



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

مُسْتَعَارًا لِكَلِمَاتِ الْأَنْبِيَاءِ

الْمُشْبِهِ

بِشَرَاذِيمِ الْأَنْبِيَاءِ

وَأَلْفَاظِ الْأَنْبِيَاءِ

الْمُشْبِهِ

بِشَرَاذِيمِ

بِشَرَاذِيمِ
وَأَلْفَاظِ الْأَنْبِيَاءِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام

كاتب:

شيخ زين الدين عاملى شهيد ثانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه المعارف الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٣	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام المجلد ٨
١٣	اشاره
١٤	اشاره
١٨	تتمه القسم الثاني في العقود
١٨	تتمه كتاب النكاح
١٨	تتمه أقسامه ثلاثه
١٨	القسم الثالث: في نكاح الإمام
١٨	اشاره
١٨	العقد
١٨	و تلحق هنا مسائل
١٨	الأولى: لا يجوز للعبد و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المالك
٢٣	الثانيه: إذا كان الأبوان رقًا كان الولد كذلك
٢٧	الثالثه: إذا تزوج الحرّ أمه من غير إذن المالك، ثمّ وطئها قبل الرضا عالما بالتحريم، كان زانيا
٣٧	الرابعه: إذا زوّج عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله؟ قيل: نعم
٣٨	الخامسه: إذا تزوج العبد بحرّه مع العلم بعدم الإذن لم يكن لها مهر و لا نفقه، مع علمها بالتحريم
٤١	السادسه: إذا تزوج عبد بأمه لغير مولاه
٤٢	السابعه: لو تزوّج أمه بين شريكين ثمّ اشترى حصّه أحدهما بطل العقد
٤٦	و من اللواحق الكلام في الطوارئ
٤٧	أمّا العتق
٦٦	و أمّا البيع
٧١	مسائل ثلاث
٧١	الأولى: إذا زوّج أمته ملك المهر، لثبوته في ملكه
٧٤	الثانيه: لو زوّج عبده بحرّه ثمّ باعه قبل الدخول

- ٧٥ الثالثة: لو باع أمته وادّعى أنّ حملها منه، وأنكر المشتري
- ٧٦ و أمّا الطلاق
- ٨٧ و أمّا الملك
- ٨٧ الأول: ملك الرقبه
- ٩٢ تتقمه تشتمل على مسألتين
- ٩٢ الأولى: كلّ من ملك أمه بوجه من وجوه التملك حرم عليه وطؤها حتى يستبرئها بحيضه
- ١٠٠ الثانية: إذا ملك أمه فأعتقها كان له العقد عليها و وطؤها من غير استبراء
- ١٠٣ الثاني: ملك المنفعه
- ١٠٣ أمّا الصيغه
- ١٠٩ و أمّا الحكم فمسائل
- ١٠٩ الأولى: يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ
- ١١١ الثانية: ولد المحلّه حرّ
- ١١٣ الثالثة: لا بأس أن يطاء الأمه و في البيت غيره
- ١١٥ و يلحق بالنكاح النظر في أمور خمسه
- ١١٥ اشاره
- ١١٥ الأول: ما يردّ به النكاح
- ١١٥ اشاره
- ١١٥ الأول: في العيوب
- ١٣٨ المقصد الثاني: في أحكام العيوب
- ١٣٨ الأول: العيوب الحادثه بالمرأه قبل العقد مبيحه للفسخ
- ١٤١ الثانيه: خيار الفسخ على الفور
- ١٤١ الثالثه: الفسخ بالعيب ليس بطلاق
- ١٤٢ الرابعه: يجوز للرجل الفسخ من دون الحاكم و كذا للمرأة
- ١٤٣ الخامسه: إذا اختلفا في العيب
- ١٤٤ السادسه: إذا فسخ الزوج بأحد العيوب، فإن كان قبل الدخول فلا مهر
- ١٤٦ السابعه: لا يثبت العنن إلا بإقرار الزوج، أو البيّنه بإقراره، أو نكوله

- الثامنة: إذا ثبت العنن فإن صبرت فلا كلام - - - - - ١٥٢
- المقصد الثالث: في التدليس - - - - - ١٥٤
- الأولى: إذا تزوج امرأه على أنها حرة فباننت أمه كان له الفسخ و لو دخل - - - - - ١٥٤
- الثانية: إذا تزوجت المرأة برجل على أنه حر فبان مملوكا كان لها الفسخ - - - - - ١٥٨
- الثالثة: قيل: إذا عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيّره فباننت بنت أمه كان له الفسخ - - - - - ١٥٩
- الرابعة: لو زوجه بنته من مهيّره و أدخل عليه بنته من الأمه فعليه ردّها - - - - - ١٦١
- الخامسة: إذا تزوج امرأه و شرط كونها بكرا فوجدها ثيبا لم يكن له الفسخ - - - - - ١٦٣
- السادسة: إذا استمتع امرأه فباننت كتابته لم يكن له الفسخ من دون هبه المدّه - - - - - ١٦٦
- السابعة: إذا تزوج رجلان بامرأتين، و أدخلت امرأه كلّ واحد منهما على الآخر فوطئها - - - - - ١٦٨
- الثامنة: كلّ موضع حكمنا فيه ببطلان العقد فللزوجه مع الوطاء مهر المثل لا المسمّى - - - - - ١٧١
- النظر الثاني: في المهور - - - - - ١٧٢
- اشاره - - - - - ١٧٢
- الأول: في المهر الصحيح - - - - - ١٧٢
- الطرف الثاني: في التفويض - - - - - ٢١٧
- أما الأول: تعويض البضع - - - - - ٢١٧
- و فيه مسائل - - - - - ٢١٨
- الأولى: ذكر المهر ليس شرطا في العقد - - - - - ٢١٨
- الثانية: المعتبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف و الجمال و عاده نساءها، ما لم يتجاوز السنّه - - - - - ٢٢٠
- الثالثة: لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز - - - - - ٢٢٦
- الرابعة: لو تزوج المملوكه (١) ثمّ اشتراها فسد النكاح - - - - - ٢٢٧
- الخامسة: يتحقّق التفويض في البالغ الرشيد - - - - - ٢٢٧
- السادسة: إذا زوّجها مولاها مفوّضه ثمّ باعها كان فرض المهر بين - - - - - ٢٣٠
- و أما الثاني و هو تفويض المهر - - - - - ٢٣١
- الطرف الثالث: في الأحكام - - - - - ٢٣٩
- و فيه مسائل - - - - - ٢٣٩
- الأولى: إذا دخل الزوج قبل تسليم المهر كان ديننا عليه، و لم يسقط بالدخول - - - - - ٢٣٩

- ٢٤٥ الثانية: قيل: إذا لم يسمَ مهرا و قدّم لها شيئا، ثمّ دخل بها كان ذلك مهرها
- ٢٤٧ الثالثة: إذا طلق قبل الدخول كان عليه نصف المهر
- ٢٥٥ الرابعة: لو أبرأته من الصداق ثمّ طلقها قبل الدخول رجع بنصفه
- ٢٥٨ الخامسة: إذا أعطاهم عوضا عن المهر عبداً بقا و شيئا آخر، ثمّ طلقها قبل الدخول
- ٢٥٩ السادسة: إذا أمهرها مدبره ثمّ طلقها صارت بينهما نصفين
- ٢٦١ السابعة: إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع، مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى
- ٢٦٥ الثامنة: إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها
- ٢٧٠ التاسعة: لو طلقها بانثاء، ثمّ تزوّجها في عدته، ثمّ طلقها قبل الدخول
- ٢٧١ العاشرة: لو وهبته نصف مهرها مشاعاً ثمّ طلقها قبل الدخول فله الباقي
- ٢٧٢ الحادية عشره: لو تزوّجها بعبدین فمات أحدهما
- ٢٧٢ الثانية عشره: لو شرط الخيار في النكاح بطل
- ٢٧٤ الثالثة عشره: الصداق يملك بالعقد
- ٢٨٩ الرابعة عشره: لو كان المهر مؤجلاً لم يكن لها الامتناع
- ٢٩٠ الخامسة عشره: لو أصدقها قطعه من فضّه فصاغتها أنيه ثمّ طلقها قبل الدخول
- ٢٩١ السادسة عشره: لو أصدقها تعليم سورة كان حدّه أن تستقلّ بالتلاوه
- ٢٩٣ السابعة عشره: يجوز أن يجمع بين نكاح و بيع في عقد واحد
- ٢٩٥ فروع
- ٢٩٥ الأولى: لو أصدقها عبداً فأعتقته ثمّ طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمته
- ٢٩٧ الثاني: إذا زوّجها الولي بدون مهر المثل قيل يبطل المهر و لها مهر المثل
- ٢٩٧ الثالث: لو تزوّجها على مال مشار إليه غير معلوم الوزن، فتلف قبل قبضه
- ٣٠٠ تتمه إذا زوّج ولده الصغير، فإن كان له مال فالمهر على الولد
- ٣٠٥ فرع لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرّعا، ثمّ طلق الولد، رجع الولد بنصف المهر
- ٣٠٧ الطرف الرابع: في التنارع
- ٣٠٧ الأولى: إذا اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه
- ٣١٨ تفريع
- ٣١٩ الثانية: إذا خلاها فادعت المواقع

- الثالثة: لو أصدقها تعليم سوره أو صناعه ٣٢٠
- الرابعة: إذا أقامت المرأة بيتنه أنه تزوّجها في وقتين بعقدين ٣٢٠
- النظر الثالث: في القسم و النشوز و الشقاق ٣٢٢
- اشاره ٣٢٢
- القول في القسم ٣٢٢
- أما الأول ٣٢٢
- فروع ٣٤١
- و أما اللواحق فمسائل ٣٥٥
- الأولى: القسم حقّ مشترك بين الزوج و الزوجه ٣٥٥
- الثانيه: إذا وهبت و رضى الزوج صحّ ٣٥٨
- الثالثة: لو التمسست عوضا عن ليلتها فبذله الزوج ٣٥٨
- الرابعة: لا قسمه للصغيره، و لا المجنونه المطبقه، و لا الناشز، و لا المسافره بغير إذنه ٣٥٩
- الخامسه: لا يزور الزوج الضره في ليله ضربتها ٣٦٠
- السادسه: لو خان في القسمه قضى لمن أخلّ بليلتها ٣٦٢
- السابعه: لو كان له أربع فنشزت واحده ٣٦٤
- الثامنه: لو طاف على ثلاث و طلق الرابعه بعد دخول ليلتها ثمّ تزوّجها ٣٦٧
- التاسعه: لو كان له زوجتان في بلدين فأقام عند واحده عشرا ٣٦٩
- العاشره: لو تزوّج امرأه و لم يدخل بها ٣٧٠
- القول في النشوز ٣٧١
- القول في الشقاق ٣٨١
- تفريع: لو بعث الحكمان فغاب الزوجان أو أحدهما ٣٨٧
- مسألتان ٣٨٨
- الأولى: ما يشترطه الحكمان يلزم إن كان سائعا ٣٨٨
- الثانيه: لو منعها شيئا من حقوقها، أو أغارها، فبذلت له بدلا ليخلعها، صحّ ٣٨٩
- النظر الرابع: في أحكام الأولاد ٣٩٠
- اشاره ٣٩٠

- الأول: في إلحاق الأولاد ٣٩٠
- أحكام ولد الموطوءه بالعقد الدائم ٣٩٠
- أحكام ولد الموطوءه بالملك ٤٠٤
- أحكام ولد الشبيهه ٤١٠
- القسم الثاني في أحكام الولاده ٤١١
- أما سنن الولاده ٤١١
- و أما اللواحق فتلاته ٤١٧
- و سنن اليوم السابع أربعه ٤١٧
- أما الحلقي ٤١٩
- و أما الختان ٤٢٠
- و أما العقيقه ٤٢٤
- و أما الرضاع ٤٣٠
- فرع: لو ادعى الأب وجود متبرعه،و أنكرت الأم ٤٣٨
- و أما الحضانه ٤٣٩
- فروع أربعه على هذا القول ٤٥١
- الأول: قال الشيخ رحمه الله: إذا اجتمعت أخت لأب و أخت لأم ٤٥١
- الثاني: قال في جدّه و أخوات ٤٥٢
- الثالث: قال: إذا اجتمعت عمّه و خاله ٤٥٣
- الرابع: قال: إذا حصل جماعه متساوون في الدرجه ٤٥٣
- و من لواحق الحضانه ثلاث مسائل ٤٥٣
- الأولى: إذا طلبت الأم للرضاعه أجره زائده عن غيرها ٤٥٣
- الثانيه: إذا بلغ الولد رشيدا سقطت ولايه الأبوين عنه ٤٥٥
- الثالثه: إذا تزوّجت سقطت حضانتها ٤٥٦
- النظر الخامس في النفقات ٤٥٧
- اشاره ٤٥٧
- القول في نفقه الزوجه ٤٥٧

- ٤٥٧ و الشرط اثنان
- ٤٥٧ الأول: أن يكون العقد دائما
- ٤٥٩ الثاني: التمكين الكامل
- ٤٦٢ و من فروع التمكين
- ٤٧٥ و أما قدر النفقه
- ٤٨١ و أما اللواحق فمسائل
- ٤٨١ الاولى: لو قالت: أنا أخدم نفسي، ولى نفقه الخادم، لم تجب إجابتها
- ٤٨٢ الثانيه: الزوجه تملك نفقه يومها مع التمكين
- ٤٨٨ الثالثه: إذا دخل بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده
- ٤٨٩ تفريع على التمكين
- ٤٩٣ الرابعه: إذا ادعت البائن أنها حامل صرفت إليها النفقه يوما فيوما
- ٤٩٦ فرع على قوله رحمه الله: إذا لاعنها فيبانت منه و هي حامل
- ٤٩٧ الخامسه: قال الشيخ رحمه الله: نفقه زوجه المملوك تتعلّق برقبته إن لم يكن مكتسبا
- ٤٩٩ السادسه: إذا طلق الحامل رجعيته، فادعت أن الطلاق بعد الوضع و أنكر
- ٥٠١ السابعه: إذا كان له على زوجته دين
- ٥٠١ الثامنه: نفقه الزوجه مقدّمه على الأقارب
- ٥٠٣ القول في نفقه الأقارب
- ٥٠٣ من ينفق عليه
- ٥٠٥ كيفيه الإنفاق
- ٥١١ و تشتمل اللواحق على مسائل
- ٥١١ الأولى: تجب نفقه الولد على أبيه، و مع عدمه أو فقره فعلى أب الأب و إن علا، لأنّه أب
- ٥١٣ الثانيه: إذا كان له أبوان و فضل له ما يكفى أحدهما كانا فيه سواء
- ٥١٥ الثالثه: لو كان له أب و جدّ موسران فنفقته على أبيه دون جدّه
- ٥١٦ الرابعه: إذا دافع بالنفقه الواجبه أجبره الحاكم، فإن امتنع حبسه
- ٥١٧ القول في نفقه المملوك
- ٥٢٢ و أما نفقه البيهائم المملوكه

سرشناسه : شهيد ثانی، زين الدين علی، ق ٩٦٦ - ٩١١

عنوان و نام پديد آور : مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام [محقق حلی]: الفهارس العامه/ تالیف زين الدين بن علی
العالمی "شهيد ثانی"؛ تحقيق و نشر موسسه المعارف الاسلاميه

مشخصات نشر : قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٣ق. = ١٣٨١.

مشخصات ظاهری : ص ٤٤٨

فروست : (بنیاد معارف اسلامی ٤٧)

شابک : ٩٦٤-٧٧٧٧-٢٧-٢(ج.١٦)؛ (دوره)؛ (دوره)

یادداشت : جلد شانزدهم "مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام" الفهارس می باشد

یادداشت : عربی.

یادداشت : عنوان روی جلد: الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

یادداشت : کتابنامه

عنوان روی جلد : الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

موضوع : شهيد ثانی، زين الدين علی، ٩٦٦ - ٩١١ق. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام -- فهرستها

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفری -- قرن ٧

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٣ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

شناسه افزوده : بنیاد معارف اسلامی

رده بندی کنگره : BP182/م3ش ٤٠٧٢ ١٣٨١

رده بندی دیویی : ٢٩٧/٣٤٢ م ٣٣١ ش/ش ش

شماره کتابشناسی ملی : م ۸۲-۴۳۱۸

ص: ۱

اشاره

تمه القسم الثاني في العقود

تمه كتاب النكاح

تمه أقسامه ثلاثة

القسم الثالث: في نكاح الإماء

إشاره

القسم الثالث: في نكاح الإماء (١) و هو إما بالملك أو العقد.

العقد

و العقد ضربان: دائم و منقطع. و قد مضى كثير من أحكامهما.

و تلحق هنا مسائل

و تلحق هنا مسائل:

الأولى: لا يجوز للعبد و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المالك

الأولى: لا يجوز للعبد و لا للأمه (٢) أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المالك، فإن عقد أحدهما من غير إذن وقف على إجازة المالك. و قيل: بل تكون إجازة المالك كالعقد المستأنف.

و قيل: يبطل فيهما، و تلغى الإجازة. و فيه قول رابع مضمونه:

اختصاص الإجازة بعقد العبد دون الأمه. و الأول أظهر.

قوله: «القسم الثالث: في نكاح الإماء. إلخ».

المراد بالنكاح هنا الوطء لا- العقد و إن كان حقيقه في العقد، و قرينه المجاز أن وطأهن بالملك لا يدخل في العقد. و وجه الحصر في الأمرين: المنع من تجاوزهما في قوله تعالى إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم (١) فإن الاستثناء في سياق النفي يفيد الحصر. و النكاح بالتحليل يرجع إلى أحدهما، إذ أظهر أنه تمليك المنفعه فيدخل في الملك. و قيل: إنه عقد فيدخل فيه.

قوله: «لا يجوز للعبد ولا للأمة إلخ».

قد تقدّم (٢) الكلام في أنّ عقد النكاح مطلقا إذا وقع فضولا هل يكون باطلا، أو موقوفا على الإجازة؟ فمن قال ببطلانه ثمّ أبطله هنا، و من قال بوقوعه موقوفا اختلفوا هنا، فمنهم من أوقفه هنا أيضا على إجازة السيد، فإن أجازته صحّ وإلا بطل.

ص: ٥

١ - ١) المؤمنون: ٦.

٢ - ٢) في ج ١٥٩: ٧.

و هذا هو الذى اختاره المصنف و الأكثر. و هو الأقوى. و قد تقدّم (١) ما يدلّ عليه.

و يدلّ عليه بخصوصه حسنه زراه عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، قال: ذاك إلى السيّد إن شاء أجاز، و إن شاء فرّق بينهما» (٢).

و القول بكون إجازة المالك كالعقد المستأنف للشيخ فى النهاية، فإنّه قال: «من عقد على أمه غيره بغير إذن مولاه كان العقد باطلا، فإن رضى المولى بذلك العقد كان رضاه به كالعقد المستأنف يستباح به الفرج» (٣).

و قد اختلف فى تنزيل كلامه، حيث إنّ ظاهره التناقض، لحكمه بطلان العقد ثمّ الاكتفاء فيه بالإجازة، و جعلها مبيحة للنكاح كالعقد. فالعلامة فى المختلف (٤) نزل كلامه على أنّ المراد بكونه باطلا أنّه يؤول إلى البطلان، لأنّ ما يقع باطلا فى نفسه لا يصحّ بإجازة المولى. و على هذا فيكون قوله كقول الأول. و قريب منه تأويل المصنف له فى نكت النهاية (٥) بمعنى عدم الإفاده لمملك البضع، لا- بمعنى سقوطه أصلا، فإذا أجاز المولى العقد ملك البضع. قال: و ربّما تبع الشيخ روايه الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام: «إن كان الذى تزوّجها من غير إذن مولاه فالنكاح فاسد» [١].

ص: ٦

١- ١) فى ج ١٥٩: ٧-١٦١.

٢- ٢) الكافى ٥: ٤٧٨ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٥٠ ح ١٦٧٥، التهذيب ٧: ٣٥١ ح ١٤٣٢، الوسائل ١٤: ٥٢٣ ب (٢٤) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٣- ٣) النهاية: ٤٧٦.

٤- ٤) المختلف: ٥٦٦.

٥- ٥) نكت النهاية ٢: ٣٣٩-٣٤٠.

ثمّ لمّا أجمعنا على أنّ إجازة المولى العقد الفضولى ماضيه فى النكاح جمع بين الأمرين بذلك. و هذا التنزيل لا يطابق جعله فى الكتاب القول مغايرا للقول بوقفه على الإجازة.

و منهم من أوّل كلام الشيخ بأمر آخر، و هو أنّ العقد يكون باطلا- بدون الإذن كما ذكر أوّلا- لكن الإجازة تقوم مقام التحليل، فيكون الرضا عبارة عن التحليل، و من ثمّ فرضها فى الأمه، لأنّ العبد لا يأتى فيه ذلك.

و فيه نظر، لأنّ التحليل منحصر فى عبارات، و ليس الرضا منها، فليس بتحليل و لا عقد، لأنّه حكم ببطلانه.

و الأولى تنزيل كلام الشيخ على المعنى الأول، و جعلهما قولاً واحداً، لأنّ إطلاق البطلان على الموقوف كثير شائع و مجاز مشهور من حيث اشتراكهما فى عدم ترتّب الأثر. و يؤيّدّه مع ذلك أنّ المصنّف جعل القول المذكور شاملاً للعبد و الأمه مع أنّ الشيخ فرضه فى الأمه، و تخصيصها لا يحسن إلا على التأويل الأخير.

و القول بالبطلان فيهما لابن إدريس [١] مع حكمه بصحّه نكاح الفضولى (١) فى غير المملوك، محتجّاً بالتهى المقتضى للفساد. و قد عرفت فساد كليته. و يرد عليه من كليته [٣] و أمّا الاحتجاج له بما روى عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم:

«أيما مملوك تزوّج بغير إذن مولاه فنكاحه باطل» (٢) فلا- يناسب أصل ابن إدريس، لأنّ طريقه عامى، و هو لا يكتفى به لو كان خاصياً.

و القول بالفرق بين نكاح العبد و الأمه بغير إذن المولى- فيقف الأول و يبطل

ص: ٧

١- ٢) السرائر ٥٦٤: ٢- ٥٦٥.

٢- ٤) السنن الكبرى ٧: ١٢٧، سنن أبى داود ٢: ٢٢٨.

و لو أذن المولى صحّ، و عليه مهر مملوكه و نفقه زوجته، و له مهر أمته. (١) و كذا لو كان كلّ (٢) واحد منهما لمالك أو أكثر، فإذا لم يمض إلا برضا الباقين أو إجازتهم بعد العقد، على الأشبه.

الثانى - لابن حمزه [١]. و مستنده على البطالين ما تقدّم، و على الصحّ فى العبد روايه زراره السابقيه (١) المتضمّنه و قوف تزويج المملوك على إجازة سيده، و هو ظاهر فى الذّكر. و فى آخرها ما يزيده إيضاحاً، لأنّه قال: «قلت له: أصلحك الله إنّ الحكم بن عتيبه و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، فلا تحلّ إجازة السيّد له. فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّّه لم يعص الله إنّما عصى سيده، فإذا أجازة فهو له جائز». و ربما قيل بأنّ المملوك شامل للذكر و الأنثى فيفيد الحكمين. و قد ورد التصريح بحكم العبد فى روايه زراره أيضاً عنه عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخّل بها ثمّ اطّلع على ذلك مولاه، قال: ذلك لمولاه إن شاء فرّق بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما» (٢).

قوله: «و لو أذن المولى صحّ - إلى قوله - و له مهر أمته».

قد تقدّم (٣) الخلاف فى مهر زوجة المملوك و نفقتها هل هى على المولى، أو فى كسب العبد؟ و بيان المختار فى ذلك، و إنّما أعاده لمناسبته الباب. و أمّا كون مهر الأمه لمولاه فلا نّ بعضها و منافعها مملوكه له، فيكون المهر الذى هو عوضه كذلك.

قوله: «و كذا لو كان كلّ. إلخ».

لا فرق فى توقّف نكاح المملوك على إذن مالكة بين كونه متّحداً أو متعدّداً،

ص: ٨

١ - ٢) لاحظ ص: ٦، هامش (٢).

٢ - ٣) الكافى ٤٧٨: ٥ ح ٢، الفقيه ٢٨٣: ٣ ح ١٣٤٩، التهذيب ٣٥١: ٧ ح ١٤٣١، الوسائل ٥٢٣: ١٤ ب (٢٤) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٢.

٣ - ٤) فى ج ١٨٣: ٧.

الثانيه: إذا كان الأبوان رقًا كان الولد كذلك

الثانيه: إذا كان الأبوان رقًا (١) كان الولد كذلك، فإن كانا لمالك واحد فالولد له، وإن كانا لاثنين كان الولد بينهما نصفين. و لو اشترطه أحدهما أو شرط زياده عن نصيبه لزم الشرط.

لتحقّق المائيه لكل واحد، وقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا و شرعا.

و القول بوقوع النكاح موقوفا على إذن جميع الملاك أو باطلا كالقول في المالك المتّحد. وكذا القول في المهر و النفقه، فيوزّع على كلّ واحد بمقدار ما يخصّه من الملك.

قوله: «إذا كان الأبوان رقًا. إلخ».

لا خلاف في أن الولد إذا كان أبواه رقيقين يكون رقيقا، إذ لا وجه لحرّيته، و إنّما هو تابع لهما. فإن كانا لمالك واحد فالولد له، و إن كان كلّ واحد منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، لأنه نماء ملكهما لا مزّيّه لأحدهما على الآخر، بخلاف باقى الحيوانات، فإنّ الولد لمالك الأمّ. و فرّقوا بينهما بأنّ النسب مقصود في الآدميّ، و هو تابع لهما فيه، بخلاف غيره من الحيوانات، فإنّ النسب فيه غير معتبر، و النمّو و التبعية فيه لا حق بالأمّ خاصّه. و في الفرق خفاء إن لم يكن هناك إجماع، مع أنّ أبا الصلاح (١) ذهب إلى أنّه يتبع الأمّ كغيره من الحيوانات. و لو شرط أحد الموليين انفراده بالولد أو زياده عن نصيبه صحّ الشرط و لزم، لعموم: «المسلمون عند شروطهم» (٢).

ص: ٩

١- ١) الكافي في الفقه: ٢٩٧.

٢- ٢) في «ش» و نسخه بدل «و»: المؤمنون. راجع الوسائل ١٦: ٨٥ ب «٤» من كتاب المكاتبه ح ٣ و ٥ و ٧، و ١٤: ٤٨٧ ب «٣٢» من أبواب المتعه ح ٩، و ١٢: ٣٥٣ ب «٦» من أبواب الخيار ح ١ و ٢ و ٥، و ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

و لو كان أحد الزوجين (١) حرًا لحق الولد به، سواء كان الحرّ هو الأب أو الأمّ، إلا أن يشترط المولى رقّ الولد، فإن شرط لزوم الشرط على قول مشهور.

قوله: «و لو كان أحد الزوجين. إلخ».

إذا كان أحد الأبوين حرًا و الآخر مملوكا فالمشهور بين الأصحاب كون الولد حرًا مطلقا، للأخبار الكثيره الدالّه عليه، منها حسنه ابن أبي عمير، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في العبد تكون تحتة الحرّه، قال: «ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بأبيه» (١). و في حسنه أخرى لابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن الرجل الحرّ يتزوّج بأمه قوم، الولد ممالكك أو أحرار؟ قال: إذا كان أحد أبويه حرًا فالولد أحرار» (٢).

و في روايه أخرى عن جميل بن درّاج، في طريقها الحكم بن مسكين، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تزوّج العبد الحرّه فولده أحرار، و إذا تزوّج الحرّ الأمه فولده أحرار» (٣). و غير ذلك من الأخبار (٤)، إلا أن أجودها طريقا ما تقدّم.

و خالف في الحكم ابن الجنيد (٥)، فجعل الولد رقّا تبعا للمملوك من أبويه إلا مع اشتراط حرّيته، لأنّه نماء مملوك فيتبعه. و لأنّ حقّ الآدمي يغلب إذا اجتمع مع حقّ الله تعالى. و لروايه أبي بصير، قال: «لو أنّ رجلا دبّر جاريه ثمّ زوّجها من رجل

ص: ١٠

١- ١) الكافي ٥: ٤٩٣ ح ٦، الوسائل ١٤: ٥٢٩ ب (٣٠) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٣.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٩٣ ح ٧، التهذيب ٧: ٣٣٦ ح ٧٣٦، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ح ٧٣٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٩٢ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٣٦ ح ٧٣٥، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ح ٧٣٢، الوسائل الباب المتقدّم ح ٦.

٤- ٤) راجع الوسائل الباب المتقدّم.

٥- ٥) حكى عنه في المختلف: ٥٦٨، التنقيح الرائع ٣: ١٣٨.

فوطئها كانت جاريتها و ولدها منه مدبرين، كما لو أنّ رجلا أتى قوما فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم ممالك» (١). و روايه الحسن بن زياد، قال: «قلت له: أمه كان مولاهما يقع عليها ثمّ بدا له فزوجها ما منزله ولدها؟ قال: منزلتها، إلا أن يشترط زوجها» (٢).

و أجيب بضعف الروايتين و قطعهما، فيقصران عن مقاومه الروايات الكثيره الداله على تبعيته الولد للحزب. و بمنع تقديم حقّ الآدمي هنا، لأنّ الحزبي أقوى، و من ثمّ بنى العتق على التغليب و السرايه. و لأنّ الأصل في الإنسان الحزبي، خرج منه ما أخرجه الدليل فبقى ما سواه.

هذا كلمه مع الإطلاق، أمّا إذا شرطت الحزبي فلا- إشكال في تحقّقها. و إذا شرطت الرقيّه فالمشهور بين الأصحاب صحّه الشرط، لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) و قوله صلى الله عليه و آله و سلّم: «المسلمون عند شروطهم» [١].

و لروايه أبي بصير السالفه، فإنّ الشيخ نزلها على الشرط (٤). و موردها و إن كان مخصوصا بالأمه إلا أنّه لا قائل بالفرق.

و المصنف نسب القول إلى الشهره إيذانا بضعف مستنده. و هو كذلك، فإنّ عموم الأخبار السابقه يتناول محلّ النزاع. و وجه عمومها من حيث إنّها حكايه أحوال لم يستفصل فيها فتعمّ. و روايه أبي بصير- مع ما فيها من ضعف السند

ص: ١١

١- ١) التهذيب ٧: ٣٣٦ ح ١٣٧٨، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ح ٧٣٥، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٠.

٢- ٢) التهذيب ٨: ٢١٤ ح ٧٦٣، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ح ٧٣٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٢.

٣- ٣) المائده: ١.

٤- ٥) التهذيب ٧: ٣٣٦ ح ١٣٧٨، الاستبصار ٣: ٢٠٣ ح ٧٣٥.

و القطع-لا تدلّ على مطلوبهم، وإنما حملها الشيخ على غير ظاهرها لثلاً تنافى الأخبار السالفه. و أما عموم الآيه و الخبر فمشروط بكون الشرط مشروعاً، و الحرّيه أمر يتحقّق بجعل الله تعالى، و من ثمّ كان حرّاً بدون الشرط، فلا مدخل للشرط فى تغييرها، كما لو شرط رقيه ولد الحرّين. و لأنّ الولد ليس ملكاً للحرّ حتى يصحّ اشتراط رقيته، و إنّما ألحقّ فيه لله تعالى، و من ثمّ لم يجز اشتراط رقيه حرّ الأصل. فلا يشرع اشتراط الرقيه، و بذلك يكون مستثنى من العموم. و هذا هو الأقوى، و إن كان المشهور خلافه.

ثمّ على تقدير فساد الشرط ينبغى أن يتبعه فساد العقد، لعدم وقوع التراضى بدونّه، و لم يحصل. و يحتمل صحّحه العقد مع فساد الشرط. و قد تقدّم له نظائر.

و يتفرّع على ذلك ما لو وطئها بهذا العقد و أولدها، فإن صحّحنا العقد فالولد حرّ.

و كذا إن قلنا بفساده و كان جاهلاً بالفساد. و لو كان عالماً فهو زان، و الولد رقّ تبعاً للأمه، لا بسبب الشرط. و إن قلنا بصحّحه الشرط لزم، و لم يسقط بالإسقاط، و إنما يعود إلى الحرّيه بسبب جديد، كملك الأب له و نحوه.

و اعلم أنّ الروايه المذكوره رواها الشيخ فى التهذيب مقطوعه، و تبعه العلماء على ذلك فوصفوها بالقطع، سواء عملوا بها أم لا، مع أنّه فى الاستبصار أوصلها إلى أبى عبد الله عليه السلام، فجبرت بذلك، لكن لم تخرج به عن الاضطراب، من حيث إنّ الراوى واحد. و يبقى فيها ضعف السند، فإنّ فى طريقها أبا سعيد، و هو مجهول أو مشترك بين الثقه و الضعيف [١].

الثالثه: إذا تزوج الحرّ أمه من غير إذن المالك، ثمّ وطئها قبل الرضا عالما بالتحريم، كان زانيا

الثالثه: إذا تزوج الحرّ أمه (١) من غير إذن المالك، ثمّ وطئها قبل الرضا عالما بالتحريم، كان زانيا، و عليه الحدّ. و لا مهر إن كانت عالمة مطاوعه.

و لو أتت بولد كان رقاً لمولاهها. و إن كان الزوج جاهلاً أو كان هناك شبهة فلا حدّ، و وجب المهر، و كان الولد حرّاً، لكن يلزمه قيمته للمولى الأمه يوم سقط حياً.

قوله: «إذا تزوج الحرّ أمه. إلخ».

إذا تزوج الحرّ أمه من غير إذن مالكةا ثمّ وطئها قبل الرضا فلا يخلو: إمّا أن يكونا عالمين بالتحريم، أو جاهلين، أو بالتفريق. فالصور أربع:

الاولى: أن يكونا عالمين بالتحريم، فالوطء زنا، فيثبت عليهما الحدّ بحسب حالهما. و في ثبوت المهر للمولى قولان:

أحدهما - و به قطع المصنّف - عدمه، لأنّها زانية و لا مهر للزانية، لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا مهر لبغى» (١) و هو نكره في سياق النفي فيعمّ موضوع النزاع. و اللّام هنا للاختصاص الدالّ على مطلق المقابله، مثلها في قولك: لا أجره للدار، و لا للدابّة، و لا للعبد، و نحو ذلك، فيشمل الملك و الاستحقاق. و لأنّ البضع لا يثبت لمنافعه عوض إلاّ بعقد أو شبهه أو إكراه لها لتخرج عن كونها بغياً.

و الثانى: ثبوت المهر للمولى، لأنّ البضع ملكه، فلا يؤثّر علمها و رضاها في سقوط حقّه. و الخبر - مع تسليمه - لا يتناول محلّ النزاع من وجهين:

أحدهما: أنّ المهر مختصّ بالحرّه، و لا - يقال لعوض بضع الأمه مهراً إلاّ مجازاً، بل يطلق عليه اسم العقر، أو العشر، أو نصفه، و نحو ذلك. و من ثمّ يطلق على الحرّه اسم

ص: ١٣

١ - ١) مسند أحمد ١: ٣٥٦، سنن ابن ماجه ٢: ٧٣٠ ح ٢١٥٩، سنن أبى داود ٣: ٢٦٧ ح ٣٤٢٨، سنن النسائي ٧: ١٨٩، السنن الكبرى للبيهقى ٦: ٦.

المهیره، فعيله بمعنى مهوره. و سیاتی (۱) عن قریب قولهم (۲): «لو زوجه مهیره فأدخل علیه بنت أمه».

و الثانی: من جهه اللام، فإن المنفی إنما هو ملک البغی للمهر، أو استحقاقها، أو اختصاصها، و الثلاثه منتفیه عن الأمه، لأن المختص به إنما هو المولی، و استحقاقه أو ملكه له واضح. و علی تقدير استعمالها فی مطلق المقابله فمعناها مشترك، و المشترك لا یحمل علی أحد معانیه بدون القرینه، و هی منتفیه إن لم یکن فی الاستحقاق أو الملك أظهر، بقرینه المهر المتعین للحره.

و هذا القول متجه إلا أنه يتوقف علی إثبات كون البضع مضمونا علی هذا الوجه، فإن مالئته لیست علی نهج الأموال الصرفه لیكون مطلق الانتفاع به موجبا للعرض، و إنما یستحقّ العرض به علی وجه مخصوص، فإنه لو قبل أحد مملوکه الغير أو استمتع بها بما دون الوطاء لم یکن له عوض، بخلاف ما لو استخدمها، و الفرض عدم نقصانها بسببه. و الثابت علی الزانی العقوبه الدنیویّه و الأخرویّه، و ما سواه یحتاج إلى دلیل، و هو حاصل مع العقد أو الشبهه.

نعم، لو كانت بکرا لزمه أرش البکاره، لأنها جنایه فلا تدخل فی المهر هنا و إن دخلت فیهِ علی بعض الوجوه. و ربّما احتمل كونه مهرا، لأنّ الشارع جعله تبعا للوطء، فیأتی فیهِ الخلاف السابق. و الأصحّ الأول، لأن الجنایه علی المال المملوک الموجه لنقص المائیه مضمونه بغير إشکال، بخلاف المهر. و أمّا حکم الولد الناشئ من ذلك فإنه یكون رقًا لمولاهها بغير إشکال، كما فی کلّ ولد یحدث للأمه عن زنا.

الثانیه: أن یكونا جاهلین بالتحريم، إمّا بأن لم یعلموا تحريم التزویج بغير إذن مالک الأمه، أو یعلموا و لكن حدثت لهما شبهه أو جبت ذلك، كأن وجدها علی فراشه

ص: ۱۴

۱- ۱) فی ص: ۱۴۴.

۲- ۲) فی «و»: قوله.

فَظَنُّهَا زَوْجَتَهُ أَوْ أُمَّتَهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَقِدَ عَلَيْهَا أَوْلًا، فَإِنَّ مَجْرَدَ الْعَقْدِ لَا أَثْرَ لَهُ، وَظَنَّتْ هِيَ أَنَّهَ مَوْلَاهَا، وَنَحْوَ ذَلِكَ. وَلَا حَدَّ عَلَى أَحَدِهِمَا، لِلشَّبَهَةِ الدَّارِئَةِ لَهُ. وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ هُنَا قِطْعًا. وَهَلْ هُوَ الْمَسْمِيُّ، أَوْ مَهْرُ الْمِثْلِ؟ قَوْلَانِ تَقَدَّمَ (١) مِثْلُهُمَا فِي بَابِ الرِّضَاعِ وَغَيْرِهِ. وَيُظْهِرُ مِنَ الْمَصْنُفِ أَنَّ الْمَسْمِيَّ، لِأَنَّهُ الْعَوْضُ الَّذِي تَرَاضِيَا عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ، وَهُوَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا بِسَبَبِ الشَّبَهَةِ.

وَفِيهِ نَظَرٌ، لِفَسَادِ الْعَقْدِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، وَلَا أَثْرَ لظُهُورِ صِحَّتِهِ وَالْأَمْرُ بِخِلَافِهِ، فَثُبُوتُ مَهْرِ الْمِثْلِ أَقْوَى. وَفِيهِ قَوْلٌ ثَالِثٌ: أَنَّهَ الْعِشْرُ، أَوْ نِصْفُهُ، وَسَيَأْتِي (٢). وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهُ الْمَصْنُفُ هُنَا قِصْرًا لَهُ عَلَى مُورِدِ النَّصِّ (٣)، فَإِنَّهَ لَمْ يَرِدْ إِلَّا فِي مَدَّعِيَةِ الْعَتَقِ إِذَا تَرَوَّجَهَا الْحَرَّ.

وَإِنْ أَتَتْ بَوْلِدٍ كَانَ حَرًّا تَابَعًا لِأَبِيهِ، وَلَكِنْ عَلَى الْأَبِ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى، لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مَلَكَه. وَتَعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ يَوْمَ سَقُوطِهِ حَيًّا، لِأَنَّهُ وَقْتُ الْحِيلُولِ وَإِفْرَادِهِ بِالتَّقْوِيمِ وَالْحُكْمُ عَلَيْهِ بِالمَالِيَةِ لَوْ كَانَ رِقًّا. وَلَوْ سَقَطَ مِيتًا فَلَا شَيْءَ لَهُ، لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لِلْمَيْتِ، وَفِي حَالِ كَوْنِهِ جَنِينًا لَا يَنْفَرِدُ بِالتَّقْوِيمِ.

الثَّالِثَةُ: أَنَّ يَكُونُ الْحَرَّ جَاهِلًا وَالْأُمَّهُ عَالِمَةً. وَالْحُكْمُ فِي سَقُوطِ الْحَدِّ وَلِحُوقِ الْوَلَدِ بِهِ وَوَجُوبِ الْقِيَمَةِ كَالسَّابِقِ. وَكَذَا فِي وَجُوبِ الْمَهْرِ عَلَى مَا أُطْلِقَهُ الْمَصْنُفُ وَالْجَمَاعَةُ (٤)، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ وَطءٌ مُحْتَرَمٌ مِنْ قَبْلِهِ مِنْ حَيْثُ الشَّبَهَةُ فَيُثَبِتُ عَوْضَهُ.

وَظَاهِرُهُمْ بَلْ صَرِيحٌ بَعْضُهُمْ عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ عِلْمِهَا وَجَهْلِهَا فِي ذَلِكَ هُنَا. وَلَا يَخْلُو مِنْ أَشْكَالٍ، لِأَنَّهَا مَعَ الْعِلْمِ بَعْغِيٌّ، فَيَنْبَغِي مَجِيءُ الْخِلَافِ السَّابِقِ، لَكِنْ لَمْ يَسُوقْهُ هُنَا.

ص: ١٥

١- ١) فِي ج ٢٧٥-٧: ٢٧٦ و ٤٤٥-٤٤٧.

٢- ٢) فِي الصَّفْحَةِ التَّالِيَةِ.

٣- ٣) لَاحِظُ الْكَافِي ٤: ٤٠٤ ح ١، التَّهْذِيبُ ٧: ٣٤٩ ح ١٤٢٦ وَ ٤٢٢ ح ١٦٩٠، الْاِسْتَبْصَارُ ٣: ٢١٦ ح ٧٨٧، الْوَسَائِلُ ١٤: ٥٧٧

ب «٦٧» مِنْ أَبْوَابِ نِكَاحِ الْعَيْدِ وَالْإِمَاءِ ح ١.

٤- ٤) رَاجِعُ الْوَسِيلَةِ: ٣٠٣، السَّرَائِرُ ٢: ٥٩٦، الْقَوَاعِدُ ٢: ٢٨، التَّحْرِيرُ ٢: ٢٢.

و كذا لو عقد (١) عليها لدعواها الحرّيه لزمه المهر. و قيل: عشر قيمتها إن كانت بكرا، و نصف العشر إن كانت ثيبا. و هو المروى. و لو كان دفع إليها مهرا استعداد ما وجد منه. و كان ولدها منه رقاً. و على الزوج أن يفكّهم بالقيمه، و يلزم المولى دفعهم إليه. و لو لم يكن له مال سعى في قيمتهم.

الرابعه: عكسه، بأن يكون هي الجاهله خاصّه، فالحدّ عليه. و ينتفى عنه الولد، لأنّه عاهر له الحجر. و يثبت عليه المهر لمولاها، و الولد رقّ له.

و هذا كلّه إذا لم يجز المولى العقد، فإن أجازته قبل الوطء فواضح. و إن كان بعده بنى على أن الإجازة هل هي كاشفه عن صحّحه العقد من حينه، أم مصحّحه له من حينها؟ فعلى الأول - و هو الأقوى - يلحق به الولد و إن كان عالما حال الوطء بالتحريم. و يسقط عنه الحدّ و إن كان قد وطئ محرّما حالته. و يلزمه المهر، لانكشاف كونها زوجته حال الوطء. و إقدامه على المحرّم يوجب التعزير لا الحدّ.

و على الثانى تبقى الأحكام السابقه بأسرها، لأنّها حين الوطء لم تكن زوجته ظاهرا و لا فى نفس الأمر، و إنما كان قد حصل جزء السبب المبيح، و لم يتمّ إلا بعد الوطء، فكان كما لو لم يكن هناك عقد أصلا.

قوله: «و كذا لو عقد. إلخ».

ما تقدّم حكم ما إذا تزوّج الحرّ الأمه من غير أن تدعى هي الحرّيه، و هذه حكم ما لو ادّعتها. و إنما جعلهما مسألتين مع اتّحادهما فى الحكم عنده لوقوع الخلاف فى هذه الصوره بخصوصها.

و تحقيقها: أن الأمه إذا ادّعت الحرّيه فعقد عليها الحرّ النكاح، فإن كان عالما بفساد دعواها و بالتحريم فحكمه كالصوره الاولى من المسأله السابقه.

و إن كان جاهلا بالحال، إمّا لدعواها أنّها حرّه الأصل و هو لا يعلم بالحال

فبينى على الظاهر، أو مع علمه بكونها مملوكة و لكن ظهر له قرائن كثيرة تثمر الظن بصدقها، فتوهم الحل بذلك، أو توهم الحل بمجرد دعواها، وبالجملة حصل له شبهة جواز تزويجها على تلك الحال، فالحكم كما مر من عدم الحد، و لزوم المهر، لأنه عوض عن الوطاء المحترم، إذ هو ليس بزنا ولا بملك يمين.

هكذا أطلق الجميع، بل ادعى عليه بعضهم (١) إجماع المسلمين. و لم يفرقوا بين كونها عالمه بالتحريم و جاهله. و لو قيل بعدم لزوم المهر على تقدير علمها كالسابق أمكن، لوجود العلة، و هى كونها بغيا. و قدومه على المهر - مع فسادة فى نفس الأمر و عموم نفى المهر فى الخبر (٢) على القول به - لا يوجب ثبوته. لكن الأمر فى الاتفاق كما ترى.

ثم فى تقديره أقوال:

أحدها: أنه المسمى، لأنه عقد صحيح قبض فيه أحد العوضين فيجب الآخر، و عروض الفسخ لا يوجب فسادة من أصله. و هو ظاهر اختيار المصنف و الأكثر.

و فيه نظر، لأنه واقع بغير إذن السيد، و لا أثر لصحته ظاهرا إذا تبين فسادة بعد ذلك. و دعوى كون الفسخ لا يفسده من أصله غير سديده.

و الثانى: أنه مهر المثل. ذهب إليه الشيخ فى المبسوط (٣)، و نقله فخر الدين (٤) عن ابن حمزه، كما نقل الأول عن القاضى ابن البراج. و ردهما الشهيد فى شرح

ص: ١٧

١-١) كما فى الإيضاح ٣: ١٤٢.

٢-٢) لاحظ ص: ١٣، هامش (١).

٣-٣) المبسوط ٢٥٥: ٤-٢٥٦.

٤-٤) إيضاح الفوائد ٣: ١٤٢.

الإرشاد (١)، و حكم بأنهما قائلان بالثالث. و وجه هذا القول قد أشرنا إليه سابقا (٢) من أنها ملك الغير، و النكاح موقوف على رضا، فحيث لم يرض بطل من أصله فكان كالفاسد، و قد حصل الوطاء المحترم بسبب الجهل فوجب مهر المثل. و هو واضح. هذا إذا لم يجز المولى و إلا فالمسمى و إن كان الوطاء قبل الإجازة، بناء على القول الأصح من أنها كاشفه.

و الثالث: و جوب عشر قيمتها إن كانت بكرا، أو نصفه إن كانت ثيبا. و هو مختار الشيخ في النهاية (٣)، و القاضي ابن البراج (٤)، و ابن حمزه (٥). و مستنده صحيحه الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرّه فوجدها أمه دلّست نفسها، قال: «إن كان الذى زوّجها إياه من غير موالها فالنكاح فاسد.

قلت: كيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ قال: إن وجد ممّا أعطاها شيئا فليأخذه، و إن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها. و إن كان زوّجها إياه و لى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لموالها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلت من فرجها. قلت: فإن جاءت منه بولد؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى» (٦). و ينبغى أن يكون العمل بها، لصحتها.

و ربما حملت على ما إذا طابق العشر أو نصفه لمهر المثل. و هو بعيد. و من الجائز اختصاص الأمه بهذا الحكم، و جعل مهر المثل للحرّه، أو للأمه أيضا فى غير موضع

ص: ١٨

١-١ (١) غايه المراد: ١٨٣.

١٣-١٤. ٢-٢ (٢) فى ص: ١٣-١٤.

٣-٣ (٣) النهايه: ٤٧٧.

٢:٢١٧. ٤-٤ (٤) المهذب: ٢:٢١٧.

٣٠٣. ٥-٥ (٥) الوسيله: ٣٠٣.

٦-٦ (٦) الكافى ٥:٤٠٤ ح ١، التهذيب ٧:٣٤٩ ح ١٤٢٦ و ٤٢٢ ح ١٦٩٠، الاستبصار ٣:٢١٦ ح ٧٨٧، الوسائل ١٤:٥٧٧ ب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

النصّ.

و قول المصنف بعد ذلك: «و لو كان دفع إليها مهرًا استعداد ما وجد منه إلخ» تتمّه هذا القول، لأنّه مذکور معه في روايته. و مع ذلك يجرى على مختار المصنف أيضًا، بل على الأقوال كلّها، لأنّا إن جعلنا الواجب مهر المثل أو العشر أو نصفه فهو للمالك، لا يتعيّن إلا بقبضه، فما دفعه إليها لم يتعيّن، لأنّه بمنزلة الدّين لا يتعيّن إلا بقبض المالك أو وكيله، فيكون باقيا على ملكه، فله استعادته ما يجده منه، و يتبعها بما تلف بعد عتقها. و أمّا على القول بلزوم المسمّى و كان المدفوع هو المسمّى أو بعضه فهو مضمون على الدافع إلى أن يصل إلى السيّد أو وكيله، فإن تلف قبل ذلك غرم للسيّد بدله، و يتبعها بالتالف كذلك.

و إنّما جعلنا هذا الحكم من تتمّه القول بوجوب العشر أو نصفه خاصّه مع جريانه على الجميع لأنّ ما بعده من الأحكام مخصوص بهذا القول، فلا يلائم توسط حكم مغاير له بين أحكامه و الأحكام الباقية، و هي قوله: «و كان ولدها منه رقا».

و هذا مذهب الشيخ (1) و أتباعه (2).

و أمّا المصنف فقد تقدّم (3) حكمه بأنّ الولد مع الشبهه الجاربه على الأب يكون حرًا و إن لزمه القيمه، و هذا منه، لأنّ المفروض اشتباه الحال عليه، و من ثمّ لحق به. و قد صرح بكونه حرًا في الروايه السابقه التي هي مستند الشيخ على وجوب العشر أو نصفه، لكنّه خالف في الحكم بحرّيه الولد، و حكم بكونه رقا، و على الأب فكّه بقيمته يوم سقط حيا، و على المولى دفعه إليه، و مع إعساره

ص: ١٩

١- (١) النهايه: ٤٧٧.

٢- (٢) المهذب ٢: ٢١٦، الغنيه ضمن الجوامع الفقيهيه: ٥٤٩، إصباح الشيعه ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه ١٨: ٣٣٠.

٣- (٣) في ص: ١٣.

يستسعى في القيمه.

و مستند ذلك كله روايه زراره في الحسن قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أمه أبقّت من مواليها فأنت قبيله غير قبيلتها فادّعت أنّها حرّه، فوثب عليها حينئذ رجل فتزوّجها، فظفر بها مولا لها بعد ذلك و قد ولدت أولادا، فقال: إن أقم البيّنه الزوج على أنّه تزوّجها على أنّها حرّه أعتق ولدها، و ذهب القوم بأمّتهم، و إن لم يقم البيّنه أوجع ظهره، و استرقّ ولده» (١). و موثقه سماعه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكه أتت قوما و زعمت أنّها حرّه، فتزوّجها رجل منهم و أولدها ولدا. ثمّ إنّ مولاها أتاهم فأقام عندهم البيّنه أنّها مملوكته، و أقرّت الجاربه بذلك. فقال: تدفع إلى مولاها هي و ولدها. و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه. قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤدّيه و يأخذ ولده. قلت: فإنّ أبي الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال: على الإمام أن يفتديه و لا يملك ولد حرّ» (٢).

و حمل الشيخ الروايه الأولى الدالّه على أن الولد حرّ على ما إذا أدّى الأب ثمنه، أو على ما إذا شهد شاهدان أنّها حرّه، جمعا بين الأخبار. لكن الروايه الدالّه على حرّيته أصحّ سندا، فالعمل بها أولى. و تظهر فائده القولين - مع اتّفاقهما على وجوب دفع القيمه، و حرّيته بدفعها - فيما لو لم يدفعها لفقر أو غيره، فعلى القول بحرّيته تبقى دينا في ذمّته و الولد حرّ، و على القول الآخر يتوقّف على دفعها.

و أمّا الحكم باستسعاء الأب في القيمه فمبنيّ على روايه سماعه، و سندها ضعيف به. و هو من جمله الديون، و لا يجب الاستسعاء فيها، بل ينظر إلى اليسار،

ص: ٢٠

١- (١) الكافي ٥: ٤٠٥ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٥٠ ح ١٤٢٨، الاستبصار ٣: ٢١٧ ح ٧٨٩، الوسائل ١٤: ٥٧٨ ب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٣.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٥٠ ح ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧ ح ٧٩٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥.

و لو أبى السعى (١) فهل يجب أن يفديهم الإمام؟ قيل: نعم، تعويلا على روايه فيها ضعف. و قيل: لا يجب، لأنَّ القيمه لازمه للأب، لأنه سبب الحيلوله. و لو قيل بوجوب الفديه على الإمام فمن أى شىء يفديهم؟ قيل: من سهم الرقاب. و منهم من أطلق.

لعموم قوله تعالى وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ (١). و هذا هو الأقوى.

و يمكن حمل الأمر بالاستسعاء على الاستحباب.

قوله: «و لو أبى السعى. إلخ».

هذا البحث متفرع على قول الشيخ بكون الولد رقماً، و أنّ أباه يستسعى. قال الشيخ: فإن امتنع من السعى فدأهم الإمام من سهم الرقاب (٢). و المستند روايه سماعه السابقه. و زاد الشيخ فيها كون فدائهم من سهم الرقاب، و لم يتعرّض فى الروايه لمحله هل هو بيت المال، أو الزكاه؟ و الشيخ - رحمه الله - نظر إلى أنّ الولد رقّ، و فكّه واجب، فيدخل فى عموم قوله تعالى وَ فى الرّقابِ (٣). و بهذا التوجيه يندفع إنكار ابن إدريس (٤) فكك الإمام له من السهم المذكور، بناء على أنّ الولد حرّ فكيف يشتري من سهم الرقاب؟ و هذا الإنكار مصادره، لأنّ الشيخ لا يقول بحرّيه الولد حتى يرد عليه ذلك. نعم، قول ابن إدريس جيّد بناء على القول بالحرّيه، لا بهذه الطريقه التى ردها على الشيخ.

و المصنف جعل هذا البحث مستقلاً جارياً على القولين. و جعل عديل قول الشيخ عدم وجوب فكهم على الإمام، لأنّ القيمه دين لازم للأب، فلا يجب عليه

ص: ٢١

١-١ (١) البقره: ٢٨٠.

٢-٢ (٢) النهايه: ٤٧٧.

٣-٣ (٣) التوبه: ٦٠.

٤-٤ (٤) السرائر ٥٩٧: ٢.

دفعه عنه كغيره من الديون. وهذا القول قوَى (١)، لضعف مستند الحكم بوجوبه على الإمام.

ثمَّ القائلون بوجوبه على الإمام اختلفوا في محلّه، فقليل: سهم الرقاب، كما نقلناه عن الشيخ، وهو حسن على مذهبه من رقيه الولد. وقيل: من بيت المال، لأنه معدّ للمصالح، وهذا منها، وإن قلنا بكون الولد حرّاً. ولا بأس به حيث يكون في بيت المال سعه لمثل ذلك. وهذا هو مراد من أطلق وجوبه على الإمام.

واعلم أنّ محلّ الخلاف في وجوب الفكّ على الإمام و عدمه هو المسألة الأخيرة، كما هو منطوق الرواية و كلام الشيخ، و أمّا غيرها ممّا يجب على الأب فيه فكّ الولد فليس فيه ما يدلّ على وجوبه على الإمام حيث يتعدّر أخذه من الأب.

و يمكن تمسّى الوجوب من حيث التساوى في العله، وقصره على مورده، لحكمه في الرواية بكون الولد رقاً، فتخليصه من الرقيه منهم (٢) أقوى ممّن انعقد حرّاً.

و إنّما وجب على الأب قيمته لا- من حيث كونه رقاً في وقت من الأوقات، بل لأنه عوض ما فات على المولى من نماء الأمه. و الطريق إلى معرفته هو تقويم الولد، فتكون قيمته دينا من ديون الأب لا تعلق للإمام بها، و لا لآيه الزكاه.

و هذا هو الوجه.

و قد تلخص ممّا ذكرناه أنّ القول بفداء الإمام له ضعيف المستند، و أنّا لو قلنا به لكان محلّه بيت المال إن جعلنا الولد حرّاً، و سهم الرقاب إن جعلناه رقاً، و أنّ الأقوى كونه حرّاً، و قيمته على الأب تؤخذ منه مع يساره، و ينظر بها مع إعساره.

ص: ٢٢

١- ١) في «ش»: أقوى.

٢- ٢) في «س»: منهم أولى. و في «ش» و «و»: مهمّ أقوى.

الرابعة: إذا زوّج عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله؟ قيل: نعم

الرابعة: إذا زوّج عبده أمته (١) هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله؟ قيل: نعم. والاستحباب أشبه.

قوله: «إذا زوّج المولى. إلخ».

ذهب الشيخان (١) و أتباعهما (٢) إلى وجوب الإعطاء، لحسنه الحلبي قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يقول: قد أنكحتك فلانه و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه، و لو مدّا من طعام أو درهما أو نحو ذلك» (٣). و قريب منها روايه الحلبي (٤) عن الباقر عليه السلام.

و ذهب المصنف و الأكثر إلى الاستحباب، لعدم صراحة الروايه في الوجوب، و لما فيه من جبر قلبها. مع أنّ مهر المملوكه ملك للمولى، فلا وجه لوجوب صرف شيء من ملكه إلى وجه آخر من ملكه. و ما يدفعه العبد هو من مال المولى أيضاً، لأنّ ما بيده من كسبه أو غيره هو للمولى. و ليس هذا كالنفقه الواجبه للمملوك على المولى، لأنّ النفقه لم تجب في مقابله شيء، و إنّما هي من توابع المائيه التي لا يتم بقاؤها إلّا بها، بخلاف المهر الذي هو عوض البضع، و هو مملوك للمولى، فلا معنى لاستحقاق المولى على نفسه شيئاً في مقابله ملك آخر له.

و اعلم أنّ الظاهر من حال هذا المدفوع أنّه ليس على وجه كونه مهراً، بل مجرّد الصلّه و البرّ و جبر الخاطر للمملوكين، و لهذا لم يتقدّر بقدر مهر المثل مع الدخول، و لا بغيره. و حينئذ فلا فرق على القول بوجوبه أو استحبابه بين القول بكون تزويج المولى عبده بأمته عقداً و إباحه. و من ثمّ أطلق المصنف و غيره القول

ص: ٢٣

١-١ (١) المقنعه: ٥٠٧، النهايه: ٤٧٨.

٢-٢ (٢) الكافي في الفقه: ٢٩٧، المهذب ٢: ٢١٨، الوسيله: ٣٠٥.

٣-٣ (٣) الكافي ٥: ٤٧٩ ح ١، التهذيب ٧: ٣٤٥ ح ١٤١٥، الوسائل ١٤: ٥٤٨ ب (٤٣) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

٤-٤ (٤) لم نعثر عليها.

و لو مات كان الخيار(١) للورثة فى إمضاء العقد و فسخه، و لا. خيار للأمة.

الخامسة: إذا تزوج العبد بحره مع العلم بعدم الإذن لم يكن لها مهر و لا نفقه، مع علمها بالتحريم

الخامسة: إذا تزوج العبد بحره (٢) مع العلم بعدم الإذن لم يكن لها مهر و لا نفقه، مع علمها بالتحريم، و كان أولادها منه رقاً. و لو كانت جاهله كانوا أحراراً، و لا يجب عليها قيمتهم. و كان مهرها لازماً لذمه العبد إن دخل بها، و يتبع به إذا تحرر.

بالجوب أو الاستحباب. و ربما قيل: إنّه مخصوص بالقول بكونه عقداً ليكون ذلك مهراً، أمّا على القول بالإباحه فلا وجه للجوب. و إطلاق النصّ و الفتوى يأبى هذا التفصيل. و الحكمه متحققه على التقديرين.

قوله: «و لو مات كان الخيار. إلخ».

أمّا ثبوته للوارث فلائنه ملكه فأمره بيده، و لأنّ ذلك ثابت فى كلّ من يتلقّى الملك و إن لم يكن وارثاً، فهنا أولى، لقيامه مقام المورث الذى كان أمره بيده. و أمّا انتفاء الخيار للأمة فلعدم المقتضى له.

قوله: «إذا تزوج العبد بحره. إلخ».

هذه المسأله عكس السابقه الثالثه، و كان إتباعها بها من غير تخلل الرابعه أوفق، تحقيقاً للمقابله.

و حاصل الحكم فيها: أنّ العبد إذا تزوج بحره من دون إذن مولاه، فإما أن تكون عالمه بأنه رقّ، أو لا. و على تقدير علمها برقيته: إمّا أن تعلم تحريم نكاحه و الحال هذه، أم لا. فإن علمت بالتحريم فلا مهر لها و لا نفقه، لتضييعها حقّها بعلمها بحاله، فكانت بغياً لا مهر لها. و يشهد له - مع موافقته للأصول الشرعيّه - روايه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: أيما امرأه زوجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها، و لا

صداق لها» (١).

و لم يذكروا هنا أنّ عليها الحدّ مع العلم، فيمكن اتّكاله على القواعد المقرّره من وجوبه على الزانى العالم، و هو صادق عليها. و مجرد العقد لا يعدّ شبهه عندنا مع العلم بفساده. و ضعف عقلها لا يوجب إخراجها من القواعد الكليّة مع دخولها فى التكليف. و ربّما قيل: لا حدّ عليها، و حمل كلامهم على ظاهره من عدم الوجوب، من حيث إنّ هذا العقد فضولّيّ موقوف على الإجازة، فلا يبعد عدّه شبهه بالنسبة إلى المرأة، لضعف عقلها دون الرجل.

و يضعّف بأنّ ذلك وارد فى عقد الفضولى على الحرّ المولّى عليه إذا علمت بالتحريم دونه. و يمكن الاستيناس له بظاهر حسنه زراره عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازته، و إن شاء فرّق بينهما- إلى قوله فى الحديث- إنّه لم يعص الله إنّما عصى سيّده، فإذا أجازته فهو له جائز» (٢). و فى روايه أخرى عن زراره عنه عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثمّ أطلع على ذلك مولاه، قال: ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما- إلى قوله- فقلت لأبى جعفر عليه السلام: إنّ أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّما أتى شيئا حلالا، و ليس بعاص لله، إنّما عصى سيّده، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله

ص: ٢٥

١- ١) الكافى ٥: ٤٧٩ ح ٧، الفقيه ٣: ٢٨٥ ح ١٣٥٦، التهذيب ٧: ٣٥٢ ح ١٤٣٥، الوسائل ١٤: ٥٢٤ ب (٢٤) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٣.

٢- ٢) الكافى ٥: ٤٧٨ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٥٠ ح ١٦٧٥، التهذيب ٧: ٣٥١ ح ١٤٣٢، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

عليه من نكاح في عدّه و أشباهه» (١).

و لعلّ هذه النصوص هي الموجهة لعدم ذكر الحدّ، إلا أنّ في مقاومتها لعمومات الأدلّة الدالّة على ثبوته نظراً، فإنّ الأولى ليست صريحه، والثانية في طريقها موسى بن بكر، وهو ضعيف.

ثمّ إن اتفق ولد في هذه الحالة فهو رقّ لمولاه، لعدم لحوقه بها بسبب بغيتها، فلا وجه لحرّيته، وهو نماء العبد. و في بعض الروايات (٢) دليل عليه. و لعلّ هذا ممّا يؤيد كونها زانية محضه.

و لو جهلت التحريم، إمّا لجهلها بالرقّ أو بالحكم، فالولد حرّ، لأنّه لا - حق بها فيتبعها في الحرّيه، لما تقدّم من تبعيته لأشرف الطرفين. و لا - قيمه عليها هنا للمولى، لأنّه نماؤها حقيقه، و إنّما حكم بالقيمه حيث ينسب إليها و هي أمه. و ما قيل في الفرق -: إنّ الأب سبب فاعليّ بالنسبه إلى الولد، فهو المباشر، و الامّ قابل، و متى اجتمع المباشر و غيره في الإلتاف فالضمان إنّما هو على المباشر، و لمّا امتنع أن يثبت للسيد على مملوكه مال امتنع استحقاق القيمه هنا - فهو تكلف ظاهر.

و أمّا المهر فإنّه مع الجهل يثبت في ذمّه العبد، لأنّ الوطاء المحترم لا يخلو من مهر، فيتبع به إذا أعتق. و المراد به المسمّى أو مهر المثل على ما مرّ من الخلاف. و لو أجاز المولى بعد ذلك فلا ريب في كونه المسمّى.

و أمّا النفقه فهي تابعه لصحّه العقد بالإجازة، فإن انتفت انتفت، لعدم الزوجيّة التي هي مناطها هنا.

ص: ٢٤

١ - ١) الكافي ٥: ٤٧٨ ح ٢، الفقه ٣: ٢٨٣ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٥١ ح ١٤٣١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

٢ - ٢) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٢٧ ب (٢٨) من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

السادسه: إذا تزوج عبد بأمه (١) لغير مولاه، فإن أذن المولى فالولد لهما. وكذا لو لم يأذنا. ولو أذن أحدهما كان الولد لمن لم يأذن. ولو زنى بأمه غير مولاه كان الولد لمولى الأمه.

قوله: «إذا تزوج عبد بأمه. إلخ».

هذا التفصيل ذكره الأصحاب كذلك، وظاهرهم الاتفاق عليه، ويظهر من بعضهم أنه منصوص، ولم نقف عليه. والحكم فيه مع إذن المولى واضح، لأنه نماء الأبوين فناسب أن يكون للمولى. مع أن أبا الصلاح (١) -رحمه الله- جعل الولد لمولى الأمه خاصه كغيرها من الحيوانات، إلا أن يشترطه مولى العبد فيكون له بحسب شرطه. والمشهور ما ذكره المصنف.

و أما مع عدم إذنهما معا فقد تقدم (٢) من الأخبار ما يؤنس بأنه ليس كالزنا المحض، فلذلك ألحقه بما لو أذنا.

و أمّا لحوقه بمن لم يأذن إذا أذن أحدهما دون الآخر فقد عللوه بأن الأذن للمملوكه فى التزويج مطلقا مقدم على فوات الولد منه، لأنه قد يتزوج من ليس برقّ فينعتد الولد حرًا، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصه.

و أمّا حكم الزنا وإلحاق الولد بالأمه فظاهر، لأنّ الزانى لا يلحق به ولد و إن شاركته الأمه فى ذلك، إلا أنه نماؤها و إن كان أصله محرّما. وبالجملة فهذه أحكام متوقّفه على نصّ و إجماع، وإلا فللبحث فيها مجال.

ص: ٢٧

١- (١) الكافى فى الفقه: ٢٩٧.

٢- (٢) لاحظ ص: ٢٥.

السابعه: لو تزوج أمه بين شريكين ثم اشترى حصه أحدهما بطل العقد

السابعه: لو تزوج أمه (١) بين شريكين ثم اشترى حصه أحدهما بطل العقد، و حرم عليه وطؤها. و لو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الاتباع لم يصح. و قيل: يجوز له وطؤها بذلك. و هو ضعيف.

قوله: «لو تزوج أمه. إلخ».

أما بطلان العقد فلا تملك الجزء يبطل عقده، لا ممتنع أن يعقد الإنسان لنفسه على أمته عقدا (١)، و هو يستلزم بطلان الاستداده. و لا يمكن الحكم ببقاء العقد في الجزء الآخر، لأن العقد لا يتبع ليبطل في بعضه و يصح في بعض آخر، فتعين بطلانه في الجميع.

و أمّا تحريم وطؤها حينئذ فلاستلزامه التصرف في مال الغير بغير إذنه الممتنع عقلا و شرعا. و حينئذ فلا طريق إلى حلها له إلا بشراء الجميع، أو بيع الجميع ثم تجديد سبب مبيح له. و لا يكفي رضا الشريك بالعقد السابق، لما ذكرناه من بطلانه.

و خالف في ذلك الشيخ في النهاية حيث قال: «حرمت عليه إلا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقدا مستأنفا» (٢). و تبعه تلميذه القاضي (٣).

و استضعفه المصنف هنا، و هو الظاهر، لأنه إن كان قد بطل بالشراء - كما هو الظاهر - فكيف يصير صحيحا بمجرد الرضا؟! و إن لم يبطل فلا وجه لاعتبار رضاه بعد العقد، لأنه وقع أولا برضاه، و لم يتجدد له ملك، فلا يقف على إجازته.

و تأوله المصنف في نكت النهاية (٤) بالحمل على إيقاع البيع على النصف الثاني، و يكون الطريق إلى حلها في كلام الشيخ أمرا واحدا، و هو شراء النصف

ص: ٢٨

١- ١) في هامش «و»: ابتداء ظ. و لعله أولى.

٢- ٢) النهاية: ٤٨٠.

٣- ٣) المهذب ٢: ٢١٩.

٤- ٤) نكت النهاية ٢: ٣٥٠.

و لو حلَّها له (١) قيل: تحلّ. و هو مروى. و قيل: لا، لأنّ سبب الاستباحه لا يتبعّض.

الآخر. و التقدير: إلاّ- أن يشتري النصف الآخر من البائع و يرضى مالك ذلك النصف بالعقد، فتكون الإجازة له كالعقد المستأنف، و يكون الألف من قوله «أو» وقعت سهوا من الناسخ، أو يكون «أو» بمعنى الواو. و هذا التأويل و إن كان بعيدا إلاّ أنّ بناء حكم الشيخ على ظاهره أبعد.

قال العلامة في المختلف بعد نقله لذلك: «الوجه عندي أنّ الإشارة ب«ذلك» إلى العقد الأول، و بطلانه في حقّ الشريك ممنوع» (١). و هذا الوجه ضعيف جدا، لأنّ العقد إذا لم يكن باطلا في حقّ الشريك لا معنى لاعتبار رضا الشريك به بعد العقد.

مع ما فيه من لزوم تبعّض سبب الإباحه.

قوله: «و لو حلَّها له. إلخ».

هذا من جملة الأسباب المقتضية لإباحه الأيمه المذكوره حينئذ للمشتري، و هو تحليل الشريك. و قد اختلف في إفادته الإباحه. فذهب الأكثر إلى عدم حلّها بذلك، لاستلزامه تبعّض سبب الإباحه، بمعنى حصوله بأمرين، مع أنّ الله تعالى حصره في أمرين العقد و الملك في قوله إلاّ على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم (٢) و التفصيل قاطع للشركه، فلا يكون الملقق منهما سببا. و المعلوم من الآيه منع الخلّ و الجمع معا، لأنّ المنفصله و إن احتملت الأمرين إلاّ أنّ هذا المعنى متيقّن، و منع الخلّ خاصّه غير متيقّن، و الأصل تحريم الفروج بغير سبب محلّل، و إذا احتمل الأمران و جب الاقتصار على المتحقّق منهما.

و ذهب ابن إدريس (٣) إلى حلّها بذلك، و لا يلزم التبعض، لأنّ التحليل شعبه

ص: ٢٩

١- (١) المختلف: ٥٦٨.

٢- (٢) المؤمنون: ٦.

٣- (٣) السرائر ٣: ٦٠٣.

من الملك، من حيث إنّه تملك المنفعة، و من ثمّ لم يخرج عن الحصر المذكور فى الآيه، و إلاّ لما حلّت به. و حينئذ فيكون حلّ جميعها بالملك. و يؤيّد روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: «فى جاريه بين رجلين دبراها جميعا، ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هو له حلال» (١). و هذه الروايه تصلح شاهدا لغير ابن إدريس فإنّه لا يستند إلى مثل هذه الأخبار مع صحّتها فكيف مع ضعفها؟ و كلام ابن إدريس متوجّه و إن كان المنع أولى.

و ما قيل -من بقاء التبعض من حيث إنّ بعضها يستباح بملك الرقبه و الآخر بملك المنفعه، و هما متغايران. أو أنّ التحليل إمّا عقد أو إباحه، و كلاهما مغاير لملك الرقبه، فيلزم التبعض فيه: أنّ التبعض الممنوع ما خرج عن القسمين المذكورين فى الآيه لا مطلق التبعض، لأنّ الغرض رجوع ما قيل بأنّه سبب للحلّ إلى ما ذكر فى الآيه من القسمين من غير أن يكون مجتمعا منهما معا. و لما جعل التحليل راجعا إلى ملك اليمين -لئلا يخرج عن القسمين- كان مجموع ما يقع من أفراده سببا واحدا، سواء كان مستندا إلى ملك الرقبه، أم إلى التحليل، أم إليهما، أم إلى جملة أمور مجتمعه منهما أو من أحدهما، كما لو اشترى بعض الأمه و آتهب البعض الآخر، أو حلّ له جميع الشركاء الأمه التى ليس له فيها شركه، أو اجتمع الأمران كما هنا، فيرجع الأمر كلّ إلى استباحه جميعها بالملك و إن اختلفت أسبابه.

و أمّا ما قيل فى وجه الإباحه بذلك و الخروج عن التبعض -من أنّ الأمه قبل التحليل من الشريك محرّمه بأجمعها و بالتحليل حلّت، فليس السبب المحلّل إلاّ التحليل، و هو واحد- ففيه: أنّ تحريمها قبل التحليل إنّما كان لعدم تمام السبب، حيث

ص: ٣٠

١- (١) الكافى ٤٨٢: ٥ ح ٣، الفقيه ٢٩٠: ٣ ح ١٣٨٠، التهذيب ٢٤٥: ٧ ح ١٠٦٧، الوسائل ٥٤٥: ١٤ ب (٤١) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ذيل ح ١.

و كذا لو ملك نصفها(١)و كان الباقي حرًا لم يجز له وطؤها بالملك و لا بالعقد الدائم.فإن هاياها على الزمان قيل يجوز أن يعقد عليها متعه فى الزمان المختصّ بها.و هو مروى.و فيه تردّد،لما ذكرناه من العله.

إنّ بعضها مملوك له و بعضها لغيره،و تحليل الشريك أوجب تمام السبب لا أنّه سبب تامّ فى الحلّ،فإنّ الشريك لم يحلّل إلاّ نصيبه،و لهذا لو كانت لشريكين فأحلّها أحدهما لم تحلّ.فظهر أنّ حلّها حيث كان من أحد الشريكين لصاحبه إنّما هو لتمام السبب به لا لأنّه سبب تامّ،و فرق بين الأمرين،و المدعى لا يتمّ إلاّ بالأمر الثانى دون الأول.

قوله:«و كذا لو ملك نصفها.إلخ».

لا شبهه فى أنّ وطء المالك للأمه التى قد انعتق بعضها غير جائز بالملك،لأنّ النصف الآخر حرّ،و ليس تملك البعض كافيا فى الحلّ.و لما عرفت أنّ الفرج لا يستباح بسببين مختلفين ظهر أنّه لا يباح وطؤها أيضا بالعقد،لاستلزامه تعدّد السبب.و أولى منه أن لا يباح بالإباحه لذلك،و لأنّ المرأه ليس لها تحليل نفسها،بخلاف الشريك.

و أمّا إذا هاياها و عقد عليها متعه فى أيامها فالأكثر على منعه،لأنّه لا يخرج عن كونه مالكا لذلك البعض بالمهاياه،و هو يمنع من العقد،لاستحاله العقد على ملكه،و تعدّد السبب.و إليه أشار المصنف بقوله:«لما ذكرناه من العله».و لأنّ منافع البضع لا تدخل فى المهاياه و إلاّ لحلّ لها المتعه بغيره فى أيامها،و هو باطل اتّفاقا.

و قال الشيخ فى النهايه (١)بالجواز،لروايه محمد بن مسلم السابقه (٢)عن الباقر عليه السلام:«فى جاريه بين شريكين دبرها جميعا،ثمّ أحلّ أحدهما فرجها

ص:٣١

١-١) النهايه:٤٩٥،٤٩٤.

٢-٢) فى الصفحه السابقه.

و من اللواحق الكلام فى الطوارئ. (١) و هى ثلاثه: العتق، و البيع، و الطلاق.

لشريكه، فقال: هو له حلال. ثم قال: و أيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذى مات و نصفها مدبراً. قلت: أرأيت إن أراد الباقي منهما أن يمسيها إله ذلك؟ قال: لا إلا أن يثبت عتقها و يتزوجها برضى منها متى أراد. قلت: أليس قد صار نصفها حراً، و قد ملكت نصف رقبتها، و النصف الآخر للباقي منهما؟ قال: بلى.

قلت: فإن هى جعلت مولاها فى حلّ من فرجها له ذلك؟ قال: لا يجوز ذلك. قلت:

و لم لا يجوز له ذلك كما أجزت للذى كان له نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه منها؟ قال: إن الحرّه لا تهب فرجها و لا تعيره و لا- تحلله، و لكن لها من نفسها يوم و للذى دبرها يوم، فإن أحبّ أن يتزوجها متعه فى اليوم الذى تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قلّ أو كثر. و فى الطريق ضعف، فالقول بالمنع أصحّ.

و اعلم أنّه لا- يخفى أنّ المولى لو أذن لها فى النكاح صحّ دواما و متعه، لا اتحاد سبب الإباحه بالعقد. و المهر بينهما بقدر الاستحقاق.

قوله: «و من اللواحق الكلام فى الطوارئ. إلخ».

سميت هذه الأمور الثلاثة بذلك لأنها تطراً على عقد الأمه فتوجب حكماً لم يكن قبل ذلك، من التسلّط على فسخ العقد، و تحريمها فى بعض الموارد، كما ستقف عليه مفصّلاً. و إطلاق الطوارئ عليها أولى من إطلاق المبطلات للعقد كما ذكره غيره (١)، لأنها لا تبطله مطلقاً كما لا يخفى، بل قد تبطله، و قد يؤول إلى الإبطال.

و إنّما خصّ الأمور الثلاثة- مع أنّ الطوارئ على نكاح المماليك غير منحصر فيها- لكثرة مباحثها و تشعب أحكامها، فناسب تخصيصها بالذكر، و ذكر الباقي فى ضمنها أو فى محلّ آخر يناسبه.

ص: ٣٢

أما العتق:

فإذا أعتقت المملوكه (١) كان لها فسخ نكاحها، سواء كانت تحت حرّ أو عبد. و من الأصحاب من فرق. و هو أشبه. و الخيار فيه على الفور.

قوله: «فإذا أعتقت المملوكه. إلخ».

إذا تجدد عتق الأمه بعد تزويجها بعبد كان لها الخيار بإجماع المسلمين.

و الأصل فيه أنّ بريره أعتقتها عائشه فخيرها رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم (١). و اختلفت الروايات (٢) في أنّ زوجها - اسمه مغيث - هل كان حرّاً أو عبداً؟ و القدر المتفق عليه تخييرها لو كان عبداً. و هو أيضا موافق للحكمه، لحدوث الكمال لها و بقاء نقصه بالعبوديه المقتضى لتضرّرها، من حيث إنّ سيّده يمنعه عنها بحقوقه، و لا ينفق على ولدها، و لا ولايه له عليهم، و لا ترث منه، إلى غير ذلك من الموجبات للضرر.

و اختلفوا في ثبوت الخيار لها إذا كان الزوج حرّاً، فذهب الأكثر و منهم الشيخ في النهاية (٣) و المصنف في النافع (٤) إلى ثبوته أيضا، لعموم صحيحه أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «أيما امرأه أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت، و إن شاءت فارقتها» (٥). و روايه زيد الشحام عنه عليه السلام قال:

«إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيّر و إن كانت تحت حرّ أو عبد» (٦). و قريب منه روايه (٧) محمد بن آدم بن الرضا عليه السلام.

ص: ٣٣

١- ١) راجع الوسائل ١٤: ٥٥٩ ب (٥٢) من أبواب نكاح العبيد و الإماء، و مسند أحمد ٦: ٢٠٩، ١٧٥، ١٧٢، ١٧٠، ١١٥، ٤٢، و سنن ابن ماجه ١: ٦٧٠ ب «٢٩»، و سنن البيهقي ٧: ٢٢١-٢٢٤.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٤: ٥٥٩ ب (٥٢) من أبواب نكاح العبيد و الإماء، و مسند أحمد ٦: ٢٠٩، ١٧٥، ١٧٢، ١٧٠، ١١٥، ٤٢، و سنن ابن ماجه ١: ٦٧٠ ب «٢٩»، و سنن البيهقي ٧: ٢٢١-٢٢٤.

٣- ٣) النهاية: ٤٧٩.

٤- ٤) المختصر النافع ١: ١٨٤.

٥- ٥) التهذيب ٧: ٣٤١ ح ١٣٩٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ٨.

٦- ٦) التهذيب ٧: ٣٤٢ ح ١٤٠١، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٣.

٧- ٧) التهذيب ٧: ٣٤٢ ح ١٤٠٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٢.

و ذهب المصنف -رحمه الله- في هذا الكتاب و قبله الشيخ في المبسوط (١) و الخلاف (٢) إلى عدم الخيار، لأصالة لزوم العقد، فحدوث الخيار يحتاج إلى دليل، و هو منتف في الحرّ، لما روى من أنّ زوج بريره كان عبداً، و هو أصل الحكم.

و جوابه: أنّ الدليل موجود، و هو الرواية الصحيحة السابقة الدالة بعمومها عليه، و خصوص الروايتين الأخيرتين شاهد صريح و إن ضعف طريقها. و أمّا زوج بريره فقد اختلفت الروايات فيه، ففي بعضها أنّه كان عبداً، و في آخر أنه كان حرّاً.

و على هذا فدلالته على مطلوبنا، و على الأوّل لا- يدلّ إلّا- من حيث المفهوم المخالف، و هو ضعيف، فكيف مع معارضته للمنطوق؟! و لو كان مبعضاً فأولى بالثبوت.

و كذا المدبّر و المكاتب.

إذا تقرّر ذلك فهذا الخيار على الفور، و يظهر من الجماعه الاتفاق عليه، اقتصاراً في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين و الضروره، و لظاهر قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم لبريره «ملكك بضعك فاخترى» (٣) فإن الفاء للتعقيب بغير مهله.

و يحتمل كونه على التراخي، لثبوت الخيار في الجملة إجماعاً، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل. و الفاء اقتضت ثبوت الخيار من حين العتق بلا- فصل، و نحن نقول به لكنّه لا ينافي امتداده. و يؤيّده ما روى (٤) أنّ مغيثاً كان يطوف خلفها في سلك المدينه يترضاها لتختاره، و طلب من النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أن يشفع له إليها فشفع فلم تقبل، و لو كان على الفور لبطل حقّها بالتأخير و استغنى عن

ص: ٣٤

١- ١) المبسوط ٢: ٢٥٨.

٢- ٢) الخلاف ٤: ٣٥٣-٣٥٤، مسألة ١٣٤.

٣- ٣) الحاوي الكبير ٩: ٣٥٧، التمهيد لابن عبد البر ٣: ٥٧.

٤- ٤) مصنف عبد الرزاق ٧: ٢٥٠ ح ١٣٠١٠، سنن الدارمي ٢: ٢٢٣ ح ٢٢٩٢، سنن الدار قطنى ٣: ٢٩٣ ح ١٨٢-١٨٤.

الشفاعة.

و أجيب بأن ظاهر الحديث أن الشفاعة كانت بعد فسخها، و لذلك روى (١) أنه كان يطوف و يبكي، و لم يأمرها صلى الله عليه و آله و سلم بترك الفسخ، بل قال لها: «لو راجعته فإنه أبو ولدك»، فقالت: يا رسول الله تأمرني بأمر كذا؟ فقال: لا إنما أنا شافع، فقالت: لا حاجة لي فيه». و الظاهر أن المراد من المراجعة تجديد النكاح.

و فيه نظر، لأن ما ذكر من الرواية ليس صريحا في وقوع الفسخ و كون ذلك على وجه المراجعة، و في بعض ألفاظ الرواية تصريح بكون ذلك طلبا للاختيار، فعن ابن عباس رضى الله عنه قال: «كان زوج بربره يقال له مغيث كأني أنظر إليه يطوف وراها في سلكك المدينة، و إن دموعه لتسيل على لحيته يترضاها لتختاره، فلم تفعل» (٢). و في روايه اخرى أنه صلى الله عليه و آله و سلم قال لبريره: «إن قربك فلا خيار لك» (٣) و هو دليل على التراخي. و في روايات الأصحاب أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال لها: «اختارى» بغير فاء، رواه عبد الله بن سنان في الصحيح و غيره (٤)، و الأمر لا يفيد الفور. و على كل حال فلا خروج عما عليه الأصحاب.

بقي في المسألة مباحث يتم بها أحكامها:

الأول: الحكم معلق على عتق مجموع الأمه، فلو أعتق بعضها فلا خيار لها، و قوفا فيما خالف الأصل على مورده. و لا فرق بين كون الأكثر هو بعض الحرّيه أو الرقيّه، لانتفاء المقتضى فيهما. و لو كمل عتقها تخيرت حينئذ، لوجود المقتضى في هذه الحالة.

ص: ٣٥

١-١) صحيح البخارى ٧:٦٢، سنن الدارمى ٢:٢٢٣ ح ٢٢٩٢، سنن البيهقى ٧:٢٢٢.

٢-٢) سنن الدار قطنى ٣:٢٩٣ ح ١٨٢، سنن البيهقى ٢:٢٢١، ٢:٢٢٢، باختلاف.

٣-٣) سنن أبى داود ٢:٢٧١ ح ٢٢٣٦، سنن البيهقى ٧:٢٢٥.

٤-٤) راجع الوسائل ١٤:٥٦٠ ب(٥٢) من أبواب نكاح العبيد و الإماماء ح ٩ و ٦.

الثانى: لو كان الزوج عبداً، وقلنا باختصاص الحكم به، فلم تتخير حتى أعتق، مع عدم منافاته الفوريه كما لو لم تعلم بالعتق حتى أعتق، ففي بقاء خيارها أو زواله وجهان، أصحهما الأول، لثبوته بالعتق، والأصل بقاؤه كما فى سائر الحقوق، ولم يثبت أن تجدد الحرّيه من مسقطاته.

و وجه السقوط: زوال الضرر بحرّيته، وأن سبب الخيار على هذا القول مرّكب من تجدد حرّيتها و رقيته، والمرّكب يرتفع بانتفاء بعض أجزائه.

و يضعف بتماميه السبب قبل عتقه. و كونه شرطاً فى الثبوت لا يقتضى شرطيه فى البقاء.

الثالث: لو كانت صغيره أو مجنونه ثبت لها الخيار عند الكمال. و ليس للولّى هنا تولّى الاختيار، لأنّه منوط بالشهوه و الميل القلبى، فلا- يعتدّ بوقوعه من غيرها. فإذا كملت كان لها الخيار حينئذ على الفور. و للزوج الوطء قبل الاختيار، لبقاء الزوجيه ما لم تفسخ. و كذا القول فى وطئه قبل اختيارها و هى كامله حيث لا ينافى الفوريه.

الرابع: لا- فرق فى ثبوت الخيار بين كونه قبل الدخول و بعده. ثمّ إن كان قبله سقط المهر، لأنّ الفسخ جاء من قبلها كما مرّ. و إن كان بعده فهو بحاله، لاستقراره بالدخول، سواء كان العتق قبل الدخول أم بعده على الأصح، لأنّ الفسخ إنّما يرفع النكاح من حينه و إن كان سببه قبل الدخول. و حينئذ فقد استقرّ المسمى. و حيث يستقرّ باختيارها الزوج أو بالدخول قبل الفسخ فهو للسيد، لوجوبه بالعقد على الأصح، و كونها حاله العقد مملوكه.

الخامس: لو أّخرت الفسخ جهلاً بالعتق لم يسقط خيارها. و كذا مع علمها به و جهل الخيار أو الفوريه على الأقوى. و كذا لو نسيت أحدها. و تقبل دعواها الجهل و النسيان مع إمكانه فى حقّها مع اليمين، لأنّ ذلك لا يعرف إلّا من قبلها، و أصله

و لو عتق العبد (١) لم يكن له خيار، و لا لمولاه، و لا لزوجته، حرّه كانت أو أمه، لأنّها رضيتّه عبداً.

الجهل مستصحبه.

و ربّما فرق بين الجهل بأصل الخيار و الجهل بفوريتّه، و حكم بعذرهما فى الأوّل دون الثانى، من حيث اندفاع الضرر مع العلم بالخيار، و لإشعاره بالرضا حيث أخّرت حينئذ.

و جوابه: أنّ التأخير جاز أن يكون لفائده التروى و نحوه، فحيث لا تعلم باشتراط الفوريتّه لم يكن التأخير دليلاً على الرضا، و غايته كونه أعمّ فلا يدلّ على الخاصّ.

السادس: يستثنى من الحكم بتخييرها على الإطلاق صورته واحده، و هى ما إذا كان قد زوّجها بمقدار ثلث ماله، و قيمتها ثلث آخر، و ترك بقدر قيمتها، ثمّ أعتقها فى مرضه، أو أوصى بعتقها و وقع العتق قبل الدخول، فإنّ تخييرها الفسخ يوجب سقوط المهر كما مرّ، فلا ينفذ العتق فى جميعها، لانحصار التركة حينئذ فى الجارية و مقدار قيمتها، فيبطل العتق فيما زاد على الثلث، فيبطل خيارها، لاشتراطه بعتق جميعها كما سلف، فيؤدّى ثبوته إلى عدم ثبوته، و هو دور. و لا فرق فى ذلك بين وقوع التزويج فى مرضه و عدمه، لأنّ تزويجها لا يتضمّن إتلافاً، بل اكتساباً للمهر.

نعم، يشترط وقوع العتق فى المرض إذا جعلنا منجزات المريض من الثلث، أو كونه بطريق الوصية كما مثلناه. و لو كان العتق فى حال الصحّة أو بعد الدخول فالتخيير بحاله.

قوله: «و لو عتق العبد. إلخ».

إنّما لم يكن له خيار كالأمة لوجود النصّ المثبت لخيارها دونه، و لأنّ تخلّصه

و لو زوّج عبده أمته،(١) ثمّ أعتق الأمه أو أعتقهما، كان لها الخيار. و كذا لو كانا لمالكين فأعتقا دفعه.

منها بالطلاق بيده، بخلافها. و أثبت له الخيار بعض العامّه (١) قياسا عليها. و كما لا يثبت له الخيار لا يثبت لمولاه، لا لتفاه المقتضى فى حقّه. و كذا لا خيار لزوجه، حرّه كانت أم أمه، لأنّها رضيتة عبدا فأولى أن ترضى به حرّا. و هذا التعليل موجود فى روايه على بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام إلى قوله: «لا، قد تزوّجته عبدا و رضيت به، فهو حين صار حرّا أحق أن ترضى به» (٢).

قوله: «و لو زوّج عبده أمته. إلخ».

وجه الخيار مع تقدّم عتقها واضح، لأنّه حينئذ عبد فيثبت لها الخيار إجماعا، عملا بالأدله السابقه. و أمّا إذا أعتقا دفعه، سواء كانا لمالك واحد أم مالكين، فثبت الخيار لها مبنّى على تخييرها لو كانت تحت حرّ، لأنّ عتقهما دفعه اقتضى كون الحكم بخيارها حال حرّيته، فلا- يتمّ لها الخيار إلا على القول به، و المصنّف قد نفاه فيما سبق (٣). و قد نبّه العلامة فى القواعد (٤) على ترتّب الحكم بتخيرها حينئذ على الخلاف. و هو أجود ممّا ذكره المصنّف من هذا الوجه. و فى التحرير (٥) وافق على اختصاص التخيير بما لو كان الزوج عبدا، و أثبت الخيار لها على تقدير عتقهما معا كما هنا.

ص: ٣٨

١- ١) الحاوى الكبير ٩: ٣٦٧، حليه العلماء ٦: ٤٢٣.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٤٣، ح ١٤٠٥، الوسائل ١٤: ٥٦٢ ب (٥٤) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

٣- ٣) فى ص: ٣٣.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٢: ٢٩.

٥- ٥) التحرير ٢: ٢٤.

و يجوز أن يجعل عتق (١) الأمه صداقها. و يثبت عقده عليها بشرط تقديم لفظ العقد على العتق، بأن يقول: «تزوَّجتك و أعتقتك، و جعلت عتقك مهرَك» لأنه لو سبق بالعتق لكان لها الخيار في القبول و الامتناع.

و قيل: لا يشترط، لأنَّ الكلام المتَّصل كالجمله الواحده. و هو حسن.

و قيل: يشترط تقديم العتق، لأنَّ بضع الأمه مباح لمالكها، فلا يستباح بالعقد مع تحقُّق الملك. و الأول أشهر. قوله: «و يجوز أن يجعل عتق. إلخ».

من القواعد المعلومه أنَّ تزويج الإنسان بأمته بأيَّ مهر كان باطل، إلا إذا جعل مهرها عتقها، فإنَّه يجوز عند علماء أهل البيت عليهم السلام قاطبه، قال في المختلف: لا نعرف فيه مخالفا من علمائنا (١).

و الأصل فيه أنَّ النبي (٢) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ اصطفى صفية بنت حييَّ بن أخطب من ولد هارون بن عمران عليه السلام في فتح خيبر، ثمَّ أعتقها و تزوّجها، و جعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضه.

و الأخبار من طرق أهل البيت عليهم السلام في ذلك كثيره دالَّه على تعديه الجواز إلى غيره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ خلاف ما يقوله كثير من العاَمَّة (٣) أنَّ ذلك من خصائصه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، فروى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «أيما رجل شاء أن يعتق جاريتَه و يتزوَّجها و يجعل صداقها عتقها فعل» (٤). و روى عبيد بن زرارَه عن الصادق عليه السلام قال: «قلت له: رجل قال لجاريتَه: أعتقتك و جعلت عتقك مهرَك، فقال: جائز» (٥). و روى الحلبي عن أبي

ص: ٣٩

١- (١) مختلف الشيعة: ٥٧٢.

٢- (٢) إعلام الوري للطبرسي: ١٤٩، و كذا سنن أبي داود ٢: ٢٢١ ح ٢٠٥٤، سنن البيهقي ٧: ٥٨.

٣- (٣) الحاوي الكبير ٩: ٢٢، روضه الطالبين ٥: ٣٥٥.

٤- (٤) التهذيب ٨: ٢٠١ ح ٧٠٦، الاستبصار ٣: ٢٠٩ ح ٧٥٦، الوسائل ١٤: ٥١٠ ب (١١) من أبواب نكاح العبيد و الإمام، ح ٥.

٥- (٥) التهذيب ٨: ٢٠١ ح ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ ح ٧٥٧، الوسائل ١٤: ٥١٠ ب (١١) من أبواب نكاح العبيد و الإمام، ح ٦.

عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يعتق الأمه و يقول: مهر ك عتقك، فقال:

حسن» (١). و غير ذلك من الأخبار.

و قد أورد المصنف -رحمه الله- في النكت (٢) على ذلك سؤالات و أجاب عنها. و حاصلها: أنه كيف يجوز أن يتزوج جاريته و هي مملوكة البضع بغير التزويج؟ و كيف يتحقق الإيجاب و القبول و هي مملوكة؟! ثم المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد، و مع تقديم التزويج -الذي هو مذهب الأكثر- لا يكون متحققا.

ثم يلوح منه الدور، فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذي هو العتق، و العتق لا يتحقق إلا بعد العقد.

و أجاب -رحمه الله- بأنه إنما يمنع من العقد على مملوكة مع بقاء الرقي، و ليست باقية هنا، لأن العقد و العتق متقارنان. و لأنه كما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم تملك ذلك الغير، جاز أن يعقد عليها لنفسه لعدم استقرار ملكه، فإنها تصير حره.

و نمنع و جوب تحقق المهر قبل العقد، و لم لا- يجوز أن يكتفى بمقارنته للعقد؟ و هو هنا كذلك، فإن المهر العتق، و هو يقارن العقد، سواء تقدم التزويج أم تأخر.

و الدور غير لازم، لأننا نمنع توقف العقد على المهر و إن استلزمه، فإن العقد عليها في نفسه جائز، و لها صلاحية الإصداق كغيرها (٣)، فلم لا يجوز جعلها أو جعل فك ملكها مهرا لها؟

ص: ٤٠

١- (١) الكافي ٤٧٥: ٥ ح ١، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٢- (٢) نكت النهاية (المطبوعه مع النهاية) ٣٩٣: ٢.

٣- (٣) نسخه بدل «و»: لغيرها.

نعم (١)، لو سلمنا منافاه هذه المسأله للأصول فقد ورد النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام بجوازه على وجه لا يمكن ردّه، فوجب المصير إليها، و تصير أصلا بنفسها، كما صار ضرب الديه على العاقله أصلا.

إذا تقرر ذلك فقد اختلف الأصحاب فى اشتراط تقديم التزويج على العتق و عكسه و جواز كلّ منهما، فالمشهور بينهم اشتراط تقديم التزويج، ذهب إليه الشيخ فى النهايه (٢) و أتباعه (٣) و جماعه (٤) و منهم المصنف فى النافع (٥)، لروايه على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: «سألته عن رجل قال لأمته: أعتقتك و جعلت عتقك مهر ك، فقال: عتقت، و هى بالخيار إن شاءت تزوّجته، و إن شاءت فلا، فإن تزوّجته فليعطها شيئا. و إن قال: قد تزوّجتك و جعلت مهر ك عتقك فإنّ النكاح باطل، و لا يعطيها شيئا» [١]. و روايه محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام فى الرجل يقول لجاريته: قد أعتقتك و جعلت صداقك عتقك، قال: «جاز العتق، و الأمر إليها إن شاءت زوّجته نفسها، و إن شاءت لم تفعل، فإن زوّجته نفسها فأحبّ له أن يعطيها شيئا» (٦).

ص: ٤١

١- ١) فى «ش» و نسخه بدل «و»: ثمّ.

٢- ٢) النهايه: ٤٩٧.

٣- ٣) كما فى المهدب ٢: ٢٤٧، الوسيله ٣٠٤، إصباح الشيعه ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه ١٨: ٣٣١.

٤- ٤) راجع السرائر ٢: ٦٣٨، الجامع للشرائع: ٤٤٢، القواعد ٢: ٢٩.

٥- ٥) المختصر النافع: ١٨٤.

٦- ٧) التهذيب ٨: ٢٠١ ح ٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢١٠ ح ٧٥٩، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

و في دالتهما على المطلوب-مع قطع النظر عن سندهما-بعد، لأنَّ القائل بالصَّحَّه على تقدير تقديم العتق يعتبر معه التصريح بالتزويج، و هو منتف في الروایتين، فإنَّه لم يذكر فيهما سوى العتق و المهر و لم يصرَّح بالتزويج. و يدلُّ عليه تصريحه بالبطلان في روايه على بن جعفر مع تقديم التزويج الذي هو مطلوبهم، فكيف يستدلُّون على اشتراط تقديمه بها؟ و استدلُّوا أيضا بما ذكره المصنف من أنَّ العتق لو سبق صارت حرَّه، فلم يتعيَّن تزويجها بدون رضاها، بل كان لها الخيار في القبول و الامتناع.

و جوابه ما سيأتي (١) من أن الكلام لا يتم إلا بآخره، فلا يقع العتق بدون التزويج، كما لو قال: أعتقتك و عليك خدمه سنه، فإنَّه يصحَّ العتق (٢)، و تلزمه خدمه.

و ذهب الشيخ في الخلاف (٣) و أبو الصلاح (٤) إلى اشتراط تقديم العتق، و اختاره العلامة في المختلف (٥) و الإرشاد (٦)، و ولده فخر الدين في شرحه (٧)، لروايه عبيد بن زراره السابقه (٨) عن الصادق عليه السلام المتضمَّن لتقديم قوله: «أعتقتك، فقال: جائز».

و أورد عليها أنَّ المطلوب اللزوم، و الجواز أعم منه. و أوجب بأنَّ المتبادر من

ص: ٤٢

١- ١) في الصفحة التاليه.

٢- ٢) في «س»: يقع.

٣- ٣) الخلاف ٤: ٢٦٨ مسألة (٢٢).

٤- ٤) الكافي في الفقه: ٣١٧.

٥- ٥) المختلف: ٥٧٣.

٦- ٦) إرشاد الأذهان ١٣: ٢.

٧- ٧) إيضاح الفوائد ١٥٥: ٣.

٨- ٨) في ص: ٣٩، هامش (٥).

مثل هذا الجواز إرادته الصَّحَّة، لأنَّ السؤال إنَّما هو عن حكم هذا العقد من حيث صحَّته وفساده، فإذا أُجيب بالجواز كان معناه الصَّحَّة، وهو مجاز شائع. ولأنَّه يلزم من صحَّته و أن يكون جائزاً، ويمتنع أن يراد بالجواز التزلزل، لأنَّ النكاح على هذا التقدير غير متزلزل، بل إمَّا واقع لازماً أو غير واقع. وأيضا فالمسؤول عنه اللزوم، فلو أريد غيره لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة أو وقت السؤال.

و في الرواية أيضا خلَّوها من لفظ التزويج كأوليين. و أُجيب بأنَّ اعتبار لفظه لا خفاء فيه، فلعلَّ السائل اعتمد على ظهوره و اقتصر في السؤال على موضع الحاجة. و فيه: أنَّه وارد في الأوليين، و قد ردَّتا بذلك.

و احتجَّوا له أيضا بما ذكره المصنف من أن بضع الأمه مباح لمالكها بدون العقد فلا يستباح بالعقد، فلا بدَّ من تقديم العتق ليقع العقد على الحرِّه.

و يضعف بأنَّ الكلام إنَّما يتمُّ بآخره، و لو لا ذلك لم يصحَّ جعل العتق مهراً، لأنَّه لو حكم بوقوعه بأول الصيغه امتنع اعتباره في التزويج المأتمِّي به بعده.

و من دليل الفريقين و جوابهما ظهر أنَّ الحقَّ عدم الفرق بين تقديم العتق و التزويج. و هو الذى استحسنته المصنف و أكثر المتأخِّرين.

بقى في المسألة بحث آخر، و هو أنَّه هل يفتقر في صحَّه النكاح مع الصيغه الواقعه من المولى إلى لفظ من الأمه يدلُّ على الرضا، أم لا؟ الظاهر من إطلاق النصوص و الفتاوى عدمه. و لأنَّ حلَّ الوطء ثابت له، فهو بمنزله التزويج، فإذا أعتقها و تزوّجها و جعل عتقها مهراً كان في معنى استثناء حلِّ نكاحها من مقتضيات العتق، لأن مقتضاه بدون ذلك التحريم. و لأنَّها حال الصيغه رقيقه لا- اعتبار برضاها، فلو اعتبر لزم بطلان ما وقع من المولى، لأنَّه قائم مقام القبول من حيث إنَّه وظيفته، و وظيفه الإيجاب من جانبها. و لا بدَّ من كمال المتعاقدين حال الإيجاب و القبول معا، و هو منتف هنا.

و أمّ الولد لا تعتق (١) إلا بعد وفاه مولاها من نصيب ولدها. و لو عجز النصيب سعت في المتخلف. و لا يلزم ولدها السعي فيه. و قيل: يلزم.

و الأول أشبه.

و قيل: يشترط قبولها بعد ذلك، لاشتغال الصيغه على عقد النكاح، و هو مركّب شرعا من الإيجاب و القبول. و لا يمنع منه كونها رقيقه، لأنّها بمنزله الحرّ حيث تصير حرّه بتمامه، فرقيتها غير مستقرّه، و لو لا ذلك لامتنع تزويجها. و الواقع منها منزل منزل الإيجاب و إن كان بلفظ القبول، لحصول ما يعتبر في العقد من اللفظ الواقع من المولى، فكان المعتمد من جانبها مجرد الرضا به، سواء سمّيناه إيجابا أم قبولا. و الأول أقوى.

قوله: «و أمّ الولد لا تعتق. إلخ».

لا ريب أنّ مجرد الاستيلاء ليس سببا في العتق. نعم، تتشبه به بالحرّيه.

و إنّما تعتق بموت المولى، لأنّ ولدها ينتقل إليه منها شيء، أو ينتقل جميعها إذا كان هو الوارث خاصّه، فتعتق عليه ما يرثه منها، لما علم من أنّ ملك الولد لأحد أبويه يوجب عتقه عليه مطلقا. و لو بقى منها شيء خارج عن ملكه سرى إليه العتق إن كان نصيبه من التركة يفى به، و إلا عتق بقدره. و لو عجز النصيب عن المتخلف منها سعت فيه هي، و لا يلزم ولدها السعي فيه. و لا يسرى عليه لو كان له مال من غير التركة، لما سيأتى (١) إن شاء الله تعالى أنّ السرايه مشروطه بالملك الاختياري، و الإرث ليس منه. و إنّما سرى عليه في باقى نصيبه من التركة لإطلاق النصوص (٢) الكثيره أنّها تعتق من نصيبه من التركة، و إلا لكان الأصل يقتضى أن لا يعتق عليه سوى نصيبه منها.

ص: ٤٤

١- ١) في بحث السرايه من كتاب العتق.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٠٧: ١٦ ب (٦) من أبواب الاستيلاء و غيره.

و لو مات ولدها(١) و أبوه حيّ جاز بيعها، و عادت إلى محض الرقّ.

و القائل بوجوب سعي الولد في فكّ باقيها ابن حمزه (١)، و قريب منه قول الشيخ في المبسوط (٢)، فإنّه أوجب على الولد فكّها من ماله. و قال في النهاية:

يجب السعي على الولد إذا كان ثمنها دينا على مولاها، و لم يخلف غيرها (٣). و الأقوى الأول، لأصالة البراءة من وجوب السعي عليه، و عدم المقتضى للسرايه عليه حتى يجب عليه فكّها من بقيته ماله، لعدم الاختيار في ملكها.

و هذه المسألة بباب الاستيلاء أنسب، و سنذكرها فيه مرّة أخرى، و إنّما ذكرها هنا ليفرّع عليها ما سيأتي (٤) من قوله: «و لو كان ثمنها دينا فتروّجها المالك» إلى آخره، فإنه من مسائل النكاح.

قوله: «و لو مات ولدها. إلخ».

التقييد بموته في حال حياه أبيه ليخرج ما لو مات بعده، فإنها حينئذ تعتق عليه كما مرّ. و تبّه بقوله: «عادت إلى محض الرقّ» على أنّها بالاستيلاء لم تخرج من أصل الرقّ، و إنّما تشبّث بالحرّيه من حيث صلاحيتها حينئذ للعتق بموت سيدها و ولدها حيّ، فإذا مات الولد في حياه أبيه زالت تلك العلاقه التي تشبّثت بها، و رجعت إلى الرقّ المحض المجوّز للبيع و غيره. و هذا مذهب علمائنا، و خالف فيه الجمهور [١].

ص: ٤٥

١-١) راجع الوسيله: ٣٤٣ فإن الظاهر منه التفصيل.

٢-٢) المبسوط ١٨٥: ٦.

٣-٣) النهاية: ٥٤٧.

٤-٤) في ص: ٤٧.

و يجوز بيعها مع وجود (١) ولدها في ثمن رقبته إذا لم يكن لمولاهها غيرها. و قيل: يجوز بيعها بعد وفاته في ديونه و إن لم يكن ثمنها لها، إذا كانت الديون محيطه بتركته بحيث لا يفضل عن الدين شيء أصلا.

قوله: «و يجوز بيعها مع وجود الخ».

لا خلاف في جواز بيعها في ثمن رقبته إذا مات مولاه و لم يخلف سواها.

و اختلفوا فيما إذا كان حيا في هذه الحالة. و الأقوى جواز بيعها في الحالين، و هو الذى قطع به المصنف، و لم يفرق بين الأمرين، و لم ينقل خلافا فيه، لندور القائل به، و ضعف مستنده.

و يدل على جواز بيعها في ثمن رقبته مطلقا روايه عمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام قال: «سألته عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم، في ثمن رقبته» (١). و روى عمر بن يزيد في الصحيح قال: «قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: أسألك؟ قال: سل. قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن. قلت: و كيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جاريه فأولدها، ثم لم يؤد ثمنها، و لم يدع من المال ما يؤدى عنه، أخذ ولدها منها و بيعت فأدى عنها. قلت: فيبيع فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا» (٢).

و هذه الروايه كما دلت على جواز بيعها في ثمن رقبته في هذه الحالة مطلقا- الشامله لموت المولى و عدمه- دلت على عدم جواز بيعها في غيره من الديون الشامل لما لو استغرقت التركه.

و القول المحكى بجواز بيعها في دينه- و إن لم يكن ثمنها لها- مع موته و استغراق

ص: ٤٦

١- ١) الكافي ١٩٢: ٦ ح ٢، التهذيب ٢٣٨: ٨ ح ٨٥٩، الاستبصار ١٢: ٤ ح ٣٥، الوسائل ١٣: ٥١ ب (٢٤) من أبواب بيع الحيوان ح ٢.

٢- ٢) الكافي ١٩٣: ٦ ح ٥، الفقيه ٨٣: ٣ ح ٢٩٩، التهذيب ٢٣٨: ٨ ح ٨٦٢، الاستبصار ١٢: ٤ ح ٣٦، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

و لو كان ثمنها ديناً (١) فتروّجها المالك، و جعل عتقها مهرها، ثمّ أولدها و أفلس بثمانها و مات، بيعت في الدّين. و هل يعود ولدها رقاً؟ قيل: نعم، لروايه هشام بن سالم. و الأشبه أنه لا يبطل العتق و لا النكاح، و لا يرجع الولد رقاً، لتحقّق الحرّيه فيهما.

الدّين للتركة لابن حمزه (١)، و اختاره الشهيد في اللمعه (٢)، و توقّف في المختلف (٣).

و وجهه: أنّ عتقها بعد موت مولاها إنّما هو من نصيب ولدها، و لا نصيب له على تقدير استغراق الدّين التركة، لقوله تعالى من بعد وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (٤).

و لروايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام و في آخرها قال: «و إن مات و عليه دين قومت على ابنها، فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر، ثمّ يجبر على قيمتها» (٥).

و جوابه: أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً، و إن منع من التصرّف فيها على تقدير استغراق الدّين، فيعتق نصيب الولد منها كما لم يكن دين، و يلزمه أداء مقدار قيمه النصيب من ماله. و الروايه قاصره سنداً و دلالة، و مشتمله من الأحكام على ما لا يوافق الأصول، فلا اعتداد بها.

قوله: «و لو كان ثمنها ديناً. إلخ».

القول المذكور للشيخ في النهاية (٦) و أتباعه (٧)، و قبله لابن الجنيد (٨)، تعويلاً

ص: ٤٧

١- (١) الوسيله: ٣٤٣.

٢- (٢) اللمعه الدمشقيه: ٦٣.

٣- (٣) مختلف الشيعه: ٦٤٨.

٤- (٤) النساء: ١١.

٥- (٥) التهذيب ٨: ٢٣٩ ح ٨٦٥، الاستبصار ٤: ١٤ ح ٤١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥.

٦- (٦) النهاية: ٤٩٨.

٧- (٧) راجع المهذب ٢: ٢٤٨ و ٣٦١، إصباح الشيعه ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه ١٨: ٣٣١.

٨- (٨) حكى عنه في المختلف: ٥٧٤ و إيضاح الفوائد ٣: ١٥٩ و التنقيح الرائع ٣: ١٥٦.

على صحيحه هشام بن سالم عن أبي بصير قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل جاريه بكرا (١) إلى سنة، فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد و تزوجها، و جعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان الذى اشتراها إلى سنة له مال أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته فإن عتقه و نكاحه جائز، و إن لم يملك مالا أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته كان عتقه و نكاحه باطلا، لأنه عتق ما لا يملك، و أرى أنّها رقت لمولاها الأول. قيل له: و إن علقت من الذى أعتقها و تزوجها ما حال ما فى بطنها؟ فقال: الذى فى بطنها مع أمه كهيتها» (٢).

قال المصنف -رحمه الله- فى النكت: «إن سلم هذا النقل فلا كلام، لجواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافية لعله لا نتعلّقها. لكن عندى أنّ هذا خبر واحد لا- يعضده دليل، فالرجوع إلى الأصل أولى» (٣) و هنا صرح بردها، و قبله الفاضل ابن إدريس (٤)، لمخالفتها الأصول الشرعيّة المقتضية لصحّة التزويج و العتق، لمصادفتها الملك الصحيح، و صدورهما من أهلها فى محلّهما الموجب لصحّتهما و حرّيه الولد.

و قد اختلف المتأخرون فى تأويلها، لاعتنائهم بها من حيث صحّحه السند، فحملها العلامة (٥) على وقوع العتق و النكاح و الشراء فى مرض الموت، بناء على مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدين المستغرق. و حينئذ فترجع رقاً،

ص: ٤٨

١- ١) فى «ش»: بكذا.

٢- ٢) الكافى ١٩٣: ٦ ح ١، التهذيب ٢٠٢: ٨ ح ٧١٤، الاستبصار ١٠: ٤٠ ح ٢٩، الوسائل ٥٨٢: ١٤ ب (٧١) من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٣- ٣) نكت النهاية: ٣٩٧.

٤- ٤) السرائر ٦٣٩: ٢.

٥- ٥) مختلف الشيعة: ٥٧٤.

و تبين بطلان النكاح.

و اعترضه السيد عميد الدين (١) بأن الرواية اقتضت عودها و ولدها رقاً كهيتها، و تأويله لا يتم إلا في عودها إلى الرق لا في عود الولد، لأن غايته بطلان العتق في المرض فتبقى أمته، فإذا وطئ الحرّ أمته لا ينقلب ولده رقاً، بل غايته أن أمه تباع في الدين.

و أجاب ولده فخر الدين (٢) عن ذلك بأنه ليس في الرواية ما يدلّ على رقيه الولد، إذ ليس فيها إلا قوله: «كهيتها» و هو أعمّ من أن يكون كهيتها في حال الحكم بحرّيتها قبل ظهور عجزه عن الثمن فيكون حرّاً، أو بعده فيكون رقاً، و لا دلالة للعامّ على الخاصّ بإحدى الدلالات.

و ردّه الشهيد-رحمه الله- في شرح الإرشاد (٣) بأنّ هذا كلام على النصّ، فإنّ المفهوم من قوله: «كهيتها» ليس إلا أن حكمه حكمها في حال السؤال، و قد حكم قبل ذلك بأنها رقّ فيكون الولد رقاً، فهو دالّ على رقيه الولد بالمطابقه، إذ هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى. و تجوز مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص، و في التزامه ما لا يخفى.

و قد ظهر بذلك أنّ الحمل لا يتمّ في الولد. و يشكل في الأمّ أيضاً من وجه آخر، و هو أنّ الرواية دلّت على عودها رقاً للبائع، و مقتضى الحمل جواز بيعها في دينه لا عودها إلى ملكه.

و حملها بعضهم (٤) على فساد البيع و علم المشتري به، فإنّه يكون زانيا و تلحقه الأحكام.

ص: ٤٩

١- ١) نقله عنه الشهيد في غايه المراد: ١٩٤، و المحقق الكركي في جامعه ١٣٦: ١٣.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ١٥٩: ٣-١٦٠.

٣- ٣) غايه المراد: ١٩٥.

٤- ٤) راجع غايه المراد: ١٩٤-١٩٥، التنقيح الرائع ١٥٧: ٣.

و ردّ بأن الروايه تضمّنت أنّه إذا خُلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق و النكاح جائزين، و مع القول بفساد البيع لا يمكن جوازهما، سواء خُلف شيئاً أم لا.

و حملها ثالث (١) على أنّه فعل ذلك مضارّه، و العتق يشترط فيه القربه. و ردّ بأنه لا يتمّ أيضا في الولد.

و أقول: إنّ الموجب لهذا الاعتبار (٢) و التكلّف لهذه الروايه المخالفه للأصول هو ما اعتقدوه من صحّح سندها، و قد صرّح بصحّتها جماعه من الأصحاب المعتبرين، كالعلامه (٣)، و تلميذيه الفخر و العميد (٤)، و الشهيد (٥) و غيرهم (٦). و في صحّتها عندي نظر من وجهين:

أحدهما: أنّ أبا بصير الذي يروى عن الصادق عليه السلام مشترك بين اثنين، ليث بن البختری المرادى، و هو المشهور بالثقه على ما فيه، و يحيى بن القاسم الأسدى، و هو واقفى ضعيف مخاطط. و كلاهما يطلق عليهما هذه الكنيه، و يكتنيان بأبى محمد. و ربما قيل: إنّ الأول أسدى أيضا. و كلاهما يروى عن أبى عبد الله عليه السلام. فعند الإطلاق يحتمل كونه كلا منهما، و قد يحصل التمييز بإضافه الاسم، فإنّه واقع في كثير من الروايات، و قد يحصل بالوصف، كقول أبى بصير في روايه الصلاه في دم القروح: «إنّ قائدى أخبرنى أنّك صلّيت و فى ثوبك دم» (٧) فإنّه حينئذ يدلّ على كونه أبا بصير الضعيف، لأنّه كان مكفوفا يحتاج إلى القائد. و هذا

ص: ٥٠

١-١) راجع التنقيح الرائع ٣:١٥٨.

٢-٢) فى «س»: الاعتناء.

٣-٣) المختلف: ٥٧٤.

٤-٤) إيضاح الفوائد ٣:١٥٩.

٥-٥) غايه المراد: ١٩٤.

٦-٦) كما فى كشف الرّموز ٢:١٦٩، التنقيح ٣:١٥٧، جامع المقاصد ١٣:١٣٦.

٧-٧) الكافي ٣:٥٨ ح ١، التهذيب ١:٢٥٨ ح ٧٤٧، الاستبصار ١:١٧٧ ح ١٦٦، الوسائل ٢: ١٠٢٨ ب (٢٢) من أبواب النجاسات ح ١.

الإشكال آت في كلّ روايه يرويها أبو بصير و يطلق،فينبغي التنبه له،فقد أطلق الأصحاب الصحّح على روايات كثيره في طريقها أبو بصير مطلقاً،و الأمر ليس كذلك.هذا مع قطع النظر عن حال هشام بن سالم و ما كان عليه من الاعتقاد المشهور.و الله تعالى يتولّى أسرار عباده.

الثانى: أنّ الشيخ-رحمه الله-ذكر هذه الروايه في التهذيب في ثلاثه مواضع، اثنان منها رواها عن هشام بن سالم عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (١) كما ذكرناه سابقاً،و الثالث عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (٢) بغير واسطه.

و رواها الكليني في الكافي (٣) أيضاً عن هشام عنه عليه السلام بغير واسطه.و هذه الروايه هي التي يظهر من المصنف اختيارها،لأنّه نسبها إلى هشام خاصّه.و كذا فعل فيما سيأتى من كتاب العتق (٤)،فإنّه أعادها مرّه أخرى.و حينئذ فتكون الروايه مضطربه الإسناد،و الاضطراب في الإسناد يمنع من صحّح الروايه،كما قرّر في علم درايه الحديث.و الغرض أنّ هذه الروايه ليست مقطوعه الصحّح في سندها كما ذكروه،فلا يصعب أطراحها حيث تخالف الأمور القطعيّه التي تشهد لها الأصول الشرعيّه.

و اعلم أيضاً أنّ الروايه تضمّنت كون الثمن نسيئته،و كان ينبغي لمن عمل بمضمونها-جموداً على النصّ-التقييد به،لأنّ الإلحاق هنا ممتنع و لو بمخالفه وجه ما.و لكن الشيخ في النهايه (٥) أطلق الحكم في الثمن حيث يكون ديناً،سواء كان نسيئته أم حالاً،فتبعه المصنف و غيره (٦) في نقل القول.و كذلك قيد في الروايه الأمه

ص: ٥١

١- (١) التهذيب ٨:٢٠٢ ح ٧١٤،٢١٣ ح ٧٦٢ و ٢٣١ ح ٨٣٨.

٢- (٢) التهذيب ٨:٢٠٢ ح ٧١٤،٢١٣ ح ٧٦٢ و ٢٣١ ح ٨٣٨.

٣- (٣) الكافي ٦:١٩٣ ح ١.

٤- (٤) في المسأله الثامنه من لواحق العتق.

٥- (٥) النهايه: ٤٩٨.

٦- (٦) لاحظ السرائر ٢:٦٣٩،القواعد ٢:٢٩-٣٠.

وَأَمَّا الْبَيْعُ (١) فَإِذَا بَاعَ الْمَالِكُ الْأُمَّهُ كَانَ ذَلِكَ كَالطَّلَاقِ. وَالْمَشْتَرَى بِالْخِيَارِ بَيْنَ إِمْضَاءِ الْعَقْدِ وَفَسْخِهِ. وَخِيَارُهُ عَلَى الْفَوْرِ، فَإِذَا عَلِمَ وَلَمْ يَفْسَخْ لَزِمَ الْعَقْدَ.

بِكُونِهَا بَكْرًا، وَبِمَوْتِهِ وَهِيَ حَامِلٌ، وَبِكُونِ النَّسِيئَةِ إِلَى سَنِهِ. وَالشَّيْخُ لَمْ يَعْتَبِرْ ذَلِكَ، نَظَرًا إِلَى عَدَمِ مَدْخَلِيهِ مِثْلَ ذَلِكَ فِي اخْتِلَافِ الْحُكْمِ. وَيُمْكِنُ الْفَرْقُ بَيْنَ مَوْتِهِ حَامِلًا (١) كَمَا ذَكَرَ وَمَوْتِهِ بَعْدَ وَضْعِهَا، لِتَبْعِيَّةِ الْحَمْلِ لِلْحَامِلِ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ، أَوْ مَطْلَقًا عِنْدَ قَوْمٍ.

وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْأُمِّهِ عِبْدًا فَاشْتَرَاهُ نَسِيئَةً أَوْ مَطْلَقًا وَاعْتَقَهُ، فَفِي لِحُوقِ الْحُكْمِ بِهِ نَظَرًا، مِمَّا ذَكَرَ، وَاتِّحَادِ طَرِيقِ الْمَسْأَلَتَيْنِ. وَعَلَى الْمُخْتَارِ مِنْ رَدِّ الرِّوَايَةِ مَطْلَقًا يَسْهَلُ الْخُطْبُ، وَإِنْ كَانَ وَلَا يَدَّ فَاَلْقَتَصَارَ عَلَى الْمَنْصُوصِ.

قَوْلُهُ: «وَأَمَّا الْبَيْعُ. إلخ».

الْمُرَادُ بِكُونِ الْبَيْعِ كَالطَّلَاقِ تَسَاوِيَهُمَا فِي السَّبَبِيَّةِ فِي التَّسَلُّطِ عَلَى فُسْخِ النِّكَاحِ لَا - مِنْ كُلِّ وَجْهِ، إِذْ لَا - يَعْذُّ ذَلِكَ فِي الطَّلَاقِ الْمَحْرَمِ، وَلَا - يَوْجِبُ انْفِسَاخَ النِّكَاحِ بِنَفْسِهِ، بَلْ يَوْجِبُ الْخِيَارَ لِلْبَائِعِ وَالْمَشْتَرَى، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ. وَالْأَصْلُ فِي هَذِهِ الْعِبَارَةِ الرِّوَايَاتُ، كَصَحِيحِهِ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ قَالَ: «طَّلَاقُ الْأُمِّهِ بِبَيْعِهَا، أَوْ بَيْعِ زَوْجِهَا. وَقَالَ فِي الرَّجُلِ يَزُوجُ أُمَّتَهُ رَجُلًا آخَرَ ثُمَّ يَبِيعُهَا، قَالَ: هُوَ فِرَاقٌ مَا بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمَشْتَرَى أَنْ يَدْعُوهَا» (٢).

وَرَبَّمَا تَوَهَّمُ انْحِصَارَ الطَّلَاقِ فِي الْبَيْعِ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ وَقَعَ مَبْتَدَأً، وَخَبْرَهُ الْبَيْعُ، وَالْمَبْتَدَأُ مَنْحَصَرٌ فِي الْخَبْرِ.

ص: ٥٢

١- ١) كَذَا فِي النِّسْخِ، وَلَعَلَّ الصَّحِيحَ: وَهِيَ حَامِلٌ.

٢- ٢) الْكَافِي ٥: ٤٨٣ ح ٤، الْفَقِيه ٣: ٣٥١ ح ١٦٨١، التَّهْذِيبُ ٧: ٣٣٧ ح ١٣٨٢، الْاِسْتَبْصَارُ ٣: ٢٠٨ ح ٧٥٢، الْوَسَائِلُ ١٤: ٥٥٣ ح ١٤٧ (٤٧) مِنْ أَبْوَابِ نِكَاحِ الْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ ح ١.

و كذا حكم العبد(١) إذا كان تحته أمه. و لو كان تحته حرّه فبيع كان للمشتري الخيار على روايه فيها ضعف.

و يندفع بمنع الانحصار، و إنّما المراد التشبيه به كما ذكرناه. و يؤيّده قوله عليه السلام في خبر بريد بن معاويه و غيره: «من اشترى مملوكه لها زوج فإنّ بيعها طلاقها، إن شاء المشتري فزق بينهما، و إن شاء تركهما على نكاحهما» (١) فعكس الإسناد.

و الأصل في الحكم - بعد النصّ - أنّ بقاء النكاح لازما على هذه الحاله مظنه تضرّر المالك، إذ قد لا يناسبه (٢) بقاء النكاح، فجعل له طريق إلى التخلّص بالفسخ.

و لا فرق بين كون البيع قبل الدخول و بعده، و لا بين كون الزوج حرّا و مملوكا، و لا بين كون المالك واحدا و أكثر.

و هذا الخيار على الفور، اقتصارا في الحكم المخالف للأصل على ما يندفع به الضروره، فلو أخر لا لعذر سقط الخيار. و الجاهل بأصل الخيار معذور، لأنّه ممّا يخفى على كثير من الناس. و أمّا الجهل بالفوريّه ففي كونه عذرا الوجهان السابقان (٣) في العتق.

قوله: «و كذا حكم العبد. إلخ».

كما يثبت الخيار لمشتري الأمه كذا يثبت لمشتري العبد المتزوج، لوجود العله فيهما، و لتناول النصوص لهما. و قد تقدّم (٤) في صحيحه محمد بن مسلم ما يدلّ على الحكمين معا. و هذا الحكم مع كون الزوجه أمه كما ورد في الروايه (٥) و غيرها.

ص: ٥٣

١ - ١) الكافي ٥: ٤٨٣ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٣٧ ح ١٣٨١، الاستبصار ٣: ٢٠٨ ح ٧٥١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

٢ - ٢) في «س» و «و»: لا يناسبهما.

٣ - ٣) لاحظ ص: ٣٦-٣٧.

٤ - ٤) لاحظها في الصفحه السابقه.

٥ - ٥) لاحظها في الصفحه السابقه.

و لو كانت حرّه فالأكثر على ثبوت الخيار أيضا، لتساويهما في المعنى المقتضى له، وهو توقع الضرر ببقاء التزويج، و لروايه محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال: «إذا تزوّج المملوك حرّه فللمولى أن يفرّق بينهما، فإن زوّجه المولى حرّه فله أن يفرّق بينهما» (١) و ليس بغير البيع إجماعا، فيحمل على أنّ له أن يفعل ما يؤول إلى التفريق، بأن يبيع فيثبت الخيار المنجز (٢) إلى التفريق مجازا.

و لا يخفى عليك بعد هذا التأويل، مع كون الروايه ضعيفه كما أشار إليه المصنف، فإنّ في طريقها موسى بن بكر و هو واقفي، و محمد بن عليّ مشترك بين الثقة و غيره.

و أنكر الحكم ابن إدريس (٣)، و جعل الروايه شاذّه، و القياس على الأّمه باطلا- و شنع عليه في المختلف (٤) بحمله على القياس، لأنّه لو فقدت النصوص في هذا الباب لأمكن استناد مساواه العبد للأّمه في ذلك إلى أن الشارع لم يفرّق بينهما في مثل هذه الأحكام، كما لم يفرّق في التقويم و غيره.

و لا يخفى عليك ما في هذا البحث. و قول ابن إدريس متوجّه، لعدم دليل صالح على ثبوت هذا الحكم المخالف للأصل. و يمنع من تساوي الحرّه و الأّمه في هذا المعنى، لأنّ الحرّه أشرف، و لا يلزم من ثبوت الحكم في الأدنى ثبوته في الأعلى.

و الروايه قد عرفت ضعفها و بعدها عن الدلاله. و يظهر من المصنف اختيار قول ابن

ص: ٥٤

١- ١) التهذيب ٧: ٣٣٩ ح ١٣٨٧، الاستبصار ٣: ٢٠٦ ح ٧٤٤، الوسائل ١٤: ٥٧٤ ب (٦٤) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٤.

٢- ٢) في «س، و»: المنجز.

٣- ٣) السرائر ٢: ٥٩٨.

٤- ٤) المختلف: ٥٦٧.

إدريس على احتمال. و للتوقّف مجال.

و اعلم أنّ ظاهر حكمه بالخيار للمشتري في العبد و الأّمه إذا كان الآخر رقًا يقتضى انحصار الخيار في المشتري، فليس لمولى الآخر اعتراض. و هذا أحد القولين في المسأله، و هو الذى اختاره ابن إدريس (١)، لأنّ الدليل إنّما دلّ على ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الملك، فيبقى غيره على أصل لزوم.

و قال الشيخ في النهايه (٢): إن الخيار حينئذ للمشتري و لمولى الآخر.

و مال إليه في المختلف (٣)، محتجًا بأنّ الذى لم يبع إنما رضى بالعقد مع المالك الأول، و الأغراض تختلف باختلاف الملاك. و بأنّ البائع أوجد سبب الفسخ، و هو الخيار للمشتري، فيكون للآخر ذلك أيضًا، لأنه مالك فيثبت له ما يثبت له.

و فيهما نظر، لأنّ الحكم بالتسلّط على الفسخ يحتاج إلى دليل صالح، و عدم رضاه بالعقد مع المشتري ليس من الأدلّه المفيده لذلك. و إيجاد البائع سبب الفسخ لا- يوجب ثبوته للآخر، بل فى مورد النصّ و هو المشتري، فإنّ هذه السببیه تابعه للنصّ لا للمناسبات. و كلام ابن إدريس فى غايه الجوده، لأنّ الأصل لزوم العقد فى غير ما دلّت النصوص على خلافه، و هو متحقّق فى المتنازع.

ص: ٥٥

١- (١) السرائر ١: ٦٠٢.

٢- (٢) النهايه: ٤٧٩.

٣- (٣) المختلف: ٥٦٨.

و لو كانا لمالك (١) فباعهما لاثنين كان الخيار لكل واحد من المتبايعين.

و كذا [١] لو اشتراهما واحد. و كذا لو باع أحدهما كان الخيار للمشتري و البائع، و لا يثبت عقدهما إلا برضا المتبايعين. و لو حصل بينهما أولاد كانوا لموالي الأبوين.

قوله: «و لو كانا لمالك. إلخ».

هنا مسائل:

الاولى: لو كان كل واحد من العبد و الأمة المتزوجين لمالك واحد فباعهما لاثنين، سواء باع أحدهما لواحد و الآخر لآخر كما هو الظاهر، أم باعهما معا لاثنين على وجه الاشتراك، كان الخيار في فسخ عقدهما و إمضائه للمشتري المتعدد كما ثبت للواحد، لوجود المقتضى في الجميع، و دلاله النصوص (١) على أن بيع كل منهما بمنزله الطلاق، و لا أثر في ذلك لتعدد المشتري و اتحاده.

الثانية: لو باع أحدهما خاصه كان الخيار في فسخ العقد و إمضائه لكل من البائع و المشتري. أما للمشتري فظاهر مما سلف. و أما للبائع فلإطلاق النص السابق (٢) في كون البيع كالطلاق، و معناه ثبوت التسلط على فسخ العقد المتناول لهما، و لاشتراكهما في المعنى المقتضى لجواز الفسخ، فإن المشتري كما يتضرر بتزويج مملوكته بغير مملوكه كذلك البائع. و حينئذ فيتوقف عقدهما على رضا المتبايعين معا، فإن اتفقا على إبقائه لزم، و إن اتفقا على فسخه أو طلب أحدهما فسخه و الآخر

ص: ٥٦

١-٢) لاحظ ص: ٥٢ هامش (٢)، و كذا الوسائل ١٤: ٥٥٥ ب (٤٨) من أبواب نكاح العبيد ح ١.

٢-٣) في ص: ٥٢، هامش (٢).

مسائل ثلاث:

الأولى: إذا زوج أمته ملك المهر، لثبوته في ملكه

الأولى: إذا زوج أمته (١) ملك المهر، لثبوته في ملكه. فإن باعها قبل الدخول سقط المهر، لانفساخ العقد الذي ثبت المهر باعتباره. فإن أجاز المشتري كان المهر له، لأن إجازته كالعقد المستأنف. و لو باعها بعد الدخول كان المهر للأول، سواء أجاز الثاني أو فسخ، لاستقراره في ملك الأول. وفيها أقوال مختلفه، والمحصل ما ذكرناه.

إمضاءه انفسخ. أما الأول فظاهر. وأمّا الثاني فلأن رضا أحدهما به يوجب تقرّره من جانبه، ويبقى من جانب الآخر مترلزلاً، فإذا فسخه انفسخ، كما لو لم يكن للآخر خيار. ومثله ما لو اشترك الخيار بين البائع والمشتري، فاختار أحدهما الإمضاء والآخر الفسخ.

الثالثة: حيث يتفقان على إبقاء العقد فما يتجدد من الأولاد يكون للمولين على السواء، لأنهم نماء ماليهما فيكون بينهما كالأصل. و قال ابن البراج (١): يكون الولد لسيد الأمه. و قد تقدّم (٢) أنّ أبا الصلاح قال كذلك في نظيره.

قوله: «إذا زوج أمته. إلخ».

لمّا كان المهر عوض البضع، و في النكاح شائبه المعاوضه، فحقّ العوض أن يكون لمالك المعوض، و حيث كان بضع الأمه مملوكاً لسيدها فالمهر له. فإن باعها بعد الدخول فقد استقرّ المهر للمولى البائع، سواء أجاز المشتري النكاح أم لا، و سواء قبض البائع شيئاً من المهر أم لا، فلا يؤثر فيه البيع و لا الطلاق و لا غيرهما من أنواع الفسخ.

و إن كان البيع قبل الدخول فقد تقرّر أنّ للمشتري الخيار، فإن فسخ سقط المهر، لأن الفرقه قبل الدخول إذا كانت من قبل المرأه توجب سقوطه، و هي هنا من

ص: ٥٧

١-١) المهذب ٢: ٢١٨.

٢-٢) في ص: ٩.

المولى، و هو مالك البضع، فيكون ذلك كما لو كان من قبلها، لأنها المالكه فى غيره.

و إن أجاز النكاح لزم و كان المهر له، لأن الإجازة كالعقد المستأنف، فيطالب بجميع المهر. فإن كان الزوج قد أقبضه للبائع استردّه منه و دفعه إلى الثانى. هذا هو الذى أصله ابن إدريس (١)، و ارتضاه المصنف و جماعه (٢) المتأخرين.

و قال الشيخ فى النهاية: «إذا زوج الرجل جاريتة من غيره و سمى لها مهرا معيناً، و قدّم الرجل من جملة المهر شيئاً معيناً، ثمّ باع الرجل الجارية، لم يكن له المطالبة بباقي المهر، و لا لمن يشتريها، إلا أن يرضى بالعقد» (٣). و تبعه ابن البراج (٤).

و استند فى هذا التفصيل إلى روايه ضعيفه [١] السند لا- تصلح لإثبات مثل هذا الحكم الذى لا يوافق الأصول. و للشيخ فى المبسوط (٥) تفصيل آخر فى المسألة ليس بجيد. و كيف كان فما ذكره المصنف أجود الأقوال فى المسألة.

نعم، لو قيل -إنه مع عدم الدخول و إجازة العقد يكون المهر للأول، لوجوبه و هى فى ملكه، أو نصفه بناء على أن البيع بمنزله الطلاق، كما ذكر فى النصوص، فينتصف المهر بالنسبة إلى البائع -أمكن. و قد تقدّم (٦) مثله فى الأمه المزوجه إذا

ص: ٥٨

١-١) السرائر ٢:٦٤١-٢:٦٤٢.

٢-٢) راجع القواعد ٢:٣٠، التنقيح الرائع ٣:٢٦٢، جامع المقاصد ١٤٣:١٣-١٤٤.

٣-٣) النهاية: ٤٩٩.

٤-٤) المهذب ٢:٢٥٠.

٥-٦) راجع المبسوط ٤:١٩٨.

٦-٧) فى ص: ٣٦.

أعتقت قبل الدخول فأجازت، أن المهر للسيد إن أوجباه بالعقد.

ولعلّ الوجه في العدول عنه: أنّ المهر لم يجب بالعقد مجاناً، بل في مقابل العوض و هو منافع البضع، وقد خرجت عنه بالبيع قبل التسليم، وتعذر عليه تسليمها للزوج الذي هو باذل المهر في مقابلها، فلا يتصور بقاءه للأول. والفرق بين البيع والعق: أنّ البيع معاوضه تقتضى تمليك المنافع تبعاً للعين، بخلاف العتق، فإنه لا يقتضى تمليكا، وإنما هو فكّ ملك، فتكون المنافع كالمستثناه للسيد، وفي البيع ينتقل إلى المشتري.

لا يقال: إنه على تقدير البيع بعد التزويج يكون انتقلت المنافع عن ملك البائع، فلم يتضمّن البيع إلا العين خاصّه بالنسبه إلى هذه المنفعه الخاصّه، وهي منفعه البضع، ويبقى غيرها من المنافع تابعه للعين، كما لو باع العين المؤجره أو المحبسّه على القول بالجواز، فلا ينافى البيع كون المهر للبائع في مقابله ما نقله من المنافع قبله.

لأننا نقول: هذا التوجيه يتمّ لو قلنا بلزوم عقد النكاح و عدم تسلّط المشتري على فسخه كما تقوله العامّه (١)، أمّا على ما يقوله الأصحاب من جعله بيد المشتري، بل إطلاق النصوص (٢) تنزيل البيع منزله الطلاق من غير تقييد بفسخ المشتري، لا تكون المنافع التي نقلها البائع في مقابله المهر سالمه للزوج، بل جاء (٣) رفعها من قبل المولى البائع، فكان ذلك كفسخ الزوجه قبل الدخول الموجب لسقوط المهر. و من ثمّ قيل بأنّ إجازة المشتري كالعقد المستأنف.

ص: ٥٩

١-١) راجع مختصر المزني: ١٧٧، الحاوي الكبير ٣٥٦: ٩.

٢-٢) لاحظ الوسائل ٥٥٣: ١٤ ب «٤٧» من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٣-٣) في «س» و «ش»: جاز.

الثانية: لو زوّج عبده بحرّه ثمّ باعه قبل الدخول

الثانية: لو زوّج عبده بحرّه (١) ثمّ باعه قبل الدخول، قيل: كان للمشتري الفسخ، و على المولى نصف المهر. و من الأصحاب من أنكر الأمرين.

قوله: «لو زوّج عبده بحرّه. إلخ».

قد تقدّم (١) الكلام في هذه المسألة من جهة الفسخ، و أنّ ابن إدريس المنكر له. و أمّا المهر فقد عرفت ممّا سلف أنّه يلزم المولى.

ثمّ إن كان البيع بعد الدخول فقد استقرّ عليه المهر، فلا إشكال في وجوبه بأجمعه على المولى البائع. و إن كان قبله فقد اختلف الأصحاب فيه، فذهب الشيخ (٢) و جماعه (٣) إلى وجوب نصفه على المولى، كما تقدّم في نظيره من أنّه فرقه قبل الدخول فأوجب تنصيف المهر كالطلاق. و يزيد هنا روايه عليّ بن أبي حمزه عن أبي الحسن عليه السلام في رجل يزوّج مملوكا له امرأه حرّه على مائه درهم، ثمّ إنّ باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: «يعطيها سيّده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنّما هو بمنزله دين استدانه بأمر سيّده» (٤).

و ابن إدريس (٥) أنكر تنصيف المهر كما أنكر الأصل، لما تقدّم مرارا من ثبوت المهر بالعقد، و تنصيفه بالطلاق قبل الدخول على خلاف الأصل لا يوجب إلحاق غيره به. و هذه الروايه ضعيفه السند بابن أبي حمزه. و قول ابن إدريس وجيه في الموضوعين. و الجماعه زعموا أنّ ضعف الروايه منجبر بالشهره، فوافقوا الشيخ هنا

ص: ٦٠

١- ١) في ص: ٥٣-٥٤.

٢- ٢) النهايه: ٤٩٩.

٣- ٣) راجع المذهب ٢: ٢٥٠، و جامع الشرائع: ٤٤٦، القواعد ٢: ٣٠.

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢٨٩ ح ١٣٧٥، التهذيب ٨: ٢١٠ ح ٧٤٥، الوسائل ١٤: ٥٨٥ ب (٧٨) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٥- ٥) السرائر ٢: ٦٤٣ و ٥٩٨.

الثالثة: لو باع أمته و ادعى أن حملها منه، و أنكر المشتري

الثالثة: لو باع أمته و ادعى (١) أن حملها منه، و أنكر المشتري، لم يقبل قوله في إفساد البيع، و يقبل في التحاق الولد، لأنه إقرار لا يتضرر به الغير.

و فيه تردد.

و إن خالفوه في غيرها، لعدم النص. و يظهر من المصنف التوقف في المسألة، و له وجه، مراعاة لجانب الأصحاب.

قوله: «لو باع أمته و ادعى. إلخ».

إنما لم يقبل قوله في فساد البيع لأنه قد حكم بصحته ظاهراً، فلا يقدح فيه دعوى البائع ما يوجب فساده، كما في كل موضع يدعى أحدهما الفساد و الآخر الصحة، فإن مدعى الصحة مقدم حيث لا يبينه. نعم، لو ادعى عليه العلم بذلك حلف على نفيه. هذا كله إذا كان الحمل موجوداً حال البيع قطعاً، كما لو ولد لأقل من ستة أشهر من حينه، أو ظاهراً كما لو ولد لأقصى الحمل فما دون و لم يدخل بها المشتري، أمّا مع دخوله و إمكان كونه منه فإن الولد ملحق به. و لا شبهه في أن دعوى البائع هذه لو سمعت لحكم بفساد البيع، لعدم صحه بيع أم الولد في غير ما استثنى، و هذا ليس منه، فلا يقبل في فساد البيع.

ثم إن لم يكن شرط إدخال الحمل في البيع فأقراره بالولد نافذ بغير إشكال، لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١) و لا معارض فيه لحق أحد.

و إن كان الحمل داخلاً في البيع إمّا بالأصل على قول أو بالشرط، ففي قبول دعواه تردد، من انتفاء المانع، حيث إن مجرد إلحاق الولد به لا ضرر فيه على الغير، إذ لا ضرر على المشتري في كون عبده ابناً للبائع، حيث لا يمنع استرقاقه، و هو

ص: ٦١

١ - ١) راجع الوسائل ١١١: ١٦ ب (٢) من كتاب الإقرار ح ٢، و المستدرک ٣١: ١٦ ب (٢) من كتاب الإقرار ح ١، و عوالي اللئالی ٤٤٢: ٣ ح ٥. و راجع أيضاً المختلف: ٤٤٣، و التذکره، ٧٩: ٢، و إيضاح الفوائد ٤٢٨: ٢، و جامع المقاصد ٢٣٣: ٥ فهناك بحث في كون هذه الجملة روايه.

وَأَمَّا الطَّلَاقُ. فَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ (١) مَوْلَاهُ حَزَّهَ أَوْ أُمَّهُ لِغَيْرِهِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِجْبَارُهُ عَلَى الطَّلَاقِ وَلَا مَنَعُهُ. وَ لَوْ زَوَّجَهُ أُمُّهُ كَانَ عَقْدًا صَاحِبًا لَا- إِبَاحَهُ، وَ كَانَ الطَّلَاقُ بِيَدِ الْمَوْلَى، وَ لَهُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ لَفْظِ الطَّلَاقِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: «فَسَخَطْتُ عَقْدَ كَمَا» أَوْ بِأَمْرٍ أَحَدُهُمَا بِاعْتِرَالِ صَاحِبِهِ. وَ هَلْ يَكُونُ هَذَا اللَّفْظُ طَلَاقًا؟ قِيلَ: نَعَمْ، حَتَّى لَوْ كَرَّرَهُ مَرَّتَيْنِ وَ بَيْنَهُمَا رَجَعَهُ حَرَمَتْ عَلَيْهِ حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ. وَ قِيلَ: يَكُونُ فِسْخًا. وَ هُوَ أَشْبَهُ.

الفرض. و من توقع الضرر بنفوذ هذا الإقرار، لإمكان أن يموت المقر عن غير وارث و يخلف تركه، فإنه على تقدير ثبوت النسب يشتري من التركة قهرا على سيده ليرث، و ذلك ضرر على السيد، فلا يكون الإقرار نافذا.

و الأقوى نفوذه على المقر خاصة، و لا- ينفذ على المشتري مطلقا. و تظهر الفائدة فيما لو انتقل إلى ملك البائع بوجه من الوجوه، فإنه يحكم بعقده، و بدون ذلك لا- ينفذ على المشتري مطلقا. و تظهر الفائدة فيما لو انتقل إلى ملك البائع بوجه من الوجوه، فإنه يحكم بعقده، و بدون ذلك لا ينفذ في حق المشتري، فلا يشتري في الصورة المفروضة منه قهرا. نعم، لو رضى ببيعه اختيارا جاز أداء الثمن من تركه المقر و عتقه، عملا بعموم قبول مثل هذا الإقرار على المقر.

و أما التردد في نفوذ الإقرار فيه- من حيث تبعض القبول في الدعوى الواحدة، فيقبل في بعضها و هو الولد، دون بعض و هو كون أمه أم ولد- فلا- يقدح ذلك في القبول، لأن العمل بالأصلين المتنافيين في حقوق الناس واجب، فيعطى كل واحد من الأقسام ما يقتضيه. و مثله في أبواب الفقه كثير.

قوله: «إِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ الْخ.»

إِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فَلَا يَخْلُو: إِذَا تَزَوَّجَ الزَّوْجَةَ أُمَّهُ لِلْمَوْلَى، أَوْ لَا بِأَنْ كَانَتْ أُمُّهُ لِغَيْرِهِ، أَوْ حَزَّهَ. فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَأَمْرُ النِّكَاحِ بِيَدِ الْمَوْلَى، فَلَهُ أَنْ يَطْلُقَ،

و يأمره به، و يفرق بينهما في كل وقت. و هو موضع وفاق. و يدل عليه بخصوصه صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أ يفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إذا كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (١) فليس للعبد شيء من الأمر» (٢).

و في صحيحه أخرى لمحمد بن مسلم قال: «سألت الباقر عليه السلام عن قول الله عزّ و جلّ وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (٣) قال: هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته، فيقول له: اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثمّ يجسها حتى تحيض، ثمّ يمسيها» (٤). و غيرهما من الأخبار الكثيره.

و إن كان الثاني فالمشهور بين الأصحاب أن طلاقه بيده، ليس للسيد إجباره، عليه و لا نهيه عنه، لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٥). و خصوص روايه محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام قال:

«طلاق العبد إذا تزوج امرأه حرّه أو تزوج وليده قوم آخرين إلى العبد، و إن تزوج وليده مولاه كان هو الذي يفرق بينهما إن شاء، و إن شاء نزعها منه بغير طلاق» (٦).

و روايه ليث المرادي عن الصادق عليه السلام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام

ص: ٦٣

١- (١) النحل: ٧٥.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٤٠ ح ١٣٩٢، الاستبصار ٣: ٢٠٧ ح ٧٤٩، الوسائل ١٤: ٥٧٥ ب (٦٤) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٨.

٣- (٣) النساء: ٢٤.

٤- (٤) تفسير العياشي ١: ٢٣٢ ح ٨٠، الكافي ٥: ٤٨١ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ ح ١٤١٧، الوسائل ١٤: ٥٥٠ ب (٤٥) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

٥- (٥) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ ح ٢٠٨١، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٦٠.

٦- (٦) الفقيه ٣: ٣٥٠ ح ١٦٧٢، التهذيب ٧: ٣٣٨ ح ١٣٨٣، الاستبصار ٣: ٢٠٥ ح ٧٤٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: إن كانت أمتك فلا، إن الله تعالى يقول:

عَبْدًا مَّملُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ قَوْمِ آخِرِينَ أَوْ حَرَّهُ جَازَ طَلَاقُهُ» (١).

و الأولى أوضح دلالة على المطلوب من الثاني، لتصريحها بأن أمر الطلاق إلى العبد. و أما الثانيه فليس فيها إلا جواز طلاق العبد، و ليس فيها دلالة على منع السيد من الطلاق. لكن لما دلت على جواز وقوعه منه، و لا قائل بالتشريك بينهما في الطلاق، اقتضى المطلوب.

و ذهب جماعه منهم ابن الجنيد (٢) و ابن أبي عقيل (٣) إلى نفي ملكية العبد للطلاق من رأس، لصحيحه بريد بن معاوية و غيره عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام أنهما قالا في العبد المملوك: «ليس له طلاق إلا بإذن مواليه» (٤).

و صحيحه زراره عنهما عليهما السلام قالا: «المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده. قلت: فإن السيد كان زوجة بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء أفسىء الطلاق؟» (٥) و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام قال: «لا طلاق للعبد إلا بإذن

ص: ٦٤

١- ١) الكافي ١: ١٦٨ ح ٦، التهذيب ٧: ٣٤٨ ح ٧، الاستبصار ٣: ٢١٦ ح ٣، الوسائل ١٤: ٥٧٧ ب (٦٦) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٤.

٢- ٢) حكاه عنهما العلامة في المختلف: ٥٩١.

٣- ٣) حكاه عنهما العلامة في المختلف: ٥٩١.

٤- ٤) التهذيب ٧: ٣٣٨ ح ٧، الاستبصار ٣: ٢٠٦ ح ٣، الوسائل ١٤: ٥٥١ ب (٤٥) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٧.

٥- ٥) الفقيه ٣: ٣٥٠ ح ١٦٧٣ و فيه: فشىء، التهذيب ٧: ٣٤٧ ح ٧، ١٤١٩ و فيه و في نسخه خطيه من المسالك: الشىء، الاستبصار ٣: ٢١٤ ح ٧٨٠، الوسائل ١٥: ٣٤٣ ب (٤٥) من أبواب مقدمات الطلاق.

مواليه» (١) و صحيفه شعيب بن يعقوب العرقوفى عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سئل—و أنا عنده أسمع—عن طلاق العبد، قال: ليس له طلاق و لا نكاح، و قرأ الآيه، ثم قال: لا يقدر على طلاق و لا نكاح إلا بإذن مولاه» (٢) و النكره المنفيه للعموم.

و أجيب بحملها على ما إذا تزوج بأمه مولاه، جمعاً بينها و بين ما تقدّم، فإنّه خاصّ و هذه عامّه، و الخاصّ مقدّم.

و فيه نظر، لأنّ هذه الأخبار صحيفه و تلك ضعيفه، لأنّ الأول عامّى. و محمد بن الفضيل فى الثانى مشترك بين الثقه و غيره. و فى طريق الثالث ابن فضال، و فيه ما فيه، و المفضّل بن صالح، و هو ضعيف بالاتفاق. فكيف يخصّص بها عموم تلك الأخبار الكثيره الصحيفه.

و استدلّوا على المذهب الأوّل بروايه على بن جعفر عن أخيه الكاظم عن آبائه عن علىّ عليهم السلام: «أنّه أتاه رجل بعبد، فقال: إن عبدى تزوج بغير إذنى، فقال علىّ عليه السلام لسيدّه: فرّق بينهما. فقال السيد لعبدّه: يا عدو الله طلق.

فقال علىّ عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له: طلق. فقال علىّ عليه السلام:

الآن فإن شئت فطلق، و إن شئت فأمسك. فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيرى. قال: ذلك لأنك حيث قلت له: طلق أقررت له بالنكاح» (٣).

و وجه الدلاله: أنّه عليه السلام فوّض الطلاق إلى مشيئه العبد، و ظاهره أنّه

ص: ٦٥

١- (١) التهذيب ٧: ٣٤٧ ح ١٤٢٠، الاستبصار ٣: ٢١٤ ح ٧٨١، الوسائل ١٤: ٥٧٦ ب (٦٦) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٤٧ ح ١٤٢١، الاستبصار ٣: ٢١٥ ح ٧٨٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٣٥٢ ح ١٤٣٣، الوسائل ١٤: ٥٢٦ ب (٢٧) من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

تزوَّج بأمه غير مولاه. وقد ذكر العلامة في المختلف (١) والشهيد في شرح الإرشاد (٢) وجماعه (٣) أنّ طريق هذا الحديث حسن، فيكون أجود من الأخبار السابقة.

و عندى فى دلالتة و سنده نظر:

أمّا الأول فلأنّ السيّد أمره بالطلاق فكان ذلك إذنا له فيه. فقول عليّ عليه السلام له: «الآن فإن شئت فطلق، وإن شئت فأمسك» لا يدل على مطلوبهم، لجواز كون التخيير نشأ من أمر السيّد له بالطلاق، فإنّه يقتضى الإذن فيه. فإن طلق وقع بالإذن، وإن أمسك لم يجبر عليه، لأنّ القائل بوقفه على إذن السيّد لا يقول بأنّ له إجباره عليه، إذ ليس فى الأخبار التى استدللّ بها ما يدلّ على جواز إجباره عليه. نعم لأبى الصلاح [١] قول ثالث فى المسألة، وهو أنّ للسيّد أن يجبره عليه، مستدلا بأنّ طاعته واجبه عليه. وهذا الخبر يصلح حجّجه عليه، ويمنع من وجوب طاعته مطلقا. وعلى ما قرّناه لا يلزم من الخبر كون الطلاق بيد العبد مطلقا. وهو الظاهر.

و أمّا الثانى فلأنّ فى سند الحديث بنان بن محمد (٤)، وحاله مجهول، ولم ينصّ الأصحاب فيه بمدح و لا جرح. نعم، ذكروا بيان- بالياء المثناه بعد الباء المفردة- الجزرى و مدحوه، ولم يذكروا أباه، فلا يلزم أن يكون هو. وقال الكشّى فى كتابه (٥):

«عبد الله بن محمد بن عيسى الأسدى الملقّب ببنان» و لم يضبطه، و لم ينصّ

ص: ٦٦

١- ١) المختلف: ٥٦٩.

٢- ٢) غايه المراد: ١٨٥.

٣- ٣) راجع الإيضاح ١٦٢: ٣ و جامع المقاصد ١٥٢: ١٣.

٤- ٥) رجال الكشّى: ٤٣١ و لكن فى النسخه المطبوعه مضبوط ب«بنان»، رجال النجاشى: ١١٣ رقم ٢٨٩، رجال ابن داود: ٥٨ رقم ٢٦٧.

٥- ٦) رجال الكشّى: ٤٣٢ و لكن فى النسخه المطبوعه مضبوط ب«بنان»، رجال النجاشى: ١١٣ رقم ٢٨٩، رجال ابن داود: ٥٨ رقم ٢٦٧.

عليه بشيء، ولا ذكره غيره في القسمين، فوصف الرواية حينئذ بالحسن غير واضح.

إذا تقرّر ذلك ففي المسألة مباحث:

الأول: في قول المصنف: «إذا زوّج عبده أمته كان عقدا صحيحا لا إباحه» إشاره إلى أن إنكاح السيّد عبده أمته ضرب من ضروب النكاح كتزويجه غيرها، يفتقر إلى العقد المشتمل على الإيجاب و القبول، فلا يكفي مجرد الإذن له في نكاح الأمه. وهو أشهر القولين في المسألة. واستدلوا عليه بصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانه، ويعطيها شيئا من قبله أو من قبل مولاه، ولا بدّ من طعام أو درهم أو نحو ذلك» (١).

وجه الاستدلال به: أنه عليه السلام سمّاه نكاحا، والنكاح حقيقة في العقد كما مرّ (٢). وأمر بإعطاء شيء، ولا يجب المهر إلا في العقد دون الإباحه. و حيث دلّ ذلك على أنه عقد كان الواقع من المولى إيجابا، فيعتبر معه القبول من السيّد أو العبد بإذنه ليتمّ العقد، لأنّ تسميته نكاحا يستلزم اعتبار القبول.

و في صحيحه عليّ بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: «أنه سئل عن المملوك أ يحلّ له أن يطأ الأمه من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال: لا يحلّ له» (٣). فنفي حلّ الوطاء بالتحليل من دون التزويج، فانحصر الحلّ في العقد، لأنّه لا واسطه في حلّ الفرج بين العقد و الملك.

ص: ٦٧

١-١) الفقيه ٣: ٢٨٤ ح ١٣٥٤ الوسائل ١٤: ٥٤٨ ب (٤٣) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.

٢-٢) في ج ٧: ٧.

٣-٣) التهذيب ٧: ٢٤٣ ح ١٠٦٢، الاستبصار ٣: ١٣٧ ح ٤٩٥، الوسائل ١٤: ٥٣٦ ب (٣٣) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

و القول الثانى لابن إدريس (١) أنه إباحه، فلا يفتقر إلى الإيجاب و القبول المعبرين فى النكاح، بل يكفى اللفظ الدالّ عليها من المولى، لأنه لو كان نكاحاً حقيقياً لم يرتفع إلا بالطلاق، مع أنه يفسخ بمجرد تفريق المولى بينهما.

و يدلّ عليه صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، و قد تقدّمت (٢).

و فيها: «أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته فيقول: اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثمّ يحبسها حتى تحيض، ثمّ يمسه». و وجه الاستدلال به من وجهين:

أحدهما: عدم توقّف رفعه على الطلاق، بل يكفى فيه مجرد الأمر بالاعتزال الراجع للإباحه السابقه.

و الثانى: جعل رفع الحلّ بيد المولى، و لو كان نكاحاً لكان رفعه بيد الزوج، للحديث النبوى السابق (٣).

و يؤيّده روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: «فى 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 مدّ، و قد رأيتّه يعطى الدراهم» (٤). و الجواب ب «نعم» ظاهر فى الاجتزاء بما ذكر دون أن يكون نكاحاً. و المراد بالنكاح المنفصّ اعتباره ما اشتمل على الإيجاب و القبول، لأنّ المثبت مشتمل على الإيجاب خاصّه. و هذا يؤيد أنّ المراد بالنكاح فى صحيحه محمد

ص: ٤٨

١-١ (١) السرائر ٢: ٦٠٠.

٢-٢ (٢) لاحظ ص: ٤٣، هامش (٤).

٣-٣ (٣) لاحظ ص: ٤٣، هامش (٥).

٤-٤ (٤) الكافى ٥: ٤٨٠ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ ح ١٤١٦، الوسائل ١٤: ٥٤٨ ب (٤٣) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٣.

بن مسلم السابقة (١) هو هذا الإيجاب خاصه، مع أنّ ظاهرها يدلّ عليه، وإنّما تكلفوا لاعتبار العقد فيها من إطلاق لفظ النكاح.

و كلاً القولين له وجه وجيه. ولا يخلو كلام ابن إدريس من قوّه، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى بمقام الفروج و ما ينبغي فيها من مراعاة الاحتياط.

و اعلم أنّ القول الأوّل يقتضى اعتبار الإيجاب و القبول، قضيه لجعله عقداً.

و يظهر من المختلف أنّه عقد و مع ذلك لا يفتقر إلى القبول، لأنّه بعد ردّ كلام ابن إدريس و احتجاجه عليه بالأخبار السابقة قال: «يقال: النكاح يفتقر إلى القبول، و لا يفتقر هذا إلى القبول، فلا يكون نكاحاً. لأننا نقول: القبول إنّما يشترط في حقّ من يملك القبول، و العبد لا يملك القبول، لأنّ للمولى إجباره على النكاح، فله هنا» (٢).

و يتحصّل من ذلك ثلاثه أقوال في المسأله: اشتراط وقوع النكاح المذكور بالإيجاب و القبول، و الاكتفاء بالإيجاب مع تسميته نكاحاً، و كونه إباحه يكفي فيه كلّ ما دلّ على الإذن. و الأوسط متّجه، لأنّ اعتبار قبول العبد ساقط، و إيجاب المولى دالّ على قبوله، و المعتمد من القبول الدلاله على رضاه، و هو متحقّق فيه بما يصدر عنه من اللفظ المفيد للنكاح.

الثانى: يكفي في فسخ المولى لهذا النكاح كلّ لفظ دلّ عليه من الطلاق و الفسخ و أمرهما بالتفريق و غير ذلك، كما دلّت عليه الأخبار السابقة (٣). و هو ظاهر على القول بكونه إباحه، لأنّها ترتفع بكلّ لفظ دلّ على الرجوع عنها. و أمّا على القول بكونه عقداً فلاّقتضى النصوص كون رفع هذا العقد بيد المولى، فلا بعد

ص: ٦٩

١-١) لاحظ ص: ٦٧، هامش (١).

٢-٢) المختلف: ٥٦٧.

٣-٣) راجع ص: ٦٣-٦٥.

حينئذ في ارتفاعه بغير الطلاق، كما يرتفع النكاح بالفسخ و نحوه في مواضع كثيرة.

ثم إن رفعه بلفظ الطلاق و جمع شروطه عدّ طلاقاً في حقّ الزوجين. هذا إن جعلنا الأصل نكاحاً، و إن جعلناه إباحه فالمتّجه أن لا يكون رفعه طلاقاً مطلقاً.

و إن لم يجمع شروطه بأن لم يسمعه شاهدان، و لا وقع في طهر آخر لم يواقعها فيه و نحو ذلك، عدّ فسخاً، بل هو أبلغ من أمره باعتزالها المعدود فسخاً في النصوص الصحيحه، فلا يلحقه أحكام الطلاق. و أولى منه لو أوقعه بصيغه الفسخ أو غيرها، سواء جعلناه نكاحاً أم إباحه. أمّا إذا قلنا إنه إباحه فظاهر، لأنّ وقوع الطلاق فرع ثبوت النكاح. و أمّا على أنّه نكاح فلاّنه لم يقع بلفظ الطلاق، و الطلاق لا يقع بالكنايه. و على تقدير وقوعه بلفظ الطلاق الذي لم يستجمع الشرائط لا يعتدّ به في كونه طلاقاً، لكنّه يفيد الفسخ كما ذكرناه، و النكاح لو كان حقيقياً يرتفع بالفسخ في موارد فهنا أولى.

و قيل: يكون جميع ما يفسخ به النكاح طلاقاً، لإفادته فائدته كالخلع، و لأنّ المولى مخير في كلّ منهما، و هو يشعر بتأدى المقصود من الطلاق بالفسخ و نحوه.

و بهذا يفرّق بينه و بين الفسخ بالعيب و نحوه، فإنّ البدليّه عن الطلاق هنا حاصله دون غيره من ضروب الفسخ.

و يضعّف بأنّه لا يلزم من زوال قيد النكاح به أن يكون كالطلاق في جميع الأحكام. و يتفرّع على القولين اعتبار شرط الطلاق فيه، و عدّه في (1) الطلقات.

و في المسأله قول آخر، و هو أنّه إن وقع بلفظ الطلاق كان طلاقاً مطلقاً، فإن اتفق خلل في بعض شروطه وقع باطلاً لا فسخاً، و إن جمع الشروط كان طلاقاً حقيقياً. و إن وقع الفسخ بغير لفظ الطلاق لم يكن طلاقاً. و الأوّل أظهر.

ص: ٧٠

الثالث: لو لم يباشر المولى الطلاق و لكن أمر به العبد فهل يكون مجرد الأمر فسخا للنكاح أم لا؟ فيه وجهان، من دلالة عليه كما دلّ عليه ما هو أضعف منه كالأمر بالاعتزال و نحوه، و من أنّ المفهوم إرادته إيجاداً من العبد فلا يحصل قبله. و أنّ الأمر بالطلاق يستدعى بقاء الزوجية إلى حين إيقاعه، فلو دلّ على الفسخ قبلها لتنافى مدلول اللفظ. و لأنّه لو دلّ على الفسخ لامتنع فعل مقتضاه. و وجه الملازمة:

أنّ الفسخ لو وقع لامتنع الطلاق، مع أنّه مأمور به، فلا يكون ممتنعاً.

و جوابه: أنّ دلالة على إرادته إيجاد الطلاق مطابقه، فلا ينافى دلالة بالالتزام على كونه فسخاً، و هو المدعى. و يمنع كون الأمر بالطلاق يستدعى بقاء الزوجية إلى حينه، و إنّما يستدعيه الطلاق الصحيح، و القائل بكون الأمر فسخاً لا يجعل الطلاق الواقع بعده صحيحاً. و هو جواب الثالث، فإنّ الأمر إذا دلّ على الفسخ لا ينافيه امتناع فعل مقتضاه من حيث انفساخ النكاح به، فلا يتوقف على فسخ آخر.

ثمّ على تقدير إفادته الفسخ هل يكون طلاقاً أم فسخاً؟ يبنى على كون الفسخ و الأمر بالاعتزال طلاقاً أم لا؟ فإن قلنا به فهنا أولى، لأنّه أقوى دلالة عليه من ذاك. و الأقوى عدمه، بل غاية أن يكون فسخاً.

نعم، لو لم نجعله فسخاً و امثل العبد الأمر فطلق كان طلاقاً على الأقوى، لوقوع صيغته من أهلها باعتبار الأمر، فوجد المقتضى له و انتفى المانع. و وجه العدم ظاهر الحصر المستفاد من صحيحه (1) محمد بن مسلم فى أمر السيد بالاعتزال.

و يضعف بالإجماع على عدم الانحصار، فوقعه على تقدير القول بعدم كون الأمر فسخاً قوياً.

ص: ٧١

و لو طَلَّقها الزوج (١) ثمَّ باعها المالك أتمَّت العَدَّة. و هل يجب أن يستبرئها المشتري بزيادة عن العَدَّة؟ قيل: نعم، لأنَّهما حكمان، و تداخلهما على خلاف الأصل. و قيل: ليس عليه استبراء، لأنَّها مستبرأه.

و هو أصحّ.

قوله: «و لو طَلَّقها الزوج. إلخ».

القول بعدم التداخل للشيخ (١) و أتباعه (٢) و ابن إدريس (٣)، استنادا إلى ما أشار إليه المصنف من أنَّ العَدَّة و الاستبراء حكمان مختلفان، و لكلّ منهما سبب يقتضيه، و تعدّد الأسباب يقتضى تعدّد المسبّب إلا بدليل يوجب التداخل.

و الأقوى ما اختاره المصنف من التداخل، لوجود الدليل المقتضى له، و هو أنَّ الغرض من الاستبراء إنّما هو العلم ببراءه الرحم كيف اتَّفَق، و لهذا اكتفى باستبراء البائع، و يسقط لو كانت امرأه أو حائضا، و العَدَّة أدلّ على ذلك. و لأنَّها بقضاء العَدَّة مستبرأه، فلا- يجب عليها استبراء آخر. و لأنّ وجوب الاستبراء بالبيع إنّما هو من احتمال وطء البائع لفرض (٤) و طء المشتري، و كلاهما ممتنع في صورته النزاع.

و المصنف فرض البيع بعد الطلاق، و الظاهر عدم الفرق بينه و بين العكس، حيث يقع الطلاق قبل الفسخ. و لو أتى بالواو عوض «ثمّ» كان أنسب، حتى يفيد مطلق الجمع دون الترتيب.

ص: ٧٢

١-١ (١) المبسوط ٢٦٩:٥-٢٧٠.

٢-٢ (٢) كما في المهدّب ٣٣٣:٢.

٣-٣ (٣) السرائر ٦٣٦:٢.

٤-٤ (٤) في إحدى الحجرّيتين: لغرض، و يحتمل قراءتها كذلك في بعض النسخ الخطّية.

و أما الملك فنوعان: (١)

الأول: ملك الرقبه

الأول: ملك الرقبه.

يجوز أن يطاء الإنسان بملك الرقبه ما زاد عن أربع من غير حصر.

و أن يجمع في الملك بين المرأه و أمها، (٢) لكن متى وطئ واحده حرمت عليه الأخرى عينا. و أن يجمع بينها و بين أختها بالملك. و لو وطئ واحده حرمت الأخرى جمعا، فلو أخرج الأولى عن ملكه حلّت له الثانيه.

قوله: «و أما الملك فنوعان. إلخ».

قد تقدّم (١) أن نكاح الإماء يستباح بأمرين العقد و الملك، و قد ذكر حكم العقد، و هذا الباب لبيان أحكام الوطاء بالملك، و لما كان منقسما إلى ملك العين و ملك المنفعه يّين أحكامه في موضعين، و ابتداء بملك الرقبه، لأنه الأصل.

و اعلم أن النصّ (٢) و الإجماع متطابقان على جواز النكاح بملك اليمين، و على عدم انحصاره في عدد، بخلاف نكاحهنّ بالعقد. و لعلّ الوجه فيه خفّه حقوق المملوكه، و كون استحقاق منافع البضع بالماليه، فيكون كالتصرّف في مطلق الأموال، فلا يتطرّق إليه ما يتطرّق إلى النكاح بالعقد من محذور الحيف و الميل.

قوله: «و أن يجمع في الملك بين المرأه و أمها. إلخ».

لما كان الأغلّب في ملك اليمين مراعاة جانب الماليه، و كان الوطاء تابعا له، جاز الجمع بالملك بين من يحرم الجمع بينهما بالعقد، كالأمّ و ابنتها و الأختين، لكن لا يجوز الجمع بينهما في الوطاء، لتحقّق المنافاه. فإن وطئ واحده من الأمّ و البنت حرمت عليه الأخرى قطعا، لأنّ [١] الأمّ و البنت أيهما وطئ حرمت عليه الأخرى

ص: ٧٣

(١ - ١) في ص: ٥.

(٢ - ٢) النساء: ٢٤. و لاحظ الوسائل ١٤: ٤٤٧ من أبواب المتعه ح ١٣، ١٢، ١١، ١٠، ٩.

و يجوز أن يملك (١) موطوءه الأب، كما يجوز للوالد أن يملك موطوءه ابنه. و يحرم على كل واحد منهما وطء من وطئها الآخر عينا.

و يحرم على المالك وطء (٢) مملوكته إذا زوّجها حتى تحصل الفرقه و تنقضى عدتها إن كانت ذات عدّه. و ليس للمولى فسخ العقد إلا أن يبيعها، فيكون للمشتري الخيار. و كذا لا يجوز النظر منها إلى ما لا يجوز لغير المالك.

تحرّما مؤيّداً، بأي نوع كان من أنواع الوطاء. و أما الأختان فإن وطء إحداهما يوجب تحريم الأخرى جمعا لا عينا، بمعنى أنه ما دامت الموطوءة في ملكه يحرم عليه وطء الأخرى، فإذا أخرجها حلّت الأخرى. و قد سبق (١) الكلام في ذلك.

قوله: «و يجوز أن يملك. إلخ».

قد عرفت أن ملك اليمين يغلب فيه جانب المالك، فكما لا يمتنع أن ينتقل إلى كل من الأب و الابن مال الآخر، كذا لا يمتنع أن ينتقل إليه مملوكته و إن كان موطوءة، لأن تحريم الوطاء لا يقدر في صحته التملك، كما لو ملك بعض من يحرم عليه بالنسب. و أما تحريم موطوءه كل واحد على الآخر فلعوموم و لا تَنَكِّحُوا ما نَكَحَ آبَاؤُكُمْ (٢) وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُم (٣).

قوله: «و يحرم على المالك وطء. إلخ».

إذا زوّج الرجل أمته لعبده أو غيره صارت من مولاها بمنزله الأجنبيّه، لا يحلّ له منها إلا ما يحلّ له من أمه غيره، كنظر الوجه و الكفّين بغير شهوه،

ص: ٧٤

١- ١) في ج ٣١٦: ٧.

٢- ٢) النساء: ٢٢.

٣- ٣) النساء: ٢٣.

و لا يجوز له وطء أمه مشتركة بينه و بين غيره بالملك. (١) و لا يجوز للمشتري (٢) وطء الأمه إلا بعد استبرائها.

و يحرم عليه جميع وجوه الاستمتاع و نظر ما يحلّ منها بشهوه. و النصوص (١) به كثيرة. و الوجه في ذلك- مع النصّ- أن وجوه الاستمتاع صارت مملوكة للزوج فتحرم على غيره، لامتناع حلّ الاستمتاع بالمرأه لأزيد من واحد شرعا. و في معناها المحلّله للغير بالنسبه إلى المالك مع كون التحليل متناولا للوطء. و غايه التحريم خروجها من النكاح بطلاق، أو موت، أو فسخ، أو انقضاء مدّته إن كان موقّتا بمدّه، و انقضاء عدّتها، سواء كانت بائه أم رجعيّه.

قوله: «و لا يجوز له وطء- إلى قوله- بالملك».

لا شبهه في تحريم وطئها بالملك، لأنه ليس تاما. و يمكن شمول الملك لملك المنفعه ليشمل ما إذا حلّ لها له الشريك، فإنها لا تحلّ أيضا، لأن سبب الحلّ لا يتبعّض. و قد تقدّم (٢) البحث في ذلك.

قوله: «و لا يجوز للمشتري. إلخ».

هذا إذا كانت في سنّ الحيض كما سيأتي (٣). و يستفاد من تخصيصه تحريم الوطء جواز غيره من الاستمتاع. و هو كذلك على الأقوى.

ص: ٧٥

١- ١) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٤٨ ب «٤٤» من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢- ٢) في ص: ٢٩.

٣- ٣) في ص: ٧٨.

و لو كان لها زوج (١) فأجاز نكاحه لم يكن له بعد ذلك فسخ. و كذا لو علم فلم يعترض، إلا أن تفارق الزوج، و تعتد منه إن كانت من ذوات العدد. و لو لم يجز نكاحه لم يكن عليها عدّه، و كفاه الاستبراء في جواز الوطاء.

قوله: «و لو كان لها زوج. إلخ».

لا- إشكال في لزوم العقد إذا أجازته المشتري، لأنّ المانع من لزومه كان هو الخيار، و قد زال بإجازته. و كذا لو علم فلم يتعرّض له، لما تقدّم من أن الخيار على الفور، فإذا أّخر عالما بطل خياره. و كذا القول في ملك الزوج، سواء كان هو البائع أم غيره.

و حيث يفسخ المشتري العقد لا تحلّ له حتى تنقضى عدّتها من الفسخ كالطلاق بمضى قرائن أو شهر و نصف إن لم تحض و مثلها تحيض. و في أخبار (١) كثيرة إطلاق الطلاق على هذا البيع، لكونه سببا في التسلّط على الفسخ، فإذا حصل الفسخ كان طلاقا بطريق أولى.

و قيل: يكفي استبزاؤها بحيضه أو خمسه و أربعين يوما، لإطلاق النصوص (٢) باستبراء الأمه للمشتري إذا اشتراها، و هو متحقّق هنا. و هو الذي اختاره العلامة (٣)، و لم ينقل غيره. و هو الأقوى الأول، و هو الذي اختاره المصنف، و لم ينقل غيره.

ص: ٧٦

١- ١) لاحظ الوسائل ١٤:٥٥٣ ب «٤٧» من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٤، ٣، ٢، ١.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٣:٣٦ ب «١٠» من أبواب بيع الحيوان.

٣- ٣) انظر التحرير ٢:٢٥، القواعد ٢:٣٠-٣١، الإرشاد ٢:١٣.

و يجوز ابتياع ذوات (١) الأزواج من أهل الحرب، وكذا بناتهم، وما يسيبه أهل الضلال منهم.

قوله: «و يجوز ابتياع ذوات. إلخ».

لا- خلاف في جواز شراء النساء ذوات الأزواج من أهل الحرب و لو من الزوج، لورود الأخبار (١) به، ولأنهم فيء للمسلم في الحقيقة لا يتوقف أخذهم على الشراء، وإنما جعل الشراء وسيله إليه لا شرطاً في الجواز. وكذا شراء بناتهم و أبنائهم و لو من الآباء. و يترتب على هذا الملك أحكامه التي من جملتها حلّ الوطاء، و هو المقصود في الباب. و إطلاق البيع على ذلك بطريق المجاز باعتبار صورته، و إلا فهو بالاستنقاذ أشبه منه بالبيع. و الأقوى أنه لا يترتب عليه أحكامه من طرف المشتري، حتى لو كان المبيع قريبه الذي ينعق عليه عتق بمجرد البيع و تسليطه عليه، لإفاده اليد الملك المقتضى للعتق.

و كذا يجوز شراء ما يسيبه أهل الضلال من أهل الحرب و إن كان جميعه أو بعضه للإمام، للإذن في ذلك من قبلهم في أخبار كثيره (٢). و روى إسماعيل بن الفضل الهاشمي في الصحيح قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سبي الأكراد إذا حاربوا، و من حارب من المشركين، هل يحلّ نكاحهم و شراؤهم؟ قال: نعم» (٣).

ص: ٧٧

١- ١) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٨٠ ب «٦٩» من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١، و ١١: ٩٩ ب «٥٠» من أبواب جهاد العدو، و ٦: ٣٧٨ ب «٤» من أبواب الأنفال.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٨٠ ب «٦٩» من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١، و ١١: ٩٩ ب «٥٠» من أبواب جهاد العدو، و ٦: ٣٧٨ ب «٤» من أبواب الأنفال.

٣- ٣) التهذيب ٨: ٢٠٠ ح ٧٠٣، الوسائل ١١: ٩٩ ب «٥٠» من أبواب جهاد العدو و ما يناسبه ح ١.

تتمه تشتمل على مسألتين:

الأولى: كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك حرم عليه وطؤها حتى يستبرئها بحيضه

الأولى: كل من ملك أمه (١) بوجه من وجوه التملك حرم عليه وطؤها حتى يستبرئها بحيضه. فإن تأخرت الحيضه و كان فى سنّها من تحيض اعتدّت بخمسه و أربعين يوماً. و يسقط ذلك إذا ملكها حائضاً إلا- مدّه حيضها. و كذا إن كانت لعدل و أخبر باستبرائها. و كذا إن كانت لامرأه أو يائسه، أو حاملاً، على كراهيه.

قوله: «كل من ملك أمه. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أنّ كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك، من بيع أو هبه أو إرث أو صلح أو قرض أو استرقاق أو غير ذلك، لم يجز له وطؤها قبل الاستبراء. و رواياتهم (١) به كثيره، لكنّها وردت فى البيع و الشراء و الاسترقاق، و عدّوها إلى غيرها من المملكات، لاشتراكها فى المقتضى له، و هو العلم ببراءه رحمها من ماء الغير، و الاحتفاظ على الأنساب من الاختلاط.

و قصّر ابن إدريس (٢) ذلك على مورد النصّ، مطالباً بدليل التعديّ، مستدلاً على نفيه فى غيره بالأصل و عموم أو ما ملكت أيمانهم (٣). و المذهب اعتباره مطلقاً. و قد وافق ابن إدريس الأصحاب فى موضع آخر من كتابه (٤)، فصار إجماعاً إن كان قد تحقّق الخلاف.

ثمّ الأمه إن كانت ممّن تحيض فاستبرأؤها بحيضه، و عليه عمل الأصحاب.

ص: ٧٨

١- ١) لاحظ الوسائل ١٣: ٣٦ ب «١٠» من أبواب بيع الحيوان. و ج ١٤: ٥١٥ ب «١٧» من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٢- ٢) السرائر ٢: ٣٤٦.

٣- ٣) المؤمنون: ٦.

٤- ٤) السرائر ٢: ٦٣٤.

و في روايه (١) سعد الأشعري عن الرضا عليه السلام: أن البائع يستبرئها قبل بيعها بحيضتين. و حملت على الاستحباب.

و إن كانت في سنّ من تحيض و لم تحض فاستبراؤها بخمسه و أربعين يوما، لروايه منصور بن حازم: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عدّه الأمه التي لم تبلغ المحيض و هو يخاف عليها، فقال: خمسه و أربعون ليله» (٢). و مثله روى عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣) عنه عليه السلام. و قال المفيد (٤): تستبرأ بثلاثة أشهر.

و هو متروك.

و يعتبر في الحيضه حيث يعلّق عليها الحكم أن تكون معلومه، فلا يكفي أيام التحيّض للمتحيّره بالروايات و نحوها، كما لو نسيت العدد و الوقت معا، أو علمت العدد خاصّه، لأن المطلوب من الاستبراء العلم ببراءه الرحم، و إنما يظهر ذلك مع تعين (٥) الحيض لا بما حكم به للضرورة لبعض الأحكام حذرا من الحرج بالاحتياط في جميع الأزمان.

و هل يعتبر فيمن هي كذلك مضى شهر، لأنه بدل الحيضه فيمن ليست مستقيمه الحيض، أو خمسه و أربعين يوما، إلحاقا لها بمن لا-حيض لها، أو مضى زمان يقطع بحصول الحيض فيه، كما لو أضلت عاداتها في شهر فترتبص شهرا، أو في أكثر فترتبص بقدره؟ أو وجه أوجهها الأخير إن اتفق القطع و إلا فالثاني.

ص: ٧٩

-
- ١- (١) التهذيب ١٧١: ٨ ح ٥٩٤، الاستبصار ٣: ٣٥٩ ح ١٢٨٧، الوسائل ١٤: ٥٠٨ ب «١٠» من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١.
 - ٢- (٢) التهذيب ١٧٢: ٨ ح ٥٩٩، الاستبصار ٣: ٣٥٨ ح ١٢٨٢، الوسائل ١٤: ٤٩٩ ب «٣» من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٥.
 - ٣- (٣) التهذيب ١٧٢: ٨ ح ٦٠٠، الاستبصار ٣: ٣٥٨ ح ١٢٨٣، الوسائل ١٤: ٤٩٩ ب «٣» من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٦.
 - ٤- (٤) المقنعه: ٦٠٠.
 - ٥- (٥) في الحجريتين: يقين.

إذا تقرّر ذلك فقد استثنى المصنف ممّن لا استبراء عليها مواضع:

الأوّل: أن تكون عند انتقال ملكها إليه حائضاً، فيكتفى بإكمال حيضها، لحصول الغرض بذلك، وهو العلم ببراءه الرحم من الحمل عادة. و مثل هذا لا- يعدّ استبراء [لا- عرفاً و لا] (١) شرعاً، وإنما المانع الحيض كغيرها. و لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: «قال: سألته عن رجل اشترى جاريه و هي حائض، قال: إذا طهرت فليمسّها إن شاء» (٢). و مثلها مقطوعه سماعه (٣)، بل هي أوضح دلالة.

و قال ابن إدريس (٤): لا بدّ من استبرائها بعد هذه الحيضة بقرائن، لعموم (٥) الأمر بالاستبراء.

و جوابه: القول بموجبه، فإن الاستبراء قد حصل بذلك كما دلّت عليه الرواية.

و حكمه فيها بالقرائن لا- وجه له، لتصريح الروايات (٦) بالاكْتفاء بالحيضة. و قد تقدّم (٧) روايه بالحيضتين، و حملت على الاستحباب جمعاً.

الثاني: أن تكون لعدل و أخبر باستبرائها، لصحيحه حفص بن البختری عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الأمه من رجل فيقول: إنني لم أطأها،

ص: ٨٠

١- ١) من الحجريتين، و في «ش»: عرفاً شرعاً، و لم ترد «عرفاً» في سائر النسخ.

٢- ٢) الكافي ٤: ٤٧٣ ح ٥، التهذيب ٨: ١٧١ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ٣، الوسائل ١٢٧٨، الباب المتقدّم ح ١.

٣- ٣) الكافي ٤: ٤٧٣ ح ٥، التهذيب ٨: ١٧٤ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٥٩ ح ٣، الوسائل ١٢٨٦، الوسائل ١٤: ٥٠٨ ب «١٠» من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٢.

٤- ٤) السرائر ٢: ٦٣٥.

٥- ٥) لاحظ الوسائل ١٤: ٥١٦ ب «١٨» من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٥.

٦- ٦) لاحظ الوسائل ١٣: ٣٦ ب «١٠» و «١١ ح ٥» من أبواب بيع الحيوان.

٧- ٧) لاحظ ص: ٧٩، هامش (١).

فقال عليه السلام: إن وثق به فلا بأس بأن يأتيها» (١) و صحِيحه ابن سنان عنه عليه السلام و فيها: «قلت: أفرأيت إن ابتاعها و هي طاهر، زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت، فقال: إن كان عندك أميناً فمسيها» (٢). و صحِيحه أبي بصير عنه عليه السلام مثلها، و جوابه عليه السلام: «إن أمنتها فمسيها» (٣).

و قد اشتركت الأخبار في الوثوق به و في استيمانه و لم يذكر العدالة، و لكن المصنف و جماعه (٤) حملوه على العدل، لأنه لا وثوق بالفساق. و فيه نظر، لجواز الوثوق و استيمان من ليس بعدل، إذ من شروط العدالة ما لا يخلّ فواته بالثقة و الاستيمان. و لا يلزم من عدم الوثوق بخير الفاسق اشتراط العدالة، لأن بينهما واسطه. و قد تقدّم (٥) تعبير المصنف بالثقة موافقاً للرواية في بيع الحيوان، و هو أنسب.

و خالف ابن إدريس (٦) هنا أيضاً، و أوجب الاستبراء، لعموم (٧) الأمر به، و خصوص روايه عبد الله بن سنان قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أشتري الجارية من الرجل المأمون فيخبرني أنه لم يمسيها منذ طمّث عنده و طهرت، قال:

ليس بجائز أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضه، و لكن يجوز لك ما دون الفرج، إن

ص: ٨١

١- (١) الكافي ٥: ٤٧٢ ح ٤، التهذيب ٨: ١٧٣ ح ٨٠٣، الاستبصار ٣: ٣٥٩ ح ١٢٨٩، الوسائل ١٤: ٥٠٣ ب (٦) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٧٣ ح ٧، التهذيب ٨: ١٧٢ ح ٨٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨ ح ١٢٨٥، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

٣- (٣) التهذيب ٨: ١٧٣ ح ٨٠٤، الاستبصار ٣: ٣٦٠ ح ١٢٩٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٤- (٤) راجع المقنعه: ٦٠٠-٦٠١، النهايه: ٤١٠، القواعد ٢: ٣١.

٥- (٥) في ج ٣: ٣٨٦.

٦- (٦) السرائر ٢: ٦٣٤.

٧- (٧) لاحظ الوسائل ١٤: ٥١٦ ب «١٨» من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٥.

الذين يشترون الإمام ثمَّ يأتونهنَّ قبل أن يستبرؤهنَّ فأولئك الزناه بأموالهم» (١).

و جوابه: أن عموم الأوامر (٢) قد خصَّ بما ذكر من الروايات (٣). و الروايه الأخيره-مع ضعف سندها بعبد الله بن القاسم-يمكن حملها على الكراهه جمعاً. مع أن عبد الله بن سنان روى الجواز أيضاً، و فى آخرها ما يؤذن بالكراهه، لأنَّه قال:

«إنَّ ذا الأمر شديد، فإن كنت لا بدَّ فاعلاً فتحمَّظ لا تنزل عليها» (٤).

و اعلم أن فى صحَّه الروايتين الأخيرتين من روايات الجواز عندى نظر، لأن ابن سنان مطلق مشترك بين عبد لله و محمد، و الأول ثقه دون الثانى. و أبو بصير تقدَّم (٥) عن قريب أنه مشترك أيضاً. و الطريق بسواهما صحيح، فمن شهد بصحَّتهما يطالب بالتعيين.

الثالث: أن تكون منتقله عن امرأه، فلا- يجب استبرأؤها، لروايه ابن أبى عمير، عن حفص، عن أبى عبد الله عليه السلام فى الأمه تكون للمرأة فتبيعهها، قال:

«لا- بأس بأن يطأها من غير أن يستبرئها» (٦). و روايه زراره قال: «اشتريت جاريه بالبصره من امرأه فخبرتنى أنه لم يطأها أحد، فوقعت عليها و لم أستبرئها، فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال: هو ذا أنا قد فعلت ذلك و ما أريد أن

ص: ٨٢

١- ١) الفقيه ٣: ٢٨٢ ح ١٣٤٦، علل الشرائع: ٥٠٣ ح ١، التهذيب ٨: ٢١٢ ح ٧٥٩، الوسائل ١٣: ٣٩ ب «١١» من أبواب بيع الحيوان ح ٥.

٢- ٢) فى «و»: الأمر.

٣- ٣) لاحظها فى الصفحه الآنفه.

٤- ٤) الكافى ٥: ٤٧٣ ح ٧، التهذيب ٨: ١٧٢ ح ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨ ح ١٢٨٥، الوسائل ١٤: ٥٠٣ ب (٦) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٢.

٥- ٥) فى ص: ٥٠.

٦- ٦) التهذيب ٨: ١٧٤ ح ٦٠٨، الاستبصار ٣: ٣٦٠ ح ١٢٩٣، و أشار إليه فى الوسائل ١٤: ٥٠٤ ب (٧) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ذيل ح ١.

أعود» (١). ورواه الحسن بن محبوب عن رفاعه قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الأمة تكون لامرأه فتييعها فقال: لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرئها» (٢). ورواه الأخيره أوضح سنداً من الأوليين، وهى من الحسن أو الصحيح. وكيف كان فالعمل بمضمونها أظهر. وخالف ابن إدريس (٣) هنا أيضاً.

و دليله و جوابه كما مرّ (٤).

الرابع: أن تكون الأمة يائسه من المحيض، لانتفاء المقتضى له. و فى روايه منصور بن حازم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية التى لا يخاف عليها الحمل، قال: ليس عليها عدّه» (٥). و مثلها روايه (٦) عبد الرحمن بن أبى عبد الله عنه عليه السلام. و فى روايه ابن سنان السابقه (٧) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية لم تحض، قال: يعتزلها شهراً إن كانت قد يئست». و يمكن حملها على الاستحباب.

و فى معناها الصغيره التى لم تبلغ المحيض، و لم يذكرها معها، و ذكرها فى باب البيع (٨). و يمكن أن يكون وجه تركها أن المراد منها عند الإطلاق من سنّها دون تسع سنين، و متى كانت كذلك فوطؤها حرام مطلقاً، و غيره لا يحرم فى زمن الاستبراء.

ص: ٨٣

-
- ١- (١) التهذيب ٨: ١٧٤ ح ٦٠٩، الاستبصار ٣: ٣٦١ ح ١٢٩٤، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.
 ٢- (٢) التهذيب ٨: ١٧٤ ح ٦٠٧، الاستبصار ٣: ٣٦٠ ح ١٢٩٢، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
 ٣- (٣) السرائر ٢: ٦٣٤.
 ٤- (٤) فى ص: ٨١-٨٢.
 ٥- (٥) التهذيب ٨: ١٧١ ح ٥٩٦، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٧٩، الوسائل ١٤: ٤٩٨ ب (٣) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.
 ٦- (٦) التهذيب ٨: ١٧٢ ح ٥٩٨، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٨١، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.
 ٧- (٧) تقدّم ذكر مصادرها فى الصفحه السابقه.
 ٨- (٨) فى ج ٣: ٣٨٧.

لكنها المذكوره فى روايات كثيره، و فيها تصريح بجواز وطئها حيثئذ بغير استبراء، فمنها صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال فى رجل ابتاع جاريه و لم تطمئ، قال: «إن كانت صغيره لا يتخوف عليها الحبل فليس عليها عدّه، و ليطأها إن شاء، و إن كانت قد بلغت و لم تطمئ فإن عليها العدّه» (١). و لا- يمكن تنزيلها على من تجاوز سنّها التسع و لم تحض، بناء على الغالب من عدم حيضهنّ بعد التسع أيضا، ليجمع بين جواز وطئها و عدم بلوغها الحيض. لأنّ هذا الحمل ينافى قوله:

«و إن كانت قد بلغت و لم تطمئ فإن عليها العدّه» لأن بلوغها عند الأصحاب يحصل بالتسع.

و فى صحيحه عبد الله بن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام قال فى الجاريه التى لم تطمئ و لم تبلغ الحمل إذا اشتراها الرجل، قال: «ليس عليها عدّه يقع عليها» (٢). و قريب منها صحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عنه عليه السلام قال:

«إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض فلا عدّه عليها» (٣). و فى هذه الروايات المعتبره دلالة على أن الأمه التى بلغت التسع و لم تحض لا استبراء عليها، و ليس فيها ما ينافى ذلك، بخلاف روايه الحلبي. و هى أيضا موافقه لحكمه الاستبراء، لأن بنت العشر سنين و ما قاربها لا تحبل عادة، فلا مقتضى لاستبرائها كالأيسه. و لو حرّمنا فى زمن الاستبراء مطلق الاستمتاع ظهرت الفائدة فى الصغيره فى غير الوطاء من ضروبه.

الخامس: أن تنتقل إليه و هى حامل فيسقط استبراؤها. و مفهوم كلامه هنا

ص: ٨٤

١- (١) التهذيب ٨: ١٧١ ح ٥٩٥، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٧٨، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

٢- (٢) التهذيب ٨: ١٧١ ح ٥٩٧، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٨٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

٣- (٣) التهذيب ٨: ١٧١ ح ٥٩٨، الاستبصار ٣: ٣٥٧ ح ١٢٨١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

جواز وطنها حيثئذ مطلقا على كراهيه، و هو الذى اختاره الشيخ فى الخلاف (١) و كتابى الأخبار [١]، مدّعا عليه الإجماع، مع أنه اختار فى النهاية (٢) التحريم قبل مضيّ أربعة أشهر و عشره أيام.

و هذا هو الذى تقتضيه الأخبار المعتبره الأسناد، ففى صحيحه رفاعه بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الأمه الحبلى يشترىها الرجل، قال: سئل أبى عن ذلك فقال: أحلتها آيه و حرّمها اخرى، و أنا ناه عنها نفسى و ولدى. فقال الرجل: فأنا أرجو أن أنتهى إذا نهيت نفسك و ولدك» (٣). و هذا ظاهر فى الكراهه. و وردت أخبار تتضمّن النهى عنه. لكن فى طريقها محمد بن قيس (٤)، و هو مشترك بين الثقة و غيره، و فى طريق آخر إسحاق بن عمّار (٥)، و حاله معلوم.

و يمكن حمل النهى فيها على الكراهه جمعا.

و قد اختار المصنف فى باب البيع (٦) التحريم قبل مضيّ أربعة أشهر و عشره أيام، كمذهب الشيخ فى النهاية (٧). و يدلّ عليه روايه رفاعه أيضا الصحيحه أو

ص: ٨٥

١- (١) الخلاف ٢: (طبعه كوشانپور): ٣١٦ مسأله (٤٦).

٢- (٣) النهاية: ٤٩٦.

٣- (٤) الكافى ٥: ٤٧٤ ح ١، التهذيب ٨: ١٧٦ ح ١٦٦، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٢٩٨، الوسائل ١٤: ٥٠٥ ب (٨) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٢.

٤- (٥) الكافى ٥: ٤٧٥ ح ٣، التهذيب ٨: ١٧٦ ح ١٦٧، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٢٩٩، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

٥- (٦) التهذيب ٨: ١٧٦ ح ١٦٩، الاستبصار ٣: ٣٦٢ ح ١٣٠١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٦.

٦- (٧) فى ج ٣: ٣٨٧.

٧- (٨) النهاية: ٤٩٦.

الثانية: إذا ملك أمه فأعتقها كان له العقد عليها ووطؤها من غير استبراء

الثانية: إذا ملك أمه فأعتقها (١) كان له العقد عليها ووطؤها من غير استبراء. والاستبراء أفضل.

الحسنه عن أبي الحسن موسى عليه السلام: «قلت: أشتري الجارية- إلى أن قال- قلت: فإن كانت حاملا- فمالي منها إن أردت؟ فقال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر و عشرة أيام، فإذا جاز حملها أربعة أشهر و عشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج» (١). و ظاهر الرواية تحريم الوطء في المدّة المذكورة، لكنّه بالمفهوم لا بالمنطوق. و بالجمله فالتفصيل لا بأس به. و يعضد هذا المفهوم ما ورد (٢) من النهي عن وطئها مطلقا، فيكون شاهدا على التحريم و عاضدا و إن ضعف طريقه، و يخصّ التحريم بما دون الأربعة أشهر و عشرة، لتصريح هذا الخبر بجوازه، فيحمل النهي عمّا زاد على الكراهه جمعا. و يكفي في إثبات الكراهه مثل ذلك و إن ضعف طريقه، بخلاف التحريم.

و أما القول بالتحريم مطلقا عملا- بتلك الأخبار- كما اختاره جماعه (٣)- و حمل ما دلّ على الجواز على كون الحمل من زنا، فبعيد جدا، لضعف مأخذه.

و في المسألة أقوال أخرى، و قد مضى جملة من مباحثها في بيع الحيوان (٤).

قوله: «إذا ملك أمه فأعتقها. إلخ».

هذا أيضا من المواضع التي يسقط فيها استبراء الأمه. و مستنده صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثمّ

ص: ٨٤

١- ١) التهذيب ٧: ٤٦٨ ح ١٨٧٨ و ٨: ١٧٧ ح ٦٢٢، الاستبصار ٣: ٣٦٤ ح ١٣٠٥، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

٢- ٢) راجع الوسائل الباب المتقدّم ح ٥، ٦، ٨.

٣- ٣) راجع المختلف: ٥٧٢، المهذب البارع ٢: ٤٥٢، جامع المقاصد ٤: ١٥٤-١٥٦.

٤- ٤) في ج ٣: ٣٨٧-٣٨٨.

يتزوجها هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: «يستبرئ بحيضه. قلت:

فإن وقع عليها؟ قال: لا بأس» (١). ومثله رواية عبيد بن زراره (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام، ورواية أبي العباس (٣) عنه عليه السلام. وهي كما تدلّ على جواز الوطء بغير استبراء تدلّ على أن الاستبراء أفضل. وظاهر الأصحاب الاتفاق عليه.

ويدلّ عليه أيضا أن الاستبراء إنما ثبت وجوبه في المملوكه، وقد خرجت بالعق عن كونها مملوكه. والاستبراء وإن ثبت بالشراء قبل العتق لكنّه سقط بعقتها، لصيرورتها أجنبيّه بالنسبه إليه وإلى غيره، فإذا أراد إنشاء النكاح كانت كغيرها من الأجنيّيات.

نعم، فقيده بعض الأصحاب (٤) بأن لا يعلم لها وطء محترم، وإلا - وجب الاستبراء بحيضه. ولا بأس به، لوجود المقتضى له حينئذ، بخلاف ما لو جهل الحال، فإن الأصل عدم الوطء إلا ما دلّ الدليل على وجوب الاستبراء فيه ولو مع الجهل، وذلك في المملوكه، فيبقى غيرها على الأصل.

وألحق بعضهم (٥) بالعق تزويج المولى للأمه المتباعه، فإنه لا يجب على الزوج استبرائها ما لم يعلم سبق وطء محترم في ذلك الطهر، وذلك لأن الاستبراء تابع لانتقال الملك، وهو منتف هنا. وعلى هذا فيمكن أن يجعل ذلك وسيله إلى سقوط الاستبراء عن المولى أيضا، بأن يزوجه من غيره، ثم يطلقها الزوج قبل الدخول، فيسقط الاستبراء بالتزويج، والعده بالطلاق قبل المسيس، وإن وجد ما يظنّ كونه علّه للاستبراء، وهو اعتبار براءه الرحم من ماء السابق، فإن العله مستنبطه لا منصوصه. ومثله الحيله على إسقاطه ببيعها من امرأه ونحو ذلك.

ص: ٨٧

- ١-١) التهذيب ٨: ١٧٥ ح ٦١٢، الاستبصار ٣: ٣٦١ ح ١٢٩٥، الوسائل ١٤: ٥١٤ ب (١٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
- ٢-٢) التهذيب ٨: ١٧٥ ح ٦١٣، الاستبصار ٣: ٣٦١ ح ١٢٩٦، الوسائل ١٤: ٥١٤ ب (١٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.
- ٣-٣) التهذيب ٨: ١٧٥ ح ٦١٤، الاستبصار ٣: ٣٦١ ح ١٢٩٧، الوسائل ١٤: ٥١٤ ب (١٦) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.
- ٤-٤) كما في القواعد ٢: ٣١، جامع المقاصد ١٣: ١٧٣.
- ٥-٥) راجع جامع المقاصد ١٣: ١٧٥-١٧٦.

و لو كان وطئها و أعتقها (١) لم يكن لغيره العقد عليها إلا بعد العدة، و هي ثلاثة أشهر إن لم تسبق الأطهار.

قوله: «و لو كان وطئها و أعتقها. الخ».

ما تقدّم حكم الأمه المعتقه بالنسبه إلى المولى المعتق، و هذا حكمه (١) بالنسبه إلى غيره. و حاصل الحكم: أن المولى إذا أعتق أمته فلا يخلو: إما أن يكون بعد وطئها أو قبله. فإن كان قبل الوطء جاز لغيره تزويجها بغير عدّه و لا استبراء، و إن أمكن أن تكون موطوءه في ذلك الطهر لغير المعتق، بأن يكون المعتق اشتراها ثمّ أعتقها قبل أن تحيض عنده.

و وجه جواز تزويجها حينئذ لغيره بغير استبراء ما تقدّم من جواز تزويج مولاها بها من غير استبراء، من حيث إنه مختصّ بالمالك و تابع لنقل الملك، و هو هنا منتف، لأنها حرّه. بل تقدّم جواز تزويجها للغير قبل العتق، فبعده أولى. و هذا الحكم يستفاد من مفهوم العبارة لا- من منطوقها، لأنه جعل مورد المنع من تزويج الغير بها كونها موطوءه للمولى قبل العتق، و مفهومه أنه لو لم يطأها حلّ تزويجها لغيره من غير استبراء. و يؤيده ما ذكر في الحكم السابق.

و إن كان عتقها بعد وطء المولى لم يجز لغيره تزويجها في ذلك الطهر قطعاً، لأنه وطء محترم فلا بدّ من مراعاة التخلّص من حرمة حذرا من اختلاط الأنساب.

و المعتبر حينئذ عدّه الطلاق، لروايه زواره قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق سرّيته إله أن يتزوّجها بغير عدّه؟ قال: نعم. قلت: بغيره؟ قال: لا حتى تعتدّ ثلاثة أشهر» (٢). و مثله روى الحسن (٣) عنه عليه السلام. و هي تدلّ

ص: ٨٨

١- ١) في «و»: الحكم.

٢- ٢) التهذيب ٨: ١٧٥ ح ٦١١، و أشار إليهما في الوسائل ١٤: ٥١١ ب (١٣) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ذيل ح ١.

٣- ٣) التهذيب ٨: ١٧٥ ح ٦١٠، و أشار إليهما في الوسائل ١٤: ٥١١ ب (١٣) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ذيل ح ١.

الثاني: ملك المنفعه. و النظر فى الصيغه و الحكم.

أما الصيغه

أما الصيغه فأن يقول: (١) «أحللت لك وطأها» أو «جعلتك فى حلّ من وطئها». و لا- تستباح بلفظ العاريه. و هل تستباح بلفظ الإباحه؟ فيه خلاف أظهره الجواز. و لو قال: «وهبتك وطأها» أو «سوّغتك» أو «ملّكتك» فمن أجاز الإباحه يلزمه الجواز هنا، و من اقتصر على التحليل منع.

بإطلاقها على توقّف تزويج غير المولى بها على العده مطلقا، لكنّها محموله على ما لو علم الوطء، لقصورها عن إفاده الحكم مطلقا.

و إنما تعتبر الثلاثه الأشهر على تقدير سبقها على الأقرء، أو أنها كناية عن الأقرء، لأنها غالبا لا تكون إلا فى ثلاثه أشهر، و إلا فالمعتبر عده الطلاق. و يظهر من الجماعه أنه لا خلاف فى ذلك، و إلا فالمستند لا يخلو من ضعف، لأن فى طريق الروايه الأولى محمد بن عيسى، و فى حاله نظر. و الثانيه فى سندها جهاله، و لكن مثل ذلك ينجر بالشهره عند الأصحاب. مع أن الاولى ليست بمرتبه قويّه فى الضعف، لأن محمد بن عيسى قد رجّح بعض الأصحاب العمل بروايته (١).

قوله: «أما الصيغه فأن يقول. إلخ».

لا- إشكال فى اعتبار صيغه خاصّه لهذا النوع من النكاح كما يعتبر فى غيره، لأن مجرّد التراضى لا- يكفى فى حلّ الفروج إجماعا، و لا- أى لفظ اتّفق. و قد اتّفقوا على الاجتزاء بلفظ التحليل، و هو الوارد فى الروايات، ففى صحيحه الفضيل بن يسار قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحلّ الرجل لأخيه جاريته فهى له حلال، فقال: نعم يا

ص: ٨٩

فضيل» (١) الحديث. و عن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه أحلت لي جاريتها، قال: ذلك لك» (٢). و غيرهما من الأخبار الكثيره.

و لا بدّ مع لفظ التحليل من مراعاة ما يعتبر في العقود، من لفظ الماضي الدالّ على الإنشاء، كقوله: «أحلت لك وطئها» أو «جعلتك في حلّ من وطئها». فلا يكفي مثل «أنت في حلّ من وطئها» لعدم كونه صريحا في الإنشاء. كذا قال الجماعة [١].

و قد تقدّم (٣) في باب عقود النكاح ما فيه. و أولى بالإشكال هنا، لأن التحليل نوع إباحه، و دايرتها أوسع.

و لا- يكفي لفظ العاربه و إن كان متعلّقها إباحه المنفعه مع بقاء العين على ملك المالك، لأصالة بقاء التحريم فيما عدا المنصوص عليه. و لروايه أبي العباس البقباق عن الصادق عليه السلام قال: «سأله رجل عن عاربه الفروج، فقال: حرام، ثمّ سكت قليلا و قال: لكن لا بأس بأن يحلّ الرجل جاريتها لأخيه» (٤).

و اختلفوا في الاستباحه بلفظ الإباحه، فالأكثر- و منهم الشيخ في النهاية (٥)

ص: ٩٠

١- ١) الكافي ٥: ٤٦٨ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٩ ح ١٣٧٧، التهذيب ٧: ٢٤٤ ح ١٠٦٤، الوسائل ١٤: ٥٣٧ ب (٣٥) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٦٩ ح ٨، التهذيب ٧: ٢٤٢ ح ١٠٥٨، الاستبصار ٣: ١٣٦ ح ٤٩١، الوسائل ١٤: ٥٣٤ ب (٣٢) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٣.

٣- ٤) في ج ٧: ٨٧.

٤- ٥) الكافي ٥: ٤٧٠ ح ١٦، التهذيب ٧: ٢٤٤ ح ١٠٦٣، الاستبصار ٣: ١٤٠ ح ٥٠٥، الوسائل ١٤: ٥٣٦ ب (٣٤) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٥- ٦) النهاية: ٤٩٤.

و أتباعه (١)، و المرتضى [١]، و العلامة (٢) في أحد قوليهِ -على أنه لا يفيد الحلّ، و قوفا مع ظاهر النصوص (٣)، و تمسّكا بالأصل. و ذهب الشيخ في المبسوط (٤) و ابن إدريس (٥) و المصنف و العلامة (٦) في القول الآخر إلى الاكتفاء به، لمشاركتها للتحليل في المعنى، و يجوز إقامه كلّ من المترادفين مقام الآخر كما ذكر في الأصول.

و ردّ بمنع الاكتفاء بالمرادف، فإن في النكاح شائبه العباده، و كثير من أحكامه توقيفيه، و الاحتياط فيه من أهمّ المطالب.

و يتفرّع على القولين ما لو قال: «وهبتك وطأها» أو «سوّغتك» أو «ملككتك» فمن أجاز الإباحه اكتفى بأحد هذه، لأنها بمعناها، و من اقتصر على التحليل منع هنا. و الأقوى المنع منها مطلقا، لأن الهبه و التمليك يتناولان الأعيان، أما الهبه فقطعا و أما التمليك فغالبا، و ليس الوطاء عينا. و أما التسويغ فهو بمعنى الإباحه و أخفى.

و الحقّ أن صيغ العقود اللازمه أو النكاح إن كانت توقيفيه لم يصحّ بكلّ واحد من هذه الألفاظ، لعدم ورودها، بل يقتصر على التحليل. و إن اكتفى في العقد بما أدى المعنى جاز بلفظ الإباحه و التسويغ دون الهبه، لما ذكر من تناولها الأعيان.

أما التمليك فإنه و إن غلب استعماله في نقل الأعيان إلا أنه يستعمل في نقل المنافع.

ص: ٩١

١- (١) الغنيه ضمن الجوامع الفقهيّه: ٥٥٠.

٢- (٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٥.

٣- (٤) الوسائل ٥٣٤، ٥٣٢: ١٤، ب (٣١، ٣٢) من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٤- (٥) المبسوط ٣: ٥٧.

٥- (٦) السرائر ٦٣٣: ٢.

٦- (٧) المختلف: ٥٧١.

و هل هو عقد،(١)أو تملك منفعة؟فيه خلاف بين الأصحاب منشؤه عصمه الفرج عن الاستمتاع بغير العقد أو الملك.و لعل الأقرب هو الأخير.

و من ثم استدل على جواز هذا النوع من النكاح بدخوله في قوله تعالى أو ما ملكت أيماهم (١)بجعل الملك هنا للمنفعة،و جعل الملك منقسما إليهما،فإذا استعمل في هذا المعنى كان قرينه على إرادته المنفعة منه خاصه،فيتجه الاكتفاء به حينئذ. قوله:«و هل هو عقد.إلخ».

لما كان حلّ الفروج منحصرًا في العقد أو الملك،لقوله (٢)تعالى إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم و كان القول بحلّ الأمه بالتحليل ثابتا عند علمائنا، و جب أن لا يكون خارجا عن الأمرين.و قد اختلفوا في رده إلى أيهما،فذهب المرتضى (٣)إلى أنه عقد،و التحليل عبارته عنه.و الأكثر-و منهم المصنف-على أنه تملك منفعة مع بقاء الأصل،لأن الحلّ دائر مع الأمرين كما ذكرناه،و خواصّ العقد منتفیه عنه،لأنه إن كان عقد دوام توقّف رفعه على الطلاق أو الفسخ في موارد، و وجب المهر بالدخول،و نحو ذلك من خواصّه،و كلّها منتفیه عنه.و إن كان متعه توقّف على ذكر الأجل و المهر،و لا- مهر مع التحليل،و لا يشترط فيه الأجل على الأصحّ،للأصل.

و على القولين يعتبر القبول،أما على العقد فظاهر،و أما على التملك فلائنه في معنى هبه المنفعة،فيكون أيضا من قبيل العقود،و إنما نفينا عنه اسم عقد النكاح لا

ص: ٩٢

١- ١) المؤمنون: ٦.و في «ش»: «أيمانكم».و هي في سورة النساء: ٣.

٢- ٢) في «س» و «ش»: بقوله.

٣- ٣) الانتصار: ١١٨.

و فى تحليل أمتة (١) للمملوكه روايتان، إحداهما المنع. و يؤيدها أنه نوع من تمليك، و العبد بعيد عن التملك. و الأخرى الجواز إذا عين له الموطوءه.

و يؤيدها أنه نوع من الإباحه، و للمملوك أهليه الإباحه. و الأخير أشبه.

مطلق العقود. فالتحقيق (١) أنه عقد فى الجملة على التقديرين.

قوله: «و فى تحليل أمتة. إلخ».

اختلف الأصحاب فى أن المولى إذا حلل أمتة لعبده هل تحل له بذلك أم لا؟ على قولين، أحدهما - و اختاره الشيخ فى النهايه (٢)، و العلامه فى المختلف (٣)، و ولده فخر الدين (٤) - العدم، لصحيحه على بن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام: «أنه سئل عن المملوك أ يحل له أن يطاء الأمه من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: لا يحل له» (٥). و لأنه نوع تمليك، و العبد ليس أهلا له.

و الثانى - و هو مذهب ابن إدريس (٦)، و اختاره المصنف - الحل، لوجود المقتضى و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه لا يملك، و نفى ملكه مطلقا ممنوع. سلمنا لكن المراد بالملك هنا الإباحه، بمعنى استحقاق البضع و إباحته له، لا الملك بالمعنى المشهور، لأن ملك البضع لا معنى له إلا الاستحقاق المذكور. و من ثم لو تصرف فيه متصرف - كالواطئ بالشبهه - يكون عوضه و هو المهر للمرأة لا لمالك البضع.

و هذا على حد قولهم: فلان يملك إحضار فلان مجلس الحكم و نحو ذلك، فإن المراد به أصل الاستحقاق، و العبد يملك هذا النوع.

ص: ٩٣

١ - ١) فى إحدى الحجرتين: و التحقيق.

٢ - ٢) النهايه: ٤٩٤.

٣ - ٣) مختلف الشيعة: ٥٧١.

٤ - ٤) الإيضاح ١٦٧: ٣.

٥ - ٥) التهذيب ٢٤٣: ٧ ح ١٠٦٢، الاستبصار ١٣٧: ٣ ح ٤٩٥، الوسائل ٥٣٦: ١٤ ب (٣٣) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢.

٦ - ٦) السرائر ٦٣٣: ٢.

و يجوز تحليل المدبره و أمّ الولد. (١) و لو ملك بعضها فأحلّته (٢) نفسها لم تحلّ. و لو كانت مشتركه فأحلّها الشريك قيل: تحلّ. و الفرق أنّه ليس للمرأة أن تحلّ نفسها.

و الروايه التي أشار المصنف إلى دلالتها على الجواز لم نقف [١] عليها، و لا ذكرها غيره. و لو تمّت لأمكن حمل روايه المنع على الكراهه. و أما حملها على تحليل المولى لعبده أمه الغير، أو أنه أراد التحليل بدون الصيغه، فبعيد. نعم، حملها على التقيّه لا بأس به، لأنّ العامّه (١) يمنعون التحليل مطلقاً. و مع ذلك ففي تكلف الحمل مع عدم وجود المعارض إشكال.

و اعلم أنه لا فرق على القولين بين تحليل أمته لعبده و عبد غيره إذا أذن سيّده، و إنما خصّ المصنف عبده لموضع النصّ.

قوله: «و يجوز تحليل المدبره و أمّ الولد».

لأنهما لم تخرجا بالتدبير و الولاده عن المملوكيه، فيتناولهما عموم النصّ كما يتناول القنّ. و يؤيّد روايه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن جاريه بين رجلين دبّراها جميعاً، ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هو له حلال» [٣].

قوله: «و لو ملك بعضها فأحلّته. إلخ».

قد تقدّم (٢) البحث في هذه المسأله مستوفى، و الروايه التي دلّت على الحكم، فلا وجه لإعادته.

ص: ٩٤

١- ٢) الحاوي الكبير ١٨٧: ٩، المغنى لابن قدامه ١٥٢: ١٠-١٥٣.

٢- ٤) في ص: ٢٩.

و أما الحكم فمسائل:

الأولى: يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ

الأولى: يجب الاقتصار (١) على ما تناوله اللفظ، و ما شهد الحال بدخوله تحته، فلو أحل له التقبيل اقتصر عليه، و كذا لو أحل له اللمس، فلا يستباح الوطء. و لو أحل له الوطء حل له ما دونه من ضرور الاستمتاع. و لو أحل له الخدمة لم يطاق. و كذا لو أحل له الوطء لم يستخدم.

قوله: «يجب الاقتصار. إلخ».

لَمَّا كان هذا النوع من الاستمتاع تابعاً للفظ الدال عليه و جب مراعاة اللفظ، فكل ما تناوله و دل عليه بإحدى الدلالات ملكه المحلل له، و ما خرج عن ذلك لا- يحل. فإذا حلل له النظر لم يتناول غيره من ضرور الاستمتاع، لعدم دلالة عليها بوجه، لأنه أضعفها.

و لو أحل له الوطء دل عليه بالمطابقه، و على لمسها بالتضمن، و على باقى مقدمات الاستمتاع من اللمس و النظر و القبلة و غيرها بالالتزام، فيدخل جميع ذلك فى تحليله. و وجه لزومه لها كونها محسوبة من مقدماته، و لا ينفك عنها غالباً، فهو لزوم عرفى و إن لم يكن عقلياً، و مثل ذلك كاف فى مثل هذا.

و لو أحل له بعض مقدماته غير النظر دخل فيه ما استلزمه دون غيره. فإذا أحل له القبلة استباح اللمس المتوقف (١) عليه.

و قد دل على ذلك كله روايه الحسن بن عطيه عن أبى عبد الله عليه السلام:

«قال: إذا أحل الرجل من جاريتته قبله لم يحل له غيرها، و إن أحل له منها دون الفرج لم يحل له غيره، فإن أحل له الفرج حل له جميعها» (٢). و فى

ص: ٩٥

١- ١) فى «س»: لتوقفه.

٢- ٢) الكافى ٥: ٤٧٠ ح ١٥، التهذيب ٧: ٢٤٥ ح ١٠٦٦، الوسائل ١٤: ٥٣٩ ب (٣٦) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

و لو وطئ مع عدم (١) الإذن كان عاصيا، و لزمه عوض البضع، و كان الولد رقًا لمولاها.

صحيحه الفضيل عنه عليه السلام: «و لو أحل له قبله منها لم يحل له سوى ذلك» (١).

و هذا كله فيما يتناوله التحليل. أما الخدمة فلا تدخل في تحليل الوطء، و لا مقدماته، و لا العكس، لانفكاك كل منهما عن الآخر حسًا و عقلا.

قوله: «و لو وطئ مع عدم. إلخ».

إذا حلل له ما دون الوطء أو الخدمة كان الوطء بالنسبة إليه كغيره من الأجانب، فإن وطئ حينئذ عالما بالتحريم كان عاصيا، و كان الولد لمولاها كما في نظائره، لانتفائه عن الزاني. و ينبغي ترتب حكم الزنا من الحدّ و غيره عليه، لكن يظهر من الرواية (٢) عدمه. و أما ثبوت عوض البضع فيبني على ضمانه من الأمه مطلقا أو مع عدم البغى. و قد تقدّم (٣) الخلاف فيه، و أن المصنف يشترط في ثبوته جهلها أو إكراهها.

و حيث يثبت العوض فهو العشر إن كانت بكرا، و نصفه إن كانت ثيبا، و أرش البكاره مضافا إلى العشر كما سلف. و قد دلّ على ذلك صحيحه الفضيل السالفه (٤) و فيها: «قلت: رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضها، قال: لا- ينبغي له ذلك. قلت: فإن فعل يكون زانيا؟ قال: لا، و لكن يكون خائنا، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها».

ص: ٩٦

١- ١) الكافي ٥: ٤٦٨ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٩ ح ١٣٧٧، التهذيب ٧: ٢٤٤ ح ١٠٦٤، الوسائل ١٤: ٥٣٧ ب (٣٥) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٦٨ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٩ ح ١٣٧٧، التهذيب ٧: ٢٤٤ ح ١٠٦٤، الوسائل ١٤: ٥٣٧ ب (٣٥) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٣- ٣) في ص: ١٣

٤- ٤) الكافي ٥: ٤٦٨ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٩ ح ١٣٧٧، التهذيب ٧: ٢٤٤ ح ١٠٦٤، الوسائل ١٤: ٥٣٧ ب (٣٥) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

الثانية: ولد المحلله حرّ. (١) ثمّ إن شرط الحرّيه مع لفظ الإباحه فالولد حرّ، و لا سبيل على الأب. و إن لم يشترط قيل: يجب على أبيه فكّه بالقيمه. و قيل: لا يجب. و هو أصحّ الروايتين.

و لعلّ إطلاق المصنف الحكم بالعشر أو نصفه تبعاً لإطلاق الروايه، و كذا حكمه بكونه عاصياً، و لم يقل: زانياً، و عدم تعرّضه للحدّ كما ذكره غيره (١)، لتضمّن (٢) الروايه جميع ذلك. و لو وطئ جاهلاً فالولد حرّ، و عليه قيمته يوم سقط حيّاً لمولاها كما سلف.

قوله: «ولد المحلله حرّ. إلخ».

إذا حصل من تحليل الوطاء ولد، فإن شرط في صيغه التحليل كونه حرّاً كان حرّاً، و لا قيمه على الأب إجماعاً. و إن شرط كونه رقاً بنى على صحّه هذا الشرط في نكاح الأمه و عدمه. و قد تقدّم (٣). و إن أطلقا العقد و لم يشترطاً رقيته و لا حرّيته فللأصحاب قولان:

أحدهما- هو الذى اختاره المصنف، و جعله أصحّ الروايتين- أنه حرّ، و لا قيمه على أبيه. و هو مذهب الشيخ فى الخلاف (٤) و المتأخريّن (٥)، لبناء الحرّيه على التغليب و السرايه، و الولد متكوّن من النطفتين فيغلب جانب الحرّيه. و لعموم

ص: ٩٧

١- ١) كما فى جامع المقاصد ١٩٣: ١٣.

٢- ٢) فى «ش»: و لتضمّن.

٣- ٣) فى ص: ١٠- ١١.

٤- ٤) الخلاف ٣: ٢٣٢ مسأله (٢٣).

٥- ٥) لاحظ المختلف: ٥٧٠ و الإيضاح ٣: ١٦٧- ١٦٨، التنقيح الرائع ٣: ١٧٦- ١٧٧، جامع المقاصد ١٩٥: ١٣.

الأخبار السالفه (١) المتضمنه أن ولد الحرّ لا- يكون إلّا- حرّاً، و خصوص حسنه زواره قال: «قلت لأبى جعفر عليه السلام: الرجل يحلّ جاريته لأخيه، قال: لا بأس. قلت: فإنها جاءت بولد، قال: يضمّ إليه ولده، و تردّ الجارية على صاحبها. قلت له: إنه لم يأذن فى ذلك، قال: إنه قد أذن له و هو لا يأمن أن يكون ذلك» (٢). و موثقه إسحاق بن عمّار عن أبى عبد الله عليه السلام و فيها: «قلت:

فجاءت بولد، قال: يلحق بالحرّ من أبويه» (٣). و غيرهما من الأخبار (٤).

و قال الشيخ فى المبسوط (٥) و النهايه (٦) و كتابى الأخبار (٧): الولد رقّ، لروايه ضريس بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام و فيها: «قلت: فإن جاءت بولد، قال: هو لمولى الجارية، إلّا أن يكون قد اشترط حين أحلّها له إن جاءت بولد فهو حرّ» (٨). و مثلها روايه الحسن العطار (٩)، و روايه إبراهيم (١٠) بن عبد

ص: ٩٨

-
- ١- (١) لاحظ الوسائل ١٤:٥٢٨ ب «٣٠» من أبواب نكاح العبيد و الإمام.
 - ٢- (٢) الكافى ٥:٤٦٩ ح ٦، الفقيه ٣:٢٩٠ ح ١٣٧٩، التهذيب ٧:٢٤٧ ح ١٠٧٣، الاستبصار ٣:١٣٩ ح ٥٠٢، و أشار إليه فى الوسائل ١٤:٥٤٠ ب (٣٧) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ذيل ح ٤.
 - ٣- (٣) التهذيب ٧:٢٤٧ ح ١٠٧١، و الاستبصار ٣:١٣٩ ح ٥٠٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ٧.
 - ٤- (٤) لاحظ الوسائل الباب المتقدّم ح ٣، ٤، ٦.
 - ٥- (٥) المبسوط ٤:٢٤٦.
 - ٦- (٦) النهايه: ٤٩٤.
 - ٧- (٧) التهذيب ٧:٢٤٦ ذيل ح ١٠٦٧، الاستبصار ٣:١٣٩ ذيل ح ٦.
 - ٨- (٨) الفقيه ٣:٢٩٠ ح ١٣٧٨، التهذيب ٧:٢٤٦ ح ١٠٦٨ و ٢٤٨ ح ١٠٧٤، الاستبصار ٣:١٣٨ ح ٤٩٧ و ١٤٠ ح ٥٠٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.
 - ٩- (٩) التهذيب ٧:٢٤٦ ح ١٠٦٩، الاستبصار ٣:١٣٨ ح ٤٩٨ و ١٤١ ح ٥٠٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢. و فى المصادر: الحسن العطار، إلّا فى نسخه بدل الوسائل، و فى نسخ المسالك عد «م»: الحسين، و فى «م»: الحسن.
 - ١٠- (١٠) التهذيب ٧:٢٤٨ ح ١٠٧٥، الاستبصار ٣:١٤٠ ح ٥٠٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥.

الثالثة: لا بأس أن يظأ (١) الأمه و فى البيت غيره، و أن ينام بين أمتين.

و يكره ذلك فى الحرّه. و يكره و طء الفاجره و من ولدت من الزنا.

الحميد.

و فى طريق الاولى على بن فضال، و الثانيه مجهوله بالعطار، و الثالثه بعبد الرحمن بن حديد، و إبراهيم ضعيف. فلذلك قال المصنف: إن الأول أصح الروايتين. و لو قال: أوضح الروايتين سندا كان أجود، لا شراكهما فى عدم الوصف بالصحه فضلا عن كون الأولى أصح.

قوله: «لا بأس أن يظأ الخ».

هنا أحكام ختم بها مسائل نكاح الإمام:

الأولى: نفى البأس عن و طء الأمه و فى البيت غيرهما و إن رآهما و سمع نفسهما. و قد تقدّم (١) كراهه ذلك فى الحرّه، و أنه من غشى امرأته و فى البيت مستيقظ يراها و يسمع كلامهما ما أفلح أبدا، إن كان غلاما كان زانيا، و إن كانت جاريه كانت زانيه. و فى الأمه روى عبد الله بن أبى يعفور فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى الرجل ينكح الجاريه من جواريه و معه فى البيت من يرى ذلك و يسمعه، قال: لا بأس» (٢) و نفى البأس و إن لم يناف الكراهه، من حيث إن مدلوله نفى التحريم، إلا أنه ظاهر فى ذلك حيث اقتصر عليه من غير نكير و لا تشديد.

الثانيه: نفى البأس أيضا [عن] (٣) أن ينام بين أمتين، بخلاف الحرّه، فإنه

ص: ٩٩

١- ١) فى ص: ٣٣ و ٧: ٣٦.

٢- ٢) التهذيب ٨: ٢٠٨ ح ٧٣٥، الوسائل ١٤: ٥٨٤ ب (٧٥) من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

٣- ٣) من «ش» و «و».

مكروه، لما فيه من الامتهان. وقد روى عبد الرحمن بن أبي نجران (١) أن أبا الحسن عليه السلام كان ينام بين جاريتين.

الثالثة: يكره وطء الأُمه الفاجره-أى: الزانية- بالملك كما يكره بالعقد، لما فيه من العار و خوف اختلاط الماءين. روى محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الخبيثة يتزوجها الرجل، قال: لا. و قال: إن كان له أُمه وطئها و لا يتخذها أُم ولد» (٢) والمراد بذلك أن يعزل عنها حذرا من حملها.

الرابعة: يكره وطء من ولد من الزنا و إن كانت فى نفسها عفيفه، روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا، عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، و إن تنزه عن ذلك فهو أحب إليّ» (٣). و روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام فى الرجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشده و يتخذها لنفسه، فقال: «إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس» (٤).

ص: ١٠٠

-
- ١- ١) التهذيب ٧: ٤٥٩ ح ١٨٣٨، الوسائل ١٤: ٥٨٩ (٨٤) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ٣.
 ٢- ٢) الكافي ٥: ٣٥٣ ح ٤، التهذيب ٨: ٢٠٧ ح ٧٣٣، الوسائل ١٤: ٥٧٠ ب (٦٠) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.
 ٣- ٣) الكافي ٥: ٣٥٣ ح ٥، الوسائل ١٤: ٣٣٨ ب (١٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥.
 ٤- ٤) الكافي ٥: ٣٥٣ ح ٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

إشاره

و يلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة:

الأول: ما يردّ به النكاح

إشاره

الأول: ما يردّ به النكاح. و هو يستدعى بيان ثلاثه مقاصد:

الأول: في العيوب

الأول: في العيوب.

و هي إما في الرجل، و إما في المرأة. فعيوب الرجل (١) ثلاثه: الجنون، و الخصاء، و العنن.

فالجنون سبب لتسلط الزوجه على الفسخ، (٢) دائماً كان أو أدواراً.

و كذا المتجدد بعد العقد و قبل الوطء، أو بعد العقد و الوطء. و قيل:

يشترط في المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلوات. و هو في موضع التردد.

قوله: «فعيوب الرجل. إلخ».

أى العيوب المتفق على جواز الفسخ بها، و إلا - فسيأتى أن مختار المصنف كون الجب من عيوبه أيضاً، فتكون أربعه، لكنّه أفرده للخلاف فيه. و سنيين إن شاء الله تعالى أن عيوبه ستّه بزياده الجذام و البرص.

قوله: «فالجنون سبب لتسلط الزوجه على الفسخ. إلخ».

لا خلاف في كون الجنون من عيوب الرجل المجوزة لفسخ المرأة النكاح في الجملة. ثمّ إن كان متقدماً على العقد أو مقارناً له ثبت لها به الفسخ مطلقاً، سواء كان مطبقاً أم أدواراً، و سواء عقل أوقات الصلوات أم لا، و إن كان متجدداً بعد العقد، سواء كان قد وطئ أم لا، فإن كان لا يعقل أوقات الصلوات فلها الفسخ أيضاً، و إن عقل حينئذ فأكثر المتقدمين - كالشيخ (١) و أتباعه (٢) - على عدم

-
- ١-١) المبسوط ٤:٢٥٢، الخلاف ٤:٣٤٩ مسألة (١٢٧)، النهاية: ٤٨٦.
٢-٢) المهدب ٢:٢٣٥، الغنية ضمن سلسلة الينايع الفقهي ١٨:٢٨٢.

الفسخ.

و الأقوى عدم اشتراطه، لعدم وجود دليل يفيد التقييد، و تناول الجنون بإطلاقه لجميع أقسامه، فإن الجنون فنون، و الجامع بينها فساد العقل كيف اتفق.

و ليس فى الباب حديث سوى صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال:

«إنما يرَدُّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (١) و هو شامل لما قبل العقد و بعده، و لما يعقل معه أوقات الصلاة و غيره. و رواه علي بن أبي حمزه قال:

«سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأه يكون لها زوج أصيب فى عقله بعد ما تزوّجها، أو عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت» (٢) و هى صريحه فى المتجدد، و شامله بإطلاقها لما قبل الدخول و بعده. و فيها ترك الاستفصال من الإمام، و هو دليل العموم. لكن طريقها ضعيف، و عمدته الأمر على الاتفاق على كون الجنون عيباً مطلقاً، مع عدم وجود دليل مخصص.

و قول المصنف: «و قيل: يشترط فى المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلوات» يقتضى أن المتقدم لا خلاف فى جواز الفسخ به، سواء عقل أم لا. و ما ذكره هو المشهور فى كلام الأصحاب، فإنهم لم يقيّدوا الجنون بذلك إلا فى المتجدد بعد العقد. و لكن ابن حمزه (٣) أطلق أن الجنون الموجب للخيار فى الرجل و المرأة هو الذى لا يعقل معه أوقات الصلوات. و هو يشمل المتقدم منه و المتجدد.

و كيف كان فلا دليل على اعتبار ذلك و إن كان مشهوراً. و تردّد المصنف فى

ص: ١٠٢

١- (١) الكافى ٥: ٤٠٦ ح ٦، الفقيه ٣: ٢٧٣ ح ١٢٩٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ ح ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ ح ٨٨٠، الوسائل ١٤: ٥٩٣ ب (١) من أبواب العيوب و التدليس ح ٦.

٢- (٢) الكافى ٦: ١٥١ ح ١، الفقيه ٣: ٣٣٨ ح ١٦٢٨، التهذيب ٧: ٤٢٨ ح ١٧٠٨، الوسائل ١٤: ٦٠٧ ب (١٢) من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

٣- (٣) الوسيله: ٣١١.

و الخصاء سلّ الأثنيتين. (١) و في معناه الوجاء. و إنما يفسخ به مع سبقه على العقد. و قيل: و إن تجدد. و ليس بمعتمد.

ذلك لشهره القول لا- لقوّه دليله، فإنه يراعى جانب الشهره. و يمكن على هذا أن يتمسك في المتجدد بعد العقد مطلقا باستصحاب لزوم العقد في غير موضع الوفاق، لكن الروايه (١) الصحيحه مطلقه في الجنون، فتشمل موضع النزاع.

قوله: «و الخصاء سلّ الأثنيتين. إلخ».

الخصاء بكسر أوله و بالمدّ. و الوجاء- بالكسر و المدّ أيضا- هو رضّ الخصيتين بحيث تبطل قوّتهما، بل قيل إنه من أفراد الخصاء، فيتناوله لفظه.

و المشهور بين الأصحاب كونه عيبا، و النصوص به كثيره، منها صحيحه ابن مسكان (٢)، و موثقه ابن بكير (٣) عن أحدهما عليهما السلام، و موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن خصيتا دلّس نفسه لامرأه، فقال: يفرّق بينهما، و تأخذ المرأه منه صداقها، و يوجع ظهره كما دلّس نفسه» (٤).

و ظاهر الأخبار كون العيب موجودا قبل العقد، و لكنّه محتمل للمتجدد منه قبل الدخول، فلذلك قطع بكونه عيبا مع سبقه، و اختلف في المتجدد.

و الأقوى أن المتجدد بعد الدخول لا يثبت به فسخ، استصحابا للزوم العقد، و عدم تناول النصوص له، فإن التدليس إنما يتحقق قبل الدخول. و يبقى الإشكال في المتجدد بين العقد و الدخول، من تناول النصوص له بإطلاقها، و ظهور إرادته

ص: ١٠٣

١- (١) المتقدمه في الصفحه السابقه هامش (١).

٢- (٢) التهذيب ٧:٤٣٢ ح ١٧٢٢، الوسائل ١٤:٦٠٨ ب (١٣) من أبواب العيوب و التدليس ح ٣.

٣- (٣) الكافي ٥:٤١٠ ح ٣، الفقيه ٣:٢٦٨ ح ١٢٧٤، التهذيب ٧:٤٣٢ ح ١٧٢٠، الوسائل الباب المتقدم ح ١. و في المصادر: عن ابن بكير عن أبيه.

٤- (٤) الكافي ٥:٤١١ ح ٦، التهذيب ٧:٤٣٢ ح ١٧٢١، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

و العنن مرض تضعف معه (١) القوّه عن نشر العضو بحيث يعجز عن الإيلاج. و يفسخ به و إن تجدد بعد العقد، لكن بشرط أن لا يطأ زوجته، و لا- غيرها. فلو وطئها و لو مرّه ثمّ عنّ، أو أمكنه وطئ غيرها مع عننه عنها، لم يثبت لها الخيار على الأظهر. و كذا لو وطئها دبرا و عنّ قبلا.

المتقدّم، و أصاله اللزوم، مع ما فى النصوص من ضعف فى السند أو قطع.

و قال الشيخ فى المبسوط (١) و الخلاف (٢): إن الخصاء ليس بعيب مطلقا، محتججا بأن الخصي يولج و يبالح أكثر من الفحل حالته، و إنما لا ينزل، و عدم الإنزال ليس بعيب. و هو مردود بتعاقد النصوص و كثرتها، و عمل الأصحاب بمضمونها.

و أما التعليل - بأن أهم مقاصد النكاح التناسل، و هو مفقود فى الخصي، فلا يكفى أصل قدره مع فواته - فمنقوض بالفحل الذى لا ينزل مع الإجماع على عدم الفسخ فيه. و إنما الاعتماد على النصوص الدالّة على الفسخ بعيب الخصاء.

قوله: «و العنن مرض تضعف معه. إلخ».

العنن - بالفتح - هو الضعف المخصوص بالعضو، و الاسم العنّه بالضمّ، و يقال للرجل إذا كان كذلك: عنّين كسكين. و هو من جمله عيوب الرجل التى تسلط المرأة على فسخ نكاحه بالنصّ و الإجماع. و يثبت الفسخ به مع تقدّمه على العقد إجماعا. و كذا مع تجدده قبل الوطء على المشهور، لتناول النصّ له، كروايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «العنّين يتربص به سنه، ثمّ إن شاءت

ص: ١٠٤

١- ١) راجع المبسوط ٤: ٢٥٠، ففيه ذكر القولين فى المسأله فقط، و فى ص: ٢٦٦ اختار ثبوت الخيار.

٢- ٢) الخلاف ٤: ٣٤٨ مسأله (١٢٥)، و فى ص: ٣٥٧ مسأله (١٤١) اختار الخيار.

امراته تزوّجت، وإن شاءت أقامت» (١).

و لو تجدد بعد الوطء و لو مرّه فلا- فسخ، للأصل. و هو قول الشيخ (٢) و الأ-كثر. و لروايه إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام: «أن عليّا عليه السلام كان يقول: إذا تزوّج الرجل امرأه فوق عليها مرّه ثمّ أعرّض عنها فليس لها الخيار، لتصبر فقد ابتليت» (٣). و روايه غياث الضبّي عن أبي عبد الله عليه السلام:

«قال في العنين إذا علم أنه عنين لا يأتي النساء: فرّق بينهما. و إذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرّق بينهما» (٤).

و ذهب المفيد (٥) و جماعه (٦) إلى أن لها الفسخ أيضا، للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس من الوطء، و إطلاق الروايات بثبوت الخيار للمرأة من غير تفصيل، كصحيحه محمد بن مسلم السابقه، و روايه أبي الصباح الكناني قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أ تفرقه؟ قال: نعم إن شاءت» (٧). و غيرهما من الأخبار الكثيره المعتبره الاسناد (٨)

ص: ١٠٥

١- (١) التهذيب ٧:٤٣١ ح ١٧١٦، الاستبصار ٣:٢٤٩ ح ٨٩١، الوسائل ١٤:٦١١ ب (١٤) من أبواب العيوب و التدليس ح ٥.

٢- (٢) المبسوط ٤:٢٦٤، النهايه: ٤٨٧.

٣- (٣) التهذيب ٧:٤٣٠ ح ١٧١٥، الاستبصار ٣:٢٥٠ ح ٨٩٧، الوسائل ١٤:٦١٢ ب (١٤) من أبواب العيوب و التدليس ح ٨.

٤- (٤) الكافي ٥:٤١٠ ح ٤ و فيه: عباد الضبّي، الفقيه ٣:٣٥٧ ح ١٧٠٧، التهذيب ٧:٤٣٠ ح ١٧١٤، الاستبصار ٣:٢٥٠ ح ٨٩٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

٥- (٥) المقنعه: ٥٢٠.

٦- (٦) المقنعه: ١٠٥.

٧- (٧) التهذيب ٧:٤٣١ ح ١٧١٧، الاستبصار ٣:٢٤٩ ح ٨٩٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٦.

٨- (٨) راجع الوسائل الباب المتقدم.

و هل تفسخ بالجب؟(١)فيه تردّد منشؤه التمسك بمقتضى العقد.

و الأشبه تسلطها به،لتحقّق العجز عن الوطاء،بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطاء و لو قدر الحشفه.

و أوجب بأن تلك مفصّله و هذه مطلقه،فيحمل على ما إذا لم يدخل جمعا.

و هو جيد لو اعتبرت تلك،فإن إسحاق بن عمّار فطحى،و غياث الضبى مجهول.

و توقّف فى المختلف (١).و له وجه.

و حيث كانت العنه هى المرض المقتضى للعجز عن الإيلاج ظهر أنه لو عجز عن وطئها دون غيرها لا يكون عينا.و كذا لو عجز عن وطئها قبلا خاصه حيث يجوز (٢)غيره،إذ لا عجز،فلا عنه،و إن حصل الضعف فى الجملة.و يظهر من المفيد أن المعتبر قدرته عليها،و لا عبره بغيرها،لأنه قال:«فإن وصل إليها و لو مرّه واحده فهو أملك بها،و إن لم يصل إليها فى السنه كان لها الخيار» (٣)و إن حدث بالرجل عنه بعد صحته كان الحكم كما ذكرناه.و الأصحاب لم ينقلوا الخلاف عنه إلا فى العنه المتجدّده مع العجز مطلقا.

قوله:«و هل تفسخ بالجب؟.إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن الجبّ من جمله عيوب الرجل،لم ينقل أحد منهم فيه خلافا،و لكن المصنف تردّد فيه هنا.و وجهه:عدم النصّ عليه بخصوصه، و إنما ورد فى النصوص الفسخ بالخصاء و العنن من عيوب الجماع.و لما كان الحكم بالخيار فى هذه العيوب على خلاف الأصل فلا بدّ لمثبتها من دليل صالح ليخرج عن حكم الأصل،و إلا فالأصل فى العقد اللزوم،و ليس على الجبّ دليل

ص:١٠٦

١-١) المختلف:٥٥٥.

٢-٢) فى «و»:نجوز.

٣-٣) المقنعه:٥٢٠.

و لو حدث الجبّ (١) لم تفسخ به. وفيه قول آخر.

صالح.

و يمكن إثباته من النصوص الدالّة على حكم الخصاء، فإنه أقوى عيباً منه، لقدرة الخصي على الجماع في الجملة، بل قيل: إنه يصير أقوى من الفحل بواسطة عدم خروج المنى منه، و من ثمّ ذهب بعضهم (١) إلى عدم كونه عيباً لذلك، بخلاف المجهول، فإنه قد انتفى عنه قدره على الجماع رأساً، لعدم الآله. و كذلك استفادته من العنين، لمشاركته له في المعنى و زيادته، لأن العنين يمكن برؤه، و المجهول يستحيل.

و يمكن استفادته أيضاً من عموم الأخبار، كقوله في روايه أبي الصباح الكناني السابقه (٢): «في امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع. إلخ» فإنه يشمل بإطلاقه المجهول، لأنه لا يقدر على الجماع. مضافاً إلى لزوم الضرر بالمرأه على تقدير عدم إثبات الخيار لها، و هو منفيّ. و حينئذ فالمذهب كونه عيباً، و هو الذي اختاره المصنف بعد التردد، بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء و لو مقدار الحشفه، لأن الوطء يحصل بمقدار ذلك، و من ثمّ يترتب عليه أحكامه، من وجوب الغسل، و المهر، و الحدّ، و الإباحه للزوج المطلّق ثلاثاً، و إفساد العبادات كالحيّج و الصيام، و وجوب الكفّارات، و غير ذلك.

قوله: «و لو حدث الجبّ. إلخ».

إذا تجدد الجبّ بعد العقد، سواء كان قبل الوطء أم بعده، هل يجوز للمرأة الفسخ به كما لو سبق على العقد؟ اختلف كلام الأصحاب، فذهب الشيخ في

ص: ١٠٧

١-١) الخلاف ٤:٣٤٨ مسألة (١٢٥).

٢-٢) في ص: ١٠٥، هامش (٧).

المبسوط (١) و ابن البرّاج [٢] و جماعه [٣] إلى ثبوت الخيار به متى وجد. و استدلّ عليه في المبسوط بالإجماع و عموم الأخبار، مع أنه في موضع آخر من المبسوط قال: «و عندنا لا- يرّد الرجل من عيب يحدث به إلا- الجنون» (٢) و هذا يشعر بدعوى الاتّفاق عليه، و هو غريب. و كذلك ذهب في الخلاف (٣) إلى عدم الخيار بالحادث.

و هو مذهب ابن إدريس (٤).

و كذلك اختلف مذهب العلامة فيه، ففي المختلف (٥) قوى جواز الفسخ بالجبّ و الخصاء و العنه و إن تجددت بعد الدخول. و في الإرشاد [٨] قطع بعدم ثبوته بالمتجدّد منها مطلقا. و كذا في التحرير (٦). ثمّ في موضع آخر (٧) منه قرّب جواز الفسخ بالمتجدّد من الجبّ بعد الوطء، و أبقى الخصاء على الحكم الأول من عدم الفسخ بالمتجدّد منه بعد العقد مطلقا. و في العنه جوّز بالمتجدّد بعد العقد و قبل الدخول خاصّه. و في القواعد (٨) جزم بالخيار للمتجدّد منه بعد العقد و قبل الوطء، و تردّد في المتجدّد بعد الوطء. و شرط في الخصاء سبقه على العقد، و نسب الحكم في المتجدّد إلى قول، مشعرا بتردّده فيه. و في العنه شرط عدم

ص: ١٠٨

١- ١) المبسوط ٤:٢٦٤.

٢- ٢) المبسوط ٤:٢٥٢.

٣- ٥) الخلاف ٤:٣٤٩ مسألة (١٢٧).

٤- ٦) السرائر ٢:٦١٢.

٥- ٧) مختلف الشيعة: ٥٥٤.

٦- ٩) التحرير ٢:٢٨.

٧- ١٠) التحرير ٢:٢٩.

٨- ١١) قواعد الأحكام ٢:٣٢.

و لو بان خنثى لم يكن (١) لها الفسخ. و قيل: لها ذلك. و هو تحكّم مع إمكان الوطاء.

الوطاء.

و قد عرّفناك بعد هذا الاختلاف أن ليس للجبّ أخبار تخصّه، و إنّما مرجعه إلى الأخبار السابقة (١)، و قد عرفت حالها، و أن طريق الجمع بينها مطلقا يقتضى اشتراط عدم الدخول. و مراعاة المعتبر منها سنداً يوجب الحكم بالعيب المذكور مطلقاً، و من هنا ينشأ الخلاف. و أمّا الشيخ فلا عذر له فيما وقع له من الاختلاف.

قوله: «و لو بان خنثى لم يكن. إلخ».

القائل بجواز الفسخ لو بان الزوج خنثى الشيخ فى المبسوط فى موضعين (٢) منه، مع أنه قال فيه أيضاً- فى موضع ثالث (٣)-: إنه ليس بعيب، و إنما هو بمنزلة الإصبع الزائده. و هذا هو الأقوى. و كذا لو ظهرت المرأة خنثى، لأن الزائد فيها كالإصبع الزائده، و الزائد فى الرجل كالثقبه الزائده، لا كما مثّل به الشيخ، و كلاهما ليس بعيب. و موضع الخلاف ما إذا كان محكوماً له بالذكوريّة أو الأنوثيّة، أما لو كان مشكلاً تبين فساد النكاح.

و وجه الخيار مع وضوحه: وجود نفره منه، و كون العلامات ظنيّه لا تدفع الشبهه، و الانحراف الطبيعى. و الشيخ صرّح فى المبسوط بكون الخلاف فى الخنثى الواضح، لأنه قال (٤) فى الموضوعين: لو بان خنثى و حكم بأنه ذكر فهل لها الخيار أم لا؟ لكنّه ذكر فى ميراث (٥) الخنثى أنه لو كان زوجاً أو زوجته اعطى

ص: ١٠٩

١-١ (١) لاحظ ص: ١٠٤-١٠٥.

٢-٢ (٢) المبسوط ٤:٢٦٣، و راجع أيضاً ص: ٢٦٦.

٣-٣ (٣) المبسوط ٤:٢٥٠.

٤-٤ (٤) المبسوط ٤:٢٦٣، و راجع أيضاً ص: ٢٦٦.

٥-٥ (٥) المبسوط ٤:١١٧.

و لا يرّد الرجل (١) بعيب غير ذلك.

نصف النصيين، فبنى بعضهم (١) حكمه هنا [نصًا] (٢) عليه، إلا أنه ضعيف جدًا، فالمبنى عليه كذلك. و فرضه في الواضح أوضح.

قوله: «و لا يرّد الرجل: إلخ».

ما ذكره من اختصاص الرجل بالأربعة هو المشهور بين الأصحاب، و كثير منهم كالمصنف لم ينقل خلافا في ذلك. و استدّلوا عليه بأصالة لزوم العقد، فلا يثبت الخيار إلاّ بدليل يقتضيه، و لا دليل في غير ذلك، و بروايه غياث الضبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام و في آخرها: «و الرجل لا يرّد من عيب» [٣] فإنه حجّه فيما لم يخرج له دليل.

و ذهب ابن البرّاج في المهذب (٣) إلى اشتراك الرجل و المرأة في كون كلّ من الجنون و الجذام و البرص و العمى موجبا للخيار في النكاح. و كذلك ابن الجنيد، و زاد العرج و الزنا [٥].

و دليلهما في غير الجذام و البرص غير واضح، أما فيهما ففي غاية الجوده، لصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «يرّد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (٤) و هو متناول بإطلاقه للرجل و المرأة. و لأن ثبوتها عيبا في

ص: ١١٠

١-١) راجع جامع المقاصد ١٣:٢٣٣.

٢-٢) من إحدى الحجريتين فقط.

٣-٤) المهذب ٢:٢٣١.

٤-٦) الكافي ٥:٤٠٦ ح ٦، الفقيه ٣:٢٧٣ ح ١٢٩٩، التهذيب ٧:٤٢٦ ح ١٧٠١، الاستبصار ٣:٢٤٧ ح ٨٨٦، الوسائل ١٤:٥٩٣ ب(١) من أبواب العيوب و التدليس ح ٦.

المراه-مع أن للرجل وسيله إلى التخلّص منها بالطلاق-يوجب كونهما عيبا في الرجل بالنسبه إليها بطريق أولى، لعدم قدرتها على التخلّص لو لا-الخيار، و حصول الضرر منه بالعدوى باتّفاق الأطباء و أهل المعرفه، مضافا إلى ما اشتهر من قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد» (١). و لأن النفره الناشئه من ذلك المنافيه للمقصود من الاستمتاع أزيد من غيره من العيوب المتّفق عليها.

و يبقى الكلام في اعتبار سبقه على العقد و الاكتفاء بالمتجدّد منه مطلقا أو قبل الدخول كما سبق في نظائره، بل العموم هنا أولى، لإطلاق النص الصحيح المتناول لجميع الأقسام، بخلاف عيب العنن و الخصاء و الجبّ، لما في الأخبار من التعارض فيه كما عرفت. و التمسك بلزوم العقد و الاستصحاب و غير ذلك كلّ مدفوع بعموم الخبر الصحيح.

و أما الاستناد إلى خبر غياث الضبّي في مثل هذه المطالب- كما اتّفق لجماعه (٢) من المحقّقين- فمن أعجب العجائب، لقصوره في المتن و السند. أما السند فلائن غياثا هذا لا يعرف في كتب الرجال بحال، فكيف يجعل حديثه متمسكا في هذه الأحكام، بل معارضا لغيره من الأخبار، خصوصا الصحيح منها؟ و أما المتن فلاقتضائه نفى ردّ الرجل من عيب أصلا، و هو خلاف إجماع المسلمين. و الاعتناء بالتمسك به فيما لا يدلّ دليل على كونه عيبا واقع في غير موقعه، لما عرفت من حاله.

ص: ١١١

١- (١) الفقيه ٣: ٣٦٣ ح ١٧٢٧، الخصال: ٥٢٠ ح ٩ من أبواب العشرين و ما فوقه، الوسائل ١١: ٢٧٣ ب (٤٩) من أبواب جهاد النفس ح ١٧.

٢- (٢) كما في جامع المقاصد ١٣: ٢٣٤. و لاحظ المختلف: ٥٥٢-٥٥٣، و التنقيح الرائع ٣: ١٧٨.

و عيوب المرأه سبعة: (١) الجنون، و الجذام، و البرص، و القرن، و الإفشاء، و العمى، و العرج.

أما الجنون فهو فساد العقل. و لا يثبت الخيار مع السهو السريع زواله، و لا مع الإغماء العارض مع غلبه المرء. و إنما يثبت الخيار فيه مع استقراره.

و أما الجذام فهو الذى (٢) يظهر معه يبس الأعضاء و تناثر اللحم. و لا تجزى قوه الاحتراق، و لا تعجز الوجه، و لا استداره العين.
قوله: «و عيوب المرأه سبعة. إلخ».

لما كان الحكم فى النصوص معلقا على مسمى الجنون، و كان متحققا بفساد العقل بأى سبب اتفق، و على أى وجه كان، دائما أو أدوارا، مفيقا أوقات الصلاه أو لا، تحقق الحكم معه على ذلك الوجه، لأصاله عدم اعتبار أمر آخر.

نعم، يشترط استقراره، فلا- عبره بعروض زوال العقل وقتنا من الأوقات ثم لا- يعود، لأن من حصل له ذلك لا يطلق عليه عرفا أنه مجنون. و أولى بعدم الاعتبار من يعرض له السهو إذا كان زواله سريعا، و لا الإغماء العارض لمرض كغلبه المرء و نحوها.
قوله: «و أما الجذام فهو الذى. إلخ».

هذا المرض مميّا يخفى أمره قبل استحكامه. و لئى كان الخيار على خلاف الأصل متوقفا على أسباب خاصه اشترط فى ثبوته تحقق السبب، فإذا تحقق وجود هذا المرض- أعادنا الله منه- بتناثر اللحم و سقوط بعض الأطراف كالأنف فلا إشكال فيه، و بدونه و ظهور علاماته من ضيق النفس و بحة الصوت و كموده العين (١) إلى حمرة و نحو ذلك مما ذكره المصنف و غيره (٢) يرجع فيه إلى أهل

ص: ١١٢

١- ١) فى «س» و الحجريتين: العينين.

٢- ٢) كما فى قواعد الأحكام ٢: ٣٣، التنقيح الرائع ٣: ١٨٠، جامع المقاصد ١٣: ٢٣٥.

و أما البرص فهو البياض (١) الذى يظهر على صفحة البدن لغلبيه البلغم. و لا يقضى بالتسلط مع الاشتباه.

الخبره من الأطباء. و يشترط فيهم العدالة و التعدد و الذكوره كغيرها من الشهادات، أو حصول الشياخ المتأخم للعلم و إن لم يكن المخبر بذلك الوصف. فإن انتفى ذلك كله و ادعى أحدهما على الآخر وجوده و اشتبه الحال فعلى المنكر اليمين.

و تعجر الوجه فى عباره المصنف- بالراء المهمله- أن يظهر فيه العجره- بضم العين- و هو الشىء الذى يجتمع فى الجسد كالسلعه (١). و مثلها البجره (٢).

و قد يطلقان على العيب كيف اتفق، تقول: أفضيت إليه بعجى و بجرى، أى:

أطلعته من ثقتى على معايبي، قاله الهروى (٣). و المراد به هنا ما يبدو فى الوجه من آثار هذه العله.

قوله: «و أما البرص فهو البياض. إلخ».

البرص مرض معروف يحدث (٤) فى البدن يغير (٥) لونه إلى السواد أو إلى البياض، لأن سببه قد يكون غلبه السوداء فيحدث الأسود، و قد يكون غلبه البلغم فيحدث الأبيض. و المعتبر منه ما يتحقق كالجدام، فإنه قد يشتبه بالبهق، لأنه يشبهه فى القسمين و السبيين. و الفرق بينهما أن البرص يكون غائصا فى الجلد و اللحم، و البهق يكون فى سطح الجلد خاصه ليس له غور. و قد يتميزان بأن يغرز فيه الإبره، فإن خرج منه دم فهو بهق، و إن خرج منه رطوبه بيضاء فهو برص. و مع اشتباه الحال يرجع فيه إلى طبيبين عارفين كما مرّ، لأن المقتضى لثبوت الخيار وجود السبب الموجب له، فمع الاشتباه يرجع إلى أصل اللزوم.

ص: ١١٣

١-١) لسان العرب ٤:٥٤٢ و ٤٠.

٢-٢) لسان العرب ٤:٥٤٢ و ٤٠.

٣-٣) لسان العرب ٤:٥٤٢ و ٤٠.

٤-٤) فى إحدى الحجريتين: و بسببه يحدث فى البدن تغير. و فى «س»: سببه.

٥-٥) كذا فى «م» و فى النسخ الخطيه: بغير.

و أما القرن فقد قيل (١) هو العفل. و قيل: عظم ينبت في الرحم يمنع الوطاء. و الأول أشبه. فإن لم يمنع الوطاء قيل لا- يفسخ به، لإمكان الاستمتاع. و لو قيل بالفسخ تمسكا بظاهر النقل أمكن.

قوله: «و أما القرن فقد قيل.».

قد اختلف كلام أهل اللغة و تبعه كلام الفقهاء في أن القرن هل هو العفل، أو شيء آخر غيره؟ ففي نهايه ابن الأثير: «القرن- بسكون الراء- شيء يكون في فرج المرأه كالمسنن يمنع من الوطاء يقال له العفل» (١). و قريب منه قال الجوهري (٢)، إلا أنه قال في موضع آخر: «العفل شيء يخرج من قبل النساء و حياء الناقه شبيه بالادره التي للرجل» (٣). و هذا الأخير يقتضى المغايره بينهما، و أن العفل أعم، لإطلاقه على العظم و اللحم. و قال ابن دريد في الجمهره (٤): «أن القرناء هي المرأه التي تخرج قرنه من رحمها. قال: و الاسم القرن.» و ضبطه محرّكا مفتوحا. و قال في العفل إنه: «غلظ في الرحم» (٥).

و أما الروايات فقد سبق منها (٦) صحيحه الحلبي أن العفل عيب، و لم يذكر القرن. و كذلك في روايه أبي عبيده [١] عن أبي عبد الله عليه السلام و روايه عبد

ص: ١١٤

١- ١) النهايه لابن الأثير ٤: ٥٤.

٢- ٢) الصحاح ٦: ٢١٨٠.

٣- ٣) الصحاح ٥: ١٧٦٩.

٤- ٤) جمهره اللغة ٢: ٧٩٣. و فيه: قرنه رحمها من فرجها.

٥- ٥) جمهره اللغة ٢: ٩٣٧.

٦- ٦) في ص: ١١٠، هامش (٦).

الرحمن بن أبي عبد الله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام. و في روايه أخرى عنه عليه السلام قال: «المرأه تردّ من البرص، و الجذام، و الجنون، و القرن، و هو العفل» (٢). و في روايه أبي الصبّاح الكنانى قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأه فوجدها قرناء، قال: هذه لا تحبل، و لا يقدر زوجها على مجامعتها، يردها على أهلها صاغره» (٣) فذكر القرن و لم يذكر العفل.

و يمكن أن يجمع بين الأخبار كلّها بحمل القرن على العفل - كما ورد في روايه عبد الرحمن، و لذلك كان الأشبه عند المصنف ذلك - و يراد من العيين معنى واحد، و هو أن يكون في الفرج شىء من العظم أو اللحم يمنع الوطء. و هذا هو الأنسب. و تظهر فائده الاختلاف في عدد عيوب المرأه، فإن جعلناهما متغايرين زاد العدد واحدا.

إذا تقرّر ذلك فاعلم أن القرن إن منع الوطء أصلا فلا إشكال في ثبوت الخيار به، لتطابق النصوص و كلام أهل اللغه و الفقهاء عليه. و إن لم يمنعه، بأن يمكن حصوله بعسر، فهل يبيح الفسخ؟ فيه قولان:

أحدهما: العدم، و هو الذى قطع به الشيخ (٤) و الأكثر، لعدم المقتضى له، فإن الخيار إنما نشأ من حيث المنع من الوطء الذى هو أهم المطالب من التزويج.

و الثانى - و هو الذى مال إليه المصنف من غير تصريح - ثبوت الخيار أيضا

ص: ١١٥

-
- ١- (١) التهذيب ٧: ٤٢٥ ح ١٦٩٨، الوسائل ١٤: ٥٩٥ ب (١) من أبواب العيوب و التدليس ح ١٣.
 ٢- (٢) الكافي ٥: ٤٠٩ ح ١٦، التهذيب ٧: ٤٢٧ ح ١٧٠٣، الاستبصار ٣: ٢٤٨ ح ٨٨٩، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.
 ٣- (٣) الكافي ٥: ٤٠٩ ح ١٨، التهذيب ٧: ٤٢٧ ح ١٧٠٤، الاستبصار ٣: ٢٤٩ ح ٨٩٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.
 ٤- (٤) المبسوط ٤: ٢٥٠.

و أما الإفضاء فهو تصيير المسلكين واحداً. (١) و أما العرج ففيه تردد، (٢) أظهره دخوله في أسباب الفسخ إذا بلغ الإقعاد.

تميّكا بظاهر النصّ حيث علق الخيار على وجود الاسم المذكور، الشامل لما يمكن معه الوطاء حينئذ و عدمه. و في بعضها تصريح بذلك، كصحيحه أبي عبيده عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل تزوّج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دلّست العفلاء نفسها و البرصاء و المجنونه و المفضاه و ما كان بها من زمانه ظاهره فإنها تردّ على أهلها من غير طلاق» (١) الحديث.

و صحيحه أبي الصباح المتقدّمه و في آخرها: «قلت: فإن كان دخل بها، قال: إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها-يعنى المجامعه- ثمّ جامعها فقد رضى بها، و إن لم يعلم إلا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك و إن شاء طلق» (٢).

و هذا القول قويّ إن لم يكن الإجماع على خلافه، إذ لا يظهر به قائل صريحا، كما يظهر من عبارته المصنف بقوله: «و لو قيل بالفسخ أمكن». و حمل الدخول و الجماع في النصوص على غير الجماع في الفرج في غاية البعد.

قوله: «و أما الإفضاء-إلى قوله-واحداً».

أى: تصيير مسلك البول و الحيض واحداً على خلاف في تفسيره. و قد تقدّم. (٣)

قوله: «و أما العرج ففيه تردد. إلخ».

اختلف الأصحاب في أن العرج في المرأة هل هو عيب يجوز الفسخ أم لا؟

ص: ١١٤

١-١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١١٤، هامش (٧).

٢-٢) الوسائل ١٤: ٥٩٨ ب (٣) من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

٣-٣) في ج ٦٨: ٧.

.....
على أقوال:

أحدها: أنه عيب مطلقاً. ذهب إليه الشيخان في التهذيب (1) و النهاية (2) و المقنعه (3)، و ابن الجنيد (4)، و أبو الصلاح (5)، و أكثر الأصحاب، لصحيحه داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: تردّ على وليها» (6) الحديث. و رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: تردّ البرصاء، و العمياء، و العرجاء» (7).

و ثانيها: ثبوته بشرط كونه بينا. ذهب إليه العلامة في المختلف (8) و التحرير (9)، و نقله عن (10) ابن إدريس، و استدللّ عليه بالروايتين السابقتين. و في التحرير (11) نُسبه إلى الشيخ في النهاية و التهذيب، مع أن الشيخ لم يقيد بذلك.

و هذا يدلّ على أن مراده بالبين ما كان ظاهراً في الحسّ و إن لم يبلغ حدّاً يمنع من التردّد إلاّ بالمشقّه الكثيره، لأن الروايه لا تدلّ على أزيد من كونه بينا في الحسّ بحيث يتحقّق مسمّى العرج. و كذا كلام الشيخ (12) و الجماعه (13). و على هذا فربّما

ص: ١١٧

-
- ١- (١) التهذيب ٤٢٥، ٤٢٣: ٧.
 - ٢- (٢) النهاية: ٤٨٥.
 - ٣- (٣) المقنعه: ٥١٩.
 - ٤- (٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٥٣.
 - ٥- (٥) الكافي في الفقه: ٢٩٥.
 - ٦- (٦) التهذيب ٧: ٤٢٤ ح ١٦٩٤، الاستبصار ٣: ٢٤٦ ح ٨٨٤، الوسائل ١٤: ٥٩٤ ب (١) من أبواب العيوب و التدليس ح ٩.
 - ٧- (٧) التهذيب ٧: ٤٢٤ ح ١٦٩٦، الاستبصار ٣: ٢٤٦ ح ٨٨٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٢.
 - ٨- (٨) مختلف الشيعة: ٥٥٣.
 - ٩- (٩) التحرير ٢: ٢٩.
 - ١٠- (١٠) مختلف الشيعة: ٥٥٣.
 - ١١- (١١) التحرير ٢: ٢٩.
 - ١٢- (١٢) النهاية: ٤٨٥.
 - ١٣- (١٣) راجع الكافي في الفقه: ٢٩٥، المراسم: ١٥٠، الوسيله: ٣١١.

رجع القولان إلى قول واحد. ويمكن أن يكونا مختلفين، بأن يريد بالبين ما كان ظاهراً متفاحشاً بحيث يعسر معه التردد عادة، لأن العرج اليسير جداً لا يعدّ عيباً عادة. إلا أن إطلاق الروايتين لا يساعد على هذا.

و ثالثها: تقييده ببلوغه حدّ الإقعاد. وهو الذى ذهب إليه المصنف، والعلامة فى القواعد (١) والإرشاد (٢). والظاهر من معناه أن يبلغ حدّاً يعجز معه عن المشى.

وفى تسميه مثل هذا عرجاً نظراً والحامل لهم على هذا التقييد أمران:

أحدهما: استبعاد كون مطلق العرج عيباً موجبا للخيار، خصوصاً مع وقوع الخلاف فيه، وحصول الشك فى خروج العقد من اللزوم إلى الجواز، ومعارضه صحیحه الحلبي السابقه (٣) الدالّ على عدم الردّ بغير ما ذكر فيها من العيوب.

والثانى: ورود كون الزّمانه عيباً فى صحیحه داود بن سرحان: «و إن كان بها زمانه لا- يراها الرّجال أجزى شهاده النساء عليها» (٤) فإنّ ظاهرها أن الردّ منوط بالزمانه، عملاً بمفهوم الشرط. وكذا روايه أبى عبيده (٥) السالفه. فيجب حمل المطلق على المقيّد.

وفيه نظر، لأن مفهوم الزمانه أمر آخر غير المفهوم من العرج. ومقتضى النصوص كون كلّ واحد منهما عيباً برأسه، وليس ذلك من باب المطلق والمقيّد فى شىء، بل الظاهر من الزمانه أمر آخر خفّ لا يطلع عليه الرّجال، والعرج ليس

ص: ١١٨

١-١) قواعد الأحكام ٢:٣٣.

٢-٢) إرشاد الأذهان ٢:٢٨.

٣-٣) فى ص: ١١٠، هامش (٤).

٤-٤) الوسائل ١٤:٥٩٩ ب(٤) من أبواب العيوب والتدليس ح ١.

٥-٥) فى ص: ١١٦، هامش (١).

كذلك. و سيأتي النقل عن الصدوق أنه جعلهما أمرين، و أثبت الخيار بالزمانه دون العرج. و استبعاد كون العرج عيباً مطلقاً غير مسموع بعد ورود النصّ الصحيح.

و الشكّ في خروج العقد من اللزوم منتف بعد ورود النصّ الصحيح و عمل أكثر الأصحاب. نعم، لا بأس بتقييده بالبين ليخرج اليسرى الذى لا- يعبأ به، و لا- يظهر غالباً، و لا يوجب نقصاً. و أما حمل العرج البين على الزمانه كما ذكره بعض الفضلاء (١) فلا شبهه في فساد، خصوصاً بعد ما نقلناه عن قائله من الاستشهاد.

و رابعها: أنه ليس بعيب مطلقاً. و هو الظاهر من كلام الشيخ في المبسوط (٢) و الخلاف (٣)، فإنه لم يعدّه من عيوب المرأة. و كذلك ابن البراج في المهذب (٤).

و هو الظاهر من الصدوق، فإنه في المقنع (٥) عدّ العيوب و لم يذكره، ثمّ قال: «إلا- أنه روى في الحديث أن العمياء و العرجاء تردّ» و قال قبل ذلك: «فإن تزوّج الرجل بامرأه فوجدتها قرناء، أو عفلاء، أو برصاء، أو مجنونه، أو كان بها زمانه ظاهره، فإن له ردّها على أهلها بغير طلاق» (٦).

و حجّتهم على ذلك أصاله لزوم العقد، و ظاهر الحصر في صحيحه (٧) الحلبي في قوله عليه السلام: «إنما يرّد النكاح من البرص، و الجذام، و الجنون، و العفل» فإن «إنما» تدلّ على الحصر.

و لا يخفى ضعف الدليلين، فإن الأصل قد عدل عنه بما ثبت في النصوص

ص: ١١٩

١- ١) في «ش» و «و»: الفقهاء. جامع المقاصد ٢٤٢: ١٣- ٢٤٣.

٢- ٢) المبسوط ٢٤٩: ٤ و ما بعدها.

٣- ٣) الخلاف ٣٤٦: ٤ مسألة (١٢٤) و ما بعدها.

٤- ٤) لاحظ المهذب ٢٣١: ٢ و ما بعدها.

٥- ٥) المقنع: ١٠٤.

٦- ٦) المقنع: ١٠٣.

٧- ٧) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١١٠، هامش (٤).

و قيل: الرتق أحد العيوب (١) المسلّطه على الفسخ. و ربّما كان صوابا إن منع من الوطاء أصلا، لفوات الاستمتاع إذا لم يمكن إزالته، أو أمكن و امتنعت من علاجه.

الصحيحه من الخيار فيه و فى غيره من العيوب. و الحصر فى الروايه غير مراد، لخروج كثير من العيوب عنها. و إثبات الخارج بدليل خارجى يشاركه العرج فيه.

و الكلينى (١) رواها عن الحلبي مجرّده عن أداه الحصر. و هو أوضح.

قوله: «و قيل: الرتق أحد العيوب. إلخ».

الرتق - بالتحريك - مصدر قولك: امرأه رتقاء بينه الرتق لا يستطاع نكاحها، قاله الجوهرى (٢). و المراد منه التحام الفرج على وجه لا - يصير فيه مدخلا للذكر، و يخرج البول معه من ثقبه ضيقه، سواء كان بالخلقه أو بالخياطه. و ليس فيه نصّ بخصوصه، فمن ثمّ جعله المصنف عيبا بلفظ «قيل».

و ما قيّده به عن كونه عيبا على تقدير منعه الوطاء أصلا هو المذهب، لأنه حينئذ يصير أولى بالحكم من القرن و العفل اللذين لا يوجبان انسداد المحلّ أصلا، مع اشتراكهما فى العلة الموجبه للفسخ، و هو فوات الاستمتاع، فجرى ذلك مجرى فوات المنفعه فيما يطلب بالعقد منفعته.

و ذكر بعضهم (٣) أن الرتق مرادف للقرن و العفل، و أن الثلاثه بمعنى واحد.

فعلى هذا يكون داخلا فى النصّ و لو لم يبلغ الارتفاق حدّ المنع من الوطاء و لو لصغر (٤) الآله، فلا خيار لبقاء المقصود، بخلاف ما لو منع مطلقا. و على القول

ص: ١٢٠

١- (١) الكافى ٤٠٦: ٥ ح ٦.

٢- (٢) الصحاح ١٤٨٠: ٤.

٣- (٣) تحرير الأحكام ٢٨: ٢.

٤- (٤) فى إحدى الحجرّيتين: لصغير.

و لا تردّ المرأة (١) بعيب غير هذه السبعة.

بمرادفته للقرن يأتي فيه مع إمكان الوطاء بعسر (١) ما في ذلك من الخلاف.

و إنما يثبت الخيار أيضا إذا لم يمكن إزاله المانع عاده بفتق الموضوع، أو أمكن و امتنعت منه. و لو رضيت به فلا خيار. و ليس للزوج إجبارها على ذلك، لأن ذلك ليس حقا له، و لما في الإقدام على الجراحه من تحمّل الضرر و المشقه.

كما أنها لو أرادت ذلك لم يكن له منعها، لأنه تداو لا تعلق له به.

قوله: «و لا تردّ المرأة الخ».

ما ذكره من اختصاصه بالسبعة هو المشهور بين الأصحاب، و عليه العمل، لعدم دليل صالح لغيره. و ما حكم به في الرتق على تقدير مغايرته للقرن - كما هو الظاهر - فتكون ثمانية، و ما ذكرناه من مغايره العرج للزمانه فتكون تسعه. و بقي أمور وقع الخلاف في كونها عيبا لم يعتبرها المصنف، و اكتفى عنها بنفي الحكم عن كون ما سوى المذكور عيبا.

فمنها: ما إذا زنت المرأة قبل دخول الزوج بها، فإن الصدوق (٢) ذهب إلى أنها تردّ بذلك، و لا صداق لها، لقول علي عليه السلام في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها: «يفرق بينهما، و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها» (٣).

و سند الروايه ضعيف.

و منها: مطلق الزنا من الرجل و المرأة، قبل العقد و بعده. قال ابن الجنيدي:

«الزنا قبل العقد و بعده يردّ به النكاح» (٤) فلو زنت المرأة قبل دخول الرجل بها

ص: ١٢١

١-١) في «س» و إحدى الحجريتين: بعض.

٢-٢) المقنع: ١٠٩.

٣-٣) الكافي ٥: ٥٦٦ ح ٤٥، الفقيه ٣: ٢٦٣ ح ١٢٥٣، علل الشرائع ٢: ٥٠٢ ب (٢٦٥) ح ١. التهذيب ٧: ٤٧٣ ح ١٨٩٧، الوسائل ١٤: ٦٠١

ب (٦) من أبواب العيوب و التدليس ح ٣.

٤-٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٥٧.

فَرَّقَ بينهما، وكذلك إن كان الزانى رجلا- فلم ترض المرأة فَرَّقَ بينهما، للرواية السابقة، ولما روى [١] عن أمير المؤمنين عليه السلام أيضا أنه فَرَّقَ بين رجل و امرأه زنى قبل دخوله بها، و لروايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوّج امرأه فعلم بعد ما تزوّجها أنها كانت زنت، قال: إن شاء زوجها أخذ الصداق ممّن زوّجها، و لها الصداق بما استحلّ من فرجها، و إن شاء تركها» (١). و هذه الرواية قاصره عن إفاده الحكم، فإن جواز الرجوع بالصداق لا يقتضى جواز الردّ، و لا تعرّض فيها لحكم الرجل.

و منها: المحدوده فى الزنا. ذهب أكثر قدماء الأصحاب (٢) إلى أنه يجوز للزوج فسخ نكاحها، لأن ذلك من الأمور الفاحشه التى يكرهها الأزواج. و نفور النفس منه أقوى من نحو العمى و العرج. و لزوم العار العظيم به يقتضى كون تحمّله ضررا عظيما. و للروايه السابقه. و فيها- مع قصور الدلاله عن جواز الردّ- عدم دلالتها على محلّ النزاع. و من ثمّ ذهب المتأخرون (٣) إلى أن ذلك كلّه ليس بعيب يجوز الفسخ. و الطلاق بيد الزوج يجبر ما ينشأ من الضرر و المشقّه بتحمّلها.

و للشيخ (٤) قول آخر بعدم الفسخ لكن يرجع الزوج بالمهر على وليها العالم

ص: ١٢٢

-
- ١- (٢) التهذيب ٧: ٤٢٥ ح ١٦٩٨، الاستبصار ٣: ٢٤٥ ح ٨٧٩، الوسائل ١٤: ٦٠١ ب (٦) من أبواب العيوب و التدليس ح ٤.
 ٢- (٣) أنظر المقنعه: ٥١٩، المراسم: ١٥٠، و المهذب ٢: ٢٣١، و الكافى فى الفقه: ٢٩٥.
 ٣- (٤) راجع المختلف: ٥٥٣، إيضاح الفوائد ٣: ١٧٨-١٧٩، التنقيح الرائع ٣: ١٨٣-١٨٤.
 ٤- (٥) النهايه: ٤٨٦.

المقصد الثاني: في أحكام العيوب و فيه مسائل:

الأولى: العيوب الحادثة بالمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ

الأولى: العيوب الحادثة بالمرأة (١) قبل العقد مبيحة للفسخ. و ما يتجدد بعد العقد و الوطاء لا يفسخ به. و في المتجدد بعد العقد و قبل الدخول تردّد، أظهره أنه لا يبيح الفسخ، تمسّكا بمقتضى العقد السليم عن معارض.

بحالها، عملا بمدلول الرواية. و ردّه في المختلف (١) بأن الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيبا أوجب الفسخ، و إلا لم يجب المهر.

قوله: «العيوب الحادثة بالمرأة. إلخ».

العيوب الحاصلة في المرأة لا تخلو: إما أن تكون موجودة قبل العقد، أو متجدّده بعده قبل الدخول، أو بعده. ففي الأول يثبت للرجل الفسخ إجماعا، لدلالة النصوص عليه قطعاً، و بناء العقد ابتداء على الترتل.

و في الأخير لا خيار اتفاقا على ما يظهر من المصنف و غيره (٢)، لجريان الدخول مجرى التصرف المانع من الردّ بالعيب. و لسبق لزوم العقد فيستصحب.

و لصحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا» (٣). و هي شاملة بإطلاقها لوقوعه عليها قبل وجود العيب و بعده.

ص: ١٢٣

١-١) مختلف الشيعة: ٥٥٣.

٢-٢) راجع القواعد ٢:٣٣ و التحرير ٢:٢٩.

٣-٣) الكافي ٥:٤٠٩ ح ١٦، الفقيه ٣:٢٧٣ ح ١٢٩٦، التهذيب ٧:٤٢٧ ح ١٧٠٣، الاستبصار ٣:٢٤٨ ح ٨٨٩، الوسائل ١٤:٥٩٢

ب(١) من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

و لا يضرها قصرها على الأربعة، لعدم القائل بالفرق، و عدم ما يدل على الحصر.

و هي في ذلك أجود من صحيحه الحلبي (١) الدال على الحصر، و أصحّ سندا، و إن اشتركا في الصحه.

و يظهر من الشيخ في المبسوط و الخلاف (٢) جواز الرد بالمتجدد بعد العقد من غير تقييد بكونه قبل الدخول، فيشمل ما يتجدد منه بعد الوطء. و عبارته المبسوط: «فإن حدث بها العيب فكلّ العيوب يحدث بها الجنون و الجذام و البرص و الرتق و القرن، فإذا حدث فهل له الخيار أم لا؟ قيل فيه قولان أحدهما لا خيار له، و الثاني له الخيار، و هو الأظهر، لعموم الأخبار» (٣). و أراد بالأخبار صحيحه الحلبي، و صحيحه داود بن سرحان، و رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله الأخرى، و رواه أبي الصباح، و كلّها قد تقدّمت (٤)، و هي مطلقه في ثبوت الخيار بهذه العيوب حيث يجدها الزوج، فيتناول ما بعد الدخول. و الحقّ حملها على ما قبل الدخول، حملا للمطلق على المقيد، حذرا من التنافي.

و في موضع آخر من المبسوط صرح بأن العيب الحادث بعد الدخول يثبت به الفسخ، لأنه قال: «فأيهما فسخ نظرت، فإن كان قبل الدخول سقط المهر» إلى أن قال و أما إن كان العيب حدث بعد الدخول استقرّ المسمى، لأن الفسخ إذا كان كالموجود حين حدوث العيب فقد حدث بعد الإصابه، فاستقرّ المهر، ثمّ فسخ بعد استقراره» (٥) انتهى المقصود من كلامه قدس سرّه، و إنما نقلناه كذلك لأن المشهور

ص: ١٢٤

١-١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١١٠، هامش (٦).

٢-٢) الخلاف ٤: ٣٤٩ مسألة (١٢٨).

٣-٣) المبسوط ٤: ٢٥٢.

٤-٤) في ص: ١١٥، ١١٧، ١١٠.

٥-٥) المبسوط ٤: ٢٥٢-٢٥٣.

عنه العبارة الاولى لا غير.

و أما الحادثه بعد العقد و قبل الدخول ففيها قولان:

أحدهما: الثبوت، صرّح به الشيخ في المبسوط (1) و الخلاف (2)، و تقدّمت عبارته فيه، و لشمول الأخبار السابقه لهذه الحاله من غير معارض.

و ذهب ابن إدريس (3) و المصنف و باقي المتأخرين (4) إلى عدم الفسخ به، محتجّين بأن العقد وقع لازماً فيستصحب. و بأن أمر النكاح مبنّى على الاحتياط، فلا يتسلّط على فسخه بكلّ سبب.

و أجابوا عن الأخبار بأنها ليست صريحه في ذلك و في صحيحه أبي عبيده عن أبي جعفر عليه السلام ما يقتضى كون العيب سابقاً، لأنه قال: «إذا دلّست العفلاء نفسها. إلخ» (5) و التدليس يقتضى وجود العيب قبل العقد، و مفهومه يقتضى عدم الردّ مع انتفاء التقدّم، عملاً بمفهوم الشرط، فتحمل تلك الأخبار على ما لو سبق العيب العقد، جمعاً بين الأدلّه. و لا بأس بهذا القول، و إن كان القول الآخر لا يخلو من قوّه أيضاً.

و يظهر من ابن الجنيد اختيار قول ثالث، و هو ثبوت الفسخ بالجنون المتجدّد و إن كان بعد الدخول كالرجل، لأنه قال: «و لو حدث ما يوجب الردّ قبل العقد بعد الدخول لم يفرّق بينهما، إلّا الجنون فقط» (6) فجعل الجنون موجبا

ص: ١٢٥

١- ١) المبسوط ٢٥٢: ٤.

٢- ٢) الخلاف ٣٤٩: ٤، مسأله (١٢٨).

٣- ٣) السرائر ٦١٣: ٢.

٤- ٤) راجع المختلف: ٥٥٤، إيضاح الفوائد ١٧٩: ٣، التنقيح الرائع ١٨٥: ٣، جامع المقاصد ٢٥٢: ١٣.

٥- ٥) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١١٤، هامش (٧).

٦- ٦) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٥٥٤.

الثانيه: خيار الفسخ على الفور

الثانيه: خيار الفسخ على الفور، (١) فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد. وكذا الخيار مع التدليس.

الثالثه: الفسخ بالعيب ليس بطلاق

الثالثه: الفسخ بالعيب ليس (٢) بطلاق، فلا يطرد معه تصنيف المهر، ولا يعدّ في الثلاث.

للخيار في كلّ منهما وإن حدث بعد الدخول. ووجه عمومه أنه شرّك من أول كلامه بين الرجل والمرأة في العيوب التي ذكرها. ومفهوم عبارته أيضا ثبوت الخيار بباقي العيوب لو حدثت قبل الدخول، كقول الشيخ (١) رحمه الله.

قوله: «خيار الفسخ على الفور. إلخ».

ظاهر الأصحاب الاتفاق على كون هذا الخيار على الفور، ولأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالتسلّط على الفسخ، وهو يحصل بذلك، فيقتصر فيما خالف الأصل على مقدار ما يحصل به. وليس لهم في ذلك نصّ بخصوصه.

ثمّ إن كان العيب ظاهرا لا - نزاع فيه بينهما فالفوريّ معتبره في الفسخ. وإن توقّف ثبوته على المرافعه إلى الحاكم فالفوريّ في المرافعه إلى الحاكم، فإذا ثبت صار الفسخ فوريا. وفي التحرير (٢) أطلق أن الفوريّ هو المرافعه إلى الحاكم وإن كانا متّفقين على العيب. وكذلك عبّر الشيخ في المبسوط (٣). وهو حسن حيث يتوقّف الأمر على الحكم. ويعذر جاهل أصل الخيار. وفي جاهل الفوريّ وجهان تقدّم (٤) نظيرهما.

قوله: «الفسخ بالعيب ليس. إلخ».

لا شبهه في أن هذا الفسخ وغيره ليس بطلاق، لأن الطلاق يفتقر إلى لفظ

ص: ١٢٦

١- ١) تقدّم في الصفحة السابقه.

٢- ٢) التحرير ٢٩: ٢.

٣- ٣) المبسوط ٢٥٣: ٤.

٤- ٤) في ص: ٣٦-٣٧.

الرابعة: يجوز للرجل الفسخ من دون الحاكم و كذا للمرأة

الرابعة: يجوز للرجل الفسخ (١) من دون الحاكم. و كذا للمرأة. نعم، مع ثبوت العنن يفتقر إلى الحاكم لضرب الأجل. و لها التفرد بالفسخ عند انقضائه و تعدّر الوطاء.

خاصّ، كقوله «أنت طالق» و نحوه، بخلاف الفسخ، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق من الشروط، و لا يعدّ في الثلاث المحرّمه، و لا يطرد معه تنصيف المهر إذا وقع قبل الدخول، بمعنى أنه متى حصل تنصّف المهر له كالطلاق. و إنّما عبّر بقوله:

«و لا يطرد» دون أن يقول «و لا ينتصف» للتنبية على أنه قد ينتصف به المهر في بعض الموارد، كما سيأتي (١) في العنّه، إلا أن ذلك بدليل خاصّ لا يوجب اطّراده في غيره من موارد الفسخ بالعيب، فالمنفّى اطّراده لا ثبوته في الجملة.

قوله: «يجوز للرجل الفسخ. إلخ».

لَمَّا دَلَّتْ النصوص على أن هذا الفسخ حقّ ثابت لكلّ واحد من الزوجين في موردّه لم يتوقّف على كونه بحضور الحاكم أو بإذنه، كغيره من الحقوق. و هذا هو المشهور بين الأصحاب، و خالف في ذلك ابن الجنيد حيث قال: «إذا أريدت الفرقة لم تكن إلّا عند من يجوز حكمه من و الى المسلمين أو خليفته، أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلاد هدنه أو سلطان متغلب» (٢).

و اختلف كلام الشيخ في المبسوط فقال في موضع منه: «لسنا نريد بالفور أن له الفسخ بنفسه، و إنّما نريد أن المطالبه بالفسخ على الفور، يأتي إلى الحاكم على الفور و يطالب بالفسخ، فإن كان العيب متّفقا عليه فسخ الحاكم، و إن اختلفا فيه فالبيّنه على المدعى و اليمين على المدعى عليه. فأما الفسخ فإلى الحاكم، لأنه فسخ مختلف فيه» ثمّ قال: «و لو قلنا على مذهبنّا أن له الفسخ بنفسه كان قوياً».

ص: ١٢٧

١- ١) في ص: ١٣٧.

٢- ٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٥٧.

الخامسة: إذا اختلفا في العيب (١) فالقول قول منكره مع عدم البيّنه.

و الأول أحوط، لقطع الخصومه» (١). و قال في موضع آخر: «و لا- يجوز أن يفسخ بغير حاكم، لأنه فسخ مختلف فيه» (٢). و في موضع ثالث (٣) جوّز لهما الاستقلال بالفسخ، محتجا بأن الأخبار مطلقه.

هذا. و قد استثنى المصنف و غيره (٤) من هذا الحكم العنّنه، فإن الفسخ بها يتوقّف على الحاكم، لا لأجل الفسخ، بل لأنه يتوقّف على ضرب الأجل على ما سيأتي (٥)، و لا يكون ذلك إلا بحكم الحاكم. فإذا ضرب الأجل و مضت المدّة استقلّت المرأه بالفسخ حينئذ.

قوله: «إذا اختلفا في العيب. إلخ».

العيب منه جليّ و منه خفيّ. فالجليّ كالعمى، و العرج، و الجنون المطبق، و الإقعاد. و هذا لا يفتقر إلى البيّنه، و لا إلى اليمين، بل ينظر الحاكم فيه و يعمل بمقتضى ما يظهر منه. و أما الخفيّ كالعنّنه، و القرن، و الجنون الدورى، و الجذام و البرص الخفيين، فإذا ادّعا أحدهما على الآخر و أنكر رجوع فيه إلى القاعده الشرعيّه، و كان القول قول منكره، لأصالة الصحّه، و البيّنه على المدّعى، إلى آخر ما يترتب في القاعده، من حكم النكول و اليمين المردوده و غيرهما. و أما العنن فللنزاع فيه بحث يخصّه. و سيأتي (٦).

ص: ١٢٨

١-١) المبسوط ٢٥٣:٤.

٢-٢) المبسوط ٢٦٣:٤.

٣-٣) المبسوط ٢٤٩:٤.

٤-٤) راجع الإرشاد ٢:٢٨، جامع المقاصد ١٣:٢٦٦.

٥-٥) في ص: ١٣٧.

٦-٦) في ص: ١٣١.

السادسه: إذا فسخ الزوج بأحد العيوب، فإن كان قبل الدخول فلا مهر

السادسه: إذا فسخ الزوج بأحد (١) العيوب، فإن كان قبل الدخول فلا مهر. وإن كان بعده فلها المسمى، لأنه يثبت بالوطء ثبوتاً مستقراً، فلا يسقط بالفسخ. وله الرجوع به على المدلس. وكذا لو فسخت الزوجه قبل الدخول، فلا مهر إلا في العنن. ولو كان بعده كان لها المسمى. وكذا لو كان بالخصاء بعد الدخول، فلها المهر كاملاً إن حصل الوطاء.

قوله: «إذا فسخ الزوج بأحد. إلخ».

إذا فسخ أحد الزوجين بالعيب فلا يخلو: إما أن يكون قبل الدخول، أو بعده حيث يجوز، إما لجهله حينئذ بالحال، أو مطلقاً على بعض الأقوال. وعلى التقديرين: إما أن يكون العيب متقدماً على العقد، أو متأخراً عنه، قبل الدخول، أو بعده بناء على جواز وقوعه. و الفاسخ إما الزوج، أو الزوجه. وعلى كل تقدير: إما أن يكون هناك مدلس، أم لا. فالصور أربعة وعشرون.

و خلاصه الحكم فيها: أن الفسخ إن كان بعد الدخول استقر المسمى على الزوج. أما وجوب المهر فللدخول الموجب له. و أما كونه المسمى فلأن النكاح صحيح و إن فسخ بالخيار، لأن ثبوت الخيار فرع على صحه العقد في نفسه.

و إن كان قبل الدخول فلا شيء. أما إذا كان الفاسخ المرأه فظاهر، لأن الفسخ جاء من قبلها، وقد تقرّر غير مرّه أن الفسخ من قبلها قبل الدخول يسقط المهر. و أما إذا كان هو الزوج فلاستناده إليها، باعتبار أن العيب بها. و يستثنى من ذلك فسخها بعنته قبل الدخول، فإنه يوجب نصف المهر عند الأكثر، لصحيحه (١) أبي حمزه عن الباقر عليه السلام. و يؤيدها من حيث الحكمه إشراف الزوج على محارمها و خلوته بها سنه، فناسب أن لا يخلو ذلك من عوض، و لم يجب الجميع

ص: ١٢٩

١-١) الكافي ٥:٤١١ ح ٧، التهذيب ٧:٤٢٩ ح ١٧٠٩، الاستبصار ٣:٢٥١ ح ٨٩٩، الوسائل ١٤:٦١٣ ب (١٥) من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

لانتفاء الدخول. وقال ابن الجنيّد: «إذا اختارت الفرقه بعد تمكينها إياه من نفسها وجب المهر وإن لم يولج» (١). و جعله فى المختلف (٢) بناء على أصله من أن المهر يجب كملا بالخلوه كما يجب بالدخول.

و أما حكم وجوب المهر كملا على الخصى بعد الدخول فواضح، لأن الدخول يوجب استقراره. و يؤيده روايه سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: «أن خصيًا دلّس نفسه لامرأه، فقال: يفرّق بينهما، و تأخذ المرأه منه صداقها، و يوجع ظهره كما دلّس نفسه» (٣).

و مقتضى القواعد الشرعيّه أنه لا فرق فى ثبوت هذه الأحكام بين كون العيب الذى فسخ به حادثا قبل العقد و بعده، لما قلناه من أن الفسخ لا يبطله من أصله، و لهذا لا يرجع بالنفقه الماضيه و إن بقيت عينها.

و قال الشيخ فى المبسوط: إن كان الفسخ بالمتجدّد بعد الدخول فالواجب المسمّى، لأن الفسخ إنما يستند إلى العيب الطارئ بعد استقراره. و إن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل، لأن الفسخ و إن كان فى الحال إلا أنه مستند إلى حال حدوث العيب، فيكون كأنه وقع مفسوخا حيث حدث العيب، فيصير كأنه وقع فاسدا، فيلحقه أحكام الفاسد، إن كان قبل الدخول فلا مهر و لا متعه، و إن كان بعده فلا نفقه للعدّه، و يجب مهر المثل (٤).

و لا يخفى ضعفه، لأن النكاح وقع صحيحا، و الفسخ و إن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من أصله، بل من حين الفسخ، و لا يزيل الأحكام التى سبقت

ص: ١٣٠

١-١) راجع المختلف: ٥٥٥.

٢-٢) راجع المختلف: ٥٥٥.

٣-٣) الكافى ٥: ٤١١ ح ٦، التهذيب ٧: ٤٣٤ ح ١٧٣١، الوسائل ١٤: ٦٠٨ ب (١٣) من أبواب العيوب و التدليس ح ٢.

٤-٤) لاحظ المبسوط ٤: ٢٥٢-٢٥٣.

السابعة: لا يثبت العنن إلا بإقرار الزوج، أو البيّنه بإقراره، أو نكوله

السابعة: لا يثبت العنن إلا بإقرار الزوج، (١) أو البيّنه بإقراره، أو نكوله. و لو لم يكن ذلك و ادّعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه.

وقيل: يقام في الماء البارد، فإن تقلّص حكم بقوله، وإن بقي مسترخيا حكم لها. و ليس بشيء.

عليه، خصوصا إذا كان العيب حادثا بعد العقد، فإن دليله لا يجيء عليه.

إذا تقرّر ذلك فمهما غرم الزوج من المهر و كان هناك مدّلس رجع به عليه، سواء كان وليا أم غيره، حتى لو كان المدّلس هو المرأة رجع عليها أيضا، بمعنى أنه لا يثبت عليه لها مهر، إذ لا وجه لإعطائها إياه ثمّ الرجوع عليها به. و لو انتفى التدليس، بأن كان العيب خفيا لم تطلع عليه المرأة و لا من زوجها فلا رجوع، لانتفاء المقتضى.

و يظهر من العبارة الرجوع بجميع المهر حيث يرجع، و هو الذي يقتضيه إطلاق النصوص (١). و استثنى جماعة (٢) منه ما إذا كان الرجوع على المرأة، فإنه حينئذ يستثنى منه أقلّ ما يصلح أن يكون مهرا، و هو ما يتموّل عادة، لئلا يخلو البضع عن عوض. و قيل: أقلّ مهر مثلها، لأنه عوض البضع. و الأشهر الأول. و إنما لم يستثن ذلك لو كان الرجوع على غيرها لسلامة المهر لها على تقديره، فلا محذور، بخلاف ما إذا كان الرجوع عليها، فإنه لولاه لخلا النكاح المحترم عن العوض. و النصوص خالية عن هذا الاستثناء.

قوله: «لا يثبت العنن إلا بإقرار الزوج. إلخ».

لَمَّا كانت العنن من الأمور الخفية التي لا يطلع عليها غير من هي به أطلاعا يقطع به—فإن استناد الامتناع من الوطاء إلى العجز بحيث يضعف العوض عن

ص: ١٣١

١- ١) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٩٥ ب (٢) من أبواب العيوب و التدليس.

٢- ٢) المبسوط ٤: ٢٥٢، المختلف: ٥٥٧، جامع المقاصد ١٣: ٢٥٨.

الانتشار أمر خفي لا يطلع عليه الغير على وجه يمكنه الشهاده به، حتى لو أقامها مقيم بالعهه على هذا الوجه لم تسمع - كان الطريق إلى إثباته إما إقرار الرجل بها، أو البيئه على إقراره، فإن انتفيا و ادعتها المرأه فالقول قوله في عدمها، عملا بأصالة السلامه. فإن حلف استقرّ النكاح، و إن نكل عن اليمين بنى على القضاء بالنكول، فيثبت العيب. و إن أوقفنا القضاء معه على يمين المدعى، فإذا حلفت المرأه قضى بثبوتها أيضا، و إلا فلا.

و المصنف اقتصر في الحكم على نكوله، بناء على مذهبه من القضاء به من غير يمين، كما سيأتى (1) إن شاء الله تعالى في بابه. و الحكم على هذا القول واضح، لأن النكول ينزل منزله الإقرار بالحق. و أما على القول بالقضاء بيمين المدعى فيشكل ثبوت هذا العيب به على القول بكون اليمين حينئذ كالبيئه من المدعى، فإنها لو إقامتها عليه بأصل العيب لم تسمع كما قلناه، فكذا ما قام مقامها، و إنما تسمع البيئه بإقراره، و هي هنا ما ادعت الإقرار حتى ينزل يمينها منزلته، و إنما ادعت العيب، فينزل يمينها منزله البيئه به. اللهم إلا - أن يقال: تنزيل اليمين منزله البيئه على وجود العنه على وجه يسمع لا عليها مطلقا، لأن ذلك هو مقتضى تنزله منزله البيئه المسموعه بالدعوى. و لو جعلناها بمنزله الإقرار فلا إشكال في الثبوت.

ثم إن دعوى المرأه لهذا العيب و حلفها يتوقف على علمها بوجود العيب، إذ ليس لها الحلف بدون العلم. و لا يحصل العلم لها بمجرد اطلاعها على ضعفه عن الإيلاج مطلقا، لجواز استناده إلى أمر آخر من العوارض النفسائيه و الخارجيه، بل لا بد من ممارستها له في الأوقات المختلفه و الأحوال المتكثره على وجه يحصل

ص: ١٣٢

و لو ثبت العنن ثم ادعى (١) الوطاء فالقول قوله مع يمينه. و قيل: إن ادعى الوطاء قبلا و كانت بكرا نظر إليها النساء. و إن كانت ثيبا حشى قبلها خلوقا، فإن ظهر على العضو صدق. و هو شاذ.

لها بتعاضد القرائن ما يفيدها القطع بالعننه، فحينئذ يجوز لها الحلف على تقدير نكوله. و بهذه الممارسه التي لا تتفق لغيرها يفرق بينها و بين غيرها ممن يشهد بأصل العيب حيث قلنا إنه لا يسمع.

و القول بأن الرجل المدعى عليه العننه يقام فى الماء البارد، و يختبر بالتقلص فيحكم بقوله أو بالاسترخاء فيحكم بقولها، لابن بابويه [١] و ابن حمزه (١). و معنى تقلص: انضمت و انزوى (٢). و لفظ الصدوق: «و إن تشنج» و المراد به: تقبض الجلد (٣).

و أنكرك هذه العلامه المتأخرون (٤)، لعدم الوثوق بالانضباط، و عدم الوقوف على مستند صالح. نعم، هو قول الأطباء، و كلامهم يثمر الظن الغالب بالصحة، إلا أنه ليس طريقا شرعيا.

قوله: «و لو ثبت العنن ثم ادعى الخ».

إنما كان القول قوله هنا مع أنه مدع لأن المفروض ثبوت العنن قبل ذلك، لأن هذا الفعل لا يعلم إلا من قبله، كدعوى المرأه انقضاء العده بالأقراء.

و لصحيحه أبى حمزه قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل

ص: ١٣٣

١-٢) الوسيله: ٣١١.

٢-٣) لسان العرب ٧٩:٧.

٣-٤) لسان العرب ٣٠٩:٢.

٤-٥) التحرير ٢٩:٢، الإيضاح ١٨٠:٣، جامع المقاصد ٢٦٣:١٣.

المرأه الشيبه التي قد تزوّجت غيره، فزعمت أنه لا يقربها منذ دخل بها، فالقول قول الزوج، و عليه أن يحلف بالله تعالى لقد جامعها، لأنها المدّعيه» (١).

و في دلاله الروايه على موضع النزاع نظر، لأن موضعه ما إذا ثبت عننه، و مورد الروايه دعوها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك، و قبول قوله هنا واضح كما مرّ في المسأله الأولى (٢)، لأنها المدّعيه و هو المنكر، لموافقه قوله أصل السلامه، بخلاف موضع النزاع، لتحقق العيب، فهو فيه المدّعي لزوال ما كان قد ثبت. اللهم إلا أن يدعى تناولها بإطلاقها لموضع النزاع، حيث إن موردها اختلافهما على حصول الوطء و عدمه، الشامل لما لو سبق معه العنه و عدمه. إلا أن تعليله عليه السلام بكونها المدّعيه لا يلائمه، لأنه مع ثبوت العنه لا يكون منكرًا، بل مدّعيًا و إن تعدّر إقامه البيئه. فالأولى التعليل بما ذكرناه. و هذا هو قول الأكثر و منهم الشيخ في النهايه (٣).

و القول الذي حكاه المصنف بالتفصيل للشيخ في الخلاف (٤) و الصدوق في المقنع [١] و جماعه (٥)، استنادا إلى روايه عبد الله بن الفضل عن بعض مشيخته قال:

«قالت امرأه لأبي عبد الله عليه السلام، أو سأله رجل عن رجل تدعى عليه امرأته أنه عنين و ينكر الرجل، قال: تحشوها القابله الخلق و لا يعلم الرجل، و يدخل عليها الرجل، فإن خرج و على ذكره الخلق صدق و كذبت، و إلا صدقت

ص: ١٣٤

١-١) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١٢٩، هامش (١).

٢-٢) أي: في الفرع الأول من المسأله السابعه من مسائل المتن. راجع ص: ١٣١-١٣٢.

٣-٣) النهايه: ٤٨٧.

٤-٤) الخلاف ٣٥٧: ٤، مسأله (١٤٠).

٥-٦) لاحظ إصباح الشيعه ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه ٣٣٤: ١٨.

و كذب» (١). و مثله روى غياث بن إبراهيم عنه عليه السلام قال: «ادّعت امرأه على زوجها على عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا يجامعها، و ادّعى هو أنه يجامعها، فأمرها أمير المؤمنين عليه السلام أن تستنفر بالزعفران ثم يغسل ذكره، فإن خرج أصفر و إلا أمره بطلاقها» (٢).

و فيهما ضعف السند، و زياده الاولى بالإرسال، و عدم دلالتهما على محلّ النزاع صريحا، لأن ظاهرهما دعواها العنّيه و إنكاره، فيكون قولاً في أول المسألة، لا بعد ثبوتها، كما ذكر في الرواية الأخرى (٣).

و لا بدّ على القول بذلك من الوثوق بعدم وضعه الخلق، إما بشدّ يديه بحيث يؤمن ذلك، أو عدم علمه بالحال كما ذكر في الرواية، مضافاً إلى الأمن من فعله ذلك.

و يدلّ على حكم البكر صحيحه أبي حمزه السابقيه قال فيها: «فإن تزوّجها و هى بكر فزعمت أنه لم يصل إليها، فإن مثل هذا تعرفه النساء، فلينظر إليها من يوثق به منهنّ، فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنه» (٤) الحديث.

و الكلام فى دلالتها على موضع النزاع كالسابق. و ينبغى أن يجعل ذلك قولاً فى المسألة الأولى (٥)، مضافاً إلى القول بوضعه فى الماء، عملاً بدلالة ظاهرها على

ص: ١٣٥

١ - ١) الكافي ٥: ٤١١ ح ٨، الفقيه ٣: ٣٥٧ ح ١٧٠٤، عن عبد الله بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام، التهذيب ٧: ٤٢٩ ح ١٧١٠، الاستبصار ٣: ٢٥١ ح ٩٠٠، الوسائل ١٤: ٦١٣ ب (١٥) من أبواب العيوب و التدليس ح ٢.

٢ - ٢) الكافي ٥: ٤١٢ ح ١١، التهذيب ٧: ٤٣٠ ح ١٧١٣، الاستبصار ٣: ٢٥١ ح ٩٠١، الوسائل ١٤: ٦١٤ ب (١٥) من أبواب العيوب و التدليس ح ٣.

٣ - ٣) فى «ش» الاولى، و تقدمت الرواية فى الصفحة السابقة، هامش (١).

٤ - ٤) تقدم ذكر مصادرها فى ص: ١٢٩، هامش (١).

٥ - ٥) المذكوره فى ص: ١٣١-١٣٢.

و لو ادّعى أنه وطئ (١) غيرها أو وطئها دبرا كان القول قوله مع يمينه. و يحكم عليه إن نكل. و قيل: بل تردّ اليمين عليها. و هو مبني على القضاء بالنكول.

النزاع في العنن ابتداء.

و المصنف أطلق قبول قول منكر العنن من غير فرق بين البكر و الثيب.

و وجهه: موافقه دعواه للأصل فيهما. و عدم الوطاء في القبل على تقدير ثبوت البكاره لا يستلزم العنن، لإمكان وطئه غيرها، فإن العجز عن البكر مع القدره على وطء الثيب يكفى في دفع العنن.

نعم، لو ادّعى وطأها قبلا- و كانت بكرا رجع إلى شهاده النساء، فإن شهد أربع بالبكاره لم تسمع دعواه و إن ادّعى عود البكاره على الأقوى، عملا بالأصل و الظاهر. و يدلّ عليه روايه أبي حمزه (١) السابقه، لأنه قال في آخرها: «و لو تزوّجها و هى بكر فرزعت أنه لم يصل إليها، فإن مثل هذا تعرف النساء، فلينظر إليها من يوثق به منهن» الحديث.

قوله: «و لو ادّعى أنه وطئ. إلخ».

دعواه و طء غيرها أو وطأها دبرا كدعواه و طأها قبلا- في قبوله منه في المسألتين السابقتين، عملا بالتعليل المذكور، و هو أصاله الصحّح في الاولى، و تعدّر إقامه البينه في الثانيه. و مثل هذا التجويز هو المضعّف للقول بنظر النساء إلى البكر في السابق حيث لا يدعى و طأها، لإمكان صدقه بوطء غيرها أو وطئها دبرا مع بقاء البكاره.

و أما الحكم عليه مع نكوله عن اليمين، أو ردّ اليمين عليها، فمبني على أنه هل يقضى على المنكر بمجرد النكول عن اليمين، أم تردّ اليمين على المدّعى، فإن

ص: ١٣٦

(١-١) في الصفحه السابقه.

الثامنة: إذا ثبت العنن (١) فإن صبرت فلا كلام، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنه من حين الترافع، فإن واقعها أو واقع غيرها فلا خيار، وإلا كان لها الفسخ و نصف المهر.

حلف ثبت و إلا فلا؟ و سيأتي (١) إن شاء الله تعالى في القضاء.

و الضمير في قول المصنف: «و هو مبني على القضاء بالنكول» عائد إلى قوله: «و يحكم عليه بالنكول» لا إلى القول المحكي، لأن القول مبني على عدم القضاء بالنكول. و يمكن عوده إلى الحكم المتردد في المسألتين، و المراد أن الحكم في ذلك بالقضاء عليه بمجرد النكول أو مع يمينها مبني على القضاء بالنكول و عدمه، فإن قلنا به فالحكم الأول، و إن لم نقل به فالثاني. أو يريد أنه مبني على بحث القضاء بالنكول [و عدمه] (٢) الشامل للقولين.

إذا تقرّر ذلك فحيث لا يقضى بالنكول و يردّ اليمين عليها إنما يمكن في حقّها اليمين على تقدير كون النزاع في وطئها دبراً، لإمكان حلفها حينئذ، أما لو كانت دعواه وطء غيرها لم يمكنها الحلف على عدمه مطلقاً، لأنه حلف على نفي فعل الغير على وجه لا ينحصر. نعم، لو انحصرت الدعوى على وجه يمكنها العلم بحالها، كما لو ادّعى وطء غيرها في وقت مخصوص، و ادّعت أنه في ذلك الوقت كان حاضراً عندها على وجه لا يحتمل معه وطء غيرها، قبلت الدعوى، و أمكن حلفها على نفيه، لأنه نفي محصور كظائره.

قوله: «إذا ثبت العنن. إلخ».

إذا ثبت العنن بأحد وجوهه، فإن صبرت المرأة و لم تطالب بالحقّ مع علمها بالحكم فلا- كلام في سقوط حقّها، لإخلالها بالفوريّة. أو لا كلام في الحكم،

ص: ١٣٧

١- ١) في المقصد الثالث من النظر الثالث في كيفية الحكم.

٢- ٢) من «ش» و الحجريتين فقط.

لأن الحق لها، فإذا لم تطالب به لا تعترض. وهذا التقرير أعم من الأول، لشموله سكوتها مع بقاء حقها وعدمه.

ثم على تقدير علمها بالخيار والفوريه و صبرت لزم العقد، ولم يكن لها بعد ذلك مرافعه و لا الفسخ، لتضمنه الرضا بالعيب، و هو أمر واحد لا تعدد فيه، بخلاف المطالبه فى الإيلاء، فإن حق الاستمتاع يتجدد فى كل وقت، فلا يسقط بتأخيره. و بالجمله فمرافعه المرأه فوريه، كما أن فسحها فوري. و قد صرح به الشيخ فى المبسوط (١) و العلامه فى التحرير (٢)، كما حكيناه عنهما سابقا (٣). و إن رفعت أمرها إلى الحاكم أجله سنه. و هو موضع وفاق. و رواه أبو البخترى عن الباقر عليه السلام عن أبيه: «أن علينا عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنه من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها و إلا فزق بينهما» (٤). و عللوه مع ذلك بأن تعدد الجماع قد يكون بعارض حراره فيزول فى الشتاء، أو بروده فيزول فى الصيف، أو يبوسه فيزول فى الربيع، أو رطوبه فيزول فى الخريف. و مبدأ الأجل من حين المرافعه، فإذا مضت المده مع عدم الإصابه علم أنه خلقى.

و هذه الروايه تضمنت اشتراط سقوط خيارها بمواقعه لها، و ليس ذلك شرطاً، و إنما جرى على الغالب من أنه إذا قدر على موانعها قدر على غيرها.

و فى بعض الروايات (٥) اعتبار إصابتها أو إصابه غيرها. و عليه العمل. و يؤيده أن

ص: ١٣٨

١-١) المبسوط ٢٥٣:٤.

٢-٢) التحرير ٢٩:٢.

٣-٣) فى ص: ١٢٦.

٤-٤) التهذيب ٧:٤٣١ ح ١٧١٩، الاستبصار ٣:٢٤٩ ح ٨٩٤، الوسائل ١٤:٦١٢ ب (١٤) من أبواب العيوب و التدليس ح ٩، و فيهما: عن جعفر عن أبيه عليهما السلام.

٥-٥) راجع الوسائل الباب المتقدم ح ٣، و كذا ح ١٣، ٧، ٦، ٢، ١.

المقصد الثالث: في التدليس و فيه مسائل:

الأولى: إذا تزوج امرأة على أنها حرّة فبانت أمه كان له الفسخ و لو دخل

الأولى: إذا تزوج امرأة على (١) أنها حرّة فبانت أمه كان له الفسخ و لو دخل. و قيل: العقد باطل. و الأول أظهر. و لا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول، و لها المهر بعده. و قيل: لمولاها العشر أو نصف العشر، و يبطل المسمى. و الأول أشبه.

العنن إنما يكون مع العجز المحقق، و هو لا- يختلف باختلاف النسوة، فأما [مع] (١) العجز عن امرأة فإنه قد يتفق لانحباس الشهوة عنها بسبب نفره (٢) عنها أو حياء، أو لاختصاص المقدور عليها بالإنس بها، أو وجود الميل إليها، و انتفائه عن غيرها، فلا يثبت الخيار حينئذ عندنا. و لا فرق بين كون العنن خلقية أو عارضية، و لا في العارضة بين كونها قبل العقد و بعده قبل الدخول. و حيث تفسخ العقد فلها نصف المهر، لصحيحه (٣) أبي حمزة عن الباقر عليه السلام.

قوله: «إذا تزوج امرأة على الخ».

التدليس تفعيل من الدلس و هو الظلمه (٤)، و أصله من المخادعة، كأن المدلس لما أتى بالمعيب أو الناقص إلى المخدوع و قد كتم عليه عيبه أتاه به في الظلمه و خدعه. و الفرق بينه و بين العيب: أن التدليس لا- يثبت إلا بسبب اشتراط صفة كمال هي غير موجودة، أو ما هو في معنى الشرط، و لولاه لم يثبت الخيار، بخلاف العيب، فإن منشأ وجوده و إن لم يشرط الكمال و ما في معناه. فمرجع

ص: ١٣٩

١- ١) من «س» و الحجر يتين.

٢- ٢) في «ش»: نتره.

٣- ٣) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١٢٩، هامش (١).

٤- ٤) لسان العرب ٨٦: ٦.

التدليس إلى إظهار ما يوجب الكمال، أو إخفاء ما يوجب النقص. و منشأ الخيار فوات مقتضى الشرط أو الظاهر.

إذا تقرّر ذلك فمن فروع ما إذا تزوّج امرأه على أنها حرّة فظهرت أمه، فإن كان ذلك بالشرط في نفس العقد فلا شبهه في أن له الفسخ، لأن ذلك فائده الشرط، سواء دخل أم لا، لأن التصرّف لا يسقط خيار الشرط كما سبق [١]. و قيل:

يبطل العقد بناء على بطلان نكاح الأمه بغير إذن مولاها، وقد تقدّم (١) الخلاف فيه، لأن المفروض هنا ذلك. و لو كان العقد بإذنه لم يتوجّه البطلان، بل الخيار للزوج خاصه. هذا إذا كان الزوج ممّن يجوز له تزويج الأمه، وإلا كان العقد باطلا بغير إشكال.

ثمّ على تقدير صحّته موقوفا، فإن رضی الزوج بالعقد و السيد أيضا حيث لم يأذن فلا بحث. و إن فسخ فإن كان قبل الدخول فلا شيء كما سبق في العيوب (٢)، و إن كان بعده وجب المهر. و هل هو المسمّى، أو مهر المثل، أو العشر و نصفه على التقديرين؟ أقوال تقدّم (٣) الكلام فيها أيضا. و الوجه أنه مع إذن السيد يلزم المسمّى، و بدونه تجرى الأقوال. هذا إذا لم تكن عالمه بالتحريم، و إلا جاء فيه الخلاف أيضا في مهر البغى إذا كان مملوكا. و يلزم أرش البكاره على القولين إن كانت بكرا. و قد تقدّم (٤) البحث في ذلك كلّه.

و لو وقع ذلك بغير شرط، بل أخبرته أنها حرّة، أو أخبره المتولّى لنكاحها،

ص: ١٤٠

١-٢) في ص: ٥.

٢-٣) في ص: ١٢٩.

٣-٤) في ص: ١٦.

٤-٥) في ص: ١٦.

و يرجع بما اغترمه (١) على المدلس. و لو كان مولاهما دلسها قيل:

يصحّ و تكون حرّه بظاهر إقراره. و لو لم يكن تلفظ بما يقتضى العتق لم تعتق، و لم يكن لها مهر. و لو دلست نفسها كان عوض البضع لمولاهما، و رجع الزوج به عليها إذا أعتقت. و لو كان دفع إليها المهر استعداد ما وجد منه، و ما تلف منه يتبعها به عند حرّيتها. فتزوجها لذلك على وجه حصل به التدليس، بأن وقع الخبر فى معرض التزويج، ففى إلحاقه بالشرط قولان، من تحقّق التدليس، و أصاله لزوم العقد، و الفرض أنه لا شرط هناك يتبع.

و عباره المصنف و جماعه (١) تحتل إرادته القسمين. و كذلك الروايه التى هى منشأ الحكم، و هى روايه وليد بن صبيح عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى رجل تزوّج امرأه حرّه فوجدها أمه قد دلست نفسها إلخ» (٢). و الشيخ فى المبسوط (٣) صرح باختصاص الحكم بما لو شرط ذلك. و فى القواعد (٤) صرح بالمساواه بين الأمرين. و ينبغى الاقتصار على الشرط، و قوفا فيما خالف الأصل على المتيقّن.

قوله: «و يرجع بما اغترمه. إلخ».

إذا تزوّجها على أنها حرّه فبانت أمه، إما بالشرط أو بدونه على القولين، و كان ظهور ذلك بعد الدخول بحيث وجب عليه المهر أو ما فى حكمه، رجع بما اغترمه على المدلس، للغرور.

ثمّ لا يخلو: إما أن يكون المدلس المرأه، أو المولى، أو أجنبيا. فإن كانت

ص: ١٤١

١- (١) لاحظ المقنعه: ٥١٩، النهايه: ٤٨٤، الجامع للشرائع: ٤٦٢، اللمعه الدمشقيه: ١١٨.

٢- (٢) الكافى ٤: ٤٠٤ ح ٥، التهذيب ٧: ٤٢٢ ح ١٦٩٠، الاستبصار ٣: ٢١٦ ح ٧٨٧، الوسائل ١٤: ٥٧٧ ب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد و الإمام ح ١.

٣- (٣) المبسوط ٤: ٢٥٤.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٤.

هى لم يمكن الرجوع عليها حال الرقيّه، لأنه يكون كالرجوع على المولى، و هو باطل، بل إنما يرجع عليها بعد العتق و اليسار. فإن لم يكن دفع المهر إليها غرمه للمولى، و رجع به كما قلناه. و إن كان قد دفعه إليها رجع به إن كانت عينه باقيه، أو بعضه و يتبعها بالباقي.

و إن كان المدلس المولى، فإن تلفظ بما يقتضى العتق، كقوله: هى حرّه، حكم عليه بحرّيتها، سواء جعله إنشاء أم إخباراً، إعمالاً للسبب بحسب مقتضاه.

و حينئذ فيصحّ العقد، و يكون المهر لها دون السيّد. و يعتبر فى صحّه النكاح حينئذ إذنها سابقاً، أو إجازتها لاحقاً، كغيرها من الحرائر. و إن لم يتلفظ بما يقتضى العتق، بل تكلم بكلام يحتمل الحرّيه و غيرها، ففهم الزوج منه الحرّيه، و نحو ذلك، فلا شىء للسيّد و لا لها، لأن الزوج يرجع به على تقدير الغرور على المدلس، و لا وجه لغرامته له ثمّ الرجوع عليه به. و لم يذكر المصنف استثناء ما يصلح أن يكون مهراً كما ذكره غيره (١)، لعموم (٢) الدليل الدالّ على رجوعه على المدلس بما غرم، و للأصل.

و قول المصنف فيما لو كان المدلس المولى و قد تلفظ بما يقتضى الحرّيه:

«قيل: يصحّ و تكون حرّه» يؤذن بعدم ترجيحه القول. و وجهه: أن العتق يتوقّف على الصيغه الخاصه بشرائطها و لم تحصل.

و الوجه أنه يحكم عليه بظاهر الإقرار إن لم يتلفظ بصيغه تصلح للإنشاء، و إلا فبظاهر [اللفظ] (٣) الدالّ على الإنشاء، و لا يعتبر ما فى نفس الأمر كغيرها من

ص: ١٤٢

١-١) كما فى قواعد الأحكام ٢:٣٤، و التنقيح الرائع ٣:١٩٨.

٢-٢) راجع الوسائل ١٤:٥٩٥ ب(٢) من أبواب العيوب و التدليس.

٣-٣) من إحدى الحجريّتين.

الثانيه: إذا تزوّجت المرأة برجل على أنه حرّ فبان مملوكا كان لها الفسخ

الثانيه: إذا تزوّجت (١) المرأة برجل على أنه حرّ فبان مملوكا كان لها الفسخ قبل الدخول و بعده. و لا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول، و لها المهر بعده.

الصيغ. و هذا هو الذي قطع به الشيخ (١) و الجماعه (٢) من غير نقل خلاف.

قوله: «إذا تزوّجت. إلخ».

هذه المسأله عكس السابقه. و الحكم فيها بجواز الفسخ مع الشرط واضح، عملا- بمقتضاه، و بدونه الوجهان. و العبارة محتمله للأمرين كالسابقه. و لا فرق في جواز الفسخ- على تقديره- بين الدخول و عدمه.

ثمّ إن كان قبله فلا- مهر، لأنّ الفسخ من قبلها كما مرّ. و إن كان بعده فلها المهر، لأنّ الوطاء محترم فلا يخلو من مهر. فإن كان النكاح برضا السيّد كان لها عليه المسمّى، و إلا كان لها مهر المثل يتبع به العبد بعد العتق و اليسار. و الأصل في ذلك صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأه حرّته تزوّجت مملوكا على أنه حرّ فعلمت بعد أنه مملوك، قال: هي أمملك بنفسها إن شاءت أفزّت معه، و إن شاءت فلا. فإن كان دخل بها فلها الصداق، و إن لم يكن دخل بها فليس لها شيء» [١]. و المصنف عبّر بقوله: «على أنه حرّ» الشامل لشرطه في العقد و عدمه تبعا للروايه.

و لو ظهر البعض رقّا في صورتين فالخيار بحاله، إلا أنه مع الدخول و إذن السيّد يلزمه هنا منه بنسبه ما فيه من الرقيّه.

ص: ١٤٣

١-١) المبسوط ٢٥٤:٤.

٢-٢) كما في إصباح الشيعة ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه ٣٣٥:١٨.

الثالثة: قيل: إذا عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيره فبانت بنت أمه كان له الفسخ

الثالثة: قيل: إذا عقد على (١) بنت رجل على أنها بنت مهيره فبانت بنت أمه كان له الفسخ. والوجه ثبوت الخيار مع الشرط لا مع إطلاق العقد. فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر. ولو فسخ بعده كان لها المهر، ويرجع به على المدلس أبا كان أو غيره.

قوله: «قيل: إذا عقد على الخ».

المراد بالمهيره الحرّه، قاله الجوهرى (١) وغيره من أهل اللغة، سميت بذلك لأنها لا تنكح إلا بمهر، بخلاف الأمه، فإنها تنكح بالملك.

إذا تقرّر ذلك فإذا تزوّج الرجل امرأه على أنها بنت مهيره فظهرت بنت أمه قال الشيخ (٢): كان له ردّها. ثم إن كان قبل الدخول فلا شيء لها عليه، ولكن لها على أبيها المهر. وإن كان قد دخل كان عليه المهر بما استحلّ من فرجها.

والمصنف - رحمه الله - قيّد جواز الفسخ بكونه قد شرط ذلك في العقد، وإلا فلا خيار له. وهذا هو الأقوى. ويظهر من تقييده هنا بالشرط - مع كونه قد ذكر العبارة فيه كالعبارة في المسألتين السابقتين - أنه لا يفرق فيهما بين الشرط وغيره، كما صرح به العلامة في القواعد (٣). ويمكن الفرق بينها وبين ما سبق من وجهين:

أحدهما: كون الرواية (٤) التي هي مستند الحكم في الأولى أعمّ من اشتراط الحرّيه في متن العقد و عدمه، لأنه قال فيها: «رجل تزوّج امرأه حرّه فوجدها أمه قد دلّست نفسها الخ» فعمل بها عامّه. والرواية في الثانية أظهر في الإطلاق

ص: ١٤٤

١- (١) الصحاح ٢: ٨٢١، ولاحظ القاموس المحيط ٢: ١٣٧.

٢- (٢) النهاية: ٤٨٥.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٤.

٤- (٤) مرّ ذكر مصادرها في ص: ١٤١، هامش (٢).

و موافقه عبارته. و قد تقدّمت (١).

و الثانى: أن وصف الحرّيه أمر مهمّ، و فواته نقص بيّن، بحيث يصلح لتسلّط من قدم عليه على الرّد إذا ظهر خلافه، بخلاف الحرّيه التى أمّها أمه أو حرّيه، فإن التفاوت بينهما ليس كالتفاوت بين الأمه و الحرّيه، و لا قريبا منه، بل ربما لا يظهر التفاوت بينهما، أو يكون الكمال فى جانب بنت الأمه مع اشتراكهما فى الوصف بالحرّيه، فلم يكن لفواته أثر إلا مع الشرط فى متن العقد، عملا بعموم (٢) الوفاء بالشرط، و بفواته يظهر تزلزل العقد.

ثمّ إن كان الفسخ قبل الدخول فمقتضى القواعد السابقه أنه لا مهر لها عليه.

و إن كان بعده كان لها المهر على الزوج، و يرجع هو به على من دلّسها أبا كان أم غيره، حتى لو كانت هى المدلّسه فلا شىء لها إلا أقلّ ما يصلح أن يكون مهرا كنظائره على قول.

و تبيّه المصنف بقوله: «أبا كان أو غيره» على خلاف الشيخ و من تبعه [١]، حيث حكم برجوعها على أبيها بالمهر قبل الدخول، تعويلا على روايه (٣) محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام. و لا يخلو من قصور فى الدلاله على ما ادّعاه. و ما اختاره المصنف هو الموافق للقواعد الشرعيّه.

ص: ١٤٥

(١ - ١) فى ص: ١٤٣، هامش (٣).

(٢ - ٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب (٦) من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥ و ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

(٣ - ٤) الكافى ٥: ٤٠٦ ح ٥، التهذيب ٧: ٤٢٣ ح ٧، الوسائل ١٤: ٦٠٣ ب (٨) من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

الرابعة: لو زوجه بنته من مهيره و أدخل عليه بنته من الأمه فعليه ردّها

الرابعة: لو زوجه بنته من مهيره (١) و أدخل عليه بنته من الأمه فعليه ردّها. و لها مهر المثل إن دخل بها، و يرجع به على من ساقها إليه. و يردّ عليه التي تزوّجها. و كذا كلّ من أدخل عليه غير زوجته فظنّها زوجته، سواء كانت أرفع أو أخفض.

و اعلم أنه لا- فرق في بنت المهيره بين كون أمّها حرّه في الأصل أو معتقه، لما عرفت من أن المراد منها لغه الحرّه، و هي شامله لهما. و يحتمل ضعيفا الفرق، بناء على أن المعتقه يصدق عليها أنها كانت أمه، إذ لا يشترط في صدق المشتقّ بقاء المعنى المشتقّ منه. و لا يخفى ضعفه، إذ لا اشتقاق هنا، بل الأمه اسم للرقيقه و هو منتف بعد العتق، و تعريف أهل اللغه ينافيه.

قوله: «لو زوجه بنته من مهيره. إلخ».

الفرق بين هذه و السابقه: أن العقد وقع في السابقه على بنت الأمه مع دخوله على أن تكون بنت الحرّه، فلذا كان له الخيار، لفوات شرطه أو ما قدم عليه. و هنا العقد وقع على بنت الحرّه باتّفاقهما، و إنما أدخل عليه بنت الأمه بغير عقد.

و حكم المصنف حينئذ بوجوب ردّ الداخلة ظاهر، لأنها ليست زوجته. و لها مهر المثل إن كان دخل بها جاهلا بالحال، لأنه و طء شبهه، و مهر المثل عوضه، و يرجع به على المدّلس الذي ساقها إليه، لغروره. و لا- بدّ من تقييده بكونها أيضا جاهله بالحال، فلو كانت عالمه بأنها غير الزوجه فلا شيء لها، لأنها زانية. و لو علم هو و جهلت هي كان زانيا، و لها مهر المثل. و إن لم يكن دخل بها فلا شيء لها عليه و لا على غيره، لأنها ليست معقودا عليها و لا موطوءه. و يجب أن يردّ عليه زوجته المعقود عليها

و هذا الحكم لا يختصّ بهذا الفرض، بل يأتي في كلّ من أدخلت عليه غير زوجته. و في قول المصنف: «فظنّها زوجته» إشارة إلى أن فرض المسأله سابقا كذلك، و إلا كان زانيا عليه الحدّ. و عليه مهر المثل مع جهلها على التقديرين، لكن مع العلم لا يرجع به على أحد.

و إنما فرض المصنف المسأله في بنت المهيّره و الأمه تبعا للروايه الوارده في ذلك، و تنبيهها على ما ينبغي في فقه المسأله، حيث وقع الاختلاف فيها بين الأصحاب بسبب الروايه، فإن الشيخ -رحمه الله- قال في النهايه بعد فرضه المسأله و دخول بنت الأمه عليه: «كان له ردّها. و إن كان قد دخل بها و أعطها المهر كان المهر لها بما استحلّ من فرجها. و إن لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر. و على الأب أن يسوق إليه ابنته من المهيّره. و كان عليه المهر من ماله إذا كان المهر الأول قد وصل إلى ابنته الاولى. و إن لم يكن وصل إليها و لا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمّه الزوج» (١).

و استند في ذلك إلى روايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال:

«سألته عن رجل خطب إلى رجل بنتا له من مهيّره، فلمّا كان ليله دخولها على زوجها أدخل عليه بنتا له من أمه، قال: تردّ على أبيها، و تردّ إليه امرأته، و يكون مهرها على أبيها» (٢). و لا يخفى أن في فتوى الشيخ زيادات عن مدلول الروايه لا- توافق الأصول، مع أن في طريق الروايه ضعفا.

ص: ١٤٧

١-١) النهايه: ٤٨٥.

٢-٢) الكافي ٥: ٤٠٦ ح ٤، التهذيب ٧: ٤٣٥ ح ١٧٣٣، الوسائل ١٤: ٦٠٣ ب(٨) من أبواب العيوب و التدليس ح ٢.

الخامسة: إذا تزوّج امرأه و شرط كونها بكرًا فوجدها ثيبًا لم يكن له الفسخ

الخامسة: إذا تزوّج امرأه و شرط (١) كونها بكرًا فوجدها ثيبًا لم يكن له الفسخ، لإمكان تجدّده بسبب خفيّ. و كان له أن ينقص من مهرها ما بين مهر البكر و الثيب. و يرجع فيه إلى العادة. و قيل: ينقص السدس. و هو غلط.

قوله: «إذا تزوّج امرأه و شرط. إلخ».

إذا تزوّج امرأه على أنها بكر فخرجت ثيبًا، فلا يخلو: إما أن يكون قد شرط ذلك في العقد، أو لا. و على تقدير عدم شرطه: إما أن يكون قد أخبر بكونها بكرًا فدلت (١) عليه، أو قدم عليه على وجه العادة الغالبة في النساء قبل أن يتزوّج. و على التقادير الثلاثة: إما أن يظهر كونها ثيبًا قبل العقد، أو بعده، أو يشته الحال. فالصور تسع.

و خلاصه حكمها: أنه بدون الشرط و التدليس لا خيار له، و لا يرجع بشيء مطلقًا، لأن الثيوبه في نفسها ليست عيبًا بحيث تردّ بها المرأه، و قد قدم على احتمال الأمرين بالمهر المعين، فيلزمه ذلك. و إن كان قد شرطها بكرًا، فإن تجدّدت الثيوبه بعد العقد فلا خيار له، و لا رجوع أيضًا، لعدم المقتضى، و ما تجدد حصل أثناء نكاحه من جملة العوارض اللاحقه لها.

و إن تحقّق سبقتها على العقد فالأقوى تخيره في الردّ، لفوات الشرط المقتضى للتخير كنظائره. فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء لها. و إن كان بعده استقرّ المهر، و رجع به على المدّس. فإن كانت هي المرأه فلا شيء لها إلا أقلّ ما يصلح أن يكون مهرًا كما قيل في نظائره. و إن اختار البقاء معها ففي وجوب المهر كمالًا، أو نقصانه شيئًا، أقوال تأتي.

و يثبت سبق الثيوبه على العقد بإقرارها، أو البيّنه، أو بقرائن الأحوال

ص: ١٤٨

(١ - ١) في «ش» و إحدى الحجريّتين: تدليسا.

المفيدة للعلم، كما لو كان دخوله بها بعد العقد بمدّه لا يحتمل تجدد الثوبه على الوجه الذى وجدت عليها.

و إن اشتبه الحال و لم يعلم هل كانت متقدّمه على العقد، أو متأخره؟ فلا خيار له، لأصالة عدم تقدّم الثوبه، و لإمكان تجددّها بسبب خفيّ، كالركوب و النزوه، و تجددّها غير مناف للشرط. و يؤيّده روايه محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام فى الرجل يتزوّج المرأه على أنها بكر فيجدها ثيبا، أ يجوز له أن يقيم عليها؟ قال: «فقال: تفتق البكر من المركب و النزوه» (١) و مفهومها عدم ثبوت الخيار.

و حيث لا يفسخ، إما لعدم الخيار، أو لاختياره البقاء، مع كونه قد شرط البكاره فلم يجدها و لم يعلم تأخرها، فهل ينقص من مهرها شيء؟ قولان، أحدهما العدم، و هو قول أبى الصلاح (٢) و ابن البراج [١]، لوجوب جميعه بالعقد، و الأصل بقاؤه. و الثانى أنه ينقص، و هو المشهور، و لكن اختلفوا فى قدره على أقوال:

أحدها: أنه ينقص شيء فى الجملة، و لم يرد من الشارع تقديره، و هو اختيار الشيخ فى النهايه (٣)، لصحيحه محمد بن جزك قال: «كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوّج جاريه بكرا فوجدها ثيبا، هل يجب لها

ص: ١٤٩

١- (١) الكافي ٥: ٤١٣ ح ١، التهذيب ٧: ٤٢٨ ح ١٧٠٥، الوسائل ١٤: ٦٠٥ ب (١٠) من أبواب العيوب و التدليس ح ١.

٢- (٢) الكافي فى الفقه: ٢٩٦.

٣- (٣) النهايه: ٤٨٦.

الصداق وافيًا، أم ينقص؟ قال: ينقص» (١). ووجه دلالة استلزام النقص تقدير منقوص، والمناسب تقدير لفظ «شيء» مبهم، لاقتضاء المقام إياه.

و ثانيها: أنه ينقص السدس، ذكره القطب الراوندى فى شرح النهايه (٢)، لأن الشىء فى عرف الشرع السدس، كما ورد (٣) فى الوصيه به.

و غلطه المصنف فى ذلك، لأن الشىء لم يذكر فى الروايه، وإنما وجب تقديره لاقتضاء اللفظ نقصان قدر مبهم، و هو شىء منكر، لا الشىء المعين الذى هو السدس. ثم كون الشىء سدسا فى الوصيه لا يقتضيه فى غيرها، لا تفتاء الدليل عليه، مع كونه أعم. و لا شبهه فى أن مثل هذا الحمل غلط فاحش، لا يليق بالمجتهدين فى الأحكام الشرعيه، المستنبطين للأحكام من مداركها لا من كلام الفقهاء.

و ثالثها: أنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر و الثيب عاده، أى بنسبه ما بينهما، لا مجموع ما بينهما، لثلاً يلزم استيعاب المسمى فى بعض الموارد، بل الزيادة عليه. فلو فرض كون مهر مثل البكر مائه و الثيب خمسين، نقص فى الفرض نصف المسمى.

و هذا قول ابن إدريس (٤) و رجحه المصنف و العلامه فى التحرير (٥).

و وجهه: أن الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكاره، و لم

ص: ١٥٠

١- ١) الكافي ٥: ٤١٣ ح ٢، التهذيب ٧: ٤٢٨ ح ١٧٠٦، الوسائل ١٤: ٦٠٥ ب (١٠) من أبواب العيوب و التذليس ح ٢.

٢- ٢) حكاه عنه المحقق فى نكت النهايه راجع النهايه و نكتها ٢: ٣٦١.

٣- ٣) لاحظ الوسائل ١٣: ٤٥٠ ب «٥٦» من أبواب الوصايا.

٤- ٤) السرائر ٢: ٥٩١.

٥- ٥) التحرير ٢: ٣٠.

السادسه: إذا استمتع امرأه فبانت كتابته لم يكن له الفسخ من دون هبه المدّه

السادسه: إذا استمتع امرأه (١) فبانت كتابته لم يكن له الفسخ من دون هبه المدّه، (٢) ولا له إسقاط شيء من المهر. وكذا لو تزوّجها دائما على أحد القولين. نعم، لو شرط إسلامها كان له الفسخ إذا وجدها على خلافه.

تحصل إلا خاليه من الوصف، فيلزم التفاوت، كأرش ما بين كون المبيع صحيحا و معيبا.

و يضعف بأن ذلك إنما يتمّ حيث يكون فواته قبل العقد، أما مع إمكان تجدّده فلا، لعدم العلم بما يقتضى السقوط.

ورابعها: إحالة تقدير ذلك على نظر الحاكم، لانتفاء تقدير النقص شرعا مع الحكم بأصله بالرواية (١) الصحيحة، فيرجع فيه إلى رأى الحاكم.

وهذا القول منسوب إلى المصنف (٢) أيضا. وهو أوجه الأقوال، لثبوت النقص بالرواية الصحيحة (٣)، وعدم تقديره لغه ولا شرعا، فلا شيء أنسب له من نظر الحاكم. وحينئذ فينظر في أصل المسألة برأيه.

قوله: «إذا استمتع امرأه. إلخ».

متى جوّز نكاح الكتابيّة، إما متعه على رأى المصنف (٤)، أو مطلقا على القول الآخر، فتزوّج امرأه فظهرت كتابته، فإن كان قد شرط فى العقد كونها مسلمة فلا شبهه فى جواز فسخه، عملا بمقتضى الشرط. وإن لم يشترط ذلك فلا خيار له، لأن الكفر فى الزوجه على هذا الوجه ليس عيبا فى النكاح، ولا ينقص بسببه الاستمتاع، فلا ينقص من المهر بسببه شيء، بخلاف ما لو ظهرت ثيبا.

وقوله: «فليس له الفسخ من دون هبه المدّه» يدلّ بمفهومه على أنه لو

ص: ١٥١

١-١ (١) لاحظ ص: ١٤٩، هامش (١).

٢-٢ (٢) لاحظ النهايه و نكتها ٣٦٢:٢.

٣-٣ (٣) لاحظ ص: ١٥٠، هامش (١).

٤-٤ (٤) راجع ج ٣٥٨:٧.

وهبها المدّة جاز له الفسخ، وليس كذلك، بل المراد أنه إن أراد مفارقتها وهبها المدّة، فكان ذلك بمنزلة الفسخ. وحيث يثبت له الفسخ، لكونه شرطه في العقد، فلا مهر لها قبل الدخول، ويستقر بعده كظائره.

و لو انعكس الفرض، بأن تزوّجها على أنها كتابيّة فظهرت مسلمه، فإن لم يكن شرط ذلك في العقد فلا خيار أيضا بطريق أولى، لأن الإسلام صفة كمال.

و إن شرطه في العقد، فإن وقع على وجه يصحّ لو قصدتها، كما لو وقع متعه أو دواما على القول الآخر، ففي تخييره قولان، من ظهور الكمال فضلا عن النقص الذي لا يبلغ العيب، و من وقوعه خلاف ما شرط، و الشرط يقتضى انقلاب العقد من اللزوم إلى الجواز، و عموم: «المسلمون عند شروطهم» (١) يتناوله، و جواز أن يتعلّق بذلك غرض صحيح، لضعف حقّها على تقدير الدوام، و سهوله تكليفها بما كلف به المسلمون. و في التحرير (٢) قرّب سقوط الخيار.

و لو وقع على وجه لا يصحّ مع العلم بحالها، كما لو تزوّجها دائما على القول المشهور فظهرت مسلمه، ففي صحّة العقد وجهان، من مطابقته الواقع في نفس الأمر، و من قدومه على عقد يعتقد بطلانه، فكأنّه لم يقصد إلى العقد الصحيح.

و هو الذي قوّاه الشيخ في المبسوط (٣). و لا يخلو من قوّه. و الوجهان يجريان مع الشرط في العقد و عدمه، لأنها متى ذكرت أنها كتابيّة فعقد عليها معتقدا بطلانه جاء فيه الإشكال.

ص: ١٥٢

١-١) راجع الوسائل ١٢:٣٥٣ ب(٦) من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥.

٢-٢) التحرير ٢:٣١.

٣-٣) المبسوط ٤:٢٥٤.

السابعة: إذا تزوج رجلان بامراتين، وأدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطئها

السابعة: إذا تزوج رجلان (١) بامراتين، وأدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطئها، فلكل واحد منهما على واطئها مهر المثل.

و ترد كل واحد على زوجها، و عليه مهرها المسمى. و ليس له وطؤها حتى تنقضى عدتها من وطء الأول. و لو ماتتا في العده أو مات الزوجان ورث كل واحد منهما زوجه نفسه و ورثته.

قوله: «إذا تزوج رجلان. إلخ».

ما ذكره المصنف من حكم المسأله هو الموافق للقواعد الشرعيه، فإن وطء الإنسان زوجه الآخر لشبهه منهما يوجب لها مهر المثل، و لا تزول الزوجيه بذلك.

و الاعتداد من وطء الشبهه لا ينافى الزوجيه أيضا، بل تحريمها حينئذ على الزوج بسبب عارض للفرق بين المائين كتحریمها عليه في زمان الحيض، فلا يؤثر في الإرث لو مات أحدهما، و لا يوجب نقص المهر، سواء كان قد دخل بزوجه أم لا.

ثم إن كان هناك غار رجع الغارم عليه بما اغترمه من مهر، سواء كان هو الأب أم غيره. و لو كان الغرور منها فلا شيء لها، و لا يستثنى لها حينئذ أقل ما يصلح مهرا كما توهمه بعضهم (١)، لأنها ليست زوجه، بل بغى فلا مهر لها.

و لو فرض علم الرجل بالحال و جهل المرأة فالمهر و الاعتداد بحاله، و يحد الرجل لزنائه. و لو انعكس حدثت دونه، و لا مهر لها، و عليها العده لوطيه المحترم.

و لو علما معا كانا زانين، فلا مهر و لا عدّه. و لو فرض دخول أحدهما دون الآخر، أو العلم من أحد الجانبين دون الآخر، اختص كل بما يلزمه من الحكم.

و الأصل في ذكر هذه المسأله روايه وردت بها اشتمل حكمها على ما

ص: ١٥٣

يخالف القواعد الشرعيّة، و عمل بمضمونها الشيخ و من تبعه (١)، فذكرها المصنف و تبه على ما يوافق الأصول من حكمها، و لم يتعرّض للمخالف.

قال الشيخ في النهاية: «إذا عقد الرجلان على امرأتين، فأدخلت امرأة هذا على هذا، و الأخرى على الآخر، ثم علم بعد ذلك، فإن كانا قد دخلا بهما فإن لكل واحد منهما الصّداق، فإن كان الوليّ تعميّد ذلك أغرم الصداق. و لا يقرب كلّ واحد منهما امرأته حتى تنقضى عدّتها. فإن ماتتا قبل انقضاء العده فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، و يرثانها الزوجان. و إن مات الزوجان و هما في العده فإنهما يرثانها، و لهما المسمّى» (٢).

و المستند رواه جميل بن صالح عن بعض أصحاب أبي عبد الله عليه السلام في أختين أهديتا إلى أخوين في ليله، فأدخلت امرأة هذا على هذا، و أدخلت امرأة هذا على هذا، قال: «لكل واحد منهما الصداق بالغشيان، و إن كان وليهما تعميّد ذلك أغرم الصداق. و لا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضى العده، فإذا انقضت العده، قال: فقال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، و يرثانها الرجلان. قيل: فإن مات الرجلان و هما في العده، قال: ترثانها، و لهما نصف المهر المسمّى لهما، و عليهما العده بعد ما تفرغان من العده الأولى، تعتدان عده المتوفّى عنها زوجها» (٣).

ص: ١٥٤

١- ١) راجع المذهب ٢: ٢٣٨، إصباح الشيعة ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه ١٨: ٣٣٥.

٢- ٢) النهاية: ٤٨٨.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٠٧ ح ١١، الفقيه ٣: ٢٦٧ ح ١٢٦٩، التهذيب ٧: ٤٣٤ ح ١٧٣٠، الوسائل ١٤: ٣٩٦ ب (٤٩) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢.

و قد ظهر أن الروايه ضعيفه بالإرسال و القطع معا.و مع ذلك فالشيخ لم يعمل بموجبها فى الزوجين،لتضمّنها ثبوت نصف المهر بالموت فى كلّ منهما، و الشيخ خصّه بموت الزوجه،و أوجب مع موت الزوج المسمّى.و لعلّ لفظ المسمّى وقع سهواً،و كان حقّه «نصف المسمّى» كما فى الروايه،لأنها هى مستند ذكره لها فى النهايه.

و قد ذكرها الصدوق فى المقنع (١) كما ذكرها فى التهذيب باللفظ الذى حكيناه،و لكن الصدوق لم يجعلها مقطوعه،بل قال:«و سئل الصادق عليه السلام عن أختين أهديتا لأخوين إلى آخر الحديث».

و فى المختلف (٢) اقتصر فى نقل الروايه على ما تضمّنه كلام الشيخ، و ترك حكايه آخرها المتضمّن لثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوج،فلم يجعل فيها مخالفه إلا فى موضع واحد،و هو ثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوجه كما ذكره فى النهايه.ثمّ حمل الروايه على أن المرأتين ليس لهما ولد، فيرجع الزوجان بالنصف ممّا دفعاه مهرا على سبيل الميراث.و رضيه منه المتأخرون (٣).

و هذا الحمل-مع بعده-يتّم فى جانب الزوج دون الزوجه،لحكمه لها أيضا بالنصف.مع أن أول الروايه تضمّن حصول الغشيان و وجوب الصداق، و آخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت.و حملها على ما لو وقع ذلك قبل الدخول خلاف ظاهرها.و على كلّ تقدير فاطراح الروايه لما ذكر من وجه الضعف أولى

ص: ١٥٥

١-١) المقنع ١:١٠٥.

٢-٢) المختلف: ٥٥٧.

٣-٣) لاحظ التنقيح الرائع ٣:٢٠٢، و جامع المقاصد ١٣:٣٠٨.

الثامنة: كلّ موضع حكمنا فيه ببطلان العقد فللزوجه مع الوطاء مهر المثل لا المسمّى

الثامنة: كلّ موضع حكمنا (١) فيه ببطلان العقد فللزوجه مع الوطاء مهر المثل لا المسمّى. وكذا كلّ موضع حكمنا فيه بصحّح العقد فلها مع الوطاء المسمّى وإن لحقه الفسخ. وقيل: إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطاء لزم مهر المثل، سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده. والأول أشبه.

من تكلف حملها على ما لا تدلّ عليه.

قوله: «كلّ موضع حكمنا. إلخ».

وجه وجوب مهر المثل مع البطلان أنه عوض البضع المحترم حيث لا عقد، ومع بطلان العقد ينزل كعدمه، فيكون كالوطاء بالشبه المجزّده عن العقد. وأما المسمّى فإنه تابع لصحّح العقد، وقد انتفى. وقد وقع الخلاف في بعض أفراده.

و تقدّم (١) الكلام عليه في محلّه.

وأما مع الفسخ فيثبت المسمّى على كلّ تقدير، لوجوبه بالعقد، والفسخ إنما يرفع العقد من حين الفسخ لا من أصله، فلا يبطل المسمّى فيه الذي قد استقرّ بالدخول، سواء كان الفسخ بعيب سابق له أم لاحق.

والقول بالتفصيل المذكور للشيخ في المبسوط (٢). وقد تقدّم (٣) نقله و الكلام عليه في بابه.

ص: ١٥٦

١-١) راجع ج ٧: ٢٧٣-٢٧٤ و ٣٣٨-٣٣٩، وغيرها.

٢-٢) المبسوط ٢٥٣: ٤.

٣-٣) في ص: ١٣٠.

النظر الثاني: (١) في المهور. وفيه أطراف:

الأول: في المهر الصحيح

الأول: في المهر الصحيح.

قوله: «النظر الثاني: إلخ».

هو جمع مهر، وهو مال يجب بوطء غير زنا منها ولا ملك يمين، أو بعقد النكاح، أو تفويت بضع قهرا على بعض الوجوه، كإرضاع ورجوع شهود.

وله أسماء كثيرة:

منها: الصّدق بفتح الصاد و كسرهما، سُمي به لإشعاره بصدق رغبه بأذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجابه.

و الصدقه بفتح أوله و ضمّ ثانيه، والنحله، والأجر، والفريضة. وقد ورد بها القرآن، قال الله تعالى وَ آتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ (١) و قال فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٢) و قال وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً (٣). و ليس المراد من النحله ما هو بمعنى العطيّه المتبرّع بها، لأنه عوض البضع، بل إما من الانتحال، وهو التدين. أو لأنه في حكم التبرّع من حيث تحقّق الاستمتاع للزوجين، فكان للزوجه في معنى النحله و إن كان عوضا. أو لأن الصّدق كان للأولياء في غير شرعنا، كما يتّبه عليه قصه شعيب و جعل مهر ابنته رعى غنمه، فكان جعله لهنّ في شرعنا بمنزله النحله.

و العليقه و العلائق. و قد روى أن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ قال: «أَدُوا العَلَائِقَ: قيل: و ما العلائق؟ قال: ما تراضى به الأهلون» (٤).

و العقر بالضمّ، و الحباء بالكسر.

ص: ١٥٧

١ - ١) النساء: ٤.

٢ - ٢) النساء: ٢٤.

٣ - ٣) البقره: ٢٣٧.

٤-٤) النهايه لابن الأثير ٣:٢٨٩، عوالى اللئالى ١:٢٢٩ ح ١٢٤، وقرب منه سنن الدار قطنى ٣:٢٤٤ ح ١٠، السنن الكبرى للبيهقى
٧:٢٣٩.

و هو كل ما يصح (١) أن يملك، عينا كان أو منفعه. و يصح العقد على منفعه الحرّ، كتعليم الصنعه و السوره من القرآن، و كل عمل محلّل، و على إجازة الزوج نفسه مدّه معيّنه. و قيل بالمنع، استنادا إلى روايه لا تخلو من ضعف، مع قصورها عن إفاده المنع.

و يقال من لفظ الصداق و الصدقه: صدقتها، و من المهر: مهرتها. و لا يقال:

أصدققتها و أمهرتها. و منهم من جوزه (١). و قد استعمله المصنف (٢) و غيره (٣) من الفقهاء.

و اعلم أن المهر ليس ركنا فى النكاح كالمبيع و الثمن فى البيع، لأن المقصود الأظهر منه الاستمتاع و لواحقه، و أنه يقوم بالزوجين، فهما الركن، فيجوز إخلاء النكاح عن المهر. و لكن الأحبّ تسميته مهرا كيلا يشبه نكاح الواهبه نفسها للنبيّ صلى الله عليه و آله و سلم، و ليكون أدفع للخصومه.

قوله: «و هو كل ما يصحّ إلخ».

احترز بقوله: «ما يصحّ أن يملك» عمّا لا يقبل الملك أصلا كالخزير، و ما هو ملك للغير حيث لا يرضى بنقله عن ملكه، فإنه لا يصحّ أن يملك لغيره على هذا الوجه، فلا يصحّ لغير مالكة جعله مهرا. و دخل فيه ما لا يتمّول عادة، فإنه ممّا يصحّ أن يملك و إن لم تصحّ المعاوضه عليه، حتى أنه لا يصحّ أخذه بغير إذن المالك، و يضمّنه الآخذ كغيره من الأموال. و يمكن أن يريد ب«ما يصحّ أن يملك»

ص: ١٥٨

١-١) راجع لسان العرب ١٨٤:٥ و ١٩٧:١٠.

٢-٢) كما فى ص: ١٧٦ و ١٨٠.

٣-٣) لاحظ المبسوط ٣٠٣، ٢٨٦، ٢٧٦، ٤:٢٧٤، الجامع للشرائع: ٤٤٠، القواعد ٤٣، ٤٢:٢، جامع المقاصد ٣٤٨، ٣٤٤:١٣.

ما يقبل نقله بالملك إلى غيره، فيخرج عنه ما لا يتموّل.

و لا فرق فيه بين العين و المنفعة، لأنها مال يصحّ أن يملك، حتى منافع الحرّ، كتعليم صنعه محلّله، أو سوره من القرآن، أو بعضها، أو غيره من الحكم و الآداب، أو عمل محلّل مقصود، أو إجاره الزوج نفسه مدّه معيّنه، سواء كان زمانها مشخّصا أم لا.

و لا خلاف في ذلك كلّه إلا في العقد على منفعه الزوج مدّه معيّنه، فقد منع منه الشيخ (1) و جماعه (2)، استنادا إلى حسنه أحمد بن محمد بن أبي نصر البرنطى قال: «قلت لأبى الحسن عليه السلام: الرجل يتزوّج المرأة و يشترط لأبيها إجاره شهرين يجوز ذلك؟ فقال: إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتمّ له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي؟ و قد كان الرجل على عهد رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يتزوّج المرأة على السوره من القرآن، و على الدرهم، و على القبضه من الحنطه» (3).

و أجاب المصنف عنها بأمرين:

أحدهما: ضعف السند، فإنها ليست من الصحيح، لأن في طريقها سهل بن زياد، و هو ضعيف. و لها طريق (4) آخر حسن فيه إبراهيم بن هاشم، و لم يبلغ حدّ الثقة و إن كان ممدوحا.

و ثانيهما: قصورها في الدلاله عن إفاده المنع:

أما أولا فلأن شعيبا استأجر موسى عليه السلام ليرعى له لا لابنته،

ص: ١٥٩

١-١) النهايه: ٤٦٩.

٢-٢) كما في المهدب ٢٠١: ٢.

٣-٣) الكافي ٤١٤: ٥ ضمن ح ١، التهذيب ٣٦٦: ٧ ح ١٤٨٣، الوسائل ٣٣: ١٥ ب (٢٢) من أبواب المهور ضمن ح ١.

٤-٤) الكافي ٤١٤: ٥ ضمن ح ١، التهذيب ٣٦٦: ٧ ح ١٤٨٣، الوسائل ٣٣: ١٥ ب (٢٢) من أبواب المهور ضمن ح ١.

و لو عقد الذميان (١) على خمر أو خنزير صح، لأنهما يملكانه. و لو أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض دفع القيمة، لخروجه عن ملك المسلم، سواء كان عينا أو مضمونا.

و قد كان جائزا في شرعهم و ليس بجائز في شرعنا، و المتنازع فيه إجارته نفسه لها.

و أما ثانيا فلأنها ليست صريحه في المنع، فإن قوله: «إن موسى عليه السلام علم و من أين لهذا أن يعلم؟» ليس دالا على اشتراط العلم و إن أشعر به، و لعله أراد أنه لا ينبغي التعرض لتحمل ما لا يثق بالوفاء به على جهه الكراهه لا المنع، بدليل جريانه في كل مهر قبل تسليمه، فإنه لا وثوق بالبقاء إلى أن يوفيه، مع أنه غير قادح في الصحه إجماعا. فالقول بالجواز أصح، للأصل، و وجود المقتضى، و هو كونها منفعه مقصوده موجوده، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونها منفعه الزوج، و هو غير صالح للمانع. و قد دل على جواز جعل منفعته مهرا خبير سهل الساعدي [١] الذي زوجته النبي صلى الله عليه و آله و سلم المرأه بأن يعلمها سورا مخصوصه من القرآن.

قوله: «و لو عقد الذميان. إلخ».

لا- فرق في الحكم بالصحه بين الذميين و غيرهما من أصناف الكفار، لأن الحكم بالصحه بالنسبه إلى ما بينهم، و لا يجب على المسلم البحث عنه، و هو مشترك بين أصناف المشركين.

ثم إن أسلما أو أسلم أحدهما بعد التقابض فلا شيء للزوجه، لأن الزوج

قد برئ بما دفعه قبل الإسلام بحسب ما عندهما من الحكم، خلافا لبعض العامة (١)، حيث ذهب إلى أن لها مهر المثل، لفساد ذلك القبض.

و إن كان الإسلام قبل الدفع لم يجز دفع المعقود عليه، لأنهما إن كانا قد أسلما معا فواضح، لعدم صحه قبضه و لا إقباضه في دين الإسلام حينئذ. وكذا إن كان المسلم الزوج، لأنه لا يصح له إقباضه و لا دفعه دينا. و إن كان هو الزوجه لم يصح لها قبضه. فينتقل إلى قيمه عند مستحليه، لأنها أقرب شيء إليه، ولأن المعين يراد منه شخصه و ماليته، فإذا تعذر أحدهما يصار إلى الآخر. و يؤيده روايه عبيد بن زراره قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: النصراني يتزوج النصرانيه على ثلاثين دنا خمرا أو 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 في المسأله أقوال أخر قد تقدم (٣) البحث فيها و في المختار منها في باب نكاح الكفار.

و أشار المصنف بقوله: «سواء كان عينا أو مضمونا» إلى خلاف بعض العامة (٤) حيث فرق بينهما، و حكم في العين أنها لا تستحق غيره.

ص: ١٦١

١- (١) المدونه الكبرى ٢:٢٩٧.

٢- (٢) الكافي ٥:٤٣٧ ح ٩، الفقيه ٣:٢٩١ ح ١٣٨٣، التهذيب ٧:٣٥٦ ح ١٤٤٨، الوسائل ١٥:٤ ب (٣) من أبواب المهور ح ٢. و فيه: و ثلاثين.

٣- (٣) في ج ٧:٣٨٧.

٤- (٤) راجع المغني لابن قدامه ٧:٥٦٠.

و لو كانا مسلمين (١) أو كان الزوج مسلماً قيل: يبطل العقد. وقيل:

يصحّ، ويثبت لها مع الدخول مهر المثل. وقيل: بل قيمه الخمر. والثاني أشبه.

قوله: «و لو كانا مسلمين. إلخ».

البحث هنا يقع في موضعين:

أحدهما: في صحّة العقد وفساده، فقد ذهب جماعة -منهم الشيخان في المقنعه (١) و النهاية (٢)، و القاضى (٣)، و التقيّ (٤)- إلى البطلان، لوجوب اقتران الرضا بالعقد، و لم يقع الرضا إلاّ -على الباطل، فما وقع عليه الرضا لم يصحّ، و ما هو صحيح لم يتراضيا عليه. و لقول الباقر عليه السلام: «المهر ما تراضى عليه الزوجان» (٥) و ينعكس بعكس النقيض إلى قولنا: «ما لا يتراضيان عليه لا يكون مهراً» و هو يوجب كون كلّ ما عدا المذكور لا يكون صداقاً، لعدم التراضى عليه، و لا يمكن إخلاء البضع من مهر بعد الدخول، فلم يبق إلاّ البطلان. و لأنه عقد معاوضه، فيفسد بفساد العوض كالبيع. و يظهر كونه معاوضه من قوله تعالى:

فَأْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ (٦) و من قوله: «زوّجتك بكذا» فإن الباء في مثل ذلك للعوض.

و اختار المصنف و جماعه -منهم الشيخ في كتابي الفروع (٧)، و ابن

ص: ١٦٢

١- (١) المقنعه: ٥٠٨، بناء على بعض نسخها كما في الهامش (٣) من نفس الصفحة.

٢- (٢) النهاية: ٤٦٩.

٣- (٣) المهذب ٢٠٠: ٢.

٤- (٤) الكافي في الفقه: ٢٩٣.

٥- (٥) الكافي ٣٧٨: ٥ ح ٣، التهذيب ٣٥٣: ٧ ح ١٤٣٩، ١٤٣٨، الوسائل ١٥: الباب (١) من أبواب المهور ح ٣، ٩، مع اختلاف يسير.

٦- (٦) النساء: ٢٤.

٧- (٧) المبسوط ٢٧٢: ٤، الخلاف ٣٦٣: ٤ مسألة (١).

إدريس (١)- و أكثر المتأخرين (٢)الصحة، لوجود المقتضى لها، و هو الإيجاب و القبول، و عدم المانع، إذ ليس إلا- بطلان المهر، لكن بطلانه لا يؤثر في بطلان العقد، لصحة عرائه عنه، بل صحة العقد مع شرط عدمه، فلا يكون ذكر المهر أبلغ من اشتراط عدم المهر. و لأن العقد و المهر غيران، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر. و الغيريه تظهر فيما لو عقد بغير مهر، فإنه يصح بلا خلاف.

و أجب بالفرق بين عدم التسميه و تسميه الفاسد، لأنهما في الأول قد تراضيا على عدم المهر فصح العقد، للرضا به خاليا عن العوض، و يثبت مهر المثل، لأنه العوض شرعا في مثل ذلك، بخلاف الثانى، لأن التراضى لم يقع بالعقد خاليا عن العوض، و المسمى باطل شرعا، و غيره غير مرضى به، فلا يصلح للعوضيه. و لا يلزم من تغييرهما مع التفويض تغييرهما مع التسميه، لأن التراضى إنما وقع على العقد المشخص بالمهر المعين، فكانا أمرا واحدا مركبا، فيفوت بفوات بعض أجزائه.

و عن حجه الأولين: بأن بطلان المسمى لا ينفي أصل الرضا بالنكاح، و إلا لم يصح لو ظهر كونه مستحقا. و بهذا يظهر أنه ليس كالمعاوضه المحضه من كل وجه، لأنها تفسد باستحقاق أحد العوضين إذا كان معينا. و من ثم سمّاه الله نحلّه، و هى العطيّه. و ركن العقد يقوم بالزوجين كما مرّ (٣). و بأن المراد من المهر الذى تراضى عليه الزوجان فى الحديث المهر الذى يذكرانه فى العقد لا مطلق المهر، لأن المهر الواجب مع عدم ذكره فى العقد لم يتراضيا عليه و قد صحّ مهرا. و بأن

ص: ١٤٣

١-١) السرائر ٥٧٧:٢.

٢-٢) كالحلى فى الجامع للشرائع: ٤٤١، و المحقق الآبى فى كشف الرموز ١٨٥:٢، و فخر المحققين فى الإيضاح ٢٠١:٣.

٣-٣) فى ص: ١٥٨.

الظاهر منه كون التراضى فى جانب القلّه و الكثره مع التعيين أيضا، بقريته قوله «قلّ أو كثر». و توقّف العلامه فى المختلف (١). و له وجه، و إن كان جانب الصّحّه لا يخلو من رجحان ما.

الثانى: على تقدير الصّحّه ما الذى يجب فيه؟ أقوال:

أحدها- و هو الذى اختاره المصنف- وجوب مهر المثل مع الدخول كالمفوضه. و هو مذهب الشيخ فى الخلاف (٢) و ابن إدريس (٣) و العلامه (٤)، إلا أنه لم يقيّد بالدخول فى غير الإرشاد (٥)، فيحتمل أن يريد المطلق وجوب مهر المثل بالعقد بدل المسمّى حيث تعدّر. و تظهر الفائده فيما لو طلق قبل الدخول فيجب نصف مهر المثل، أو مات أحدهما فيجب الجميع، بخلاف قول من قيد بالدخول، فإنه مع الموت قبله لا شىء. و على هذا فيكون القول بوجوب مهر المثل منقسما إلى قولين. و قد تبّه عليهما الشهيد فى شرح الإرشاد (٦)، و نقل القول بوجوب مهر المثل بنفس العقد عن الشيخ.

و وجه القول بمهر المثل: أن عدم صلاحية المسمّى لأن يكون صداقا يقتضى بطلان التسميه، فيصير العقد خاليا عن المهر، فيجب بالوطء مهر المثل، لأنه قيمه البضع، و هذا وجه القول الأول. أو لأن العقد واقع بالعوض فلا يكون تفويضا، لكن لما تعدّر العوض المعين بفوات ماليتها شرعا انتقل إلى بدله، و هو مهر المثل. و هو وجه القول الثانى. لكنّه يضعّف بأن مهر المثل إنما يكون عوضا

ص: ١٦٤

١-١) المختلف: ٥٤١-٥٤٢.

٢-٢) الخلاف ٤:٣٦٣ مسألة (١).

٣-٣) السرائر ٥٧٧:٢.

٤-٤) إرشاد الأذهان ١٤:٢.

٥-٥) لاحظ التحرير ٢:٣١، القواعد ٣٧:٢.

٦-٦) غايه المراد: ١٩٨.

للوطء لا لمجرّد العقد، فالقول الثانى ضعيف جدًا.

و ثانيها: أن الواجب قيمته عند مستحليّه، حتى لو كان المهر حرًا قدّر على تقدير عبوديته. و هو قول الشيخ فى موضع من المبسوط (١).

و وجهه: أن الزوجين لما ذكرا فى العقد عوضا كان مقصودهما ذلك العوض دون قيمه البضع و هو مهر المثل، و لذلك العوض خصوص و هو عينه، و عموم و هو مالئته باعتبار مقابلته البضع، و هو متقوم فى الجملة، فإذا لم يمكن اعتبار خصوصيته لمانع بقى اعتبار المالئته، فيعتبر قيمته على ذلك التقدير.

و ردّ بأن تقدير المالئته هنا ممتنع شرعا، فيلغو كما لغا التعيين. و بأنه لما بطل تعيينه لم يكن اعتبار مالئته مستلزما لوجوب قيمته، لأن وجوب المال المخصوص عوضا إنما يكون بذكره فى العقد، فإذا فات لم يبق إلا مهر المثل.

و ثالثها: الفرق بين كون المهر المتعدّر اعتبار قيمته متقوماً فى الجملة كالخمر و الخنزير، و غير متقوم كالحرّ، فيعتبر قيمه الأول و مهر المثل فى الثانى.

و وجه الفرق: أن الحرّ ليس مالا أصلا، فيكون ذكره كالمعدوم، بخلاف الخمر، فإن مالئته منفيّه للمسلم لا عليه، لأنه مضمون عليه للذمى المستتر، و للذمى على مثله، فتكون المالئته فيه ملحوظة فى الجملة، فلا يكون العقد خاليا عن المهر أصلا، بخلاف الحرّ.

و اعلم أنه على القول الثانى يكون وجوب قيمه منوطا بمجرّد العقد و إن لم يدخل بغير خلاف، بخلاف القول الأول، فإن فيه وجهين. و كذا على الثالث، فإن الجهة التى توجب فيه القيمة تلحقه بالثانى، و التى توجب مهر المثل تلحقه بالأول.

ص: ١٦٥

و لا- تقدير في المهر،(١) بل ما تراضى عليه الزوجان و إن قلّ، ما لم يقصر عن التقويم كحبه من حنطه. و كذا لا حدّ له في الكثره. و قيل بالمنع من الزيادة عن مهر السنّه، و لو زاد ردّ إليها. و ليس بمعتمد.

قوله: «و لا تقدير في المهر. إلخ».

لا خلاف في أن المهر لا يتقدّر في جانب القلّه إلا بأقلّ ما يتموّل. و أما في جانب الكثره فالأشهر بينهم عدم تقديره أيضا، فيصحّ العقد على ما يتفقان عليه من غير تقدير، و به صرح عامّه المتقدمين و المتأخّرين ما عدا السيّد المرتضى، فإنه ذهب في الانتصار (١) إلى أنه لا- يجوز تجاوز مهر السنّه، و هو خمسمائه درهم، قدرها خمسون ديناراً، فمن زاد عليه ردّ إليه. و نسب هذا القول إلى ظاهر ابن الجنيد (٢)، و ليس كذلك، فإن ابن الجنيد صرح بجواز جعل المهر كلّ ما يتموّل من قليل و كثير، ينتفع به في دين أو دنيا، من عين و غيرها (٣). ثمّ حكى بعد ذلك روايه المفضل بن عمر (٤) الدالّه على أنه لا يتجاوز مهر السنّه بلفظ الروايه مينا للراوى. و هذا لا- يدلّ على اختيارها، لأنّه كثيرا ما ينقل في كتابه أخبارا من طرق العامّه و الخاصّه لمناسبه المقام لا للفتوى بمضمونها، خصوصا مع التنبيه على الراوى الضعيف المؤذن بردّ روايته. و سيأتى الكلام عليها.

حجّه الأصحاب على جواز الكثير من غير تقييد قوله تعالى:

ص: ١٦٦

١-١ (١) الانتصار: ١٢٤.

٢-٢ (٢) لاحظ جامع المقاصد ٣٣٨: ١٣.

٣-٣ (٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٤١.

٤-٤ (٤) التهذيب ٣٦١: ٧ ح ١٤٦٤، الاستبصار ٢٢٤: ٣ ح ٨١٠، الوسائل ١٧: ١٥ ب (٨) من أبواب المهور ح ١٤.

وَ آتَيْتُمْ إِخِيْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا- تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا (١). و القنطار: المال العظيم، من قنطرت الشيء إذا رفعته، و منه القنطره. و فى القاموس: «القنطار وزن أربعين أوقية من ذهب أو فضة، أو ألف دينار، أو ألف و مائتا أوقية، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائة رطل من ذهب أو فضة، أو ملء مسك ثور ذهبا أو فضة» (٢).

و عموم قوله تعالى فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٣) و قوله وَ آتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً (٤) و قوله فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٥).

و روى الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام قال: «الصِّدَاق ما تراضى عليه الناس قليلا كان أو كثيرا فهو الصداق» (٦). و مثله روى زراره عنه عليه السلام (٧). و روى أبو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن المهر، فقال: هو ما تراضى عليه الناس» (٨). و روى الوشاء فى الصحيح عن الرضا عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لو أن رجلا تزوج امرأة و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا، و الذى سَمَاهُ لأبيها فاسدا» (٩).

و قضيه عمر مع المرأة التى حجته حين نهى عن المغالاه فى المهر، و احتجاجها

ص: ١٦٧

١- (١) النساء: ٢٠.

٢- (٢) القاموس المحيط ١٢٢: ٢.

٣- (٣) البقره: ٢٣٧.

٤- (٤) النساء: ٤.

٥- (٥) النساء: ٢٤.

٦- (٦) الكافى ٣٧٨: ٥ ح ٣، التهذيب ٣٥٤: ٧ ح ١٤٤٢، الوسائل ١٥: ١ ب (١) من أبواب المهور ح ٣، و اللفظ للتهذيب.

٧- (٧) الوسائل الباب المتقدم ح ٦ و ٩.

٨- (٨) الكافى ٣٧٨: ٥ ح ١، التهذيب ٣٥٤: ٧ ح ١٤٤١، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

٩- (٩) الكافى ٣٨٤: ٥ ح ١، التهذيب ٣٦١: ٧ ح ١٤٦٥، الاستبصار ٢٢٤: ٣ ح ٨١١، الوسائل ١٩: ١٥ ب (٩) من أبواب المهور ح ١.

بآيه القنطار مشهوره (١). و روى الشيخ فى المبسوط (٢) وغيره (٣) أن عمر تزوج أمّ كلثوم بنت على عليه السلام فأصدقها أربعين ألف درهم، و أن أنس بن مالك تزوج امرأه على عشرة آلاف، و تزوج الحسن عليه السلام امرأه فأصدقها مائه جاريه مع كل جاريه ألف درهم. و روى غير ذلك ممّا هو أزيد مهرا منه فى عهد الصحابه و التابعين، و لم ينكره أحد (٤). و لأنه نوع معاوضه فيتبع اختيار المتعاضين فى القدر كغيره من المعاوضات.

و احتج السيد المرتضى (٥) على مذهبه بإجماع الطائفة. و هو عجيب، فإنه لا يعلم له موافق فضلا عن أن يكون ممّا يدعى فيه الإجماع. و قد اتفق له ذلك فى الانتصار فى مسائل كثيرة ادعى فيه الإجماع و ليس له موافق، ذكرنا جملة منها فى بعض الرسائل.

و احتج أيضا بأن المهر تتبعه أحكام شرعيه، فإذا وقع العقد على مهر السنّه فما دون ترتبت عليه الأحكام بالإجماع، و أما الزائد فليس عليه إجماع و لا دليل شرعى، فيجب نفيه.

و أنت قد عرفت الدلائل الشرعيه الداله على جواز جعل المهر قليلا- و كثيرا، فيجب إثباته، خصوصا الدلاله من جهة الآيات (٦)، فإنها حجّه عند المرتضى. أما الأخبار فإنه لا يعتبر منها إلا المتواتر، و هو منتف هنا. و يمكن على

ص: ١٦٨

١-١) السنن الكبرى ٧:٢٣٣، الكشاف ١:٤٩١.

٢-٢) المبسوط ٤:٢٧٢.

٣-٣) راجع السنن الكبرى ٧:٢٣٣.

٤-٤) راجع الحاوى الكبير ٩:٣٩٧.

٥-٥) الانتصار: ١٢٥.

٦-٦) لاحظها فى ص: ١٦٦-١٦٧

قاعده الأصوليه من أن العموم ليس له صيغه تخصه (١) أن يدعى في جميع الآيات كونها محتمله للعموم و الخصوص، و لما كان الخصوص غير متعين بقدر لم يكن دلالتها على مطلوب الخصم معلومه، لجواز أن يكون المراد من الخصوص ما يوافق مهر السنه فما دون، فيرجع الأمر معه إلى أن وجوب الاقتصار على مهر السنه لا دليل عليه، لانتفاء ما جعله دليلاً.

و إن استند إلى الإجماع - فإنه حججه عند الجميع، و هو متحقق في مهر السنه فما دون، دون غيره - قلنا بموجبه و منعنا تحققه فيما ذكر، بل هو ظاهر في كل قليل و كثير، لما عرفت من انحصار المخالف فيه.

و أما الاحتجاج لقوله بروايه محمد بن سنان عن المفضل بن عمر - قال:

«دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه، قال: فقال: السنه المحمديه خمسمائه درهم، فمن زاد على ذلك رد إلى السنه، و لا شيء عليه أكثر من الخمسمائه درهم» (٢) - فهو من عجيب الاحتجاج، لأن المرتضى لا يرتضى خبر الواحد (٣) و إن كان صحيحاً مشهوراً موافقاً للأصول فكيف بخبر نادر في طريقه محمد بن سنان؟! و هو ضعيف غال مطعون عليه بأمر كثيره، منها أنه قال عند موته: «لا ترووا عني مما حدثت شيئاً، فإنما هي كتب اشتريتها من السوق» (٤). و المفضل بن عمر مثله في الضعف، و قد قال عنه النجاشي إنه: «فاسد المذهب، مضطرب الروايه، لا يعاب به، و قيل كان خطابياً» (٥). فهذا حالها من جهة الأسناد.

ص: ١٦٩

١-١) راجع الذريعه إلى أصول الشريعه ١: ١٩٨.

٢-٢) تقدم ذكر مصادرها في ص: ١٦٦، هامش (٤).

٣-٣) راجع الذريعه إلى أصول الشريعه ٢: ٥٢٨.

٤-٤) رجال ابن داود: ٢٧٣.

٥-٥) رجال النجاشي: ٤١٦ الرقم (١١١٢).

و يكفى فى المهر(١) مشاهدته إن كان حاضرا و لو جهل وزنه و كيله، كالصبره من الطعام، و القطعه من الذهب.

و أما من جهه المتن فمخالفتها فيما ذكر لعموم الكتاب و السنّه ظاهره. و بقى فيها أنه قال فيها بعد ذلك: «فإن أعطاهما من الخمسمائه درهم درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شىء عليه. قال: قلت: فإن طلقها بعد ما دخل بها، قال: لا شىء لها، إنما كان شرطها خمسمائه درهم، فلما أن دخل بها قبل أن تستوفى صداقها هدم الصداق فلا شىء لها، إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك فى حياه منه أو بعد موته فلا شىء لها». فانظر إلى هذه المخالفات العجيبه و الأحكام الغريبه فى هذا الخبر الواهى، و كيف يحسن بعد ذلك الاستناد إليه فى حكم من هذه الأحكام، مع مخالفه مدلوله فى جميعها لما عليه علماء الإسلام؟! بل مثل هذا لا ينبغى إيداعه كتب الحديث فضلا عن أن يجعل سندا لحكم.

قوله: «و يكفى فى المهر. إلخ».

لما كان النكاح ليس على حدّ المعاوضات الحقيقّيه، و الركن الأعظم فيه الزوجان، و المهر دخيل على العقد، لم يعتبر فى العلم به ما يعتبر فى غيره من أعواض المعاوضات كالبيع، بل يكفى مشاهدته عن اعتباره بالكيل و الوزن و العدّ، و إن كان الأصل فيه الاعتبار بأحدها، لزوال معظم الغرر بالمشاهده، و اغتفار الباقي فى هذه المعاوضه. و لأن الله تعالى سمّاه نحلّه (١)، و هى العطيّه، و من شأنها تحمّل مثل هذا الغرر و أزيد. و لعموم الأخبار (٢) الدالّه على جواز جعل المهر ما تراضى به الزوجان الشامل لذلك. و قول الكاظم عليه السلام: «كان الرجل يتزوّج

ص: ١٧٠

١- ١) النساء: ٤.

٢- ٢) راجع الوسائل ١: ١٥ باب «١» من أبواب المهور.

و يجوز أن يتزوج (١) امرأتين أو أكثر بمهر واحد، و يكون المهر بينهما بالسوية. و قيل: يقسّط على مهر أمثالهنّ. و هو أشبه.

على عهد رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم على القبضه من الحنطه» (١).

ثمّ إن قبضته و لم يتوقّف الأمر على العلم بقدره أو علماه بعد ذلك فلا كلام، و إن استمرّ مجهولا و احتيج إلى معرفته، لتلفه قبل التسليم، أو بعده و قد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه، فالوجه الرجوع إلى الصلح، إذ لا طريق غيره. و احتمال وجوب مهر المثل - كما ذكره بعضهم (٢) - لا يوافق مذهبنا من أن ضمان المهر ضمان يد لا ضمان معاوضه. و من ثمّ كان التلف قبل القبض يوجب الرجوع إلى قيمه. نعم، هو مذهب العاقه (٣). و ليس هذا كما لو تزوّجها على مهر مجهول ابتداء. و من ثمّ صحّ في الابتداء، بخلاف المجهول. و سيأتي (٤) تحقيقه.

قوله: «و يجوز أن يتزوج الخ».

إذا تزوّج امرأتين فصاعدا عقدا واحدا بعين واحده أو مبلغ واحد صحّ النكاح عندنا، لوجود المقتضى له، و هو العقد الجامع لشرائطه، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا جمع المهور على شيء واحد، و هو لا يصلح للمانع، لأنه على تقدير الصحّ يظهر حقّ كلّ واحد بالتوزيع، و على تقدير البطلان لا يؤثّر في العقد كما سيأتي.

و هل يصحّ المهر أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما - و هو الذي قطع به المصنف و الأكثر - الصحّ، لأنه معلوم جملة،

ص: ١٧١

١ - ١) الكافي ٥: ٤١٤ ح ١، التهذيب ٧: ٣٦٦ ح ١٤٨٣، الوسائل ١٥: ٣٣ ب (٢٢) من أبواب المهور ح ١.

٢ - ٢) راجع جامع المقاصد ١٣: ٣٤١.

٣ - ٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٢٠، روضه الطالبين ٥: ٥٧٦.

٤ - ٤) في ص: ١٨٠.

و حصّه كلّ واحد يمكن علمها بعد ذلك، كضمن المبيعين في عقد واحد.

و الثاني: البطلان، لأن المهر هنا متعدّد في نفسه و إن كان مجتمعاً، و حصّه كلّ واحد منه ليست معلومه عند العقد. و علمها بعد ذلك لا يفيد الصحّه، كما لو كان مجهولاً منفرداً و علم بعد ذلك. و نمنع صحّه البيع للملكين غير المشتركين بضمن واحد، كما هو مذهب الشيخ في الخلاف (١) و غيره (٢). و لأنه كعقدين و الثمن غير معلوم بالنسبه إلى كلّ واحد منهما. و اختاره في المبسوط (٣) إذا اختلفت القيمتان.

و الأشهر الجواز، لقوله عليه السلام: «المهر ما تراضى عليه الزوجان» (٤) و هذا يصدق عليه ذلك. و لأن المسمّى في مقابله البضعين من حيث الاجتماع، و لا يلزم من التقسيط الحكمى التقسيط اللفظى. و هو الجواب عن بيع الملكين. و لو سلّم المنع في البيع لأمكن انفراد المهر بالصحّه، لأنه ليس على حدّ المعاوضات المحضه و إن أشبهها و لحق بها في بعض الأحكام، و يحتمل من الجهاله ما لا يحتمله غيره منها. و الوجهان حكاهما الشيخ في المبسوط (٥). و لم يتعرّض المصنف لوجه البطلان.

و يتفرّع على الصحّه تقسيط المسمّى على كلّ واحد ليعرف مقدار ما يخصّها منه، و فيه وجهان:

أحدهما: أنه يقسّط على عدد رءوسهنّ بالسويّه، لأنه الأصل في إطلاق

ص: ١٧٢

١-١) الخلاف ١:٦٤٧ مسألة (١٣).

٢-٢) راجع الجامع للشرائع: ٣١٢.

٣-٣) المبسوط ٢:٣٥٦.

٤-٤) تقدم ذكر مصادره في ص: ١٦٧، هامش (٦).

٥-٥) المبسوط ٤:٢٩١.

الاستحقاق إذا قيل لفلان و فلان كذا، و الترجيح على خلاف الأصل. و لأن النكاح لا يعتبر فيه قيمة البضع، إذ ليس معاوضه محضه. و هذا هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط (١) و من تبعه (٢).

الثانى: أنه يقسّط على مهور أمثالهنّ، و يعطى كلّ واحده ما يقتضيه التقسيط، كما لو باع عبده و عبد غيره بثمن واحد، أو جمع بين بيع و نكاح، لأنه إذا ذكر المهر قصدت المعاوضه فوجب مقتضاها، و هى تابعه لقيمه المعوّض، و من ثمّ يكون زياده العوض و نقصانه ناشئا عن زيادتها و نقصانها، و قيمه البضع هى مهر المثل، فيكون قسط كلّ واحده بحسبه. و هذا اختيار المصنف و الأكثر. و هو الأقوى.

و على القول بفساد المهر فلكلّ واحده مهر مثلها، كما لو أصدقها مجهولا يتعدّر تقويمه، كعبد و دابته و شىء، لأن الصّدق و إن لم يكن عوضا فى أصله إلا- أنه إذا ذكر فى العقد جرت عليه أحكام المعاوضات، و الجهاله من موانع صحّتها، فيثبت مهر المثل. و يحتمل الفرق و توزيع المسمّى هنا على مهور أمثالهنّ، و لكلّ واحده منه ما يقتضيه التوزيع. و يكون الحاصل لهنّ على هذا القول كالحاصل إذا قلنا بصحّه المسمّى. و الفرق بينه و بين المجهول المطلق تعدّر تقويم ذلك و إمكان تقويم هذا.

و اعلم أنه لو زوّج أمتيه من رجل على صدق واحد صحّ النكاح و الصّدق قولاً واحداً، لأن المستحقّ هنا واحد، فهو كما لو باع عبدین بثمن واحد. و لو كان له بنات و لآخر بنون فزوّجهنّ صفقه واحده بمهر واحد، بأن قال: زوّجت بنتى فلانه من ابنك فلان، و فلانه من فلان إلخ بالف، ففى صحّه الصّدق- كالسابقه-

ص: ١٧٣

١-١) المبسوط ٢٩٢:٤.

٢-٢) المهذب ٢٠٩:٢.

و لو تزوّجها على خادم (١) غير مشاهده و لا موصوفه قيل كان لها خادم وسط، و كذا لو تزوّجها على بيت مطلقا، استنادا إلى روايه عليّ بن أبي حمزه. أو دار، على روايه ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي الحسن عليه السلام.

وجهان، و أولى بالبطلان هنا لو قيل به ثمّ، لأنّ تعدّد العقد هنا أظهر، لتعدّد من وقع العقد له من الجانبين.

قوله: «و لو تزوّجها على خادم. إلخ».

لا خلاف في أنه إذا عقد على مهر مجهول بحيث لا يمكن استعلامه في نفسه، كعبد و دابّه و شيء، يبطل المسمّى و يثبت مهر المثل، لامتناع تقويم المجهول على هذا الوجه. و لكن استثنى الشيخ (١) و جماعه (٢) ما ذكره المصنف من الخادم و البيت و الدار، استنادا في الأولين إلى روايه عليّ بن أبي حمزه قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل تزوّج امرأه على خادم، قال: لها وسط من الخدم. قال:

قلت: على بيت، قال: وسط من البيوت» (٣) و في الأخير إلى روايه ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي الحسن عليه السلام: «في رجل تزوّج امرأه على دار، قال: لها دار وسط» [١].

و لا يخفى ضعف الروايه الأولى بعليّ المذكور، فإنه رأس الواقفيّه. و الثانيه مرسله، لكن مرسل ابن أبي عمير قبله الأصحاب اعتمادا منهم على أنه لا يرسل إلا عن الثقة، مع أنه راوى الروايه الأولى عن ابن أبي حمزه، فإنّ تمّ ما قالوه فهو

ص: ١٧٤

١-١ (١) النهايه: ٤٧٣، المبسوط ٤: ٣١٩.

٢-٢ (٢) كابن البراج في المهذب ٢: ٢٠٦، و الكيدري في إصباح الشيعة ١٨: ٣٣٩.

٣-٣ (٣) الكافي ٥: ٣٨١ ح ٧، التهذيب ٧: ٣٦٦ ح ٧، الوسائل ١٥: ٣٦ ب (٢٥) من أبواب المهور ح ٢.

و لو تزوّجها على كتاب الله (١) و سنّه نيّبه صلى الله عليه و آله و سلّم و لم يسمّ مهرا، كان مهرها خمس مائه درهم.

يتسامح فى الروايه مع ذكر المروى عنه لا مع تركه، و لا بدّ لهذه الدعوى من إثبات.

و الأقوى بطلان المهر كغيره، و الرجوع إلى مهر المثل، لما ذكر، و لأن الوسط من هذه الأشياء لا ينضبط، بل هو مختلف اختلافًا شديدًا، خصوصًا مع عدم تعيين بلد الدار و البيت.

قوله: «و لو تزوّجها على كتاب الله الخ».

هذا الحكم مشهور بين الأصحاب. و الأخبار بكون مهر السنّه خمسمائه درهم مستفيضه (١)، و أما كونه على كتاب الله كذلك فليس فيه ما يدلّ عليه بخصوصه، لكنّه تعالى قال وَ مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ (٢) و مِمَّا آتَانَا بِهِ كُونَ السَّنّه فى المهر ذلك. و قد روى (٣) أن صداقه صلى الله عليه و آله و سلّم لأزواجه و بناته كلّهنّ كان ذلك.

و روى هذا الحكم بخصوصه أسامه بن حفص و كان قيّمًا لأبى الحسن موسى عليه السلام قال: «قلت له: رجل يتزوّج و لم يسمّ مهرا، و كان فى الكلام:

أتزوّجك على كتاب الله و سنّه نيّبه، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها فما لها من المهر؟ قال: مهر السنّه» (٤) الحديث. لكن فى طريقه محمد بن عيسى و عثمان بن عيسى، فإن كان على الحكم إجماع و إلا فلا يخلو من إشكال، لأن تزويجها على

ص: ١٧٥

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥:٥ ب (٤) من أبواب المهور.

٢- ٢) الحشر: ٧.

٣- ٣) الوسائل ١٥:٦ ب (٤) من أبواب المهور ح ٤.

٤- ٤) التهذيب ٧:٣٦٣ ح ١٤٧٠، الاستبصار ٣:٢٢٥ ح ٨١٦، الوسائل ١٥:٢٥ ب (١٣) من أبواب المهور ح ١.

و لو سَمِيَ للمرأة مهراً (١) و لأبيها شيئاً معيناً، لزم ما سَمِيَ لها، و سقط ما سَمِيَ لأبيها. و لو أمهرها مهراً، و شرط أن يعطى أباهاً منه شيئاً معيناً، قيل: صحَّ المهر و الشرط، بخلاف الأولى.

الكتاب و السنَّة أعمّ من جعل المهر مهر السنَّة كما لا يخفى، إذ كلُّ نكاح مندوب إليه بل جائز فهو على كتاب الله و سنَّة نبيه صلى الله عليه و آله و سلم.

ثمَّ على تقدير إرادتهما بذلك كون المهر مهر السنَّة ففي الاكتفاء بذلك عن ذكر القدر في العقد نظر، كما لو قال: تزوّجتك على المهر الذي تزوّج به فلان.

ثمَّ الزوجان قد يعلمان أن مهر السنَّة هذا المقدار، و قد لا يعلمانه، و قد يعلمه أحدهما دون الآخر. و الحكم بالصحة مطلقاً يحتاج إلى مستند صالح. و كثير من المتقدمين كابن الجنيّد و ابن بابويه و سائر لم يذكروا هذه المسألة.

و مقتضى الحكم و مستنده أن المهر المذكور يثبت بالعقد كما لو عيّناه فيه، لا بالدخول كمهر السنَّة الثابت به للمفوضه على بعض الوجوه. و يدلُّ عليه إثباته بالموت قبل الدخول كما يظهر من الرواية.

قوله: «و لو سَمِيَ للمرأة مهراً. إلخ».

لا شبهه في أن المهر نفسه لا يصحّ فرضه لغير الزوجه، و لا يستحقّه ابتداء سواها، لأنه عوض البضع شرعاً. فإذا سَمِيَ لها في العقد شيئاً و لأبيها أو غيره من الأولياء أو الواسطه أو الأجنبيّ شيئاً آخر فلا يخلو: إما أن يكون المشروط لغيرها من جمله المهر، أو خارجاً عنه. فالبحث يقع في موضعين:

أحدهما: أن يكون المشروط لغيرها خارجاً عن المهر، و هي المسألة الأولى، بأن يجعل مهرها ألفاً مثلاً، فيعقدان على ذلك، و يشترطان لأبيها في نفس العقد شيئاً آخر. و قد قطع المصنف و الأصحاب بلزوم ما جعل لها، و عدم صحّته ما

جعل لغيرها، لصحيحه الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: «لو أن رجلا تزوج امرأة و جعل مهرها عشرين ألفاً، و جعل لأبيها عشرة آلاف، كان المهر جائزاً، و الذى جعله لأبيها فاسداً» (١). و إطلاق الرواية يقتضى عدم الفرق بين كون المجعول لأبيها تبرعاً محضاً أو لأجل وساطه و عمل محلل، و لا بين كون المجعول له مؤثراً فى تقليل مهر الزوجه بسبب جعله فى العقد و قصدها إلزامه به و عدمه.

و لم يخالف فى ذلك أحد من الأصحاب إلا ابن الجنيد قال: «و لا يلزم الزوج غير المهر من جعله جعلها لولئى أو واسطه. و لو و فى الزوج بذلك تطوعاً كان أحوط، لقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «أحقّ الشروط ما نكحت به الفروج» (٢) فإن طلقها قبل الدخول لم يكن عليه إلا- نصف الصّيداق دون غيره، فإن كان قد دفع ذلك يرجع عليها بنصف المهر، و كلّ الجعالة على الواسطه» (٣).

و قال فى المختلف: «الوجه أن تقول: إن كان قد جعل للواسطه شيئاً على فعل مباح و فعله لزمه، و لم يسقط منه شيء بالطلاق، لأنها جعله على عمل محلل مطلوب فى نظر العقلاء، فكان واجبا بالعقد كغيره. و إن لم يكن على جهه الجعالة بل ذكره فى العقد لم يكن عليه شيء، سواء طلق أو لا» (٤).

و ما ذكره جيد، إلا أنه خارج عن محلّ الفرض، لأن الكلام فيما يشترط فى

ص: ١٧٧

-
- ١- (١) الكافى ٥: ٣٨٤ ح ١، التهذيب ٧: ٣٦١ ح ١٤٦٥، الاستبصار ٣: ٢٢٤ ح ٨١١، الوسائل ١٥: ١٩ ب (٩) من أبواب المهور ح ١.
 ٢- (٢) صحيح البخارى ٣: ٢٤٩، سنن أبى داود ٢: ٢٤٤ ح ٢١٣٩، سنن الترمذى ٣: ٤٣٤ ح ١١٢٧، سنن الدارمى ٢: ١٤٣ ب (٢١).
 ٣- (٣) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٥٤٩.
 ٤- (٤) المختلف: ٥٤٩.

العقد و يلتزم به بمجردده. وكذلك كلام ابن الجنييد، وإنما جعل الوفاء به على وجه الاحتياط رعايه للحديث النبوى. و إذا دفعه على هذا الوجه لا- يملكه القابض بمجرد الدفع، فيجوز الرجوع فيه بعده، سواء طلق أم لا- لكن فرضه مع الطلاق نظرا إلى فوات المطلوب من النكاح، فلم يجد في الرجوع مخالفه للحديث. و ما ذكره في المختلف إنما يلزم من حيث الجعالة لا من حيث ذكره في العقد، بل ذكره في العقد بدون لفظ يقتضى الجعالة لغو، فهو خارج عن محلّ الفرض. و بتقدير وقوعه بالجعالة على عمل محلّ لا إشكال في لزومه بالفعل و عدم الرجوع فيه بالطلاق حيث لا يكون له مدخل في ذلك.

و قد يشكل الحكم في بعض فروض المسأله، كما لو شرطت لأبيها شيئا، و كان الشرط باعشا على تقليل المهر، و ظنت لزوم الشرط، فإن الشرط حينئذ يكون كالجزم من العوض الذى هنا هو المهر، فإذا لم يتم لها الشرط يشكّل تعين ما سمّته من المهر خاصّه، كما سبق في نظائره من المعاوزات، و ذلك لا ينافى الروايه (١)، لأن ما عيّنته (٢) من المهر ثابت على التقديرين، و إنما الكلام في شىء آخر. و لو لا الروايه الصحيحه لكان القول بفساد المهر و وجوب مهر المثل قويا، لاشتمال المهر على شرط فاسد فيفسده، كما يفسد العقد لو كان العوض من لوازمه كالبيع.

الثانى: أن يكون المشروط لأبيها أو ما في حكمه جزءا من المهر.

و المشهور بين الأصحاب عدم صحّته أيضا. و وجهه: ما أشرنا إليه سابقا من أن

ص: ١٧٨

١- ١) المتقدّمه في الصفحه السابقه، هامش (١).

٢- ٢) في «س، ش»: عيّنه.

المهر حقّه أن يكون للزوجه، فشرطه لغيرها منافع لمقتضى العقد.

وقال ابن الجنيّد بعد ما نقلناه من العبارة عنه سابقاً: «فإن كانت المرأة اشترطت رجوع عليها بنصف صداقها و نصف ما أخذته من شرطت له ذلك، لأن ذلك كلّه بعض الصّيداق الذي لم ترض بنكاحها إلا به» (١) و عنى به مع الطلاق. و هو يدلّ على جواز اشتراطها لغيرها من المهر شيئاً. و حجّته الخبر السابق (٢)، و عموم «المسلمون عند شروطهم» (٣) و لأنّ عطيتها من مالها جائزه، فاشتراطه في العقد لا يخالف السنّه. و يظهر من الشهيد في شرح الإرشاد (٤) الميل إليه لما ذكر. و كذلك المحقّق الشيخ على (٥). و على هذا فلو طلقها رجوع بنصف المجموع كما ذكره ابن الجنيّد، لأنّ جميعه هو المهر. و لا فرق بين الأب و غيره في ذلك.

و اعلم أن الباعث على مثل هذه الشروط لا بدّ من كونه على وجه الاختيار المحض و الغرض الصحيح، فما يفعله أهل هذا الزمان من حمل المرأة أو الزوج على تمليك بعض الأعيان عند التزويج و شرط شيء من المهر، على وجه تشهد القرائن بكونه واقعا على وجه لو لا فعله لما سمح للمرأة أو للزوج بالتزويج، أو نحو ذلك من الأغراض الفاسده، فالحيله على ذلك لا تفيد ملكا و لا ثمر حلاً، بل هي من ضرور الإكراه، فإنّ مرجعه إلى توعدّ القادر بشيء لو لا الفعل المكره عليه لفعل ما توعدّ به و لو ظناً، و هذا في الغالب منه، فبطلانه ممّا لا خلاف فيه.

ص: ١٧٩

١-١ (١) المختلف: ٥٤٩.

٢-٢ (٢) لاحظ ص: ١٧٧، هامش (٢).

٣-٣ (٣) الوسائل ١٢: ٣٥٣ ب (٤) من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥.

٤-٤ (٤) غايه المراد: ١٩٩.

٥-٥ (٥) جامع المقاصد ١٣: ٣٩٧.

و لا بدّ من تعيين (١) المهر بما يرفع الجهالة، فلو أصدقها تعليم سورة وجب تعيينها. و لو أبهم فسد المهر، و كان لها مع الدخول مهر المثل.

و هل يجب تعيين الحرف؟ (٢) قيل: نعم. و قيل: لا، و يلقنها الجائر.

و هو أشبه.

قوله: «و لا بدّ من تعيين. إلخ».

من جملة المفسدات للمهر جهالته، فمتى عقد على مجهول كدأته و تعليم سورة غير معيّنه بطل المسمّى، لأن الصداق و إن لم يكن عوضاً في أصله إلا أنه مع ذكره في العقد تجرى عليه أحكام المعاوضات، و الجهالة من موانع صحتها.

فيثبت مهر المثل مع الدخول، و المتعه مع الطلاق كالمفوضه، لا بمجرد العقد، لأن فساد المهر باعتبار الجهل به الموجب لتعدّد تقويمه صيرّ العقد كالخالي عن المهر، فلا يثبت مهر المثل بمجرد العقد كما صرح به المصنف و غيره (١)، و فهم خلاف ذلك وهم.

قوله: «و هل يجب تعيين الحرف؟. إلخ».

المراد بالحرف القراءة المخصوصه، كقراءه عاصم و غيره. و وجه وجوب التعيين اختلاف القراءات في السهولة و الصعوبة على اللسان و الذهن.

و الأقوى ما اختاره المصنف من عدم وجوب التعيين، و يجتزئ بتلقينها الجائر منها، سواء كان إحدى القراءات المتواتره أم الملقق منها، لأن ذلك كلّ جائز أنزله الله تعالى، و التفاوت بينها مغتفر. و النبي صلى الله عليه و آله و سلّم لما زوج المرأة من سهل الساعدي على ما يحسن من القرآن (٢) لم يعين له الحرف،

ص: ١٨٠

١-١) راجع السرائر ٥٩٢:٢، الإرشاد ١٥:٢.

٢-٢) لاحظ ص: ١٦٠، هامش (١).

و لو أمرته بتلقين غيرها (١) لم يلزمه، لأن الشرط لم يتناولها.

مع أن التعدّد كان موجودا من يومئذ. و اختلاف القراءات على ألسنه العرب أصعب منه على ألسنه المولدين.

و وجه تسميه القراءه بالحرف ما روى من أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم قال: «نزل القرآن على سبعة أحرف» (١) و فسرها بعضهم بالقراءات (٢).

و ليس بجيد، لأن القراءات المتواتره لا تنحصر في السبعه، بل و لا في العشره، كما حَقَّق في محلّه. و إنما اقتصروا على السبعه تبعاً لابن مجاهد (٣) حيث اقتصر عليها تبرّكا بالحديث. و في أخبارنا أن السبعه أحرف ليست هي القراءات، بل أنواع التركيب من الأمر و النهي و القصص و غيرها [١].

ثم إن لم نوجب التعيين كان التخيير إليه، لأن الواجب في ذمّته أمر كلى، و تعيينه موكول إليه كغيره من الدين الكلى.

قوله: «و لو أمرته بتلقين غيرها. إلخ».

ضمير «غيرها» يرجع إلى الحرف، لتضمّنه معنى القراءه المخصوصه، أو إلى الجائز منها، لأنه في معنى القراءه الجائزه، و كلاهما مؤنث.

و المراد أنه مع تعيين القراءه المخصوصه، أو الإطلاق و حملناه على الجائزه، لو طلبت منه غير ما عيّن شرعاً، إمّا لكونه قد اختاره، أو شرطه، أو أراد

ص: ١٨١

١-١) غريب الحديث للهروى ١:٤٥٠، مسند أحمد ٢:٣٠٠، مشكل الآثار ٤:١٨٢، جامع البيان «تفسير الطبرى» ٩:١.

٢-٢) راجع غريب الحديث للهروى ١:٤٥١، جامع البيان ١:١٥، غرائب القرآن على هامش جامع البيان ٢١:١.

٣-٣) راجع الإتقان في علوم القرآن ١:٨١.

و لو أصدقها تعليم صنعه (١) لا يحسنها أو تعليم سورة جاز، لأنه ثابت في الذمه. و لو تعذر التوصل كان عليه أجره المثل.

تعليمها الجائز و هو المتواتر فأرادت غيره، لم يلزمه إجابتها، بل يعلمها ما شاء من الجائز أو الحرف المعين حيث يتعين، لأن الشرط لم يتناول ما طلبته. و أراد بالشرط ما اقتضاه الشرع من شرط التعليم، سواء كان ذلك من جهة التعيين أم الإطلاق.

قوله: «و لو أصدقها تعليم صنعه. إلخ».

أشار بقوله: «لأنه ثابت في الذمه» إلى تعليل جواز إصداق ما لا يحسنه من الصنعه و القراءه، فإن المعتبر فيه كونه معيناً في حد ذاته مقدوراً عليه عادة، سواء أمكنه تحصيله بنفسه أم غيره، كما لو أصدقها ما لا لا يملكه، فإنه يثبت في ذمته و يلزمه تحصيله حيث تطالبه به كيفما اتفق. فعلى هذا إن أمكنه التوصل إلى تعليمها الصنعه و السوره بغيره وجب. و إن تعذر كان عليه أجره مثل ذلك العمل، لأنه قيمه المهر حيث تعذر عينه.

و هل يعتبر في المعلم لها غيره المحرميه و جهان، من استلزامه سماع صوت الأجنبي المحرم و نظره كذلك، و من تقييده بخوف الفتنة و استثناء نظر يمكن معه التعليم، و قد تقدم (١) بحثه في بابه، خصوصاً تعليم القرآن إذا كان واجبا، فإنه مستثنى للضرورة. و لا إشكال لو أمكن من وراء حجاب.

و لو توقّف تعليمها على تعلّمه ففى وجوبه و جهان، من أنه تكسّب لوفاء الدين، و من توقّف الواجب عليه. نعم، لو شرط تعليمها بنفسه فلا إشكال فى الوجوب.

ص: ١٨٢

(١ - ١) فى ج ٤٦: ٧.

و لو أصدقها ظرفا(١)على أنه خلّ فبان خمرا قيل: كان لها قيمه الخمر عند مستحليه.و لو قيل لها مثل الخلّ كان حسنا.و كذا لو تزوّجها على عبد فبان حرّا أو مستحقا.

قوله:«و لو أصدقها ظرفا.إلخ».

إذا عقدا على هذا الظرف على أنه خلّ في زعمهما فبان خمرا،أو على هذا الشخص المعين على أنه عبد فبان حرّا[أو مستحقا] (١)و بالجملة عقدا على ما يظنّان صلاحيته للمهر فبان عدمها،صحّ العقد قولاً واحداً.و أما المهر المعين فلا شبهه في فساد.و في ما يجب ثلاثة أقوال:

أحدها-و هو الذى اختاره المصنف-مثل الخلّ،لأن تراضيهما وقع على الجزئى المعين الذى يظنّان كونه خلاً،و هو يستلزم الرضا بالخلّ الكلى مهراً،لأن الجزئى يستلزم الكلى،فالرضا به يستلزم الرضا به،فإذا فات الجزئى لعدم صلاحيته للملك بقى الكلى،لأنه أحد الأمرين اللذين وقع التراضى بهما،ولأنه أقرب إلى المعقود عليه،لأنه مثله.و هو خير من ابن الجنيد (٢)أيضاً،و ابن إدريس (٣)،و العلامه فى المختلف (٤).

إن قيل:إن الكلى الذى وقع التراضى عليه بالعقد على الجزئى هو الكلى المقترن بالمشخصات الموجوده،و هذا يمتنع بقاؤه إذا ارتفعت المشخصات، و المحكوم بوجوبه هو الكلى فى ضمن شخص آخر،و هذا لم يقع التراضى عليه أصلاً أصاله و لا تبعاً،فإيجابه فى العقد إيجاب لما لم يتراضيا عليه.و كونه أقرب إلى المعقود عليه-مع تسليمه-لا يستلزم وجوبه،لأن المهر الذى يجب بالعقد

ص: ١٨٣

١-١) من إحدى الحجريتين فقط.

٢-٢) لاحظ المختلف:٥٤٧.

٣-٣) السرائر ٥٩٢:٢-٥٩٣.

٤-٤) لاحظ المختلف:٥٤٧.

هو ما تراضيا عليه، ولا يلزم من التراضى على أحد المثلين التراضى على الآخر.

قلنا: الجزئى الذى وقع التراضى عليه وإن لم يساوه غيره من أفراد الكلى، إلا أن الأمر لما دار بين وجوب مهر المثل أو قيمه الخمر أو مثل الخلل كان اعتبار المثل أقرب الثلاثة، لأن العقد على الجزئى المعين اقتضى ثلاثة أشياء: ذلك المعين بالمطابقه، وإرادته الخلل الكلى بالالتزام، وكون المهر واجبا بالعقد بحيث لا تنفك المرأة عن استحقاقه، حتى لو طلقها كان لها نصفه، أو مات أحدهما فجميعه.

وإذا فات أحد الثلاثة - وهو الأول - يجب المصير إلى إبقاء الآخرين بحسب الإمكان، إذ لا يسقط الميسور بالمعسور، وعموم: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم» (١). وهما لا يوجدن معا فى ضمن وجوب مهر المثل، لأنه لا يجب إلا بالدخول عند القائل به، وإمكان وجودهما فى ضمن قيمه الخمر يفسد بما سببته من ضعف دليله، فلم يبق إلا المثل. ولا شبهه فى أن الرضا بالخلل المعين فى الظرف يستلزم إرادته كون المهر خلا، بخلاف القيمة ونحوها.

و ثانيها: وجوب مهر المثل. اختاره العلامة فى أكثر كتبه (٢)، مستدلاً عليه بأن الكلى غير مرضى به إلا - فى ضمن الجزئى المشترط، فهو منفى بتغليب الشخصى عليه، والشخصى باطل لخروجه عن المائيه، فيرجع الأمر إلى شرط عوض لم يسلم لها، فينتقل إلى مهر المثل.

و يشكل بما مرّ، وبأن مهر المثل ربما كان زائدا عن قيمه الخلل كثيرا فلا يكون مقصودا للزوج أصلا، أو ناقصا كثيرا فلا يكون مقصودا للزوجه ولا مرضيا به، وقد قال عليه السلام: «المهر ما تراضى عليه الزوجان» (٣). ولا يرد مثله فى

ص: ١٨٤

١- ١) مسند أحمد ٢: ٢٥٨، السنن الكبرى للبيهقى ٤: ٣٢٦.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٧.

٣- ٣) تقدم ذكر مصادره فى ص: ١٦٧، هامش (٦).

وجوب مثل الخلّ، لأن ذلك أقرب إلى ما تراضيا عليه، بل ربما لم يخالف ما تراضيا عليه إلا بمشخصات لا دخل لها في المقصود ولا في المائيه، فيلغو عند حصول مثل هذا العارض.

و ثالثها: وجوب قيمه الخمر عند مستحليّه. اختاره الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢)، لأن قيمه الشئ أقرب إليه عند تعدّره. ولأنهما عقدا على شخص باعتبار مائته، فمع تعدّره - لظهور بطلان المعاوضه عليه - يصار إلى قيمه.

و فيه منع بين، لأن الخمر غير مقصود أصلا، ولا - وقع عليه التراضى، فكيف ينتقل إلى قيمته؟ و اعتبارها فرع صحه العقد على العين، بخلاف ما لو عقدا على الخمر عالمين به، فإنهما قد تراضيا على العين، فلا يمتنع الانتقال إلى قيمه لتعدّر العين كما تقدّم. و ظاهر الحال أن قول المصنف أقرب الأقوال إلى مراد المتعاقدين، فينبغى أن يكون العمل عليه.

هذا كلّه في المثليّ كالخمر. أما القيميّ كالعبد إذا ظهر حرّا فالانتقال إلى قيمته، لقيامها مقام المثل في المثليّ. و ليس هذا كالقول الثالث، لأن ذلك يعتبر فيه قيمه العين بالوصف الواقع الذى امتنع صحته عليه بواسطته، و هنا اعتبرت القيمه باعتبار الوصف المقصود لهما. و على هذا فيسقط القول الثالث في القيميّ، لأن الحرّ لا قيمه له. نعم، لو ظهر مستحقا كان اعتبار قيمته جاريا على القولين. و على هذا فالقول بالمثل متعدّر في القيميّ مطلقا، و بقيمه الواقع متعدّر في الحرّ، فليس فيه إلا القول بقيمته (٣) أو مهر المثل. فإطلاقهم تشبيه الحكم في مسأله الحرّ بظرف الخمر لا يأتي على إطلاقه، بل يحتاج إلى تنقيح.

ص: ١٨٥

١-١) المبسوط ٢٩٠:٤.

٢-٢) الخلاف ٣٧١:٤، مسأله (١٠).

٣-٣) كذا فيما لدينا من النسخ و الحجرّيتين، و لعلّ الصحيح: بقيمته عبدا أو. كما وردت في الجواهر (٣١: ٣٦).

و إذا تزوّجها بمهر (١) سرّاً، و بآخر جهراً، كان لها الأول.

قوله: «و إذا تزوّجها بمهر. إلخ».

هذه هي المسألة المعروفة بمهر السرّ و العلانية، و لها صورتان:

إحدهما: ما ذكرها المصنف، و هي أن يعقد سرّاً على مهر و جهراً على غيره، إما بأزيد كما إذا أراد أن يجمّلها به مع اتّفاقهما على الناقص في الأول، أو بالعكس، فالاعتبار عندنا بالسابق منهما، سواء كان السابق هو العقد المشتمل على مهر السرّ أو العلانية، لأنها بالعقد تصير زوجه و يجب المسمّى، فيكون العقد الثاني باطلاً. و خالف فيه بعض العامّة (١)، و لهم فيه تنزيلات مختلفة، و المحصّل ما ذكرناه.

الثانية: أن يتّفقا على ذكر ألفين ظاهراً، و على الاكتفاء بألف باطناً في عقد واحد، بأن يتواطئا على إرادته الألف بعبارته الألفين. و فيه وجهان مبنيان على أن اللغات هل هي توقيفية، أو اصطلاحية؟ و على أن الاصطلاح الخاصّ هل يؤثّر في الاصطلاح العامّ و يغيّره أم لا؟ فعلى الأول يفسد المهر، لأن الألف غير ملفوظة، و الألفين غير مقصوده، و لم تقع عبارته عنها، لمباينتها لها، و ينتقل إلى مهر المثل. و على الثاني يحتمل الصحّ، و يكون المهر الألف، لاصطلاحهما عليه، و كونه الألفين، لوقوع العقد عليه باتّفاقهما، و الوضع العامّ لا يتغيّر. و هذا الاحتمال يجري أيضاً على الأول.

و قطع في المبسوط (٢) بوقوع ما تلفّظا به، و لا يلتفت إلى ما اتّفقا عليه سرّاً، محتجّاً بأن العقد وقع صحيحاً، سرّاً كان أو علانية. و فيه نظر يعلم ممّا قرّناه.

و لو قيل بثبوت الألف خاصّه، اعتباراً بما تواضعا و اصطلاحاً عليه، لأن

ص: ١٨٦

١-١) راجع المغنى لابن قدامه ٨٢:٨.

٢-٢) المبسوط ٢٩١:٤.

و المهر مضمون على الزوج،(١)فلو تلف قبل تسليمه كان ضامنا له بقيمته وقت تلفه،على قول مشهور لنا.

الألفاظ لا تعنى بأعيانها،و إنما ينظر إلى معانيها و مقاصدها،كان حسنا.

و هذه الصورة لم يتعرّض إليها من أصحابنا غير الشيخ،و كانت أحقّ بالبحث من الاولى،لدقّة مدرّكها و خفاء حكمها.

قوله:«و المهر مضمون على الزوج.إلخ».

لا إشكال فى كون المهر مضمونا على الزوج إلى أن يسلمه إلى الزوجه.

و لكن جهه الضمان مختلفه،فإن من المال ما يضمن ضمان معاوضه،كالمبيع فى يد البائع و الثمن فى يد المشتري قبل التسليم،و منه ما يضمن ضمان يد، كالمستعار المضمون و المقبوض بالسوم.و فى النكاح شبه من الأمرين،فمن حيث إنه عوض -كما يظهر من قوله تعالى فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ (١)و قولهم:«زَوَّجْتِكُ بكذا»كقوله«بعثك بكذا»و لأنها تتمكّن من ردّه بالعيب،و تحبس نفسها لتستوفيه، و هما من أحكام الأ-عواض -يناسب القول الأول.و من حيث جواز إعراء النكاح عنه،و عدم انفساخ النكاح بتلفه و لا برده،و لا- يسقط بمنعها نفسها إلى موتها، و يدخل عليه اسم النحلة كما قال تعالى وَ آتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ (٢)يناسب الثانى.و المعروف من مذهب الأصحاب هو الثانى،و إليه أشار المصنف بقوله:«فى قول مشهور لنا».و تبه بنسبته إلى القول على عدم تعينه و احتمال القول الآخر.و يتفرّع على الوجهين مسائل كثيرة:

منها:ما ذكره هنا من تلف المهر قبل تسليمه إلى الزوجه.فعلى المشهور بين الأصحاب يكون مضمونا على الزوج بالمثل أو القيمة،كغيره من الأموال المضمونه ضمان اليد.و على الأول يجب مهر المثل،كما لو تلف أحد العوضين فى

ص:١٨٧

١-١ (١) النساء:٢٥.

٢-٢ (٢) النساء:٤.

البيع قبل القبض، فإن البيع يفسخ و يجب مثل المبيع أو قيمته، ولا سبيل هنا إلى فساد أصل النكاح، لأن الصِّدَاق ليس ركنا فيه كما مرّ. وقد أطلق الأصحاب هنا ضمان المهر التالف بمثله أو قيمته من غير أن ينقلوا وجوب مهر المثل قولاً أو وجهاً.

قال الشيخ في المبسوط بعد نقل القولين عن العامة: «و الذي يقتضيه مذهبنا في كلّ مهر معين إذا تلف فإنه تجب قيمته، ولا يجب مهر المثل» (١).

و لكن العلامة أوجب مهر المثل في مواضع نزل فيها المهر منزله التالف، منها: ما لو تزوّجها على ظرف خلّ فظهر خمراً (٢)، و ما لو تزوّج المسلم على خمر أو خنزير عالماً بالحال (٣).

و اعترضه الشهيد -رحمه الله- بأن الحكم بمهر المثل في مثل ذلك مبني على كون ضمانه ضمان المعاوضه، من حيث إن هذا في حكم التلف، مع أنه لا يقول به في التلف الحقيقي، فكأن الحكمين مبتنان على الأصلين المتنافيين.

و الحق أن هذا الإيراد مدفوع، لأن موضع النزاع في الأصلين إنما هو عروض التلف بعد الحكم بالصحة كما في مسألتنا، أما مع فساد المهر ابتداء فلا إشكال عند الأصحاب في وجوب مهر المثل، و قد قال الشيخ في المبسوط عقيب ما ذكرناه بلا فصل: «و أما المهر إذا كان فاسداً فإنه يوجب مهر المثل بلا شك» (٤) و كذلك ذكر غيره (٥)، و مضى (٦) في الكتاب ذلك، و يأتي أيضاً (٧) و عليه تتفرّع

ص: ١٨٨

١-١) المبسوط ٢٧٦:٤.

٢-٢) قواعد الأحكام ٣٧:٢، تحرير الأحكام ٣٢:٢.

٣-٣) قواعد الأحكام ٣٧:٢، تحرير الأحكام ٣٢:٢.

٤-٤) المبسوط ٢٧٦:٤.

٥-٥) لاحظ السرائر ٥٧٧:٢، الوسيله ٢٩٦، الجامع للشرائع: ٤٤١.

٦-٦) أنظر ص: ١٦٢.

٧-٧) في ص: ٢٨٢.

المسألان المذكورتان، فإن العلامة يرى أن المهر فاسد من أصله، وذلك يوجب مهر المثل، و من حيث إنه لم يقصد فى الثانيه إلى الفساد و إنما أراد المائيه فاقتضى اعتبار قيمه، و هذا بحث آخر لا ينافى تلك القاعده، بل يمكن رده إليها و إلى القاعده الأخرى بالاعتبار.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا ثبت على الزوج ضمان المهر بالقيمه بسبب تلفه قبل التسليم ما الذى يعتبر من قيمته؟ الذى ذكره المصنف اعتبار وقت تلفه، كما هو المعترف فى ضمان اليد. و وجهه: أن العين ما دامت موجوده لا تجب قيمه قطعاً، و إنما ينتقل إليها مع تلف العين، فيكون المعترف فيها وقت الانتقال إليها. و لا ينافى ذلك كون العين مضمونه عليه حينئذ، لأن معنى ضمانها أنها بحيث لو تلفت وجب الانتقال إلى البدل. و هذا هو الأقوى.

و قيل: يعتبر أعلى القيم من حين العقد إلى حين التلف، لأنه مضمون فى جميع هذه الأوقات، و من جملتها زمان علو قيمه، خصوصاً مع مطالبتها بالتسليم و منعها، لأنه حينئذ يصير غاصباً فيؤخذ بأشق الأحوال. و قال الشيخ فى المبسوط: إنه مع المطالبه يلزمه الأعلى من حين المطالبه إلى وقت التلف، لأنه غاصب (١). و قد ظهر من تعليل الأول جواب الثانى. و التعدى بعدم التسليم لا يوجب ضماناً زائداً على ما دلّ عليه الدليل و إن أوجب الإثم.

و اعلم أنه لا- يتوهم متوهم أن قول المصنف: «على قول مشهور» راجع إلى ضمان قيمته يوم التلف، حيث إنه موضع خلاف أيضاً، لأن القول بضمانه يوم التلف ليس هو المشهور و إن كان هو المنصور، بل المشهور خلافه. و سيأتى (٢) فى

١-١) المبسوط ٢٨٥:٤.

٢-٢) فى النظر الثانى من كتاب الغصب.

و لو وجدت به عيبا كان (١) لها ردّه بالعيب. و لو عاب بعد العقد قيل:

كانت بالخيار فى أخذه أو أخذ القيمة. و لو قيل: ليس لها القيمة، و لها عينه و أرشه، كان حسنا.

الغصب نقل المصنف عن الأ- كثر ضمان المغصوب بقيمته يوم الغصب لا- يوم التلف، فيناسبه القول هنا بضمنان قيمته يوم العقد، لكن لا قائل به هنا معلوما.

و كيف كان فاعتبار يوم التلف ليس هو القول المشهور، و لا محلّ توقّف من المصنف، فإن اقتصاره على نسبه إلى القول يؤذن بتوقّف فيه أو تمييز. و إنما المراد به ما ذكرناه سابقا من حكم ضمان القيمة أو المثل، لا- مهر المثل، فإنه محلّ البحث و الإشكال.

قوله: «و لو وجدت به عيبا كان. إلخ».

إذا أصدقها عينا مخصوصه فوجدتها معيبه، فإن كان العيب موجودا حين العقد و لم تكن عالمه به كان لها ردّه بالعيب و الرجوع إلى قيمته بناء على ضمان اليد، و لها إمساكه بالأرث، لأن العقد إنما وقع على السليم، فإذا لم تجده كذلك أخذت عوض الفاتت، و هو الأرث.

و إن تجدد العيب بعد العقد و قبل تسليمها كان مضمونا على الزوج، لأن ضمان الجملة يقتضى ضمان الأجزاء. فالمشهور- و هو الذى اختاره المصنف- أن لها حينئذ أرث النقصان من غير ردّ، لأنه عين حقّها، و نقصه ينجر بضمنان أرشه.

و قال الشيخ فى المبسوط [١] تتخير بين أخذه بالأرث و ردّه، فتأخذ القيمة

و لها أن تمتنع من تسليم (١) نفسها حتى تقبض مهرها، سواء كان الزوج موسرا أو معسرا. و هل لها ذلك بعد الدخول؟ قيل: نعم. و قيل:

لا. و هو الأشبه، لأن الاستمتاع حقّ لزم بالعقد.

كما لو تلف، لأنه مضمون عليه، و قد وقع العقد عليه سليما، فإذا تعيب كان لها ردّه.

و يضعف بأن كونه مضمونا ضمان اليد يوجب بقاءه على ملكها و ضمان الفأنت لا غير، كما لو عابت العين عند الغاصب. نعم، يتم ذلك على القول بضمان المعاوضة. مع أنه في المبسوط قوى في موضع آخر عدم الخيار و تعين أخذه بالأرش (١).

و اعلم أن القائل بضمان المعاوضة أوجب هنا مع الردّ مهر المثل، لأنه قيمه العين، كظائره.

قوله: «و لها أن تمتنع من تسليم. إلخ».

لا بدّ قبل تحرير المسألة و بيان أقسامها من تمهيد مقدمات يترتب عليها أحكامها، و يظهر وجه الخلاف منها. و هي أمور:

الأول: أن النكاح على تقدير ذكر المهر في العقد معاوضه، إما محضه أو شبيهه بها. و قد تقدّم (٢) ما يظهر به وجه المشابهه. و مع عدم ذكره لا يكون كذلك، لعدم العوض من الجانب الآخر، ما لم يدخل فيلزم العوض، و يلحق بالمعاوضه حينئذ.

الثاني: أن في المعاوضه لكلّ من المتعاضين الامتناع من تسليم ما في

ص: ١٩١

١-١) لاحظ الهامش السابق.

٢-٢) راجع ص: ١٨٠ و ١٨٧.

جانبه من العوض حتى يسلم إليه الآخر، سواء كان موسرا أم معسرا، لتحصل فائده التعويض. فيجبرهما الحاكم على التقابض معا حيث يتعاسران، لعدم الأولويّة. ولا خفاء في أن النكاح كذلك حيث يذكر المهر في العقد.

الثالث: أنه مع قبض أحدهما بإذن الآخر يسقط حقّ القابض من الإمساك وحقّ الآخر أيضا، لاستقرار ملك القابض فلا يستعاد منه.

الرابع: أن الوطاء في النكاح هو القبض، إذ البضع لا يدخل تحت اليد وإن كانت الزوجه أمه، لأن ملك الرقبه لغير مالِك الاستمتاع، ولهذا لا يجب عليه عوض البضع بالغصب ما لم يطاء. ويحتمل كون الوطاء ليس قبضا تامّا كقبض المبيع، لأن المعتبر منه قبض مجموع العوض الواقع في مقابله الآخر، و الواقع في مقابله المهر ليس هو الوطاء مرّه واحده، بل مجموع حقّ البضع، و حيث لا يمكن دخوله بأجمعه تحت اليد لا يتصور التقابض من الجانبين، فيبقى حقّ قبضه ما دامت منفعتة متجدّده، بخلاف ما يمكن قبضه جملة، كالمهر و المبيع.

الخامس: أن المهر يجب جميعه بالعقد و إن توقّف استقراره على الدخول.

و هو أشهر القولين و الروايتين. و يكفي في استقراره الدخول و لو مرّه إجماعا. و هو يؤيد الأول من وجهى السابقة.

السادس: أنه ليس في مقابله باقى الوطئات مهر فى الدائم، للاتّفاق على وجوب جميعه بالوطء الواحد، و إن كان متعلّق المعاوضه هو البضع الذى يتجدّد منافعه فى كلّ وقت من أوقات وجوده، بخلاف المنقطع، فإن المهر فى مقابله مجموع المدّه. و من ثمّ يسقط عنه من المهر بحساب ما تفوّته عليه من المدّه اختيارا.

السابع: هل يشترط فى القبض وقوعه طوعا، أم يكتفى به مطلقا؟ وجهان،

من حصول الغرض، و انتقال (١) الضمان به كيف اتفق، و من تحريم القبض بدون الإذن، فلا يترتب عليه أثر الصحيح. و الحق أن بعض أحكام القبض متحققه، كاستقرار المهر بالوطء كرها، و بعضها غير متحقق قطعا، كالنفقه. و يبقى التردد في موضع النزاع حيث يدخل بها كرها، هل لها الامتناع بعده من الإقباض حتى تقبض المهر أم لا؟ الثامن: الحكم بوجود التقابض في العوضين من الجانبين إنما يتحقق مع استحقاق كل من المالكين للعوضين معجلا، فلو انتفى استحقاق التعجيل عن أحدهما أو عنهما معا انتفى الحكم، كما لو كان أحد العوضين مؤجلا، أو هما معا. و حيث يختص أحدهما بمانع التعجيل يختص الآخر بحكم استحقاق تعجيل إقباضه من غير تربص. و يتصور عدم الاستحقاق في المسألة المفروضة من جانب المهر بتأجيله، و من جانب الزوجه بصغرها و غيره من موانع الاستمتاع.

و إذا تمهدت هذه المقدمات فنقول: الزوجان بالنسبه إلى استحقاق طلب المهر، و تسليم الزوجه، و جواز الامتناع فيهما، أو في أحدهما، لا يخلو: إما أن يكونا صغيرين بحيث لم يبلغا حد الاستمتاع، أو كبيرين، أو بالتفريق، بأن كانت الزوجه صغيره و الزوج كبيرا، أو بالعكس. و على التقادير الأربعة: إما أن يكون الزوج معسرا بالمهر، أو موسرا. و على التقادير: إما أن يكون قد دخل، أم لا.

و يمكن فرض دخول الصغير بالكبيره الثيب، أو مطلقا، و بالصغيره كذلك. 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 يحل قبل الدخول، أو بعده. فصور المسألة ثمانون صوره.

ص: ١٩٣

و خلاصه القول فيها: أن الزوجه إن كانت كامله صالحه للاستمتاع، و لم يكن قد دخل بها الزوج، و المهر حالّ و هو موسر، فلها الامتناع من التمكين حتى تقبض مهرها بتمامه اتّفاقاً، لا بمعنى وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر أولاً، بل إما بذلك، أو بتقابضهما معاً، بأن يؤمر الزوج بوضع الصّيداق في يد من يتفقان عليه أو يد عدل، و تؤمر بالتمكين، فإذا مكّنت سلّم العدل الصداق إليها. و هذا في الحقيقه في معنى إقباض المهر أولاً، إلا أن ما يخافه الزوج من فواته بوصوله إليها يستدرك بوضعه على يد العدل، فيصير في معنى التقابض معاً، حيث إن القابض نائب عنهما. و إنما اعتبر ذلك لما تقرّر في المقدمه الأولى أن في النكاح معنى المعاوضه، و في الثانيه أن لكلّ من المتعاضين الامتناع من الإقباض حتى يقبض الآخر، و طريق الجمع ما ذكر.

و في المسأله وجهان آخران:

أحدهما: أنه يجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً، فإذا سلّم سلّمت نفسها.

و الفرق بينهما: أن فائت المال يستدرك، و فائت البضع لا يستدرك.

و الثاني: أنه لا يجبر واحد منهما، لكن إذا بادر أحدهما إلى التسليم أجبر الآخر على تسليم ما عنده.

و أصحّهما الأول، لما فيه من الجمع بين الحقّين. و به يحصل الجواب عن الوجه الثاني. و في الثالث أنه قد يؤدّى إلى بقاء النزاع بعدم بداءه أحدهما، و لا بدّ من نصب طريق شرعيّ يحسم مادّته. و هذه الأوجه قد مضى (1) مثلها في البيع.

و فيه وجه رابع لا يأتي هنا، و هو أن البائع يجبر على التسليم أولاً، فإذا استقرّ البدل في يد المشتري ألزم بتسليم العوض. و هنا لا يمكن الابتداء بالمرأه، لأن

ص: ١٩٤

منفعة البضع إذا فاتت تعدّر استدراكها، و المال يمكن استرداده (١). و لا فرق في هذه الحالة بين كون الصداق عينا و منفعه، متعينا و في الذمه.

و هل يختلف ذلك بإعسار الزوج و يساره؟ الأكثرون على عدمه، و هو الذى تقتضيه القاعده الثانيه، لأن عجز أحد المتعاضين لا يسقط حق الآخر مما يثبت له.

و يظهر من ابن إدريس أنه ليس لها الامتناع مع الإعسار، لمنع مطالبته (٢).

و يضعف بما ذكرناه، فإن منع المطالبه لا يقتضى وجوب التسليم قبل قبض العوض، لكن يختلف الحال حينئذ، فإنه مع يساره و مطالبته يأثم الزوج بالمنع، و تستحق النفقه و إن لم تسلّم نفسها إذا بذلت التمكين بشرط تسليم المهر، لأن المنع حينئذ بحق، فلا يقدر فى التمكين. و أما مع إعساره فلا إثم عليه بالتأخير.

و فى استحقاقها النفقه حينئذ و جهان، من انتفاء التمكين، إذ هو معلق بأمر ممتنع عادة، و هو الذى جزم به الشهيد فى شرح الإرشاد (٣)، و من أن المنع بحق كالموسر، لا اشتراكهما فى بذل التمكين بشرط تسليم المهر. و امتناع التسليم عادة لا دخل له فى الفرق مع جواز الاجتماع بالاقتراض و نحوه. و هذا متجه. و لا فرق مع عدم الدخول بين كونها قد مكنت منه فلم يقع و عدمه، فلها العود إلى الامتناع بعد التمكين إلى أن تقبض المهر و يعود الحكم إلى ما كان قبله، لما تقرّر فى المقدمه الرابعه أن القبض لا يتحقق فى النكاح بدون الوطاء.

و لو لم تكن المرأه مهتيا له للاستمتاع، بأن كانت مريضه أو محبوسه، لم يلزمه تسليم الصداق، لما تقدّم من اشتراط وجوبه عليه بالتقاض من الجانبين.

ص: ١٩٥

١- ١) فى «ش»: استدراكه.

٢- ٢) السرائر ٥٩١: ٢.

٣- ٣) غايه المراد: ٢٠٠.

و لو كانت صغيره لا- تصلح للجماع، و طلب الولي المهر، فهل يلزمه التسليم قبل كمالها؟ وجهان، من تعذر التقابض من الجانيين، لعدم إمكان الاستمتاع، و هو خيره الشيخ في المبسوط (1)، و من أن الصداق حق ثابت و قد طلبه المستحق فوجب دفعه إليه. و عدم قبض مقابله من العوض قد أقدم الزوج عليه حيث عقد عليها كذلك، و أوجب على نفسه المال في الحال، كالعكس لو كان المهر مؤجلاً.

و هذا هو الأقوى.

و محل الإشكال ما لو لم تصلح للاستمتاع مطلقاً. أما لو صلحت لغير الوطء فطلبها الزوج لذلك، ففي وجوب إجابتها وجهان، من تحقق الزوجية المقتضية لجواز الاستمتاع، فلا- يسقط بعضه بتعذر بعض، فيجب التسليم للممكن، و من أن القصد الذاتي من الاستمتاع الوطء و الباقي تابع، فإذا تعذر المتبوع انتفى التابع. و إمساكها لغير ذلك حضانه، و الزوج ليس أهلاً لها، و إنما هي حق للأقارب.

و لأنه لا- يؤمن إذا خلا- بها أن يأتيها فتتضرر. و على هذا فلو بذلت له لم يجب عليه القبول، لأن حقه الاستمتاع و لم يخلق (2) فيها. و لو وجب للزومه نفقه الحضانه و التربيه، و هو منتف. و هذا أقوى (3)، و هو خيره المبسوط (4).

و لو كانا معا صغيرين، فطلب المهر من وليه، فالوجهان في الكبير مع الصغيره، و أولى بعدم الوجوب لو قيل به ثم. و أجودهما استواءهما فيه. و لو انعكس، فكانت كبيره و الزوج صغير، فالوجهان. و اختار في المبسوط (5) عدم وجوب تسليم المهر في الجميع، كما لا تجب النفقه، محتجاً بأن الاستمتاع غير ممكن. و هو يتم في النفقه لا في المهر، لما قررناه.

ص: ١٩٦

١- ١) المبسوط ٣١٦:٤.

٢- ٢) في «س»: و لم يخلف.

٣- ٣) في «ش، و»: قوى.

٤- ٤) المبسوط ٣١٥:٤.

٥- ٥) المبسوط ٣١٦:٤.

هذا كله إذا كان المهر حالاً، فلو كان مؤجلاً لم يكن لها الامتناع قبل حلوله قطعاً، إذ لا يجب لها عليه شيء حينئذ، فيبقى وجوب حقه عليها بغير معارض.

و لدخولها على الرضا بتسليم نفسها قبل قبضه، كالبيع إذا كان بثمان مؤجل.

ثم إن سلمت نفسها إليه فلا كلام. وإن دافعت و أقدمت على فعل المحرم حتى حل الأجل و وجب المهر ففي جواز امتناعها بعد ذلك كالحال و جهان، من اشتراكهما [حينئذ] (١) في المعنى، و من استقرار وجوب تسليمها قبله فيستصحب.

و لأنها لم يرضيت بالتأجيل ثبت (٢) أمرها على أن لا- حق لها في الامتناع، فيمتنع بثبوته بعد ذلك، لانتفاء المقتضى. و هذا هو الأقوى، و به قطع في المبسوط (٣)، و تبعه الأكثر و منهم المصنف. و سيأتي (٤) البحث فيه في الكتاب، لكننا ذكرناه هنا لمناسبه استيفاء الأقسام. و ظاهر كلام الشيخ في النهاية يقتضى جواز الامتناع هنا، حيث أطلق جواز امتناعها حتى تقبض المهر (٥). و الظاهر أن إطلاقه محمول على الحال، لأنه محل الخلاف، لا المؤجل مطلقاً.

و لو كان بعضه حالاً و بعضه مؤجلاً فلكل واحد منهما حكم نفسه. فلها أن تمتنع حتى تقبض الحال دون المؤجل و إن حل، كما قرّر.

و جميع هذا البحث على تقدير عدم الدخول. و أما بعده فهل لها الامتناع إذا إرادته حتى تقبض المهر كما كان لها ذلك قبله؟ قولان، أحدهما العدم، و هو الذى

ص: ١٩٧

١- ١) من «ش» و «و».

٢- ٢) فى «و»: بنت.

٣- ٣) المبسوط ٣١٤: ٤.

٤- ٤) فى ص: ٢٧٣.

٥- ٥) النهاية: ٤٧٥.

اختاره المصنف و جماعه [من] (١) المتأخرين (٢)، و من المتقدمين الشيخ فى الخلاف (٣)، و المرتضى (٤)، و أبو الصلاح (٥). و هو الأقوى، عملاً - بمقتضى القواعد السابقه، فإن المهر قد استقرّ بالوطء، و قد حصل تسليمها نفسها برضاها، و متى سلّم أحد المتعاضين الذى قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبه. و من حكم بما ذكرناه من الاحتمال فى المقدمه الرابعه جواز امتناعها بعد الدخول أيضاً، لعدم التقابض، و لم يخالف باقى القواعد. و هو خيره الشيخ فى النهايه (٦) و المبسوط (٧)، و قبله المفيد (٨)، و بعده القاضى (٩).

و فرق ابن حمزه (١٠) بين تسليمها نفسها اختياراً و إكراها، فحكم بسقوط حَقّها من الامتناع فى الأول دون الثانى. و هو مبنى على ما ذكر فى المقدمه السابعه. و فى قوله قوّه.

و فى معناه ما لو سلّم الولّى من ليست بكامله و لم يقبض الصداق، فهل لها الامتناع بعد الكمال حتى تقبضه؟ وجهان، و أولى بعدم الجواز هنا، لأن تسليم الولّى شرعى، إلا أن يمنع من جواز تسليمه لها قبل قبض المهر كغيره من

ص: ١٩٨

١ - ١) من «و» و الحجرّيتين.

٢ - ٢) لاحظ الجامع للشرائع: ٤٤٠، تلخيص الخلاف ٣٦٧: ٢، مسأله (٣٧)، جامع المقاصد ٣٥٤: ١٣.

٣ - ٣) الخلاف ٣٩٣: ٤، مسأله (٣٩).

٤ - ٤) الانتصار: ١٢٢.

٥ - ٥) الكافى فى الفقه: ٢٩٤.

٦ - ٦) النهايه: ٤٧٥.

٧ - ٧) المبسوط ٣١٣: ٤.

٨ - ٨) المقنعه: ٥١٠.

٩ - ٩) جواهر الفقه: ١٧٤، مسأله (٦١٨).

١٠ - ١٠) الوسيله: ٢٩٩.

و يستحبّ تقليل المهر. (١) و يكره أن يتجاوز السنّه، و هو خمسمائه درهم.

المعاوضات، فتساوى المكرهه فى الحكم. فهذه جملة الأحكام المتعلقة بصور المسأله كلّها.

قوله: «و يستحبّ تقليل المهر. إلخ».

لا خلاف فى استحباب تقليل المهر، و أن لا يتجاوز مهر السنّه الذى تزوّج به النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم نساءه و زوّج به بناته، للتأسيى به، و قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «أفضل نساء أمتى أصبحهنّ و جهأ، و أقلهنّ مهراً» (١). و قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إن أعظم النكاح بركه أيسره مؤنه» (٢)، و قال الباقر عليه السلام: «ما زوّج رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم سائر بناته و لا- تزوّج شيئاً من نساءه على أكثر من اثنتى عشره أوقيه و نشّ، و هو نصف الأوقيه، و الأوقيه أربعون، و النشّ عشرون درهماً، فذلك خمسمائه درهم» (٣). و عن الحسين بن خالد قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنّه كيف صار خمسمائه؟ فقال: إن الله تبارك و تعالى أوجب على نفسه أن لا- يكبره مؤمن مائه تكبيره، و يسبّحه مائه تسيبّحه، و يحمده مائه تحميده، و يهلّله مائه تهليله، و يصلّى على محمّد و آله مائه مرّه، ثمّ يقول: اللهم زوّجنى من الحور العين، إلّا- زوّجه الله حوراء، و جعل ذلك مهرها. ثمّ أوحى الله تعالى إلى نبيّه صلّى الله عليه و آله و سلّم أن سنّ مهور المؤمنات خمسمائه درهم، ففعل ذلك رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم. و أيما مؤمن خطب إلى أخيه حرّمته فبذل خمسمائه درهم فلم يزوّجه

ص: ١٩٩

١- (١) الكافى ٥: ٣٢٤ ح ٤، الفقيه ٣: ٢٤٣ ح ١١٥٦، التهذيب ٧: ٤٠٤ ح ١٦١٥، الوسائل ١٥: ١٠ ب (٥) من أبواب المهور ح ٩.

٢- (٢) مسند أحمد ٨٢: ٦.

٣- (٣) الوسائل ١٥: ٦ ب (٤) من أبواب المهور ح ٤، و الجملة الأخيره من ح ٨ من نفس الباب.

و أن يدخل بالزوجه (١) حتى يقدم مهرها، أو شيئاً منه، أو غيره و لو هديّه.

عقّه، و استحقّ من الله عزّ و جلّ أن لا يزوّجه حوراء» (١).

و ظاهر الأخبار أن الكراهه متعلّقه بالمرأه و وليها لا بالزوج، و عباره المصنف شامله لهما. و قد يمكن تعلّق الكراهه به من حيث الإعانه على المكروه إن أمكنه النقصان، و إلا فلا كراهه من قبله. مع أنه قد تقدّم (٢) إمهارة الحسن عليه السلام امرأه مائه جاربه و غيره.

قوله: «و أن يدخل بالزوجه. إلخ».

مستند الحكم رواه أبى بصير عن الصادق عليه السلام قال: «إذا تزوّج الرجل المرأه فلا- يحلّ له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً درهما فما فوقه، أو هديّه من سويق أو غيره» (٣).

قال الشيخ فى التهذيب: «و هذه الروايه وردت على جهه الأفضل، فأما أن يكون ذلك واجبا أو تركه محظورا فلا، لما رواه عبد الحميد الطائى قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أتزوّج المرأه و أدخل بها و لا أعطيها شيئاً، فقال: نعم، يكون دينا عليك» (٤). مع أن الروايه الأولى قاصره عن إفاده التحريم من حيث السند، أما الكراهه فيكفى فيها مثل ذلك كالأستحباب.

ص: ٢٠٠

١- ١) الكافى ٣: ٣٧٦ ح ٥، الفقيه ٣: ٢٥٣ ح ١٢٠١ و لم يسنده، علل الشرائع: ٤٩٩ ح ١ و ٢، العيون ٢: ٨٤ ح ٢٥ و ٢٦، التهذيب ٧: ٣٥٦ ح ١٤٥١، الوسائل ٥: ١٥ ب (٤) من أبواب المهور ح ٢.

٢- ٢) فى ص: ١٦٨.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٥٧ ح ١٤٥٢، الاستبصار ٣: ٢٢٠ ح ٧٩٩، الوسائل ١٢: ١٥ ب (٧) من أبواب المهور ح ١.

٤- ٤) التهذيب ٧: ٣٥٧ ح ١٤٥٣، و حديث الطائى أخرجه فى الكافى ٥: ٤١٣ ح ٣، الاستبصار ٣: ٢٢٠ ح ٧٩٨، الوسائل ١٦: ١٥ ب (٨) من أبواب المهور ح ٩.

الطرف الثاني: في التفويض

الطرف الثاني: في التفويض (١).

و هو قسمان: تفويض البضع، و تفويض المهر.

أما الأول: تفويض البضع

أما الأول:

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

زوّجتك فلانة، أو تقول هي: زوّجتك نفسي، فيقول: قبلت.

و الشيخ عبّر في النهاية (١) بلفظ الرواية، فاعترضه ابن إدريس (٢) بأن الفرج يستباح بالعقد لا بما يقدمه. و عذرته - مع متابعه الرواية - التجوّز في تعليق الحلّ على ما يقدمه مبالغه في الاستحباب.

قوله: «في التفويض الخ».

التفويض - لغه - ردّ الأمر إلى الغير أو الإهمال، و منه:

لا يصلح الناس فوضى لا سراهم و لا سراهم إذا جهّالهم سادوا

(٣) و شرعا: ردّ أمر المهر و البضع إلى أحد الزوجين، أو ثالث، أو إهمال ذكره في العقد. و تسمّى المرأة مفوّضة بكسر الواو، لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الوليّ بلا مهر، أو لأنها أهملت المهر، و مفوّضة بفتحها، لأن الوليّ فوّض أمرها (٤) إلى الزوج، أو لأن الأمر في المهر مفوّض إليها إن شاءت نفته و إلا فلا.

ثمّ التفويض نوعان: تفويض للبضع، و تفويض للمهر. فالأول إخلاء العقد عن ذكر المهر بفعل الزوجه أو من يقوم مقامها، مثل: زوّجتك نفسي أو فلانة، فيقول: قبلت. و هو عقد صحيح إجماعا. و الثاني يأتي.

ص: ٢٠١

١ - ١) النهاية: ٤٦٩ - ٤٧٠.

٢ - ٢) السرائر ٥٨١: ٢.

٣ - ٣) البيت للأفوه الأودى، راجع الشعر و الشعراء لابن قتيبه: ١٢٩، نهايه الأرب ٦٤: ٣.

٤ - ٤) في «ش» أمر مهرها.

و فيه مسائل:

الأولى: ذكر المهر ليس شرطاً في العقد

الأولى: ذكر المهر ليس شرطاً (١) في العقد، فلو تزوّجها و لم يذكر مهراً، أو شرط أن لا مهر، صحّ العقد. فإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة، حرّه كانت أو مملوكة، و لا مهر. و إن طلقها بعد الدخول فلها مهر أمثالها، و لا متعة. فإن مات أحدهما قبل الدخول و قبل الفرض فلا مهر لها و لا متعة.

و لا يجب مهر المثل بالعقد، و إنما يجب بالدخول.

قوله: «ذكر المهر ليس شرطاً. إلخ».

قد قرّرنا في أول الباب أن المهر ليس ركناً من أركان النكاح، بخلاف العوضين في البيع و نحوه من عقود المعاوضات، و أنه يقوم بالزوجين و إن كان العوض لازماً في الجملة. فإذا تزوّج و لم يذكر في العقد مهراً، سواء أطلق أم شرط أن لا مهر عليه في الحال أو مطلقاً صحّ، لأن عدم ذكره في معنى نفيه في الحال، و ذلك لا ينافي حكم التفويض و وجوبه في المآل.

نعم، لو صرح بنفيه في الحال و المآل على وجه يشمل ما بعد الدخول فسد العقد في قول قوئى، لمنافاته مقتضاه، لأن من مقتضياته وجوب المهر في الجملة، إما بالعقد أو بالفرض أو بالدخول و ما في معناه، فإذا شرط نفيه في جميع هذه الأحوال فقد شرط ما ينافي مقتضى عقد النكاح، فيفسد.

و فيه وجه آخر بالصحة، و إلحاقه بما لو نفاه مطلقاً، لأن قوله: «على أن لا مهر» يفيد نكره منفيّه، و هي من صيغ العموم، فيتناول الحال و المآل، و قد حكم بالصحة و تخصيصها بمقتضيات التفويض، فيكون الحكم فيما لو صرح بالعموم كذلك، لا اشتراكهما في قبول التخصيص.

و فيه: أن إطلاق العموم لا ينافي التخصيص، أما التصريح بنفيه كصوره الفرض فمنافاته للتخصيص ظاهره، لظهور أن نفي المهر في الحاليين ينافي ثبوته في

أحدهما.

و فيه وجه ثالث بفساد التفويض دون العقد، فيجب مهر المثل، كما لو شرط في المهر ما يفسده.

إذا تقرر ذلك فنقول: من حكم التفويض أن لا- يجب المهر لها بالعقد عندنا و لا- المتعه، بل إنما تجب المتعه بالطلاق قبل الدخول، و مهر المثل بالدخول، أو ما يتفقان من المهر قبل الدخول، فإذا طلقها بعده فلها نصف ما يفرض.

أما وجوب مهر المثل بالدخول فيدل عليه أخبار كثيرة، منها روايه منصور بن حازم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امرأه و لم يفرض لها صداقاً، قال: لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نساءها» (١).

و يدل على وجوب المتعه بالطلاق، و نصف الفرض إن اتفقا عليه، و جميعه إن لم يطلق، قوله تعالى لا- جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره (٢) و سياقها وقوع الطلاق قبل المسيس و قبل الفرض، و أما بعده فالواجب ما دل عليه قوله فنصف ما فرضتم (٣). و بعد الدخول يجب مهر المثل، سواء طلق أم لا. فقول المصنف:

«و إن طلقها بعد الدخول فلها مهر أمثالها» يغنى عنه قوله: «و لا يجب مهر المثل بالعقد، و إنما يجب بالدخول» لأن الدخول إذا كان موجبا له فلا أثر للطلاق و لا لعدمه في ذلك، فكان تركه أنسب، لئلا يوهم كون الطلاق حينئذ له مدخل في ثبوته، من حيث إن تعليق الحكم على وصف يشعر بعليته.

و بقى من أحكام المفوضه ما لو مات أحدهما قبل الدخول و الطلاق، فإن كان

ص: ٢٠٣

١- (١) التهذيب ٧: ٣٦٢ ح ١٤٦٧، الاستبصار ٣: ٢٢٥ ح ٢١٣، الوسائل ١٥: ٢٤ ب (١٢) من أبواب المهور، ح ٢.

٢- (٢) البقره: ٢٣٦.

٣- (٣) البقره: ٢٣٧.

الثانية:المعتبر في مهر المثل حال المرأة في الشرف و الجمال و عادة نساؤها، ما لم يتجاوز السنّه

الثانية:المعتبر في مهر المثل(١)حال المرأة في الشرف و الجمال و عادة نساؤها، ما لم يتجاوز السنّه، و هو خمسمائه درهم.

الموت قبل الفرض فلا شيء لها، لا تتفاء سبب الوجوب، لأنه منحصر في الفرض و الدخول، فبدونه يتمسك بأصالة العدم و براءة الذمّه. و إن كان بعد الفرض ثبت المفروض بتمامه، لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول: «إن كان فرض لها زوجها مهرًا فلها، و إن لم يكن فرض مهرًا فلا- مهر» (١). و لا- يخفى أن الميراث يثبت على كلّ حال، لتحقق الزوجيّة المقتضية له.

قوله: «المعتبر في مهر المثل. إلخ».

مهر المثل هو قيمه المثل بالنسبه إلى البضع المخصوص، و هو ما يبذل في مقابله نكاح أمثال المرأة [من] (٢)المشتملات على مثل صفاتها التي يزيد المهر و ينقص باعتبارها، لأن ذلك هو المفهوم من المثل لغه و عرفا. و قد ذكر المصنف من صفاتها الشرف و الجمال و عادة نساؤها. و لا- شبهه في اعتبار ذلك، لكن تعتبر معه رعايه باقى الصفات التي يتفاوتت بتفاوتها المهر من العقل، و الأدب، و البكاره، و صراحه النسب، و اليسار، و حسن التدبير، و ما جرى مجرى ذلك، و أضدادها، لأن ذلك ممّا يختلف المهر باختلافه. و بهذا صرح المحققون (٣) و إن اختلفت عباراتهم فيما يعتبر به المهر، فالمحصل ما ذكرناه.

و المعتبر في أقاربها من الطرفين على الأقوى، لا اختلاف المهر باختلافهنّ

ص: ٢٠٤

١- (١) التهذيب ١٤٦: ٨ ح ٥٠٥، الاستبصار ٣٤١: ٣ ح ١٢١٥، الوسائل ١٥: ٧٦ ب (٥٨) من أبواب المهور، ح ٢٢.

٢- (٢) من «س» و إحدى الحجريتين.

٣- (٣) راجع المبسوط ٤: ٢٩٩، الوسيله: ٢٩٥، السرائر ٢: ٥٨١، التحرير ٢: ٣٥، جامع المقاصد ١٣: ٤٢٣.

فيهما، ولأن النساء جمع مضاف فيعم الجميع. وقيل: يعتبر جانب الأب خاصه، لعدم اعتبار الأم في الفخر. وهو ممنوع. ويعتبر في الأقارب أن يكونوا من أهل بلدها أو ما قاربه مما لا يختلف باختلافه المهر عادة، على الأقوى.

وقد قيد المصنف والأكثر ذلك بما إذا لم يتجاوز مهر السنه، وهو خمسمائه درهم كما سلف، استنادا إلى روايه أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج امرأه فوهم أن يسمي صداقها حتى دخل بها، قال: السنه، والسنه خمسمائه درهم». [١] وفيها - مع ضعف السند - قصور الدلاله، لأن الكلام في المفوضه، ومورد الروايه ما إذا وهم أن يسمي صداقها، وهو يقتضى كونه أراد التسميه فنسيها، وهذا ليس من التفويض في شيء، وإن كان العقد قد وقع بصوره التفويض، فجاز اختلاف الحكم لذلك. ومن ثم ذهب بعض (١) علمائنا إلى أن مهر المثل لا يتقدر بقدر، لإطلاق الأخبار في ذلك، مثل روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امرأه ولم يفرض لها صداقها ثم دخل بها قال: «لها صداق نسائها» (٢). وموثقه منصور بن حازم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام - وقد تقدمت - وفيها: فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها» (٣).

ص: ٢٠٥

١- (٢) حكاة العلامه في المختلف: ٥٤٩.

٢- (٣) الكافي ٥: ٣٨١ ح ١٠، التهذيب ٧: ٣٦٢ ح ١٤٦٦، الاستبصار ٣: ٢٢٥ ح ٨١٢، الوسائل ١٥: ٢٤ ب (١٢) من أبواب المهور، ح ٣.

٣- (٤) تقدم ذكر مصادرها في ص: ٢٠٣، هامش (١).

و صحيحه الحلبي قال: «سألته عن رجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها، قال: لها مثل مهور نساها» (١).

و هذه الأخبار و إن كانت لا تخلو من ضعف فى الطريق أو قطع إلا أنها مؤيدته لما تقتضيه الأدلة من كون مهر المثل عوض البضع، و كونه ملحقا بالأموال، و هو يقتضى كونه ما يبذل عادة لأمثال تلك المرأة بالغما ما بلغ كسائر الأموال.

و وافق جماعه (٢) من الأصحاب فى عدم تقدّره بذلك حيث يجب (٣) مهر المثل لما أشبهه الجنايه، كالنكاح الفاسد، و وطء الشبهه، و الإكراه. و إنما الشبهه فى هذه المسأله، و هى مسأله التفويض لا غير، من حيث ذهاب معظم الأصحاب إلى التقييد و قصور دليله. و توقّف فى المختلف (٤) لذلك، مقتصرًا على حكاية القولين.

و له وجه، لمعارضه الشهره لقوّه الدليل.

و اعلم أن مهر المثل يثبت فى مواضع كثيره:

منها: ما ذكرها هنا، و فى بابه اقتصر على بيان كفيته.

و منها: التسميه الفاسده، و إذا نكح عدّه نساء بمهر واحد. و قد تقدّم (٥) فى الباب.

و منها: الوطء فى النكاح الفاسد، و الشبهه، و الإكراه، و غير ذلك.

ص: ٢٠٦

١- ١) التّهذيب ٣: ٣٦٢ ح ٧، ١٤٦٨، الاستبصار ٣: ٢٢٥ ح ٨١٤، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

٢- ٢) راجع القواعد ٢: ٣٩-٤٠، إيضاح الفوائد ٣: ٢١٦، جامع المقاصد ١٣: ٤٣٠.

٣- ٣) فى «ش، و»: يجعل.

٤- ٤) مختلف الشيعه: ٥٤٨-٥٤٩.

٥- ٥) فى ص: ١٦٢ و ١٧١.

والمعتبر في المتعه (١) بحال الزوج، فالغنى يمتع بالدائه أو الثوب المرتفع أو عشره دنانير، والمتوسط بخمسه دنانير أو الثوب المتوسط، والفقر بالدينار أو الخاتم وما شاكله.

قوله: «والمعتبر في المتعه. إلخ».

المعتبر في المتعه الواجب لمطلق المفوضه قبل الدخول وقبل أن يفرض لها فريضه بحاله في اليسار والإقتار، كما نبه عليه تعالى بقوله «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ» (١). وروى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا كان الرجل موسيعاً عليه متع امرأته بالعبد والأمه، والمقتير يمتع بالحنطه والزيب والثوب والدرهم» (٢) الحديث. و عن أبي بصير قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام:

وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ما أدنى ذلك المتاع إذا كان الرجل معسرا لا يجد؟ قال: الخمار و شبهه» (٣).

وقد استفيد من الآيه و الروايه انقسام حاله إلى أمرين اليسار والإعسار.

و الأصحاب قسموها إلى ثلاثه نظرا إلى الواقع عرفا، وعينوا لكل مرتبه أشياء على مقتضى العرف و مناسبة مدلول الأخبار، و هي غير منافيه للقسمين، لأن مرجع الثلاثه إليهما.

و المراد بالدائه الفرس. و هي قريبه من تمتيع الغنى بالعبد و الأمه. و في معناها البغل و البعير المقارب لها في قيمه، لأن الحكم في ذلك التقريب العرفي لا التحديد.

و يعتبر في الخاتم مسماه من ذهب و فضه. و يعتبر في الأحوال الثلاثه العرف بحسب حال البلد و الوقت و الشخص.

ص: ٢٠٧

١- (١) البقره: ٢٣٦.

٢- (٢) الكافي ١: ١٠٥ ح ٦، التهذيب ٣: ١٣٩ ح ٨، الوسائل ١٥: ٥٦ ب (٤٩) من أبواب المهور، ح ١.

٣- (٣) الكافي ١: ١٠٥ ح ٦، التهذيب ٥: ١٤٠ ح ٨، تفسير العياشي ١: ١٢٩ ح ١، الوسائل الباب المتقدم ح ٢، والآيه في سوره

البقره: ٢٤١.

و لا تستحقّ المتعه (١) إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر و لم يدخل بها.

قوله: «و لا تستحقّ المتعه. إلخ».

الوجه فى اختصاصها بذلك ثبوت الحكم لها بقوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضةً و متعوهن (١) مع أصله البراءة فى غير ما دلّت عليه الآية، فإن الظاهر من نفي الجناح عدم لزوم المهر أو بعضه بالطلاق على هذه الحالة، و هى طلاق المفوضه قبل المسيس و فرض مهر لها، و إلا فالجناح منفي عن الطلاق مطلقاً. ثم أمر بالمتعه حينئذ، و الأمر للوجوب.

و روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: «عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، و إن لم يكن فرض لها فليمتعها على نحو ما يمتّع مثلها من النساء (٢)» الحديث.

و لا تجب المتعه لغير المذكوره، فلو حصلت البينونه بينهما بفسخ أو موت أو لعان أو غير ذلك من قبله أو قبلها أو منهما فلا مهر و لا متعه، للأصل.

و قوى الشيخ فى المبسوط (٣) ثبوتها بما يقع من قبله من طلاق و فسخ، أو من قبلهما، دون ما كان من قبلها خاصه. و قوى فى المختلف (٤) وجوبها فى الجميع.

و الأقوى اختصاصها بالطلاق، عملاً - بمقتضى الآية، و رجوعاً فى غيره إلى الأصل. و مجرد المشابهه قياس لا نقول به. و هذا هو الذى اختاره المصنف

ص: ٢٠٨

١ - ١) البقره: ٢٣٦.

٢ - ٢) الكافي ١٠٦: ٦ ح ٣، التهذيب ١٤٢: ٨ ح ٤٩٣، الوسائل ٦١: ١٥ ب (٥١) من أبواب المهور ح ٢.

٣ - ٣) المبسوط ٣١٩: ٤ - ٣٢٠.

٤ - ٤) مختلف الشيعة: ٥٥١.

و الأكثر و منهم الشيخ فى الخلاف (١). نعم، يستحب المتعه لكل مطلقه و إن لم تكن مفوضه.

و لو قيل بوجوبه أمكن، عملا بعموم الآيه، فإن قوله تعالى وَ مَتَّعُوهُنَّ يَعود إلى النساء المطلقات، و تقييدهن بأحد الأمرين لا يمنع عود الضمير إلى المجموع. و لقوله بعد ذلك مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مع قوله:

وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢).

و المذهب الاستحباب. و يؤيده روايه حفص بن البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته أ يمتعها؟ قال: «نعم، أما يحب أن يكون من المحسنين؟ أما يحب أن يكون من المتقين؟» (٣). و هو يشعر بالاستحباب، و كذلك الإحسان يشعر به، مع أنها لا تنافى الوجوب. و روى الحلبي فى الصحيح قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها، فقال:

لها مثل مهور نساءها و يمتعها» (٤). و هى صريحه فى مجامعه المتعه للمهر.

و الخبر معناه الأمر، إلا أن الروايه مقطوعه، و ربما وجدت متصله بأبى عبد الله عليه السلام. و سيأتى (٥) الخلاف فى ثبوتها لو مات الحاكم قبل الحكم بالمهر فى مفوضه المهر. و لا فرق فى ثبوت المتعه بين كون الزوج حرًا و عبداً، و الزوجه حره و أمه.

ص: ٢٠٩

١-١) الخلاف ٤:٤٠٠، مسأله (٤٦).

٢-٢) البقره: ٢٤١.

٣-٣) الكافي ٦:١٠٤ ح ١، التهذيب ٨:١٤٠ ح ٤٨٧، تفسير العياشى ١:١٢٤ ح ٣٩٦، الوسائل ١٥:٥٥ ب (٤٨) من أبواب المهور ح ٥.

٤-٤) التهذيب ٧:٣٦٢ ح ١٤٦٨، الاستبصار ٣:٢٢٥ ح ٨١٤، الوسائل ١٥:٢٤ ب (١٢) من أبواب المهور ح ١.

٥-٥) فى ص: ٢١٨.

الثالثة: لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز

الثالثة: لو تراضيا بعد العقد (١) بفرض المهر جاز، لأن الحقّ لهما، سواء كان بقدر مهر المثل أو أزيد أو أقلّ، و سواء كانا عالمين أو جاهلين أو كان أحدهما عالما، لأن فرض المهر إليهما ابتداء فجاز انتهاء.

قوله: «لو تراضيا بعد العقد. إلخ».

قد عرفت أن المفوضه لا تستحقّ المهر بنفس العقد، و لكنّها ملكت أن تملك، فلها المطالبة بفرضه و تعيينه قبل الدخول لتعرف ما تستحقّ بالوطء أو الموت و ما تنتظر (١) بالطلاق قبله أو الفسخ.

ثمّ إن اتّفقت هي و الزوج على قدر معيّن صحّ و لم يكن لها غيره، لأن الحقّ لهما. و لا فرق بين كونه بقدر مهر المثل و أقلّ منه و أكثر، و لا بين علمهما بمقدار مهر المثل و جهلهما و التفريق، كما لا يشترط علمهما به لو عيّناه في العقد. و ليس لأحد منهما بعد اتّفاقيهما على الفرض الرجوع فيه مطلقا.

و إن اختلفا، بأن فرض لها الزوج أقلّ و لم ترض به، فإن كان مفروضه بقدر مهر السنّه فصاعدا ففي لزومه في طرفها و جهان، من أنه لو فوّض إليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه، و كذا الحاكم كما سيأتي، و من أن البضع يقتضى مهر المثل، و الخروج عنه في بعض الموارد على خلاف الأصل فيقتصر عليه. و كون ذلك للحاكم ممنوع.

و إن كان أقلّ منه لم يقع (٢) بغير رضاها اتّفاقا. فحينئذ إن ترافعا إلى الحاكم فرض لها مهر المثل من غير زياده و لا نقصان، ما لم يتجاوز السنّه فيردّ إليها، إن اعتبرنا ذلك في مهر المثل، و إلا لم يتقيّد بذلك. و هو الأقوى. و قد تقدّم (٣). و يشترط حينئذ في صحّحه فرضه معرفته بمقدار مهر مثلها، و إلا لم يصحّ فرضه، لأن ذلك بمنزله

ص: ٢١٠

١-١) في نسخه بدل «و»: يتشطرّ.

٢-٢) في «ش، و»: يصحّ.

٣-٣) في ص: ٢٠٤.

الرابعة: لو تزوج المملوكه (١) ثم اشتراها فسد النكاح

الرابعة: لو تزوج المملوكه (١) ثم اشتراها فسد النكاح، و لا مهر لها و لا متعه.

الخامسة: يتحقق التفويض في البالغ الرشيد

الخامسة: يتحقق التفويض (٢) في البالغ الرشيد، و لا يتحقق في الصغيره و لا في الكبيره السفيهه. و لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو لم يذكر مهرًا صحَّ العقد، و ثبت لها مهر المثل بنفس العقد. و فيه تردد منشؤه:

أن الولي له نظر المصلحه، فيصح التفويض و ثوقا بنظره. و هو أشبه.

و على التقدير الأول لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مهر المثل. و على ما اخترناه لها المتعه.

تقويم المتلفات، فيعتبر فيه معرفه قيمه و تقدير النفقات حيث ينتهي إليه.

و قيل: لا- يصح فرض الحاكم مطلقا، لأن الغرض منه إثبات المهر في ذمه الزوج، و ذلك منوط بتراضى الزوجين، و لا مدخل لغيرهما فيه.

و يضعف بأن ذلك تعيين له لا- إحداث، بل سببه حاصل منهما بالعقد، و إنما الحاكم يقطع الخصومه بذلك بينهما و يرفع المنازعه، كما يقدر النفقه الواجبه بالعقد أو مع التمكين المستند إلى الزوجين.

قوله: «لو تزوج المملوكه. إلخ».

المراد أنه اشتراها قبل الدخول، إذ لو دخل و جب المهر قبل الشراء للبائع، سواء كانت مفوضه أم لا. أما إذا اشتراها قبله فلا مهر لها عليه إن كان مسمى بالعقد، لأن المهر لو ثبت لكان له كما سبق. و لا متعه على تقدير كونها مفوضه، لما ذكرناه، و لأن المتعه مختصه بالطلاق كما مر (١).

قوله: «يتحقق التفويض. إلخ».

لا كلام في صحه التفويض من غير المولى عليها، لأن الحق في ذلك لها، و أمر

ص: ٢١١

النكاح إليها، فلها الخيره فيما شاءت من وجوهه الصحيحه شرعا، و التفويض منها.

و كذا مع تعيين المهر بدون مهر المثل. و أما المولّى عليها لصغر أو سفه أو بكاره - على القول به - فهل للولّى أن يزوّجها مفوّضه أو بدون مهر المثل؟ قولان، سبق الكلام فى الثانى منهما، و أن الأقوى جوازه مع المصلحه. و قد حكى المصنف فيهما هنا قولين:

أحدهما: صحّه العقد، و يثبت لها مهر المثل بنفس العقد، و لا يتوقّف على الدخول كالمفوّضه. و نسب هذا القول إلى الشيخ فى المبسوط (١). و وجهه: أن تصرّف الولّى منوط بمهر المثل و ثمن المثل، لأن النكاح ملحق بالمعاوضات، فيجب مراعاة عوض البضع، فإذا فرض دونه وقع فاسدا، فوجب مهر المثل كما لو فسد المهر بغيره. و قد تقدّم (٢) له نظائر. و كذا مع التفويض، لاشتماله على المعاوضه على البضع بدون مهر المثل على تقدير عدم الدخول، و هو ممتنع، و لو لم يجب مهر المثل بالعقد لكان تفويضا صحيحا، و المفروض عدمه.

و الذى وجدته فى المبسوط فى موضعين الصحّه و لزوم مهر المثل بالدخول.

فأول الموضعين قوله فيه: «فأما من تجبر على نكاح لصغر أو بكاره فلا تكون مفوّضه البضع. و متى عقد وليها مفوّضه لم تكن مفوّضه، و وجب مهر المثل بالعقد عند قوم و عندنا بالدخول» (٣) و قال فى الموضع الثانى: «من تجبر على النكاح من الصغيره و البكر الكبيره يجبرها أبوها أو جدّها على النكاح، فمتى زوّجها مفوّضه البضع كان الحكم فيه كالحكم فيمن لا تجبر سواء. و قال قوم: لها مهر المثل لا غير».

ثمّ قال بعد ذلك: «فإذا ثبت هذا فإن أجبرها فزوّجها مفوّضه لم يجب عليه ضمان

ص: ٢١٢

١- ١) نسبه إليه الكركى فى جامع المقاصد ١٣: ٤١٧.

٢- ٢) فى ص: ٢٦٢ و ١٨٠ و غيرهما.

٣- ٣) المبسوط ٢٩٥: ٤.

المهر، لأنه قد وجب بالعقد» (١).

و هذا الكلام الأخير ربما أوهم ما نقلوه عنه إلا- أنه باتّصاله بالأول و منافاته له ظاهرا يمكن حمله على وجود سبب وجوبه بالعقد، لا- على وجوبه حقيقه، لأنه ذكر في غير موضع أن المفوضه ملكت بالعقد أن تملك المهر (٢)، و قال: «كلّ موضع حكمنا بأنها مفوضه لم يجب لها بالعقد مهر و لا المطالبه بالمهر، لأن المهر ما وجب لها، لكن لها المطالبه بفرض المهر، و المهر يجب لها بالفرض أو بالدخول» (٣). و كذلك صرّح في باب (٤) الأولياء بصحّه تزويج الوليّ بدون مهر المثل، محتجّجا بأن له العفو عن الصداق، فله أن يعقد على بعضه. و هذا كلّه موافق لما اختاره المصنف من جواز تفويض الوليّ بضع المولّى عليها. و زاد المصنف التقييد برعايه المصلحه. و هو حسن.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا طلقها قبل الدخول في صوره التفويض بنى على القولين، فإن جعلنا الواجب مهر المثل بالعقد كما نقله الشيخ عن بعضهم وجب لها نصف مهر المثل، لأن الواجب بالعقد يتنصّف بالطلاق. و على القول بصحّه التفويض تجب المتعه كما في كلّ مفوضه.

و أما على تقدير تزويجها بدون مهر المثل، فإن جوّزناه بالمصلحه فلها مع الطلاق قبل الدخول نصف المسمّى. و إن أوقفناه على رضاها به بعد الكمال كما هو المشهور، فإن طلقها قبل الكمال فلها نصف المسمّى. و إن طلقها بعده روعى في الواجب رضاها به أو فسخه فيرجع إلى مهر المثل. و إن جعلنا الواجب حينئذ مهر المثل بالعقد، إلحاقا لهذه التسميه بالفاسده حيث وقعت بغير عوض المثل، وجب بالطلاق نصف مهر المثل.

ص: ٢١٣

١- (١) المبسوط ٢٩٧: ٤.

٢- (٢) المبسوط ٢٩٦: ٤، و ٢٩٨.

٣- (٣) المبسوط ٢٩٥: ٤.

٤- (٤) المبسوط ١٧٩: ٤.

و يجوز أن يزوّج (١) المولى أُمته مفوّضه، لاختصاصه بالمهر.

السادسه: إذا زوّجها مولاها مفوّضه ثمّ باعها كان فرض المهر بين

الزوج و المولى الثانى]

السادسه: إذا زوّجها مولاها مفوّضه (٢) ثمّ باعها كان فرض المهر بين الزوج و المولى الثانى إن أجاز النكاح. و يكون المهر له دون الأول. و لو أعتقها الأول قبل الدخول فرضيت بالعقد كان المهر لها خاصّه.

قوله: «و يجوز أن يزوّج. إلخ».

هذا كالمستثنى من الحكم السابق فى تزويج المولى عليها مفوّضه، حيث وقع فيها الخلاف، بخلاف هذه، فإن جواز تفويض بضع الأمه اتّفاقيّ و إن شاركت فى الولاية عليها. و الفرق ما أشار إليه المصنف من أن المانع هناك لحقّ المولى عليه حيث عاوض على البضع بدون عوض مثله، و هنا الحقّ للسيد، لاختصاصه بالمهر، و هو الذى اختار ذلك، فكان لازماً.

إذا تقرّر ذلك، فإن بقيت على ملكه إلى أن دخل بها الزوج استقرّ ملكه على مهر المثل. و إن اتّفق على فرضه هو و الزوج قبل الدخول صحّ، لأنه يملك بالعقد ما تملكه المفوّضه. و لحق المفروض حينئذ حكم المسمى فى العقد.

قوله: «إذا زوّجها مولاها مفوّضه. إلخ».

هذا كالتّمه للمسأله السابقه، فإنها دلّت على جواز تفويض المولى بضع أمته. ثمّ إن بقيت على ملكه فالحكم واضح. و إن خرجت عن ملكه، فإما أن تخرج بالانتقال إلى ملك آخر كالمشترى و شبهه، أو تملك نفسها كالمعتقه. فإن كان الأول فقد تقدّم (١) أن المنتقل إليه يتخيّر فى إجازة العقد و فسخه، فإن فسخه بطل العقد، و تبعه المهر. و إن أجازة كان فرض المهر إليه و إلى الزوج. و إن أعتقت فتقديره إليها و إليه، فإن قدّراه قبل الدخول استقرّ به و ملكته بالتقدير. و إن بقيت مفوّضه إلى أن دخل فلها مهر المثل أو للمشترى. و هذا بخلاف ما لو أعتقت بعد تزويجها و تعيين

ص: ٢١٤

١ - ١) فى ص: ٥٢.

و أما الثانى- و هو تفويض المهر(١)-فهو أن يذكر على الجملة، و يفوض تقديره إلى أحد الزوجين، فإذا كان الحاكم هو الزوج لم يتقدّر فى طرف الكثرة و لا- القلّة، و جاز أن يحكم بما شاء. و لو كان الحكم إليها لم يتقدّر فى طرف القلّة، و يتقدّر فى الكثرة، إذ لا يمضى حكمها فيما زاد عن مهر السنّة، و هو خمسمائة درهم.

المهر فى العقد، فإنه يكون للمولى كما مرّ (١). و الفرق أن المهر مع التعيين يملك بالعقد، و المالك لمهر الأمه هو السيّد، بخلاف المفوضه، فإن ملك المهر يتوقّف على الفرض أو الدخول كما مرّ، فقبله لا مهر، و قد حصل الانتقال عن ملكه قبل تحقّقه فيكون لها، لحدوثه على ملكها. و أما المشتري فإنه يملكه مع الإجازة على التقديرين. و قد سبق (٢) ما يفيد الوجه فى ذلك.

قوله: «و أما الثانى و هو تفويض المهر. إلخ».

هذا هو القسم الثانى من قسمى التفويض، و هو أن يذكر المهر فى العقد إجمالاً و يفوض تقديره فيه إلى أحد الزوجين- و عليه اقتصر المصنف- أو إليهما معاً، و لا إشكال فى جوازه أيضاً. و ألحق بعضهم جعله لأجنبى غيرهما، لأنه و إن لم يكن منصوباً بخصوصه إلا أنه فى معنى التوكيل و قد تراضيا عليه، و لعموم قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» (٣). و وجه المنع أن المهر حقّ يتعلّق بالزوجين، فلا يتعدّى إلى غيرهما بغير إذن شرعى. و هذا أجود إذا تقرّر ذلك فعلى تقدير تفويضه إلى الزوج فتقديره إليه فى جانب القلّة

ص: ٢١٥

١- ١) فى ص: ٣٦.

٢- ٢) لاحظ ص: ٥٩.

٣- ٣) التهذيب ٣٧١: ٧ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

و الكثره. أما في الكثره فظاهر، لأن حكمه به على نفسه. و أما في جانب القله فلا- يتقيد إلا- بما يجوز جعله مهرا. و على تقدير تفويضه إليها لا يتقدر في جانب القله كما مر، لأنه حقها فلها الاقتصار على القليل. و يتقدر في جانب الكثره بمهر السنه عند جميع الأصحاب.

و مستند ذلك أخبارهم، كروايه زراره عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأه على حكمها، قال: «لا يجوز بحكمها مهر نساء آل محمّد اثنتي عشره أوقيه و نساء، و هو وزن خمسمائه درهم من الفضة. قلت: رأيت إن تزوجها على حكمه و رضيت، قال: ما حكم به من شيء فهو جائز لها قليلا كان أو كثيرا. قال: قلت:

كيف لم تجز حكمها عليه و أجزت حكمه عليها؟ قال: فقال: لأنه حكمها فلم يكن لها أن تجوز ما سنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و تزوج عليه نساءه، فرددتها إلى السنه، و لأنها هي حكمته و جعلت الأمر في المهر إليه و رضيت بحكمه في ذلك، فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان أو كثيرا» (١).

و في الحقيقة الفرق الواقع في الروايه بنفس الدعوى و السؤال قائم في جواز نقصانه عن مهر السنه و عدم جواز زيادتها، مع أن أبا بصير روى أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام- و سأله عن الرجل يفوض إليه صداق امرأته فنقص عن صداق نساؤها- قال: «يلحق بمهر نساؤها» (٢). و الشيخ (٣) جمع بين الروايتين بحمل هذه على ما إذا فوض إليه الصداق على أن يجعله مثل مهر نساؤها فقصر عنه، فإنه يلحق به، و الأولى على ما إذا فوض إليه الأمر مطلقا. و الظاهر أن الحكم المذكور

ص: ٢١٦

١ - ١) الكافي ٥: ٣٧٩ ح ١، علل الشرائع: ٥١٣ ح ١، التهذيب ٧: ٣٦٥ ح ١٤٨٠، الاستبصار ٣: ٢٣٠ ح ٨٢٩، الوسائل ١٥: ٣١ ح ٢١) من أبواب المهور، ح ١.

٢ - ٢) التهذيب ٧: ٣٦٦ ح ١٤٨٢، الاستبصار ٣: ٢٣٠ ح ٨٣١، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٣ - ٣) التهذيب ٧: ٣٦٦ ح ١٤٨٢، الاستبصار ٣: ٢٣٠ ح ٨٣١، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

و لو طَلَّقها قبل الدخول(١) و قبل الحكم أُلزم من إليه الحكم أن يحكم، و كان لها النصف.

و لو كانت هي الحاكمه فلها النصف ما لم تزد في الحكم عن مهر السنّه.

موضع وفاق، و إلا فالروايه به لا تخلو من ضعف [١].

و على تقدير تفويضه إلى الزوجين معا يتوقف على اتّفاقهما معا عليه، كاتّفاقهما على فرضه في القسم الأول. فإن اختلفا قال الشيخ في المبسوط: «وقف حتى يصطلحا» (١) و تبعه العلامة (٢). و لم يذكروا الرجوع هنا إلى الحاكم، و لو قيل به كان حسنا، لوجود المقتضى فيهما، مع اشتراكهما في عدم النّصّ على الخصوص. و لم يذكروا حكم ما لو فوّض إلى أجنبيّ على القول بصحّته، و لا نصّ يقتضيه. و ينبغي له و للحاكم الاقتصار على مهر المثل، لأنّه عوض البضع، و لأنّ الحاكم إذا كان غير الزوج أشبه المرأه فناسب أن لا يزيد عليه. و يؤيّد عدم النقصان عنه الروايه السابقه، و هي موافقه للحكم. و لم يوافقنا أحد من العامّه (٣) على هذا القسم [٥]، بل جعلوه كالمهر الفاسد، و أوجبوا به مهر المثل.

قوله: «و لو طَلَّقها قبل الدخول. إلخ».

إذا طَلَّق مفوّضه المهر -سواء كان قبل الدخول أم بعده- لم يبطل الحكم.

لكن إن كان الطلاق قبل الدخول أُلزم من إليه الحكم به، و ثبت لها نصفه. و حيث

ص: ٢١٧

١- ٢) المبسوط ٢٩٧: ٤.

٢- ٣) تحرير الأحكام ٣٦: ٢.

٣- ٤) الحاوى الكبير ٩: ٤٨٥، المغنى لابن قدامه ٨: ٤٨.

و لو مات الحاكم قبل (١)الحكم و قبل الدخول قيل:سقط المهر،و لها المتمعه.و قيل:ليس لها أحدهما.و الأول مروى.

كان حكمها لا يتجاوز مهر السنّه فى حال الزوجيه فبعدها أولى.و هذا بخلاف المطلقه فى القسم الأول.و وجه خروجها عنها-مع شمول الآيه (١)لها من حيث العموم،لصدق الطلاق قبل المسيس و الفرض المقتضى للمتمعه-صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل تزوّج امرأه على حكمها أو على حكمه-إلى أن قال:-«فإن طلقها و قد تزوّجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها على خمسمائه درهم فضّه مهور نساء رسول الله صلى الله عليه و آله» (٢).

و الروايه و إن اختصّت بما لو كان الحاكم الزوجه فى حاله الطلاق إلا أنه لا قائل بالفرق.

و اعلم أن ظاهر النصّ و الفتوى أنها لو تجاوزت مهر السنّه حيث يكون الفرض إليها فى الموضوعين يقتصر على مهر السنّه بذلك الفرض و يبطل الزائد من غير أن يتوقف على فرض آخر.و يؤيده أن فرض المجموع يقتضى فرض بعضه، فيقتصر من إبطاله على ما دلّ عليه الدليل،و يبقى الباقي.و يحتمل إلغاء اللفظ حينئذ،لمخالفته المشروع،و توقف الفرض على حكم آخر.و تظهر الفائده فيما لو ماتت قبله.

قوله:«و لو مات الحاكم قبل الخ».

إذا مات الحاكم فى مفوضه المهر قبل الحكم فأكثر الأصحاب-و منهم الشيخ

ص:٢١٨

١-١) البقره:٢٣٦.

٢-٢) الكافى ٥:٣٧٩ ح ٢،الفقيه ٣:٢٦٢ ح ١٢٤٩،التهذيب ٧:٣٦٥ ح ١٤٨١،الاستبصار ٣:٢٣٠ ح ٨٣٠،الوسائل ١٥:٣٢ ب «٢١» من أبواب المهور ح ٢.

فى النهايه (١) و أتباعه (٢)، و العلامه فى المختلف (٣)، و ولده فى الشرح (٤)، و الشهيد فى شرح الإرشاد (٥) - على أن لها المتعه، لصحيحه محمد بن مسلم السابقه (٦) عن الباقر عليه السلام: «فى رجل تزوج امرأه على حكمها أو على حكمه، فمات أو ماتت قبل دخوله بها: لها المتعه و الميراث، و لا مهر لها».

لا- يقال: لا- صراحه فى الروايه على المدعى، لأن الميِّت يحتمل كونه الحاكم و كونه المحكوم عليه، و مع قيام الاحتمال يسقط الاستدلال، لأن المطلوب منها موت الحاكم.

لأننا نقول: لفظها و إن احتمل ذلك بمجرد إلا- أن فيها ما ينفى كون الميِّت المحكوم عليه، لأنه ذكر فيها أن المحكوم عليه لو مات قبل الحكم لا- يبطل الحكم، و يحكم الحاكم بعد ذلك، و يثبت ما يحكم به، و إذا كان الطلاق لا يسقط الحقّ مع بقاء الحاكم فلأن لا- يسقط مع موت أحدهما مع بقائه أولى. و وجه الأولويه: بقاء حكم الزوجيه بالموت دون الطلاق، و لا- يضرّ اختلاف الحقّ حيث إنه هنا المتعه و هناك المهر المحكوم به، لا اشتراكهما فى أصل الاستحقاق و إن فُرّق النصّ بينهما فى المقدار.

و أيضا: فموت المحكوم عليه خارج بالإجماع على أنه لا أثر له فى وجوب المتعه، فيبقى الآخر.

ص: ٢١٩

١- (١) النهايه: ٤٧٢.

٢- (٢) راجع المهذب ٢: ٢٠٦، إصباح الشيعه ضمن سلسله الينايع الفقهيّه ١٩: ٣٤٠، و الوسيله: ٢٩٦.

٣- (٣) مختلف الشيعه: ٥٤٥.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٣: ٢١٩-٢٢٠.

٥- (٥) غايه المراد: ٢٠١.

٦- (٦) فى الصفحه السابقه.

و أيضا: فإن حضور المحكوم عليه غير شرط في صحه الحكم، و حيث شرط تقدير المهر للحاكم و لزم في الابتداء استصحاب إلى أن يثبت المزيل، فما دام الحاكم حيا لا يثبت المزيل، و إذا مات تعذر الحكم، فناسب و جوب المتعه، حيث إنهما لم يقدم على عدم المهر هنا، فلا يجوز خلؤ البضع عن عوض، و هو إما مهر المثل أو المتعه، فإذا ثبت الثانيه بالنص انتفى الآخر، بخلاف مفوضه البضع، لقدومها على عدم المهر بدون الدخول أو الفرض، فإذا مات الحاكم فيها فلا شيء.

و ذهب العلامة في القواعد (١) إلى ثبوت مهر المثل هنا. و وجهه: أن المهر مذکور في العقد غايته أنه لم يتعين، فإذا تعذر تعيينه بموت الحاكم و جب الرجوع إلى مهر المثل، لأنه عوض البضع حيث لا معين سواه.

و يضعف بأن مهر المثل إنما يكون عوضا للبضع مع استيفائه بالوطء أما مع تجرده عنه فلا. و مجرد العقد لا يقتضيه شرعا. و ليس هذا كشرط المهر الفاسد أو المبهم حيث و جب مهر المثل، للاتفاق على كونه شرطا صحيحا غايته كون تعيين المهر موقوفا على بيان الحاكم، فإذا مات المبيّن لا يلزم الانتقال إلى مهر المثل.

و أيضا فقد بينا أن مهر المثل إنما يلزم على تقدير إبهام المهر بالدخول لا بالعقد، و هو منتف هنا.

و ذهب ابن إدريس (٢) إلى عدم ثبوت شيء مع موت الحاكم قبله، و لا يقدر فيه موت المحكوم عليه، فيحكم الحاكم بعده، و يلزمه إن كان هو الزوج، و يرث ما يحكم به هو و ورثتها. إلا أنه فرض كل قسم في صورته مخصوصه، ففرض عدم ثبوت شيء مع موتها و كونها الحاكمه، و بقاء الحكم مع موتها و كون الزوج هو

ص: ٢٢٠

١-١) قواعد الأحكام ٢:٤١.

٢-٢) السرائر ٥٨٧:٢.

الحاكم. فالزمه في المختلف (١) خرق الإجماع حيث ذهب إلى الفرق بين كون الميِّت الرجل و المرأه. و هو غير لازم له، لأنه لم يفرق بينهما من حيث كون الميِّت حاكماً أو محكوماً عليه، وإنما لم يستوف الأقسام كما ذكرناه. و ما ذكره مذهب الشيخ في الخلاف (٢) و ظاهر ابن الجنيد (٣).

و حجته: أن مهر المثل لا- يجب إلا بالدخول، و المتعه لا تجب إلا بالطلاق كما تقتضيه الآية (٤). و الأصل براءة الذمه من شيء آخر في غير ذلك. و إلحاق الموت بالطلاق قياس.

و جوابه: أننا لم نلحقه بالطلاق قياساً، بل بالروايه الصحيحه. نعم، هو لا يعتبر خبر الواحد، فلا تفيد الروايه عنده، لكنّها عند غيره كافيه في الدلاله.

و العلامه في الإرشاد (٥) اقتصر على نقل القول بالمتعه و عدم وجوب شيء من غير ترجيح. و في التحرير (٦) اقتصر على المتعه ناسباً لها إلى الروايه، مؤذناً بالتردد. و كذلك المصنف نسب الحكم بها إلى الروايه. و وجه التردد: النظر إلى صحتها، و الالتفات إلى أن المتعه مخصوصه بالطلاق.

و اعلم أن القول بوجوب مهر المثل لا نعلمه لغير العلامه في القواعد (٧)،

ص: ٢٢١

١- (١) المختلف: ٥٤٥.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٣٧٨، مسأله (١٨).

٣- (٣) راجع مختلف الشيعه: ٥٤٥.

٤- (٤) البقره: ٢٣٦.

٥- (٥) إرشاد الأذهان ٢: ١٦.

٦- (٦) تحرير الأحكام ٢: ٣٦.

٧- (٧) القواعد ٢: ٤١.

و لکنّه فی المختلف (١)نسب إلى المبسوط أنه جعل فی المسأله قولین:

أحدهما مهر المثل، و الآخر عدم المهر، و اختار الثانی. و كذلك نقل عنه الشهید فی الشرح (٢)، و زاد أنه غیر دالّ علی سقوط المتعه، لصدق نفی المهر و ثبوت المتعه.

و فی هذا النقل نظر، لأن الشیخ إنما ذکر هذه العبارة و الخلاف المذكور فی مفوضه البضع، و أما مفوضه المهر فلم يذكر حکم موت الحاكم فیها أصلاً. و عذره واضح، لأنه متتبع فیه لفروع المخالفین و غیر ملتفت إلى فروع أصحابنا، كما ذكره فی غیر موضع منه، و هم لا- یرون لمفوضه المهر هذه الأحكام، بل يجعلونها (٣) كفارضة المهر المجهول، فیوجبون لها مهر المثل، و اختلفوا فی ثبوته بالدخول أو بالعقد.

و فرعوا علیه ما لو طلقها قبل الدخول، فمنهم من أوجب نصف مهر المثل (٤)، و منهم من أوجب المتعه (٥) عملاً بعموم الآیه (٦). و فی المبسوط اقتصر علی نقل ذلك ثمّ قال: «و الذى تقتضیه أخبارنا أنه إذا علّق بمشيئته الرجل فمهما حکم به و جب، و إن علّق بها لم تتجاوز مهر السنّه، و إن علّق بهما وقف حتى یصطلحا» (٧). فهذا جمله ما ذكره فی مفوضه المهر، و مع ذلك فنقله للقولین المذكورین فی المسأله الأولى عن المخالفین لا عن أصحابنا، لما نعلم من عادته فی هذا الكتاب. فظهر أن القول فی هذه المسأله بمهر المثل لا یعرف إلا للعلامه فی القواعد.

ص: ٢٢٢

١-١) مختلف الشیعه: ٥٤٤.

٢-٢) غایه المراد: ٢٠١.

٣-٣) أنظر مذهبهم فی ص: ٢١٧، هامش (٤).

٤-٤) راجع الحاوی الكبير ٩: ٤٨٥، المغنی لابن قدامه ٨: ٥٢.

٥-٥) راجع الحاوی الكبير ٩: ٤٨٦، المغنی لابن قدامه ٨: ٥٢.

٦-٦) البقره: ٢٣٦.

٧-٧) المبسوط ٤: ٢٩٧.

و فيه مسائل

و فيه مسائل:

الأولى: إذا دخل الزوج قبل تسليم المهر كان ديناً عليه، و لم يسقط بالدخول

الأولى: إذا دخل الزوج (١) قبل تسليم المهر كان ديناً عليه، و لم يسقط بالدخول، سواء طالبت مدتها أو قصرت، طالبت به أو لم تطالب. و فيه روايه أخرى مهجوره.

قوله: «إذا دخل الزوج. إلخ».

أراد بالروايه الجنس و إلا فهي روايات كثيره معتبره الإسناد، متضمنه أن الدخول يهدم العاجل و يوجب براءته من المهر، سواء كانت قد قبضت منه شيئاً أم لا، منها صحيحه الفضيل عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأه فدخل بها و أولدها ثم مات عنها، فادعت شيئاً من صداقها على ورثه زوجها، فجاءت تطلبه منهم و تطلب الميراث، قال: «فقال: أما الميراث فلها أن تطلبه، و أما الصداق فإن الذي أخذت من الزوج قبل أن تدخل عليه فهو الذي حل للزوج به فرجها، قليلاً كان أو كثيراً، إذا هي قبضته منه و قبلته و دخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك» (١).

و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل و المرأه يهلكان جميعاً، فتأتى ورثه المرأه فيدعون على ورثه الرجل الصداق، فقال: و قد هلكا و قسّم الميراث؟ فقلت: نعم. قال: ليس لهم شيء. قلت: فإن كانت المرأه حيّه فجاءت بعد موت زوجها تدعى صداقها، فقال: لا شيء لها و قد أقامت معه مقرّه حتى هلك زوجها - إلى أن قال - قلت: متى حدّ ذلك الذي إذا طلبته لم يكن لها؟ قال: إذا أهديت إليه و دخلت بيته و طالبت بعد ذلك فلا شيء لها، إنه كثير

ص: ٢٢٣

لها أن تستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل ولا كثير» (١).

و موثقه عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يدخل بالمرأه ثم تدعى عليه مهرها، قال: «إذا دخل بها فقد هدم العاجل» (٢).

و روايه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأه و يدخل بها ثم تدعى عليه مهرها، قال: «إذا دخل عليها فقد هدم العاجل» (٣). و في معناها غيرها.

و عمل (٤) بمضمون هذه الأخبار بعض الأصحاب، لكنّها بعيدة عن أصول المذهب، بل إجماع الأئمة، معارضه لما دلّ على ثبوت المهر في ذمّه الزوج على كلّ حال من الكتاب و السنّه، كقوله تعالى وَ آتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ (٥) الشامل بعمومه لموضع النزاع. و روى أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي في الحسن قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: الرجل يتزوج المرأه على الصداق المعلوم فيدخل بها قبل أن يعطيها، فقال: يقدم إليها ما قلّ أو أكثر، إلا أن يكون له وفاء من عرض إن حدث به حدث أدى عنه فلا بأس» (٦). و روى الفضيل بن أبي عبد الله في الرجل يتزوج المرأه و لا يجعل في نفسه أن يعطيها مهرها فهو

ص: ٢٢٤

١- (١) الكافي ٥: ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٥٩ ح ١٤٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٢ ح ٨٠٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٨.
٢- (٢) الكافي ٥: ٣٨٣ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٥٩ ح ١٤٦١، الاستبصار ٣: ٢٢٢ ح ٨٠٧، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.
٣- (٣) الكافي ٥: ٣٨٣ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٦٠ ح ١٤٦٢، الاستبصار ٣: ٢٢٣ ح ٨٠٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٦.
٤- (٤) في هامش «و» وإحدى الحجريتين: «ممن أفتى بمضمونها أبو الصلاح الحلبي بخطه قدس سره». لاحظ الكافي (في الفقه): ٢٩٤.

٥- (٥) النساء: ٤.

٦- (٦) الكافي ٥: ٤١٣ ح ٢، التهذيب ٧: ٣٥٨ ح ١٤٥٥، الاستبصار ٣: ٢٢١ ح ٨٠١، الوسائل ١٣: ١٥ ب «٨» من أبواب المهور، ح ١.

و الدخول الموجب للمهر (١) هو الوطاء قبلاً أو دبراً. ولا يجب بالخلوه.

و قيل: يجب. و الأول أظهر.

زنا» (١). و غير ذلك من الأخبار الكثيره.

و الشيخ (٢) حمل الأخبار السابقه على دعوى الزوجه المهر بغير بينه، فإنها لا تسمع. و استشهد عليه بروايه الحسن بن زياد عن الصادق عليه السلام قال: «إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادّعت المهر، و قال: قد أعطيتك، فعليها البينه و عليه اليمين» (٣). قال الشيخ: «و لو كان الأمر على ما ذهب إليه بعض أصحابنا من أنه إذا دخل بها هدم الصداق لم يكن لقوله عليه السلام: «عليها البينه و عليه اليمين» معنى، لأن الدخول قد أسقط الحقّ: فلا وجه لإقامه البينه و لا اليمين» (٤).

و فى هذا الحمل نظر، لأن الخصم يستند إلى تلك الأخبار، و هى صريحه فى إسقاط الدخول المهر، و لا يضرّه هذا الخبر، لأنها أصحّ منه سنداً و أكثر. مع أن فى هذا الخبر - مع تسليم سنده - إشكالا، من حيث إن المهر إذا تعين فى ذمّه الزوج فهو المدعى للإيفاء و هى المنكره، فتكون البينه عليه لا - عليها. نعم، لو كان النزاع فى التسميه و عدمها مع عدم الدخول أمكن توجه ذلك. و سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: «و الدخول الموجب للمهر. إلخ».

اتفق الأصحاب على أن الوطاء الموجب للغسل يوجب استقرار ملك جميع المهر للمرأة. و اختلفوا فى أنه هل يقوم غير الوطاء من مقدماته - كالخلوه - مقامه

ص: ٢٢٥

١- ١) الكافي ٥: ٣٨٣ ح ٣، الوسائل ١٥: ٢١ ب (١١) من أبواب المهور، ح ١.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٦٠.

٣- ٣) الكافي ٥: ٣٨٦ ح ٤، التهذيب ٧: ٣٦٠ ح ١٤٦٣، الاستبصار ٣: ٢٢٣ ح ٨٠٩، الوسائل ١٥: ١٥ ب (٨) من أبواب المهور ح ٧.

٤- ٤) التهذيب ٧: ٣٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٣.

فى ذلك؟ على أقوال منشؤها اختلاف الأخبار أيضا، فذهب الأكثر إلى عدمه، و أن الخلوه و باقى المقدمات لا تكفى فى إيجاب المهر. و ذهب جماعه (١) من المتقدمين إلى أن الخلوه توجب المهر ظاهرا حيث لا يثبت شرعا عدم الدخول، و أما باطنا فلا يستقر المهر جميعه إلا بالدخول. و أطلق بعضهم كالصدوق (٢) وجوبه بمجرد الخلوه. و أضاف ابن الجنيد (٣) إلى الجماع إنزال الماء بغير إيلاج، و لمس العوره، و النظر إليها، و قبله متلذذا بذلك.

و المعتمد الأول. لنا: قوله تعالى وَ إِنِ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنُصِفْ مَا فَرَضْتُمْ (٤). و المراد من المس هنا الجماع، للإجماع على أن مطلق المس غير موجب للجميع، فتنتفى إرادته مطلق المس، و هو منحصر فى الأمرين إجماعا.

و يؤيده روايات كثيره، كروايه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها» (٥). و روايه يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لا يوجب المهر إلا الوقاع فى الفرج» (٦).

و روايه حفص بن البخرى عنه عليه السلام فى رجل دخل بامرأه، قال: «إذا التقى

ص: ٢٢٤

١- ١) لاحظ النهايه: ٤٧١، و المهذب ٢: ٢٠٤، و إصباح الشيعه ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه ١٨: ٣٣٩.

٢- ٢) المقنع: ١٠٩.

٣- ٣) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٥٤٣.

٤- ٤) البقره: ٢٣٧.

٥- ٥) التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٦ ح ٨١٨، الوسائل ١٥: ٦٦ ب (٥٤) من أبواب المهور، ح ٧.

٦- ٦) التهذيب ٧: ٤٦٤ ح ١٨٥٩، الاستبصار ٣: ٢٢٦ ح ٨١٧، الوسائل الباب المتقدم ح ٦.

الختانان وجب المهر و العده» (١). و روايه محمد بن مسلم عنه عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل و المرأة متى يجب عليهما الغسل؟ قال: إذا أدخله و جب الغسل و المهر و الرجم» (٢). و روى زراره فى الصحيح قال: «سألته أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج جاريه لم تدرك لا- يجامع مثلها، أو تزوج رتقاء، فأدخلت عليه، فطلقها ساعه أدخلت عليه، قال: هاتان ينظر إليهن من يوثق به من النساء، فإن كنّ كما دخلن عليه فإن لها نصف الصداق الذى فرض لها، و لا عدّه عليهنّ منه» (٣).

و يؤيده الروايات (٤) الواردة فى العتین و أنه ينظر سنه فإن واقع فيها و إلا فسخت نكاحها (٥)، و لها نصف المهر مع تحقّق الخلوه فى السنه و غيرها من المقدمات.

و احتجّ الفريق الثانى بروايات كثيره أيضا، منها روايه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إذا تزوج الرجل المرأة ثمّ خلا بها، فأغلق عليها بابا أو أرخى سترا، ثمّ طلقها فقد وجب الصداق، و خلاؤه بها دخول» (٦). و روايه إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام، عن أبيه أن عليّا عليه السلام كان يقول: «من

ص: ٢٢٧

-
- ١- ١) الكافي ١٠٩: ٦ ح ٢، التهذيب ٤٦٤: ٧ ح ١٨٦١، الاستبصار ٢٢٦: ٣ ح ٨١٩، الوسائل الباب المتقدم ح ٨.
 ٢- ٢) التهذيب ٤٦٤: ٧ ح ١٨٦٢، الاستبصار ٢٢٦: ٣ ح ٨٢٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٩.
 ٣- ٣) الكافي ١٠٧: ٦ ح ٥، التهذيب ٤٦٥: ٧ ح ١٨٦٦، الوسائل ٧٠: ١٥ ب (٥٧) من أبواب المهور.
 ٤- ٤) الوسائل ٦١٣: ١٤ ب (١٥) من أبواب العيوب و التدليس ح ١.
 ٥- ٥) فى «س، ش»: نكاحه.
 ٦- ٦) التهذيب ٤٦٤: ٧ ح ١٨٦٣، الاستبصار ٢٢٧: ٣ ح ٨٢١، الوسائل ٦٧: ١٥ ب (٥٥) من أبواب المهور، ح ٣.

أجاف من الرجال على أهله بابا أو أرخى سترًا فقد وجب عليه الصداق» (١).

و رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن المهر متى يجب؟ قال: إذا أرخيت الستور و أجيف الباب» (٢) الحديث. و فى معناها غيرها.

و الصدوق عبّر فى المقنع (٣) بمتن رواه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يتزوج المرأة فيرخى عليه و عليها الستر أو يغلق الباب، ثم يطلقها، فتسأل المرأة هل أتاك؟ فتقول: ما أتانى، و يسأل هو هل أتيتها؟ فيقول: لم آتها. فقال: لا يصدّقان، و ذلك لأنها تريد أن تدفع العده عن نفسها، و يريد هو أن يدفع المهر» (٤).

و نقل الشيخ -رحمه الله- عن الثقة الجليل محمد بن أبى عمير أنه كان يقول:

«إن الأحاديث قد اختلفت فى ذلك، فالوجه فى الجمع بينها أن على الحاكم أن يحكم بالظاهر و يلزم الرجل المهر كلّ إذا أرخى الستر، غير أن المرأة لا يحلّ لها فيما بينها و بين الله تعالى أن تأخذ إلا نصف المهر» (٥). و تبعه عليه الشيخ (٦) و أتباعه (٧).

و الحقّ أنه ليس فى الأخبار على كثرتها و اختلافها خبر صحيح إلا خبر (٨) زراره الذى تبهنا على صحّته، و هو دالّ على المذهب الأول، إلا أن فيه إشكالا، لأنه

ص: ٢٢٨

١- (١) التهذيب ٧:٤٦٤ ح ١٨٦٤، الاستبصار ٣:٧٢٢ ح ٨٢٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٢- (٢) التهذيب ٧:٤٦٥ ح ١٨٦٧، الاستبصار ٣:٢٢٨ ح ٨٢٥، الوسائل الباب المتقدم ح ٦.

٣- (٣) المقنع: ١٠٩.

٤- (٤) الكافي ٦:١١٠ ح ٨، التهذيب ٧:٤٦٥ ح ١٨٦٥، الاستبصار ٣:٢٢٧ ح ٨٢٣، الوسائل ١٥:٦٩ ب «٥٦» من أبواب المهور ح ١.

٥- (٥) التهذيب ٧:٤٦٧ ح ١٨٦٩.

٦- (٦) النهاية: ٤٧١.

٧- (٧) راجع المهذب ٢:٢٠٤، و الوسيله: ٢٩٨.

٨- (٨) المتقدّم فى الصفحه السابقه، هامش (٣).

الثانية: قيل: إذا لم يسمّ مهرا و قدّم لها شيئا، ثمّ دخل بها كان ذلك مهرا

الثانية: قيل: إذا لم يسمّ مهرا (١) و قدّم لها شيئا، ثمّ دخل بها كان ذلك مهرا، و لم يكن لها مطالبته بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره. و هو تعويل على تأويل روايه، و استناد إلى قول مشهور.

حكم في آخره أن موت الزوج يوجب تنصيف المهر كالطلاق، و الأشهر خلافه.

فبقى الاعتماد في القول الأول على الآية (١) و الأصل. و أما إلحاق ابن الجنيّد (٢) بالوطء ما ذكره من مقدّماته فلم نقف له على شاهد بخصوصه.

قوله: «قيل: إذا لم يسمّ لها مهرا. إلخ».

هذا القول هو المشهور بين الأصحاب، خصوصا المتقدمين (٣) منهم، و لاشتهاره وافقهم ابن إدريس عليه مستندا إلى الإجماع. قال ابن إدريس: «دليل هذه المسألة الإجماع المنعقد منهم بغير خلاف، و فيه الحجّج و لا وجه لذلك إلا الإجماع» (٤).

و مستندهم على ذلك الروايات السابقة (٥) الدالّة على أن الدخول يوجب سقوط المطالبة بالمهر، كروايه الفضيل بن يسار الصحيحه عن الباقر عليه السلام، فإن الشيخ حملها على ما إذا لم يكن قد سمّى مهرا معينا، و ساق إليها شيئا و دخل و لم يفرض (٦)، فيكون ذلك مهرا. قال الشيخ: «يدلّ على صحّح التأويل قوله عليه السلام في روايه الفضيل: «الذي أخذته قبل أن يدخل بها فهو الذي حلّ له به»

ص: ٢٢٩

١-١ (١) البقره: ٢٣٧.

٢-٢ (٢) لاحظ المختلف: ٥٤٣.

٣-٣ (٣) راجع المقنعه: ٥٠٩، و النّهايه: ٤٧٠، و المراسم: ١٥٢.

٤-٤ (٤) السرائر ٥٨١: ٢.

٥-٥ (٥) في ص: ٢٢٣-٢٢٤.

٦-٦ (٦) في «ش، و»: يعترض.

فرجها، و ليس لها بعد ذلك شيء» (١).

و نبه المصنف بقوله: «و هو تعويل على تأويل روايه» على أن ذلك ليس مدلول الروايه، و إنما هو مجرد التأويل. و لا فرق في مخالفه القواعد الشرعيه بين حملها على المعنى السابق من أن الدخول يهدم المهر و بين حملها على جعل ما يقدمه مهرا خاصه، سواء رضيت به أم لم ترض، لأن سكوتها و الدخول بها لا يقتضى رضاها به مهرا، بل هو أعم منه، و العام لا يدل على الخاص.

و الموافق للأصول الشرعيه أنها إن رضيت به مهرا لم يكن لها غيره، و إلا فلها مع الدخول مهر المثل. و يحتسب ما وصل إليها منه إذا لم يكن على وجه التبرع كالهديه. و يمكن حمل الروايه على الشق الأول لثلاث تخالف غيرها من الأدله.

و أما تعليل المفيد (٢) لها- بأنها لو لم ترض به مهرا ما مكنته من نفسها حتى تستوفى تمامه أو توافقه على ذلك، و تجعله ديناً عليه فى ذمته- فمنعه ظاهر، إذ لا يلزم من عدم رضاها عدم تمكينها من نفسها، و جاز اعتمادها فى ذلك على ما يلزم شرعاً بالدخول، و هو مهر المثل.

و فى المختلف حملها على أنه قد كان فى الزمن الأول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر، فلعل منشأ الحكم العاده. قال: «و العاده الآن بخلاف ذلك، فإن فرض أن كانت العاده فى بعض الأزمان أو الأصقاع كالعاده القديمه كان الحكم ما تقدم، و إلا كان القول قولها» (٣).

و أما دعوى ابن إدريس الإجماع على ذلك فمبني على جعل المشهور أو ما لا يظهر فيه المخالف إجماعاً، و حججه على هذا الوجه ممنوعه، خصوصاً على قواعد ابن

ص: ٢٣٠

١- ١) التهذيب ٣٦٠: ٧، الاستبصار ٢٢٣: ٣.

٢- ٢) المقنع: ٥٠٩.

٣- ٣) مختلف الشيعة: ٥٤٣.

الثالثة: إذا طلق قبل الدخول كان عليه نصف المهر

الثالثة: إذا طلق قبل الدخول (١) كان عليه نصف المهر. و لو كان دفعه استبعاد نصفه إن كان باقيا، أو نصف مثله إن كان تالفا، و لو لم يكن له مثل فنصف قيمته. و لو اختلفت قيمته في وقت العقد و وقت القبض لزمها أقلّ الأمرين. و لو نقصت عينه أو صفته مثل عور الدابّة أو نسيان الصنعه قيل: كان له نصف القيمة، و لا يجبر على أخذ نصف العين. و فيه تردد. أما لو نقصت قيمته لتفاوت السعر كان له نصف العين قطعا. و كذا لو زادت قيمته لزياده السوق، إذ لا نظر إلى قيمه مع بقاء العين. و لو زاد بكبر أو سمن كان له نصف قيمته من دون الزيادة، و لا- تجبر المرأة على دفع العين على الأظهر. و لو حصل له نماء كاللبن و الولد كان للزوجه خاصه، و له نصف ما وقع عليه العقد.

إدريس.

قوله: «إذا طلق قبل الدخول. إلخ».

إذا طلق الزوج قبل الدخول و كان قد سمى مهرا رجع إليه نصف المهر أو استقرّ ملكه عليه، على ما سيأتي (١) من الخلاف في أنه هل يخرج جميعه عن ملكه ثم يعود إليه النصف، أم لا يخرج سوى النصف؟ فإن ملكه حينئذ للنصف متحقق على القولين.

ثم لا يخلو: إما أن يكون دينا، أو عينا. و على الثاني: إما أن يكون قد دفعه إليها قبل الطلاق، أم لا. و على التقديرين: إما أن يجد عينه باقيه، أم تالفه. و على تقدير وجودها باقيه: إما أن تكون بحالها، أو زائده، أو ناقصه، أو هما، بأن تكون زائده من وجه و ناقصه من آخر. و على تقدير الزيادة: إما أن تكون في العين، أو

ص: ٢٣١

١- ١) في ص: ٢٤٣.

الصفه، أو المشوبه بهما، أولا- و لا- كزياده السوق. و زياده العين إما متّصله، أو منفصله. و النقصان إما فى العين، أو الصفه، أو فى قيمه كنقصان السوق. و المصنف قد أشار إلى أقسام المسأله إجمالاً، و نحن نشير إليها تفصيلاً فى مباحث:

الأول: أن يكون دينا فى ذمّته، فإذا طلقها قبل الدخول برئ من نصفه، و وجب عليه دفع النصف. و هو واضح.

الثانى: أن يكون عينا و لم يسلمها، فإن كانت باقيه إلى حين الطلاق بغير زياده و لا نقصان استحقّ نصفها حينئذ، و صاراً شريكين. و إن زادت فالزياده لها إن كانت بفعل الله تعالى. و سيأتى بحثها. و إن زادت بفعله كما لو صبغ الثوب فهو بمنزله الغاصب، إذ الأصحّ - كما سيأتى (١) - أنها تملك المهر بأجمعه بالعقد، فليس له حينئذ التصرف فيه بغير إذنها كغيره. و لم يقع البحث فى ذلك هنا، لأن ذلك خارج عن الفرض، و إنما يرجع إلى تصرف الأجنبي فى مال الغير، و محلّه باب الغصب. و إن نقصت كان النقص مضموناً عليه. و قد تقدّم (٢). و إن تلفت رجعت عليه بقيمه النصف أو مثله. و قد تقدّم (٣) أيضاً ما يدلّ عليه.

الثالث: أن يكون قد سلمه، و هو موضع البحث هنا، فإن وجدته تالفاً رجع بنصف مثله إن كان مثلثاً و نصف قيمته إن كان قيمياً.

ثمّ إن اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلا إشكال. و إن اختلفت رجع بأقلّ القيم، لأن قيمته يوم العقد إن كانت هى الأكثر منها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضموناً عليه، فلا يضمنها ما هو فى ضمانه، و إن كانت قيمه يوم القبض أكثر فما زاد بعد العقد لها، فلا يضمنها ما هو ملكها.

ص: ٢٣٢

١- ١) فى ص: ٢٥٨.

٢- ٢) فى ص: ١٩٠.

٣- ٣) فى ص: ١٨٧.

و فى حكم التلف ما لو انتقل عن ملكها انتقالا لازما كالتق و البيع و الهبه اللازمه، و إن عادت العين بعد أخذه العوض. و لو كان الانتقال غير لازم لها فالأقوى تخيرها بين الرجوع فيرجع فى العين، و عدمه فينتقل إلى البدل. و حكمه لو عاد بعده كالسابق. و لو كان الانتقال غير مخرج عن الملك كالرهن و الإجاره تخير بين الصبر إلى الفكّ و تعجيل أخذ البدل.

و حيث يرجع بالقيمه فى رجوعه بنصف قيمته أو قيمه نصفه و جهان أجودهما الثانى، لأن حقه النصف فإذا فات قدر كذلك لا منضمًا إلى الجملة، إذ لا يلزمها تقويم ملكها معه، و ربّما كانت القيمه للمجموع أكثر من قيمه النصف منفردا.

و اختار المصنف كالأكثر الثانى [١].

الرابع: أن يجد العين ناقصه، فإن كان نقصان عين كعور الدابّه، أو صفه كنسيان الصنعه، ففي كيفية رجوعه أقوال:

أحدها- و هو الذى حكاه المصنف- أن الزوج يتخير بين الرجوع بنصف القيمه سليما و بين أخذ نصف العين من غير أرش. و هو اختيار الشيخ فى المبسوط (١). أما أخذ نصف العين فلقوله تعالى فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٢) و هذه هى المفروضه و إن كانت قد نقصت. و أما عدم الأرش فلحدوث النقص فى يدها و العين ملكها فلا- يكون مضمونا عليها، بخلاف ما لو تعيبت العين فى يده، فإنه حينئذ ملكها فيكون مضمونا عليه، فلها أن ترجع عليه بالأرش كما مرّ (٣). و أما

ص: ٢٣٣

١- (٢) المبسوط ٢٧٧: ٤.

٢- (٣) البقره: ٢٣٧.

٣- (٤) فى ص: ١٩٠.

الرجوع بالقيمة فلتزِيل العين بالتغيير منزله التالفه، لأنها على هذه الحاله غير ما فرض. و حينئذ فيرجع عليها بأقلّ الأمرين من نصف قيمته يوم الصداق و يوم القبض كما مرّ.

و يشكل بأن العين المفروضه إن كانت بهذه الحاله قائمه فاللازم أخذها من غير انتقال إلى قيمه. و إن كانت بهذا التغيير غير المفروضه- كما اعترفوا به- فلا وجه للرجوع بالعين. و أيضا فالعين على تقدير تلفها مضمونه على الزوجه كما مرّ، فتكون أجزاءها و صفاتها كذلك. و كما أن ضمان أصل العين بالقيمه فضمن الصفه و الجزء بالأرض.

و الحقّ أن العين لا- تخرج عن حقيقتها بالتعيّب، فيرجع بنصفها و بنصف الأرض. و هذا هو القول الثاني في المسأله. و ممّا قرّرناه يظهر وجه تردّد المصنف.

و ثالثها: التفصيل بأن النقص إن كان من فعلها أو بفعل الله تخير بين أخذ نصفه ناقصا و بين تضمينها نصف قيمته، و إن كان من قبل أجنبيّ لم يكن له سبيل على المهر، و ضمّنها نصف قيمه يوم قبضه. و هو قول ابن البراج (1). و ضعفه يظهر ممّا تقدّم.

و إن كان نقصان جزء، كما إذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما في يدها، ففيه وجه أصحّها أخذ نصف الباقي و نصف قيمه التالف. و سيأتى البحث فيه.

و إن وجدته ناقصا نقصان قيمه مع بقاء العين على حالها رجع بنصف العين من غير شيء آخر قطعاً، لأنها عين ما فرض بغير إشكال.

الخامس: أن يجده زائدا، فإن كانت الزيادة بمجرد قيمه السوق أخذ نصف العين كما لو نقصت كذلك.

و إن كانت منفصله كالولد و اللبن و الكسب فهى للمرأة، لأنها نماء ملكها، سواء حدث فى يدها أو يد الزوج، و يختص الرجوع بنصف الأصل.

و إن كانت متصلة، سواء كانت الزيادة عينا كالسمن، أو صفة كتعليم الصنعه و السوره و قصاره الثوب، أم عينا من وجه و صفة من آخر كصبغ الثوب، لم يستقل الزوج بالرجوع إلى نصف عين الصداق، لأن الزيادة ملكها، و لا يمكن فصلها، و لا تجبر على بذلها مجاناً و لا- بالعوض، لكنها تتخير حينئذ بين دفع نصف العين المشتمل على الزيادة، و بين بذل نصف القيمة مجردة عنها. فإن سمحت ببذل العين أجبر على القبول، لأن النفع عائد إليه، و أصل حقه فى العين، عملاً بظاهر الآية (١)، و إنما منع تعلق حقه بها الذى لا يمكن فصله، فإذا سمحت ببذله زال المانع. و يحتمل عدم وجوب قبوله العين، لما فيه من المنه. و فيه: أن الصفة تابعه لا تفرد بالتصرف، فلا تعظم فيها المنه على وجه يمنع من قبول الحق.

و لا- يمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا- فى هذا الموضع. أما فى غيره، كما إذا أفلس المشتري بالثمن و أراد البائع الرجوع فى المبيع مع الزيادة المتصلة، أو أراد الواهب الرجوع فى العين مع الزيادة، أو رد المشتري المبيع بالعيب و أراد الرجوع فى العوض المشتمل على الزيادة المتصلة، فلا منع فى الجميع.

و الفرق: أن الملك فى هذه المسائل يرجع بطريق الفسخ، و الفسخ إما أن يرفع العقد من أصله أو من حينه. فعلى الأول يصير الأمر كأنه لا عقد و حدثت الزيادة على ملك الأول. و على الثانى فالفسوخ محموله على العقود و مشبهه بها، و الزيادة تتبع الأصل فى العقود فكذلك فى الفسوخ. و عود الملك فى تشطير الطلاق ليس على سبيل الفسخ بل ملك مبتدأ. ألا ترى أنه لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم أعتق

ص: ٢٣٥

و طلق قبل الدخول يكون الشطر له لا للسيد؟ و لو كان سبيله سبيل الفسوخ لعاد إلى الذي خرج عن ملكه. و إنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقا قال الله تعالى فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١) و ليست الزيادة الحادثة ممّا فرض، فلا يعود إليه شيء منها.

و نبه المصنف بقوله: «و لا تجبر المرأه على الأظهر» على خلاف الشيخ في المبسوط حيث قال -بعد أن قوى تخيرها-: «و يقوى في نفسى أن له الرجوع بنصفه مع الزيادة التى لا تتميز، لقوله تعالى فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٢) و لا يخفى ضعف هذا الدليل، لما ذكرناه من أن الزيادة ليست ممّا فرض، فلا تدخل فى مدلول الآية.

السادس: أن يتغير بالزيادة و النقصان معا، إما بسبب واحد، كما إذا أصدقها عبدا صغيرا فكبر، فإنه نقصان من جهة نقصان القيمة، و من جهة أن الصغير يصلح للقرب من الحرم، و أنه أبعد من الغوائل، و أشدّ تأثرا بالتأديب و الرياضه، و زياده من جهة أنه أقوى على الشدائد و الأسفار، و أحفظ لما يستحفظ. و إما بسببين، كما إذا أصدقها عبدا فتعلم سوره و نسي أخرى، و تعلم و اعور، أو كان يحفظه فنسيه و سمن و استوى. فالأمر موقوف هنا على تراضيهما، فإن تراضيا بردّ النصف فذاك، و أيهما امتنع لم يجبر الآخر عليه، للزيادة على تقدير طلب الزوج، و النقيصه على تقدير طلبها. و حينئذ فتتخير المرأه بين دفع قيمه النصف مجردا عن الزيادة و النقيصه، و بين دفع نصف العين مع أرش النقص. أما الأول فلأن فيه جمعا بين الحقين، حيث لم يمكن وصوله إلى العين إلا بأخذ حقها فى الزيادة، و لا دفعها إليه إلا بالنقيصه التى

ص: ٢٣٦

١ - ١) البقره: ٢٣٧.

٢ - ٢) المبسوط ٢٧٨: ٤.

و لو أصدقها حيوانا(١) حاملا كان له النصف منهما.

ليست العين معها نصف المفروض. و أما الثانى فلأنها إذا دفعت نصف العين كانت باذله للزيادة، فيجبر على قبولها كما مرّ، و هى عين ما فرض فيجبر عليها، و النقصان ينجر بالأرش، لأنه قيمه الفئات كالتالف. و ليس لها جبر النقص بالزيادة بدون رضاه، لاختلاف الحقيين.

قوله: «و لو أصدقها حيوانا. إلخ».

إذا أصدقها حيوانا حاملا و حكمنا بدخول الحمل فى الصداق، إما بالشرط كمذهب المصنف (١)، و هو المراد هنا، أو مع الإطلاق كمذهب الشيخ (٢)، صارا معا مهرا. فإذا طلقها قبل الدخول، فإن كان قبل أن تضع رجح إليه نصفهما بغير إشكال، لأن ذلك هو عين نصف ما فرض. و إن كان بعد الوضع فالأمر كذلك على قاعده المصنف، لأنه دخل مع الأم مهرا بالشرط، فكان كما لو أصدق شيئين، فإنه يرجع بنصفهما. و الشروط توزع عليها قيمه و تلحظ بالماليه. و هذا هو الذى جزم به المصنف.

و على قول الشيخ من دخوله تبعا يحتمل ذلك أيضا، لأن الحمل و إن دخل تبعا إلا أنه يفرد بالملك، كما لو أذن مولى الأمه فى النكاح دون مولى العبد، فإنه يكون الولد لمولى الأب على القولين، فيرجع الزوج بنصف الأم و نصف الولد، لأنهما معا المهر المفروض، فيدخلان فى عموم فنصف ما فرضتم (٣).

و يحتمل اختصاص الأم به، لأنه زياده ظهرت بالانفصال على ملكها، فإنه قبل الوضع لا يفرد بالتقويم، و لم يقابله قسط من الثمن.

ص: ٢٣٧

١- ١) لاحظته فى ج ٣: ٣٧٩.

٢- ٢) المبسوط ١٥٦: ٢.

٣- ٣) البقره: ٢٣٧.

و لو أصدقها تعليم صناعه(١) ثمّ طلقها قبل الدخول كان لها نصف أجره تعليمها. و لو كان علّمها قبل الطلاق رجع بنصف الأجره.

و لو كان تعليم سورته(٢) قيل: يعلمها النصف من وراء الحجاب. و فيه تردّد.

و هذا هو الذى اختاره فخر الدين فى شرحه (١). و يظهر منه جريانه على القولين. و فى القواعد (٢) أطلق جعله احتمالا.

و يتفرّع عليه رجوع الزوج بنصف الأمّ خاصّه و أرش نقصانها بالولاده إن قلنا بضمانها نقصان العين كما هو المختار. ثمّ إن كانت أمه و حرّمتا التفريق بينها و بين الولد غرمت له نصف قيمتها و أخذت الأمّ و الولد، و إلا فلا.

قوله: «و لو أصدقها تعليم صناعه. إلخ».

وجه الرجوع بنصف الأجره فى الموضوعين أنه فى الأول يتعدّر تعليمها نصف الصنعه خاصّه، إذ ليس للنصف حدّ يوقف عليه، أو لا نصف لها مطلقا، فينزّل ذلك منزله ما لو تلف الصداق فى يده، فيرجع عليه بنصف الأجره. و لأنه صار أجنبيّا لا يصلح تعلّمها منه لو فرض إمكان التوصل إلى الحقّ. و أما فى الثانى فلتعدّر رجوعه بعين ما فرض، إذ لا يمكن تخلص نصف الصنعه منها، فيكون المهر بمنزله التالف فى يدها، فيرجع بنصف الأجره. و الحكم فى الموضوعين ممّا لا إشكال فيه.

قوله: «و لو كان تعليم سورته. إلخ».

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 فيها كالصنعه، لأنّ تعليم نصف السوره حينئذ أمر ممكن فى نفسه، و لكنّ الزوج صار أجنبيّا منها، فإن

ص: ٢٣٨

١- (١) إيضاح الفوائد ٢: ٢٢٨.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٢.

الرابعة: لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه

الرابعة: لو أبرأته من الصداق (١) ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه.

و كذا لو خلعهما به أجمع.

حرّمتنا على الأجنبيّ سماع صوت المرأة مطلقاً، أو جوّزناه و لكن خيف الفتنة، أو لم يمكن ذلك إلا بالخلوه المحرّمه، رجعت عليه بنصف الأجره كالصنعه، لتعذر الرجوع إلى نصف المفروض بمانع شرعيّ، فيكون كالمانع العقليّ. و إن أمكن ذلك بدون محذور قيل جاز تعليمها النصف من وراء حجاب، لأنه موضع ضروره، كعامله الأجنبيّ، أو لأنه تعليم واجب، أو لأن مطلق سماع صوتها ليس بمحرّم. و هذا هو الوجه. و هو خيره المبسوط (١).

و قيل: ترجع عليه بنصف الأجره مطلقاً، لما ذكر من الموانع، و لأن النصف يعسر الوقوف عليه، لاختلاف الآيات في سهوله التعليم و صعوبته. و على الأول تقسّم السوره بالحروف لا بالآيات.

و لو كان الطلاق بعد الدخول و قبل التعليم فالكلام في وجوب تعليم جميع السوره كما في النصف، و أولى بالصحة، لانتفاء المانع الأخير في النصف.

قوله: «لو أبرأته من الصداق. إلخ».

هنا مسألتان:

إحداهما: إذا أبرأته من الصداق قبل الدخول ثم طلقها قبله فالمشهور بين الأصحاب - و هو الذي قطع به المصنف - أنه يرجع عليها بنصف المهر، لتصرّفها فيه قبل الطلاق تصرّفًا ناقلاً له عن ملكها بوجه لازم، فلزمها عوض النصف، كما لو نقلته إلى ملك غيره و أتلفته. و هذا هو المذهب.

ص: ٢٣٩

و حكى فى القواعد (١) وجها بعدم الرجوع، وقبله الشيخ فى المبسوط (٢)، و هو قول لبعض (٣) العامه. لأنها لم تأخذ منه مالا، و لا نقلت إليه الصداق، و لا أتلفته عليه، فلا تضمن. أما الأول فظاهر. و أما الثانى فلاستحاله أن يستحق الإنسان فى ذمّه نفسه شيئا، فلا يتحقق نقله إليه. و أما الثالث فلا أنه لم يصدر منها إلا- إزاله استحقاقها فى ذمته، و هو ليس بإتلاف عليه. و يتبّه عليه ما إذا رجع الشاهدان بدين فى ذمّه زيد لعمر و بعد حكم الحاكم عليه و قبل الاستيفاء، و كان قد أبرأ المشهود عليه لم يرجع على الشاهدين، فلو كان الإبراء إتلافا على من فى ذمته غرما له.

و جوابه اختيار الأمر الثانى و منع توقّف نقله على استحقاقه شيئا فى ذمّه نفسه، لأن الصداق كان مستحقا لها فى ذمته، و هو أمر ثبوتى فيها غايته أنه كلى، و من ثمّ يضاف إلى مالك معين فيقال: لها فى ذمته كذا، و لا تتحقّق الإضافة بدون المضافين، فلمّا أبرأتها منه انتقل عن ملكها إليه، لكن لما كان متعلقه الذمّه لا فرد خاص من المال لم يتحقّق استحقاقه شيئا فى ذمته، بل سقوط ما كان فيها للمرأه.

و يمكن على هذا اختيار الثالث أيضا، لأنها بإسقاطه من ذمته بعد أن كان ثابتا فيها قد أتلفته عليه بنقله عن ملكها، إذ لا شبهه فى أنه كان ملكها ثمّ خرج عنه، فتغرّم له البدل.

و الفرق بين مسأله رجوع الشاهدين و المتنازع: أن حقّ المهر ثابت حال الإبراء فى ذمّه الزوج ظاهرا و باطنا، فإسقاط الحقّ بعد ثبوته متحقّق، بخلاف مسأله

ص: ٢٤٠

١-١) قواعد الأحكام ٢:٤٣.

٢-٢) المبسوط ٣٠٨:٤.

٣-٣) الاشراف على مذاهب العلماء ٤:٦٨، المغنى لابن قدامه ٨:٧٤، روضه الطالبين ٥:٦٣٣.

الرجوع، لأنه لا ثبوت فيها، فالبراءة مستمرّة، ولا أثر للإبراء. وفي الفرق نظر.

الثانيه: لو خلعتها بمجموع المهر قبل الدخول، سواء كان عينا أم ديناً، قال المصنف يكون حكمه حكم ما لو أبرأته منه قبل الطلاق، فيرجع عليها بنصفه مثلاً أو قيمه، لأنه ملكه بالخلع فلم يصادف استحقاقه النصف بالطلاق وجوده على ملكها، فينتقل إلى عوض النصف. هذا هو الظاهر من عبارته المصنف وغيره.

و عبارته القواعد (1) صريحه في ذلك، لأنه شرّك في الحكم بين ما لو وهبته المهر المعين أو أبرأته منه إذا كان ديناً أو خلعتها به أجمع، و حكم بالرجوع بنصف القيمة.

و لا- يخلو الحكم هنا من إشكال، للفرق بين الهبه و الإبراء له قبل الطلاق و بين الخلع، لانتقال الملك فيهما قبله، فلم يصادف الطلاق الموجب لعود النصف إليه ملكاً، فانتقل إلى العوض. و أما الخلع فانتقال ملك المهر به إلى الزوج لا يحصل بمجرد البذل من المرأة، بل به و بالخلع، لأنها جعلته عوضاً عن البيئونه، فلا- يملك إلا بتمام السبب و هو الطلاق، و به يحصل أيضاً استحقاقه للنصف، فيتم (2) السببان في حاله واحده و إن تقدّم جزء السبب في ملك عوض الخلع، فلا يتم ما قالوه من سبق ملكه له على استحقاقه النصف بالطلاق فضلاً عن سبقه على الطلاق كالهبه. و يمكن ترجيح جانب الخلع، لسبق سببه و هو البذل و إن توقّف تمام الملك على الطلاق، و يكون كما لو وهبته و لم يقبضه أو دبرته، فقد قيل بسقوط حقه عن العين بذلك و إن كان تمام الملك في الهبه يتوقّف على القبض و العتق في التدبير على الوفاء.

و الحق أن هذا لا يحسم مادّة الإشكال. و الحكم في الأمرين ممنوع. و الوجه

ص: ٢٤١

١- ١) قواعد الأحكام ٢: ٤٣.

٢- ٢) في «س» و إحدى الحجرّيتين: فيقع.

الخامسة: إذا أعطها عوضاً عن المهر عبداً آبقاً و شيئاً آخر، ثمّ طلقها قبل الدخول

الخامسة: إذا أعطها عوضاً (١) عن المهر عبداً آبقاً و شيئاً آخر، ثمّ طلقها قبل الدخول، كان له الرجوع بنصف المسمّى دون العوض. و كذا لو أعطها متاعاً أو عقاراً فليس له إلا نصف ما سمّاه.

واحد، و هو عدم انتقاله عن ملكها بذلك، فلا مانع من أخذه العين.

و يمكن توجيه رجوعه هنا بنصف القيمة بوجه آخر، و هو أن يجعل هذا الخلع بمنزله ما لو خلعها على عين لا- تستحقّ سوى نصفها، فإن الخلع يصحّ مع جهله، و يرجع إلى قيمه النصف أو مثله كما سيأتى (١). و هنا لمّا كان انتقال مال الخلع لا يحصل إلا بالطلاق، و به يتحقّق انتقال النصف إليه به، نزل ذلك منزله ما لو خلعها على عين مشتركة بينهما. و يشكل الحكم مع علمه بالحال، إلا أن الأمر هنا أسهل من السابق، و الإشكال فيه أقلّ.

قوله: «إذا أعطها عوضاً إلخ».

المراد برجوعه بنصف المسمّى هنا رجوعه بمثله أو قيمته، لأنه بالمعاضه صار ملكه، و العائد إليه بالطلاق نصف ما جعله مهراً، لقوله تعالى فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٢) أي: لكم، على حدّ قوله وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ (٣) و قد وجد النصف المحكوم بعوده إليه قد انتقل عن ملكها بالمعاضه الجديده عليه فيرجع إلى مثله أو قيمته، كما لو انتقل عنها إلى غيره. و لا فرق في ذلك بين انتقاله بعوض يساوى قيمته أو ينقص أو يزيد، و لا بين أنواع الأعواض، لا اشتراك الجميع في المقتضى، و هو خروجه بذلك عن ملكها، كما لو خرج بغير عوض كالهبة.

ص: ٢٤٢

١- ١) في النظر الثانی-مبحث الفديه-من كتاب الخلع.

٢- ٢) البقره: ٢٣٧.

٣- ٣) النساء: ١٢.

السادسه: إذا أمهرها مدبره ثم طلقها صارت بينهما نصفين

السادسه: إذا أمهرها مدبره (١) ثم طلقها صارت بينهما نصفين، فإذا مات تحررت. وقيل: بل يبطل التدبير بجعلها مهرا، كما لو كانت موصى بها. وهو أشبه.

قوله: «إذا أمهرها مدبره. إلخ».

إذا دبر مملوكا ذكرا كان أم أنثى، ثم جعله مهرا، ثم طلق قبل الدخول ورجع إليه النصف، فهل يبقى التدبير في النصف العائد إليه فيتحرر بموته، أم يبطل من حين جعله مهرا؟ يبنى على أن المرأة هل تملك جميع المهر بالعقد، وإنما يعود إلى الزوج النصف بالطلاق، أم لا. تملك إلا النصف بالعقد والنصف الآخر بالدخول؟ فعلى الثاني يتجه عدم البطلان في النصف، لأنه لم يوجد هناك عقد ناقل له عن حكم التدبير أو غيره، لأنه لم يخرج عن ملك المولى. ويحتمل البطلان، لوجود العقد الدال على الرجوع، كما لو وهب الموصى به قبل الإقباض. وأما على القول الآخر والنصف الآخر فلا وجه لبقاء التدبير فيه بناء على أنه وصيه، فيبطل بخروج المدبر عن الملك. وكذا يقوى خروج النصف الآخر وإن لم نقل بخروجه عن ملكه، لأن ذلك يبطل الوصيه كما مر، والتدبير كذلك. وهذا قول ابن (١) إدريس، واختاره المصنف والمتأخرون (٢).

و القول بعدم البطلان للشيخ في النهايه (٣)، و تبعه عليه القاضى فى المهذب (٤)، استنادا إلى روايه المعلى بن خنيس قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على جاريه له مدبره قد عرفتها المرأة و تقدمت على ذلك، فطلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمه المدبره، يكون

ص: ٢٤٣

١- (١) السرائر ٥٨٨: ٢.

٢- (٢) انظر المختلف: ٥٤٥، وكشف الرموز ١٩٠: ٢، والتنقيح الرائع ٢٤٢: ٣، والمقتصر: ٢٦٠.

٣- (٣) النهايه: ٤٧٣.

٤- (٤) المهذب ٢٠٦: ٢.

للمرأه يوم فى الخدمه، و يكون لسيدھا الذى كان دبرھا يوم فى الخدمه. قيل: فإن مات المدبره قبل المرأه و السيد لمن يكون الميراث؟ قال: يكون نصف ما تركته للمرأه، و النصف الآخر لسيدھا الذى دبرھا» (١).

و هذه الروايه- مع ضعف سندھا- لا تدلّ على اعتاقھا بموت السيد كما ادّعاہ الشيخ، و إنما تضمّنت صحّہ جعلھا مهرا، و عود نصفھا إلى المولى، و كونها مشتركه بينه و بين المرأه، و ما تركته بينهما كذلك. و هذا كلّه لا كلام فيه. نعم، يظهر منها رائحه البقاء على التدبير من قوله: «و تقدّمت على ذلك» و قوله: «فإن مات المدبره» و شبه ذلك، و مثل هذا لا يكفى فى إثبات الحكم المخالف للأصل.

و حملها ابن إدريس (٢) على ما إذا كان التدبير واجبا بنذر و شبهه، فإنه حينئذ لا يصحّ رجوع المدبر فيه.

و ردّه فى المختلف (٣) بطلان جعلها مهرا حينئذ و قيد بقاء التدبير بما لو شرط بقاء التدبير، فإنه يكون لازما، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٤) و لأنه كشرط العتق فى البيع و نحوه. و يظهر من قوله فى الروايه: «قد عرفتها و تقدّمت على ذلك» كونه قد شرط عليها بقاء التدبير. فعلى هذا تتمّ الروايه و فتوى الشيخ، لأنه عبّر فى النّهايہ بلفظ الرّوايه.

و اعلم أن تعبير المصنف بالمدبره مؤنّثه تبع فيه الروايه و كلام الشيخ، و الحكم فى الذكر و الأنثى واحد.

ص: ٢٤٤

١- (١) الكافى ٥: ٣٨٠ ح ٣، التّهذيب ٧: ٣٤٧ ح ١٤٨٦، الوسائل ١٥: ٣٤ ب (٢٣) من أبواب المهور.

٢- (٢) السرائر ٥٨٨: ٢.

٣- (٣) مختلف الشّيعه: ٥٤٥.

٤- (٤) التّهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، قضاء حقوق المؤمنين: ١٨: ح ٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب

المهور ح ٤.

السابعة: إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع، مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى

السابعة: إذا شرط في العقد (١) ما يخالف المشروع، مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى، بطل الشرط و صحَّ العقد و المهر. و كذا لو شرط تسليم المهر في أجل فإن لم يسلمه كان العقد باطلا، لزم العقد و المهر و بطل الشرط.

قوله: «إذا شرط في العقد. إلخ».

لا إشكال في فساد الشرط المخالف للمشروع لذلك، و إنما الكلام في صحَّه العقد بدون الشرط، من حيث إنهما لم يقصدا إلى العقد إلا مقيداً بالشرط المذكور، و قد سبق غير مرّه (١) أن فساد الشرط يوجب فساد العقد عند المصنف و الأكثر، و لكن ظاهرهم هنا الاتفاق على صحَّه العقد، لأنهم لم ينقلوا فيه خلافاً. و قال الشيخ في المبسوط: «و لا يفسد المهر عندنا» (٢) و هو ظاهر في الاتفاق عليه، و صحَّه المهر إنما تكون مع صحَّه العقد. و الفرق بين النكاح و غيره من العقود المقتضى فساد الشرط لفسادها: أن الشرط في النكاح يكون جزءاً من العوض الذي هو المهر فيما يعود إلى المرأة، كالمذكور هنا في عدم التزوج و التسرى، و حقَّ فساد الشرط على هذا الوجه أن يفسد المهر لا العقد، لما عرفت من عدم التلازم بينهما.

ثمَّ المشهور بينهم أن المهر أيضا لا يفسد، بناء على وجود المقتضى لصحَّته، و المانع ليس إلا الشرط، و هو شيء آخر معه، و فساد أحد الشئتين لا يقتضى فساد الآخر، لما علم من التوسع في حال عقد النكاح و المهر، و احتمالهما من الغرر ما لا يحتمله غيرهما.

و الأصل في الحكم بصحَّه العقد و المهر مع هذين الشرطين روايه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأه و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأه أو هجرها أو اتخذ عليها سرّيّه فهي طالق: «فقضى في ذلك أن شرط

ص: ٢٤٥

١- (١) لاحظ ج ٤: ٣٤٥ و ٣٦٥ و ٣٦٧.

٢- (٢) المبسوط ٤: ٣٠٣.

اللّه قبل شرطكم، فإن شاء و في لها بالشرط، و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها» (١). و هذا يقتضى شرط عدم التزويج و التسرى و زياده، و هو شرط الطلاق بالفعل المساوى للشرط فى الثانى، حيث شرط إن لم يسلم المهر فى الأجل كان العقد باطلا. و يدلّ عليه أيضا بخصوصه روايه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل يتزوج المرأه إلى أجل مسمى، فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهى امرأته، و إن لم يجيء بالصداق فليس له عليها سبيل، شرطوا بينهم حيث أنكحوا، فقضى أن بيد الرجل بضع امرأته، و أحبط شرطهم» (٢).

و فى الروايتين ضعف السند، و كون الثانى أخصّ من الدعوى، لاشتمالها على كون العقد إلى أجل مسمى، إلا أنه لا قائل بالفرق، و المقتضى للصحة و عدمها واحد.

و فى المسأله وجه أو قول بصحة العقد دون المهر، لأن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق حيث يكون من المرأه، أو كجزء من العوض، و الصداق مبذول فى مقابله الجميع، و بفساد الشرط يفوت بعض العوض أو المعوض، و قيمته مجهوله، فلا يعلم قدر الصداق فى الأول، و لا نصيب الباقي فى الثانى، فيثبت مهر المثل.

و هو متّجه إلا أن يزيد المسمى عنه و الشرط لها، أو ينقص و الشرط عليها، فيجب المسمى، لأنه فى الأول قد رضى ببذله مع التزام ترك حقّ، فمع انتفاء الزوم يكون الرضا به أولى، و لأنها فى الثانى قد رضيت به مع ترك حقّ لها، فبدونه أولى.

ص: ٢٤٦

-
- ١- (١) التّهذيب ٧: ٣٧٠ ح ١٥٠٠، و ج ٨: ٥١ ح ١٦٤، الاستبصار ٣: ٢٣١ ح ٨٣٢، الوسائل ١٥: ٤٦ ب (٣٨) من أبواب المهور، ح ١.
٢- (٢) الكافى ٥: ٤٠٢ ح ١، التّهذيب ٧: ٣٧٠ ح ١٤٩٨، الوسائل ١٥: ٢٠ ب (١٠) من أبواب المهور، ح ٢.

و لو شرط أن لا يقتضها (١) لزوم الشرط. و لو أذنت بعد ذلك جاز، عملاً بإطلاق الرواية. و قيل: يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع.

و هو تحكّم.

و مع ذلك فينبغي احتساب المسمّى من مهر المثل، و إكماله من غيره حيث يفتقر إليه، لاتّفاقهما على تعيينه في العقد.

قوله: «و لو شرط أن لا يقتضها. إلخ».

ما اختاره المصنف من جواز العقد و الشرط مطلقاً مذهب الشيخ في النهاية (١). و مستنده رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام قال: «قلت له:

رجل تزوّج بجاريه عاتق على أن لا يقتضها، ثمّ أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس» (٢). و رواه سماعه عنه عليه السلام قال: «قلت له: رجل جاء إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوّجك نفسى على أن تلتمس منى ما شئت من نظر و التماس، و تنال منى ما ينال الرجل من أهله، إلا- أنك لا تدخل فرجك فى فرجى، فإننى أخاف الفضيحة، قال: ليس له منها إلا ما اشترط» (٣). و هذه الرواية تدلّ على جواز اشتراط عدم الوطاء مطلقاً و إن لم يكن بطريق الاقتضاض. و هما معا شاملتان بإطلاقهما للعقد الدائم و المنقطع.

و يؤيد الصحّح عموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٤) و الأمر بالوفاء (٥) بالعقد. و جواز الوطاء مع الإذن لأنها زوجه فى الجملة، و عدم جواز الوطاء لكونه

ص: ٢٤٧

١- ١) النهاية: ٤٧٤.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢٩٧ ح ١٤١٣، التهذيب ٧: ٣٦٩ ح ١٤٩٦، الوسائل ١٥: ٤٥ ب «٣٦» من أبواب المهور ح ٢.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٦٩ ح ١٤٩٥، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

٤- ٤) مرّ ذكر مصادره فى ص: ٢٤٤، هامش (٤).

٥- ٥) المائدة: ١.

شرطها لا لمانع آخر، فإذا أذنت فيه جاز.

و القول الذى حكاه المصنف من اختصاص لزوم الشرط بالنكاح المنقطع و بطلان العقد لو كان دائما للشيخ فى المبسوط (١)، و تبعه عليه جماعه من المتقدمين و المتأخرين، منهم العلامة فى المختلف (٢) و ولده فخر الدين فى الشرح [١]، استنادا فى بطلان الشرط إلى منافاته لمقتضى العقد، و فى بطلان العقد إلى عدم الرضا به بدون الشرط و لم يحصل، و فى جوازهما فى المتعه إلى عدم منافاه الشرط لها، لأن المقصود الأصلي منها التمتع و التلذذ و كسر الشهوه دون التوالد و التناسل المقصودين من الدائم، و ذلك لا يستدعى الوطاء. و عليه نزلوا الروايتين.

و هذا لا يخلو من تحكّم كما قاله المصنف، لأن النصّ مطلق، و المقاصد فى النكاح مطلقا مختلفه، و جاز أن يكون المطلوب من الدائم ما ادّعوه فى المنقطع، و بالعكس. و لا يعتبر فى صحّه العقد تتبّع غاياته و لا رعايه مقاصده الغالبه، بل يكفى قصد بعضها، و هو متحقّق فى المتنازع فيهما. و يمكن جعل الروايتين شاهدين للجواز و إن لم يكونا مستندا، إذ يكفى فى إثباته ما تقدّم من عموم الآيه و الروايه المستفيضة.

و لابن إدريس (٣) قول ثالث ببطلان الشرط فيهما و صحّه العقد. أما الشرط فلما تقدّم من منافاته [لمقتضى العقد] (٤). و أما العقد فلاصاله صحته و عدم بطلانه

ص: ٢٤٨

١- ١) المبسوط ٣٠٤: ٤.

٢- ٢) مختلف الشيعة: ٥٤٥.

٣- ٤) السرائر ٥٨٩: ٢.

٤- ٥) من الحجريتين فقط.

الثامنة: إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها

الثامنة: إذا شرط أن لا يخرجها (١) من بلدها، قيل: يلزم. و هو المروى.

بالشروط الفاسده كما عرفت ممّا سبق، فأولى أن لا يبطل عند ابن إدريس حيث لا يبطل مطلق العقد ببطان الشرط.

و فى المسأله قول رابع لابن حمزه (١) كقول ابن إدريس فى الدائم مع الحكم بصحتهما فى المنقطع. و ما وقفت على قائل ببطلانها فىهما مع كونه متوجّها أيضا، نظر إلى منافاه الشرط لمقتضى عقد النكاح مطلقا، فإنه يقتضى حلّ الوطاء و إن حصل التلذذ فى المتعه بدونها، إلا أنه المقصد الأصلي، كما ادّعوه من أن التوالد و التناسل هو المقصد الأصلي للدائم، و يتبعه العقد لما ذكر.

و لو اشترط ترك بعض مقدمات الوطاء فى إلحاقه باشتراط تركه و جهان، من مساواته له فى المقتضى، و اختصاص الوطاء بالنصّ. و فى الأول قوّه، لضعف المخصّص.

قوله: «إذا شرط أن لا يخرجها. إلخ».

القول بلزوم الشرط للشيخ فى النهايه (٢)، و تبعه عليه جماعه منهم العلامه فى المختلف (٣) و الإرشاد (٤)، و الشهيد فى اللمعه (٥) و الشرح (٦)، لصحيحه أبى العباس عن الصادق عليه السلام فى الرجل يتزوّج المرأه و يشترط لها أن لا يخرجها من بلدها قال: «يفى لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك» (٧). و دلالتها على الثانى

ص: ٢٤٩

١-١ (١) الوسيله: ٢٩٧.

٢-٢ (٢) النهايه: ٤٧٤.

٣-٣ (٣) المختلف: ٥٤٦.

٤-٤ (٤) إرشاد الأذهان ١٧: ٢.

٥-٥ (٥) اللمعه الدمشقيه: ١١٦.

٦-٦ (٦) غايه المراد: ٢٠٣.

٧-٧ (٧) الكافي ٤٠٢: ٥، ح ٢، التهذيب ٣٧٢: ٧، ح ١٥٠٦، الوسائل ١٥: ٤٩، ب «٤٠» من أبواب المهور ح ١.

ظاهره. و على الأول من حيث إن الخبر فيه معناه (١) الأمر، والأصل فيه الوجوب المقتضى للزوم. و لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٢). و لأن ذلك شرط مقصود للعقلاء، و الأغراض تتعلق باللبث فى المنازل، و الاستيطان فى البلدان التى حصل بها الأئس و النشو، و ملازمه الأهل و رعايتهم مصلحتها، و ذلك أمر مهم، فجاز شرطه فى النكاح توصيلا إلى هذا الغرض المطلوب المشتمل على الحكمه الواضحه. و نسبه المصنف الحكم إلى القول و الروايه تؤذن بتوقف فيه.

و صرح ابن إدريس (٣) بطلان الشرط مع صحه العقد، و تبعه جماعه (٤) من المتأخرين. و الشيخ فى المبسوط (٥) و الخلاف (٦) منع من اشتراط أن لا يسافر بها.

و جعلوه من جمله القائلين بالمنع فى المسأله. و ليس كذلك، لأن السفر أمر آخر غير الخروج من البلد كما لا يخفى، و الخروج من البلد قد يصدق من دون السفر.

و حجه المانع: أن الاستمتاع بالزوجه فى جميع الأزمنه و الأمكنه حقّ للزوج بأصل الشرع، و كذا السلطنه عليها، فإذا شرط ما يخالفه و جب أن يكون باطلا.

و حملوا الروايه على الاستحباب.

و لا- يخفى أن ذلك فى مقابله النصّ غير مسموع. و نمنع من كون الاستمتاع فى جميع الأمكنه حقّا للزوج، لأن ذلك عين المتنازع. و كذلك سلطنته على إخراجها حيث شاء، فإنه لا يتم إلا مع عدم الشرط، و معه عين المتنازع، فلا يؤخذ فى

ص: ٢٥٠

١- ١) فى «س»: معنى.

٢- ٢) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٢٤٤، هامش (٤).

٣- ٣) السرائر ٢: ٥٩٠.

٤- ٤) كما فى الإيضاح ٣: ٢٠٩، جامع المقاصد ١٣: ٣٩٨.

٥- ٥) المبسوط ٤: ٣٠٣.

٦- ٦) الخلاف ٤: ٣٨٨، مسأله (٣٢).

و لو شرط لها مهرا(١)إن أخرجها إلى بلاده،و أقلّ منه إن لم تخرج معه، فأخرجها إلى بلد الشرك لم تجب إجابته،و لزم الزائد.و إن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازما.و فيه تردّد.

الدليل.و لأن ذلك آت في كلّ شرط،فإنه يمنع مباح الأصل،و مع ذلك ليس منافيا للكتاب و السنّه.و حمل الروايه على الاستحباب بمجرد ذلك غير جائز،إذ لا معارض لها،و المعارضات العامه غير كافيه في الحمل.

إذا تقرّر ذلك فعلى القول بصحّه الشرط هنا هل يتعدّى إلى شرط أن لا يخرجها من منزلها أو محلّتها؟و جهان،من مشاركتها للمنصوص في الحكمه الباعثه على الحكم أو لاتّحاد الطريق و عموم الأدلّه الأخرى،و من عدم النصّ و بطلان القياس.و قطع الشهيد (١)بالحاق ذلك بالبلد.و فيه قوّه.

قوله:«و لو شرط لها مهرا.إلخ».

هذه المسأله متفرّعه على السابقه،فإن منعنا من اشتراط عدم إخراجها من بلدها منعنا هنا بطريق أولى،و إن جوّزنا الشرط ثمّ احتمل الجواز هنا أيضا.و هو الذى اختاره المصنّف فى النافع (٢)و الشّيخ فى النّهايه (٣)و جماعه منهم العلامه (٤)فى أكثر كتبه،عملا بعموم الأمر بالوفاء بالشرط.

و يدلّ على التفصيل المذكور بخصوصه حسنه علىّ بن رثاب عن الكاظم عليه السلام قال:«سئل و أنا حاضر عن رجل تزوّج امرأه على مائه دينار على أن تخرج معه إلى بلاده،فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون دينارا،أرأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده؟قال:فقال:إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها فى

ص:٢٥١

١-١) اللّمعه الدّمشقيّه:١١٦.

٢-٢) المختصر النافع:١٩٠.

٣-٣) النّهايه:٤٧٤.

٤-٤) تحرير الأحكام ٢:٣٤،مختلف الشّيعه:٥٤٦،إرشاد الأذهان ١٧:٢.

ذلك، و لها مائه دينار التي أصدقها إياها، و إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الإسلام و دار الإسلام فله ما اشترط عليها، و المسلمون عند شروطهم، و ليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدى إليها صداقها أو ترضى من ذلك بما رضيت، و هو جائز له» (١).

و المراد بقوله: «إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك» أن بلاده كانت بلاد الشرك، و لا يجب عليها أتباعه في ذلك و إن كان داخلًا في الشرط، لما في الإقامه ببلاد الشرك من الضرر بالمسلم في دينه المنفئ شرعا. و بقوله: «و إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الإسلام» أن بلاده كانت بلاد الإسلام، و طلبها إلى بلاده لا إلى مطلق بلاد الإسلام، بقربينه قوله: «فله ما اشترط عليها» لأنه لم يشترط عليها إلا الخروج إلى بلاده لا إلى مطلق بلاد الإسلام، و إن كان لفظ الروايه أعم من ذلك.

و هذه الروايه - مع حسن سندها - مخالفه للأصل في مواضع:

منها: عدم تعيين المهر، حيث جعله مائه على تقدير و خمسين على تقدير، و ذلك يقتضى تجهيله في الجملة، حتى لو شرط ذلك على خلاف الجهه المنصوصه فلا شبهه في فساد المهر.

و منها: حكمه بلزوم المائه على تقدير إرادته منها الخروج إلى بلاد الكفر و إن لم تخرج (٢)، و ذلك مناف لمقتضى الشرط على تقدير صحته، فإنه اقتضى كون المهر خمسين مع عدم خروجها.

و منها: حكمه بعدم جواز إخراجها إلى بلاده مع كونها دار الإسلام إلا بعد أن

ص: ٢٥٢

١ - ١) قرب الاسناد: ١٢٤، الكافي ٥: ٤٠٤ ح ٩، التهذيب ٧: ٣٧٣ ح ١٥٠٧، الوسائل ١٥: ٤٩ ب (٤٠) من أبواب المهور، ح ٢.

٢ - ٢) في «ش، و»: يخرج.

يعطيها مهرها، الشامل لما لو كان ذلك قبل الدخول و بعده، و قد تقدّم (١) الحكم بأنه مع الدخول لا يجوز لها الامتناع، بل و لا يجب عليه إعطاء المهر مطلقاً من دون أن تطلبه، و قد حكم بعدم جواز خروجه من دون أن يعطيها مطلقاً. و هذا يصلح منشأ لتردد المصنف في الحكم مع عدم تردده في السابقه.

و الذي يوافق الأصل بطلان الشرط المذكور، لما ذكرناه، و بطلان المهر، لكونه غير معيّن، و صحّحه العقد، لعدم ارتباطه به كما سلف في نظائره، و لعدم القائل ببطلانه، و إن كان محتملاً. و على هذا فيثبت لها مهر المثل، لكونه مجهولاً ابتداءً. لكن يشكّل فيما لو زاد عن المفروض على التقديرين، لقدمها على الأقلّ. و كذا مع زيادته على الأقلّ إذا لم يخرجها من بلدها. و كذا يشكّل بما لو نقص عن المقدّر على التقديرين، لالتزامه بالأزيد منه مع الشرط عليه، فلزوم المقدّر مع عدم لزوم الشرط عليه أولى. و القائلون بفساد الشرط اقتصروا في البحث عليه، و أهملوا البحث عن المهر.

و لو عملنا بالرواية لوجوده سندها كان حسناً، و سلمنا من هذا الإشكال.

و يمكن الاعتذار عن المخالفه الأولى بأن التعيين متحقّق على التقديرين. و مثل هذا الاختلاف مغتفر في المهر، لاحتماله من الغرر ما لا- يحتمله غيره من عقود المعاوضات. و من ثمّ اكتفى بمشاهدته من دون معرفه مقدارها، بل جعله ظرف خلّ مثلاً- مع عدم مشاهدته الخلّ أصلاً- كما سبق (٢)- حيث ظهر خمرًا. و مثل هذا الاختلاف قد تقدّم (٣) اغتفاره في عوض الإجاره، كما لو قال: إن خطته كذا فلك كذا أو كذا فلك كذا، أو: إن جئت به اليوم فلك كذا، مع أنها أضيق دائره منه، لكونها معاوضه محضه.

ص: ٢٥٣

١-١) في ص: ١٩١.

٢-٢) في ص: ١٨٣.

٣-٣) في ج ١٨٢: ٥.

التاسعة: لو طَلَّقها بائنا، ثُمَّ تزَوَّجها في عَدَّتِه، ثُمَّ طَلَّقها قبل الدخول

التاسعة: لو طَلَّقها بائنا، ثُمَّ تزَوَّجها في عَدَّتِه، ثُمَّ طَلَّقها قبل الدخول كان لها نصف المهر.

و عن الثانيه: بأن العقد وقع على مائه كما دلَّ عليه أول الروايه، و شرط نقصان خمسين إن لم تخرج معه إلى بلده حيث يطلبها و يجب عليها الخروج معه، و ذلك إذا كانت بلده في دار الإسلام، فأما إذا كانت في بلاد الشرك و أراد إخراجها إليها فالمهر باق على ما انعقد عليه، لأن ذلك ليس له، و لا عليها مطاوعته، فهو بمنزله ما إذا لم يرد إخراجها، فإنه يلزمه المائه، فيصير شرط الخمسين منحصرًا في حال إقامتها ببلدها مع طلبه خروجها إلى بلده التي هي في دار الإسلام.

و عن الثالثه: بأنه مع طلبه خروجها إلى بلاده التي يجب عليها الخروج إليها يزيد المهر حينئذ، و تجب المائه كمالًا بعد أن كانت متزلزله، فثبت عليه السلام على أنه لا يخرجها حتى يعطيها صداقها - و هو المائه - لئلا يتوهم عدم لزومها من حيث ترديدها. و مع ذلك فليس منافيا لما سلف، لأنه لم يقل: إن لها الامتناع من الخروج معه قبل قبض المهر. و لو سلّم فوجوب الجمع بين القاعدتين يوجب حمل هذه على ما إذا كان قبل الدخول، لو اضطررنا إليه.

قوله: «لو طَلَّقها بائنا. إلخ».

وجهه: خروجها عن الزوجية بالطلاق البائن، و لا ينافيه جواز تزويجها في العدة، من حيث إن العدة حقٌّ للزوج لأجل حرمة مائه، فلا مانع من تزويجها لها فيها، و إنما يمنع غيره لحرمة مائه. فإذا تزَوَّجها بمهر جديد ثبت المهر في ذمته كغيره من عقود النكاح، فإذا طَلَّقها قبل الدخول بها عاد إليه نصف المهر عملاً بالعموم (١).

و ثبت به على خلاف بعض العامة (٢) حيث أوجب لها جميع المهر، تنزيلاً

ص: ٢٥٤

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥: ٦١ ب «٥١» من أبواب المهور.

٢- ٢) راجع حليه العلماء ٤٧٦: ٦.

العاشره: لو وهبته نصف مهرها مشاعا ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي

العاشره: لو وهبته نصف مهرها (١) مشاعا ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي، و لم يرجع عليها بشيء، سواء كان المهر دينا أو عينا، صرفا للهبة إلى حقها منه.

للعقد منزله الرجعه المقتضى لصيرورتها مدخولا بها، لوجوده قبل الطلاق، و من ثم لم يجز تزويج غيره بها. و ضعفه ظاهر. قوله: «لو وهبته نصف مهرها. إلخ».

وجه استحقاقه الباقي أنه استحقَّ النصف بالطلاق و قد وجده فأخذه، و تنحصر هبتها في نصيبها. و لأن الله تعالى جعل لها نصف ما فرض، و ذلك يقتضى استحقاقه في العين ما لم يجدها تالفه أو يمنع مانع منها، و هما منتفیان هنا، فلا وجه للانتقال إلى البدل.

و في المسألة وجه بأن له نصف الباقي - و هو الربع - مع ربع بدل الجملة، لأن الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع، و ينزل هذا النصف منزله التالف، فلم يبق من الذي فرض سوى نصفه، فأخذ نصفه كما هو مقتضى الشركة و بدل الفئات كما لو فات الجميع.

و فيه ما مرّ، فإن الانتقال إلى البدل مشروط بتعدّر العين، و هو منتف.

و وجه ثالث بتخييره بين أخذ نصف بدل الجملة و ترك الباقي، و بين أخذ نصف الباقي - و هو الربع - مع ربع بدل الجملة، لإفضاء الثاني إلى تبعض حقه، و هو ضرر عليه فيجبر بتخييره. هذا إذا كان المهر عينا. أما لو كان دينا فليس فيه إلا الوجه الذي ذكره المصنف.

و احترز بقوله: «مشاعا» عمّا لو وهبته نصفا معينا، فإن له نصف الباقي و نصف بدل ما وهبته وجها واحدا، لأن حقه بالطلاق مشاع في جميع العين، و قد ذهب منها جزء معين فينتقل إلى بدل ما يستحقّه منه، بخلاف ما لو كان مشاعا، فإن

الحاديه عشره: لو تزوجها بعددين فمات أحدهما

الحاديه عشره: لو تزوجها بعددين (١) فمات أحدهما رجع عليها بنصف الموجود و نصف قيمه الميّت.

الثانيه عشره: لو شرط الخيار فى النكاح بطل

الثانيه عشره: لو شرط الخيار (٢) فى النكاح بطل. و فيه تردّد منشؤه الالتفات إلى تحقّق الزوجيه، لوجود المقتضى و ارتفاعه عن تطرّق الخيار، أو الالتفات إلى عدم الرضا بالعقد، لترتبه على الشرط. و لو شرطه فى المهر صحّ العقد و المهر و الشرط.

حقّه فى الأول مشاع و فى الثانى كذلك فلا ترجيح، و يتّجه استحقاقه حينئذ الجميع كما ذكر.

و يستفاد من قوله: «و هبته» مع قوله: «سواء كان المهر عينا أو دينا» جواز وقوع الإبراء بلفظ الهبه، و هو كذلك. و قد تقدّم (١) بحثه فى باب الهبه.

قوله: «لو تزوجها بعددين. إلخ».

الحكم هنا كما لو وهبها نصفها معينا، لأن الانتقال عن ملكها و التلف حكمهما واحد فى ذلك. و وجه ما ذكره ظاهر، لأن حقّه بالطلاق نصف ما فرض مشاعا، فما وجده من العين باقيا فله نصفه، و ما ذهب ينتقل إلى بدله بناء على أنه مضمون عليها، سواء ذهب بالتلف أو بنقله عن ملكها إليه أو إلى غيره.

و لم يذكر المصنف هنا و لا- غيره وجهها بانحصار حقّه فى الموجود مع تساويهما قيمه. و هو وجه فى المسأله للشافعيه (٢) كالمشاع، لأنه يصدق على الموجود المساوى للتالف قيمه أنه نصف ما فرض، فلا ينتقل إلى البدل مع إمكان العين.

و لهم (٣) وجه بالتخيير كالسابقه. و الأصحّ الأول.

قوله: «لو شرط الخيار. إلخ».

المشهور بين الأصحاب بطلان النكاح بشرط الخيار فيه، قطع بذلك الشيخ

ص: ٢٥٦

١- ١) فى ج ١٢: ٦-١٥.

٢- ٢) راجع روضه الطالبين ٥: ٦١٤.

٣- ٣) راجع روضه الطالبين ٥: ٦١٤.

فى المبسوط (١) و غيره من المتأخرين (٢)، محتجين بأن النكاح ليس من عقود المعاوضات القابلة لخيار الشرط، بل فيه شائبه العباده، فالشرط يخرج عن وضعه.

و خالف فى ذلك ابن إدريس (٣) فحكم بصحة العقد و فساد الشرط. و وجهه:

ما أشار إليه من وجود المقتضى لصحة العقد، لاجتماع شرائط الصحة فيه، لأنه الفرض، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا اشتراط الخيار فيه، و إذا كان العقد غير قابل للخيار لغا شرطه و عمل بمقتضى العقد، لأصالة الصحة و عموم أوفوا بالعقود (٤) كما لو اقترن بغيره من الشروط الفاسده، فإن كل واحد من العقد و الشرط أمر منفك عن الآخر، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر. و بالغ ابن إدريس فى أنه لا دليل على البطلان من كتاب و لا سنه و لا إجماع، بل الإجماع على الصحة، لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا، و إنما هو تخريج المخالفين و فروعهم، اختاره الشيخ على عادته فى الكتاب.

و وجه البطلان: أن التراضى لم يقع على العقد إلا مقترنا بالشرط المذكور، فإذا لم يتم الشرط لم يصح العقد مجرداً، لعدم القصد إليه كذلك، و صحة العقود مترتبة على القصد، فليس إلا الحكم ببطلانهما معا أو صحتهما معا، لكن لا سبيل إلى الثانى، لمنافاته وضع النكاح، فتعين الأول. و هذا هو الأقوى.

و أما اشتراطه فى الصداق فلا مانع من صحته، لأن الصداق ليس ركناً فى النكاح، بل هو عقد مستقل بنفسه، و من ثم صح إخلاؤه عنه، فإدخاله فيه بشرط

ص: ٢٥٧

١-١) المبسوط ٣٠٤:٤.

٢-٢) كما فى الجامع للشرائع: ٤٤١، إرشاد الأذهان ١٧:٢، اللعه دمشقيه: ١١٠، جامع المقاصد ١٣: ٣٩٤-٣٩٥.

٣-٣) السرائر ٥٧٥:٢.

٤-٤) المائده: ١.

الثالثة عشره:الصداق يملك(١)بالعقد على أشهر الروايتين.

أولى.و حينئذ فيصحّ الصداق و الشرط معا.و يشترط ضبط مدّه الخيار كغيره،و لا يتقيّد بثلاثه و إن مثل بها الشيخ في المبسوط (١)،لعدم إفادته الحصر.

ثمّ إن استمرّ عليه حتى انقضت مدّته لزم.و إن فسخه ذو الخيار رجع إلى مهر المثل كما لو عرى العقد عن المهر،و إنما يجب بالدخول كما مرّ.و قد تقدّم (٢)البحث في هذه المسأله في أول الكتاب.

قوله:«الصداق يملك.إلخ».

اختلف الأصحاب في أن المرأة هل تملك الصداق جميعه بالعقد و إن لم يستقرّ الملك قبل الدخول،أو تملك نصفه خاصّه و النصف الآخر يتوقّف على الدخول؟ بسبب اختلاف الروايات في ذلك و ظواهر الأدلّه،فالمشهور بينهم الأول،لعموم قوله تعالى وَ آتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ (٣)الشامل لما قبل الدخول و بعده.

و لأنها إن ملكت نماء الصداق بنفس العقد و جب أن تملك الصداق به.و الملازمه ظاهره،لأن النماء تابع للأصل،فملكيتها تستلزم ملكيه الأصل.و يدلّ على حقيّه المقدم موثقه عبيد بن زراره عن الصادق عليه السلام في رجل ساق إلى زوجته غنما و رقيقا فولدت عندها،و طلقها قبل أن يدخل بها،فقال:«إن كنّ حملن عنده فله نصفها و نصف ولدها،و إن كنّ حملن عندها فلا شيء له من الأولاد» (٤).و لأن الصداق عوض البضع،فإذا ملك البضع بالعقد و جب أن تملك المرأة عوضه به،لأن ذلك مقتضى المعاوضه كالبيع و غيره.

ص:٢٥٨

١-١) المبسوط ٣٠٤:٤.

٢-٢) في ج ١٠١:٧.

٣-٣) النساء:٤.

٤-٤) الكافي ١٠٦:٦ ح ٤.التّهذيب ٣٦٨:٧ ح ١٤٩١،الوسائل ٤٣:١٥ ب(٣٤)من أبواب المهور،ح ١.

و لها التصرف (١) فيه قبل القبض على الأثبه.

و قال ابن الجنيد: «الذى يوجب العقد من المهر المسمى النصف، و الذى يوجب النصف الثانى من المهر-بعد الذى وجب بالعقد منه-هو الوقاع أو ما قام مقامه» [١].

و حجته روايه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: «لا يوجب المهر إلا الوقاع فى الفرج» (١). و روايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال:

«سألته متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها» (٢). و هو يقتضى عدم الوجوب مع عدم الدخول.

و الروايه من الجانبين من الموثق، و مع الأولى الترجيح بكونها أشهر بين الأصحاب، و باعتضادها بالآيه (٣) و الاعتبار المذكور، و بإمكان الجمع بين الأخبار بحمل الوجوب فى الروايتين على المستقر، إما لضروره الجمع، أو لكونه أغلب فى الاستعمال.

و تظهر الفائده فى النماء المتخلل بين العقد و الطلاق. و فى جواز تصرفها فى الجميع و عدمه. و فيما لو حصلت الفرقه بغير الطلاق حيث لا نص على التنصيف كالفسخ بالرضاع و الردّه و غير ذلك.

قوله: «و لها التصرف. إلخ».

هذا متفرع على القول بملكها له حينئذ بالعقد، فإن قلنا به جاز لها التصرف

ص: ٢٥٩

١- (٢) التهذيب ٧: ٤٦٤، الاستبصار ٣: ٢٢٦، الكافي ١٠٩: ٦، الوسائل ١٥: ٦٦ ب (٥٤) من أبواب المهور، ح ٦.

٢- (٣) التهذيب ٧: ٤٦٤، الاستبصار ٣: ٢٢٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٧.

٣- (٤) النساء: ٤.

فإذا طلق الزوج (١) عاد إليه النصف و بقي للمرأة النصف، فلو عفت عما لها كان الجميع للزوج.

فيه قبل القبض و بعده، لأنه مملوك لها فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «الناس مسلطون على أموالهم» (١) و مقتضى التسلط جواز التصرف فيه مطلقا.

و نبه بالأشبه على خلاف الشيخ في الخلاف (٢) حيث منع منه قبل القبض، استنادا إلى ما روى (٣) عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه نهى عن بيع ما لم يقبض، و بأن تصرفها بعد القبض جائز بالإجماع، و لا دليل على جوازه قبله.

و الرواية بالنهي مطلقا ممنوعه، و إنما وردت بالنهي عن بيع ما اشتراه قبل قبضه لا مطلقا. سلمنا لكن لا يلزم من النهي عن بيعه النهي عن مطلق التصرف الذي ادّعاه، لأن نفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم. و يمكن حمل النهي على الكراهه جمعا بين الأدلة. و نفي الدلالة على جواز التصرف فيه قبل القبض ممنوع، و قد بينها. و الدليل لا ينحصر في الإجماع. و نفي الدلالة على الجواز لا يدل على عدمه، لجواز الاستناد فيه حينئذ إلى الأصل.

قوله: «فإذا طلق الزوج. إلخ».

هذا أيضا متفرع على ملكها للنصف، فإذا طلق الزوج قبل الدخول عاد إليه النصف قهرا و بقي النصف الآخر للمرأة، إلا أن تعفو عنه أجمع فيصير الجميع للزوج، لقوله تعالى فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ (٤) أي: فلا يكون لكم النصف بل

ص: ٢٦٠

١-١) عوالي اللئالي ١:٢٢٢ ح ٩٩، البحار ٢:٢٧٢ ح ٧.

٢-٢) الخلاف ٤:٣٧٠، مسأله (٧).

٣-٣) سنن الدارمي ٢:٢٥٣، شرح معاني الآثار ٤:٣٩. و الوسائل ١٢:٣٨٧ ب (١٤) من أبواب أحكام العقود ح ١٥، ١٢، ١١، ١، و غيرها.

٤-٤) البقره: ٢٣٧.

الجميع.

و مقتضى إطلاق المصنف صيروره الجميع له بالعفو عدم الفرق بين كون المهر عينا و دينا، فيصحّ انتقاله إليه بلفظ العفو عملا بظاهر الآيه المتناول للأمرين. و بهذا صرح الشيخ في المبسوط (١) و الأ-كثر، و جعلوا العفو بمعنى العطاء، فيتناول (٢) الأعيان. و هو قوئى، لوروده بمعنى العطاء لغه كما سنتبه (٣) عليه.

و قيل: إن ذلك مختصّ بالدين، أما العين فلا- تنتقل إلا- بلفظ الهبه أو التملك و نحوه لا- بالعفو، لأنه لا- مجال فيه للأعيان كالإبراء، لأن ظاهره إسقاط الحقّ فلا يتناول إلا الدين كالإبراء. و أجابوا عن الآيه بأن المراد من العفو معناه لا لفظه، بمعنى إرادته حصول الملك للمعفو عنه بعبارة تفيده، و لو كان المراد لفظه لتعيّن فى الموضوعين، و هو منفيّ بالإجماع. و سمى نقله منها عفوا تنبيها على حصول فضيله العفو و المدح، و إن توقّف الفعل (٤) له على صيغه شرعيّه، كما لو قال: ملكه هذا، فإنه يريد نقل ملكه إليه بلفظ شرعيّ يفيد به أى لفظ أذى معناه و إن لم يكن بلفظ التملك. و هذا أولى.

إذا تقرّر ذلك فالمهر لا- يخلو: إما أن يكون عينا أو دينا. فإن كان دينا صحّ عفوها عنه بلفظ العفو و الإبراء و الهبه و الترك و الإسقاط، لإفاده كلّ واحد من هذه الألفاظ المعنى المراد، و هو إسقاط حقّها عمّا فى ذمّته. و إن كان عينا، فإن كان فى يده تأدى بلفظ التملك و الهبه و العفو على قول، و لا يصحّ بلفظ الإبراء و الإسقاط و الترك قطعا، لأن الألفاظ الثلاثه ظاهره فى إسقاط ما فى الذمّه. و كذا إن كان فى

ص: ٢٤١

١- (١) المبسوط ٣٠٦: ٤-٣٠٧.

٢- (٢) فى «ش»: ليتناول.

٣- (٣) فى ص: ٢٤٣.

٤- (٤) فى الحجريتين: النقل.

و كذا لو عفا(١)الذى بيده عقده النكاح،و هو الولي، كالأب أو الجد للأب. وقيل: أو من توليه المرأة عقدها.

يدها، إلا أنهما يفترقان في اشتراط القبض في الثاني دون الأول. ولا بد من القبول على التقديرين إذا كان عينا. وسيأتي (١)حكم ما لو عفا الزوج.

قوله: «و كذا لو عفا. إلخ».

اتفق العلماء على أن الذى بيده عقده النكاح له أن يعفو عن المهر فى الجملة، لقوله تعالى **إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ (٢)**. و اختلفوا فيه من هو؟ فذهب أصحابنا و جماعه (٣) من العامة إلى أنه ولي المرأة، كالأب و الجد له، و ذهب آخرون (٤) إلى أنه الزوج. و لكل واحد من الفريقين اعتبار من جهة الآية و استناد إلى الرواية.

و اعتبار الأولين من الآية أنه صدرها بخطاب الأزواج فقال **وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٥)**، ثم قال تعالى **إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ** و هو خطاب لغير الحاضر، و المراد به هنا النساء بغير خلاف، فكأنه قال: للزوج النصف مما فرض لها إذا طلقها قبل الدخول إلا أن تعفو عن النصف الباقي فيكون الكل للزوج، ثم قال **أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ** فأتى به بلفظ الغيبة، فناسب كون المعطوف عليه هو الغائب، إذ لو أراد به الأزواج لما عدل من المخاطبه إلى المغايبه، بل قال: إلا أن يعفون أو تعفوا أتم.

و لأن العفو حقيقه فى الإسقاط لا التزام ما سقط بالطلاق، إذ لا يسمى ذلك عفوًا.

و لأن إقامه الظاهر مقام المضمّر مع الاستغناء بالمضمّر خلاف الأصل، و لو

ص: ٢٤٢

١- ١) فى ص: ٢٧٠-٢٧٢.

٢- ٢) البقره: ٢٣٧.

٣- ٣) الإشراف على مذاهب العلماء ٤:٦٣، الحاوى الكبير ٩:٥١٣، المبسوط للسرخسى ٦:٦٣، المغنى لابن قدامه ٨:٧٠.

٤- ٤) الإشراف على مذاهب العلماء ٤:٦٣، الحاوى الكبير ٩:٥١٣، المبسوط للسرخسى ٦:٦٣، المغنى لابن قدامه ٨:٧٠.

٥- ٥) البقره: ٢٣٧.

أريد الأزواج لقليل: أو تعفو عما استحق لكم.

و لأن المفهوم من قولنا «بيده كذا» تصرّفه، و الزوج لا يتصرّف في عقده النكاح، و إنما كان تصرّفه في الوطاء، و إنما يتصرّف في العقد الولي.

و لأن المسند إليهنّ العفو أولاً الرشيدات، فيجب ذكر غير الرشيدات لتستوفي القسمه.

و لأن قوله تعالى إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ استثناء من الإثبات فيكون نفيًا، و حمله على الولي يقتضى ذلك، ففيه طرد لقاعده الاستثناء. و لو حمل على الزوج لكان إثباتًا، فيستثنى من الإثبات إثبات، و هو خلاف القاعده.

و لأن قضيه العطف التشريك، و على ما قلناه يشترك المعطوف و المعطوف عليه في النفي، و لو أريد الزوج لكان إثباتًا، فلا يقع الاشتراك.

و في كلّ واحد من هذه الوجوه نظر:

أما الأول فلأن العدول من المخاطبه إلى المغايبه و المخبر عنه واحد جاء في فصيح اللغة، و هو فنّ من فنون البلاغه يسمونه الالتفات، و منه قوله تعالى حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلْكِ وَ جَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ (١).

و أما الثاني فالعفو كما يطلق على الإسقاط يطلق على الإعطاء، كما أشرنا إليه سابقاً (٢). و من الأول قوله تعالى وَ الْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ (٣) أي: التاركين ما لهم عندهم من مظلمه. و من الثاني قوله تعالى يَسْتَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ (٤) أي: الفضل من الأموال الذي يسهل إعطاؤه، و قوله تعالى خُذِ الْعَفْوَ (٥) أي: خذ

ص: ٢٤٣

١-١ (١) يونس: ٢٢.

٢-٢ (٢) في ص: ٢٤١.

٣-٣ (٣) آل عمران: ١٣٤.

٤-٤ (٤) البقره: ٢١٩.

٥-٥ (٥) الأعراف: ١٩٩.

ما أعطاك الناس من ميسور أخلاقهم و لا تستقص عليهم، و غير ذلك، فيصلح للأمرين. ثم إن المهر قد يكون دينا و قد يكون عينا، و الإسقاط من المرأه و وليها إنما يتحقق في الأول دون الثاني، فلا بدّ من الحاجه إلى المعنيين على ذلك التقدير.

و أما الثالث فلأن إقامه المظهر مقام المضمّر واقعه لغه و راجحه حيث يشتمل على نكته لا تتمّ بدونه، و هو هناك كذلك، فإن في العدول إلى التعبير بالموصول تنبيها على وجه بناء الحكم و سببه، فإن من بيده عقده النكاح يصلح أن يكون بيده العفو، و هذا التنبيه لا يحصل بالتعبير بضمير المخاطب و لا بالتصريح باسمه، كما قرّر في علم المعاني.

و أما الرابع فلأن المفهوم من «من بيده العقده» من يقدر على حلّها و عقدها، لأن التصرف فيها يتحقق بالأمرين، و هذا معنى متبادر من ذلك، ظاهر الإراده إذا قيل: فلان بيده عقده كذا. و تحقّق هذا المعنى في الزوج أوضح، لأنه بيده إثبات النكاح بالقبول و رفعه بالطلاق، فبيده حلّه و عقده، بخلاف وليّ المرأه، فإنه لا يقدر على مجموع ذلك كما لا يخفى. فقوله: إن الزوج لا يتصرف في عقده النكاح و إنما يتصرف في الوطاء، في حيز الفساد.

و أما الخامس فالأصل في العفو أن لا يليق بغير الرشيد، لأن الوليّ إنما يتصرف في مال المولى عليه بالتحصيل لا بالإسقاط و التضييع. و لو لا- النصّ الوارد هنا من جهة الأخبار بجواز عفو وليّ المرأه لما أمكن الحكم به من جهة الآيه، لأن تصرف الوليّ بهذه الطريق على خلاف الأصل، فاستيفاء القسمة لا ضروره إليه هنا، و لا يقتضيه المقام.

و أما السادس فإن قوله: «إلا أن يعفون استثناء من الإثبات و ينبغى أن يكون نفيا» مبني على أن قوله فنصف ما فرضتم أي: ثابت لهنّ و نحوه، ليصير

التقدير: لهنّ النصف إلا أن يعفون فلا يكون لهنّ شيء. وهذا التقدير غير متعين، بل ولا يقتضيه المقام، وإن ذهب إليه جمع، لأن الزوجه تستحقّ نصف المهر بالعقد إجماعاً وجميعه على أصح القولين، فالمحتاج إلى بيان استحقاقه بالطلاق النصف هو الزوج لا الزوجه، لأن الملك عائد إليه به بعد أن خرج عنه، فكان تقدير فلکم نصف ما فرضتم أولى من تقدير «لهنّ». وعلى هذا فلا يتمّ ما ذكره من أن الاستثناء يقتضى النفي من الإثبات.

نعم، يمكن تقريره بوجه آخر يجرى على التقديرين، بأن يقال: على ما ذكرناه من التقدير: فلکم النصف إلا أن يعفون فيكون لكم الجميع. ويمكن ردّه إلى النفي أيضاً، لأن النصف غير المجموع، ضروره أن الكلّ مغاير للجزء، فيصير التقدير: لكم النصف إلا أن يعفون فلا يكون لكم النصف بل الجميع. وقوله أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ على تقدير كونه الزوج يصير معه التقدير: فلکم النصف إلا أن تعفو فلا يكون لكم ذلك، وهذا نفي بعد إثبات كما ذكره في مدّعاهم. وعلى تقدير كونه وليّ الزوجه يمكن فرضه نفيًا أيضاً على التقدير الذي ادّعوه من أن المراد لهنّ النصف وهو ظاهر. وعلى تقدير كونه الزوج بأن يراد: لهنّ النصف إلا أن يعفو الزوج فلا يكون لهنّ النصف بل الجميع، كما ذكرناه أولاً. من أن إثبات الجميع يوجب نفي النصف من حيث مغايره الكلّ للجزء، فلا إخلال بالمراد على جميع التقادير.

و أما السابع فجوابه يظهر من جواب السادس، فإن المعطوف والمعطوف عليه يشتركان في النفي على التقديرين، وإن كان بصوره الإثبات على بعض الوجوه، خصوصاً على ما قرّناه من أن تقدير نصف المفروض للأزواج أولى منه للزوجات، فلا بدّ حينئذ من تكلف النفي في الاستثناء ليغاير المستثنى منه إن سلّم الاحتياج إليه.

و احتج من جعل الذي بيده عُقْدَةُ النِّكَاحِ الزوج من الآية بأن عقده النكاح بيد الزوج حقيقه لا بيد ولي الزوج، لما تقرّر من أن من بيده العقده يقدر على حلّها و عقدها، وهذا لا يكون لغير الزوج.

و بأنه تعالى ذكر عفوها الموجب لخلوص الجميع له، ثمّ عقبه بعفوه الموجب لخلوص الجميع لها، وذلك يوجب المطابقه بين العفوين و تحقّقه من الجانبين، بخلاف ما إذا جعلناه وليها، فإنه يكون قد أهمل ذكر عفو الزوج رأسا.

و بأنه تعالى قال بعد ذلك وَ أَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَ هُوَ يَدُلُّ عَلَى دُخُولِ الزَّوْجِ فِي الْعَفْوِ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: وقوعه بصيغه الخطاب المطابق لخطاب الأزواج سابقا كما زعموه في دليلهم السابق (1)، و الزوجات وردت بصيغه الغائب.

و الثاني: جعله العفو أقرب للتقوى، و عفو الولي لا- يوصف بذلك، لأنه إسقاط لمال غيره، و غايه تكلفه أنه يقع جائزا لا موجبا للتقوى، بخلاف عفو الزوجين، و المناسب كون ذلك خطابا للزوجين، و تقديره: و عفو بعضكم عن بعض أقرب للتقوى. و هذا واضح. و الالتفات من صيغه الغيبه إلى الخطاب على تقدير إرادته كلّ من الأزواج و الزوجات حسن أيضا على حدّ «إِيَّاكَ نَعْبُدُ» بعد قوله «الحمد لله».

إلخ».

و بأن العفو بجانب المستحقّ أولى منه بجانب الولي، لأنه منصوب لمصلحه المولّي عليه و حفظ ما له لا لإسقاط حقّه.

و الحقّ أن الآية محتمله للقولين، و إثبات الحكم بمجرد الاحتمال غير مناسب.

و النقص مسلّط على الأدلّه من الجانبين، خصوصا حكم عفو الولي، فإنه مخالف

ص: ٢٦٦

للأصل و القياس، فلا يصح إثباته بمجرد اللفظ المحتمل إن لم يكن مرجوحا من جانبه. و الأولى الرجوع فى تفسيره إلى دليل من خارج.

و قد اختلفت الروايات أيضا فيه بما يوافق القولين، و أصحها عندنا ما دلّ على الأول. فمنها: رواه عبد الله بن سنان فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال:

«الذى بيده عقده النكاح هو ولى أمرها» (١) و رواه رفاعه فى الصحيح قال:

«سألت الصادق عليه السلام عن الذى بيده عقده النكاح، فقال: الولى الذى يأخذ بعضا و يترك بعضا، و ليس له أن يدع كله». (٢) و هذا يدل على ما اختاره المصنف من القولين. و هو مذهب أكثر أصحابنا، و منهم الشيخ فى الخلاف (٣) مدّعا فيه الإجماع.

و القول الثانى بتعديته إلى من تولّيه عقدها قول الشيخ أيضا فى النهاية (٤) و تلميذه القاضى (٥). و يدلّ عليه صحيحه محمد بن مسلم و أبى بصير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذى بيده عقده النكاح، قال: هو الأب، و الأخ، و الموصى إليه، و الذى يجوز أمره فى مال المرأة من قرابتها فيبيع لها و يشتري. قال: فأى هؤلاء عفا فعفوه جائز فى المهر إذا عفا عنه» (٦). و مثله رواه أبى بصير (٧) عن أبى عبد الله عليه السلام، إلا أنه لم يقيد من يجوز أمره فى مالها بالقرابة. لكن هاتان الروايتان لا يقتصر فيهما على الولى و الوكيل، بل يتعدى إلى الوصى، و يدلّ على جواز تزويجه

ص: ٢٦٧

١- ١) التّهذيب ٧: ٣٩٢ ح ١٥٧٠، الوسائل ١٤: ٢١٢ ب (٨) من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ح ٢.

٢- ٢) التّهذيب ٧: ٣٩٢ ح ١٥٧٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٣- ٣) الخلاف ٤: ٣٨٩ مسألة (٣٤).

٤- ٤) النهاية: ٤٦٨.

٥- ٥) المهذب ٢: ١٩٦.

٦- ٦) التّهذيب ٧: ٤٨٤ ح ١٩٤٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.

٧- ٧) التّهذيب ٧: ٣٩٣ ح ١٥٧٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

المولّى عليها و عفوّه. و قد تقدّم (١) الكلام في ولايته في بابها. و إدخاله الأَخ في الزوايه محمول على كونه وكيلا، كما حمّله الشيخ، أو وصيا، و يكون تخصيصه على التقديرين تخصيصا مع تعميم، لأن الأَخ لا ولايه له عندنا، فلا بدّ من حمّله على أحد الأمرين.

و هذا القول متّجه لصحّحه روايته، إلا أن الاقتصار بالعفو المخالف للأصل على الأب و الجدّ أولى، و قوفا على موضع الوفاق، و لأن الوكيل ليس بيده عقده النكاح حقيقه و لا أصله، و مع ذلك فيده يد الموكّل، فيده بالذات مرفوعه.

و اعلم أن الشيخ عبّر في النهايه (٢) عن الوكيل بقوله: «أو وكتّته في أمرها» تبعا للروايه، و المصنف عدل عنه إلى قوله: «تولّى المرأه عقدها» و هو أجود، لأن الوكيل في أمرها من البيع و الشراء لا يسوغ له العفو عن المهر، لعدم دخوله في متعلّق ولايته. و الروايه و إن كان ظاهرها ذلك إلا أنها محموله على الوكيل على العموم بحيث تدخل فيه و كاله العقد.

و اعلم أيضا أن العلامه في المختلف (٣) اختار اختصاصه بالولّى دون الوكيل كما ذكره المصنف، محتجّا بأن روايه أبي بصير المتضمّنه لإدخال الوكيل مرسله. و هو يدلّ على حصره الدلاله في الروايه الثانيه، و قد عرفت أن الأولى من روايته و روايه محمد بن مسلم تدلّ عليه، و هي صحيحه السند، ذكرها الشيخ في زوائد النكاح من التهذيب (٤)، و ذكر الباقي (٥) في باب الأولياء، فلم يتفطن إليهما من لم يحتجّ بهما.

ص: ٢٤٨

١-١) في ج ١٤٨: ٧.

٢-٢) النهايه: ٤٦٨.

٣-٣) مختلف الشيعه: ٥٣٨.

٤-٤) التهذيب ٧: ٤٨٤ ح ١٩٤٦، و ٣٩٢ ح ١٥٧٠.

٥-٥) التهذيب ٧: ٤٨٤ ح ١٩٤٦، و ٣٩٢ ح ١٥٧٠.

و يجوز للأب (١) و الجدّ للأب أن يعفو عن البعض، و ليس لهما العفو عن الكلّ.

و لا يجوز لوليّ الزوج (٢) أن يعفو عن حقّه إن حصل الطلاق، لأنه منصوب لمصلحته، و لا غبطه له في العفو.

قوله: «و يجوز للأب. إلخ».

الوجه في اختصاصه بالبعض - مع إطلاق تسويغ عفوّه في الآيه، و جواز عفو المعطوف عليه و هو المرأه مطلقاً - ما تقدّم (١) في صحیحه رفاعه الدالّه صريحاً على عدم جواز عفوّه عن الجميع، فكانت مقيدّه لما أطلق في الآيه. و لا فرق مع إبقاء بعضه بين القليل و الكثير، لتحقق الامتثال بالجميع. و إطلاق الآيه و الروايه يقتضى عدم الفرق في جواز عفوّه بين كونه مصلحه للمولّى عليه و عدمه. نعم، يشترط كونه بعد الطلاق الواقع قبل الدخول، و قوفاً فيما خالف الأصل على موضع الدلاله.

قوله: «و لا يجوز لوليّ الزوج. إلخ».

لما كان العفو من غير مالك المال بغير إذن المالك على خلاف الأصل و جب الاقتصار فيه على مورد الإذن و هو وليّ المرأه، فلا يجوز لوليّ الزوج العفو عن حقّه و لا عن شيء منه، لأنه لا غبطه له في ذلك، و تصرف الوليّ مقصور على المصلحه.

و إنما خرج عنه وليّ المرأه بالنصّ الخاصّ، و من ثمّ منع بعضهم من عفوّه لذلك.

و تتصوّر الولايه على الزوج مع وقوع طلاقه مولّى عليه فيما إذا بلغ فاسد العقل، فإن للوليّ أن يطلق عنه مع المصلحه كما سيأتى (٢)، بخلاف الصبيّ. و لو فسّرنا من بيده عقده النكاح بما يشمل الوكيل دخل و كيل الزوج في الحكم المذكور هنا أيضاً كما يدخل وليّه.

ص: ٢٤٩

١ - ١) في ص: ٢٤٧، هامش (٢).

٢ - ٢) في الركن الأول من كتاب الطلاق.

و إذا عفت عن نصفها(١)أو عفا الزوج عن نصفه لم يخرج عن ملك أحدهما بمجرد العفو،لأنه هبه فلا ينتقل إلا بالقبض.

نعم،لو كان ديننا على الزوج،أو تلف في يد الزوجه،كفى العفو عن الضامن له،لأنه يكون إبراء،و لا- يفتقر إلى القبول على الأصح.أما الذى عليه المال فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه.

قوله:«و إذا عفت عن نصفها.إلخ».

نبه بذلك على أن العفو الموجب لبراءه كلّ من الزوجين من حقّ الآخر ليس المراد منه كونه سببا تامّا بمجردة في نقل الملك أو البراءه منه،بل المراد كونه سببا في ذلك أعّم من كونه تامّا أو ناقصا أو متوقفا على شرط آخر،و إن كان قد أطلق في الآيه (١)كون العفو موجبا لسقوط الحقّ أو نقله،لأن إطلاقه كذلك لا ينافى اعتبار أمر آخر.و هذا كما يقال:هذا الملك الفلانى لك أن تبعه أو تملكه و نحو ذلك،فإنه لا يدلّ على أن البيع و التمليك بأى وجه وقعا يوجبان نقل ملكه عنه،بل مع مراعاة ما يعتبر في نقل الملك بهما.

إذا تقرّر ذلك فنقول:المهر إما أن يكون عينا،أو ديناً.و على الأول:إما أن يكون في يدها،أو في يده.و الثانى إما أن يكون في ذمتها-بأن يكون قد قبضته و تلف في يدها-أو في ذمته.و على التقادير الأربعة:إما أن يكون العافى الزوج،أو الزوجه،و من يقوم مقامهما في معناهما.فتحقيق حكم الملك و انتقاله و سقوطه عن الذمّه يتمّ بثمان صور:

الأولى:أن يكون ديناً في ذمّه الزوج و العافى المرأه،فتحصل براءه ذمته بمجرد عفوها،لأن العفو حينئذ منزل منزله الإبراء،فلا يشترط فيه سوى اللفظ

ص: ٢٧٠

١- ١) البقره: ٢٣٧.

الدالّ عليه، وإن لم يقبل من عليه الحقّ على الأقوى. وقد تقدّم (١) تحقيقه في باب الهبه. ويصحّ ذلك بلفظ العفو والإبراء و الإسقاط و الترك و الهبه و التملك، لا اشتراك الجميع في الدلالة عليه.

الثانية: الصورة بحالها و يكون عينا في يده، فلا يكفي مجرد العفو، لأن ذلك بمنزلة الهبه لعين، بل لا بدّ من لفظ يدلّ عليها، كلفظ الهبه و التملك أو العفو على قول قوى، لا- الإبراء و الإسقاط و ما شاكلهما. و يشترط أيضا قبول المتّهب. و لا- يشترط قبض جديد، لأنه مقبوض بيده بالفعل. و تلحقه حينئذ أحكام الهبه من اللزوم و الجواز على ما سبق تفصيله (٢).

الثالثة: الصورة بحالها بأن كان عينا في يده لكن كان هو العافى عن حقّه، فيشترط فيه ما اشترط في السابقه من الإيجاب و القبول. و يزيد اشتراط إقباضها إيّاه، لأنه خارج عن يدها.

الرابعة: الصورة بحالها بأن كان هو العافى و لكن كان دينا في ذمّته. و لا ينتقل بالإبراء و ما في معناه قطعاً، لا اختصاصه بالدين في ذمّه المعفو عنه لا- العافى. و ينتقل بلفظ الهبه لكن بشرط التسليم. و كذا بلفظ العفو على ما يظهر من المصنف و غيره (٣)، و هو أحد الوجهين، لتناول الآية له.

و ظاهر العبارة كغيره أنه لو حصل العفو و التسليم كفى في نقل الملك.

و يشكل بأن غايه العفو إلحاقه بلفظ الهبه، فلا بدّ من القبول. و أيضا فشرط الموهوب أن يكون عينا أو دينا في ذمّه المتّهب لينزل منزله بالإبراء، و كلاهما منتف هنا.

ص: ٢٧١

١- ١) في ج ١٥: ٦.

٢- ٢) في ج ٣٢: ٦.

٣- ٣) راجع المبسوط ٤: ٣٠٦، القواعد ٢: ٤٢.

و الأظهر اشتراط تمييزه بعينه أولا ثم إيقاع صيغه الهبه و القبول بعدها و القبض. هذا إذا وقع بصيغه الهبه أو التملك. و إن وقع بلفظ العفو احتمال الاجتراء به. و إن كان دينا لم يفتقر إلى تعيينه و تسليمه بعد ذلك، عملا بإطلاق الآية. و الوجه اشتراط القبول أيضا، تنزيلا للعفو منزله الهبه و إن زاد عنها بوروده على الدين.

الخامسه: أن يكون دينا في ذمتها، و تكون هي العافيه عنه. و الحكم فيه كالسابقه. و الأقوى افتقاره إلى العقد بعد التعيين فيهما، لأن ذلك مقتضى الهبه، و لا وجه هنا سواها. و هذا هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط (١)، و إن كان مقتضى قول المصنف: «أما الذى عليه المال فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه» الاجتراء بالتسليم مع العفو و ما فى معناه. و لأن العفو غاية هنا قيامه مقام الهبه، و هى لا تصح على الدين، فما قام مقامها أولى. و قد تقدّم (٢) أن المراد بالعفو فى هذا المقام ما يشمل نقل العين و إسقاط الحق لا نفس لفظه.

السادسه: الصوره بحالها، و هو كونه دينا فى ذمتها، لكن العافى هو الزوج.

و هنا ينزل منزله الإبراء كما مرّ فى نظيره (٣). و يصح بجميع الألفاظ الستّه. و لا يفتقر إلى القبول على الأقوى.

السابعه: أن يكون عينا فى يدها، و هى العافيه أيضا، فيشترط فيه ما يشترط فى الهبه من العقد و الإقباض.

الثامنه: الصوره بحالها، و العافى الزوج، فيشترط فيه عقد الهبه. و لا يشترط تجديد الإقباض، لحصوله فى يدها. و اشترط الشيخ (٤) مضيّ مدّه يمكن فيها

ص: ٢٧٢

١-١) المبسوط ٣٠٧: ٤.

٢-٢) فى ص: ٢٤١.

٣-٣) و هى الصوره الأولى فى ص: ٢٧٠.

٤-٤) المبسوط ٣٠٧: ٤-٣٠٨.

الرابعه عشره: لو كان المهر مؤجلاً (١) لم يكن لها الامتناع. فلو امتنعت و حلّ هل لها أن تمتنع؟ قيل: نعم. و قيل: لا، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول. و هو أشبه.

قبض من هي في يده. و الأقوى عدم اشتراطه. و قد تقدّم (١) البحث فيه في بابه.

و القول في الاجتزاء في هاتين الصورتين بالعفو و قيامه مقام التمليك ما تقدّم (٢) من الوجهين. و في الاجتزاء به قوّه، لما عرفت من وقوعه لغه بمعنى العطاء و بمعنى الإسقاط، فهو حقيقه في كلّ منهما، و قرينه المقام في كلّ محلّ منهما تعين حمله على ما يناسبه من المعنى، مضافاً إلى ظاهر الاجتزاء به في الآيه.

قوله: «لو كان المهر مؤجلاً إلخ».

هذه المسأله شعبه من مسأله جواز امتناع المرأه من تسليم نفسها قبل قبض المهر. و قد تقدّم (٣) البحث فيها، و كان ذكرها عندها أولى. و لا خلاف في عدم جواز امتناعها قبل الحلول إذا كان مؤجلاً، لعدم استحقاقها المطالبه به حينئذ مع استحقاقه البضع حالاً. لكن لو امتنعت و فعلت محرّماً و حلّ الأجل فهل لها الامتناع حينئذ؟ الأظهر عدمه، لما أشار إليه المصنف من استقرار وجوب التسليم قبل الحلول. و القول بجواز امتناعها حينئذ للشيخ في النهايه (٤)، حيث أطلق جواز امتناعها حتى قبض المهر الشامل لمحلّ النزاع. أما بخصوص المسأله فلا نعلم به قائلاً، و لا ذكره أحد ممّن تعرّض لنقل الأقوال. و قد سبق البحث في ذلك.

ص: ٢٧٣

١-١) في ج ٢٢: ٦.

٢-٢) في ص: ٢٦١.

٣-٣) في ص: ١٩١.

٤-٤) النهايه: ٤٧٥.

الخامسة عشر: لو أصدقها قطعه من فضّه فصاغتها آنيه ثمّ طلقها قبل الدخول

الخامسة عشر: لو أصدقها قطعه (١) من فضّه فصاغتها آنيه ثمّ طلقها قبل الدخول كانت بالخيار فى تسليم نصف العين أو نصف القيمة، لأنه لا يجب عليها بذلك الصفه. و لو كان الصداق ثوبا فخاطته قميصا لم يجب على الزوج أخذه، و كان له إلزامها بنصف القيمة، لأن الفضّه لا تخرج بالصياغه عمّا كانت قابله له، و ليس كذلك الثوب.

قوله: «لو أصدقها قطعه. إلخ».

هذه المسألة من فروع زيادة العين فى يدها، فإن الصنعه زياده صفه، و هى فى معنى الزيادة المتّصله. و قد تقدّم (١) أن المرأه لا تجبر على دفعها كذلك، لمكان الزيادة، بل تتخّير بين دفعها متبرّعه بالزيادة و بين دفع القيمة.

هذا إذا أمكن إعادته العين إلى أصلها كالفضّه. أما لو لم يمكن أصلا كالخشب يعمل ألواحا، أو أمكن بنقص فى القيمة كالثوب يفصل قميصا، فهو زياده من وجه و نقص من آخر، فلا يجبر كلّ منهما على أخذ العين. و قد أشار المصنّف إلى الفرق بين الأمرين بأن الفضّه لا تخرج بالصياغه عمّا كانت قابله له، فهى زياده محضه، و ليس كذلك الثوب إذا فصلته و خاطته قميصا. و يستفاد من الفرق أنها فضّلت الثوب أيضا و إن كان قد اقتصر على ذكر الخياطه، لأن الخياطه بمجرّدها زياده أيضا لا توجب النقصان غالبا، إنما أوجبه التفصيل.

و اعلم أن المصنّف مثّل بصياغه الفضّه آنيه تبعا للشيخ فى المبسوط (٢).

و ليس بجيّد على مذهبهما (٣)، لأنهما لا يجوزان اتّخاذ الآنيه من الفضّه، سواء اتّخذها للاستعمال أم لا، فيكون عملها آنيه غير محترم، فله أخذ العين، لأن الصياغه على

ص: ٢٧٤

١- ١) فى ص: ٢٣١.

٢- ٢) المبسوط ٤: ٣٢٠.

٣- ٣) لاحظهما فى ج ١: ١٣٢، و المبسوط ١: ١٣ و ٣: ٦١.

السادسه عشره: لو أصدقها تعليم سورة كان حدّه أن تستقلّ بالتلاوه

السادسه عشره: لو أصدقها تعليم سورة (١) كان حدّه أن تستقلّ بالتلاوه، ولا يكفى تتبعها نطقه. نعم، لو استقلّت بتلاوه الآية ثمّ لفنّها غيرها فنسيت الاولى لم يجب عليه إعاده التعليم. و لو استفادت ذلك من غيره كان لها أجره التعليم، كما لو تزوّجها بشيء و تعذّر عليه تسليمه.

الوجه المحرّم لا قيمه لها شرعا. و قد ذكر المصنّف (١) وغيره (٢) أن الغاصب لا يضمن قيمه الصياغه المحرّمه إذا كسرهما، فالزوج هنا أولى. نعم، هذا يجرى على قول من جوّز اتّخاذ الآنيه لغير الاستعمال كابن إدريس [١]. و لو مثل المصنّف بعملها حلّيا كان حسنا.

قوله: «لو أصدقها تعليم سورة. إلخ».

قد تقدّم (٣) جواز جعل تعليم القرآن مهرا و جمله من أحكامه، و ذكر هنا منه مسألتين:

إحداهما: بيان ما يصدق به التعليم. و حدّه أن تستقلّ بتلاوته صحيحا بغير مرشد، فلا يكفى تتبعها لنطقه، لأن ذلك لا يعدّ تعلّما عرفا.

ثمّ المعتبر استقلالها بجمله منها يصدق عليها عرفا اسم التعلّم للقرآن، فلا يكفى استقلالها بنحو الكلمه و الكلمتين قطعا، لأن ذلك لا يعدّ تعلّما. و يظهر من المصنّف و جماعه (٤) الاكتفاء بالآيه، فلو استقلّت بها برئت ذمّته منها، فلو اشتغلت بغيرها فنسيتها لم يجب عليه إعاده التعليم. و اعتبر بعضهم (٥) ثلاث آيات مراعاة لما

ص: ٢٧٥

١-١) الشرائع ٣: ٢٤٠.

٢-٢) راجع المبسوط ٣: ٦١، السرائر ٢: ٤٨٧، الإرشاد ١: ٤٤٦.

٣-٤) فى ص: ١٨٠.

٤-٥) منهم الشيخ فى المبسوط ٤: ٢٧٤.

٥-٦) راجع إيضاح الفوائد ٣: ١٩٥-١٩٦.

يُحصل به الإعجاز، وأقله (١) سورة قصيره تشتمل على ثلاث آيات كالكوثر.

والأجود الرجوع إلى العرف، لعدم تقديره شرعاً. وكون الإعجاز يتعلّق بثلاث آيات لا يستلزم نفي التعليم عمّا دونها. ولأن الآيات تختلف بالطول والقصر، ففيها ما يزيد على ثلاث آيات قصيره و يحصل بها الإعجاز، وفيها ما لا يصدق معه التعلّم عرفاً كـ مُدْهَامَتَانِ (٢) وَ أَلْقَى السَّحْرَةَ سَاجِدِينَ (٣).

ثمّ إن كان شرطها التعلّم عن ظهر القلب اشترط ثبوته فيه و تكررّه على وجه يصدق عليه اسم الحفظ عرفاً، فلا يكفي قرائته عن ظهر القلب مرّه، ولا- تكرار قدر يسير كذلك. وإن كان المراد التدرّب على قراءته من المصحف اعتبر استقلالها به بنفسها كذلك. ثمّ إن كان العرف منضبطاً حمل عليه وإلا- وجب ضبطه على وجه يرفع الإبهام. هذا إن كان المعقود عليه آيات متعدّده، فلو كان آية أو آيتين فلا إشكال في الاكتفاء بالاستقلال به.

الثانية: لو تعلّمت السوره المعيّنه من غيره فعليه أجره مثل ذلك التعليم، لأنه عوض المهر حيث تعدّر وفاؤه بعينه. ومثله ما لو مات أحدهما قبل التعليم وقد شرط تعليمها بنفسه، أو تعدّر تعليمها لبلادتها، أو أمكن بتكّلف عظيم زياده على المعتاد. ولا فرق مع تعلّمها من غيره بين بذله لها التعليم وعدمه، لا اشتراكهما في المقتضى. وليس هذا كوفاء دين الإنسان بغير إذنه حيث حكم ببراءته منه، لأنّ تعليمه بنفسه لا يمكن إيفاءه عنه بتعليم غيره، لأن ذلك غير التعليم المجعول مهراً، بخلاف الدّين.

ص: ٢٧٦

١-١) في «ش»: «و أفضله.

٢-٢) الرحمن: ٦٤.

٣-٣) الأعراف: ١٢٠.

السابعه عشره:يجوز أن يجمع بين نكاح و بيع فى عقد واحد

السابعه عشره:يجوز أن يجمع بين نكاح و بيع فى عقد واحد، و يقسّط العوض على الثمن و مهر المثل.

و لو كان معها دينار(٢)فقال:زوّجتك نفسى و بعتك هذا الدينار بدينار،بطل البيع،لأنه ربا،و فسد المهر،و صحّ النكاح.أما لو اختلف الجنس صحّ الجميع.

قوله:«يجوز أن يجمع.إلخ».

نبه بذلك على خلاف بعض العامّه (١)حيث منع من الجمع بين العقود المختلفه بعوض واحد،نظرا إلى جهاله ما يخصّ كلّ واحد من العوض.و مجوّز ذلك ينظر إلى العلم بمقدار المجموع،و لا يعتبر معرفه ما يخصّ أجزاءه،كما لو باع أمتعه متعدّده بثمن واحد مع جهاله بما يقتضيه التقسيط لو وزّع عليها،و إن احتيج إليه لتعدّد المالك أو بتقدير ظهور بطلان البيع فى بعضها.

و كما يجوز الجمع بين البيع و النكاح يجوز إضافه غيرهما،كالإجاره و غيرها، و يوزّع العوض المسمّى على مهر مثل المرأة و ثمن مثل المبيع و أجره مثل العين المستأجره،و نحو ذلك.فلو كان العوض مائه مثلا،و قيل مهر مثلها مائه،و ثمن مثله خمسون،قسّمت المائه بينهما أثلاثا،و هكذا.

قوله:«و لو كان معها دينار.إلخ».

إذا تزوّج امرأه و اشترى منها دينارا بدينار فقد جمع بين نكاح و صرف بعوض واحد،فمن أبطل الجمع بين العقدين فى السابق أطلهما هنا،و من صحّحهما- كأصحابنا-اختلفوا هنا،فقال الشيخ فى المبسوط:يبطل عقد الصداق و الصرف، و يصحّ النكاح بغير مهر،فيثبت مهر المثل بالدخول (٢).و اختاره المصنف.

ص:٢٧٧

١- ١) راجع المغنى لابن قدامه ٨٦:٨.

٢- ٢) لاحظ المبسوط ٢٨٩:٤.

و وجه فسادهما: باشتمال العقد على الربا، حيث إنه قد باع دينارا بدينار، و ضمّ إلى أحدهما النكاح، فبطل المعاوضه. و لا يبطل النكاح، لأنه لا يتوقّف على ذكر العوض في العقد، كما علم غير مرّه.

و فيه نظر، لأن الدينار في مقابله الدينار و البضع، فيكون لكلّ منهما منه ما يقتضيه التقسيط، كما هو شأن العقود المجتمعه في عقد واحد، و اللازم من ذلك بطلان الصرف خاصّه و صحّحه النكاح بما يقتضيه تقسيط الدينار على مهر مثلها و على الدينار. فلو فرض مهر مثلها دينارا كان ما يخصّ المهر منه نصف دينار، لا تفاقهما على جعله في مقابله دينارين، و يبطل البيع في نصف الدينار بالدينار الذي يقابله.

و لو فرض مهر مثلها عشره دنانير قسّم الدينار على أحد عشر جزءا، و كان المهر عشره أجزاء من أحد عشر جزءا من الدينار، فيلزم فيه، و بطل البيع في جزء من أحد عشر جزءا من دينار. و مثل هذا آت في كلّ مختلفين جمعا في عقد واحد بعوض واحد. و لا يلزم من بطلان الربا بطلان الأمرين، لوجود المقتضى للصّحّه و انتفاء المانع.

و لو اختلف الجنس بأن كان المنضمّ إليها درهما بالدينار صحّح الصرف و النكاح، لا انتفاء الربا حينئذ، لكن يعتبر التقابض في المجلس مراعاة لجانب الصرف، فلو تفرّقا قبله بطل فيما يقابل الدرهم من الدينار و صحّح فيما اقتضاه المهر من التقسيط، لأن التقابض في المهر في المجلس غير معتبر. و ذكر هاتين المسألتين في هذا الباب و إن لم يكن من مسائله عندنا لأن العامّه [\(1\)](#) عدّوه من مفسدات المهر.

ص: ٢٧٨

الأول: لو أصدقها عبدا فأعتقته ثم طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمته

الأول: لو أصدقها عبدا (١) فأعتقته ثم طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمته. و لو دبّرتَه [قيل] (١) كانت بالخيار في الرجوع و الإقامه على تدبيره. فإن رجعت أخذ نصفه، و إن أبت لم تجبر، و كان عليها قيمه النصف.

قوله: «لو أصدقها عبدا. إلخ».

لا- إشكال في رجوعه إلى قيمه النصف على تقدير عتقها له قبل الطلاق، لانتقاله عن ملكها انتقالا لازما، بل خروجه عن أهليه التملك، فنزل منزله التالف، فيلزمها قيمه نصفه.

و إنما الكلام فيما لو صادفها و قد دبّرتَه، فإن التدبير ليس من الأسباب الناقله عن الملك قبل موت المدبر، و لا من اللازمه، و إنما هو بمنزله الوصيه بالعتق أو هو وصيه، فهو باق على ملكها بغير مانع، و قد وجده الزوج فينتقل إلى ملكه، لعموم قوله تعالى فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٢). و لأن التدبير يبطل بزوال الملك اختيارا فبالاضطراري أولى.

و قيل: ليس له الرجوع في العين إلا أن ترجع هي في التدبير، و هي مخيره في الرجوع فيه فتدفع نصف العين أو إبقائه فتدفع قيمه النصف، نظرا إلى أن التدبير طاعه مقصوده قد تعلقت بالعبد فكانت كالزيادة المتصله، فلا تجبر على دفع العين بها. و لتعلق حقّ الحرّيه بالعين و لا عوض للعبد عنه، و للزوج عوض عنه، فيجمع بين الحقين بتقديم الأول. و الأصحّ الأول.

ص: ٢٧٩

١- ١) لم ترد في النسخه الخطيه المعتمده.

٢- ٢) البقره: ٢٣٧.

و لو دفعت نصف (١)القيمة ثم رجعت في التدبير قيل كان له العود في العين، لأن القيمة أخذت لمكان الحيلولة. و فيه تردّد منشؤه استقرار الملك بدفع القيمة.

قوله: «و لو دفعت نصف. إلخ».

هذا متفرّع على القول بسقوط حقّه من العين لو لم ترجع في التدبير، فإذا دفعت إليه القيمة ثم رجعت هل يصحّ له الرجوع في العين إذا ردّ القيمة؟ قيل: نعم، لأن حقّه في العين بالأصله، لأنها المفروض، وإنما انتقل عنها إلى القيمة لمانع التدبير، فإذا زال المانع عاد إلى حقّه، كما لو دفع الغاصب القيمة عن العين المغصوبه لتعدّرها ثم قدر عليها، فإن الدفع لم يقع على وجه المعاوضه، بل لمكان الحيلولة بينه و بين حقّه، فإذا أمكن الوصول إلى حقّه تعيّن.

و الأقوى عدم الرجوع، لأن حقّه بالطلاق يتعلّق بالعين مع وجودها و عدم المانع من دفعها، و ببدلها مع المانع، و الفرض وجوده فيكون حقّه في القيمة و يسقط من العين فيستصحب، كما لو وجدها قد باعته ثم عاد إلى ملكها بعد ذلك.

و يقوى الإشكال لو كان الرجوع بعد الطلاق و قبل دفع القيمة، من حيث إنه لم يقبض حقّه حتى وجد عين ماله فيكون أحقّ به، و من أن حقّه وجب في القيمة حين الطلاق لوجود المانع فليس له نقله إلى غيرها. و قوّى في المبسوط (١)تخييره هنا بين الرجوع إلى نصف العين أو نصف القيمة. و هذا كلّ بناء على أن التدبير يمنع من الرجوع في العين. و الأقوى عدمه، فيسقط التفريع.

ص: ٢٨٠

الثانى: إذا تزوّجها الوليّ بدون مهر المثل قيل يبطل المهر و لها مهر المثل

الثانى: إذا تزوّجها الوليّ (١) بدون مهر المثل قيل يبطل المهر و لها مهر المثل. و قيل: يصحّ المسمّى. و هو أشبه.

الثالث: لو تزوّجها على مال مشار إليه غير معلوم الوزن، فتلف قبل قبضه

الثالث: لو تزوّجها على مال (٢) مشار إليه غير معلوم الوزن، فتلف قبل قبضه، فأبرأته منه، صحّ.

قوله: «إذا تزوّجها الوليّ. إلخ».

قد تقدّم (١) البحث فى هذه المسألة فى باب الأولياء، و أن المختار صحّ العقد و لزوم المسمّى مع المصلحة، و ثبوت الخيار لها فيه مع عدمها، فإن فسخت فلها مهر المثل مع الدخول كالمفوضه. و المصنف هنا اختار لزوم المسمّى، و فى السابقه اختار أن لها الاعتراض فيه، بمعنى ثبوت الخيار.

و لو كان المولّى عليه ذكرا و زوّجه الوليّ بأكثر من مهر المثل فالأقوى وقوفه على الإجازة، كعقد الفضولّى بالنسبة إلى المسمّى. فإن أبطله ثبت مهر المثل كالسابق، و يتخيّر الآخر حينئذ فى العقد. هذا إذا كان الصداق من مال الولد، فلو كان من مال الأب جاز، لأنه لا تخيير للولد حينئذ، و إن دخل فى ملك الولد ضمنا.

قوله: «لو تزوّجها على مال. إلخ».

المشهور بين أصحابنا جواز الإبراء من المجهول، لأنه إسقاط ما فى الذمّه لا معاوضه، فلا يعتبر فيه ما يعتبر فيها من المعايين (٢). و مثله هبة المجهول الذى لا تمنع جهالته من تسليمه. و تردّد الشيخ فى المبسوط [١]، ثمّ قوّى الجواز لكن بشرط كون ما فى الذمّه مجهولا للمستحقّ و من عليه الحقّ، فلو كان من عليه الحقّ عالما بقدره و المستحقّ غير عالم، بحيث لو علم منه ما يعلمه المديون لما أقدم على البراءة، لم

ص: ٢٨١

١- ١) فى ج ١٥٤: ٧.

٢- ٢) فى «و»: المغابنه.

و كذا لو تزوّجها(١) بمهر فاسد، فاستقرّ لها مهر المثل، فأبرأته منه أو من بعضه، صحّ و لو لم تعلم كمّيته، لأنه إسقاط للحق فلم تقدح فيه الجهالة.

و لو أبرأته من مهر المثل قبل الدخول لم يصحّ، لعدم الاستحقاق.

يصحّ.

إذا تقرّر ذلك فيتفرّع عليه ما لو تزوّجها على مهر غير معلوم القدر مع كونه مشاهدا ليصحّ جعله مهرا، فتلف قبل قبضه، فلا وسيله إلى التخلّص منه إلا بالصلح أو الإبراء منه إن اختارته. فعلى المختار من جواز الإبراء من المجهول يصحّ هنا، وإلا انحصر التخلّص فى الصلح. و لا فرق فى هذه الصورة بين كون الإبراء قبل الدخول و بعده، لوجوب المهر بالعقد، و الجهل بمقداره لا يمنع من ذلك. و كذا يجوز لها هبته إياه لو كانت عينه باقيه على الأقوى. و لو طلقها قبل الدخول فالبحت فى التخلّص من النصف بالإبراء أو الصلح كالجميع.

قوله: «و كذا لو تزوّجها: إلخ».

تبه بقوله: «فاستقرّ لها مهر المثل» على أن وجوب مهر المثل فى العقد على مهر فاسد كالمجهول و ما لا يملك لا يحصل بالعقد بل بالدخول، و قد صرّح (١) به سابقا، فلا فرق فى وجوب مهر المثل بين كون سببه ذلك أو بالتفويض، فقبل الدخول لا يكون لها فى ذمّه الزوج شىء. فلو أبرأته من مهر المثل حيث يكون هو الواجب، فإن كان قبل الدخول لم يصحّ مطلقا، لأنه حينئذ إبراء ممّا لم يجب. و لا- فرق فى ذلك بين المفوضه و غيرها، فلذا أطلق قوله: «و لو أبرأته من مهر المثل قبل الدخول لم يصحّ» الشامل للمفوضه و من مهرها فاسد بعد أن أشار إلى القسم الثانى سابقا بقوله: «فاستقرّ».

ص: ٢٨٢

(١- ١) فى ص: ١٦٢.

و إن أبرأته منه أو من بعض منه مشاع كنصفه و ثلثه بعد الدخول صحّ و إن لم يعلم كمّيته، بناء على ما سلف من جواز الإبراء من المجهول.

و لو أبرأته من مقدار منه معيّن كعشره دنانير مع جهلها بمجموعه صحّ أيضا، و هو جار على القولين إذا علمت اشتغال مهر المثل عليه فصاعدا. و يحتمل قويا عدم اشتراط ذلك، بل إن اتفق كونه بقدرها و أزيد صحّ الإبراء ممّا عيّنت، و إن كان أنقص لغا الإبراء من الزائد. و مثله ما لو كان مهرها معيّن في العقد لكن نسيت مقداره. و كذا غير المهر.

و اعلم أن الشيخ في المبسوط (١) أطلق القول بكون المهر الفاسد يوجب مهر المثل بالعقد، و أنه لو طلق قبل الدخول لزمه نصفه، و خصّ وجوبه بالدخول بالمفوضه، و فرّع عليه جواز إبرائها له من مهر المثل من غير تقييد بالدخول، و قيده في المفوضه خاصه. و المصنف أطلق اشتراط الدخول بما يشمل الأمرين. و هو جيّد على مذهبه. و كذلك صنع العلامة في التحرير (٢). و أما في القواعد (٣) فجمع بين عبارته الشيخ في الأولى و عبارته المصنف، فأطلق الحكم بصحّه البراءة من مهر المثل في الممهوره فاسدا من غير تقييد بالدخول، ثمّ أطلق القول بأنها لو أبرأته من مهر المثل قبل الدخول لم يصحّ، فجاءت العبارة متدافعه ظاهرا محتاجه إلى التنقيح، بحمل الأولى على وقوع الإبراء بعد الدخول ليوافق مذهبه في التحرير، أو تخصيص الثانية بالمفوضه ليوافق مذهب الشيخ.

ص: ٢٨٣

١- (١) لاحظ المبسوط ٣١٢، ٢٧٦: ٤.

٢- (٢) تحرير الأحكام ٣٩: ٢.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٤٣: ٢.

تتمه إذا زوج ولده (١) الصغير، فإن كان له مال فالمهر على الولد، وإن كان فقيرا فالمهر في عهده الوالد. ولو مات الوالد أخرج المهر من أصل تركته، سواء بلغ الولد أو أيسر أو مات قبل ذلك.

قوله: «إذا زوج ولده. إلخ».

هذا هو المشهور بين علمائنا لا نعلم فيه مخالفا. وأخبارهم الصحيحة دالة عليه، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن رجل كان له ولد فزوج منهم اثنين و فرض الصداق ثم مات، من أين يحسب الصداق، من جملة المال أو من حصتهما؟ قال: من جميع المال، إنما هو بمنزله الدين» (١).

و صحيحه [١] الفضل بن عبد الملك قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال: لا بأس. قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا. قلت: على من الصداق؟ قال: على الأب إن كان ضمنه لهم، وإن لم يكن ضمنه فهو على الغلام، إلا أن لا يكون للغلام مال فهو ضامن له و إن لم يكن ضمن» (٢). و موثقه عبيد بن زرارته قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال:

إن كان لابنه مال فعليه المهر، وإن لم يكن لابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن» (٣).

ص: ٢٨٤

-
- ١-١ الكافي ٥:٤٠٠ ح ٣، التهذيب ٧:٣٨٩ ح ١٥٥٧ و ٩:١٦٩ ح ٦٨٧، الوسائل ١٥:٣٩ ب (٢٨) من أبواب المهور، ح ٣.
 - ٢-٣ الكافي ٥:٤٠٠ ح ١، التهذيب ٧:٣٨٩ ح ١٥٥٩، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.
 - ٣-٤ الكافي ٥:٤٠٠ ح ٢، التهذيب ٧:٣٨٩ ح ١٥٥٨، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

و استثنى فى التذكرة (1) من الحكم بضمان الأب له على تقدير فقر الابن ما لو صرح الأب بنفى الضمان، فإنه لا يضمن. و حمل قوله فى الرواية: «أو لم يضمن» على عدم اشتراط الضمان لا على اشتراط عدمه.

و لا- يخلو من اشكال، لأن النصّ و الفتوى متناول لما استثناءه، و حملة على غيره يحتاج إلى دليل نقلى يعارضه حتى يوجب حملة على ذلك. و لأن الصبى لا يحتاج إلى النكاح، فلا حظّ له فى التزام المهر فى ذمته مع الإعسار عنه. و تزويج الولى له غير متوقف على وجود المصلحة، بل على انتفاء المفسده. و لو قيد ذلك بما إذا كان فى إزام الصبى بالمهر مصلحة له- بأن كانت الزوجه مناسبة له، و خاف فوتها بدون ذلك و نحوه- قرب من الصواب، إلا أن تخصيص النصوص الصحيحه بذلك لا يخلو من إشكال.

و لو كان الصبى مالكا لبعض المهر دون بعض لزمه منه بنسبه ما يملكه، و لزم الأب الباقي.

و إطلاق النصوص و الفتاوى يقتضى عدم الفرق فى مال الصبى بين كونه ممّا يصرف فى الدين على تقديره و غيره، فيشمل ما لو كان له دار سكنى و دابّه ركوب و نحو ذلك.

و وجه الإطلاق: أن الحكم بوجود المهر فى ذمته حينئذ لا يقتضى صرف ماله المذكور فى الدين، و إنما تضمّن ثبوته فى ذمته على هذا الوجه، و يبقى الحكم بوفاء الدين من هذه الأشياء أمرا آخر. و مقتضى القواعد الشرعيه أن لا يوفى منها و إن طلبته الزوجه، و يبقى فى ذمه الولد إلى أن يقدر على الوفاء جمعا بين الأصلين.

إذا تقرّر ذلك فنقول: كلّ موضع لا يضمن الأب المهر فيه لو أدى تبرّعا لم

فلو دفع الأب (١) المهر و بلغ الصبي فطلق قبل الدخول استعاد الولد النصف دون الوالد، لأن ذلك يجرى مجرى الهبه له.

يرجع، كما لو أذاه الأجنبي. و لو ضمنه صريحا تعلق المهر بذمته، فلو أدى بعد ذلك هل يرجع به أم لا؟ اختلف كلام العلامة في التذكرة، ففي موضع منها جوز رجوعه إذا قصد بالضمان الرجوع، محتجاً بأن قصد الرجوع هنا يجرى مجرى إذن المضمون عنه في الضمان (١)، و في موضع آخر قطع بعدم الرجوع، محتجاً بأنه أدى مالا و جب عليه بالشرع (٢).

و في الفرق بين ضمانه كذلك و أدائه له ابتداء نظر، لأنه بالنظر إلى الطفل متبرع في الموضوعين، و بالنظر إلى كونه ولياً منصوباً للنظر و رعايه المصلحه للابن ينبغي عدم الضمان في الموضوعين إذا أدى و ضمن بطريق الولاية على قصد الرجوع على الطفل. و يتجه على هذا أن يتقيد بكون ذلك مصلحه للطفل، فإن مطلق وفاء الدين عن المعسر و انتقاله من مستحق إلى آخر لا يكون مصلحه مطلقاً، بل قد يكون، كما لو كان المستحق الثاني أسهل من الأول و أرفق بالمديون، و قد ينعكس. فإذا انضم إلى كون الأداء و الضمان مصلحه للطفل قصد الرجوع عليه أتجه جوازه، و إلا فلا.

و اعلم أن النصوص و الفتوى موردهما الأب إذا زوج ولده الصغير. و في تعدى الحكم إلى الجد له و إن علا وجهان، من أنه في معنى الأب، أو هو أب حقيقه، و لهذا كانت ولايته عليه أقوى من ولايه الأب، و من منع كونه أباً حقيقه، و لهذا صح سلبه عنه، فيقال: ما هو أبوه بل جدّه، و مطلق الاستعمال أعم من الحقيقه. و الوجه الاقتصار في الحكم المخالف للأصل على موضع اليقين و هو الأب.

قوله: «فلو دفع الأب. إلخ».

إذا دفع الأب المهر عن الصغير مع يسار الولد تبرعاً، أو مع إعساره لكونه ضامناً، ثم بلغ الصبي و طلق قبل الدخول، زال ملك المرأة عن نصفه. و هل يعود إلى

ص: ٢٨٦

١- ١) تذكره الفقهاء ٢:٦٠٩.

٢- ٢) تذكره الفقهاء ٢:٦٠٩.

الأب أو إلى الابن؟ الأقوى الثاني- وهو الذى قطع به المصنف و إن تردّد فيه بعد (١) ذلك- لأن المرأة ملكته بقبضها إياه منه، سواء كان قد لزمه من قبل أم لا، ومن ثمّ كان النماء لها. و خروج النصف بالطلاق ثابت للزوج بالنصّ، لا مبطل لملكها السابق حتى يقال إنه يعود إلى مالكه، وإنما ملكه الابن بالطلاق عن غير أبيه، فأشبهه ما لو وهبه الأب لأجنبيّ ثمّ وهبه الأجنبيّ للابن.

وقول المصنف: «لأن ذلك يجرى مجرى الهبة له» يحتمل أن يريد به ما ذكرناه من أنه يجرى مجرى هبة المرأة للابن، لأن الملك إنما انتقل عنها. و أن يريد به أن دفع الأب المهر عن الولد يجرى مجرى هبته إياه، فلا يعود إلى ملك الأب، لأن الأب لا يرجع فى هبة ولده. و على التقديرين فالتشبيه تقريب لا حاجة فى الحكم إليه.

و وجه تردّد المصنف فى ذلك ممّا ذكرناه، و من أن المهر عوض البضع، و هو ملك للولد قطعاً، فيكون عوضه عليه. و لزومه للأب من حيث إلزامه ذمّة الصغير الذى لا يحتاج إلى النكاح لا يوجب كون دفعه هبة له و إن نزل منزلتها، فلا يلزم مساواتها فى جميع الأحكام، و إنما القصد منه وفاء دين الولد، فإذا برئت ذمته من النصف بالطلاق ينبغى أن يعود إلى الأب. و لأن ظاهر قوله تعالى فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٢) عوده إلى الفارض و هو الأب، و إن قيل: فلهمّ نصف ما فرضتم كان النصف الآخر باقياً على حكم الملك السابق.

و جوابه: منع استلزام ملك الولد البضع كون عوضه عليه، و انتقاضه ظاهر

ص: ٢٨٧

١- ١) فى المسألة التالية فى ص: ٢٨٩.

٢- ٢) البقره: ٢٣٧.

بالمتنازع، فإن العوض على الأب إجماعاً، إنما الكلام في عوده بعد خروجه عن ملكه ووجوب وفائه. ثم لا نقول إن دفع الأب له هبه حتى يلزم ما ذكره، وإنما فرضناه منزلاً منزلتها لما بيناه من المناسبه، وإلا فهو دين وفاء المستحق عليه، وانتقاله من المستحق بالطلاق ملك آخر قهرى إلى الزوج لا- اختيار فيه لأحد. وأما الآيه فمقتضاها كون الفارض المطلق، وأن العائد إليه نصف ما فرض، ومسأله النزاع خارجه عنه.

إذا عرفت ذلك فمقتضى قول المصنف: «فلو دفع الأب المهر. إلخ» أنه لو لم يكن دفعه لا يستحقه الولد، بل تبرأ ذمه الأب من النصف، ويلزمه دفع النصف إلى الزوجه. وبهذا قطع الشيخ في المبسوط (١) وبعده العلامة في القواعد (٢). ووجهه ما سبق من أن دفع الأب المهر بمنزله الهبه للولد، فبعد قبضها لا رجوع فيها، وقبله غير متحققه، فتبرأ ذمته من النصف، ولا يملكه الولد لعدم القبض.

و هذا يتم لو كان الأب متبرعاً بالدفع عن الصغير، كما إذا كان الصغير موسراً أو معسراً وقد شرط الأب في العقد عدم الضمان على ذلك القول. و أما إذا لزمه ابتداء، كما إذا كان الولد معسراً ولم يشترط عدم ضمانه، فإن المهر يلزمه بالعقد، سواء قبضته الزوجه أم لا، حتى لو كان عينا ملكت نماءها كما سلف، فلا يظهر الفرق بين قبضها وعدمه هنا. والتعليل بالهبه لا يظهر إلا مع التبرع به لا مع لزومه ابتداء.

ص: ٢٨٨

١- (١) المبسوط ٢٩٣:٤.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢:٤٤.

فرع لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرّعا، ثمّ طلق الولد، رجع الولد بنصف المهر

فرع لو أدى الوالد (١) المهر عن ولده الكبير تبرّعا، ثمّ طلق الولد، رجع الولد بنصف المهر، ولم يكن للوالد انتزاعه، لعين ما ذكرناه في الصغير. وفي المسألتين تردّد.

قوله: «لو أدى الوالد. إلخ».

ما تقدّم من التعليل في الصغير آت في أدائه عن الكبير، بل هو به أولى، لأن الأب متبرّع محض عنه، فهو كإيفاء دين الغير بغير إذنه، وهو بمنزله الهبة للولد، وانتقاله إلى ملك الزوجه بالعقد بمنزله تصرف المتّهب في الموهوب.

والحقّ أن النصف يعود إلى الولد أيضا، لما ذكرناه من انتقاله عن ملك الأب، وعوده إلى الولد المطلّق بملك جديد. وفي معناه ما لو دفعه عنه أجنبيّ. وهنا يظهر الفرق بين دفع الأب المهر إلى المرأه و عدمه، لأنه لما لم يكن المهر لازما له فهو متبرّع بالإيفاء، فلا يخرج عن ملكه إلا بدفعه، فإن دفع الجميع كان الحكم كما سبق. وإن دفع النصف و طلق الولد قبل الدخول سقط النصف الآخر عن ذمّه الزوج، فلم يجب على الأب دفعه إلى الولد بغير إشكال، لانتهاء ما يقتضيه.

و المصنف تردّد في حكم المسألتين، أعنى دفعه عن الولد الصغير و الكبير.

وقد سبق وجهه في الصغير. و أما وجهه في الكبير فلما عرفته من أن دفعه قضاء دين عن الغير، وهو لا يستلزم أن يكون هبه حتى يقال: إن الولد ملكه و لا يصحّ للأب الرجوع في هبه الولد. و على تقدير كونه أجنبيّا لا يلزم تنزيل الهبه على هذا الوجه منزله الهبه المتصرّف فيها، إذ ليس في إيفاء المهر ما يدلّ على الهبه بوجه، فلا يلزم تعلق حكمها به. و الأصل بقاء الملك على مالكة حيث لم يتحقّق قصد التمليك، بل غايته إرادته إبراء ذمّته من الدّين، فإذا برئت بالطلاق عاد المال إلى أصله.

و جوابه ما سبق من الحكم بانتقال ملكه على تقدير الدفع إلى المرأه قطعاً

و إن لم نجعله تمليكا للولد، و الزوج يستحقّ النصف بالطلاق بحكم جديد لا بحكم الملك السابق، فعوده إلى ملك الأول بعد العلم بانتقاله عنه يحتاج إلى الدليل و إن لم نقل بكونه هبه.

و أما بناء الحكم على أن قضاء دين الغير هل يستلزم دخوله في ملكه ضمنا أم لا؟ و أنه على تقدير الملك يكون هبه أم لا؟ و أن تصرّف الموهوب هل يفيد منع الواهب من الرجوع أم لا؟ و أن المدفوع هل هو الواجب بالعقد أم لا؟ فكلّه تكلف مستغنى عنه بالحكم بملك المرأة له قبل الطلاق، و كون الطلاق ناقلا لملك النصف لا مبطلا.

و اعلم أن الشيخ في المبسوط (1) قطع في المسألتين بعدم عود النصف المدفوع إلى الوالد- كما ذكره المصنف- من غير تردّد. و اتفق كلام العلامة في كتبه في أن الحكم في الصغير كذلك. و اختلف كلامه في الكبير، ففي التذكرة (2) و الإرشاد (3) قطع بكون حكمه حكم الصغير في عود النصف إليه، و في التحرير (4) قوى رجوعه إلى الأب بعد أن حكم بكونه للولد، و في القواعد (5) استشكل بعد حكمه بكونه للولد أيضا.

و بالجملة فلم يتحقق في الصغير خلاف، و إنما هو ظاهر في الكبير. و إنما تردّد المصنف نظرا إلى ما يظهر من عدم إفاده تعليلهم المدعى، فإن الشيخ و غيره إنما علّوه بكونه هبه، و أن الهبه لا يرجع فيها بعد إقباضها للرحم أو بعد التصرف

ص: ٢٩٠

١- ١) المبسوط ٢٩٣: ٤.

٢- ٢) تذكره الفقهاء ٦٠٩: ٢.

٣- ٣) إرشاد الأذهان ١٨: ٢.

٤- ٤) تحرير الأحكام ٣٧-٢: ٣٨.

٥- ٥) قواعد الأحكام ٤٤: ٢.

الطرف الرابع: في التنازع و فيه مسائل:

الأولى: إذا اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج يمينه

الأولى: إذا اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج [مع يمينه] (١).

و لا إشكال قبل الدخول، لاحتمال تجرّد العقد عن المهر. لكن الإشكال لو كان بعد الدخول، والقول قوله أيضا، نظرا إلى البراءة الأصلية. و لا إشكال لو قدر المهر و لو بأرزه واحده، لأن الاحتمال متحقق، و الزيادة غير معلومه.

فيها. و لا يخفى قصور التعليل.

قوله: «إذا اختلفا في أصل. إلخ».

إذا اختلف الزوجان في أصل المهر، فإن ادّعت الزوجه عليه المهر فقال: لا مهر لك عندي أو ما أدّى ذلك، من غير أن يتعرّضا إلى القدر أو التسميه و عدمها، فقد أطلق المصنف و جماعه (٢) من الأصحاب تقديم قول الزوج مطلقا. أما إذا كان الاختلاف قبل الدخول فواضح، لأن مجرّد العقد لا يستلزم المهر، لانفكاكه عنه مع التفويض، ثمّ يمكن استمرار براءته إلى أن يموت أحدهما قبل الدخول. و أما إذا وقع بعد الدخول ففي قبول قوله إشكال، لأن العقد إن اشتمل على مهر فهو اللازم به، و الأصل بقاؤه، و إلا فاللازم بالدخول مهر المثل.

و المصنف بعد أن استشكل الحكم أولا عقبه بقبول قوله أيضا، مستدلاّ بالبراءة الأصلية. و توجيهها: أن العقد لا يستلزم المهر على الزوج و لا الدخول، بل هو أعمّ فلا يدلّ على الخاصّ. و وجه عمومه: أن الزوج قد يكون صغيرا معسرا زوجه أبوه فكان المهر في ذمه الأب، أو كان عبدا زوجه مولاه فكان لازما للمولى، فمجرّد النكاح المشتمل على الدخول لا يقتضى وجوب المهر في ذمه الزوج،

ص: ٢٩١

(١-١) لم ترد في النسخه الخطية المعتمده.

(٢-٢) السرائر ٥٨٢: ٢.

فيتمسك عند الاختلاف بأصالة براءة ذمه الزوج، ويدخل في عموم: «اليمين على من أنكر» (١).

و هذا التوجيه حسن حيث يكون الزوج محتملا لكونه بأحد الوصفين، فلو علم انتفاؤهما في حقه - بأن كانت حرّيته معلومه، و لم يتزوج المرأة المدّعيه إلا - و هو بالغ، أو مات أبوه قبل أن يتزوجها، و نحو ذلك - لم يتم التمسك بالبراءه الأصليه، للقطع حينئذ باشتغال ذمته بعوض البضع، لانحصار أمره حينئذ في الأمرين على سبيل منع الخلو، لأنه إن كان لم يسمّ مهرا فقد استقرّ عليه مهر المثل، و إن كان قد سمي استقرّ المسمّى، و الأصل عدم دفعه إليها. و اللازم من ذلك أن لا يلتفت إلى إنكاره، بل إما أن يحكم عليه بمهر المثل أو ما تدّعيه المرأة إن كان أقلّ، نظرا إلى أصالة عدم التسميه الموجب لذلك، و إما أن يطالب بجواب آخر غير أصل الإنكار، فإن ادّعى تسميه حكم عليه بالمسمّى إلى أن تثبت براءته منه، أو عدمها فيثبت عليه مقتضى التفويض.

و من الأصحاب (٢) من نظر إلى ندور الأمرين الموجبين لبراءه ذمته من المهر بعد الدخول، فلا يعارض بهما الأصل من إيجاب الوطاء المحترم عوضا، فأوجب عليه مهر المثل. و هو اختيار العلامة في الإرشاد (٣). و لا بدّ من تقييده بعدم زيادته على ما تدّعيه، لأن الزائد عنه منفيّ بإقرار المدّعي، فلا يجب دفعه إليه.

فإن قيل: عوض البضع غير منحصر في مهر المثل، لأنه كما يجوز ثبوته بالتفويض مع الدخول، و بتسميه مقداره مطلقا، يحتمل تسميه أقلّ منه إلى أن يبلغ

ص: ٢٩٢

-
- ١ - ١) راجع الوسائل ١٨:٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفيه الحكم ح ٣، و عوالي اللئالي ١:٢٤٤ ح ١٧٢، و المستدرک ١٧:٣٦٨ ب «٣» من أبواب كيفيه الحكم ح ٤ و ٥.
 ٢ - ٢) كالشهيد في غايه المراد: ٢٠٥.
 ٣ - ٣) إرشاد الأذهان ٢:١٨.

فى القله حدّ المتمول، كما أشار إليه المصنف بقوله: «و لا إشكال لو قدره بأرزّه، لأن الاحتمال متحقق، و الزيادة غير معلومه» و إذا كان عوض البضع محتملا لجميع ذلك و مشتركاً بينها لا يحكم بالقدر الزائد عن المحتمل، لأصالة البراءة منه.

قلنا: ثبوت القدر الأقلّ موقوف على تسميته فى العقد، و لم يدعه الزوج، و الأصل عدمه، بل عدم التسميه مطلقاً، و إن كان خلاف الظاهر إلا- أن الأصل مقدّم على الظاهر إلا فى النادر. و مقتضى الأصل وجوب مهر المثل، لأنه المترتب على الدخول مع عدم التسميه.

و يمكن موافقه الظاهر له بوجه آخر، بأن يقال: إن الأصل عدم التسميه، و الظاهر المعتاد التسميه، لكن مع هذا الظاهر فالظاهر أيضا أن التسميه لا تقع بدون مهر المثل، لأن ما دون ذلك فى غايه الدور فى سائر الأصقاع و الأزمان، فالأصل و الظاهر متطابقان على أن المرأه مع الدخول بها تكون مستحقّه مهر المثل فى ذمه الزوج عوض البضع، فلا مانع من الحكم به خصوصا مع فرض انتفاء ذينك الأمرين النادرين حتى لا يبقى فى الأصل شبهه. و أما احتمال تقدير ما دون ذلك فممنفّى بالأصل و الظاهر، و لأنه لم يدعه الزوج، فلا يلتفت إليه.

و للعلامه قول آخر فى التحرير (1) أنه إذا وقع الاختلاف فى أصل المهر بعد الدخول يستفسر هل سُمى أم لا؟ فإن ذكر تسميه كان القول قوله مع اليمين، و إن ذكر عدمها لزم مهر المثل، و إن لم يجب بشيء حبس حتى يبين.

وفيه نظر من وجوه:

أحدها: أن الاستفسار إنما يجب مع عدم إفاده الكلام فائده بدونه، و قد عرفت أن مجرد الاعتراف بالنكاح مع الدخول له حكم يترتب عليه، فلا يجب

ص: ٢٩٣

الاستفسار و إن كان جائزا.

و ثانيها: تقديم قوله لو ادعى التسميه. و لا يخفى ما فيه، لأن الأصل عدمها، فكيف يقدم قوله فيها؟ وإنما هو بالنسبه إليها مدع لا منكر، فلا يكون القول قوله.

و فى القواعد (١) أطلق تقديم قول الزوج فى التسميه أيضا، و لم يذكر ذلك غيره، و عموم: «اليمين على من أنكر» (٢) ينفيه.

و ثالثها: حبسه إذا لم يجب حتى يبين، فإنه تعجيل عقوبه لا سبب لها، لما ذكرناه من أن الدخول يقتضى حكما فيحكم بما يترتب عليه، لأن إقراره بالزوجيه و الدخول يستلزم إقراره بالحق حيث ينتفى عنه الاحتمالان النادران، فلا وجه لحبسه. ثم إن كان الواقع خلاف ما يحكم به عليه فعليه أن يبينه و يدعيه، و إلا (٣) فإننا نحكم بالظاهر و بما يطابق القواعد الشرعيه، و الله يتولى السرائر.

و فى القواعد حكم بتفصيل آخر أقل إشكالا من تفصيله فى التحرير لكنه غير مستوف للأقسام، فقال: «التحقيق أنه إن أنكر التسميه صدق باليمين، لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعه، و مع الدخول مهر المثل. و الأقرب أن دعواها إن قصرت عنهما ثبت ما ادعته. و لو أنكر الاستحقاق عقيب دعواها إياه أو دعواها التسميه، فإن اعترف بالنكاح فالأقرب عدم سماعه» (٤) هذا لفظه.

و القسم الأول منه لا- إشكال فيه. و أما الثانى و هو إنكاره الاستحقاق فهو أصل المسأله، لأن القسم الأول و هو إنكاره التسميه مسأله أخرى لا إشكال فى قبول قوله فيه. ثم على تقدير عدم سماع دعوى عدم الاستحقاق لم يبين ما ينبغى من الحكم هل يثبت عليه شىء، أو يطالب بجواب آخر؟ و على تقدير المطالبه هل

ص: ٢٩٤

١- ١) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

٢- ٢) تقدم ذكر مصادره فى ص: ٢٩٢، هامش (١).

٣- ٣) فى «ش»: و إلا فالحكم.

٤- ٤) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

يضيّق عليه لو لم يجب أم لا؟ و مع ذلك بقى قسم آخر، و هو ما لو ادّعى قدرا و إن قلّ، كما ذكره غيره (١)، و ذكره هو فى غيره (٢). و لا- يغنى عنه ذكر اختلافهما فى القدر و أنه راجع إليه، لأنّ تلك مسأله أخرى غير هذه، إذ أصل هذه دعواها عليه أصل المهر فيقرّ منه بدرهم مثلا، و تلك فرضها دعواها قدرا و اعترافه بأقلّ منه.

و يمكن أن يقال: إن دعوى أصل المهر غير مسموعه، بناء على عدم سماع الدعوى المجهوله، فلا بدّ من تحريرها بالقدر، فيرجع جوابه بالقدر إلى الاختلاف فيه. و على هذا فيكون تركه أجود من قوله فى التحرير بعد ذلك: «و لا إشكال لو قدره بأقلّ ما يصلح أن يكون مهرا» (٣) و قول المصنف: «لو قدر المهر و لو بأرّزه».

و تحرير القول يتمّ بفرض المسأله على أربعة أوجه:

أحدها: أن تدعى عليه الزوجه بالمهر مطلقا، فيقول: ليس لك عندى مهر.

و هذا أصل المسأله المفروضه.

الثانى: أن تدعى عليه المهر كذلك، فيقول: نعم، لك عندى درهم مثلا.

الثالث: أن تدعى عليه ألفا مهرا، فيقول: ليس لك عندى مهر.

الرابع: أن تدعى عليه كذلك، فيقول: مالك عندى سوى درهم مثلا.

و هذا الرابع هو مسأله اختلافهما فى القدر. و سيأتى (٤). و الثلاثه الأول ترجع إلى اختلافهما فى أصل المهر.

و الذى اعتمده فى هذه المسأله أن جوابه عقيب دعواها المهر مطلقا أو مقدارا إذا وقع بنفيه مطلقا، و كان ممّا يمكن فى حقّه البراءه، بأن كان تزويجه مجهول الأصل

ص: ٢٩٥

١-١) كالمصنّف فى هذا الكتاب.

٢-٢) كما فى تحرير الأحكام ٢:٣٩.

٣-٣) تحرير الأحكام ٢:٣٩.

٤-٤) فى ص: ٢٩٨.

بالنسبة إلى مباشرة الأب له صغيرا و نحوه، فالقول قوله مع يمينه، لأصالة البراءة، و إن كان الفرض نادرا، لأن مجرد الاحتمال كاف في استصحاب الأصل السابق، و إنما ينقطع بثبوت ناقل له عن حكمه.

و إن لم يحتمل تعلّق المهر بذمّه غيره ابتداء، بأن علم أنه كان عند تزويجه بها بالغا حراً، فإن كان قبل الدخول حكم عليه بمقتضى التفويض، عملاً بالأصل. فإن طلق قبل الدخول لزمه المتعه، إلا أن يزيد عن مدّعاها إن حلفت على ذلك. و إن مات أحدهما فلا شيء. و إن كان ذلك بعد الدخول حكم عليه بمهر المثل مع يمينها، إلا أن ينقص ما تدّعيه فيقتصر في الحلف عليه، لتطابق الأصل و الظاهر عليه كما أسلفناه.

و لو عدل قبل إثبات ذلك عليه إلى دعوى لا- تنافى الأولى، بأن قال: كُنّا سَمِينا قدرا و لكن وصل إليها أو أبرأتني منه و نحو ذلك، سمعت الدعوى، و ترتّب عليها حكمها من قبول قوله في القدر و قبول قولها في عدم القبض و الإبراء.

و إن وقع جوابه ابتداء بالاعتراف بقدر معين قبل قوله فيه، لأصالة البراءة من الزائد، على إشكال في هذا القسم يأتي. و لو استفسر أو اتّفقا على التسميه أو عدمها و رتبّ عليه حكمه كان حسنا، إلا أنه غير متعين.

بقي في المسألة أمور ينبغي التنبيه عليها:

الأول: في قول المصنف و غيره: «لا إشكال لو قدر المهر و لو بأرزّه، لأن الاحتمال متحقّق، و الزيادة غير معلومه» نظر، بل الإشكال واقع أيضا، لأن دعواه ذلك القدر إن كان مطلقا- أي مجردا عن ضميمة تسميته و عدمها- فما سلف من موجب مهر المثل آت فيه. و احتمال كونهما قدّراه بذلك ابتداء يرجع إلى الاختلاف في التسميه، و المقدم قول منكرها لا مدّعيها فكيف مع الإطلاق؟! و إن كان مقيدا

بدعوى تسميته و أنكرتها فالقول قولها بغير خلاف، و لأنها منكره، و الأصل عدم التسميه. و إن كان مع اتفاقهما على التسميه و دعواها أكثر من ذلك فهي مسأله الاختلاف فى القدر، و سيأتى (١) الكلام فيها.

الثانى: لو وقع هذا الاختلاف بين ورثتهما أو من أحدهما مع ورثه الآخر فحكمه حكم ما لو وقع بينهما. و مثله ما لو ادّعت الزوجه و قال وارث الزوج: لا أعلم الحال، أو كان صغيرا أو غائبا.

الثالث: الأرزّه فى كلام المصنف وقعت على وجه المبالغه فى قبول قول الزوج لو ادّعى قدرا قليلا، و هى كناية عن قبول أقلّ متمول، لا- على وجه الحقيقه، لأنها غير متموله، إلا أن يعتبر قدرا من الوزن لأحد النقيدين، و معه لا يحسن أيضا، لزيادتها عن أقلّ متمول. و الأولى جريانها على أصلها، و جعلها بطريق المبالغه فى قبول القليل، لا قبول نفسها، من قبيل قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «تصدّقوا و لو بشقّ تمره» (٢) و «من بنى مسجدا كمفحص قطاه» (٣) فإن ذلك على طريق المبالغه و الكنايه فى أن الله تعالى يقبل القليل و الكثير.

الرابع: ربما توهم بعض القاصرين (٤) أن هذه المسأله إجماعيه، و أن الأصحاب متفقون على قبول قول الزوج فى المهر مطلقا، نظرا إلى إطلاق المصنف و جماعه (٥) قليلين منحصرين الحكم كذلك، و أن قول العلامة بخلافه نادر لا يقدر

ص: ٢٩٧

١- ١) فى ص: ٢٩٨.

٢- ٢) الوسائل ٢٦٥: ٦ ب «٧» من أبواب الصدقه ح ١ و ٥.

٣- ٣) سنن ابن ماجه ١: ٢٤٤ ح ٧٣٨، عوالى اللئالى ٢: ٣٠، أمالى الشيخ الطوسى ١: ١٨٣ ح ٣٠٦، و فى الوسائل ٣: ٤٨٦ ب «٨» من أبواب أحكام المساجد ح ٢ و ٦، عن الصادقين عليهما السلام.

٤- ٤) فى «س»: المعاصرين.

٥- ٥) منهم ابن إدريس فى السرائر ٢: ٥٨٢.

و لو اختلفا في قدره (١) أو وصفه فالقول قوله أيضا.

فيه و هو ناشئ عن عدم تحرير حقيقه الإجماع على الوجه الذي يصير حججه عند الأصحاب. و مع ذلك فكلام أكثر المتقدمين - حتى الشيخ في المبسوط و النهايه - خال عن فرض المسأله، و إنما ذكروا مسأله الاختلاف في قدره خاصه تبعا للنص (١) الوارد فيه. و المتعرضون لهذه المسأله ذكروها بطريق الاجتهاد، و اختلفت لذلك آراؤهم حتى من الواحد في أزمنه مختلفه، كما اتفق للعلامه (٢). و المرجع فيها إلى ما ساق إليه الدليل على الوجه الذي ذكروه أو غيره.

قوله: «و لو اختلفا في قدره إلخ».

هنا مسألان:

الأولى: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر، بأن ادعت أنها تستحق عنده من جهه المهر مائه دينار، سواء كان ذلك جميعه أو بعضه، و سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده، فقال الزوج: بل خمسون، فالمشهور بين الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا ظاهرا أن القول قول الزوج مع يمينه. و الأصل فيه قبل الاتفاق ظاهرا صحيحه أبي عبيده عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها، فادعت أن صداقها مائه دينار، و ذكر الرجل أنه أقل مما قالت، و ليس لها بينه على ذلك، فقال: «القول قول الزوج مع يمينه» (٣). و يؤيده أصاله براهه ذمته من الزائد، و أنه فيه مدعى عليه، و هو منكر، فالقول قوله.

و لا فرق بين كون مدعاه ممّا يبذل مهرا عادة لأمثالها و عدمه عندنا، لعموم

ص: ٢٩٨

١- ١) لاحظ الهامش (٣) هنا.

٢- ٢) ذكرت آراؤه في ص: ٢٩٢-٢٩٤.

٣- ٣) الكافي ٥: ٣٨٦ ح ٣، التهذيب ٧: ٣٦٤ ح ١٤٧٦، و ٣٧٦ ح ١٥٢٢، الوسائل ١٥: ٢٨ ب «١٨» من أبواب المهور.

الأدلة، وإليه يرجع قول المصنف: «و لا إشكال لو قدره بأرزه» وإن جعله من أقسام المسألة الأولى.

و مقتضى إطلاق الأصحاب و الروايه أنه لا يستفسر هنا بكون ذلك تسميه أم من مهر المثل. و للبحث في ذلك مجال، لأنه لو كان بعد الدخول مع اتّفاقيهما على عدم التسميه فالواجب مهر المثل، فإذا كان القدر الذي يعترف به أقلّ منه فدعواه في قوّه إبقاء الزائد أو التخلّص منه بالإبراء و نحوه، و مثل ذلك لا يقبل قوله فيه.

و كذا مع اتّفاقيهما على التسميه و اعترافه بأنها أكثر و لكن يدعى التخلّص من الزائد.

و الحقّ حمل الفتوى و النصّ على ما لو أطلقا الدعوى، أو ادّعى تسميه هذا القدر و ادّعت هي تسميه الأزيد، بل الشيخ في المبسوط (1) فرض المسألة في هذا القسم الأخير. و مع ذلك ففيهما معا بحث، لأنه مع الإطلاق كما يحتمل كونه بطريق التسميه يحتمل كونه بطريق عوض البضع المحترم، و عوضه مطلقا مهر المثل، و إنما يتعين غيره بالتسميه، و الأصل عدمها. و هذا الأصل مقدّم على أصاله البراءه، لوجود الناقل عنها. و مع اختلافهما في قدر التسميه يكون كلّ منهما منكرا لما يدّعيه الآخر منها، فلو قيل بالتحالف و وجوب مهر المثل كان حسنا، إلا أن إطلاق الروايه الصحيحه المتناول لمحلّ النزاع يؤنس بترجيح ما أطلقه الأصحاب على ما فيه من الحزازة. و من ثمّ قال العلامة في القواعد: «و ليس ببعيد من الصواب تقديم من يدّعى مهر المثل، فإن ادّعى النقصان و ادّعت الزيادة تحالفا و ردّ إليه. و لو ادّعى الزيادة المختلفه احتمل تقديم قوله، لأنه أكثر من مهر المثل، و مهر المثل، و لو ادّعى

ص: ٢٩٩

النقصان احتمال تقديم قولها، و مهر المثل» (١). و على كل حال فلا خروج عما عليه الأصحاب و تناوله إطلاق النص الصحيح، و إن كان ما قرّبه العلامه فى محلّ القرب.

الثانيه: إذا اختلفا فى صفه المهر كالصحيح و المكسر و الجيد و الردى فالقول قول الزوج مع اليمين، سواء كان ما يدّعيه بقدر مهر المثل أم أقل، و سواء كان قبل الدخول أم بعده، لأصاله براءه ذمّته ممّا تدّعيه المرأه من الوصف الزائد.

و ألحق به بعض الأصحاب (٢) ما لو اختلفا فى الحلول و التأجيل، أو فى تقدير الأجل، بل جعلهما من أفراد الاختلاف فى الصفه. و يشكل بأن الأصل عدم التأجيل، و عدم زياده الأجل عما تدّعيه، فهى المنكره و هو المدّعى، فتقديم قوله فىهما ممنوع. و لو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف فى الصفه- لأن كلاّ منهما ينكر ما يدّعيه الآخر، خصوصاً مع تصريح كلّ منهما بكون ما يدّعيه هو الذى وقع عليه العقد- كان وجهها، فيثبت مهر المثل، إلا أن يزيد عما تدّعيه المرأه أو ينقص عما يدّعيه الزوج.

و ألحق جماعه من الأصحاب- منهم الشيخ فى المبسوط (٣) و ابن إدريس (٤) و العلامه فى التحرير (٥)- اختلافهما فى جنسه بالاختلاف فى قدره، كما لو قالت: المهر مائه دينار، فقال: بل مائه درهم. و استدّلوا عليه بأن الزوج منكر، فيكون القول قوله. و الإشكال فيه أقوى، و وجه التحالف فيه أولى، إلا أن الأصحاب أعرضوا

ص: ٣٠٠

١- ١) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٣: ٢٤٢.

٣- ٣) المبسوط ٤: ٣٠٠.

٤- ٤) السرائر ٢: ٥٨٢.

٥- ٥) تحرير الأحكام ٢: ٣٩.

أما لو اعترف بالمهر (١) ثم ادعى تسليمه و لا بينه فالقول قول المرأة مع يمينها.

عنه رأساً و جماعه (١) من العامة أثبتوه فى أكثر هذه المسائل حتى فى الاختلاف فى أصل المهر. و ما حَقَّقناه أظهر. و لم يتعرَّض المصنف لاختلافهما فى الجنس، و لا العلامة فى غير التحرير.

قوله: «أما لو اعترف بالمهر. إلخ».

لثبوتة فى ذمته باعترافه و أصاله عدم التسليم، فيكون مدعى له و هى المنكره، فيقدم قولها. و هذا ممَّا لا إشكال فيه، لكن فى روايه الحسن بن زياد الموقوفه: «إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر، و قال الزوج: قد أعطيتك، فعليها البينه و عليه اليمين» (٢). و هى ضعيفه السند مقطوعه، لكن قد تقدم فى معناها صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام و فى آخرها: «إذا أهديت إليه و دخلت بيته و طالبتة بعد ذلك فلا شىء لها، لأنه كثير لها أن يستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل و لا كثير» (٣). و عمل بمضمونها ابن الجنيد (٤)، فقدّم قول الرجل فى البراءه من المهر بعد الدخول، و قولها فى ثبوتة قبله. و المذهب هو الأول، فإنّه (٥) لا فرق بين وقوع الدعوى قبل الدخول و بعده.

ص: ٣٠١

-
- ١- (١) الكافى فى فقه أهل المدينة ٥٥٧:٢، الوجيز ٣٥:٢، حليه العلماء ٥٠١:٦.
 - ٢- (٢) الكافى ٣٨٦:٥ ح ٤، التهذيب ٣٦٠:٧ ح ١٤٦٣، و ٣٧٦ ح ١٥٢١، الاستبصار ٢٢٣:٣ ح ٨٠٩، الوسائل ١٥:١٥ ب (٨) من أبواب المهور، ح ٧. و الروايه مسنده فى المصادر فى غير الموضوع الثانى من التهذيب.
 - ٣- (٣) الكافى ٣٨٥:٥ ح ٢، التهذيب ٣٥٩:٧ ح ١٤٦٠، الاستبصار ٢٢٢:٣ ح ٨٠٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٨.
 - ٤- (٤) راجع مختلف الشيعة: ٥٤٨.
 - ٥- (٥) فى «س، ش»: و أنه.

تفريع: لو دفع قدر مهرها (١) فقالت: دفعته هبه، فقال: بل صداقا، فالقول قوله، لأنه أبصر ببيته.

قوله: «لو دفع قدر مهرها. إلخ».

إذا دفع إليها شيئا، سواء كان بقدر مهرها أم أقل منه، و اختلفا فقال: دفعته صداقا أو من الصداق، و قالت: بل دفعته هبه، فإن كانت دعواها عليه أنه نوى بالدفع الهبه من غير أن يتلفظ بما يدلّ عليها فالقول قوله بغير يمين، لأنه لو اعترف لها بما تدّعيه لم تتحقّق الهبه إلا بانضمام لفظ يدلّ عليها، فلا يفتقر إلى اليمين. و إن ادّعت تلفظه بما يدلّ على الهبه فالقول قوله مع اليمين، لأصالة العدم، و لأنه منكر.

و تعليل المصنف بكونه أبصر ببيته يدلّ على القسم الأول، لأن مرجعه إلى دعوى البيته، و معه لا يحتاج إلى التعليل بكونه أبصر ببيته، لأنه لو صرح بالبيته لم يكف في الحكم بكونه هبه، بل لا بدّ من انضمام اللفظ الدالّ عليه، كقوله: خذيه هبه أو هديّه و نحو ذلك. و لو أراد به القسم الثاني أو ما يشمل الأمرين - كما يقتضيه إطلاق اللفظ لو لا التعليل - لم يحسن التعليل أيضا، لأنه إن وقع منه لفظ يدلّ على الهبه أو الصداق حكم عليه به ظاهرا و إن لم تعلم نيته، و إن لم يقع منه لفظ يدلّ عليه لم تكف البيته.

و الظاهر أن المصنف حاول الجمع بين الحكمين، كما فعله في المبسوط (١) و القواعد (٢)، لكن التعليل لا - يجرى عليهما، بل يمكن جريانه على قسم ثالث، بأن يكون قد عبّر بلفظ يحتمل الهبه و غيرها، كقوله: خذى هذا أو هذا لك أو أعطيتك هذا و نحو ذلك من الألفاظ غير الصريحة في الهبه، فإنه لا يحكم بها إلا مع انضمام

ص: ٣٠٢

١-١ (١) المبسوط ٣٠١:٤-٣٠٢.

٢-٢ (٢) قواعد الأحكام ٢:٤٥.

الثانية: إذا خلا [بها] (١) فدعت المواقعه، فإن أمكن الزوج إقامة البيّنه - بأن ادّعت هي أن المواقعه قبلها و كانت بكرًا - فلا كلام، وإلا كان القول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم المواقعه، وهو منكر لما تدّعيه. وقيل:

القول قول المرأه، عملاً بشاهد حال الصحيح في خلوته بالحلائل. و الأول أشبه.

القصد، وإنما يعلم ذلك من قبله، فإذا ادّعت قصد الهبه بمثل ذلك فالقول قوله، لأنه أبصر ببيّته. أما مع التصريح بأحد القسمين، كقوله: خذيه هبه أو مهراً، فلا - يفتقر في الحكم بمدلوله إلى العلم ببيّته، لأنه صريح في مدلوله. ويمكن بناء كلام المصنف على أن المعاطاه تكفي في الهديه، وهي نوع من الهبه، فإذا اختلفا في قصدها قبل قوله بيمينه، لأنه أبصر ببيّته. وهذا أقرب إلى مراده رحمه الله. وقد تقدّم (١) البحث في ذلك في باب الهبه.

قوله: «إذا خلا بالزوجه. إلخ».

إذا ادّعت بعد الخلوه التامه الخاليه من موانع الوقاع الدخول و أنكر، فإن كانت بكرًا فلا إشكال، لإمكان الاطلاع على صدق أحدهما باطلاع الثقات من النساء عليها، وذلك جائز لمكان الحاجه، كنظر الشاهد و الطيب. و إن كانت ثيبًا تعارض الأصل و الظاهر، لكن الأقوى تقديم الأصل، لأن وجود قدره و الداعى و انتفاء الصارف مظنون لا معلوم، و معها لا بدّ لفعل القادر من ترجيح، و الأصل عدمه. و قد تقدّم (٢) البحث في هذه المسأله، و ما يدلّ من الأخبار على الطرفين في أن الخلوه هل تكفي في استقرار المهر من دون الجماع أم لا؟

ص: ٣٠٣

١-١) في ج ١٠: ٦-١٢.

٢-٢) في ص: ٢٢٥.

الثالثه: لو أصدقها تعليم سورة أو صناعه

الثالثه: لو أصدقها تعليم (١) سورة أو صناعه، فقالت: علمنى غيره، فالقول قولها، لأنها منكره لما يدعى.

الرابعه: إذا أقامت المرأه بينه أنه تزوجها فى وقتين بعقدين

الرابعه: إذا أقامت المرأه (٢) بينه أنه تزوجها فى وقتين بعقدين، فادعى الزوج تكرار العقد الواحد، وزعمت المرأه أنهما عقدان، فالقول قولها، لأن الظاهر معها. و هل يجب عليه مهرا ن؟ قيل: نعم، عملا بمقتضى العقدين.

و قيل: يلزمه مهر و نصف. و الأول أشبه.

قوله: «لو أصدقها تعليم. إلخ».

المراد أنه ادعى تعليمها و أنكرت و زعمت أنه علمها غيره، و اكتفى بدعواها ذلك لدلاله المقام على التنازع و دلاله التعليل. و أراد بقوله: «لأنها منكره لما يدعى» أنه بدعواه تعليمها يدعى إقباض المهر، و هى تنكره، فيرجع النزاع إلى الاختلاف فى تسليمه، و قد علم أن القول قولها، لأصالة عدم الإقباض. و حينئذ فيلزمه أجره مثل التعليم، لتعذره كما سبق. و مثله ما لو ادعى تعليمها السوره المعينه، و ادعت أنه علمها غيرها.

قوله: «إذا أقامت المرأه. إلخ».

إذا اختلف الزوجان المتفقان على وقوع عقدى نكاح بينهما فى وقتين، أو مع إقامه البينه على العقدين، فادعى الزوج التكرار المحض، إما على وجه الاحتياط فى تصحيحه، لإشهاده، أو مجردا، و ادعت المرأه أن كلا منهما عقد شرعى و إن لم يذكر سبب الفرقه من العقد الأول، لأن الدعوى تدل عليه، و لأن دعوى المشروط تستلزم وقوع الشرط، فقدم قولها، عملا بالحقيقه الشرعيه، فإن العقد حقيقه شرعيه فى السبب المبيح للبضع، فاستعماله فى نفس الإيجاب و القبول المجردين عن الأثر مجاز بحسب الصوره، كتسميه الصوره المنقوشه على الجدار فرسا. و مثله ما لو قال لغيره:

بع هذا العبد منى ثم ادعى أنه ملكه، فإنه لا يلتفت إليه، و تجعل الاستباحه إقرارا له

بالملك، ولا يعتدّ بقوله: إني طلبت منه صورته البيع. ولا يعتبر التعرض في الدعوى للوطء، لأن المهر المسمّى يجب بالعقد على أصحّ القولين.

و المراد بقول المصنف: «لأن الظاهر معها» أن الظاهر من إطلاق اللفظ حمله على حقيقته دون مجازة، و أراد بالظاهر معنى الأصل، من حيث إن استعمال العقد في غير حقيقته خلاف الظاهر في الاستعمال، و إن كان المجاز في نفسه كثيرا شائعا.

إذا تفرّر ذلك فالذى يلزمه بالعقدين فيه أوجه:

أحدها - وهو الذى اختاره المصنف -: أنه يجب عليه مهرا، لأن كلّ عقد سبب تامّ فى وجوب المهر، و الأصل استمراره. و لأنه لا ينتصف إلا بالطلاق، و فى سماع دعواه فيه (1) نظر، لأنها منافيه للدعوى الأولى لو صرح بها.

و ثانيها: أنه مهر و نصف، و هو الذى حكاه المصنف ثانيا، اختاره الشيخ فى المبسوط (2)، و نقله فى المختلف (3) عن والده سديد الدين، لأن الفرقه متحقّقه ليصحّ فرض العقد الثانى، و الوطاء غير معلوم، و الأصل عدمه.

و ثالثها: لزوم مهر واحد، لأن من أسباب الفرقه ما لا يوجب مهرا و لا نصفه، كردّتها، و إسلامها، و فسخه بعيها قبل الدخول، و فسخها بعيب غير العتّه قبله. و يمكن فرضه أيضا بالطلاق فى الأول قبل الدخول، و فى الثانى كذلك.

و الأقوى وجوب المهرين، لأصاله بقائهما فى ذمّته إلى أن يحصل المزيل، و هو غير معلوم. و مجرّد الفرقه أعمّ من كونها مسقطه و عدمه، إلا أن يدعى عدم الإصابه فى الأول و الطلاق فيلزمه مهر و نصف، أو يدعى الطلاق فى الثانى أيضا قبل الدخول

ص: ٣٠٥

١- ١) فى «س»: منه.

٢- ٢) المبسوط ٢٩١: ٤.

٣- ٣) مختلف الشيعه: ٥٥١.

أشاره

النظر الثالث: في القسم و النشوز و الشقاق

القول في القسم

القول في القسم (١) و الكلام فيه و في لواحقه.

أما الأول

أما الأول فنقول:

فمهر واحد يجتمع منهما، أو يدعى الفسخ بأحد الأسباب الموجهة لعدم المهر مع إمكانه فيجب المهر الثاني خاصه، أو يدعى الطلاق قبل الدخول في الثاني فنصفه لا غير.

لكن يشكل قبول دعواه الفسخ بالعيب، لأصالة عدمه. و يظهر من الشهيد في شرح الإرشاد (١) قبوله، محتجاً بأن تجوزيه ينفي القطع بالزيادة على المهر الثاني.

و هذا بخلاف دعوى الطلاق، فإنه بفعله، و يرجع فيه إليه. و أما الدخول فالأصل عدمه، كما أن الأصل استصحاب المهر كملاً (٢) إلى أن يدعى المزيل، فلو سكت عن الدعوى ثبت المهران على الأقوى. و هذا كما يقال: إن المستودع بعد ثبوت الإيداع مطالب بها و محبوس عليها ما دام ساكتاً، فإن ادعى تلفاً أو ردّاً صدق بيمينه و انقطعت الطلبه.

قوله: «في القسم. إلخ».

القسم بفتح القاف مصدر قسمت الشيء أقسمه، و بالكسر: الحظّ و النصيب، و يقال: هو التقدير، و يمكن اعتبار القسم بين الزوجات منهما. و هو حقّ واجب لمن يجب الإنفاق عليه من الزوجات، لقوله تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٣) و للأخبار (٤)، و التأسي (٥).

ص: ٣٠٦

١-١ (١) غايه المراد: ٢٠٤.

٢-٢ (٢) في «و»: إلا.

٣-٣ (٣) النساء: ١٩.

٤-٤) الوسائل ١٥:٨٠ ب «١» من أبواب القسم و النشوز و الشقاق، و ص ٨٧ ب «٨».

٥-٥) لاحظ الوسائل ١٥:٨٤ ب (٥) من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ٢.

لكل واحد من الزوجين (١) حق يجب على صاحبه القيام به، فكما يجب على الزوج النفقه من الكسوه و المأكل و المشرب و الإسكان، فكذا يجب على الزوجه التمكين من الاستمتاع، و تجنب ما ينفر منه الزوج.

قوله: «لكل من الزوجين. إلخ».

لا خفاء في أن لكل من الزوجين حقًا على الآخر، قال الله تعالى قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ (١) يعنى من الحقوق التى لهنّ على الأزواج من النفقه و المهر و غيرهما، و قال تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٢) و قال وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٣) و المراد تشبيه أصل الحقوق بالحقوق لا في كَيْفِيَّتِهَا لاختلافها.

و روى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: «جاءت امرأه إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ فقالت: يا رسول الله ما حقّ الزوج على المرأة؟ فقال: أن تطيعه و لا- تعصيه، و لا- تتصدّق من بيته إلا- بإذنه، و لا تصوم تطوعًا 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: فمن أعظم الناس حقًا على الرجل؟ قال: والده. قالت: فمن أعظم الناس حقًا على المرأة؟ قال: زوجها. قالت: فما لى عليه من الحقّ مثل ما له على؟ قال: لا و لا من كلّ مائه واحده. فقالت: و الذى

ص: ٣٠٧

١- ١) الأحزاب: ٥٠.

٢- ٢) النساء: ١٩.

٣- ٣) البقره: ٢٢٨.

بعثك بالحق نبيا لا يملك رقبتى رجل أبدا» (١).

وقال صلى الله عليه وآله: «لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر، ولو صلح لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها، والذي نفسى بيده لو كان من قدمه إلى مفرق رأسه قرحه تنجس بالقيح والصدید ثم استقبلته تلحسه ما أدت حقه» (٢). وقال صلى الله عليه وآله: «أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا» (٣) «و خياركم خياركم لنسائهم» (٤).

وروى شهاب بن عبد ربّه قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام ما حقّ المرأة على زوجها؟ قال: يسدّ جوعتها، ويستر عورتها، ولا يقبّح لها وجهها، وإذا فعل ذلك فقد والله أدّى حقه» (٥).

إذا تقرّر ذلك فالواجب على كلّ منهما القيام للآخر بالحقوق التي عليه من غير أن يحوج صاحبه إلى طلبها أو الاستعانه بغيره، وأن لا يظهر الكراهه في تأديه الحقّ، بل يؤدّيه باستبشار و انطلاق وجهه، وأن يكفّ عمّا يكرهه صاحبه من قول أو فعل بغير حقّ. و منه تمكين الزوجه الزوج من الاستمتاع، وإزاله ما ينفر منه، لأن ذلك من مقدّمات الواجب، وهو من جمله ما عليهنّ بالمعروف. و منه عدم الخروج من منزله بغير إذنه، ولو إلى بيت أهلها، حتى عياده مرضاهم و حضور ميّتهم و تعزيتهم.

ص: ٣٠٨

١- ١) الكافي ٥: ٥٠٦، ٥٠٧، ح ١، الفقيه ٣: ٢٧٦، ح ١٣١٤، الوسائل ١٤: ١١١ ب «٧٩» من أبواب مقدمات النكاح و آدابه ح ١.

٢- ٢) مسند أحمد ٣: ١٥٩.

٣- ٣) أمالي الطوسي: ١٣٩ ح ٢٢٧، جامع الأحاديث للقمي: ٦٠، الوسائل ٨: ٥٠٩ ب «١٠٤» من أبواب أحكام العشره ح ٣٤ و ٣٥، و راجع أيضا سنن ابن ماجه ١: ٦٣٦ ح ١٩٧٨، سنن الترمذى ٣: ٤٦٦ ح ١١٦٢.

٤- ٤) أمالي الطوسي: ١٣٩ ح ٢٢٧، جامع الأحاديث للقمي: ٦٠، الوسائل ٨: ٥٠٩ ب «١٠٤» من أبواب أحكام العشره ح ٣٤ و ٣٥، و راجع أيضا سنن ابن ماجه ١: ٦٣٦ ح ١٩٧٨، سنن الترمذى ٣: ٤٦٦ ح ١١٦٢.

٥- ٥) الكافي ٥: ٥١١ ح ٥، الوسائل ١٥: ٢٢٦ ب «٢» من أبواب النفقات ح ١.

و القسمة بين الأزواج (١) حقّ على الزوج، حرّاً كان أو عبداً، و لو كان عتينا أو خصياً. و كذا لو كان مجنوناً، و يقسم عنه الولي.

قوله: «و القسمة بين الأزواج. إلخ».

لما كان الغرض من القسمة الإيناس و العدل بين الزوجات و التحرّز عن الإيذاء و الإيحاء بترجيح بعضهنّ على بعض لم يفرّق فيها بين الحرّ و العبد، و لا- بين العتّين و الفحل، و لا بين الخصي و غيره، لاشتراك الجميع في الفائدة المطلوبة منه، و الوقاع غير واجب.

و أما المجنون إذا كان له زوجات متعدّده و يتصوّر (١) ذلك فيمن بلغ رشيداً فتروّج أكثر من واحد ثمّ عرض له الجنون، أو زوّجه وليه صغيراً أكثر من واحد ثمّ بلغ مجنوناً، لا- في غير ذلك، لأنّ المجنون البالغ لا- يجوز لوليّه أن يزوّجه أكثر من واحد، لا لتفاه الحاحه بها.

ثمّ لا- يخلو: إما أن يكون جنونه مطبقاً أو أدواراً، فإن كان الثاني فهو في وقت الإفاقة كغيره من المكلفين، و في غيرها كالمطبق. ثمّ إن لم يؤمن منه فلا- قسم في حقّه. و إن أمن فإن كان قد قسم لبعض نسائه ثمّ جنّ فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات قضاء لحقوقهنّ، كما يقضى ما عليه من الدين. و كذلك إذا طلبن إن جعلنا حقّ القسمة مشتركاً بينهما، و إن جعلناه مخصوصاً بالزوج لم يجب على الولي الإجابة. و لو أردن التأخّر إلى أن يفيق ليتّم المؤانسه فلهنّ ذلك.

و إن لم يكن عليه شيء من القسم، بأن كان معرضاً عنهنّ جمع، أو جنّ بعد التسويه بينهما، فإن رأى منه الميل إلى النساء، أو قال أهل الخبره: إن غشيانهنّ ينفعه، فعلى الولي أن يطوف به عليهنّ، أو يدعوهنّ إلى منزله، أو يطوف به على بعضهنّ و يدعو بعضهنّ كما يرى. و ليس له أن يجوز، لأنّ الولي عاقل، و ليس للعاقل

ص: ٣٠٩

(١- ١) كذا في النسخ، و لعلّ الصحيح: فيتصوّر، ليكون جواب (و أما).

وقيل: لا تجب (١) القسمه حتى يتدئ بها. وهو أشبه.

الجور في قسم زوجاته، ولا تفضيل بعضهنّ على بعض. فإن جار و قسم لإحداهنّ أكثر أثم. فإذا أفاق المجنون فالمشهور أن عليه القضاء لمن نقص من حقّها. ولو قيل بعدم وجوب القضاء على المجنون و بقاء الحقّ في ذمّه الوليّ كان وجهها، لأن المجنون غير مكلف، والقضاء تابع للتكليف بالفعل أو ثابت بأمر جديد، وهو منتف هنا.

و لو انتفى الميل و المصلحة (١) لم يجب على الوليّ أن يقسم به. و يظهر من العبارة وجوب القسم به مطلقا. و هو يتمّ على القول باشتراك الحقّ بين الزوجين و طلبن ذلك، لكن المصنف لا يقول به كما سيأتى [١]، فعدم الوجوب هنا أجود.

قوله: «وقيل: لا تجب. إلخ».

لا- خلافاً بين العلماء في وجوب القسم بين الزوجات في الجملة، لما فيه من العدل بينهنّ و تحصينهنّ و المعاشرة بالمعروف المأمور بها. و لأنّ النبيّ صلّى الله عليه و آله مات عن تسع، و كان يقسم لثمان منهنّ، لأنّ سوده بنت زمعه و هبت ليلتها لعائشه حين أراد النبيّ صلّى الله عليه و آله طلاقها لما كان بها من الكبر، فسألته أن يتركها في جملة أزواجه و وهبت ليلتها لعائشه (٢). و منه استفيد جواز هبه الليله.

و التأسى به صلّى الله عليه و آله و سلّم واجب.

و هل هي واجبه بنفس العقد و التمكين، أم يتوقّف على الشروع فيها؟ قولان مبناهما على أنها هل هي حقّ للزوج ابتداء، أولهما؟ فذهب الشيخ في المبسوط (٣)

ص: ٣١٠

١- ١) في «س» و الحجريتين: أو المصلحة.

٢- ٣) صحيح مسلم ١: ١٠٨٥ ح ١٤٦٣، سنن أبي داود ٢: ٢٤٢ ح ٢١٣٥، سنن ابن ماجه ١: ٦٣٤ ح ١٩٧٢. و راجع أيضا الام ٥: ١٤٢، و الحاوى الكبير ٩: ٥٧٠، و سنن البيهقي ٧: ٧٤.

٣- ٤) المبسوط ٤: ٣٢٥-٣٢٦.

و من تبعه (١) إلى الأول، فلا يجب إلا إذا شرع، لأنه بشروعه اقتضى تخصيص الأولى، والعدل واجب بين الزوجات. وهو الذي اختاره المصنف.

و يدلّ عليه أن حق الاستمتاع ليس للزوجات، و من ثمّ لم يجب على الزوج بذله لهنّ إذا طلبنه و إن بات عندهنّ. و الجماع لا يجب إلا في كلّ أربعة أشهر كما مرّ، و المتيقّن كونه حقّاً للزوج، فله طلبه متى شاء و الإعراض عنه كذلك. و إنما وجب إكمال الدور مع الابتداء به مراعاة للعدل، و لظاهر قوله تعالى فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (٢) فإنه يدلّ على أن الواحد كالأمة لا حقّ لها في القسمة المعتبر فيها العدل، و لو وجبت لها ليلة من الأربع لساوت غيرها، و كلّ من قال بعدم الوجوب لها قال بعدمه للأزيد إلا مع الابتداء بواحدة فتجب التسوية.

و لأصالة براءة الذمّه من وجوبها في محلّ النزاع.

و المشهور بين الأصحاب وجوب القسمة ابتداءً للتأشّري بالنبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، فقد كان يقسم بينهما كذلك دائماً، حتى كان يطاف (٣) به في مرضه محمولاً فيبيت عند كلّ امرأة ليلة حتى حللته أن يبيت عند عائشه، و كان يقول:

«اللهم هذا قسمي فيما أملك و أنت أعلم بما لا أملك» (٤) يعني من جهة الميل القلبي.

و لقوله تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٥) و الأمر للوجوب. و ليس الأمر هنا للمرّه بل هو للتكرار، و ليس في كلّ الأوقات فبقي أن يكون بحسب ما تقتضيه

ص: ٣١١

١- ١) راجع إصباح الشيعة ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه ١٨: ٣٤٤.

٢- ٢) النساء: ٣.

٣- ٣) مجمع البيان ٣: ١٢١ ذيل آيه ١٢٩ من سوره النساء، الوسائل ١٥: ٨٤ ب «٥» من أبواب القسم و الشوزح ٢، و الام ٥: ١٩٠، سنن البيهقي ٧: ٢٩٨.

٤- ٤) سنن الدارمي ٢: ١٤٤، سنن أبي داود ٢: ٢٤٢ ح ٢١٣٤، سنن البيهقي ٧: ٢٩٨.

٥- ٥) النساء: ١٩.

القسمه، إذ لا قائل بثالث. ولإطلاق الأمر بها في قول الباقر عليه السلام: «قسم للحزب الثلاثين من ماله و نفسه، وللأمة الثلث من ماله و نفسه» (١).

و في كل واحد من الأدلة نظر، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يكن يفعل ذلك على وجه الوجوب، لما تقدم (٢) من أن الأصح عدم وجوب القسمه عليه صلى الله عليه وآله وسلم، لقوله تعالى تَزَجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُمْ وَ تُوْوِي إِلَيْكَ مَنْ تَشَاءُ وَ مَنْ ابْتَغَيْتَ مِمَّنْ عَزَلْتَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكَ (٣). و التأسى به إنما يجب فيما يجب لا فيما يستحب. و أيضا فإنه صلى الله عليه وآله وسلم تركهن شهرا و اعتزل في غرفه بسبب موجدته (٤) وجدها على بعضهن، و لم يكن الإيذاء و التقصير الموجب له صدر عن جميعهن، فلو كان واجبا عليه لاقتصر على هجر المستحقه له خاصه.

و المعاشره بالمعروف لا- تدل على وجوب المبيت عندهن بإحدى الدلالات، بل يمكن تحققها بدون ذلك، كالإيناس، و الإنفاق، و تحسين الخلق، و الاستمتاع في النهار، أو في الليل مع عدم استيعاب الليله بالمبيت، بل مع عدم المبيت على الوجه الذي أوجهه القائل. بل يمكن تحصيل المعاشره بالمعروف و زياده في الأوقات مع عدم مبيته عندهن على ذلك الوجه، و فواتها أو أهمها مع المبيت حيث يقتصر على أقل الواجب. و بالجمله فداللتها على وجوب القسمه دائما بعيده جدا.

و أما الروايه ففيها أولا: ضعف [١] السنند. و ثانيا: تضمنها ما ليس بواجب،

ص: ٣١٢

١-١) نوادر احمد بن محمد بن عيسى: ١١٦ ح ٢٩٣، التهذيب ٧: ٤٢١ ح ١٦٨٤، الوسائل ١٥: ٨٧ ب (٨) من أبواب القسم و النشوز و الشقاق، ح ٢.

٢-٢) في ج ٧: ٨٢ و ٨٤.

٣-٣) الأحزاب: ٥١.

٤-٤) راجع تفسير علي بن إبراهيم القمي ٢: ١٩٢، مجمع البيان ٨: ٣٥٣، تفسير الطبري ٢١: ٩٩.

فمن له زوجته (١) واحده فلها ليله من أربع، و له ثلاث يضعها حيث شاء، و للثنتين ليلتان، و للثلاث ثلاث، و الفاضل له. و لو كان له أربع كان لكل واحده ليله بحيث لا يحل له الإخلال بالمبيت إلا مع العذر أو السفر أو إذنهن أو إذن بعضهن فيما تختص الآذنه به.

و هو أنه يقسم للحرّ الثلاثين من ماله و للأمه الثلث منه، و هو قرينه إرادته عدم (١) الوجوب من الخبر. و على تقدير حملة على ظاهره يلزم منه ما هو خلاف الإجماع، و هو الأمر بإعطاء الحرّ الثلاثين من النفس الشامل ذلك لثلاثي الوقت، و ذلك غير واجب إجماعاً. و هذا كله يدل على الاستحباب، و نحن نقول به.

قوله: «فمن له زوجته إلخ».

هذا تفريع على المشهور من وجوب القسمة ابتداء مطلقاً. و تحرير الواجب من القسمة على هذا التقدير بفرض دور القسمة الواجبه أربع ليال، لأن الله تعالى أباح له أن ينكح أربع نسوة لا أزيد، فللزوجه من الأربع ليله، ثم إن لم يكن له غيرها بقي له من الدور ثلاث ليال يبيتها حيث يشاء، فإذا انقضت الأربع وجب أن يبيت عندها ليله ثم يفعل في لياليه الثلاث ما شاء، و هكذا. و من كان له زوجتان فلكل واحده ليله يبقى له من الدور ليلتان يبيتها حيث يشاء، و له تخصيص واحده منهما بهما، و إن كانت التسويه بينهما أفضل. و من كان له ثلاث زوجات فلهن ثلاث ليال، و تبقى له من الدور ليله يضعها حيث يشاء، و يخصها بمن شاء منهن، و قسمتها بينهن و بين بعضهن على التساوى و الاختلاف.

و من كان له أربع كامل الدور لهن، و لم يكن له الإخلال بالمبيت عند صاحبه الليله أبداً مع الاختيار و عدم إذنها. و كلما فرغ الدور استأنف للأولى على الترتيب الذي فعله في الدور الأول.

ص: ٣١٣

(١ - ١) في إحدى الحجريتين: عدم إرادته.

و على ما اختاره المصنف من عدم وجوبها إلا إذا ابتدأ بها لا يجب القسم للزوجه الواحده مطلقا، بل له أن يبيت عندها متى شاء و يعتزلها متى شاء. و إن كان له اثنتان جاز له ترك القسم بينهما ابتداء بحيث لا يبيت عند واحد منهما، بل يبيت وحده فى بيت منزله عندهما عند أمه أو نحوها ممن لا قسمه لها أو فى المسجد أو عند صديق. فإن بات عند واحد منهما ليله و جب عليه أن يبيت عند الأخرى ليله مراعاة للعدل بينهما، و لما فيه من المعاشرة لهنّ بالمعروف المأمور (١) بها، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة و شقّه مائل أو ساقط» (٢). فإذا ساوى بينهما فى ذلك جاز له اعتزالهما و ترك القسمه إلى أن يريد المبيت عند إحداهما فيلزمه ذلك للأخرى، و هكذا. و كذا القول فيمن له ثلاث أو أربع. و متى ساوى بينهما جمع ثمّ أعرض عنهنّ جاز كما فى الابتداء.

و ممّا يتفرّع على القولين أنه لو كان عنده منكوحات لا قسمه لهنّ كالإماء فعلى الأول ليس له أن يبيت عندهنّ إلا فى الفاضل له من دور القسمه، فلو كان عنده أربع منكوحات بالعقد الدائم لم يكن له أن يبيت عند الأمه مطلقا إلا بإذن صاحبه الليله. و على القول الآخر يجوز أن يبيت ابتداء عند من لا تجب لها القسمه، و يستمرّ على ذلك مع واحد منهنّ أو يزيد أو عند الجميع مساويا أو مفاضلا إلى أن يبيت عند مستحقّه القسمه ليله فيجب المبيت عند الباقيات من ذوات القسمه إن كان عنده يزيد من واحد. فإذا ساوى بينهما جاز له العدول إلى من لا يستحقّ القسمه كما مرّ مستمرا إلى أن يرجع إلى ذوات القسمه، و هكذا.

ص: ٣١٤

(١-١) النساء: ١٩.

(٢-٢) مسند أحمد (٢: ٤٧١)، سنن ابن ماجه (١: ٦٣٣) ح ١٩٦٩. سنن أبى داود (٢: ٢٤٢) ح ٢١٣٣، سنن البيهقى (٧: ٢٩٧)، و أورده الصدوق (ره) بلفظ آخر فى عقاب الأعمال: ٣٣٣، و عنه الوسائل (١٥: ٨٤) ب (٤) من أبواب القسم و النشوز.

و هل يجوز(١) أن يجعل القسمة أزيد من ليله لكل واحد؟ قيل: نعم.

و الوجه اشتراط رضاهنّ.

قوله: «و هل يجوز. إلخ».

إذا قلنا بوجوب القسمة ابتداء أو أراها حيث يكون عنده أزيد من واحد فأقلّ القسمة بينهما ليله ليله، و لا- يجوز النقصان عنها، لأنه ينغص العيش و يبطل الاستيناس، و لأن أجزاء الليل يعسر ضبطها غالبا.

و هل يجوز أن يجعلها أزيد من ليله؟ قيل: نعم، ذهب إليه الشيخ في المبسوط (١) و جماعه (٢)، للأصل، و حصول الغرض حيث تحصل التسوية بينهما في الزمان. و لأن الحقّ له، فتقديره إليه. و حقّهنّ إنما هو في العدل و التسوية، و هو متحقّق.

و قيل: لا تجوز الزيادة على ليله تأسيّا بالنبيّ صلّى الله عليه و آله، و لما فيه من الإضرار و التغير، إذ قد يحصل لبعضهنّ القسم و يلحقه ما يقطع عن القسم للباقيات. و هذا هو الذي اختاره المصنف و المتأخرون (٣).

و فيه نظر، لما تقدّم من أن فعل النبيّ صلّى الله عليه و آله كان على وجه الاستحباب، و لا شبهه في رجحان كونه ليله، و لا يدلّ على المنع من الزائد. و لحوق الضرر بالزيادة عن الليله مطلقا ممنوع، بل ربما كانت الزيادة عنها بمثل الليلتين و الثلاث أنسب بحالهنّ و أقرب إلى مطلوبهنّ. و حصول العارض المانع من إكمال القسمة مشترك بين الليله و الأزيد. و لو سلّم أمكن تقييد الجواز بما لا يوجب الضرر عادة.

ص: ٣١٥

١- ١) المبسوط ٣: ٣٢٨.

٢- ٢) راجع القواعد ٢: ٤٦، و كثر العرفان ٢: ٢١٦.

٣- ٣) التحرير ٢: ٤١، التنقيح الرائع ٣: ٢٥١-٢٥٢، حاشية المحقق الكركي على الشرائع: ٣٩٤ (مخطوط).

و لو تزوّج (١) أربعاً دفعه ربّهنّ بالقرعه. و قيل: يبدأ بمن شاء حتى يأتي عليهنّ، ثمّ تجب التسويه على الترتيب. و هو أشبه.

و على القول بجواز الزيادة هل يتقدّر بقدر؟ ليس فى الأدلّه ما يقتضى الحصر فى عدد، إلا أن المدّه الطويله كالسنه ممتنعه قطعاً، من حيث انتفاء المعاشره بالمعروف معها، و بالإضرار بها غالباً. و فى المبسوط (١) قدّرها بثلاث ليل، و اعتبر فى الزائد عنها رضاهنّ. و يظهر من ابن الجنيد (٢) جواز جعلها سبعا. و فى القواعد (٣) أطلق عدم تقديرها كثره من غير تقييد برضاهنّ. و قد عرفت أنه لا- دليل على الحصر إلا من جهه العموم كالإضرار و نحوه، و إن كان الاقتصار على الليله أولى، للتأسيى. و موضع الخلاف مع تساويهنّ فى الاستحقاق، أما مع التفاضل فلا إشكال فى جواز القسمة أزيد من ليله، كما سيأتى (٤).

قوله: «و لو تزوّج إلخ».

إذا أراد الابتداء بالقسمة، سواء أوجبناها ابتداء أو مع اختيارها، ففى كيفيه البدأ قولان:

أحدهما: أنه يحكم بالقرعه فمن خرج اسمها بدأ بها. فإن كانتا اثنتين اكتفى بالقرعه مرّه واحده، لأن الثانيه تعيّنت ثانياً. و إن كنّ ثلاثاً أقرع بين الباقيتين فى الليله الثانيه. و إن كنّ أربعاً أقرع بين الثلاث ثانياً ثمّ بين الاثنتين ثالثاً، تحرّزا عن التفضيل و الترجيح، و لأنه ليس واحده منهنّ أولى بالتقديم من الأخرى، فالتقديم بالقرعه عدل. و لأن تقديم واحده بغير قرعه يقتضى الميل إليها فيدخل فى الوعيد

ص: ٣١٦

١- (١) المبسوط ٣٢٨: ٤.

٢- (٢) لم نعثر عليه.

٣- (٣) القواعد ٤٦: ٢.

٤- (٤) فى ص: ٣٢٢ و ٣٢٦.

السابق من الخبر (١) النبوي: «من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل». ولأن النبي (٢) صلى الله عليه وآله وسلم كان يقرع بين نسائه إذا أراد سفرا و يصحب من أخرجتها القرعة.

و الثاني: أنه لا- تجب القرعة، بل يجوز أن يبدأ بمن شاء منهنّ ثمّ يختار ثانيا و ثالثا إلى أن يأتي عليهنّ، للأصل، ولأنه على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمه بسبيل من الإعراض عنهنّ جميعا، و ما لم يبت عند بعضهنّ لا يلزمه شىء للباقيات، فلا يحتاج إلى القرعة ابتداء. و هذا أقوى، و هو الذى اختاره المصنف و الأكثر.

و يتخرّج (٣) فى المسألة وجه ثالث، و هو أنه لا تجب القرعة ابتداء و لكن تجب بين الباقيات إذا كنّ أزيد من واحده. أما الأول فلما قلناه من عدم وجوب الابتداء بالقسمه، و أنه لا تجب إلا إذا ابتدأ بواحدة فيجب الإكمال للباقيات. فعند إرادته القسمه لم يتعلّق به وجوب حتى يقرع بين أفرادهنّ المتعدّده فيه، و إنما وجب للباقي بمبيته عند الأولى و قد كان بمجرد الاختيار، فإذا تمّت نوبتها وجب حينئذ القسم للباقيات. فإذا تعدّدن اعتبر التقديم بالقرعة، لعدم الأولويّه مع اشتراكهنّ فى الوجوب.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا أقرع بينهنّ و تمّت النوب فلا- حاجه إلى إعادته القرعة، بل يراعى ما اقتضته من الترتيب الأول وجوبا أو استحبابا. هذا إذا أوجبنا القسمه مطلقا أو أراد العود إليها على الاتّصال. أمّا لو أعرض عنهنّ مدّه طويله ففى وجوب البناء على الترتيب السابق نظر، لأن القسمه الحاضره حقّ جديد لا تعلّق له بالسابق بل يحتمل سقوط اعتباره و إن عاد على الاتّصال حيث لا

ص: ٣١٧

١- ١) مرّ ذكر مصادره فى ص: ٣١٤، هامش (٢).

٢- ٢) سنن أبى داود ٢: ٢٤٣ ح ٢١٣٨، مسند أحمد ٦: ١١٧، سنن ابن ماجه ١: ٦٣٤ ح ١٩٧٠.

٣- ٣) فى «س»: و يترجّح.

يوجبها مطلقاً، لأن كل دور على هذا التقدير له حكم برأسه.

و لو بدأ بواحد من غير قرعه على القول بوجوبها فقد أساء، و يقرع بين الباقيات. و هل يعود بعد تمام النوب إلى التي بدأ بها ظلماً حيث يعتبر العود إلى الترتيب الأول؟ وجهان، من حصول الترتيب في نفسه و إن اقترن بالظلم، و من سقوط اعتبار البدأ شرعاً فتعتبر القرعه كما لو ابتدأ بالقسم. و هذا أجود.

بقي البحث في أمرين:

أحدهما: أن الخلاف في وجوب القرعه و عدمها واقع على القولين السابقين أعني: وجوب القسمه ابتداءً أو مع البدأ بها كما أشرنا إليه سابقاً. و قد صرح بذلك الشيخ في المبسوط حيث لم يوجبها ابتداءً و أوجب البدأ بالقرعه، فقال: «إذا كان للرجل زوجات لا يجب عليه القسم ابتداءً، لأنه حق له، فإذا أسقطه لا يجبر عليه» ثم قال: «فأما إن أراد أن يبتدئ بواحد منهن فيجب عليه القسم، لأنه ليس واحد منهن أولى بالتقديم من الأخرى، فعليه أن يقسم بينهما بالقرعه، فمن خرجت له القرعه قدمها. هذا هو الأحوط. و قال قوم: قدم من شاء منهن» (١) انتهى كلامه. و هو صريح في إيجابه القرعه على القول بعدم وجوب القسمه ابتداءً و إن كان قد جعله أخيراً أحوط.

و لكن العلامة في القواعد بنى القول بوجوب القرعه على القول بوجوب القسمه ابتداءً، فقال: «و هل يبتدئ بالقرعه أو الاختيار؟ يبنى على الوجوب و عدمه» (٢).

و هذا البناء ليس بجيد، لما عرفت من وقوع الخلاف على القولين. و يمكن

ص: ٣١٨

١- (١) المبسوط ٣٢٥: ٤-٣٢٦.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٤٦: ٢.

و الواجب في القسمه (١) المضاجعه لا المواقعه.

حمل كلامه على بناء الحكم بوجوب القرعه على القولين عنده لا بناؤه في نفسه، بمعنى أنه إن قال بوجوب القسمه مطلقا يقول بوجوب القرعه و إلا فلا. و له وجه حسن، لأنه مع وجوبها يشترك الجميع في استحقاق القسمه، فالبداهة بواحد دون أخرى ترجيح من غير مرجح و ميل منهى عنه، بخلاف ما إذا لم يوجبها إلا مع الابتداء، فإنه عند الابتداء بالأولى لا استحقاق لواحد منهما و إنما تعلق حقهنّ بتمام الليله كما أشرنا إليه سابقا. و على هذا لا يتوجه عليه النقض بحكم الشيخ في المبسوط بوجوب القرعه مع عدم وجوب الابتداء بالقسمه، لأنه بنى الحكم عنده لا مطلقا، و الشارحان (١) فهما منه إرادته الإطلاق فأوردا عليه كلام الشيخ.

الثاني: فرض المصنف الحكم فيما لو تزوج أربعاً دفعه على وجه المثال لا- الحصر، لأن الخلاف يجري و إن تزوجهنّ على الترتيب، أما على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمه فظاهر، إذ لو كان معرضاً عن تزوجهنّ أولاً ثم تزوج غيرهنّ و أراد القسمه جاء في البداهة الخلاف. و كذا لو قسم لاثنتين و أكمل الدور لنفسه ثم تزوج ثالثة. و أما على القول بوجوب القسمه مطلقاً فيأتي الخلاف فيمن تزوج بها على رأس كلّ دور، بأن بات عند ثلاث ثلاث ليال و تزوج رابعه، أو عند اثنتين ليلتين و تزوج ثالثة أو اثنتين.

قوله: «و الواجب في القسمه. إلخ».

المراد بالمضاجعه أن ينام معها على الفراش قريباً منها عادة، معطياً لها وجهه دائماً أو أكثرياً، بحيث لا يعدّ هاجراً و إن لم يتلاصق الجسمان أو بعضهما. و لا تعتبر المواقعه، لما تقدّم من أنها لا تجب إلا في كلّ أربعة أشهر مرّه، و لأنها غير مقدوره في كلّ وقت، و إنما ينافى بالنشاط و الشهوه و هي لا تواتى حيث يريد، بل هو حقّ له فأمره بيده عدا ما استثنى.

ص: ٣١٩

١-١) راجع الإيضاح ٢٥١:٣.

و يختصّ الوجوب (١) بالليل دون النهار. و قيل: يكون عندها في ليلتها، و يظلّ عندها في صبيحتها. و هو المروى.

قوله: «و يختصّ الوجوب. إلخ».

عماد القسّم الليل، قال تعالى هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ (١) و قال تعالى وَ جَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا (٢) و النهار في ذلك تبع، لأنه وقت التردّد و الانتشار في الحوائج فلا تجب فيه القسمه، لكن يستحب أن يجعل النهار لصاحبه الليله، مبتدئا بالليل لأنه المعتمد في التواريخ الشرعيه، و يجوز العكس.

و يظهر من الشيخ في المبسوط وجوب الكون معها نهارا، لأنه قال: و كلّ امرأه قسم لها ليلا فإن لها نهار تلك الليله، و لكن حكمه ليس كالليل، فإنه يجوز الدخول نهارا إلى الضرّه لعياده و زياره و حاجه كإعطاء النفقه و نحوها على القولين.

و إنما تظهر فائدته في عدم جواز اللبث معها لغير حاجه و لا لجماع، بخلاف الليل، فإنه لا يجوز إلا لضروره كعياده مريضه. هكذا قرّره (٣) الشيخ، و لم ينقل المصنف و لا غيره خلافه.

و القول الذي نقله بوجوب الكون في صبيحه الليله عندها لابن الجنيّد، فإنه قال: «العدل بين النساء هو إذا كنّ حرائر مسلمات لم يفضل إحداهنّ على الأخرى في الواجب لهنّ من ميّت بالليل و قيلوله صبيحه تلك الليله» (٤).

و استدلّ له المصنف (٥) و غيره (٦) بروايه إبراهيم الكرخي قال: «سألت أبا

ص: ٣٢٠

١- ١) يونس: ٦٧. و نصّ الآية: «هو الذي جعل لكم الليل.».

٢- ٢) النبا: ١٠.

٣- ٣) في «ش»: علّله. لاحظ المبسوط ٤: ٣٢٧ و ٣: ٣٣٣.

٤- ٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٨٠.

٥- ٥) المختصر النافع ١: ١٩١.

٦- ٦) راجع القواعد ٢: ٤٦، الإيضاح ٣: ٢٥٠، المهذب البارع ٣: ٤١٩.

عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاثٍ منهنّ في لياليهنّ و يمسّهنّ، فإذا نام عند الرابعه في ليلتها لم يمسّها، فهل عليه في هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها و يظلّ عندها صبيحتها، وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك» (١). و إلى هذه الروايه أشار المصنف بقوله:

«و هو المرويّ».

و في دلاله الروايه على مذهب ابن الجنيد نظر، لأن الصبيحه تطلق لغه على أول النهار، و القيلولة التي أوجبها ابن الجنيد تكون في وسط النهار، لأنها-لغّه- (٢) النوم نصف النهار. و مع ذلك ليس في كلام ابن الجنيد أن يكون معها في الصبيحه بل في القيلولة خاصّه، و هذا بخلاف ما في الروايه. و الأولى حمل الروايه على الاستحباب، لقصورها عن إفاده حكم الوجوب من حيث السند، و الأمر في الاستحباب أسهل. و كذا الحكم في بقيه النهار.

و هذا كلّه فيمن لا- يكون كسبه ليلا- كالحارس و الأتوني [١]، و إلا- فعماد القسمه في حقهما و أشباههما النهار، و حكم الليل عندهم كنهار غيرهم و النهار كالليل عند غيرهم في جميع ما ذكر. و لو اختلف عمله فكان يعمل تاره بالليل و يستريح بالنهار و يعمل أخرى بالنهار و يستريح بالليل و جب عليه مراعاة التسويه بين زوجاته بحسب الإمكان، فإن شقّ عليه ذلك لزمه لكلّ واحده ما يتفق في نوبتها من ليل أو نهار.

ص: ٣٢١

١- (١) الكافي ٥: ٥٦٤ ح ٣٤، الفقيه ٣: ٢٧٠ ح ١٢٨٢، التهذيب ٧: ٤٢٢ ح ١٦٨٩، الوسائل ١٥: ٨٤ ب (٥) من أبواب القسم و النشوز و الشقاق، ح ١.

٢- (٢) لسان العرب ١١: ٥٧٧.

و إذا كانت الأمه (١) مع الحرّه أو الحرائر فللحرّه ليلتان و للأمه ليله.

قوله: «و إذا كانت الأمه إلخ».

إذا كان له زوجه أمه مع حرّه حيث يجوز الجمع بينهما- بأن يكون عبدا، أو قد تزوّج الأمه أولا لفقد شرط الحرّه ثمّ وجده فتزوّج الحرّه- فالمشهور أن للأمه نصف حقّ الحرّه. و لَمّا كانت القسمة لا- تصحّ من دون ليله كامله جعل للحرّه ليلتان و للأمه ليله، و ليكن ذلك من ثمان جمعا بين حقّهما و حقّ الزوج، فيكون له منها خمس ليال و لهما ثلاث. هكذا ذكره جماعة (١) من المتأخرين.

و لا يخلو من نظر، لأن تنصيف الليله في القسمة يجوز لعوارض- كما سيأتى- و إن لم يجز التنصيف ابتداء، فلا مانع من كونه هنا كذلك. و لَمّا كان الأصل في دور القسمة أربع ليال فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل، خصوصا إذا قيل بجواز جمع ليلتى الحرّه من الثمان، لأن ذلك خلاف وضع القسمة شرعا. و هذا كلّه إذا أوجبنا القسمة ابتداء. أما لو لم نوجبها إلا مع الابتداء بها و في الحرّه و الأمه بما ذكر ولاء (٢) سقط حقّهنّ إلى أن يتدئى بإحداهنّ من غير اعتبار دور. و كذا القول في باقى الصور الآتية.

و ذهب المفيد (٣) إلى أن الأمه لا قسمه لها مطلقا. و الأصحّ المشهور، لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الرجل يتزوّج المملوكه على الحرّه، قال: لا، فإذا كانت تحته امرأه مملوكه فتزوّج عليها حرّه قسّم للحرّه مثلى ما يقسّم للمملوكه» (٤). و فى معناها (٥) غيرها.

ص: ٣٢٢

١- ١) راجع القواعد ٢: ٤٦، و التنقيح الرائع ٣: ٢٥٤.

٢- ٢) فى «س»: أو لا.

٣- ٣) المقنعه: ٥١٨.

٤- ٤) نوادر احمد بن محمد بن عيسى: ١١٦ ح ٢٩٠ التهذيب ٧: ٤٢١ ح ١٦٨٦، الوسائل ١٥: ٨٧ ب (٨) من أبواب القسم و النشوز و الشقاق ح ١.

٥- ٥) لاحظ الوسائل الباب المتقدم ح ٢، ٣، ٤.

و الكتابيّه كالأمه (١) في القسمه، فلو كان عنده مسلمه و كتابيّه كان للمسلمه ليلتان و للكتابيّه ليله. و لو كانتا أمه مسلمه و حرّه ذميّه كانتا سواء في القسمه.

قوله: «و الكتابيّه كالأمه. إلخ».

مساواه الحرّه الكتابيّه للأمه في القسمه لا نصّ عليه ظاهراً لكنّه مشهور بين الأصحاب، و ذكر ابن إدريس (١) أنه مروى. و ربما استدللّ له باقتضاء الإسلام أن يعلو (٢) على غيره و لا- يعلو عليه، فلو ساوت المسلمه لزم عدم العلوّ. و فيه نظر، لأن مثل ذلك لا يقاوم الأدلّه (٣) العامّه المتناوله لها. و علوّ الإسلام يتحقّق في غير أداء الحقوق الشرعيّه، فإن المسلم و الكافر فيه سواء.

و على المشهور لو كانت الزوجه أمه كتابيّه كانت على نصف الأمه المسلمه، فيكون لها مع الحرّه المسلمه ربع القسمه، فيكون لها ليله من ستّ عشره، و للحرّه المسلمه أربع، و الباقي للزوج حيث لا يكون له غيرهما.

و اعلم أن اجتماع المختلفات يتشعب إلى صور كثيره، و قد عرفت أصولها فلا يخفى عليك حكم باقى الفروع. و حيث يجتمع للزوجه بسبب مصاحبه من دونها أكثر من ليله يصير الدور هو العدد الخارج منه ما يراد من القسمه كالثمان حيث يكون هناك حرّه و أمه، فالليلتان للحرّه منها بمنزله الليله من الأربع، و يتخيّر الزوج بين إيفائها إياهما مجتمعتين و متفرقتين. و يحتمل وجوب جعلهما في كلّ أربع ليله كما كان لها ذلك قبل دخول الأمه، إلا مع رضاها بالجمع. و كذا القول في الأربع من

ص: ٣٢٣

١- (١) السرائر ٦٠٨: ٢، و الروايه أخرجها في الكافي ٥: ٣٥٩ ح ٥، و الوسائل ١٤: ٤١٩ ب (٧) من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٣.

٢- (٢) مضمون حديث أخرجه في الوسائل ١٧: ٣٧٦ ب (١) من أبواب موانع الإرث ح ١١.

٣- (٣) كإطلاق نصوص القسم للحرّه، لاحظ الوسائل ١٥: ٨٧ ب (٨) من أبواب القسم و النشوز.

فروع: لو بات عند الحرّه (١) ليلتين فأعتقت الأمه و رضيت بالعقد كان لها ليلتان، لأنها صادفت محلّ الاستحقاق. و لو بات عند الحرّه ليلتين، ثمّ بات عند الأمه ليله، ثمّ أعتقت، لم يبت عندها أخرى، لأنها استوفت حقّها. و لو بات عند الأمه ليله، ثمّ أعتقت قبل استيفاء الحرّه، قيل: يقضى للأمه ليله، لأنها ساوت الحرّه. و فيه تردّد.

الستّ عشره مع اجتماعها مع أمه كتابيّه. و مثله الليلتان منها للأمه المسلمه حيث تجمعا حرّه مسلمه و أمه كتابيّه. و ما قرّناه من الإشكال السابق آت هنا و زياده، و لا يحصل التخلّص منه لذات العدد الزائد إلا مع تفريقه، بإعطائها ليله من كلّ أربع إن كانت حرّه، ثمّ يشكل في ليله الأمه من الثمان، و أقوى منه ليلتها من ستّ عشره.

قوله: «لو بات عند الحرّه. إلخ».

إذا طرأ العتق على الأمه في أثناء الدور فلا يخلو: إما أن يكون قد ابتدأ في القسم بالحرّه أو بها، فهنا قسمان:

الأول: أن يكون البدأ بالحرّه، فإما أن تعتق الأمه في نوبه الحرّه أو في نوبه نفسها. فإن أعتقت في نوبه الحرّه نظر إن أعتقت في القدر المشترك بين الحرّه و الأمه - بأن أعتقت في الليله الأولى - قسم الليله، و بات الليله الأخرى عند المعتقه و ساوى بينهما. و إن عتقت في الليله الثانيه لم يلزمه الخروج، بل يكمل الليله عند الحرّه ثمّ يبيت عند المعتقه ليلتين أيضا. و إن عتقت في نوبه نفسها نظر إن عتقت قبل تمام ليلتها أكمل لها ليلتين، لأنها التحقت بالحرّه قبل توفيه حقّها. و إن عتقت بعد تمام ليلتها لم تستحقّ إكمال الليلتين، و اقتصر (١) في ذلك الدور على ليله ثمّ يسوّى بينهما بعد ذلك، لأن عتقها صادف تمام حقّها و براءه الذمه منه. و هذه الصورة قد

ص: ٣٢٤

و ليس للموطوءه(١) بالملك قسمه،واحده كانت أو أكثر.

تقدّم (١) البحث فيها فى نكاح المشركات. و هل العتق فى يومها كليتها؟ يبنى على أن القسم هل يختصّ بالليل، أم يضاف إليه النهار، أم الصبيحه؟ و الأقوى أنه لا يلحق بالليله مطلقا.

الثانى: أن تكون البدأه بالأمه، فإن أعتقت فى ليلتها صارت كالحزّه و سوى بينهما. و إن أعتقت بعد تمام ليلتها ففى إلحاقها فى هذا الدور بالحزّه قولان:

أحدهما: اللحق بها، فإن كان العتق قبل الشروع فى نوبه الحزّه أو بعده إلى آخر الليله الأولى اقتصر عليها. و إن كان بعد الشروع فى الليله الثانيه قضى للأمه ليله أخرى، لأنها ساوت الحزّه قبل تمام نوبتها، فيسوى بينهما. و هذا قول الشيخ فى المبسوط (٢).

و الثانى: أنه يبيت عند الحزّه ليلتين و لا شىء للمعتقه فى هذا الدور سوى الليله، لأنها استوفت حقّها قبل أن تعتق فلا يجب لها شىء، بل يتدئى بالقسمه بعد توفيه الحزّه حقّها، و هذا أقوى.

و الضابط على هذا: أن الأمه متى أعتقت بعد استيفاء حقّها من النوبه فلا شىء لها، و أعطيت الحزّه حقّها كاملا، سواء كانت نوبتها متقدّمه أم متأخره. و متى أعتقت قبل تمام نوبتها أكمل لها نصيب الحزّه.

قوله: «و ليس للموطوءه. إلخ».

هذا الحكم محلّ وفاق. فله مع تعدّدهنّ تخصيص من شاء منهنّ بالمبيت إذا لم يكن له زوجه أو كان و فضل له من الدور شىء فصرفه إلى الأمه. و بالجملة فحكمهنّ فى القسمه حكم المعدومات. فلو كان له زوجه واحده و لم نوجب القسمه

ص: ٣٢٥

١- (١) فى ج ٣٨٠: ٧ و ٣٨٤.

٢- (٢) المبسوط ٣٣٢: ٤.

وله أن يطوف (١) على الزوجات في بيوتهن، وأن يستدعيهن إلى منزله، وأن يستدعي بعضا ويسعى إلى بعض.

وتختص البكر (٢) عند الدخول بسبع ليال، والثيب لثلاث، ولا يقضى ذلك.

لها من كل أربع كان مبيتته عند الأمه دائما بمنزله الإعراض عن الزوجه و مبيتته وحده.

قوله: «وله أن يطوف. إلخ».

إذا لم ينفرد الزوج بمسكن و دار عليهن في مساكنهن فذاك. وإن انفرد بمسكن تخير بين المضى إليهن و بين أن يدعوهن إلى مسكنه في نوبتهن، لأن تعيين المسكن يرجع إليه، كما له نقلهن من مسكن إلى آخر. و الأول أفضل تأشيا بالنبي (١) صلى الله عليه و آله و سلم، فقد كان يطوف على نسائه في مساكنهن. و له أن يدعو بعضهن و يمضى إلى مسكن بعضهن، لما ذكرناه من العله. و منع بعضهم (٢) من هذا القسم لما فيه من التخصيص و الخروج عن العدل. و لو كان له عذر في ذلك جاز اتفاقا، كما إذا كان مسكن إحدهما أقرب إليه فمضى إليها، و دعاء الأخرى ليخفف عن نفسه مئونه السير إليها، أو حضر بيت الشابه كراهه لخروجها، و دعا العجوز. و حيث تمتنع المدعوه مع قدرتها على الإجابة فهي ناشزه تسقط نفقتها و قسمتها.

قوله: «و تختص البكر. إلخ».

من أسباب تفضيل بعض الزوجات على بعض تجدد النكاح، فإنه يقتضى تخصيص الجديده بزياده مبيت عند الزفاف، و هى سبع ليال إن كانت بكرًا و ثلاث إن كانت ثيبًا. و المقصود منه أن ترتفع الحشمه و تحصل الألفه و الأنس، و خصت

ص: ٣٢٤

١- ١) السنن الكبرى ٧: ٢٩٨-٢٩٩، البدايه و النهايه ٥: ٢٩٢.

٢- ٢) راجع حاشيه المحقق الكركي: ٣٩٤-٣٩٥ (مخطوط).

البكر بزياده لأمن حياءها أكثر. والأصل فيه ما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «لِلْبَكْرِ سَبْعَةٌ أَيَّامٌ وَلِلثَّيْبِ ثَلَاثٌ، ثُمَّ يَعُودُ إِلَى نِسَائِهِ» (١) وَأَنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لَمَّا تَزَوَّجَ أُمَّهُ سَلِمَهُ أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلَاثَةَ (٢) أَيَّامٍ. وَمِنْ طَرِيقِ الْأَصْحَابِ رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنِ الْبَاقِرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَعِنْدَهُ امْرَأَةٌ، فَقَالَ: «إِذَا كَانَتْ بَكْرًا فَلَيْتَ عِنْدَهَا سَبْعًا، وَإِنْ كَانَتْ ثَيْبًا فَثَلَاثًا» (٣).

وَذَهَبَ الشَّيْخُ فِي النِّهَايَةِ (٤) وَكِتَابِي (٥) الْحَدِيثِ إِلَى أَنَّ اخْتِصَاصَ الْبَكْرِ بِالسَّبْعِ عَلَى وَجْهِ الْاسْتِحْبَابِ، وَأَمَّا الْوَاجِبُ لَهَا فَثَلَاثٌ كَالثَّيْبِ، جَمْعًا بَيْنَ رَوَايَةِ مُحَمَّدٍ وَرَوَايَةِ الْحَلْبِيِّ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ بَكْرًا وَعِنْدَهُ ثَيْبٌ فَلَهُ أَنْ يَفْضَلَ الْبَكْرَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ» (٦). وَفِي مَعْنَاهَا رَوَاهُ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ (٧) وَمَقْطُوعُهُ سَمَاعُهُ (٨).

وَقَالَ ابْنُ الْجَنِيدِ: «إِذَا دَخَلَ بَكْرٌ وَعِنْدَهُ ثَيْبٌ وَاحِدٌ فَلَهُ أَنْ يَقِيمَ عِنْدَ الْبَكْرِ

ص: ٣٢٧

-
- ١- (١) سنن الدارمي ١: ١٤٤، سنن ابن ماجه ١: ٦١٧ ح ١٩١٦، سنن الدار قطنى ٣: ٢٨٣ ح ١٤٠ و الزيادة من الأخير.
- ٢- (٢) سنن أبي داود ٢: ٢٤٠ ح ٢١٢٢، سنن ابن ماجه ١: ٦١٧ ح ١٩١٧، سنن البيهقي ٧: ٣٠١.
- ٣- (٣) التهذيب ٧: ٤٢٠ ح ١٦٨٢، الاستبصار ٣: ٢٤١ ح ٨٦٤، الوسائل ١٥: ٨٢ ب (٢) من أبواب القسم و النشوز ح ٥.
- ٤- (٤) النّهايہ: ٤٨٣، و لكن ظاهره جواز التفضيل بالثلاث و السبع.
- ٥- (٥) التهذيب ٧: ٤٢٠ ذيل ح ١٦٨٢، الاستبصار ٣: ٢٤١ ذيل ح ٨٦٤. و لكن ظاهرهما حمل السبع على الجواز و الثلاث على الأفضل.
- ٦- (٦) التهذيب ٧: ٤٢٠ ذيل ح ١٦٨١، الاستبصار ٣: ٢٤٢ ذيل ح ٨٦٥، الوسائل ١٥: ٨٢ ب (٢) من أبواب القسم و النشوز و الشقاق، ح ٦.
- ٧- (٧) التهذيب ٧: ٤١٩ ح ١٦٧٩، الاستبصار ٣: ٢٤٢ ح ٨٦٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٧.
- ٨- (٨) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ١١٨ ح ٢٩٨، التهذيب ٧: ٤١٩ ح ١٦٨٠، الاستبصار ٣: ٢٤١ ح ٨٦٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٨.

أول ما يدخل بها سبعا ثم يقسم. وإن كانت عنده ثلاث ثيب أقام عند البكر ثلاثا حقّ الدخول، فإن شاء أن يسلفها من يوم إلى أربعة تتمه سبعة، و يقيم عند كل واحد من نسائه مثل ذلك، ثم يقسم لهنّ، جاز. و الثيب إذا تزوّجها فله أن يقيم عندها ثلاثا حقّ الدخول، ثم يقسم لها و لمن عنده واحده كانت أو ثلاثا قسمه متساويه» (١). انتهى كلامه.

و هذا الحكم إشاره إلى جمع آخر بين الروايات غير ما ذكره الشيخ، بحمل خبر السبع للبكر على تقديمها بذلك من غير اختصاص، و أخبار الثلاث على التقديم و الاختصاص، قريب ممّا ذكره (٢) العامّة في ذلك إلّا أنّهم خصّوا هذا الحكم بالثيب، استنادا إلى ما رووه عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه لما أقام عند أم سلمه ثلاثا قال لها: «إنه ليس بك هو ان على أهلك إن شئت أقيمت عندك ثلاثا خالصه لك، و إن شئت سبعت لك و سبعت لنسائي. قالت: تقيم معي ثلاثا خالصه» (٣). و الأشهر [١] بين الأصحاب القول الأول، بل لم ينقلوا فيه خلافا.

إذا تقرّر ذلك فنقول: ظاهر النصّ و الفتوى أن هذا الحقّ لهما على جهه القسمه لا على وجه الاستحقاق المطلق، فيأتي فيه الخلاف السابق في وجوبها ابتداء

ص: ٣٢٨

١- ١) لم نعثر عليه.

٢- ٢) الحاوى الكبير ٥٨٧: ٩-٥٨٨، حليه العلماء ٥٢٩: ٦، الكافي لابن قدامه المقدسى ٣: ٩٣.

٣- ٣) الموطأ ٥٢٩: ٢ ح ٢٤، مسند الشافعى: ٢٦٠، صحيح مسلم ١٠٨٣: ٢ ح ١٤٦٠، مع اختلاف فى بعض اللفظ.

أو مقيداً بالبداة بإحدى الزوجات، و فيما لو لم يكن عنده غير الجديده، فلا يختص على الثاني، و يكتفى لها بداعى الطبع. و ربما قيل بوجوب ذلك اختصاصا و تقديمًا مطلقًا من غير اعتبار القسمة. و الأظهر الأول. و محلّ التخصيص الليل كأصل القسمة، و هو اللائح من تأنيث الثلاث و السبع فى النصوص، و أما النهار فتابع لليل كما ذكر فى القسمة.

و فى قوله: «و لا يقتضى ذلك» تنبيه على خلاف ابن الجنيد (١) بقضائه على بعض الوجوه، و قول بعض (٢) العامه بقضائه مطلقًا أو على بعض الوجوه أيضا، و قد أشرنا (٣) إلى بعضه.

و إطلاق النصوص يقتضى عدم الفرق فى الثيب بين من ذهب بكارتها بجماع و غيره، و لا بين كون الجماع محلًا و محرّمًا، عملاً بالعموم. و للعامه (٤) وجه بإلحاق من ذهب بكارتها بغير الجماع بالبكر، لمساواتها لها فى الحكم بعدم الاستنطاق فى النكاح.

و بقى فى المسأله مباحث:

الأول: يجب التوالى فى الثلاث و السبع، لأن الغرض لا يتم إلا به. و يتحقّق بعدم خروجه فى الليل إلى عند واحده من نسائه مطلقًا على حدّ ما يعتبر فى القسمة، و لا إلى غيرها لغير ضروره أو طاعه، كصلاه جماعه و نحوها ممّا لا يطول زمانه و إن كان طاعه، لأن المقام عندها واجب فهو أولى من المندوب. و لو فرق الليالى أساء، و فى الاحتساب به و جهان، من امثال الأمر بالعدد فكان ذلك بمنزله

ص: ٣٢٩

١- ١) ذكره فى ص: ٣٢٧.

٢- ٢) المقنع لابن البنا ٣: ٩٤٩، الحاوى الكبير ٩: ٥٨٦-٩: ٥٨٨، حليه العلماء ٥٢٩: ٦-٥٣٠.

٣- ٣) فى الصفحه السابقه، هامش (٢).

٤- ٤) روضه الطالبين ٥: ٦٦٦.

القضاء، و من اشتمال التوالى على غايه لا تحصل بدونه، كالأنس و ارتفاع الحشمه و الحياء.

الثانى: لا- فرق فى الزوجه هنا بين الحرّه و الأمه المسلمه و الكتابيه حيث يجوز ابتداء تزويجها، عملا بالعموم، و لأن المقصود من ذلك أمر يتعلّق بالطبع، و هو لا يختلف بالرقّ و الحرّيه و لا بالإسلام و الكفر، كما يشترك الجميع فى مدّه العنّه و الإيلاء.

و قيل: يتشطرّ للأمه ما تستحقّ الحرّه كالقسم فى دوام النكاح. و قرّبه فى التحرير (١). و عليه ففى كيفيه التشطير و جهان أحدهما أن يكمل المنكسر، فيثبت للبكر أربع ليال و للثيب ليلتان. و أصحهما (٢) أن للبكر ثلاث ليال و نصفاً و للثيب ليله و نصفاً، لأن المدّه قابله للتصنيف، فيخرج عند انتصاف الليل إلى بيت منفرد أو مسجد.

و يعتبر فى الحرّيه و الرقيه بحاله الزفاف، فلو نكحها و هى أمه و زقت إليه و هى حرّه فلها حقّ الحرائر على القولين. و إن أعتقت فى أثناء المدّه ففى اعتبار حقّ الإماء أو الحرائر و جهان أجودهما الثانى. و قد سبق (٣) نظيره فى نكاح المشركات إذا تبدّل الرقّ بالحرّيه.

الثالث: لو قضى حقّ الجديد ثمّ طلقها ثمّ راجعها لم يعد حقّ الزفاف، لأنها باقيه على النكاح الأول و قد و فى حقّها، و من ثمّ لو طلقها بعد ذلك كان طلاق مدخول بها فتجب العدّه و إن لم يدخل بعد الرجعه. و لو أبانها ثمّ جدّد نكاحها و لو فى العدّه فالأصحّ تجدد الحقّ، لعود الجبهه بالفراق المبين. و يحتمل عود الأول. و مثله

ص: ٣٣٠

١- (١) التحرير ٢: ٤١.

٢- (٢) فى «س»: و ثانيهما.

٣- (٣) فى ج ٣٨٠: ٧.

و لو سيق إليه زوجتان (١) أو زوجات في ليله، قيل: يبتدئ بمن شاء، وقيل: يقرع. و الأول أشبه، و الثاني أفضل.

ما لو أعتق مستولده أو أمته التي هي فراشه ثم نكحها. و لو كان قد أبانها قبل أن يوفّيها حقّها ثم جدّد نكاحها لزمه التوفيه، لأنه ظلم بالطلاق. و على هذا فلو أقام عند البكر ثلاثا و اقتضّها ثم أبانها ثم نكحها وجب أن يبيت عندها ثلاثا حقّ زفاف الثيب. و لو قلنا بعود الأول وجب أن يبيت عندها أربعاً، لأن حقّ الزفاف في النكاح الثاني على هذا يبني على النكاح الأول، و قد بقي منه هذا المقدار.

الرابع: قد عرفت أن للجديده حقّ الاختصاص بالعدد المذكور و التقدّم به على غيرها، فإن زوّت إليه بعد تمام الدور حصل لها الاختصاص خاصّه. و كذا لو تزوّجها على واحده. و لو كان عنده امرأتان فروّت إليه جديده بعد ما قسم لإحدهما دون الأخرى قضى حقّ الزفاف، و تحقّق هنا الاختصاص و التقديم، ثمّ قسم للقديمه الأخرى، و أعطى الجديده نصف ما و في القديمه، لاستحقاقها حينئذ ثلث القسم. فإن كان قد قسم للأولى ليله و في الأخرى بعد حقّ الزفاف ليله، و بات عند الجديده نصف ليله و خرج بقيه الليله إلى مسجد و نحوه، ثمّ استأنف القسم بينهنّ على السويّه. و لو قسم للأولى خمس عشره و تزوّج بكراً خصّصها بسبع، ثمّ قسم ثلاثاً للقديمه و واحده للجديده خمسه أدار.

الخامس: لو تزوّج في أثناء القسم ظلم من بقي بتأخير حقّها بعد حضوره، و لا- يؤثّر في تقديم الجديده. و يجب التخلّص من مظلمه المتأخّره على الوجه الذي ذكرناه.

قوله: «و لو سيق إليه زوجتان. إلخ».

قد تقدّم (١) البحث في هذه المسأله، و إنما أعادها ليبيّه هنا على اشتراك

ص: ٣٣١

(١-١) في ص: ٣١٦.

و تسقط القسمه (١) بالسفر. و قيل: يقضى سفر النقلة و الإقامة دون سفر الغيبة.

الجديدات فى الاختصاص و التقديم على غيرهنّ من القديمات، و الأولى تضمّنت البدأ بواحدة بالقرعه أو التخيير أعمّ من أن يكون معهنّ غيرهنّ أم لا. و إنما يتدئ بمن شاء أو يقرع حيث يتزوَّجهنّ و يزفنن إليه دفعه واحده، فلو ترتبن بدأ بالسابقه. و يكره زفافهنّ دفعه. و حيث تخرج القرعه لإحداهنّ قدّمها بجميع السبع أو الثلاث. و يحتمل تقديمها بلبله ثمّ يبيت عند الأخرى ليله، و هكذا يفعل إلى تمام المدّه. و الأقوى الأول. و يحتمل تخييره بين الأمرين و ما يتشعب منهما، كتخصيص الأولى بلبلتين أو ثلاث ثمّ الثانية إلى أن يكمل العدد. و الحكم فى استحباب القرعه و جواز التخيير كما سبق.

قوله: «و تسقط القسمه. إلخ».

إذا أراد الزوج السفر و أحبّ استصحاب بعض أزواجه دون بعض جاز، فقد كان النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم يفعل (١) ذلك، فإذا صحب بعضهنّ فلا قضاء للمتخلفات عن زمان صحبه المسافره معه، لأن النبىّ صلّى الله عليه و آله لم ينقل أنه كان يقضى للمتخلفات، و لو وقع لا- شبهه أن ينقل مع ذكر سفره بمن خرج اسمها، بل فى بعض [١] الروايات أنه لم يكن يقضى صريحاً. و يؤيّد أنه المسافره و إن حظيت بصحبه الزوج فقد تعبت بالسفر و مشاقّه، و لم يحصل لها دعه الحضر، فلو قضى لهنّ كان حظهنّ أوفر، و هو خلاف العدل أو ميل [٢] كلّ الميل.

ص: ٣٣٢

١- ١) مسند الشافعى: ٢٤١، مسند أحمد ١١٧: ٦، صحيح البخارى ٧: ٤٣، سنن أبى داود ٢: ٢٤٣ ح ٢١٣٨، مسند أبى يعلى ٧: ٣٦٢ ح ٤٣٩٧.

و شرط بعضهم (١) في عدم القضاء أن يصحب الخارجه بالقرعه، فلو أخرجها بمجرد التخيير و الميل قضى، لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم ما كان يخرج (٢) معه واحده إلا- بالقرعه، فمن ثم لم يقض، بخلاف ما لو أخرجها بالتشهي، لأنه ميل و ظلم بالفضل. و لم يشترط ذلك المصنف، لأن السفر لا حق للنساء فيه، و من ثم جاز انفرادة. و فيه: الفرق بين الأمرين.

و على تقدير عدم القضاء مطلقا أو مقيدا بالقرعه هل يعم كل سفر، أو يختص بسفر الغيبه؟ قولان:

أحدهما- و اختاره المصنف- العموم، لما ذكرناه من أن السفر لا حق لهنّ فيه، و لا مزيه لسفر على سفر. و لأن الاشتغال بمشقه السفر و وعثائه (٣) يمنع من حقوق القسمة و خلوص الصحبه و التفرد بالخلوه التي هي غايه القسمة.

و الثاني: الاختصاص بسفر الغيبه، كالسفر لتجاره أو غيرها من الأغراض مع عزم العود عند قضاء الوطر، فيقضى سفر النقله و هو الذى يخرج على تيه الانتقال إلى بلد آخر. و الفرق أن سفر النقله لا يختص ببعضهنّ، بل يحتاج إلى نقلهنّ جميعا، فلا يخصّص واحده بالاستصحاب كما فى الحضر، فإن صحب بعضهنّ قضى، بخلاف غيره من الأسفار، إذ لا حق لهنّ فيه.

و فى حكم سفر النقله الإقامة فى سفر الغيبه بحيث يخرج عن اسم المسافر

ص: ٣٣٣

١- ١) راجع الخلاف ٤: ٤١٥ مسأله (٧)، الجامع للشرائع: ٤٥٧، و كذا حليه العلماء ٦: ٥٣٢، شرح السنه للبعوى ٩: ١٥٤، و روضه الطالبين ٥: ٦٧١.

٢- ٢) مسند الشافعى: ٢٦١، مسند أحمد ٦: ١١٧، صحيح البخارى ٧: ٤٣، سنن أبى داود ٢: ٢٤٣ ح ٢١٣٨، مسند أبى يعلى ٧: ٣٦٢ ح ٤٣٩٧.

٣- ٣) فى الحجريتين: و عنايه.

و يستحب أن يقرع (١) بينهنّ إذا أراد استصحاب بعضهنّ. و هل يجوز العدول عمّن خرج اسمها إلى غيرها؟ قيل: لا، لأنها تعيّنت للسفر. و فيه تردّد.

بالتمام أو ما في معناه، لأنه بالإقامه على ذلك الوجه يصير كالحاضر في التمتع بالزوجه و الخروج عن مشقه السفر.

و فيه قول آخر بالتفصيل و الفرق بين إخراجها معه هنا بالقرعه و عدمها فيه، فيقضى في الثاني دون الأول كالأول.

و في المبسوط (١) اقتصر على نقل القولين و لم يرحح شيئا، لكنّه جزم بأن من أخرجها معه هنا بالقرعه لا قضاء عليه للباقيات، و تردّد في الفرق بين سفر النقله و غيره. و الأقوى عدم قضاء أيام السفر مطلقا، و قضاء أيام الإقامه مطلقا.

قوله: «و يستحب أن يقرع. إلخ».

وجه الاستحباب التأسي بالنبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، فإنه كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فأيتهنّ خرج اسمها أخرجها (٢).

و كيفيه القرعه أن يكتب أسماء النسوه في رقاع بعددهنّ و يدرجها في بنادق متساويه، و يضعها على وجه لا يتميّز و يخرج منها واحده على السفر، فمن خرج اسمها صحبها. و إن أراد استصحاب اثنتين معه أخرج رقعته أخرى، و هكذا. و يجوز و الحال هذه الاقتصار على رقعتين، و يثبت في كلّ واحده اسم اثنتين إذا رضى باستصحاب كلّ واحده من الاثنتين. و الأول أعدل، لجواز أن يخرج اثنتان مفترقتين في الرقعتين، و هو لا- يحصل بهذه الصوره. و إن شاء أثبت الحضر في ثلاث رقاع و السفر في واحده و أدرجها ثمّ يخرج رقعته على اسم واحده، فإن خرجت

ص: ٣٣٤

١- ١) المبسوط ٣٣٥: ٤.

٢- ٢) راجع الصفحه السابقه، هامش (٢).

و لا يتوقف قسم (١) الأمه على إذن المالك، لأنه لا حظ له فيه.

رقعه السفر استصحابها، وإن خرجت رقعته من رفاع الحضر أخرج رقعته أخرى على اسم الأخرى، وهكذا حتى تبقى رقعته السفر فيتعين المتخلفه. و لو أراد السفر بائنتين أثبت السفر في رقعتهين و الحضر في رقعتهين.

إذا تقرر ذلك و أخرجت القرعه واحده أو أكثر حيث يريد له يجب عليه استصحاب الخارجه، بمعنى جواز أن يخلفها مع المخلفات. و لكن هل يجوز تركها و استصحاب غيرها؟ قال الشيخ في المبسوط (١): لا و إلا لانتفت فائدتها. و قيل:

يجوز، لأنها ليست من الملزمات، لأن الاستصحاب تبرع، إذ الزمان لا تستحق فيه الزوجات القسم. و فائدتها رفع المشقة عن قلوب المتخلفات حيث لم يصحبها بمجرد الميل و الهوى، و ذلك على وجه الأفضلية، إذ لم يثبت ما يدل على خلافه.

و الفرق بين تركها مع المتخلفات و تركها مع أخذ غيرها- حيث جاز الأول إجماعاً دون الثاني- أن القرعه لا توجب الصحبه و إنما تعين من يستحق التقديم على تقدير إرادته. و لا ريب أن مراعاة القرعه أولى.

قوله: «و لا يتوقف قسم الخ».

إذا زوج المولى أمته فعليه تسليمها إلى الزوج ليلاً، و له منعها منه و استخدامها نهاراً. و ليس له في حق القسمه أمر، لأن الغرض منه الاستمتاع و الأئس و لا- حظ له فيه. فإذا طلبت حقها ليس للمولى منعها منه، و لا- منعها من إسقاطه لو أرادته أو وهبته لبعض ضرائرها، كما ليس له فسخ النكاح لو رضيت بعنه أو جنونه، لأن ذلك حظها فأمره إليها. و هذا لا كلام فيه.

لكن هل يتوقف وجوب القسمه لها على وجوب نفقتها كالحره؟ وجهان، من أن حق القسمه من جمله الحقوق المترتبة على التمكين، و دورانه مع النفقه في الحره

ص: ٣٣٥

و تستحبّ التسويه (١) بين الزوجات في الإنفاق و إطلاق الوجه و الجماع.

وجودا و عدما، و من أن وجوب نفقه الأُمه على الزوج متوقف على تسليمها إليه نهارا، و هو غير واجب على المولى، فلا- يكون حكمها كالناشز بل كالمسافر في واجب. و قال الشيخ في المبسوط: «النفقه و القسم شيء واحد، فكلّ امرأه لها النفقه فلها القسم، و كلّ من لا- نفقه لها لا- قسم لها» (١). و هذا يقتضى عدم وجوب القسم للأُمه مع عدم تسليم المولى لها نهارا، لسقوط نفقتها حينئذ، و إن كان ذلك غير واجب على المولى. و لعله الوجه.

قوله: «و تستحبّ التسويه. إلخ».

التسويه بينهما في القسم حيث لا- مرجح، و الإنفاق عليهنّ بقدر الكفايه على ما سيأتى. و أما التسويه بينهما في النفقه و حسن العشره و الجماع و مقدّماته فليس بواجب، للأصل، و لقوله تعالى وَ لَنْ تَسْتَبِيحُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَ لَوْ حَرَضْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ (٢) و مثل هذا ميل و ليس كلّ الميل، لكنّه يستحبّ استحبابا مؤكدا، لما فيه من رعايه العدل و تمام الإنصاف.

و روى عبد الملك بن عتبّه الهاشمى قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون له امرأتان فيريد أن يؤثر إحداهما بالكسوه و العطيّه أ يصلح ذلك؟ قال: لا بأس بذلك و اجهد في العدل بينهما» (٣). و قد روى (٤) في عدل النبيّ صلّى الله

ص: ٣٣٦

١- ١) المبسوط ٣: ٣٢٨.

٢- ٢) النساء: ١٢٩.

٣- ٣) التّهذيب ٧: ٤٢٢ ح ١٦٨٧، الاستبصار ٣: ٢٤١ ح ٨٦١، الوسائل ١٥: ٨٣ ب (٣) من أبواب القسم و النشوز و الشقاق، ح ١.

٤- ٤) في «ش»: رروا.

و أن يكون في صبيحه (١) كل ليلة عند صاحبته.

و أن يأذن لها في حضور (٢) موت أبيها و أمها. و له منعها عن عياده أبيها و أمها، و عن الخروج من منزله إلا لحق واجب.

عليه و آله و سلم بين أزواجه - مع عدم وجوبه كما سبق (١) - أنه كان إذا قسم بينهن لا ينتهي إلى المرأة الأولى إلى تسع، لكن يجتمعن كل ليلة في بيت التي (٢) يأتيها.

و كان صلى الله عليه و آله و سلم يطوف عليهن فيدنو و يلمس من غير مسيس حتى يفضى إلى التي هو يومها فيبيت (٣) عندها. و روى أن علياً عليه السلام قال: «من كان له امرأتان فإذا كان يوم واحد فلا يتوضأ عند الأخرى» (٤).

قوله: «و أن يكون في صبيحه. إلخ».

قد تقدم (٥) في روايه إبراهيم الكرخي ما يدل عليه، و ذهاب بعض الأصحاب إلى وجوبه، فلا أقل من الاستحباب.

قوله: «و أن يأذن لها في حضور. إلخ».

قد عرفت أن حق الاستمتاع واجب عليها و هو غير مختص بزمان و لا مكان، فليس لها فعل ما ينافيه إلا بإذنه، و منه الخروج من بيته و لو إلى بيت أهلها و عيادتهم و شهاده جنازتهم، لأن غايه ذلك الاستحباب أو الإباحه فتقديم الواجب أولى.

و روى عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن رجلاً من

ص: ٣٣٧

١- ١) في ج ٨٢: ٧-٨٤.

٢- ٢) صحيح مسلم ١٠٨٤: ٢ ح ١٤٦٢.

٣- ٣) سنن الدار قطنى ٢٨٤: ٣ ح ١٤٥، المستدرک للحاكم ١٨٦: ٢.

٤- ٤) التبيان ٣٥٠: ٣، مجمع البيان ١٢١: ٢، وسائل ٨٥: ١٥ ب (٥) من أبواب القسم و التّشوز و الشّقاق، ح ٣. و في المصادر: «إن علياً عليه السلام كان له امرأتان».

٥- ٥) في ص: ٣٢٠-٣٢١، هامش (١).

و أما اللواحق فمسائل:

الأولى: القسم حق مشترك بين الزوج و الزوجه

الأولى: القسم حق مشترك (١) بين الزوج و الزوجه، لا اشتراك ثمرة.

فلو أسقطت حقها منه كان للزوج الخيار.

الأنصار على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خرج في بعض حوائجه فعهد إلى امرأته عهدا أن لا- تخرج من بيتها حتى يقدم. قال: و إن أباه مرض فبعثت المرأه إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم تستأذنه أن تعود، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا، اجلسى فى بيتك و أطيعى زوجك. قال: فمات أبوها فبعثت إليه إن أبى قد مات فتأمرنى أن أصلى عليه، فقال: لا، اجلسى فى بيتك و أطيعى زوجك.

قال: فدفن الرجل فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إن الله قد غفر لك و لأبيك بطاعتك لزوجك» (١).

و روى العامه (٢) عن ثابت البنانى عن أنس مثله. و مع ذلك فيستحب للرجل أن لا يضيق عليها فى ذلك، و يأذن لها فى زيارة أهلها و عياده مرضاهم و حضور ميتهم و نحو ذلك، كيلا يؤدى إلى الوحشه و قطيعه الرحم.

قوله: «القسم حق مشترك. إلخ».

الحكم باشتراك حق القسم بين الزوجين لا- يوافق ما ذهب إليه المصنف سابقا (٣) من عدم وجوب القسمه على الزوج إلا أن يتدئ بها، فإنه مبنى على اختصاص حقّه بالزوج. و القائل بوجوب القسمه مطلقا و وجوبها للزوجه الواحده من كل أربع احتج بهذه العبارة. و لعل المصنف يريد بالحقّ أعّم من الواجب، إذ لا

ص: ٣٣٨

١- ١) الكافي ٥: ٥١٣ ح ١، الفقيه ٣: ٢٨٠ ح ١٣٣٣، الوسائل ١٤: ١٢٥ ب «٩١» من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه ح ١.

٢- ٢) مجمع الزوائد ٤: ٣١٣، و أورده الماوردى فى الحاوى الكبير ٩: ٥٨٤.

٣- ٣) فى ص: ٣١٠.

و لها أن تهب ليلتها(١)للزوج أو لبعضهن مع رضاه.فإن وهبت الزوج وضعها حيث شاء.و إن وهبتها لهنّ وجب قسمتها عليهنّ.و إن وهبتها لبعض اختصّت بالموهوبه.و كذا لو وهبت ثلاث منهنّ ليااليهنّ للرابعه لزمه المييت عندها من غير إخلال.

شبهه في اشتراك ثمرته،و إنما الكلام في اشتراك حقيته (١)أو اختصاصها بالزوج.و لو أراد بالحقّ ما هو أعمّ من الواجب فلا بدّ من استعماله في معنيه،فليدخل حقّ الزوج فيه،فإنه واجب.و يمكن حينئذ أن يريد القدر المشترك بين الواجب و غيره، و هو الراجح مطلقا.و قد كان يمكن تفريع قوله:«فلو أسقطت حقّها منه»على الحكم بكونه حقّا للزوج،فليس لها حينئذ إسقاط نصيبها من القسم إلا برضاه، و تحصل المطابقه بين الحكمين.

قوله:«و لها أن تهب ليلتها.إلخ».

إذا سامحت واحده من زوجاته و تركت حقّها من القسم لم يجب على الزوج القبول،سواء جعلنا الحقّ مختصّا به أم مشتركاً،لأن الاستمتاع بها حقّه في الجملة، فله أن يبيت عندها في نوبتها.و إن رضى بالمسامحه ينظر إن وهبت من ضرّه بعينها بات عند الموهوبه منها ليلتين ليله لها و الليله المنتقله عن الواهبه.و الأصل في ذلك ما روى أن سوده بنت زمعه لما كبرت وهبت نوبتها لعائشه،و كان النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم يقسم لها يومها و يوم سوده (٢).

ثمّ إن كانت نوبه الواهبه متّصله بنوبه الموهوبه بات عندها الليلتين على الولاء.و إن كانت منفصله عنها فالأصحّ وجوب مراعاة النوبه فيهما،لأن حقّ من بين الليلتين سابق فلا يجوز تأخيرها،و لأن الواهبه على تقدير تأخر ليلتها قد ترجع

ص: ٣٣٩

١- ١) في «س» و إحدى الحجريّتين: حقيقته.

٢- ٢) صحيح مسلم ٢: ١٠٨٥ ح ١٤٦٣، سنن ابن ماجه ١: ٦٣٤ ح ١٩٧٢، سنن البيهقي ٧: ٢٩٦.

بين الليلتين، و الموالاه تفوّت حقّ الرجوع عليها.

و إن وهبت حقّها من الزوج فله وضعه حيث شاء. و على هذا فينظر في ليله الواهبه و ليله التي يريد تخصيصها أهما متواليتان أم لا؟ و يكون الحكم على ما سبق.

و إن وهبت حقّها من جميعهنّ وجبت القسمة بين الباقيات، و صارت الواهبه كالمعدومه. و مثله ما لو أسقطت حقّها مطلقا. هذا إذا لم نوجب القسمة ابتداء، و إلا لم يتمّ تنزيلها كالمعدومه على تقدير الهبه لهنّ، لا اشتراكهنّ حينئذ في تمام الدور، و هو الأربع. و لو جعلناها معدومه فضل له ليله. و الواجب على هذا القول أن يرجع الدور إلى ثلاث دائما ما دامت الواهبه مستحقّه للقسمة. و يتفرّع على ذلك ما لو طلقها أو نشزت، فإن حكم ليلتها يسقط و تصير كالمعدومه محضا، فلو كانت الموهوبه معيّنه اقتصر على ليلتها، و على التقدير الآخر يفضل له ليله.

و اعلم أنه لا- يشترط في هذه الهبه رضا الموهوبه و قبولها حيث تكون معيّنه، بل يكفي قبول الزوج، لأنّ الحقّ مختصّ به. و لو فرض هبه الجميع لواحده انحصر الحقّ فيها، و لزمه مبيت الأربع عندها من غير إخلال على تقدير القول بوجوب القسمة دائما. و لا تنزّل حينئذ منزله الزوجه الواحده، بل بمنزله الأربع. و على القول الآخر يجب عليه إكمال الدور لها حيث ابتدأ به، و سقط عنه بعد ذلك إلى أن يتدبّر به فيجب عليه إكمال الأربع لها، و هكذا. و يجرى عليه أيضا قوله: «لزمه المبيت عندها من غير إخلال» يعنى بالدور الواجب [١].

الثانية: إذا وهبت ورضى الزوج صحّ

الثانية: إذا وهبت ورضى (١) الزوج صحّ. و لو رجعت كان لها، لكن لا- يصحّ في الماضي، بمعنى أنه لا- يقضى، و يصحّ فيما يستقبل، و لو رجعت و لم يعلم لم يقض ما مضى قبل علمه.

الثالثة: لو التمسست عوضاً عن ليلتها فبذله الزوج

الثالثة: لو التمسست عوضاً (٢) عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم؟ قيل: لا، لأنه حقّ لا يتقوّم منفرداً، فلا تصحّ المعاوضة عليه.

قوله: «إذا وهبت ورضى. إلخ».

قد تقدّم الحكم بأن رضا الزوج معتبر، لأن حقّ الاستمتاع له، وهذه الهبة في معنى إسقاط الحقّ و المسامحة فيه. و إنما يتصوّر لزومه فيما يمكن أن يكون في الذمه، كالماضى الذى يجب قضاؤه، أما المستقبل فلا يلزمها الهبة، لأنه متجدّد لا يمكن قبضه فلها الرجوع فيه، حتى لو رجعت فى أثناء الليل و علم به خرج من عند الموهوبه إليها. و أما ما مضى فلا يؤثّر الرجوع فيه، لأنه كالهبة المقبوضة. و كذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع لا- يؤثّر فيه الرجوع و لا- يقضى، لأنه لم يظهر منه ميل و لا تقصير حيث لم يعلم. و فى المسألة وجه أنه يقضى كما قيل بانعزال الوكيل قبل العلم بالعلم بالعلم. و الحقّ الأول.

قوله: «لو التمسست عوضاً. إلخ».

القول بعدم جواز المعاوضة على هذا الحقّ من الزوج و غيره من الضرّات للشيخ فى المبسوط (١)، محتجاً بأن العوض يكون فى مقابلة عين أو منفعة، و هذا الحقّ ليس بعين و لا منفعة، و إنما هو مأوى و مسكن، فلا تصحّ المعاوضة عليه بالمال.

و نقل المصنف له بالقليل يؤذّن بضعفه أو تردّده فيه. و وجهه: منع انحصار المعاوضة فى الأمرين، لجواز المعاوضة بالصلح على حقّ الشفعة و التحجير و نحوهما

ص: ٣٤١

الرابعة: لا قسمه للصغيره، (١) و لا المجنونه المطبقه، و لا الناشز، و لا المسافره بغير إذنه، بمعنى أنه لا يقتضى لهنّ عما سلف.

من الحقوق. مع أن في روايه عليّ بن جعفر ما يدلّ على جواز شرائه منها، لأنه روى عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن رجل له امرأتان قالت إحدهما، ليلتي و يومى لك يوماً أو شهراً أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس» [١]. و إطلاق الشراء على مثل هذا الحقّ مجاز، لأن متعلّقه الأعيان المائيّه لا غيرها، فكأنّه كناية عن المعاوضه عليه في الجملة.

و حيث لا تصحّ المعاوضه يجب عليها ردّ العوض إن كانت قبضته، و يجب القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت، لأنه لم يسلم لها العوض. هذا مع جهلها بالفساد أو علمها و بقاء العين، و إلا أشكال الرجوع، لتسليطه لها على إتلافه بغير عوض حيث يعلم أنه لا يسلم له، كما في البيع الفاسد مع علمها بالفساد.

قوله: «لا قسمه للصغيره. إلخ».

لما كانت القسمه من جمله حقوق الزوجيه، و هي بمنزله النفقه على الزوجه، فمن لا تستحقّ النفقه لصغر أو نشوز فلا قسمه لها. و أما المجنونه فإن كان جنونها مطبقاً فلا قسمه لها و إن استحقّت النفقه، إذ لا عقل لها يدعوها إلى الأئس بالزوج و التمتع به. و إن كان يعترها أدوارا كالتى تصرع في بعض الأوقات فهى كالعاقله فى وجوب القسمه. كذا أطلقه المصنف و جماعه (١). و الأولى تقييد المطبقه بما إذا خاف أذاها و لم يكن لها شعور بالأئس به، و إلا لم يسقط حقّها منها.

ص: ٣٤٢

الخامسة: لا- يزور الزوج (١)الضرة في ليله ضررتها.و لو كانت مريضه جاز له عيادتها،فإن استوعب الليله عندها هل يقضيها؟ قيل: نعم،لأنه لم يحصل المييت لصاحبته.و قيل: لا، كما لو زار أجنبيًا.و هو أشبه.

و أما المسافره فإن كان سفرها بغير إذنه في غير واجب و لا ضروري فلا قسمه لها،لأنها ناشزه.و إن كان واجبا مضيًا كالحيّ الواجب بالأصل أو النذر المعين حيث يلزم،أو بإذنه في غرضه،لم يسقط حقّها منها،فيجب القضاء لها بعد الرجوع.و لو كان بإذنه في غرضها غير الواجب أو الواجب الموسّع فقولان،من الإذن في تفويت حقّه فيبقى حقّها،و من فوات التمكين و الاستمتاع المستحقّ عليها لأجل مصلحتها،و الإذن إنما يؤثر في سقوط الإثم.و فوات التسليم المستحقّ و إن كان بسبب غير مأثوم فيه يوجب سقوط ما يقابله،كما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب تعذر فيه،فإنه يسقط تسليم الثمن.و الأول خيره العلامة في التحرير (١)،و الثاني خيرته في القواعد (٢).و حيث نحكم بالوجوب فالمراد وجوب القضاء لفوات محلّه بالسفر.

قوله:«لا يزور الزوج.إلخ».

حيث كان محلّ استحقاق القسمه هو الليل فلا يجوز صرف شيء منه إلى غيرها إلا بما جرت به العاده و دلّت قرائن الأحوال على إذنها فيه،كالدخول على بعض أصدقائه من غير إطاله،دون الدخول على الضرة و لو لحاجه غير ضروريّه،لما فيه من التخصيص المنافي للعدل،إلا- أن تكون مريضه فيجوز عيادتها،لقضاء العاده به كما يجوز عياده الأجنبي،و لعدم التهمه في زيارتها حينئذ لمكان المرض،

ص: ٣٤٣

١- ١) تحرير الأحكام ٢:٤١.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢:٤٥.

و لو دخل فواقعها(١) ثمَّ عاد إلى صاحبه الليله لم يقض المواقعه فى حقّ الباقيات، لأن المواقعه ليست من لوازم القسمه.

بخلاف الصَّحّه. و قئده فى المبسوط (١) بكون المرض ثقيلًا و إلا لم يصحّ.

ثمَّ إن خرج من عندها فى الحال لم يجب عليه قضاؤه و إن كان عاصيا به، لأنه قدر يسير لا يقدر فى المقصود. و إن استوعب الليله فى غير العياده فلا شبهه فى القضاء، و فيها قولان، من عدم وصول حقّ صاحبه الليله إليها، و ليس من ضرورات الزيارة الإقامه طول الليل، فهو ظلم، و كلّ ظلم للزوجه فى المبيت يقضى. و اختار المصنّف العدم، كما لو زار أجنبيًا. و الأول أقوى. و الفرق بين الأمرين واضح. و الأصل ممنوع، فإن زياره الأجنبي مشروطه بعدم استيعاب الليله. و على القولين لا تحتسب على المزوره، لأنها ليست حقّها.

و لو طال المكث ليلا عند غير صاحبه النوبه بغير عياده، فإن كان عند الضرّه وجب قضاؤه بمثله فى نوبه المصحوبه فيه. و إن كان عند غيرها ففي ليلته إن فضل له فضل، و إلا بقيت المظلمه فى ذمّته إلى أن يتخلّص منها بمسامحه أو قضاء. و الأقوى مساواه زمان العياده لغيره فى ذلك.

قوله: «و لو دخل فواقعها. إلخ».

لَمَّا كان المعتبر فى القسمه المضاجعه لا- المواقعه فجامع غير ذات الليله فى ليله الضرّه لم يجب عليه قضاء الجماع لها، لأنه لم يدخل فى حقّ القسم. و أما زمانه فإن طال وجب قضاؤه من ليله المجامعه، و إلا فالإثم خاصّه. و خالف فى ذلك بعض (٢) العامّه فأوجب قضاء الجماع للمظلومه فى ليله المجامعه كما فعل بها، ثمَّ يذهب إليها ليحصل العدل، و إن لم يكن الجماع واجبا فى نفسه.

ص: ٣٤٤

١- ١) المبسوط ٣٢٧:٤.

٢- ٢) راجع الحاوى الكبير ٥٧٧:٩، حليه العلماء ٥٢٧:٦، المغنى لابن قدامه ١٤٧:٨.

السادسه: لو خان (١) فى القسمه (١) قضى لمن أخلّ بليتها.

قوله: «لو جار فى القسمه. إلخ».

لا- خلاف فى وجوب القضاء لمن جار عليها فى القسمه فأخلّ بليتها، و لكن القضاء مشروط ببقاء المظلوم بهنّ فى حباله، و بأن (٢) يفضل له من الدور فضل يقضى به. فلو كان عنده أربع فظلم بعضهنّ فى ليلتها، فإن كان ظلمها بترك المبيت عندها و عندهنّ لم يمكنه القضاء، لاستيعاب الوقت بالحقّ على القول بوجوب القسمه دائما، فيبقى فى ذمّته إلى أن يطلق واحده منهنّ أو تنشز أو تموت ليرجع إليه من الزمان ما يمكنه فيه القضاء.

و لو كان ظلمه بالمبيت عندهنّ، فإن جعل ليلتها لواحد معينه قضاها من دورها. و إن ساوى بينهنّ و أسقط المظلومه من رأس قضى لها من الزمان بقدر ما فاتها متواليا إلى أن يتمّ لها حقّها، ثمّ يرجع إلى العدل.

و لو لم يبق المظلوم بهنّ معه بأن فارقهنّ بموت أو غيره ثمّ تزوّج ثلاثا لم يمكن القضاء، لتجدّد حقهنّ و حقّها الحاضر فى جميع الأوقات، فلا يمكن دفع الظلم إلّا بالظلم.

و إن بقين و وجد معهنّ أخرى حيث يمكن، أو بقى بعضهنّ كما لو فارق واحده و تزوّج أخرى، أمكن القضاء من دور المظلوم بهما دون الجديد، فيعطيهما من كلّ دور ثلاثا و للجديده ليله إلى أن يكمل حقّها، ثمّ يرجع إلى العدل بينهنّ.

مثاله: كان معه ثلاث نسوة فبات عند اثنتين عشرين ليله مثلا، إما عشرا عند هذه و عشرا عند هذه و لاء، أو بات عندهما ليله ليله إلى تمام العشره، فتستحقّ الثالثه عشر ليال، و عليه أن يوفّيها و لاء، و ليس له أن يفرّق فيبيت عندها ليلتين

ص: ٣٤٥

١- ١) كذا فى النسخه الخطيه المعتمده، و فى متن المسالك و الجواهر: جار.

٢- ٢) كذا فى إحدى الحجرين، و هو الصحيح، و فى النسخ الخطيه: أو بأن.

و عند كل واحد ليله، لأنها قد اجتمعت في ذمته، وهو متمكن من وفائها، فلا يجوز أن يؤخر. فلو نكح جديده عقب العشرين لم يجز أن يقدم قضاء العشرة، لأنه ظلم على الجديده، بل يوفىها أولاً - حق الزفاف من ثلاث أو سبع، ثم يقسم الدور بينها وبين المظلومه، فيجعل لها ليله و للمظلومه ليلتها و ليلتي اللتين ظلمها بسببهما، و هكذا ثلاث أدوار، فيوفىها تسعا و يبقى لها ليله، فإن كان قد بدأ بالمظلومه بات بعد ذلك ليله عند الجديده بحق القسم، ثم ليله عند المظلومه لتمام العشر، و يبيت للجديده بهذه الليله ثلث ليله، لأن حقها واحده من أربع، فإذا أكمل لها ثلث ليله خرج في باقى الليل إلى مسجد أو بيت صديق أو مسكن خال عن زوجاته، ثم يستأنف القسم للأربع بالعدل. و إن كان قد بدأ بالجديده فإذا تمت التسع للمظلومه بات ثلث ليله عند الجديده و خرج باقى الليل كما وصفناه، ثم بات ليله عند المظلومه، ثم قسم بين الكل بالسوية.

و فى حكم الجديده ما لو كانت واحده من الأربع غائبه فظلم واحده من الحاضرات بالأخرين و حضرت الغائبه، فيجب قضاء حق المظلومه مع رعايه جانب التى حضرت، فيقسم لها ليله و للمظلومه ثلاثا، و إن احتجج إلى تبويض الليله فكما وصفناه.

و قد يحتاج إلى التبويض بغير الظلم، كما لو كان يقسم بين نسائه فيخرج فى نوبه واحده لضروره و لم يعد أو عاد بعد وقت طويل، فيقضى لها من الليله التى بعدها مثل ما خرج، و يخرج باقى الليل إلى المسجد أو نحوه كما قررناه. و يستثنى من الخروج ما إذا خاف اللص أو العسس لو خرج و لم (1) يكن له فى داره مكان منفرد يصلح للإقامه بقيه الليله، فيعذر فى الإقامه. و الأولى أن لا يستمتع بها فيما وراء زمان القضاء.

ص: ٣٤٦

السابعة: لو كان له أربع (١) فنشزت واحده، ثم قسم خمس عشره فوقى اثنتين، ثم أطاعت الرابعه، ووجب أن يوفى الثالثه خمس عشره و التى كانت ناشزا خمسا. فيقسم للناشز ليله و للثالثه ثلاثا، خمسه أدوار فتستوفى الثالثه خمس عشره و الناشز خمسا، ثم يستأنف. قوله: «و لو كان له أربع. إلخ».

إذا كان للرجل أربع زوجات فنشزت واحده منهنّ سقط حقها من القسم، و وجب عليه القسم للثلاث الباقيات على الطاعه، فإن قسم عليهنّ ليله ليله فضل له حينئذ ليله، و هى حقّ الناشز، فيضعها حيث شاء.

و إن جعل القسم أكثر من ليله استوعب دور القسمه أو زاد عليه، لأن أقلّ النسوه المتعدّات أن يكنّ اثنتين، فإذا جعل القسم بينهنّ ليلتين ليلتين استوعب حقهما الدور، فيسقط حقّه من الزائد، لأنه أسقطه بيده حيث اختار الزيادة.

و يحتمل بقاء حقّه بنسبه ما يبقى له من الدور، ففى المسأله تبقى له ليله من الأربع، فيكون له ربع القسمه بمنزله واحده منهنّ، فإذا قسم لكلّ واحده عشا كان له بعد قضاء حقوقهنّ عشر.

و ظاهر مذهب الأصحاب فى هذه المسأله و نظائرها هو الأول. و يدلّ عليه أن ثبوت حقّه معهنّ و تفضيل بعضهنّ على بعض على خلاف الأصل، و الدلائل العامه من وجوب العدل و التسويه بينهنّ تدلّ على خلافه، فيقتصر فيه على مورد النصّ (١)، و هو ثبوت حقّه فى الزائد عن عددهنّ فى الأربع على تقدير أن يقسم بينهنّ ليله ليله، على ما فى الروايه الدالّه على من ضعف السند، و لو لا ظهور اتفاق

ص: ٣٤٧

(١-١) التهذيب ٧:٤١٩ ح ١٦٧٩، الاستبصار ٣:٢٤٢ ح ٨٦٦، الوسائل ١٥:٨٠ ب (١) من أبواب القسم و النشوز ح ٢.

الأصحاب عليه أشكال إثباته بالنصّ. و عامّه العلماء (١) من غير الأصحاب على خلافه، و أنه متى قسم لواحد عدداً و جب أن يقسم للأخرى مثلها مطلقاً مع تساويهما في الحكم.

و إنما تظهر فائده الخلاف على القول بوجوب القسمة دائماً. أما على القول بوجوبها مع الابتداء بها خاصّه و جواز الإعراض بعد ذلك فالأمر سهل، لأنه إذا وُفّي لهّن العدد الذي جعله لهّنّ جاز له الإعراض عنهنّ على هذا القول، سواء كان له حقّ في المدّة أم لا. و يحتمل تفرّيعاً على الرواية أن يكون له من المدّة بنسبه حقّه من الأربع.

إذا تفرّز ذلك فنقول في المسألة المفروضة: لو نشزت واحده من الأربع، و أراد القسم بين الثلاث، و اختار أن يقسم لكلّ واحده خمس عشره ليله، أو اتّفق (٢) معهنّ على ذلك، فوفّي اثنتين العدد المذكور و بقيت واحده، ثمّ أطاعت الرابعه، فليس لها حظّ في حقّ من مضى، لأنها كانت عاصيه لا تستحقّ القسمة، لكن لها حقّ القسمة في المستقبل. و عليه أن يوفّي الثالثه المطيعه خمس عشره مثل صاحبتيها، و لا يمكن جعلها ولاء بغير رضا الرابعه التي تجددت طاعتها، لمشاركتها لها في استحقاق القسم حينئذ، لكنّها واحده من أربع، فلها ربع القسم من حين الطاعه، و باقى الدور - و هو ثلاث ليال - يجب صرفه إلى الثالثه، و هى حقّها و حقّ السابقتين كما أخذتا حقهما من الليالي التي اختصّتا بها. و حينئذ فطريق التخلّص من حقّ المتأخّرتين أن يبيت عند الثالثه ثلاث ليال و عند الرابعه ليله، و هكذا خمس أدوار، فيتّم للثالثه حقّها هو خمس عشره ليله، و يحصل للرباعه خمس ليال هى ربع الأدوار الخمسه.

ص: ٣٤٨

١ - ١) الكافي لابن عبد البر ٥٦١: ٢، المغنى لابن قدامه ١٣٩: ٨، روضه الطالبين ٦٦٤: ٥.

٢ - ٢) فى «ش» و الحجريتين: و اتّفق.

و حصول الخمس لها بطريق الاتفاق تبعا لحصول الخمس عشره للثالثه، و أما الخمس عشره فهي المقصوده بالذات. ثمَّ يستأنف القسمة للجميع على السويّه.

هكذا أطلق المصنف-رحمه الله- و قبله الشيخ في المبسوط (١) فرض المسأله، و بعده العلامه (٢) في كتبه. و ظاهر إطلاقهم سقوط حقّ الزوج من القسمة كما بيّناه.

و لو قلنا بعدم سقوطه أمكن فرض حقّه من المدّه الماضيه التي فضل له منها حصّه، و هي الثلاثون التي قسمها للثنتين قبل طاعه الرابعه، فيكون له منها سبع ليال و نصف، فيستوفيهما بعد انقضاء الدور للجميع إن قلنا بوجود القسمة دائما، و إلا فإعراضه حينئذ جائز مطلقا كما بيّناه.

و هذا الاحتمال ينافي (٣) فرض المصنف، لأن قوله: «قسم خمس عشره» يدلّ على إرادته ذلك العدد لكلّ زوجة بحيث لا يشركها فيها، بدليل قوله «قسم» إذ حقّه في الدور لا يدخل في القسمة و إن خصّه بواحد. و يؤيد ذلك قوله: «وجب أن يوفّى الثالثه خمس عشره» فإنه لو كان له في الخمس عشره شركه لما وجب أن يوفّى الثالثه تمام الخمس عشره، بل كان له أن يقول: لى في الخمس عشره ربعها، فلا يجب للثالثه إلا مقدار ثلاثه الأرباع و الزائد تبرّع منه. فسقط بهذا احتمال أن يجعل الخمس عشره مشتركه. و قوله بعد كمال إيفائهنّ الحقّ: «ثمَّ يستأنف» يشعر أيضا بأنه لا حقّ له بعد الكمال و إلا لتبّه عليه. و إحالته على القاعده السابقه بعيده، إذ

ص: ٣٤٩

١-١) المبسوط ٣٣٠:٤-٣٣١.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢:٤١، قواعد الأحكام ٢:٤٧، الإرشاد ٢:٣٣.

٣-٣) كذا في إحدى الحجريتين، و هو الصحيح ظاهرا، و في النسخ الخطيّه: لا ينافي.

الثامنة: لو طاف على ثلاث و طلق الرابعه بعد دخول ليلتها ثم تزوجها

الثامنة: لو طاف على ثلاث (١) و طلق الرابعه بعد دخول ليلتها ثم تزوجها قيل: يجب لها قضاء تلك الليله. و فيه تردد ينشأ من سقوط حقها بخروجها عن الزوجيه.

ليس فيها ما يدل على مثل ذلك.

و هذا البحث يجرى فى قضاء قسمه المظلومه فى الأمثله السابقه، و فى مواضع كثيره يأتى بعضها فى الكتاب (١) أيضا.

قوله: «لو طاف على ثلاث. إلخ».

حقّ القسم على الزوج من الأمور الواجبه فى الجملة إما بعد الشروع فيه أو مطلقاً، فإن كان له زوجتان فصاعداً و قسم لواحده ثم دخلت نوبه الأخرى حرم عليه طلاقها قبل أن يوفّيها حقّها من القسم، لاستلزام الطلاق تفويت الواجب فيكون محرّماً، لكنّه محرّم لأمر خارج عن حقيقه الطلاق فلا يبطل به، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة، و لأن النهى فى غير العبادات لا يقتضى الفساد كما حقّق فى الأصول. و احتمال البطلان فى البيع وقت النداء آت هنا.

و لا فرق فى ذلك بين كون المطلّقه بعد حضور نوبتها رابعه و غيرها، لاشتراك الجميع فى المقتضى. و ذكر المصنّف الرابعه تبعاً للشيخ (٢) مجرّد تمثيل. و ربما قيل: إن السرّ فى ذكر الرابعه أن نوبه غيرها لا تتحقّق إلا بالقرعه، بخلاف الرابعه.

و فيه: أنه مع تسليم التوقّف على القرعه لا يتمّ إلا فى الدور الأول، أما بعده فتتعيّن نوبه كلّ واحد به غير قرعه، و يتحقّق الفرض فى غير الرابعه. و على المختار من تخييره بغير قرعه تتحقّق نوبه غير الرابعه بتعيينه لها ثمّ طلاقها بعد دخولها.

ص: ٣٥٠

١- ١) كما فى المسأله التاليه.

٢- ٢) راجع المبسوط ٤: ٣٣٢.

و المصنف لم يذكر تحريم الطلاق، وقد ذكره الشيخ (١) وغيره (٢). ولا فرق في التحريم بين وقوع الطلاق رجعيًا و بائنا، وإن كان في الرجعي يتمكّن من الرجوع و التخلّص، لأن الطلاق سبب في تعطيل الحقّ و اشتغال الذمّه به على التقديرين.

و لكن لو كان رجعيًا و رجع في العده و جب قضاء حقّها و تخلّص منه بغير إشكال، لأن الرجعه أعادت الزوجيه الأولى كما كانت.

و إن تركها حتى انقضت عدتها، أو كان الطلاق بائنا ثمّ تزوّجها، فهل يجب عليه القضاء؟ قال الشيخ في المبسوط (٣): نعم، لأنه حقّ استقرّ في ذمته و قد أمكنه التخلّص منه فيجب. و المصنف تردّد في الوجوب ممّا ذكرناه، و من خروجها عن الزوجيه فتسقط الحقوق المتعلقة بها. و فيه: منع الملازمه بين الأمرين، و من ثمّ يبقى المهر و غيره من الحقوق الماليه و إن طلق. و تخصيص بعض الحقوق بالسقوط دون بعض لا دليل عليه. فالقول بوجوب القضاء مطلقاً أقوى.

و يتفرّع عليه وجوب التزويج لو توقفت البراءه عليه. و لو أمكن محالّتها و التوضيل إلى إسقاط حقّها بوجه آخر تخير بينه و بين التزويج. و حينئذ فلا يمنع تزويج رابعه، لعدم انحصار البراءه في التزويج. و لو فرض توقّفها عليه لم يقدح في صحّه التزويج، لما قلناه من حكم النهي.

و اعلم أن وجوب القضاء بل إمكانه على تقدير تزويجها مشروط بكون الزوجات أقلّ من أربع ليتمكن قضاؤه فيما يفضل له من الدور، أو كون الزوجات هنّ المظلوم بهنّ ليتمكن القضاء في دورهنّ. أما لو كان الظلم بتعطيل الليله مع غيرهنّ أو كنّ جديداً لم يمكن القضاء، لأنه إنما يكون في نوبه إحداهنّ، و الظلم لا يقضى

ص: ٣٥١

١-١ المصدر المتقدم.

٢-٢ القواعد ٢:٤٧، المقتصر ٢٦٦. و فيه: فقد ظلمها.

٣-٣ المصدر المتقدم.

التاسعه: لو كان له زوجتان في بلدين فأقام عند واحده عشرا

التاسعه: لو كان له زوجتان (١) في بلدين فأقام عند واحده عشرا قيل:

كان عليه للأخرى مثلها.

بالظلم.

و لو نكح جديده و بقيت في نكاحه التي ظلم بها، كما إذا كان له ثلاث زوجات و ظلم واحده بليال للأخريين و نكح رابعه ثم تزوج المظلومه، أمكن قضاء حقها من نوبه المظلوم بهما مع مراعاة حق الرابعه على نحو ما تقدم في المسأله السابقه.

و لو لم يفارق المظلومه و فارق اللواتي ظلم بهنّ ثم عدن إلى نكاحه، أو فارقها و فارقهنّ ثم عدن إلى نكاحه، اشتغل بالقضاء. و لا يحتسب عن القضاء ما بات عندها في زمان مفارقتهنّ. و يجيء في عودهنّ بالنكاح الجديد الخلاف السابق (١). قوله: «لو كان له زوجتان. إلخ».

القائل بذلك الشيخ في المبسوط (٢). و وجهه: ما أشرنا إليه سابقا من أن المبيت عند واحده من الزوجات زياده على الليله يوجب المبيت عند الأخرى مثلها مراعاة للعدل بينهما، و أن جواز المفاضله بين الاثنتين أو الثلاث مشروط بجعل القسمه ليله ليله.

و نقل المصنف له بصيغه القيل يؤذن باستشكاله. و وجهه: ما علم من أن للزوج مع الاثنتين نصف الدور، فينبغي أن يكون له من العشر نصفها، و لكل واحد منهنّ ربع، فلا يلزمه للثانيه إلا ليلتان و نصف.

ص: ٣٥٢

١-١ (١) لاحظته في ص: ٣٣٠، المبحث الثالث.

٢-٢ (٢) المبسوط ٣٣٢: ٤.

العاشرة: لو تزوج امرأه (١) و لم يدخل بها، فأقرع للسفر فخرج اسمها، جاز له مع العود توفيتها حصه التخصيص، لأن ذلك لا يدخل في السفر، إذ ليس السفر داخلا في القسم.

و هذا الوجه لم يشر إليه في المسألة (١) المشتملة على القضاء للمظلومه مع وروده فيها. و يمكن الفرق من جهة تصريحه في تلك بأن العدد المذكور فيها - وهو الخمس عشره - جعله لكل واحد على وجه القسم كما ذكره في لفظها، بخلاف هذه، فإنه لم يذكر فيها ما يدل على أنه قسم للأولى عشرا و إلا للزومه للثانية مثلها و إن بقي حقه بعد ذلك، بل قال: «فأقام عند واحد عشرا» و الإقامة عندها كذلك أعم من جعلها على وجه القسمه أو مع إضافه حقه إليها، فلمّا كان اللفظ أعم استشكل حمل الإطلاق على القسمه، مع أصاله براءه الذمه من حقّ الثانية إذا أمكن صرف الإقامة عمّا يوجب شغل ذمته بالثانية. و على هذا فيختلف الحكم باختلاف قصده.

و الأقوى وجوب القسمه للأخرى بقدر الأولى مطلقا في غير موضع الوفاق.

و العلامه في كتبه (٢) جزم بالحكم كما ذكره الشيخ، و لم يتوقف غير المصنف.

و اعلم أن الزوجتين في البلدين إنما يحتسب عليهما ما يقيمه عندهما، لا الطريق إليهما و لا عنهما. و يتخير في قسمه الثانية بين الذهاب إليها و استدعائها إليه، فإن امتنعت منه مع قدرتها سقط حقه للنشوز.

قوله: «لو تزوج امرأه. إلخ».

تبه بتعليل الحكم على خلاف الشيخ (٣) حيث اكتفى في تخصيصها بما يحصل في أيام السفر، محتجًا بأن الغرض المقصود من ذلك - و هو ارتفاع الحشمه و حصول

ص: ٣٥٣

١ - ١) لاحظها في ص: ٣٤٧.

٢ - ٢) تحرير الأحكام ٢: ٤١، قواعد الأحكام ٢: ٤٨، إرشاد الأذهان ٢: ٣٣.

٣ - ٣) المبسوط ٤: ٣٢٥.

القول فى النشوز (١) و هو الخروج عن الطاعه و أصله الارتفاع و قد يكون من الزوج، كما يكون من الزوجه.

الأنس-يحصل بأيام السفر و إن لم يحصل فيه تمام المقصود من القسم.

و المصنف-رحمه الله-ردّ ذلك بأن الأيام المخصوصه من جمله القسم غايتها أنها تفضّل فيه كما فضّلت الحرّه على الأمه، و من ثمّ عدّوا أسباب تفاوت القسم ثلاثه أو اثنتين. و حيث وقع الاتفاق على أن أيام السفر ليست داخله فى القسم- و من ثمّ لا يقضى للمتخلفات ما فاتهنّ مع المصحوبه-فكذا لا تحتسب على الجديده هنا. و لا نسلم انحصار الفائده فيما ذكره، بل جاز أن يكون الاستمتاع بالجديده فى هذه المده أهمّ ممّا ذكر. نعم، يجوز انضمام تلك العله إلى ما ذكرنا لا استقلالها بالحكم، و مع ذلك فالعه مستنبطه لا منصوصه. و المعلوم إنما هو اختصاصها بالعدد على وجه القسمة أو ما هو أقوى منها كما أشرنا إليه سابقا (١)، لا كونه على وجه أضعف من حقّ القسمة. فما ذكره المصنف أجود.

و فى حكمه ما لو تزوّجها فى السفر و لم تكن معه زوجاته، فلو كنّ معه خصّص الجديده بالعدد ثمّ قسم بينها و بين القديمه بحسبه.

قوله: «النشوز. إلخ».

النشوز-لغه-الارتفاع (٢)، يقال: نشز الرجل ينشز و ينشز إذا كان قاعدا فنهض قائما، و منه قوله تعالى وَ إِذَا قِيلَ انشُرُوا فَانشُرُوا (٣) أى انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى. و سمى خروج أحد الزوجين عن طاعه الآخر نشوزا لأنه بمعصيته قد ارتفع و تعالى عمّا أوجب الله عليه من ذلك، و لذلك خصّ النشوز بما إذا

ص: ٣٥٤

١-١ فى ص: ٣٢٨-٣٢٩.

٢-٢ النّهايه لابن الأثير ٥:٥٥، القاموس المحيط ١٩٤:٢.

٣-٣ المجادله: ١١.

فمتى ظهر من الزوجه (١) أمارته مثل أن تقطب في وجهه أو تتبرم بحوائجه أو تغير عاداتها في أدبها جاز له هجرها في المضجع بعد عظتها.

و صوره الهجر أن يحول إليها ظهره في الفراش. وقيل: أن يعتزل فراشها. والأول مروى. ولا يجوز له ضربها و الحال هذه.

أما لو وقع النشوز - وهو الامتناع عن طاعته فيما يجب له - جاز ضربها و لو بأول مره. و يقتصر على ما يؤمل معه رجوعها، ما لم يكن مدميا و لا مبرحا.

كان الخروج من أحدهما، لأن الخارج ارتفع على الآخر فلم يحم بقه، أو عن الحق، و لو كان الخروج منهما معا خص باسم الشقاق - كما سيأتى (١) - لا النشوز، لاستوائهما معا في الارتفاع فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الآخر. و قال بعضهم (٢): يجوز إطلاق النشوز على ذلك أيضا، نظرا إلى جعل الارتفاع عميا يجب عليه من الطاعة لا على صاحبه، و هو متحقق فيهما. و بعض (٣) الفقهاء أطلق على الثلاثه اسم الشقاق. و الكل جائز بحسب اللغة، لكن ما جرى عليه المصنف أوفق لقوله تعالى وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ (٤) و قوله تعالى وَ إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا (٥) و قوله خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا (٦) الآية. و أما تخصيص الشيخ في النهايه (٧) النشوز بخروج الزوج عن الحق فليس بجيد.

قوله: «فمتى ظهر من الزوجه. إلخ».

و الوحشه الحاصله بين الزوجين قد تعرف و يظهر سببها من الزوجه، و قد

ص: ٣٥٥

(١ - ١) في ص: ٣٦٤.

(٢ - ٢) أطلق النشوز على ذلك القاضى فى المهذب ٢: ٢٦٥، و العلامه فى الإرشاد ٢: ٣٣. و راجع أيضا تهذيب اللغة ١١: ٣٠٥.

(٣ - ٣) كما فى القواعد ٢: ٤٨، و الروضه للنوى ٥: ٦٧٤.

(٤ - ٤) النساء: ٣٤.

(٥ - ٥) النساء: ١٢٨.

(٦ - ٦) النساء: ٣٥.

(٧ - ٧) النهايه: ٥٣٠.

يظهر من الزوج، وقد يظهر منهما، أو يشتبه الحال. وقد ذكر المصنف حكم الثلاثة وابتدأ بالأول لدلاله الآيه عليه، قال تعالى وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ (١). و المراد من الوعظ أن يخوفها بالله تعالى و يقول: اتقى الله في حقّي الواجب و احذرى عذاب الله تعالى و نكاله، و يذكر لها ما ورد من حقوق الزوج على الزوجه من الأخبار النبويه و كلام الأئمه، و يبين لها أن النشوز يسقط النفقه و حقّ القسم، فقد تتأدّب بذلك.

و أما الهجران فالمعتبر منه هنا الهجران في المضجع، و له أثر ظاهر في تأديب النساء. و قد اختلف في معناه، فقيل: أن يحوّل إليها ظهره في الفراش، ذهب إليه ابنا بابويه (٢)، و هو الذي جعله المصنف مروياً. و قال الشيخ (٣) و ابن إدريس (٤): أن يعتزل فراشها و يبيت على فراش آخر. و قيل: يبدأ بالأول، فإن لم ينجع فالثاني.

و قيل: أن يترك وطأها. و الأولى الرجوع فيه إلى العرف و ما تستفيد المرأة منه الهجران.

و أما هجرها في الكلام بأن يمتنع من كلامها في تلك الحاله فلا بأس به إذا رجا به النفع، ما لم يزد عن ثلاثه أيام، لنهي (٥) النبيّ صلى الله عليه و آله و سلّم عنه فوق الثلاثه.

و أما الضرب فهو ضرب تأديب و تعزير كما يضرب الصبيان على الذنب.

ص: ٣٥٦

١-١ (١) النساء: ٣٤.

٢-٢ (٢) المقنع: ١١٨، و حكاه العلامه عن ابن بابويه في المختلف: ٥٩٦.

٣-٣ (٣) المبسوط: ٣٣٨: ٤.

٤-٤ (٤) السرائر: ٧٢٩: ٢.

٥-٥ (٥) الكافي: ٣٤٤: ٢ ح ٢، الخصال: ١٨٣: ١ ح ٢٥٠، أمالي الصدوق: ٣٤٧، أمالي الطوسي: ٣٩١ ح ٨٦٠، الوسائل: ٥٨٤: ٨ ب «١٤٤» من أبواب أحكام العشره، مسند أحمد: ٣٩٢: ٢، صحيح مسلم: ١٩٨٤: ٤ ح ٢٥٦٠، سنن أبي داود: ٢٧٩: ٤ ح ٤٩١٤.

و يجب أن لا- يكون مدميا و لا- مبرحا أى: شديدا. و فى بعض (١) الأخبار أنه يضربها بالسواك. و لعلّ حكمته توهمها إرادته الملاعبه و الإفراح و إلا فهذا الفعل بعيد عن التأديب و الإصلاح. و نقل الشيخ فى المبسوط (٢) عن قوم أن الضرب يكون بمنديل ملفوف أو درّه، و لا يكون بسياط و لا خشب.

و إذا تمهّد ذلك فنقول: اختلف العلماء فى تنزيل هذه الأمور الثلاثة على التّخيير أو الجمع أو التّرتيب بالتدرّج من الأخفّ إلى الأثقل كمراتب النّهى عن المنكر.

و على التقديرين هل هى مع تحقّق النّشوز، أو ظهور أمارته قبل وقوعه، أو معهما؟ و منشأ الخلاف من دلالة ظاهر الآيه (٣) على ذكر الثلاثة متعاطفه بالواو المفيد للتّخيير أو الجمع، و تعليقها على خوف النّشوز لا عليه نفسه إن جعل الخوف على ظاهره. فاعتبر المصنّف فى النّافع (٤) فى الأمور الثلاثة ظهور أماره النّشوز إجراء للخوف على ظاهره، لكنّه جعل الثلاثة على التّرتيب، فتقدّم الموعظه، فإن لم تنجع فالهجر، فإن لم ينفذ انتقل إلى الضرب. و لم يذكر حكم النّشوز بالفعل، لكن يمكن دلالة جوازها مع ظهور الأماره على جوازها مع حصوله بالفعل بطريق أولى.

و هذا القول يوافق ظاهر الآيه فى السّبب، و يحوج إلى تأويل المسبّب حيث عدل عن ظاهر التّخيير أو الجمع إلى التّرتيب، نظرا إلى أن مثل هذا من أفراد النّهى عن المنكر فليكن بحكمه. و المراد من الآيه جواز الجمع بين الثلاثة فى الجملة لا- مطلقا بل حيث يفتقر إليه، بأن لا ينجح الاقتصار على ما دون الثلاثة.

و عكس الأمر ابن الجنيّد فجعل الأمور الثلاثة مترتبه على النّشوز بالفعل،

ص: ٣٥٧

١- ١) التّبيان ٣: ١٩١، ذيل الآيه ٣٤ من سورة النساء، مجمع البيان ٣: ٤٤ ذيل الآيه ٣٤ من سورة النساء.

٢- ٢) المبسوط ٤: ٣٣٨.

٣- ٣) النساء: ٣٤.

٤- ٤) المختصر النافع: ١٩١.

و لم يذكر الحكم عند ظهور أماراته، و جَوَزَ الجمع بين الثلاثة ابتداء من غير تفصيل، فقال: «و للرجل إن كان النشوز من المرأه أن يعظها و يهجرها في مضجعها، و له أن يضربها غير مبرح» (١). و يظهر منه جواز الجمع بين الثلاثة و الاجترأ بأحدها أو باثنين منها، لأن ذلك حقه فله فيه الخيار. و الوجه فيه حمل الواو على الجمع أو التخيير، و جعل الخوف بمعنى العلم كقوله تعالى فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا (٢) فأوّل الخوف و استغنى عن الإضمار الذى تكلفه غيره.

و جعل العلامة فى الإرشاد (٣) الثلاثة مترتبة على النشوز بالفعل كما صنع ابن الجنيد، لكنّه جعلها مترتبة مراتب الإنكار كما فعل المصنف فى قوله الأوّل.

و من الأصحاب من جعل الأمور الثلاثة منزله على الحالتين أعنى ظهور أمارات النشوز و تحقّقه بالفعل. فالمصنف فى الكتاب و الشيخ فى المبسوط [١] و العلامة فى القواعد (٤) جعلوا الوعظ و الهجر معلقين على ظهور أماراته، و الضرب مشروطا بحصوله بالفعل. و مع ذلك لم يشترطوا فى جواز الضرب مع تحقّق النشوز تقديم الوعظ و لا الهجر، بل جَوَزُوا الضرب بأول مرّه، و جعلوا الهجر فى الأوّل مشروطا بعدم نجع الوعظ.

و وجه هذا القول حمل خوف النشوز على ظاهره و ترتيب الأولين على مراتب النهى. و أما اشتراط الضرب بتحقّق النشوز مع أن ظاهر الآيه جوازه مع الخوف أن (٥) الضرب عقوبه و تعزير، و الأصل فيها أن تكون منوطه بالحاكم.

ص: ٣٥٨

١-١) لم نعثر عليه.

٢-٢) البقره: ١٨٢.

٣-٣) إرشاد الأذهان ٢: ٣٣.

٤-٥) قواعد الأحكام ٢: ٤٨.

٥-٦) كذا فى النسخ الخطيه، و لعلّ الصحيح: فلائن.

و المحرّم عليها هو النشوز، و ظهور أماراته لا- يفيد اليقين به، فلا- ينبغى العقوبه على الذنب قبل وقوعه، بخلاف الزجر بالوعظ و الهجر، فإن أمرهما أوسع، و ظهور أمارات المعصيه كاف فى التنبيه عليها و الزجر عنها. و مرجع ذلك إلى الأخذ بظاهر الآيه مع مراعاة الاحتياط فى العقوبه، و الوقوف على موضع اليقين حيث يحتمل إرادته النشوز بالفعل من الخوف منه. فالمتحقق الإذن فى الضرب مع وقوعه، و قبله مشكوك فيه.

لكن قد يشكل هذا بالهجر، فإن تفويت حقّها من اللطف و إعطاء الوجه فى المضاجعه بمجرد الاحتمال لا يخلو من إشكال، إلا أن الأمر فيه أسهل كما قلناه، فجاز التعويل فيه على ظاهر الآيه.

و وجه عدم توقّف ضربها على الآخرين فى هذه الحاله دلالة ظاهر الآيه على التخيير بينه و بينهما أو الجمع من غير تقييد.

و فضّل بعض العلماء [١] فى الآيه تفصيلا آخر، و وافقه العلامة فى التحرير (١)، فجعل الأمور الثلاثه مترتبه على مراتب ثلاث من حالها، فمع ظهور أمارات النشوز يقتصر على الوعظ، و مع تحقّقه قبل الإصرار ينتقل إلى الهجر، فإن لم ينجع و أصرّت انتقل إلى الضرب. و جعلوا المعنى فى الآيه: و اللاتى تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ، فإن نشزن فاهجروهنّ فى المضاجع، فإن أصررن فاضربوهنّ.

و الأظهر أنه متى احتمل انزجارها بالوعظ لا ينتقل إلى الهجر، و إن لم يجوّزه جاز الهجر، و لا يجوز الضرب إلا مع العلم أنها لا تنزجر بهما، و معه يجوز الضرب و لو فى الابتداء كمراتب النهى، و ذلك حيث تتحقّق المعصيه، و بدونه يقتصر على

بقي في المسأله أمور ينبغى التنبيه عليها:

الأول: المراد بظهور أمارات النشوز تغيير عاداتها معه في القول و الفعل، بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو غير مقبله بوجهها بعد أن كانت تقبل، أو تظهر عبوسا و إعراضا و ثقاقلا و دمدمه بعد أن كانت تلتطف له و تبادر إليه و تقبل عليه، و نحو ذلك. و احترزنا بتغيير العاده عما لو كان ذلك من طبعها ابتداء، فإنه لا يعدّ أماره للنشوز. و المصنف -رحمه الله- اقتصر في اعتبار العاده على أدبها و أطلق الباقي. و المعتبر ما ذكرناه. نعم، مثل التبرّم بالحوائج لا يعتبر فيه العاده، لأن ذلك حقّه فعلها المبادره إليها ابتداء، و لا عبره فيها بالعاده، بخلاف الأدب، فلذا خصّه المصنف. و هذه الأمور و نحوها لا تعدّ نشوزا فلا تستحقّ ضربا عليه على الأقوى، بل يقتصر على الوعظ فلعلّها تبدي عذرا أو ترجع عما وقع من غير عذر. و يظهر من مجوّز الضرب بل الهجر أنها أمور محرّمه و إن لم تكن نشوزا، و الضرب لأجل فعل المحرّم. و فيه نظر.

الثانى: ليس من النشوز و لا من مقدّماته بذاءه اللسان و الشتم، و لكنّها تأثم به و تستحقّ التأديب عليه. و هل يجوز للزوج تأديبها على ذلك و نحوه مما لا يتعلق بحقّ الاستمتاع، أم يرفع أمره إلى الحاكم؟ قولان تقدّما فى كتاب الأمر بالمعروف (1). و الأقوى أن الزوج فيما وراء حقّ المساكنه و الاستمتاع كالأجنبى و إن نغص ذلك عيشه و كدر الاستمتاع.

الثالث: المراد بحوائجه التى يكون التبرّم بها أماره النشوز ما يجب عليها فعلها من الاستمتاع و مقدّماته، كالتنظيف المعتاد و إزاله المنفّر و الاستحداد، بأن تمتنع أو تتناقل إذا طلبها على وجه يحوج زواله إلى تكلف و تعب. و لا أثر لامتناع

الدلال، و لا للامتناع من حوائجه التي لا تتعلق بالاستمتاع، إذ لا يجب عليها ذلك.

و فى بعض الفتاوى المنسوبة إلى فخر الدين (١) أن المراد بها نحو سقى الماء و تمهيد الفراش. و هو بعيد جدًا، لأن ذلك غير واجب عليها فكيف يعدّ تركه نشوزًا؟! أو قد نبه المصنف على ذلك بقوله فى تعريف النشوز: «و هو الامتناع عن طاعته فيما يجب له» فترك الأمر المذكور إذا لم يعدّ نشوزًا فكيف يعدّ التثاقل عنها من مقدمات النشوز؟! الرابع: المراد بالتبرّم بحوائجه القيام إليها بتثاقل و تضجّر و إن فعلتها. قال الجوهري: «تبرّم به إذا سئمه و ضجر منه، و أبرمه أمّله و أضجره» (٢). و قال: «التبريح الشدّه» (٣) و المراد هنا قوّه الضرب عرفًا، لأنّ المعتر من ضرب التأديب ما يسهل وقعه، و من ثمّ عبّروا عن آله بمثل السواك و المنديل.

الخامس: يجب اتّقاء المواضع المخوفه كالوجه و الخاصره و مراق النظر و نحوها. و أن لا يوالى الضرب على موضع واحد، بل يفرّق على المواضع الصلبه، مراعيًا فيه الإصلاح لا التشفى و الانتقام، فيحرم بقصده مطلقًا، بل بدون قصد المأذون فيه لأجله.

السادس: لو حصل بالضرب تلف و جب الغرم، لأنّه تبين بذلك أنّه إتلاف لا إصلاح، بخلاف الولي إذا أدّب الطفل. و الفرق أن تأديب المرأه لحظّ نفسه و الولد لحظّه لا لحظّ الولي. و قيل: إنهما مشروطان بعدم التلف. و سيأتى (٤) البحث فيه (٥) إن شاء الله تعالى. و فرّق بينهما أيضا بأن الأولى للزوج أن يعفو و يعرض عنه،

ص: ٣٦١

١-١) لم نعر عليه.

٢-٢) الصحاح ١٨٦٩: ٥.

٣-٣) الصحاح ٣٥٥: ١.

٤-٤) فى المسأله الثامنه من الباب الثالث من بحث التعزيرات من كتاب الحدود.

٥-٥) فى «ش»: فيهما.

و إذا ظهر من الزوج (١) النشوز بمنع حقوقها، فلها المطالبه، و للحاكم إلزامه. و لها ترك بعض حقوقها من قسمه و نفقه، استعماله له. و يحلّ للزوج قبول ذلك.

بخلاف الولي، فإن الأولى له أن لا يعرض عن ضرب التأديب عند الحاجة، لرجوع المصلحه إلى الصبي، و قد ورد الخبر (١) بالنهي عن ضرب الزوجه فى الجملة. و يتفرّع على هذا الفرق عدم ضمان الولي، لأنه محسن و ما على المُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٢). قوله: «و إذا ظهر من الزوج. إلخ».

هذا هو القسم الثانى من النشوز، و هو أن يتعدّى الزوج و يمنعها بعض حقوقها الواجبه من نفقه و قسمه، أو يسىء خلقه معها و يؤذيها و يضربها بغير سبب مبيح له ذلك، فإن نجح فيه و عضاها و إلا رفعت أمرها إلى الحاكم. و ليس لها هجره و لا ضربه و إن رجا بهما عوده إلى الحق، لأنهما متوقّفان على الإذن الشرعى، و فى الآيتين (٣) ما يتبّه على تفويض ذلك إليه لا إليها، و هو اللائق بمقامه.

ثمّ الحاكم إن عرف الحال باطلاع أو إقرار الزوج أو بشهود مطلعين على حالهما و إلا- نصب عليهما ثقّه فى جوارهما أو غيره يخبرهما و يحكم بما يتبين، فإن ثبت تعدّى الزوج نهاه عن فعل ما يحرم و أمره بفعل ما يجب، فإن عاد إليه عزّره بما يراه. و لو امتنع من الإنفاق مع قدرته جاز للحاكم أن ينفق عليها من ماله و لو بيع شىء من عقاره إذا توقّف عليه.

و لو كان لا يمنعها شيئاً من حقّها، و لا يؤذيها بضرب و لا كلام، و لكنّه يكره

ص: ٣٦٢

١-١) راجع جامع الأخبار للشعيرى: ١٥٤، و المستدرک للنورى ١٤: ٢٤٩ ب «٦٦» من أبواب مقدمات النكاح.

٢-٢) التوبه: ٩١.

٣-٣) النساء: ٣٤ و ١٢٨.

صحبته لمرض أو كبر، ولا يدعوها إلى فراشه، أو يهّم بطلاقها، فلا شيء عليه، و يحسن أن تسترضيه بترك بعض حقّها من القسم و النفقه، قال الله تعالى وَ إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا (١). و روى عن ابن عباس -رضى الله عنه- أن النبي صَلَّى الله عليه و آله هَمَّ بطلاق سوده فقالت: لا تطلقني و خلّني مع نسائك، و لا تقسم لي و اجعل يومي لعائشه، فنزلت الآية (٢). و روى الحلبي في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ و جل وَ إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فقال: «هي المرأة تكون عند الرجل فيكرها فيقول لها: إنّي أريد أن أطلقك، فتقول له: لا تفعل إنّي أكره أن يشمت بي، و لكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت و ما كان سوى ذلك من شيء فهو لك و دعني على حالتي، فهو قوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا و هو هذا الصلح» (٣).

و ما ذكرناه حكم بذلها الحقّ مع عدم تقصيره. و ظاهر الآية جواز قبوله ذلك و حلّه له و إن كان آثما في نشوزه، و كذلك عبارته المصنف. و الحكم فيه كذلك، لأن مثل ذلك لا يعدّ إكراها على بذل حقّها و إن أثم في تقصيره. نعم، لو قهرها على بذله فلا شبهة في عدم حلّه. و يظهر من روايه الحلبي تفسير الآية بالمعنى الأول خاصّه.

و هو أولى.

ص: ٣٤٣

١- (١) النساء: ١٢٨.

٢- (٢) مجمع البيان ٣: ١٢٠ ذيل الآية ١٢٨ من سورة النساء، المعجم الكبير للطبراني ٢٤: ٣٢ ح ٨٥، سنن البيهقي ٧: ٢٩٧.

٣- (٣) تفسير العياشي ١: ٢٧٩ ح ٢٨٤، الكافي ٦: ١٤٥ ح ٢، التهذيب ٨: ١٠٣ ح ٣٤٨، الوسائل ١٥: ٩٠ ب (١١) من أبواب القسم و النّشوز و الشّقاق، ح ١.

القول فى الشقاق. (١) و هو فعال من الشقّ، كأنّ كلّ واحد منهما فى شقّ.

فإذا كان النشوز (٢) منهما و خشى الشقاق بعث الحاكم حكما من أهل الزوج و آخر من أهل المرأة على الأولى. و لو كانا من غير أهلها أو كان أحدهما جاز أيضا.

و هل بعثهما على سبيل التحكيم أو التوكيل؟ الأظهر أنه تحكيم، فإن اتفقا على الإصلاح فعلاه، و إن اتفقا على التفريق لم يصحّ إلا برضا الزوج فى الطلاق، و رضا المرأة فى البذل إن كان خلعا.

قوله: «الشقاق. إلخ».

لما كان ارتفاع أحدهما على الآخر دون صاحبه مختصّا باسم النشوز ناسب أن يخصّ التعدى من كلّ منهما باسم الشقاق، لأنهما تشاركا فى التعدى و التباعد، فكأنّ كلّا منهما صار فى شقّ أى جانب غير جانب الآخر. و حاصله الاختلاف و عدم الاجتماع على رأى واحد.

قوله: «فإذا كان النشوز. إلخ».

إذا كان النشوز منهما كان هو الشقاق نفسه كما تقدّم، فقوله: «و خشى الشقاق» أى: خشى استمراره و إلا فهو حاصل من قبل. و عبّر بذلك موافقه للآية الدالة على حكمه قال تعالى وَ إِن خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا (١) و يجوز أن يراد من خشية الشقاق العلم به كما سلف (٢)، و هو أولى من إضمار الاستمرار.

ثمّ بيان حكم المسألة ينتظم فى ستّة أمور:

ص: ٣٦٤

١ - ١) النساء: ٣٥.

٢ - ٢) فى ص: ٣٥٨.

الأول: جعل المصنف والأكثر الباعث للحكمين هو الحاكم، وجعلوا ضمير فابعثوا في الآية راجعا إلى الحكام. وهو المناسب بمقام البعث والتحكيم، واللائق بقطع التنازع، والمروى (١). وقال بعضهم (٢): إن الضمير عائد إلى أهل الزوجين. وقيل: إلى الزوجين (٣) أنفسهما. ويضعف بأن ضمير الزوجين في الآية وقع مثنى لغائب، والمأمور بالبعث هو الخائف من شقاقهما، وقد وقع الضمير عنه مخاطبا مجموعا، وظاهر دلالة على المغايرة بينهما. ولو كان كما قيل لقال تعالى:

فليبعث كل منهما حكما من أهله، أو نحو ذلك. ولأن الإنسان لا يبعث أحدا إلى نفسه.

ويظهر من المصنف في النافع اختيار هذا القول حيث قال: «فإذا خشى الاستمرار بعث كل منهما حكما من أهله. ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم» (٤).

وقريب منه كلام ابن الجنيد (٥)، إلا أنه جعل الحاكم يأمر الزوجين بأن يبعثا من يختارانه من أهلها. وفيه جمع بين الفائدتين والقولين. وفي موثقه سماعه عن الصادق عليه السلام ما يرشد إلى كلام ابن الجنيد، لأنه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل: «فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها» رأيت إن استأذن الحكمان فقالا للرجل والمرأة: أليس قد جعلتما أمركما إلينا في الإصلاح والتفريق؟ فقال الرجل والمرأة: نعم، فأشهدوا بذلك شهودا عليهما، أيجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم» (٦) الحديث. ويمكن أن يستدل بها على أن المرسل الزوجان.

وكيف كان فالأقوى الأول لما ذكرناه. وعليه، فلو تعذر الحاكم أو تعذر

ص: ٣٦٥

١-١) مجمع البيان ٢:٤٤ ذيل الآية ٣٥ من سورة النساء، كنز العرفان ٢:٢١٣.

٢-٢) مجمع البيان ٢:٤٤ ذيل الآية ٣٥ من سورة النساء، كنز العرفان ٢:٢١٣.

٣-٣) مجمع البيان ٢:٤٤ ذيل الآية ٣٥ من سورة النساء، كنز العرفان ٢:٢١٣.

٤-٤) المختصر النافع: ١٩١.

٥-٥) راجع المختلف: ٥٩٧.

٦-٦) الكافي ٦:١٤٦ ح ٤، التهذيب ١٠٤:٨ ح ٣٥١، الوسائل ٩٣:١٥ ب (١٣) من أبواب القسم والنشوز والشقاق، ح ١.

إرساله فبعث الزوجان كان المبعوث وكيلا- محضاً لا حكماً، فيفعل ما اقتضته الوكالة من عموم و خصوص، بخلاف ما لو جعلنا المأمور بالإرسال الزوجين أو أهلها، فإنه يأتي في المبعوث ما سنقره في كونه وكيلاً أو حكماً.

الثاني: هل بعث الحكمين واجب أم مندوب؟ قولان، من دلاله ظاهر الأمر على الوجوب، و كون الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين أو أحدهما في المحرّم فيجب تخليصهما منه حسبه، و من إمكان الإصلاح بدون ذلك فلا يكون واجبا و إن كان راجحا نظرا إلى ظاهر الأمر. و الوجه بناء على أن البعث من وظائف الحاكم الوجوب. و لو جعلنا متعلق الأمر الزوجين فالاستحباب أوجه، لإمكان رجوعهما إلى الحقّ بدون الحكمين. نعم، لو توقّف الرجوع إلى الحقّ عليهما وجب بعثهما مطلقا من باب المقدمه.

الثالث: هل يشترط كون الحكمين من أهل الزوجين، بمعنى كون المبعوث من قبلها من أهلها و المبعوث من قبله من أهله؟ قولان منشؤهما دلاله ظاهر الآيه على كونهما من أهلها فلا يتحقّق امتثال الأمر بدونه، مؤيدا بأن الأهل أعرف بالمصلحه من الأجانب، و من أن القرابه غير معتبره في الحكم و لا في التوكيل و أمرهما منحصر في الأمرين، و لحصول الغرض بهما أجنبيين، و الآيه مسوقه للإرشاد فلا يدلّ الأمر على الوجوب من قبيل وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ (١). و هذا هو الأشهر، و هو الذي قطع به المصنف و الأكثر. و لو تعذّر الأهل فلا كلام في جواز الأجانب.

الرابع: هل المبعوثان وكيلا- من جهه الزوجين، أم حاكمان مؤلّيان من جهه الحاكم؟ فيه قولان مرتبان على كون الباعث الحاكم، إذ لو جعلنا بعثهما من الزوجين فلا شبهه في كونه توكيلا، لأنهما ليسا من أهل التفويض في الحكم الكلي و إن كان

ص: ٣٦٦

متعلقه جزئياً.

و الأ-كثر على كونه تحكيميا، لأن الله سَمَّاهما حكيمين، و خاطب ببعثهما الحكَّام، و الوكيل مأذون ليس بحكم. و لأنه لو كان توكيلا لخاطب به الزوجين. و لأنهما إن رأيا الإصلاح فعلاه من غير استيدان، و يلزم ما يشراطه عليهما من السائق، و لو كان توكيلا لتبع ما دلَّ عليه لفظهما.

و وجه الأول أن البضع حقٌّ للزوج و المال حقٌّ للزوجه، و هما رشيدان فلا يولَّى عليهما. و لأن الحكم يتوقَّف على الاجتهاد، و ليس معتبرا فيهما.

و يضعف بأن حكم الشارع قد يجرى على غير المحجور عليه كالمماطل، و بإصرار الزوجين على الشقاق صارا ممتنعين عن قبول الحقِّ، فجاز الحكم عليهما.

و إنما لم يشترط الاجتهاد لأن محلّه أمر معيّن جزئىّ، فيجوز تفويض الحاكم أمره إلى الآحاد كمنظّره.

فعلى الأول يتوقَّف بعثهما على رضا الزوجين، فإن لم يرضيا و لم يتفقا على شىء أذب الحاكم الظالم و استوفى حقَّ المظلوم. و على الثانى لا يشترط رضاها.

و على القولين يشترط فيهما البلوغ و العقل و الإسلام و الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما. و أما العدالة و الحرّيه فإن جعلناهما حكيمين اعتبارا قطعا، و إن جعلناهما وكيلين ففى اعتبارهما وجهان أوجودهما العدم، لأنهما ليسا شرطا فى الوكيل. و وجه اشتراطهما عليه أن الوكالة إذا تعلّقت بنظر الحاكم اشترط فيها ذلك كأمين الحاكم.

الخامس: يجب على الحكيمين الاجتهاد فى النظر و البحث عن حالهما، و السبب الباعث على الشقاق، و التأليف بينهما ما أمكن.

ثمَّ إن رأيا الإصلاح هو الأصل فعلاه، و إن رأيا الأصلح لهما الفراق فهل يجوز لهما الاستبداد به، فيباشر حكمه الطلاق و حكمها بذل عوض الخلع إن رأيا الخلع هو الصلاح، أم يختصَّ تحكيمهما بالإصلاح دون الفراق؟ قولان مرتّبان على كونهما وكيلين أو حكيمين، فعلى الأول لا إشكال فى وجوب مراعاة الوكالة، فإن

تناولت الفراق فعلاه و إلا فلا.و على الثانى فى جواز الفراق أيضا قولان مبنيان على أن مقتضى التحكيم على الإطلاق تسويغهما فعل ما يريانه (١)صلاحا،فيتناول الطلاق و البذل حيث يكونان صلاحا،و من أن أمر طلاق المكلف إلى الزوج،لقوله صلى الله عليه و آله:«الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢).و هذا هو الأشهر.و يدلّ عليه من الأخبار حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«سألته عن قول الله عزّ و جلّ فابعثوا حكماً من أهله و حكماً من أهلها قال:ليس للحكمين أن يفزقا حتى يستأمر الرجل و المرأة،و يشترطا عليهما إن شئتما جمعتما و إن شئتما فزقتما، فإن جمعاً ففجائر و إن فزقا ففجائر» (٣).

و يظهر من ابن الجنيّد جواز طلاقهما بدون الإذن،لأنه قال:«و يشترط الوالى أو المرضي بحكمه على الزوجين أن للمختارين جميعا أن يفزقا بينهما أو يجمعاً إن رأيا ذلك صوابا،و على كلّ واحد من الزوجين إنفاذ ذلك و الرضا به،و أنهما قد وكلاهما فى ذلك،و مهما فعلاه فهو جائز عليهما» (٤).

و قد روى أن عليا عليه السلام بعث حكيمين و قال:«تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما،و إن رأيتما أن تفزقا فزقتما.فقالت المرأة:رضيت بما فى كتاب الله علىّ ولى.فقال الرجل:أما الفرقه فلا.فقال علىّ عليه السلام:كذبت و الله حتى تقرّ بمثل الذى أقرت به» (٥).

ص: ٣٤٨

١- ١) فيما لدينا من النسخ: يرياه. و الصحيح ما أثبتناه كما استظهره فى هامش «و».

٢- ٢) سنن ابن ماجه ١:٦٧٢ ح ٢٠٨١، سنن الدار قطنى ٤:٣٧ ح ١٠٢، المعجم الكبير للطبرانى ١١:٣٠٠ ح ١١٨٠٠، الجامع الصغير ٢:١٤٣ ح ٥٣٤٩.

٣- ٣) الكافى ٦:١٤٦ ح ٢، الفقيه ٣:٣٣٧ ح ١٦٢٦، التهذيب ٨:١٠٣ ح ٣٥٠، الوسائل ١٥:٨٩ ب ١٠ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق، ح ١.

٤- ٤) راجع المختلف: ٥٩٧.

٥- ٥) تفسير العياشى ١:٢٤١ ح ١٢٧، الوسائل ١٥:٩٤ ب (١٣) من أبواب القسم و النشوز ح ٦.

و قد احتجّ بهذا الخبر الفريقان، فالأول من حيث إنه اعتبر رضاهما وإقرارهما، والثاني من حيث جعل الجمع والتفريق إلى الحكمين. وقوله: «حتى تقرّ» أي: ليس عليك أن تمتنع بل عليك أن تنقاد لحكم الله كما انقادت. وهذا أشبه بمذهب ابن الجنيّد.

و يتفرّع عليه أن حكم الرجل إذا رأى أن يطلق بغير عوض طلق مستقلاً به، لأن حكم المرأة لا صنع له في الطلاق. ولا يزيد على واحده، لكن إن راجع الزوج وداما على الشقاق زاد إلى أن يستوفى الطلقات الثلاث. وإن رأى الخلع وساعده حكم المرأة تخالعا. وإن اختلفا وقف.

السادس: ينبغي أن يخلو حكم الرجل بالرجل و حكم المرأة بالمرأة خلوه غير محرّمه ليتعرّفا (١) ما عندهما و ما فيه رغبتهما. وإذا اجتمعا لم يخف أحدهما على الآخر بما علم ليتمكّن من الرأى الصواب، و ينفذ حينئذ ما رأياه صوابا بشرطه. فإن اختلف رأيهما بعث إليهما آخرين حتى يجتمعا على شىء. و ينبغي للحكمين إخلاص النية في السعى و قصد الإصلاح، فمن حسنت نيته فيما يتحرّاه أصلح الله مسعاه، و كان ذلك سببا لحصول مبتغاه، كما يتبه عليه قوله تعالى إن يُريدا إصلاحاً يُوفّق الله بينهما (٢) و مفهوم الشرط أن عدم التوفيق بين الزوجين يدلّ على فساد قصد الحكمين، و أنهما لم يجتمعا على قصد الإصلاح بل في نية أحدهما أو هما فساد، فلهذا لم يبلغا المراد.

ص: ٣٦٩

١- ١) فيما لدينا من النسخ: ليتعرّفان، و الصحيح ما أثبتناه.

٢- ٢) النساء: ٣٥.

تفريع: لو بعث الحكمان (١) فغاب الزوجان أو أحدهما، قيل: لم يجز الحكم، لأنه حكم للغائب. و لو قيل بالجواز كان حسنا، لأن حكمهما مقصور على الإصلاح، أما التفرقة فموقوفه على الإذن.

قوله: «لو بعث الحكمان. إلخ».

هذا الحكم مبنى على أن بعث الحكمين توكيل أو تحكيم، فعلى الأول ينفذ قطعاً، لأن تصرف الوكيل فيما وكل فيه نافذ مع حضور الموكل وغيبته، ومع بقائه على الخصومه والشقاق وعدمه. و لو قلنا إنه تحكيم - كما هو المتصور (١) - فقال الشيخ في المبسوط: لا يجوز الحكم مع غيبه أحدهما، لأن الحكم حينئذ مشروط ببقاء الشقاق والخصومه بينهما، ومع الغيبه لا يعرف بقاء ذلك. و لأن كل واحد منهما محكوم له و عليه، و لا يجوز القضاء للغائب و إنما يجوز عليه (٢).

و جواز المصنف و المتأخرون الحكم مع الغيبه، لأنه مقصور على الإصلاح، و هو غير متوقف على الحضور. و إنما يمنع لو اشتمل على حكم له، كما لو حكما بالفرقة، و قد تقدم (٣) أنه لا يجوز. و الأصل بقاء الشقاق استصحاباً لما كان قبل الغيبه.

و فيه نظر، لجواز أن يشتمل الحكم مع الإصلاح على شرط (٤) لأحدهما فيكون حكماً للغائب و إن حصل معه الإصلاح.

و طرد بعضهم (٥) الوجهين فيما لو سكت أحدهما نظراً إلى العلمه الأولى، إذ لا يعلم بقاء الشقاق مع السكوت. و هو ضعيف، لإمكان معرفه ذلك بالقرائن الحاليه و إن كان ساكتاً، بل يمكن ذلك مع الغيبه أيضاً.

ص: ٣٧٠

١-١) في «س» و إحدى الحجريتين: المقصود.

٢-٢) المبسوط ٣٤١: ٤.

٣-٣) في ص: ٣٦٧-٣٦٨.

٤-٤) فيما لدينا من النسخ: شرطه. و الاحتمالان في نسخه الأصل كما في هامش «و».

٥-٥) لم نعثر عليه.

الأولى: ما يشترطه الحكمان يلزم إن كان سائغا

الأولى: ما يشترطه الحكمان (١) يلزم إن كان سائغا، وإلا كان لهما نقضه.

قوله: «ما يشترطه الحكمان. إلخ».

إذا شرط الحكمان شرطا نظر فيه، فإن كان ممّا يصلح لزومه شرعا لزم و إن لم يرض الزوجان، كما لو شرطا عليه أن يسكنها في البلد الفلاني أو المسكن المخصوص، أو لا يسكن معها في الدار أمه (١) و لو في بيت منفرد، أو لا- يسكن معها الضرّه في دار واحده، أو شرطا عليها أن تؤجله بالمهر الحالّ إلى أجل، أو تردّ عليه ما قبضته منه فرضا (٢)، و نحو ذلك، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٣) و قد جعل إليهما الحكم. و إن كان غير مشروع، كما لو شرطا عليها ترك بعض حقّها من القسم أو النفقه أو المهر، أو عليه أن لا يتسرّى أو لا يتزوّج عليها أو لا يسافر بها، لم يلزم ذلك بلا خلاف.

ثمّ إن كان الشرط ممّا للزوجين فيه التصرف- كترك بعض الحقّ- فلهما نقضه و التزامه تبرّعا. و إن كان غير مشروع أصلا- كعدم التزويج و التسرّي- فهو منقوض في نفسه. و يمكن أن يريد المصنف بقوله: «كان لهما نقضه» مطلقا الشامل للجميع، الدالّ بمفهومه على أن لهما أيضا التزامه التزم مقتضاه، بأن لا يتزوّج و لا يتسرّى تبرّعا بذلك و إن لم يكن لازما له بالشرط. و إلى هذا يشير كلام الشيخ في المبسوط حيث قال في هذا القسم: «فإن اختار الزوجان المقام على ما فعله الحكمان كان جميلا، و إن اختارا أن يطرحا فعلا» (٤) فإن ظاهر فعل الجميل كونه تبرّعا و تفضّلا بغير استحقاق.

ص: ٣٧١

١- ١) في «م»: أمه.

٢- ٢) في «س» و إحدى الحجريتين: قرضا.

٣- ٣) التهذيب ٣: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

٤- ٤) المبسوط ٤: ٣٤١.

الثانيه: لو منعها شيئاً من حقوقها، أو أغارها، فبذلت له بذلاً ليخلعها، صح

الثانيه: لو منعها شيئاً (١) من حقوقها، أو أغارها، فبذلت له بذلاً ليخلعها، صح، وليس ذلك إكراها.

قوله: «لو منعها شيئاً. إلخ».

المراد بالحقّ الذي منعها إياه فبذلت له الفديه لأجله الحقّ الواجب لها من القسمه و النفقه و نحوهما. وإنما لم يكن ذلك إكراها وإن كان محرّماً لأنه أمر منفكّ عن طلب الخلع و لا- يستلزمه، بل قد يجمع إرادته المقام معها، وإنما الباعث على تركه حقّها ضعف دينه و حرصه على المال و ميله إلى غيرها زياده، و نحو ذلك ممّا لا يستلزم إرادته فراقها و لا يدلّ عليه بوجه.

و نُبّه بقوله: «أو أغارها»- أي: تزوّج عليها- على أنه لا- فرق في ذلك بين ترك حقوقها الواجبه و غيرها، لأن إغارتها غير محرّمه و ترك شيء من حقّها الواجب محرّم، و كلاهما لا- يقتضيان الإكراه. أما غير الحقّ الواجب- كالتزويج عليها، و ترك بعض المستحبّات كالجماع في غير الوقت الواجب، و التسويه بينها و بين ضرّاتها فيه و في الإنفاق و نحوه- فظاهر، حتى لو قصد بذلك فراقها لتفدى نفسها لم يكن إكراها عليه، لأن ذلك أمر سائغ، و اقترانه بإرادته فراقها لا يقتضى الإكراه.

و أما تركه الحقّ الواجب فلما ذكرناه من أنه بمجرّده لا يدلّ على الإكراه بوجه. و كذا لو قصد بترك حقّها ذلك و لم يظهره لها و إن كان آثماً. أما لو أظهر لها أن تركه لأجل البذل كان ذلك إكراها. و أظهر منه ما لو أكرهها على نفس البذل.

و ما ذكره المصنّف قول الشيخ في المبسوط (١). و وافقهما عليه العلامة في الإرشاد (٢). و في التحرير (٣) نسب القول إلى الشيخ ساكتا عليه مؤذنا بترّدده فيه أو

ص: ٣٧٢

١- ١) المبسوط ٣٤١: ٤.

٢- ٢) إرشاد الأذهان ٣٣: ٢.

٣- ٣) تحرير الأحكام ٤٢: ٢.

النظر الرابع: في أحكام الأولاد و هي قسمان:

الأول: في إلحاق الأولاد

الأول: في إلحاق الأولاد، و النظر في أولاد الزوجات، و الموطوءات بالملك، و الموطوءات بالشبهه.

أحكام ولد الموطوءه بالعقد الدائم

أحكام ولد الموطوءه بالعقد (١) الدائم:

و هم يلحقون بالزوج بشروط ثلاثه: الدخول. و مضى سته أشهر من حين الوطء. و أن لا يتجاوز أقصى الوضع، و هو تسعه أشهر على الأشهر. و قيل: عشره أشهر. و هو حسن يعضده الوجدان في كثير. و قيل:

سنه. و هو متروك.

ضعفه. و في القواعد (١) قيد حقوقها بالمستحبه، و مفهومه أنه لو منع الواجبه كان إكراهها. و هذا القول نقله الشيخ في المبسوط أولاً عن بعض العامه (٢) ثم قال:

«الذى يقتضيه مذهبنا أن هذا ليس بإكراه». و هو المعتمد.

قوله: «ولد الموطوءه بالعقد. إلخ».

أجمع علماء الإسلام على أن أقل المدّه التي يمكن فيها تولّد الإنسان حيّاً كاملاً و نشوه من حين الوطى إلى حين الولاده سته أشهر. و يدلّ عليه - مع الإجماع - قوله تعالى وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا (٣) مع قوله تعالى وَ فِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ (٤) فتركّب من الأمرين أن حملة يكون سته أشهر، لأنها الباقية من الثلاثين شهراً عن العامين. و ليست هذه المدّه أقصى مدّه الحمل بالإجماع و الوجدان، و إنما هي أقلّ مدّته. و اختلفوا في أقصى مدّته، فأطبق أصحابنا على أنها

ص: ٣٧٣

١-١) قواعد الأحكام ٢: ٤٨.

٢-٢) المبسوط ٤: ٣٤١.

٣-٣) الأحقاف: ١٥.

٤-٤) لقمان: ١٤.

لا تزيد عن سنه، ثم اختلفوا فالمشهور بينهم أنه تسعة أشهر، ذهب إليه الشيخان في النهاية (١) و المقنعه (٢) و ابن الجنيدي (٣) و سلار (٤) و ابن البراج (٥) و المرتضى (٦) في أحد قوليه، و جماعه آخرون (٧).

و مستندهم روايه و هب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: الولد لستة أشهر، و لسبعه، و لتسعه، و لا يعيش لثمانية أشهر» (٨).

و روايه عبد الرحمن بن سيابه، عمّن حدّثه، عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن غايه الحمل بالولد في بطن أمه كم هو؟ فإن الناس يقولون: ربما بقى في بطنها سنتين. فقال: كذبوا أقصى مدّه الحمل تسعه أشهر لا يزيد لحظه، لو زاد ساعه لقتل أمه قبل أن يخرج» (٩).

و روايه عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول:

إذا طلق الرجل امرأته فادّعت حبلا انتظر تسعه أشهر، فإن ولدت و إلا اعتدّت بثلاثه أشهر ثمّ قد بانت» (١٠).

ص: ٣٧٤

١- (١) النهاية: ٥٠٥.

٢- (٢) المقنعه: ٥٣٩.

٣- (٣) المختلف: ٥٧٩.

٤- (٤) المراسم: ١٥٥.

٥- (٥) المهذب ٢: ٣٤١.

٦- (٦) رسائل الشريف المرتضى ١: ١٩٢.

٧- (٧) راجع السرائر ٢: ٦٤٨.

٨- (٨) الكافي ٦: ٥٢ ح ٢، التهذيب ٨: ١١٥ ح ٣٩٨ و ١٦٦ ح ٥٧٧، الوسائل ١٥: ١١٥ ب (١٧) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢.

٩- (٩) الكافي ٦: ٥٢ ح ٣، التهذيب ٨: ١١٥ ح ٣٩٦ و ١٦٦ ح ٥٧٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

١٠- (١٠) الكافي ٦: ١٠١ ح ١، الفقيه ٣: ٣٣٠ ح ١٥٩٩، التهذيب ٨: ١٢٩ ح ٤٤٤، الوسائل ١٥: ٤٤١ ب (٢٥) من أبواب العدد، ح ١.

و روايه محمد بن حكيم عنه عليه السلام قال: «إنما الحمل تسعه أشهر» (١) الحديث.

و فى الاستدلال بهذه الأخبار مع كثرتها نظر، لأن وهب راوى الأولى مشترك بين الضعيف و الثقه، و فى طريقه من فيه نظر أيضا. و مع ذلك لا دلالة فيه على نفي الزائد عن التسعه إلا من باب مفهوم العدد، و ليس بحجّه.

و الروايه الثانيه مرسله فلا يعتمد على ما فيها، مع مخالفتها للوجدان كما ذكره المصنف.

و أما الثالثه فلا تدلّ صريحا على أن التسعه أشهر أقصى الحمل، بل ربما دلّت على أنه سنه، لأنه لو علم انتفاء الحمل بعد التسعه يقينا لم يحتج إلى الثلاثه أشهر بعدها، لأن المعبر فى غير الحامل أقرب الأمرين من ثلاثه أقرء و ثلاثه أشهر، و محض هذه أمرها بالاعتداد بسنّه، و ذلك أعمّ من كون أقصى الحمل تسعه أشهر و سنه. و يمكن أن يكون الوجه فى الأمر بانتظارها تسعه أشهر البناء على الغالب من كون الحمل بعد التسعه يوضع و إن لم يتعين.

و أما الرابعه فهى -مع كونها أظهر فى الدلالة على أن أقصى الحمل تسعه أشهر من السابقه- دالّه على أن الأقصى سنه، لأنه قال فيها: «قلت له: المرأه الشابه التى تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمها ما عدتها؟ قال: ثلاثه أشهر -إلى أن قال- قلت: فإنها ارتابت. قال: عدتها تسعه أشهر قلت: فإنها ارتابت بعد تسعه أشهر. قال: إنما الحمل تسعه أشهر. قلت: فتزوج. قال: تحتاط بثلاثه أشهر. قلت:

فإنها ارتابت بعد ثلاثه أشهر. قال: ليس عليها ريبه تزوج». فهذه كما ترى دالّه على جواز بلوغ الحمل سنه و إن كان الغالب التسعه، فلهذا أطلق التسعه ثم أمرها

ص: ٣٧٥

بالاحتياط ثلاثه لأجل احتمال الحمل لا لأن العده بعده ثلاثه، كما أشرنا إليه سابقا. و هي أقوى الأدله على أن أكثر الحمل سنه، و قد أوردها في الكافي (١) و التهذيب (٢) بأسانيد كثيره و متون متقاربه مشتركه في هذا المعنى، و أجود طرقها الحسن.

و القول بالسنة للمرتضى في الانتصار (٣)، مدّعا عليه الإجماع. و وافقه عليه أبو الصلاح (٤)، و مال إليه في المختلف (٥). و يدلّ عليه من الأخبار-مضافا إلى ما تقدّم-روايه ابن حكيم عن أبي إبراهيم موسى أو ابنه عليهما السلام أنه قال في المطلّقه يطلّقها زوجها، فتقول: أنا حبلّ، فتمكث سنه، قال: «إن جاءت به لأكثر من سنه لم تصدّق و لو ساعه واحده في دعواها» (٦).

و هذا القول أقرب إلى الصواب و إن وصفه المصنف بالترك، إذ لم يرد دليل معتبر على كون أقصاه أقلّ من السنه، فاستصحاب حكمه و حكم الفراش أنسب و إن كان خلاف الغالب، و قد وقع في زماننا ما يدلّ عليه. مع أنه يمكن تنزيل تلك الأخبار على الغالب، كما يشعر به قوله عليه السلام: «إنما الحمل تسعه أشهر» ثمّ أمر بالاحتياط ثلاثه نظرا إلى النادر. و لكن مراعاة النادر أولى من الحكم بنفى النسب عن أهله، بل يترتب ما هو أعظم من ذلك على المرأه، مع قيام الاحتمال

ص: ٣٧٦

١-١) راجع الكافي ١٠١:٦ ح ٢.

٢-٢) التهذيب ١٢٩:٨ ح ٤٤٧، ٤٤٥.

٣-٣) الانتصار: ١٥٤.

٤-٤) الكافي في الفقه: ٣١٤.

٥-٥) المختلف: ٥٧٩.

٦-٦) الكافي ١٠١:٦ ح ٣، التهذيب ١٢٩:٨ ح ٤٤٦، و فيهما: أو أبيه، الوسائل ٤٤٢:١٥ ب (٢٥) من أبواب العدد، ح ٣.

فلو لم يدخل (١) بها لم يلحقه.

و كذا لو دخل (٢) وجاءت به لأقل من ستّة أشهر حيّا كاملاً.

معتضدا بقول سائر علماء الإسلام.

و القول بأن أقصاه عشره للشيخ في موضع من المبسوط [١]، واستحسنه المصنف هنا، والعلامة في أكثر (١) كتبه. و ذكر جماعه (٢) أن به روايه، و لكن لم أقف عليها. و كيف كان فهو أقرب من القول بالتسعه.

قوله: «فلو لم يدخل. إلخ».

يتحقّق الدخول الموجب لإلحاق الولد و غيره من الأحكام بغيوبه الحشفه خاصّه أو قدرها من مقطوعها في القبل و إن لم ينزل، على ما ذكره الأصحاب في مواضع كثيره. و سيأتي التنبيه عليه في باب (٣) العدد. و ذكر الشهيد في قواعده (٤) أن الوطاء في الدبر على هذا الوجه يساوى القبل في هذا الحكم و غيره إلا في مواضع قليله استثناءها. و ما وقفت في كلام أحد على ما يخالف ذلك.

قوله: «و كذا لو دخل. إلخ».

احترز بالحياه و الكماليه عمّا لو ولدته في هذه المدّه غير حيّ أو ناقص الخلقه، فإنه يمكن لحوقه به إذا قضى أهل الخبره بإمكان تولّمه منه على هذا الوجه من حين الدخول. و تظهر فائده لحوقه به في وجوب مؤنّه تجهيزه عليه، و في استحقاق ديتّه لو جنى عليه، و نحو ذلك.

ص: ٣٧٧

١- (٢) إرشاد الأذهان ٢:٣٨، قواعد الأحكام ٢:٤٩، تحرير الأحكام ٢:٤٤، تبصره المتعلمين: ١٤٣.

٢- (٣) راجع الوسيله: ٣١٨، و الإيضاح ٣:٢٥٩.

٣- (٤) لاحظ المقصد الخامس من النظر الثالث من كتاب الطلاق.

٤- (٥) القواعد و الفوائد ١:١٧٧.

و كذا لو اتفقا(١)على انقضاء ما زاد عن تسعه أشهر،أو عشره من زمان الوطاء،أو ثبت ذلك بغيبه متحققه تزيد عن أقصى الحمل.و لا يجوز له إلحاقه بنفسه و الحال هذه.

و الحكم بعدم لحوق الكامل الحيّ به فما دون الستّه هو المشهور بين الأصحاب،لما علم من أن أقلّ ما يمكن ولادته فيه حيّا كاملا هو الستّه.و خالف في ذلك الشيخان (١)فخيّراه بين نفيه و بين الاعتراف به فيلحقه نسبه.و هو شاذّ.

و الأصحّ وجوب نفيه،للعلم بانتفائه عنه،فاعترافه بنسبه و إلحاق أحكام النسب به محرّم.

قوله:«و كذا لو اتفقا.إلخ».

إذا ولدت الزوجه بعد أقصى زمان الحمل من حين الوطاء انتفى عن الزوج في نفس الأمر،و وجب عليه نفيه ظاهرا كما يجب عليه نفيه مع عدم الدخول أو ولادته لدون أقلّ الحمل.و قد ذكر المصنف و غيره هنا أن أقصى المدّه المذكوره الموجب لنفي الولد يحصل بأمرين:أحدهما اتّفاق الزوجين على عدم الوطاء في المدّه المذكوره،و الثاني ثبوت ذلك بغيبه أحدهما عن الآخر في جميع المدّه.و لا إشكال في انتفائه عنه مع ثبوت ذلك بالبينه أو ما في حكمها.

و أما ثبوت الحكم بمجرد اتّفاقهما على عدم الوطاء في المدّه فوجهه أن الحقّ منحصر فيهما،و الفعل لا يعلم إلا منهما،و إقامه البينه على ذلك متعذّره أو متعسّره، فلو لم نكتف باتّفاقهما عليه و ألحقنا به الولد حتما نظرا إلى الفراش لزم الحرج و الإضرار به،حيث يعلم انتفاءه عنه في الواقع و لا يمكنه نفيه ظاهرا.و لأن الشارع أوجب عليه نفيه عنه مع العلم بانتفائه،و جعل له وسيله إليه مع إنكار المرأه باللعان،فلا بدّ في الحكم من نصب وسيله إلى نفيه مع تصادقهما ليثبت له الحكم

ص:٣٧٨

اللازم له شرعا، ولا يمكن ذلك باللعان، لأنه مشروط بتكاذب الزوجين ليكنهما الشهاده بالألفاظ الدالّة على صدق الشاهد و كذب المشهود عليه، و ظاهر لزوم الضرر لو لم يثبت ذلك باتّفاقهما، إذ لا وسيله له سواه.

و قد استشكل ذلك الشهيد في بعض حواشيه بأنهما لو اتّفقا على الزّنا لم ينتف الولد و لحق بالفراش، و هو قائم مع اتّفاقهما هنا.

و يمكن حلّ الإشكال بأن مجرد الزنا غير كاف في انتفاء الولد عن الفراش إذا كان قد وطئ وطئا يمكن إلحاقه به، لما ثبت شرعا من أن «الولد للفراش وللعاهر الحجر» (١). و هذا بخلاف ما إذا تصادقا على عدم الوطء في المدّة المذكوره، لأن الولد لا يمكن لحوقه بالزوج من دون الوطء في مدّة الحمل، و من ثمّ اتّفقا على أنه لو ثبت عدم الوطء في المدّة بالبيّنه-حيث يمكن إثباتها كما لو اتّفقت الغيبه-انتفى عنه بغير إشكال، بخلاف ما إذا ثبت زناها بالبيّنه، فإنه لا-يوجب نفيه عن الزوج و لا عن المرأه مع وجود الفراش الذي يمكن إلحاقه به، فافترق الأمران.

نعم، يحصل الإشكال من وجه آخر، و هو منع انحصار الحقّ في الزوجين حتى يقبل تصادقهما على ذلك، بل للولد في النسب حقّ أيضا، و قد حكموا بأنه لو ادّعى مدّع مولودا على فراش غيره، بأن ادّعى وطأه بالشبهه و صدّقه الزوجان، فلا بدّ من البيّنه لحقّ الولد، و لا يكفي تصديق الزوجين له في دعوى الولد. و مثل هذا آت هنا إن وافق المصنف على هذا المدّعى، إلا أنه يمكن منعه بما ذكرناه من الحرج و الضرر، و كيف يجتمع الحكم بعدم جواز إلحاقه و وجوب نفيه مع الحكم بعدم انتفائه، عنه بوجه من الوجوه حيث يتعدّر إقامه البيّنه.

ص: ٣٧٩

١ - ١) راجع الوسائل ١٤: ٥٦٨ ب (٥٨) من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢، ٣، ٤، ٧، و ١٧: ٥٦٦ ب (٨) من أبواب ميراث ولد الملاعنه ح ١، ٤، و أيضا مسند أحمد ٢: ٢٣٩، سنن ابن ماجه ١: ٦٤٦ ح ٢٠٠٧، ٢٠٠٦.

و لو وطئها واطئ(١) فجورا كان الولد لصاحب الفراش، لا ينتفى عنه إلا باللعان، لأن الزانى لا ولد له.

و لو اختلفا فى الدخول، أو فى ولادته، فالقول قول الزوج مع يمينه.(٢) و مع الدخول و انقضاء(٣) أقل الحمل لا يجوز له نفى الولد، لمكان تهمه أمه بالفجور، و لا مع تيقنه. و لو نفاه لم ينتف إلا باللعان.

قوله: «و لو وطئها واطئ. إلخ».

المراد بكونه لصاحب الفراش مع وطئه لها على وجه يمكن إلحاقه به، فلا يعارضه حينئذ وطء الزانى، لأن الزانى لا يلحق به الولد و إن لم يكن هناك فراش، فيلحق الولد بالفراش على هذا الوجه، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «الولد للفراش و للعاهر الحجر». و لا فرق فى ذلك بين كون الولد مشبها للزانى فى الخلق و الخلق و عدمه، عملا بالإطلاق و تمسكا بالاتفاق.

و احترز بالوطء فجورا عمّا لو وطئها بشبهه بحيث يمكن تولّده من الزوج و الواطئ بالشبهه، و ذلك بأن تلده فيما بين أدنى الحمل و أقصاه من وطئها، فإنه يقرع بينهما و يلحق بمن تقع عليه القرعة، لأنها فراش لهما. و لا فرق بين وقوع الوطئ فى طهر واحد و عدمه، بل المعتبر إمكان إلحاقه بهما كما ذكرناه. و لو أمكن إلحاقه بواطئ الشبهه دون الزوج تعين له من غير قرعه كالعكس.

قوله: «و لو اختلفا فى الدخول- إلى قوله- مع يمينه».

إذا اختلفا فى الدخول فادّعت المرأة ليلحق به الولد و أنكره، أو اتفقا عليه و لكن أنكر الزوج ولادتها للولد و ادّعى أنها أتت به من خارج، فالقول قوله فى الموضوعين، لأصاله عدم الدخول و عدم ولادتها له. و لأن الأول من فعله فيقبل قوله فيه، و الثانى يمكنها إقامة البينة عليه فلا يقبل قولها فيه بغير بينه.

قوله: «و مع الدخول و انقضاء. إلخ».

لا بدّ مع انقضاء أقل الحمل بعد الدخول من عدم تجاوزه أكثر الحمل.

و لو طَلَّقَهَا فاعتدَّتْ،(١) ثمَّ جاءت بولد ما بين الفراق إلى أقصى مدَّة الحمل، لحق به، إذا لم توطأ بعقد و لا شبهه.

و الحاصل: أنه متى أمكن انتساب الولد إلى الزوج يحكم به له، و لا يجوز له نفيه، سواء تحقَّق فجور أمه أم لا، و سواء ظنَّ انتفاءه عنه أم لا- عملاً بظاهر الشرع، و صوتاً للأعراض عمّا يشينها، و عملاً بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «الولد للفراش» و لا يستثنى من ذلك إلا- مع وطء الشبهه كما مرَّ (١). و لو نفاه حيث يحكم بإلحاقه به ظاهراً لم ينتف إلا- باللعان. و ليس له اللعان بمجرد الشبهه، بل مع تيقن نفيه عنه.

قوله: «و لو طَلَّقَهَا فاعتدَّتْ. إلخ».

إذا طَلَّقَ المدخول بها فأتت بعد الطلاق بولد لستّه أشهر فصاعداً من حين وطء المطلق، و لم يتجاوز أقصى الحمل، و لم توطأ بعده بعقد و لا شبهه، فهو للمطلق بغير إشكال، لأنها فراشه و لم يلحقها فراش آخر يشاركه في الولد. و إن كان لأزيد من مدَّة الحمل انتفى عنه مطلقاً.

و إن لحقها فراش آخر بعقد أو شبهه، فإن لم يمكن لحوقه بالثاني، كما لو ولدته لأقلّ من ستّه أشهر من وطئه و لأقصى الحمل فما دون من وطء الأول، لحق بالأول أيضاً، و تبين بطلان نكاح الثاني، لو وقع في عدّه الأول، و حرمت عليه أبداً، لو طيه في العدّه.

و لو انعكس، بأن ولدته لأزيد من أكثر الحمل من وطء الأول و لأقلّ الحمل فصاعداً إلى الأقصى من وطء الثاني، لحق بالثاني قطعاً.

و إن ولدته لأزيد من أكثر الحمل من وطء الأول، و لدون ستّه أشهر من وطء الثاني، انتفى عنهما قطعاً.

و إن أمكن إلحاقه بهما، بأن ولدته فيما بين أقصى الحمل و أدناه من وطئهما،

ص: ٣٨١

أمكن كونه منهما. ولا خلاف في عدم ترجيح الأول، لأن فراش الثاني إما أقوى - من حيث زوال الأول و حصول الثاني بالفعل - أو مساو له. وفي ترجيح الثاني أو اعتبار القرعة قولان منشئهما من كونها حال الوطاء فراشا لكل منهما، والزمان صالح لإلحاقه بهما، فلا ترجيح إلا بالقرعة، ومن أن فراش الثاني ثابت بالفعل حقيقه، بخلاف الزائل، فإنه مجاز عند جمع (١) من الأصوليين، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: «الولد للفراش». والقولان للشيخ في المبسوط (٢) و النهاية (٣) والعلامة في المختلف (٤) وغيره (٥). واختار المصنف إلحاقه بالثاني.

و لعله أقوى.

ثم عد إلى العبارة. واعلم أن قوله: «ثم جاءت بولد ما بين الفراق إلى أقصى الحمل» ليس بجيد، لأن الفراق قد يقع بعد زمان طويل من وقت الوطاء وأقله مدّة الاستبراء، والمعتبر في مدّة الحمل ما بين الوطاء والوضع، فكان الأصوب إبدال الفراق بالوطاء. وقوله: «إذا لم توطأ بعقد ولا - شبهه» غايه لإلحاقه به على الإطلاق، فأما إذا حصل أحد الأمرين لم يبق الحكم بإلحاقه به على إطلاقه، بل فيه التفصيل الذي ذكرناه - وسنتبه (٦) عليه في آخر الباب (٧) - وكان اتصاله به أولى.

ص: ٣٨٢

١- ١) راجع الأحكام للآمدى ١: ٤٨، والبحر المحيط للزركشى ٢: ٩١.

٢- ٢) المبسوط ٥: ٢٠٥.

٣- ٣) النهاية: ٥٠٥.

٤- ٤) المختلف: ٧٠٢.

٥- ٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٠، تحرير الأحكام ٢: ٤٤، إرشاد الأذهان ٢: ٣٨.

٦- ٦) في «ش»: وسنتبه، وفي «و»: وسنتبه.

٧- ٧) في ص: ٣٨٥.

و لو زنى بامرأه(١) فأحبها، ثم تزوج بها، لم يجز إلحاقه به. و كذا لو زنى بأمه فحملت، ثم ابتاعها.

و يلزم الأب الإقرار(٢) بالولد، مع اعترافه بالدخول، و ولاده زوجته له. فلو أنكروه و الحال هذه لم ينتف إلا باللعان.

قوله: «و لو زنى بامرأه. إلخ».

إنما لم يجز إلحاقه به لأنه متولّد من الزنا، و المتولّد من الزنا لا يلحق بالزاني. و تجدد الفراش لا يقتضى إلحاق ما قد حكم بانتفائه، و لا يدخل فى عموم «الولد للفراش» لأن المراد منه المنعقد فى الفراش لا المتولّد مطلقاً، و لهذا انتفى عنه قبل الفراش و لم ينتف عن الفراش لو ولد بعد الطلاق و العده.

و يدلّ عليه بخصوصه روايه على بن مهزيار عن محمد بن الحسن القمى قال: «كتب بعض أصحابنا على يدى إلى أبى جعفر عليه السلام: جعلت فداك ما تقول فى رجل فجر بامرأه فحملت، ثم إنه تزوّجها بعد الحمل فجاءت بولد و هو أشبه خلق الله به؟ فكتب عليه السلام بخطّه و خاتمه: الولد لغتّه لا يورث» (١).

قوله: «و يلزم الأب الإقرار. إلخ».

المراد ولاده زوجته له على وجه يوجب إلحاقه به، بأن تلده ما بين أقلّ مدّه الحمل إلى أكثرها، و ترك ذلك اعتماداً على ما سبق (٢). و لقد كان هذا العذر يوجب ترك ذكر هذه المسأله أيضاً، لذكره لها عن قريب.

ص: ٣٨٣

١- ١) الكافى ٧: ١٦٤ ح ٤، التهذيب ٨: ١٨٢ ح ٦٣٧، الوسائل ١٥: ٢١٤ ب (١٠١) من أبواب أحكام الأولاد.

٢- ٢) فى ص: ٣٧٣ و ٣٨١.

و كذا لو اختلفا في المدّة (١) قوله: «و كذا لو اختلفا في المدّة».

أى: اختلف الزوجان في مدّة الحمل من حين الوطاء مع اتّفاقيهما عليه، فادّعى ولادته لدون ستّة أشهر أو لأزيد من أقصى الحمل، و ادّعت ولادته لدون الأقصى على وجه يلحق به، فإنه لا يلتفت إلى قوله، و يلزمه الإقرار به، و لم ينتف عنه إلا باللعان كما يقتضيه تشبيه حكم هذه المسألة بالسابقة تغليبا لجانب الفراش، و لأصالة عدم زياده المدّة في الثاني، فمعها فيه الأصل و الظاهر.

أما الأول فيشكل تقديم قولها فيه، لأن الأصل عدم مضيّ المدّة المتنازع فيها. و لأن مثال هذه الدّعوى إلى دعوى الدّخول، فإنه إذا قال: لم تمض ستّة أشهر من حين الوطاء فمعناه أنه لم يظأ قبل هذه المدّة و إنما وطئ في أثنائها، و كما أن قوله مقدّم في عدم الدّخول لأصالة عدمه فكذا هنا لأصالة عدم تقدّمه، لاشتراكهما في تعليل الأصل و إن افترقا في أصل وقوع الفعل و عدمه، فإن تقديم قوله في عدم الوطاء ليس من حيث كونه وطيا بل من جهة موافقته للأصل، و هو مشترك بين الأمرين.

و لو نظر في تقديم قولها هنا إلى أنهما مع الاجتماع و الخلوه يكون الظاهر الدخول، فيكون من باب ترجيح الظاهر على الأصل - كما قيل به في مواضع منها وجوب المهر مع الخلوه - لكان ذلك مشتركا بين المسألتين، لأنه مع إنكار أصل الدخول مع الاجتماع يكون مدّعا خلاف الظاهر، فالحكم بتقديم قولها في هذه الصّوره مشكل. و لو خصّ الحكم بالصّوره الأولى كان حسنا.

و لو طَلَّق امرأته (١) فاعتدَّت و تزوّجت، أو باع أمته فوطئها المشتري، ثمَّ جاءت بولد لدون ستّه أشهر كاملاً، فهو للأول. و إن كان لستّه فصاعدا فهو للثاني.

قوله: «و لو طَلَّق امرأته. إلخ».

هذا بيان حكم ما أجمله سابقاً (١) في قوله: «إذا لم توطأ بعقد و لا شبهه». و قد فصّلناه في محلّه، فهو به أليق. و زاد هنا أنه لا فرق بين الطلاق و بيع الأمه، لاشتراكهما في المقتضى زوالاً و حدوثاً. و في حكم بيع الأمه عتقها ثمَّ تزويجها.

و يدلّ على تقديم الثاني مع إمكان كونه منهما-مضافاً إلى ما تقدّم (٢)- روايه زراره عن الباقر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل إذا طَلَّق امرأته ثمَّ نكحت و قد اعتدَّت و وضعت لخمسه أشهر فهو للأول، و إن كان نقص من ستّه أشهر فلائمّه و أبيه الأول، و إن ولدت لستّه أشهر فهو للأخير» (٣).

و على حكم الأمه صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كان للرجل منكم الجارية يطؤها فيعتقها فاعتدَّت و نكحت، فإن وضعت لخمسه أشهر فإنه لمولاها الذي أعتقها، و إن وضعت بعد ما تزوّجت لستّه أشهر فإنه لزوجها الأخير» (٤).

ص: ٣٨٥

١-١ (١) لاحظ ص: ٣٨١.

٢-٢ (٢) في ص: ٣٨١-٣٨٢.

٣-٣ (٣) التّهذيب ١: ١٦٧ ح ٨، ٥٨١، الوسائل ١١٧: ١٥ ب (١٧) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١١.

٤-٤ (٤) الكافي ٥: ٤٩١ ح ١، التّهذيب ١: ١٦٨ ح ٨، ٥٨٦، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

أحكام ولد الموطوءه بالملك:

إذا وطئ الأمه (١) فجاءت بولد لستته أشهر فصاعدا لزمه الإقرار به، لكن لو نفاه لم يلاعن أمه، وحكم بنفيه ظاهرا. ولو اعترف به بعد ذلك ألحق به.

و لو وطئ الأمه (٢) المولى و أجنبى حكم بالولد للمولى.

قوله: «إذا وطئ الأمه. إلخ».

لا- فرق فى الحكم بذلك بين أن نقول بجعل الأمه فراشا بالوطء و عدمه، لورود النصوص (١) بوجوب إلحاقه به حيث يمكن تولده منه. ولا- يجوز له نفيه إلا- مع العلم بانتفائه عنه، فإن نفاه انتفى عنه ظاهرا بغير لعان، لأنه مختص بالزوجين كما دلّ عليه قوله تعالى وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ (٢) الآية. و حيث يعترف به فى وقت من الأوقات يلزمه نسبه، ولا يجوز له نفيه بعده و إن كان قد نفاه أولا، لأنه بإقراره به لزمه حكم الإقرار، لعموم الخبر (٣). و فى روايه عن عليّ عليه السلام قال:

«إذا أقرّ الرجل بالولد ساعه ثمّ نفاه لم ينتف منه أبدا» (٤).

قوله: «و لو وطئ الأمه. إلخ».

هذا إذا كان الواطئ زانيا، فلو كان واطيا لشبهه و أمكن إلحاقه بهما أقرع كما مرّ (٥). و قد روى سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجلين وقعا على جارية فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده، لقول رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلم: الولد للفراش، و للعاهر الحجر» (٦).

ص: ٣٨٦

١- ١) الوسائل ١٤:٥٦٥ ب «٥٦» من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ٢ و ٥، و ب «٥٩».

٢- ٢) النور: ٦.

٣- ٣) الوسائل ١٦:١١١ ب (٣) من كتاب الإقرار ح ٢، و قد تقدم فى ج ٤:٩٠ فراجع.

٤- ٤) التهذيب ٨:١٨٣ ح ٦٣٩، الوسائل ١٧:٥٦٥ ب (٦) من أبواب ميراث ولد الملائع ح ٤.

٥- ٥) فى ص: ٣٨٠.

٦- ٦) الكافى ٥:٤٩١ ح ٣، التهذيب ٨:١٦٩ ح ٥٨٩، الاستبصار ٣:٣٦٨ ح ١٣١٧، الوسائل ١٤:٥٦٨ ب (٥٨) من أبواب نكاح العبيد و

الإماء، ح ٤.

و لو انتقلت إلى موال (١) بعد وطء كل واحد منهم لها حكم بالولد لمن هي عنده إن جاءت لستة أشهر فصاعدا منذ يوم وطئها، و إلا كان للذى قبله إن كان لوطنه ستة أشهر فصاعدا، و إلا كان للذى قبله. و هكذا الحكم فى كل واحد منهم.

قوله: «و لو انتقلت إلى موال. إلخ».

إذا تعدد الموالى و وطئ كل واحد منهم فهى فراش للجميع أو فى معنى الفراش، فيلحق الولد بالمالك بالفعل دون الزائل مع إمكان لحوقه به، و إلا - فللسابق عليه، لأنه ناسخ لحكم الذى قبله مع إمكان لحوقه، و إلا - فالسابق، و هكذا. و يجىء على القول بالقرع فى الفراش المتجدد بالزوجيه بينه و بين المتقدم و رودها هنا، إلا أن الاحتمال هنا أضعف، لورود الأخبار بتقديم من هى فى يده على السابق زياده على ما ذكرناه (١) هناك من وجه التقديم.

و يدل على تقديم الحاضر روايه الصفار عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سمعتة و سئل عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها - إلى قوله - فإنه باعها من آخر و لم يستبرئ رحمها، ثم باعها الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرئ رحمها، فاستبان حملها عند الثالث. فقال أبو عبد الله عليه السلام: الولد للفراش، و للعاهر الحجر» [٢]. و روى الحسن الصيقل عن أبى عبد الله عليه السلام مثله، إلا أنه قال: «الولد للذى عنده الجارية، و يصبر لقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

الولد للفراش، و للعاهر الحجر» [٣]. و فى هاتين الروايتين دلالة على أن الأمه تصير

ص: ٣٨٧

١ - ١) فى ص: ٣٨١ - ٣٨٢.

و لو وطئها المشتركون(١)فيها في طهر واحد فولدت فتداعوه أقرع بينهم،فمن خرج اسمه الحق به و اغرم حصص الباقيين من قيمه أمه و قيمته يوم سقط حيا.و إن ادّعاه واحد الحق به و الزم حصص الباقيين من قيمه الأم و الولد.

فراشا للمولى بالوطء.و سيأتي (١)تحقيقه في اللعان.

قوله:«و لو وطئها المشتركون.إلخ».

الأمه المشتركة لا يجوز لكل واحد من الشركاء وطؤها،لتعلق حق غيره بها.لكن لو وطئها بغير إذن لم يكن زانيا،بل عاصيا يستحق التعزير،و يلحق به الولد،و تقوم عليه الامّ و الولد يوم سقط حيا،و يغرم حصص الباقيين.و قد تقدّم (٢)الكلام في ذلك.

و لو فرض وطء الجميع لها في طهر واحد فعلوا محرّما و لحق بهم الولد،لكن لا- يمكن التحاقه بالجميع بل بواحد منهم بالقرعه،كما لو كانت فراشا لاثنين فصاعدا،فمن خرجت له القرعه الحق به و غرم حصص الباقيين كما ذكرناه.

هذا إذا أشكل عليهم الأمر و لم يعلم تولّده من واحد بعينه،كما هو الظاهر من حال الواطئين في طهر واحد.و حكمهم عند الاشتباه مع الله تعالى أن لا يدّعيه أحد منهم بخصوصه،بل يرجعوا فيه إلى القرعه.لكن لو فرض ادّعاء كل واحد له أقرع بينهم أيضا،و الحق بمن خرج اسمه،و اغرم حصص الباقيين من قيمته و قيمه أمه، لأنها صارت أم ولد بالنسبة إلى من الحق به.

و الأصل في هذه المسألة حسنه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«بعث رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم عليّا عليه السلام إلى اليمن فقال له حين

ص: ٣٨٨

(١- ١) في الركن الثالث من كتاب اللعان.

(٢- ٢) في ج ٣٩٨: ٣.

قدم: حدّثني بأعجب ما مرّ عليك. قال: يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جاريه فوطئوها جميعا في طهر واحد، فولدت غلاما فأصبحوا فيه يدعون، فأسهمت بينهم و جعلته للذي خرج سهمه، و ضمّنته نصيبهم. فقال النبي صلى الله عليه و آله و سلّم:

إنه ليس من قوم تنازعوا ثمّ فوضوا أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحقّ» (١).

و الأصحاب حكموا بمضمونها، و حملوا قوله «و ضمّنته نصيبهم» على النصيب من الولد و الأم معا، كما لو كان الواطئ واحدا منهم ابتداء، فإنه يلحق به و يغرم نصيبهم منهما كذلك.

لكن يشكل الحكم بضمانه لهم نصيب الولد، لا دعاء كلّ منهم أنه ولده و أنّه لا يلحق بغيره، و لازم ذلك أنه لا قيمة له على غيره من الشركاء. و هذا بخلاف ما لو كان الواطئ واحدا فإن الولد محكوم بلحوقه به، و لمّا كان من نماء الأمه المشتركه جمع بين الحقين بإغرامه قيمة الولد لهم و إلحاقه به، بخلاف ما هنا. و الروايه ليست صريحه في ذلك، لأن قوله «و ضمّنته نصيبهم» يجوز إرادته النصيب من الأم، لأنه هو النصيب الواضح لهم باتّفاق الجميع، بخلاف الولد.

و يمكن أن يكون الوجه في إغرامه نصيبهم من الولد أن ذلك ثابت عليه بزعمه أنه ولده، و دعواهم لم تثبت شرعا، فيؤاخذ المدعى بإقراره بالنسبه إلى حقّهم. و النصيب في الروايه يمكن شموله لهما معا، من حيث إن الولد نماء أمتهم، فلكلّ منهم فيه نصيب، سواء الحق به أم لا، و لهذا يغرم من لحق به نصيب الباقيين في موضع الوفاق. و على كلّ حال فالعمل بما ذكره الأصحاب متعيّن، و لا يسمع الشك فيه مع ورود النصّ به ظاهرا و إن احتمل غيره.

ص: ٣٨٩

١- ١) الكافي ٥: ٤٩١ ح ٢، الفقيه ٣: ٥٤ ح ١٨٣، التّهذيب ٨: ١٧٠ ح ٥٩٢، الاستبصار ٣: ٣٦٩ ح ١٣٢٠، الوسائل ١٤: ٥٦٧ ب (٥٧) من أبواب نكاح العيب و الإماء، ح ٤.

ولا- يجوز نفى الولد لمكان العزل.(١) و لو كان المدعى به بعضهم دون بعض، فإن اتحد لحق به وحده، و كان حكم الباقي حكم من نفى ولده من أمته الملحق به ظاهراً، فإنه ينتفى عنه بغير لعان، و إن كان نفيه محرماً عليه من دون أن يعلم انتفاءه، و هنا أولى. و إن كان المدعى متعدداً - كاثنتين منهم - مع نفى الباقي له أقرع بين المتداعيين كما لو انحصر الملك فيهما، و الحق بمن أخرجته القرعة كما لو أقرع بين الجميع، و لحقه باقى الأحكام. و لو لم يدعه أحد منهم أقرع بينهم أيضاً، و الحق بمن أخرجته كما ذكرناه.

ولا- فرق فى جميع هذه الأحكام بين وطئهم لها عالمين بالتحريم و جاهلين و بالتفريق. و إنما يفترق الجاهل و العالم فى الحكم بالإثم و عدمه، و فى استحقاق التعزير و عدمه. و كما لا يصح لأحد منهم تصديق المدعى فيه بدون أن يعلم انتفاءه عنه لا يصح لهم الاتفاق على نفيه عنهم إلا مع العلم كذلك.

و بالجمله فحكم كل واحد بالنسبه إلى هذا الولد كولد من الأمه الموطوءه المنفرده من حيث الحكم باللحوق و تحريم النفي و انتفائه على تقديره بغير لعان.

و يزيد هنا توقّف لحوقه بأحدهم على القرعه، كما لو وطئ الأمه غير مالكتها وطيا يمكن أن يلحق بكلّ منهما الولد.

قوله: «و لا يجوز نفى الولد لمكان العزل».

قد عرفت أن لحوق الولد بالواطئ بالملك و الزوجية لا- يتوقف على العلم بإنزال الماء، بل يكفى فيه تغييب الحشفه أو قدرها، فبالأولى أن يلحق الولد بالواطئ إذا عزل عنها، لإمكان أن يسبقه شىء من الماء من غير أن يشعر به. و قد يقع الإشكال فى الموضوعين بتقدير العلم بعدم نزول الماء، لكن الأصحاب أطلقوا الحكم كما وصفناه، و غيرهم من العامه (١) اختلفوا فى ذلك، فمنهم من وافق

ص: ٣٩٠

(١-١) راجع الوجيز ٢:٨٧، المغنى لابن قدامه ٩:٤٥، روضه الطالبين ٦:٣٠٥، الانصاف ٩:٢٦٤.

و لو وطئ أمته (١) و وطئها آخر فجورا لحق الولد بالمولى. و لو حصل مع ولادته أماره يغلب معها الظن أنه ليس منه قيل: لم يجز له إلحاقه به و لا نفيه، بل ينبغي أن يوصى له بشيء، و لا يورثه ميراث الأولاد. و فيه تردد.

الأصحاب على ذلك، و منهم من اشترط فى لحوق الولد نزول الماء، و نفاه عنه مع العزل فضلا عن تغييب الحشفه مجردا.

قوله: «و لو وطئ أمته. إلخ».

القول المذكور للشيخ (١) و أتباعه (٢) و أكثر الأصحاب، استنادا إلى روايات (٣) كثيرة دالّة بظاهرها على ذلك، لكنّها مختلفه الدلالة و الأسناد، و الواضح السند منها ليس بصريح فى المطلوب، و الدالّ عليه ظاهرا ضعيف السند، و لكثرتها أعرضنا عن نقلها، مضافا إلى مخالفتها للقواعد الشرعيّه و الأخبار الصحيحه المتفق عليها من أن «الولد للفراش، و للعاهر الحجر» (٤). و أنه لا عبره فى الولد بمشابهه الأب أو غيره.

و لأن الولد المذكور إن كان لاحقا به فهو حرّ وارث، و إلا فهو رقّ، فجعله طبيعه ثالثه و قسما آخر ليس بجيد. و مقتضى النصوص أن الولد يملك الوصيّه و لا يملكه المولى (٥) و لا الوارث، و هى من خواصّ الحرّ، لكن عدم إلحاقه به ينافى ذلك.

و الأقوى الإعراض عن مثل هذه الروايات و الأخذ بالمجمع عليه من أن «الولد للفراش» حيث تجتمع شرائط إلحاقه به.

ص: ٣٩١

١- (١) النهاية: ٥٠٦.

٢- (٢) كالقاضى فى المهذب ٢: ٣٤٠، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣١٧-٣١٨.

٣- (٣) لاحظ الوسائل ١٤: ٥٦٣ ب «٥٥» من أبواب نكاح العبيد و الإماء ح ١ و ٢، و ب «٥٦» ح ٣ و ٤.

٤- (٤) راجع ص: ٣٧٩، هامش (١).

٥- (٥) فى «ش» و «م»: الوليّ.

أحكام ولد الشبهه:

الوطء بالشبهه (١) يلحق به النسب. فلو اشتبهت عليه أجنبيته فظنّها زوجته أو مملوكته فوطئها لحق به الولد. وكذا لو وطئ أمه غيره لشبهه، لكن في الأمه يلزمه قيمه الولد يوم سقط حيًا، لأنه وقت الحيلولة.

و لو تزوّج امرأه (٢) لظنّها خاليه، أو لظنّها موت الزوج أو طلاقه، فإن أنه لم يمت و لم يطلق، ردّت على الأول بعد الاعتداد من الثاني. واختصّ الثاني بالأولاد مع الشرائط، سواء استندت في ذلك إلى حكم الحاكم أو شهاده شهود أو إخبار مخبر.

قوله: «الوطء بالشبهه. إلخ».

لا- خلاف في أن وطء الشبهه كالصحيح في لحوق أحكام النسب. وقد تقدّم (١) تعريفه و بيان جملته من أحكامه في أول الكتاب. و يزيد عن النكاح الصحيح أن الشبهه لو تعلقت بأمه غيره فوطئها لحق به الولد، لكن يلزمه قيمته لمولاهها يوم ولد حيًا، لأنه نماء مملوكته. وقد تقدّم (٢) أنّ ولد الحرّ لا يكون رقًا، فيجمع بين الحقيين بإعطاء المولى قيمه الولد يوم ولد على تقدير ولادته حيًا، وإلا فلا شيء له.

و ينعقد الولد حرًا تبعًا لأبيه، و لا ينافيه لزوم قيمته، لأن ذلك تقويم منفعه الأمه التي فاتت المولى بسبب تصرف الغير فيها. فعلى هذا لو لم يعطه قيمته بقى في ذمّه الأب، و لا يرجع الولد رقًا. وقد تقدّم (٣) البحث في نظائر ذلك.

قوله: «و لو تزوّج امرأه. إلخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ (٤) والأصحاب كذلك. والمستند أخبار (٥) كثيره تدلّ

ص: ٣٩٢

١- ١) في ج ٢٠٢: ٧.

٢- ٢) في ص: ١٠-١٢.

٣- ٣) في ص: ١٦ و ٢٢.

٤- ٤) النهايه: ٥٠٦.

٥- ٥) لاحظ الوسائل ٤٦٦: ١٥ ب «٣٧» من أبواب العدد.

القسم الثاني فى أحكام الولاده و الكلام فى سنن الولاده، و اللواحق.

أما سنن الولاده

أما سنن الولاده: (١) فالواجب منها: استبداد النساء بالمرأه عند الولاده دون الرجال، إلا مع عدم النساء. و لا بأس بالزوج و إن وجدت النساء.

بإطلاقها عليه. و لا إشكال فيها على تقدير حكم الحاكم أو شهاده شاهدين يعتمد على قولهما فى ذلك شرعا و إن لم يحكم حاكم، إذ ليس هناك نزاع حتى يفتقر الحكم إليه. و حينئذ فيكون ذلك شبهه مسوغه للوطء، و موجه لإلحاق الأولاد، و ثبوت الاعتداد بعد ظهور الفساد، لأن وطء الشبهه يوجب ذلك.

و أما على تقدير كون المخبر مّمن لا يثبت ذلك به شرعا كالواحد فينبغى تقييده بما لو ظننا جواز التعويل على خبره جهلا منهما بالحكم، فلو علما بعدم الجواز كانا زانين، فلا يلحق بهما الولد، و لا عدّه عليها منه. و لو جهل أحدهما ثبتت العدّه، و لحق الولد به دون الآخر.

و فى التحرير (١) صرّح بالاجتزاء بخبر الواحد. و هو محمول على ما ذكرناه ليوافق القواعد الشرعيّه.

قوله: «فالواجب منها استبداد. إلخ».

وجه وجوب استبدادهنّ بها من دون الرجال أن مثل ذلك يوجب سماع صوتها غالبا و الأطلاق على ما يحرم عليهم. و هذا يتم مع لزوم ذلك لا- مطلقا، و يتخلّف فى الرجال المحارم حيث لا- يستلزم الأطلاق على ما يحرم على المحرم رؤيته، و ينبغى تقديم الرجال المحارم على الأجانب ذلك، و بعضهم (٢) أو جبهه. و لا

ص: ٣٩٣

١- (١) التحرير ٢: ٤٥.

٢- (٢) لاحظ حاشيه المحقق الثاني على الشرائع: ٣٩٦. (مخطوط).

و الندب ستّه: غسل المولود، (١) و الأذان في أذنه (٢) اليمنى، و الإقامة في اليسرى.

شبهه في جواز الرجال مطلقا عند عدم النساء، و جواز الأجانب عند عدم المحارم و الزوج، لأن الضروره تبيح من نظر المرأه و سماع صوتها مثل ذلك، كنظر الطبيب و لمسه في وقت الحاجه و لو إلى العوره. و هذا الوجوب في جميع المراتب كفائى يجب على من بلغه حالها من النساء إلى أن يحصل من فيه الكفايه فيسقط عن الباقيين.

و كذا حكم الرجال حيث ينتقل إليهم.

قوله: «و المندوب ستّه: غسل المولود».

إطلاق الغسل يقتضى اعتبار التيه فيه و الترتيب و غيرهما من أحكامه، مع احتمال عدمه و أنه تنظيف محض له عن النجاسات العارضه له أو مطلقا.

قوله: «و الأذان في أذنه. إلخ».

قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «من ولد له مولود فليؤذن في أذنه اليمنى أذان الصلاه، و ليقم في أذنه اليسرى، فإنها عصمه من الشيطان الرجيم» (١). و قال الصادق عليه السلام لأبى يحيى الرازى: «إذا ولد لكم مولود أى شىء تصنعون؟ قلت: لا أدرى ما يصنع به. قال: خذ عدسه جاوشير فدقه بالماء ثم قطر في أنفه في المنخر الأيمن قطرتين، و فى الأيسر قطره، و أذن في أذنه اليمنى، و أقم في اليسرى، تفعل به ذلك قبل أن تقطع سرته، فإنه لا يفرغ أبدا، و لا تصيبه أم الصبيان» (٢). و فى حديث آخر عنه عليه السلام: «مروا القابله أو بعض من يليه أن تقيم الصلاه في أذنه اليمنى، فلا يصيبه لمم و لا تابعه أبدا» (٣).

ص: ٣٩٤

١- ١) الكافى ٦: ٢٤ ح ٦، التهذيب ٧: ٤٣٧ ح ١٧٤٢، الوسائل ١٥: ١٣٦ ب (٣٥) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٢- ٢) الكافى ٦: ٢٣ ح ١، التهذيب ٧: ٤٣٦ ح ١٧٣٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

٣- ٣) الكافى ٦: ٢٣ ح ٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

و تحنيكه بماء الفرات(١) و بتربه الحسين عليه السلام، فإن لم يوجد ماء الفرات فبماء فرات. و إن لم يوجد إلا ماء ملح جعل فيه شىء من التمر أو العسل.

قوله: «و تحنيكه بماء الفرات. إلخ».

المراد بالتحنيك إدخال ذلك إلى حنكه، و هو أعلى داخل الفم. قال الباقر عليه السلام: «يحنك المولود بماء الفرات، و يقام في أذنه» (١) و في روايه أخرى:

«حنكوا أولادكم بماء الفرات و بتربه قبر الحسين عليه السلام، فإن لم يكن فبماء السماء» (٢).

و كذا يستحب تحنيكه بالتمر، بأن يمضغ التمره و يجعلها في فيه و يوصلها إلى حنكه بسببته حتى يتخلل في حلقه. قال أمير المؤمنين عليه السلام: «فكذا فعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالحسن و الحسين عليهما السلام» (٣). و مثله روى عن أم سلمه رضی الله عنها لما ولدت غلاما، فأتى به أبو طلحه النبي صلى الله عليه و آله و سلم، و أرسلت معه بتمرات فأخذها النبي صلى الله عليه و آله و سلم فمضغها، ثم أخذها من فيه فجعلها في فم الصبي و حنكه به، و سمّاه عبد الله (٤).

قال الهروي: «يقال: حنكه و حنكه بتخفيف النون و تشديدها» (٥). و الفرات المضاف إليه الماء نهر الكوفه، و الفرات الموصوف به الماء العذب و هو خلاف المالح.

ص: ٣٩٥

-
- ١- (١) الكافي ٦: ٢٤ ح ٣، التهذيب ٧: ٤٣٦ ح ١٧٣٩، الوسائل ١٥: ١٣٨ ب (٣٦) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢.
 - ٢- (٢) الكافي ٦: ٢٤ ح ٤، التهذيب ٧: ٤٣٦ ح ١٧٤٠، مكارم الأخلاق: ٢٢٩، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.
 - ٣- (٣) الكافي ٦: ٢٤ ح ٥، الخصال ٢: ٦٣٧، التهذيب ٧: ٤٣٦ ح ١٧٤١، مكارم الأخلاق: ٢٢٩، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
 - ٤- (٤) صحيح البخارى ٧: ١٠٩، مسند أحمد ٣: ١٠٥، و فيهما: أم سليم.
 - ٥- (٥) غريب الحديث للهروي ١: ١٠٦.

ثمَّ يسمِّيهِ أحد الأسماء (١) المستحسنه، وأفضلها ما يتضمَّن العبوديَّة لله سبحانه وتعالى، وتليها أسماء الأنبياء والأئمَّة عليهم السلام.

قوله: «ثمَّ يسمِّيهِ أحد الأسماء. إلخ».

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلَّى الله عليه وآله وسلَّم:

استحسنوا أسماءكم، فإنكم تدعون بها يوم القيامة، قم يا فلان بن فلان إلى نورك، و قم يا فلان بن فلان لا نور لك» (١). و عن الكاظم عليه السلام قال: «جاء رجل إلى النبي صلَّى الله عليه وآله وسلَّم فقال: يا رسول الله ما حقَّ ابني هذا؟ قال: تحسن اسمه و أدبه» (٢). و الأسماء الحسنه هي أسماء الأنبياء والأئمَّة عليهم السلام و ما تضمَّن العبوديَّة لله تعالى، ك: عبد الله و عبد الرحمن و عبد الرحيم و أشباه ذلك.

و المصنف -رحمه الله- جعل أفضلها ما تضمَّن العبوديَّة لله تعالى، و يليها في الفضل أسماء الأنبياء والأئمَّة عليهم السلام. و تبعه عليه العلامه في كتبه (٣). و لم نقف على مستنده، و الموجود في الأخبار أفضلية أسماء الأنبياء عليهم السلام، و أصدقها ما تضمَّن العبوديَّة لله تعالى. قال الباقر عليه السلام: «أصدق الأسماء ما سُمِّي بالعبوديَّة و أفضلها أسماء الأنبياء عليهم السلام، إن النبي صلَّى الله عليه وآله وسلَّم قال: من ولد له أربعة أولاد و لم يسمَّ أحدهم باسمي فقد جفاني» (٤). و لا يخفى أن كون الاسم أصدق من غيره لا يقتضى كونه أفضل منه، خصوصاً مع التصريح

ص: ٣٩٦

١-١) الكافي ١٩:٦ ح ١٠، الوسائل ١٢٢:١٥ ب (٢٢) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢.

٢-٢) الكافي ٤٨:٦ ح ١، التهذيب ١١١:٨ ح ٣٨٤، الوسائل ١٩٨:١٥ ب (٨٦) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٣-٣) تحرير الأحكام ٢:٤٢، قواعد الأحكام ٢:٤٩.

٤-٤) الكافي ١٨:٦ ح ١، معاني الأخبار: ١٤٦، التهذيب ٤٣٨:٧ ح ١٧٤٧، الوسائل ١٢٤:١٥ ب «٢٣» من أبواب أحكام الأولاد ح ١، و

الزيادة من التهذيب، و هي في الكافي ١٩:٦ ح ٦، و الوسائل ١٢٦:١٥ ب «٢٤» ح ٢.

و أن يكتنيه مخافه النبز. (١) و روى استحباب التسميه يوم السابع. (٢) بكون الأفضل أسماء الأنبياء عليهم السلام فى نفس الخير، فإنه يدل على أن الصدق غير الفضيله. و بمضمون الخبر عبّر الشهيد-رحمه الله- فى اللمعه (١). و ابن إدريس (٢) صرح بأنّ الأفضل أسماء الأنبياء و الأئمه عليهم السلام، و أفضلها نبينا و الأئمه عليهم السلام، و بعد ذلك العبوديه لله تعالى دون خلقه. و هذا هو الأظهر.

قوله: «و أن يكتنيه مخافه النبز».

الكنيه بضم الكاف ما صدر من الأعلام بأب أو أم، كأبى الحسن و أم كلثوم. و هى مستحبّه مضافه إلى الاسم، حذرا من لحوق النبز و هو ما يكره من اللقب. قال الباقر عليه السلام: «إنا لنكنى أولادنا فى صغرهم مخافه النبز أن يلحق بهم» (٣).

قوله: «و روى استحباب التسميه يوم السابع».

أكثر (٤) الأخبار تضمّنت استحباب التسميه للمولود من غير توقيت، فيدخل وقته من حين الولادة. و فى روايه عن الكاظم عليه السلام: «إن أحبّ أن يسميه من يومه فليفعل» (٥). بل روى استحباب تسميه الحمل محمدا قبل أن يولد (٦). و المصنّف-رحمه الله- مشى على ذلك، فجعل التسميه من سنن الولادة ثمّ

ص: ٣٩٧

١- (١) اللمعه الدمشقيه: ١١٩.

٢- (٢) السرائر ٢: ٦٤٦.

٣- (٣) الكافى ٦: ١٩ ح ١١، التهذيب ٧: ٤٣٨ ح ١٧٥٠، الوسائل ١٥: ١٢٩ ب (٢٧) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٤- (٤) أنظر الوسائل ١٥: ١٢٢ ب (٢٢) من أبواب أحكام الأولاد، و ١٩٨ ب (٨٦).

٥- (٥) الكافى ٦: ٢٤ ح ١، الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٦، التهذيب ٧: ٤٤٠ ح ١٧٥٩، الوسائل ١٥: ١٤٤ ب (٣٨) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٥.

٦- (٦) الوسائل ١٥: ١١١ ب (١٤) من أبواب أحكام الأولاد.

و يكره أن يكتنيه أبا القاسم إذا كان اسمه محمداً. (١) و أن يسميه حكماً (٢) أو حكيماً أو خالداً أو حارثاً أو مالكا أو ضراراً.

نقل استحباب كونه يوم السابع روايه. و الروايه التي أشار إليها هي روايه أبي الصباح الكناني قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصبي المولود متى يذبح عنه و يحلق رأسه و يتصدق بوزن شعره و يسمي؟ فقال: كل ذلك في اليوم السابع» (١). و بمعناها كثير (٢). و طريق الجمع بينها و بين ما أمر فيه بالتسميه مطلقاً بالحمل على الفضيله و الأفضليته، فتجعل التسميه يوم السابع أفضل من غيره غير ما استثنى من اسم محمد، فقد روى استحباب تسميته للحمل و حين يولد، قال الصادق عليه السلام: «لا يولد لنا مولود إلا سميناه محمداً، فإذا مضى سبعة أيام فإن شئنا غيرنا و إن شئنا تركنا» (٣).

قوله: «و يكره أن يكتنيه أبا القاسم إذا كان اسمه محمداً».

وجه الكراهه ما روى عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن النبي صلى الله عليه و آله نهى عن أربع كنى: عن أبي عيسى، و عن أبي الحكم، و عن أبي مالك، و عن أبي القاسم إذا كان الاسم محمداً» (٤).

قوله: «و أن يسميه حكماً. إلخ».

مستند كراهه هذه الأسماء روايه حماد بن عثمان الحسنه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن رسول الله صلى الله عليه و آله دعا بصحيفه حين حضره الموت

ص: ٣٩٨

١- (١) الكافي ٦: ٢٨ ح ٨، الوسائل ١٥٠: ١٥ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد ح ٣.

٢- (٢) راجع الوسائل الباب المتقدم.

٣- (٣) الكافي ٦: ١٨ ح ٤، التهذيب ٧: ٤٣٧ ح ١٧٤٦، الوسائل ١٢٥: ١٥ ب (٢٤) من أبواب أحكام الأولاد ح ١.

٤- (٤) الكافي ٦: ٢١ ح ١٥، الخصال: ٢٥٠ ح ١١٧، التهذيب ٧: ٤٣٩ ح ١٧٥٢، الوسائل ١٥: ١٣١ ب (٢٩) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢.

و أما اللواحق فتلاثة:

سنن اليوم السابع، (١) و الرضاع، و الحضانه.

و سنن اليوم السابع أربعه

و سنن اليوم السابع أربعه: الحلق، و الختان، و ثقب الاذن، و العقيقه.

يريد أن ينهى عن أسماء يتسمّى بها فقبض و لم يسمّها، منها الحكم و حكيم و خالد و مالك، و ذكر أنها ستّة أو سبعة ممّا لا يجوز أن يتسمّى بها» (١). و روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن أبغض الأسماء إلى الله تعالى حارث و مالك و خالد» (٢). و ليس في الأخبار تصريح (٣) بالنهي عن ضرار بخصوصه، لكنّه من الأسماء المنكره، و قيل إنها من أسماء إبليس. و روى زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن رجلا كان يغشى على بن الحسين عليه السلام و كان يكتّى أبا مرّه، فكان إذا استأذن عليه يقول: أبو مرّه بالباب، فقال له على بن الحسين عليهما السلام: إذا جئت إلى بابنا فلا تقولن: أبو مرّه» (٤).

قوله: «و سنن اليوم السابع إلخ».

المشهور بين الأصحاب استحباب الأربعه، و الروايات ناطقه به. قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «كلّ غلام رهينه بعقيقته تذبج عنه يوم سابعه، و يسمّى فيه و يحلق رأسه» (٥). و قال الصادق عليه السلام: «عقّ عنه و احلق رأسه

ص: ٣٩٩

١-١) الكافي ٦:٢٠ ح ١٤، التهذيب ٧:٤٣٩ ح ١٧٥١، الوسائل ١٥:١٣٠ ب (٢٨) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٢-٢) الكافي ٦:٢١ ح ١٦، التهذيب ٧:٤٣٩ ح ١٧٥٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

٣-٣) ورد ذمّ التسميه ب«ضرار» في الحديث، لاحظ الوسائل ١٥:١٣١ ب (٢٨) من أبواب أحكام الأولاد ح ٥، و الخصال ١:٢٥٠ ح ١١٨.

٤-٤) الكافي ٦:٢١ ح ١٧، الوسائل ١٥:١٣١ ب (٢٩) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٥-٥) مسند أحمد ٧:٥-٨، سنن ابن ماجه ٢:١٠٥٦ ح ٣١٦٥، سنن أبي داود ٣:١٠٦ ح ٢٨٣٨، سنن النسائي ٧:١٦٦، المعجم الكبير للطبراني ٧:٢٠١ ح ٦٨٣٠.

يوم السابع، و تصدّق بوزن شعره فضّه» (١). و عنه عليه السلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: طهّروا أولادكم يوم السابع، فإنه أطهر و أطيب و أسرع لنبات اللحم، و إن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين صباحا» (٢). و فى خبر آخر عنه عليه السلام: «إن الأرض تضجّ إلى الله عزّ و جلّ من بول الأغلف» (٣). و فى خبرين عنه عليه السلام فى طريق أحدهما مسعده (٤) بن صدقه، و فى الآخر محمد بن عيسى (٥)، و الظاهر أنه الأشعرى لا اليقطينى فيكون صحيحا-قال: «ثقب أذن الغلام من السنّه، و ختان الغلام من السنّه».

و روى الكلينى عن الحسين بن خالد قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن التهنئه بالولد متى؟ قال: إنه لما ولد الحسن بن على عليهما السلام هبط جبرئيل على النبى صلّى الله عليه وآله و سلّم بالتهنئه فى اليوم السابع، و أمره أن يسمّيه و يكتّبه و يحلق رأسه و يعقّ عنه و يثقب أذنه، و كذلك حين ولد الحسين عليه السلام أتاه فى اليوم السابع، بمثل ذلك. قال: و كان لهما ذؤابتان فى القرن الأيسر، و كان الثقب فى الاذن اليمنى فى شحمه الاذن، و فى اليسرى فى أعلى الاذن، فالقرط فى اليمنى، و الشّنف فى اليسرى» (٦).

ص: ٤٠٠

-
- ١- (١) الكافى ٦: ٢٧ ح ١، التهذيب ٧: ٤٤٢ ح ١٧٦٦، الوسائل ١٥: ١٥١ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٨.
 ٢- (٢) الكافى ٦: ٣٥ ح ٢، التهذيب ٧: ٤٤٥ ح ١٧٧٨، الوسائل ١٥: ١٦١ ب (٥٢) من أبواب أحكام الأولاد ح ٤.
 ٣- (٣) الكافى ٦: ٣٥ ح ٣، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
 ٤- (٤) الكافى ٦: ٣٥ ح ١، الوسائل ١٥: ١٥٩ ب (٥١) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.
 ٥- (٥) الكافى ٦: ٣٦ ح ٥، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.
 ٦- (٦) الكافى ٦: ٣٣ ح ٦، و رواه عنه فى التهذيب ٧: ٤٤٤ ح ١٧٧٦، الوسائل ١٥: ١٥٩ ب (٥١) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

أما الحلق: فمن السنّه (١) حلق رأسه يوم السابع مقدّما على العقيقه، و التصدّق بوزن شعره ذهبا أو فضّه.

و يكره أن يحلق (٢) من رأسه موضع و يترك موضع. و هي القنازع.

و حرّم بعض العامه (١) ثقب الاذن نظرا إلى أنه تأليم للولد و أذى لم يؤذن فيه شرعا، فإن صحّ حديثنا أو جبرته الشّهرة فهو الإذن، و إلا- فما قاله موجّه، إلا أن يجعل مثل هذا الألم اليسير- مع ما يترتّب عليه من زينه الصّبى و نفعه- ممّا يكفى فى الإذن فيه أمثال هذه الأخبار.

قوله: «و أما الحلق فمن السنّه إلخ».

قد تقدّم (٢) ما يدلّ على استحبابه. و يدلّ على تقديمه على العقيقه روايه إسحاق بن عمار قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: بأى ذلك نبدأ؟ قال: تحلق رأسه، و تعقّ عنه، و تصدّق بوزن شعره فضّه، يكون ذلك فى مكان واحد» (٣). و فى روايه أبى بصير عنه عليه السلام: «بوزن شعره ذهبا أو فضّه» (٤).

قوله: «و يكره أن يحلق إلخ».

روى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا تحلقوا للصبيان القزع. و القزع أن يحلق موضعا و يدع موضعا» (٥). و فى خبر آخر عنه عليه السلام: «أنه كره القزع فى رؤوس الصبيان. و ذكر أن القزع أن يحلق

ص: ٤٠١

١- ١) لم نعثر عليه.

٢- ٢) فى ص: ٣٩٩-٤٠٠.

٣- ٣) الكافي ٦: ٢٧ ح ٢، التهذيب ٧: ٤٤٢ ح ١٧٦٧، الوسائل ١٥: ١٥١ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٩.

٤- ٤) الكافي ٦: ٢٨ ح ٧، التهذيب ٧: ٤٤٢ ح ١٧٦٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٧.

٥- ٥) الكافي ٦: ٤٠ ح ١، التهذيب ٧: ٤٤٧ ح ١٧٩٠، الوسائل ١٥: ١٧٣ ب (٦٦) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

و أما الختان فمستحب (١) يوم السابع، و لو أخر جاز. و لو بلغ و لم يختن و جب أن يختن نفسه. و الختان واجب، و خفض الجوارى مستحب. و لو أسلم كافر غير مختن و جب أن يختن و لو كان مسنًا. و لو أسلمت امرأه لم يجب ختانها و استحَب.

الرأس إلا قليلا وسط الرأس تسمى القرعه» (١). و في حديث آخر عنه عليه السلام: «أن النبي صَلَّى الله عليه و آله اتى بصبي يدعو له و له قناز فأبى أن يدعو له، و أمر أن يحلق رأسه» (٢).

و اعلم أن تعريف المصنف و الخبر الأول تضمن كراهه ترك موضع من الرأس، سواء كان في وسطه أو غيره، و سواء تعدد أم اتحد، و الخبر الثاني اقتضى كون القزع هو ترك الوسط لا- غير. و كلام أهل اللغة يوافق المعنى الأول، قال الهروي: في الحديث «نهى عن القزع» و هو أن يحلق رأس الصبي و يترك منه مواضع يكون الشعر فيه متفرقا، و منه قزع السحاب و هي قطعه (٣).

قوله: «و أما الختان فمستحب. إلخ».

هنا مسائل:

الاولى: لا- خلاف بين العلماء في وجوب الختان في الجملة، و أنه من الفطره الحنيفيه، و إنما الكلام في أول وقت وجوبه هل هو قبل التكليف، بحيث إذا بلغ الصبي يكون قد اختن قبله و لو بقليل، أم لا- يجب إلا- بعد البلوغ كغيره من التكاليف المتعلقة بالمكلف؟ يظهر من عبارته المصنف الأول، لإطلاق حكمه عليه بالوجوب، و لا ينافيه حكمه باستحبابه يوم السابع، لأن الوجوب على هذا القول موسع من

ص: ٤٠٢

١- ١) الكافي ٦: ٤٠ ح ٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٢- ٢) الكافي ٦: ٤٠ ح ٣، التهذيب ٧: ٤٤٧ ح ١٧٩١، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

٣- ٣) غريب الحديث للهروي ١: ١١٤.

حين الولادة إلى أن يقرب التكليف. و على هذا فيكون فعله يوم السابع أفضل أفراده الواجبه، ولأجل ذلك أطلق عليه الاستحباب، كما يقال: يستحبّ صلاه الفريضة في أول وقتها. و على هذا فيكون الوجوب متعلقاً بالولي، فإن لم يفعل إلى أن بلغ الصّبي أتم و تعلق الوجوب حينئذ بالولد.

و بهذا القول صرّح في التّحرير فقال: «و لا يجوز تأخيره إلى البلوغ» (١).

و وجه هذا القول: إطلاق الأمر به للولي الدالّ على الوجوب. و قد تقدّم (٢) بعضه.

و وجه الثّاني: أن الختان شرط في صحّته الصلاه و نحوها من العبادات، فلا يجب إلّا مع وجوب المشروط. و لو سلّم أنه واجب لنفسه فمتعلّقه المكلف، و الأصل براءة ذمّه الولي من فعله. و الأمر قبل البلوغ محمول على الاستحباب، لأن في بعض الأخبار (٣) أنه من السنّه مقرونا بتقب الاذن المتعين حمله على الاستحباب، و إن كانت السنّه في نفسها أعمّ من الواجب. و في الحديث: «أنّ ابن عبّاس -رضي الله عنه- سئل: مثل من أنت حين قبض رسول الله صلّى الله عليه و آله؟ قال: أنا يومئذ مختون» (٤). و كانوا لا يختنون الرّجل حتّى يدرك. و في صحيحه أبي بصير عن أبي جعفر عليه السّلام: «إنّما السنّه في الختان على الرّجال» (٥).

و قول المصنّف: «و لو أخر جاز» [جار] (٦) على القولين، إذ لا شبهه في جواز تأخيره عن اليوم السّابع، إنّما الكلام في وجوب تقديمه على البلوغ. و في صحيحه

ص: ٤٠٣

١- ١) تحرير الأحكام ٢: ٤٣.

٢- ٢) في ص: ٤٠٠، هامش (٢).

٣- ٣) مرّ ذكر مصدره في ص: ٤٠٠، هامش (٤ و ٥).

٤- ٤) صحيح البخارى ٨: ٨١.

٥- ٥) الكافي ٦: ٣٧ ح ١، التّهذيب ٧: ٤٤٦ ح ١٧٨٤، الوسائل ١٥: ١٦٦ ب (٥٦) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٦- ٦) من «ش» و هامش «و» فقط.

علی بن یقطين قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن ختان الصبي لسبعه أيام من السنّه هو، أو يؤخّر، فأيهما أفضل؟ قال: لسبعه أيام من السنّه، وإن أخر فلا بأس» (١). ويمكن تناوله بإطلاقه لتأخيره إلى البلوغ، فيكون دليلا على الثاني. وهو اختيار ابن إدريس (٢).

وإنما يجب الختان أو يستحبّ على تقدير ولادته مستور الحشفه، فلو ولد مختونا خلقه سقط الفرض. ولو مات غير مختن لم يجب ختنه مطلقا.

الثانيه: الحكم مختصّ بالذكر كما تقتضيه ألفاظ التّصوُّص، كقوله «ختان الغلام من السنّه» (٣) فلا- يجب على الأنثى إجماعا. و أما الخنثى فإن لحق بأحدهما لحقه حكمه. وإن أشكل أمره ففي وجوبه في حقّه و توقّف صحّه صلاته عليه وجهان، من الشكّ في ذكوريّته التي هي مناط الوجوب معتضدا بأصالة البراءه، و لاشتماله على تأليم من لا- يعلم وجوبه عليه. و من انحصار أمره فيهما، فلا يحصل اليقين بصحّه العبادات بدونّه، و لأنه مأخوذ بمراعاة الجانبين حيث يمكن، و لدخوله في عموم قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «الختان من الفطره» (٤) و قولهم عليهم السلام: «اختنوا أولادكم يوم السّابع يطهروا» (٥) فإن لفظ الأولاد يشمل الجميع خرج منه الإناث بدليل من خارج فيبقى الباقي. و لا ريب أن هذا أولى.

ص: ٤٠٤

١- (١) الكافي ٦: ٣٦ ح ٧، التّهذيب ٧: ٤٤٥ ح ١٧٨٠، الوسائل ١٥: ١٦٥ ب (٥٤) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٢- (٢) السّرائر ٢: ٦٤٧.

٣- (٣) الكافي ٦: ٣٧ ح ٢، الوسائل ١٥: ١٦٧ ب (٥٤) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

٤- (٤) مسند أحمد ٢: ٤٨٩، صحيح البخارى ٨: ٨١، صحيح مسلم ١: ٢٢١ ح ٤٩، سنن ابن ماجه ١: ١٠٧ ح ٢٩٢ سنن أبى داود ٤: ٨٤ ح ٤١٩٨.

٥- (٥) الكافي ٦: ٣٥ ح ٣، الفقيه ٣: ٣١٤ ح ١٥٢٩، الوسائل ١٥: ١٦٠ ب (٥٢) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

الثالثة: لو أسلم الكافر غير مختون وجب عليه الختان وإن طعن في السنّ، لعموم الأدلّه (١) المتناوله للصغير والكبير والمسلم وغيره، ولقوله صلّى الله عليه وآله لرجل وقد أسلم: «ألق عنك شعر الكفر واختن» (٢) وقول أمير المؤمنين عليه السلام: «إذا أسلم الرجل اختن ولو بلغ ثمانين سنة» (٣).

الرابعة: يستحبّ خفض الجوارى والنساء، وليس بواجب إجماعاً. روى عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «ختان الغلام من السنّه، وخفض الجارية من السنّه» (٤). وفي خبر آخر عنه عليه السلام: «خفض الجوارى مكرمه، وليس من السنّه ولا شيئاً واجباً، وأى شيء أفضل من المكرمه» (٥). وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لما هاجرن النساء إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم هاجرت فيهنّ امرأه يقال لها أم حبيب، وكانت خافضه تخفض الجوارى، فلما رآها رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم قال لها: يا أمّ حبيب العمل الذي كان في يدك هو في يدك اليوم؟ قالت: نعم يا رسول الله إلا- أن يكون حراماً فتنهاني عنه. قال: لا، بل حلال، فادنى منى حتى أعلمك، فدنت منه فقال: يا أمّ حبيب إذا أنت فعلت فلا تنهكى- أى: لا تستأصلى- وأشمى، فإنه أشرق للوجه وأحظى عند الزوج» (٦). ولو أسلمت المرأة استحبّ خفضها كغيرها.

ص: ٤٠٥

١- ١) أنظر الوسائل ١٥:١٦٠ ب(٥٢) من أبواب أحكام الأولاد وغيره.

٢- ٢) مسند أحمد ٣:٤١٥، سنن أبي داود ١:٩٨ ح ٣٥٦.

٣- ٣) الكافي ٦:٣٧ ح ١٠، التهذيب ٧:٤٤٥ ح ١٧٨١، الوسائل ١٥:١٦٦ ب(٥٥) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٤- ٤) الكافي ٦:٣٧ ح ٢، الوسائل ١٥:١٦٧ ب(٥٦) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٢. وفيهما: وخفض الجارية ليس من السنّه.

٥- ٥) الكافي ٦:٣٧ ح ٣، التهذيب ٧:٤٤٥ ح ١٧٨٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٦- ٦) الكافي ٥:١١٨ ح ١، و٦:٣٨ ح ٦، التهذيب ٦:٣٦٠ ح ١٠٣٥، و٧:٤٤٦ ح ١٧٨٥، الوسائل ١٢:٩٢ ب(١٨) من أبواب ما

يكتسب به، ح ١.

و أما العقيقه (١):

فيستحب أن يعق (٢) عن الذكر ذكر، و عن الأنثى أنثى.

قوله: «و أما العقيقه».

صل العقيقه الشعر الذى يخرج المولود به من بطن أمه و هى عليه. و أصلها الشَّقّ، سَمِيَ الشَّعْرَ الْمَذْكُورَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ يَحْلُقُ عَنْهُ، ثُمَّ قِيلَ لِلذَّبِيحَةِ الَّتِي تَذْبَحُ يَوْمَ اسْتِحْبَابِ حَلْقِ شَعْرِهِ عَقِيقَهُ، لِأَنَّهَا يَشَقُّ حَلْقُومَهَا. كَذَا قَالَ الْهَرَوِيُّ (١) وَ غَيْرُهُ. أَوْ لِأَنَّهَا تَفْعَلُ لِأَجْلِ الْعَقِيقَةِ، فَأُطْلِقَ اسْمَ السَّبَبِ عَلَى الْمَسَبِّ. وَ الْفِعْلُ مِنْهُ عَقَّ يَعْقُّ بِضَمِّ الْعَيْنِ.

قوله: «فيستحب أن يعق. إلخ».

استحباب مساواتها للولد فى الذكوريه و الأنثويه رواه الكليني مرسلا عن الباقر عليه السلام قال: «إذا كان يوم السابع و قد ولد لأحدكم غلام أو جاريه فليعق عنه كبشا عن الذكر ذكرا و عن الأنثى مثل ذلك» (٢). و روى أخبار كثيره تدلّ على إجزاء الذكر و الأنثى مطلقا، منها: صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «العقيقه فى الغلام و الجاريه سواء» (٣). و حسنه ابن مسكان عنه عليه السلام قال: «عقيقه الغلام و الجاريه كبش كبش» (٤). و روايه منهال القمّاط عنه عليه السلام: «إنما هى شاه لحم ليست بمنزله الأضحيه يجزى منها كل شىء» (٥). مع أن الروايه الأولى ليست صريحه فى اعتبار المساواه، بل الظاهر

ص: ٤٠٦

١-١) غريب الحديث للهروى ٣٦٣:١، جمهره اللغه ١٥٦:١، تهذيب اللغه ٥٦:١.

٢-٢) الكافي ٦:٢٧ ح ٤، التهذيب ٧:٤٤٢ ح ١٧٦٩، الوسائل ١٥:١٥١ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١١.

٣-٣) الكافي ٦:٢٦ ح ٢، الوسائل ١٥:١٤٧ ب (٤٢) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٤-٤) الكافي ٦:٢٦ ح ٣، الوسائل ١٥:١٤٧ ب (٤٢) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٤.

٥-٥) الكافي ٦:٢٩ ح ١، التهذيب ٧:٤٤٣ ح ١٧٧٣، الوسائل ١٥:١٥٣ ب (٤٥) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

و هل تجب العقيقه؟(١) قيل: نعم. و الوجه الاستحباب.

من قوله «و الأئني مثل ذلك» أن المستحبّ كونها ذكرًا في الذكر و الأئني، فيكون موافقا لغيره من الأخبار الدالّة على التسويه بينهما. و لا ريب في أجزاء الجميع، إنما الكلام في الأفضليّه.

قوله: «و هل تجب العقيقه.».

القول بالوجوب للمرتضى (١) و ابن الجنيد (٢). و احتجّ عليه السيّد في الانتصار بإجماع الإماميّة، و ابن الجنيد بالأخبار الدالّة على الوجوب، كروايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن العقيقه أ واجبه هي؟ قال: نعم واجبه» (٣). و روايه أبي المغراء عن عليّ عنه عليه السلام قال: «العقيقه واجبه» (٤).

و روايه عليّ بن أبي حمزه عن الكاظم عليه السلام قال: «العقيقه واجبه إذا ولد للرجل ولد» (٥).

و الأشهر الاستحباب. و هذه الأخبار-مع قطع النظر عن سندها-محمولة على تأكّد الاستحباب أو ثبوته، لأنه معنى الوجوب لغه. و يؤيد الثاني قول الصادق عليه السلام في روايه عمر بن يزيد: «و العقيقه أوجب من الأضحيه» (٦). و أمّا

ص: ٤٠٧

١-١ (١) الانتصار: ١٩١.

٢-٢ (٢) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٥٧٦.

٣-٣ (٣) الكافي ٦: ٢٥ ح ٥، التهذيب ٧: ٤٤٠ ح ١٧٦٠، الوسائل ١٥: ١٤٤ ب (٣٨) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٤.

٤-٤ (٤) الكافي ٦: ٢٥ ح ٧، التهذيب ٧: ٤٤١ ح ١٧٦١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

٥-٥ (٥) الكافي ٦: ٢٤ ح ١، الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٦، التهذيب ٧: ٤٤٠ ح ١٧٥٩، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥.

٦-٦ (٦) الكافي ٦: ٢٥ ح ٣، الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٣، التهذيب ٧: ٤٤١ ح ١٧٦٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

و لو تصدَّق بثمانها (١) لم يجز في القيام بالسنة. و لو عجز عنها آخرها حتى يتمكن، و لا يسقط الاستحباب.

احتجاج السيد بالإجماع فلا يخفى حاله.

و اعلم أن العلامة قال في المختلف بعد نقله الوجوب عن المرتضى و ابن الجنيد: «احتجاج المرتضى بروايه علي بن أبي حمزة» (١) و ذكر الأحاديث، و ليس بجديد، لأن السيد - رحمه الله - لا يستند في مذهبه إلى الأخبار الصحيحة إذا كانت من طريق الآحاد فكيف يحتج بروايه ابن أبي حمزة و هو مصرح بكفره و كفر أضرابه من الفرق؟! و إنما أوجبها لما توهمه من إجماع الإمامية عليه كما أشار إليه في الانتصار، و جعل الإجماع مستنده في أكثر مسائله، و إن كان في تحقيق (٢) الإجماع نظر، إلا أنه رأى ذلك حسب ما اتفق له.

قوله: «و لو تصدَّق بثمانها. إلخ».

يدل على ذلك روايه محمد بن مسلم قال: «ولد لأبي جعفر عليه السلام غلامان فأمر زيد بن علي أن يشتري له جزورين للعقيقه، و كان زمن غلاء، فاشترى له واحده و عسرت الأخرى، فقال لأبي جعفر عليه السلام: «قد عسرت الأخرى فتصدَّق بثمانها؟ فقال: لا، اطلبها حتى تقدر عليها، فإن الله عزَّ و جل يحبُّ إهراق الدماء و إطعام الطعام» (٣). و روايه عبد الله بن بكير قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاءه رسول عمه عبد الله بن علي فقال له: يقول لك عمك: إننا طلبنا العقيقه فلم نجدها فما ترى نتصدَّق بثمانها؟ فقال: لا، إن الله يحبُّ إطعام الطعام و إراقه الدماء» (٤).

ص: ٤٠٨

١- ١) مختلف الشيعة: ٥٧٧.

٢- ٢) في الحجرين: تحقَّق.

٣- ٣) الكافي ٦: ٢٥ ح ٨، الوسائل ١٥: ١٤٦ ب (٤٠) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

٤- ٤) الكافي ٦: ٢٥ ح ٦، التهذيب ٧: ٤٤١ ح ١٧٦٤، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

و يستحب (١) أن يجتمع فيها شروط الأضحيه.

و أن تخصّ القابله (٢) منها بالرجل و الورك، و لو لم تكن قابله أعطى الأم تتصدق به.

قوله: «و يستحب الخ».

من كونها سليمه من العيوب سمينه. قال الصيادق عليه السلام: «أجزأه ما يجزى في الأضحيه» (١). هذا مع الإمكان، و مع عدمه يجزى فاقد الصيقات، لقوله عليه السلام لما سئل عن العقيقه: «إنما هي شاه لحم ليست بمنزله الأضحيه يجزى منها كل شيء» (٢) و قوله عليه السلام: «العقيقه ليست بمنزله الهدى خيرها أسمنها» (٣).

قوله: «و أن تخصّ القابله الخ».

في صحيحه الكاهلي (٤) و صحيحه أبي بصير (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام و كثير من الأخبار (٦): «تعطى القابله الرجل مع الورك» كما ذكره المصنف و الجماعه (٧). و في روايه عمار عنه عليه السلام: «تعطى القابله ربعها، و إن لم تكن قابله فلا تمه تعطيه من شاءت» (٨). و المراد أن الأب يعطيها حصه القابله إن كان هو الذابح للعقيقه فتصدق به، لأنه يكره لها أن تأكل منها. و في قوله عليه السلام:

«تعطيها من شاءت» إشاره إلى أن صدقتها به لا تختص بالفقراء، بل تتأدى السنه

ص: ٤٠٩

١- (١) الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٧، الوسائل ١٥: ١٤٦ ب (٤١) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

٢- (٢) مر ذكر مصادره في ص: ٤٠٦، هامش (٥).

٣- (٣) الكافي ٦: ٣٠ ح ٢، الوسائل ١٥: ١٥٤ ب (٤٥) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

٤- (٤) الكافي ٦: ٢٩ ح ١١، التهذيب ٧: ٤٤٣ ح ١٧٧٢، الوسائل ١٥: ١٥٠ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد ح ٥.

٥- (٥) الكافي ٦: ٢٩ ح ١٠، التهذيب ٧: ٤٤٣ ح ١٧٧٢، الوسائل ١٥: ١٥٠ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد ح ١.

٦- (٦) لاحظ الوسائل الباب المتقدم ح ٦ و ١٢.

٧- (٧) لاحظ الكافي في الفقه: ٣١٤، الوسيله: ٣١٦، الجامع للشرائع: ٤٥٨، القواعد ٢: ٤٩.

٨- (٨) الكافي ٦: ٢٨ ح ٩، الفقيه ٣: ٣١٣ ح ١٥٢٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

و لو لم يعقّ الوالد (١) استحَبَّ للولد أن يعقّ عن نفسه إذا بلغ.

و لو مات الصبّي يوم السابع، فإن مات قبل الزوال سقطت، و لو مات بعده لم يسقط الاستحباب. (٢) بصدقتها به على الغنى و الفقير.

و لو كانت القابله يهوديّة لا- تأكل من ذبائح المسلمين أعطيت ربع قيمه العقيقه، روى (١) ذلك عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام.

قوله: «و لو لم يعقّ الوالد. إلخ».

و لو لم يعقّ عند بلوغه بقى فى عهدتها ما دام حيًا، لقول النبىّ صلّى الله عليه و آله: «الولد مرتهن بعقيقته، فكّه أبواه أو تركاه» [١]. و لو شك هل عقّ عنه أبوه أم لا-؟ استحَبَّ له أن يعقّ عن نفسه، لأن الأصل عدم عقيقه غيره عنه، و لروايه عمر بن يزيد قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنى و الله ما أدرى كان أبى عقّ عنى أم لا؟ قال: فأمرنى أبو عبد الله عليه السلام فعققت عن نفسى و أنا شيخ» (٢). و قال عليه السلام: «كلّ امرء مرتهن بعقيقته، و العقيقه أوجب من الأضحيه» (٣).

قوله: «و لو مات الصبّي- إلى قوله- الاستحباب».

دلّ على ذلك روايه إدريس بن عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعقّ عنه؟ قال: إن مات قبل الظهر لم يعقّ عنه، و إن مات بعد الظهر عقّ عنه» (٤).

ص: ٤١٠

١- (١) الفقيه ٣: ٣١٣ ح ١٥٢١، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٤.

٢- (٣) الكافى ٦: ٢٥ ح ٣، الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٥، التهذيب ٧: ٤٤١ ح ١٧٦٣، الوسائل ١٥: ١٤٥ ب (٣٩) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١ ب (٣٨) ح ١.

٣- (٤) الكافى ٦: ٢٥ ح ٣، الفقيه ٣: ٣١٢ ح ١٥١٣، التهذيب ٧: ٤٤١ ح ١٧٦٣، الوسائل ١٥: ١٤٥ ب (٣٩) من أبواب أحكام الأولاد، ح ١٤٣ ب (٣٨) ح ١.

٤- (٥) الكافى ٦: ٣٩ ح ١، الفقيه ٣: ٣١٤ ح ١٥٢٥، التهذيب ٧: ٤٤٧ ح ١٧٨٨، الوسائل ١٧٠: ١٥ ب (٦١) من أبواب أحكام الأولاد.

و يكره للوالدين أن يأكلا منها. (١) و أن يكسر (٢) شىء من عظامها، بل تفصل أعضاء.

قوله: «و يكره للوالدين أن يأكلا منها».

و كذا من فى عيالتهما حتى القابله لو كانت منهم، لقول الصادق عليه السلام:

«لا- يأكل هو و لا- أحد من عياله من العقيقه. و قال: للقابله ثلث العقيقه، فإن كانت القابله أم الرجل أو فى عياله فليس لها منها شىء، و تجعل أعضاء ثم يطبخها و يقسمها، و لا يعطيها إلا أهل الولاية. و قال: يأكل كلّ أحد من العقيقه إلا الأم» (١).

قوله: «و أن يكسر. إلخ».

قد تقدّم فى الخبر السابق ما يدلّ عليه فى قوله: «و تجعل أعضاء». و فى قوله فيه «ثمّ يطبخها» إشاره إلى سنّه أخرى لم يتبّه عليها المصنّف، و هى أن تطبخ بالماء و لا تشوى على النار. و لا فرق حينئذ بين أن يقتصر على طبخها بالماء و الملح، و بين أن يضيف إليها شيئاً آخر من الحبوب و غيرها، لتحقّق الطبخ بالجميع.

و يستحبّ أن يدعى لها المؤمنون، و أقلّهم عشره، لروايه حفص الكناسى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «و يدعى نفر من المسلمين فىأكلون و يدعون للغلام» (٢). و فى خبر آخر عنه عليه السلام: «يطعم منه عشره من المسلمين، فإن زاد فهو أفضل» (٣).

ص: ٤١١

-
- ١- ١) الكافى ٦: ٣٢ ح ٢، التهذيب ٧: ٤٤٤ ح ١٧٧٥، الوسائل ١٥: ١٥٦ ب (٤٧) من أبواب أحكام الأولاد ح ١.
٢- ٢) الكافى ٦: ٢٨ ح ٥، التهذيب ٧: ٤٤٢ ح ١٧٧٠، الوسائل ١٥: ١٥٢ ب (٤٤) من أبواب أحكام الأولاد ح ١٢.
٣- ٣) الكافى ٦: ٢٨ ضمن ح ٩، الفقيه ٣: ٣١٣ ح ١٥٢٢، التهذيب ٧: ٤٤٣ ح ١٧٧١ و فيه: عشره مساكين، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٥.

و أما الرضاع: فلا يجب (١) على الأم إرضاع الولد، و لها المطالبة بأجره رضاعه. و له استيجارها إذا كانت بائنا. و قيل: لا يصح ذلك و هي في حباله. و الوجه الجواز.

قوله: «و أما الرضاع فلا يجب. إلخ».

عدم وجوب إرضاع الولد على الأم مشروط بوجود الأب، أو وجود مال للولد، و وجود مرضعه سواها، و قدرته على دفع الأجره إليها، أو تبرّعها، و إلا وجب عليها إرضاعه كما يجب عليها الإنفاق عليه حيث يكون الأب مفقودا أو معسرا.

فإذا اجتمعت هذه الشرائط لم يجب عليها، بل يتعلّق التكليف بالأب كما يجب عليه الإنفاق [عليه] (١) إن لم يكن للولد مال، و إلا استأجر عليه من ماله.

و يدلّ على عدم وجوبه عليها ظاهر قوله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ (٢) و قوله وَ إِنْ تَعَايَرْتُمْ فَسْتَزُجُّوا لَهَا أُخْرَى (٣). و لو كان واجبا عليها لبينه، و لما قال «فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ» و لما حكم بإرضاع أخرى من غير تفصيل، لأنها إذا امتنعت فقد حصل التعاسر.

و أما قوله تعالى وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ (٤) فإنه و إن كان خيرا معناه الأمر إلا أن الأمر مقتيد بمن أراد أن يتم الرضاعه بالنسبه إلى الحولين، فلا يدلّ على أن الأمر مطلق لو سلّم حمله على الوجوب.

و يدلّ عليه أيضا قول أبي عبد الله عليه السلام: «لا تجبر الحرّه على رضاع الولد، و تجبر أم الولد» (٥). و لأصالة عدم الوجوب.

ص: ٤١٢

١-١ من «س» و «ش» فقط.

٢-٢ الطلاق: ٦. و نصّ الآية: «و إن تعاسرتم.»

٣-٣ الطلاق: ٦. و نصّ الآية: «و إن تعاسرتم.»

٤-٤ البقره: ٢٣٣.

٥-٥ الكافي ٤٠: ٦، الفقيه ٨٣: ٣، ح ٢٩٧، و ٣٠٨ ح ١٤٨٦، التهذيب ١٠٧: ٨ ح ٣٦٢، الوسائل ١٧٥: ١٥ ب (٦٨) من أبواب أحكام الأولاد ح ١.

و شمل إطلاقه عدم وجوب الإرضاع على الأم اللبأ وغيره، نظرا إلى عموم الأدله. وهكذا أطلق الأكثر. و أوجب جماعه منهم العلامه فى القواعد (١) و الشهيد (٢) إرضاع اللبأ و هو الموجود عند الولاده، محتجين بأن الولد لا يعيش بدونه. و هو ممنوع بالوجدان. و لعلمهم أرادوا الغالب، أو أنه (٣) لا يقوى و لا تشتد بنيته إلا به. و على تقدير وجوبه هل تستحق أجره عليه؟ قيل: لا، لأنه فعل واجب، و لا يجوز أخذ الأجره على الواجب. و كليته ممنوعه، فإن مالك الطعام يلزمه بذله للمضطرّ و لكن بالعوض باعتراف هذا القائل، و إن كان فيه خلاف أيضا.

إذا تقرّر ذلك فلا خلاف فى جواز استيجار الأب لها على إرضاعه على تقدير كونها مطلقه بائنا، للخروج منافعها عن ملكه حينئذ. و هل يصحّ استيجاره لها و هى فى حباله؟ الأشهر بين الأصحاب الجواز، لعموم قوله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ (٤) الشامل للمطلقه و غيرها.

و فيه نظر، لأن الآيه مسوقه للمطلقات، و ليس محلّ النزاع. و لأصالة الجواز، كما يجوز استيجارها لرضاع غيره.

و القول بالمنع من استيجار الزوج لها و هى فى حباله للشيخ فى المبسوط (٥).

و كذلك منع من استيجارها لخدمته و لخدمه غيره و لرضاع ولد غيره، مستدلا بأنها عقدت على منافع لا تقدر على إيفائها، فإن زوجها قد ملك الاستمتاع بها

ص: ٤١٣

١- ١) قواعد الأحكام ٥١: ٢.

٢- ٢) اللعه: ١٢٠.

٣- ٣) فى «س، ش»: و أنه.

٤- ٤) الطلاق: ٦.

٥- ٥) المبسوط ٣٧، ٣٦: ٦.

و يجب على الأب(١) بذل أجره الرضاع إذا لم يكن للولد مال.

فى كل وقت إلا ما استثنى من أوقات الصلاة و الصيام، فإذا لم تقدر على إيفائها كان العقد باطلا، كما لو أجر نفسه شهرا ثم أجرها ذلك الشهر لغير المستأجر.

و أوجب بمنع ملك الزوج لجميع منافعها، و إنما ملك الاستمتاع، و لا يلزم من استحقاقه فى جميع الأوقات ملك غيره من المنافع. و تظهر الفائده فى عدم استحقاقه استيفاء غير الاستمتاع، و إن لم يكن لها التصرف فيها حيث ينافى حق الزوج من الاستمتاع. فإذا استأجرها لمنفعه لا يملكها فقد أسقط حقه من الزمان الذى تصرفه فى الإرضاع بالنسبه إلى إيقاع الاستمتاع المستحق فيه. و يظهر أثر ذلك أيضا فيما لو لم يستوف حق الاستمتاع لمرض أو غيبه و نحوهما، فإن لها التصرف فى باقى منافعها لعدم المنافاه.

قوله: «و يجب على الأب. إلخ».

لأن الرضاع من جملة النفقه الواجبه للولد على الأب مقدّما على الام مع فقر الولد كما سيأتى (١)، و لقوله تعالى وَ عَلَى الْمُؤَلُّودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْفُ وَ تُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٢) و «على» ظاهره فى الوجوب و الاستحقاق كقولك: «على فلان دين» و هو كناية عن أجره الرضاع. و أطلق على الأب «المولود له» للتنبيه على أن الولد حقيقه للأب، و لهذا انتسب إليه دون امه، و وجبت عليه النفقه ابتداء. و لو كان للولد مال لم يجب على الأب بذل الأجره، لأنه غنى فلا يجب عليه الإنفاق عليه.

ص: ٤١٤

١- ١) فى ص: ٤٩١-٤٩٢.

٢- ٢) البقره: ٢٣٣.

و لامة أن ترضعه (١) بنفسها و غيرها، و لها الأجره.

و للمولى (٢) إجبار أمتة على الرضاع.

قوله: «و لامة أن ترضعه. إلخ».

إذا استأجرها للرضاعه، فإن صرّح بإرادته تحصيل رضاعه بنفسها و غيرها فلا شبهه فى جواز الأمرين و استحقاقها الأجره المسماة. و إن شرط إرضاعه بنفسها تعين، و لا يجوز لها حينئذ إرضاعه غيرها، فإن فعلت فلا أجره لها. و إن أطلق بأن استأجرها لإرضاعه فهى مسأله الكتاب. و المشهور حينئذ 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 فى الحكم و الخواصّ، و دلالة العرف على مباشرتها، حتى قيل إنه يجب تعيين المرضعه فى العقد لذلك، فلا أقلّ من تعيينها (١) عند الإطلاق. و الأقوى الرجوع إلى العرف، فإن لم يتفق أو اضطرب جاز أن ترضعه بنفسها و غيرها. و لا فرق فى الغير بين خادمها و غيرها.

و حيث جاز استحققت الأجره و إلا فلا.

قوله: «و للمولى. إلخ».

لأنها مملوكة للمولى، و منافعها أجمع مستحقّه له، سواء فى ذلك منافع الاستمتاع و غيرها، بخلاف الزوجه. و لا فرق فى ذلك بين أم الولد و غيرها، لاشتراكهما فى المقتضى. و ذكر أم الولد فى الروايه السابقه (٢) لا يقتضى نفى الحكم عن غيرها.

ص: ٤١٥

١- ١) فى «و» و الحجرّيتين: تعيينها.

٢- ٢) فى ص: ٤١٢، هامش (٥).

و نهايه الرضاع (١) حولان. و يجوز الاقتصار على أحد و عشرين شهرا، و لا يجوز نقصه عن ذلك. و لو نقص كان جورا. و تجوز الزيادة عن الحولين شهرا أو شهرين. و لا يجب على الوالد دفع أجره ما زاد عن حولين.

قوله: «و نهايه الرضاع. إلخ».

لا خلاف بين أصحابنا في أن مدّة الرضاع بالأصالة حولان كاملان، لقوله تعالى وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ (١). و ظاهر الآية كون تمام الرضاعه حولين، و هو لا ينافي جواز النقص عنهما. و قد جَوَّز أصحابنا الاقتصار على أحد و عشرين شهرا، لظاهر قوله تعالى:

وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا (٢) فإذا حملت به تسعة أشهر - و هو الغالب - بقى فصاله - و هو مدّة رضاعه - أحد و عشرين شهرا، و لروايه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الرضاع أحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور على الصبي» (٣).

و ظاهرهم الاتفاق على ذلك، و هو يتم على القول بأن أكثر الحمل تسعة أشهر لا أزيد، و إلا لم يتم التعليل إلا في ولد يولد للتسعة، فلو ولدته لسته أشهر أو سبعة كان ذلك حملة و ما يبقى من الثلاثين فصاله، و الآية لا تدلّ على أزيد من ذلك.

و الروايه ضعيفه السند. و قد روى (٤) عن ابن عباس أن من ولد لستة أشهر ففصاله

ص: ٤١٤

١- ١) البقره: ٢٣٣.

٢- ٢) الأحقاف: ١٥.

٣- ٣) الكافي ٦: ٤٠ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٠٥ ح ١٤٦٣، التهذيب ٨: ١٠٦ ح ٣٥٧، الوسائل ١٥: ١٧٧ ب (٧٠) من أبواب أحكام الأولاد ح ٥.

٤- ٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٤٦٢.

فى عامين، و من ولد لسبعه فمدّه رضاعه ثلاثه و عشرون شهرا، و من ولد لتسعه فأحد و عشرون. و هو قول موجه جامع بين الآيات. و على قول من جعل أكثر الحمل عشره أشهر أو سنه من أصحابنا يشكّل تعين أحد و عشريّن شهرا للرضاع إن لم يكن إجماعا مانعا من جواز خلافه. و كيف كان فالعمل على المشهور، و يكفى فيه البناء على الغالب فى الحمل.

و أما الزيادة على الحولين فمقتضى الآية أنه ليس من الرضاعه، لتمامها بالحولين، لكن ليس فيها دلالة على المنع من الزائد. و فى صحيحه سعد بن سعد الأشعري عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن الصبى هل يرضع أكثر من سنتين؟ فقال: عامين. قلت: فإن زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شىء؟ قال: لا» (١). و المصنف و الجماعة (٢) قيدوه بشهر و شهرين، و ذكروا أنه مروى (٣).

و على تقدير فعله لا تستحقّ الام على أبيه أجره للزائد. و لا يخلو على إطلاقه من إشكال، و إنما يتم على تقدير عدم حاجه الولد إليه، أما لو احتاج إليه لمرض و نحوه بحيث لم يمكن غذاؤه بغير اللبن كان اللبن حينئذ بمنزله النفقه الضروريّه. فعدم استحقاق الام عليه أجره مطلقا لا يخلو من نظر، إلا أن عمل الأصحاب و روايتهم على ذلك، فلا مجال لخلافه.

ص: ٤١٧

١- (١) الكافى ٤١:٦ ح ٨، الفقيه ٣٠٥:٣ ح ١٤٦٤، التهذيب ١٠٧:٨ ح ٣٦٣، الوسائل ١٥:١٧٧ ب (٧٠) من أبواب أحكام الأولاد ح ٤.

٢- (٢) راجع الوسيله: ٣١٦، و السرائر ٦٤٨:٢، و القواعد ٥١:٢.

٣- (٣) راجع السرائر ٦٤٨:٢.

و الام أحق بإرضاعه (١) إذا طلبت ما يطلب غيرها. و لو طلبت زياده كان للأب نزعها و تسليمه إلى غيرها. و لو تبرعت أجنبيته بإرضاعه، فرضيت الام بالتبرع فهي أحق به. و إن لم ترض فللأب تسليمه إلى المتبرعه.

قوله: «و الام أحق بإرضاعه. إلخ».

كون الأم أحق بإرضاع الولد إذا تبرعت به أو طلبت ما يطلب غيرها و إلا كان الأب أحق به هو المشهور بين الأصحاب، بناء على جواز استئجارها للإرضاع مطلقا. و الشيخ على أصله السابق (١) من أنها إذا كانت في عصمه الزوج ليس لها أخذ الأجره، فلا تكون في تلك الحال أحق إلا- إذا تبرعت به، و إن كانت مطلقه فهي أحق به كما فصيحوه. و يدلّ عليه قوله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَآتُوهُمْ أَجُورَهُمْ (٢). و مع امتناع الأب لوجود المتبرعه أو من يأخذ أقلّ يتناوله قوله تعالى وَإِنْ تَعَايَرْتُمْ فَسْتَزُجَعْ لَهُ أُخْرَى (٣) الدالّ على جواز أخذه منها و تسليمه للأخرى. و الآية مسوقه للمطلقات كما أشرنا إليه سابقا، فإذا جاز للام أخذ الأجره على الإرضاع دخلت في الحكم بطريق أولى.

و يدلّ على حكم المطلقة أيضا روايه أبي الصبّاح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا طلق الرجل المرأة و هى حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها، فإذا وضعت أعطاهما أجرها و لا يضارّها إلا أن يجد من هو أرخص منها، فإن هى رضيت بذلك الأجر فهى أحقّ بابنها حتى تفضمها» (٤).

ص: ٤١٨

١- ١) لاحظ ص: ٤١٣.

٢- ٢) الطلاق: ٦. و نصّ الآية: «و إن تعاسرتم».

٣- ٣) الطلاق: ٦. و نصّ الآية: «و إن تعاسرتم».

٤- ٤) الكافى ٦: ٤٥ ح ٢، التهذيب ٨: ١٠٦ ح ٣٦٠، الاستبصار ٣: ٣٢٠ ح ١١٤١، الوسائل ١٥: ١٩١ ب (٨١) من أبواب أحكام الأولاد

ح ٢.

و نقل الشيخ في الخلاف (١) عن بعض العلماء أن الأم أحق بالولد متى طلبت أجره المثل و إن وجد الأب من يأخذ أقل أو يتبرع، لعموم قوله تعالى فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٢) المتناول لمحل النزاع. و قواه ابن إدريس (٣).

و احتج الشيخ (٤) للقول الأول بقوله تعالى وَإِنْ تَعَاسَىرْتُمْ فَسِئْرُضِعْ لَهُ أُخْرَى (٥) و هذه إذا طلبت الأجره و غيرها يتطوع فقد تعاسرا. و أجاب عن الآيه الأخرى بأنها تفيد لزوم الأجره إن أرضعت، و ذلك لا خلاف فيه، و إنما الكلام في أنه يجب دفع المولود إليها لترضعه أم لا، و ليس ذلك في الآيه.

و أجيب عنه بأن المراد من قوله فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ أَرْدَنَ الإرضاع، فيدل على كونها أحق بالأجره مطلقا. و قوله تعالى وَإِنْ تَعَاسَىرْتُمْ أَي:

في الإرضاع و عدمه - بأن امتنعت منه - فسترضع له أخرى، لا أنها إذا طلبت الأجره.

و فيه نظر، لأن الإضرار على خلاف الأصل، و التعاسر أعم من وقوعه على الإرضاع و عدمه و على الأجره. و لا يرد أنه يلزم على القول الآخر الإضرار، لأن الأجره تملك بالعقد و قد علق الأمر بدفعها على الفعل. لأن الأجره و إن ملكت بالعقد على تقدير وقوع صيغه الإجاره إلا أن دفعها لا يستحق إلا بالعمل، و الأمر في الآيه وقع بإيتائهن الأجر لا بأصل ملكه. على أن استحقاقها الأجره غير متوقف على عقد الإجاره، بل يكفي فيه الفعل مع قصد الأجره أو عدم التبرع، فيكون حكمها في استحقاق الأجره و ملكها كالجعلها لا تستحق إلا بالعمل. و لا يشترط في لزومها تمام الرضاع، بل حصول مسماه المقابل لأجره كما تقتضيه الآيه.

ص: ٤١٩

١-١) الخلاف طبعه كوشانيور ٢:٣٣٥، مسأله (٣٤).

٢-٢) الطلاق: ٦.

٣-٣) السرائر ٢: ٦٥٠.

٤-٤) الخلاف طبعه كوشانيور ٢:٣٣٥، مسأله (٣٤).

٥-٥) الطلاق: ٦.

فرع: لو ادعى الأب (١) وجود متبرّعه، و أنكرت الأم، فالقول قول الأب، لأنه يدفع عن نفسه وجوب الأجره، على تردّد.

و يستحبّ أن يرضع (٢) الصبّي بلبن امه، فهو أفضل.

قوله: «لو ادعى الأب. إلخ».

منشأ التردّد من كون الام منكره لما يدّعيه من وجود المتبرّعه، و الأصل عدمه، فيكون القول قولها، لأنه المدّعى، و لأنّ الحقّ ثابت لها و هو يدّعى إسقاطه بوجود المتبرّعه، و الأصل عدم سقوطه إلى أن يثبت. و ممّا ذكره المصنف من أن الأم تدّعى شغل ذمّه الأب بالأجره، و هو ينفي ذلك عن نفسه، و الأصل براءة ذمّته منها، و لأنه يعسر عليه إقامه البينه على ما يقوله فيصدّق بيمينه. و هو قول الشيخ في المبسوط (١)، و هو أشهر.

قوله: «و يستحبّ أن يرضع. إلخ».

وجه الأفضليته كونه أوفق بمزاجه، لتغذيته منه في بطنها حال كونه دما، و باكتسابه (٢) صورته اللبن بعد الولاده فيبقى أقرب إلى مادّته من غيره، و لقول أمير المؤمنين عليه السلام: «ما من لبن رضع به الصبّي أعظم بركه عليه من لبن امه» (٣).

و المصنف تبع الروايه في التعبير بالصبّي دون الولد الشامل للذكر و الأنثى مع اشتراكهما في الحكم، و في لفظ اللبن و قد قال أهل اللغه إنه لا يطلق إلا على لبن البهائم من الناقه و البقره و الشاه (٤)، قال ابن السكيت: «تقول: هو أخوه بلبان امه - بكسر اللام - و لا تقول: بلبن امه» (٥).

ص: ٤٢٠

١- (١) المبسوط ٣٨: ٦.

٢- (٢) في «م» و إحدى الحجرّيتين: و باكتسابه.

٣- (٣) الكافي ٦٠: ٤٠ ح ١، الفقيه ٣٠٥: ٣ ح ١٤٦٥، التهذيب ١٠٨: ٨ ح ٣٦٥، الوسائل ١٥: ١٧٥ ب (٦٨) من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

٤- (٤) تهذيب اللغه ٣٦٢: ١٥، الصحاح ٢١٩٢: ٦.

٥- (٥) تهذيب اللغه ٣٦٢: ١٥، الصحاح ٢١٩٢: ٦.

و أما الحضانه(١): فالأم أحق بالولد(٢) مدّه الرضاع، و هي حولان، ذكرًا كان أو أنثى، إذا كانت حرّه مسلمه، و لا حضانه للأمه و لا للكافره مع المسلم. فإذا فصل فالوالد أحق بالذكر.

و الام أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين، و قيل: تسعا. و قيل: الأم أحق بها ما لم تتزوج. و الأول أظهر. ثم يكون الأب أحق بها. قوله: «و أما الحضانه. إلخ».

هي -بفتح الحاء- و لا-يه على الطفل و المجنون لفائده تربيته و ما يتعلّق بها من مصلحته، من حفظه و جعله في سريره و رفعه و كحله و دهنه و تنظيفه و غسل خرقة و ثيابه و نحو ذلك. و هي بالأنثى أليق منها بالرجل، لمزيد شفقتها و خلقها المعدّ لذلك بالأصل.

قوله: «فالأم أحق بالولد. إلخ».

لا- خلاف في أن الأم أحق بالولد مطلقا مدّه الرضاع إذا كانت متبرّعه أو رضيت بما يأخذ غيرها من الأجره، فيجتمع لها في الحولين حقّ الرضاع و الحضانه، و لها الأجره على الرضاع-على ما فصل-دون الحضانه. نعم، لو احتاج الطفل إلى نفقه زائده على الرضاع و الحضانه فهي على الأب الموسر أو مال الولد إن كان له مال كأجره الرضاع، و منها ثمن الصابون لغسل ثيابه و خرقة، دون نفس الفعل فإنه على الأم، لأنه من متعلّقات الحضانه. و كذا القول في غيرها ممّن تثبت له الحضانه.

و هذا لا كلام فيه، إنما الخلاف فيما بعد الحولين، فقد اختلف الأصحاب في مستحقّ الحضانه حينئذ من الأبوين بسبب اختلاف الأخبار، ففي بعضها (١) أن الأم

ص: ٤٢١

١- (١) الكافي ٦: ٤٥ ح ٣، الفقيه ٣: ٢٧٥ ح ١٣٠٣، التهذيب ٨: ١٠٥ ح ٣٥٤، الاستبصار ٣: ٣٢٠ ح ١١٣٩، الوسائل ١٥: ١٩١ ب (٨١) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٤.

أحقّ بالولد مطلقاً ما لم تتزوج. وهو الذى رواه (١) العامّة أيضاً عن النبىِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ. وفى بعضها (٢) أنها أحقّ به إلى سبع سنين. وفى بعض (٣) آخر الى تسع. وفى بعضها (٤) أن الأب أحقّ به. وليس فى الجميع فرق بين الذكر و الأنثى، و لكن من فصل جمع به بين الأخبار، فحمل ما دلّ على أولويّه الأب على الذكر، لأنه أنسب بحاله و تأديبه و تعليمه، و ما دلّ على أولويّه الأم على الأنثى لذلك، و لأن فيه -مع المناسبه- الجمع بين الأخبار. و رجّحوا الأخبار المحدّده بالسبع لأنها أكثر و أشهر. و مع ذلك فليس فى الباب خبر صحيح، بل هى بين ضعيف و مرسل و موقوف.

إذا تقرّر ذلك فحضانة الام حيث تثبت مشروطه بأمور:

أحدها: أن تكون مسلمه إذا كان الولد مسلماً. فالكافره لا -حضانة لها على الولد المسلم بإسلام أبيه، لأنه لا حظّ له فى تربيته الكافره، لأنها تفتنه عن دينه، و هو ينشأ على ما يألّفه منها، و لأنه لا ولاية للكافر على المسلم للآيه (٥). و لو كان الولد كافراً تبعاً لأبويه فحضانته لها -على ما فصل- إن ترفعوا إلينا. نعم، لو وصف الولد الإسلام نزع من أهله، و لم يمكّنوا من كفالتة لثلاً يفتنوه عن الإسلام الذى قد مال إليه، و إن لم نصحّ إسلامه.

و ثانيها: أن تكون حرّه. فلا حضانة للرقيقه، لأن منفعتها للسيد، و هى

ص: ٤٢٢

١- ١) مسند أحمد ٢: ٢٠٣، سنن أبى داود ٢: ٢٨٣، ح ٢٢٧٦.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢٧٥، ح ١٣٠٥، مستطرفات السرائر: ٦٥، ح ٢، الوسائل الباب المتقدم ح ٦٧.

٣- ٣) أنظر كشف الرموز ٢: ٢٠١.

٤- ٤) الكافي ٦: ٤٥، ح ٤، الفقيه ٣: ٢٧٤، ح ١٣٠٢، التهذيب ٨: ١٠٤، ح ٣٥٢، الاستبصار ٣: ٣٢٠، ح ١١٣٨، الوسائل الباب المتقدم، ح ١.

٥- ٥) النساء: ١٤١.

مشغوله به غير متفرغه للحضانه. ولأنه نوع ولايه و احتكام (١) بالحفظ و التربيه، و الرقيق لا ولايه له و إن أذن السيد.

ثم ينظر إن كان الولد حرًا فحضانه لمن له الحضانه بعد الام من الأب أو غيره. و إن كان رقيقا فحضانه على السيد. و لو كانت الأم حره و الولد رقيقا، كما لو سبي الطفل و أسلمت الأم أو قبلت الذمه، فكذلك حضانه للسيد. و المدبره و المكاتبه و أم الولد و المعتك بعضها كالقنه.

و لو كان نصف الولد حرًا و نصفه رقيقا فنصف حضانه للسيد و نصفه للأم أو من يلي حضانه الحر من الأقارب، فإن اتفقا على المهاياه أو على استيجار من يحضنه أو رضى أحدهما بالآخر فذاك، و إن تمانعا لم يضيع و استأجر الحاكم من يحضنه، و أوجب المؤنه على السيد و من يقتضى الحال الإيجاب عليه. و ليس هذا كتراحم المتعددين في درجه واحده على الحضانه كما سيأتى (٢)، لأنه لا استحقاق هنا لكل واحد في مجموع الحضانه، بخلاف ما يأتى، فلا تتوجه القرعه هنا.

و ثالثها: أن تكون عاقله. فالمجنونه لا- حضانه لها، لأن المجنون لا- يتأتى منه الحفظ و التعهد، بل هو في نفسه محتاج إلى من يحضنه. و لا- فرق بين أن يكون الجنون مطبقا أو منقطعاً، إلا إذا وقع نادرا و لا تطول مدته، فلا يبطل الحق، بل هو كمرض يطرأ و يزول. و في إلحاق المرض المزمن الذى لا يرجى زواله كالسّل و الفالج بحيث يشغله الألم عن كفاله و تدبير أمره به و جهان، من اشتراكهما في المعنى المانع من مباشره الحفظ، و أصاله عدم سقوط الولايه، مع إمكان تحصيلها بالاستنابه، و به يفرق بينه و بين الجنون. و لم يعتبر المصنف شرط العقل، و لا بد منه.

ص: ٤٢٣

١- ١) في «ش»: و احكام.

٢- ٢) في ص: ٤٣٥.

و رابعها: أن تكون فارغه من حقوق الزوج. فلو نكحت سقط حقها من الحضانه، للأخبار الدالّه عليه، و منها أن امرأه قالت: «يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و ثديي له سقاء، و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينزعه مني، فقال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: أنت أحق ما لم تنكحي» (١). و لأن النكاح يشغلها بحق الزوج و يمنعها من الكفاله. و لا أثر لرضا الزوج كما لا أثر لرضا السيد بحضانه الأمه، لإطلاق النص (٢)، و قد يرجعان فيتشوش أمر المولود. و لا فرق عندنا بين تزويجها بقریب الزوج و غيره، عملاً بإطلاق النص (٣). و هذا الشرط ذكره المصنّف فيما بعد (٤).

و خامسها: أن تكون أمينه. فلا- حضانه للفاسقه، لأن الفاسق لا- يلي. و لأنها لا- تؤمن أن تخون في حفظه. و لأنه لا- حظ له في حضانتها، لأنه ينشأ على طريقتها، فنفس الولد كالأرض الخاليه ما ألقى فيها من شيء قبلته.

و هذا الشرط لم يذكره المصنّف، و قد اعتبره الشيخ في المبسوط (٥)، و الشهيد في قواعد (٦)، و العلامه في التحرير (٧) في ولايه الأب، و في القواعد (٨) استقرب عدم اشتراط العداله عملاً بعموم الأدله. و يمكن الجمع بين عدم اشتراط العداله مع اشتراط عدم الفسق، لثبوت الواسطه عند الأكثر، و يجعل المانع ظهور الفسق، لما

ص: ٤٢٤

١- (١) مسند أحمد ٢: ١٨٢، أبي داود ٢: ٢٨٣ ح ٢٢٧٦، مصنف عبد الرزاق ٧: ١٥٣ ح ١٢٥٩٦، سنن الدار قطنى ٣: ٣٠٥ ح ٢٢٠، سنن البيهقى ٨: ٤.

٢- (٢) المذكور هنا في الهامش (١)، و كذا ما تقدم في ص: ٤٢١، هامش (١).

٣- (٣) المذكور هنا في الهامش (١)، و كذا ما تقدم في ص: ٤٢١، هامش (١).

٤- (٤) في ص: ٤٢٦.

٥- (٥) المبسوط ٦: ٤٠.

٦- (٦) القواعد و الفوائد ١: ٣٩٥-٣٩٦.

٧- (٧) تحرير الأحكام ٢: ٤٤.

٨- (٨) قواعد الأحكام ٢: ٥١.

يترتب عليه من الأخطار السابقة، بخلاف غيره من المستورين و إن لم تظهر عدالته بالمعنى الذى اعتبره المتأخرون.

و سادسها: أن تكون مقيمه. فلو انتقلت إلى محلّ تقصر فيه الصلاة بطل حقّها من الحضانه عند الشيخ فى المبسوط (١)، ثمّ نقل عن قوم أنه إن كان المنتقل هو الأب فالأم أحقّ به، و إن كانت الأم منتقله، فإن انتقلت من قريه إلى بلد فهى أحقّ، و إن انتقلت من بلد إلى قريه فالأب أحقّ به، لأنّ فى السواد يقلّ تعليمه و تخرّجه. قال الشيخ بعد نقله ذلك: و هو قوئى.

و قيل: لو سافر الأب جاز له استصحاب الولد و سقطت حضانتها أيضا، فيكون ذلك شرطا سابعا. ذكره الشهيد فى قواعده (٢). و نقل شرطا ثامنا أن لا يكون بها مرض يعدى من جذام أو برص، لما يترتب على حضانتها من خوف الضرر على الولد، و قد قال صلى الله عليه و آله: «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد» (٣). و يحتمل عدم السقوط بذلك، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا عدوى و لا طيره» (٤). و هذان الشرطان لم يذكرهما الأكثر.

فرع :

لو كان الولد خنثى ففى إلحاقه بالذكر أو بالأنثى قولان منشؤهما استصحاب الام حقّ الحضانه الثابت قبل تمام الحولين، للشك فى المزيل، إذ هو الذكورىه و لم

ص: ٤٢٥

١- ١) المبسوط ٤٠: ٤.

٢- ٢) القواعد و الفوائد ٣٩٦: ١.

٣- ٣) الفقيه ٢٥٨: ٤ ح ٤، الوسائل ٤٣٠: ٨ ب (٢٨) من أبواب أحكام العشره، ح ٢، مسند أحمد ٤٤٣: ٢.

٤- ٤) الوسائل ٣٧٠: ٨ ب (٢٨) من أبواب أحكام الدوابّ ح ١، مسند أحمد ١٧٤: ١، صحيح البخارى ١٦٤: ٧، صحيح مسلم ١٧٤٣: ٤ ح

١٠٢، سنن ابن ماجه ٣٤: ١ ح ٨٦.

و لو تزوّجت الام(١)سقطت حضانتها عن الذكر و الأنثى،و كان الأب أحقّ بهما.

يتحقّق،و كون استحقاقها مشروطا بالأنوثة و لم يعلم.و الأقوى إلحاقه بالأنثى، لوجوب جريان أحكامها عليه من الستر و نحوه،و دخوله فى عموم (١)الأخبار الدالّة على استحقاقها الولد مطلقا،خرج منه الذكر لمناسبه تربيته و تأديبه فيبقى الباقي.

قوله:«و لو تزوّجت الأم.إلخ».

أى:تزوّجت بغير الأب و إلا بقيت حضانتها،و إنما أطلق المصنف تبعا لإطلاق الأخبار (٢)،لكنّها منزّلة على ذلك بقريته المقام.و يحتمل عموم الحكم نظرا إلى الإطلاق.و لا- فرق فى سقوط حقّها مع تزويجها بين دخول الزوج بها و عدمه، و إن كان المانع ظاهرا اشتغالها بالزوج،للعوم.

و حيث تسقط ولايتها عنه ينبغى أن لا يمنع الولد من زيارتها و الاجتماع بها، لما فى ذلك من قطع الرحم.ثمّ إن كان ذكرا ترك يذهب إلى امه،و إن كان أنثى فأمرها تأتيها زائره،لأن الجارية لا- تصلح للخروج،بخلاف الأم،فإذا زارتها الام خففت من غير انبساط فى بيت المطلق.هذا فى حال الصحّة.

أما مع المرض،فإن كان المريض الولد لم تمنع امه من مراعاته و تربيته و الإقامة عنده،لأنها أشفق عليه و أحنى (٣)و أرقّ و أرفق من غيرها.و إن مرضت الام لم يمنع الولد من التردّد إليها،ذكرا كان أو أنثى.و لو مات الولد حضرته أمّه و تولّت أمره و إخراجها،و لا تتبع جنازته،لنهي (٤)النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم

ص:٤٢٦

١-١) لاحظ الوسائل ١٩١:١٥ ب «٨١» من أبواب أحكام الأولاد ح ٤،٦،٧.

٢-٢) لاحظ الوسائل ١٩١:١٥ ب «٨١» من أبواب أحكام الأولاد ح ٤.

٣-٣) فى «س»:و أحنّ.

٤-٤) مسند أحمد ٤٠٨:٦،سنن ابن ماجه ٥٠٢:١ ح ١٥٧٧،سنن أبى داود ٢٠٢:٣ ح ٣١٦٧.

و لو مات كانت (١) الأم أحقّ بهما من الوصي.

عن ذلك. و روى عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أنه قال: «لعن الله زائرات القبور» (١). و إن ماتت الام حضرها الولد و جهّزها و تولّى أمرها إن كان من أهله، كلّ ذلك بإذن الزوج كما مرّ (٢) في باب القسم.

قوله: «و لو مات كانت. إلخ».

أى: إذا مات الأب و قد صارت الحضانة له، بأن كان الولد ذكرا بعد الحولين، أو أنثى بعد المدّه، أو لفقد شرط الحضانة في الأم، انتقلت الحضانة إلى الأم، و كانت أحقّ بها من وصي الأب و غيره من الأقارب.

و ظاهر العبارة عدم الفرق بين كون الأم حينئذ متزوّجه و عدمه، و أن مانع التزويج إنما يؤثّر مع وجود الأب كما يقتضيه النصّ (٣)، حيث إن المنازعة وقعت بينها و بين الأب فجعلها أحقّ به ما لم تتزوج. و بهذا المفهوم صرح العلامة في الإرشاد (٤). و باقى عبارات الأصحاب فى ذلك مجمله - كعبارة المصنف - محتمله لتقييدها بكونها غير مزوّجه نظرا إلى أنه شرط فى الحضانة مطلقا، و إلى التعليل المذكور باشتغالها بحقوق الزوج فإنه آت هنا، لكن المحصل ما ذكرناه. و المتحقّق من مانعيه التزويج ما كان منها مع وجود الأب لا - مطلقا. و سيأتى (٥) - فيما لو كان الأب رقيقا - ما يدلّ على أولويّة الأم و إن كانت متزوّجه. و التعليل المذكور مناسب للنصّ لا منصوص.

ص: ٤٢٧

١ - ١) مسند أحمد ٢: ٣٣٧، سنن ابن ماجه ١: ٥٠٢ ب «٤٩» سنن أبى داود ٣: ٢١٨ ح ٣٢٣٦، سنن الترمذى ٣: ٣٧١ ح ١٠٥٦. و فى المصادر: لعن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ.

٢ - ٢) فى ص: ٣٣٧.

٣ - ٣) لاحظ الوسائل ١٥: ١٩١ ب «٨١» من أبواب أحكام الأولاد ح ٤.

٤ - ٤) إرشاد الأذهان ٢: ٤٠.

٥ - ٥) فى الصفحة التالية.

و كذا لو كان الأب (١) مملوكا أو كافرا، كانت الأم الحرّة أحقّ بهما و إن تزوّجت.

قوله: «و كذا لو كان الأب. إلخ».

ما تقدّم من الشرائط المعتبره فى الأم آت هنا غير التزويج، و منها الحرّيّه و الإسلام، لما ذكر فيها من العلّه. و يدلّ على كونها أحقّ من الأب المملوك و إن تزوّجت صحيحه داود الرقى قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه نكحت عبدا فأولدها أولادا، ثمّ إنه طلقها فلم تقم مع ولدها و تزوّجت، فلما بلغ العبد أنها تزوّجت أراد أن يأخذ منها ولده و قال: أنا أحقّ بهم منك إن تزوّجت. فقال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوّجت حتى يعتق، هى أحقّ بولدها منه ما دام مملوكا، فإذا أعتق فهو أحقّ بهم منها» [١].

و هذه الروايه صريحه فى استحقاق الأم الحضانه و إن كانت مزوّجه مع وجود المانع للأب من الحضانه بالرقية. و المصنف و غيره حملوا مانع الكفر عليها، لأنه أقوى منها، و لم يصرحوا بحكم غيرهما من الموانع، و ظاهر إطلاقهم الأول إلحاق موته بهما (١). و يمكن استفادته من ذلك بطريق أولى، لأن مانع الرق يقبل الزوال بخلاف مانع الموت، و لذا أطلقوا الحكم فى السابق على إجمال فيه. و يبقى الكلام فى باقى الموانع، و الظاهر المساواه، و إنما لم يذكروا حكمها لعدم تعرّضهم لأصل الشرطيّه فى غير الكفر و الرق غالبا كما فعل المصنف، فلذا رتب الحكم عليهما.

و الضابط: أن الأب إنما يكون أولى من الأم مع اجتماع شرائط الحضانه فيه التى من جملتها الإسلام و الحرّيّه و العقل إجماعا، و الأمانه و الحضر و السلامه من

ص: ٤٢٨

(١ - ٢) فى «ش» و «م» و الحجريتين: بها.

فلو أعتق (١) كان حكمه حكم الحرّ.

الأمراض المعدية على الخلاف. فمتى اختل شرط من شروطها فيه فالأم أحقّ بالولد مطلقاً إلى أن يبلغ. وكذا لو مات الأب. و متى اختل شرط من شروطها فيها فالأب أحقّ به مطلقاً كذلك. و متى مات أحدهما انتقل الحقّ إلى الآخر مطلقاً.

و اشتراط عدم تزويجها إنما يعتبر في ترجيحها على الأب مع اجتماع الشرائط فيه خاصّه.

قوله: «و لو أعتق. إلخ».

و مثله ما لو أسلم الكافر، أو تعدّل الفاسق، أو عقل المجنون، أو برئ المريض، أو حضر المسافر (١). و قد تقدم (٢) في الرواية ما يدلّ على حكم العبد إذا أعتق، فلذا اقتصر المصنف عليه، و عدّاه غيره (٣) إلى الباقي نظراً إلى الاشتراك في المعنى. و لأنّ الولاية ثابتة بالأصل و إنما تخلفت لفقد الشرط، فإذا حصل ثبتت. أو أن هذه الأشياء موانع، فإذا زالت أثرت.

و يحتمل عدم العود في غير ما ثبت بالنصّ، لتحققّ الزوال قبل زوال المانع أو حصول الشرط، فعودها يحتاج إلى دليل.

و يضعف بأنّ الدليل هو ما دلّ على أن الأم أحقّ بحضانه الولد ابتداءً، فإنه متناول لمحلّ النزاع. و سيأتي (٤) الخلاف فيما لو طلّقت هل تعود ولايتها أم لا؟ و هو يتّبه على توجّه الاحتمال.

ص: ٤٢٩

١-١) سقطت الجملة تماماً في الحجريتين، و وردت في النسخ الخطية.

٢-٢) في الصفحة السابقة.

٣-٣) قواعد الأحكام ٥١: ٢.

٤-٤) في ص: ٤٣٧.

فإن فقد الأبوان (١) فالحضانة لأب الأب، فإن عدم قيل: كانت الحضانة للأقارب، و ترتبوا ترتب الإرث نظرا إلى الآية (١). وفيه تردد.

قوله: «فإن فقد الأبوان. إلخ».

اعلم أنه لا نص في مستحق الحضانة على الخصوص سوى الأبوين دون من عداهما من بقيته الأجداد و الجدات و الأقارب، فلذلك اختلف الأصحاب في حكمهم اختلافا كثيرا، فمنهم من عدى الحكم [منهما] (٢) إلى باقى الأقارب و الأرحام على ترتيب الإرث، لعموم قوله تعالى وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ (٣) فإن الأولوية تشمل الإرث و الحضانة و غيرهما. و لأن الولد مضطر إلى التربيته و الحضانة، فلا بد في الحكمه من نصب قيم بها، و القريب أولى بها من البعيد.

و على هذا فمع فقد الأبوين ينظر في الموجود من الأقارب، و يقدر لو كان وارثا و يحكم له بحق الحضانة. ثم إن اتحد اختص، و إن تعدد أقرع بينهم، لما في اشتراكها من الإضرار بالولد. و هذا القول هو المعتمد، و وراءه أقوال آخر:

منها: أنه مع فقد الأبوين تكون الحضانة لأب الأب مقدما على غيره من الإخوة و الأجداد و الجدات و إن شاركوه في الإرث. و هذا هو الذى قطع به المصنف، و علامته في غير المختلف (٤)، و جماعه منهم الشيخ في موضع من المبسوط (٥)، حتى ابن إدريس (٦) مع اقتضاره في الحضانة على الأبوين.

و وجهه: أن الجد للأب أب في الجملة، فيكون أولى من غيره من الأقارب.

و لأنه أولى بالمال، فيكون أولى بالحضانة.

ص: ٤٣٠

١-١ (١) الأنفال: ٧٥.

٢-٢ (٢) من «س» و «ش».

٣-٣ (٣) الأنفال: ٧٥.

٤-٤ (٤) قواعد الأحكام ٥١: ٢.

٥-٥ (٥) المبسوط ٣٣٨: ٣.

٦-٦ (٦) السرائر ٦٥٤: ٢.

و يَضَعُفُ بأن ذلك لو كان موجبا لتقديمه لاقتضى تقديم أم الأم عليه، لأنها بمنزلة الأم، وهي مقدّمة على الأب على ما فصل. و ولاية المال لا مدخل لها في الحضانه وإلا لكان الأب أولى من الام، وكذا الجد له، وليس كذلك إجماعا.

و النصوص [١] خاليه عن غير الأبوين من الأقارب، وإنما استنبط حكمه من آيه أولى الأرحام، وهي لا تدلّ على تقديمه على غيره ممّن هو في درجته. و إلى هذا مال في المختلف (١).

و منها: أنه مع عدم الأبوين ينتقل الحكم إلى الأجداد، ويقدمون على الإخوه وإن شاركوهم في الإرث، ولا يفرّق بين الجدّ للأب وغيره، و مع فقدهم ينتقل إلى باقى مراتب الإرث. و هو خيره العلامه فى الإرشاد (٢)، و لم يفصل حكم الأجداد مع التعدّد و العلوّ، و من يتقرّب منهم بالأم أو الأب.

و منها: أنه مع موت الأب تقوم أمه مقامه فى ذلك، فإن لم تكن له أم و كان له أب قام مقامه فى ذلك، فإن لم يكن له أب و لا أم كانت الأم التى هى الجدّه أحقّ به من البعيد. و هو قول المفيد (٣).

و منها: قول ابن الجنيد (٤)، و هو أن من مات من الأبوين كان الباقي أحقّ به من قرابه الميّت، إلا أن يكون المستحق له غير رشيد فيكون من قرب إليه أولى به، فإن تساوت القرابات قامت القرابه مقام من هى له قرابه فى ولايته- إلى أن قال:-

ص: ٤٣١

١-٢) مختلف الشيعه: ٥٧٩.

٢-٣) إرشاد الأذهان ٢: ٤٠.

٣-٤) المقنعه: ٥٣١.

٤-٥) حكاة عنه العلامه فى مختلف الشيعه: ٥٧٨.

و الام اولى بها ما لم تتزوج، ثم قرابتها أحق من قرابه الأب، لحكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم بابنه حمزه لخالتها دون أمير المؤمنين عليه السلام و جعفر و قد طالبا بها لأنها ابنة عمهما جميعا، و قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن عندى ابنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و هى أحق بها، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: ادفعوها إلى خالتها فإن الخاله أم (١).

و ابن إدريس (٢) نفى استحقاق من عدا الأبوين و أب الأب مطلقا. و فى المسألة أقوال آخر غير ما ذكرناه.

و الحق: أن آية أولى الأرحام لا تدل على شىء مما ذكره، و إنما تفيد تنزيل حق الحضانه على مراتب الإرث كما أسلفناه، و هى تدل على تقديم الإخوه و الأجداد على غيرهم من الأقارب، و لا تفيد تقديم الأجداد على الإخوه إلا إذا جعلنا الجدّ أباً و الجدّ أمّا حقيقه، فيتناولهما ما دل على أصل الحكم، و يقدم كل منهما حيث يقدم من يمت به، و يلزم منه حينئذ تقديم الجدّ للأم على الأب، و الجدّ للأب على الأم حيث يتلقى الحضانه عن الأب من غير أن يأخذها بالأصالة.

ثم الجدّ لأم كانت أم لأب أولى من العمه و الخاله مطلقا، كما أن الجدّ مطلقا أولى من العم و الخال، و الأدنى من كل مرتبه أولى من العليا ذكورا و إناثا. و لا اعتبار بكثرة النصيب و قلته، و لا بالتقرب بأمرين مع تقرب الآخر بسبب واحد مع اشتراكهما فى الإرث.

و لو اجتماع ذكر و أنثى ففى تقديم الأنثى قول مأخذه تقديم الأم على الأب، و كون الأنثى أوفق لتربيته الولد و أقوم بمصالحه صغيرا سيما الأنثى. و إطلاق الدليل

ص: ٤٣٢

١- (١) أمالى الطوسى: ٣٤٢ ح ٧٠٠، الوسائل ١٨٢: ١٥ ب (٧٣) من أبواب أحكام الأولاد، ح ٤.

٢- (٢) السرائر ٦٥٤: ٢.

فروع أربعة على هذا القول

فروع أربعة على هذا القول:

الأول: قال الشيخ رحمه الله: إذا اجتمعت أخت لأب و أخت لأم

«الأول»: قال الشيخ رحمه الله: (١) إذا اجتمعت أخت لأب و أخت لأم، كانت الحضانه للأخت من الأب، نظرا إلى كثره النصيب في الإرث.

و الإشكال في أصل الاستحقاق، و في الترجيح، و منشؤه تساويهما في الدرجه. و كذا قال في أم الأم مع أم الأب.

المستفاد من الآية (١) يقتضى التسويه بينهما كما يقتضى التسويه بين كثير النصيب و قليله، لاشتراك الجميع في القرب المقتضى للاشتراك في الإرث.

نعم، لو صحت روايه تقديم الخاله-لمكان تعليلها بكون الخاله اماً-ترد على إطلاق الآية، و يمكن حينئذ أن تستثنى من العموم كما استثنى الأب و الام بتفصيلهما (٢) من الآية المقتضيه للتسويه بينهما. و أما تقديمه عليه السلام للخاله على ابن العم و بنت العم فموافق للآيه، لأنها أقرب منهما.

قوله: «قال الشيخ رحمه الله. إلخ».

هذا القول ذكره الشيخ في الخلاف (٣) و المبسوط (٤)، محتجاً على التقديم بآيه أولى الأرحام و أن كثره النصيب تدلّ على زياده القرب، مع أنه في المبسوط في موضع آخر قال: «و إن قلنا إنهما سواء و يقرع بينهما كان قويا» (٥).

و المصنّف تردّد في موضعين:

أحدهما: أصل استحقاق الأختين في الحضانه، نظرا إلى ما أسلفناه (٦) من

ص: ٤٣٣

١- (١) الأنفال: ٧٥.

٢- (٢) في «و» و الحجريتين: بتفصيلهما.

٣- (٣) الخلاف طبعه كوشانپور ٣٣٧: ٢، مسأله (٤١).

٤- (٤) المبسوط ٤٢: ٦.

٥- (٥) المبسوط ٤٢: ٦.

٦- (٦) في ص: ٤٣٠.

الثانى: قال فى جدّه (١) و أخوات: الجدّه أولى، لأنها أم.

عدم النّصّ عليها (١) بخصوصه فى غير الأبوين، و من عموم آيه أولى الأرحام.

و الثّانى: على تقدير استحقاقهما فى أولويّه من نصيبه أكثر على من يشاركه فى الميراث، من أن الآيه تقتضى تساويهما فيها من حيث اشتراكهما فى الميراث و إن تفاضلا، و من أن كثره النصيب تدلّ على زياده القرب، فكما أن زيادته توجب الترجيح فى المراتب (٢) فكذا فى المرتبه نفسها.

و الأقوى تساويهما فى الاستحقاق، لما قرّناه من تناول الآيه لهما، و من ثمّ اشتراكا فى أصل الإرث. و كذا القول فى أم الأم مع أم الأب، فإنه يحتمل تقديم أم الأب لزياده النصيب، و عدمه لاشتراكهما فى أصل الإرث. بل قيل بتقديم أم الأم، لأنها أم حيث تكون الأم مقدّمه.

قوله: «قال فى جدّه. إلخ».

هذا قوله -رحمه الله- فى الخلاف (٣)، محتجّا بأنها أم. و هو يتمّ لو قلنا إنها أم حقيقه لتدخل فى النّصّ السابق (٤)، و هو ممنوع، و من ثمّ يصحّ سلبها عنها فيقال:

إنها ليست أما بل أم أم.

و ذهب فى المبسوط (٥) إلى تساويهما فى استحقاق الحضانه، لاشتراكهما فى أصل الإرث، فيتناولهما آيه أولى الأرحام. و هو أقوى. و حيثنذ فيقرع بينهما.

ص: ٤٣٤

١-١ فى «ش»: عليهما.

٢-٢ فى الحجرّيتين: الميراث.

٣-٣ الخلاف طبعه كوشانپور ٢:٣٣٧، مسأله (٤٢).

٤-٤ فى ص: ٤٢١، هامش (١).

٥-٥ المبسوط ٤٣:٤٣.

الثالث:قال:إذا اجتمعت عمّه و خاله

الثالث:قال (١):إذا اجتمعت عمّه و خاله فهما سواء.(١)

الرابع:قال:إذا حصل جماعه متساوون في الدرجه

الرابع:قال (٢):إذا حصل جماعه (٢)متساوون في الدرجه، كالعّمه و الخاله، أفرع بينهم.

و من لواحق الحضانه ثلاث مسائل

و من لواحق الحضانه ثلاث مسائل:

الأولى:إذا طلبت الأم للرضاعه أجره زائده عن غيرها

الأولى:إذا طلبت الأم (٣)للرضاعه أجره زائده عن غيرها فله تسليمه إلى الأجنبيّه.

قوله:«قال:إذا اجتمعت عمّه و خاله فهما سواء».

هذا القول مبنيّ على الرجوع إلى أصل الإرث لا إلى مقداره.و قد تقدّم (٣)الكلام فيه و اختلاف مذهبه في ذلك.و ما اختاره هنا قوياً، لما ذكر.

قوله:«قال:إذا حصل جماعه.إلخ».

نسبه القول بالقرعه إلى الشيخ تؤذن بعدم ارتضاه أو تردّده فيه.و وجهه:أن الاشتراك يقتضى التسويه بين المستحقين في ذلك،فيتولّى كلّ واحد أمر الولد دفعه واحده أو بالتناوب،و المهاياه و القرعه تنافى ذلك،و من حيث استلزام الاشتراك و التناوب الإضرار بالولد و اختلاف أمره و ألفه،فالقرعه أوفق لمصلحته.و هذا هو الأقوى.و حيث يتعيّن أحد بالقرعه يستمرّ له الاستحقاق إلى أن يموت أو يعرض عن حقّه فينتقل إلى غيره إن اتّحد و إلا افتقر إلى القرعه أيضاً،و هكذا.

قوله:«إذا طلبت الأم.إلخ».

منشأ التردّد من أنهما حقّان متغايران،فلا يلزم من سقوط حقّها من أحدهما سقوطه من الآخر،و حقّ الحضانه ليس مشروطاً بذلك.و من لزوم الحرج بتردّد

١-١) الميسوط ٤٢:٤، الخلف طبعه كوشانيور ٣٣٨:٢، مسأله (٤٧).

٢-٢) الميسوط ٤٢:٤.

٣-٣) في الصفحه السابقه.

الثانية: إذا بلغ الولد (١) رشيدا سقطت ولايه الأبوين عنه، وكان الخيار إليه في الانضمام إلى من شاء.

المرضعه إليها في كل وقت يحتاج الولد إلى الإرضاع، ودلاله قول الصادق عليه السلام في روايه داود بن الحصين: «فإن وجد الأب من يرضعه بأربعه دراهم و قالت الام: لا أرضعه إلا بخمسه دراهم فإن له أن ينزعه منها» (١) الحديث. وهذا هو الذي اختاره المصنف.

و في الأول قوه. و الضرر بذلك لا يبلغ حد إسقاط الحق الثابت. و الخبر ضعيف السند. و يمكن حمله على نزعه من جهة الرضاع لا- مطلقا. و على هذا فتأتى المرضعه إليه إن أمكن و إلا حمل الولد إليها وقت الحاجة، فإن تعذر جميع ذلك سقط حقها من الحضانه حينئذ إن لم تتبرع بالإرضاع إلى أن توجد مرضعه تأتي إليه أو يمكن نقله إليها كما مر، لأن حفظ الولد واجب و لا يتم إلا بذلك، و الضرر يتحقق حينئذ.

قوله: «إذا بلغ الولد. إلخ».

لا- فرق في ذلك بين الذكر و الأنثى. و هو موضع وفاق. و لكن كرهوا للبنت مفارقه أمها إلى أن تتزوج. و نبه بإثبات التخيير بعد البلوغ و الرشد على خلاف بعض العامه (٢) حيث أثبتوه بعد التمييز و يكون عند من اختار منهما. و روى (٣) أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم خير غلاما بين أبيه و أمه حين اختصما إليه فيه.

و بعضهم (٤) خصّ التخيير بالذكور، و لم يثبت ذلك عندنا. و إلى عدم التخيير ذهب

ص: ٤٣٦

١- ١) الكافي ٦: ٤٥ ح ٤، الفقيه ٣: ٢٧٤ ح ١٣٠٢، التهذيب ٨: ١٠٤ ح ٣٥٢، الاستبصار ٣: ٣٢٠ ح ١١٣٨، الوسائل ١٥: ١٩٠ ب (٨١) من أبواب أحكام الأولاد ح ١.

٢- ٢) حليه العلماء ٧: ٤٤٢، الوجيز ٢: ١١٨، روضه الطالبين ٦: ٥٠٩.

٣- ٣) مسند أحمد ٢: ٢٤٦، سنن ابن ماجه ٢: ٧٨٧ ح ٢٣٥١، سنن أبي داود ٢: ٢٨٣ ح ٢٢٧٧.

٤- ٤) حليه العلماء ٧: ٤٤٣.

الثالثة: إذا تزوجت سقطت (١) حضانتها، فإن طلقها رجعيه فالحكم باق. وإن بانت منه، قيل: لم ترجع حضانتها. والوجه الرجوع.

أبو حنيفة (١) و مالك (٢).

قوله: «إذا تزوجت سقطت. إلخ».

القول بالرجوع للشيخ (٣) والأكثر، لأن المانع من حضانتها متروجه اشتغالها بحق الزوج عن الحضانه، فإذا زال المانع رجعت الحق، فبقي المقتضى لاستحقاقها سليما عن المعارض، و لقوله صلى الله عليه وآله وسلم في الخبر السابق (٤): «أنت أحق به ما لم تنكحى» و«ما» هنا ظرفيه زمانيه أى: مدّه لم تنكحى فيها، فإذا زالت الزوجيه بالطلاق البائن فهى فى مدّه لا تنكح فيها، فتكون أحقّ.

و القول بعدم الرجوع لابن إدريس (٥)، محتجّا بأن الحقّ خرج عنها بالنكاح، فعوده يحتاج إلى دليل. و الرسول صلى الله عليه وآله وسلم جعل غايه الاستحقاق للحضانه التى تستحقّها الام تزويجها، وهذه قد تزوجت فخرج الحقّ منها حينئذ.

و على المشهور لو نكحت ثانيا سقط حقّها إلى أن تخرج من الزوجيه فيعود إليها، وهكذا أبدا. و المعتدّه رجعيه بمنزله الزوجه، و لهذا يجب الإنفاق عليها، فلا تستحقّ إلا بانقضاء العده، بخلاف البائن. و مثله ما لو أسلمت الكافره، أو أفاقت المجنونه، أو أعتقت الأمه، أو حسن حال الفاسقه، فتثبت لها الحضانه، لارتفاع المانع. و ظاهرهم اختصاص الخلاف بالمطلقه.

ص: ٤٣٧

١-١) حليه العلماء ٧:٤٤٣، الحاوى الكبير ١١:٤٩٩، المدونه الكبرى ٢:٣٥٦.

٢-٢) حليه العلماء ٧:٤٤٣، الحاوى الكبير ١١:٤٩٩، المدونه الكبرى ٢:٣٥٦.

٣-٣) المبسوط ٦:٤١.

٤-٤) تقدم ذكر مصادره فى ص: ٤٢٤، هامش (١).

٥-٥) السرائر ٢:٦٥١.

النظر الخامس في النفقات لا تجب النفقه (١) إلا بأحد أسباب ثلاثه: الزوجيه، و القرابه، و الملك.

القول في نفقه الزوجه

القول في نفقه الزوجه و الكلام في الشرط، و قدر النفقه، و اللواحق.

و الشرط اثنان

و الشرط اثنان:

الأول: أن يكون العقد دائما

الأول:

أن يكون العقد دائما.

قوله: «لا تجب النفقه. إلخ».

لوجوب النفقه أسباب ثلاثه: ملك النكاح، و ملك اليمين، و قرابه البعضيه.

و الأولان يوجبان النفقه للمملوك على المالك دون العكس، لاشتغال المملوك و كونه محبوسا بسببه فرقه ليتفرغ لمالكه، و جبر ما لحقه من التعب بالقيام بمؤنته. و الثالث يوجب النفقه لكل واحد من القريبين على الآخر، لشمول معنى البعضيه و الشفقه.

و الأصل في السبب الأول-قبل الإجماع- قوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (١) و قوله تعالى لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ (٢). و من السنه ما روى «أن هند امراه أبى سفيان جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: إن أبى سفيان رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى إلا ما آخذ منه سرا و هو لا يعلم، فهل على فى ذلك من شىء؟ فقال صلى الله عليه و آله و سلم: خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (٣). و يستفاد من الخبر وراء و جوب نفقه الزوجه و الولد فوائد:

الأولى: أنه يجوز للمرأة الخروج من بيتها لتستفتى.

الثانيه: أن صوتها ليس بعوره و إلا لتبها صلى الله عليه و آله و سلم على

ص: ٤٣٨

١-١) البقره: ٢٣٣.

٢-٢) الطلاق: ٧.

٣-٣) مسند أحمد ٦: ٥٠، صحيح البخارى ٧: ٨٥، صحيح مسلم ٣: ١٣٣٨ ح ٧، سنن الدارمى ٢: ١٥٩.

الثانى: التمكين الكامل (١)، وهو التخليه بينها وبينه، بحيث لا- تخصّ موضعا و لا- وقتا. فلو بذلك نفسها فى زمان دون زمان، أو مكان دون آخر، ممّا يسوغ فيه الاستمتاع، لم يحصل التمكين.

ذلك، لأن تقريره كقوله و فعله.

الثالثه: أنه يجوز لمن منع حقه أن يشكو و يتظلم، و لذلك لم ينهها عن الشكوى.

الرابعه: أنه يجوز ذكر الغائب بما يسوءه عند الحاجه، فإنها و صفته بالشح.

الخامسه: أنه يجوز لمن له حقّ على غيره و هو ممتنع أن يأخذ من ماله بغير علمه.

السادسه: أنه لا فرق بين أن يكون من جنس حقه أو من غير جنسه، و لذا أطلق لها الأخذ بقدر الكفايه.

السابعه: أنه يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه.

الثامنه: أنه يجوز القضاء على الغائب. و قد يقال فى هذين: أنه أفتى و لم يقض.

التاسعه: أن الأم يجوز أن تكون قيمه الولد، فإنه صلّى الله عليه و آله و سلّم جوّز لها الأخذ و الإنفاق فى حياه الأب لامتناعه، لكن يشترط نصب الحاكم لها.

العاشره: أن المرجع فى نفقه الزوجه و الولد إلى العرف (١)، و لا تقدير له شرعا.

قوله: «التمكين الكامل. إلخ».

المراد تخليه الزوجه بين نفسها و بين الزوج بحيث لا- تخصّ بالتخليه موضعا- كبيتها و بلدها- دون آخر، بل فى كلّ مكان أرادته الزوج ممّا يصلح للاستمتاع

و فى وجوب النفقه (١) بالعقد أو بالتمكين تردّد، أظهره بين الأصحاب وقوف الوجوب على التمكين.

بحسب حالها. وكذلك الزمان. ويمكن أن يريد بالمكان ما يعمّ البدن كالقبل وغيره ممّا يسوغ فيه الاستمتاع. وكلاهما معتبر فى التمكين وإن كان الأول أظهر فى المراد.

وهذا البحث يجرى على القولين الآتيين، لأنّ كلّ ما لا يعدّ تمكيناً كاملاً فهو نشوز، كما لو منعت نفسها فى مكان أو زمان أو وصف يسوغ فيه الاستمتاع، فإن جعلنا التمكين شرطاً فظاهر، وإن جعلنا النشوز مانعاً كان ملحوظاً فى تحقّق معناه، فلذا بدأ به قبل تحقيق محلّ الخلاف.

واعلم أن الظاهر من كلام المصنف وغيره - بل صرح به بعضهم (١) - أن التمكين لا يكفى حصوله بالفعل، بل لا بدّ من لفظ يدلّ عليه من قبل المرأة، بأن تقول: سلّمت نفسى إليك حيث شئت و أىّ زمان شئت ونحو ذلك، فلو استمرت ساكته وإن مكّنته من نفسها بالفعل لم يكف فى وجوب النفقه. ولا يخلو ذلك من إشكال.

قوله: «و فى وجوب النفقه. إلخ».

اعلم أن الشىء قد يثبت فى الذمّه ويتأخّر وجوب تسليمه كالدين المؤجل.

ولا - خلاف فى أن وقت وجوب التسليم فى النفقه صبيحه كلّ يوم، وفى الكسوه أول الصيف و الشتاء، وذلك بعد حصول التمكين. والخلاف فى وقت ثبوتها فى الذمّه. ولا ريب فى أن للنفقه تعلقاً بالعقد و التمكين جميعاً، فإنها لا تجب قبل العقد، ولو نشزت بعد العقد لم تطالب بالنفقة. و اختلف فى أنها بم تجب؟ فقيل: بالعقد كالمهر، لا بالتمكين، لدلاله الأدلّه (٢) السابقه على وجوبها للزوجه من غير تقييد، غايته أن

ص: ٤٤٠

١ - ١) راجع التحرير ٢: ٤٥.

٢ - ٢) لاحظ ص: ٤٣٨.

النشوز لَمَّا ثبت أنه مانع من وجوب الإنفاق كان الشرط عدم ظهور المانع، فما لم يوجد المانع يستمرّ الوجوب المعلق على الزوجية الحاصلة بالعقد، فالعقد مثبت، والنشوز مسقط. ولأنها تجب للمريضه و الرتقاء.

وقيل: لا تجب بالعقد مجرداً، بل بالتمكين، لأنّ المهر يجب به، والعقد لا يوجب عوضين مختلفين. ولأنّ النّفقه مجهوله الجملة، والعقد لا يوجب مالا مجهولاً. ولما روى (١) أن النبي صَلَّى الله عليه وآله تزوّج و دخل بعد سنتين، و لم ينفق إلا بعد دخوله. و لقوله صَلَّى الله عليه وآله و سلّم: «اتّقوا الله فى النّساء، فإنّهنّ عوار عندكم، اتّخذتموهنّ بأمانه الله، و استحلتتم فروجهنّ بكلمه الله، و لهنّ عليكم رزقهنّ و كسوتهنّ بالمعروف» (٢) أو جب لهنّ إذا كنّ عند الرّجال، و هو يدلّ على التمكين.

و لأن الأصل براءة الذمه من وجوب النّفقه، خرج منه حاله التمكين بالإجماع فيبقى الباقي على الأصل.

و فى جميع هذه الأدلّه نظر، لأن عدم إيجاب العقد عوضين مختلفين و عدم إيجابه مالا مجهولاً مجرد دعوى أو استبعاد قد دلّ الدليل على خلافهما، فإن الآيات (٣) الدالّه على وجوب الإنفاق على الزوجه من غير تقييد تدلّ على أن العقد أو جب النّفقه على ذلك الوجه. و أى مانع من إيجاب العقد أمرين مختلفين كما فى شراء الدابّه و المملوك؟ فإن العقد يوجب الثمن كالمهر، و يوجب الإنفاق المجهول من غير شرط إجماعاً.

و عدم إنفاق النبي صَلَّى الله عليه وآله و سلّم قبل الدخول- لو سلّم- لا يدلّ

ص: ٤٤١

١- ١) أنظر الحاوى الكبير ١١: ٤٣٧، و المغنى لابن قدامه ٩: ٢٨٣.

٢- ٢) مسند أحمد ٥: ٧٣، سنن ابن ماجه ٢: ١٠٢٥ ح ٣٠٧٤، السنن الكبرى للبيهقى ٧: ٣٠٤ مع اختلاف فى بعض اللفظ.

٣- ٣) البقره: ٢٣٣، الطلاق: ٧.

و من فروع التمكين (١) أن لا تكون صغيره، يحرم وطء مثلها، سواء كان زوجها صغيرا أو كبيرا، ولو أمكن الاستمتاع منها بما دون الوطاء، لأنه استمتاع نادر لا يرغب إليه في الغالب.

على عدم الوجوب بإحدى الدلالات.

و الخبر يدل على خلاف مطلوبكم، لأن الضمير في قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم «و لهنّ عليكم رزقهنّ» يعود إلى النساء المصدر بذكرهنّ، و هنّ أعمّ من الممكنات. و وصفهنّ بالوصفين لا يدل على التمكين المدعى كونه شرطا أو سببا، لأن استحلال فروجهنّ يحصل مع التمكين التام و عدمه.

و أما أصاله البراءه فإنما تكون حجه مع عدم دليل ناقل عنه، لكنّه موجود هنا بالعمومات الدالّه على وجوب نفقه الأزواج، و الأصل عدم التخصيص.

و على كلّ حال فالأظهر بين الأصحاب هو القول الثاني كما أشار إليه المصنف. و تظهر فائده القولين في مواضع يذكر المصنف بعضها:

و منها: ما لو اختلفا في التمكين، فقالت المرأة: سلّمت نفسي إليك من وقت كذا و أنكروا، فإن قلنا إن النفقه تجب بالتمكين فالقول قول الزوج، و عليها البيئه، لأصاله عدم التمكين. و إن قلنا تجب بالعقد فالقول قولها، لأن الأصل استمرار ما وجب بالعقد، و هو يدعى السقوط فعليه بيئه النشوز المسقط.

و منها: ما لو لم يطالبها الزوج بالزفاف و لم تمتنع هي منه و لا- عرضت نفسها عليه و مضت على ذلك مدّه، فتجب النفقه على الأول دون الثاني. و سيأتي (١) الكلام فيه.

قوله: «و من فروع التمكين. إلخ».

الزوجان بالنسبه إلى وجوب الإنفاق و عدمه إما أن يكونا صغيرين لا

ص: ٤٤٢

أما لو كانت كبيرة،(١)و زوجها صغيرا،قال الشيخ (١):لا نفقه لها.

و فيه إشكال،منشؤه تحقّق التمكين من طرفها.و الأشبه وجوب الإنفاق.

يصلحان للاستمتاع،أو كبيرين،أو الزوج صغيرا و الزوجه كبيرة،أو بالعكس.

وقد أشار إلى حكم الأربعة.

و الحاصل منها:أن تمكين الزوجه للزوج من الاستمتاع لمّا كان معتبرا في وجوب النفقه-و المراد به ما كان مقصودا بالذات و هو الوطاء،إذ غيره من مقدّماته إنما يقصد بالتبع-لم يتحقّق التمكين من الصغيره التي هي دون التسع،سواء مكّنت منه أم لا،لتحريم وطئها شرعا،و عدم قبولها لذلك عادة،و بهذا يفرّق بينها و بين الحائض حيث شاركتها في تحريم الوطاء.و أيضا فالاستمتاع بالحائض ممكن حتى بالوطء على بعض الوجوه،بخلاف الصغيره،لعدم صلاحيتها لذلك مطلقا،فلا يجب على الزوج الإنفاق عليها و لا على وليه و لو كان صغيرا،لفقد الشرط.

و المعتبر في الصغير هاهنا من لا يصلح للجماع و لا يتأتى منه و لا يلتدّ به، و الكبير من يتأتى منه ذلك،لا ما يتعلّق بالتكليف و عدمه،فالمراهق كبير هنا.

و محلّ الكلام فيما إذا عرضت الصغيره عليه بنفسها أو وليها،أما بدونها فلا مجال للبحث كالكبيره،إلا إذا جعلنا الموجب العقد وحده.

قوله:«أما لو كانت كبيرة.إلخ».

لمّا كان المعتبر في وجوب الإنفاق العقد مع التمكين أو هو مع عدم النشوز فاللازم منه وجوبه للكبيره إذا مكّنت أو لم تنشز و إن كان الزوج صغيرا،لأن الأصل عدم اشتراط أمر آخر في الوجوب و هو قبول الزوج للاستمتاع،كما يجب الإنفاق عليها لو غاب أو هرب بعد أن سلّمت نفسها.

و وجه ما ذهب إليه الشيخ عدم إمكان الاستمتاع بها بسبب هو معذور فيه،

ص:٤٤٣

و لو كانت مريضه (١) أو رتقاء أو قرناء لم تسقط النفقه، لإمكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلا، و ظهور العذر فيه.

فلا- يلزم غرما. و لأنه بعدم أهليته لا- أثر للتمكين فى حقه، فإن التمكين شرطه الإمكان و إلا لم يتحقق. و لأن الامتناع من جهه الفاعل أقوى من جهه القابل، فإذا أسقط الثانى أسقط الأول.

و فيه نظر، لمنع تأثير العذر من جهته مع اجتماع شرائط الوجوب من قبلها، لما بيناه سابقا. و لأن المعتمد فى التمكين رفع المانع من جهتها، و الأصل عدم اشتراط أمر آخر، و به يفرق بين عجز الفاعل و القابل، لأن الشارع رتب إيجاب النفقه على أسباب فإذا حصلت و جب أن يثبت الوجوب، و المعلوم منه العقد مع بذل المرأه نفسها أو مع عدم المنع. فالقول بالوجوب أقوى.

قوله: «و لو كانت مريضه. إلخ».

لما حكم بعدم وجوب الإنفاق على الصغيره و إن مكنت من حيث تعذر الوطء ذكر ما يمكن أن يشار كها فى الحكم و هو المريضه و الرتقاء و القرناء. و ثبته على الفرق بينها و بين الصغيره. بأن الاستمتاع بالرتقاء و القرناء ممكن فيما دون الفرج، و ظهور العذر فيه من حيث كونهما مانعا دائما فلا يناسب إدامه الحبس عليها مع عدم النفقه، بخلاف الصغيره، فإن لها أمدا يرتقب. و أما المريضه فإن الوطء و إن تعذر بها مطلقا إلا أن ذلك عارض متوقع الزوال كالحيض فلا يؤثر.

و يمكن أن يكون قوله: «و ظهور العذر» تعليلا- لحكم المريضه على وجه الترتيب المشوش، لأن إمكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلا مخصوص بالرتقاء و القرناء، و بقى حكم المريضه معللا بظهور العذر. و المراد منه أنه عذر طار و متوقع الزوال كما ذكرناه. و يمكن جعل المجموع عله للمجموع، لأن المريضه لا يفوت منها الأنس و جميع الاستمتاع المقصوده عادة، بخلاف الصغيره. و القول فى الأخيرتين كما تقدم

و لو اتفق الزوج (١) عظيم الآله. و هي ضعيفه، منع من وطئها، و لم تسقط النفقه، و كانت كالرتقاء.

و لو سافرت الزوجه (٢) بإذن الزوج لم تسقط نفقتها، سواء كان فى واجب أو مندوب أو مباح. و كذا لو سافرت فى واجب بغير إذنه، كالحجّ الواجب. أما لو سافرت بغير إذنه فى مندوب أو مباح سقطت نفقتها.

قوله: «و لو اتفق الزوج. إلخ».

منعه من وطئها على وجه الوجوب لما يشتمل عليه الوطء من الضرر و خوف الجنايه بالإفشاء و غيره، و لقوله تعالى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (١) و من المعروف أن يكون الجماع على صفة يلتذّان به لا ما يحصل به الضرر. و إنما يتم تشبيهها على هذه الحاله بالرتقاء لو اكتفينا فى تعليل وجوب نفقتها بظهور عذرها و قدومه على ذلك، أو اكتفينا بالاستمتاع بغير الوطء مطلقاً، و إلا فالفرق بينها و بين الرتقاء قائم بإمكان وطء الرتقاء دبراً دون هذه، لأن ضعفها فى القبل يقتضى ضعفها مطلقاً، نظراً إلى الوصف المذكور. و مثله ما لو اتفق كونها ضئيله و هو عبل و إن لم يكن عظيم الآله زياده على غيره. و طريق معرفه ذلك باعترافه أو بالمشاهده لهما حال الجماع لو ادّعتة و أنكر. و جاز النظر لمكان الحاجه كنظر الطيب، فينظر إليه من النساء من يثبت بقوله ذلك. و يحتمل الاكتفاء بواحد جعلاً له من باب الإخبار.

قوله: «و لو سافرت الزوجه. إلخ».

ليس السفر من حيث هو سفر من مسقطات النفقه، و إنما يسقطها مع تضمّنه للنشوز المتحقّق بالخروج عن طاعته و منعه من الاستمتاع حيث يجب، و يلزم من ذلك أن سفرها لو كان بإذنه لم يمنع من وجوب النفقه مطلقاً، لأنه بالإذن أسقط حقّه من الاستمتاع مدّه السفر و رضى بفواته، فلا يكون ذلك مسقطاً. و لا فرق

ص: ٤٤٥

و لو صلّت أو صامت(١) أو اعتكفت بإذنه أو في واجب و إن لم يأذن لم تسقط نفقتها. و كذا لو بادرت إلى شيء من ذلك ندبا، لأن له فسخه. و لو استمرت مخالفه تحقّق النشوز و سقطت النفقه.

حينئذ بين كون سفرها في مصلحته أو مصلحتها، و لا بين كونه في واجب و غيره.

و لا- إشكال في ذلك كلّه إلا في سفرها بإذنه في مصلحتها، ففيه وجه بالسقوط، لخروجها به عن قبضته و إقبالها على شأنها. و يضعف بأن ذلك غير قاذح مع وقوعه بإذنه، كما لو أذن لها في الخروج إلى بيت أهلها على وجه لا يتمكّن معه من الاستمتاع.

و ربما بنى الحكم على أن النفقه تجب بالعقد بشرط عدم النشوز أو بالتمكين، فعلى الأول تجب لأنها ليست ناشزه بذلك قطعا، و على الثاني يسقط لعدم التمكين.

و ضعفه يظهر ممّا قرّناه.

و إن كان السفر بغير إذنه، فإن كان في غير واجب فلا- شبهه في السقوط، لتحقّق النشوز بذلك، سواء كان في مصلحتها أم مصلحته. و إن كان في واجب، فإن كان مضيقا كحجّ الإسلام لم تسقط، لأنها معذوره في ذلك، و المانع شرعيّ. و إن كان موسعا كالنذر المطلق- حيث انعقد بإذنه، أو قبل الترويج و لم يتضيق بظنّ العجز عنه لو أخرته- ففي توقّفه على إذنه قولان ناشيان من أن حقّه مضيق حيث يطلبه فيقدّم على الموسع عند التعارض، و من أن الواجب مستثنى بالأصل، و تعيينه منوط باختيارها شرعا و إلا لم يكن موسعا. و يظهر من إطلاق المصنف الواجب عدم توقّفه على إذنه. و هو الوجه. و على القولين يترتب حكم النفقه، فإن لم نوقفه على إذنه لم تسقط و إلا سقطت.

قوله: «و لو صلّت أو صامت. إلخ».

لا فرق في الصلاة الواجبه بين كون وقتها موسعا و مضيقا في جواز فعلها

بدون إذنه و عدم تأثيره فى سقوط النفقه. أما الصوم فإن كان مضيّقا- كرمضان، و النذر المعين، و قضاء رمضان إذا لم يبق لرمضان الثانى إلا قدر فعله- فكالصلاه، لتعين ذلك عليها شرعا فكان عذرا. و إن كان موسّعا- كقضاء رمضان مع سعه ووقته، و النذر المطلق، و الكفّاره حيث قلنا بأنها موسّعه- ففى توقّف المبادره به على إذنه قولان تقدّم وجههما فى المسأله السابقه. و إطلاق المصنف الواجب يقتضى عدم توقّفه على إذنه كالسابق. و هو قوى.

و اعتبر الشيخ (١) و العلامه فى القواعد (٢) توقّف المبادره على إذنه، و اتفقوا على جواز مبادرتها إلى الصلاه الواجبه مع سعه ووقتها بغير إذنه. و الفرق بينها و بين ما ذكر من الواجب الموسّع: أن الوقت لها بالأصالة، بخلاف ما ثبت بالنذر. و بأن الأمر بها فى قوله تعالى أقيم الصلاه إمدلوك الشمس إلى غسق الليل (٣) عام فصارت كالصوم المعين. و أن الصلاه قيل بوجوبها فى أول الوقت، و لا- يجوز التأخير إلا- لعذر أو بدل و هو العزم، و على القول الآخر فأول الوقت أفضل، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «أول الوقت رضوان الله، و آخره عفو الله» (٤) و هو عام، بخلاف الصوم غير الموقت. و أن زمان الصلاه يسير لا يستوعب اليوم، بخلاف الصوم.

و فى كلّ واحد من هذه الفروق نظر لا يخفى. و على ما اخترناه يسقط البحث عن طلب الفرق.

و أما الصوم المندوب و نحوه فلا يسقط بمجرّده النفقه، لأنه غير مانع من

ص: ٤٤٧

١- (١) المبسوط ١٤: ٦-١٥.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٥٥، ٥٤: ٢.

٣- (٣) الإسراء: ٧٨.

٤- (٤) سنن الترمذى ٣٢١: ١ ح ١٧٢، سنن الدارقطنى ٢٤٩: ١ ح ٢١، سنن البيهقى ٤٣٦: ١.

التمكين. نعم، لو طلب الاستمتاع فمنعته سقطت لذلك لا لأجل العبادة.

وقال الشيخ في المبسوط (١): تسقط النفقة و تكون ناشزا حيث يطالبها بالفطر فتمتنع.

و يضعف بأن مخالفتها في ترك الأكل و الشرب لا تعدّ نشوزا، إذ لا يجب عليها طاعته فيهما. و الوطاء ممكن بدونهما.

و لو علل - بأن الصوم عبارته عن توطين النفس على الامتناع عن المفطرات، و من جملتها الوطاء، و نيته هي العزم على منع الزوج عن الوطاء، و هو عين النشوز - لم يطابق مدعى الشيخ، لأنه علّق نشوزها على المطالبة بالفطر فتمتنع، و هذا التعليل يقتضى تحقق النشوز بمجرد نيته الصوم أو بدخول أول النهار و إن لم يطالب. و مع ذلك فدعوى أن نيته النشوز تكون نشوزا فاسده، لأن النشوز هو الخروج عن طاعه الزوج - كما تقدّم - بمنعه من الاستمتاع أو الخروج بغير إذنه أو نحو ذلك لا نيته، حتى لو نوت أن تخرج عن طاعته و لم تفعل لم يكن نشوزا.

فهذا التعليل ضعيف، كما ضعف تعليل عدم منع الصوم باستلزامه الدور على تقديره، من حيث إن كونه مانعا يستلزم صحته المستلزمه لكونه عذرا، فلا تسقط به النفقة، فلا يكون مانعا، فيلزم من إسقاطه لها عدم إسقاطه. فإن مدعى إسقاطه للنفقة لا يتوقف على ثبوت كونه مانعا، لأن النشوز يتحقق بحصول الامتناع من جهة المرأه و إن قدر الزوج على قهرها عليه. و هكذا يقول الشيخ هنا إن الصوم ندبا نشوز من جانب المرأه من حيث امتناعها منه و إعراضها عنه بما ليس بواجب و إن قدر الزوج معه على الاستمتاع، و حكم بفساده.

ص: ٤٤٨

و تثبت النفقه (١) للمطلّقه الرجعيّه كما تثبت للزوجه: و تسقط نفقه البائن و سكتها، سواء كانت عن طلاق أو فسخ. نعم، لو كانت مطلقه حاملا- لزم الإنفاق عليها حتى تضع. و كذا السكنى. و هل النفقه للحمل أو لأمه؟ قال الشيخ رحمه الله: هي للحمل. و تظهر الفائده فى مسائل: منها فى الحرّ إذا تزوّج أمه، و شرط مولاهما رقّ الولد. و فى العبد إذا تزوّج أمه أو حرّه، و شرط مولاه الانفراد برقّ الولد.

قوله: «و تثبت النفقه. إلخ».

المعتدّه إما رجعيّه أو بائنه. فالرجعيّه حكمها فى النفقه حكم الزوجه، لبقاء حبس الزوج و سلطنته. و استثنى بعضهم من مؤنتها آله التنظيف، لأن الزوج ممتنع عنها. و هو حسن. و استثنى آخرون منها الموطوءه بالشبهه فى أثناء العده فحملت و تأخرت عده الزوج، فإنها لا نفقه لها على الزوج زمن الحمل. و ليس بجديد، لأنها فى زمن الحمل ليست فى عده رجعيّه بل بائنه، لأن العده لوطء الشبهه لا للزوج.

و لا- فرق بين أن تكون أمه و حرّه، حائلا و حاملا. و لا تسقط نفقتها إلا بما تسقط به نفقه الزوجات، لأن حكم الزوجيّه باق عليها فى ذلك، و يستمرّ إلى انقضاء العده بوضع الحمل أو غيره.

و لو ظهر بها أمارات الحمل بعد الطلاق فعلى الزوج الإنفاق عليها إلى أن تضع أو تبين الحال. فإن أنفق ثمّ بان أنه لم يكن حمل فله استرداد المدفوع إليها بعد انقضاء العده. و تسأل عن قدر الأقران إن اتفق، فإن عيّنت قدرا صدقت باليمين إن كذبها الزوج و بلا يمين إن صدّقها. و إن قالت: لا أعلم متى انقضت عدّتى، سئلت عن عاده حيضها و طهرها، فإن ذكرت عاده مضبوطة بنينا الأمر على قولها. و إن ذكرت أنها مختلفه أخذنا بأقلّ عاداتها و رجع الزوج فيما زاد، فإنه المتيقّن و هي لا تدعى زياده عليه. و إن قالت: نسيت عادتي، ففى البناء على أقلّ ما يمكن انقضاء

العده به لأصالة البراءة من الزائد، أو على ثلاثة أشهر بناء على الغالب، وجهان منشؤهما تعارض الأصلين، إذ الأصل بقاء العده أيضا إلى أن يثبت الانقضاء.

و يعتضد الثاني بالظاهر، و المتيقن هو الأول.

و إن بانث حاملا- و أتت به لمده يمكن أن يكون منه فالولد له و النفقه عليه إلى حين الوضع. و إن أتت به لأ- كثر من أقصى الحمل من حين الطلاق و لأقل منه من حين انقضاء العده لحق به في هذه المده، لأن الطلاق رجعي، و هي في مده العده بمنزله الزوجه. و إن أتت به لأ- كثر من ذلك انتفى عنه بغير لعان، و لا- تنقضى عدتها به عنه، فتكون عدتها بالأقراء. فإن نسبته إلى غير الزوج و ادعت أنه وطئها بعد الأقراء استعيد الفاضل. و إن قالت: بعد قرائن، فلها نفقتهما، و لا شيء لها عن مده الحمل، و عليها تتمه الاعتداد بالقراء الثالث بعد الوضع، و لها نفقته. و إن قالت:

عقيب الطلاق، فعدتها بعد الوضع ثلاثة أقراء، و لا نفقه لها عن مده الحمل. و إن نسبته إليه و أنكر فالقول قوله، و تسقط عنه نفقه ما زاد على ثلاثة أقراء.

و أما البائن فلا نفقه لها و لا سكنى عندنا، إلا أن تكون حاملا على قول الشيخ (١)، أو مطلقه حاملا على الأشهر، لقوله تعالى وَ إِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢) الشامل بعمومه للبائنت بالطلاق و الرجعيات، و خرجت السكنى مع عدم الحمل - و إن دل عليها صدر الآيه - بالسنة (٣)، و روى أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ قال لفاطمه بنت قيس و كانت مبتوته: «لا نفقه لك إلا أن تكوني حاملا» (٤).

ص: ٤٥٠

١- (١) النهايه: ٥٣٥، المبسوط ٢٤: ٦.

٢- (٢) الطلاق: ٦.

٣- (٣) لاحظ الوسائل ٢٣٢: ١٥ ب «٨» من أبواب النفقات ح ٧، ٦، ٣.

٤- (٤) مسند أحمد ٤١٤: ٦-٤١٥، سنن أبي داود ٢٨٧: ٢ ح ٢٢٩٠، سنن البيهقي ٤٧٣: ٧.

و هل النفقه للحمل أو للحامل لأجله؟ قال الشيخ في المبسوط (١) بالأول، و تبعه عليه جماعه (٢) منهم العلامة في المختلف (٣)، لدوران النفقه معه وجودا و عدما، فإنها لو كانت حائلا- لا نفقه لها و إذا كانت حاملا وجبت النفقه، فلما وجبت بوجوده و سقطت بعدمه دلّ على أنها له كدورانها مع الزوجيه وجودا و عدما.

و لوجوبها له منفصلا فكذا متصلا. و لنصّ الأصحاب على أنه ينفق عليها من مال الحمل.

و ذهب آخرون منهم ابن زهره (٤) إلى الثانى، لأنه لو كانت النفقه للحمل لوجبت نفقته دون نفقتها، و لما كانت نفقتها مقدّره بحال الزوج، لأن نفقه الأقارب غير مقدّره بخلاف نفقه الزوجه. و لأنها لو كانت للحمل لوجبت على الجدّ كما لو كان منفصلا، و هى لا تجب عليه هنا. و لأنها لو كانت للولد لسقطت بيسار الولد، كما إذا ورث أو أوصى له بشىء فقبله أبوه. و الشيخ (٥) التزم بعض هذه الإلزامات فحكم بسقوطها بيسار الولد و ثبوتها على الجدّ.

إذا تقرّر ذلك فتظهر فائده الخلاف فى مواضع:

منها: إذا تزوّج حرّ بأمه، و شرط مولاها رقّ الولد و جوّزناه، فأبأنها و هى حامل، فعلى القول بأنها للحمل لا تجب على والده، بل على سيّده، و هو سيّد الأمه.

و على القول الآخر فهى على الزوج.

و منها: إذا تزوّج عبد بأمه فأبأنها حاملا، فمن قال النفقه للحمل كانت على

ص: ٤٥١

١- ١) المبسوط ٢٨: ٦.

٢- ٢) راجع المذهب ٣٤٨: ٢.

٣- ٣) مختلف الشيعة ٦١٣.

٤- ٤) الغنيه (ضمن سلسله الينايع الفقهيّه) ٢٥٧: ٢٠.

٥- ٥) المبسوط ٢٩: ٦.

سيّد الولد منفردا أو مشتركا دون والده، لأن العبد لا تجب عليه نفقه أقرابه. و من قال إنها لها قال النفقه عليه في كسبه أو على سيّده.

و منها: إذا تزوّج عبد بحرّه، فإن شرط مولاه رقيه الولد و جعلنا النفقه للحمل فهي على المولى، و إن جعلناها للحامل فهي عليه أو في كسب العبد على الخلاف. و إن لم يشترط رقيته فلا نفقه على المولى، لأنه ولد حرّ و أبوه مملوك، و على الثاني فهي على المولى أو في كسبه. و على هذه اقتصر المصنف تبعا للشيخ (١).

و منها: لو لم ينفق عليها حتى مضت مدّه أو مجموع العدّه، فمن قال بوجوبها للحمل لا يجب قضاؤها، لأن نفقه الأقارب لا تقضى. و من قال إنها لها وجب القضاء، لأن نفقه الزوجه تقضى.

و أورد على هذا بأن القضاء إنما هو للزوجه لكونها معاوضه، و الزوجيّه هنا منفيّه قطعاً.

و أجب بأن الوجوب لها على حدّ الوجوب للزوجه. و فيه منع.

و يمكن الجواب بأن النفقه حقّ ماليّ، و الأصل فيه وجوب القضاء، خرج القريب من ذلك بدليل خارج، لأنها معونه لسدّ الخله فيبقى الباقي على الأصل.

و منها: لو كانت ناشزا حال الطلاق أو نشزت بعده، فعلى القول بأن النفقه لها تسقط، لما أسلفناه من أن المطلّقه حيث تجب نفقتها كالزوجه تسقط نفقتها حيث تسقط و تجب حيث تجب. و على القول بأنها للحمل لا تسقط.

و منها: لو ارتدّت بعد الطلاق، فتسقط نفقتها على الثاني دون الأول.

و منها: ضمان النفقه الماضيه، فيصحّ على الثاني دون الأول.

و منها: ما إذا مات الزوج و هي حامل، فعلى الأول تسقط، لأن نفقه القريب

و فى الحامل المتوفى (١) عنها زوجها روايتان، أشهرهما أنه لا نفقه لها، و الأخرى ينفق عليها من نصيب ولدها.

تسقط بالموت. و على الثانى قولان يأتیان (١).

و منها: لو أبرأته عن النفقه الحاضره- كما بعد طلوع الفجر من نفقه اليوم- سقطت على الثانى دون الأول، لما سيأتى (٢) من ثبوتها للزوجه بذلك دون القريب.

و منها: لو سلم إليها نفقه ليومه فخرج الولد ميتا فى أوله لم تستردّ إن قلنا لها و إلا استردّت. و يحتمل استردادها على التقديرين.

و منها: وجوب الفطره إن قلنا إنها للحامل دون الحمل. و يحتمل الوجوب مطلقا، لأنها منفق عليها حقيقه على القولين فكيف لا تجب فطرتها؟! و منها: لو أتلّفها متلف بعد قبضها وجب بدلها إن قلنا للحمل و لم تفرط. و لو قلنا لها لم يجب. إلى غير ذلك من الفوائد المترتبة على القولين.

قوله: «و فى الحامل المتوفى. إلخ».

المراد بالروايه هنا الجنس، لأنه ورد بعدم الإنفاق عليها أربع روايات معتبرات الأسناد، فمنها حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: «أنه قال فى الحلبي المتوفى عنها زوجها: إنه لا نفقه لها» (٣). و روايه أبى الصباح الكنانى- و هى قريبه إلى الصحه- عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى المرأه الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقه؟ قال: لا» (٤). و روايه زراره (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام

ص: ٤٥٣

١- ١) فى كلام المصنف هنا.

٢- ٢) فى ص: ٤٦٢.

٣- ٣) الكافى ١١٤: ٦، التهذيب ١٥١: ٨، الاستبصار ٣٤٥: ٣، الوسائل ١٢٢٩، الوسائل ١٥: ٢٣٤، ب (٩) من أبواب النفقات، ح ١.

٤- ٤) الكافى ١١٥: ٦، التهذيب ١٥٠: ٨، الاستبصار ٣٤٤: ٣، الوسائل ١٢٢٨، الوسائل: الباب المتقدم ح ٢.

٥- ٥) الكافى ١١٥: ٦، التهذيب ١٥١: ٨، الاستبصار ٣٤٥: ٣، الوسائل ١٢٣٠، الوسائل: الباب المتقدم ح ٣.

و تثبت النفقه (١) للزوجه، مسلمه كانت أو ذمّيه أو أمه.

مثلها.

و الروايه بالإنفاق عليها رواها أبو الصبّاح الكنانى أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «المراه المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها» (١). و عمل بها الشيخ (٢) و الأكثر (٣). و الأول مختار ابن إدريس (٤) و المصنف و العلامه (٥) و سائر (٦) المتأخرين. و هو الأقوى.

قوله: «و تثبت النفقه. إلخ».

لا- إشكال فى وجوب النفقه للزوجه، مسلمه كانت أم كافره، حرّه أم أمه، لاشتراك الجميع فى المقتضى، لكن لما كان التمكين التامّ شرطا فى وجوبها اشترط فى الأعمه أن يسلمها مولاها ليلا و نهارا، و إلا لم تجب نفقتها، كما لو سلّمت الحرّه نفسها ليلا لا نهارا. و لا يجب على المولى تسليمها كذلك، بل إن أراد التخلّص من النفقه فليسلمها تسليما تاما، و إلا فالواجب عليه تسليمها ليلا خاصه، لأنه يملك منها الانتفاع و الاستمتاع، فإذا سقط (٧) حقّه من أحدهما بقى الآخر، و صرف كلّ منهما إلى وقته المعتاد، فوقت الانتفاع النهار، و وقت الاستمتاع الليل، كما أنه لو انعكس فأجرها للخدمه و جب عليه تسليمها لها نهارا، و جاز حبسها عنده ليلا، لبقاء حقّ

ص: ٤٥٤

١- (١) الكافى ١١٥:٦ ح ١٠، التهذيب ١٥٢:٨ ح ٥٢٦، الاستبصار ٣:٣٤٥ ح ١٢٣٣، الوسائل ١٥:٢٣٦ ب (١٠) من أبواب النفقات، ح ١.

٢- (٢) النهايه: ٥٣٧.

٣- (٣) راجع الكافى فى الفقه: ٣١٣، المهذب ٣١٩:٢.

٤- (٤) السرائر ٧٣٨:٢.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٥٥:٢.

٦- (٦) راجع إيضاح الفوائد ٣:٣٦٩، التنقيح الرائع ٣:٢٨٠، المقتصر: ٢٤٨.

٧- (٧) فى «و»: أسقط.

و أما قدر النفقه (١) فضابطه: القيام بما تحتاج المرأة إليه من طعام و إدام و كسوه و إسكان و إخدام و آله الأدهان، تبعاً لعاده أمثالها من أهل البلد.

الاستمتاع له.

ثمَّ الحكم في النفقه التي لم تتوقف على التمليك - كالإسكان و الكسوه على القول بأنها إمتاع - واضح، لأن الأمه أهل للانتفاع المجرد عن الملك. و إن توقفت على الملك - كالمؤنه التي تملكها المرأة في صبيحه كل يوم - فيشكل الحكم بها للأمه إلا أن نقول: يملكها المولى و تتلقى الانتفاع بها عنه، و يتوقف تصرفها فيها على إذنه، إذ له إبدالها و إطعامها من غيرها. و يمكن أن يجعل تزويجها بنفسه مفيداً للإذن لها في تناول المؤنه و إن لم تكن مالكة، عملاً بشاهد الحال و العرف. و هذا حسن. و على القولين فلأمه أن تطالب بها الزوج كما لها أن تطالب السيد. و إذا أخذت فللسيد الإبدال، لحق (١) الملك.

و الحاصل: أن له في النفقه حق الملك، و لها حق التوثق به. و يتفرع عليه أنه ليس للمولى الإبراء من نفقتها، و لا بيع المأخوذ إلا أن يسلمها بدله.

و لو اختلفت الأمه و زوجها في تسليم نفقه اليوم فالقول قولها مع يمينها، و لا أثر لتصديق السيد الزوج، مراعاة لحقها فيها. و لو اختلفا في النفقه الماضيه أتجه ثبوت المدعى بتصديق السيد و كون الخصومه فيها إليه، لأنها صارت كالصداق، و حقها إنما يتعلق بالحاضر.

قوله: «و أما قدر النفقه. إلخ».

لمّا كانت الأوامر (٢) بالنفقه مطلقه رجع فيها إلى العرف، لأنه المحكم في أمثال ذلك حيث لا يقدره الشارع. و في النصوص إيماء إلى المتعارف أيضاً، قال تعالى:

ص: ٤٥٥

١ - ١) في «س»: بحق.

٢ - ٢) البقره: ٢٣٣، الطلاق: ٧. و لاحظ أيضا الوسائل ١٥: ٢٢٣ ب «١» من أبواب النفقات.

و فى تقدير الإطعام (١)خلاف، فمنهم من قدره بمدّ للرفيعه و الوضيعه من الموسر و المعسر، و منهم من لم يقدر و اقتصر على سدّ الخله. و هو أشبه.

وَ عَلَى الْمُؤَلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (١) و قال النبىّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ لِلْمَرْأَةِ: «خَذِي مَا يَكْفِيكَ وَ وَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ» (٢) فيرجع فيما تحتاج إليه - من الطعام و جنسه من البرّ و الشعير و التمر و الزبيب و الذره و غيرها، و الإدام الذى تأتدم به من السمن و الزيت و الشيرج و اللحم و اللبن و غيره، و الكسوه من القميص و السراويل و المقنعه و الجبّه و غيرها، و جنسها من الحرير و القطن و الكتّان، و الإسكان فى دار و بيت لا يقين بحالها، و الإخدام إذا كانت من ذوى الحشمه و المناصب المقتضيه له، و آله الأدهان التى تدهن بها شعرها و ترجله من زيت أو شيرج مطلق أو مطيب بالورد أو البنفسج أو غيرهما ممّا يعتاد لأمثالها، و المشط و ما يغسل به الرأس من السدر و الطين و الصابون على حسب عاده البلد، و نحو ذلك ممّا تحتاج إليه - إلى عاده أمثالها من أهل بلدها. و إن اختلفت العاده رجع إلى الأغلب، و مع التساوى فما يليق منه بحاله.

قوله: «و فى تقدير الإطعام. إلخ».

المقدر له بمدّ مطلقا الشيخ فى الخلاف (٣). و فصل فى المبسوط (٤) فجعل على الموسر مدين كلّ يوم، و على المتوسط مدّا و نصفًا، و على المعسر مدّا.

و الأصل فى هذا التقدير أن المدّ قدره الشارع فى الكفّارات قوتا للمسكين فاعتبرت النفقه به، لأن كلّ واحد منهما مال يجب بالشرع لأجل القوت، و يستقرّ فى

ص: ٤٥٦

١ - ١) البقره: ٢٣٣.

٢ - ٢) تقدم ذكر مصادره فى ص: ٤٣٨، هامش (٣).

٣ - ٣) الخلاف ٢: ٣٢٦ (مسأله: ٣).

٤ - ٤) المبسوط ٦: ٦.

و يرجع فى الإخدام(١) إلى عاداتها، فإن كانت من ذوى الأخدام و جب، و إلا خدمت نفسها. و إذا و جبت الخدمه فالزوج بالخيار بين الإنفاق على خادمها إن كان لها خادم، و بين ابتياع خادم، أو استيجارها، أو الخدمه لها بنفسه. و ليس لها التخيير. و لا يلزمه أكثر من خادم واحد، و لو كانت من ذوى الحشم، لأن الاكتفاء يحصل بها. و من لا عاده لها بالإخدام يخدمها مع المرض، نظرا إلى العرف.

الذمه. و ربما أوجب الشارع فى بعض الكفارات لكل مسكين مدين، فجمع فى القول الثانى بين الأمرين بجعل المدين على الموسر، و المد على المعسر، و جعل المتوسط بينهما فألزم بمد و نصف.

و الأقوى ما اختاره المصنف من عدم التقدير و الرجوع إلى قدر الكفايه و سدّ الخله و هى الحاجه، و هو اختيار ابن إدريس (١) و سائر المتأخرين (٢)، لأن التّقدير رجوع إلى تخمين، و ضرب من القياس لا يطابق أصول مذهبنا.

قوله: «و يرجع فى الإخدام. إلخ».

النساء صنفان:

أحدهما: اللواتى لا يخدمن أنفسهنّ فى عادته البلد، بل يكون لهنّ من يخدمهنّ و إن قدرن على الخدمه. فإن كانت الزوجه منهنّ و جب على الزوج إخدامها، لأنه من المعاشره بالمعروف المأمور (٣) بها. و لا فرق فى وجوب الإخدام لهذه بين أن يكون الزوج موسرا و معسرا، حرا و عبدا. و الاعتبار بحال المرأه فى بيت أبيها دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها، و يليق بحالها بسبب الانتقال أن يكون لها

ص: ٤٥٧

١-١ (١) السرائر ٢: ٦٥٥.

٢-٢ (٢) راجع القواعد ٢: ٥٢ التنقيح الرائع ٣: ٢٨٦، تلخيص الخلاف ١١٦، ١١٥: ٣ (مسأله: ٣).

٣-٣ (٣) النساء: ١٩.

خادم. و لا يجب أكثر من خادم واحد، لحصول الكفايه به. و يحتمل اعتبار عاداتها فى بيت أبيها، فإن كانت ممن تخدم بخادمين و أكثر وجب إعدامها بذلك العدد، لأنه من المعاشره بالمعروف. و لا يلزمه تمليك الخادم إياها، بل الواجب إعدامها بحرّه، أو أمه مستأجره، أو بنصب مملوكه له تخدمها، أو بالإنفاق على التى حملتها معها من حرّه أو أمه. و لا يجوز أن يكون الخادم إلا امرأه أو صبياً أو محرماً لها. و فى مملوكها الخصي أو مطلقاً و جهان مبيتان على جواز نظره إليها. و قد تقدّم (١).

و الصنف الثانى: اللواتى يخدمن أنفسهنّ فى العاده، فلا يجب إعدامها إلا أن تحتاج إلى الخدمه لمرض أو زمانه، فعلى الزوج إقامه من يخدمها و يمرضها، و لا ينحصر هنا فى واحد بل بحسب الحاجه. و لا فرق هاهنا بين أن تكون الزوجه حرّه و أمه: و إن لم يكن لها عذر محوج إلى الخدمه فليس عليه الإعدام. و لو أرادت أن تتخذ خادماً بمالها فله منعه من دخول داره.

ثمّ هنا مسائل:

الأولى: إذا أخدمها بحرّه أو أمه مستأجره فليس عليه سوى الأجره. و إن أخدمها بجاريته فنفتها تجب بحقّ الملك. و إن كان يخدمها بكفايه مئونه خادماً فهذا موضع نفقه الخادمه. و القول فى جنس طعامها و قدره كهو فى جنس طعام المخدمه.

و الأصح اعتبار قدر كفايتها كما مرّ (٢). و كذا يجب لها الإدام المعتاد لأمثالها لا لجنس (٣) طعام المخدمه.

الثانيه: لو قال الزوج: أنا أخدمها و أراد إسقاط مئونه الخدمه فله ذلك، لأن الخدمه حقّ عليه فله أن يوفيه بنفسه و غيره. و على هذا فالواجب إعدامها بإحدى

ص: ٤٥٨

١- ١) فى ج ٥١: ٧.

٢- ٢) فى ص: ٤٥٦-٤٥٧.

٣- ٣) فى «س» و «و»: بجنس.

الطرق التي سبقت، أو أن يخدمها بنفسه. هذا فيما لا تستحيى منه كغسل الثوب، و استقاء الماء، و كنس البيت، و طبخ الطعام. أما ما تستحيى منه - كالذى يرجع إلى خدمه نفسها من صب الماء على يدها، و حمله إلى الخلاء، و غسل خرق الحيض، و نحو ذلك - فلها الامتناع من خدمته، لأنها تحتشمه و تستحيى منه فيضراً بحالها، و ليس ذلك من المعاشرة بالمعروف. و أطلق المصنف و جماعه (1) تخييره فى الخدمة بنفسه مطلقاً، لأن الحق عليه فالتخيير فى جهاته إليه.

الثالث: لو تنازعا فى الخادمه التى يستأجرها الزوج لخدمتها أو الجارية التى تخدمها من جواريه، ففى تقديم مرادها أو مراده وجهان، من أن الخدمة لها و قد يكون الذى عينته أوفق لها و أسرع إلى الامتثال، و من أن الواجب عليه أن يكفيها الخدمة دون أن يكتفى بتلك المعينه، كما لا يجوز تكليفه النفقه من طعام معين، و لأنه قد يدخله ريبه و تهمه فىمن تختارها. و هذا أصح. هذا فى الابتداء، فأما إذا توافقا على خادمه و ألفتها، أو كانت قد حملت خادمه مع نفسها فأراد إبدالها، ففى جوازه وجهان، من تخييره فى الإخدام، و عسر قطع المألوف على النفس. و الأول أقوى.

و لو أرادت استخدام ثانيه و ثالثه من مالها فلزوج أن لا يرضى بدخولهن داره. و كذا لو حملت معها أكثر من واحده، فله أن يقتصر على واحده و يخرج الباقيات من داره، كما له أن يكلفها بإخراج مالها من داره، و منع أبويها من الدخول عليها، و إخراج ولدها من غيره إذا استصحبته معها.

الرابع: لو كانت الزوجه أمه لكنّها ذات جمال تخدم فى العاده، ففى وجوب إخدامها وجهان، من النظر إلى العاده، و الالتفات إلى نقصانها بالرق، و حقّها أن تخدم دون أن تستخدم. و الأول أقوى.

ص: ٤٥٩

و يرجع فى جنس (١) المأدوم و الملبوس إلى عاده أمثالها من أهل البلد.

و كذا فى المسكن. و لها المطالبه بالتفرد بالمسكن عن مشارك غير الزوج.

و لا بدّ فى الكسوه (٢) من زياده فى الشتاء للتدثر، كالمحشوه لليقظه، و اللحاف للنوم. و يرجع فى جنسه إلى عاده أمثال المرأه. و تزداد إذا كانت من ذوى التجمل - زياده على ثياب البذله - ما يتجمل أمثالها به.

قوله: «و يرجع فى جنس. إلخ».

المرجع فى جميع ذلك إلى عاده أمثالها من بلدها، و لا نظر إلى عاده الزوجه، لدلاله المعاشره بالمعروف و الإنفاق بالمعروف عليه. و يختلف المأدوم باختلاف الفصول. و قد تغلب الفواكه فى أوقاتها فتجب. و اعتبر الشيخ (١) فى اللحم كلّ أسبوع مرّه، محتجبا بأنّه المعروف، و يكون يوم الجمعة. و أوجب ابن الجنيد (٢) اللحم على المتوسّط فى كلّ ثلاثه أيام.

و لا يشترط فى المسكن أن يكون ملكا له، بل يجوز إسكانها فى المستعار و المستأجر اتفاقا، لأنه إمتاع لا تمليك. و لا يخفى أن لها المطالبه بالتفرد بالمسكن.

و المراد به ما يليق بحالها من دار و حجره و بيت فرد. فالتى يليق بها الدار و الحجره لا يسكن معها غيرها فى دار واحده بدون رضاها، لكن لو كان فى الدار حجره مفرده المرافق فله أن يسكن فيها. و كذا لو أسكن واحده فى العلوّ و واحده فى السفلى و المرافق متميزه. و التى يليق بها البيوت المفرده له أن يسكنها فى بيت من دار واحده. و لا - يجمع بين الضرتين، و لا - بين المرأه و غيرها فى بيت واحده مطلقا إلا بالرضا.

قوله: «و لا بدّ فى الكسوه. إلخ».

لما كان المرجع فى الكسوه إلى المتعارف و ما يليق بحالها اختلف ذلك

ص: ٤٦٠

١ - ١) المبسوط ٦: ٦.

٢ - ٢) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٥٨٠.

و أما اللواحق فمسائل:

الاولى: لو قالت: أنا أخدم نفسي، ولى نفقه الخادم، لم تجب إجابتها

الاولى: لو قالت: أنا أخدم (١)نفسى، ولى نفقه الخادم، لم تجب إجابتها.

و لو بادرت بالخدمه من غير إذن لم يكن لها المطالبه باختلاف البلاد فى الحرّ و البرد و باختلاف الفصول، فيعتبر فى الشتاء زياده المحشوّ و الفرو إن اعتيد لمثلها، و نحو ذلك. و يرجع فى جنسه من القطن و الكتّان و الحرير و غيرها إلى عاده أمثالها. و كذا يجب للصيف الثياب اللائقة بحالها من الكتّان و الحرير و نحوه ممّا يعتاد. و يعتبر مع ذلك ثياب التجمل زياده على ثياب البذله- و هى التى تلبس فى أكثر الأوقات- إذا كانت من أهل التجمّل. و لو لم تستغن بالثياب فى البلاد الباردة عن الوقود و جب 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 المخدّه و اللحاف بما يليق بحالها عاده بحسب الفصول.

و قد عدّد الفقهاء فى هذا الباب أشياء كثيره بحسب ما اتفق اعتياده عندهم.

و لئىّا كان المعتر منه المعتاد لأمثالها فى بلدها فى كلّ وقت يعتبر فيه استغنى عن تعداد أفراد ما يجب، لدخوله فيما ذكر من الضابط.

قوله: «لو قالت أنا أخدم. إلخ».

إنما لم يكن لها ذلك لأن تعيين الخادم إليه لا إليها، لأن الحقّ عليه فيرجع فى تعيينه إليه.

و لأن ذلك يسقط مرتبتها، و له أن لا يرضى به، لأنها تصير مبتدله، و له فى رفعتها حقّ و غرض صحيح، فله أن لا يرضى به و إن رضيت بإسقاط حقّها.

و حينئذ فإن بادرت بالخدمه من غير إذنه كانت متبرّعه، فلا أجره لها و لا نفقه زائده بسبب الخدمه.

الثانية: الزوجه تملك نفقه (١) يومها مع التمكين. فلو منعها و انقضى اليوم استقرت نفقه ذلك اليوم، و كذا نفقه الأيام، و إن لم يقدرها الحاكم و لم يحكم بها. و لو دفع لها نفقه لمدّه، و انقضت تلك المدّه ممكنه فقد ملكت النفقه. و لو استفضلت منها أو أنفقت على نفسها من غيرها كانت ملكا لها.

قوله: «الزوجه تملك نفقه إلخ».

لَمَّا كان المقصود من النفقه القيام بحاجتها و سدّ خلّتها- لكونها محبوسه لأجله- فالواجب منها أن يدفع إليها يوما فيوما، إذ لا وثوق باجتماع الشرائط في باقى الزمان، و الحاجه تندفع بهذا المقدار، فيجب دفعها فى صبيحه كلّ يوم إذا طلع الفجر. و لا يلزمها الصبر إلى الليل ليستقرّ الوجوب، لتحقق الحاجه قبله، و لأنها تحتاج إلى الطحن و الخبز و الطبخ، إذ الواجب عليه دفع الحبّ و نحوه و مؤونه إصلاحه، لا عين المأكل مهياً، عملاً بالعادة، فلو لم يسلم إليها فى أول النهار لم تنله عند الحاجه.

و لو منعها من النفقه و انقضى اليوم ممكنه استقرت نفقه ذلك اليوم فى ذمّته، لأن نفقه الزوجه اعتياض فى مقابله الاستمتاع، فتصير بمنزله الدّين. و كذا نفقه الأيام المتعدّده إذا مضت و لم ينفق عليها. و لا فرق عندنا بين تقدير الحاكم لها و عدمه، لأنها حقّ مالىّ فى معنى المعاوضه، فيثبت منها ما يقتضيه التقدير شرعا و إن لم يكن مقدّرا ابتداء، كما يثبت فى ذمّته عوض المتلفات المجهوله القيمه، و تستخرج القيمه حيث يحتاج إلى معرفتها.

ثمّ استحقاق الزوجه المؤنه على وجه التمليك لا- الإمتاع، لأن الانتفاع به لا يتمّ إلا مع ذهاب عينه. و كذا حكم كلّ ما يستهلك من آله التنظيف و الدهن و الطين و الصابون و نحو ذلك. فإذا دفعه إليها ملكت نفقه اليوم، و تخيرت بين التصرف فيه

و لو دفع إليها كسوه (١) لمدّه جرت العاده ببقائها إليها صحّ. و لو أخلقتها قبل المدّه لم يجب عليه بدلها. و لو انقضت المدّه و الكسوه باقيه طالبت به كسوه لما يستقبل.

و فى بعضه، و استفضال بعضه و جميعه، و الإنفاق على نفسها من مالها، كما تتخيّر فى جهات أموالها. و هذا فى نفقه نفسها واضح.

أما نفقه خادمها، فإن كان حرّاً فكذلك، لأن الحرّ يقبل الملك. و يتصوّر استحقاق الحرّ النفقه بالشرط، أو يجعلها أجره الخدمه، بأن وعدت أن (١) تخدم بالنفقه، فتطالب كلّ يوم بها كالمراه و إن لم يكن عقدا لازما.

أما إذا أخذتها لخادمتها المملوكه لها فينبغى أن يكون الملك لمولاتها كما تملك نفقه نفسها. ثمّ يحتمل أن يكون ملكا تامّا فتتخيّر بين إنفاقها عليها و إبدالها، و أن يكون ملكها له مقيدا بأن تدفعها إلى الخادمه.

و حيث كان أخذها على وجه الملك فلو سرقت منها أو تلفت بسبب آخر لم يلزم الزوج مرّه أخرى و إن لم يكن بتفريط، بخلاف ما تأخذه على وجه الإمتاع.

قوله: «و لو دفع إليها كسوه. إلخ».

لا بدّ قبل بيان وجه الحكم فى المسألتين من تمهيد مقدّمه تترتب عليها، و هى أن ممّا يجب للزوجه من النفقه و توابعها ما تأخذه على وجه الملك و هو المؤنه على ما تقدّم، لأنها ممّا يستهلكها الانتفاع، بل استهلاكها هو الانتفاع بها. و منه ما تأخذه على وجه الإمتاع، و تستحقّه على وجه الانتفاع خاصّه، و هو المسكن و الخادم، لأن

ص: ٤٤٣

١ - ١) فى الحجرّيتين: وجدت من.

عينه لا- يستهلكها الانتفاع و لا- يدفع إليها. و منها ما هو متردّد بين الأمرين، و هو الكسوه، فإنها ممّا يبقى عينها مع الانتفاع كالمسكن، و تفنى به على طول المدّة كما تفنى النفقه به فى الجملة بخلاف المسكن.

و قد اختلف العلماء لذلك فى كونها تمليكا أو إمتاعا، فذهب المصنف و العلامة (١) فى غير التحرير و الإرشاد و الشّرخ فى المبسوط (٢) إلى الأول، لما ذكر، و لقوله تعالى وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ عَظْفُهَا عَلَى الرِّزْقِ فَيَكُونُ الْوَاجِبُ فِيهِمَا واحدا، لاقتضاء العطف التسويه فى الحكم، و هو فى الرزق التمليك فيكون كذلك فى الكسوه. و لقوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «و لهنّ عليكم رزقهنّ و كسوتهنّ بالمعروف» (٤) و اللام للملك.

و فيه نظر، لمنع اقتضاء العطف التسويه فى جميع الأحكام و جميع الوجوه.

سلمنا، لكن المعتبر الاشتراك فى الحكم المذكور دون صفته و كفيّته، فإن قولنا «أكرم زيدا و عمرا» يقتضى اشتراكهما فى أصل الإ-كرام لا- التسويه فيه من كلّ وجه، و الظاهر من الحكم هنا كون الرزق مستحقا عليه فتكون الكسوه كذلك، و أما كفيّته الاستحقاق فأمر آخر خارج عن أصل الحكم، و من الجائز أن يريد بقوله «و كسوتهنّ» جعلهنّ مكسيّات و هو يتمّ بالإمتاع. و أما الخبر فمع قطع النظر عن إسناده يجوز كون اللام للاستحقاق- لا للملك- أو الاختصاص، بل هو الأصل فيها، كما حقّقه جماعة، و هما يتحقّقان بالإمتاع.

و يؤيد الثانى أنّ الغايه من الكسوه الستر، و هو يحصل بالإمتاع كالسكنى،

ص: ٤٦٤

١- ١) قواعد الأحكام ٥٤: ٢.

٢- ٢) المبسوط ٥٠: ٦.

٣- ٣) البقره: ٢٣٣.

٤- ٤) تقدم ذكر مصادره فى ص: ٤٤١، هامش (٢).

و أصله براءة الذمه من التمليك. و هو خيرُه العلامه في الإرشاد (1)، و تردّد في التحرير (2).

و الكلام في آله الفرش و ظروف الطّعام و الشّراب و آله التنظيف- كالمشط- كالكسوه، بل الإمتاع فيها أظهر، خصوصا الآلات، لأنه لو جاء بالطعام معمولا لاستغنى عن الآله.

إذا تقرّر ذلك فتظهر فائده الخلاف في مسائل:

منها: لو دفع إليها كسوه لمدّه جرت العاده ببقائها إليها، فتلفت في يدها قبل مضيّ المدّه من غير تفصير. فعلى الأول لا يجب عليه إبدالها، و هو الذي قطع به المصنّف، لأنّه قد و في ما عليه، فأشبهه ما إذا ملكها التّفقه فتلفت في يدها. و على الثّاني عليه الإبدال. و لو أتلفتها بنفسها فلا إبدال على القولين، لأنّه على الإمتاع يلزمها ضمانها، فكأنها لم تتلف، مع احتمالها، لأن الواجب عليها قيمه و عليه المثل.

و لو تخزّقت قبل مجيء وقته- لكثرت تحاملها عليها زياده على المعتاد، أو قصّرت في حفظها و نشرها في الهواء حيث تفتقر إليه- فهو كما لو أتلفتها.

و منها: لو انقضت المدّه و الكسوه باقيه لرفقها بها، فعليه كسوه أخرى على الأول، و هو الذي حكم به المصنّف، لأن ملكها لها مترتب على المدّه المعتاده لها كما لو استفضلت من طعام يومها. و على الثّاني لا يلزمه حتى يبلى ما عندها، لكن لو كانت الأولى كسوه الصيف مثلا و لا تصلح للشّتاء فعليه أن يعطيها ما يقصد (3) للشّتاء، أو يزيد عليها إن كانت تصلح له مع غيرها. و في الإرشاد (4) مع حكمه

ص: ٤٦٥

١- ١) الإرشاد ٣٥: ٢.

٢- ٢) التحرير ٤٨: ٢.

٣- ٣) في الحجريتين: يصلح.

٤- ٤) إرشاد الأذهان ٣٦، ٣٥: ٢.

بأنها إمتاع جَوَز لها المطالبه بأخرى بعد المدّه و إن كانت باقيه.و عليه،يمكن بناء حكم المصنف على ذلك،فلا يعلم من الحكم أن مذهبه التمليك.

و منها: لو ماتت فى أثناء المدّه التى تصلح لها الكسوه، أو مات الزوج، أو طلقها. فعلى القول بالإمتاع تستردّ مطلقا. و على القول بالتمليك يحتمل قويا ذلك أيضا، لأنه أعطاها للمدّه المستقبلة و هى غير واجبه عليه كما لو أعطاها نفقه أيام، و هو الذى جزم به المصنف فيما يأتى (١)، و عدمه، لأن تلك المدّه بالنسبه إلى الكسوه كالיום بالنسبه إلى النفقه، و سيأتى (٢) أن النفقه لا تستردّ لو وقع ذلك فى أثناء النهار.

نعم، لو لم تلبسها أصلا أو لبستها دون المعتاد فى ذلك البعض من المدّه اتّجه على التمليك أن تملك منها بالنسبه. و منها: إذا لم يكسها مدّه صارت الكسوه دينا عليه على الأول كالنفقه.

و على الإمتاع لا تصير دينا، مع احتمالها، كما لو سكنت فى منزلها و لم تطالب بالمسكن.

و منها: أن له أن يأخذ المدفوع إليها و يعطيها غيره على وجه الإمتاع، و لا يجوز ذلك على وجه التمليك إلا برضاها.

و منها: أنه لا يصحّ لها بيع المأخوذ و لا التصرف فيه بغير اللبس على وجه الإمتاع، و يصحّ على وجه التمليك ما لم يناف غرض الزوج من التزيّن و التجمّل و غيرهما. و مثله النفقه لو أدى تصرفها فيها بغير الأكل إلى الضعف و ما لا يليق بالزوج من الأحوال.

و منها: جواز إعطائها الكسوه بالإعارة و الإجاره على الإمتاع دون التمليك.

و لو تلف المستعار و حكم بضمانه فالضمان على الزوج.

ص: ٤٦٦

١-١) فى الصفحه التاليه.

٢-٢) فى الصفحه التاليه.

و لو سلّم إليها(١) نفقه لمدّه، ثمّ طلقها قبل انقضائها استعاد نفقه الزمان المتخلف إلا نصيب يوم الطلاق. و أما الكسوه فله استعادتها ما لم تنقض المدّه المضروبه لها.

قوله: «و لو سلّم إليها. إلخ».

إذا سلّم إليها نفقه لمدّه -كشهر مثلا- ثمّ طلقها قبل انقضائه وجب استرداد ما يخصّ بقيه المدّه بعد يوم الطلاق، لما تقدّم من أنها لا تملك النفقه إلاّ يوما فيوما، و دفعه نفقه المدّه كان على وجه التبرّع نظرا إلى ما يلزمه و يستقرّ عليه في المستقبل، فإذا تبين خلافه استردّ كالزّكاه المعجّله. و في حكم الطلاق ما لو مات أحدهما.

و أولى بالاسترداد ما لو نشرت.

و إنما لم يجب ردّ بقيه نصيب يوم الطلاق و ما في معناه لما تقرّر من أنّها تملك نفقته في أول النهار، فلا يزول الملك.

و استثنى بعضهم (١) ما لو كان سقوطها بالنشوز، نظرا إلى استناد المنع إليها، بخلاف الموت و الطلاق. و في الفرق نظر، لاشتراك الجميع في فقد شرط الاستحقاق لبقية اليوم، و العذر و عدمه لا مدخل له في ذلك و إن كان له مدخل في الإثم و عدمه.

و على القول بالاسترداد فهل هو لجميع نفقه اليوم أو للمتخلف منه بعد فقد الشرط؟ وجهان، من حصول شرط الاستحقاق في الماضي منه، و من جواز كونه مشروطا ببقائها على الطاعة إلى آخر النهار. هذا كلّ في النفقه.

أما الكسوه فحكم باستردادها ما لم تنقض المدّه المضروبه لها عادة. و بناؤه على القول بالإمتاع واضح. و أما على ما يظهر منه من كونها تمليكا فوجهه أن إعطاءها للمدّه المستقبلة وقع تبرّعا كالنفقه، غايه ما في الباب أن النفقه يتصوّر فصلها و تفريقها على الأيام، فجمعها بمجرّد الاختيار، و الكسوه لا تقبل الانفصال

ص: ٤٦٧

الثالثة: إذا دخل بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده

الثالثة: إذا دخل بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده لم تكن لها مطالبته بمدّه مؤاكلته. (١) و لو تزوّجها و لم يدخل بها (٢) و انقضت مدّه لم تطالبه بنفقه لم تجب [لها] النفقه، على القول بأن التمكين موجب للنفقه أو شرط فيها، إذ لا وثوق بحصول التمكين لو طلبه.

لكلّ يوم، فدفعتها إليها لمدّه يكون على وجه الاضطرار لا على وجه الاستحقاق، فإذا زال الاستحقاق استرجعت من حينئذ و لا تستثنى بقيه اليوم كالنفقه. و يحتمل على القول بالتمليك عدم استردادها، لأن كسوه الصيف مثلا بالنسبه إليه كالיום بالنسبه إلى نفقته. و هو أظهر وجهي الشافعيّ (١).

قوله: «إذا دخل - إلى قوله - بمدّه مؤاكلته».

إنما لم يكن لها ذلك لحصول المقصود من النفقه، و لجريان الناس على ذلك في سائر الأعصار، و اكتفاء الزوجات به، و لو طلبت المرأة النفقه للزمان الماضي و الحال هذه لاستنكر. و للشافعيّ (٢) وجه بعدم سقوط نفقتها بذلك، لأنه لم يؤدّ الواجب الموظّف عليه شرعا، و تطوّع بما ليس بواجب. هذا إذا كانت المرأة بالغه رشيده، أو كانت تأكل معه بإذن الولي. أمّا لو كانت مولى عليها و لم يأذن الولي فالزوج متطوّع، و لا تسقط نفقتها بذلك، لتوقّفها على قبضه أو إذنه.

قوله: «و لو تزوّجها و لم يدخل بها. إلخ».

إذا تزوّجها و لم يطالبها بالزفاف، و لم تمتنع هي منه، و لا عرضت نفسها عليه، و مضت على ذلك مدّه، ففي وجوب نفقتها تلك المدّه قولان مبنيان على أن النفقه تجب بالعقد بشرط عدم النشوز أو به مع التمكين، فعلى الأول تجب، لوجود الموجب و عدم المسقط و هو النشوز. و على الثاني لا تجب، إذ لا تمكين، لأن المراد منه - على

ص: ٤٦٨

١ - ١) روضه الطالبين للنووي ٤٦٥:٦.

٢ - ٢) روضه الطالبين ٤٦٢:٦.

تفريع على التمكين: لو كان غائبا(١) فحضرت عند الحاكم و بذلت التمكين لم تجب النفقه إلا بعد إعلامه و وصوله أو وكيله و تسليمها. و لو اعلم فلم يبادر و لم ينفذ و كيلا سقط عنه قدر وصوله و الزم بما زاد.

ما فسّره معتبره-أن تقول له باللفظ: سلّمت نفسى إليك فى أى وقت شئت و مكان و نحو ذلك، و لا يكفى السكوت و إن وثق ببذلها التمكين عادة على تقدير طلبه منها.

و تعليل المصنف بعدم الوثوق بحصول التمكين يريد به ذلك، لكن العبارة عنه غير جيّده، بل الأولى التعليل بعدم التمكين بالفعل كما ذكرناه، سواء حصل وثوق به أم لا- و قد أجاد الشيخ فى المبسوط حيث علّل عدم الوجوب بقوله: «لأن النفقه إنما تجب بوجود التمكين لا- بإمكان التمكين» (١). و فى القواعد (٢) جمع بين العلتين، و كان يستغنى بإحداهما و هو عدم التمكين، و إن تكلف متكلف للجمع بينهما فائده ما.

قوله: «لو كان غائبا. إلخ».

إذا غاب الزوج، فإن كانت غيبته بعد أن مكّنته الزوجه و جبت النفقه عليه، و جرت عليه مده غيبته. و إن كانت غيبته قبل التمكين، فإن اكتفينا بالعقد بشرط عدم المانع فالحكم كذلك، و إن اعتبرنا التمكين فى الوجوب شرطا أو سببا فلا نفقه لها. فإن حضرت عند الحاكم و بذلت له التسليم و الطاعة كتب إلى حاكم البلد الذى فيه الزوج ليعلمه بالحال و يستدعيه إن شاء، فإذا سار إليها و تسلّمها أو بعث و كيلا- فتسلّمها و جبت النفقه حينئذ. و إن لم يفعل، فإذا مضى زمن إمكان الوصول إليها عادة فرض لها النفقه فى ماله و جعل كالمتمسّم لها، لأن الامتناع منه. و لو اقتصر على الإرسال إليه بغير توسط (٣) الحاكم الذى هو فى بلده جاز أيضا، لكن يشترط

ص: ٤٦٩

١- (١) المبسوط ١١: ٦.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٥٢: ٢.

٣- (٣) فى «س»: توسط.

ثبوت ذلك عنده بإخبار عدلين.

و لو لم يعرف موضعه كتب الحاكم إلى حكام البلاد التي تتوجه إليها القوافل من تلك البلد عادة ليطلب و ينادى باسمه، فإن لم يظهر فرض الحاكم نفقتها في ماله الحاضر و أخذ منها كفيلا بما يصرفه إليها، لأنه لا يؤمن أن يظهر وفاته أو طلاقه.

و لو لم يرسل الحاكم إليه و لكن بلغه تمكينها بقول من يثبت به، و مضى زمن يمكنه الوصول فلم يصل، فالأقوى جواز فرض الحاكم لها النفقه إذا ثبت عنده وصول الخبر إليه على ذلك الوجه.

و لو لم يظهر له خبر أو لم يتمكن الحاكم من الإرسال و البحث عنه و قفت النفقه على القول بتوقفها على التمكين.

هذا كله إذا كانت المرأة بالغه عاقله، أما لو كانت مولى عليها فلا اعتبار بعرضها و بذلها الطاعه، و إنما الاعتبار بعرض الولي.

و لو كانت مراهقه تصلح للوطء و سلمت نفسها و تسلمها الزوج قال الشيخ (١): وجبت النفقه كالكبيره إلا في فصل واحد، و هو أن الخطاب مع الكبيره في موضع السكنى و التمكين الكامل، و هاهنا إذا قام وليها مقامها في التسليم استحققت النفقه، و لو لم يكن لها ولي أو كان غائبا أو منعها فسلمت هي نفسها وجبت النفقه و إن لم تكن ممن يصح تصرفها، لأن الزوج استحق القبض، و لا اعتبار في كون المقبوض منه من أهل الإقباض، كما لو (٢) دفع الثمن و قبض المبيع من صبي أو مجنون أو وجدته في الطريق صح.

و في هذا الفرض على أصولنا نظر، لأن المراهقه هي المقاربه للبلوغ، و إذا كان

ص: ٤٧٠

١-١) المبسوط ١٢: ٦.

٢-٢) كذا في النسخ و الحجريتين، و لعل الأولى: كما أنه لو.

و لو نشزت و عادت(١) إلى الطاعة لم تجب النفقه حتى يعلم و ينقضى زمان يمكنه الوصول إليها أو وكيله. و لو ارتدت سقطت النفقه. و لو غاب فأسلمت عادت نفقتها عند إسلامها، لأن الردّه سبب السقوط و قد زالت.

و ليس كذلك الأولى، لأنها بالنشوز خرجت عن قبضته فلا تستحقّ النفقه إلا بعودها إلى قبضته.

بلوغ الأنثى عند الأصحاب بتسع فالمراهقه تكون قبل إكمالها، و الوطاء غير جائز في هذه الحالة، و لا يتحقّق التمكين و لا التسليم معها مطلقاً، و بعد إكمالها يحصل البلوغ و تزول المراهقه. و إنما يجرى هذا على أصول المخالفين اللذين يعتبرون في الذكر و الأنثى بلوغ خمس عشره، فتتحقّق المراهقه بعد التسع و قبل البلوغ في وقت يجوز فيه الوطاء.

و لو انعكس الأمر فسلمت المرأة نفسها إلى الزوج المراهق بغير إذن الوليّ و جبت النفقه هنا، و سهل فرضه. و هذا بخلاف تسليم المبيع من المراهق، لأن المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري، و اليد في مال المراهق للوليّ لا - له، بخلاف يد الاستمتاع. مع احتمال توقّف ثبوتها على بذل التمكين للوليّ و إن كان متعلّقه الصبيّ، نظراً إلى ولايته عليه و سلب تصرّفه معه. و الأول أفقه.

قوله: «و لو نشزت و عادت. إلخ».

هذه المسأله شعبه من السابقه، و تفارقها في أن عدم التمكين كان في الأولى مستمرا من حين العقد، و هنا متجدّد بالنشوز.

و تحريرها: أن الزوجه إذا نشزت مع حضور الزوج فغاب عنها و هى كذلك ثمّ عادت إلى الطاعة في غيبته لم تجب نفقتها إلى أن يعلم بعودها و ينقضى زمان يمكنه الوصول إليها أو وكيله إلى آخر ما قرّر في السابقه، لخروجها بالنشوز عن قبضته فلا تعود إلى أن يحصل تسلّم و تسليم مستأنفين، و هما لا يحصلان بمجرد

عودها بذلك، فإذا عاد إليها أو بعث و كيله و استأنف تسليمها عادت النفقه.

و تفارق السابقة في جريان حكمها على القولين، بخلاف السابقة، فإنها مبنيّة على اعتبار التمكين كما مرّ (١).

و لو ارتدّت المرأة في حضره الزوج و هي في قبضته سقطت نفقتها، لتحريم وطئها بعد الردّ، و المانع من قبلها. فإذا غاب الزوج و هي مرتدّة و كانت مدخولاً بها فعادت في العدّه إلى الإسلام و هو غائب فالذى قطع به المصنف و قبله الشيخ في المبسوط (٢) أن نفقتها تعود بمجرد عودها و إن لم يبلغه الخبر و لم يحضر. و فرّقوا بينها و بين الناشز بأن نفقه المرتدّة قد سقطت بردّها، فإذا عادت إلى الإسلام ارتفع المسقط فعمل الموجب عمله، لأن الفرض كونها في قبضته من قبل السفر، بخلاف الناشز، فإن سقوط نفقتها لخروجها عن يد الزوج و طاعته، و إنما تعود إذا عادت إلى قبضته، و ذلك لا يحصل في غيبته.

و هذا الفرق لا يخلو من نظر، لأن الارتداد مانع شرعى من الاستمتاع و قد حدث من جهتها، و متى لم يعلم الزوج بزواله فالواجب عليه الامتناع منها و إن حضر. و لا يكفي مجرد كونها في قبضته مع عدم العلم بزوال المانع الذى جاء من قبلها فأسقط النفقه.

نعم، هذا الفرق يتّم لو كان المانعان حصلّا في غيبته و لم يعلم بهما، فإن نشوزها بخروجها من بيته إذا أسقط النفقه لم تعد برجوعها إلى بيته، لخروجها عن قبضته، فلا بدّ من عودها إليها، و لا يحصل ذلك حال الغيبه، بخلاف ما لو ارتدّت ثمّ رجعت و لم يعلم، فإن التسليم حاصل مستصحب، و المانع حصل و زال و هو لا يعلم

ص: ٤٧٢

١- ١) في ص: ٤٦٩.

٢- ٢) المبسوط ١٨: ٦.

الرابعة: إذا ادّعت البائن أنها حامل صرفت إليها النفقة يوما فيوما

الرابعة: إذا ادّعت البائن (١) أنها حامل صرفت إليها النفقة يوما فيوما، فإن تبين الحمل و إلا استعيدت.

به، فلم يتحقق من جهته الامتناع منها لأجله، بخلاف ما لو علم.

ويمكن الجواب عن الإشكال بأن العقد لما اقتضى وجوب النفقة إما مع التمكين أو بدونه وقد تحقق الشرط، فالأصل يقتضى وجوب النفقة إلى أن يختل الشرط، والارتداد لا يحصل معه الإخلال بالشرط، لأن التمكين من قبلها حاصل، وإنما كانت الردّه مانعا، فإذا زال المانع عمل المقتضى لوجوب النفقة عمله، كما أشرنا إليه، بخلاف النشوز، فإن الشرط أو السبب قد انتفى فلا بدّ للحكم بوجوب النفقة من عودته، ولا يحصل إلا بتسليم جديد.

فإن قيل: الارتداد لما أسقط وجوبها توقّف ثبوته على سبب جديد و إلا فحكم السقوط مستصحب.

قلنا: السبب موجود، وهو العقد السابق المصاحب للتمكين، لأنه الفرض.

والردّه ما رفعت حكم العقد، ولهذا لو أسلمت عادت إلى الزوجية بالعقد السابق.

و على هذا فلا يفرّق بين علمه بعودها و عدمه.

قوله: «إذا ادّعت البائن. إلخ».

مقتضى كلام المصنف وجوب الإنفاق عليها بمجرد دعواها الحمل و إن لم يتبين أو يظنّ. و وجهه: أن الحمل في ابتدائه لا يظهر إلّا لها، فيقبل قولها فيه كما يقبل في الحيض و العده، لأنها من الأمور التي لا تظهر إلّا من قبلها. و لأن فيه جمعا بين الحقيين، و حقّ الزوج على تقدير تبين عدمه ينجبر بالرجوع عليها. و لأنه لو لا القبول لأدّى إلى الإضرار بها مع حاجتها إلى النفقة، أو مطلقا لو قلنا إن النفقة للحمل، لأن نفقة الأقارب لا تقضى، فلو أحرّ الدفع إليها إلى أن يتيقن نفوت مدّه طويله بغير نفقه و لا يجب قضاؤها.

و لا ينفق على بائن (١) غير المطلقة الحامل. و قال الشيخ: ينفق، لأن النفقة للولد.

و الشيخ فى المبسوط (١) علق وجوب الإنفاق على ظهور الحمل. و فى التحرير (٢) على شهادة أربع من القوابل. و لعله أجود، لأن وجوب الإنفاق على الزوجه انقطع بالطلاق البائن، و وجوبه عليها مشروط بالحمل، و الأصل عدمه إلى أن يتحقق. و حكم الزوجه به فى الابتداء ظنى، و الظن قد يكذب. و لأنه تعالى قال:

وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِيلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٣) شرط فى الإنفاق عليهنّ كونهنّ أولات حمل، و هذا الوصف لا يتحقق بمجرد الدعوى.

ثمّ على تقدير قبول قولها، أو وجوب البناء على الظنّ، أو على شهادة النساء المستنده إلى قرائن يجوز كذبها، لو تبين كونها غير حامل استعيدت، لظهور عدم استحقاقها لها فى نفس الأمر، فأشبه ما إذا ظنّ أن عليه ديناً فأداه ثمّ بان خلافه. و مثله ما لو أنفق على قريبه لظنّ إعساره فبان يساره.

ثمّ على تقدير وجوب الإنفاق عليها هل تطالب بكفيل، لجواز ظهور خلاف ما ادّعته؟ فيه وجهان منشؤهما أنها استولت على مال الغير بسبب لم يثبت فى نفس الأمر، و إنما حكم به الشارع لتعدّر إثبات موجبها قطعاً، فلو أخرت إلى الوضع لزم الإضرار بها كما قرّرناه، فيجمع بين الحقيين بالدفع إليها بكفيل، و من حيث عدم ثبوت استحقاق الرجوع عليها الآن. و الأول لا يخلو من قوه. قوله: «و لا ينفق على بائن. إلخ».

قد عرفت أن أسباب النفقة منحصره فى ثلاثه أحدها الزوجيه، فمع بينونه

ص: ٤٧٤

١-١) المبسوط ٢٦:٦.

٢-٢) تحرير الأحكام ٤٦:٢.

٣-٣) الطلاق: ٦.

الرّوَجُه تخرِج عن السَّببِيَّة، لكن وجبت النّفقه للمطلّقه بائنا إذا كانت حاملا بالنصّ (١) والإجماع فبقى الباقي على الأصل.

و ألحق بعضهم (٢) البائنه بغير الطّلاق إذا كانت حاملا- بالمطلّقه، نظرا إلى دعوى أن وجوب النّفقه على المطلّقه الحامل لأجل الحمل من حيث كونه ولدا للمنفق لا لأجلها، وهذه العلّه موجوده فى الحامل منه غير المطلّقه. و بذلك أفتى الشّيخ فى المبسوط (٣) حتّى فى الحامل من نكاح فاسد كنكاح الشّغار مع الجهل، محتجّجا بعموم الأخبار الدالّه على وجوب الإنفاق على الحامل.

و يضعّف الأول بأنّه مبنّى على العمل بالقياس و إلا- فالآية صريحه فى الحامل المطلّقه. و مع ذلك فكون النّفقه للحمل غير معلوم، وإنما المعلوم كونها للحامل و إن كان ذلك بسببه.

و أما الأخبار التى ادّعى الشّيخ عمومها فذكرها فى التهذيب (٤)، وكلّها مقّيده بالطلاق إلا روايه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: «الحامل أجلها أن تضع حملها، و عليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها» (٥). فهذه متناوله بإطلاقها لغير المطلّقه، لكنّها ضعيفه السند بمحمد بن قيس، فإنه مشترك بين الثقه و غيره.

و يمكن حملها على المطلّقه حيث لا- تستقلّ بنفسها. نعم، لو ثبت أنها للحمل أتجه ذلك. و الذى دلّت عليه النصوص وجوبها للمطلّقه الحامل، فيقتصر عليه لكونه على خلاف الأصل.

ص: ٤٧٥

١- (١) الطلاق: ٦، و لاحظ أيضا الوسائل ١٥: ٢٣٠ ب (٧) من أبواب النفقات ح ١، ٢، ٤، ٥.

٢- (٢) راجع قواعد الأحكام ٢: ٥٥.

٣- (٣) المبسوط ٦: ٢٤.

٤- (٤) التهذيب ٨: ١٣٣ ح ٤٦٥، ٤٦٤، ٤٦٣.

٥- (٥) الكافي ٦: ١٠٣ ح ١، التهذيب ٨: ١٣٣ ح ٤٦٣، الوسائل ١٥: ٢٣١ ب (٧) من أبواب النفقات، ح ٣.

فرع على قوله -رحمه الله-: إذا لاعنها (١) فبانت منه و هي حامل فلا نفقه لها، لانتفاء الولد. و كذا لو طلقها ثم ظهر بها حمل فأنكره و لا عنها.

و لو أكذب نفسه بعد اللعان و استلحقه لزمه الإنفاق، لأنه من حقوق الولد.

قوله: «فرع على قوله: إذا لاعنها. إلخ».

البائنه باللعان إن كان لعانها لنفى الولد فلا نفقه لها في العده على القولين، لأنها صارت أجنبيّه و انتفى الحمل عنه، فصارت كالحايل. و إن كان لعانها للقذف مع اعترافه بولدها فينبغي بناؤه على القولين، فإن قلنا إن النفقه للحمل وجبت هنا عند الشيخ، لوجوب الإنفاق على الولد. و إن قلنا إنه للحامل فلا، لأنها صارت أجنبيّه.

و كان على المصنف أن يقيّد اللعان بكونه لنفى الولد لتخرج الصورة الثانيه، و كأنه اكتفى بالتعليل بانتفاء الولد. و كذا لو طلقها بائنا ثم ظهر بها حمل و أنكره و لا عنها، فإن النفقه تسقط عنه باللعان. و هنا صرح بكون اللعان للإنكاره.

و لو أكذب نفسه في صورتين و استلحق الولد بعد اللعان لحق به في الحقوق المتعلقة بالولد دون العكس، و من جملتها النفقه، فيجب الإنفاق على أمّه قبل الوضع إن جعلنا النفقه لأجل الحمل، و هو المقصود هنا. و لا يجب قضاء النفقه الماضيه من حين اللعان إلى أن أقرّ به، لأننا لم نوجب النفقه إلا للحمل، و نفقته لا تقضى.

و حكم في المبسوط (١) بجواز رجوعها عليه بما مضى، مع أن مذهبه أن النفقه للحمل. و كذا يجوز رجوعها عليه لو أكذب نفسه بعد وضعه بنفقه زمان العده و أجره الحضانه، محتجاً بأنه قد كان واجبا عليه، و إنما انقطع لانقطاع النسب (٢)، فإذا

ص: ٤٧٦

١- (١) المبسوط ٢٥: ٦-٢٦.

٢- (٢) كذا فيما استظهره في هامش نسخه «و» و في المبسوط أيضا كذلك، و فيما لدينا من النسخ الخطيه و الحجريتين: السبب.

الخامسة: قال الشيخ رحمه الله: نفقه زوجه المملوك تتعلق برقبته إن لم يكن مكتسبا

الخامسة: قال الشيخ (١) رحمه الله: نفقه زوجه المملوك تتعلق برقبته إن لم يكن مكتسبا، و يباع منه فى كل يوم بقدر ما يجب عليه. و قال آخرون:

تجب فى ذمته. و لو قيل: يلزم السيد لوقوع العقد بإذنه كان حسنا.

عاد عادت.

و لا يخفى ما فيه حيث بنى على أن النفقه للحمل، و هو قريب قد فاتت نفقته.

و علله بعضهم (١) بأن النفقه و إن كانت للحمل فهى مصروفة إلى الحامل، و هى صاحبه حقّ فيه، فيصير دينا كنفقه الزوجه.

و فى هذا التعليل إضراب عن كونها للحمل خاصه و الترام أنها لهما، و إلا فالإشكال بحاله.

و علل أيضا بأنه السبب فى حكم الحاكم بوجوب النفقه عليها فيضمن، لقوّه سببته (٢). و بأن اللعان شهاده، فمع تمامه قد حكم الحاكم بشهادته بوجوب النفقه عليها كالدين، ثمّ إكذابه نفسه كالرجوع فى الشهاده بعد الحكم، و الرجوع فى الشهاده بعد الحكم موجب للضمان.

و فيه: منع كون اللعان شهاده محضه و إن كان الله تعالى قد أطلق (٣) عليه الشهاده. و إنفاقها على الولد قد لا يستند إلى حكم الحاكم عليها بخصوصها لو سلمّ كونه شهاده محضه.

قوله: «قال الشيخ: إلخ».

حاصل كلام الشيخ (٤) - رحمه الله -: أن العبد إن كان مكتسبا بقدر النفقه أو

ص: ٤٧٧

١- ١) لم نعثر عليه.

٢- ٢) فى «ش»: سببه.

٣- ٣) النور: ٦-٩.

٤- ٤) المبسوط ٢٠: ٦.

قال (١) رحمه الله: (١) ولو كان مكاتباً لم تجب نفقه ولده من زوجته، و تلزمه نفقه الولد من أمته، لأنه ماله. و لو تحرّر منه شيء كانت نفقته في ماله بقدر ما تحرّر منه.

أزيد فنفقته في كسبه، و إن فضل شيء فلسيده. و إن قصر كسبه عنها أو لم يكن مكتسباً تعلق الفاضل أو المجموع برقبته، تنزيلاً للوطء منزله الجنايه. ثم إن أمكن أن يباع منه كلّ يوم بقدر ما يجب عليه من النفقه فعل، و إن لم يمكن بيع منه ما يمكن كالنصف و الثلث، مقتصرًا على ما يتأدى به الغرض، ثمّ الأقرب إليه فالأقرب. فإن لم يمكن ذلك بيع جميعه كما قيل في الجنايه، و وقف ثمنه ينفق عليها منه، و قد انتقل ملك سيده عنه إلى آخر.

و على القول بتعلقها بدمته يتبع بها إذا أعتق و أيسر، و كانت في زمن الرقيّه كزوجه المعسر.

و الأقوى أن النفقه على مولاه كالمهر مطلقاً. و قد تقدّم البحث في هذه المسأله في باب أولياء العقد (٢).

قوله: «قال رحمه الله: إلخ».

الفرق بين الولدين أن الولد من زوجته إذا كانت حرّه حرّ، و المكاتب معسر لا. تجب عليه نفقه الأقارب، بخلاف ولده من أمته، فإنه ماله، و هو تابع له، فتكون نفقته عليه كما ينفق على حيوانه.

و إنما نسب القول إلى الشيخ مشعرا بتمريضه لما يشتمل عليه من الإجمال، فإن ولده من زوجته أعمّ من كون أمّه حرّه و أمه. و على تقدير كونها أمه فقد يشرط انفراد مولاها به، أو انفراد الأب به، أو يطلق بحيث يكون مشتركاً بينهما.

ص: ٤٧٨

١-١ (١) المبسوط ٦:٦.

٢-٢ (٢) في ج ١٨٣:٧.

السادسه: إذا طلق الحامل رجعيه، فادعت أن الطلاق بعد الوضع و أنكر

السادسه: إذا طلق الحامل (١) رجعيه، فادعت أن الطلاق بعد الوضع و أنكر، فالقول قولها مع يمينها. و يحكم عليه بالبينونه تدينا له بإقراره.

و لها النفقه استصحابا لدوام الزوجيه.

فعلى تقدير حرّيته يتم ما قاله الشيخ، و على تقدير رقيته فالنفقه تابعه للملك. أما ولده من أمته فإنه يكون تابعا له فى الكتابه، لأن فرض أمه أمه المكاتب يقتضى شراءها بعد الكتابه و استيلادها بعدها كذلك، لكن يشترط كونه بإذن المولى، لأنه ليس له شراء أمه يطؤها بدون إذنه. فمع إذنه يكون تابعا و مملوكا له لا ينعق عليه، إلا أن يؤدى مال الكتابه فيتبعه فى الحرّيه، أو يعجز فيسترقّ معه. و سيأتى (١) تحريره إن شاء الله تعالى.

و لو تحرّر من المكاتب شىء كانت نفقه ولده من زوجته فى مال أبيه بقدر ما تحرّر منه و الباقي على أمه إن كانت حرّه موسره، كما أن جميعها عليها مع الشرطين.

و لم يذكر المصنف حكم نفقه زوجه المكاتب، و كان البحث بها أنسب.

و حكمها أنها فى كسبه مطلقا، لكن لو أذى المطلق شيئا و تحرّر منه بنسبته كانت نفقه نصيب الرقيه نفقه المعسر و نفقه نصيب الحرّيه بحسب حاله إن فرّقنا بين القسمين.

قوله: «إذا طلق الحامل. إلخ».

المراد أن امرأته كانت حاملا و طلقها و وضعت الحمل و اختلفا، فقال الزوج:

طلّقتك قبل الوضع و انقضت عدّتك بالوضع فلا نفقه لك الآن، و قالت: بل طلّقتنى بعد الوضع و طلبت النفقه، فعليها العدّه من الوقت الذى تزعم أنه طلقها فيه. و لها النفقه، لأن الأصل بقاء النكاح إلى الوقت الذى تدّعيه، و كذلك الأصل بقاء العدّه و النفقه. و ليس له الرجعه، لأنها قد بانت بزعمه، و من أقرّ بشىء قبل فيما يتعلّق به

ص: ٤٧٩

لا- فيما يتعلّق بغيره، كما لو أقرّ ببيع عبده ممّن يعتق العبد عليه، فإنه يحكم عليه بعنق العبد، ولا يقبل قوله فى لزوم الثمن على من زعم أنه اشترى. و لو فرض أن الزوج كان قد أصابها قبل الوضع فى الوقت الذى زعم أنها مطلّقه فيه لم يلزمه مهر المثل، لأنها تزعم أن الطلاق وقع بعد الولاده و أن الإصابه فى النكاح، فلا شىء لها بإقرارها.

و لو انعكس الفرض فقال الزوج: طلّقتك بعد الولاده و أنت فى العده ولى الرجعه، و قالت: بل قبلها و قد انقضت العده، فالقول قول الزوج فى بقاء العده و ثبوت الرجعه، و لا نفقه لها فى العده بتقريب ما سبق.

و لو قيل-بتخصيص هذا الحكم بما إذا لم يعيّن زمانا لهما، أما لو اتّفقا على زمان أحدهما و اختلفا فى تقدّم الآخر و تأخّره فالقول قول مدعى تأخّره مطلقا، لأصالة عدم تقدّمه و استقرار حال ما اتّفقا عليه- كان حسنا. فلو فرض اتّفاقهما على أن الطلاق وقع يوم الجمعة، و اختلفا فى زمان الوضع، فادّعت أنه وقع يوم الخميس فى المسأله الأولى، و ادّعى وقوعه يوم السبت مثلا، فالقول قوله، لأصالة عدم تقدّم الوضع. و لو انعكست الدعوى فالقول قولها، لما ذكر. و لو اتّفقا على وقوع الوضع يوم الجمعة، و اختلفا فى تقدّم الطلاق و تأخّره، فالقول قول مدعى التأخّر فى المسألتين.

و ربما قيل [١] بأنه مع الاتّفاق على وقت أحدهما و الاختلاف فى الآخر يقدّم قول الزوج فى الطلاق مطلقا، لأنه من فعله، و قولها فى الوضع مطلقا لذلك.

السابعه: إذا كان له على زوجته دين

السابعه: إذا كان له (١) على زوجته دين جاز أن يقاضيها يوماً فيوماً إن كانت موسره، ولا يجوز مع إيسارها، لأن قضاء الدين فيما يفضل عن القوت. ولو رضيت بذلك لم يكن له الامتناع.

الثامنه: نفقه الزوجه مقدّمه على الأقارب

الثامنه: نفقه الزوجه (٢) مقدّمه على الأقارب، فما فضل عن قوته صرفه إليها، ثم لا يدفع إلى الأقارب إلا ما يفضل عن واجب نفقه الزوجه، لأنها نفقه معاوضه، وثبت في الذمه.

قوله: «إذا كان له. إلخ».

نفقه المرأه بعد وجوبها بمنزله الدين على الزوج، فإذا كان له عليها دين و كانت ممتنعه من أدائه جاز له مقاضيها من النفقه بعد وجوبها عليه، بأن ينوى استيفاء نفقه كل يوم في صبيحته. ولو لم تكن ممتنعه من وفاء دينها لم يكن له المقاضيه، لأن تعيين الدين من مالها موكول إليها، اللهم إلا أن يوافق دينه النفقه جنسا و وصفا، فيكون التهاثر حينئذ قهريًا.

هذا كله إذا كانت موسره بحيث تملك قوتها من غيره قوه أو فعلا- لتجوز مقاضيها و إلا- لم يجز، لما أشار إليه المصنّف من التعليل، بأن قضاء الدين إنما يجب فيما يفضل عن القوت، و المقاضيه تابعه لوجوب الوفاء مع الامتناع منه أو ما في معناه.

و لو رضيت بالمقاضيه مع إيسارها لم يكن له الامتناع، لأن الحق لها في ذلك، فإذا رضيت بإسقاط حقها و آثرت وفاء دينها على القوت لم يكن له الامتناع. و ربما قيّد ذلك بما إذا لم يتوجه عليه ضرر بالقبول، بأن ضعفت عن حقه و إلا كان له الامتناع. و قد سبق (١) نظيره.

قوله: «نفقه الزوجه. إلخ».

إذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون يلزمه الإنفاق عليهم، فإن و في

ص: ٤٨١

١- ١) في ص: ٤٦١.

ماله أو كسبه بنفقتهم فعليه نفقه الجميع، وإن لم يف بالكلّ ابتدأ بنفقه نفسه، لأنّ نفقته مقدّمه على جميع الحقوق من الديون و غيرها من أموال المعاوضات، و غايه نفقه الزوجه إلحاقها بذلك، فإن فضل منه نفقه واحد قدّم نفقه الزوجه على نفقه الأقارب.

و الفرق بين نفقتهم-مع اشتراكهما في أصل الوجوب- ما أشار إليه المصنف من أنّ نفقه الزوجه تثبت على وجه المعاوضه على الاستمتاع، و تثبت في الذمه إذا فاتت، بخلاف نفقه القريب، فإنّها تثبت لمجرّد المواساه، و العوض أولى بالرعايه من المواساه. و لأنها أقوى من نفقه القريب، و لهذا لا تسقط بغناها و لا بمضيّ الزّمان، بخلاف نفقته.

و اعترض بأنّ نفقتها إذا كانت كذلك كانت كالديون، و نفقه القريب مقدّمه على الديون كما علم من باب المفلس. و يؤيده ما روى: «أن رجلا- جاء إلى النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم فقال: معى دينار، فقال صلّى الله عليه و آله و سلم: أنفقه على نفسك. فقال: معى آخر، فقال: أنفقه على ولدك. فقال: معى آخر، فقال: أنفقه على أهلِكَ» (١) فقدّم نفقه الولد على نفقه الأهل كما قدّم نفقه النفس على الولد.

و لهذا الخبر ذهب بعض (٢) الشافعيّين إلى أن نفقه الطفل تقدّم على نفقه الزوجه.

و يمكن الجواب بأنّ نفقه الزوجه إنّما تكون كالدين مع مضيّ وقتها، و يلتزم حينئذ بأنّ نفقه القريب مقدّمه على قضائها كما تقدّم على قضاء الدين. أما الحاضره فإنّها أقوى من الدين، و لذلك قدّمت نفقه الزوجه عليه في مال المفلس، و يبقى معها المرجح على نفقه القريب بقوّتها بسبب المعاوضه، و ثبوتها مع الغنى و الفقر، بخلاف

ص: ٤٨٢

١- ١) مسند الحميدى ٢: ٤٩٥ ح ١١٧٦، سنن أبى داود ٢: ١٣٢ ح ١٦٩١، مسند الشافعى: ٢٦٦، مسند أحمد ٢: ٢٥١، السنن المأثوره للطحاوى: ٣٩٣ ح ٥٤٩. و لم ترد في المصادر: أنفقه في سبيل الله.

٢- ٢) روضه الطالبين ٥: ٥٠٠.

القول فى نفقه الأقارب و الكلام فىمن ینفق علیه، و كیفیه الإنفاق، و اللواحق.

من ینفق علیه

من ینفق علیه تجب النفقه (١) على الأبوين و الأولاد إجماعاً. و فى وجوب الإنفاق على آباء الأبوين و أمهاتهم تردّد، أظهره الوجوب.

نفقه القرب، فيقدّم عليها.

و الخبر - مع تسليمه - يحمل على الإنفاق على وجه التبرّع توسّعاً فى النفقه.

و يؤيّد قولة فيه بعد ذلك: «معى آخر، قال: أنفق على خادمك. قال: معى آخر، قال: أنفق فى سبيل الله، و ذلك أيسر» مع أن نفقه الخادم أعمّ من أن تكون واجبه و غير واجبه، و كذلك الإنفاق فى سبيل الله، فجرى الحديث على الأمر بالإنفاق على ما فيه قربه. قوله: «تجب النفقه. إلخ».

لا - خلاف بين أصحابنا فى وجوب نفقه كلّ من الأبوين و الأولاد على الآخر، و قد سبق (١) ما يدلّ عليه. و موضع الدلالة بغير شبهه الأولاد و الأبوان، فأما من علا - أو سفل ففى تناول النصّ لهم نظر، من الشك فى صدق الآباء و الأولاد عليهم بطريق الحقيقة. و المصنف تردّد فى دخول آباء الأبوين و أمهاتهم لذلك، إذ قد أطلق عليهم لفظ الآباء فى قوله تعالى وَ اتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَ إِسْحَاقَ وَ يَعْقُوبَ (٢) و قوله تعالى مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ (٣) و الأصل فى الإطلاق الحقيقة، و من جواز السلب الدالّ على المجاز، و مطلق الاستعمال أعمّ من الحقيقة.

ص: ٤٨٣

١-١ (١) فى ص: ٤٣٨.

٢-٢ (٢) يوسف: ٣٨.

٣-٣ (٣) الحج: ٧٨.

و لا- تجب النفقه (١) على غير العمودين من الأقارب، كالإخوه و الأعمام و الأخوال و غيرهم، لكن تستحب، و تتأكد في الوارث منهم.

و لا نعلم مخالفا من أصحابنا في دخولهم هنا، و إنما تردّد المصنّف لضعف الدليل، و من أصوله-رحمه الله- أن لا يعتدّ بحجّيه الإجماع بهذا المعنى، كما تبه عليه في مقدّمه المعتبر (١). و هو الحقّ الذي لا محيد عنه لمنصف.

و ما ذكره-رحمه الله- من وجه التردّد في الآباء يأتي مثله في الأولاد، للشكّ و الخلاف في إطلاق اسم الولد على ولد الولد. و قد تقدّم البحث فيه في الوقف (٢)، و أنّ المصنّف اختار عدم دخوله في إطلاق الولد، فكان الأولى التعرّض له هنا.

و كيف كان فالمذهب و جوب الإنفاق على الجميع.

قوله: «و لا تجب النفقه. إلخ».

هذا هو المعروف في المذهب. و يؤيّده أصاله براءة الذمه من وجوب الإنفاق على غير من دلّ الدليل على وجوب الإنفاق عليه، و هو منفيّ هنا. و لم ينقل المصنّف هنا خلافا، و نقله العلامة في القواعد (٣)، و أسنده الشّراح (٤) إلى الشّرخ، و أنه ذهب إلى وجوبها على كلّ وارث. و الشّرخ في المبسوط (٥) قطع باختصاصها بالعمودين، و نقل وجوبها [١] على الوارث إلى روايه، و حملها على الاستحباب.

ص: ٤٨٤

١-١) المعتبر ٣١:١.

٢-٢) في ج ٣٩٢:٥.

٣-٣) قواعد الأحكام ٥٧:٢.

٤-٤) راجع الإيضاح ٢٨٣:٣.

٥-٥) المبسوط ٣٥:٦.

كيفية الإنفاق و يشترط في وجوب (١) الإنفاق الفقير. و هل يشترط العجز عن الاكتساب؟ الأظهر اشتراطه، لأن النفقة معونه على سدّ الخلّة، و المكتسب قادر، فهو كالغنيّ.

و لا عبره بنقصان (٢) الخلقه، و لا نقصان الحكم، مع الفقر و العجز.

قوله: «و يشترط في وجوب. إلخ».

وجه عدم اشتراط قدره على الاكتساب حصول الحاجه بالفعل. و هو ضعيف جدّا، لأن المكتسب قادر، و من ثمّ منع من الزكاه و الكفّاره المشروطه بالفقر، و قد ساوى النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم بين الغنيّ و القويّ المكتسب في ذلك، فقال للرجلين اللذين أتياه فسألاه من الصدقه: «أعطيكما بعد أن أعلمكما أن لا حظّ فيها لغنيّ و لا قويّ مكتسب» (١).

نعم، يعتبر في الكسب كونه لائقا بحاله عاده، فلا يكلف الرّبيع و العالم الكنس و الدّباغه. و لو أمكن المرأه الكسب بالتزويج ممّن يليق بها تزويجه عاده فهي قادره بالقوّه، لأن ذلك ممّا لا يخرج عن العاده.

قوله: «و لا عبره بنقصان.. إلخ».

أراد أنه مع تحقّق العجز يجب الإنفاق عليه و إن كان في نفسه كاملا كالمكّلف التام الخلقه. و تبّه بذلك على خلاف الشيخ في المبسوط (٢) حيث اشترط فيه اجتماع الوصفين الإعسار و نقصان الخلقه، أو الحكم، أو هما، مع أنّه قال في موضع آخر منه: إنّ الفقر كاف، كما قاله غيره. و المراد بناقص الخلقه: الأعمى و المقعد، و بناقص الحكم: الصبيّ و المجنون، و بناقصهما: المجنون الأعمى.

و اعلم أنّه لا فرق في قدره على الاكتساب بين ناقص الحكم و غيره، فلو

ص: ٤٨٥

١- (١) مسند أحمد ٤: ٢٢٤، سنن أبي داود ٢: ١١٨ ح ١٦٣٣، سنن الدار قطنى ٢: ١١٩ ح ٧.

٢- (٢) المبسوط ٦: ٣٠ و ٣٤.

و تجب و لو كان (١) فاسقاً أو كافراً. و تسقط إذا كان مملوكاً، و تجب على المولى.

بلغ الولد حدّاً يمكن أن يتعلّم حرفه أو يحمل على الاكتساب فللولي حملته عليه و الإنفاق عليه من كسبه، لكن لو هرب عن الحرفه و ترك الاكتساب فى بعض الأيام فعلى الأب الإنفاق عليه، بخلاف المكلف. و تعتبر الحرفه و الكسب اللائقان بحاله كالمكلف. و أطلق ابن الجنيّد (١) و جوب النفقه على الولد الصغير إلى أن يبلغ الحلم أو الحيض.

قوله: «و تجب و لو كان. إلخ».

أى: يجب الإنفاق على القريب البعصى و إن كان فاسقاً أو كافراً، لعموم (٢) الأدلّه الشامله له، و لقوله تعالى وَ صَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا (٣) و من المعروف الإنفاق عليهما مع حاجتهما و يساره. و المراد كونهما كافرين، و أولى منه لو كانا فاسقين. و لا يقدح كونهما غير وارثين، لعدم الملازمه بينهما. و بهذا صرح الأصحاب و أكثر العلماء من غيرهم. قال الشيخ فى المبسوط: «كلّ سبب يجب به الإنفاق من زوجيه و نسب و ملك يمين فإتّما نوجبها مع اختلاف الدين كما نوجبها مع اتّفاقه، لأنّ وجوبها بالقرابه، و تفارق الميراث، لأنّه يستحقّ بالقرابه فى الموالاه، و اختلاف الدين يقطع الموالاه» (٤). و إنّما شرط الاتّفاق فى الدين أبو حنيفه [١] مع إيجابه النفقه لكلّ ذى رحم.

ص: ٤٨٦

١- ١) لم نعره عليه.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٢٣٦ ب «١١» من أبواب النفقات.

٣- ٣) لقمان: ١٥.

٤- ٤) المبسوط ٦: ٣٥.

و يشترط في المنفق (١) القدره، فلو حصل له قدر كفايته اقتصر على نفسه، فإن فضل شيء فلزوجته، فإن فضل للأبوين والأولاد.

و قد أغرب الفاضل فخر الدين في شرحه (١) حيث جعل المانع من الإرث - كالرق و الكفر و القتل - مانعا من وجوب الإنفاق. و ربما نقل عنه أن ذلك إجماعي.

و الأمر بخلافه، لتصريح الأصحاب بنحو ما قلناه (٢)، و لم نقف على مخالف منهم فيه.

مع أن هذا و إن تمّ في الرق، حيث إن نفقه المملوك لا - تجب على قريبه، إلا - أن ذلك لا من حيث إن الرق مانع من الإرث، بل من حيث استغنائه بإنفاق السيد عليه المقدم في الوجوب على القريب، لاشتغاله بخدمته فكان أولى بالإنفاق عليه. و لو فرض تقصيره في النفقه و لم يتفق من يجبره على بيعه أو الإنفاق عليه فالأقوى وجوبها على قريبه، عملا - بالعموم (٣) الخالي عن المعارض هنا.

و قيد بعضهم (٤) الكافر بكونه معصوم الدم، فلو كان حريتا لم يجب الإنفاق عليه، لجواز إتلافه فترك الإنفاق عليه لا يزيد عنه. و لا بأس به، و إن كان للعموم (٥) أيضا وجه، لما فيه من المصاحبه بالمعروف المأمور بها للأبوين على العموم، إلا أن يفرق بينهما و بين الأولاد.

قوله «و يشترط في المنفق إلخ».

المعتبر من كفايته قوت يومه بالنسبه إلى المؤنه، و كسوته اللائقه بحاله في الفصل الذي هو فيه، و لا - يعتبر غيره في الوقت الحاضر. و الآلات المضطرّ إليها للطعام و الفرش كالكسوه. فهذا هو الذي يعتبر مقدّما على نفقه الزوجه. ثمّ تعتبر نفقه الزوجه ليومها أيضا. و نفقه خادمها تابع لنفقتها. و القول في كسوتها و بقيه

ص: ٤٨٧

١ - ١) إيضاح الفوائد ٢٨٤: ٣.

٢ - ٢) في «س» و «و»: نقلناه.

٣ - ٣) لاحظ الهامش (٢) في الصفحه السابقه.

٤ - ٤) لم نعثر عليه.

٥ - ٥) لاحظ الهامش (٣) في الصفحه السابقه.

و لا تقدير فى النفقه،(١) بل الواجب قدر الكفايه من الإطعام و الكسوه و المسكن، و ما يحتاج إليه من زياده الكسوه فى الشتاء للتدثر يقظه و نوما.

الآلات كالقول فى الرجل. فإن فضل من ماله بالفعل أو القوه شىء و جب صرفه إلى الأبوين و الأولاد كما شرحناه. فإن قام بكفايتهم و مئونه يومهم عمل فى اليوم الثانى مثل ذلك، و إن قصر عنهم حيث كانوا متعددين فسيأتى (١) البحث فيه.

و لو لم تكن له زوجه و كان يفضل من ماله أو كسبه ما يقوم بكفايه قريبه جاز له التزويج و إن أدى إلى عدم الإنفاق عليهما، لأن نفقتهما مواساه تجب حيث يمكن، و التزويج أمر سائغ له، بل مأمور به.

قوله: «و لا تقدير فى النفقه. إلخ».

لمّا كان المعتبر من نفقه القريب المواساه له و دفع حاجته لم يتقدّر بقدر، بل يعتبر فيها الكفايه بحسب حال المنفق لا المنفق عليه، بخلاف نفقه الزوجه، فيعتبر فيه الحاجه و قدرها، حتى لو استغنى فى بعض الأيام بضيافه و غيرها لم تجب.

و يعتبر حاله فى سنّه و زهادته و رغبتّه، بخلاف الزوجه. فالرضيع تندفع حاجته بمؤنه الإرضاع فى الحولين، و الفطيم و ما بعده على ما يليق بهما. و لا- يعتبر بلوغ المنفق عليه حدّ الضروره، كما لا- يكتفى بسدّ رمقه، بل الكفايه. و يجب الأدم، كما يجب القوت عندنا. و كذا الكسوه و السكنى. و لو احتاج إلى الخدمه و جبت مؤونه الخادم أيضا. و الظاهر أن مؤونه القريب إمتاع لا تمليك، بخلاف نفقه الزوجه، لما تقرّر من أن الغرض منها دفع الحاجه، بخلاف ما وقع معاوضه، فلو تلفت فى يده بغير تفريط و جب إبدالها، و كذا لو أتلّفها بنفسه، لكن هنا يجب عليه مع إبدالها ضمان ما أتلّفه إذا أيسر.

ص: ٤٨٨

(١ - ١) فى ص: ٤٩٣.

ولا يجب إعفاف (١) من تجب النفقه له.

قوله: «ولا يجب إعفاف. إلخ».

المراد بالإعفاف أن يصيره ذا عَقَّة، بأن يهَيِّئ له مستمتعا، بأن يزوجه، أو يعطيه مهرا لیتزوّج، أو يملكه جاريه محلّله له، أو يعطيه ثمن جاريه صالحه له عرفا كالنفقه. وقد قال بوجوبه بعض (١) الأصحاب و جماعه (٢) من العلماء للأب و إن علا، لأن ذلك من أهمّ المصاحبه بالمعروف، ولأنه من وجوه حاجاته المهمّه، فيجب على الابن القيام به كالنفقه و الكسوه. و الأشهر الاستحباب. و لو كان قادرا على التزويج مالكا للمهر لم يجب على القولين، و إن وجبت نفقته بعد ذلك.

و يشترط حاجته إلى النكاح، و يقبل قوله في الرغبه من غير يمين، لكن لا يحلّ له طلبه حيث نقول بوجوبه إلا إذا صدقت شهوته و شقّ عليه الصبر.

و لا تتأدى الوظيفه وجوبا و استحبابا بالعجز التي لا تليق بحاله، و لا الشوهاء، كما ليس له أن يطعمه طعاما فاسدا لا ينسأغ برغبه. و نفقه الزوجه حينئذ تابعه للإعفاف، فإن وجب وجبت و إلا استجبت. و كذا القول في نفقه زوجه الأب التي يتزوّجها بغير واسطه الابن. و أوجب الشيخ في المبسوط (٣) نفقه زوجته و إن لم يجب إعفافه، لأنها من جمله مؤنثه و ضرورته، كنفقه خادمه حيث يحتاج إليه.

و لو ماتت الزوجه أو الأمه تجدد حكم الإعفاف بغيرها وجوبا أو استحبابا.

و كذا لو طلقها لنشوز و نحوه، أو باع الأمه لذلك. و لو كان تشهيا لم يعد الحكم، لأنه المقصر و المفوت على نفسه.

ص: ٤٨٩

١-١) لم نعثر عليه.

٢-٢) الحاوى الكبير ١١: ٤٨٩، حليه العلماء ٧: ٤٢٦-٤٢٧، الوجيز ٢: ١١٦، روضه الطالبين ٥: ٥٤٥.

٣-٣) المبسوط ٤٩: ٤٩.

و ينفق على أبيه (١) دون أولاده، لأنهم إخوه المنفق. و ينفق على ولده و أولاده، لأنهم أولاد.

و لا تقضى نفقه (٢) الأقارب، لأنها مواساه لسد الخلة، فلا تستقر في الذمه و لو قدرها الحاكم. نعم، لو أمره بالاستدانه عليه فاستدان و جب القضاء له.

قوله: «و ينفق على أبيه. إلخ».

لما كان و جب الإنفاق مختصاً بالأب و إن علا و بالولد و إن نزل دون غيرهم من الأقارب فاللازم منه أنه لو كان له أب و لأبيه أولاد و هو عاجز عن نفقته و نفقتهم و جب على الابن الإنفاق عليه دون أولاده، لفقد محل الواجب فيهم من حيث إنهم إخوه. و لو كان له ولد و لولده أولاد محتاجون و جب عليه الإنفاق على الجميع، لصدق الأولاد على الجميع الموجب للنفقة و إن لم يصدق ذلك مطلقاً كما مر (١).

و كما لا- يجب الإنفاق على زوجه الأب إذا لم تكن امراً- إن لم نقل بوجوب الإعفاف على الابن- فكذا لا يجب على زوجه الولد، و قوفاً على موضع اليقين، و لأنه لا- يجب إعفاف الابن اتفاقاً إلا مع حاجته إلى الزوجه بحيث تؤدى مؤدى الخادم حيث يكون محتاجاً إليه، فيجب الإنفاق عليها لذلك و إن لم يجب لكونها زوجه.

قوله: «و لا تقضى نفقه. إلخ».

أشار بالتعليل إلى الفرق بين نفقه القريب و نفقه الزوجه- حيث و جب قضاء نفقتها دون نفقه القريب- بأن الغرض من نفقه القريب مواساته و سد خلته،

ص: ٤٩٠

و تشمل اللواحق على مسائل:

الأولى: تجب نفقه الولد على أبيه، و مع عدمه أو فقره فعلى أب الأب و إن علا، لأنه أب

الأولى: تجب نفقه الولد (١) على أبيه، و مع عدمه أو فقره فعلى أب الأب و إن علا، لأنه أب. و لو عدت الآباء فعلى أم الولد، و مع عدمها أو فقرها فعلى أبيها و أمها و إن علوا، الأقرب فالأقرب. و مع التساوى يشتركون فى الإنفاق.

فوجبها لدفع الحاجة لا عوض (١) فإذا أخل بها أثم و لم تستقرّ فى الذمه، فلا يجب قضاؤها، كما لو أخلّ بقضاء حاجه المحتاج الذى يجب عليه إعانتة، بخلاف نفقه الزوجه، فإنها وجبت عوض الاستمتاع فكانت كالمعاوضه المالىه، فإذا لم يؤدّها استقرّت فى ذمته، و تفرّج عليه وجوب قضاؤها. و لا فرق فى ذلك عندنا بين تقدير الحاكم لها و عدمه، لأن تقديرها لم يخرجها عن حالها الأصلي من كونها مواساه و دفع ضروره، خلافا لبعض الشافعيه (٢) حيث ذهب إلى أنها مع فرض الحاكم لها تصير دينا فى الذمه. نعم، لو أمره [١] الحاكم بالاستدانه على قريبه الواجب عليه الإنفاق لغيبته أو امتناعه و استدان استقرّت فى ذمته بذلك، و وجب عليه قضاؤها، لأنها صارت بذلك دينا محضا.

قوله: «تجب نفقه الولد. إلخ».

أشار بهذه المسائل إلى بيان مراتب المنفق و المنفق عليه و حكمهما عند الاجتماع، فإذا وجد للمحتاج قريبان من أصوله لو انفرد أحدهما لوجب التّفقه عليه نظر إن اجتمع أبوه و امه فالتّفقه على الأب دونها، لقوله تعالى:

ص: ٤٩١

١- ١) فى الحجريتين: لعوض.

٢- ٢) الوجيز للغزالي ١١٦: ٢.

فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (١) أو جب أجره الرضاع على الأب فكذا غيرها من النفقات، استصحبا لحكم الوجوب، و لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لهند: «خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (٢) من غير أن يستفصل هل هى موسره بنفقه الولد أم لا؟ و ترك الاستفصال يفيد العموم.

و إن فقد الأب أو كان معسرا و وجد أحد من آبائه قام مقامه فى الوجوب مقدّما على الأم، لمشاركته له فى المعنى و الاسم. و هكذا الحكم فيه و إن علا. و لا يفرض تعدّده، لأن المراد به ولى المال، و هو مختصّ بجانب الأبوة دون الأمهات و إن كنّ لأب.

فإن فقد الجميع أو كانوا معسرين و جبت حينئذ على الأم الموسره. فإن فقدت أو كانت معسره فعلى أبيها و أمها بالسويّه و إن علا، مقدّما فى الوجوب الأقرب إليها فالأقرب.

و لم يتعرّض لحكم الآباء و الأمهات من قبل أم الأب و إن علا، و قد ذكر الشيخ (٣) و غيره (٤) من الأصحاب أن حكمهم حكم آباء الأم من الطرفين، فيشاركونهم مع التساوى فى الدرجه بالسويّه، و يختصّ الأقرب من الجانبين إلى المحتاج بوجوب الإنفاق. فلو كان له أب أم و أم أب و جبت عليهما على السويّه.

و كذا لو اجتمع أب أم أب و أم أب أم، أو أب أب أم و أم أم أب. و متى قرب أحدهما بدرجه فهو أولى. و على هذا حكم باقى الفروض المتعدّده من الجانبين أو أحدهما.

فهذا ما يتعلّق بحكم الأصول منفردين عن الفروع.

ص: ٤٩٢

١- ١) الطلاق: ٤.

٢- ٢) تقدم ذكر مصادره فى ص: ٤٣٨، هامش (٣).

٣- ٣) المبسوط ٣٢: ٤، الخلاف طبعه كوشانيور ٢: ٣٣١ (مسأله: ٢٢).

٤- ٤) راجع السرائر ٢: ٤٥٧.

الثانية: إذا كان له أبوان و فضل له ما يكفى أحدهما كانا فيه سواء

الثانية: إذا كان له أبوان (١) و فضل له ما يكفى أحدهما كانا فيه سواء. و كذا لو كان ابنا و أباً. و لو كان أباً و جدّاً، أو أما و جدّه، خصّ به الأقرب.

و لو انعكس بأن وجد الفروع دون الأصول، فإن اتّحد الفرع وجبت عليه بشرطه. و إن تعدّد في درجة واحده كالأولاد المتعدّدين وجبت عليهم بالسويّه، سواء في ذلك الذكر و الأنثى. و لو اختلفت درجاتهم - كابن و ابن ابن، أو ابن ابن و ابن ابن ابن - وجبت على الأقرب إلى المنفق عليه فالأقرب. و لا فرق في ذلك كلّ بين الذكر و الأنثى، و لا بين الموسر بالقوّه و الفعل على الأقوى فيهما. و في المسألة قول آخر بوجوبها على الذكر و الأنثى على حسب الميراث، و آخر باختصاصها بالذكر.

و هما ضعيفان.

و بقى من الأقسام ما لو اجتمع العمودان. و سيأتي (١) في كلام المصنف الإشارة إلى بعض مسائله، و هناك تفصيلها إن شاء الله تعالى.

قوله: «إذا كان له أبوان. إلخ».

أشار بهذه المسألة إلى شيء من أحكام ما إذا تعدّد المنفق عليه. و جملة أقسامه أنه إن وجد من جهة واحده كالآباء و الأجداد المتعدّدين أو الأولاد المتعدّدين يجب الإنفاق على الجميع، القريب منهم و البعيد، إن وسع ماله أو كسبه لذلك، و إن قصر بدأ بالأقرب إليه فالأقرب. فالأب أولى من الجدّ، فإن فضل عنه فضل صرف إلى الجدّ، و كان أولى ممّن بعد عنه بمرتبته، و هكذا. و لا فرق في كلّ مرتبه بين الذكر و الأنثى، و لا بين المتقرّب بالأب من الأب و الام و المتقرّب بالأم كذلك. فالأبوان يتساويان، و كذا أبواهما. فلو اجتمع أب الأب مع أم الأم كانا

ص: ٤٩٣

(١ - ١) في المسألة الثانية.

.....
سواء، و هكذا.

و لو اجتمع الأولاد المتعدّدون فكذلك يشترك ذكرهم و أنثاهم مع تساويهم فى المرتبه، و يختصّ الأقرب مع القصور. فلو كان له ابن و بنت تساويا. و كذا لو كان له ابن بنت و بنت ابن. و البنت أولى من ابن الابن، و هكذا. و لو اجتمع العمودان اعتبرت المراتب فى الطرفين، فإن تساوت عددا اشتركا، و إن اختلفت اختصّ الأقرب. فالأولاد ذكورا و إناثا و مختلفين يشاركون الأبوين. و كذا أولاد الأولاد مطلقا يشاركون الأجداد و الجدّات للأب، أو الأم، أولهما. و الأولاد للصلب أولى من الأجداد، كما أن الأبوين أولى من أولاد الأولاد. و هكذا فى جميع المراتب. هذا كلّ مع قصور مال المنفق عليهم عن مقدار كفايتهم.

و إنما يشترك المتعدّدون فى المرتبه الواحده مع كفايه سهم كلّ واحد لصاحبه أو إفادته نفعا معتدّا به، فلو لم ينتفع به أحدهم لقلّته و كثرتهم ففى اقتسامهم له كذلك أو القرعه فيه بينهم و جهان أجودهما الثانى، لمنافاه التشريك الغرض من نفقه القريب، لأن المقصود منها سدّ الخله و هو منتف مع القسمة مطلقا. و ليست كالدين الذى يتساوى فيه المستحقّون و إن قلّ. و ترجيح بعضهم بغير مرجح ممتنع. و القرعه مرجحه بمرجح.

و لو كان نصيب أحدهم يعتدّ بنفعه له -لصغر أو مرض -دون الباقيين أقرع فيمن عدا المنتفع إن تعدّد و إلا اختصّ كلّ بنصيبه، مع احتمال اختصاص المنتفع بنصيبه بالجميع. و فى ترجيح الأوج -لصغر و مرض -بدون القرعه و جهان، من اشتراكهما فى أصل الحاجه، و كونها علّه الإنفاق، و كلّما كانت أقوى كان تأثيرها أقوى.

ص: ٤٩٤

الثالثه: لو كان له أب (١) وجد موسران فنفته على أبيه دون جدّه. و لو كان له ابن و أب موسران، كانت نفقته عليهما بالسويّه.

قوله: «لو كان له أب. إلخ».

قد تقدّم (١) أن الأب مقدّم في وجوب الإنفاق على الجدّ، وليس في إعادتها كثير فائده إلا التقييد باليسار، و قد علم اشتراطه في كلّ من تجب عليه النفقه.

و أما قوله: «و لو كان له أب و ابن موسران كانت النفقه عليهما» فهو تتمّه أقسام تعدّد المنفقين، و هو ما لو اجتمع العمودان معا. و جه تساوى الأب و الابن في الوجوب ظاهر، لتساويهما في الرتبة، فإن المنفق عليه أب لأحدهما و ابن للآخر، فلا فارق بينهما إلا الأبوه و البنوه، و كلاهما علّه لوجوب الإنفاق. و حيث كان الأب مقدّمًا على الجدّ فمساويه في المرتبه- و هو الابن- يكون مقدّمًا عليه كذلك. و هكذا القول في الأب مع ولد الولد، فإن الأب أولى بالوجوب، لأنه أقرب.

بقي الكلام في حكم الولد لو كان أنثى، و حكم الأم مع الولد مطلقا، و المصنف لم يتعرّض لحكمهما. و لا يخلو من إشكال من حيث المرتبه، فإن الابن مساو للأم في المرتبه كما قلناه في الأب، و كذلك البنت، و كذلك هي مساويه للأب كالابن.

فيحتمل اشتراك الجميع في الوجوب عدا الأم، فإنها مع وجود الأب متأخره.

و تقديم الابن على الأم، لأنه في مرتبه الأب المتقدم على الجدّ المتقدم عليها. بل تقديم الأولاد مطلقا عليها لذلك، فإن البنت في مرتبه الابن المتقدم عليها بمراتب.

و تقديم الابن على البنت كما قدّم الأب على الام. و اشتراك البنت و الأم خاصّه مع تقدّم الابن عليهما، لاشتراكهما في الأنوثيه الموجه لتأخر الرتبه، و تساويهما في المرتبه بالنسبه إلى المنفق عليه. و ليس في الباب دليل واضح، و قلّ من تعرّض من أصحابنا للبحث عن ذلك. و الوجه استواء الابن و البنت و الأم مع الولد مطلقا، و به

الرابعة: إذا دافع بالنفقة الواجبه أجبره الحاكم، فإن امتنع حبسه

الرابعة: إذا دافع بالنفقة (١) الواجبه أجبره الحاكم، فإن امتنع حبسه.

و إن كان له مال ظاهر جاز أن يأخذ من ماله ما يصرف في النفقه. و إن كان له عروض أو عقار أو متاع جاز بيعه، لأن حق النفقه كالدين.

قطع في التحرير (١)، و تردّد في القواعد (٢).

تنبيهات:

الأول: لو كان الأقرب معسرا و أوجبها على الأبعد فأنفق ثمّ أيسر الأقرب تعلّق به الوجوب حينئذ، و لا يرجع الأبعد عليه بما أنفق، لأنه كان مخاطبا بالوجوب قبل يسار الأقرب لا نائبا عنه.

الثاني: لو كان له ولدان و لم يقدر إلا على نفقه أحدهما و له أب و جب على الأب نفقه الأخرى. فإن اختلفا في قدر النفقه و كان مال الأب يسع أحدهما بعينه كالأقل نفقه اختصّ به، و وجبت نفقه الآخر على جدّه. و إن تساويا في النفقه و اتفقا على الإنفاق بالشركه أو على أن يختصّ كلّ واحد منهما بواحد فذاك، و إن اختلفا عمل بقول من يدعو إلى الاشتراك. و كذا يحكم بالاشتراك لو أراد كلّ منهما الاختصاص بواحد. و يحتمل قويا القرعه.

الثالث: لو كان للأبوين المحتاجين ابن لا يقدر إلا على نفقه أحدهما، و للابن ابن موسر، فعلى ابن الابن باقى نفقتهما. و حكمهما في الاختلاف و الاتفاق كالسابق.

قوله: «إذا دافع بالنفقة. إلخ».

لا فرق في هذا الحكم بين نفقه الزوجه و الأقارب، لاشتراكهما في الوجوب و إن اختلفا بالقوه و الضعف. و للحاكم إجبار من يقصّر في دفع الواجب، فإن امتنع من الدفع مع أمره تخيير الحاكم بين حبسه و تأديبه لينفق بنفسه، و بين أن يدفع من

ص: ٤٩٤

١- ١) تحرير الأحكام ٥٠: ٢.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٥٨: ٢.

القول فى نفقه المملوك تجب النفقه على ما (١) يملكه الإنسان من رقيق و بهيمه. أما العبد و الأمه فمولاهما بالخيار فى الإنفاق عليهما من خاصه أو من كسبهما.

ماله مقدار النفقه إن كان له مال ظاهر. و لو توقّف على بيع شىء من عقاره أو ماله جاز، لأن حقّ النفقه واجب فكانت فى ذلك كالدين، و إن فارقت نفقه القريب بعد مضى الوقت، لأن الكلام هنا فى حكمها فى الوقت.

و لو كان المنفق غائبا تولّى الحاكم النفقه من ماله كالحاضر الممتنع. و له أن يأذن للمنفق عليه فى الاستدانه و الإنفاق ثم يرجع عليه به كما مرّ (١). و قد تقدّم (٢) الكلام فى أمر النبى صلّى الله عليه و آله و سلم هنداً فى أخذ قدر كفايتها و ولدها من مال الزوج.

و لو لم يقدر على الوصول إلى الحاكم ففى جواز استقلاله بالاستقراض عليه أو البيع من ماله مع امتناعه أو غيبته و جهان أجودهما الجواز، لأن ذلك من ضروب المقاضه حيث يقع أخذ القريب فى الوقت و الزوجه مطلقاً.

و لو تعدّد المنفق و امتنع أحدهم أو غاب دون الباقي أنفق الحاكم من مال الممتنع أو الغائب بحسب ما يخصّه، و أنفق الباذل ما يخصّه منها. و لو لم يجد الحاكم مالا و لا مقرضاً أمر الحاضر بالإنفاق بضعها ممّا عليه و بعضها قرضاً على شريكه فيه.

قوله: «تجب النفقه على ما. إلخ».

مما يجب على الإنسان الإنفاق عليه ما يملكه من الحيوان إنساناً أم بهيمه، لحرمة الروح، و لما روى عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلم أنه قال: «للمملوك

ص: ٤٩٧

١- ١) فى ص: ٤٩١.

٢- ٢) فى ص: ٤٣٨.

و لا تقدير لنفقتهما،(١) بل الواجب قدر الكفايه من إطعام و إدام و كسوه. و يرجع فى جنس ذلك كله إلى عادته ممالكك أمثال السيد من أهل بلده.

طعامه و كسوته بالمعروف» (١) و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «عذبت امرأه فى هره أمسكتها حتى ماتت من الجوع، فلم تكن تطعمها و لا ترسلها لتأكل من خشاش الأرض» (٢). و الخشاش - بفتح الخاء و كسرهما - هو أمها. (٣) و لا - فرق فى المملوك بين الصغير و الكبير و الصحيح و الأعمى و الزمن و المرهون و المستأجر و غيرها، و لا بين الكسوب و غيره، لكن فى الكسوب يتخير المولى بين الإنفاق عليه من ماله و أخذ كسبه، و بين إيكال نفقته إلى الكسب، فإن لم يف فالباقي على السيد.

و لو تعدد المالك فالنفقة عليهم موزعه بحسب الملك.

قوله: «و لا تقدير لنفقتهما. إلخ».

المعتبر من هذه النفقه قدر الكفايه، و لا تتقدّر بقدر كنفقه القريب.

و هل المعتبر كفايه مثله فى الغالب أو كفايه نفسه؟ وجهان أجودهما الثانى، فتراعى رغبته و زهادته و كثره أكله بحيث لا يقوم به دون ذلك و قلته، فلو كان أكله زائدا عن أمثاله و فقد الزيادة يؤثر فى قوته و بدنه لزم السيد. و مثله نفقه القريب.

و أما الجنس فيعتبر غالب القوت الذى يطعم منه الممالك فى البلد لأمثال السيد من الحنطه و الشعير و غيرهما. و كذا الإدام الغالب، و الكسوه الغالبه من القطن و الكتان و الصوف. و يراعى حال السيد فى اليسار و الإعسار و المقام، فيجب ما

ص: ٤٩٨

١ - ١) موطأ مالك ٢: ٩٨٠ ح ٤٠، مسند الشافعى: ٣٠٥، أخبار أصفهان لأبى نعيم ١: ١٧٣.

٢ - ٢) صحيح مسلم ٤: ٢٠٢٢ ح ١٣٣، صحيح البخارى ٣: ٧٧، سنن البيهقى ٨: ١٣.

٣ - ٣) لسان العرب ٦: ٢٩٦.

يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب و خسيسه. و لا يجوز الاقتصار فى الكسوه عن ذلك و إن لم يتأذ بحرّ و لا برد، لأن ذلك يعدّ تحقيرا و إذلالا.

و لو كان السيّد يتنعم فى الطعام و الإدام و الكسوه استحبّ أن يدفع إليه مثله، و لا يجب، بل يجوز الاقتصار على ما دونه إذا كان هو الغالب. و ما روى أنه صلّى الله عليه و آله و سلم قال: «إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مِمّا يأكل و يلبسه مِمّا يلبس» (١) محمول على الاستحباب، أو على أن الخطاب للعرب الذين مطاعمهم و ملابسهم متقاربه، أو على أنه جواب سائل علم حاله فأجاب على ما اقتضاه الحال، كما وقع فى كثير من أجوبته صلّى الله عليه و آله و سلم.

و لو كان السيّد يطعم و يلبس دون المعتاد غالبا-بخلا أو رياضه-لزمته رعايه الغالب للرفيق، فليس له الاقتصار على ما اقتصر عليه.

و لو كان له مماليك فالأولى التسويه بينهم مع اتّفاقهم فى الجنس و إن اختلفوا فى النفاسه و الخسه. و له تفضيل ذوات الجمال من الإماء و السرارى مطلقا، حملا على الغالب.

و يستحبّ أن يجلس رقيقه معه على المائده و يطعمهم، خصوصا إذا كان هو الذى يعالج طعامه. فإن لم يفعل فينبغى له أن يعطيه منه و لو لقمه، روى أنه صلّى الله عليه و آله و سلم قال: «إذا جاء أحدكم خادمه بطعامه و قد كفاه حرّه و عمله فليقعده فليأكل معه، و إلا- فليناوله أكله من طعام» (٢) و فى روايه أخرى: «إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حرّه و دخانه فليجلسه معه، فإن أبى فليروغ له اللقمه

ص: ٤٩٩

١- ١) مسند أحمد ٥: ١٦١، صحيح البخارى ١: ١٣، صحيح مسلم ٣: ١٢٨٣ ح ١٦٦١.

٢- ٢) مسند أحمد ٢: ٤٠٦، صحيح البخارى ٦: ٢١٤، صحيح مسلم ٣: ١٢٨٤ ح ١٦٦٣، سنن أبى داود ٣: ٣٦٥ ح ٣٨٤٦.

و لو امتنع عن الإنفاق(١)أجبر على بيعه أو الإنفاق.و يستوى فى ذلك القنّ و المدبّر و أم الولد.

و اللقمتين» (١)و الأكله-بالضمّ-اللقمه (٢)،و روّغها:إذا روّأها دسما (٣).

و ربما ذهب بعضهم (٤)إلى وجوب أحد الأمرين تخييراً،عملاً بظاهر الأمر، مع كون الإجماع أفضل.و الوجه أن ذلك على وجه الاستحباب ندباً إلى التواضع و مكارم الأخلاق.و الاستحباب فيمن عالج الطعام أكد،و رعايه هذا الخلق فى حقّ الحاضرين أهمّ.و ليكن ما يناوله من اللقمه كبيره تسدّ مسدّاً،دون الصغيره التى تهيج الشهوه و لا تقضى النهمه.

و اعلم أن نفقه الحيوان كنفقه القريب فى أنها إمتاع لا- تملك،بل هنا أولى، لعدم قبوله الملك مطلقاً على أصحّ الأقوال،فلا تصير ديناً بتأخيرها،بل تسقط بمضى الزمان و إن فعل حراماً.و لو دفع إليه الطعام ثمّ أراد إبداله فله ذلك ما لم يتضمّن تأخير الأكل عن المعتاد.

قوله:«و لو امتنع عن الإنفاق.إلخ».

إذا امتنع المولى من الإنفاق على المملوك مع قدرته عليه أجبره الحاكم على الإنفاق أو البيع.و إن لم يكن له مال و كان ذا كسب خيره بين البيع و التكبّ و الإنفاق عليه إن و فى الكسب.و مع التعذّر يتعيّن البيع إن لم يمكن الإنفاق عليه من بيت المال أو تبرّع به متبرّع أو من الزكاه و نحوها.و لو تعذّر البيع لعدم الراغب اجبر على الإنفاق عليه،لأن الواجب المخير إذا تعذّر بعض أفراده تعيّن الباقي،فلو لم يبق منه إلا فرد صار كالواجب المعيّن.

ص:٥٠٠

١-١) مسند الشافعى:٣٠٥،مسند الحميدى ٢:٤٦٠ ح ١٠٧٠،مسند أحمد ٢:٢٩٩،سنن البيهقى ٨:٨.

٢-٢) لسان العرب ١٩:١١.

٣-٣) لسان العرب ٤٣١:٨.

٤-٤) روضه الطالبين ٥٢١:٦.

و يجوز أن يخارج (١) المملوك، بأن يضرب عليه ضريبه، و يجعل الفاضل له إذا رضى. فإن فضل قدر كفايته و كله إليه، و إلا كان على المولى التمام. و لا يجوز أن يضرب عليه ما يقصر كسبه عنه، و لا ما لا يفضل معه قدر نفقته، إلا إذا قام بها المولى.

و لا- فرق فى ذلك بين القنّ و المدبّر و أم الولد، لاشتراك الجميع فى المملوكية، إلا أن أم الولد لا تباع، بل يجبر على الإنفاق عليها خاصه، و مع تعدّره- لفقره و تعدّره الإنفاق عليها من بيت المال و نحوه- لم يجب تعجيل عتقها، كما لا يجب عتق غيرها من الرقيق. و هل يجوز بيعها حينئذ؟ وجهان من عموم النهى (١) عن بيع أم الولد المتناول لذلك، و من جواز بيعها فيما هو أقلّ ضرراً من هذا، فإن فيه حفظ النفس من الهلاك. و لعله أقوى، و به قطع الشّهد فى اللّمعه (٢).

و خرج بمن عدّد من أنواع المماليك المكاتب، فإن نفقته تسقط عن المالك و تثبت فى كسبه. و كذا لو اشترى المكاتب مملوكاً، أو أتّهب، أو أوصى له- حيث جوّزناها- و لو بابنه و أبيه، فيجب عليه الإنفاق عليه ما دام مملوكاً له، فإذا أعتق سقطت ما دام مكاتباً، لأن نفقه القرابه غير واجبه عليه.

قوله: «و يجوز أن يخارج إلخ».

المخارجه هى ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤدّيه كلّ يوم أو مدّه ممّا يكتسبه. و ليس للعبد أن يجبر السيّد عليها إجماعاً، و لا للسيّد إجبار العبد على أصحّ القولين، لأنه يملك استخدامه المعتاد لا تحصيل ذلك القدر المطلوب منه بالكسب. و اختار فى التحرير (٣) جواز إجباره عليها إذا لم يتجاوز بذل المجهود، لأنه

ص: ٥٠١

١- ١) لاحظ الوسائل ٥١: ١٣ ب «٢٤» من أبواب بيع الحيوان ح ١.

٢- ٢) اللّمعه الدمشقيه: ١٢٢.

٣- ٣) تحرير الأحكام ٥٠: ٢.

و أما نفقه البهائم (١) المملوكة فواجبه، سواء كانت مأكوله أو لم تكن.

و الواجب القيام بما تحتاج إليه، فإن اجتزأت بالرعى و إلا علفها. فإن امتنع اجبر على بيعها، أو ذبحها إن كانت تقصد بالذبح، أو الإنفاق. و إن كان لها ولد و فرّ عليه من لبنها قدر كفايته. و لو اجتزأ بغيره من رعى أو علف جاز أخذ اللبن.

يملك منافعه فله نقلها إلى غيره بالعوض على كره منه، و المخارجه مثله.

و إذا تراضيا فليكن له كسب دائم يفى بذلك الخراج فاضلا عن نفقته و كسوته إن جعلهما المولى فى كسبه. و إذا وفى و زاد ما يكتسبه فالزيادة مبرّه من السيّد إلى عبده و توسيع عليه. و إن ضرب عليه أكثر ممّا يليق بحاله منعه منه الحاكم، و قد ورد: «لا تكلفوا الصغير الكسب فيسرق، و لا الأمه غير ذات الصنعه فتكتسب بفرجها» (١). و يجبر النقصان فى بعض الأيام بالزيادة فى بعضها حيث شرطها لمده تسع ذلك. و لا يخفى أن المخارجه لا تلزم استدامه كما لا تجب ابتداء.

و اعلم أنه لا يجوز للمولى أن يكلف رقيقه العمل إلا ما يطيقه و يعتاد لمثله.

و لا يكلفه الأعمال الشاقّة إلا فى بعض الأوقات المعتاده لها، و لا ما إذا قام به يوما أو يومين ضعف بعدها شهرا أو شهرين. و إذا عمل بالنهار أراحه بالليل، و بالعكس.

و يريحه فى أيام الصيف فى وقت القيلولة. و يتبع فى جميع ذلك العاده الغالبه.

قوله: «و أما نفقه البهائم. إلخ».

من ملك دابّه لزمه علفها و سقيها، لحرمة الروح. و يقوم مقام السقى و العلف تخليتها لترعى و ترد الماء إن كانت ممّا ترعى و تجتزئ به، لخصب الأرض، و لم يكن مانع من ثلج و غيره. و إن أجذبت الأرض و كانت لا تجتزئ بما ترعى فعليه أن

ص: ٥٠٢

١- (١) الموطأ ٢: ٩٨١ ح ٤٢، المصنف لابن أبى شيبة الكوفى ٧: ٣٦ ح ٢٢٩١، ذكر أخبار أصفهان لأبى نعيم ١: ١٧٣.

يضيف إليه من العلف ما يكفيها. و يطرد ذلك في كل حيوان محترم. فإن امتنع من ذلك أجبره الحاكم على بيعها، أو صيانتها بالعلف، أو التخليه، أو ذبحها إن كانت مما تقصد بالذبح للحم أو لتذكيه الجلد على أصح القولين. وإن لم ينتفع بها بالذبح اجبر على الإنفاق أو البيع. فإن لم يفعل ناب الحاكم عنه في ذلك على ما يراه و يقتضيه الحال. وإنما يتخير مع إمكان فعل كل واحد من الأفراد و إلا وجب الممكن، حتى لو انحصر في فرد تعين كما مر (1). و إن كان لها ولد وفر عليه من لبنها ما يكفيه و حلب ما يفضل عنه، إلا أن تتأدى كفايته بغير اللبن.

تنبيهات:

لا- يجوز تكليف الدابة ما لا تطيقه من تثقيل الحمل و إدامه السير. و يجوز غصب العلف لإبقائها إذا لم يوجد غيره و لم يبذله المالك بالعوض، كما يجوز غصبه كذلك لحفظ نفس الإنسان، و يلزمه المثل أو القيمة. و لا- يجوز الحلب إذا كان يضرب بالبهيمه، لقله العلف، و إن لم يضرب ولدها. و يكره تركه إذا لم يكن في الحلب إضرار بها، لما فيه من تضييع المال و الإضرار بالبهيمه. و يحتمل الوجوب. و يستحب أن لا يستقصى في الحلب، و أن يقص الحالب أظفاره كيلا يؤذيها بالقرص.

و يبقى للنحل شيء من العسل في الكواره [1]. و لو احتاجت إليه- كوقت الشتاء- وجب إبقاء ما يكفيها عادة. و يستحب أن يبقى أكثر من الكفايه، إلا أن يضرب بها.

و ديدان القرع تعيش بورق التوت، فعلى مالكها القيام بكفائتها منه، و حفظها من التلف. فإن عزّ الورق و لم يعتن بها باع الحاكم من ماله و اشترى لها منه ما

ص: ٥٠٣

يكفيها. و لا يجوز إتلافها لذلك. و إذا جاء وقتها جاز تجفيف جوزها فى الشمس - و إن هلكت - لتحصيل غايتها.

و بقى من المال ما لا - روح فيه كالعقار، فلا يجب القيام بعمارتها، و لا زراعه الأرض، لكن يكره تركه إذا أدى إلى الخراب. و فى وجوب سقى الزرع و الشجر و حرثه مع الإمكان قولان أشهرهما العدم.

تمّ قسم العقود بحمد الله تعالى و منّه و حسن توفيقه. و الحمد لله أولاً و آخراً.

فرغ من تأليف هذا الشرح ضحى يوم الأربعاء الحادى و العشرين من شهر ربيع الآخر سنة ثلاث و ستين و تسعمائه من الهجره النبويّه على مشرفها السلام.

تمّ المجلد الثامن و لله الحمد، و يليه المجلد التاسع بإذنه تعالى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



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

