزويج الممتنع (٤) على تقدير (٥) الاعتراف قبل الحلف (٦) نظر:

(١) بالاعتراف، أى يؤخذ بإقراره فإن كان هو الرجل حرم عليه تزويج الخامسة و أم التي ادعى زوجيتها، و بنتها مع الدخول بها، و بنت أختها و أخيها إلا برضاها، و يجب عليه إيصال المهر، نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالإنكار، و إن كان المقر هو المرأه فلا يجوز لها التزويج بغيره إلا إذا طلقها، و لا يجوز لها السفر من دون إذنه، هذا بالنسبه للمقر و هو المدعى، و أما أصل الدعوى فإن كان للمدعى بينه فهو و إلا فيحلف المنكر و لا زوجيه بينهما ظاهرا أو يرد اليمين فيحلف المدعى و يحكم له بالزوجيه، هذا كله بحسب الظاهر و لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع فيما بينه و بين الله جل و علا لأن الحكم بعد إجراء موازين القضاء لا يبذل الواقع، ففي صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم الحن بحجته من بعض، فأيا رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له قطعه من النار)(١).

(٢) بالمهر لأنها منكره.

(٣) أى للمنكر.

(٤) التزويج الممتنع على تقدير الاعتراف بالنسبه للزوجه هو التزوج بغير الزوج، و التزويج الممتنع بالنسبه للزوج هو التزوج بأمرها و أختها و ابنتها.

(٥) جار و مجرور متعلق بقوله (التزويج الممتنع).

(٦) متعلق بقوله (التزويج)، و الحاصل فهل للمنكر قبل الحلف أن يتزوج بمن يحرم عليه-

ص: ١٨٤

من تعلق (١) حق الزوجيه فى الجملة (٢). و كون تزويجها (٣) يمنع من نفوذ اقرارها به (٤) على تقدير رجوعها (٥)، لأنه (٦) اقرار فى حق الزوج الثانى. و من عدم (٧) ثبوته (٨)،

و هو الأقوى، فيتوجه اليمين (٩) متى طلبه المدعى، كما يصح (١٠) تصرف المنكر فى كل ما يدعيه عليه غيره قبل ثبوته (١١)، استصحابا للحكم السابق المحكوم به ظاهرا، و لاستلزام المنع منه (١٢) الحرج فى بعض الموارد كما إذا غاب المدعى، أو آخر الإحلاف.

-نكاحه على فرض اعترافه وجهان: من تعلق حق الزوجيه فى الجملة بالدعوى و توجه اليمين، و أيضا فإن تزويجها يمنع من نفوذ إقرارها بذلك، لأن إقرارها حينئذ يصير إقرارا فى حق الزوج الثانى فلا تتزوج قبل الحلف.

و من عدم ثبوت ذلك فلها التزويج استصحابا للحكم الثابت فى حق المنكر قبل الدعوى و يؤيده صحه تصرف المنكر فى كل ما يدعيه عليه غيره إلى أن يثبت الحكم عليه أوله.

(١) دليل عدم الجواز.

(٢) و لو بالادعاء من حيثيه توجه اليمين عليه.

(٣) و هذا يتم على تقدير كون المنكر هو المرأه، و حاصله أنه لو جاز لها التزويج بالثانى ثم أرادت أن ترجع عن إنكارها و تعترف بالزوجيه للأول، فهذا الاعتراف ضرر على الزوج الثانى فلا يسمع، و لذا تمنع من التزويج الثانى حتى لا يكون مانعا عن إقرارها بالزواج الأول.

(٤) بما أنكرته أولا من الزوجيه للأول.

(٥) أى تقدير رجوعها من إنكارها.

(٦) أى إقرارها بالزوجيه للأول بعد التزويج من الثانى.

(٧) دليل الجواز و قد تقدم شرحه.

(٨) أى ثبوت حق الزوجيه بالادعاء و من حيثيه اليمين استصحابا للحكم الثابت قبل الدعوى.

(٩) أى يتوجه اليمين على المنكر و لو تزوج التزويج الممتنع عليه على تقدير الاعتراف.

(١٠) تعليل لأقوائيه الثانى.

(١١) أى قبل ثبوت ما يدعيه المدعى.

(١٢) أى منع المنكر من التصرف فيما يدعيه المدعى، و هو مستلزم للحرج.

ثم إن استمرت الزوجه (١) على الإنكار فواضح، و إن رجعت إلى الاعتراف بعد تزويجها بغيره (٢) لم يسمع (٣) بالنسبه إلى حقوق الزوجيه الثابته عليها (٤)، و فى سماعه بالنسبه إلى حقوقها (٥) قوه إذ لا- مانع منه، فيدخل فى عموم جواز اقرار العقلاء على أنفسهم، و على هذا (٦) فإن ادعت أنها كانت عالمه بالعقد (٧) حال دخول الثانى بها فلا مهر لها عليه (٨) ظاهرا، لأنها بزعمها بغى (٩)، و إن ادعت الذكر (١٠) بعده (١١) فلها مهر المثل (١٢) للشبهه، و يرثها الزوج (١٣)، و لا ترثه هى (١٤).

و فى إرث الأول (١٥) مما يبقى من تركتها بعد نصيب الثانى نظر: من (١) بعد التزويج الثانى.

(٢) بغير الزوج الأول الذى اعترفت الآن بزواجها منه.

(٣) أى لم يسمع هذا الاعتراف، لأنه بالنسبه إليها إقرار فى حق الزوج الثانى، و هو إقرار فى حق الغير، فلا يسمع، لأن المسموع هو الإقرار فى حق نفسه.

(٤) بالنسبه للزوج الثانى من الوطاء و غيره كإرثه منها بعد وفاتها.

(٥) كالنفقه على الثانى و الكسوه و الميراث منه بعد الوفاه فهى منفيه عن الزوج الثانى بعد ما اعترفت بالزوجيه للأول، فيسمع منها الإقرار، لأنه إقرار فى حقها.

(٦) من سماع إقرارها فى حقها لا فى حق غيرها.

(٧) أى بعقد الأول عليها.

(٨) على الثانى.

(٩) و لا مهر لبغى.

(١٠) ذكرها للعقد الأول.

(١١) بعد خول الثانى.

(١٢) على الثانى.

(١٣) أى الزوج الثانى لعدم سماع إقرارها فى حقه.

(١٤) لسماع إقرارها فى نفسها.

(١٥) أى لو ماتت هذه الزوجه فالثانى يرثها و قد تقدم، و هل يرث الأول نصيب الزوجيه مما يبقى من التركة وجهان، من نفوذ إقرارها بالزوجيه للأول فى حق نفسها، و إرث الأول لا- ينافى إرث الثانى، و من عدم ثبوت الزوجيه للأول ظاهرا لأنها زوجه للثانى بحسب الفرض، و من كون هذا الإقرار الموجب لتوريث الزوج الأول موجبا للضرر على بقيه الورثه من حيثيه نقصان

نصيبيهم فلا يسمع لأنه إقرار في حق الغير.

ص: ١٨٦

نفوذ (١) الاقرار على نفسها و هو (٢) غير مناف. و من عدم (٣) ثبوتها (٤) ظاهرا، مع أنه (٥) إقرار في حق الوارث (٦).

الثالثه: لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه

(الثالثه: لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه حلف) (٧) على نفى زوجيه المدعيه، لأنه منكر، و دعواه زوجيه الأخت (٨) متعلق بها (٩) و هو أمر آخر.

و يشكل تقديم قوله (١٠) مع دخوله بالمدعيه (١١) للنص (١٢)، على أن الدخول (١) دليل الجواز.

(٢) أى إرث الأول غير مناف لإرث الثانى.

(٣) دليل عدم الجواز.

(٤) أى الزوجيه.

(٥) أى مع الاعتراف بالزوجيه للأول و هو دليل ثان على عدم الجواز.

(٦) فلا يسمع.

(٧) لو ادعى الرجل زوجيه امرأه فأنكرت، و ادعت أختها عليه الزوجيه فأنكر، فهنا دعويان، إحداهما من الرجل على المرأه، و الثانيه من أختها على ذلك الرجل، و حينئذ إما أن لا يكون هناك بينه لواحد من المدعين، أو يكون لأحدهما دون الآخر، أو يكون لكليهما فالصور ثلاث، و على الأول يتوجه اليمين على المنكر فى كلتا الدعويين، فتحلف المرأه على نفى دعواه و يحلف هو على نفى دعوى أختها، هذا إذا لم يكن قد دخل بالمدعيه.

أما لو دخل بها ففى الاكتفاء بيمينه نظرا إلى أنه منكر بحسب الأصل، إذ الأصل عدم الزوجيه بين المدعيه و بينه، أو يرجع إلى يمينها لموافق قولها الظاهر، لأن الظاهر هو الزوجيه عند الدخول بحسب الفرض بعد حمل الفعل بالدخول على كونه عن عقد صيانه لفعل المسلم عن الفساد، مع الالتفات إلى أن فعله بالدخول مكذب لنفيه الزوجيه، و جهان يرجعان إلى تعارض الأصل الظاهر، و الأول أقوى لترجيح الأصل بعد كون الدخول أعم من الزوجيه و أصاله الصحه لا تشخص وجه الفعل بل تلزم بعدم تحميل آثار الزنا عليه لاحتمال أن يكون الدخول عن شبهه، و أما بقيه الصور فسيأتى الكلام فيها.

(٨) أى أخت المدعيه.

(٩) أى بالأخت، فيرجع فيها إلى القواعد المقرره فى القضاء.

(١٠) من باب أنه منكر.

(١١) لأنه مع الدخول يكون فعله مكذبا لقوله ظاهرا.

(١٢) الآتي عند وجود البيئتين.

ص: ١٨٧

بها مرجح لها فيما سيأتي (١).

ويمكن أن يقال هنا: تعارض الأصل و الظاهر (٢) فيرجح الأصل (٣)، و خلافه (٤) خرج بالنص.

و هو (٥) منفي هنا. هذا إذا لم تقم بينه (فإن أقامت بينه (٦) فالعقد لها، و إن أقام بينه) و لم تقم هي (فالعقد) على الأخت (له).

و يشكل أيضا (٧) مع معارضه دخوله بالمدعيه لما سيأتي من أنه (٨) مرجح على البيئه (٩)، و مع ذلك فهو مكذب بفعله (١٠) لبيئته، إلا- أن يقال كما سبق: إن ذلك (١١) على خلاف الأصل (١٢)، و يمنع كونه (١٣) تكديبا بل هو (١٤) أعم (١) عند تعارض البيئتين.

(٢) فالأصل مع الرجل من أنه منكر، و الظاهر مع المدعيه من أنها منكره.

(٣) كما هو القاعده في ذلك.

(٤) أى خلاف تقديم الأصل على الظاهر لا يكون إلا بالنص، و النص قد ورد عند وجود البيئتين، ففي مقامنا هو فقدان البيئه من كلا الطرفين فلا نص.

(٥) أى النص.

(٦) الصورة الثانيه، و هي ما لو أقام أحدهما بينه، فيقضى له بها، سواء كان ذلك من الرجل على دعواه زوجيته من المرأه، أو كان ذلك من أختها المدعيه على الرجل الزوجيه، و هذا هو مقتضى تقديم قول المدعي مع بيئته إلا إذا كانت البيئه من الرجل و قد دخل بالمدعيه فالوجهان السابقان، لكون فعله بالدخول مكذبا لبيئته.

و لكن يمكن دفعه بأعميه الدخول، و أصاله الصحه لا تشخص وجهه بل تلزم بعدم تحميل آثار الزنا عليه إذ يحتمل أن يكون الدخول للشبهه.

(٧) أى الحكم بكون العقد له على أخت المدعيه عند إقامته البيئه على ذلك و قد دخل بالمدعيه.

(٨) أى الدخول.

(٩) كما يستفاد من الخبر الآتى عند وجود البيئتين.

(١٠) من الدخول بالمدعيه.

(١١) أى الترجيح بالدخول.

(١٢) و الأصل مقدم.

(١٣) أى كون الدخول.

(١٤) أى الدخول.

ص: ١٨٨

منه (١) فيقتصر في ترجيح الظاهر على الأصل على مورد النص (٢)، فالأقرب توجه اليمين (٣) على الآخر (٤) و هو ذو البيئه (في الموضوعين) و هما: إقامته البيئه فيحلف معها (٥). و إقامتها (٦) فتحلف معها (٧).

و لا يخفى منافره لفظ الآخر لذلك (٨).

و في بعض النسخ «الآخذ» بالذال المعجمه. و المراد به آخذ الحق المدعى به و هو من حكم له بيئته، و هو قريب من الآخر في الغرابه (٩).

(١) أى أعم من التكذيب للبيئه، لجواز كون الدخول للشبهه.

(٢) و هو وجود البيئتين.

(٣) بعد ما ثبت مدعى من له البيئه فهل تسقط دعوى الآخر، كما ذهب إليه البعض و يستدل له من أن البيئه حجه شرعيه بمعنى أنها كافيه فى إثبات مداليلها المطابقه و الالتزاميه، و عليه فإذا ثبت بها زوجيه إحدى المرأتين فلا بدّ من الحكم بعدم زوجيه الأخرى لعدم إمكان الجمع بين المرأتين لأنهما أختان و فيه: إن البيئه قد تشهد على وقوع العقد و هذا لا ينفى سبق عقده على أخت المدعيه إذا كانت البيئه من المدعيه، و لا ينفى سبق عقده على المدعيه إذا كانت البيئه منه و لذا لا بدّ مع البيئه من اليمين من صاحبها على نفى السبق المذكور، فلو كانت البيئه من الرجل على عقده على أخت المدعيه فلا بدّ من حلفه بنفى سبق عقده على المدعيه.

و لو كانت البيئه من المدعيه فلا بدّ من حلفها بنفى علمها بسبق عقده على أختها، و اكتفينا بالحلف على نفى العلم فى الأخير و لم نشترط الحلف على عدم السبق واقعا، لأنه حلف على نفى فعل الغير، و فى مثله لا يمكن القطع به فيكتفى بنفى العلم بوقوعه.

(٤) ظاهره أن اليمين على الذى أقيمت عليه البيئه، و هذا مناف لما تقدم من أن اليمين من صاحب البيئه و مقيمها، فلذا فسّر الشارح لفظ الآخر بصاحب البيئه.

و يمكن أن يكون المراد من لفظ الآخر هو العقد الآخر و يكون الجار و المجرور أعنى (على الآخر) متعلقان باليمين ليدلا على موردّه، و ليسا متعلقين بالتوجه، بل فاعل اليمين يكون محذوفا من الجملة حينئذ و عليه فلا إشكال.

(٥) أى مع البيئه، فالبيئه لإثبات دعواه، و الحلف لنفى سبق عقده على المدعيه.

(٦) أى إقامه المرأه للبيئه.

(٧) فالبيئه منها لإثبات دعواها، و الحلف لنفى سبق عقده على أختها.

(٨) أى لتوجه اليمين على صاحب البيئه.

(٩) لا غرابه حينئذ بحسب الظاهر.

و إنما حكم باليمين مع البيئه،(لجواز صدق البيئه) الشاهده لها بالعقد (مع تقدم عقده على من ادعاها) و البيئه لم تطلع عليه (١) فلا بد من تحليفها لينتفى الاحتمال، و ليس حلفها على اثبات عقدها تأكيدا للبيئه (٢)، لأن ذلك (٣) لا يدفع الاحتمال، و إنما حلفها على نفى (٤) عقد أختها. و هل تحلف على البت (٥)، أو على نفى العلم به؟ مقتضى التعليل (٦) الأول، لأنه بدون (٧) لا يزول الاحتمال.

و يشكل (٨) بجواز وقوعه (٩) مع عدم اطلاعها فلا يمكنها القطع بعدمه، و بأن اليمين هنا ترجع إلى نفى فعل الغير فيكفى (١٠) فيه حلفها على نفى علمها بوقوع عقد أختها سابقا على عقدها، عملا بالقاعده (١١).

(و) وجه حلفه مع بينته على نفى عقده على المدعيه:(جواز صدق بينته) بالعقد على الأخت (مع تقدم عقده على من ادعته) و البيئه لا تعلم بالحال فيحلف على نفية لرفع الاحتمال.

و الحلف هنا على القطع، لأنه حلف على نفى فعله، و اليمين في هذين الموضوعين لم ينه عليها أحد من الأصحاب، و النص (١٢) خال عنها، فيحتمل عدم (١) على تقدم عقده على من ادعاها.

(٢) لأن المدعى لا يطالب بأكثر من البيئه.

(٣) أى لأن الحلف على إثبات عقدها ليس بأكثر من البيئه دلالة فلا يدفع الاحتمال السابق من جواز تقدم عقده على من ادعاها.

(٤) أى على نفى سبق عقد أختها.

(٥) بمعنى القطع.

(٦) الوارد فى كلام الماتن.

(٧) أى بدون القطع.

(٨) أى يشكل الحكم عليها بالحلف على القطع بنفى سبق عقد أختها.

(٩) أى وقوع عقد أختها قبل عقدها مع عدم اطلاعها.

(١٠) فى نفى فعل الغير.

(١١) فى نفى فعل الغير.

(١٢) و هو الآتى فى مورد البيئتين.

ثبوتها (١) لذلك (٢)، و لثلا (٣) يلزم تأخير البيان عن وقت الخطاب، أو الحاجه.

(و لو أقاما بينه) (٤) فإما أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين أو إحداهما مطلقه، (١) أى عدم ثبوت اليمين.

(٢) أى لعدم تعرض الأصحاب له.

(٣) أى و مع عدم تعرض النص مع أنه فى مقام البيان، فلو كانت اليمين لازمه و قد سكت النص عن البيان فيلزم تأخره عن وقت الخطاب أو الحاجه و هو قبيح على الحكيم كما قرر فى محله.

(٤) فتاره تكون البينتان مطلقتين، و أخرى مؤرختين، و ثالثه تكون إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه، و المؤرختان تاره يتفق تاريخهما و أخرى يختلف، و مع الاختلاف فتاره يتقدم تاريخ بينته و أخرى يتقدم تاريخ بينتها، فالصور ست، لأن المؤرختين ثلاث صور، الاتفاق أو تقديم تاريخ بينه الرجل، أو تقديم تاريخ بينه المرأة، و المطلقتين صوره واحده فالمجموع أربع صور، ثم لو كانت إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه فهى صورتان لأن المؤرخه تاره تكون بينه الرجل و أخرى بينه المرأة، فالمجموع ست صور.

و على الجميع فتاره يكون مع الدخول بالمدعيه و أخرى مع عدمه فالمجموع اثنتا عشره صوره، و البحث فيها تاره بحسب القواعد و أخرى بحسب النص الخاص، و لكن المشهور قد عمل به فيقتصر عليه.

و النص هو خبر الزهرى عن على بن الحسين عليه السلام (فى رجل ادعى على امرأه أنه تزوجها بولى و شهود و أنكرت المرأه ذلك، فأقامت أخت هذه المرأه على هذا الرجل البينه أنه تزوجها بولى و شهود، و لم يوقتا وقتا، فكتب عليه السلام: إن البينه بينه الرجل و لا- تقبل بينه المرأه، لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأه، و تريد أختها فساد النكاح فلا تصدق و لا تقبل بينتها إلا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها) (١).

و الخبر صريح فى تقديم بينه المرأه فى سبعة موارد، سته و هى جميع الصور المدخول بها، و السابع عند عدم الدخول ما لو تقدم تاريخ بينتها على تاريخ بينته.

و هو صريح فى تقديم بينه الرجل فى خمسة موارد، و هى جميع موارد عدم الدخول ما عدا تقدم تاريخ بينتها، و قد عمل به الأصحاب، و عن جامع المقاصد: كأن هذا الحكم مجمع عليه بين الأصحاب، و عن المسالك: لا يظهر فيه خلاف بينهم، و معه لا داعى للمناقشه فى سنده و إن كان ضعيفا.

ص: ١٩١

و الأخرى مؤرخه، و على تقدير كونهما مؤرختين إما أن يتفق التاريخان، أو يتقدم تاريخ بيته، أو تاريخ بيتهما، و على التقادير الستة إما أن يكون قد دخل بالمدعيه، أو لا، فالصور اثنتا عشره مضافه إلى ستة سابقه (١)، و فى جميع هذه الصور الاثنتى عشره (فالحكم لبينه، إلا- أن يكون معها) أى مع الأخت المدعيه (مرجح) لبينه (من دخول) بها، (أو تقدم تاريخ بيته على تاريخ بيته) حيث تكونان مؤرختين فيقدم قولها فى سبع صور من الاثنتى عشره، و هى الستة المجامعه للدخول، مطلقا (٢)، و واحده من الستة الخاليه عنه (٣)، و هى ما لو تقدم تاريخها، و قوله (٤) فى الخمسه الباقيه.

و هل يفتقر (٥) من قدمت بيته بغير سبق التاريخ إلى اليمين وجهان: منشأهما -هذا من جهه و من جهه أخرى أورد عليه بأنه مخالف للقواعد من جهتين: الأولى: أن الرجل منكر بالنسبه لدعوى المدعيه فكيف تقدم بيته عند تساوى البينتين تاريخا أو إطلاقهما، و المنكر يقبل قوله مع عدم البينه من المدعى لا مع وجودها، و فيه: إن الرجل و إن كان منكرا بالنسبه لدعوى المدعيه إلا أنه مدع بالنسبه لدعواه على أختها فيصح منه البينه، و مع قيامها فترجح على بينه المدعيه لعدم إمكان الجمع بين البينتين لأنه لا يمكن الجمع بين المرأتين.

الجهه الثانيه: أن تقديم إحدى البينتين على الأخرى بلا مرجح، و فيه: إن تقديم بيته إما للدخول و إما لسبق التاريخ، و مع الدخول فتسقط بيته عن الاعتبار لتكذيبه إياها بفعله، و لو بحسب الظاهر بعد حمل الفعل على أنه دخول عن عقد صيانته له عن الفساد، و مع الأسبقيه فقد ثبت سبق نكاحها فى وقت لا تعارضها الأخرى فيه، و أمّا تقديم بيته فقد ذكر الترجيح فى الخبر.

(١) و هى عدم البينه من الرجل و المرأه مع الدخول و عدمه، و قيام البينه من الرجل فقط مع الدخول و عدمه، و قيام البينه من المرأه فقط مع الدخول و عدمه.

(٢) سواء كانت بينه المرأه مؤرخه أم لا، و سواء كانت متقدمه تاريخا أم لا.

(٣) عن الدخول.

(٤) أى و يقدم قول الرجل بحسب بيته.

(٥) ظاهر النص المتقدم عدم الاحتياج إلى اليمين لمن قدمت بيته، و عن القواعد و جامع المقاصد و المسالك و غيرها أن الأقرب الافتقار إلى اليمين ممن قبلت بيته، أما الرجل فلأن بيته إنما هى لإثبات ما ادعاه على المرأه الأولى، و بينه و بين أختها دعوى أخرى هو فيها -

الحكم (١) بتساقط البينتين حيث تكونان متفقتين (٢) فيحتاج من قَدَم قوله إلى اليمين خصوصا المرأة، لأنها مدعيه محضه (٣)، و خصوصا إذا كان المرجح لها الدخول، فإنه بمجرد (٤) لا يدل على الزوجيه، بل الاحتمال (٥) باق معه، و من اطلاق (٦) النص بتقديم بينته مع عدم الأمرين (٧)، فلو توقف (٨) على اليمين لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

و الأقوى الأول، و إطلاق النص غير مناف، لثبوت اليمين بدليل آخر (٩) خصوصا مع جريان الحكم على خلاف الأصل فى موضعين. أحدهما تقديم بينته (١٠) مع أنه مدع (١١)، و الثانى ترجيحها (١٢) بالدخول و هو غير مرجح (١٣)، -منكر فلا بد من اليمين لقطع دعواها، و أما المرأة المدعيه التى قبلت بينتها فيمينها على نفي العلم لاحتمال علمها بسبق العقد على أختها.

نعم لا يمين مع سبق تاريخ إحدى البينتين، لأن السابقيه تكون مثبتة للنكاح فى وقت لا يعارضها فيه أحد فيتعين الحكم بها من دون حاجة إلى ضم اليمين.

وفيه: إنه لا- وجه لليمين بعد خلوّ النص عنها وإلا- لو كانت اليمين لازمه للزم تأخير البيان عن وقت الحاجة و هو قبيح على الحكيم.

(١) دليل الافتقار إلى اليمين.

(٢) إما بتساوى تاريخهما و إما بإطلاقهما.

(٣) وفيه: إن المدعى لا يطالب بأكثر من البيئه فلا داعى لليمين.

(٤) أى بمجرد الدخول.

(٥) أى احتمال عدم الزوجيه باق مع الدخول.

(٦) دليل عدم الاحتياج إلى اليمين.

(٧) من الدخول و تقدم تاريخ بينتها.

(٨) أى توقف تقديم بينته.

(٩) و هو ترجيح إحدى البيئات على الأخرى و هذا لا يتم إلا باليمين.

(١٠) عند عدم الدخول أو عدم سبق تاريخ بينتها على ما تقدم.

(١١) و هذا لا- إشكال فيه، لأن الأخذ ببيئه المدعى على الأصل، فلو قال (مع أنه منكر) لكان الحكم على خلاف الأصل لأن المنكر لا تسمع بينته.

(١٢) أى ترجيح البيئه، و هى بينه المرأة.

(١٣) لأن الدخول أعم من الزوجية.

ص: ١٩٣

و مورد النص الأختان كما ذكر،

و فى تعديہ (١) إلى مثل الأم و البنت و جهان: من عدم (٢) النص و كونه (٣) خلاف الأصل فيقتصر فيه (٤) على مورده. و من اشتراك (٥) المقتضى.

و الأول (٦) أقوى، فتقدم بينها مع انفرادها، أو اطلاقهما، أو سبق تأريخها، و مع عدمها يحلف هو، لأنه منكر.

الرابعه: لو اشترى العبد زوجته لسيدہ

(الرابعه: لو اشترى العبد زوجته لسيدہ فالنكاح باق) (٧) فإن شراها لسيدہ (١) أى تعدى الحكم كما عن صاحب الجواهر ضروره عدم مدخلية الأخوه فى الحكم و إنما المناط هو عدم جواز الجمع بين المرأه التى ادعى زوجيتها و بين المرأه التى تدعى زوجيته، و هذا شامل للأم و البنت.

و عن المحقق الثانى الجزم بالعدم لأن الحكم المذكور فى النص على خلاف القواعد فيقتصر فيه على مورده.

(٢) الدليل على عدم التعدى.

(٣) أى كون الحكم المذكور فى الأختين.

(٤) أى فى الحكم المنصوص على الأختين.

(٥) دليل التعدى، و هو أن المناط فى الأختين حرمة الجمع و هو موجود فى الأم و البنت.

(٦) و هو عدم التعدى أقوى و عليه لا بدّ من إجراء القواعد فى هذه المسأله، فلو ادعت الأم عليه الزوجيه فأنكر، و ادعى الزوجيه على البنت، فلو انفردت الأم بالبينه فتقدم بينها لأنها مدعيه، و لو قدّم كل واحد منهما بينه فتقدم بينها عند إطلاقهما لأنها مدعيه، و البينه على المدعى، و كذا تقدم بينها عند سبق تاريخها لبطلان البينه المقابله حيثئذ.

و مع عدم البينه من جانب الأم فالرجل منكر و مطالب باليمين فإن حلف سقطت دعوى الأم و تبقى دعوى الرجل على البنت فإن قدم بينه فهو و إلا فتحلف البنت و تسقط دعواه.

(٧) إذا تزوج العبد بمملوكه لغير سيدہ، ثم اشتراها العبد بإذن مولاه، فإن اشتراها للمولى فالعقد باق على حاله، بلا خلاف فيه و لا إشكال، و يظهر منهم أنه من المسلمات، إذ ليس ما يحتمل لإبطال العقد إلا- الانتقال من مالك إلى آخر، و هو ليس بمبطل بالاتفاق.

و إن اشتراها العبد لنفسه أو ملكه إياها مولاه بعد ابتياعها، فإن قلنا إن العبد لا يملك فالعقد باق على حاله لعدم حصول ما يقتضى رفعه، بعد عدم تحقق ملكيته لزوجته المملوكه، و إن قلنا إن العبد يملك مطلقاً أو فى نحو هذا الفرض بطل العقد و حلّت له بالملك، بلا خلاف ظاهر، و عليه الإجماع كما فى الجواهر فى مبحث بيع الحيوان من بطلان النكاح إذا اشترى أحد

الزوجين صاحبه، و يؤيده النصوص الداله على بطلان نكاح الأمه -

ص: ١٩٤

ليس مانعا منه (و إن اشتراها) العبد (لنفسه بإذنه، أو ملكه إياها) بعد شرائها له (فإن قلنا بعدم ملكه فكالأول)، لبطلان الشراء و التمليك، فبقيت كما كانت أولا على ملك البائع، أو السيد (و إن حكمتنا بملكه بطل العقد) كما لو اشترى الحر زوجته الأمه و استباح بضعها بالملك.

(أما المبعوض (١) فإنه) بشرائه لنفسه، أو بتملكه (٢) (يبطل العقد قطعا) (٣) لأنه بجزئه الحر قابل للتملك و متى ملك و لو بعضها (٤) بطل العقد.

الخامسة: لا يزوج الولي بدون مهر المثل و لا بالمجنون

(الخامسة: لا يزوج الولي (٥)،.) من العبد إذا ملكت زوجها كخبر سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه حره تكون تحت المملوك فتشتره هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء) (١) مع ضميمه عدم القول بالعضل، و يستدل للحكم هنا بقوله تعالى: **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** (٢) بناء على ظهوره في منع الجمع بينهما لأن التفصيل قاطع للشركه، فالحليه إما بالعقد و إما بالملك، و كل واحد منهما سبب تام في الإباحه، و في حال الاجتماع إما أن يرتفع تأثيرهما و هو معلوم الفساد و إما أن يجتمعا في التأثير و هو على خلاف ظاهر الآيه فيتعين أن يكون المؤثر واحدا و ما هو إلا الطارئ لأنه إذا ثبت الثاني لا بد أن يرتفع الأول لاستحاله الجمع بينهما، و به ثبت بطلان العقد و أن التحليل بالملك.

(١) و هو من تحرر بعضه فلو اشترى زوجته الأمه من سيدها بطل النكاح بينهما سواء اشتراها بمال منفرد به، أو مشتركا بينه و بين مولاه، لأنه صار مالكا لها - على تقدير كون المال له - أو مالكا لبعضها - على تقدير كون المال مشتركا - و على كل فيبطل عقد النكاح و تحل له بالملك.

(٢) من المولى.

(٣) سواء قلنا بجواز تملكه أم لا.

(٤) فيما لو اشتراها بمال مشترك بينه و بين غيره.

(٥) إذا زوج الولي الصغيره لمصلحه بمهر المثل فأزيد من الكفو الحر السالم من العيب لم يكن لها اعتراض بعد الكمال في العقد، و لا في المهر بلا خلاف فيه و لا إشكال، للأخبار.

منها: خبر عبد الله بن الصلت (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية الصغيره يزوجها-

ص: ١٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

٢- (٢) سورة المؤمنون، الآيه: ٦.

-أبوها، أُلها أمر إذا بلغت؟ قال عليه السّلام: لا(١)، و خير ابن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الصبيّه يزوجه أبوها ثم يموت ثم تكبر قبل أن يدخل بها زوجها، أ يجوز عليها التزويج أم الأمر إليها؟ قال عليه السّلام: يجوز عليها تزويج أبيها)٢.

و لو زوجها الولي بغير مهر المثل للمصلحه، فليس لها أمر بعد البلوغ لعموم دليل الولايه و إطلاق النصوص المتقدمه، و فى جامع المقاصد أنه المعتمد فى الفتوى، و لو زوجها الولي بأدون من مهر المثل لا للمصلحه و لم تكن هناك مفسده فقد وقع بينهم الخلاف فى ذلك على أقوال:

الأول: بطلان العقد، لأنه قد جرى على خلاف المصلحه فيبطل للزوم رعايتها، و فيه:

إنه لا يجب مراعاة المصلحه فى عقد الأب و الجد، و إنما يكفى عدم المفسده، نعم تجب مراعاة المصلحه فى عقد غيرهما من الأولياء.

الثانى: صحه العقد مع ثبوت خيار الفسخ لها بعد الكمال، لأن المهر الذى جرى عليه العقد فاسد، لعدم رضاها به فلها فسخ العقد، و فيه: إن فساد المهر لا يوجب فسخ العقد بل يوجب الانتقال إلى مهر المثل، على أن إطلاق النصوص المتقدمه يقتضى نفوذ العقد عليها و إن كان المهر دون المثل.

الثالث: صحه العقد و بطلان المهر، و قد نقله فى المبسوط قولاً، و يعرف وجهه مما تقدم فى القول الثانى، و يعرف ضعفه أيضاً.

الرابع: صحه العقد و المهر، مع ثبوت الخيار لها بعد الكمال فى المهر لا فى العقد، و هو المنسوب إلى المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد، لأن المهر عوض لها عن بضعها، فالنقص فيه ضرر منفى فى الشرع، فيجب جبره بثبوت الخيار لها بحيث لا تفسخ المسمى و ترجع إلى مهر المثل، و فيه: إن الأب و الجد لهما حق العفو عن المهر لقوله تعالى: أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ (٢)، و إذا ساغ لهما العفو فالنقصان ابتداء أولى.

الخامس: صحه العقد و المهر و لزومها، لإطلاق دليل الولايه و إطلاق النصوص المتقدمه و قد نقل عن الشيخ و هو الأقوى، و مثل هذا النزاع يجرى فيما لو زوج الولي الصغير بأزيد من مهر المثل و على كل فقد أطنب فى هذه المسأله خصوصاً الشارح فى المسالك، و قال فى الجواهر: (بل يظهر لك ما فى جامع المقاصد و المسالك و غيرهما من التشويش -

ص: ١٩٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣ و ١ .

٢- (٣) سورة البقره، الآيه: ٢٣٨ .

(و لا الوكيل (١) بدون مهر المثل، و لا بالمجنون (٢)، و لا بالخصى)، و لا بغيره ممن به أحد العيوب المجوزه للفسخ،(و) كذا (لا- يزوج الولي الطفل (٣) بذات العيب فيتخير) كل منهما (٤)،(بعد الكمال) لو زوج بمن لا يقتضيه الإذن الشرعي، لكن في الأول (٥) إن وقع العقد بدون مهر المثل على خلاف المصلحه (٦) تخيرت في المهر على أصح القولين (٧)، و في تخيرها في أصل العقد قولان: أحدهما التخيير (٨)، لأن العقد الذي جرى عليه التراضي هو المشتمل على المسمى (٩)، فمتى لم يكن ماضيا (١٠) كان لها فسخه (١١) من أصله.

-للمسأله، خصوصا الثاني، فإنه مع إطنابه في المسأله لم يأت بشيء محرّر فيها، لا في الموضوع و لا في الحكم) انتهى.

(١) كل ما جرى في الولي يجرى في الوكيل الذي وكلته البالغه الرشيدته المالكه أمرها.

(٢) إذا زوجها الولي بالمجنون أو الخصى أو غيرهما ممن فيه أحد العيوب الموجه للفسخ، صح العقد للأصل و قيام الولي مقام المولى عليه الذي يجوز له فعل ذلك لو كان كاملا إذ العيوب المذكوره لا تنافى الكفاءه، نعم لو كان غير كفاء فلا يجوز للولي تزويجها و لو وقع لكان لها الخيار دفعا للضرر و على كل فإذا صح العقد ممن فيه أحد العيوب الموجه للفسخ كان لها الخيار بعد كمالها للضرر في الإلزام، و هو منفي، و لإطلاق ما دل على الفسخ بأحد العيوب الشامل لما نحن فيه بعد أن كان الصغر في المولى عليه بمنزله الجهل لو كان مباشرا فيتخير حينئذ، و عن الشيخ في الخلاف القول بصحة العقد من دون خيار، و عن الشافعيه قول بعدم صحة العقد و كذا الكلام لو زوج الولي الصغير بمن بها أحد العيوب الموجه للفسخ.

(٣) و كذا الوكيل بالنسبه إلى الكبير البالغ الكامل.

(٤) أى كل من الزوج و الزوجه.

(٥) و هو تزويج الولي الصبيه بأدون من مهر المثل.

(٦) أى بدون مصلحه في ذلك، و ليس المراد منه وجود مفسده و إلا لبطل العقد.

(٧) و القول الآخر أنها لا تتخير في المهر و أنه صحيح و لازم كما هو مقتضى القول الخامس، و أما القول الأول فهو القول الرابع المتقدم.

(٨) كما هو مقتضى القول الثاني المتقدم.

(٩) و هو دون مهر المثل.

(١٠) أى فاسدا بمعنى لا تلزم بالقبول به للضرر عليها.

(١١) أى فسخ العقد من أهله، و لا يقتصر على فسخ المهر.

و الثاني عدمه (١)، لعدم مدخلية المهر في صحة العقد و فساده.

وقيل: ليس لها الخيار مطلقا (٢)، لأن ما دون مهر المثل أولى من العفو (٣)، و هو (٤) جائز للذى بيده عقده النكاح. و إذا لم يكن لها خيار في المهر ففي العقد أولى.

و على القول بتخيرها في المهر يثبت لها مهر المثل (٥)، و في توقف ثبوته (٦) على الدخول، أم يثبت بمجرد العقد قولان (٧).

و في تخير الزوج لو فسخت المسمى وجهان: من التزامه (٨) بحكم العقد و هذا (٩) من جملة أحكامه. و من دخوله (١٠) على المهر القليل فلا يلزم منه الرضا بالزائد جبرا.

و لو كان العقد عليها بدون مهر المثل على وجه المصلحة بأن كان هذا الزوج بهذا القدر أصلح و أكمل من غيره بأضعافه (١١)، أو لاضطرارها إلى الزوج و لم يوجد إلا هذا بهذا القدر، أو غير ذلك (١٢) ففي تخيرها قولان (١٣)، و المتجه (١) عدم التخيير في العقد كما هو مقتضى القول الرابع و الخامس.

(٢) لا في العقد و لا في المهر، و هو القول الخامس بتمامه.

(٣) أي العفو على المهر.

(٤) أي العفو.

(٥) إن فسخت في المهر المسمى.

(٦) أي ثبوت مهر المثل.

(٧) لم أعثر على هذا الخلاف في كتب القوم.

(٨) دليل عدم جواز الخيار للزوج لو فسخت المسمى، و حاصل المعنى أنه قد التزم الزوج بهذا العقد الواقع على دون مهر المثل، و لا بد أن يلتزم بآثاره و من جملة آثاره الخيار لها في المسمى.

(٩) أي فسختها للمسمى.

(١٠) دليل جواز الخيار.

(١١) أي أضعاف مهر المثل.

(١٢) من المصالح لدفع الضرر أو جلب النفع.

(١٣) و قد عرفت أن عدم الخيار هو المعتمد في الفتوى كما عن جامع المقاصد، و قد تقدم نقله.

هنا (١) عدم الخيار، كما أن المتجه هناك (٢) ثبوته (٣).

و أما تزويجها بغير الكفو، أو المعيب فلا شبهه في ثبوت خيارها في أصل العقد (٤)، و كذا القول (٥) في جانب الطفل (٦)، و لو اشتمل على الأمرين (٧) ثبت التخيير فيهما (٨). و عبارته الكتاب في اثبات أصل التخيير فيهما (٩) مجمله تجرى على جميع الأقوال (١٠).

السادس: عقد النكاح لو وقع فضولا

(السادس: عقد النكاح لو وقع فضولا) من أحد الجانبين، أو منهما (يقف على الإجازة من المعقود عليه) إن كان كاملا، (أو وليه) الذي له مباشره العقد إن لم يكن (١١)، (و لا يبطل) من أصله (على الأقرب) (١٢).

(١) فيما لو زوجها بدون مهر المثل على وجه المصلحة.

(٢) فيما لو زوجها بدون مهر المثل من غير مصلحة في ذلك.

(٣) أي ثبوت الخيار.

(٤) قد تقدم الكلام فيه.

(٥) في جميع التفاصيل المتقدمة.

(٦) فيما لو زوجه بأزيد من مهر المثل أو بالمعيبه أو بغير الكفو له.

(٧) من عدم الكفاءة و وجود العيب.

(٨) أي له خياران حينئذ من جهتين، و فائدته أنه لو أسقط أحدهما فيبقى الآخر حينئذ.

(٩) في المهر و العقد.

(١٠) لأن قول الماتن (فيتخير بعد الكمال) مجمل، و كل الأقوال المتقدمة قد ثبت فيها التخيير إلا القول المنسوب للشيخ بلزوم العقد و المهر، و عليه فيمكن حمل كلام الماتن على هذه الأقوال كلها.

(١١) أي المعقود عليه كاملا.

(١٢) اختلف الأصحاب في عقد النكاح إذا وقع فضولا- هل يكون صحيحا، بمعنى وقوفه على الإجازة أم باطلا- من أصله فلا تصححه الإجازة، ذهب الأ-كثر و منهم الشيخ في أحد قولي و هو قوله في النهايه و التهذيب و الاستبصار إلى الأول، و ذهب الشيخ في الخلاف و المبسوط و وافقه فخر المحققين إلى الثاني.

هذا و استدل للأول بأنه عقد صدر من أهله فوق في محله فلا بد أن يكون صحيحا، و نعى بأهله الكامل، و بمحلّه العين القابله للعقد، و لا مانع من نفوذه إلا تعلقه بحق -

ص: ١٩٩

-الغير فإذا أجازته تمّ و دخل في عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و للأخبار فمنها ما قد ورد في الحر كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل زوجته أمه و هو غائب، قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك) (٢) و صحيح الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام (سأله عن غلام و جاريه زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدرّكين، فقال: النكاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار) (٣) بناء على إرادة الولي العرفي كالحاكم و الوصي و الأخ و العم من الولي الوارد في الخبر، لا الشرعي كالأب و الجد و إلا- لم يكن لهما الخيار لعموم أدله و لايه الشرعي، و لإطلاق النصوص (٤) التي تقدم بعضها من أن الصبيّه إذا زوجها أبوها ليس لها معه أمر بعد البلوغ، و منها ما قد ورد في العبد كصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال:

ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته و إن شاء فرّق بينهما، قلت: أصلحك الله أن الحكم بن عيينه و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد و لا تحلّ إجازته السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز) (٥).

و استدلل للثاني بجمله من النصوص المتضمنه لفساد النكاح بغير إذن الولي أو المولى كخبر أبي العباس البقباق (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يتزوج الرجل بالأمه بغير علم أهلها، قال: هو زنا، إن الله تعالى يقول: فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٦) و مثله غيره.

و لكن هي ظاهره في السؤال عن صحه العقد بدون الاذن و لا الإجازة فلا تشمل مقامنا، و هو وقوع الإجازة، و لو سلم عمومها فيتعين حملها على ذلك جمعا بين الأخبار.

و استدلل الشيخ على البطالان أيضا بأن العقود الشرعيه تحتاج إلى أدله و هي منتفيه في محل النزاع، و فيه: إنه مصادره بعد ما عرفت صحه العقد الفضولي مع الإجازة من الأخبار المتقدمه.

و استدلل فخر المحققين بأن العقد سبب للإباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو-

ص: ٢٠٠

١- (١) سورة المائده، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢ و ٣.

٥- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

٦- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

لما روى (١) من أن جاريه بكرا أتت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فذكرت أن أباهما زوجها و هي كارهه فخيرها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، و روى محمد بن مسلم أنه سأل الباقر عليه السلام عن رجل زوّجته أمه و هو غائب قال: «النكاح جائز، إن شاء الزوج قبل، و إن شاء ترك». و حمل القبول على تجديد العقد خلاف الظاهر: و روى أبو عبيده الحذاء في الصحيح أنه سأل الباقر عليه السلام عن غلام و جاريه زوّجهما وليان لهما و هما غير مدركين.

فقال: «النكاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار» و حمل الولي هنا على غير الأب و الجد بقريته التخيير (٢)، و غيرها (٣) من الأخبار، و هي داله على صحة النكاح موقوفا (٤)، و إن لم نقل به (٥) في غيره من العقود (٦)، و يدل على جواز البيع أيضا حديث عروه البارقي في شراء الشاه، و لا قائل باختصاص الحكم بهما (٧)، -وليه، و استدلل بأن رضا المعقود عليه أو وليه شرط، و الشرط متقدم، مع أن الرضا في الفضولي متأخر لأنه إجازة لا اذن، و فيه: أما الأول فمصادره بعد ما عرفت من النصوص الداله على جواز عقد الفضولي المتعقب بالإجازة و أنه سبب للإباحه، و أما الثاني فالرضا من المعقود عليه شرط للزوم، و اللزوم متأخر عن الرضا فهو شرط متقدم، و ليس الرضا شرطا للعقد كما توهم.

(١) و هو من مرويات العامه راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٠ حديث: ٨.

(٢) لأن الأب و الجد لو زوجا الصغير أو الصغيره فالزواج لازم عليهما بعد الكمال.

(٣) عطف على ما تقدم من الأخبار الداله على صحة عقد الفضولي، و من الممكن أن يكون عطفا على قريته التخيير، و هي النصوص الداله على أنه ليس مع الأب أمر لو زوج الصغيره و قد تقدم ذكرها.

(٤) أي موقوفا على الإجازة.

(٥) أي بصحة عقد الفضولي.

(٦) و قد تقدم في كتاب البيع قوه جريان العقد الفضولي في جميع العقود، و مما يدل على جريانه في البيع خبر عروه البارقي المذكور في الروضه هنا و هو عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (أنه أمر عروه البارقي بشراء شاه بدينار، فاشترى به شاتين ثم باع أحدهما بدينار فأتى به و بالشاه، فقال له النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: بارك الله لك في صفقه يمينك) (١).

(٧) بالزواج و البيع.

ص: ٢٠١

فإذا ثبت فيهما ثبت في سائر العقود.

نعم قيل: باختصاصه (١) بالنكاح (٢). وله وجه لو نوقش في حديث عروه.

وقيل: بطلان عقد الفضولي مطلقا (٣) استنادا إلى أن العقد سبب للإباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عنه، أو وليه، لثلا يلزم في صحته (٤) عدم سببته بنفسه، وأن رضا المعقود عنه، أو وليه شرط. و الشرط متقدم، و ما روى من بطلان النكاح بدون إذن الولي (٥)، وأن، العقود الشرعية تحتاج إلى الأدله، و هي منفيه، و الأول (٦) عين المتنازع فيه. و الثاني (٧) ممنوع (٨). و الروايه عاميه (٩). و الدليل موجود (١٠).

السابعه: لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالکها

(السابعه: لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالکها (١١) و إن كان المالك (امرأه) (١) أى اختصاص العقد الفضولى.

(٢) و قد تقدم فى البيع فراجع.

(٣) فى النكاح و غيره سواء أجاز المالك أو المعقود عليه أم لا.

(٤) أى صحه العقد الفضولى، لأنه على تقدير الصحه فهو محتاج إلى الإجازة كما مرّ، و عليه فلا يكون العقد بنفسه سببا مستقلا.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و احتج الشيخ على البطلان بما روى عن عائشه أن النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلّم قال: أيما امرأه نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، و بروايه أبى موسى الأشعري أن النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلّم قال: لا نكاح إلا بولى، و روايه ابن عمران أن النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلّم قال:

أيما عبد نكح بغير إذن مواليه فنكاحه باطل، ثم ذكر الشارح أيضا روايه الفضل البقباق المتقدمه إلى أن قال - و الجواب عن حجه الشيخ أن رواياته كلها عاميه و قد أتينا بخير منها و مثلها فتكون رواياتنا أرجح) انتهى.

(٦) أن العقد سبب الإباحه.

(٧) أن رضا المعقود عنه.

(٨) لأن الرضا شرط للزوم لا للعقد، و هو شرط متقدم.

(٩) رد على الثالث.

(١٠) و هو الأخبار التى تقدم بعضها، و هذا رد على دليلهم الرابع.

(١١) لا-يجوز نكاح الأمه إلا- بإذن مالکها الذكر بلا خلاف فيه، و كذا لو كان المالك أنثى، بلا فرق فى المرأه المالكه بين

كونها مؤلى عليها بالنسبه للنكاح كالبكر البالغ و عدمه، إذ لا تلازم بين الأمرين، بل إذنها فى نكاح أمتها من التصرف المالى و هو غير ممنوعه منه،-

ص: ٢٠٢

(في الدائم و المتعه)، لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه، و لقوله تعالى:

فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (١) (و روايه سيف) بن عميره عن علي بن المغيرة قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمه المرأة من غير إذنها فقال: لا بأس (منافيه للأصل) و هو (٢) تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا و شرعا، فلا يعمل بها و إن كانت صحيحه، فلذلك أطرحتها الأصحاب غير الشيخ في النهايه جريا على قاعدته (٣)، و إذا أذن المولى لعبده في التزويج (٤) فإن عين له مهرا تعين -بخلاف تزويجها نفسها فقد ثبت إذن أوليائها.

و أكثر العامه على إلغاء عباره المرأة في النكاح مطلقا حتى في نكاح أمتها فيتولى نكاح الأمه أولياء المرأة على قول أو الحاكم على قول آخر لهم.

ثم على القول باشتراط إذن المالك. في نكاح الأمه، و لو كان المالك أنثى، فلا فرق بين الدائم و المنقطع، و عن الشيخ في النهايه و التهذيب أنه يجوز للأمه أن تتزوج متعه إذا كان مالكةا امرأة بغير إذنها، لخبر سيف بن عميره عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- بأس بأن يتمتع بأمه المرأة بغير إذنها، فأما أمه الرجل فلا يتمتع بها إلا بأمره) (١)، و هذا الخبر قد روى عن الصادق عليه السلام بلا واسطه كما سمعت، و أخرى قد روى عن سيف بن عميره عن علي بن المغيرة عن الصادق عليه السلام ٢ و ثلثه عن سيف عن داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام ٣، و هو اضطراب في السند على ما في المسالك بالإضافة إلى مخالفته لأصول المذهب و قواعده، لأنه مخالف لقاعده قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه، و مخالف لقوله تعالى: فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٢)، و مخالف للنصوص.

منها: صحيح البنزطي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (سألته يتمتع بالأمه بإذن أهلها؟ قال: نعم إن الله عز و جل يقول: فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٣)، و لذا لا بد من طرحه و الأعراض عنه و هذا ما عليه المشهور.

(١) النساء آيه: ٢٥.

(٢) أي الأصل.

(٣) و هي العمل بالخبر الصحيح و إن لم يعمل به الأصحاب و كان مخالفا للأصول.

(٤) إذا أذن المولى لعبده في التزويج فإما أن يعين المهر أم لا، و على التقديرين فإما أن يعين -

ص: ٢٠٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب المتعه حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٤) سورة النساء، الآية: ٢٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب المتعه حديث ٣.

و ليس له تخطيه، و إن أطلق انصرف إلى مهر المثل.

(و لو زاد العبد المأذون) في المعين في الأول (١)،(و على مهر المثل) في -الزوجه أم لا، فالأقسام أربعة.

الأول: أن يعين المرأه و المهر فيتعينان، و لا- يجوز التخطي إلى امرأه أخرى، فإن تخطى العبد كان العقد موقوفا على إجازة المولى بناء على صحه عقد الفضولى، و على الآخر يبطل، و لا فرق بين التجاوز إلى أشرف منها و أخسّ و مساو.

الثانى: أن يطلق له فى المرأه و المهر، فللعبد أن يتزوج بمن شاء بمهر المثل أو دونه، من حره أو أمه، و من بلده و خارجه، و سواء كان المتزوج بها شريفه أو وضيعه، كل ذلك تمسكا بالإطلاق، هذا و قد حمل الإطلاق فى المهر على مهر المثل كما حمل الإطلاق فى البيع و الشراء على ثمن المثل.

الثالث: أن يعين المرأه و يطلق المهر، فلا يجوز للعبد التخطي إلى غير المعين من المرأه و إلا كان العقد فضوليا، و الإطلاق فى المهر منصرف إلى مهر المثل أو الأقل دون الزائد.

الرابع: إن يعين المهر و يطلق فى المرأه، فيتخير العبد فى تزويج من شاء من النساء بالمهر المعين، و إن تخطاه إلى الزائد صح العقد و لا يكون فضوليا، بخلاف الاذن بالبيع بثمان معين فلو تخطاه كان البيع فضوليا، و الفرق أن النكاح لا يتوقف على المهر و لا تلازم بينهما فالاذن فى النكاح متحقق على كل حال فلا وجه لإبطاله بخلاف البيع فإن الثمن شرط فى صحته.

إذا تقرر ذلك، فلو زاد العبد فى المهر المعين أو فى مهر المثل عند الإطلاق كان الزائد فى ذمته يتبع به بعد عتقه، كما هو مقتضى القواعد لعدم إذن من المولى فى الزائد حتى يرجع فيه إلى نفس المولى، و أما نفس المهر المعين أو مهر المثل عند الإطلاق فهل هو فى ذمه المولى كما عليه المشهور لأن الاذن فى النكاح مستلزم للاذن فى لوازمه و توابعه، أو أنه فى كسب العبد كما عن الشيخ و ابنى سعيد و البراج، لأن المهر فى قبالة عوض، و المستوفى له العبد و ليس المولى، و الأظهر الأول لعدم ذمه للعبد صالحه للاشتغال، مع ضميمه أن الكسب من جملة أموال المولى فأذنه فى النكاح الموجب لالتزامه بالمهر لا يقتضى أن يتقيد المهر بنوع خاص من ماله كما لو أذن المولى للعبد فى الاستدانه، فالدين يكون فى ذمه المولى و ليس فى خصوص نوع من أمواله و هو كسب العبد، و كذا وقع نفس النزاع فى نفقه الزوجه التى أذن المولى لعبده فى التزويج منها.

(١) عند تعيين المولى للمهر.

الثانى (١)(صح) (٢)، للإذن فى أصل النكاح، و هو (٣) يقتضى مهر المثل على المولى، أو ما عينه (و كان الزائد فى ذمته يتبع به بعد عتقه، و مهر المثل)، أو المعين (على المولى)، و كذا النفقه، و قبل: يجب ذلك (٤) فى كسبه.

و الأقوى الأول، لأن الإذن فى النكاح يقتضى الإذن فى توابعه، و المهر و النفقه من جملتها، و العبد لا يملك شيئاً فلا يجب عليه شىء، لامتناع التكليف بما لا يطاق فيكون على المولى كسائر ديونه (٥).

و أما الزوجه فإن أطلقها تخير (٦) ما يليق به، و إن عين تعينت، فلو تخطاها كان فضولياً يقف على إجازة المولى، (و من تحرر بعضه (٧) ليس للمولى إجباره على النكاح) مراعاة لجانب الحرية، (و لا- للمبعض الاستقلال) مراعاة لجانب الرقيه، بل يتوقف نكاحه على رضاه، و إذن المولى جمعاً بين الحقيين.

الثامنه: لو زوج الفضولى الصغيرين

(الثامنه: لو زوج الفضولى الصغيرين (٨) فبلغ أحدهما و أجاز العقد لزم) من (١) عند إطلاق المولى للمهر.

(٢) أى صح عقد النكاح، و لا يكون فضولياً و إن تخطى العبد فى المهر المأذون فيه، لأن النكاح لا يتوقف على المهر، فالإذن فى النكاح متحقق على كل حال.

(٣) أى الإذن فى النكاح من المولى.

(٤) من مهر المثل أو المعين و كذا النفقه.

(٥) التى استدانها و لو بواسطة العبد و لا تنقيد بنوع خاص من أمواله.

(٦) أى العبد.

(٧) من تحرر بعضه فليس للمولى إجباره على النكاح، لأنه صار شريكاً للمولى فى الحق المتعلق برقبته، فليس لأحدهما التصرف إلا- بإذن الآخر، و من جملة التصرفات النكاح، فليس للمولى إجباره عليه مراعاة لجانب الحرية، لأن الحر لا يجبر على النكاح، و ليس للعبد الاستقلال بالنكاح مراعاة لجانب الرقيه، بل يعتبر فى النكاح حينئذ صدوره عن إثنين معاً، و يكون المهر و النفقه حينئذ بالنسبه، و أما زياده هنا عن المهر المعين أو مهر المثل فتتعلق بجزئه الحر.

(٨) قد تقدم لو زوج الأبوان الصغيرين، فالزواج لازم عليهما بعد البلوغ و الرشد، بلا خلاف فى الصبيبه و على المشهور فى الصبى، و عن الشيخ و بنى البراج و حمزه و ادريس أن للصبى خيار الفسخ و الإمضاء بعد البلوغ لخبر يزيد الكناسى عن أبى جعفر عليه السلام (إن -

-الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان بالخيار إذا أدرك(١).

و هو مخالف للنصوص الكثيره المتضمنه على عدم الخيار كصحيح الحلبي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ فقال عليه السلام: أما التزويج فصحيح، و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك)(٢).

و إذا كان العقد لازما عليهما فلا يجوز لهما بعد البلوغ رده أو فسخه، و على هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر.

و أما لو زوجهما الفضوليان، فإن قلنا بأن العقد الفضولي باطل فلا كلام، و على القول الآخر فصحيح إلا أنه موقوف على الإجازة، فلو أجازاه بعد البلوغ ثم مات أحدهما ثبت التوارث بينهما، و كذا لو أجاز العقد وليهما قبل البلوغ فثبت الزوجيه بينهما فلو مات أحدهما قبل البلوغ فيثبت التوارث بينهما، و كذا لو ماتا أو أحدهما بالنسبه للصغيرين قبل البلوغ مع عدم وجود وليهما فيبطل العقد لتعذر الإجازة و لا ميراث.

و أما لو بلغ أحدهما مع كون الآخر حيا، فأجاز البالغ العقد لزم العقد من جهته، و المراد باللزوم عدم جواز فسخه له، و يبقى العقد من جهه الآخر موقوفا على إجازته فإن بلغ و أجاز لزم العقد من كلا الطرفين فلو مات أحدهما حينئذ فيثبت التوارث بينهما.

أما لو بلغ أحد الطرفين و أجاز العقد، ثم فرض موت المجيز قبل أن يبلغ الآخر أو بعد بلوغه و قبل إجازته، ثم أجاز بعد موت الطرف الأول أحلف أنه لم يجز طمعا في الميراث، بل لو كان الآخر حيا لرضى بتزويجه، و حينئذ يرث حصته منه، و أكثر هذه الأحكام - على ما في المسالك - موافقه للأصول الشرعيه، و لا تتوقف على نص خاص، و إنما يقع الالتباس في إرث المجيز الثاني مع يمينه مع ظهور التهمه في الإجازة، إلا أنه لا مخالف في هذه الأحكام لصحيح أبي عبيده الحذاء (سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جاريه زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين، فقال عليه السلام: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال عليه السلام: يجوز ذلك عليه إن هو رضى، قلت:-

ص: ٢٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٤.

جهته، وبقى لزومه من جهة الآخر موقوفا على بلوغه و إجازته (فلو أجاز) الأول (ثم مات) قبل بلوغ الآخر (عزل للصغير قسطه من ميراثه) على تقدير إجازته، (و إذا بلغ الآخر) بعد ذلك و فسخ فلا مهر و لا ميراث، لبطلان العقد بالرد، (و) إن (أجاز حلف على عدم سببيه الإرث في الإجازة) بمعنى أن الباعث على الإجازة ليس هو الإرث، بل لو كان حيا لرضى بتزويجه، (و ورث) حين يحلف كذلك.

و مستند هذا التفصيل صحيحه أبي عبيد الحذاء عن الباقر عليه السلام و موردها الصغيران كما ذكر (١).

و لو زوج أحد الصغيرين الولي، أو كان أحدهما (٢) بالغا رشيدا و زوج الآخر الفضولي فمات الأول (٣) عزل للثاني نصيبه (٤)،.

فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أ ترثه؟ قال عليه السلام: يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر (١)، و قد تقدم أن المراد من الولي هنا هو غير الأب و الجد بقريته التخيير.

(١) بأن زوجهما الفضولي.

(٢) أي أحد المتعاقدين.

(٣) و هو من لزم العقد من جانبه.

(٤) و قد وقع الخلاف بينهم في أن الحكم المتقدم بمورد النص و هو تزويج الصغيرين هل يختص به أم يتعدى به إلى غيره، فالمشهور على عدم التعدى، و عن جماعة منهم النراقي و سيد العروه إلى التعدى في جميع الصور، و عن العلامة في القواعد و الشارح هنا و في المسالك إلى التعدى في خصوص صورته واحده، و هي ما لو كان أحد الطرفين صغيرا و قد عقد له وليه، أو كان بالغا رشيدا و كان العقد عن الثاني فضوليا.

وجه عدم التعدى أن الحكم من إثبات الإرث بالإجازة مع اليمين على خلاف القواعد، لأن مقتضى القواعد كفايه الإجازة الموجبه لتأثير العقد الفضولي، و مع تحقق التأثير يحكم بالزوجيه، و لازمها التوارث عند الموت مع عدم الحلف، فإثبات اليمين مع الإجازة، على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده المنصوص هذا إن لم نشترط بقاء المتعاقدين على -

ص: ٢٠٧

و أحلف بعد بلوغه كذلك (١)، و إن مات (٢) قبل ذلك بطل العقد. و هذا الحكم (٣) و إن لم يكن مورد النص، ألا- أنه (٤) ثابت فيه (٥) بطريق أولى، للزوم العقد هنا من الطرف الآخر، فهو أقرب إلى الثبوت مما هو جائز من الطرفين.

نعم لو كانا كبيرين و زوجهما الفضولي ففي تعدى الحكم إليهما (٦) نظر: من مساواته (٧) للمنصوص في كونه فضوليا من الجانبين، و لا مدخل للصغر و الكبر في ذلك (٨)، و من ثبوت الحكم (٩) في الصغيرين على خلاف الأصل (١٠) من حيث توقف -صفه القابليه إلى حين صدور الإجازة من كلا الطرفين، و أما إذا اشترطنا ذلك فالأصل يكون قاضيا بالبطلان لموت أحد المتعاقدين بعد إجازته و قبل إجازة الآخر، و وجه التعدى أن اليمين لرفع التهمة في كون الارث هو السبب في الإجازة و ليس الرضا بالتزويج، و التهمة موجوده في جميع الصور.

و وجه التعدى إلى صورته واحده كما هو مقتضى القول الثالث، أن اليمين قد ثبتت في مورد النص، و هو ما لو كان العقد جائزا من الطرفين، فلو كان العقد جائزا من أحد الطرفين كما في هذه الصورة فاليمين أولى، لأن الحكم باليمين قد ثبت في الأضعف و هو الجائز من الطرفين فثبوته في الأقوى و هو الجائز من طرف واحد بطريق أولى كما استدل في المسالك و الروضه هنا.

و فيه: إن الحكم باليمين في مورد النص لم يكن من جهة كون العقد جائزا من الطرفين، بل من جهة دفع احتمال التهمة، و الاحتمال جار سواء كان العقد جائزا من الطرفين أو من طرف واحد.

(١) أى على عدم سببيه الارث في الإجازة.

(٢) أى الثانى بعد موت الأول و قبل إجازة الثانى.

(٣) من عزل نصيب الثانى بعد موت الأول الذى كان العقد لازما من جانبه، و يعزل النصيب حتى يبلغ الثانى و يجيز و يحلف.

(٤) أى إن هذا الحكم من العزل و الحلف.

(٥) فى هذا المورد الذى كان العقد لازما من أحد الجانبين.

(٦) إلى الكبيرين.

(٧) دليل التعدى.

(٨) فى الحكم بالحلف، لأن الحلف لنفى احتمال التهمة، و هى موجوده فى الموردين.

(٩) دليل عدم التعدى.

(١٠) إذا الأصل يقتضى البطلان عند اشتراط بقاء المتعاقدين على صفه القابليه إلى حين صدور-

الإرث على اليمين، و ظهور التهمه فى الإجازة فىحكم فيما خرج عن المنصوص ببطلان العقد (١) متى مات أحد المعقود عليهما بعد إجازته، و قبل إجازة الآخر.

و يمكن إثبات الأولوية فى البالغين بوجه آخر و هو أن عقد الفضولى متى كان له مجيز (٢) فى الحال (٣) فلا إشكال عند القائل بصحته فى صحته (٤)، بخلاف ما إذا لم يكن له مجيز كذلك (٥) فإن فيه (٦) خلافا عند من يجوز عقد الفضولى فإذا ثبت الحكم فى العقد الضعيف (٧) الذى لا مجيز له فى الحال و هو عقد الصغيرين فتعديه إلى الأقوى (٨) أولى.

و لو عرض للمجيز الثانى مانع عن اليمين كالجنون، و السفر الضرورى عزل نصيبه إلى أن يحلف (٩)، و لو نكل عن اليمين فالأقوى أنه لا يرث، لأن ثبوته (١٠) بالنص و الفتوى موقوف على الإجازة و اليمين معا، فينتفى بدون أحدهما.

-الإجازة من كليهما و هذا هو الظاهر من كلام الشارح هنا، و عند عدم الاشتراط فالأصل يقتضى صحة الزوجية و تحقق الارث عند موت أحد الزوجين بمجرد صدور الإجازة من دون حاجه إلى اليمين.

(١)المبنى على اشتراط بقاء المتعاقدين على صفه القابليه إلى حين صدور الإجازة من كليهما.

(٢)جامع لشرائط الإجازة.

(٣)حال وقوع العقد.

(٤)أى صحه العقد الفضولى إذا أجزى حالا.

(٥)أى فى حال وقوع العقد، و مقامنا من الثانى.

(٦)فى الثانى.

(٧)و هو الثانى الذى لا مجيز له فى الحال، و ضعفه لوقوع الخلاف فى صحته عند القائل بصحه العقد الفضولى.

(٨)و هو الأول الذى له مجيز فى الحال، و هو أقوى لعدم وقوع الخلاف فى صحته عند القائل بصحه العقد الفضولى و فيه: أولا قد يكون العقد على الصغيرين من العقد القوى الذى له مجيز فى الحال، و ذلك فيما لو وقع العقد الفضولى عليها و كان وليهما حاضرا.

و ثانيا: أن الحكم باليمين مع الإجازة لم يكن من جهه كون العقد الفضولى قد وقع فيه الخلاف حتى نعدى الحكم بالأولوية إلى العقد الفضولى السالم عن الخلاف كما فعل الشارح.

(٩)فيعزل نصيبه بشرط كون العذر مما يترقب زواله، و إلا لو كان عكس ذلك فالأمر بالعزل حينئذ موجب للضرر على الوارث.

(١٠)و هو ثبوت الارث.

و هل يثبت عليه المهر (١) لو كان (٢) هو الزوج بمجرد الإجازة من دون اليمين وجهان: من أنه (٣) مترتب على ثبوت النكاح و لم يثبت بدونهما، و من أن (٤) إجازته كالإقرار فى حق نفسه بالنسبة إلى ما يتعلق به كالمهر، و إنما يتوقف الإرث (٥) على اليمين، لقيام التهمة، و عود النفع إليه محضاً فيثبت (٦) ما يعود عليه (٧)، دون ماله (٨)، و لا بعد فى تبعض الحكم و إن تنافى الأصلان (٩).

و له (١٠) نظائر كثيرة. و قد تقدم مثله ما لو اختلفا فى حصول النكاح فإن مدعيه يحكم عليه بلوازم الزوجية (١١) دون المنكر (١٢) و لا يثبت النكاح ظاهراً.

(١) مهر المسمى فى العقد.

(٢) أى المجيز الثانى.

(٣) دليل عدم ثبوت المهر، و المعنى أن المهر مترتب على النكاح، و النكاح متوقف على الإجازة و اليمين معاً، و المفروض عدم تحقق اليمين و هو موجب لعدم النكاح، الموجب لعدم المهر.

(٤) دليل الثبوت، و المعنى أنه بإجازته معترف بثبوت المهر فى ذمته، و إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

(٥) دفع دخل، أما الدخل: فلو كان المهر ثابتاً لثبت النكاح، و لو ثبت النكاح لثبت ميراث الزوج من الزوجه المتوفاه حينئذ، و أما الدفع فإن ثبوت المهر و إن أوجب ثبوت النكاح، إلا أنه ثابت بحسب إقراره، و إقراره نافذ عليه بما هو فى حقه لا بما هو فى حق غيره، فلذا أخذنا بإقراره من ناحيه المهر لأنه إقرار بما هو فى حقه، و لم نأخذ بإقراره من ناحيه الميراث لأنه إقرار بما هو فى حق الغير، مع قيام التهمة فى كون الإجازة مسببه عن الطمع فى الميراث لا عن الرضا بالتزويج.

(٦) أى يثبت بإقراره.

(٧) و هو المهر فى المقام.

(٨) و هو الارث فى المقام.

(٩) الموجبان لهذين الحكمين، لأن الذى أوجب المهر هو الزوجية، و الذى أوجب عدم الارث هو عدم الزوجية.

(١٠) أى التبعض فى الحكم الظاهرى.

(١١) من حرمة الخامسة و حرمة أم الزوجه و بنتها، مع المهر إذا كان المدعى هو الرجل، و لو كان امرأه فيحرم عليها التزويج بغيره.

(١٢) و هنا وقع التبعض فى الحكم الظاهرى، لأن الزوجية إن ثبتت حكم على المدعى و المنكر -

و اطلاق النص بتوقف الإرث على حلفه لا ينافي ثبوت المهر عليه بدليل آخر (١) و هذا متجه.

و اعلم أن التهمه بطمعه فى الميراث لا- تأتى فى جميع الموارد، إذ لو كان المتأخر هو الزوج و المهر بقدر الميراث أو أزيد (٢) انتفت التهمه، و ينبغى هنا (٣) عدم اليمين (٤) إن لم يتعلق غرض بإثبات أعيان التركه (٥) بحيث يترجح (٦) على ما يثبت عليه من الدين (٧)، أو يخاف (٨) امتناعه من أدائه، أو هربه، و نحو ذلك مما يوجب التهمه (٩)، و مع ذلك فالموجود فى الروايه موت الزوج و إجازة الزوجه و أنها تحلف بالله: ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتزويج، فهى غير منافيه لما ذكرناه (١٠)، و لكن فتوى الأصحاب مطلقه (١١) فى إثبات اليمين.

التاسعه: لو زوجها الأبوان برجلين

(التاسعه: لو زوجها الأبوان) الأب و الجد (برجلين (١٢) و اقترنا) فى العقد -معا بلوازم الزوجيه، و إن لم تثبت لا يحكم باللوازم على المدعى و المنكر معا، فالحكم على أحدهما دون الآخر تبعض فى الحكم، مع أننا حكمنا بعدم ثبوت النكاح ظاهرا فكيف حكم بلوازم الزوجيه على المدعى.

(١) و هو الإقرار النافذ عليه.

(٢) أى كان المهر أزيد من الميراث.

(٣) عند انتفاء التهمه فى الميراث.

(٤) لانتفاء التهمه، و يحتمل اليمين لإطلاق النص مع عدم لزوم كون التهمه عله تامه فى اعتبار اليمين، بل من الممكن أن تكون التهمه حكمه باعته على الحكم و لا يلزم اطرادها فى جميع موارد إطلاق النص.

(٥) أى تركه الزوجه.

(٦) أى يزيد ماله من أعيان التركه على ما يثبت عليه من المهر.

(٧) الذى هو المهر.

(٨) أو بمعنى (إلا)، و الفعل منصوب بأن المقدره، و المعنى ينبغى عدم اليمين إلا أن يخاف امتناع الزوج من أداء المهر الذى هو أقل من الميراث.

(٩) فلا بد من اليمين حينئذ.

(١٠) من عدم اليمين للزوج فى الصوره السابقه عند انتفاء التهمه.

(١١) غير مقيده بوجود التهمه.

(١٢) لو زوجها الأب من شخص، و الجد من آخر فمن سبق عقده صح و بطل المتأخر، لاستقلال كل منهما بالولاية، و مع سبق أحدهما لم يبق محل للآخر، و للنصوص. -

ص: ٢١١

بأن اتحد زمان القبول (قدّم عقد الجدة). لا نعلم فيه خلافاً، و تدل عليه من الأخبار روايه عبيد بن زراره قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدّها أن يزوجه من رجل. فقال: «الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب يزوجه قبله»، و علل مع ذلك (١) بأن ولايه الجدة أقوى، لثبوت ولايته على الأب على تقدير نقصه بجنون و نحوه، بخلاف العكس.

و هذه العلة لو تمّت لزم تعدى الحكم إلى غير النكاح (٢)، و لا يقولون به (٣)، و الأجود قصره (٤) على محل الوفاق (٥)، لأنه (٦) على خلاف الأصل حيث أنهما مشتركان في الولاية (٧). و مثل هذه القوه (٨) لا تصلح مرجحاً (٩).

-منها: صحيح هشام بن سالم و محمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا زوج الأب و الجدة كان التزويج للأول، فإن كانا جميعاً في حال واحده فالجد أولى) (١١)، و موثق عبيد بن زراره (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر، فقال عليه السلام: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً، إن لم يكن الأب يزوجه قبله، و يجوز عليها تزويج الأب و الجدة) ٢.

و من هذه النصوص تعرف أنه لو وقع عقدهما في زمن واحد قدم عقد الجدة بلا خلاف في ذلك بيننا، و خالفت العامه في ذلك فجعلوا الأب أولى من الجدة، لأن الجدة عندهم لا ولاية له مع وجود الأب، و هو مردود بما سمعت من الأخبار.

(١) مع النصوص.

(٢) من البيع و الشراء و نحوهما.

(٣) بالتعدى.

(٤) قصر الحكم بتقديم عقد الجدة عند التقارن.

(٥) و هو النكاح.

(٦) أى تقديم عقد الجدة عند التقارن.

(٧) فتقديم عقد الجدة حينئذ ترجيح بلا مرجح.

(٨) أى القوه لولاية الجدة، لأن الجدة له ولاية على الأب.

(٩) لو لا النص المتقدم.

ص: ٢١٢

و فى تعدى الحكم (١) إلى الجد (٢) مع جد الأب (٣)، و هكذا صاعدا وجه، نظرا إلى العله (٤). و الأقوى العدم، لخروجه (٥) عن موضع النص (٦)، و استوائهما (٧) فى اطلاق الجد حقيقه (٨)، و الأب (٩) كذلك (١٠) أو مجازا،(و إن سبق عقد أحدهما صح عقده) (١١) لما ذكر من الخبر و غيره، و لأنهما مشتركان فى (١) من تقديم عقد الجد على عقد الأب عند التقارن، هذا و قال فى المسالك: (فهل يتعدى هذا الحكم إلى أب الجد و جد الجد و إن علا مع الأب، أو مع من هو أدنى منه، حتى يكون أبو الجد أولى من الجد، و جد الجد أولى من أب الجد، و جهان من زياده البعد و وجود العله.

و يقوى تقديم الجد و إن علا على الأب، فيقدم عقده عليه مع الاقتران لشمول النص له، فإن الجد و إن علا يشمله اسم الجد، لأنه مقول على الأدنى و الأعلى بالتواطؤ، و أما إقامه الجد مع أبيه مقام الأب مع الجد فعدمه أقوى لفقد النص الموجب له مع اشتراكهما فى الولاية، فإن الجد لا يصدق عليه اسم الأب إلا مجازا كما أسلفناه، فلا يتناوله النص، و من جعله أبا حقيقه كما ذهب إليه جمع من الأصحاب يلزمه تعدى الحكم إليه، فعلى الأول يبطل العقد لاستحاله الترجيح بغير مرجح، أو اجتماع الضدين كما لو زوجها الوكيلان، و على الثانى يقدم عقد الأعلى) انتهى.

(٢) أى جد الزوجه.

(٣) من دون التعرض فيما لو اجتمع أب الزوجه مع أب الجد الذى هو جد الأب، أو مع جد الجد و هكذا، و قد استقرب الشارح تعديه الحكم، لصدق اسم الجد حقيقه على أحد الطرفين مع صدق لفظ الأب على الآخر، و هو مورد النص حينئذ.

(٤) و هى اقوائيه و لايه الجد على و لايه الأب، فكذا و لايه الأعلى أقوى من و لايه الأدنى، لثبوت و لايه الأعلى على الأدنى.

(٥) و هو جد الأب مع جد الزوجه فصاعدا.

(٦) إذ النص قد ورد فى أب الزوجه و جدها.

(٧) أى استواء جدّ الزوجه و جد الأب، و هو عطف على قوله (لخروجه) و هو دليل ثان على العدم.

(٨) فلا ترجيح لأحدهما على الآخر إلا بالعله المتقدمه و قد عرفت أنها غير صالحه للترجيح.

(٩) أى و إطلاق لفظ الأب عليهما.

(١٠) أى حقيقه.

(١١) أى عقد السابق، و قد تقدم الكلام فيه.

الولاية فإذا سبق أحدهما وقع صحيحا فامتنع الآخر (١).

(و لو زوجها الأخوان برجلين فالعقد للسابق) (٢) منهما (إن كانا) أى الأخوان (وكيلين) لما ذكر فى عقد الأبوين (٣) (و إلا) يكونا وكيلين (فلتخير) المرأه (١) لفوات محله.

(٢) بعد حصر الولي بالأب و الجد و المولى و الحاكم و الوصى فيكون الأخ كالأجنبي بالنظر إلى تزويج الأخت، و لكن يستحب للمرأه أن توكل أخاها كما فى الشرائع و القواعد و غيرها لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الذى بيده عقده النكاح، قال: هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه) (١) و هو محمول على التوكيل بالنسبه للأخ جمعا بينه و بين ما تقدم من حصر الولي بما سمعت، و لمرسل الحسن بن على عن الرضا عليه السلام (الأخ الأكبر بمنزله الأب) ٢ و هو محمول على التوكيل جمعا.

إذا تقرر ذلك فلو زوجها الأخوان، فإن لم تكن و كلتھما فهما فضوليان ففتخير فى إجازة عقد من شاءت منهما، و إن استحب لها ترجيح عقد الأكبر لما سمعته من النصوص، و إن كانت قد و كلت أحدهما خاصه صح عقده و بطل عقد الآخر، و إن و كلتھما معا صح عقد السابق و بطل اللاحق لفوات محله، و إن اقترنا دفعه واحده بطلا لاستحاله الترجيح بلا مرجح كما هو المشهور، و عن الشيخ فى كتابى الأخبار و النهايه و القاضى و العلامه فى المختلف و ابنى سعيد و حمزه تقديم عقد الأكبر إلا مع دخول الآخر الذى زوجته الأخ الآخر فيقدم الثانى حينئذ، لخبر وليد بياح الاسفاط (سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا عنده عن جاريه كان لها أخوان، زوجها الأكبر بالكوفه و زوجها الأصغر بأرض أخرى، قال عليه السلام: الأول بها أولى إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهى امرأته و نكاحه جائز) (٢).

و فيه: إن تقديم عقد الأكبر عند التقارن تحكم لعدم المرجح، و الخبر غير صالح لذلك لعدم حجيه سنده مع عدم الجابر له، على أنه من المحتمل أن يكون مورد الخبر هو كون العقد منهما فضوليا، بل هو الظاهر لخلوه من أمارات التوكيل، و عليه فيكون الخبر على مقتضى القواعد لاستحباب تقديم عقد الأخ الأكبر لأنه بمنزله الأب إلا أن يكون الزوج الآخر قد دخل بها، و مع الدخول قد أجازت العقد الآخر، و مع إجازتها الفعلية للثانى يبطل عقد الأول.

(٣) من وقوع السابق صحيحا فيمتنع الآخر لفوات محله.

ص: ٢١٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤ و ٦.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤.

(ما شاءت) منهما (١)، كما لو عقد غيرهما فضولا.

(و يستحب) لها (إجازه عقد) الأخ (الأكبر) مع تساوى مختارهما فى الكمال، أو رجحان مختار الأكبر. و لو انعكس (٢) فالأولى ترجيح الأكمل (فإن اقترنا) فى العقد قبولا (بطلا)، لاستحاله الترجيح و الجمع (٣) (إن كان كل منهما وكيلا).

و القول بتقديم عقد الأكبر (٤) هنا (٥) ضعيف، لضعف مستنده (و إلا) يكونا و كيلين (صح عقد الوكيل منهما)، لبطلان عقد الفضولى بمعارضه العقد الصحيح، (و لو كانا فضوليين و) الحال أن عقديهما (اقترنا تخيرت) فى إجازه ما شاءت منهما، و إبطال الآخر، أو ابطالهما.

العاشرة: لا ولاية للأم

(العاشرة: لا ولاية للأم) على الولد مطلقا (٦) (فلو زوّجته، أو زوّجتها اعتبر) (١) أو الفسخ و الرد عليهما.

(٢) بحيث كان مختار الأصغر أرجح.

(٣) أى الجمع بين الزوجين.

(٤) عند عدم دخول من عقد له الأصغر.

(٥) عند التوكيل لهما.

(٦) صغيرا كان أو كبيرا، ذكرا كان أو أنثى، هذا و بعد حصر الولى فى الأب و الجد و الوصى و الحاكم و المولى فتكون الأم كالأب-جنبى فى تزويج الولد بلا-خلاف فيه إلا من ابن أبى عقيل حيث ذهب إلى ولاية الأم و تنزيلها و آباؤها منزله الأب و آباؤه لما ورد عند العامه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (أنه أمر نعيم بن النخاع أن يستأمر أم ابنته فى أمرها، و قال: و أتمروهن فى بناتهن) (١) و هو ضعيف السند و لا جابر له عند الأصحاب.

و على المشهور فلو زوجته بغير إذنه توقف العقد على إجازه سواء كان قبل البلوغ أم بعده، فإن أجاز لزمه العقد و المهر، و إن ردّ بطل العقد و تبعه المهر كغيره من عقود الفضولى.

و ذهب الشيخ فى النهايه و أتباعه إلى أنه إذا ردّ الولد لزمها المهر بتمامه للمعقود عليها لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سأله عن رجل زوّجته أمه و هو غائب، قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل، و إن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه) (٢)، و الخبر ضعيف بإسماعيل بن سهل و قد أعرض عنه الأصحاب بعد-

ص: ٢١٥

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣.

(رضاهما) بعد الكمال كالفضولى (فلو ادعت الوكالة عن الابن) الكامل (و أنكر) -مخالفته للقواعد القاضيه بعدم لزوم المهر على الأم كمثل كل فضولى و لا- على الولد عند الرد، و حملها المحقق و العلامة على ما لو ادعت الوكالة عن ابنها و لم تثبت الوكالة، فإنها تضمن المهر، لأنها قد قوّت البضع على الزوجه، و عزّتها بدعوى الوكالة فتضمن عوضه و هو المهر.

و فيه: كما عن المحقق الثانى فى جامعه و تابعه الشارح هنا و فى المسالك أن ضمان البضع بالتفويت مطلقا ممنوع، و إنما المعلوم ضمانه بالاستيفاء، و الاستيفاء يتم بصوره العقد أو بصوره وطء الشهبه و كلاهما منفيان هنا، أما الثانى فواضح إذا لا وطء بحسب الفرض، و أما الأول فالعقد منفى بالرد من الود. هذا فضلا عن أن الحمل المزبور مناف لما ورد من أن مدعى الوكالة يثبت فى ذمته نصف المهر للزوجه إن لم تثبت الوكالة عن الزوج كما هو المشهور لصحيح أبى عبيده عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل أمر رجلا- أن يزوجه امرأه من أهل البصره من بنى تميم، فزوجه امرأه من أهل الكوفه من بنى تميم، قال عليه السلام: خالف أمره، و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأه و لا عده عليها و لا ميراث بينهما، فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأه لم يسم أرضا و لا قبيله ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه، فقال عليه السلام: إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر، و إن لم يكن له بينه كان الصداق على المأمور لأهل المرأه و لا ميراث بينهما و لا عده عليها و لها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقا)^(١) فالصحيح نص فى تحميل الوكيل نصف المهر فكيف يمكن حمل خبر محمد بن مسلم الدال على تضمين الوكيل تمام المهر عليه.

نعم يمكن حمل خبر محمد بن مسلم الدال على تضمين تمام المهر على الوكيل على قول الشيخ فى النهايه و القاضى و ابن إدريس من أن مدعى الوكالة عند عدم ثبوتها يضمن تمام المهر، لأن المهر بتمامه يجب بالعقد و لا ينتصف إلا بالطلاق و هو مفقود فى المقام.

و فيه: إن المهر بتمامه يجب بالعقد على الزوج لا- على الوكيل، بالإضافة إلى أن الخبر الصحيح دال على التنصيف فكيف جاز ترك الحمل به؟ و عن جماعه منهم الشارح عدم ثبوت المهر لا كملا و لا نصفا على مدعى الوكالة إذا لم تثبت الوكالة، لأن المهر من لوازم العقد و هو غير ثابت، و لم يتحقق استيفاء للبضع حتى يضمن الوكيل، و فيه: إنه و إن كان هو مقتضى القاعده فى المقام لكن لا يصار إليه مع النص الصحيح المحمول به.

ص: ٢١٦

(بطل) العقد (و غرمت) للزوجه (نصف المهر) (١) لتفويتها عليها (٢) البضع، و غرورها (٣) بدعوى الوكاله، مع أن الفرقة قبل الدخول.

و قيل (٤): يلزمها جميع المهر لما ذكر (٥)، و إنما ينتصف (٦) بالطلاق و لم يقع، و لروايه (٧) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام.

و يشكل بأن البضع إنما يضمن بالاستيفاء على بعض الوجوه (٨)، لا مطلقا (٩)، و العقد لم يثبت فلم يثبت موجبه (١٠) و الأقوى (١١) أنه لا شىء على الوكيل مطلقا (١٢)، إلا مع الضمان (١٣) فيلزمه ما ضمن. و يمكن حمل الروايه (١٤) - لو سلم سندها - عليه (١٥). و على هذا (١٦) يتعدى الحكم إلى غير الأم، و بالغ (١) لصحيح أبي عبيده المتقدم و هو قول المشهور.

(٢) أى لتفويت الأم على الزوجه البضع.

(٣) أى لغرور الزوجه بسبب دعوى الوكاله من الأم.

(٤) و هو قول الشيخ و القاضى و ابن إدريس المتقدم فى مدعى الوكاله.

(٥) من التفويت و التغيرير، بعد كون تمام المهر ثابتا بالعقد.

(٦) أى الطلاق.

(٧) بحسب حمل المحقق و العلامه لها.

(٨) و هو العقد عليها أو وطء الشبهه.

(٩) فى جميع صور التفويت.

(١٠) أى ما يسببه العقد، و هو المهر.

(١١) و هو القول الثالث فى مدعى الوكاله.

(١٢) سواء كان الشىء المنفى نصف المهر أو تمامه، و سواء كان الوكيل أما أم لا.

(١٣) إذا تحقق استيفاء البضع بالوطء أو بالعقد.

(١٤) أى روايه محمد بن مسلم المتقدمه.

(١٥) أى على ضمان الوكيل إذا تحقق استيفاء البضع، و فيه: إن صحيح أبي عبيده قد ضمن مدعى الوكيل نصف المهر و إن لم يتحقق استيفاء البضع، و العمل عليه متعين فلا بد من طرح خبر محمد بن مسلم بعد عدم إمكان حمله على الوكاله للتنافى بينه و

بين صحيح أبي عبيده.

(١٦) من عدم ثبوت شيء على الوكيل إلا مع الضمان عند استيفاء البضع.

ص: ٢١٧

القائل (١) بلزوم المهر فحكم به (٢) على الأم و إن لم تدع الوكاله استنادا إلى ظاهر الروايه (٣) و هو بعيد، و قريب منه (٤) حملها (٥) على دعواها الوكاله، فإن مجرد ذلك (٦) لا يصلح لثبوت المهر في ذمه الوكيل (٧).

الفصل الثالث – فى المحرمات و توابعها

إشاره

(الفصل الثالث – فى المحرمات)

فى ما يحرم بالنسب

بالنسب و الرضاع و غيرهما من الأسباب (٨) (و توابعها. يحرم) على الذكر (بالنسب) تسعه أصناف من الإناث (٩): (الأم و إن علت) و هى كل امرأه ولدته، (١) و هو قول الشيخ فى مسأله ما لو زوجت الأم ابنها فضولا و قد رد الولد العقد.

(٢) بتمام المهر.

(٣) أى روايه ابن مسلم المتقدمه.

(٤) أى من هذا القول، و هو قريب منه فى البعد.

(٥) أى حمل الروايه على دعوى الأم الوكاله كما عن المحقق و علامه.

(٦) أى دعوى الوكاله.

(٧) كما هو مقتضى القاعده، و لكن عرفت ورود الخبر الصحيح فى تنصيف المهر عليه.

(٨) كالمصاهره و الزنا بذات البعل أو فى العده الرجعيه، و المعقود عليها كذلك مع العلم أو الدخول.

(٩) الغالب فى التعبير عما يحرم من النسب هو أن المحرم من النسب سبعة أصناف من النساء، و هى المذكوره فى قوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ وَ أَخَوَاتُكُمْ وَ عَمَّاتُكُمْ وَ خَالَاتُكُمْ وَ بَنَاتُ الْأَخِ وَ بَنَاتُ الْأُخْتِ (١)، و الآيه كافيّه فى مقام بيان التحريم، و الماتن قد جعل البنت ثلاثه أقسام، البنت و بنت البنت و بنت الابن، فلذا كانت الأقسام تسعه، و هو ليس فى محله لصدق البنت على الجميع هذا و المراد من الأم هى الأم و إن علت لأب كانت أو لأم، و هى كل امرأه ولدتك أو انتهى نسبك إليها من العلو بالولاده لأب كانت أو لأم. و المراد من البنت هى البنت و إن سفلت، و هى كل أنثى ينتهى نسبها إليك بالتولد بواسطه أو غيرها.

و المراد بالأخت هى الأنثى التى ولدك و إياها شخص واحد من غير واسطه، و لا يدخل فى اسمها غيرها، و لذا لم يكن فيها علو و لا سفل.

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

أو انتهى نسبه إليها من العلو بالولادة لأب كانت، أم لأم، (و البنت و بنتها) و إن نزلت (و بنت الابن فنازلا).

و المراد بالعمه هي العمه و إن ارتفعت، و هي كل أنثى هي أخت ذكر ولدت له بواسطة أو لا، من جهة الأب أو الأم، أو فقل هي كل أنثى ولدها و أحد آبائك شخص من غير واسطه، و المراد بالمرتفع هي عمه الأب و عمه الأم و عمه الجد و عمه الجده و هكذا، لا عمه العمه فإنها قد لا تكون محرمة.

و المراد بالخاله و إن علت هي كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أولا، أو فقل هي كل أنثى ولدها و إحدى أمهاتك شخص من غير واسطه، و المراد بالمرتفع هي أخت الجده و إن علت لا خاله الخاله فإنها قد لا تحرم و المراد بنات الأخ بناته و إن نزلن، سواء كان الأخ لأب أو لأم أولهما، و سواء كانت بنته لصلبه أو بنت بنته أو بنت ابنه و بناتهن و إن سفلن، و ضابطها كل امرأه ولدها الأخ بواسطة أو لا.

و المراد بنات الأخت بناتها و إن نزلن، و الضابط كل امرأه ولدتها الأخت بواسطة أو لا.

هذا و كما يحرم على الذكر هذه الأصناف السبعة من النساء فيحرم على الأنثى مثلهن من الرجال، فيحرم الأب و إن علا على البنت و الولد و إن سفل على الأم، و الأخ و ابنه و ابن الأخت على الأخت و العمه و الخاله، و يحرم العم و إن علا و كذلك الخال على بنت الأخ و بنت الأخت، و هذا مستفاد من الآيه المتقدمه لأن التحريم من أحد الطرفين هنا مستلزم للتحريم من الطرف الآخر، و لهذه النكته أقتصر في الآيه على المحرمات على الرجال و لم يذكر العكس.

هذا و قد ذكر العلامة ضابطه تحصر جميع المحرمات من النسب و هي: أنه يحرم على الإنسان أصوله و فصوله، و فصول أول أصوله، و أول فصل من كل أصل بعد أول الأصول.

فالأصول الآباء و الأمهات، و الفصول البنات و البنون، و فصول أول الأصول هم الأخوات بالنسبه للرجل و الأخوه بالنسبه للأنثى، و أولاد الأخ و أولاد الأخت و إن نزلوا.

و أول فصل من كل أصل بعد أول الأصول هو الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات هذا و أخصر من عبارته العلامة قولهم أنه يحرم على الإنسان كل قريب له ما عدا أولاد العمومه و الخثوله، فيحرم على الرجل نساء القرابه مطلقا إلا من دخل في اسم ولد العم أو ولد الخال، و يحرم على الأنثى ذكور القرابه مطلقا إلا من دخل في اسم ولد العمومه أو الخثوله.

و ضابطها (١): من ينتهي إليه نسبه (٢) بالتولد و لو بوسائط،(و الأخت و بنتها فنازلا) و هي كل (٣) امرأه و لدها أبواه، أو أحدهما (٤)، أو انتهى (٥) نسبها إليهما، أو إلى أحدهما بالتولد،(و بنت الأخ) و إن نزلت (كذلك) لأب كان (٦)، أم لأم، أم لهما،(و العمه) و هي كل أنثى هي أخت ذكر و لده (٧) بواسطة، أو غيرها من جهه الأب، أو الأم، أو منهما،(و الخاله فصاعدا) فيهما (٨)، و هي كل أنثى هي أخت أنثى و لده (٩) بواسطة، أو بغير واسطه. و قد تكون (١٠) من جهه الأب كأخت أم الأب.

و المراد بالصاعد فيهما (١١): عمه الأب، و الأم (١٢)، و خالتهما (١٣)، و عمه الجد و الجده، و خالتهما، و هكذا، لا عمه العمه، و خاله الخاله فإنهما قد لا تكونان محرمتين (١٤) و يحرم على المرأة ما يحرم على الرجل بالقياس.

و ضابط المحرمات الجامع لها (١٥) أنه يحرم على الإنسان كل قريب عدا أولاد (١) أى ضابط بنت الابن.

(٢) أى نسب الابن.

(٣) تفسير للأخت.

(٤) أى أحد الأبوين.

(٥) تفسير لبنت الأخت.

(٦) أى الأخ.

(٧) أى ولد هذا الرجل الذى نحصى محارمه.

(٨) فى العمه و الخاله.

(٩) أى ولدت هذا الرجل الذى نحصى محارمه.

(١٠) أى الخاله.

(١١) فى العمه و الخاله.

(١٢) أى و عمه الأم.

(١٣) أى خاله الأب و خاله الأم.

(١٤) كما إذا كان لزيد عمه هي أخت أبيه من أمه، و لها عمه هي أخت أبيها، فالأخير لا تحرم على زيد و إن كانت عمه لعمته، و كذا لو كانت خاله هي أخت أمه لأبيها، و لها خاله و هي أخت أمها، فالأخير لا تحرم على زيد و إن كانت خاله لخالته، لأنه لا نسب لها معه.

(١٥) للمحررات.

ص: ٢٢٠

فى ما يحرم بالرضاع و ما يحصل به الرضاع

(و يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب) (١) فأمك من الرضاعه هى كل امراه أرضعتك، أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى و إن علا كمرضعه أحد أبويك، أو أجدادك، أو جداتك، و أختها خالتك من الرضاعه، و أخوها خالك، و أبوها جدك، كما أن ابن مرضعتك أخ، و بنتها أخت إلى آخر أحكام النسب.

و البنت (٢) من الرضاع: كل أنثى رضعت من لبنك، أو لبن من ولدته أو (١)الرضاع سبب فى التحريم بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَ أَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعِ (١)**، و للأخبار.

منها: صحيح العجلي عن أبى جعفر عليه السّلام (أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (٢)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابه) (٣).

و يستفاد من هذه النصوص أن ما يحرم من النسب و هو القرابات السبع الإنائيه فهى محرمه بسبب الرضاع، و القرابات السبع هى: الأمهات و البنات و الأخوات و بنات الأخ و بنات الأخت و العمات و الخالات، و عليه فإذا تحقق الرضاع المحرّم فتصير المرضعه أما و صاحب اللبن أبا، و آباؤهما أجدادا و جداتا، و أولاد المرضعه إخوه و أخوات، و أولاد الأجداد أحوالا و أعماما. و إذا تقرر ذلك فالأم المحرمه بالرضاع و إن علت فهى كل أم ولدت مرضعتك، أو ولدت من ولدها أو أرضعتها، أو أرضعت من ولدها بواسطة أو بوسائط فهى بمنزله أمك بالإضافة إلى التى أرضعتك، و كذا كل امراه ولدت أباك من الرضاعه أو أرضعت من ولده و لو بواسطة أو بوسائط فهى بمنزله أمك، و أما بقيه القرابات السبع فسيأتى بحثها عند تعرض الشارح لها.

(٢)البنت و إن سفلت و هى من الرضاعه كل بنت ارتضعت بلبنك باعتبار أن الزوج هو صاحب لبن الزوجه أو بلبن من ولدته، أو أرضعتها امراه ولدها، و كذلك بناتها من النسب و الرضاع فكلهن بمنزله البنت.

ص: ٢٢١

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١ و ٢.

أرضعتها امرأه ولدتها، وكذا بناتها من النسب و الرضاع، و العمات (١)، و الخالات (٢) أخوات الفحل، و المرضعه، و أخوات من ولدهما من النسب و الرضاع، و كذا كل امرأه أرضعتها واحده من جداتك، أو رضعت بلبن واحد من أجدادك من النسب و الرضاع، و بنات الأخ، و بنات الأخت (٣) بنات أولاد المرضعه، و الفحل من الرضاع و النسب، و كذا كل أنثى أرضعتها أختك، و بنت أختك، و بنات كل ذكر أرضعته أمك أو ارتضع بلبن أبيك.

و إنما يحرم الرضاع (بشرط كونه عن نكاح) (٤) دواما و متعه و ملك يمين (١) العمه من الرضاعه هي أخت صاحب اللبن، و أخت أبيه أو جده و إن علا سواء كان أبوه أو جده من النسب أو الرضاع، و كذا العمه ينطبق على كل امرأه أرضعتها واحده من جداتك، أو أرضعت بلبن واحد من أجدادك من النسب و الرضاع.

(٢) و الخاله من الرضاعه هي أخت المرضعه و أخت أمها أو جدتها إلى آخر ما قلناه في العمه.

(٣) و بنات الأخ و بنات الأخت و هن من الرضاعه بنات أولاد المرضعه و الفحل من الرضاع و النسب، و كذا كل أنثى أرضعتها أختك أو بناتها أو بنات أولادها من الرضاع أو النسب فهي بنت الأخت، و كذا كل ذكر أرضعته أمك أو أرضع بلبن أخيك فبناته و بنات أولاده من الرضاع و النسب هن بنات الأخ.

(٤) و المراد بالنكاح هنا هو الوطء بعقد صحيح أو ملك يمين، فلو درّ اللبن من المرأه من دون نكاح فضلا عما لو در من الذكر أو البهيمة فلا ينشر الحرمة بلا خلاف فيه لموثق يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن امرأه درّ لبنها من غير ولادته، فأرضعت جاريه و غلاما من ذلك اللبن، هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال عليه السلام: لا) (١)، و خبر يعقوب بن شعيب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: امرأه درّ لبنها من غير ولاده فأرضعت ذكرانا و إناثا، أ يحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع؟ فقال لي: لا) (٢)، و هذه الأخبار مطلقه تشمل ما لو كان درّ اللبن غير المحرم من صغيره أو كبيره، و من بكر أو ثيب، و من الخليه أو ذات بعل و لو كان اللبن عن وطء محرم و هو الزنا فلا ينشر الحرمة بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر الدعائم عن جعفر بن محمد عليه السلام (لبن الحرام لا- يحرم الحلال، و مثل ذلك امرأه أرضعت بلبن زوجها ثم أرضعت بلبن فجور، قال: و من أرضع من فجور بلبن-

ص: ٢٢٢

و شبهه على أصح القولين (١) مع ثبوتها (٢) من الطرفين، وإلا- ثبت الحكم (٣) في حق من ثبت له النسب (٤)، ولا فرق في اللبن الخالي عن النكاح بين كونه من صغيره، و كبيره، بكر و ثيب، ذات بعل و خليه.

و يعتبر مع صحه النكاح صدور اللبن عن ذات حمل أو ولد (٥)، بالنكاح-صبيه لم يحرم من نكاحها، لأن اللبن الحرام لا يحرم الحلال(١).

و من هذه النصوص تعرف اشتراط كون اللبن عن وطء شرعى إما بالعقد و إما بملك اليمين، و لكن لو كان اللبن عن وطء الشبهه فالمشهور على أنه كاللبن عن وطء شرعى، لأنه كالصحيح فى النسب و اللبن تابع له، و لعموم قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (٢) خرج منه الزنا و ما درته من دون وطء فيبقى الباقي، و عن ابن إدريس التردد.

(١) فى الشبهه فقط.

(٢) أى ثبوت الشبهه.

(٣) من نشر الحرمة.

(٤) لأن الرضاع متوقف على النسب، و لا يثبت الحكم فى حق الطرف الآخر لأنه زان حينئذ.

(٥) اعلم أنه لا بد من كون اللبن الصادر عن النكاح بمعنى الوطء الشرعى أن يحصل من النكاح و ولد، فلا يكفى مجرد الوطء الصحيح فى اعتبار اللبن فلو فرض درور اللبن من غير ولد فلا- ينشر الحرمة و قد تقدم الكلام فيه، و ظاهر موثق يونس و خبر يعقوب المتقدمين اعتبار الولاده، و كذا صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (عن لبن الفحل، قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك و ولد امرأه أخرى فهو حرام)(٢) و لا يطلق اسم الولد إلا مع الوضع.

و عليه فلو درت اللبن عن حمل قبل الوضع فقد اختلف كلام العلامة فى ذلك ففى القواعد اكتفى بالحمل و قطع بعدم اشتراط الولاده، و فى التحرير اعتبر الولاده - كما هو المشهور - نظرا لصحيح ابن سنان و ما تقدم من الأخبار، و منها تعرف ضعف الاكتفاء بالحمل و إن استجوده الشارح فى المسالك و جزم به فى الروضه هنا و هو المنسوب للمحقق و للشيخ فى موضع من المبسوط.

ص: ٢٢٣

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٤.

المذكور (١) فلا- عبره بلبن الخاليه منهما (٢) و إن كانت منكوحه نكاحا صحيحا حتى لو طلق الزوج (٣) و هى حامل منه أو مرضع (٤)، فأرضعت ولدا نشر (٥) الحرمة كما لو كانت فى حباله و إن تزوجت بغيره.

و الأقوى اعتبار حياه المرضعه فلو ماتت فى أثناء الرضاع فأكمل النصاب ميتة لم ينشر (٦) و إن تناوله اطلاق العبارة (٧)، و صدق عليه اسم الرضاع حملا (٨) على المعهود المتعارف و هو رضاع الحيه، و دلالة الأدله اللفظيه على الإرضاع (١) من كون الوطء عن عقد أو ملك.

(٢) من الحمل أو الولد.

(٣) أو مات عنها.

(٤) أى كانت مرضعا عند طلاقها أو موت زوجها، فلا- يعتبر بقاء المرأة على حباله صاحب اللبن فلو طلقها أو مات عنها و هى حامل منه أو مرضع فأرضعت من لبنه ولدا فهو مما ينشر الحرمة، سواء كان الرضاع فى العده أم بعدها، طال الزمان أم قصر، تزوجت بغيره أو لا، كل ذلك لإطلاق النصوص.

بل حتى لو تزوجت و دخل بها الثانى و حملت منه مع كون اللبن بحاله لم ينقطع و لم يحدث فيه زياده فهو للأول مما ينشر الحرمة بلا- خلاف فيه، فلو وضعت الحمل من الثانى كان ما قبل الوضع من لبن للأول، و ما بعد الوضع للثانى، و أما لو حملت من الثانى فانقطع اللبن من الأول ثم عاد فى وقت يمكن أن يكون من الثانى، و ربما حدّد بمضى أربعين يوما من انقطاعه إلى عوده كان اللبن من الثانى دون الأول بلا خلاف فى ذلك كله.

(٥) أى الرضاع.

(٦) على المشهور بل عن الشيخ الأعظم فى رسالته الرضاعيه أنه لم أعثر على حكاية خلاف صريح، لانصراف أدله تحريم الرضاع إلى الأفراد المعهوده المتعارفه، و هى إرضاع الحيه دون الميتة، و لأن موضع الحكم فى الأخبار هو الإرضاع، كما هو فى القرآن قال تعالى: **وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ** (١)، و الإرضاع ظاهر فى القصد و الاختيار المتوقفين على الحياه، و لاستصحاب بقاء الحل.

(٧) أى عبارة الماتن (بشرط كونه عن نكاح).

(٨) تعليل لاقوائيه عدم نشره.

ص: ٢٢٤

بالاختيار كقوله تعالى: **وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ** و استصحابا لبقاء الحل (و أن ينبت اللحم، أو يشدد العظم) (١) و المرجع فيهما إلى قول أهل الخبره.

و يشترط (٢) العدد و العداله ليثبت به حكم التحريم، بخلاف خبرهم في مثل (١) الشرط الثاني في الرضاع المحرم بلوغ الرضاع حدا خاصا، فعلى المشهور بيننا أنه لا يكفى مسمى الرضاع فى نشر الحرمة للأخبار الكثيره الوارده فى مقام التحديد و سيأتى ذكر بعضها.

و عن بعض العامه الاكتفاء بالمسمى و وافقه من أصحابنا ابن الجنيد، مع ورود بعض الأخبار بذلك كصحيح على بن مهزيار عن أبى الحسن عليه السّلام (أنه كتب إليه يسأله: عما يحرم من الرضاع؟ فكتب عليه السّلام: قليله و كثيره حرام) (١)، و هو محمول على التقية فضلا عن عدم صلاحه لمعارضه الأخبار الكثيره الوارده فى مقام التحديد.

ثم إن أصحابنا اعتبروا فى تحديد الرضاع ثلاثه أشياء: الأثر و العدد و الزمان، و الأثر هو ما أنبت اللحم و شدّ العظم و هو مما لا خلاف فيه و عليه الأخبار الكثيره.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم و شدّ العظم) (٢)، و مثله صحيح حماد بن عثمان ٣، و صحيح ابن سنان الآخر عن أبى الحسن عليه السّلام (قلت له: يحرم من الرضاع الرضعه و الرضعتان و الثلاثه؟ قال: لا إلا ما اشتدّ عليه العظم و نبت اللحم) (٣)، و صحيح ابن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم و شدّ العظم، قلت:

فيحرم عشر رضعات؟ قال عليه السّلام: لا، لأنه لا تنبت اللحم و لا تشدّ العظم عشر رضعات) ٥ و مثلها غيرها.

و مقتضى الأخبار اعتبار الأمرين معا كما عن الأكثر، فلا يكفى أحدهما، فما عن الماتن هنا فى اللمعه من كفايه أحدهما و هو المحكى عن جماعه بدعوى أنهما متلازمان ليس فى محله، ثم لو ظهر أثرهما بيننا فهو و إلا فالمرجع فى الحصول حينئذ هو قول أهل الخبره كما نص عليه جماعه، و فى الجواهر و غيره اشترط شروط الشهاده من الإيمان و العداله و العدد، فلا حكم للواحد، باعتبار عدم حججه غير البينه فى الموضوعات.

(٢) فى أهل الخبره.

ص: ٢٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢ و ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢٣ و ٢.

المرض المبيح للفطر، و التيمم، فإن المرجع في ذلك إلى الظن و هو (١) يحصل بالواحد (٢). و الموجود في النصوص و الفتاوى اعتبار الوصفين معا، و هنا اكتفى بأحدهما، و لعله للتلازم عادة. و الأقوى اعتبار تحققهما معا.

(أو يتم يوما و ليلة) (٣).

(١) أى الظن.

(٢) أى بالخبر الواحد.

(٣) هذا هو التقدير الثانى و هو التقدير الزمانى، و عن جماعه أنه لا خلاف فيه و يدل عليه موقوف زياد بن سوجه (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال عليه السّلام: لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليلة أو خمس عشره رضعه متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما رضعه امرأه غيرها) (١) الحديث.

نعم ورد ما يعارضه كالفقه الرضوى (و الحد الذى يحرم به الرضاع مما عليه عمل العصابة دون كل ما روى، فإنه مختلف ما أنبت اللحم و قوى العظم، و هو رضاع ثلاثة أيام متواليات) (٢) و فيه: أنه لم يعرف و لا- حكى عن أحد من عصابة الحق العمل بذلك و لا- توجد به روايه و لو شاذه توافقه مع كثره أخبار الباب، و هذا المورد يشهد بأن الفقه الرضوى ليس صادرا من المعصوم كما توهم.

و ورد مرسل الصدوق فى الهدايه: (قال النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، و لا يحرم من الرضاع إلا رضاع خمسة عشر يوما و لياليهن، و ليس بينهن رضاع) (٣)، و مرسل الصدوق فى المقنع (و روى لا يحرم من الرضاع إلا- رضاع خمسة عشر يوما و لياليهن، ليس بينهن رضاع، و به كان يفتى شيخنا محمد بن الحسن) (٤) و ورد صحيح العلاء بن رزين عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرضاع، فقال عليه السّلام: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدى واحد سنه) (٣) و مرسل المقنع (و روى لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدى واحد سنه) (٤).

و ورد ما دل على اعتبار الحولين كخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يحرم من-

ص: ٢٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢.

٣- (٣) المستدرک الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

٤- (٤) (٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٥ و ١٣ و ١٧.

بحيث ترضع كلما تقاضاه، أو احتاج (١) إليه عادة و إن لم يتم العدد (٢) و لم يحصل الوصف السابق (٣)، و لا فرق بين اليوم الطويل و غيره، لانجباره بالليله أبدا.

و هل يكفى الملقق منهما لو ابتداء في أثناء أحدهما نظر، من الشك (٤) في صدق الشرط (٥)، و تحقق (٦) المعنى (٧).

-الرضاع إلا ما كان حولين كاملين(١)، و مثله خبر زراره ٢.

و هذه الأخبار لا تصلح لمعارضه الموثق لعدم العمل بها، فهي ساقطه عن الحجية بالإعراض، هذا و المشهور على أن التقدير الزمانى بنشر الحرمة مطلقا و إن لم يصل إلى العدد المعتبر من عشر رضعات أو خمس عشره رضعه على الخلاف الآتى، لإطلاق الموثق المتقدم، و هل يعتبر ابتداء الرضاع فى ابتداء اليوم و انتهائه فى آخر الليله أو العكس، أم يكفى الملقق لو ابتداء فى أثناء أحدهما قولان، فالشارح فى الروضه تنظر فى اعتبار وقوع أول الرضاع فى أول اليوم، و استظهره سيد الرياض حيث ذهب إلى عدم الاكتفاء بالملقق و قواه فى المستند و احتمله فى الجواهر، و الثانى أقوى لأن الظاهر من التحديد باليوم و الليله إرادته مقدارهما، ألا ترى من سار مقدار اليوم و الليله بحسب الزمان أنه يقال فى حقه: سار يوما و ليله، و إرادته المقدار من اليوم و الليله هنا كإرادته المقدار من الأزمنة المأخوذه موضوعا للحكم الشرعى كإقامه عشره أيام و أكثر أيام الحيض و أقلها و ما شاكل، و لذا ذهب الشيخ الأعظم فى رسالته الرضاعيه إلى ذلك لصدق رضاع يوم و ليله عرفا على رضاع الملقق.

(١) و إن لم يتقاضاه، لأن المعتبر فى اليوم و الليله أن يكون غذاء الولد هو هذا اللبن فى تمام الوقت المذكور.

(٢) أى العدد الآتى.

(٣) من اشتداد العظم و إنبات اللحم.

(٤) دليل عدم كفايه الملقق.

(٥) لأن المتيقن فى صدقه أن يبتداء الرضاع فى أول اليوم لا فى أثناءه.

(٦) دليل كفايه الملقق.

(٧) فيكفى الرضاع أربع و عشرين ساعه و لو كان مقدارا لليوم و الليله، للصدق العرفى.

ص: ٢٢٧

(أو خمس عشرة رضعه) (١).

(١) هذا هو التقدير الثالث و هو التقدير العددي، و قد اختلفوا فى عدد الرضعات، و الاختلاف بينهم بسبب اختلاف الروايات، فذهب ابن الجنيد إلى الاكتفاء برضعه واحده تملأ جوف الولد، إما بالمص و إما بالوجور، لقوله تعالى: **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ (١)** و هو يصدق على الرضعه الواحده، و لصحيح على بن مهزيار عن أبى الحسن عليه السّلام (أنه كتب إليه يسأله عما يحرم من الرضاع، فكتب عليه السّلام: قليله و كثيره حرام) (٢)، و هى روايه شاذه قد استفاضت النصوص بخلافها فلا بدّ من طرحها، و أما الآيه فهى مخصّصه بالعدد الآتى.

و عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و كتابى الأخبار و الحلّى و المحقق و العلامه فى غير المختلف و المحقق الثانى و الشارح، و لعله المشهور بين المتأخرين اعتبار خمس عشره رضعه لموثق زياد بن سوجه (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال عليه السّلام: لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله أو خمس عشره رضعه متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد، لم يفصل بينها برضعه امرأه غيرها، فلو أن امرأه أرضعت غلاماً أو جاريه عشر رضعات من لبن فحل واحد، و أرضعتها امرأه أخرى من فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما) ٣، و هى نص على المطلوب و نافيه للقول الآخر من كفايه عشر رضعات، و يشارك فى النفى المذكور صحيح على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال عليه السّلام: ما أنبت اللحم و شدّ العظم، قلت: فيحرم عشر رضعات؟ قال: لا، لأنه لا تنبت اللحم و لا تشدّ العظم عشر رضعات) (٣)، و موثق عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (سمعتة يقول: عشر رضعات لا يحرم من شيئاً) ٥، و خبر ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سمعتة يقول: عشر رضعات لا تحرم) ٦.

و عن العماني و المفيد و السيد و الحلبي و القاضي و الديلمي و ابني حمزه و زهره و العلامه فى المختلف و ولده فى الإيضاح و ابن فهد و الماتن فى اللمعه بل هو الأشهر كما صرح به الشارح هنا كفايه عشر رضعات فى التحريم لعموم قوله تعالى: **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ (٤)** و عموم صحيح العجلي عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث (أن رسول-

ص: ٢٢٨

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٠ و ١.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢ و ٣ و ٤.

٤- (٧) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

-الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قَالَ: يَحْرَمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ(١)، وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ خَرَجَ مِنْ تَحْتِ الْعَمُومِ مَا دُونَ الْعَشْرِ بِالْإِجْمَاعِ نَظْرًا إِلَى عَدَمِ الْاِعْتِدَادِ بِمُخَالَفَةِ ابْنِ الْجَنِيدِ حَيْثُ ذَهَبَ إِلَى كِفَايَةِ الرَّضْعَةِ الْوَاحِدَةِ، وَعَدَمِ الْاِعْتِدَادِ بِهِ فِي الْإِجْمَاعِ لِمَعْلُومِيَةِ نَسَبِهِ فِيبَقِي الْبَاقِي وَفِيهِ: إِنْ الْعَمُومُ وَإِنْ خَصَّصَ بِمَا دُونَ الْعَشْرِ وَ لَكِنْ لَا يَعْنِي أَنَّهُ غَيْرُ مَخْصُصٍ بِالْعَشْرِ أَيْضًا، فَضْلًا عَنْ عَدَمِ حُجِّيهِ الْإِجْمَاعِ مَعَ وِرْوَدِ الْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَلَا مَعْنَى لِهَذَا الْإِجْمَاعِ، وَاسْتَدْلِلْ لِهَذَا الْقَوْلِ بِالْأَخْبَارِ.

منها: خبر الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السّلام (لا يحرم من الرضاع إلا المخبوره أو خادم أو ظئر ثم يرضع عشر رضعات يروى الصبى و ينام)(٢)، وفيه: إن سنده مشتمل على محمد بن سنان، وقد ضعّفه الشيخ و النجاشي و أورد فيه الكشي قدحا عظيما و عن الفضل بن شاذان (أنه من الكذابين المشهورين)، فمدح العلامة و المفيد له لا يفيد مع قدح هؤلاء الأكابر بالإضافه إلى أن الخبر المتقدم قد رواه الشيخ في التهذيب، مع أن الصدوق قد رواه مع حذف (ثم ترضع عشر رضعات) و الصدوق أسبق من الشيخ زمنا و أضبط منه خبرا من حيثيه الكتابه، و روايه الصدوق هي (لا- يحرم من الرضاع إلا ما كان مخبورا، قلت: و ما المخبور؟ قال: أم مربيه أو أم تربي أو ظئر تستأجر، أو خادم تشتري، أو ما كان مثل ذلك موقوفا عليه)٢.

و استدلل لهذا القول بصحيح عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرضاع ما أدنى ما يحرم منه؟ قال: ما ينبت اللحم و الدم، ثم قال: أ ترى واحده تنبته؟ فقلت:

اثنتان أصلحك الله؟ فقال عليه السّلام: لا، فلم أزل أعدّ عليه حتى بلغت عشر رضعات)٣، و موثق عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الغلام يرضع الرضعه و الثنتين، فقال: لا يحرم، فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات، فقال: إذا كانت متفرقه فلا)٤، و هو يدل بالمفهوم على التحريم عند عدم التفريق، و مثله خبر مسعده عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا يحرم من الرضاع إلا- ما شدّ العظم و أنبت اللحم، فأما الرضعه و الرضعتان و الثلاث حتى بلغ عشرا إذا كنّ متفرقات فلا بأس)(٣) و هذه الأخبار الثلاثة الداله على كفايه العشر رضعات مع ضعف سند بعضها، و كون دلاله بعضها على-

ص: ٢٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١١ و ٧ و ٢١ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٩.

تامة (١) متواليه (٢)، لروايه زياد بن سوجه قال: قلت لأبي جعفر عليه السّلام هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال: «لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله، أو خمس عشره متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم يفصل بينها برضعه امرأه غيرها»، و في معناها (٣) أخبار آخر (٤).

-المطلوب بالمفهوم و هو محل خلاف معارضه بما تقدم من صحيح على بن رثاب و موثق عبيد بن زراره و خبر ابن بكير و موثق زياد بن سوجه الداله على عدم نشر الحرمة بعشر رضعات، بالإضافة إلى كون أخبار العشره محموله على التقية بشهاده صحيح عبيد بن زراره (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: إنا أهل بيت كبير، فربما كان الفرح و الحزن الذي يجتمع فيه الرجال و النساء، فربما استخفت المرأه أن تكشف رأسها عند الرجل الذي بينها و بينه رضاع، و ربما استخف الرجل أن ينظر إلى ذلك، فما الذي يحرم من الرضاع؟ فقال عليه السّلام: ما أنبت اللحم و الدم، فقلت: و ما الذي ينبت اللحم و الدم؟ فقال: كان يقال عشر رضعات، فقلت: فهل تحرم عشر رضعات؟ فقال عليه السّلام: دع ذا و قال: ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع) (١)، فنسبه العشره إلى القيل مع الأمر من المعصوم بتركه دليل على أن صدوره إنما هو للتقيه فالأظهر العمل بالقول الأول من اعتبار خمس عشره رضعه كما دلت عليه روايه زياد بن سوجه و لا يعارضها إلا خبر عمر بن يزيد (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: خمس عشر رضعه لا تحرم) (٢)، و هو محمول على التفريق و عدم التوالى بين الرضعات.

(١) لا خلاف أن المعبر في الرضعه أن تكون كامله، لما تقدم في خبر الفضيل ٣ (يروى الصبي و ينام) و الغالب أن الكامله هي التي تروى الصبي و تنومه، و لخبر ابن أبي يعفور (سألته عما يحرم من الرضاع قال: إذا رضع حتى يمتلى بطنه) (٣)، و مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السّلام (الرضاع الذي ينبت اللحم و الدم هو الذي يرضع حتى يتضلع و يتملى و ينتهي نفسه) (٥)، و هما ظاهران في الرضعه الكامله التامه، فلا عبره بالناقصه.

(٢) بحيث لا يفصل بينها رضاع امرأه أخرى و سيأتي الكلام فيه.

(٣) و في معناها من حيثيه نفيها لكفايه العشر رضعات.

(٤) قد تقدم ذكرها.

ص: ٢٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٨.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٦ و ١١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١ و ٢.

(و الأقرب النشر بالعشر) و عليه المعظم، لعموم قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ (١)، و نظائره (٢) من العمومات المخصّصة بما دون العشر قطعا (٣) فيبقى الباقي، و لصحيحه الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام قال: «لا يحرم من الرضاع إلا المجبور (٤)، قال: و قلت و ما المجبور، قال: أم تربّي، أو ظئر تستأجر، أو أمه تشتري (٥) ثم ترضع (٦) عشر رضعات يروى الصبي و ينام» و لأن العشر تنبت اللحم لصحيحه عبيد بن زراره عن الصادق عليه السلام إلى أن قال:

«قلت و ما الذى ينبت اللحم و الدم؟ فقال: كان يقال (٧): عشر رضعات»، و الأخبار المصرحة بالخمس عشرة (٨) ضعيفه السند (٩)، أو قريبه منه (١٠).

(١) النساء آيه: ٢٣.

(٢) كالنبوي المتقدم (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب).

(٣) أى بخروج ما دون العشر، و لم يلتفت إلى مخالفه ابن الجنيد لمعالمه نسبه.

(٤) قال فى مجمع البحرين: (قد اضطربت النسخ فى ذلك ففى بعضها بالحاء المهملة، و فى بعضها بالجيم، و فى بعضها بالخاء المعجمه، و لعله الصواب، و يكون المخبور بمعنى المعلوم) انتهى، و قال الشارح فى المسالك: (وجدتها مضبوطة بخط الصدوق بالجيم و الباء فى كتابه المقنع، فإنه عندى بخطه) انتهى.

(٥) و فى الوسائل نقلا عن الفقيه (أو خادم تشتري).

(٦) اعلم أن هذه فقره ليست فى خبر الفضيل بروايه الصدوق التى هى صحيحه السند، بل هى فى خبر الفضيل بروايه الشيخ فى التهذيب، و خبر الفضيل فى التهذيب ليس صحيح السند لاشتماله على محمد بن سنان و ليس هكذا متنه بل متنه على ما تقدم: (لا يحرم من الرضاع إلا المخبوره أو خادم أو ظئر ثم يرضع عشر رضعات يروى الصبي و ينام).

(٧) و هو ظاهر فى كون العشر رضعات حكما ظاهريا قد صدر من باب التقية، لأن المعصوم لا ينسب الحكم إلى غيره إلا إذا كان من باب التقية، فالاستدلال به ليس فى محله.

(٨) لا يوجد إلا خبر زياد بن سوجه و لذا قال الشارح فى المسالك: و أما حجه القول الآخر ففيها ضعف روايه زياد بن سوجه التى ليس فى الباب غيرها دالا على اعتبار الخمس عشره، لأن فى طريقها عمار بن موسى و حاله فى الفطحيه معلوم) انتهى، نعم هى أخبار و ليس خبرا من ناحيه عدم اعتبار العشر رضعات و قد تقدم الكلام فيها.

(٩) بالنسبه لخبر زياد بن سوجه.

(١٠) أى قريبه من الضعف، و هذا بالنسبه للأخبار التى توافق خبر ابن سوجه فى نفى العشر رضعات، و هى قريبه من الضعف لأن فيها الموثق.

و فيه نظر (١)، لمنع صحه الخبر (٢) الدال على العشره فإنّ فى طريقه محمد بن سنان (٣) و هو ضعيف على أصح القولين و أشهرهما، و أما صححه عيب فنسب (٤) العشر إلى غيره (٥) مشعرا بعدم اختياره، و فى آخره ما يدل على ذلك، فإنّ السائل لما فهم منه عدم ارادته قال له: فهل تحرّم عشر رضعات: فقال: «دع ذا، و قال:

ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع». فلو كان حكم العشر حقا لما نسبه عليه السّلام إلى غيره، بل كان يحكم به من غير نسبه، و إعراضه عليه السّلام ثانيا عن الجواب إلى غيره (٦) مشعرا بالتقيه، و عدم التحريم بالعشر فسقط الاحتجاج من الجانبين (٧)، و بقى صححه عبد الله (٨) بن رثاب عن الصادق عليه السّلام قال: قلت له ما يحرم من الرضاع؟ قال: «ما أنبت اللحم، و شد العظم» قلت: فتحرّم عشر رضعات؟ قال: «لا، لأنها لا تنبت اللحم، و لا تشد العظم عشر رضعات» فانتفت العشر بهذا الخبر فلم يبق إلا القول بالخمس عشره رضعه و إن لم يذكر (٩)، (١٠) أى فى الاستدلال على العشر.

(٢) أى صحيح الفضيل.

(٣) قد عرفت ما دل على العشر هو خبر الفضيل بروايه الشيخ و هو الذى فى سننه ابن سنان المذكور، و أما خبر الفضيل بروايه الصدوق فهو صحيح السند و ليس مشتتملا على الفقره الداله على إرضاع عشر رضعات، و منه تعرف أن الشارح سابقا قد خلط بين الخبرين متنا.

(٤) أى الإمام عليه السّلام.

(٥) أى غير الإمام عليه السّلام.

(٦) أى غير الجواب حيث تكلم عما يحرم بالرضاع من الإناث على الرجال، و من الرجال على الإناث و أنه تابع للنسب فى ذلك مع أن المطلوب بيان العدد الناشر للحرمة فى الرضاع.

(٧) أما من جانب العشر فلما تقدم من الشارح، و أما من جانب الخمس عشره رضعه فلضعف السند، و فيه: إنه مجبور بغيره مما دل على عدم اعتبار العشر، و هو صحيح السند.

(٨) و لعله من سهو القلم إذ هو على بن رثاب و لذا قال فى المسالك: (و يشاركها فى نفيه - أى لروايه زياد بن سوجه فى نفي القول بالعشر - أيضا صححه على بن رثاب عن الصادق عليه السّلام) إلى آخر كلامه فراجع.

(٩) أى القول بالخمس عشره لم يذكر فى صحيح على بن رثاب.

إذ لا واسطه بينهما (١) و بهذا (٢) يخص عموم الأدله أيضا.

و يضعف قول ابن الجنيد بالاكْتفاء بما وقع عليه اسم الرضعه، نظرا (٣) إلى العموم حيث (٤) أطرح الأخبار من الجانبين.

و ما أوردناه من الخبر الصحيح حجه عليه، و تبقى الأخبار المثبتة للخمس عشره، و النافيه للعشر من غيره (٥) شاهده و عاضده له (٦) و هي كثيره.

(و أن يكون المرتضع في الحولين) (٧) فلا عبره برضاعه بعد هما و إن كان جائزا (١) بين القول بالعشر و بين القول بالخمس عشره.

(٢) أى بصحيح علي بن رثاب الدال على الخمس عشره بما تقدم تخصص عموم الأدله الداله على حرمة الرضاع مطلقا كقوله تعالى: **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (١)**، و فى هذا رد على ابن الجنيد حيث تمسك بالعموم و اكتفى بالرضعه الواحده.

(٣) تعليل للاكتفاء بالرضعه.

(٤) تعليل لضعف قول ابن الجنيد.

(٥) أى من غير هذا الصحيح.

(٦) أى للصحيح الدال على الخمس عشره بما تقدم.

(٧) أى قبل استكمالهما فلا عبره برضاعه بعدهما لصحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا رضاع بعد فطام) (٢) و مثله غيره و المراد به أنه لو شرب الولد بعد استحقاقه الفطام و هذا لا يكون إلا بعد الحولين فلو شرب من لبن امرأه فلا يحرم هذا الرضاع، و يؤيد هذا التفسير خبر حماد بن عثمان (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا- رضاع بعد فطام، قلت: و ما فطام؟ قال: الحولين الذين قال الله عز و جل) (٣)، و كلامه الأخير إشاره إلى قوله تعالى: **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتَمِرَ الرِّضَاعَةَ (٢)** و الآيه ظاهره فى كون الحولين وقت رضاعه و أن ما بعدهما وقت استحقاقه الفطام.

و عن ابن الجنيد أنه لو رضع بعد الحولين قبل أن يفطم فعلا ثبت التحريم، و يشهد له-

ص: ٢٣٣

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١ و ٥.

٣- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٣٣.

كالشهر و الشهرين معهما و الحولان معتبران في المرتضع، دون ولد المرضعه (١)، فلو كمل حولا (٢) ولدها، ثم أرضعت بلبنه غيره نشر في أصح القولين.

-خبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم محرّم - يحرم-) (١)، و قد رماه الشيخ بالشذوذ، و حمله في الاستبصار على التقيه و عن ابن أبي عقيل البناء على عدم التحريم إذا ارتضع قبل الحولين بعد الفطام الفعلى، و فى صحه النسبه تأمل، إذ لم يفت إلا- بمضمون النبوى حيث قال: الرضاع الذى يحرم قبل الفطام، هذا و استدل له العلامة فى المختلف بصحيح البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام (الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم) (٢) و أوجب أنه قبل أن يستحق الفطم و استحسنة الشيخ الأعظم فى رسالته.

(١) هل يراعى الحولان فى ولد المرضعه أيضا، و هو الذى حصل اللبن من ولادته، بحيث يشترط كونه أيضا فى الحولين حين ارتضاع الولد الآخر، ذهب جماعه إلى الاشتراط، منهم الحلبي و ابنا زهره و حمزه لإطلاق (لا رضاع بعد فطام) المتقدم، و هو نكره فى سياق النفى فيشمل ولد المرضعه، و لخصوص خبر على بن أسباط (سأل ابن فضال ابن بكير فى المسجد فقال: ما تقولون فى امرأه أرضعت فلانا سنتين ثم أرضعت صبيه لها أقل من سنتين حتى تمت السنتان، أ يفسد ذلك بينهما؟ قال: لا يفسد ذلك بينهما لأنه رضاع بعد فطام، و إنما قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا رضاع بعد فطام، أى أنه إذا تم للغلام سنتان أو الجارية فقد خرج عن حدّ اللبن، و لا يفسد بينه و بين من شرب لبنه، قال: و أصحابنا يقولون إنه لا يفسد إلا أن يكون الصبى و الصبيه يشربان شربه شربه) ٣.

هذا و عن الأكثر عدم اعتبار الحولين فى ولد المرضعه لعموم أدله تحريم الرضاع، بعد حمل إطلاق (لا رضاع بعد فطام) على خصوص المرتضع لا- على الأعم منه و من ولد المرضعه، و لأصالة عدم الاشتراط عند وقوع الشك فى اعتبار الحولين فى ولد المرضعه، و لأن خبر على بن أسباط متضمن لقول ابن بكير فقط و هو ليس بحجه علينا.

و على الثانى فلو مضى لولد المرضعه أكثر من حولين ثم أرضعت غيره فينشر الحرمة، و لو رضع المرتضع العدد إلا رضعه فتم الحولان للمرتضع فأكمل المرتضع رضعته بعد حويله فلا حرمة لتحقق الفطام فيه حينئذ.

(٢) بالتثنيه.

ص: ٢٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٤ و ٦.

و لا فرق بين أن يفطم (١) المرتضع قبل الرضاع في الحولين، و عدمه (٢)، و المعتبر في الحولين الهالاليه، فلو انكسر الشهر الأول أكمل (٣) بعد الأخير (٤) ثلاثين، كغيره (٥) من الآجال.

(و أن لا يفصل بين) الرضعات في الأحوال الثلاثه (برضاع أخرى) (٦) و إن (١) الفطام هنا بالمعنى اللغوى.

(٢) و فى هذا رد على ابن أبى عقيل.

(٣) أى أكمل الشهر الأول المنكسر.

(٤) و الأخير هو الشهر الرابع و العشرون.

(٥) أى كغير الرضاع من الآجال التى تعدّ بالأشهر الهالاليه.

(٦) من شروط الرضاع المحرّم عدم الفصل بين رضعاته برضاع من امرأه أخرى، بلا خلاف فيه فى التقدير العددي لموتق زياد بن سوقه المتقدم (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال عليه السّلام: لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله أو خمس عشره رضعه متواليات، من امرأه واحده من فحل واحد لم يفصل بينها رضعه امرأه غيرها، فلو أن امرأه أرضعت غلاما أو جاريه عشر رضعات من لبن فحل واحد و أرضعتها امرأه أخرى من فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما) (١)، و يؤيده ما دلّ على عدم النشر فى عشر رضعات إذا كن متفرقات كخبر مسعده عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يحرم من الرضاع إلا ما شدّ العظم و أنبت اللحم، فأما الرضعه و الثنتان و الثلاث حتى بلغ العشر إذا كن متفرقات فلا بأس) ٢ و مثله غيره، و عليه فلو رضع من واحده بعض العدد ثم رضع من أخرى بطل حكم الأولى و إن أكملته بعد ذلك، و كذا لو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر الحرمة و إن كنّ لرجل واحد ما لم يكمل من واحده خمس عشره رضعه ولاء.

ثم هل القادح فى التوالى هو مسمى رضاع امرأه أخرى كما هو صريح العلامه فى القواعد و هو الظاهر من المحقق فى الشرائع بل عن كشف اللثام نسبتته إلى إطلاق الأصحاب، و عن المسالك أنه ينبغى أن يكون العمل عليه، أو لا بد من الرضعه الكامله فلا يقدر فى الفصل كون الرضعه ناقصه كما هو صريح التذكرة و الجواهر و الرياض، و قوّاه الشيخ الأعظم قولان، فيدل على الثانى ظهور لفظ (الرضعه) الوارد فى خبر زياد المتقدم، فالخبر هو الأصل فى هذا الحكم، و لفظ الرضعه فيه ظاهر فى الكامله منها،-

ص: ٢٣٥

لم يكن رضعه كامله.

-لإرادته الكامله من الخمس عشره رضعه المتواليه بعد اتحاد المراد منها فى الموردين.

و يستدل للأول بعدم صدق التوالى بين الرضعات المقيده به عند تحقق الناقصه، حيث قال عليه السّلام (أو خمس عشره رضعه متواليات)، و من الواضح عدم صدق التوالى لو تخللت الناقصه بينها، و كذا يصدق التفرق عند تحقق الناقصه، و التفرق مانع و قادح فى خبر مسعده المتقدم و غيرهه. ثم إن تخلل غير الرضاع من مأكول و مشروب هل هو قادح أو لا، فعن السرائر و الحدائق دعوى الإجماع على عدم مانعيته، و عن الشيخ الأعظم ينبغى القطع بعدم قطع تخلل غير الرضاع فى التوالى، لأن التوالى المعتبر قد فسر فى موثق زياد المتقدم بعدم الفصل بين الرضعات برضاع امرأه أخرى فقط، فلا دليل حينئذ على مانعيه غيرهه.

و أما التقدير الزمانى فهل يشترط عدم الفصل بين رضعاته أو لا، و كذا التقدير الأثرى، قال الشارح فى المسالك: (و كما يقدح هذا - أى الإرضاع من امرأه أخرى - فى توالى العدد المعتبر فكذا يقدح فيما يعتبر من الرضاع فى اليوم و الليله، بل يقدح هنا تناول المأكول أيضا بخلاف العدد، و أما التقدير بإنباته اللحم و شدّ العظم فالمعتبر استنادهما إلى الرضاع و إن تخلله غيرهه إذا لم يحكم أهل الخبره بانتسابهما إليه) انتهى، و قال فى الجواهر:

(و أما التقديران الآخرا فليس فى النصوص اعتبار التوالى بهذا المعنى فيهما، فينبغى المدار على حصول مسماهما و عدمه، من غير فرق بين الفصل بالأكل و نحوه) انتهى.

و ملاحظه الفتاوى تعطى عدم الاتفاق فى اعتبار التوالى أو عدمه فى التقدير الزمانى فمن اعتبر التوانى و عدم الفصل و لو بالأكل فى التقدير الزمانى فقد اعتبره بناء على اشتراط كون غذاء الطفل فى اليوم و الليله منحصرًا بلبن المرضعه، و هذا يضره مطلق التناول سواء كان بإرضاع امرأه أخرى أم كان تناولًا لمأكول أو مشروب، و من لم يعتبر التوالى فى التقدير الزمانى فهو ناظر إلى أن النصوص الداله على التقدير الزمانى خاليه عن اعتبار قيد التوالى.

و أما اعتبار التوالى فى التقدير الأثرى فكأنه متفق على عدمه بعد كون إسناد الإنبات و الاشتداد إلى الإرضاع، و هذا لا يضره التخلل بغيره من إرضاع امرأه أخرى أو تناول طعام أو شراب، مع خلو النصوص الداله على التقدير الأثرى عن اعتبار قيد التوالى، نعم إذا حكم أهل الخبره بإسناد الإنبات و الاشتداد إلى مجموع ما تناوله المرتضع لم تكن الرضعات الحاصله من امرأه واحده بلبن فحل واحد محرّمه حينئذ لعدم تحقق الإسناد المذكور إلى هذا الإرضاع، و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه الشارح هنا حيث اشترط التوالى و عدم الفصل بين الرضعات فى الأحوال الثلاثه بحيث كانت الرضعات فى يوم و ليله أو كانت بالعدد المعتبر، أو كانت على نحو أوجبت إنبات اللحم و اشتداد العظم.

ولا- عبره بتخلل غير الرضاع (١) من المأكول، والمشروب، وشرب اللبن من غير الثدي، ونحوه (٢)، وإنما يقطع اتصال الرضعات ارضاع غيرها من الثدي، وصرح العلامة في القواعد بالاكْتفاء في الفصل بأقل من رضعه كامله من غير تردد، وفي التذكرة بأن الفصل لا يتحقق إلا برضعه كامله وأن الناقصه بحكم المأكول، وغيره، والروايه (٣) مطلقه (٤) في اعتبار كونها (٥) من امرأه واحده، قال الباقر عليه السّلام: «لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله، أو خمس عشره رضعه متواليه من امرأه واحده من لبن فحل واحد». و لعل دلالتها على الاكْتفاء بفصل مسمى الرضاع أكثر (٦).

و أن يكون اللبن لفحل واحد (٧) فلو أرضعت المرأه جماعه ذكورا و إناثا (١) بالنسبه للتقدير العددي و التقدير الأثرى، و أما التقدير الزماني فيضره حتى الأكل و الشرب كما هو مبني الشارح في المسالك.

(٢) كإدخال اللبن من أنفه.

(٣) و هي موثق زياد بن سوجه المتقدم.

(٤) غير مقيد به يكون الناقصه غير منافيه.

(٥) أي كون الرضعات.

(٦) لأن الروايه داله على اعتبار كون الرضعات من امرأه واحده و كونها متواليه، فإذا حصل مسمى الرضاع من غيرها فلا تكن هذه الرضعات متواليه من امرأه واحده.

(٧) و من شروط الرضاع المحرّم أن يكون اللبن لفحل واحد، فلو أرضعت امرأه صبيين أو بنتين أو صبيا و بنتا بلبن فحل واحد، لنشر هذا الإرضاع الحرمه بينهما، و لو أرضعتهما بلبن فحلين فلا حرمه، فالعبره بالأخوه الرضاعيه من جهه الأب و هو الفحل، و لا تكفي الأخوه من الأم خاصه على ما هو المشهور لموثق الساباطي (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن غلام رضع من امرأه أ يحلّ له أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع؟ فقال عليه السّلام: لا فقد رضعا جميعا من لبن فحل واحد من امرأه واحده، قال عمار: فيتزوج أختها لأمها من الرضاعه فقال عليه السّلام: لا بأس بذلك، إن أختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام، فاختلف الفحلان فلا بأس) (١). و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يرضع من امرأه و هو غلام أ يحلّ له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاعه؟ فقال: إن كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحل واحد فلا يحلّ،-

ص: ٢٣٧

(بلبن فحلين) فصاعدا بحيث لم يجتمع ذكر و أنثى منهم على رضاع لبن فحل واحد - وإن كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحلين فلا بأس بذلك(1).

و عن أبي على الطبرسى صاحب التفسير فى تفسيره المعلوم عدم اشتراط الفحل، بل يكفى اتحاد المرضعه، لأنه يكون بينهم إخوه الأم و إن تعدد الفحل فيدخل فى عموم قوله تعالى: وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِ (2)، و لأبن الأ-خوه من الأم يحرم التناكح بينهم بالنسب، فمن الرضاع كذلك، و يشهد له خبر محمد بن عبيده الهمداني (قال الرضا عليه السّلام: ما يقول أصحابك فى الرضاع؟ قلت: كانوا يقولون: اللبن للفحل حتى جاءتهم الروايه عنك أنك تحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فرجعوا إلى قولك، فقال عليه السّلام: و ذلك أن أمير المؤمنين سألتنى عنها البارحه، فقال لى: اشرح لى اللبن للفحل، و أنا أكره الكلام، فقال لى: كما أنت حتى أسألك، ما قلت فى رجل كانت له أمهات أولاد شتى فأرضعت واحده منهن بلبنها غلاما غريبا، أليس كل شىء من ولد ذلك الرجل من أمهات الأولاد الشتى محرما على ذلك الغلام؟ قلت: بلى.

فقال: فقال لى أبو الحسن عليه السّلام: فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل و لا يحرم من قبل الأمهات، و إنما الرضاع من قبل الأمهات و إن كان لبن الفحل يحرم(3) و هذه الروايه مهجوره عند الأصحاب بشهاده غير واحد، فقول الطبرسى متين لو لا دلاله النصوص على اعتبار وحده الفحل.

و مما يتفرع على اتحاد الفحل أن المرأه لو أرضعت الصبى بعض الرضعات بلبن فحل ثم فارقها زوجها فتزوجت بغيره و أكملت العدد بلبن الثانى لم ينشر هذا الإرضاع الحرمة لا بين المرضعه و الولد، و لا بين الولد و بين صاحبه اللبن، و يعقل تصور هذا الفرض بكون الولد قد اعتاض فى المده المتخلله بين الرضاعين بالمأكول، و لم يفصل بين الرضاعين رضاع أجنبيه، فعدد الرضاعات مكتمل و إن طال الزمن بينها مع تحقق التوالى المعتر و هو مما لا خلاف فيه بيننا، و المخالف هو جمهور المخالف و يردّه أخبارنا.

منها: موثق زياد بن سوجه المتقدم عن أبى جعفر عليه السّلام (لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله أو خمس عشره رضعه متواليه من امرأه واحده من لبن فحل واحد(4).

و هذا التفريع الثانى لم يذكره الشهيدان هنا.

ص: ٢٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

بأن أرضعت جماعه ذكورا بلبن واحد (١)، ثم جماعه إناثا بلبن فحل آخر، أو أرضعت صيبا بلبن فحل، ثم أنثى بلبن فحل آخر، ثم ذكرا بلبن ثالث، ثم أنثى بلبن رابع و هكذا (لم يحرم بعضهم على بعض) و لو اتحد فحل اثنين منهم تحقق التحريم فيهما، دون الباقيين كما لو أرضعت ذكرا و أنثى بلبن فحل، ثم ذكرا آخر و أنثى بلبن فحل آخر، و هكذا فإنه يحرم كل أنثى رضعت مع ذكرها من لبن فحل واحد عليه (٢)، و لا يحرم على الذكر الآخر، و العبارة (٣) لا تفي بذلك (٤)، و لكن المراد منها حاصل (٥).

و لا فرق مع اتحاد الفحل بين أن تتحد المرضعه كما ذكر، أو تتعدد بحيث يرتضع أحدهما من إحداهما كمال النصاب، و الآخر من الأخرى كذلك (٦)، و إن تعدد فبلغن مائه كالمكوحات بالمتعه، أو بملك اليمين (٧).

و على اعتبار اتحاد الفحل معظم الأصحاب و جملة من الأخبار. و قد تقدم بعضها (٨).

(و قال) أبو علي (الطبرسى صاحب التفسير رحمه الله) فيه (٩): (لا يشترط اتحاد الفحل)، بل يكفي اتحاد المرضعه، (لأنه يكون بينهم) مع اتحادها (١٠) (إخوه) (١) أى فحل واحد.

(٢) على ذكرها التي رضع معها من لبن فحل واحد، و عليه متعلق بقوله (فإنه يحرم).

(٣) أى عبارة الماتن.

(٤) لأن عبارة الماتن صادقه على المثال الأخير بحيث أرضعت أنثى و ذكر بلبن فحل و أنثى و ذكر بلبن فحل آخر، و لازمه عدم حرمة بعضهم على بعض، مع أن أنثى الأول محرمة على ذكرها، و كذا أنثى الثانى.

(٥) و لو بقرينه الخارج.

(٦) أى كمال النصاب، فهما إخوه من جهه الأبوه فيحرم كل على الآخر، و عليه فلا يشترط الأخوه من جهه الأمومه.

(٧) و كل منكوحه قد أرضعت ولدا، فالجميع إخوه من جهه الأبوه.

(٨) و هو موثق زياد بن سوجه.

(٩) فى التفسير.

(١٠) أى اتحاد المرضعه.

(الأم) و إن تعدد الفحل (و هي (١) تحرم التناكح) بالنسب، و الرضاع يحرم منه ما يحرم بالنسب. و هو (٢) متجه لولا- و ورود النصوص عن أهل البيت عليه السلام بخلافه، و هي (٣) مخصصه لما دلّ بعمومه على اتحاد الرضاع و النسب في حكم التحريم.

(و يستحب) في الاسترضاع (اختيار) المرضعه (العاقلة) (٤) المسلمه العفيفه الوضيئه) (٥) الحسنه (للرضاع)، لأن الرضاع مؤثر (٦) في الطباع، و الأخلاق، (١) أي إخوه الأم.

(٢) أي قول الطبرسي.

(٣) أي هذه النصوص.

(٤) للأخبار.

منها: خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (لا تسترضعوا الحمقاء، فإن اللبن يعدى، و أن الغلام ينزع إلى اللبن، يعنى إلى الضئر في الرعونه و الحمق) (١)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يغلب الطباع، قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يشب عليه) ٢، و خبر الصدوق في عيون الأخبار عن الرضا عن آباءه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تسترضعوا الحمقاء و لا العمشاء، فإن اللبن يعدى) (٢)، و خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن عليا كان يقول: تخيروا للرضاع كما تخيرون للنكاح، فإن الرضاع يغير الطباع) ٤، و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: انظروا من يرضع أولادكم فإن الولد يشب عليه) ٥، و هذه الأخبار داله على استحباب كون المرضعه مسلمه و عفيفه.

(٥) أي حسنه الصورة ففي خبر زواره عن أبي جعفر عليه السلام (عليكم بالوضاء من الظؤره فإن اللبن يعدى) (٣)، و في خبر محمد بن مروان (قال لي أبو جعفر عليه السلام: استرضع لولدك بلبن الحسان، و إياك و القباح فإن اللبن يعدى) ٧.

(٦) كما هو الظاهر من الأخبار المتقدمه، و التجربه شاهده على ذلك.

ص: ٢٤٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٦ و ١.

٣- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ١.

و الصورة، قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «أنا أفصح العرب بيد (١) أنى من قريش، و نشأت فى بنى سعد و ارتضعت من بنى زهره» (٢) و كانت هذه القبائل أفصح العرب، فافتخر صلى الله عليه وآله وسلم بالرضاع كما افتخر بالنسب، و قال أمير المؤمنين عليه السّلام: «انظروا من يرضع أولادكم فإن الولد يشبّ (٣) عليه»، و قال الباقر عليه السّلام: «عليكم بالوضاء (٤) من الظّوره (٥) فإن اللبن يعدى»، و قال عليه السّلام لمحمد بن مروان:

«استرضع لولدك بلبن الحسان، و إياك و القباح فإن اللبن قد يعدى».

(و يجوز استرضاع الذميه عند الضروره) (٦) من غير كراهه، و يكره بدونها (٧)، و يظهر من العبارة كعباره كثير التحريم من دونها (٨)، و الأخبار داله على الأول.

(١) بفتح الدال، و هو بمعنى غير فيقال: هو كثير المال بيد أنه بخيل، و لا يجيء إلا فى المنقطع خاصه مضافا إلى أن وصلتھا.

(٢) قد أورد بعضه فى مجمع البحرين فى كتاب الدال، باب ما أوله الباء.

(٣) من الشباب أى يقوى عليه، و هو مبنى للمجهول، و المعنى أنه ينشأ و يكبر الولد عليه بحيث ينشأ على ما عليه صاحبه اللبن من الصفات الخلقية و الخلقية.

(٤) بالضم و المد.

(٥) جمع ظئر، كصهر و صهوره، و الظئر هو المرضعه، و الأصل فى الظئر العطف، فيقال ناقه مظهره إذا عطفت على ولدها، و سميت المرضعه ظئرا لأنها تعطف على الرضيع.

(٦) يكره استرضاع الكافره لما سمعت من الأخبار، و لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (لبن اليهوديه و النصرانيه و المجوسيه أحبّ إلى من ولد الزنا) (١)، و هو دال على مرجوحه اختيار اليهوديه و أختيها.

نعم لو اضطرّ إلى غير المسلمه استرضعت الذميه و انتفت حينئذ الكراهه للضروره، و يشهد له خبر عبد الله بن هلال عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن مظائره، المجوسى، قال: لا و لكن أهل الكتاب) ٢، و نحوه غيره.

(٧) أى بدون الضروره.

(٨) أى من دون الضروره، و وجهه أن مفهوم عبارة الماتن عدم جواز استرضاع الذميه عند عدم الضروره، و هو ظاهر فى التحريم، مع أن الأخبار داله على الكراهه عند عدم الضروره.

ص: ٢٤١

(و يمنعها) (١) زمن الرضاعه (من أكل الخنزير، و شرب الخمر) (٢) على وجه الاستحقاق إن كانت أمته، أو مستأجرته و شرط عليها ذلك، و إلا توصل إليه بالرفق،(و يكره تسليم الولد إليها لتحمله إلى منزلها)، لأنها ليست مأمونه عليه (و المجوسيه أشد كراهه) أن تسترضع، للنهي عنها في بعض الأخبار (٣) المحمول (١) أى الذميه.

(٢) لو استرضع الذميه فيمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير للأخبار.

منها: خبر سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تسترضع الصبى المجوسيه، و تسترضع اليهوديه و النصرانيه، و لا يشربن الخمر يمنع من ذلك) (١)، و خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السلام: هل يصلح للرجل أن ترضع له اليهوديه و النصرانيه و المشركه؟ قال: لا بأس، و قال: امنعوهم شرب الخمر) (٢)، و خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألت عن الرجل المسلم هل يصلح له أن يسترضع اليهوديه و النصرانيه و هنّ يشربن الخمر؟ قال: امنعوهنّ من شرب الخمر ما أرضعن لكم) (٣)، و صحيح الحلبي قال (سألت عن رجل دفع ولده إلى ظئر يهوديه أو نصرانيه أو مجوسيه ترضعه في بيتها أو ترضعه في بيته؟ قال: ترضعه لك اليهوديه و النصرانيه في بيتك، و تمنعها من شرب الخمر و ما لا يحلّ، مثل لحم الخنزير، و لا- يذهبن بولدك إلى بيوتهن، و الزانيه لا- ترضع ولدك فإنه لا يحلّ لك، و المجوسيه لا ترضع لك ولدك إلا أن تضطر إليها) (٤).

و الأخير ظاهر في اشتداد كراهه استرضاع المجوسيه و الزانيه أكثر من كراهه استرضاع مطلق الذميه، و هو ظاهر في كراهه تمكين المرضعه الذميه من حمل الولد إلى منزلها.

و أما بالنسبه للمنع عن شرب الخمر و تناول ما لا- يحلّ زمن الرضاعه فقد قال الشارح في المسالك: (و هذا المنع على وجه الاستحقاق إن كانت المرضعه أمه، أو مستأجره شرط عليها ذلك في العقد، و إلا توصل إليه بالرفق استحباباً، لأنه يؤثر في الطباع تأثيراً خبيثاً فيتعدى إلى اللبن، و يمكن أن يكون وجه كراهه تسليمه إليها لتحمله إلى منزلها حذراً من أن تسقيه شيئاً من ذلك، مضافاً إلى النهي عن الركون إلى الذين ظلموا، و هي منهم و أنها ليست مأمونه عليه) انتهى.

(٣) و هو خبر سعيد بن يسار و خبر عبد الله بن هلال المتقدمين.

ص: ٢٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥ و ٧ و ٦.

على الكراهه جمعا (١)، قال عبد الله بن هلال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مظائره المجوس فقال: «لا، ولكن أهل الكتاب».

(و يكره أن تسترضع من ولادتها) التي يصدر عنها (٢) اللبن (عن زنا) (٣) قال الباقر عليه السلام (٤): «لبن اليهوديه و النصرانيه [و المجوسيه] أحبّ إلّى من ولد الزنا».

و المراد به (٥) ما ذكرناه (٦)، لأنه قال (٧) بعد ذلك: «و كان لا يرى بأسا بولد الزنا إذا جعل مولى الجاريه الذى (٨) فجر بالمرأه (٩) فى حلّ» (١٠)، و كذا يكره استرضاع (١) أى جمعا بين ما تقدم و بين خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله هل يصلح للرجل أن ترضع له اليهوديه و النصرانيه و المشركه، قال عليه السلام: لا بأس، و قال: امنعوهم شرب الخمر) (١١)، و هو شامل لجميع أصناف الكفار.

هذا و يكره استرضاع الناصبيه ففى خبر الفضيل بن يسار (قال لى جعفر بن محمد عليهما السلام: رضاع اليهوديه و النصرانيه خير من رضاع الناصبيه) (٢).

(٢) أى عن الولاده، و عليه فالمراد من الموصوله (من ولادتها) هى الزانيه.

(٣) أى يكره استرضاع الزانيه باللبن الحاصل من ولادتها لولدها التى زنت به.

(٤) فى صحيح مسلم و قد تقدم.

(٥) أى بولد الزنا الوارد فى الخبر.

(٦) أى المرضعه التى أولدت ابنها من الزنا فيكره استرضاعها من هذا اللبن الموجود عندها، و ليس المراد أن المرضعه هى ولد الزنا، و إن كان حكمها كذلك لخبر على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام (سألته عن امرأه ولدت من الزنا، هل يصلح أن يسترضع بلبنها؟ قال عليه السلام: لا يصلح و لا لبن ابنتها التى ولدت من الزنا) (٣)، و خير الحلبي (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: امرأه ولدت من الزنا أتخذها ظئرا؟ قال: لا تسترضعها و لا ابنتها) ٤.

(٧) أى الباقر عليه السلام.

(٨) مفعول به لقوله (جعل) و الفاعل هو مولى الجاريه.

(٩) أى بالجاريه.

(١٠) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢، هذا الذيل ظاهر فى كون -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٤.

ذات البدعه فى دينها (١) و التشويه فى خلقها (٢) و الحمقاء. قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يشب عليه» (٣)، و قال أمير المؤمنين عليه الصلاة و السلام: «لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يغلب الطباع» (٤).

-المنهى عن اتخاذها ظئرا هى نفس الزانية لا ابنتها المولوده من الزنا، و هذا الذيل ظاهر فى أن الزانية أمه فلو أحلّ مولاها فرجها للذى زنا بها لارتفع الزنا، و هو مناف للقواعد لأن إحلال ما مضى من الزنا لا يرفع إثمه و لا يدفع حكمه فكيف يطيب لبنها، و لذا نسبها المحقق فى الشرائع إلى الشذوذ من حيث أعراض الأصحاب عن العمل بمضمونها.

هذا و هو فى الحقيقة استبعاد محض مع ورود النصوص الكثيره بذلك لا خصوص هذا الصحيح المتقدم.

منها: صحيح هشام بن سالم و جميل بن دراج و سعد بن أبى خلف جميعا عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى المرأه يكون لها الخادم قد فجرت، يحتاج إلى لبنها؟ قال عليه السّلام: فمرها فلتحللها يطيب اللبن) (١)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السّلام (عن غلام لى وثب على جاريه لى فأحبها فولدت فاحتجنا إلى لبنها، فإن أحللت لهما ما صنعا أ يطيب لبنها؟ قال: نعم) (٢)، و مرسل جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل كانت له مملوكه فولدت من فجور، فكره مولاها أن ترضع له مخافه أن لا يكون ذلك جائزا له، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: فحلّل خادمك من ذلك حتى يطيب اللبن) (٣).

و لا معارض لها فلا بد من العمل بها أو حملها على ما لو تزوجت الأمه بدون إذن مولاها و بعد الولاده أجاز عقدها فيطيب اللبن و يرتفع حكم الزنا، و هو حمل بعيد فالأول أولى.

(١) لا نص عليه بالخصوص إلا أن الرضاع مؤثر فى الطباع و الأخلاق، لأنه يعدى، و الأمر بالتخير للرضاع كما يتخير للنكاح.

(٢) قد عرفت استحباب كون المرضعه وضيئه.

(٣) كما فى خبر مسعده بن صدقه (٤)، و قد تقدم.

(٤) كما فى نفس خبر مسعده بن صدقه المتقدم.

ص: ٢٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإمامة حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.

(و إذا كملت الشرائط) المعتبره فى التحريم (١) (صارت المرضعه أما) للرضيع (١) فالرضاع المحرم له أربعة شروط بأن يكون اللبن عن نكاح و من فحل واحد، و أن يكون فى حولى المرتضع و أن يكون بقدر خاص، إما زمنا و إما أثرا و إما عددا، و قد تقدم الكلام فى جميع هذه الشروط، و تقدم الكلام أنه إذا تم الرضاع المحرم فتصير المرضعه أما للمرتضع و صاحب اللبن أبا، و آباؤهما من الذكور و الإناث أجدادا و جدات، و أولاد كل من المرضعه و الفحل إخوه و أخوات، و إخوه و أخوات المرضعه و الفحل أخوالا- و أعماما و عمات و خالات، بلا- خلاف فى ذلك كله، و لم يخالف إلا بعض العامه حيث قصر الحرمة على الأمهات و الأخوات خاصة جمودا على ما فى الآيه من قوله تعالى: **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعِ (١)**، و هو معلوم البطلان خصوصا بعد تواتر قوله صلى الله عليه و آله و سلم: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (٢)، و هو ظاهر فى كون كل ما يحرم من النسب يحرم نظيره من الرضاع، و قد عرفت أن العناوين النسيبه سبعة و هى:

الأمهات و البنات و الأخوات و بنات الأخ و بنات الأخت و العمات و الخالات، و عليه فالتحريم فى الرضاع منحصر بين المرتضع و المرضعه و الفحل، فيحرم على المرتضع المرضعه التى هى أمه و من تعلق بها من العناوين السبعة، و يحرم على المرتضع الفحل إذا كان المرتضع أنثى لأنها بنته بالرضاعه، و يحرم على المرتضع من انتسب إلى الفحل من العناوين السبعة أيضا.

و يحرم على الفحل و المرضعه المرتضع و المرتضعه و أولادهما، و هذه هى الضابطه الكليه فى الرضاع المحرم لا يستثنى منها شىء إلا مسأله واحده و هى أن أبا المرتضع لا ينكح فى أولاد صاحب اللبن ولاده لأنهم صاروا بمنزله ولده، على المشهور مع أن أولاد الفحل لم يزيدوا على أن صاروا إخوه لولد أبى المرتضع، و من المعلوم أن إخوه الولد ليست من العناوين المحرمه فى النسب على نحو الاستقلال، و لذا حكى عن الشيخ فى المبسوط و القاضى و ابن فهد البناء على الحل و عدم الحرمة، و المشهور هو المنصور لصحيح على بن مهزيار (سأل عيسى بن جعفر بن عيسى أبا جعفر الثانى عليه السلام: أن امرأه أرضعت لى صبيبا، فهل يحلّ لى أن أتزوج ابنه زوجها؟ فقال عليه السلام لى: ما أجود ما سألت، من هاهنا يؤتى أن يقول الناس حرمت عليه امرأته) (٣) من قبل لبن الفحل، هذا هو لبن -

ص: ٢٤٥

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع.

٣- (٣) أى امرأه المرتضع على تقدير كونها من بنات الفحل.

-الفحل لا غيره، فقلت له: الجارية(١) ليست ابنه المرأه التي أرضعت لي، هي ابنه غيرها، فقال: لو كنّ عشرا متفرقات ما حلّ لك شيء منهن، و كن في موضع بناتك(٢)، و صحيح الحميري إلى أبي محمد العسكري عليه السلام (امرأه أرضعت ولد الرجل، هل يحلّ لذلك الرجل أن يتزوج ابنه هذه المرضعه أم لا؟ فوَّع عليه السلام: لا تحلّ له)(٣)، و صحيح أيوب بن نوح (كتب على بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام: امرأه أرضعت بعض ولدي، هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب عليه السلام: لا يجوز ذلك لك، لأن ولدها صارت بمنزله ولدك)٤.

و هذه الروايات الصحيحه هي المخرجه للمسأله عن القاعده الكليه المتقدمه، و قد عبرنا بأن أولاد صاحب اللبن هم بمنزله ولد أبي المرتضع تبعا للروايه، هذا و قد وقع الخلاف بينهم في أن أولاد الفحل المحرّمين على أبي المرتضع هل هم أولاده بالولاده فقط، أم يعمّ أولاده بالرضاعه، فالمشهور التعميم و عن التذكره الإجماع عليه، و عن الكفايه نوع تردد و كذا عن ظاهر المستند، و وجه التردد عدم صدق الولد حقيقه إلّا- على الولد النسبي لا الرضاعي، و لذا قال الشيخ الأعظم في رسالته الرضاعيه (و ظاهر الروايه كما ترى مختص بفروع الفحل نسبا)، و فيه: إنه على خلاف الظاهر و مما يتفرع على هذا الخلاف هو جواز نكاح أبي المرتضع في أولاد المرضعه، فالمشهور على عدم الجواز، لأن أولاد المرضعه بمنزله ولد أبي المرتضع كما في صحيح أيوب، و صحيح الحميري المتقدمين، و عن الشيخ في المبسوط و القاضى و ابن فهد البناء على عدم التحريم، لأن أولاد المرضعه هم إخوه المرتضع، منهم إخوه ولد أبي المرتضع، و إخوه الولد ليست من العناوين المحرّمه في النسب على نحو الاستقلال، بل إخوه الولد لأمه تحرم على الأب إما لكونها أولادا له أو لكونها ربائب قد دخل بأمهّن و كلاهما منتف في المقام، و يردده صراحه النصوص المتقدمه على التحريم، و لا اجتهاد في قبال النص و إن كان على خلاف القاعده هذا و المشهور أن هذا الحكم من حرمة أولاد المرضعه على أبي المرتضع مختص بأولادها بالولاده فلا يحرم أولادها بالرضاعه عليه، لأن أولاد المرضعه مع تعدد الفحل لا يحرم بعضهم على بعض فلا يحرم هؤلاء الأولاد على أب المرتضع لأنهم ليسوا بأخوه المرتضع بالرضاعه، و إلا لو كانوا أخوته لكانوا أخوته لأبيه أيضا بالرضاعه و قد تقدم أن أخوته-

ص: ٢٤٤

١- (١) أى امرأه أب المرتضع.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٠.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢ و ١.

(و الفحل) صاحب اللبن (أبا و إختهمأ أعماما و أخوالا، و أولادهما إخوه، و آباؤهما أجدادا، فلا ينكح أبو المرتضع فى أولاد صاحب اللبن ولاده و رضاعا)، لأنهم صاروا إخوه ولده، و إخوه الولد محرمون على الأب، و لذلك عطف المصنف التحريم بالفاء ليكون تفریعا على ما ذكره (١).

و الأخبار الصحیحه مصرحه بالتحريم هنا، و أنهم بمنزله ولده.

و قيل: لا- یحرمن علیه مطلقا (٢)، لأن أخت (٣) الابن من النسب إذا لم تكن بنتا إنما حرمت لأنها بنت الزوج المدخول بها فتحریمها بسبب الدخول بأمرها.

و هو (٤) منتف هنا (٥)، و لأن النص إنما ورد بأنه یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب، لا ما یحرم من المصاهرة (٦)، و أخت الولد إذا لم تكن ولدا إنما تحرم -بالرضاعه من ناحیه الفحل محرمون على أب المرتضع.

نعم على قول الطبرسى من أن أولاد المرضعه بالرضاعه محرمون على المرتضع و إن تعدد الفحل، فهم أخوته فیحرمون على أبيه حیثئذ، ثم إن هذا الحكم مختص بأولاد الفحل فلا- يتعدى إلى أم الفحل و لا- إلى أخواته فلا- تحرم واحده منهن على أبى المرتضع، و لا- يتعدى إلى أم المرتضع بحيث تحرم على أولاد صاحب اللبن، كل ذلك اقتصارا على مورد النص المخالف للقاعده الكلیه.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أنه مما یتفرع على الخلاف فى المسأله ما لو أرضعت جده ولد الإنسان، أو إحدى نساء جده الرضاع المعتمر، فإن أم الرضيع تحرم على زوجها أب المرتضع، لأنها من جمله أولاد صاحب اللبن، إن قلنا إن أب المرتضع لا یجوز له أن ینكح فى أولاد صاحب اللبن، و سیأتى أن الرضاع كما یحرم سابقا یحرم لاحقا، و یوجب انفساخ عقد من یحکم بتحريمها، فینبغى التفطن لهذا، فإنه مما یغفل عنه) انتهى.

(١) أما لو أتى بالواو لكانت المسأله مستقلة برأسها.

(٢) أى لا نسبا و لا رضاعا.

(٣) تعلیل لعدم التحريم.

(٤) أى الدخول.

(٥) أى فى أولاد صاحب اللبن، لأن أب المرتضع لم یدخل فى زوجه صاحب اللبن.

(٦) و هو بمعنى النكاح، و لذا قال فى الجواهر: (و قد عرفت أن الرضاع إنما یحرم ما یحرم بالنسب خاصه، لا الأعم منه و من المصاهرة المتوقع تحريمها فى النسب على سبب آخر و هو النكاح) انتهى.

بالمصاهره (١). و هو حسن لو لا معارضه النصوص الصحيحه، فالقول بالتحريم أحسن (٢).

(و كذا لا ينكح) أبو المرتضع (في أولاد المرضعه ولاده) لصحيحه عبد الله بن جعفر، قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أن امرأه أرضعت ولدا لرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنه هذه المرضعه أم لا؟ فوقع: «لا تحل له». و مثلها صحيحه أيوب بن نوح، و فيها «الأذن ولدها صارت بمنزله ولدك»، و يترتب على ذلك (٣) تحريم زوجه أبي المرتضع عليه (٤) لو أرضعته جدته لأمه، سواء كان (٥) بلبن جده أم غيره، لأن الزوجه حينئذ (٦) من جملة أولاد صاحب اللبن (٧) إن كان (٨) جدا، و من جملة (٩) أولاد المرضعه نسبا إن لم يكن (١٠)، فلا يجوز لأبي المرتضع نكاحها لاحقا كما لا يجوز سابقا بمعنى أنه يمنعه سابقا و يبطله لاحقا (١١).

(١) أي بنكاح أمها.

(٢) لأن الاجتهاد في مقابل النصوص مردود.

(٣) أي على المسألتين من عدم نكاح أبي المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولاده و رضاعا، و عدم نكاح أبي المرتضع في أولاد المرضعه ولاده، فما يترتب على هاتين المسألتين ما لو أرضعت جدته أم أمه الرضاع المعبر، فتحرم أم المرتضع على زوجها الذي هو أبو المرتضع، لأن صاحب اللبن إن كان هو جده لأمه فأم المرتضع من جملة أولاد صاحب اللبن ولاده و يحرم على أبي المرتضع أن ينكح في أولاد صاحب اللبن ولاده، و إن كان صاحب اللبن غير جد المرتضع فأم المرتضع بنت المرضعه نسبا و يحرم على أبي المرتضع أن ينكح في أولاد المرضعه ولاده.

(٤) أي على أب المرتضع.

(٥) أي كان الرضاع.

(٦) أي حين إرضاع جده المرتضع له.

(٧) ولاده.

(٨) أي صاحب اللبن بحيث كان جدا للمرتضع.

(٩) أي و الزوجه.

(١٠) أي لم يكن صاحب اللبن جدا.

(١١) و سيأتي الكلام فيه مفصلا.

و كذا (١) لو أرضعت الولد بعض نساء (٢) جده لأمه بلبنه (٣)، و إن لم تكن (٤) جده للرضيع، لأن زوجه أب الرضيع حينئذ (٥) من جملة أولاد صاحب اللبن (٦)، (و) كذا (لا- يجوز له (٧) نكاح أولادها (٨) (رضاعا على قول الطبرسي)، لأنهم بمنزله إخوه أولاده (٩) من الأم، و قد تقدم ضعفه (١٠)، لما عرفت من أن التحريم مشروط باتحاد الفحل. و هو (١١) منفي هنا (١٢).

(و ينكح إخوه المرتضع نسبا في إخوانته رضاعا) (١٣) إذ لا أخوّه بينهم، و إنما (١) أي يحرم على أب المرتضع.

(٢) و هي ليست بجده للمرتضع.

(٣) أي بلبن الجد للأم.

(٤) أي هذا البعض من النساء و هي المرضعه.

(٥) أي حين أرضعت الولد بعض نساء جده.

(٦) بالولادة.

(٧) أي لأب المرتضع.

(٨) أي أولاد المرضعه.

(٩) لأنهم إخوه ابنه المرتضع.

(١٠) أي ضعف قول الطبرسي.

(١١) أي اتحاد الفحل.

(١٢) لأن صاحب اللبن لو كان جدا للمرتضع لكان أولاد المرضعه حينئذ إخوه للمرتضع من أبيه أيضا و المفروض عدمه.

(١٣) على الأ- كثر فأخوه المرتضع بالرضاع بالنسبه لأخوته بالنسب هم إخوه أخيه، و إخوه الأ-خ ليست من العناوين الموجهة للتحريم إذ قد يتزوج أخو الرجل لأبيه أخته لأمه، و يشهد له موثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج أخت أخيه من الرضاعه، فقال: ما أحبّ أن أتزوج أخت أخى من الرضاعه) و هو ظاهر في الحليه على كراهه في البين، و المراد من الأ-خت هي الأخت الرضاعيه لأخيه النسبي، و هو محل النزاع هنا، و عن الشيخ في الخلاف و المبسوط و النهايه و ابن حمزه و قواه في الكفايه التحريم، لأن النصوص المتقدمه في نكاح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن قد جعلت أولاد صاحب اللبن بمنزله ولد أب المرتضع، و أولاد صاحب اللبن هو إخوه المرتضع بالرضاع فإذا كانوا بمنزله ولد أب المرتضع فقد حرموا على أولاده النسبيين، و استدلوا بأن أخت الأخ من النسب محرمه فكذا من الرضاع لأن ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع.

و فيه: أما الثاني فأخت الأخ من النسب محرمه إذا كانت أختا للثالث و إلا فقد عرفت -

هم إخوه أخيهم، و إخوه الأخ إذا لم يكونوا إخوه (١) لا يحرمون على إخوته، كالأخ من الأب إذا كان له أخت من الأم فإنها لا تحرم على أخيه (٢)، لانتفاء القرابه بينهما.

(وقيل) و القائل الشيخ (بالمنع)، لدلاله تعليل التحريم (٣) على أب المرتضع فى المسأله السابقه بأنهن (٤) بمنزله ولده عليه (٥)، و لأن أخت الأخ من النسب محرّمه فكذا من الرضاع.

و يضعّف بمنع وجود العله هنا (٦)، لأن كونهن (٧) بمنزله أولاد أب المرتضع غير موجود هنا (٨) و إن وجد ما يجرى مجراها (٩)، و قد عرفت فساد الأخير (١٠).

-جواز تزويج أخته لأمه من أخيه لأبيه، و أما الأول فقد عرفت أنّ النصوص السابقه منحصره فى حرمة أولاد صاحب اللبن اللذين هم إخوه المرتضع بالرضاع على أبيه فقط، لكون الحكم على خلاف القواعد فيقتصر على مورده، و لا يتعدى إلى المقام و هو حرمتهم أيضا على أولاد أب المرتضع اللذين هم إخوه المرتضع بالنسب.

(١) أى لم يكونوا أخوه لأولئك الذين هم إخوه المرتضع بالولاده.

(٢) أى على أخيه من الأب.

(٣) و التعليل وارد فى صحيح أيوب بن نوح حيث قال عليه السلام (لأن ولدها صارت بمنزله ولدك) (١).

(٤) أى بنات صاحب اللبن اللواتى هن إخوه المرتضع بالرضاعه.

(٥) أى على أب المرتضع، و إذا كن كذلك فقد حرم على أولاده حينئذ.

(٦) و هو أبو المرتضع حتى يحرم عليه أولاد صاحب اللبن اللذين هم إخوه المرتضع بالرضاعه، بل الموجود أولاد أب المرتضع، و لا يتعدى بالحكم لأنه على خلاف القواعد فيقتصر فيه على مورده.

(٧) أى كون بنات أصحاب اللبن.

(٨) بل الموجود: هن أخوات بالرضاعه لأخيهم النسبى.

(٩) أى مجرى العله، و مقامنا يجرى مجرى مورد العله، لأن ابن أب المرتضع يحرم عليه ما حرم على أبيه بحسب النسب، و لكن فى موردنا فقد عرفت عدم التعديه لأن الحكم على خلاف القواعد فيقتصر فيه على مورده المنصوص.

(١٠) الأخير هو كون أخت الأخ من النسب محرّمه فكذا من الرضاع، و عرفت فساده عند قوله-

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

و لو لحق الرضاع العقد حرم كالسابق (١) فلو أرضعت أمه (٢)، أو من يحرم النكاح بإرضاعه (٣) كأخته (٤)، و زوجه أبيه (٥)، و ابنه (٦)، و أخيه (٧) بلبنهم زوجته فسد النكاح (٨)، و لو أرضعت كبيره الزوجتين صغيرتهما (٩) حرمتا أبدا مع - إن إخوه الأخ إذا لم يكونوا إخوه لا - يحرمون على أخوته، و هنا كذلك فأخوه المرتضع بالرضاعه ليسوا بأخوه لأخوته بالولاده فلا يحرمون عليهم.

(١) لا - إشكال و لا خلاف في أن الرضاع يحرم النكاح على تقدير سبقه عليه كما لو أرضعت أمه بنتا فتصير أخته من الرضاعه فيحرم عليه نكاحها ابتداء، و كذلك فالرضاع يبطل النكاح على تقدير تأخره عنه، كما لو تزوج صغيره فأرضعتها أمه فتصير أخته من الرضاعه فيبطل عقد النكاح، بلا خلاف فيه أيضا للقطع بعدم الفرق بين الابتداء و الاستدامه في تحريم الرضاع للنكاح كما في الجواهر، و يشهد له النصوص الكثيره الوارده في تحريم الزوجتين بحيث ارتضعت إحداهما من الأخرى بلبنه، فأحدهما بنته من الرضاعه و الأخرى أم زوجته كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لو أن رجلا تزوج جاريه رضيعه فأرضعتها امرأته فسد النكاح) (١) و مثله غيره، و سيأتى الكلام مفصلا في هذه المسأله.

(٢) أى أرضعت أمه زوجته الصغيره لحرمت عليه زوجته، لأنها بالرضاع المذكور تصير أخته من الرضاعه.

(٣) الضمير عائد إلى الموصول (من يحرم)، و المعنى من يحرم النكاح بسبب إرضاعه.

(٤) أى أرضعت أخته زوجته الصغيره لحرمت عليه زوجته، لأنها بالرضاع تصير بنت أخته من الرضاعه.

(٥) فلو أرضعت زوجه أبيه زوجته الصغيره لبطل النكاح، لأن زوجته تصير أخته بالرضاع.

(٦) أى أرضعت زوجه ابنه زوجته الصغيره فيبطل النكاح، لأن زوجته تصير بنت ابنه بالرضاع.

(٧) أى أرضعت زوجه أخيه زوجته الصغيره فيبطل النكاح، لأن زوجته تصير بنت أخيه بالرضاع.

(٨) و كلها أمثله للرضاع اللاحق للعقد، و هو مبطل له.

(٩) لو كان لشخص زوجتان كبيره و صغيره، و الصغيره في الحولين، فأرضعت الكبيره الصغيره الرضاع المحرم انفسخ نكاحهما، لامتناع الجمع في النكاح بين الأم و البنت، -

ص: ٢٥١

الدخول بالكبيره (١)، و إلا (٢) الكبيره (٣). و يفسخ نكاح الجميع مطلقا (٤).

(و لا تقبل الشهاده به (٥) إلا مفصله) (٦) فلا تكفى الشهاده بحصول الرضاع المحرّم مطلقا (٧) للاختلاف فى شرائطه كفيه و كميّه، فجاز أن يكون مذهب الشاهد مخالفا لمذهب الحاكم فيشهد بتحريم ما لا يحرمه. و لو علم موافقه رأى الشاهد لرأى الحاكم فى جميع الشرائط فالمتجه الاكتفاء بالإطلاق (٨)، إلا أنّ - و قد صارت الصغيره بنتا و الكبيره أما دفعه واحده فانفسخ نكاحهما، ثم إن كان الرضاع بلبن الزوج حرمتا مؤبدا سواء دخل بالكبيره أم لا، لصيروره الصغيره بنتا له و الكبيره أما لزوجته، و كلاهما من العناوين المحرمه بالنسب، و إن كان اللبن لغيره فإن كان دخل بالكبيره حرمتا أيضا أبدا، لأن الكبيره تصير أم للوجه بالرضاع فتحرم، و الصغيره بنت المدخول بها فتحرم، و إن لم يكن دخل بالكبيره فتحرم الكبيره لأنها بالرضاع تصير أم للوجه فتحرم، و أما الصغيره فلا تحرم مؤبدا لأنها ربيبه لم يدخل بأمرها و مع فسخ نكاحها على ما تقدم فيجوز له تجددده فيما بعد إن شاء.

(١) إذا لم يكن الرضاع بلبنه، و إلا فلو كان الرضاع بلبنه فتحرم كل منهما مؤبدا و إن لم يدخل بالكبيره.

(٢) أى و إن لم يدخل بالكبيره.

(٣) أى فتحرم الكبيره مؤبدا، و الصغيره يبطل نكاحها و لأنها ربيبه غير المدخول بها، و يجوز له العقد فيما بعد.

(٤) سواء دخل بالكبيره أم لا، و سواء كان الرضاع بلبنه أم لا.

(٥) بالرضاع.

(٦) قد عرفت أن الخلاف واقع فى القدر المعتبر من الرضاع فى التحريم كميّه، و كفيه، فمنهم من يجعله محرّما قليلا - كان أو كثيرا، و منهم من يعتبر منه عشر رضعات، و منهم خمس عشره رضعه، و منهم من يعتبره عن ولاده و منهم من يكتفى بكونه عن حمل.

و إذا كان كذلك لم تكف شهاده الشاهدين أن بين فلان و فلانه رضاعا محرّما، أو أن فلانا قد رضع من فلانه رضاعا محرّما، لجواز أن يستند الشاهد منهما إلى ما يعتقد أنه محرم و هو عند الحاكم غير محرم، فلا بد من التفصيل بكل ماله الدخول من شرائط الرضاع المحرم المعتبره عند الحاكم.

(٧) أى بلا تفصيل.

(٨) من دون تفصيل، إلا أن التفصيل أحوط خروجاً من خلاف الأصحاب حيث أطلقوا -

الأصحاب أطلقوا القول بعدم صحتها إلا مفضّله فيشهد الشاهدان بأن فلانا ارتضع من فلانه من الثدي من لبن الولاده خمس عشره رضعه تامات فى الحولين من غير أن يفصل بينها برضاع امرأه أخرى.

و بالجمله فلا بد من التعرض لجميع الشرائط، و لا يشترط التعرض لوصول اللبن إلى الجوف على الأقوى (١).

و يشترط فى صحه شهادته به (٢) أن يعرف المرأه فى تلك الحال ذات لبن، و أن يشاهد الولد قد التقم الثدي، و أن يكون (٣) مكشوفاً لثلاً يلتقم غير الحلمه، و أن يشاهد امتصاصه له، و تحريك شفثيه، و التجرع، و حركه الحلق على وجه يحصل له القطع به (٤)، و لا يكفى حكايه القرائن (٥) و إن كانت هى السبب فى علمه (٦)، كأن يقول: رأيتَه قد التقم الثدي و حلقه يتحرك إلى آخره، لأن حكايه ذلك لا تعدّ شهاده (٧) و إن كان علمه مترتباً عليها (٨)، بل لا بدّ من التلفظ بما -الحكم بعدم صحتها إلا مع التفصيل كما فى المسالك، إلا أنه فى الجواهر قال (و لعل إطلاق الأصحاب منزّل على غير هذه الصوره خصوصاً بعد ملاحظه التعليل) انتهى.

(١) قال فى المسالك: (و هل يشترط أن يضيف إلى ما ذكر وصول اللبن إلى جوفه قولان، أجودهما عدم، لأن الشهاده بالرضاع تقتضى ذلك، و لا -خلاف بين العلماء فى كيفية الوصول إلى الجوف بعد أن يكون الرضاع من الثدي فيكفى فيه إطلاق الشهاده، نعم لا يكفى حكايه القرائن بأن يقول: رأيتَه قد التقم الثدي و حلقه يتحرك، لأن حكايه ذلك لا تعدّ شهاده، بل إذا علم الشاهد العلم العادى بوصول اللبن إلى جوفه بالقرائن المفيده له، يشهد بحصوله على الوجه المفصّل) انتهى.

و عليه فالقرائن المفيده للعلم بالرضاع الموجب لوصول اللبن إلى الجوف بأن يشهد مشاهدته الصبى ملتقماً حلمه ثدى المرأه ذات اللبن ماصّاً له على العاده حتى يصدر.

(٢) بالرضاع، تعرض للقرائن التى ذكرت سابقاً ضع فتحتين على سابقاً.

(٣) أى الثدي.

(٤) بالرضاع الموجب لوصول اللبن إلى الجوف.

(٥) و هى القرائن المفيده للرضاع الموجب لوصول اللبن إلى الجوف و قد تقدم ذكرها.

(٦) أى علمه بالرضاع الموجب لوصول اللبن إلى الجوف.

(٧) أى شهاده بالرضاع.

(٨) أى و إن كان علمه بالرضاع المذكور مترتباً على القرائن.

يقتضيه (١) عند الحاكم، و لو كانت الشهاده على الإقرار به (٢) قبلت مطلقه (٣)، لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و إن أمكن استناد المقر إلى ما لا يحصل به التحريم عند الحاكم (٤)، بخلاف الشهاده على عينه (٥).

فى من تحرم بالمصاهره

(و تحرم بالمصاهره) (٦) و هى علاقته تحدث بين الزوجين، و أقرباء كل منهما بسبب النكاح (٧) توجب الحرمة (٨)، و يلحق (٩) بالنكاح (١٠) الوطء (١١)، و النظر (١) أى يقتضى الرضاع بالصراحه على نحو المطابقه.

(٢) أى بالرضاع بأن يشهد بأن فلانه قد أقرت بأنها أرضعت فلانا رضاعاً محرّماً.

(٣) من دون اشتراط التفصيل فى الشهاده، حينئذ، لأنها شهاده على الإقرار و ليست شهاده على الرضاع.

(٤) بحيث كان المقر يرى كفايه عشر رضعات، و الحاكم لا يرى إلا خمس عشره رضعه.

(٥) أى عين الرضاع بالشرائط المذكوره.

(٦) و هى علاقته قرابه تحدث بالزواج، و قد جعلها الله تعالى كما جعل النسب قال تعالى:

هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا (١)، و عن الأ-كثر تعريفها بأنها علاقته تحدث بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر بسبب نكاح الزوجين، و توجب حرمة النكاح، و هو المعروف من معناها لغه و عرفاً.

و بعضهم الحق بهذه العلاقه الناشئه من النكاح الوطء و النظر و اللمس على وجه مخصوص، و استشكل المحقق فى الشرائع حدوثها بالزنا و وطء الشبهه و النظر و اللمس المخصوصين.

و الأمر سهل لعدم كون عنوان المصاهره بنفسه موضوعاً للحكم فلا-داعى لإطاله الكلام فى بيان مفهومه، و إنما البحث فى الموارد التى دلت الأدله من الكتاب و السنه على ثبوت الحرمة فيها.

(٧) أى نكاح الزوجين.

(٨) أى الحرمة بين أحد الزوجين و أقرباء الآخر.

(٩) أى فى الحرمة.

(١٠) أى النكاح الموجب للمصاهره.

(١١) أى الأعم من وطء الشبهه و الزنا و وطء الأمه لغير المالك.

و اللمس على وجه مخصوص (١).

و هذا هو المعروف من معناها (٢) لغه و عرفاء، فلا- يحتاج إلى اضافه و ط ء الأمه، و الشبهه، و الزنا، و نحوه (٣) إليها (٤) و إن أوجب (٥) حرمه على بعض الوجوه (٦)، إذ ذاك (٧) ليس من حيث المصاهره، بل من جهه ذلك الوط ء، و إن جرت العاده بإلحاقه (٨) (٩) بها فى بابها (زوجه كل من الأب فصاعدا) كالجد و إن علا من الطرفين،(و الابن فنازلا) و إن كان (١٠) للبنت و أطلق عليه (١١) الابن مجازا (على الآخر) (١٢) و إن لم يدخل بها الزوج، لعموم وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ (١) قيد للثلاثه، فهو قيد للوط ء بحيث يكون الوط ء سابقا على العقد حتى يوجب الحرمة، و هو قيد للنظر و اللمس بحيث يكون النظر و اللمس لغير المالك فإنه يوجب الحرمة بين الفاعل و الأمه.

(٢) أى معنى المصاهره.

(٣) من النظر و اللمس المخصوصين.

(٤) إلى المصاهره.

(٥) أى كل واحد من هذه المذكورات.

(٦) كالوط ء السابق على العقد فإنه يوجب التحريم.

(٧) أى حرمه الوط ء على بعض الوجوه.

(٨) أى إلحاق الوط ء و كذا بقيه المذكورات.

(٩) أى بالمصاهره.

(١٠) أى الابن.

(١١) أى على ابن البنت.

(١٢) تحرم المعقود عليها على أب العاقد و إن علا، و أولاده و إن نزلوا، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١) ، و النكاح حقيقه فى العقد، فتشمل الآيه المدخول بها و غيرها، و هذه الآيه داله على حرمه معقوده الأب على الابن.

و لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بنَاتُكُمْ - إلى قوله تعالى - وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْنَابِكُمْ (٢) ، و هى شامله للمدخول بها و لغيرها فتدل على حرمه معقوده الابن على الأب.

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٢.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

آبَاؤُكُمْ (١) وقوله تعالى: وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ (٢)، و النكاح حقيقه فى العقد على الأقوى، و الحليله حقيقه فى المعقود عليها للابن قطعاً،(و أم الموطوءه) (٣) حلالاً، أو حراماً (٤)،(و أم المعقود عليها) (٥) و إن لم يدخل بها (فصاعداً) و هى جدتها من الطرفين و إن علت.

(١)النساء آيه: ٢٢.

(٢)النساء آيه: ٢٣.

(٣)من وطأ امرأه بالعقد أو بالملك حرمت عليه أمها و إن علت لأب أم لأم، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ - إلى قوله - وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (١).

(٤)أى من زنا بامرأه حرم عليه أمها و إن علت، و سيأتى بحثه إن شاء الله تعالى.

(٥)ذهب الأ-كث إلى أن أم الزوجه و إن علت تحرم على الزوج بمجرد العقد و إن لم يتحقق الدخول، لأن تحريم أمهات النساء غير مشروط بالدخول بالنساء لقوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٢) ، و هو شامل للمدخول بهن و غيره، و لمرسل العياشى عن أبى حمزه (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأه و طلقها قبل أن يدخل بها، أ تحل له ابنتها؟ فقال:

قد قضى فى هذا أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس به، إن الله يقول: وَ رَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ، و لو تزوج الابنه ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها، قلت له: أ ليس هما سواء؟ فقال: لا، ليس هذه مثل هذه، إن الله يقول: و أمهات نساكنكم، لم يستثن فى هذه كما اشترط فى تلك، هذه هاهنا مبهمه ليس فيها شرط، و تلك فيها شرط (٣) ، و خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (و الأمهات مبهمات دخل بالبنات أو لم يدخل بهن، فحرّموا و أبهموا ما أبهم الله)٤، و المعنى و الأمهات فى الآيه مطلقات غير مقيدات، فأطلقوا ما أطلق الله جل و علا.

و خالف ابن أبى عقيل منا و بعض العامه و أنه لا تحرم الأمهات إلا بعد الدخول ببناتهن كالبنات حيث لا تحرم بنت الزوجه إلا بشرط الدخول بأمها، لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ - إلى قوله - وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ -

ص: ٢٥٦

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٧ و ٢.

-اللّٰتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ (١) حيث اعتبروا أن الدخول المقيد في الآية متعلق بالربائب و أمهات النساء، و لصحيح جميل بن دراج و حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (الأم و البنت سواء، إذا لم يدخل بها، يعني: إذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فإنه إن شاء تزوج بأمها و إن شاء ابنتها) (٢)، و مضمرة محمد بن إسحاق بن عمار (قلت له: فرجل تزوج امرأه فهلكت قبل أن يدخل بها، تحلّ له أمها؟ قال: و ما الذي يحرم عليه منها و لم يدخل بها) ٣.

و فيه: أما الآية فلا تدل على مطلوبهم إما من جهة أن القيد من وصف أو استثناء أو شرط إذا تعقب جملاً فإنه يعود إلى الأخير كما حقق في الأصول إلا مع القرينة الدالة على رجوعه إلى الجميع، و هي هنا متفتية و إما من جهة أن القيد و هو (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) لا- يمكن إرجاعه إلى المعطوف و المعطوف عليه، لأن (من نسائكم) إذا كانت راجعة إلى قوله (و أمهات نسائكم) لكانت لبيان الجنس و تمييز المدخول بهن من غير المدخول بهن، و التقدير (و أمهات نسائكم و هن نساؤكم اللاتي دخلتم بهن) فتكون من حيثئذ بيانيه.

و إذا كان (من نسائكم) راجعه إلى قوله (و ربائبكم اللاتي في حجوركم) كانت من لابتداء الغاية كما تقول: بنات رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من خديجه كذا و كذا، و هي المسماه بالنشويه و الابتدائية.

و لو كانت (من نسائكم) راجعه إليهما لكانت بيانية و نشويه، و هذا ما يلزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى و هو محال.

و أما الأخبار فهي محمولة على التقيّه لمعارضتها ظاهر القرآن و الأخبار الأخرى، على أن خبر جميل بن دراج و حماد بن عثمان مضطرب الإسناد - كما في المسالك - لأنهما تارة يرويانه عن الصادق عليه السلام بلا واسطه و أخرى يرويانه عن الحلبي عنه عليه السلام، و ثالثه يرويه جميل مرسلًا عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام، و اضطراب السند يلحق الحديث الصحيح بالضعيف، هذا فضلاً عن احتمال أن يكون التفسير المشتمل عليه - و هو قوله (يعنى: إذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإنه إن شاء تزوج أمها و إن شاء ابنتها) - من غير المعصوم عليه السلام بل للراوى، و لذا قال الحر العاملى فى وسائله-

ص: ٢٥٧

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ و ٥.

(و ابنه الموطوءه (١) مطلقا (٢) فنازلا) أى ابنه ابنتها (٣)، و ابنتها و إن لم يطلق -عند إيراد هذا الإشكال (و يفهم هذا من نوادر أحمد بن محمد بن عيسى حيث أورد الحديث بين أحاديث هذه المسأله و ترك تفسيره).

(١) من وطأ امرأه بالعقد حرمت عليه ابنتها و إن نزلت تحريما مؤبدا سواء تقدمت ولادتهن أو تأخرت، و سواء كنّ فى حجره أم لا، و سواء كانت البنت صليبيه أم لا، و سواء كانت بنت ابن أم بنت بنت بلا خلاف فى ذلك كله لقوله تعالى: وَ رَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ (١)، و تقييد الربائب بالحجور غير معتبر، لأنه جار مجرى الغالب من كون بنات الزوجه فى حجر الزوج، بالإضافة إلى أن مفهوم الوصف ضعيف كما حرر فى الأصول، و للأخبار الكثيره.

منها: خبر غياث بن كلاب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام يقول: الربائب عليكم حرام من الأمهات اللاتي قد دخل بهن، هنّ فى الحجور و غير الحجور سواء و الأمهات مبهمات) (٢)، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأمر، فإذا لم يدخل بالأمر فلا بأس أن يتزوج بالابنه، و إذا تزوج بالابنه فدخّل بها أو لم يدخّل فقد حرمت عليه الأمر، و قال: الربائب عليكم حرام كنّ فى الحجر أو لم يكن) (٣)، و خبر أبى بصير (سألته عن رجل تزوج امرأه ثم طلقها قبل أن يدخّل بها، فقال: تحلّ له ابنتها و لا تحلّ له أمها) (٣).

نعم ورد فى مكاتبه الحميرى لصاحب الزمان عليه السلام (أنه كتب إليه: هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته؟ فأجاب عليه السلام: إن كانت ربييت فى حجره فلا يجوز، و إن لم تكن ربييت فى حجره و كانت أمها فى غير حباله فقد روى أنه جائز) (٥)، إلا أنه لضعف سنده و معارضته لما تقدم مع إعراض الأصحاب عنه لا بد من رده إلى أهله.

ثم و مما تقدم تعرف أن من عقد عليها و لم يدخّل بها ثم طلقها يجوز له أن يتزوج ابنتها بلا خلاف فى ذلك.

(٢) تقدمت ولادتها على الوطاء أو لا، و كانت فى حجره أولا.

(٣) أى و ابنه بنت الموطوءه.

ص: ٢٥٨

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ و ٤.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٥ و ٧.

عليها (١) ابنه حقيقه (٢)، (لا- ابنه المعقود عليها) من غير دخول، فلو فارقها (٣) قبل الدخول حلّ له تزويج ابنتها، و هو موضع وفاق، و الآيه الكريمه صريحه فى اشتراط الدخول فى التحريم (٤)، و أما تحريم الأم و إن لم يدخل بالبنت فعليه المعظم، بل كاد يكون اجماعا. و اطلاق قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٥) يدل عليه (٦)، و الوصف بعده بقوله تعالى: مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ (٧) لا- حجه فيه (٨)، إما لوجوب عوده (٩) إلى الجملة الأخيره (١٠) كالاستثناء (١١)، أو لتعذر حمله (١٢) عليهما (١٣) من جهه أن «من» (١٤) تكون مع الأولى (١٥) بيانيه، و مع الثانيه (١٦) ابتدائيه، و المشترك لا يستعمل فى معنيه معا. و به (١٧) - مع ذلك - (١) أى على بنت الابن و بنت البنت.

(٢) صرح النراقى فى المستند بأن حكم بنت البنت و بنت الابن فنازلا حكم البنت بالإجماع و إن لم يستنبط من الأخبار.

(٣) أى فارق المعقود عليها.

(٤) أى تحريم البنت لو تزوج الأم.

(٥) النساء آيه: ٢٣.

(٦) على عدم اشتراط الدخول فى البنت فى تحريم الأم.

(٧) النساء آيه: ٢٣.

(٨) و عدم الحجيه لأحد أمرين قد تقدما فى الشرح و سيدكرهما الشارح هنا.

(٩) أى عود الوصف.

(١٠) و هى الربائب.

(١١) أى كما أن الاستثناء المتعقب للجمال المتعدده بعود إلى الأخيره فكذا الوصف و الشرط و كل قيد.

(١٢) أى حمل الوصف المذكور.

(١٣) على أمهات النساء و على الربائب.

(١٤) الموجوده فى الوصف (من نساءكم اللاتى دخلتم بهن) (١).

(١٥) أى الجملة الأولى الداله على أمهات نساءكم.

(١٦) أى الجملة الثانيه الداله على الربائب.

(١٧) أى بالتحريم مطلقا فى أم الزوجه و إن لم يدخل فى البنت.

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

نصوص، إلا- أنها معارضة بمثلها، و من ثم ذهب ابن أبي عقيل إلى اشتراط الدخول بالبنت في تحريمها (١) كالعكس (٢). و المذهب هو الأول (٣).

(أما الأخت) للزوجه (فتحرم جمعا) بينها وبينها (٤)، فمتى فارق الأولى (٥) (١) أى تحريم الأم.

(٢) و هو تحريم البنت إذا دخل بالأم.

(٣) و هو عدم اشتراط الدخول بالبنت في تحريم الأم.

(٤) أى بين الزوجه و أختها، بلا- خلاف فيه لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ - إلى قوله وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ (١)، و للأخبار الكثيره.

منها: خبر مروان بن دينار (قلت لأبى إبراهيم عليه السلام لأى عله لا- يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين؟ قال عليه السلام: لتحصين الإسلام، و فى سائر الأديان يرى ذلك) (٢) و لا فرق بين كون الجمع بنكاح دائم أو منقطع، و يشهد له صحيح البنزلى عن الرضا عليه السلام (سألته عن رجل تكون عنده امرأه، يحل أن يتزوج أختها متعه؟ قال عليه السلام: لا) (٣).

و لا فرق بين كونه قد دخل بالأولى أو لا، للإطلاق، و لا بين كون الأخت أختا للزوجه من أبويها أو من أحدهما، و كذا لا فرق بين كونها أختا لها من النسب أو من الرضاع، و يشهد له صحيح الحذاء عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تنكح المرأة على عمتها و لا خالتها، و لا على أختها من الرضاة) (٤).

(٥) إذا تزوج بإحدى الأختين ثم طلقها، فإن كان الطلاق رجعيا فلا يجوز له نكاح أختها حتى تخرج عن العده، و إن كان الطلاق بائنا فيجوز له التزويج بمجرد الطلاق، بلا خلاف فى ذلك لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل طلق امرأه أو اختلت أو بانت، أله أن يتزوج بأختها، قال عليه السلام: إذا برأت عصمتها و لم يكن له عليها رجعه فله أن يخطب أختها) (٣)، و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل اختلت منه امرأته، أ يحل له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضى عده المختلعه؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه و ليس له عليها رجعه) (٤) و مثلها غيرها، و مفهومها أنه لا يجوز له الزواج بأختها إن كان له عليها رجعه.

و يلحق بالطلاق البائن موت الزوجه فلو ماتت فيجوز له التزويج بأختها من حين الموت-

ص: ٢٤٠

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ و ٤ و ٢.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب العدد حديث ٢ و ١.

بموت، أو فسوخ، أو طلاق بائن، أو انقضت عدتها (١) حلت الأخرى، (لا عينا (٢)، و العمه و الخاله) و إن علنا (يجمع بينها، و بين ابنه أخيها، أو أختها) و إن نزلتا (٣) (برضاء العمه و الخاله، لا بدونه) (٤) يجمع أصحابنا، و أخبارنا متظافره به (٥).

و يشهد له خبر علي بن أبي حمزه عن أبي إبراهيم عليه السّلام (و سألته عن رجل كانت له امرأه فهلكت، أ يتزوج أختها؟ قال عليه السّلام: من ساعته إن أحبّ) (١).

و يلحق بالموت ما إذا فسوخ نكاح الأخت لعيب يوجبه أو ظهر فساد نكاحها، لعدم صدق الجمع حينئذ.

(١) في الرجعية.

(٢) كعمه أم الزوجه و خالتها و كذا عمه أب الزوجه و خالته.

(٣) أى ابنه الأخت و ابنه الأخ.

(٤) أى بدون الرضا فلا- يجوز الجمع بين الزوجه و بين بنت أخيها أو بنت أختها إلا- برضاها، على المشهور فى ذلك شهره عظيمه، و عن القديمين العماني و الإسكافي الجواز مطلقا مع الاذن و عدمه، و عن الصدوق المنع مطلقا، هذا و النصوص الواردة فى المقام على طوائف:

الطائفة الأولى: ما دل على المنع مطلقا، كصحيح الحذاء (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها و لا على أختها من الرضا) (٢)، و خبر مالك بن عطية عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا تتزوج المرأة على خالتها، و تزوج الخاله على ابنه أختها) ٣، و صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا يحلّ للرجل أن يجمع بين المرأة و عمتها، و لا بين المرأة و خالتها) ٤ و مثلها غيرها، و هذه هى مستند قول الصدوق.

الطائفة الثانية: ما دل على الجواز مطلقا كخبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته عن امرأة تزوج على عمتها و خالتها، قال: لا بأس) ٥، و هى مستند قول القديمين.

الطائفة الثالثة: ما دل على المنع بدون الاذن و على الجواز معه، كموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (لا تزوج ابنه الأخ و لا- ابنه الأخت على العمه و لا على الخاله إلا بإذنها، و تزوج العمه و الخاله على ابنه الأخ و ابنه الأخت بغير إذنها) ٦، و خبر الحذاء (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: لا- تنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها إلا بإذن العمه و الخاله) ٧ و مثلها غيرها، و هذه الطائفة تقتضى الجمع بين الأولتين بالاذن و عدمه، و هى مستند قول المشهور.

(٥) أى بالجواز مع الرضا، و عدم الجواز عند عدمه.

ص: ٢٤١

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٨ و ٩ و ٧ و ٣ و ١ و ٢.

ثم إن تقدم عقد العمه و الخاله توقف العقد الثانى (١) على إذنهما (٢)، فإن بادر (٣) بدونه (٤).

(١) أى العقد على ابنه أخت الزوجه أو بنت أخيها.

(٢) أى اذن العمه أو الخاله.

(٣) أى الزوج إلى العقد الثانى المذكور.

(٤) أى بدون إذنهما ففيه أقوال:

الأول: بطلان العقد الثانى من غير أن يتأثر عقد الأولى، و هو مذهب المحقق فى الشرائع و النافع، أما بقاء عقد الأولى فهو على حاله فى لزوم لانعقاده فيستصحب إذ لم يقع بعده ما يوجب تأثره و إنما المنهى عنه هو الثانى فيكون البحث عنه، و أما بطلان عقد الثانى للنهى عنه فى الأخبار السابقه، و النهى يقتضى الفساد، و للتصريح ببطلانه فى خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (و لا تزوج بنت الأخ و الأخت على العمه و الخاله إلا برضاء منهما، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل) (١).

و فيه: ضعف سند الخبر مع كون النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد.

القول الثانى: تنزل العقد الثانى خاصه بحيث يقع موقوفا على رضا العمه أو الخاله مع كون عقدهما الأول لازما، و اختاره العلامة فى جملة من كتبه و كثير من المتأخرين و هو الذى قواه الشارح هنا و فى المسالك، أما لزوم العقد الأول فقد تقدم دليله، و أما تنزل العقد الثانى من غير أن يكون باطلا، لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، لأن المتنازع فيه إذا تعقبه رضا من يعتبر رضاه اندرج فى هذا العموم، و وجب الحكم بصحته، فقبل الرضا لا يكون فاسدا و إلا لم ينقلب صحيحا، و لا نعى بالموقوف إلا ذلك، و لأنه عقد صدر من أهله بدون رضا من يعتبر رضاه فكان كالفضولى، و الفضولى لا يقع فاسدا بل موقوفا.

القول الثالث: تنزل العقدين السابق و الطارئ، و هو مذهب المفيد و الشيخ و أتباعهما، لوقوع العقدين صحيحين، أما الأول فظاهر، و أما الثانى فالأنه صدر من أهله و وقع فى محله جامعا لشرائطه، و لا يؤثر تجدد البطلان بفسخ العمه أو الخاله فى صحه الأهلية، كغيره من العقود الموقوفة على رضا الغير.

ثم إذا وقع العقدان صحيحين، و نسبتهما إلى العمه أو الخاله على السواء، و لما كان الجمع بين العقدين موقوفا على رضاهما تخيرا فى رفع الجمع من فسخ عقدهما أو فسخ عقد الداخلة.

ص: ٢٤٢

ففى بطلانه (١)، أو وقوفه (٢) على رضاها فإن فسختاه بطل، أو تخييرهما (٣) فيه (٤) و فى عقدهما (٥) أوجه (٦)، أو سطرها (٧) الأوسط، و إن تقدم عقد (٨) بنت الأخ - و فيه: إن فسخ العقد السابق بعد لزومه قد منع منه شرعى و هو اللزوم فينحصر رفع الجمع بفسخ الثانى أو إمضائه.

القول الرابع: بطلان العقد الثانى من رأس، و تزلزل العقد الأول، و للعمه أو الخاله أن تفسخ عقد نفسها، و هو اختيار ابن إدريس، و احتج على بطلان العقد الثانى بالنهاى الدال على الفساد، و أما تزلزل العقد الأول فلم يتعرض لدليله كما فى المسالك، و فيه إن النهى فى المعاملات غير دال على الفساد.

(١) أى بطلان العقد الثانى كما هو مقتضى القول الأول المتقدم.

(٢) أى وقوف العقد الثانى على رضا العمه أو الخاله مع لزوم العقد الأول كما هو مقتضى القول الثانى المتقدم.

(٣) أى تخيير العمه أو الخاله بالفسخ.

(٤) فى العقد الثانى.

(٥) و هو العقد الأول كما هو مقتضى القول الثالث.

(٦) بل أقوال و قد ترك التعرض للقول الرابع.

(٧) أى الأعدل.

(٨) المشهور أنه يجوز العقد على عمه الزوجه و خالتها و لو كرهت الزوجه، للأخبار التى تقدم بعضها.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (لا تنكح ابنه الأخت على خالتها، و تنكح الخاله على ابنه أختها، و لا تنكح ابنه الأخ على عمتها و تنكح العمه على ابنه أخيها) (١)، و عن الصدوق المنع مع الرضا و عدمه كالعكس فيما لو تزوج بنت الأخ أو الأخت بعد زواج العمه أو الخاله حيث ذهب إلى المنع مطلقا أيضا، و يستدل له بخبر أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة و عمتها و لا بين المرأة و خالتها) (٢)، و فيه: إنه مطلق يقيد إطلاقه بالنصوص المتقدمه.

هذا و المشهور بين الأصحاب عدم الفرق بين علم العمه و الخاله بالحال أو جهلهما به، و عن الشارح هنا و فى المسالك اشتراط علم الداخلة - و هى العمه و الخاله هنا - بكون-

ص: ٢٦٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٧.

و الأخت و علمت العمه و الخاله بالحال فرضاهما بعقدتهما رضا بالجمع، و إلا (١) ففي تخييرهما (٢) في فسخ عقد أنفسهما، أو فيه (٣) و في عقد السابقه، أو بطلان عقدهما أوجه، أوجهها الأول.

و هل يلحق الجمع بينهما (٤).

-المدخول عليها - و هي بنت الأخ أو بنت الأخت - بكونها زوجه له و إلا لم يصح، و عن القواعد الأقرب أن للعمه و الخاله فسخ عقدهما لو جهلتا، و نسبه في المستند إلى المشهور، و استدلال لاشتراط العلم بخبر ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لا تزوج الخاله و العمه على ابنه الأخ و ابنه الأخت بغير إذنهما) (١)، و فيه: إن الخبر مروى في الوسائل بدون النهى هكذا: (تزوج الخاله و العمه على بنت الأخ و ابنه الأخت بغير إذنهما)، و لذا قال في الجواهر: (و فيه إن الذى عثرنا عليه فى الأصول من خبر ابن مسلم: تزوج الخاله إلى آخره من دون نهى، نعم رواه فى المسالك كذلك، و الظاهر أنه و هم منه) انتهى، و على تقدير النهى فالخبر يدل على اشتراط إذن بنت الأخت و بنت الأخ فى زواج العمه أو الخاله و أين هذا من المدعى من اشتراط علم العمه أو الخاله بكون المدخول بها زوجه.

(١) أى و إن لم تعلم العمه أو الخاله بالحال، قال فى المسالك: (ثم على تقدير جهلها بالحال هل يقع العقد باطلا أم يتوقف عقد الداخلة على رضاها، أم عقدها و عقد المدخول عليها أوجه، أوجهها الوسط، لأن جواز عقد الداخلة مشروط برضاها، فلا وجه لإبطاله بدونه، و عقد السابقه قد حكم بصحته و لزومه قبل العقد الثانى فيستصحب) انتهى.

و هذه الاحتمالات مبنيه على اشتراط علم العمه أو الخاله بكون المدخول بها زوجه، و قد عرفت ضعف المبني فلا داعى للتكلم فى هذا البناء بعد دلالة الأخبار على صحة العقدين و لزومهما و إن كرهت الزوجه.

(٢) أى العمه أو الخاله.

(٣) أى فى عقد أنفسهما.

(٤) أى بين الزوجه و بنت أخيها أو أختها، بحيث يدخل الثانية على الأولى، فلو وطأ الأمه بملك اليمين فهل يجوز له أن يطأ ابنه أخيها بملك اليمين أم يتوقف على رضا العمه أو الخاله إلحاقا لملك اليمين بالعقد، فظاهر النصوص و الفتاوى - كما فى الجواهر - أن الحكم بعدم الجمع إلا مع رضا العمه أو الخاله مختص بالعقد فلا يحرم الجمع بينهما -

ص: ٢٤٤

بالوطء في ملك اليمين بذلك (١) وجهان. وكذا لو ملك إحداهما وعقد على الأخرى، ويمكن شمول العبارة (٢) لاتحاد الحكم في الجميع (٣).

(و حكم) و طء (الشبهه، و الزنا (٤) السابق على العقد حكم الصحيح في) -بالوطء بالملك للتعبير بالتزويج و النكاح في أكثر النصوص و قد تقدم بعضها، و هو حقيقه في العقد، و لأن المملوكه ليست أهلا للإذن، و لا للسلطنه على النكاح.

و منه تعرف ما لو كانت العمه و الخاله أمتين و أدخل عليهما بنت الأخ أو الأخت حرتين، بل هنا أولى بالجواز، و كذا لو انعكس الفرض.

(١) أي بالعقد.

(٢) أي عبارة المصنف حيث لم يخصها بالتزويج و النكاح الظاهرين في العقد، فتكون العبارة شامله للجميع، و لكن قد عرفت أن اختصاص الحكم بالعقد مما لا خلاف فيه كما يظهر من الجواهر و غيره.

(٣) لأن عدم دخول بنت الأخ و الأخت على العمه و الخاله من باب التعظيم كما في خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن تزويج المرأة على عمتها و خالتها إجلالا للعمه و الخاله، فإذا أذنت في ذلك فلا بأس) (١)، و التعظيم موجود سواء كان الوطء بالعقد أم بملك اليمين، و فيه: إن نفس الخبر مشتمل على التزويج و هو ظاهر في العقد فيقتصر عليه.

(٤) أما الزنا فإن كان طارئا على الوطء الصحيح بعقد أو ملك لم ينشر الحرمة سواء في ذلك الزنا بالعمه أو الخاله أو غيرهما للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل زنا بأم امرأته أو بنتها أو بأختها، فقال عليه السلام: لا يحرم ذلك عليه امرأته، ثم قال: ما حرم حرام حلالا قط) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج جاريه فدخل بها ثم ابتلى بها ففجر بأمها، أ تحرم عليه امرأته، فقال: لا إنه لا يحرم الحلال الحرام) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن الرجل يفجر بامرأه أ يتزوج بابنتها؟ قال: لا، و لكن إن كانت عنده امرأه ثم فجر بأمها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال) (٤)، و عن الإسكافي إذا كان الزنا بعد العقد و قبل الدخول فينشر الحرمة، و نسب ذلك إلى ظاهر الاستبصار و مال إليه صاحب الحدائق لخبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد-

ص: ٢٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ و ٢ و ١.

-الله عليه السّلام (إذا فجر الرجل بالمرأه لم تحل له ابنتها أبداً، وإن كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه، وإن هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بأمرها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأمرها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها، وهو قوله: لا يفسد الحرام الحلال، إذا كان هكذا) (١)، وموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجسد، أو الرجل يزني بالمرأه هل يجوز لأبيه أن يتزوجها؟ قال: لا إنما ذلك إذا تزوجها فوطأها ثم زنا بها ابنه لم يضرّه، لأن الحرام لا يفسد الحلال، وكذلك الجارية) (٢) وقد عرض الأصحاب عنهما فلا مجال للعمل بهما وإن كانا من الموثق.

هذا وقد اختلفوا في ما إذا تقدم الزنا على العقد فهل ينشر الحرمه كما هو المحكى عن الشيخ في النهايه والخلاف والقاضى وبنى البراج وحمزه وزهره وسعيد والعلامه فى التذكره والمختلف ولده فى الإيضاح والشهيد هنا فى اللمعه والشارح هنا فى المسالك وغيرهم، بل نسب إلى الأكثر للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أحدهما عليهما السّلام (سئل عن الرجل يفجر بامرأه أ يتزوج ابنتها؟ قال: لا) (٣) و صحیحه الآخر عن أحدهما عليه السّلام (عن الرجل يفجر بالمرأه أ يتزوج ابنتها؟ قال: لا، ولكن إن كان عنده امرأه ثم فجر بابنتها أو أختها لم تحرم عليه التى عنده) (٤) و صحیح العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل باشر امرأه، وقبل غير أنه لم يفض إليها ثم تزوج ابنتها، فقال: إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، وإن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها) (٤)، و صحیح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى رجل كان بينه وبين امرأه فجور هل يتزوج ابنتها؟ فقال عليه السّلام: إن كان من قبله أو شبهها فليتزوج ابنتها وليتزوجها هى إن شاء) (٥) و فى خبره الآخر مثله إلا أنه قال (فليتزوج ابنتها إن شاء، وإن كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها) (٧).

أولاً ينشر كما عن المفيد والمرضى والعلامه فى الإرشاد وابن إدريس والآبى فى كشفه، وفى الرياض: ظاهر التذكره كون القول به مشهوراً بين الأصحاب، للأخبار.

ص: ٢٦٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٨.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٣.
- ٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١ و ٧.
- ٤- ((٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢ و ٣ و ٤.

-منها: صحيح سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل فجر بامرأه، يتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام: نعم - يا سعيد - إن الحرام لا- يفسد الحلال)^(١)، و صحيح هشام بن المثنى عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يأتي المرأة حراماً يتزوجها؟ قال: نعم و أمها و بنتها)^(٢)، و موثق حنان بن سدير (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام إذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأه سفاحاً، هل تحل له ابنتها؟ قال: نعم إن الحرام لا يحرم الحلال)^(٣) أو مثلها غيرها من النصوص، و لكن أخبار التحريم أوضح و أصرح فلا بد من تقييد أخبار الجواز بما إذا فجر بها بما دون الزنا.

ثم من حكم بعدم التحريم بالزنا المتقدم على العقد استثنى من الزنا بالعمه و الخاله فإنه تحرم ابنتهما على تقدير سبق الزنا على العقد لصحيح محمد بن مسلم (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام - و أنا جالس - عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها؟ قال: لا، قلت: إنه لم يكن أفضى إليها، إنما كان شيء دون شيء، فقال عليه السلام: لا يصدق و لا كرامه)^(٤)، و لموثق أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله محمد بن مسلم - و أنا جالس - عن رجل نال من خالته و هو شاب ثم ارتدع أ يتزوج ابنتها؟ قال: لا، قال: إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون ذلك، قال: كذب)^(٥).

و هاتان الروايتان واردتان في الخاله و لكنهم ألحقوا العمه بها، و قال في المسالك: (و ما وقفت على وجهه)، ثم إن الظاهر أن الخبرين حاكيين عن واقعه واحده غير أن السائل لم يصرح بوقوع الوطء أولاً ثم صرح بعدمه ثانياً و قد كذبه الإمام عليه السلام في ذلك، و هذا غير لائق بمقامه و هو قرينه الفساد، فلذا توقف الحلّي و العلامة في المختلف في الحكم، و فيه: إنه يمكن أن يكون التكذيب الصادر من المعصوم عليه عليه السلام عن علم منه بالواقع و لا زالوا يخبرون بمثل ذلك، و أما إلحاق العمه بالخاله فقد قال في الجواهر:

(لعدم القول بالفصل، بل عن السرائر روى أن من فجر بعمته أو خالته لم يحل ابنتهما أبداً، فيمكن أن يكون روايه لم تصل إلينا) انتهى.

ثم على القول بالتحريم فتحرم أم الموطوءه بالزنا عليه و كذا ابنتها كما يحرم عليه ذلك فيما لو وطأ بالعقد الصحيح، و هذا دال على أن الزنا السابق على العقد ملحق بالمصاهرة من -

ص: ٢٤٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦ و ٧ و ١١.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

(المصاهرة) فتحرم الموطوء بهما على أبيه و ابنه، و عليه أمها و بنتها إلى غير ذلك من أحكام المصاهرة، و لو تأخر الوطء فيهما عن العقد، أو الملك لم تحرم المعقود عليها، أو المملوكة. هذا هو الأصح فيهما (١)، و به (٢) يجمع بين الأخبار الدالة على المنع مطلقا (٣) و على عدمه (٤) كذلك (٥).

في من تكره نكاحه

(و تكره مملوسه (٦).) -ناحية نشر الحرمة و عليه فتحرم الموطوءة بالزنا على أبيه و ابنه و هكذا.

بقي الكلام في وطء الشبهه، فهل هو ملحق بالنكاح و المصاهرة فينشر الحرمة مطلقا كما اختاره جماعه على ما في القواعد، أو أنه ملحق بالزنا على تقدير سبقه على العقد مع القول بعدم نشره الحرمة كما هو أحد القولين في المسألة فلا ينشر الحرمة مطلقا و لو كان سابقا على العقد كما ذهب إليه الحلبي و المحقق في الشرائع و النافع و العلامة في الإرشاد و الشيخ الأعظم، أو أنه ينشر الحرمة إن كان سابقا على التزويج و إن كان طارئا فلا كما نسب إلى الأكثر.

و قد استدلل للنشر مطلقا أو في صورته السابق بكونه أولى من الزنا المحرم، لأنه و طء محترم شرعا فيكون إلحاقه بالوطء الصحيح في ثبوت الحرمة أولى من الزنا، و لأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقه بوطء الشبهه كالنسب و المهر و ما شاكل، و في الثاني ضعف لأنه استقراء مبني على الظن و هو غير حجة فلم يبق إلا الأول و هو لا يدل على أكثر من التفصيل الذي هو القول الثالث.

(١) في صورته تقدم الزنا و الشبهه على العقد و تأخرهما.

(٢) و بهذا التفصيل بين السابق على العقد و الطارئ.

(٣) سواء تقدم الزنا على العقد أم تأخر.

(٤) أي عدم المنع.

(٥) أي مطلقا.

(٦) إذا ملك الرجل أمه و لمسها أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره النظر إليه كالنظر إلى غير الوجه و الكفين، فهل تحرم بذلك على أبيه و ابنه فيه خلاف على أقوال:

القول الأول: عدم التحريم مطلقا لكنه يكره، و هو اختيار المحقق في الشرائع و تلميذه العلامة في غير المختلف و ابن إدريس، لأصاله الحل المستفاده من قوله تعالى: **وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَُمْ (١)**، و لموثق على بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام (عن الرجل -

(الابن و منظورته) على وجه (١) لا تحلّ (٢) لغير مالك الوطء بعقد، أو ملك (٣) (على) - يقبل الجارية، يباشرها من غير جماع داخل أو خارج، أ تحل لابنه أو لأبيه؟ قال عليه السلام:

لا بأس (١).

القول الثانى: التحريم مطلقا، و هو المشهور بين الأصحاب للأخبار.

منها: صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحلّ لولده؟ فقال: بشهوه؟ قلت: نعم، قال: ما ترك شيئا إذا قبلها بشهوه، ثم قال ابتداء منه: إن جردها و نظر إليها بشهوه حرمت على أبيه و ابنه) (٢)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل تكون عند الجارية يجزدها و ينظر إلى جسدها نظر شهوه هل تحلّ لأبيه؟ و إن فعل أبوه هل تحلّ لابنه؟ قال عليه السلام: إذا نظر إليها بشهوه و نظر منها إلى ما يحرم على غيره لم تحلّ لابنه، و إن فعل ذلك الابن لم تحلّ للأب) (٣) و مثلها غيرها.

القول الثالث: إن النظر و اللمس يحزّمان منظوره الأب و ملموسه على ابنه، دون العكس، و هو قول المفيد و تبعه الشهيد هنا فى اللعمه لصحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا جرّد الرجل الجارية و دفع يده عليها فلا- تحلّ لابنه) ٢، و المشهور هو المنصور لكون أخبار التحريم أكثر عددا و أصح مسندا، على أن صحيح محمد بن مسلم الذى هو مستند القول الثالث لا يدل على اختصاص التحريم بالابن بالنسبة لملموسه أبيه و منظورته، فهو دال على هذا التحريم من دون حصر، و هذا لا ينافى استفاده التحريم للأب من أخبار أخرى و عليه فيسقط القول الثالث، و أخبار الحل لا تقاوم أخبار التحريم، لأن الثانية أكثر و أصح سندا، هذا و قال فى المسالك: (و مما يؤيد تحريمها عليهما بفعل ذلك بشهوه أن القصد المجرّد يحزّم الزوجه على الأب و الابن، حيث كان المقصود الأغلب من التزويج إرادته الوطء، و لما كان شراء الأمه أعم من قصد الوطء و الخدمه، لم تحرم بمجرد الشراء، فإذا فعل معها مقدمات الجماع كان ذلك أقوى فى تحريمها عليهما من العقد المجرّد)، انتهى.

(١) قيد للمس و النظر.

(٢) أى الأمه.

(٣) قد عرفت أن النزاع فى مالك الرقبه، لا فى مالك البضع، لأن الروايات المتقدمه قد-

ص: ٢٦٩

١- (٢) الوسائل الباب - ٧٧ - من أبواب نكاح العيب و الإماء حديث ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

٣- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٦ و ٤.

(الأب، و بالعكس) و هو منظوره الأب و ملموسته (تحرم) على ابنه. أما الأول فلأن فيه جمعا بين الأخبار التي دل بعضها على التحريم، كصحيحه محمد بن بزيع و غيرها، و بعضها على الإباحه كموثقه على بن يقطين عن الكاظم عليه السّلام بنفى البأس عن ذلك، بحمل النهى على الكراهه.

و أما الثانى و هو تحريم منظوره الأب و ملموسته على الابن فلصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السّلام قال: «إذا جرد الرجل الجاربه و وضع يده عليها فلا تحل لابنه»، و مفهومها (١) الحل لأبيه، فإن عمل بالمفهوم، و إلا (٢) فبدلاله الأصل (٣)، و لما سبق (٤).

و فيه (٥) نظر، لأن صحيحه ابن بزيع دلت على التحريم فيهما (٦)، و روايه على بن يقطين دلت على نفيه (٧) فيهما (٨)، فإن وجب الجمع بينهما بالكراهه فالحكم فى صحيحه (٩) محمد بن مسلم كذلك (١٠). و هذا (١١) هو الذى اختاره المصنف فى - وردت فى الأمه إذا حصل لها ذلك من مالكها، غايته أنه ينظر إليها أو يلمسها على نحو لا يجوز إلا لمالك بضعها.

هذا و البحث فى اللمس مطلقا و النظر بشهوه لغير الوجه و الكفين، أما النظر للوجه و الكفين بغير شهوه فلا إشكال و لا خلاف فى عدم نشر الحرمة به، بل قد يقال - كما فى الجواهر - بعدم النشر بالنظر إليهما بشهوه لظهور النصوص فيما لا يشمله كما اعترف به فى المسالك، بل و لا يشمل النظر إلى ما يبدو عادة من الجاربه و إن تلذذ بذلك.

(١) و هو مفهوم اللقب.

(٢) أى و إن لم يعمل بالمفهوم لضعفه، و على فرض ثبوته فهو غير صالح لمعارضه أخبار التحريم.

(٣) أى أصاله الحل لقوله تعالى: وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ .

(٤) من موثق على بن يقطين الدال على الإباحه.

(٥) أى فى هذا التفصيل من الماتن.

(٦) فى ملموسه الأب و ملموسه الابن.

(٧) أى نفي التحريم.

(٨) فى ملموسه الأب و ملموسه الابن.

(٩) الداله على تحريم ملموسه الأب فقط.

(١٠) أى تحمل على الكراهه جمعا بينها و بين موثق على بن يقطين.

(١١) أى القول بعدم التحريم فى الملموستين، و إن كان على كراهه.

شرح الارشاد و جماعه، أو يعمل بالأولى (١) ترجيحاً للصحيح على الموثق حيث يتعارضان (٢)، أو مطلقاً (٣) و تكون صحيحه محمد بن مسلم مؤيده (٤) لأحد الطرفين (٥). و هو الأظهر، فتحرم فيهما (٦)، فالتفصيل غير متوجه.

و قيدنا النظر و اللمس بكونهما لا يحلان لغيره، للاحتراز عن نظر مثل الوجه و الكفين بغير شهوه (٧) فإنه لا يحرم اتفاقاً، و أما اللمس فظاهر الأصحاب و صرح به جماعه منهم تحريمه فيهما (٨) مطلقاً فيتعلق به (٩) الحكم (١٠) مطلقاً (١١).

نعم يشترط كونهما (١٢) بشهوه كما ورد في الأخبار (١٣) و صرح به (١) و هي صحيحه محمد بن بزيع الداله على التحريم فيهما.

(٢) كما في المقام حيث الصحيح دال على التحريم و الموثق على الإباحه.

(٣) أى و إن لم يتعارضوا و لكن كان موضوع أحدهما خاصاً، كما في المقام بالنسبه لصحيح محمد بن بزيع الدال على التحريم فيهما و لصحيح محمد بن مسلم الدال على التحريم فى ملموسه الأب و منظورته.

(٤) أى مؤيده لصحيح محمد بن بزيع الدال على التحريم فيهما، غايته أنها مؤيده لأحد طرفى الحكم و هو حرمة ملموسه الأب على ابنه.

(٥) من الحكم.

(٦) فى ملموسه الأب و ملموسه الابن.

(٧) بل قد عرفت أنه لا تحريم مع الشهوه أيضاً.

(٨) فى الملموستين.

(٩) أى باللمس.

(١٠) من التحريم.

(١١) أى فى الوجه و الكفين أو غيرهما، لأن اللمس محرم على غير المالك مطلقاً بخلاف النظر إلى الوجه و الكفين، فإنه محرم على غير المالك إذا كان بشهوه.

(١٢) أى النظر و اللمس الموجبين للحرمة.

(١٣) الأخبار قيدت النظر بالشهوه، و أما تقييد اللمس بالشهوه ففيه إن صحيح محمد بن مسلم المتقدم مطلق حيث قال (إذا جرد الرجل الجارية و وضع يده عليها فلا تحل لابنه) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤.

الأصحاب (١)، فلا- عبره بالنظر المتفق، و لمس الطيب، و نحوهما و إن كانت العبارة (٢) مطلقه (٣). هذا حكم المنظوره و الملموسه بالنسبه إليهما.

و هل يتعدى التحريم إلى أمهما و ابنتهما في حق الفاعل قولان (٤): مأخذهما أصله الحل (٥)، و اشتراط (٦) تحريم البنت بالدخول بالأم في الآية (٧)، و لا- قائل (١) قال في الجواهر: (نعم لا يبعد القول بالنشر - أى نشر الحرمة - بالتجريد و اللمس لباطن الجسد، و وضع البطن على البطن و إن لم يكن ذلك عن شهوه و تلمذ) انتهى.

(٢) أى عبارة المصنف.

(٣) حيث لم يقيد اللمس و النظر بالشهوه.

(٤) فعلى تقدير القول بتحريم الملموستين على الأب و الابن بما ذكر فهل تحرم أم الملموسه و إن علت و بناتها و إن نزلن على المولى قولان، أحدهما التحريم، و إليه ذهب ابن الجنييد و الشيخ في الخلاف، للنبوى (من كشف قناع امرأه حرم عليه أمها و ابنتها) (١) و النبوى الآخر (لا- ينظر الله تعالى إلى رجل نظر إلى فرج امرأه و ابنتها) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن رجل تزوج بامرأه فنظر إلى رأسها أو إلى بعض جسدها، أ يتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام: لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها) (٣).

القول الثانى: الجواز على كراهه ما لم يطأ البنت، فإن وطئ البنت فتحرم أمها و بنتها و لو لم تكن أمه، لصحيح العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل باشر امرأه و قبيل غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها، قال عليه السلام: إن لم يكن أفضى إليها فلا بأس، و إن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها) (٤)، و هو أولى بعد حمل الأخبار السابقه على الكراهه.

(٥) المستفاده من قوله تعالى: وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٥).

(٦) دليل ثان لعدم التحريم.

(٧) و هى قوله تعالى: وَ رَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ (٦).

ص: ٢٧٢

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٣.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

٥- (٥) سورة النساء، الآية: ٢٤.

٦- (٦) سورة النساء، الآية: ٢٣.

بالفرق (١) و صحيحه (٢) محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام الداله على التحريم.

و يمكن الجمع بحمل النهى على الكراهه. و هو أولى.

و اعلم أن الحكم مختص بنظر المملوكه على ذلك الوجه (٣). و ما ذكرناه من الروايات دال عليها (٤).

و أما الحره فإن كانت زوجه حرمت على الأب و الابن بمجرد العقد (٥)، و إن كانت أجنبيه ففي تحريمها قولان (٦)، و يظهر من العبارة الجزم به (٧)، لأنه (٨) فرضها (٩) مطلقه (١٠)، و الأدله لا تساعد عليه (١١).

مسائل عشرون

اشاره

(مسائل عشرون)

الأولى: لو تزوج الأم و ابنتها في عقد واحد

(الأولى: لو تزوج الأم و ابنتها في عقد واحد بطلا) (١٢) للنهى عن العقد (١) أى بين الزوجه الحره و الأمه حتى يقال إن الدخول شرط لتحريم بنت الزوجه دون بنت الأمه، بل الدخول شرط لتحريم بنتهما، و مع عدم الدخول لا تحرم البنت و إن لامس أو نظر إلى الأم، و إذا ثبت عدم حرمة بنت الملموسه فكذا أمها لعدم القول بالفصل، هذا و كان الأولى له الاستدلال بصحيح العيص و يستغنى عن هذين الدليلين.

(٢) دليل التحريم.

(٣) من كونه لا يحل لغير المالك.

(٤) على المملوكه.

(٥) كما تقدم، و لا حاجه إلى النظر و اللمس.

(٦) قال فى المسالك: (من أن النظر المحرم إلى الأجنبيه و اللمس به هل ينشر الحرمة فتحرم به الأم و إن علت و البنت و إن نزلت أم لا، هكذا نقله فخر الدين فى شرحه، و لم نقف على القائل بالتحريم، و على القول به لا تحرم المنظوره و الملموسه على الفاعل، و إنما نقل الخلاف فى أمها و بنتها، و كيف كان فهو قول ضعيف جدا لا دليل عليه) انتهى.

(٧) أى بالتحريم.

(٨) أى المصنف.

(٩) أى جعلها، و ضمير المفعول راجع للعبارة.

(١٠) حيث لم يخصها بالأمه.

(١١) على التحريم.

(١٢) بلا خلاف فيه ففي خبر مسعده بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تجمع بين الأم -

ص: ٢٧٣

الجامع بينهما (١)، و استحاله الترجيح، لاتحاد نسبته إليهما، (و لو جمع بين الأختين فكذاك) (٢)، لاشتراكهما في ذلك (٣).

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه منهم العلامه فى المختلف: (يتخير) واحده منهما، لمرسله جميل بن دراج عن أحدهما عليه السلام فى رجل تزوج أختين فى عقد واحد، قال: «هو بالخيار أن يمسك أيتهما شاء، و يخلى سبيل الأخرى». و هى مع ارسالها غير صريحه فى ذلك (٤)، لإمكان إمساك إحداهما بعقد جديد.

و مثله (٥) ما لو جمع بين خمس فى عقد (٦)، أو بين اثنتين و عنده ثلاث (٧)، أو بالعكس (٨)، و نحوه (٩)، -و الابنه، و لا بين الأختين) (١).

(١) بين الأم و ابنتها، بل العقد على كل واحده منهما محرّم للعقد على الأخرى، و نسبه العقد إلى كل منهما بالسويه و لا يمكن الحكم بصحة فيهما لمحذور الجمع، و لا فى احداهما المعينه لأنه ترجيح بلا مرجح فيلزم الحكم بالبطلان فيهما.

(٢) أى البطلان لما تقدم من الدليل، و مع ذلك فقد روى أنه يتخير فى أيهما شاء، ففى مرسله جميل بن دراج عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام (أنه قال فى رجل تزوج أختين فى عقده واحده، قال: هو بالخيار يمسك أيتهما شاء و يخلى سبيل الأخرى) (٢).

و قد عمل بها الشيخ و أتباعه، و قد رواها فى الكافى و التهذيب بسند مشتمل على على بن السندى و هو مجهول مع كونها مرسله، و إن أوردها الصدوق فى الفقيه بسند صحيح إلا أن دلالتها على المدعى غير ظاهره لإمكان حملها على إمساك أيتهما شاء بعقد جديد و يخلى الأخرى للبطلان.

(٣) و هو ما تقدم من الدليل عند جمع الأم و بنتها فى عقد واحد.

(٤) أى التخير المعتمد على العقد الواقع عليهما.

(٥) أى مثل الجمع بين الأختين بعقد واحد.

(٦) فمقتضى الدليل هو الحكم ببطلان العقد فى الخمس، و كذا ما بعده

(٧) و مقتضى الدليل هو بطلان العقد فى الاثنتين.

(٨) بأن كان عنده اثنتان و جمع بين ثلاث فى عقد واحد.

(٩) كما لو جمع بين أربع و عنده واحده.

ص: ٢٧٤

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

و يجوز الجمع بين الأختين فى الملك (١)، و كذا بين الأم و ابنتها فيه (٢). و إنما يحرم الجمع بينهما فى النكاح و توابعه (٣) من الاستمتاع.

(و لو وطء إحدى الأختين المملوكتين حرمت الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه) (٤) ببيع، أو هبه، أو غيرهما (٥).

و هل يكفى (٦) مطلق العقد الناقل للملك أم يشترط لزومه فلا- يكفى البيع بخيار، و الهبه التى يجوز الرجوع فيها وجهان: من اطلاق (٧) النص اشتراط خروج الأولى عن ملكه، و هو (٨) حاصل بمطلقه (٩)، و من أنها (١٠) مع تسلطه (١١) على (١)المجرد عن الوطاء لإطلاق قوله تعالى: **وَ أَجَلَ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ (١)** بعد كون النهى عن الجمع بين الأختين فى قوله تعالى: **وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ (٢)** مختصا بالعقد لسياق الآيه.

(٢) فى الملك.

(٣) من النظر و اللمس المحرّمين للأمه على المولى، و المحرّمين لأمها و بنتها عليه أيضا.

(٤) إذا ملك أختين دفعه أو على التعاقب صح التملك بلا خلاف فيه، و له نكاح أيتهما شاء، فإذا وطئ إحداهما حرم عليه وطئ الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر عبد الله بن سنان (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا كانت عنده الرجل الأختان المملوكتان فنكح إحداهما، ثم بدا له فى الثانية فنكحها فليس ينبغى له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه، يهبها أو يبيعها، فإن وهبها لولده يجزيه) (٣).

(٥) من نواقل الملك.

(٦) فى نقل الأولى عن ملكه حتى تحل له الثانية.

(٧) دليل لكفايه مطلق العقد الناقل، حيث ورد فى الخبر المتقدم (فليس ينبغى له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه) و هو ظاهر فى اشتراط مطلق الخروج و هو متحقق بمطلق الناقل.

(٨) أى الخروج.

(٩) أى بمطلق الناقل.

(١٠) دليل لاشتراط اللزوم فى العقد الناقل، و الضمير فى (أنها) راجع إلى الأولى.

(١١) أى تسلط المولى الواطئ.

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٤.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١.

فسخه (١) بحكم المملوكه.

و يضعف (٢) بأن غايه التحريم (٣) إذا علقت على مطلق الخروج لم يشترط معها (٤) أمر آخر، لثلا- يلزم جعل ما جعله الشارع غايه ليس بغايه (٥)، و قدرته (٦) على ردها (٧) إلى ملكه لا تصلح للمنع (٨)، لأنه (٩) بعد الإخراج اللازم متمكن منه (١٠) دائما على بعض الوجوه بالشراء، و الاتهاب، و غيرهما من العقود، فالإكتفاء بمطلق الناقل (١١) أجود.

و فى الإكتفاء بفعل ما يقتضى تحريمها عليه (١٢) كالتزويج (١٣) و الرهن و الكتابه و جهان: منشؤهما حصول الغرض (١٤) و هو (١٥) تحريم الوطء. و انتفاء (١) أى فسخ الناقل.

(٢) أى الوجه الثانى، و ضعفه أنه معارض بإطلاق النص.

(٣) أى غايه تحريم الثانى كما ورد فى الخبر هى خروج الأولى الموطوءه.

(٤) مع هذه الغايه.

(٥) و لو عبّر بأنه معارض بإطلاق النص لكان أخصر و أوضح.

(٦) أى قدره المولى الواطئ.

(٧) أى رد الأولى بعد إخراجها.

(٨) لأنه مع اللزوم فى الناقل هو قادر على التمكن من ردها إلى ملكه و لو بالشراء و نحوه، فاشترط اللزوم فى الناقل لا يحقق عدم التمكن من ردها، فالإكتفاء بمطلق الناقل تبعا لإطلاق الخبر هو الأولى.

(٩) أى المولى الواطئ.

(١٠) أى من ردها إلى ملكه.

(١١) و إن لم يكن لازما.

(١٢) أى تحريم الأولى على الفاعل الواطئ و إن لم تخرج عن ملكه.

(١٣) أى تزويجها من الغير بعقد.

(١٤) دليل الإكتفاء.

(١٥) أى الغرض من إخراج الأولى حتى تحل الثانى هو تحريم و طء الأولى عليه، و هذا التحريم كما يتحقق بالإخراج عن الملك على ما فى الخبر يتحقق فى هذه الأمور، و فيه: إنه استحسان محض بعد كون النص قد ورد بالإخراج.

النقل (١) الذى هو مورد النص، و هو (٢) الأقوى.

و لا فرق فى تحريم الثانيه بين وطى الأولى فى القبل و الدبر (٣).

و فى مقدماته (٤) من اللمس و القبلة و النظر بشهوه نظر (٥) من قيامها مقام الوطء (٦) كما سلف، و عدم صدق الوطء بها (٧) (فلو و طء الثانيه (٨) فعل حراما) مع علمه بالتحريم، (و لم تحرم الأولى)، لأن الحرام لا يحرم الحلال، و التحريم إنما تعلق بوطء الثانيه فيستصحب (٩)، و لأصالة الإباحه (١٠).

و على هذا فمتى أخرج إحداهما عن ملكه حلت الأخرى، سواء أخرجها للعود إليها أم لا، و إن لم يخرج إحداهما فالثانيه محرمه دون الأولى.

و قيل (١١):

(١) دليل عدم الاكتفاء.

(٢) أى الثانى.

(٣) لإطلاق لفظ نكاح الأولى الوارد فى الأخبار المتقدمه.

(٤) أى مقدمات الوطء، و هو خبر مقدم.

(٥) مبتدأ مؤخر.

(٦) فى التحريم فتلحق به.

(٧) أى بالمقدمات فلا تلحق بالوطء بعد كون النص قد حرم الثانيه إذا وطئ الأولى.

(٨) أى لو وطأ إحداهما حرمت عليه الأخرى، و لا تحل له الثانيه حتى يخرج الأولى عن ملكه، فلو و طء الثانيه قبل إخراج الأولى فقد فعل حراما، و لكن إذا وطأ الثانيه و الحال هذه و الحال هذه ففى تحريم الأولى أو الثانيه أو تحريمها معا أقوال:

الأول: للشيخ فى المبسوط و المحقق و ابن إدريس و أكثر المتأخرين، أن الأولى تبقى على الحل لأصالة بقاء الحل فيها و لأن الحرام لا يفسد الحلال، و الثانيه تبقى على الحرمة لأصالة بقاء الحرمة فيها، نعم متى ما أخرج الأولى عن ملكه حلت له الثانيه حينئذ لانتفاء المانع من الجمع بين الأختين.

و بقيه الأقوال سيأتى التعرض لها عند تعرض الشارح.

(٩) أى التحريم فى الثانيه.

(١٠) فى الأولى.

(١١) و هو الشىخ فى النهايه و ابنا البراج و سعيد و العلامه فى المختلف و ولده و الشهيد فى شرح -

ص: ٢٧٧

متى وطء الثانيه عالمًا بالتحريم حرمت عليه الأولى أيضا (١) إلى أن تموت الثانيه، أو يخرجها عن ملكه، لا لغرض العود إلى الأولى فإن اتفق إخراجها لا لذلك (٢) حلت له الأولى، وإن أخرجها ليرجع إلى الأولى فالتحريم باق، وإن وطء الثانيه جاهلا بالتحريم لم تحرم عليه الأولى.

و مستند هذا التفصيل روايات بعضها صريح فيه (٣) و خاليه عن المعارض، فالقول به متعين، و به (٤) ينتفى ما عللوه في الأول (٥).

-الإرشاد و المحقق الثاني في جامعهم، و تفصيله: إن كان وطء الثانيه للجهاله بالموضوع أو الحكم لم تحرم الأولى عليه، و إن كان الوطء المذكور مع العلم حرمت الأولى حتى تخرج الثانيه عن ملكه، لا للعود إلى الأولى، بل لو أخرج الثانيه للعود إلى الأولى فلا تحل الأول حينئذ، و مستند هذا التفصيل أخبار ففي صحيح أبي الصباح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل عنده اختان مملوكتان فوطئ إحداهما ثم وطئ الأخرى فقال:

إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى، قلت: أ رأيت إن باعها؟ فقال: إن كان إنما يبيعها لحاجه و لا يخطر على باله من الأخرى شىء فلا أرى بذلك بأسا، و إن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا (١)، و خبر على بن أبى حمزه عن أبى إبراهيم عليه السلام (سألته عن رجل ملك أختين أ يطؤهما جميعا؟ فقال: يطاء إحداهما فإذا وطء الثانيه حرمت عليه الأولى التى وطأ حتى تموت الثانيه أو يفارقها، و ليس له أن يبيع الثانيه من أجل الأولى ليرجع إليها، إلا أن يبيع لحاجه أو يتصدق بها أو تموت) ٢ و مثلها غيرها.

و هذه الأخبار محموله على صورته العلم جمعا بينها و بين خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: الرجل يشتري الأختين فيطاء إحداهما ثم يطاء الأخرى بجهاله قال:

إذا وطأ الأخرى بجهاله لم تحرم عليه الأولى، و إن وطأ الأخرى و هو يعلم أنهما عليه حرام حرمتا عليه جميعا) ٣. و لكن مع الأعراض عن ذيلها لمعارضته لما تقدم.

(١) كما حرمت الثانيه بسبب وطء الأولى.

(٢) أى لا للعود.

(٣) فى التفصيل.

(٤) أى بالتفصيل.

(٥) أى القول الأول من أن الحرام لا يحرم الحلال و لأصالة الإباحه، لأنه مع وجود الروايات-

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٩ و ١٠ و ٥.

و لو ملك أما و بنتها و وطء إحداهما حرمت الأخرى مؤبدا (١)، فإن وطء المحرّمه عالما حدّ (٢)، و لم تحرم الأولى (٣) و إن كان جاهلا، قيل (٤): حرمت الأولى أيضا مؤبدا.

و يشكل (٥) بأنه (٦) حينئذ لا يخرج عن وطء الشبهه، أو الزنا و كلاهما لا يحرم لاحقا كما مرّ (٧)، و خروج الأخت عن الحكم (٨) للنص، و إلا كان اللازم -لا يتم التعليل المذكور و لا يجرى الاستصحاب، هذا و هناك قول ثالث و هو أن الدخول بالثانيه يحرم الأولى مطلقا سواء كان عالما أم جاهلا حتى تخرج الثانيه عن ملكه بخلاف الثانيه فإنها غير محرّمه عليه و هذا القول عكس القول الأول، و قد اعترف الشارح فى المسالك بعدم معرفه قائله و يحتج له بخبر معاويه بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت عنده جاريتان أختان فوطأ إحداهما ثم بدا له فى الأخرى، قال عليه السلام:

يعتزل هذه و يطأ الأخرى، قلت: فإنه تنبعت نفسه للأولى، قال: لا يقربها حتى تخرج تلك عن ملكه) (١)، و فيه: إنه معارض بما سمعت، هذا و قال فى المسالك و لقد أجاد:

(و اعلم أن هذه الأخبار على كثرتها قد اشتركت فى الحكم بتحريم الأولى مع علم الواطئ بالتحريم فالقول ببقائها على الحل - كما هو مقتضى القول الأول - و أطراح جملة هذه الأخبار و إن ضعف طريقها مشكل، و اشتركت أيضا فى أن إخراج الثانيه لا يبيح العود إلى الأولى يحلّها و هذا أيضا لا يشبهه فيه، و بقى ما لو أخرج الأول عن ملكه مطلقا فإنه يحلّل الثانيه قطعا لزوال المقتضى للتحريم و هو الجمع، و بقى الإشكال فى حل أيتهما كان مع بقاءهما على ملكه و ينبغى التوقف فيه إلى أن يظهر المرجح و طريق الاحتياط لا يخفى) انتهى.

(١) لما تقدم من حرّمه أم الموطوءه و بنتها سواء كان الوطء بعقد أم ملك.

(٢) لأنه زان.

(٣) لأن الحرام لا يحرم الحلال.

(٤) لم أعثر على قائله.

(٥) أى القول الثاني من تحريم الأولى.

(٦) أى وطء الثانيه

(٧) من أن الحرام لا يفسد الحلال.

(٨) و أن وطء الثانيه عالما يحرم الأولى كما يحرم الثانيه على ما هو مقتضى القول الثاني المتقدم -

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

منه (١) عدم تحريم الأولى مطلقا (٢) كما اختاره هنا.

الثانية: لا يجوز أن يتزوج أمه على حره إلا بإذنها

(الثانية: لا يجوز أن يتزوج أمه على حره إلا بإذنها) (٣) و هو موضع وفاق، (فلو فعل) بدون إذنها (٤).

فى الفرع السابق.

(١) أى من وطء الثانية.

(٢) سواء كان عالما أم جاهلا.

(٣) كما هو المعروف بين الأصحاب، نعم عن الشيخ أنه حكى عن قوم من أصحابنا عدم الجواز وإن أذنت، و هو غير معروف القائل، و واضح الضعف لصحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السلام: هل للرجل أن يتمتع من المملوكه بإذن أهلها و له امرأه حره؟ قال عليه السلام: نعم إذا رضيت الحره، قلت: فإن أذنت الحره يتمتع منها؟ قال عليه السلام: نعم) (١)، و مورد المتعه إلا أنه لا قائل بالفرق بينها و بين الدوام كما فى الرياض.

(٤) أى إذن الحره، ففى بطلان العقد على الأمه أو وقوعه موقوفا على رضا الحره كعقد الفضولى، أو تخيير الحره فى فسخ عقدها أيضا أقوال:

الأول: البطلان و هو اختيار المحقق و ابن إدريس و هو ظاهر المبسوط و التبيان للشيخ للأخبار الناهيه عن ذلك.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (تزوج الحره على الأمه و لا تزوج الأمه على الحره، و من تزوج أمه على حره فنكاحه باطل) (٢)، و خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمه، فقال: تزوج الحره على الأمه، و لا تزوج الأمه على الحره، و نكاح الأمه على الحره باطل) (٣)، و خبر حذيفه بن منصور (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج أمه على حره لم يستأذنها؟ قال: يفرق بينهما، قلت: عليه أدب؟ قال:

نعم اثنا عشر سوطا و نصف، ثمن حد الزانى، و هو صاغر) ٤، و هذه الأخبار شامله لرضا الحره بعد العقد و عدمه.

القول الثانى: وقوعه موقوفا على رضا الحره كالعقد الفضولى، فلو أجازت بعد العقد صح، من غير أن يقع باطلا من رأس، و هو اختيار الماتن و جماعه لإطلاق صحيح ابن بزيع المتقدم،-

ص: ٢٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

٣- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و ٢.

(وقف العقد على اجازتها) (١) و لا- يقع باطلا (٢)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد (٣)، و ليس المانع هنا إلا عدم رضاها. و هو (٤) مجبور بإيقافه على اجازتها، كعقد الفضولي، و لروايه سماعه (٥) عن الصادق عليه السلام.

و قيل (٦): يبطل (٧)، لحسنه (٨) الحلبي: من تزوج أمه على حره فنكاحه -فالجَمع بينه و بين أخبار البطلان المتقدمه يقتضى البطلان ما لم تأذن سابقا و لا لاحقا.

القول الثالث: تخيير الحره بين فسخ عقد الأمه و إمضائه و بين فسخ عقد نفسها و إمضائه و قد حكاه فى المسالك عن جماعه، و هو المحكى عن الشيخين و ابن البراج و سلار و ابن حمزه، لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل تزوج أمه على ضره، فقال: إن شاءت الحره أن تقيم مع الأمه أقامت، و إن شاءت ذهبت إلى أهلها، قلت: فإن لم ترض بذلك و ذهبت إلى أهلها أله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام؟ قال: لا سبيل عليها إذا لم ترض حين تعلم، قلت: فذهابها إلى أهلها طلاقها؟ قال: نعم إذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء ثم تتزوج إن شاءت) (١).

و قد طعن الشارح فى المسالك كذا المحقق فى النافع فى سند خبر سماعه، و هو ليس فى محله، لأنه موثق و قد ثبت حجتيه فى محله.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالجمع بين النصوص يقتضى القول الثالث فيثبت بطلان عقد الأمه مع عدم إذن الحره بمفهوم الصحيح و بمنطوق نصوص البطلان، و يثبت صحته مع إذن الحره بمنطوق الصحيح لإطلاقه، و يثبت الخيار للحره فى عقد نفسها بمنطوق موثق سماعه.

(١) أى إجازة الحره.

(٢) و هو القول الثانى المتقدم.

(٣) كما فى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢).

(٤) أى عدم رضا الحره.

(٥) و قد تقدمت، و هى و إن دلت على تخيير الحره فى عقد نفسها لكنها أقرت بعدم وقوع عقد الأمه باطلا من رأس.

(٦) و هو القول الأول المتقدم.

(٧) و إن أذنت الحره بعد ذلك.

(٨) ليس فى السند من يتوقف فيه إلا إبراهيم بن هاشم، و هو لم يمدح و لم يذم فلذا جعلها-

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣.

٢- (٢) سورة المائدة، الآية: ١.

باطل، و نحوه روى حذيفه بن منصور عنه عليه السلام و زاد فيها (١) «أنه يعزّر (٢) اثني عشر سوطا و نصفًا، ثمن حد الزانى، و هو صاغر»، و تأويل البطلان (٣) بأنه (٤) آئل إليه (٥) على تقدير اعتراض الحره خلاف ظاهره (٦)، و روايه سماعه (٧) قاصره عن معارضته (٨). و على البطلان (٩) ينزل عقد الأمه منزله المعدوم.

و على ايقافه (١٠) قيل (١١): للحره فسخ عقدها (١٢) أيضا (١٣) كالعمه و الخاله (١٤)، و هو (١٥) ضعف فى ضعف (١٦). و جواز تزويج الأمه بإذن الحره - حسنه، و قد وصفناها بالصحيحه لأنه من شيوخ الإجازة، و هذا ما يغنى عن التوثيق.

(١) فى روايه حذيفه.

(٢) و التعزير - كما فى المسالك - مشروط هنا بالدخول و علمه بالتحريم.

(٣) أى و حمل البطلان الوارد فى صحيح الحلبي على ما لو لم تأذن فيما بعد.

(٤) أى عقد الأمه.

(٥) إلى البطلان.

(٦) لأن البطلان ظاهر فى الفعل، و لكن لا بد منه - كما عرفت - جمعا بينه و بين صحيح ابن بزيع.

(٧) الداله على عدم بطلانه فعلا بالالتزام.

(٨) أى معارضه خبر الحلبي، و فيه مع إمكان الجمع على ما تقدم فهو أولى من الطرح.

(٩) أى على القول ببطلان عقد الأمه لو وقع بغير إذن الحره.

(١٠) أى على وقوع عقد الأمه موقوفا على رضا الحره.

(١١) و هو القول الثالث المتقدم.

(١٢) أى عقد الحره.

(١٣) كما يجوز لها فسخ عقد الأمه.

(١٤) قد تقدم أن للعمه و الخاله فسخ عقدها و عقد بنت أخيها أو أختها عند تقدم عقد العمه و الخاله، و هو قول فى المسأله فراجع.

(١٥) أى القول الثالث فى مقامنا.

(١٦) لأنه مبني على القول بكون عقد الأمه موقوفا على رضا الحره و هو ضعيف، ما بني عليه من القول من جواز فسخ الحره عقد نفسها يكون ضعفا في ضعف. هذا و أما لو انعكس الفرض بأن تزوج الحره على الأمه فهو جائز و لازم إذا كانت الحره عالمه بالحال بلا -

ص: ٢٨٢

المستفاد من الاستثناء (١) مختص بالعبد (٢)، أو بمن يعجز (٣) عن وطء الحرة دون الأمه و يخشى العنت (٤)، أو مبنى على القول بجواز تزويج الأمه بدون الشرطين (٥) و إن كان الأقوى خلافه (٦) كما نبه عليه بقوله:

(و) كذا (لا يجوز للحر أن يتزوج الأمه مع قدرته على تزويج الحرة) (٧) بأن -خلاف فيه و لا إشكال، و لما تقدم من الأخبار كصحيح الحلبي عنى أبي عبد الله عليه السلام (تزوج الحرة على الأمه و لا تزوج الأمه على الحرة) (١)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن نكاح الأمه فقال: تتزوج الحرة على الأمه، و لا تتزوج الأمه على الحرة) ٢ و خبره الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للمسلم أن يتزوج الأمه على الحرة، و لا بأس أن يتزوج الحرة على الأمه) ٣ و مثلها غيرها. و لو كانت الحرة جاهله فلها الخيار فى بقائها مع الأمه و فسخ عقدها و رجوعها إلى أهلها كما هو المعروف بين الأصحاب لصحيح يحيى الأزرق (سألت أبا عبد الله عليه السلام (عن رجل كانت له امرأه وليده فتزوج حره و لم يعلمها بأن له امرأه وليده، فقال عليه السلام: إن شاءت الحرة أقامت، و إن شاءت لم تقم، قلت: قد أخذت المهر فتذهب به؟ قال عليه السلام: نعم بما استحلت من فرجها) (٢).

و ظاهرهم أنه ليس لها فسخ عقد الأمه لسبق لزومه و لا سبيل لها على إبطاله، نعم عن الشيخ فى التبيان التخيير بين فسخ عقد نفسها و فسخ عقد الأمه، و دليله غير ظاهر فى مقابل عمومات اللزوم، نعم عن المبسوط: أنه رواه، و لكنها لم تثبت.

(١) فى عبارته الماتن حيث قال (لا يجوز أن يتزوج أمه على حره إلا بإذنها).

(٢) لأنه لا يجوز تزويج الحر بالأمه فى الجملة على ما سيأتى.

(٣) من الأحرار.

(٤) لأنه سيأتى عدم جواز تزويج الحر بالأمه إلا بشرطين: عدم الطول و خوف العنت، و عليه فمع تحقق الشرطين فيجوز نكاح الحر بالأمه، و يتحقق موضوع مسألتنا من نكاح الأمه على الحرة و كذا العكس.

(٥) و هما عدم الطول و خوف العنت، و هو الأشهر، و عليه يتحقق موضوع مسألتنا من نكاح الأمه على الحرة و كذا العكس.

(٦) أى خلاف القول الأشهر.

(٧) المنسوب إلى أكثر المتقدمين منهم الشيخ فى المبسوط و الخلاف و المفيد و ابن البراج و ابن -

ص: ٢٨٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١.

-الجنيد و ابن أبى عقيل عدم جواز تزويج الحر للأمه مع إلا بشرطين و هما عدم الطول و خوف العنت لقوله تعالى: وَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ، فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرٍ مُسَافِحَاتٍ وَ لَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ، فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشِهِ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ، ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ، وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ (١).

و صدر الآيه ظاهر فى اشتراط جواز نكاح الأمه بأن لا يستطيع طولاً، و ذيلها ظاهر فى اشتراطه بخوف العنت، فلا يجوز إلا مع وجود الشرطين، و يدل عليه صحيح زراره بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يتزوج الأمه، قال عليه السلام: لا إلا أن يضطر إلى ذلك) (٢)، و موقوف محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (عن الرجل يتزوج المملوكه، قال عليه السلام: إذا اضطر إليها فلا بأس) (٣)، و موقوف أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (و فى الحر يتزوج الأمه، قال عليه السلام: لا بأس إذا اضطر إليها) (٤)، و مفهوم هذه الأخبار عدم جواز نكاح الأمه عند عدم الاضطرار، و حملت الضروره على الشرطين للآيه المتقدمه.

و قيل بالجواز و لو مع عدم الشرطين، و عن الشرائع أنه الأشهر لعمومات الحل كقوله تعالى: وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ (٤)، و قوله تعالى:

وَ لَمَّا مَهْ مُؤْمِنَةً خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ (٥) و قوله تعالى: وَ أَحْزَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٦)، و قوله تعالى: إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٧)، و هى ظاهره فى عدم الاشتراط، و لخبر يونس عنهم عليهم السلام (لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمه إلا أن لا يجد حره) (٨)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للحر أن يتزوج الأمه و هو-

ص: ٢٨٤

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٥.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤.

٤- (٥) سورة النور، الآيه: ٣٢.

٥- (٦) سورة البقره، الآيه: ٢٢١.

٦- (٧) سورة النساء، الآيه: ٢٤.

٧- (٨) سورة المؤمنون، الآيه: ٦.

٨- (٩) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

يجد (١) الحره و يقدر على مهرها، و نفقتها و يمكنه وطؤها، و هو المعبر عنه بالطول، -يقدر على الحره(١) و مرسل ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي أن يتزوج الرجل الحر المملوكه اليوم، إنما كان ذلك حيث قال عز و جل: وَ مَنْ لَمْ يَسْتِطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا، و الطول المهر، و مهر الحره اليوم مثل مهر الأمه أو أقل)٢، و هى ظاهره فى الكراهه بقريته (لا ينبغي) مع ضميمه أن العمده فى الدليل هو الآيه، و هى داله على الاشتراط من ناحيه مفهوم صدرها، و هو مفهوم الشرط، و نوقش بأنه تاره ليس بحجه و أخرى بأنه وارد مورد الإرشاد لما فيه مصلحه المكلف و ثالثه بأنه لم يثبت أن كلمه (من) الوارده فى صدر الآيه منزله منزله (إن) فى إفاده المفهوم، و رابعه أن الآيه لو كان لها مفهوم لعمّ العبد مع أنه على خلاف الإجماع من جواز النكاح له للامه بدون هذين الشرطين.

و فيه: إن ظهور (لا ينبغي) فى الجواز ممنوع، و لو سلم فلا يقوى على صرف الظواهر المتقدمه فى الكتاب و السنه على المنع، و هذه الظواهر المانع هي المقيده لعمومات الحل و أما المناقشه لمفهوم الآيه، فمفهوم الشرط و إن لم يكن حجه كما حرر فى الأصول، إلا أنه حجه هنا لوجود القرائن و هى الأخبار، و دعوى أنه للإرشاد مدفوعه لسياق الآيه فى كونها وارده مورد التحليل و التحريم و هذا ما يقتضى أنها للتعليق المقيده للعموم.

و دعوى أن (من) ليس كلفظ (إن) فى الشرطيه فمدفوعه أن كليهما تفيدان التعليق و المدار فى الشرط عليه.

و أما عموم المفهوم للعبد فلا يضر لأنه لا مانع من تخصيص المفهوم بغير العبد لقيام الدليل الخارجى عليه.

ثم مع تحقق الشرطين فلا إشكال فى الجواز و إن كان الصبر أفضل لقوله تعالى: وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ (٢) ، كما لا إشكال فى جواز وطء الأمه بالملك و لو مع عدم الشرطين باتفاق المسلمين، و فى الجواهر أنه لا ريب فيه، و على القول بالمنع فلا فرق بين الدائم و المنقطع لشمول لفظ النكاح المشروط بهما، و الوارد فى الآيه و الأخبار لهذين القسمين، و أما التحليل فإن جعلناه عقدا امتنع أيضا، و إن جعلناه إباحه فلا كما لا يمنع وطؤها بملك اليمين كما فى المسالك.

(١) تفسير لقدرته على تزويج الحره، و هو تفسير للطول الوارد فى الآيه، و الطول لغه الزياده-

ص: ٢٨٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٣ و ٥.

٢- (٣) سورة النساء، الآيه: ٢٥.

(أو مع عجزه (١) إذا لم يخش العنت) (٢) و هو (٣) لغه: المشقه الشديده، و شرعا (٤):

الضرر الشديد بتركه (٥) بحيث يخاف الوقوع فى الزنا، لغلبه الشهوه، و ضعف التقوى.

و ينبغى أن يكون الضرر الشديد وحده كافيا (٦) و إن قويت التقوى، للخرج، أو الضرر المنفيين، و أصله عدم النقل (٧).

و على اعتبار الشرطين (٨) ظاهر الآيه (٩)، و بمعناها روايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام. و دلالتهما (١٠) بمفهوم الشرط. و هو (١١) حجه عند المحققين.

و الفضل، و المراد به هنا الزيادة فى المال و سعته بحيث يتمكن من نكاح الحره بأن يقوم بما يتوقف عليه من مهرها و نفقتها، ثم لا يكفى وجود المال مع عدم وجود الحره أو عدم إمكان وطئها قبلا لصغر و غيره من مرض لصدق عدم الطول على نكاح الحره، و ظاهرهم الاتفاق عليه.

(١) أى بحجزه عن تزويج الحره.

(٢) لأنه مع الخشيه بمعنى الخوف لا يتحقق الشرط الثانى، و هو خوف العنت، و العنت لغه المشقه الشديده، و أصله انكسار العظم بعد جبره ثم استعير لكل مشقه و ضرر، و المراد به الوقوع فى الزنا الذى تؤدى إليه غلبه الشهوه، و لا ضرر أعظم من موقعه ما يؤدى إلى غضب الله فى الدنيا و استحقاق العذاب فى الآخره، و هذا ما نسب إلى أكثر المفسرين، و لكن الذى يقتضيه العمل بالظاهر حمل العنت على المشقه الشديده كما هو المعنى اللغوى و العرفى، و دعوى نقل العنت شرعا إلى خصوص الزنا مما لا دليل عليها، فاللازم هو القول بأن خوف الوقوع فى المشقه الشديده سواء كان كالزنا أم لا هو المراد من خشيه العنت.

(٣) أى العنت.

(٤) قد عرفت عدم الدليل على هذا النقل.

(٥) بترك زواج الأمه.

(٦) فى زواج الأمه.

(٧) أى نقل لفظ العنت من معناه اللغوى إلى المعنى الشرعى.

(٨) من عدم الطول و خوف العنت.

(٩) سورة النساء آيه: ٢٥.

(١٠) أى الآيه و الروايه.

(١١) أى مفهوم الشرط.

(و قيل يجوز) العقد على الأمة مع القدره على الحره (على كراهه) للأصل (١)، و عمومات الكتاب مثل إِيَّا عَلٰى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢). وَ لَأَمَّهُ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ (٣). وَ أَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٤)، وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ (٥) و لروايه ابن بكير المرسله عن الصادق عليه السلام «لا ينبغي» و هو (٦) ظاهر فى الكراهه.

و يَضَعْفُ بِأَنَّ الْاِشْتِرَاطَ الْمَذْكُورَ (٧) مَخْصِيصٌ لِمَا ذَكَرَ مِنَ الْعُمُومَاتِ، وَ الرَّوَايَةُ مَعَ اِرْسَالِهَا ضَعِيفَةٌ (٨)، وَ ضَعْفٌ مُطْلَقٌ (٩) الْمَفْهُومِ مَمْنُوعٍ (١٠). وَ تَنْزِيلُ (١١) الشَّرْطِ عَلَى الْأَغْلَبِ (١٢) خِلَافَ الظَّاهِرِ.

(و هو) أى القول بالجواز (مشهور) بين الأصحاب، إلا أن دليله غير ناهض عليه فلذا نسبه إلى الشهره (فعلى) القول (الأول) (١٣) لا يباح) نكاح الأمة (إلا بعدم الطول)، و هو (١٤) لغه الزيادة و الفضل. و المراد به هنا الزيادة فى المال وسعته بحيث يتمكن معها من نكاح الحره فيقوم بما لا بد منه من مهرها، و نفقتها.

(١) أى أصل الجواز المستفاد من أدله البراءه.

(٢) سورة المؤمنون آيه: ٦.

(٣) سورة البقره آيه: ٢٢١.

(٤) سورة النساء آيه: ٢٥.

(٥) سورة النور آيه: ٣٢.

(٦) أى لفظ (لا ينبغي).

(٧) أى اشتراط نكاح الأمة بالشرطين السابقين.

(٨) لأن سندها مشتمل على ابن فضال و هو واقفى.

(٩) حتى مفهوم الشرط.

(١٠) و لو سلم بضعف مفهوم الشرط، لكن هو حجه مع القرينه، و هى موجوده هنا و هى الأخبار المتقدمه.

(١١) فى الآيه.

(١٢) و هو أن غير المستطيع يتزوج الأمة إذا خشى العنت.

(١٣) من عدم جواز نكاح الأمة إلا بالشرطين.

(١٤) أى الطول.

و يكفى للنفقة وجوده (١) بالقوه كغله الملك، و كسب ذى الحرفه (و خوف العنت) بالفتح. و أصله انكسار العظم بعد الجبر، فاستعير لكل مشقه و ضرر، و لا ضرر أعظم من مواقعه المأثم (٢). و الصبر عنها (٣) مع الشرطين أفضل، لقوله تعالى: وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ (٤) (و تكفى الأمه الواحده) لاندفاع العنت بها، و هو (٥) أحد الشرطين فى الجواز.

(و على الثانى) و هو الجواز مطلقا (٦) (يباح اثنتان) لا أزيد كما سيأتى.

الثالثه: من تزوج امرأه فى عدتها

(الثالثه: من تزوج (٧) امرأه فى عدتها بائه كانت، أو رجعيه)، أو عدده وفاه، أو عدده شبهه، و لعله غلب عليهما (٨) اسم البائنه (٩) عالما بالعدده و التحريم بطل العقد و حرمت) عليه (أبدا) (١٠)، و لا فرق بين العقد الدائم و المنقطع (١) أى وجود المال.

(٢) و هو الزنا.

(٣) عن الأمه.

(٤) سورة النساء آيه: ٢٥.

(٥) أى اندفاع العنت.

(٦) مع الشرطين و عدمهما، و المعنى مع الطول و عدمه و مع خوف العنت و عدمه.

(٧) بالعقد الدائم أو المنقطع.

(٨) على عدده الوفاه و عدده الشبهه.

(٩) لعدم الرجوع فيهما.

(١٠) التفصيل بين العلم و الجهل و بين الدخول و عدمه فى تزويج ذات العده مستند إلى أخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يتزوج المرأة فى عدتها، قال عليه السّلام: يفرّق بينهما و لا تحلّ له أبدا) (١)، و صحيح إسحاق بن عمار (قلت لأبى إبراهيم عليه السّلام: بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوج المرأة فى عدتها لم تحلّ له أبدا، فقال: هذا إذا كان عالما، فإذا كان جاهلا فارقتها و تعتد منه ثم يتزوجها نكاحا جديدا) ٢، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا تزوج الرجل المرأة فى عدتها و دخل بها لم تحلّ له أبدا عالما كان أو جاهلا، و إن لم يدخل حلّت للجاهل و لم تحلّ للآخر) ٣، و مثلها غيرها من الأخبار، و عليه فإما أن يكونا عالمين أو جاهلين أو تكون-

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢٢ و ١٠ و ٣.

المرأه عالمه و الرجل جاهلا أو بالعكس فالصور أربعه، و على تقدير الجهل فإما أن يكون الجهل بالتحريم أو بالعهده أو بهما فصور الجهل ثلاثه مضروبه بهذه التقادير فالحاصل تسعه، و هى مضافه إلى صوره العلم فالمجموع عشره، و على التقادير العشره إما أن يكون قد دخل أو لا فهذه عشرون، و جملة أحكامها أنه إذا دخل بها فى العده حرمت مطلقا، و إن لم يدخل بها فإن كانا عالمين حرمت كذلك، و إن كانا جاهلين بالعهده أو التحريم أو بهما معا لم تحرم، و إن جهل أحدهما و علم الآخر اختص كل واحد بحكمه، و هذا التفصيل مستفاد من الأخبار و قد تقدم بعضها.

ثم لا فرق فى العده بين الرجعيه و البائنه و عده الوفاه و عده الشبهه لإطلاق الأخبار، و يؤيده صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام الوارد فى عده المتوفى عنها زوجها قال (المرأه الجبلى يتوفى عنها زوجها فتضع و تزوّج قبل أن تعتدّ أربعه أشهر و عشرا، فقال عليه السّلام: إن كان الذى تزوجها دخل بها فزوّج بينهما و لم تحلّ له أبدا و اعتدّت بما بقى عليها من عده الأول، و استقبلت عده أخرى من الآخر ثلاثه قروء، و إن لم يكن دخل بها فزوّج بينهما و أتمت ما بقى من عدتها، و هو خاطب من الخطاب)(١).

ثم لا فرق فى المعتده بين الحره و الأمه لإطلاق الأخبار المتقدمه و يؤيده صحيح إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الأمه يموت سيدها قال: تعتد عده المتوفى عنها زوجها، قلت: فإن رجلا تزوجها قبل أن تنقضى عدتها، قال: يفارقها ثم يتزوجها نكاحا جديدا بعد انقضاء عدتها، قلت: فأين ما بلغنا عن أبيك فى الرجل إذا تزوج المرأه فى عدتها لم تحلّ له أبدا؟ قال: هذا جاهل)(٢).

ثم لا فرق فى الزواج بين كونه بالعقد الدائم أو المنقطع لإطلاق الأخبار، و ثم لا فرق فى الدخول بين القبل و الدبر للإطلاق، و لا- فرق فى الجهل بين كونه جاهلا- بالتحريم أو بالعهده أو بهما و يؤيده صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى إبراهيم عليه السّلام (سألته عن الرجل يتزوج المرأه فى عدتها بجهاله، أ هى ممن لا تحلّ له أبدا؟ فقال عليه السّلام: لا أمّا إذا كان بجهاله فليتزوجها بعد ما تنقضى عدتها، و قد يعذر الناس فى الجهاله بما هو أعظم من ذلك، قلت: بأى الجهالتين يعذر، بجهالته إن لم يعلم أن ذلك محرّم عليه أم بجهالته أنها فى عده؟ فقال عليه السّلام: إحدى الجهالتين أهون من الأخرى، الجهاله بأن الله حرّم-

ص: ٢٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٥.

فيهما (١) لإطلاق النصوص الشامل لجميع ما ذكر (٢) (وإن جهل أحدهما): العده، أو التحريم (أو جهلهما حرمت (٣) إن دخل) بها قبلا، أو دبرا، (وإلا فلا) (٤)، و لو اختص العلم بأحدهما، دون الآخر اختص به (٥) حكمه (٦)، و إن حرم على الآخر التزويج (٧) به من حيث المساعدة على الإثم، و العدوان (٨).

و يمكن سلامته (٩) من ذلك (١٠) بجهله التحريم (١١)، أو بأن يخفى عليه عين الشخص المحرم مع علم الآخر، و نحو ذلك (١٢).

-ذلك عليه، و ذلك بأنه لا يقدر على الاحتياط معها، فقلت: فهو في الأخرى معذور؟ قال عليه السّلام: نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها، فقلت: فإن كان أحدهما متعمدا و الآخر يجهل؟ فقال عليه السّلام: الذي تعمد لا يحلّ له أن يرجع إلى صاحبه أبدا (١).

(١) أى فى البطلان و التحريم مؤبدا.

(٢) من كونها ذات عده رجعيه أو بائنه أو عده وفاه أو عده شبهه، و كون العقد دائما أو متعه.

(٣) مؤبدا.

(٤) أى فلا تحرم و لكن يبطل العقد و عليه تجديده بعد انقضاء عدتها.

(٥) أى بالعالم.

(٦) و هو التحريم المؤبد مع بطلان العقد.

(٧) و لكن بعد العده.

(٨) و قد قال تعالى: وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ (٢).

(٩) أى سلامه الجاهل.

(١٠) أى من تحريم التزويج بالآخر من حيث المساعدة على الاثم.

(١١) أى التحريم المؤبد بالنسبه إلى العالم، و المعنى أن الجاهل لا يحرم عليه الآخر، و لكن يحرم عليه التزويج به بعد العده من حيث المساعدة على الاثم، إلا أن يكون الجاهل جاهلا بكون التحريم المؤبد ثابتا فى حق العالم أو جاهلا بشخص هذا العالم فيجوز له التزويج به بعد العده.

(١٢) كجهله بأن الطرف الآخر عالم فى حال العقد.

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤.
- ٢- (٢) سورة المائدة الآية (٢).

و فى الحكم بصحه العقد على هذا التقدير (١) نظر، و يتعدى التحريم على تقدير الدخول إلى أبيه و ابنه (٢) كالموطوءه بشبهه مع الجهل و المزنى بها مع العلم.

و فى إلحاق مده الاستبراء بالعدّه فتحرم بوطنها فيها (٣) وجهان، أجمدهما العدم، للأصل (٤)، و كذا الوجهان (٥) فى العقد عليها (٦) مع الوفاه (٧) المجهوله ظاهرا (٨) قبل العده (٩) مع وقوعه (١٠) بعد الوفاه (١١) فى نفس الأمر (١٢)، أو (١) و هو صوره ما لو علم أحدهما و جهل الآخر مع حرمه التزويج على الجاهل بعد العده من باب المساعده على الاثم، فالتزويج و إن كان حراما و لكن فى صحته إشكال، وجه الصحه أن التحريم من حيث المساعده على الاثم لا تقتضى الفساد، و وجه البطلان أن الحكم بصحه العقد من طرف الجاهل لا يناسب الحكم بفساده من طرف العالم، و لا يمكن الحكم بصحه العقد من جهه دون أخرى بحسب نفس الأمر و الحكم هنا بهذا اللحاظ، و إن أمكن فى ظاهر الحال كالمختلفين فى صحته و فساده.

(٢) فمع الدخول تحرم على أبيه و ابنه لأنه زان أو واطئ بشبهه، و كلاهما ينشران التحريم على أصح القولين كما تقدم، إذا كانا أسبق من العقد، ثم إن هذا الدخول إن كان مع العلم بأنها فى عده الغير و أنه لا يجوز له العقد عليها فالدخول زنا و إلا فالدخول شبهه.

(٣) أى فتحرم الأمه بوطنها فى مده الاستبراء.

(٤) و هو استصحاب الحل، ففى القواعد: (هل وطء الأمه فى الاستبراء كالوطء فى العده إشكال)، و فى المسالك: (و فى إلحاق مده الاستبراء بالعدّه وجهان، و عدمها أقوى و قوفا على موضع النص و استصحابا للحل فى غيره) و جزم بالعدم فى الجواهر للاستصحاب، و قواه فى كشف اللثام لأن المتبادر من العده فى الأخبار لا يشمل مده الاستبراء، لانصرافه إلى غيرها.

(٥) من الإلحاق و عدمه.

(٦) على المرأه و لكن بدون دخول.

(٧) أى و فاه زوجها.

(٨) بالنسبه للمرأه.

(٩) متعلق بقوله (فى العقد عليها)، أى و كان العقد قبل العده لأن عده المتوفى عنها زوجها تبدأ من حين علمها بالوفاه.

(١٠) أى وقوع العقد.

(١١) بعد و فاه الزوج.

(١٢) و بشرط علم العاقد إذ مع جهله بالحال و مع عدم الدخول لا وجه للتحريم، و صوره الدخول ستذكر فيما بعد، و علم الزوجه هنا غير متصور و إلا تصير معتده.

الدخول مع الجهل (١).

و الأقوى عدم التحريم، لانتفاء المقتضى له (٢)، و هو كونها معتده، أو مزوجه سواء كانت المده (٣) المتخلله بين الوفاء و العده بقدرها (٤)، أم أزيد أم أنقص، و سواء (٥) وقع العقد أو الدخول فى المده الزائده عنها (٦) أم لا، لأن العده إنما تكون بعد العلم (٧) بالوفاء، أو ما فى معناه (٨) و إن طال الزمان.

و فى إلحاق ذات البعل بالمعتده وجهان: من أن (٩) علاقه الزوجيه فيها (١٠) أقوى (١١)، و انتفاء (١٢) النص.

(١) أى جهل العاقد.

(٢) للتحريم، و المقتضى للتحريم هو كون الزوجه معتده أو مزوجه، و هذا المقتضى منتف لأن المرأه فى هذه الصوره ليست معتده لأنها غير عالمه بالوفاء، و لا مزوجه لفوات زوجها بالموت واقعا.

(٣) التى وقع فيها العقد أو الدخول.

(٤) أى بقدر العده.

(٥) و هذا مبنى على كون المده المتخلله أزيد من العده.

(٦) عن العده.

(٧) أى علم المرأه.

(٨) كشهاده العدلين و حكم الحاكم بها بعد الفحص فى أربع سنين.

(٩) دليل لإلحاق ذات البعل بالمعتده.

(١٠) فى ذات البعل.

(١١) و فيه: إن التحريم الأبدى لعله حكم تعبدى من آثار العده فقط و لا ربط للزوجيه فيه.

(١٢) دليل لعدم الإلحاق، أى و انتفاء النص فى ذات البعل، لأن النص مختص بذات العده.

هذا و الشارح اتبع العلامه فى تحرير هذه المسأله حيث قال العلامه فى القواعد: (لو تزوج بذات البعل ففى إلحاقه بالمعتده إشكال، ينشأ من عدم التنصيص، و من أولويه التحريم) انتهى، و قد عرفت الإشكال فى أولويه التحريم إذ يحتمل أن يكون التحريم من مختصات العده فلا يشمل ذات البعل، و أما عدم التنصيص فهو عجيب من العلامه و قد تابعه على نفى النص كل من ولده فى الإيضاح و الشارح كما سمعت.

مع أن النصوص وارده في العقد على ذات البعل و هي على طوائف

فمنها: ما يدل على الحرمة مطلقا كموثق أديم بن الحر عن أبي عبد الله عليه السلام (التي -

ص: ٢٩٢

و الأقوى أنه مع الجهل، و عدم الدخول لا تحرم (١)، كما أنه لو دخل بها عالما حرمت، لأنه زان بذات البعل، و الإشكال فيهما (٢) واه، و إنما يقع الاشتباه -تزوج و لها زوج يفترق بينهما ثم لا يتعاودان أبدا(١).

و منها: ما يدل على الحرمة مع الدخول كموثق زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إذا نعى الرجل إلى أهله أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت، فجاء زوجها الأول، فإن الأول أحق بها من هذا الأخير، دخل بها الأول أم لم يدخل بها، و ليس للآخر أن يتزوجها أبدا، و لها المهر بما استحل من فرجها)٢، و موثقه الآخر عنه عليه السلام (فى امرأه فقد زوجها أو نعى إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال عليه السلام:

تعتدّ منهما جميعا ثلاثة أشهر عده واحده، و ليس للآخر أن يتزوجها أبدا)٣، و هما ظاهران فى صورته الدخول بقريته استحقاق المهر فى الأول و بقريته الاعتداد فى الثانى، نعم الثانى ظاهر فى الاكتفاء بعده واحده و هم لا يقولون بذلك فلذا أعرضوا عن ذيله.

و منها: ما يدل على الحرمة فى صورته العلم دون الجهل كمرفوع أحمد بن محمد (أن الرجل إذا تزوج امرأه و علم أن لها زوجها فرّق بينهما و لم تحلّ له أبدا(٢).

و منها: ما يدل على عدم الحرمة فى صورته الجهل و إن دخل كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل تزوج امرأه ثم استبان له بعد ما دخل بها أن لها زوجا غائبا فتركها، ثم إن الزوج قدم فطلقها أو مات عنها، أيتزوجها بعد هذا الذى كان تزوجها و لم يعلم أن لها زوجا؟ قال عليه السلام: ما أحبّ له أن يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره)٥.

و مقتضى الجمع بين الأخبار هو عدم الحرمة فى صورته الجهل مع عدم الدخول، و الحرمة فيما عداها، و لا يعارض هذا الجمع إلا صحيح عبد الرحمن المتقدم فإنه دال على عدم الحرمة مع الدخول و لعل المراد بالدخول فيه هو الخلوه بها كما فى الوسائل و لم يستبعده جماعه جمعا بين النصوص و عليه فلا إشكال، و يكون التفصيل الوارد فى المعتده جاريا فى ذات البعل.

(١) و لكن لا إشكال فى بطلان العقد.

(٢) فى عدم الحرمة فى الصورة الأولى و فى الحرمة فى الصورة الثانية، هذا و فى المسالك أنه لا إشكال فى هاتين الصورتين حيث قال: (و لا إشكال مع العلم بالتحريم لاقتضاء الزنا-

ص: ٢٩٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و ٦ و ٢.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١٠ و ٤.

مع الجهل و الدخول (١)، أو العلم مع عدمه (٢) و وجه الإشكال من عدم (٣) النص عليه (٤) بخصوصه، و كون (٥) الحكم بالتحريم هنا (٦) أولى للعلاقه (٧). و لعله أقوى.

و حيث لا يحكم بالتحريم (٨) يجدد العقد بعد العده إن شاء، و يلحق الولد مع الدخول و الجهل بالجاهل منهما (٩) إن ولد فى وقت امكانه منه (١٠)، و لها مهر التحريم، و لا فى عدمه مع الجهل و عدم الدخول) و فى الرياض دعوى الإجماع على الصورة الأولى و دعوى عدم الخلاف فى الصورة الثانية، و مثله غيره، و عليه فلا- معنى لقول الشارح من أن الإشكال فيهما واه، لعدم وجوده بعد عدم المخالف.

(١) و فيه: إن موثقى زراره المتقدمين قد دلا على التحريم فى هذه الصورة فراجع.

(٢) أى عدم الدخول، و فيه: إن مرفوع أحمد بن محمد بإطلاقه قد دل على التحريم فى هذه الصورة فراجع.

(٣) وجه عدم الإسحاق بالمعتده فلا تحريم.

(٤) أى على الحكم فى هاتين الصورتين، و قد عرفت وجود النص.

(٥) وجه الإلحاق بالمعتده فالتحريم المؤبد ثابت.

(٦) فى الصورتين الأخيرتين.

(٧) أى علاقه الزوجيه.

(٨) أى التحريم المؤبد كما فى صورته الجهل مع عدم الدخول.

(٩) لكون الوطء حينئذ وطأ بشبهه.

(١٠) أى من الجاهل فإن جاء الولد بعد مضى و طء الثانى سته أشهر أو أزيد، و كان قد مضى من و طء الأولى أقصى مده الحمل و هى عشره أشهر فالولد للثانى بلا- إشكال فيه كما فى الرياض و قطعا كما فى الجواهر، و يشهد له مرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام (فى المرأه تزوج فى عدتها، قال عليه السلام: يفرق بينهما و تعتدّ عده واحده منهما جميعا، و إذا جاءت لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير، و إن جاءت بولد لأقل من سته أشهر فهو للأول) (١)، و منه تعرف ما لو جاء الولد لأقل من سته أشهر من و طء الثانى و لم يمض على و طء الأول أقصى مده الحمل فالولد للأول، و أما لو جاء الولد بعد مضى أقصى المده من و طء الأول، و قبل سته أشهر من و طء الثانى فلا يلحق بواحد منهما للعلم باتفائه عنهما.

ص: ٢٩٤

المثل مع جهلها بالتحريم (١)، و تعتد منه (٢) بعد اكمال الأولى (٣).

الرابعة: لا تحرم المزني بها على الزاني

(الرابعة: لا- تحرم المزني بها على الزاني (٤). (١) كما في موثق زراره المتقدم حيث قال عليه السّلام (و لها المهر بما استحل من فرجها) (١) و المراد من المهر هو مهر المسمى كما عن الشيخ في المبسوط و العلامه لظاهر الخبر المتقدم، و لغيره من الأخبار المصرحة بلفظ المهر كموثق سليمان بن خالد (سألته عن رجل تزوج امرأه في عدتها فقال عليه السّلام: يفرّق بينهما و إن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها و يفرّق بينهما فلا تحلّ له أبدا، و إن لم يكن دخل بها فلا شيء لها من مهرها) (٢) و عن بعضهم منهم الشارح هنا أنه مهر المثل لفساد المسمى بفساد العقد فينتقل إلى المثل، و فيه إنه على خلاف ظاهر الأخبار المتقدمه، هذا و اعلم أنه مع عدم الدخول لا شيء لها لفساد العقد و لم يستحل شيئا من فرجها، لأن الغرض عدم الدخول و يدل عليه ذيل الموثق المتقدم، نعم لو وطء شبهه فلها مهر المثل لأنه العوض عن استباحه البضع.

(٢) من الثاني و لو كان عالما بشرط أن تكون جاهله، و إلا فمع علمها أيضا فيكون زنا، و لا عده للزاني.

(٣) أي العده الأولى من الأول، كما دلت عليه الأخبار الواردة في ذات العده كخبر محمد بن مسلم المتقدم، و سيأتي بحثه مفصلا في كتاب الطلاق، و ما ورد من أنها تعتد عده واحده لكليهما كما تقدم في بعض الأخبار غير مأخوذ به لمعارضته بما هو أقوى.

(٤) كما هو المشهور، لعموم (الحرام لا يحرم الحلال) (٣)، كما ورد في الأخبار، و قد تقدم بعضها في بحث الزنا المتأخر عن العقد، و لخصوص أخبار:

منها: صحيح عبيد الله بن علي الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (أيما رجل فجر بامرأه ثم بدا له أن يتزوجها حلالا، قال عليه السّلام: أوله سفاح و آخره نكاح، و مثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراما ثم اشتراها بعد فكانت له حلالا) (٤)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل فجر بامرأه ثم بدا له أن يتزوجها، فقال عليه السّلام:

حلال، أوله سفاح و آخره نكاح، أوله حرام و آخره حلال) ٥ و مثلها غيرها.-

ص: ٢٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤ و ٥، و باب - ٦ - حديث ٦ و ٩ و ١١ و ١٢.

٤- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ و ١.

(إلا أن تكون (١)). -و عن الشيخين و جماعه المنع إلا مع التوبه للأخبار:

منها: موثق عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يحلّ له أن يتزوج امرأة كان يفجر بها؟ قال عليه السلام: إن آنس منها رشدا فنعم، و إلا فليراودها على الحرام فإن تابعته فهي عليه حرام، و إن أبت فليتزوجها)^(١)، و خبر إسحاق بن حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في تزويجها هل يحلّ له ذلك؟ قال عليه السلام: نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها، و إنما يجوز له أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها)^(٢)، و خبر أبي المغراء عن أبي بصير (سألته عن رجل فجر بامرأة ثم أراد أن يتزوجها، فقال: إذا تاب حلّ له نكاحها، قلت: كيف يعرف توبتها؟ قال: يدعوها إلى ما كانا عليه من الحرام، فإن امتنعت فاستغفرت ربها عرف توبتها)^(٣).

و هي مع ضعف سند بعضها، و كون الشهره على خلافها، و لتضمنها إلى الدعاء إلى الحرام و هو إغراء بالقبيح و هو غير مناسب من المعصوم عليه السلام، محموله على التقية لموافقته لبعض العامة كأحمد بن حنبل و قتاده.

(١) أي الزانية، فالزنا بذات البعل موجب للتحريم المؤبد، و في كشف اللثام قطع به الأصحاب إلا-المحقق في الشرائع، ففي الشرائع نسبه إلى المشهور و ظاهره التوقف فيه.

و استدلل للمشهور بالإجماع كما عن جماعه منهم السيد و ابن زهره و الحلبي و الفخر، و بالرضوى (و من زنا بذات بعل محضا كان أو غير محض، ثم طلقها زوجها أو مات عنها و أراد الذي زنا بها أن يتزوج بها لم تحلّ له أبدا)^(٣).

و الفرق بين مقامنا و بين ما تقدم من العقد على ذات البعل، أن المقام هنا مجرد عن العقد بخلافه هناك، ثم لا فرق في مقامنا على المشهور بين علم الزاني بكونها ذات بعل و عدمه و لا- بين دخول البعل بها و عدمه، و لا بين المتمتع بها و الدائم عملا بالعموم الوارد هنا (و من زنا بذات بعل).

و تلحق المعتده بذات البعل، لأنها بحكم الزوجه، و لا يلحق بزنا ذات البعل الزنا بذات العده البائنه و عده الوفاء، و لا الزنا بالأمه الموطوءه بالملك عملا بأصالة عدم التحريم المؤبد، بعد حمل الإجماع و النص المتقدم على مورد الوفاق و هو الزنا بذات البعل فقط.

ص: ٢٩٦

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٤ و ٧.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٨.

(ذات بعل) دواما (١) و متعه، و المعتده رجعيه بحكمها (٢)، دون البائن (٣)، و الحكم فيه (٤) موضع وفاق.

و فى إلحاق الموطوءه بالملك بذات البعل وجهان مأخذهما: مساواتها (٥) لها فى كثير من الأحكام خصوصا المصاهره (٦). و اشتراكهما (٧) فى المعنى المقتضى للتحريم، و هو (٨) صيانه الأنساب عن الاختلاط (٩)، و أن ذلك (١٠) كله (١١) لا يوجب اللحاق (١٢) مطلقا (١٣)، و هو الأقوى.

(و لا تحرم الزانيه) على الزانى، و لا على غيره (١٤)، (١)الدوام و المتعه قيد لذات البعل.

(٢)أى بحكم ذات البعل من ناحيه أنها بحكم الزوجه.

(٣)و كذا المتوفى عنها زوجها.

(٤)فى تحريم ذات البعل على الزانى مؤبدا.

(٥)دليل الإلحاق، و المراد منه مساواه الأمه للزوجه.

(٦)حيث تحرم أمها و بنتها على المالك الواطئ و تحرم الموطوءه على أب الواطئ و ابنه و هكذا.

(٧)دليل ثان للإلحاق، و المعنى اشتراك الأمه و الزوجه.

(٨)و هو مقتضى التحريم.

(٩)و هو استحسان محض.

(١٠)دليل لعدم الإلحاق.

(١١)من الوجهين السابقين.

(١٢)أى لحاق الأمه بالزوجه.

(١٣)فى جميع الموارد و الأحكام.

(١٤)أى غير الزانى، على المشهور للأخبار الكثيره

منها: صحيح على بن رثاب المروى فى قرب الإسناد (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المرأه الفاجره يتزوجها الرجل المسلم؟ قال عليه السّلام: نعم و ما يمنعه، و لكن إذا فعل فليحصن بابه مخافه الولد) (١)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (سئل عن رجل أعجبتة امرأه فسأل عنها فإذا الثناء عليها فى شىء من الفجور، فقال عليه السّلام: لا بأس بأن يتزوجها و يحضها) ٢-.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦ و ٢.

(و لكن يكره تزويجها) (١) مطلقا (٢) (على الأصح) خلافا لجماعه حيث حرّمه (٣) على الزانى ما لم تظهر منها التوبه.

و وجه الجواز الأصل (٤)، و صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«أيما رجل فجر بامرأه ثم بدا له أن يتزوجها حلالا قال: أوله سفاح، و آخره -و عن الحلبي و الصدوق في ظاهر المقنع الحرمة لقوله تعالى: الزانى لا ينكح إلا زانيه أو مشركه، و الزانيه لا ينكحها إلا زان أو مشرك و حرّم ذلك على المؤمنين (١)، بدعوى ظهورها في حرمة تزويج الزانيه لغير الزانى و المشرك، و فيه: عدم ظهورها في مقام التشريع بل من الجائز أنها في مقام الإخبار، و يكون المراد من النكاح هو الوطء، إذ لو حملت الآية على التشريع لجاز تزويج المسلمه الزانيه من المشرك و لم يقل به أحد فلا بدّ من حملها على الإخبار دون التشريع.

(١) أى تزويج الزانيه.

(٢) للزاني و غيره، و الكراهه ناشئه من الجمع بين أخبار الجواز و أخبار النهى إلا مع التوبه، و قد تقدم أن أخبار النهى محموله على التقية نعم ورد النهى عن تزويج الزانيه المشهوره بالزنا، و هذا النهى قد ورد فى جملة من الأخبار المفسره للآيه الشريفه المتقدمه، ففى صحيح زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل: الزانى لا ينكح إلا زانيه أو مشركه، و الزانيه لا ينكحها إلا زان أو مشرك، قال عليه السلام: هنّ نساء مشهورات بالزنا، و رجال مشهورون بالزنا، قد شهروا بالزنا و عرفوا به، و الناس اليوم بذلك المنزل، فمن أقيم عليه حد الزنا أو شهر منهم الزنا لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه توبته) (٢)، و فى خبر حكم بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام (فى قوله الله عز و جل: و الزانيه لا ينكحها إلا زان أو مشرك، قال عليه السلام: إنما ذلك فى الجهر، ثم قال: لو إن إنسانا زنا ثم تاب تزوج حيث شاء) ٣ و مثلها غيرها.

و عن المفيد و سلّار الحرمة لما ذكر، و لكن قد عرفت أن الآيه لا يراد منها التشريع، و الأخبار محموله على التبيكيت و الذم لنساء و رجال مشهورين بالزنا مواظبين عليه، فهى لا تفيد أكثر من الكراهه.

(٣) أى حرّموا تزويج الزانيه.

(٤) أى أصاله عدم التحريم المؤبد.

ص: ٢٩٨

١- (١) سورة النور، الآيه: ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢ و ٤.

نكاح، فمثله كمثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراما ثم اشتراها فكانت له حلالا» و لكن تكره للنهي (١) عن تزويجها مطلقا (٢) في عدّه أخبار المحمول (٣) على الكراهه جمعا.

و احتج المانع (٤) بروايه أبي بصير قال سألته عن رجل فجر بامرأه ثم أراد بعد أن يتزوجها: فقال: «إذا تاب حل له نكاحها» قلت: كيف يعرف توبتها.

قال: «يدعوها إلى ما كانت عليه من الحرام فإن امتنعت و استغفرت ربّها عرف توبتها». و قريب منه ما روى عمار عن الصادق عليه السلام: و السند فيهما ضعيف (٥). و في الأولى (٦) قطع (٧). و لو صحتا لوجب حملهما على الكراهه جمعا.

(و لو زنت امرأته لم تحرم عليه (٨) على الأصح، و إن أصرت) على الزنا، (١) و هي أخبار النهي المقيده بالتوبه و قد تقدمت. (٢) للزاني و غيره.

(٣) صفه للنهي.

(٤) و هو من حرم التزويج بالزانيه إلا إذا عرف منها التوبه.

(٥) فالأول مشتمل على أبي بصير و هو مشترك بين الثقة و غيره، و الثاني مشتمل على عمار بن موسى و هو واقفي.

(٦) أي روايه أبي بصير.

(٧) لأنها مضمرة فلم يعرف المستول.

(٨) أي على بعلها، فلا- تحرم الزوجه على زوجها بزناها و إن كانت مصره على ذلك، على المشهور، للأصل، و لما ورد (أن الحرام لا- يحرم الحلال) (١)، و لخبر عباد بن صهيب عن جعفر بن محمد عليهما السلام (لا بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزني، و إن لم يقم عليها الحد، فليس عليه من اثمها شيء) (٢).

و عن المفيد و سلار الحرمة مع الإصرار لفوات أعظم الفوائد المطلوبه من النكاح و هو التناسل، لاختلاط النسب، مع كون الفرض من شرعيه الحدود للزنا حفظ الأنساب من الاختلاط، و الاختلاط قائم مع الإصرار و أجيب بأن النسب لاحق للفراس و الزاني لا نسب له و لا حرمة لمائه، و استدل لهما بجمله من النصوص:-

ص: ٢٩٩

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦ و ٩ و ١١ و ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١.

للأصل (١) والنص، خلافا للمفيد، و سَلَّار حيث ذهب إلى تحريمها مع الإصرار، استنادا إلى فوات أعظم فوائد النكاح، وهو (٢) التناسل معه (٣)، لاختلاط النسب حينئذ، والغرض من شرعيه الحدّ و الرجم للزاني حفظه (٤) عن ذلك.

و يضعّف بأن الزاني لا نسب له، ولا حرمة (٥).

الخامسة: من أوقب غلاما أو رجلا

(الخامسة: من أوقب غلاما (٦)، أو رجلا) بأن أدخل به بعض الحشفه و إن لم -منها: خبر الفضل بن يونس (سألت أبا الحسن موسى عليه السّلام: عن رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها فرنت، قال عليه السّلام: يفرّق بينهما و تحدّ الحد و لا صداق لها) (١).

و هي أخص من المدعى إذ المدعى هو الحرمة مع الإصرار و هي داله على الحرمة بمطلق الزنا، و قد أعرض عنها الأصحاب فلا مجال للعمل بها.

(١) أي أصاله عدم التحريم المؤبد.

(٢) أي أعظم الفوائد.

(٣) مع الإصرار.

(٤) أي حفظ النسب عن الاختلاط.

(٥) أي لا حرمة لمائه مع كون النسب للفراش.

(٦) من لا يط بـغلام فأوقب حرمت على الفاعل أم المفعول أبدا و إن علت بلا خلاف فيه لموثق إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل لعب بـغلام هل تحل له أمه؟ قال عليه السّلام: إن كان ثقب فلا) (٢)، و تحرم عليه أخت المفعول أيضا و بنته بلا خلاف فيه لمرسل بن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل يعبث بالـغلام، قال عليه السّلام: إذا أوقب حرمت عليه بنته و أخته) (٣)، و خبر حماد بن عثمان (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام:

رجل أتى غلاما أ تحل له أخته، فقال عليه السّلام: إن كان ثقب فلا) (٤) هذا و يتحقق الإيقاب بدخول بعض الحشفه و إن لم يوجب الغسل لصدق الثقب عليه، و يتعدى في الحكم من الأم إلى الجده لصدق الأم حقيقه عليها، و يتعدى من البنت إلى بنتها لصدق البنت حقيقه عليها أيضا، و لا يتعدى من الأخت إلى بنتها لعدم صدق الأخت على بنتها، ثم لا فرق في الفاعل و المفعول بين الصغير و الكبير و إن كان المذكور في النصوص هو الرجل و الغلام مع كون الأول فاعلا و الثاني مفعولا به، لأن المذكور لا خصوصيه فيه، و إنما-

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العيوب حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٧ و ١ و ٤.

يجب الغسل (حرمت على الموقب أم الموطوء) و إن علت (و أخته)، دون بناتها (١)، (و بنته) و إن نزلت من ذكر و أنثى من النسب اتفاقاً، و من الرضاع على الأقوى (٢).

و لا فرق فى المفعول بين الحى و الميت على الأقوى، عملاً بالإطلاق (٣).

و إنما تحرم المذكورات (٤) مع سبقه (٥) على العقد عليهن (٦)، (و لو سبق العقد) على الفعل (لم يحرم) (٧) للأصل (٨)، و لقولهم عليه السلام: لا يحرم الحرام الحلال.

و الظاهر عدم الفرق (٩) بين مفارقه من سبق عقدها بعد الفعل (١٠)، -الذى له الخصوصيه فى الحكم هو الثقب و عن العلامه فى القواعد الاستشكال فى التحريم إذا كان الفاعل صغيراً لا اختصاص النصوص بالرجل فلا تشمل الصغير، و قد عرفت ما فيه. (١) أى بنات الأخت.

(٢) كما عن التحرير و قواه الشارح هنا و سيد الرياض، و استقر به كاشف اللثام و استظهره فى الجواهر لعموم ما يحرم من الرضاع يحرم من النسب و عن العلامه فى القواعد الإشكال فى الرضاع، لأن الظاهر من نصوص الباب الاختصاص بالنسب فقط فيرجع فى غيره إلى الأصل الموجب لعدم الحرمة الأبدية.

(٣) أى إطلاق الأخبار المتقدمه، نعم عن سيد الرياض و جماعه اختصاص الحكم المذكور بحياه المفعول لأنه هو المتبادر من النصوص، فالميت الموطوء مندرج تحت الأصل القاضى بعدم التحريم المؤبد.

(٤) من الأم و الأخت و البنت.

(٥) أى سبق الإيقاب.

(٦) أى على هذه المذكورات.

(٧) أى لم يحرم شىء من هذه المذكورات لاستصحاب الحل، و لما ورد (من أن الحرام لا يحرم الحلال و لا يفسده) (١).

(٨) و هو استصحاب الحل.

(٩) أى عدم الفرق فى عدم التحريم.

(١٠) متعلق بقوله (بين مفارقه).

ص: ٣٠١

و عدمه (١)، فيجوز له تجديد نكاحها بعده (٢) مع احتمال عدمه (٣)، لصدق سبق الفعل بالنسبة إلى العقد الجديد.

و لا فرق فيهما (٤) بين الصغير و الكبير على الأقوى (٥)، للعموم. فيتعلق التحريم قبل البلوغ بالولي (٦)، و بعده (٧) به (٨)، و لا يحرم على المفعول بسببه (٩) شيء عندنا للأصل (١٠).

و ربما نقل عن بعض الأصحاب تعلق التحريم به (١١) كالفاعل، و فى كثير من الأخبار اطلاق التحريم بحيث يمكن تعلقه (١٢) بكل منهما (١٣)، و لكن المذهب الأول.

السادس: لو عقد المحرم

(السادس: لو عقد المحرم) (١٤).

(١) أى عدم المفارقة، و المعنى أن أم الموطوء و أخته و ابنته لو عقد عليها الواطئ قبل الإيقاب لم تحرم سواء طلقها بعد الإيقاب أم لم يطلق.

(٢) بعد الفعل من الإيقاب.

(٣) أى عدم جواز تجديد العقد.

(٤) فى الفاعل و المفعول.

(٥) فى قبال استشكال العلامة فى الصغير الفاعل و قد تقدم.

(٦) أى فيحرم على الولي أن يزوج أم الموطوء و أخته و ابنته من الواطئ الصغير.

(٧) أى بعد البلوغ.

(٨) أى بالواطئ البالغ.

(٩) أى بسبب الإيقاب.

(١٠) و هو أصاله عدم التحريم المؤبد أو استصحاب الحل، هذا و قد نقل عن الشيخ أنه حكى عن بعض الأصحاب التحريم على الموطوء أيضا، و مأخذه غير ظاهر إلا- احتمال رجوع الضمير فى الأخبار لكل من الفاعل و المفعول، و فيه: أن المسئول عن حكمه فى الأخبار هو الواطئ فالحكم بالتحريم يكون راجعا عليه، و الضمير إليه، نعم تبه الشارح بقوله (عندنا) على خلاف أحمد حيث حرم على الموطوء أم الفاعل و بنته.

(١١) بالمفعول.

(١٢) تعلق التحريم.

(١٣) من الفاعل و المفعول.

(١٤) لو عقد المحرم لنفسه على امرأه عالما بالتحريم حرمت عليه أبدا، و لو كان جاهلا لم تحرم-

ص: ٣٠٢

بفرض، أو نفل (١)، بحج، أو عمره بعد إفساده (٢) و قبله (٣) على أنثى (٤) (عالمًا بالتحريم حرمت أبدأ بالعقد) و إن لم يدخل (و إن جهل) التحريم (لم تحرم و إن دخل بها)، لكن يقع عقده فاسدًا (٥)، فله العود إليه (٦) بعد الإحلال.

هذا هو المشهور، و مستنده روايه زرارہ عن أبي عبد الله عليه السلام الداله بمنطوقها على حكم العلم، و بمفهومها على غيره (٧)، و هو (٨) معتضد -عليه و إن دخل و لكن يفسد عقده للإحرام على المشهور، و مستنده ما رواه زرارہ بن أعين و داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: (و المحرم إذا تزوج و هو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبداً) (١).

فمنطوقها دال على التحريم في صورة العلم و إن لم يدخل، و مفهومها دال على عدم التحريم في صورة الجهل و إن دخل.

هذا و قال الشارح في المسالك: (و منهم من اقتصر على صورة العلم كالمفيد و قوفا مع الروايه، و منهم من أطلق التحريم من غير فرق بين العالم و غيره كسائر و الصدوق، و جماعه أطلقوا التحريم مع العلم و مع الدخول في حاله الجهل منهم ابن إدريس، و قوَاه فخر الدين في شرحه إلى غير ذلك من الاختلافات، و ليس في الباب من النصوص سوى ما ذكرناه) انتهى، و ما ذكره هو خبر زرارہ و داود المتقدم.

(١) قال الشارح في المسالك: (و اعلم أنه لا فرق بين إحرام الحج و العمره في ذلك، و لا بين الفرض و النفل، و لا بين كونه عن نفسه و غيره، و لا- بين كون المعقود عليه محرماً و عدمه، و لو انعكس الفرض بأن كانت الزوجه محرمة و الزوج محلاً فالأصل يقتضى عدم التحريم، إذ لا- نص هنا، و في بعض عبارات الأصحاب ما يدل على التسويه بين الأمرين، و على كل تقدير يقع العقد فاسدًا) انتهى.

(٢) أى إفساد العمل.

(٣) أى قبل الإفساد.

(٤) متعلق بقوله (لو عقد المحرم).

(٥) بسبب إحرامه.

(٦) إلى العقد.

(٧) أى غير العلم.

(٨) أى المفهوم الدال على عدم التحريم في صورة الجهل.

ص: ٣٠٣

بالأصل (١) فلا يضر ضعف دلالته (٢). ولا تحرم الزوجه (٣) بوطنها (٤) فى الإحرام مطلقا (٥).

السابعه: لا يجوز للحر أن يجمع زياده على أربع حرائر

(السابعه: لا- يجوز للحر أن يجمع زياده على أربع حرائر (٦)، أو حرتين و أمتين (٧)، (١) إذ الأصل عدم التحريم المؤبد و استصحاب الحل.

(٢) أى دلالة المفهوم، و هو مفهوم اللقب، و حاول بعضهم إثبات أنه مفهوم الشرط و هو ضعيف إذ الشرط داخل على التزوج و ليس على العلم.

(٣) أى زوجه المحرم.

(٤) كفعل.

(٥) سواء كان الإحرام لفرض أم نفل، بحج أو عمره، عالما كان أو جاهلا، للأصل بعد كون النص الوارد فى التحريم المؤبد ظاهرا فى العقد.

(٦) بلا خلاف فيه بين علماء الإسلام، و فى الجواهر دعوى الضروره من الدين عليه، و ما عن طائفه من الزيديه من جواز نكاح تسع لم يثبت، بل المحكى عن مشايخهم البراءه من ذلك، و يدل عليه قوله تعالى: **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ (١)** بدعوى أن الأمر فيه للإباحه، و مقتضى إباحه الأعداد المخصوصه تحريم ما زاد عليها، إذ لو كان مباحا لما خصّ الجواز بها لمنافاته للامتنان، و لجمله من الأخبار

منها: صحيح زراره بن أعين و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا جمع الرجل أربعاً و طلق إحداهنّ فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عدّه المرأه التى طلق، و قال: لا يجمع مائه فى خمس) (٢) و لما روته العامه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال لفيلان بن سلمه لما أسلم و تحته عشر نسوه: (أمسك أربعاً و فارق سائرهن) (٣).

(٧) لا- يجوز للحر أن يجمع بين أزيد من أمتين من النسوه الأربع بلا- خلاف فيه لصحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن رجل له امرأه نصرانيه، له أن يتزوج عليها يهوديه؟ فقال:

إن أهل الكتاب مماليك للإمام، و ذلك موسّع منّا عليكم خاصه، فلا بأس أن يتزوج، قلت:

فإنه يتزوج عليهما أمه، قال عليه السلام: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء) (٤) -

ص: ٣٠٤

- ٢-٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١.
- ٣-٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨١.
- ٤-٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٢.

(أو ثلاث حرائر و أمه) (١) بناء على جواز نكاح الأمه بالعقد بدون الشرطين (٢)، و إلا لم تجز الزيادة على الواحده (٣)، لانتفاء العنت معها، و قد تقدم من المصنف اختيار المنع. و يبعد فرض بقاء الحاجه إلى الزائد على الواحده.

و لا فرق فى الأمه بين القنه، و المدبره، و المكاتبه (٤) بقسميها (٥)، حيث لم تؤد شيئا (٦)، و أم الولد، (و لا للعبد أن يجمع أكثر من أربع إماء أو حرتين (٧)، أو حره و أمتين، و لا يباح له ثلاث إماء و حره).

و الحكم فى الجميع اجماعى، و المعتقد بعضه كالحر (٨) فى حق الإماء و كالعبد -ثم إن هذا مبنى على جواز نكاح الأمه اختيارا من دون الشرطين، و إلا عند من يعتبرهما فلا يجوز نكاح الثانيه لانتفاء خوف العنت بزواج الأولى، بل لا يجوز نكاح مطلق الأمه عند زواجه من الحره لانتفاء خوف العنت.

(١) بلا خلاف فيه و يعرف وجهه مما قد تقدم.

(٢) من عدم الطول و خوف العنت.

(٣) أى الواحده من الإماء.

(٤) كل ذلك لإطلاق الأدله المتقدمه.

(٥) المشروطه و المطلقه.

(٦) فالمطلقه إذا أدت شيئا فهى مبعضه، و سيأتى حكم المبعض.

(٧) بلا خلاف فيه للأخبار

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن العبد يتزوج أربع حرائر؟ قال عليه السلام: لا، و لكن يتزوج حرتين و إن شاء أربع إماء) (١)، و خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السلام (سألت عن المملوك ما يحلّ له من النساء؟ فقال: حرتان أو أربع إماء) ٢، و منه تعرف جواز الجمع بين حره و أمتين، لأن الحره بمنزله الأمتين بالنسبه للعبد كما يفهم من هذه النصوص، و يؤيده مرسل الفقيه (يتزوج العبد حرتين أو أربع إماء أو أمتين و حره) (٢).

و مما تقدم تعرف عدم جواز الجمع بين ثلاث إماء و حره، لأن الحره بمنزله الأمتين له، و لا يجوز له نكاح خمس إماء.

(٨) فهو كالحرف فى حق الإماء فلا يجوز له أزيد من أمتين، و هو كالعبد فى حق الحرائر فلا-

ص: ٣٠٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب نكاح العبيد حديث ١٠.

فى حق الحرائر، و المعتق بعضها كالحرة فى حق العبد، و كالأمه فى حق الحر (كل ذلك بالدوام، أما المتعه فلا حصر له على الأصح) (١).

-يجوز له أزيد من حرتين، للاحتياط، و كذا الأمه المبعّضه فهى كالحرة فى حق العبد، و هى كالأمه فى حق الحر، هذا هو مقتضى الاحتياط و قد يقال كما فى العروه بأن المرجع الاستصحاب و مقتضاه إجراء حكم العبد و الأمه عليهما، فالحر له أن يتزوج اثنتين من المبعضات، و للعبد أن يتزوج أربعاً منهن.

(١) فتجوز المتعه و لو على ألف على المشهور للأخبار

منها: موثق زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (ذكرت له المتعه أ هى من الأربع؟ فقال عليه السّلام: تزوج منهن ألفاً فإنهن مستأجرات) (١)، و صحيحه الآخر (قلت: ما يحلّ من المتعه؟ قال: كم شئت) ٢، و خبر أبى بصير (سئل أبو عبد الله عليه السّلام: عن المتعه أ هى من الأربع؟ قال: لا و لا من السبعين) ٣، و خبر إسماعيل ابن الفضل الهاشمى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المتعه، فقال: التى عبد الملك بن جريح فسله عنها، فإن عنده منها علماً، فلقيته فأملى علىّ شيئاً كثيراً فى استحلالها، و كان فيما روى لى فيها ابن جريح أنه ليس فيها وقت و لا عدد، إنما هى بمنزله الإمام يتزوج منهن كم شاء، و صاحب الأربع نسوه يتزوج منهن ما شاء بغير ولىّ و لا شهود) ٤، و صحيح ابن أذينة عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: كم يحلّ من المتعه؟ فقال: هن بمنزله الإمام) ٥.

و صريح الأخيرين عدم العدد فى ملك اليمين، و هو موضع وفاق بين المسلمين.

نعم فى موثق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المتعه، فقال: هى أحد الأربع) ٦، و فى صحيح أحمد بن محمد بن أبى نصر عن أبى الحسن عليه السّلام (سألته عن الرجل تكون له المرأه هل يتزوج بأختها متعه؟ قال: لا، قلت: حكى زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: إنما هى مثل الإمام يتزوج ما شاء، قال: لا هى من الأربع) (٢).

و عن ابن البراج العمل بها مؤيداً بعموم الآيه فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع (٣) و هو شامل للمنقطع،

و فيه: أما الآيه فظاهره فى نكاح الدوام، و لا أقل من حملها على ذلك للأخبار المتقدمه التى لم تحصر المتعه بعدد، و أما الخبران فهما محمولان على الاستحباب أو التقيه كما يظهر من -

ص: ٣٠٦

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المتعه حديث ٢ و ٣ و ٧ و ٨ و ٦ و ١٠.

٢- (٧) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المتعه حديث ١١.

٣- (٨) سورة النساء، الآيه: ٣.

للأصل (١)، و صحیحہ زرارہ قال: قلت: ما یحل من المتعہ. قال: «کم شئت»، و عن أبی بصیر قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المتعہ أهي من الأربع فقال: «لا و لا من السبعین»، و عن زرارہ عن الصادق عليه السلام قال: ذكرت المتعہ أهي من الأربع قال: «تزوج منهن ألفا فإنهن مستأجرات».

و فيه نظر: لأن الأصل قد عدل عنه بالدليل الآتي، و الأخبار المذكوره، و غيرها في هذا الباب ضعيفه، أو مجهوله السند أو مقطوعه (٢)، فإثبات مثل هذا الحكم المخالف للآيه الشريفه (٣)، و إجماع باقي (٤) علماء الإسلام مشكل. لكنه (٥) - صحيح البزنطي عن أبی الحسن الرضا عليه السلام (قال أبو جعفر عليه السلام: اجعلوها من الأربع، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط، فقال عليه السلام: نعم) (١)، و صحیحہ الآخر المروى في قرب الإسناد عن الرضا عليه السلام (سألته عن المتعہ - إلى أن قال - و سألته من الأربع هي؟ فقال: اجعلوها من الأربع على الاحتياط، قال: و قلت له: إن زرارہ حكى عن أبی جعفر عليه السلام: إنما هي مثل الإمام يتزوج منهنّ ما شاء، فقال: هي من الأربع) ٢.

و من المعلوم جعلها من الأربع احتياطاً من باب الحذر من اطلاع المخالفين، و إلا لا يتصور الأمر بالاحتياط من المعصوم عليه السلام إذا كان احتياطاً في الحكم.

هذا و الشارح هنا و في المسالك قد ناقش في أسانيد أخبار الجواز، و حكى عن المختلف أنه اقتصر في الحكم على مجرد الشهرة و لم يصرح بمختاره، و فيه: أما النصوص الداله على الجواز فهي مستفيضه و يعتضد بعضها ببعض فلا بأس بالعمل بها للوثوق بصدور بعضها على أن بعضها صحيح السند كصحيح زرارہ و موثقه المتقدمين، و قد عمل بها المشهور و هذا جابر لو هنها.

(١) الأصل عدم الحصر في عدد معين.

(٢) و قطعها لا- يضر لأن زرارہ لا يضمّر عن غير المعصوم عليه السلام، و هي موصوفه بالصحة بالنظر إلى باقي السند مع عدا القطع.

(٣) حيث قد دلت الآيه بعمومها على حصر النكاح الشامل للمتعه بعدد معين.

(٤) من الشيعه و العامه على أنه لا- يجوز للرجل أن يجمع بالنكاح زياده على أربع نسوه في الجملة، و إن لم تقل العامه بأصل جواز المتعہ.

(٥) أي الحكم بعدم حصر المتعہ.

ص: ٣٠٧

مشهور، حتى أنّ كثيرا من الأصحاب لم ينقل فيه خلافا، فإن ثبت الإجماع كما ادعاه ابن إدريس، وإلا فالأمر كما ترى.

و نبه بالأصح على خلاف ابن البراج حيث منع في كتابه من الزيادة فيها (١) على الأربع، محتجا بعموم الآيه، و بصحيحه أحمد بن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سألته عن الرجل تكون عنده المرأه أ يحل له أن يتزوج بأختها متعه قال: «لا» قلت: حكى زرارته عن أبي جعفر عليه السلام إنما هي مثل الإماء يتزوج ما شاء قال: «لا، هن من الأربع» و قد روى عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في المتعه قال: «هي إحدى الأربع».

و أجيب (٢) بأنه محمول على الأفضل و الأحوط (٣) جمعا بينهما و بين ما سبق، و لصحيحه أحمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام:

«اجعلوهن من الأربع» فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط قال: «نعم».

و اعلم أن هذا الحمل يحسن لو صح شيء من أخبار الجواز لا مع عدمه (٤)، و الخبر الأخير (٥) ليس بصريح في جواز مخالفته الاحتياط (٦).

و في المختلف اقتصر من نقل الحكم على مجرد الشهره و لم يصرح بالفتوى.

و لعله لما ذكرناه (٧)، (و كذا) لا حصر للعدد (بملك اليمين إجماعا) (٨) و الأصل فيه قوله تعالى: **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٩).

(١) في المتعه.

(٢) أي ابن البراج.

(٣) قد عرفت أنه محمول على التقيه من باب الاحتياط حذرا من اطلاع المخالفين.

(٤) أي مع عدم صحه شيء من أخبار الجواز.

(٥) و هو صحيح أحمد بن أبي نصر الدال على جعل المتعه من الأربع احتياطا.

(٦) و قد عرفت أنه لا يعقل صدور الاحتياط من المعصوم عليه السلام بالنسبه إلى الحكم.

(٧) من عدم صحه شيء من أخبار الجواز فلذا توقف.

(٨) قد تقدم البحث فيه في ضمن بحث عدم حصر المتعه السابق.

(٩) المؤمنون الآيه: ٦، و الآيه عامه تشمل كل عدد.

هذا فى ملك العين، أما ملك المنفعه كالتحليل (١) فى الحاقه (٢) به (٣) نظر.

(١) يجوز للمولى تحليل أمته لغيره للأخبار

منها: خبر الفضيل بن يسار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحل الرجل لأخيه جاريته فهى له حلال، فقال: نعم) (١)، و خبر حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يحل فرج جاريته لأخيه فقال: لا بأس بذلك) (٢) و مثلها غيرها.

نعم فى الخلاف و السرائر إرسال القول عن بعض أصحابنا بالمنع منه، بل فى كشف اللثام أنه معطى كلام الانتصار و يؤيده مضمير على بن يقطين (سألته عن الرجل يحل فرج جاريته، قال: لا أحب ذلك) (٣) و مثله غيره، و هو غير صالح لمعارضته ما تقدم فضلا عن عدم ظهوره فى المنع.

و قد وقع بينهم الخلاف من أن التحليل المذكور هل هو عقد نكاح كما عن المرتضى أو تمليك منفعه كما عن المشهور أو تمليك انتفاع كما يظهر من جامع المقاصد، أو أنه إباحه و إذن فى الانتفاع كما هو رأى بعض المتأخرين و هو الذى يستفاد من النصوص المتقدمه.

و قد توهم أن عصمه الفرج عن الاستمتاع لكل أحد ثابتة، و لا يجوز الاستمتاع به إلا بالعقد أو الملك لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ، فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٢)، من المعلوم انتفاء الطلاق و المهر و المده و غير ذلك من لوازم عقد النكاح عن هذا التحليل فيتعين أنه تمليك منفعه و هو مستند الشهور.

و قد يتوهم أنه لا ملكيه للرقبه فى هذا التحليل و لا ملكيه للمنفعه أيضا فيتنبى ملك اليمين فيتعين أنه عقد نكاح و لعل هذا هو دليل المرتضى و قد عرفت أن الدليل قد دل على أن التحليل هو إذن و إباحه فى الانتفاع، و يكون هو المخصص للآيه الداله على جواز الاستمتاع بالفرج بالعقد أو الملك، إلا أن يكون المراد من ملك اليمين فى الآيه ما يشمل التحليل المذكور ثم لا خلاف فى عدم الحصر فى التحليل فيجوز و لو إلى ألف سواء قلت بأن التحليل تمليك أم عقد أم إباحه و إذن لأن ما دل على النهى عن الزيادة على الأربع ظاهر فى النكاح الدائم فقط.

(٢) أى إلحاق ملك المنفعه.

(٣) بملك العين.

ص: ٣٠٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ و ٢ و ٧.

٢- (٤) سورة المؤمنون، الآيه: ٥ و ٦ و ٧.

من الشك (١) في اطلاق اسم ملك اليمين عليه (٢). و الشك (٣) في كونه عقدا (٤) أو إباحه (٥).

و الأقوى إلحاقه به (٦)، و به (٧) جزم في التحرير.

الثامنه: إذا طلق ذو النصاب

(الثامنه: إذا طلق ذو النصاب) الذي لا يجوز تجاوزه، واحده (٨)، أو أكثر طلاقا (رجعيا لم يجز له التزويج دائما (٩) حتى تخرج المطلقة (من العده) (١٠)، لأن (١) دليل عدم الإلحاق.

(٢) على ملك المنفعه.

(٣) دليل ثان لعدم الإلحاق.

(٤) فلا تجوز الزيادة فيه لعموم الآيه بناء على مختار الشارح.

(٥) فتجوز الزيادة، لأن حرمة الزيادة مختصه بالعقد.

(٦) أى إلحاق ملك المنفعه بملك العين.

(٧) أى بالإلحاق.

(٨) من نسائه.

(٩) لأنه لا حصر في المتعه.

(١٠) إذا كان عنده أربع فطلق واحده منهن و أراد نكاح الخامسة فإن كان الطلاق رجعيا لا يجوز له ذلك إلا بعد خروج المطلقة من العده، بلا خلاف فيه، لأن الرجعيه بحكم الزوجه و من ثمّ لزمّت نفقتها و جازت رجعتها بمجرد الفعل كالاستمتاع، و قد استفاضت النصوص بأنها بحكم الزوجه كخبر محمد بن مسلم (سئل أبو جعفر عليه السّلام عن رجل طلق امرأته واحده ثم راجعها قبل أن تنقضى عدتها و لم يشهد على رجعتها، قال: هي امرأته ما لم تنقض العده) (١)، و للأخبار الخاصه

منها: موثق على بن أبي حمزه (سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الرجل يكون له أربع نسوه فيطلق إحداهن أ يتزوج مكانها أخرى؟ قال: لا حتى تنقضى عدتها) (٢)، و قد حملت على الرجعيه جمعا بينها و بين ما سيأتي.

و إن كان الطلاق بائنا فيجوز له ذلك بمجرد الطلاق و قبل الخروج عن العده لانقطاع العصمه بينهما و يشهد لذلك ما ورد من أخبار في زواج الأخت بعد تطليق أختها.-

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٢.

المطلقة رجعيًا بمنزله الزوجه، فالنكاح الدائم زمن العده بمنزله الجمع زائداً على النصاب، (و كذا) لا يجوز له تزويج (الأخت) أى أخت المطلقة رجعيًا (دائماً و متعه) و إن كانت المطلقة واحده (١)، لأنه يكون جامعاً بين الأختين (٢).

(و لو كان) الطلاق (بائناً جاز) تزويج الزائده (٣) على النصاب و الأخت، لانقطاع العصمه (٤) بالبائن، و صيرورتها (٥) كالأجنبيه، لكن على (كراهيه شديده)، لتحرمها بحرمة الزوجيه، و للنهي عن تزويجها مطلقاً (٦) فى صحيحه زراره عن الصادق عليه السّلام قال: إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عده المرأة التى طَلقت، و قال: لا يجمع ماءه فى خمس (٧). و حمل النهي على الكراهه جمعاً (٨).

-منها: صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ يحلّ له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضى عده المختلعه؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه، و ليس له عليها رجعه) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل طلق امرأه أو اختلعت أو بانت أ له أن يتزوج بأختها؟ فقال عليه السّلام: إذا برئت عصمتها و لم يكن له عليها رجعه فله أن يخطب أختها) (٢)، و موردها الجمع بين الأختين و لكن يتعدى منه إلى مقامنا لعدم الخصوصيه بعد حرمة زواج الخامسة كما تحرم زواج أخت الزوجه.

(١) بحيث لا تكون له زوجة إلا واحده.

(٢) قد تقدم البحث فيه سابقاً.

(٣) قبل خروج المطلقة عن عدتها.

(٤) أى عصمه الزوجيه، و انقطاعها بالطلاق.

(٥) أى المطلقة البائنه.

(٦) سواء كان الطلاق رجعيًا أم بائناً، و الضمير فى (تزوجها) راجع إلى الزائده عن النصاب.

(٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١، و مثله غيره من الأخبار كموثق على بن أبى حمزه المتقدم.

(٨) و قد عرفت أنه محمول على العده الرجعيه جمعاً و لا داعى للكراهه أبداً خصوصاً مع التصريح بكون النهي للرجعيه فى أخبار زواج أخت الزوجه المتقدمه.

ص: ٣١١

١- (١) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب العدد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب العدد حديث ٢.

(التاسعة: لا تحل الحره على المطلق ثلاثا) (١).

(١) لو طلقت الحره ثلاثا لم ينكحها بينهما زوج آخر حرمت على المطلق حتى تنكح دواما زوجا غيره بلا خلاف فى ذلك لقوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ - إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ (١)**، و للأخبار:

منها: صحيح أبى بصير (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: المرأه التى لا تحلّ لزوجها حتى تنكح زوجا غيره، قال: هى التى تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثه، فهى التى لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره و يذوق عسيلتها) (٢)، و صحيح ابن بزيع عن الرضا عليه السلام (البكر إذا طلقت ثلاث مرات و تزوجت من غير نكاح فقد بانت منه و لا تحلّ لزوجها حتى تنكح زوجا غيره) (٣)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى امرأه طلقها زوجها ثلاثا قبل أن يدخل بها، قال: لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره) (٤)، و موثق إسحاق بن عمار (قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثه، قال عليه السلام: تبين منه و لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره) (٥)، و مقتضى هذه الأدله حرمة المطلقه ثلاثا على المطلق دواما و متعه، و مقتضاها عدم الفرق بين كون الطلاق طلاقا عديا أو سنيا، خلافا لابن بكير حيث خصّ بها بكون الطلاق عديا و إلا- حلت لزوجها من دون محلل و لو ألف مره و سيأتى تفصيله فى كتاب الطلاق ثم لا تحلّ له حتى ينكحها زوج آخر بالدوام و لا تكفى المتعه فى الحلّيه بلا خلاف فيه للأخبار

منها: خبر الصيقل عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت: رجل طلق امرأته طلاقا لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره، فتزوجها رجل متعه أ تحلّ للأول؟ قال عليه السلام: لا، لأن الله تعالى يقول: **فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها، و المتعه ليس فيها طلاق**) (٤).

و سيأتى التعرض لهذه الأحكام و غيرها من أحكام هذه المسأله فى كتاب الطلاق، ثم إن الحكم المذكور بتحريم المطلقه ثلاثا ثابت للحره سواء كانت تحت حر أم عبد، بلا خلاف-

ص: ٣١٢

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩-٢٣٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٣ و ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤.

يتخللها رجعتان (١)، أى أنواع الطلاق كان (٢) (إلا بالمحلل (٣)، و إن (٤) كان المطلق عبداً)، لأن الاعتبار فى عدد الطلقات (٥) عندنا بالزوجه (٦) (و لا تحل الأمه المطلقه اثنتين) كذلك (٧) (إلا بالمحلل، و لو (٨) كان المطلق حراً) لآيه (٩).

فيه بيننا، لأن الأخبار المتقدمه قد جعلت العبره بعدد الطلقات للنساء لا للرجل، و حينئذ فإذا استكملت الأمه طلقتين لم يتخلل بينهما نكاح رجل آخر حرمت على المطلق حتى تنكح زوجا غيره و لو كانت تحت حر بلا خلاف فيه أيضا و للأخبار

منها: صحيح العيص قال: (إن ابن شبرمه قال: الطلاق للرجل، فقال أبو عبد الله عليه السلام: الطلاق للنساء، و تبيان ذلك أن العبد يكون تحته الحره فيكون تطليقها ثلاثا، و يكون الحر تحته الأمه فيكون طلاقها تطليقتين) (١)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن حر تحته أمه، أو عبد تحته حره، كم طلاقها و كم عدتها؟ فقال: السنه فى النساء فى الطلاق، فإن كانت حره فطلاقها ثلاثا و عدتها ثلاثه أقرء، و إن كان حر تحته أمه فطلاقها تطليقتان و عدتها قرءان) (٢)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن طلاق الأمه، قال: تطليقتان) (٣) و مثلها غيرها.

كل ذلك خلافا للعامه حيث جعلوا الاعتبار بالزوج فإن كان حرا اعتبر الطلاق ثلاثا و إن كانت تحته أمه، و إن كان عبدا اعتبر الطلاق مرتين و إن كانت حر تحته حره.

(١) و لو كانت الرجعه بعقد جديد أو فى أثناء العده.

(٢) عديا أو سنيا.

(٣) أى زوج آخر بعقد دائم مع ذوق عسيلتها إلى آخر الشرائط المذكوره فى باب الطلاق.

(٤) وصلية.

(٥) أى عدد الطلقات المحرّمه.

(٦) لا بالزوج كما عند العامه.

(٧) أى يتخللها رجعه و لو كانت الرجعه بعقد جديد، و مهما كان نوع الطلاق عديا أو سنيا، خلافا لابن بكير فاعتبر كون الطلاق عديا و إلا حلت لزوجه من دون محلل و لو ألف مره، و سيأتى تفصيله فى كتاب الطلاق.

(٨) وصلية.

(٩) و هى قوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ - إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى -**

ص: ٣١٣

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٤.

و الروايه (١) (إما المطلقه تسعا للعهده) (٢).

-تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (١).

(١) قد تقدم بعضها

و منها: أيضا: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (طلاق الحره إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، و طلاق الأمه إذا كانت تحت الحر تطليقتان) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (طلاق المرأه إذا كانت عند مملوك ثلاث تطليقات، و إذا كانت مملوكه تحت حر فتطليقان) (٣)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (طلاق الحره إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، و طلاق الأمه إذا كانت تحت الحر تطليقان) (٤).

هذا و قد علّق الشارح هنا بقوله: (فيه لف و نشر مرتب، أى دليل اعتبار الثلاث فى الحره إطلاق الآيه المتناول للزوج الحر و العبد، و لكن طلاق المطلقه مقيد بالحره لروايه أبي بصير عن الصادق عليه السلام، و دليل اعتبار الطلقتين فى الأمه مع مطلق الزوج روايتا محمد بن مسلم و الحلبي عن الباقر و الصادق عليهما السلام، قال: طلاق الحره إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، و طلاق الأمه إذا كانت تحت الحر تطليقتان.

و العامه جعلوا الاعتبار بالزوج فإن كان حرا اعتبر الطلاق ثلاثا و إن كانت الزوجه أمه، و إن كان عبدا ثبت التحريم بعد طلقتين و إن كانت الزوجه حره) انتهى كلامه.

هذا و قد تقدم عرض روايات محمد بن مسلم و الحلبي و أبي بصير، و من جهه أخرى ما أورده فى هذه الحاشيه هو متن خبر الحلبي المتقدم.

(٢) المطلقه تسعا للعهده، بعد أن ينكحها رجلا، و احد بعد الثالثه و آخر بعد السادسه فإنها تحرم على المطلق أبدا بلا خلاف فيه للأخبار

منها: خبر زراره و داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (الملاعنه إذا لاعنها زوجها لم تحلّ له أبدا، و الذى يتزوج المرأه فى عدتها و هو يعلم لا تحلّ له أبدا، و الذى يطلق الطلاق الذى لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره ثلاث مرات لا تحلّ له أبدا، و المحرم إذا تزوج و هو يعلم أنه حرام عليه لا تحلّ له أبدا) (٣)، و خبر إبراهيم بن عبد الرحمن عن موسى بن جعفر عن أبيه جعفر بن محمد عليهم السلام (سئل أبى عليه السلام عما حرّم الله عز و جل من الفروج فى القرآن، و عما حرّم رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فى سنته، قال: - إلى أن قال -

ص: ٣١٤

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩-٢٣٠.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤ و ٣ و ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤.

و المراد به (١) أن يطلقها على الشرائط (٢) ثم يراجع في العده و يطأ، ثم يطلق في طهر آخر، ثم يراجع في العده و يطأ، ثم يطلق الثالثه فينكحها بعد عدتها زوج آخر، ثم يفارقها (٣) بعد أن يطأها فيتزوجها الأول (٤) بعد العده و يفعل كما فعل -و تزويج الرجل امرأه قد طلقها للعهده تسع تطليقات(١)، و خبر المعلّى بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل طلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها من غير أن يراجع، ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض، قال عليه السلام: له أن يتزوجها أبدا ما لم يراجع و يمس)(٢)، و الأخير صريح في عدم الحرمة الأبدية إذا كان الطلاق بغير طلاق العده و لو تجاوز التسع.

هذا و المراد من طلاق العده أن يطلقها بالشرائط ثم يراجع في العده فيطأ، ثم يطلق في طهر آخر، ثم يراجع في العده فيطأ، ثم يطلق الثالثه فينكحها بعد عدتها زوج آخر، ثم يفارقها بعد أن يطأها، فيتزوجها الأول بعد العده من الثاني، و يفعل كما فعل أولا، إلى أن يكمل لها تسعا كذلك يتخلل بينها نكاح رجلين فتحرم في التاسعه مؤبدا، و هي المسماة بالمطلقه تسعا بالطلاق العدى، و في قبالة الطلاق السننى، و هو أن يطلقها بعد وطئها فيتركها حتى تخرج من العده ثم يعقد عليها و يطأ، ثم يطلقها فتخرج من العده، ثم يعقد عليها فيطأ، ثم يطلقها ثالثة فتحرم عليه حتى تنكح زوجها غيره، فإن نكحت فتحلّ للأول، و لا تحرم عليه مؤبدا في التاسع لما تقدم من خبر المعلّى.

و من هنا تعرف أن العدى و السننى هما من أقسام الطلاق و كلاهما سننى بالمعنى الأعم، و السننى فى قبالة العدى هو بالمعنى الأخص، و تعرف أن العدى لا بد فيه من كون الطلاق رجعيا و يرجع فى العده و يواقع، و السننى أن يطلق و يترك حتى تخرج من العده سواء كان الطلاق بائنا أم رجعيا ثم يرجع بعقد جديد.

(١) بالطلاق العدى.

(٢) أى شرائط الطلاق.

(٣) أى الزوج الآخر.

(٤) أى الزوج الأول.

ص: ٣١٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١٣.

أولاً (١) إلى أن يكمل لها تسعا كذلك (٢)، (ينكحها رجلاً) بعد الثالثة و السادسة (فإنها تحرم أبداً) (٣)، و إطلاق التسع للعدة مجاز (٤)، لأن الثالثة من كل ثلاث ليست للعدة (٥)، فإطلاقه عليها (٦) إما إطلاقاً لا سماً الأ-كثر على الأقل (٧) أو باعتبار المجاوره.

و حيث كانت النصوص و الفتاوى مطلقه (٨) في اعتبار التسع للعدة في (١) بأن يطلقها ثلاثاً بالطلاق العدى.

(٢) أى بالطلاق العدى.

(٣) و غيرها لا تحرم مؤبداً، بل تحرم فى الثالثة حتى ينكحها زوج غيره.

(٤) لأن الطلاق الثالث من كل ثلاثه ليس للعدة بل للسنة، فإطلاق العدى على التسع مجاز، إما من باب تسميه الكل باسم الجزء الغالب، لأن الطلاق العدى منها ستة، و إما من باب المجاوره لأن الثالث و هو طلاق سنّى مجاور لطلاقين عديين و هما الأول و الثانى، و كذا السادس بالنسبه للرابع و الخامس، و التاسع بالنسبه للسابع و الثامن.

(٥) بل يقع بائناً لا يجوز فيه الرجوع حتى تنكح زوجا غيره، مع أنه يشترط فى الطلاق العدى أن يكون رجعيًا.

(٦) أى إطلاق العدى على التسع.

(٧) من باب تسميه الكل باسم الجزء الغالب.

(٨) طرح الشارح هنا و فى المسالك فرعا بناء على الحرمة الأبدية للمطلقه تسعا بالطلاق العدى، و تحريره هل يشترط التوالى فى التسع للعدة فى التحريم المؤبد مع اغتفار الثالثه التى قد عرفت أنها طلاق بائن، أو لا يشترط التوالى فلو طلق الأولى للعدة و الثانيه للسنة ثم وقع الطلاق الثالث المحرم، فنكحت زوجا غيره و هكذا فلا تكتمل التسع للعدة إلا فى الطلاق الخامس و العشرين، بناء على كون التحريم المؤبد بتسع تطليقات للعدة، و أما بناء على كفايه الست تطليقات للعدة كما فى صورته التوالى، فيكفى فى صورته التفرق الطلاق السادس عشر، إذا كان الأول عدياً و الثانى سنياً من كل دور.

و قد ذهب الشارح إلى اختصاص الحرمة الأبدية فيما لو وقع فى كل دور اثنان للعدة مع اغتفار الثالث من باب الاقتصار على ما خالف الأصل على مورد اليقين، إذا الأصل عدم الحرمة الأبدية، و النصوص الواردة فى الحرمة الأبدية محموله على القدر المتيقن و قد عرفت أنه ما تقدم من صورته التوالى.

و أما صورته التفرق سواء قلنا بلا بديه إكمال التسع للعدة أم بكفايه الست للعدة فتبقى على الأصل من عدم الحرمة الأبدية، نعم يوجب الحرمة المرفوعه بالمحلل فى كل ثلاث. -

التحريم المؤبد كان (١) أعم من كونها (٢) متواليه (٣) و متفرقه (٤)، فلو اتفق (٥) فى كل ثلاث (٦) واحده للعهده اعتبر فيه (٧) اكمال التسع كذلك (٨).

لكن هل يغتفر منها الثالثه مع كل ثلاث (٩)، لاغتفارها (١٠) لو جامع (١١) الاثنتين (١٢) للعهده فيكفى وقوع الست للعهده، أو يعتبر اكمال التسع للعهده حقيقه (١٣)، يحتمل الأول (١٤)، لأنه (١٥) المعتبر عند التوالى (١٦)، ولأن الثالثه لم -هذا و يمكن دعوى أن النصوص ظاهره فى اعتبار التوالى المذكور، لا أنها محموله على ذلك من باب القدر المتيقن فيما خالف الأصل.

(١) أى الإطلاق.

(٢) أى كون التسع.

(٣) بأن يقع اثنان للعهده و الثالث بائن و لا بد من محلل و هكذا إلى التاسع، و إطلاق العدى على الجميع مجاز، و لذا صح اعتبار التوالى فى هذه الصوره.

(٤) فيما لو وقع العدى فى أول كل دور من الثلاثه.

(٥) بيان لصوره التفرق.

(٦) من التطبيقات.

(٧) أى اعتبر فى التحريم.

(٨) أى بالشرائط المذكوره فى الطلاق العدى.

(٩) فيكفى ست تطبيقات للعهده و لو تفرقت، و عليه فيكفى الطلاق السادس عشر فيما لو كان العدى هو أول الثلاث من كل دور، و يكفى السابع عشر فيما لو كان العدى هو ثانى الثلاث من كل دور.

(١٠) أى اغتفار الثالثه.

(١١) ضمير الفاعل فيها راجع إلى الثالثه.

(١٢) أى التطبيقاتتان للعهده و هما الأولى و الثانيه من كل دور.

(١٣) فى صوره التفرق و لا تتم التسع للعهده فى هذه الصوره إلا بالطلاق الخامس و العشرين، إذا كان العدى أول الدور من كل ثلاث، أو السادس و العشرين إذا كان العدى ثانى الدور من كل ثلاث.

(١٤) و هو اغتفار الثالثه من كل دور فيكفى وقوع الست للعهده فى صوره التفرق.

(١٥) أى وقوع الست.

(١٦) ففى صوره التفرق أولى.

ص: ٣١٧

يتحقق اعتبار كونها للعدده (١) و إنما استفيد من النص (٢) التحريم بالست الواقعه لها (٣)، فيستصحب الحكم (٤) مع عدم التوالى.

و الثانى (٥)، لأن اغتفار الثالثه ثبت مع التوالى على خلاف الأصل (٦)، فإذا لم يحصل (٧) اعتبرت الحقيقه (٨)، خصوصاً مع كون طلقه العده هى الأولى خاصه (٩)، فإن علاقته (١٠) المجاز منتفيتان عن الثالثه (١١)، إذ لا- مجاوره لها (١٢) للعديه، و لا أكثرية لها (١٣).

بخلاف ما لو كانت العديه هى الثانيه فإنّ علاقته المجاوره موجوده (١٤).

و الثانى (١٥) أقوى، فإن كانت العديه هى الأولى (١٦) تعلق التحريم بالخامسه (١) فى صورته التوالى.

(٢) و هى الأخبار المتقدمه.

(٣) أى للعدده.

(٤) من الحرمة الأبديه.

(٥) أى و يحتمل الثانى و هو عدم اغتفار الثالثه من كل دور فى صورته التفرقة فلا بدّ من إكمال التسع حقيقه.

(٦) إذ الأصل عدم الاغتفار.

(٧) أى التوالى.

(٨) أى من دون اغتفار من باب الاقتصار فيما خالف الأصل الدال على عدم التحريم المؤيد على مورد اليقين، و مورده هو التوالى، ففى غيره لا اغتفار.

(٩) دون الثانيه من كل دور.

(١٠) و هما الأكثرية و المجاوره، و هذا تعليل لعدم اغتفار الثالثه فى صورته التفرقة إذا كان العدى أول الدور من كل ثلاث.

(١١) أما الأكثرية فواضح، و أما المجاوره فالثالثه لا تجاور الأولى بل تجاور الثانيه.

(١٢) للثالثه.

(١٣) للعديه.

(١٤) دون علاقته الأكثرية.

(١٥) و هو إكمال التسع للعدة حقيقه من دون اغتفار للثالثه.

(١٦) من كل دور.

ص: ٣١٨

و العشرين (١)، و إن كانت (٢) الثانيه فبالسادسه و العشرين. و يبقى فيه (٣) إشكال آخر، و هو أن طلاق العده حينئذ (٤) لا يتحقق إلا بالرجعه بعده و الوطء (٥)، فإذا توقف التحريم (٦) على تحقق التسع كذلك (٧) لزم تحريمها (٨) بعد الدخول (٩) فى الأخيره (١٠) بغير طلاق. و هو بعيد. و لو توقف (١١) على طلاق آخر بعده (١٢) و لم يكن (١٣) ثالثا لزم جعل ما ليس بمحرّم محرّما (١٤). و الحكم (١٥) بالتحريم بدون (١) بناء على إكمال التسع للعده حقيقه.

(٢) أى العديه.

(٣) أى فى التحريم المؤبد بالخامسه و العشرين.

(٤) أى حين كونها التاسع و هو المتحقق فى الخامس و العشرين.

(٥) أى الوطى بعد الرجوع ليكون طلاقا عديا، إذ قد عرفت سابقا انحصار العدى فى الطلاق الرجعى، مع أن هذا الخامس و العشرين يوجب الحرمة المؤبده القاضيه بعدم جواز رجوعه إليها و عدم جواز وطئها، و هذا خلف، لأن المفروض أن الخامس و العشرين هو طلاق عدىّ يجوز له الرجوع بل لا بد من الرجوع فيه و الوطى، و لو رجع و وطئ ليحقق كون الخامس و العشرين عديا لما كان هذا موجبا للتحريم المؤبد و لاستلزم التحريم حينئذ طلاقا آخر و هو على خلاف كون الخامس و العشرين الذى هو التاسع العدى هو الموجب للتحريم.

(٦) أى التحريم المؤبد.

(٧) أى للعده بكونها يرجع ثم يطاء.

(٨) أى تحريم المطلقه.

(٩) أى بعد الوطى و بعد الرجوع.

(١٠) أى فى الخامس و العشرين أو السادسه و العشرين.

(١١) أى التحريم المؤبد.

(١٢) أى بعد الدخول و بعد الرجوع.

(١٣) أى و لم يكن الطلاق الآخر ثالثا من الدور الأخير، لأن الثالث هو ما قبله.

(١٤) لأن هذا الطلاق الأخير هو أول فى دوره، و ليس ثالثا فى الدور السابق فلا يوجب التحريم المؤبد و لا التحريم حتى تنكح زوجها غيره.

(١٥) أى و لزم الحكم بالتحريم المؤبد.

طلاق موقوف على التحليل (١)، و كلاهما (٢) بعيد. و ليس فى المسأله شىء يعتمد عليه، فالتوقف فيما خالف (٣) النص مجال (٤).

هذا كله حكم الحره، أما الأمه (٥).

(١) أى التحليل من نكاحها لزوج آخر، و المعنى للزم كون الطلاق الأخير و هو الأول فى دوره موجبا للتحريم المؤبد مع أنه لا يوجب التحريم الذى لا بد معه أن تنكح زوجا غيره، مع أن الموجب للتحريم المؤبد لا بد أن يكون ثالثا فى دوره و هو الذى يوجب التحليل بزواج آخر.

(٢) من جعل ما ليس بمحرّم محرما و من الحكم بالتحريم بدون طلاق موقوف على التحليل.

(٣) و المخالف هو صورته التفرقة.

(٤) و يرجع فيه إلى أصاله عدم الحرمة الأبدية نعم فى كل ثالث لا بد من محلل.

(٥) يستفاد من النصوص المتقدمه فى الحره أنها تحرم مؤبدا بشرطين: الأول: وقوع تسع للعدّه، الثانى: نكاح رجلين بينهما، و يستفاد من نصوص أخرى و قد تقدمت أن الأمه تحرم على المطلق حتى تنكح زوجا غيره بطلقتين، و عليه فهل التحريم المؤبد يتسع مختص بالحره فيتمسك فى الأمه بأصاله عدم التحريم المؤبد، بالإضافة إلى أن شرط التحريم المؤبد وقوع تسع للعدّه ينكحها بينها رجلان، و هو منتف فى الأمه، و هذا ما ذهب إليه صاحب الجواهر و جماعه أو أن التحريم المؤبد يشمل الأمه لعدم خصوصيه الحره فى الحكم، بل الحكم يدور مدار وقوع ثلاث تطليقات محرّمه حتى تنكح زوجا غيره، و عليه فهل يشترط وقوع تسع للعدّه حقيقه فى الأمه حتى تحرم مؤبدا، و هذا لا يتم إلا فى الطلاق الثامن عشر، لأن الأول للعدّه و الثانى بائن للسنة، لأن الأمه بالثانى تحرم على المطلق حتى تنكح زوجا غيره، و هكذا فلا يتم التاسع للعدّه إلا فى الثامن عشر، و دليل اشتراط التسع للعدّه هو الاستصحاب للحل و عدم التحريم المؤبد.

إن قلت: إنه يشترط فى التحريم المؤبد أيضا نكاح رجلين، و هنا يتحقق نكاح أكثر من رجلين، بل الواقع نكاح ثمانية رجال.

قلت: نكاح الزائد لا يضر بعد صدق نكاح الرجلين الذى هو الشرط الثانى ثم هل يشترط وقوع تسع للعدّه فى الأمه أو يكفى ست للعدّه، لأن الست للعدّه فى الأمه بمنزله التسع للعدّه فى الحره، بدليل أن كل طلقتين فى الأمه توجب التحريم الموجب للتحليل فى قبال ثلاث تطليقات فى الحره و يكون السادس للعدّه هو الحادى عشر و لا يقع التحريم المؤبد إلا فى الثانى عشر، أو أنه يكفى ست تطليقات فى الأمه مع كون الأولى من كل دور عديّه و الثانى سنیه، فتغتفر الثانیه و الرابعه و السادسه فى الأمه كما اغتفرت الثالثه و السادسه و التاسعه فى الحره. -

فقد عرفت أنها تحرم (١) بعد كل طلقين فلا يجتمع لها طلاق تسع للعدة مع نكاح رجلين (٢). و هما (٣) معتبران فى التحريم (٤) نسا و فتوى، فيحتمل تحريمها (٥) بست (٦)، لأنها قائمه مقام التسع للحره (٧) و ينكحها بينها (٨) رجلان.

و يحتمل اعتبار التسع (٩) كالحره استصحابا للحل إلى أن يثبت المحرّم، و لا يقدر نكاح أزيد من رجلين، لصدقهما (١٠) مع الزائد. و على التقديرين (١١) فيحتمل اعتبار العدد كله للعدة (١٢) اقتصارا فى المجاز (١٣) على المتحقق (١٤)، و الاكتفاء (١٥) فى كل اثنتين بواحدة للعدة (١٦)، و هى (١٧) الأولى (١٨) لقيامها مقام -احتمالات ثلاث لا يساعد النص على واحد منها، و مقتضى القواعد بعد عدم شمول النص للأمه عدم التحريم المؤبد.

(١) تحريما يوجب التحليل.

(٢) بل التسع للعدة لا تتم إلا فى سبعة عشر طلاق، و هذا يستدعى نكاح ثمانية رجال لها.

(٣) أى التسع للعدة مع نكاح رجلين.

(٤) أى التحريم المؤبد فى الحره.

(٥) أى تحريم الأمه تحريما مؤبدا.

(٦) أعم من كون جميعها للعدة أو لا.

(٧) لأن الست للأمه مشتمله على ثلاث تطبيقات موجهه للتحريم الموجب للتحليل، كالتسع فى الحره.

(٨) بين الست.

(٩) أى التسع للعدة.

(١٠) أى الرجلين.

(١١) من الست و التسع.

(١٢) أى يحتمل اعتبار كون العدد من الست و التسع للعدة فى صورته التفرقة.

(١٣) أى فى الجائر المغتفر.

(١٤) و هو توالى طلاقين عديين فى الحره مع اغتفار الثالث.

(١٥) أى و يحتمل الاكتفاء.

(١٦) على أن تكون الثانيه للسنة و هى التى توجب التحريم الموجب للتحليل فتغتفر الثانيه و الرابعه و السادسه فى الأمه، كما اغتفرت الثالثه و السادسه و التاسعه فى الحره.

(١٧) أى الواحده للعدده.

(١٨) لأن الثانيه سنه موجبه للتحريم الموجب للتحليل.

ص: ٣٢١

الاثنين (١)، و لصدق المجاز (٢) فى اطلاق العديه على الجميع (٣) بعلاقه المجاوره.

فعلى الأول (٤) يعتبر اثنا عشره تطليقه إذا وقعت الأولى من كل اثنتين للعهده (٥)، و على التسع ثمانى عشره (٦).

و يبقى الكلام فى الثانيه عشره و الثامنه عشره كما مر (٧).

و على الثانى (٨) يكتفى بالست (٩)، أو التسع (١٠).

و يحتمل فى الأمه عدم تحريمها مؤبدا مطلقا (١١)، لأن ظاهر النص أن مورده (١٢) الحره بقريته نكاح الرجلين مع التسع، فيتمسك فى الأمه بأصالة بقاء الحل، و لعدم اجتماع الشرطين فيها (١٣)، و للتوقف مجال.

(١) أى مقام تطليقتين للعهده فى الحره.

(٢) عطف على قوله (لقيامها)، و المراد بالمجاز هنا فى قبال الحقيقه.

(٣) أى جميع العدد.

(٤) من اعتبار العدد حقيقه.

(٥) بناء على كفايه الست، و تكون الأولى عديه و الثانيه سنيه، هذا بل يجب كفايه الحاديه عشره، لأن الحاديه عشره هى السادسة للعهده من دون لزوم طلاق سنى بعده حتى يوجب التحريم المؤبد.

(٦) بل على كفايه التسع فيتحقق فى السابعه عشر لا فى الثامنه عشر.

(٧) من أنهما لا يكونان للعهده إلا إذا رجع و وطأ، و مع الرجوع و الوطى فكيف يقع التحريم المؤبد من دون طلاق، و لو احتيج إلى طلاق بعده للزم جعل ما ليس بمحرّم محرّما، هذا و أما المحذور الآخر من الحكم بالتحريم المؤبد على الطلاق الآخر و هو لا- يوجب التحريم الموجب للتحليل، فمنفى لأن الطلاق الآخر هنا و هو الثانى عشر و الثامن عشر يوجب التحريم الموجب للتحليل.

(٨) من الاكتفاء فى كل طليقتين بواحد عديه.

(٩) مع اغتفار الثانيه و الرابعه و السادسه.

(١٠) هذا لا معنى له، بل احتمال التسع مبنى على كونه للعهده فى الجميع.

(١١) لا بالتسع و لا بالست فى صورته التفرق و اعتبار العدد حقيقه أو لا.

(١٢) مورد التحريم المؤبد.

(١٣) فى الأمه لأن اعتبار التسع مناف لكفايه نكاح الرجلين، لأن اعتبار التسع متوقف على نكاح أربعة رجال.

ص: ٣٢٢

(العاشرة: تحريم الملاعنه أبدا) و سيأتي الكلام (١) في تحقيق حكمها و شرائطها، (و كذا تحرم (٢) الصماء و الخرساء إذا قذفها زوجها بما يوجب اللعان) لو لا الآفه (٣). بأن يرميها بالزنا مع دعوى المشاهده، و عدم البينه، فلو لم يدّع (١) في كتاب الطلاق.

(٢) بلا لعان.

(٣) أى لو لا- الصمم أو الخرس لكان القذف يوجب اللعان، هذا و لو قذف الزوج زوجته الصماء أو الخرساء بأن يرميها بالزنا فيثبت التحريم المؤبد بلا خلاف فيه للأخبار

منها: صحيح أبى بصير (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هى خرساء صماء لا تسمع ما قال، قال عليه السلام: إن كان لها بينه فشهدت عند الإمام جلد الحد و فرق بينها و بينه ثم لا تحلّ له أبدا، و إن لم يكن لها بينه فهى حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه) (١)، و صحيح الحلبي و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل قذف امرأته و هى خرساء، قال: يفرّق بينهما) ٢، و خبر محمد بن مروان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى المرأه الخرساء كيف يلاعنها زوجها، قال: يفرّق بينهما و لا تحلّ له أبدا) ٣، و قد رواه الشيخ (فى المرأه الخرساء يقذفها زوجها) ٤ الخ... فالقذف هو رميها بالزنا مع دعوى المشاهده و عدم البينه، فلو رماها بالزنا مع دعوى المشاهده و وجود البينه لا تحرم حينئذ بل تحدّ للبينه، و كذا لو رماها بالزنا من دون دعوى المشاهده مع وجود البينه.

و أما لو رماها بالزنا مع عدم المشاهده و عدم البينه فلا حرمه، لأن المستفاد من أن المراد من القذف هو القذف الذى يوجب اللعان لو لا الآفه، و الذى يوجب اللعان هو القذف مع دعوى المشاهده لا بدونها قال تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ (٢)، و عليه فمع عدم المشاهده يرجع إلى أصله عدم التحريم المؤبد إلى استصحاب الحلّ، نعم مع عدم المشاهده فالقذف موجب للحد عليه لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (٣)، و منه تعرف ما لو قذفها بما يوجب اللعان لو لا- الآفه و كانت خرساء أو صماء فيثبت الحد عليه مع الحكم بتحريمها عليه، أما الحد فلا إطلاق الآيه المتقدمه، و أما تحريمها عليه فللنصوص المتقدمه، و قد دلّ على الحد و التحريم صحيح أبى بصير المتقدم.

ص: ٣٢٣

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب اللعان حديث ٢ و ١ و ٤ و ملحقه.

٢- (٥) سورة النور، الآيه: ٤.

٣- (٦) سورة النور، الآيه: ٤.

حدّ (١) و لم تحرم، و لو أقام بينه بما قذفها به سقط الحدّ عنه و التحريم (٢) كما يسقط اللعان (٣)، لأن ذلك (٤) هو مقتضى حكم القذف في ايجاب اللعان، و عدمه (٥)، و لا يسقط الحدّ (٦) بتحريمها عليه، بل يجمع بينهما (٧) إن ثبت القذف عند الحاكم، و إلاّ (٨) حرمت فيما بينه و بين الله تعالى و بقى الحدّ في ذمته على ما دلت عليه روايه (٩) أبى بصير التي هي الأصل (١٠) في الحكم، و إن كان المستند الآن الإجماع عليه (١١) كما ادعاه الشيخ (١٢) رحمه الله، و دلت الروايه أيضا على اعتبار الصمم و الخرس معا (١٣).

(١) أى فلو رماها بالقذف و لم يدع المشاهده حدّ حد القذف ثمانين جلده للآيه المتقدمه و لم تحرم عليه لعدم تحقق القذف الموجب للعان.

(٢) و يثبت عليها حد الزنا.

(٣) أى كما يسقط اللعان في غير الخرساء و الصماء.

(٤) أى سقوط الحد و التحريم و اللعان مع البينه هو مقتضى حكم القذف في غير الصماء و الخرساء، و فى الصماء و الخرساء لا لعان فمقتضى حكم القذف هو الحد و التحريم و يسقطان مع البينه.

(٥) أى عدم إيجاب اللعان.

(٦) أى حد القذف عن الزوج إذا قذف زوجته الخرساء و الصماء.

(٧) بين حد القذف عليه و بين تحريمها.

(٨) و إن لم يثبت القذف عند الحاكم.

(٩) و قد تقدمت.

(١٠) لأنها أكثر تفصيلا من صحيح الحلبي و محمد بن مسلم.

(١١) على التحريم فى الصماء و الخرساء لو قذفها زوجها.

(١٢) و ادعاه غيره أيضا، و فيه: إنه إجماع مدركى لا يلتفت إليه فالعمده على الأخبار.

(١٣) روايه أبى بصير المتقدمه قد تضمنت (و هي خرساء صماء)، و هي داله على اعتبار الأمرين معا لعدم العطف فيها و بهذا عبّر جماعه، إلا أن هذا تبعا للكافي، و فى التهذيب على ما قاله الشارح فى المسالك: (و هي خرساء أو صماء) و هي داله على اعتبار أحد الأمرين، و هو مذهب الأكثر، بل ادعى الإجماع فى الغنيه و السرائر على الاكتفاء بأحدهما، و يؤيد الاكتفاء بأحدهما تعلق الحكم بالخرساء فقط فى صحيح الحلبي و محمد بن مسلم و خبر محمد بن مروان المتقدمين.

فلو اتصفت (١) بأحدهما خاصة فمقتضى الرواية، و دليل الأصل (٢) عدم التحريم. و لكنّ أكثر الأصحاب عطفوا أحد الوصفين على الآخر بأو (٣) المقتضى للاكتفاء بأحدهما، و المصنف عطف بالواو، و هو (٤) يدل عليه (٥) أيضا، و لكن ورد الخرس وحده فى روايتين فالإكتفاء به وحده حسن. أما الصمم وحده فلا نصّ عليه بخصوصه يعتدّ به.

و فى التحرير استشكل حكم الصماء خاصة (٦) بعد أن استقرب التحريم، و لو نفى ولدها (٧) على وجه (٨) يثبت اللعان به (٩) لو كانت غير مئوفه، ففى ثبوت اللعان (١٠)، أو تحريمها به (١١) كالقذف وجهان: من مساواته (١٢) للقذف فى التحريم المؤبد (١٣) باللعان (١٤) فيساويه (١٥) بالمعلول الآخر (١٦).

(١) أى الزوجه المقدوفه.

(٢) و هو استصحاب الحل، أو أصاله عدم التحريم المؤبد.

(٣) كما هو مقتضى الروايه فى التهذيب.

(٤) أى العطف بالواو.

(٥) أى على الإكتفاء بأحدهما، لأن ظاهر العطف دال على المغايره.

(٦) و هو مبنى على اعتبار الأمرين.

(٧) أى ولد الخرساء أو الصماء.

(٨) و ذلك بادعاء كونه من الزنا.

(٩) بالنفى.

(١٠) و يكون نفى الولد فى الصماء و الخرساء كنفية فى غيرهما موجبا للعان، غايته اللعان فى الصماء يكون بالإشارة.

(١١) أى تحريم الصماء بنفى الولد من دون إيجاب للعان كالقذف.

(١٢) دليل لعدم اللعان مع ثبوت التحريم المؤبد، و المعنى من مساواه نفى الولد للقذف فى غير الصماء و الخرساء، فى كونه موجبا للتحريم المؤبد، بسبب اللعان، فيساويه فى المعلول الآخر أى كونه غير موجب للعان فى الصماء و الخرساء فكما أن القذف فى الصماء و الخرساء لا يوجب اللعان فكذا نفى الولد.

(١٣) فى غير الصماء و الخرساء.

(١٤) أى بسبب اللعان.

(١٥) ضمير الفاعل لنفى الولد، و ضمير المفعول للقذف.

(١٦) و هو كونه محرما بدون اللعان فى غير الصماء و الخرساء.

ص: ٣٢٥

و دعوى (١) الشيخ فى الخلاف الاجماع على أنه لا لعان للصماء و الخرساء (٢).

و من عموم (٣) الآيه المتناول لكل زوجة، خرج منه (٤) قذفهما (٥) بالنص، أو الاجماع (٦) فيبقى الباقي (٧) داخلا فى عموم الحكم باللعان، و توقف (٨) التحريم عليه.

و لا يلزم من مساواه النفى القذف فى حكم (٩) مساواته (١٠) فى غيره (١١)، لأن الأسباب متوقفه على النص (١٢)، و الإجماع (١٣) إنما نقل على عدم لعانهما مع القذف (١٤) (١) دليل ثان لعدم اللعان مع ثبوت التحريم المؤبد.

(٢) و هو عام يشمل ما لو نفى ولدها.

(٣) دليل لثبوت اللعان، و الآيه هى قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحْسَبُهُمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (١) ، و هى عامه تشمل كل زوجة قد رميت بالزنا قذفا أو بنفى ولدها، و خرج من العموم ما لو قذف الصماء و الخرساء فلا لعان فيبقى ما لو نفى عنها ولدها تحت هذا العموم الموجب للعان مع التحريم الثابت على اللعان.

(٤) من عموم الآيه بالحكم باللعان.

(٥) أى قذف الصماء و الخرساء.

(٦) لأن المستند على خروج المقذوفه من الصماء و الخرساء هو الإجماع عند الشارح على ما تقدم بيانه.

(٧) و منه ما لو نفى ولد الصماء أو الخرساء.

(٨) دليل ثان لثبوت اللعان، و المعنى أن التحريم المؤبد متوقف على اللعان، فلا بد منه حتى يثبت التحريم.

(٩) و هو التحريم المؤبد بسبب اللعان فى غير الصماء و الخرساء.

(١٠) أى مساواه النفى للقذف.

(١١) أى فى حكم آخر و هو التحريم المؤبد بغير لعان، بحيث كان قذف الصماء و الخرساء موجبا لذلك، فلا يكون النفى يوجب ذلك إلا بالنص و هو منتف.

(١٢) و هو منتف.

(١٣) المدعى من الشيخ فى الخلاف بعدم لعان الصماء و الخرساء.

(١٤) لا مطلقا حتى يشمل صورته نفى الولد.

كما صرح به (١) الشيخ فلا يلحق به (٢) غيره (٣).

و الظاهر أنه لا فرق هنا (٤) مع القذف بين دخوله بهما (٥)، و عدمه (٦) عملاً بالإطلاق (٧). أما نفى الولد فاشترطه (٨) حسن، و متى حرمت قبل الدخول (٩) فالأجل جود ثبوت جميع المهر لثبوته (١٠) بالعقد فيستصحب، و تنصيفه (١١) في بعض الموارد لا يوجب التعدى (١٢)، و ألحق الصدوق في الفقيه بذلك (١٣) قذف المرأة زوجها الأصم (١٤) فحكم بتحريمها عليه مؤبداً، حملاً (١٥) على قذفه لها، و هو مع غرابته (١٦) قياس لا نقول به (١٧).

(١) بالاختصاص بالقذف.

(٢) بالقذف.

(٣) من نفى الولد.

(٤) في المسألة من التحريم المؤبد بدون لعان.

(٥) بالصماء و الخرساء.

(٦) أى عدم الدخول.

(٧) أى إطلاق النصوص المتقدمه.

(٨) أى اشتراط الدخول.

(٩) عند القذف.

(١٠) أى ثبوت جميع المهر.

(١١) أى تنصيف المهر في الطلاق قبل الدخول.

(١٢) لأن تنصيفه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده.

(١٣) أى بقذف الزوج زوجته الخرساء أو الصماء.

(١٤) أى الأخرس كما في الجواهر.

(١٥) أى حملاً لقذفها له على قذفه لها.

(١٦) أى مع ندره القائل به.

(١٧) هذا مع أن دليل الصدوق ليس القياس بل روايه مرسله و هذا ما صرح به الشارح فى المسالك، و هى مرسله الحسن بن محبوب عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى امرأه قذفت زوجها و هو أصم، قال: يفرق بينها و بينه، و لا تحلّ له أبدا) (١) غير أنها ضعيفه السند و لا جابر لها.

ص: ٣٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب اللعان حديث ٣.

الحادي عشر: تحريم الكافره غير الكتابيه

(الحادي عشر: تحريم الكافره غير الكتابيه) (١) و هي (٢) اليهوديه، و النصرانيه، و المجوسيه (٣) (على المسلم إجماعاً، و تحريم الكتابيه عليه (٤) دواما لا متعه و ملك يمين) على أشهر الأقوال (٥)، و القول الآخر الجواز مطلقاً (٦). و الثالث المنع مطلقاً (٧). و إنما (١) لا- يجوز للمسلم نكاح غير الكتابيه بلا- خلاف فيه لقوله تعالى: وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ (١)، و لقوله تعالى: وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ (٢)، و للأخبار

منها: خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام (في قوله تعالى: وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ، قال عليه السلام: من كانت عنده امرأه كافره، يعين على غير مله الإسلام و هو على مله الإسلام فليعرض عليها الإسلام فإن قبلت فهي امرأته، و إلا فهي بريه منه، فهي الله أن يستمسك بعصمتها) (٣) و مقتضى الأدله عدم جواز نكاحها دواما و متعه و ابتداء و استدامه.

(٢) أى الكتابيه.

(٣) و فيها بحث سيأتى.

(٤) على المسلم.

(٥) و هو المشهور بين المتأخرين و اختاره أبو الصلاح و هو ظاهر الشيخ فى المبسوط.

(٦) فى الدوام و المتعه و الملك و هو المنسوب إلى الصدوقين و ابن أبى عقيل، و قواه صاحب الجواهر.

(٧) فى الدوام و المتعه و الملك و هو مذهب المرتضى، و الشيخ فى أحد قوليهِ و المفيد كذلك، و الحلبي، و هناك أقوال أخرى منها: جواز نكاحها متعه اختياراً، و دائماً اضطراراً، و هو للشيخ فى النهايه و ابن حمزه و ابن البراج.

و منها: عدم جواز العقد متعه و دواما، و جواز ملك اليمين و هو للشيخ فى أحد قوليهِ، و نسب إلى المفيد. و منشأ الاختلاف ظاهر الآيات و الروايات.

فأدله المنع قوله تعالى: وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ (٤)، و الكتابيه مشرکه بدليل قوله تعالى: وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ، وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ، ذَلِكَ قَوْلُهُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ يُضَاهُونَ قَوْلَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ قَبْلُ، قَاتَلَهُمُ اللَّهُ أَنَّى يُؤْفَكُونَ، اتَّخَذُوا أَحْبَابَهُمْ -

ص: ٣٢٨

١- (١) سورة الممتحنه الآيه: ١٠.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٢١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٧.

وَرُهبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَ الْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ، وَ مَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا، لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ (١).

و استدلل بقوله تعالى: وَ لَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ (٢)، و هى شامله للكتابه.

و يعارضهما قوله تعالى: الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ - إلى قوله تعالى - وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ (٣)، و هى نص فى جواز نكاح الكتبيه.

و قد قيل: إن لفظ الأجر ظاهر فى العوض للمؤجل، لأن العوض فى الدائم يسمى صداقا و نحله و فرضا فتختص الآيه بجواز نكاح الكتبيه بالمنقطع، و لكنه قول ضعيف إذا أطلق الأجر على العوض فى مطلق النكاح فى قوله تعالى: لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٤)، و فى قوله تعالى: فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَ آتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٥).

هذا و هناك جمله من الأخبار قد دلت على أن آيه المائده الداله على جواز نكاح الكتبيه منسوخه بإحدى آيتى النهى المتقدمتين:

منها: موثق على بن الجهم (قال لى أبو الحسن الرضا عليه السلام: يا أبا محمد: ما تقول فى رجل تزوج 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 غير مسلمه، قال عليه السلام: و لم؟ قلت: لقوله الله عز و جل: و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن،

قال عليه السلام: فما تقول فى هذه الآيه: و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم؟ قلت: فقوله: و لا تنكحوا المشركات نسخت هذه الآيه، فتبسم ثم سكت) (٦)، و صحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز و جل: و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم، فقال عليه السلام: هى منسوخه بقوله: وَ لَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ (٧).-

ص: ٣٢٩

١- (١) سورة التوبه، الآيتين: ٣٠ و ٣١.

٢- (٢) سورة الممتحنه، الآيه: ١٠.

٣- (٣) سورة المائده، الآيه: ٥.

٤- (٤) سورة الممتحنه، الآيه: ١١.

٥- (٥) سورة النساء، الآيه: ٢٦.

٦- (٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٣.

٧- (٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

- ومنها: مرسل الطبرسى فى مجمع البيان عن أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السّلام فى قوله تعالى: وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ (١) قال عليه السّلام: إنه منسوخ بقوله تعالى:

وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ ، و بقوله: وَ لَا تُمَسِّكُوا بِعِصْمِ الْكُوفِرِ (٢).

و منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قوله تعالى وَ الْمُحْصِنَاتُ...

قال عليه السّلام هى منسوخه نسختها قوله تعالى: وَ لَا تُمَسِّكُوا بِعِصْمِ الْكُوفِرِ .

و منها: خبر الدعائم عن على عليه السّلام (إنما أحلّ الله نساء أهل الكتاب للمسلمين إذا كان فى نساء المسلمين قله، فلما كثرت المسلمات قال الله عز و جل: وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ، و قال: وَ لَا تُمَسِّكُوا بِعِصْمِ الْكُوفِرِ (٣) و هذه الأخبار و إن كان أكثرها ضعيف السند إلا أن بعضها صحيح كصحيح زراره المتقدم، نعم يعارضها ما دل على أن سورة المائدة محكمه لم ينسخ شىء منها، كصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (سمعتة يقول:

جمع عمر بن الخطاب أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و فيهم على عليه السّلام فقال: ما تقولون فى المسح على الخفين، فقام المغيرة بن شعبه فقال: رأيت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يمسح على الخفين، فقال على عليه السّلام: قبل المائدة أو بعدها، فقال: لا- أدرى، فقال على عليه السّلام: سبق الكتاب الخفين، إنما نزلت المائدة قبل أن يقبض بشهرين أو ثلاثه (٤)، و النبوى (إن سورة المائدة: آخر القرآن نزولاً فأحلوا حلالها و حرّموا حرامها) (٥)، و المروى عن الطبرسى عن العياشى بإسناده و عيسى بن عبد الله عن أبيه عن جده عن أمير المؤمنين عليه السّلام (كان القرآن ينسخ بعضه بعضاً، و إنما يؤخذ من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بآخره، و كان من آخر ما نزل عليه سورة المائدة، نسخت ما قبلها و لم ينسخها شىء، لقد نزلت عليه و هو على بغله شهباء) (٦).

و آيه حل المحصنات من المائدة فلا بدّ من العمل بالطائفة الأخيره و أن سورة المائدة ناسخه لا منسوخه هذا من جهه و من جهه أخرى فعند الشك فى نسخها أو منسوخيتها فالنسبه-

ص: ٣٣٠

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٧.

٣- ((٣ و ٤)) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الوضوء حديث ٦.

٥- (٦) الدر المنثور ج ٢ ص ٢٥٢.

٦- (٧) البحار ج ٩٢ ص ٢٧٤.

-بين آيتى النهى عن نكاح المشركات و بين آيه حل المحصنات من أهل الكتاب نسبه العموم و الخصوص، و إذا دار الأمر بين النسخ و التخصيص فالثانى مقدم، و هو يقتضى جواز نكاح الكتائبه مطلقا، هذا كله نظرا إلى الكتاب.

و أما الأخبار فقد استدل المانع مطلقا بأخبار.

منها: موثق على بن الجهم المتقدم و فيه قول ابن الجهم (لا- يجوز تزويج النصرانيه على مسلمه و على غير مسلمه)(١) و كان بحضور المعصوم و قد سكت، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج اليهوديه و لا النصرانيه مخافه أن يتهود ولده أو يتنصر)(٢)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (لا- ينبغى نكاح أهل الكتاب، قلت: جعلت فداك و أين تحريمه؟ قال: قوله: وَ لَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ)(٣)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن نصارى العرب أ تؤكل ذبايحهم؟ فقال: كان على عليه السلام ينهى عن ذبايحهم و عن صيدهم و عن مناكحتهم)(٤)، و خبر أبى بصير (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن تزويج اليهوديه و النصرانيه، قال: لا)(٣).

و يعارضها أخبار قد دلت على الجواز مطلقا.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا بأس به، أما علمت أنه كان تحت طلحه بن عبيد الله يهوديه على عهد النبى صلى الله عليه و آله و سلم)(٤)، و صحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن رجل له امرأه نصرانيه له أن يتزوج عليها يهوديه، فقال: إن أهل الكتاب مما ليك للإمام، و ذلك موسع منا عليكم خاصة فلا بأس أن يتزوج)(٥)، و صحيح معاويه بن وهب و غيره جميعا عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل المؤمن يتزوج اليهوديه و النصرانيه، فقال: إذا أصاب المسلمه فما يصنع باليهوديه و النصرانيه؟ قلت له: يكون له فيها الهوى، قال عليه السلام: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير، و أعلم أنه عليه فى دينه غضاضه)(٦)، و خبر الحلبي -

ص: ٣٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٣.

٢- (٢) (٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥ و ٤ و ٢.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٤.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١.

٦- (٨) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١.

-عن أبي عبد الله عليه السلام (عن ذبيحه أهل الكتاب و نساءهم، فقال: لا بأس به) (١).

و قد ورد جواز نكاح الكتابيه متعه

منها: موثق الأشعري (سألته عن الرجل يتمتع من اليهوديه و النصرانيه، قال: لا- أرى بذلك بأسا، قلت: فالمجوسيه؟ قال: أما المجوسيه فلا) (٢)، و مرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- بأس أن يتمتع الرجل باليهوديه و النصرانيه و عنده حره) (٣)، و خبر زراره (سمعتة يقول: لا- بأس أن يتزوج اليهوديه و النصرانيه متعه و عنده امرأه) (٤) و مثلها غيرها و قد ورد جواز نكاح الكتابيه في حال الضروره

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهوديه و لا نصرانيه و هو يجد مسلمه حره أو أمه) (٣)، و خبر يونس عنهم عليهم السلام (لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمه إلا أن لا يجد حره، و كذلك لا ينبغي له أن يتزوج امرأه من أهل الكتاب إلا في حال ضروره حيث لا يجد مسلمه حره و لا أمه) (٤)، و خبر حفص بن غياث (كتب بعض إخواني أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل، فسألته عن الأسير هل يتزوج في دار الحرب؟ فقال: أكره ذلك، فإن فعل في بلاد الروم فليس هو بحرام هو نكاح، و أما في الترك و الديلم و الخزر فلا يحل له ذلك) (٤).

و قد ورد ما يدل على جواز نكاح الكتابيه إذا كانت من البله كصحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهوديه و لا نصرانيه، و إنما يحلّ منهن نكاح البله) (٥)، و صحيحه الآخر (قلت لأبي جعفر عليه السلام: إني أخشى أن لا- يحل لي أن أتزوج ممن لم يكن على أمرى، فقال: و ما يمنعك من البله؟ قلت: و ما البله؟ قال: هنّ المستضعفات من اللاتي لا ينصبن و لا يعرفن ما أنتم عليه) (٩)، و خبر حرمان بن أعين قال: (كان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأه مسلمه موافقه فذكرت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال: أين أنت من البله الذين لا يعرفون شيئا) (١٠).

ص: ٣٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الذبائح حديث ٣٤.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المتعه حديث ١ و ٢ و ٣.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٢ و ٣.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٤.

٥- ((٨ و ٩ و ١٠)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١ و ٢ و ٣.

فمن ذهب للمنع تمسك بآيتي النهي عن الإمساك و الإنكاح حتى يؤمن مع كون آيه المائده منسوخه و تمسك بأخبار النهي المطلقه، و من ذهب للجواز مطلقا تمسك بكون آيه المائده ناسخه لا- منسوخه مع التمسك بأخبار الجواز المطلقه نعم و قد حمل آيتي النهي في الأخبار على الكراهه مخافه أن يتنصر الولد أو يتهود، و من ذهب للتفصيل فقد حمل آيتي النهي و أخبار النهي على الدوام، و حمل آيه المائده مع أخبار الجواز على المتعه و ملك اليمين و يؤيده ورود الأخبار الداله على جواز التمتع بالكتابه فضلا عن اشتمال آيه المائده على الأجر، و هو تعبير عن الصداق في المتعه.

و بعضهم فضّل في الدائم بالمنع في حال الاختيار و الجواز عند الاضطرار لما تقدم من أخبار الجواز في حال الضروره، و هذه وجوه الجمع عند القوم، و الأقوى الجواز مطلقا بعد حمل النهي على الكراهه لآيه المائده التي لا يعقل منسوختها، و هي عامه تشمل الدائم و المنقطع مع أن أخبار النهي غير صريحه في التحريم بل بعضها ظاهر في الكراهه فراجع، و لذا قال صاحب الجواهر بعد اختيار الجواز مطلقا: (فلم يبق بحمد الله سبحانه في المسأله بعد اليوم من إشكال و الحمد لله المتعال، و الله هو العالم بحقيقه الحال) انتهى.

ثم على فرض المنع فأدله المنع من الكتاب و السنه مختصه بالعقد فلا تشمل ملك اليمين، و على فرض الشمول فتخصص بقوله تعالى: **إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (١)**، و للأخبار الكثيره الداله على جواز وطئ الكتابيه بملك اليمين

منها: خبر الدينوري (قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في النصرانيه اشتريها و أبيعها من النصاري، فقال: اشتر و بع، قلت: فانكح؟ قال: فسكت عن ذلك قليلا ثم نظر إليّ و قال شبه الإخفاء: هي لك حلال) (٢).

ثم لا فرق في الكتابيه بين الذميه و هي القائمه بشرائط الذمه و بين الحريه لعموم الأدله المتقدمه أو إطلاقتها، و عن الشيخ الأعظم تخصيص ذلك بالذميه فقط لأن الموضوع في الروايات هو النصرانيه و اليهوديه، و هما منصرفتان إلى الذميه باعتبار الغلبه وقت صدور النص.

و فيه: إن الانصراف الناشئ من الغلبه ليس بحجه، و قد استدلل للشيخ على التخصيص بخبر أبي البختري عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أنه كره مناكحه أهل الحرب) (٣)، و فيه:-

ص: ٣٣٣

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٦.

جعلنا المجوسيه من أقسام الكتابيه مع أنها (١) مغايره لها (٢) و إن ألحقت بها فى الحكم (٣) لدعواه (٤) الاجماع على تحريم نكاح من عداها (٥)، مع وقوع الخلاف فى المجوسيه، فلو لا تغليبه (٦) الاسم (٧) عليها لدخلت فى المجمع على تحريمه (٨).

-إنه أدلّ على الجواز من دلالاته على الحرمة كما لا يخفى.

و لكن تتأكد الكراهه فى الحرّيه لما قاله الشارح فى المسالك حذرا من أن تسترق و هى حامل منه مع عدم قبول قولها فى أن حملها من مسلم.

(١) أى المجوسيه.

(٢) للكتاييه.

(٣) من حرمة نكاحها دواما و الجواز متعه و ملك يمين.

(٤) أى دعوى المصنف.

(٥) أى عدا الكتاييه.

(٦) أى تغليب المصنف.

(٧) أى اسم الكتاييه على المجوسيه.

(٨) و هو تحريم غير الكتاييه، و فيه: إن المصنف لم يصرح بكون المجوسيه كتاييه، و إنما ادعى الإجماع على تحريم غير الكتاييه فلو كانت المجوسيه منهم لوقع الإجماع عليها، و لو كانت من غيرهم للحقها حكم الغير من الجواز متعه لا دواما كما هو مبنى الماتن.

و على كل قد وقع الخلاف فى المجوسيه من أن حكمها حكم الكتاييه أو لا، فعن الشيخ فى النهايه و المحقق فى الشرائع من ذلك لمرسل الواسطى عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن المجوس أ كان لهم نبى؟ فقال: نعم، أ ما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى أهل مكه أن أسلموا و إلا فأذنوا بحرب، فكتبوا إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم: خذ منا الجزيه و دعنا على عباده الأوثان، فكتب إليهم النبى صلى الله عليه و آله و سلم: إني لست آخذ الجزيه إلا من أهل الكتاب، فكتبوا إليه يريدون تكذيبه: زعمت أنك لا تأخذ الجزيه إلا من أهل الكتاب، ثم أخذت الجزيه من مجوس هجر؟ فكتب إليهم النبى صلى الله عليه و آله و سلم: إن المجوس كان لهم نبى فقتلوه و كتاب أحرقوه، أ تاهم نييهم بكتابهم فى اثنى عشر ألف جلد ثور(١)، و نحوه خبر الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام، و النبوى (سنوا بهم سنه أهل الكتاب)(٢).

و يؤيده ما دل على جواز التمتع بهن و وطئهن بملك اليمين كخبر محمد بن سنان عن -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو حديث ١ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو حديث ٩.

و وجه اطلاقه عليها (١) أن لها شبهه كتاب صح بسببه التجوز، و المشهور بين المتأخرين أن حكمها (٢) حكمها فناسب الإطلاق. و إنما يمنع من نكاح الكتابيه ابتداء، لا استدامه لما سيأتي من أنه لو أسلم زوج الكتابيه فالنكاح بحاله (٣).

(و لو ارتد أحد الزوجين) عن الإسلام (قبل الدخول بطل النكاح) (٤) سواء -الرضا عليه السّلام (سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا بأس، فقلت: فمجوسيه؟ قال: لا بأس به، يعنى متعه) (١)، و خبر منصور الصيقل عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمجوسيه) ٢، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسيه؟ فقال: لا و لكن إذا كانت له أمه مجوسيه فلا- بأس أن يطأها و يعزل عنها و لا يطلب ولدها) (٢)، فلو لم تكن المجوسيه كتابيه لما جاز وطؤها متعه.

و عن المشهور العدم لأن خبر الواسطى ضعيف السند للإرسال نعم قد ورد أن المجوس بحكم أهل الكتاب فى الديه و الجزيه فقط ففى مرسل المقنعه للمفيد عن أمير المؤمنين عليه السّلام أنه قال: (المجوس إنما ألحقوا باليهود و النصرارى فى الجزيه و الديات، لأنه قد كان لهم فيما مضى كتاب) (٣).

و ما ورد من جواز التمتع بهن فضعيف السند على أنه معارض بنفس صحيح محمد بن مسلم المتقدم الدال على منع التزوج بهن، و بموثق الأشعري (سألته عن الرجل يتمتع من اليهوديه و النصرانيه، قال عليه السّلام: لا أرى بذلك بأساً، قلت: فالمجوسيه؟ قال عليه السّلام:

أما المجوسيه فلا) (٤).

و أما ما دل على جواز وطئهن بملك اليمين فلا يدل على أنها كتابيه كما هو واضح.

(١) أى وجه إطلاق اسم الكتابيه على المجوسيه.

(٢) أى حكم المجوسيه، هذا و فى الجواهر و غيره أن المشهور على العكس فراجع.

(٣) و هذا من جمله أدله جواز نكاح الكتابيه مطلقاً فلا تغفل.

(٤) إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام قبل الدخول انفسخ العقد فى الحال، سواء كان الارتداد عن فطره أم مله، بلا خلاف فيه، لأن الارتداد من ضروب الكفر الذى لا يباح -

ص: ٣٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المتعه حديث ٤ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو حديث ٨.

٤- ((٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المتعه حديث ١.

كان الارتداد فطريا أم مليا، (و يجب) على الزوج (نصف المهر إن كان الارتداد من الزوج) (١)، لأن الفسخ جاء من جهته فأشبهه الطلاق ثم إن كانت التسميه صحيحه (٢) فنصف المسمى، وإلا فنصف مهر المثل.

وقيل: يجب جميع المهر لوجوبه (٣) بالعقد و لم يثبت تشطيره (٤) إلا بالطلاق، و هو أقوى، (و لو كان) الارتداد (منها فلا مهر) لها (٥)، لأن الفسخ جاء من قبلها -التناكح معه، و لخبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: المرتد عن الإسلام تعزل عنه امرأته و لا تؤكل ذبيحته و يستتاب ثلاثه أيام، فإن تاب و إلا قتل يوم الرابع) (١)، و هو مختص بارتداد الرجل و لكن ارتداد المرأة ملحق به لعدم القول بالفصل كما عن سيد الرياض، و هو مختص بالارتداد الملى لكنه يشمل الارتداد الفطرى بطريق أولى.

(١) كما عن الشرائع و غيره بل نسب إلى المشهور، تنزيلا للفسخ بارتداده منزله طلاقه قبل الدخول الموجب لتنصيف المهر، و فيه: إن الأصل ثبوت جميع المهر بالعقد، و تنصيف المهر بالطلاق قبل الدخول لدليل خاص لا يقتضى التعدى إلا على نحو القياس المحرّم عندنا، و لذا ذهب أكثر من واحد لثبوت جميع المهر عليه، خصوصا فى المرتد الفطرى المنزل للمرتد منزله الميت مع أن بالموت قبل الدخول يثبت جميع المهر.

(٢) بأن لا يكون المهر من الخمر و الخنزير و ما لا يصح تملكه للمسلم.

(٣) أى و جوب جميع المهر.

(٤) أى تنصيفه.

(٥) فيسقط مهرها بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الفسخ جاء من قبلها، و فيه: إن الفسخ من حين الحدث فهو انفساخ و ليس من حين صدور العقد، و عليه فالعقد قبل الفسخ أوجب المهر و لا دليل على سقوطه بعد الفسخ فاللازم القول بثبوت المهر.

و لعل الأصحاب اعتمدوا فى مقام الحكم بسقوط المهر لارتدادها بخبر إسماعيل بن زياد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السلام (فى المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها، قال عليه السلام: يفرق بينهما و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها) (٢).

و هو غير معمول به فى مورده إلا أن ذيله مشتمل على التعليل، و العله عامه.

ص: ٣٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد المرتد حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.

قبل الدخول، (و لو كان) الارتداد (بعده) أى بعد الدخول (١) (وقف) انفساخ النكاح (على انقضاء العده) (٢) إن كان الارتداد من الزوجه مطلقا (٣)، أو من الزوج عن غير فطره، فإن رجع المرتد قبل انقضائها (٤) ثبت النكاح، وإلا انفسخ.

(و لا يسقط شيء من المهر) لاستقراره بالدخول، (و لو كان) ارتداده (٥) (عن فطره بانته) الزوجه (فى الحال) إذ لا تقبل توبته (٦)، بل يقتل، و تخرج عنه أمواله بنفس الارتداد و تبين منه زوجته و تعتدّ عده الوفاه.

(و لو أسلم زوج الكتابيه) دونها (فالنكاح بحاله) (٧) قبل الدخول و بعده، (١) فيتوقف الفسخ على انقضاء العده، من غير فرق بين ارتداد الزوج أو الزوجه، فإن رجع المرتد - زوجه كان أو زوجا - قبل انقضاء العده فهى زوجته و إلا انكشف أنها بانته منه من أول الارتداد، بلا خلاف فيه.

إلا إذا كان المرتد هو الزوج و كان ارتداده عن فطره فيفسخ النكاح فى الحال بلا خلاف فيه لموثق عمار الساباطى (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و جحد محمدا نبوته و كذبه، فإن دمه مباح لمن سمع ذلك منه، و امرأته بائنه منه يوم ارتد، و يقسم ماله على ورثته، و تعتد امرأته عده المتوفى عنها زوجها، و على الإمام أن يقتله و لا يستتبهه) (١)، و السبب فى كون عدتها عده وفاه أن المرتد الفطرى بحكم الميت لوجوب قتله على كل حال، و منه تعرف أن العده فى المرتد الملى أو إذا كان الارتداد من الزوجه عده طلاق لعدم وجوب قتل الملى عند ارتداده، و لعدم وجوب قتل المرتده سواء كانت مليه أم فطريه.

و على كل فإذا توقف الفسخ على انقضاء العده فليس له التزويج بأختها و لا بالخامسه فى زمن العده لأنها كالرجعيه حيث يرجى عودها فى كل وقت، و على كل أيضا لا يسقط شيء من المهر فى كل الصور المتقدمه لاستقراره بالدخول.

(٢) و هى عده طلاق.

(٣) عن فطره أو مله.

(٤) أى العده.

(٥) أى الزوج.

(٦) ظاهرا لأنه يجب قتله على كل حال، و إن قبلت واقعا.

(٧) ما تقدم كان فى الكفر بعد الإسلام، و هنا فى الإسلام بعد الكفر، و على كل فلو أسلم -

ص: ٣٣٧

دائماً و منقطعاً، كتابيا كان الزوج أم وثنيا، جَوَزنا نكاحها للمسلم ابتداءً أم لا، (و لو أسلمت دونه) (١) بعد الدخول (وقف) الفسخ (على) انقضاء (العدة) و هي -زوج الكتابيه ثبت عقده سواء كان قبل الدخول أم بعده، و سواء كان التزويج دائماً أم منقطعاً، و سواء كان الزوج كتابيا أم وثنيا بلا خلاف فيه، و هو واضح بناءً على المختار من جواز نكاح المسلم للكتابيه مطلقاً و ابتداءً و استدامه، و أما على القول الآخر من المنع فلا إطلاق صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل هاجر و ترك امرأته مع المشركين ثم لحقت به بعد ذلك، أ يمسكها بالنكاح الأول أو تنقطع عصمتها؟ قال عليه السّلام: بل يمسكها و هي امرأته) (١)، و خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (إن أهل الكتاب و جميع من له ذمه إذا أسلم أحد الزوجين منهما على نكاحهما) ٢.

(١) لو أسلمت زوجه الكتابي دونه قبل الدخول انفسخ العقد في الحال بلا خلاف فيه لعدم جواز نكاح الكافر للمسلمه للأخبار

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أسلمت امرأه و زوجها على غير الإسلام فزق بينهما) (٢)، نعم لا مهر لها لأن الفسخ جاء من قبلها، و لا عده لها لأنه قبل الدخول، و يدل على ذلك كله صحيح عبد الرحمن عن أبي الحسن عليه السّلام (في نصراني تزوج نصرانيه فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال: قد انقطعت عصمتها منه، و لا مهر لها و لا عده عليها منه) ٤.

و لو أسلمت دونه بعد الدخول فيقف الفسخ على انقضاء العده، فإن أسلم فيها كان أملاك بها و هي امرأته، و إلا بانت منه بإسلامها كما عليه المشهور لصحيح البيهقي (سألته الرضا عليه السّلام عن الرجل تكون له الزوجه النصرانيه فتسلم هل يحل أن تقيم معه؟ قال عليه السّلام: إذا أسلمت لم تحل له، قلت: فإن الزوج أسلم بعد ذلك، أ يكونان على النكاح؟ قال عليه السّلام: لا، يتزوج بتزويج جديد) (٣)، و هو مقيّد بانقضاء العده لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام (أن امرأه مجوسيه أسلمت قبل زوجها، فقال علي عليه السّلام: لا يفرق بينهما، ثم قال: إن أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك، و إن انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب) (٤) -،

ص: ٣٣٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٤ و ٦.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٢.

عده الطلاق من حين إسلامها، فإن انقضت (١) و لم يسلم تبين أنها بانت منه حين إسلامها، و إن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح.

هذا هو المشهور بين الأصحاب و عليه الفتوى.

و للشيخ رحمه الله قول بأن النكاح لا يفسخ بانقضاء العده إذا كان الزوج ذميا (٢)، لكن لا يمكن من الدخول عليها ليلا، و لا من الخلوه بها (٣)، و لا من إخراجها إلى دار الحرب ما دام قائما بشرائط الذمه، استنادا إلى روايه ضعيفه مرسله، أو معارضه بما هو أقوى منها.

(و إن كان) الإسلام (قبل الدخول و أسلمت الزوجه بطل) العقد، و لا مهر -و عن الشيخ فى النهايه و التهذيب و الاستبصار عدم انفساخ النكاح بانقضاء العده إن كان الزوج قائما بشرائط الذمه، بل نكاحه باق غير أنه لا يمكن من الدخول عليها ليلا، و لا من الخلوه بها نهارا، و لا- من إخراجها إلى دار الحرب لمرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام (أنه قال فى اليهودى و النصرانى و المجوسى إذا أسلمت امرأته و لم يسلم قال: هما على نكاحهما و لا يفترق بينهما و لا يترك أن يخرج بها من دار الإسلام إلى الهجره) (١)، و مرسل إبراهيم بن هاشم عن بعض أصحابه عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إن أهل الكتاب و جميع من له ذمه إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما، و ليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها، و لا يبيت معها و لكنه يأتيها بالنهار) ٢، و خبر يونس (الذى تكون عنده المرأه الذميه فتسلم امرأته قال: هى امرأته يكون عندها بالنهار و لا يكون عندها بالليل) ٣، و لكن هذه الأخبار ضعيفه السند لا تصلح لمقاومه ما تقدم، هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أنه على قول الشيخ بعدم بطلان النكاح فى الذمى لا فرق بين كون إسلامها قبل الدخول و بعده لتناول الأدله للحالتين، و ربما فهم من عباره بعض الأصحاب اختصاص الخلاف بما لو كان الإسلام بعد الدخول و ليس كذلك) انتهى.

(١) أى العده.

(٢) قائما بشرائط الذمه.

(٣) نهارا.

ص: ٣٣٩

لها، لأنَّ الفرقه جاءت من قبلها، و إن أسلم الزوج (١) بقى النكاح كما مرّ، و لو أسلما معا ثبت النكاح، لانتفاء المقتضى (٢) للفسخ.

الثانيه عشر: لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين

(الثانيه عشر: لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين) (٣) المنسويين إلى عباده الوثن، و هو (٤) الصنم، و كذا من بحكمهما من الكفار غير الفرق الثلاثه (٥)، و كان الإسلام (قبل الدخول بطل) النكاح مطلقا (٦)، لأنَّ المسلم إن كان هو الزوج استحال بقاؤه على نكاح الكافره غير الكتابيه، لتحريمه (٧) ابتداء و استدامه، و إن كان (٨) هي الزوجه فأظهر (٩)، (و يجب النصف) أى نصف المهر (بإسلام) (١) دونها.

(٢) و هو كون أحد الزوجين ذميا.

(٣) لو كان الزوجان وثنيين أى عابدى وثن، و هو الصنم، أو كان بحكمها من الكفار غير الكتابيين، فأسلم أحدهما قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال، لأنَّ المسلم لو كان هو الزوج فلا يجوز نكاح الكافره غير الكتابيه للمسلم إجماعا و قد تقدم و عليه تمام المهر لثبوته بالعقد، و قياس إسلامه على طلاقه فيجب النصف باطل، لأنه قياس محرم، و لو كان المسلم هو الزوجه فلا يجوز نكاح الكافر للمسلمه و لو كان كتابيا و قد تقدم، و يسقط المهر، لأنَّ الحدث جاء من قبلها.

و لو أسلم أحدهما بعد الدخول وقف انفساح العقد على انقضاء العده، فإن انقضت و لم يسلم الآخر تبين انفساخه من حين الإسلام، و إن أسلم فيها استمر النكاح، بلا خلاف فيه لخبر منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مجوسى أو مشرك من غير أهل الكتاب كانت تحته امرأه فأسلم أو أسلمت، قال: ينتظر بذلك انقضاء عدتها، فإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضى عدتها فهما على نكاحهما الأول، و إن هى لم تسلم حتى تنقضى العده فقد بانت منه) (١).

(٤) أى الوثن.

(٥) و هم اليهود و النصارى و المجوس.

(٦) سواء كان المسلم زوجا أم زوجته.

(٧) أى النكاح.

(٨) أى المسلم.

(٩) لأنَّ تحريم نكاح المسلمه على الكافر بلا استثناء بخلاف نكاح المسلم للكافر، فيستثنى منه نكاح الكتابيه.

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٣.

(الزوج) (١)، و على ما تقدم (٢) فالجميع (٣)، و يسقط (٤) بإسلامها لما ذكر (٥)، (و بعده) أى بعد الدخول (يقف) الفسخ (على) انقضاء (العهدة) فإن انقضت و لم يسلم الآخر تبين انفساخه من حين الإسلام، و إن أسلم (٦) فيها (٧) استمر النكاح، و على الزوج نفقه العده مع الدخول (٨) إن كانت هى المسلمه، و كذا فى السابق (٩)، و لو كان المسلم هو فلا نفقه لها عن زمن الكفر مطلقا (١٠)، لأن المانع منها (١١) مع قدرتها على زواله (١٢).

(و لو أسلما معا فالنكاح بحاله)، لعدم المقتضى للفسخ (١٣). و المعتبر فى ترتب (١٤) الإسلام و معيته (١٥) بآخر (١٦) كلمه الإسلام (١٧)، لا بأولها، و لو كانا صغيرين قد أنكحهما الولي فالمعتبر إسلام أحد الأبوين فى إسلام ولده (١٨)، و لا (١) قياس لإسلامه قبل الدخول على طلاقه.

(٢) من تخصيص تنصيف المهر بالطلاق فقط.

(٣) أى جميع المهر.

(٤) أى تمام المهر.

(٥) لأن الحدث جاء من قبلها.

(٦) أى الآخر.

(٧) فى العده.

(٨) لأنها بحكم الرجعية.

(٩) و هو إسلام الكتابيه.

(١٠) سواء أسلمت فى العده أم لا.

(١١) من الزوجه.

(١٢) أى مع قدره الزوجه على إزاله المانع الذى هو الكفر بإسلامها.

(١٣) و المقتضى هو كفر أحد الزوجين بلا خلاف فيه.

(١٤) أى سبق إسلام أحدهما.

(١٥) أى اتحاد إسلام الزوجين.

(١٦) فإذا حصل الآخر منهما معا حصلت المعيه و إلا فلا.

(١٧) وهى التشهدان، لله بالألوهيه و للنبي صلى الله عليه و آله و سلم بالرساله.

(١٨) بالتبعيه.

ص: ٣٤١

اعتبار بمجلس الإسلام (١) عندنا، (و لو أسلم الوثني) و من فى حكمه (٢) (أو الكتابى على أكثر من أربع) نسوه بالعقد الدائم (فأسلمن (٣)، أو كن كتابيات) و إن لم يسلمن (تخير أربعاً) منهن و فارق سائرهن (٤)، إن كان حراً و هن حرائر، و إلا (٥) اختار ما عين له سابقاً من حرتين و أمتين، أو ثلاث حرائر و أمه، و العبد يختار حرتين، أو أربع إماء، أو حره و أمتين، ثم تتخير الحره فى فسخ عقد الأمه و إجازته كما مر (٦).

و لو شرطنا فى نكاح الأمه الشرطين (٧) توجه انفساخ نكاحها (٨) هنا إذا جمعت (٩) حره (١٠)، لقدرته عليها (١١) المنافيه لنكاح الأمه، و لو تعددت الحرائر اعتبر رضاهن جمع (١٢)، ما لم يزدن على أربع (١٣) فيعتبر رضاهن من يختارهن من النصاب.

(١) فلا عبره فى اتحاد المجلس لتحقيق المعيه بل العبره على اللفظ.

(٢) و هو الكافر غير الكتابى.

(٣) أى الجميع، و إلا لو لم يسلمن معه و لا فى العده انفسخ نكاح الجميع لعدم جواز نكاح الكافره غير الكتابيه، و كذا لو أسلم أربعاً منهن فقط فعقدهن ثابت و ينفسخ عقد الباقي.

(٤) بلا خلاف فيه لما روته العامه (أن غيلان بن سلمه الثقفى أسلم و له عشره نسوه فى الجاهليه فأسلمن معه، فقال له النبى صلى الله عليه و آله و سلم: اختر أربعاً و فارق سائرهن) (١) و فى روايه (أمسك أربعاً).

(٥) أى لم تكن النسوه كلهن حرائر.

(٦) كما تقدم فى المسأله الثانيه، لأنه لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن زوجته الحره.

(٧) من عدم الطول و خوف العنت.

(٨) أى الأمه.

(٩) أى الأمه.

(١٠) لتحقق الطول الذى هو نكاح الحره فيرتفع الشرط الأول لجواز نكاح الأمه.

(١١) أى لقدره الزوج على الحره.

(١٢) إذا كانت الأمه من جمله الأربع اللواتى اختارهن.

(١٣) بل على ثلاث، لأن الحر لا يجوز له أزيد من ثلاث حرائر و أمه.

و لا- فرق فى التخيير بين من ترتب عقدهن (١) و اقترن (٢)، و لا- بين اختيار الأوائل و الأواخر (٣)، و لا- بين من دخل بهن و غيرهن (٤). و لو أسلم معه أربع و بقى أربع كتابيات فالأقوى بقاء التخيير (٥).

الثالثه عشر: لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإبائه

(الثالثه عشر: لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإبائه و إن لم يعد فى العده على الأقوى) (٦)، لأصالة بقاء الزوجيه، (و روايه عمار) الساباطى عن الصادق عليه السلام (١) بحيث كان عقد الواحده منهن أسبق من عقد الثانيه و هكذا.

(٢) بحيث كان عقد الواحده منهن مقترنا مع عقد الثانيه و هكذا.

(٣) فى الإسلام، بحيث أسلمت الواحده منهن قبل الأخرى، و تحقق إسلام الجميع قبل انقضاء عدتهن.

(٤) كل ذلك لإطلاق قوله صلى الله عليه و آله و سلم المتقدم (اختر أربعاً و فارق سائرهن).

(٥) بين المسلمات و الكتابيات، لجواز نكاح الكتابيه استدامه بلا خلاف فيه، قال فى المسالك:

(و لا- فرق على تقدير كونهن كتابيات بين إسلام بعضهن معه و عدمه، حتى لو أسلم معه أربع جاز له اختيار الكتابيات، لأن الإسلام لا- يمنع استمرار نكاح الكتابيات و لا- يوجب نكاح المسلمه، و إن كان الأفضل له اختيار المسلمات لشرفهن على الكافرات) انتهى.

(٦) ورد فى موثق عمار الساباطى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أذن لعبدته فى تزويج امرأه فتزوجها، ثم إن العبد أبق من مواليه فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من موالى العبد، فقال عليه السلام: ليس لها على مولاه نفقه و قد بانت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته، هو بمنزله المرتد عن الإسلام.

قلت: فإن رجع إلى مواليه ترجع إليه امرأته؟ قال عليه السلام: إن كان قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها، و إن لم تتزوج و لم تنقض العده فهي امرأته على النكاح الأول (١).

و قد أفتى بمضمونها الشيخ فى النهايه و ابن حمزه فى الوسيه، و علّل الحكم فى الروايه بأن الارتداد خروج العبد عن طاعه السيد، و هذا المعنى حاصل فى الإباق.

و لم يعمل بها المشهور لا لضعف السند و إن ادعاه البعض، لأن الساباطى ثقّه و إن كان واقفياً فالخبر من الموثق الذى تناله أدله اعتبار الخبر، و لكن عدم العمل به لمعارضته لأصالة بقاء الزوجيه مع أن الإباق ليس كالارتداد و إلا فيجب قتل الآبق كما يجب قتل المرتد و لم يلتزم به أحد.

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

قال: سألته عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأه فتزوجها، ثم إن العبد أبق (١) فقال: «ليس لها على مولاه نفقه، وقد بانت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته، وهو (٢) بمنزله المرتد عن الإسلام» قلت: فإن رجع إلى مولاه (٣) ترجع امرأته إليه؟ قال: «إن كانت قد انقضت عدتها (٤) ثم تزوجت غيره فلا- سبيل له عليها، وإن لم تتزوج ولم تنقض العدة فهي امرأته على النكاح الأول» (ضعيفه) السند فإن عمارا وإن كان ثقة إلا أنه فطحي لا يعتمد على ما ينفرد به، وتبّه بالأقوى على خلاف الشيخ في النهاية حيث عمل بمضمونها وتبعه ابن حمزه، إلا أنه (٥) خص الحكم بكون العبد زوجا لأمه غير سيده (٦)، وقد تزوجها بإذن السيدين (٧).

و الحق المنع (٨) مطلقا (٩)، و وجوب (١٠) النفقه على السيد، و لا تبين المرأه إلا بالطلاق (١١).

الرابعه عشر: الكفاءه

(الرابعه عشر: الكفاءه) (١٢) بالفتح و المد، و هى تساوى الزوجين فى الإسلام (١) و فى الخبر (أبق من مواليه).

(٢) و فى الخبر على ما فى الوسائل و الجواهر (هو).

(٣) و فى الخبر (مواليه ترجع إليه امرأته).

(٤) و فى الخبر (عدتها منه).

(٥) أى ابن حمزه.

(٦) و هو ظاهر الخبر حيث ورد فيه (فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من موالى العبد)، فلو كانت أمه لسيد العبد لجاءت تطلب النفقه من سيدها.

(٧) سيد العبد و سيد الأمه.

(٨) أى المنع من الفسخ.

(٩) سواء كان العبد زوجا لأمه سيده أم لغيره.

(١٠) عطف على (المنع مطلقا).

(١١) بعد كون الإباق ليس طلاقا و ليس ارتدادا.

(١٢) الكفاءه بالمد و الفتح مصدر بمعنى المماثله، و لا خلاف فى اشتراطها فى النكاح بين الزوجين، و لكن اختلفوا فى تفسيرها فعن المفيد و ابن سعيد و المحقق أن الكفاءه هو الاكتفاء بالإسلام، للإجماع على اعتباره و لذا لا يجوز للمسلمه نكاح غير المسلم، و لا للمسلم نكاح غير المسلمه إلا الكتابيه لقيام الدليل الخاص. -

-و ذهب المشهور إلى اعتبار الإيمان الخاص مع الإسلام، و المراد بالإيمان الخاص هو الاعتقاد بإمامه الأئمة الاثنى عشر عليهم أفضل الصلوات و أزكى التحيات، إلا- أن اعتبار الإيمان الخاص فى جانب الزوج، و أما فى جانب الزوجه فيكفى الإسلام نعم حكى عن سلاى عدم الاكتفاء بإسلام الزوجه فقط بل لا بد من الإيمان الخاص أيضا، و على كل، استدلووا بالأخبار.

منها: ما رواه الكلينى (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم صعد المنبر ذات يوم فحمد الله و أثنى عليه ثم قال:

أيها الناس إن جبرئيل أتانى عن اللطيف الخبير فقال: إن الأبكار بمنزله الثمر على الشجر، إذا أدرك ثمارها فلم تجتن أفسدته الشمس و نثرته الرياح، و كذلك الأبكار إذا أدركن ما يدرك النساء فليس لهن دواء إلا البعوله، و إلا لم يؤمن عليهن الفساد لأنهن بشر، فقام إليه رجل فقال: يا رسول لله فمن زوج؟ فقال: الأكفاء، فقال: و من الأكفاء؟ فقال: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض، المؤمنون بعضهم أكفاء بعض(1)، و قد دل الخبر على أن غير المؤمن ليس كفوا للمؤمنه، و فيه: فمن حيث السند فمرسل لأن الخبر قد رواه الكلينى، و قال: سقط عنى إسناده، و أما من ناحيه المتن فالمؤمن فى زمن الرسول صلى الله عليه و آله و سلم كان مرادفا للفظ المسلم، و الإيمان بالمعنى الخاص اصطلاح حدث بعد عصره.

و استدلووا بخبر الواسطى (كتبت إلى أبى جعفر عليه السلام أسأله عن النكاح، فكتب إلى: من خطب إليكم فرضيتم دينه و أمانته فزوجوه، إلا- تفعلوه تكن فتنة فى الأرض و فساد كبير(2))، بدعوى أن غير المؤمن لا يرضى دينه، و فيه مع ضعف سنده أنه لا يدل على اعتبار الإيمان بالمعنى الخاص بل يدل على اعتبار دينه و الدين هو الإسلام قال تعالى:

إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ (3)، و لو سلم أن الدين بمعنى الإيمان الخاص فالخبر دال على تزويج المؤمن و هو لا يدل على عدم تزويج غيره.

و استدلووا بصحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (تزوجوا فى الشكاك و لا تزوجوهم، فإن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه(4))، و مقتضى عموم التعليل عدم-

ص: ٣٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

٣- (٣) سورة آل عمران، الآية: ٢٠.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٢.

و الإيمان، إلا- أن يكون المؤمن هو الزوج، و الزوجه مسلمه من غير الفرق -جواز تزويج المؤمنه للمخالف و إن جاز العكس، فضلا عن أن حرمه تزويج الشكاك مستلزم لحرمه تزويج غيرهم من المعتقدين للخلاف بطريق أولى، و فيه: إن ما فى الخبر من التعليل قرينه على عدم كون النهى مولويا، بل هو إرشاد لأمر خارج عن عنوان التزويج، و هو لا يدل على ألف و فضلا عن الحرمة.

و استدلوا بخبر الفضيل بن يسار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن لامرأتى أختا عارفة على رأينا و ليس على رأينا بالبصره إلا قليل، فأزوجه ممن لا- يرى رأيها؟ قال: لا و لا نعمه، إن الله عز و جل يقول: فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هنّ حلّ لهم و لا هم يحلونّ لهم)(١)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (إن العارفة لا توضع إلا عند عارف)(٢)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و لا يتزوج المستضعف مؤمنه)(٣).

و فيه: لا بد من حمل غير العارف على الناصبى حيث لا يجوز نكاح الناصب و لا الناصبيه كما سيأتى إنشاء الله، و إن أبيت عن هذا الحمل فيحمل النهى على الكراهه جمعا بينها و بين أخبار تدل على كفايه الإسلام فى جانب الزوج

منها: خبر الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام (الإيمان يشارك الإسلام و لا يشاركه الإسلام، إن الإيمان ما وقرّ فى القلوب و الإسلام ما عليه المناكح و المواريث و حقن الدماء، و الإيمان يشارك الإسلام و الإسلام لا يشارك الإيمان)(٢)، و صحيح عبد الله بن سنان (سألت أبا عبد الله عليه السلام: بم يكون الرجل مسلما تحل مناكحته و موارثته و بم يحرم دمه؟ قال عليه السلام: يحرم دمه بالإسلام إذا ظهر و تحل مناكحته و موارثته)(٣)، و خبر سماعة (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أخبرنى عن الإسلام و الإيمان أهما مختلفان؟ فقال عليه السلام: إن الإيمان يشارك الإسلام، و الإسلام لا يشارك الإيمان، فقلت:

تصفهما لى؟ فقال عليه السلام: الإسلام شهاده أن لا إله إلا الله و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و به حقنت الدماء و عليه جرت المناكح و على ظاهره جماعه الناس، و الإيمان الهدى و ما يثبت فى القلوب معه صفه الإسلام و ما ظهر من العمل به، و الإيمان أرفع من الإسلام بدرجه)(٤).

ص: ٣٤٦

١- (١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٤ و ٥ و ٣.

٢- (٤) أصول الكافى ج ٢ ص ٢٦.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١٧.

٤- (٦) الكافى ج ٢ ص ٢٥.

المحكوم بكفرها (١) مطلقاً (٢)، أو كتابيه في غير الدائم (٣).

وقيل: يعتبر مع ذلك (٤) يسار الزوج بالنفقة (٥) قوه، أو فعلاً.

(١) كالنواصب و الخوارج، أما النواصب فلا يجوز نكاح الناصب و لا الناصبيه بلا خلاف فيه للأخبار الكثيره

منها: صحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يتزوج المؤمن الناصبه المعروفه بذلك) (١)، و صحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (أزوج الناصب؟ قال: لا و لا كرامه) (٢)، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يتزوج المؤمن الناصبه و لا يتزوج الناصب المؤمنه) (٣) و مثلها غيرها.

و مناط الحكم هو كفر الناصبي و منه تعرف عدم جواز نكاح المخالف الذي حكم بكفره كالخارجي و المجسم و كذا المغالي و من خرج عن الإسلام بقول أو بفعل و إن أطلق عليه لفظ المسلم عرفاً.

و أما تحقيق معنى النصب فقد تقدم في كتاب الطهاره فراجع.

(٢) دواما و متعه.

(٣) لأنه في الدائم لا يجوز على مبني الماتن و كذا الشارح.

(٤) مع الإيمان و الإسلام.

(٥) ذهب الشيخان في المقنعه و المبسوط و الخلايف و ابن زهره و العلامه في التذكره إلى ذلك لقوله تعالى: وَ مَنْ لَمْ يَشِطَّعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (٢)، و فيه: عدم دلالة الآية على كون اليسار في النفقه شرطاً في الكفاءه، بل الآية داله على أن عدم اليسار في المهر شرط في نكاح الأمه.

و استدل بقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ (لفاطمه بنت قيس حين أخبرته أن معاويه قد طلبها: أما معاويه صعلوك لا مال له) (٣)، و فيه: إنه ظاهر في الإرشاد و النصيحه و لا يدل على عدم التزويج.

و استدل بالأخبار الداله على أن الكفو من كان عفيفاً و عنده يسار كخبر محمد بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (الكفو أن يكون عفيفاً و عنده يساره) (٤)، و مثله غيره، و فيه: أن-

ص: ٣٤٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٤) سورة النساء، الآية: ٢٦.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١٣٤ - من أبواب أحكام العشره من كتاب الحج حديث ٥.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٥.

-المراد من الكفو منه هو العرفى لا الشرعى بقربنه ذكر العفه، مع أنه لم يدل دليل على اعتبار العفه فى صحه النكاح و لذا ذهب الأكثر إلى عدم اعتبار يسار النفقه فى الكفاه لعدم الدليل فضلا عن قوله تعالى: **إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ (١)** ، و للأخبار الآمره لذوى الحاجه بالمناكحه كصحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وآله و سلم فشكا إليه الحاجه، فقال له: تزوج، فتزوج و وسع عليه) (٢) ، و خبر الثمالى (كنت عند أبى جعفر عليه السلام: فقال له رجل: إني خطبت إلى مولاك فلان بن أبى رافع ابنته فلانه فردنى و رغب عنى و ازدرانى لدمامتى و حاجتى و غربتى، فقال أبو جعفر عليه السلام: اذهب فأنت رسولى إليه، فقل له: يقول لك محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب: زوّج منجج مولاى بنتك فلانه و لا ترده - إلى أن قال - قال أبو جعفر عليه السلام: إن رجلا كان من أهل اليمامة يقال له: جويبر أتى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم منتجعا للإسلام فأسلم و حسن إسلامه و كان رجلا قصيرا دميما محتاجا عاريا و كان من قباح السودان - إلى أن قال - و إن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم نظر إلى جويبر ذات يوم برحمه له ورقه عليه، 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، فو الله ما من حسب و لا- نسب و لا- مال و لا جمال، فأيه امرأه ترغب فى، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: يا جويبر إن الله قد وضع بالإسلام من كان فى الجاهليه شريفا، و شرف بالإسلام من كان فى الجاهليه وضيعا، و أعزّ بالإسلام من كان فى الجاهليه ذليلا، و أذهب بالإسلام ما كان من نخوه الجاهليه و تفاخرها بعشائرها و باسق أنسابها، فالناس اليوم كلهم أبيضهم و أسودهم و قرشيهم و عريبيهم و عجميهم من آدم، و إن آدم خلقه الله من طين، و إن أحب الناس إلى الله أطوعهم له و أتقاهم، و ما أعلم يا جويبر لأحد من المسلمين عليك اليوم فضلا، إلا لمن كان أتقى لله منك و أطوع.

ثم قال له: انطلق يا جويبر إلى زياد بن ليلى فإنه من أشرف بنى بياضه حسباً فيهم: فقل له: إني رسول رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم إليك، و هو يقول لك زوّج جويبرا بنتك الذلفاء، و فى الخبر أن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم زيادا راجع النبى صلى الله عليه وآله و سلم فقال له: يا زياد، جويبر مؤمن و المؤمن كفو المؤمنه، و المسلم كفو المسلمه، فزوجه يا زياد و لا ترغب عنه) (٣).

ص: ٣٤٨

١- (١) سورة النساء، الآية: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

وقيل: يكتفى بالإسلام. و الأشهر الأول (١)، و كيف فسرت فهي (٢)(معتبره في النكاح، فلا يجوز للمسلمه) مطلقا (٣)(التزويج بالكافر) و هو موضع وفاق.

(و لا- يجوز للناصب التزويج بالمؤمنه)، لأن الناصبي أشر من اليهودى و النصرانى على ما روى فى أخبار (٤) أهل البيت عليه السلام، و كذا العكس (٥) سواء الدائم، أو المتعه،(و يجوز للمسلم التزويج متعه و استدامه) للنكاح على تقدير إسلامه (٦)(كما مر بالكافره) الكتابيه و منها المجوسيه، و كان عليه (٧) أن يقيدها، و لعله اكتفى بالتشبيه بما مرّ.

(و هل يجوز للمؤمنه التزويج بالمخالف) (٨) من أى فرق الإسلام كان، و لو -هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن هذا الشرط على تقدير اعتباره ليس على نهج ما قبله لجواز تزويج الفقير المؤمن اتفاقا، و إنما تظهر فائده اشتراطه فى الوكيل المطلق و فى الولي، فإنه ليس لهما أن يزوجاها إلا من كفو، فإن اعتبرنا اليسار لم يصح تزويج الفقير لها، و لو زوجها به فلها الفسخ كما تفسخ لو زوجها بذى العيوب - إلى أن قال - و المعبر من التمكن من النفقه كونه مالكا لها بالفعل أو بالقوه القريبه منه، بأن يكون قادرا على تحصيلها تجاره أو حرفه و نحوهما، و لا يشترط اليسار بالمهر عندنا، و إنما الخلاف فى النفقه خاصه) انتهى.

(١) أى اعتبار الإيمان الخاص.

(٢) الكفاءه.

(٣) بالدوام أو المنقطع، مؤمنه كانت أو غيرها.

(٤) كخبر عبد الله بن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام (إياك أن تغتسل من غسله الحمام، و فيها تجتمع غسله اليهودى و النصرانى و المجوسى و الناصب لنا أهل البيت فهو شرهم، فإن الله تعالى لم يخلق خلقا أنجس من الكلب، و أن الناصب لنا أهل البيت لأنجس منه) (١).

(٥) و هو تزويج المؤمن بالناصبه.

(٦) أى إذا كان كافرا ثم أسلم، و قد تقدم جواز نكاح الكتابيه ابتداء فضلا عن الاستدامه.

(٧) أى على المصنف تقييد الكفاره بالكتابيه.

(٨) أما تزويج المؤمن بالمخالفه فلا إشكال و لم يخالف إلا سلا و قد تقدم البحث فراجع.

ص: ٣٤٩

من الشيعة غير الإماميه (قولان):

أحدهما - و عليه المعظم - المنع، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «المؤمنون بعضهم أكفاء بعض» دلّ بمفهومه على أن غير المؤمن لا يكون كفوا للمؤمنه، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» و المؤمن لا يرض دين غيره، وقول الصادق عليه الصلاة والسلام: «إن العارفة لا توضع إلا عند عارف»، و في معناها أخبار كثيرة واضحة الدلالة على المنع لو صح سندها، و في بعضها تعليل ذلك (١) بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه (٢).

و الثاني الجواز على كراهية، اختاره المفيد و المحقق ابن سعيد، إما لأن الإيمان (٣) هو الإسلام، أو لضعف الدليل الدال على اشتراط الإيمان، فإن الأخبار بين مرسل، و ضعيف، و مجهول. و لا شك أن الاحتياط المطلوب في النكاح - المترتب عليه مهام الدين (٤) مع تظافر الأخبار بالنهاي و ذهاب المعظم إليه حتى ادعى بعضهم الاجماع عليه - يرجح القول الأول. و اقتصر المصنف على حكاية القولين، مشعر بما نهينا عليه (٥).

(أما العكس (٦) فجائز) قطعاً، (لأن المرأة تأخذ من دين بعلمها) فيقودها إلى الإيمان، و الإذن فيه من الأخبار كثير (٧).

(١) أى تعليل منع تزويج المؤمنه بالمخالف.

(٢) كما فى صحيح زراره المتقدم.

(٣) فى الخبر المتقدم (المؤمنون بعضهم أكفاء بعض).

(٤) أى من الأحكام الدينيه من حل الوطى و لحوق النسب و الإرث و سقوط الحد.

(٥) من الاحتياط فى النكاح المرجح للقول الأول.

(٦) و هو تزويج المؤمن بالمخالفه.

(٧) كصحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (تزوجوا فى الشكاك و لا تزوجوهم، فإن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه) (١)، و صحيحه الآخر عن أبى جعفر عليه السلام -

ص: ٣٥٠

الخامسة عشر: ليس التمكن من النفقة شرطا في صحة العقد

(الخامسة عشر: ليس التمكن من النفقة) قوه، أو فعلا- (شرطا في صحة العقد) (١) لقوله تعالى: وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْطِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (٢)، و الخبرين السابقين (٣).

ثم إن كانت عالمه بفقره (٤) لزم العقد (٥)، و إلا (٦) ففي تسلطها على الفسخ إذا علمت (٧) قولان مأخذهما: لزوم التضمر (٨) ببقائها معه (٩)، كذلك (١٠) المنفى - (عليك بالبله من النساء اللاتي لا تنصب و المستضعفات) (١).

(١) ابتداء على الأكثر في قبال الشيخ في المبسوط و المفيد في المقنعه و ابن زهره و العلامة في التذكرة و قد تقدم البحث فراجع.

(٢) النور آية: ٣٣.

(٣) و هما خير الكليني عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ (المؤمنون بعضهم أكفاء بعض) (٢)، و خير الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام (إن العارفة لا توضع إلا عند عارف) (٣).

(٤) حاله العقد.

(٥) لأن شرط التمكن من النفقة ليس كشرط إسلام الزوج و إيمانه، لجواز تزويج الفقير المؤمن بلا خلاف فيه و إنما تظهر فائده الاشتراط المذكور في الوكيل و الولي، و قد تقدم الكلام فيه.

(٦) أى إن لم تكن عالمه بفقره حاله العقد.

(٧) مبنى على عدم اشتراط اليسار في الكفاءة، قال الشارح في المسالك: (و في المختلف لم يعتبر اليسار و اكتفى بالإيمان و مع ذلك حكم بأنها لو تزوجت بالفقير جاهله بحاله كان لها الخيار إذا علمت، و في القواعد لم يجعله شرطا و لا أثبت لها الخيار) انتهى.

(٨) دليل التسلط على الفسخ كما هو قول العلامة في المختلف.

(٩) مع الزوج و الفقير.

(١٠) أى و يلزم من بقائها معه الحرج المنفى بقوله تعالى: وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (٤).

ص: ٣٥١

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥.

بِالْآيَةِ وَالرَّوَايَةِ (١). وَأَنَّ النِّكَاحَ (٢) عَقْدٌ لَازِمٌ وَالْأَصْلُ (٣) الْبَقَاءُ، وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى:

وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ (٤) وَهُوَ عَامٌ. وَهُوَ (٥) الْأَجُودُ.

وَالْوَجْهَانِ (٦) آتِيَانِ فِيمَا إِذَا تَجَدَّدَ عَجْزُهُ (٧).

(١) وَهُوَ النَّبِيُّ (لَا ضَرَرَ وَلَا ضَارَرَ فِي الْإِسْلَامِ) (١).

(٢) دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ التَّسَلُّطِ كَمَا هُوَ قَوْلُ الْعَلَامَةِ فِي الْقَوَاعِدِ.

(٣) وَهُوَ الْأَسْتِصْحَابُ.

(٤) الْبَقْرَةَ آيَةٌ: ٢٨٠.

(٥) أَيُّ قَوْلِهِ تَعَالَى يَشْمَلُ كُلَّ ذِي عُسْرٍ.

(٦) مِنْ تَسَلُّطِهَا عَلَى الْفَسْخِ وَعَدَمِهِ.

(٧) إِذَا تَجَدَّدَ وَعَجَزَ الزَّوْجُ عَنِ النِّفْقَةِ فَقَدْ ذَهَبَ ابْنُ الْجَنِيدِ إِلَى أَنَّ لَهَا خِيَارَ الْفَسْخِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ (٢) وَالْإِمْسَاكَ بَدُونَ النِّفْقَةِ خِلَافَ الْمَعْرُوفِ فَيَتَعَيَّنُ الْآخِرُ الَّذِي هُوَ التَّسْرِيحُ، وَإِذَا تَعَذَّرَ صَدُورُهُ مِنَ الزَّوْجِ فَنَسَخَ الْحَاكِمُ لِأَنَّهُ وَلِيُّ الْمَمْتَنِعِ.

وَلِصَحِيحِ أَبِي بَصِيرٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكْسِهَا مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَيُطْعِمُهَا مَا يَقِيمُ صَلْبَهَا كَانَ حَقًّا عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَفْرَقَ بَيْنَهُمَا) (٣)، وَصَحِيحِ رَبِيعِ وَالْفَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ (إِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا مَا يَقِيمُ صَلْبَهَا مَعَ كَسْوَةٍ وَإِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا) ٤ وَمِثْلَهَا غَيْرُهَا.

وَذَهَبَ الْمَشْهُورُ إِلَى عَدَمِ تَسَلُّطِهَا عَلَى الْفَسْخِ لِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ لَازِمٌ فَيَسْتَصْحَبُ، وَظَاهِرُ قَوْلِهِ تَعَالَى: وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ (٤)، وَبِالْخَبْرِ الْمَرْوِيِّ فِي الْجَعْفَرِيَّاتِ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ (أَنَّ امْرَأَةً اسْتَعَدَّتْ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ لَا يَنْفِقُ عَلَيْهَا وَكَانَ زَوْجُهَا مَعْسِرًا فَأَبَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنْ يَحْسِبَهُ وَقَالَ: إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يَسْرًا) (٥) وَ لَوْ كَانَ لَهَا الْفَسْخُ لَعَرَفَهَا بِهِ لِيُدْفَعَ عَنْهَا الضَّرْرُ الَّذِي اسْتَعَدَّتْ لِأَجَلِهِ، وَأَمَّا مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَدْلِهِ عَلَى الْجَوَازِ فَهِيَ تَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْفَسْخِ لِلْحَاكِمِ وَ لَيْسَ لِلزَّوْجِ.

ص: ٣٥٢

١- (١) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ١٧ - مِنْ أَبْوَابِ الْخِيَارِ حَدِيثٌ

٢- (٢) سُورَةُ الْبَقْرَةِ، الْآيَةُ: ٢٣٠.

٣- ((٣ وَ ٤)) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ١٠ - مِنْ أَبْوَابِ النِّفْقَاتِ حَدِيثٌ ١ وَ ٢.

٤- (٥) سورة البقره، الآيه: ٢٨٠.

٥- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقه حديث ٥.

وقيل: هو (١) شرط في صحة النكاح (٢) كالإسلام، و أن الكفاءة مركبه منهما (٣)، أو منهما (٤) و من الإيمان.

و الأقوى عدم شرطيته (٥) مطلقا (٦).

(نعم هو (٧) شرط في وجوب الإجابة) منها، أو من وليها (٨)، لأن الصبر (١) أى اليسار.

(٢) أى شرط ابتداء و استدامه و هو قول الشيخين و ابن زهره و العلامه فى التذكرة و قد تقدم.

(٣) من الإسلام و اليسار.

(٤) من الإسلام و اليسار.

(٥) أى عدم شرطيه اليسار.

(٦) لا ابتداء و لا استدامه.

(٧) أى اليسار.

(٨) بمعنى تجب الإجابة لو خطب المؤمن القادر على النفقه و إن كان أخفض نسبا للأمر فى تزويج من ترضون خلقه و دينه، كخبر الهمداني (كتب إلى أبى جعفر عليه السّلام فى التزويج فأثنى كتابه بخطه، قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه إلاّ تفعلوه تكن فتنه فى الأرض و فساد كبير) (١)، و خبر على بن مهزيار (كتب على بن أسباط إلى أبى جعفر عليه السّلام فى أمر بناته و أنه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السّلام:

فهمت ما ذكرت من أمر بناتك و أنك لا تجد أحدا مثلك، فلا تنظر فى ذلك - رحمك الله - فإن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه إلاّ تفعلوه تكن فتنه فى الأرض و فساد كبير) (٢)، و قيد الشارح فى المسالك أصل الحكم بقوله: (إنما تجب الإجابة مع عدم قصد العدول إلى الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوه، و إنما يكون عاصيا مع الامتناع إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئ و إن كان أدون منه، و إلاّ- جاز العدول إليه، و كان وجوب الإجابة تخيريا، فلا- يكون الولي عاصيا بذلك، و إنما تعلق الحكم بالولي على القول بأن له الولاية على البكر البالغ، و إلاّ فالتكليف تعلق بها لأب لولي) انتهى.

و قيد بعضهم أصل الحكم بكونه ممن لم تكره مناكحته كشارب الخمر و الفاسق، و على كل فاليسار شرط فى وجوب الإجابة عليها أو على الولي، لأن الصبر على الفقر ضرر يدفع الوجوب.

ص: ٣٥٣

على الفقر ضرر عظيم فى الجملة فىنبغى جبره (١) بعدم وجوب اجابته (٢) و إن جازت (٣) أو رجحت (٤) مع تمام خلقه، و كمال دينه كما أمر به النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى إنكاح جويبر (٥)، و غيره.

و ملاحظه المال مع تمام الدين (٦) ليس محطّ نظر ذوى الهمم العوالى.

السادسه عشر: يكره تزويج الفاسق

(السادسه عشر: يكره تزويج الفاسق (٧) خصوصا شارب الخمر) قال (١) أى جبر الضرر.

(٢) أى إجابته المؤمن الفقير لو خطبها.

(٣) أى الإجابته.

(٤) بل وجبت.

(٥) و قد تقدم الخبر الدال عليه.

(٦) أى دين الزوج.

(٧) يكره تزويج الفاسق كما فى الشرائع و النافع و الرياض و غيرها، و فى المسالك: لا شبهه فى كراهه تزويجه، لقوله تعالى: أَمْ مَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ (١)، و لمفهوم قوله عليه السلام: (إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه) (٢) و هو دال على أن من لا يرضى دينه لا يزوج، و الفاسق كذلك، و فى كشف اللثام تعليله بأن الفاسق حرى بالأعراض و الإهانه و التزويج إكرام و موده، و لأنه لا يؤمن من الإضرار بها و قهرها على الفسق و المرأه على دين زوجها تأخذه منه و يقهرها عليه، و يدل على الحكم ما ورد من النهى عن تزويج سيئ الخلق كما فى خبر الحسين بن بشار الواسطى (كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السلام: أن لى قرابه قد خطب إلى، و فى خلقه سوء، قال: لا تزوجه إن كان سيئ الخلق) (٣)، و عن الشافعى من العامه المنع من تزويج الفاسق، و ما تقدم لا يصلح دليلا للحرمة لعدم اشتراط العدالة فى الكفاهه فتحمل الأدله المتقدمه على الكراهه.

و تتأكد الكراهه فى شارب الخمر لصحيح ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: شارب الخمر لا يزوج إذا خطب) (٤)، و مرفوع أحمد بن -

ص: ٣٥٤

١- (١) سورة السجده، الآية: ١٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

الصادق عليه السّلام: «من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها». و ذهب بعض العامه إلى عدم جواز تزويج الفاسق مطلقا (١) إلا لمثله (٢)، لقوله تعالى:

أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ (٣).

السابعه عشر: لا يجوز التعريض بالعقد لذات البعل

(السابعه عشر: لا- يجوز التعريض بالعقد لذات البعل اتفاقا) (٤)، و لما فيه من الفساد،(و لا- للمعتده رجعيه) لأنها في حكم المزوجه.

و المراد بالتعريض الإتيان بلفظ يحتمل الرغبه في النكاح و غيرها (٥) مع ظهور -محمد عن أبي عبد الله عليه السّلام (من زوج كريمته من شارب خمر فقد قطع رحمها)(١)، و خبر حماد بن بشير عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: من شرب الخمر بعد ما حرّمها الله على لسانى فليس بأهل أن يزوج إذا خطب)٢، و يتعدى الحكم من شرب الخمر إلى الزنا و غيرهما من أنواع الفسق التى فيها من الغضاضه و عدم الائتمان ما لا يخفى خصوصا إلى بعض النساء.

(١)سواء كان شاربا للخمر أم لا.

(٢)و هى الفاسقه.

(٣)السجده آيه: ١٨.

(٤)لا يجوز التعريض فضلا عن التصريح بالعقد لذات البعل للإجماع المدعى من غير واحد إن لم يكن محصلا و هو الحجه - كما فى الجواهر فضلا عن منافاته لاحترام العرض المحترم كالمال و الدم، و لما فيه من إفساد المرأه على زوجها الذى ربما أدى إلى سعيها بالتخلص منه و لو بقتله بالسم و نحوه، كما وقع لجعده بنت الأشعث زوجه الإمام الحسن سيد شباب أهل الجنه عليه السّلام لما واعدتها معاويه عليه اللعنه بأن يزوجه من جرود يزيد عليه لعائن الله(٢)، هذا و التصريح مأخوذ من الصراحه و هو الخلوص، و منه الصريح و هو اللبن الخالص، و المراد منه هنا الخطاب بما لا- يحتمل إلا النكاح مثل: أريد أن أتزوجك بعد العده، و أما التعريض فهو الإشاره بلفظ يحتمل الرغبه فى النكاح و غيرها، و إن كان فى النكاح أغلب مثل: رب راغب فيك أو حريص عليك.

(٥)أى و يحتمل الرغبه فى غير النكاح.

ص: ٣٥٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٥.

٢- (٣) البحار ج ٤٤ ص ١٤٨ و ١٤١ و ١٥٤ و ١٥٥.

إرادتها (١). مثل ربّ راغب فيك، و حريص عليك، أو إني راغب فيك، أو أنت علىّ كريمه، أو عزيزه، أو إن الله لسائق إليك خيرا و رزقا و نحو ذلك. و إذا حرم التعريض لهما (٢) فالتصريح أولى.

(و يجوز في المعتده بائنا) كالمختلعه (التعريض من الزوج) و إن لم تحل له في الحال (٣)، (و غيره (٤)، و التصريح منه) (٥) و هو (٦) الإتيان بلفظ (٧) لا يحتمل غير (١) أي إرادته الرغبة في النكاح.

(٢) لذات البعل و المعتده رجعيه.

(٣) حال العده لتوقفها على المحلل.

(٤) أي غير الزوج، المعتده البائنه سواء كانت عن خلع أم فسخ يجوز التعريض بالعقد لها من الزوج و غيره، و يجوز التصريح من الزوج في العده دون غيره للإجماع كما حكاه في الجواهر، و تردد الشيخ في جواز التعريض لها من غير الزوج في العده، و استدلل للحكم بقوله تعالى: **وَ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ، وَ لَكِنَّ لَا تُوعِدُوهُنَّ سِرًّا، إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا، وَ لَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ (١).**

و الآيه و إن كانت في عده الوفاه إلا أنها لا تختص بها فهي تدل على عدم جواز التصريح بالعقد، لأنها قد جوّزت التعريض فقط، و فيه: إنه استدلال بمفهوم الوصف و هو ضعيف.

ثم على تقدير الدلاله فهي داله على جواز التعريض ممن يجوز له التزويج بعد العده، و لا فرق بين الزوج و غيره في كونه ممن يجوز له التزويج بعد العده البائنه، و أما جواز التصريح من الزوج في العده دون غيره، لأن العده مضروبه من قبيل الاحترام له، و إذا جاز نكاحها فيها إذا كانت العده رجعيه فيجوز له حينئذ التصريح فيها دون غيره الذي لا يجوز له التصريح فضلا عن النكاح، نعم إذا كانت مطلقه ثلاثا و قد توقف تحليلها على المحلل فلا يجوز للزوج التصريح في العده كما لا يجوز لغيره بدعوى دلاله الآيه على ذلك و هو كما ترى.

(٥) من الزوج.

(٦) أي التصريح.

(٧) كأن يقول: أريد أن أتزوجك بعد العده.

ص: ٣٥٦

إرادته النكاح (إن حلت له في الحال) بأن تكون على طلقه، أو طلقتين و إن توقف الحَلّ على رجوعها في البذل، (و يحرم) التصريح منه (١) (إن توقف) حلّها له (على المحلل، و كذا يحرم التصريح في العده من غيره (٢) مطلقاً)، سواء توقف حلها للزوج على محلل أم لا، و كذا منه (٣) بعد العده.

(و يحرم التعريض للمطلقه تسعا للعهده (٤) من الزوج)، لامتناع نكاحه لها، و مثله (٥) الملاءعنه و نحوها من المحرمات على التأييد، (و يجوز) التعريض (٦) لها (من غيره) كغيرها من المطلقات بائنا.

و اعلم أن الإجابة تابعه للخطبه (٧) في الجواز و التحريم. و لو فعل الممنوع تصريحاً، أو تعريضاً لم تحرم بذلك (٨) فيجوز له بعد انقضاء العده تزويجها، كما لو نظر إليها في وقت تحريمه (٩) ثم أراد نكاحها.

الثامن عشر: تحرم الخطبه بعد إجابته الغير

(الثامن عشر: تحرم الخطبه بعد إجابته الغير) (١٠) منها، أو من وكيلها أو (١) من الزوج.

(٢) أي غير الزوج.

(٣) من الزوج، أي يحرم التصريح من الزوج بعد العده في الطلقه الثالثه، كما يحرم منه التصريح في عده الطلاق الثالث.

(٤) المطلقه تسعا للعهده تحرم على زوجها المطلق أبداً، و لذا يحرم عليه التصريح فضلاً عن التعريض بالعقد في العده و بعدها، و أما في العده فلا- يجوز للغير التصريح نعم يجوز له التعريض بلا- خلاف فيه للآيه المتقدمه التي دلت على جواز التعريض دون التصريح للغير في عده الوفاء.

(٥) أي و مثل الطلاق تسعا للعهده.

(٦) دون التصريح.

(٧) الخطبه بالكسر و هي طلب الزوجه من نفسها أو وليها، هذا و في كل مورد جاز للرجل التعريض فيجوز لها الإجابة، و متى حرم منه حرم منها.

(٨) أي بالتصريح أو التعريض الممنوعين بحيث لو صرّح أو عرّض في موضع المنع ثم انقضت العده فلا- تحرم عليه، و يجوز له نكاحها بلا خلاف فيه، للأصل، و لأن عصيان ذلك لا يوجب حرمة النكاح كما لا يخفى.

(٩) أي تحريم النظر، و قد قيل: إن هذا ليس قياساً بل هو تشبيه بما هو أظهر.

(١٠) إذا خطب فأجابت و لو بالسكوت الدال على ذلك، أو كانت الإجابة من وليها فيحرم -

وليها لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا يخطب أحدكم على خطبه أخيه» فَإِنَّ النِّهْيَ ظَاهِرٌ فِي التَّحْرِيمِ، وَ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِيْذَاءِ الْمُؤْمِنِ، وَ إِثَارَةِ الشَّحْنَاءِ الْمَحْرَمِ فِيحْرَمَ مَا كَانَ وَسِيلَهُ إِلَيْهِ (١)، وَ لَوْ رُدَّ لَمْ تَحْرَمَ (٢) إِجْمَاعًا. وَ لَوْ انْتَفَى الْأَمْرَانِ (٣) فَظَاهِرُ الْحَدِيثِ التَّحْرِيمِ أَيْضًا، لَكِنْ لَمْ نَقِفْ عَلَى قَائِلٍ بِهِ، (وَ لَوْ خَالَفَ) (٤) وَ خَطَبَ (٥)، (وَ عَقَدَ صَح) (٦) وَ إِنْ فَعَلَ مَحْرَمًا (٧)، إِذْ لَا مَنَافَاهُ بَيْنَ تَحْرِيمِ الْخُطْبَةِ، وَ صَحِّهِ الْعَقْدِ.

(وَ قِيلَ: تَكَرَّرَ الْخُطْبَةُ) بَعْدَ إِجَابَةِ الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ تَحْرِيمٍ، لِأَصَالِهِ الْإِبَاحَةَ، -عَلَى غَيْرِهِ خُطْبَتُهَا كَمَا عَنِ الشَّيْخِ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ، لِلنَّبِيِّ (لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ) (١)، وَ النِّهْيَ ظَاهِرٌ فِي التَّحْرِيمِ، وَ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِيْذَاءِ الْمُؤْمِنِ وَ إِثَارَةِ الشَّحْنَاءِ وَ الْبَغْضَاءِ بَيْنَهُمَا. وَ الْحَدِيثُ ضَعِيفٌ السَّنَدُ لِأَنَّهُ عَالِيٌّ، وَ أَصَالُهُ الْجَوَازُ جَارِيَةٌ فَلِذَا ذَهَبَ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ إِلَى الْكِرَاهَةِ.

هَذَا وَ الْحُكْمُ مَخْتَصٌّ بِخُطْبَةِ الْمُسْلِمِ كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ الْخَبْرُ الْمَتَّقِمُ (عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ)، فَلَوْ كَانَ الْخَاطِبُ ذَمِيًّا لَدَمِيهِ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ خُطْبَةِ الْمُسْلِمِ لَهَا لِلْأَصْلِ، وَ عَلَى تَقْدِيرِ الْحَرَمِ فَلَوْ أَقْدَمَ الْغَيْرُ عَلَى الْخُطْبَةِ فِي مَوْضِعِ النِّهْيِ وَ عَقَدَ صَحَّ النِّكَاحِ، إِذْ لَا مَنَافَاهُ بَيْنَ تَحْرِيمِ الْخُطْبَةِ وَ صَحِّهِ الْعَقْدِ فَالنِّهْيُ قَدْ تَعَلَّقَ بِأَمْرٍ خَارِجٍ عَنِ حَقِيقَةِ الْعَقْدِ، كَمَا لَوْ عَقَدَ فِي وَقْتِ تَضْيِيقِ فِيهِ الصَّلَاةِ خِلَافًا لِبَعْضِ الْعَامَةِ حَيْثُ ذَهَبَ إِلَى فُسَادِ الْعَقْدِ تَمَسُّكًا بِالنِّهْيِ الدَّالِّ عَلَى الْفُسَادِ، وَ هُوَ مَمْنُوعٌ إِذَا النِّهْيُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالْعَقْدِ وَ إِنَّمَا بِالْخُطْبَةِ.

(١) مِنْ الْإِيْذَاءِ وَ الْإِثَارَةِ.

(٢) أَيْ لَوْ رُدَّ الْأَوَّلُ لَمْ تَحْرَمْ خُطْبَةُ الثَّانِي وَ لَا تَكَرَّرَ بِلَا خِلَافٍ فِيهِ، لِعَدَمِ صَدَقِ دُخُولِ خُطْبَتِهِ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ حَيْثُئِذٍ.

(٣) مِنَ الرَّدِّ وَ الْإِجَابَةِ بِحَيْثُ لَمْ تَرُدَّ وَ لَمْ تَجِبْ وَ سَكَتَتْ، وَ لَمْ يَكُنْ سَكُوتُهَا دَالًّا عَلَى الرِّضَا فِي الْقَبُولِ فَظَاهِرٌ قَوْلُهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي الْخَبْرِ الْمَتَّقِمِ (لَا يَخْطُبُ) شَامِلٌ لَهُ، فَيَتَعَلَّقُ النِّهْيُ بِالْخُطْبَةِ بَعْدَ الْخُطْبَةِ.

(٤) أَيْ الثَّانِي.

(٥) بَعْدَ خُطْبَةِ أَخِيهِ.

(٦) أَيْ الْعَقْدِ.

(٧) فِي الْخُطْبَةِ.

ص: ٣٥٨

و عدم صيرورتها بالإيجابه زوجته، و لعدم ثبوت الحديث كحديث النهى عن الدخول فى سومه (١)، و هذا (٢) أقوى و إن كان الاجتناب طريق الاحتياط.

هذا كله فى الخاطب المسلم، أما الذمى إذا خطب الذميه لم تحرم خطبه المسلم لها قطعاً، للأصل، و عدم دخوله فى النهى، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «على خطبه أخيه».

التاسعه عشر: يكره العقد على القابله المريبه

(التاسعه عشر: يكره العقد على القابله المريبه) (٣) للنهى عنه فى عدّه أخبار المحموله على الكراهه جمعاً بينها، و بين ما دل صريحاً على الحلّ.

و قيل: تحرم عملاً بظاهر النهى، و لو قبلت و لم تربّ، أو بالعكس (٤) لم تحرم قطعاً.

(١) أى سوم أخيه،

(٢) أى القول بالكراهه.

(٣) للنهى عنه فى عدّه أخبار.

منها: خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن عليه السّلام (عن القابله تقبل الرجل أله أن تزوجها؟ فقال: إذا كانت قبلته المره و المرتين و الثلاثه فلا بأس، و إن كانت قبلته و ربه و كفلته، فإنى أنهى نفسى عنها و ولدى) (١) و فى خبر آخر (و صديقى) (٢) ، و لهذا الخبر يحمل على القابله المريبه خبر جابر بن يزيد عن أبى جعفر عليه السّلام (عن القابله أ يحلّ للمولود أن ينكحها؟ فقال: لا و لا ابنتها و هى بعض أمهاته) (٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يتزوج المرأه التى قبلته و لا ابنتها) (٤) و مثلها غيرها.

و ظاهر النهى التحريم، إلا أنه محمول على الكراهه جمعاً بينها و بين صحيح البنزطى عن الرضا عليه السّلام (يتزوج الرجل المرأه التى قبلته؟ فقال عليه السّلام: سبحان الله ما حرّم الله عليه من ذلك) (٥).

نعم المحكى عن الصدوق فى المقنع التعبير بعدم الحليه، و هو ضعيف أو يراد منه الكراهه.

(٤) ربت و لم تكن قابله.

ص: ٣٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٧.

٢- ((٢) و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١ و ٨ و ٦.

والمعتبر في الترييه مسماها (١) عملا بالإطلاق.

و كذا يكره العقد على بنتها (٢)، لأنها بمنزله أخته، كما أن القابله بمنزله أمه (٣) لورودها معها (٤) في بعض الأخبار. و كان عليه أن يذكرها، إلا أنه لا قائل هنا بالمنع، (و) كذا يكره (أن يزوج ابنه بنت زوجته المولوده بعد مفارقتها) لأمها (٥)، و كذا ابنه أمته كذلك (٦)، للنهي عنه عن الباقر عليه السلام معللا بأن أباه (٧) (١) عرفا.

(٢) بنت القابله.

(٣) كما في خبر جابر بن يزيد المتقدم.

(٤) أي لورود البنت مع أمها القابله، و لكن لا- قائل بالتحريم في البنت بخلاف الأم، فيكون وجه ذكر المصنف للأم فقط لأجل الخلاف فيها دون البنت.

(٥) لخبر إسماعيل بن همام عن أبي الحسن عليه السلام (قال: قال محمد بن علي عليه السلام: في الرجل يتزوج المرأة و يزوج ابنتها ابنه، فيفارقها و يتزوجها آخر بعد ما تلد منه بنتا فكره أن يتزوجها أحد من ولده، لأنها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزله الأب و كان قبل ذلك أبا لها) (١)، و مفهوم خبر زيد بن الجهم الهلالي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة و يزوج ابنه ابنتها فقال عليه السلام: إن كانت الابنه لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس) ٢، و رواه الصدوق بإسناده عن صفوان بن يحيى و زاد (و إن كانت من زوج بعد ما تزوج فلا) ٣.

و النهي محمول على الكراهه لصحيح العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليها رجل بعد 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 الذي أعتقها؟ قال: نعم) ٤.

و مقتضى الأخبار عدم الفرق بين الموطوءه بالعقد أو الملك، و عدم الفرق بين ولدها الذكر و الأنثى و كذا عدم الفرق في ولد الزوج بين الذكر و الأنثى، فتخصيص الكلام في الزوجه المشعر بخروج الموطوءه بالملك، و تخصيصه بولد الزوج و بنت زوجته السابقه ليس في محله إلا أن يكون من باب التمثيل.

(٦) أي المولوده بعد مفارقه المولى لها.

(٧) أي أب الولد الذي هو الزوج.

ص: ٣٦٠

لها (١) بمنزله الأب.

و كذا يكره تزويج ابنته لابنها كذلك (٢)، و الروايه شامله لهما (٣) لأنه فرضها (٤) في تزويج ولده لولدها، فلو فرضها المصنف كذلك (٥) كان أشمل، (أما) لو ولدتها (قبل تزويجه فلا كراهه)، لعدم النهي، و انتفاء العله (٦) (و أن يتزوج بضره الأم مع غير الأب لو فارقتها الزوج) (٧)، لروايه زراره عن الباقر عليه السّلام قال: «ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضره كانت لأمه مع غير أبيه» و هو شامل لما إذا كان تزوج ذلك الغير (٨) قبل أبيه و بعده.

العشرون: نكاح الشغار باطل

(العشرون: نكاح الشغار) (٩) بالكسر. و قيل: بالفتح أيضا، (باطل) إجماعا (١) لبنت الزوجه المولوده بعد المفارقه.

(٢) أى المولود بعد مفارقتة لأمه.

(٣) لابن و بنت الزوجه.

(٤) أى لأن الخير فرض المسأله.

(٥) أى في تزويج ولده من ولدها.

(٦) من كونه بمنزله الأب، و لنفى البأس عنه كما في بعض الأخبار المتقدمه.

(٧) لخبر زراره (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضره كانت لأمه مع غير أبيه) (١).

(٨) تزوج أمه و ضررتها قبل أبيه أو بعده، و خصّ المحقق الحكم بما إذا كانت ضره لأمه قبل أبيه، و الخبر مطلق.

(٩) بكسر الشين و فتحها فهو باطل عندنا، و عن أبي حنيفة و جماعه من العامه الصحه، و هو مردود للأخبار:

منها: خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و سلّم: لا جلب و لا جنب و لا شغار فى الإسلام، و الشغار أن يزوج الرجل الرجل ابنته أو أخته و يتزوج هو ابنه المتزوج أو أخته، و لا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا هذا، و هذا هذا) (٢)، و مرسل ابن بكير عن أبي عبد الله و عن أبي جعفر عليهما السّلام (نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحد منهما صداق إلا بضع صاحبتهما، قال: و لا يحلّ أن تنكح واحده منهما إلا بصداق أو -

ص: ٣٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢.

(و هو أن يزوج كل من الوليين الآخر على أن يكون بضع كل واحده مهرا للأخرى) و هو نكاح كان في الجاهلية. مأخوذ من الشغار و هو رفع إحدى الرجلين، إما لأن النكاح يفضى إلى ذلك. و منه قولهم: «أشغرا و فخرا» (١)، أو لأنه (٢) يتضمن رفع المهر، أو من قبيل شغار البلد: إذا خلا من القاضى و السلطان، لخلوه (٣) من المهر. و الأصل في تحريمه ما روى من النهى عنه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم.

و لو خلا المهر من أحد الجانبين بطل خاصه (٤)، و لو شرط كل منهما تزويج الأخرى بمهر معلوم (٥) -نكاح المسلمين(١)، و ذيله ظاهر فى كون الشغار من أنكحه الجاهلية، و مرفوع ابن أبى جمهور عن أبى عبد الله عليه السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن نكاح الشغار، و هى الممانحة، و هو أن يقول الرجل للرجل: زوّجنى ابنتك حتى أزوّجك ابنتى على أن لا مهر بينهما)٢.

و ظاهر الأخبار أن الشغار هو جعل نكاح امرأه مهرا لنكاح الأخرى و كذا العكس، ثم لا يختص الحكم بالبنت و الأخت بل لكل من له الولاية عليه و لو عرفا، و ما فى النصوص من قبيل التمثيل ليس إلا.

(١) و هو مثل يضرب لمن أتى بالفعل المستهجن و مع ذلك يفتخر.

(٢) أى نكاح الشغار.

(٣) أى نكاح الشغار.

(٤) بحيث خلا- أحدهما عن المهر و كان بضع الأخرى هو المهر كما لو قال أحدهما: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك، فقال الثانى: زوجتك ابنتى بمهر كذا، صح الثانى لعدم الشغار فيه، و بطل الأول لعدم تحقق المهر بعد تحقق الشغار.

(٥) لو زوج كل منهما الآخر و شرط أن يزوجه الأخرى بمهر معلوم بحيث قال: زوجتك ابنتى بمهر و بشرط أن تزوجنى ابنتك، فيصح العقدان للعمومات، و يبطل المهر المسمى، لأنه شرط مع المهر تزويجا، و هذا التزويج غير لازم خصوصا لأنه شرط على غير الزوجه، و عدم لزومه يوجب عدم لزوم المشروط مع أن النكاح لا يدخله الخيار فلا يجوز أن يجعل شرطا له و إلا لزم الخيار فيه عند عدم تحقق الشرط فلا بدّ أن يكون شرطا-

ص: ٣٦٢

صح العقدان و بطل المسمى، لأنه (١) شرط معه تزويج و هو (٢) غير لازم (٣)، و النكاح لا يقبل الخيار (٤) فيثبت مهر المثل، و كذا لو زوجه بمهر و شرط أن يزوجه و لم يذكر مهرا (٥).

الفصل الرابع - فى نكاح المتعه

اشاره

(الفصل الرابع - فى نكاح المتعه)

فى شرعيته

و هو النكاح المنقطع (٦)، (و لا خلاف) بين الإماميه (فى شرعيته) مستمرا إلى - للمهر المسمى، و بما أن الشرط من جمله العوض و هو مجهول أضيف إلى معلوم فيصير الجميع مجهولا فيبطل المهر المسمى للجهاله، و يجب مهر المثل كما هو الضابط فى كل مهر فاسد، و هو قول الشيخ فى المبسوط بل نسب إلى المشهور كما فى المسالك و تردد فيه المحقق فى الشرائع، لأنه شرط فاسد قد اشتمل عليه العقد فيجب أن يفسد و لا يجدى الضم إلى المهر فإنه لا يخرج عن الاشتراط فى العقد، أو يمنع من صحه العقد فى كل من الطرفين لتحقق الشغاريه فيه باشتراط التزويج الذى هو جزء من المهر.

(١) أى لأن المسمى.

(٢) أى التزويج.

(٣) غير لازم على الزوجه.

(٤) بحيث لو كان شرطا للعقد فلا- يصح لأن النكاح لا يقبل الخيار فيتعين أنه شرط للمهر و هو مجهول يقتضى تجهيل المهر فيبطل المسمى و يثبت المثل.

(٥) بخلاف السابق فقد اشترط أن يزوجه بمهر معلوم.

(٦) لا خلاف بين المسلمين فى شرعيه المتعه فى صدر الإسلام، و قد فعلها جماعه من الصحابه فى زمن النبى صلى الله عليه و آله و سلم و زمن الأول و برهه من زمن الثانى، ثم نهى عنها الثانى بعد ما اعترف بشرعيتها، و قد روى الفريقان عنه أنه صعد المنبر و قال: (أيها الناس متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و أنا أنهى عنهما و احزّمن و أعاقب عليهن، متعه الحج و متعه النساء) (١).

و مما يدل على مشروعيتها قوله تعالى: **فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً (٢)**، و فى صحيح عبد الرحمن (سمعت أبا حنيفة يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه، فقال: أى المتعتين تسأل؟ قال: سألتك عن متعه الحج فأنبئنى عن متعه النساء-

١- (١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٦.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٤.

-أحق هي؟ قال: سبحان الله أ ما تقرأ كتاب الله: فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ، فقال أبو حنيفة: و الله لكأنها آيه لم أقرأها قط(1)، و في خبر أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام (المتع به القرآن و جرت بها السنه من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم) ٢، و في صحيح زواره (جاء عبد الله بن عمر الليثي إلى أبي جعفر عليه السلام فقال: ما تقول في متعه النساء؟ فقال: أحلها الله في كتابه و على سنه نبيه، فهي حلال إلى يوم القيامة، فقال: يا أبا جعفر مثلك يقول هذا و قد حرّمها عمر و نهى عنها، فقال:

و إن كان فعل، فقال الليثي: فإني أعيذك بالله من ذلك أن تحل شيئا حرّمه عمر، فقال له: فأنت على قول صاحبك و أنا على قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فهل ألعنك أن الحق ما قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و أنّ الباطل ما قال صاحبك(2).

و قد اختلفت العامه في الجواب عنه فمنهم من ادعى أنه مجتهد و يجوز له مخالفه النبي صلى الله عليه و آله و سلم لأنه مجتهد، و هو من السخافه بمكان لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لا يتكلم عن رأيه بل كما قال تعالى: وَ مَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ (٣)، فلا يجوز لأحد مخالفته و لا اجتهاد في قبال قوله صلى الله عليه و آله و سلم.

و أكثرهم قد ادعى أن مشروعيه المتعه منسوخه فنهى عمر لم يكن من قبل نفسه، و اختلفوا في الناسخ فبعضهم قال: إنه قوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٤)، و بعضهم ادعى أنه قوله تعالى: وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ (٥) باعتبار أن المتمتع بها لا ترث و لا تورث، و ثالث ذهب إلى أنه الأخبار، فقد رووا أنها أبيحت عام الفتح و أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لم يخرج من مكه حتى حرّمها(٦)، و رووا أنها أبيحت عام أوطاس ثلاثه أيام ٨، و رووا أنها أبيحت في حجه الوداع ثم نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم(٧)، و رووا أنها أبيحت في أول الإسلام و أنها نسخت يوم خيبر أو يوم تبوك ١٠-.

ص: ٣٤٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المتعه حديث ٦ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المتعه حديث ٤.

٣- ((٤)) سورة النجم، الآيتان: ٣ و ٤.

٤- ((٥)) سورة المؤمنون، الآيتان: ٥ و ٦.

٥- ((٦)) سورة النساء، الآيه: ١٢.

٦- ((٧ و ٨)) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٢-٢٠٤.

٧- ((٩ و ١٠)) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٣-٢٠٧.

الآن، أو لا خلاف بين المسلمين قاطبه في أصل شرعيته، وإن اختلفوا بعد ذلك (١) في نسخه.

(و القرآن) الكريم (مصرح به) في قوله تعالى: «فَمَا اسْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (٢) اتفق جمهور المفسرين على أن المراد به نكاح المتعه، و أجمع أهل البيت عليه السّلام على ذلك، و روى عن جماعه من الصحابه منهم أبى بن كعب، و ابن عباس، و ابن مسعود أنهم قرءوا «فَمَا اسْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مَّسْمُومٍ» (٣).

(و دعوى نسخه) أى نسخ جوازه من الجمهور (لم تثبت)، لتناقض رواياتهم -فلو أبيحت في أول الإسلام ثم نسخت في خيبر، ثم أذن فيها في عام أو طاس ثم أبيحت في عام الوداع ثم نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عنها للزم تشريعها مرارا و نسخها كذلك، و هذا غير معهود في الشريعة على أنها لو كانت منسوخة لما خفى ذلك على الصحابه في زمن خلافه الأول و برهه من خلافه الثانى.

بل نفس قول عمر (متعان كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنا أحرمهما و أعاقب عليهما) (١) يدل على عدم نسخها، فنسب النهى إلى نفسه لا إلى الله و لا إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بعد اعترافه بأنها كانت على زمن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و قد حكى الراغب في محاضراته (أن يحيى بن أكثم قال لشيخ بالبصرة كان يتمتع: عمن أخذت المتعه؟ فقال: عن عمر، فقال له: كيف و هو أشد الناس نهيا عنها؟ فقال: إن الخبر الصحيح جاء عنه أنه صعد المنبر و قال: إن الله و رسوله أحلّ لكم متعتين و أنا أحرمهما و أعاقب عليهما، فقبلنا شهادته و لم نقبل تحريمه) (٢)، و روى مسلم في صحيحه عن أبى نضرة (كنت عند جابر بن عبد الله فأتاه آت فقال: ابن عباس و ابن الزبير اختلفا في المتعتين، فقال جابر: فعلناهما مع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ثم نهانا عنهما عمر فلم نعد لهما) (٣) و فى هذه كفايه للمعتبر.

(١) أى بعد شرعيته.

(٢) النساء آية: ٢٣.

(٣) راجع النووى بشرح مسلم ج ٩ ص ١٧٩.

ص: ٣٦٥

١- (١) البيان و التبيان للجاحظ ج ٢ ص ٢٢٣، كنز العمال ج ٨ ص ٢٩٣.

٢- (٢) محاضرات الراغب ج ٢ ص ٩٤.

٣- (٣) صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٥.

بنسخه، فإنهم رووا عن علي عليه السلام أن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم نهى عن متعه النساء يوم خيبر (١)، ورووا عن ربيع بن سبرة عن أبيه أنه قال: شكونا العزبه في حجه الوداع فقال: «استمتعوا من هذه النساء» فتزوجت امرأه ثم غدوت على رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم وهو قائم بين الركن والباب وهو يقول: «إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة» (٢).

و من المعلوم ضروره من مذهب علي و أولاده عليهم الصلاه و السلام حلها و انكار تحريمها بالغايه (٣)، فالروايه عن علي عليه السلام بخلافه (٤) باطله. ثم اللازم من الروايتين (٥) أن تكون قد نسخت مرتين، لأن إباحتها في حجه الوداع أولا- ناسخه لتحريمها يوم خيبر و لا- قائل به (٦)، و مع ذلك يتوجه إلى خبر سبرة الطعن في سنده (٧)، و اختلاف ألفاظه (٨) و معارضته لغيره (٩). و رووا عن جماعه من الصحابه منهم جابر بن عبد الله و عبد الله بن عباس و ابن مسعود و سلمه بن الأكوع و عمران بن حصين و أنس بن مالك أنها لم تنسخ. و في صحيح مسلم بإسناده إلى عطاء قال: «قدم جابر بن عبد الله معتمرا فجنناه في منزله فسأله القوم عن أشياء ثم ذكروا المتعه فقال: نعم استمتعنا على عهد رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم و أبي بكر و عمر» (١٠) و هو صريح في بقاء شرعيتها بعد موت النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم من غير نسخ.

(و تحريم بعض الصحابه) و هو عمر (إياه (١١) تشريع) من عنده (مردود) (١) صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣٤-١٣٥.

(٢) صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣٢-١٣٣.

(٣) أي في غايه الشده من الإنكار.

(٤) أي بخلاف الحل، و هي من مفتريات العامه.

(٥) أنها منعت يوم خيبر، و أن النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم أمر بها في حجه الوداع ثم حرّمها.

(٦) بالنسخ مرتين.

(٧) فالخبر مروى عن الربيع بن سبرة، و هو مجهول.

(٨) راجع صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣٢-١٣٤.

(٩) من الأخبار الداله على حليه المتعه في صحيح مسلم و غيره من كتب العامه.

(١٠) صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣٤.

(١١) للنكاح المنقطع.

(عليه)، لأنه إن كان بطريق الاجتهاد فهو باطل في مقابله النص إجماعاً، وإن كان بطريق الروايه فكيف خفى ذلك على الصحابه أجمع فى بقيه زمن النبى و جميع خلافه أبى بكر و بعض خلافه المحرّم، ثم يدلّ على أن تحريمه (١) من عنده لا بطريق الروايه، قوله فى الروايه المشهوره عنه بين الفريقين: «متعتان كانتا فى عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم حلّالا أنا أنهى عنهما و أعاقب عليهما» و لو كان النبى صلّى الله عليه وآله و سلّم قد نهى عنهما فى وقت من الأوقات لكان إسناده (٢) إليه صلّى الله عليه وآله و سلّم أولى و أدخل فى الزجر، و روى شعبه عن الحكم بن عتيبه - و هو من أكابرهم - قال: سألته عن هذه الآيه:

فَمَا اسْتِئْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ أَمْسُوهُنَّ؟ قال: «لا» ثم قال الحكم: قال على بن أبى طالب عليه السلام: «لو لا أن عمر نهى عن المتعه ما زنى إلا شقى» (٣)، و فى صحيح الترمذى أن رجلا من أهل الشام سأل ابن عمر عن متعه النساء فقال:

هى حلال فقال: إن أباك قد نهى عنها، فقال ابن عمر: أ رأيت إن كان أبى قد نهى عنها و قد سنّها [صنعها] رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم أ تترك السنه و تتبع قول أبى (٤).

و أما الأخبار بشرعيتها من طريق أهل البيت عليه السّلام فبالغه، أو كادت أن تبلغ حدّ التواتر لكثرتها، حتى أنه مع كثره اختلاف أخبارنا الذى أكثره بسبب التقيه، و كثره مخالفينا فيه (٥) لم يوجد خبر واحد منها (٦) يدل على منعه (٧) و ذلك عجيب.

فى إيجابه و قبوله

(و إيجابه كالدائم) بأحد الألفاظ الثلاثه (٨). و لا إشكال هنا فى متّعتك، (١) تحريم النكاح المنقطع.

(٢) إسناد النهى

(٣) التفسير الكبير للطبرى ج ٥ ص ١٣.

(٤) راجع الغدير للأمينى ج ٦ ص ٢٠١ و ٢٠٢.

(٥) فى النكاح المنقطع.

(٦) من أخبارنا.

(٧) منع نكاح المتعه.

(٨) و هى: أنكحت و زوجت و متعت بلا- خلاف فيه فى المنقطع، و إن اختلفوا فى بعضها فى الدائم، و الاكتفاء بالثلاثه محل اتفاق، و لا- يجوز التعدى إلى غيرها على المشهور و قوفا فيما خالف الأصل على المتيقن خصوصا أن النكاح فيه شائبه العباده على ما تقدم، و منه تعرف-

(و قبوله كذلك (١) و يزيد) هنا (ذكر الأجل) (٢) المضبوط المحروس عن الزيادة و النقصان، (و ذكر المهر) (٣).

-ضعف ما عن المرتضى أن التمتع في الأمة ينعقد بلفظ الإباحه، و عنه أيضا أن التمتع مطلقا ينعقد بلفظ الإجاره.

(١) أى كالدائم.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تكون متعه إلا بأمرين: أجل مسمى و أجر مسمى) (١)، و صحيح الهاشمي عنه عليه السلام (عن المتعه فقال عليه السلام: مهر معلوم إلى أجل معلوم) ٢.

و يعتبر في الأجل التعيين و أن يكون محروسا من الزيادة و النقصان، فلا يجوز أن يكون كليا كشهرا من الشهور أو أن يكون قابلا للزيادة و النقصان كقدوم الحج بلا خلاف فيه، و يشهد له ما تقدم من توصيف الأجل بالمسمى و المعلوم، ثم لا تقدير في الأجل من جانب القله أو الكثره على المشهور، بل في المسالك جواز تقدير الأجل في الكثره بوقت طويل يعلم بعدم بقائهما إليه لإطلاق الأدله، و جواز تقدير الأجل في القله باللحظه التي لا يمكن فيها الجماع، لأن الجماع غير معتبر في صحه العقد مع ما يترتب على العقد من إباحه النظر و تحريم المصاهره و نحو ذلك من الأحكام، و منه يعلم جواز عقد المتعه على الصغيره التي لا يجوز وطؤها، و للصغير الذي لا قابليه له للوطء و عن ابن حمزه في الوسيله تقدير الأقل بما بين طلوع الشمس إلى الزوال، و لا دليل له كما اعترف غير واحد إلا أن يحمل كلامه على المثال فلا خلاف حينئذ.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار التي تقدم بعضها، و قال الشارح في المسالك: (الأصل في اشتراط المهر في عقد المتعه دون الدائم مع النصوص الداله عليه أن الغرض الأصلي منه الاستمتاع و إعفاف النفس فاشتد شبهه بعقود المعاوضات التي يشترط فيها ذكر العوض من الجانبين بخلاف الدائم، فإن الغرض الأصلي منه بقاء النسل و غيره من الأغراض المترتبة عليه التي لا يقصد من المتعه، فلذا لم يشترط فيه ذكر المهر، و قد نبه عليه الباقر عليه السلام في خبر محمد بن مسلم: إنما هي مستأجره، و قول الصادق عليه السلام:

فإنهن مستأجرات، و روى زراره في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تكون متعه إلا بأمرين بأجل مسمى و أجر مسمى) انتهى. هذا و لا بد أن يكون المهر معلوما لما-

ص: ٣٦٨

المضبوط كذلك (١) بالكيل، أو الوزن أو العدد مع المشاهده، أو الوصف الرافع للجها له (٢) و لو أخل به (٣) بطل العقد، بخلاف الدائم (٤).

فى أن حكمه كالدائم إلا فى بعض

(و حكمه كالدائم فى جميع ما سلف) من الأحكام (٥) شرطاً و ولايه، و تحريماً بنوعيه (٦) (إلا ما استثنى) من أن المتعه لا تنحصر (فى عدد (٧) و نصاب)، و من أنها -تقدم فى صحيح الهاشمى (مهر معلوم إلى أجل معلوم) و معلوميته تتم بالكيل إذا كان مكيلاً، و بالوزن إذا كان موزوناً، و بالعدّ إذا كان معدوداً، بل ذهبوا إلى كفايه المشاهده و إن كان واحداً من هذه الأمور الثلاثه، و يشهد له خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن أدنى مهر المتعه ما هو؟ قال: كف من طعام دقيق، أو سويق، أو تمر) (١)، و مرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السّلام (أدنى ما تحل به المتعه كف طعام) ٢ و مثلها غيرها، و منها يعلم عدم اعتبار المعلوميه بالدقه كما اعتبرت فى البيع.

ثم لا تقدير للمهر فى جانب الكثره و لا القله للأخبار المتقدمه و لخصوص خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: كم المهر يعنى فى المتعه؟ قال: ما تراضيتما عليه إلى ما شاءا من الأجل (٢).

و عن الصدوق تحديد القله بدرهم لخبر أبى بصير (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن متعه النساء؟ فقال: حلال و أنه يجزى فيه الدرهم فما فوقه) ٤، و خبر على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المتعه فأخبرنى أنها حلال، و أنه يجزى فيها الدرهم فما فوقه) ٥، و فيه: عدم دلالتهما على عدم أجزاء ما دون الدرهم إلا بالمفهوم اللقبى و هو ضعيف جداً.

(١) أى المحروس من الزيادة و النقصان.

(٢) إذا كان المهر غائباً.

(٣) بالمهر بطل العقد بلا خلاف فيه، لأن ذكره شرط فى صحه عقد المتعه للأخبار المتقدمه.

(٤) و لكن يثبت المثل.

(٥) لإطلاق أدلتها مع عدم استثناء المتعه منها.

(٦) أى التحريم العينى و التحريم الجمعى، فالأول كنيكاح الأم و الثانى كنيكاح الأختين.

(٧) و قد تقدم الكلام فيه.

ص: ٣٦٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المتعه حديث ٥ و ٦.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المتعه حديث ٣ و ١ و ١٠.

تصح بالكتابه ابتداء (١).

(و لا تقدير فى المهر قله و كثره)، بل ما تراضيا عليه مما يتموّل، و لو بكفّ من برّ، و قدّره الصدوق بدرهم، (و كذا) لا تقدير (فى الأجل) قله و كثره، و شدّد قول بعض الأصحاب بتقديره (٢) قله بما بين طلوع الشمس و الزوال، (و لو وهبها (٣) المده قبل الدخول فعليه نصف المسمى) (٤) كما لو طلق فى الدوام (١) و قد تقدم الكلام فيه.

(٢) أى الأجل.

(٣) المراد من الهبه هنا الابراء لأنه إسقاط ما يستحقه عليها، فهو إسقاط لما فى الذمه فلا يحتاج إلى القبول كالهبه، و على كل فلو وهبها المده فتاره يكون قبل الدخول و أخرى بعده، و على كل منهما فتاره يكون الموهوب تمام المده الباقيه و أخرى بعضها.

فلو وهبها تمام المده قبل الدخول ثبت نصف المسمى لها كما هو المشهور، و فى كشف اللثام أنه مقطوع به فى كلام الأصحاب و يشهد له مقطوعه زرعه عن سماعه (سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته فى حل من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه، فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردّت المرأه على الرجل نصف الصداق) (١).

و شكك البعض فى الحكم باعتبار ضعف الخبر لأنه مقطوع، و هو ضعيف لأن مثل سماعه لا يروى إلا عن المعصوم.

و لو وهبها بعض المده الباقيه قبل الدخول كما لو بقى من مدتها شهران فوهبها شهرا منهما و لم يدخل بها إلى حين حصول الفرقه فهل يثبت نصف المهر كما هو إطلاق الخبر المتقدم الدال على أن هبه المده قبل الدخول موجه لتنصيف المهر، و هذا ما صرح به غير واحد، أو يثبت تمام المهر كما استوجهه كاشف اللثام لخروجه عن النص بعد حمله على هبه تمام المده.

و لو وهبها المده أو بعضها بعد الدخول استقر المهر بتمامه بشرط تمكينها من نفسها فى المده غير الموهوبه، لأن المهر يثبت بالعقد كالدائم.

(٤) فتأخذ الزوجه منه النصف عند عدم أداء المهر من رأس، و عليها أن ترجع نصفه لو دفع الزوج إليها المهر من حين العقد.

ص: ٣٧٠

قبله (١)، و في إلحاق هبه بعض المده (٢) قبله (٣) بالجميع نظر، و الأصل (٤) يقتضى عدم السقوط، و لو كانت الهبه بعد الدخول للجميع (٥)، أو البعض لم يسقط منه (٦) شىء قطعاً، لاستقراره بالدخول.

و الظاهر أن هذه الهبه إسقاط (٧)، بمنزله الإبراء فلا يفتقر إلى القبول.

(و لو أخلت بشىء من المده) اختياراً قبل الدخول، أو بعده (قاصّها) (٨) من (١) قبل الدخول، و هو ليس قياساً بل تنظير و تشبيه و إلا فقد عرفت أن العمده على خبر سماعه المتقدم.

(٢) و قد انقضى بعضها من دون دخول.

(٣) قبل الدخول.

(٤) و هو ثبوت المهر بمجرد العقد.

(٥) أى جميع المده.

(٦) من المسمى.

(٧) إسقاط من الزوج لما له عليها فى الذمه من التمكين و الاستمتاع.

(٨) فلو أخلت ببعض المده سقط من المهر بنسبه إخلالها، إن نصفاً فنصف و إن ثلثاً فثلث و هكذا، بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: خبر عمر بن حنظله (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أتزوج المرأة شهراً فتريد منى المهر كملاً، و أتخوف أن تخلفنى، قال: يجوز أن تحبس ما قدرت عليه فإن هى أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك) (١)، و موثق إسحاق بن عمار (قلت لأبى الحسن عليه السّلام:

الرجل يتزوج المرأة متعه بشرط أن تأتیه كل يوم حتى توفیه شرطه، أو يشترط أياماً معلومه تأتیه، فتغدر به فلا تأتیه على ما شرطه عليها، فهل يصلح له أن يحاسبها على ما لم تأتیه من الأيام فيحبس عنها بحساب ذلك؟ قال: نعم ينظر إلى ما قطعت من الشرط فيحبس عنها من مهرها مقدار ما لم تلف له ما خلا أيام الطمث، فإنها لها، و لا يكون عليها إلا ما أحلّ له فرجها) (٢).

و ظاهر الأخير استثناء الحيض، و هل يلحق به غيره كالمرض و الحبس و جهان: من المشاركه فى المعنى، و من كون ذلك على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده.

ص: ٣٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب المتعه حديث ٣.

المهر بنسبه ما أخلت به من المده، بأن يبسط المهر على جميع المده و يسقط منه بحسابه (١) حتى لو أخلت بها (٢) أجمع سقط عنه المهر.

و لو كان المنع لعذر كالحيض، و المرض، و الخوف من ظالم لم يسقط (٣) باعتباره شيء (٤).

و يحتمل ضعيفا السقوط بالنسبه (٥) كالاختياري (٦)، نظرا إلى أنه (٧) في مقابله الاستمتاع بقريته المنع (٨) الاختياري. و هو (٩) مشترك بين الاختياري و الاضطراري (١٠).

و ضعفه ظاهر (١١)، و في روايه عمر بن حنظله عن الصادق عليه السّلام ما يدل على الحكيمين (١٢) و إطلاق المقاصه على ذلك الوجه (١٣) مجاز، لأنّ مجرد اخلالها بالمده يوجب سقوط مقابلها (١٤) من العوض الآخر (١٥). و مثل هذا لا يعد (١) بحساب الإخلال.

(٢) بالمده.

(٣) من المهر.

(٤) في الحيض قطعا و في غيره على وجه.

(٥) أي السقوط من المهر بسبب الإخلال بالاستمتاع، و الإخلال ناشئ من عذر اضراري غير الحيض.

(٦) كالاخلال لا لعذر.

(٧) أي إلى أن المهر.

(٨) أي بقريته سقوط شيء من المهر بالنسبه عند الإخلال لا لعذر.

(٩) أي كون المهر في قبالة الاستمتاع.

(١٠) و لكن عدم السقوط للمنع بسبب الحيض منصوص.

(١١) باعتبار عدم القطع به، و لا بد من استثناء الحيض من الاضطراري.

(١٢) من السقوط في المنع الاختياري، و من عدم السقوط في الاضطراري.

(١٣) من سقوط شيء من المهر بمقدار إخلالها.

(١٤) أي مقابل المده.

(١٥) وهو المهر.

ص: ٣٧٢

مقاصه (١). و لو ماتت فى أثناء المده، أو قبل (٢) الدخول فأولى (٣) بعدم سقوط شىء كالدائم (٤).

(و لو أخلّ بالأجل) فى متن العقد (٥).

(١) المقاصه بالمعنى الاصطلاحى لا تتحقق هنا إلا إذا أخذت المرأه حقها من المهر قبل الدخول ثم أخلّت بالمده و قد تلف المهر و لم يتمكن الرجل من أخذه حينئذ جاز له مقاصتها من مال لها عنده غير المهر.

(٢) أى ماتت قبل الدخول.

(٣) أى فالموت أولى من العذر الشرعى كالحيض فى عدم سقوط شىء من المهر، و وجه الأولويه أن الاضطرار فى الموت أشد من الاضطرار فى الحيض، إذ فى الحيض يمكن لها تمكينه من الاستمتاع بغير الفرج و لو استدلل بأن الأصل هو ثبوت المهر بمجرد العقد خرج منه الإخلال لا لعذر لأنه منصوص فىبقى الباقي تحت الأصل، و لذا لا يسقط بالموت شىء من المهر لكان أحسن و أقوى.

(٤) أى عدم سقوط شىء من المهر بسبب الموت فى المنقطع كعدم السقوط من المهر لسبب الموت فى الدائم.

(٥) لو لم يذكر الأجل فى متن العقد فقد وقع فيه الخلاف فالمشهور على أنه ينقلب إلى الدائم لأن لفظ الايجاب الواقع فى العقد صالح لكل منهما و إنما يتمحض للمتعهد بذكر الأجل و للدوام بعدمه، فإذا انتفى الأول ثبت الثانى، و لأن الأصل فى العقود الصحه و الفساد على خلاف الأصل فالحكم بالدوام أولى من الحكم بالبطلان، و لموثق ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام (إن سُمى الأجل فهو متعه، و إن لم يسم الأجل فهو نكاح بات) (١)، كما فى الوسائل، و فى الجواهر (فهو نكاح ثابت) (٢)، و كذا فى المسالك (٣)، و قد أورده فى الروضه هنا (فهو نكاح باق)، و لخبر أبان بن تغلب (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجك متعه - إلى أن قال - قلت: فإنى استحى أن أذكر شرط الأيام، قال: هو آخر عليك، قلت: و كيف؟ قال: لأنك إن لم تشترط كان تزويج مقام، و لزمك النفقه فى العده و كانت وارثا، و لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق -

ص: ٣٧٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) جواهر الكلام ج ٣٠ ص ١٧٢.

٣- (٣) المسالك ج ١ ص ٥٠٣.

انقلب دائما (١)، أو بطل (٢) على خلاف) في ذلك منشؤه (٣): من صلاحيه (٤) - السنه (١). و عن جماعه البطلان، منهم العلامه و ولده و الشارح و سيد الرياض لأن المتعه شرطها الأجل و فوات الشرط مستلزم لفوات المشروط، و صلاحيه الايجاب لهما غير كافيه في حمله على الدوام، لأنه غير مقصود من اللفظ، و المعتبر في الصحه اتفاق اللفظ و القصد على معنى واحد و هو غير حاصل هنا، لأن المقصود هو المتعه و المطابق للفظ هو الدائم و هذا يقتضى البطلان و به يرفع اليد عن أصاله الصحه في العقود.

و لأن خبر ابن بكير ليس بصريح في مدعى المشهور لأنه دال على أن الدائم لا يذكر فيه الأجل و هو كذلك و لم يدل على أن من قصد المتعه و لم يذكر الأجل يكون دائما، و خبر أبان ضعيف السند بإبراهيم بن المفضل.

و ذهب ابن إدريس إلى أن الايجاب إن كان بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائما، و إن كان بلفظ التمتع بطل العقد، لأن اللفظين الأولين صالحان للدوام بخلاف الثالث فإنه يختص بالمتعه، و إذا فات شرطها بطلت، و فيه: إن بطلان عقد المتعه كما حصل لفوات شرطه من ذكر الأجل فكذلك الدوام بطل لفوات شرطه و هو القصد إليه فإنه الركن الأعظم في صحه العقود كما في المسالك و فصل رابع و لم يعرف بأن الإخلال بالأجل إن كان جهلا أو نسيانا فيبطل العقد، و إن وقع الإخلال عمدا انقلب العقد دائما، لأن تعمد الترك للأجل ظاهر في إرادته الدوام بخلاف ترك الأجل نسيانا أو جهلا فلم يرد الدوام و لم يتحقق شرط المتعه من ذكر الأجل فلا بد من الحكم بالبطلان، و فيه: إن النزاع في قصد المتعه و عدم ذكر الأجل، و ليس النزاع في إرادته الدوام مع عدم ذكر الأجل، فلو قصد المتعه و لم يذكر الأجل لا ينعقد دائما، لأن العقود تابعه للقصود، و الدوام غير مقصود فكيف ينعقد؟

و الانصاف يقتضى عدم انقلابه إلى الدوام لتبعيه العقود للقصود، و يقتضى بطلان العقد عند عدم ذكر الأجل، لأن الأجل في صحه المنقطع لو لا خبر أبان الصريح في الانقلاب، و لا يضره ضعف السند بعد عمل المشهور به.

(١) على المشهور المنصور.

(٢) كما هو قول جماعه منهم الشارح.

(٣) أى الخلاف.

(٤) دليل الانقلاب.

ص: ٣٧٤

أصل العقد (١) لكل منهما (٢)، و إنما يتمحض للمتعه بذكر الأجل، و للدوام بعدمه فإذا انتفى الأول (٣) ثبت الثاني (٤)، لأن الأصل (٥) في العقد الصحة، و موثقه (٦) ابن بكير عن الصادق عليه السلام قال: «إن سَمِيَ الأجل فهو (٧) متعه، و إن لم يسم الأجل فهو نكاح باق» و على هذا عمل الشيخ و الأكثر و منهم المصنف في شرح الارشاد، و من أن (٨) المتعه شرطها الأجل اجماعا و المشروط عدم عند عدم شرطه، و لصحيحه زواره عنه عليه السلام: «لا تكون متعه إلا بأمرين: بأجل مسمى، و أجر مسمى» (٩)، و أن الدوام (١٠) لم يقصد، و العقود تابعه للقصود (١١)، و صلاحية (١٢) الايجاب لهما لا يوجب حمل المشترك على أحد معنييه (١٣) مع إرادته المعنى الآخر (١٤) المباين له.

و هذا هو (١٥) الأقوى، و الروايه ليس فيها تصريح بأنهما أرادا المتعه و أخلا (١) أى الايجاب.

(٢) للدوام و المنقطع.

(٣) و هو المنقطع لانتفاء شرطه.

(٤) أى الدائم.

(٥) تعليل لثبوت الثاني عند انتفاء الأول، لأن الأصل الصحة فلا يذهب إلى الفساد و البطلان مهما أمكن.

(٦) دليل ثان للانقلاب.

(٦) دليل ثان للانقلاب.

(٧) أى العقد.

(٨) دليل البطلان.

(٩) قد تقدمت، و لا داعى لها، إذ تدل على شرطيه الأجل فى صحه العقد و لازمه انتفاء المشروط عند انتفاء شرطه و هو راجع إلى الأول.

(١٠) دليل ثالث للبطلان.

(١١) و هنا ما قصد من المتعه لم يقع لعدم شرطه، و ما حكم به المشهور من الوقوع و هو الدوام لم يقصد فلا بد من الحكم بالبطلان.

(١٢) تتمه الدليل الثالث.

(١٣) و هو الدوام.

(١٤) و هو المنقطع.

(١٥) أى البطلان.

ص: ٣٧٥

بالأجل، بل مضمونها أن النكاح مع الأجل متعه، وبدونه دائم ولا نزاع فيه.

و أما القول (١) بأن العقد إن وقع بلفظ التزويج و النكاح انقلب دائما، أو بلفظ التمتع بطل، أو بأن (٢) ترك الأجل إن كان جهلا منهما (٣)، أو من أحدهما، أو نسيانا كذلك (٤) بطل، و إن كان عمدا انقلب دائما فقد ظهر ضعفه مما ذكرناه (٥) فالقول بالبطلان مطلقا (٦) مع قصد التمتع الذي هو موضع النزاع أوجه.

في ما لو تبين فساد العقد

(و لو تبين فساد العقد) (٧) إما بظهور زوج، أو عده، أو كونها محرمة عليه (١) و هو قول ابن إدريس.

(٢) عرض للقول الرابع.

(٣) من المتعاقدين.

(٤) منهما أو من أحدهما.

(٥) لأن العقود تابعه للقصد فالدوام غير مقصود فكيف يقع و إن كان إيجابه بلفظ التزويج أو النكاح هذا بالنسبة لضعف قول ابن إدريس، و الدوام إذا قصد عند تعمد ترك الأجل فيقع دائما إلا أنه خروج عن محل النزاع إذ النزاع في قصد التمتع مع عدم ذكر الأجل و بهذا يظهر ضعف القول الرابع.

(٦) سواء كان بلفظ التزويج أو النكاح أو التمتع، و سواء كان عدم ذكر الأجل نسيانا أو جهلا أو عمدا.

(٧) يفسد العقد إذا ظهر لها زوج أو كانت ذات عده أو كانت محرمة عليه عينا كأخته أو جمعا كأخت الزوج، و نحو ذلك من موجبات فساد العقد، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها بالاتفاق و إن استمتع بها بغير الفرج كالتقيل و نحوه، فلا مسمى لبطلان العقد و لا مثل لعدم تحقق الدخول كما هو المفروض.

و لو تبين الفساد بعد الدخول فعلى أقوال، فعن المفيد في المقنعة و الشيخ في النهاية و التهذيب و ابن البراج في المهذب أن لها ما أخذت و لا يلزمه تسليم ما بقى من غير فرق بين العالمه و الجاهله لحسنه حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا بقى عليه شيء من المهر و علم أن لها زوجا فما أخذته فلها بما استحلت من فرجها، و يحبس عليها ما بقى عنده) (١) و هي ظاهره في كون الزوجه عالمه إذ من البعيد جهلها بعدم زوج لها، و إثبات -

ص: ٣٧٤

جمعا، أو عينا، أو غير ذلك من المفسدات (فمهر المثل مع الدخول) و جهلها حاله الوطء، لأنه و طء محترم، فلا بد له (١) من عوض و قد بطل (٢) المسمى، فيثبت مهر مثلها في المتعه (٣) المخصوصه.

وقيل: تأخذ ما قبضته و لا يسلم الباقي استنادا إلى روايه، حملها على كون -المهر لها بمقدار ما استمتع منافع لما ورد أنه (لا مهر لبغى) (١).

ولذا ذهب المحقق في الشرائع و جماعه إلى أنه لا مهر لها إذا كانت عالمه بالفساد، لأنه لا مهر لبغى و يشهد له خصوص مكاتبه ابن الريان إلى أبي الحسن عليه السلام (الرجل يتزوج المرأة متعه بمهر إلى أجل معلوم، و أعطها بعض مهرها و آخرته بالباقي، ثم دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفّيها باقي مهرها أنها زوجته نفسها، و لها زوج مقيم معها، أ يجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب عليه السلام: لا يعطيها شيئا لأنها عصت الله عز و جل) (٢)، فالسؤال و إن كان عن دفع الباقي إلا أن الجواب ظاهر في عدم استحقاقها شيئا من المهر لمقتضى التعليل بعصيانها لله جلّ و علا، و إذا كانت جاهله فلها المسمى بعد حمل الروايه على ذلك، و أنه يحبس عنها ما بقى على تقدير أن الباقي من المهر بقدر الباقي من الأيام و قد عرفت أن المهر في المنقطع موزع على قدر المده، و فيه:

إن العقد في نفس الأمر فاسد فكيف يترتب عليه حكم الصحيح من ثبوت المسمى لها.

ولذا ذهب المحقق في النافع و الشارح في الروضه هنا و المسالك و صاحب الجواهر و غيرهم أن لا شيء لها مع العلم لأنها بغى، و لها مهر المثل مع الجهل لأنه و طء شبهه و بالدخول يثبت مهر المثل لأنه عوض البضع عند فساد المسمى.

هذا و قال الشارح في المسالك: (و ربما قيل بأن الواجب هنا 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 تستحق غيره) انتهى، و فيه: لا داعي للمسمى بعد بطلان العقد فلو أقدمت على المسمى فهي راضيه به لزعم الصحه و قد بان عدمها، و إن كانت عالمه بالبطلان فلا شيء لها لأنها بغى.

(١) للوطى المحترم.

(٢) لفساد العقد.

(٣) لا مهر مثلها في العقد الدائم.

ص: ٣٧٧

١- (١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من ابواب المتعه حديث ٢.

المقبوض بقدر مهر المثل (١) أولى من اطلاقها (٢) المخالف للأصل، وقبل الدخول لا شيء لها، لبطان العقد المقتضى لبطان المسمى (٣)، فإن كانت قد قبضته (٤) استعاده، وإن تلف في يدها ضمنته مطلقا (٥)، وكذا (٦) لو دخل وهي عالمة بالفساد (٧)، لأنها بغى، ولا مهر لبغى.

(و يجوز العزل عنها (٨) (١) وأن الزوجه جاهله بالفساد، وإن كان حملا بعيدا، لأنه من البعيد جهل الزوجه بعدم وجود زوج لها. (٢) أى إطلاق الروايه الشامل للعالمه، والأصل يقتضى فى العالمه عدم المهر لأنها بغى.

(٣) ولا مثل لعدم الدخول.

(٤) كلا أو بعضا.

(٥) بالتفريط و بدونه، لأنها غير مأذونه.

(٦) أى لا مهر لها ولا قبضته تضمن.

(٧) ولكن بشرط عدم كون الرجل عالما، وإلا لو كان عالما بفساد العقد وقد سلطها على المهر المدفوع و تلف فلا ضمان عليها لإقدامه بعلمه.

(٨) بلا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث شاء) (١)، وخبر ابن أبي عمير وغيره قال (الماء ماء الرجل يضعه حيث شاء، إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره، و شدد في إنكار الولد) (٢).

و يستحب اشتراط ذلك عليها لخبر الأحول (سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت: ما أدنى ما يتزوج الرجل به متعه؟ قال: كف من برّ يقول لها: زوجيني نفسك متعه على كتاب الله و سنه نبيه نكاحا غير سفاح، على أن لا أرثك و لا ترثيني، و لا أطلب ولدك إلى أجل مسمى، فإن بدا لى زدتك و زدتنى) (٣)، و مثله غيره.

و لكن يلحق به الولد لو حملت و لو عزل بلا خلاف فيه، و هذا الحكم لا يختص بالمتعه، بل بكل وطء صحيح، لاحتمال سبق المنى من غير تنبه، و الولد يلحق بالفراش للنبوى (الولد للفراش و للعاهر الحجر): (٤)، و لإطلاق صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد-

ص: ٣٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المتعه حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح العيب و الإمام حديث ٣.

(و إن لم يشترط ذلك) (١) فى متن العقد، و هو (٢) هنا (٣) موضع وفاق، و هو منصوص بخصوصه، و لأن الغرض الأصلى منه الاستمتاع دون النسل، بخلاف الدوام (و) لكن (يلحق به الولد) على تقدير ولادتها بعد وطئه بحيث يمكن كونه منه (و إن عزل)، لأنها فراش، و الولد للفراش، و هو مروى أيضا، لكن لو نفاه انتفى ظاهرا بغير لعان، بخلاف ولد الدوام.

فى أنه يجوز اشتراط السائغ فى العقد

(و يجوز اشتراط السائغ (٤) فى العقد كاشتراط الإتيان ليلا، أو نهارا) (٥) لأنه -الله عليه السّلام فى حديث فى المتعه (قلت: أ رأيت إن حبلت؟ فقال: هو ولده) (١).

و لكن لو نفى الولد عن نفسه و إن لم يعزل فضلا عما إذا عزل انتفى عنه الولد ظاهرا بلا لعان، بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها) (٢)، و صحيح ابن سنان عنه عليه السلام (لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) (٣).

و هذا الحكم مبنى على الظاهر و إلا فيما بينه و بين الله تعالى لا يجوز له نفيه بمجرد العزل أو التهمه، بل مع العلم بانتفائه عنه و حينئذ فيجب النفى عليه فيما بينه و بين الله تعالى كما هو واضح.

(١) أى العزل.

(٢) أى جواز العزل.

(٣) فى المتعه.

(٤) و هو غير المنافى للكتاب و السنه.

(٥) سواء كان الشرط عليه أو عليها، أو أن يشترط المره و المرات فى الزمن المعين فيصح و يجب الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٣)، و تقييد الاستمتاع بوقت دون وقت لا ينافى مقتضى العقد، نعم هو مناف لمقتضى إطلاقه كما فى كل شرط سائغ و هو لا يضّر، ففى خبر محمد ابن مروان عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: رجل جاء إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها، فقال: أزوّجك نفسى على أن تلتمس منى ما شئت من نظر -

ص: ٣٧٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المتعه حديث ١ و ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب اللعان حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

شرط لا ينافى مقتضى العقد، لجواز تعلق الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر، إما طلباً للاستبداد (١)، أو توفيراً لما سواه (٢) على غيره (٣) من المطالب، (أو شرط إتيانها مره، أو مرارا) مضبوطة (في الزمان المعين) لما ذكر (٤). و لو لم يعين الوقت (٥) بل أطلق المره و المرات بطل (٦)، للجهالة.

و التماس، و تنال منى ما ينال الرجل من أهله إلا أن لا تدخل فرجك في فرجى، و تتلذذ بما شئت فإنى أخاف الفضيحة، قال عليه السلام: ليس له إلا ما اشترط (١)، و فى خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل تزوج بجاريه عاتق على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس) (٢).

(١) استبدد برأيه: انفراد.

(٢) أى لما سوى الوقت المعين.

(٣) أى غير الاستمتاع، و المعنى أنه لو شرط الجماع فى وقت معين ليتوسع فى غير الوقت المعين لمطالبه الأخرى غير الاستمتاع.

(٤) من أنه شرط سائغ غير مناف لمقتضى العقد فيلزم، و العقد قد ذكر فيه الأجل و هو شرط صحته، و قد اشترط فيه المره و المرات فى داخل الأجل و هو لا يضر فى ذكر الأجل.

(٥) على تقدير اشتراط المره و المرات.

(٦) كما عن الأكثر لعدم ذكر الأجل الذى هو شرط فى صحه التمتع، و المره و المرات كما تقع فى الزمن القصير تقع فى الزمن الطويل، و عن الشيخ فى النهايه و التهذيب و المحقق فى الشرائع الحكم بالصحه و انقلابه إلى الدائم لخبر هشام بن سالم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأه متعه مره مبهمه، فقال عليه السلام: ذاك أشد عليك ترثها و ترثك، و لا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر و شاهدين) (٣).

و فى طريقه موسى بن سعدان و عبد الله بن القاسم و هما ضعيفان، و هو معارض لما دل على أن الأجل شرط فى صحه التمتع مع كون المره لا تقتضى وقتا معيناً بل وقتاً مجهولاً فلا بدّ من ردّه، نعم هو معارض بما دل على الصحه و وقوعه متعه و هو خبر زراره (قلت له: هل يجوز له أن يتمتع الرجل من المرأه ساعه أو ساعتين؟ فقال: الساعه و الساعتان لا يوقف على حدّهما، و لكن العرد و العردين، و اليوم و اليومين و الليله و أشباهه-

ص: ٣٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المتعه حديث ٣.

(و لا يقع بها (١) طلاق (٢)، بل تبين بانقضاء المده، أو بهبته إياها. و فى روايه محمد بن إسماعيل عن الرضا عليه السلام قلت: و تبين بغير طلاق قال: «نعم»، (و لا إيلاء) (٣) على أصح القولين لقوله تعالى فى قصه الإيلاء: **وَإِنْ عَزَمُوا - ذَلِكَ (١)**، و خبر القاسم بن محمد عن رجل سمّاه قال (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأه على عرد واحد، فقال: لا بأس، و لكن إذا فرغ فليحوّل وجهه و لا ينظر) ٢، و خبر خلف بن حماد (أرسلت إلى أبى الحسن عليه السلام كم أدنى أجل المتعه؟ هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مره واحده؟ فقال: نعم) ٣.

و العرد كما عن القاموس الصلب الشديد المنتصب، و الذكر المنتشر المنتصب، و هو كناية عن المره، و هذه الأخبار أيضا مع ضعف سندها لم يعمل بها أحد إلا الشيخ فى التهذيبين و قد جعل الأحوط الأولى إضافه المره إلى أجل معين، فلا بدّ من ردها و العمده على ما دل على كون الأجل شرطا فى صحه العقد المنقطع.

(١) بالمتعه.

(٢) بلا خلاف فيه، بل تبين المتمتع بها بانقضاء المده للأخبار:

منها: خبر زراره (عده المتعه خمس و أربعون يوما كأنى انظر إلى أبى جعفر عليه السلام يعقد بيده خمس و أربعين، فإذا جاز الأجل كانت فرقه بغير طلاق) (٢)، و خبره الآخر عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث (فإذا جاء الأجل يعنى فى المتعه كانت فرقه بغير طلاق) (٣)، و صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (قلت له: الرجل يتزوج المرأه متعه سنه أو أقل أو أكثر، قال: إذا كان شيئا معلوما إلى أجل معلوم، قلت: و تبين بغير طلاق؟ قال: نعم) (٤)، هذا و فى حكم انقضاء المده هبته إياها، فيقوم ذلك مقام الطلاق إذا أراد تعجيل بينونه.

(٣) الإيلاء لغه الحلف و شرعا هو الحلف على ترك الوطء للزوجه أكثر من أربعة أشهر، لا يقع بها إيلاء على المشهور، لقوله تعالى: **لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ عَفْوٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٥)**، و العزم على -

ص: ٣٨١

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب المتعه حديث ٢ و ٤ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعه حديث ٣.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب المتعه حديث ٤.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب المتعه حديث ١.

٥- (٧) سورة البقره، الآيتين: ٢٢٦-٢٢٧.

الطَّلَاقَ (١) و ليس فى المتعه طلاق، و لأن من لوازم الإيلاء المطالبه بالوطء و هو منتف فى المتعه، و بانتفاء اللازم ينتفى الملزوم، و للمرتضى رحمه الله، قول بوقوعه بها (٢)، لعموم لفظ النساء (٣)، و دفع بقوله تعالى: **وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ (٤)** فإن عود الضمير إلى بعض العام يخصصه.

(و لا- لعان (٥) إلا- فى القذف بالزنا) على قول المرتضى و المفيد استنادا إلى أنها-الطلاق دليل على أن المولى منها قابله للطلاق، و هذا مختص بالدائمه، و المتمتع بها ليست كذلك، و لأن من لوازم الإيلاء المطالبه بالوطء و هو منتف فى المتعه، و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم.

و عن المرتضى وقوع الإيلاء بها لعموم قوله تعالى: **لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١)** و هو جمع مضاف فهو من صيغ العموم، و فيه: إنه مخصوص بقوله تعالى: **وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ (٢)**، لأن عود الضمير إلى بعض أفراد العام يخصصه.

(١)البقره آيه: ٢٢٧.

(٢)أى بوقوع الايلاء بالمتعه.

(٣)فى قوله تعالى: **لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٣)**.

(٤)البقره آيه: ٢٢٧.

(٥)لا لعان فى المتعه لنفى الولد على المشهور، و عن الجامع لابن سعيد وقوعه بها، و هو ضعيف لصحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها) (٤)، و صحيح ابن سنان عنه عليه السلام (لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) ٥، و مثلها غيرها، و كذا لا لعان مع القذف لنفس الأخبار المتقدمه، و عن الشيخ و السيد وقوعه بها مع القذف لعموم الآيه و هى قوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٥)** و فيه: قد ثبت فى محله جواز تخصيص الكتاب بالخبر الواحد، و ما تقدم من الأخبار يصلح لتخصيص عموم الآيه.

ص: ٣٨٢

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٦.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٢٧.

٣- (٣) سورة البقره، الآيه: ٢٢٦.

٤- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب اللعان حديث ١ و ٢.

٥- (٦) سورة النور، الآيه: ٦.

زوجه فيقع بها اللعان، لعموم قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ فَإِنِ اجْمَعُوا عَلَيْهِمُ الْبُيُوتَ فَاصْبِرُوا فِيهَا مَا ضَلَائِقُهُمْ ذَلِكَ عَذَابٌ عَظِيمٌ. و أجيب بأنه مخصوص بالسنة، لصحيحه ابن سنان عن الصادق عليه السلام «لا يلاعن الحر الأمه، و لا الذميه، و لا التي يتمتع بها». و مثله روايه (١) على بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام. و لا قائل بالفرق بين الحر و العبد، فالقول بعدم وقوعه مطلقا (٢) قوى.

و أما لعانها لنفى الولد فمنفى إجماعا، و لا تنفائه (٣) بدونه.

في أنه لا توارث بينهما إلا مع شرطه

(و لا توارث) بينهما (إلا مع شرطه) (٤).

(١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ١١.

(٢) سواء كان الزوج حرا أم عبدا.

(٣) أى انتفاء الولد بمجرد النفي فى المتعه بدون لعان و قد تقدم بحثه.

(٤) اختلف الأصحاب فى ثبوت التوارث فى المتعه على أقوال:

الأول: ثبوت التوارث فى المنقطع كالدائم، بل و لو شرط سقوطه بطل الشرط كما لو شرط عدمه فى الدائم لعموم قوله تعالى: وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ - إلى قوله تعالى - وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ (١).

الثانى: عكسه و هو عدم التوارث فى المنقطع حتى لو شرط، و هو مختار الحلّى و أبى الصلاح و العلامه فى أحد قوليه و فخر المحققين و المحقق الثانى، و فى الحدائق إنه مذهب أكثر المتأخرين، لصحيح سعيد بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يتزوج المرأه متعه و لم يشترط الميراث، قال: ليس بينهما ميراث، اشترط أو لم يشترط) (٢)، و مرسل الكلينى (و روى أنه ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط) (٣).

الثالث: إن أصل العقد لا يقتضى التوارث، و لكن باشرطه يثبت، ذهب إليه الشيخ و أتباعه إلا القاضى أبو الصلاح، و به قطع المحقق و الشارح، بل كاد أن يكون مشهورا لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام: كم المهر؟ يعنى فى المتعه، فقال:

ما تراضيتما عليه - إلى أن قال - و إن اشترط الميراث فهما على شرطهما) (٤)، و صحيح البنزطى عن الرضا عليه السلام (تزوج المتعه نكاح بميراث، و نكاح بغير ميراث، إن اشترطت كان و إن لم تشترط لم يكن) (٥).

ص: ٣٨٣

١- (١٢) سورة النساء، الآية: ١٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب المتعه حديث ٧ و ٤ و ٥ و ١.

فى العقد (١)، فىبثت (٢) على حسب ما يشترطانه (٣)، أما انتفاؤه (٤) بدون الشرط فلأصل (٥)، ولأن الإرث حكم شرعى فىتوقف ثبوته على توظيف الشارع و لم يثبت هنا، بل الثابت خلافه كقول الصادق عليه السّلام فى صحيحه (٦) محمد بن مسلم: «من حدودها - يعنى المتعه -: أن لا ترثك، و لا ترثها»، و أما ثبوته معه (٧) فلعوم «المؤمنون عند شروطهم» (٨) و قول الصادق عليه السّلام فى صحيحه محمد بن مسلم «إن اشترط الميراث فهما على شرطهما»، و قول الرضا عليه الصلاه و السلام فى حسنه (٩) البزنطى «إن اشترط الميراث كان، و إن لم يشترط لم يكن».

-الرابع: عكسه و هو أن أصل العقد فى المنقطع يقتضى التوارث ما لم يشترط سقوطه و إليه ذهب المرتضى و ابن أبى عقيل لموثق محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (فى الرجل يتزوج المرأه متعه قال: إنهما يتوارثان إذا لم يشترط، و إنما الشرط بعد النكاح)(١).

و الأظهر هو الثالث بعد اعراض المشهور عن أخبار بقيه الأقوال.

(١) أى عقد المتعه.

(٢) أى الإرث.

(٣) من الطرفين أو من طرف واحد.

(٤) أى الارث.

(٥) و هو أن مطلق الزوجيه لا يقتضى استحقاق الإرث، فإن من الزوجات من ترث، و منهن من لا ترث كالذميه.

(٦) لم أعر على هذه الروايه، بل الموجود فى الوسائل خبر عبد الله بن عمرو (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المتعه فقال: حلال لك من الله و رسوله، قلت: فما حدّها؟ قال: من حدودها أن لا ترثها و لا ترثك)(٢).

(٧) أى ثبوت التوارث مع الشرط.

(٨) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث - ٤ -.

(٩) وصفها بالحسنه لاشتمال السند على إبراهيم بن هاشم، و قال الشارح فى المسالك عن الخبر (من أجود طرق الحسن، لأن فيه من غير الثقات إبراهيم بن هاشم القمى، و هو جليل القدر كثير العلم و الروايه، و لكن لم ينصوا على توثيقه مع المدح الحسن فيه) انتهى، و قد عرفت أنه من شيوخ الإجازة و هذا ما يغنى عن الوثاقه، فلذا وصفنا الخبر بالصحيح.

ص: ٣٨٤

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب المتعه حديث ٨.

و فى المسأله أقوال آخر مأخذها أخبار (١)، أو اطلاقا (٢) لا تقاوم هذه (٣).

أحدها: التوارث مطلقا (٤).

و ثانيها: عدمه مطلقا (٥).

و ثالثها: ثبوته (٦) مع عدم شرط عدمه (٧).

و الأظهر مختار المصنف (٨). ثم إن شرطاه لهما فعلى ما شرطاه (٩)، أو لأحدهما خاصة احتمال كونه كذلك (١٠) عملا بالشرط، و بطلانه (١١) لمخالفته مقتضاه (١٢)، لأنّ الزوجيه إن اقتضت الإرث و انتفت موانعه ثبت من الجانبين، و إلا- انتفى منهما.

فى أنه يقع بها الظهار

(و يقع بها الظهار) على أصح القولين (١٣)، لعموم الآيه فإنّ المستمتع بها (١) كالأخبار التى هى مستند القول الثانى و الرابع.

(٢) كإطلاق الآيه الذى هو مستند القول الأول.

(٣) أى هذه الصحيحه التى هى مستند القول الثالث.

(٤) اشترط الثبوت أو العدم أو لا كما هو القول الأول المتقدم فى شرحنا.

(٥) اشترط الإرث أو عدمه أو لا، كما هو القول الثانى المتقدم.

(٦) أى ثبوت الارث.

(٧) كما هو القول الرابع المتقدم.

(٨) كما هو القول الثالث المتقدم فى شرحنا.

(٩) من ثبوت الارث على حسب قاعده الشرع للجانبين.

(١٠) أى على ما شرط لأحدهما.

(١١) أى و يحتمل بطلانه.

(١٢) أى لمخالفه الشرط لمقتضى العقد المشروط.

(١٣) بل على المشهور لإطلاق قوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (١)** ،

و لا ريب فى شمول النساء للمتمتع بها مع عدم المخصص، و عن الصدوق و الحلّى و العلامة عدم الوقوع لأصالة بقاء الحليه و الاباحه، و لأن الظهار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين و هو الدائم، و لأن الظهار

ص: ٣٨٥

١- (١) سورة المجادل، الآية: ٣.

زوجه و لم تخص، بخلاف ما سبق (١)، و ذهب جماعه إلى عدم وقوعه بها (٢)، لقول الصادق عليه الصلاه و السلام: «الظهار مثل الطلاق»، و المتبادر من المماثلة أن يكون في جميع (٣) الأحكام، و لأنّ المظاهر يلزم بالفئه (٤)، أو الطلاق. و هو (٥) هنا متعذر، و الإلزام بالفئه وحدها بعيد (٦)، و بهبه المده بدل الطلاق أبعد (٧).

و يضعف بضعف الروايه و إرسالها، و المماثلة لا تقتضى العموم (٨) و الإلزام بأحد الأمرين (٩) جاز (١٠) أن يختص بالدائم و يكون أثر الظهار هنا (١١) و جوب اعتزالها كالمملوكه.

-مختص بالدائم لأن من أحكامه إلزام المظاهر بالرجوع إما بالوطء أو الطلاق، و ليس للمتمتع بها حق فى الوطء و لا يقع بها طلاق، و لمرسل ابن فضال عن ابن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق) (١).

و نوقش الثانى بأنه لا معنى لأصالة البقاء و لا للاقتصار على المتيقن مع إطلاق الآيه المتقدمه، و الخبر مرسل و ابن فضال فطحى واقفى، على أنه يمكن حمله من اعتبار وقوع الظهار على طهر بغير جماع بشهاده شاهدين كمثل الطلاق، و هذا أجنبى عن محل النزاع.

و أما دعوى كون الظهار مختصا بالدائم فمردوده لأن أدله تشريعه مطلقه و إن كانت أحكامه بالرجوع من طلاق أو و طء مختصه بالدائم، و يبقى أثر الظهار فى المتمتع بها باقيا كوجوب اعتزال الأمه.

(١) من اللعان و الايلاء و الارث، فأدلتها مخصصه لوجود الأخبار المنتفيه فى المقام.

(٢) أى إلى عدم وقوع الظهار بالمتععه.

(٣) و كما لا يقع الطلاق فى المنقطع فكذا الظهار.

(٤) أى بالرجوع و الجماع بعد الكفاره.

(٥) أى الطلاق.

(٦) على أن الوطء هنا غير واجب.

(٧) لأن إقامه هبه المده فى المنقطع مقام الطلاق قياس لا نقول به.

(٨) إذ يمكن أن يكون الظهار كالطلاق فى الشرائط.

(٩) من الفئه أو الطلاق.

(١٠) فى محل رفع خبر لمبتدأ و هو (الإلزام).

(١١) فى المتععه.

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ٣.

(و عدتها) مع الدخول إذا انقضت مدتها، أو وهبها (حيضتان) (١) إن كانت (١) إذا دخل الزوج بالمتمتع بها ثم انقضت مدتها أو وهبها إياها، و كانت غير يائسه و هي ممن يحيض فيجب عليها الاعتداد، و قد اختلف في تقديرها بسبب اختلاف الروايات على أقوال:

الأول: إن عدتها حيضتان و إليه ذهب الشيخ في الهداية و ابن البراج و سألر، و المحقق في الشرائع و جماعه لصحيح إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه فقال: التق عبد الملك بن جريح فسله عنها، فإن عنده منها علما، فلقيته فأملى عليّ شيئا كثيرا في استحلالها، و كان فيما روى لي فيها - إلى أن قال - و عدتها حيضتان، و إن كانت لا تحيض فخمسه و أربعون يوما، قال: فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فقال: صدق و أقرّ به) (١)، و خبر أبي بصير - المروى في تفسير العياشي عن أبي جعفر عليه السلام (نزلت هذه الآية: فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً - إلى أن قال - و عدتها حيضتان) (٢). و قد استدل الشارح على هذا القول على ما في المسالك و الروضه بخبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام (طلاق الأمه تطليقتان و عدتها حيضتان) (٣)، مع ضميمه صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (و كذلك المتعه عليها مثل ما على الأمه) (٤) لما في الوسائل، و في المسالك (إن على المتعه ما على الأمه)، و في الجواهر و غيرها (إن على المتتمعه ما على الأمه)، و على كل فالجمع بين الروايتين يفيد أن عدته المتعه حيضتان كعدده الأمه.

الثاني: إن عدتها طهران و إليه ذهب المفيد و ابن إدريس و العلامه في المختلف و غيرهم، لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام في حديث (و إن كان حر تحته أمه فطلاقه تطليقتان و عدتها قرءان) (٥)، مع ضميمه ما تقدم من أن عدته المتمتع بها هي عدده الأمه، فضلا عن كون المراد بالقرء في العدد هو الطهر كما سيجيء بيانه في كتابه الطلاق.

الثالث: إنها حيضه و إليه ذهب ابن أبي عقيل لصحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (عدده المتتمعه إن كانت تحيض فحيضه، و إن كانت لا تحيض فشهرو نصف) (٦)، و خبر -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المتعه حديث ٨.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب المتعه حديث ٦.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب المتعه حديث ٥.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المتعه حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب المتعه حديث ١.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعه حديث ١.

ممن تحيض، لروايه محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الماضى (١) عليه السلام قال:

«طلاق الأمه تطليقتان و عدتها حيضتان» و روى زراره فى الصحيح عن الباقر عليه السلام: «أن على المتمتع ما على الأمه» (٢).

وقيل: عدتها قرءان، و هما (٣) طهران، لحسنه زراره (٤) عن الباقر عليه السلام:

«و إن كان حرّ تحتة أمه فطلاقها تطليقتان و عدتها قرءان» مضافه إلى صحيحه زراره (٥).

و الأول أحوط (٦). و عليه (٧) لو انقضت أيامها، أو وهبها فى أثناء الحيض لم يحسب ما بقى منه (٨) لأنّ الحيضه لا تصدق على بعضها، و إن احتسب ما بقى من -البزنطى عن الرضا عليه السلام (قال أبو جعفر عليه السلام: عدته المتعّه حيضه) (٩).

الرابع: إنها حيضه و نصف و إليه ذهب الصدوق فى المقنع لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها هل عليها العده؟ فقال عليه السلام: تعتدّ أربعة أشهر و عشرًا، و إذا انقضت أيامها و هو حيّ فحيضه و نصف مثل ما يجب على الأمه) ٢.

و الأشهر هو الأول مؤيدا بما دل على أن المتمتع بها كالأمه كصحيح عبد الرحمن المتقدم و غيره.

(١) و هو الإمام موسى الكاظم عليه السلام.

(٢) فخير ابن الفضيل كالصغرى، و هذا الخبر كالكبرى.

(٣) احتراز عن كون القرء بمعنى الحيض.

(٤) وصفها بالحسنه لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم الذى لم يمدح و لم يذم، و قد عرفت أكثر من مره أنه من شيوخ الاجازة و هذا ما يغنى عن التوثيق.

(٥) المتقدمه و هى (أن على المتمتع ما على الأمه)، فتكون هذه كالكبرى و ما قبلها كالصغرى.

(٦) أى القول بكون العده حيضتين، و ذلك لأن العده بالحيضتين أطول من العده بالطهرين، فعلى الأول لا بد من حيضتين بعد انقضاء الأجل و هذا يستدعى حيضتين بينهما طهر غير الطهر الذى وقع فيه انقضاء الأجل، بخلاف الثانى فيكفى الطهر الذى انقضى فيه الأجل و هذا يستدعى طهران بينهما صيغه و أحد الطهرين هو الذى انقضى فيه الأجل.

(٧) أى على القول الأول.

(٨) من الحيض، فلا يحسب حيضه، لتبادر الجميع منها.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعه حديث ٥ و ٦.

(و لو استرابت) بأن لم تحض و هى فى سن من تحيض (فخمسه و أربعون يوما) و هو موضع وفاق (٢). و لا فرق فيهما (٣) بين الحره و الأمه (و تعتد (٤) من الوفاه بشهرين و خمسه أيام إن كانت أمه (٥)، (١) إذا انقضت أيامها أو وهبها إياها فى أثناء الطهر، و هذا على القول الثانى.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: خبر البزنطى عن الرضا عليه السّلام (قال أبو جعفر عليه السّلام: عدّه المتعّه خمسّه و أربعون يوما، و الاحتياط خمسّه و أربعون ليلة) (١) و المعنى أن عدتها خمسّه و أربعون يوما بلياليها، و خبره الآخر المروى فى قرب الاسناد عن الرضا عليه السّلام (قال أبو جعفر عليه السّلام: عدّه المتعّه حيضه، و قال: خمسّه و أربعون يوما لبعض أصحابه) ٢، و خبر عبد الله بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث فى المتعّه (قلت: فكم عدتها؟ فقال: خمسّه و أربعون يوما أو حيضه مستقيمه) ٣، هذا و لا فرق بين الحره و الأمه فى هذه العده للإطلاق، بعد كون عدّه المتمتع بها هى عدّه الأمه.

(٣) فى عدّه من تحيض و عدّه المسترابه.

(٤) أى المتمتع بها.

(٥) إذا مات زوج المتمتع بها، و كانت أمه و كانت حائلا فعدتها شهران و خمسّه أيام على المشهور للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عدّه الأمه التى يتوفى عنها زوجها شهران و خمسّه أيام) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم و جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران و خمسّه أيام) (٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (سمعتّه يقول: طلاق العبد للأمه تطليقتان، و أجلها حيضتان إن كانت تحيض، و إن كانت لا تحيض فأجلها شهر و نصف، و إن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحره شهران و خمسّه أيام) ٤ و مثلها غيرها و هى تشمل الدائم و المتمتع بها.

و عن ابن إدريس و العلامه فى المختلف و جماعه أنها كالحره لصحيح زراره (سألت أبا-

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعّه حديث ٢ و ٤ و ٤.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٤.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٩ و ١٠.

(و بضعفها (١) إن كانت حره).

و مستند ذلك (٢) الأخبار الكثيره الداله على أن عده الأمه من وفاه زوجها شهران و خمسه أيام و الحره ضعفها من غير فرق بين الدوام و المتعه، و تزيد (٣) الأمه هنا (٤) بخصوصها مرسله على بن أبي شعبه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى -جعفر عليه السلام: ما عده المتعه إذا مات عنها الذى تمتع بها؟ قال: أربعة أشهر و عشر، ثم قال: يا زواره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأه حره كانت أو أمه، و على أى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملكك يمين فالعده أربعة أشهر و عشر(١)، و يؤيده صحيح زواره عن أبي جعفر عليه السلام (إن الأمه و الحره كليتهما إذا مات عنها زوجها سواء فى العده، إلا أن الحره تحد و الأمه لا تحد)(٢)، و خبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (عده المملوكه المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشر)٣، و حملها الشيخ على كون الأمه ذات ولد فتعده عده الحره، و فيه: إن الأخبار غير ظاهره فى هذا الحمل، و العمده فيها على صحيح زواره و لكنه لا يصلح لمعارضه ما تقدم لكثرته.

(١) و هو أربعة أشهر و عشره أيام، و هى عده الحائل الحره المتمتع بها إذا مات عنها زوجها على المشهور لصحيح ابن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأه يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها زوجها، هل عليها العده؟ فقال: تعتد أربعة أشهر و عشر)(٣)، و لصحيح زواره المتقدم.

و عن العماني و المفيد و المرتضى و سائر أن عدتها شهران و خمسه أيام لخبر ابن أبي شعبه الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن رجل تزوج امرأه متعه ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسه و ستون يوما)٥.

و هو مرسل و فى طريقه على بن الحسين الطاطرى و هو ضعيف واقفى شديد التعصب على من خالفه من الإماميه و معارض بما تقدم من الصحيح فيتعين طرحه، و إلا فيحمل على الأمه على قاعده الجمع مهما أمكن أولى من الطرح و إن لم يكن ظاهرا فى ذلك.

(٢) أى الحكم المذكور من عده الوفاة فى الأمه و الحره.

(٣) أى تزيد فى مقام الاستدلال على الدليل السابق.

(٤) أى فى حكم المتعه فى عده الوفاة.

ص: ٣٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٢ و ٥.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ١ و ٤.

رجل تزوج امرأه متعه ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: «خمسه و ستون يوما» بحملها على الأمه جمعا.

وقيل: إن عدتها أربعة أشهر و عشرا مطلقا (١)، لصحيحه زراره عن الباقر عليه الصلاه و السلام قال: سألته ما عدته المتمتعه إذا مات عنها الذى تمتع بها قال:

«أربعة أشهر و عشرا»، ثم قال: يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأه حره كانت، أو أمه و على أى وجه كان النكاح منه متعه، أو تزويجا، أو ملك يمين فالعده أربعة أشهر و عشرا»، و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المرأه يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها زوجها هل عليها العده فقال: «تعتد أربعة أشهر و عشرا».

و يشكل بأن هذه (٢) مطلقه فيمكن حملها على الحره جمعا (٣)، و صحيحه زراره تضمنت أن عدته الأمه (٤) فى الدوام كالحره و لا قائل به (٥)، و مع ذلك (٦) معارضه بمطلق الأخبار الكثيره الداله على أن عدته الأمه فى الوفاه على نصف الحره (٧)، و بأن كونها (٨) على النصف (٩) فى الدوام (١٠) يقتضى أولويته (١١) فى المتعه، لأن عدتها (١٢) (١) سواء كانت حره أم أمه، ففى الحره هو المشهور، و فى الأمه هو قول غير المشهور.

(٢) و هى صحيحه عبد الرحمن.

(٣) بينها و بين ما دل على أن عدته الأمه المتوفى عنها زوجها شهران و خمسه أيام و هو قول المشهور.

(٤) أى عدته الوفاه للأمه و كان العقد دائما كعده الحره فى الدوام و أنها أربعة أشهر و عشرا.

(٥) و فيه: إن القائل به الصدوق و ابن إدريس على ما صرح به الشارح فى المسالك فى بحث العدد فراجع.

(٦) أى مع عدم القائل بهذا القول الذى تدل عليه صحيح زراره.

(٧) كصحيح محمد بن قيس و صحيح محمد بن مسلم و جميل و خبر أبى بصير المتقدمه.

(٨) أى كون الأمه.

(٩) أى نصف الحره.

(١٠) كما سيأتى فى بحث العدد.

(١١) أولويه التنصيف.

(١٢) أى عدته المتعه.

أضعف في كثير من أفرادها (١) و نكاحها (٢) أضعف (٣) فلا يناسبها (٤) أن تكون أقوى (٥). و هذه (٦) مخالفه أخرى في صحيحه زراره للأصول (٧)، و إن كان العمل بها (٨) أحوط (٩).

و لو كانت (١٠) حاملا فبأبعد الأجلين) من أربعة أشهر و عشره (١١) أو شهرين و خمسه (١٢)، و من وضع الحمل (١٣) (فيهما) أى فى الحره و الأمه. أما إذا (١) أى من أفراد العده.

(٢) أى نكاح المتعه.

(٣) أى أضعف من الدائم و لذا لا تجب النفقه و لا القسمة و ينتفى ولدها بغير لعان، و لا حصر لها فى عدد و هكذا.

(٤) أى المتعه.

(٥) بحيث تكون عدتها كعده الدوام فى الوفاة.

(٦) أى اقوائيه المتعه بحيث تساوى عدتها عده الدوام فى الوفاة.

(٧) فهى تخالف الاقوائيه و أولويه التنصيف.

(٨) بصحيحه زراره.

(٩) لأن المشهور على كون عده الأمه فى المتعه شهران و خمسه أيام، و هى تدل على أن عدتها ضعف ذلك.

(١٠) أى المتمتع بها و البحث فى عده وفاه زوجها.

(١١) إذا كانت حره.

(١٢) إذا كانت أمه، و هذا هو الأجل الأول.

(١٣) و هذا هو الأجل الثانى، بلا خلاف فى ذلك كله لإطلاق الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال فى الحامل المتوفى عنها زوجها:

تنقضى عدتها آخر الأجلين) (١)، و موثق سماعه (المتوفى عنها زوجها الحامل أجلها آخر الأجلين، إن كانت حبلية فتتم لها أربعة أشهر و عشرا و لم تضع فإن عدتها إلى أن تضع، و إن كانت تضع حملها قبل أن يتم لها أربعة أشهر و عشرا تعتد بعد ما تضع تمام أربعة أشهر و عشر، و ذلك أبعد الأجلين) ٢ و مثلها غيرها. و هى مطلقه تشمل المتوفى عنها زوجها و هى حامل سواء كان عقدها متعه أو دائما.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

كانت الأشهر أبعد فظاهر (١)، للتحديد بها (٢) فى الآيه (٣)، و الروايه (٤). و أما إذا كان الوضع أبعد فلا ممتناع الخروج من العده مع بقاء الحمل (٥).

الفصل الخامس - فى نكاح الإمام

إشاره

(الفصل الخامس - فى نكاح الإمام) (٦)

فى أنه لا يجوز للعبد، أن يعقد لنفسه إلا بإذن المولى

بكسر الهمزه مع المدّ، جمع أمه بفتحها (لا يجوز للعبد، و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المولى (٧). (١) فى أن العده لا تنقضى إلا بمضى الأشهر.

(٢) أى لتحديد عده الوفاه بالأشهر.

(٣) و هى قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا (١).

(٤) و هى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم، و كذا صحيح زراره.

(٥) لأن الحمل أثر ماء الميت، و لا يقصد بالعهه إلا مراعاته فلا تنقضى مع وجوده، و لقوله تعالى: وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢).

(٦) و كذا العبيد.

(٧) قد تقدم عند الكلام فى صيغه النكاح الخلاف فى أن عقد النكاح إذا وقع فضولا هل يقع باطلا أو موقوفا على الاجازة، و من قال بطلانه ثمه قال بطلانه هنا، و من قال بوقوعه موقوفا اختلف فيه هنا.

فالأكثر على أن عقد نكاح العبد أو الأمه يقع موقوفا على إجازة السيد، فإن أجاز «صح و إلا بطل و يدل عليه صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازة، و إن شاء فزق بينهما، قلت: أصلحك الله أن الحكم بن عيينه و إبراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، و لا تحل إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجازة فهو له جائز) (٣)، و خبره الآخر عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن رجل تزوج عبده امرأه بغير إذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاه، قال: ذاك لمولاه إن شاء فزق -

ص: ٣٩٣

٢- (٢) سورة الطلاق، الآية: ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

-بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون قد اعتدى فأصدقها صداقا كثيرا، و إن أجاز نكاحه فهما على النكاح الأول، فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإن أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما أتى شيئا حلالا- و ليس بعاص لله، إنما عصى سيده و لم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّه و أشباهه(١).

هذا و لو أجاز السيد انكشف صحه العقد من حين وقوعه، و إلا انكشف بطلانه. و عن الشيخ في النهايه و تبعه ابن البراج في المهذب أن إجازة المالك كالعقد المستأنف حيث قال الشيخ في النهايه على ما حكى عنه (إن من عقد على أمه الغير بغير إذنه فنكاحه باطل، فإن رضى المولى كان رضاه كالعقد المستأنف) و لو أريد من البطلان التزلزل كما عن النكت للمحقق و المختلف للعلامة أو أريد من البطلان بطلانه عند عدم رضا المولى لكان موافقا للمشهور و إلا كان واضح الفساد بعد عدم بطلان عقد الفضولى من رأس، هذا من جهه و من جهه ثانيه جعل الرضا كالعقد المستأنف ظاهر في كون الاجازة ناقله لا كاشفه، و قد تقدم البحث في البيع أنها كاشفه.

و عن ابن إدريس القول ببطلان الفضولى هنا في العبد و الأمه لو وقع بغير إذن السيد إما لبطلان عقد الفضولى في النكاح و غيره، و إما لبطلان عقد الفضولى في النكاح فقط، و إما لبطلان عقد الفضولى في نكاح العبد و الأمه فقط و إن جوزنا العقد الفضولى في غيرهما، و قد تقدم دليله في المسأله السادسه من مسائل كتاب النكاح.

و عن ابن حمزه الفرق بين نكاح العبد و الأمه بغير إذن المولى، فيقف الأول على الإذن دون الثاني فإنه باطل و لو أذن المولى، أما دليله على الصحه في عقد العبد فلصحيح زراره المتقدم الدال على توقف تزويج المملوك على إجازة سيده، و هو ظاهر في الذكر، و أما دليله على البطلان في عقد الأمه للنهي عن ذلك في الأخبار.

منها: خبر أبي العباس البقباق (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يتزوج الرجل بالأمه بغير علم أهلها؟ قال: هو زنا، إن الله يقول: فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ) ١٠، و خبر الفضل بن عبد الملك (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمه تزوّج بغير إذن موالها، فقال: يحرم ذلك عليها و هو زنا)(٢)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن نكاح الأمه فقال عليه السلام: لا يصلح نكاح الأمه إلا بإذن مولاها) ٤ فالتنصيص على أنه زنا مع النهي -

ص: ٣٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١ و ٣ و ٤.

لأنهما ملك له) فلا يتصرفان (١) في ملكه بغير إذنه لقبحه (٢)، (أو اجازته) (٣) لعقدهما لو وقع بغير إذنه على أشهر القولين، لحسنه (٤) زراره عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده قال: «ذاك إلى السيد إن شاء أجاز، وإن شاء فرّق بينهما».

و على هذا (٥) فتكون الإجازة كاشفه عن صحته (٦) من حين ايقاعه، كغيره من العقود الفضولية.

و قيل: بل يكون العقد كالمستأنف.

و قيل يقع باطلا- إما بناء على بطلان العقد الفضولي مطلقا (٧)، أو بطلان نكاح الفضولي مطلقا (٨)، أو بطلان هذا (٩) بخصوصه، نظرا (١٠) إلى أنه منهي عنه، لقبح التصرف في ملك الغير فيكون فاسدا، و لما روى (١١) عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «أيما مملوك تزوج بغير إذن مولاه فنكاحه باطل». و كليه الكبرى (١٢) و السند ممنوعان (١٣).

-عنه الدال على الفساد مما يفيد بطلان العقد من رأس و لا تنفعه الإجازة فيما بعد.

و فيه: إن لفظ المملوك شامل للذكر و الأثني فصحيح زراره الدال على صحة العقد الموقوف على الاجازة دال على الحكمين، و أما هذه الأخبار الواردة في الأمة فهي ظاهره أو محموله جمعا على ما لو صدر العقد و لم يتعقبه الإذن.

(١) أي العبد و الأمة.

(٢) أي لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه.

(٣) الإذن هو الإجازة السابقة على العقد، و الاجازة هي الإذن اللاحق و عليه فلا يقع العقد باطلا إلا إذا نهى أو ردّ.

(٤) بل هي صحيحه لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم الذي عرفته حاله.

(٥) من وقوع العقد الفضولي من العبد و الأمة موقوفا على الاجازة.

(٦) أي صحه العقد من حين وقوعه.

(٧) في البيع و النكاح و غيرهما.

(٨) في العبد و الحر.

(٩) أي في العبد فقط.

(١٠) تعليل لبطلان خصوص العقد الفضولي في العبد.

(١١) و هو من مرويات العامه، و سنده مجهول على ما قيل.

(١٢) وهى أن كل نهى يقتضى الفساد.

(١٣) أما السند فقد عرفت ما فيه، و أما الكبرى كل نهى يقتضى الفساد إلا فى العبادات.

ص: ٣٩٥

وقيل: تختص الإجازة بعقد العبد، دون الأمه عملاً بظاهر النص السابق (١)، ورجوعاً في غيره (٢) إلى النهى المفيد للبطلان، وكلاهما ممنوعان، فإن المملوك يصلح لهما (٣)، والنهى لا يقتضيه (٤) هنا.

وحيث يأذن المولى، أو يجيز عقد العبد فالمهر و نفقه الزوجه عليه (٥)، سواء في ذلك كسب العبد، وغيره (٦) من سائر أمواله (٧)، على أصح القولين، وله مهر أمته (٨).

في أنه إذا كان الأبوان رقاً فالولد رق

(و إذا كانا) أى الأبوان (رقاً فالولد رق) (٩)، (١) وهو صحيح زواره المتقدم الظاهر فى العبد، لأن المتبادر من المملوك ذلك.

(٢) أى غير العبد.

(٣) للعبد و الأمه.

(٤) أى لا يقتضى الفساد فى المعاملات.

(٥) على المولى، وقد تقدم البحث فى ذلك مفصلاً فى المسأله السابعه من مسائل النكاح.

(٦) غير كسب العبد.

(٧) أى أموال المولى.

(٨) إذا أذن أو أجاز، لأن الأمه و منافعها له.

(٩) إذا كان الأبوان رقاً كان الولد كذلك، بلا خلاف فيه و لا إشكال، إذ لا وجه لحرية، و إنما هو تابع لهما، و عليه فإن كان الأبوان لمالك واحد فولدهما له، لأنه نماء المال، و هو تابع لأصله فى الملكيه، و إن كان كل واحد من الأبوين لمالك فالولد بينهما نصفان، لأنه نماء ملكهما، و لا مزيه لأحدهما على الآخر، بخلاف باقى الحيوانات فالولد لمالك الأم، و الفرق بينهما أن النسب مقصود فى الآدميين، و الولد تابع لأبويه فى النسب بخلاف باقى الحيوانات فالنسب غير معتبر، و النمو و التبعية لاحقان بالأم خاصه.

و مما يدل على كون الولد فى مقامنا للمالكين أن العقد يقتضى إلحاق الأولاد بأبويهما المملوكين لاثنين و يشهد له نصوص تزويج العبد بالحره و بالعكس،

و منها: خبر جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل تزوج بأمه فجاءت بولد، قال عليه السّلام: يلحق الولد بأبيه، قلت: فبعد تزوج حره، قال عليه السّلام: يلحق الولد بأمه) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى العبد يكون تحته الحره، قال عليه السّلام: ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بأبيه) ٢ و مثلها غيرها.-

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢ و ٣.

لأنه (١) فرعهما (٢) و تابع لهما و يملكه المولى إن اتحد (٣)، و إن كان كل منهما (٤) لمالك (يملكه المولى إن أذنا لهما) (٥) فى النكاح (أو لم يأذن أحدهما) أى كل (٧) واحد منهما، لأنه (٨) نماء ملكهما فلا مزيه لأحدهما على الآخر، و النسب لاحق بهما (٩)، بخلاف باقى الحيوانات فإن النسب غير معتبر، و النمو و التبعية فيه (١٠) لاحق بالأم خاصة (١١)، و النص (١٢) دال عليه (١٣) أيضا (١٤)، و الفرق به (١٥) أوضح (١٦).

و وجه الاستدلال بها أنها ظاهرة فى حقوق الولد بالحر من الأبوين باعتبار أشرفيته، و منها يعلم لحقوق الولد بالأبوين عند عدم المزيه، إذا لم يكن أحدهما حرا.

هذا كله على المشهور و ذهب أبو الصلاح أن الولد لمولى الأمه كغيره من الحيوانات، و مما تقدم تعرف ضعفه.

ثم هذا كله إذا أذن كل من الموليين بالعقد، أو لم يأذن كل منهما بالعقد، و أما لو أذن أحدهما خاصة فسيأتى البحث فيه.

(١) أى الولد.

(٢) أى فرع أبويه.

(٣) أى المولى المالك لكل من الأبوين.

(٤) من الأبوين.

(٥) مولى العبد الذى هو الزوج و مولى الأمه التى هى الزوجه.

(٦) للأبوين.

(٧) تفسير على خلاف ظاهر عبارته الماتن المتقدمه، و لكن لا بد منه لأنه سيتكلم الماتن على إذن أحدهما خاصة دون الآخر.

(٨) أى الولد.

(٩) بالأبوين المملوكين.

(١٠) فى باقى الحيوانات.

(١١) فولد الحيوان يملكه مالك الأم.

(١٢) و قد عرفت أنه الأخبار الداله على حقوق الولد بأشرف أبويه لأنه حر.

(١٣) على الفرق المتقدم.

(١٤) كما دل الاعتبار المتقدم على الفرق المذكور.

(١٥) بالنص.

(١٦) أى أوضح مما ذكر من أن النسب غير معتبر فى الحيوانات بخلاف المملوك من الإنسان فإنه معتبر فيه.

ص: ٣٩٧

(و لو أذن أحدهما) خاصة (فالولد لمن لم يأذن) (١)، سواء كان (٢) مولى الأب أم مولى الأم، و علّل (٣) مع النص (٤) بأن الآذن قد أقدم على فوات الولد منه، فإنه (٥) قد يتزوج بمن ليس برقّ فينعقد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة.

و يشكل الفرق (٦) فيما لو انحصر إذن الآذن في وطء المملوكه (٧)، فإنه لم يضيع الولد حينئذ.

و يشكل الحكم (٨) فيما لو اشترك أحدهما (٩) بين اثنين (١٠) فأذن مولى (١) قال سيد الرياض: (و لو أذن أحدهما كان للآخر الذى لم يأذن فى ظاهر الأصحاب، بل فى المسالك ظاهرهم الاتفاق عليه و هو الحجه فيه لو تم، دون النص المدعى لعدم الوقوف عليه) انتهى، و قال الشارح فى المسالك: (و ظاهرهم الاتفاق عليه و يظهر من بعضهم أنه منصوص و لم نقف عليه - إلى أن قال - فقد علّوه بأن الإذن لمملوكه فى التزويج مطلقاً مقدماً على فوات الولد منه، لأنه قد يتزوج من ليس برقّ فينعقد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة) انتهى.

و فيه: أما دعوى ظهور الوفاق من الشارح غير مسلمه لعدم تعرض الجميع لهذا الفرع، بل هو عدم ظهور الخلاف، و منه تعرف ضعف كون الوفاق هنا إجماعاً، و أما الإذن و أنه قد أسقط حقه فى الولد بسببه لاحتمال تزوج المأذون حراً ففيه أنه يمكن فرض تزوج المأذون بالمملوكه فقط، و أنه لو تزوج المأذونان فلازم ما تقدم أن لا يكون الولد لهما مع أنه لهما بالاتفاق.

(٢) أى غير الآذن.

(٣) أى علّل الحكم بكون الولد لغير الآذن خاصة.

(٤) قد عرفت عدم وجوده بشهادته الشارح فى المسالك.

(٥) أى العبد المأذون.

(٦) بين الآذن و غيره.

(٧) لا فى مطلق النكاح.

(٨) بكون الولد لغير الآذن.

(٩) أى أحد المملوكين من الزوجين، و كان الآخر لمالك واحد.

(١٠) بين مالكين.

المختص (١)، و أحد المشتركين، دون الآخر (٢)، أو تعدد مولى كل منهما (٣) فإنه (٤) خارج عن موضع النص (٥) و الفتوى فيحتمل كونه (٦) كذلك (٧) فيختص الولد بمن لم يأذن اتحاد أم تعدد، و اشتراكه (٨) بين الجميع على الأصل (٩) حيث لا نصّ.

(و لو شرط أحد الموليين انفراده بالولد، أو بأكثره (١٠) صح) الشرط (١١)، لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، و لأنه شرط لا ينافى النكاح،(و لو كان أحد الزوجين حرًا فالولد حرّ) (١٢).

(١) و هو مالك العبد غير المشترك.

(٢) دون الشريك الآخر، و على مقتضى تعليلهم يجب كون الولد للشريك الآخر غير الآذن، مع أنه فى القواعد استشكل فيه لخروجه عن مورد الفتوى فيرجع إلى الأصل القاضى بكون الجميع مشتركاً فيه، لأنه نماء ملكهم.

(٣) أى من المملوكين، و آذن من اشترك فى ملكيه أحد الزوجين دون من اشترك فى ملكيه الآخر، و على مقتضى تعليلهم يجب كون الولد لمن لم يأذن و هو المتعدد فى ملكيه الآخر، مع أنه يصح الإشكال فيه لكونه خارجاً عن مورد الفتوى الذى ادعى الاتفاق عليه، فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل القاضى بكون الولد للجميع، لأنه نماء ملكهم.

(٤) أى الولد فى هاتين الصورتين الأخيرتين.

(٥) و هو النص المدعى الذى اعترف الشارح بعدم الوقوف عليه.

(٦) أى الولد فى هاتين الصورتين.

(٧) أى بكونه لمن لم يأذن.

(٨) أى و يحتمل اشتراكه.

(٩) و الأصل هو كون الولد نماء لملكهم فيكون لهم بتمامهم.

(١٠) أى بأكثر الولد بحيث اشترط زياده عن نصيبه.

(١١) بلا خلاف فيه لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(١٢) لو كان أحد الزوجين حراً لحق الولد به سواء كان الحر هو الأب أم الأم، على المشهور، لأصالة الحرية و غلبتها عند اجتماعهما مع الرقيه، و للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى العبد يكون تحته الحره،-

للأخبار الكثيره الداله عليه، سواء فى ذلك (١) الأب و الأم، و لأنه (٢) نماء الحرّ فى الجملة و حق الحرّيه مقدّم، لأنها أقوى، و لهذا بنى العتق على التغليب و السرايه (٣).

و قول ابن الجنيد: بأنه لسيد المملوك منهما (٤) إلا مع اشتراط حرّيته تغليبا قال عليه السّلام: ولده أحرار فإن أعتق المملوك لحق بأبيه(١)، و صحيح جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل تزوج بأمه فجاءت بولد، قال: يلحق الولد بأبيه، قلت: فعبد تزوج حره، قال: يلحق الولد بأمه)٢ و صحيح ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل الحر يتزوج بأمه قوم، الولد ممالكك أو أحرار؟ قال عليه السّلام: إذا كان أحد أبويه حرا فالولد، أحرار(٢) و مثلها غيرها.

و خالف ابن الجنيد فجعل الولد رقا تبعا للمملوك من أبويه إلا مع اشتراط حرّيته، لأنه نماء مملوكه فيتبعه فى الملكيه، و لأن حق الآدمى يغلب إذا اجتمع مع حق الله تعالى، و للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (لو أن رجلا- دبّر جاريه ثم زوجها من رجل فوطأها كانت جاريته و ولدها مدبرين، كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم ممالكك)٤ و خبر الحسن بن زياد (قلت له: أمه كان مولاهما يقع عليها ثم بدا له فزوجها، ما منزله ولدها؟ قال: بمنزلتها إلا أن يشترط زوجها)٥، و ردّ بضعف الخبرين مع قطع الثانى منهما و مع ذلك لا يصلحان لمعارضه ما تقدم لكثرة، و هما محمولان على التقيه كما عن بعضهم على ما فى الجواهر، لأنهما موافقان لما عليه العامه الذين أمرنا بمخالفتهم فقد جعل الله الرشد فى خلافهم.

و أما تغليب حق الآدمى فففيه المنع هنا لأن جانب الحرّيه أقوى، و من ثمّ غلب جانب الحرّيه و يسرى العتق فى الكثير من موارد اجتماعهما، و لأن الأصل فى الإنسان الحرّيه خرج منه ما أخرجه الدليل فىبقى الباقي و هذا منه، و منه تعرف ضعف دليله الأول.

(١) فى حرّيه أحد الزوجين.

(٢) أى الولد.

(٣) و ذلك عند عتق بعض العبد فيسرى العتق إلى الجميع و ينعتق قهرا.

(٤) من الزوجين.

ص: ٤٠٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٣ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٥ و ١٠ و ١٢.

لحق الآدمي على حق الله تعالى ضعيف (١).

فى أنه لو شرط مولى الرقّ رقيته جاز

و لو شرط (٢) مولى الرقّ (منهما (٣) رقيته جاز) و صار رقّا (على قول مشهور) بين الأصحاب (ضعيف المأخذ)، لأنه (٤) روايه مقطوعه دلت على أن ولد الحرّ من مملوكه مملوك، و حملوها (٥) على ما إذا شرط المولى الرقيه، و مثل هذه الروايه لا تصلح مؤسسه لهذا الحكم (٦) المخالف للأصل (٧)، فإنّ الولد (٨) إذا كان (١) خبر لقوله: (و قول ابن الجنيّد).

(٢) لو اشترطت الحرّيه من الحر من الزوجين فلا إشكال فى تحقيقها، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لو اشترطت الرقيه من مولى الرق من الزوجين فالمشهور بين الأصحاب صحه الشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) ٢، و لخبر أبى بصير المتقدم، و هو غير ظاهر فى ذلك، إلا أن الشيخ قد حمّله على ما لو اشترطت الرقيه، و هو مندرج تحت قاعده الجمع مهما أمكن أولى من الطرح، و الخبر و إن كان مخصوصا بالأمه إلا أنه لا قائل بالفرق.

و أشكل الشارح و جماعه بأن خبر أبى بصير قد رواه الشيخ فى الاستبصار عن أبى عبد الله عليه السلام، و فى التهذيب قد جعله مقطوعا، و سنده مشتمل على أبى سعيد المكارى و هو مجهول، فضلا عن كون أبى بصير مشتركا بين الثقه و الضعيف، و حمل الشيخ لها على هذا الشرط على خلاف ظاهرها حمل تبرعى لا شاهد له، و كان السبب من الشيخ فى الحمل عدم تنافىها للأخبار المتقدمه الداله على كون الولد تابعا للحر من أبويه، و هذه الأخبار عامه أو مطلقه تشمل محل النزاع فلا بد من الحكم بكون الولد حرا لهذه الأخبار و هو الأصل، بعد عدم صلاحيه خبر أبى بصير لتأسيس حكم مخالف لهذا الأصل.

و دعوى الشرط مردوده لأن الشرط يصح و يلزم العمل به إذا كان مشروعاً، و لذا لا يصح اشتراط رقيه الولد من الحرّين، و منه يتبين أن الولد ليس ملكا للحر من أبويه حتى يصلح اشتراط رقيته، و إنما الحق فيه لله تعالى.

(٣) من الزوجين.

(٤) أى المأخذ.

(٥) و الحامل لها هو الشيخ.

(٦) من رقيه الولد بعد كون أحد أبويه حرا.

(٧) و هو أن الولد يتبع أشرف أبويه فى الحرّيه و الإسلام، أو أن الأصل فى الإنسان الحرّيه خرج منه ما خرج بالدليل فيبقى الباقي و هذا منه.

(٨) إذا كان أحد أبويه حرا كما هو مفروض المسأله.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

مع الإطلاق (١) ينعقد حرًا فلا تأثير في رقيته للشرط (٢)، لأنه (٣) ليس ملكًا لأبيه (٤) حتى يؤثر (٥) شرطه، كما لا يصح اشتراط رقيه من ولد حرًا (٦)، سيما مع ورود الأخبار الكثيره (٧) بحريه من أحد أبويه حرًا، و في بعضها لا يملك ولد حر (٨).

ثم على تقدير اشتراط رقيته في العقد، أو التحليل (٩) وقلنا بعدم صحه الشرط، هل يحكم بفساد العقد، لعدم وقوع التراضى (١٠) بدون الشرط الفاسد كما في غيره (١١) من العقود المشتمله على شرط فاسد (١٢) أم يصح (١٣) و يبطل الشرط خاصه.

يحتمل الأول (١٤)، لأنّ العقد يتبع القصد و لم يحصل (١٥) إلا بالشرط و الشرط لم يحصل.

(١) أى بدون الشرط فى متن العقد.

(٢) فإنه غير مشروع حينئذ.

(٣) أى الولد.

(٤) الحر.

(٥) أى حتى يؤثر فى الولد شرط أبيه.

(٦) و هو من كان من أبوين حرين.

(٧) و قد تقدم بعضها.

(٨) و هو خبر جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج بالأمة، أو عبد يتزوج حره، فقال لى: ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً، إنه يلحق بالحر منهما، أيهما كان أبا كان أو أما) (١) من دون استفصال عن وقوع اشتراط الرقيه مع ورودها فى مقام الجواب، و ترك الاستفصال فى مقام الجواب عن السؤال ينزل منزله العموم فى المقال.

(٩) أى على تقدير اشتراط رقيته فى التحليل.

(١٠) أى التراضى فى العقد.

(١١) أى غير هذا العقد.

(١٢) فيكون الشرط فاسداً مفسداً.

(١٣) أى العقد.

(١٤) و هو إفساد العقد بسبب فساد الشرط.

(١٥) أى القصد.

ص: ٤٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٨.

و الثاني (١) لأنّ عقد النكاح كثيرا ما يصح بدون الشرط الفاسد (٢) و إن لم يصح غيره من العقود (٣)، و في الأول قوه (٤)، و صحته (٥) في بعض الموارد لدليل خارج (٦) لا يقتضى عمومته (٧) في جميع مواردّه، و أولى بعدم الصحه لو كان (٨) تحليلا، لأنّه (٩) متردد بين العقد و الإذن كما سيأتى (١٠). و لا يلزم من ثبوت الحكم (١١) في العقد ثبوته (١٢) في الإذن المجرد (١٣)، بل يبقى (١٤) على الأصل (١٥).

(١) أى و يحتمل الثاني و هو صحه العقد دون الشرط.

(٢) خصوصا إذا اشترط في المهر ما يفسده كمجهوليته أو جعله ما لا يملكه المسلم كالخمر و الخنزير.

(٣) و لذا كان المشهور على أن الشرط الفاسد مفسد.

(٤) ناشئه من كونه على مقتضى الأصل الدال على إفساد العقد عند فساد شرطه، لعدم القصد حينئذ.

(٥) أى صحه عقد النكاح.

(٦) كما دل الدليل على أن المهر ليس من أركان العقد الدائم، ففساد الشرط فيه لا يدل على إفساد العقد.

(٧) أى عموم تصحيح عقد النكاح و إن فسد الشرط، و فى نسخه - كما فى الحجريه - (لا يقتضى عمومها) و المعنى عموم الصحه فى عقد النكاح و هو أولى.

(٨) أى مورد الشرط و هو المشروط.

(٩) أى التحليل.

(١٠) فلو كان إذنا فيضره فساد الشرط قطعا، لأنه إذن متوقف على هذا الشرط بزعم صحته، و إذا انتفى الشرط ينتفى المشروط.

هذا و لو كان عقدا فقد عرفت تقويه عدم الصحه و من هنا كان عدم الصحه فى التحليل أولى من عدمها فى العقد.

(١١) و هو صحه عقد النكاح مع فساد الشرط كما فى الموارد الكثيره.

(١٢) أى الحكم من صحه التحليل مع فساد الشرط.

(١٣) و هو التحليل، و سمي مجردا لأنه خال عن القبول.

(١٤) أى الإذن.

(١٥) من فساد المشروط عند فساد شرطه.

و على هذا (١) لو دخل مع فساد الشرط و حكمنا بفساد العقد كان زانيا (٢) مع علمه بالفساد و انعقد الولد رقًا (٣) كظائره (٤).

نعم لو جهل الفساد كان حرًا (٥)، للشبهه، و إن قلنا بصحته (٦) لزم بالشرط (٧) و لم يسقط (٨) بالإسقاط (٩) بعد العقد، لأن ذلك (١٠) مقتضى الوفاء به (١١)، مع احتمال (١٢)، تغليباً للحريه (١٣)، كما (١٤) لو أسقط حق التحجير، و نحوه (١٥).

(١) من الحكم بفساد العقد عند فساد الشرط.

(٢) لعدم صحه ما يوجب تحليل الوطى،

(٣) لأنه تابع لأمه المملوكه، بعد كون الشارح قد فرض الحريه فى جانب الأب على ما تقدم فراجع.

(٤) كما لو زنى بأمه الغير.

(٥) أى الولد، و هو تابع لأبيه بعد كون الشبهه كالعقد الصحيح فى إلحاق النسب و إسقاط الحد و ثبوت المهر و لو أجره المثل.

(٦) أى بصحه اشتراط الرقيه فيلزم الشرط، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و بما أنه شرط فى عقد لازم فلا يصح إسقاطه فيما بعد لوجوب الوفاء بالعقد القاضى بالالتزام بالشرط مطلقاً.

(٧) أى لزم العقد بالشرط، و الأصح القول لزم الشرط بالعقد فلا يصح إسقاطه.

(٨) أى الشرط.

(٩) من قبل المشروط له و هو مولى الرق من الزوجين.

(١٠) أى عدم سقوط الشرط بالإسقاط.

(١١) بالعقد.

(١٢) أى احتمال السقوط بالاسقاط.

(١٣) و فيه: لا يصح تغليب الحريه هنا بعد وجود العموم اللفظى الدال على وجوب الوفاء بالعقد، و القاضى بلزوم الشرط، نعم غلبت الحريه فى مواردّها إذا تشبث الرق بها، و هنا لم يتشبث حيث ولد رقاً بناء على صحه الشرط.

(١٤) تشبيه لأصل الاسقاط، و ليس تنظيراً لعموم العله.

(١٥) كحق الأولويه فى المسجد.

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(و يستحب إذا زوج عبده من أمة أن يعطيها شيئاً من ماله) (١) ليكون بصوره المهر جبراً لقلبها، و رفعا لمنزله العبد عندها، و لصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمة قال: «يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانه و يعطيها (٢) شيئاً من قبله، أو من قبل مولاه و لو بمد من طعام، أو درهم أو نحو ذلك».

و قيل: بوجوب الاعطاء عملاً بظاهر الأمر، و لثلا يلزم خلو النكاح عن المهر فى العقد و الدخول (٣) معاً.

و يضعف بأن المهر يستحقه المولى إذ هو عوض البضع المملوك له، و لا يعقل استحقاقه شيئاً على نفسه، و إن كان الدفع من العبد كما تضمنته الروايه، لأن ما (١) أى مال المولى، و عن الشيخين و بنى حمزه و السراج و أبى الصلاح أنه يجب لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمة؟ قال: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانه، و يعطيها ما شاء من قبله، أو من مولاه، و لا بمد من طعام أو درهم أو نحو ذلك) (١)، و صحيح الحلبي (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل كيف ينكح عبده أمة؟ قال عليه السلام يقول: قد أنكحتك فلانه و يعطيها ما شاء من قبله، أو من قبل مولاه، و لو مد من طعام أو درهما أو نحو ذلك) (٢).

و الأمر ظاهر فى الوجوب، و لثلا يلزم خلو النكاح عن المهر فى العقد و الدخول معاً، و المشهور على الاستحباب ضروره كون مهر المملوكه لمولاها و لا يعقل وجوب صرف شىء من ملكه إلى وجه آخر من ملكه، و هذا معنى عدم استحقاقه شيئاً على نفسه، و لو كان المدفوع من مال العبد على ما تضمنته الروايه، لأن ما بيد العبد هو ملك لسيدته أيضاً، فضلاً عن كون الخبرين لم يحددا مقدار المدفوع، و هذا شاهد على عدم كون المدفوع مهراً لأنه يشترط تحديده، و لهذا كله حمل الخبران على الاستحباب، و يكون المدفوع بصوره المهر و لما فيه من جبر لقلبها.

(٢) أى العبد.

(٣) بخلاف خلو العقد عن الدخول فإنه جائز، كما إذا عقد على امرأه من دون مهر ثم فارقها قبل الدخول فلا شىء لها.

ص: ٤٠٥

بيده ملك للمولى، أما الاستحباب فلا حرج فيه، لما ذكر (١) وإن لم يخرج (٢) عن ملكه.

و يكفى فيه (٣) كونه (٤) إباحه بعض ماله للأمه تنتفع به بإذنه (٥).

و الفرق بين النفقه اللازمه للمولى، و المهر (٦): أنه (٧) فى مقابله شىء (٨) هو ملك المولى، بخلافها (٩) فإنها مجرد نفع، و دفع ضرر، لا معاوضه.

و اعلم أنه يكفى فى إنكاح عبده لأمه مجرد اللفظ (١٠) الدال على الإذن (١) من كونه بصوره المهر و جبرا لقلبها و رفعا لمنزله العبد عندها.

(٢) أى المهر لم يخرج عن ملك المولى.

(٣) أى فى الاستحباب.

(٤) أى كون المدفوع للأمه من مال المولى.

(٥) بخلاف القول بالوجوب فقد قيل إنه مهر كما عن النهايه و غيرها، و قد عرفت ضعف الوجوب، و لزوم التحديد لو كان مهرا.

(٦) قد عرفت عدم ثبوت المهر على المولى لو زوج عبده لأمه بخلاف نفقه العبد لو تزوج أمته فإنها لازمه على المولى و الفرق بينهما أن المهر فى قبال عوض البضع، و البضع ملك للمولى فلا معنى لاستحقاق المولى على نفسه شيئا فى مقابله ملك آخر له بخلاف النفقه فلم تجب فى مقابله شىء و إنما هى من توابع زواج العبد، و العبد مال للمولى لا يتم بقاؤه إلا بزواجه فلذا تجب عليه النفقه دون المهر.

(٧) أى المهر.

(٨) و هو بضع الأمه.

(٩) خلاف المنفعه.

(١٠) هل إنكاح المولى عبده لأمه عقد أو إباحه، الظاهر من الأصحاب كما فى الجواهر أنه عقد محتاج إلى القبول، لأن الأصل عدم تحليل الفرج إلا بالعقد، أو ملك اليمين، و الثانى منتف فیتعين الأول، و لتسميه هذا نكاحا فى الخبرين المتقدمين، و النكاح هو العقد المتوقع على القبول، و للأمر باعطاء شىء فى الخبرين أيضا هو ينافى الإباحه، و يوافق كونه عقدا له مهر و لو صورى، و إذا احتاج إلى القبول فالقبول من العبد لأنه الزوج كما عن بعض، أو من المولى لأن العبد لا يملك حق القبول إذا زوجه مولاه، لأنه ملك له كما عن بعض آخر، أو منهما بحيث إن وقع من أحدهما يكفى كما فى الجواهر.

و عن ابن إدريس و العلامه فى المختلف أنه إباحه ليس بحاجه إلى القبول كما هو المستفاد من صحيح محمد بن مسلم المتقدم حيث قال عليه السلام: (يجزیه أن يقول قد أنكحتك فلانه -

فيه (١) كما يظهر من الرواية (٢)، ولا يشترط قبول العبد، ولا المولى لفظاً، ولا يقدح تسميته (٣) فيها (٤) نكاحاً - وهو (٥) متوقف على العقد - وإيجابه (٦) إعطاء شيء - أو يعطيها ما شاء (١) وهو ظاهر في الاكتفاء بالإيجاب، وأصرح منه موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمه، فيريد أن يجمع بينهما أ ينكحه نكاحاً أو يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانه و يعطى من قبله شيئاً أو من قبل العبد؟ قال: نعم و لو مدا، و قد رأيتة يعطى الدراهم) ٢، و هو صريح في كون الانكاح إباحه و ليس عقداً.

و تسميته نكاحاً في الأخبار المتقدمه من باب المجاز، لأن النكاح الحقيقي المتوقف على العقد المشتمل على القبول يقتضى الطلاق ممن أخذ بالساق، و النكاح هنا ليس كذلك بل يكفي في رفعه أمر المولى بذلك.

و دعوى كون الأمر بالاعطاء منافياً للإباحه مردوده لأن الاعطاء محمول على الاستحباب و هذا لا ينافى الإباحه.

بل لو احتيج الانكاح إلى القبول هنا لكونه عقداً لكان القبول من العبد أو المولى، و لو كان من الأول ففيه أن العبد ليس له أهليه الملك للبضع و لا يملك حق القبول إذا زوجه مولاه لأنه ملك له يتصرف فيه كيف شاء.

و لو كان القبول من المولى ففيه أنه لا داعى له لتسلط المولى على ملكه الشامل للعبد و الأمة فيجوز له أن ينكح أمته من عبده من دون قبول منه بعد صدور الايجاب و الاباحه.

ثم على الثانى من كون الانكاح المذكور إباحه فهل يشترط الاقتصار على لفظ (أنكحتك) كما هو ظاهر الأخبار المتقدمه و إليه ذهب العلامة فى المختلف، أو يكفي كل ما يدل على الاباحه بعد عدم كونه عقداً حتى يشترط فيه اللفظ الصريح المعهود من قبل الشارع كما عن ابن إدريس و تبعه الشارح عليه هنا.

(١) فى الانكاح، و هو مبنى على كونه إباحه.

(٢) لعدم ذكر القبول فيها.

(٣) تسميه الانكاح.

(٤) فى الروايه.

(٥) أى النكاح.

(٦) عطف على (تسميته) و المعنى لا يقدح ايجاب الانكاح لإعطاء شيء كما فى الروايه.

ص: ٤٠٧

- و هو (١) ينافى الإباحه - لأنّ قوله عليه السّلام (٢): «يجزيه» ظاهر في الاكتفاء بالإيجاب (٣). و الإعطاء (٤) على وجه الاستحباب و لأنّ رفعه (٥) بيد المولى (٦) و النكاح الحقيقي ليس كذلك (٧)، و لأنّ العبد ليس له أهليه الملك (٨) فلا وجه لقبوله، و المولى بيده الإيجاب و الجهتان (٩) ملكه.

فلا- ثمره لتعليقه ملكا بملك (١٠)، نعم يعتبر رضاه (١١) بالفعل (١٢) و هو (١٣) يحصل بالإباحه الحاصله بالإيجاب المدلول عليه بالروايه (١٤).

و قيل: يعتبر القبول من العبد إما لأنه (١٥) عقد، أو لأن الإباحه (١٦) منحصره في العقد، أو التمليك. و كلاهما يتوقف على القبول.

و ربما قيل: يعتبر قبول المولى، لأنه الولي كما يعتبر منه الإيجاب.

في أنه يجوز تزويج الأمه بين الشريكين لأجنبي

(و يجوز تزويج الأمه بين الشريكين لأجنبي باتفاقهما (١٧)، لانحصار (١) أى الاعطاء مناف للإباحه إذ لا مهر فيها، و إنما المهر في العقد فقط.

(٢)رد على كونه عقدا.

(٣)و لو كان عقدا لما صح الاكتفاء به، بل لا بد من القبول أيضا.

(٤)رد على كون الاعطاء منافيا للإباحه.

(٥)رفع النكاح، و هذا رد ثان على كونه نكاحا.

(٦)كما سيأتى بيانه.

(٧)بل لا بدّ من الطلاق ممن أخذ بالساق فيكون النكاح مجازيا.

(٨)و كذا ليس له حق القبول في قبالة تزويجه من قبل مولاه.

(٩)أى البضع و المهر من حيث الايجاب و القبول.

(١٠)لأنه له حق التسلط على ماله يتصرف فيه كيفما شاء.

(١١)رضا المولى.

(١٢)من نكاح العبد للأمه.

(١٣) أى الرضا.

(١٤) حيث اقتصر على الايجاب فقط.

(١٥) أى الانكاح المذكور.

(١٦) إباحه البضع.

(١٧) أى باتفاق الشريكين كما يجوز للمولى المختص تزويج أمتة للأجنبي بلا خلاف فيه.

ص: ٤٠٨

الحق (١) فيهما (٢)، و اتحاد سبب الحلّ (٣) و لو عقد أحدهما (٤) و حللها الآخر لم يصح، لتبعض البضع (٥) مع احتمال الجواز لو جعلنا التحليل عقداً (٦).

ثم إن اتحد العقد منهما (٧) فلا إشكال في الصحة (٨)، و إن أوقع كل منهما عقداً على المجموع صح أيضاً (٩)، و إن أوقعه (١٠) على ملكه لم يصح (١١)، و لا- يجوز تزويجها لأحدهما (١٢)، لاستلزامه (١٣) تبعض البضع من حيث استباحته (١٤) (١) الحق في الأمه.

(٢) في الشريكين.

(٣) أي حل الأمه للأجنبي و هو العقد هنا، و هذا احتراز عما لو كان الحل من أحدهما بالعقد و من الآخر بالتحليل فإنه لا يصح لاستلزامه تبعض سبب إباحه البضع، بمعنى حصوله بأمرين، مع أن الله تعالى قد حصر سبب الإباحه في أحد أمرين: العقد أو الملك في قوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١)، و التفصيل قاطع للشركه فلا يكون الملقق منهما سبباً.

(٤) أحد الشريكين و قد عقد للأجنبي.

(٥) أي تبعض سبب إباحه البضع، حيث كان بعضه بالعقد و البعض الآخر بالتحليل.

(٦) فيتحد سبب إباحه البضع.

(٧) من الشريكين بحيث صدر عقد واحد منهما فيما لو و كلاً ثالثاً لعقد زواج أمتها على الأجنبي.

(٨) كما لو وقع عقد زواج الأمه على الأجنبي من مولاها المختص.

(٩) لعموم أو إطلاق الأدله الداله على جواز تزويج المولى لأمته من الأجنبي.

(١٠) كل منهما.

(١١) لأن العقد لا يفيد إباحه بعض البضع، بل يفيد إباحه الجميع.

(١٢) لأحد الشريكين لعدم التبعض في سبب إباحه البضع، و الزوج هنا قد استباح بعض البضع بالملك و البعض الآخر بالملك، و هذا مناف لحصر الإباحه في أحد الأمرين كما في الآيه على ما تقدم بيانه.

(١٣) أي استلزام تزويج الشريك.

(١٤) أي استباحه البضع من قبل الشريك الزوج.

بالملك و العقد، و البضع لا يتبعض (١)، و لأنّ الحلّ (٢) منحصر في الأزواج و ملك الأيمان (٣)، و المستباح (٤) بهما (٥) خارج عن القسمه، لأنّ التفصيل (٦) يقطع الاشتراك (٧).

و دوران الحكم (٨) بين منع الخلو، و منع الجمع يوجب الشك في الإباحه (٩) فيرجع إلى أصل المنع (١٠).

(و لو حلّ أحدهما (١١) لصاحبه) حصته (فالوجه الجواز) (١٢) لأنّ (١) بل يستباح إما بالعقد و إما بالملك، فلا يستباح بهما معا. (٢) أى إباحه البضع.

(٣) كما في قوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١).

(٤) و هو البضع.

(٥) بالسبيين معا.

(٦) في الآيه.

(٧) فلا يصح الملقق منهما.

(٨) أى الحكم في الآيه حيث كما يحتمل أن تكون لمنع الخلو بحيث لا- تخلو الحليه من أحد السبيين، يحتمل أن تكون لمنع الجمع بحيث تنحصر الحليه بأحد السبيين و لا يصح الملقق منهما، و الاستدلال من الشارح سابقا مبنى على منع الجمع، مع أنه يحتمل منع الخلو و معه لا يمتنع الجمع بين السبيين.

(٩) أى إباحه البضع بالسبب الملقق.

(١٠) و هو تحريم الفروج بغير سبب محلل قال في المسالك: (و المعلوم من الآيه منع الخلو و الجمع معا، لأن المنفصله و إن احتملت الأمرين إلا أن هذا المعنى - أى منع الجمع - متيقن، و منع الخلو خاصه غير متيقن، و الأصل تحريم الفروج بغير سبب محلل، و إذا احتمل الأمران و جب الاقتصار على المتحقق منهما) انتهى.

(١١) أحد الشريكين.

(١٢) كما عن ابن إدريس و جماعه منهم سيد الرياض و كاشف اللثام و الشهيد الماتن هنا في اللمعه لصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام كما في الكافي و التهذيب، و قد رواه في الفقيه عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في جاريه بين رجلين دبراها-

الإباحه (١) بمنزله الملك، لأنها (٢) تملك المنفعة فيكون حل جميعها (٣) بالملك، و لروايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في جاريه بين رجلين دبراها جميعا ثم أحلّ أحدهما فرجها لصاحبه. قال: «هى له حلال».

و قيل (٤): بالمنع أيضا بناء على تبعض السبب، حيث إنّ بعضها (٥) مستباح -جميعا ثم أحلّ إحداها فرجها لشريكه، قال عليه السلام: هو له حلال(١) و عن المشهور أنه لا يجوز لتبعض سبب إباحه البضع و قد عرفت امتناعه.

هذا و قد رميت الروايه بالضعف كما فى النافع و المسالك و غيرهما، و قال فى الجواهر:

(و لعلمهم لحظوا روايه الشيخ له فى أول كتاب النكاح عن محمد بن مسلم بطريق فيه على بن الحسن بن الفضال، و هو - مع أنه ليس ضعيفا لكونه من الموثق الذى قد ثبتت حجيته فى الأصول - قد عرفت روايته صحيحا) انتهى.

هذا من جهه و من جهه أخرى قد استدل ابن إدريس على الجواز بأن التحليل شعبه من الملك، لأنه تملك منفعه، فقد ملك الشريك فى مفروض المسأله بعض البضع بملك العين بالنسبه لحصته، و البعض الآخر بملك المنفعه بسبب التحليل بالنسبه لحصه شريكه، فيكون حل الجميع بالملك و ليس بالسبب الملق حتى يكون منها.

و قد ردّ بقاء التبعض لأن ملك الرقبه مغاير لملك المنفعه، لأن التحليل إما إباحه أو عقد و كلاهما مغاير لملك الرقبه.

و ضعف الرد بأن التبعض الممنوع هو الملق من القسمين المذكورين فى الآيه من العقد و الملك، و ليس مطلق التبعض ممنوعا، فالغرض رجوع سبب الحل إلى ما ذكر فى الآيه من القسمين، على أن يكون كل واحد منهما سببا تاما، و لما جعل التحليل راجعا إلى ملك اليمين فلم يخرج سبب الحل هنا عن أحد القسمين المذكورين فى الآيه.

و من هنا تعرف اقوائيه الجواز، و لا بديه العمل بالخبر، و أعراض المشهور عنه لا يضّر، لأن أعراضهم لتوهم اشتماله على تبعض سبب إباحه البضع و قد عرفت عدمه.

(١) و هى التحليل المفروض فى المسأله.

(٢) أى الإباحه.

(٣) أى جميع منفعه البضع.

(٤) و هو المشهور.

(٥) بعض منفعه البضع.

ص: ٤١١

بالمملك، و البعض بالتحليل، و هو (١) مغاير لمملك الرقبه فى الجملة (٢)، أو لأنه (٣) عقد، أو إباحه. و الكل (٤) مغاير لمملكه (٥)، كمغايره الإباحه بالعقد لها (٦) بالمملك، مع اشتراكهما (٧) فى أصل الإباحه، و الروايه ضعيفه السند (٨).

و أما تعليل الجواز (٩) بأنها (١٠) قبل التحليل محرمه (١١)، و إنما حلت به (١٢)، فالسبب واحد ففيه أنه (١٣)، حينئذ (١٤) يكون تمام السبب، لا السبب التام فى الإباحه، ضروره أن التحليل مختص بحصه الشريك، لا بالجميع، و تحقق (١) أى التحليل.

(٢) فملك الرقبه ملك لها و لمنافعها الشامله للبضع و غيره بخلاف ملك منفعه البضع فقط.

(٣) أى التحليل.

(٤) من العقد أو الاباحه.

(٥) أى ملك الشريك للرقبه.

(٦) للإباحه بالمملك فاستباحه الفرج بالعقد مغايره لاستباحه الفرج بالمملك مع أنهما مشتركان فى أصل الاباحه.

(٧) أى العقد و الملك.

(٨) و فيه ما تقدم عن صاحب الجواهر.

(٩) قال الشارح فى المسالك: (و أما ما قيل فى وجه الاباحه بذلك، و الخروج عن التبعض من أن الأمه قبل التحليل من الشريك محرمه بأجمعها، و بالتحليل حلت، فليس السبب المحلل إلا التحليل، و هو واحد.

ففيه أن تحريمها قبل التحليل إنما كان لعدم تمام السبب، حيث إن بعضها مملوك له و بعضها لغيره، و تحليل الشريك أوجب تمام السبب، لا أنه سبب تام فى الحل، فإن الشريك لم يحلل إلا نصيبه، و لهذا لو كانت لشريكين فأحلهما أحدهما - بمعنى أحلهما للأجنبى - لم تحل، فظهر أن حلها حيث كان من أحد الشريكين لصاحبه، إنما هو لتمام السبب به، لا لأنه سبب تام، و فرق بين الأمرين و المدعى لا يتم إلا بالأمر الثانى دون الأول) انتهى.

(١٠) أى الجاربه.

(١١) على كل من الشريكين.

(١٢) بالتحليل.

(١٣) أن التحليل.

(١٤) أى حين كونه من أحد الشريكين لصاحبه.

المسبب (١) عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير (٢) منه (٣) سببا تاما.

فى أنه لو أعتقت المملوكه فلها الفسخ على الفور بخلاف العبد

و لو أعتقت المملوكه) التى قد زوجها مولاهها قبل العتق (فلها الفسخ) (٤)، لخبر بريره وغيره، و لما فيه (٥) من حدوث الكمال و زوال الإيجاب.

(١) و هو الاباحه.

(٢) و هو التحليل.

(٣) من السبب.

(٤) إذا تجدد عتق الأمه بعد تزويجها بعبد كان لها الخيار بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أمه كانت تحت عبد فاعتقت الأمه، قال عليه السلام: أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، و إن شاءت نزع نفسها منه) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن الرجل ينكح عبده أمته ثم يعتقها، تخير فيه أم لا؟ قال: نعم تخير فيه إذا اعتقت) ٢، و خبر سماعه (قال: ذكر أن بريره مولاه عائشه كان لها زوج عبد فلما اعتقت قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: اختارى إن شئت أقت مع زوجك و إن شئت لا) ٣، و مرسل الكافي و التهذيب (أن بريره كانت عند زوج لها و هى مملوكه فاشتريتها عائشه و أعتقتها، فخبرها رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم و قال: إن شاءت أن تقرّ عند زوجها، و إن شاءت فارقته، و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولائها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: الولاء لمن أعتق، و تصدق على بريره بلحم فأهدته إلى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم فعلقته عائشه و قالت: إن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم لا يأكل لحم الصدقه، فجاء رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم و اللحم معلق، فقال: ما شأن هذا اللحم لم يطبخ؟ فقالت: يا رسول الله، صدق على بريره و أنت لا تأكل الصدقه، فقال: هو لها صدقه و لنا هديه، ثم أمر بطبخه فجاء فيها ثلاث من السنن) (٢)، و مرسل أبان عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: فى بريره ثلاث من السنن: فى التخيير و فى الصدقه و فى الولاء) ٥.

و هذا الحكم من التخيير لها بالفسخ عند حرّيتها موافق للحكمه لحدوث الكمال لها و بقاء نقص زوجها بالعبوديه المقتضى لتضررها من حيث إن سيده يمنع عنها بحقوقه و لا ترث منه إلى غير ذلك من موجبات الضرر.

(٥) فى عتقها.

ص: ٤١٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٢ و ١ و ٦.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء ملحق حديث ٢ و ٥.

و لا فرق بين حدوث العتق قبل الدخول و بعده (١).

و الفسخ (على الفور) (٢) اقتصارا فى فسخ العقد اللازم على موضع اليقين، و الضروره تندفع به (٣)، و تعذر مع جهلها بالعتق (٤)، و فوريه الخيار، (١) لإطلاق الأخبار المتقدمه، ثم إن كان ثبوت الخيار لها بعد العتق و قبل الدخول سقط المهر إذ الفسخ جاء من قبلها، و إن كان ثبوت الخيار بعد العتق و بعد الدخول فالمهر بحاله لاستقراره بالدخول.

(٢) بلا خلاف فيه من باب الاقتصار فى فسخ العقد اللازم على موضع اليقين و الضروره، و لظاهر النبوى لبريره (ملكك بضعتك فاخترى) (١)، و الفاء للتعقيب من غير مهله، مع احتمال كون الخيار للتراخى لثبوت الخيار فى الجملة و يستصحب إلى أن يثبت المزيل، و الفاء تقتضى ثبوت الخيار من حين العتق بلا فصل و نحن نقول به، و لكن لا ينافى فى امتداده، و يؤيده ما روى (من دوران معتب خلف بريره فى سكك المدينة باكيا يترضاها لتختاره حتى جعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم شفيعا فى ذلك، فقال لها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى ذلك و قالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أ تأمرنى؟ فقال لها: لا- بل إنما أنا شافع، فقالت: لا حاجه لى فيه) (٢)، و لو كان الخيار لها على الفور لبطل بالتأخير و استغنى معتب عن الشفاعه.

و فى الأخير نظر لأن الحديث ظاهر فى كون الشفاعه إنما هى بعد الفسخ و لذا فى خبر آخر لم يأمرها بترك الفسخ بل أمرها بالرجوع ففى غوالى اللثالى (روى ابن عباس أن زوج بريره كان عبدا أسود يقال له: مغيث، كأنى انظر إليه يطوف خلفها يبكى و دموعه تجرى على لحيته، فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم للعباس: يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريره، و من بغض بريره مغيثا، فقال لها النبى صلى الله عليه و آله و سلم: لو راجعته، فإنه أبو ولدك، فقالت: يا رسول الله: أ تأمرنى؟ قال: لا إنما أنا شفيع، فقالت: لا حاجه لى فيه) (٣).

(٣) بالفور.

(٤) لو أخرجت الفسخ جهلا بالعتق أو جهلا بثبوت الخيار لها، أو جهلا بفوريه الخيار الثابت لها فلا يسقط الخيار، لأن الجهل عذر شرعى، و للاستصحاب و قد نسب الحكم فى ذلك إلى الأصحاب.

نعم لو جهلت فوريه الخيار فقد ناقش البعض كما فى الجواهر، و قال الشارح فى -

ص: ٤١٤

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٢١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٢٢.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٣.

و أصله (١) على الأقوى، (و إن كانت) الأمه (تحت حرّ) (٢)، لعموم صحيحه الكنانى عن الصادق عليه السّلام: «أيما امرأه أعتقت فأمرها بيدها إن شاءت أقامت و إن شاءت فارقت» و غيرها.

و قيل: يختصص الخيار بزوجه العبد، لما روى من أن بريره كانت تحت عبد و هو مغيث، و لا دلالة فيه (٣) على التخصيص (٤) لو تمّ (٥) (بخلاف العبد (٦) فإنه لا) -المسالك: (و ربما فُرق بين الجهل بأصل الخيار و الجهل بفوريته و حكم بعذرها فى الأول دون الثانى، من حيث اندفاع الضرر مع العلم بالخيار، و لا شعاره بالرضا حيث أخرت حينئذ، و جوابه أن التأخير جاز أن يكون لفائده التروى و نحوه، فحيث لا تعلم باشتراط الفوريه لم يكن التأخير دليلا على الرضا، و غايته كونه أعم فلا يدل على الخاص) انتهى.

(١) أى أصل الخيار.

(٢) ذهب الأكثر إلى أن لها الخيار أيضا لو أعتقت لإطلاق صحيح أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أيما امرأه أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت معه، و إن شاءت فارقت) (١)، و تنصيص خبر زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيّر، إن كانت تحت عبد أو حر) (٢)، و مثلها خبر محمد بن آدم عن الرضا عليه السّلام (إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيّر إن كانت تحت عبد أو حر) (٣).

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و المحقق فى الشرائع عدم الخيار، لأصالة لزوم العقد فحدوث الخيار بحاجة إلى دليل، و لأن الأصل فى الحكم بريره عتيقه عائشه و قد كان زوجها عبدا، و فيه: إن الأخبار المتقدمه مطلقه أو صريحه فى ثبوت الخيار لها و لو كانت تحت حر، و ضعف سندها منجبر بعمل الأصحاب.

(٣) فى هذا المروى أن بريره كانت تحت عبد.

(٤) لأن إثبات حكم فى مورد لا يعنى نفيه عما عداه.

(٥) لو تم أن الخبر صحيح، لأنه من مرويات العامه، أو لو تم أن زوجها عبد إذ قد ورد فى مرويات العامه أنه حر فيسقط الاستدلال حينئذ، و لذا قال فى المسالك: (و أما زوج بريره فقد اختلفت الروايات فيه، ففى بعضها أنه كان عبدا، و فى آخر أنه كان حرا) انتهى.

(٦) بحيث لو اعتق العبد بعد زواجه لم يكن له خيار، و إن كان قد زوجه مولاه كرها، سواء كان تحت أمه أم حره، لأصالة اللزوم فى العقد بعد كون الدليل الدال على ثبوت الخيار-

ص: ٤١٥

(خيار له بالعتق)، للأصل (١)، ولانجبار كماله (٢) بكون الطلاق بيده، وكذا لا خيار لسيدة (٣)، ولا لزوجه حره كانت أم أمه للأصل (٤).

فى انه يجوز جعل عتق أمته صداقها

(و يجوز جعل عتق أمته صداقها) (٥) فيقول: تزوجتك و أعتقتك (٦) و جعلت -مختصا بالأمه، و عن الاسكافي ثبوت الخيار له مطلقا قياسا على الأمه و هو ضعيف لحرمة القياس، و عن ابن حمزه ثبوت الخيار له إذا كان مولاه قد زوجه كرها، و هو خيره العلامه فى المختلف، و هو ضعيف أيضا لعدم الدليل عليه.

(١) و هو اصاله اللزوم فى العقود.

(٢) كمال العبد و ذلك بحريته.

(٣) أى كما لا خيار له فلا خيار لسيدة لانتفاء المقتضى فى حقه بعد خروج العبد عن ملكه و قد أصبح حرا.

(٤) و هى أصاله اللزوم، و لأن زوجته قد رضيت به عبدا فأحق و أولى أن ترضى به حرا كما فى خبر على بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل زوّج أم ولد له من عبد فاعتق العبد بعد ما دخل بها، هل يكون لها الخيار؟ قال: لا قد تزوجته عبدا و رضيت به فهو حين صار حرا أحق أن ترضى به) (١).

(٥) من الأصول المسلمه و القواعد المعلومه المقرره عدم تزويج الإنسان بأمته بمهر مطلقا، لأن بضعها ملك له فكيف يدفع فى قبالة مهرا، و قد استثنى منه صورته واحده و هى: أن يجعل مهرها عتقها بلا خلاف فيه، و الأصل فيه ما روى (أن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم اصطفى صفيه بنت حنّى بن أخطب من ولد هارون عليه السّلام فى فتح خيبر، ثم أعتقها و تزوجها، و جعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضه) (٢).

و زعم مخالفونا أن ذلك من خواصه صلّى الله عليه و آله و سلّم، و يردهم أخبارنا الكثيره الداله على تعدى الجواز إلى غيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن الرجل يعتق الأمه و يقول:

مهرك عتقك، فقال: حسن) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (أيما رجل شاء أن يعتق جاريه و يتزوجها و يجعل عتقها صداقها فعل) (٤).

(٦) اختلف الأصحاب فى اشتراط تقديم التزويج على العتق أو العكس، أو جواز كل منهما-

ص: ٤١٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإمامه حديث ٢.

٢- (٢) البحار ج ٢٢ ص ٢٠٤.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٣ و ٥.

مهرک عتقک، (و یقدم) فی اللفظ (ما شاء من العتق و التزویج) لأن الصیغه أجمع -على أقوال: و ذهب المشهور إلى تقديم لفظ التزویج على العتق، لأنه لو سبق العتق لكان لها الخيار فی القبول و الامتناع كما فی خبر علی بن جعفر عن أخیه موسی علیه السّلام (سألته عن رجل قال لأتمته: أعتقک و جعلت عتقک مهرک، فقال علیه السّلام: عتقت و هی بالخيار إن شاءت تزوجته و إن شاءت فلا، فإن تزوجته فلیعطيها شیئا، و إن قال: قد تزوجتک و جعلت مهرک عتقک فإن النکاح واقع و لا یعطيها شیئا) (١)، و خبر محمد بن آدم عن الرضا علیه السّلام (فی الرجل یقول لجاریته: قد أعتقتک و جعلت صدقک عتقک، قال: جاز العتق، و الأمر إليها إن شاءت زوّجته نفسها، و إن شاءت لم تفعل، فإن زوّجته نفسها فأحبّ أن یعطيها شیئا) (٢).

و أشکل بأن الخبرین ضعیفا السند، و لم یدکر فیهما سوى العتق و المهر مع عدم التصریح بالتزویج، مع أن النزاع فی ذکر العتق و الزواج معا و إن قدّم الأول مضافا إلى مخالفتها لإطلاق صحیح الحلبي عن أبی عبد الله علیه السلام (سئل عن الرجل یعتق الأمة و یقول:

مهرک عتقک، فقال: حسن) (٣)، و صحیح ابن مسلم عن أبی جعفر علیه السّلام (أیما رجل شاء أن یعتق جاریته و یجعل صدقها عتقها فعل) (٤)، و لخصوص خبر عیید بن زرارہ عن أبی عبد الله علیه السّلام (قلت له: رجل قال لجاریته: أعتقتک و جعلت عتقک مهرک، فقال:

جائز) (٥).

هذا فضلا عن أن تقديم العتق لفظا على الزواج لا یقتضی ترتب أثره کی یلزم من تقدمه على الزواج ثبوت الخيار لها لأن العتق هو جزء من جملة واحده، و لا- یترتب أثر هذا الجزء ما لم تتم الجملة كما هو المقرّر المتبادر من المحاورات، و لذا ذهب الشهيديان و جماعه، بل قيل: هو المشهور بین من تأخر عنهما أنه لا یشرط فی الصحه تقديم صیغه العتق، و لا تقديم صیغه الزواج بل یجوز کلّ منهما، لأن الکلام المتصل كالجمله الواحد.

و منه تعرف ضعف ما عن الشيخین و ابن أبی الصلاح و اختاره العلامه فی المختلف و الارشاد و ولده من اشتراط تقديم العتق، لأن بضع الأمه مباح لمالكها فلا یستباح بالعقد مع تحقق الملك، فلا بد من العتق أولا حتى یصح الزواج ثانيا، و لخبر عیید بن زرارہ المتقدم المتضمن لتقديم العتق.

ص: ٤١٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب نکاح العیید و الإمامه حدیث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب نکاح العیید و الإمامه حدیث ٢.
- ٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نکاح العیید و الإمامه حدیث ٣ و ٥ و ٦.

جملة واحده لا يتم إلا بآخرها، و لا فرق بين المتقدم منها و المتأخر.

و قيل: يتعين تقديم العتق، لأن تزويج المولى أمته باطل.

و يضعف بما مرّ (١)، و بآئه (٢) يستلزم عدم جواز جعل العتق مهرا (٣)، لأنه (٤) لو حكم بوقوعه (٥) بأول الصيغه امتنع اعتباره (٦) في التزويج المتعقب (٧).

و قيل (٨): بل يقدم التزويج لثلاث تعلق فلا تصلح (٩) لجعل عتقها مهرا، و لأنها (١٠) تملك أمرها (١١) فلا يصح تزويجها بدون رضاها، و لروايه على بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لأمته: أعتقتك و جعلت مهرك عتقك. فقال: «عتقت و هى بالخيار إن شاءت تزوجته، و إن شاءت فلا، فإن تزوجته فليعطها شيئا». و نحوه روى عن الرضا عليه السلام.

و فيه (١٢) نظر، لما ذكر (١٣)، و لأن المانع فى الخبر (١٤) عدم التصريح بلفظ التزويج، لا تقديم العتق، و هو غير المتنازع.

(١) من كون الصيغه أجمع جملة واحده لا يتم أثر أجزائها إلا بآخرها.

(٢) أى بأن تقديم العتق.

(٣) فى النكاح المتأخر.

(٤) أى الشأن و الواقع.

(٥) بوقوع العتق.

(٦) اعتبار العتق.

(٧) أى المتأخر.

(٨) و هو المشهور.

(٩) أى الأمه بعد عتقها.

(١٠) أى الأمه بعد عتقها.

(١١) لو قدم العتق على التزويج.

(١٢) أى فى تقديم التزويج على العتق.

(١٣) من كون الصيغه بأجمعها جملة واحده لا تتم إلا بآخرها.

(١٤) أى المانع عن صحه الترويح إنما هو عدم التصريح بلفظ الترويح و ليس المانع هو تقديم العتق.

ص: ٤١٨

و الحقّ أنهما (١) صيغته واحده لا يترتب شيء من مقتضاها (٢) إلا بتمامها فيقع مدلولها (٣) و هو (٤) العتق و كونه (٥) مهرا و كونها زوجته.

(و يجب قبولها على قول) (٦)، لاشتمال الصيغته على عقد النكاح و هو مركب شرعا على الإيجاب و القبول، و لا يمنع منه (٧) كونها حال الصيغته رقيقه (٨)، لأنها بمنزله الحره حيث تصير حره بتمامه (٩)، فرقيتها غير مستقره، و لو لا ذلك (١٠) امتنع تزويجها. (١١)

(١) أى العتق و التزويج.

(٢) أى مقتضى الصيغته الواحده.

(٣) على تقدير تمامها سواء قدم العتق أو التزويج.

(٤) أى المدلول.

(٥) أى كون العتق،

(٦) فلو صدرت الصيغته المشتمله على التزويج و العتق من المولى فهل يجب على الأمه القبول أو لا الظاهر من النصوص المتقدمه و فتاوى الأصحاب العدم، و الأخبار مع كثرتها لم تصرح بالقبول فلو كان معتبرا لوقع، و لو وقع لنقل إلينا لأنه مما يعم به البلوى، و لأن القبول إنما يعتبر من الزوج لا من المرأه، و إنما وظيفتها الايجاب و لم يقع منها، و لأن الأمه حال الصيغته لا عبره برضاها لأنها رق، فلو اعتبر لزم بطلان ما وقع من المولى، لأن الذى وقع منه ايجاب و هو من شأن المرأه لا الرجل.

وقيل: يشترط قبولها بعد تمام الصيغته الصادره من المولى، لأن الصيغته مشتمله على النكاح و هو عقد مركب من ايجاب و قبول، و لا يمنع قبولها كونها لا يعتبر رضاها، لأنها بمنزله الحره حيث تصير حره بتمام قبولها، فرقيتها غير مستقره، و لو لا ذلك لامتنع تزويجها، و الواقع منها بمنزله الايجاب و إن كان بلفظ القبول، و جاز التبدل لأن المعبر هو الرضا بالزواج و قد تحقق منها سواء سميناه قبولاً أو ايجاباً.

(٧) من قبولها.

(٨) أى رق.

(٩) أى بتمام القبول.

(١٠) أى إمكان القبول منها.

(١١) و انحصر وطئها بالملك مع أنه على خلاف المتفق عليه من صحه تزويجها لمولاها و جعل عتقها مهرها.

ووجه عدم الوجوب (١) أنّ مستند شرعيه هذه الصيغه (٢) هو النقل المستفيض عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وَالأئمه عليهم صلوات الله، وليس في شيء منه (٣) ما يدلّ على اعتبار القبول، و لو وقع لنقل، لأنه مما تعمّ به البلوى، و أنّ حلّ (٤) الوطء (٥) مملوك له فهو (٦) بمنزله التزويج (٧)، فإذا أعتقها على هذا الوجه (٨) كان (٩) في معنى استثناء بقاء الحلّ من مقتضيات (١٠) العتق، ولأنّ القبول إنما يعتبر من الزوج، لا من المرأة و إنما وظيفتها الإيجاب و لم يقع منها، و بذلك (١١) يظهر أنّ عدم اعتبار قبولها أقوى، و إن كان القول به (١٢) أحوط (١٣).

و يظهر أيضا جواب ما قيل (١٤):

(١) عدم وجوب القبول.

(٢) و هي صيغه زواج المولى من أمته و جعل العتق مهرا.

(٣) من هذا النقل.

(٤) دليل ثان لعدم وجوب القبول.

(٥) و طئ السيد لأتمته.

(٦) أي حل الوطئ بالملك.

(٧) من ناحيه حل الوطئ.

(٨) و هو الزواج منها و جعل عتقها مهرها، كان الزواج منها مفيدا لحل الوطئ، و قد كان حل الوطئ قبل العتق ثابتا، فالعتق الحادث المقرون مع الزواج لا يفيد نفس لوازم العتق من حرمة وطئها و نحو ذلك، بل يكون هذا العتق المقرون مستثنى من لوازم مطلق العتق.

(٩) أي العتق المقرون بالزواج.

(١٠) و مقتضياته هو حرمة الوطء.

(١١) من عدم ذكر القبول في الأخبار و عدم كون القبول منها بل من الزوج.

(١٢) بالقبول.

(١٣) مراعاة لما يقتضيه العقد، و لأصالة عدم ترتب أحكام الزوجية على هذه الصيغه عند الاكتفاء بها من دون قبول.

(١٤) اعلم أنّ تزويج المولى أمته مع جعل عتقها مهرها مخالف للقواعد من جهات:

الأولى: كيف جاز للمولى التروييح و هو مالك للبضع بالملك.

الثانية: كيف جاز القبول منها و هي مملوكة له، فيجوز له إنكاحها و إن لم تقبل لأن الناس مسلطون على أموالهم.

ص: ٤٢٠

إنه كيف يتزوج جاريته (١)، و كيف يتحقق الإيجاب و القبول (٢) و هي مملوكة.

-الثالثة: المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد و مع تقدم التزويج على العتق كما عليه المشهور لا يكون متحققا فكيف يقع العقد؟

الرابعه: لزوم الدور، لأن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذى هو العتق، و العتق لا يتحقق إلا بعد العقد.

و أجيب عن الأول بمنع وقوع العقد على مملوكته مع بقاء الرقيه، لأن العتق و العقد متقارنان فلم يقع العقد على المملوكه و الرقيه فيها مستقره، لأنه كما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم تملك ذلك الغير جاز أن يعقد عليها لنفسه لعدم استقرار ملكه لأنها تصير حره بذلك العقد.

و إذا جاز وقوع العقد منه عليها جاز صدور القبول منها و به يجاب عن الثانى.

و أجيب عن الثالث بمنع وجوب تحقق المهر قبل العقد، و لم لا يجوز أن يكتفى بمقارنته للعقد و هو هنا كذلك، فإن المهر هو العتق، و هو يقارن العقد سواء تقدم التزويج أم تأخر.

و أجيب عن الرابع بمنع الدور، لأننا نمنع توقف العقد على المهر، نعم العقد مستلزم للمهر فى صورته التسميه أو الدخول فقط، و هو ليس من شرائط صحه العقد، لأن العقد صحيح فى نفسه و إن تجرد عن المهر، و لو سلمنا بتوقف العقد على المهر فهى صالحه لأن تكون مهرا لغيرها فلم لا يجوز جعلها أو جعل فكها مهرا لها.

ثم لو سلمنا منافاه المسأله للقواعد من هذه الجهات فقد ورد النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام - و قد تقدم بعضه - على وجه لا يمكن رده فوجب المصير إليها و تصير المسأله أصلا بنفسها كما صار ضرب الديه على العاقله أصلا بنفسه.

هذا و الشارح هنا أجاب عن الثالث و الرابع بما تقدم، و أجاب عن الأول و الثانى بأن التزويج هنا غير محتاج إلى القبول، فهذا التزويج ليس عقدا فى الواقع بل هو إبقاء حليه الوطى السابق من الملك إلى ما بعد العتق، فلا ينافى هذا التزويج ملك البضع بل هو استمرار له فلا يأتى الاشكال الأول، و لسنا بحاجة إلى قبول فيه حتى يأتى الاشكال الثانى.

و لو سلم أنه عقد و محتاج إلى القبول فالنقل المستفيض قد دل على صحته، و هذا ما يجعله أصلا برأسه فلا يصح ملاحظته مع بقيه الأصول و القواعد المقرره.

(١) و هى ملك يمينه، و هذا هو الاشكال الأول.

(٢) أى القبول منها و هذا هو الاشكال الثانى.

و ما قيل (١): من أن المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد، و مع تقديم التزويج (٢) لا- يكون متحققا، و أنه يلوح منه (٣) الدور (٤)، فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذى هو العتق، و العتق لا يتحقق إلا بعد العقد - مندفع (٥) بمنع اعتبار تقدمه (٦)، بل يكفى مقارنته للعقد و هو (٧) هنا كذلك (٨)، و بمنع (٩) توقف العقد على المهر و إن استلزمه (١٠)، و إذا جاز (١١) العقد على الأمه - و هى صالحه لأن تكون مهرا لغيرها - جاز جعلها (١٢)، أو جعل فك ملكها مهرا لنفسها، مع أن ذلك كله (١٣) فى مقابله النص الصحيح المستفيض فلا يسمع (١٤).

فى ما لو بيع أحد الزوجين

(و لو بيع أحد الزوجين (١٥)).

(١) ذكر الشارح فى المسالك و المحقق الثانى فى جامعه أن هذه الاشكالات للمحقق فى نكت النهايه، و أجوبتها له أيضا.

(٢) على العتق فى الصيغه كما عليه المشهور، و هذا هو الإشكال الثالث.

(٣) من تقديم التزويج.

(٤) و هذا هو الاشكال الرابع.

(٥) خبر لقوله (و ما قيل).

(٦) أى تقدم المهر على العقد، و هذا جواب عن الثالث.

(٧) أى المهر.

(٨) أى مقارن للعقد.

(٩) جواب الدور الذى هو الاشكال الرابع.

(١٠) أى و إن استلزم العقد المهر، و ذلك فى صورته التسميه أو الدخول.

(١١) جواب ثان عن الدور، مبنى على التسليم بكون العقد متوقفا على المهر.

(١٢) أى جعل الأمه.

(١٣) أى الاشكالات المتقدمه.

(١٤) لأن هذه المسأله أصل برأسه فى قبال بقيه الأصول و القواعد المقرره.

(١٥) إذا باع المالك أمته المزوجه من عبد مملوك للبائع أو لغيره، أو كانت مزوجه بحر كان المشتري بالخيار بين إمضاء العقد و

فسخه، سواء كان المشتري واحدا أم متعددا، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (طلاق الأمه بيعها أو بيع زوجها، و قال فى الرجل يزوّج أمته رجلا حرا ثم يبيعه: هو فراق ما بينهما إلا أن يشاء المشتري -

ص: ٤٢٢

-أن يدعها(١)، و صحيح برید بن معاویه و بكير بن أعين عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (من اشترى مملوكه لها زوج فإن بيعها طلاقها، فإن شاء المشتري فرق بينهما، و إن شاء تركهما على نكاحهما)٢ و مثلهما غيرهما، و من ملاحظه ذيل الأخبار تعرف أن المراد من طلاقها بيعها هو تخيير المشتري بين الفسخ و الامضاء.

و مقتضى إطلاق الأخبار عدم الفرق بين الدخول و عدمه، و عدم الفرق بين كون الزوج حرا أو عبدا، و عدم الفرق بين كون المالك واحدا أو متعددا، و كذا عدم الفرق في المشتري بين كونه واحدا أو أكثر.

ثم إن هذا الخيار للمشتري على الفور بلا خلاف فيه كما في الرياض اقتصارا في الحكم المخالف للأصل على القدر المتيقن، إلا أن يكون جاهلا بالخيار فله ذلك بعد العلم على الفور بلا خلاف، لمعدوريته، و في إلحاق الجهل بالفوريه بالجهل بأصل الخيار وجهان بل قولان كما في الرياض، و مقتضى معدوريه الجهل الأول، و لزوم الاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصل هو الثاني.

هذا كله في الأمه المزوجه لو بيعت، و أما العبد المزوج لو بيع و كان تحته أمه فكذلك من ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء للمشتري بلا خلاف فيه، لصحيح محمد بن مسلم المتقدم (طلاق الأمه بيعها أو بيع زوجها)٢، و لصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا بيعت الأمه و لها زوج فالذى اشتراها بالخيار إن شاء فرق بينهما، و إن شاء تركها معه، فإن تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد التراضي، قال: و إن بيع العبد فإن شاء مولاه الذى اشتراه أن يصنع مثل الذى صنع صاحب الجاريه فذلك له، و إن هو سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم)٣.

و أما لو كانت تحته حره فالمشهور أن المشتري أيضا بالخيار لإطلاق الخبرين المتقدمين، و عن ابن إدريس و جماعه العدم، للأصل بعد اختصاص الأخبار المتقدمه بما إذا كانت تحته أمه، و هو ضعيف.

ثم إن الحكم بالخيار للمشتري في العبد و الأمه يقتضى حصره فيه لأنه حكم قد ثبت على خلاف الأصل فيقتصر على القدر المتيقن لأن الأخبار قد دلت على ثبوت الخيار لمن انتقل -

ص: ٤٢٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ و ٤ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ .

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ .

فلمشتري (١) و البائع (٢) الخيار) في فسخ النكاح (٣) و إمضائه، سواء دخل أم لا، و سواء كان الآخر حرًا (٤) أم لا، و سواء كانا لمالك أم كل واحد لمالك.

و هذا الخيار على الفور كخيار العتق (٥)، و يعذر جاهله (٦)، و جاهل الفوريه -إليه الملك فيبقى غيره على أصل اللزوم، و لو كان الطرف الآخر من الزوجين رقا، و هو أشهر القولين، و عن الشيخ في النهايه و القاضى ابن البراج فى المهذب و العلامه فى المختلف أن للمولى الآخر الاعتراض مع إجازة المشتري، لأن الذى لم يبع قد رضى بالعقد مع المالك الأول و الأغراض تختلف باختلاف المالك، و لأن البائع قد أوجد سبب الفسخ للمشتري، و هو مالك و الآخر مالك مثله، و فيه: إنه قياس لا نقول به و الأول استحسان محض بعد اقتصار الفسخ فى الأخبار على المشتري فقط.

(١) فى كل الصور.

(٢) فى صورته واحده و هى ما لو كان الزوجان رقين، و كانا لمالك واحد ثم باع أحدهما خاصه، فالخيار للمشتري كما سلف، و أما الخيار للبائع فقد ذهب إليه المحقق فى الشرائع و النافع و جماعه منهم الشهيدان، لإطلاق ما دل على أن البيع طلاق كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (طلاق الأمه يبيعها أو يبيع زوجها) (١)، و مقتضاه ثبوت التسلط على العقد بالفسخ أو الامضاء لكل من المشتري و البائع، و لا تشار كهما فى مقتضى الفسخ الثابت للمشتري، فالمشتري قد يتضرر بتزويج مملوكته بغير مملوكه فلذا ثبت له الخيار و كذلك البائع، و للاستصحاب، لأن المالك قبل البيع كان له فسخ عقدهما فكذلك له الفسخ بعد بيع أحدهما للاستصحاب. و فيه: أما النص فهو محمول على ثبوت الخيار للمشتري بقريته ذيله و بقريته باقى الأخبار، و أما اشتراكهما فى مقتضى الفسخ فهو قياس لا نقول به، على أن الجزم بكون مقتضى الفسخ للمشتري هو تضرره بتزويج مملوكته بغير مملوكه ليس فى محله لأنه غير منصوص فهو استحسان محض، على أنه لا- يجرى إلا- فى الزوجين المملوكين مع أن المشتري له حق الخيار و إن كان الطرف الآخر من الزوجين حرا. و أما الاستصحاب فممنوع بعد تبدل الموضوع، إذ ما قبل البيع كانا ملكا له فله فسخ نكاحهما، و أما بعد بيع أحدهما فهما ليسا ملكا له.

(٣) السابق على البيع.

(٤) و فى هذه الصوره لا خيار للبائع، و منه تعرف ضعف التعميم فى كلام الشهيدين.

(٥) كما لو زوج أمته ثم اعتقها فلها الخيار على الفور و قد تقدم.

(٦) جاهل الخيار.

ص: ٢٢٤

على الظاهر (١)،(و كذا يتخير كل من انتقل إليه الملك بأى سبب كان) (٢) من هبه، أو صلح، أو صداق و غيره (٣)، و لو اختلف المولى (٤) فى الفسخ و الالتزام قدّم الفاسخ كغيره (٥) من الخيار المشترك (و لو بيع الزوجان معا على واحد تخير) لقيام المقتضى (٦)،(و لو بيع كل منهما على واحد تخيرا) لما ذكر (٧)، و كذا لو باعها المالك من اثنين على جهة الاشتراك (٨).

فى أنه ليس للعبد طلاق أمه سيده

(و ليس للعبد طلاق أمه سيده) (٩).

(١) إشاره إلى ما قيل من عدم معذوريه جاهل الفوريه.

(٢) الحكم المتقدم من الخيار لا فرق فيه بين البيع و غيره من الناقل الاختيارى، بل و القهرى كالإرث ضروره كون الحكم منوطا بتجدد الملك، و للتعليل فى خبر الحسن بن زياد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه يطأها فبلغه أن لها زوجا، قال:

يطأها فإن بيعها طلاقها، و ذلك أنهما لا يقدران على شىء من أمرهما إذا بيعا) (١).

(٣) كالإرث.

(٤) لو كان العبد و الأمه المزوجين لمالك واحد، و باعها لاثنين، سواء باع أحدهما لواحد و الآخر لآخر، أم باعها معا لاثنين على نحو الاشتراك، كان الخيار فى فسخ عقدهما و امضائه للمشتري المتعدد كما ثبت للواحد، لوجود المقتضى فى الجميع بعد إطلاق النصوص، و لا أثر فى ذلك لتعدد المشتري و اتحاده، و كذا لو كان العبد و الأمه المزوجين لمالك، و قد باع أحدهما و قلنا بثبوت الخيار للبائع، و عليه فإن اتفق المولى على ابقاء العقد لزم، و إن اتفقا على فسخه أو طلب أحدهما فسخه انفسخ العقد و إن طلب الآخر امضائه، لأن رضا أحدهما يوجب تقرير العقد من جانبه فقط و يبقى العقد من الجانب الآخر مترزلا، فإذا فسخه انفسخ.

(٥) أى كغير هذا الخيار.

(٦) و هو الانتقال إلى ملكه.

(٧) من قيام المقتضى، و هو الانتقال إلى ملكه.

(٨) بحيث يكون العبد و الأمه المزوجين ملكا للمشتريين على نحو الاشتراك بينهما.

(٩) إذا تزوج العبد بإذن سيده فلا- يخلو إما أن تكون زوجته أمه لسيده أو لا- و على الثانى فإما أن تكون أمه لغيره أو حره فالأقسام ثلاثه، و فى القسم الأول ما لو تزوج أمه سيده-

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

لو كان متزوجا بها بعقد يلزمه (١) جواز الطلاق (إلا برضاه) (٢) كما أن تزويجه بيده (٣). و هو موضع نصّ وإجماع.

(و يجوز) للعبد (طلاق غيرها) أى غير أمه سيده و إن كان قد زوجه بها مولاه (أمه كانت) الزوجه، (أو حره (٤)، أذن المولى) فى طلاقها (أو لا على) -بإذنه فأمر الطلاق بيد المولى، فله أن يطلق بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز و جل:

و المحصنات من النساء إلا- ما ملكت أيما نكم، قال: هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته، فيقول له: اعترل امرأتك و لا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسيها، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردّها عليه بغير نكاح) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: إذا زوّج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها قال له: اعترلها فإذا طمشت وطأها، ثم يردها عليه إن شاء) ٢، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أنكح الرجل عبده أمته فرّق بينهما إذا شاء) ٣.

و صريح هذه الأخبار عدم اشتراط لفظ الطلاق فى إحداث الفراق بين العبد و زوجته، بل يكفى كل ما دل عليه من الأمر بالاعتزال و الافتراق، و لا خلاف فيه و القسمان الآخران سيأتى البحث فيهما.

(١) أى يلزم العقد جواز الطلاق، و هو منحصر بالعقد الدائم، إذ المتمع لا يلزمها طلاق.

(٢) أى رضا المولى.

(٣) أى كما أن تزويج العبد بيد سيده.

(٤) لو كانت زوجة العبد حره أو أمه لغير سيده فالطلاق بيد العبد على المشهور، و ليس للسيد إجباره عليه و لا نهيه عنه للنبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٢)، و للأخبار الخاصه.

منها: خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل بإذن لعبده أن يتزوج الحره أو أمه قوم، الطلاق إلى السيد أو إلى العبد، فقال: الطلاق إلى العبد) (٣)، و خبر ليث المرادى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: إن كانت أمتك فلا، إن الله عز و جل يقول: عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، و إن كانت أمه قوم آخرين -

ص: ٤٢٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- (٤) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٦٠.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه حديث ٣.

-أو حره جاز طلاقه(١)، و خير عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل يزوج غلامه جاريه حره، فقال: الطلاق بيد الغلام)٢، و خير محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام (طلاق العبد إذا تزوج امرأه حره أو تزوج وليده قوم آخرين إلى العبد، و إن تزوج وليده مولاة كان هو الذى يفرق بينهما إن شاء، و إن شاء، و إن شاء انتزعها منه بغير طلاق)(٢).

و عن جماعه منهم القديمان العماني و ابن أبي الجنيد أن الطلاق مطلقا إلى السيد لصحيح بريد بن معاوية و بكير بن أعين عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (أنهما قالا فى العبد المملوك: ليس له طلاق إلا بإذن مولاه)(٣)، و صحيح زراره عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فإن السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد، ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شىء، الشىء الطلاق)(٤)، و صحيح شعيب بن يعقوب العرقوفى عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل و أنا عنده أسمع عن طلاق العبد، قال: ليس له طلاق و لا نكاح، أما تسمع الله تعالى يقول: عبدا مملوكا لا يقدر على شىء، قال: لا يقدر على طلاق و لا نكاح إلا بإذن مولاه)(٥).

و أوجب بحملها على ما لو تزوج أمه سيده جمعا بينها و بين ما تقدم، فهذه عامه و تلك خاصه و لا بد من حمل العام على الخاص.

و منه تعرف ما عن الحلبي من موافقه المشهور إلا- أن للسيد إجباره على الطلاق محتجا بما دل على وجوب طاعه العبد لأوامر سيده، و لخصوص خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام عن أبيه عن آباءه عن على عليهم السلام (أنه أتاه بعبد فقال: إن عبدى تزوج بغير إذنى فقال على عليه السلام لسيده: فرّق بينهما، فقال السيد لعبد: يا عدو الله طلق، فقال له على عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له: طلق، فقال على عليه السلام للعبد:

أما الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك، فقال السيد: يا أمير المؤمنين، أمر كان-

ص: ٤٢٧

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه حديث ٢ و ٥.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٥، و قد أخرج ذيله، و قد أخرجه بتمامه فى الفقيه ج ٣ ص ٣٥ رقم الحديث ١٦٧٢.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٧.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه حديث ١.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ٦٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٢.

(المشهور)، لعموم قوله عليه السّلام: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»، و روى ليث المرادى عن الصادق عليه السّلام و قد سأله عن جواز طلاق العبد فقال: «إن كانت أمتك فلا، إن الله تعالى يقول: عَيْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ و إن كانت أمه قوم آخرين جاز طلاقه».

و قيل: ليس له (١) الاستبداد به كالأول (٢)، استنادا إلى أخبار مطلقه حملها على كون الزوجه أمه المولى طريق الجمع. و فى ثالث (٣) يجوز للسيد إجباره على الطلاق كما له إجباره على النكاح و الروايه مطلقه يتعين حملها على أمته كما مرّ.

فى أنه للسيد أن يفرق بين رقيقه متى شاء

(و للسيد أن يفرق بين رقيقه متى شاء بلفظ الطلاق، و بغيره) (٤) من الفسخ و الأمر بالاعتزال، و نحوهما.

هذا إذا زوجهما بعقد النكاح، أما إذا جعله (٥) إباحه فلا طلاق، إلا أن يجعل (٦) دالا- على التفريق من غير أن يلحقه أحكامه (٧)، و لو أوقع لفظ الطلاق مع كون السابق عقدا فظاهر الأصحاب لحقوق أحكامه (٨)، و اشتراطه -بيدى فجعلته بيد غيرى، قال: ذلك لأنك حين قلت له: طلق اقررت له بالنكاح (٩)، و فيه: إنه من أدله عدم لزوم الطلاق على العبد و لو أمره به السيد، ألا ترى قول الأمير عليه السّلام للعبد: (أما الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك)، و لو سلم دلالته على ايجاب الطلاق فهو محمول على أمه السيد لا مطلقا.

(١) أى ليس للعبد الاستبداد بالطلاق، بل الطلاق للمولى.

(٢) كما لو تزوج أمه سيده.

(٣) و هو قول الحلبي.

(٤) غير لفظ الطلاق و قد تقدم بحثه.

(٥) أى جعل التزويج بحيث اطلق التزويج و أراد الاباحه و التحليل.

(٦) أى الطلاق الواقع عقيب الاباحه.

(٧) أى أحكام الطلاق من كونه محرّما فى الثالث حتى تنكح زوجا غيره.

(٨) أى أحكام الطلاق من كونه محرّما فى الثالثه.

ص: ٤٢٨

بشرائطه (١)، عملاً بالعموم (٢)، مع احتمال العدم (٣) بناءً على أنه (٤) إباحه (٥) وإن وقع بعقد.

فى أنه تباح الأمه لغير مالكةا بالتحليل

(و تباح الأمه) لغير مالكةا (بالتحليل) (٦) من المالك لمن يجوز له التزويج بها (٧) وقد تقدمت شرائطه التى من جملتها كونه مؤمناً فى المؤمنه، و مسلماً فى المسلمه، و كونها كتابيه لو كانت كافره، و غير ذلك من أحكام النسب و المصاهره، و غيرها، و حلّ الأمه بذلك (٨) هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون اجماعاً، (١) بحيث يسمعه شاهدان و أن تكون فى طهر لم توقع فيه و نحو ذلك.

(٢) أى عموم أدله الطلاق.

(٣) أى عدم لحوق أحكام الطلاق و شرائطه لطلاق المولى أمته من عبده.

(٤) أى أن زواج العبد من أمه سيده.

(٥) كما عن سيد الرياض و جماعه، و هو ضعيف لمخالفته ظاهر النصوص المتقدمه الظاهره فى كون التزويج المذكور عقداً يلحقه الطلاق و غيره من الأحكام.

(٦) و هو أن يحلل المالك أمته و طناً أو تقييلاً أو لمسا لغيره من غير عقد، و هو ملك منفعه، و هو أحد نوعى الملك لأن الثانى هو ملك الرقبه كما أن العقد نوعان دائم و متعه، و هو جائز بالاتفاق إلا ما يحكى عن البعض من المنع كما فى محكى الخلاف و السرائر، و فى كشف اللثام أنه معطى كلام الانتصار، و هو مردود للأخبار الكثيره على جوازه.

منها: خبر الفضيل بن يسار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحلّ الرجل لأخيه جاريته فهى له حلال، فقال: نعم) (١)، و خبر حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يحلّ فرج جاريته لأخيه فقال: لا بأس بذلك) (٢)، و خبر محمد بن مضارب (قال لى أبو عبد الله عليه السّلام: يا محمد خذ هذه الجاريه تخدمك و تصيب منها، فإذا خرجت فاردها إلينا) (٣)، و صحيح ابن بزيغ (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن امرأه أحلت لى جاريته، فقال: ذلك لك، قلت: فإن كانت تمزح؟ فقال: و كيف لك بما فى قلبها، فإن علمت أنها تمزح فلا) (٢) و مثلها غيرها.

(٧) لا للمحارم كابن الأمه و أخيها و أبيها و هكذا.

(٨) أى بالتحليل.

ص: ٤٢٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ و ٢ و ٦.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٣.

و أخبارهم الصحيحه به مستفيضه.

و لا بد له (١) من صيغه داله عليه (مثل أحللت لك وطأها، أو جعلتك في) (١) أى للتحليل، اعلم أنه لا إشكال فى اعتبار صيغه خاصه لهذا النوع من النكاح كما تعتبر فى غيره، لأن مجرد التراضى لا يكفى فى حل الفروج، و لا أى لفظ اتفق، و قد اتفقوا على الاجتزاء بلفظ التحليل، و هو الوارد فى الأخبار التى تقدم بعضها، مع اختلافهم فى اعتبار الماضويه فقط، لأن عقد النكاح يكتفى فيه باللفظ الماضى الصريح الدال على الانشاء كما عليه مشهور القدماء فيقتصر فى التحليل على قوله: أحللت لك وطئها أو جعلتك فى حل من وطئها، و لا يكفى المضارع كقوله: أحلل لك وطئها و لا الجملة الاسميه كقوله: أنت فى حل من وطئها.

و عن صاحب الجواهر و غيره عدم اعتبار الماضويه بل يكفى ما يدل على إنشاء التحليل على حسب القانون العربى من غير فرق بين المجاز و غيره، بل لعل المقام أوسع من ذلك باعتبار كون التحليل من الاباحات و من العقود الجائزه، و يؤيده ما فى خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن عليه السلام (عن امرأه قالت لرجل: فرج جاريتى لك حلال، فوطأها فولدت ولدا، قال: يقوم الولد عليه بقيمته) (١) و مثلها غيرها، و قد صرحت بجواز التحليل بالجملة الاسميه التى هى غير الماضويه. نعم اختلفوا فى الاستباحه بلفظ الاباحه، فالأكثر و منهم الشيخ فى النهايه و المرتضى و العلامه فى أحد قولييه على العدم و قوفا مع ظاهر النصوص التى صرحت بالتحليل فقط فيخصص بها الأصول، و لا مخصص لها فيما عداه مضافا إلى خبر أبى العباس البقباق (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و نحن عنده عن عاربه الفرج قال: حرام، ثم مكث قليلا ثم قال: لكن لا بأس بأن يحل الرجل الجاربه لأخيه) (٢).

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و المحقق و العلامه فى القول الآخر الاكتفاء بلفظ الاباحه، لمشاركه لفظ الاباحه للتحليل فى المعنى، فهما مترادفان، و يصح إقامه كل من المترادفين مقام الآخر، و ردّ بمنع الاكتفاء بالمترادف فى إنشاء العقود، خصوصا فى النكاح الذى فيه شائبه العباده، و كثير من أحكامه توقيفيه، و الاحتياط فيه مهم لأن الفروج مبنيه عليه.

نعم على القول بجواز التحليل بلفظ الاباحه فيكتفى بما لو قال: و هبتك وطأها أو-

ص: ٤٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(حلّ من وطئها). و هاتان الصيغتان كافيتان فيه (١) اتفقا (٢).

(و فى صحته (٣) بلفظ الإباحه قولان): أحدهما إلحاقها به (٤)، لمشاركتها له فى المعنى فىكون كالمرادف الذى يجوز اقامته مقام رديفه. و الأكثر على منعه (٥) وقوفا فيما خالف الأصل (٦) على موضع اليقين، و تمسكا بالأصل (٧)، و مراعاة للاحتياط فى الفروج المبنيه عليه (٨). و هو الأقوى، و نمنع المرادفه (٩) أولاً ثم الاكتفاء (١٠) بالمرادف مطلقا (١١) فإنّ كثيرا من أحكام النكاح توقيفيه، و فيه شائبه العباده، و الاحتياط فيه مهمّ فإن جوزناه بلفظ الإباحه كفى أذنت و سوّغت و ملكت و وهبت و نحوه.

(و الأشبه أنّه ملك يمين لا عقد نكاح) (١٢)، لانحصار العقد فى الدائم -سوّغت لك ذلك، أو ملكتك وطئها و هكذا. ثم المشهور على منع التحليل بلفظ العاربه لخبر البقباق المتقدم، و عن ابن إدريس الجواز لخبر العطار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عاربه الفرج، قال: لا بأس به) (١)، و اعتضاد الأول بالأصل مع موافقه المشهور و عمله به يوجب ان طرح الثانى.

(١) فى التحليل.

(٢) و كلتاهما بالماضى.

(٣) صحه التحليل.

(٤) أى إلحاق الاباحه بالتحليل.

(٥) منع اللاحق.

(٦) عدم حليه الفرج إلا بالعقد أو الملك.

(٧) و هو حرمة الفرج إلا ما دل عليه الدليل.

(٨) على الاحتياط.

(٩) أى الترادف بين التحليل و الاباحه.

(١٠) أى نمنع الاكتفاء.

(١١) أى حتى فى النكاح.

(١٢) وقع الخلاف فى أن التحليل المذكور هل هو إباحه محضه و تمليك منفعه كما عليه المشهور، و عن السيد المرتضى أنه عقد، لأن حل الفروج منحصر فى العقد أو الملك

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

و المتعه، و كلاهما منتفیان عنه، لتوقف رفع الأول (١) على الطلاق في غير الفسخ بأمور (٢) محصوره ليس هذا منها، و لزوم المهر فيه (٣) بالدخول، و غير ذلك من لوازمه (٤)، و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، و لتوقف الثاني (٥) على المهر و الأجل، و هما منتفیان هنا (٦) أيضا (٧) فينتفى (٨)، و لأنّ عقد النكاح لازم، و لا شيء من التحليل بلازم (٩)، و إذا انتفى كونه (١٠) عقدا ثبت الملك، لانحصار حلّ -لقوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١) ، و بما أن التحليل ليس ملك يمين فيتعين أنه عقد، و ردّ بأن العقد منقسم إلى الدائم و المنقطع، و كلاهما منفي عن التحليل، لأن الدائم مما يتوقف رفعه على الطلاق في غير الفسخ، و لزومه للمهر بالدخول و نحو ذلك من خواصه و هي منفيه هنا و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، و لأن المتعه متوقفه على ذكر الأجل و المهر، و لا مهر في التحليل، ثم إن عقد النكاح لازم و لا شيء من التحليل كذلك، و إذا انتفى كون التحليل عقدا ثبت الملك لانحصار حل النكاح فيهما، و منه يتبين أن قوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢) يشمل ملك المنفعه و إن كان الظاهر منها هو خصوص ملك الرقبه.

ثم على القولين من كون التحليل عقدا أو إباحه فلا بدّ من القبول، أما على العقد فظاهر لأنه مشتمل على ايجاب و قبول، و أما على الاباحه فلأنها في معنى الهبه - أعنى هبه المنفعه - فيكون من قبيل العقود المحتاجه إلى القبول.

(١) أي الدائم.

(٢) متعلق بالفسخ.

(٣) في الدائم.

(٤) أي لوازم الدائم.

(٥) أي المتعه.

(٦) في التحليل.

(٧) كانتفاء لوازم الدائم.

(٨) أي الثاني الذي هو المتعه.

(٩) لجواز الفسخ من المالك متى شاء

(١٠) كون التحليل.

ص: ٤٣٢

النكاح فيهما (١) بمقتضى الآيه.

و على القولين (٢) لا بد من القبول، لتوقف (٣) الملك عليه (٤) أيضا (٥).

وقيل: إنَّ الفائده (٦) تظهر فيما لو أباح أمته لعبده فإن قلنا: أنه (٧) عقد، أو تمليك و أن العبد يملك حلت، و إلا (٨) فلا.

و فيه نظر، لأنَّ الملك فيه (٩) ليس على حدِّ الملك المحض بحيث لا يكون العبد أهلا له (١٠)، بل المراد به (١١) الاستحقاق كما يقال: يملك زيد احضار مجلس الحكم، و نحوه، و مثل هذا (١٢) يستوى فيه الحرّ و العبد، فصحة التحليل في حقّه (١٣) على القول بعدم الملك (١٤) متجهه (١٥).

(و يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ (١٦) و ما يشهد الحال بدخوله) (١) في العقد و الملك.

(٢) من كون التحليل عقدا أو إباحه.

(٣) تعليل لاحتياج الاباحه إلى القبول.

(٤) على القبول.

(٥) كاحتياج التحليل إلى القبول لو كان عقدا.

(٦) بين القولين في كون التحليل عقدا أو إباحه، و هذه الفائده محكيه عن ابن إدريس.

(٧) أى التحليل.

(٨) أى و إن لم نقل بملكه العبد و قلنا بكون التحليل إباحه و تمليك منفعه فلا تحلّ.

(٩) في التحليل.

(١٠) للملك المحض.

(١١) بالملك الموجود في التحليل.

(١٢) أى الاستحقاق.

(١٣) أى حق العبد.

(١٤) أى القول بعدم ملك العبد.

(١٥) و إن قلنا بكون التحليل إباحه و تمليك منفعه.

(١٦) أى تناوله بإحدى الدلالات الثلاث، اعلم أنه لما كان هذا النوع من الاستمتاع تابعا للفظ الدال عليه وجب مراعاة اللفظ، أو فقل لما كان الانتفاع بأمه الغير بدون إذنه محرّما قطعاً وجب الاقتصار فيه على ما تناوله اللفظ فلا يستبيح ما لم يتناوله اللفظ أو لم تشهد قرينه

ص: ٤٣٣

(فيه) (١) فإن أحله بعض مقدمات الوطء كالتقبيل و النظر لم يحل له الآخر و لا- الوطء، و كذا لو أحله بعضها في عضو مخصوص اختص به (٢)، (و إن أحله الوطء حلت المقدمات) بشهادة الحال، و لأنه (٣) لا ينفك عنها (٤) غالباً، و لا موقع له بدونها (٥)، و لأن تحليل الأقوى يدل على الأضعف بطريق أولى، بخلاف المساوى، و العكس (٦).

و هل يدخل اللمس بشهوه في تحليل القبلة نظر، من الاستلزام (٧) المذكور (٨) -الحال بدخوله فلو أحل له بعض مقدمات الوطى لم يحل له الوطى و لا بقيه المقدمات، فلو أحل له النظر لم يتناول غيره من ضروب الاستمتاع لعدم دلاله النظر على غيره من المقدمات لأنه أضعفها، و لكن لو أحل له الوطى حل له ما دونه من المقدمات لشهادته الحال، و لعدم انفكاك الوطى من بقيه مقدماته، و لأن الوطى يدل على اللمس بالتضمن و على باقى المقدمات من القبلة و النظر بالالتزام بالإضافة إلى الأخبار.

منها: خبر الحسن بن عطية عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أحل الرجل للرجل من جاريته قبله لم يحل له غيرها، و إن أحل له دون الفرج لم يحل له غيره، و إن أحل له الفرج حل له جميعها) (١).

و الضابط أنه لو أحل له بعض المقدمات دخل فيه ما يستلزمه دون غيره، فإذا أحل الوطى دخل الجميع، و لو أحل التقبيل دخل اللمس، و لو أحل النظر لم يدخل غيره لأنه أضعف ضروب الاستمتاع و هكذا.

(١) فى اللفظ أو الإذن.

(٢) أى اختص التحليل بالعضو المخصوص.

(٣) أى الوطى.

(٤) أى عن مقدمات الوطى.

(٥) أى لا- وقع و لا كمال للوطى بدون مقدماته حتى كأنه ليس وطئاً، مع أن الوطى المأذون فيه منصرف عرفاً إلى ما هو الوطى عندهم، و هو الوطى مع مقدماته.

(٦) و هو تحليل الأضعف لا يدل على الأقوى.

(٧) دليل الدخول، و المراد أن هناك تلازماً غالباً بين التقبيل و اللمس بشهوه.

(٨) قد ذكر التلازم الغالبى بين الوطى و مقدماته.

ص: ٤٣٤

فى الجملة فىدخل (١)، و من أن (٢) اللآزم دخول لمس ما استلزمته القبلة، لا مطلقا فلا ىدخل (٣) إلا ما توقفت عليه (٤) خاصة. و هو الأقوى.

(و الولد) الحاصل من الأمة المحلله (حرّ) (٥) مع اشتراط حرّيته، أو الاطلاق، و لو شرط رقيته ففیه ما مرّ، و ىظهر من العبارة (٦) عدم صحه الشرط (٧)، حیث أطلق الحرّیه و هو الوجه (٨)، و لا ىخفى أنّ ذلك (٩) مبنى على (١) أى ىدخل اللمس بشهوه فى تحلیل القبلة.

(٢) دلیل عدم الدخول.

(٣) أى لا ىدخل اللمس بشهوه.

(٤) أى إلا ما توقفت القبلة علیه من اللمس.

(٥) ولد المحلله للحر حر سواء اشترط حرّيته أو أطلق لتبعیه الولد لأشرف الأبوين، و لخصوص صحیح زراره عن أبى جعفر علیه السّلام (الرجل ىحلّ لأخیه جارّيته قال: لا بأس به، قلت: فإنها جاءت بولد، قال علیه السّلام: ىضمّ إلیه ولده و یردّ الجاریه إلی صاحبها) (١)، و مثله صحیح حرّیز، و خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله علیه السّلام: الرجل ىحلّ جارّيته لأخیه، أو حره حلّت جارّيتها لأخیه، قال: ىحلّ له من ذلك ما أحلّ له، قلت: فجاءت بولد، قال: ىلحق بالحر من أبویه) (٣)، و خبر عبد الله بن محمد عن أبى عبد الله علیه السّلام (عن الرجل ىقول لأخیه: جارّیتى لك حلال، قال: قد حلّت له، قلت: فإنها ولدت، قال: الولد له و الأم للمولى، و إنى لأحبّ الرجل إذا فعل هذا بأخیه أن یمنّ علیه ففیهها له) (٢).

و أما لو شرط رقيته فإن قلنا بصحته فهو و إلا- فىكون كالاطلاق، و قد تقدم صحه اشتراط الرقيه فىما لو زوجت من حر على المشهور، فراجع ص ٢٣٤ عند قول الماتن (و لو شرط مولى الرق رقيته جاز على قول مشهور ضعيف المأخذ) ثم إن ولد المحلله للرق رق بالاتفاق إن جوزنا التحليل للعبد.

(٦) أى عبارة الماتن.

(٧) أى اشتراط الرقيه حیث حکم بحرّیه ولد المحلله من دون تقييد.

(٨) لما تقدم بطلان من الشرط لو اشترطت الرقيه و قد زوجت من حر.

(٩) أى إطلاق حرّیه ولد المحلله.

ص: ٤٣٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حدیث ٤ و ٣ و ٧.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حدیث ٦.

الغالب من حرّيه الأب، أو على القول باختصاصه (١) بالحر (٢)، فلو كان (٣) مملوكا و سوغناه (٤) كما سلف فهو (٥) رق، (و) حيث يحكم بحرّيته (٦) (لا قيمه على الأب) مع اشتراط حرّيته اجماعا، و مع الإطلاق على أصح القولين (٧)، و به أخبار كثيره، و لأنّ الحرّيه مبنيه على التغليب و لهذا يسرى العتق بأقل جزء يتصور، و لا شبهه في كون الولد متكوّنا من نطفه الرجل و المرأه فيغلب جانب الحرّيه، و الحر لا قيمه له.

و في قول آخر إنّه يكون رقّا لمولى الجارّيه و يفكه أبوه إن كان له مال، و إلا (١) أى اختصاص التحليل.

(٢) بناء على أن التحليل تمليكك و أن العبد لا يملك.

(٣) أى الأب.

(٤) أى التحليل للرق.

(٥) أى ولد المحلّه.

(٦) أى بحرّيه الولد.

(٧) لو أطلق التحليل و لم يشترط حرّيه الولد و لا رقيته و كان الأب حرا فلا أصحاب قولان، أحدهما أن الولد حر و لا قيمه على أبيه و هو مذهب الشيخ فى الخلاف و المتأخرين، لبناء الحرّيه على التغليب و السرايه، و الولد متكون من النطقتين فيغلب جانب الحرّيه، و لعموم الأخبار الداله على أن ولد الحر حر كخبر إسحاق بن عمار المتقدم، و لخصوص صحيح زراره و حرّيز المتقدمين.

و عن الشيخ فى غير الخلاف و نسب إلى الصدوق أنه يجب على أبيه فكه بالقيمه لصحيح ضريس بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد فى التحليل (قلت: أ رأيت إن جاءت بولد ما يصنع به؟ قال: هو لمولى الجارّيه إلا أن يكون قد اشترط عليه حين أحلّها له أنها إن جاءت بولد فهو حر، فإن كان فعل فهو حر، قلت: فيملك ولده؟ قال: إن كان له مال اشتراه بالقيمه) (١)، و صحيح العطار عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت: فإن كان منه ولد، فقال: لصاحب الجارّيه إلا أن يشترط عليه) ٢، و خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام (فى امرأه قالت لرجل: فرج جاريتي لك حلال فوطأها فولدت ولدا، قال: يقوم الولد عليه بقيمته) ٣، و المشهور هو الأول.

ص: ٤٣٦

استسعى في ثمنه، و الأول أشهر،

في أنه لا بأس بوطء الأمه و في البيت آخر مميز و يكره في الحره

(و لا- بأس بوطء الأمه و في البيت آخر مميز (١) أما غيره (٢) فلا يكره مطلقا (٣) و أن ينام بين أمتين (٤) و يكره ذلك (٥) المذكور في الموضوعين (في الحره، و كذا يكره و طء الأمه الفاجره (٦) كالحره الفاجره)، لما فيه من العار، و خوف اختلاط المائين، (و و طء من ولدت من الزنا (٧) بالعقد)، و لا بأس به بالملك، و لكن لا يتخذها أم ولد، بل يعزل عنها حذرا من الحمل روى ذلك محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام.

(١) لصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل ينكح الجارية من جواريه و معه في البيت من يرى ذلك و يسمعه، قال: لا بأس) (١)، و عن كشف اللثام أنه لا يبعد القول بالكراهه لعموم النهي عن الوطى و في البيت صبى يراهما و يسمع نفسيهما، ففي خبر ابن راشد عن أبيه (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا- يجامع الرجل امرأته و لا جاريته و في البيت صبى، فإن ذلك مما يورث الزنا) (٢)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (إياك أن تجامع أهلك و صبى ينظر إليك، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يكره ذلك أشد كراهيه) (٣).

(٢) غير المميز.

(٣) سواء كانت الزوجه حره أو أمه.

(٤) فلا- كراهه لمرسل ابن أبي نجران عن أبي الحسن عليه السلام (أنه كان ينام بين جارتين) (٣)، نعم يكره ذلك بين الحرتين احتراماً لهنّ بالتجنب عن ايذاءهنّ و لكن في الخبر عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين و الحرتين، إنما نساؤكم بمنزله اللعب) (٥)، و عن البعض أنه لا كراهه في الحرتين أيضا لهذا الخبر.

(٥) من الوطى و في البيت آخر مميز، و من النوم بين أمتين.

(٦) أى الزانيه كما يكره و طئ الحره الفاجره، لما فيه من العار و خوف اختلاط المائين، و لخبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الخبيثه يتزوجها الرجل، قال: لا و إن كان له أمه و طئها و لا يتخذها أم ولده) (٤)، كناية عن العزل حذرا من الحمل.

(٧) و إن كانت هي عفيفه للعب، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل تكون-

ص: ٤٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦٧ - صمن أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٩.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣ و ١.

٤-٦) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

((الفصل السادس - في المهر) (١))

في أن المهر كل ما يصلح أن يملك

(المهر كل ما يصلح أن يملك) (٢) و إن قلّ بعد أن يكون متموّلاً (٣) (عينا كان، أو منفعه) و إن كانت منفعه حرّ، و لو أنّه (٤) الزوج، كتعليم صنعه، أو سوره (٥)، أو - له الخادم ولد زنا، هل عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا و إن تنزه عن ذلك فهو أحبّ إلّى (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (في الرجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشده، و يتخذها لنفسه، قال: إن لم يخف العيب على ولده - نفسه خ ل - فلا بأس) ٢، و الثّاني و إن خصّ الحكم بالتزويج إلا أن الأول ظاهر في ملك اليمين، فتخصيص الكراهه كما عن الشّهيدين بالوطء عقدا ليس في محله.

(١) و يسمى بالصدّاق بفتح الصاد و كسرهما، و بالنحله و الأجر و الفريضة، و العقر بالضم، و الصدقه بفتح الصاد مع ضم الدال، و الحباء و العليقه و الطول.

(٢) احتراز عما لا يقبل الملك كالخزير، ثم كل ما يصح تملكه للمسلم عينا كان أو منفعه، و سواء كانت المنفعة منفعه عقار أو حيوان أو إنسان عبدا كان أو حرا و لو الزوج نفسه فيصح جعله مهرا ففي صحيح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن المهر ما هو؟ قال: ما تراضى عليه الناس) (٢)، و صحيح الفضيل بن يسار عن أبى جعفر عليه السّلام (الصدّاق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير) ٤ و مثلها غيرها.

(٣) أى بأن يكون مالا.

(٤) أى الحر.

(٥) غير واجبه لأن الواجب مما لا يجوز جعله عوضا، لعدم جواز أخذ الأجر، عن الواجبات خصوصا العباديه، و مما يشهد على جواز تعليم السوره مهرا بالإضافة إلى عموم الأخبار المتقدمه خصوصا صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (جاءت امرأه إلى النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم فقالت: زوّجنى، فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من لهذه؟ فقال رجل فقال: أنا يا رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم زوّجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لى شىء، قال النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: لا، فأعادت فأعاد رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم الكلام فلم يقدّم أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فى المره الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه) (٣).

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٥ و ٤.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المهور حديث ١ و ٣.
- ٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المهور حديث ١.

علم غير واجب، أو شيء من الحكم والآداب، أو شعر، أو غيرها من الأعمال المحللة المقصوده (يصح امهاره)، و لا خلاف في ذلك كله سوى العقد على منفعه الزوج (١) فقد منع منه الشيخ في أحد قوليهِ استنادا إلى روايه لا تنهض دليلا متنا و سندا.

(و لو عقد الذميان على ما لا يملك في شرعنا) كالخمر و الخنزير (صح) (٢) (١) أي على منفعته مده معينه، و على المشهور الجواز لعموم الأخبار المتقدمه، و عن الشيخ في النهايه و جماعه المنع استنادا إلى روايه البزنطي عن الرضا عليه السلام في حديث (قلت):

فالرجل يتزوج المرأه و يشترط لأبيها إجازة شهرين و نحو ذلك؟ فقال: إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أن سيبقى حتى يفى، و قد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يتزوج المرأه على السوره من القرآن و على الدرهم و على القبضه من الحنطه(١)، و فيه: إن الخبر قد روى بسندين، و الأول مشتمل على سهل بن زياد و هو ضعيف، و الآخر مشتمل على إبراهيم بن هاشم و لم يوثق كما اشكله في المسالك، و إن كان قد عرفت أكثر من مره وثاقه إبراهيم بن هاشم من ناحيه شيخوخته للإجازة، و أن الخبر قاصر في الدلاله عن إفاده المنع إذ يحتمل الكراهه، و يحتمل أن يكون المانع هو عدم علمه بالبقاء إلى أن يفى بحيث لو فرض علمه بذلك صح فضلا عن معارضته الأخبار المتقدمه، و هو لا يصلح لمعارضتها.

(٢) صح العقد و صح المهر، لأنه في دينهما مما يصح تملكه لهما، و حينئذ فلو أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض فلا إشكال لأن الزوج قد برئ بما دفعه قبل الإسلام بحسب ما عندهما من الحكم خلافا لبعض العامه حيث ذهب إلى أن لها مهر المثل لفساد ذلك القبض، و إن كان ذلك قبل القبض دفع الزوج قيمه عند مستحليه، لأنها أقرب شيء إليه، لأن المعين يراد منه تشخصه و ماليته، و إذا تعذر أحدهما يصار إلى الآخر، و يشهد له خبر عبيد بن زراره (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: النصراني يتزوج النصرانيه على ثلاثين دنا خمرًا، و ثلاثين خنزيرا ثم أسلما بعد ذلك و لم يكن دخل بها، قال: ينظر كم قيمه الخنازير و كم قيمه الخمر و يرسل به إليها، ثم يدخل عليها و هما على نكاحهما الأول)(٢).

و قيل: تثبت أجره المثل، لأنها لم ترض إلا بالمهر و الفرض امتناعه عليه بعد الإسلام فيرجع إلى مهر المثل، و يشهد له خبر طلحه بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن -

ص: ٤٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المهور حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المهور حديث ٢.

لأنهما يملكانه (فإن أسلما)، أو أسلم أحدهما قبل التقابض (انتقل إلى قيمه) عند مستحليه، لخروجه (١) عن ملك المسلم، سواء كان عينا، أو مضمونا (٢) لأن (٣) المسمى لم يفسد، و لهذا لو كان قد أقبضها إياه قبل الإسلام برأ، و إنما تعذر الحكم (٤) به (٥) فوجب المصير إلى قيمته، لأنها أقرب شيء إليه، كما لو جرى العقد على عين و تعذر تسليمها.

و مثله (٦) ما لو جعلاه (٧) ثمنا لمبيع، أو عوضا لصلح، أو غيرهما (٨).

و قيل: يجب مهر المثل (٩)، تنزيلا لتعذر تسليم العين منزله الفساد (١٠)، و لأن وجوب قيمه فرع وجوب دفع العين مع الإمكان، و هو (١١) هنا ممكن (١٢) و إنما عرض عدم صلاحيته (١٣) للتملك لهما.

رجلين من أهل الذمه أو من أهل الحرب تزوج كل واحد منهما امرأه و أمهرها خمرا و خنازير، ثم أسلما قال: ذلك النكاح جائز حلال لا- يحرم من قبل الخمر و الخنازير، و قال: إذا أسلما حرم عليهما أن يدفعا إليهما شيئا من ذلك، يعطياهما صداقهما(١).

(١) أى خروج ما لا يملك فى شرعنا.

(٢) أى كليا فى الذمه و فى هذا إشاره إلى خلاف بعض العامه حيث فرق بينهما و حكم فى المعين أنها لا تستحق غيره.

(٣) تعليل للانتقال إلى قيمه.

(٤) بقبض ما لا يملكه المسلم بعد إسلامهما.

(٥) بالإسلام.

(٦) أى و مثل المهر فى الانتقال إلى قيمه بعد الإسلام.

(٧) أى جعل ما لا يصح تملكه للمسلم كالخمر و الخنزير.

(٨) غير البيع و الصلح.

(٩) إذا أسلما أو أسلم أحدهما.

(١٠) أى فساد العين و تلفها.

(١١) أى دفع العين.

(١٢) و مع ذلك لا يجب دفعها.

(١٣) أى صلاحيه مسمى العقد الواقع بينهما.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المهور حديث ١.

و يضعف بمنع الفساد كما تقدم (١)، و التعذر الشرعي (٢) منزل منزله الحسي (٣)، أو أقوى، و مهر المثل قد يكون أزيد من المسمى، فهي (٤) تعترف بعدم استحقاق الزائد (٥)، أو أنقص (٦) فيعترف هو باستحقاق الزائد (٧) حيث لم يقع المسمى فاسدا فكيف يرجع إلى غيره (٨) بعد استقراره (٩)، و لو كان الإسلام (١٠) بعد قبض بعضه سقط (١١) بقدر المقبوض و وجب قيمه الباقي، و على الآخر (١٢) يجب بنسبته (١٣) من مهر المثل.

في مقدار المهر

(١) و لا تقدير في المهر قله (١٤) ما لم يقصر عن التقويم كحبه حنطه، (و لا كثره) (١) حيث قال الشارح: (لأن المسمى لم يفسد).

(٢) و هو عدم تملك الخمر و الخنزير، و هو تعذر لدفع العين الواقعه مهرا.

(٣) و عليه فإذا تعذر دفع العين فينتقل إلى وجوب قيمه كما اعترف بذلك الخصم و به يتم المدعى.

(٤) أي الزوجه.

(٥) فكيف يجب دفعه.

(٦) أي بكون مهر المثل أنقص من المسمى.

(٧) أي باستحقاق الزائد من المسمى على مهر المثل، و أنه للزوجه، و مع اعترافه كيف لا يجب عليه دفعه؟

(٨) أي غير المسمى.

(٩) بعد استقراره: أي المسمى و قد استقر بالدخول قبل الإسلام.

(١٠) أي إسلام الزوجين أو أحدهما.

(١١) من المهر.

(١٢) أي القول الآخر.

(١٣) أي بنسبه الباقي.

(١٤) لا تقدير في المهر من جانب القله، بل ما تراضى عليه الزوجان و إن قلّ ما لم يقصر عن التقويم كحبه من حنطه بلا خلاف في ذلك كله، و كذلك لا حد له في جانب الكثره على المشهور لقوله تعالى: وَ آتَيْتُمُ إِخِيْدَاهُنَّ قِنْطَارًا (١)، و فسر بالمال العظيم كما في مجمع البيان، و بأنه وزن أربعين أوقيه من ذهب أو فضه أو ألف و مائتا أوقيه أو سبعون ألف

على المشهور لقوله تعالى: وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا (١) و هو المال العظيم، و فى القاموس: القنطار بالكسر وزن أربعين أوقيه من ذهب، أو فضه، أو ألف دينار، أو ألف و مائتا أوقيه من ذهب، أو فضه، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائه رطل من ذهب، أو فضه، أو ملء مسك (٢) ثور ذهباً، أو فضه، و فى صحيحه الوشاء عن الرضا عليه السّلام: لو أنّ رجلاً تزوج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفاً، و لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً، و الذى جعله لأبيها فاسداً.

-دينار، أو ثمانون ألف دينار، أو مائه رطل من ذهب أو فضه، أو ملء مسك ثور ذهباً أو فضه كما فى أخبار العامه (١)، و للأخبار الكثيره عندنا.

منها: صحيح الوشاء عن الرضا عليه السّلام (لو أن رجلاً تزوج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفاً و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً، و الذى سمّاه لأبيها فاسداً) (٢)، و صحيح الفضيل عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطاها عبداً له 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) (٣)، و مرسل الشيخ فى المبسوط (تزوج الحسن عليه السّلام امرأه فأصدقها مائه جاريه مع كل جاريه ألف درهم) (٤) فضلاً عن الأخبار المتقدمه بأن المهر ما تراضى عليه الزوجان قلّ أو كثر و عن المرتضى و نسب إلى الاسكافى و الصدوق المنع من الزيادة عن مهر السنه الذى هو خمسمائه درهم، بحيث لو زاد المهر لردّ إليها، لخبر المفضل بن عمر (دخلت على أبى عبد الله عليه السّلام فقلت له:

أخبرنى عن مهر المرأه الذى لا يجوز للمؤمنين أن يجوزوه، فقال: السنه المحمديه خمسمائه درهم، فمن زاد على ذلك ردّ إلى السنه، و لا- شىء عليه أكثر من الخمسمائه درهم، فإن أعطاها من الخمسمائه درهم درهماً أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شىء عليه) (٥)، و هو مع ضعف سنده لا يصلح لمعارضه ما تقدم الذى فيه صحيح السند.

(١) النساء آيه: ٢٠.

(٢) بالفتح و هو الجلد.

ص: ٤٤٢

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المهور حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب المهور حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المهور حديث ٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور حديث ١٤.

(و يكره أن يتجاوز مهر السنه) (١) و هو ما أصدقته النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم لأزواجه جمع (و هو خمسمائه درهم) قيمتها خمسون ديناراً، و منع المرتضى من الزيادة عليها (٢)، و حكم بردّ من زاد عنها إليها، محتجاً بالإجماع (٣)، و به خبر ضعيف لا يصلح حجه، و الإجماع ممنوع، و جميع التفسيرات السابقه للقنطار ترد عليه، و الخبر الصحيح حجه بينه، نعم يستحب الاقتصار عليه (٤) لذلك (٥).

(و يكفى فيه (٦) المشاهده (٧) عن اعتباره) بالكيل، أو الوزن، أو العدد كقطعه (١) يستحب أن يكون المهر مهر السنه و هو خمسمائه درهم بلا خلاف فيه للأخبار الكثيره.

منها: صحيح حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: قال أبي: ما زوج رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم شيئاً من بناته، و لا تزوج شيئاً من نسائه على أكثر من اثنتي عشرة أوقيه و نش، و الأوقيه أربعون و النش عشرون درهما) (١)، و خبر عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (مهر رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم نساء اثنتي عشرة أوقيه و نش، و الأوقيه أربعون درهما و النش نصف الأوقيه و هو عشرون درهما) ٢، و لخبر الحسين بن خالد (سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنه كيف صار خمسمائه؟ 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 يصلّي على محمد و آله مائه مره ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين، إلا زوجة الله حوراء عيناء و جعل ذلك مهرها، ثم أوحى الله إلى نبيه صَلَّى الله عليه و آله و سلم أن سنّ مهور المؤمنات خمسمائه درهم، ففعل ذلك رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم، و أيّما مؤمن خطب إلى أخيه حرمة فبذل له خمسمائه درهم فلم يزوجه فقد عقه و استحق من الله عز و جل أن لا يزوجه حوراء) ٣.

(٢) على الخمسمائه درهم.

(٣) و هو عجيب مع ذهاب الأكثر إلى خلافه.

(٤) على مهر السنه.

(٥) للخبر الذي استدل به المرتضى، و كذا لغيره، و لأن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم أمهر نساءه أجمع به.

(٦) في المهر.

(٧) لما كان النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقيه، لأن الركن الأعظم فيه الزوجان فيكون المهر دخيلاً فيه، و لذا لم يعتبر في العلم به ما يعتبر في غيره من أعواض العقود كالبيع، -

ص: ٤٤٣

من ذهب مشاهده لا- يعلم وزنها، وقبه من طعام لا يعلم كيلها، لارتفاع معظم الغرر بالمشاهده، و اغتفار الباقي (١) فى النكاح، لأنه (٢) ليس معاوضه محضه بحيث ينافيه ما زاد منه (٣).

و يشكل الحال لو تلف (٤) قبل التسليم، أو بعده و قد طلقها قبل الدخول (٥). و لو لم يشاهد (٦) اعتبر التعيين قدرا (٧)، و وصفا إن كان مما يعتبر به (٨)، أو وصفا خاصه (٩) إن اكتفى به (١٠) كالعبد (و لو تزوجها على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم فهو خمسمائه درهم) (١١)، للنص، و الإجماع، و بهما يندفع الإشكال - و تكفى المشاهده عن اعتباره بالكيل أو الوزن أو العد و لو كان واحدا منها بلا خلاف فيه لخبر البنظى عن الرضا عليه السلام فى حديث (و قد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يتزوج المرأه على السوره من القرآن و على الدرهم و على القبضه من الحنطه) (١)، و مثلها غيرها.

(١) أى الباقي من الغرر.

(٢) أى النكاح.

(٣) من المهر المشاهد.

(٤) أى المهر.

(٥) فيجب عليها ردّ النصف لو كان الطلاق بعد التسليم، و يجب عليه دفع النصف لو كان الطلاق قبل التسليم، و الاشكال مدفوع بأن الوجه هو الرجوع إلى الصلح إذ لا طريق غيره.

(٦) أى المهر فيجب التعيين فيه لعدم تحقق المشاهده الكافيه فى رفع الغرر.

(٧) أى لا بد من تقديره بالكيل أو الوزن أو العد إذا كان واحدا منها.

(٨) أى إن كان المهر مما يعتبر تعيينه بالقدر.

(٩) إذا كان القدر غير معتبر فى التعيين كما لو كان المهر عينا خارجيه غائبه فيكفى و صفها.

(١٠) بالوصف.

(١١) لو تزوجها على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم و لم يسمّ مهرا، كان مهرها خمسمائه درهم بلا خلاف فيه لخبر أسامه بن حفص و كان قيما لأبى الحسن موسى عليه السلام (قلت له: رجل -

ص: ٤٤٤

مع جهل الزوجين، أو أحدهما بما جرت به السنه منه (١)، و بقبوله (٢) الغرر كما تقرر.

(و يجوز جعل تعليم القرآن مهرا) (٣)، لروايه سهل الساعدي المشهوره فيعتبر -يتزوج امرأه و لم يسم لها مهرا 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، قلت: يقولون:

مهر نساءها، فقال: مهر السنه، و كلما قلت له شيئا قال: مهر السنه(١) و كون المهر على كتاب الله مع أنه لم يدل عليه بخصوصه و إنما من ناحيه قوله تعالى: وَ مَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ، و قد تقدم في الأخبار أن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم أمره نساءه و بناته ذلك.

ثم لو علم كل من الزوجين مقدار مهر السنه و قد قصدها في متن العقد فهو، و أما مع جهلها أو علمها به مع عدم القصد فيشكل تحديد المهر بالخمسمائه مع عدم قصدهما لو لا إطلاق النص المتقدم.

(١) من المهر.

(٢) أى قبول النكاح.

(٣) قد عرفت اعتبار العلم بالمهر و لو كان بالمشاهده، و عليه فلو أصدقها تعليم سورته و جب تعيينها لرفع الجهالة الموجه لرفع الغرر، و السور تختلف أفرادها اختلافا شديدا، و عليه فلو أبهم فسد المهر و كان لها مع الدخول مهر المثل، و يظهر من سيد الرياض أن جهالة السوره مغتفره هنا، لخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (جاءت امرأه إلى النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم فقالت: زوجني فقال رسول الله: من لهذه؟ فقام رجل، فقال: أنا يا رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم زوجنيها، فقال: ما تعطيها، فقال: ما لى شيء، قال: لا.

فأعادت فأعاد رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم الكلام فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم فى المره الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه(٢)، و فى غوالى اللثالى (روى سهل الساعدي أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم جاءت إليه امرأه فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسى لك، فقال صَلَّى الله عليه و آله و سلم: لا إربه لى فى النساء، فقالت: زوجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها، فقال: هل معك شيء تصدقها؟ فقال: و الله ما معى إلا ردائى هذا، فقال:-

ص: ٤٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المهور حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المهور حديث ١.

تقديره (١) بسوره معينه، أو آيات خاصه، و يجب حينئذ (٢) أن يعلّمها القراءه الجائزه شرعا، و لا يجب تعيين قراءه شخص بعينه (٣) و إن تفاوتت فى السهوله و الصعوبه، و لو تشاحا فى التعيين قَدَم مختاره، لأنّ الواجب فى ذمته منها (٤) أمر كلى فتعيينه إليه (٥) كالدين (٦).

و حدّ التعليم أن تستقل بالتلاوه (٧)، و لا يكفى تتبعها نطقه، و المرجع فى قدر المستقلّ به (٨) إلى العرف فلا يكفى الاستقلال بنحو الكلمه و الكلمتين، و متى -إن أعطيتها إياه تبقى و لا رداء لك، هل معك شىء من القرآن؟ فقال: نعم سوره كذا و كذا، فقال صلّى الله عليه و آله و سلّم: زوجتكها على ما معك من القرآن(١).

و الثانى ظاهر فى تعيين السور التى وقعت مهرا، و تعيينه هو الموافق للقواعد فلا بد من المصير إليه، و على كل فعن الأكثر لا يجب تعيين قراءه من القراءات السبع، لعدم تعيينها من قبل النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم على الرجل فى روايه سهل الساعدى و غيره، و عن البعض أنه يجب التعيين لاختلاف القراءات اختلافا شديدا، و فيه: إن القراءات السبع غير متواتره عن النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم كما حرر فى محله و ذكرنا شيئا منه فى بحث القراءه من كتاب الصلاه، على أن القراءات غير منحصره فى السبع، فضلا عن تواتر نصوصنا(٢) بأن القرآن واحد قد نزل من عند الواحد و إن أمرنا بقراءه القرآن كما يقرؤه الناس إلى حين ظهور الحجه عليه السّلام و عجل الله تعالى فرجه.

(١) أى تقدير المهرا.

(٢) أى حين كون تعليم القرآن مهرا.

(٣) من القراءات السبع أو العشره أو غيرهم.

(٤) من القراءه.

(٥) أى فتعيين الأمر الكلى إلى الزوج.

(٦) أى كما أن الدين أمر كلى يقدم مختاره عند التشاح كذلك هنا.

(٧) حدّ التعليم أن تستقل بالتلاوه، لأنه المفهوم عرفا، و لا يكفى تتبع نطقه، و لو استقلت بالتلاوه ثم نسيت الآيه الأولى بعد تلقين الثانى لم يجب إعادته التعليم، لأنّ تعليم السوره لا يمكن إلا بتعليم آيه آيه و المفروض استقلالها بتلاوه الآيه الأولى و قد تم قبل النسيان.

(٨) بحيث تستقل بتلاوه قدر من السوره يصدق عرفا أنها قد تعلمت و لا يكفى استقلالها-

ص: ٤٤٤

صدق التعليم عرفا لا يقدح فيه (١) نسيانها ما علمته و إن لم تكن قد أكملت جميع ما شرط، لتحقق البراءة (٢)، و لو تعذر تعلمها لبلادتها، أو موتها، أو موت الزوج حيث يشترط التعليم منه، أو تعلمت من غيره فعليه أجره المثل (٣)، لأنها عوضه (٤) حيث يتعذر، و لو افتقرت (٥) إلى مشقه عظيمه (٦) زائده على عادة أمثالها لم يبعد الحاقه (٧) بالتعذر، و كذا القول فى تعليم الصنعه (٨).

(و يصح العقد الدائم من غير ذكر المهر) (٩).

-الكلمه و الكلمتين، و عن بعض العامه كفايه تلاوه ثلاث آيات، لأنها مقدار أقصر سوره و هى سوره الكوثر، و فى الجميع نظر لأن المطلوب تعليم السوره، و تعليمها متوقف على استقلالها بتلاوتها بتمامها فلا معنى حينئذ للقدر العرفى أو غيره.

(١) فى التعليم.

(٢) أى براءه ذمه الزوج لصدق التعليم قبل النسيان.

(٣) أى على الزوج أجره مثل هذا التعليم، لأن أجره المثل هى قيمه المهر المتعذر، و لأنه يجب على الزوج ايصاله إلى الزوجه و إذا تعذر عينه ثبتت قيمته.

(٤) أى لأن أجره المثل عوض التعليم.

(٥) أى الزوجه.

(٦) فى التعلم.

(٧) أى إلحاق تعليمها، لأنه حرج و هو منفى.

(٨) بأن أمهرها تعليم صناعه الحياكه، و قد تعلمتها من غيره فعليه أجره المثل، و لو احتاجت إلى شقه زائده فى تعلمها ألحقت بالتعذر.

(٩) لا خلاف فى صحه العقد عند عدم ذكر المهر، لأن المهر ليس شرطا فى صحته و يشهد له قوله تعالى: لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (١)، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي (سألته عن الرجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال عليه السلام: لها مهر مثل مهور نسائها و يمتعها) (٢)، و موثق منصور بن حازم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: فى رجل تزوج امرأه و لم يفرض لها صداقا، قال عليه السلام:-

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٣٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب المهور حديث ١.

و هو (١) المعبر عنه بتفويض البضع، بأن تقول: زوجتك نفسى فيقول: قبلت، سواء أهمل ذكره أم نفيها صريحا (٢)، و حينئذ (٣) فلا يجب المهر بمجرد العقد، (فإن دخل بها فمهر المثل) (٤). و المراد به (٥) ما يرغب به فى مثلها نسباً، و سناً، و عقلاً و يساراً، و بكاره، و أصدادها، و غيرها (٦) مما تختلف به الأغراض، (و إن طلق قبل) - لا شىء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها (١)، و خبر عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل تزوج امرأة و لم يفرض لها صداقها ثم دخل بها قال عليه السلام: لها صداق نسائها) ٢، ثم لا خلاف و لا إشكال فى صحة العقد لو أهمل ذكر المهر، أو شرط عدم المسمى فى العقد، و إنما الكلام فيما لو شرط عدم المهر مطلقاً و لو بعد الدخول فالمعروف بينهم بطلان العقد، لأن الشرط فاسد لأنه غير مشروع، إذ قد دلت النصوص المتقدمة على ثبوت مهر المثل عند عدم المهر لو دخل، و دلت النصوص على أن لها المتعة لو طلقها قبل الدخول و سيأتى التعرض له، و دلت النصوص على أنه لو تراضيا بعد العقد على مهر للزم، فاشترط عدم المهر و لو بعد الدخول و عند الطلاق قبله و عند التراضى يكون على خلاف هذه النصوص فلا يكون مشروعاً، فيفسد الشرط و به يفسد العقد هذا و اعلم أن عدم ذكر المهر بالمهر فى العقد يسمى بتفويض البضع، و التفويض على قسمين تفويض البضع و قد عرفت معناه، و تفويض المهر، و هو تفويض تقدير المهر إلى أحد الزوجين أو ثالث.

(١) أى عدم ذكر المهر فى العقد الدائم.

(٢) و كان النفى للمسمى فقط، لا له و لما يثبت بعده و لو بعد الدخول.

(٣) أى حين عدم ذكر المهر.

(٤) لا خلاف فى أنه يجب مهر المثل لو دخل لما تقدم من الأخبار كصحيح الحلبي و موثق منصور بن حازم و غيرهما.

و الأخبار مشتملة على (مهور نسائها و مهر نسائها و صداق نسائها) و هى ظاهره فى مهر المثل، و المراد من المثل حال المرأة فى الشرف و الجمال و العقل و الأدب و البكاره و صراحه النسب و حسن التدبير و المعاشرة و ما شاكل من الأمور التى تختلف فيها الرغبة اختلافاً بيناً.

(٥) بالمثل.

(٦) من الشرف و الكمال و الجمال و حسن التدبير و المعاشرة.

ص: ٤٤٨

(الدخول) (١) و قبل اتفاقهما على فرض مهر (٢) (فلها المتعه) المدلول عليها بقوله (١) فلو طلق قبل الدخول مع عدم ذكر المهر فى العقد فلها المتعه و الا- مهر لها بلا- خلاف فيه و يشهد به قوله تعالى: لا- جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (١) و الأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يطلق امرأته، قال: يمتعها قبل أن يطلق، قال الله تعالى: وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ (٢) ، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يطلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، و إن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء) (٣) ، و صحيح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها، و إن لم يكن سمى لها مهراً فمتاع بالمعروف على الموسع قدره و على المقتر قدره، و ليس لها عده، تزوج إن شاءت من ساعتها) (٤) ، و مرسل البنظى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن متعه المطلقة فريضة) (٥).

و الأخير و ظاهر الأمر فى غيره دال على وجوب المتعه للمطلقة قبل الدخول عند عدم ذكر المهر بلا خلاف فيه منا، و عن مالك و جماعه من العامه استحباب المتعه نظراً إلى قوله تعالى فى آخر آيه المتعه حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٤) ، و الاحسان ظاهر فى عدم وجوب المتعه عليه، و فيه: إنه على خلاف ظاهر الأمر بالمتعه، و الأمر دال على الوجوب، و على خلاف ظاهر قوله فى نفس الآيه (حقاً)، و من هنا قيل: إن المراد بالمحسنين هم من يحسنون فعل الطاعة و اجتناب المعصيه، و خصهم بالحكم تشريفاً لهم، أو أن المراد من أراد أن يحسن فهذا طريقه و هذا حقه بأن يعطى المطلقات قبل الدخول عند عدم ذكر المهر ما فرض الله لهن من المتعه.

(٢) لو كان العقد خالياً من المهر جاز للزوجين أن يتراضيا بعد العقد على فرض مهر سواء كان بقدر مهر المثل أو أقل أو أكثر، لأن فرض المهر إليهما ابتداءً فجاز انتهاءه، و الأصل -

ص: ٤٤٩

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٣٦.

٢- (٢) الوسائل الباب ٤٨ - من أبواب المهور حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ٤٨ - من أبواب المهور حديث ٧ و ٨ و ٢.

٤- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٣٦.

تعالى: لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ (١) (حره كانت) الزوجه المفوضه (أم أمه).

والمعتبر فى المتعه (٢) بحال الزوج فى السعه و الاقتار (فالغنى) (٣) يمتّع فيه قوله تعالى: أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً (١)، و مع فرض المهر فلا متعه لها لو طلقها قبل الدخول لتحقق المهر بعد كون المتعه للمطلقه قبل الدخول و لا مهر لها.

(١)البقره آيه: ٢٣٦.

(٢)لا- إشكال و لا خلاف فى أن المعتبر فى المتعه حال الزوج بالنسبه إلى السعه و الاقتار و يشهد له قوله تعالى: عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ٢ هذا على المشهور، و عن الشيخ فى المبسوط و جماعه اعتبار حالها أيضا للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، و إن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء) (٢) و مثلها غيرها هذا و المفهوم من الآيه الكريمة و جملة من النصوص انقسام الزوج بحسب حاله إلى قسمين: الموسر و المعسر، مع أن المشهور قد قسموه إلى ثلاثة أقسام بإضافه المتوسط إليهما، و يشهد للمشهور ما فى الفقه الرضوى (و إن لم يكن سمى لها صداقا، يمتعها بشيء قلّ أو كثر على قدر يساره، فالموسع يمتع بخادم أو دابه، و الوسط بثوب، و الفقير بدرهم أو خاتم كما قال الله تعالى: وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ (٣)، و مرسل الصدوق فى الفقيه (روى أن الغنى يمتّع بدار و خادم، و الوسط يمتّع بثوب، و الفقير بدرهم و خاتم) (٤).

هذا و أرجع الشارح فى المسالك تقسيم المشهور الثلاثى إلى القسمين المذكورين، لأن التقسيم الثلاثى و إن كان هو المطابق لما عليه العرف إلا- أن الوسط ملحق بأخويه، فبعض أفراده ملحق بالأعلى و البعض الآخر ملحق بالأسفل، فهو لا يخرج عنهما، و لذا فى الفقه الرضوى بعد ذكر الأقسام الثلاثة استدلل عليه بالآيه التى ظاهرها أن التقسيم ثنائى، و هذا كاشف عن رجوع الثلاثى فى التقسيم إلى الثنائى منه.

(٣)فالغنى يمتع بالدابه كما فى الفقه الرضوى (فإن لم يكن سمى لها صداقا يمتعها بشيء

ص: ٤٥٠

١- ((١ و ٢)) سورة البقره، الآيه: ٢٣٦.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب المهور حديث ٧.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب المهور حديث ٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب المهور حديث ٣.

(بالدابه) و هي الفرس، لأنه الشائع في معناها عرفا.

والمعتبر منها (١) ما يقع عليها اسمها صغيره كانت أم كبيره، برذونا كانت أو عتيقا (٢)، -قل أو كثر على قدر يساره، فالموسع يمتّع بخادم أو دابه، والوسط بثوب، والفقير بدرهم أو خاتم كما قال الله تبارك وتعالى: وَمَتَّعُوهُمْ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ (١)، والدابه هي الفرس والمعتبر منها ما يقع اسمها صغيره أو كبيره، برذونا أو عتيقا، قاربت قيمه الثوب المرتفع والعشره دنانير أو لا.

و يمتّع الغنى بالثوب المرتفع عادة ناسبت قيمته قسيمييه أو لا، و يمتّع بعشره دنانير فأزيد، والدينار هو المثقال الشرعى، و ليس على هذين مستند كما اعترف بذلك غير واحد.

نعم ورد في الأخبار أنه يمتّع بالعبد والأمه ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان الرجل موسعا عليه متّع امرأته بالعبد والأمه، والمقتير يمتّع بالحنظه والزيب والثوب والدرهم، وأن الحسن بن علي عليهما السلام متّع امرأه له بأمه، و لم يطلق امرأه إلا متعها) (٢)، و ورد أنه يمتّع بالدار والخادم كما في مرسل الفقيه (روى أن الغنى يمتّع بدار أو خادم، والوسط يمتّع بثوب، والفقير بدرهم وخاتم) (٣).

و أما الفقير فيمتّع بالدرهم والخاتم كما في مرسل الصدوق والفقه الرضوي المتقدمين، و يمتّع بالحنظه والزيب والثوب والدرهم كما في صحيح الحلبي المتقدم، و أيضا ورد الخمار وشبهه في خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (ما أدنى ذلك المتاع إذا كان معسرا؟ قال عليه السلام: خمار أو شبهه) ٤ و أما الوسط فيمتّع ما بينهما كخمسه دنانير والثوب المتوسط وما أشبهه، و قد ورد في مرسل الصدوق المتقدم أنه يمتّع بالثوب، و حيث إن من المعلوم أن ذلك من باب المثال بعد ما في النصوص من الاختلاف و ليس ذلك من باب الحصر، فكل ما ذكره الأصحاب مع ما لم يذكره حسن، لأن المرجع في الأحوال الثلاثة إلى العرف بحسب زمان الزوج ومكانه وشأنه.

(١) من الفرس.

(٢) البرذون ما كان أبواه غير عربيين، والهجين ما كانت أمه غير عربيه، والعتيق ما كان أبواه عربيين أو أمه وحدها عربيه.

ص: ٤٥١

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب المهر حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب المهور حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب المهور حديث ٣، ٢.

قاربت قيمته (١) الثوب و العشرة الدنانير (٢) أم لا- (أو الثوب المرتفع) قيمته عادة، ناسبت قيمته قسيمه (٣) أم لا، (أو عشره دنانير) و هي المثاقيل الشرعيه.

(و المتوسط) فى الفقر و الغناء يمتّع (بخمسه دنانير، و الفقير بدينار أو خاتم) ذهب، أو فضه (٤) معتدّ به عادة (و شبهه) من الأموال المناسبه لما ذكر (٥) فى كل مرتبه، و المرجع فى الأحوال الثلاثه إلى العرف بحسب زمانه (٦) و مكانه و شأنه.

(و لا متعه لغير هذه) (٧) الزوجه: و هى المفوضه لبضعها (٨) المطلّقه قبل (١) أى ما وقع عليه اسم الفرس و الدابه.

(٢) و هما قسيما الدابه.

(٣) و هما الدابه و العشره دنانير.

(٤) لإطلاق اسم الخاتم الوارد فى الأخبار.

(٥) من الدابه و الثوب و العشره للغنى، و كذا لغيره.

(٦) أى زمان الزوج.

(٧) لا- تستحق المتعه إلا المطلّقه التى لم يفرض لها مهر و لم يدخل بها كما عليه المعظم لقوله تعالى: لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنِ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتَّعُوهُنَّ (١)، و هى ظاهره فى كون المتعه للمطلّقه قبل الدخول مع عدم فرض مهر لها، و هو المستفاد من الأخبار ففى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يطلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، و إن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتّع به مثلها من النساء) (٢).

و لا تجب المتعه لغير المذكوره فلو حصلت البيونه بين الزوجين بفسخ أو موت أو لعان أو غير ذلك، من قبله أو قبلها فلا مهر و لا- متعه للأصل بعد كون الأدله ظاهره فى المطلّقه، و هو المشهور و عن العلامه فى المختلف أن المتعه تجب فى الجميع، و عن الشيخ فى المبسوط أنها تجب فيما إذا كانت البيونه من قبله دون ما لو كان من قبلها خاصه، و لا دليل لهما إلا المشابهه و هى قياس لا نقول به.

نعم يستحب المتعه لكل مطلقه و إن لم تكن مفوضه كما عن بعضهم للتسامح فى أدله السنن.

(٨) و قد عرفت أن تفويض البضع هو عدم ذكر المهر فى العقد.

ص: ٤٥٢

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب المهور حديث ٧.

الدخول و الفرض (١)، لكن يستحب لو فارقتها بغير الطلاق من لعان و فسخ، بل قيل بوجوبه حينئذ (٢)، لأنه في معنى الطلاق.

و الأول أقوى، لأنه (٣) مدلول الآيه، و أصالة البراءة في غيره (٤) تقتضى العدم. و ألحق بهذه (٥) من فرض لها مهر فاسد (٦)، فإنه (٧) في قوه التفويض، و من فسخت في المهر قبل الدخول بوجه مجوز (٨).

(و لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز و صار لازما) (٩)، لأن الحق فيه (١) أى و قبل فرض المهر.

(٢) لو فارقتها بغير طلاق.

(٣) أى الطلاق.

(٤) أى غير الطلاق.

(٥) أى المفوضه.

(٦) أى فرض لها مهر بعد تفويض البضع، و قد تبين فساد المهر كما لو فرض لها مهر لا يملكه المسلم، و أشكل عليه في الجواهر بأنها داخله في المفوضه موضوعا بعد فساد فرض المهر و لا داعى لإثبات حكمها لها.

(٧) أى فساد المهر المفروض.

(٨) الوجه المجوز للفسخ هو الخيار، فلو كان لها خيار في المهر ففسخت به قبل الدخول فهي في قوه المفوضه فيلحقها حكمها.

(٩) قد ذكر غير واحد أن المفوضه لها المطالبه بفرض المهر بعد خلو العقد عن المهر و هو الظاهر من قوله تعالى: أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً (١)، و لأن فرض المهر إليهما ابتداء فجاز انتهاء، سواء كان المهر المفروض بقدر مهر المثل أو أقل أو أزيد، و سواء كانا عالمين أو جاهلين أو كان أحدهما عالما و الآخر جاهلا، ثم إن اتفقت هي و الزوج على قدر معين صح و لم يكن لها غيره، كما لو عيناه في العقد مع أنه ليس لأحدهما بعد التعيين الرجوع فكذلك هنا بعد الاتفاق.

و إن اختلفا بأن فرض لها الزوج أقل من مهر المثل و لم ترض به، فإن كان مفروضه بقدر مهر السنه فصاعدا ففي لزومه من طرفها وجهان كما في المسالك من أنه لو فوض إليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه، و من أن البضع يقتضى مهر المثل -.

ص: ٤٥٣

لهما، زاد عن مهر المثل أم ساواه أم قصر. فإن اختلفا (١) قيل: للحاكم فرضه بمهر المثل، كما أن له تعيين النفقة للزوجه على الغائب، و من جرى مجراه (٢).

و يحتمل ابقاء الحال (٣) إلى أن يحصل أحد الأمور الموجبه للقدر (٤)، أو المسقطه للحق، لأن ذلك لازم التفويض الذى قد قدما عليه.

(و لو فوضا) فى العقد (تقدير المهر إلى أحدهما صح) (٥) و هو المعبر عنه -و إن فرض بها الزوج أقل من مهر السنه لم يقع بغير رضاها اتفاقا و حينئذ إن ترافعا للحاكم فرض لها مهر المثل من غير زياده و لا نقصان، و قيل: لا يصح فرض الحاكم لها لأن الفرض منه إثبات المهر فى ذمه الزوج، و ذلك منوط بتراضى الزوجين و لا-مدخل لغيرهما فيه، و يضعف بأن سبب المهر حاصل من العقد، و العقد صادر برضا الزوجين و إنما الحاكم يقطع الخصومه بتقديره و يرفع المنازعه كما يقدر النفقه الواجبه للزوجه على الغائب.

(١) و كان مفروضه أقل من مهر السنه.

(٢) كالمجنون.

(٣) من المنازعه بين الزوجين و هو مبنى على أن الحاكم ليس له فرض المهر.

(٤) أى لقدر المهر كالدخول الموجب لمهر المثل أو الطلاق الموجب للمتعه، أو الموت المقتضى لسقوط الحق و نحوه من الفسخ و اللعان.

(٥) قد عرفت أن التفويض على قسمين:

الأول: تفويض البضع و هو عدم ذكر المهر فى العقد.

و الثانى: تفويض المهر و هو أن يذكر المهر فى العقد اجمالا و يفوض تقديره إلى أحد الزوجين بعينه كما اقتصر عليه المحقق فى الشرائع و العلامه فى التحرير، أو يفوض التقدير إليهما كما يظهر من الخلاف و المبسوط و السرائر و المسالك، و قال الشارح فى الأخير: (و لا إشكال فى جوازه أيضا)، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

أو يكون التقدير للأجنبى كما فى القواعد على إشكال، و وجه الاشكال أن المهر حق متعلق بالزوجين فلا يتعدى إلى غيرهما بغير إذن شرعى، و المنصوص هو أحد الزوجين ففى خبر زراره (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأه على حكمها، قال: لا يجاوز حكمها مهور آل محمد اثنتى عشره أوقيه و نشأ، و هو وزن خمس مائه درهم من -

ص: ٤٥٤

بتفويض المهر، بأن تقول: زوجتك نفسى على أن تفرض من المهر ما شئت أو ما شئت.

فى جواز تفويضه إلى غيرهما، أو إليهما

و فى جواز تفويضه (١) إلى غيرهما (٢)، أو إليهما معا وجهان: من عدم (٣) النص، و من أنه (٤) كالنائب عنهما و الوقوف مع النص (٥) طريق اليقين (و لزم ما حكم به الزوج مما يتمول) (٦) و إن قلّ (و ما حكمت به الزوجه إذا لم يتجاوز مهر) - الفضة(١) و فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل تزوج امرأه على حكمه فمات أو ماتت)٢ و فى صحيح الأحول (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل تزوج امرأه بحكمها ثم مات قبل أن تحكم...٣) و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يفوّض إليه صداق امرأته)٤ و هذه النصوص صريحة فى كون التفويض إلى أحدهما، و لم تصرح بكون التفويض إليهما، فلو كان التفويض للأجنبى ممنوعا لأنه غير منصوص لوجب منع التفويض إليها أيضا لأنه غير منصوص، مع أنه مظنه النزاع و الاختلاف أيضا.

(١) أى المهر.

(٢) أى غير الزوجين و هو الأجنبى.

(٣) دليل عدم التفويض.

(٤) أى و من أن غيرهما، و هو دليل التفويض.

(٥) ترجيح للأول، هذا و لم يذكر الوجهين الواردين فى التفويض إليهما، نعم عدم النص يجرى فى التفويض إليهما كدليل لعدم الجواز، و قد حكم بالوقوف مع النص القاضى بعدم التفويض إليهما مع أنه فى المسالك قد حكم بالتفويض إليهما و أنه لا إشكال فى جوازه.

(٦) إذا فرض تقدير المهر إلى الزوج كان له الحكم بما شاء من قليل أو كثير، بحيث لا تقدير له فى طرف القله و لا الكثرة، و إذا فرض التقدير لها لم يتقدر من طرف القله و يتقدر فى طرف الكثرة بمهر السنه للأخبار.

منها: خبر زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل تزوج امرأه على حكمها، قال: لا يجوز حكمها مهر آل محمد اثنتى عشره أوقيه و نشا، و هو وزن خمس مائه درهم من الفضة.-

ص: ٤٥٥

(السنه) و هو خمسمائه درهم، و كذا الأجنبي لو قيل به (١)، لروايه زراره عن الباقر عليه السّلام، و علّله (٢) بأنه «إذا حكّمها لم يكن لها أن تتجاوز ما سنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم و تزوج عليه نساء، و إذا حكّمته فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان، أو كثيرا».

قلت: أ رأيت إن تزوجها على حكمه و رضيت بذلك فقال: ما حكم من شيء فهو جائز عليها قليلا كان أو كثيرا، فقلت له: فكيف لم تجز حكمها عليه و أجزت حكمه عليها؟ فقال: لأنه حكّمها فلم يكن لها أن تجوز ما سنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم و تزوّج عليه نساءه فرددتها إلى السنه، لأنها هي حكّمته و جعلت الأمر إليه في المهر و رضيت بحكمه في ذلك، فعليها أن تقبل حكمه قليلا أو كثيرا(١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (في رجل تزوج امرأه على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعه و الميراث و لا مهر لها، قلت: فإن طلقها و قد تزوجها على حكمها، قال: إذا طلقها و قد تزوجها على حكمها لم تجاوز حكمها عليه أكثر من وزن خمسمائه درهم فضه، مهوور نساء رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم)٢.

و هذا الحكم متفق عليه و يؤيده أنه على تقدير كون الحكم إليه فلا تحديد في الكثرة لأن حكمه بها على نفسه و هو جائز، و لا تحديد في القله بعد رضاها به بشرط كونه مما يتمول، و أما على تقدير كون الحكم إليها فلا تحديد في القله لأنه حقها و قد حكمت به على نفسها و هو جائز، و أن الكثرة لا تجاوز مهر السنه لأنها لما كانت هي الحاكمه فلو لم يقدر لها حد فربما حكمت بما فيه إجحاف عليه و لما كان خير الحدود ما حدّه رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم جعل ذلك حدا، نعم لا يعارض ذلك إلا خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يفوّض إليه صداق امرأته فنقص عن صداق نساؤها، قال: تلحق بمهر نساؤها)٣، و هو مخالف لما تقدم من أنه لا تحديد في جانب القله لو كان هو الحاكم، و لكنه محمول على الاستحباب كما عن المحدث الكاشاني، أو على كون الزوج قد فوّض إليه بأن يجعل المهر مهرا للمثل و قد أخطأ في تقديره، و الثاني بعيد.

(١) لو قيل بتحكيمة، و ظاهره أنه لا يجاوز حكمه مهر السنه، لأن الحاكم لما كان غير الزوج أشبه المرأه فناسب أن لا يزيد على مهر السنه كحكمها.

(٢) أي الإمام المعصوم عليه السّلام.

ص: ٤٥٦

(و لو طلق قبل الدخول (١) فنصف ما يحكم به الحاكم) (٢)، لأن ذلك هو الفرض الذى ينتصف بالطلاق، سواء وقع الحكم قبل الطلاق أم بعده، و كذا لو طلقها بعد الدخول لزم الحاكم الفرض (٣) و استقر (٤) فى ذمه الزوج.

(و لو مات الحاكم قبل الدخول، و الحكم (٥) فالمرى) فى صحيحه محمد بن (١) لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم ألزم من إليه الحكم أن يحكم مقدمه لإيصال الحق إلى أهله، و لو طلقها قبل الدخول و بعد الحكم لم يكن الطلاق مسقطاً للحكم للأصل و لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

و على كل كان لها النصف من ذلك، لأن المهر ينصف بالطلاق قبل الدخول.

(٢) و هو من إليه الحكم من الزوجين أو الأجنبي.

(٣) أى فرض المهر.

(٤) أى الفرض بتمامه من دون تنصيف لاستقراره بالدخول.

(٥) لو مات الحاكم قبل الحكم و بعد الدخول فلا خلاف بينهم فى أن لها مهر المثل، و كذا لا خلاف فى أنه لو مات بعد الحكم و بعد الدخول فلها ما حكم به، أما لو مات قبل الدخول، و كان موته قبل حكمه فعن الشيخ فى النهايه و القاضى و ابن حمزه و الصدوق فى المقنع و العلامه فى المختلف و ولده فى الشرح و الشهيد فى شرح الارشاد بل عن الأكثر كما فى المسالك أن لها المتعه لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل تزوج على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعه و الميراث و لا مهر لها) (٢).

و عن العلامه فى القواعد أن لها مهر المثل، لأن المذكور فى العقد أصل المهر و لم يتعين، و إذا تعذر تعيينه بموت الحاكم و جب الرجوع إلى مهر المثل، لأنه عوض البضع، و فيه:

إن مهر المثل إنما يكون عوضاً للبضع مع الدخول، أما بدونه فلا، و مجرد العقد لا يقتضى مهر المثل بالإضافة إلى أنه اجتهاد فى قبال النص الصحيح السابق فلا يسمع.

و ذهب ابن إدريس إلى عدم ثبوت شىء لا- متعه و لا غيرها، و هو المنسوب للشيخ فى الخلاف و ابن الجنييد بدعوى أن مهر المثل لا يجب إلا بالدخول و هو منتف هنا، و المتعه لا تجب إلا بالطلاق و هو منتف أيضاً، و الأصل براءة الذمه من شىء آخر، و إلحاق موت الحاكم بالطلاق قياس لا نقول به، و جوابه أنه اجتهاد فى قبال النص الصحيح المتقدم فهو غير مسموع.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المهور حديث ٢.

مسلم عن الباقر عليه السّلام فى رجل تزوج امرأه على حكمها، أو حكمه فمات، أو ماتت قبل الدخول: (أنّ لها المتعه)، و الميراث، و لا مهر لها، و يؤيده أنّ مهر المثل لا يجب إلا مع الدخول و لم يحصل (١)، و لا مسمى (٢) و لا يجوز اخلاء النكاح عن مهر فتجب المتعه، إذ لا رابع.

و قيل: يثبت لها مهر المثل، لأنّه (٣) قيمه المعوّض (٤) حيث لم يتعين غيره، و لأنّ المهر المذكور (٥) غايته أنّه مجهول، فإذا تعذرت معرفته وجب الرجوع إلى مهر المثل.

و هو غير مسموع فى مقابل النص الصحيح.

و لا فرق مع موت الحاكم بين موت المحكوم عليه معه (٦)، و عدمه (٧) عملاً بإطلاق النص (٨).

(و لو مات المحكوم عليه) وحده (فللحاكم الحكم) (٩)، إذ لا يشترط حضور المحكوم عليه عنده، و التفويض إليه قد لزم بالعقد فلا يبطل بموت المحكوم عليه، (١) أى الدخول.

(٢) أى و لا مسمى فى متن العقد حتى يلتزم به.

(٣) أى مهر المثل.

(٤) أى البضع.

(٥) بمعنى أن أصل المهر المذكور فى متن العقد.

(٦) مع موت الحاكم.

(٧) أى و عدم موت المحكوم عليه.

(٨) و قال سيد الرياض: (مع عدم القائل بالفرق).

(٩) بلا- خلافاً فيه كما فى الرياض لإطلاق الأدله، و لأن التفويض إلى الحاكم قد ألزم بالعقد فلا يبطل بموت المحكوم عليه البته، و لأصالة بقاءه، و صحيح محمد بن مسلم المتقدم لا يعارضه لأنه ظاهر فى موت الحاكم، لا فى موت المحكوم، نعم فى صحيح الأحول (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل تزوج امرأه بحكمها ثم مات قبل أن تحكم، قال:

ليس لها صداق و هى ترث) (١)، و هو شاذ لا يمكن التعويل عليه بعد الاعراض عنه.

ص: ٤٥٨

و لأصالة بقاءه، و النص لا يعارضه.

و ربما قيل بأنه مع موت الحاكم لا شيء (١).

و هو ضعيف (و لو مات أحد الزوجين مع تفويض البضع (٢) قبل الدخول فلا شيء) لرضاهما بغير مهر، و لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول: «إن كان فرض لها مهرا فلها، و إن لم يكن فرض مهرا لها فلا مهر لها». و هذا مما لا خلاف فيه ظاهرا.

مسائل عشر

إشارة

و هنا (مسائل عشر)

الأولى - الصداق يملك بأجمعه بالعقد

(الأولى - الصداق يملك بأجمعه) للزوجه (بالعقد) (٣) ملكا متزلزلا، و يستقر (١) أى لا شيء للمحكوم لو مات و قد مات معه الحاكم، و هذا لا يتم إلا- على مبنى ابن إدريس من أنه لو مات الحاكم فلا متعه و لا مهر سواء مات معه المحكوم أو لا، و قد عرفت ضعفه.

(٢) أى مع عدم ذكر المهر أصلا فى العقد، و أيضا مع عدم فرض المهر فلا شيء لها، لأن المهر ثابت عند الفرض أو الدخول و كلاهما منتفیان بحسب الفرض، و لا متعه لها لأنها مختصة بالطلاق، و يشهد للحكم صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها: إن كان فرض لها مهرا فلها مهرا الذى فرض لها و لها الميراث و عدتها أربعة أشهر و عشرا كعده التى دخل بها، و إن لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر لها و عليها العده و لها الميراث) (١).

(٣) تملك المرأة بالعقد جميع المهر و إن لم يستقر الملك إلا- بعد الدخول على المشهور لإطلاق قوله تعالى: وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ (٢) الشامل لما قبل الدخول و بعده، و للأخبار الكثيره.

منها: موثق عبيد بن زراره (قلت لأبى 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 عليه السلام: إن كان الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها، و إن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها-

ص: ٤٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٢٢.

٢- (٢) سورة النساء، آية: ٤.

بأحد أمور أربعة: الدخول إجماعاً (١)، ورده الزوج عن فطره (٢)، و موته و موتها في الأشهر (٣)، -و لم يرجع من الأولاد بشيء (١) و في روايه أخرى (ساق إليها غنما و رقيقاً فولدت الغنم و الرقيق) فلو لم يكن المهر بتمامه لها لما كان النماء بتمامه لها، و لأن الصداق عوض البضع فإن ملك الزوج البضع بالعقد و جب أن تملك المرأة عوضه - و هو المهر - به، لأن ذلك مقتضى المعاوضه.

و عن ابن الجنييد أنها تملك نصف المهر بالعقد و النصف الآخر بالدخول لخبر يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج) (٢)، و خبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها) (٣).

و الترجيح للطائفة الأولى لموافقته الآيه، و لإمكان الجمع بين الأخبار بحمل الوجوب في الروايتين على الوجوب المستقر الثابت غير المتزلزل.

(١) لا خلاف و لا إشكال في أنه لو دخل بها استقر المهر للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أدخله و جب الغسل و المهر و العده) (٢)، و صحيح الحلبي عنه عليه السلام (إذا التقى الختانان و جب المهر و العده و الغسل) (٥) و مثلها غيرها، و الدخول هو الوطء قبلاً أو دبراً.

(٢) قد تقدم في المسألة الحادية عشره من محرمات النكاح ما لو ارتدت الزوجه قبل الدخول فلا شيء لها لأن الفسخ جاء من قبلها، و لو ارتد الزوج فلها نصف المهر قياساً لارتداده على طلاقه و أن الأقوى هو ثبوت المهر بتمامه، و لو كان الارتداد بعد الدخول فلا يسقط شيء من المهر لاستقراره بالدخول.

(٣) فالأشهر أنه يثبت المهر بتمامه بموت أحد الزوجين لخبر منصور بن حازم (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة و سمى لها صداقاً ثم مات عنها و لم يدخل بها؟ قال عليه السلام: لها المهر كاملاً و لها الميراث، قلت: إنهم رووا عنك أن لها نصف المهر، قال عليه السلام: لا- يحفظون عني إنما ذلك للمطلقه) (٤) و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في المتوفى عنها زوجها: (إذا لم يدخل بها إن كان فرض لها مهرها فلها مهرها الذي فرض لها و لها الميراث) (٧)، و خبر سليمان بن خالد (سألته عن المتوفى عنها زوجها-

ص: ٤٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب المهور حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المهور حديث ٦ و ٧.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المهور حديث ١ و ٣.

٤- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٢٤ و ٢٢.

(و لها التصرف فيه قبل القبض) (١) إذ لا مدخله للقبض هنا في الملك، سواء طلقها قبل الدخول (٢) أم لا و إن رجع إليه نصفه بالطلاق (٣) (فلو نما) بعد العقد - لم يدخل بها؟ قال: إن كان فرض لها مهرا فلها مهرها و عليها العده و لها الميراث(١) و مثلها غيرها.

و المشهور بين قدماء الطائفة و جماعه من المتأخرين أنه لا يستقر بموت أحدهما، بل حكم موت أحدهما حكم الطلاق من تنصيف المهر للأخبار.

منها: موثق عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه و لم يدخل بها؟ قال عليه السلام: إن هلكت أو هلك أو طلقها و لم يدخل بها فلها النصف و عليها العده كمالا و لها الميراث(٢) ، و صحيح زراره (سألته عن امرأه تموت قبل أن يدخل بها أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها؟ قال: أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها، و إن لم يكن فرض لها فلا مهر لها(٣) و الترجيح للطائفة الثانية، لأن الأولى محموله على التقيه كما قيل، بل لا يوجد من صرح بكون المهر لها عند موت أحد الزوجين إلا خبر منصور بن حازم المتقدم، و أما البقيه فهي مخصوصه بما إذا مات الزوج فقط، و يبقى حكم ما لو ماتت الزوجه فأولياؤها نصف المهر جمعا بين الأخبار، و هذا ما ذهب إليه الشيخ و جماعه من المتأخرين.

(١) و هذا مبني على كون المرأة تملك تمام المهر بالعقد، و عليه فيجوز لها التصرف في المهر قبل القبض و بعده على المشهور لعموم (الناس مسلطون على أموالهم)(٤).

و عن الشيخ في الخلاف المنع من التصرف قبل القبض للنهي عن بيع ما لم يقبض(٥) ، و فيه: إن النهي عن البيع قبل القبض لا يدل على منع مطلق التصرف الذي ادعاه، على أن النهي مختص بالبيع بعد الشراء و هو خارج محل النزاع هنا، فضلا عن كون النهي محمولا على الكراهه كما قد تقدم في كتاب البيع.

(٢) رد على الاسكافي حيث ذهب إلى أنها تملك النصف بالعقد و النصف الآخر بالدخول و قد تقدم.

(٣) أي الطلاق قبل الدخول كما سيأتي.

ص: ٤٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٢ و ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٧.

٤- (٤) البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١ و ١١ و ١٢ و ١٥.

(كان) النماء (لها) خاصة، لروايه عبيده بن زراره عن الصادق عليه السّلام في زوج [رجل] ساق إلى زوجته غنما و رقيقا فولدت له عندها و طلقها قبل أن يدخل فقال: «إِنْ كُنَّ حَمْلًا عِنْدَهُ فَلَهُ نِصْفُهَا وَ نِصْفُ وَلَدِهَا، وَ إِنْ كُنَّ حَمْلًا عِنْدَهَا فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْأَوْلَادِ» (فإن تعقبه طلاق قبل الدخول ملك الزوج النصف حينئذ) (١) و لا شيء له في النماء (٢)، ثم إن وجدته باقيا على ملكها أجمع أخذ نصفه (٣)، و إن (١) لا- خلاف و لا إشكال في أنه يسقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، فإن كان قد دفع لها المهر استعاد نصفه و إلا- أعطاه النصف خاصة لقوله تعالى: «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١)»، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال عليه السلام: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئا) (٢)، و صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها) (٣) و مثلها غيرها.

(٢) أى نماء المهر الحاصل قبل الطلاق بناء على أنه لها بتمامه بالعقد.

(٣) اعلم أن المهر إما أن يكون دينا أو عينا، و على الأول فإذا طلقها قبل الدخول برئ من نصفه و وجب عليه دفع النصف و هو واضح.

و على الثانى فلو كان عينا فلا يخلو إما أن يكون قد سلمها إياه أو لا، فمع عدم التسليم إلى الزوجه فإن كانت عين المهر باقيه إلى الطلاق من غير زياده و لا نقصان استحق نصف العين بالطلاق، و صار كل من المطلق و المطلقة شريكين فيها.

و لو كانت عين المهر و قد زادت و كانت الزيادة من الله تعالى فهي للزوجه لما عرفت من أنها تملك المهر بتمامه بالعقد، و إن كانت الزيادة بفعله فإن أذنت له بالتصرف كانت الزيادة لها و عليها أجره مثل عمله، و إن لم تأذن أو أذنت مجانا فالزيادة لها و لا شيء عليها.

و لو كانت عين المهر قد نقصت كان الزوج ضامنا، فعليه ضمان النقص، و لو تلفت رجعت عليه بقيمه النصف إن كان المهر قيميا، أو بنصف المثل إن كان المهر مثليا.

و على الأول - أعنى تسليم المهر إلى الزوجه - فلو طلقها قبل الدخول يرجع عليه النصف فإن وجدته تالفا رجوع بنصف مثله إن كان مثليا و بنصف قيمته إن كان قيميا.-

ص: ٤٦٢

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب المهور حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب المهور حديث ٨.

وجده تالفا، أو منتقلا عن ملكها فنصف مثله، أو قيمته (١).

ثم إن اتفقت القيمة (٢)، وإلا (٣) فله الأقل من حين العقد إلى حين التسليم، لأن الزيادة حدثت في ملكها (٤)، وإن وجده معييا (٥) رجع في نصف العين مع - ثم على فرض التلف و كان المهر قيميا و قد اختلفت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فهل يرجع بأقل القيم، لأن قيمته يوم العقد إن كانت هي الأكثر منها حين القبض فما نقص قبل القبض كان مضمونا عليه فلا يضمونها ما هو في ضمانه، و إن كانت قيمته يوم القبض أكثر فما زاد بعد العقد فهو للزوجه فلا يضمونها ما هو ملكها.

و فيه: إن القيمة السوقية غير مضمونه عليها لأن الضمان تابع لقيمه يوم التلف فقط، لأنه اليوم الذي يؤمر بضمان القيمة، و ما قبل التلف فالضمان متعلق بالعين.

هذا و في حكم التلف ما لو انتقل المهر عن ملكها انتقالا لازما كالتق و البيع و الهبه اللازمه.

(١) فنصف مثله إن كان مثليا و نصف قيمته إن كان قيميا.

(٢) فلا كلام.

(٣) و إن لم تتفق القيمة بل اختلفت من حين العقد إلى حين القبض و التسليم.

(٤) فلا يضمونها ما هو في ملكها بناء على أن قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم العقد، و لم يذكر ما لو كانت القيمة يوم العقد أكثر فلا تضمن، لأن ما نقص ما قبل القبض كان مضمونا عليه فلا يضمونها ما هو في ضمانه.

(٥) أي وجد الزوج المهر معييا عند الزوجه مثل عور الدابه أو نسيان الصنعه في العبد و الأمه إذا كان أحدهما مهرا و فيه أقوال: فعن الشيخ في المبسوط أن الزوج مخير بين الرجوع بنصف القيمة سليما، و بين أخذ نصف العين من غير أرش، أما أخذ نصف العين لقوله تعالى: فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١) و أما عدم الأرش فلحدوث النقص في يدها و العين ملكها فلا تكون مضمونه عليها بخلاف ما لو تعيبت العين في يده، فهي مضمونه عليه لأنها ملك للزوجه فلها أن ترجع عليه بالأرش.

و أما الرجوع بالقيمة للعين السليمه، لتزويل العين بالتغير منزله التالفه، لأن العين على هذه الحاله من العيب غير ما فرض في متن العقد فلا تشملها الآية المتقدمه فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٢).

ص: ٤٦٣

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٢- (٢) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

الأرش (١)، و لو نقصت قيمه للسوق (٢) فله نصف العين خاصه، و كذا لو زادت (٣) و هي (٤) باقيه، و لو زاد زياده متصله (٥) كالسمن تخيرت بين دفع نصف - و فيه: إن العين قائمه فاللازم أخذها من غير انتقال إلى قيمه، و لو كان غيرها موجبا لعدم صدق ما فرض في متن العقد فلا وجه للرجوع على العين حينئذ.

هذا و عن العلامه فى القواعد و الشارح فى المسالك أن العين مضمونه على الزوجه على تقدير تلفها فتكون أجزاءها و صفاتها كذلك، و بما أن ضمان العين على تقدير التلف إنما يكون بالقيمه فضمن الأجزاء و الصفات على تقدير تلفها إنما يكون بالأرش، و الحق أن العين لا تخرج عن حقيقتها بالعيب فيرجع بنصفها و بنصف الأرش و ثالث الأقوال لابن البراج من أن النقص إن كان من فعلها أو بفعل الله سبحانه و تعالى تخير الزوج بين أخذ نصف المهر ناقصا من غير أرش و بين نصف قيمه مثل المهر السليم كما ذهب إليه الشيخ، و لو كان النقص من قبل أجنبي و لم يكن للأجنبي سبيل على المهر فيرجع الزوج بنصف قيمه يوم القبض، و شقه الأول يظهر ضعفه مما تقدم، و يظهر ضعف الشق الثانى أن الضمان ليوم التلف لا ليوم القبض كما سمعت. و قد تردد المحقق فى الشرائع فى هذه المسأله و هذا هو القول الرابع.

(١) أى أرش النصف، و هو القول الثانى المتقدم.

(٢) قال فى المسالك: (و إن وجده ناقصا نقصان قيمه مع بقاء العين على حالها رجع بنصف العين من غير شىء آخر قطعا لأنها عين ما فرض بغير إشكال) انتهى، هذا و الفرق بينه و بين ما تقدم من اختلاف القيمه هو أن اختلاف القيمه هنا مع بقاء العين و هناك كان الاختلاف مع تلف العين أو انتقالها عن ملكها انتقالا لازما فلا تغفل.

(٣) أى زادت عين المهر بناء على تسليمه المهر للزوجه فإن كانت الزيادة لمجرد قيمه السوق أخذ نصف العين كما لو نقصت كذلك، لأنه مع بقاء العين على حالها يتحقق نصف ما فرضتم، و إن كانت الزيادة منفصله كالولد و العين و ثمر الشجر، فهذه الزيادة للمرأة لما تقدم من ملكها للمهر بتمامه بالعقد و هذه الزيادة نماء ملكها، و يختص الرجوع للزوج بنصف الأصل و إن كانت الزيادة متصله فسيأتى بحثه، و من هنا تعرف أن مراده من الزيادة الأعم من السوقيه و المنفصله.

(٤) أى عين المهر باقيه فله نصف العين خاصه.

(٥) سواء كانت الزيادة عينا كالسمن أو صنعه كتعليم الصنعه و السوره أم عينا من وجه و صنعه من آخر كصبغ الثوب لم يستقل الزوج بالرجوع إلى نصف عين الصداق الموجود، لأن الزيادة ملكها و لا يمكن فصلها و لا تجبر على بذلها مجانا و لا بالعوض، لكنها تتخير بين دفع نصف العين المشتمله على الزيادة و بين بذل نصف قيمه مجردة عنها، فإن -

العين الزائده، و نصف القيمه من دونها (١)، و كذا لو تغيرت (٢) في يدها بما أوجب زياده القيمه كصياغه الفضة و خياطه الثوب.

و يجبر على العين لو بذلتها في الأول (٣)، دون الثاني (٤)، لقبول الفضة لما يريده منها (٥)، دون الثوب، إلا- أن يكون (٦) مفصلا على ذلك الوجه (٧) قبل دفعه إليها.

(و يستحب لها العفو عن الجميع) (٨) لقوله تعالى: **وَ أَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ** -سمحت ببذل العين أجبر على القبول لأن النفع عائد إليه و أصل حقه في العين، و يحتمل عدم وجوب قبوله العين لما فيه من المنه لها عليه في إعطائها نصف الزيادة التي هي لها، و على كل فالحكم في أصل المسألة أن له نصف قيمه العين من دون الزيادة و لا- تجبر المرأة على دفع العين مجانا و لا بعوض على المشهور، و خالف الشيخ في المبسوط أن له الرجوع بنصف العين مع الزيادة لقوله تعالى: **فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١)**، و فيه: إن الزيادة ليست مما فرض في متن العقد فلا تدخل في مدلول الآية فكيف يرجع على نصفها.

(١) أي دون الزيادة.

(٢) أي عين المهر، فالمرأه مخيره بين دفع نصف العين الزائده و بين نصف القيمه من دون الزيادة.

(٣) و هو صياغه الفضة، لقبول الفضة لما يريده الزوج من التصرف بالفضه بما شاء.

(٤) أي خياطه الثوب، لأن خياطته قد تنافى مقصود الزوج فلا يجبر على القبول.

(٥) أي لما يريده الزوج من الفضة.

(٦) أي الثوب.

(٧) أي الوجه الذي فصله الزوج قبل دفع الثوب إليها، فهو تغير في الثوب يوافق مقصوده فيجبر على القبول.

(٨) قد عرفت أن الزوج يملك نصف المهر لو طلقها قبل الدخول، و هذا يتم إذا لم تعف الزوجه عن النصف الباقي لها، و إلا فلو عفت كان جميع المهر للزوج، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ، وَ أَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى (٢)**، و للأخبار-

ص: ٤٤٥

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٢- (٢) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

و المراد بالعفو إسقاط المهر بالهبة إن كان (٢) عينا، و الإبراء (٣) و ما فى معناه (٤) من العفو و الإسقاط إن كان ديناً.

و ربما قيل بصحته (٥) بلفظ العفو مطلقاً (٦) عملاً بظاهر الآيه.

-منها: خبر إسحاق بن عمار قال: (سألت جعفر بن محمد عليه السّلام عن قول الله: إلا أن يعفون، قال عليه السّلام: المرأه تعفو عن نصف الصداق) (١).

هذا فإذا كان الصداق ديناً أو عينا و قد تلفت فى يد الزوج فيصح عفوها بلفظ العفو و الاسقاط و الابرء، لأن الابرء إسقاط ما فى الذم، و المهر بعد تلفه هو ثابت فى ذمه الزوج.

و هل يصح العفو عنه بلفظ الهبة كما عن القواعد و كشف اللثام و بلفظ التملك كما عن المسالك فيه إشكال ناشئ من أن الهبة مشروطه بالقبض و لا- يمكن للزوج قبض المهر بعد ثبوته ديناً فى ذمته، و من أن التملك مخصوص بالموجود، و الدين الثابت فى الذمه أمر معدوم غير قابل للتملك خصوصاً على نفس المديون، لأن الإنسان لا يملك ما فى ذمه نفسه نعم لو كان الصداق عينا صح تنازل الزوج عن نصفها بلفظ الهبة و التملك، و هل يصح بلفظ العفو كما عن المبسوط و التحرير لإطلاق الآيه المتقدمه إلا أن يَعْفُونَ (٢) نظراً إلى أن العفو يجىء بمعنى العطاء فيتناول الأعيان، و قيل إن المراد بالعفو هو الابرء و هذا لا مجال فيه للأعيان بل هو مختص بالدين، و أجابوا عن الآيه بأن المراد من العفو معناه لا لفظه، بمعنى إرادته حصول الملك للمعفو عنه بعبارة تفيده، و قد سمي نقل الملك بالعفو تنبيهاً على حصول فضيله العفو و المدح و إن توقف النقل على صيغه شرعيه.

(١) البقره آيه: ٢٣٧.

(٢) أى المهر.

(٣) عطف على قوله (بالهبة) و المعنى المراد بالعفو إسقاط المهر بالابرء و ما فى معناه من العفو و الاسقاط إذا كان المهر ديناً.

(٤) أى فى معنى الابرء.

(٥) أى بصحة إسقاط المهر.

(٦) سواء كان المهر عينا أم ديناً.

ص: ٤٤٤

ورده (١) إلى القوانين الشرعية أولى، والآية لا تدل على مزيد منه.

(و لوليها الإجماري) (٢) الذي بيده عقده النكاح أصله، وهو الأب و الجد (١) أي ردّ العفو الوارد في الآية إلى القوانين الشرعية من كفايه لفظ العفو إذا كان الصداق ديناً، و لا بد من لفظ الهبة و التمليك إذا كان الصداق عينا أولى، و العفو في الآية حينئذ يدل على حصول نقل الملك بعبارة تفيده، فالآية لا تدل على مزيد من العفو بعد رده إلى القوانين الشرعية.

(٢) لا- خلافاً أن من بيده عقده النكاح يجوز له العفو عن النصف الباقي فيصير تمام المهر للزوج لو طلق قبل الدخول، لقوله تعالى: إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ (١).

هذا و قد اختلف في تعيين من بيده عقده النكاح، فالمشهور بين الأصحاب هو الأب و الجد للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (الذي بيده عقده النكاح هو ولي أمرها) (٢)، و صحيح رفاعه عنه عليه السلام (عن الذي بيده عقده النكاح قال عليه السلام: الولي الذي يأخذ بعضاً و يترك بعضاً و ليس له أن يدع كله) (٣)، و المراد بالولي هو الولي الاجباري للمرأة و هو الأب و الجد على ما تقدم بيانه سابقاً في بحث أولياء الزوج.

و عن النهايه زياده الأخ للأخبار.

منها: خبر سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ، قال عليه السلام: هو الأب أو الأخ أو الرجل يوصى إليه، و الذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها فتجيز - و يتجر - فإذا عفا فقد جاز) (٣).

و قد حمل الأخ على ما لو كان وصياً أو و كيلاً لمرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (في قوله تعالى: إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ، قال عليه السلام: يعني الأب و الذي توكله المرأة و توليه أمرها من أخ أو قرابه أو غيرها) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار (سألت جعفر بن محمد عليهما السلام عن قول الله: إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ، -

ص: ٤٦٧

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المهور حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الوكالة حديث ١.

له (١) بالنسبة إلى الصغيره (العفو عن البعض) أى بعض النصف (٢) الذى تستحقه -قال: المرأه تعفو عن نصف الصداق، قلت: أو يعفوا الذى بيده عقده النكاح، قال:

أبوها إذا عفا جاز له، و أخوها إذا كان يقيم بها، و هو القائم عليها، فهو بمنزله الأب يجوز له، و إذا كان الأخ لا يهتم بها و لا يقوم عليها لم يجز عليها أمره(١) فالأول ظاهر فى توكيله و الثانى فى وصايته عليها و عن ابن البراج فى المهذب تبعاً للشيخ فى المبسوط بزياده من توليه المرأه عقدها لمرسل ابن أبى عمير المتقدم (و الذى توكله المرأه و توليه أمرها من أخ أو قرابه أو غيرها)، و فيه: إن توليه أمرها بالعقد لا يدل على جواز العفو عنها، نعم لو وكلته فى العفو جاز قطعاً.

(١) للأب.

(٢) فعلى المشهور أنه لا يجوز له العفو عن تمام النصف و إن كانت الآيه و هى (أو يعفو الذى بيده عقده النكاح)(٢) مطلقه، و ذلك للأخبار.

منها: صحيح رفاعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الذى بيده عقده النكاح فقال عليه السلام:

الولى الذى يأخذ بعضاً و يترك بعضاً و ليس له أن يدع كله)(٣)، و مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام (و متى طلقها قبل الدخول كان لأبيها أن يعفو عن بعض الصداق و يأخذ بعضاً و ليس له أن يدع كله)(٤)، و مرسل الصدوق فى الفقيه (و فى خبر آخر يأخذ بعضاً و يدع بعضاً و ليس له أن يدع كله)(٥).

فهذه الأخبار هى المقيدة لما أطلق فى الآيه، و لا يعارضها إلا خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى قوله: إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقده النكاح، قال: الذى يعفو عن الصداق أو يحطّ بعضه أو كله)(٦)، و هو ضعيف لإعراض المشهور عنه، و منه تعرف ضعف ما عن العلامة فى المختلف و ابن سعيد فى الجامع أن المصلحه إذا اقتضت العفو عن الكل جاز، و فى كشف اللثام هو الموافق للأصول.

هذا و مقتضى الأدله المتقدمه جواز العفو مع وجود مصلحه للزوجه أو لا، و منه تعرف-

ص: ٤٦٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المهور حديث ٥.

٢- (٢) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الوكاله حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المهور حديث ٢.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المهور حديث ٤ و ٦.

بالطلاق قبل الدخول، لأن عفو الولى مشروط بكون الطلاق قبل الدخول، (لا الجميع)، واحترز بالإجبارى عن وكيل الرشيد
فليس له العفو مع الاطلاق (١)، فى أصح القولين.

نعم لو وكلته فى العفو جاز قطعاً، وكذا وكيل الزوج (٢) فى النصف الذى يستحقه بالطلاق.

الثانية - لو دخل قبل دفع المهر كان دينا عليه

(الثانية - لو دخل قبل دفع المهر كان دينا عليه وإن طالت المده) (٣) - ضعف ما عن الحلبي والعلامة فى المختلف والمحقق
من اشتراط المصلحه لعدم الدليل عليه، ثم يشترط فى العفو كونه بعد الطلاق الواقع قبل الدخول وقوفا فيما خالف الأصل على
موضع الدلاله فقط.

(١) أى إطلاق الوكاله، وهذا رد على ابن البراج والشيخ.

(٢) فلو كان وكيلاً عن الزوج فى العقد لما جاز العفو، وإن كان وكيلاً عنه فى العفو لجاز قطعاً.

(٣) إذا دخل الزوج قبل تسليم المهر كان دينا عليه ولم يسقط بالدخول طالت المده أو قصرت، طالبت به أو لم تطالب على
المشهور للأخبار.

منها: صحيح البنزلى (قلت لأبى الحسن عليه السّلام: الرجل يتزوج المرأة على الصداق المعلوم فيدخل بها قبل أن يعطيها؟ فقال
عليه السّلام: يقدم إليها ما قلّ أو كثر، إلا أن يكون له وفاء من عرض إن حدث به حدث أدى عنه فلا بأس) (١)، و موثق عبد
الحميد بن عوّاض عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها، قال عليه السّلام:
لا بأس إنما هو دين لها عليه) ٢، و خبر عبد الحميد الطائى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أتزوج المرأة و أدخل بها و لا أعطيها
شيئاً، قال: نعم يكون دينا عليك) ٣.

هذا و عن الشيخ فى التهذيبين حكاية القول بالسقوط بالدخول عن بعض الأصحاب، و عن الصدوق والحلبى أنه إذا أخذت
الزوجه من المهر شيئاً قبل الدخول سقط الباقي من المهر لو دخل الزوج، و قد وردت أخبار تدل على ذلك و هى على طوائف،
فمنها ما يدل على سقوط المهر بالدخول مطلقاً كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل و
المرأة يهلكان جميعاً فىأتى ورثه المرأة فيدعون على ورثه الرجل -

ص: ٤٦٩

للأصل (١)، والأخبار، و ما روى من أنّ الدخول يهدم العاجل، أو أن طول المده -الصدّاق، فقال عليه السّلام: و قد هلك و قسّم الميراث؟ فقلت: نعم، فقال: ليس لهم شيء.

قلت: فإن كان المرأه حيّه فجاءت بعد موت زوجها تدعى صداقها، فقال عليه السّلام: لا شيء لها و قد أقامت معه مقرّه حتى هلك زوجها، فقلت: فإن ماتت و هو حيّ فجاء ورثتها يطالبونه بصداقها، قال عليه السّلام: و قد أقامت حتى ماتت لا تطلبه؟ فقلت: نعم، قال عليه السّلام: لا شيء لهم.

قلت: فإن طلقها فجاءت تطلب صداقها، قال عليه السّلام: و قد أقامت لا تطلبه حتى طلقها لا شيء لها، قلت: فمتى حدّ ذلك الذى إذا طلبته لم يكن لها؟ قال عليه السّلام: إذا أهديت إليه و دخلت بيته و طلبت بعد ذلك فلا شيء لها(١).

و منها: ما يدل على سقوط العاجل كموثق عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (دخول الرجل على المرأه يهدم العاجل)(٢)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (فى الرجل يتزوج المرأه و يدخل بها ثم تدعى عليه مهرها؟ قال عليه السّلام: إذا دخل عليها فقد هدم العاجل)٢ و مثلها غيرها.

و منها: ما يدل على سقوط المهر إذا أخذت منه شيئاً قبل الدخول كصحيح الفضيل عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل تزوج امرأه فدخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شيئاً من صداقها - إلى أن قال - و أما الصداق فإن الذى أخذت من الزوج قبل أن يدخل عليها فهو الذى حلّ للزوج به فرجها، قليلاً - كان أو كثيراً، إذا قبضته منه و قبلته، و دخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك)٣، و خبر المفضل بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث (فلما إن دخل بها قبل أن تستوفى صداقها هدم الصداق فلا شيء لها، إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك فى حياه منه أو بعد موته فلا شيء لها)٤.

و هذه الطوائف لما كانت معارضة لما تقدم من ثبوت المهر فى ذمه الزوج و أنه لا يسقط بالدخول، و قد أعرض عنها المشهور، و هى مخالفه لقواعد المذهب فلا بدّ من ردها إلى أهلها.

(١)أصالة عدم السقوط.

ص: ٤٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور حديث ٨.

٢- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور حديث ٥ و ٦ و ١٣ و ١٤.

يسقطه (١) شاذ لا يلتفت إليه، أو مأوّل (٢) بقبول قول الزوج في براءته من المهر لو تنازعا (٣).

(و الدخول) الموجب للمهر تاما (هو الوطء) (٤) المتحقق بغيبوبه الحشفه، أو قدرها من مقطوعها.

(١) أى يسقط المهر، و لم اعثر على خبر بهذا المضمون.

(٢) عطف على (شاذ).

(٣) بحيث تنازع كل من الزوج و الزوجه فى المهر بعد الدخول، فهى ادعت المهر بغير بينه و هو ادعى البراءه منه، فالقول قوله لأن المعهود فى ذلك الزمان دفع المهر قبل الدخول، فيكون قوله موافقا لهذا الظاهر، و لكن لا بد من ضم اليمين إلى قبول قوله، و يؤيد هذا الحمل خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر و قال: قد اعطيتك، فعليها بينه و عليه اليمين) (١)، و هذا الحمل للشيخ.

(٤) اتفق الأصحاب على أن الوطء الموجب للغسل هو الذى يوجب استقرار جميع المهر للمرأة، لما تقدم من النصوص من كون الدخول موجبا للمهر و الغسل فى صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أدخله و جب الغسل و المهر و العده) (٢) و فى صحيح الحلبي عنه عليه السّلام (إذا التقى الختانان و جب المهر و العده) (٣)، و هذا دال على أن الدخول الموجب للمهر هو الذى يوجب الغسل، و الذى يوجب الغسل هو الوطء قبلا- أو دبرا المتحقق بغيبوبه الحشفه أو بغيبوبه قدرها من مقطوعها كما تقدم فى كتاب الغسل، و اختلفوا فى أنه هل يقوم غير الوطء من مقدماته كالخلوه مقام الوطء فى ذلك، فالمشهور على العدم و على أن الخلوه و باقى المقدمات لا تكفى فى ايجاب المهر للأخبار.

منها: موثق يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل تزوج امرأه فأغلق بابا و أرخى سترا و لمس و قبل ثم طلقها، أ يوجب ذلك الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلا الوقاع) (٣)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (عن رجل تزوج جاريه لم تدرك لا يجامع مثلها، أو تزوج رتقاء فأدخلت عليه فطلقها ساعه أدخلت عليه، قال عليه السّلام:-

ص: ٤٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المهور حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب المهور حديث ١.

و ضابطه ما أوجب الغسل (قبلاً أو دبراً، لا مجزئ الخلوه) بالمرأه و ارخاء الستر على وجه ينتفى معه (١) المانع من الوطء على أصح القولين، و الأخبار فى ذلك مختلفه، فى بعضها أنّ وجوبه (٢) أجمع متوقف على الدخول، و فى أخرى (٣) بالخلوه، و الآيه (٤) ظاهره فى الأول، و معه (٥) مع ذلك (٦) الشهره بين الأصحاب، و كثره الأخبار.

-هاتان ينظر إليهن من يوثق به من النساء، فإن كنّ كما دخلن عليه فإن لها نصف الصداق الذى فرض لها و لا عده عليهن(١).

و عن خلاف الشيخ حكاية عن بعض المتقدمين و قد نسب إلى الصدوق أن الخلوه توجب المهر للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إذا تزوج الرجل ثم خلا- بها فأغلق عليها باباً أو أرخى ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق، و خلاؤه بها دخول)(٢)، و خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام أنه كان يقول (من أجاف من الرجال على أهله باباً أو أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق)٣ و مثلها غيرها.

و هذه الطائفة محموله على كون المراد بالخلوه هو الدخول من باب الكنايه، أو تحمل على أن الحاكم إنما يحكم بالظاهر فإذا أغلق الباب و أرخى الستر وجب المهر لو ادعت المرأه الدخول و أنكره الزوج، و إن كان المرأه لا يحلّ لها فيما بينها و بين الله أن تأخذ إلا- نصف المهر، و هذا الجمع منسوب إلى ابن أبى عمير، أو تحمل على التقيه لموافقته لأبى حنيفه و كثير من العامه كما فى الجواهر.

(١) مع إرخاء الستر.

(٢) أى وجوب المهر.

(٣) أى نصوص أخرى.

(٤) و هى قوله تعالى: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ (٣)، و المراد بالمسّ هو الدخول بعد عدم إرادته مطلق المس بالاتفاق.

(٥) أى مع القول الأول المدلول عليه بطائفه من الأخبار.

(٦) أى مع ظهور الآيه فيه.

ص: ٤٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب المهور حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب المهور حديث ٣ و ٤.

٣- (٤) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

(الثالثه - لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجح) عليها (بنصفه (١)، (١) لو أبرأته من الصداق المسمى لها بتمامه ثم طلقها قبل الدخول رجح بنصفه عليها، على المشهور لمضمر سماعه (سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل، أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه، وإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأه على الزوج نصف الصداق) (١)، وهو الموافق للقواعد لأن إبرائها تصرف منها في الصداق تصرفاً ناقلاً له عن ملكها بوجه لازم، فيلزمها عوض النصف لو طلق قبل الدخول، كما يلزمها عوض النصف لو نقلته إلى ملك غير الزوج أو أتلفته أو وهبته صداقها كما في صحيح شهاب بن عبد ربه (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه على ألف درهم فبعث بها إليها فردتها عليه و وهبتها له، وقالت: أنا فيك أرغب متى في هذه الألف، هي لك، فتقبلها منها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال عليه السلام: لا شيء لها، و تردّ عليه خمسمائة درهم) (٢) عن الشيخ في المبسوط و العلامه في القواعد عدم رجوعه عليها بشيء، و هو قول لبعض العامه بدعوى أنها لم تأخذ منه مالا، و لا نقلت إليه الصداق، و لا أتلفته عليه فلا تضمن.

أما الأول فواضح، و أما الثاني فلاستحاله أن يستحق الإنسان شيئاً في ذمه نفسه فلا يتحقق نقله إليه، و أما الثالث فلأنه لم يصدر منها إلا -إزاله استحقاقها في ذمته، و هو ليس بإتلاف عليه، و من هنا لو رجح الشاهدان بدين في ذمه زيد لعمرو بعد حكم الحاكم عليه، و قبل الاستيفاء، و كان قد أبرأ المحكوم له بالدين ذمه المحكوم عليه، لم يرجع المحكوم عليه على الشاهدين، لعدم تغريمهما له بشيء، مع أنه لو كان الإبراء إتلافاً على من في ذمته لغرماً له. و فيه: إنه اجتهاد في قبال النص فلا يسمع، و أنه على خلاف القواعد لأن إبرائها تصرف في الصداق تصرفاً موجبا لتلف العين، فله عوض النصف لو طلق قبل الدخول، فضلاً عن أننا نلتزم بالشق الثاني من دليل الخصم و أن إبرائها له من الصداق هو نقل للصداق عن ملكها إليه، لكن لما كان متعلق الصداق هو ذمه الزوج و ليس فرداً خاصاً من المال، لم يتحقق استحقاق الزوج لشيء في ذمته، بل يكون الإبراء إسقاطاً لما للزوج في ذمه الزوج و الفرق بين مسألتنا و مسأله الشاهدين واضح، لأن المهر هنا حال الإبراء ثابت في ذمه الزوج ظاهراً و باطناً، فإسقاط الحق بعد ثبوته متحقق، و الزوج له النصف إذا طلق قبل الدخول فيرجع عليها بعوض النصف،-

لأنها حين الإبراء كانت مالكة لجميع المهر ملكا تاما، و ما يرجع (١) إليه بالطلاق ملك جديد، و لهذا كان نماؤه لها (٢)، فإذا طلقها (٣) رجع عليها بنصفه (٤)، كما لو صادفها (٥) قد أتلفتها، فإن تصرفها فيه (٦) بالإبراء بمنزله الإلتلاف فيرجع بنصفه، و كذا لو كان (٧) عينا و وهبته إياها (٨)، ثم طلقها فإنه يرجع عليها بنصف القيمة (٩).

و يحتمل ضعيفا عدم الرجوع في صورة الإبراء، لأنها لم تأخذ منه مالا و لا- نقلت إليه الصداق لأن الإبراء (١٠) إسقاط، لا تمليك، و لا أتلفتها عليه (١١) كما لو رجع الشاهدان (١٢) بدين في ذمه زيد لعمر و بعد حكم الحاكم عليه، و قبل الاستيفاء و كان قد أبرأ (١٣) المشهود عليه، فإنه (١٤) لا يرجع على الشاهدين بشيء، بخلاف مسألة الشاهدين فحق المحكوم له غير ثابت في ذمه المحكوم عليه إلا ظاهرا و لما تراجع الشاهدان عن الشهادة لم يكن هذا الحق ثابتا لا واقعا و لا ظاهرا، و مع عدم ثبوته فالإبراء منه غير متحقق لانتفاء موضوع الحق الثابت في الذمه.

(١) أى و ما يرجع إلى الزوج بالطلاق قبل الدخول ملك جديد.

(٢) أى و لهذا من كونها مالكة لجميع المهر قبل الطلاق المذكور كان نماء المهر للمرأة.

(٣) أى طلقها قبل الدخول.

(٤) أى رجع الزوج على الزوجه بنصف المهر.

(٥) أى وجد الزوج زوجته قد اتلفت المهر.

(٦) أى فإن تصرف الزوج في المهر بالإبراء بمنزله اتلافه فيرجع الزوج عليها بنصف المهر.

(٧) أى المهر.

(٨) أى وهبت الزوجه زوجها عين المهر.

(٩) أى بنصف قيمه عين المهر.

(١٠) تعليل لعدم النقل حيث إن الإبراء إسقاط ما في الذمم، و لا يتعلق بالأعيان ليكون تمليكا لها.

(١١) فعدم الأخذ و عدم النقل و عدم الإلتلاف هي العناوين الثلاثة الواردة في دليل الخصم على ما تقدم، و مع ضميمه أن إبرائها إزالة استحقاقها في ذمته و هو ليس باتلاف عليه فكيف يرجع عليها بنصف الصداق و بهذا يتم دليل الخصم.

(١٢) رجعا عن شهادتهما بعد حكم الحاكم و قبل الاستيفاء.

(١٣) ضمير الفاعل راجع للمحكوم له.

(١٤) أى المشهود عليه.

و لو كان (١) الإبراء اتلافا على من (٢) في ذمته لغرما له (٣).

و الفرق واضح فإن حق المهر ثابت حال الإبراء في ذمه الزوج ظاهرا و باطنا فإسقاط الحق (٤) بعد ثبوته متحقق، بخلاف مسأله الشاهد فإن الحق لم يكن ثابتا كذلك (٥) فلم تصادف البراءه حقا يسقط بالإبراء.

(و كذا) يرجع عليها بنصفه (٦) (لو خلعها به (٧) أجمع قبل الدخول) (٨)، لاستحقاقه له (٩) ببذلها عوضا مع الطلاق، فكان انتقاله عنها سابقا (١٠) على (١) تعليل لعدم الرجوع.

(٢) و هو المشهود عليه.

(٣) لأنه قد ثبت في ذمته الدين و يجب عليه دفعه و في هذا تغريم له، و إن كان قد أبرئ منه فيما بعد.

(٤) بأبرائها له من المهر.

(٥) أى ظاهرا و باطنا، بل كان ثابتا ظاهرا فقط لشهاده الشاهدين، و مع رجوع الشاهدين عن الشهاده فلم يثبت ظاهرا، و مع انتفاء الحق من ذمه المحكوم عليه فلم يصادف الإبراء حقا حتى يسقطه.

(٦) أى و كذا يرجع الزوج على الزوجه بنصف المهر.

(٧) بالمهر.

(٨) لو خلعها بمجموع المهر قبل الدخول سواء كان المهر عينا أم دينا، فهل يرجع عليها بنصفه كما في الشرائع و القواعد و غيرهما نظرا إلى أن الخلع كالإبراء و الهبه، لأن الزوج بالخلع قد ملك المهر بتمامه و عند ما طلق فيما بعد يستحق نصف المهر مثلا أو قيمه، لخروج المهر عن ملكها بالخلع.

و فيه إشكال واضح: إذ المهر لم ينتقل إلى الزوج بمجرد البذل من المرأه بل به و بالخلع من الزوج، لأنها قد جعلت المهر عوضا عن البينونه، فلا يملك الزوج المهر حينئذ إلا بتمام سبب الخلع، و هذا لا يتم إلا بالطلاق، و الطلاق قبل الدخول يوجب نصف المهر له، فيتحد سببان على تملكه المهر في حاله واحده، غايته الخلع سبب لتمليكه تمام المهر، و الطلاق سبب لتمليك نصفه.

(٩) أى استحقاق الزوج للمهر بسبب بذلها عوضا عن الطلاق، و قد عرفت وجه الإشكال فيه و أن الاستحقاق هو بذلها عوضا عن البينونه المتحققه بإطلاق.

(١٠) أى فكان انتقال المهر أجمع عن الزوجه سابقا على طلاق الزوج الموجب لاستحقاقه النصف.

استحقاقه (١) النصف بالطلاق فينزل (٢) منزله المنتقل عنها حين استحقاقه النصف (٣)، فيرجع عليها بنصفه دينا، أو عينا.

الرابعه - يجوز اشتراط ما يوافق به الشرع فى عقد النكاح

(الرابعه - يجوز اشتراط ما يوافق به الشرع فى عقد النكاح) (٤)، سواء كان (١) أى استحقاق الزوج نصف المهر بسبب الطلاق.

(٢) أى المهر المنتقل عنها عند البذل، بل لا داعى للتزويل بناء على أن الانتقال بسبب البذل.

(٣) أى حين استحقاق الزوج للنصف و ذلك بطلاقه.

(٤) لو شرط فى العقد ما يخالف المشروع مثل اشتراط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يقسم لضررتها أو لا يمنعها من الخروج من المنزل متى شاءت بطل الشرط بالاتفاق للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، و لا يجوز على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم بما وافق كتاب الله عز و جل) (١)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز) ٢، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (و إن كان شرطا يخالف كتاب الله عز و جل فهو رد إلى كتاب الله عز و جل) ٣، و لخصوص خبر 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 سريره فهى طالق، فقضى فى ذلك أن شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفى لها بما اشترط، و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها) (٢)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسريت فهى طالق، قال: ليس ذلك بشيء، إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: من اشترط شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز له و لا عليه) (٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (قضى فى رجل تزوج امرأه و أصدقته هى، و اشترطت عليه أن يبدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنه و وليت حقا ليست بأهله، فقضى أن عليه الصداق و يبدها الجماع و الطلاق، و ذلك السنه) (٤). هذا و قد تقدم أن المشهور على أن الشرط الفاسد مفسد للعقد المشروط، لأن الطرفين لم يقصدا العقد إلا مقيدا بالشرط المذكور،-

ص: ٤٧٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب المهور حديث ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب المهور حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب المهور حديث ١.

من مقتضى عقد النكاح كأن تشترط عليه العدل فى القسم و النفقه، أو يشترط عليها أن يتزوج عليها متى شاء، أو يتسرى، أو خارجا عنه (١) كشرط تأجيل المهر، أو بعضه إلى أجل معين (فلو شرط ما يخالفه (٢) لغى الشرط و صح) العقد و المهر (٣) (كاشترط أن لا يتزوج عليها، و أن لا يتسرى)، أو لا يطاء، أو يطلق (٤) كما فى نكاح المحلل.

أما فساد الشرط حينئذ (٥) فواضح، لمخالفته المشروع، و أما صحه العقد فالظاهر اطباق الأصحاب عليه، و إلا كان للنظر فيه مجال (٦) كما علم من غيره من العقود المشتمله على الشرط الفاسد.

و لم يسلم الشرط فلا يسلم القصد و به يبطل العقد، إلا أنهم حكموا فى النكاح بصحه العقد و إن فسد الشرط، لعدم كون النكاح معاوضه بحتة و لذا لا يبطل ببطلان المهر أو فساده فضلا عن فساد الشرط المذكور فيه، بالإضافة إلى صحيح محمد بن قيس المتقدم و غيره الدال على صحه العقد و إن فسد الشرط.

(١) أى كان الشرط خارجا عن مقتضى عقد النكاح، هذا و التقسيم ناشئ من كون أحكام النكاح فى الكتاب و السنه القسمه و النفقه و أن يتزوج على الواحده أو يتسرى فلهذا كانت هذه الأمور من مقتضيات عقد النكاح شرعا بخلاف تأجيل المهر و نحوه، فهو ليس من أحكام النكاح اللازمه لكل عقد لذلك كان خارجا عن مقتضيات عقد النكاح.

(٢) أى ما يخالف الشرع.

(٣) قد تقدم أن فساد الشرط لا- يوجب فساد العقد فى النكاح، و كذا فساده لا يوجب فساد المهر لعدم التلازم بينهما ففساد أحدهما لا- يعنى فساد الآخر و قال فى المسالك: (و فى المسأله وجه أو قول بصحه العقد دون المهر، لأن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق حيث يكون من المرأة، أو كجزء من العوض و الصداق مبذول فى مقابله الجميع، و بفساد الشرط يفوت بعض العوض، و المعوض و قيمته مجهوله، فلا يعلم قدر الصداق فى الأول - إذا كان الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق - و لا- نصيب الباقي فى الثانى - إذا كان الشرط جزءا من الصداق - فيثبت مهر المثل و هو متجه) انتهى كلامه، و قد نسبه فى الجواهر إلى قواعد العلامه أيضا، و فيه: إنه يتم فى الشروط المتموله و أما غيرها فلا.

(٤) بأن يشترط الطلاق بعد تحقق الوطء كما فى نكاح المحلل، فاشترط الطلاق عليه مخالف للمشروع حيث إنه بيد الزوج فيكون الشرط باطلا.

(٥) أى حين مخالفته للشرع.

(٦) لأن القصد إلى العقد المقيد بالشرط، و لم يسلم الشرط فلم يتحقق القصد، فينتفى العقد حينئذ.

و ربما قيل: بفساد المهر خاصة (١)، لأنَّ الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق فهو (٢) في حكم المال، و الرجوع إلى قيمته (٣) متعذر، للجهالة فيجهل الصداق فيرجع إلى مهر المثل.

(و لو شرط إبقاءها في بلدها لزم) (٤)، لأنه شرط لا يخالف المشروع، فإنَّ خصوصيات الوطن أمر مطلوب للعقلاء بواسطة النشوء و الأهل، و الإئسن، و غيرها فجاز شرطه (٥) توصلا إلى الغرض المباح، و لصحيحه أبي العباس عن الصادق عليه السّلام في الرجل يتزوج امرأه و يشترط لها أن لا يخرجها من بلدها. قال عليه السّلام: «يفى لها بذلك أو قال: يلزمه ذلك»، و لعموم «المؤمنون عند شروطهم».

(١) دون العقد.

(٢) أى الشرط.

(٣) أى قيمه الشرط عند فساده.

(٤) لو اشترط أن لا يخرجها من بلدها لزم الشرط، لكونه غير مخالف للشرع فيندرج تحت (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لخصوص صحيح أبي العباس البقباق عن أبي عبد الله عليه السّلام (في الرجل يتزوج المرأة و يشترط أن لا يخرجها من بلدها، قال عليه السّلام: يفي لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك) (٢)، و مرسل ابن أبي عمير (قلت لجميل بن دراج:

رجل تزوج امرأه و شرط لها المقام في بلدها أو بلد معلوم، قال: قد روى أصحابنا عنهم عليهم السّلام أن ذلك لها و أنه لا يخرجها إذا شرط لها) ٢.

و عن ابن إدريس و جماعه بطلان الشرط من حيث كونه مخالفا للشرع لوجوب إطاعه الزوج و كون مسكنه مسكنها و لأن الاستمتاع بالزوجه في جميع الأزمنه و الأمكنه حق للزوج بأصل الشرع فإذا شرط ما يخالفه و جب أن يكون باطلا، و حملت الروايه عندهم على الاستحباب، و فيه: إن المشروط ليس هو عدم إطاعه الزوج ليكون غير مشروع، بل المشروط هو عدم خروج الزوج بها من بلدها و هو فعل الزوج و هو مباح، و كون الاستمتاع حق للزوج في جميع الأمكنه هو عين المتنازع فيه، و لأنه آت في كل شرط فإنه يمنع مباح الأصل، و مع هذا و ذاك فهو اجتهاد في قبال النص فلا يسمع. و قد توقف كل من المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد في أصل الحكم.

(٥) أى شرط الوطن.

ص: ٤٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب المهور حديث ١ و ٣.

(و كذا) لو شرط ابقاءها (في منزلها) (١) و إن لم يكن منصوبا لاتحاد الطريق (٢).

و قيل: يبطل الشرط فيهما (٣)، لأن الاستمتاع بالزوجه في الأزمنة و الأمكنه حق الزوج بأصل الشرع، و كذا السلطنة عليها، فإذا شرط ما يخالفه كان باطلا، و حملوا الروايه على الاستحباب.

و يشكل بأن ذلك وارد في سائر الشروط السائغه التي ليست بمقتضى العقد كتأجيل المهر، فإن استحقاقها المطالبه به في كل زمان و مكان ثابت بأصل الشرع أيضا، فالتزام عدم ذلك (٤) في مده الأجل يكون مخالفا، و كذا القول في كل تأجيل، و نحوه من الشروط السائغه.

و الحق أن مثل ذلك (٥) لا يمنع، خصوصا مع ورود النص الصحيح بجوازه (٦). و أما حمل الأمر المستفاد (٧) من الخبر الذي بمعناه (٨) على الاستحباب (١) فعلى صحه الشرط المتقدم من عدم إخراجها من بلدها فهل يتعدى إلى شرطها أن لا يخرجها من منزلها أو محلتها أو لا، ذهب البعض إلى عدم التعدى، لأن المسأله السابقه مخالفه للقواعد فيقتصر في النص فيها على مورده، و ذهب الشهيد و غيره إلى التعدى إلى كون المسأله السابقه على مقتضى القواعد فلا فرق في لزوم الشرط بين عدم إخراجها من بلدها أو منزلها أو محلتها.

(٢) أى طريق المسألتين بعد كون الشرط فيهما غير مخالف للمشروع.

(٣) فى عدم إخراجها من بلدها، و عدم إخراجها من منزلها.

(٤) أى عدم استحقاقها للمطالبه بالمهر فى كل زمان و مكان.

(٥) مما ذكر فى بطلان الشرط.

(٦) أى جواز اشتراط عدم إخراجها من بلدها.

(٧) فالخبر هو قوله عليه السلام فى صحيح أبى العباس المتقدم: (يفى لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك) (١)، فالأول (يفى) اخبار يراد به الأمر، و هو دال على الوجوب، بل هو أشد فى الوجوب من الأمر، و لأنه اخبار يراد منه الأمر قال الشارح أن الأمر قد استفيد من الخبر.

(٨) أى بمعنى الأمر، لأن الخبر مشتمل على الإخبار.

ص: ٤٧٩

فلا ريب على أنه (١) خلاف الحقيقة، فلا يصار إليه (٢) مع إمكان الحمل عليها (٣)، و هو (٤) ممكن، فالقول بالجواز أوجه في مسأله النص.

و أما المنزل فيمكن القول بالمنع (٥) فيه، وقوفا فيما خالف الأصل (٦) على موضع النص (٧).

و في التعدى إليه (٨) قوه، لعموم الأدله (٩)، و اتحاد طريق المسألتين (١٠).

و حكم المحله و الموضع المخصوص حكم المنزل.

و متى حكمنا بصحته (١١) لم يصح إسقاطه (١٢) بوجه (١٣)، لأنه (١٤) حق (١) أى أن حمل الأمر على الاستحباب.

(٢) إلى خلاف الحقيقة.

(٣) على الحقيقة.

(٤) أى الحمل على الحقيقة.

(٥) أى بمنع اشتراط عدم إخراجها من المنزل.

(٦) إذ الأصل هو جواز الاستمتاع بالزوجه فى كل زمان و مكان.

(٧) و مورده البلد.

(٨) إلى المنزل.

(٩) أى عموم أدله نفوذ الشرط، كالمؤمنون عند شروطهم.

(١٠) من البلد و المنزل بعد إسقاط خصوصيه البلد فى مورد النص للقطع بعدم مدخليتها فى الحكم حتى يقتصر عليها، فيتعدى منها إلى غيرها، و هذا مبنى على كون مسأله الاشتراط فى البلد على خلاف القواعد و قد عرفت العدم.

(١١) أى بصحة اشتراط عدم إخراجها من بلدها أو منزلها.

(١٢) قال سيد الرياض: (و متى حكمنا بصحته صح إسقاطه إجماعا، حكاه فخر المحققين، و قيل: بالمنع، لأنه حق يتجدد فى كل آن، فلا يعقل إسقاط ما لم يوجد حكمه و إن وجد سببه، و هو مع أنه استبعاد محض، و منقوض بوجود النظر كهبه المده المتمتع بها، غير مسموع فى مقابله الاجماع المحكى) انتهى.

(١٣) لا تبرعا و لا بالعوض.

(١٤) أى الشرط المذكور.

ص: ٤٨٠

يتجدد في كل آن (١) فلا يعقل اسقاط ما لم يوجد حكمه (٢)، و إن وجد سببه (٣).

الخامسه – لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول

(الخامسه – لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف أجره التعليم) (٤)، لعدم إمكان تعليمها نصف الصنعه، و هو (٥) الواجب لها بالطلاق خاصه، (و لو كان قد علّمها) الصنعه (رجع بنصف الأجره) (٦)، لعدم إمكان ارتجاع نفس الواجب (٧) فيرجع إلى عوضه (و لو كان) الصداق (تعليم سورته) (٨) و نحوها (فكذلك)، لأنه و إن أمكن تعليم نصفها عقلا إلا أنه ممتنع شرعا، لأنها صارت أجنبيه.

(١) من الآتات الآتيه.

(٢) لعدم وجود آن الاستحقاق الآتى.

(٣) و هو اشتراطه في متن العقد.

(٤) لتعذر المهر حينئذ في يده إذ ليس للصنعه نصف لعدم وقوفه على حد فتكون كالتالف في يده، يرجع فيه إلى قيمه التي هي هنا الأجره، و بما أنه قد طلقها قبل الدخول فلها النصف.

(٥) أى النصف.

(٦) لتعذر رجوعه بعين ما فرض، إذ لا يمكن تخليص نصف الصنعه منها، فيكون المهر بمنزله التالف في يدها، فيرجع بنصف الأجره، و الحكم في الموضوعين بلا إشكال.

(٧) أى الذى يجب ارتجاعه و هو النصف.

(٨) إذا كان الصداق تعليم سورته و طلقها قبل الدخول، فإن كان قد علّمها رجع عليها بنصف الأجره كالصنعه، و إن لم يكن علّمها فليس الحكم في السوره كالصنعه، لأن تعليم نصف السوره أمر ممكن في نفسه، لإمكان معرفه النصف عند تقسيم السوره بالحروف لا- بالآيات، و لكن الزوج صار أجنبيا منها، فإن حرّما على الأجنبى سماع صوت المرأه أو جوزناه و لكن خيف الفتته أو لم يمكن ذلك إلا- بالخلوه المحرّمه رجعت عليه بنصف الأجره كالصنعه لتعذر الرجوع إلى نصف المفروض، و التعذر هنا بمانع شرعى و هو كالمانع العقلى.

و عن الشيخ فى خلافه و مبسوطه أنه يعلمها نصف السوره، لكون معرفه النصف أمرا ممكنا، و لكن لما صار الزوج أجنبيا فيعلمها من وراء حجاب، إما لأن مطلق سماع صوتها ليس بمحرّم، أو لأنه تعليم واجب، أو لأنه موضع ضروره كمعامله الأجنبيه مع أن حرمة سماع صوتها مشروطه بحاله الاختيار لا الاضطرار.

(و قيل: يَعْلَمُهَا النِّصْفُ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ) كما يَعْلَمُهَا الْوَاجِبُ. (و هو قَرِيبٌ) لِأَنَّ تَحْرِيمَ سَمَاعِ صَوْتِهَا مَشْرُوطٌ بِحَالِهِ الْاِخْتِيَارِ، وَ السَّمَاعُ هُنَا مِنْ بَابِ الضَّرُورَةِ.

السادسه – لو استبدلت مهرها بدونه، أو أزيد منه

(السادسه – لو اعتاضت (١) عن المهر بدونه، أو أزيد منه) أو بمغايره جنسا، أو وصفا (٢) (ثم طلقها رجع بنصف المسمى) لأنه (٣) الواجب بالطلاق، (لا) بنصف (العوض)، لأنه (٤) معاوضه جديده لا تعلق له بها (٥).

السابعه – لو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول

(السابعه – لو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول فله الباقي) (٦)، (١) أى استبدلت مهرها المسمى بعوض، و المسأله لو أعطاهما بدل المهر المسمى عوضا، سواء كان العوض أزيد من المسمى أو أنقص أو مساويا و رضيت بالبدليه ثم طلقها قبل الدخول، كان له نصف المسمى لا العوض، بلا خلاف و لا إشكال، أما أنه له نصف المسمى، لأن العائد بالطلاق إليه نصف ما جعله مهرًا لقوله تعالى: فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١)، و لا يرجع بنصف العوض، لأنه معاوضه جديده لا ربط للمهر بها.

ثم المراد برجوع الزوج بنصف المسمى هو رجوعه بنصف مثله أو قيمته، لأن المهر بالمعاوضه قد خرج عن ملكها إلى ملكه خروجًا لازمًا كما لو خرج إلى غيره فيرجع إلى نصف المثل أو قيمه حينئذ، و يشهد لذلك كله خبر الفضيل بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطاها عبدا له أبقا و بردا حبره بألف درهم التى أصدقها، قال عليه السلام: إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفته فلا بأس إذا هى قبضت الثوب و رضيت بالعبد، قلت: فإن طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال عليه السلام: لا مهر لها و تردّ عليه خمسمائه درهم و يكون العبد لها) (٢).

(٢) لا فرق فى الحكم بين كون العوض أنقص من المسمى أو أزيد، و لا بين أنواع الأعواض لاشتراك الجميع فى المقتضى.

(٣) أى نصف المسمى.

(٤) أى العوض.

(٥) أى لا تعلق للمهر بهذه المعاوضه.

(٦) اعلم أن المهر إما دينًا فى ذمه الزوج و إما عينا خارجيه، و على الأول فلو وهبته نصف -

ص: ٤٨٢

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب المهور حديث ١.

-المهر إذا جوزنا وقوع الأبراء بلفظ الهبه أو أبرأته من نصفه ثم طلق قبل الدخول فقد برئ من تمام المهر حينئذ، لأنه يملك نصف المهر بالطلاق و النصف الآخر بالأبراء فلا شيء عليه بلا إشكال و لا خلاف بينهم.

و على الثانى بأن كان المهر عينا خارجيه و قد وهبته نصفها المعين كما لو كان المهر عبيدين و قد وهبته أحدهما المعين، فلو طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الباقي من المهر و بنصف قيمه الموهوب، لأن حقه بالطلاق نصف ما فرض من المهر، فما وجده من المهر باقيا فله نصفه، و ما ذهب من المهر بالانتقال عن ملكها و لو إليه ينتقل إلى بدله من المثل أو قيمه و له نصفه أيضا. بلا إشكال و لا خلاف منا و لو كان المهر عينا خارجيه و قد وهبته نصفها المشاع فالمشهور على أن له تمام الباقي و لا يرجع عليها بشيء لو طلقها قبل الدخول، و وجه استحقاق الباقي أنه استحق نصف المهر المسمى بالطلاق و قد وجده فيأخذه، و تنحصر هبتها في نصيبها، و بعبارة أخرى فالزوج له النصف المشاع من المهر بالطلاق مع أن النصف المشاع من المهر بحاله لم يخرج عن ملكها فيرجع عليها به، و يتبين أن ما وهبته له من المهر إنما هو من نصيبها الذى هو النصف الباقي.

و عن القواعد و المسالك احتمال الرجوع بنصف الباقي بعينه، و بقيمه النصف من الموهوب، و نصف الموهوب ربع لأن الموهوب نصف المهر، و نصف الباقي ربع أيضا، لأن الباقي نصف المهر فيرجع الزوج بربع المهر و بقيمه الربع منه. لأن الهبه قد وردت على مطلق نصف المهر فتشيع في تمام المهر، و ينزل هذا النصف منزله التالف، لانتقاله عنها بالنقل اللازم، فلم يبق من المهر المسمى إلا نصفه، فيأخذ نصف الباقي كما هو مقتضى الشركه بين الزوجين فيه، و يرجع عليها بقيمه نصف الفات كما لو فات الجميع أو تلف أو انتقل عن ملكها.

و أشكل عليه كما في المسالك بأن الانتقال إلى البدل مشروط بتعذر العين، و هو منتف إذ التعذر لبعضها و ليس لتمامها مع أن تبعيض حقه ضرر عليه فيجبر بتخيره بين هذا القول الثانى و بين الرجوع إلى النصف من الباقي فقط و وجهه أن القول الثانى موافق للقواعد و لذا يرجع عليها بنصف الباقي و بنصف قيمه الموهوب لو كانت الهبه معينه لا مشاعه بلا خلاف على ما تقدم، و لكن الالتزام بهذا القول موجب لتبعيض حقه فيجبر بالخيار المذكور.

و عن الشيخ في المبسوط احتمال الرجوع إلى النصف من الباقي فقط، لأن الهبه لما تعلقت بالنصف المشاع فقد تعلقت بنصفي نصيب الزوجين، فقد ملك الزوج من نصيبها النصف - و هو الربع - بالهبه و استعجل نصف نصيب نفسه بالهبه و قد بقى له من نصيبه النصف الآخر و هو الربع، و الربع نصف الباقي، فلذا كان له نصف الباقي فقط. -

لأنه (١) بقدر حقه (٢)، فينحصر فيه (٣)، و لأنه (٤) لا ينتقل مستحق العين إلى بدلها إلا بالتراضى، أو تعذر الرجوع لمانع (٥)، أو تلف، و الكل منتف (٦).

و يحتمل الرجوع (٧) إلى نصف النصف الموجود (٨)، و بدل نصف الموهوب، لأنّ الهبه وردت على مطلق النصف (٩) فيشيع (١٠)، فيكون حقه (١١) فى الباقي و التالف (١٢)، فيرجع بنصفه (١٣) و ببدل (١٤) الذاهب، و يكون هذا (١٥) هو المانع (١٦)، و هو أحد الثلاثة (١٧) المسوغه للانتقال إلى البدل.

و القول الأخير ضعيف جدا، لأنه لم يستعجل ملك نصف نصيبه بالهبه، إذ نصيبه إنما يكون بعد الطلاق لا قبله، و من ضعف الأخير تعرف ضعف التخيير، و أما ضعف ما عن القواعد و المسالك فواضح إذ الهبه ليست لجزء معين من المهر حتى يرجع عليها بنصف الباقي و بنصف قيمه الموهوب فيتعين القول الأول المشهور.

(١) أى الباقي.

(٢) أى حق الزوج إذ له النصف لأن الطلاق قبل الدخول.

(٣) أى فينحصر حق الزوج فى الباقي.

(٤) أى الشأن و الواقع و هو دليل ثان على القول المشهور.

(٥) كالانتقال.

(٦) لأن الهبه و إن كانت انتقالا للموهوب، إلا أن الموهوب نصف المهر، و الباقي بقدر حق الزوج فينحصر فيه.

(٧) كما عن القواعد و المسالك.

(٨) الموجود صفه لقوله (النصف)، و المراد من (النصف) هو نصف المهر أى الباقي فللزوج نصف الباقي.

(٩) أى نصف العين مشاعا.

(١٠) أى الوارد.

(١١) أى حق الزوج.

(١٢) على النصف فيهما.

(١٣) أى بنصف الباقي.

(١٤) أى و بنصف بدل الذاهب.

(١٥) أى التالف.

(١٦) الذى يمنع من الرجوع على العين.

(١٧) وهى التلف أو الانتقال أو التراضى.

ص: ٤٨٤

و ردّ بأنه يؤدي إلى الضرر بتبعيض حقه فيلزم ثبوت احتمال آخر و هو تخييره (١) بين أخذ النصف الموجود (٢) و بين التشطير المذكور (٣) (و لو كان) الموهوب (معينا فله نصف الباقي و نصف ما وهبته مثلا، أو قيمه)، لأن حقه مشاع في جميع العين و قد ذهب نصفها (٤) معينا فيرجع إلى بدله (٥)، بخلاف الموهوب على الإشاعه (٦). و نبه بقوله: «و هبته» على أنّ المهر عين (٧)، فلو كان دينا و أبرأته من نصفه برئ من الكل (٨) وجها واحدا، (و كذا لو تزوجها بعبدین (٩) فمات أحدهما، أو باعته (١٠) فللزوجة نصف الباقي و نصف قيمه التالف)، لأنه (١١) تلف على ملكها، و استحقاقه (١٢) لنصفه (١٣) تجدد بالطلاق من غير اعتبار الموجود و غيره.

و التقريب ما تقدم (١٤).

(١) أى تخيير الزوج.

(٢) أى أخذ نصف الباقي فقط، و هذا ما احتمله الشيخ في قول.

(٣) من الرجوع بنصف الباقي و نصف قيمه الموهوب.

(٤) نصف العين.

(٥) أى بدل الذاهب، فله نصف قيمه الذاهب و نصف الباقي.

(٦) فما ذهب من العين يكون من نصيبها، و ما كان من نصيبه ينحصر في الباقي.

(٧) لأن الهبة تنحصر في الأعيان، فلو كان المهر دينا فلا يصح إلا الأبراء.

(٨) أى من تمام المهر و قد تقدم.

(٩) أى كان مهرها عبدين فمات أحدهما و قد طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الموجود و نصف قيمه الميت، لأن الانتقال عن ملكها أو التلف حكمهما واحد، و لما كان حقه بالطلاق نصف المسمى، فما وجدته من عين المهر باقيا فله نصفه، و ما ذهب ينتقل إلى بدله و له النصف من قيمته حينئذ.

(١٠) أى باعت أحدهما المعين.

(١١) أى لأن أحد العبدین الذى مات أو وقع عليه البيع.

(١٢) أى استحقاق الزوج.

(١٣) أى لنصف المهر.

(١٤) من كون حق الزوج مشاعا في جميع المهر، و لما طلق فله نصف الباقي و نصف قيمه التالف.

الثامنة - للزوجه الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها

(الثامنة - للزوجه الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها إن كان المهر حالا) موسرا (١) كان الزوج أم معسرا عينا كان المهر أم منفعه، متعينا كان أم فى الذمه، لأن النكاح فى معنى المعاوضه و إن لم تكن محضه (٢). و من حكمها (٣) أن (١) اعلم أن الزوجين إما أن يكونا صغيرين لم يبلغا حد الاستمتاع أو كبيرين، أو بالتفريق بأن تكون الزوجه خاصه صغيره و الزوج كبيرا أو بالعكس، و على التقادير الأربعة، إما أن يكون الزوج معسرا بالمهر أو موسرا و على التقادير الثمانيه إما أن يكون قد دخل بها أو لا، و على التقادير الستة عشر إما أن يكون المهر حالا أو مؤجلا أو بعضه حالا و بعضه مؤجلا، و على تقدير تأجيله أو بعضه إما أن يحلّ قبل الدخول أو بعده، فصور المسأله حينئذ ثمانون صوره، و خلاصتها فى مسائل:

الأولى: أن يكون الزوج موسرا و المهر حالا و الزوجه غير مدخول بها فيجوز لها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض المهر، لأن النكاح معاوضه أو شبيه بها فلكل واحد من المتعاقدين الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض، و لخبر زرعه عن سماعه (سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها فى حل، أ يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه) (١)، و مفهومه عدم جواز الدخول قبل العطاء و هو دال على جواز امتناعها قبل القبض.

و على ما تقرر من جواز امتناع كل من المتعاقدين من التسليم حتى يقبض العوض فلو امتنع كل منهما من التسليم حتى يقبض، ففى المسالك و الروضه هنا و كشف اللثام أنه يؤمر الزوج بإيداع الصداق عند من يوثق به و تؤمر الزوجه بالتمكين لأنه طريق الجمع بين الحقين، و يحتمل إجبار الزوج على التسليم، فإذا سلّم سلّمت نفسها، و الفرق بينهما أن فائت المال يستدرك و فائت البضع لا يستدرك، و يحتمل عدم جبر واحد منهما، و لكن إذا بادر أحدهما إلى التسليم أجب الآخر على التسليم حينئذ.

و ضعف الأخير ظاهر إذ قد يؤدى إلى بقاء النزاع بعدم البدء من أحدهما و لا بد من نصب طريق شرعى يحسم ماده النزاع، و مع إمكان طريق الجمع بين الحقين لا دليل على إجبار الزوج بالتسليم أولا.

ثم لا فرق فى الحكم بين كون المهر عينا أو منفعه أو فى الذمه كما هو واضح.

(٢) لأن فيها شائبه العباده.

(٣) أى حكم المعاوضه.

ص: ٤٨٦

لكل من المتعاضدين الامتناع من التسليم إلى أن يسلم إليه الآخر فيجبرهما الحاكم على التقابض معا، لعدم الأولويه، بوضع (١) الصداق عند عدل إن لم يدفعه إليها (٢)، و يأمرها بالتمكين.

و هذا الحكم لا يختلف على تلك التقديرات (٣).

و ربما قيل: إنه إذا كان معسرا ليس لها الامتناع، لمنع مطالبته.

و يضعف بأن منع المطالبة لا يقتضى وجوب التسليم (٤) قبل قبض العوض (٥)، و احترز بالحال (٦) عما لو كان (٧) مؤجلا فإن تمكينها لا يتوقف على (١) تفسير للتقابض.

(٢) أى إن لم يدفع الزوج المهر إلى الزوجه.

(٣) موسرا كان الزوج أو معسرا، أما مع يساره فقد تقدم الكلام فيه، و أما مع إعساره و هى المسأله الثانيه فالمشهور على أن للزوجه حق الامتناع حتى تقبض لعين ما تقدم، و لأن عجز أحد المتعاضدين لا يسقط حق الآخر مما يثبت له، غايته الفرق بين المسألتين فى الإثم و عدمه، إذ مع اليسار و مطالبتها المهر يجب عليه التسليم لو مكنته من نفسها، فلو امتنع أثم، بخلاف ما لو كان معسرا فلا يجب لعدم قدره و لا اثم عليه عند التأخير.

و عن ابن إدريس أنه ليس لها الامتناع مع الاعسار لمنع مطالبته، و هو ضعيف، لأن منع المطالبة لا تقتضى وجوب التسليم عليها قبل قبض العوض.

(٤) عليها و هو تمكينها لنفسها.

(٥) و هو المهر.

(٦) أى احترز المصنف بكون المهر حالا.

(٧) أى المهر، فلو كان المهر بتمامه مؤجلا و هذه هى المسأله الثالثه. فلا خلاف و لا إشكال أنه ليس لها الامتناع من تسليم نفسها سواء كان الزوج موسرا أو معسرا، إذ لا يجب لها شىء الآن فيبقى وجوب حقه عليها بلا معارض، فضلا عن كون العقد قد وقع على عدم إيقاف تسليم نفسها على تسليم المهر إذ رضيت بتأخير المهر فيجب عليها التمكين عند طلبه حينئذ.

نعم وقع الخلاف بينهم فى أنها لو عصت و لم تمكنه من نفسها حتى صار المهر حالا، أو أنه مضت المده و لم يدخل بها لمانع من جهته أو جهتها فهل يجوز لها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض المهر كما عن الشيخ فى النهايه، أم أنه لا يجوز لها الامتناع كما عن

قبضه، إذ لا يجب لها حينئذ (١) شيء فيبقى وجوب حقه (٢) عليها بغير معارض، و لو أقدمت على فعل المحرم (٣) و امتنعت (٤) إلى أن حلّ الأجل ففي جواز امتناعها حينئذ (٥) إلى أن تقبضه تنزيلاً له (٦) منزله الحالّ ابتداءً، و عدمه (٧) بناء على وجوب تمكينها قبل حلوله فيستصحب (٨)، و لأنها لما رضيت بالتأجيل بنت أمرها (٩) على أن لا- حق لها في الامتناع فلا يثبت بعد ذلك (١٠)، لانتفاء المقتضى (١١) و جهان أجودهما الثاني (١٢). و لو كان بعضه (١٣) حالاً و بعضه مؤجلاً كان لكل منهما حكم مماثله (١٤).

-الشيخ أيضا في المبسوط و تبعه الأكثر، و استدلل للأول بأن النكاح كان على سقوط حق امتناعها إلى الأجل لا مطلقاً، فإذا حلّ الأجل أثر المقتضى - و هو المعاوضه - أثره من جواز الامتناع من التسليم قبل تسلم العوض.

و فيه: عدم جواز الامتناع قبل حلول الأجل ليس لوجود المانع من الأجل حتى يؤثر المقتضى أثره بعد عدمه، بل لعدم المقتضى، إذ العقد قد وقع على إسقاط حق المرأة من الامتناع قبل تسلمها المهر فلا يكون العقد مقتضياً لجواز الامتناع بعد حلول الأجل فضلاً عن استصحاب عدم جواز الامتناع الثابت قبل الحلول إلى ما بعده.

(١) أي حين كون المهر مؤجلاً.

(٢) أي حق الزوج عليها من التمكين.

(٣) بأن عصت و لم تمكّنه من نفسها.

(٤) بل حتى مع العذر الشرعي كالمرض و الحيض، أو كان المانع من الوطء من جهته.

(٥) أي حين حلول الأجل.

(٦) للمهر المؤجل بعد حلول الأجل.

(٧) أي و عدم جواز امتناعها.

(٨) أي يستصحب وجوب التمكين و لازمه عدم جواز الامتناع.

(٩) بحيث كان بناء العقد على ذلك.

(١٠) بعد بناء أمرها عند حلول الأجل.

(١١) الموجب لجواز الامتناع قبل تسلم المهر.

(١٢) و هو عدم جواز الامتناع بعد حلول الأجل.

(١٣) أي بعض المهر.

(١٤) فلها أن تمتنع حتى تقبض الحالّ دون المؤجل فليس لها حق الامتناع بالنسبه إليه و إن حلّ كما تقرر سابقا، و هذه هي المسأله الرابعه.

ص: ٤٨٨

و إنما يجب تسليمه (١) إذا كانت مهياً للاستمتاع، فلو كانت ممنوعه بعذر (٢) و إن كان شرعياً كالإحرام لم يلزم (٣)، لأن الواجب التسليم من الجانبين فإذا تعذر من أحدهما لم يجب من الآخر.

نعم لو كانت صغيره يحرم وطؤها فالأقوى (٤) وجوب تسليم مهرها إذا طلبه الولي، لأنه (٥) حق ثابت حال، طلبه من له (٦) حق الطلب، فيجب دفعه كغيره من الحقوق، و عدم قبض العوض الآخر (٧) جاء من قبل الزوج حيث عقد عليها كذلك (٨) موجبا على نفسه عوضاً حالاً (٩)، و رضى بتأخير قبض المعوض (١٠) إلى محله (١١).

(١) أى تسليم المهر.

(٢) من مرض أو حبس فلا- يجب على الزوج تسليم المهر، لأن تسليم المهر واجب عليه عند التقابض من الطرفين، و إذا تعذر التقابض من أحدهما فلا يجب على الآخر، و هذه هى المسألة الخامسة.

(٣) أى لم يلزم على الزوج تسليم المهر.

(٤) فلو كانت صغيره لا تصلح للجماع و طلب الولي المهر فهل يجب على الزوج التسليم قبل إكمالها البلوغ، قولان، فعن الشيخ فى المبسوط أنه لا يجب لتعذر التقابض من الجانبين لعدم إمكان الاستمتاع بها فكيف يحصل التمكين؟

و عن الشارح فى المسالك و هنا تبعاً للعلامه فى القواعد أنه يجب على الزوج التسليم إذا طلبه الولي، لأن الصداق حق ثابت و قد طلبه المستحق فوجب دفعه إليه، و عدم قبض مقابله من العوض لا يضر، لأن الزوج قد أقدم على العقد و هى صغيره، فقد أوجب على نفسه المهر و إن لم يستمتع بها، كما أوجبت الزوجه على نفسها التمكين و إن لم تقبض المهر إذا كان مؤجلاً، و هذه هى المسألة السادسة.

(٥) أى المهر.

(٦) و هو الولي.

(٧) و هو التمكين.

(٨) أى صغيره يحرم وطؤها.

(٩) و هو المهر.

(١٠) و هو التمكين من نفسها.

(١١) و محله عند كمالها بالبلوغ.

و هذا (١) بخلاف النفقه، لأنَّ سبب وجوبها (٢) التمكين التام (٣)، دون العقد، و وجه عدم الوجوب (٤) قد علم مما سلف (٥) مع جوابه (٦).

(و ليس لها بعد الدخول الامتناع فى أصح القولين) (٧)، لاستقرار المهر بالوطء (٨) و قد حصل تسليمها نفسها برضاها فانحصر حقها فى المطالبه، دون الامتناع، و لأنَّ النكاح معاوضه و متى سلّم أحد المتعاضين العوض الذى من قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك (٩) حبسه ليتسلم العوض الآخر، و لأنَّ منعها قبل (١) أى المهر.

(٢) أى النفقه.

(٣) من الوطء و سائر مقدماته.

(٤) أى عدم وجوب تسليم المهر على الزوج و هو قول الشيخ فى المبسوط.

(٥) لأن الواجب التسليم من الجانبين، فإذا تعذر من أحدهما لم يجب من الآخر.

(٦) من أن تسليم المعوض و هو التمكين ليس بواجب على الصغيره، فالمعوض من جانبها كالمهر المؤجل لا يمنع من وجوب تسليم العوض من الجانب الآخر، لأن الزوج قد أقدم على العقد عليها و هو عالم بأنها صغيره، فقد بنى العقد على كون المهر حالا و مقابله مؤجلا إلى حين البلوغ.

(٧) بحيث كان المهر حالا و لكن الزوجه قد مكنت من الدخول بها قبل أن تقبض المهر فدخل بها، فهل لها الامتناع بعد ذلك ما لم تقبض المهر، فالمشهور على العدم، و قد صرح به جماعة من القدماء، لأن المهر قد استقر بالوطء، و قد حصل تسليمها نفسها برضاها، و متى سلّم أحد المتعاضين العوض من جانبه باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه.

و عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و المفيد و القاضى أنه يجوز لها الامتناع، لعدم التقابض، لأن منفعه البضع تتجدد فالواقع فى مقابله المهر ليس هو الوطء مره واحده بل مجموع حق البضع، و بالوطء مره لم يحصل الإقباض لتمام منفعه البضع فجاز الامتناع.

و فرق ابن حمزه بين تسليمها نفسها اختيارا أو إكراها، فحكم بسقوط حقها من الامتناع فى الأول كما عليه المشهور، دون الثانى، و هذه هى المسأله السابعه من مسائل الامتناع قبل الدخول أو بعده قبل قبض المهر.

(٨) أى و طء الأول.

(٩) أى لم يكن لأحد المتعاضين بعد التسليم.

الدخول ثابت بالإجماع و لا دليل عليه (١) بعده (٢) فينتفى (٣) بالأصل (٤)، فإنّ التسليم (٥) حقّ عليها، و المهر حقّ عليه و الأصل عدم تعلق أحدهما بالآخر فيتمسك به (٦) إلى أن يثبت الناقل (٧).

و قيل: لها الامتناع كقبل الدخول، لأن المقصود بعقد النكاح منافع البضع (٨) فيكون المهر في مقابلها، و يكون تعلق الوطء الأول به (٩) كتعلق غيره (١٠).

و الأقوى الأول. هذا كلّه إذا سلمت نفسها اختياراً، فلو دخل بها كرها فحق الامتناع بحاله (١١)، لأنه (١٢) قبض فاسد فلا يترتب عليه أثر الصحيح (١٣)، و لأصالة البقاء (١٤) إلى أن يثبت المزيل. مع احتمال عدمه (١٥) لصدق القبض (١٦).

(١) على منعها.

(٢) بعد الدخول.

(٣) أى المنع.

(٤) و هو أصاله عدم المنع، و يمكن منعه بأن استصحاب المنع الثابت قبل الدخول وارد عليه.

(٥) أى تمكين نفسها.

(٦) أى بأصل عدم تعلق أحدهما بالآخر.

(٧) الموجب للتعلق، و فيه إن النكاح معاوضه تقتضى تعلّق أحدهما بالآخر فلا معنى للتمسك بأصاله عدم تعلق أحدهما بالآخر.

(٨) بتمامها و ليس الوطء الأول.

(٩) بالمهر.

(١٠) أى غير الوطء الأول من الوطء الثانى و الثالث و هكذا، مع ضميمه أن الذى تم هو الوطء الأول فلم يتحقق إقباض لتمام منافع البضع حتى يكون أحد المتعاضين قد سلّم العوض بتمامه من جانبه و يمنع من حبسه بعد ذلك، بل قد سلم بعضه و معه فيجوز له الامتناع كما لو لم يسلم شيئاً.

(١١) كما ذهب إليه ابن حمزه.

(١٢) أى الدخول كرها.

(١٣) فالقبض الصحيح لمنافع البضع هو الدخول باختيار الزوجه، و هو الذى يمنع من حبس نفسها فيما بعد، و هذا القبض الصحيح غير متحقق هنا، لأنه قد تم الدخول كرها.

(١٤) أى بقاء حق الامتناع لها إذا دخل بها كرها.

(١٥) أى عدم حق الامتناع لو دخل كرها.

(١٦) قال فى المسالك: (هل يشترط فى القبض وقوعه طوعا، أم يكتفى به مطلقا وجهان، من -

ص: ٤٩١

التاسعة - إذا زوج الأب ولده الصغير

(التاسعة - إذا زوج الأب ولده الصغير) (١) الذى لم يبلغ و يرشد (٢) (و للولد مال يفى) بالمهر (ففى ماله المهر، و إلا) يكن له مال أصلا (ففى مال الأب)، و لو ملك (٣) مقدار بعضه فهو (٤) فى ماله، و الباقي على الأب، هذا هو المشهور بين الأصحاب، و نسبه فى التذكرة إلى علمائنا و هو يشعر بالاتفاق عليه، ثم اختار (٥) أنّ ذلك (٦) مع عدم شرطه (٧) كونه (٨) على الولد مطلقا (٩)، أو -حصول الغرض و انتفاء الضمان به كيف اتفق، و من تحريم القبض بدون الإذن فلا يترتب عليه أثر الصحيح) انتهى.

(١) إذا زوج الأب ولده الصغير فإن كان له مال فالمهر على الولد، و إن كان فقيرا بحيث لا مال عنده فالمهر على الوالد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الفضل بن عبد الملك (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال عليه السلام: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السلام: لا، قلت:

على من الصداق؟ قال عليه السلام: على الأب إن كان ضمنه لهم، و إن لم يكن ضمنه فهو على الغلام، إلا أن لا يكون للغلام مال فهو ضامن له و إن لم يكن ضمن (١)، و موثق عبيد بن زرار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال عليه السلام: إن كان لابنه مال فعليه المهر، و إن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن) ٢ و مثلها غيرها.

(٢) أى و لم يرشد.

(٣) أى ملك الابن بعض المهر، فيلزمه بنسبه ما يملك و يلزم الأب الباقي على المشهور، و فى الجواهر أن تمام المهر على الولد اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن، فالأصل كون المهر على الزوج، و المخالف له هو كون المهر على الأب إذا كان الولد لا مال عنده، و أما لو كان عنده البعض فيرجع إلى الأصل و هو جيد. بل قيل: إنه لا مدرك لقول المشهور.

(٤) أى بعض المهر فى مال الولد.

(٥) أى العلامه فى التذكرة.

(٦) أى من كون المهر على الوالد إذا لم يكن للولد مال.

(٧) أى عدم شرط الأب.

(٨) أى كون المهر.

(٩) سواء كان له مال أم لا، و المعنى أن المهر على الوالد إذا لم يكن للولد مال ما لم يصرح الأب بنفى ضمان المهر عنه، و مع التصريح بالنفى فالمهر على الولد سواء كان له مال أم لا.

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب المهور حديث ٢ و ١.

كونه (١) عليه (٢) مطلقا (٣)، و إلا (٤) كان (٥) على الولد فى الأول (٦)، و عليه (٧) فى الثانى (٨) مطلقا (٩).

(و لو بلغ) الصبى (فطلق قبل الدخول كان النصف المستعاد للولد) لا للأب (١٠)، لأنّ دفع الأب له (١١) كالهبة للابن، و ملك الابن له (١٢) بالطلاق ملك جديد، لا إبطال لملك المرأة السابق ليرجع إلى مالكة (١٣)، و كذا (١٤) لو طلق قبل أن يدفع الأب عنه (١٥)، لأنّ المرأة ملكته (١٦) بالعقد و إن لم تقبضه، و قطع فى (١) أى كون المهر، و المعنى أن المهر على الوالد إذا لم يكن للولد مال ما لم يشترط الأب بأن المهر عليه نفسه سواء كان للولد مال أم لا.

(٢) على الأب.

(٣) سواء كان للولد مال أم لا.

(٤) أى و إن كان قد شرط.

(٥) أى المهر.

(٦) إذا شرط الأب بنفى المهر عنه و بكونه على الولد.

(٧) أى على الأب.

(٨) أى فيما لو شرط الأب بكون المهر عليه.

(٩) أى سواء كان للولد مال أم لا، و هو قيد لكلا الشرطين.

(١٠) أى لو دفع الأب المهر الذى فى ذمته بسبب إفسار الصبى ثم بلغ الصبى و طلق قبل الدخول، استعاد الولد النصف من المهر دون الوالد، لأنّ الزوجه قد ملكت المهر بتمامه و إن كان الدافع هو الأب، و الطلاق قبل الدخول سبب لتمليك الزوج النصف منه، و ليس الطلاق مبطلا لملكها السابق حتى يقال إنه يعود إلى مالكة السابق و هو الأب، و قد تردد المحقق فى الشرائع فى هذا الحكم، و تردده بلا وجه.

(١١) للمهر.

(١٢) لنصف المهر.

(١٣) أى مالكة السابق و هو الأب.

(١٤) من كون نصف المهر للولد لا للأب.

(١٥) عن الولد، و يطالب الولد أباه بنصف المهر كما تطالب الزوجه بالنصف الآخر بعد الطلاق، و الولد يطالب أباه بنصف المهر، لأنّ المهر ليس هبه من الوالد لابنه حتى يحتاج إلى القبض، بل هو ثابت فى ذمه الأب بحكم الشارع.

(١٦) أى تمام المهر.

ص: ٤٩٣

القواعد هنا (١) بسقوط النصف عن الأب (٢)، و أن الابن لا يستحق مطالبته (٣) بشيء.

و الفرق (٤) غير واضح (٥).

و لو دفع الأب عن الولد الكبير المهر تبرعا، أو عن أجنبي ثم طلق (٦) قبل الدخول ففي عود النصف إلى الدافع، أو الزوج قولان (٧) من ملك (٨) المرأة له (٩) كالأول (١٠) فيرجع (١١) إلى الزوج، و من أن (١٢) الكبير لا يملك بغير اختياره (١٣)، وإنما سقط عنه (١٤) الحق فإذا سقط نصفه (١٥) رجع النصف إلى الدافع، و اختلف (١) فيما لو طلق الولد قبل أن يدفع الأب تمام المهر للزوجه.

(٢) تنزيلا للمهر هنا بمنزله هبه الوالد إلى الولد، غايته يدفعها إلى الزوجه، و مع عدم القبض لم تتحقق الهبه للزوجه حتى يرجع الولد عليها بالنصف عند الطلاق.

(٣) أى مطالبه الوالد.

(٤) بين كون الوالد قد دفع المهر و بين كونه لم يدفع.

(٥) بعد كون المهر على الأب بحكم الشارع، و ليس من باب الهبه منه لولده.

(٦) أى الولد الكبير أو الأجنبي.

(٧) أنه يرجع إلى الدافع كما فى التحرير و قبله الشيخ فى المبسوط، لأن دفع الوالد إنما هو للوفاء عما فى ذمه الزوج سواء كان ولدا كبيرا أم أجنبيا، و مع الطلاق الذى هو فسخ عقد النكاح يعود النصف إلى من دفعه وفاء، نحو الفسخ بالعيب فى البيع الذى دفع فيه الثمن عن ذمه المشتري تبرعا، فيرجع الثمن إلى الدافع. و عن غيرهم أنه يعود إلى الزوج، لأن الزوج قد ملك المهر بالعقد و دفع المهر من قبل الأب تبرعا كالهبة للزوج غايته قد دفعت للزوجه، و مع الطلاق يرجع النصف إلى الزوج، لأن الطلاق سبب مملك للنصف و ليس فاسخا للملك حتى يرجع المهر إلى مالكة الأول.

(٨) دليل رجوع النصف إلى الزوج.

(٩) للمهر.

(١٠) كما لو دفع الأب عن الولد الصغير.

(١١) أى النصف.

(١٢) دليل رجوع النصف إلى الدافع.

(١٣) بخلاف الصغير فاختيار الأب اختياره.

(١٤) عن الزوج الحق من المهر.

(١٥) أى نصف المهر، و يسقط النصف من الحق عنه لأنه طلقها قبل الدخول.

ص: ٤٩٤

كلام العلامة هنا (١) ففي التذكرة قطع برجوعه (٢) إلى الزوج (٣) كالصغير، وفي التحرير قوى عدمه (٤)، واستشكل في القواعد بعد حكمه بإلحاقه (٥) بالصغير.

و الأقوى الأول (٦).

العاشره - لو اختلفا فى المهر

(العاشره - لو اختلفا فى التسميه) (٧) فادعاها أحدهما و ادعى الآخر التفويض (٨) (حلف المنكر لها) (٩) لأصالة عدمها، فيثبت مقتضى عدمها (١٠) من المتعه (١١)، أو مهر المثل (١٢)، أو غيرهما (١٣) (و لو اختلفا فى القدر قدّم قول الزوج) (١٤)، لأصالة البراءة من الزائد على ما يعترف به.

(١) فيما لو تبرع الوالد عن الولد الكبير أو الأجنبى.

(٢) أى رجوع نصف المهر.

(٣) و هو الولد الكبير أو الأجنبى كما يرجع النصف فيما لو كان الزوج صغيرا.

(٤) عدم رجوع النصف إلى الزوج، بل يرجع إلى الدافع.

(٥) بإلحاق الولد الكبير أو الأجنبى.

(٦) و هو رجوع النصف إلى الزوج سواء كان الولد الكبير أم الأجنبى، كما يرجع النصف إلى الصغير.

(٧) لو اختلف الزوجان فى أصل المهر، بأن ادعته المرأه و أنكره الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه بلا خلاف و لا إشكال، لأنه منكر لما تدعيه، و لأصالة عدم التسميه و العقد بمجرد لا يقتضى اشتغال ذمه الزوج بالمهر، لاحتمال تجرد العقد عن ذكر المهر.

هذا كله إذا كان الاختلاف قبل الدخول و عليه فلو طلقها حينئذ فعليه المتعه بحسب حاله، و أما إذا كان الاختلاف بعد الدخول فالمشهور على أن القول قوله مع يمينه، لأنه منكر لما تدعيه، و لأصالة عدم التسميه، لكن يثبت للمرأه مهر المثل بسبب الدخول و ليس لها الزيادة على مهر المثل.

(٨) أى تفويض البضع ليكون منكرا للتسميه من رأس.

(٩) للتسميه.

(١٠) عدم التسميه.

(١١) إذا كان الطلاق قبل الدخول فيجب عليه المتعه بحسب حاله.

(١٢) إذا كان الاختلاف بعد الدخول.

(١٣) وهو أنه لا شيء لها و ذلك فيما إذا فارقها بفسخ أو لعان، أو بموت.

(١٤) لو اختلفا فادعت أنها تستحق من المهر مائة دينار، فقال الزوج: بل خمسين، قدم قول -

ص: ٤٩٥

و احتمال العلامه فى القواعد تقديم قول من يدعى مهر المثل عملا بالظاهر من عدم العقد على ما دونه (١)، و أنه (٢) الأصل فى عوض الوطء المجرد عنه (٣) كالشبهه.

-الزوج مع يمينه، لأنه منكر لما تدعيه من الزيادة، و لصحيح أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها فادعت أن صداقها مائه دينار، و ذكر الزوج أن صداقها خمسون ديناراً، و ليس لها بينه على ذلك، قال عليه السلام: القول قول الزوج مع يمينه) (١) بلا فرق بين الدخول و عدمه، و لا بين كون ما تدعيه الزوجه أنه المهر أو أنها تستحق ذلك فى ذمته من باب أنه مهر المثل عند الدخول، على المشهور فى ذلك كله.

و عن العلامه فى القواعد أنه ليس من البعيد تقديم قول من يدعى مهر المثل عملا بالأصل من عدم التسميه و ثبوت مهر المثل بسبب الدخول، و عملا بالظاهر من عدم العقد على ما دون مهر المثل أو ما فوقه و حتى يتضح الحق فنقول: تاره يختلفان فى قدر المهر بعد الاتفاق على التسميه فى العقد، و أخرى يختلفان فى قدر المهر بعد الاتفاق على عدم التسميه فى العقد، و ثالثه يختلفان فى قدر المهر لاختلافهما فى التسميه و عدمها.

فإن اتفقا على التسميه و اختلفا فى القدر فالقول قول منكر الزيادة، و هو الزوج، و عليه تحمل الروايه و هو مما لا إشكال فيه.

و إن اتفقا على عدم التسميه و اختلفا فى القدر، فإن كان بعد الدخول فالواجب مهر المثل فإن ادعت ما يوافقه و أنكراه الزوج فالقول قولها مع اليمين، لموافقه قولها هذا الظاهر، و لو كان قبل الدخول فالقول قوله فى إنكار الزيادة لو اختلفا فى فرض المهر و إن اختلفا فى القدر لاختلافهما فى التسميه و عدمها، فهى تدعى المائه و أنها مهر المثل و هو يدعى الخمسين و أنها المسمى، فالقول قولها مع اليمين لأصالة عدم التسميه.

و مما تقدم تعرف ضعف إطلاق كلام الأصحاب حيث إنه متين فى الاختلاف فى القدر بعد الاتفاق على التسميه، و غير متين فى غيره، و تعرف ضعف إطلاق كلام العلامه حيث إنه متين فى الاختلاف فى القدر بعد الاتفاق على عدم التسميه و بعد الدخول، و غير متين فى غيره.

(١) أى دون مهر المثل، و كذا عدم العقد على ما فوقه.

(٢) أى مهر المثل.

(٣) عن العقد كوطء الشبهه و وطء الزوج لزوجته مع تفويض بضعها.

ص: ٤٩٦

وفيه (١): أنّ الأصل (٢) مقدم على الظاهر عند التعارض (٣) إلا فيما ندر، و إنما يكون (٤) عوضاً عن وطء مجرد عن العقد، أو في مواضع خاصه (٥)، و لو كان النزاع قبل الدخول فلا اشتباه في تقديم قوله (٦).

و لو قيل بقبول قولها في مهر المثل فما دون مع الدخول (٧)، لتطابق الأصل (٨) و الظاهر (٩) عليه (١٠)، إذ الأصل عدم التسميه، و هو (١١) موجب له (١٢) حينئذ (١٣)، و الظاهر تسميته (١٤)، و عدم (١٥) قبوله قبله (١٦) لأصالة البراءه (١٧)، (١) في احتمال العلامه.

(٢) و هو براءه ذمه الزوج من الزائد على ما يعترف به.

(٣) فكيف قدّم العلامه الظاهر على الأصل.

(٤) أى مهر المثل.

(٥) كما في تفويض البضع، و ليس مهر المثل هو الأصل حتى مع التسميه كما هو الظاهر من كلام العلامه.

(٦) أى قول الزوج، فلا- دخول يوجب مهر المثل، و الأصل معه من براءه ذمته مما تدعيه من زياده، فلا- يثبت في ذمته إلا- ما يعترف به.

(٧) عند اختلافهما في التسميه و عدمها. و عند اختلافهما في القدر بعد اتفاقهما على عدم التسميه.

(٨) و هو عدم التسميه فيما لو اختلفا في التسميه و عدمها.

(٩) لأن الظاهر هو عدم العقد على ما دونه و على ما فوقه فيما لو اتفقا على عدم التسميه و اختلفا في القدر.

(١٠) على مهر المثل.

(١١) أى عدم التسميه.

(١٢) لمهر المثل.

(١٣) أى حين الدخول.

(١٤) أى تسميه مهر المثل، و ذلك فيما لو اختلفا في القدر بعد الاتفاق على عدم التسميه.

(١٥) عطف على قوله السابق (بقبول قولها)، و المعنى و لو قيل: بعدم قبول قولها.

(١٦) قبل الدخول، بل يقبل قول الزوج فيه في ما يدعيه من المهر و أنه أقل من مهر المثل.

(١٧) أى براءه ذمه الزوج مما تدعيه من الزائد، و ذلك فيما لو اتفقا على عدم التسميه و اختلفا فى القدر.

ص: ٤٩٧

و عدم (١) التسميه كان حسنا.

نعم لو كان اختلافهما فى القدر بعد اتفاقهما على التسميه، قدّم قول الزوج مطلقا (٢).

و مثله (٣) ما لو اختلفا فى أصل المهر (٤)، أو ادعت الزوجه مهرا و لم يمكن الجواب من قبل الزوج (٥)، أو وارثه، لصغر (٦)، أو غيبه، و نحوهما (٧).

(و كذا) لو اختلفا (فى الصفه) (٨) كالجيد، و الردىء، و الصحيح، و المكسّر (١) أى و لأصالة عدم التسميه فيما لو اختلفا فى التسميه و عدمها.

(٢) قبل الدخول أو بعده.

(٣) أى و مثل اختلافهما فى القدر بعد اتفاقهما على التسميه.

(٤) بأن ادعت الزوجه أصل المهر، فقال الزوج: لا- مهر لك عندى من غير تعرض إلى القدر أو التسميه، فعن جماعه من الأصحاب تقديم قول الزوج قبل الدخول أو بعده، أما قبل الدخول فواضح لاحتمال التفويض، و أما بعد الدخول فتقديم قوله مشكل، لأن الدخول سبب لمهر المثل، إلا أن يوجّه كلامهم بأن العقد و الدخول لا يوجب ثبوت المهر فى ذمه الزوج لاحتمال كونه صغيرا معسرا فالمهر فى ذمه الأب، أو لاحتمال كونه عبدا فالمهر فى ذمه المولى، و مع هذا الاحتمال يقدم قوله مع اليمين لموافقته قوله براءه ذمته من أصل المهر، إلا أن لا يكون الزوج محتملا للأمرين المذكورين فالإشكال باق بحاله.

(٥) فلا تسمع دعواها، و هو فى معنى تقديم قول الزوج.

(٦) فى الزوج أو وارثه و كذا السبب الثانى من الغيبه.

(٧) كالموت.

(٨) لو اختلف فى صفه المهر كالصحيح و المكسر، و الجيد و الردىء فالقول قول الزوج مع يمينه، سواء ما يدعيه بقدر مهر المثل أم أقل، و سواء كان مع الدخول أو قبله، لأصالة براءه ذمته مما تدعيه المرأه من الوصف الزائد.

هذا و قال فى المسالك: (و لو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف فى الصفه، لأن كلا منهما ينكر ما يدعيه الآخر، خصوصا مع تصريح كل منهما بكون ما يدعيه هو الذى وقع عليه العقد كان وجهها، فيثبت مهر المثل إلا أن يزيد عما تدعيه المرأه، أو ينقص عما يدعيه الزوج) انتهى.

وفيه: أنهما متفقان على ما يعترف به الزوج، و مختلفان على الصفه الزائده فتجرى قاعده اليمين على من أنكر.

فإنَّ القول قول الزوج مع اليمين، سواء كان النزاع قبل الدخول أم بعده، و سواء وافق أحدهما مهر المثل أم لا، لأنه (١) الغارم فيقبل قوله فيه (٢) كما يقبل في القدر (و في التسليم (٣) يقدم قولها) لأصالة عدمه (٤)، و استصحاب اشتغال ذمته هذا هو المشهور. و في قول الشيخ أنه بعد تسليم نفسها يقدم قوله استنادا إلى روايه، و هو (٥) شاذ.

(و في المواقع لو أنكرها) (٦) ليندفع عنه نصف المهر بالطلاق (يقدم قوله)، (١) اي الزوج.

(٢) في الاختلاف في الصفه.

(٣) لو اعترف الزوج بالمهر ثم ادعى تسليمه و أنكرت الزوجه، و لا- بينه للزوج فالقول قول الزوج مع يمينها، لأصالة عدم التسليم، على المشهور.

و عن الشيخ في نفقات الخلاف، و هو المنسوب إلى ابن الجنيّد تقديم قولها قبل الدخول لأصالة عدم التسليم، و أما بعد الدخول فالقول قوله مع يمينه لخبر الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر و قال: قد أعطيتك، فعليها بينه و عليه اليمين) (١)، و هي مردوده أو محموله على ما لو كانت العاده بتقديم المهر قبل الدخول، بحيث يكون الظاهر حينئذ أقوى من الأصل، فقوله بالتسليم موافق للظاهر المقدم على الأصل الموافق لقولها، و هذا خروج من محل النزاع، إذ النزاع في التسليم و عدمه مع وجود هذا الظاهر.

(٤) عدم التسليم.

(٥) أي قول الشيخ.

(٦) أي الزوج، لو خلا- الزوج بزوجه خلوه خاليه عن موانع الوقاع فادعت المواقع و الدخول، و أنكر الزوج ذلك ليندفع عنه نصف المهر لو طلق، فعلى المشهور أن القول قوله مع يمينه لأصالة عدم المواقع، و عن الشيخ في النهايه و التهذيبيين القول قول المرأه مع يمينها عملا بشاهد الحال من الخلوه بها فيكون قولها موافقا للظاهر.

و الأقوى تقديم الأصل على الظاهر، لأن وجود القدره عند الزوجين على الدخول مع توفر الداعي عندهما، و انتفاء الصارف و المانع لا يجعل الدخول معلوما بل هو مظنون و الأصل عدمه.

ص: ٤٩٩

لأصالة عدمها (١).

(و قيل: قولها مع الخلوه التامه) التي لا مانع معها (٢) عن الوطاء شرعا، و لا عقلا، و لا عرفا. (و هو قريب) عملا بالظاهر من حال الصحيح (٣) إذا خلا بالحليله، و للأخبار (٤) الداله على وجوب المهر بالخلوه التامه بحملها على كونه دخل بشهاده الظاهر (٥). و الأشهر الأول ترجيحا للأصل.

و حكم اختلاف ورثتهما، أو أحدهما (٦) مع الآخر (٧) حكمه (٨).

الفصل السابع – فى العيوب و التدليس

اشاره

(الفصل السابع – فى العيوب و التدليس (٩)

العيوب المجوزه لفسخ النكاح خمس

(و هى) أى العيوب المجوزه لفسخ النكاح على الوجه الذى يأتى (فى الرجل)، بل الزوج مطلقا (١٠) (خمس: الجنون (١١)). (١) عدم المواقعه.

(٢) مع الخلوه التامه.

(٣) أى الزوج الصحيح القادر.

(٤) و قد تقدمت فى بحث استقرار المهر بالدخول لا بالخلوه (١).

(٥) و هى محموله على التقية لموافقتها قول أبى حنيفه و كثير من العامه كما فى الجواهر.

(٦) أى ورثه أحدهما.

(٧) مع الطرف الآخر من الزوجين.

(٨) أى حكم اختلاف نفس الزوجين.

(٩) التدليس تفعيل من الدلس، و هو الظلمه، و أصله من المخادعه، كأن المدلس لما أتى بالمعيب أو الناقص إلى المخدوع و قد كتم عليه عيبه أتاه فى الظلمه و خدعه.

و الفرق بينه و بين العيب أن التدليس إظهار ما يوجب الكمال أو إخفاء ما يوجب النقص، و أما العيب فهو نقصان صفه فى العين.

(١٠) وإن كان صغيراً.

(١١) بلا خلاف فيه للأخبار.

ص: ٥٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب المهور حديث ٢ و ٣ و ٤.

(و الخصاء) (١) بكسر الخاء مع المدّ، و هو سلّ الاثنيين و إن أمكن الوطء (و الجب) (٢) -منها: خبر على بن أبي حمزة (سئل أبو إبراهيم عليه السّلام عن امرأه يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (إنما يرّد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل) ٢.

(١) بالكسر و المد و هو سل الاثنيين أى إخراجهما فالمشهور على أنه عيب تتسلط به المرأة على فسخ العقد للأخبار.

منها: صحيح ابن مسكان (بعثت بمسأله مع ابن أعين قلت: سله عن خصى دلّس نفسه لامرأه فدخل بها فوجدته خصيا؟ قال: يفرق بينهما و يوجع ظهره، و يكون لها المهر لدخوله عليها) (٢)، و موثق ابن بكير عن أحدهما عليهما السّلام (فى خصى دلّس نفسه لامرأه مسلمه فتزوجها، فقال: يفرّق بينهما إن شاءت المرأة، و يوجع رأسه و إن رضيت به و أقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه) (٣) و مثلها غيرها و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط عدم كون الخصاء عيبا، لأن الخصى يولج بل ربما كان أبلغ من الفحل لعدم فتوره، إلا- أنه لا- ينزل و هو ليس بعيب، بعد حمل الأخبار المتقدمه على تدليس الرجل بأنه فحل مع أنه خصى.

(٢) المشهور على أن الجب من العيوب الموجبه للفسخ، و قد تردد المحقق فى الشرائع، و منشأ تردده عدم ورود النص الخاص فيه و مقتضى القاعده لزوم العقد، و مع ذلك فيستدل للمشهور بإطلاق صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أ تفارقه؟ قال عليه السّلام: نعم إن شاءت) (٤)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على جماع أ تفارقه؟ قال عليه السّلام:

نعم إن شاءت) ٦ فهما شاملان للمجبوب كما يشملان العنين لعدم القدره على الجماع فيهما، أو فقل أن عدم القدره على الجماع قد يكون لعدم انتشار العضو كما فى العنين كذلك قد يكون لانتفاء العضو كما فى المجبوب.

هذا و يشترط فى المجبوب أن لا يبقى له ما يمكن من الوطء و لو مقدار الحشفه، لأن-

ص: ٥٠١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٦ و ١.

و هو قطع مجموع الذكر، أو ما لا يبقى معه قدر الحشفه،(و العنز) (١) و هو مرض يعجز معه عن الايلاج، لضعف الذكر عن الانتشار،(و الجذام) (٢) بضم الجيم، -الوطء يحصل بمقدار ذلك فلا يكون غير قادر على الجماع فيخرج عن الأخبار المتقدمه، و من ثم ترتب عليه أحكامه من وجوب الغسل و المهر و الحد و غير ذلك من الأحكام.

(١)بالفتح و هو الضعف المخصوص بالعضو، بمعنى عدم انتشار العضو، و الاسم العنه بالضم، و يقال للرجل إذا كان كذلك عتین كسكين، و هو من جمله العيوب التي تتسلط المرأه به على فسخ العقد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على جماع أ تفارقه؟ قال عليه السلام: نعم إن شاءت)(١) و صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أ تفارقه؟ قال عليه السلام: نعم إن شاءت)(٢) و مثلها غيرها.

(٢)المشهور أنه لا يردّ الرجل بغير الأربعة المتقدمه من الجنون و الخصاء و الجب و العنز، و عن ابن الجنيّد و القاضي و العلامه فى المختلف و الشارح و جماعه من المتأخرين أنه يردّ بالجذام و البرص، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل)(٢) و هو متناول بإطلاقه الرجل و المرأه، و لأن ثبوتها عيب فى المرأه بالاتفاق ففى الرجل بطريق أولى، لأن للرجل وسيله للتخلص منهما بالطلاق فلو ثبتا فى الرجل لما كان لها طريق للتخلص إلا الخيار، و لحصول الضرر منهما بالعدوى باتفاق الأطباء و أهل المعرفه و لذا ورد فى الجذام (فرّ من المجذوم فرارك من الأسد)(٣) و المشهور على العدم لأصالة لزوم العقد فلا يثبت الخيار إلا بدليل يقتضيه، و لا دليل فى غير الأربعة المتقدمه، و لخبر غياث الضبى عن أبي عبد الله عليه السلام (فى العنين إذا علم أنه عنين لا يأتى النساء فرّق بينهما، و إذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرق بينهما، و الرجل لا يردّ من عيب)(٤)، و ذيله العام حجه لا يرفع اليد عنه إلا بمقدار ما دل الدليل على فسخ المرأه لعيوب الرجل، و لم يدل الدليل إلا على الأربعة المتقدمه.

و فيه: إن التمسك بلزوم العقد مدفوع بعموم صحيح الحلبي، و أما خبر غياث فقد قال-

ص: ٥٠٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١ و ٦.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.

٣- ((٤)) سفينه البحار ج ١ ص ١٤٧.

٤- ((٥)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٢.

و هو مرض يظهر معه يبس الأعضاء و تناثر اللحم (على قول) القاضى و ابن الجنيد، و استحسنة فى المختلف و قواه المحقق الشيخ على، لعموم قول الصادق عليه السّلام فى صحيحه الحلبي: «إنما يرّد النكاح من البرص، و الجذام، و الجنون و العفل» فإنّه عام فى الرجل و المرأة، إلا ما أخرجه الدليل، و لأدائه (١) إلى الضرر المنفى فإنّه من الأمراض المعديه باتفاق الأطباء و قد روى أنه صلّى الله عليه و آله و سلّم قال:

«فرّ من المجذوم فرارك من الأسد» فلا بد من طريق إلى التخلص و لا طريق للمرأة إلا الخيار، و النص و الفتوى الدالان على كونه (٢) عيبا فى المرأة - مع وجود وسيله الرجل إلى الفرقة بالطلاق - قد يقتضيه (٣) فى الرجل بطريق أولى.

و ذهب الأكثر إلى عدم ثبوت الخيار لها به (٤) تمسكا بالأصل (٥)، و لروايه غياث الضبى عن أبى عبد الله عليه السّلام «الرجل لا يرّد من عيب» فإنّه يتناول محل النزاع.

و لا يخفى قوه القول الأول (٦)، و رجحان روايته (٧)، لصحتها، و شهرتها مع ما ضم إليها (٨) و هى (٩) ناقله عن حكم الأصل.

-الشارح فى المسالك: (و أما الاستناد إلى خبر غياث الضبى فى مثل هذه المطالب كما اتفق لجماعه من المحققين فمن أعجب العجائب، لقصوره فى المتن و السند، أما السند فلأن غياثا هذا لا يعرف فى كتب الرجال بحال، فكيف يجعل حديثه ممسكا فى هذه الأحكام، بل معارضا بغيره من الأخبار خصوصا الصحيح منها، و أما المتن فلاقتضائه نفى رد الرجل من عيب أصلا و هو خلاف إجماع المسلمين) انتهى.

(١) أى الجذام.

(٢) أى كون الجذام.

(٣) أى يقتضى كون الجذام عيبا.

(٤) أى عدم ثبوت الخيار للزوجه بجذام الرجل.

(٥) و هو أصاله للزوم فى العقود.

(٦) و هو أن الجذام عيب.

(٧) أى روايه القول الأول و هى صحيح الحلبي المتقدم.

(٨) و هو نفى الضرر بعد كون الجذام فى الرجل ضررا عليها لسريانه.

(٩) أى روايه القول الأول، و هى صحيح الحلبي.

و اعلم أن القائل بكونه (١) عيباً في الرجل الحق به البرص، لوجوده معه (٢) في النص الصحيح (٣)، و مشاركته له (٤) في الضرر و الإضرار و العدوى فكان ينبغي ذكره معه (٥).

(١) بكون الجذام.

(٢) أى لوجود البرص مع الجذام.

(٣) و هو صحيح الحلبي المتقدم.

(٤) أى و مشاركته البرص للجذام.

(٥) أى فكان ينبغي على المصنف ذكر البرص مع الجذام، هذا و أعلم أن البرص مرض معروف، و بسببه يحدث في البدن تغير لونه إلى السواد أو البياض، لأن سببه قد يكون غلبه السوداء فيحدث الأسود، و قد يكون غلبه البلغم فيحدث الأبيض، و المعتبر منه ما يتحقق به اسمه كالجذام، ثم قد يشبهه البرص بالبهق، لأنه يشبهه في القسمين و السبيين، و الفرق بينهما أن البرص يكون غائصاً الجلد و اللحم، و البهق يكون في سطح الجلد خاصة ليس له غور، و قيل بأنه إذا غرز فيه الإبره فإن خرج منه دم فهو بهق، و إن خرجت منه رطوبه بيضاء فهو برص، و مع الاشتباه لا بد من الرجوع إلى الأطباء و أهل المعرفة في ذلك.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالمنسوب إلى القاضى و الاسكافى أن العمى في الرجل من العيوب الموجه لتسلط المرأة على الفسخ، لأن العمى من العيوب في المرأة الموجه لتسلط الفسخ للرجل ففي الرجل أولى، لأن للرجل التخلص بالطلاق، و فيه: أنه محض أولويه عقلية مندرجه في القياس المحرّم.

و من جهه ثالثة فالمنسوب إلى الاسكافى إضافه العرج و الزنا على عيوب الرجل، أما العرج في الرجل فلأن العرج في المرأة من العيوب، و يردده أنه قياس محض، و أما الزنا فلخبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن رجل تزوج بامرأه فلم يدخل بها فزنا، ما عليه؟ قال عليه السلام: يجلد الحد و يحلق رأسه، و يفرق بينه و بين أهله و ينفى سنه) (١)، و خبر طلحه بن زيد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام (قرأت في كتاب على عليه السلام أن الرجل إذا تزوج المرأة فزنا قبل أن يدخل بها لم تحل له، لأنه زان و يفرّق بينهما و يعطيها نصف المهر) ٢.

و يردده أنها معارضه بأخبار أخرى.

ص: ٥٠٤

(و لا- فرق بين الجنون المطبق) (١) المستوعب لجميع أوقاته (٢)،(و غيره) و هو الذى ينوب (٣) أدوارا (٤)،(و لا بين) الحاصل (قبل العقد و بعده) (٥) سواء (وطء أو) -منها: صحيح رفاعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزنى قبل أن يدخل بأهله أ يرجم؟ قال: لا، قلت: أ يفرق بينهما إذا زنا قبل أن يدخل بها؟ قال: لا) (١).

(١) من أطبق الجنون إذا دام.

(٢) أى أوقات المجنون.

(٣) أى يأتى.

(٤) قد تقدم الدليل على كون الجنون عيبا فى الرجل، و هو مطلق يشمل الأدوارى و الاطباقي، لصدق الجنون عليهما و لا فرق فى الأدوارى بين كونه قد يعقل أوقات الصلاة أو لا، هذا و اعلم أن الجنون مرض فى العقل يقتضى فساد و تعطيله عن أفعاله و أحكامه و لو فى بعض الأوقات، من الجنان أو الجن بالكسر أو الجن بالفتح، فالمجنون من أصيب جنانه أى قلبه، أو أصابته الجن، أو حيل بينه و بين عقله فستر عقله، و لا عبره بالسهو الكثير السريع الزوال، و لا الاغماء لعدم صدق الجنون عرفا عليهما.

(٥) قد تقدم الدليل على كون الجنون عيبا فى الرجل، و اعلم أنه لا خلاف فى كونه عيبا و إن كان ادوارا سواء كان سابقا على العقد أو تجدد بعده، قبل الوطء أو بعده إذا كان لا يعقل أوقات الصلاة، و أما إذا كان يعقل فإن كان قبل العقد أو مقارنا له فالمعروف ما عدا ابن حمزه الفسخ أيضا، و إن تجدد بعد العقد فعن أكثر المتقدمين عدم الفسخ، لمرسل الفقيه (و روى أنه إن بلغ به الجنون مبلغا لا- يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما فإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد بليت) (٢) ، و الفقه الرضوى (إذا تزوج الرجل فأصابه بعد ذلك جنون، فبلغ به مبلغا حتى لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما، و إن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد ابتليت) (٣) ، و هما ظاهران فى أن الجنون المتجدد لا- يوجب الفسخ إلا مع عدم معرفه أوقات الصلاة.

و عن أكثر المتأخرين أن المتجدد يوجب الفسخ و إن عرف معه أوقات الصلاة لإطلاق صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل) (٤) و مثله غيره، بعد عدم حجيه الرضوى و ضعف مرسل الفقيه.

ص: ٥٠٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.

(لا) (١)، لإطلاق النص (٢) بكونه عيبا الصادق لجميع ما ذكر، لأنَّ الجنون فنون، و الجامع لها (٣) فساد العقل على أى وجه كان.

و فى بعض الأخبار تصريح بجواز فسخها (٤) بالحادث منه (٥) بعد العقد (٦).

و قيل: يشترط فيه (٧) كونه بحيث لا يعقل أوقات الصلاة.

و ليس عليه دليل واضح (٨).

(و فى معنى الخصاء الوجاء) بكسر أوله و المدّ، و هو رضّ الخصيتين بحيث تبطل قوتهما (٩)، بل قيل (١٠): إنّه من أفراد الخصاء فيتناوله نصه (١١)، أو يشاركه (١٢) فى العله (١٣) المقتضيه للحكم، (و شرط الجب أن لا يبقى قدر) (١) لإطلاق أدله كون الجنون عيبا فى الرجل.

(٢) و هو صحيح الحلبي المتقدم.

(٣) لفنون الجنون.

(٤) فسخ المرأة.

(٥) من الجنون.

(٦) و هو خبر على بن أبى حمزه المتقدم (سئل أبو إبراهيم عليه السّلام عن امرأه يكون لها زوج و قد أصيب فى عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون؟ قال عليه السّلام: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت) (١)، و التصريح بكون الجنون بعد العقد قد ورد فى كلام السائل لا فى كلام المعصوم، فلا يعارض ما دل على أن الجنون مطلقا عيب.

(٧) فى الجنون المتجدد بعد العقد كما عليه أكثر المتقدمين، أو فى مطلق الجنون المتجدد بعد العقد و السابق كما عليه ابن حمزه.

(٨) بل عليه دليل إلا أنه ضعيف السند لا يصلح لمعارضه غيره.

(٩) فهما فى منزله العدم، فلذا كان الوجاء فى معنى الخصاء.

(١٠) و حكاه سيد الرياض عن بعض أهل اللغة.

(١١) أى يتناول الوجاء نص الخصاء بناء على أنه من أفرادها.

(١٢) أى يشارك الوجاء الخصاء بناء على أنه فى معناه.

(١٣) وهى عدم قوه الخصيتين.

ص:٥٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

(الحشفه) (١) فلو بقي قدرها فلا خيار، لإمكان الوطء حينئذ (٢).

(و شرط العتّه) بالضم (أن يعجز عن الوطء في القبل و الدبر منها (٣) و من) (١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢) حين بقاء قدر الحشفه، و يترتب على الوطء حينئذ أحكامه.

(٣) من الزوجه، قد تقدم الدليل على كون العنن من عيوب الرجل، و يثبت الفسخ به مع تقدمه على العقد بالاتفاق، و كذا لو تجدد قبل الوطء على المشهور لتناول النص له كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (العنن يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت) (١).

و عن المحقق الثاني أنه يلوح من عبارته المبسوط عدم ثبوت الخيار به، و هو ضعيف لعدم الدليل عليه.

ثم لو تجدد بعد الوطء فلا فسخ، للأصل من لزوم العقد، و لخبر غياث الضبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في العنن إذا علم أنه عنين لا- يأتي النساء فزق بينهما و إذا وقع عليها دفعه واحده لم يفزق بينهما) ٢، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأه - امرأته - مره واحده ثم أخذ عنها فلا- خيار لها) (٢)، هذا على الأكثر، و عن المفيد و جماعه أن لها الفسخ، للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس عن الوطء.

و العنن هو من يعجز عن الوطء مطلقا بلا فرق بين زوجته و غيرها، فلو كان قادرا على وطء غير الزوجه دونها فليس بعنن على المشهور، لخبر غياث المتقدم (إذا علم أنه عنين لا- يأتي النساء فزق بينهما) ٤ و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها، فقال عليه السلام: إذا كان لا يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك، و إن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها) ٥.

و عن ابن زهره و هو الظاهر من المفيد على ما قيل، المعتبر في صدق العنن عدم إتيانه زوجته و لا عبره بغيرها لصحيح علي بن رثاب عن أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنه، فإن وصل إليها و إلا فزق بينهما) (٣) حيث جعل المدار على الوصول إلى زوجته، و فيه: أنه وارد في مقام ادعاء-

ص: ٥٠٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٥ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤ و ٢ و ٣.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

(غيرها) فلو وطأها في ذلك النكاح و لو مره، أو وطء غيرها فليس بعينين.

و كذا لو عجز عن الوطء قبلا- و قدر عليه دبرا عند من يجوزه (١) لتحقق القدره المنافيه للعنه، و مع تحقق العجز عن ذلك أجمع فإنما تفسخ (بعد رفع أمرها إلى الحاكم و أنظاره سنه) (٢) من حين المرافعه، فإذا مضت أجمع، و هو عاجز عن الوطء في الفصول الأربعة جاز لها الفسخ حيثنذ (٣)، و لو لم ترفع أمرها إليه (٤) و إن كان (٥) حياء فلا خيار لها.

-الزوجه أنه لم يقربها مع إنكار الزوج ذلك، و هو لا يدل على صدق العنن بعدم مقاربتها و إن أمكن له إتيان غيرها من النساء.

ثم لما كانت العنه هي المرض المقتضى للعجز عن الايلاج فلو عجز عن وطئها قبلا فقط حيث يجوز غيره فلا عجز و لا عنه و إن حصل الضعف في الجملة.

(١) أي الوطء في الدبر.

(٢) إذا ثبت خيار الفسخ للزوجه بسبب عنن زوجها، فإن صبرت فلا- كلام، بلا خلاف فيه، لأنه حق قابل للإسقاط، و لمرسل الفقيه (متى أقامت المرأة مع زوجها بعد ما علمت أنه عين و رضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا) (١).

و إن رفعت أمرها إلى الحاكم أجله سنه من حين المرافعه بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت) ٢، و خبر أبي البختری عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنه من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها و إلا فزق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار، و لا خيار لها) ٣، و خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (كان يقضى في العنين أنه يؤجل سنه من يوم ترافعه المرأة) (٢).

و علل أيضا بأن تعذر الجماع قد يكون لعارض حراره فيزول في الشتاء، أو بروده فيزول في الصيف، أو يبوسه فيزول في الربيع، أو رطوبه فيزول في الخريف.

(٣) حين مضى السنه مع عجزه عن الوطء.

(٤) أي إلى الحاكم.

(٥) أي عدم رفع أمرها إلى الحاكم.

ص: ٥٠٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١٠ و ٥ و ٩.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١٢.

و إنما احتيج إلى مضي السنه هنا (١)، دون غيره من العيوب، لجواز كون تعذر الجماع لعارض حراره فيزول في الشتاء، أو بروده فيزول في الصيف، أو رطوبه فيزول في الخريف، أو يبوسه فيزول في الربيع.

(و شرط الجذام تحققه) (٢) بظهوره على البدن، أو بشهاده عدلين، أو تصادقهما (٣) عليه، لا- مجرد ظهور أماراته من تعجر (٤) الوجه، و احمراره، أو اسوداده، و استداره العين، و كمودتها (٥) إلى حمرة، و ضيق النفس، و بحه (٦) الصوت، و نتن العرق، و تساقط الشعر فإن ذلك قد يعرض من غيره.

نعم مجموع هذه العلامات قد يفيد أهل الخبره به حصوله و العمده على تحققه كيف كان.

في ما لو تجددت هذه العيوب

(و لو تجددت) هذه العيوب (٧) غير الجنون (٨) (بعد العقد (٩) فلا فسخ) تمسكا (١) في العنن.

(٢) الجذام مرض يخفى أمره قبل استحكامه، و لما كان الخيار فيه على خلاف أصاله اللزوم في العقود فيشترط في ثبوت الخيار صدق اسم الجذام حينئذ، فإذا تحقق وجود هذا المرض بتناثر اللحم و سقوط بعض الأطراف كالأنف فلا إشكال فيه، و إلا فمجرد ظهور علاماته من ضيق النفس و بحه الصوت و كموده العينين إلى حمرة و نحو ذلك مما يرجع فيه إلى الأطباء و أهل الخبره، و يشترط فيهم العدالة و الذكوره و التعدد كغيرها من الشهادات، أو حصول الشيع المفيد للعلم أو الاطمئنان إن لم يكن المخبر بذلك الوصف.

(٣) أي الزوجان.

(٤) التعجر الغلظه و السمنه و الضخامه.

(٥) الكموده التغير.

(٦) و هي غلظه في الصوت.

(٧) أي عيوب الرجل.

(٨) تقدم البحث في الجنون المتجدد بعد العقد، و أنه لا- يوجب الفسخ عند أكثر المتقدمين، و أنه يوجب الفسخ عند أكثر المتأخرين، هذا إذا كان يعقل أوقات الصلاه، و أما إذا لم يعقل أوقات الصلاه فالمعروف هو الفسخ به إلا عن ابن حمزه.

(٩) أما في العنه فلو تجددت بعد العقد و الوطء فلا فسخ كما عليه الأكثر، لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأه - امرأته - مره واحده، ثم -

-أخذ عنها فلا خيار لها(١) و مثله غيره، و خالف المفيد و جماعه بأن لها الفسخ للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس عن الوطء، و قد تقدم بحثه و تقدم أن العنز الحادث بعد العقد قبل الوطء كالسابق على العقد في عيب يوجب الفسخ على المشهور لتناول صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت، و إن شاءت أقامت)(٢)، و عن المحقق الثاني أنه يلوح من عبارته المبسوط عدم ثبوت الخيار به، و هو ضعيف لعدم الدليل عليه.

و أما الجذام فالخلاف مبني، فمن قال بأنه عيب فقد جعله عيبا سواء كان سابقا على العقد أو متجددا بعده، قبل الدخول أو بعده لعموم صحيح الحلبي (إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل)(٣) و مع هذا العموم لا يصح التمسك بأصالة لزوم العقد و الاستصحاب. و من قال بأنه ليس بعيب فهو لا يوجب الفسخ سواء سبق على العقد أو تجدد بعده، بلا فرق في المتجدد ما لو كان قبل الدخول أو بعده.

و لا يبقى إلا- الخصاء و الجب، أما الخصاء فظاهر الأخبار المتقدمه كونه عيبا إذا كان موجودا قبل العقد، لاشتمالها على أن الرجل قد دلس نفسه فتبين أنه خصي، و أما المتجدد بعد العقد فإن كان بعد الدخول فلا يثبت به فسخ استصحابا للزوم العقد و عدم تناول النصوص له، و كذا لو كان قبل الدخول، و قال سيد الرياض (و يقتصر فيه بمورده، و هو سبق العيب للعقد لظاهر لفظ التدليس فيه، و هو أصح الأقوال، و ربما قيل بإطلاق ثبوت الخيار و لو تجدد بعد الدخول، و ربما فصل فأثبت في المتجدد قبله و نفى في المتجدد بعده، و لا يساعدهما النصوص مع معارضتهما بالأصل السالم - أي أصالة لزوم العقود - عن المعارض) انتهى.

و أما الجب فقد عرفت عدم النص فيه بخصوصه إلا التمسك بعموم الأخبار الوارده في العنين حيث أثبتت الفسخ لعدم قدرته على الجماع، و هذا ما يشمل المجبوب، و على القول بكونه عيبا فالقدر المتيقن منه ما لو كان سابقا على العقد، و لو حدث الجب بعد العقد قبل الوطء أو بعده فلا- فسخ كما عن جماعه منهم ابن إدريس و الفاضل في الارشاد و موضع من التحرير و الشيخ في الخلاف و موضع من المبسوط، لأصالة اللزوم.-

ص: ٥١٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.

بأصالة لزوم العقد، واستصحابا لحكمه (١) مع عدم دليل صالح على ثبوت الفسخ.

وقيل: يفسخ بها مطلقا (٢)، نظرا إلى إطلاق الأخبار (٣) بكونها عيوباً الشامل لموضع النزاع.

وما ورد منها (٤) مما يدل على عدم الفسخ بعد العقد غير مقاوم لها (٥) سندا، و دلالة (٦)، و لمشاركه (٧) ما بعد العقد لما قبله في الضرر المنفى.

و فضل آخرون فحكموا بالفسخ قبل الدخول، لا بعده استنادا إلى خبرين (٨) لا ينهضان حجه، و توقف في المختلف. و له وجه.

(و قيل) و القائل الشيخ: (لو بان) الزوج (خشي فلها (٩) الفسخ)، و كذا -و عن القاضى و الفاضل فى التلخيص و موضع من التحرير أنه عيب يوجب الفسخ لو حدث بعد الوطء كما لو حدث قبله، بل عن المبسوط نفى الخلاف فيه بيننا و بين غيرنا، لقاعده الضرر و شمول صحيحى أبى بصير و الكنانى المتقدمين لما بعد العقد، ففى صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا- يقدر على جماع أ تفارقه؟ قال عليه السلام: نعم إن شاءت) (١٠) و مثله الصحيح الآخر ٢، و أشكل عليه بأن الجب متحد مع العن دليلا، مع أن العن لا يوجب الفسخ بعد الوطء، و لذا ذهب بعضهم إلى أن الجب عيب بعد العقد و قبل الدخول، و إلا فلا.

(١) من اللزوم.

(٢) سواء تقدم العيب على العقد أو لا، و سواء كان قبل الوطء أم بعده، على البيان المتقدم فى الخصاء و الجب و أما البقيه فلم ترد فيها هذه التفصيلات التى أوردتها الشارح هنا.

(٣) و هى الأخبار التى استدلت بها على كون الجب عيبا.

(٤) من الأخبار، و هى الأخبار الواردة فى العن حيث رفعت الفسخ بعد الوطء.

(٥) للأخبار الداله على الفسخ بإطلاقها.

(٦) لأن اتحاد الجب مع العن دليلا، لا يلزم منه المشاركة حكما.

(٧) دليل ثان على مطلق الفسخ بهذه العيوب.

(٨) لم أعثر عليهما، بل البحث كما تقدم أن الخلاف فيه وارد فى كل عيب على حده، و ليس البحث و الخلاف واردا فى الجميع على نسق واحد كما فعله الشارح هنا.

(٩) للزوجه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٦ و ١.

العكس (١).

(و يضعف بأنه إن كان مشكلا فالنكاح باطل) لا يحتاج رفعه إلى الفسخ، (و إن كان محكوما (٢) بذكوريته) بإحدى العلامات الموجبه لها (٣) (فلا وجه للفسخ، لأنه (٤) كزياده عضو (٥) فى الرجل)، و كذا لو كان (٦) هو الزوجه و حكم بأنوثيتها (٧)، لأنه (٨) حينئذ كالزياده فى المرأه، و هى (٩) غير مجوزه للفسخ على التقديرين (١٠).

و ربما قيل (١١): إن موضع الخلاف ما لو كان محكوما عليه بأحد القسمين (١٢).

(١) بأن بانث الزوجه خنثى فللزواج الفسخ، فعن أكثر من واحد أنه لا عيب و ليس للطرف الآخر الفسخ لأصالة اللزوم فى العقود بعد حصر عيوب الرجل فيما تقدم، و يكون الزائد فى الرجل الخنثى كالثقبه الزائده، و الزائد فى المرأه الخنثى كالإصبع الزائده.

و عن الشيخ فى موضع من المبسوط أنه عيب يوجب التسلط على الفسخ للنفره، و هو تحكم واضح مع عدم الدليل عليه و إمكان الوطء الذى هو المقصود من النكاح، و لذا صرح الشيخ فى موضع آخر من المبسوط بعدم كونه عيبا.

و موضع الخلاف ما إذا كان محكوما له بالذكوريه و الأنوثيه و قد صرح الشيخ فى المبسوط كما فى المسالك بكون الخلاف فى الخنثى الواضح، أما لو كان مشكلا فالنكاح باطل من أصله لعدم العلم بحصول شرطه من تحقق الرجوليه أو الأنوثيه فى طرف الخنثى المشكل، فالأصل بقاء البضع بحاله من الحرمة على ما كان عليه قبل العقد.

(٢) أى الزوج.

(٣) للذكوريه.

(٤) أى الزائد فى الرجل الخنثى.

(٥) و هو زياده ثقبه، فهى كزياده إصبع مثلا.

(٦) أى الخنثى.

(٧) بإحدى العلامات الموجبه لها.

(٨) أى الزائد فيها.

(٩) أى الزياده فى الرجل و المرأه.

(١٠) أى فى الرجل و المرأه.

(١١) و القائل هو نفس الشيخ فى المبسوط على ما فى المسالك كما تقدم.

(١٢) من الذكوريه أو الأنوثيه، أو فقل: إن موضع الخلاف فى الخنثى الواضح.

ص: ٥١٢

و وجه الخيار (١) حينئذ (٢) أنّ العلامة الداله عليه (٣) ظنيه لا- تدفع النفره و العار عن الآخر. و هما ضرران منفيان، و فيه: أنّ مجرد ذلك غير كاف في رفع ما حكم بصحته (٤) و استصحابه (٥) من غير (٦) نص.

و ربما منع من الأمرين (٧) معاً، لأن الزائد هنا بمنزله السلعه (٨) و الثقبه (٩) و هما لا يوجبان الخيار.

و الظاهر أنّ الشيخ فرضه (١٠) على تقدير الاشتباه (١١)، لا الوضوح، لأنه (١٢) حكم في الميراث بأنّ الخنثى المشكل لو كان زوجاً، أو زوجه أعطى نصف النصيين (١٣)، لكنه (١٤) ضعيف جداً فالمبنيّ عليه (١٥) أولى بالضعف.

(١)الذى ذهب إليه الشيخ.

(٢)حين كون الخنثى واضحاً في أى القسمين.

(٣)على الخنثى الواضح.

(٤)من العقد.

(٥)أى استصحاب العقد الصحيح.

(٦)متعلق بقوله: (أن مجرد ذلك).

(٧)و هما النفره و العار.

(٨)بالكسر، زياده في البدن كالغده، و هذا الزائد في المرأه الخنثى.

(٩)و هذا زائد في الرجل الخنثى.

(١٠)أى فرض الحكم بالخيار.

(١١)أى في الخنثى المشكل لا- في الخنثى الواضح، و هذا على خلاف تصريحه في المسالك حيث قال: (و الشيخ صرح في المبسوط بكون الخلاف في الخنثى الواضح، لأنه قال في الموضوعين: لو بان الخنثى و حكم بأنه ذكر فهل لها الخيار أم لا، لكنه ذكر في ميراث الخنثى أنه لو كان زوجاً أو زوجه أعطى نصف النصيين، فبنى بعضهم حكمه هنا عليه، إلا- أنه ضعيف جداً فالمبنيّ عليه كذلك، و فرضه في الواضح أوضح) انتهى.

(١٢)أى الشيخ.

(١٣)و هذا كاشف عن صحه الزوجيه، و في هذا يمكن البحث عن ثبوت الخيار و عدمه.

(١٤)الحكم بصحه الزوجيه ضعيف جداً، لما تقدم من بطلان النكاح من رأس.

(١٥) من الحكم بأخذ نصف النصيين، أو الحكم بالخيار هنا، وهو أولى بالضعف، لأنه مبني على الضعيف.

ص: ٥١٣

(و عيوب المرأة تسعه (١): الجنون (٢)، و الجذام، و البرص (٣)، و العمى (٤)، و الاقعاد (٥)، (١) على خلاف في بعضها كما سيأتي.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إنما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل) (١)، و خبر رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام (ترد المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون، و أما ما سوى ذلك فلا) ٢، و صحيح عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام (المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن، و هو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا) ٣ و مثلها غيرها، و قد تقدم معنى الجنون.

(٣) بلا خلاف فيهما في المرأة لما تقدم من الأخبار الواردة في عيب جنون المرأة.

(٤) على المشهور لصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال عليه السلام: تردّ على وليها) ٤، و موثق ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (تردّ البرصاء و العمياء و العرجاء) ٥، و عن الشيخ في المبسوط عدم كونه عيبا، و هو ضعيف.

(٥) لم يختلف في الاقعاد و إنما اختلف في العرج الموجب له، هذا و اعلم أنه قد وقع الخلاف بينهم في العرج على أقوال:

الأول: ذهب الأكثر إلى أن مطلق العرج عيب لصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: تردّ على وليها) (٢)، و موثق ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (تردّ البرصاء و العمياء و العرجاء) ٧.

الثاني: أنه عيب بشرط كونه بينا كما عن ابن إدريس و العلامة في المختلف و التحرير، لأن العرج اليسير لا يعدّ عيبا عادة، و إطلاق الخبرين المتقدمين يدفعه.

الثالث: أنه عيب بشرط بلوغه حد الاقعاد، كما عن المحقق و العلامة في القواعد، و معناه أنه يبلغ حدا يعجز معه عن المشي، و الحامل لهم على هذا التقييد أمران:

أحدهما: استبعاد كون مطلق العرج عيبا موجب للخيار.-

ص: ٥١٤

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١٠ و ٢ و ١ و ٩ و ١٢.

٢- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٩ و ١٢.

-الثانى: ورود كون الزمانه عيبا كما فى صحيحه داود بن سرحان المتقدمه عن أبى عبد الله عليه السّلام (و إن كان بها زمانه لا يراها الرجال أجزيت شهاده النساء عليها)(١) و ظاهرها أن الرد منوط بالزمانه، و كذا صحيح أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها؟ فقال عليه السّلام: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفصاه، و من كان بها زمانه ظاهره فإنها ترد على أهلها بغير طلاق)(٢).

و فيه: أن مفهوم الزمانه مغاير لمفهوم العرج، و مقتضى النصوص كون كل واحد منهما عيبا برأسه، بل الظاهر أن الزمانه أمر خفى لا يطلع عليه الرجال و العرج ليس كذلك، و لذا جعل الصدوق كلا منهما عيبا و إن أثبت الخيار بالزمانه دون العرج.

فى أصل المسأله: عدم كون العرج عيبا كما عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و القاضى فى المهذب و الصدوق فى المقنع للحصر المستفاد من صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إنما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل)(٣)، و صحيح عبد الرحمن البصرى (و ترد المرأه من العفل و البرص و الجذام و الجنون، فأما ما سوى ذلك فلا)٤، و خبر رفاعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (ترد المرأه من العفل و البرص و الجذام و الجنون، فأما ما سوى ذلك فلا)٥.

و فيه: أن الحصر إضافى للجمع بين الأخبار.

(١) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام (إنما ترد المرأه من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن، و هو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا)(٤)، و خبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل تزوج امرأه فوجد بها قرنا، قال عليه السّلام: لا تحبل و ينقبض زوجها عن مجامعتها ترد على أهلها)(٥)، و صحيح عبد الرحمن البصرى (فى الرجل إذا تزوج المرأه فوجد بها قرنا و هو العفل، أو بياضا أو جذاما أنه يردها ما لم يدخل بها)(٤) و مثلها غيرها من الأخبار.

ص: ٥١٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١٠ و ١٣ و ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٥- (٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.
- ٦- (٨) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٧.

بسكون الراء وفتحها (عظما) كما هو أحد تفسيريه (١) كالسن يكون في الفرج يمنع الوطء، فلو كان لحما فهو العفل.

و قد يطلق عليه (٢) القرن أيضا، و سيأتي حكمه (٣)، (و الإفضاء) (٤) و قد تقدم تفسيره، (و العفل) بالتحريك و هو شيء يخرج من قبل النساء شبيه الأدره (٥) للرجل، (و الرتق) (٦) بالتحريك و هو أن يكون الفرج ملتحما ليس فيه مدخل

و قد اختلف في معنى القرن، فهو لحم ينبت في فم الرحم يمنع من الوطء و هو المسمى بالعففل، بل في كشف اللثام هو المعروف عند أهل اللغة، و في محكي المبسوط أن أهل الخيرة قالوا: العظم لا يكون في الفرج، لكن يلحقها عند الولاده حال ينبت اللحم في فرجها و هو الذي يسمى العفل.

و عن النهايه و الصحاح و الجمهره أنه عظم كالسن ينبت في الرحم يمنع من الوطء، أما اتحاد القرن و العفل فهو المستفاد من الأخبار و من تصريح بعض أهل اللغة، و من الممكن كون القرن هو العظم كالسن ينبت في الرحم و العفل أعم منه حيث يطلق على العظم أو اللحم النابت في الفرج الذي يمنع من الوطء، و على كل فالخلاف في معناهما قليل الجدوى بعد تصريح الأخبار بكون القرن عيبا كالعففل، فالحكم ثابت على تقديري الاتحاد و التعدد، نعم على التعدد تكون العيوب قد زادت واحدا، و هذا ليس بشمره معتد بها.

(١) أي تفسير القرن، و الآخر أنه لحم ينبت في الفرج.

(٢) على اللحم النابت في الفرج، أو يطلق على العفل.

(٣) حكم العفل.

(٤) بلا خلاف فيه لصحيح أبي عبيده عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، فقال: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق) (١).

و قد تقدم معنى الافضاء من اتحاد مسلكى الغائط و الحيض، أو الحيض و البول في أواخر الفصل الأول من كتاب النكاح.

(٥) أي الفتق.

(٦) على المشهور و تردد فيه المحقق لعدم النص فيه بالخصوص، نعم إن منع الوطء أمكن القول بالخيار فيه، و هو التحام الفرج على وجه ليس فيه مدخل للذكر، و يخرج البول معه-

ص: ٥١٦

للدكر (على خلاف فيهما) أى فى العفل و الرتق.

و منشأ الخلاف من عدم (١) النص، و مساواتهما للقرن المنصوص فى المعنى المقتضى لثبوت الخيار و هو المنع من الوطء.

و فيه قوه،

و فى بعض كلام أهل اللغة أنّ العفل هو القرن فىكون منصوصا، و فى كلام آخرين أنّ الألفاظ الثلاثة (٢) مترادفه فى كونها لحما يثبت فى الفرج يمنع الوطء.

(و لا خيار) للزوج (لو تجددت) هذه العيوب (٣) (بعد العقد) و إن كان قبل -من ثقبه ضيقه سواء كان بالخلقه أو بالخياطه، هذا و ذكر بعضهم كما فى المسالك: أن الرتق مرادف للقرن و العفل و أن الثلاثة بمعنى واحد، هذا و المشهور على المرأه أن لا ترد بغير السبعه من الجنون و البرص و الجذام و العمى و العرج على تفصيل فيه و القرن الشامل للعفل و الرتق، و عن الصدوق زياده الزمانه لورودها فى بعض الأخبار المتقدمه، و عن أكثر القدماء زياده الحد بالزنا، لأنه أقوى من العمر و العرج و لزوم الضرر و الحرج عليه، و يردهما الأخبار الحاصره لعيوب المرأه و قد تقدم بعضها، و ليس هذان منها، و لخصوص خبر رفاعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن المحدود و المحدوده هل ترد من النكاح؟ قال عليه السلام: لا) (١).

(١) و هو عجيب منه فى العفل، بل قد ذكر سابقا صحيح الحلبي و هو متضمن للعفل.

(٢) من العفل و القرن و الرتق.

(٣) أى عيوب المرأه، فلو كانت قبل العقد فهى موجه لخيار الفسخ بالاتفاق لدلاله النصوص السابقه عليه، و لو تجددت بعد العقد و بعد الوطء فلا خيار على المشهور لجريان الدخول مجرى التصرف المانع من الرد بالعيب، و لسبق لزوم العقد فيستصحب، و لصحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام (المرأه تردّ من أربعه أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن، و هو العفل، ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا) (٢)، و لا يضرها قصرها على الأربعه لعدم القائل بالفرق.

و عن الشيخ فى المبسوط التصريح بكونه موجبا لثبوت الفسخ، و هو ضعيف لعدم الدليل -

ص: ٥١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

الوطء في المشهور تمسكا بأصالة اللزوم، واستصحابا لحكم العقد، واستضعافا للدليل الخيار.

وقيل: يفسخ بالمتجدد مطلقا (١) عملا بإطلاق بعض النصوص، وقيد ثالث (٢) بكونه (٣) قبل الدخول.

و الأشهر الأول (٤)، (أو كان يمكن وطء الرتقاء أو القرناء) (٥)، أو العفلاء، -عليه. و عن ابن الجنييد ثبوت الخيار بالجنون و لو كان بعد الوطء لعموم ما دل على الفسخ في جنون الرجل و لو تجددت بعد العقد و قبل الدخول ففيه قولان، أن له الفسخ كما عن الشيخ في الخلاف و المبسوط و قواه الشارح في المسالك لعموم أخبار عيوب المرأة، و ليس له الفسخ كما عليه المشهور لاختصاص أكثر أخبار عيوب المرأة فيما لو كان العيب سابقا على العقد ففي خبر الحذاء المتقدم (تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا) (١)، و في خبري الكنانى و الحسن (تزوج امرأه فوجد بها قرنا) (٢)(٣)، و هكذا غيرها من الأخبار.

(١) قبل الدخول أو بعده كما عن الشيخ في المبسوط.

(٢) و هو الشيخ في المبسوط و الخلاف.

(٣) أى المتجدد.

(٤) و هو عدم الخيار مطلقا في المتجدد.

(٥) قد تقدم أن القرن عيب يفسخ به الزوج، هذا إذا كان يمنع من الوطء بالاتفاق، و أما إذا لم يمنع الوطء بحيث يمكن حصوله بعسر فهل يبيح الفسخ قولان، العدم، كما عن الأكثر لعدم المقتضى له، فالخيار قد ثبت من حيث المنع من الوطء الذى هو أهم مطالب النكاح، و الثانى ثبوت الفسخ به و قد مال إليه المحقق و جماعه تمسكا بظاهر النقل حيث علق الخيار على وجود اسم القرن، و هذا شامل لما يمكن معه الوطء و عدمه، و فى صحيح أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد فيها عيبا بعد ما دخل بها، 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) (٤)، و صحيح أبى الصباح عن أبى -

ص: ٥١٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

لانتفاء الضرر مع إمكانه (١)، (أو) كان الوطء غير ممكن، لكن كان يمكن (علاجه) بفتق الموضع، أو قطع المانع، (إلا أن تمتنع المرأة) من علاجه، ولا يجب عليها الإجابة (٢)، لما فيها (٣) من تحمل الضرر والمشقة، كما أنها لو أرادت (٤) لم يكن له (٥) المنع، لأنه (٦) تداو ولا تعلق له (٧) به.

فى أن خيار العيب على الفور

(و خيار العيب على الفور) (٨) عندنا اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع -عبد الله عليه السلام (عن رجل تزوج امرأه فوجد بها قرنا - إلى أن قال - قلت: فإن كان دخل بها، فقال: إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها - يعنى المجامعه - ثم جامعها فقد رضى بها، وإن لم يعلم إلا بعد ما جامعها، فإن شاء بعد أمسك، وإن شاء طلق) (٩).

وهما ظاهران فى كون القرن عيبا وأن أمكن معه الوطء، و ما يجرى فى القرن يجرى فى العفل لاتحادهما معنى كما هو الظاهر من الأخبار المتقدمه، و أما الرتق فإن قلنا بأنه بمعنى القرن كما عن بعضهم فيجرى فيه ما يجرى فى القرن، و إن قلنا إنه التحام الفرج فقد عرفت عدم الدليل على ثبوت الفسخ به، و عرفت أنه مع منعه للوطء يمكن إثبات الخيار به.

هذا و يثبت الخيار إذا لم يمكن إزاله المانع من القرن و العفل أو لم يمكن فتق الموضع فى الرتق، و لو أمكن و امتنعت منه فكذلك لعدم تحقق الوطء و لصدق اسم العيب الموجب للخيار.

ثم ليس للزوج إجبارها على فتق الموضع أو إزاله المانع، لأن ذلك ليس حقا له، و ضرره مجبور بخيار الفسخ له، و لما فى الاقدام على الجراحه من تحمل الضرر و المشقة، كما أنها لو أرادت ذلك لم يكن للزوج منعها، لأنه تداو ولا تعلق للزوج به.

(١) أى إمكان الوطء، و فيه أنه لا- يجرى فى القرن و العفل، لثبوت الخيار عند صدق الاسم و إن أمكن الوطء، نعم كلامه يجرى فى الرتق.

(٢) لو طلب الزوج العلاج.

(٣) فى الاجابه.

(٤) أى أرادت العلاج.

(٥) للزوج.

(٦) أى العلاج.

(٧) للزوج.

(٨) بلا خلاف فيه، لأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالتسلط على الفسخ، و التسلط يحصل -

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العيوب والتدليس حديث ١.

الضرورة، فلو أخرج من إليه الفسخ مختاراً مع علمه بها (١) بطل خياره، سواء الرجل والمرأة، ولو جهل الخيار، أو الفوريه فالأقوى أنه (٢) عذر، فيختار بعد العلم على الفور، وكذا لو نسيهما (٣)، ولو منع منه (٤) بالقبض على فيه (٥) أو التهديد على وجه يعدّ إكراهاً فالخيار بحاله إلى أن يزول المانع (٦)، ثم تعتبر الفوريه حينئذ (٧).

(و لا يشترط فيه (٨) الحاكم)، لأنه حق ثبت فلا يتوقف عليه (٩) كسائر الحقوق، خلافاً لابن الجنيّد رحمه الله.

في أن الفسخ ليس بطلاق ولا مهر فيه

(و ليس) الفسخ (بطلاق) (١٠) فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق ولا يعدّ في -بالفوريه فيقتصر عليها لأن الأصل في العقود اللزوم، و ليس على الفوريه نص بخصوصه.

ثم إن كان العيب ظاهراً لا -نزاع فيه بينهما فالفوريه معتبره في الفسخ، وإن توقف ثبوت العيب على المرافعه إلى الحاكم، فالفوريه في المرافعه إلى الحاكم وإذا ثبت صار الفسخ فورياً.

(١) بالعيوب.

(٢) أي الجهل عذر وقد تقدم نظيره سابقاً.

(٣) أي نسي الخيار أو الفوريه، لأن النسيان عذر أيضاً.

(٤) أي من الفسخ.

(٥) أي على فمه فهو مكره.

(٦) لأن الإكراه عذر أيضاً.

(٧) أي حين زوال المانع.

(٨) في الفسخ.

(٩) على الحاكم، لأن النصوص ظاهره في كون الفسخ حقاً ثابتاً لكل واحد من الزوجين، من غير توقف على حضور الحاكم أو إذنه، كغيره من الحقوق، هذا على المشهور، و عن ابن الجنيّد أن المرأة إذا أرادت الفرقة - لم يكن إلا عند من يجوز حكمه من والى المسلمين أو خليفته أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلاد هدنه أو سلطان متغلب، و قال عنه في الجواهر: (و كأنه مذاق العامه كما حكاه في جامع المقاصد عن بعض العامه و ابن الجنيّد منا).

(١٠) الفسخ بالعيوب ليس بطلاق قطعاً، لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه، و عليه فلا يطرد معه -

الثلاث، و لا- يطرد معه تنصيف المهر، و إن ثبت (١) فى بعض مواردہ (٢) (و يشترط الحاكم فى ضرب أجل العنه) (٣) لا فى فسخها بعده (٤)، بل تستقل به (٥) حينئذ (٦) (و يقدم قول منكر العيب مع عدم البيئه) (٧)، لأصاله عدمه (٨) فيكون مدعيه هو المدعى فعليه البيئه و على منكره اليمين، و لا- يخفى أن ذلك (٩) فيما لا يمكن الوقوف عليه (١٠) كالجب و الخصاء، و إلا (١١) توصل الحاكم إلى معرفته (١٢)، و مع -تنصيف المهر و لا- يعدّ فى الثلاث، و لا- غير ذلك من أحكام الطلاق، كما لا يشترط فيه شرائط الطلاق بلا خلاف و لا إشكال، ففى صحيح الحذاء عن أبى جعفر عليه السّلام التصريح حيث قال عليه السّلام: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره فإنها تردّ على أهلها بغير طلاق(١).

(١) أى نصف المهر.

(٢) و هو الفسخ للعنن، و ثبوت نصف المهر لدليل خاص كما سيأتى.

(٣) كما تقدم، و الأجل هو سنه.

(٤) أى فى فسخ الزوجه بعد الأجل.

(٥) بالفسخ من دون مراجعه الحاكم لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت)(٢).

(٦) حين انتهاء الأجل.

(٧) إذا اختلفا فى العيب، فإن كان العيب جلياً كالعمنى و العرج و الجنون المطبق فلا- يفتقر إلى البيئه و لا- إلى اليمين، بل ينظر الحاكم فيه، و يعمل بمقتضى ما يظهر له، و إن كان العيب خفياً كالعنه و القرن و الجنون الادوارى و الجذام و البرص الخفين، فإذا ادعاه أحدهما على الآخر، و أنكر الثانى، فالقاعدہ قاضيه بتقديم قول المنكر مع يمينه، لأنه منكر بحسب ظاهر قوله، و لأصاله عدم العيب و هى المعبر عنها بأصاله الصحه.

(٨) عدم العيب.

(٩) من تقديم قول المنكر مع عدم البيئه للمدعى.

(١٠) على العيب، لأنه خفى.

(١١) فلو أمكن الوقوف عليه كالعيب الجلى.

(١٢) بنفسه.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٥.

قيام البينه به (١) إن كان ظاهرا (٢) كالعيين (٣) المذكورين كفى في الشاهدين العداله، و إن كان خفيا يتوقف العلم به على الخبره كالجذام و البرص اشترط فيهما (٤) مع ذلك (٥) الخبره بحيث يقطعان بوجوده، و إن كان (٦) لا يعلمه غالبا غير صاحبه، و لا- يطلع عليه إلا من قبله كالعنه (٧) فطريق ثبوته (٨) اقراره (٩)، أو البينه على اقراره، أو اليمين المردوده من المنكر (١٠)، أو من الحاكم (١١) مع نكول المنكر عن اليمين، بناء على عدم القضاء بمجرد (١٢).

و أما اختبارها (١٣) بجلوسه في الماء البارد، فإن استرخى ذكره فهو عنين، و إن تشنج (١٤) فليس به كما ذهب إليه بعض (١٥)، فليس بمعتبر في الأصح.

(١) بالعيب.

(٢) أى من عيوب ظاهر البدن.

(٣) و هما الجب و الخضاء.

(٤) فى الشاهدين.

(٥) مع العداله.

(٦) أى العيب.

(٧) فالعنه - لما ذكر من عدم العلم بها إلا صاحبها - لا تثبت إلا بإقرار الزوج أو البينه بإقراره أو اليمين المردوده على الزوجه أو نكوله عن اليمين، و أشكال الشارح فى المسالك على يمين المدعى المردوده من أنها كالبينه و المفروض عدم سماع البينه منها لعدم إمكان الاطلاع على العيب إلا من قبل الزوج فكيف تسمع ما يقوم مقامها.

و فيه: إن اليمين المردوده بحكم البينه المسموعه فى إثبات الحق، لا أنها بحكمها فى السماع و عدمه.

(٨) أى العيب.

(٩) أى اقرار الزوج.

(١٠) أى منكر العنه و هو الزوج، و اليمين المردوده يحلفها المدعى الذى هو الزوجه.

(١١) أى هى مردوده من الحاكم.

(١٢) بمجرد نكول المنكر عن اليمين كما تقدم بيانه فى باب القضاء.

(١٣) أى اختيار العنه.

(١٤)التشنج تقبض الجلد.

(١٥)و هو المنسوب إلى الصدوقين و ابن حمزه، و يشهد له مرسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام -

ص:٥٢٢

و فى العيوب الباطنه للنساء باقرارها (١)، و شهاده أربع منهن (٢)، فلا تسمع فى عيوب الرجال (٣)، و إن (٤) أمكن اطلاعهن كأربع زوجات طلقهن بعنه.

(و حيث يثبت) العيب و يحصل الفسخ (٥) (لا-مهر) للزوجه (إن كان) - (إذا ادعت المرأه على زوجها أنه عتيّن و أنكّر الرجل أن يكون ذلك فالحكم فيه أن يقعد الرجل فى ماء بارد، فإن استرخى ذكره فهو عتيّن، و إن تشنج فليس بعتيّن) (١).

و فيه: إنه مرسل غير منجر لمخالفه الأ-كثر له، مع عدم انضباطه، نعم هو قول الأطباء كما فى المسالك و الجواهر، و أيضا قد روى الصدوق (و فى خبر آخر أنه يطعم السمك الطرى ثلاثه أيام ثم يقال له: بل على الرماد، فإن ثقب بوله الرماد فليس بعتيّن، و إن لم يثقب بوله الرماد فهو عتيّن) ٢، و هو أيضا مرسل لا يمكن العمل به.

(١) أى اقرار النساء.

(٢) لقبول شهادتهن فيما لا يمكن للرجال النظر إليه كما تقدم فى كتاب القضاء.

(٣) لأن قبول شهاده النساء منفردات منحصر فى ما لا يمكن للرجال الاطلاع عليه، و هذا ليس منه.

(٤) وصلية.

(٥) إذا فسخ أحد الزوجين بالعيب فلا يخلو إما أن يكون قبل الدخول أو بعده حيث يجوز للجهل بالحال، و على التقديرين إما أن يكون الفاسخ هو الزوج أو الزوجه، و على التقادير الأربعة إما أن يكون هناك مدلس أو لا فالصور ثمان، فلو فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر لها بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار.

منها: صحيح الحذاء عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، فقال عليه السلام: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره فإنها ترد على أهلها بغير طلاق - إلى أن قال - و تعتد منه عدّه المطلقه إن كان دخل بها، و إن لم يكن دخل بها فلا عدّه عليها و لا مهر لها) (٢)، و مثلها غيرها و لو فسخ الزوج بعد الدخول، فلها المسمى بما استحل من فرجها بلا خلاف و لا إشكال اما وجوب المهر فللدخول الموجب له، و إما كونه المسمى فلأن النكاح صحيح و إن فسخ بالخيار، لأن ثبوت الخيار فرع على صحه العقد فى نفسه و للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إنما يردّ النكاح من البرص و الجذام -

ص: ٥٢٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

(الفسخ (١) قبل الدخول) فى جميع العيوب، (إلا فى العنه فنصفه) (٢) على أصح - و الجنون و العفل، قلت: أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال عليه السّلام:

المهر لها بما استحل من فرجها، و يعزّم وليها الذى أنكحها مثل ما ساق إليها(١).

ثم إن كان هناك مدّلس بأن زوّجه إياها و لم يبين عيبها مع علم المدلس بالعيب رجع الزوج بالمهر على المدلس متحدا كان أو متعددا، وليا شرعيا أو غيره للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (فى كتاب على عليه السّلام من زوّج امرأه فيها عيب دلّسه و لم يبين ذلك لزوجها، فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، و يكون الذى ساق الرجل إليها على الذى زوّجها و لم يبين) ٢، و صحيح الحذاء المتقدم (إذا دلست العفلاء و الرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره فإنها تردّ على أهلها بغير طلاق، و يأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان قد دلّسها، فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه و ترد إلى أهلها) (٢).

هذا كله إذا كان الفاسخ هو الزوج، و لو كانت الزوجه فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها، لأن الفسخ جاء من قبلها و لم يتحقق الدخول و قد تقدم أكثر من مره أن الفسخ من قبلها قبل الدخول يوجب سقوط المهر لعموم العله فى خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (قال عليه السّلام: المرأه إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها، قال: يفرّق بينهما و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها) (٣)، إلا فى العنه فيثبت نصف المهر بلا خلاف معتد فيه، لصحيح أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا تزوج الرجل المرأه الثيب التى تزوجت زوجها غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها - إلى أن قال - فإن ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنه، فإن وصل إليها و إلا فرّق بينهما و أعطيت نصف الصداق و لا عده عليها) (٤).

و خالف ابن الجنيد فأوجب المهر كاملا لتمكينها إياه من نفسها، و قد جعله فى المختلف أن حكمه مبنى على أصله من أن المهر يجب كاملا بالخلوه كما يجب الدخول و لو كان الفسخ من الزوجه بعد الدخول فلها المسمى لاستقراره بالدخول على ما تقدم فى فسخ الزوج.

(١) من الزوج أو الزوجه.

(٢) نصف المهر.

ص: ٥٢٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٥ و ٧.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

القولين، و إنما خرجت العنة بالنص، الموافق للحكمه من إشرافه عليها، و على محارمها، فناسب أن لا- يخلو من عوض، و لم يجب الجميع (١) لانتفاء الدخول.

و قيل (٢): يجب جميع المهر و إن لم يولج.

(و إن كان) الفسخ (٣)(بعد الدخول فالمسمى)، لاستقراره به (٤)،(و يرجع) الزوج به (٥)(على المدلس) إن كان، و إلا فلا رجوع، و لو كانت هي المدلّسه رجوع عليها (٦) إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرا، و هو (٧) أقل متمول على المشهور.

و فى الفرق بين تدليسها، و تدليس غيرها فى ذلك (٨) نظر.

(١) جميع المهر.

(٢) و القائل ابن الجنيد.

(٣) من الزوج أو الزوجه.

(٤) لاستقرار المسمى بالدخول.

(٥) بالمسمى.

(٦) على الزوجه لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل دلّته امرأه أمرها أو ذات قرابه أو جار لها لا يعلم دخيله أمرها، فوجدها قد دلست عينا هو بها، قال عليه السلام:

يؤخذ المهر منها و لا يكون على الذى زوجها شىء) (١)، و خبر رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام - إلى أن قال - و لو أن رجلا تزوج امرأه و زوجته إياها رجلا - لا يعرف دخيله أمرها لم يكن عليه شىء، و كان المهر يأخذه منها) ٢، ثم على المشهور بين الأصحاب أنه لو كان الرجوع على غير الزوجه فلا ريب أنه يرجع بجميع ما غرم، و إن كان الرجوع عليها فلا- يرجع بالجميع، بل يجب أن يستثنى منه أقل ما يكون مهرا، و استدلوا بأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر، و فيه: إنه اجتهاد فى قبالة النصوص المصرحة بالرجوع عليها بتمام المسمى، و هو اجتهاد غير صحيح إذ الظاهر أن الرجوع عليها بالمهر عقوبه لتدليسها كما فى الرجوع على غيرها.

(٧) أى أقل المهر.

(٨) فلو كان المدلس غير الزوجه فيرجع الزوج بتمام المهر، و لو كان المدلس هو الزوجه فيرجع بما عدا أقل المهر.

ص: ٥٢٥

و لو تولى ذلك (١) جماعه وزّع عليهم بالسويه ذكورا كانوا أم إناثا، أم بالتفريق (٢).

و المراد بالتدليس السكوت عن العيب (٣) الخارج عن الخلقه مع العلم به أو دعوى صفه كمال مع عدمها.

فى ما لو تزوج امرأه على أنها حره فظهرت أمه

(و لو تزوج امرأه على أنها حره) (٤) أى شرط ذلك فى متن العقد (فظهرت أمه)، أو مبعضه (فله الفسخ) و إن دخل، لأن ذلك (٥) فائده الشرط. هذا كله إذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه (٦) و وقع (٧) بإذن مولاها، أو مباشرته (٨)، و إلا (٩) بطل فى الأول (١٠)، و وقع موقوفا على اجازته (١١) فى الثانى (١٢) على (١)التدليس.

(٢)بين الذكوريه و الأنوثيه.

(٣)و كذا نفى العيب.

(٤)بعد ما تقدم معنى التدليس فلو تزوج امرأه على أنها حره و شرط ذلك فى متن العقد فبانت كلا أو بعضا أمه صح العقد على المشهور، و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف بطلان العقد لبطلان نكاح الأمه بغير إذن المولى، و هو يقتضى حصر النزاع بصوره عدم إذن المولى، مع أن مفروض المسأله أعم منه، و مع ذلك فالبطلان ليس باعتبار التدليس بل باعتبار عدم إذن المولى و ليس هو محل النزاع هنا.

نعم على الأول من صحه العقد فللزواج الفسخ و إن دخل بها عملا بمقتضى الشرط و التصرف بالدخول لا يسقط الخيار، و له الامضاء بناء على صحه العقد، لكن لو أمضى فلا إشكال فى الصحه لو كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه و قد وقع بإذن مولاها، و إلا- فلو كان الزوج ممن لا- يجوز له نكاح الأمه فيبطل النكاح، و لو كان النكاح المذكور من دون إذن المولى وقع موقوفا على إذنه كما هو واضح.

(٥)أى جواز الفسخ.

(٦)بأن لا يكون ممن تزوج الأمه و لم تأذن زوجته الحره، و لا يكون ممن له قدره على تزويج الحره كما تقدم.

(٧)أى نكاح الأمه.

(٨)بأن عقد نفس المولى عقدها عليه.

(٩)أى لم يكن الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه، أو كان النكاح بغير إذن المولى.

(١٠)إذا لم يكن الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه.

(١١)أى إجازته المولى.

(١٢) وهو ما لو كان النكاح بغير إذن المولى.

ص: ٥٢٦

أصح (١) القولين.

و لو لم يشترط الحريه فى نفس العقد بل تزوجها على أنها حره، أو أخبرته بها (٢) قبله (٣)، أو أخبره مخبر (٤) ففى إلحاقه (٥) بما لو شرط نظر من ظهور (٦) التدليس، و عدم الاعتبار (٧) بما تقدم من الشروط (٨) على العقد.

و عبارته المصنف و الأكثر محتمله للأمريين (٩).

(و كذا) تفسخ (هى لو تزوجته على أنه حرّ فظهر عبدا) بتقريب ما سبق (١٠) (و لا- مهر) فى الصورتين (١١) (بالفسخ قبل الدخول) (١٢)، لأنّ الفاسخ إن كان هى (١٣) فقد جاء من قبلها. و هو (١٤) ضابط عدم وجوبه (١٥) لها قبل الدخول، (١) من جواز نكاح الفضولى موقوفا.

(٢) بالحريه.

(٣) قبل العقد.

(٤) كوليها أو وكيلها.

(٥) أى إلحاق ما فرض من الصور الثلاث.

(٦) دليل الإلحاق، و التدليس موجب للخيار.

(٧) دليل عدم الإلحاق.

(٨) مع أنه ليس بشرط، فضلا عن أصالة الزوم فى العقود، و عدم الإلحاق هو قول الشيخ فى المبسوط و الشارح فى المسالك و قواه سيد الرياض، و الإلحاق هو قول الأكثر كما فى الرياض.

(٩) من الإلحاق و عدمه.

(١٠) من أن للزوجه الفسخ و إن دخل بها عملا بمقتضى الشرط، هذا كله إذا ذكر الشرط فى متن العقد، و بدون ذكره فى متن العقد فالوجهان السابقان.

(١١) صورته تزوج الرجل المرأه على أنها حره فبانت أمه و عكسها.

(١٢) فلو فسخ قبل الدخول فلا مهر لها لما تقدم من عدم استقرار المهر إلا بالدخول، و هو منتف هنا بحسب الفرض، و لو فسخت هى قبل الدخول فلا مهر لها، لأنّ الفسخ قد أتى من قبلها، بلا خلاف فى ذلك كله و لا إشكال.

(١٣) كما فى المسأله الثانيه.

(١٤) كونه من قبلها.

(١٥) أى وجوب المهر.

ص: ٥٢٧

و إن كان (١) هو فيسببها (٢)، (و يجب) جميع المهر (بعده) (٣)، لاستقراره به (٤).

(و لو شرط كونها بنت مهيره) (٥) بفتح الميم و كسرهما فعيله بمعنى مفعوله.

أى بنت حره تنكح (٦) بمهر و إن كانت (٧) معتقه فى أظهر الوجهين (٨)، خلاف (٩) الأمه فإنها قد توطأ بالملك (فظهرت بنت أمه فله الفسخ) قضيه للشرط، (فإن كان (١٠) قبل الدخول فلا مهر) لما تقدم (١١)، (و إن كان بعده (١٢) وجب المهر)، (١) أى كان الفاسخ هو كما فى المسأله الأولى.

(٢) حيث دلست نفسها عليه أو دلس وليها أو وكيلها.

(٣) بعد الدخول.

(٤) أى لاستقرار المهر المسمى بالدخول، سواء جاء الفسخ من قبلها أو قبله، و يرجع الزوج لو فسخ بالمهر على المدلس بلا خلاف فيه، أبا كان أو غيره، بل يرجع على الزوج لو كانت هى المدلسه، غايته يرجع عليها بعد عتقها و يسارها لأنها أمه كما هو الواضح.

(٥) المراد بالمهيره الحره، سميت بذلك لأنها لا تنكح إلا بمهر بخلاف الأمه فإنها تنكح بالملك، و عليه فإذا تزوج الرجل امرأه على أنها بنت مهيره فظهرت بنت أمه، فعن أكثر المتقدمين أن له الفسخ للتدليس الموجب للخيار، و عن المحقق و المتأخرين ثبوت الخيار مع اشتراط أنها بنت مهيره فى متن العقد لا مع إطلاق العقد و إن أخبرته بأنها بنت مهيره قبل العقد أو أخبره مخبر، لأصالة اللزوم بخلاف ما لو ذكر الشرط فى متن العقد فله الخيار عملاً بالشرط.

(٦) وصف للحره.

(٧) أى الحره.

(٨) لأن المعتقه ينحصر وطؤها بالمهر فهى من مصاديق الحره، هذا و قال الشارح فى المسالك:

(و اعلم أنه لا- فرق فى بنت المهيره بين كون أمها حره فى الأصل أو معتقه لما عرفت من أن المراد منها لغه الحره، و هى شامله لهما، و يحتمل ضعيفا الفرق بناء على أن المعتقه يصدق عليها أنها كانت أمه، إذ لا يشترط فى صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه، و لا يخفى ضعفه، إذ لا اشتقاق هنا، بل الاسم للرقيقه و هو منتف بعد العتق، و تعريف أهل اللغه ينافيه) انتهى.

(٩) أى الحره التى تسمى مهيره.

(١٠) أى الفسخ.

(١١) لعدم استقرار المهر بالدخول، على المشهور، و عن الشيخ فى النهايه إثبات المهر عليه و علله غير واحد بالروايه، و قد صرح أكثر من واحد بعدم العثور عليها.

(١٢) أى و إن كان الفسخ بعد الدخول فلها المهر المسمى لاستقراره بالدخول، لكن يرجع-

ص: ٥٢٨

(و يرجع به (١) على المدلس)، لغروره (٢)، و لو لم يشترط ذلك (٣) بل ذكره قبل العقد فلا حكم له (٤)، مع احتمالاه (٥) كما سلف (٦) (فإن كانت هي) المدلسه (رجع عليها) (٧) بالمسمى (إلا- بأقل مهر) و هو (٨) ما يتمول، لأن (٩) الوطء المحترم لا يخلو عن مهر، و حيث ورد النص (١٠) برجوعه (١١) على المدلس فيقتصر فيما خالف الأصل (١٢) على موضع اليقين، و هو (١٣) ما ذكر (١٤) و في المسأله وجهان آخران، أو قولان:

أحدهما: أن المستثنى (١٥) أقل مهر أمثالها، لأنه (١٦) قد استوفى منفعه البضع فوجب عوض مثله.

-الزوج به على المدلس لقاعده المغرور يرجع على من غره، أبا كان المدلس و غيره، بل حتى لو كان المدلس هو نفس الزوجه فيرجع عليها بما دفعه من المهر، و يترك لها أقل المهر مما يتمول على المشهور لأنه عوض الوطء المحترم، و عن ابن الجنيد يترك لها مهر المثل لأنه عوض البضع، و قد عرفت أن النصوص المتقدمه في نظائر هذه المسأله ظاهره في الرجوع عليها بتمام ما دفعه الزوج من دون استثناء و هو الأقوى.

(١) و يرجع الزوج بالمهر.

(٢) أى غرور المدلس.

(٣) أى لو لم يشترط الزوج فى متن العقد أنها بنت مهيره.

(٤) أى للزوج و المعنى لا خيار له.

(٥) أى احتمال الخيار.

(٦) فى مسأله ما لو تزوجها على أنها حره فبان أمه، و وجه الخيار ظهور التدليس الموجب للخيار.

(٧) على تقدير دفع المهر.

(٨) أى أقل المهر.

(٩) تعليل لاستثناء أقل المهر لها، لأنه لو رجع عليها من غير استثناء لخلا البضع عن العوض.

(١٠) و قد تقدم فى نظائر هذه المسأله سابقا.

(١١) أى رجوع الزوج.

(١٢) إذ الأصل أن المهر على الزوج فى قبالة عوض البضع.

(١٣) أى موضع اليقين.

(١٤) من الرجوع على الزوج بالمسمى إلا بأقل المهر.

(١٥) أى المستثنى للزوجه فى قبال الوطاء، و هو قول ابن الجنيد.

(١٦) أى الزوج.

ص: ٥٢٩

الثانى: عدم استثناء شىء عملا بظاهر النصوص.

و المشهور الأول.

و كذا يرجع بالمهر على المدلس لو ظهرت أمه (١).

و يمكن شمول هذه العبارة (٢) له (٣) بتكلف. و تختص الأمه (٤) بأنها لو كانت هى المدلسه فإنما يرجع عليها على تقدير عتقها (٥). و لو كان المدلس مولاها (٦) اعتبر عدم تلفظه (٧) بما يقتضى العتق، و إلا (٨) حكم بحريتها ظاهرا و صح العقد (٩).

فى أنه لو شرطها بكرا فظهرت ثيبا

(و لو شرطها بكرا فظهرت ثيبا فله الفسخ) (١٠) بمقتضى الشرط (إذا ثبت) (١) فى المسأله السابقه حيث تزوجها على أنها حره فبانت أمه، و لم يذكر الماتن حكم رجوع الزوج على المدلس، مع أنه قد ذكر الحكم فى هذه المسأله.

(٢) و هى عبارة المصنف برجوع الزوج على المدلس فى مسأله بنت المهيره.

(٣) لرجوع الزوج على المدلس فى مسأله الحره و قد بانت أمه.

(٤) أى المسأله السابقه فيما لو تزوجها على أنها حره فبانت أمه، فيرجع الزوج على الأمه إذا كانت قد دلست بعد عتقها و يسارها، بخلاف الرجوع فى مسألتنا فإنه يرجع عليها حين الفسخ لأنها حره.

(٥) و يسارها أيضا.

(٦) فى مسأله ما لو تزوجها على أنها حره فبانت أمه.

(٧) أى تلفظ المولى.

(٨) أى و إن تلفظ بما يقتضى عتقها.

(٩) أى من دون خيار للزوج حينئذ.

(١٠) إذا تزوج امرأه على أنها بكرا فخرجت ثيبا، فلا يخلو إما أن يكون قد شرط ذلك فى العقد أو لا، و على تقدير عدم شرطه إما أن يكون قد أخبر بكونها بكرا فدلست عليه أو أقدم على البكاره كما هو الغالب، و على التقادير الثلاثه إما أن يظهر كونها ثيبا قبل العقد أو بعده أو يشبهه الحال فالصور تسع.

فلو بانت ثيبا من دون شرط فى متن العقد و لا تدليس من قبلها و إنما أقدم على أنها بكر كما هو الغالب فلا خيار له، و لا يرجع بشىء مطلقا من المهر، لأن الثيبوبه فى نفسها ليست عيبا، و قد أقدم على احتمال الأمرين بالمهر المعين فيلزمه ذلك، و إن كان قد شرطها بكرا أو أخبرته بذلك فإن تجددت الثيبوبه بعد العقد فلا خيار له و لا رجوع لعدم-

(سبقة) أى سبق الثيوبه (على العقد)، و إلا (١) فقد يمكن تجده (٢) بين العقد و الدخول بنحو الخطوه. و الحرقوص (٣).

ثم إن فسخ (٤) قبل الدخول فلا مهر، و بعده (٥) فيجب لها المسمى، و يرجع به على المدلس، و هو (٦) العاقد كذلك (٧) العالم بحالها، و إلا (٨) فعليها (٩) مع -المقتضى، و ما تجدد قد حصل بعد العقد، نعم لو شرطها بكرًا فى متن العقد فوجدها ثيبًا قبل العقد، و ثبت ذلك باقرارها أو بالبينه على اقرارها أو بالقرائن المفيده للعلم بذلك فعن أكثر المتأخرين أن له الفسخ عملاً بالشرط، و المحكى عن الأكثر عدم الفسخ للأصل، و لصحيح محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام (عن الرجل يتزوج المرأة على أنها بكر فيجدها ثيبًا، أ يجوز له أن يقيم عليها؟ قال عليه السلام: قد تفتق البكر من المركب و من النزوه) (١)، و هو غير ظاهر فى عدم الفسخ ما لو شرط البكاره فى متن العقد كما هو مفروض المسأله، فيحمل على ما لو تزوجها على أنها بكر بزعمه كما هو الغالب، أو على أنها بكر بإخبارها، أو على ما لو شرط أنها بكر فى متن العقد و قد حدثت الثيوبه بعد العقد، أو على ما لو اشتبه الحال و لم تعلم الثيوبه أنها متقدمه على العقد أو متأخره سواء اشترط البكاره، أو أخبرته بها أو أقدم على ذلك بحسب زعمه و مما تقدم تعرف حكم بقيه الصور.

(١) أى و إن لم يثبت سبق الثيوبه على العقد فلا فسخ لأنه يمكن تجده إلى آخر ما ذكره الشارح.

(٢) أى تجدد الثيب.

(٣) بضم الحاء دوبيه كالبرغوث، صحتها كحمه الزنبور أو القراد يدخل فى خروج الجوارى.

(٤) حيث يجوز له الفسخ فإن كان قبل الدخول فلا مهر لعدم استقراره، و إن كان بعد الدخول فلها المهر لاستقراره بالدخول، و يرجع به على المدلس و إن كان المدلس هى من دون استثناء أقل المهر لها أو مهر المثل لها إذا رجع عليها كما تقدم فى المسائل السابقه.

(٥) بعد الدخول.

(٦) أى المدلس.

(٧) أى بشرط البكاره.

(٨) أى و إن لم يكن العاقد عالماً بحالها.

(٩) أى يرجع الزوج على الزوجه بشرط أن تكون قد دلست.

ص: ٥٣١

استثناء أقل ما يكون مهرا كما سبق.

(وقيل) و القائل ابن إدريس (١): لا فسخ، و لكن (٢) (ينقص من مهرها بنسبه ما بين مهر البكر و الثيب) فإذا كان المهر المسمى مائه، و مهر مثلها بكرا مائه، و ثيبا خمسون نقص منه (٣) النصف، و لو كان مهرها بكرا مأتين، و ثيبا مائه نقص من (١) بل هو عن الأكثر كما في الرياض لا فسخ عند اشتراط البكاره في متن العقد.

(٢) أى إذا اختار البقاء على تقدير ثبوت الفسخ له، أو لم يكن له الفسخ فهل ينقص من مهرها شىء قولان:

الأول: العدم و هو قول أبى الصلاح و ابن البراج لوجوب جميع المهر بالعقد و الأصل بقاؤه،

و الثانى: أنه ينقص و هو المشهور لصحيح محمد بن جزك (كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام:

سألته عن رجل تزوج جاريه بكرا فوجدها ثيبا، هل يجب لها الصداق و ايا أو ينتقص؟ قال عليه السلام: ينتقص (١)، و لكن اختلفوا في قدر النقصان على أقوال:

الأول: أنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر و الثيب عادة، بحيث تؤخذ النسبه بين المهرين المذكورين و ينقص من المسمى بمقدار هذه النسبه، فلو فرض مهر المثل للبكر عادة مائه، و للثيب خمسين، نقص من المسمى نصفه، و هو قول ابن إدريس و رجحه المحقق و العلامة في التحرير، و وجهه أن الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكاره و لم تحصل، فيلزم التفاوت كأرش ما بين كون المبيع صحيحا و معيبا.

أنه ينقص شىء في الجملة، إذ لم يرد من الشارع تقدير له، و هو اختيار الشيخ في النهايه.

الثالث: أنه ينقص السدس من المسمى، و هو للقطب الراوندى في شرح النهايه، لأن الشىء في عرف الشارع سدس، كما ورد في الوصيه، و فيه: أن الشىء لم يذكر في الروايه و إنما المذكور فيها نقصان المسمى فقط، فضلا عن كون الشىء لو كان سدسا في الوصيه فلا يقتضى كونه كذلك في غيرها لانتفاء الدليل عليه، عل أن الشىء لم يحمل على السدس في الوصيه و إن ورد به النص فراجع.

الرابع: إحاله تقدير النقصان إلى الحاكم، لانتفاء تقدير النقص شرعا، مع الحكم بأصله في الصحيح المتقدم فيرجع فيه إلى رأى الحاكم كما هو الشأن في كل ما لا تقدير له شرعا و هو للمحقق في النكت، و هو المنسوب إلى جماعه من المتأخرين.

(٣) من مهرها المسمى.

ص: ٥٣٢

المسمى خمسون (١)، لأنها (٢) نسبة ما بينهما، لا مجموع تفاوت ما بينهما (٣)، لثلا يسقط جميع المسمى كما قرر في الأرش (٤).

و وجه هذا القول (٥) أنّ الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكاره، و لم تحصل إلا خاليه عن الوصف، فيلزم التفاوت، كأرش ما بين كون المبيع صحيحا و معيبا.

و اعلم أن الموجود في الروايه أنّ صداقها ينقص، فحكم الشيخ بنقص شيء (٦) من غير تعيين لإطلاق الروايه، فأغرب (٧) القطب الراوندى في أن الناقص هو السدس، بناء على أنّ الشيء سدس، كما ورد في الوصيه به (٨)، و هو قياس (٩) على ما لا يطرد (١٠)، مع أنّ الشيء (١١) من كلام (١٢) الشيخ قصدا للإيهام تبعا للروايه المتضمنه للنقص مطلقا (١٣).

و ربما قيل (١٤): يرجع إلى نظر الحاكم، لعدم تفسيره (١٥) لغه، و لا شرعا، و لا عرفا.

(١) و هي نصف المسمى.

(٢) أى الخمسين.

(٣) ما بين مهر مثلها بكرا و مهر مثلها ثيبا، لأن مجموع التفاوت على الصوره الثانيه مائه، فلو نقص من المسمى هذا المجموع لما كان لها مسمى حينئذ.

(٤) من الرجوع بنسبه التفاوت بين الصحيح و المعيب، و ليس الرجوع لمجموع التفاوت.

(٥) أن الرجوع بنسبه التفاوت.

(٦) و هو القول الثانى.

(٧) أى أتى بالشيء الغريب، و هو القول الثالث.

(٨) بالشيء، و قد تقدم النص فى بابه.

(٩) لأن إلحاق النكاح بالوصيه قياس.

(١٠) إذ لا اطراد لهذا التفسير فى غير الوصيه.

(١١) إشكال ثان على الراوندى.

(١٢) خبر لقوله (مع أن الشيء)، و عليه فلفظ الشيء لم يرد فى الروايه حتى يفسر بالسدس بل قد ورد فى كلام الشيخ.

(١٣) من غير تعيين.

(١٤) و هو القول الرابع.

(١٥) أى تفسير النقصان.

ص: ٥٣٣

(الفصل الثامن - فى القسم) (١) و هو بفتح القاف مصدر قسمت الشىء، أما بالكسر فهو الحظ و النصيب، (و النشوز) و هو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعه الآخر، (و الشقاق) و هو خروج كل منهما عن طاعته (٢). أما القسم فهو حق لكل منهما (٣)، لاشتراك (١) بفتح القاف و سكون السين مصدر قسمت الشىء أقسمه، و بالكسر الخط و النصيب، و عرفا هو قسمه الليلالى بين الزوجات، و يمكن اعتباره من كل منهما.

(٢) أى طاعه الآخر.

(٣) لا- إشكال فى أن كل واحد من الزوجين له حق على الآخر، يجب على صاحبه القيام به، و إن كان حق الزوج على الزوجه أعظم، بل لا حق عليها مثل ما لزوجها عليها من حق، ففى خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (جاءت امرأه إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلّم فقالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم، ما حق الزوج على المرأة؟ فقال: لها 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 بيتها إلا بإذنه، و إن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء و ملائكة الأرض و ملائكة الغضب و ملائكة الرحمه حتى ترجع إلى بيتها.

قالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم، من أعظم الناس حقا على الرجل؟ قال: والده، قالت: فمن أعظم الناس حقا على المرأة؟ قال: زوجها، قالت: فما لى عليه من الحق مثل ما له على؟ قال: لا و لا من كل مائه واحده (١)، و قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم (لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر، و لو صلح لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها، و الذى نفسى بيده لو كان من مفرق رأسه إلى قدمه قرحه ترشح بالقيح و الصيديد ثم استقبلته تلمسه ما أدت حقه) (٢).

و من حقه عليها أن تطيعه و لا تعصيه و لا تصدق من بيته إلا بإذنه و لا تصوم تطوعا إلا بإذنه و لا تمنعه نفسها فى أى حال و لا تخرج من بيتها إلا بإذنه كما تقدم فى الخبر و لو إلى أهلها لعياده مريضهم و حضور ميتهم ففى خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن رجلا من الانصار على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم خرج فى بعض حوائجه فعهد إلى امرأته عهدا أن لا تخرج من بيتها حتى يقدم، قال: و إن أباهما قد مرض فبعثت-

ص: ٥٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٢- (٢) كنز العمال ج ٨ ص ٢٥١ رقم الحديث ٤٠٩١.

-المراه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تستأذنه أن تعود، فقال: لا، اجلسى فى بيتك واطيعى زوجك، قال: فثقل فأرسلت إليه ثانياً بذلك، فقال: اجلسى فى بيتك واطيعى زوجك، قال: فمات أبوها فبعثت إليه أن أبى قد مات فتأمرنى أن أصلى عليه، فقال: لا، اجلسى فى بيتك واطيعى زوجك، قال: فدفن الرجل فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن الله قد غفر لك ولأبيك بطاعتك لزوجك(١).

و من حقه عليها على ما فى خبر العزرمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاءت امرأه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: يا رسول الله، ما حق الزوج على المرأة؟ فقال: أكثر من ذلك، قالت: فخبّرنى عن شىء منه، قال: ليس لها أن تصوم إلا بإذنه يعنى تطوعاً، ولا تخرج من بيتها بغير إذنه، وعليها أن تتطيب بأطيب طيبها وتلبس أحسن ثيابها، وتزين بأحسن زينتها، وتعرض نفسها عليه غدوه وعشيه، وأكثر من ذلك حقوقه عليها(٢)، وفى خبر جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (أيما امرأة قالت لزوجها: ما رأيت قط من وجهك خيراً فقط حبط عملها(٣)، وفى خبر الجلاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (أيما امرأة باتت وزوجها عليها ساخط فى حق لم يتقبل منها صلاه حتى يرض منها)٤.

هذا و من حقها عليه ما فى خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: ما حق المرأة على زوجها الذى إذا فعله كان محسناً؟ قال: يشبعها ويكسوها وإن جهلت غفر لها(٤)، وفى خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أوصانى جبرئيل بالمرأه حتى ظننت أنه لا ينبغى طلاقها إلا من فاحشه مبيته)٦، وفى الخبر عن الصادق عليه السّلام (رحم الله عبداً أحسن فيما بينه وبين زوجته، فإن الله عز وجل قد ملكه ناصيته وجعله القيم عليها(٥)، و مرسله الآخر عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (خيركم خيركم لنسائه، وأنا خيركم لنسائى)٨ و مرسل الفقيه عنه صلى الله عليه وآله وسلم (ألا خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلى)٩، إلى غير ذلك من الحقوق والآداب الداخلة تحت قوله تعالى:

وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٤)، و عظم حق الزوج على الزوجه لا ينافيه قوله تعالى:-

ص: ٥٣٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.
- ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٨٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٧ و ١.
- ٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٤.
- ٥- ((٧ و ٨ و ٩) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٥ و ١١ و ٨.
- ٦- (١٠) سورة النساء، آيه: ١٩.

ثمرته (١)، و هو (٢) العشره بالمعروف المأمور بها (٣).

فى أنه يجب للزوجه الواحده ليله من أربع

(و يجب للزوجه الواحده ليله من أربع) (٤) و له ثلاث ليال يبيتها حيث شاء، - وَ لَهِنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْنَّ (١) ، لأن المراد التشبيه بأصل الحقوق لا فى كيفيتها، لاختلافها كما هو الواضح.

إذا تقرر ذلك فالواجب على الزوج النفقه من الكسوه و المأكل و المشرب و الإسكان كما سيأتى، و يجب على الزوجه التمكين من الاستمتاع و أن تتجنب عما ينفر الزوج من الاستمتاع، لأن ذلك من مقدمات الواجب، فيجب عليها إزاله الأوساخ و القاذورات عن بدنها و ثيابها و كل ما له الدخل فى نفره الزوج، بل على كل واحد منهما القيام بالحقوق المترتبه عليه من غير أن يحوج صاحبه إلى طلبها، و لا يظهر الكراهه فى تأديتها، و أن يكف عما يكرهه صاحبه من قول أو فعل بغير حق.

هذا و القسمة واجبه على الزوج و له، أما أنها واجبه عليه فلا أخبار الآتیه، و هى واجبه له لأن حق الاستمتاع على الزوجه توجب القسمة بين الزوجات أيضا.

(١) أى اشتراك ثمره القسم بينهما.

(٢) اشتراك الثمره.

(٣) فى قوله تعالى: وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٢).

(٤) لا- خلاف فى وجوب القسمة بين الزوجات فى الجملة، و إنما الخلاف فى أنها هل تجب على الزوج ابتداء بمجرد العقد و التمكين كالنفقه كما هو المشهور، أو لا- تجب عليه حتى يبتدئ بها كما عن الشيخ فى المبسوط و العلامه فى بعض كتبه و المحقق فى الشرائع و المحقق الثانى و الشارح و جماعه.

فعلى الأول للزوجه الواحده دائما ليله من أربع ليال يبيت عندها، و الباقي يضعها حيث يشاء، و للزوجتين ليلتان من أربع و الباقي يضعها حيث يشاء، و للثلاث ثلاث منها، و لو كن أربع نساء فلكل واحد ليله و لا يبقى له شىء من كل أربع، و كلما فرغ الدور استأنفه على الترتيب المذكور.

و على القول الثانى فلو كانت له زوجة واحد لا يجب عليه القسمة مطلقا و لو مع المبيت عندها ليله لعدم موضوع القسمة، إذ موضوعها مع التعدد، و لو كان له زوجات متعددات لا تجب القسمة عليه إلا إذا بات عند إحداهن ليله فتجب القسمة حينئذ حتى يتم الدور،-

ص: ٥٣٦

-ثم لا- يجب عليه شيء حتى يبيت عند بعضهن و هكذا، و مما يتفرع على القولين أنه لو كان عنده منكوحات لا قسم لهن كالإماء فعلى الأول ليس له أن يبيت عندهن إلا فى الفاضل له من دور القسمه، فلو كان عنده أربع منكوحات بالعقد الدائم لم يكن له أن يبيت ابتداء عند الأمه مطلقا إلا بإذن صاحبه الليله، و على القول الآخر يجوز له أن يبيت ابتداء عند من لا تجب لها القسمه و يستمر على ذلك مع واحده منهن أو أزيد إلى أن يبيت عند مستحقه القسمه ليله فيجب المبيت حينئذ عند الباقيات من ذوات القسمه.

و يستدل للقول الأول بقوله تعالى: وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (١)، و بقوله تعالى: وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ (٢)، بدعوى دلالة الآيه على جواز الهجره فى المضاجع عند النشوز فتدل بالمفهوم على المضاجعه عند خوف النشوز، و المضاجعه هو المبيت عندها ليله، و هو معنى القسمه بين الزوجات، و للأخبار.

منها: موثق محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (و إذا كانت الأمه عنده قبل نكاح الحره على الأمه، قسّم للحره الثلثين من ماله و نفسه يعنى نفقته، و الأمه الثلث من ماله و نفسه) (٣) حيث دل على وجوب القسمه ابتداء، لا إذا بات عند إحداهن، و مثله موثق عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- يتزوج الأمه على الحره، و يتزوج الحره على الأمه، و للحره ليلتان و للأمه ليله) (٤)، و خبر زراره (سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهاريه - المهاريه خ ل - يشترط عليها عند عقده النكاح أن يأتيها متى شاء كل شهر و كل جمعه يوما، و من النفقه كذا و كذا، قال: ليس ذلك الشرط بشيء، و من تزوج امرأه فلها ما للمرأه من النفقه و القسمه) (٥)، و هو ظاهر فى كون القسمه واجبه عليه ابتداء لإطلاق الخبر الشامل لتعدد زوجاته و اتحادهن، و خبر الدعائم عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام (أن عليا صلوات الله عليه قال: للرجل أن يتزوج أربعاً، فإن لم يتزوج غير واحده فعليه أن يبيت عندها ليله من أربع ليال، و له أن يفعل فى الثلاث ما أحب مما أحله الله تعالى) (٦).

و استدلل للثانى بأصالة عدم وجوب القسمه ابتداء، نعم إذا بات عند واحده فيجب القسمه -

ص: ٥٣٧

١- (١) سورة النساء، آيه: ١٩.

٢- (٢) سورة النساء: آيه: ٣٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب القسم و النشوز و الشقاق حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب القسم و النشوز و الشقاق حديث ٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المهور حديث ٣.

٦- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب القسم و النشوز حديث ١.

و للزوجتين ليلتان من الأربع، و له ليلتان. (و على هذا فإذا تمت الأربع (١) فلا فاضل له)، لاستغراقهن النصاب، و مقتضى العبارة أن القسمة تجب ابتداء و إن لم يتبدأ بها، و هو أشهر القولين، لورود الأمر بها (٢) مطلقا (٣)، و للشيخ قول أنها (٤) لا تجب إلا إذا ابتدأ بها، و اختاره المحقق فى الشرائع، و العلامة فى التحرير. و هو متجه، و الأوامر المدعاة لا تنافيه (٥).

ثم إن كانت واحده فلا قسمه (٦)، و كذا لو كنَّ أكثر و أعرض عنهن، و إن بات عند واحده منهن ليله لزمه للباقيات مثلها.

و على المشهور يجب مطلقا (٧)، و حينئذ (٨) فإن تعددن (٩) ابتدأ بالقرعه، ثم إن -لوجوب العدل عليه بين زوجاته، و لما دل من الأخبار على حصر حقها الواجب فى كسوتها و إطعامها و غفران ذنبها، و قد تقدم بعضها، و فيه: إن الأصل يخرج عنه بما تقدم من الأخبار، و أما أخبار الكسوه فهى مقيدة بما دل على وجوب القسمة من الأخبار المتقدمه.

(١) من الزوجات.

(٢) بالقسمة.

(٣) سواء ابتدأ بالمبيت عند إحداهن أم لا، و سواء كانت الزوجه واحده أم متعدده.

(٤) أى القسمة.

(٥) أى لا تنافى الوجوب بعد الابتداء.

(٦) على قول غير المشهور، و هو القول الذى قواه الشارح هنا و فى المسالك.

(٧) و إن لم يبت عند واحده منهن.

(٨) أى حين وجوب القسمة ابتداء.

(٩) فعلى المشهور أنه يبدأ بمن شاء منهن حتى يأتى عليهن ثم يجب اجراء الدور الثانى كالدور الأول و هكذا، و قيل: يجب الرجوع إلى القرعه فى البدء بالقسمة، لأنه لو اختار واحده منهن و بات عندها فيلزم منه الترجيح بلا مرجح، و هذا ما يقتضى الميل إليها فيدخل فى الوعيد الوارد فى النبوى (من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما فى القسم من نفسه و ماله جاء يوم القيامة مغلولاً مائلاً شقه حتى يدخل النار) (١).

و عليه فإن كانتا اثنتين اكتفى بالقرعه مره واحده، لأن الثانى تعينت ثانياً، و إن كن ثلاثاً -

ص: ٥٣٨

كانتا اثنتين، و إلا افتقر إلى قرعه أخرى للثانية و هكذا لثلا يرجح بغير مرجح.

وقيل: يتخير. و على قول (١) الشيخ يتخير (٢) من غير قرعه، و لا- تجوز الزيادة فى القسمة على ليله بدون رضاهن (٣)، و هو أحد القولين، لأنه -أقرع بين الباقيتين فى الليله الثانيه، و إن كن أربعة أقرع بين الثلاث ثانيا ثم بين الاثنتين ثالثا تحرزا عن التفضيل و الترجيح، لأن تقديم إحدى الباقيات ترجيح أيضا، فالتقديم بالقرعه فى كل مراحل الدور الواحد عدل.

(١) من عدم وجوب القسمة ابتداء إلا إذا بات عند إحداهن

(٢) أى يتخير ابتداء من غير قرعه، و أما الباقيات فيجب القسم بينهن و مع تعددهن لا بد من القرعه لثلا يلزم الترجيح و التفضيل المنهى عنهما.

(٣) لا- خلاف فى عدم جواز جعل القسمة - سواء قلنا بوجوبها ابتداء أو لا- - انقص من ليله، لأنه على خلاف ما دل على استحقاقها ليله عند القسمة ففى خبر إبراهيم الكرخى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن فى لياليهن فيمسيهن، فإذا بات عند الرابعه فى ليلتها لم يمسها، فهل عليه فى هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يبيت عندها فى ليلتها و يظلّ عندها فى صبيحتها، و ليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك) (١)، و هو ظاهر فى استحقاقها ليله عند القسمة، و مثلها غيرها من الأخبار.

كما لا خلاف فى جواز القسمة بين الزوجات ليله ليله، و يدل عليه الخبر المتقدم و غيره، و لكن هل يجوز أن يجعل القسمة أزيد من ليله لكل واحده، فعن الشيخ فى المبسوط و جماعه نعم، للأصل و إطلاق الأمر بالقسمة مع عدم العول و الجور فيها، بل ربما كان ذلك أصلح لهنّ و أتم لمطلوبهن، بل و للزوج خصوصا مع تباعد أمكنتهن على وجه يشق عليه أن يدور على زوجاته ليله ليله. و عن المحقق فى الشرائع و جماعه لا تجوز الزيادة على ليله تأسيا بالنبي صلى الله عليه و آله و سلم حتى (أنه كان يطاف به فى مرضه محمولا- فبيت عند كل امرأه ليله حتى حللته أن يبيت عند عائشه، و كان يقول: اللهم هذا قسمى فيما أملك و أنت اعلم بما لا أملك) (٢) يعنى من جهة الميل القلبي.

و لخبر سماعه بن مهران (سألت عن رجل كانت له امرأه فتزوج عليها، هل يحلّ له أن يفصل واحده على الأخرى، فقال: يفصل المحدثه حدثان عرسها ثلاثه أيام إن كانت بكرا، ثم يسوى بينهما بطييه نفس إحداهما للأخرى) (٣) بدعوى أنه لو جعل لكل واحده-

ص: ٥٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب القسم و الشوز حديث ١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٩٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القسم و الشوز حديث ٨.

الأصل (١)، و للتأسي بالنبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ فقد كان يقسم كذلك (٢)، و لثلاث- يلحق بعضهم ضرر مع الزيادة بعروض ما يقطعه (٣) عن القسم للمتأخره، و الآخر (٤) جوازها (٥) مطلقا (٦)، للأصل (٧).

و لو قيل بتقييده (٨) بالضرر كما لو كنَّ في أماكن متباعده يشقُّ عليه الكون كل ليله مع واحده كان حسنا، و حينئذ (٩) فيتقيد بما يندفع به الضرر، و يتوقف (١٠) ما زاد (١١) على رضاهن، و كذا لا يجوز أقل من ليله، للضرر (١٢).

(و لا فرق) في وجوب القسم (بين الحرّ، و العبد (١٣)، و الخصى، و العنين)، -ثلاث ليال أو أزيد و لم تطب نفس إحداهما إلا بليله ليله فلا- يجوز، و هذا دال على عدم جواز الزيادة على الليله إلا- برضا البقيه. ثم على القول بجواز الزيادة من دون رضاهن فهل يتقدر بقدر، و عن الشيخ في المبسوط و جماعه أن حدّه ثلاث ليال و اعتبر في الزائد رضاهن، و عن الإسكافي جواز جعلها سبعا، و في القواعد أطلق عدم التقدير، و في الأخير ضعف ظاهر إذ المده الطويله كالسنه عند إحداهن أولا يوجب الضرر بالبقيات و على خلاف المعاشره بالمعروف المأمور بها و هكذا، مع عدم ورود نص خاص في هذا التفريع، نعم استدل للأول بأن الثلاث أقصى المأثور إذا كانت شيئا في التي تزوجها جديدا، و استدل للثاني بأن الزائد على السبع يعدّ هجرا و عشره بغير المعروف.

(١) أي لأن عدم الزيادة على الليله في القسمه هو الأصل المحقق من النصوص.

(٢) ليله ليله.

(٣) أي يقطع الزوج عن المبيت عند البقيه من نسوته من مرض أو سفر.

(٤) أي القول الآخر.

(٥) أي جواز الزيادة في القسمه على ليله.

(٦) مع رضاهن أو لا.

(٧) أي أصاله الجواز.

(٨) أي بتقييد جواز الزيادة من دون رضاهن.

(٩) أي حين تقييد الجواز بالضرر فيتقيد الجواز بما يدفع الضرر عن الزوج.

(١٠) أي جواز الزيادة من غير رضاهن.

(١١) و هو ما لا ضرر فيه.

(١٢) أي للضرر على الزوجه، لأنه ينغص العيش و يبطل الاستئناس، و قد عرفت أن الأخبار داله على عدم جواز القسمه بما ينقص

عن الليله.

(١٣) بعد ما ثبت وجوب القسمة بين الزوجات بالأدلة المتقدمة، فلا فرق بين كون الزوج حراً-

ص: ٥٤٠

(وغيرهم) لإطلاق الأمر، وكون الغرض منه (١) الإيناس بالمضاجعة لا المواقعة.

فى أن القسمه تسقط بالنشوز

(و تسقط القسمه بالنشوز) (٢) إلى أن ترجع إلى الطاعه،(و السفر) (٣) أى سفره مطلقا (٤) مع استصحابه لإحداهن (٥)، أو على القول بوجوبه (٦) مطلقا (٧)، فإِنَّه لا -أو عبدا، عينا أو خصيا، لإطلاق الأدله، و لأن الغرض من القسمه الإيناس و العدل بين الزوجات و التحرز عن الإيذاء، و التحرز عن الإيحاش بترجيح بعضهن على بعض، و ليس الواجب فى القسمه الوقاع حتى يقال بأنه غير ممكن من العنين و نحوه.

(١) من القسم.

(٢) تسقط القسمه بالنشوز بلا خلاف فيه، لأن القسمه من جمله حقوق الزوجه كالفقه، و كما تسقط الثانيه عن الصغيره و الناشزه و المجنونه جنونا مطبقا و المسافره بغير إذنه كذلك تسقط القسمه.

(٣) أى سفر الزوج، بمعنى أن له السفر وحده من دون استصحاب إحداهن، و ليس عليه قضاء ما فاتهن فى السفر بلا خلاف فيه، لأصاله عدم وجوبه مع عدم نقل القضاء عن المعصومين عليهم السلام على كثره سفرهم.

نعم لو أحب استصحاب بعض أزواجه دون بعض جاز، فقد كان النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم يفعل ذلك، فإذا صحب بعضهن فلا قضاء للمتخلفات، لأن النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم لم ينقل أنه كان يقضى للمتخلفات، هذا و قال الشارح فى المسالك: (و يؤيده أن المسافره و إن حظت بصحبه الزوج فقد تعبت بالسفر و مشاقه و لم يحصل لها دعه الحضر، فلو قضى لهن كان حقهن أوفر، و هو خلاف العدل و الميل كل الميل، و شرط بعضهم فى عدم القضاء أن يصحب الخارجه بالقرعه، فلو أخرجها بمجرد التخيير و الميل قضى، لأن النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم ما كان يخرج معه واحده إلا بالقرعه، و من ثم لم يقضى بخلاف ما لو أخرجها بالتشهى، لأنه ميل و ظلم بالتفضيل) انتهى.

هذا و إذا كان للرجل نساء و أراد أن يصحب بعضهن فى السفر فيستحب له أن يقرع بينهن فأيتهن خرج اسمها خرج بها، للتأسى بالنبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم (١)، و لأنه أطيب لقلوبهن و أقرب إلى العدل، و لا تجب القرعه للأصل.

(٤) سواء قلنا بوجوب القسمه ابتداء كما عليه المشهور أم قلنا بوجوب القسمه إذا ابتداء بإحداهن.

(٥) فمع أخذه لإحداهن تجب القسمه على القولين لو لا السفر.

(٦) أى بوجوب القسم.

(٧) و إن لم يبتداء، فتجب القسمه و لو لم يستصحب إحداهن لو لا السفر.

يقضى للمتخلفات و إن لم يقرع للخارجة (١).

وقيل (٢) مع القرعة (٣)، و إلا- (٤) قضى، أما سفرها (٥) فإن كان لواجب (٦) أو جائز بإذنه (٧) وجب القضاء، و لو كان لغرضها (٨) ففي القضاء قولان للعلامه فى القواعد و التحرير. و المتجه وجوبه (٩)، و إن كان فى غير واجب بغير إذنه و لا ضروره إليه فهى ناشزه.

فى أن الوجوب يختص بالليل

(و يختص الوجوب بالليل، و أما النهار فلمعاشه) (١٠) إن كان له معاش، (إلا) (١) معه فى السفر.

(٢) و لم يعرف القائل.

(٣) أى لا يقضى للمتخلفات إذا كان خروج إحداهن معه بالقرعة.

(٤) فلو كانت الخارجة من باب الميل و التفضيل.

(٥) قد تقدم أن سفرها بغير إذنه يسقط القسم لأنها ناشزه، و لكن لا بد من التفصيل من أن سفرها بغير إذنه إن كان فى واجب مضيق أو بإذنه فى غرضه لم يسقط حقها و وجب القضاء لها بعد الرجوع، و ظاهر البعض عدم الخلاف فيه كما فى الجواهر، و إن كان بإذنه فى غرضها ففيه قولان، من الإذن فى تفويت حقه فىبقى حقها، و لازمه وجوب القضاء كما هو خيره للعلامه فى التحرير، و من فوات التمكن و الاستمتاع المستحق عليها و لازمه عدم وجوب القضاء لها كما هو خيره للعلامه فى القواعد.

(٦) أى واجب مضيق، و أما لو كان موسعا فيأتى فيه الخلاف المتقدم فى سفرها بإذنه لغرضها.

(٧) و كان لغرضه.

(٨) مع إذنه.

(٩) وجوب القضاء.

(١٠) الواجب فى القسم المضاجعه لا المواقعه، و المراد بالمضاجعه هو المبيت عندها بمعنى أن ينام معها على الفراش قريبا منها عادة، معطيا لها وجهه دائما أو أكثريا بحيث لا يعدّ هاجرا، و إن لم يتلاصق الجسمان و قال فى الجواهر و قد أجاد: (و أما المضاجعه على الوجه المزبور فإنها و إن لم نجد بها نصا بخصوصها كما اعترف به فى كشف اللثام، بل قال:

المروى الكون عندها، لكن قد يدعى أنها المتعارفه من المبيت عندها، بل هو و شبهه السبب فى تعيين ليله لها و إضافتها إليها، بل هى المراد من المعاشره بالمعروف، بل يمكن استفادتها من آيه: و اهجرهن فى المضاجع، إلى آخرها الظاهره فى اشتراط ذلك -

-بالنشوز، و أنه مع الطاعة ليس للزوج عليها هذا السبيل، بل ربما كان في قوله:

أ يضرب أحدكم المرأة ثم يظل معانقها) انتهى كلامه و لا تجب المواقع إلا في كل أربعة أشهر مره، و هي ليست مقدوره في كل وقت و يدل عليه أخبار.

منها: خبر إبراهيم الكرخي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في ليلهن فيمسهن، فإذا بات عند الرابعه في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا إثم؟ قال عليه السلام: إنما عليه أن يبيت عندها في ليلتها، و يظل عندها في صبيحتها، و ليس عليه أين يجمعها إذا لم يرد ذلك(1).

هذا و عماد القسمة الليل الذي خلقه الله سكنا من حركات التعب و نهضات النصب، و جعله سكنا ليلبسوا من راحته و منامه فيكون لهن جماحا و قوه، و لينالوا به لذه و شهوه في المضاجعه و المواقع، دون النهار الذي خلقه الله لهم مبصرا ليتغوا من فضله و ليتسبوا إلى رزقه و يسرحوا في أرضه طلبا لما فيه نيل العاجل من ديناهم و درك الأجل من آخرهم على المشهور للأصل و السيره.

و عن ابن الجنيد أنه يجب أن يظل عندها صبيحه تلك الليله لخبر إبراهيم الكرخي المتقدم، و الصبيحه تطلق لغه على أول النهار، و قد حمل عند المشهور على الاستحباب لمجهوليه حال الكرخي فلا تصلح الروايه لإثبات الوجوب، و الحكم في الاستحباب سهل. و عن الشيخ في المبسوط وجوب الكون معها نهارا و وافقه عليه العلامة في التحرير لما ورد من النصوص أنه للحره يومان و للأمه يوم(2)، و للنصوص الداله على تخصيص البكر و الثيب بالأيام(3)، بناء على أن المراد باليوم اسما لمجموع الليل و النهار. ثم هذا كله فيمن كان كسبه نهارا، فلو انعكس و كان كسبه ليلا كالوقاد و الآتونى و الحارس فعماد قسمته النهار خاصه بلا- خلاف فيه جمعا بين الحقين و دفعا للضرر، و التفاتا إلى قوله تعالى: جَعَلَ اللَّيْلَ وَ النَّهَارَ خِلْفَةً(4)، و يكون حكم الليل عندهم كنهار غيرهم، و لو اختلف عمله فكان يعمل بالليل تاره و يستريح بالنهار، و يعمل أخرى بالنهار و يستريح بالليل و جب مراعاة التسويه بين زوجاته بحسب الإمكان كما في المسالك، فإن شق ذلك عليه لزم-

ص: ٥٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب القسم و النشوز حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب القسم و النشوز.

٣- (٣) ت ٢ - من أبواب القسم و النشوز.

٤- (٤) سورة الفرقان، الآية: ٦٢.

(فى نحو الحارس) و من لا يتم عمله إلا بالليل (فتنعكس) قسمته فتجب نهارا دون الليل.

و قيل: تجب الإقامة صبيحه كل ليله مع صاحبته، لروايه إبراهيم الكرخى عن الصادق عليه السلام و هى محموله مع تسليم سندها على الاستحباب.

و الظاهر أنّ المراد بالصبيحه أول النهار بحيث يسمّى صبيحه عرفا، لا مجموع اليوم.

هذا كله فى المقيم، و أما المسافر الذى معه زوجاته فعماد القسمة فى حقه وقت النزول ليلا كان أم نهارا، كثيرا كان أم قليلا.

فى أنّ للأمه و الكتابيه نصف القسم

(و للأمه) المعقود عليها دواما حيث يسوغ (١)(نصف القسم) (٢) لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «إذا كان تحته أمه مملوكه فتزوج عليها -لكل واحده ما يتفق فى نوبتها من ليل أو نهار.

ثم لو كان مسافرا و معه جميع زوجاته فعماد قسمته فى حقه وقت النزول، قليلا- كان أو كثيرا، ليلا- أو نهارا، هذا و قال فى الجواهر: (قلت: قد ذكر هذا الحكم بعض العامه و الخاصه، و هو إن تم اجماعا كان هو الحجه، و إلا أمكنت المناقشه باحتمال سقوط القسم فى حقه باعتبار تعذر محله) انتهى.

(١) أى حيث يسوغ نكاح الأمه بأن كان غير قادر على نكاح الحره و قد خاف العنت، أو تزوج الأمه بإذن الحره.

(٢) فإذا كانت الأمه وحيده فلا إشكال فى أن لها ليله من ثمان ليال، و لو كانت مع حره أو حرائر فللحره ليلتان و للأمه ليله بلا خلاف إلا من المفيد حيث ذهب إلى أن الأمه لا قسمه لها مطلقا و الأصح المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألت عن الرجل يتزوج المملوكه على الحره، قال عليه السلام: لا، فإذا كانت تحته امرأه مملوكه فتزوج عليها حره قسّم للحره مثلى ما يقسم للمملوكه)(١).

و لما لم يجز جعل القسمة أقل من ليله فالمتجه كون الدور حينئذ من ثمان ليال جمعا بين حقهما و حق الزوج، فيكون له منها خمس ليال و لهما ثلاث، ليلتان للحره و ليله للأمه.

ص: ٥٤٤

حره قسم للحره مثلى ما يقسم للمملوكه»، و حيث لا- تكون القسمة فى أقل من ليله فلأمه ليله من ثمان، و للحره ليلتان، و له خمس.

و يجب تفريق ليلتى الحره لتقع من كل أربع (١) واحده إن لم ترض بغيره (٢)، و إنما تستحق الأمه القسمة إذا استحققت النفقه بأن كانت مسلمة للزوج ليلا و نهارا (٣) كالحره. (و كذا الكتايبه الحره) (٤) حيث يجوز نكاحها دواما على المشهور، (١) أى من كل أربع ليال ليله واحده.

(٢) أى بغير التفريق و فيه: أن إطلاق النص قاض بجواز الجميع بين ليلتى الحره و التفريق، و هذا ما ذهب إليه فى المسالك حيث قال: (فالليلتان للحره منها بمنزله الليله من الأربع فيتخير الزوج بين إيفائها إياهما مجتمعين و متفرقين، و يحتمل وجوب جعلهما فى كل أربع ليله كما كان لها ذلك قبل دخول الأمه إلا مع رضاهما بالجمع) انتهى.

و ظاهره أن وجوب التفريق للاستصحاب الثابت قبل دخول الأمه و هو لا ينعف مع إطلاق النص بجواز الجمع و التفريق.

(٣) بلا إشكال و لا خلاف كما فى الجواهر لاشتراط التمكين التام من قبل الزوجه حتى تستحق النفقه و القسمة، و التمكين التام من الأمه يتحقق إذا مكّنه السيد منها ليلا و نهارا، فلو مكّنه منها ليلا فقط فليس بالتمكين التام، و كذا لو مكّنته من نفسها من دون إذن مولاها فليس بتمكين لاشتراط إذن المولى لأنها و منافعها ملك للمولى فلا عبره إلا بتمكين المولى.

(٤) فالكتايبه الحره كالأمه لها نصف القسم بحيث لو اجتمعت مع حره، كان للحره ليلتان و للكتايبه ليله، و يكون الدور من ثمان ليال، بلا خلاف فيه و يدل عليه خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السلام هل للرجل أن يتزوج النصرانيه على المسلمه، و الأمه على الحره؟ فقال عليه السلام: لا تزوج واحده منهما على المسلمه، و تزوج المسلمه على الأمه و النصرانيه، و للمسلمه الثلثان و الأمه و النصرانيه الثلث) (١) و منه تعرف ضعف ما عن المسالك حيث قال (مساواه الحره الكتايبه للأمه فى القسمة لا نص عليه، لكنه مشهور بين الأصحاب، و ذكر ابن إدريس أنه مروى، و ربما استدلل له باقتضاء الإسلام أن يعلو على غيره و لا- يعلو عليه، فلو ساوت المسلمه لزم عدم العلو، و فيه نظر، لأن مثل ذلك لا- يقاوم الأدله العامه المتناوله لها، و علو الإسلام يتحقق فى غير أداء الحقوق الشرعيه، فإن المسلم و الكافر فيه سواء) انتهى و ضعفه ظاهر مع وجود الخبر المتقدم-

ص: ٥٤٥

و علل بنقصها بسبب الكفر فلا تساوى المسلمه الحره،(و للكتايه الأمه ربع القسم) لثلا تساوى الأمه المسلمه (فتصير القسمه من ست عشره ليله) للأمه الكتايه منها ليله، و للحره المسلمه أربع كما سلف (١)، و للأمه المسلمه ليلتان لو اتفقت (٢) و كذا الكتايه (٣).

و من هنا (٤) يتفرع باقى صور اجتماع الزوجات المتفرقات (٥) فى القسمه و هى أربعون صوره (٦).

-الصریح بقول المشهور و مما تقدم يظهر أنه لو كان عنده أمه مسلمه و حره كتايه كانتا سواء فى القسمه، و لهما ليلتان من ثمان، و لو كان عنده أمه كتايه كان لها ربع القسمه فتستحق ليله من ست عشره ليله، لأن الكتايه لو كانت حره لكان لها نصف القسمه فلو كانت أمه لكان لها نصف المذكور الذى هو الربع.

(١) من أنها تستحق ليله من كل أربع.

(٢) بأن اتفق له أمه مسلمه بالعقد الدائم حيث يسوغ.

(٣) أى الكتايه الحره فلها ليلتان.

(٤) أى مما تقدم من كون الحره المسلمه لها ليله من أربع، و الأمه المسلمه لها ليله من ثمان، و الكتايه الحره كذلك، و الأمه الكتايه لها ليله من ست عشره ليله.

(٥) أى المتفرقات فى حكم القسمه كاجتماع حره مسلمه مع أمه مسلمه أو حره مسلمه مع كتايه حره، أو حره مسلمه مع أمه كافر.

(٦) ست منها ثنائيه، و أربع عشر ثلاثيه، و عشرون رباعيه، أما الثنائيه فهى: ١ - حره مسلمه مع أمه مسلمه، ٢ - حره مسلمه و حره كتايه، ٣ - حره مسلمه و أمه كتايه، ٤ - أمه مسلمه و أمه كتايه، ٥ - حره كتايه و أمه مسلمه، ٦ - حره كتايه و أمه كتايه.

و أما الثلاثيه فهى: ١ - حره مسلمه و أمه مسلمه و حره كتايه، ٢ - حره مسلمه و أمه مسلمه و أمه كتايه، ٣ - حره مسلمه و حره كتايه و أمه كتايه، ٤ - حره مسلمه و أمتان مسلمتان، ٥ - حره مسلمه و كتاييتان حرتان، ٦ - حره مسلمه و أمتان كتاييتان، ٧ - حرتان مسلمتان و أمه مسلمه، ٨ - حرتان مسلمتان و حره كتايه، ٩ - حرتان مسلمتان و أمه كتايه، ١٠ - حرتان كتاييتان و أمه مسلمه، ١١ - حرتان كتاييتان و أمه كتايه، ١٢ - حره كتايه و أمه مسلمه و أمه مسلمه و أمه كتايه، ١٣ - حره كتايه و أمتان مسلمتان، ١٤ - حره كتايه و أمتان كتاييتان.

و أما الرباعيه فهى: ١ - حرتان مسلمتان و أمتان مسلمتان، ٢ - حرتان مسلمتان و حرتان كتاييتان، ٣ - حرتان مسلمتان و أمتان كتاييتان، ٤ - حرتان مسلمتان و أمه مسلمه و حره كتايه، ٥ - حرتان مسلمتان و أمه مسلمه و أمه كتايه، ٦ - حرتان مسلمتان و حره كتايه -

تبلغ مع الصور المتفقه (١) اثنتين و خمسين تعرف (٢) مع أحكامها بالتأمل.

و تستحق القسم مريضه، و رتقاء، و قرناء، و حائض، و نفساء (٣)، لأن المقصود منه (٤) الأنس، لا الوطء.

في أنه لا قسمه للصغيره

(و لا قسمه للصغيره) (٥) التي لم تبلغ التسع، (و لا- للمجنونه المطبقه إذا خاف) -و أمه كتابيه، ٧- أمتان مسلمتان و حرّتان كتابيتان، ٨- حرتان كتابيتان و أمتان كذلك، ٩- حرتان كتابيتان و أمه مسلمه و أمه كتابيه، ١٠- حره مسلمه و حره كتابيه و أمتان مسلمتان، ١١- حره مسلمه و حرتان كتابيتان و أمه مسلمه، ١٢- حره مسلمه و ثلاث حرائر كتابيات، ١٣- حره مسلمه و حرتان كتابيتان و أمه كتابيه، ١٤- أمه مسلمه و ثلاث حرائر كتابيات، ١٥- أمه كتابيه و ثلاث حرائر كتابيات، ١٦- ثلاث حرائر و أمه مسلمات، ١٧- ثلاث حرائر مسلمات و حره كتابيه، ١٨- ثلاث حرائر مسلمات و أمه كتابيه، ١٩- حره مسلمه و حره كتابيه و أمه مسلمه و أمه كتابيه، ٢٠- حره مسلمه و حره كتابيه و أمتان كتابيتان، هذا و اعلم أن هذه الفروض مبنيه على كون الزوج حرا و على جواز التزويج بأمتين على الحرتين، أما لو كان الزوج عبدا أو لم نقل بنكاح الأمتين مع الحرتين فتختلف الكثير من هذه الفروض.

(١) أي المتفقه في حكم القسمه سواء كانت الزوجات متعدده أم لا و هي اثنتا عشره صوره و هي: من واحده إلى أربع حرائر مسلمات، و من واحده إلى أربع كتابيات حرائر، و من واحده أو اثنتين من الاماء المسلمات و مثلها من الاماء الكتابيات فالمجموع ما ذكر أو نقل بعبارة أخرى إن الصور هي: ١- حره مسلمه، ٢- حرتان مسلمتان، ٣- ثلاث حرائر مسلمات، ٤- أربع حرائر مسلمات، ٥- حره كتابيه، ٦- حرتان كتابيتان، ٧- ثلاث حرائر كتابيات، ٨- أربع حرائر كتابيات، ٩- أمه مسلمه، ١٠- أمتان مسلمتان، ١١- أمه كتابيه، ١٢- أمتان كتابيتان.

(٢) أي هذه الصور المتقدمه.

(٣) بلا إشكال و لا خلاف لعموم أدله القسمه.

(٤) من القسم.

(٥) لا خلاف فيه كما في الجواهر، لأن القسمه بمنزله النفقه فكما تسقط الثانيه تسقط الأولى، نعم قال في الجواهر: (و أما الصغيره القابله للاستمتاع الملتذ به فلا دليل عليه، لاندراجها في اسم الزوجه التي قد سمعت ما يدل على استحقاتها الليله من الأربع، و سقوط النفقه المشروطه بالدخول لو قلنا به لا يقتضى سقوط حقها من القسم، اللهم إلا أن يشك في شمول أدلته لمثلها و الأصل البراء و لعله كذلك) انتهى.

(أذاها) (١) مع مضاجعتها، لأنَّ القسمه مشروطه بالتمكين. و هو (٢) منتف فيهما (٣)، و لو لم يخف من المجنونه وجب، و كذا غير المطبقه.

فى أن الولى يقسم بالمجنون

(و يقسم الولى بالمجنون) (٤) بأن يطوف به على أزواجه بالعدل، أو يستدعيهن إليه، أو بالتفريق (٥)، و لو خصَّ (٦) به (٧) بعضهن فقد جار، و عليه (٨) القضاء، فإن (١) فإذا كان جنونها مطبقا فلا قسمه لها و إن استحقت النفقه، إذ لا عقل لها يدعوها إلى الانس بالزوج و التمتع به، و قال الشارح فى المسالك: (و الأولى تقييد المطبقه بما إذا خاف أذاها أو لم يكن لها شعور بالانس به و إلا لم يسقط حقها منها) انتهى.

و تقييد الجنون بالاطباق لإخراج الجنون الادوارى فهى كالعاقله فى وجوب القسمه كما أطلقه جماعه منهم المحقق، نعم هى كذلك حال إفاقتها، و أما فى حال ادوار جنونها فالفرق بينها و بين المطبقه مشكل.

(٢) أى التمكين.

(٣) فى الصغيره و المطبقه.

(٤) يجب على الزوج القسم بين زوجاته لإطلاق أدلته و لو كان الزوج مجنونا، و يتصور هذا فيمن بلغ رشيدا فتزوج أكثر من واحده ثم عرض له الجنون، أو زوجة و ليه و هو صغير أكثر من واحده ثم بلغ مجنونا، و لا يجوز فى غير ذلك كما فى المسالك، لأن المجنون البالغ لا يجوز لوليه أن يزوجه أكثر من واحده، لانتفاء الحاجه بها.

ثم لا يخلو إما أن يكون جنونه مطبقا أو ادوارا، و الثانى فى وقت إفاخته كغيره من المكلفين، و فى غير ذلك كالمطبق.

و المطبق إن لم يؤمن منه فلا- قسم فى حقه، و إن أمن منه فإن كان قد قسم لبعض نسائه ثم جنّ فعلى الوالى أن يطوف به على الباقيات قضاء لحقوقهن كما يقضى ما عليه من الدين.

و كذلك إذا طلبن القسمه أو روى منه الميل إلى النساء أو قال أهل الخبره إن غشيان النساء ينفعه، و ليس منحصره الواجب بأن يطوف به الولى، فيجوز للولى أن يطوف به عليهن أو يدعوهن إلى منزله أو يطوف على بعضهن و يدعو بعضهن، و لكن لا يجوز تفضيل بعضهن بأن يبيت عندها أكثر من الأخرى فلو فعل الولى بالمجنون ذلك ثم أفاق المجنون فالمشهور أن عليه القضاء لمن نقص من حقها، و قال فى المسالك: (و لو قيل بعدم وجوب القضاء على المجنون و بقاء الحق فى ذمه الولى كان وجهها، لأن المجنون غير مكلف، و القضاء تابع للتكليف بالفعل، أو ثابت بأمر جديد، و هو منتف هنا) انتهى.

(٥) بأن يطوف به على بعضهن و يدعو البعض الآخر.

(٦) أى الولى.

(٧) بالمجنون.

(٨) أى على الولى.

ص: ٥٤٨

أفاق المجنون قضى ما جار فيه الولي، و في وجوبه عليه (١) نظر، لعدم جوره.

في أن البكر تختص عند الدخول بسبع و الثيب بثلاث

(و تختص البكر عند الدخول بسبع) (٢).

(١) على المجنون بعد الإفاهة.

(٢) من أسباب تفضيل بعض الزوجات على بعض تجدد النكاح، فإنه يقتضى تخصيص الجديده بزياده مييت عند الزفاف، و هى سبع ليال إن كانت بكرًا و ثلاث إن كانت ثيبًا، و المقصود منه أن ترفع الحشمه و تحصل الألفه و الأنس، و خصت البكر بزياده لأن حياؤها أكثر، على المشهور فى ذلك كله للنبوى (للبكر سبع و للثيب ثلاث) (١)، و خبر محمد بن مسلم (قلت له: الرجل تكون عنده المرأه يتزوج أخرى، أله أن يفصلها؟ قال: نعم إن كانت بكرًا فسبعه أيام، و إن كانت ثيبًا فثلاثه أيام) (٢)، و خبره الآخر (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: رجل تزوج امرأه و عنده امرأه، فقال عليه السّلام: إن كانت بكرًا فليبت عندها سبعا، و إن كانت ثيبًا فثلاثًا) (٣)، و صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يتزوج البكر، قال عليه السّلام: يقيم عندها سبعه أيام) (٤)، و عليه ينزل خبر البصرى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يكون عنده المرأه فيتزوج أخرى، كم يجعل للتي دخل بها؟ قال عليه السّلام: ثلاثه أيام ثم يقسم) (٥) بعد حملها على الثيب.

و عن الشيخ فى النهايه و كتابى الحديث إلى أن اختصاص البكر بالسبع على وجه الاستحباب، و أما الواجب لها فثلاث كالثيب، جمعًا بين ما تقدم و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا تزوج الرجل بكرًا و عنده ثيب فله أن يفصل البكر بثلاثه أيام) (٦)، و خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: الرجل تكون عنده المرأه فيتزوج جاريه بكرًا، قال: فليفصلها حين يدخل بها ثلاث ليال) (٧)، و مثلها مقطوعه سماعه (٨).

إذا تقرر ذلك فيجب التوالى فى الثلاث و السبع كما هو الظاهر من النصوص المتقدمه بل خبر البصرى المتقدم (ثلاثه أيام ثم يقسم) صريح فى التوالى، و لأن الغرض هو الإيناس و رفع الوحشه و لا يتم ذلك إلا بالتوالى.

و لا فرق فى الزوجه الجديده هنا بين الحره و الأمه و المسلمه و الكتائبه لإطلاق الأخبار المتقدمه، و لأن المقصود من ذلك أمر يتعلق بالضعف و هو لا يختلف بالرقبه و الحره و لا بالإسلام و الكفر، كما يشترك الجميع فى مده العنه و الإيلاء، و عن بعضهم أنه يتشطر -

ص: ٥٤٩

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٠١ و كنز العمال ج ٨ ص ٢٥٣ حديث ٤١٣٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القسم و النشوز حديث ١ و ٥ و ٣.

٣- ((٥ و ٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القسم و النشوز حديث ٤ و ٦ و ٧ و ٨.

ليال ولاء (١)، و لو فرقه (٢) لم يحتسب، و استأنف، و قضى المفترق (٣) للأخريات (٤).

و يحتمل الاحتساب (٥) مع الإثم، (و الثيب بثلاث) و لاء.

و الظاهر أنّ ذلك (٦) على وجه الوجوب (٧).

و لا- فرق بين كون الزوجه حره و أمه مسلمه و كتابيه إن جوّزنا تزويجها (٨) دواما عملا (٩) بالإطلاق، و استقرب في التحرير تخصيص الأمه بنصف ما تختص به (١٠) لو كانت حره، و في القواعد المساواه (١١)، و على التنصيف (١٢) يجب -للأمه على حسب القسم فلها نصف ما للحره، و قرّبه في التحرير و إنما الكلام في كيفية التشطير على وجهين:

الأول: أنه يجب تكميل المنكسر فيثبت للبكر الأمه أربع ليال و للثيب الأمه ليلتان.

الثاني: أن للبكر ثلاث ليال و نصفا، و للثيب ليله و نصفا، لأن المده قابله للتنصيف و يخرج عند انتصاف الليل إلى بيت منفرد أو مسجد، كما عن المسالك و الحدائق، و الأظهر الأول لأن الاختصاص المذكور من جمله القسم الذي لا يجوز فيه التشقيص فلا بد من تكميل المكسر حينئذ.

(١) من غير تفريق.

(٢) أي فرق الزوج زمن الاختصاص المذكور.

(٣) أي مقدار المفروق.

(٤) لعدم كون المفروق من جمله ما تختص به الجديده.

(٥) أي احتساب المفروق و أنه من جمله ما تختص به الجديده و إن عصى الزوج بعدم التوالى، قال في المسالك: (و لو فرّق الليالى رأسا ففي الاحتساب به وجهان، من امتثال الأمر بالعدد فكان ذلك بمنزله القضاء، و من اشتمال التوالى على غايه لا تحصل بدونه كالانس و ارتفاع الحشم و الحياء) انتهى.

(٦) أي اختصاص البكر بسبع و الثيب بثلاث.

(٧) إشاره إلى خلاف الشيخ حيث جعل الثلاث للبكر و الثيب، و أن ما زاد إلى السبع للبكر مستحب.

(٨) أي الكتاييه.

(٩) تعليل لعدم الفرق، و المعنى تمسكا بإطلاق النصوص المتقدمه.

(١٠) من بكر أو ثيب.

(١١) بين الأمه و الحره فى الاختصاص المذكور.

(١٢) من أن للأمه نصف ما للحره من الاختصاص.

ص: ٥٥٠

عليه (١) الخروج من عندها بعد انتصاف الليل (٢) إلى مكان خارج عن الأزواج (٣)، كما يجب ذلك (٤) لو بات عند واحده نصف ليله ثم منع من الإكمال، فإنه يبيت عند الباقيات مثلها (٥)، مع المساواه (٦)، أو بحسابه (٧).

فى أنه ليس للزوجه أن تهب ليلتها للضره

(و ليس للزوجه أن تهب ليلتها للضره إلا برضاء الزوج) (٨)، لأن القسم حق (١) على الزوج.

(٢) فى الليله الرابعه إن كانت بكرًا، لأن حقها ثلاث ليال و نصف، و فى الليله الثانيه إن كانت ثيبًا، لأن حقها ليله و نصف، و هذا كله مبنى على تشطير الاختصاص من دون تكميل المنكسر كما تقدم.

(٣) إما إلى بيت منفرد له أو إلى مسجد و نحو ذلك.

(٤) أى المبيت فى مكان خارج عن الأزواج.

(٥) أى مثل الليله التى منع من إكمالها.

(٦) أى المساواه بين الزوجات فى الإسلام و الحريه.

(٧) و هو مع عدم المساواه، فلو كان عنده أمه و حره و قد منع من نصف ليله الأمه فيسقط ليله من ليلتى الحره، و لو منع من نصف ليله من ليلتى الحره فيسقط ربع ليله من ليله الأمه و هكذا.

هذا مع أنه فى المسالك قد حكم بأن يقضى لها فى الليله التاليه بقدر ما فات من ليلتها و يخرج باقى الليل إلى مكان خارج عن الأزواج، ثم يعود إلى باقى النساء بقسمهن، و أما ما ذكره هنا فمشكل لأنه لا يفى بحق الزوجه التى منع من الإكمال عندها مع أن حقها الليله الكامله و لذا لا يجوز جعل القسمه أقل من ليله كما تقدم.

(٨) إذا سامحت واحده من زوجاته بحقها فى القسمه لم يجب على الزوج القبول، لأن القسم حق مشترك بين الزوجين فالاستمتاع بها حق للزوج فله أن يبيت عندها فى نوبتها.

و لو وهبت إحدى نسائه ليلتها للضره توقف ذلك عن رضا الزوج، لأن القسم حق مشترك بين الزوجين فيعتبر رضا الزوج فى ذلك كما يعتبر رضاها، و لو رضى بات عند الموهوبه ليلتين، ليله لها و ليله الواهبه، و الأصل فيه المرسل عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (أن سوده بنت زمعه لمّا كبرت وهبت نوبتها لعائشه فكان النبى صلى الله عليه و آله و سلم يقسم لها يوم سوده و يومها) (١).

ثم إن كانت ليله الواهبه متصله بليه الموهوبه بات عند الموهوبه ليلتين على الولاء، و إن كانت منفصله عنها فيجب مراعاة النوبه فيهما، لأن ما بين الليلتين حق سابق لإحدى -

مشترك بينهما (١)، أو مختص به (٢) على القول بعدم وجوبه (٣) ابتداء، فإن رضى بالهبة و وهبت (٤) لمعينه منهن بات عندها (٥) ليلتهما (٦)، كل ليلة في وقتها متصلتين كانتا أم منفصلتين.

وقيل (٧): يجوز وصلهما (٨)، تسهلا عليه (٩)، و المقدار لا يختلف (١٠).

و يضعف بأن فيه تأخير حق من بين ليلتين، و بأن الواهبه قد ترجع بينهما، و الموالاه قد تفوت حق الرجوع، و إن وهبتها لهن سوى (١١) بينهما فيجعل الواهبه كالمعدومه، و لو وهبتها له فله تخصيص نوبتها بمن شاء، و يأتي في الاتصال و الانفصال ما سبق.

(و لها الرجوع قبل تمام المبيت) (١٢)، لأن ذلك بمنزله البذل، لا هبه حقيقه، -زوجاته الباقيه فيجب مراعاته.

و هذا كله إذا وهبت ليلتها لضره معينه أما لو وهبتها لبقية نسائه أو أسقطت حقها من القسمه و جب القسمه بين الباقيات، لأن الموهوب حق للباقي من نسائه، و لو وهبتها للزوج فله وضعها حيث شاء.

(١) بين الزوجين.

(٢) بالزوج.

(٣) أى بعدم وجوب القسم، و هو مختص به قبل الابتداء، أما لو ابتداء فمن الواضح أن القسم حينئذ حق مشترك بين الزوجين.

(٤) أى الزوجه.

(٥) عند المعينه الموهوبه.

(٦) ليله الواهبه و ليله الموهوبه.

(٧) لم يعرف القائل.

(٨) فى صورته الانفصال.

(٩) على الزوج.

(١٠) أى مقدار المبيت المقرر لا يختلف سواء كان منفصلا أم متصلا.

(١١) أى الزوج، و التسويه إما بمعنى المبيت عند كل واحده منهن بعض الليله أو على معنى المبيت عند واحده منهن فى كل دور ليله الواهبه.

(١٢) إذا وهبت و رضى الزوج لأن حق الاستمتاع مشترك بينهما، فلها الرجوع، لعدم كونها هبه حقيقه و لذا لم يشترط رضا

الموهوبه فالفهه هنا بمعنى البذل، فلذا لا يصح لها-

ص: ٥٥٢

و من ثم لا- يشترط رضا الموهوبه (لا- بعده (١) لذهاب حقها من الليله فلا- يمكن الرجوع فيها، و لا- يجب قضاؤها لها،(و لو رجعت في أثناء الليله تحوّل إليها)، لبطان الهبه لما بقي من الزمان،(و لو رجعت و لمّا يعلم فلا شيء عليه)، لاستحاله تكليف الغافل، و لها أن ترجع في المستقبل، دون الماضي، و يثبت حقها من حين علمه به (٢) و لو في بعض الليل.

في أنه لا يصح الاعتياض عن القسم بشيء

(و لا يصح الاعتياض عن القسم بشيء) من المال (٣)، لأنّ المعوض كون الرجل عندها، و هو (٤) لا يقابل بالعوض، لأنّه ليس بعين، و لا منفعه، كذا ذكره الشيخ و تبعه عليه الجماعه، و في التحرير نسب القول إليه (٥) ساكتا عليه مشعرا -الرجوع فيما مضى بمعنى لا يقضى لكونه بمنزله التلف المانع عن الرجوع به، و يصح فيما يستقبل، فلها الرجوع فيه بحيث لو رجعت في اثنا الليل و علم الزوج بذلك خرج من عند الموهوبه و تحوّل إليها، و لو رجعت و لم يعلم أثناء الزوج لم يقض ما مضى قبل علمه للأصل بعد عدم التقصير منه.

(١) أي بعد تمام المييت.

(٢) بالرجوع.

(٣) لو التمسست عوضا عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم، قيل: لا يلزم كما عن الشيخ في المبسوط و تبعه عليه جماعه، لأنّ العوض في مقابله عين أو منفعه، و هذا الحق من القسم ليس بعين و لا منفعه، و إنما هو مأوى و مسكنا فلا تصح المعاوضه عليه بالمال.

و غيرهم على جواز المعاوضه عليه لمنع انحصار المعاوضه على العين و المنفعه إذ تجوز المعاوضه على الحقوق من باب الصلح، كما تجوز على حق الشفعه و التحجير و غيرهما من الحقوق مضافا إلى خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن رجل له امرأتان، قالت إحداهما: ليلتي و يومى لك يوما أو شهرا أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال عليه السّلام: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس) (١).

و إطلاق الشراء على مثل هذه المعاوضه القائمه بالصلح مجاز، لأن متعلق الشراء الأعيان الماليه لا غيرها، و صح الإطلاق لأنه كناية عن المعاوضه على الحق في الجملة.

(٤) أي كون الرجل عندها.

(٥) إلى الشيخ.

ص: ٥٥٣

بتوقفه فيه، أو تمريضه.

و له (١) وجه، لأنّ المعاوضه غير منحصره فيما ذكر (٢)، و لقد كان ينبغي جواز الصلح عليه (٣) كما يجوز الصلح على حق الشفعه، و التحجير و نحوهما من الحقوق.

و حيث لا تجوز المعاوضه (فيجب عليها ردّ العوض) إن كانت قبضته، و يجب عليه القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت، لأنه (٤) لم يسلم لها العوض.

هذا مع جهلها بالفساد، أو علمها، و بقاء العين، و إلا (٥) أشكل الرجوع (٦)، لتسليطه (٧) على اتلافه (٨) بغير عوض، حيث يعلم (٩) أنه (١٠) لا يسلم له.

و قد تقدم البحث فيه (١١) في البيع الفاسد، و أنّ المصنف مال إلى الرجوع مطلقا (١٢) كما هنا، خلافا للأكثر (و لا يزور الزوج الضره في ليله ضربتها) (١٣)، لما (١) للتمريض.

(٢) من العين و المنفعه.

(٣) على كون الرجل عندها، فإنه من جملة حقوقها.

(٤) أى لأن الشآن و الواقع، و هو تعليل لوجوب القضاء لها.

(٥) أى و مع علمها بالفساد و قد تلفت عين العوض.

(٦) أى رجوع الزوج بالعوض و رجوع الزوجه بالليله.

(٧) أى تسليط كل واحد من المتعاقدين الآخر.

(٨) أى إتلاف ما سلط عليه.

(٩) تعليل لكون الاتلاف بغير عوض، و ضمير الفاعل راجع إلى كل واحد من المتعاقدين.

(١٠) أن العوض.

(١١) فى المعاوضه الفاسده مع علم المتعاقدين.

(١٢) سواء تلف العوض أم لا.

(١٣) لما كان زمن القسمه هو الليل فلا يجوز صرف شىء منه إلى غير صاحبه الليله إلا بما جرت العاده به أو دلت قرائن الأحوال على إذنها فيه، كالدخول على بعض أصدقائه من غير إطاله، و لم تقم العاده و لم تشهد قرينه الحال بالدخول على الضره فى ليله

صاحبها فلا يجوز ذلك إلا بإذن صاحبه الليله، لما في ذلك من منافاه العدل و الايذاء غالباً، -

ص: ٥٥٤

فيه من تفويت حقها زمن الزيارة، و كذا لا يدخل إليها فيها (١) لغير الزيارة، إلا لضروره، فإن مكث عندها وجب قضاء زمانه (٢) ما لم يقصر جدا، بحيث لا يعد إقامة عرفا فيأثم خاصة (٣).

وقيل: لا يجب القضاء إلا مع استيعاب الليله، و القولان للفاضل في القواعد و التحرير (٤).

(و يجوز عيادتها في مرضها، لكن يقضى لو استوعب الليله عند المزوره)، لعدم ايصالها حقها.

وقيل: لا كما لو زار أجنبيا.

و هل تحسب الليله على المزوره؟ الظاهر لا، لأنها ليست حقها، و لو لم يستوعب الليله فلا قضاء هنا (٥).

-و لأنها مستحقه لجميع أجزاء الليله فلا يجوز صرف شيء منها إلى غيرها.

نعم لو كانت الضره مريضه جاز له عيادتها، لقضاء العاده بذلك كما تجوز عياده الأجنبى، و لعدم التهمه في زيارتها لمكان المرض، و قيده في المبسوط بكون المرض ثقيلًا و إلا لم يصح.

ثم لو خرج من عندها في الحال لم يجب قضاؤه لكونه قدرا يسيرا لا يقدر في المقصود و لو فرض أنه عاص بالدخول.

و لو استوعب الليله عندها أو طال مكثه لغير العياده فلا شبهه في القضاء و إن اختلفت كلمات العلامه في كتبه بالقضاء و عدمه، و لو كان للعياده و قد اقتضى المرض ذلك على نحو استيعاب الليله فهل يقضيها لعدم وصول حق صاحبه الليله إليها كما في المسالك، أو لا- يقضى كما لو زار أجنبيا فاستوعب الليله عنده أو طال مكثه كما اختاره المحقق ثم على القولين من القضاء لصاحبه الليله و عدمه فلا يحتسب على المزوره المريضه تلك الليله، لأنها ليست حقها.

(١) أى لا يدخل الزوج إلى الضره فى ليله ضررتها.

(٢) أى زمان المكث.

(٣) إذا كان الدخول للزياره من غير ضروره.

(٤) على نحو اللف و النشر المرتبين.

(٥) بخلاف غير العياده كما مر.

في أن الواجب في المبيت المضاجعه

(و الواجب) في المبيت (المضاجعه) و هي (١) أن ينام معها قريبا منها عاده، معطيا لها وجهه دائما، أو أكثرها بحيث لا يعدّ هاجرا و إن لم يتلاصق الجسمان، (لا المواقعه) فإنها لا تجب، إلا في كل أربعة أشهر مره كما سلف،

في أنه لو جار في القسمه قضى

(و لو جار في القسمه قضى) (٢) واجبا لمن أخلّ بليتها، فلو قسم (٣) لكل واحده من الأربع (٤) عشرا (٥) فوقى من الزوجات ثلاثا، ثم عاد عليهن (٦)، دون الرابعه، بعشر (٧) قضى لها (٨) ثلاث عشره ليله و ثلاثا، و لو باتها (٩) منفردا قضى لها (١٠) عشرا خاصه.

و لو طلقها (١١) قبل القضاء، أو بعد حضور ليلتها قبل إيفائها بقي حقها في ذمتها، فإن تزوجها (١٢)، أو راجعها (١٣) وجب عليه التخلص منها (١٤) (١) قد تقدم معناها مع الدليل عليه فراجع.

(٢) لا- خلاف في وجوب القضاء لمن جار عليها في القسمه فأخلّ بليتها، و لكن القضاء مشروط ببقاء المظلومه في حباله، و بأن يفضل له من الدور فضل يقضى به، فلو كان عنده أربع فظلم إحداهن في ليلتها، فإن كان ظلمها بترك المبيت عندها و قد قضى هذه الليله عند غير البقيه من زوجاته فلا يمكنه القضاء حينئذ إلى أن يطلق واحده من البواقي أو تنسز أو تموت ليرجع إليه من الزمان ما يمكنه فيه القضاء.

و لو قضى هذه الليله عند واحده من البواقي فيقضيهها من دورها كما في المسالك و غيره.

(٣) هذا التفرع مبنى على ما لو أسقط المظلومه من رأس، و قد ساوى بين البقيه من زوجاته فيقضى لها من الزمان ما فاتها، و في المسالك أنه يقضيه متواليا إلى أن يتم لها حقها ثم يرجع إلى العدل بين الجميع.

(٤) من النسوه الأربع.

(٥) أى عشر ليال برضاهن.

(٦) على الثلاث من نسوته بعشر ليال، بحيث بات عند كل واحده في الدور الثاني ثلاث ليالى و ثلاثا.

(٧) متعلق بقوله (ثم عاد عليهن).

(٨) للرابعه و هي المظلومه التى أسقط حقها من رأس.

(٩) أى العشر بحيث باتها منفردا عن أزواجه.

(١٠) للمظلومه.

(١١) أى المظلومه.

(١٢) بعقد ثان.

(١٣) بالعقد الأول.

(١٤) من المظلومه بحيث يتخلص من حقها.

ص: ٥٥٦

و إلا (١) استقرت المظلمه فى ذمته (٢).

و كذا لو فارق المظلوم بها و جدد غيرها (٣)، لأنّ قضاء الظلم يستلزم الظلم للجديده، و لو كان الظلم بعض ليله (٤) و جب عليه ايفاؤها قدر حقها و اكمال باقى الليله خارجا عن الزوجات، و لو شك فى القدر بنى على المتيقن (٥).

فى النشوز

(و النشوز) (٦) و اصله الارتفاع (و هو) هنا (الخروج عن الطاعه): أى خروج (١) أى و إن لم يتزوجها و لم يراجعها.

(٢) و يتعين عليه التخلص من حقها بالصلح لجواز الصلح على مثل هذا الحق.

(٣) و المعنى لو ظلم إحدى زوجاته بأن بات ليلتها عند ضررتها، و قد عرفت أنه يقضى حقها من ليله الأخرى، هذا كله على تقدير كون نساءه أربعا، فلو طلق المظلوم بها و هى التى قضى عندها ليله ضررتها، و تزوج غيرها، فالجديده لها حق الاختصاص فلو أراد القضاء للمظلومه بدل ليلتها لظلم الجديده بحق اختصاصها فيتعذر عليه التخلص من قضاء المظلومه و يتعين عليه الصلح كما تقدم فى نظائر هذه المسأله.

(٤) بحيث خرج من عند صاحبه الليله، إما إلى إحدى نساءه أو إلى مكان منفرد فعليه القضاء للمظلومه بمقدار ما فات من حقها فى تلك الليله، فيجب القضاء من ليله أخرى فإذا وفاها حقها خرج من عندها إلى مكان منفرد عن الأزواج تحقيقا للعدل بين نساءه.

(٥) لاصاله عدم الزائد.

(٦) هو خروج أحد الزوجين عن الطاعه الواجبه على كل واحد منهما للآخر، و أصله لغه الارتفاع، يقال: نشز الرجل ينشز، إذا كان قاعدا فنهض قائما، و منه قوله تعالى: وَ إِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانشُزُوا (١) أى انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى، و قد سُمى خروج أحدهما عن طاعه صاحبه نشوزا، لأنه بمعصيته قد ارتفع عما أوجب الله تعالى عليه من الطاعه للآخر، و لذلك خصّ النشوز بما إذا كان الخروج من أحدهما، لأن الخارج ارتفع على الآخر فلم يبق بحقه، و لو كان الخروج منهما معا خصّ باسم الشقاق كما سيأتى، لاستوائهما معا فى الارتفاع، فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الآخر.

و على كل فالنشوز قد يتحقق من الزوجه و إليه أشار قوله تعالى: وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا (٢)، -

ص: ٥٥٧

١- (١) سورة المجادله، الآيه: ١١٦.

٢- (٢) سورة النساء، الآيه: ٣٤.

أحد الزوجين عما يجب عليه من حق الآخر و طاعته، لأنه بالخروج يتعالى عما أوجب الله تعالى عليه من الطاعة (فإذا ظهرت أمارته للزوج (١) بتقطيها (٢) في وجهه، و التبرم): أى الضجر و السأم (بحوائجه) التى يجب عليها فعلها من مقدمات الاستمتاع بأن تمتنع، أو تتناقل إذا دعاها إليه، لا مطلق حوائجه، إذ لا يجب عليها قضاء حاجته التى لا تتعلق بالاستمتاع، (أو تغير عاداتها فى أدبها معه قولاً) كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو غير مقبله بوجهها بعد أن كانت تقبل، (أو فعلاً) كأن يجد إعراضاً، و عبوساً بعد لطف و طلاقه، و نحو ذلك (وعظها (٣) أولاً) -و قد يتحقق من الزوج و إليه أشار قوله تعالى: وَ إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا (١).

و عليه فما عن الشيخ فى النهايه من تخصيص النشوز بخروج الزوج عن الحق فليس بجيد.

(١) أى أماره النشوز، و هذا بالنسبه لنشوز الزوجه، و أعلم أنه يجب على الزوجه التمكين من الاستمتاع فلو بذلت نفسها فى زمن دون آخر، و مكان دون آخر لم يحصل التمكين، و يجب عليها مقدمات الاستمتاع كالتنظيف المعتاد لبدنها و إزاله المنفر، فلو امتنعت عن التمكين فهو النشوز و لو تبرمت بقضاء حوائجه من التمكين أو تبرمت من فعل مقدمات الاستمتاع فهو أمارات النشوز، و كذا من أمارات النشوز تغير عاداتها معه فى القول و الفعل بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو هى غير مقبله بوجهها بعد أن كانت تقبل، أو تظهر عبوساً و إعراضاً و ثقلاً و دمدمه بعد أن كانت تتلطف له و تبادر و تقبل عليه و نحو ذلك من تغير العاده فى الآداب، و عليه فأماره النشوز التبرم بقضاء حوائج الاستمتاع و مقدماته و تغيير عاداتها معه فى الآداب قولاً أو فعلاً.

(٢) التقطيب هو العبوس، و هو جمع الجلده ما بين العينين.

(٣) لا إشكال و لا خلاف فى جواز ضرب الناشزه بعد وعظها و هجرها، و لكن الخلاف فى موردين:

الأول: هل هذه الأمور الثلاثه على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الأخف إلى الأثقل كمراتب النهى عن المنكر.

المورد الثانى: على التقادير الثلاثه فهل هذه الأمور عند تحقق النشوز أو عند ظهور أمارته قبل وقوعه، أو معهما بمعنى أن الوعظ و الهجر عند ظهور الأماره، و الضرب عند تحقق النشوز.

ص: ٥٥٨

بلا هجر، و لا ضرب (١) فلعلها تبدى عذرا و تتوب عما جرى منها من غير عذر.

و الوعظ (٢) كأن يقول: اتقى الله فى الحق الواجب لى عليك، و احذرى العقوبه، و بين لها ما يترتب على ذلك (٣) من عذاب الله تعالى فى الآخره، - و منشأ الخلاف فى الموردين هو دلالة ظاهر الآيه عند ذكر الثلاثه حيث قال تعالى وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا (١).

فالآيه مشتمله على ذكر الأمور الثلاثه مع العطف بالواو المفيد للتخيير أو الجمع، مع أن الآيه قد علقّت الأمور الثلاثه على خوف النشوز و لم تعلقها على نفس النشوز، فالمحقق فى النافع جعل الأمور الثلاثه عند ظهور أماره النشوز إجراء للخوف على ظاهره الذى لا يتحقق إلا بتحقيق أماره النشوز، و جعل الثلاثه على الترتيب فتقدم الموعظه فإن لم تنجع فالهجر، فإن لم يفد فالضرب، و لم يذكر حكم النشوز بالفعل، و ابن الجنيد جعل الأمور الثلاثه مترتبه على النشوز بالفعل و لم يذكر الحكم عند ظهور أماراته، و جَوَزَ الجمع بين الثلاثه ابتداء من غير تفصيل، و جعل الخوف بمعنى العلم كقوله تعالى: فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا (٢) ، و المحقق فى الشرائع و الشيخ فى المبسوط و العلامة فى القواعد جعلوا الوعظ و الهجر معلقين على ظهور أمارات النشوز، و الضرب مشروطا بحصول النشوز بالفعل، مع أن ظاهر الآيه جواز الضرب مع الخوف، إلا أن الضرب عقوبه و تعزير و الأصل فيها أن تكون منوطه بالحاكم، و المحرّم على الزوجه هو النشوز و ظهور أماراته لا يفيد اليقين به فلا ينبغى العقوبه على الذنب قبل وقوعه فلا بد من تحقق النشوز حتى يجوز الضرب، فمرجع هذا القول إلى الأخذ بظاهر الآيه مع مراعاة الاحتياط، و عن العلامة فى التحرير أن الوعظ مع ظهور أمارات النشوز، و مع تحقق النشوز فالهجر، فإذا أصرت عليه فالضرب، و يكون المعنى فى الآيه و اللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن، فإن نشزن فاهجروهن فى المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن، و هذا ما مال إليه الشارح هنا.

(١) ظاهره الترتيب بين الأمور الثلاثه، لا التخيير و لا الجمع و هو الأوفق لمراتب النهى عن المنكر.

(٢) فالمراد به تخويفها بالله سبحانه و تعالى و ذكر ما ورد من حق الزوج على الزوجه مع بيان أن النشوز يسقط النفقه و حق القسم، و قد تتأدب فى ذلك.

(٣) أى على النشوز.

ص: ٥٥٩

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٣٤.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ١٨٢.

و سقوط النفقه، و القسم (١) فى الدنيا.

(ثم حوّل ظهره إليها فى المضجع (٢) بكسر الجيم إن لم ينجع الوعظ، ثم اعتزلها) (٣) ناحيه فى غير فراشها، (و لا يجوز ضربها) إن رجا رجوعها بدونه (٤) (فإذا امتنعت من طاعته فيما يجب له) و لم ينجع ذلك كله (ضربها (٥) مقتصرًا على) (١) أى قسمه اللبالي بين زوجاته.

(٢) و هو الهجر، هذا و قد اختلفت فيه كلماتهم فعن على بن إبراهيم أنه السبّ و لا دليل عليه كما فى الرياض، و عن بعض أنه كناية عن ترك الجماعة، و عن الصدوقين و ابن البراج و المحقق فى الشرائع أن يجعل إليها ظهره، و عن الشيخ فى المبسوط و الحلّى أن يترك فراشها، و عن المفيد و جماعه التخيير بين اعتزال فراشها أو تحويل ظهره إليها فى المضجع، هذا و الأقوى فى تفسير الهجر أن يعطيها ظهره لما نسبه فى المبسوط إلى روايه أصحابنا (١)، و نسبه الطبرسى فى مجمع البيان إلى الإمام الباقر عليه السلام (٢)، و صرح به فى الفقه الرضوى (و الهجران هو أن يحوّل إليها ظهره فى المضجع) (٣).

(٣) ظاهره أن الهجر له قسمان:

الأول: تحويل الظهر إليها فى الفراش.

الثانى: اعتزالها فى غير فراشها، و أن الأول أول الهجر و الثانى آخره، و هذا قول فى قبال قول المفيد و جماعه بالتخيير على ما تقدم نقله.

(٤) بدون الضرب.

(٥) و قد اختلف فيه، فقد نقل الشيخ فى المبسوط عن قوم أن يكون الضرب بمنديل ملفوف أو دره و لا يكون بسياط أو خشب، و عن بعض أن يكون الضرب بالسواك، و قد رواه فى مجمع البيان عن الإمام الباقر عليه السلام (٤)، و به صرح فى الفقه الرضوى حيث قال (و الضرب بالسواك و نحوه ضربًا رقيقًا) (٥)، و عن المشهور كما فى الرياض أنه يقتصر بالضرب على ما يؤمل معه رجوعها ما لم يكن داميا للحم و لا مهشما للعظم و هو المفسر -

ص: ٥٦٠

١- (١) المبسوط ج ٤ ص ٣٣٨.

٢- (٢) مجمع البيان ج ٢ ص ٤٤.

٣- (٣) الفقه الرضوى ص ٢٤٥.

٤- (٤) مجمع البيان ج ٢ ص ٤٤.

٥- (٥) الفقه الرضوى ص ٢٤٥.

(ما يؤمّل به رجوعها) فلا- تجوز الزيادة عليه مع حصول الغرض به، وإلا- تدرّج إلى الأقوى فالأقوى (ما لم يكن مدميا، ولا مبرّحا) أى شديدا كثيرا (١) قال الله تعالى:

وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ (٢).

و المراد فعظوهن إذا وجدتم أمارات النشوز، و اهجروهن إن نشزن، و اضربوهن إن أصررن عليه (٣). و أفهم قوله تعالى: في المضاجع، أنه لا يهجرها في الكلام (٤)، و هذا (٥) فيما زاد عن ثلاثه أيام لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «لا يحلّ لمسلم أن يهجر أخاه في الكلام فوق ثلاث» (٦)، و يجوز (٧) في الثلاثه إن رجا به رجوعها (٨)، و لو حصل بالضرب تلف، أو ادماء ضمن.

في نشوز الزوج

(و لو نشز) الزوج (٩) (بمنع حقوقها) الواجبه لها عليه من قسم، و نفقه (فلها) -بما لا يكون مدميا و لا برحا، و يشهد له النبوى المروى في تحف العقول (و تهجروهن في المضاجع و تضربوهن ضربا غير مبرح) (١).

(١) فالشديد من ناحيه الكيف و الكثير من ناحيه الكم هذا و اعلم أنه يجب في الضرب اتقاء المواضع المخوفه كالوجه و الخاصره و مرق البطن و نحو ذلك، و أن لا- يوالى الضرب على موضع واحد، بل يفرقه على المواضع الصلبه مراعيها فيه الاصلاح، لا- التشفى و الانتقام، مع تحريم الضرب بقصد التشفى و الانتقام مطلقا، و من هنا تعرف موارد جواز ضرب الولى للصبى تأديبا و إصلاحا لا تشفيا و انتقاما، ثم لو حصل بالضرب تلف أو ادماء ضمن لاطلاق أدلته من جهه و من جهه أخرى أنه مع التلف و ادماء لا يكون ضربا مأذونا فيه حتى يقال إنه مع الرخصه بالضرب كيف يضمن.

(٢) النساء آيه: ٣٤.

(٣) على النشوز، و هو قول العلامه في التحرير و قد تقدم.

(٤) لتخصيص الهجر في المضاجع بمقتضى الآيه.

(٥) أى الهجر في الكلام.

(٦) مستدرک الوسائل الباب - ١٢٤ - من أبواب أحكام العشره من كتاب الحج حديث ١.

(٧) أى الهجر في الكلام.

(٨) و يكون الهجر في الكلام حينئذ من باب النهى عن المنكر و لذا يكون جائزا في الثلاثه.

(٩) هذا هو القسم الثانى من النشوز، و هو أن يتعدى الزوج و يمنعها بعض حقوقها الواجبه من -

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النفقات حديث ٢.

(المطالبه) بها (١)، (و للحاكم إزامه بها) (٢)، فإن أساء خلقه و أذاها بضرب و غيره بلا سبب صحيح نهاه (٣) عن ذلك (٤)، فإن عاد إليه (٥) عزّره (٦) بما يراه (٧)، و إن قال -نفقه أو قسمه أو يسىء خلقه معها و يؤذيها و يضربها بغير سبب مبيح له ذلك، فإن نجح فيه و عظها فهو و يكون من باب النهى عن المنكر، و إلا رفعت أمرها إلى الحاكم و كان للحاكم إزامه بالطاعة، و ليس لها أن تهجره و لا أن تضربه و إن رجعت عوده إلى الحق بهما، بلا خلاف فى ذلك، لأن الهجران فى المضجع و الضرب متوقف على الأذن الشرعى و هو منتف هنا، بل فى الآيه المتقدمه التنبيه على تفويض الهجر و الضرب إليه لا إليها، ثم لو كان الزوج لم يمنعها شيئاً من حقوقها و لا يؤذيها بضرب أو سب و لكن يكره مصاحبته لمرض أو كبر فلا يدعوها إلى فراشه، أو يهّم بطلاقها فلا شىء عليه، نعم يحسن أن تسترضيه بترك بعض حقها من القسم و النفقه، و يحل له قبوله بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن قول الله عز و جل: **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا**، فقال عليه السلام: هى المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: **إني أريد أن أطلقك**، فتقول له: **لا تفعل**، **إني أكره أن تشمت بي**، و لكن انظر فى ليلتى فاصنع بها ما شئت، و ما كان سوى ذلك من شىء فهو لك، و دعنى على حالتى، فهو قوله تعالى: **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا**، و هذا هو الصلح (١) و مثله غيره.

و ظاهره جواز قبول ما تبدله المرأة فى قبال ما يريد فعله من الطلاق، و الطلاق ليس بمحرم عليه، نعم لو أراد النشوز المحرم عليه فبذلت له فى قبال ذلك حلّ له و إن كان آثماً لنشوزه، ما لم يكن النشوز سبباً مكرهاً لها على البذل فيحرم القبول حينئذ لعدم اختيارها فى البذل، مع أنه لا يحل القبول إلا برضاها.

(١) بحقوقها التى تركها الزوج.

(٢) بحقوقها التى تركها الزوج.

(٣) أى نهى الحاكم الزوج.

(٤) عن إساءه الخلق و الأذى بالضرب و غيره.

(٥) إلى ما ذكره من الإساءه و الأذى.

(٦) أى الحاكم، و التعزير جائز على كل معصيه.

(٧) أى بما يراه الحاكم.

ص: ٥٦٢

كل منهما: إن صاحبه متعدّ (١) تعرّف الحاكم الحال بثقه في جوارهما يختبرهما و منع الظالم منهما.

(و لو تركت) الزوجه (بعض حقوقها) الواجه لها عليه من قسمه و نفقه (استماله له حلّ) له (قبوله)، و ليس له منع بعض حقوقها لتبذل له مالا ليخلعها، فإن فعل فبذلت إثم و صح قبوله و لم يكن (٢) إكراها.

نعم لو قهرها عليه (٣) بخصوصه لم يحلّ.

في الشقاق

(و الشقاق (٤) - هو أن يكون النشوز منهما) كأن كان كل واحد منهما قد صار في شق غير الآخر (٥) (و تخشى الفرقه) (٦)، أو الاستمرار على ذلك (٧) (فبيعت الحاكم (٨). (١) و هنا يشتهب الناشز منهما، فالحاكم إن عرف الحال باطلاع أو اقرار من أحد الزوجين، أو بشهود مطلعين على حالهما فهو، و إلا نصب عليها ثقه في جوارهما يختبرهما، و يحكم بما يتبين له، فإن ثبت تعدى الزوج نهاه عن فعل ما يحرم و أمره بفعل ما يجب، فإن عاد عزّره بما يراه، و لو امتنع من الانفاق مع قدرته جاز للحاكم أن ينفق عليها من مال الزوج و لو بيع شيء من عقاره إذ توقف الانفاق على ذلك.

(٢) أي البذل.

(٣) على البذل.

(٤) لما كان ارتفاع أحدهما على الآخر دون صاحبه مختصا باسم النشوز، ناسب أن يخصّ التعدى من كل منهما على الآخر باسم الشقاق، لأنهما تشاركا في التعدى و التباعد، فكأن كلا منهما صار في شق - و هو الجانب - غير شق الآخر.

و الشقاق مصدر على وزن فعال من الشق بالكسر أي الناحية، فلذا كان كل منهما في ناحيه غير ناحيه الآخر، باعتبار حصول الكراهه و الاختلاف في الرأى و نحو ذلك.

(٥) أي غير شق الآخر.

(٦) و هي الطلاق بسبب الشقاق.

(٧) أي على الشقاق، و الاستمرار معطوف على الفرقه.

(٨) إذا حصل الشقاق بين الزوجين فحكمه أن يبعث حكمان على تفصيل سيأتى، و الأصل فيه قوله تعالى: **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (١).**

ص: ٥٦٣

(الحكمين من أهل الزوجين) (١): أى أحدهما من أهله، و الآخر من أهلها كما تضمنت الآية الشريفه لينظرا فى أمرهما (٢) بعد اختلاء (٣) حكمه به (٤)، و حكمها بها، و معرفه ما عندهما فى ذلك.

و قد اختلفت كلمات القوم فى أن الباعث للحكمين هل هو الحاكم كما عليه الأ-كثر، لأن ظاهر الآية كون المخاطب يبعث الحكمين هو غير الزوجين، فضمير الزوجين فى الآية قد وقع للمثنى الغائب، و المأمور بالبعث فى الآية هو الخائف من شقاقهما، فلو كان الباعث للحكمين هو الزوجان لتساوت الضمائر من حيث الحضور و الغيبه و من حيث التشنيه و الجمع.

و عن الصدوقين أن الباعث هو الزوجان، و عن المحقق فى النافع أن الباعث هو أهل الزوجين، و عن ابن الجنيّد أن الحاكم بأمر الزوجين أن يبعثا حكمين، و ليس على هذه الأقوال دليل بعد عدم مساعده الآية عليها.

(١) هل يشترط كون الحكمين من أهل الزوجين، بمعنى كون المبعوث من قبلها من أهلها، و المبعوث من قبله من أهله كما عن العلامة فى المختلف و ابن إدريس، و عليه ظاهر الآية المتقدمه و يؤيده أن الأهل اعرف بالمصلحه من الأجانب.

أو يجوز أن يكون الحكمان أجنبيين كما عن المحقق فى الشرائع و النافع و الشيخ فى المبسوط و ابن حمزه فى الوسيله و العلامة فى بعض كتبه بل عليه الأكثر كما فى المسالك لعدم اعتبار القرابه فى الحكم و لا فى التوكيل، و الغرض يحصل بالأجنبى كما يحصل بالقرب، و الآية مسوقه للارشاد إلى ما هو الأصلح فلا يدل الأمر فيها على الوجوب، نعم لو تعذر الأهل فلا كلام فى جواز الأجنبى.

(٢) أمر الزوجين.

(٣) أى بعد انفراد.

(٤) أى بعد انفراد حكم الزوج بالزوج، و حكم الزوجه بالزوجه، هذا و ينبغى أن يخلو حكم الرجل بالرجل و حكم المرأه بالمرأه خلوه غير محرمة ليتعرف ما عند الزوجين و ما فيه رغبتهما ليمكن الحكمان من الرأى الصواب، و ينبغى للحكمين إخلاص النيه فى السعى و قصد الاصلاح فمن حسنت نيته فيما تحراه أصلح الله مسعاه، و كان ذلك سببا لحصول مبتغاه، كما نبه عليه قوله تعالى فى الآية المتقدمه إن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا (١)، و مفهوم الشرط أن عدم التوفيق بين الزوجين يدل على فساد قصد الحكمين أو أحدهما.

ص: ٥٦٤

و هل بعثهما واجب، أو مستحب وجهان (١): أوجههما الوجوب عملا بظاهر الأمر من الآيه (أو من غيرهما (٢) لحصول الغرض (٣) به (٤)، ولأنّ القرابه غير معتبره فى الحكم، و لا فى التوكيل، و كونهما (٥) من الأهل فى الآيه للإرشاد إلى ما هو الأصلح.

وقيل: يتعين كونهما من أهلها عملا- بظاهر الآيه، ولأنّ الأهل أعرف بالمصلحه من الأجانب، و لو تعذر الأهل فلا كلام فى جواز الأجانب.

و بعثهما يكون (تحكيما) (٦)، لا توكيلا، لأنّ الله خاطب بالبعث الحكام، (١) هل بعث الحكمين واجب أو مندوب، قولان، ذهب جماعه إلى الأول، لدلاله ظاهر الأمر بالبعث فى الآيه على الوجوب، و لكون الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين أو أحدهما فى المحرّم فيجب تخليصهما منه من باب الحسبه.

و عن العلامه فى التحرير الاستحباب للأصل و ظهور الأمر بالبعث فى الآيه فى الارشاد فلا- يدل على الوجوب، و لإمكان الاصلاح بدون البعث فلا يكون واجبا و إن كان راجحا نظرا إلى ظاهر الأمر فى الآيه.

(٢) أى من غير أهل الزوجين.

(٣) من التحكيم.

(٤) أى بالأجنبى.

(٥) أى الحكمين.

(٦) المشهور على أن بعث الحكمين إنما هو على سبيل التحكيم بحيث إذا رأى الحكمان الاصلاح فعلاه من غير استئذان الزوجين، و ما اتفقا عليه فهو لازم على الزوجين، و يدل عليه ظاهر الكتاب حيث سماهما الله فى الآيه المتقدمه بالحكمين، و قد خاطب ببعثهما الحكام، مع أن الوكيل مأذون ليس بحكم، و لأنه لو كان توكيلا لخاطب بالبعث الزوجين.

و عن القاضى ابن البراج أنه توكيل، لأنّ البضع حق للزوج و المال حق للزوجه و هما رشيدان بالغان فلا- يكون لأحد ولايه عليهما، فلا يكون الحكمان إلا و كيلين، و لأنه يعتبر فى الحكمين الاجتهاد فلو كانا غير و كيلين و على سبيل التحكيم كان اللازم اعتبار الاجتهاد فى الحكمين مع أنه غير معتبر بالاتفاق، و يردّ الأول أنه لا مانع من الحكم على البالغ الرشيد إذا امتنع عن الحق، و يرد الثانى أن الباعث للحكمين هو الحاكم الشرعى و الاجتهاد معتبر فيه، نعم الحكمان و كيلان عن الحاكم الشرعى.

و جعلهما (١) حكيمين، و لو كان (٢) توكيلا لخاطب به الزوجين، و لأنهما (٣) إن رأيا الاصلاح فعلاه من غير استئذان (٤)، و إن رأيا التفريق (٥) توقف على الإذن (٦)، و لو كان (٧) توكيلا لكان تابعا لما دلّ عليه لفظهما (٨).

و بذلك يضعف قول القاضى بكونه (٩) توكيلا استنادا إلى أن البضع حقّ للزوج، و المال (١٠) حقّ للمرأة، و ليس لأحد التصرف فيهما إلا بإذنها (١١)، لعدم الحجر عليهما (١٢)، لأنّ (١٣) إذن الشارع قد يجرى على غير المحجور كالمماطل (١٤).

و حيث كان (١٥) تحكيما (فإن اتفقا (١٦) على الاصلاح) بينهما (١٧) (فعلاه) من غير مراجعه (١٨)، (و إن اتفقا على التفريق لم يصح إلا بإذن الزوج فى الطلاق)، (١) أى سماهما الله فى الآيه المتقدمه بالحكمين.

(٢) أى البعث.

(٣) أى الحكمين.

(٤) من قبل الزوجين.

(٥) أى الطلاق.

(٦) من قبل الزوج كما سيأتى بيانه، و فى هذا دلالة على أن البعث تحكيم لا توكيل لما ذكره الشارح.

(٧) أى البعث.

(٨) أى لفظ الزوجين فى الاصلاح و الطلاق.

(٩) أى بكون البعث.

(١٠) عند بذل المرأة له ليخلعها الزوج.

(١١) أى بإذن الزوجين.

(١٢) على الزوجين، لأنهما بالغان رشيدان.

(١٣) جواب من الشارح عن دليل القاضى.

(١٤) و هو الممتنع عن الحق.

(١٥) أى البعث.

(١٦) أى الحكمان.

(١٧) بين الزوجين.

(١٨) أى من غير مراجعه الزوجين، هذا و اعلم أن الحكمين يتبع نظرهما فى الصلح من دون مراجعه الزوجين، لأنه مقتضى تحكيمهما بلا خلاف فيه، و لو رأيا الفرقة بطلاق أو خلع فالمشهور على مراجعه الزوجين، فيراجع الزوج فى الطلاق و المرأه فى البذل، أما مراجعه-

ص: ٥٦٦

(و إذن الزوجه فى البذل) إن كان خلعا، لأن ذلك (١) هو مقتضى التحكيم.

(و كلما شرطاه) أى الحكمان على الزوجين (يلزم إذا كان (٢) سائغا) شرعا و إن لم يرض به الزوجان، و لو لم يكن سائغا كاشتراط ترك بعض النفقه، أو القسمة، أو أن لا يسافر بها لم يلزم الوفاء به.

و يشترط فى الحكمين: البلوغ، و العقل (٣)، و الحرية، و العدالة (٤)، و الاهتداء -الزوج للنبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق)(١) ، و أما مراجعه المرأة، فلأن المال مالها و الناس مسلطون على أموالهم، و يشهد له صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن قول الله عز و جل: فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها، قال عليه السلام:

ليس للحكمن أن يفترقا حتى يستأمرأ)(٢).

و عن ابن الجنييد جواز طلاق الحكمن من دون إذن الزوج على تشكيك فى النسبه، و استدلل له بخبر ابن سيرين عن عبيده المروى فى تفسير العياشى (أتى على بن أبى طالب رجل و امرأه، مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال على عليه السلام: ابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها، ثم قال للحكمن: هل تدريان ما عليكما، إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، و إن شئتما أن تفرقا فترقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله على ولى، فقال الرجل: أما فى الفرقة فلا، فقال على عليه السلام: لا تبرح حتى تقر بما أقرت به)(٣) ، و على كل فلو اختلف الحكمان لم يمض على الزوجين حكم لهما، بلا إشكال، للأصل، و اختصاص الأدله باتفاقهما، مع استحاله الترجيح من غير مرجح.

(١) من عدم الوقوف على إذن الزوجين فى الحكم الأول.

(٢) أى الشرط، هذا و اعلم أنه إذا اشترط الحكمان عليهما شرطا أو على أحدهما فيجب الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم)(٤) ، بعد جعل الحكم إلى الحكمن لا إلى الزوجين، نعم لو كان الشرط غير مشروع و هو غير السائغ فلا يجب الوفاء به، لعدم شمول العموم المتقدم له.

(٣) أما البلوغ و العقل فلسلب عباره الصبى و المجنون شرعا.

(٤) قال فى المسالك: (و أما العدالة و الحرية فإن جعلناهما حكمن اعتبارا قطعا، و إن جعلناهما-

ص: ٥٦٧

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٦٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب القسم و النشوز حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب ١٣ - من أبواب القسم و النشوز حديث ٦.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

إلى ما هو المقصود من بعثهما (١)، دون الاجتهاد (٢).

هنا بحثان

الأول - فى الأولاد

إشاره

(و يلحق بذلك نظران: الأول - فى الأولاد (٣) -)

فى أن الولد يلحق بالزوج الدائم بشرائط

(و يلحق الولد بالزوج الدائم) (٤) نكاحه (بالدخول) بالزوجه، (و مضى ستة أشهر) هلاله (من حين) - و كيلين ففى اعتبارهما وجهان، أجمدهما العدم، لأنهما ليسا شرطا فى التوكيل) انتهى كلامه.

(١) و إلا فالعاجز عن الاهتداء لا معنى لبعثه حكما.

(٢) لإطلاق الآيه، نعم الاجتهاد معتبر فى الحاكم الشرعى الذى يبعثهما و هذا أمر آخر.

(٣) أولاد الزوجات دواما و انقطاعا، و أولاد الموطوءه بالشبهه.

(٤) أما أولاد الزوجه الموطوءه بالعقد الدائم فهم يلحقون بالزوج بشروط ثلاثه: الأول:

الدخول، بلا خلاف فيه و الأخبار الآتیه شاهده به، و إنما الكلام فى موردين:

الأول: إذا دخل بها قبلا- و لم ينزل، أو دخل بها دبرا و انزل، و المشهور على إلحاق الولد بالزوج، و عن الحلّى فى السرائر و العلامه فى التحرير و سيد الرياض و جماعه عدم الإلحاق، لأنه مع عدم المنى فى فرجها أو مع كون المنى فى دبرها و قد علم عدم وصول المنى إلى فرجها فلا يكون الولد منه فكيف يلحق به، و مما يشهد له خبر أبى البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السّلام (جاء رجل إلى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فقال: كنت أعزل عن جاريه لى فجاءت بولد، فقال صلّى الله عليه و آله و سلّم: (الوكاء قد ينفلت فألحق به الولد) (١)، و لو كان مجرد الدخول كافيا للإلحاق لما حسن التعليل بانفلات الوكاء.

و استدلل للمشهور بخبر أبى مريم الأنصارى عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا أتاها فقد طلب ولدها) (٢)، و هو مطلق يشمل محل النزاع، و الإتيان يشمل مطلق الدخول قبلا و دبرا، أنزل أو لا، و سواء تحقق الدخول بتمام العضو أو بغيوبه الحشفه، لأن المدار على الدخول الموجب للغسل و العده.

المورد الثانی: ما لو أنزل علی الفرج و لم یدخل فالمعروف إلحاق الولد به لخبر أبی البختری عن جعفر بن محمد عن أبیه علیهما السّلام (أن رجلاً أتى علی بن أبی طالب علیه السّلام فقال: إن امرأتی هذه حامل و هی جاریه حدثه و هی عذراء، و هی حامل فی تسعه أشهر، و لا أعلم إلا خیراً و أنا شیخ کبیر ما افتعتها و إنها لعلی حالها، فقال له علی علیه السّلام:

نشدتک الله هل كنت تهریق علی فرجها، قال: نعم - إلى أن قال - قال علی علیه السّلام:-

ص: ٥٦٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الأولاد حدیث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠٣ - من أبواب مقدمات النکاح حدیث ١.

(الوطء) (١). و المراد به (٢) - على ما يظهر من اطلاقهم، و صرح به المصنف فى قواعدہ - غيبوبه الحشفه قبلا، أو دبرا و إن لم ينزل و لا- يخلو ذلك (٣) من إشكال إن لم يكن مجمعا عليه، للقطع بانتفاء التولد عنه (٤) عاده فى كثير من مواردہ (٥)، و لم أقف على شىء ينافى ما نقلناه (٦) يعتمد عليه.

(و عدم تجاوز (٧) أقصى الحمل) و قد اختلف الأصحاب فى تحديده فقيلا:

-الحقت بك ولدها(١).

و عليه فالمدار على إمكان نشوء الولد من منيه فيلحق به.

(١) هذا هو الشرط الثانى للإلحاق، و لا عبره بالأقل فى الولد الكامل، و سته أشهر هى أقل الحمل بلا خلاف فيه لقوله تعالى: وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا (٢) مع قوله تعالى:

وَ فِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ (٣) فيتعين أن يكون أقل الحمل سته أشهر، و للأخبار الآتية.

نعم فى غير الكامل مما تسقطه المرأة فإن علم عاده أو احتمال أنه منه لحق بالزوج و ترتب عليه أحكام التكفين و مئونه التجهيز و نحو ذلك من الأحكام، و إن علم انتفاؤه عنه لغيبه عن أم الولد مده تزيد عن تخلقه انتفى عنه قطعا.

ثم المراد بالأشهر الأعم من الهلاليه أو العدديه، و الثانى عند التلفيق.

(٢) بالوطء.

(٣) أى إطلاق الوطى على جميع ما ذكر.

(٤) عن الزوج.

(٥) أى موارد هذا الاطلاق، و ذلك فيما لو دخل فرجا و لم ينزل، أو دخل دبرا و انزل و علم بعدم سبق المنى إلى الفرج.

(٦) من إطلاق الوطى على الجميع.

(٧) هذا هو الشرط الثالث للإلحاق، بلا خلاف، و إنما الخلاف فى تحديده بعد إطباقهم على أنه لا يزيد أقصى الحمل عن سنه، و المشهور بينهم أنه تسعه أشهر للأخبار.

منها: خبر وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: يعيش الولد لسته أشهر و لسبعه أشهر و لتسعه أشهر، و لا يعيش لثمانيه أشهر) (٤)، و مرسل عبد الرحمن بن -

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٢- (٢) سورة الأحقاف، الآية: ١٥.
- ٣- (٣) سورة لقمان، الآية: ١٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

تسعه أشهر. وقيل: عشرة،(و غايه ما قيل فيه عندنا سنه). و مستند الكل مفهوم الروايات (١)، و عدل المصنف عن ترجيح قول، لعدم دليل قوى على الترجيح.

-سيّابه عن أبي جعفر عليه السّلام (سألته عن غايه الحمل بالولد فى بطن أمه كم هو؟ فإن الناس يقولون: ربما بقى فى بطنها سنتين - سنين خ - فقال عليه السّلام: كذبوا، أقصى مده الحمل تسعه أشهر، و لا يزيد لحظه، و لو زاد لحظه لقتل أمه قبل أن يخرج)(١)، و خبر محمد بن حكيم عن أبي الحسن عليه السّلام فى حديث (قلت: فإنها ادعت الحمل بعد تسعه أشهر، قال عليه السّلام: إنما الحمل تسعه أشهر)٢، و خبر أبان عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: (إن مريم حملت بعيسى تسع ساعات، كل ساعه شهرا)٣، و هذه الطائفة ضعيفه السند إلا- أنها منجبره بعمل الأصحاب بها. و عن الشيخ فى المبسوط و المحقق فى الشرائع و العلامه فى أكثر كتبه أن أقصى الحمل عشره أشهر، و قد اعترف سيد الرياض و صاحب الجواهر و غيرهم بعدم النص عليه فقال فى الجواهر: (إلا- أنا لم نقف على ما يدل عليه بالخصوص فيما وصل إلينا من النصوص، و إن حكى عن جماعه أن به روايه) انتهى.

و عن جماعه منهم السيد فى الانتصار و العلامه فى المختلف و أبو الصلاح الحلبي و الشارح فى المسالك أن أقصى الحمل هو سنه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سمعت أبا إبراهيم عليه السّلام يقول: إذا طلق الرجل امرأته فادّعت حبلا انتظر بها تسعه أشهر فإن ولدت، و إلا اعتدت بثلاثه أشهر ثم قد بانت منه)(٢)، و خبر أبان عن أبي حكيم عن أبي إبراهيم عليه السّلام فى حديث (يطلقها زوجها فتقول أنا حبلى فتمكث سنه، فقال: إن جاءت به لأ-كث من سنه لم تصدق و لو ساعه واحده فى دعواها)(٣) و مثلها غيرها، هذا و قد أجاد الشارح فى المسالك حيث قال: (و هذا القول أقرب إلى الصواب و إن وصفه المصنف بالترك، إذ لم يرد دليل معتبر على كون أقصاه أقل من السنه، فاستصحب حكمه و حكم القرائن أنسب، و إن كان خلاف الغالب، و قد وقع فى زماننا ما يدل عليه، مع أنه يمكن تنزيل تلك الأخبار على الغالب، كما يشعر به قوله عليه السّلام: إنما الحمل تسعه أشهر، ثم أمر بالاحتياط ثلاثه، نظرا إلى النادر، و لكن مراعاة النادر. أولى من الحكم بنفى النسب من أهله، بل يترتب ما هو أعظم من ذلك على المرأه مع قيام الاحتمال) انتهى.

(١)قد عرفت عدم الدليل على العشره و هذا مناف لظاهر كلام الشارح هنا، بل كلامه هنا-

ص: ٥٧٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣ و ٥ و ٧.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب العدد حديث ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب العدد حديث ٣.

و يمكن حمل الروايات على اختلاف عادات النساء فإنَّ بعضهن تلد لتسعه، و بعضهن لعشره، و قد يتفق نادرا بلوغ سنه، و اتفق الأصحاب على أنه لا يزيد عن السنه مع أنهم رووا أنَّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ حملت به أمه أيام التشريق (١)، و اتفقوا على أنه ولد في شهر ربيع الأول (٢)، فأقل ما يكون لبثه في بطن أمه سنه و ثلاثه أشهر (٣)، -مناف أيضا لكلامه في المسالك حيث قال: (و القول بأن أقصاه عشره للشيخ في موضع من المبسوط و استحسنة المصنف هنا، و العلامه في أكثر كتبه، و ذكر جماعه أن به روايه، و لكن لم أقف عليها، و كيف كان فهو أقرب من القول بالتسعه). انتهى.

(١) من ذى الحجه، و هي ثلاثه أيام بعد الأضحى.

(٢) إما في ثاني عشر أو في سابع عشر منه، و الأول للعامه و الكليني منا، و الثاني للمشهور عند الخاصه.

(٣) لأنه لو أريد من شهر ربيع الأول هو رابع شهر بعد ذى الحجه من نفس السنه للزم كون الحمل ثلاثه أشهر، و لو أريد منه شهر ربيع من السنه التي بعدها فيلزم كون الحمل سنه و ثلاثه أشهر، و كل منهما مشكل لأن أقل الحمل سته أشهر و هذا ما ينفي الأول، و أقصاه سنه و هذا ما ينفي الثاني، مع ضميمة أنه لم ينقل عن أحد من العلماء أن ذلك من خصائصه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ،

هذا هو الاشكال المشهور الذي أورده الشارح و جماعه، و قد قيل في حله أقوال:

منها: أن ولادته ليوم الاثنين لاثنتي عشره مضت من شهر رمضان، و حمله في أيام التشريق، فيكون مده الحمل تسعه أشهر على العاده الغالبه، و هذا قول الزبير بن بكار.

و منها: أن الحمل ليله الجمعه لاثنتي عشره ليله ذهبت من جمادى الآخره كما ذكره الشيخ محمد بن بابويه في الجزء الرابع من كتاب النبوه (١) و ولادته في ربيع الأول فيكون مده الحمل تسعه أشهر أيضا على العاده الغالبه.

و منها: و هو الجواب المشهور، أن تحديد الحمل بأيام التشريق مبني على النسء الذي كانوا يفعلونه في الجاهليه، و قد نهى الله تعالى عنه بقوله تعالى: **إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحَلُّونَهُ عَامًا وَ يُحَرِّمُونَهُ عَامًا (٢).**

و المراد بالنسء إما الحج في كل شهر عامين، ثم الحج عامين في الشهر الذي بعده-

ص: ٥٧١

١- (١) نقلا عن البحار ج ١٥ ص ٢٥١.

٢- (٢) سورة التوبه، الآية: ٣٧.

و ما (١) نقل أحد من العلماء أنّ ذلك من خصائصه صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم.

(هذا في) الولد التام (الذي ولجته الروح، و في غيره) (٢) مما تسقطه المرأة (يرجع) في إلحاقه بالزوج حيث يحتاج إلى الإلحاق ليجب عليه (٣) تكفينه و مؤونه تجهيزه، و نحو ذلك من الأحكام التي لا تترتب على حياته (إلى المعتاد) (٤) لمثله (من الأيام و الأشهر، و إن نقصت (٥) عن الستة الأشهر) فإن أمكن عادة كونه منه (٦) لحقه الحكم، و إن علم عادة انتفاؤه عنه لغيبته عنها (٧) مده تزيد عن تخلقه عادة منه انتفى عنه.

و هكذا و هذا هو المنقول عن مجاهد، و إما تأخير حرمة شهر إلى شهر كتأخير حرمة المحرم إلى صفر لوجود داع عندهم إلى القتال في المحرم فيحرمون بدله صفر و يستحلون القتال فيه، ثم في العام القابل يحرمون محرماً إذا لم يطرأ عليهم داع للتغيير، و هذا هو المشهور من معنى النساء و إليه تشير الآية المتقدمة، و حملة صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم في أيام التشريق قد وقع بهذا الاصطلاح، فلا إشكال.

و منها: أنهم كانوا يحجون في كل عام مرتين، مرة في ذي الحجة و مرة في رجب، و حملة في أيام التشريق واقع في رجب، على ما ذهب إليه البعض، و هو مع فقدانه لدليل على تكرار الحج عند العرب فحملة يكون ثمانية أشهر، و قد تقدم في الخبر أن ابن الثمانية أشهر لا يعيش.

و منها: ما نقله الطريحي في مجمع البحرين في مادة شرق أن حملة سنة و ثلاثة أشهر و نلتزم بمضمون الاشكال، لأن ذلك من خصائصه صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم، و لم يعرف القائل و لم يرد بهذا أثر حتى يكون من الخصائص.

(١) نافية لا موصولة.

(٢) من ناقص الخلقه أو غير الحي.

(٣) على الزوج.

(٤) متعلق بقول الماتن (يرجع).

(٥) أي الأشهر، هذا و قد تقدم أنه إذا علم أو احتمل أنه منه ألحق بالزوج و ترتب عليه أحكام الإلحاق، و إن علم انتفاؤه عنه لغيبه الزوج عن أم الولد مده تزيد عن تخلقه انتفى عنه قطعاً، و لا يجوز للزوج إلحاقه به، لأنه ادخال في النسب من ليس منه و هو محرم.

(٦) أي كون السقط من الزوج.

(٧) أي لغيبه الزوج عن أم الولد.

(و لو فجر بها) أى بالزوجه الدائمه فاجر (فالولد للزوج) (١)، و للعاهر الحجر،(و لا يجوز له (٢) نفيه لذلك (٣) للحكم بلحوقه (٤) بالفراش شرعا و إن أشبه الزانى خلقه (و لو نفاه لم ينتف عنه (٥) إلا باللعان) لأمه (٦)، فإن لم يلاعن حدّ به (٧).

فى اختلافهما

(و لو اختلفا فى الدخول) (٨) فادعته و أنكره هو،(أو فى ولادته) (٩) بأن أنكر كونها ولدتها (حلف الزوج)، لأصالة عدمهما (١٠)، و لأنّ النزاع فى الأول (١١) فى فعله، و يمكنها إقامه البينه على الولاده فى الثانى فلا يقبل قولها فيها (١٢) بغير بينه.

(١) بالاتفاق للنبوى (الولد للفراش و للعاهر الحجر) (١)، و العاهر هو الزانى، و له الحجر كناية عن عدم حقه فى النسب، كقولهم: له التراب، أى لا- شىء له، و بعضهم حملته على ظاهره و هو الرجم بالحجاره، و الولد للفراش أنه لصاحب الفراش مع وطئه لها على وجه يمكن إلحاق الولد به، و لا- فرق فى الحكم بين كون الولد شبيها للزانى فى الخلق و الخلق و عدمه عملا- بإطلاق النبوى.

(٢) للزوج.

(٣) لفجور أم الولد.

(٤) بلحوق الولد.

(٥) عن الزوج للحكم شرعا بإلحاق الولد به.

(٦) على ما سيأتى بيانه فى كتاب اللعان إن شاء الله.

(٧) أى حدّ الزوج بسبب نفي الولد عنه، لأنه مستلزم لقذف أم الولد بالزنا.

(٨) فادعته المرأه ليلحق به الولد، و أنكره الزوج لينتفى عنه الولد، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأصالة عدم الدخول.

(٩) بأن اتفقا على الدخول و ادعت ولادتها للولد، و أنكر الزوج الولاده و ادعى أنها أتت به من خارج، فالقول قوله مع يمينه لأصالة عدم ولادتها للولد، و لأن المرأه يمكن لها إقامه البينه على ولادتها فلا يقبل قولها بغير بينه.

(١٠) عدم الدخول و عدم الولاده.

(١١) فى الدخول.

(١٢) فى الولاده، و اعلم أن النزاع فى الولاده نزاع فى فعلها عكس النزاع فى الدخول الذى هو-

(و لو) اتفقا عليهما (١) (و اختلفا فى المده) فادعى ولادته لدون سته أشهر، أو لأزيد من أقصى الحمل (٢) (حلفت) هى تغليبا للفراش، و لأصالة عدم زياده المده فى الثانى (٣). أما الأول (٤) فالأصل معه فيحتمل قبول قوله فيه (٥) عملا بالأصل (٦)، و لأن مآله (٧) إلى النزاع فى الدخول، فإنه إذا قال: لم تنقض سته أشهر من حين الوطء. فمعناه أنه لم يوطأ منذ مده سته أشهر، و إنما وقع الوطء فيما دونها (٨).

و ربما فسّر بعضهم النزاع فى المده (٩) بالمعنى الثانى خاصه (١٠)، -فعله، و قد قبل قول الزوج فى الدخول لتعسر إقامه البيئه على ذلك، لعسر اطلاع الغير عليه، بخلاف الولاده فإنه يمكن لها إقامه البيئه على هذا الفعل لاطلاع الغير عليه غالبا.

(١) على الدخول و الولاده.

(٢) فلو ادعى ولادته لأزيد من أقصى الحمل، و أنكرت المرأه مضى هذه المده، فالقول قولها مع يمينها، لأصالة عدم زياده المده، و لقاعده الولد للفراش، و حكى عن بعضهم كما فى الرياض عدم الحلف، لأن تقديم قولها ليس من باب الإنكار حتى يتوجه عليها اليمين، بل لقاعده الولد للفراش و هى خاليه عن اليمين. و لو ادعى ولادته لأقل من سته أشهر من حين الوطء، و ادعت الزوجه مضى أقل المده فمقتضى أصالة عدم انقضاء أقل الحمل هو تقديم قول الزوج، و مآل هذه الدعوى من الزوج إلى دعوى الدخول، لأنه إذا قال: لم تمض سته أشهر من حين الوطء فمعناه أنه لم يوطأ قبل هذه المده و هى تدعى أنه ووطئ قبل هذه المده، و لو اختلفا فى الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه، و لذا استشكل الشارح و جماعه فى تقديم قولها مع اليمين كما هو ظاهر إطلاق كلام الأصحاب، و قدّم قولها عندهم لقاعده الفراش.

(٣) فيما لو ادعى أنه لأزيد من أقصى الحمل، و أنكرت المرأه الزياده.

(٤) أى ما لو ادعى أنه لأقل من سته أشهر، و ادعت هى أنه لسته أشهر و زياده.

(٥) فى الأول.

(٦) من أصالة عدم مضى أقل الحمل.

(٧) أى مآل النزاع فى الأول.

(٨) و هى تدعى أنه ووطئ منذ سته أشهر و هو منكر فالقول قوله مع يمينه لأصالة عدم الدخول.

(٩) أى فى المده المتنازع فيها بين الزوجين.

(١٠) بحيث ادعى الزوج أنه أكثر من أقصى الحمل، و هى أنكرت ذلك، فالقول قولها مع اليمين بلا خلاف فى ذلك.

ليوافق (١) الأصل.

و ليس ببعيد إن تحقق في ذلك (٢) خلاف، إلا أن كلام الأصحاب مطلق (٣).

في أن ولد المملوكه يلحق به

(و ولد المملوكه إذا حصلت الشروط الثلاثة) و هي الدخول و ولادته لسته أشهر فصاعدا و لم يتجاوز الأقصى (يلحق به (٤)، و كذلك ولد المتعه) و لا يجوز له نفيه (٥) لمكان الشبهه فيهما (٦) (لكن لو نفاه انتفى) ظاهرا (بغير لعان فيهما (٧) و إن فعل حراما) حيث نفى ما حكم الشارع ظاهرا بلحوقه به، أما ولد الأمه فموضع (١) أى يوافق تقديم قولها للأصل من عدم مضى الزيادة عن أقصى الحمل.

(٢) أى فى النزاع فى الأول بحيث ادعى أنه أقل من سته أشهر و أنكرت ذلك.

(٣) فى تقديم قولها فى المسألتين، و بهذا الاطلاق يضعف التخصيص السابق للنزاع، و إن كان التخصيص أوفق بالأصل، و لذا أشكل عليهم الشارح و جماعه كما عرفت.

(٤) أى بالواطئ، لإطلاق أدله الشروط الثلاثة بلا فرق بين الدائمه و المتمتع بها و المملوكه.

(٥) أى لا- يجوز للواطئ نفى الولد، لا- لقاعده الفراش، لأن الأمه ليست فراشا لسيدها بل لورود النص بوجود إلحاقه به حيث يمكن تولده منه، و لا يجوز له نفيه إلا مع العلم بانتفائه عنه ففى خبر سعيد بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل وقع على جاريه له تذهب و تجىء و قد عزل عنها، و لم يكن منها إليها، ما تقول فى الولد؟ قال عليه السلام:

أرى أن لا يباع هذا يا سعيد، قال: و سألت أبا الحسن عليه السلام فقال: أ يتهمها؟ فقلت:

أما تهمة ظاهره فلا، قال: فيتهمها أهلك؟ فقلت: أما شىء ظاهر فلا، فقال: فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد (١)، و فى صحيحه الآخر عن أبى الحسن عليه السلام (عن الجاريه تكون للرجل يطيف بها و هى تخرج فتعلق، قال: أ يتهمها الرجل أو يتهمها أهله، قلت: أما ظاهره فلا، قال: إذا لزمه الولد) ٢.

(٦) فى ولد المملوكه و ولد المتعه.

(٧) ففى ولد الأمه بلا- خلاف فيه لاختصاص اللعان بالزوجه، لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٢) -.

ص: ٥٧٥

وفاق، و لتعليق اللعان على رمى الزوجه فى الآيه (١)، و أما ولد المتعه فانتفاؤه بذلك (٢) هو المشهور، و مستنده (٣) غلبه إطلاق الزوجه على الدائمه، و من ثم حملت عليها (٤) فى آيه الإرث (٥)، و غيره (٦).

و ذهب المرتضى و جماعه إلى إلحاقها بالدائمه هنا (٧)، لأنها زوجه حقيقه، و إلا - و فى ولد المتعه على المشهور، و لم يخالف إلا السيد المرتضى و المفيد بدعوى أن المتمتع بها زوجه حقيقه و إلا لو تكن زوجه لحرمت بقوله تعالى: فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (١) بعد جواز الوطى بالعقد أو بالملك فى قوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢)، و رد بتخصيص الآيه بالأخبار منها صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يلاعن الرجل الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) (٣)، و صحيح ابن أبى يعفور عنه عليه السلام (لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها) (٤).

(١) و الأمه ليست بزوجه.

(٢) أى بنفى الزوج من دون لعان.

(٣) و مستند المشهور.

(٤) أى حملت الزوجه على الدائمه.

(٥) و هى قوله تعالى: وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ، فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ (٥).

(٦) أى غير الإرث، و لكن لا- توجد آيه فى الكتاب غير آيه الإرث مشتمله على الزوجه و قد حملت على الدائمه فقط، بل فى القرآن آيه العده و هى عامه تشمل المتمتع بها كشمولها للدائمه، قال تعالى: وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا (٦)، نعم فى آيه اللعان لفظ الزوجه مختص بالدائمه و لكنه محل النزاع.

(٧) فى اللعان.

ص: ٥٧٤

١- (١) سورة المعارج، الآيه: ٣١.

٢- (٢) سورة المعارج، الآيه: ٣٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب اللعان حديث ١.

٥- (٥) سورة النساء، الآيه: ١٢.

٦- (٦) سورة البقره، الآيه: ٢٣٤.

لحرمت بقوله تعالى: فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (١) (فلو عاد و اعترف به صح (٢) و لحق به) بخلاف ما لو اعترف به أولا ثم نفاه فإنه لا ينتفى عنه و ألحق به (٣).

فى أنه لا يجوز نفى الولد لمكان العزل

(و لا يجوز نفى الولد) مطلقا (٤) (لمكان العزل) عن أمه (٥)، لإطلاق النص و الفتوى (٦) بلحوق الولد لفراش الواطئ (٧)، و هو (٨) صادق مع العزل، و يمكن سبق الماء قبله (٩).

(١)المعارج آيه: ٣١.

(٢)أى صح اعترافه، و يندرج تحت (اقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١).

(٣)لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (أيما رجل أقرّ بولد ثم انتفى منه فليس له ذلك، و لا كرامه، يلحق به ولده إذا كان من امرأته أو وليدته) (٢)، و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام (إذا أقرّ الرجل بولده ثم نفاه لزمه) (٣)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام (إذا أقرّ الرجل بالولد ساعه لم ينف عنه أبدا) (٤).

(٤)فى الدائمه و غيرها، باللعان و غيره.

(٥)بلا خلاف فيه فى الجملة للأخبار.

منها: خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام (جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم فقال: كنت أعزل عن جاريه لى فجاءت بولد، فقال عليه السّلام: إن الوكاء قد ينفلت فألحق به الولد) (٢) و مثله غيره، و قد تقدم هذا الفرع فى شرحنا فراجع.

و خالف بعض العامه كما فى المسالك فاشتراط فى لحوق الولد نزول الماء فى الفرج، و هو محجوج بالأخبار.

(٦)أى و إطلاق فتوى الأصحاب.

(٧)و المراد بالنص هو (الولد للفراش و للعاهر الحجر) (٤).

(٨)أى فراش الواطئ.

(٩)قبل العزل، و يمكن جذب الفرج لشيء من الماء لو أفرغ الماء على بابه.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣ و ٤)) ت ٦ - من أبواب ميراث ولد الملائعنه حديث ١ و ٢ و ٤.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب اللعان حديث ٣.

و على ما ذكرناه سابقا (١) لا اعتبار بالإنزال فى الحاق الولد مطلقا (٢)، فمع العزل بالماء أولى (٣).

و قيد العلامة هنا (٤) الوطء مع العزل بكونه قبلا، و المصنف صرح فى القواعد باستواء القبل و الدبر فى ذلك (٥)، و فى باب العدد صرحوا بعدم الفرق بينهما (٦) فى اعتبار العده.

فى أن ولد الشبهه يلحق بالواطئ

(و ولد الشبهه يلحق بالواطئ بالشروط) الثلاثه (٧)، (و عدم الزوج الحاضر) الداخلى بها (٨) بحيث يمكن الحاقه به (٩)، و المولى فى ذلك (١٠) بحكم الزوج، لكن لو انتفى (١١) عن المولى و لحق بالواطئ أغرم (١٢) قيمه الولد يوم سقط حيا لمولاها (١٣).

(١) من تعريف الوطئ بأنه غيبوبه الحشفه قبلا أو دبرا و لو لم ينزل.

(٢) سواء كان الوطئ فى القبل أو الدبر.

(٣) لأنه مع عدم الانزال يلحق به الولد، فلو أنزل خارج الفرج و احتمل جذب الفرج لبعض الماء فالإلحاق أولى.

(٤) فى مسأله العزل.

(٥) فى العزل، و هو الأظهر، لأن إمكان جذب الفرج لشيء من الماء فيكون الولد منه، لا فرق فيه بين كون العزل على باب الفرج أو باب الدبر.

(٦) بين القبل و الدبر.

(٧) من الدخول و الإتيان به لأكثر من سته أشهر، و عدم تجاوز أقصى الحمل.

(٨) بالموطوءه شبهه.

(٩) أى إلحاق الولد بالزوج الواطئ، فيلحق به و إن وطئت زوجته شبهه لعموم (الولد للفراش) (١).

(١٠) فى ولد الشبهه لو وطئت أمته.

(١١) ولد الشبهه.

(١٢) أى الواطئ.

(١٣) أى مولى الموطوءه شبهه، لما تقدم أكثر من مره أن ولد الحر لا يكون رقا، و مع إلحاق الولد بالواطئ فيفوت على المولى نماء مملوكته، و للجمع بين الحقين يؤمر الواطئ بإعطاء-

١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب اللعان حديث ٣.

فى أنه يجب انفراد النساء بالمرأه عند الولاده

(و يجب) كفايه (١)(استبداد النساء) أى (٢) انفرادهن (بالمرأه عند الولاده، أو الزوج (٣)، فإن تعذر (٤) فالرجال) المحارم، فإن تعذروا فغيرهم، و قدّم فى القواعد الرجال الأقارب غير المحارم على الأجانب، و هنا أطلق الرجال (٥).

هذا جمله ما ذكروه فيه (٦)، و لا يخلو عن نظر، بل ذلك (٧) مقيد بما يستلزم (٨) اطلاعه (٩) على العوره، أما ما لا يستلزمه من مساعدتها (١٠) فتحريره على الرجال (١١) غير واضح، و ينبغى فيما يستلزم الاطلاع على العوره تقديم الزوج -المولى قيمه الولد يوم ولد، و ينعقد الولد حرا تبعا لأبيه، و لا ينافيه لزوم قيمته، لأن ذلك تقويم منفعه الأمه التى فاتت المولى بسبب تصرف الغير فيها، و قد تقدم البحث فيه فى فصل المحرمات بالسبب و المصاهره.

(١)شروع فى أحكام الولاده، فالواجب منها استبداد النساء بالمرأه عند الولاده دون الرجال، فيجب على النساء كفايا الحضور عند الولاده لحفظ النفس المحترمه عند تحقق ما يخشى منه تلفها مع عدم الحضور، و يختص هذا الوجوب بالنساء دون الرجال، لأن الحضور عند ولادتها موجب لسماع صوتها غالبا و الاطلاع على ما يحرم عليهم من النظر إليه كالنظر إلى العوره نعم مع عدم النساء يجوز للرجال المحارم، و مع فقدهم فيجوز للأجانب، لأن الضروره تبيح من نظر المرأه و سماع صوتها مثل ذلك كنظر الطبيب و لمسه فى وقت الحاجه و لو إلى العوره.

و أما الزوج فيجوز له الحضور عند وجود النساء، و يتعين حضوره لو فقدان و تحقق المساعدته بحضوره و إلا- تعين الرجال المحارم، فإن تعذروا فغيرهم.

و عن الماتن فى القواعد تقديم الرجال الأقارب غير المحارم على الأجانب و مستنده غير واضح.

(٢)تفسير للاستبداد، و الانفراد بها لإعانتها عند المخاض.

(٣)سواء وجدت النساء أم لا.

(٤)وجود النساء أو الزوج.

(٥)من دون تقديم المحارم على غيرهم.

(٦)فى الاستبداد بالمرأه عند ولادتها.

(٧)أى الاستبداد على الترتيب المذكور.

(٨)أى يستلزم الاستبداد.

(٩)أى اطلاع المستبد بالمرأه.

(١٠) أى مساعده المرأه عند مخاضها من دون اطلاع على العوره.

(١١) المحارم و غيرهم.

ص: ٥٧٩

مع امكانه، و مع عدمه يجوز غيره (١) للضرورة كنظر الطبيب، و أما الفرق بين أقارب الرجال من غير المحارم، و الأجانب فلا أصل له في قواعد الشرع.

في ما يستحب بعد الولاده

(و يستحب غسل المولود) حين يولد (٢)، (و الأذان في أذنه اليمنى، و الإقامة في اليسرى) (٣)، و ليكن ذلك قبل قطع سرتة (٤)، فلا يصيبه لمم و لا تابعه، و لا (١) - فرق بين المحارم و غيرهم، لحرمة اطلاع جميعهم على العوره، فلا داعى لتقديم المحارم حينئذ.

(٢) شروع في الأحكام المستحبه للولاده، فيستحب غسل المولود لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام عن آبائه عن علي عليهم السلام (اغسلوا صبيانكم من الغمر، فإن الشيطان يشم الغمر فيفرغ الصبي في رقاده و يتأذى به الكاتبان) (١)، و خبر سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غسل الجمعة - إلى أن قال - و غسل المولود واجب) (٢)، و إطلاق الأخير كإطلاق الفتوى أنه غسل متوقف على النيه و الترتيب و غيرهما من أحكام الغسل، و يحتمل أنه بالفتح فيكون تنظيفا محضاً عن النجاسات العارضة له، و إطلاق النص و الفتوى أن وقته عند الولاده، و على المشهور أنه مستحب و قيل بالوجوب تمسكا بظاهر خبر سماعه المتقدم.

(٣) لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من ولد له مولود فليؤذن في أذنه اليمنى بأذان الصلاه، و ليقيم في أذنه اليسرى، فإنها عصمه من الشيطان الرجيم) (٢)، و خبر أبي يحيى الرازي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا ولد لكم المولود أئى شئ تصنعون به؟ قلت: لا أدري ما يصنع به، قال: خذ عدسه جاوشير فديفه بماء، ثم قطر في أنفه بالمنخر الأيمن قطرتين، و فى الأيسر قطره، و أذن في أذنه اليمنى و أقم في اليسرى، يفعل ذلك به قبل أن تقطع سرتة، فإنه لا يفرغ أبدا و لا تصيبه أم الصبيان) (٤)، و صحيح حفص الكناسي عن أبي عبد الله عليه السلام (مروا القابله أو بعض من يليه أن يقيم الصلاه في أذنه اليمنى فلا يصيبه لمم و لا تابعه أبدا) (٥)، و اللمم بفتحيتين جنون خفيف، و التابعه و التابعه الجنيه و الجنى يتبعان الإنسان حيث ذهب كما فى القاموس.

(٤) كما فى خبر الرازي المتقدم، و لذا خصّ بعضهم الاستحباب قبل قطع السره، و لكنه -

ص: ٥٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٢ و ٣.

يفزع، و لا تصيبه أم الصبيان (١) روى ذلك (٢) عن أبي عبد الله عليه السّلام عن النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم «من ولد له مولود فليؤذن في أذنه اليمنى بأذان الصلاه، و ليقم في إذنه اليسرى فإنها عصمه من الشيطان الرجيم»، (و تحنيكه بتربه الحسين عليه الصلاه و السلام و ماء الفرات) (٣) و هو النهر المعروف، (أو ماء فرات) أى عذب (و لو بخلطه بالتمر، أو بالعسل) ليعذب إن لم يكن عذبا.

-مناف لإطلاق الفتوى و بقيه الأخبار، بل في بعضها أنه بعد قطع السرّه ففي خبر علي بن ميثم عن أبيه قال (سمعت أُمى تقول: سمعت نجمه أم الرضا عليه السّلام تقول في حديث: لما وضعت ابني عليا دخل إليّ أبوه موسى بن جعفر عليهم السّلام فناولته إياه في خرقه بيضاء فأذن في أذنه اليمنى و أقام في اليسرى، و دعا بماء الفرات فحنّكه به ثم رده إليّ و قال: خذيه فإنه بقيه الله في أرضه) (١)، و في خبر علي بن علي أخى دعبل عن الرضا عن آبائه عليهم السّلام عن أسماء بنت عميس (لما ولدت فاطمه الحسن جاء النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم فقال: يا أسماء هاتى ابني، فدفعته إليه في خرقه صفراء فرمى بها و قال: ألم أعهد إليكم أن لا تلتفوا المولود في خرقه صفراء، و دعا بخرقه بيضاء فلنّقه فيها، ثم أذن في أذنه اليمنى و أقام في اليسرى، ثم ذكرت في الحسين مثل ذلك) (٢) الخبر، و مثلها غيرها، و هى ظاهره في كون ذلك بعد قطع السرّه.

و لعل الأمر بالأذان و الإقامه قبل قطع السرّه لأجل عدم الفزع أبدا و عدم إصابته بأَم الصبيان كما في خبر الرازى المتقدم، و هذا لا ينافى في استحباب الأذان و الإقامه بعد القطع لبقية الأخبار.

(١) ربح تعرض للأطفال.

(٢) كما في خبر السكونى المتقدم.

(٣) ففي مرسل يونس عن أبي جعفر عليه السّلام (يحنك المولود بماء الفرات و يقام في أذنه) (٢)، و قال الكليني في روايه أخرى (حنكوا أولادكم بماء الفرات و بتربه قبر الحسين عليه السّلام، فإن لم يكن فبماء السماء) (٤) و مثلها غيرها، و الخبر الثانى صريح في كون المراد من الفرات هو النهر المعروف بدليل عطف ماء السماء عليه.

ثم مع فقد ماء الفرات فيحنك بماء السماء للخبر، و ما ذكروه من التحنيك بمطلق الماء-

ص: ٥٨١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ١٥.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ٣.

و ظاهر العبارة التخيير بين الثلاثه (١)، و الأجود الترتيب بينها فيقدم ماء الفرات مع إمكانه، ثم الماء الفرات بالأصاله، ثم بإصلاح ماله بالحلوه.

و فى بعض الأخبار: حنكوا أولادكم بماء الفرات، و تربه الحسين عليه السّلام فإن لم يكن فبماء السماء، و المراد بالحنك إدخال ذلك إلى حنكه و هو أعلى داخل الفم.

و كذا يستحب تحنيكه بالتمر (٢)، بأن يمضغ التمره و يجعلها فى فيه (٣) و يوصلها إلى حنكه بسبابته حتى يتحلل (٤) فى حلقة، قال أمير المؤمنين عليه السّلام:

«حنكوا أولادكم بالتمر فكذا فعل رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بالحسن و الحسين عليه السّلام» قال الهروى يقال: حنكه و حنكه بتخفيف النون و تشديدها.

فى تسميه الولد

(و تسميته محمدا) إن كان ذكرا (إلى اليوم السابع (٥)، فإن غير) بعد ذلك -الفرات أى العذاب بعد تعذر ماء الفرات ليس له نص خاص كما فى الرياض و الجواهر، نعم لا بأس بمتابعتهم للتسامح فى أدله السنن. و مع فقد ماء الفرات أى العذب فيحنك بماء مالح قد خلط بالعدل أو التمر لورود الأخبار بالحنك بكل منهما، ففى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: حنكوا أولادكم بالتمر، فكذا فعل رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بالحسن و الحسين عليهما السّلام) (١).

و فى الفقه الرضوى (و حنكه بماء الفرات إن قدرت عليه، أو بالعدل ساعه يولد) (٢).

ثم المراد بالحنك إدخال ذلك إلى حنكه، و هو أعلى داخل الفم، و قيل: يكفى الدلك بكل من الحنكين الأعلى و الأسفل، و إن كان المتبادر ذلك الأعلى بالخصوص، و لذا اقتصر عليه جماعه من العامه و الخاصه.

(١) أى الماء الفرات أو ماء فرات أو تخليطه بعدل أو تمر.

(٢) لخبر أبى بصير المتقدم.

(٣) أى فى فم المولود.

(٤) أى الممضوغ.

(٥) فى المرسل عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يولد لنا ولد إلا سميناه محمدا، فإذا مضى سبعة -

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

(جاز) قال الصادق عليه السلام: «لا يولد لنا ولد إلا سميناه محمدا فإذا مضى سبعة أيام فإن شئنا غيرنا، وإلا تركنا».

(و أصدق الأسماء ما عبد لله) (١) أى اشتمل على عبوديته تعالى كعبد الله، -أيام فإن شئنا غيرنا وإلا تركنا(١).

(١) يستحب تسميه الولد باسم حسن و أنه من جملة حقوقه على والده ففي الخبر عن موسى بن بكر عن أبي الحسن عليه السلام (أول ما يبزر الرجل ولده أن يسميه باسم حسن، فليحسن أحدكم اسم ولده) (٢)، و فى مرسل آخر (قال رجل: يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ما حق ابني هذا؟ قال: تحسن اسمه و أدبه و تضعه موضعا حسنا) (٣)، و فى خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن آبائه عليهم السلام (أن رسول الله عليه السلام كان يغير الأسماء القبيحة فى الرجال و البلدان) ٤.

و أصدق الأسماء ما يتضمن العبودية لله سبحانه و تعالى كعبد الله و عبد الرحمن، و أفضلها أسماء الأنبياء كما فى خبر أبي إسحاق ثعلبه عن رجل سمّاه عن أبي جعفر عليه السلام (أصدق الأسماء ما سمى بالعبودية، و أفضلها أسماء الأنبياء) (٤)، و فى خبر سليمان الجعفرى (سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: لا يدخل الفقر بيتا فيه اسم محمد أو أحمد أو على أو الحسن أو الحسين أو جعفر أو طالب أو عبد الله أو فاطمه من النساء) (٥).

فأفضليه أسماء الأنبياء للتبرك و لخبر ثعلبه المتقدم و لخبر الأصبغ عن على عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: ما من أهل بيت فيهم اسم نبيّ إلا بعث الله عز و جل إليهم ملكا يقدّسهم بالغداة و العشي) (٦)، و أسماء الأئمة عليهم السلام أيضا لخبر الجعفرى، و أفضل أسماء الأنبياء اسم النبي الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم للأخبار.

منها: خبر عاصم الكوزى عن أبي عبد الله عليه السلام (أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: من ولد له أربعة أولاد لم يسم أحدهم باسمى فقد جفانى) (٧) و مرسل ابن فهد (قال الرضا عليه السلام: البيت -

ص: ٥٨٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٧ و ٦.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.

٧- (٨) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

و عبد الرحمن، و الرحيم، و غيره من أسمائه تعالى، (و أفضلها) أى الأسماء مطلقا (١) -الذى فيه محمد يصيح أهله بخير و يمسون بخير(١)، و مرسل الطبرسى عن الرضا عن آبائه عليهم السّلام عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (إذا سميتم الولد محمدا فأكرموه، و أوسعوا له فى المجلس، و لا تقبحوا له وجهها)٢، و فى خبر آخر عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (ما من قوم كانت لهم مشوره فحضر من اسمه محمد أو أحمد فأدخلوه فى مشورتهم إلا كان خيرا لهم)٣، و فى خبر آخر أيضا عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (ما من مائده وضعت فقعد عليها من اسمه محمد أو أحمد إلا قدّس ذلك المنزل فى كل يوم مرتين)٤، و فى خبر العطافى عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام عن ابن عباس قال: (إذا كان يوم القيامة نادى مناد: ألا ليقيم كل من اسمه محمد فليدخل الجنة بكرامه سمّيه محمد صلّى الله عليه و آله و سلّم)٥، و فى خبر أبى هارون مولى آل جعده (كنت جليسا لأبى عبد الله عليه السّلام بالمدينه ففقدنى أياما، ثم إنى جئت إليه فقال: لم أرك منذ أيام يا أبا هارون، فقلت: ولد لى غلام، فقال: بارك الله لك، فما سمّيته؟ قلت:

سمّيته محمدا، فأقبل بخدّه نحو الأرض و هو يقول: محمد محمد محمد، حتى كاد يلصق خدّه بالأرض، ثم قال: بنفسى و بولدى و بأهلى و بأبوى و بأهل الأرض كلهم جميعا الفداء لرسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، لا تسبّه و لا تضربه و لا تسيء إليه، و اعلم أنه ليس فى الأرض دار فيها اسم محمد إلا و هى تقدّس كل يوم(٢).

و أفضلها بعد اسم النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم اسم على عليه السّلام ففى خبر جابر عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث أنه قال لابن صغير: (ما اسمك؟ قال: محمد، قال: بم تكنى؟ قال: بعلى، فقال أبو جعفر عليه السّلام: لقد احتظرت من الشيطان احتظارا شديدا، إن الشيطان إذا سمع مناديا ينادى يا محمد أو يا على ذاب كما يذوب الرصاص، حتى إذا سمع مناديا ينادى باسم عدوّ من أعدائنا اهتزّ و اختال)٧، و خبر العرزمى قال (استعمل معاويه مروان بن الحكم على المدينه و أمره أن يفرض لشباب قریش، ففرض لهم، فقال على بن الحسين عليهما السّلام: فأتيته، فقال: ما اسمك؟ فقلت: على بن الحسين، فقال: ما اسم أخيك؟ فقلت: على، فقال: على و على، ما يريد أبوك أن يدع أحدا من ولده إلا سمّاه عليا، ثم فرض لى، فرجعت إلى أبى فأخبرته، فقال: و يلى على ابن الزرقاء، دبّاغه الادم، لو ولد لى مائه لأحببت أن لا اسمى أحدا منهم إلا عليا(٣).

(١)تضمن العبوديه أو لا.

ص: ٥٨٤

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠.

٢- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٣.

٣- (٨) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

(اسم محمد و علي، و أسماء الأنبياء، و الأئمة عليه السّلام) قال الباقر عليه السّلام: «أصدق الأسماء ما سمّي بالعبودية و أفضلها أسماء الأنبياء» و عن الصادق عليه السّلام أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: «من ولد له أربعة أولاد و لم يسمّ أحدهم باسمي فقد جفاني»، و عنه عليه السّلام: «ليس في الأرض دار فيها اسم محمد إلا و هي تقدس كل يوم» و عن الحسين عليه الصّلاه و السّلام في حديث طويل: «لو ولد لي مائة ولد لأحببت أن لا أسمّي أحدا منهم إلا عليا» و قال الرضا عليه السّلام: «لا يدخل الفقر بيتا فيه اسم محمد، أو أحمد، أو علي، أو الحسن، أو الحسين، أو جعفر، أو طالب، أو عبد الله، أو فاطمه من النساء» (و تكنيته (١) بأبي فلان إن كان ذكرا أو أم فلان إن كان أنثى. قال الباقر عليه السّلام: «إنّا لنكنّي أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم».

(و يجوز اللقب) و هو ما أشعر من الأعلام بمدح، أو ذم و المراد هنا الأول (٢) خاصه، (و يكره الجمع بين كنيته) بضم الكاف (بأبي القاسم و تسميته محمدا) (٣) قال الصادق عليه السّلام: «أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم نهى عن أربع كنى. عن أبي عيسى، و عن أبي الحكم، و عن أبي مالك، و عن أبي القاسم إذا كان الاسم محمدا» (و أن يسمّي حكما، أو حكيمًا، أو خالدا، أو حارثا، أو ضرارا، أو مالكا) (٤) قال (١) و المراد بالكنية ما صدر باب أو أم، و تستحب مخافة النبز ففي خبر ابن خيثم عن أبي جعفر عليه السّلام (إنّا نكنّي أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم) (١).

و النبز ما يكره من اللقب كما في المسالك.

(٢) أي المدح.

(٣) ففي خبر النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (أن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم نهى عن أربع كنى:

عن أبي عيسى، و عن أبي الحكم، و عن أبي مالك، و عن أبي القاسم إذا كان الاسم محمدا) (٢).

(٤) ففي خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (أن أبغض الأسماء إلى الله حارث و مالك و خالد) (٣)، و في خبر حماد بن عثمان و هو صحيح السند عن أبي عبد الله عليه السّلام -

ص: ٥٨٥

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

الباقر عليه السّلام: «أبغض الأسماء إلى الله تعالى حارث، و مالك و خالد»، و عن الصادق عليه السّلام: «أنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم دعى بصحيفه حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يتسمى بها فقبض و لم يسمّها. منها الحكم، و حكيم، و خالد، و مالك. و ذكر أنها سته، أو سبعة مما لا يجوز أن يتسمى بها».

أحكام الأولاد أمور

(و أحكام الأولاد أمور) (١)

في سنن اليوم السابع

(منها العقيقه، و الحلق، و الختان، و ثقب الأذن اليمنى) (٢) في شحمتها، قال: (إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم دعا بصحيفه حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يتسمى بها فقبض و لم يسمّها، منها الحكم و حكيم و خالد و مالك، و ذكر أنها سته أو سبعة مما لا يجوز أن يتسمى بها) (١)، هذا و قال الشارح في المسالك: (و ليس في الأخبار تصريح بالنهاى عن ضرار بخصوصه، لكنه من الأسماء المنكره، و قيل: إنها من أسماء إبليس) انتهى.

(١) شروع في سنن يوم السابع من ولاده المولود، و سنن هذا اليوم أربع مضافا إلى التسميه التي تقدم الكلام فيها، و هي: الحلق و الختان و ثقب الأذن و العقيقه للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام في المولود قال: (يسمى في اليوم السابع و يعقّ عنه، و يحلق رأسه، و يتصدق بوزن شعره فضه، و يبعث إلى القابله بالرجل مع الورك، و يطعم منه و يتصدق) (٢) و خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الصبي المولود متى يذبح عنه و يحلق رأسه و يتصدق بوزن شعره و يسمى؟ فقال: كل ذلك في اليوم السابع) (٣) و مثلها غيرها من الأخبار.

(٢) لا خلاف في استحباب ثقب الأذن للأخبار.

منها: خبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السّلام (إن ثقب أذن الغلام من السنه، و ختانه لسبعة أيام من السنه) (٣)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (ثقب أذن الغلام من السنه، و ختان الغلام من السنه) (٥)، و ظاهر الخبرين الاكتفاء بثقب أذن واحده، و لكن في خبر السكوني (قال النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: يا فاطمه ائقبي أذنى الحسن -

ص: ٥٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٣.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٣.

و اليسرى فى أعلاها كل ذلك (فى اليوم السابع) (١) من يوم ولد، و لوفى آخر (٢) جزء من النهار. قال الصادق عليه السّلام (٣): «العقيقه واجبه و كل مولود مرتهن بعقيقته»، و عنه عليه السّلام (٤): «عقّ عنه، و احلق رأسه يوم السابع» و عنه عليه السّلام (٥): «اختنوا أولادكم لسبعه أيام فإنّه أطهر و أسرع لنبات اللحم، و أنّ الأرض لتكره بول الأغلف»، و عنه عليه السّلام (٦): «إنّ ثقب أذن الغلام من السنه، و ختانه لسبعه أيام من السنه» و فى خبر آخر عن النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم (٧): «تتنجس الأرض -و الحسين عليهما السّلام خلافا لليهود(١)»، و خبر الحسين بن خالد (سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن التهنئه بالولد متى هى؟ قال: إنه لما ولد الحسن بن على عليهما السّلام هبط جبرئيل على رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بالتهنئه فى اليوم السابع، و أمره أن يسميه و يكنّيه و يحلق رأسه و يعقّ عنه و يثقب أذنه، و كذلك حين ولد الحسين عليه السّلام أتاه فى اليوم السابع فأمره بمثل ذلك، و كان لهما ذؤابتان فى القرن الأيسر، و كان الثقب فى الأذن اليمنى فى شحمه الأذن، و فى اليسرى فى أعلى الأذن، فالقرط فى اليمنى و الشنف فى اليسرى)٢.

فما عن بعض العامه من تحريم الثقب باعتبار الإيلام و الايذاء اجتهاد فى قبال هذه النصوص فلا يسمع، على أن الألم هنا يسير مغتفر لما يترتب عليه من زينه الصبى و نفعه.

(١) كما صرحت بذلك الأخبار، و تقدم بعضها.

(٢) لإطلاق النص.

(٣) فى خبر على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (العقيقه واجبه) (٢)، و فى خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (كل مولود مرتهن بعقيقته)٤.

(٤) كما فى خبر عبد الله بن سنان (٣).

(٥) كما فى خبر مسعده بن صدقه (٤).

(٦) كما فى خبر مسعده بن صدقه (٥)، و قد تقدم فى شرحنا.

(٧) كما فى خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (٤).

ص: ٥٨٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣ و ٧.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٨.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.

٥- (٧) ت ٥١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤-٦ (٨) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤.

من بول الأغلغف أربعين صباحا»، و فى آخر (١): «إنّ الأرض تضجّ إلى الله تعالى من بول الأغلغف».

(و ليكن الحلق) لرأسه (قبل) ذبح (٢) (العقيقه، و يتصدق بوزن شعره ذهباً، أو فضه) (٣) قال إسحاق بن عمار للصادق عليه السلام: بأى ذلك نبدأ فقال عليه السلام:

(١) كما فى مكاتبه عبد الله بن جعفر إلى أبى محمد عليه السلام (١).

(٢) أما الحلق فقد تقدم ما يدل على استحبابه، و أنه مستحب فى اليوم السابع فلو مضى السابع فلا حلق كما فى صحيح على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام (سألته عن مولود يحلق رأسه يوم السابع، فقال: إذا مضى سبعة أيام فليس عليه حلق) (٢)، نعم قد يقال باستحبابه بعد السابع لعموم العله كما فى مرسل صفوان بن يحيى عن حدثه عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل ما العله فى حلق شعر رأس المولود؟ قال: تطهيره من شعر الرحم) (٣) و ينبغى تقديم الحلق على العقيقه لصحيح جميل بن دراج (سألته أباً عبد الله عليه السلام عن العقيقه و الحلق و التسميه بأيهما يبدأ؟ قال: يضع ذلك كله فى ساعه واحده، يحلق و يذبح و يسمّى) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت: بأى ذلك نبدأ؟ فقال: يحلق رأسه و يعقّ عنه و يتصدق بوزن شعره فضه، يكون ذلك فى مكان واحد) ٥.

(٣) أما التصديق بوزن شعره ذهباً أو فضه كما فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا ولد لك غلام أو جاريه فعقّ عنه يوم السابع شاه أو جزورا، و كل منهما و أطعم، و سمّه و احلق رأسه يوم السابع، و تصديق بوزن شعره ذهباً أو فضه) ٦، و خبره الآخر عنه عليه السلام (سألته عن العقيقه واجبه هى؟ قال: نعم يعقّ عنه و يحلق رأسه و هو ابن سبعة، و يوزن شعره فضه أو ذهب يتصدق به، و يطعم قابله ربع الشاه، و العقيقه شاه أو بدنه) ٧ و مثلها غيرها.

لكن قد يحتمل رجحان الفضه للاقتصار عليها فى جملة من النصوص.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (و يتصدق بوزن شعره فضه) ٨، و صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (ثم قال: يوزن الشعر -

ص: ٥٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ٩ و ٧ و ١٠ و ١.

«يخلق رأسه، ويعق عنه، ويتصدق بوزن شعره فضه يكون ذلك في مكان واحد»، وفي خبر آخر، أو ذهباً.

(و يكره القنازع (١) و هو أن يخلق من الرأس موضعاً، و يترك موضعاً في أى جانب كان. روى ذلك عن أمير المؤمنين عليه السّلام، و فى خبر آخر عن الصادق عليه السّلام أنّه كره القنزعة فى رءوس الصبيان، و ذكر أنّ القنزعة أن يخلق الرأس إلا قليلاً وسط الرأس تسمى القنزعة، و عنه عليه السّلام قال: أتى النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم بصبى يدعو له و له قنازع فأبى أن يدعو له، و أمر أن يخلق رأسه.

(و يجب على الصبى الختان عند البلوغ) (٢) أى بعده بلا فصل لو ترك و ليه ختانه.

و يتصدق بوزن فضه) (١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (و تصدق بوزن شعره فضه) ٢، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و يتصدق بوزن شعره فضه) ٣.

(١) للأخبار منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا تحلقوا للصبيان القنزعة، و القنزعة أن يخلق موضعاً و يترك موضعاً) (٢)، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (أتى النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم بصبى يدعو له، و له تنازع فأبى أن يدعو له، و أمر أن يخلق رأسه) ٥، و خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنه كره القنزعة فى رءوس الصبيان، و ذكر أن القنزعة أن يخلق الرأس إلا قليلاً، و يترك وسط الرأس، تسمى القنزعة) ٦.

هذا و الخبر الأول صريح فى كون القنزعة حلق موضع من الرأس مع ترك آخر سواء كان فى وسطه أو فى غيره، و سواء تعدد أم اتحد و هو الموافق للمعنى اللغوى، ففى نهايه ابن الأثير (فى الحديث: نهى عن القنازع، و هو أن يأخذ بعض الشعر و يترك منه مواضع متفرقة كالقنزعة) و نحوه عن القاموس، و لكن خبر ابن القداح المتقدم صريح فى كون القنزعة هو ترك الوسط فقط.

(٢) قد تقدم ما يدل على استحباب الختان يوم السابع كما فى خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: طهروا أولادكم يوم السابع، فإنه أطيب و أظهر و أسرع -

ص: ٥٨٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ٨ و ٩.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٢ و ٣.

و هل يجب على الولي ذلك قبله (١) وجهان: من عدم (٢) التكليف حينئذ (٣)، و استلزام (٤) تأخيره (٥) إلى البلوغ تأخير (٦) الواجب المضيّق (٧) عن أول -لنبات اللحم، و أن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين صباحاً(١)، و خير مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام (اختنوا أولادكم لسبعة أيام)٢.

و إن أخر جاز بلا- خلاف لصحيح علي بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السلام عن ختان الصبي لسبعة أيام من السنه هو، أو يؤخر فأيهما أفضل. قال: لسبعة أيام من السنه، و إن أخر فلا بأس)(٢).

و لو بلغ و لم يختن و جب أن يختن نفسه بلا خلاف فيه، لأن الختان واجب في نفسه للأخبار.

منها: خبر السكوني عن أمير المؤمنين عليه السلام (إذا أسلم الرجل اختتن و لو بلغ ثمانين سنه)(٣)، و خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام أنه كتب إلى المأمون (و الختان سنه واجبه على الرجال و مكرمه للنساء)(٤)، ثم هل يجب على الولي ختانه قبل بلوغ الصبي بحيث يكون ختانه في اليوم السابع إلى حين البلوغ من الواجب الموسع، و أفضل أفراد الواجب الختان يوم السابع كما عن العلامة في التحرير، و لا دليل عليه، أم لا يجب على الولي و إنما هو مستحب نعم يجب على الصبي بعد البلوغ بلا- فصل كما عليه المشهور، و للجمع بين الأخبار الداله على استحباب الختان يوم السابع و أنه من السنه مع أن التكليف هنا موجه إلى الولي و بين الأخبار الداله على وجوبه مع أن التكليف هنا موجه إلى نفس البالغ.

(١) أي هل يجب على الولي ختانه قبل البلوغ.

(٢) دليل عدم وجوب الختان قبل البلوغ.

(٣) حين عدم البلوغ.

(٤) دليل وجوب الختان.

(٥) تأخير الختان.

(٦) مفعول به لقوله (و استلزام تأخيره).

(٧) و هو الختان عند البلوغ.

ص: ٥٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٩.

وقته (١)، و في التحرير لا يجوز تأخيره إلى البلوغ و هو دالّ على الثاني (٢). و دليله غير واضح.

(و يستحب خفض النساء و إن بلغن) (٣) قال الصادق عليه السّلام: «خفض النساء مكرمه و أى شىء أفضل من المكرمه».

(١) و أول وقته وقت البلوغ، فلو لم يخته الولى للزم تأخير الختان عن البلوغ و هو تأخير للواجب المضيق عن وقته و اللازم باطل فالمزوم مثله فى البطلان، و فى هذا دلالة على تعلق الختان بالولى قبل البلوغ.

(٢) أى الثانى بحسب الأدله، و هو وجوب الختان على الولى قبل البلوغ.

(٣) يعتبر عن الختان فى الإناث بخفض الجوارى، و هو مستحب بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام أنه كتب إلى المأمون (و الختان سنه واجبه للرجال و مكرمه للنساء) (١)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السّلام (خفض النساء مكرمه، و ليس من السنه و لا شيئاً واجباً، و أى شىء أفضل من المكرمه) (٢)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (الختان سنه فى الرجال و مكرمه فى النساء) (٣).

و من هذه النصوص يستفاد عدم الوجوب قبل البلوغ أو بعده، نعم وقته فيهن لسبع سنين لخبر وهب عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (لا تخفض الجارية حتى تبلغ سبع سنين) (٤).

و ينبغي عدم الاستئصال فيه لصحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لما هاجرت النساء إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم هاجرت فيهن امرأه يقال لها أم حبيب، و كانت خافضه تخفض الجوارى، فلما رآها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم قال لها: يا أم حبيب، العمل الذى كان فى يدك هو فى يدك اليوم؟ قالت: نعم يا رسول الله، إلا أن يكون حراماً تنهانى عنه، فقال: لا- بل حلال، فادنى حتى أعلمك، قال: فدنت منه فقال: يا أم حبيب إذا أنت فعلت فلا- تنهكى، أى لا تستأصلى، و أشمى فإنه أشرق للوجه و أحظى للزوج) (٥).

ص: ٥٩١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٩.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(و العقيقة شاه) (١)، (١) و العقيقة هي الذبيحة التي تذبح للمولود، و قد تقدم في الأخبار ما يدل عليها في اليوم السابع، و يستحب أن يعق عن الذكر ذكرا و عن الأنثى أنثى بلا خلاف فيه لخبر محمد بن مارد عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن العقيقة، فقال: شاه أو بقره أو بدنه، ثم يسمّ و يحلق رأس المولود في يوم السابع، و يتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضه، فإن كان ذكراً عَقَّ عنه ذكراً، و عن الأنثى أنثى) (١) و مرسل يونس عن أبي جعفر عليه السلام (إذا كان يوم السابع و قد ولد لأحدكم غلاماً أو جارية فليعق عنه كبشاً عن الذكر ذكراً، و عن الأنثى مثل ذلك) (٢).

و في الكثير من النصوص التسوية كصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (العقيقة في الغلام و الجارية سواء) (٣) ، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عقيقة الغلام و الجارية كبش) ٥ و مثلها غيرها، و هي محمولة على الأجزاء.

و ذهب ابن الجنيد و المرتضى إلى وجوب العقيقة للأمر بها في جملة من النصوص و قد تقدم بها، بل في خبر علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام (العقيقة واجبه) (٤) ، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن العقيقة أ واجبه هي؟ قال: نعم واجبه) ٧، و خبر علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح عليه السلام (العقيقة واجبه إذا ولد للرجل ولد، فإن أحب أن يسميه من يومه فعل) ٨ مضافاً إلى ما ورد لأن كل مولود مرتهن بالعقيقة) ٩ كما في خبر أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام أو (بعقيقته) ١٠ كما في خبر عمار عن أبي عبد الله عليه السلام.

و المشهور على الاستحباب بعد حمل هذه الأخبار على تأكده كما يومئ إليه صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (كل امرئ مرتهن يوم القيامة بعقيقته، و العقيقة أوجب من الأضحيه) ١١.

و يستحب أن تجتمع فيها شروط الأضحيه من كونها سليمة من العيوب لموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (و يذبح عنه كبش و إن لم يوجد كبش أجزأ عنه ما يجزى في الأضحيه، و إلا فحمل أعظم ما يكون من حملان السنه، و يعطى القابله ربعها) (٥) ، -

ص: ٥٩٢

١- (٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١٣، و ذيله في الباب - ٤٢ - حديث ٧.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٣.

٤- ((٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١.

٥- (١٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤.

أو جزور (١) (تجتمع فيها شرائط الأضحيه) و هي السلامه من العيوب، و السمن، و السن (٢) على الأفضل، و يجزى فيها مطلق الشاه. قال الصادق عليه السلام: «إنما هي شاه لحم ليست بمنزله الأضحيه يجزى منها كل شيء و خيرها أسمنها».

(و يستحب مساواتها للولد في الذكوره و الأنوثه)، و لو خالفته (٣) أجزأت.

(و الدعاء عند ذبحها بالمأثور) و هو (٤) «بسم الله و بالله اللهم هذه عقيقه عن فلان لحمها بلحمه، و دمها بدمه، و عظمها بعظمه، اللهم اجعله وقاء لآل محمد صلى الله عليه و آله و سلم»، رواه الكرخي (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام، و عن الباقر عليه السلام (٦) قال: «إذا ذبحت فقل: بسم الله و بالله و الحمد لله و الله أكبر إيماناً بالله، و ثناء على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و العظمه لأمره، و الشكر لرزقه، و المعرفه بفضله علينا أهل البيت فإن كان ذكراً فقل: اللهم إنك وهبت لنا ذكراً و أنت أعلم بما وهبت، و منك ما أعطيت، و كل ما صنعنا فتقبله منا على سنتك و سنه نبيك صلى الله عليه و آله و سلم و أخساً عنا الشيطان الرجيم اللهم لك سفكت الدماء لا شريك لك و الحمد لله رب العالمين»، و عن الصادق عليه السلام مثله (٧) و زاد فيه: «اللهم لحمها بلحمه، و دمها - مع فقد صفات الأضحيه يجزى الفاقد لخبر منهال القمط عن أبي عبد الله عليه السلام (إنما هي شاه لحم ليست بمنزله الأضحيه يجزى منها كل شيء) (١)، و خبر مرازم عن أبي عبد الله عليه السلام (العقيقه ليست بمنزله الهدى، خيرها اسمنها) ٢، و لهذه النصوص و غيرها فيجزى الشاه أو البقره أو البدنه كيفما اتفقت.

(١) من الإبل يقع على الذكر و الأنثى.

(٢) على تفصيل تقدم في الحج من كونه في السنه السادسه من الإبل، و في السنه الثانيه من البقر، و في الشهر الثامن من الغنم.

(٣) أى خالفت العقيقه الولد في الذكوره و الأنوثه.

(٤) أى المأثور من الدعاء.

(٥) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

(٦) كما في مرسل يونس عن بعض أصحابه (٢).

(٧) كما في مرسل سهل بن زياد عن بعض أصحابه ٤.

ص: ٥٩٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٥.

بدمه، و عظمها بعظمه، و شعرها بشعره، و جلدها بجلده، اللهم اجعلها وقاء لفلان بن فلان» و عنه عليه السلام (١) إذا أردت أن تذبح العقيقه قلت: «يا قوم إني بريء مما تُشركون، إني وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين. إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين اللهم منك ولك بسم الله و الله أكبر (٢)، و تسمى المولود باسمه ثم تذبح»، و عنه عليه السلام (٣) يقال عند العقيقه: «اللهم منك ولك ما وهبت و أنت أعطيت اللهم فتقبله منا على سنه نبيك صلى الله عليه و آله و سلم و نستعبد بالله من الشيطان الرجيم، و تسمى و تذبح و تقول: لك سفكت الدماء لا شريك لك و الحمد لله رب العالمين اللهم أخساً عنا الشيطان الرجيم» فهذه جمله ما وقفت عليه من الدعاء المأثور.

(و سؤال الله تعالى أن يجعلها (٤) فديه (٥)، لحماً بلحم، و عظماً بعظم، و جلداً بجلد) هذا داخل في المأثور فكان يستغنى عن تخصيصه. و لعله لمزيد الاهتمام به، أو التنبيه عليه حيث لا يتفق الدعاء بالمأثور، (و لا تكفى الصدقه بثمانها (٦) و إن (١) كما في خبر عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (١).

(٢) و تتمه الخبر (اللهم صلى على محمد و آل محمد و تقبل من فلان بن فلان، و تسمى المولود باسمه ثم تذبح).

(٣) كما في خبر محمد بن مارد عن أبي عبد الله عليه السلام (٢).

(٤) أى العقيقه.

(٥) أى فديه عن المولود.

(٦) بلا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم قال: (ولد لأبى جعفر عليه السلام غلامان جميعاً، فأمر زيد بن علي أن يشتري له جزورين للعقيقه، و كان زمن غلامه فاشترى له واحده و عسرت عليه الأخرى، فقال لأبى جعفر عليه السلام: قد عسرت على الأخرى، فأصدق بثمانها؟ قال: لا، اطلبها، فإن الله عز و جل يجب إهراق الدماء و إطعام الطعام) (٣)، و خبر عبد الله بن بكير (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاءه رسول عمه عبد الله بن علي فقال له:-

ص: ٥٩٤

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

تعذرت، بل ينتظر الوجدان بخلاف الأضحيه.

قيل للصادق عليه السّلام: إنا طلبنا العقيقه فلم نجدها فما ترى نتصدق بثمانها فقال عليه السّلام: «لا، إنّ الله تعالى يجب إطعام الطعام، وإراقه الدماء (و لتخصّ القابله بالرجل و الورك (١)، و فى بعض الأخبار أنّ لها ربع العقيقه (٢)، و فى بعضها ثلثها (٣)، (و لو لم تكن قابله تصدقت به الأم) (٤) بمعنى أنّ حصه القابله تكون لها، و إن كان الذابح (٥) الأب، ثم هى تتصدق بها (٦)، لأنه يكره لها (٧) -يقول لك عمك: إنا طلبنا العقيقه فلم نجدها، فما ترى نتصدق بثمانها؟ قال: لا، إن الله يجب إطعام الطعام و إراقه الدماء(١).

و حينئذ فلو عجز عنها أخرها حتى يتمكن منها.

(١) لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (و يبعث إلى القابله الرجل مع الورك و يطعم منه و يتصدق)(٢)، و خبر الكاهلى عن أبى عبد الله عليه السّلام (العقيقه يوم السابع، و تعطى القابله الرجل مع الورك، و لا يكسر العظم)٣ و مثله خبر سماعه٤.

(٢) كما فى خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و تعطى القابله ربعها)(٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (و يطعم قابله ربع الشاه)٦، و خبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنه يعطى القابله ربعها)٧.

(٣) لخبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: (لا- يأكل هو و لا- أحد من عياله من العقيقه، و قال: و للقابله ثلث العقيقه)(٤).

(٤) لخبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و يعطى القابله ربعها، و إن لم تكن قابله فلاّمه تعطىها من شاءت)(٥) و لو إلى الغنى للعموم.

(٥) أى الذى عقّ عن الولد.

(٦) بحصه القابله.

(٧) للام.

ص: ٥٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٥ و ٦.

٣- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ١٠ و ١٥.

٤- (٨) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٥- (٩) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤.

الأكل كما سيأتي. و لا تختص الصدقه بالفقراء، بل تعطى من شاءت كما ورد فى الخبر.

(و لو بلغ الولد و لمّا يعقّ عنه أستحب له العقيقه عن نفسه (١)، و إن شكك) الولد هل عق عنه أم لا (فليعق) هو (إذ الأصل عدم عقيقه أبيه)، و لروايه عبد الله بن سنان عن عمر بن يزيد قال: قلت لأبى عبد الله عليه السّلام إني و الله ما أدري كان أبى عقّ عنى أم لا؟ قال: فأمرنى أبو عبد الله عليه السّلام فعققت عن نفسى و أنا شيخ كبير» و قال عمر (٢): سمعت أبا عبد الله يقول: «كلّ امرئ مرتهن بعقيقته، و العقيقه أوجب من الأضحيه».

(و لو مات الصبى يوم السابع بعد الزوال لم يسقط، و قبله يسقط) (٣) روى ذلك إدريس بن عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام.

(و يكره للوالدين أن يأكلا منها شيئا، و كذا من فى عيالهما) و إن كانت القابله منهم (٤)، لقول الصادق عليه السّلام: «لا يأكل هو و لا أحد من عياله من (١) لخبر عمر بن يزيد (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إني و الله ما أدري كان أبى عقّ عنى أم لا، قال: فأمرنى أبو عبد الله عليه السّلام فعققت عن نفسى و أنا شيخ كبير) (١).

(٢) فى خبر آخر (٢).

(٣) أى الاستحباب، لخبر إدريس بن عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعقّ عنه؟ فقال: إن كان مات قبل الظهر لم يعقّ عنه، و إن مات بعد الظهر عقّ عنه) (٣).

(٤) لخبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يأكل هو و لا أحد من عياله من العقيقه، و قال: و للقابله ثلث العقيقه، و إن كانت القابله أمّ الرجل أو فى عياله فليس لها منها شىء، و تجعل أعضاء ثم يطبخها و يقسمها و لا يعطيها إلا أهل الولايه، و قال: يأكل من العقيقه كل أحد إلا الأم) (٤).

ص: ٥٩٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٨.

العقيقه، و قال: للقابله ثلث العقيقه. فإن كانت القابله أم الرجل أو فى عياله فليس لها منها شىء»، و تتأكد الكراهه فى الأم، لقوله عليه السّلام فى هذا الحديث:

«يأكل العقيقه كل أحد إلا الأم» (و أن تكسر عظامها (١)، بل تفصل أعضاء) لقوله عليه السّلام فى هذا الخبر: «و يجعل أعضاء ثم يطبخها».

(و يستحب أن يدعى لها المؤمنون (٢)، و أقلهم عشره) قال الصادق عليه السّلام (٣): «يطعم منه عشره من المسلمين، فإن زاد فهو أفضل» و فى الخبر السابق (٤) «لا يعطيها إلا لأهل الولايه» (و أن يطبخ طبخا) دون أن تفرق لحما، أو تشوى على النار، لما تقدّم من الأمر بطبخها (٥).

و المعتبر مسماه (٦)، و أقله أن يطبخ (بالماء و الملح) و لو أضيف إليهما غيرهما فلا بأس، لإطلاق الأمر (٧) الصادق به (٨)، بل ربما كان (٩) أكمل، و ما ذكره المصنف للتنبيه على أقلّ ما يتأدى به الطبخ، لا الحصر إذا لم يرد نصّ بكون الطبخ (١) ففى خبر أبى خديجه (١) المتقدم قال عليه السّلام (و تجعل أعضاء ثم يطبخها)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (و أقطع العقيقه جذاوى و اطبخها و ادع عليها رهطا من المسلمين) (٢)، و منهما استفاد الأصحاب كراهه كسر عظامها بل تفصل أعضاء، بالإضافة إلى خبر الكاهلى المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام (و تعطى القابله الرجل مع الورك و لا يكسر العظم) (٢).

(٢) كما فى خبر أبى خديجه المتقدم (و لا يعطيها إلا أهل الولايه) ٤.

(٣) كما فى خبر عمار ٥.

(٤) أى خبر أبى خديجه و قد تقدم.

(٥) كما فى خبر أبى خديجه المتقدم (و تجعل أعضاء ثم يطبخها).

(٦) أى مسمى الطبخ.

(٧) أى الأمر بالطبخ.

(٨) أى بالطبخ بالماء و الملح مع إضافه غيرهما.

(٩) أى إضافه غير الماء و الملح إليهما.

ص: ٥٩٧

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٨ و ٤ و ٥.

بالماء و الملح خاصه، بل به (١) مطلقا (٢).

فى الرضاع

(و منها (٣): الرضاع (٤) فىجب على الأم ارضاع اللباء (٥) بكسر اللام، و هو أول اللبن فى النتاج، (١) بالطبخ.

(٢) من غير تقييد بالماء و الملح.

(٣) من أحكام الأولاد.

(٤) بكسر الراء و فتحها، مصدر رضع كسمع و ضرب، و هو كالرضاعه بالكسر و الفتح، و هو امتصاص الثدي.

(٥) و هو أول ما يحلب مطلقا أو إلى ثلاثه أيام، هذا و اعلم أنه لا يجب على الأم إرضاع ولدها بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، للأصل، و لظاهر قوله تعالى: فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتَّوَهُنَّ أُولَاتُكُمْ، و اختصاصه بالمطلق لا يضرب بما هو مورد الاستدلال، و بقوله تعالى: وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَاسْتَزِجُوا لَهُ أُخْرَى (٢)، و لجملة من الأخبار.

منها: خبر سليمان بن داود (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرضاع، فقال: لا تجبر الحرة على إرضاع الولد و تجبر أم الولد) (٣)، و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل مات و ترك امرأه و معها منه ولد، فألقته على خادم لها فأرضعته، ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصى، فقال: لها أجر مثلها، و ليس للوصى أن يخرجها من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله) (٤) و مثلها غيرها.

نعم يستثنى من الحكم بعدم وجوب إرضاع ولدها ما إذا لم يكن للولد مرضعه أخرى سواها فىجب عليها الارضاع، لتعينها بلا خلاف فيه، و يستثنى ما إذا وجدت مرضعه أخرى و لكن كان الأب معسرا و لا مال للولد يمكن به إرضاعه من غيرها فىجب على الأم إرضاعه بلا خلاف فيه، لوجوب نفقته عليها فى هذه الصورة كما لو فقد الأب أو كان معسرا و لا مال للولد فكما يجب عليها نفقته فىجب عليها إرضاعه.

ص: ٥٩٨

١- (١) سورة الطلاق، الآية: ٦.

٢- (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

قاله الجوهرى، و فى نهايه ابن الأثير: هو أول ما يحلب عند الولاده، و لم أقف على تحديد مقدار ما يجب منه (١)، و ربما قيده بعض بثلاثه أيام، و ظاهر ما نقلناه عن أهل اللغه أنه (٢) حلبه واحده.

و إنما وجب عليها ذلك (٣)، لأنّ الولد لا يعيش بدونه، و مع ذلك (٤) لا يجب عليها التبرع به، بل (بأجره على الأب (٥) إن لم يكن للولد مال)، و إلفى -نعم و قد استثنى جماعه منهم العلامه فى القواعد و الماتن هنا ارضاعها اللباء، فيجب عليها ارضاعه ذلك، لأنّ الولد لا يعيش بدونه.

و عن الأكثر عدم الاستثناء، لعدم الدليل على الاستثناء بل ظاهر الأدله المتقدمه الداله على عدم وجوب ارضاعه يشمل اللباء، و دعوى توقف الحياه عليه يكذبها الوجدان، و لعلهم أرادوا الغالب و أنه لا يقوى الصبى و لا تشتدّ بئته إلا به، و لكنه لا يصلح دليلاً للوجوب حتى يستثنى اللباء.

(١) من اللباء.

(٢) أن اللباء.

(٣) إرضاع اللباء.

(٤) أى مع وجوب ارضاع اللباء على الأم.

(٥) قد عرفت أن أصل الحكم عدم وجوب الرضاع على الأم، و قد استثنى منه موردان أو ثلاثه، و على تقدير وجوب الإرضاع على الأم فهل تستحق أجره عليه، قيل: لا، كما عن الفاضل المقداد فى التنقيح، لأنه فعل واجب و لا يجوز أخذ الأجره على الواجب.

و عن الأكثر الجواز لظاهر قوله تعالى: فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (١)، بعد منع كليه عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات كما حرر فى محله، على أنه لو سلم العموم فالواجب عليها الارضاع و الأجره على اللبن المبذول و لا تعارض بينهما كمن كان عنده طعام و قد اضطر إليه ذو نفس محترمه، فيجب البذل للمضطر و لكن بالعوض، لأنّ العوض فى قبالة الطعام لا فى قبالة البذل الواجب.

و إذا استحققت الأم الأجره، فهى على الأب، لأنّ الرضاع من جمله النفقه الواجبه للولد على الأب و لظاهر قوله تعالى: وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ (٢)، و هو كناية عن أجره-

ص: ٥٩٩

١- (١) سورة الطلاق، الآية: ٦.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٣٣.

ماله (١)، جمعا (٢) بين الحقين (٣)، و لا منافاه بين وجوب الفعل، و استحقاق عوضه كبذل المال فى المخصصه (٤) للمحتاج. و بذلك (٥) يظهر ضعف ما قيل (٦) بعدم استحقاقها الأجره عليه (٧)، لوجوبه عليها، لما (٨) علم من عدم جواز أخذ الأجره على العمل الواجب.

و الفرق (٩) أن الممنوع من أخذ أجرته هو نفس العمل (١٠)، لا عين المال الذى يجب بذله، و اللباء من قبيل الثانى، لا الأول. نعم يجيء على هذا (١١): أنها لا تستحق أجره على ايصاله (١٢) إلى فمه، لأنه (١٣) عمل واجب.

و ربما منع (١٤) من كونه (١٥) لا يعيش بدونه (١٦). فينقدح حينئذ (١٧) عدم -الرضاع، و أطلق على الأب المولود له للتنبيه على أن الولد حقيقه للأب، و لهذا انتسب إليه دون أمه، و وجب عليه نفقته ابتداء.

نعم لو كان للولد مال لم يجب على الأب بذل الأجره، لأن الولد غنى فلا يجب الانفاق على والده.

(١) أى مال الولد.

(٢) تعليل لوجوب ارضاع اللباء بالأجره لا تبرعا.

(٣) حق الأم بالأجره و حق الولد على الأم فى صورته إرضاع اللباء.

(٤) أى المجاعه، فيجب بذل الطعام للمحتاج مع العوض.

(٥) من عدم منافاه وجوب الفعل و استحقاق عوضه.

(٦) كما عن المقداد فى التنقيح.

(٧) على إرضاع اللباء.

(٨) تعليل لعدم استحقاقها الأجره على إرضاع اللباء.

(٩) رد من الشارح على دليل المقداد.

(١٠) أى العمل الواجب.

(١١) أى على حرمة أخذ الأجره على الواجبات.

(١٢) أى ايصال اللباء.

(١٣) لأن الايصال و هو الارضاع.

(١٤) شروع فى مناقشه الماتن بوجوب إرضاع اللباء.

(١٥) كون الولد.

(١٦) بدون اللباء، لأنه مخالف للوجدان.

(١٧) حين إمكان العيش بدون اللباء.

ص: ٦٠٠

الوجوب (١) و العلامه قطع فى القواعد بكونه لا يعيش بدونه، و قيده بعضهم بالغالب و هو أولى (٢).

فى مده الرضاع

و يستحب للأم أن ترضعه (٣) طول المده المعتبره فى الرضاع) و هى (٤):

(١) عدم وجوب إرضاع اللباء.

(٢) لموافقته الوجدان، و عليه فلا يجب إرضاع اللباء إلا مع ثبوت الضرر على الولد بعدمه، فيتقدر بقدره.

(٣) بمعنى أن الأم أفضل المراضع بالنسبه إليه لخبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما من لبن يرضع به الصبى أعظم عليه بركه من لبن أمه) (١).

(٤) أى المده المعتبره حولين، و هى حد الرضاع لقوله تعالى: وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ (٢).

و ظاهر الآيه كون تمام الرضاع حولين، و هو لا ينافى جواز النقص منهما، و قد جوز الأصحاب الاقتصار على أحد و عشرين شهرا لظاهر قوله تعالى: وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا (٣) فإذا حملت به أمه تسعه أشهر كما هو الغالب بقى فصاله و هو مده رضاعه أحد و عشرين شهرا لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (الرضاع واحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور على الصبى) (٤)، و مثله غيره.

و أما الزيادة على الحولين فمقتضى الآيه أنه ليس من الرضاعه لتمامها بالحولين، و لكن ليس فى الآيه دلالة على المنع، و فى صحيح سعد بن سعد الأشعري عن الرضا عليه السلام (سألته عن الصبى هل يرضع أكثر من سنتين؟ فقال عليه السلام: عامين، قلت: فإن زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شىء؟ قال عليه السلام: لا) (٥)، و عن جماعه منهم المحقق قيدوا الزيادة بشهر و شهرين و ذكروا أنه مروى كما فى المسالك.

و على المشهور عدم الزيادة لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس للمرأة أن تأخذ فى رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين) (٦) و مثله خبر أبى بصير عنه عليه السلام (٧) و على -

ص: ٦٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٣٣.

٣- (٣) سورة الأحقاف، الآيه: ١٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.

٥- ((٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٤ و ٧.

«حولان كاملان لمن أراد أن يتم الرضاعة (١) فإن أراد (٢) الاقتصار على أقل المجزى فأحد و عشرون شهرا، و لا يجوز نقصانه عنها (٣)، و يجوز الزيادة على الحولين شهرا و شهرين خاصه (٤)، لكن لا تستحق المرضعه على الزائد أجره.

و إنما كان إرضاع الأم مستحبا، لأنّ لبنها أوفق بمزاجه، لتغذيته به في الرحم دما (٥).

(و الأجره كما قلناه) من كونها في مال الولد إن كان له مال، و إلا (٦) فعلى الأب و إن علا كما سيأتى مع يساره، و إلا فلا أجره لها، بل يجب عليها كما يجب عليها الانفاق عليه لو كان الأب معسرا.

(و لها ارضاعه) حيث يستأجرها الأب (بنفسها و غيرها) (٧) إذا لم يشترط - كل فمع الزيادة لا تستحق الأم على أبيه أجره الزائد، لعدم ضروره الولد للزائد بعد كون نهايه الرضاع حولين.

(١) و هذا اقتباس من الآيه الشريفه المتقدمه.

(٢) تذكير الضمير باعتبار لفظ (من أراد) الوارد في الآيه.

(٣) أى نقصان الرضاع عن أحد و عشرين شهرا، لأنه جور على الصبي كما في الخبر المتقدم.

(٤) كما عليه جماعه و أنه مروى على ما تقدم.

(٥) بل هو في الأصل دم اكتسى صوره اللبن بعد الولاده كما في المسالك.

(٦) فمع عدم يسار الأب و فقدان المال عند الولد فيجب على الأم النفقه حينئذ، و من جملتها الرضاع، فترضعه بدون أجره حينئذ.

(٧) إذا استأجر الأب الأم للرضاع، فإن كانت مطلقه بائنا فلا إشكال و لا خلاف، و لو كانت زوجه فالمشهور الجواز، و عن الشيخ في المبسوط المنع من استئجارها للارضاع لعدم القدره على التسليم باعتبار ملك الزوج للاستمتاع بها، و ضعفه ظاهر، لأن استئجار الزوج لزوجته اسقاط لحقه من الاستمتاع في وقت إرضاعها.

و إذا جازت الإجاره فإن صرّح باشتراط إرضاعه بنفسها تعين، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لا- يجوز لها إرضاعه غيرها، و إن فعلت فلا أجره لها.

و إن صرح بالعموم بين إرضاعه بنفسها أو غيرها، فلا شبهه في جواز الأمرين،-

ص: ٦٠٢

عليها ارضاعه بنفسها، كما في كل أجير مطلق (و هي أولى) بارضاعه و لو بالأجره (إذا قنعت بما يقنع به الغير) (١) أو أنقص، أو تبرعت بطريق أولى فيهما (و لو) -و تستحق الزوجه الأجره المسماه على كل حال.

و إن أطلق بأن استأجرها لإرضاعه فالمشهور جواز إرضاعها له بنفسها و غيرها، لأنها حينئذ أجير مطلق، و من شأنه جواز تحصيل المنفعه بنفسه و غيره.

و قيل: لا يجوز، لاختلاف المراضع في الحكم و الخواص، بعد دلالة العرف على مباشرتها، حتى قيل: إنه يجب تعيين المرضعه في العقد لذلك، و الأصح الرجوع إلى العرف فإن كان فهو، و إلا فيجوز لها أن ترضعه بنفسها أو غيرها تمسكا بالإطلاق و لها الأجره المسماه حينئذ.

(١) الأم أحق بإرضاع ولدها إذا رضيت بما يطلبه غيرها من أجره أو تبرع بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (الحبلى المطلقه ينفق عليها حتى تضع حملها، و هي أحق بولدها حتى ترضعه بما تقبله امرأه أخرى، إن الله يقول: لا تضارّ والده بولدها، و لا مولود له بولده) (١)، و خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل المرأه و هي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها، و إذا وضعت أعطاهما أجرها و لا يضارها، إلا أن يجد من هو أرخص أجرا منها، فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بابنها حتى تفضمه) (٢)، و خبر فضل أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: (فإن قالت المرأه لزوجها الذى طلقها: أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه فهي أحق به) (٣)، و هذه الأخبار صرحت بأنها الأولى لو أخذت بما تأخذه الغير، و من باب أولى فهي الأولى لو أخذت الأنقص أو تبرعت، و لازم هذا الحكم أنه لو تبرعت الغير و طلبت الأم الأجره فلا أولويه و كذا لو طلبت الغير أجره و طلبت الأم الزيادة، فلأب انتزاعه من الأم و تسليمه إلى الغير لخبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: (و إن وجد الأب من يرضعه بأربعه دراهم، و قالت الأم: لا أرضعه إلا بخمسه دراهم، فإن له أن ينزعه منها، إلا أن ذلك خير له و أرفق به أن يترك مع أمه) (٤) و نقل الشيخ في الخلاف عن بعضهم أن الأم أحق بالولد متى طلبت أجره المثل، و إن وجد الأب من يأخذ أقل أو يتبرع، لعموم قوله تعالى: فَإِنْ -

ص: ٦٠٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥ و ٢.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣ و ١.

(طلبت زياده) عن غيرها (جاز للأب انتزاعه منها و تسليمه إلى الغير) الذى يأخذ أنقص، أو يتبرع. و يفهم من قوله: انتزاعه و تسليمه: سقوط حضانتها (١) أيضا، و هو أحد القولين. و وجهه (٢) لزوم الحرج بالجمع بين كونه فى يدها (٣)، و تولى غيرها ارضاعه، و لظاهر روايه داود بن الحصين عن الصادق عليه السّلام: «إن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم و قالت الأم: لا أرضعه إلا بخمسه دراهم فإنّ له أن ينزعه منها».

و الأقوى بقاء الحضانه لها (٤)، لعدم تلازمهما (٥)، و حينئذ (٦) فتأتى المرضعه و ترضعه عندها مع الإمكان، فإن تعذر (٧) حمل الصبى إلى المرضعه وقت الارضاع -أَرْضَعَنَّ لَكُمْ فَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ (١)-، و قواه ابن إدريس، و هو المنقول عن بعض العامه، و هو محجوج بالأخبار المتقدمه.

(١) إذا طلبت الأم للرضاعه أجره زائده عن غيرها، فللزوم نزع الولد منها و تسليمه إلى الأجنبيه كما فى خبر داود بن الحصين المتقدم، و لكن هل تسقط حضانه الأم حينئذ، تردد المحقق فى الشرائع، وجه السقوط لظاهر الخبر، و للزوم الحرج بتردد المرضعه إليها فى كل وقت يحتاج الولد إلى الارضاع.

و وجه عدم السقوط أن الخبر ظاهر فى نزعه من جهه الرضاع لا- مطلقا، و عليه فتأتى المرضعه إليه إن أمكن و إلا حمل إليها وقت الحاجه، نعم إن تعذر ذلك سقط حقها من الحضانه حينئذ إلا إذا تبرعت بالارضاع فهى الأولى، و الثانى لم يخالف فيه أحد و إن تردد المحقق فى الشرائع.

(٢) وجه سقوط حضانتها.

(٣) يد الأم.

(٤) للام و إن أرضعته غيرها.

(٥) أى الحضانه و الارضاع، بحيث إذا انتفى أحدهما ينتفى الآخر، بل يمكن التفكيك بينهما.

(٦) و حين التفكيك بين الحضانه و الارضاع.

(٧) أى الإتيان.

ص: ٦٠٤

خاصه، فإن تعذر جميع ذلك (١) اتجه سقوط حقها من الحضانه، للخرج (٢)، والضرر.

(و للمولى إجبار أمته على الارضاع لولدها و غيره (٣) لأنَّ منافعها مملوكه له فله التصرف فيها كيف شاء، بخلاف الزوجه حرّه كانت أم مملوكه لغيره، معتاده لإرضاع أولادها أم غير معتاده، لأنه لا يستحق بالزوجيه منافعها و إنما استحق الاستمتاع.

في الحضانه

(و منها (٤) الحضانه) (٥) بالفتح و هي: ولايه على الطفل و المجنون لفائده تربيته و ما يتعلق بها (٦) من مصلحته من حفظه، و جعله في سريره، و رفعه، و كحله، و دهنه، و تنظيفه، و غسل خرقة، و ثيابه، و نحوه، و هي بالأئني أليق منها بالرجل (٧) (فالأم أحق بالولد مده الرضاع (٨). (١) من الإتيان و الحمل.

(٢) إما على الطفل أو من يحمله إليها أو على الأب.

(٣) غير الولد، للمولى إجبار أمته على الرضاع لولده منها، أو من غيرها، أو لغير ولده، بلا خلاف و لا إشكال، لأن جميع منافعها مملوكه له، سواء في ذلك منافع الاستمتاع و غيرها.

بخلاف الزوجه سواء كانت حره أو مملوكه لغيره، فلا يستحق بالزوجيه إلا حق الاستمتاع منها، و أما الرضاع فلا و لذا لا يجب عليها ارضاع ولدها منه إلا ما استثنى على ما تقدم بيانه.

(٤) أي و من أحكام الأولاد.

(٥) بالفتح و الكسر، و هي ولايه و سلطنه على تربيته الطفل و ما يتعلق بها من مصلحه حفظه و جعله في سريره و كحله و تنظيفه و غسل خرقة و ثيابه، و نحو ذلك.

(٦) بالتريه.

(٧) لمزيد شفتها في حفظ الولد، و مناسبه هذه الأمور لطبع النساء دون الرجال.

(٨) الأم أحق بالولد ذكرا كان أو أنثى مده الرضاع، و هي حولان كاملان، إذا أرضعته بلا خلاف فيه، أو أرضعته غيرها بلا خلاف معتد به و قد تقدم تردد المحقق في الشرائع، -

(وإن كان) الولد (ذكرا إذا كانت) الأم (حره (١) مسلمه (٢) عاقله (٣) (أو كانا) أى - وإنما الخلاف فيما بعد الحولين فالمشهور على أن الأم لها حضانه الذكر مده الرضاع، و لها حضانه الأنثى إلى سبع سنين جمعا بين خبر أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل المرأة و هى حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها، و إذا وضعت أعطها أجرها و لا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص أجرا منها، فإن هى رضيت بذلك الأجر فهى أحق بابنها حتى تطفمه) (١) و بين صحيح أيوب بن نوح قال: (كتب إليه بعض أصحابه كانت لى امرأه ولى منها ولد و خلّيت سبيلها فكتب عليه السّلام: المرأه أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأه) (٢)، و صحيحه الآخر (كتبت إليه مع بشر بن بشار: جعلت فداك رجل تزوج امرأه فولدت له ثم فارقتها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب عليه السّلام: إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله و إن تركه فله) (٣) بحمل الأول على الذكر و الأخيرين على الأنثى المؤيد بالاعتبار إذ الولد أنسب بتربيته الذكر و تأديبه كما أن الوالده أنسب بتربيته الأنثى و تأديبها.

و عن الصدوق أن لها حضانه الولد ما لم تتزوج لمرسل المنقرى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يطلق امرأته و بينهما ولد، أيهما أحق بالولد؟ قال عليه السّلام: المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج) (٤).

و عن الشيخ فى الخلاف و ابن الجنيد أن لها حضانه الأنثى ما لم تتزوج، و لها حضانه الذكر إلى سبع سنين جمعا بين الأخبار المتقدمه، و عن المفيد و سلّار أن لها حضانه الأنثى إلى تسع سنين، و قال عنه فى الجواهر: (إلا أنا لم نقف على مستنده اللهم إلا أن يقال:

إنها لما كانت مستوره و لا بدّ للأب من التبرج كثيرا لم يكن بدّ من ولىّ يربّيها إلى البلوغ وحده تسع سنين) انتهى.

(١) فلا حضانه للأمه، لأن منفعتها للسيد، و هى مشغوله به غير متفرغه للحضانه بلا خلاف فيه.

(٢) فلا حضانه للكافره إذا كان الولد مسلما بسبب إسلام أبيه، بلا خلاف فيه لقوله تعالى:

وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (٣).

(٣) فلا حضانه للمجنونه بلا خلاف فيه، لأن المجنون لا يتأتى منه الحفظ و التعهد، بل هو فى نفسه محتاج إلى من يحضنه.

ص: ٦٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٦ و ٧ و ٤.

٣- (٥) سورة النساء، الآية: ١٤١.

الأبوان معا (رقيقين أو كافرين) فإنه يسقط اعتبار الحريه فى الأول (١) و الإسلام فى الثانى (٢) لعدم الترجيح (٣)، و لو كانت الأم خاصه حره مسلمه فهى أحق بالولد مطلقا (٤) من الأب الرقّ أو الكافر (٥) إلى أن يبلغ و إن تزوجت (٦).

(فإن فصل) عن الرضاع (فالأم أحق بالأنثى إلى سبع سنين) (٧). و قيل: إلى تسع (٨). و قيل: ما لم تتزوج الأم (٩). و قيل إلى سبع فيهما (١٠)، و الأول مع شهرته جامع بين الأخبار المطلقه (١١) (و الأب أحق بالذكر) بعد فصاله (إلى البلوغ (١٢) و) أحقّ (بالأنثى بعد السبع) و الأقوى أنّ الخنثى المشكل هنا (١٣) كالأنثى استصحابا لولايه الأم الثابته عليه (١٤) ابتداء إلى أن يثبت المزيل، و لا ثبوت له (١٥) قبل السبع لعدم العلم بالذكوريه التى هى مناط زوال ولايتها عنه (١٦) بعد الحولين. و أصله (١) فيما لو كان الأبوان رقيقين.

(٢) فيما لو كان الأبوان كافرين.

(٣) أى عدم ترجيح أحد الأبوين على الآخر فيرجع إلى الحكم الثابت بحضانه الأم مدته الرضاع.

(٤) ذكرا كان أو أنثى.

(٥) أما الرقيه فهى مانع من حضانه الأب، لأن منفعتة للسيد، و هو مشغول به غير متفرغ للحضانه، و أما الكفر فهو مانع من حضانه الأب أيضا، لأن الحضانه ولايه و لا ولايه للكافر على المسلم.

(٦) أى الأم.

(٧) كما عليه المشهور.

(٨) كما عن المفيد و سائر.

(٩) كما عن الصدوق.

(١٠) فى الذكر و الأنثى كما عن الشيخ فى الخلاف و ابن الجنيد بشرط عدم تزويجها.

(١١) فى إثبات السبع أو مطلق الحضانه ما لم تتزوج أو إثبات مدته الرضاع.

(١٢) تتمه كلام المشهور.

(١٣) فى الحضانه.

(١٤) على الخنثى.

(١٥) للمزيل.

(١٦) عن الذكر.

ص: ٦٠٧

عدم استحقاقه (١) الولايه قبلها (٢). هذا كله إذا كان الأبوان موجودين فإن مات أحدهما كان الآخر أحق بالولد مطلقا (٣) من جميع الأقارب إلى أن يبلغ (٤) (و) كذلك (الأم أحق من الوصى) أى وصى الأب (بالابن) (٥) و كذا بالبنت بعد السبع كما هي (٦) أحق من الأقارب (٧) و إن تزوجت.

(فإن فقد الأبوان (٨). (١) أى عدم استحقاق الأب.

(٢) قبل السبع.

(٣) من ذكر أو أنثى.

(٤) أى الولد، بلا خلاف فيه، فلو مات الأب فالأم أحق بالحضانه من الوصى و باقى الأقارب لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و ليس للوصى أن يخرج من حجرها حتى يدرك، و يدفع إليه ماله) (١)، و خبر داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السلام (فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه) (٢)، بلا- فرق بين ما لو تزوجت أو لا، لإطلاق النصوص و منه يعرف الحكم لو ماتت هي فى زمن حضانتها فالأب أحق بالولد من وصيها و من باقى أقاربها.

(٥) بعد الحولين.

(٦) أى الأم.

(٧) أى أقارب الأب حتى أبيه و أمه.

(٨) اعلم أنه لا نص فى مستحق الحضانه بعد الأبوين، و لذا اختلف الأصحاب اختلافا كثيرا.

فعن الأكثر أن الحكم إلى باقى الأقارب و الأرحام على ترتيب الارث لعموم قوله تعالى:

وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ، و الأولويه تشمل الإرث و الحضانه و غيرهما، و عليه فينظر إلى الموجود من الأقارب و يقدر فلو كان وارثا فيحكم له بحق الحضانه، ثم إن كان واحدا اختص، و إن تعدد اقرع بينهم لما فى اشتراكهم فى الحضانه من الإضرار بالولد.

و عن الشيخ فى موضع من المبسوط و العلامه فى القواعد و قبله المحقق فى الشرائع و ابن-

ص: ٦٠٨

١- (١) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

(فالحضانه لأب الأب) لأنه (١) أب فى الجملة، فىكون أولى من غيره من الأقارب، ولأنه أولى بالمال فىكون أولى بالحضانه، و بهذا (٢) جزم فى القواعد، فقدّم الجد للأب على غيره من الأقارب، و يشكّل بأن ذلك (٣) لو كان موجبا لتقديمه لاقتضى تقديم أم الأم عليه (٤)، لأنها (٥) بمنزله الأم، و هى (٦) مقدمه على الأب على ما فصل (٧)، و ولايه المال لا مدخل لها فى الحضانه، و إلا (٨) لكان الأب أولى من الأم، و كذا الجد له (٩) و ليس كذلك إجماعا، و النصوص خاليه من غير الأبوين من الأقارب، و إنما أستفيد حكمهم (١٠) من آيه أولى الأرحام، و هى لا تدل على تقديمه (١١) على غيره من درجته، و بهذا (١٢) جزم فى المختلف و هو أجود.

-إدريس و كذا عن جماعه أن الحضانه مع فقد الأبوين لأب الأب مقدا على غيره من الأخواه و الأجداد و الجدات و إن شاركوه فى الإرث، لأن الجد للأب أب فى الجملة فىكون أولى من غيره من الأقارب، و لأنه أولى بالمال فىكون أولى بالحضانه.

و فىه أن ذلك لو كان موجبا لتقديمه لاقتضى تقديم أم الأم عليه، فإنها بمنزله الأم، و هى مقدمه على الأب على ما فصل فى مده الرضاع، و أما ولايه المال فلا مدخل لها فى الحضانه، و إلا لكان الأب أولى من الأم، و كذا الأب للأب فهو أولى من الأم، هذا بالإضافة إلى أن النصوص خاليه من غير الأبوين كما عرفت و قد استفيد حكم الأقارب فى الحضانه من آيه أولى الأرحام، و هى لا تدل على تقديم أب الأب على غيره ممن شاركه فى درجته.

و أما بقيه الأقوال فسيأتى التعرض لها فيما بعد.

(١) أى أب الأب.

(٢) من ثبوت الحضانه لأب الأب عند فقد الأبوين.

(٣) من كونه أبا فى الجملة.

(٤) على أب الأب.

(٥) أى أم الأم.

(٦) أى الأم.

(٧) فى الذكر إلى الحولين، و فى الانثى إلى سبع.

(٨) بأن كان لولايه المال مدخل فى الحضانه.

(٩) للأب.

(١٠) حكم الأقارب.

(١١) أى تقديم أب الأب.

(١٢) من عدم تقديم أب الأب على غيره فى درجته.

ص: ٦٠٩

(فإن فقد أبو الأب) (١) أو لم نرجحه (٢) (فالأقرب: الأقرب (٣) منهم) إلى الولد (فالأقرب) على المشهور لآيه أولى الأرحام، فالجده لأم كانت أم لأب، وإن علت أولى (٤) من العمه و الخاله، كما أنهما (٥) أولى من بنات العمومه و الخئوله (٦) و كذا الجده الدنيا و العمه (٧) و الخاله أولى من العليا منهن، و كذا ذكور كل مرتبه (٨)، ثم إن اتحد الأقرب فالحضانه مختصه به (٩)، و إن تعدد أقرع بينهم لما فى اشتراكها (١٠) من الإضرار بالولد.

و لو اجتمع ذكر و أنثى (١١) ففى تقديم الأنثى قول (١٢)، مأخذه: تقديم الأم (١٣) على الأب، و كون الأنثى (١٤) أوفق لتربيته الولد، و أقوم بمصالحه لا سيما الصغير و الأنثى، و اطلاق الدليل (١٥) المستفاد من الآيه يقتضى التسويه بينهما (١٦)، (١) بناء على القول المتقدم.

(٢) كما عليه الأكثر على ما عرفت.

(٣) على حسب مراتب الإرث.

(٤) لأنها من الطبقة الثانيه فهى أولى من العمه و الخاله اللتين فى الطبقة الثالثه.

(٥) أى العمه و الخاله.

(٦) فالعمه أقرب من بنات العم و العمه، و الخاله أقرب من بنات الخال و الخاله، و إن كان الجميع من طبقه واحده.

(٧) أى الدنيا و كذا الخاله الدنيا.

(٨) فالأدنى منهم أولى من الأعلى و إن اتحدت مرتبتهم.

(٩) بالمتحد لتعيينه.

(١٠) أى اشتراك الحضانه.

(١١) من نفس الدرجه على القول بتقديم الأقرب فالأقرب على حسب مراتب الإرث.

(١٢) هو للعلامه فى التحرير و قد اعترف بعدم النص فيه، و لكن التقديم للاعتبار، و قد ذكره الشارح.

(١٣) الدليل الأول، و هو تقديم الأم على الأب مع اتفاقهما فى الطبقة، فيجربى الحكم فى بقيه الطبقات. و هو قياس محض.

(١٤) دليل ثان، و هو استحسان بحت.

(١٥) رد على هذا القول.

(١٦) بين الذكر و الأنثى عند اجتماعهما فيما لو كانا من طبقه واحده.

كما يقتضى (١) التسويه بين كثير النصيب وقليله (٢)، و من يمت (٣) بالأبوين و بالأُم خاصه، لاشتراك الجميع فى الإرث (٤).

و قيل (٥): إن الأخت من الأبوين أولى (٦) من الأخت من الأم، و كذا أم الأب أولى (٧) من أم الأم، و الجده أولى (٨) من الأخوات، و العمه أولى من الخاله (٩) نظرا إلى زياده القرب، أو كثره النصيب.

و فيه (١٠) نظر بين، لأنَّ المستند - و هو الآيه - مشترك (١١)، و مجرد ما ذكر (١٢) لا يصلح دليلا.

(١) أى الدليل المستفاد من الآيه.

(٢) فيما لو اجتمعت أخت لأبوين مع أخت لأم، فالثانيه لها السدس و الباقي للأولى، و لكن الدليل يقتضى التسويه، و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط تقديم الأخت من الأبوين لكثره نصيبها، و هذه الكثره داله على زياده القرب، و كذا تقديم أم الأب على أم الأم، لأن الثانيه لها الثلث و الباقي للأولى.

و فيه: أن الدليل المستفاد من آيه أولى الأرحام هو التسويه بينهما لاشتراكهما فى أصل استحقاق الإرث.

(٣) أى ينتسب إلى الوليد بأبويه فهو ليس بأولى ممن يمتّ إلى الوليد بأمه فقط، لاشتراكهما فى أصل استحقاق الإرث بعد اتحاد طبقتهما.

(٤) أى أصل الإرث.

(٥) هو للشيخ كما نسبه إليه العلامه فى التحرير و قد اختاره فى القواعد.

(٦) من ناحيه زياده القرب و من ناحيه كثره النصيب.

(٧) من ناحيه كثره النصيب فقط.

(٨) هو قول للشيخ فى الخلاف محتجا بأنها أم فيشملها نصوص الأم المتقدمه بخلاف الأخت، و فيه: أنه يصح سلب الأم عنها حقيقه بل يقال: هى أم الأم، و لذا ذهب فى المبسوط إلى تساوى الجده مع الأخت، و على كل فقوله فى الخلاف مبنى على زياده القرب.

(٩) لأنَّ للخاله الثلث و للعمه الثلثان، و هو ترجيح على كثره النصيب، و هو قول للشيخ، و لكنه ضعيف لما تقدم.

(١٠) فى القول المتقدم عن الشيخ و الذى وافقه عليه العلامه فى القواعد.

(١١) أى مشترك بين الجميع إذا كانوا من طبقه واحده.

(١٢) من زياده القرب أو كثره النصيب.

وقيل (١): لا حضانه لغير الأبوين اقتصارا على موضع النص.

و عموم الآيه يدفعه.

(و لو تزوجت الأم) بغير الأب مع وجوده (٢) كاملا (٣) (سقطت حضانتها) (٤) (١) شروع فى عرض بقيه الأقوال التى قيلت فى الحضانه عند فقد الأبوين،

و منها: ما عن العلامه فى القواعد أنه مع فقد الأبوين فالحضانه إلى الأجداد، و هم مقدمون على الأخوه، و مع فقد الأجداد فينتقل إلى بقيه مراتب الإرث،

و منها: أنه لا حضانه لغير الأبوين لعدم النص، و ذهب إليه ابن إدريس و مال إليه المحقق فى الشرائع، و هناك أقوال آخر أيضا.

(٢) أى وجود الأب و إلا فلو تزوجت مع موته فقد عرفت أن لها الحضانه إلى أن يبلغ الولد، لأنها أولى من العصبه حينئذ.

(٣) حال من الضمير فى قوله (مع وجوده) أى كان الأب موجودا كاملا من حيث الإسلام و الحريه و العقل، و إلا فلو كان غير كامل فالحضانه لها لما تقدم و لو تزوجت.

(٤) لو تزوجت الأم بعد ما طلقها الأب كان الأب أحق بالولد منها، بلا خلاف فيه لمرسل المنقرى (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته، و بينهما ولد، أيهما أحق بالولد؟ قال: المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج) (١)، و خبر داود الرقى قال (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه حره نكحت عبدا فأولدها أولادا، ثم إنه طلقها فلم تقم مع ولدها و تزوجت، فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد أن يأخذ ولده منها و قال: أنا أحق بهم منك إن تزوجت، فقال عليه السلام: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوجت حتى يعتق، هى أحق بولدها منه ما دام مملوكا، فإذا أعتق فهو أحق بهم منها) (٢) و للنبوى العامى (الأم أحق بحضانه ابنها ما لم تتزوج) (٣) و النبوى الآخر (أن امرأه قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطنى له و عاء، و ثديى له سقاء، و حجرى له حواء، و إن أباه طلقنى و أراد أن ينتزعه منى، فقال لها النبى صلى الله عليه و آله و سلم: أنت أحق به ما لم تنكحى) (٤)، مؤيدا بالاعتبار من أنها بالتزويج تشتغل بحقوق الزوج عن الحضانه.

ص: ٦١٢

١- (١) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.

٤- (٤) سنن البيهقى ج ٨ ص ٤.

للنص و الإجماع (فإن طلقت (١) عادت) الحضانه على المشهور لزوال المانع منها (٢)، و هو تزويجها و اشتغالها بحقوق الزوج التي هي (٣) أقوى من حق الحضانه.

وقيل: لا- تعود لخروجها (٤) عن الاستحقاق (٥) بالنكاح فيستصحب (٦)، و يحتاج عوده (٧) إليها إلى دليل آخر. و هو (٨) مفقود، و له (٩) وجه وجيه لكن الأشهر الأول، و إنما تعود (١٠) بمجرد الطلاق إذا كان بائنا، و إلا (١١) فبعد العده إن بقي لها شيء من المده (١٢)، و لو لم يكن الأب موجودا (١٣) لم تسقط حضانتها بالتزويج مطلقا (١٤)، كما مر.

في أن الولد إذا بلغ رشيدا سقطت الحضانه عنه

(و إذا بلغ الولد رشيدا سقطت الحضانه عنه) (١٥)، لأنها ولايه، و البالغ -و ظاهر الأخبار المتقدمه سقوط حق حضانتها بمجرد عقد النكاح و إن لم يحصل دخول يقتضى التشاغل في حق الزوج.

(١) أي طلقت من الزوج الثاني، فإن كان الطلاق رجعيا فالحكم بالسقوط باق، لأنها بحكم الزوجه، و إن كان بائنا فالأكثر على أن الحضانه ترجع على الأكثر، لوجود المقتضى و فرض ارتفاع المانع، إذ المانع زوجيتها المشغله لها عن الحضانه، و قد ارتفع بالطلاق.

و عن ابن إدريس عدم الرجوع لاستصحاب السقوط بعد عدم الدليل على العود.

(٢) من الأم.

(٣) أي حقوق الزوج.

(٤) أي الأم.

(٥) أي استحقاق الحضانه.

(٦) أي عدم استحقاقها.

(٧) أي عود الاستحقاق إلى الأم.

(٨) أي الدليل الآخر.

(٩) لهذا القول.

(١٠) أي الحضانه على المشهور.

(١١) بأن كان رجعيا.

(١٢) أى مدة الحضانه.

(١٣) وكذا لو كان موجودا و كان كافرا أو رقا أو غير عاقل.

(١٤) دواما و متعه، و سواء كان الولد ذكرا أم أنثى، و سواء طلقت أم لا، و سواء فى مدة الحضانه أم لا حتى يبلغ الولد.

(١٥) إذا بلغ الولد رشيدا سقطت ولايه الأبوين عنه، بلا خلاف فيه، بلا فرق بين الذكر -

ص: ٦١٣

الرشيد لا ولايه عليه لأحد، سواء في ذلك الذكر والأنثى، البكر والثيب لكن يستحب له (١) أن لا يفارق أمه خصوصا الأنثى (٢) إلى أن تتزوج.

و اعلم أنه لا شبهه في كون الحضانه حقا لمن ذكر (٣)، و لكن هل تجب عليه (٤) مع ذلك (٥) أم له إسقاط حقه منها؟ الأصل (٦) يقتضى ذلك (٧)، و هو الذى صرح به المصنف فى قواعده فقال: لو امتنعت الأم من الحضانه صار الأب أولى به، قال: و لو امتنعا معا فالظاهر إيجاب الأب، و نقل عن بعض الأصحاب وجوبها و هو حسن، حيث يستلزم تركها تضييع الولد إلا أنّ حضانه حينئذ (٨) تجب كفايه (٩) كغيره (١٠) من المضطرين، و فى اختصاص الوجوب (١١) بذى الحق نظر. و ليس فى الأخبار ما يدل على غير ثبوت أصل الاستحقاق (١٢).

و الأنثى، و كان الخيار إليه فى الانضمام إلى من شاء، نعم كرهوا للبت مفارقه أمها إلى أن تتزوج.

و عن بعض العامه جعل الخيار فى الانضمام بعد التمييز من الولد لا بعد البلوغ و الرشد، و بعضهم خص الخيار بالذكر، و بعضهم منع من التخيير كأبى حنيفه و مالك.

(١) للولد.

(٢) ظاهرها بل صريحها أن الحكم الاستجابى شامل للذكر كشموله للأنثى، مع أنه فى المسالك خصه بالأنثى فقط.

(٣) من الأم و الأب، و سائر الأقارب عند فقدهما.

(٤) أى هل تجب الحضانه على من ذكر.

(٥) أى مع كونها حقا له فهى واجبه عليه و لا يجوز له إسقاط حقه منها.

(٦) أصله البراءه عن الوجوب.

(٧) أى جواز إسقاط حقه منها.

(٨) حين استلزام الترك تضييع الولد.

(٩) بين جميع الناس من غير اختصاص بذى الحق، فلا يكون الاستلزام المذكور للترك باعنا للوجوب العينى على ذى الحق.

(١٠) أى غير الولد.

(١١) العينى بحيث لا يجوز له إسقاط حقه منها.

(١٢) و هو لا يستلزم الوجوب فيجوز الإسقاط، و يؤيده بل يدل عليه تعليق الحضانه للأم على مشيئتها كما فى صحيح أيوب بن نوح (كتب إليه بعض أصحابه: كانت لى امرأه ولى -

(النظر الثاني في النفقات) (و أسبابها ثلاثه (١): الزوجيه. و القرابه) البعضيه (٢)(و الملك).

الأول في نفقه الزوجه

(فالأول (٣): تجب نفقه الزوجه بالعقد الدائم) (٤) دون المنقطع سواء في -منها ولد و خليت سبيلها، فكتب عليه السّلام: المرأه أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأه(١)، و التعبير بحضانتها بأنها أحق به كما في خبر الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فإن هى رضيت بذلك الأجر فهى أحق بابنها حتى تطفمه) ٢ و مثله غيره، و هذان التعبيران ظاهران فى أن الحضانه حق للأم، و مقتضى الحق جواز إسقاطه، و هو دليل على عدم وجوب الحضانه على ذى الحق.

(١) لا تجب النفقه من حيث هى نفقه إلا بأحد أسباب ثلاثه: الزوجيه و القرابه و الملك بالاتفاق.

(٢) بأن يكون القريب بعضا أى جزءا من قريبه كما بين الآباء و الأولاد، فالولد بعض الأب.

(٣) أى السبب الأول الذى هو الزوجيه.

(٤) تجب النفقه للزوجه بالاتفاق و يدل عليه قوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ (٢)، و قوله تعالى: وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٣)، و الأخبار.

منها: صحيح الفضيل و ربعى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قوله تعالى: و من قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله، قال عليه السلام: إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه و إلا فزق بينهما)(٤)، و موثق إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن حق المرأه على زوجها، قال عليه السلام: يشبع بطنها و يكسو جثتها و إن جهلت غفر لها) ٦، و خبر العرزمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاءت امرأه إلى النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فسألته عن حق الزوج على المرأه فخبّرها، ثم قالت: فما حقها عليه؟ قال: يكسوها من العرى و يطعمها من الجوع،-

ص: ٦١٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٦ و ٢.

٢- (٣) سورة النساء، الآية: ٣٤.

٣- (٤) سورة البقره، الآية: ٢٣٣.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ١ و ٣.

ذلك (١) الحرّ و الأمه المسلمه و الكافره (بشرط التمكين الكامل) و هو أن تخلى بينه و بين نفسها قولاً و فعلاً (فى كل زمان و مكان يسوغ فيه الاستمتاع) فلو بذلت فى زمان دون زمان، أو مكان كذلك (٢) يصلحان (٣) للاستمتاع، فلا نفقه لها، و حيث كان (٤) مشروطاً بالتمكين. (فلا نفقه للصغيره) (٥) التى لم تبلغ سناً يجوز الاستمتاع -و إذا أذنبت غفر لها، قالت: ليس لها عليه شىء غير هذا، قال: لا (١) و مثلها غيرها، و هذه النفقه مشروطه بشرطين، العقد الدائم و التمكين التام، أما العقد الدائم فلا نفقه لذات العقد المنقطع بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر هشام عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث المتعه (و لا نفقه و لا عده عليك) (٢) ، و أما التمكين التام فقد تقدم تفسيره فى مبحث النشوز و أنه التخليه بينه و بين نفسها فى كل زمان و مكان مما يسوغ فيه الاستمتاع، و على كل فاعباره متفق عليه، و يدل عليه خبر تحف العقول عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فى خطبه الوداع (إن لنسائكم عليكم حقاً و لكن عليهن حقاً، حقكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم و لا يدخلن بيوتكم أحداً تكرهونه إلا بإذنكم، و أن لا يأتين بفاحشه، فإن فعلن فإن الله قد أذن لكم أن تعضلوهنّ و تهجروهنّ فى المضاجع و تضربوهنّ ضرباً غير مبرح، فإذا انتهين و أطعنكم فعليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف) (٣) ، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: أيما امرأه خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقه لها حتى ترجع) (٤).

(١) من وجوب النفقه للزوجه بالعقد الدائم.

(٢) أى دون مكان.

(٣) أى الزمان و المكان اللذان لم يبذل فيهما الاستمتاع.

(٤) أى وجوب النفقه.

(٥) اعلم أن النفقه ثابتة بعد العقد و التمكين و تسقط بالنشوز و عليه فقد وقع البحث بينهم هل النفقه واجبه بالعقد بشرط التمكين التام، أم تجب بالعقد و يسقطها النشوز، و المشهور هو الأول بل فى الرياض: (كاد أن يكون إجماعاً مع أنا لم نقف على مخالف فيه صريح) -

ص: ٦١٦

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب المتعه حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النفقات حديث ٢ و ١.

-و استدلل له بالسيره بين المتشرعه على عدم النفقه قبل الزفاف الكاشفه عن كون التمكين شرطاً، و بما ورد أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم تزوج و دخل بعد سنين، و لم ينفق إلا بعد دخوله(1)، و للنبوى (اتقوا الله فى النساء فإنهن عوارى عندكم، اتخذتموهن بأمانه الله، و استحلتم فروجهن بكلمه الله، و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف)(2)، فإنه صَلَّى الله عليه و آله و سلم أوجب لهن من الرزق و الكسوه إذا كنَّ عندهم، بالإضافة إلى أن العقد يوجب المهر عوضاً فلا يوجب عوضاً آخر، و أيضاً النفقه مجهوله و العقد لا- يوجب مالا- مجهولاً و أيضاً أن الأصل براءة الذمه من وجوب النفقه خرج منه حاله التمكين، فيبقى الباقي على الأصل من عدم وجوب النفقه، و منه ما قبل التمكين، و بهذا كله يظهر أن الموجب للنفقه هو التمكين، و لذا جعل شرطاً فى النفقه، و قد نوقشت هذه الأدله أو بعضها بأن الأدله الداله على وجوب الانفاق على الزوجه غير مقیده بالتمكين التام، و لا ضير فى كون العقد يوجب شيئين مختلفين كما فى شراء الدابه و المملوك فالعقد يوجب الثمن و يوجب الانفاق، و مع كل هذا فقد سمعت عدم وجود المخالف.

ثم على القول بكون التمكين شرطاً فهل المعتبر إظهاره باللفظ بأى لفظ كان، كأن تقول:

سلمت نفسى إليك كما عن المشهور، أو المعتبر إظهاره التمكين بالأعم من القول و الفعل، فإما أن تقول: سلمت نفسى أو أن تعرض نفسها عليه كما هو مذهب جماعه على ما قيل، نعم هو مذهب كاشف اللثام.

او المعتبر التخليه بينه و بين نفسها من دون ممانعه منها و هذا ما اختاره الشارح هنا، و الظاهر الأخير لصدق أنها ممكنه له، بعد عدم تعرض النصوص لمعنى التمكين، فلا بد من حمله على المعنى العرفى ثم إن الأصحاب فرّعوا على النزاع فى شرطيه التمكين و مانعيه النشوز أموراً.

منها: ما لو تنازع الزوجان فى التمكين و النشوز، بأن ادعى الزوج النشوز و الزوجه التمكين، فعلى القول بشرطيه التمكين فقول الزوج مقدم، إذ الأصل عدم التمكين، و على القول بمانعيه النشوز فقول الزوجه مقدم، لأصاله عدم تحقق النشوز الموجبه لسقوط النفقه الواجبه بالعقد،

و منها: ما لو كانت الزوجه صغيره فعلى القول بشرطيه التمكين لا نفقه لها لعدم تحقق التمكين من جانبها، و لو مكنت منه لعدم صلاحيتها لذلك، لأن التمكين التام فى الشرع-

ص: ٦١٧

١- (١) سنن النسائى ج ٦ ص ١٣١.

٢- (٢) سنن النسائى ج ٧ ص ٣٠٤.

بها بالجماع - على أشهر القولين - لفقد الشرط و هو التمكين من الاستمتاع. و قال ابن إدريس: تجب النفقة على الصغيره لعموم وجوبها على الزوجه، فتخصيصه (١) بالكبيره الممكنه يحتاج إلى دليل، و سيأتي الكلام على هذا الشرط (٢) و لو انعكس (٣) بأن كانت كبيره ممكنه و الزوج صغيرا و جبت النفقه (٤) لوجود المقتضى (٥) و انتفاء المانع (٦)، لأنّ الصغر (٧) لا يصلح للمنع، كما فى نفقه الأقارب فإنها تجب على الصغير و الكبير، خلافا للشيخ محتجا بأصالة البراءه، و هى (٨) مندفعه بما دل على وجوب نفقه الزوجه الممكنه أو مطلقا (٩)، و لو قيل (١٠) إنّ الوجوب من باب خطاب الشرع (١١) المختص بالمكلفين أمكن جوابه (١٢) بكون التكليف (١٣) هنا - هو التمكين بعد البلوغ، و قالوا إنها على القول بمانعيه النشوز لها النفقه لعدم نشوزها و إن لم يتحقق التمكين.

و عن ابن إدريس وجوب النفقه للصغيره حتى على القول باشتراط التمكين، لأن التمكين شرط فى وجوب النفقه على فرض إمكان حصوله، و ليست الصوره المفروضه هنا مما يمكن فيها حصول التمكين شرعا.

(١) أى تخصيص وجوب النفقه.

(٢) من كون التمكين شرطا فى النفقه.

(٣) أى الفرض.

(٤) على المشهور لتحقق التمكين من قبلها الذى هو شرط أو عدم النشوز، و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و ابن البراج فى مهذبته عدم النفقه، لأنه بعدم أصليته للتمتع فلا أثر للتمكين فى حقه، لأن التمكين شرط التمكين، و التمكين منتف فكذا التمكين.

(٥) للنفقه و هو الزوجيه.

(٦) إذ لا يتصور مانع إلا صغر الزوج، و هو ليس بمانع بعد تحقق التمكين من قبلها، فعدم التمكين غير مستند إلى الزوجه بل إلى الزوج.

(٧) أى صغر الزوج.

(٨) أى أصالة البراءه.

(٩) أى و إن لم تمكنه بناء على أن النشوز مانع.

(١٠) من جانب الشيخ.

(١١) و خطابه مختص بالمكلفين، فلذا لا نفقه على الزوج الصغير.

(١٢) أى وجوب القيل.

(١٣) بوجوب الانفاق.

ص: ٦١٨

متعلقا بالولي: أن يؤدي من مال الطفل، كما يكلف (١) بأداء أعراض متلفاته التي لا خلاف في ضمانه (٢)، أو قضاء ديونه و غراماته.

(و لا للناشزه) (٣) الخارجه عن طاعه الزوج و لو بالخروج من بيته بلا أذن (٤)، و منع (٥) لمس بلا عذر.

(و لا للساكنه بعد العقد ما) أى مده (لم تعرض التمكين عليه) بأن تقول (٦):

سلمت نفسى إليك فى أى مكان شئت، و نحوه و تعمل بمقتضى قولها حيث يطلب، و مقتضى ذلك (٧) أن التمكين الفعلى خاصه (٨) غير كاف (٩)، و أنه (١٠) لا- فرق فى ذلك (١١) بين الجاهله بالحال و العالمه، و لا بين من طلب منها التمكين و طالبتة بالتسليم (١٢) و غيره.

و هذا (١٣) هو المشهور بين الأصحاب، و استدلوا عليه بأن الأصل براءة الذمه (١) أى الولي.

(٢) أى ضمان الصغير.

(٣) بلا خلاف فيه إما لعدم تحقق شرط النفقه و هو التمكين، و إما لكون النشوز مانعا من النفقه.

(٤) كما فى خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أيما امرأه خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقه لها حتى ترجع) (١).

(٥) عطف على الخروج أى و لو كان النشوز بمنع لمس بلا عذر.

(٦) بناء على اشتراط إظهار التمكين بالقول، و إلا فهى غير ممكنه و قد تقدم ضعفه و أنه يكفى التخليه بينه و بين نفسها.

(٧) من حصر التمكين بالإظهار القولى.

(٨) دون القولى.

(٩) فى وجوب النفقه، لحصر التمكين بالقولى.

(١٠) أى الشأن و الواقع، و المعنى أن مقتضى حصر التمكين بالقولى.

(١١) فى عدم النفقه حال السكوت.

(١٢) أى تسليم النفقه.

(١٣) من أن النفقه مشروطه بالتمكين و ليس النشوز مانعا و قد وجبت بالعقد على ما تقدم بيانه.

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النفقات حديث ١.

من وجوب النفقه خرج منه (١) حال التمكين بالإجماع فيبقى الباقي على الأصل.

و فيه نظر، لأن النصوص (٢) عامه أو مطلقه فهي قاطعه للأصل (٣) إلى أن يوجد المخيصة والمقيّد (٤)، إلا أنّ الخلاف (٥) غير متحقق، فالقول بما عليه الأصحاب متعين.

و تظهر الفائده (٦) فيما ذكر (٧) و فيما إذا اختلفا في التمكين (٨)، و في وجوب قضاء النفقه الماضيه (٩)، فعلى المشهور (١٠) القول قوله في عدمهما (١١) عملاً بالأصل فيهما (١٢).

و على الاحتمال (١٣) قولها (١٤) لأن الأصل بقاء ما وجب (١٥)، كما يقدم (١) من الأصل.

(٢) هذا هو الكلام الذى وعد به الشارح سابقاً عند قوله: (و سيأتى الكلام على هذا الشرط).

(٣) التى أوجبت نفقه الزوجه على الزوج.

(٤) من براه ذمه الزوج من النفقه إلا عند التمكين.

(٥) فى شرطيه التمكين للنفقه.

(٦) بين كون التمكين شرطاً فى النفقه و بين كون النشوز مانعاً عنها بعد ثبوتها بالعقد.

(٧) من عدم النفقه للصغيره، و من عدم النفقه للساكنه بعد العقد ما لم تعرض التمكين القولى، أما الفائده فى الصغيره فقد تقدمت، و أما فى الساكنه فعلى القول باشتراط التمكين و أنه لا يتحقق إلا بالقول فمع عدم تلفظها لا نفقه لها لعدم الشرط، و أما على القول بكون النشوز مانعاً فالنفقه ثابتة لها لعدم تحقق النشوز منها و إن لم يتحقق التمكين.

(٨) بحيث ادعى الزوج النشوز و ادعت التمكين و قد تقدم شرحه.

(٩) بحيث يدعى الزوج عدم وجوب النفقه الماضيه لأنها ناشزه، و تدعى هى وجوب النفقه الماضيه لأنها ممكنه، فعلى القول باشتراط التمكين فالقول قوله مع يمينه لأصالة عدم التمكين، و على القول بكون النشوز مانعاً فالقول قولها مع يمينها لأصالة عدم تحقق النشوز.

(١٠) من اشتراط النفقه بالتمكين.

(١١) أى عدم التمكين و عدم وجوب قضاء النفقه الماضيه.

(١٢) أى فى صورتين.

(١٣) من كون النشوز مانعاً.

(١٤) أى فالقول قول الزوجه، لأن النفقه ثابتة بالعقد، و الأصل استمرار ما وجب بالعقد، و هو يدعى السقوط لدعواه النشوز فعليه بينه النشوز المسقط للنفقه.

(١٥) من النفقه بسبب العقد.

ص: ٦٢٠

قولها لو اختلفا في دفعها مع اتفاقهما على الوجوب (١).

(١) أي وجوب النفقة فلو ادعى الزوج دفع النفقة و أنكرت الزوجه فالقول قولها مع يمينها لأصالة عدم الدفع.

ثم إن هناك فروعا مهمه قد تركها الشهيدان هنا،

و منها: أن النفقة تثبت للزوجه الدائمه الممكنه و إن كانت ذميه أو أمه، بلا خلاف فيه لإطلاق الأدله.

و منها: أن النفقة ثابتة للمطلقه الرجعيه بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح سعد بن أبي خلف (سألت أبا الحسن موسى عليه السّلام عن شيء من الطلاق، فقال عليه السّلام: إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها، و ملكت نفسها و لا سبيل له عليها و تعتدّ حيث شاءت و لا نفقه لها.

قلت: أليس الله يقول: لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن، قال: إنما عنى بذلك التي تطلق تطليقه بعد تطليقه، فتلك التي لا تخرج و لا- تخرج حتى تطلق الثالثه، فإذا طلقت الثالثه فقد بانت منه و لا نفقه لها، و المرأه التي يطلقها الرجل تطليقه ثم يدعها حتى يخلو أجلها فهذه أيضا تقعد في منزل زوجها و لها النفقه و السكنى حتى تنقضى عدتها(١)، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (المطلقه ثلاثا ليس لها نفقه على زوجها، إنما ذلك للتي لزوجها عليها رجعه)٢ و مثلها غيرها.

و منها تعرف عدم النفقه للمطلقه باننا إذا كانت غير حامل، بلا خلاف فيه، و أما لو كانت حاملا فتجب النفقه حتى تضع لقوله تعالى: وَ إِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢)، و للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يطلق امرأته و هى حبلى قال: أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها حتى تضع حملها(٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (الحامل أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها(٤)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (الحبلى المطلقه ينفق عليها حتى تضع حملها)٥-٦.

ص: ٦٢١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النفقات حديث ١ و ٢.

٢- (٣) سورة الطلاق، الآية: ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب النفقات حديث ١.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب النفقات حديث ٣ و ٤.

(و الواجب) على الزوج (١) (القيام بما تحتاج إليه المرأة) التي تجب - و اختلفوا في أن النفقة هل هي للحمل كما عليه الأكثر، أو هي للأم كما عليه ابن حمزه، و توقف جماعه منهم الشهيد الثاني.

و استدل للأول بأن النفقة هنا تدور مدار الحمل لأنها لو كانت حائلا فلا نفقة لها، فلما وجبت النفقة بوجود الحمل و سقطت بعدمه دل على أن النفقة له.

و استدل للثاني بأن النفقة لو كانت للحمل لوجبت نفقته دون نفقتها مع أن الأخبار قد صرحت بنفقتها، و لو كانت النفقة للحمل لكانت نفقه للأقارب و هي غير مقدره بحال الزوج بخلاف نفقه الزوجه، و لو كانت النفقة للحمل لوجبت على الجد كما لو كان الحمل منفصلا، و لسقطت إذا كان الحمل موسرا يارث أو وصيه قد قبلها وليه.

و من جملة الفروع التي تركها الشهيدان هنا المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا فلا نفقة لها بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ فقال عليه السلام: لا) (١)، و لا يعارضها إلا صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله) (٢)، و هو مطروح أو مؤول على ما سيأتي.

و أما إذا كانت حاملا- فعلى أقوال، فعن ابن أبي عقيل و المفيد و المحقق و ابن إدريس و العلامة و سائر المتأخرين أنه لا نفقة لها لإطلاق خبر زراره المتقدم، و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الحلبي المتوفى عنها زوجها أنه لا نفقة لها) (٣)، و لخبر الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا) (٤) و مثلها غيرها و عن مشهور المتقدمين و جوب الانفاق عليها من مال الحمل لصحيح أبي الصباح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام (المرأة الحلبي المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها) (٥).

و فيه أنه لا- ينافى عدم النفقة على المتوفى، فالطائفة الأولى تصرح بعدم النفقة لها من مال الميت و إن كان لها النفقة من مال ولدها كما صرح به صحيح الكنانى و عليه فلا تعارض، و بهذا جمع الشيخ.

(١) شروع فى بيان قدر النفقة، هذا و اعلم أن الوارد من النفقة ثلاثه أمور، و هي الإطعام-

ص: ٦٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب النفقات حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب النفقات حديث ٤ و ١ و ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب النفقات حديث ١.

نفقتها (١) (من طعام وإدام (٢) و كسوه و إسكان و إخدام و آله الدهن و التنظيف) (٣) من المشط و الدهن و الصابون، دون الكحل (٤) و الطيب و الحمام إلا مع الحاجه إليه (٥) لبرد (٦) و نحوه (تبعاً لعاده أمثالها من بلدها) المقيمه بها (٧)، لأنَّ الله (٨) تعالى قال:

عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٩) و من العشره به (١٠): الإنفاق عليها بما يليق بها عاده -و الكسوه و السكن، قال تعالى: وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (١)، و فى خبر العرزمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاءت امرأه إلى النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فسألته عن حق الزوج على المرأه فخبّرها، ثم قالت: فما حقها عليه؟ قال: يكسوها من العرى و يطعمها من الجوع، و إذا أذنبت غفر لها، قالت: ليس لها عليه شىء غير هذا؟ قال: لا) (٢)، و فى صحيح سعد بن أبى خلف عن أبى الحسن موسى عليه السّلام فى المطلقه الرجعيه (و لها النفقه و السكنى حتى تنقضى عدتها) (٣).

و مع ذلك لم يقتصر الأصحاب فى النفقه على هذه الأمور الثلاثة، لعدم كون النصوص السابقه فى مقام الحصر، و لذا اقتصر فى خبر العرزمى على الاطعام و الكسوه، و فى صحيح سعد على النفقه و السكن، بل المدار فى النفقه عندهم على كل ما تحتاجه المرأه من طعام و كسوه و إسكان و إخدام و آلات التنظيف و التجميل و الدواء و الفراش و آلات الطبخ و الشرب كما هو المتعارف، لأن العرف هو المحكّم فى ذلك بعد عدم تحديد من قبل الشارع.

(١) و هى الدائمه الممكنه.

(٢) ما يجعل مع الخبز من مرق و نحوه.

(٣) أى و آله التنظيف.

(٤) هذا الاستثناء من النفقه الواجبه ليس فى محله، بعد تحكيم العرف الذى يرى أن آلات التجميل من جمله النفقه التى تحتاجها المرأه.

(٥) إلى الحمام.

(٦) بحيث يتعذر عليها تنظيف جسدها فى البيت.

(٧) أى بلد المرأه التى تجب نفقتها، و هى مقيمه فى هذه البلد.

(٨) تعليل لكون النفقه الواجبه هى كل ما تحتاجه المرأه عرفاً.

(٩) النساء آيه: ١٨.

(١٠) بالمعروف.

-
- ١- (١) سورة البقره، الوسائل الباب - ٢٣٣.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٧.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النفقات حديث ١.

(و) لا يتقدر الإطعام بمد ولا بمدين ولا غيرهما (١)، بل (المرجع في الإطعام إلى سدّ الخله) بفتح الخاء و هي الحاجة.

(١) قد وقع الخلاف بينهم في تقدير الإطعام، فعن الشيخ في الخلاف تقديره بمدّ للرفيعه و الوضيعه من الموسر و المعسر، و عن جماعه منهم الشيخ في المبسوط أنه مدّ من المعسر، و مدان من الموسر، و مدّ و نصف من المتوسط، و إليه ذهب الشافعي، و لا دليل لهذين القولين كما في الجواهر نعم ورد تحديد القوت بالمدّ كما في خبر شهاب الآتي، و لكنه محمول على الفضل أو العرف في زمن صدوره، فلذا ذهب المشهور إلى اعتبار سدّ الخله لإطلاق الأدله، و أما جنس الطعام فقد قيل: إن المعترف فيه غالب قوت البلد، كالبرّ في العراق و خراسان و الأرز في طبرستان، و التمر في الحجاز و الذره في اليمن، لأن شأن كل مطلق حملة على المعتاد، و لأنه من المعاشره بالمعروف، و إن اختلف الغالب باختلاف الناس فالمعترف حالها حينئذ، و في المسالك أن المعترف هو عاده أمثالها من أهل البلد، و الثاني أوفق بحمل إطلاق النفقه.

و أما الإدام فالبحت فيه جنسا و قدرا كالإطعام لاتحاد المدرك في الجميع، لكن عن المبسوط أن عليه في الأسبوع اللحم مره، لأنه هو العرف، و يكون يوم الجمعة لأنه عرف عام، و عن ابن الجنيد أن على المتوسط أن يطعمها اللحم في كل ثلاثه أيام مره لما في خبر شهاب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام (ما حق المرأه على زوجها؟ قال:

يسدّ جوعتها و يستر عورتها و لا يقبّح لها وجهها فإذا فعل ذلك فقد و الله أدى إليها حقها، قلت: فالدهن، قال: غبا يوم و يوم لا، قلت: فاللحم، قال: في كل ثلاثه، فيكون في الشهر عشره مرات، لا أكثر من ذلك و الصبغ في كل سته أشهر، و يكسوها في كل سنه أربعه أثواب، ثوبين للشتاء و ثوبين للصيف، و لا ينبغي أن يفقر بيته من ثلاثه أشياء: دهن الرأس و الخلّ و الزيت، و يقوتهنّ بالمدّ، فإنني أقوت به نفسي و ليقدر كل إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله و إن شاء وهبه، و إن شاء تصدق به، و لا تكون فاكهه عامه إلا أطعم عياله منها(١).

و لكنه محمول على الفضل أو أنه العاده في زمن صدور الخبر، فلذا المرجع إلى العرف المختلف زمانا و مكانا.

و منه تعرف تحديد قدر اللحم و أنه تبعاً للعرف و إن حكى عن بعضهم أنه مقدّر بالرطل و عن آخر الزيادة عليه بيسير، و إذا كان المدار على عرف أمثالها فلو كانت عاده أمثالها دوام اللحم لوجب، لأنه هو المعاشره بالمعروف في رزقهن.

ص: ٦٢٤

و يجب الخادم (١) إذا كانت من أهله (٢) في بيت أبيها، دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها (أو كانت مريضه) أو زمنه (٣) تحتاج إلى الخادم، و يتخير (٤) بين إخدامها بحرّه أو أمه و لو بأجره، و لو كان معها (٥) خادم تخير بين إبقائها (٦) و ينفق عليها، و بين إبدالها، و إن كانت مألوفه لها (٧)، لأنّ حق التعيين له (٨) لا لها، حتى لو أراد أن يخدمها بنفسه أجزأ، و لو خدمت نفسها لم يكن لها المطالبه بنفقه الخادم (٩).

و جنس المأدوم (١٠) (١) يجب الخادم للمرأة إذا كانت عاده أمثالها ذلك، لأنه من المعاشره بالمعروف المأمور بها، بلا فرق بين كون الزوج موسرا أو معسرا، و الاعتبار بحال المرأه في بيت أبيها دون أن ترتفع بسبب الانتقال إلى بيت زوجها.

و حكموا بكفايه الخادم الواحد لحصول الكفايه به، مع أن المدار على تحكيم العرف تبعاً لعاده أمثالها في بيت آبائهن، فقد يجب الأ-كثر من الواحد، نعم لا- يجب تمليكها الخادم، بل الواجب إخدامها بحرّه أو أمه مستأجره أو بنصب مملوكه للزوج تخدمها، أو بالانفاق على من معها ممن تقوم بخدمتها، ثم إذا كانت المرأه ليست من أهل الخدمه بحسب شرفها، و لكن قد تجب خدمتها بحسب حالها كالمريضه المحتاجه إلى ذلك فيجب الخادم لها حينئذ، و لا ينحصر بالواحد بل بحسب الحاجه، بلا فرق في المرأه المخدومه بين الحره و الأمه، إذا كانت الأمه ذات جمال تخدم بحسب العاده. ثم المدار على خدمتها بحسب حالها أو شرفها و عليه فلو أخدمها الزوج فلا يجب عليه إقامه خادم لها، لأن الخدمه عليه فله أن يوفيهها حقها من الخدمه بنفسه أو بغيره.

(٢) أي أهل الخدم، هذا بحسب شرفها.

(٣) هذا بحسب حالها.

(٤) أي الزوج.

(٥) مع الزوجه التي تجب نفقتها.

(٦) أي إبقاء الخادم، و التأنيث باعتبار أن خادم المرأه لا يكون إلا امرأه.

(٧) أي و إن كانت الخادم مألوفه للزوجه.

(٨) للزوج، لأن الخدمه واجبه عليه.

(٩) لأن الواجب عليه إخدامها، و قد تحققت الخدمه و لو من نفسها فلا يجب عليه العوض حينئذ.

(١٠) قد عرفت معنى المأدوم و عرفت إيجاب اللحم مره في الأسبوع عن الشيخ، و ثلاث مرات-

(و الملبوس (١) و المسكن (٢) يتبع عادة أمثالها) في بلد السكنى لا في بيت أهلها، و لو تعدد القوت في البلد اعتبر الغالب (٣)، فإن اختلف الغالب فيها (٤) أو قوتها من غير غالب وجب اللائق به (٥).

(و لها المنع من مشاركته غير الزوج) في المسكن بأن تنفرد ببيت صالح لها -عن ابن الجنيدي، مع أن المأدوم مختلف باختلاف الفصول و قد تغلب الفواكه في أوقاتها فتجب، و المدار في جنسه و قدره على المتعارف لأمثالها، و منه يظهر وجوب الشاي و التباك و القهوة إذا كانت عادة أمثالها على ذلك، و أيضا وجوب أكل الشيء العزيز كالحلويات و المربيات و نحوها.

(١) المرجع في الملبوس جنسا و قدرا إلى عادة أمثالها، و لكن عن بعضهم أنه يجب من الملبوس أربع قطع: قميص و سروال و مقنعه و نعل أو شمشك، و يزيد في الشتاء جبهه، و زاد بعضهم أنه لا بدّ من زياده في الكسوه شتاء للتدثر كالمحشوه بالقطن لليقظه و اللحاف للنوم، و لقد أجاد الشارح في المسالك حيث قال: (لما كان المرجع في الكسوه إلى المتعارف و ما يليق بحالها، اختلف ذلك باختلاف البلاد في الحر و البرد، و باختلاف الفصل، فيعتبر في الشتاء زياده المحشو و الفرو إن اعتيد لمثلها، و نحو ذلك، و يرجع في جنسه من القطن و الحرير و الكتان و غيرها إلى عادة أمثالها، و كذا يجب للصيف الثياب اللائقة بحالها من الكتان و الحرير و نحوه مما يعتاد، و كذا يعتبر مع ذلك ثياب التجمل زياده على ثياب البدله، و هي التي تلبس في أكثر الأوقات، إذا كانت من أهل التجمل، و لو لم تستغن بالثياب في البلاد الباردة عن الوقود وجب من الحطب و الفحم بقدر الحاجة، و يجب أيضا مراعاة ما يفرش على الأرض من الحصر و البساط و الملحفه و النطع و اللبد و المخده و اللحاف بما يليق بحالها عادة بحسب الفصول، و قد عدّد الفقهاء في هذا الباب أشياء كثيرة بحسب ما اتفق اعتياده عندهم، و لما كان المعتمد منه المعتاد لأمثالها في بلدها في كل وقت يعتبر فيه استغنى عن تعداد ما يجب لدخوله فيما ذكر من الضابط) انتهى، و أجود منه ما في الجواهر: (و لعل عدم التعرض لضبط ذلك أولى، ضروره شده الاختلاف في الكم و الكيف و الجنس بالنسبه إلى ذلك، و خصوصا في البلدان) انتهى.

(٢) عليه أن يسكنها دارا يليق بها، و اللائق بها أيضا أن لا يسكن معها غيرها إلا برضاها، و لا يشترط أن يكون المسكن ملكا له، بل يجوز إسكانها في المستعار و المستأجر.

(٣) من الأقوات.

(٤) في البلد.

(٥) و بحال الزوج، و قد عرفت أن المدار على العرف فلا داعي لهذا التحديد.

و لو (١) فى دار، لا بدار (٢) لما فى (٣) مشاركه غيره (٤) من الضرر (٥).

(و يزيد كسوتها فى الشتاء المحشوّه) بالقطن (لليقطه، و اللحاف للنوم) إن اعتيد ذلك فى البلد (و لو كان فى بلد يعتاد فيه الفرو للنساء و جب) على الزوج بذله (و يرجع فى جنسه) (٦) من حرير أو كتان أو قطن أو فى جنس الفرو من غنم و سنجاب و غيرهما (إلى عاده أمثالها) فى البلد، و يعتبر فى مراتب الجنس المعتاد حاله (٧) فى يساره (٨) و غيره، و قيل لا تجب الزيادة على القطن لأنّ غيره رعونه (٩)، و هو ضعيف لاقتضاء المعاشره بالمعروف ذلك (١٠) (و كذا لو احتيج إلى تعدد اللحاف) لشده البرد أو لاختلاف الفصول فيه (١١)، و لكن هنا (١٢) لا- يجب إبقاء المستغنى عنه فى الوقت الآخر (١٣) عندها (١٤) (و تزداد المتجمله ثياب التجمل بحسب العاده) لأمثالها فى تلك البلد.

(و لو دخل بها، و استمرت تأكل معه على العاده، فليس لها مطالبته (١٥) بمده) (١) أى و لو كان البيت فى دار، بشرط أن تكون مرافق البيت متميزه.

(٢) أى و ليس لها الانفراد بدار فيه عده بيوت، و لكل بيت مرافقه.

(٣) تعليل لانفرادها بالبيت.

(٤) أى غير الزوج.

(٥) و المشقه على الزوجه.

(٦) أى جنس المكسو.

(٧) أى حال الجنس.

(٨) أى يسار الزوج، لا يسار المرأه و حالها.

(٩) الرعونه هى الحمق.

(١٠) من غير القطن إذا اعتيد لأمثالها.

(١١) فى البعد.

(١٢) أى فيما احتيج إليه فى وقت دون آخر.

(١٣) و هو وقت الاستغناء عنه.

(١٤) عند الزوجه.

(١٥) أى مطالبه الزوج بالنفقه مده مؤاكلته، لصدق الإنفاق عليها، و لحصول المقصود من الانفاق إذا السيره قائمه بين الناس فى سائر الأعصار على مؤاكلة الزوجه مع زوجها بحيث لو طلبت النفقه للزمان الماضى و الحال هذه لاستنكر، و للشافعيه وجه بعدم سقوط نفقتها بذلك، لأنه لم يؤد الواجب الموظف عليه شرعا و قد تطوع بما ليس بواجب.

ص: ٦٢٧

(مؤاكلته) لحصول الغرض (١) و اطباق الناس عليه (٢) فى سائر الأعصار، و يحتمل جواز مطالبتها بالنفقة، لأنه لم يؤد عين الواجب، و تطوع بغيره.

و اعلم أن المعتبر من المسكن الإمتاع (٣) اتفاقاً، و من المئونه التملك فى صبيحه كل يوم (٤)، لا أزيد (٥)، بشرط بقائها ممكنه إلى آخره، فلو نشزت فى (١) من النفقه.

(٢) أى على الانفاق كذلك على نحو المؤاكله.

(٣) و هو الانتفاع لا التملك، هذا و اعلم أن الواجب من النفقه ما تحتاجه المرأه من الإطعام و الكسوه و المسكن و التوابع، و هى على أقسام:

الأول: الإطعام، و تملكه المرأه بلا خلاف فيه، لأن الانتفاع به متوقف على إتلافه و يشهد له خبر شهاب بن عبد ربه عن أبى عبد الله عليه السلام (و ليقدر كل إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله و إن شاء وهبه و إن شاء تصدق به) (١).

الثانى: المسكن و الخادم، و لا تملكه المرأه بلا خلاف فيه، لأن الانتفاع به لا يتوقف على إتلافه فتستحقه المرأه على وجه الانتفاع و الإمتاع.

الثالث: الكسوه و ما يلحق بها من فراش النوم و اليقظه و ظروف الطعام و الشراب و آله التنظيف، فقد وقع الخلاف فيه أنه على وجه التملك كما عليه الشيخ فى المبسوط و المحقق و العلامة فى القواعد لقوله تعالى: وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٢)، و الحكم فى الرزق هو التملك فوجب أن يكون مثله فى الكسوه لاقتضاء العطف التسويه فى الحكم، و مثله النبوى (فعلينكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف) (٣).

و فيه نظر لمنع اقتضاء العطف التسويه فى الحكم من جميع الوجوه، بل يكفى الاشتراك فى أصل الحكم من كون الرزق و الكسوه واجبا عليه، و أما كيفية الاستحقاق فأمر خارج عن أصل الحكم، و لذا ذهب العلامة فى الارشاد و كاشف اللثام و جماعه أنه على نحو الإمتاع.

(٤) بلا خلاف و لا إشكال فى أن المدار على نفقه اليوم فى المئونه، و أن الزوجه تملكها فى صبيحه اليوم إذا كانت ممكنه لخبر شهاب المتقدم (و يقوتهن بالمدّ فىانى أقوت به نفسى، و ليقدر كل إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله و إن شاء وهبه، و إن شاء تصدق به) (٤).

(٥) أى لا أزيد من اليوم الحاضر.

ص: ٦٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النفقات حديث ١.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٣٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النفقات حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النفقات حديث ١.

أثنائه (١) استحققت بالنسبة (٢)، و في الكسوه قولان، أجودهما أنها إمتاع فليس لها بيعها و لا التصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات، و لا- لبسها زياده على المعتاد كيفيه و كميه، فإن فعلت (٣) فأبقتها (٤) قبل المده التي تبلى فيها عاده لم يجب عليه إبدالها، و كذا (٥) لو أبقتها زياده عن المده، و له إبدالها بغيرها (٦) مطلقا (٧) و تحصيلها (٨) بالإعارة و الاستئجار و غيرهما، و لو طلقها أو ماتت أو ماتت أو نشزت استحق (٩) ما يجده منها (١٠) مطلقا (١١) و ما تحتاج إليه من الفرش و الآلات في حكم الكسوه.

الثاني - القرابه

(الثاني - القرابه) البعضيّه دون مطلق النسبه (١٢) (و تجب النفقه على الأبوين (١٣) فصاعدا) و هم: آباء الأب و أمهاته و إن علوا، و آباء الأم و أمهاتها و إن (١) أي أثناء اليوم.

(٢) أي بنسبه تمكينها.

(٣) أي فعلت الزيادة على المعتاد.

(٤) أي أخلقت الكسوه.

(٥) أي لا يجب إبدالها.

(٦) أي و للزوج إبدال الكسوه بغيرها.

(٧) سواء كانت الكسوه مستعمله أم لا، و مبله أم لا.

(٨) أي تحصيل الكسوه و المعنى أن للزوج تحصيل الكسوه لزوجته.

(٩) هو أو وارثه.

(١٠) من الكسوه.

(١١) سواء كانت مستعمله أم لا، و سواء كانت مبله أم لا، و سواء كانت ملكا أم إعاره أم استئجارا.

(١٢) أي دون مطلق القريب.

(١٣) تجب النفقه على الأبوين و الأولاد، بحيث تجب نفقه كل واحد منهما على الآخر بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت: من الذي أجبر في نفقته؟ قال عليه السلام: الوالدان و الولد و الزوجه و الوارث الصغير) (١)، و صحيح جميل بن دراج-

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٩.

-قال: (لا يجبر الرجل إلا على نفقه الأبوين و الولد، قال ابن أبي عمير: قلت لجميل:

المراه، قال: روى عنبسه عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: إذا كساها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه و إلا طلقها، قلت: فهل يجبر على نفقه الأخت؟ فقال: لو أجبر على نفقه الأخت كان ذلك خلاف الروايه(١)، و صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت له: من الذى أجبر على نفقته و تلزمنى نفقته؟ قال: الوالدان و الولد و الزوجه)(٢)، و خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت له: من يلزم الرجل من قرابته ممن ينفق عليه؟ قال عليه السّلام: الوالدان و الولد و الزوجه)٣.

و إنما الكلام فى وجوب الانفاق على آباء الأبوين و أمهاتهم، و على من نزل من الأولاد، و المشهور ذلك لصدق الوالدين على من علا، و صدق الولد على من نزل و يشهد له الخبر فى الزكاه (يعطى منها الأخ و الأخت و العم و العمه و الخال و الخاله، و لا يعطى الجد و الجده)(٣)، مع ضميمة ما ورد فى الصحيح (خمسه لا يعطون من الزكاه شيئاً: الأب و الأم و الولد و المملوك و الزوجه، و ذلك أنهم عياله لازمون له)٥، و بالجمع بين الخبرين يستفاد أن الجد و الجده لا يعطون من الزكاه إلا لأنهم عياله لازمون له، لصدق اسم الأب و الأم عليهما.

و قد تردد المحقق فى الشرائع و النافع فى آباء الأب و أمهاتهم، و هو فى غير محله بعد ورود النصوص المتقدمه.

ثم إن مقتضى النصوص المتقدمه حصر النفقه الواجبه بالعمودين فلا تجب نفقه عدا من ذكرنا من الأقارب كالأخوه و الأعمام و الأخوال و ممن كان على حاشيه النسب على المشهور.

و عن العلامه فى القواعد قول بوجوب النفقه على الوارث، و أسنده ولده فى الايضاح إلى الشيخ لصحيح الحلبي المتقدم (قلت: من الذى أجبر فى نفقته؟ قال عليه السّلام: الوالدان و الولد و الزوجه و الوارث الصغير)(٤)، و لخبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام (أتى أمير المؤمنين عليه السّلام بيتيم، فقال: خذوا بنفقته أقرب الناس منه من العشيره كما-

ص: ٦٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب النفقات حديث ٣ و ٥.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ٣ و ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٩.

علوا (و الأولاد فنازلا) ذكورا كانوا أم إناثا لابن المنفق أم لبنته (و يستحب) النفقه (على باقى الأقارب) من الإخوه و الأخوات و أولادهم و الأعمام و الأخوال ذكورا و إناثا و أولادهم (و يتأكد) الاستحباب (فى الوارث منهم) فى أصح القولين.

وقيل: تجب النفقه على الوارث لقوله تعالى: **وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ** بعد قوله تعالى: **وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ رِزْقُهُنَّ** بِالْمَعْرُوفِ و إذا وجب (١) على الوارث - و العله هى الإرث - ثبت من الطرفين (٢) لتساويهما فيه (٣)، و لا فرق فى المنفق (٤) بين الذكر و الأنثى و لا بين الصغير و الكبير عملا بالعموم.

(و إنما يجب الإنفاق على الفقير (٥) العاجز عن التكسب) فلو كان مالكا مئونه - يأكل ميراثه(١) و قد حملت على الاستحباب.

نعم القول بوجوب النفقه للوارث هو لابن أبى ليلى من العامه و قد استدل له بعموم قوله تعالى: **وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ** (٢) بعد قوله تعالى: **وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ رِزْقُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ٣، و إذا وجبت النفقه على الوارث مع أن العله فى النفقه هى الإرث لثبتت النفقه على الطرفين من الوارث و المورث لتساويهما فى هذه العله.

و هو أيضا مردود للنبوى (لا صدقه و ذو رحم محتاج)(٣)، بالإضافة إلى حصر النفقه بالعمودين كما فى الأخبار المتقدمه فلا بد من حمل الآيه على الاستحباب.

(١) أى الانفاق.

(٢) الوارث و المورث.

(٣) فى الإرث.

(٤) أى الذى وجبت النفقه عليه سواء كانت نفقه العمودين، أو نفقه الوارث.

(٥) أى على الفقير النسبى، و لا- يشترط الفقر فى الزوجه، و على كل فيشترط فى وجوب النفقه للقرىب الفقر فى المنفق عليه، بلا خلاف فيه، و المراد به هو عدم وجدانه تمام ما يقوته، و لكن هل يشترط مع ذلك العجز عن الاكتساب، فالمشهور بل لا خلاف فيه كما فى الجواهر على ذلك، لأن النفقه معونه على سدّ الخله، و المكتسب قادر على سدّ الخله فهو كالغنى، و لذا منع من الزكاه و الكفاره المشروطه بالفقر، و بهذا يخص إطلاق الأخبار-

ص: ٦٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب النفقات حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) سورة البقره، الآيه: ٢٣٣.

٣- (٤) سنن أبى ماجه ج ١ ص ٥٦٤ حديث ١٨٥١.

سنه أو قادرا على تحصيلها بالكسب تدريجا لم يجب الإنفاق عليه، ولا يشترط عدالته (١) ولا إسلامه بل يجب (٢) وإن كان فاسقا أو كافرا) للعموم ويجب تقييد الكافر بكونه محقون الدم، فلو كان حربيا لم يجب (٣) لجواز إتلافه، فترك الإنفاق لا يزيد عنه (٤)، أما الحرية (٥) فهي شرط لأن المملوك نفقته على مولاه، نعم لو امتنع -المتقدمه في وجوب نفقه القريب، نعم يعتبر في الكسب كونه لائقا بحاله عادة، فلا يكلف الرفيع والعالم بالكنس والدباغه ونحوهما.

ثم إذا تحقق العجز عن الكسب والفقر فتجب نفقه القريب وإن كان كاملا- في نفسه تام الخلقه، وعن الشيخ في المبسوط اشتراط اجتماع الوصفين من الإعسار ونقصان الخلقه كالفقير الأعمى، أو اشتراط ناقص الحكم كالصبي والمجنون، أو اشتراط ناقص الحكم والخلقه كالمجنون الأعمى، وقد تبع بذلك بعض العامه، وهو مما لا دليل عليه، بل إطلاق الأخبار المتقدمه يدفعه.

(١) أي عداله المنفق عليه، فيجب الإنفاق على القريب وإن كان فاسقا أو كافرا، على المشهور، لإطلاق الأخبار المتقدمه، بل قد أمرنا بمصاحبه الوالدين الكافرين بالمعروف بقوله تعالى: وَصَاحِبَيْهِمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا (١)، ومن المعروف الإنفاق عليهما مع حاجتهما وأولى منه لو كانا فاسقين.

وعن فخر المحققين أن الكفر مانع من وجوب الإنفاق كما كان مانعا من الإرث، ونقل عنه أن ذلك اجماعى، وفيه أن الأصحاب قد صرحوا بخلافه على أنه قياس لا نقول به.

هذا وقال في المسالك: (وَيُتَيَّدُ بَعْضُهُمُ الْكَافِرَ بِكَوْنِهِ مَعْصُومَ الدَّمِ، فَلَوْ كَانَ حَرْبِيًّا لَمْ يَجِبِ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ لِجَوَازِ إِتْلَافِهِ، فَتَرَكَ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ لَمْ يَزِيدْ عَلَيْهِ وَلَا بِأَسْبَابِهِ، وَإِنْ كَانَ لِلْعَمُومِ، - أي عموم وجوب النفقه ولو كان كافرا - أيضا وجه، لما فيه من المصاحبه بالمعروف المأمور بها للأبوين على العموم، إلا أن يفرق بينهما وبين الأولاد) انتهى.

(٢) أي الإنفاق على القريب.

(٣) أي الإنفاق.

(٤) عن الإتلاف.

(٥) أي الحرية في المنفق عليه فهي شرط في وجوب الإنفاق عليه، لأنه لو كان مملوكا فيجب الإنفاق على مولاه، بلا خلاف فيه.

ص: ٦٣٢

منها (١) أو كان معسرا أمكن وجوبه على القريب عملا بالعموم (٢). وقيل: لا يجب مطلقا (٣) بل يلزم بيعه، أو الإنفاق (٤) عليه كما سيأتي (٥) و هو حسن.

(و يشترط في المنفق أن يفضل ماله عن قوته و قوت زوجته) (٦) ليومه الحاضر و ليلته ليصرف إلى من ذكر (٧)، فإن لم يفضل شيء فلا شيء عليه (٨)، لأنها (٩) مواساه و هو (١٠) ليس من أهلها (١١) (و الواجب) منها (١٢) (قدر الكفاية) للمنفق عليه (من الإطعام و الكسوه و المسكن) بحسب زمانه (١٣) و مكانه.

(١) أى لو امتنع المولى من النفقة.

(٢) أى عموم أدله وجوب نفقه القريب.

(٣) أى لا يجب الإنفاق على المولى سواء كان موسرا أم معسرا، و سواء كان ممتنعا أم لا.

(٤) على نحو التخيير.

(٥) فى نفقه المملوك.

(٦) لا خلاف و لا إشكال فى اشتراط وجوب نفقه الأقارب بقدره المنفق، بحيث يبقى من ماله فضل بعد نفقته و نفقه زوجته، فإن بقى فضل فللأبوين و الأولاد.

(٧) من الأقارب و هم الأبوان و الأولاد.

(٨) على المنفق العاجز.

(٩) أى نفقه الأقارب.

(١٠) أى القريب.

(١١) أى أهل المواساه حينئذ، لأنه مع عجز المنفق لا شيء عنده حتى يواسى به، هذا و اعلم أنه إذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون يلزمه الإنفاق عليهم، فإن وفى ماله و كسبه بنفقتهم فعليه نفقه الجميع و إلا فيقدم نفقه نفسه لأهميه النفس عند الشارع، ثم نفقه الزوجه ثم الأقارب، لأن نفقه الزوجه ثبتت على وجه المعاوضه على الاستمتاع بخلاف نفقه القريب فإنها نفقه مواساه، و العوض أولى بالرعايه من المواساه، و لهذا تقضى نفقه الزوجه بخلاف نفقه القريب.

(١٢) من نفقه القريب، هذا و لا- إشكال و لا خلاف فى أنه لا تقدير فى نفقه القريب، لأن المعبر منها المواساه له و دفع حاجته فلا- تتقدر بقدر، بل يعتبر فيها الكنايه بحسب حال المنفق عليه، كما سمعته فى نفقه الزوجه، و إن فرّق بينهما أن القريب لو استغنى عن النفقه بضيافه و نحوها لم تجب بخلاف نفقه الزوجه، و أن النفقه هنا إمتاع بلا خلاف فيه بخلاف نفقه الزوجه التى قد عرفت أنها على أقسام.

(١٣) أى زمان المنفق عليه.

ص: ٦٣٣

(و لا- يجب إعفاف واجب النفقه) (١) أى تزويجه ليصير ذا عفه و إن كان (٢) أبا (٣)، و لا- النفقه على زوجته للأصل. نعم يستحب تزويج الأب. و عليه (٤) يحمل ما ورد من الأمر به (٥)، و كذا لا يجب إعدامه (٦)، و لا النفقه على خادمه إلا مع الزمانه (٧) المحوجه إليه (٨).

(و تقضى نفقه الزوجه (٩) لأنها حقّ مالى و جب فى مقابله الاستمتاع فكانت (١) المراد بالإعفاف أن يصيرّه ذا عفه، بأن يهبى له من يطأها زوجته أو أمه أو يعطيه مهرا يتزوج به أو يعطيه ثمن جاريه و المشهور على أنه لا يجب إعفاف واجب النفقه، للأصل، و قد قال بعض الأصحاب - كما فى المسالك - بوجوب إعفاف الأب و إن علا، لأن ذلك من أهم المصاحبه بالمعروف المأمور بها، و لأنه من وجوه حاجاته المهمه، فيجب على الابن القيام به كالنفقه و الكسوه و الانصاف يقتضى القول إن الأب لو كان محتاجا للزواج بحيث يشق الصبر عليه فإعفاه داخل فى إعاشته و من أهم مصاحبه بالمعروف المأمور بها، و إن لم يكن محتاجا إلى النكاح بالنحو المذكور فلا- يجب إعفاهه حينئذ، و على كل، فنفته الزوجه حينئذ تابعه للإعفاف كما فى المسالك، فإن و جب و جبت و إلا استجبت، و كذا القول فى نفقه زوجه الأب التى تزوجها بغير واسطه الابن، و عن الشيخ فى المبسوط و جوب نفقه زوجه الأب و إن لم يجب إعفاهه، لأنها من جمله مئونه و ضرورته كنفقه خادمه حيث يحتاج إليه، و عن العلامه فى المختلف عدم و جوب نفقه الزوجه و إن و جب إعفاهه ضروره اختصاص الأدله فى و جوب نفقه القريب لا أداء ما عليه من كفاره أو قضاء دين أو أرش جنايه أو حق زوجته و نحوه.

(٢) أى واجب النفقه.

(٣) إشاره إلى خلاف البعض حيث ذهب إلى و جوب إعفاهه.

(٤) على الاستحباب.

(٥) بتزويج الأب.

(٦) أى اتخاذ خادم له إلا- عند الحاجه إليه، فيجب إعدامه و تكون نفقه الخادم على المنفق، لأن ذلك من جمله مئونه المنفق عليه و ضروراته.

(٧) أى زمانه واجب النفقه.

(٨) إلى الخادم.

(٩) تقضى نفقه الزوجه بلا خلاف فيه لأنها نفقه قد و جبت عوض الاستمتاع، فكانت كالمعاوضه المالىه، فإذا لم يؤدها استقرت فى ذمته و يجب عليه قضاؤها، بخلاف نفقه القريب فهى من باب المواساه و سدّ الخله فوجوبها لدفع الحاجه لا لعوض، فإذا أخلّ بها -

كالعوض اللازم في المعاوضه (لا نفقه الأقارب) لأنها وجبت على طريق المواساه و سدّ الخله لا التملك، فلا تستقر في الذمه، و إنما يَأْتُم بتركها (و لو (١) قَدَرها الحاكم) لأنّ التقدير لا يفيد الاستقرار (٢) (نعم لو أذن) الحاكم للقريب (في الاستدانه) لغيبته (٣)، أو مدافعتة بها (٤) (أو أمره (٥) الحاكم) بالإنفاق (٦) (قضى) لأنها تصير دينا في الذمه بذلك (٧).

(و الأب مقدم) (٨) على الأم و غيرها (في الإنفاق) على الولد مع -أثم و لم تستقر في الذمه فلا يجب قضاؤها، كما لو أخلّ بقضاء حاجه المحتاج الذي يجب عليه إعانتة، بلا فرق في عدم القضاء بين تقدير الحاكم لها و عدمه، لأن تقديره لها لا يخرجها عن حالها الأصلي من كونها مواساه و دفع ضروره، خلافا لبعض الشافعيه حيث ذهب إلى أنها مع فرض الحاكم لها تصير دينا في الذمه و يجب قضاؤها.

نعم لو أمر الحاكم المنفق عليه بالاستدانه على المنفق لغيبته أو لممانعته و نحو ذلك، فاستدان المنفق عليه فيجب القضاء على المنفق، تنزيلا لأمر الحاكم منزله أمر المنفق، لأن الحاكم ولي الغائب و الممتنع.

(١) وصلية.

(٢) أي استقرارها في ذمه المنفق.

(٣) أي غيبه المنفق.

(٤) أي موافقه المنفق بالنفقه على وجه المماطله.

(٥) أي أمر المنفق عليه، هذا و كتب الشارح في تعليقه له هنا كما في الطبعه الحجريه (مسأله أمر الحاكم لم يذكرها الأصحاب و إنما اقتصروا على أمره بالاستدانه).

(٦) بأن قال الحاكم للمنفق عليه لما راجعه: انفق على نفسك، و لم يأمره بالاستدانه، مع أن الأمر بالانفاق هنا متوقف على الإذن بالاستدانه كما هو واضح.

(٧) أي بالاستدانه.

(٨) شروع في ترتيب المنفقين، فلو وجد للمحتاج قريبان من أصوله بحيث لو انفرد أحدهما لوجب النفقه عليه فينظر فإن اجتمع أبوه و أمه فالنفقه على الأب دونها لقوله تعالى:

فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ (١) حيث أوجب أجره الرضاع على الأب فكذا غيرها من النفقات. و إن فقد الأب أو كان معسرا فأب الأب مقدّم على الأم لمشاركته له-

وجوده (١) و يساره (و مع عدمه أو فقره فعلى أب الأب فصاعدا) يقدم الأقرب منهم فالأقرب (و إن عدمت الآباء) أو كانوا معسرين (فعلى الأم) (٢) مع وجودها و يسارها (ثم على أباؤها بالسوية) (٣) لا- على جهة الإرث (٤)، و أم الأب (٥) بحكم أم الأم و أبيها (٦)، و كذا أم الجد للأب مع أبوى الجد و الجده للأم. و هكذا.

(و الأقرب) إلى المنفق عليه (فى كل مرتبه) من المراتب (مقدم (٧) على الأبعد) و إنما ينتقل إلى الأبعد مع عدمه (٨) أو فقره، فالولد مقدم فى الإنفاق على أبيه (٩) و أمه و إن علوا على ابنه (١٠) و هكذا، و متى تعدد من يجب عليه الإنفاق تساوا -فى المعنى و صدق اسم الأب عليه، و كذا الحكم فيه و إن علا- خلافا لبعض العامه فعلى الأم الثلث و على الجد الثلثان و إن فقد الجميع من الأب و آباءه فالنفقة على الأم الموسره، فإن فقدت أو كانت معسره فعلى أبيها و أمها بالسويه و إن علوا الأقرب فالأقرب، و أما آباء و أمهات أم أب المحتاج فتحكمهم حكم آباء الأم من الطرفين فيشاركونهم مع التساوى فى الدرجه بالسويه، و يختص الأقرب من الجانبين إلى المحتاج بوجوب الإنفاق، و كذا حكم أمهات أب المحتاج.

(١) أى وجود الأب.

(٢) أى أم المحتاج.

(٣) لمقتضى العدل.

(٤) و لذا لا- تجب النفقه على الأخوه مع أنهم مشاركون للأجداد فى المرتبه هذا من جهة و من جهة أخرى و إن كان التساوى بين أبوى الأم بالسويه فى الإرث أيضا إلا أنه لنص خاص لا لقاعده العدل القاضيه للتسويه كما هنا.

(٥) و هى جده المحتاج لأبيه.

(٦) أى أب أم الأم.

(٧) لقوله تعالى: **وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ (١)**، و هو مطلق يشمل الإرث و الإنفاق و غيرهما.

(٨) أى فى الإنفاق الواجب على أبيه و أمه.

(٩) متعلق بقوله (فالولد مقدم)، و الضمير فيه راجع إلى الولد، و المعنى الولد مقدم على ابنه فى الإنفاق الواجب على أبيه و أمه.

(١٠) فى الإنفاق لقاعده العدل القاضيه بالتسويه، و يحتمل الوجوب كفايه، أو كون التخيير بيد-

ص: ٦٣٦

فيه (١) و إن اختلفوا فى الذكوريه و الأنوثيه و كذا يتساوى الغنى فعلا و قوه على الأقوى فيهما (٢).

(و أما ترتيب المنفق عليهم (٣): فالأبوان و الأولاد سواء) لأنّ نسبتهم إلى المنفق واحده بحسب الدرجه، و إنما اختلفت (٤) بكونها فى أحدهما عليا (٥) و فى الآخر -المنفق عليه أو الرجوع إلى القرعه، و لكنها احتمالات لا- دليل عليها، نعم عن بعض العامه اختصاص وجوب الإنفاق بالذكر لأن الخطاب فى الأمر بالنفقة بصيغه المذكر قال تعالى: لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ، وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ (١)، و ذو للمذكر فقط. و عن بعضهم أيضا أن الإنفاق على حسب الميراث و هما ضعيفان.

(١) فلو كان له ابن موسر و آخر مكتسب فهما سواء بالنفقة للإطلاق، و عن القواعد على إشكال، و هو فى غير محله مع فرض كون الكسب كاليسار فعلا.

(٢) فى الموردين من الذكوره و الأنوثه و المخالف فيه بعض العامه، و من الغنى فعلا و قوه المستشكل فيه العلامه فى القواعد.

(٣) شروع فى ترتيب المنفق عليهم، هذا و قد تقدم أن نفقه النفس مقدمه ثم نفقه الزوجه، فإن بقى من ماله شيء فنفقه الأقارب، فإن كفت الجميع فهو بحيث لو وجد آباء و أجداد و أولاد و قد وسع ماله أو كسبه لنفقه الجميع فهو، و إلا اقتصر على الأقرب فالأقرب، فالأب أولى من الجد، فإن فضل عنه فضل صرف إلى الجد، و الجد القريب أولى من البعيد و هكذا، و الأولاد فى منزله الأبوين، و أولاد الأولاد فى منزله الأجداد، و لا فرق فى كل مرتبه بين الذكر و الأنثى و لا بين المتقرب بالأب من الأب و الأم، و بين المتقرب بالأم كذلك، و لا فرق بين ابن البنت و بنت الابن و هكذا.

ثم هذا كله مع اشتراك المتعددين فى المرتبه الواحده مع كفايه سهم كل واحد لصاحبه أو إفادته نفعا معتدا به، فلو لم ينتفع به أحدهم لقله السهم و كثره المنفق عليهم غير المنتفع بسهمه فيتعين الرجوع إلى القرعه، لأنه إذا لم تنسدّ خله الجميع لزمه الإنفاق على من تنسدّ خلته واحدا كان أو أكثر، و لا يمكن الترجيح فالمتعين هو القرعه، لأنها المرجع عند تزامم الحقوق، و هى لكل أمر مشكل، و عن الشيخ فى المبسوط و الحلّى فى سرائره احتمال القسمة، و إن قلّ السهم، للاشتراك فى الاستحقاق.

(٤) أى الدرجه.

(٥) و هم الأبوان.

ص: ٦٣٧

دنيا (١)، فلو كان له أب وابن. أو أبوان و أولاد معهما (٢)، أو مع أحدهما (٣)، وجب قسمه الميسور (٤) على الجميع بالسويه (٥) ذكورا كانوا أم إناثا أم ذكورا و إناثا.

ثم إن كفاهم أو نفع كل واحد نصيبه نفعا معتدا به اقتسموه، وإن لم ينتفع به أحدهم لقلته (٦) و كثرتهم (٧)، فالأجود القرعه، لاستحاله الترجيح بغير مرجح، و التشريك ينافى الغرض (٨) و لو كان نصيب بعضهم يكفيه لصغره و نحوه (٩) و نصيب الباقين لا ينفعهم منقسما، اعتبرت القرعه في من عدا المنتفع.

(و هم) يعنى الآباء و الأولاد (أولى من آبائهم (١٠) و أولادهم) (١١) لزياده القرب (و) هكذا (كل طبقه أولى من التى بعدها) و يتساوى الأعلى و الأدنى مع تساوى الدرجه كالأجداد و أولاد الأولاد و هكذا، كل ذلك (مع القصور (١٢) أما مع سعه ماله للإنفاق على الجميع فيجب التعميم (و لو كان للعاجز أب و ابن قادران فعليهما) نفقته (بالسويه) (١٣) لتساويهما في المرتبه بالنسبه إليه (١٤)، و البنت كالابن (١٥)، أما الأم (١٦) ففي مساواتها للأب في مشاركه الولد، أو تقديمه (١) و هم الأولاد.

(٢) مع الأبوين.

(٣) أحد الأبوين.

(٤) أى ما فضل من مال المنفق بعد نفقه نفسه و نفقه زوجته.

(٥) قضاء لحق العدل.

(٦) أى لقله النصيب.

(٧) أى كثره المنفق عليهم غير المنتفع بسهمه، و إلا فلو لم ينتفع بنصيبه مع أنه الوحيد من الأقارب، فلا شىء على المنفق، لأنه هو الميسور من ماله بعد نفقته و نفقه زوجته.

(٨) من المعاونه و سدّ الخله.

(٩) كمرض كما فى المسالك.

(١٠) أى آباء الآباء.

(١١) أى أولاد الأولاد.

(١٢) أى قصور مال المنفق للنفقه على الجميع.

(١٣) قد تقدم الكلام فيه.

(١٤) إلى العاجز.

(١٥) فيما لو اجتمعت بنت العاجز مع أبيه.

(١٦) فيما لو اجتمع أم العاجز مع ولده.

ص: ٦٣٨

عليها (١) وجهان، مأخذهما: اتحاد الرتبة (٢) و كون الولد (٣) مقدّما على الجدّ المقدّم (٤) عليها، فيكون (٥) أولى بالتقديم.

فإن اجتمعوا (٦) فعلى الأب و الولدين خاصه (٧) بالسويه، لما تقدم من أن الأب مقدّم على الأم و أما الأولاد فعلى أصل الوجوب من غير ترجيح (٨)، مع احتمال تقديم الذكور نظرا إلى الخطاب في الأمر بها (٩) بصيغه المذكور (١٠).

(و يجبر الحاكم الممتنع عن الانفاق) (١١) مع وجوبه عليه (١٢) (و إن كان له) (١) أو تقديم الولد على الأم، فعلى الأول فالأم كالأب تشارك الولد لاتحاد رتبة الأم و الأب فتشاركه و به قطع العلامه فى التحرير، و تردد به فى القواعد، و على الثانى من كون ولد العاجز مقدما على الجد، و الجد مقدم على الأم فيكون الولد أولى بالتقديم لأن المقدم على المقدم مقدم، فلا تشاركه الأم فى تحمل النفقه.

(٢) دليل مشاركته للأم للولد.

(٣) دليل عدم مشاركته الأم للولد، بل يقدم الولد عليها.

(٤) أى الجد.

(٥) أى الولد.

(٦) أى أبو العاجز، و أولاده من ذكر و بنت.

(٧) دون الأم.

(٨) أى ترجيح الذكر على الأنثى.

(٩) بالنفقة.

(١٠) و هو لبعض العامه، و قد تقدم.

(١١) من ماطل بالنفقة الواجبه بلا فرق بين نفقه القريب و نفقه الزوجه بعد اشتراكهما فى أصل الوجوب أجبره الحاكم على دفع الواجب من باب الحسبه فإن لم يكن فعدول المؤمنين و إلا ففساقهم، فإن امتنع من الدفع مع أمر الحاكم، تخير الحاكم بين حسبه و تأديبه لينفق بنفسه و بين أن يدفع الحاكم من ماله مقدار النفقه إن كان له مال ظاهر، و لو توقف الدفع المذكور على بيع شىء من ماله جاز، لأن حق النفقه واجب فكانت فى ذلك كالدين.

و لو كان المنفق غائبا تولى الحاكم الإنفاق من ماله الحاضر و لو توقف على البيع المذكور، لأن الحاكم ولى الغائب كما أنه ولى الممتنع.

و يجوز للحاكم فى صورتين أن يأذن للمنفق عليه فى الاستدانه و الانفاق ثم يرجع على الممتنع أو الغائب.

(١٢) أى مع وجوب الإنفاق على الممتنع.

ص: ٦٣٩

(مال) يجب صرفه في الدين (١) (باعه الحاكم) إن شاء (٢) (و أنفق منه) (٣). وفي كيفية بيعه وجهان: أحدهما أن يبيع كل يوم جزء بقدر الحاجة. والثاني: أن لا يفعل ذلك (٤)، لأنه يشقّ، ولكن يقتضيه عليه (٥) إلى أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له (٦) والأقوى: جواز الأمرين. ولو تعذرا (٧) فلم يوجد راغب في شراء الجزء اليسير ولا مقرض ولا بيت مال يقتضيه منه جاز يبيع أقل ما يمكن بيعه (٨)، وإن زاد عن قدر نفقه اليوم، لتوقف الواجب عليه (٩).

الثالث في نفقه الملك

(الثالث الملك: وتجب النفقه (١٠) على الرقيق ذكرا وأنثى وإن كان أعمى وزمنا (١) بحيث لا يكون من المستثنيات المشهورة في وجوب قضاء الدين كالثياب والخادم.

(٢) وإن شاء حبسه لينفق بنفسه من ماله.

(٣) من ثمن المبيع.

(٤) من البيع كل يوم بقدر الحاجة.

(٥) أي يقتضيه المنفق عليه على المنفق.

(٦) للمنفق.

(٧) من بيع الجزء اليسير ومن الإقراض.

(٨) بتمامه.

(٩) على بيع تمام الأقل.

(١٠) لا خلاف في أنه تجب النفقه على ما يملكه الإنسان من رقيق وبهيمه، وإن كان لكل منهما أحكام تخصه، أما العبد والأمة فنفقتهما على مولاها بالاتفاق، للأخبار.

منها: صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (خمسه لا يعطون من الزكاة شيئا: الأب والأم والولد والمرأة والمملوك، ذلك لأنهم عياله لازمون له) (١)، وخبر أبي الصلت عنه عليه السلام (خمسه لا يعطون من الزكاة: الولد والوالدان والمرأة والمملوك، لأنه يجبر على النفقه عليهم) (٢) والنبوي (للملوك طعامه وكسوته بالمعروف) (٣) ومقتضى إطلاق هذه الأخبار عدم الفرق في المملوك بين الصغير والكبير والصحيح والأعمى، والقن والمدبر وأم الولد والمكاتب، والمنتفع به وغيره، والمرهون والمستأجر والكسوب وغيرهم، نعم في الكسوب مولاة بالخيار في الإنفاق عليه من خاصه ماله أو من كسب نفس المملوك الذي هو أحد أموال المولى، نعم لو قصر كسب العبد وجب التمام على السيد، ولو زاد أخذه-

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ١ و ٤.

٢- (٣) سنن البيهقي، ج ٨ ص ٤.

(و البهيمة) بالعلف و السقى، حيث تفتقر (١) إليهما، و المكان من مراح (٢) و اصطبل (٣) يليق بحالها (٤)، و إن كانت (٥) غير منتفع بها أو مشرفه على التلف، و منها (٦) دود القز، فيأثم بالتقصير فى إيصاله (٧) قدر كفايته، و وضعه (٨) فى مكان يقصر عن -المولى له، و مقتضى هذه الأدله عدم التقدير لنفقة المملوك فى الشرع، بل الواجب قدر كفايته و سدّ خلته من أطعم و آدم و كسوه. و أما البهيمة فنفتقتها على مالكها ففى خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (للدابه على صاحبها سته حقوق، لا يحملها فوق طاقتها، و لا- يتخذ ظهرها مجلسا يتحدث عليها، و يبدأ بعلفها إذا نزل، و لا يشتمها و لا يضربها فى وجهها فإنها تسبح، و يعرض عليها الماء إذا مرّ به) (١)، و خبره الآخر بإسناده عن رسول الله عليه السّلام (للدابه على صاحبها خصال، يبدأ بعلفها إذا نزل، و يعرض عليها الماء إذا مرّ به، و لا يضرب فى وجهها، فإنها تسبح بحمد ربها، و لا يقف على ظهرها إلا فى سبيل الله، و لا يحملها فوق طاقتها، و لا يكلفها من الشىء إلا ما تطيق) ٢، و النبوى (اطلعت ليله أسرى بى على النار فرأيت امرأه تعذب فسألت عنها فقيل: إنها ربطت هره و لم تطعمها و لم تسقها و لم تدعها تأكل من حشاش الأرض حتى ماتت فعذبها بذلك) (٢) و النبوى الآخر (و أطلعت على الجنه فرأيت امرأه مومسه - يعنى زانيه - فسألت عنها فقيل: إنها مرّت بكلب يلهث من العطش فأرسلت إزارها فى بثر فعصرته فى حلقة حتى روى فغفر الله لها) (٣).

و مقتضى هذه الأخبار عدم التقدير للنفقة، بل الواجب القيام بكل ما تحتاجه الدابه من أكل و سقى و مكان و جلّ و نحو ذلك مما يختلف باختلاف المكان و الزمان، نعم يكفى فى إطعامها تخليتها ترعى من خصب الأرض فإن اجتزأت بالرعى و إلا علفها.

(١) أى البهيمة.

(٢) بالضم المأوى الذى يبيت فيه الإبل و الغنم و البقر.

(٣) مأوى الدابه من الفرس و البغال و الحمير.

(٤) بحال البهيمة.

(٥) أى البهيمة.

(٦) من البهيمة - التى يجب الإنفاق عليها.

(٧) أى الإيصال إلى دود القز، فهو من باب إضافه المصدر إلى مفعوله.

(٨) أى و يأثم بوضعه.

ص: ٦٤١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام الدواب حديث ٦ و ١ من كتاب الحج.

٢- (٣) كنز العمال ج ٨ ص ١٧٣ رقم الحديث ٣٠٠١.

٣- (٤) كنز العمال ج ٣ ص ٢٧٧ رقم الحديث ٤٥٤٨.

صلاحيته له بحسب الزمان، و مثله (١) ما تحتاج إليه البهيمة مطلقا (٢) من الآلات حيث يستعملها (٣)، أو الجل لدفع البرد و غيره حيث يحتاج إليه (٤).

و لو كان للرقيق كسب جاز للمولى أن يكله إليه (٥)، فإن كفاه) الكسب بجميع ما يحتاج إليه من النفقه (اقتصر عليه، و إلا يكفه أتم له) (٦) قدر كفايته وجوبا (و يرجع في جنس ذلك (٧) إلى عاده مما ليك أمثال السيد من أهل بلده) بحسب شرفه وضعته، و اعتباره، و يساره (٨)، و لا- يكفى سائر العوره في اللباس ببلادنا و إن اكتفى به (٩) في بلاد الرقيق، و لا فرق (١٠) بين كون نفقه السيد على نفسه دون (١١) الغالب في نفقه (١٢) الرقيق عاده تقيرا (١٣) أو بخلا- أو رياضه، و فوقه (١٤)، فليس له (١٥) الاقتصار به (١٦) على نفسه في الأول (١٧)، و لا عبره في (١) أى و مثل العلف و السقى و المكان.

(٢) من أى حيوان كان.

(٣) أى يستعمل للبهيمه، فلو كان استعمالها متوقفا على آله، و قد استعمالها بدون هذه الآله بحيث أوجب الاضرار بالبهيمه فيحرم.

(٤) إلى الجلّ.

(٥) أى أن يكل الرقيق إلى كسبه.

(٦) أى أتم المولى للعبد نفقته.

(٧) أى في جنس كفايه العبد.

(٨) لما هو المعروف من كفايه العبد بحسب حال مولاه.

(٩) بسائر العوره.

(١٠) أى إذا كان السيد يأكل و يلبس دون المعتاد بخلا أو رياضه لزمه رعايه الغالب للرقيق، فليس له الاقتصار على ما اقتصر هو عليه.

(١١) أى كان نفقه السيد دون الغالب.

(١٢) جار و مجرور متعلقان بقوله (و لا فرق).

(١٣) متعلق بكون نفقه السيد دون الغالب.

(١٤) أى فوق الغالب.

(١٥) للسيد.

(١٤) بالعبد.

(١٧) أى فيما لو كانت نفقه السيد على نفسه دون الغالب، و كذلك لا يجب الانفاق على العبد بالمقدار الذى ينفقه على نفسه، بل المدار فى نفقه العبد على الغالب لامثاله.

ص: ٦٤٢

الكميه بالغالب بل تجب الكفايه لو كان الغالب أقل منها (١)، كما لا يجب الزائد لو كان فوقها (٢) و إنما تعتبر فيه (٣) الكيفيه.

(و يجبر السيد على الإنفاق أو البيع) مع إمكانهما (٤)، و إلا- أجبر على الممكن منهما خاصه، و فى حكم البيع: الإجاره (٥) مع شرط النفقه على المستأجر.

و العتق (٦)، فإن لم يفعل (٧) باعه الحاكم أو آجره، و هل يبيعه شيئاً فشيئاً أو يستدين عليه (٨) إلى أن يجتمع شيء فبيعه ما يفي به؟ الوجهان (٩).

(١) من الكفايه.

(٢) أى لو كان الغالب فوق الكفايه.

(٣) فى الغالب، هذا و يستحب أن يطعمه مما يأكل و يلبسه مما يلبس للنبوى (اخوانكم حولكم جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل و يلبسه مما يلبس) (١) و النبوى الآخر (إذا جاء أحدكم خادمه بطعامه و قد كفاه حرّه و عمله فليقعه فليأكل معه، و إلا فليأكله أكله من طعام) (٢)، و النبوى الثالث (إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حرّه و دخانه فليدعه فليجلسه معه، فإن أبى فليروغ له اللقمه و اللقمتين) (٣).

(٤) أى إمكان الانفاق و البيع، هذا و اعلم أنه إذا امتنع المولى من الانفاق على المملوك مع قدرته عليه و لو بالكسب أجبره الحاكم على الانفاق أو البيع، و مع تعذر أحدهما يتعين الثانى كما هو الشأن فى كل واجب مخير، بلا فرق فى ذلك بين القن و المدبر لاشتراك الجميع فى المملوكيه، نعم أم الولد يجبر على الانفاق عليها خاصه و مع تعذره لفقره و تعذر الانفاق عليها من بيت المال و نحوه لم يجب تعجيل عتقها كما لا- يجب عتق غيرها من الرقيق، و لكن هل يجوز بيعها أو لا، و جهان فلا يجوز لعموم النهى عن بيع أم الولد، و يجوز لأن عدم بيعها موجب لهلاك نفسها.

و المكاتب نفقته تسقط عن مولاه و تثبت فى كسبه، بلا فرق بين المطلق و المشروط.

(٥) أن يؤجر العبد.

(٦) أى و فى حكم البيع العتق.

(٧) أى المولى شيئاً من الانفاق و لا البيع و لا الإجاره و لا العتق.

(٨) على العبد.

(٩) أى الوجهان السابقان فى نفقه الأقراب.

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من کتاب العتق حدیث ٨.

٢- (٢) کنز العمال ج ٥ ص ١٧ رقم الحدیث ٣٧٤.

٣- (٣) سنن البیهقی ج ٨ ص ٨.

(و لا- فرق) (١) فى الرقيق (بين القرن)، و أصله الذى ملك هو و أبواه، و المراد هنا: المملوك الخالص غير المتشبه بالحريه بتدبير، و لا- كتابه، و لا- استيلاء (و المدبر، و أمّ الولد) لاشتراك الجميع فى المملوكيه و إن تشبه الأخيران بالحريه، و أما المكاتب فنفته فى كسبه و إن كان مشروطا أو لم يؤد شيئا.

(و كذا يجبر على الإنفاق على البهيمة المملوكه إلا أن تجتري بالرعى) (٢) و ترد الماء بنفسها فيجتري به (٣) فيسقطان عنه (٤) ما دام ذلك (٥) ممكنا (فإن امتنع (٦) أجبر على الإنفاق) عليها (أو البيع أو الذبح إن كانت) البهيمة (مقصوده بالذبح) و إلا (٧) أجبر على البيع أو الإنفاق صوتا لها عن التلف، فإن لم يفعل ناب الحاكم عنه فى ذلك (٨) على ما يراه و تقتضيه الحال، و إنما يتخير (٩) مع إمكان الأفراد (١٠) و إلا تعين الممكن منها (و إن كان لها ولد (١١) وقر عليه من لبنها ما يكفيه) و جوبا و حلب ما يفضل منه خاصه (إلا أن يقوم بكفايته) من غير اللبن حيث يكتفى به (١٢).

(١) أى و لا فرق فى الحكم المذكور من إجبار السيد على الانفاق أو البيع.

(٢) قد تقدم.

(٣) بالرعى.

(٤) أى فيسقط العلف و السقى عن المالك.

(٥) أى الرعى و الورود.

(٦) أى امتنع المالك من الانفاق على البهيمة و لو بالتخليه للرعى الكافى لها أجبره الحاكم على البيع أو الذبح، إن كان مذكاه بحيث يقصد بالذبح لحمها أو جلدها، و إن لم تكن كذلك أجبره الحاكم على الانفاق عليها أو البيع حفظا للنفس من الهلاك.

(٧) و إن لم تكن البهيمة مقصوده بالذبح.

(٨) من البيع أو الذبح أو الانفاق، لأنه ولى الممتنع.

(٩) المالك أو الحاكم.

(١٠) المذكوره من الانفاق و البيع و الذبح.

(١١) لو كان للبهيمة ولد وقر عليه من لبنها قدر كفايته، لكون نفقته عليه، و له الفاضل بعد ذلك، إلا أن يجتري الولد بغير ذلك من الرعى أو العلف كلا أو بعضا فيجوز حينئذ أخذ اللبن كلا أو بعضا.

(١٢) بغير اللبن.

و بقى من المملوك: ما لا- روح فيه كالزراع و الشجر مما يتلف بترك العمل (١)، و قد اختلف فى وجوب عمله. ففى التحرير: قَرَّب الوجوب من حيث إنه تضييع للمال فلا يقَرَّ عليه (٢). و فى القواعد: قطع بعدمه (٣) لأنه (٤) تنميه للمال فلا تجب (٥) كما لا يجب تملكه (٦)، و يشكل بأنَّ ترك التملك لا يقتضى الإضاعة بخلاف التنميه التى يوجب تركها فواته (٧) رأسا، أما عماره العقار فلا تجب (٨)، لكن يكره تركه إذا أدى إلى الخراب.

(١) كترك السقى.

(٢) على ترك العمل من السقى، بل يجبر عليه صونا للمال من الضياع.

(٣) بعدم وجوب العمل.

(٤) أى العمل من السقى و نحوه.

(٥) أى التنميه.

(٦) تملك الزرع و الشجر.

(٧) فوات المال، هذا و الأشهر كما فى المسالك عدم وجوب العمل، للأصل و السيره مع عموم (تسلط الناس على أموالهم) (١)، و لكن بشرط أن لا يدخل بذلك فى السفهاء فيجب.

(٨) أى لا- تجب عمارتها بلا- خلاف فيه، و عمارتها بزراع أو غرس و نحوهما، نعم فى القواعد: لو ملك أرضا لم يكره له ترك زراعتها، و فى المسالك و الروضه: الجزم بالكراهه إذا أدى إلى الخراب، و فيه: منع كراهه هذا التضييع.

ص: ٦٤٥

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



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

