



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

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

تَجَانُّعُ الْمُتَمِصِّينِ  
فِي شَرْحِ الْقَوْلِ غَدَاةً

مؤلف

الشيخ العلامة

الشيخ علي بن الحسين السبكي

القرن ٩٤٠ هـ

لغة الأندلس

مطبع

مطبعة دار الكتب والوثائق القومية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# جامع المقاصد فى شرح القواعد

كاتب:

على بن حسين بن عبدالعالى محقق كركى

نشرت فى الطباعة:

موسسه آل البيت ( عليهم السلام ) لاحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١٠	جامع المقاصد فى شرح القواعد المجلد ١٢
١٠	اشاره
١١	اشاره
١٧	كتاب النكاح
١٧	اشاره
١٨	الأول:فى المقدمات
١٨	اشاره
١٨	أ:النكاح مستحب
٢٧	ب:يستحب عند الدخول صلاه ركعتين
٣٣	ج:يكراه الجماع فى ليله الخسوف
٣٧	د:يجوز النظر إلى وجه من يريد نكاحها و كفيها مكررا
٥٧	ه:الخطبه مستحبه
٦٣	و:خص رسول الله صلى الله عليه و آله بأشياء فى النكاح و غيره
٧٧	ز:أقسام النكاح ثلاثه:دائم،و منقطع،و ملك يمين
٧٨	الباب الثانى:فى العقد
٧٨	اشاره
٧٨	الأول:فى أركانه
٧٨	اشاره
٧٨	الأول:الصيغه
٩٥	الثانى:المحل
٩٥	الثالث:العاقده
١٠٤	الفصل الثانى:فى الأولياء
١٠٤	اشاره

١٠٤	الأول:فى أسبابها
١١٦	المطلب الثانى:فى مسقطات الولاية
١١٦	اشاره
١١٦	الأول:الرق
١١٧	الثانى:النقص عن كمال الرشد
١١٨	الثالث:الكفر
١٢٠	الرابع:الإحرام
١٢٢	المطلب الثالث:فى المولى عليه
١٤٠	المطلب الرابع:الكفاءة معتبره فى النكاح
١٥٦	المطلب الخامس:فى الأحكام
١٩٨	الباب الثالث:فى المحرمات
١٩٨	اشاره
١٩٨	الأول:فى التحريم المؤبد
١٩٨	اشاره
١٩٨	القسم الأول:النسب
٢٠٧	القسم الثانى:السبب
٢٠٧	اشاره
٢٠٨	الفصل الأول:الرضاع
٢١٣	المطلب الأول:فى أركانه
٢١٣	الأول:المرضعه
٢٢٢	الركن الثانى:اللبن
٢٢٤	الركن الثالث:المحل
٢٢٥	المطلب الثانى:فى شرائطه
٢٢٥	الأول:الكميه
٢٢٥	الثانى:يشترط كماله الرضعات و تواليها و الارتضاع من الثدي
٢٣٢	الثالث:أن يكون الرضاع فى الحولين و إن كان بعد فطامه

٢٣٤	الرابع:اتحاد الفحل و هو صاحب اللبن
٢٣٦	المطلب الثالث:فى الأحكام
٢٥٨	فروع
٢٥٨	الأول:لو زوج أم ولده بعبد أو بحر،ثم أرضعته من لبنه،حرمت عليهما
٢٥٨	الثانى:لو فسخت نكاح الصغير لعيب أو لعنتها،ثم تزوجت و أرضعته بلبن الثانى،حرمت عليهما
٢٥٩	الثالث:لو أرضعت زوجته الكبيره زوجتيه الصغيرتين بلبن غيره دفعه
٢٦٢	الرابع:لو أرضعت أمته زوجته بلبن غيره حرمت الأمه مؤبدا
٢٦٣	الخامس:لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته
٢٦٦	السادس:لو أرضعت أم الكبيره أو جدتها أو أختها
٢٦٧	السابع:لو تزوج كل من الاثنتين زوجه صاحبه
٢٦٨	الثامن:لو أرضعت جده الصغيرين أحدهما انفسخ النكاح
٢٦٩	التاسع:لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته نشر الحرمة إلى أقاربه
٢٦٩	العاشر:لا تحرم أم المرضعه من الرضاع على المرتضع
٢٧١	الحادى عشر:حرمة الرضاع تنشر إلى المحرمات بالمصاهره
٢٧٢	الثانى عشر:لو أرضعت من يفسد النكاح بإرضاعه جاهله بالزوجيه
٢٧٣	الثالث عشر:لو سعت الزوجه الصغيره فارتضعت من الزوجه الكبيره و هى نائمه
٢٧٧	خاتمه
٢٩٤	الفصل الثانى:فى المصاهره
٣١٧	الفصل الثالث:فى باقى الأسباب
٣١٧	أ:من لاعن امرأته حرمت عليه ابدا
٣١٨	ب:لو تزوج امرأه فى عدتها عالما حرمت عليه أبدا دون أبيه و ابنه
٣٢٦	ج:لو زنا بذات البعل أو فى عده رجعيه،حرمت عليه أبدا
٣٢٩	د:لو أوقب غلاما أو رجلا حيا أو ميتا على اشكال
٣٣٣	ه:لو عقد المحرم فرضا أو نفلا إجماع حج أو عمره
٣٣٥	و:المطلقه تسعا للعهده ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبدا
٣٣٨	تنبيه

- ز:من فجر بعمته أو خالته،قربنا أو بعدتنا،حرمت عليه بنتاهما أبدا ..... ٣٣٩
- ح:لا يحل وطء الزوجه الصغيره قبل أن تبلغ تسعا ..... ٣٤٢
- المقصد الثاني:فى التحريم غير المؤبد ..... ٣٤٨
- اشاره ..... ٣٤٨
- الأول:فى المصاهره ..... ٣٤٨
- اشاره ..... ٣٤٨
- أ:تحرم بنت الزوجه و إن نزلت إذا لم يكن قد دخل بالأُم تحريم جمع ..... ٣٤٨
- ب:تحرم أخت الزوجه بالعقد دائما و منقطعا تحريم جمع ..... ٣٥١
- ج:تحرم بنت أخت الزوجه معها و بنت أخيها و إن نزلتا ..... ٣٥٣
- د:لا يجوز نكاح الأمه لمن عنده حره ..... ٣٥٥
- ه:لا تحل ذات البعل أو العده لغيره إلاّ بعد مفارقتة و العده ..... ٣٥٥
- و:لو تزوج الأختين نسبا أو رضاعا على التعاقب ..... ٣٥٦
- ز:لو تزوج بنت الأخ أو الأخت على العمه أو الخاله ..... ٣٦٩
- ح:لو عقد على الأمه من دون إذن الحره بطل ..... ٣٧٥
- ط:قيل يحرم على الحر العقد على الأمه إلاّ بشرطين ..... ٣٨٠
- الفصل الثاني:فى استيفاء عدد الطلاق و الموطوءات ..... ٣٨٥
- اشاره ..... ٣٨٥
- أما الأول:فمن طلق حره ثلاث طلاقات تتخللها رجعتان حرمت عليه ..... ٣٨٥
- و أما الثانى:فالحر إذا تزوج دائما أربع حرائر حرم عليه ما زاد غبطه ..... ٣٨٦
- الفصل الثالث:فى الكفر ..... ٣٩٧
- اشاره ..... ٣٩٧
- الأول:فى أصناف الكفار ..... ٣٩٧
- أ:من له كتاب ..... ٣٩٧
- ب:من له شبهه كتاب ..... ٤٠٢
- ج:من عدا هؤلاء ..... ٤٠٣
- المطلب الثانى:فى الانتقال ..... ٤١٩



- ٤٢٩ ..... فروع
- ٤٢٩ ..... أ: لو أسلما في العده ثبت النكاح .....
- ٤٣٠ ..... ب: لا يقرهم على ما هو فاسد عندهم .....
- ٤٣١ ..... لا فرق بين الذمي و الحربي في ذلك .....
- ٤٣٢ ..... د: لو شرطا الخيار مطلقا لهما أو لأحدهما لم يقرأ عليه بعد الإسلام .....
- ٤٣٣ ..... ه: لو تزوجها في العده ثم أسلما .....
- ٤٣٤ ..... و: لو أسلم ثم ارتد فأنقضت العده من حين إسلامه على كفرها .....
- ٤٣٤ ..... ز: لو طلق كل واحد من الأختين ثلاثا ثلاثا ثم أسلموا حرمتا .....
- ٤٣٤ ..... المطلب الثالث: في الزيادة على العدد الشرعي .....
- ٤٤٨ ..... المطلب الرابع: في كيفية الاختيار .....
- ٤٨٧ ..... المطلب الخامس: في النفقه .....
- ٤٩٧ ..... خاتمه .....
- ٥١٠ ..... تتمه: الوطاء في الدبر مكروه و ليس محرما .....
- ٥٢٢ ..... تعريف مركز .....

سرشناسه: محقق كركي ، علي بن حسين ، - ٩٤٠ق .

عنوان قرار دادی: قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

عنوان و نام پديد آور: جامع المقاصد في شرح القواعد/ تاليف علي بن الحسين الكركي ؛ تحقيق موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (ع) لاحياء التراث ، ١٤١١ق . = ١٩٩١م . = ١٣٧٠.

مشخصات ظاهري: ١٤ج.

يادداشت: كتاب حاضر شرحي بر كتاب " قواعد الاحكام في معرفه الحلال والحرام تاليف حسن بن يوسف علامه حلي " است.

يادداشت: كتابنامه .

مندرجات: الجزء الاول الطهاره .-- الجزء الثاني الصلاه .-- الجزء الثالث الزكاه والحج .-- الجزء الرابع المتاجر .-- الجزء الخامس الدين .-- الجزء السابع الاجاره .-- الجزء الثامن الوكاله .--

موضوع: علامه حلي ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨ - ٧٢٦ق . . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسير

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفری -- قرن ٨ق.

شناسه افزوده: علامه حلي ، حسن بن يوسف ، ٦٤٨-٧٢٦ق . قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

شناسه افزوده: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث (قم)

رده بندي كنگره: BP182/3 /ع ١٧٢١٧٠٩٠٢١٧٠١٣٧٠

رده بندي ديويي: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسي ملي: ٢٥٠٠٨٧٣



جامع المقاصد في شرح القواعد

ص: ٢

جامع المقاصد فى شرح القواعد

تاليف على بن الحسين الكركى

تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لآحياء التراث.

ص: ٣

سرشناسه: محقق کرکی ، علی بن حسین ، - ۹۴۰ ق .

عنوان قراردادی: قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام . شرح

عنوان و نام پدید آور: جامع المقاصد فی شرح القواعد/ تالیف علی بن الحسین الکرکی ؛ تحقیق موسسه آل البيت عليهم السلام  
لاحیاء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث ، ۱۴۱۱ ق . = ۱۹۹۱ م . = ۱۳۷۰ .

مشخصات ظاهری: ۱۴ ج .

یادداشت: کتاب حاضر شرحی بر کتاب " قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام تالیف حسن بن یوسف علامه حلی " است .

یادداشت: کتابنامه .

مندرجات: الجزء الاول الطهاره . -- الجزء الثانی الصلاه . -- الجزء الثالث الزکاه والحج . -- الجزء الرابع المتاجر . -- الجزء الخامس  
الدين . -- الجزء السابع الاجاره . -- الجزء الثامن الوکاله . --

موضوع: علامه حلی ، حسن بن یوسف ، ۶۴۸ - ۷۲۶ ق . قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ ق .

ص : ۴

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٥

تنبیه النسخه المعتمده التي اعتمداها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي النسخه التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، و  
هناك اختلافات بينه لا تخفى في القارئ اللبيب

ص: ٦



كتاب النكاح: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (١)

الحمد لله، والصلاة على رسوله محمد وآله الطاهرين.

قوله: (كتاب النكاح).

مقتضى كلام أهل اللغة أن استعمال لفظ النكاح فى الوطاء أغلب، قال فى الصحاح: النكاح الوطاء وقد يقال العقد (٢)، والشائع شرعا هو الثانى، حتى صرح بعضهم بأن النكاح حقيقه فى العقد مجاز فى الوطاء (٣)، وقد يستدل له بأن استعمال النكاح فى العقد فى كلام الله تعالى أكثر، بل قيل: لم يرد فى الكتاب العزيز لفظ النكاح بمعنى الوطاء خاصة، إلا فى قوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ (٤) وأغلبه الاستعمال تشعر بالحقيقه، وربما قيل: بأنه حقيقه فى الوطاء مجاز فى العقد، استصحابا للوضع اللغوى، إذ الأصل عدم النقل، وقيل: بأنه مشترك بينهما، لاستعماله فيهما، و لظاهر قوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٥) فإنه يتناول المعقود

ص: ٧

١- ١) فى «ش»: رب سهل و يسر، و فى «ض»: و به نستعين.

٢- ٢) الصحاح ١: ٤١٣ مادة (نكح).

٣- ٣) قاله الراغب فى المفردات: ٥٠٥ مادة (نكح).

٤- ٤) البقره: ٢٣٠. [١]

٥- ٥) النساء: ٢٢. [٢]

و فيه أبواب:

## الأول: في المقدمات

### إشاره

الأول: في المقدمات، و هي سبعة مباحث:

### أ: النكاح مستحب

أ: النكاح مستحب، و يتأكد في القادر مع شدة طلبه.

و قد يجب إذا خشي الوقوع في الزنا، سواء الرجل و المرأة.

و الأقرب أنه أفضل من التخلي للعباده لمن لم تثق نفسه إليه.

عليها و المنكوحه بالملك، و يردّه: أن الاشتراك على خلاف الأصل، و المجاز خير منه، و لو أريد المعنيان في الآية، فلا بد من كونه مجازاً، لأن المشترك لا يستعمل في المعنيين إلا مجازاً على الأصح، و حينئذ فلا أرجحيه للاشتراك على استعمال اللفظ في حقيقته و مجازه.

قوله: (و فيه أبواب: الأول في المقدمات، و هي سبعة مباحث).

أراد: مقدمات البحث المقصود في النكاح.

قوله: (أ: النكاح مستحب، و يتأكد في القادر مع شدة طلبه، و قد يجب إذا خشي الوقوع في الزنا، سواء الرجل و المرأة، و الأقرب أنه أفضل من التخلي للعباده لمن يثق من نفسه).

هنا بحثان:

الأول: في بيان حكم النكاح، هل هو مستحب مطلقاً، أم لمن طاقت نفسه إليه أي: اشتاقت؟ الأصح الأول، لكثرة النصوص الداله على طلبه:

مثل قوله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١) و قوله تعالى:

وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ (٢).

١-١) النساء: ٣. [١]

٢-٢) النور: ٣٢. [٢]

و قول النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله: «النكاح سنتي، فمن رغب عن سنتي فليس مني» (١).

و قوله عليه السَّلام: «أكثر أهل النار العزاب» (٢).

و قوله عليه السَّلام: «أراذل موتاكم العزاب» (٣).

و قوله عليه السَّلام: «من أحبَّ فطرتي فليستنَّ بسنتي، ألا و هي النكاح» (٤).

و قوله عليه السَّلام: «تزوجوا فإنني مكاثر بكم الأمم غدا يوم القيامة» (٥).

و قوله عليه السَّلام: «من تزوج أحرز نصف دينه، فليتنق الله في النصف الآخر» (٦).

و قوله عليه السَّلام: «الركعتان يصليهما متزوج، أفضل من رجل عزب يقوم ليله و يصوم نهاره» (٧) و غير ذلك من الأحاديث الكثيره.

و لأن في النكاح تكثير النسل و بقاء النوع الإنساني، و ربما أثمر ولدا و ليا صالحا، و فيه دفع و سوسه الشيطان، و الخلاص من شر الوحده، و الاستعانة بالزوجه الصالحه على أمور الدين.

و لا فرق في ذلك كله بين من تافت نفسه إليه و غيره، و لا بين الرجل و المرأة،

ص: ٩

١ - ١) صحيح البخارى ٧:٢، صحيح مسلم ٢:١٠٢٠ حديث ١٤٠١، سنن النسائي ٦:٦٠، سنن ابن ماجه ١:٥٩٢، سنن البيهقي ٧:٧٧، جامع الاخبار: ١١٨، و [١] غيرها.

٢ - ٢) الفقيه ٣:٢٤٢ حديث ١١٤٩.

٣ - ٣) الكافي ٤:٣٢٩ حديث ٣، [٢] الفقيه ٣:٢٤٢ حديث ١١٤٨، التهذيب ٧:٢٣٩ حديث ١٩٤٥.

٤ - ٤) الكافي ٥:٤٩٦ حديث ٦، [٣] الجعفریات: ٨٩، [٤] نوادر الراوندى: ٣٥، [٥] الجامع الصغير ٢:٥٥٣، و غيرها.

٥ - ٥) الفقيه ٣:٢٤٢ حديث ١١٤٤.

٦ - ٦) الكافي ٥:٣٢٨ حديث ٢، [٦] الفقيه ٣:٢٤١ حديث ١١٤١ و ١١٤٢، أمالي الطوسي ٢:١٣٢. [٧] جامع الاخبار: ١١٨، و [٨] غيرها.

٧ - ٧) الكافي ٥:٣٢٩ حديث ٦. [٩]

و لا بين القادر على أهبه النكاح و غيره.

و قال الشيخ: المستحب لمن لا يشتهي النكاح أن لا يتزوج، لقوله تعالى عن يحيى وَ سَيِّدًا وَ حَصِيرًا (١) مدحه على كونه حصورا، هو: الذى لا يشتهي النساء، و قال قوم: هو الذى يمكنه أن يأتى النساء و لا يفعله (٢).

و لأن فى النكاح تعريضا لتحمل حقوق الزوج، و الاشتغال عن كثير من المقاصد المهمه الدينيه، و حصول الولد الصالح و الزوجه الصالحه غير معلوم، و للذم المتبادر من قوله تعالى زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَ الْبَنِينَ (٣).

و جوابه: إن مدح يحيى بذلك لعله لكونه كذلك فى شرعه، و شرعهم ليس شرعا لنا، على أنه ربما كان مكلفا بالسياحه و إرشاد أهل زمانه فى بلادهم، و النكاح ينافى ذلك، و تحمل الحقوق يزيد فى الأجر، لأنه حينئذ من لوازم الطاعه و مقتضياتها.

و يكفى لأفضليه النكاح كونه مظنه الولد الصالح و القرين الصالح، و الذم فى الآيه الأخيره-على إرادته النكاح لمحض الشهوه البهيميه، من دون إرادته الطاعه، و كسر سوره الشهوه، و اكتساب الولد الصالح-لا- ينافى المدعى. و لا- يخفى أن النكاح قد يجب، إذا خشى المكلف الوقوع فى الزنا بدونه، و لو أمكن التسرى فهو أحد الواجبين على التخيير، و قد يحرم إذا أفضى إلى الإخلال بواجب كالحج.

و ذهب ابن حمزه إلى أنه إذا اجتمعت القدره على النكاح و الشهوه، استحب للرجل و المرأة، و إن فقدا معا كره، و إن افترقا لم يكره و لم يستحب (٤).

ص: ١٠

١- ١) آل عمران: ٣٩. [١]

٢- ٢) المبسوط ٤: ١٦٠. [٢]

٣- ٣) آل عمران: ١٤. [٣]

٤- ٤) الوسيله: ٣٣٩.

و ينبغي أن يتخير الولود، البكر العفيفه، الكريمة الأصل. الثاني: على القول بأن النكاح مستحب، فهل هو أفضل من التخلي للعباده أم لا؟ فيه قولان، أصحابهما - واختاره المصنف - الأول، لعموم الأوامر بفعله، مع التأكيدات البليغه.

مثل قوله تعالى وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ (١).

و قول الصادق عليه السلام: «ركعتان يصليهما متزوج أفضل من سبعين ركعه يصليها أعزب» (٢)، و الحديث المذكور أولاً.

و ما روى عن أبي عبد الله عليه السلام عن آباءه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «ما استفاد امرؤ فائده بعد الإسلام أفضل من زوجه مسلمه، تسره إذا نظر إليها، و تطيعه إذا أمرها، و تحفظه إذا غاب عنها في نفسها و ماله» (٣).

و لأن النكاح من مقدمات العباده و مكملاتها (٤) فهو بالنسبه إليها أصل، مع أنه عباده في نفسه.

و يحتمل العدم، لما يتضمن من القواطع و الشواغل و تحمّل الحقوق. و جوابه: أن زياده المشقه أخرى بزياده الأجر.

قوله: (و ينبغي ان يتخير الولود البكر العفيفه الكريمة الأصل).

المراد: أنه يستحب ذلك.

روى الصدوق عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آباءه عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «أفضل نساء أمتي أصبحهنّ وجهاً و أقلهنّ

ص: ١١

١ - ١) النور: ٣٢. [١]

٢ - ٢) الكافي ٥: ٣٢٨، حديث ١، [٢] الفقيه ٣: ٢٤٢، حديث ١١٤٦، التهذيب ٧: ٢٣٩، حديث ١٠٤٤.

٣ - ٣) الكافي ٥: ٣٢٧، حديث ١، [٣] الفقيه ٣: ٢٤٦، حديث ١١٦٨، التهذيب ٧: ٢٤٠، حديث ١٠٤٧.

٤ - ٤) في «ض»: من مكملات العباده و مقدماتها.

مهرا» (١).

و قال الصادق عليه السلام: «من برکه المرأه خفه مؤنتها و تيسير ولادتها، و من شؤمها شدّه مؤنتها و تعسير ولادتها» (٢).

و قال أمير المؤمنين عليه السلام: «تزوج (٣) سمراء عیناء عجزاء مربوعه، فإن کرهتها فعلىّ الصادق» (٤).

و قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: «ألا- أخبرکم بخیر نسائکم؟ قالوا: بلى يا رسول الله فأخبرنا، قال: إن من خير نسائکم الولود، الودود، الستیره، العفیفه، العزیزه فى أهلها، الذلیله المتبرجه مع بعلها، الحصان مع غیره، التى تسمع قوله و تطیع أمره، و إذا خلا بها تبدلت له ما أراد منها، و لم تبدل له تبدل الرجل.

ألا أخبرکم بشرّ نسائکم؟ قالوا: بلى يا رسول الله فأخبرنا، قال: من شرّ نسائکم الذلیله فى أهلها، العزیزه مع بعلها، العقیم، الحقود، التى لا تتورع عن قبیح، المتبرجه إذا غاب زوجها عنها، الحصان معه إذا حضر، التى لا تسمع قوله و لا تطیع أمره، فإذا خلا بها تمنّعت تمنّع الصعبه عند ركوبها، و لا تقبل له عذرا، و لا تغفر له ذنبا» (٥) الحديث.

و قال عليه السلام: «إياکم و خضراء الدمن، قيل: يا رسول الله و ما خضراء الدمن؟ قال: المرأه الحسناء فى منبت السوء» (٦).

ص: ١٢

- 
- ١- ١) الفقيه ٣:٢٤٣ حديث ١١٥٦.
  - ٢- ٢) الفقيه ٣:٢٤٥، التهذيب ٧:٣٩٩ حديث ١٥٩٤.
  - ٣- ٣) فى «ض» و الكافى: [١] تزوجوا، و المثبت من «ش» و الفقيه.
  - ٤- ٤) الكافى ٥:٣٣٥ حديث ٢ و ٨، [٢] الفقيه ٣:٢٤٥ حديث ١١٦٢.
  - ٥- ٥) الكافى ٥:٣٢٤ حديث ١، و [٣] فيه صدر الحديث، و ص ٣٢٥ حديث ١، و فيه ذیل الحديث، الفقيه ٣:٢٤٦ حديث ١١٦٧، و فيه صدر الحديث، التهذيب ٧:٤٠٠ حديث ١٥٩٧.
  - ٦- ٦) الكافى ٥:٣٣٢ حديث ٤، [٤] الفقيه ٣:٢٤٨، التهذيب ٧:٤٠٣ حديث ١٦٠٨.

و صلاة ركعتين، و سؤال الله تعالى أن يرزقه من النساء، أعفهن فرجا و أحفظهن له في نفسها و ماله، و أوسعهن رزقا، و أعظمن بركه، و غيره من الأدعية و الاشهاد، و الإعلان، و قال عليه السلام: «تزوجوا الأبيكار، فإنهن أطيب شيء أفواها، و أدرّ شيء أخلاقا، و أحسن شيء أخلاقا، و أفتح شيء أرحاما» (١) و لأن البكر أخرى بالألفه و قبول ما تعلم.

و اعلم: ان المراد ب(الولود) ما من شأنها ذلك، بأن تكون في سنّ الولاده، و الغالب على قراباتها ذلك، و لم تدلّ العلامات الظنيه على عقمها.

قوله: (و صلاة ركعتين، و سؤال الله تعالى أن يرزقه من النساء: أعفهن فرجا، و أحفظهن له في نفسها و ماله، و أوسعهن رزقا، و أعظمن بركه، و غيره من الأدعية).

روى عن الصادق عليه السلام: «ان الرجل إذا همّ بالتزوج، فليصل ركعتين، و ليحمد الله تعالى، و يقول: اللهم إني أريد أن أتزوج، اللهم فقدّر لي من النساء أعفهن فرجا، و أحفظهن لي في نفسها و مالي، و أوسعهن رزقا، و أعظمن بركه، و قدّر لي منها ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا في حياتي و بعد موتي» (٢) و غير ذلك من الأدعية.

قوله: (و الاشهاد و الإعلان).

يستحب الاشهاد على النكاح الدائم و الإعلان به و إظهاره، لأنه أنفى للتمه و أبعد عن الخصومه، و لا يشترط ذلك في صحه العقد.

و شرط ابن أبي عقيل (٣) في النكاح الدائم-الإشهاد، لأن في مكاتبه المهلب

ص: ١٣

١- ١) الكافي ٥: ٣٣٤ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٤٠٠ حديث ١٥٩٨.

٢- ٢) الكافي ٥: ٥٠١ حديث ٣، [٢] الفقيه ٣: ٢٤٩ حديث ١١٨٧.

٣- ٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٣٥.



و الخطبه قبل العقد، الدلال إلى ابى الحسن: «التزويج الدائم لا يكون إلا بولي و شاهدين» (١).

و هى مع ضعف سندها محموله على الاستحباب، لما روى عن الباقر و الصادق عليهما السلام، ان الاشهاد فى النكاح لأجل الإرث و الولد، و أنه لا بأس به فيما بينه و بين الله تعالى لو تزوج بغير شهود (٢).

قوله: (و الخطبه قبل العقد).

الخطبه بالضم، هى ما اشتمل على: حمد الله تعالى، و الثناء عليه، و الشهادتين، و الصلاه على النبي صلى الله عليه و آله، و الوعظ، و الوصيه بتقوى الله تعالى، كذا فسرها فى التذكره (٣)، و مراده الخطبه الكامله.

و لا ريب أنه يستحب فعلها أمام العقد، و لا تجب خلافا لداود (٤)، و قد روى أن النبي صلى الله عليه و آله خطب فقال:

«الحمد لله، نحمده و نستعينه و نستغفره، و نعوذ بالله من شرور أنفسنا و من سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له و من يضلل الله فلا هادى له، و أشهد أن لا إله إلا الله، و أشهد أن محمدا عبده و رسوله، و اتقوا الله الذى تسألون به و الأرحام إن الله كان عليكم رقيبا، و اتقوا الله حق تقاته و لا تموتن إلا و أنتم مسلمون، اتقوا الله و قولوا قولا سديدا، يصلح لكم أعمالكم و يغفر لكم ذنوبكم، و من يطع الله و رسوله فقد فاز فوزا عظيما» (٥).

ص: ١٤

١- (١) التهذيب ٧:٢٥٥ حديث ١١٠١، الاستبصار ٣:١٤٦ حديث ٥٢٩.

٢- (٢) التهذيب ٧:٢٤٨ حديث ١٠٧٦، و ص ٢٤٩ حديث ١٠٧٧.

٣- (٣) التذكره ٢:٥٧٠. [١]

٤- (٤) المجموع ١٦:٢٠٧، المغنى لابن قدامه ٧:٤٣٣.

٥- (٥) سنن الترمذى ٣:٤١٣ حديث ١١٠٥، [٢] سنن ابن ماجه ١:٦٠٩ حديث ١٨٩٢ و ١٨٩٣، سنن البيهقى ٧:١٤٦-و فى هذه

المصادر ذكر صدر الحديث فقط- سنن أبى داود ٢:٢٣٩ حديث ٢١١٨، [٣] سنن الدارمى ٢:١٤٢. [٤]

و يكره و القمر فى برج العقرب. و ذكر فى التذكرة: أن الجواد عليه السلام لما تزوج بنت المأمون خطب فقال:

«الحمد لله متم النعم برحمته، و الهادى إلى شكره بمنّته، و صلى الله على خير خلقه الذى جمع فيه من الفضل ما فرقه فى الرسل، و جعل ثوابه إلى من خصه بخلافته و سلم تسليمًا، و هذا أمير المؤمنين زوجنى ابنته على ما فرض الله عز و جل للمسلمات على المؤمنين (١) إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، و بذلت لها من الصداق ما بذله رسول الله صلى الله عليه و آله لأزواجه، و هو اثنا عشر أوقيه و نش، على تمام الخمسمائة، و قد نحلته من مالى مائة ألف، زوجتنى يا أمير المؤمنين؟ قال: بلى، قال: قبلت و رضيت» (٢).

إذا عرفت ذلك فالنش عشرون درهما، و الأوقيه أربعون، فبذلك تكمل الخمسمائة.

و اعلم: أنه يكفى فى الخطبه الحمد لله، روى عن الصادق عليه السلام، عن على بن الحسين عليه السلام: «إذا حمد الله فقد خطب» (٣).

و اعلم أيضا أن المصنف ذكر فى التذكرة: أن من خطب امرأه يستحب أن يقدم بين يدي خطبته خطبه و يخطب الولي كذلك، ثم يقول: لست بمرغوب عنه أو ما فى معناه، فيكون للنكاح خطبتان: إحداهما للخطبه - بكسر الخاء - و هى طلب المرأة، و الأخرى أمام العقد (٤). و لا بأس به، إذ ليس فيه إلا زياده الثناء على الله و رسوله.

قوله: (و إيقاعه ليلاً، و يكره و القمر فى برج العقرب).

أى: يستحب إيقاع العقد ليلاً.

ص: ١٥

١ - ١) فى «ش» و «ض»: المؤمن، و المثبت من المصدر و هو الأنسب.

٢ - ٢) تذكرة الفقهاء ٥٧١: ٢. [١]

٣ - ٣) الكافي ٣٦٨: ٥. حديث ٢. [٢]

٤ - ٤) تذكرة الفقهاء ٥٧١: ٢. [٣]

## ب: يستحب عند الدخول صلاة ركعتين

ب: يستحب عند الدخول صلاة ركعتين، والدعاء، وأمر المرأة بذلك، ووضع يده على ناصيتها والدعاء، وطهارتهما، والدخول ليلاً، والتسميه عند الجماع، وسؤال الله تعالى الولد الصالح الذكر السوي، روى العامه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «أَمْسُوا بِالْأَمْلَآكِ فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبِرْكَه» (١).

وقد روى الأصحاب عن الرضا عليه السلام: «من السنه التزويج بالليل، لأن الله عز وجل جعل الليل سكناً والنساء إنما هن سكن» (٢) ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره، حيث يكون الاملاك ليله الدخول.

وقال بعض العامه: يستحب العقد يوم الجمعة لشرفه وكونه يوم عيد وفيه خلق الله تعالى آدم عليه السلام، وليس بشيء.

وأما كراهيه التزويج والقمر في العقب، فلما رواه الشيخ والصدوق بإسنادهما عن الصادق عليه السلام، قال: «من تزوج والقمر في العقب لم ير الحسنى» (٣) والتزويج حقيقه في العقد.

قوله: «ب: يستحب عند الدخول صلاة ركعتين، والدعاء، وأمر المرأة بذلك، ووضع يده على ناصيتها والدعاء، وطهارتهما، والدخول ليلاً، والتسميه عند الجماع، وسؤال الله تعالى الولد الصالح الذكر السوي».

يستحب لمن أراد الدخول بزوجه أن يصلي ركعتين، ويدعو بعدهما بالمنقول، وأن يأمر أهل المرأة أن يأمرها عند انتقالها إليه بصلاة ركعتين أيضاً والدعاء.

روى أبو بصير قال: سمعت رجلاً وهو يقول لأبي جعفر عليه السلام: جعلت

ص: ١٦

١- ١) انظر: المغنى لابن قدامه ٧: ٤٣٥.

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٦٦ حديث ١. [١] التهذيب ٧: ٤١٨ حديث ١٦٧٥.

٣- ٣) الفقيه ٣: ٢٥٠، حديث ١١٨٨، التهذيب ٧: ٤٠٧ حديث ١٦٢٨.

فداك إني رجل قد أسنتت، و قد تزوجت امرأه بكرًا صغيره، و لم أدخل بها، و أنا أخاف إذا دخلت على فراشي أن تكرهني، للخضابي و كبرى. قال الباقر عليه السّلام: «إذا دخلت عليك إن شاء الله، فمرهم قبل أن تصل إليك أن تكون متوضئه، ثم لا- تصل إليها أنت حتى تتوضأ و تصل ركعتين، ثم مرهم يأمرها أن تصلي أيضا ركعتين، ثم تحمد الله و تصل على محمد و آله، ثم ادع الله و مر من معها أن يأمنوا على دعائك، ثم ادع الله و قل: اللهم ارزقني إلفها و ودّها و رضاها بي و أرضني بها، و اجمع بيننا بأحسن اجتماع، و آنس ائتلاف (١)، فإنك تحب الحلال و تكره الحرام» (٢) الحديث.

و تدعو بما تقدّم أيضا، و ليكونا على طهاره عند الدخول، لما يظهر من هذا الحديث.

و يستحب أن يكون الدخول ليلا، محاذره أن يحصل من الحياء ما يتعذر معه الجماع، و لقول الصادق عليه السّلام: «زفوا عرائسكم ليلا، و أطعموا ضحى» (٣).

و يستحب أن يسمّى عند الجماع، قال الصادق عليه السّلام: «إذا أتى أحدكم أهله فليذكر الله عند الجماع، فإن لم يفعل و كان منه ولد، كان شرك شيطان، و يعرف ذلك بحبنا و بغضنا» (٤).

و يستحب أن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولدا ذكرا سويا، لقول الصادق عليه السّلام لبعض أصحابه: «إذا دخل عليك أهلك فخذ بناصيتها و استقبل بها القبلة، و قل:

اللهم بأمانتك أخذتها، و بكلماتك استحللت فرجها، فإن قضيت لى ولدا، فاجعله

ص: ١٧

١- ١) في «ش»: و انس و ائتلاف. و في الكافي: و [١] أنفس ائتلاف.

٢- ٢) الكافي ٥: ٥٠٠ حديث ١، [٢] التهذيب ٧: ٤٠٩ حديث ١٦٣٦.

٣- ٣) الكافي ٥: ٣٦٦ حديث ٢، [٣] الفقيه ٣: ٢٥٤ حديث ١٢٠٣، التهذيب ٧: ٤١٨ حديث ١٦٧٦.

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢٥٦ حديث ١٢١٤.

و الوليمه عند الزفاف يوما أو يومين و استدعاء المؤمنين.

و لا يجب الإجابة، بل تستحب، و كذا الأكل و إن كان صائما ندبا.

مباركا سويا، و لا تجعل للشيطان فيه شركا و لا نصيبا» (١).

و فى لفظ آخر: «فان قضيت فى رحمها شيئا، فاجعله مسلما سويا، و لا تجعله شرك شيطان» (٢).

قوله: (و الوليمه عند الزفاف يوما أو يومين، و استدعاء المؤمنين، و لا تجب الإجابة، بل تستحب) [و كذا الأكل] (٣) و إن كان صائما ندبا).

الوليمه هى: طعام العرس، قال ثعلب و غيره من أهل اللغة: إنه لا يقع على غيره، قال فى التذكرة: و إنما سُمى طعام العرس الوليمه، لاجتماع الزوجين، لأن الأصل فى الوليمه اجتماع الشيء و تمامه (٤).

و يسمّى الطعام المتخذ عند الولادة: الخرس و الخرسه، و عند الختان: العذيره و يسمّى الاعذار، و عند احداث البناء: الوكيره، يقال: وكر و خرّس بالتشديد، و عند قدوم الغائب: النقيعه، يقال: نقع بالتخفيف، و الذبح عند حلق رأس المولود فى اليوم السابع: العقيقه، و عند حذاق الصبى: الحذاق بفتح أوله، و كسره: تعلم الصبى القرآن أو العمل، و المأدبه: اسم لما يتخذ من غير سبب.

و زفاف العروس إلى زوجها بكسر أوله: اهداؤها اليه.

و لا خلاف عندنا فى استحباب الوليمه، و للشافعيه فى استحبابها أو وجوبها

ص: ١٨

١- ١) الكافى ٥: ٥٠٠ حديث ٢. [١]

٢- ٢) الكافى ٥: ١، حديث ٣. [٢]

٣- ٣) ما بين المعقوفتين لم يرد فى (ش) و (ض) و أثبتناه من خطيه القواعد المعتمده، لشرح المصنف له، و به يتم سياق العبارة.

٤- ٤) تذكره الفقهاء ٥٧٨: ٢. [٣]

## قولان (١).

و ليكن ذلك يوما أو يومين، قال الباقر عليه السلام: «الوليمه يوم و يومان مكرمه، و ثلاثه أيام رياء و سمعه» (٢).

و وقتها هل هو قبل الدخول، أم بعده؟ لم أجد به تصريحاً، و روى السكوني عن الصادق عليه السلام قال: «زفوا عرائسكم ليلاً، و أطعموا ضحى» (٣) و ظاهر هذه أنه بعد الدخول. و فى روايه الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: «إن النجاشي لما خطب لرسول الله صلى الله عليه و آله آمنه بنت أبى سفيان فزوجه، دعا بطعام و قال: إن من سنن المرسلين الإطعام عند الترويح» (٤) و ظاهر هذا أنه بعد العقد. و روايه هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إن رسول الله صلى الله عليه و آله حين تزوج ميمونه بنت الحارث أو لم عليها و أطعم الناس الحيس» (٥) و هذه محتمله، و لعل الكل جائز.

و لا تجب الإجابة إلى الدعوه إلى وليمه العرس عند علمائنا أجمع، بل تستحب، و هو أشهر قولى الشافعى (٦)، بناء على استحباب الوليمه، و على الوجوب تجب الإجابة عنده قطعاً.

و يستحب الأكل و إن كان صائماً ندباً، و قوى فى التذكرة استحباب إتمام الصوم

ص: ١٩

١- ١) انظر: كفايه الأختيار ٢: ٤٢.

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٦٨، حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٤٠٩، حديث ١٦٣١.

٣- ٣) الكافي ٥: ٣٦٦، حديث ٤، [٢] الفقيه ٣: ٢٥٤، حديث ١٢٠٣، التهذيب ٧: ٤١٨، حديث ١٦٧٦.

٤- ٤) الكافي ٥: ٣٦٧، حديث ١، [٣] التهذيب ٧: ٤٠٩، حديث ١٦٣٣.

٥- ٥) الكافي ٥: ٣٦٧، حديث ٢، [٤] التهذيب ٧: ٤٠٩، حديث ١٦٣٢. و الحيس المذكور فى الروايه هو: تمر يخلط بسمن و أقط فيعجن شديداً ثم يندر منه نواه و ربما جعل فيه سويق. القاموس ٢: ٢٠٩ [٥] حيس.

٦- ٦) انظر: الوجيز ٢: ٣٦، كفايه الأختيار ٢: ٤٣.

و يجوز أكل نثار العرس لا أخذه إلا بإذن أربابه نطقاً أو بشاهد الحال، و يملك حينئذ بالأخذ على اشكال.

إن لم يشق على صاحب الدعوه (١)، و الظاهر الاستحباب مطلقاً، لروايه داود الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام: «الإفطارك في منزل أخيك أفضل من صيامك سبعين ضعفاً أو تسعين ضعفاً» (٢) و صحيحه جميل بن دراج عنه عليه السلام قال: «من دخل على أخيه و هو صائم فأفطر عنده و لم يعلم بصومه فيمنّ عليه، كتب الله له صوم سنه» (٣).

و لو كان الصوم واجبا معينا لم يجز الإفطار، أو غير معين كالنذر المطلق و القضاء الموسع قبل الزوال، فعدم الخروج منه أولى، لأن ذمته مشغوله، و قد يحصل له عائق عن إبراء ذمته و قضاء (٤) ما عليه، و للشافعي وجه أنه لا يجوز الخروج منه، لأنه لا يجوز إبطال الواجب بعد الشروع فيه (٥).

قوله: (و يجوز أكل نثار العرس لا أخذه إلا بإذن أربابه، نطقاً أو بشاهد الحال، و يملك حينئذ بالأخذ على إشكال).

يجوز نثر السكر و الجوز و اللوز و القسب (٦) و التمر و نحو ذلك في الإملاكات، للأصل، و عند جمع من العامه أنه مكروه، لأنه يؤخذ باختلاس و انتهاب، و قد يؤدي إلى الوحشه و العداوه، و قد يأخذه غير من يجب صاحب المنزل (٧)، و للشافعيه قول ثالث،

ص: ٢٠

١- ١) تذكره الفقهاء ٥٨٠: ٢. [١]

٢- ٢) الكافي ٤: ١٥١ حديث ٦. [٢]

٣- ٣) الكافي ٤: ١٥٠ حديث ٣. [٣]

٤- ٤) في «ش»: و تدارك.

٥- ٥) انظر: كفايه الاخبار ٢: ٤٤.

٦- ٦) و هو: تمر يابس يتفتت في الفم صلب النواه. الصحاح ١: ٢٠١ [٤] قسب.

٧- ٧) انظر: المجموع ١٦: ٣٩٥، المغني لابن قدامه ٨: ١١٩.

و هو: الاستحباب (١)، و لا ريب أن الكراهه و الاستحباب حكمان شرعيان، فيقفان على النقل.

إذا تقرر ذلك، فمتى نثر صاحب العرس أو غيره ممن يجوز فعله و علم منه إباحه الانتهاب، جاز (٢) أخذه انتهابا و إن لم يكن ذلك لاثقا بذوى المروات، و إن علم منه الكراهه حرم، و إن جهل الأمران فاجتنابه أولى.

و يظهر من عباره الكتاب أن بين الأكل و الأخذ فرقا، حيث حكم بجواز الأكل و أطلق، و لم يجوز الأخذ إلا إذا علم من أربابه الإذن فيه.

و الظاهر أنه لا فرق بينهما، فما دام لا يدل على الاذن فى الأكل و الأخذ دليل -مثل التصريح به نطقا، أو شهاده العادات المستمره بالإذن- لم يجوز واحد منهما، و مهما دل الدليل عليه لم يجوز تجاوزه.

إذا عرفت ذلك، فإذا حصل الاذن فى الأخذ نطقا أو بشاهد الحال، و هو المراد بقوله: «و يملك حينئذ» فهل يملك المأخوذ بمجرد الأخذ؟ فيه إشكال، ينشأ: من أنه كان مملوكا لأربابه، و لم يحصل سبب يقتضى نقل الملك، فيتمسك بأصالة البقاء.

و من أن الاذن فى الأخذ صيره مباحا، فيملك بالحيازه كسائر المباحات.

و يضعف هذا: بأن مباح الأصل لا ملك لأحد فيه، فإثبات اليد عليه كاف فى تملكه، بخلاف المملوك إذا أبيع بالإذن فيه، فان ذلك لا يخرج عن الملك و لا يزيل ملك المالك، و مجرد إثبات اليد ليس من الأسباب الناقله للملك، فيبقى على ملك مالكة إلى أن يتلفه الآخذ، و هذا هو الأصح، و اختاره المصنف فى المختلف (٣)، و اختار فى

ص: ٢١

١- ١) المجموع ٣٩٦: ١٦.

٢- ٢) فى «ض»: حل.

٣- ٣) المختلف: ٥٣٤.



ج: يكره الجماع في ليله الخسوف، و يوم الكسوف، و عند الزوال، و الغروب إلى ذهاب الشفق، و في المحاق و فيما بين طلوع الفجر و الشمس، و في أول ليله من كل شهر إلا رمضان، و ليله النصف، و سفرا مع عدم الماء، و عند هبوب الريح السوداء أو الصفراء، و الزلزله، و عاريا، و محتلما قبل الغسل أو الوضوء- و يجوز مجامعا من غير تخلل غسل- و مع حضور ناظر إليه، و النظر إلى فرج المرأة مجامعا، و استقبال القبلة و استدبارها، و في السفينه، و الكلام بغير ذكر الله. التذكرة (١) الثاني، و هو اختيار الشيخ في المبسوط (٢).

قوله: (ج: يكره الجماع في ليله الخسوف، و يوم الكسوف، و عند الزوال، و الغروب إلى ذهاب الشفق، و في المحاق، و فيما بين طلوع الفجر و الشمس، و في أول ليله كل شهر- إلا رمضان- و ليله النصف، و سفرا مع عدم الماء، و عند هبوب الريح السوداء و الصفراء، و عاريا، و محتلما قبل الغسل أو الوضوء،- و يجوز مجامعا من غير تخلل غسل- و مع حضور ناظر إليه، و النظر إلى فرج المرأة مجامعا، و استقبال القبلة و استدبارها، و في السفينه، و الكلام بغير ذكر الله) (٣).

روى الشيخ و الصدوق بإسنادهما إلى عمرو بن عثمان عن الباقر عليه السلام قال سألته أ يكره الجماع في ساعه من الساعات؟ قال: «نعم يكره في ليله ينكسف فيها القمر، و اليوم الذى تنكسف فيه الشمس، و فيما بين غروب الشمس إلى أن يغيب

ص: ٢٢

١- ١) التذكرة ٥٨١: ٢. [١]

٢- ٢) المبسوط ٣٢٣: ٤. [٢]

٣- ٣) في «ض»: و الكلام إلا بذكر الله.

الشفق، و من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، و فى الريح السوداء و الحمراء و الصفراء، و الزلزله. و لقد بات رسول الله صلى الله عليه و آله عند بعض النساء، فانكسف القمر فى تلك الليله، فلم يكن منه شىء، فقالت له زوجته: يا رسول الله بأبى أنت و أمى أ كل هذا للبعض؟ فقال: ويحك حدث هذا الحادث فى السماء، فكرهت أن أتلذذ و أدخل فى شىء، و لقد عيّر الله تعالى قوما فقال **وَإِنْ يَرَوْا كِسْفًا مِّنَ السَّمَاءِ سَاقِطًا يَقُولُوا سَحَابٌ مَّرْكُومٌ** (١) و أيم الله لا يجمع أحد فى هذه الساعات التى وصفت فيرزق من جماعه ولدا و قد سمع بهذا الحديث فىرى ما يحب» (٢).

و زاد الكليني: «ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس» و «اليوم و الليله التى يكون فيها الريح السوداء و الصفراء و الحمراء و اليوم و الليله التى يكون فيها الزلزله» (٣).

و قال الصادق عليه السلام: «لا تجماع فى أول الشهر و لا فى وسطه و لا فى آخره، فإنه من فعل ذلك فليسلم لسقط الولد، فان تم أو شك أن يكون مجنوناً، ألا ترى أن المجنون أكثر ما يصرع فى أول الشهر و وسطه و آخره» (٤).

و عن الكاظم عليه السلام عن أبيه عن جده قال: «إن فيما أوصى به رسول الله صلى الله عليه و آله عليا عليه السلام قال: يا على لا تجماع أهلك فى أول ليله من الهلال و لا فى ليله النصف و لا فى آخر ليله، فإنه يتخوف على الولد من فعل الخبل،

ص: ٢٣

١-١) الطور: ٤٤. [١]

٢-٢) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢٠٧، التهذيب ٧: ٤١١ حديث ١٦٤٢، علما بأن فى التهذيب: عن عمرو ابن عثمان عن أبى جعفر قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام.

٣-٣) الكافى ٥: ٤٩٨ حديث ١، [٢] علما بأن فى الكافى: .و [٣] فى الليله و فى اليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء و الريح الحمراء و الريح الصفراء و اليوم و الليله اللذين يكون فيهما الزلزله.

٤-٤) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢٠٨.

فقال على عليه السّلام: و لم ذلك يا رسول الله؟ قال إن الجن يكثرون غشيان نساءهم فى أول ليله من الهلال و ليله النصف و فى آخره، أما رأيت المجنون يصرع فى أول الشهر و فى وسطه و فى آخره» (١).

و قال عليه السّلام: «تكره الجنابه حين تصفر الشمس، و حين تطلع و هى صفراء» (٢).

و سأل محمد بن العيص الصادق عليه السّلام فقال: أجامع و أنا عريان؟ قال:

«لا، و لا تستقبل القبلة و لا تستدبرها» (٣).

و قال عليه السّلام: «لا تجامع فى السفينه» (٤).

و قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: «يكراه أن يغشى الرجل المرأة و قد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذى رأى، فان فعل ذلك و خرج الولد مجنوناً فلا يلومنّ إلا نفسه» (٥) و تزول الكراهه بالغسل أو الوضوء.

و يجوز أن يكرر الجماع مرات من غير غسل يتخللها، لأن النبی صلّى الله عليه و آله كان يطوف على نساءه ثم يغتسل أخيراً (٦).

و كان على عليه السّلام يستحب للرجل أن يأتى أهله أول ليله من شهر رمضان، لقول الله عز و جل أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ (٧)

ص: ٢٤

١- ١) الكافى ٥: ٤٩٩ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٤١٣ حديث ١٦٤٤.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢٠٩.

٣- ٣) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢١٠، التهذيب ٧: ٤١٢ حديث ١٦٤٦.

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢٥٥ حديث ١٢١١، التهذيب ٧: ٤١٢ حديث ١٦٤٦.

٥- ٥) الفقيه ٣: ٢٥٦ حديث ١٢١٢، التهذيب ٧: ٤١٢ حديث ١٦٤٦.

٦- ٦) سنن البيهقى ٧: ١٩٢.

٧- ٧) البقره: ١٨٧. [٢]

و الرفث:المجامعه (١).

و روى الكليني بإسناده إلى الصادق عليه السّلام قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: الذى نفسى بيده، لو أنّ رجلا غشى امرأته و فى البيت مستيقظ يراها و يسمع كلامهما و نفسهما، ما أفلح أبدا إن كان غلاما كان زانيا، أو كانت جاربه كانت زانيه» (٢) و لا يخفى ان هذا إنما يكون إذا كان الصبى أو الجاربه مميزين.

و يكره الكلام بغيره ذكر الله تعالى، لقول الصادق عليه السّلام: «اتقوا الكلام عند ملتقى الختانيين، فإنه يورث الخرس» (٣).

و فى وصيه النبى لعلّى صلوات الله عليهما: «يا على لا- تتكلم عند الجماع كثيرا، فإنه إن قضى بينكما ولد لا يؤمن أن يكون أخرس، و لا تنظر إلى فرج امرأتك و غصّ بصرك عند الجماع، فان النظر إلى الفرج يورث العمى فى الولد» (٤).

و يكره فى السفر إذا لم يجد الماء، لما رواه إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السّلام، قال: قلت الرجل يكون معه أهله فى السفر و لا يجد الماء أ يأتى أهله؟ قال: «ما أحب أن يفعل ذلك، إلا أن يخاف على نفسه» (٥).

و هل يكره فى الحضر إذا لم يمكنه الغسل؟ يحتتمل ذلك، نظرا إلى المشاركة فى العله، و لأن جمعا من الأصحاب لا يجوزون لمتعمّد الجنابه التيمم، إلا إذا خاف على نفسه الهلاك، فيتيمم حينئذ و يقضى (٦).

ص: ٢٥

١- (١) الفقيه ٣:٣٠٣ حديث ١٤٥٥.

٢- (٢) الكافي ٥:٥٠٠ حديث ٢. [١]

٣- (٣) الكافي ٥:٤٩٨ حديث ٧، [٢] التهذيب ٧:٤١٣ حديث ١٦٥٣.

٤- (٤) الفقيه ٣:٣٥٩ حديث ١٧١٢.

٥- (٥) التهذيب ٧:٤١٨ حديث ١٦٧٧.

٦- (٦) منهم الشيخ فى المبسوط ١-٣٠.

## د:يجوز النظر إلى وجه من يريد نكاحها و كفيها مكررا

د:يجوز النظر إلى وجه من يريد نكاحها و كفيها مكررا،و إليها قائمه و فى وصيه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله لَعَلَى عَلَيْهِ السَّلَام:«لا تجامع أهلَكَ إِذَا خَرَجَ إِلَى سَفَرٍ مَسِيرِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهِنَّ» (١).

و أما المحاق مثلث الميم،فهو:آخر الشهر،أو ثلاث ليالٍ من آخره،أو أن يستتر القمر فلا يرى غدوه لا عشيه،لأنه يطلع مع الشمس فتمحقه،ذكره فى القاموس (٢)و قد ذكر أن ليالى الشهر عشره أسماء:غرر،ثم نفل،ثم تسع،ثم عشر،ثم بيض،ثم درع،ثم ظلم،ثم حنادس،ثم دآدئ واحدها دأدأه يقصر و يمد،ثم المحاق.

و تسمى ليله ثمانيه و عشرين الدعجاء،و بعدها الدهماء،و ليله الثلاثين (٣)الليلاء.

و إنما كره الجماع فى المحاق،للروايه عن الصادق عليه السّلام (٤)،و لما روى عن الكاظم عليه السّلام:«من تزوج فى محاق الشهر فليسلم لسقط الولد» (٥)و هذه ظاهره فى الوطء،فحينئذ يكره العقد أيضا فى المحاق.

قوله(د:يجوز النظر إلى وجه من يريد نكاحها و كفيها مكررا)

ص:٢٦

١-١)الفقيه ٣:٣٦٠ حديث ١٧١٢.

٢-٢) القاموس ٣:٢٨٢ [١] محق.

٣-٣) فى «ض»:و بعدها.

٤-٤) الظاهر أن المراد من قوله:(للروايه عن الصادق)الروايه المتقدمه عن الصادق،حيث قال عليه السّلام:«لا- تجامع فى أول الشهر و لا فى وسطه و لا فى آخره.»لأن أحد معانى المحاق هو آخر الشهر كما تقدم.و يحتمل أن يكون قد أشار بقوله:(للروايه عن الصادق)إلى ما ذكر فى الفقيه ٣-٢٥٠ حديث ١١٨٩:«و روى أنه يكره التزويج فى محاق الشهر.»علما بان فى «ش»:للروايه عن الباقر عليه السّلام، فتأمل.

٥-٥) الكافي ٥:٤٩٩ حديث ٢، [٢]الفقيه ٣:٢٥٤ حديث ١٢٠٦،التهذيب ٧:٤١١ حديث ٢.علما بان فى المصادر كلها:«من أتى أهله فى محاق الشهر.».

و ماشيه و إن لم يستأذنها، و بالعكس، و روى إلى شعرها و محاسنها و جسدها من فوق الثياب و إليها قائمه و ماشيه و إن لم يستأذنها، و بالعكس، و روى إلى شعرها و محاسنها و جسدها من فوق الثياب،).

لا خلاف بين علماء الإسلام في أن من أراد نكاح امرأه يجوز له النظر إليها في الجملة، و قد رواه العامه (1) و الخاصه (2)، و هل يستحب؟ فيه وجهان، و النظر الوارد بلفظ الأمر عنه عليه السلام من روايه العامه، و ليس فيما سنذكره إن شاء الله تعالى من الأخبار دلالة على الاستحباب (3). و إنما يجوز النظر مع إرادته النكاح، إذا كانت محلله خلتيه من بعل و من موانع النكاح كالعده، لامتناع النكاح حينئذ، و أن تكون الإجابة ممكنه عاده.

و وقت النظر عند اجتماع هذه الشروط، لا عند الاذن في عقد النكاح، و لا عند ركون كل منهما إلى صاحبه، و هو وقت تحريم الخطبه على الخطبه، خلافا لبعض العامه (4).

و ينبغي أن يكون قبل الخطبه، إذ لو كان بعدها و تركها لشقّ عليها و أوحشها.

و لو تعذر عليه النظر بعث امرأه تتأملها و تصفها له، فإن النبي صَلَّى الله عليه و آله بعث أم سليم إلى امرأه، فقال: انظري إلى عرقوبيها و شمي معاففها (5).

ص: ٢٧

١- (١) صحيح مسلم ٢:١٠٤٠ حديث ١٤٢٤، سنن الترمذى ٣:٣٩٧ حديث ١٠٨٧، سنن البيهقي ٧:٨٤، مستدرک الحاكم النيسابورى ١٦٤-٢:١٦٤.

٢- (٢) الكافي ٥:٣٦٥ حديث ١-٢-٣-٤، التهذيب ٧:٤٣٥ حديث ١٧٣٤-١٧٣٥، و للزياده راجع الوسائل ٤:٥٩ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه.

٣- (٣) في «ض»: استحباب النظر.

٤- (٤) كفايه الأخبار ٢:٢٩.

٥- (٥) مسند احمد ٣:٢٣١، و فيه: عن أنس أن النبي صَلَّى الله عليه و سلم أرسل أم سليم تنظر إلى جاريه، فقال: «شمى عوارضها و انظري الى عرقوبها».

إذا عرفت ذلك، فالذى يجوز النظر اليه هو الوجه و الكفان من مفصل الزند ظهرا و بطننا، لأن المقصود من الرؤيه يحصل بذلك، فيبقى النظر إلى ما سوى ذلك على عموم التحريم.

و منع بعض العامه من النظر إلى الكفين (١)، و أضاف بعضهم إلى نظر الوجه و الكفين القدمين و بعض الذراع (٢)، و بعضهم جواز النظر إلى ما عدا الفرج (٣).

و أشار بقوله: (و روى) إلى ما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له الرجل يريد أن يتزوج المرأه فينظر إلى شعرها؟ قال: «نعم، إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن» (٤).

و ما رواه غياث بن إبراهيم عن جعفر عن علي عليه السلام أنه سئل عن رجل ينظر إلى محاسن امرأه يريد أن يتزوجها؟ قال: «لا بأس إنما هو مستام» (٥).

فمنصوص الاولى النظر إلى الشعر، و الثانيه إلى المحاسن.

و لا-ريب أن المحاسن هي مواضع الحسن و الزينه، فان أجريت على ظاهرها اقتضى جواز النظر إلى جميع مواضع الحسن من بدنها.

و هو بعيد مع قيام دلائل التحريم، فيحمل على جواز النظر إليها من فوق

ص: ٢٨

١- ١) انظر: المغنى لابن قدامه ٧: ٤٥٤.

٢- ٢) المصدر السابق.

٣- ٣) انظر: المجموع ١٦: ١٣٨.

٤- ٤) الكافي ٥: ٣٦٥، حديث ٥، [١] الفقيه ٣: ٢٦٠، حديث ١٢٣٩، التهذيب ٧: ٤٣٥، حديث ١٧٣٤.

٥- ٥) التهذيب ٧: ٤٣٥، حديث ١٧٣٥.

و الى أمه يريد شراءها و إلى شعرها و محاسنها،دون العكس، الثياب،و عليه تنزل عبارته الكتاب(و محاسنها و جسدها من فوق الثياب)و على هذا فيناسب أن يكون:(و جسدها)حينئذ عطفًا تفسيريًا لقوله:(و محاسنها).

نعم ما يلزم من رؤيه الشعر رؤيته غالبًا-كالأذنين و العنق-ينبغي القول بجواز النظر إليه،لاستدعاء إباحه النظر إلى الشعر إباحه.النظر إليه،و يلوح من عبارته التذكرة (١)أن المحاسن الوجه و الكفان،حيث أن ذلك مجمع المحاسن،و هو خلاف الظاهر.

و يجوز تكرار النظر إلى ذلك مره بعد اخرى،و إدامته،و النظر إليها قائمه و ماشيه و جالس،لأن الغرض لا- يتم إلا بذلك،و لإطلاق النصوص بالنظر،و هو يتناول ذلك،و لقوله عليه السّلام:«إنما هو مستام» (٢).و لا- يشترط استئذانها في النظر-خلافا لمالك (٣)-للعوم،بل لا- ينبغي،لأنها ربما زينت نفسها و أخفت عيها،ففات مقصود النظر.و كما يجوز[نظر الرجل إلى المرأه] (٤)عند إرادته النكاح،فكذا العكس، لاشرآك مقصود النظر بينهما،و لأن المرأه ربما رأّت من الرجل ما يدعوها إلى إجابته (٥).

قوله: (و إلى أمه يريد شراءها،و إلى شعرها و محاسنها،دون العكس).

يجوز النظر إلى امه يريد شراءها قطعًا،لروايه أبي بصير،قال:سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها؟قال:«لا بأس بأن ينظر إلى محاسنها و يمسّها،ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي له النظر إليه» (٦).

ص: ٢٩

١- ١) تذكره الفقهاء ٥٧٢:٢. [١]

٢- ٢) التهذيب ٧:٤٣٥ حديث ١٧٣٥.

٣- ٣) انظر: بلغه السالك ٣٧٧:١.

٤- ٤) ما بين المعقوفتين أثبتناه من النسخه الحجريه لجامع المقاصد،لاضطراب العبارة في «ش» و«ض».

٥- ٥) في «ض»: ما يدعو لاجابته.

٦- ٦) الفقيه ٤:١٢ حديث ٩،التهذيب ٧:٧٥ حديث ٣٢١.



فظاهر الروايه عدم توقف حلّ النظر على تحليل المولى: و كذا يظهر من إطلاق عبارته الكتاب، و المراد بما لا ينبغي النظر إليه في الروايه هو: العوره، مع احتمال غير ذلك.

و صرح المصنف في التذكرة بجواز النظر إلى جسدها من فوق الثياب و مكشوفه، للحاجه إلى التطلع إليها، لئلا يكون فيها عيب، فيحتاج إلى الاطلاع عليه (١). و قال شيخنا الشهيد في الدروس: يجوز النظر إلى وجهها و محاسنها، و هل يجوز إلى جسدها من تحت الثياب، بل و الى العوره؟ نظر، أقربه مراعاة التحليل من المولى، و حكى روايه أبي بصير السالفه و لم يفت بها (٢). و مختار الدروس أحوط، إلا أن العمل بالروايه في النظر قوى.

و هل يسوغ المس كما تضمنته؟ لم أجد به تصريحاً، لكنه مما تدعو الحاجه اليه، و الظاهر من عرض المالك الأمه على البيع إذنه في مقتضيات السوم، و هو: النظر و اللمس، و الاحتياط التوقف على تحليل المولى.

اما العكس، و هو: نظرها إلى ما لا يحل نظرها إليه، من حيث أنه أجنبي، فإن مجرد إرادته شراءها لا تجوزه، إذ لا اختيار لها في الشراء ليكون النظر وسيله إليه كما في النكاح، و لا تنفاه المجوز شرعاً، بخلاف النكاح.

و يمكن أن يراد بالعكس: شراء المرأه للمملوك الذكر، فان النظر لا يجوز هاهنا من الجانبين، و المقابله بينهما و بين المسأله السابقه ثابتة، و التفسير الأول ألصق بالمقام.

و اعلم ان المصنف لم يتعرض هنا إلى النظر إلى أمه الغير إذا لم يرد شراءها،

ص: ٣٠

١- (١) التذكرة ٥٧٣: ٢. [١]

٢- (٢) الدروس: ٣٤٤.

و إلى أهل الذمه و شعورهن إلاّ- للتلذذ أو ريبه،و أن ينظر الرجل الى مثله إلاّ العوره و إن كان شابا حسن الصورة،إلاّ لريبه أو تلذذ،و كذا المرأه.

و صرح فى التذكرة بجواز النظر إلى وجهها و كفيها و شعرها إذا لم يكن النظر لريبه و تلذذ مع أمن الفتنة (١).و هو قريب،لأن المملوكه شأنها التردد فى المهمات.

فلو حرم النظر إليها مطلقا لزم الحرج و المشقه،و لإطباق الناس فى كل عصر على ذلك،لأن خروج الإمام مكشفتا الوجوه أغلبيّ،و لم ينقل إنكار ذلك و المنع منه، و لو كان ذلك حراما لأنكروه كغيره من المحرمات،و فى تعليل الشيخ فى النهايه (٢)جواز النظر إلى أهل الذمه بأنهن بمنزله الإمام يتبّه على ذلك.

قوله: (و إلى أهل الذمه و شعورهن،إلاّ لتلذذ (٣)أو ريبه).

هذا قول المفيد (٤)و الشيخ فى النهايه (٥)و غيرهما (٦)،لأنهن بمنزله الإمام،و لقول الصادق عليه السلام:«لا بأس بالنظر إلى نساء أهل تهامه و الأعراب و أهل البوادي من أهل الذمه و العلوج،لأنهن إذا نهين لا ينتهين» (٧).و منع ابن إدريس (٨)من ذلك، تمسكا بعموم دلائل تحريم النظر-و مع التلذذ فلا بحث فى التحريم-و الأول أقوى.

قوله: (و أن ينظر الرجل إلى مثله-إلاّ العوره-و إن كان شابا حسن الصورة،إلاّ لريبه أو تلذذ،و كذا المرأه).

ص: ٣١

١- (١) التذكرة ٥٧٤:٢. [١]

٢- (٢) النهايه:٤٨٤. [٢]

٣- (٣) فى «ض» لا لتلذذ.

٤- (٤) المقنعه: ٨٠.

٥- (٥) النهايه:٤٨٤. [٣]

٦- (٦) و هو المحقق فى الشرائع ٢-٢٦٩،و غيره.

٧- (٧) الكافى ٥:٥٢٤ حديث ١، [٤]الفقيه ٣:٣٠٠ حديث ١٤٣٨.

٨- (٨) السرائر:٣٠٨.

و الملك و النكاح يبيحان النظر إلى السواتين من الجانبين على كراهيه.

و يجوز النظر الى المحارم عدا العوره، و كذا المرأه.

و لا يحل النظر إلى الأجنبيه إلا لضروره كالشهاده عليها، و يجوز إلى وجهها و كفيها مره لا أزيد، و كذا المرأه.

و للطيب النظر إلى ما يحتاج إليه للعلاج حتى العوره، و كذا لشاهد الزنا النظر إلى الفرج لتحمل الشهاده عليه.

و ليس للخصى النظر إلى المالكه و لا- الأجنبيه، و لا- للأعمى سماع صوت الأجنبيه، و لا- للمرأه النظر إليه، و للصبى النظر إلى الأجنبيه. و الملك و النكاح يبيحان النظر إلى السواتين من الجانبين على كراهيه، و يجوز النظر الى المحارم عدا العوره، و كذا المرأه، و لا يحل النظر إلى الأجنبيه إلا لضروره، كالشهاده عليها، و يجوز إلى وجهها و كفيها مره لا أزيد، و كذا المرأه، و للطيب النظر الى ما يحتاج إليه للعلاج، حتى العوره، و كذا لشاهد الزنا النظر إلى الفرج لتحمل الشهاده عليه، و ليس للخصى النظر إلى المالكه و لا الأجنبيه، و لا للأعمى سماع صوت الأجنبيه، و لا للمرأه النظر إليه، و للصبى النظر إلى الأجنبيه).

تحقيق الكلام فى النظر أن نقول: الناظر و المنظور إليه إما أن يكونا ذكرين أو أنثيين، أو الناظر ذكرا و المنظور إليه أنثى، أو بالعكس، و على التقديرين الأخيرين إما أن يكون بينهما نكاح أو ملك أو محرميه، أو لا، و على التقدير الأخير إما أن يكون النظر محتاجا إليه للعلاج و تحمل الشهاده على الزانى، أو مطلق لتحمل الشهاده و مطلق الحاجه كالمعامله، أو لا، و على الأخير إما أن يكون الذكر ممسوحا، أو لا، و على الثانى إما أن يكون بالغاً، أو لا، و الأنثى إما أن تكون بالغه، أو لا، و البالغه إما أن تكون عجوزا كبيره، أو لا، فهنا مباحث:

أ:نظر الذكر إلى الذكر و هو جائز ما عدا العوره،و قد سبق تحقيقها في كتاب الصلاه،إلا لحاجه تجوّز النظر المحرم،بشرط أن لا يكون هناك تلذذ و ريبه،فيحرم معها على البالغ العاقل،و يناط التكليف بالولى مع عدمه.

و لا- فرق في ذلك بين أن يكون المنظور إليه شابا أو لا،حسن الصورة أو لا، و قوى المصنف في التذكرة (1)تحريم النظر إلى الأُمرد مع خوف الفتنة،لوجوب التحرز عنها،و نَقَّحه بأن من أحس في نفسه بالفتنة حرم عليه بينه و بين الله تعالى إعاده النظر، و يجوز للمس في هذا القسم كما يجوز النظر.

فرع:هل يحرم النظر إلى العوره في هذا القسم من وراء الثياب؟الذى يفى بحكايه حجم العوره،بحيث يظهر معه شكل القضيب و الأنثيين،فيه احتمال.

ب:نظر الأنثى إلى الأنثى،و الكلام في هذا القسم كالكلام في الذى قبله،و هل يفرق بين المسلمه و الذميه؟للشيخ (2)قول بأن الذميه لا- تنظر إلى المسلمه،حتى الوجه و الكفين،لقوله تعالى أَوْ نِسَائِهِنَّ (3)و ليست الذميه منهن،على ما روى عن ابن عباس (4)و الظاهر ان المراد ب(نساءهن)على ما ذكره في الكشاف:من في خدمتهن من الحرائر و الإماء (5)،و هو شامل للذميه،فلا يفرق،و هو الأصح.

ج:نظر الذكر إلى الأنثى،فان لم تكن زوجه للناظر و لا مملوكه و لا محرما له، فان كانت صبيه صغيره،و لم تبلغ مبلغا تكون في مظنه الشهوه،يجوز النظر إليها، لا تنفاه داعى الشهوه الذى هو مناط التحريم،و تجوز تغسيل الأجنبية بنت ثلاث سنين

ص: ٣٣

١- (١)التذكرة ٥٧٣:٢. [١]

٢- (٢) تفسير التبيان ٣٨٠:٧.

٣- (٣) النور: ٣١. [٢]

٤- (٤) تفسير الكشاف ٣:٦٢، [٣]التفسير الكبير للفخر الرازى ٢٣:٢٠٧. [٤]

٥- (٥) تفسير الكشاف ٣:٦٢. [٥]

مجرده یتبہ لذلك.

قال فى التذکره: و لا فرق بین حد العوره و غیره، لکن لا یجوز النظر إلى فرجها (١). قلت: من جَوَّزَ تغسلها مکشوفه العوره، یلزمه القول بالجواز هنا.

و لو كانت عجوزاً، فقد قيل (٢): إنها كالشابه، لأن الشهوات لا تنضب، و هى:

محل الوطء، و قد قال علیه السّلام: «لکلّ ساقطه لا قطه» و الأقرب و فاقاً للتذکره (٣) أن المراد: إذا بلغت فى السن إلى حیث تنتفى الفتنة غالباً بالنظر إليها یجوز نظرهما، لانتفاء المقتضى، و لقوله تعالى وَ الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحاً (٤). و من عداهما یجوز النظر إليها عند الضروره أو الحاجه، كما إذا أريد علاجها، فينظر إلى ما لا بدّ منه، و لمسها أيضاً، حتى العوره، و كذا الفصد و الحجامه للضروره، و كذا القول فى الرجل إذا احتاج إلى علاج المرأه إياه.

و لا- يشترط فى جواز النظر خوف فوات العضو، و لا- خوف شدة الضنا (٥)، بل المشقه بترك العلاج كافیة، و ینبغى أن يكون ذلك بحظور محرم، قاله فى التذکره (٦).

و هل يشترط لجواز النظر و اللمس هنا فقد الطيب المماثل؟ فيه نظر، و لا ريب فى الجواز إذا اختص غیر المماثل بمزيه.

و كذا یجوز النظر إلى الأجنبيه لمعاملتها بیع و شبهه (٧) و كذا لتحمل الشهاده (٨)

ص: ٣٤

١- (١) التذکره ٥٧٤: ٢. [١]

٢- (٢) انظر أحكام القرآن للقرطبي ١٢: ٣٠٩، كفايه الأخيار ٢: ٢٧.

٣- (٣) التذکره ٥٧٤: ٢. [٢]

٤- (٤) النور: ٦٠. [٣]

٥- (٥) الضنا: المرض، الصحاح ٦: ٢٤١٠ ضنا.

٦- (٦) التذکره ٥٧٣: ٢. [٤]

٧- (٧) فى «ش»: و غیره.

٨- (٨) فى «ض»: التحمل للشهاده.

عليها ليعرفها عند الحاجة، ولا ينظر الى غير الوجه، لزوال الضروره به، وتكلف كشف وجهها عند الأداء، ليعرفها الشاهد.

و هل يجوز النظر إلى فرج الزانين؟ فيه وجهان:

أحدهما: -و اختاره في التذكرة (١)- المنع، لأنه نظر إلى فرج محرم، فكان حراما، و ليست الشهاده على الزنا عذرا، لأنه مأمور بالستر.

و الثاني: -و اختاره هنا- الجواز، لأنه وسيله إلى إقامة حدّ من حدود الله تعالى، و لما في المنع من عموم الفساد، و اجترأ النفوس على هذا المحرم، و لو لا ذلك لأدى إلى سدّ باب هذا الركن من أركان الشرع، و لم تسمع الشهاده بالزنا أصلا، لتوقف تحمّلها على الاقدام على النظر المحرّم و إدامته، لاستعلام الحال، بحيث يشاهد الميل في المكحله، و هو معلوم البطلان، و الجواز قويّ.

و هل يجوز النظر إلى فرج المرأة للشهاده على الولاده؟ و إلى ثديها للشهاده على الرضاع؟ فيه الوجهان، و وجه المنع: الاكتفاء في ذلك بشهاده النساء، و وجه الجواز: دعاء الضروره، حيث لا يوجد من النساء من يكون أهلا- للشهاده، على ما في جمع النساء للشهاده و معرفه عدالتهن، من العسر المنفى بالنسبه إلى الرجال، فالجواز لا يخلو من قوه.

و مع انتفاء الحاجة، فإن كان الناظر صبيا غير ممّيز، لم يحرم على المرأة التكشف له، و إنما هو بمنزله سائر الحيوانات.

و إن كان ممّيزا، فإن كان فيه ثوران شهوه و تشوّق، فهو كالبالغ في النظر، فيجب على الولي منعه منه، و يجب على الأجنبي التستر عنه، و إلا ففي جواز نظره إلى الأجنبيه- بمعنى: أنه لا يجب على الولي منعه منه و لا يجب عليها الاحتجاب منه-

ص: ٣٥

قولان:

أحدهما: الجواز كما ينظر الرجل إلى محارمه، فإن له الدخول من غير استئذان، كما في الأوقات الثلاثة التي هي مظنه التبذل و التكشف، و ذلك: قبل صلاة الفجر، و عند الظهر، و بعد صلاة العشاء، قال سبحانه لِيَسِيْرَتَاذِنُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَ حِينَ تَصْعُقُونَ نِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ (١).

و الثانى: المنع لقوله تعالى أَوْ الطُّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ (٢) أى: لم يميّزوا بينها و بين غيرها، أو لم يقووا على الوطء و الأمر بالاستئذان فى هذه الأوقات لا يقتضى جواز النظر. و هذا أصح، و اختاره فى التذكرة (٣).

و لو كان شيخا كبيرا جدا هرما، ففى جواز نظره احتمال، و مثله العنين، و المخنث - و هو: المتشبه بالنساء - و اختار فى التذكرة (٤) أنهم كالفحل، لعموم الآيه (٥)، و هو قوئى، و غير أولى الأربيه (٦) إنما يدل (٧) على الأبله الذى لا يحتاج إلى النساء، و لا يعرف شيئا من امورهن.

و المَجْبُوب: الذى بقى أنثياه، و الخصى: الذى بقى ذكره كالفحل، و أما الخصى الممسوح، ففى جواز نظره إلى مالكته لو كان مملوكا قولان:

ص: ٣٦

[١ - ١] (١) النور: ٥٨. [١]

[٢ - ٢] (٢) النور: ٣١. [٢]

[٣ - ٣] (٣) التذكرة ٥٧٤: ٢. [٣]

[٤ - ٤] (٤) التذكرة ٥٧٤: ٢. [٤]

[٥ - ٥] (٥) النور: ٣٠. [٥]

[٦ - ٦] (٦) النور: ٣١. [٦]

[٧ - ٧] (٧) فى «ش»: ربما نزل.

أحدهما: -و اختاره بعض الأصحاب (١)، و المصنف في المختلف (٢) -الجواز، لقوله تعالى أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ (٣) قال المصنف: و التخصيص بالإماء لا وجه له، لا شراك الإماء و الحرائر في الجواز (٤)، و قد قدمنا ما يقتضى اندراج الإماء في نسائهنَّ (٥) إلا - أن هذا يقتضى جواز نظر المملوك الفحل إلى مالكنه و أن يخلو بها (٦) كالأمه، و هو الذى قواه الشيخ في المبسوط (٧) فى آخر كلامه، و إن كان بحيث إذا نظر إلى أوله أشعر بالتردد، بل حكى المصنف فى المختلف عن ابن الجنيد أنه قال: و روى عن أبى عبد الله عليه السلام و أبى الحسن موسى عليه السلام كراهه رؤيه الخصيان الحره من النساء حرا أو مملوكا (٨)، فان هذا (٩) الكلام يلوح منه الميل إلى الجواز مطلقا، و قد روى محمد بن إسماعيل فى الصحيح (١٠) عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن قناع النساء الحرائر من الخصيان؟ فقال: «كانوا يدخلون على بنات ابى الحسن عليه السلام و لا يتقنعن» (١١) و روى إسحاق بن عمار أنه سأل الصادق عليه السلام: أ ينظر المملوك الى شعر مولاته؟ قال: «نعم و إلى ساقها» (١٢).

ص: ٣٧

١ - ١) اختاره الشيخ فى المبسوط ٤: ١٦١.

٢ - ٢) المختلف: ٥٣٤.

٣ - ٣) النور: ٣١. [١]

٤ - ٤) المختلف: ٥٣٤.

٥ - ٥) النور: ٣١. [٢]

٦ - ٦) فى «ش»: و لا يخلو، و المثبت من «ض» و هو الموافق للمبسوط.

٧ - ٧) المبسوط ٤: ١٦١. [٣]

٨ - ٨) المختلف: ٥٣٤.

٩ - ٩) فى «ض»: و ان كان هذا.

١٠ - ١٠) لفظ: فى الصحيح، لم يرد فى «ض».

١١ - ١١) الكافي ٥: ٥٣٢، حديث ٣، [٤] التهذيب ٧: ٤٨٠، حديث ١٩٢٦، الاستبصار ٣: ٢٥٢، حديث ٩٠٣.

١٢ - ١٢) الكافي ٥: ٥٣١، حديث ٣. [٥]



و الثاني:- وهو مختار الشيخ في الخلاف (1)، و المصنف في التذكرة (2)-العدم، لما رواه أحمد بن إسحاق عن الكاظم عليه السلام، قال قلت له: يكون للرجل الخصى يدخل على نسائه فيناولهن الوضوء، فيرى شعورهن؟ فقال: «لا» (3) و حمل الشيخ الرواية الأولى (4) على التقيه، لما روى أنه عليه السلام سئل عن ذلك، فقال له:

«أمسك عن هذا» و لم يجبه (5)، و هو يدل على التقيه، و مختار المختلف (6) لا يخلو من قوه، و عليه تدل (7) الآية (8).

و أما الأجنبيه التي بلغت مبلغا صارت به مظنه الشهوه و لا- حاجه إلى نظرها، فإنه يحرم على البالغ نظر ما عدا وجهها و كفيها إجماعا، و كذا من كان كالبالغ، بمعنى:

أنه يجب على الولي منع غير المكلف من النظر، و يجب على المرأة الاحتجاب منه، لا- خلاف في ذلك بين أهل الإسلام. و أما الوجه و الكفان، فإن كان في نظريهما خوف ريبه و حصول فتنه حزم أيضا إجماعا، و إلا ففي الجواز قولان:

أحدهما:- و اختاره الشيخ (9)-الجواز على كراهيه، لقوله تعالى وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا (10) و هو مفسر بالوجه و الكفين، و لأن ذلك مما يعم به

ص: ٣٨

١- (١) الخلاف ٢:٢٠٤ مسألة ٥ من كتاب النكاح.

٢- (٢) التذكرة ٢:٥٧٤. [١]

٣- (٣) التهذيب ٧:٤٨٠ حديث ١٩٢٥، الاستبصار ٣:٢٥٢ حديث ٩٠٢.

٤- (٤) و هي روايه محمد بن إسماعيل عن الرضا عليه السلام المتقدمه.

٥- (٥) التهذيب ٧:٤٨٠ حديث ١٩٢٧.

٦- (٦) المختلف: ٥٣٤ كما تقدم.

٧- (٧) في «ش»: تنزل.

٨- (٨) النور: ٣١.

٩- (٩) المبسوط ٤:١٦٠. [٢]

١٠- (١٠) النور: ٣١. [٣]

البلوى، ولإطباق الناس في كل عصر على خروج كثير من النساء باديات الوجوه والأكف من غير نكير، خصوصاً أهل القرى و البوادي، ولانتفاء المقتضى - وهو: خوف الفتنة - إذ لا كلام في التحريم معه.

و الثاني: التحريم، وقواه المصنف في التذكرة (١)، لعموم قوله تعالى وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ (٢) الآية، ولاتفاق المسلمين على منع النساء من أن يخرجن سافرات، ولو حل النظر لتزلن منزله الرجل، ولأن النظر إليهن مظنه الفتنة، ولأنهن (٣) محل الشهوه - فاللائق بمحاسن الشرع حسم الباب والإعراض عن تفاصيل الأحوال، كالخلوه بالأجنبيه - ولحديث الخثعميه، حيث أتت إلى النبي عليه السلام بمنى فى حجه الوداع لنستفتيه فى الحج، وكان الفضل بن العباس رديف رسول الله صلى الله عليه وآله، فأخذ ينظر إليها و تنظر إليه، فصرف النبي صلى الله عليه وآله وجهه الفضل عنها، وقال رجل شاب و امرأه شابه فخشيت أن يدخل بينهما الشيطان (٤).

و فى هذه الدلائل نظر، لأن الوجه والكفين مستثنيان، لقوله تعالى إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا (٥) و ما ادعى من اتفاق المسلمين على منع النساء من أن يخرجن سافرات، فالمعلوم خلافه، ولو تم لم يلزم أن يحرم النظر مطلقاً بسببه، لأن هذا الفعل أليق بالمروءة، وأحرى بالسلامة من الفتنة، فربما كان على جهه الأفضليه، على أنه لو علم إطباقهم على وجوبه لم يدل على المراد، لأنه لم يتحقق الاحتجاب عن الناظر بشهوه

ص: ٣٩

١ - ١) التذكرة ٥٧٣: ٢. [١]

٢ - ٢) النور: ٣١. [٢]

٣ - ٣) فى «ش»: و هو.

٤ - ٤) انظر: سنن الترمذى ٣: ٢٣٣ حديث ٨٨٥، [٣] مسند أحمد ١: ٧٦، [٤] سنن البيهقى ٤: ٣٢٨.

٥ - ٥) النور: ٣١. [٥]

إلا بالاحتجاب مطلقا، لأن القصود لا يطلع عليها.

و حديث الخثعميه أولا-لا- دلالة فيه على التحريم، وإلا- لنهاهما صَلَّى الله عليه وآله عن النظر حتى لا- يعود إليه مره أخرى، و صرف وجه الفضل عنها غير دال على النهي، خصوصا بالنسبه إليها.

و ثانيا: أنه لا- دلالة على أن صرف وجه الفضل كان على طريق الوجوب، فربما كان ذلك على طريق الأولى، و لو سلّم كونه للوجوب و إفاده ذلك التحريم، لم يدل على المراد هنا، لأنهما إداما النظر، على وجه أشعر بالميل القلبي من كلّ منهما، و لا بحث فى التحريم حينئذ، و لأنه عليه السلام صرح بخوف الفتنة، و هو غير محل النزاع.

قيل: إنه عليه السلام علّل بشبابهما، و هو مظنه الشهوه و خوف الشيطان.

قلنا: إنما علّل به عندما ما رأى شواهد الفتنة، و هو إدامه النظر من كلّ منهما.

و اختار المصنف فى هذا الكتاب جواز النظر إلى الوجه و الكفين خاصه، مره لا أزيد.

فتنقيحه: أن النظر الذى يدام و يتوالى مظنه الفتنة- لأن شأنه أن يحدث عنه الميل القلبي و تترتب عليه الفتنة، مثل النظر الواقع من الفضل- دون النظره الواحده الناشئه لا عن داعى شهوه و ميل قلبى، و لا ريب أن التحريم مطلقا طريق السلامه.

و أما الزوجه و المملوكه التى لا- زوج لها، فيحل النظر من الجانبين، حتى إلى العوره على كراهيه، و وعد ابن حمزه النظر إلى فرج المرأه حاله الجماع محرما (١)، و النصوص (٢) الوارده بحله حجه عليه.

و المملوكه المزوجه كالأجنبيه، و كذا المرتده و الوثنيه و المجوسيه- على قول-

ص: ٤٠

[١- ١] الوسيله: ٣٧٠. [١]

[٢- ٢] الكافي ٥: ٤٩٧ حديث ٥، التهذيب ٧: ٤١٣ حديث ١٦٥١، الوسائل ١٤: ٨٤ باب ٥٩ من كتاب النكاح. [٢]

و المكاتبه و المشتركه، بخلاف المرهونه و المؤجره و المستبراه و المعتده عن وطء شبهه على الأقرب، فيجوز النظر إليهن.

و أما المحارم-و المراد بهن: من حرم نكاحه مؤبداً، بنسب أو رضاع أو مصاهره، بعقد أو ملك يمين، و احترزنا بالقييد الأخير عن نحو أم المزني بها و الموطوءه بالشبهه، على القول بأن الشبهه و الزنا ينشر حرمة المصاهره-فإن نظرهن من الجانبين جائز إلى البدن كله، مستورا و غير مستورا، إلا السوأه إذا لم تكن هناك ريبه، لقوله تعالى وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ (١)، و مع الضروره المجوزه للنظر إلى عوره الأجنبيه و بالعكس يجوز هنا بطريق أولى، و لا فرق فيما عدا العوره بين الوجه و الكفين و الثدي حال الإرضاع و سائر البدن.

و منع بعض الشافعيه من النظر إلى ما عدا الوجه و الكفين من المحارم (٢).

و استثنى بعض النظر إلى الثدي حال الإرضاع لشده الحاجه (٣)، و فرق بعضهم بين المحارم بالنسب و بين المحارم بالمصاهره و الرضاع (٤).

و الكل ضعيف، لأن الرضاع لحمه كلحمه النسب، و لأن المحرميه معنى يوجب قطع المناكحه، و تحريمها على التأيد، فكانا كالرجلين و المرأتين، و سيأتي إن شاء الله تعالى في كلام المصنف في المطلب الثالث في الرضاع من هذا الكتاب، تحريم النظر إلى جسد المحارم و بيان رده.

د: نظر الأنثى إلى الذكر، و هو كنظر الذكر إليها، فكل موضع حكمنا بالتحريم ثمه حكمنا به في نظيره هنا، و ما لا فلا.

ص: ٤١

١-١ (١) النور: ٣١. [١]

٢-٢ (٢) المجموع، ١٦: ١٤٠، مغنى المحتاج ٣: ١٢٩.

٣-٣ (٣) مغنى المحتاج ٣: ١٣٠.

٤-٤ (٤) المغنى لابن قدامه ٧: ٤٥٦، الشرح الكبير ٧: ٣٤٥. [٢]

و كما يحرم نظر الأجنبية الى البصير، فكذا الأعمى، لما روى أن أم سلمه قالت:

كنت أنا و ميمونه عند النبي صَلَّى الله عليه و آله، فاقبل ابن أم مكتوم، فقال: «احتجبا» فقلنا: إنه أعمى، فقال عليه السَّلام «أ فعميا وان أنتما؟» (١).

فروع:

أ: قال المصنف في التذكرة (٢): يجوز النظر الى شعر المجنونه المغلوبه و جسدها من غير تعمد لقول الصادق عليه السَّلام: «و المجنونه المغلوبه لا بأس بالنظر إلى شعرها و جسدها ما لم يتعمد ذلك» (٣).

و ظاهر هذا أن النظر إليه (٤) من تحت الثياب، و المراد بالتعمد المذكور: القصد إلى رؤيته، فإنه مظنه الريبه (٥)، بخلاف النظر إليه اتفاقا.

ب: الخنثى المشكل بالنسبه إلى الرجل و الخنثى كالمراه، و بالنسبه إلى المراه كالرجل، لتوقف يقين امتثال الأمر بغض البصر و الستر على ذلك.

و بعض العامه جوّز نظر الرجل و المراه إليها و بالعكس، استصحابا لما كان ثابتا في الصغر من حلّ النظر، حتى يظهر خلافه (٦). و ليس بشيء، لوجود الناقل عن ذلك، و الاشتباه غير مخلّ بتعلق الحكم، لكن لو شكّت المراه في كون الناظر رجلا

ص: ٤٢

١- ١) مكارم الأخلاق: ٢٣٣، [١] سنن البيهقي ٧: ٩٢.

٢- ٢) التذكرة ٥٧٤: ٢. [٢]

٣- ٣) الكافي ٥: ٥٢٤ حديث ١ [٣] الفقيه ٣: ٣٠٠ حديث ١٤٣٨، علل الشرائع: ٥٦٥. [٤]

٤- ٤) أي: إلى شعر المجنونه.

٥- ٥) في «ض»: القصد إلى ما به مظنه الفتنة.

٦- ٦) مغنى المحتاج ٣: ١٣٢.

أو شك الرجل في كون المنظور إليه امرأة يلزم القول بالتحريم، وهو محل تأمل، ويمكن الفرق بإمكان استعلام الحال هنا، بخلاف الخثي، ومن ثم وجب الأخذ بالاحتياط في التكليف المتعلقة به.

ج: كل موضع حكمنا فيه بتحريم النظر، فتحريم المس فيه أولى، ولو توقف العلاج على مس الأجنبيه دون نظرها، فتحريم النظر بحاله، وجواز النظر إلى وجه الأجنبيه و كفيها لا يبيح مسهما، لأن المس أَدعى إلى الفتنة و أقوى في تحريك الشهوه، و لهذا لا يبطل الصوم بالإنزال المستند إلى النظر، و يبطل بالمستند إلى الملامسه.

و يحرم على الرجل ذلك سواء الرجل، و كذا المرأة، و يجوز ذلك الفخذ من فوق الإزار، إلا مع خوف الشهوه و الفتنة.

و يجوز مس جسد المحارم من غير شهوه أو تلذذ، خلافا لبعض العامه (1)، لحصول النفه طبعاً، و انتفاء المحرم، و بعد تحريم تغميز البنت و الأخت رجل أبيها و أخيها و من جرى مجراهما، و لثبوت حلّ النظر في الصغر و لم يثبت الناقل شرعاً، و خوف الافتتان منتف.

د: صوت المرأة عوره يحرم استماعه مع خوف الفتنة لا بدونه، صرح بذلك المصنف في التذكرة (2)، و ينبغي لها أن تجيب المخاطب لها أو قارع الباب بصوت غليظ و لا ترخم (3) صوتها، و قد روى الصدوق أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يسلم على النساء، و كان يكره أن يسلم على الشابه منهن، و قال: «أتخوّف أن يعجبني صوتها فيدخل من الإثم عليّ أكثر مما أطلب من الأجر» (4).

ص: ٤٣

١- ١) مغنى المحتاج ١٣٢: ٣-١٣٣.

٢- ٢) تذكرة الفقهاء ٥٧٣: ٢. [١]

٣- ٣) اى: و لا ترقق، أنظر الصحاح ١٩٣٠: ٥ رخم.

٤- ٤) الفقيه ٣: ٣٠٠ حديث ١٤٣٦.

و فى الروايه إيماء إلى أن صوتها عوره، و أن سماعه بدون خوف الفتنة لا يحرم.

قال الصدوق فى الفقيه بعد أن أورد هذا الحديث: إنما قال عليه السلام ذلك لغيره و إن عبر عن نفسه، و أراد بذلك التخوف من أن يظن ظان أنه يعجبه صوتها فيكفر، و لكلام الأئمة صلوات الله عليهم مخارج و وجوه لا يعقلها إلا العالمون (١).

و ذهب بعض الشافعية إلى أن صوتها ليس بعوره، لكن يحرم استماعه (٢).

و اعلم: أنه كما يحرم استماع صوتها، يحرم عليها إسماعه الأجنب، كما يحرم عليها التكشف.

ه: يكره للرجلين أن يضطجعا فى ثوب واحد، قال صلى الله عليه و آله: «لا يفضى الرجل إلى الرجل فى ثوب واحد، و لا المرأة إلى المرأة فى ثوب واحد» (٣) و مع الريه يمنعان و يؤدبهما الحاكم، و مع كون كل واحد منهما فى جانب من الفراش فلا بأس.

و إذا بلغ الصبى و الصبيه عشر سنين فرّق بينه و بين امه و أبيه و أخته و أخيه فى المضجع، لقوله صلى الله عليه و آله: «اضربوهم و هم أبناء عشر، و فرّقوا بينهم فى المضجع» (٤) و لا يجب إلا مع خوف الفتنة.

و: يستحب مصافحه الرجل للرجل و المرأة للمرأة، و أما مصافحه الرجل للمرأة، فإن كانت أجنبيه لم يجز إلا من وراء الثياب، مع أمن الافتتان و عدم الشهوه، روى أبو بصير أنه سأل الصادق عليه السلام هل يصفح الرجل المرأة ليست له بذى محرم؟

ص: ٤٤

١- (١) الفقيه ٣: ٣٠٠.

٢- (٢) اعانه الطالبين ٣: ٢٦٠.

٣- (٣) صحيح مسلم ١: ٢٦٦ حديث ٣٣٨.

٤- (٤) سنن أبى داود ١: ١٣٣ حديث ٤٩٥، سنن البيهقى ٢: ٢٢٩.

و العضو المبان كالم متصل على اشكال، و اللمس فى المحارم كالنظر. قال: «لا إلا من وراء الثوب» (١).

و أما المعانقه و التقبيل بين الرجلين أو بين المرأتين فلا بأس، مع عدم الشهوه و أمن الفتنه، و روى الصدوق عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «مباشره المرأه ابنتها إذا بلغت ست سنين شعبه من الزنا» (٢) و سأل أحمد بن النعمان الصادق عليه السلام، فقال له: جويريه ليس بينى و بينها رحم و لها ست سنين؟ قال: «لا تضعها فى حرك» (٣) و عنه عليه السلام قال: إذا بلغت الجاربه ست سنين فلا يقبلها [الغلام] (٤)، و الغلام لا يقبل المرأه إذا جاز سبع سنين» (٥).

قوله: (و العضو المبان كالم متصل على إشكال، و اللمس فى المحارم كالنظر).

أى: العضو (٦) المنفصل ممن يحرم النظر إليه كالم متصل فى تحريم النظر إليه على إشكال، ينشأ: من أن مناط تحريم النظر إلى الأجنبيه خوف الفتنه و حصول الشهوه، و ذلك منتف فى المبان (٧)، لأنه صار كالحجر، و من أن ثبوت تحريم النظر قبل الانفصال يجب استصحابه، لعدم الناقل. و فى وجه للشافعيه (٨): أن المنفصل إن تميّز بصورته و شكله عما للرجل حرم، لبقاء المحذور، و إلا لم يحرم، كقلامه الظفر و الشعر و الجلد

ص: ٤٥

١- ١) الكافى ٥: ٥٢٥ حديث ٢، [١] الفقيه ٣: ٣٠٠ حديث ١٤٣٧.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢٧٥ حديث ١٣٠٦.

٣- ٣) الفقيه ٣: ٢٧٥ حديث ١٣٠٧، و فيه: سأل محمد بن النعمان أبا عبد الله عليه السلام فقال له: عندى جويريه.

٤- ٤) زياده من المصدر تقتضيها العبارة.

٥- ٥) الفقيه ٣: ٢٧٦ حديث ١٣١١.

٦- ٦) فى «ض»: الجزء.

٧- ٧) فى «ض»: و ذلك منتف فى الميل القلبي.

٨- ٨) مغنى المحتاج ٣: ١٣٤، كفايه الأخبار ٢: ٢٨.



ه: الخطبه مستحبه، إما تعريضا كرب راغب فيك، أو حريص عليك، أو انى راغب فيك، أو انك على كريمه، أو أن الله لسائق إليك خيرا أو رزقا.

و لو ذكر النكاح أبهم الخاطب، كرب راغب فى نكاحك. المنكشطه.

و الأصح التحريم مطلقا إذا كان مما يحرم النظر إليه متصلا، وقوله: (و اللمس فى المحارم كالنظر) قد سبق بيانه فى الفروع.

قوله: (ه: الخطبه مستحبه، إما تعريضا كرت راغب فيك، أو حريص عليك، أو انى راغب فيك، أو إنك على كريمه، أو إن الله لسائق إليك خيرا أو رزقا، و لو ذكر النكاح أبهم الخاطب، كرت راغب فى نكاحك).

الخطبه:- بالكسر- استدعاء نكاح المرأة، و لا خلاف فى جوازها فى غير موضع النهى، بل تستحب، لأن النبى صلى الله عليه و آله فعل ذلك، لأن النجاشى خطب لرسول الله صلى الله عليه و آله بنت أبى سفیان عن أمره (١)، و خطب صلى الله عليه و آله أم سلمه- و قد توفى عنها ابن عمها- هو متحامل على يده حتى أثر الحصر فى يده من شدة تحامله عليها (٢)، و فعل الناس فى الأزمنة المتعدده و البلاد المتباينه يدل عليه، و ليست شرطا للصحة قطعا.

ثم اعلم أن الخطبه أما تعريض أو تصريح، و المخطوبه إما خليه من زوج و عده أو مشغوله بأحدهما، و الخاطب إما زوج أو أجنبى.

فالتصريح: الخطاب بما لا يحتمل إلا النكاح، مثل: أريد أن أنكحك، و إذا حلت فلا تفوتى على نفسك.

ص: ٤٦

١ - (١) فى «ش» و «ض»: عن امرأه، و المثبت من النسخه الحجرية، و روى هذا الحديث الكلينى فى الكافى ٥: ٣٦٧ حديث ١، و [١] الشيخ فى التهذيب ٧: ٤٠٩ حديث ١٤٣٣.

٢ - (٢) أى: متحامل على يده، و روى هذا الحديث البيهقى فى سننه ٧: ١٧٨.

و نهى الله تعالى عن المواعده سرا إلاّ بالمعروف، كأن يقول: عندى جماع يرضيك، وكذا ان أخرجه مخرج التعريض كأن يقول: رب جماع يرضيك، لأنه من الفحش. و التعريض هو: الإتيان بلفظ يحتمل الرغبه فى النكاح و غيرها، مثل: رب راغب فيك، أو حريص عليك.

و الفرق بينه و بين الكنايه: أن الكنايه عباره عن أن يذكر الشىء بغير لفظ الموضوع له، كقولك: طويل النجاد و الحمائل لطويل القامه، و كثير الرماد للمضيف، و التعريض أن يذكر شيئاً يدل به على شىء لم يذكره (١)، كقول المحتاج للمحتاج إليه: جئتكم لأسلم عليكم، ففى الأول المعنى المطلوب باللفظ غير موضوع له اللفظ، و فى الثانى اللفظ المذكور يلوح منه ما يدل على المراد، و هو اللفظ الدال على الطلب.

و اعلم أيضاً أن من ألفاظ التعريض قول القائل: إنى راغب فيك، أو إنك على كريمه، لأن ذلك يحتمل الرغبه فى النكاح و غيره، أما لو صرح بالنكاح فلا بد من إبهام الخاطب، ليكون اللفظ محتملاً لإرادته نكاحه و نكاح غيره، و إلاً لكان تصريحاً.

و الحاصل أنه إن صرح برغبه نفسه أبهم النكاح، ليحتمل اللفظ النكاح و غيره، و إن صرح بالنكاح أبهم الراغب، ليكون اللفظ تعريضاً بالنسبه إليه، و فى الذى قبله تعريض بالنسبه إلى النكاح، و قد روى أن النبى صلى الله عليه و آله قال لفاطمه بنت قيس: «إذا حلت فأذنينى و لا تفوتينى نفسك» (٢).

قوله: (و نهى الله تعالى عن المواعده سرا إلاّ بالمعروف، كأن يقول:

عندى جماع يرضيك، و كذا إن أخرجه مخرج التعريض، كأن يقول: رب جماع يرضيك، لأنه من الفحش).

قال الله تعالى

ص: ٤٧

١- ١) فى «ض»: يدل على شىء لم يذكر.

٢- ٢) انظر: سنن أبى داود ٢: ٢٨٥ و ٢٨٦ حديث ٢٢٨٤ و ٢٢٨٧، [١] سنن البيهقى ٧: ١٧٨.

و إما تصريحاً كأن يقول: إن انقضت عدتك تزوجت بك. و كلاهما حرام لذات البعل، و للمعتده الرجعية و للمحرمة أبداً كالمطلقة تسعاً للعدة، و كالملاعنة، و كالمرضعة، و كبت الزوجه ممن حرمت عليه. و يجوز التعريض لهؤلاء من غيره في العده و التصريح بعدها.

و تقدس و لا - جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مَنَ خَطِيئَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنْتُمْ سَيِّئُ كُرُونَهُنَّ وَ لَكِنِ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا (١) و تقدير الكلام: علم الله أنكم ستذكرونهن و لا تواعدوهن سرا، و السر: وقع كناية عن الوطء، و معناه: لا تواعدوهن جماعاً إلا بالتعريض، بحيث لا يكون في الكلام لفظ يدل على الجماع صريحاً، لأن ذلك من الفحش و ليس من المعروف.

فعلى هذا لو أتى بلفظ يدل على الوطء صريحاً و أبهم الفاعل - مثل: ربّ جماع يرضيك - كان منهيّاً عنه، لأن التصريح بالجماع فحش، و لا يزول الفحش بإبهام الفاعل، و قد صرح المصنف في التحرير (٢) و التذكرة (٣) بأن هذا النهي للكرامه.

قوله: (و إما تصريحاً، كأن يقول: إذا انقضت عدتك تزوجت بك).

هذا معطوف على قوله: (إما تعريضا كرتب راغب فيك.)، و قوله: (و نهى الله تعالى.) معترض.

و هنا سؤال، و هو: أن قوله: (الخطبه مستحبه إما تعريضا كرتب راغب فيك).

و إما تصريحاً) يقتضى استحباب كل من القسمين، فكيف ينتظم مع قوله: (و كلاهما حرام لذات البعل.)؟ و جوابه: أن المراد أن الخطبه مستحبه إما تعريضا و إما تصريحاً في الجملة، لا في

ص: ٤٨

١ - ١) البقره: ٢٣٥. [١]

٢ - ٢) تحرير الأحكام ٢: ٥. [٢]

٣ - ٣) تذكره الفقهاء ٢: ٥٧٠. [٣]

كل موضع و لا- بالنسبه إلى كلّ امرأه، بل في مواضع مخصوصه، فربما حرمت مطلقا في بعض النساء، و ربما حرم التصريح دون التعريض.

و تنقيحه يحصل بقوله: (و كلاهما حرام- لذات البعل، و للمعتده الرجعيه، و المحرّمه أبدا: كالمطلقه تسعا للعدّه، و كالملاعنه، و كالمرضعه، و كبت الزوجه- ممن حرمت عليه، و يجوز التعريض لهؤلاء من غيره في العده، و التصريح بعدها).

أراد بقوله: (و كلاهما) التعريض بالخطبه و التصريح بها.

و لا شبهه في تحريم خطبه ذات البعل تعريضا و تصريحا، بواسطه و غيرها، و لا خلاف في ذلك بين العلماء، و لما في ذلك من الفساد.

و المطلقه رجعيًا زوجته، فيحرم خطبتها.

و المحرّمه أبدا- كالمطلقه تسعا للعدّه، و كالملاعنه، و كالمرضعه، و كبت الزوجه المدخول بها، و من جرى مجراهن- يحرم أيضا خطبتهن ممن حرمت عليه تصريحا و تعريضا، لامتناع نكاحه لهنّ شرعا.

و أما غيره، فإنه يجوز له التعريض لهنّ في العده البائنه، سواء كانت لمن حرمت عليه أم لغيره، و التصريح مع الخلوّ عنها و عن الزوج، لانتفاء المانع.

و المراد بالمرضعه في قوله: (و كالمرضعه) الأم من الرضاعه، و هو المتبادر من سوق الكلام، و يمكن تكلف إدراج كلّ من حرمت بالرضاع على الشخص، كمرضعه أبيه مثلا.

و الجار في قوله: (ممن حرمت عليه) يتعلق بما دل عليه قوله: (و كلاهما حرام) أي: و صدور كليهما حرام ممن حرمت عليه إلى آخره.

و الضمير المستتر في (حرمت) يعود إلى كل واحد من المحرمات مؤيدا المذكورات، و ليس ببيعد عوده إلى جميع المذكورات (ذات البعل) و من بعدها، فان كل من حرم عليه المذكورات بشيء من الأمور المذكوره يحرم عليه خطبتهن تعريضا

و المطلقه ثلاثا يجوز التعريض لها من الزوج و غيره.

و يحرم التصريح منهما فى العده، و يجوز من غيره بعدها، و المعتده بائنه كالمختلعه.

و المفسوخ نكاحها يجوز التعريض لها من الزوج و غيره، و التصريح من الزوج خاصه و تصريحاً.

قوله: (و المطلقه ثلاثا يجوز التعريض لها من الزوج و غيره، و يحرم التصريح منهما فى العده، و يجوز من غيره بعدها).

لما كانت المطلقه ثلاثا حراما على المطلق إلى أن تنكح زوجا غيره، كان التصريح من الزوج لها بالخطبه حراما فى العده و بعدها، لأنها إذا تحققت رغبه الزوج فيها بالتصريح بالخطبه، لم يؤمن أن يكذب فى دعوى انقضاء العده و حصول التحليل إن اكتفينا بقوله فيه، بخلاف التعريض، فإنه لا يتحقق به ذلك، و يجوز التعريض منه فى الحالين، فان تحريمها غير مؤبد، و المحذور مندفع.

و أما بالنسبه إلى غير المطلق، فان التصريح لها حرام فى العده خاصه، فيجوز التعريض لها فى العده و التصريح بعدها، لانتفاء المحذور حينئذ، بخلاف ما إذا كانت فى العده، و الظاهر أنه لا خلاف فى ذلك.

قوله: (و المعتده بائنا- كالمختلعه، و المفسوخ نكاحها- يجوز التعريض لها من الزوج و غيره و التصريح من الزوج خاصه).

أما الزوج فإن العده له، و يجوز إنشاء النكاح حينئذ و رجوعها فى عوض الخلع ليرجع، فلا محذور فى التصريح بالخطبه، سواء كان الفسخ من قبله أم من قبلها.

و أما غيره، فان المحذور بتصريحه بالخطبه لها قائم فى العده منتف بعدها، فيمنع من التصريح فيها لا بعدها، و يندرج فى المعتده بائنا المتوفى عنها زوجها، و لا فرق فى هذه المسائل بين أن تكون المخطوبه حاملا أم لا.

و الإجابة تابعه. و لو صرح فى موضع المنع أو عرض فى موضعه، ثم انقضت العده، لم يحرم نكاحها. و لو أجابت خطبه زيد ففى تحريم خطبه غيره نظر، إلا المسلم على الذمى فى الذميه، و لو عقد الغير صح. قوله: (و الإجابة تابعه).

أى: إجابة المرأه خطبه الخاطب تابعه للخطبه فى الجواز و التحريم، فيحرم التصريح فى الجواب فى كل موضع يحرم التصريح بالخطبه، و يجوز فى موضع جوازه، و كذا التعريض.

قوله: (و لو صرح فى موضع المنع أو عرض فى موضعه، ثم انقضت العده لم يحرم نكاحها).

أى لو صرح بالخطبه فى موضع المنع من التصريح، أو عرض بها فى موضع المنع من التعريض، ثم زال المانع - و هو: العده حيث يكون المانع العده فقط - لم يحرم نكاحها، لأن المعصيه السابقه لا - تؤثر فى النكاح اللاحق، كما لو نظر إليها فى وقت يحرم النظر، ثم أراد نكاحها.

قوله: (و لو أجابت خطبه زيد، ففى تحريم خطبه غيره نظر، إلا المسلم على الذمى فى الذميه، و لو عقد الغير صح).

إجابة خطبه الخاطب تتحقق بتصريحها بالإجابة، مثل أن تقول: قد أجبك إلى ذلك، أو تأذن لوليها أن يزوجه منه إن كانت ثيباً، أو تسكت إذا استأذنها وليها فيه إن كانت بكرًا، فإن ذلك يجرى مجرى الأذن، أو تكون ممن تجبر فلا يجيزها وليها، فيصرح الولي بالإجابة.

و منشأ النظر: من أن الأصل الإباحه، و بالإجابة لا تصير زوجه، و إنما أمرها بيدها أو بيد وليها فيجوز.

## و:خص رسول الله صَلَّى الله عليه و آله بأشياء في النكاح و غيره

و:خص رسول الله صَلَّى الله عليه و آله بأشياء في النكاح و غيره، و هي إيجاب السواك عليه، و الوتر، و الأضحيه، و إنكار المنكر و إظهاره، و وجوب و من ظاهر قوله عليه السّلام: «لا يخطب أحدكم على خطبه أخيه» (1) فإن النهي ظاهر في التحريم، و لما في ذلك من إيذاء المؤمن و كسر خاطره و إثارة الشحنةاء و البغضاء، و في النهي عن الدخول في سوم المؤمن إيماء إلى ذلك و تنبيه عليه، و لا يضّرّ عدم ثبوت الحديث، لأن الاجتناب طريق الاحتياط.

و لو لم يصرح بالإجابة، بل أتى بما يشعر بالرضا، مثل: لا رغبه عنك، فوجهان:

أحدهما: -و هو مقرّب التذكرة- (2) عدم التحريم، لأن خطبه الثاني لم تبطل شيئاً.

و الثاني: التحريم، لظاهر الحديث.

و لو لم توجد إجابته و لا ردّ أمكن طرد الوجهين، نظراً إلى ظاهر الحديث، و عدم التحريم في الموضوعين قويّ، تمسكاً بالأصل، إذ لا معارض يعتد به.

و يجوز الاقدام على خطبه من لا يعلم أخطبت أم لا، أو لم يعلم أن الخاطب أجيب أم لا.

و هذا كلّه في الخاطب المسلم، أما الذمي إذا خطب الذميه، فإن الأصح أن إجابته لا تمنع جواز خطبه المسلم، للأصل، و لظاهر قوله عليه السّلام: «على خطبه أخيه».

و لو أقدم الغير على الخطبه في موضع التحريم و عقد صح النكاح، إذ لا منافاه بين تحريم الخطبه و صحه العقد.

قوله: (و خصّ رسول الله صَلَّى الله عليه و آله بأشياء في النكاح و غيره، و هي: إيجاب السواك عليه، و الوتر، و الأضحيه، و إنكار المنكر و إظهاره،

ص: ٥٢

١- (١) سنن الترمذى ٢: ١٣٥، [١] سنن ابى داود ٢: ٢٢٨ حديث ٢٠٨١، [٢] سنن النسائى ٦: ٧٣، سنن البيهقى ٧: ١٧٩.

٢- (٢) التذكرة ٢: ٥٧٠. [٣]

التخيير لنسائه بين إرادته و مفارقتة بقوله يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا الْآيَةَ، و هذا التخيير كناية عن الطلاق إن اخترن الحياه الدنيا. و قيام الليل، و تحريم الصدقه الواجبه و المنسوبه على خلاف، و خائنه الأعين و هو الغمز بها، و نكاح الإماء بالعقد و الكتايات، و الاستبدال بنسائه، و الزيادة عليهن حتى نسخ بقوله تعالى إِنَّا أَخْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الْآيَةَ، و الكتابه، و قول الشعر، و نزع لأمته إذا لبسها قبل لقاء العدو. و وجوب التخيير لنسائه بين إرادته و مفارقتة-لقوله تعالى يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَ زَيَّنَّتْهُنَّ (١) الْآيَةَ، و هذا التخيير كناية عن الطلاق إن اخترن الحياه الدنيا- و قيام الليل، و تحريم الصدقه الواجبه و المنسوبه على خلاف، و خائنه الأعين و هو: الغمز بها، و نكاح الإماء بالعقد، و الكتايات، و الاستبدال بنسائه و الزيادة عليهن حتى نسخ بقوله تعالى إِنَّا أَخْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ (٢) الْآيَةَ، و الكتابه و قول الشعر، و نزع لأمته إذا لبسها قبل لقاء العدو).

قد جرت عادته الفقهاء بذكر خصائص النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله هُنا، لأنهم ذكروا خصائصه في النكاح، ثم سحبوها البحث إلى خصائصه في غيره، و قد كان المناسب الابتداء بذكر خصائصه في النكاح، لأن غيرها مذكور هنا استطرادا.

و لا يخفى أن خصائصه التي شرفه الله تعالى بها و ميزه عن سائر خلقه، تنقسم إلى تغليظات و تخفيفات و كرامات، و كلٌّ منها إما في النكاح أو في غيره، و التغليظات إما واجبات أو محرمات، و قد بدأ المصنف بها، و ذكر ثلاثه عشر أمرا:

أ: إيجاب السواك عليه.

ص: ٥٣

١- ١) الأحزاب: ٢٨. [١]

٢- ٢) الأحزاب: ٥٠. [٢]



ب:الوتر.

ج:الأضحيه،روى عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ قَالَ:«كُتِبَ عَلَيَّ وَ لَمْ يَكُتَبْ عَلَيْكُمْ السَّوَاكُ وَ الْوَتْرُ وَ الْأُضْحِيَّةُ» (١)و فى حديث آخر:«كُتِبَ عَلَيَّ الْوَتْرُ وَ لَمْ يَكُتَبْ عَلَيْكُمْ، وَ كُتِبَ عَلَيَّ السَّوَاكُ وَ لَمْ يَكُتَبْ عَلَيْكُمْ، وَ كُتِبَ عَلَيَّ الْأُضْحِيَّةُ وَ لَمْ يَكُتَبْ عَلَيْكُمْ» (٢).

د:إنكار المنكر إذا رآه و إظهار الإنكار ليعلم، لأن إقراره عليه السَّلام على فعل يقتضى جوازه، و قد وعده الله تعالى بالعصمه من الناس و تكفل له بالنصر، فقال سبحانه وَ اللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ (٣).

ه:وجوب التخيير لنسائه بين مفارقتة و مصاحبتة، لقوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَ زِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتِعْكَنَّ وَ أَسْرُحْكُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا إِلَى قَوْلِهِ أَجْرًا عَظِيمًا (٤).

و الأصل فى ذلك:أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ آثَرَ لِنَفْسِهِ الْفَقْرَ وَ صَبَرَ عَلَيْهِ، فَأَمَرَ بِتَخْيِيرِ نَسَائِهِ بَيْنَ مَفَارَقَتِهِ وَ اخْتِيَارِ زِينَةِ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا، وَ بَيْنَ مَصَاحِبَتِهِ وَ الصَّبْرِ عَلَى مَرَارِهِ الْفَقْرِ، لِئَلَّا يَكُونَ مَكْرَهَا لِهَنْ عَلَى صَبْرِ الْفَقْرِ (٥).

ثم إنهن لَمَّا اخترنه و الدار الآخرة، حرّم الله سبحانه عليه التزويج عليهنّ و التبديل بهنّ، -مكافأه لهنّ على حسن صنعهنّ- بقوله تعالى لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ (٦).

ص:٥٤

١- ١) المجموع ١٤٢:١٦، سنن البيهقي ٧:٣٩.

٢- ٢) مسند أحمد ٣١٧:١، سنن الدارقطني ٤:٤٠ حديث ٤٢، سنن البيهقي ٩:٢٦٤.

٣- ٣) المائدة:٦٧. [١]

٤- ٤) الأحزاب:٢٨. [٢]

٥- ٥) فى «ض»:على ضر الفقر.

٦- ٦) الأحزاب:٥٢. [٣]

ثم نسخ ذلك- لتكون المنه له صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِتَرْكِ التَّوَجُّعِ عَلَيْهِنَّ- بقوله تعالى إِنَّا أَخْلَلْنَا لِمَكَّ أَزْوَاجِكَ اللَّاتِي آتَيْتَ (١) الآيه.

و روى أن بعض نساء النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ طلبت منه حلقة من ذهب، فصاغ لها حلقة من فضه و طلاها بالزعفران، فقالت: لا أريد إلا من ذهب، فاغتمَّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لذلك، فنزلت آيه التخيير (٢).

و قيل: إنما خيرهن لأنه لم يمكنه التوسع عليهن، و ربما يكون فيهنَّ من تكره المقام معه على ذلك، فنزَّهه اللهُ تعالى عن ذلك بالأمر بالتخيير (٣).

إذا عرفت ذلك، فهذا التخيير عند العامه كناية عن الطلاق، يقع إذا اختارت نفسها و نويها معا، فان لم ينوياً أو لم ينو أحدهما لم يقع به شيء (٤).

قال قوم: إنه صريح فيه، و قال آخرون: إنه لا يكون طلاقاً أصلاً، بل الطلاق اختيارها نفسها، لقوله تعالى فَتَعَالَيْنِ أُمْتَعُكُنَّ وَ أَسْرُحُكُنَّ سَرَاً جَمِيلاً (٥) و لو كان ذلك طلاقاً لم يكن للتسريح بعده معنى، و هذا الأخير هو الجارى على أصولنا، فإن الطلاق لا يقع بالكنايات، و ليس فى الآيه ما يقتضى مخالفه حكمه لحكمنا فى ذلك، و قد تبَّه المصنف على ذلك فى التذكرة (٦)، و من هذا يعلم أن قوله هنا: (و هذا التخيير كناية عن الطلاق) ليس بجيد.

و: قيام الليل، لقوله تعالى وَ مِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ (٧) و إن أشعر

ص: ٥٥

١- ١) الأحزاب: ٥٠. [١]

٢- ٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٤٢: ١٤. [٢]

٣- ٣) المصدر السابق.

٤- ٤) انظر: أحكام القرآن للكنيا الهراسى ٣٤٥: ٤.

٥- ٥) الأحزاب: ٢٨. [٣]

٦- ٦) التذكرة ٥٦٦: ٢.

٧- ٧) الإسراء: ٧٩. [٤]

لفظ النافله بالسنة، لكنها في اللغة الزيادة، فلا ضروره إلى التجوّز بلفظ الأمر.

و لقائل أن يقول: إيجاب قيام الليل يغنى عن التعرّض لإيجاب الوتر، لأن قيام الليل يتأدى به.

و يمكن الجواب: بأن إيجاب قيام الليل لا يقتضى إيجاب الوتر بخصوصه، فحيث كان واجبا بخصوصه تعين ذكره.

ز: تحريم الصدقه الواجبه، صيانه لمنصبه العلى عن أموال الناس التى تعطى على سبيل الترحم، و ينبئ ذلك عن ذلّ الآخذ، و أبدل بالفى الذى يؤخذ على سبيل القهر و الغلبه، و ينبئ عن عز الآخذ و ذلّ المأخوذ منه.

و مشاركته أولى القربى إياه فى تحريمها لا تقدر فى كون ذلك من خصوصياته، لأن التحريم عليهم بسببه، فالخاصه عائده إليه، و قد قال صلى الله عليه و آله: (إنّا أهل بيت لا تحلّ لنا الصدقه) (١).

و اما المندوبه، فان فى تحريمها عليه صلى الله عليه و آله خلاف، و التحريم قوى، و قد بينا دليله فى باب الصدقه.

ح: خائنه الأعين، و هو: الغمز بها، و المراد به: الإيماء إلى مباح-من نحو ضرب أو قتل-على خلاف ما يظهر و يشعر به الحال، و إنما قيل له خائنه الأعين، من حيث لأنه يشبه الخيانه من حيث انه يخفى، و لا يحرم ذلك على غيره إلا فى محظور.

قال فى التذكرة: أن يظهر خلاف ما يضمّر، قال صلى الله عليه و آله: «ما كان لنبى أن يكون له خائنه الأعين» (٢) و طرد بعض ذلك فى الحروب، فممنع من الخدع فيها، ورد بأنه صلى الله عليه و آله قد صح عنه أنه كان إذا أراد سفرا ورى بغيره، و بأن ذلك

ص: ٥٦

١- (١) انظر: عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٢٩ حديث ٣٢، [١] مسند أحمد ٢: ٤٠٩ و ٣: ٤٩٠. [٢]

٢- (٢) سنن البيهقى ٧: ٤٠، الخصائص الكبرى ٢: ٢٣٨، و [٣] فيهما: لا ينبغي ان تكون لنبى خائنه الأعين.

من الحزم المطلوب (١).

ط: نكاح الإماء بالعقد، لأن ذلك لا يليق بمنصبه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، فإن كون الزوجه مملوكة للغير محكوما عليها لغير الزوج مردول، ولأن نكاحها على الأصح مشروط بالخوف من العنت، وهو صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ معصوم من أدناس البشر، و بفقدان طول الحره، و نكاحه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مستغن عن المهر ابتداء و انتهاء.

أما وطؤها بملك اليمن فلا مانع منه.

ي: نكاح الكتابيات بالعقد، لأن ذلك لا يليق بمنصبه العلي، ولأن نساءه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أمهات المؤمنين، و الكتابيه بعيده عن ذلك، و هذا إن جُوزنا لغيره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ نكاحهن، وإلا فالتحريم مشترك بينه و بين الأمة.

يا: الاستبدال بنسائه و الزيادة عليهن حتى نسخ بقوله تعالى **إِنَّا أَخْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ (٢)** الآية مكافأه على حسن صنعهن، كما تبيننا عليه فيما سبق.

يب: الكتابه و قول الشعر، تأكيداً لحجته و إظهاراً لمعجزته، قال سبحانه **وَلَا تَخْطُئُ بِيَمِينِكَ (٣)** الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ (٤) و قال تعالى **وَمَا عَلَّمْنَاهُ الشُّعْرَ وَمَا يَنْبَغِي لَهُ (٥)** و في ذلك دلالة على أنه ما كان يحسنهما.

و المصنف في التذكرة بعد أن حكى اختلاف قولي الشافعي (٦) -في أنه هل كان يحسنهما أم لا- قال: إنما يتجه التحريم على الأول (٧)، أي: على القول بأنه كان

ص: ٥٧

١- ١) تذكرة الفقهاء ٥٦٦: ٢، [١] باختلاف و تقديم و تأخير.

٢- ٢) الأحزاب: ٥٠. [٢]

٣- ٣) العنكبوت: ٤٨. [٣]

٤- ٤) الأعراف: ١٥٧. [٤]

٥- ٥) يس: ٦٩. [٥]

٦- ٦) المجموع ١٤٣: ١٦.

٧- ٧) تذكرة الفقهاء ٥٦٦: ٢. [٦]

و أبيض له أن يتزوج بغير عدد، و أن يتزوج و يطأ بغير مهر و بلفظ الهبه، و ترك القسم بين زوجاته، و الاصطفاء، و الوصال، و أخذ الماء من العطشان، و الحمى لنفسه.

و أبيض لنا و له الغنائم، و جعل الأرض مسجداً و ترابها طهوراً.

و أبيض له دخول مكة بغير إحرام، و إذا وقع بصره على امرأة و رغب فيها و جب على الزوج طلاقها.

يحسنهما، و فيه بحث، لأن تحريمهما إذا كان لا يحسنهما صحيح، لأن فعلهما ممكن بالتعلم، فيحرم فعلهما و الوسيله إليه.

يج: نزع لأمته إذا لبسها قبل لقاء العدو و مقابله، قال عليه السّلام: «ما كان لنبى إذا لبس لأمته أن ينزعها حتى يلقى العدو» (١) و اللامه: -مهموزه- الدرع، و قيل:

السلاح، و لأمه الحرب أذاته، و قد يترك الهمز تخفيفاً، ذكره ابن الأثير فى النهايه (٢).

قوله: (و أبيض له أن يتزوج بغير عدد، و أن يتزوج و يطأ بغير مهر و بلفظ الهبه، و ترك القسم بين زوجاته، و الاصطفاء، و الوصال، و أخذ الماء من العطشان، و الحمى لنفسه، و أبيض لنا و له الغنائم، و جعل الأرض مسجداً و ترابها طهوراً).

و ذكر فى آخر المبحث أنه: (أبيض له دخول مكة بغير إحرام، و إذا وقع بصره على امرأة و رغب فيها و جب على الزوج طلاقها).

قد ذكر المصنف من التخفيفات فى النكاح و غيره أحد عشر نوعاً:

أ: أبيض له صلى الله عليه و آله أن يتزوج بغير عدد على أصح الوجهين، لامتناع الجور عليه، و لظاهر قوله تعالى إِنَّا أَخْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي (٣) الآيه.

ص: ٥٨

١- ١) صحيح البخارى ١٣٨: ٩، سنن الدارمى ١٣٠: ٢، [١] مسند أحمد ٣٥١: ٣. [٢]

٢- ٢) النهايه ٢٢٠: ٤ [٣] لأم.

٣- ٣) الأحزاب: ٥٠. [٤]

و ما روى عن عائشه قالت: إن النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله لم يمت حتى أحل له النساء (١)، يعنى: اللاتى حظرن عليه، و من ذلك الزيادة على نسائه.

و قد مات النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله عن تسع: عائشه، و حفصه، و أم سلمه بنت أبي أميه المخزومى، و أم حبيبه رمله (٢) بنت أبي سفيان، و ميمونه بنت الحارث الهلاليه، و جويزيه بنت الحارث الخزاعيه، و سوده بنت زمعه، و صفيه بنت حيي بن أخطب الخيبريه، و زينب بنت جحش.

أما طلاقه فكطلاق غيره ينحصر فى الثلاث، لعموم النص (٣)، خلافا لبعض الشافعيه (٤).

ب: أبيع له أن يتزوج و يطأ بغير مهر و بلفظ الهبه، لقوله تعالى وَ امْرَأَهُ مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَها لِلنَّبِيِّ (٥) فعلى هذا لا يجب بالعقد مهر و لا- بالدخول قضيه للهبه، و يجوز أن يعقد هو صَلَّى اللهُ عليه و آله بلفظ الهبه، كما لا يشترط لفظ النكاح من الواهبه، فإن الإيجاب و القبول يجب أن يكون مورداهما واحدا، و أن يتطابقا.

و قال بعض الشافعيه (٦): إنه يشترط فى جهته لفظ النكاح، و إن كان من جهه المرأه الهبه، لظاهر قوله تعالى أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا (٧).

و لا دلالة له على اشتراط لفظ النكاح، إنما يدل على النكاح، و هو ثابت فى حقه صَلَّى اللهُ عليه و آله بالهبه.

ص: ٥٩

١- ١) الخصائص الكبرى ٢: ٢٣٢. [١]

٢- ٢) فى «ش» و «ض» و النسخه الحجريه: و أم حبيبه و رمله، و هو خطأ واضح، لأن عدد نسائه صَلَّى اللهُ عليه و آله يكون عشره، و لأن اسم أم حبيبه رمله كما فى السيره النبويه لابن هشام ٤: ٢٩٣-٢٩٤. [٢]

٣- ٣) انظر: الوسائل ١٥: ٣٥٠ باب ٣ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه. [٣]

٤- ٤) الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٨. [٤]

٥- ٥) الأحزاب: ٥٠. [٥]

٦- ٦) الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٧. [٦]

٧- ٧) الأحزاب: ٥٠. [٧]

و لو جرد نكاحه عن ذكر المهر، فهل يجب مهر بالدخول كغيره أم لا؟- إذ ليس من لوازم نكاحه-فيه وجهان.

ج: أبيح له ترك القسم بين زوجاته، فإذا كانت عند واحد ليله لم يلزمه أن يبيت عند كل واحد مثلها، لقوله تعالى تُرْجَى مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَ تُؤْوَى إِلَيْكَ مَنْ تَشَاءُ (١) أي تؤخر من تشاء و تترك مضاجعته، و تضم إليك من تشاء و تضاجعه.

و أحد الوجهين للشافعية: أنه كغيره في وجوب القسم (٢)، و بناؤهما على أن النكاح في حقه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله هل هو كالتسرى في حقنا، فان قلنا: نعم، لم ينحصر عدد منكوحاته و لإطلاقه، و انعقد نكاحه بلفظ الهبه و معناها، و بغير ولي و شهود، و في الإحرام، و لم يجب عليه القسم، و إلا انعكس الحكم.

و ليس بشيء، بل المتبع في ذلك النصوص الواردة (٣)، و الآية تنفي وجوب القسم فينتفى.

د: أبيح له اصطفاء ما يختاره من الغنيمه قبل القسمه، كجاريه حسناء، و ثوب مرتفع، و فرس جواد و غير ذلك، و يقال لما اختاره: الصفي و الصفيه و الجمع الصفايا و من صفاياه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: صفيه بنت حبي بن أخطب-اصطفاها و أعتقها و تزوجها- و ذو الفقار، و عندنا أن الامام عليه السلام كالنبي في ذلك.

ه: أبيح له الوصال، و هو حرام على غيره، قال في التذكرة: و معناه أن يطوى الليل بلا أكل و لا شرب مع صيام النهار، لا أن يكون صائما، لأن الصوم في الليل لا ينعقد، بل إذا دخل الليل صار الصائم مفطرا إجماعا، فلما نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله أُمَّتَهُ عَنِ الْوِصَالِ، قيل له: إنك تواصل؟ فقال: إني لست كأحدكم، إني أظل عند

ص: ٦٠

١- ١) الأحزاب: ٥١. [١]

٢- ٢) كفايه الأخيار ٢: ٤٧، الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٧.

٣- ٣) انظر: التهذيب ٧: ٤١٩، حديث ٦٧٩، الاستبصار ٣: ٢٤٢، حديث ٨٦٦.

ربى يطعمنى و يسقيني (١)، هذا كلامه.

و فيه نظر، لأن الظاهر أن الأكل ليلا لا يجب، وقد صرح هو بذلك فى المنتهى، فقال: لو أمسك عن الطعام يومين لا بتيه الصيام بل بنيه الإفطار وقته، فالأقوى فيه عدم التحريم، هذا كلامه (٢).

إن الصوم لا- ينعقد فى الليل، لا- محصّل له، لأن الحرام لا- ينعقد، فإن الصوم العيد حرام مع أنه لا- ينعقد، و لو انعقد لم يكن حراما، لأن النهى فى العبادات يدل على الفساد، وإنما المراد أن الإمساك على قصد الصوم حرام.

و قد بينا فيما سبق: أن الأصح عندنا أن الوصال: تأخير العشاء إلى السحور.

و اعلم: أن المراد بقوله صَلَّى الله عليه و آله «أظل عند ربى يطعمنى و يسقيني» أنه يقوّيه على الصوم و يغنيه عن الطعام و الشراب و يغذيه بوحيه، و ليس المراد الأكل و الشرب حقيقة، و إلا لم يكن مواصلا.

و: أيسح له أن يأخذ الطعام و الشراب من مالكهما و إن كان مضطرا إليهما، لأن حفظ نفسه المقدسه أحق من حفظ نفس غيره، و يجب على المالك البذل، و أن يفدى بمهجته مهجه رسول الله صَلَّى الله عليه و آله، فإنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم، و اقتصر المصنف على ذكر الماء، و لا فرق بينه و بين سائر ما يطعم و ما يشرب عند الضروره إليه.

و ينبغى أن يكون الامام عليه السلام كذلك، كما يرشد إليه التعليل، و لم أقف على تصريح فى ذلك.

ص: ٦١

١- (١) التذكرة ٥٦٧: ٢، و [١] روى الحديث الشيخ الصدوق فى الفقيه ٢: ١١١ حديث ٨.

٢- (٢) منتهى المطلب ٦١٧: ٢. [٢]



ز:و أبيض له صَلَّى اللهُ عليه وآله أن يحمى لنفسه الأرض لرعى ماشيته،و كان حراما على من قبله من الأنبياء عليهم السلام،و هذا عندنا مشترك بينه وبين الأئمة عليهم السلام كما سبق في (١) إحياء الموات،و قول المصنف في التذكرة:و الأئمة بعده ليس لهم أن يحموا لأنفسهم (٢)،ليس جاريا على مذهبنا.

ح:أبيض لنا و له الغنائم،و كانت حراما على من قبله من الأنبياء،و كانوا مأمورين بجمعها،فتنزل نار من السماء فتأكلها.

ط:أبيض لنا و له جعل الأرض مسجدا و ترابها طهورا،و لم يكن ذلك للأنبياء السالفه،و إنما كان لعباداتهم مواضع مخصوصه لا يتعبدون في غيرها.

و اعلم:أن قول المصنف:(و جعل الأرض مسجدا)يمكن أن يكون مصدرا معطوفا على فاعل (أبيض)و يمكن أن يجعل فعلا ماضيا على حد:

و لا أرض أبقل إبقالها (٣).

ي:أبيض له دخول مكة بغير إحرام،بخلاف أمته،فإن غير المعذور منهم يتعين عليه الإحرام على خلاف.

يا:أبيض له إذا وقع بصره على امرأه و رغب في نكاحها أن ينكحها،بحيث أنها إن كانت خلتيه و جب عليها الإجابة و حرم على غيره خطبتها،و إن كانت ذات زوج و جب على الزوج طلاقها لينكحها،و دليل ذلك قضيه زيد (٤).

ص:٦٢

١-١) لفظ (في) لم يرد في «ش» و «ض» و أثبتناه من النسخة الحجرية.

٢-٢) تذكره الفقهاء ٥٦٧:٢. [١]

٣-٣) نسب هذا البيت الجوهري في صحاحه ١٦٣٧:٤ [٢] بقل،إلى عامر بن جوين الطائي،و صدره: فلا مزنه و دقت و دقها

٤-٤) انظر تمام قضيه زيد في أحكام القرآن للقرطبي ١٩٠:١٤.

و جعلت أزواجه أمهات المؤمنين، بمعنى تحريم نكاحهن على غيره، سواء فارقهن بموت أو فسخ أو طلاق، لا لتسميتهن أمهات، و لا لتسميته عليه السّلام أباً، و بعث إلى الكافه و بقيت معجزته و هى القرآن الى يوم و لعل السرفيه من جانب الزوج امتحان إيمانه (١) و اعتقاده بتكليفه النزول عن أهله، و من جانبه صلّى الله عليه و آله ابتلاؤه ببلية البشريه و منعه من خائنه الأعين و إضمار ما يخالف الإظهار، و لا شىء أدعى إلى غض البصر و حفظه عن اللمحات الاتفاقيه من هذا التكليف.

و لهذا قال بعضهم (٢): إن هذا الحكم ليس من باب التخفيفات- و إن عدّه الفقهاء من جملتها- بل هو فى حقه صلّى الله عليه و آله غايه التشديد، إذ لو كلف بهذا آحاد الناس لما فتحوا أعينهم فى الشوارع و الطرق، و قد روى أن عائشه قالت: لو كان صلّى الله عليه و آله يخفى آيه لأخفى هذه (٣).

و هاتان الخاصتان ذكرهما المصنف رحمه الله فى آخر الباب، و هما معدودتان من التخفيفات، و كذا صنع فى التذكرة (٤)، لا كما هنا.

قوله: (و جعلت أزواجه أمهات المؤمنين- بمعنى: تحريم نكاحهن على غيره، سواء فارقهن بموت أو فسخ أو طلاق، لا لتسميتهن أمهات، و لا لتسميته عليه السّلام أباً- و بعث إلى الكافه، و بقيت معجزته و هى القرآن

ص: ٦٣

١- ١) فى «ض»: و لعل السرفيه من جانب الزوج ايمانه و امتحان قلبه.

٢- ٢) المجموع ١٤٣: ١٦.

٣- ٣) و هى قوله تعالى وَ إِذْ تَقُولُ لِلَّذى أَنْعَمَ اللهُ عَلَيْهِ وَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَ اتَّقِ اللهَ وَ تُخْفى فِى نَفْسِكَ مَا اللهُ مُبْدِيهِ وَ تَخْشَى النَّاسَ وَ اللهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطراً زَوَّجْنَاكَهَا لَكِنِ لَآ يَكُونُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِى أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطراً وَ كَانَ أَمْرُ اللهِ مَفْعُولاً الْأَحْزَابُ ٣٧، و [١] روى هذا الحديث الطبرى فى تفسيره ٢٢: ١١. [٢]

٤- ٤) التذكرة ٥٦٧: ٢. [٣]

و جعل خاتم النبيين، و نصر بالرعب، و كان العدو يرهبه من مسيره شهر، و جعلت أمته معصومه، و خص بالشفاعه.

و كان ينظر من ورائه كما ينظر من قدامه، بمعنى التحفظ و الحس.

و كان تنام عينه و لا ينام قلبه كذلك.

و جعل ثواب نساءه مضاعفا، و كذا عقابهن.

إلى يوم القيامه، و جعل خاتم النبيين، و نصر بالرعب و كان العدو يرهبه من مسيره شهر، و جعلت أمته معصومه، و خص بالشفاعه، و كان ينظر من ورائه كما ينظر من قدامه-بمعنى: التحفظ و الحس- و كان تنام عينه و لا ينام قلبه كذلك، و جعل ثواب نساءه مضاعفا و كذا عقابهن).

قد ذكر من الفضائل و الكرامات فى النكاح و غيره عشره أمور:

أ: أنه قد جعلت أزواجه صلى الله عليه و آله و سلم أمهات المؤمنين، سواء فيه من ماتت تحت النبى صلى الله عليه و آله و سلم، و من مات النبى صلى الله عليه و آله و سلم و هى تحته، لعموم الآية.

و ليست الأمومه هنا حقيقه، بل المراد تحريم نكاحهن و وجوب احترامهن، لا أنه يحل النظر إليهن و لا الخلو بهن و لا المسافره، و لا- يقال لبناتهن: أخوات المؤمنين، فإنهن لا يحرمن عليهم، فقد زوج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فاطمه عليها السلام بعلى عليه السلام.

و كذا لا- يقال لأبائهن: و أمهاتهن: أجداد المؤمنين و جداتهم، و لا- لا- أخواتهن و أخواتهن: أخوال و خالات- و لبعض الشافعيه (1) وجه فى إطلاق ذلك لا يعتد به- و كذا هو صلى الله عليه و آله و سلم لا يسمى أبا حقيقه، بحيث تثبت أحكام الأبوه بالنسبه

إليه، وإنما هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

وقول المصنف: (لا لتسميتهن أمهات). المراد: عدم التسميه حقيقه، وإنما المراد من إطلاق هذا اللفظ معنى مجازي.

ب: أنه بعث إلى كافة العالمين بشيرا و نذيرا، قال الله تعالى تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا (١).

ج: أنه بقيت معجزته-و هي القرآن- إلى يوم القيامة، مصونا بعده عن التبديل و التغيير، و أقيم بعده حجه على الناس، و معجزات غيره من الأنبياء انقرضت بانقراضهم.

د: أنه جعل خاتم النبيين صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ عَلَيْهِم بنص القرآن.

ه: أنه نصر بالرعب من مسيره شهر، و كان العدو يرهبه من مسيره شهر.

و: أنه جعلت أمته معصومه، روى عنه عليه السلام أنه قال: «لا تجتمع أمتي على ضلاله» (٢).

و في عدّه هذا من الخصائص نظر، لأن الحديث غير معلوم الثبوت، و أمته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سلم مع دخول المعصوم فيهم لا تجتمع على ضلاله، لكن باعتبار المعصوم فقط، و لا- دخل لغيره في ذلك، و بدونهم كسائر الأمم، على أن الأمم الماضين مع أوصياء أنبيائهم كهذه الأمه مع المعصوم، فلا اختصاص.

ز: أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ خَصَّ بِالشَّفَاعَةِ الْعَامَةِ، و يكونه أول شافع، و قد روى عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «ادخرت شفاعتي لأهل الكبائر من أمتي» (٣).

ص: ٦٥

[١- ١] الفرقان: ١. [١]

[٢- ٢] سنن ابن ماجه ١٣٠٣: ٢ حديث ٣٩٥٠.

[٣- ٣] من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٧٦ حديث ١٧٧٧.

## ز: أقسام النكاح ثلاثة: دائم، و منقطع، و ملك يمين

ز: أقسام النكاح ثلاثة: دائم، و منقطع، و ملك يمين. و لنبدأ بالدائم و نتبعه بالآخرين إن شاء الله تعالى.

ح: أنه كان ينظر من ورائه كما ينظر من قدامه، بمعنى أنهما سواء في التحفظ و الحس.

ط: أنه كان تنام عينه و لا- ينام قلبه، قال صلى الله عليه و آله: «تنام عيناى و لا ينام قلبى» (١) و المراد: استواءهما في التحفظ و الحس، و هو معنى قول المصنف: (كذلك) أى: كونه ينام عينه و لا تنام قلبه، ككونه ينظر من ورائه كما ينظر من قدامه.

فعلى هذا لا ينتقض وضوءه بالنوم، فيحصل باعتبار ذلك خاصيه أخرى، و قد عدّها المصنف فى التذكرة فى التخفيفات، حيث أنه لا يجب عليه الوضوء بالنوم (٢).

ى: أنه جعل ثواب نسائه مضاعفا، و كذا عقابهنّ جعل مضاعفا، و فى ذلك تفضيل و تمييز راجع اليه صلى الله عليه و آله، و قد نطق القرآن بذلك فى قوله تعالى:

يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ (٣) إلى آخر الآيتين.

قوله: (ز: أقسام النكاح ثلاثة: دائم، و منقطع، و ملك يمين، و لنبدأ بالدائم و نتبعه بالآخرين إن شاء الله تعالى).

المبحث السابع: النكاح ينقسم إلى ثلاثة أقسام: دائم، و منقطع، و ملك يمين، و الانقسام إلى ذلك ظاهر.

و لقائل أن يقول: إنه قد سبق أن النكاح إما العقد أو الوطء، و كلّ واحد منهما

ص: ٦٦

١- ١) سنن البيهقى ١: ١٢١، مسند أحمد ١: ٢٢٠. [١]

٢- ٢) التذكرة ٢: ٥٦٨. [٢]

٣- ٣) الأحزاب: ٣٠. [٣]

## الباب الثاني: في العقد

### إشاره

الباب الثاني: في العقد، وفيه فصلان:

### الأول: في أركانه

### إشاره

الأول: في أركانه، وهي ثلاثه:

### الأول: الصيغه

الأول: الصيغه، ولا بد فيه من إيجاب و قبول.

و ألفاظ الإيجاب: زوجتك، و أنكحتك، و متعتك. و القبول: قبلت لا ينقسم إلى الأقسام الثلاثه.

أما العقد فظاهر، لأن نفس ملك اليمين لا يعدّ عقداً، و سببه إما بيع أو إرث أو ما جرى مجراهما من الأسباب المملّكه، و لا يعدّ شيء من ذلك نكاحاً بواحد من المعنيين، و ربما لم يكن عقداً أصلاً.

و أما الوطاء، فإنه بنفسه لا- يكون دائماً و منقطعاً و ملك يمين، نعم يكون وطاً عن عقد دائم، و وطاً عن عقد منقطع، و وطاً عن ملك يمين.

و تنزيل العبارة على ذلك يحتاج إلى تكلف حذف كثير، و ارتكاب ما لا يدل عليه اللفظ بوجه، فيكون التقدير: أقسام الوطاء ثلاثه: وطاء عن عقد دائم، و وطاء عن عقد منقطع، و وطاء عن ملك يمين.

هذا مع أن المقصود بالبحث إنما هو عقد النكاح بقسميه و نفس ملك اليمين، و إن كان يجري في خلاله البحث عن الوطاء، فالعبارة لا تخلو من شيء.

ثم إن النكاح الدائم هو أصل الباب و عمدته، و هو المطلوب غالباً، فبدأ المصنّفون بيانه و بيان أحكامه، و أتبعوه بالآخرين توفيراً على كلّ منهما مقتضاه، و على ذلك جرى المصنّف.

قوله: (الباب الثاني: في العقد، وفيه فصلان:

الأول: في أركانه، وهي ثلاثه:

الصيغه، و لا بد فيه من إيجاب و قبول.

و ألفاظ الإيجاب: زوجتك و أنكحتك و متعتك، و القبول: قبلت النكاح

ص: ٦٧

النكاح، أو التزويج أو المتعه.

و لو اقتصر على قبلت صح النكاح، و كذا لو تغايرا، مثل زوجتك، فيقول: قبلت النكاح. أو التزويج أو المتعه، و لو اقتصر على قبلت صح، و كذا لو تغايرا مثل: زوجتك فيقول قبلت النكاح).

لا ريب أن الباب الثاني معقود للعقد الدائم و البحث عنه، و هو المراد بقوله:

(الباب الثاني في العقد) بدليل ما تقدم من قوله: (و لنبدأ بالدائم).

فالمراد بقوله: (الأول في أركانه) أركان هذا العقد، و قد عدّ منها (المحل) و (العاقدة) و في عد كل واحد منهما ركنا للعقد توسع، لأن الركن هو الجزء الأقوى، و ليس واحدا منهما جزءا، و كأنه يريد بالركن هنا: ما لا بدّ منه في صحه العقد، و لا ريب أنه الصيغه و المتعاقدان.

و قد خصّ المصنف الزوج بكونه عاقدا و المرأه بكونها محلا، و فيه بحث، فان كل واحد منهما عاقد بنفسه أو بوكيله، و كل واحد منهما محل للعقد و الزوجيه، و إن كانت المرأه محلّ الوطاء، إلا أنه غير مراد هنا.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن صيغه النكاح هي العقد، و هو الإيجاب و القبول، و ألفاظ الإيجاب ثلاثة: زوجتك، و أنكحتك - و لا خلاف بين علماء الإسلام في الاكتفاء بالإيجاب بأحدهما و قد ورد القرآن بهما في قوله تعالى فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا (١) و قوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٢) - و متعتك، و في الانعقاد به عندنا قولان:

ص: ٦٨

١- ١) الأحزاب: ٣٧. [١]

٢- ٢) النساء: ٢٢. [٢]



أحدهما: -و هو قول الأ-كثر (1)، واختاره المصنف في التذكرة (2) والمختلف (3) - أنه لا- ينعقد به، لأن حقيقة في النكاح المنقطع، فيكون مجازاً في الدائم، والعقود اللازمة لا- تقع بالألفاظ المجازية، خصوصاً النكاح، فإنه نوع عباده، وألفاظ العبادات متلقاه من الشارع، ولأن الأصل تحريم الفرج، فيستصحب إلى أن يحصل سبب الحل، وهو الثابت شرعاً دون المختلف فيه.

و الثاني: الانعقاد، واختاره المصنف هنا و في الإرشاد، لأن لفظ المتعه من ألفاظ النكاح، لكونه حقيقة في النكاح المنقطع، فهو من الألفاظ الصريحة في النكاح، و كون الأجل جزء مفهومه -فيكون استعماله في النكاح الدائم مجازاً- غير قادح، لأن هذا القدر من التفاوت لو نافي لم يصح الدائم بلفظ زوجتك، لأن الزواج حقيقة في القدر المشترك بين الدائم و المنقطع، فاستعماله في الدائم استعمال له في غير موضوعه.

فان قيل: الدائم لا يستفاد من زوجتك، بل من تجريد العقد عن ذكر الأجل مع إرادته الدوام.

قلنا: فان كان هذا كافياً من دون اللفظ في إفاده الدائم، فليكن مثله مع الإيقاع بلفظ متعتك، وهذا مع أن جمعا من الأصحاب يقولون: بأنه متى أخل في المتعه بذكر الأجل انقلب دائماً (4)، وهو موجود في روايه أبان بن تغلب (5)، و سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

ص: ٦٩

١ - ١) منهم ابن الجنيد كما عنه في إيضاح الفوائد ١٢: ٣، والسيد في الناصريات ضمن الجوامع الفقهية: ٢٤٦. و الشيخ في المبسوط ١٩٣: ٤، و ابن حمزه في الوسيلة: ٢٩١، و [١] ابن إدريس في السرائر: ٢٩٩.

٢ - ٢) تذكره الفقهاء ٥٨١: ٢. [٢]

٣ - ٣) مختلف الشيعة: ٥٣٣.

٤ - ٤) منهم: التقى في الكافي: ٢٩٨، و المحقق في الشرائع ٢٧٣: ٢ و المختصر النافع ١٨٣: ١.

٥ - ٥) الكافي ٤٥٥: ٥ حديث ٣، [٣] التهذيب ٢٦٥: ٧ حديث ١١٤٥، الاستبصار ١٥٠: ٣ حديث ٥٥١.

و لا بد من وقوعهما بلفظ الماضى.

و لو قصد بلفظ الأمر الإنشاء، قيل: يصح، كما فى خبر سهل الساعدى. و قد سبق فى البيع أن الأصح وقوعه حالا بلفظ السلم، و ذكرنا توجيهه هناك، و بينا أن عدم الصحه إنما هو مع استعمال الألفاظ المجازيه الأجنبيه، و هذا قوى، و الأول أحوط.

و اما القبول- و هو: اللفظ الدال على الرضا بالإيجاب، مثل تزوجت و قبلت- فان أتى به مقرونا بالنكاح أو التزويج مضافا إليها، أو باسم الإشارة، كأن قال: قبلت نكاحها، أو قبلت هذا النكاح، صح إجماعا، و ان اقتصر على قوله: قبلت النكاح أو قبلت خاصه صح عندنا، خلافا لبعض الشافعيه (١).

و لو اختلف اللفظ من الموجب و القابل- كأن قال: زوجتك، فقال: نكحت أو قبلت، أو بالعكس- صح العقد إجماعا، ذكره فى التذكرة (٢).

قوله: (و لا بد من وقوعهما بلفظ الماضى، و لو قصد بلفظ الأمر الإنشاء قيل: يصح، كما فى خبر سهل الساعدى).

يعتبر فى العقود اللانزمه وقوع كل من الإيجاب و القبول فيها بلفظ الماضى، لأنه الصريح فى إنشاء المقصود من النكاح و غيره، فلا يقع بلفظ الأمر، لأنه حقيقه فى الطلب.

و القول المذكور هو قول الشيخ رحمه الله (٣).

و الخبر هو ما رواه سهل الساعدى: أن امرأه أتت النبى صلى الله عليه و آله، فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسى لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال:

ص: ٧٠

١- (١) الوجيز ٧: ٢.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٥٨٢: ٢. [١]

٣- (٣) المبسوط ١٩٤: ٤.

و لو قال: أتزوجك بلفظ المستقبل منشأ، فقالت: زوجتك جاز على رأى. يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك فيها حاجة، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله:

هل عندك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزارى هذا، فقال النبي صلى الله عليه وآله: إن أعطيتها إياه جلست و لا إزار لك، فالتمس شيئاً، فقال: ما أجد شيئاً، فقال التمس و لو كان خاتماً من حديد، فلم يجد شيئاً، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم سورة كذا و سورة كذا و سماهما، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: زوجتكها بما معك من القرآن (١).

و هذا الخبر كما يدل على جواز إيقاع النكاح بلفظ الأمر، كذا يدل على جواز تقديم القبول، إذ لم ينقل أنه بعد ذلك قبل.

و فيه نظر، لأن عدم النقل لا يدل على العدم، و من الجائز أن الراوى اقتصر على حكاية ما عدا القبول، لعدم الاحتياج إلى حكايته، و ليس فى الخبر ما يدل على أنها صارت امرأته باللفظ المذكور، و لأن عدم إعادته القبول يستلزم جواز تخلل الكلام الكثير الأجنبى بين الإيجاب و القبول، و عدم اعتبار الرضى بالإيجاب فى القبول فإنه من المعلوم أنه لم يرد بزواجها الرضى بتزويجه إياها على ما معه من القرآن.

و الأصح عدم الجواز، لأن الأمر غير صريح فى الإنشاء للنكاح، و إنما هو حقيقه فى طلب التزويج، فلا يكفى لإنشائه تزواجها.

و المراد بقول المصنف: (و لو قصد بلفظ الأمر الإنشاء) إنشاء النكاح، أى: و لو قصد بلفظ الأمر إنشاء نكاحها، أى: قبول نكاحها و الرضا به.

قوله: (و لو قال: أتزوجك بلفظ المستقبل - منشأ - فقالت: زوجتك، جاز على رأى).

لو قال الزوج: أتزوجك

ص: ٧١

١- (١) انظر: سنن النسائى ١١٣: ٥، سنن أبى داود ٢: ٢٣٦، حديث ٢١١١، [١] سنن البيهقى ٧: ٢٤٢.

و لو قال: زوجت بنتك من فلان، فقال: نعم بقصد اعاده اللفظ للإنشاء، فقال الزوج: قبلت، صح على اشكال.

و لو قصد الاخبار كذبا لم ينعقد، أتزوجك بلفظ الاستقبال، مریدا به الإنشاء للنكاح، فقالت:

زوجتك، فقد حكى المصنف في المختلف قولاً - لبعض الأصحاب أنه يصح (١)، احتجاجاً بروايه أبان بن تغلب في المتعه: «أتزوجك متعه. فإذا قالت نعم فهي امرأتك» (٢) و لا دلالة فيها، لأنه إذا كان المراد صيرورتها امرأته بهذا اللفظ لزم صحه المتعه بدون إيجاب، لأن نعم في جواب القبول لا - يكون إيجاباً، و ذلك باطل قطعاً، و ان كان المراد بلفظ آخر و هذا حكاية عنه، فلا - دلالة على أن ذلك اللفظ بصيغه المستقبل، و اختار في المختلف عدم الصحه (٣)، و هو اختيار ابن حمزه (٤) و أكثر الأصحاب (٥)، و هو الأصح اقتصاراً على محل اليقين.

قوله: (و لو قال: زوجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم، بقصد إعادة اللفظ للإنشاء، فقال الزوج: قبلت، صح على إشكال، و لو قصد الاخبار كذبا لم ينعقد).

أى: لو قال المتوسط للولى: زوجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم، قاصداً كون اللفظ المفسد بنعم للإنشاء على أنه إيجاب، فقال الزوج: قبلت، ففي صحه النكاح إشكال، ينشأ:

ص: ٧٢

١- ١) مختلف الشيعة: ٥٣٣، و المراد من بعض الأصحاب ظاهراً هو المحقق في الشرائع ٢: ٢٧٣. [١]

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ٣، [٢] التهذيب ٧: ٢٦٥ حديث ١١٤٥، الاستبصار ٣: ١٥٠ حديث ٥٥١، و في المصادر كلها: «فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك».

٣- ٣) المختلف: ٥٣٣.

٤- ٤) الوسيله: ٣٤٢.

٥- ٥) منهم ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٤٣٧، و فخر المحققين ٣: ١٣.

و يصح مع تقديم القبول بأن يقول: تزوجتك، فتقول: زوجتك.

من أن نعم من ألفاظ الجواب يحذف بعدها الجملة، و هي جملة السؤال بعينها، فإذا قصد الإنشاء فقد أوجب، لأنه في قوه نعم زوجت بنتى من فلان، فإذا قبل فقد كمل العقد، فكان صحيحاً.

و من حيث إنّ جزء العقد غير مذكور، و كونه في قوه المذكور - باعتبار وجود ما يدل عليه و يقوم مقامه - لا يصير مذكورا، و العقود متلقاه من الشارع خصوصا النكاح، لأن أمر الفروج مبنى على الاحتياط التام، فلا يكفي مطلق اللفظ الدال على المراد، و إلا لم تنحصر ألفاظ العقود، و هذا أصح.

و لو قصد الولي الاخبار كذبا لم ينعقد النكاح به و لو قال الزوج قبلت قطعا، و ينبغي على الصحة ان يقبل قول الولي في ذلك، لأن اللفظ يحتمل كلاً من الأمرين على حد سواء.

و لو صرح بإرادته الإقرار فلا - زوجيه في نفس الأمر إن لم يكن مطابقاً للواقع، و هل يحكم به ظاهراً بالنسبة إلى البنت؟ فيه احتمال، و ينبغي أن يكون القول قولها يمينها ظاهراً إذا ادعت كذب الولي في إقراره، و هل لها ذلك فيما بينها و بين الله تعالى إذا لم يعلم الحال فيه؟ نظر، ينشأ:

من أصله العدم، و أن الإقرار لا ينفذ في حق الغير، و لو لا ذلك لنفذ دعواه الاستدانه له و إنشاء بيع أمواله و نحو ذلك.

و من أن إنشاء النكاح في وقت ثبوت الولاية فعله، و هو مسلط عليه، فينفذ فيه إقراره، و ينبغي التأمل لذلك.

قوله: (و يصح تقديم القبول، بأن يقول: تزوجتك، فتقول: زوجتك).

صرح الشيخ في المبسوط بجواز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح، بأن يقول الزوج: زوجنيها، فيقول الولي حينئذ زوجتكها، و ادعى على ذلك الإجماع،

و لا يصح بغير العربيه مع القدره،و يجوز مع العجز،و لو عجز أحدهما تكلم كل بلغته.

و ينه عليه:أن العقد هو الإيجاب و القبول،و التقديم و التأخير غير مخل بالمقصود.

و قد يفرق بين النكاح و سائر العقود:بأن الإيجاب يصح عندنا من المرأه،و هى تستحى غالبا،فيمنعها الحياء من الابتداء بالإيجاب،فإذا ابتداء الزوج بالقبول المتضمن لكل ما يطلب وقوع الإيجاب عليه من مهر و غيره،خفت عليها المؤنه،و لم يفت المطلوب،ثم بقى جواز التقديم فى العقد مع وكيل المرأه و وليها طردا للباب.

و يحتمل عدم الصحه،لأن القبول إنما يكون للإيجاب،فمتى وجد قبله لم يكن قبولا،لعدم حصول (١)معناه،إذ ليس ثم إيجاب يتقبل،فيكون قبولا لما ليس بموجود، و الأسباب الشرعيه إنما تستفاد بالتلقى من الشرع،و هو قول أحمد (٢)من العامه،و قد نفى المصنف فى التذكره (٣)البأس عن هذا القول،و عدم الصحه لا يخلو من قوه.

قوله: (و لا يصح بغير العربيه مع القدره،و يجوز مع العجز،و لو عجز أحدهما تكلم كل بلغته).

لما كانت العقود أسبابا شرعيه لأمر مطلوبه لا يحصل بدونها،وجب الاقتصار فيها على ما علم شرعا كونه سببا،و الذى علم وقوعه من صاحب الشرع هو العقد بلفظ العربيه،فلا ينعقد النكاح و غيره من العقود اللازمه بغيرها من اللغات كالفارسيه،مع معرفه العاقد و تمكنه من النطق،ذهب إلى ذلك أكثر الأصحاب (٤).

و قال ابن حمزه:إن قدر المتعاقدان على القبول و الإيجاب بالعربيه عقدا بها استحبابا (٥).

ص:٧٤

١- ١) لفظ:حصول،لم يرد فى «ض» و «ش» و أثبتناه من الحجرى و هو الأنسب.

٢- ٢) انظر:المغنى لابن قدامه ٧:٤٣٠،الشرح الكبير على متن المقنع ٧:٣٧٥.

٣- ٣) تذكره الفقهاء ٥٨٣:٢. [١]

٤- ٤) منهم الشيخ فى المبسوط ١٩٣:٤،و [٢]المحقق فى الشرائع ٢:٢٧٣.

٥- ٥) الوسيله:٣٤٢. [٣]

و الأصح الأول، لما قلناه.

و الاحتجاج له بأن غير العربيه بالنسبه إلى العربيه من قبيل المرادف، فصح أن يقام مقامها، كما يقام أحد المترادفين مقام الآخر، و الألفاظ غير مقصوده بالذات، و إنما الغرض بها إيصال المعانى المقصوده إلى فهم الغير، فأى لفظ أدى المعنى حصل به الغرض. ضعيف، لتطرق المنع إليه، و لأنه لو صح ذلك لم يختص النكاح بلفظ، فينعقد بالمجازات و الكنايات و إن بعدت، بل بالإشارة و الكتابة، بل كل ما دل على الرضى كائنا ما كان، و هو معلوم البطلان.

و كما يشترط كون اللفظ عربيا بمادته، فكذا يعتبر كونه كذلك بصورته، بعين ما ذكرناه، فلا ينعقد بالمحرف و الملحون.

هذا مع قدره، أما مع العجز عنها، و عن التعلم (١) عاده: بأن يشق عليه كثيرا -لأن القادر على التعلم بغير مشقه لا يعدّ عاجزا عرفا و يجب عليه، كما صرح به فى التذكرة (٢)- فإنه يجوز العقد بغير العربيه إجماعا.

و لا- يشترط العجز عن التوكيل على الظاهر للأصل، و لو لزمه من التعلم فوات الغرض أو بعضه سقط اعتباره، و كذا نقول فى جميع العقود اللازمة.

و لو عجز أحد المتعاقدين عن العربيه دون الآخر، تعين نطق القادر بالعربيه -إذ لا يسقط الميسور بالمعسور- و تكلم الآخر بلغته أو بغيرها من اللغات، لكن يشترط أن يفهم كل منهما كلام الآخر، و إلا لم يكونا متخاطبين، و به صرح المصنف فى التذكرة (٣)، فان لم يفهم أحدهما كلام الآخر، لكن أخبره ثقه عن معناه، ففى الاكتفاء

ص: ٧٥

١- ١) فى «ش»: أما مع العجز عن التعلم.

٢- ٢) التذكرة ٥٨٢: ٢. [١]

٣- ٣) التذكرة ٥٨٢: ٢. [٢]

و لو عجزا عن النطق أو أحدهما أشار بما يدل على القصد.

و لا ينعقد بلفظ البيع، و لا الهبه، و لا الصدقه، و لا التملك، و لا الإجاره، ذكر المهر أو لا، و لا الإباحه و لا العاريه.

و لو قال: أتزوجني بنتك؟ فقال: زوجتك، لم ينعقد حتى يقبل، و كذا: إن زوجتني ابنتك، و كذا: جئتك خاطبا راغبا في بنتك، فيقول: زوجتك.

بذلك وجهان، للشك في صدق التخاطب على هذا الوجه.

قوله: (و لو عجزا عن النطق أو أحدهما أشار بما يدل على القصد).

لا فرق بين كون العجز لخرس أصلي أو لعارض طارئ، و حينئذ فتكفي الإشارة كما تكفي في التكبير و الأذكار و سائر التصرفات القولية، و كأنه لا خلاف في ذلك، و لا بدّ من كون الإشارة مفهومة للمراد داله على القصد، و إلا لم يعتد بها.

قوله: (و لا تنعقد بلفظ البيع و لا الهبه و لا الصدقه و لا التملك و لا الإجاره- ذكر المهر أولا- و لا الإباحه و لا العاريه).

لا- خلاف في شيء من ذلك عندنا، و خالف بعض العامه (١)، فجوّز إيقاع العقد بلفظ الهبه و البيع و التملك و الصدقه، دون الإخلال و الإباحه و العاريه، و في الإجاره عن أبي حنيفه (٢) روايتان، و كل ذلك ليس بشيء.

قوله: (و لو قال: أتزوجني بنتك؟ فقال: زوجتك لم ينعقد حتى يقبل، و كذا: إن زوجتني ابنتك، و كذا: جئتك خاطبا راغبا في بنتك، فيقول:

زوجتك).

أى: لو أتى بلفظ يدل على الرضا بالتزويج- كما لو أتى بلفظ الاستفهام

ص: ٧٦

١- (١) انظر: المبسوط للسرخسي ٥٩: ٥ و ٦١، المغني لابن قدامه ٧: ٤٢٩، الشرح الكبير على متن المقنع ٧: ٣٧١.

٢- (٢) المبسوط ٦١: ٥، المغني ٧: ٤٢٩، الشرح الكبير على متن المقنع ٧: ٣٧١.



و لا ينعقد بالكتابة للعاجز إلا أن تضم قرينه تدل على القصد.

و يشترط التنجيز، فلو علقه لم يصح. و اتحاد المجلس، فلو قالت:

زوجت نفسي من فلان و هو غائب فبلغه فقبل لم ينعقد، و كذا لو أخطر القبول مع الحضور بحيث لا يعد مطابقاً للإيجاب.

فقال: أ تزوجني ابنتك؟ فقال الولي: زوجتك - أو أتى بالشرط فقال: إن زوجتني ابنتك و يكون الجزاء محذوفاً مقدرًا بقبلت و نحوه فقال: زوجتك، أو قال الزوج: جئتكم خاطباً راغباً في بنتك فقال الولي: زوجتك.

فإنه لا ينعقد النكاح في ذلك كله حتى يأتي الزوج بالقبول بعد الإيجاب، لأن المتقدم لا يصلح للقبول و إن قصد به الإنشاء، لبعده عن شبهه.

قوله: (و لا ينعقد بالكتابة للعاجز إلا أن تنضم قرينه تدل على القصد).

لا ريب عندنا في أن الكتابة لا تكفي في إيقاع عقد النكاح للمختار، لأن الكتابة كناية و النكاح لا يقع بالكنايات، و كذا لا يكفي في حق العاجز، فلو كتب الولي صورته الإيجاب أو الزوج صورته القبول عند عجزه عن النطق لم يعتد، بذلك ما لم تدل القرينه على القصد إلى إيقاع النكاح بذلك، فإن الكتابة قد تصدر لا عن قصد النكاح.

قوله: (و يشترط: التنجيز فلو علقه لم يصح، و اتحاد المجلس فلو قالت: زوجت نفسي من فلان و هو غائب فبلغه فقبل لم ينعقد، و كذا لو أخطر القبول مع الحضور بحيث لا يعد مطابقاً للإيجاب).

يشترط في عقد النكاح التنجيز قطعاً، لانتفاء الجزم بدونه، فيبطل و لو علقه بأمر (1) محتمل أو متوقع الحصول.

ص: ٧٧

١- ١) في «ض»: فلا ينعقد لو علقه بفعل.

و لو أوجب ثم جنّ أو أغمى عليه قبل القبول بطل.

و لو زوجها الولي افتقر إلى تعيينها إما بالإشارة، أو بالاسم، أو بالوصف الراجع للاشتراك، فلو زوجه إحدى بنتيه أو هذا الحمل لم يصح. و كذا يشترط اتحاد مجلس الإيجاب و القبول، فلو تعدد المجلس - كما لو قالت الزوجه: زوجت نفسي من فلان و هو غائب، فبلغه فقبل - لم يصح قطعاً، لأن العقود اللازمة لا بد فيها من وقوع القبول على الفور عادة، بحيث يعدّ جواباً للإيجاب.

و كذا لو تخلل بينهما كلام آخر أجنبي، و جوّز الشافعي أن يخطب الزوج قبل القبول كما يخطب الولي قبل الإيجاب (١)، و قال الشيخ رحمه الله: لا نعرف لأصحابنا ذلك (٢)، فالمذهب بطلان العقد بتخلل ذلك.

قوله: (و لو أوجب ثم جنّ أو أغمى عليه قبل القبول بطل).

و كذا القول في كل عقد لازم، و وجهه: أن الإيجاب وحده لا يتحقق به اللزوم، فإذا خرج الموجب عن أهليه التصرف امتنع إنشاء ما ينعقد به النكاح حينئذ، كما لو وكل ثم جنّ أو وهب ثم جنّ قبل الإقباض.

و كذا القول في كل مانع من صحه التصرف، أما النوم فإنه لا يبطل حكم الإيجاب إن لم يطل الزمان، لأنه لا يبطل العقود الجائزه، و الإيجاب في العقد اللازم بمنزلتها، و لو طال الزمان حتى عدّ فاصلاً بين الإيجاب و القبول لم يصح، كذا قال المصنف في التذكرة (٣)، و هو يقتضى إلا يجوز الإتيان بالقبول بعد عروض النوم للموجب حتى يستيقظ، و هو محتمل.

قوله: (و لو زوجها الولي افتقر إلى تعيينها، إما بالإشارة أو بالاسم أو بالوصف الراجع للاشتراك، فلو زوجه إحدى ابنتيه أو هذا الحمل لم يصح).

يشترط في كل من الزوجين

ص: ٧٨

١-١) المجموع ٢٠٨: ١٦.

٢-٢) المبسوط ١٩٥: ٤.

٣-٣) تذكّره الفقهاء ٥٨٢: ٢. [١]

أن يكون معيناً إجماعاً، ويتبّه عليه أن كل عاقد و معقود عليه لا- بد من تعيينهما كالمشترى و المبيع، و لامتناع تعلق النكاح و استحقاق الاستمتاع بغير معين، و التعيين إنما يحصل بأمر ثلاثة (١).

الإشارة المميزة، كما لو كانت المرأه حاضره فقال الولي: زوجتك هذه المرأه، أو هذه و هذه فلائنه، فإن الإشاره كافيه فى التخصيص و الزيادة تأكيد، و كذا تكفى الإشاره فى تعيين الزوج.

و لو لم تكن حاضره افتقر إلى ذكر اسمها المميز لها أو وصفها المميز أيضا، كأن يقول: زوجتك بنتى فاطمه إن كان له غيرها، و إلا كفى قوله زوجتك بنتى.

و لو قال: زوجتك التى فى الدار و ليس فيها غيرها صح أيضا لحصول الوصف الخاص، و لو تميزت بنات شخص باللون أو السن، فقال: زوجتك بنتى البيضاء أو السمراء أو الكبرى أو الصغرى أو الوسطى مثلا صح، إذا كان الوصف مختصا بواحد.

و لو قال: زوجتك هذه فاطمه و أشار إليها و كان اسمها زينب، ففى صحه العقد و جهان: أحدهما الصحه لوجود الإشاره فىلغى الاسم، و العدم لانتفاء المسماه بفاطمه، و مثله ما لو قال: بعتك فرسى هذا و هى بغل، و زوجتك هذا الغلام و هو بنت.

و لو قال: زوجتك فاطمه و لم يعين، فان نوى معينه و عرفها الزوج و قبل نكاحها صح عندنا- و إن لم يصر السامع شاهدا، نعم لو تصادقا بعد العقد على قصد ما أمكن القول بصيرورته شاهدا حينئذ- و لو لم ينو معينه على الوجه المذكور لم يصح.

إذا عرفت هذا فإذا زوجة إحدى ابنتيه لم يصح، و كذا لو زوجة الحمل، لأن الأحكام الشرعيه لا- تجرى على الحمل إلا بعد تولده، فلا يصح البيع له و لا الشراء

---

(١- ١) و هى: الإشاره و الاسم و الوصف، كما فى المتن، و لم يذكر الشارح هذه الأمور الثلاثة منفصله.

و لو كان له عده بنات فزوجه واحده منهن، و لم يذكر اسمها حين العقد، فإن لم يقصد معينه بطل، و إن قصد صح.

فإن اختلفا في المعقود عليها، فإن كان الزوج قد رآهن كلهن فالقول قول الأب لأن الظاهر أنه وكل التعيين إليه، و عليه أن يسلم إليه المنويّه.

فلومات قبل البيان أقرع و إن لم يكن رآهن بطل العقد.

و لا غير ذلك.

قوله: (و لو كان له عده بنات فزوجه واحده منهن و لم يذكر اسمها حين العقد، فإن لم يقصد معينه بطل، و إن قصد صح، فإن اختلفا في المعقود عليها، فإن كان الزوج قد رآهن كلهن فالقول قول الأب، لأن الظاهر أنه وكل التعيين إليه، و عليه أن يسلم إليه المنويّه، و لو مات قبل البيان أقرع، و إن لم يكن رآهن بطل).

لو كان لرجل عده بنات، فزوج واحده منهن و لم يسمّها عند العقد، فإن لم يقصد واحده منهن بعينها بطل العقد قطعا، و قد سبق تعريفه.

و إن قصد، فقد أطلق المصنف الصحه، و هو واضح إذا عرف الزوج ما نواه الأب و قبل نكاحها، لتوارد الإيجاب و القبول حينئذ على شيء واحد. أما إذا لم يعرف ما نواه و لم يقصد ما قصده فيبطل، لاختلاف مورد الإيجاب و القبول.

و لو لم يعرف لكنه قبل نكاح من قصدها الأب، فمقتضى ما سيأتي، مضافا الى مفاد إطلاق قوله: (و إن قصد صح) الصحه، و به صرح في التذكرة (١)، لكنه يشترط أن يكون الزوج قد رآهن.

فان اختلفا -أعنى: الأب و الزوج في المعقود عليها- فإن كان الزوج قد رآهن كلهن -أي: جميع البنات- فالقول قول الأب، لروايه أبي عبيده عن الباقر عليه السلام،

ص: ٨٠

قال: سألته عن رجل كنَّ له ثلاث بنات، فزوج إحداهن رجلاً ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقاً، فلما بلغ أن يدخل بها على الزوج، وبلغ الزوج أنها الكبرى، فقال الزوج: إنما تزوجت بنتك الصغيره من بناتك، فقال الباقر عليه السلام: «إن كان الزوج رآهن ولم يسم له واحده منهن، فالقول في ذلك قول الأب، وعلى الأب فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج الجارية التي نوى أن يزوجه إياه عند عقد النكاح، وإن كان الزوج لم يرهنَّ كلهنَّ، ولم يسم له واحده منهن عند عقده النكاح، فالنكاح باطل» (١).

قال المصنف في المختلف: والتخريج لهذه الرواية أن الزوج إذا كان قد رآهن كلهنَّ، فقد رضى بما يعقد عليه الأب منهنَّ و رضى باختياره و وكل الأمر إليه، و كان في الحقيقة وكيله، و قد نوى الأب واحده معينه، فصرف العقد إليها، و إن لم يكن قد رآهن، كان العقد باطلاً، لعدم رضى الزوج بما يسميه الأب و يعينه في ضميره، و الأصل في ذلك أن نقول: إن كان الأب قد نوى واحده بعينها، و كانت رؤيه الزوج لهنَّ دليلاً على الرضى بما يعينه صح العقد، و كان القول قول الأب فيما يدعيه، و إلا فلا (٢).

هذا كلامه، و هو المراد بقوله هنا: (لأن الظاهر أنه وكل التعيين إليه).

و محصله يرجع إلى أن الزوج إذا قبل نكاح التي أوجب الأب نكاحها، راضياً بتعيين الأب عن تعيينه، صح مع رؤيه الزوج إياهن لا بدونها، لأنه مع الرؤيه يتحقق رضاه بتعيين الأب لا بدونها، و حينئذ فوجه تقديم قول الأب أن الاختلاف في فعله و تعيينه، فالقول قوله في ذلك، لأنه أعلم به.

لكن لا يخفى أن ما ادعاه غير واضح، لأنه لا ملازمه بين الرؤيه و الرضا بتعيين

ص: ٨١

١- (١) الكافي ٥: ٤١٢ حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٦٧ حديث ١٢٦٨، التهذيب ٢: ٣٩٣ حديث ١٥٧٤.

٢- (٢) المختلف: ٥٣٩.

الأب، و بين عدمها و عدم الرضا بتعيينه.

و لو نزلت الروايه على أن الرؤيه دلت على الرضا بمن يعينها الأب و عدمها على العدم، كان تنزيلا- للفظ الروايه على ما لا يحتمل، و تخصيصا لها بما لم يصرح به أحد من الأصحاب، لأن العاملين بها أجروها على ظاهرها.

و التنزيل المذكور يتضمن جواز قبول نكاح من قصد الولي أو الوكيل لعهده نساء أنكحها بالإيجاب، من غير أن يعرف قصده و لو لم يكن قد رآهن، و فيه خروج عن صريح الروايه.

و عبارته جمع من الأصحاب، و ارتكاب ما لا- يدل عليه دليل، و هو تجويز: النكاح في هذه الحاله مع عدم رؤيه المعقود على إحداهن، على أن التزام صحه قبول نكاح من ليست معينه عنده مع عدم نهوض دليل، أخطر من ردّ الروايه.

و إنما قلنا إنه لم ينهض عليه دليل، لأن الروايه لا تدل عليه، إلا إذا نزلت على ما ذكره المصنف، و هو خلاف ظاهرها.

و ذهب ابن إدريس إلى بطلان النكاح مع الرؤيه و بدونها، لأن العقد إنما يصح على معينه (١).

فإن قيل: هذا يقتضى ردّ الروايه.

قلنا: ظاهرها مخالف لأصول المذهب، و تنزيلها قد عرفت ما فيه، فقول ابن إدريس لا يخلو من قوه، و لو عملنا بالروايه فلا ريب في أنه يجب على الأب فيما بينه و بين الله تعالى أن يسلم إلى الزوج المعقود عليها.

و لو مات الأب قبل البيان فلا طريق إلا القرعه، لأنه أمر مشكل. و على قبول قول الأب- على القول به بغير يمين أو مطلقا- الروايه، و عبارات الأصحاب خاليه

ص: ٨٢

الثاني:المحل:و هو كل امرأه يباح العقد عليها،و سيأتى ذكر المحرمات إن شاء الله تعالى.

الثالث:العاقده:و هو الزوج أو وليه،و المرأه أو وليها.و كما يجوز للمرأه أن تتولى عقدها،فكذا لها أن تتولى عقد غيرها زوجا أو زوجه.

منه،و عموم الدليل الدال على اعتبار حجه اليمين ممن قوى جانبه يقتضيه،و هو محتمل.

قوله: (الثاني:المحل،و هو:كل امرأه يباح العقد عليها،و سيأتى ذكر المحرمات إن شاء الله تعالى).

الثالث:العاقده،و هو:الزوج أو وليه،و المرأه أو وليها،و كما يجوز للمرأه أن تتولى عقدها فكذا لها أن تتولى عقد غيرها،زوجا أو زوجه).

قد عدّ المرأه ركنا ثانيا حيث أنها محل،و عدّها من جمله الركن الثالث حيث عدها أحد العاقدين،و لا بعد فى كون الشىء ركنا باعتبار و ركنا آخر باعتبار آخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم:أن المرأه يجوز لها أن تزوّج نفسها إذا كانت ثيبا جائزه التصرف باتفاق علمائنا،و كذا إذا كانت بكرا و عضلها الولى،و اختلفوا فى البكر إذا لم يعضلها الولى،و سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى،و أن الأصح أنها مع بلوغها و رشدتها لها الاستقلال بالعقد على نفسها.

و كما يجوز للمرأه أن تعقد على نفسها،فكذا لها أن تتولى عقد غيرها بالوكالة إيجابا و قبولا،لأن عبارتها فى النكاح كعبارتها فى سائر العقود،و منع من ذلك الشافعى و جمع من العامه،و قالوا:إن عبارتها فى النكاح لا اعتبار بها إيجابا و قبولا لنفسها و لغيرها (١)،و جوزه أبو حنيفة و جماعه (٢).

١- (١) انظر:المجموع ١٥٤:١٦، كفايه الأخبار ٣٠:٢، المغنى لابن قدامه ٣٣٧:٧، المبسوط ١٠:٥.

٢- (٢) انظر:المجموع ١٥٤:١٦، المغنى لابن قدامه ٣٣٧:٧، بدايه المجتهد ٨:٢، المبسوط ١٠:٥. [١]

و يشترط فيه: البلوغ، والعقل، والحريه. فلا- يصح عقد الصبى و لا- الصبيه و إن أجاز الولى، و لا- المجنون رجلا- أو امرأه، و لا السكران و إن أفاق و أجاز و إن كان بعد الدخول.

و لا يشترط فى نكاح الرشيدہ الولی، و لا الشہود فى شىء من الأنکحہ، و لو تأمرا الکتمان لم تبطل.

قوله: (و يشترط فيه البلوغ و العقل و الحريه، فلا- يصح عقد الصبى و لا الصبيه و إن أجاز الولى، و لا المجنون رجلا و امرأه، و لا السكران و إن أفاق و أجاز و إن كان بعد الدخول، و لا يشترط فى نكاح الرشيدہ الولى و لا الشہود فى شىء من الأنکحہ، و لو تأمرا الکتمان لم يبطل).

لا- شبهه فى أن العاقد كائنا من كان-زوجا أو زوجته، أو ولى أحدهما أو وكيله- يشترط فيه البلوغ و العقل و الحريه، فلو عقد الصبى لنفسه أو لغيره لم يعتد بعبارة و إن أجاز وليه، و كذا الصبيه، و كذا من به جنون، ذكرا كان أو أنثى، و فى حكمه المغمى عليه و السكران.

و لو أفاق السكران فأجاز العقد الواقع فى السكر لم يصح و إن كان بعد الدخول.

و قال الشيخ فى النهايه (١) إنه يصح، لروايه محمد بن إسماعيل بن بزيع الصحيحه، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت فروّجت نفسها رجلا فى سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها فورعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، إحلل هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للزوج عليها؟ فقال: «إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا

ص: ٨٤



و يصح اشتراط الخيار فى الصداق لا النكاح.

منها«قلت و يجوز ذلك التزويج عليها؟قال:«نعم» (١).

و حقق المصنف فى المختلف: أن السكر إن بلغ حدا لا يبقى معه تحصيل كان العقد باطلا، وإلا فلا (٢).

و ما حققه حق، إلا أنه قال: و إن لم يبلغ السكر إلى ذلك الحد صح العقد مع تقريرها إياه (٣).

و فى هذا القيد نظر، لأنها حينئذ إن كانت جائزه التصرف لزمها و لم يكن لها بعد ذلك رده، وإلا لم يصح أصلا، فما حمل عليه الروايه غير مستقيم.

و لا يشترط فى نكاح الرشيد الولي، بكرا كانت أو لا، و سيأتى إن شاء الله تعالى حكاية الخلاف فى ذلك و تحقيق الحق.

و كذا لا يشترط الشهود فى شىء من الأنكحة: المتعه و الدائم، خلافا لابن أبى عقيل (٤)، حيث اعتبر فى الدائم مع الولي شاهدى عدل، لتضمن مكاتبه المهلب إلى أبى الحسن عليه السلام: «أن النكاح الدائم لا بد فيه من ولي و شاهدى عدل» (٥) و هى مع ضعفها- بكونها مكاتبه، و عدم العلم بصحة سندها- مخالفه لما عليه أكثر الأصحاب، فيحمل على الاستحباب.

و لا- يشترط عدم تأمرهما الكتمان، أى: توأطئهما عليه، و ذهب مالِك من العامه إلى أن الإشهاد غير شرط، لكن يشترط عدم التواطؤ على الكتمان (٦)، و ليس بشىء.

قوله: (و يصح اشتراط الخيار فى الصداق لا النكاح).

أما اشتراط الخيار

ص: ٨٥

١- ١) الفقيه ٣: ٢٥٩ حديث ١٢٣٠، التهذيب ٧: ٣٩٢ حديث ١٥٧١، عيون الاخبار ٢: ١٨ حديث ٤٤.

٢- ٢) المختلف: ٥٣٨.

٣- ٣) المصدر السابق.

٤- ٤) المختلف: ٥٣٥.

٥- ٥) التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١١٠١، الاستبصار ٣: ١٤٦ حديث ٥٢٩.

٦- ٦) انظر بدايه المجتهد ٢: ١٧، المجموع ١٦: ١٩٩.

و لو ادعى كل منهما الزوجيه فصدقه الآخر حكم بالعقد و توارثا.

و لو كذبه الآخر قضى على المعترف بأحكام العقد خاصه.

فى الصداق فيدل على صحته: أن ذكر المهر فى النكاح غير شرط فى صحته، و لذلك يجوز إخلاؤه عنه و اشتراط عدمه، فإذا اشترط أحدهما أو كلاهما خيارا لم يكن الشرط منافيا لمقتضى العقد، فيندرج فى عموم: «المسلمون عند شروطهم» (١).

و أما النكاح فإنه يكون ضربا من ضروب العبادات- و ليس هو معاوضه لا يصح اشتراط الخيار فيه- فان شرط كان الشرط باطلا قطعاً، و هل يبطل به العقد؟ فيه قولان.

أصحهما: - و اختاره الشيخ (٢)، و المصنف فى المختلف (٣)- نعم، لأن التراضى إنما وقع على ذلك الوجه الفاسد، فيكون ما وقع التراضى عليه منتفياً، و غيره لم يحصل.

و قال ابن إدريس: يبطل الشرط دون العقد، لأن الواقع شيان، فإذا بطل أحدهما بقى الآخر (٤).

و يضعف: بأن الواقع شىء واحد، و هو العقد على وجه الاشتراط، فلا يتصور بطلان شىء منه و بقاء ما سواه، (و لأنه قد اشترط فيه ما ينافيه، و وجود أحد المتنافيين يقتضى رفع ذلك) (٥).

قوله: (و لو ادعى كل منهما الزوجيه و صدقه الآخر حكم بالعقد و توارثا، و لو كذبه الآخر قضى على المعترف بأحكام العقد خاصه).

لو ادعى رجل أو امرأه

ص: ٨٦

١- ١) انظر: الكافي ٥: ١٦٩ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٤، دعائم الإسلام ٢: ٤٤ حديث ١٠٦، [٢] صحيح البخارى ٣: ١٢٠.

٢- ٢) المبسوط ٤: ١٩٤. [٣]

٣- ٣) المختلف: ٥٣٩.

٤- ٤) السرائر: ٢٩٩.

٥- ٥) ما بين القوسين لم يرد فى «ش» و النسخه الحجرية، و أثبتناه من «ض».

و لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها زوجيته و أقاما بينه، حكم لبينتها إن كان تأريخها أسبق، أو كان قد دخل بها، و إلا حكم لبينته.

و الأقرب الافتقار إلى اليمين على التقديرين، إلا- مع السبق، زوجيه الآخر، فان صدقه ثبت النكاح بينهما و لزمهما أحكامه حتى التوارث عندنا، لعموم: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١) و معلوم أن ذلك حيث يكون كلّ منهما نافذ الإقرار في غير النكاح، و لا- يعتبر عندنا كونهما غريبين، خلافا للشافعي في أحد قوليه، حيث حكم بمطالبة البلديين بالبينه و عدم ثبوت النكاح من دونها (٢).

و لو كذبه، فإن أقام المدعى بينه أو حلف اليمين المردوده قضى بالنكاح ظاهرا كالإقرار، و عليهما فيما بينهما و بين الله تعالى العمل بمقتضى الواقع في نفس الأمر، و إن لم يحصل أحد الأمرين قضى على مدعى النكاح بأحكامه خاصة- أي: دون الآخر- سواء حلف المنكر أم لا، فيمنع المدعى من التزويج إن كان امرأه، و كذا كل ما تمنع منه الزوجه إلا بإذن الزوج، و إن كان رجلا منع من الخامسة، و بنت الزوجه و أمها و أختها و بنت أختها و بنت أخيها إذا لم تأذن، و المهر الذي أقرّ به دين عليه، لكن ليس لها مطالبتة به، و يجب عليها التوصل إلى خلاص ذمته إن كان صادقا، و لا- نفقه عليه، لأنها في مقابله التمكين، و من هذا يعلم أن إطلاق العبارة يحتاج إلى التقييد.

قوله: (و لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها زوجيته و أقاما بينه، حكم لبينتها إن كان تأريخها أسبق أو كان قد دخل بها، و إلا حكم لبينته، و الأقرب الافتقار إلى اليمين على التقديرين، إلا مع السبق).

لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها زوجيته، فاما أن لا يقيم أحدهما بينه، أو

ص: ٨٧

١- (١) انظر: عوالي اللآلي ٢:٢٥٧ حديث ٥.

٢- (٢) المجموع ١٦:١٨٧، الوجيز ٢:٢٦١.

يقيم كل منهما بينه، أو يقيم أحدهما بينه دون الآخر، و على هذا فاما أن يكون المقيم للبينه الرجل أو المرأة.

و إذا أقاما بينه، فاما أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين، أو تكون أحدهما مطلقه و الأخرى مؤرخه، فاما بينه الرجل أو المرأة المؤرختان إما أن يتقدم منهما تاريخ بينته أو بينتها أو لا يتقدم واحد.

و على التقديرات فاما أن يدخل بها أو لا، فهذه ثمانية عشر صوره.

فان لم يقم أحدهما بينه فالقول قوله بيمينه، لأنه منكر لزوجيتها، و دعواه زوجيه أختها بينه و بين الأخت.

هذا إن لم يكن قد دخل بالمدعيه، فإن دخل بها ففى الاكتفاء بيمينه نظرا إلى أنه منكر، أو بيمينها نظرا إلى أن فعله مكذب لدعواه تردد.

و إن أقام أحدهما البينه خاصه قضى له، سواء الرجل و المرأة، و الدخول و عدمه، إلا- إذا كانت البينه للرجل و قد دخل بالمدعيه، فإنها لا تسمع، لأن فعله كذبها، فيكون كما لو لم يقم أحدهما بينه.

و إن أقام كل بينه و لم يؤرخا معا، أو أرخت إحداهما خاصه، فالترجيح لبينته، لأن الأخرى لا ينافيها إلا مع الدخول لسقوط بينته بتكذيبه إياها، فيحكم لبينتها.

و إن أرختا معا، فان تقدم تاريخ بينتها قدمت به مطلقا، لأنها تشهد بالنكاح فى وقت لا تعارضها الأخرى فيه، و مع التساوى و تأخر تاريخ بينتها، فالترجيح لبينته إن لم يكن دخل بها، لورود النص على ذلك (1) و إن كان مخالفا للأصل، و هو قبول البينه للمدعى دون المنكر، فان الزوج هو المنكر فى هذه الصوره، و كأن هذا الحكم مجمع عليه بين الأصحاب.

ص: ٨٨

و إن كان قد دخل بها قدمت بيئتها فى الصورتين، لسقوط بيئته بفعله.

[و اعلم أن فى حواشى شيخنا الشهيد: أنه إذا تقدّم تاريخ بيئته تقدم و إن كان قد دخل بها، و هو خلاف ما هنا و خلاف المنصوص] (١).

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه مع إقامه البيئتين من طرف الرجل و من طرف المرأه، هل يفتقر الحكم- له على تقدير تقديم بيئته، أو لها على تقدير تقديم بيئتها، فى جميع صور تأريخها أو أحدهما أو الإطلاق- إلى اليمين؟ الأقرب عند المصنف الافتقار إليها ممن قدمت بيئته منه أو منها فى جميع الصور، إلا مع سبق تاريخ إحدى البيئتين على الأخرى إذا اختلفا، فإنه لا احتياج إلى اليمين هنا.

و وجه هذا: انتفاء التعارض فى صورته السابق، فإن السابقه تشهد بالنكاح فى وقت لا يعارضها فيه أحد، فتعين الحكم بها.

و أما بدون سبق فوجه القرب: أن التعارض حاصل، لأنه ظاهر مع اتفاق التاريخ.

و أما الإطلاق، فأصالة عدم التقدم و التأخر صيرتهما كالمفتقتين، و البيئه فى كل من الجانبين حجه.

أما من جانب الرجل فلورود النص على ذلك، و ينبه على ذلك أنه مدع لزوجه الأخت المتضمنه لكون المدعيه غير زوجه، فهو مدعى فى معنى المنكر.

و أما من جانب المرأه فلوضوح كونها مدعيه، فمع إقامتها يتعارضان، فلا بد من مرجح للحكم بأحدهما، لأن القاعده الكليه تساقط البيئتين مع التعارض، فمن قوى جانبه يستحلف، و مع الدخول جانب المرأه أقوى، و مع عدمه فالأقوى جانب

ص: ٨٩

(١- ١) ما بين المعقوفتين ورد فى النسخه الحجرية، و لم يرد فى «ش» و «ض».

و فى انسحاب الحكم فى مثل الام و البنت اشكال.

و لو ادعى زوجه امرأه لم يلتفت إليه إلا بالبينه، سواء عقد عليها الرجل (١).

فان قيل: مع الدخول تسقط بينته، فتبقى بينتها بغير معارض.

قلنا: الدخول مرجح لجانبها لا مسقط للبينه، فيصير جانبها أقوى، لمساعدته الظاهر إياها، فإن الدخول ليس نصاً فى الزوجيه، بل يبقى معه الاحتمال.

و يحتمل (٢) العدم، لأن النص ورد على تقديم بينته، فلو توقف على اليمين لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، و مع الدخول تسقط بينتها.

و الجواب: أن النص الوارد غير مناف لثبوت اليمين بدليل آخر، مع أن ذلك جار على خلاف الأصل، فينبغى الأخذ باليقين فى موضع المخالفه، و قد ثبت ذلك مع التعارض، و الدخول يقوى جانبها على ما بيناه، و اعتبار اليمين أقوى.

قوله: (و فى انسحاب الحكم فى مثل الام و البنت إشكال).

ينشأ: من أن النص إنما ورد على الاختلاف بين الرجل و أخت من يدعى زوجيتها، و الحكم فيهما ثبت على خلاف الأصل المقرر، فيقتصر فى المخالفه على صورته النص.

و من أن المقتضى مشترك، فان الزوج فى هذه الصوره مدع و إن كان فى قوه المنكر، فتسمع بينته و تقدم.

و ليس بشيء، بل المعتمد تقديم بينتها، و مع عدمها يحلف، و لا مقتضى فى المسأله السابقه إلا النص، فلا يتجاوز مورده.

قوله: (و لو ادعى زوجه امرأه لم يلتفت إليه إلا بالبينه، سواء عقد

ص: ٩٠

---

١- ١) فى «ض»: و مع عدمه جانب المرأه، و الصحيح ما أثبتناه و هو من «ش».

٢- ٢) عطف على قوله السابق: هل يفتقر الحكم الى اليمين؟ الأقرب عند المصنف الافتقار.

غيره أو لا. عليها غيره أو لا).

ظاهر هذه العبارة أنه لا تسمع دعواه بدون البينه، فلا يتوجه عليها اليمين.

و لا وجه له إذا لم يعقد عليها غيره، لأنها لو أقرت لنفع إقرارها، و لو نكلت عن اليمين فردت عليه فحلف ثبت النكاح قطعا.

نعم إذا عقد عليها غيره، ففي سماع دعواه عليها قولان:

أحدهما: - وهو ظاهر اختيار التذكرة (1) - تسمع، بناء على أنها لو أقرت في هذه الحالة لاغرمنها مهر المثل، لحيلولتها بين الزوج و منافع البضع بالعقد على الثاني، كما لو باع شيئا على أنه له ثم أقر بأنه مال زيد، فإنه يغرم لزيد عوضه.

و الثاني: لا، و هو اختيار التحرير، لأن البضع ليس مالا للزوج، و إنما حقه الانتفاع به، و منافع الجزء لا تضمن بالفوات، لأنها لا تدخل تحت اليد، على أن منافع البضع ليست كسائر المنافع، لأن الزانية لا تستحق مهرا و لا زوجها، و مع الوطء بالشبهه فالمهر لها دون الزوج، و حيث كان كذلك لا - تسمع الدعوى، لأن غايتها إقرار الزوجه، و هو غير مسموع، أو رد اليمين، و المردوده إن كانت كالإقرار فظاهر، و إن كانت كالبينه، فإنما هي كذلك بالنسبه إلى المتداعيين خاصة دون الزوج الثاني، فلا تفيد ثبوت النكاح، و لزوم مهر المثل لا دليل عليه، فلا أثر لسماع هذه الدعوى أصلا.

لكن سيأتى فى الرضاع إن شاء الله تعالى أن من انفسخ النكاح بإرضاعها تغرم المهر، لأن حق الانتفاع بالبضع متقوم شرعا، فمن أتلغه فعليه عوضه، و هو المهر.

و ينبه على ذلك وجوب دفع مهر المهاجره إلى زوجها الكافر، للحيلولة بينه و بينها بالإسلام، و هذا بعينه قائم هنا، فالغرم ليس ببعيد، مع ما فيه من الزجر عن الاقدام على مثل ذلك، و المحافظه على عموم: البينه على المدعى و اليمين على من أنكر.

ص: ٩١

الفصل الثاني: في الأولياء، وفيه مطالب:

**الأول: في أسبابها**

الأول: في أسبابها، وهي في النكاح إما بالقرابه، أو الملك، أو الحكم.

أما القرابه فتثبت الولايه منها بالأبوه و الجدوده منها لا غير، فلا ولايه لأخ و لا عم و لا أم و لا جد لها و لا ولد، و لا غيرهم من الأنساب قربوا أو بعدوا، قوله: (الفصل الثاني: في الأولياء، وفيه مطالب:

الأول في أسبابها، وهي في النكاح: إما القرابه، أو الملك أو الحكم.

أما القرابه، فتثبت الولايه فيها بالأبوه و الجدوده منها لا غير، فلا ولايه لأخ و لا عم و لا أم و لا جد لها و لا ولد و لا غيرهم من الأنساب، قربوا أو بعدوا).

أسباب الولايه في النكاح عندنا منحصره في القرابه و الملك و الحكم و هو الإمامه و الوصايه، و لم يعد المصنف هنا الوصايه، و صرح فيما بعد بأنه لا ولايه في النكاح بسببها، و تردد في الوصايا في ذلك، و قد جزم المصنف هنا بعد التردد، و على ما اخترناه هناك من ثبوت الولايه بسببها يجب عدّها.

و الولايه الثابته بالقرابه منحصره عندنا في قرابه الأبوه و الجدوده من الأبوه.

باتفاق علمائنا، فلا تثبت للأخ ولايه، من الأبوين كان أو من أحدهما، انفراد أم كان مع الجد، خلافا للعامه (١).

و كذا الولد و سائر العصبات قربوا أم بعدوا، و كذا لا ولايه للأُم و لا لمن يتقرب بها، و هو قول الأصحاب و أكثر العامه (٢).

ص: ٩٢

١- (١) انظر كفايه الأختيار ٣٢: ٢.

٢- (٢) انظر المبسوط للسرخسي ١٠: ٥، اعانه الطالبين ٣٠٧: ٣.



و إنما تثبت للأب و الجد للأب و إن علا.

و هل يشترط فى ولايه الجد بقاء الأب؟ الأقرب لا. و قال ابن الجنيدي: إن الأم و أبها يقومان مقام الأب فى ذلك عند عدمه، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله أمر نعيم بن النجاشي أن يستأمر أم ابنته فى أمرها، و قال:

«فأمرهون فى بناتهن» (١).

و فى روايه أبى بصير عن الصادق عليه السلام: «إن الذى بيده عقده النكاح هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه و الذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها و يشتري، فأى هؤلاء عفى جاز» (٢).

و هو ضعيف، و مثل هذه لا تنهض حجه على ثبوت الولاية و السلطنه.

قوله: (و إنما تثبت للأب و الجد للأب و إن علا، و هل يشترط فى ولايه الجد بقاء الأب؟ الأقرب لا). (٣).

و قد عرفت إجماع الأصحاب على انتفاء الولاية فى النكاح عن عدا الأب و الجد له، و لا خلاف فى ثبوتها للجد عندنا، إلا من ابن ابى عقيل، فإنه قال: الولي الذى هو أولى بنكاحهن هو الأب دون غيره من الأولياء (٤)، و هو ظاهر فى نفى الولاية عن الجد، و الأخبار الصحيحة حجه عليه، مثل قول الصادق عليه السلام فى صحيحه عبد الله بن سنان: «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ هُوَ وَلِيُّ أَمْرِهَا» (٥) و لا خلاف فى أن الجد ولى أمر الصغيره.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ولاية الجد ثابتة فى كل موضع للأب و ولايه، سواء كان

ص: ٩٣

١- (١) انظر المختلف: ٥٣٦.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٩٣ حديث ١٥٧٣، علما بأن فى «ض»: «فأى هؤلاء عقد جاز.

٣- (٣) فى «ض»: «الأقرب ذلك.

٤- (٤) انظر المختلف: ٥٣٥.

٥- (٥) التهذيب ٧: ٣٩٢ حديث ١٥٧٠.

و تثبت ولايتهما على الصغير ذكرا كان أو أنثى، بكرا أو ثيبا، وكذا على المجنون مطلقا وإن بلغ.

و أما الملك فيثبت للمولى ولايه النكاح على عبده وإن كان رشيدا، الأب حيا أو ميتا عند جمع من الأصحاب.

وقال الشيخ فى النهايه: إن حياه الأب شرط فى ولايه الجد فى موضع الولايه (١)، و به قال ابن الجنيد (٢) و أبو الصلاح (٣) و ابن البراج (٤) و الصدوق (٥)، احتجاجا بروايه الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام أنه قال: «إن الجد إذا زوج ابنه ابنه و كان أبوها حيا و كان الجد مرضيا جاز، فإن هوى أبوها رجلا و جدها رجلا فالجد أولى بنكاحها» (٦).

و أجيب أولا: بالمنع من صحه السند، و ثانيا: بأن دلالة المفهوم ضعيفه، و الأصح الأول.

قوله: (و تثبت ولايتهما على الصغير، ذكرا كان أو أنثى بكرا أو ثيبا، و كذا على المجنون مطلقا و إن بلغ).

لا ريب فى ثبوت ولايه الأب و الجد له على الصغير، ذكرا كان أو أنثى بكرا أو ثيبا، سواء حصلت الثيبوه بوطء و غيره، لأن مناط الولايه الصغر و هو موجود، و كذا تثبت ولايتهما على المجنون مطلقا، ذكرا كان أو أنثى بكرا كانت الأنثى أو ثيبا و إن بلغ.

قوله: (و أما الملك فيثبت للمولى ولايه النكاح على عبده و إن كان

ص: ٩٤

١ - ١) النهايه: ٤٦٦.

٢ - ٢) نقله عنه العلامه فى المختلف: ٥٣٥.

٣ - ٣) الكافى فى الفقه: ٢٩٢. [١]

٤ - ٤) المهذب: ١٩٥.

٥ - ٥) الهدايه: ٦٩. [٢]

٦ - ٦) الكافى: ٣٩٦: ٥، حديث ٥، [٣] التهذيب ٧: ٣٩١: ٧ حديث ١٥٦٤.

و على مملوكته كذلك، و لا خيار لهما معه و له إجبارهما عليه.

و ليس له إجبار من تحرر بعضه، رشيدا، و على مملوكته كذلك، و لا- خيار لهما معه، و له إجبارهما عليه، و ليس له إجبار من تحرر بعضه).

الولاية بالملك تثبت للمولى على العبد و الأمه، صغيرين كانا أم لا، رشيدين أم لا، سواء كان المولى ذكرا أم أنثى، صغيرا أم كبيرا، لقوله تعالى فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (١) و قوله تعالى لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (٢) و من الجملة النكاح، و لحسنه زراره عن الباقر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده؟ فقال: «ذلك إلى سيده إن شاء أجازته و إن شاء فرق بينهما» (٣) الحديث، و على ذلك إجماع الخاص و العام.

و للسيد إجبار مملوكته على النكاح و إن كانت كبيرة رشيدة ثيبا بغير خلاف بين العلماء، لأن منافعها مملوكه له، و كذا عبده الصغير عند جميع الأصحاب و أكثر العامة (٤)، و للشافعية خلاف (٥)، و كذا الكبير عندنا و عند الأكثر (٦)، و فى قول للشافعية أنه لا- يجبر البالغ العاقل (٧)، و به قال أحمد (٨)، و هو مردود: بأنه مالك لرقبته و منفعه كالأمه، و ربما تعلق غرضه بحصول النسل منه، و لظاهر قوله تعالى وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ (٩).

ص: ٩٥

١- (١) النساء: ٢٥. [١]

٢- (٢) النحل: ٧٥. [٢]

٣- (٣) الكافي ٥: ٤٧٨ حديث ٣، [٣] التهذيب ٧: ٣٥١ حديث ١٤٣٢.

٤- (٤) المغنى لابن قدامه ٧: ٤٠١، الشرح الكبير ٧: ٣٩٢. [٤]

٥- (٥) المجموع ١٦: ١٩٥، الوجيز ٢: ١٠، المغنى لابن قدامه ٧: ٤٠١، الشرح الكبير ٧: ٣٩٢. [٥]

٦- (٦) المغنى لابن قدامه ٧: ٤٠٠، الشرح الكبير ٧: ٣٩٣. [٦]

٧- (٧) المجموع ١٦: ١٩٥، [٧] الوجيز ٢: ١٠، المغنى لابن قدامه ٧: ٤٠٠، الشرح الكبير ٧: ٣٩٣. [٨]

٨- (٨) المغنى لابن قدامه ٧: ٤٠٠، الشرح الكبير ٧: ٣٩٣. [٩]

٩- (٩) النور: ٣٢. [١٠]

و للولى تزويج أمه المولى عليه، و لا فسخ بعد الكمال.

و أما الحكم فإن ولايه الحاكم تختص فى النكاح على البالغ فاسد العقل، أو من تجدد جنونه بعد بلوغه، ذكرا كان أو أنثى مع الغبطه.

فلا ولايه له على الصغيرين، و لا على الرشيدين، و تسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له.

و لو تحرر بعض العبد أو الأمه لم يملك إجبارهما قطعا، لأن البعض غير مملوك له، فلا يتسلط عليه، نعم لا يصح نكاحه إلا بإذنه.

قوله: (و للولى تزويج أمه المولى عليه، و لا فسخ بعد الكمال).

إذا اقتضت المصلحه تزويج أمه المولى عليه كالصبي و المجنون و السفیه جاز فعله عندنا، لأن ذلك من جمله التصرفات التى هى متعلق الولايه، فإذا كمل المولى عليه لم يكن له فسخ هذا النكاح كغيره من التصرفات.

قوله: (و أما الحكم، فإن ولايه الحاكم تختص فى النكاح على البالغ فاسد العقل و من تجدد جنونه بعد بلوغه، ذكرا كان أو أنثى مع الغبطه، و لا ولايه له على الصغيرين و لا على الرشيدين، و تسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له).

المراد بالحاكم عندنا هو: الامام العادل، أو من أذن له الامام، و يدخل فيه الفقيه المأمون الجامع لشرائط الإفتاء و الحكم فى زمان الغيبه، و مأذون الحاكم فى النكاح الذى ولايته إليه كالحاكم.

إذا تقرر ذلك فولايه الحاكم فى النكاح إنما تثبت على من بلغ فاسد العقل و تجدد فساد عقله بعد البلوغ، ذكرا كان أو أنثى، إذا كان النكاح صلاحا له.

و وجه الثبوت: أن ولايه المال إليه إجماعا، فيكون وليه فى النكاح، إذ هو من جمله ما تدعو الحاجه إليه، و صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال:

ولا ولاية للوصى وإن فوضت إليه، إلا على من بلغ فاسد العقل مع الحاجة. «الَّذِي يَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ هُوَ وُلَى أَمْرَهَا» (١).

ولا ولاية للحاكم على الصغيرين، لانتفاء حاجتهما الى النكاح، وكذا لا ولاية له على البالغين الرشيدين، بل أمرهما بيدهما، وللحاكم الولاية على السفية البالغ، وسيأتي فى كلام المصنف، وكأنه إنما ترك ذكره هنا اعتمادا على اندراجه فى من بلغ فاسد العقل، وفى تناوله له تأمل.

واعلم أن قوله: (و تسقط ولايته مع وجود الأب أو الجد له) يقتضى أن لا يثبت للحاكم معهما ولاية على المجنون وإن تجدد جنونه بعد بلوغه و رشده، وإطلاق قوله فيما بعد: (المحجور عليه للسفه) (و مع الحاجة يأذن له الحاكم فيه) يقتضى أنه لا ولاية للأب أو الجد عليه مطلقا وإن كان سفهه متصلا بزمان صغره.

وفى هذا الإطلاق الأخير نظر، لأنه قد سبق فى باب الحجر أن الحجر لا يزول عن الصغير إلا ببلوغه رشيدا، وهذا يقتضى أن تكون الولاية عليه مع بلوغه سفيا للأب و الجد، ويعد أن تكون الولاية لهما فى ماله و للحاكم فى نكاحه، ولعله إنما أطلق هنا اعتمادا على ما سبق هناك، فعلى هذا يستثنى منه من بلغ سفيا.

و حينئذ فنقول: من تجدد جنونه بعد بلوغه و رشده ينبغى أن تكون الولاية عليه للحاكم، لسقوط ولاية الأب و الجد له ببلوغه رشيدا، فعودها يحتاج إلى دليل كالذى تجدد سفهه، ولا يحضرنى الآن تصريح بذلك، إلا أن النظر يقتضيه.

قوله: (ولا ولاية للوصى وإن فوضت إليه، إلا على من بلغ فاسد العقل مع الحاجة).

اختلف كلام الأصحاب فى أن وصى الأب أو الجد هل ثبت له ولاية

ص: ٩٧

التزويج؟ قال فى التذكرة: إنما تثبت ولاية الوصى فى صورته واحده عند بعض علمائنا، و هى: أن يبلغ الصبى فاسد العقل و تكون له حاجه إلى النكاح و ضروره إليه مع عدم الأب و الجد له (١).

و هذه العبارة تقتضى أن يكون فىمن بلغ فاسد العقل خلاف، و صرح بثبوت الخلاف فى شرح الإرشاد، إلا أن الأكثر على ثبوت الولاية فى هذه الصورة، و هو المختار.

و وجهه: ظهور الحاجة، فإنه مع الداعى لا- يؤمن وقوعه فى الزنا أو حدوث مرض به، و على هذا فمتى ظهرت أماره الحاجة إلى النكاح زوجه مراعىا للغبطه.

و كذا القول فى السفية، لما ذكره، و لأنه لا يؤمن ذهاب دينه، و يترتب الحد عليه بالزنا و فضيخته فى الدارين، و ذلك من أشد (٢) أنواع الضرر، إلا أنه لا يجوز إجباره على التزويج، و إنما يتوقف على إذن الوصى إذا أراد، و به صرح فى شرح الإرشاد، و هذا فى السفية الذى تثبت عليه الولاية للأب و الجد.

و أما الأنتى و الذكر الصغير، فاختار المصنف فى التذكرة عدم ثبوت الولاية عليهما بالوصاية، سواء أطلق الموصى الوصيه أو نص على الإنكاح (٣)، و هو اختياره هنا و فى التحرير (٤)، و قول الشيخ فى المبسوط (٥)، لانتفاء الدليل الدال على ذلك، و انتفاء الحاجة فى الصغير و الأنتى.

ص: ٩٨

[١- ١] تذكرة الفقهاء ٥٩٢: ٢. [١]

[٢- ٢] فى «ش»: و ذلك أشد من.

[٣- ٣] تذكرة الفقهاء ٥٩٢: ٢. [٢]

[٤- ٤] تحرير الأحكام ٢: ٦. [٣]

[٥- ٥] المبسوط ٤: ٥٩.

و المحجور عليه للسفه لا يجوز أن يتزوج إلا مضطرا إليه، فإن تزوج من غير حاجه كان العقد فاسدا، و مع الحاجه يأذن له الحاكم فيه و قال في المختلف (١) بالثبوت، و هو قول الشيخ في الخلاف (٢)، و قول آخر له في المبسوط (٣)، و اختاره شيخنا في شرح الإرشاد، لأن تصرفات الوصى كلها منوطه بالغبطه، و قد تتحقق الغبطه بنكاح الصغير، و لعموم فَمَنْ بَدَّلَهُ (٤) و لقول الصادق عليه السلام في روايه أبي بصير السالفه: «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ هُوَ الْأَبُ وَالْأَخُ وَالرَّجُلُ يُوَصِّي إِلَيْهِ» (٥).

و اعترض في المختلف بأن الأخ لا ولاية له عندنا، ثم أجاب بالحمل على ما إذا أوصى إليه (٦)، و هذا هو المختار.

إذا عرفت ذلك، فهل تثبت ولاية الوصى في النكاح بتعميم الوصيه، أم لا بد من التصريح بالوصيه في النكاح؟ يلوح من عباره القائلين بالثبوت الثانى، حيث فرضوا المسأله فيما إذا أوصى إليه بأن يزوج ولده الصغير، و هذا هو الذى ينبغى، لأن النكاح ليس من التصرفات التى ينتقل الذهن إليها عند الإطلاق، فلا يكاد يعلم التفويض فيها من دون التصريح به.

قوله: (و المحجور عليه للسفه لا يجوز له أن يتزوج إلا مضطرا إليه، فإن تزوج من غير حاجه كان العقد فاسدا، و مع الحاجه يأذن له الحاكم فيه

ص: ٩٩

١- ١) مختلف الشيعه: ٥٤١.

٢- ٢) الخلاف ٢: ٢٠٥ مسألة ٩ من كتاب النكاح.

٣- ٣) المبسوط ٤: ٥٩.

٤- ٤) البقره: ١٨١. [١]

٥- ٥) التهذيب ٧: ٣٩٣ حديث ١٥٧٣.

٦- ٦) المختلف: ٥٤١.

مع تعيين الزوجه و بدونه. و ليس الاذن شرطاً، مع تعيين الزوجه و بدونه، و ليس الاذن شرطاً).

لما كان المحجور عليه للسفه ممنوعاً من التصرفات الماليه لم يكن له الاستقلال بعقد النكاح، و إنما يصح باذن وليه، و لا يجوز للولي الإذن إلاّ- إذا احتاج السفه إلى التزويج، لا شتمال النكاح على ضرر تحمل المهر و النفقه، فلا- يصار إليه إلاّ- عند الحاجة، لوجود داعى الشهوه إلى المرأه و الحاجه إلى الخدمه، و كون النكاح أعبط من شراء الأمه.

فإذا ظهرت أمارات الحاجه أذن له الولي- سواء كان هو الحاكم أو غيره- فى تزويج امرأه واحده، إلاّ أن تدعو حاجه الخدمه إلى أزيد من امرأه و تقتضيه المصلحه، و به صرح فى التذكره (١)، و يلوح من عبارته أن داعى الشهوه لو اقتضى الأزيد و كان مشتملاً على المصلحه جاز، و لا بأس به، و إذا تحققت الحاجه المجوزة للإذن و جب على الولي أن يأذن له فيه.

و هل يشترط تعيين الزوجه؟ فيه و جهان:

أحدهما: و اختاره المصنف فى كتبه (٢)- عدم الاشتراط، فيصح الاذن المطلق- و ينكح من شاء بمهر مثلها أو أقل- كما يجوز للسيد إطلاق الاذن، فلو نكح فى هذه الحاله شريفه يستغرق مهر مثلها ماله أو معظمه لم يصح، لأنه على خلاف المصلحه.

و الثانى: لا يصح الإطلاق، بل لا بد من تعيين المرأه أو نساء قبيله أو تقدير المهر، لأن المقتضى للحجر عليه هو حفظ ماله و صيانتته عن الإتلاف، فلو جوزنا إطلاق الإذن له لم نأمن أن ينكح من يستغرق مهر مثلها ماله، و لا يكفى لدفع المحذور كون النكاح فاسداً فى هذه الحاله، لأنه بالدخول يجب مهر المثل مع جهلها، فيلزم الوقوع فى المحذور، نعم لو لم نوجب بالدخول فى هذه الحاله مهراً انتفى المحذور.

ص: ١٠٠

١- ١) التذكره ٢: ٦١٠. [١]

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٦، تذكره الفقهاء ٢: ٦١٠-٦١١، [٢] تحرير الأحكام ٢: ٦. [٣]



و لقائل أن يقول: إن هذا الحكم ثابت، سواء جوزنا الاذن المطلق أم لا، فإن السفية لو استقبل بالنكاح من دون إذن حيث لا حاجة و دخل و جب مهر المثل، و ليس هذا خاصا بحال إطلاق الاذن.

و يمكن أن يقال: الفرق قائم مع الاذن المطلق و بدونه، فإن الإذن يقتضى جرأته على النكاح و قبول المرأه منه، بخلاف ما إذا لم يكن، فاعتبار الاذن أقوى (١).

إذا عرفت ذلك فارجع إلى العبارة، و اعلم أنه لو قال: و مع الحاجة يأذن له الولي، لكان أشمل و أحسن مما إذا قال: يأذن له الحاكم.

و اعلم أيضا أن ظاهر قوله: (و ليس الاذن شرطا) منافع لقوله: (و مع الحاجة يأذن له الحاكم) لأن الظاهر أن المراد من قوله: (يأذن له الحاكم) اعتبار ذلك في صحه نكاحه و عدم الاعتداد به من دونه، أى: و مع الحاجة يأذن له الحاكم فيه و لا يستقل به من دون إذنه و لو لا- ذلك لم يكن للحجر معنى، فإنه إذا استقل السفية ببعض التصرفات و أحسن بامضائها، كان ذلك سببا في الاقدام على أى تصرف كان و وسيله إلى إتلاف المال، و متى كان هذا هو المعنى المراد كان قوله: (و ليس الاذن شرطا) منافيا له، لأن مقتضاه جواز الاستقلال من دونه.

و سيأتى في كلامه في المطلب الثالث أنه لو تزوج من غير إذن فسد، و هو صريح في المراد.

و طريق التأليف بين الكلامين أمران:

أحدهما: حمل قوله (و مع الحاجة يأذن له الحاكم) على أن المراد أن الحاكم لا يمنعه في هذه الحالة و لا يحجر عليه، بل يخلى بينه و بين النكاح، و هذا هو المطابق

ص: ١٠١

فإن زاد عن مهر المثل بطل الزائد. لكلامه في التحرير (١) و لعباره (٢) صاحب الشرائع (٣)، إلا أن ما سيأتى في كلامه في المطلب الثالث-من أنه لو تزوج بغير إذن فسد-ينافى هذا.

الثانى: حمل قوله (و ليس الاذن شرطا) على أنه ليس شرطا على كل حال (٤)، بل يصح النكاح إذا تعذر الاذن من الولى و الحاكم استقلالاً بمهر المثل لمن يليق بحاله، و إن كان غير مطابق، لما سيأتى من كلامه كمال المطابقه، لأنه تردد فى ذلك ثمه، فجزمه هنا بخلاف ذلك.

و كيف كان فالثانى أولى، و هو المفتى به، فإن فائده الحجر على السفية تنتفى لو لم يشترط اذن الولى فى نكاحه، هو مختاره فى التذكرة (٥).

و قوله: (فان زاد عن مهر المثل بطل الزائد).

تفريع على ما قبله.

و تحقيقه: أنه إذا أذن له الولى فى التزويج و لم يعين له الزوجه، أو عيّن لها لمهر، أو استقل هو بالنكاح ابتداء لو لم نجعل الاذن شرطا فعقد على امرأه تليق به بأزيد من مهر مثلها لم يفسد النكاح، لأن المهر غير شرط فى صحته بل تبطل الزيادة لأنها تبرع، و هو من السفية ممتنع.

و يحتمل بطلان النكاح، لأن التراضى إنما وقع على المسمى و قد فات، فلا نكاح حينئذ، و أطلق المصنف القول بصحة النكاح و بطلان الزائد، محتجا بأن الخلل فى الصداق لا يقتضى فسخ النكاح، و كذا غيره، و هذا متجه إذا كانت المرأة عالمه بأنه سفية، أما مع جهلها فيشكل ثبوت النكاح فى حقها بمهر المثل على وجه قوى.

ص: ١٠٢

١-١) التحرير ٢:٦. [١]

٢-٢) فى «ض»: و اختاره.

٣-٣) الشرائع ٢:٢٧٧. [٢]

٤-٤) فى «ش»: على حال.

٥-٥) التذكرة ٢:٦١٠-٦١١. [٣]

و ولاية القرايه مقدمه على ولاية الحاكم، و ولاية الملك مقدمه على الجميع. و لو اجتمع الأب و الجد و اختلفا فى الاختيار قَدَم اختيار الجد، فإن عقدا قدم السابق، فإن اقترنا قَدَم عقد الجد، و لا ولاية عندنا بالتعصيب و لا بالعتق. قوله: (و ولاية القرايه مقدمه على ولاية الحاكم، و ولاية الملك مقدمه على الجميع).

وجهه: أن الولى بالقرايه ولى خاص، فيقدم على الحاكم لأنه ولى عام، و الولاية الخاصه أقوى، و للنصوص (١) الداله على تقديم الأب و الجد له على كل أحد، و هذا فى غير من تجدد سفهه، و إن ثبت ما ذكرناه فيمن تجدد جنونه فهو كذلك.

و أما ولاية الملك فلأنها أقوى من الكل، و لأن الناس مسطون على أموالهم (٢).

و اعلم: أن ولاية الوصى عن الأب و الجد مقدمه على ولاية الحاكم أيضا، لأنه نائب للولى الخاص.

قوله: (و لو اجتمع الأب و الجد و اختلفا فى الاختيار قَدَم اختيار الجد، فإن عقدا قدم السابق، فإن اقترنا قدم عقد الجد).

يدل على ذلك ما رواه عبيد بن زراره فى الموثق قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام الجاربه يريد أبوها أن يزوجه من رجل و يريد جدها تزويجها من رجل، قال:

«الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن زوجها قبله» (٣).

قوله: (و لا ولاية عندنا بالتعصيب و لا بالعتق).

قد نبهنا فيما سبق

ص: ١٠٣

١- ١) الكافى ٥: ٣٩٥ حديث ٥٨، الفقيه ٣: ٢٥٠ حديث ١١٩٢ و ١١٩٣، التهذيب ٧: ٣٩٠ حديث ١٥٦٠ - الى - ١٥٦٥.

٢- ٢) عوالى اللآلى ٢: ١٣٨ حديث ٣٨٣.

٣- ٣) الكافى ٥: ٣٩٥ حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٥٠ حديث ١١٩٢، التهذيب ٧: ٣٩٠ حديث ١٥٦٠.

إشارة

المطلب الثاني: في مسقطات الولاية و هي أربعة:

الأول: الرق

الأول: الرق، فلا ولاية للمملوك على ولده، حرا كان الولد أو عبدا للمولى أو لغيره.

و لو أذن له المولى صح، وكذا المدبر والمكاتب وإن تحرر بعضه.

و لو وكله غيره في الإيجاب أو القبول صح باذن السيد و غيره. على انتفاء الولاية في النكاح عن العصبه، و هم: المتقربون بالأب، و كذا عن كل من عدا الأب و الجد له، فانفتت ولاية المعتق و من تقرب به، خلافا لجمع من العامه (١).

قوله: (المطلب الثاني: في مسقطات الولاية، و هي أربعة:

الأول: الرق، فلا ولاية للمملوك على ولده، حرا كان الولد أو عبدا للمولى أو لغيره، و لو أذن له المولى صح، وكذا المدبر و المكاتب و إن تحرر بعضه، و لو وكله غيره في الإيجاب أو القبول صح باذن السيد و غيره).

لا- ريب أن الرق من الأسباب المسقطه للولاية، فلو كان الأب أو الجد للأب رقيقا لم تكن له ولاية التزويج و لا غيره، لأنه ليس أهلا لذلك، لنقصه بالرق المقتضى لكونه لا يقدر على شىء، و لأنه لا يستطيع تزويج نفسه فغيره أولى، و لأن الولاية تستدعى البحث و النظر، و العبد مشغول بخدمه سيده لا يتفرغ لهما.

و لا فرق في سقوط ولايته عن ولده بين كونه حرا أو عبدا ملكا لسيدة أو غيره، هذا إذا لم يأذن له مولاه.

فإن أذن له صح، و ينبغى أن يكون موضع الصحة ما إذا كان الولد مملوكا فأذن له مولاه أيضا في تزويجه، أما لو كان حرا صغيرا، فإن ثبوت ولايته عليه باذن المولى

ص: ١٠٤

الثانى:النقص عن كمال الرشد كالصبي و المجنون و المغمى عليه و السكران،و لو زال المانع عادت الولاية. له مشكل،لأن المقتضى لسلب ولايته هو الرق،و لا يزول بالاذن.

و لا فرق فى المملوك بين كونه قنا أو مدبرا أو مكاتبا،و لو تحرر بعضه فكالقن (١).

و يجوز أن يكون العبد وكيلا- عن النكاح كغيره من العقود،لأن عبارته صحيحة قطعاً،و لا- فرق بين أن يأذن له المولى أو لا،لأنه(لا يمنع من التكلم بما يزيد و لا يتوقف جوازه على إذن المولى،لكن يشترط أن لا يستضر المولى بذلك و) (٢)لا يمنع شيئاً من حقوقه،و لو نهاه المولى عن ذلك فالتوجه المنع (٣).

قوله: (الثانى:النقص عن كمال الرشد،كالصبي و المجنون و المغمى عليه و السكران،و لو زال المانع عادت الولاية).

لما كان تصرف الولي منوطاً بالغبطه و المصلحه-و إنما يحصل بالبحث و النظر ممن له أهليه معرفه ذلك-اعتبر فى الولي:

أن لا يكون صبياً،لنقصه،و عدم اعتبار أفعاله و أقواله التى من جملتها نظره و عبارته و إن كان مراهقاً،و معلوم أنه يمتنع فى الأب و الجد أن يكونا صبيين.

و كذا المجنون إذا كان جنونه مطبقاً،لما قلناه فى الصبي،بل هنا أولى،و إن كان منقطعاً فولايته ثابتة،لأنه كالإغماء،و يحتمل سلب ولايته بذلك كالمطبق،و هو ظاهر عبارته الكتاب،و الأول أقرب مع قصر زمانه.

ص: ١٠٥

١- ١) جاء فى النسخه الحجريه بعد هذا الكلام:و يمكن أن يكون العبد ولياً بالوصايه و الحكم إن جوزنا له ولاية القضاء،لكن بشرط إذن المولى.

٢- ٢) ما بين القوسين لم يرد فى «ش».

٣- ٣) جاء فى «ش» بعد هذا الكلام:اختار المصنف فى المختلف بقاء ولاية العبد على ولده الصغير بعد أن حكى عن ابن الجنييد زوال ولايته بالرق و ردّه،و هو الظاهر من عبارته الكتاب هنا،فإنه لا ريب فى اعتبار اذن المولى فى نص،فإنه لكن يشكل عليه جواز توكيله فى العقد على الغير من دون اعتبار الاذن هنا.

الثالث: الكفر، وهو يسلب الولايه عن ولده المسلم، صغيرا أو مجنوناً، ذكراً أو أنثى، ولا تسلب ولايته عن الكافر، ولو كان الجد مسلماً والإغماء إن كان مما يدوم يوماً ويومين وأكثر تزول الولايه به حال الإغماء، لكن إذا زال عادت مع وجود مقتضياتها كالأبوه والجدوده، وإن قصر زمانها غالباً فهي كالنوم لا تزول بها الولايه.

والسكر إن بلغ حدا يزول معه التمييز فليس له أن يزوج في هذه الحاله قطعاً، وإن بقي التمييز فقد قال المصنف في التذكرة: الوجه أنه لا يزول في الحال (١)، وكأنه نظر إلى أن ذلك مانع من البحث عن الغبطه و تحصيل المصلحه.

والأمراض الشديده (٢)، والأسقام المغلقه الشاغله عن النظر، ومعرفه وجوه المصلحه كذلك، فتزول الولايه بها و ينتقل إلى الأبعد، صرح به في التذكرة (٣).

والسفه مانع، لأنه سبب في ثبوت الولايه على السفیه، فوجب أن لا تكون له ولايه على غيره على الأقرب.

إذا عرفت ذلك فإذا زال المانع عادت الولايه، وهذا في الأبوه والجدوده ظاهر، أما في الوصايه فإنها إذا بطلت لا تعود الولايه إلا أن ينص الموصى على عودها بعد زوال المانع.

واعلم: أن الفسق غير قادح في بقاء الولايه إذا حافظ على مقتضياتها، فلا يعتبر في الرشد ان يكون الشخص مصلحاً لدينه، لأن المعترف في المعاملات هو الرشد الدينى لا الدينى على الأصح.

قوله: (الثالث: الكفر، وهو يسلب الولايه عن ولده المسلم، صغيراً أو مجنوناً ذكراً أو أنثى، ولا تسلب ولايته عن الكافر، ولو كان الجد مسلماً)

ص: ١٠٦

١-١) التذكرة ٢:٦٠٠. [١]

٢-٢) في «ض»: والأغراض الصحيحه.

٣-٣) التذكرة ٢:٦٠٠. [٢]

تعيّنت ولايته على الكافر و المسلم دون الأب الكافر، و بالعكس. تعينت ولايته على الكافر و المسلم دون الأب الكافر، و بالعكس).

لا- خلاف عندنا في أن الكافر لا تثبت ولايته على المسلم قال الله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١) و قال عليه السّلام: «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» (٢) فلو كان للكافر ولد مسلم صغير أو مجنون ذكر أو أنثى لم يكن له عليه ولاية.

و يتصور إسلام الولد في هذه الحالة بإسلام امه، أو جدّه على القول بأن الولد يتبع الجد في الإسلام، و سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى في أحكام الكفر من موانع الإرث، و كذا يتصور إذا أسلم بعد بلوغه ثم جنّ، أو كانت أنثى على القول بثبوت الولاية على البكر البالغ.

أما الولد الكافر، فان ولايته عليه ثابتة، كما تثبت ولاية الأب الفاسق على ولده الفاسق، للعموم، و لأن الاحتياط في إنكاحه مستند إلى الشفقة المسببه عن القرابه، و هي حاصله حين الكفر.

و لو كان الجد مسلماً مع كون الأب كافراً تعينت ولايته على الولد الكافر و المسلم، و ينبه على ذلك قوله تعالى لا يَشْتَرِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ (٣) حيث أن نفى الاستواء يفيد العموم، و قوله عليه السّلام: «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه».

و يتصور كون الولد كافراً مع إسلام الجد: بأن يتجدد إسلام الجد بعد بلوغ الولد كافراً ثم يعرض له الجنون-على القول بعدم تبعيه الصغير له مع كفر الأبوين-

ص: ١٠٧

١-١ (النساء: ١٤١). [١]

٢-٢ (الفقيه ٤: ٢٤٣، حديث ٧٧٨، عوالي اللآلي ١: ٢٢٦، حديث ١١٨). [٢]

٣-٣ (الحشر: ٢٠). [٣]

الرابع: الإحرام، وهو يسلب عباره العقد إيجابا و قبولا.

و لا يمنع من الانعقاد بشهادته، إذ الشهاده عندنا ليست شرطا لكنه فعل محرما.

و لا يمنع من الرجعه و شراء الإمام و الطلاق، فإن زال المانع عادت ولايته.

و لا تنتقل الولاية عنه إلى الحاكم حاله الإحرام.

و العمى و المرض الشديد إذا بقى معه التحصيل، و الغيبه و الفسقي مانعه.

أو بأن يكون الولد الكافر أنثى، بناء على ثبوت الولاية على البكر البالغ.

و ينعكس الحكم لو انعكس الفرض، فإذا كان الأب مسلما و الجد كافرا، تعينت الولاية للأب على الولد المسلم و الكافر دون الجد و بقرينه ما سبق.

و يتصور كفر الولد بتجدد إسلام أبيه بعد بلوغه كافرا ثم يعرض له الجنون، و فى البكر البالغ.

قوله: (الرابع: الإحرام، وهو يسلب عباره العقد إيجابا و قبولا، و لا يمنع من الانعقاد بشهادته- إذ الشهاده عندنا ليست شرطا- لكنه فعل محرما، و لا- يمنع من الرجعه و شراء الإمام و الطلاق، فإن زال المانع عادت ولايته، و لا تنتقل الولاية عنه إلى الحاكم حاله الإحرام و العمى و المرض الشديد إذا بقى معه التحصيل و الغيبه و الفسق).

لا- خلاف عندنا فى أن الإحرام يمنع صحه النكاح إيجابا و قبولا- لسلب ولايه إيقاع النكاح حاله الإحرام و لو توكيلا، لقول الصادق عليه السلام: «ليس للمحرم أن يتزوج و لا يزوج محلا، فإن تزوج أو زوج فتروجه باطل» (1).

ص: ١٠٨



و لا يقدح فى صحه التزويج كون المحرم شاهدا عندنا، لأن الشهاده غير شرط فيه، و لا يمنع الإحرام من الرجعه، لأنها استدامه للعقد لا- ابتداء نكاح، و كذا شراء الإمام، إذ ثمره الشراء انتقال الملك، و ليس بنكاح و إن اندرج فى استحقاق المنافع جواز الوطاء، و كذا جميع أسباب الملك، و الطلاق قطع لعصمه (١) النكاح و ليس بنكاح فلا يحرم.

و من فاته الحج بعد الإحرام به لا يجوز له التزويج و التزويج، لأنه محرم، و تحلله بالعمره عباره عن عدوله بإحرام الحج إلى العمره و الإتيان بباقي أفعالها (٢).

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن إحرام الولي لا يقتضى نقل الولاية عنه إلى الحاكم، لأنه عارض سريع الزوال، لكن لو اضطر المولى عليه فى هذه الحاله أمكن القول بأن الحاكم يزوجه للضرورة، و لا أثر للإحرام الفاسد، [لأن] (٣) منشأه محل.

فرع: لو كان المولى عليه سفيها، فاحتاج إلى إذن الولي له فى النكاح، فهل للولي الامذن إذا كان محرما بحيث يقع منه صحيحا؟ يحتمل ذلك، لأنه ليس بنكاح.

و اعلم: أن العمى لا- يسلب ولا-يه النكاح عندنا، سواء كان خلقه أو متجددا، لأن الأعمى أهل البحث و النظر و استعمال حال الأصلاح من الرجال، خلافا لبعض العامه (٤).

و كذا الخرس مع وجود الإشاره المفهمه و ما فى معناها كالكتابه- خلافا لبعض العامه- و بدونها تزول ولايته قطعا، سواء كان خلقه أو متجددا.

و كذا الصمم و المرض الشديد إذا لم يشغل عن مقصود الولاية لا يزيلها،

ص: ١٠٩

١- ١) فى «ض»: لسلطنه.

٢- ٢) فى «ض»: حينئذ فيحل.

٣- ٣) فى «ش» و «ض»: لا، و المثبت من النسخه الحجرية و هو الصحيح.

٤- ٤) المجموع ١٥٧: ١٦- ١٦٠.

المطلب الثالث: في المولى عليه، لا ولاية في النكاح إلا على ناقص بصغر أو جنون أو سفه أو رق.

و للأب أن يزوج المجنون الكبير عند الحاجة و لا يزيد على واحده، و له أن يزوج من الصغير أربعا، و أن يزوج المجنون الصغير و إن لم يكن ذلك للحاكم، و يزوج المجنونه الصغيره و البالغه، و كذا الحاكم مع المصلحه بكرة كانت أو ثيبا.

و لا يفتقر الحاكم إلى مشاوره أقاربها و لا الحاجه، بل يكفي المصلحه فيها.

بخلاف غيره.

و كذا الغيبه و الفسق، و لا تزول بهما الولاية عندنا فللفاسق أن يزوج ابنته الصغيره و المجنونه، سواء كان الفسق سابقا أو متجددا، لأنه لا يسلب أهليه البحث و النظر عن الأصلاح من الرجال، و لو أراد تزويجها بمن لا مصلحه فيه منعه الحاكم، و كذا القول في الغيبه، لكن لو عرضت ضروره إلى التزويج مع غيبه الولي تولاه الحاكم، دفعا للضروره.

قوله: (المطلب الثالث: في المولى عليه لا ولاية في النكاح إلا على ناقص بصغر أو جنون أو سفه أو رق، و للأب أن يزوج المجنون الكبير عند الحاجة و لا يزيد على واحده، و له أن يزوج من الصغير أربعا و أن يزوج المجنون الصغير و إن لم يكن ذلك للحاكم و يزوج المجنونه الصغيره و البالغه، و كذا الحاكم مع المصلحه، بكرة كانت أو ثيبا، و لا يفتقر الحاكم إلى مشاوره أقاربها و لا الحاجه، بل تكفي المصلحه فيها).

قد علم أن مناط الولاية

فى النكاح هذه الأمور، فلا- تثبت إلا بواحد منها، لكن على القول بأن إذن الحاكم ليس شرطاً فى نكاح السفية لا يكاد يتحقق للولاية عليه فى النكاح معنى.

فان قيل: معنى الولاية عليه منعه فى غير محل الحاجة.

قلنا: لكل أحد هذا المنع من باب الحسبه، فلا معنى للولاية عليه حينئذ.

إذا عرفت ذلك فقد تقدم كثير من أحكام المولى عليهم، واستيفاء الباقي هنا.

فاعلم: أن للأب أن يزوج المجنون الكبير عند حاجته إلى النكاح لا بدونها، لأن لوازم النكاح- من المهر و النفقه- تقتضى إتلاف ماله من غير حاجة و لا مصلحة فى ذلك، و حصول الولد غير منظور إليه هنا، لأن الواجب على الولي حفظ المال و صيانتته عن التلف، فيقتصر فى ذلك على موضع الحاجة.

و تتحقق الحاجة برغبته فى النساء و تتبعهنّ و تعلقه بهنّ و طلب الفعل منهنّ و ما أشبه ذلك، و كذا تتحقق إذا احتاج إلى امرأه تخدمه و تتعهد بالقيام به و لا يوجد من يقوم بذلك، و تكون مؤنه الزواج أخف من شراء أمه تخدمه، أو لا تنفق أمه تقوم مقام الزوجه فى خدمته، فحينئذ تستأجر، لئلا ترجع عن الوعد بالخدمه، فإن ذلك ليس واجبا عليها، و مثله ما لو ظن شفاؤه بذلك استنادا إلى قول عارف أو تجربه سابقه، فحينئذ يزوجه الأب أو الجد له، و مع عدمهما فالحاكم.

و لا يزيد على الواحد، لزوال الضروره بها، و هذا واضح إذا كان الداعى هو شهوه الجماع أو ظن الشفاء، أما إذا كان الداعى هو الحاجة إلى الخدمه فإنه يقتضى التعدد، فحينئذ يزوجه قدر ما تقتضيه الحاجة مراعياً للمصلحة، و قد أوماً إليه المصنف فى التذكرة فى نكاح السفية (١).

ص: ١١١

و للأب و الجد له و وصى أحدهما-على القول بثبوت ولايته في النكاح-تزويج الصغير بما فوق الواحده إلى أربع، للنص (١) و الإجماع على أن للأب و الجد له تزويجه و أن نكاحه منوط بالمصلحه لا بالحاجه، و قد توجد المصلحه في الأربع، و إطلاق النصوص صالح لتناول نكاح الأربع، و هو مقرب التذكرة (٢).

و يحتمل المنع مما زاد على الواحده لثلاثا تكثر المؤنه عليه، و ضعفه ظاهر، لأن الحكم هنا دائر مع المصلحه.

و ليس للحاكم ذلك، لأن ولايته إنما تثبت في محل الضروره اتفاقا، و لا ضروره في حال الصغر إلى النكاح.

و لقائل أن يقول: إن الحاجه إلى الخدمه قد تدعو إليه على وجه لا يندفع إلا به، و كأنهم إنما أعرضوا عن ذلك لندور وقوعه.

و لو كان الصغير مجنونا فللأب و من في حكمه تزويجه واحده بالمصلحه، و هل يجوز تزويجه أربعا؟ فيه وجهان:

أحدهما: -و هو المختار هنا- نعم، لأن تصرفات الأب للصغير منوطه بالمصلحه، و الفرض وجودها في المتنازع، و لو لا ذلك لم يجز تزويجه إياه واحده أيضا، لتناول إطلاق النصوص-الداله على ثبوت الولاية للأب و الجد له على الصغير المجنون-تزويجه الأربع.

و الثاني: لا يجوز ما فوق الواحده، لثلاثا تلزم زياده المؤنه، و لأن الكبير كذلك فالصغير أولى.

و يمكن الفرق: بأن التصرف على الكبير منوط بالضروره، بخلاف الصغير،

ص: ١١٢

١- ١) الكافي ٥: ٣٩٥ باب ٥٨، التهذيب ٧: ٣٩٠ حديث ١٥٦٠- إلى ١٥٦٥.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٦١٠. [١]

فإن التصرف عليه منوط بالمصلحة، و تردد المصنف في التحرير (١)، و مختار الكتاب قوى، تمسكا بظاهر النصوص.

و أما المجنونه فيجوز تزويجها-صغيره كانت أو كبيره، بكرا كانت أو ثيبا- للأب و الجد له ثم الحاكم، و ليست كالمجنون، لأنها تستفيد من النكاح المهر و النفقه (٢)، و المجنون يغرمها، و لا يجوز تزويجها إلا مع وجود المصلحة.

و صرح المصنف في التذكرة بأنه لا فرق بين من سبق بلوغها و رشدها ثم جنت، و بين المجنونه الصغيره إذا استمر جنونها، في أن الولاية عليها للأب و الجد له، و مع فقدهما فللحاكم، و حكى عن الشافعي (٣) ووجهها بأن التي تجدد جنونها بعد بلوغها تكون الولاية عليها للسلطان كالمال، ثم رده بمنع الأصل (٤)، و كذا صرح في التحرير (٥) في هذا الباب، و المنقول عن شيخنا الشهيد (٦) من أن الولاية للحاكم، و ليس ببعيد.

و حكى المصنف (٧) عن أكثر الأصحاب أن المجنونه الصغيره لا- يزوجه الحاكم إذا فقد الأب و الجد له، لانتفاء حاجتها إلى النكاح في الحال، و غير الأب و الجد لا يملك الإيجاب، و لم يرجح شيئا.

و مختاره هنا الجواز، لأن النكاح بالنسبه إلى الأنتى محض مصلحة و لا ضرر فيه،

ص: ١١٣

١- ١) التحرير ٢:٨.

٢- ٢) في «ش»: لأنها تستفيد النفقه و المهر.

٣- ٣) مغنى المحتاج ٣:١٦٩.

٤- ٤) تذكره الفقهاء ٢:٦١٠. [١]

٥- ٥) التحرير ٢:٦.

٦- ٦) لفظ (الشهيد) لم يرد في «ض».

٧- ٧) لفظ (المصنف) لم يرد في «ش».

و السفية لا يجبر، لأنه بالغ، و لا يستقل، لأنه سفية، لكن يتزوج بإذن الولي مع الحاجة، و لا يزيد على مهر المثل.

و إذا لم يعين له المرأة لم ينكح على خلاف المصلحة شريفه يستغرق مهر مثلها ماله. و الكفو قد لا يتفق بعد البلوغ.

و يشكل: بأن ثبوت ولايته هنا تقتضى ثبوت الولاية له على الصغيره العاقله بطريق أولى، و ولاية الإجماع لا تثبت لغير الأب و الجد، لانتفاء الدليل، و قد سبق فى كلامه فى المطلب الأول أن الحاكم لا ولاية له على الصغيرين.

و يمكن أن يحمل قوله هنا: (و كذا الحاكم مع المصلحة) أن ذلك له فى البالغه المجنونه، فينتفى التنافى بين العبارتين، إلا أنه خلاف الظاهر.

و متى انتهى أمر الولاية إلى الحاكم لم يفتقر إلى مشاورة أقرباء المجنونه، إذ لا- حق لهم فى الولاية عندنا، و قد عرفت أن المصلحة حينئذ كافيه، فلا يتوقف على الحاجة.

قوله: (و السفية لا يجبر لأنه بالغ، و لا يستقل لأنه سفية، لكن يتزوج بإذن الولي مع الحاجة و لا يزيد على مهر المثل، و إذا لم يعين المرأة لم ينكح على خلاف المصلحة شريفه يستغرق مهر مثلها ماله).

لا ريب أن السفية لا يجبر على النكاح، لأنه بالغ عاقل، و لا يجوز له الاستقلال به، لأنه لسفهه و تبذيره محجور عليه شرعا ممنوع من التصرفات الماليه، فلا- بد من إذن الولي، فإذا أذن له تولى العقد بنفسه لصحة عبارته أو وكل من شاء، و إنما يجوز للولي الإذن له مع الحاجة قطعاً.

و الحاجة إما شهوه النكاح، أو الاحتياج إلى خدمه على وجه لا تكون المصلحة إلا فى النكاح، و على هذا فلو احتاج إلى أزيد من واحده جاز إنكاحه الزائد مع

و لو تزوج بغير اذن فسد، فإن وطأ و جب مهر المثل على اشكال. المصلحة على ما ذكرناه سابقا، و به صرح في التذكرة (١).

و معلوم أنه إذا أذن له الولي في النكاح لا- يجوز أن يأذن له فيما زاد على مهر المثل، و قد أسلفنا أنه إذا لم يعين له المرأة و لا المهر لا يجوز له أن ينكح شريفه يستغرق مهر مثلها ماله على خلاف المصلحة، و هذا بناء على جواز إطلاق الاذن من الولي، أما على العدم، فالإذن المطلق لاغ.

و قد استفاد من قوله: (على خلاف المصلحة) أن المصلحة لو اقتضت نكاح الشريف المذكوره كما لو كان شريفا و لم يتفق من تليق بحاله سواها جاز، و هو محتمل.

قوله: (و لو تزوج بغير اذن فسد، فإن وطأ و جب مهر المثل على إشكال).

قد حققنا أن الحبر على السفية و ثبوت الولاية عليه لا- يكاد يتحصل له معنى، إلا- إذا توقف نكاحه- في موضع حاجته إلى النكاح- على إذن الولي، و بدونه يقع العقد فاسدا، و قد بينا منافاه هذا الكلام السابق و طريق التأليف، فلا حاجة إلى إعادته.

و ينبغي أن يراد بالفساد ما لا ينافي وقوعه موقوفا، إذ ليس هو أسوأ حالا من عقد الفضولي، فإذا عقد السفية بدون الاذن و دخل ففي وجوب مهر المثل إشكال ينشأ:

من أن المقتضى للمنع من نكاحه هو المقتضى من لزوم المهر، فلو أوجبناه بالوطء فات الغرض، و لأن ذلك يجري مجرى ما إذا تلف المبيع في يد السفية و قد اشتراه بعد الحجر، فإنه يضيع على بائعه و إن كان جاهلا.

و من أن استيفاء منفعة البضع إتلاف، فيضمن قيمته في ماله كسائر المتلفات،

ص: ١١٥

و ذلك مهر المثل، و لأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر.

و اعلم ان للأصحاب فى هذه المسأله ثلاثه أقوال:

أ:جوب مهر المثل، لما قلناه، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط (١).

ب:لا شىء أصلا، نقله الشيخ فيه عن قوم، و قال: إنه قوى (٢)، لأنها المتلفه لمنفعه بضعها بتسليم نفسها (٣)، و فيه نظر، لأن التسليم ليس إتلافا، و إنما المتلف من استوفى المنفعه.

ج:التفصيل بكونها عالمه بالحال فلا- مهر لها، و جاهله فلها مهر المثل، و هو اختيار ابن البراج (٤)، و استحسنة المصنف فى المختلف (٥)، و زاد تفصيلا آخر و هو: جهلها بالحكم أيضا، فلو علمت بالسفه و جهلت الحكم فكالجاهله بالسفه، و هذا أقوى.

و يحتمل أن يقال: إذا كان المسمى مهر المثل فما دون يصح النكاح، لأن إبطاله حينئذ يقتضى الضرر و فوات الحكمه المطلوبه من إبطاله.

و ليس بشىء، لأن العقد إذا وقع غير صحيح كيف يصح بالدخول.

و يمكن أن يقال: إن النكاح لما كان موقوفا على إجازة الولى، فالأغبط فى هذه الصورة إجازته، و حينئذ فيصح النكاح و لا يجب مهر المثل و إن كان المسمى زائدا على مهر المثل، إذا لم تكن الزيادة زائده على مهر آخر (٦)، و هذا قوى، و لم أجد به تصريحا لأحد و لا احتمال.

ص: ١١٤

١- ١) المبسوط ٢٩٣:٤.

٢- ٢) فى المبسوط: أقوى.

٣- ٣) المبسوط ٢٩٣:٤.

٤- ٤) المهذب ٢١٠:٢.

٥- ٥) المختلف: ٥٥١.

٦- ٦) فى «ض»: المثل.



و لو لم يأذن له الولي مع الحاجه أذن له السلطان، فإن تعذر ففي صحه استقلاله نظر، نعم لو لم تكن للسفيه حاجه إلى النكاح، فهنا لا بد من القول بلزوم مهر المثل و بطلان العقد.

فرع: لو علم الولي حاجه السفيه إلى النكاح فهل يصح قبوله له من دون إذنه؟ فيه احتمالات، و صرح الشيخ بعدم اشتراط الاذن (١).

قوله: (و لو لم يأذن له الولي مع الحاجه أذن له السلطان، فإن تعذر ففي صحه استقلاله نظر).

إذا لم يأذن الولي للسفيه في موضع الحاجه و أمكن الوصول إلى الحاكم استأذنه و سقط اعتبار الولي، لأن الحاكم هو الولي العام عند عدم الولي الخاص، و مع تعذر الاذن من الولي الخاص جرى مجرى المعدوم، و لم يعتبر في التذكرة (٢) استئذان السلطان و كذا الشيخ (٣)، و هو واضح بناء على أن الاذن ليس بشرط، أما على اشتراطه فلا، فما هنا أوجه.

فإن تعذر الوصول إلى الحاكم، ففي صحه استقلال السفيه بالعقد نظر، ينشأ:

من أن حق النكاح قد تعين له، فإذا تعذر أن يستوفيه بغيره جاز له أن يستوفيه بنفسه، كمن له دين عند غيره فمنعه و تعذر الوصول إلى الحاكم، فإنه يستقل بالاستيفاء بغير رضی المديون، و لما فيه من الضرر العظيم المنفى بالآية (٤) و الحديث (٥).

ص: ١١٧

١-١) المبسوط ١٦٥:٤.

٢-٢) التذكرة ٦١١:٢. [١]

٣-٣) المبسوط ١٦٦:٤.

٤-٤) و هي قوله تعالى وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ الْحج:٧٨. [٢]

٥-٥) و هي قوله عليه السلام: «لا ضرر و لا ضرار» الكافي ٥:٢٨٠ حديث ٤ و صفحه ٢٩٤ حديث ٨، [٣] الفقيه ٣:٤٥ حديث ١٤٧ و ١٤٨، التهذيب ٧:١٤٦ حديث ٦٥١ و ٧٢٧، مسند أحمد ٣:١٣:١.

و لا يدخل تحت الحجر طلاقه و لا طلاق العبد. و لو طلب الرقيق النكاح لم يجب الإجابة، و أمه المرأة تزوجها سيدتها، و لا يحل نكاحها من دون اذنها، سواء المتعه و الدائم على رأى. و من أنه محجور عليه، فلا يصح تصرفه أصلا كالمجنون و الصبى. و الفرق قائم: فإن عبارته صحيحه، بخلاف الصبى و المجنون، و ضرر التبذير يندفع بمراعاة مهر المثل و نكاح المرأة اللائقة بحاله، و هذا أصح (١).

قوله: (و لا يدخل تحت الحجر طلاقه و لا طلاق العبد).

لا ريب أنه لا يدخل تحت الحجر طلاق السفیه و لا طلاق العبد، لقوله عليه السّلام: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢) فيتولّى كل منهما الطلاق بمشيئته، و لو كان السفیه مطلقا اشترى له جاريه.

و يجب أن يستثنى من إطلاق الحكم فى العبد ما إذا كانت زوجته أمه مولاه، فإن أمر التفريق بينهما راجع إلى المولى، أما أمه الغير و الحره فطلاقها بيده.

قوله: (و لو طلب الرقيق النكاح لم تجب الإجابة، و أمه المرأة تزوجها سيدتها، و لا- يحل نكاحها من دون اذنها، سواء المتعه و الدائم على رأى).

لا يجب على السيد إنكاح رقيقه و إن طلبه، لما فى ذلك من الضرر، لأن كثيرا من مطالبه تتعطل، و كثيرا من منافع العبد تفوت، و يلزم المولى بسبب ذلك مهر و نفقه، و ذلك ضرر عظيم.

و قال جمع من العامه: إذا طلب العبد النكاح اجبر المولى عليه، و ليس بشىء.

و لو خشى الرقيق ضررا بسبب عدم التزويج و ظهرت أمارته، فهل يجب بيعه أم تزويجه أم لا يجب شىء منهما؟ كل محتمل، و الاستحباب مع الطلب لا بحث فيه.

ص: ١١٨

١- ١) فى «ش»: صرح فى التذكرة آخرًا: بأن من تجدد سفهه يزوجه الأب و الجد ثم الحاكم.

٢- ٢) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقى ٧: ٣٦٠.

و قد قدمنا أن للسيد إجباره على النكاح، فله أن يتولّى القبول و أن يجبره على القبول، و يقع صحيحا عندنا كإجبار الحاكم الولي على إنكاح المولّى عليه، نعم لو ارتفع قصده أصلا لم يعتد بالقبول، و يقبل إقرار السيد على العبد بالنكاح كإقرار الأب على ابنته، صرح بذلك في التذكرة (١).

و كما أن رقيق الرجل لا- يتزوج إلا- بإذنه، فكذا رقيق المرأة، سواء العبد و الأمة الدائم و المتعه، ذهب إلى ذلك أكثر أصحابنا، لقوله تعالى لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (٢) و قوله تعالى فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٣) و لأنه تصرف في ملك الغير بغير اذنه.

و جوز الشيخ في النهاية (٤) المتعه بأمة المرأة بغير إذنها، قائلا: بأن الأفضل استئذانها، احتجاجا بما رواه سيف بن عميره عن علي بن المغيرة في الصحيح، قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة بغير إذنها؟ قال: «لا بأس به» (٥).

و هذه روايه شاذه مخالفه لأصول المذهب، فان التصرف في مال الغير بغير إذنه قبيح عقلا منهي عنه شرعا، خصوصا الفروج التي يطلب فيها كمال الاحتياط، و قد يتعلق بذلك نسل و يجر إلى كثير من الأحكام كالإرث و المحرميه.

و الاقدام على ذلك بمثل هذه الروايه- التي أعرض جميع الأصحاب عن العمل بها، حتى أن الشيخ رجع عن قوله في النهاية إلى المنع (٦)، مع كثرة الدلائل

ص: ١١٩

١- ١) تذكرة الفقهاء ٥٩٠: ٢. [١]

٢- ٢) النحل: ٧٥. [٢]

٣- ٣) النساء: ٢٥. [٣]

٤- ٤) النهاية: ٤٩٠. [٤]

٥- ٥) التهذيب ٢٥٧: ٧ حديث ١١١٤.

٦- ٦) رجع عن قوله في جواب المسائل الحائريات كما في السرائر: ٣٠٤.

و لا يكفى سكوت البكر فى حق أمتها، و يكفى فى حقها. الداله على المنع-بعيد عن الاحتياط و مجانب لطريقه الورع، و الأصح الأول.

قوله: (و لا يكفى سكوت البكر فى حق أمتها و يكفى فى حقها).

الفرق بينهما: أنها تستحى فى نكاح نفسها غالباً دون نكاح أمتها، فكتفى بسكوتها فى نكاح نفسها فى كونه إذناً دون أمتها، فلا بد من التصريح بالأذن، و قد أطبقوا على أن البكر يكفى فى أذنها سكوتها.

و روى عن النبى صلى الله عليه و آله أنه قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، و لا تنكح البكر حتى تستأذن، و إن سكوتها إذنها» (١).

و من طريق الخاصه ما رواه داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام، فى رجل يريد أن يزوج أخته، قال: «يؤامرها، فإن سكتت فهو إقرارها» (٢).

و فى حكم البكر من زالت بكارتها: بظفره، أو وثبه، أو سقطه، أو بالإصبع، أو حدّه الطمث، أو طول التعنيس (٣)، أو الدوده المسماه بالحرقوق على أرجح الوجهين، و هو مقرب التذكرة (٤)، لأن حكم الأبقار يزول بمخالطه الرجال و لم يحصل، فهى على غباوتها و حياتها.

أما من زالت بكارتها بالجماع فإنها ثيب، سواء كان الجماع بالعقد أو بالملك أو الشبهه أو الزنا، صغيره كانت حين الوطء أو كبيره، لصدق أنها ثيب، و لزوال الحياء بممارسه الرجال.

نعم لو وطأت قبل سن التمييز فزالت بكارتها أمكن القول بأنها كالبكر، و فى

ص: ١٢٠

١- ١) سنن البيهقى ١: ١٢٢.

٢- ٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٥١، حديث ١١٩٦، التهذيب ٧: ٣٨٦، حديث ٥٥٠، الاستبصار ٣: ٢٣٩، حديث ٨٥٦.

٣- ٣) عنست الجاربه تعنس بالضم عنوسا و عناسا فهى عانس، و ذلك إذا طال مكثها فى منزل أهلها بعد إدراكها حتى خرجت من عداد الأبقار، قاله الجوهرى فى الصحاح ٣: ٩٥٣ [١] عانس.

٤- ٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٨٧. [٢]

و الأقرب استقلال المعتقه فى المرض بالتزويج، فإن رجعت أو بعضها رقا بطل العقد إلا أن يجيز المولى. الموطوءه فى الدبر وجهان، و اعتبار النطق فيها قوى، لزوال الحياء، و اختاره فى التذكرة (١).

و هذا إنما [يكون] (٢) حيث لا يكون مع السكوت قرينه داله على عدم الرضا، فإنه لا يكون إذنا قطعاً.

و لو ضحكت عند استئذانها فهو إذن، لأنه أقوى من السكوت، و لو بكت ففى كونه إذنا قول لابن البراج (٣)، و استشكله المصنف فى المختلف (٤).

قوله: (و الأقرب استقلال المعتقه فى المرض بالتزويج، فإن رجعت أو بعضها رقا بطل العقد، إلا أن يجيز المولى).

أى لو أعتق المريض أمته جاز لها أن تستقل بتزويج نفسها و إن كان ثلث التركة لا يفى بقيمتها على الأقرب، لأن العتق الصادر منه صحيح ظاهراً، لأنه عتق صدر من أهله فى محله.

إما أنه صدر من أهله فلائنه مالك مستقل بالتصرف، و الناس مسلطون على أموالهم، و عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٥) يقتضى النفوذ ظاهراً.

و إما أنه فى محله فلائن الفرض أن الأمه قابله للعتق، و لا مانع منه إلا حق الوارث، و حقه بعد الموت لا قبله.

و المراد من الحجر على المريض فيما زاد على الثلث: المنع من نفوذ تصرفه فيه

ص: ١٢١

١- ١) تذكرة الفقهاء ٥٨٧: ٢. [١]

٢- ٢) فى «ش» و «ض»: هو، و المثبت من النسخة الحجرية و هو الأولى.

٣- ٣) المهذب ١٩٤: ٢.

٤- ٤) المختلف: ٥٣٨.

٥- ٥) المائدة: ١. [٢]

و لا ولاية على البالغ الرشيد الحر إجماعاً، و لا على البالغه الرشیده الحره و إن كانت بكرًا على الأصح فى المنقطع و الدائم.

ظاهراً و باطناً بحيث لا يبقى للوارث عند الموت حق فيما تصرف فيه أصلاً، لا بطلانه فى الحال، إذ لا دليل عليه، و لأن تعلق حق الوارث بالأمه غير معلوم، فإنه إنما يكون إذا مات المعتق فى مرضه ذلك، و الأصل بقاء حياته.

و على تقدير الموت فلا بد من كون الثلث حينئذ أقل من قيمه الأمه، و لا اعتبار بما قبله، و هذا مشكوك فيه، فلا يكون مجرد الاحتمال مانعاً من نفوذ التصرف الصادر من المالك المستند إلى الدلائل السابقة.

فإذا ثبت نفوذ العتق ظاهراً أجريت عليه أحكامه: من صحه استقلالها بالنكاح و غيره من التصرفات، و جواز عقد المعتق عليها.

ثم إذا رجعت -كلها رقا لظهور دين مستغرق عند الموت، أو بعضها إذا لم يف الثلث بقيمتها- تبيننا بطلان العقد، إلا أن يكون المولى قد أجاز عقد الغير عليها قبل موته أو يجيزه الوارث بعد الموت، فإنه لا يبطل.

و يحتمل العدم، لأن الاستقلال فرع الحريه بجمعها، و حصولها و عدمه إنما يعلم عند الموت أو البرء من ذلك المرض، و جهاله الأصل تقتضى جهاله فرعه.

و يضعف بأن فرع الحريه ظاهراً لا باطناً، و المجهول حصوله هو الحريه بحسب الواقع، و مدار الأحكام الشرعيه على الأمور الظاهره، فإن من اشترى مالا - من مالك ظاهراً أو وكيله إنما يحكم بنفوذ البيع ظاهراً، حتى لو تبين أن الملك لغيره أو أن مدعى الوكاله كان كاذباً أو طرأ العزل الشرعى على وكالته، تبيننا بطلان البيع و جميع التصرفات المترتبه عليه من نكاح و غيره، و ما نحن فيه كذلك من غير فرق.

قوله: (و لا ولاية على البالغ الرشيد الحر إجماعاً، و لا على البالغه الرشیده الحره - و إن كانت بكرًا على الأصح فى المنقطع و الدائم،

و لو زوجها أبوها أو جدها وقف على إجازتها كالأجنبي، لكن يستحب لها أن لا تستقل من دونهما بالنكاح، و أن توكل أخاها مع عدمهما، و أن تخلد إلى أكبر الاخوه، و أن تتخير خيرته لو اختلفوا. و لو زوجها أبوها أو جدها وقف على إجازتها كالأجنبي، لكن يستحب لها أن لا تستقل بالنكاح، و أن توكل أخاها مع عدمهما، و أن تخلد إلى أكبر الاخوه، و أن تتخير خيرته لو اختلفوا).

أجمع علماء الإسلام على أن الحر البالغ الرشيد لا- ولايه لأحد عليه في نكاح و لا- غيره، كما أجمعوا على ثبوت الولايه على [الصغيره و البالغ غير الكامل و كذا الصغيره و المجنونه، و اختلف أصحابنا في ثبوت الولايه على البكر] (1) البالغه الرشيده على أقوال خمس: -بعد اتفاقهم على سقوطها عن الثيب البالغه الرشيده، إلا الحسن (2).

أ: نفى الولايه عنها في الدائم و المنقطع، اختاره المفيد في أحكام النساء (3) و ابن الجنيد (4) و المرتضى (5) و سلار (6) و المصنف و أكثر المتأخرين (7)، و هو الأصح.

لنا: ظاهر قوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (8) جعل النكاح إليها، و هو على إطلاقه شامل للمدخل بها و غيرها، كذا احتج المصنف.

و فيه نظر، لأن المطلقة ثلاثا مرتبه لا يكون إلا مدخولا بها، إلا أن يقال:

ص: ١٢٣

١- ١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «ش» و «ض» و أثبتناه من النسخه الحجريه، لاختلال المعنى بدونه.

٢- ٢) فإنه قال بثبوت الولايه عليها، انظر: المغنى لابن قدامه ٣٨٥: ٧.

٣- ٣) أحكام النساء، ضمن رسائل الشيخ المفيد: ٢٠.

٤- ٤) نقله عنه العلامه في المختلف: ٥٣٤.

٥- ٥) الانتصار: ١٢٢، المسائل الموصلية ضمن رسائل الشريف المرتضى المجموعه الأولى: ٢٣٥.

٦- ٦) المراسم: ١٤٨.

٧- ٧) منهم فخر المحققين في الإيضاح ٣: ٢١، و الشهيد في اللمعه: ١٨٤.

٨- ٨) البقره: ٢٣٠. [١]

الدخول قد يكون بالوطء في الدبر، وهو غير مناف لبقاء البكاره.

و ما روى أن فتاه جاءت إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَقَالَتْ: إِنَّ أَبِي زَوْجَنِي مِنْ ابْنِ أَخٍ لَهُ لِيَرْفَعُ خَسِيْسَتَهُ وَ أَنَا لَهُ كَارِهِه، فَقَالَ: «اجِيزِي مَا صَنَعَ أَبُوكَ» فَقَالَتْ:

لَا رَغْبَةَ لِي فِيْمَا صَنَعَ أَبِي، قَالَ: «فَاذْهَبِي فَاَنْكَحِي مَنْ شِئْتِ» فَقَالَتْ: «لَا رَغْبَةَ لِي عَمَّا صَنَعَ أَبِي، وَ إِنَّمَا أُرِدْتُ أَنْ أَعْلَمَ النِّسَاءَ أَنْ لَيْسَ لِلآبَاءِ فِي أُمُورِ بَنَاتِهِمْ شَيْءٌ» (١).

و ما رواه في الحسن الفضيل بن يسار و محمد بن مسلم و زراره و يزيد بن معاويه عن الباقر عليه السلام قال: «المرأه التي ملكت نفسها غير السفيهه و لا المولئ عليها أن تزويجها بغير ولي جائز» (٢).

قيل: لا دلالة فيها، لأنه إن ادعى خروج البكر من المولئ عليها فهو المتنازع، و إلا لم يفد.

قلنا: إن المتبادر ان قوله المرأه مبتدأ، و قوله غير المولئ عليها خبره، و المراد بالمولئ عليها من ثبتت الولاية عليها في المال، هذا هو المتبادر من اللفظ، و لا شك أن ذلك لا يشمل البكر التي لا حجر عليها في مالها.

و ما رواه زراره عن الباقر عليه السلام قال: «إذا كانت المرأه مالكة أمرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز» (٣).

أورد عليه: عدم ما يدل على اندراج البكر في قوله مالكة أمرها.

و جوابه: أن المتبادر من قوله تبيع و تشتري إلى آخره تفسير المالكة أمرها.

و ما رواه منصور بن حازم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «تستأمر

ص: ١٢٤

١- ١) سنن ابن ماجه ١: ٦٠٢ حديث ١٨٧٤، سنن البيهقي ٧: ١١٨.

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٩١ حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٥١ حديث ١١٩٧، التهذيب ٧: ٣٧٧ حديث ١٥٢٥، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٧.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٧٨ حديث ١٥٣٠، الاستبصار ٣: ٢٣٤ حديث ٨٤٢.



البكر و غيرها و لا تنكح إلا بأمرها» (١).

و هذه لا تنفى التشريك، لكنه منتف بالأصل.

و ما رواه سعدان بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها» (٢).

ب: قول الشيخ فى النهاية أن الولاية عليها للأب و الجد دونها (٣)، و هو اختيار ابن بابويه (٤) و ابن أبى عقيل (٥) و ابن البراج (٦).

لما رواه ابن أبى يعفور فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «لا تزوج ذات الآباء من الأباكار إلا بإذن أبيها» (٧).

و لروايه إبراهيم بن ميمون عن الصادق عليه السلام: «إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر، و إذا كانت قد تزوجت لم يزوجها إلا برضا منها» (٨).

و لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر، و قال: يستأمرها كل أحد ما عدا الأب» (٩).

ص: ١٢٥

١-١) التهذيب ٧:٣٨٠ حديث ١٥٣٥.

٢-٢) التهذيب ٧:٣٨٠ حديث ١٥٣٨، الاستبصار ٣:٢٣٦ حديث ٨٥٠.

٣-٣) النهاية: ٤٦٥، و فى «ص» ذكر أن هذا القول للشيخ فى المبسوط، و هو خطأ، لأن الشيخ فى المبسوط ٤:١٦٢ [١] ذهب إلى أن المرأة الحرة إذا بلغت رشده ملكت عقد النكاح.

٤-٤) من لا يحضره الفقيه ٣:٢٥٠. [٢]

٥-٥) المختلف: ٥٣٤.

٦-٦) المهذب ٢:١٩٣-١٩٥.

٧-٧) الكافي ٥:٣٩٣ حديث ١، [٣] الفقيه ٣:٢٥٠ حديث ١١٩٠، التهذيب ٧:٣٧٩ حديث ١٥٣١، و فى هذه المصادر: «لا تزوج ذوات الآباء من الأباكار إلا بإذن آبائهن» إلا أن فى الفقيه: «لا تنكح ذوات».

٨-٨) التهذيب ٧:٣٨٠ حديث ١٥٣٦، الاستبصار ٣:٢٣٥ حديث ٨٤٨.

٩-٩) الكافي ٥:٣٩٣ حديث ٢، [٤] التهذيب ٧:٣٨٠ حديث ١٥٣٧، الاستبصار ٣:٢٣٥ حديث ٨٤٩.

و فى هذه دلالة على أنها غير صغيرة، و فيها ما ينفى القول بانفرادها و التشريك بينها و بين الأب، و لأن الحكمة تقتضى ذلك، فان البكر لا- معرفه لها بأحوال الرجال، فلو لم يجعل أمرها منوطا بنظر الأب لم يؤمن أن ترتكب ما يترتب عليه فساد و ضرر.

و أجب بحمل الروايات على كراهية التفرد و أولويه استئذان الأب جمعا بين الأدله، و التعليل الأخير ضعيف، لأن الرشيد تستعلم أحوال الزوج بالتفحص عنه، كما تستعلم طرق المصلحة فى التصرف فى الأموال.

ج: التشريك بينها و بين الأب، فليس لأحدهما الاستقلال بالعقد، و به قال المفيد فى المقنعه (١) و أبو الصلاح (٢)، إلا أنه زاد التشريك بينها و بين الجد.

و الحجج موثقه صفوان قال: استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر عليه السلام فى تزويج ابنته لابن أخيه فقال: «افعل و يكون ذلك برضاها، لأن لها فى نفسها نصيبا».

قال: و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام فى تزويج ابنته على ابن جعفر قال: «افعل و يكون ذلك برضاها، فان لها فى نفسها حظا» (٣).

و جوابه: أن قوله عليه السلام: «لها فى نفسها نصيبا، لا يدل على أن للأب معها ولاية بمنطوق اللفظ، بل بمفهومه، و دلاله المفهوم ضعيفه، فيكف تعارض دلاله المنطوق؟ فتحمل على الأولويه دفعا للتنافى.

د: إجازة تفردا بالمتعده دون الدوام، و اختاره الشيخ فى كتابى الأخبار (٤) جمعا بين الأدله.

و جوابه: أن بقاء الحجر على البكر إنما يكون لنقص رأيها، فلا يفرق فيه بين

ص: ١٢٤

١- (١) المقنعه: ٧٨.

٢- (٢) الكافى فى الفقه: ٢٩٢.

٣- (٣) التهذيب ٣: ٣٧٩-٧ حديث ١٥٣٤.

٤- (٤) التهذيب ٧: ٣٨٠-٧، ٣٨١، الاستبصار ٣: ٢٣٦.

و لو عضلها الولي-و هو أن لا يزوجهما بالأكفاء مع رغبتها-استقلت إجماعا. الدائم و المتعه، و كذا عدمه، فالحمل على الأولويه أولى، بل موقع الضرر و الفضيحة في المتعه أشد.

ه:عكسه، و هو قول محكي لا يعرف قائله، و قد يحتج له بالجمع بين الأدله، و ضعفه معلوم مما قبله.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه على القول بسلب الولاية عن الحره البالغه الرشیده يستحب لها أن لا تستقل بالنكاح من دونهما، لأنهما أبصر منها بأحوال الرجال، و لما فيه من أمن حصول ما لا ينبغي، فان لم يكن لها أب و لا جد استحب لها أن توكل أخاها، و أن تعول على رأى أخيها الأكبر لو تعددت الاخوه، لما سيأتى إن شاء الله تعالى من الروايه المتضمنه لتقديم عقد الأخ الأكبر (١).

و كذا يستحب له أن تخلد إلى أكبر الإخوه-أى: تركز إليه و تصير إلى رأيه، و الخلد محركا: القلب-و أن تتخير خيره لو اختلفوا.

قوله: (و لو عضلها الولي-و هو: أن لا يزوجهما بالأكفاء مع رغبتها- استقلت إجماعا).

العضل هو: المنع، و المراد هنا: منعها من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك و رغب كل واحد منهما فى صاحبه، و المحدث عنه هو البالغه الرشیده، و الإجماع على استقلالها حينئذ من جميع (٢) علمائنا، و فيه اعتراف بأن لها أهليه تولى النكاح، و العامه يجعلون الولاية حينئذ إلى الحاكم (٣).

و اعلم: أنه لا فرق فى تحقق العضل-إذا منع الولي تزويجها من الكفاء-بين

ص: ١٢٧

١- (١) التهذيب ٧: ٣٨٧ حديث ١٥٥٣، الاستبصار ٣: ٢٣٩ حديث ٨٥٨.

٢- (٢) لفظ جميع لم يرد فى «ش».

٣- (٣) المجموع ١٦: ١٨٥ و ١٨٦، المغنى لابن قدامه ٧: ٣٦٨.

## المطلب الرابع: الكفاءة معتبره فى النكاح

المطلب الرابع: الكفاءة معتبره فى النكاح، فليس للمرأة و لا للولى التزويج بغير كفاء.

و المراد بها التساوى فى الإسلام و الايمان، فلا يصح تزويج المسلمه المؤمنه إلا بمثلها.

و يجوز للمؤمن أن يتزوج بمن شاء من المسلمات، أن يكون النكاح بمهر المثل أو لا، نعم لو منع من غير الكفاء لم يكن عضلا.

قوله: (المطلب الرابع: الكفاءة معتبره فى النكاح، فليس للمرأة و لا- للولى التزويج بغير كفاء، و المراد بها: التساوى فى الإسلام و الايمان، فلا يصح تزويج المسلمه المؤمنه إلا بمثلها، و يجوز للمؤمن أن يتزوج بمن شاء من المسلمات).

الكفاءة على وزن فعيل: النظير، و كذلك الكفاء على وزن فعل و الكفوء على وزن فعول، و المصدر الكفاءة بالفتح و المد.

و لا خلاف بين أهل (1) الإسلام فى اعتبار الكفاءة فى النكاح، لكنهم اختلفوا فى تفسيرها، فذهب جمع من علمائنا إلى أنها عباره عن الايمان و التمکن من النفقه، و اقتصر بعضهم على الأول، و بعضهم لم يعتبر الايمان بل اکتفى بالإسلام عنه، فحصل ثلاثه أقوال:

أ: اعتبار الأمرين معا، اختاره الشيخ فى المبسوط (2) و المصنف فى التذکره (3)، لقول الصادق عليه السلام: «الكفاء أن يكون عفيفا عنده يسار» (4).

ص: ١٢٨

١- ١) فى «ض» علماء.

٢- ٢) المبسوط: ١٧٨: ٤.

٣- ٣) التذکره: ٦٠٣: ٢. [١]

٤- ٤) الكافى ٣٤٧: ٥ حديث ١. [٢]

ب:الاكتفاء بالايمان،اختاره جمع من الأصحاب (١)و المصنف هنا،لقوله تعالى:

إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ (٢).

و لما روى عن الصادق عليه السلام قال:«إن الله عز و جل لم يترك شيئاً مما يحتاج إليه إلا علمه نبيه صلى الله عليه وآله،فكان من تعليمه إياه أن صعد المنبر ذات يوم فحمد الله و اثنى عليه ثم قال:

أيها الناس إن جبرئيل أتاني من اللطيف الخبير فقال:إن الأبكار بمنزله الثمر على الشجر إذا أدرك ثمارها فلم يجن أفسدته الشمس و نثرته الرياح،و كذلك الأبكار إذا أدركن ما يدرك النساء،فليس لهنّ دواء إلا البعولة،و إلا لم يؤمن عليهن الفساد، لأنهن بشر.

قال:فقام إليه رجل فقال:يا رسول الله فمن نزوج؟قال:الأكفاء،قال:يا رسول الله من الأكفاء؟قال:المؤمنون بعضهم أكفاء بعض» (٣).

ج:الاكتفاء بالإسلام،اختاره المفيد (٤)و المحقق ابن سعيد (٥)،إما لأن الإيمان هو الإسلام،أو لعدم الدليل الدال على اشتراط الإيمان،أما اشتراط الإسلام فإنه ثابت بالإجماع.

و الأ-كثر على خلافه،لمفهوم قوله صلى الله عليه وآله:«إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوّجوه، إلا- تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فسادٌ كبيرٌ»،و لما مرّ من قوله صلى الله عليه وآله في بيان الكفاء:«المؤمنون بعضهم أكفاء بعض» فلا يكون غير

ص:١٢٩

١ - ١)منهم الشيخ في النهاية:٤٦٣،و [١]ابن البراج في المهذب ٢:١٧٩،و ابن حمزه في الوسيلة:٣٤٠،و ابن إدريس في السرائر:٢٩٥.

٢- ٢) النور:٣٢. [٢]

٣- ٣) الكافي ٥:٣٣٧ حدِيث ٢. [٣]

٤- ٤) المقنعه:٧٨.

٥- ٥) الشرائع:٢٩٩. [٥]

المؤمن كفئاً للمؤمنه، وإلا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، ولأن المرأة تأخذ من دين بعلمها، فلا يؤمن على المؤمنه أن يخذعها المخالف، لأن النساء ناقصات عقل ودين.

فان قيل: فعلى هذا إذا أمن على المرأة انخداعها لقوه دينها و عشيرتها مثلاً جاز، كما يجوز للرجل المؤمن نكاح المخالفه، و يؤيده أن التحريم في المرأة لو كان بمجرد الخلاف لاستوى فيه الرجل و المرأة كالكفر.

قلنا: الحديث دال على أن المخالف ليس كفئاً للمؤمنه، ولا دلالة فيه على المنع من جانب الرجل، فيتمسك فيه بالأصل، و المرأة مظنة الفتنة و إن كانت قويه الدين، و الأحوال لا تنضب، فلا بد من حسم المادة و سد الباب.

و لا- يجب مساواة المخالف في الدين للكفر من جميع الوجوه مع قيام الدليل على خلافه، فإن الإجماع على الجواز في الرجل، و هذا في غير الناصب فإنه كافر.

قال الصادق عليه السلام: «تزوجوا في الشكاك و لا تزوجوهم، لأن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه» (١).

و في الصحيح عن الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام قال قال له الفضيل: أزوج الناصب؟ قال: «لا و لا كرامه» الحديث (٢).

و عنه قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لامرأتى أختا عارفه على رأينا و ليس على رأينا بالبصره إلا قليل، فأزوجه ممن لا يرى رأيا؟ قال: «لا و لا نعمه إن الله عز و جل يقول فلا تزجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهن و لا هم يحلون لهن» (٣).

ص: ١٣٠

١- ١) الكافي ٥: ٣٤٨ حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٥٨ حديث ١٢٢٦، التهذيب ٧: ٣٠٤ حديث ١٢٦٦، الاستبصار ٣: ١٨٤ حديث ٦٧٠.

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٤٨ حديث ٤، و [٢] فيه: قال له الفضيل: أزوج الناصب؟ قال: «لا و لا كرامه».

٣- ٣) الكافي ٥: ٣٤٩ حديث ٦، [٣] سورة الممتحنة: ١٠. [٤]

و ليس له أن يتزوج بكافره حربه إجماعاً، و في الكتابيه خلاف، أقربه جواز المتعه خاصه. و في صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: النهى عن تزويج الناصب المؤمنه و المستضعفه المؤمنه (١).

و عن الصادق عليه السلام: «إن العارفة لا توضع إلا عند العارف» (٢).

و الأصح اشتراط الايمان في تزويج المؤمنه و اشتراط التمكن من النفقه في وجوب الإجابة على الولي-لأن الصبر على الفقر ضرر عظيم-لا في الجواز، لأن المال غاد و رائج، و ليس محط نظر أهل المروآت و ذوى البصائر. قوله: (و ليس له أن يتزوج بكافره حربه إجماعاً، و في الكتابيه خلاف، أقربه جواز المتعه خاصه).

اختلف الأصحاب في جواز نكاح المسلم الكافره على أقوال سته:

أ: التحريم بجميع أنواع نكاحهن-اختاره المرتضى (٣) و الشيخ في أحد قوليه (٤)، و هو أحد قولى المفيد (٥)، و قواه ابن إدريس (٦)-لوجه:

أقوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ (٧) وجه الاستدلال به عمومه لجميع أهل الكفر، و هو ظاهر في غير أهل الكتاب، و أما أهل الكتاب فيدل على كونهم مشركين قوله تعالى:

ص: ١٣١

١- ١) الكافي ٥: ٣٤٩ حديث ٨، [١] التهذيب ٧: ٣٠٢ حديث ١٢٤١.

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٥٠ حديث ١١. [٢]

٣- ٣) الانتصار: ١١٧.

٤- ٤) تفسير التبيان ٢: ٢١٧.

٥- ٥) المقنعه: ٧٤.

٦- ٦) السرائر: ١٩١ و ٣١١.

٧- ٧) البقره: ٢٢١. [٣]

وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ إِلَى قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ (١) سماهم مشركين، وقال سبحانه اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَالْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ (٢).

ب: قوله تعالى وَ لَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ (٣) و بين الزوجين عصمه، فيدخل النكاح تحت النهي.

ج: قوله تعالى لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ (٤) و نفى الاستواء للعموم، فيعم جميع الأحكام التي من جملتها حل التناكح.

د: النكاح يتضمن المواءة، و مواءة من حادّ الله محرمة، فكذا نكاحه.

ه: رواه الحسن بن جهم عن الرضا عليه السلام (٥) تقتضى أن قوله تعالى:

و لَا تَتَّكِفُوا الْمُشْرِكَاتِ (٦) نسخ قوله تعالى وَ الْمُخْصِنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ (٧) و رواه زرارة بن أعين عن الباقر عليه السلام (٨) صريحه في ذلك.

ب: جواز متعة اليهود و النصارى اختياراً و الدوام اضطراراً، و هو اختيار الشيخ في النهاية (٩) و ابن حمزه (١٠) و ابن البراج (١١).

ص: ١٣٢

١- (١) التوبة: ٣٠. [١]

٢- (٢) التوبة: ٣١. [٢]

٣- (٣) الممتحنة: ١٠. [٣]

٤- (٤) الحشر: ٢٠. [٤]

٥- (٥) الكافي ٥: ٣٥٧، حديث ٦، [٥] التهذيب ٧: ٢٩٧، حديث ١٢٤٣، الاستبصار ٣: ١٧٨، حديث ٦٤٧.

٦- (٦) البقرة: ٢٢١. [٦]

٧- (٧) المائدة: ٥. [٧]

٨- (٨) الكافي ٥: ٣٥٨، حديث ٨، [٨] التهذيب ٧: ٢٩٨، حديث ١٢٤٥، الاستبصار ٣: ١٧٩، حديث ٦٤٩.

٩- (٩) النهاية: ٤٥٧.

١٠- (١٠) الوسيلة: ٣٤٠.

١١- (١١) المهذب: ١٨٧: ٢.



ج: عدم جواز العقد بحال و جواز ملك اليمين، و هو أحد قولي. (١).

د: جواز المتعه و ملك اليمين باليهوديه و النصرانيه و تحريم الدوام، و هو اختيار أبي الصلاح (٢) و سلالر (٣) و أكثر المتأخرين (٤).

ه: تحريم نكاحهن مطلقا اختيارا و تجويزه مطلقا اضطرارا و تجويز الوطاء بملك اليمين، و هو اختيار ابن الجنيد (٥).

و: التجويز مطلقا، و هو اختيار ابن أبي عقيل (٦) و ابن بابويه (٧)، لقوله تعالى:

وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ (٨) و قوله تعالى وَ أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٩).

و لروايه أبي مريم الأنصاري عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن طعام أهل الكتاب و نكاحهم؟ فقال: «نعم قد كانت تحت طلحه يهوديه» (١٠).

و عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن نكاح اليهوديه

ص: ١٣٣

١-١) العبارة ناقصه كما ترى، و الظاهر أن النسخه الأصلية كانت هكذا: و هو أحد قولي دد، فحذف النساخ أحد الدالين لتصورهم زيادتهم، و لم يعلموا أن أحد الدالين إشاره إلى المفيد و الأخرى إشاره إلى الفرع، و يؤيده أيضا أن هذا هو القول الثاني للمفيد في المقنعه: ٧٨ في باب عقد الإماء، و القول الأول له قد مر في فرع (أ).

٢-٢) الكافي في الفقه: ٢٢٩-٣٠٠. [١]

٣-٣) المراسم: ١٤٨.

٤-٤) منهم المحقق في الشرائع ٢٩٤: ٣، و الشهيد في اللمعه: ١٩١، و غيرهما.

٥-٥) المختلف: ٥٣٠، إيضاح الفوائد ٢٢: ٣.

٦-٦) المصدر السابق.

٧-٧) المصدر السابق.

٨-٨) المائده: ٥. [٢]

٩-٩) النساء: ٢٤. [٣]

١٠-١٠) التهذيب ٢٩٨: ٧ حديث ١٢٤٦، الاستبصار ١٧٩: ٣ حديث ٦٥٠.

و النصرانيه؟ قال: «لا بأس به، أما علمت أنه كان تحت طلحه بن عبد الله يهوديه على عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ» (١).

و فى الصحيح عن معاويه بن وهب و غيره عن أبى عبد الله عليه السلام، فى الرجل المؤمن يتزوج اليهوديه و النصرانيه، قال: «إذا أصاب المسلمه فما يصنع باليهوديه و النصرانيه» فقلت له: يكون له فيها الهوى، فقال: «إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير و اعلم ان عليه فى دينه غضاضه» (٢).

قال المصنف فى المختلف: و هذا الحديث من صحاح الأحاديث الواصله إلينا فى هذا الباب (٣).

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن الدلائل من الطرفين عامه، و ليس فيها ما يدل على تحريم نكاح مخصوص أو حله، فطريق الجمع بينهما بالحمل على تحريم بعض الأنكحه و حل بعض.

و لا- ريب أن حمل دلائل الحل على الدوام و الباقي على المتعه حمل غير جيد، لأن فى الأخبار إيماء إلى أن ارتكاب نكاح الكافره لا يكون إلا فى محل الحاجه، و النكاح المعد لدفع الحاجه هو نكاح المتعه دون الدوام، لأنه النكاح المطلوب للسنة، و لحصول النسل، و هو المتضمن للموادّه، و أيضا فإن نكاح المتعه فى معنى ملك اليمين، فهو أولى بأن تحمل دلائل الحل عليه.

و هذا أصح و أقرب من الحمل على محل الضروره بالنسبه إلى الدوام، على أن روايه معاويه بن وهب تأبى هذا الحمل، فإنها ظاهره فى جواز فعله اختيارا، و قوله تعالى

ص: ١٣٤

١- ١) التهذيب ٧: ٢٩٨، حديث ١٢٤٧، الاستبصار ٣: ١٧٩، حديث ٦٥١.

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٥٦، حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٢٩٨، حديث ١٢٤٨، الاستبصار ٣: ١٧٩، حديث ٦٥٢.

٣- ٣) المختلف: ٥٣١.

و له استصحاب عقدهن دون الحريات، و المجوسيه كتابيه.

و لا يتزوج بالناصبيه المعلنه بعداوه أهل البيت عليهم السّلام. و يستحب للمؤمن أن يتزوج بمثله، و للحر أن يتزوج بالأمه، و للحره أن تتزوج بالعبد، و كذا شريفه النسب بالأدون كالهاشميه و العلويه بغيرهما، فى الآيه السابقه إذا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (1) فيه إيماء إلى المتعه.

قوله: (و له استصحاب عقدهن دون الحريات).

أى: للمسلم استصحاب عقد الكتائيات من الكفر إلى الإسلام، فإذا أسلم زوج الكتائيه بقى نكاحها إجماعاً، بخلاف الحريات، فإن نكاحهن يفسخ إذا كان الإسلام قبل الدخول، و إن كان بعده وقف على انقضاء العده.

قوله: (و المجوسيه كتابيه).

لقوله عليه السّلام: «سنّوا بهم سنه أهل الكتاب» و فيه إيماء إلى أنهم ليسوا أهل كتاب.

قوله: (و لا يتزوج بالناصبيه المعلنه بعداوه أهل البيت عليهم السّلام).

لأنها كافره، و الناصب شرّ من اليهودى و النصرانى على ما روى فى أخبار أهل البيت عليهم السّلام، و لا خلاف فى ذلك عندنا، سواء المتعه و الدوام.

قوله: (و يستحب للمؤمن أن يتزوج بمثله).

و يكره بالمخالفه غير الناصبيه، فإنّ المؤمنه أعون على الدين و ولدها أحرى بأن يكونوا مؤمنين.

قوله: (و للحر أن يتزوج بالأمه، و للحره أن تتزوج بالعبد، و كذا شريفه النسب بالأدون، كالهاشميه و العلويه بغيرهما و العربيه بالعجمى

ص: ١٣٥

و العرييه بالعجمي، و بالعكس، و كذا أرباب الصنائع الدينيه بالأشراف. و بالعكس، و كذا أرباب الصنائع الدينيه بالأشراف).

قد قدمنا أن الكفاءه منحصره فى الايمان إذا كانت الزوجه مؤمنه، و إن كانت مسلمه اكتفى بالإسلام، و لا يعتبر أمر آخر سوى ذلك.

فللحر أن يتزوج بالأمه اختيارا عند المصنف (١) و قوم (٢)، و اضطرارا عند آخرين (٣)، و سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

و للحره أن تتزوج بالعبد، و كذا من كانت شريفه النسب كالهاشميه و العلويه، و كالمتميمه إلى العلماء و إلى الصلاح و التقوى بمن ليس كذلك، و كذا العرييه بالعجمي كعكسه، و كذا من كانت من أرباب الصنائع الشريفه بمن ليس كذلك، لما قدمناه.

و اعتبر الشافعى فى الكفاءه سته أمور: الحريه، و الدين، و النسب، و اليسار، و الحرفه، و الخلو من العيوب الأربعة (٤).

و قد روى عنه عليه السلام أنه قال: «إنَّ الله تعالى اختار العرب من سائر الأمم، و اختار من العرب قريشا، و اختار من قريش بنى هاشم و بنى المطلب» (٥).

و لا دلالة فى هذا على اعتبار الكفاءه فى النسب.

و روى الأصحاب عن الصادق عليه السلام أن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله زوج ضبيعه بنت الزبير بن عبد المطلب من مقداد بن الأسود، فتكلمت فى ذلك بنو هاشم، فقال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: «إنما أردت أن تتضع المناكح» (٦).

ص: ١٣٦

١- ١) هنا، و فى المختلف: ٥٦٥.

٢- ٢) منهم الشيخ فى النهايه: ٤٧٦، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٥٧، و غيرهما.

٣- ٣) منهم ابن الجنيد، و ابن ابى عقيل كما عنهما فى المختلف: ٥٦٥، و غيرهما.

٤- ٤) انظر: المجموع ١٨٢: ١٦، الوجيز ٨: ٢، المغنى لابن قدامه ٣٧٤: ٧.

٥- ٥) انظر: سنن البيهقى ١٣٤: ٧، كنز العمال ٤٥٠: ١١ حديث ٣٢١١٩ و ٣٢١٢٠، باختلاف.

٦- ٦) التهذيب ٣٩٥: ٧ حديث ١٥٨١.

و هل التمكن من النفقه شرط؟ قيل: نعم، و الأقرب العدم. و لو تجدد عجزه عنها فالأقرب عدم التسلط على الفسخ. قوله: (و هل التمكن من النفقه شرط؟ قيل: نعم، و الأقرب العدم).

القول المحكى للشيخ فى المبسوط (١)، و الأكثر على خلافه (٢)، و قوله تعالى إِنَّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ (٣) صريح فى الجواز، و قد تقدم تحقيق ذلك و أن الأصح عدم الاشتراط، فان قلنا به فالمراد كونه مالكا لها بالفعل أو بالقوه القريبه منه: بأن يكون قادرا على تحصيلها عادة بتجاره و غيرها.

قوله: (و لو تجدد عجزه عنها فالأقرب عدم التسلط على الفسخ).

وجه القرب: أن النكاح عقد لازم و قد انعقد على اللزوم، و ثبوت العجز بتجدد الإعسار عن النفقه خلاف الأصل، فيتوقف على الدليل، و قوله تعالى وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ (٤) و هذا هو المشهور بين الأصحاب، و به قال ابن حمزه (٥) و ابن إدريس (٦).

و قال ابن الجنيد لها الخيار (٧)، و نقل المحقق نجم الدين عن بعض علمائنا أن الحاكم بينها (٨)، و وجهه قوله تعالى فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ

ص: ١٣٧

١- ١) المبسوط ١٧٨: ٤.

٢- ٢) منهم ابن الجنيد كما عنه فى إيضاح الفوائد ٢٣: ٣، و الشيخ فى النهاية: ٤٦٣، و [١] ابن البراج فى المهذب ١٧٩: ٢، و فخر المحققين فى الإيضاح ٢٣: ٣.

٣- ٣) النور: ٣٢. [٢]

٤- ٤) البقره: ٢٨٠. [٣]

٥- ٥) الوسيله: ٣٣٤.

٦- ٦) السرائر: ٣٠٤.

٧- ٧) المختلف: ٥٨٢.

٨- ٨) قال فى الشرائع ٣٠٠: ٢، و [٤] لو تجدد عجز الزوج عن النفقه، هل تتسلط على الفسخ؟ فيه روايتان، أشهرهما أنه ليس لها ذلك. انتهى، و هو كما ترى لا يوافق ما نقله عنه المحقق هنا، و ليس فى بقيه كتبه هذا القول، إلا أن يقال إن المصنف استفاد من قوله: فيه روايتان أن الروايه الثانيه هى ان الحاكم بينها لا انها تتسلط على فسخ العقد، و الله العالم.

و لو خطب المؤمن القادر وجبت اجابته و إن كان اخفض نسبا، و لو بإحسان (١) و الإمساك مع تعذر الإنفاق خلاف المعروف.

و روى ربيعى و الفضيل (٢) بن يسار جميعا عن الصادق عليه السلام قال: «إن أنفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوه و إلا فزق بينهما» (٣).

و كل ذلك ضعيف، فإن كون الإمساك مع الإعسار إمساكا بغير المعروف لا دليل عليه، و لو سلم فلا دلالة له على التسلط على فسخ النكاح بخصوصه، و كذا الرواية، مع المعارضه بما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام، أن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا، فأبى أمير المؤمنين عليه السلام أن يجبسه، و قال: «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» (٤).

فان قيل: لا دلالة فى هذه، لأن الحبس لا يجب قطعا، و إنما المتنازع فيه هو الفسخ، و هو لا يدل على نفيه.

قلنا: لو كان لها الفسخ لعرفها عليه السلام ذلك، ليدفع عنها الضرر الذى استعدت لأجله، و القول بالفسخ ضعيف.

و اعلم أن الشارح الفاضل قال: إنه على القول بأن اليسار بالنفقة شرط فى العقد تتسلط المرأة على الفسخ بتجدد الإعسار (٥)، و هذا غير واضح، بل هو محتمل، لأن الذى يمنع لزوم العقد ابتداء لا يجب ثبوت الخيار بتجدده.

قوله: (و لو خطب المؤمن القادر وجبت إجابته و إن كان أخفض نسبا،

ص: ١٣٨

١- (١) البقره: ٢٢٩.

٢- (٢) فى «ض» و «ش»: و الفضل، و الصحيح ما أثبتناه و هو الموجود فى مصادر الحديث.

٣- (٣) الفقيه ٣: ٢٧٩، حديث ١٣٣١، التهذيب ٧: ٤٦٢، حديث ١٨٥٣، و رواه الكلينى فى الكافى ٥: ٥١٢، حديث ٧ [١] بسند آخر.

٤- (٤) سوره الانشراح: ٦، [٢] التهذيب ٧: ٤٥٤، حديث ١٨١٧.

٥- (٥) إيضاح الفوائد ٣: ٢٤.

امتنع الولي كان عاصيا، إلا للعدول إلى الأعلى. و لو امتنع الولي كان عاصيا، إلا للعدول إلى الأعلى).

إذا خطب المؤمن القادر على النفقه-و المرأة بالغ تريد التزويج-وجبت الإجابة على الولي قطعا و حرم المنع، و هذا إنما يتأتى على القول بأن للأب و الجد ولاية على البكر البالغ الرشيد.

و كذا إذا دعت حاجة المرأة إلى ذلك، لوجوب القيام بمقتضى حاجة المولّى عليه إذا أمكن.

و متى امتنع الولي في الموضوعين المذكورين كان عاصيا، و لا- أثر لكون الخاطب أخفض نسبا، لما روى عنه عليه السلام: «إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه» (١).

و لو أراد الولي العدول إلى الأعلى من الخاطب لم يكن عاصيا بالتأخير، لظهور المصلحة في ذلك، نعم لو كان للمرأة ضروره لم يجز التأخير.

و على القول بأن البكر البالغ الرشيد لا ولاية لأحد عليها، فالنكاح منوط باختيارها، و أثر منع الولي على هذا القول سقوط اعتباره إجماعا.

و لو كانت البنت صغيره فخطبها الكفء القادر و كان في النكاح غبطه، ففي وجوب الإجابة على الولي وجهان:

أحدهما: الوجوب، كما يجب بيع مال الطفل إذا طلب بزياده، و لأن الكفء قد يتعذر حصوله بعد ذلك، فيترتب على التأخير فساد، و لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله لَعَلَى عَلَيْهِ السَّلَام: «لا تؤخر أربعا» و عدّ منها تزويج البكر إذا وجد كفتنا.

و الثاني: العدم، لا تتفاء الحاجة، و في الأول قوه.

ص: ١٣٩

---

١- ١) الكافي ٥: ٣٤٧ حديث ٢ و ٣، [١] التهذيب ٧: ٣٩٤ و ٣٩٦ حديث ١٥٧٨ و ١٥٨٤ و ١٥٨٥ و ١٥٨٦، سنن ابن ماجه ١: ٦٣٢ حديث ١٩٦٧.

و يكره تزويج الفاسق خصوصا شارب الخمر. و لو انتسب إلى قبيله فبان من غيرها فالأقرب انتفاء الفسخ، قوله: (و يكره تزويج الفاسق، خصوصا شارب الخمر).

لا ريب في أنه يستحب أن لا تزوج المؤمنه إلا بعدل، و أنه يكره تزويجها بالفاسق، خصوصا شارب الخمر.

قال الصادق عليه السلام: «من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها» (١).

و في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

شارب الخمر لا يزوج إذا خطب» (٢).

و قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «من شرب الخمر بعد ما حرمها الله على لسانى فليس بأهل أن يزوج» (٣).

و هو محمول إما على المستحل، أو على شدة الكراهه.

و قال الشافعى (٤): الفاسق ليس بكفء للعدل و لا للعفيف، لقوله تعالى:

أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ (٥).

و جوابه: أن المراد بالفاسق هنا: الكافر، لمقابلته بالمؤمن، و مطلق الفسق عندنا لا يخرج المؤمن عن إيمانه.

قوله: (و لو انتسب إلى قبيله فبان من غيرها، فالأقرب انتفاء الفسخ).

اختلف الأصحاب في

ص: ١٤٠

١- ١) الكافي ٥: ٣٤٧ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٣٩٨ حديث ١٥٩٠.

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٤٨ حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ٣٩٨ حديث ١٥٩١.

٣- ٣) الكافي ٥: ٣٤٨ حديث ٣، [٣] التهذيب ٧: ٣٩٨ حديث ١٥٨٩.

٤- ٤) المجموع ١٦: ١٨٢، السراج الوهاج: ٣٧٠، مغنى المحتاج ٣: ١٦٦.

٥- ٥) السجده: ٣٢. [٤]



و كذا لا يفسخ لو ظهر لمن تزوج بالعفيفه أنها كانت قد زنت، ولا رجوع على الولي بالمهر.

حكم المسأله، فقال الشيخ فى النهايه: إذا انتمى الرجل إلى قبيله و تزوج فبان على خلاف ذلك بطل التزويج (١)، و اختاره ابن الجنيده (٢) و ابن حمزه (٣)، و قال فى المبسوط: الأقوى أنه لا خيار لها، و من الناس من قال لها الخيار (٤)، و اختار ابن إدريس أن لها الخيار إذا شرط ذلك فى نفس العقد و خرج بخلافه (٥)، و قال المصنف فى المختلف: إذا انتسب إلى قبيله فبان من أدنى منها بحيث لا يلائم شرف المرأه كان لها الخيار فى الفسخ (٦).

و قول ابن إدريس هو المختار، لعموم أوفوا بالعقود (٧) و «المؤمنون عند شروطهم» (٨).

و روايه الحلبي فى الصحيح-قال: فى رجل تزوج المرأه فيقول: أنا من بنى فلان فلا يكون كذلك، قال: «تفسخ النكاح» أو قال «لا ترد» (٩)-لا دلالة فيها على أن ذلك بدون الاشتراط فى العقد، فلا يعدل عن ظاهر الآيه و الحديث السابقين.

قوله: (و كذا لا يفسخ لو ظهر لمن تزوج بالعفيفه أنها كانت قد زنت، ولا رجوع على الولي بالمهر).

إذا تزوج امرأه

ص: ١٤١

١-١) النهايه: ٤٨٩. [١]

٢-٢) المختلف: ٥٥٥.

٣-٣) الوسيله: ٣٦٧.

٤-٤) المبسوط ٤: ١٨٩. [٢]

٥-٥) السرائر: ٣٠٨-٣٠٩.

٦-٦) المختلف: ٥٥٥.

٧-٧) المائده: ١. [٣]

٨-٨) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣.

٩-٩) التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٤، و فيه: «أو قال ترد النكاح، و [٤] فى «ض»: «أو قال ترد».

ثم علم أنها كانت قد زنت، فللأصحاب أقوال:

أ: ثبوت الخيار للزوج سواء كانت قد حدثت أم لا، وهو قول الصدوق، وحكم بثبوت الخيار للمرأة بزنا الرجل وإن حدث بعد العقد (١).

ب: أن له الخيار في المحدوده خاصه، قاله المفيد (٢) وجماعه (٣).

ج: الرجوع على الولي بالمهر من غير فسخ (٤).

د: عدم الفسخ و الرجوع، اختاره المصنف (٥) و المحقق (٦)، و عباره المصنف هنا جاريه على ذلك، فان المراد منها: أن من تزوج بمن ظاهر حالها كونها عفيفه ثم ظهر أنها كانت زنت.

و لا يخفى أنه على القول بثبوت الخيار و الرجوع بالمهر بذلك لا يكفى الظهور عنده، بل لا بد من الثبوت شرعا، وإن كان قوله: (لو ظهر لمن تزوج) قد يوهم خلاف ذلك.

إذا عرفت ذلك فأصح الأقوال مختار المصنف، و تقريره معلوم من المسأله السابقه.

نعم لو شرط في العقد كونها عفيفه ثم ظهر خلافه ثبت له الفسخ و رجع على المدلس بالمهر، لروايه (٧) عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأه، فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد زنت، قال: «إن شاء زوجها أخذ

ص: ١٤٢

١-١) المقنع: ١٠٩.

٢-٢) المقنع: ٨٠.

٣-٣) منهم ابن الجنيد كما عنه في المختلف: ٥٥٣، و أبو الصلاح في الكافي: ٢٩٥، و القاضى في المهذب ٢: ٢٣١.

٤-٤) ذهب اليه الشيخ في النهايه: ٤٦٤، و ابن إدريس في السرائر: ٣٠٩.

٥-٥) المختلف: ٥٥٣.

٦-٦) الشرائع ٢: ٣٢٠.

٧-٧) في «ش» و «ض» و النسخه الحجرية: و روايه، و ما أثبتناه هو الصحيح الموافق للسياق.

و لو زوجها الولي بالمجنون أو الخصى صح، و لها الخيار عند البلوغ، و كذا لو زوج الطفل بذات عيب يوجب الفسخ. الصداق ممن زوجها و لها الصداق بما استحل من فرجها، و إن شاء تركها» (١)، و في معناها روايه الحلبي عنه عليه السلام (٢).

و لما لم تكن في الروايه دلاله على عدم اشتراط عفتها في العقد حملناها على اشتراطها، لأن سبق الزنا لم يثبت كونه من العيوب بل صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام: «إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل» (٣) و لفظه إنما تدل على الحصر.

قوله: (و لو زوجها الولي بالمجنون أو الخصى صح و لها الخيار عند البلوغ، و كذا لو زوج الطفل بذات عيب يوجب الفسخ).

لَمَّا لم يكن من شرط الكفاءة الخلو من العيب لا- في الزوج و لا- في الزوجه، لم يكن إنكاح الولي الصغير- من ذات عيب كالمجنونه و الرتقاء و الصغيره، و من ذى عيب كالمجنون و الخصى- باطلا، لا سيما إذا لم يعلم بالعيب، كما لو اشترى له شيئا فظهر معيبا، فان المبيع لا يقع باطلا و يثبت للطفل الخيار بعد بلوغه، لأن ذلك مقتضى العيب.

و هل للولي الفسخ؟ فيه احتمالان:

أحدهما: نعم، لأنه قائم مقام الطفل في التصرفات، كما يفسخ البيع إذا ظهر المبيع معيبا.

و الثانى: العدم، لأن الفسخ في النكاح منوط بالشهوه، و الشهوات مختلفه، فلا يتسلط الولي على ذلك.

ص: ١٤٣

١- (١) التهذيب ٧:٤٢٥ حديث ١٦٩٨.

٢- (٢) الكافي ٥:٤٠٨ حديث ١٥. [١]

٣- (٣) الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٢٩، التهذيب ٧:٤٢٦ حديث ١٧٠١، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٠.

و لو زوجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت، وكذا الطفل لو زوجه بالأمه إن لم يشترط خوف العنت.

### المطلب الخامس: في الأحكام

المطلب الخامس: في الأحكام، إذا زوج الأب أو الجد له أحد الصغيرين لزم العقد ولا خيار له بعد بلوغه، وكذا المجنون أو المجنونه لا خيار له بعد رشده لو زوجه أحدهما. و اعلم: أن الحكم فيما إذا زوج الولي و لم يعلم بالعيب واضح، أما إذا علم به ثم زوج فان فيه إشكالا، لأنه إن راعى الغبطه و المصلحه كان في ثبوت الفسخ للطفل بعد البلوغ إشكال، ينشأ: من أن تصرف الولي بالغبطه ماض عليه، و من أن النكاح يتعلق بالشهوه فلا يكون رضاه بالعيب ماضيا على العيب، و إن لم يراع الغبطه فالذى يقتضيه النظر عدم صحه العقد بل يكون فضوليا، و عباره الكتاب مطلقه.

قوله: (و لو زوجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت، وكذا الطفل لو زوجه بالأمه إن لم يشترط خوف العنت).

لا ريب أن الحريه عندنا ليست شرطا في الكفاهه و لاهى من العيوب الموجبه للفسخ، فإذا زوج الحره الصغيره بمملوك مع وجود الغبطه صح النكاح و لم يكن لها الخيار بعد البلوغ، وكذا لو زوج المجنونه البالغه بمملوك.

و لو زوج الصغير بمملوكه مع الغبطه بنى على أن نكاح الحر الأمه مشروط بعدم الطول للحره و خوف العنت و عدمه، فعلى القول بالاشتراط تمتنع صحته، لفقد الأمر الثانى فى الطفل، و على العدم يصح النكاح و لا خيار له بعد البلوغ، و سيأتى تحقيق ذلك كله إن شاء الله تعالى، و أن الأصح الاشتراط.

قوله: (المطلب الخامس: في الأحكام إذا زوج الأب أو الجد له أحد الصغيرين لزم العقد ولا خيار له بعد بلوغه، وكذا المجنون أو المجنونه لا خيار له بعد رشده لو زوجه أحدهما).

و ذلك لانه عقد صدر من أهله فى محله، لأنه المفروض، فان جميع تصرفات الأب

و كذا كل من له ولاية على النكاح، إلاّ الأمه فإن لها الخيار بعد العتق و إن زوجها الأب على اشكال. و الجد له ماضيه على الطفل و المجنون، ذكرًا كان أو أنثى، مع وقوعها على وجه الغبطه و المصلحه، و لا يتغير هذا الحكم لو بلغ الصبي و كمل أو أفاق المجنون، لانتفاء المقتضى.

قوله: (و كذا كل من له ولاية على النكاح، إلاّ الأمه فإن لها الخيار بعد العتق و إن زوجها الأب على إشكال).

أى: و كذا كل من له ولاية على النكاح إذا زوج المولى عليه حيث يجوز له تزويجه، فإن الحجر إذا زال عنه لم يكن له فسخ العقد، إلاّ الأمه، فإنها إذا زوجت ثم أعتقت كان لها فسخ النكاح على ما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى، سواء زوجها المولى، أم الأب أم الجد له الحرين بأذن المولى، و الحال أنها صغيره، على إشكال فى الأخيره، ينشأ:

من أنها صغيره زوجها الأب أو الجد له، و لا فسخ للصغير إذا أنكحه أحدهما إجماعاً.

و من عموم الدال على ثبوت الخيار للأمه فى النكاح إذا أعتقت (1) و هو يتناول صورته النزاع.

و يمكن بناء الاشكال على أن ولاية الأب مع الرق هل هى باقيه و حق المولى مانع من مقتضاها، أم هى زائله؟ و هذا التزويج بالنيايه عن المولى، فعلى الأول لا- خيار، لأن التزويج بمحض ولاية الأبوه و إذن المولى فائدته زوال المانع، و على الثانى يثبت، لأنه مستند إلى المولى.

و الأصح ثبوت الخيار فى تزويج الأب، تمسكا بالعموم الدال على ثبوته.

ص: ١٤٥

و لكل من الأب و الجد له تولي طرفي العقد، و كذا غيرهما على الأقوى، إلا- الوكيل فإنه لا يزوجهما من نفسه إلا إذا أذنت له فيصح على رأى.

و لو كبل الجد عن حافديه تولي طرفيه، و كذا و كبل الرشيدين. قوله: (و لكل من الأب و الجد له تولي طرفي العقد، و كذا غيرهما على الأقوى، إلا الوكيل، فإنه لا يزوجهما من نفسه إلا إذا أذنت له فيصح على رأى، و لو كبل الجد عن حافديه تولي طرفيه، و كذا لو كبل الرشيدين).

يتصور فى الجد أن يتولّى طرفي العقد بالولاية بالنسبة إلى بنت أحد ابنيه و ابن الابن الآخر.

و أما الأب فلا يتصور فيه ذلك، فمتى كان وليا لأحد الزوجين فلا بد أن يكون و كيلا عن الآخر أو عن وليه، فالعبارة تحتاج إلى تنقيح، إذا عرفت ذلك فاعلم: أن ولي الطرفين له أن يتولّى النكاح لهما جزما، فإنّ إثبات الولاية شرعا له عليهما يقتضى ذلك.

و أما الوكيل، فهل يعقد عنهما لو كان و كيلا لهما؟ فيه قولان، أقربهما (1) الجواز، لأن عموم النص (2) يتناول ذلك، و لا مانع إلا كون العاقد للطرفين واحد، و مانعته منتفيه بالأصل، و التغير الاعتبارى كاف، كما فى الجد و الوصى، و الحاكم كالوكيل، و هذا إذا لم يزوجهما الوكيل من نفسه.

فإن أراد تزويجها من نفسه لم يكن له ذلك بمجرد توكيلها إياه فى إنكاحها، ما لم ينص له على ذلك أو يستفيد ذلك بقريته قويه صالحه للدلاله، لأن المفهوم من إطلاق الاذن فى التزويج تزويجها من غيره، فان المتعارف و المتفاهم غالبا أن الوكيل

ص: ١٤٦

١- ١) فى «ش»: أقواهما.

٢- ٢) الكافى ٥: ٣٧٠ حديث ٢.

و لو زوج الولي بدون مهر المثل فالأقرب أن لها الاعتراض. غير الزوجين.

و أما مع الإذن فإنه يصح على أصح الوجهين (١)، و هو مختار ابن الجنيذ (٢)، و نقل عن بعض علمائنا المنع، لما رواه عمار السباطي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، هل يحل لها أن توكل رجلا يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكتك فاشهد على تزويجي؟ قال: «لا» قلت: جعلت فداك و إن كانت أيما؟ قال: «و إن كانت أيما» قلت: فان وكت غيره فتزوجها منه؟ قال:

«نعم» (٣).

و ضعف سندها بعمار قادح في جعلها متمسكا، على أنه لا دلالة فيها، فان مجرد الاشهاد غير كاف، و لعل هذا هو المراد بقوله عليه السلام: «لا».

و من هذا البيان علم أن لو كبل الجد ذى الحافدين - أعنى: ابن ابنه الأخر - أن يتولى طرفى العقد إذا و كله فى توليتهما، كما يتولاهما الجد، و كذا القول فى وكيل الرشيدى و وكيل الوليين.

قوله: (و لو زوج الولي بدون مهر المثل، فالأقرب أن لها الاعتراض).

أى: لو زوج الولي بنت بدون مهر مثلها حيث تكون المصلحة فى ذلك - كما لو لم يوجد من يلىق بحالها و يصلح لها سوى من لا يرضى بمهر مثلها و نحو ذلك - فهل لها الاعتراض بعد الكمال؟ فيه قولان:

أقربهما عند المصنف أن لها ذلك، لأن النكاح عقد معاوضه، و مقابله البضع بدون عوض مثله تخيير، و وجوب الرضا به ضرر.

ص: ١٤٧

١- ١) فى «ش»: القولين.

٢- ٢) المختلف: ٥٤١.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٧٨، حديث ١٥٢٩، الاستبصار ٣: ٢٣٣، حديث ٨٤١، و فيهما: فان وكت غيره بتزويجها منه.

وقال الشيخ في الخلاف (١) والمبسوط (٢) بلزومه، لأنه أولى من العفو، وهو جائز للذي بيده عقده النكاح، ولأن البضع ليس مالا حقيقه، وليس الغرض الأصلي من النكاح هو المهر، بل التحصين و النسل، وحكى الشيخ في المبسوط (٣) بطلان المسمى، لأن الأموال يراعى فيها قيمه المثل، فكذا في البضع.

و ضعفه ظاهر، فان الغرض وجود المصلحه المجوزه، و الفرق قائم كما بيناه.

فعلى الأول لها الاعتراض فى المسمى، فإذا فسخته ثبت لها مهر المثل بالدخول، و هل لها الاعتراض فى العقد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن المهر ليس ركنا فى النكاح، فلا مدخل له فى صحته و فساده.

و الثانى: لها ذلك، لأن العقد الذى جرى عليه التراضى هو المشتمل على المسمى، فمتى لم يكن ماضيا كان لها فسخه من أصله.

و يمكن أن يجعل الخيار فى العقد- إذا فسخت المسمى- مختصا بالزوج، لأنه إنما رضى بالعقد على الوجه المخصوص، و قد فات، فيثبت له الخيار، و أيضا فإن إلهامه بمهر المثل على وجه قهرى فيه ضرر.

و يحتمل ضعيفا بطلان العقد من رأس إذا فسخت المسمى، لفوات ما وقع عليه التراضى بالفسخ، و غيره غير واقع.

و فى عبارته شيخنا فى شرح الإرشاد إيماء إليه، فإنه قال: إذا زوج الولى الإجبارى كالأب و الجد المولى عليها بدون مهر مثلها فالوجه صحه العقد، إلى آخره.

و ضعفه ظاهر، فان المهر ليس ركنا فى العقد.

و لو زوجها بدون مهر المثل مع عدم المصلحه المقتضيه لنقص المهر، ففى صحه

ص: ١٤٨

١- ١) الخلاف ٣: ١١ مسألة ٣٧ من كتاب الطلاق.

٢- ٢) المبسوط ٤: ٢٩٧.

٣- ٣) المصدر السابق.



النكاح و بطلان المسمى أو بطلانهما وجهان، لأن دليلهما معلوم مما سبق، و مختاره فى الإرشاد صحة النكاح و وجوب مهر المثل، و يلوح منها أنه يجب بالعقد، لأنه قال: لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو مفوضه البضع فالأقرب الصحة مع المصلحة و إلا مهر المثل، و فيه نظر بين.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن فرض المسألة فى العبارة لا بد أن يكون مقيدا بالمصلحة، إذ بدونها يجب أن يكون لها الاعتراض جزما، لأنه عقد جرى على خلاف المصلحة فلا يكون ماضيا.

و يحتمل عدم اعتبار التقييد بها، لأن ظاهر كلام الشيخ و تعليقه جواز العقد من الولي بدون مهر المثل اختيارا لا لسبب باعث عليه، حيث علل بأن له العفو عن الصداق فله أن يعقد على بعضه (١)، فعلى هذا يختص الحكم بالولي الإجباري، إذ هو الذى يعفو. و على الأول لا يختص، فيعم الحكم الحاكم، لأن المناط فى تصرف الجميع المصلحة.

و عبارة المصنف فى التحرير تشعر بذلك، فإنه قال: و لا للولي أن يزوجه بدون مهر المثل، فان فعلا كان لها فسخ المسمى (٢).

و هل لها فسخ النكاح؟ فيه نظر، و المعتمد فى الفتوى أنه إذا زوجها كذلك مع المصلحة فلا اعتراض لها أصلا، و إلا كان لها فسخ المسمى و النكاح معا، لأنه عقد على خلاف المصلحة.

و هل لها فسخ الصداق وحده حيث يكون إنشاء النكاح من الولي جائزا؟ يحتمل ذلك، فان فسخته كان للزوج فسخ النكاح.

ص: ١٤٩

١-١) النهاية: ٤٦٨.

٢-٢) التحرير ٢: ٦. [١]

و يصح للمرأة أن تعقد على نفسها و غيرها إيجابا و قبولا. و لو زوج الفضولي وقف على الإجازة من المعقود عليه أن كان حرا رشيدا أو من وليه إن لم يكن، و لا يقع العقد باطلا في أصله على رأى. قوله: (و يصح للمرأة أن تعقد على نفسها و غيرها إيجابا و قبولا).

فان عبارتها في النكاح معتبره عندنا كما سبق، و هذا تكرر محض.

قوله: (و لو زوج الفضولي وقف على الإجازة من المعقود عليه إن كان حرا رشيدا أو من وليه إن لم يكن، و لا يقع العقد باطلا من أصله على رأى).

اختلف الأصحاب في عقد النكاح الصادر من الفضولي، و هو: الذي ليس له ولاية و لا وكالة:

فالأكثر على أنه يقع موقوفا على الإجازة من المتناكحين أو من يقوم مقامهما، اختاره المفيد (١) و المرتضى (٢) و الشيخ في النهاية (٣) و عامه الأصحاب، و هو مختار المصنف.

و ذهب الشيخ في المبسوط (٤) و الخلاف (٥) إلى بطلانه من رأس.

و ذهب ابن حمزه إلى أن النكاح لا يقف على الإجازة إلا في تسعة مواضع، و هي:

عقد البكر الرشيدة مع حضور الولي على نفسها، و عقد الأب على ابنه الصغير، و عقد الام عليه، و عقد الجد مع عدم الأب، و عقد الأخ، و الام، و العم على صبيه، و تزويج الرجل عبده بغير إذنه، و تزويج العبد إذن سيده، فإن أجاز الولي و المعقود له أو عليه أو سيده صح، و إلا انفسخ (٦).

ص: ١٥٠

١- ١) المقنعه: ٧٨.

٢- ٢) الانتصار: ١٢٢، الناصريات: ٢٤٧.

٣- ٣) النهاية: ٤٦٥.

٤- ٤) المبسوط ٤: ١٦٣. [١]

٥- ٥) الخلاف ٣: ٢٠٦ مسألة ١١ من كتاب النكاح.

٦- ٦) الوسيله: ٣٥٣. [٢]

و الأصح الأول، لما رواه ابن عباس: أن جاريه بكرا أتت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَ هِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ (١)، وَ فِي خَبَرٍ آخَرَ: أَنَّ رَجُلًا زَوَّجَ ابْنَتَهُ وَ هِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، فَقَالَتْ:

اخترت ما صنع أبي، و إنما أردت أن اعلم النساء أن ليس للآباء من أمر أبنائهم شيء (٢).

و ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السَّلام، أنه سأله عن رجل زوجته امه و هو غائب؟ قال: «النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه» (٣).

و في الصحيح عن أبي عبيدة الحذاء قال: سألت أبا جعفر عليه السَّلام عن غلام و جاريه زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين؟ فقال: «النكاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار، و إن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا» (٤).

و حمل في المختلف الولي هنا على غير الأب و الجد له، كالأخ و العم و الخال (٥)، و لو حمل على الحاكم و وصى المال كان أوفق.

و عن زراره عن الباقر عليه السَّلام قال: سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاه؟ قال: «ذلك لمولاه إنشاء فزق بينهما، و إن شاء

ص: ١٥١

١- ١) سنن أبي داود ٢: ٢٣٢ حديث ٢٠٩٦. [١] سنن الكبرى ٧: ١١٧. [٢]

٢- ٢) سنن البيهقي ٧: ١١٨.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٠١ حديث ٢، [٣] التهذيب ٧: ٣٧٦ حديث ١٥٢٣.

٤- ٤) الكافي ٧: ١٣١-١٣٢ حديث ١، [٤] التهذيب ٧: ٣٨٨ حديث ١٥٥٥.

٥- ٥) المختلف: ٥٣٦.

أجاز نكاحهما» (١) و في الحسن عن زراره عن الباقر عليه السلام مثله (٢).

و عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام: أنه أتاه رجل بعبدته فقال: إن عبدى تزوج بغير إذنى، فقال علي عليه السلام لسيدة: «فرق بينهما» فقال السيد لعبدته: يا عدو الله طلق، فقال علي عليه السلام: «كيف قلت له؟» قال: قلت له طلق، فقال علي عليه السلام للعبد: «الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك» فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي ثم جعلته بيد غيري، فقال: «ذلك لأنك حيث قلت له: طلق، أقررت له بالنكاح» (٣).

و الحجة في الحكم بالنكاح بعد قوله فرق بينهما، و يمكن أن يقال: لا حجة فيه لاستلزام الأمر بالطلاق حصول النكاح، و هو أعم من كونه فضولياً.

احتج القائل بالبطالان: بأن العقد سبب الإباحة، فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو وليه.

و هو عين المتنازع.

و بأن رضى المعقود عنه أو وليه شرط، و الشرط مقدم.

و الأولى ممنوعه.

و بما روت عائشه أن النبي صلى الله عليه و آله قال: «أيما امرأه نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» (٤) و هذه نكحت بغير إذن وليها، و بما روى جابر عن النبي صلى الله عليه و آله أنه قال: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فنكاحه باطل» (٥).

ص: ١٥٢

١- (١) الكافي ٥: ٤٧٨ حديث ٢، [١] الفقيه ٣: ٢٨٣ حديث ١٣٤٩، التهذيب ٧: ٣٥١ حديث ١٤٣١.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٧٨ حديث ٣، [٢] الفقيه ٣: ٣٥٠ حديث ١٦٧٥، التهذيب ٧: ٣٥١ حديث ١٤٣٢.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٣٥٢ حديث ١٤٣٣.

٤- (٤) سنن أبي داود ٢: ٢٢٩ حديث ٢٠٨٣، [٣] سنن الترمذى ٣: ٤٠٧ حديث ١١٠٢، [٤] مسند احمد ٦: ٦٦. [٥]

٥- (٥) سنن أبي داود ٢: ٢٢٨ حديث ٢٠٧٨. [٦]

و يكفى فى البكر السكوت عند عرضه عليها، و لا بد فى الثيب من النطق. و لو زوج الأب أو الجد له الصغيرين فمات أحدهما ورثه الآخر.

و لو عقد الفضولى فمات أحدهما قبل البلوغ بطل العقد، و لا مهر و لا ميراث.

و لو بلغ أحدهما فأجاز لزم فى طرفه، فإن مات الآخر فكالأول.

و إن مات المجيز عزل للآخر نصيبه، فإن فسخ بعد البلوغ فلا مهر و لا ميراث، فإن أجاز أحلف على عدم سببه الرغبة فى الميراث للإجازه و ورث. و الروايتان ضعيفتان، فإنهما ليستا من طرقنا.

و بأن العقود الشرعيه تحتاج إلى أدله شرعيه، و لا دليل على أن هذه واقفه على الإجازه.

و ضعفه ظاهر، فإن الدلائل قد بينها.

قوله: (و يكفى فى البكر السكوت عند عرضه عليها، و لا بد فى الثيب من النطق).

كما يكفى فى اذن البكر فى إيقاع عقد النكاح سكوتها، كذا يكفى فى إجازتها العقد الفضولى السكوت، لأن المقتضى للاكتفاء به هو الحياء، و هو قائم فى الموضوعين، أما الثيب فلا بد من تصريحها بالاذن.

قوله: (و لو زوج الأب أو الجد له الصغيرين فمات أحدهما ورثه الآخر، و لو عقد الفضولى فمات أحدهما قبل البلوغ بطل العقد و لا- مهر و لا ميراث، و لو بلغ أحدهما فأجاز لزم فى طرفه، فإن مات الآخر فكالأول، و إن مات المجيز عزل للآخر نصيبه، فإن فسخ بعد البلوغ فلا مهر و لا ميراث، و إن أجاز أحلف على عدم سببه الرغبة فى الميراث للإجازه و ورث).

إذا زوج الأب

ص: ١٥٣

أو الجد له الصغيرين لزم العقد كما سبق، و لم يكن لأحدهما خيار بعد البلوغ، فلو مات أحدهما ورثه الآخر، لصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبيه يتوارثان؟ قال: «إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم» قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: «لا» (١) وقد تقدم حكاية خلاف الشيخ و ابن البراج و ابن حمزه و ابن إدريس (٢).

و لو كان العاقد لهما فضوليا فلا- إرث، إلا إذا مات المجيز بعد بلوغه ثم أجاز الآخر بعد بلوغه فإنه يرث إذا حلف أنه لم يجز رغبه في الإرث، فلو ماتا أو أحدهما قبل الإجازة فلا إرث قطعا، لبطلان العقد بتعذر الإجازة.

و يدل على هذه الأحكام صحيحه أبي عبيده الحذاء عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن غلام و جاريه زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين؟ فقال: «النكاح جائز و أيهما أدرك كان له الخيار، فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا» قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «يجوز ذلك عليه إن هو رضى» قلت فان كان الرجل الذى قد أدرك قبل الجاربه و رضى بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجاربه أ ترثه؟ قال: «نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضى بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر» قلت:

فان ماتت الجاربه و لم تكن أدركت أ يرثها الرجل المدرك؟ قال: «لا، لأن لها الخيار إذا أدركت» قلت: فان كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك؟ قال: «يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام و المهر على الأب للجاريه» (٣).

و هذه الروايه و إن تضمنت صدور العقد من وليين، إلا أنها لا دلالة لها على

ص: ١٥٤

١- ١) التهذيب ٧: ٣٨٢ حديث ١٥٤٣، الاستبصار ٣: ٢٣٦ حديث ٨٥٤.

٢- ٢) انظر النهايه: ٤٦٦، المهذب ٢: ١٩٧، الوسيله: ٣٠٠، [١] السرائر: ٢٩٧.

٣- ٣) الكافي ٧: ١٣١-١٣٢ حديث ١، [٢] التهذيب ٧: ٣٨٨ حديث ١٥٥٥.

فإن مات بعد الإجازة وقبل اليمين فأشكال، كونهما وليين في النكاح، وقد تضمنت ذكر الأب و أن تزويجه ماض على الصغيرين، و في ذلك دلالة على أن المراد بالولى غيره و غير الجد، لدلاله عدّه روايات اخرى على أنه كالأب (١).

ولا- ريب أن من لا- ولا-يه له في النكاح فضولى فيه، فلا- يفرق بينه و بين من لا- ولا-يه له أصلا، لأنه لا فارق من العلماء، و هذه الروايه من أقوى الدلائل على عدم بطلان عقد الفضولى في النكاح من رأس.

و الظاهر أن المجنونين كالصغيرين في ذلك.

و قد يقال عليها (٢): إنها تضمنت ثبوت نصف المهر للجاريه، و الموت يقتضى تقرر الجميع.

و جوابه: الحمل على أنه قد سبق دفع نصف المهر كما هو المعتاد من تقديم شيء قبل الدخول و أن الباقي هو النصف خاصه.

و اعلم أن قول المصنف: (و لو بلغ أحدهما فأجاز لزم في طرفه) ينبغى أن يكون مبنيا على أن القبول كاشف، إذ لو كان جزء السبب لكان إما رضى بالإيجاب أو بالقبول، و الإيجاب لو صدر لم يكن لازما بحيث يمتنع الرجوع عنه، فكيف الرضى به.

و اعلم أيضا أن الجار في قوله: (في الميراث) متعلق ب(الرغبة) و الجار في قوله:

(للإجازة) متعلق ب(سببيه).

قوله: (فان مات بعد الإجازة و قبل اليمين فأشكال).

أى: فان مات البالغ المجيز آخرا بعد موت الأول بعد الإجازة و قبل اليمين،

ص: ١٥٥

---

١- ١) اى: على أن الجد كالأب، بل في كثير منها انه اولى منه، انظر: الكافي ٥: ٣٩٥ باب الرجل يريد أن يزوج ابنته و يريد أبوه أن يزوجها رجلا آخر، التهذيب ٧: ٣٩٠ حديث ١٥٦١- الى- ١٥٦٤، الوسائل ١٤: ٢١٧ باب ١١.

٢- ٢) اى: الروايه.

و لو جن عزل نصيبه، و لو نكل ففي المهر وارثه منه إشكال. ففي ثبوت الإرث و عدمه إشكال، ينشأ: من أن استحقاق الإرث دائر مع العقد الكامل، و قد كمل بالإجازة من الطرفين، فوجب أن يثبت الإرث. و من أن النص اعتبر في ثبوت الإرث الإجازة و اليمين، و قد تعذرت، فلا يثبت، و هذا أصح، لأن الإرث على خلاف الأصل، فيقتصر في ثبوته على موضع النص.

و لا- نمنع أن العقد يكمل هنا بالإجازة، و لم لا يكون كماله بالإجازة الداله على الرغبة في النكاح حيث أن التهمة قائمه؟! لأن الإجازة هنا محض فائده لا- تعب فيها، فكل أحد يميل إلى الفائده و يتوصل إليها بالإجازة- و إن كان بحيث لو لا الإرث لم يرغب في النكاح- فما دام لم يحلف على ذلك لا يتحقق حصول الإجازة المعتبره الصادره عن الرغبة في النكاح.

قوله: (و لو جنّ عزل نصيبه، و لو نكل ففي المهر و إرثه منه إشكال).

إذا جن المجيز الثاني بعد موت المجيز الأول قبل اليمين لم يحكم ببطلان الإرث، بل يعزل نصيبه و ينتظر زمان إفاقة، لعدم اليأس منها، فإن أفاق و حلف ورث، و إن استمر إلى الموت ففيه الاشكال المتقدم.

و لو نكل عن اليمين فلا- إرث له من غير المهر قطعاً، لتوقف الإرث على اليمين، لكن هل يلزمه المهر لو كان هو الزوج أم لا؟ فيه إشكال، و بتقدير لزومه هل ترث منه أم لا؟ فيه إشكال أيضاً.

فإما الإشكال الأول فمنشؤه: من أن النكاح إنما يحكم بصحته و لزومه إذا حصلت الإجازة مع اليمين، و قد انتفت اليمين بالنكول، فينتفى الحكم بصحة النكاح، و ثبوت المهر دائر معها.

و من أن إجازته للنكاح تتضمن الإقرار بثبوت المهر في ذمته تبعاً لصحة النكاح، و إقرار العقلاء على أنفسهم ماض، و العمل بالأصلين المتنافين في نظائر ذلك ثابت، كما لو اختلف الزوجان في إيقاع النكاح في الإحرام أو الإحلال، و كذا اختلاف



الرجل و المرأة فى حصول النكاح، فان مدعى النكاح الصحيح نؤاخذ به بما تضمنته دعواه من الإقرار، فمنع الرجل من الخامسة و أخت المرأة و أمها و بنتها، و بمنعها لو كانت هى المدعىه من التزوج بآخر و نحو ذلك.

و منشأ الاشكال الثانى: من أن الإرث دائر مع صحه النكاح كما أن لزوم المهر دائر معها، فمتى لزم المهر و جب أن ترث منه.

و من أن ثبوت الإرث متوقف على اليمين لما سبق، فينتفى بدونها.

و لقائل أن يقول: إن كان مراده بالإشكال فى إرثه من المهر على تقدير لزومه له: أنه على أحد الوجهين يجب تسليم جميعه، فليس بجيد، لأن حاصل إقراره يقتضى أن الذى فى ذمته من المهر هو ما زاد على قدر نصيبه من الإرث لو كان وارثا بالزوجيه، و لم يقع منه إقرار بزياده على ذلك.

فان قيل: إقراره بالنكاح بكذا يقتضى ثبوت جميع المهر فى ذمته، و استحقاؤه البعض بالإرث موقوف على ثبوت النكاح شرعا، و ليس بثابت.

قلنا: الأمران معا من لوازم النكاح، فإقراره به يقتضى إقراره بما زاد على نصيبه دون ما عداه، إذ لا يقتضى النكاح سوى ذلك، و هذا بخلاف ما لو أقر شخص بأن فى ذمته مائه مثلا ثم زعم أنها مهر نكاح، فإن إرثه منها فى هذه الصورة يتوقف على ثبوت النكاح.

و إن كان مراده به: أن مقدار ما يسقط عنه من المهر - و هو: قدر نصيبه - هل هو لاستحقاقه إياه بالإرث أم لا؟ فمع أنه ليس فى ذلك كثير فائده الإشكال ضعيف جدا، لأن المهر و الإرث كلاهما بحسب الواقع فرع النكاح الصحيح، أما ظاهرا فليس ذلك لأن المهر إنما و جب بإقراره و إن أسند اللزوم إلى سبب لم يعلم ثبوته، و هذا القدر لا يكفى لثبوت الإرث ظاهرا.

و الأصح أنه إنما يجب عليه من المهر ما زاد على قدر استحقاقه لو كان وارثا،

و فى انسحاب الحكم فى البالغين إذا زوجهما الفضولى اشكال، أقربه البطلان. و لو زوج أحدهما الولى أو كان بالغاً رشيداً، و زوج الآخر الفضولى، فمات الأول عزل للثانى نصيبه و احلف بعد بلوغه.

و لو مات الثانى قبل بلوغه أو قبل أجازته بطل العقد. و ذلك القدر ساقط عنه، لعدم إقراره به لا لارثه.

قوله: (و فى انسحاب الحكم فى البالغين إذا زوجهما الفضولى، إشكال، أقربه البطلان).

ينشأ: من أن العقد فى الصغيرين إنما كان فضولياً، و لا يتفاوت الحال بالصغر و الكبر، فيكون الحكم فى البالغين كذلك.

و من أن هذا الحكم ثبت على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورد النص، و يحكم ببطلان العقد إذا مات أحد المعقود عليهما بعد أجازته و قبل اجازته الآخر.

فان قيل: هذا إنما يستقيم على القول بأن الإجازة فى الفضولى جزء السبب، أما على القول بأنها كاشفه فلا، لأن الإجازة تكشف عن سبق النكاح على الموت، فكيف لا يثبت الإرث؟! قلنا: قد عرفت أن الإجازة وحدها لا تكفى فى ثبوت الإرث، إذ لا يتحقق النكاح بمجردهما، بل لا بد من اليمين، و ثبوت الإرث باليمين مخالف للأصل، فلا يتعدى مورده، و هذا هو وجه القرب لمقرب المصنف، و هو المفتى به.

قوله: (و لو زوج أحدهما الولى أو كان بالغاً رشيداً و زوج الآخر الفضولى فمات الأول عزل للثانى نصيبه و احلف بعد بلوغه، و لو مات الثانى قبل بلوغه أو قبل أجازته بطل العقد).

المراد: أنه إذا كان التزويج من أحد الطرفين لازماً- إما لكون المعقود له

و لو تولى الفضولى أحد طرفى العقد ثبت فى حق المباشر تحريم المصاهره، فإن كان زوجا حرم عليه الخامسه و الأخت و البنت و الام، إلا إذا فسخت على اشكال فى الأم. النكاح قد عقد له من له ولايه النكاح كالصغير إذا زوجه أبوه أو جده لأبيه و البالغ إذا كان فاسد العقل، أو لأنه قد باشر عقد النكاح بنفسه و هو ممن يصح منه كالبالغ الرشيد أو السفیه إذا أذن له الولی - و من الطرف الآخر فضوليا مع كون المعقود عليه صغيرا.

فإنه إذا مات الأول و جب أن يعزل نصيب الثانى من إرثه، فإذا بلغ و أجاز أحلف على ما سبق و ورث، و الدليل على ذلك: أن النص (1) ورد على الصغيرين إذا كان العقد فضوليا بالإضافة إليهما، فإذا كان أحدهما صغيرا و العقد من طرفه فضوليا و من الطرف الآخر لازما - سواء كان صغيرا أم لا - و جب أن يثبت الحكم بطريق أولى.

أما لو مات الثانى قبل بلوغه أو بعده قبل الإجازة، فإن العقد باطل، و لا إرث لانتفاء المقتضى و هو الإجازة.

قوله: (و لو تولى الفضولى أحد طرفى العقد ثبت فى حق المباشر تحريم المصاهره، فإن كان زوجا حرم عليه الخامسه و الأخت و الام و البنت، إلا إذا فسخت على إشكال فى الأم).

لو تولى العقد عن الرجل أو المرأة فضولى و باشر الآخر منهما العقد بنفسه، فقد علم من ما مضى أن العقد لازم بالنسبه إلى المباشر، و حينئذ فيثبت تحريم المصاهره بالنسبه إليه، لأن ذلك دائر مع النكاح الصحيح، و قد علمت أن النكاح صحيح بالنسبه إليه حيث أنه لازم من طرفه.

فالمباشر إما زوج أو زوجه، فإن كان زوجا حرم عليه نكاح الخامسه لو كانت

ص: ١٥٩

المعقود عليها فضولا رابعه و حرم عليه أخت المعقود عليها و أمها و بنتها، لأن ذلك أثر النكاح الصحيح، إلا إذا فسخت المعقود عليها، فإن التحريم ينتفى حينئذ لانتهاء مقتضيه.

و ذلك واضح فى الأخت، فإنها لا تحرم إلا جمعا لا عينا و قد انفسخ النكاح، و كذا البنت، فإنها لا تحرم عينا إلا مع الدخول بأمرها.

أما الأم، فإن فى بقاء تحريمها بعد الفسخ و زواله إشكال، ينشأ: من أن تحريم الام يثبت بالعقد الصحيح اللازم، و قد تبين أن العقد صحيح لازم من طرف المباشر، فيتعلق به تحريم الام. و من أن الفسخ رفع النكاح من أصله، فارتفعت أحكامه.

و أيضا فإن النكاح لا يعقل ثبوته بمجرد القبول المعتبر من دون الإيجاب الشرعى، و إيجاب الفضولى لا أثر له من دون الرضى، و إذا لم يثبت النكاح لم يثبت التحريم.

و التحقيق: أن المباشرة من أحد الطرفين لا تقتضى ثبوت النكاح من ذلك الطرف الآخر لأن النكاح أمر واحد نسبى لا يعقل ثبوته إلا من الجانبين.

و إنما قلنا إنه يلزم فى حق المباشر، بناء على أن الإجازة كاشفه عن ثبوت العقد و لزومه من حين وقوعه، كما أن عدمها كاشف عن عدم ذلك.

فلو فسخ المباشرة ثم أجاز الآخر تبينا أن فسحه وقع بعد ثبوت العقد و لزومه فلم يؤثر شيئا، و الحكم بثبوت حرمة المصاهرة إنما كان لأن العقد الواقع نقل عن حكم الحل الذى كان قبله، و إن كانت سببته و عدم سببته الآن غير معلومه، فلم يبق حكم الأصل كما كان.

و مثله ما لو اشتبهت الزوجه المعقود عليها عقدا صحيحا لازما بغيرها، فإن تحريم المصاهرة ثابت بالنسبه إليهما معا، و كذا القول فيما لو اشتبه الطاهر بالنجس و الحلال بالحرام.

و فى الطلاق نظر، لترتبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهره. و بهذا البيان يظهر أنه مع الفسخ يتبين أنه لا عقد أصلاً، فلا تحريم أصلاً، وهذا هو الأصح.

قوله: (و فى الطلاق نظر، لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهره).

أى: و فى الطلاق بالنسبه إلى إفادته إباحه نكاح الأخت و البنت فى الصوره المذكوره نظر، ينشأ:

من وجوب ترتب الطلاق المعتبر على عقد نكاح صحيح لازم، و هو منتف هنا، فلا يكون الطلاق الواقع فى الصوره المذكوره معتبراً فى نظر الشارع، فلا- يفيد إباحه المصاهره فى المذكورات، فيبقى التحريم كما كان إلى أن يحصل الفسخ من الزوجه أو الإجازة، ثم الطلاق منه بعدها.

و من أنه طلاق صدر من أهله فى محله، و ذلك لأن الموقع له كامل و الزوجيه قد ثبتت من طرفه، فان ذلك هو المفروض، فوجب أن يترتب عليه مقتضاه، و ذلك إباحه نكاح الأخت و البنت.

و فيه نظر، لأننا قد بينا أن لا نكاح من طرفه، فكيف يقع الطلاق منه.

و لأن الحال لا يخلو من أن تجيز المرأه أو تفسخ، فان فسخت تبين بطلان النكاح و عدم تحريم البنت و الأخت، و إن أجازت تبين صحة النكاح و لزومه، فيكون الطلاق الواقع صحيحاً، فيبيح نكاح البنت و الأخت، فعلى كل من التقديرين يحلان.

و فيه نظر، لأن إيقاع الطلاق من الجاهل بحصول شرائطه ينبغى أن لا يقع صحيحاً، فكيف مع الجهل بالزوجيه، فلو و كل فى النكاح ثم طلق قبل أن يعلم أن الوكيل قد عقد، فالذى يقتضيه النظر عدم الصحة.

و يمكن أن يكون معنى العبارة: و فى الطلاق بالنسبه إلى إفادته إباحه الأم و عدمها نظر، ينشأ: من أن الطلاق لوجوب ترتبه على عقد لازم متى وقع صحيحاً لم يفد حل ما حرم بالمصاهره، و فى الصوره المذكوره يقع صحيحاً، للزوم النكاح من طرف

و إن كان زوجه لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، و الطلاق هنا معتبر. و لو أذن المولى لعبده فى التزويج صح، فإن عين المهر و إلا انصرف إلى مهر المثل، فإن زاد على التقديرين فالزائد فى ذمته يتبع به بعد الزوج، فلا تحل له الام. و من أن العقد لم يتم إلى الآن، فإذا فسخ الزوج انتفى النكاح و لم يكن للطلاق أثر، فتحل الام.

و الحق أن المراد بالعباره هو المعنى الأول دون الثانى، و التقدير: حرمت المذكورات إلا إذا فسخت المرأة فتحل، و فى حلها له بالطلاق نظر، ينشأ مما قدمناه.

و الأصح أن الطلاق لا- يعتبر إذا فسخت المرأة، أما إذا أجازت فى اعتباره نظر، من حيث أنه لم يكن مجزوماً به حال إيقاعه، و المختار حل الجميع بفسخها لا بالطلاق.

قوله: (و إن كان زوجه لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ، و الطلاق هنا معتبر).

أما الحكم الأول فمعلوم مما سبق، فإن الإجازة لما كانت كاشفه ربما كان النكاح حينئذ واقعا، و قد وقع العقد فلا يحل لها نكاح غيره.

و أما الحكم الثانى فلأن تحقق كماله العقد إنما يكون بإجازة الزوج، و الإجازة أمر ممكن بالنسبة إليه، فإذا صدر منه طلاق تعين حمله على كونه طلاقاً شرعياً، و لا يكون شرعياً إلا إذا كان العقد كاملاً، و كماله إنما تكون من قبله، فوجب الحكم بها.

و مثله ما لو دخل، و كل ما جرى هذا المجرى، و تقييده بقوله هنا يشعر بأن النظر السابق فى كون الطلاق معتبراً و عدمه، و هو المعنى الأول.

قوله: (و لو أذن المولى لعبده فى التزويج صح، فإن عين المهر و إلا انصرف إلى مهر المثل، فإن زاد على التقديرين فالزائد فى ذمته يتبع به بعد

الحرية و الباقي على مولاه، وقيل: في كسبه، وكذا النفقة الحرة و الباقي على مولاه، وقيل: في كسبه، وكذا النفقة).

قد قررنا فيما سبق أن العبد لا يسوغ له التزويج بغير إذن مولاه، فإذا أذن له زال المنع.

و ظاهر إطلاق العبارة أنه يكفي مجرد الإذن في النكاح من دون أن يقيد بامرأه بعينها أو واحده من القبيلة أو البلده، وبذلك صرح في التذكرة، قال: وإذا أطلق الإذن تناول أذنه الحره و الأمه، و في تلك البلده و غيرها، إلا أنه ليس له الخروج إلى غير بلد مولاه إلا بأذنه (1)، و وجهه: أن إطلاق الإذن يتناول ذلك كله.

و يشكل الاكتفاء بإطلاق الإذن في تسلطه على نكاح من يريدها، فإن المهر يتفاوت بالقله و الكثره تفاوتاً فاحشاً، و إيجاب ما يختاره العبد على السيد بالأذن المطلق و ان كثر محل تأمل.

و على الاكتفاء بالإطلاق فإنما ينكح بمهر المثل قطعاً، كما لو أذن له في بيع سلعه أو شرائها، فإنما يحمل على ثمن المثل، فإن زاد عن المعين مع تعيين المهر أو عن مهر المثل مع الإطلاق - و هما: التقديران اللذان أرادهما المصنف بقوله: (على التقديرين) - فالنكاح صحيح، وكذا المسمى، لكن الزائد يثبت في ذمته يتبع به بعد العتق.

و وجهه: أن أصل النكاح مأذون فيه، و الأذن يستلزم وجوب مهر المثل على المولى، فيبقى الباقي على العبد، و لا كذلك لو أذن له في شراء سلعه فاشتراها بزياده عن ثمن المثل، فإن البيع هنا يقف على الإجازة.

و لقائل أن يقول: إن كان العبد أهلاً لأن يثبت شيء من المهر في ذمته فليثبت جميعه، مع أن هنا اشكالا آخر، و هو: أن الزوجه إنما رضيت بمهر مستحق يمكن المطالبه به، فلا يلزمها النكاح، و بعض المسمى إنما تستحقه إذا عين العبد، و قد كان

ص: ١٦٣

١ - ١) تذكرة الفقهاء ٥٨٨: ٢. [١]

المناسب للقواعد أن نقول بوقوف النكاح أو الصداق على إجازة المولى، فإن فسخ الصداق يثبت مهر المثل بالدخول. و تتخير المرأة أما لو عين له امرأة فتزوج غيرها فإنه يقف على الإجازة.

و المراد بقوله: (و الباقي على مولاه) هو ما عدا الزائد على المعين مع التعيين أو على مهر المثل مع الإطلاق، وهذا القول مختار المصنف و ابن إدريس (١)، و هو الأصح، لأن الاذن في النكاح يستلزم الاذن في توابعه، كما لو اذن له في الإحرام بالحج، فإنه يكون إذنا في توابعه، فإن النكاح يمتنع إخلاؤه عن المهر، و العبد لا يملك شيئا، فلا يجب عليه شيء، لامتناع أن يجب عليه ما لا يقدر عليه، لامتناع التكليف بما لا يطاق، فيكون وجوبه على المولى، و لا يتعين له شيء من أمواله كسائر ديونه، و كذا القول في النفقة.

و قال الشيخ في المبسوط (٢): إنه يجب في كسبه، على معنى أنه يجب الاكتساب للمهر و النفقة، قال: فان لم يكن مكتسبا قال قوم يتعلق برقبته لأن الوطء بمنزله الجنايه، و منهم من قال يتعلق بذمته لأنه حق لزمه باختيار من له الحق فكان في ذمته كالقرض، و الأول أليق بمذهبنا.

فمن قال يتعلق برقبته على ما اخترناه قال إن أمكن أن يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل، و إن لم يمكن بيع كله - كما قيل في الجنايه - و وقف ثمنه فينفق عليها منه، و قد انتقل ملك سيده عنه إلى سيد آخر.

و لا يخفى أن الإنفاق عليها من مال السيد بعد انتقال العبد إلى غيره مع أجازته النكاح باطل، نعم ذلك في النفقة الماضيه، لأنها على السيد الأول.

ص: ١٦٤

١ - ١) السرائر: ٣١٦.

٢ - ٢) المبسوط ١٦٧: ٤. [١]



و لو زوجها الوكيلان أو الأخوان مع الوكالة صح عقد السابق، وإن دخلت بالثاني فرق بينهما و لزمه المهر مع الجهل، و لحق به الولد، و اعتدت و ردت بعدها إلى الأول، و لو اتفقا بطلا و لا مهر و لا ميراث، و قيل: يحكم بعقد أكبر الأخوين.

و لو كانا فضولين استحب لها اجازة عقد الأكبر، و لها أن تجيز عقد الآخر، و لو دخلت بأحدهما قبل الإجازة ثبت عقده.

و قال ابن حمزه: إن كان العبد مكتسبا فالنفقة في كسبه، و إلا فعلى السيد (١).

و الأصح الأول، لما قدمناه.

قوله: (و لو زوجها الوكيلان أو الأخوان مع الوكالة صح عقد السابق، و إن دخلت بالثاني فرق بينهما و لزم المهر مع الجهل و لحق به الولد و اعتدت و ردت بعدها إلى الأول، و لو اتفقا بطلا و لا مهر و لا ميراث، و قيل:

يحكم بعقد أكبر الأخوين، و لو كانا فضولين استحب لها اجازة عقد الأكبر، و لها أن تختار عقد الآخر).

لو زوج المرأة و كيلان لها في النكاح أو أخوها مع الوكالة لهما أيضا - و إنما أفردهما بالذكر مع اندراجهما في مطلق الوكيلين لغرض حكاية الخلاف الواقع في تزويج الأخوين - فإن سبق أحد العقدين صح لا محاله و بطل اللاحق، فإن دخلت بالثاني و هو ذو العقد اللاحق فرق بينهما إذ ليست بزوجه له.

ثم إن كانت المرأة جاهله بالحال أو بالتحريم ثبت لها بوطء الشبهه مهر المثل و لحق الولد بالواطئ مع جهله بالحال أو بالتحريم، و لو علمت هي كانت زانية فلا مهر لها، و لو علم هو فهو زان فلا ولد له، و متى تحقق جهلها أو جهله اعتدت، لأن الوطاء شبهه على التقديرين، فتعتد عده الطلاق ثم ترد بعدها إلى الأول.

ص: ١٦٥

و لو زوجته الأم فرضى صح، و إن رد بطل، و قيل: يلزمها المهر، و يحمل على ادعاء الوكالة. و لو اتفق العقدان بالقبول بطلا، لامتناع الحكم بصحتها لتنافيهما، و لصحة أحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح، فتعين بطلانهما.

و قال فى الشيخ فى النهاية: يحكم بعقد أكبر الأخوين إذا كان العاقد الأخوين (١)، و تبعه ابن البراج (٢) و ابن حمزه (٣) تعويلا على روايه وليد بيتاع الأسفاط، قال: سئل الصادق عليه السلام و أنا عنده عن جاريه كان لها أخوان زوّجها الأكبر بالكوفه و زوّجها الأصغر بأرض أخرى؟ قال: «الأول أحق بها إلا أن يكون الآخر قد دخل بها، فان دخل بها فهى امرأته و نكاحها جائز» (٤). و حملها الشيخ على وقوع العقدین معا، مع كون الأخوين و كيلين.

و تنزيلها على أنهما فضوليان، و أن المراد بكون الأول أحق بها أحقيته أفضلية و استحباب-بمعنى: أنه يستحب لها إجازة عقده- الصق بأصول المذهب.

و متى حصل الدخول بأحدهما تعين نكاحه، فان الدخول يجب صيانتة عن التحريم ما أمكن، فيكون محسوبا إجازة، و منه يظهر وجه قوله: (و لو دخلت بأحدهما قبل الإجازة ثبت عقده).

و باقى أقسام المسألة- و هو: اشتباه السابق أو السابق-سيأتى عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (و لو زوجته الأم فرضى صح و إن رد بطل، و قيل: يلزمها المهر و يحمل على ادعاء الوكالة).

للأصحاب فى هذه المسألة قولان

ص: ١٦٦

١- (١) النهاية: ٤٦٦.

٢- (٢) المهذب ١٩٥: ٢.

٣- (٣) الوسيله: ٣٥٤.

٤- (٤) الكافي ٣٩٦: ٥، حديث ٢، [١] التهذيب ٣٨٧: ٧، حديث ١٥٥٣، الاستبصار ٢٣٩: ٣، حديث ٨٥٨.

و لو قال بعد العقد: زوجك الفضولى من غير اذن، و ادعته، حكم أحدهما: -قول المصنف، و هو اختيار أكثر المتأخرين (١)- أن الأم إذا زوّجت ابنتها فضوليا فلم يرض بالعقد يبطل من رأس، و هو الأصح، فإن ذلك حكم العقد الفضولى.

و القائل بلزوم المهر هو الشيخ (٢) و ابن البراج (٣)، لما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أنه سأله عن رجل زوجته امه و هو غائب؟ قال: «النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه» (٤).

و حملها المصنف على ادعاء الام الوكاله مع إنكار الولد و عدم الثبوت، فإنها تضمن المهر، لأنها قد فوتت على الزوجه عوض البضع و غرتها بدعوى الوكاله (٥).

و هذا الحمل مع كونه خلاف الظاهر لا يستقيم، فان عوض البضع إنما يضمن بالاستيفاء على وجه مخصوص، و هو منتف هنا، و قد سبق تحقيق ذلك فى الوكاله و أن الأصح عدم وجوب المهر على الوكيل إلا مع الضمان، فيمكن حمل الروايه هنا على ذلك.

و اعلم أن فى قول المصنف: (و يحمل على ادعاء الوكاله) مناقشه، لأن ظاهره أن الحمل لهذا القول، و ليس بجيد، لأن هذا القول لا ضروره إلى حملة على خلاف مراد قائله مع تصريحه بمراده، و الظاهر أن مراد المصنف حمل مستند هذا القول على ذلك، لكن العبارة لا تساعد عليه.

قوله: (و لو قال بعد العقد: زوجك الفضولى من غير اذن، و ادعته

ص: ١٤٧

١- ١) منهم فخر المحققين فى الإيضاح ٣: ٣٣، و الشهيد فى اللمعه: ١٨٧.

٢- ٢) النهايه: ٤٦٨.

٣- ٣) المهذب: ١٩٦: ٢.

٤- ٤) الكافي ٥: ٤٠١، حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٣٧٦، حديث ١٥٢٣.

٥- ٥) المختلف: ٥٣٨.

بقولها مع اليمين.

و لو ادعى إذنها فأنكرت قبل الدخول قَدَم قولها مع اليمين، فإن نكلت حلف الزوج و ثبت العقد، و بعده الأقرب تقديم قوله لدلاله التمكين عليه، حكم بقولها مع اليمين، و لو ادعى إذنها فأنكرت قبل الدخول قدم قولها مع اليمين، فإن نكلت حلف الزوج و ثبت العقد، و بعده الأقرب تقديم قوله لدلاله التمكين عليه).

أى: لو قال الزوج المباشر للعقد بعد صدوره للزوجه: زوجك الفضولى من غير اذن منك، و ادعت هى سبق الاذن على العقد و صدوره بالوكالة منها قدم قولها مع اليمين، لأن الأصل فى العقد-الذى قد تصادقا على وقوعه و مباشره الزوج إياه و لزومه من طرفه-الصحة و اللزوم، فالأصل فى جانب المرأة، و الزوج يدعى خلافه فعليه البينه، و مع عدمها فعليها اليمين، و لأن العقد من طرفه شرعى، و إنما النزاع فيه من طرفها، فيقدم قولها، لأنه مستند إليها.

و يتحقق تصوير المسأله بما إذا ظهر منها بعد العقد بلا فصل ما يدل على عدم الرضى بالنكاح، فإنه لو لم يقدم قولها كان النكاح فاسدا، إذ لو كان فضوليا لكان ذلك ردا و نحو ذلك.

و لو ادعى الزوج فى هذه الصوره اذنها فى العقد الذى عقده زيد، و أنكرت هى ذلك قَدَم قولها بيمينها، لأن الأصل عدم الإذن.

فإن قيل: الأصل فى العقد الصحة و اللزوم، فيكون القول قوله هنا.

قلنا: الأصل فى العقد الذى اعترف المدعى بشرعيته من طرفه اللزوم و الصحة، حيث أن الاختلاف فى المستند إلى المرأة، و هى تدعى صحته من جانبها أيضا، و هى

و لكل ولى إيقاع العقد مباشرة و توكيلا، فإن وكل عين له الزوج. و هل له جعل المشيئه إليه؟ الأقوى ذلك. أعرف بحال فعلها، و الفعل المنسوب إليها باعترافها، بخلاف فعل الغير الذى أنكرت صدوره عنها، فإن الأصل عدم الاذن فيه و عدم كونه مستندا إليها.

فإن نكلت عن اليمين فى الصورة الأخيره حلف الزوج و ثبت العقد باليمين المردوده.

و هذا الحكم فى الصورة الأخيره إنما هو إذا كان النزاع قبل الدخول، أما إذا كان بعده، فإن الأقرب تقديم قول الزوج بيمينه، لأن الدخول مكذب لدعواها، فيرجح جانبه، و يحتمل العدم، لعموم: و اليمين على من أنكر، و ضعفه ظاهر.

و فى حواشى شيخنا الشهيد: بناء الحكم على تفسير المدعى بأنه يدعى خلاف الظاهر، أما إذا فسرناه بأنه يدعى خلاف الأصل توجه الاحتمال الآخر، و يؤيده دعواها كون الدخول شبهه، و هذا ضعيف جدا، لأن الأصل فى فعل المسلم كونه شرعيا، و وطء الشبهه و إن لم يكن فيه إثم، إلا أنه ليس شرعيا، لأنه وطء من لا يستحق وطؤه.

قوله: (و لكل ولى إيقاع العقد مباشرة و توكيلا، فإن وكل عين له الزوج، و هل له جعل المشيئه؟ الأقوى ذلك).

لا ريب أن للولى الإجبارى التوكيل فى إيقاع عقد النكاح كما أن له مباشرته بنفسه، لأن ذلك مما جرت العاده بالتوكيل فيه، و قد تدعو إليه حاجه كاستحياء الولى من مباشره العقد، فصح توكيله فيه كغيره من التصرفات التى جرت العاده بالتوكيل فيها، بل هنا أولى لما قلناه من لزوم الحياء.

فإذا وكل وجب أن يعين للوكيل الزوج، لوجوب مراعاة الغبطه و المصلحه على الوكيل، و لم يذكر وجوب تعيين المهر احاله على وجوب مراعاة مهر المثل على الوكيل،

و لو قالت الرشيدة:زوجنى ممن شئت لم يزوج إلا من كفاء،و لتقل المرأة أو وليها لو كبل الزوج أو وليه:زوجت من فلان،و لا تقول:منك، و يقول الوكيل:قبلت لفلان،و لو قال قبلت الأقرب الاكتفاء.

و لو قالت:زوجت منك،فقال:قبلت و نوى عن موكله لم يقع كما يراعى فى بيع أموالها ثمن المثل.

و هل للولى أن يجعل المشيئه فى تعيين الزوج إلى الوكيل؟فيه قولان،أقواهما عند المصنف أن له ذلك للأصل،و لأن الولى لا يجوز له أن يفوض ذلك إلا- إلى من له أهليه النظر و المعرفه فى طرق المصلحه،و إذا تحقق ذلك حصل المطلوب و انتفى المانع، و هو الأصح.

و الآخر- و اختاره الشيخ فى المبسوط (1)-المنع،لأن النظر إلى الولى،فلا يتسلط على تفويضه إلى غيره.

و يضعف:بأن ما جرت العاده فى التوكيل فيه تصح الاستنابه فيه،و المراد بالولى هنا الولى الإجبارى كالأب و الجد،أما من كانت ولايته مشتركه بينه و بين المرأة فإنه لا يزوجه إلا بإذنها،فهو كالوكيل لا يوكل إلا بالإذن.

قوله: (و لو قالت الرشيدة:زوجنى بمن شئت،لم تزوج إلا- من كفاء لوجوب حمل الإطلاق و العموم على ما لا- يخالف المصلحه،و التزويج بغير كفاء خلاف المصلحه.

قوله: (و لتقل المرأة أو وليها لو كبل الزوج أو وكيله:زوجت من فلان، و لا- تقول:منك،و يقول الوكيل قبلت لفلان،و لو قال:قبلت،فالأقرب الاكتفاء،و لو قالت:زوجت منك،فقال:قبلت و نوى عن موكله،لم يقع

ص: ١٧٠

للموكل، بخلاف البيع. للموكل، بخلاف البيع).

إذا كان العاقد المرأه أو وليها و لو بالوكاله مع وكيل الزوج تعين فى الإيجاب:

زوجت نفسى أو فلانه من موكلك فلان، أو اقتصر على فلان، و لا يجوز: زوجت نفسى منك، و يقول الوكيل: قبلت لفلان.

و لو قال فى هذه الحاله: قبلت ناويا به موكله، فالأقرب عند المصنف الاكتفاء، لأن القبول عباره عن الرضى بالإيجاب السابق، فإذا وقع بعد إيجاب النكاح للموكل كان القبول الواقع بعده رضى به، فيكون للموكل لا محاله، و هو قوى متين.

و يحتمل ضعيفا عدم الاكتفاء، لأن النكاح نسبه، فلا يتخصص بمعين إلا بتخصيصه به، فيتوقف على التصريح به.

و فيه منع، لأن كون القبول رضى بالإيجاب السابق يقتضى التخصيص بمن وقع الإيجاب له.

و لو قال العاقد: زوجت نفسى منك، فقال: قبلت و نوى بالنكاح موكله، لم يقع للموكل قطعا، بخلاف البيع و نحوه من العقود، و الفرق من وجوه:

أ: أن الزوجين فى النكاح ركان بمثابة الثمن و المثلن فى البيع، و لا- بد من تسميه الثمن و المثلن فى البيع، فلا بد من تسميه الزوجين فى النكاح.

ب: أن البيع يرد على المال، و هو يقبل النقل من شخص إلى آخر، فلا- يمتنع أن يخاطب به الوكيل و إن لم يذكر الموكل، و النكاح يرد على البضع، و هو لا- يقبل النقل أصلا، فلا يخاطب به الوكيل إلا مع ذكر الموكل، إذ لا يقع ابتداء إلا له، و من ثم لو قبل النكاح و كاله عن غيره فأنكر الموكل الوكاله بطل و لم يقع للوكيل، بخلاف البيع، فإنه يقع مع إنكار الوكيل.

ج: أن الغرض فى الأموال متعلق بحصول الاعراض الماليه، و لا نظر غالبا إلى خصوصيه الأشخاص، و فى النكاح الغرض الأصلى متعلق بالأشخاص، فتعين

و يجب على الولي الترويج مع الحاجه. و لو نسي السابق بالعقد من الوليين على اثنين احتمال القرعه، فيؤمر من لم تقع له بالطلاق، ثم يحدد من وقعت له النكاح و إجبار و كل منهما على الطلاق.

و يشكل بطلان الطلاق مع الإجبار، و يحتمل فسخ الحاكم. التصريح بالزوج.

د: أن البيع يتعلق بالمخاطب دون من له العقد، و النكاح بالعكس، و من ثم لو قال: زوجته من زيد، فقبل له و كيله صح، و لو حلف أن لا ينكح فقبل له و كيله حنث، و لو حلف لا يشتري فاشتري له و كيله لم يحنث.

قوله: (و يجب على الولي الترويج مع الحاجه).

كما يجب عليه إطعام المولى عليه و سقيه عند الحاجه.

قوله: (و لو نسي السابق بالعقد من الوليين على اثنين، احتمال القرعه فيؤمر من لم تقع له بالطلاق ثم يحدد من وقعت له النكاح، و إجبار كل منهما على الطلاق و يشكل بطلان الطلاق مع الإجبار، و يحتمل فسخ الحاكم).

قد سبق حكم ما إذا زوجها الوليان و سبق أحد العقدين و حكم ما إذا اقترنا قبل المطب الثاني، و هما صورتان، و كذا سبق عن قريب حكم صورتين من صور ما إذا زوجها الوكيلان، و بقى ثلاث صور يذكر حكمها فيما إذا صدر النكاح من الوليين، و منه يعلم حكم ما إذا صدر من الوكيلين:

أ: أن يعلم السابق من العقدين بخصوصه ثم ينسى.

ب: أن يجهل كيفيه وقوعهما، فلا يعلم أسبق أحدهما أم لا.

ج: أن يعلم من أول الأمر أن أحدهما سبق، لكن لم يتعين و لم يتميز، و قد ذكر المصنف حكمها، و نحن نتبع ما ذكره.



فأما الصورة الأولى فقد ذكر فيها احتمالات ثلاثة:

أ: القرعه لأنه أمر مشكل، للعلم بثبوت نكاح أحدهما، ولا طريق إلى استعلامه، والتربص إلى التذكر مع عدم العلم بحصوله فيه إضرار بالمرأه، وقد قالوا عليهم السلام: في كل أمر مشكل القرعه (١).

فإذا أقرع بينهما، فمن أخرجته القرعه أمر صاحبه بالطلاق ثم يؤمر هو بتجديد النكاح، فإن كانت زوجته في الواقع لم يضره تجديد النكاح، وإن كانت زوجته الآخر بانت بطلاقه و صارت زوجته الآخر بالعقد الثاني.

و إنما لم يكتف بالقرعه لأنها تفيد تمييز الحقوق عند التساوى: كالسفر بإحدى نسائه و البدأه بالمبيت عند إحداهن، و تعيين الأنصاء في القسمة، و تعيين العتق.

ب: إجبار كل منهما على الطلاق، لدفع الضرر اللازم على المرأه.

و استشكله المصنف ببطالان الطلاق مع الإجماع، و يمكن أن يريد المصنف تعلق الاشكال بالاحتمالين، فإن الأمر بالطلاق في الاحتمال الأول إنما هو على طريق الإجماع، و إلا فلا فائده فيه مع الامتناع، و الضروره بحالها.

و جواب هذا الاشكال: أنه إذا ثبت بالدليل جواز الإجماع شرعا لم يقدح في صحه الطلاق، لأن صدور الفعل بالإجماع الشرعي بمنزله صدوره اختيارا، كما يجبر الكافر على بيع عبده إذا أسلم، و كما يجبر الممتنع على أداء الزكاه فيعتبر دفعه و تعيينه، و كما يجبر المديون على بيع ماله و دفع ثمنه في الدين، و يمكن الاحتجاج لذلك بقوله تعالى فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ (٢) فإن الإمساك بالمعروف متعذر هنا، فتعين التسريح بالإحسان، فإذا امتنع اجبر عليه.

ج: فسخ الحاكم النكاح بالنسبه إلى كل منهما، لأن فيه دفع الضرر، مع السلامه

ص: ١٧٣

١- (١) الفقيه ٣: ٥٢ حديث ١٧٤، التهذيب ٦: ٢٤٠ حديث ٦: ٢٤٠ حديث ٥٩٣.

٢- (٢) البقره: ٢٢٩. [١]

و لو اختارت نكاح أحدهما فالأقرب أنه يجدد نكاحه بعد فسخ الآخر، من ارتكاب الإجبار فى الطلاق- وقد أطلقوا بطلانه بالإكراه-و من القرعه التى لا مجال لها فى الأمور التى هى مناط الاحتياط التام، وهى الأنكحة التى يتعلق بها الأنساب و الإرث و التحريم و المحرمية، و أيضا فإن توسط القرعه على الاحتمال الأول لا فائده فيه، لأنها إن كانت طريقا إلى تعيين الزوج لم يحتج معها إلى تطليق الآخر و تجديد نكاح من خرجت له، و إلا فوجودها كعدمها.

فان قيل:فائدها تعيين من يؤمر بالطلاق.

قلنا:أمر الآخر بالطلاق مناف لما دلت عليه القرعه،لأن الخارج بها كونه غير زوج،فلا وجه لأمره بالطلاق حينئذ،و هذا الاحتمال الأخير لا بأس به.

قوله: (و لو اختارت نكاح أحدهما فالأقرب أنه يجدد نكاحه بعد فسخ الآخر).

هذا متصل بالاحتمال الثالث،أى:و على القول بفسخ الحاكم النكاحين لو اختارت نكاح أحدهما قبل الفسخ،فالأقرب أنه لا بد من تجديد نكاحه بعد فسخ الحاكم النكاح الآخر،من غير احتياج إلى فسخ نكاح المختار.

و وجه القرب فى الأمر الأول:أن مجرد الاختيار منها لا- يصير من اختارته زوجها لها،إذ الزوجيه إنما تكون بالعقد،و عقده غير معلوم الصحة للشك فى سبقه،و لا تتحقق صحته إلا إذا كان سابقا.

و فى وجه ضعيف-و هو قول لبعض العامة (1)-أن اختيارها كاف فى ثبوت الزوجيه للمختار،للعلم بثبوت عقده،و لم يعلم ما ينافيه،و عقد الآخر انتفى بالفسخ.

و ليس بشيء،لأن أحدهما ليس بزواج قطعا،و الاختيار لا يصير من ليس

ص:١٧٤

فإن أبت الاختيار لم تجبر. وكذا لو أبت نكاح من وقعت له القرعة، لعدم العلم بأنه زوج بزواج.

ووجه القرب في الأمر الثاني: - وهو عدم الاحتياج إلى فسخ نكاح المختار - أنه إن كان زوجا بسبق نكاحه في الواقع فهو المطلوب والعقد المجدد لاغ ولا مقتضى للفسخ حينئذ، وإن لم يكن زوجا في الواقع فأظهر، إذ لا معنى لفسخ نكاح من لا نكاح له.

و يحتمل ضعيفا الاحتياج إليه، ليعلم تأثير العقد الثاني، إذ لولاه لكان واقعا في التردد، فلا يؤثر على تقدير الاحتياج إليه.

و ليس بشيء، لأن هذا المقدار من الجزم كاف، حيث لم يعلم الحال في نفس الأمر، ولو أثر ذلك في العقد لأثر في الفسخ، لعدم العلم بالنكاح، لتحقق الجزم بفسخه.

و اعلم: أن ظاهر قوله: (و لو اختارت.) أن هذا الاختيار ناشئ عنها ابتداء، إلا - أنه يلوح من قوله فيما بعد: (فإن أبت الاختيار لم تجبر) أن الحاكم يجبرها، ولا بأس به.

قوله: (فإن أبت الاختيار لم تجبر، وكذا لو أبت نكاح من وقعت له القرعة، لعدم العلم بأنه زوج).

لما لم يكن أحدهما بعينه معلوم النكاح لم تجبر المرأة على اختيار واحد، إذ لا طريق إلى العلم بكون من تختاره هو الزوج، وكذا القول فيمن أخرجته القرعة، فإنه لا يكون بذلك زوجا، إذ لا بد على القول به من تجديد نكاحه وفسخ نكاح الآخر، ولو كان زوجا في نظر الشارع لم يحتج إلى ذلك.

و اعلم: أن المصنف لو اعتبر اختيارها في تحتم الفسخ بالنسبة إلى من لم تختار - كما اعتبر القرعة في تحتم الأمر بالطلاق لمن لم تخرجه على الاحتمال - لا يمكن.

و كذا لو جهل كيفيه وقوعهما، أو علم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه، قوله: (و كذا لو جهل كيفيه وقوعهما، أو علم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه).

هاتان هما صورتان الباقيتان من صور المسأله الخمس، و هي: ما إذا جهل كيفيه وقوع العقدين فلم يعلم اقترانهما أو سبق واحد، و ما إذا علم أن أحدهما سابق على الآخر فى الجملة و لم يعلم السابق أصلاً.

و ظاهر العبارة أن حكمهما (١) حكم الصوره المتقدمه، فيطرد فى كل منهما الاحتمالات الثلاثه.

و الشيخ فى المبسوط حكم بطلان النكاح فى هاتين الصورتين، إذ لا- سبيل إلى معرفه الصحيح منهما، و حكم فى الصوره المتقدمه بأنه يوقف النكاح إلى أن يستبين الحال، لأنه أمر مشكل يرجى زواله بالتذكر (٢).

و الشافعى حكم بالبطلان مع اشتباه السبق و المعيه، و هو ظاهر مذهبه فيما إذا علم واحد منهما و لم يتعين، كما إذا علم سبق إحدى الجمعيتين (٣) و لم يتعين، فإن أحد القولين عندهم بالحكم بالبطلان و وجوب استثنائها، و بعض أصحابه ذهب إلى الفرق بين النكاح و الجمعه، لأن الجمعه إذا صحت لم يلحقها البطلان، بخلاف النكاح، فإن أسباب الفسخ تلحقه (٤).

و ظاهر اختيار المصنف فى التذكره فيما إذا نسى السابق من العقدين بعد العلم به، أنه يوقف الحال إلى التذكر (٥)- كمختار الشيخ -و لا بأس به إن لم يتصور ضرر

ص: ١٧٦

١- ١) فى (ش) و (ض): حكمها، و المثبت من النسخه الحجريه.

٢- ٢) المبسوط ٤: ١٨١. [١]

٣- ٣) فى (ش): و هو ظاهر مذهبه فيما إذا علم سبق إحدى الجمعيتين، و المثبت هو الأولى لموافقته لمذهب الشافعى.

٤- ٤) الوجيز ٢: ٩، المجموع ١٦: ١٩١.

٥- ٥) تذكره الفقهاء ٢: ٥٩٧. [٢]

و عليهما النفقه إلى حين الطلاق على اشكال. على المرأه، وإلا فالمختار فسخ الحاكم على ما سبق.

و اعلم أن هذا إنما هو إذا عقد الوليان على اثنين، فان عقدا لواحد كان عقدا معه و مع وكيله، فان سبق واحد فلا بحث، و إن اقترنا فأظهر الوجهين صحه العقدین، وفاقا للمصنف في التذکره (١)، و يتقوى كل من الجانبين بالآخر، و كذا القبولان، و هذا واضح إذا اتفق المسميان جنسا و قدرا و صفه، فإن اختلفا احتمل صحه النكاح و بطلان الصداق، إذ ليس شرطا لصحه النكاح، و قضيه إطلاق كلام المصنف في التذکره الصحه.

قوله: (و عليهما النفقه إلى حين الطلاق على إشكال).

ظاهر العبارة أن الاشكال في وجوب النفقه في كل واحده من الصور الثلاث، و قد خص الشارحان ذلك بما إذا علم سبق أحدهما و جهل تعيينه (٢)، و هو خلاف ظاهر العبارة، إلا أن الاشكال ضعيف جدا فيما إذا جهل السبق و الاقتران.

و منشأ الاشكال: من أن النفقه مشروطه بالزوجيه مع التمكين التام، و التمكين منتف، و زوجيه كل منهما مشكوك فيها، مع القطع بانتفائها عن واحد في الواقع. و من جريان صوره العقد و عدم النشوز، و كونها في جنسها، و لأن التمكين حاصل من طرفها، لأنه المفروض، و المانع شرعي، و لما لم يتعين الزوج منهما و انحصر فيهما لم يكن بد من وجوبها عليهما، لا انتفاء الترجيح.

فان قلنا بالتوزيع فانفقا ثم انكشف الحال، ففي رجوع من ليس بزواج وجهان:

أحدهما: العدم، لأنه إنفاق بحكم الشارع.

و الأقوى الرجوع، إذ قد تبين أنه إنفاق غير مستحق مع عدم التبرع.

ص: ١٧٧

١- ١) التذکره ٥٩٧: ٢. [١]

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٣٧: ٣.

و لو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه و فسخ الحاكم أو المرأة. قال فى التذكرة (١): و أما المهر فلا يطالب به واحد منهما، لمكان الاشتباه، و لا سبيل إلى إلزام مهرين، و لا إلى قسمة المهر عليهما.

قلت: الفرق بين المهر و النفقة غير واضح، و يمكن الفرق: بأن النفقة وجبت، لأن المرأة محبوسة لنكاحها، بخلاف المهر، فإنه عوض النكاح الصحيح، و ليس بمعلوم.

فرع: لو مات أحد الزوجين مع سبق ووقفنا من تركته ميراث زوجته، و لو ماتت هى ووقفنا ميراث زوج إلى الصلح أو وضوح الحال. قوله: (و لو امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما عليه، و فسخ الحاكم، أو المرأة).

أى: لو امتنعا من الطلاق فى كل موضع يؤمران فيه بالطلاق شرعا و يجبران عليه، ففيه احتمالات: أحدهما: حبسهما عليه، لأنه حق لآدمى مطالب به.

الثانى: تولى الحاكم الفسخ، لبطان الطلاق مع الإيجاب، فلا سبيل إلى دفع الضرر إلا بالفسخ.

الثالث: تسلط المرأة على الفسخ، لأنها تتسلط على الفسخ بالعيب فهنا أولى، لأن ضرره أشد.

و ربما نزلت العبارة على أن فى الحكم احتمالين فقط:

أحدهما: حبس الحاكم إياهما أو فسخه عليهما مخيرا فى ذلك، كما يتخير فى حبس الممتنع من أداء الدين حتى يوفى، و استقلاله هو بالأخذ من أمواله ما يوفى به الدين.

و الثانى: فسخ المرأة.

ص: ١٧٨

و على كل تقدير ففى ثبوت نصف المهر إشكال ينشأ: من أنه طلاق قبل الدخول، و من إيقاعه بالإجبار، فأشبهه فسخ العيب، فإن أوجبناه افتقر إلى القرعه فى تعيين المستحق عليه. و هذا حسن (١) و العبارة لا- تأباه، إلا أن ما تقدم فى أول الكلام- من جعل الإجبار على الطلاق احتمالا و فسخ الحاكم احتمالا آخر- يخالف هذا، و كيف كان ففسخ الحاكم لا بأس به.

و مما يريح التنزيل الثانى: أن الحكم بالفسخ إذا كان فرارا من الإجبار على الطلاق، فكيف يجوز بناؤه على الإجبار و الامتناع، ثم تسليط المرأه على الفسخ بعيد.

و لا- يخفى أنه على قول الشيخ بطلان النكاحين (٢)، فلا- حازه إلى طلاق، و لو تزوجت المرأه على قوله ثم علم الحال و تعين السابق فلا حكم له عنده.

قوله: (و على كل تقدير ففى ثبوت نصف المهر إشكال، ينشأ: من أنه طلاق قبل الدخول، و من إيقاعه بالإجبار فأشبهه فسخ العيب، فإن أوجبناه افتقر إلى القرعه فى تعيين المستحق عليه).

و على كل تقدير من التقديرات السابقه التى يقع فيها الطلاق إجبارا- إما مع الحبس، أو بدونه مع القرعه، أو بدونها- ففى ثبوت نصف المهر إشكال، ينشأ: من أنه طلاق قبل الدخول، فيندرج فى عموم قوله تعالى وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٣) و من إيقاعه بالإجبار، فأشبهه الفسخ بالعيب، فلا يجب به شىء، فإن أوجبناه افتقر إلى القرعه فى تعيين المستحق عليه، للاشتباه.

ص: ١٧٩

١- ١) فى «ض»: أحسن.

٢- ٢) المبسوط ١٨١: ٤.

٣- ٣) البقره: ٢٣٧. [١]

و لو ادعى كل منهما السبق و علمها و لا بينه، فإن أنكرت العلم حلفت على نفيه، فيسقط دعوها عنها و يبقى التداعى بينهما. و لو أنكرت السبق حلفت و يحكم بفساد العقدين، و لا- يبقى التداعى بينهما، فإن نكلت ردت عليهما، فإن حلفا معا بطل النكاحان أيضا.

و هنا مباحث:

أ: أن ظاهر تعليل المصنف الثانى من وجهى الإشكال يقتضى أن موضع الاشكال إنما هو إذا حصل الطلاق بالإيجاب، كما قررناه فى أول تصوير المسألة، و ظاهر أول العبارة أعم من ذلك، فإن قوله: (و على كل تقدير) ظاهره يتناول الطلاق بالاختيار و فسخ المرأه و فسخ الحاكم، و الاشكال قائم فى المواضع كلها، لأن الاشتباه يمنع المطالبة. و تعيين المديون بالمهر بالقرعه محل توقف، لأن وجوبه أثر النكاح، إلا أن الفسخ من المرأه، لكونه قبل الدخول، و قد يقال لا يجب معه مهر كالرده.

ب: العبارة تتناول طلاق من أخرجته القرعه بالإيجاب، و إيجاب نصف المهر عليه بعيد جدا، لأنه ليس بزواج علما و لا ظنا، و لا سبيل إلى القرعه ثانيا لأجل المهر هنا، لمنافاتها القرعه الأولى على تقدير إخراج القرعه الثانية غير من أخرجته الأولى.

ج: الظاهر من قول المصنف: (ففى ثبوت نصف المهر) ثبوت نصف المسمى، و هو واضح إذا اتحد المسميان جنسا و قدرا و صفه، أما مع الاختلاف فالأمر أشكل، و اعتبار القرعه فيه محل تأمل، و التوقف فى ذلك كله طريق السلامه.

قوله: (و لو ادعى كل منهما السبق و علمها و لا- بينه، فإن أنكرت العلم حلفت على نفيه، فتسقط دعوها عنها و يبقى التداعى بينهما، و لو أنكرت السبق حلفت و يحكم بفساد العقدين.

و إن نكلت ردت عليهما، فإن حلفا معا بطل النكاحان أيضا.

ص: ١٨٠



و إن حلف أحدهما و نكل الآخر حكماً بصحة نكاح الحالف، و إن اعترفت لهما دفعه احتتم الحكم بفساد العقدين.

و الأقرب مطالبتها بجواب مسموع، لأنها أجابت بسبق كل منهما، و هو محال.

و ان اعترفت لأحدهما ثبت نكاحه على اشكال ينشأ: من كون الخصم هو الزوج الآخر.

و هل تحلف للآخر؟ فيه إشكال ينشأ: من وجوب غرمها بمهر المثل للثاني لو اعترفت له، و عدمه. و كذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما ثم للآخر.

فإن أوجبنا اليمين حلفت على نفي العلم، فإن نكلت حلف الآخر.

فإن قلنا: اليمين مع النكول كالبينه، انتزعت من الأول للثاني، لأن البينه أقوى من إقرارها.

و إن حلف أحدهما و نكل الآخر حكماً بصحة نكاح الحالف.

و إن اعترفت لهما دفعه احتتم الحكم بفساد العقدين، و الأقرب مطالبتها بجواب مسموع، لأنها أجابت بسبق كل منهما، و هو محال.

و إن اعترفت لأحدهما ثبت نكاحه على إشكال، ينشأ: من كون الخصم هو الزوج الآخر، و هل تحلف للآخر؟ إشكال، ينشأ: من وجوب غرمها لمهر المثل للثاني لو اعترفت له، و عدمه.

و كذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما ثم للآخر، فإن أوجبنا اليمين حلفت على نفي العلم، فإن نكلت حلف الآخر، فإن قلنا اليمين مع النكول كالبينه انتزعت من الأول للثاني، لأن البينه أقوى من

و إن جعلناه إقراراً، ثبت نكاح الأول و غرمت للثاني على اشكال. إقرارها، و إن جعلناه إقراراً ثبت نكاح الأول و غرمت للثاني على إشكال).

هذا من أحكام مسأله عقد الوليين لرجلين، و تحقيقه: أنه إذا ادعى كل من المعقود لهما على المعقود عليها سبق عقده على عقد الآخر لم تتحقق الدعوى عليها حتى يدعى عليها العلم بالسبق، لأن ذلك فعل الغير، فإذا ادعى علمها و الفرض أنه لا بينه، فلا يخلو إما أن تجيب بإنكار العلم بالسبق، أو العلم بعدم سبق واحد.

ففى الأول تحلف لكل منهما على نفى علمها بسبق عقده، فتسقط دعوها عنها و يبقى التداعى بينهما، كما لو ادعى عينا فى يد ثالث و أحلفاه على نفى العلم بالمستحق.

و فى الثانى تحلف لكل منهما على عدم سبق عقده، فينتفى سبقهما بيمينها، و يحكم بفساد العقدين، لاقتضاء اليمين اقترانهما.

و إن نكلت عن اليمين لكل منهما ردت اليمين عليهما، فإذا حلف كل منهما على وفق دعواه بطل النكاحان أيضاً، للتدافع، و كذا لو نكلا.

و لو حلفت لواحد و نكلت عن اليمين للآخر فحلف هو بالرد و ثبت نكاحه، و كذا لو نكلت هى عن اليمين لهما و حلف أحدهما و نكل الآخر، لثبوت دعواه بيمينه من غير معارض.

و إن اعترفت لهما دفعه كأن قالت: نكاح كل منهما سابق، ففى المسأله احتمالان:

أحدهما: الحكم بفساد العقدين لتدافعهما، و فساده ظاهراً، لأن إقرارها ليس حجه عليهما، مع أن هذا الإقرار معلوم الفساد، لأن سبق كل منهما محال، فتطالب بجواب مسموع، و هذا الاحتمال الثانى، و هو الأقرب عند المصنف و عليه الفتوى.

و قال الشارح الفاضل هنا: و هذه المسأله مبنية على المسأله الآتية: أنها لو اعترفت لأحدهما هل يثبت نكاحه؟ فان ثبت كان إقرارها موجبا لثبوته فقد وقع موجب ثبوت كل واحد منهما مع موجب ثبوت الآخر، فكان كالعقد فنشأ الاحتمال

## الأول (١).

و ليس بجيد هذا البناء، لأن الذى سيأتى هو احتمال ثبوت نكاح أحدهما إذا اعترفت له خاصة بالسبق لا مطلقاً، وقد حكم المصنف فى التذكرة بأن هذا الاحتمال غلط (٢).

و إن اعترفت لأحدهما بسبق عقده ثبت نكاحه على إشكال، ينشأ: من أن الخصم فى ذلك هو الزوج الآخر، وقد ثبت له عليها حق باعتبار تحقق صدور عقد نكاح صحيح يحتمل أن يكون نكاحه، فلا ينفذ إقرارها لمخالفه، فلا يقبل إقرارها فى إبطال حقه، كما لو أقرت عليه بطلاق.

و من أنها أقرت للمدعى بما ادعاه عليها، فوجب أن يسمع إقرارها، عملاً بعموم قوله عليه السلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (٣) كما لو ادعى زوجيتها رجلاً فأقرت لأحدهما، و كما لو ادعى اثنان عينا فى يد ثالث فصدق أحدهما، و هذا أقوى، و هو مختار المصنف فى التذكرة (٤).

و ضعف الأول ظاهر، لأن عقد الآخر لم يجعل له سلطنه عليها، لأنها مشروطة بكونه سابقاً، و الشرط مجهول، و حيث لم يكن له عليها سلطنه لم يمنع إقرارها لغيره، كما إذا ادعى زوجيتها من أول الأمر فأقرت لأحدهما.

و حينئذ فهل تحلف للآخر على نفي العلم بالسبق، أو على عدم السبق على حسب جوابها؟ فيه إشكال، ينشأ: من التردد فى وجوب غرمها لمهر المثل للثانى لو اعترفت له، و عدمه.

ص: ١٨٣

١- (١) إيضاح الفوائد ٣: ٣٩.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٩٨. [١]

٣- (٣) عوالى اللآلى ٢: ٢٥٧ حديث ٥.

٤- (٤) التذكرة ٢: ٥٩٨. [٢]

و الحاصل أن الاشكال فى توجه اليمين هنا مبنى على الإشكال فى الغرم لو أقرت للثانى بعد الإقرار للأول، و وجه البناء: أن اليمين إنما يتوجه على المنكر مع الفائدة، و إنما يتحقق إذا كان بحيث لو أقر لنفع إقراره.

و لو نكلت فردت اليمين على المدعى فحلف استحق شيئاً، فإن غايه مطالبته باليمين أن يقر أو ينكل، و إذا انتفت الفائدة على التقديرين لم يكن لليمين فائده أصلاً، فلم يتوجه.

و لا- يخفى أنه لو ذكر فى منشأ الاشكال حصول الفائدة لو أقرت أو نكلت- ليشمل حكم ما إذا نكلت فحلف بالرد، و قلنا إن المردوده كالبينه، و أنها تقتضى انتزاع الزوجه على ما ذكره المصنف- لكان أولى، لأن مقتضى ما ذكره توجه اليمين على تقدير ثبوت الغرم مع الإقرار خاصه، و ليس كذلك.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن فى الغرم فى هذه الصوره و أمثالها قولين، قد تقدم ذكرهما قبل الفصل الثانى، و أن ثبوت الغرم لا بأس به، كما إذا أقر بعين لزيد ثم أقر بها لعمرو، فلا حازه إلى إعادتها، و سيأتيان بعد ذلك أيضاً إن شاء الله تعالى.

و مثله فى ثبوت التردد فى الغرم ما إذا ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما، فإنه يثبت نكاحه على ما سبق، فإذا اعترفت بعد ذلك للآخر ففى وجوب غرمها لمهر المثل- بسبب تفويتها حقه من البضع بإقرارها للأول- القولان، و إلى هذا أشار بقوله:

(و كذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لأحدهما ثم للآخر) (١).

و أما قوله: (فإن أوجبنا اليمين). فإنه من أحكام قوله: (و هل تحلف للآخر؟ فيه اشكال) و ما وقع فى اليمين معترض، فإن أوجبنا اليمين إذا طلبه الزوج الآخر حلفت على نفى العلم، بمعنى أنها لا تكلف البينه.

ص: ١٨٤

١- ١) فى «ش» جاء بعد هذا: لا يخفى أن قوله: (و كذا لو ادعى زوجيتها). المتبادر منه أن فى وجوب تحليفها اشكالا، و ليس بمراد. و لم ترد هذه العبارة فى «ض».

و لو علمت بالحال حلفت على البت على ما سبق، فان نكلت حلف الزوج الآخر.

ثم ينظر فان جعلنا اليمين المردوده كالبينه انتزعت من الأول و سلمت إلى الثانى، لأن البينه أقوى من إقرارها.

و يشكل بأن اليمين المردوده و إن جعلت كالبينه فإنما يجعل مثلها فى حق الحالف و الناكل لا فى حق شخص آخر، لانتفاء الدليل على ذلك، فان اليمين المردوده لما كانت حجه للمدعى فهى إما كالبينه أو كإقرار الخصم، لأن حجته دائره بين الأمرين، و إذا كانت كالبينه فكونها مثلها فى حقه و حق غيره لا يدل عليه دليل، و سيأتى تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى فى كتاب القضاء.

و إن جعلنا المردوده كالإقرار استقر نكاح الثانى، لأن الإقرار الطارئ لا يزيل حكم السابق، و فى غرمها مهر المثل للثانى الإشكال السابق، إذا قلنا اليمين المردوده كالإقرار-ربما يشترط أن يحلفا دفعه، و إلا لكان حلف الثانى كالإقرار للثانى بعد الإقرار للأول، فلا يؤثر إلا غرم مهر المثل-قلنا بالغرم فى نظائره.

و اعلم: أن هذه دعوى واحده متضمنه لدعويين، فلذلك سمعتا معا، فان ثبوت أيهما كانت تقتضى نفى الأخرى.

و قد ذهب بعض العامه إلى أنها إذا أنكرت السابق حلفت لهما معا يمينا واحده إن كانا حاضرين فى مجلس الحكم و رضيا باليمين الواحده، و لو حضر أحدهما و ادعى فحلفت له ثم حضر الآخر و أراد تحليفها ففى وجوب اجابته وجهان عندهم، و أجروا هذا الخلاف فى كل شخصين يدعيان شيئا واحدا (1).

و الظاهر التعدد، لأنهما دعويان تضمنتهما دعوى واحده، نعم لو تراضيا بيمين

الباب الثالث: فى المحرمات، التحريم إما مؤبد أو لا، فهنا مقصدان:

### الأول: فى التحريم المؤبد

الأول: فى التحريم المؤبد، و سببه إما نسب أو سبب.

### القسم الأول: النسب

القسم الأول: النسب، و تحرم به الام و إن علت، و هى كل أنثى ينتهى إليها نسبه بالولاده و لو بوسائط لأب أو لام.

و البنت و هى كل من ينتهى إليك نسبها و لو بوسائط و إن نزلت، و بنات الابن و إن نزلن.

و الأخت لأب أو لام أو لهما، و بناتها و بنات أولادها و إن نزلن.

واحده فلا مشاحه.

فرع: لو ادعى عليها زوجيه مطلقه و لم يتعرضا للسبق و لا- لعلمها به، فعليها أن تجيب جوابا قاطعا، و لا- يكفيها نفى العلم بالسابق، لأنها إذا لم تعلم فلها الجواب البات و الحلف على انها ليست زوجته، كما إذا ادعى على إنسان أن أباه أتلف عليه كذا و أراد تغريمه، فالوارث يحلف أنه لا يعلم به، و لو ادعى عليه أن عليه تسليم كذا من التركة حلف على أنه لا يلزمه التسليم.

قوله: (الباب الثالث فى المحرمات: التحريم إما مؤبد أو لا، فهنا مقصدان:

الأول: فى التحريم المؤبد، و سببه إما نسب أو سبب.

القسم الأول: النسب، و تحرم به: الام و إن علت و هى كل أنثى ينتهى إليها نسبه بالولاده و لو بوسائط لأب أو لام، و البنت و هى كل من ينتهى إليك نسبها و لو بوسائط و إن نزلت، و بنات الابن و إن نزلن، و الأخت لأب أو لام أو لهما، و بناتها، و بنات أولادها و إن نزلن.

و بنات الأخ، لأب كان أو لام أو لهما، و بنات أولاده و إن نزلوا.

و بنات الأخت لأب أو لام أو لهما و إن نزلوا.

و العمه، لأب كانت أو لام أو لهما و إن علت.

و الخاله، لأب كانت أو لام أو لهما و إن علت، و لا تحرم أولاد الأعمام و الأخوال.

و الضابطه: أنه يحرم على الرجل أصوله و فروعه، و فروع أول أصوله و أول فرع من كل أصل و إن علا. و بنات الأخ، لأب كان أو لام أو لهما، و بنات أولاده و إن نزلوا.

و بنات الأخت لأب أو لام أو لهما و إن نزلوا.

و العمه، لأب كانت أو لام أو لهما و إن علت.

و الخاله، لأب كانت أو لام أو لهما و إن علت، و لا تحرم أولاد الأعمام و الأخوال.

و الضابطه: أنه يحرم على الرجل أصوله و فروعه، و فروع أول أصوله، و أول فرع من كل أصل و إن علا (١).

المحرمات بنص القرآن فى قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ (٢) الآية ثلاث عشره امرأه: سبع بالنسب، و اثنتان بالرضاع، و أربع بالمصاهره.

فاما المحرمات بالنسب:

فمنهن الام و إن علت، و هى: كل أنثى ينتهى إليها نسب الشخص بالولاده، بواسطه كان ذلك أم لا، لأب كانت أم لأم.

و البنت، و هى: كل أنثى ينتهى إليك نسبها بالولاده و لو بوسائط و إن نزلت،

ص: ١٨٧

---

١- ١) ما بين المعقوفتين لم يرد فى نسخ جامع المقاصد، و [١] أثبتناه من خطيه القواعد لاقتضاء الشرح له.

٢- ٢) النساء: ٣٣.

لبنت كانت أم لابن.

و الأخت، و هي كل أنثى ولدها أبواك أو أحدهما.

و بنات أولادها و إن نزلوا.

و بنات الأخ و أولاده و إن نزلوا، لأب كان أم لام أم لهما.

و العمه، و هي: كل أنثى هي أخت ذكر ولدك بواسطة أو بغير واسطه، و قد يكون من جهه الأم، كأخت أبي الأم.

و الخاله، و هي: كل اثنى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغير واسطه، و قد تكون من جهه الأب، كأخت أم الأب.

و قد ضبطهن المصنف بعباره و جيزه و هي: أن (يحرم على الرجل أصوله و فروعه، و فروع أول أصوله، و أول فرع من كل أصل و إن علا).

فالأصول: الأمهات، و الفروع: البنات، و فروع أول الأصول: الأخوات و بناتهن و بنات الأخ، و أول فرع من كل أصل (1) و إن علا: الأخوات مره أخرى.

و الأحسن تقييده بما يخرجهن، مثل أن يقال: و أول فرع من كل أصل بعده، أى: بعد أول أصوله، و هو الأصل الأول، و هنا مباحث:

أ: للفقهاء خلاف مشهور فى أن بنات الأولاد يشملهن اسم البنات حقيقه، و كذا الجدات بالنسبه إلى لفظ الأمهات.

فعلى القول بشمولهن حقيقه ما سبق من تفسير الام و البنت، و هو المعنى الحقيقى.

و على المختار، و هو تفسير المراد هنا، و ليس هو الحقيقه، بل هو معنى مجازى، و إن كان اللفظ يقع على البعض حقيقه، لأن مدلول اللفظ هو المعنى الشامل للجميع، و ذلك مجازى لا محاله.

ص: ١٨٨

١- ١) جاء فى «ض» بعد هذا: إن علا كالعلمات و الخالات و ان علون لكى يدخل فى قوله: (أول فرع بعد كل أصل).



و يحرم على المرأة ما يحرم على الرجل، كالأب و إن علا، و الولد و إن نزل، و الأخ و ابنه و ابن الأخت و العم و إن علا، و كذا الخال. و النسب يثبت شرعا بالنكاح الصحيح و الشبهه دون الزنا، لكن ب: على القول المختار لا حاجه إلى تقييد تفسير الأخت بأنها كل أنثى ولدها أبواك الاذنيان، إذ لا يقع الأب على الجد على هذا القول إلا مجازا.

ج: ذكر في تفسير الام أنها(كل أنثى ينتهي إليها نسبه بالولاده) و لم يذكر قيد الولاده في البنت، فان كان محتاجا إليه في الأول فلا بد منه في الثاني، و إلا فهو مستدرك، و الظاهر أنه لا بد منه، لأن النسب هو القرابه، و هي أعم من الأبوه و البنوه و غيرهما، حتى لو قال قائل: الأخت هي كل أنثى ينتهي إليك نسبها أو ينتهي إليها نسبك- لأن أبويك أو أحدهما ولدها- لكان معنى صحيحا، و كان المصنف إنما أهمل ذكره في الثاني اكتفاء بذكره في الأول، فإنه بينه على الثاني.

د: لو قال: و لو بواسطه و إن تعددت بدل قوله: (و لو بوسائط) لكان أحسن، لأنه حينئذ يكون معطوفا على مقدر، و هو لو كان بغير واسطه، لأنه حينئذ يكون أبلغ، حيث أن المهم بذكره هو الفرد الأخفى، و غيره مسكوت عنه، و على صنعه فبعض المسكوت عنه من الأخفى، و هو ما إذا كان ذلك بواسطه فقط.

قوله: (و يحرم على المرأة ما يحرم على الرجل، كالأب و إن علا، و الولد و إن نزل، و الأخ و ابنه، و ابن الأخت، و العم و إن علا، و كذا الخال).

لما كان تحريم النكاح من أحد الطرفين يقتضى ثبوت التحريم أيضا من الطرف الآخر لا محاله، كان الحكم بتحريم الام و إن علت على الولد و إن نزل مقتضيا لتحريم الولد و إن نزل على الام و إن علت، و كذا القول في الأب بالنسبه إلى البنت، و كذا البواقي.

قوله: (و النسب يثبت شرعا بالنكاح الصحيح و الشبهه دون الزنا،

التحريم يتبع اللغه، فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه و على الولد و طء امه و إن كان منفيًا عنهما شرعًا، و في تحريم النظر اشكال، و كذا في العتق و الشهاده و القود.

و تحريم الحليله و غيرها من توابع النسب. لكن التحريم يتبع اللغه، فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه و على الولد و طء أمه و إن كان منفيًا عنهما شرعًا، و في تحريم النظر إشكال، و كذا في العتق و الشهاده و القود و تحريم الحليله و غيرها من توابع النسب).

لا- خلاف بين أهل الإسلام في أن النسب الذى هو مناط كثير من الأحكام الشرعيه-مثل تحريم النكاح و نحوه-يثبت بالنكاح الصحيح، و المراد به: الوطء المستحق شرعًا بعقد صحيح أو ملك و إن حرم بعارض كالوطء فى الحيض.

و لا- يعتبر علمه بكون الوطء جائزًا له، فلو وطأ حليلته بظن أنها أجنبيه مقدا على الزنا لم يقدر فى كون الوطء شرعيًا، و إن أثم بإقدامه عليه معتقدا حرمة.

و يلحق به و طء الشبهه، و المراد به: الوطء الذى ليس بمستحق شرعًا مع ظنه أنه مستحق، و يلحق به و طء المجنون و النائم و من فى معناه و الصبى غير المميز- و فى المميز. (1)- فيثبت به النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح.

و أما الزنا، و هو: الوطء الذى ليس بمستحق شرعًا مع العلم بالتحريم، فلا- يثبت به النسب إجماعًا، لكن أجمع أصحابنا على أن التحريم المتعلق بالنسب يثبت مع الزنا إذا تولد به ولد، فىحرم على الزانى المخلوقه من مائه، كما يحرم على الزانيه المتولد منها بالزنا، فإن ذلك يعد ولدا لغه، و إن كانت تسميته ولدا منتفيه شرعًا، فيتبع التحريم اللغه.

ص: ١٩٠

---

١- ١) كذا فى «ش» النسخه الحجرية، و فى «ض» و يلحق به و طء المجنون و النائم، و فى معناه و طء الصبى غير المميز و فى المميز. و الظاهر أن كلمه (اشكال) بعد قوله: (و فى المميز) ساقطه من نسخ جامع المقاصد.

و لقائل أن يقول: إن المتبع إن كان هو الحقيقة اللغوية وجب الحكم بثبوت باقى الأحكام الثابته مع صدق اسم الولد، و إنما يكون ذلك مع عدم النقل عن المعنى اللغوى، و إلا لم يثبت التحريم أيضا.

و علل ابن إدريس المنع بكون المتولد من الزنا كافرا، فلا يحل على المسلم (١).

و فيه نظر أيضا، لتخلفه فيما إذا كان الزانى كافرا، فان مقتضاه حل نكاح المتولده عنه بالزنا.

إذا عرفت ذلك ففى تحريم نظر الزانى إلى بنته و الزانية إلى ابنها فيه إشكال، ينشأ: من كونه ولدا حقيقه لغه، لأن الولد حيوان يتولد من نطفه آخر، و النقل على خلاف الأصل، و لم يقم دليل على ثبوته، و انتفاء بعض الأحكام كالإرث جاز أن يستند إلى فقد بعض الشروط، و لا يتعين استناده إلى انتفاء الاسم شرعا.

و من أن حل النظر حكم شرعى، فلا- يثبت مع الشك فى سببه، و لأن التحريم هو المناسب للاحتياط المطلوب فى هذا الباب، و الظاهر من قوله عليه السلام:

«و للعاهر الحجر» (٢) ان الزانى لا ولد له، و الأصح التحريم.

و كذا يأتى الإشكال فى العتق، بمعنى أنه لو ملك ابنه من الزنا و من جرى مجراه ففى اعتاقه بالقرابه الاشكال، و منشؤه يعلم مما سبق، و الأصح العدم، للشك فى السبب، فيتمسك بالأصل المقتضى لبقاء الملك.

و كذا القول فى ردّ شهادته ولد الزنا على أبيه حيث تقبل شهادته على غيره، و فيه الاشكال، و منشؤه معلوم مما سبق، و الأصح القبول، لمثل ما سبق.

و كذا القول فى القود، بمعنى أنّ الزانى لو قتل ولده من الزنا هل يقاد به؟ فيه

ص: ١٩١

١- (١) السرائر: ٢٨٧.

٢- (٢) الكافي ٧: ١٦٣، حديث ١، [١] التهذيب ٩: ٣٤٦، حديث ١٢٤٢، الاستبصار ٤: ١٨٥، حديث ٦٩٣، سنن ابن ماجه ١: ٦٤٧، حديث ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧، مسند احمد ٦: ١٢٩.

و لو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق فهو للأول، و لسته أشهر من وطء الثاني فهو له، و لو كان لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني و لأكثر من أقصى مدة الحمل من وطء الأول انتفى عنهما، و لو كان لسته أشهر من وطء الثاني و لأقل من أقصى المدة من وطء الأول قيل:

يعمل بالقرعه، و الأقرب أنه للثاني و اللبن تابع. الاشكال، و الأصح أنه يقاد، للشك في المسقط.

و كذا القول في تحريم حليله ولد الزنا على الزاني و زوج بنت الزنا على أمها الزانية، فيه الاشكال.

و كذا حبس الأب في دينه لو منعناه في الأب شرعا، و غير ذلك من توابع النسب.

و الأصح عدم اللحاق في شيء من هذه الأحكام-أخذا بمجامع الاحتياط، و تمسكا بالأصل-حتى يثبت الناقل، و لا ينافي ذلك تحريم النكاح، لأن حل الفروج أمر توقيفي، فيتوقف فيه على النص، و بدونه ينتفى بأصالة عدم الحل، فلا يكفي في حل الفروج عدم القطع بالمحرم، لأنه مبني على كمال الاحتياط.

قوله: (و لو ولدت المطلقة لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق فهو للأول، و لسته أشهر من وطء الثاني فهو له، و لو كان لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني، و لأكثر من أقصى الحمل من وطء الأول انتفى عنهما، و لو كان لسته أشهر من وطء الثاني و لأقل من أقصى المدة من وطء الأول قيل:

بالقرعه، و الأقرب أنه للثاني، و اللبن تابع).

موضع هذه المسائل أحكام الأولاد، لكن ذكرها هنا لمتعلق أحكام النسب بها، و هي أربع مسائل، لأنه إما أن يمتنع لحاقه بالثاني خاصة، أو بالأول خاصة، أو بهما معا، أو يمكن لحاقه بهما معا.

الأولى: إذا ولدت المطلقة المدخول بها بعد أن قضت عدتها و تزوجت بآخر و دخل بها لأقل من ستة أشهر من دخول الثاني و لدون أقصى مدة الحمل من وطء الأول، فهو للأول قطعاً، لأن الفراش في المدة كلها منحصر فيهما، و قد امتنع اللحاق بالثاني، فتعين اللحاق بالأول.

الثانية: ولدت لسته أشهر من وطء الثاني و لزياده عن أقصى مدة الحمل من وطء الأول، فهو للثاني قطعاً، لانتفاء اللحاق بالأول.

الثالثة: ولدت لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني و لأكثر من أقصى مدة الحمل من وطء الأول، فهو منتف عنهما قطعاً، لامتناع اللحاق بواحد منهما.

الرابعة: ولدت لسته أشهر من وطء الثاني و لأقصى مدة الحمل فما دون من وطء الأول، ففي الحكم قولان:

أحدهما: القرعة، فمن أخرجته له لحق به، لأنه أمر مشكل، فإنها فراش لكل منهما، و اللحاق بكل منهما ممكن شرعاً، فلا ترجيح، و اختار هذا القول الشيخ في المبسوط (١).

و الثاني: -و هو الأقرب- كونه للثاني، لأن فراش الأول قد زال، و فراش الثاني ثابت، و الثابت أقوى من الزائل، فالترجيح له، و هذا هو الأصح، و ستأتى هذه المسألة إن شاء الله تعالى في إلحاق الأولاد.

إذا تقرر ذلك فاعلم: أن كل من حكم بلحاق الولد به في هذه الصورة حكم بكون اللبن له، فيترب عليه أحكام الرضاع و غير ذلك من أحكام النسب.

و يمكن أن يجعل قوله: (و اللبن تابع) راجعاً إلى ما تقدم من المسائل كلها، من عند قوله: (و النسب يثبت شرعاً). و يكون المعنى: أن كل موضع يثبت فيه النسب

ص: ١٩٣

يتبعه اللبن، و ما لا فلا.

و تردد ابن إدريس فى اعتبار اللبن الحاصل عن وطء الشبهه بحيث ينشر الحرمة (١)، و الشيخ (٢) و جماعه (٣) على تعلق التحريم به، و هو المعتمد، لأنه لبن درّ عن وطء محترم شرعا يثبت به النسب، فيندرج فى ظاهر قوله تعالى وَ أُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (٤).

ثم تنبه لأمر:

الأول: قوله: (و لو ولدت المطلقه لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق) لو قال بدله: لو ولدت المطلقه لأقل من ستة أشهر من حين دخول الثانى، لكان أولى، لأنه يشمل ما إذا كان لأقل من ستة أشهر من حين وطئه، و لسته أشهر فصاعدا من حين الطلاق، فان لحاقه بالثانى ممتنع هنا أيضا، إذ مجرد الزوجيه لا يكفى فى اللحاق من دون الدخول.

الثانى: قوله: (و لسته أشهر من وطء الثانى) أراد به المسأله الثانیه، و الواجب أن يقيد بقيد آخر، و هو كونه لأكثر من أقصى مدته الحمل من وطء الأول، و إلاّ- لدخلت الرابعه فى هذه، و كأن المصنف اكتفى بأن مخالفه حكم الرابعه لحكم هذه كاف فى الاكتفاء بتقييد الرابعه عن تقييدها، فيكون المعتبر هنا مقابل قيد الرابعه.

الثالث: لو قال فى الرابعه: و لأقصى مدته الحمل من وطء الأول، لكان أولى، إذ لا يشترط فى إمكان لحاقه بالأول كونه لأقل من أقصى مدته الحمل، بل اللحاق ممكن ما لم يتجاوز الوضع أقصى مدته الحمل من وطئه (٥).

ص: ١٩٤

١- ١) السرائر: ٢٩٣.

٢- ٢) المبسوط ٢٩١: ٥-٢٩٢. [١]

٣- ٣) منهم: المحقق فى الشرائع ٢٨٢: ٢، و الشهيد فى اللمعه: ١٨٨.

٤- ٤) النساء: ٢٣. [٢]

٥- ٥) جاء فى «ش» بعد هذا: الظاهر ان الوطاء بملك اليمين كالنكاح.

و لو نفى الولد باللعان تبعه اللبن، فإن أقر به بعده عاد نسبه، و لا يرث هو الولد.

## القسم الثانى: السبب

### اشاره

القسم الثانى: السبب، و تحرم منه بالرضاع، و المصاهره، و التزويج، و الزنا و شبهه و اللعان، و القذف، قوله: (و لو نفى الولد باللعان تبعه اللبن، فإن أقر به بعده عاد نسبه، و لا يرث هو الولد).

لا- ريب أنه إذا نفى الولد باللعان انتفى عنه، فإن كان بنتا لم يجز له نكاحها إن كان قد دخل بالملاعنه قطعا، و إن لم يكن دخل فوجهان يلتفتان إلى انتفائهما عنه، و أن الانتفاء إنما يثبت ظاهرا، و لهذا لو استلحقها لحقت به.

و على هذا ففى ثبوت القصاص بقتل هذا الولد و الحد بقذفه و القطع بسرقة ماله و قبول شهادته عليه و جهان، و اختار المصنف فى التذكرة (1) ثبوتها، لأنه نفى نسبه باللعان فانتفت توابعه، و إقراره بعد ذلك بالولد لا يسقط ما ثبت عليه، كما أن الولد يرثه، و لا يرث هو الولد، لأن اعترافه إنما يثبت فى حقه لا فى حق الولد.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن اللبن ينتفى عن الملاعن كما ينتفى عنه الولد، و هل يعود إذا اعترف بالولد؟ لم يتعرض إليه المصنف، و كان حقيقا بذكرة، لأن المتبادر أن المقصود بهذه المسألة هو بيان حكم اللبن، على ما يرشد إليه قوله: (و لو نفى الولد باللعان تبعه اللبن) و لم أقف فيه على شىء.

و الذى يقتضيه النظر أنه يعود أيضا بالنسبه إليه خاصه، فلو ارتضع من هذا اللبن مرتضع و كان رقيقا الرضاع المحرم ثم ملكه الملاعن مع اعترافه بالولد المنفى عتق عليه، أخذا له بإقراره.

قوله: (القسم الثانى: السبب، و يحرم منه بالرضاع و المصاهره و التزويج و الزنا و شبهه و اللعان و القذف).

القسم الثانى من

ص: ١٩٥

## الفصل الأول: الرضاع

الفصل الأول: الرضاع، و يحرم به ما يحرم بالنسب فالام من الرضاع محرمة.

و لا تختص الأم بمرضعه الطفل، بل كل امرأه أرضعتك أو رجعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى فهي أمك.

فأخت المرضعه خالتك و أخوها خالك، و كذا سائر أحكام النسب. القسمين اللذين هما سبب التحريم المؤبد: السبب، و يحرم منه بسبب الرضاع من سيأتي ذكره في أحكام الرضاع إن شاء الله تعالى.

و كذا بالمصاهرة، و كذا بالتزويج، كزوجه كل من الأب و الابن بالنسبه إلى الآخر، و كالتى تزوجها فى عدتها و نحوها، و ينبغى أن يراد بالتزويج هنا العقد و الوطاء معا ليعم المعقود عليها الموطوءه، و كذا بالزنا و شبهه و هو اللواط، و كذا باللعان، و كذا بالقذف، و سيأتى إن شاء الله تعالى تعيين من تحرم بهذه الأسباب مجمعا عليه أو مختلفا فيه.

و اعلم: أن الضمير فى قوله: (و يحرم منه) يعود إلى (السبب) و من هذه ابتدائه، و فاعل يحرم مدلول عليه بسوق الكلام، أى: يحرم منه بهذه الأمور من سنذكر استناد تحريم نكاحه إلى واحد منها.

قوله: (فهنا فصول: الفصل الأول: الرضاع، و يحرم به ما يحرم بالنسب، فالام من الرضاع محرمة، و لا تختص الأم بمرضعه الطفل، بل كل امرأه أرضعتك، أو رجعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى فهي أمك، فأخت المرضعه خالتك و أخوها خالك، و كذا سائر أحكام النسب).

لما بين أن السبب



يحرم منه ما كان بأحد الأمور المذكوره، عقد لبيان المحرمات بهذه الأمور فصولاً ثلاثه: الأول في الرضاع، والثاني في المصاهره، والثالث في باقي الأسباب.

واعلم: أن الرضاع يحرم منه ما يحرم من النسب، لما روى من (١) طرقنا عن الصادق عليه السلام في الصحيح أنه قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (٢) فالام من الرضاع محرمة، وكذا البنت، وغيرهما ممن سبق ذكر تحريمه بالنسب.

ولا يختص اسم الأم بمرضعه الطفل، بل كل امرأة أرضعتك على الشرائط الآتية، أو رجعتك إليها، وهو أمهات المرضعه وإن علون، أو رجعتك صاحب اللبن الذي ارتضعت منه إليها، وهو أمهات صاحب اللبن وإن علون، أو أرضعتك من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى وإن علا، وهي مرضعه أحد أبويك أو أحد أجدادك أو جداتك، فهذه المذكوره في المواضع كلها أمك من الرضاعه.

وحيث أن أمك المرضعه خالتك وأخوها خالك وأبوها جدك، كما أن ابنها أخ وبناتها أخت، إلى آخر أحكام النسب.

والبنت من الرضاع هي: كل امرأة أرضعت بلبنك، أو بلبن من ولدته، أو أرضعتها امرأة ولدتها، فهي بنتك، وكذا بناتها من النسب والرضاع.

والأخت هي: كل امرأة أرضعتها أمك أو أرضعت بلبن أبيك، وكذا كل امرأة ولدتها المرضعه أو الفحل، أو أرضعت باللبن الذي للفحل الذي أرضعت بلبنه.

والعمات والخالات أخوات الفحل والمرضعه، وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع، وكذا كل امرأة أرضعتها واحده من جداتك، أو أرضعت بلبن واحد من

ص: ١٩٧

١- (١) «ش»: لما روى من طرق العامه ان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: «يَحْرَمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرَمُ مِنَ النِّسْبِ» وَ مَا رَوَى مِنْ.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٣٧: حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٢٩٢: حديث ١٢٢٤ و ١٢٢٥.

و لو امتزجت أخت الرضاع أو النسب بأهل قريه جاز أن ينكح واحده منهن أو أكثر.

و لو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع. أجدادك من النسب و الرضاع.

و بنات الأخ و بنات الأخت بنات أولاد المرضعه و الفحل من الرضاع و النسب، و كذا كل أنثى أرضعتها أختك أو أرضعت بلبن أخيك و بناتها و بنات أولادها من الرضاع و النسب بنات أختك و أخيك، و بنات كل ذكر أرضعته أمك أو أرضع بلبن أيبك و بنات أولاده من الرضاع و النسب بنات أخيك، و بنات كل امرأه أرضعتها أمك أو أرضعت بلبن أيبك و بنات أولادها من الرضاع و النسب بنات أختك.

و اعلم: أنه قد أورد على [أن] (١) أخت المرضعه خاله و أخاها خال و سائر ما لم يرد فى اللسان العربى إطلاقه، أن المجاز لا يطرد، لا امتناع نحله لغير الأنساب.

و جوابه: أن إطلاق الأم على المرضعه إنما يكون مجازاً مع الإطلاق، أما مع تقييده بالأم من الرضاعه، فإنه إطلاق حقيقى، فيطرد.

قوله: (و لو امتزجت أخت رضاع أو نسب بأهل قريه جاز أن ينكح واحده منهن، و لو اشتبهت بمحصور العدد عادة حرم الجميع).

هذه المسأله من مكملات هذا البحث، و تحقيقها: أنه إذا اختلطت محرم كالأخت من الرضاع أو النسب بأجنبيات و حصل الاشتباه، فهناك صورتان:

إحدهما: أن يكون الاختلاط بعدد غير محصور فى العاده، كنسوه بلده أو قريه كبيره، فله نكاح واحده منهن، إذ لو لا ذلك لسد عليه باب النكاح، لأنه لو انتقل إلى بلده اخرى لم يؤمن مسافرتها إليها.

و مثله ما إذا اختلط صيد مملوك بصيود مباحه لا تنحصر، فإنه لا يحرم الاصطياد، و كذا لو تنجس مكان و اشتبه بأرض غير محصوره، فإنه لا يمنع من الصلاه

ص: ١٩٨

(١-١) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «ش» و «ض» و أثبتناه من النسخه الحجرية.

على تلك الأرض.

و الظاهر أنه لو أمكنه نكاح امرأه لا- يتمارى فيها لم يمنع من النكاح من اللواتى يرتاب فيهن، لأن عسر اجتناب غير المحصور أسقط وجوب الاجتناب.

الثانيه: أن يكون الاختلاط بعدد محصور فى العاده، فيمنع من النكاح هنا، لوجوب اجتناب المحرم، و لا يتم إلا باجتناب الجميع، و لا عسر فى اجتناب العدد المحصور، و لو بادر و عقد على واحده كان العقد باطلا، لثبوت المنع من جميعهن، فلو زال اللبس بعد العقد و تبين أن المعقود عليها غير المحرم ففى الحكم بصحة النكاح حينئذ تردد، لسبق الحكم ببطلانه، و لأنه وقع مع اعتقاد العاقد عدم صحته.

و اعلم: أن فى قول المصنف: (و لو اشتبهت بمحصور العدد عاده) إشاره إلى المراد من المحصور و غير المحصور، و فيه أيضا تنقيح لقوله قبله: (بأهل قريه) حيث أنه يعلم منه أن المراد قريه لا ينحصر عدد نساها عاده.

و توضيحه: أن المراد من عدم الانحصار عسر عدّهن على آحاد الناس، نظرا إلى أن أهل العرف إذا نظروا إلى مثل ذلك العدد أطلقوا عليه أنه ليس بمحصور لكثرتة، و إلا فلو عمد أحد إلى أكبر بلده ليعد سكانها لأمكنه ذلك.

و قال بعض المحققين: كل عدد لو اجتمعوا على صعيد واحد يعسر على الناظر عدّهم بمجرد النظر- كالألف و الألفين- فهو غير محصور، و إن سهل كالعشر و العشرين فهو محصور، و بين الطرفين وسائط يلحق بأحدهما بالظن، و ما وقع الشك فيه فالأصل وجوب الاجتناب.

و اعلم أيضا: أن قوله: (جاز أن ينكح واحده منهن) ينبغى أن لا يراد به أنه لا يجوز نكاح ما سوى الواحد، إذ لا فرق بين الواحد و المتعدده منهن فى عدم المنع، حتى لو نكح و طلق مرارا لم يمنع من النكاح، إلا إذا أفحش، فإن فيه ترددا، و لو بقى بعد تكرار النكاح عدد محصور فالمنع قريب، مع احتمال الجواز إلى أن تبقى واحده،

و تثبت بالرضاع المحرميه كالنسب، فللرجل أن يخلو بأمه و أخته و ابنته و غيره من بالرضاع كالنسب.

و لا يتعلق به التوارث و استحقاق النفقه، و فى العتق قولان. و النظر فى الرضاع يتعلق بأركانها، و شروطه، و أحكامه:

استصحابا لما كان، و لأن الاشتباه فى المجموع.

قوله: (و تثبت بالرضاع المحرميه كالنسب، و للرجل أن يخلو بأمه و أخته و بنته و غيره من بالرضاع كالنسب، و لا يتعلق به التوارث و استحقاق النفقه، و فى العتق قولان).

لا- ريب أن كل موضع تثبت المحرميه بالنسب تثبت المحرميه بمثل تلك القرابه من الرضاع، فالام من الرضاع محرم كالأم من النسب، و كذا البنت و الأخت و غيره من، و متى تثبت المحرميه بأحد الأمرين ثبت جواز الخلوه، بمعنى: أن ينفرد الرجل بمحرمه من النساء، كأمه و أخته و بنته، من غير أن يكون هناك شخص ثالث له تمييز، و لا يجوز ذلك فى الأجنبية، لما اشتهر من قوله صلى الله عليه و آله: «لا يخلون رجل بامرأه فإن الشيطان ثالثهما» (1) رواه العامه.

و لا يثبت التوارث بالرضاع إجماعا، و كذا استحقاق النفقه و الولايه و الحضانه و تحمل العقل و سقوط القود و المنع من الشهاده و الحبس بالدين.

و فى ثبوت العتق إذا ملك امه و أخته من الرضاع و نحوهما ممن ينعق مثلهن من النسب إذا ملكه قولان، تقدما فى البيع، و سيأتى ذكرهما إن شاء الله تعالى فى العتق، و الأصح الثبوت.

قوله: (و النظر فى الرضاع يتعلق بأركانها و شروطه و أحكامه:

ص: ٢٠٠

المطلب الأول: في أركانه، و هي ثلاثه:

### الأول: المرضعه

الأول: المرضعه، و هي كل امرأه حيه حامل عن نكاح صحيح أو شبهه، فلا- حكم للبن البهيمه، فلو ارتضعا من لبنها لم يحرم أحدهما على الآخر، و لا الرجل و لا الميته و إن ارتضع و أكمل حال الموت باليسير.

و لو در لبن امرأه من غير نكاح لم ينشر حرمة، سواء كانت بكرا أو ذات بعل، صغيره أو كبيره.

و لا يشترط وضع الحمل، بل كون اللبن عن الحمل بالنكاح.

و لو أرضعت من لبن الزنا لم ينشر حرمة، أما الشبهه فكالصحيح على الأقوى. المطلب الأول: في أركانه، و هي ثلاثه:

الأول: المرضعه، و هي كل امرأه حيه حامل عن نكاح صحيح أو شبهه، فلا- حكم للبن البهيمه، فلو ارتضعا من لبنها لم يحرم أحدهما على الآخر، و لا- الرجل و لا- الميته، و إن ارتضع أو كمل حال الموت باليسير، و لو درّ لبن امرأه من غير نكاح لم ينشر حرمة، سواء كانت بكرا أو ذات بعل، صغيره أو كبيره، و لا يشترط وضع الحمل، بل كون اللبن عن الحمل بالنكاح، و لو أرضعت من لبن الزنا لم ينشر، أما الشبهه فكالصحيح على الأقوى).

روى الأصحاب عن الباقر عليه السلام أنه قال: «لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم و ليله، أو خمس عشره رضعه متواليات من امرأه واحده» (1) و فيه دلالة على

ص: ٢٠١

أن الرضاع من لبن البهيمة و الرجل و الخنثى المشكل لا يفيد التحريم، و لا خلاف في ذلك عند الأصحاب.

و عن مالك أن لبن البهيمة يتعلق به التحريم (١)، و ذهب بعض الشافعية إلى تعلق التحريم بلبن الرجل (٢)، و بعض الآخر إلى أن لبن الخنثى يعرض على القوابل، فان قلن مثل هذا اللبن لا يكون إلا للنساء لغزارته حكم بأنوثيته (٣)، و كل ذلك غير معتد به عندنا.

و اما اشتراط الحياه في المرضعه، فلظاهر قوله تعالى وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (٤) مع قوله سبحانه وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٥) فان الميتة لا تعد مرضعه، فهي مما وراء ذلكم و لأن الأصل الإباحه، فيتمسك به إلى قيام المحرم.

فلو ارتضع طفل من ميتة كمال الرضعات، أو ارتضع معظم حال الحياه و كامل الباقي بعد الموت لم يتعلق به تحريم، و تردد المحقق في الشرائع (٦) في الحكم، نظرا إلى صدق اسم الرضاع، و استصحابا للحكم الذي كان ثابتا حال الحياه، و عدم التحريم أظهر، للمعارضه بأصالة بقاء الحل، و الترجيح معنا، لأن المتفاهم من الألفاظ الواردة

ص: ٢٠٢

١- ١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفرة لدينا، بل في المدونه ٢:٤١٥ قال سحنون بن سعيد قلت لعبد الرحمن ابن القاسم: رأيت لو أن صبيين غديا بلبن بهيمه من البهائم أ يكونان أخوين في قول مالك؟ قال: ما سمعت من مالك منه شيئا، و لكني أرى ألا تكون الحرمة في الرضاع إلا في لبن بنات آدم.

٢- ٢) المجموع ١٨:٢٢١ و ٢٣، المغنى لابن قدامه ٩:٢٠٦.

٣- ٣) المجموع ١٨:٢٢١.

٤- ٤) النساء: ٢٣. [١]

٥- ٥) النساء: ٢٤. [٢]

٦- ٦) الشرائع ٢:٢٨٣.

بتحريم الرضاع هو الرضاع من المرأة الحيه، فتعين الحمل عليه لرجحانه.

ولا يخفى أن في قول المصنف: (وإن ارتضع أو كمل حال الموت)، مناقشه، وقد كان الأولى أن يقول: وإن كمل حال الموت باليسير، ليكون المعطوف مع إن الوصلية هو الفرد الأخرى، واشتراط كون اللبن عن نكاح بإجماع الأصحاب.

وروى يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال: قلت له امرأة درّ لبنها من غير ولاده فأرضعت ذكرانا وانا، أ يحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع؟ فقال لي:

«لا» (١).

ويراد بالنكاح هنا الوطاء دون العقد، فيندرج فيه الوطاء بالعقد دائما و متعه و بالملك و ما في معناه، و الشبهه صادقه إذا حصلت من الطرفين أو من أحدهما، و التحريم ثابت في حق من ثبت النسب بالإضافة إليه.

و حاول بقوله: (سواء كانت بكرا أو ذات بعل صغيره أو كبيره) الرد على الشافعي، حيث قال بأن المحرم لبن الكبيره دون الصغيره (٢)، و له قول بأن لبن البكر لا يحرم (٣).

و قول المصنف: (و لا يشترط وضع الحمل، بل كون اللبن عن الحمل بالنكاح) ذكر مثله في التذكرة، و حكاه قولاً عن بعض فقهاءنا، و حكى عن الشيخ في المبسوط (٤) نحوه، ثم حكى أنه قال قبل ذلك ما ينافيه، و أن اللبن الذي ينزل على الأحمال لا حرمة له، و إنما الحرمة لما ينزل على الولاده (٥)، و يلوح من التذكرة الميل إليه، حيث

ص: ٢٠٣

١- ١) الكافي ٥: ٤٤٦ حديث ١٢، [١] الفقيه ٣: ٣٠٨ حديث ١٤٨٤ و فيه عن يونس بن يعقوب، التهذيب ٧: ٣٢٥ حديث ١٣٣٩.

٢- ٢) الوجيز ٢: ١٠٥.

٣- ٣) الوجيز ٢: ١٠٥.

٤- ٤) المبسوط ٥: ٢٩٢-٥: ٢٩٣. [٢]

٥- ٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٧. [٣]

احتج له بروايه يعقوب بن شعيب السابقه، فإنها تدل على أن اللبن الحاصل من غير ولاده لا يحرم (1)، وصرح بذلك فى التحرير حيث قال: ولا من درّ لبنها من غير ولاده (2) وهذا أصح، وقوفا مع الروايه التى لا معارض لها.

ولا خلاف فى أن اللبن الحاصل عن الوطاء زنا لا ينشر، لأن الزنا لا حرمه له ولا يلحق به النسب، وفى صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال سألته عن لبن الفحل؟ فقال: «هو ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك [ولد] (3) امرأه أخرى فهو حرام» (4)، خص عليه السلام لبن الفحل بما يحصل من امرأته، ولا يكون ذلك إلا مع النكاح الصحيح، ولأن اللبن لو درّ عن غير نكاح لم يعتد به، والزنا ساقط لا اعتبار به شرعا، فاللبن الحاصل فى حكم الذى درّ عن غير نكاح.

أما الشبهه فإنه كالصحيح على أقوى القولين، وهو اختيار الشيخ (5) وأكثر الأصحاب (6)، لأن قوله تعالى وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (7) يتناوله.

و تردد ابن إدريس (8) فى ذلك، نظرا إلى أنه ليس وطئا صحيحا، وضعفه ظاهره، تمسكا بظاهر الآية، ولأنه كالصحيح فى النسب، واللبن تابع له.

ولو اختصت الشبهه بالرجل أو المرأة فالتحريم بالرضاع إنما هو بالنسبه إلى من يثبت النسب فى حقه، لعدم القائل بالفصل، ولأن اللبن تابع للنسب.

ص: ٢٠٤

١- ١) المصدر السابق.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢: ٩. [١]

٣- ٣) زياده من مصادر الحديث.

٤- ٤) الكافى ٥: ٤٤٠، حديث ١، [٢] التهذيب ٧: ٣١٩، حديث ١٣٦٠، الاستبصار ٣: ١٩٩، حديث ٧١٩.

٥- ٥) المبسوط ٥: ٢٩١-٢٩٢. [٣]

٦- ٦) منهم المحقق فى الشرائع ٢: ٢٨٢، والشهيد فى اللمعه: ١٨٨. [٤]

٧- ٧) النساء: ٢٣. [٥]

٨- ٨) السرائر: ٢٩٣.



ولا يشترط اذن المولى فى الرضاع ولا الزوج. و لو طلق الزوج و هى حامل منه أو مرضعه، فأرضعت من لبنه ولدا، نشر الحرمة كما لو كانت تحته.

و لو تزوجت بغيره و دخل الثانى و حملت، و لم يخرج الحولان و أرضعت من اللبن الأول، نشر الحرمة من الأول.

أما لو انقطع ثم عاد فى وقت يمكن ان يكون للثانى، فهو له دون الأول.

و لو اتصل حتى تضع من الثانى كان ما قبل الوضع للأول، و ما بعده للثانى. قوله: (و لا يشترط اذن المولى فى الإرضاع و لا الزوج).

أما الزوج فظاهر، لأنه لم يملك الزوجه و لا- لبناها و إن كان منسوباً إليه، و غاية ما هناك أنه يلزم من الإرضاع ارتكاب محرم بتعطيل بعض حقوق الزوج من الانتفاع بها، و هذا لا ينفى تعلق التحريم بالإرضاع.

و كذا القول فى الأمه، فإن تصرفها فى لبناها و إن كان محرماً لأنه مال الغير، إلا أنه لا منافاه بين التحريم و بين كون الإرضاع محرماً، و إطلاق النصوص يتناول هذا الإرضاع.

قوله: (و لو طلق الزوج و هى حامل منه أو مرضع فأرضعت من لبنه ولدا نشر الحرمة كما لو كانت تحته، و لو تزوجت بغيره و دخل الثانى و حملت و لم يخرج الحولان و أرضعت من لبن الأول نشر الحرمة من الأول، أما لو انقطع ثم عاد فى وقت يمكن أن يكون للثانى فهو له دون الأول، و لو اتصل حتى تضع من الثانى كان ما قبل الوضع للأول و ما بعده للثانى).

إذا طلق الزوج أو مات و الزوجه حامل منه فوضعت أو كانت مرضعاً فأرضعت

ولدا، فهناك صور:

أ: أن يكون إرضاعها قبل أن تنكح زوجها غيره، فاللبن للأول قطعاً، والموت والطلاق لا يقطع نسبه اللبن عنه، ولا فرق بين أن ترضع في العده أو بعدها، ولا بين أن ينقطع اللبن ثم يعود و عدمه مع حصول باقى الشرائط، لأنه لم يحدث ما يحال اللبن عليه، فهو على استمراره، لكن إن اشترطنا كون الرضاع و ولد المرضعه فى الحولين اعتبر كون الرضاع قبل مضى حولين من حين الولادة، وإلا فلا.

ب: أن يكون بعد أن تزوجت و لم تحمل من الثانى، فالحكم كما لو لم تتزوج.

ج: أن يكون بعد الحمل من الثانى و قبل الولادة و اللبن بحاله لم ينقطع و لم يحدث فيه زياده، فهو للأول قطعاً، قال فى التذكرة: و لا نعلم فيه خلافاً (١)، و يؤيده العمل بالاستصحاب حيث لم يتجدد ناقل.

د: أن يكون بعد الحمل من الثانى و قبل الوضع و قد تجدد فى اللبن زياده يمكن استنادها إلى الحمل من الثانى، فاللبن للأول، و قد صرح به فى التذكرة (٢)، استصحاباً لما كان، و الحمل لا يزيل الحكم السابق، و الزيادة لا أثر لها، لأن اللبن قد يزيد عن غير إحبال.

و للشافعى تفصيل، محصّله: أنه إن زاد اللبن بعد أربعين يوماً من الحمل الثانى، فأحد القولين أنه لكل من الزوجين، عملاً بالظاهر، و هو أن بلوغ الحمل المده المذكوره يستدعى وجود اللبن غالباً، فيكون المتجدد مضافاً إلى السابق، و إلا فهو للأول (٣)، و لا اعتبار بهذا التفصيل عندنا.

ه: أن ينقطع اللبن انقطاعاً بيناً، أعنى مده طويله لا يتخلل مثلها اللبن

ص: ٢٠٦

١- ١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦١٦. [١]

٢- ٢) المصدر السابق. [٢]

٣- ٣) المجموع ٢٢٤: ١٨-٢٢٦.

الواحد غالباً، فلا اعتبار بالانقطاع زماناً يسيراً ثم يعود في وقت يمكن أن يكون للثاني، وذلك بعد مضي أربعين يوماً من الحمل الثاني على ما حكاه المصنف في التذكرة (١) عن العامه، ولم يردّه، فإنه يكون للثاني، صرح به الشيخ (٢) والجماعه، لأنه لما انقطع زال حكم الأول، فإذا عاد وقد وجد بسبب يقتضيه وجب حالته عليه، لزوال حكم الأول بالانقطاع، فعوده يحتاج إلى دليل، بخلاف ما إذا لم يتجدد سبب آخر يحال عليه، فإنه يكون للأول، لانتفاء ما يقتضى خلافه.

و للعامه في هذا اختلاف على أقوال:

أحدها هذا (٣)، والثاني أنه للأول (٤)، والثالث أنه لهما (٥)، والمختار عندنا الأول.

و: أن يكون بعد الوضع، فهو للثاني قطعاً، ونقل المصنف فيه الإجماع في التذكرة (٦)، وعلى هذا فإذا اتصل اللبن إلى وضع الحمل الثاني، فما قبل الوضع للأول و ما بعده للثاني، وتقريبه معلوم مما سبق.

و اعلم: أن عبارته الكتاب تضمنت أربع صور من هذه الصور، وهي: الأولى و هو ظاهر، و كل من الثالثه و الرابعه مشموله بقوله: (و لو تزوجت بغيره و دخل الثاني و حملت.) فإنه بإطلاقه [يتناولهما] (٧) لكن قوله: (و أرضعت من لبن الأول) قاصر عن بيان حكمهما، إذ المقصود من هذه المسائل هو بيان كون اللبن للأول أو للثاني، و أما ترتب التحريم بالنسبه إلى صاحب اللبن فليس مقصوداً بهذه المسائل، و قوله: (أما لو

ص: ٢٠٧

١- ١) تذكرة الفقهاء ٦١٦: ٢. [١]

٢- ٢) المبسوط ٣١١: ٥.

٣- ٣) المجموع ٢٢٦: ١٨.

٤- ٤) المصدر السابق.

٥- ٥) المصدر السابق.

٦- ٦) تذكرة الفقهاء ١١٦: ٢. [٢]

٧- ٧) في جميع النسخ: يتناولها، و المثبت هو الأنسب للسياق.

و تستحب أن تسترضع العاقله العفيفه المؤمنه الوضيئه.

و لا تسترضع الكافره، فإن اضطر استرضع الكتابيه و منعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير.

و يكره أن يسلمه إليها لتحمله إلى منزلها، و استرضاع من ولادتها عن زنا، و روى إباحه الأمه منه ليطيب اللبن و استرضاع ولد الزنا، و تتأكد الكراهيه في المجوسيه. انقطع. مبين لحكم السادسة. و قوله: (و لو اتصل.) منقح لحكم الثالثه و الرابعه، فإن محصله أن كون اللبن للأول مستمرا إلى وضع الحمل.

قوله: (و يستحب العاقله المؤمنه العفيفه الوضيئه، و لا تسترضع الكافره، فإن اضطرّ استرضع الكتابيه و منعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير، و يكره أن يسلمه إليها لتحمله إلى منزلها و استرضاع من ولادتها عن زنا، و روى إباحه الأمه منه ليطيب اللبن و استرضاع ولد الزنا، و تتأكد الكراهيه في المجوسيه).

أفضل ما يرضع به الصبي لبن امه، لما رواه طلحه بن زيد في الموثق عن الصادق عليه السّلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام: ما من لبن يرضع به الصبي أعظم بركه عليه من لبن امه» (١).

و يستحب استرضاع العاقله المؤمنه العفيفه الوضيئه الحسنه، لما رواه محمد بن مروان عن الباقر عليه السّلام قال لى: «استرضع لولدك بلبن الحسان، و إياك و القباح، فإن اللبن قد يعدى» (٢).

و في الصحيح عن زراره عن الباقر عليه السّلام قال: «عليكم بالوضاءه من

ص: ٢٠٨

١- ١) الكافي ٦:٤٠ حديث ١، [١] الفقيه ٣:٣٠٥ حديث ١٤٦٥، التهذيب ٨:١٠٨ حديث ٣٦٥.

٢- ٢) الكافي ٦:٤٤ حديث ١٢، [٢] التهذيب ٨:١١٠ حديث ٣٧٦.

الظُّورَه فان اللبن قد يعدى» (١) ولأن الرضاع مؤثر في الطباع والأخلاق، روى عنه صلى الله عليه وآله انه قال: «أنا سيد ولد آدم بيد أنى من قريش و نشأت فى بنى سعد و ارتضعت من بنى زهره» و يروى: «أنا أفصح العرب بيد أنى من قريش» إلى آخره، و كانت هذه القبائل أفصح العرب، فافتخر بالرضاع كما افتخر بالنسب، و عن الصادق عليه السّلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام: انظروا من ترضع أولادكم فإن اللبن يشب عليه» (٢).

و منه يعلم كراهيه استرضاع الكافره و المجوسيه أشد، لقول الصادق عليه السّلام: «لا يسترضع للصبي المجوسيه، و يسترضع له اليهوديه و النصرانيه، و لا يشربن الخمر، و يمنعهن من ذلك» (٣).

و قال عليه السّلام و قد سئل عن مظائره المجوسى؟ فقال: «لا و لكن أهل الكتاب» (٤).

و الحاصل أنه إذا اضطر استرضع اليهوديه و النصرانيه، و يمنعها من شرب الخمر.

و هل هو على طريق الوجوب؟ ظاهر الأمر فى قول الصادق عليه السّلام: «إذا أرضعن لكم فامنعوهن من شرب الخمر» (٥) ذلك، و ليس ببعيد، لأن أثره فى طباع الولد خبيث، و يتصور المنع إذا كانت المرضعه أمه للمسترضع، أو استأجرها للرضاع و شرط عليها الامتناع من ذلك.

و لا ريب أنه يكره تسليم الولد إليها لتحمله الى منزلها، إذ ليست مأمونه عليه،

ص: ٢٠٩

١ - ١) الكافي ٦: ٤٤ حديث ١٣، [١] الفقيه ٣: ٣٠٧ حديث ١٤٧٩، التهذيب ٨: ١١٠ حديث ٣٧٧، و فى جميع المصادر: «فان اللبن يعدى».

٢ - ٢) الكافي ٦: ٤٤ حديث ١٠. [٢]

٣ - ٣) الكافي ٦: ٤٤ حديث ١٤، [٣] الفقيه ٣: ٣٠٨ حديث ١٤٨٢، التهذيب ٨: ١١٠ حديث ٣٨٤.

٤ - ٤) الكافي ٦: ٤٢ حديث ٢، [٤] التهذيب ٨: ١٠٩ حديث ٣٧٢.

٥ - ٥) الكافي ٦: ٤٢ حديث ٣. [٥]

الركن الثاني: اللب و يشترط وصول عينه خالصا إلى المحل من الثدي، فلو احتلب ثم وجر في حلقه، أو أوصل إلى جوفه بحقنه أو سعوط، أو تقطير في إحليل أو جراحه، أو جبن له فأكله، أو ألقى في فم الصبي مائع و كذا يكره استرضاع الحمقاء، و كذا من ولادتها عن زنا، و كذا من كانت بنت زنا، لموثقه عبد الله (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له امرأه ولدت من الزنا اتخذها ظئرا؟ فقال: «لا تسترضعها ولا ابنتها» (٢).

و أشار المصنف بقوله: (و روى). إلى ما رواه إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام، قال: سألته عن غلام لى وثب على جاريه لى فأحبها فولدت و احتجنا إلى لبنا، فإن أحللت لهما ما صنعا أ يطيب لبنا؟ قال: «نعم» (٣).

و روى فى الحسن عن هشام بن سالم و جميل بن دراج و سعد بن أبى خلف عن الباقر (٤) عليه السلام، فى المرأه يكون لها الخادم قد فجرت يحتاج إلى لبنا، قال: «مرها فلتحللها يطيب اللبن» (٥). و لا- معارض لهما، فان قلنا بهما فهل يتعدى الحكم إلى التحليل من المال ك ليطيب لبن بنت الزانية و هى المخلوقه من الزنا إذا كانت أمها أمه (٦)؟ قوله: (الركن الثاني: اللب، و يشترط وصول عينه خالصا إلى المحل من الثدي، فلو احتلب ثم وجر فى حلقه، أو أوصل إلى جوفه بحقنه أو سعوط أو تقطير فى إحليل أو جراحه أو جبن له فأكله، أو ألقى فى فم

ص: ٢١٠

١- ١) كذا «ش» و «ض» و فى المصادر: عبيد الله، و الظاهر هو الصحيح.

٢- ٢) الكافي ٦: ٤٢ حديث ١، [١] التهذيب ٨: ١٠٨ حديث ٣٦٧، الاستبصار ٣: ٣٢١ حديث ١١٤٣.

٣- ٣) الكافي ٦: ٤٣ حديث ٦، [٢] التهذيب ٨: ١٠٩ حديث ٣٦٩، الاستبصار ٣: ٣٢٢ حديث ١١٤٥.

٤- ٤) كذا فى نسخ جامع المقاصد كافه، لكن فى مصادر الحديث و إيضاح الفوائد ٣: ٤٥ و الجواهر ٣٩: ٣٠٨ و [٣] بقيه الكتب الفقيهيه: عن أبى عبد الله (عليه السلام).

٥- ٥) الكافي ٥: ٤٧٠ حديث ١٢ و ٦: ٤٣ [٤] حديث ٧، التهذيب ٨: ١٠٩ حديث ٣٧٠، الاستبصار ٣: ٣٢٢ حديث ١١٤٦.

٦- ٦) كذا، و لم يجب عن هذه المسأله المصنف.

فامتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرج عن مسمى اللبن لم ينشر حرمه. الصبي مائع فامتزج باللبن حال ارتضاعه حتى يخرج عن مسمى اللبن لم ينشر حرمه).

لا- خلاف عند أصحابنا في أن المعتبر في الرضاع المحرم وصول عين اللبن خالصا إلى المحل، فلو جبن له فأكله، أو امتزج بمائع أخرجه عن مسمى اللبن لم ينشر، ويدل عليه ظواهر النصوص (١) التي علق الحكم بالتحريم فيها على اسم الرضاع، فان مثل ذلك لا يسمى رضاعا، ومثله الإيصال إلى جوفه بحقنه أو سعوط أو تقطير في إحليل أو جراحه.

و اختلفوا في اشتراط الامتصاص من الثدي، فالأكثر (٢) على اشتراطه، فلو احتلب اللبن ثم وجر في حلق الرضيع لم ينشر حرمه.

وقال ابن الجنيد ينشر (٣)، وهو قول الشيخ في المبسوط (٤)، لظاهر قول الصادق عليه السلام في صحيحه جميل بن دراج: «إذا رضع الرجل من لبن امرأه حرم عليه كل شيء من ولدها» (٥).

و جوابه: أنا نمنع صدق الرضاع مع الوجور.

و الأصح الأول، لقول الصادق عليه السلام: «لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضعا من ثدى واحد حولين كاملين» (٦).

و ظاهر أن المراد به في مدته حولين كاملين، للدلالة النصوص على الاكتفاء بخمس عشره رضعه، و لقول الباقر عليه السلام: «لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم

ص: ٢١١

١- (١) التهذيب ٧:٣١٣ و ٣١٥ حديث ١٢٩٨ و ١٣٠٤ و ١٣٠٦.

٢- (٢) منهم المصنف في المختلف: ٥١٩، و التذكرة ٢:٦١٨ و [١] المحقق في الشرائع ٢:٢٨٣، و غيرهما.

٣- (٣) المختلف: ٥١٩.

٤- (٤) المبسوط ٥:٢٩٥.

٥- (٥) التهذيب ٧:٣٢٢ حديث ١٣٢٥، الاستبصار ٣:٢٠١ حديث ٧٢٨.

٦- (٦) الفقيه ٣:٣٠٧ حديث ١٤٧٦، التهذيب ٧:٣٠٧ حديث ١٣١٠، الاستبصار ٣:١٩٧ حديث ٧١٣.

الركن الثالث: المحل، و هو معدة الصبي الحى، فلا اعتبار بالإيصال إلى معدة الميت، فلو وجر لبن الفحل فى معدته لم يصير ابنا و لا زوجته حليله ابن، و لا- بالإيصال إلى جوف الكبير بعد الحولين. و ليله، أو خمس عشره رضعه متواليات من امرأه واحده» (١) و جعل الرضاع المحرم ما كان مبدأه من المرأه، و لأن الأصل الإباحه حتى يثبت المحرم (٢).

قوله: (الركن الثالث: المحل، و هو معدة الصبي الحى، فلا اعتبار بالإيصال إلى معدة الميت، فلو وجر لبن الفحل فى معدته لم يصير ابنا، و لا زوجته حليله ابن بالإيصال إلى جوف الكبير بعد الحولين).

يشترط فى وصول اللبن فى الرضاع ليثبت التحريم وصوله إلى معدة الصبي، فلا- اعتبار بوصوله إلى دماغه أو حلقه-بغير خلاف عندنا- ما لم يبلغ المعده.

و يشترط بقاءه فيها، فلو تقيأه فى الحال لم يعتد به، و هو مقرب التذكره (٣)، لعدم صلاحية الاغتذاء (٤) به، و انتفاء إنبات اللحم و شدّ العظم عنه.

و كذا يشترط كون الصبي حيا، فلو وجر لبن الفحل فى معدة الميت لم يتعلق به التحريم، لعدم صدق الرضاع و الارتضاع اللذين وردت بهما النصوص، و لا يصير بذلك ابنا للفحل و لا زوجته حليله ابن، إلى غير ذلك من أحكام الرضاع.

و كذا يشترط كون الرضاع فى الحولين عند جميع علمائنا، فلو ارتضع بعد الحولين لم ينشر حرمه لما رووه من أن النبى صلى الله عليه و آله قال: «لا رضاع إلا ما كان فى حولين» (٥) و روى الأصحاب عن الصادق عليه السلام أنه قال: «لا رضاع بعد

ص: ٢١٢

١- ١) التهذيب ٧:٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣:١٩٣ حديث ٦٩٦.

٢- ٢) فى «ش» جاء بعد هذا: لو قاء اللبن فى الحال بعد وصوله الى الجوف لم يؤثر، و لو تراخى زمانه فإشكال.

٣- ٣) التذكره ٢:٣٧٢.

٤- ٤) فى «ش»: الاعتداد.

٥- ٥) سنن البيهقى ٧:٤٦٢، كنز العمال ٦:٢٧٩ حديث ١٥٧٠٥.



المطلب الثاني: في شرائطه، وهي أربعة:

**الأول: الكمية**

الأول: الكمية، ويعتبر التقدير بأحد أمور ثلاثة: أما ما أنبت اللحم وشد العظم، أو رضاع يوم و ليله، أو خمس عشره رضعه، و في العشر قولان، و لا حكم لما دون.

**الثاني: يشترط كماله الرضعات و تواليها و الارتضاع من الثدي**

الثاني: يشترط كماله الرضعات و تواليها و الارتضاع من الثدي، فطام، قيل له: و ما الفطام؟ قال الحولين اللذين قال الله عز و جل» (١) و قال عليه السلام:

«الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم» (٢) أراد به عليه السلام قبل أن يفطم غالبا.

فرعان: الأول اعتبار الشهور في الحولين بالأهله، فلو انكسر الأول أكمل ثلثين من الشهر الخامس و العشرين و اعتبر ثلاثة و عشرون هلالا، ذكره في التذكرة (٣)، و يجيء فيه الخلاف المشهور في نظائره.

الثاني: لو خرج بعض الصبي فارتضع قبل انفصاله و أكمل النصاب بعده ففي ثبوت التحريم إشكال.

قوله: (المطلب الثاني: في شرائطه و هي أربعة: الكمية، و يعتبر التقدير بأحد أمور ثلاثة: إما ما أنبت اللحم. و شدّ العظم، أو رضاع يوم و ليله، أو خمس عشره رضعه، و في العشر قولان، و لا حكم لما دون العشر، و يشترط كماله الرضعات و تواليها و الارتضاع من الثدي).

قد ذكر أن شرائط الرضاع ليثمر التحريم أربعة، و عدّ ثلاثة:

أ: الكمية، و قد قدرها الأصحاب بأحد أمور ثلاثة، و هي: ما أنبت اللحم و شدّ

١ - ١) الكافي ٥: ٤٤٣ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٣١٨ حديث ١٣١٣.

٢ - ٢) الكافي ٥: ٤٤٣ حديث ١، [٢] التهذيب ٧: ٣١٨ حديث ١٣١٢.

٣ - ٣) التذكرة ٢: ٦١٩. [٣]

العظم، أو رضاع يوم و ليله، أو التقدير بالعدد، و هو خمس عشره رضعه، أو العشر على اختلاف القولين.

و الأصل فى ذلك ما رووه عن النبى صَلَّى الله عليه و آله قال: «الرضاع ما أنبت اللحم و شدَّ العظم» (١).

و روى الأصحاب عن الصادق عليه السَّلام أنه قال: «لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم و شدَّ العظم» (٢).

و سأل عبد الله بن سنان الكاظم عليه السَّلام قال: قلت له: يحرم من الرضاع الرضعه و الرضعتان و الثلاث؟ قال: «لا، إلا ما اشتدَّ عليه العظم و نبت اللحم» (٣).

و عن الباقر عليه السَّلام: «لا يحرم من الرضاع أقل من رضاع يوم و ليله أو خمس عشره رضعه» الحديث (٤).

و هنا مباحث:

أ: هذه التقادير الثلاثة أصول لورود النص بكل منها، و قال فى المبسوط: إن الأصل هو العدد و الباقيان إنما يعتبران عند عدم انضباطه (٥)، و هو اللائح من عبارته التذكرو حيث قال: الرضاع المحرم ما حصل به أحد التقادير الثلاثة: إما رضاع يوم و ليله لمن لم يضبط العدد إلى آخره (٦).

و يمكن أن يقال لو جعل كل واحد من هذه التقديرات أصلاً لزم عدم اعتبار العدد فى حصول التحريم، فإنه لو فرض حصول رضاع ينبت اللحم و يشد العظم أو

ص: ٢١٤

١- (١) سنن أبى داود ٢:٢٢٢ حديث ٢٠٥٨. [١]

٢- (٢) الكافي ٥:٤٣٨ حديث ١، [٢] التهذيب ٧:٣١٢ حديث ١٢٩٣، الاستبصار ٣:١٩٣ حديث ٦٩٨.

٣- (٣) الكافي ٥:٤٣٨ حديث ٦، [٣] التهذيب ٧:٣١٢ حديث ١٢٩٥، الاستبصار ٣:١٩٣ حديث ٧٠٠.

٤- (٤) التهذيب ٧:٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣:١٩٢ حديث ٦٩٦.

٥- (٥) المبسوط ٥:٢٩٢.

٦- (٦) التذكرة ٢:٦٢٠. [٤]

رضاع يوم و ليله و لم يبلغ العدد المذكور، ثبت التحريم بدون ثبوت العدد، فلا- يكون العدد معتبرا، و هو باطل، فتعين حينئذ التأليف بالحمل الذى ذكره.

و قد يجاب بإمكان التأليف بوجه آخر، و هو أن يحمل اعتبار العدد على ما إذا لم يحصل رضاع يوم و ليله على الوجه المعتبر و تخلل بين الرضعات تراخ استغنى الرضيع فيه بالطعام، فلم يتحقق إنبات اللحم و شد العظم، فإنه لا بد من حصول العدد كله، و ليس بعيد هذا، لأن ظاهر النصوص أنه متى حصل رضاع يوم و ليله تحقق التحريم و إن لم يبلغ العدد، فيكون كل منهما أصلا برأسه.

ب: المراد برضاع يوم و ليله الرضاع الذى تقتضيه العاده فى طول اليوم و الليله من غير اعتبار عدد، و أما ما أنبت اللحم و شدّ العظم فإن الأصحاب لم يذكروا له حدا يرجع إليه فيه، و يمكن اعتبار الرجوع فيه إلى قول طيبين (1) عادلين عارفين بذلك، و قد اختلفت الروايات فى أن العشر رضعات تنبت اللحم و تشدّ العظم، ففى بعضها أنها تنبت (2)، و فى بعضها لا (3).

ج: اختلف الأصحاب فى عدد الرضاع المحرّم، فقال ابن الجنيد إن ما وقع عليه اسم الرضعه محرّم، و قال المفيد (4) و التقى (5) و سلار (6) و ابن البراج (7) و أبو الصلاح (8)

ص: ٢١٥

١- ١) لفظ اطييين ما لم يرد «ض».

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣١٤ و ٣١٥ حديث ١٣٠٢ و ١٣٠٣ و ١٣٠٥، الاستبصار ٣: ١٩٤ و ١٩٦ حديث ٧٠٢ و ٧٠٣ و ٧٠٩.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣١٣ حديث ١٢٩٨ و ١٢٩٩، الاستبصار ٣: ١٩٥ حديث ٧٠٤ و ٧٠٥.

٤- ٥) المقنعه: ٧٧.

٥- ٦) نقله عن التقى العلامه فى المختلف: ٥١٨.

٦- ٧) المراسم: ١٤٩.

٧- ٨) المهذب ٢: ١٩٠.

٨- ٩) الكافى فى الفقه: ٢٨٥. [١]

و ابن حمزه (١) و ابن أبي عقيل (٢): إن العشر محرّمه، و اختاره المصنف في المختلف (٣)، لعموم قوله تعالى وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (٤) و نظائره من العمومات، و لصحيحه الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السّلام قال: «لا يحرم من الرضاع إلا المحبور» (٥) قال قلت: و ما المحبور؟ قال «أم ظئر تستأجر أو أمه تشتري ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبي و ينام» (٦) و لأن العشر ينبت اللحم، لصحيحه عبيد بن زراره عن الصادق عليه السّلام إلى أن قال: فقلت و ما الذي ينبت اللحم و الدم؟ فقال:

«كان يقال عشر رضعات» (٧).

ص: ٢١٦

١- ١) الوسيله: ٣٥٥. [١]

٢- ٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥١٨.

٣- ٣) المصدر السابق.

٤- ٤) النساء: ٢٣. [٢]

٥- ٥) اختلفت المصادر في ضبط هذه الكلمه، ففي نسخه «ض»: المحبور، و في نسخه «ش» و المختلف: ٥١ و إيضاح الفوائد ٣: ٣٦ و الوسائل ١٤: ٢٨٥ [٣] المحبور، و في التهذيب ٧: ٣١٥ حديث ١٣٠٥ و الاستبصار ٣: ١٩٦ حديث ٧٠٩ و الفقيه ٣: ٣٠٧ حديث ١٤٧٤: المحبور، و نقل الطريحي في مجمعه ٣: ٢٤٣ [٤] عن شارح الشرائع إنه وجد لفظه المحبور مضبوطه بخط الصدوق بالجيم و الباء في كتابه المقنع، و قال الطريحي في مجمعه أيضا [٥] ٣: ٢٥٧: و قد اضطربت النسخ في ذلك ففي بعضها بالحاء المهمله و في بعضها بالجيم و في بعضها بالحاء المعجمه و لعله الصواب.

٦- ٦) نقل هذا الحديث بهذا النص العلامه في المختلف: ٥١٨ و فخر المحققين في الإيضاح ٣: ٤٦، و ذكره الصدوق في الفقيه ٣: ٣٠٧ حديث ١٤٧٤ من دون ذكر عبارته: ثم ترضع عشر. و ذكره الشيخ في التهذيب ٧: ٣١٥ حديث ١٣٠٥ و الاستبصار ٣: ١٩٦ حديث ٧٠٩ بهذه اللفظه: عن ابي جعفر «عليه السّلام» قال: «لا- يحرم من الرضاع إلا- المحبوره أو خادم أو ظئر ثم يرضع عشر رضعات يروى الصبي و ينام».

٧- ٧) الكافي ٥: ٤٣٩، حديث ٩، [٦] التهذيب ٧: ٣١٣، حديث ١٢٩٦، الاستبصار ٣: ١٩٤، حديث ٧٠١.

و ذهب الشيخ فى كتبه إلى عدم التحريم إلا بخمس عشره (١)، و اختاره ابن إدريس (٢) و المصنف فى أكثر كتبه (٣) و نجم الدين بن سعيد (٤) و عامه المتأخرين، و هو الأصح، للأصل و الاستصحاب.

و لما رواه زياد بن سوجه، قال: قلت لأبى جعفر عليه السّلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال: «لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم و ليله أو خمس عشره رضعه متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم يفصل بينهم رضعه امرأه غيرها» الحديث (٥).

و لصحيحه على بن رئاب عن الصادق عليه السّلام قال قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: «ما أنبت اللحم و شدّ العظم» قلت: فتحرم عشر رضعات؟ قال: «لا إنها (٦) لا تنبت اللحم و لا تشدّ العظم عشر رضعات» (٧).

و قريب منه موثقه عبید بن زرارہ عنه عليه السّلام (٨)، و موثقه عبد الله بن بكير عنه عليه السّلام (٩).

ص: ٢١٧

١- ١) المبسوط ٤: ٢٠٤ و ٥: ٢٩٢، النهاية: ٤٦١، [١] الخلاف ٣: ٨١ مسأله ٣.

٢- ٢) السرائر: ٢٩٣.

٣- ٣) منها التذكرة ٢: ٦٢٠، و [٢] التحرير ٢: ٩. [٣]

٤- ٤) الشرائع ٢: ٢٨٢.

٥- ٥) التهذيب ٧: ٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣: ١٩٢ حديث ٦٩٦.

٦- ٦) فى التهذيب و الاستبصار: لأنها.

٧- ٧) التهذيب ٧: ٣١٣ حديث ١٢٩٨، الاستبصار ٣: ١٩٥ حديث ٧٠٤.

٨- ٨) التهذيب ٧: ٣١٣ حديث ١٢٩٩، الاستبصار ٣: ١٩٥ حديث ٧٠٥.

٩- ٩) التهذيب ٧: ٣١٣ حديث ١٣٠٠، الاستبصار ٣: ١٩٥ حديث ٧٠٦.

فلو ارتضع رضعه ناقصه لم تحسب من العدد، والمرجع في كماله الرضعه إلى العرف.

وقيل: إن يروى و يصدر من قبل نفسه، فلو لفظ الثدي ثم عاوده، فإن كان قد أعرض أولاً فهي رضعه و إن كان للتنفس أو الالتفات إلى ملاعب أو الانتقال إلى ثدى آخر كان الجميع رضعه.

و ظاهر قوله عليه السلام في الروايه السالفه (١): «كان يقال» عدم الرضى بذلك، و تمام الحديث أنه سأله هل يحرم بعشر رضعات؟ فقال: «دع ذا» و قال: «ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع» و إعراضه عن الجواب يشعر بالتقية.

و اعلم أنه يلوح من قول المصنف: (و لا حكم لما دون العشر) بعد قوله: (و في العشر قولان) أن ما دون العشر لا خلاف فيه عندنا، و كأنه لم يلتفت إلى خلاف ابن الجنيدي (٢).

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يعتبر في الرضعات ليتحقق العدد قيود ثلاثه: كماله كل واحده منها، و تواليها، و الارتضاع من الثدي.

أما الكماله فلعدم صدق الرضعه إذا كانت ناقصه، و أما التوالى فلما دل عليه حديث زياد بن سوجه السالف، و أما الارتضاع من الثدي فلما تقدم من أنه لو وجر اللبن بعد احتلابه في حلق الطفل لم يصدق الرضاع و لم يثبت التحريم.

قوله: (فلو ارتضع رضعه ناقصه لم يحسب من العدد، و المرجع في كماله الرضعه إلى العرف، و قيل: أن يروى و يصدر من قبل نفسه، فلو لفظ الثدي ثم عاوده، فإن كان قد أعرض أولاً فهي رضعه، و إن كان للتنفس أو الالتفات إلى ملاعب أو الانتقال إلى ثدى آخر كان الجميع رضعه، و لو منع

ص: ٢١٨

١- ١) و هي روايه عبيد بن زراره المتقدمه.

٢- ٢) المختلف: ٥١٨.

و لو منع قبل استكمالها لم تحسب، و لو لم يحصل التوالى لم ينشر، كما لو أرضعت امرأة خمسا كامله، ثم ارتضع من اخرى، ثم أكمل من الاولى العدد لم ينشر، و بطل حكم الأول و ان اتحد الفحل.

و لو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر ما لم يكمل من واحده خمس عشره رضعه كامله ولاء.

و لو ارتضع من كل واحده خمس عشره رضعه كامله متواليه حرمن كلهن و لا- يشترط عدم تخلل المأكول و المشروب بين الرضعات، بل عدم تخلل الرضاع و إن كان أقل من رضعه. قبل استكمالها لم يحتسب، و لو لم يحصل التوالى لم ينشر، كما لو أرضعت امرأة خمسا كامله ثم ارتضع من اخرى ثم أكمل من الاولى العدد لم ينشر و بطل حكم الأول و إن اتحد الفحل، و لو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر ما لم يكمل من واحده خمس عشره رضعه كامله ولاء، و لو ارتضع من كل واحده خمس عشره رضعه متواليه كامله حرمن كلهن، و لا يشترط عدم تخلل المأكول و المشروب بين الرضعات، بل عدم تخلل رضاع و إن كان أقل من رضعه).

لا- ريب أنه لو ارتضع رضعه ناقصه لم يحتسب من العدد، و لكن لو أكملها احتسب، كما لو التفت إلى ملاعب أو حصل نوم خفيف ثم عاد، و لو طال الزمان كثيرا ففي اعتبار إكمالها نظر، ينشأ: من انتفاء الوحده عرفا، و من أن الفرض حصول القدر الذى يساوى الرضعه الواحده، و يلوح من تقديرهم الزمان المتخلل بالقليل - كما قيد فى التذكرة النوم بكونه خفيفا (1) و نحو ذلك فى كلامه هنا و هناك- أن تخلل الكثير مانع من الاحتساب.

ص: ٢١٩

## الثالث: أن يكون الرضاع في الحولين و إن كان بعد فطامه

الثالث: أن يكون الرضاع في الحولين و إن كان بعد فطامه، و يعتبر في المرتضع إجماعاً دون ولد المرضعه على الأقوى.

و المرجع في كماله الرضعه إلى العرف، إذ الشارع لم يعين لها قدراً مضبوطاً و لم يحدّها بزمان، فدل ذلك على أنه جعل المرجع العرف، كما هو عادته في أمثاله، و لأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية، و قيل أن يروى و يصدر عن رى من قبل نفسه، و القولان للشيخ (١)، و هما في المعنى واحد.

و كان المصنف أراد بقوله: (و قيل) حكاية اختلاف العبارة في ضبط الكماله، إلا أنه قول مستقل، و ينبه عليه أنه في التذكرة قال: إن المرجع في الكماله إلى العرف، ثم قال: إذا ارتضع الصبي و روى و قطع قطعاً بينا باختياره و أعرض أعراضاً ممتل باللبن كان ذلك رضعه (٢)، فجعل العبارة معاً حد الكماله.

و اما التوالى فيتحقق بأن لا يرتضع من امرأه خلال رضاعه من اخرى و إن كان لبن كل منهما لفحل واحد عندنا - خلافاً لبعض العامة (٣) - لقول الباقر عليه السلام: «لا يحزّم الرضاع أقل من رضاع يوم و ليله أو خمس عشره رضعه متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد» (٤).

و أشار عليه السلام بقوله: «من امرأه واحده» إلى آخره، إلى تفسير متواليات، فيعلم منه أن تخلل المأكول أو المشروب أو طول الزمان لا يخل بالتوالى.

قوله: (الثالث: أن يكون الرضاع في الحولين و إن كان بعد فطامه، و يعتبر في المرتضع إجماعاً دون ولد المرضعه على الأقوى).

ص: ٢٢٠

١- ١) المبسوط ٥: ٢٩٤، الخلاف ٣: ٨٢ مسألة ٣ و ص ٨٣ مسألة ٦ من كتاب الرضاع.

٢- ٢) التذكرة ٢: ٦٢٠. [١]

٣- ٣) انظر: المجموع ١٨: ٢٢٨، المغنى لابن قدامة ٩: ٢٠٧.

٤- ٤) التهذيب ٧: ٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣: ١٩٢ حديث ٦٩٦.



و لو أكمل الأخيره بعد الحولين لم ينشر، و ينشر لو تمت مع تمام الحولين. و لو أكمل الأخيره بعد الحولين لم ينشر، و ينشر لو تمت مع تمام الحولين).

الشرط الثانى من شرائط الرضاع المحرّم: كون الرضاع واقعا قبل أن يستكمل المرتضع الحولين، بإجماع أصحابنا، و هو قول أكثر أهل العلم، و يدل عليه قوله صلى الله عليه و آله: «لا رضاع إلا ما كان فى الحولين» (١). و من طرقنا قول الصادق عليه السّلام: «لا رضاع بعد فطام» قلت: جعلت فداك و ما الفطام؟ قال: «الحولين اللذين قال الله عز و جل» (٢).

و لا فرق بين أن يفطم قبل الرضاع فى الحولين و عدمه، لظاهر النصوص، فلو ارتضع بعد الحولين لم يفد تحريما و إن لم يكن قد فطم، و صرح المصنف و غيره (٣) بأنه لو أكمل الرضعه الأخيره مع تمام الحولين نشر الحرمة، و يدل عليه قوله عليه السّلام: «لا رضاع بعد فطام» مع قوله سبحانه وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِ (٤) فإن ظاهرهما اعتبار ما لم يكن واقعا بعد الحولين.

و المعتبر فى الحولين الأهله كما فى سائر الأبواب الفقهيّه، و لو انكسر الشهر الأول فاحتملان.

و هذا كله فى المرتضع، أما ولد المرضعه - و هو الذى حصل اللبن من ولادته - فهل يشترط كونه فى الحولين حين الارتضاع بحيث لا يقع شىء من الرضاع بعد تجاوزه إياهما؟ فيه قولان:

أحدهما: الاشتراط، فلا يحرم الرضاع لو وقع شىء منه بعد استكماله حولين،

ص: ٢٢١

١- ١) سنن البيهقى ٧: ٤٦٢، كنز العمال ٦: ٢٧٩ حديث ١٥٧٠.

٢- ٢) الكافى ٥: ٤٤٣ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٣١٨ حديث ١٣١٣.

٣- ٣) كالمحقق فى الشرائع ٢: ٢٨٤، و [٢] فخر المحققين فى الإيضاح ٣: ٤٨.

٤- ٤) النساء: ٢٣. [٣]

الرابع: اتحاد الفحل و هو صاحب اللبن، فلو تعدد لم ينشر، كما لو أرضعت بلبن فحل صبييا و بلبن آخر صبييه: لم تحرم الصبييه على الصبيي.

و لو أرضعت بلبن فحل واحد مائه حرم بعضهم على بعض، و لو أرضعت منكوحاته و إن كن مائه صغارا كل واحده واحدا حرم بعضهم على و هو قول أبي الصلاح (١) و ابن حمزه (٢) و ابن زهره (٣)، لظاهر قوله عليه السلام: «لا رضاع بعد فطام» فإنه يتناول ولد المرضعه.

و الثانى: عدم الاشتراط، و هو مختار ابن إدريس (٤) و جماعه منهم المصنف، لعموم قوله تعالى وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (٥) و المتبادر من قوله عليه السلام:

«لا رضاع بعد فطام» المرتضع دون ولد المرضعه، و لم يصرح الشيخان فى ولد المرضعه بالاشتراط و لا بعدمه، و توقف المصنف فى المختلف (٦)، و عدم الاشتراط أقوى (٧)، تمسكا بأصالة عدم الاشتراط.

قوله: (الرابع: اتحاد الفحل، و هو صاحب اللبن، فلو تعدد لم ينشر، كما لو أرضعت بلبن فحل صبييا و بلبن آخر صبييه لم تحرم الصبييه على الصبيي، و لو أرضعت بلبن فحل واحد مائه حرم بعضهم على بعض، و لو أرضعت منكوحاته و إن كن مائه صغارا كل واحده واحدا حرم بعضهم على

ص: ٢٢٢

١- ١) الكافى فى الفقه: ٢٨٥.

٢- ٢) الوسيله: ٣٥٥. [١]

٣- ٣) الغنيه: ٥٤٧. [٢]

٤- ٤) السرائر: ٢٨٦.

٥- ٥) النساء: ٢٣. [٣]

٦- ٦) المختلف: ٥١٩.

٧- ٧) فى «ش»: قوى.

بعض.

و لو ارتضع خمسا من لبن فحل ثم اعتاض بالغذاء و فارقت و نكحت آخر، فأكملت العدد من لبن الثانى و لم يتخلل رضاع اخرى لم تصر أما، و لم تحرم هى و لا- أولادها عليه. بعض، و لو ارتضع خمسا من لبن فحل ثم اعتاض بالغذاء و فارقت و نكحت آخر فأكملت العدد من لبن الثانى و لم يتخلل رضاع اخرى، لم تصر اما و لم تحرم هى و لا أولادها عليه).

لا خلاف بين أصحابنا فى أن الرضاع المثمر للتحريم- بين رضعتين فصاعدا، المقدر بأحد الأمور المذكوره- يشترط أن يكون جميعه من لبن فحل واحد و هو الشرط الثالث.

و لا- يخفى أن هذا الشرط ليس كأوليين، لأن أصل التحريم لا يثبت بالرضاع فى حال من الأحوال بدون الشرطين الأولين، فإذا حصل أحدهما كان وجوده كعدمه، بخلاف هذا الشرط، فإنه إنما يعتبر لثبوت التحريم بين المرتضعين لا مطلقا.

فلو ارتضع اثنان من لبن فحل واحد دفعه أو على التراخى ثبتت (1) الأ-خوه بينهما، فلو كانا ذكرا و أنثى حرم كل منهما على الآخر، و لا فرق بين أن يرتضعا معا من امرأه واحده أو من منكوحتين لصاحب اللبن بحيث يرتضع أحدهما من أحدهما كمال النصاب و الآخر من الأخرى كذلك.

و لو تعددوا فبلغوا مائه و أكثر- كالمنكوحات بالمتعته أو بملك اليمين- ثبت التحريم بينهم مع رعايه ما قلناه.

و لو تعدد الفحل بحيث ارتضع أحد الصغيرين من امرأه من لبن فحل و الأ-خر منها من لبن فحل آخر فلا- اخوه و لا- تحريم عندنا، لقول الباقر عليه السلام: «لا يحرم

ص: ٢٢٣

---

١- ١) فى «ش» و «ض»: اختل، و المثبت من النسخه الحجريه و هو الأوفق بالسياق.

المطلب الثالث: فى الأحكام.

إذا حصل الرضاع بشرائطه نشر الحرمة، و لو شككنا فى العدد فلا تحريم.

من الرضاع أقل من رضاع يوم و ليله أو خمس عشره رضعه متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد» (١).

و سأل عمّار الساباطى الصادق عليه السّلام عن غلام رضع من امرأه، أ يحلّ أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع؟ قال فقال: «لا قد رضعا جميعا من لبن فحل واحد من امرأه واحده» قال قلت: يتزوج أختها من الرضاعه؟ قال: «لا بأس بذلك، إن أختها التى لم ترضعه كان فحلها غير فحل الذى أرضعت الغلام، فاختلف الفحلان، فلا بأس» (٢).

و ذهب أبو على الطبرسى صاحب مجمع البيان فى التفسير إلى التحريم بذلك، لثبوت الاخوة من الام (٣)، و هو نادر، لمخالفته النصوص عن أهل البيت عليهم السّلام.

و اعلم أن قوله: (و لو ارتضع خمسا). قد سبق بيانه عند ذكر الشرط الأول، فإعادته تكرار.

قوله: (المطلب الثالث: فى الأحكام، إذا حصل الرضاع بشرائطه نشر الحرمة، و لو شككنا فى العدد فلا تحريم.

ص: ٢٢٤

١- (١) التهذيب ٧:٣١٥ حديث ١٣٠٤، الاستبصار ٣:١٩٣ حديث ٦٩٦.

٢- (٢) الكافي ٥:٤٤٢ حديث ١٠، [١] التهذيب ٧:٣٢٠ حديث ١٣٢١، الاستبصار ٣:٢٠٠ حديث ٧٢٤.

٣- (٣) مجمع البيان ٢:٢٨.

و لو شككنا فى وقوعه بعد الحولين تقابل أصلا البقاء و الإباحه، لكن الثانى أرجح.

و لو كان له خمس عشره مستولده، فأرضعته كل واحده رضعه لم تحرم المرضعات و لا الفحل للفصل، و لا يصير الفحل أبا و لا المرضعات أمهات.

و لو كان بدلهن خمس عشره بنتا لم يكن الأب جدا. و لو شككنا فى وقوعه بعد الحولين تقابل أصل البقاء و الإباحه، لكن الثانى أرجح، و لو كان له خمس عشره مستولده فأرضعته كل واحده رضعه لم تحرم المرضعات و لا الفحل للفصل، و لا يصير أبا و لا المرضعات أمهات، و لو كان بدلهن خمس عشره بنتا لم يكن الأب جدا).

لا خلاف فى أنه إذا حصل الرضاع بشرائطه المعتبره فيه نشر الحرمة فى الجملة، و سيأتى إن شاء الله تعالى تفاصيل ذلك.

و لو حصل الشك فى بلوغ النصاب أو فى وصول اللبن إلى الجوف فى بعض المرات لم تثبت الحرمة، لأن الأصل عدم المحرم و الأصل الإباحه، و لا شك أن الورع يقتضى الاحتراز عنه.

أما لو حصل الشك فى وقوع الرضاع فى الحولين، فإن أصل بقاء الحولين مقابل لأصل الإباحه، فإن الإباحه كانت ثابتة قبل النكاح، و الأصل بقاءها، و كون المرتضع فى الحولين كان ثابتا قبل الرضاع و الأصل البقاء، و ترجح الإباحه لوجه:

أ: أن التقابل و التكافؤ يقتضى التساقط، فينتفى التحريم قطعاً لانتفاء سببه، و يلزم من انتفائه ثبوت الإباحه، إذ لا يعقل ارتفاع النقيضين.

ب: أن الشك فى وقوع الرضاع فى الحولين يقتضى الشك فى تقدّم الرضاع و تأخره، و الأصل عدم التقدّم.

لا يقال: كما أنّ الأصل عدم التقدّم فكذا الأصل عدم التأخر.

لأننا نقول: هو كذلك إلا أنّ الأصل حصل بطريق آخر، وهو أنّ التقدّم يقتضى تحقق الرضاع فى أزمته تزيد على أزمته تأخره، و الأصل عدم الزيادة، و إذا وجد هذا الأصل مع أصل الإباحه قوى جانبه فرجح به.

ج: قوله تعالى وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (١) بعد قوله سبحانه:

وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (٢) فإنّ المراد و الله أعلم: اللاتي أرضعنكم الرضاع المحكوم شرعا بوقوعه فى الحولين، لأن ذلك شرط قطعاً، و ليس محكوماً بكون الرضاع فى محلّ النزاع واقعا فى الحولين، لتقابل الأصلين، فيندرج المتنازع فى حلّ نكاحها فى عموم ما وراء ذلكم، و هو من أبين المرجحات.

و قد يقال: يترجح التحريم: بأنه إذا تعارض الناقل و المقرّ رجيح الناقل، لأن التأسيس خير من التأكيد، و لأنه إذا اجتمع الحلال و الحرام غلب الحرام.

و ضعفه ظاهر، لأن ترجيح الناقل فى النصوص من حيث اشتماله على زياده لا ينافيها الآخر، أما فى الأصلين كما هنا فغير واضح.

و إنما يغلب الحرام على الحلال إذا ثبت التحريم شرعاً، كما إذا اشتبهت محرمة بأجنبيه، و قد علم مما تقدّم أنّه لا بدّ من استكمال الرضعات من امرأه واحده بلبن فحل واحد، فلا حاجه إلى إعادته.

و يلوح من كلام الشارح الفاضل أن قول المصنف: (لكن الثانى أرجح) إشارة إلى خلاف، حيث قال فى آخر البحث: و الأقوى عندى ما هو الأرجح عند المصنف (٣)، و الظاهر أنه لا خلاف هنا يعرف، و إنما أراد المصنف بيان دليل المسأله و الإشارة إلى تقابل الأصلين و أنّ أحدهما مرجح على الآخر.

ص: ٢٢٦

١- ١) النساء: ٢٤. [١]

٢- ٢) النساء: ٢٣. [٢]

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٤٩: ٣.

و الأصول فى التحريم ثلاثة: المرتضع، و المرضعه، و الفحل. فيحرم المرتضع عليهما، و بالعكس.

و تصير المرضعه اما و الفحل أبا، و آباؤهما أجدادا و أمهاتهما جدات، و أولادهما اخوه و أخوات، و إخوتهما أخوالا- و أعماما. فكما حرمت المرضعه على المرتضع حرم عليه أمهاتها و أخواتها و بناتها من النسب، و كذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعه.

و كل من ينسب إلى الفحل من الأولاد ولاده و رضاعا يحرمون على المرتضع، و بالعكس.

و لا يحرم عليه من ينسب إلى المرضعه بالبنوة رضاعا من غير لبن هذا الفحل، بل كل من ينسب إليها بالولادة و إن نزل. قوله: (و الأصول فى التحريم ثلاثة: المرتضع و المرضعه و الفحل، فيحرم المرتضع عليهما و بالعكس، و تصير المرضعه اما و الفحل أبا و آباؤهما أجدادا و جدات و أولادهما اخوه و أخوات و أخواتهما أخوالا و أعماما، فكما حرمت المرضعه على المرتضع حرم عليه أمهاتها و أخواتها و بناتها من النسب، و كذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعه، و كل من ينسب إلى الفحل من الأولاد ولاده و رضاعا يحرمون على المرتضع و بالعكس، و لا يحرم عليه من ينسب إلى المرضعه بالبنوة رضاعا من غير لبن هذا الفحل، بل كل من ينسب إليها بالولادة و إن نزل).

أراد بقوله: (و الأصول فى التحريم ثلاثة) أنّ الذين ثبت لهم التحريم الناشئ عن الرضاع المحرّم بدون واسطه غير ثلاثة و من عداهم فإنما يتعلق بهم التحريم بسبب هذا الرضاع بتوسط واحد من الثلاثة.

و تحقيقه: أنه إذا حصل الرضاع المحرّم، فإن كان المرتضع ذكرا حرم على المرضعه نكاحه، لأنه ابنها، وإن كان أنثى حرم على الفحل نكاحها، لأنها بنته، و كما يحرم عليهما نكاح المرتضع، فكذا يحرم عليه نكاحهما، لأن التحريم من الجانبين، و حيث أنّ المرضعه أمّ للمرتضع و الفحل أب له فأبأؤهما أجداد و جدات قطعاً، و كذا أولادهما إخوة و أخوات و أخواتهما أخوال و أعمام، ضروره أنّ الأبوة و الأمومة يقتضيان ذلك.

إذا تقرر هذا، فكما حرمت المرضعه على المرتضع حرم عليه أمهاتها و أخواتها و بناتها من النسب.

و لو قال: فكما حرمت المرضعه و الفحل على المرتضع حرم عليه أمهاتها و أخواتها و أولادهما، لكان أشمل و أوفق لما تقدّم من كلامه و أخصر، حيث جعل أصول التحريم ثلاثة: المرتضع و المرضعه و الفحل.

و يتعدى التحريم إلى الباقيين.

و كأنه اعتمد على ظهور ذلك، فمال إلى الاختصار بالسكوت عن يتعدى التحريم من الفحل إليهم، و كذا سكت عن حكم الرضيعه.

و قوله: (من النسب) يمكن أن يريد اختصاصه بالبنات، لما علم من أن الرضاع لا يفيد التحريم بين المرتضعين إلا مع اتحاد صاحب اللبن الذي ارتضعا به، و يمكن أن يريد شموله للأمهات و الأخوات أيضاً، نظراً إلى أن التحريم لا يكون إلا مع اتحاد صاحب اللبن، و هو منتف فيهن، و سيأتى التصريح بذلك في كلام المصنف فى عاشر الفروع.

و قوله: (و كذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعه) يريد به كما أن المرضعه صارت أمّاً و الفحل أباً، فكذا أولاد المرتضع صاروا أحفاداً، و من هذا يعلم أنه لو قال: و كذا أولاد الرضيع أحفاد المرضعه و الفحل، لكان أولى.



ولا تحرم المرضعه على أب المرتضع ولا على أخيه.

ويحرم أولاد الفحل ولأده و رضاعا، وأولاد زوجته المرضعه ولأده لا رضاعا على أب المرتضع على رأى، وقوله: (و كل من ينسب إلى الفحل من الأولاد ولأده و رضاعا يحرمون على المرتضع و بالعكس، ولا يحرم عليه.) قد سبق بيانه غير مره، و ذكرنا دليل الفرق بين المرضعه و الفحل فى ذلك و خلاف الطبرى فى ذلك.

قوله: (و لا تحرم المرضعه على أب المرتضع و لا على أخيه، و يحرم أولاد الفحل ولأده و رضاعا و أولاد زوجته المرضعه ولأده لا رضاعا على أب المرتضع على رأى).

لا- ريب أن المرضعه لا- تحرم على أب المرتضع، إذ لا- مقتضى لذلك بوجه من الوجوه، فإن أم الولد من النسب ليست حراما، فكيف من الرضاع، و كذا لا- تحرم على أخ المرتضع، لانتفاء المقتضى، و أم الأخ من النسب إنما حرمت على أخيه لأنها منكوحه الأب، و هذا المعنى منتف هنا.

و أما أولاد الفحل ولأده و رضاعا، فإن فى تحريمهن على أب المرتضع قولين للأصحاب:

أحدهما: -و اختاره الشيخ فى المبسوط (١)- عدم التحريم، لأن أخت الابن من النسب إنما حرمت لكونها بنت الزوج المدخول بها، فتحريمها بسبب الدخول بأمرها، و هذا المعنى منتف هنا، و النبى صلى الله عليه و آله قال: «إنما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (٢) و لم يقل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهره، و قال فى النهايه (٣)

ص: ٢٢٩

١- (١) المبسوط ٤: ٢٠٤ و ٥: ٢٩٢. [١]

٢- (٢) الفقيه ٣: ٣٠٥ حديث ١٤٦٧، صحيح مسلم ٢: ١٠٧ حديث ٩ و ١٧، سنن ابن ماجه ١: ٦٢٣ حديث ١٩٣٧، مسند أحمد ١: ٢٧٥.

[٢]

٣- (٣) النهايه: ٤٦٢، و [٣] فى نسخه «ض»: الخلاف.

بالتحریم، و هو ظاهر اختیار ابن إدريس (١)، و اختاره المصنف هنا و فی المختلف (٢) و التذکره (٣) معترفا فیهما بقوّه کلام الشيخ فی المبسوط.

لصحيحه على بن مهزيار، قال: سألت عيسى بن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة أرضعت لى صبيا هل يحل لى أن أتزوج بنت زوجها؟ فقال لى: «ما أجود ما سألت، من ها هنا يؤتى أن يقول الناس: حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل، هذا هو لبن الفحل لا غيره» فقلت له: إن الجارية ليست بنت المرأة التى أرضعت لى هى بنت زوجها، فقال: «لو كنّ عشرة منفردات ما حلّ لك شىء منهن و كن فى موضع بناتك» (٤).

و روى ابن يعقوب فى الصحيح عن عبد الله بن جعفر قال: كتبت إلى أبى محمد عليه السلام أن امرأة أرضعت ولدا لرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه المرأة أم لا؟ فوقع عليه السلام: «لا يحل». (٥)

و روى أيوب بن نوح فى الصحيح قال: كتب على بن شعيب إلى أبى الحسن عليه السلام: امرأة أرضعت بعض ولدى هل يجوز لى أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب:

«لا يجوز ذلك، إن ولدها صارت بمنزله ولدك» (٦).

قال المصنف فى المختلف بعد إيراد الرواية الأولى - و نعم ما قال - و قول الشيخ فى غايه القوه، و لو لا هذه الرواية الصحيحه لاعتمدت على قول الشيخ (٧).

ص: ٢٣٠

١-١) السرائر: ٢٩٤.

٢-٢) المختلف: ٥٢٠.

٣-٣) التذکره ٢: ٦٢٢. [١]

٤-٤) الكافي ٥: ٤٤٢ حديث ٨، [٢] التهذيب ٧: ٣٢٠ حديث ١٣٢٠، الاستبصار ٣: ٩٩٩ حديث ٧٢٣.

٥-٥) الكافي ٥: ٤٤٧ حديث ١٨. [٣]

٦-٦) الفقيه ٣: ٣٠٦ حديث ١٤٧٠، التهذيب ٧: ٣٢١ حديث ١٣٢٤، الاستبصار ٣: ٢٠١ حديث ٧٢٧.

٧-٧) المختلف: ٥٢٠.

و لأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح فى أولاد المرضعه و أولاد فحلها ولاده و رضاعا على رأى. و الأصح التحريم، و إنما لم يحرم أولاد المرضعه رضاعا، لما عرفت من أنّ التحريم بالرضاع مشروط باتحاد الفحل.

قوله: (و لأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح فى أولاد المرضعه و أولاد فحلها ولاده و رضاعا على رأى).

اختلف الأصحاب فى أنّ أخ المرتضع و أخته من النسب هل يحل نكاحهما لأولاد المرضعه و أولاد فحلها سواء كانوا من النسب أم من الرضاع-و الحال أن الأخ و الأخت لم يرتضعا من لبن هذا الفحل-فقال الشيخ فى الخلاف: لا يجوز (١)، و كذا قال فى النهاية (٢)، لأن أخت الأخ (٣) من النسب لا يجوز نكاحها، فكذا من الرضاع، و لأنّ تعليل التحريم على أب المرتضع فى الروايات السالفه-بأنهن بمنزله ولده-قائم هنا.

و ذهب ابن إدريس (٤) و جمع من المتأخرين إلى عدم التحريم، منهم المصنف، لكنه توقف فى المختلف (٥)، و هو الأصح، فإن دليل التحريم ضعيف، فإن أخت الأخ من النسب لا-تحرم إلاّ على من هى أخت له من الأب أو من الام، و لهذا لا تحرم أخت الأخ مع اختلاف الجبهه، كالأخ من الأب إذا كان له أخت من الأم، فإنها لا تحرم على أخيه، لانتفاء سبب التحريم.

ص: ٢٣١

١- (١) الخلاف: كتاب الرضاع، مسأله ١.

٢- (٢) النهاية: ٤٦٢.

٣- (٣) فى «ش»: الأب.

٤- (٤) السرائر: ٢٩٤.

٥- (٥) المختلف: ٥٢١.

ولإخوه المرتضع نكاح إخوه المرتضع الآخر إذا تغاير الأب و إن اتحد اللبن. و كما يمنع الرضاع النكاح سابقا كذا يبطله لاحقا، فلو أرضعت امه و التعليل السابق فى الروايات لا يقتضى التحريم هنا، لأن منصوص العله حجه، بمعنى أنه حيث تثبت تلك العله يثبت التحريم، و العله المذكوره هى كونهن بمنزله أولاد أبى المرتضع، و هذه غير موجوده فى محل النزاع، و ليس المراد بحجيه منصوص العله أنه حيث تثبت العله و ما جرى مجراها يثبت الحكم (١).

قوله: (و لإخوه المرتضع نكاح إخوه المرتضع الآخر إذا تغاير الأب و إن اتحد اللبن).

المراد: أنه إذا ارتضع أجنبيان من لبن امرأه-سواء كان اللبن كله لفحل واحد، أم ارتضع أحدهما بلبن فحل و الآخر بلبن فحل آخر-صارا أخوين، فلا إخوه أحدهما أن ينكحوا فى إخوه المرتضع الآخر، لأن هؤلاء ليسوا بمنزله أولاد صاحب اللبن و لا بمنزله إخوه المرتضع، و إنما أولئك أولاد صاحب اللبن ولاده و رضاعا و أولاد المرضعه ولاده خاصة.

و احترز المصنف بقوله: (إذا تغاير الأب) عما إذا كان أبو كل من إخوه أحد المرتضعين هو أبو إخوه المرتضع الآخر، فإنه لا يجوز النكاح، و هو ظاهر، و أراد بقوله:

(و إن اتحد اللبن) أن اللبن الذى ارتضع به كل من الصبيين لفحل واحد.

قوله: (و كما يمنع الرضاع النكاح سابقا كذا يبطله لاحقا، فلو

ص: ٢٣٢

١ - ١) فى «ض»: التحريم.

أو من يحرم النكاح بإرضاعه كأخته و زوجته و زوجه أبيه من لبن الأب زوجته فسد النكاح و عليه نصف المهر.

و لو لم يسمّ فالمتعه و يرجع به على المرضعه إن تولت الإرضاع و قصدت الإفساد، و إن انفردت المرتضعه به بأن سعت و امتصت من ثديها من غير شعور المرضعه سقط المهر. أرضعت أمّه أو من يحرم النكاح بإرضاعه- كأخته و زوجته و زوجه أبيه من لبن الأب- زوجته فسد النكاح و عليه نصف المهر، و لو لم يسم (1) فالمتعه و يرجع به على المرضعه إن تولت الإرضاع و قصدت الإفساد، و إن انفردت المرتضعه به بأن سعت و امتصت من غير شعور المرضعه سقط المهر).

لا خلاف في أن الرضاع الذي إذا حصل سابقا على النكاح يمنعه- لأنه يثمر التحريم- لو حصل لاحقا أبطله، فلو أرضعت أخته أو زوجته أو زوجه أبيه من لبن الأب زوجته الرضاع المحرّم فسد النكاح، لأن الزوج تصير بنت أخته بإرضاع أخته إياها، و بنت الأخت من النسب حرام.

و إذا أرضعتها زوجته، فإن كان بلبنه صارت بنتا، و إن كان بلبن غيره، فإن كانت المرضعه مدخولا بها حرمتا معا، و إلا انفسخ النكاح و حرمت المرضعه مؤبدا على ما سيأتى تفصيله إن شاء الله تعالى.

و إن أرضعتها زوجه أبيه، فإن كان بلبن الأب حرمت مؤبدا، لأنها أخته، و إلا فلا، و كذا القول في زوجه الابن إذا أرضعت بلبن الابن، و سيأتى تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه يجب على الزوج للرضيعه نصف المهر، أما الوجوب فلأن الفسخ ليس من طرف الزوجه، و أما وجوب النصف خاصة فلأن الفسخ

ص: ٢٣٣

١- ١) أي: المهر.

قبل الدخول يجرى مجرى الطلاق.

و يحتمل وجوب الجميع، لأن الأصح -على ما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى- أن المهر يجب بالعقد جميعه و يستقر بالدخول، و يتشطر بالطلاق قبله (١)، و لم يثبت تشطره بسبب آخر، فيستصحب وجوب جميعه إلى أن يثبت السبب المسقط لشيء، و هذا متجه.

هذا كله إذا كان قد سمى مهرا.

و لو لم يسم مهرا، بل كانت مفوضه البضع، و جبت المتعه، إلحاقا لهذا الفسخ بالطلاق، و يحتمل السقوط كما لو ماتت، و وجوب مهر المثل أو نصفه، لاختصاص المتعه بالطلاق، حيث أن القرآن إنما ورد بها في الطلاق، فلا يتعدى الحكم مورده، و البضع لا يخلو من عوض. و صرح المصنف في التذكرة بوجوب المتعه (٢)، و حكاه عن الشافعى (٣)، و لم يذكر احتمالا آخر.

ثم يرجع الزوج بما اغترمه على المرضعه المتوليه للإرضاع إن قصدت الإفساد، و هو اختيار الشيخ فى المبسوط (٤)، لأن البضع مضمون كالأموال، لأنه يقابل بمال فى النكاح و الخلع، و لا يجب على المريض المهر لو نكح بمهر المثل فما دون، و كذا المريضه المختلفه بمهر المثل.

أما إذا لم تقصد الإفساد فإنها لا- تضمن، لأن السبب مباح، كما لو احتفر بئرا فى ملكه فتردى فيها متردًا، و لأنها محسنه إلى المرتضعه حيث لا يوجد من يرضعها، و ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٥).

ص: ٢٣٤

١- ١) أى: قبل الدخول.

٢- ٢) التذكرة ٦٢٤: ٢.

٣- ٣) المجموع ٢٣٠: ١٨.

٤- ٤) المبسوط ٢٩٨: ٥. [١]

٥- ٥) التوبه: ٩١. [٢]

و لو أرضعت كبيره الزوجتين صغيرتهما حرمتا أبدا مع الدخول بالكبيره، وإلا الكبيره، و للكبيره المهر مع الدخول، وإلا فلا، و للصغيره و الذى ينساق إليه النظر عدم الفرق بين الحالتين فى الضمان و عدمه، لأن إتلاف الأموال موجب للضمان على كل حال، و الفرق بين هذا و بين حفر البئر فى الملك قائم، إذ لا- إتلاف من الحافر أصلا، على أنا نقول إن كان الضمان دائرا مع العدوان فيمنع أن إرضاع الصغيره عدوان فى محل النزاع، فان القصد لا يصير ما ليس بعدوان عدوانا، حتى لو حفر فى ملكه بئرا ليردى (١) فيها الناس لم يضمن بذلك.

و أطلق الشيخ فى الخلاف عدم الضمان على التقديرين (٢)، و الضمان قريب، و سيأتى إن شاء الله تعالى له مزيد تحقيق.

و لو انفردت المرتضعه بالارتضاع: بأن سعت و امتصت من ثديها من غير شعور المرضعه سقط مهرها، لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول، فكان كالرده قبل الدخول، و هو الذى قواه المصنف فى التذكرة (٣)، و للشافعى وجه بعدم السقوط بذلك و أنها تستحق نصف المسمى (٤).

و تقييد المصنف بقوله (من غير شعور المرضعه) يقتضى أنه مع شعورها لا يسقط، و كأنه نظر إلى إن تخليتها إياها لترضع بمنزله الفعل، و فيه نظر، و لعله يريد أنه مع التخليه يكون الفعل مستندا إليهما، فكل منهما جزء السبب، و هو محتمل.

قوله: (و لو أرضعت كبيره الزوجين صغيرتهما حرمتا أبدا مع الدخول بالكبيره، وإلا الكبيره، و للكبيره المهر مع الدخول، وإلا فلا، و للصغيره

ص: ٢٣٥

١- ١) فى «ض»: فتردى.

٢- ٢) الخلاف ٣: ٨٤ مسألة ١٦ من كتاب الرضاع.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٦٢٣. [١]

٤- ٤) المجموع ١٨: ٢٣١.

النصف أو الجميع على اشكال، ويرجع به على الكبيره مع التفرد بالإرضاع. النصف أو الجميع على إشكال، ويرجع به على الكبيره مع التفرد بالإرضاع).

إذا كان لشخص زوجتان إحداهما كبيره و الأخرى صغيره فى محل الرضاع، فأرضعت الكبيره الصغيره الرضاع المحرّم، فإن كان قد دخل بالكبيره حرمتا أبدا، أما الكبيره فلأنها أم الزوجه، وأما الصغيره فلأنها بنت الزوجه المدخول بها، وهذا إذا لم يكن الرضاع من لبنه، فإن كان من لبنه حرمتا مؤبدا و إن لم يدخل، لأن الصغيره قد صارت بنتا له، ولا خلاف فى ذلك كله.

إذا تقرر ذلك فلا ريب أن الكبيره تستحق المهر المسمى إن كان قد دخل بها، لاستقراره بالدخول، فلا يسقط بسبب طارئ، وإن لم يكن قد دخل بها فلا شىء لها، لأن الفسخ من جهتها، فكان كالرده.

و لقائل أن يقول: إن كان التسبب الى فسخ النكاح بالإرضاع موجب لاستحقاق الرجوع على المرضعه بالمهر، فليكن موجبا للرجوع عليها بمهرها بعد الدخول، لأنها تسبب إلى فسخ نكاحها، كما إذا طلق الزوجه بعد الدخول طلقه واحده و راجعها و ادعى وقوع الرجعه فى العده، و أنكرت و حلفت فنكحت زوجا آخر، ثم كذبت نفسها فى اليمين و صدقت الزوج، لم يقبل قولها على الثانى، و رجع الأول عليها بمهر المثل و إن كان قد وطأها.

و أجيب عنه بالفرق: بأن الغرم هنا للحيلولة بينه و بين البضع المستحق له، لأنها زوجة، بخلاف المتنازع، فإن الزوجيه زالت بالفسخ المترتب على الرضاع، وهذا الجواب غير دافع لأصل السؤال.

هذا حكم الكبيره و اما الصغيره، فإن فى استحقاقها المسمى أو نصفه إشكالا، ينشأ: من أنه فراق قبل الدخول فينتصف به المهر كالطلاق، و من أن الجميع وجب بالعقد فيستصحب حكمه، و لم يثبت شرعا سقوط النصف إلا فى الطلاق، و الإلحاق



و لو أرضعت الكبيره الصغائر حرمن جمع إن دخل بالكبيره، و إلا الكبيره. و لو أرضعت الصغيره زوجته على التعاقب فالأقرب  
تحريم الجميع، لأن الأخيره صارت أم من كانت زوجته إن كان قد دخل بإحدى الكبيرتين، و إلا حرمت الكبيرتان مؤبدا و  
انفسخ عقد الصغيره.

و لا فرق بين الرضاع قبل الطلاق لهما أو لإحدهما، أو بعده و ينفسخ نكاح الجميع للجمع.

به قياس، و هذا قوئ.

نعم على القول بأن المهر يستقر بالعقد و النصف الآخر بالدخول أو بالموت، و جوب النصف خاصه متجه، و مهما غرمه الزوج  
للصغيره مهرا-سواء المسمى أو نصفه- يرجع به على الكبيره مع التفرد بالإرضاع، بشرط قصدتها إلى الإفساد على القول  
باشتراطه، و مطلقا على القول بالعدم، و سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (و لو أرضعت الكبيره الصغائر حرمن جمع إن دخل بالكبيره، و إلا الكبيره).

هذا أيضا إذا لم يكن اللبن له، و إلا حرمن مؤبدا جميعا مع الدخول و عدمه، و لا يخفى أنه إذا كان اللبن لغيره و لم يكن دخل  
بالكبيره انفسخ نكاح الصغائر أيضا و حرمن على الجميع لأنهن أخوات، و سيأتى لذلك مزيد تحقيق إن شاء الله تعالى.

قوله: (و لو أرضعت الصغيره زوجته على التعاقب فالأقرب تحريم الجميع، لأن الأخيره صارت أم من كانت زوجته، إن كان قد  
دخل بإحدى الكبيرتين، و إلا حرمت الكبيرتان مؤبدا و انفسخ عقد الصغيره، و لا فرق بين الرضاع قبل الطلاق لهما أو لأحدهما  
أو بعده، و ينفسخ نكاح الجميع للجمع و المؤبد على ما فصل).

لا نزاع فى تحريم المرضعه الاولى و كذا الصغيره إن كان قد دخل بإحدى الكبيرتين، و نقل الشارح الفاضل فيه الإجماع (١)، و ينبه عليه أنّ المرضعه أم الزوجه و الصغيره بنت زوجة مدخول بها، سواء كانت المدخول بها هى الأولى أم الثانية، و إنما النزاع فى تحريم المرضعه الثانية.

و بالتحريم قال ابن إدريس (٢) و جمع من المتأخرين كأبى القاسم بن سعيد (٣) و المصنف، و هو المختار، و وجهه ما ذكره المصنف: من أنها أم من كانت زوجته و من كانت فاسم الزوجه صادق عليها، لانه لا يشترط فى صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه على ما قرر فى الأصول، فيندرج فى عموم قوله تعالى وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٤).

و قال الشيخ فى النهايه (٥) و ابن الجنيّد (٦): لا- يحرم، لما رواه على بن مهزيار عن أبى جعفر عليه السّلام قال قيل له: إن رجلا تزوج بجاريه صغيره، فأرضعتها زوجته ثم أرضعتها امرأه أخرى، إلى قوله فقال عليه السّلام: «حرمت عليه الجاريه و امرأته التى أرضعتها أولاً، أما الأخيره لم تحرم عليه» (٧) و المستمسك ضعيف، لأن سند الروايه غير معلوم، فلا يعارض حجه الأولين.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه لا- فرق فى التحريم المذكور بين كون الرضاع المذكور قبل الطلاق للزوجتين الكبيرتين أو بعد طلاقهما أو طلاق إحديهما، لأن الطلاق لا ينفى كون المطلقه زوجته.

ص: ٢٣٨

١- ١) إيضاح الفوائد ٣: ٥٢.

٢- ٢) السرائر: ٢٩٤.

٣- ٣) الشرائع ٢: ٢٨٦. [١]

٤- ٤) النساء: ٢٧.

٥- ٥) النهايه: ٤٥٦. [٢]

٦- ٦) كما عنه فى المختلف: ٥٢١.

٧- ٧) الكافى ٥: ٤٤٦ حديث ١٣. [٣]

و المؤبد على ما فصل. و لو أرضعت أمته الموطوءه زوجته حرمتا عليه، و عليه المهر أو نصفه، و لا رجوع إلا أن تكون مكاتبه. و لو كانت موطوءه بالعقد تبعت به على اشكال. نعم لو طلق الكبيرتين و لم يدخل بهما ثم أرضعتا الصغيره بلبن غيره حرمتا مؤبدا، و تبقى زوجتيه الصغيره بحالها.

و المراد بقول المصنف: (و يفسخ نكاح الجميع للجمع) ما إذا كان الإرضاع قبل طلاق الكبيرتين أو إحديهما، إذ لا يتصور الجمع بعد طلاقهما.

قوله: (و المؤبد على ما فصل).

المراد به: تحريم الكبيرتين مطلقا و الصغيره مع الدخول بإحداهما، كما علم في السابق غير مره.

و قوله أول البحث: (و لو أرضعت الصغيره زوجته على التعاقب) لا يخفى أنه لا يتصور إرضاعهما إياها-عندنا-الرضاع المحرم إلا على التعاقب، و عند الشافعي (1) أنه يتصور الإرضاع دفعه: بأن يحلب لبنها و يخلط و يؤجره الصغيره، و لعل المصنف حاول بالتقييد بكونه على التعاقب الرد عليه.

قوله: (و لو أرضعت أمته الموطوءه زوجته حرمتا و عليه المهر أو نصفه، و لا- رجوع إلا- أن تكون مكاتبه، و لو كانت موطوءه بالعقد تبعت به على اشكال).

أى: لو كانت له أمه فأرضعت زوجته الصغيره الرضاع المحرم بلبن غيره، فإن الأمه إن كانت موطوءه حرمت كل منهما عليه، أما الأمه فلأنها أم الزوجه، و أما الصغيره فلأنها بنت مدخول بها.

ثم نقول: يجب للصغيره جميع المهر المسمى أو نصفه على اختلاف الوجهين،

ص: ٢٣٩

و يحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة، فلأب المرتضع النكاح في أولاد صاحب اللبن، و أن يتزوج بأم المرضعه نسبا، و بأخت زوجته من الرضاع، و أن ينكح الأخ من الرضاع أم أخيه نسبا، و بالعكس.

و الحرمة التي انتشرت من المرتضع إلى المرضعه و فحلها، بمعنى أنه صار كابن النسب لهما، و التي انتشرت منهما إليه موقوفه عليه و على نسله، و قد سبق بيانهما، و أنّ المتجه وجوب الجميع، و لا رجوع له على الأمه بحال، لأن السيد لا يثبت له على مملوكته مال إلا أن تكون مكاتبه مطلقه أو مشروطه، لانقطاع سلطنه المولى عن المكاتب و صيرورته بحيث ثبت له عليه مال.

و لو لم تكن الأمه موطوءه أصلا فالنكاح بحاله، و تحريم الأمه مؤبدا، لأنها أم الزوجه، و لو كان اللبن للمولى حرمتا مؤبدا قطعاً، لأن الصغيره صارت بنته و الأمه أم الزوجه.

و لو كانت الأمه موطوءه بالعقد تبعت بالمهر الذي غرمه للصغيره، الجميع أو النصف، على الاشكال السابق: في أنّ المرضعه يرجع عليها بما اغترمه مهرا أو عدمه، نظرا إلى أن البضع كالأموال فيضمن قيمته، أو لا فلا ضمان.

فان قلنا بالضمان رجوع و تبعت به الأمه المرضعه إذا اعتقت، كما في سائر الإتلافات الماليه، و اعتبار القصد إلى الإفساد و عدمه هنا كباقي النظائر، و سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (و يحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة، فلأب المرتضع النكاح في أولاد صاحب اللبن، و أن يتزوج بأم المرضعه نسبا و بأخت زوجته من الرضاع، و أن ينكح الأخ من الرضاع أم أخته نسبا و بالعكس، و الحرمة التي انتشرت من المرتضع إلى المرضعه و فحلها-بمعنى: أنه صار كابن النسب لهما-و التي انتشرت منهما إليه موقوفه عليه و على نسله، دون من هو في طبقته

دون من هو فى طبقته من اخوته و أخواته، أو أعلى منه كآبائه و أمهاته، فلفحل نكاح أم المرتضع و أخته و جدته. من اخوته و أخواته، أو أعلى منه كآبائه و أمهاته، فلفحل نكاح أم المرتضع و أخته و جدته).

لا خلاف بين أهل الإسلام فى أنّ الرضاع يقتضى تحريم النكاح إذا حدث به علاقه مثلها تقتضى التحريم فى النسب، كالأبوه و الأمومه و الاخوه و العمومه و الخؤوله، فمتى صار رجل أباً لامرأه بالرضاع حرمت عليه كما يحرم عليها كبت النسب، ثم يتعدى التحريم إلى نسلها و أصول صاحب اللبن و اخوته و أعمامه و أخواله. لأن ثبوت البتية (١) شرعاً يقتضى كونهم أعماماً و أخوالاً لها، فيحرمون عليهما بالدلائل الداله على تحريم الأعمام و الأخوال، و لظاهر قوله عليه السّلام: «الرضاع لحمه كلحمه النسب» على ما سبق ذكره.

و لو كان المرتضع ذكراً حرم على المرضعه و حرمت عليه كما فى الأنثى بالنسبه إلى الفحل، و كما يتعدى التحريم إلى أقرباء المرضعه و الفحل و المرتضع الذى يحرم مثلهم فى النسب، كذا يتعدى إلى تحريم المصاهره الدائره مع تلك العلاقه، فيحرم على كلّ من الفحل و المرتضع حليله الآخر، لأن حليله المرتضع حليله ابن و حليله الفحل حليله أب، لأن الأبوه و البنوه قد ثبت كلّ منهما، و تحريم حليله كلّ من الأب و الابن على الآخر بالنص (٢) و الإجماع.

و هذه المصاهره ليست ناشئه عن الرضاع، بل عن النكاح الصحيح، و إنما الناشئ عن الرضاع هو البنوه، فلما تحققت لزم الحكم الناشئ عن النكاح، و هو كون

ص: ٢٤١

١- ١) كذا فى «ش» و «ض» و فى النسخه الحجريه: النسب.

٢- ٢) النساء: ٢٢ و ٢٣.

منكوحته حليله ابن.

و مثله الأمومه إذا ثبتت للبنت، فإنه يحرم على من دخل بالمرضعة التزويج بالبنت، كما يحرم على من عقد على البنت التزوج بالمرضعة.

و كذا الأجنبيه، فإذا ارتضعت بنتان من لبن فحل واحد حرم على من نكح إحديهما أن يجمع إليها الأخرى قطعاً، لأنهما اختان، كما يحرم الجمع بين الأختين من النسب.

و الحاصل أنه متى ثبت بالرضاع علاقه مثل علاقه النسب - و مثل تلك العلاقه فى النسب يتعلق به التحريم - لحق بتلك العلاقه جميع الأحكام الجاربه على نظائرها من النسب، سواء تعلقت بنسب أو مصاهره.

و هذه الأحكام لا خلاف فيها بين أهل الإسلام، على ما يشهد به كلام القوم من الخاصه و العامه، و ظواهر الكتاب و السنه تتناول كل ذلك، مثل قوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١)، و قوله سبحانه وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ (٢) و إنما قيده بكونهم للصلب ليدفع ما كانوا يعتقدونه من أن المتبني ابن، كما دلّ عليه قوله تعالى لَكِنَّ لَا يَكُونُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ (٣).

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن المصاهره التى احتمل المصنف قوياً عدم التحريم بها هى الأمر الحادث بالرضاع، نظير المصاهره الحاصله بالنكاح، مثل كون المرأه اماً للزوجه، فإنّ هذا الوصف يتحقق بنكاح بنت امرأه، فيثبت به التحريم.

فإذا ارتضع طفل رضاعاً محرماً، فإنّ المرأه المرضعه صارت بمنزله الزوجه لأب المرتضع كأم ابنه من النسب، فأمرها بمنزله أم الزوجه، و أختها بمنزله أخت الزوجه،

ص: ٢٤٢

[١ - ١] النساء: ٢٢. [١]

[٢ - ٢] النساء: ٢٣. [٢]

[٣ - ٣] الأحزاب: ٣٧. [٣]

و بنتها بمنزله بنت الزوجه، و الأخ من الرضاع امه من النسب بمنزله زوجه الأب، و كذا القول فى أم المرتضع من النسب بالإضافه إلى أولاد صاحب اللبن، و كذا أخته بالإضافه إليهم و إلى أبيهم.

و جملة القول فى ذلك: أنّ علاقته المصاهره إذا حدث نظيرها بالرضاع (١) لا يوجب تحريما، فان سبقت (٢) النكاح لم تمنعه و إن لحقته لم تقطعه، للأصل و الاستصحاب، و لعموم قوله تعالى وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٣) بعد تعداد المحرمات فى الآيه الشريفه إلا ما خرج بدليل، و لظاهر قوله صلى الله عليه و آله.

«الرضاع لحمه كلحمه النسب» و لم يقل: كلحمه المصاهره.

و قد اختلف الأصحاب من ذلك فى مسائل:

أ: تحريم أولاد صاحب اللبن على أب المرتضع، و تحريم اخوه المرتضع على صاحب اللبن (٤).

ب: تحريم اخوه المرتضع الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن على أولاد الفحل.

ج: تحريم أم المرضعه على أب المرتضع، و يجىء مثله فى تحريم أم (٥) المرتضع على الفحل.

و الأصح عدم التحريم إلا فى الأولى، لورود الروايات الصحيحه فيها بالتحريم (٦)، و ما عداها فلا دليل عليه، و الروايات لا تنهض حجه عليه، كما سبق

ص: ٢٤٣

١ - ١) لفظ بالرضاع لم يرد فى «ش» و «ض» و أثبتناه من النسخه الحجريه.

٢ - ٢) أى: المصاهره.

٣ - ٣) النساء: ٢٤. [١]

٤ - ٤) فى «ض»: أولاد صاحب اللبن.

٥ - ٥) فى «ض»: أم أم.

٦ - ٦) انظر: الكافى ٥: ٤٤٨ حديث ١٨ و ٤٤١ حديث ٨، الفقيه ٣: ٣٠٦ حديث ١٤٧١ و حديث ١٤٧٠، التهذيب ٧: ٣٢٠ حديث ١٣٢٠، الاستبصار ٣: ١٩٩ حديث ٧٢٣.

تحقيقه في الكلام على المسأله الثانيه من هذه المسائل.

وقد قال الشيخ في المبسوط: يجوز للفحل أن يتزوج بأُم المرتضع وأخته و جدته، و يجوز لوالد هذا المرتضع أن يتزوج بالتي أرضعته، لأنه لما جاز أن يتزوج أم ولده من النسب فبأن يجوز أن يتزوج أم ولده من الرضاع أولى (١).

قالوا: ليس لا- يجوز له أن يتزوج أم أم ولده من النسب و يجوز أن يتزوج بأُم أم ولده من الرضاع، فكيف جاز ذلك و قد قلتم: إنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

قلنا: أم أم ولده من النسب ما حرمت بالنسب بل بالمصاهره قبل وجود النسب، و النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله انما قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (٢) و لم يقل: يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهره (٣).

و قريب منه ذكر المصنف في التذكرة (٤)، و إن كان في آخر البحث مال إلى العمل بالروايات لصحتها.

و نحن نقول بذلك، لكننا لا نتعدى موردها و موضع العله المنصوصه.

و قد شاهدنا بعض من عاصرناه يروى عن بعض الأصحاب: أن المرأه إذا أرضعت ابن أخيها تحرم على زوجها صاحب اللبن، لأنها عمه ابنه، و هي بمنزله أخته، و نحو ذلك.

و هذا من الأوهام الفاسده قطعاً، لأن هذه ليست بينها و بين زوجها بسبب الرضاع علاقه نسب و لا علاقه مصاهره، لأن المحرم صيرورتها أختاً و نحو ذلك، أما

ص: ٢٤٤

١- ١) كذا، و في المصدر: فإنه يجوز أن يتزوج أم ولده من الرضاع.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجه ١- ٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

٣- ٣) المبسوط ٥: ٣٠٥. [١]

٤- ٤) التذكرة ٢: ٦٢٢-٢: ٦٢٣.



صيرورتها كالأخت فلا دليل يدل عليه.

و لو تخيل متخيل أنّ التعليل في الروايات لتحريم أولاد الفحل على أب المرتضع: بأنهم بمنزله أولاده، يشعر بأنّ من كان بمنزله إحدى المحرمات نسبا يحرم، فتحرم المرأة إذا صارت بمنزله الأخت و العمه و الخاله.

لقلنا: إنّ هذا من الخيالات الفاسده و الأوهام الباطله، لأنّ الذي يعتبر العله المنصوصه و يحكم بتعديتها، إنما يعتبر نفس المعلل به، فيرتب عليه الحكم إن وجد، لا على ما شابهه.

و لا- شك أنّ هذا من المجازفات في الدين، و العدول عن صريح الكتاب و السنه و الدلائل القاطعه عند أهل الشرع، مثل الاستصحاب إلى القول بالرأى من غير دليل و لا إثارة علم.

و قد أفردنا لهذه المسأله رساله حسنه تسمى الرضاعيه، من أراد تحقيقها فليطالع تلك الرساله.

ثم ارجع إلى العبارة و اعلم أن قول المصنف: (فلأب المرتضع). يلوح منه الرجوع عمّا اختاره في هذه المسأله سابقا، و التحريم هنا أقوى.

و قوله: (و بأخت زوجته من الرضاع) قيل عليه: إنّ أخت الزوجه حرام، سواء كانت الأختيه من النسب أم من الرضاع بلا خلاف، و سيأتي تحريرها في كلام المصنف في الفروع في غير موضع.

قلنا: هذا صحيح، لكن الظاهر أنّ المصنف يريد بذلك: أنّ الزوجه من الرضاع لا تحرم أختها، فالجار متعلق بمحذوف، على أنه مع المجرور حال من الزوجه أو صفه لها، لا أنه حال أو صفه من الأخت، و هذا صحيح.

و ربما نزلت العبارة على أنّ الضمير في (زوجته) يعود إلى الفحل، و المعنى: أنّه يجوز لأب المرتضع أن يتزوج أخت زوجه الفحل.

**الأول: لو زوج أم ولده بعيد أو بحر، ثم أرضعته من لبنه، حرمت عليهما**

الأول: لو زوج أم ولده بعيد أو بحر، ثم أرضعته من لبنه، حرمت عليهما.

**الثاني: لو فسخت نكاح الصغير لعيب أو لعنتها، ثم تزوجت و أرضعته بلبن الثاني، حرمت عليهما**

الثاني: لو فسخت نكاح الصغير لعيب أو لعنتها، ثم تزوجت و أرضعته بلبن الثاني، حرمت عليهما. وكذا لو تزوجت بالكبير أولاً، ثم طلقها، ثم تزوجت بالصغير، ثم أرضعته من لبنه. وهذا صحيح أيضاً في نفسه، إلا أنه بعيد عن العبارة جداً، لا يفهم منها بحال.

وقوله: (فللفحل نكاح أم المرتضع وأخته و جدته).

لا شبهه في جواز نكاح أم المرتضع، لأنها كزوجته، إنما الكلام في تحريم أخته و جدته، وقد أسلفنا أنّ أخته من النسب حرام على الفحل دون جدته منه.

قوله: (فروع أ: لو زوج أم ولده بعيد أو بحر ثم أرضعته من لبنه حرمت عليهما).

الحكم واضح، فإنها بالنسبة إلى المرتضع أم و بالنسبة إلى المولى زوجة ابنه من الرضاع، ولا يخفى أنّ الملك بحاله.

قوله: (ب: لو فسخت نكاح الصغير لعيب أو لعنتها ثم تزوجت و أرضعته بلبن الثاني حرمت عليهما، وكذا لو تزوجت بالكبير أولاً ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم أرضعته من لبنه).

إذا تزوجت بالصغير: بأن عقد عليها وليه الإجماع ثم فارقت بالفسخ لعيبه أو لحدوث عنتها، ثم تزوجت آخر و أرضعت الصغير بلبن الثاني الرضاع المحرم، حرمت عليهما، أما الصغير فلأنه ابنها من الرضاع، وأما الكبير فلأنها حليله ابنه من

### الثالث: لو أرضعت زوجته الكبيره زوجتيه الصغيرتين بلبن غيره دفعه

الثالث: لو أرضعت زوجته الكبيره زوجتيه الصغيرتين بلبن غيره دفعه، بأن أعطت كل واحده ثديا من الرضعه الأخيره، انفسخ عقد الجميع، و حرمت الكبيره مؤبدا، و الصغيرتان إن كان قد دخل بالكبيره، فإن أرضعت زوجه ثالثه حرمت مؤبدا إن كان قد دخل بالكبيره، و إلا بقيت زوجته من غير فسخ.

و لو أرضعت واحده ثم الباقيتين دفعه حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيره، و إلا فسد نكاح الصغائر، و له العقد على من شاء. الرضاع، و الكلام فى المهر على ما سبق، لأن الدخول يوجب استقراره على ما سبق.

و لو تزوجت بالكبير أولا ثم طلقها ثم تزوجت بالصغير ثم أرضعته بلبن الأول الرضاع المحرم، فالحكم كذلك أيضا.

قوله: (ج: لو أرضعت زوجته الكبيره زوجتيه الصغيرتين بلبن غيره دفعه- بأن أعطت كل واحده ثديا من الرضعه الأخيره- انفسخ عقد الجميع، و حرمت الكبيره مؤبدا و الصغيرتان إن كان قد دخل بالكبيره، فإن أرضعت زوجه ثالثه حرمت مؤبدا إن كان قد دخل بالكبيره، و إلا بقيت زوجته من غير فسخ، و لو أرضعت واحده ثم الباقيتين دفعه حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيره، و إلا فسخ نكاح الصغائر و له العقد على من شاء).

إذا كان له أربع زوجات واحده كبيره و ثلاث صغائر، فحكم ما إذا أرضعت الكبيره واحده منهن علم ممّا مضى، و بقى حكم ما إذا أرضعت اثنتين أو الثلاث، فهناك صور خمس، فإنّ إرضاع الاثنتين إمّا دفعه أو على التعاقب، و كذا إرضاع الثلاث، إلا أنّ إرضاعهن جميعا دفعه من الكبيره لا- يتصور، بل إمّا أن ترضع اثنتين ثم واحده أو بالعكس، فإن أرضعت اثنتين دفعه الرضاع المحرم بلبن غيره- و احترز به عمّا إذا كان

الرضاع بلبنه-فإنّ التحريم مؤبداً للجميع على كلّ حال.

وقد فسّر المصنف الدفعة: بإعطائها كلّ واحد من الرضعة الأخيره، و اعتبر الرضعة الأخيره لأنها التي بها يتحقق تمام النصاب، و يترتب على الرضاع التحريم، فلا عبره بالتقارب بالابتداء (1) أو تقدّم بعض، و كان عليه أن يعتبر مع ذلك أن ترويا من الأخيره دفعه ليتحقق ما ذكره، فلو سبقت إحداهما سبق تحريمها.

إذا تقرر ذلك، فإنه مع تحقق الدفعة يفسخ نكاح الجميع، و هنّ الصغيرتان و الكبيره، لتحقق الجمع بين الام و بنتها فى النكاح، و هو ممتنع، و لا- أولويه، و لم يبق إلا- الفسخ، و تحرم الكبيره مؤبداً لأنها أمّ الزوجه، و الصغيرتان إن كان دخل بالكبيره، و إلا عقد على من شاء منهما، لأنهما أختان.

و الكلام فى المهر على ما سبق.

و إن أرضعتها على التعاقب انفسخ نكاح الاولى مع الكبيره، و بقى نكاح الثانيه إن لم يدخل بالكبيره، لانتفاء الجمع المحرّم، و لا تحل له الأولى، إلا إذا فارق هذه، و حكم هذه معلوم من قوله فيما بعد: (و إن لم يكن دخل انفسخ نكاح الاولى).

و لو أرضعت الثالثه بعد إرضاع الأولتين دفعه، و هى الصوره الثالثه، فتحرم الجميع مؤبداً إن كان قد دخل بالكبيره، و إلا بقى نكاح الأخيره من غير فسخ، لانتفاء الجمع المحرّم المقتضى للفسخ حيث انفسخ نكاح الكبيره مع الصغيرتين المرتضعتين أولاً.

و لو انعكس الفرض، و هو الصوره الرابعه، بأن أرضعت واحده من الصغائر ثم اثنتين دفعه، فلا بحث فى تحريم الجميع مع الدخول بالكبيره، و بدونه يفسخ نكاح الكبيره و الصغيره الأولى، للجمع بين الام و بنتها فى النكاح، ثم يفسخ نكاح

ص: ٢٤٨

و لو أرضعتهن على التعاقب، فإن كان قد دخل حرمن مؤبداً، وإن لم يكن دخل انفسخ نكاح الاولى دون الثانيه، لأن الكبرى قد بانّت فلم يكن جامعا بينها وبين بنتها.

فإذا أرضعت الثالثه احتمال فساد نكاحها خاصه، لأن الجمع بين الأختين تم بها فاخصت بالفساد، كما لو تزوج بأخت امرأته و فساد نكاحها مع الثانيه، لأن عند كمال رضاعها صارتا أختين فانفسخ نكاحهما، كما لو كان إرضاعهما دفعه. الصغيرتين الأخرتين، لأنهما صارتا أختين، فيمتنع الجمع بينهما في النكاح، ولا أولويه، فينفسخ نكاحهما معا (1)، و يتخير في العقد على من شاء من الصغائر.

و الكلام في المهر و قدره و ثبوت الرجوع على المرضعه على ما سبق تفصيله.

قوله: (و لو أرضعتهن على التعاقب، فإن كان قد دخل حرمن مؤبداً، وإن لم يكن دخل انفسخ نكاح الاولى دون الثانيه، لأن الكبرى قد بانّت، فلم يكن جامعا بينها وبين بنتها، فإذا أرضعت الثالثه احتمال فساد نكاحها خاصه-لأن الجمع بين الأختين تمّ بها، فاخصت بالفساد، كما لو تزوج بأخت امرأته-و فساد نكاحها مع الثانيه، لأن عند كمال رضاعها صارتا أختين فانفسخ نكاحهما، كما لو كان إرضاعهما دفعه).

هذه هي الصورة الخامسه، و تحقيقها: أنّ الزوجه الكبيره إذا أرضعت الزوجات الصغائر على التعاقب، أى: واحده ثم اخرى ثم ثالثه، فمع الدخول بالكبيره يحرم الجميع مؤبداً، و بدونه ينفسخ نكاح الكبيره مع الاولى عند تمام إرضاعها للجمع المحرّم، فإذا أرضعت الثانيه لم ينشأ محذور، لانتهاء الجمع بين الام و بنتها في النكاح.

ص: ٢٤٩

(١ - ١) في «ض»: دفعه.

## الرابع: لو أرضعت أمته زوجته بلبن غيره حرمت الأمه مؤبدا

الرابع: لو أرضعت أمته زوجته بلبن غيره حرمت الأمه مؤبدا و لم يزل ملكها، وكذا الزوجه إن كان قد وطأ الأمه، وإلا فهي على الزوجيه من غير فسخ و لا تحريم. فإذا أرضعت الثالثه، ففي الحكم احتمالان:

أحدهما: انفساخ نكاح الثالثه فقط دون الثانيه، لأن الجمع بين الأختين تمّ بهما، فاختصت بفساد النكاح، كما لو تزوج بأخت امرأته، فإن نكاح الأخت مخصوص بالبطلان دون نكاح الزوجه، والفرق قائم، فإن نكاح الأخت لم يسبق صحته، والمانع منه موجود، وهو استلزامه حصول الجمع المحرّم، بخلاف ما هنا، فإن نكاح كلّ قد سبقت صحته، وبحدوث الأختيه تحقق الجمع بين الأختين في النكاح الصحيح، و لا أولويه لواحد على الأخرى.

الثاني: الحكم بانفساخ النكاحين معا، لأنّ عند كمال إرضاعهما صارتا أختين، فانفسخ نكاحهما، إذ لا أولويه لإحدهما على الأخرى في حصول السبب المقتضى لبطلان النكاح بالنسبه إليها، فهو كما لو كان إرضاعهما دفعه. وينبه على هذا أمران:

الأول: أن المعلول الموجود عند الجزء الأخير من العله لا يستند إلى ذلك الجزء على انفراده، وإلا لكان ما فرض جزء عله عله تامه، وهو باطل.

الثاني: أن الاخوه و الأختيه من الأمور الإضافيه، فلا يثبت من أحد الجانبين إلا مع ثبوتها من الجانب الآخر، فإذا ترتب عليها حكم لم يختص بأحد الجانبين، لأن الاشتراك في مقتضى الحكم يقتضى الاشتراك فيه، و معلوم أنّ معنى الأختيه يثبت للجانبين على حدّ سواء عند كمال الإرضاع.

و الأصح انفساخ النكاحين.

قوله: (د: لو أرضعت أمته زوجته بلبن غيره حرمت الأمه مؤبدا و لم يزل ملكها، وكذا الزوجه إن كان قد وطأ الأمه، وإلا فهي على الزوجيه من غير فسخ و لا تحريم).

احترز بكون اللبن

## الخامس: لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته

الخامس: لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته، كل واحد زوجة دفعه، حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيره، وإلا الكبيره، و انفسخ عقد الصغائر، و له تجديده جمعا، لأنهن بنات خالات، و لكل صغيره نصف مهرها، و يرجع به الزوج على مرضعتها، و للكبيره المهر، و يرجع به على البنات بالسويه.

و لو ارتضعن بأنفسهن بالاستقلال فلا ضمان، و فى تضمين الصغار مهر الكبيره نظر.

و لو أرضعن على التعاقب تعلق بالأولى مهر الكبيره، أو نصفه و نصف مهر الصغيره. لغيره عما إذا كان اللبن له، فإنهما تحرمان مؤبدا و ان لم يكن قد وطأ الأمه، و وجه عدم زوال ملك الأمه فى الصوره التى فرضها ظاهر، فإن أم الزوجه لا يمنع ملكها و إن حرم وطأها، و ظاهر أنه إذا لم يكن قد وطأ الأمه لا تحرم الزوجه بإرضاع الأمه إياها، إذ لا تحرم على الشخص بنت مملوكته التى لم يطأها لا عينا و لا جمعا، فلا تحريم حينئذ و لا فسخ.

قوله: (ه) لو أرضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجاته كل واحد زوجة دفعه، حرمن جمع إن كان قد دخل بالكبيره، وإلا الكبيره، و انفسخ عقد الصغائر، و له تجديده جميعا، لأنهن بنات خالات، و لكل صغيره نصف مهرها، و يرجع به الزوج على مرضعتها، و للكبيره المهر، و يرجع به على البنات بالسويه، و لو ارتضعن بأنفسهن بالاستقلال فلا ضمان، و فى تضمين الصغائر مهر الكبيره نظر، و إن أرضعن على التعاقب، تعلق بالأولى مهر الكبيره أو نصفه و نصف مهر الصغيره).

و على كل من الباقيتين

و على كل من الباقيتين نصف مهر من أرضعتها مع الدخول، وإلا- فلا رجوع، لبقاء النكاح بحاله، فإن نكاح الكبيره قد زال قبل الإرضاع، فلا- جمع. نصف مهر من أرضعتها مع الدخول، وإلا- فلا- رجوع، لبقاء النكاح بحاله، فإن نكاح الكبيره قد زال قبل الإرضاع، فلا جمع).

لو كان له زوجه كبيره و ثلاث صغائر و للكبيره ثلاث بنات مراضع، فأرضعت كل واحد منهن صغيره من الثلاث الرضاع المحرم، فان كان قد دخل بالكبيره حرمن جمع مؤبدا، سواء رضعن معا أم على الترتيب، لأن الكبيره جدّه نسانه، و الصغائر بنات بنات زوجه المدخول بها.

و إن لم يكن قد دخل بها، حرمت الكبيره مؤبدا و انفسخ عقد الصغائر جميعا إن كان ارتضاعهن دفعه واحده: بأن حصل الاقتران فى آخر الرضعه الأخيره، لثبوت الجمع بين الام و بنات بناتها فى النكاح، ثم يجدد نكاحهن إن أراد جمعا، لأنهن بنات خالات.

و هذا إذا لم يكن اللبن لفحل واحد، فلو كان: بأن تزوج شخص الاولى ثم فارقتها و هى ذات لبن منه و هكذا صنع فى الثانيه، ثم تزوج الثالثه و صارت ذات لبن منه، فإنهن إذا أرضعن الصغائر بهذا اللبن حرمن جمعا، لأنهن أخوات حينئذ.

و لو كان الإرضاع لهن على التعاقب، حرمت الكبيره مؤبدا و انفسخ نكاح اولى الصغائر خاصه، للجمع بينها و بين جدتها، ثم يجدد نكاحها إن شاء، و أما نكاح الباقيتين فإنه باق بحاله، و هذا بشرط عدم الدخول بالكبيره، و كون لبن كل بنت لفحل (1).

ص: ٢٥٢

---

١- ١) فى «ض»: و كون اللبن لبنت كل فحل، و فى «ش»: و كون لبن بنت فحل، و المثبت من النسخه الحجرية.



و لو أرضعت اثنتان دفعه واحده (١) انفسخ نكاح الأولتين خاصه، ثم يجدد نكاحهما إن شاء، و لو ارتضعن بأنفسهن دفعه أو على التعاقب فالكلام فى التحريم و الانفساخ على ما سبق.

و أما الكلام فى المهر، فإنّ لكلّ صغيره نصف مهرها المسمّى أو جميعه على الخلاف السابق، و قد بينا ما هو الأرجح، و يرجع الزوج على مرضعتها، إما مطلقاً أو مع قصدها إلى إفساد النكاح على ما فيه، و فيه الخلاف السابق من أنه لا رجوع أصلاً، و قد بينا ذلك، فلا حاجه إلى إعادته.

و للكبيره المهر مع الدخول، و بدونه فيه الخلاف السابق، و يرجع به الزوج على البنات الثلاث بالسويه إن لم يكن دخل بها، أما مع الدخول فلا رجوع، على ما صرح به المصنف فى التذكرة (٢) و غيرها، لاستقراره بالدخول، و قد أطلق الرجوع به هنا، و كأنه اكتفى بما يدل عليه ظاهر كلامه السابق فيما لو أرضعت كبيره الزوجتين صغيرتهما، فإنه قال هناك: (و للكبيره المهر مع الدخول، و إلا فلا) و لم يذكر رجوعاً، و ذكر الرجوع فى مهر الصغيره.

و لو ارتضعن بأنفسهن: بأن سعين إلى البنات و هنّ نائمات فارتضعن الرضاع المحرّم، فلا مهر لهنّ، لأنّ الفرقه قبل الدخول من جهتين، فكانت كالأردّه، لكن فى تضمينهنّ مهر الكبيره نظر، ينشأ من التردد فى أنّ التسبب إلى فسخ النكاح بفعل مقتضيه هل يوجب غرم المهر أم لا، و أنّ قصد الإفساد هل هو شرط الرجوع أم لا، و التضمنين قوى، لأنّ البضع متقوم، فهو فى حكم الأموال، و الإلتلاف موجب للضمان فى الصغيره و الكبيره.

ص: ٢٥٣

١ - ١) فى النسخه الحجرية: ثم واحده.

٢ - ٢) التذكرة ٦٢٦: ٢-٦٢٧. [١]

## السادس: لو أرضعت أم الكبيره أو جدتها أو أختها

السادس: لو أرضعت أم الكبيره أو جدتها أو أختها على اشكال فيهما الصغيره و لم يدخل انفسخ النكاح، لأن المرضعه إن كانت الأم فالكبيره أخت، وإن كانت الأخت فخاله، وإن كانت الجده فالصغيره خاله. فإن قلنا به استوين في الرجوع عليهن بمهر الكبيره مع الارتضاع دفعه، وإلا فعلى الاولى إن تعاقبن، وإلا فعلى الأولتين.

و لو كان إرضاع البنات إياهن على التعاقب تعلق بالأولى مهر الكبيره أو نصفه، وذلك مع الدخول و عدمه، بناء على أنه ينتصف قبل الدخول، وكذا يتعلق بها نصف مهر الصغيره، وعلى كل من البنتين الباقيتين نصف مهر الصغيره، وعلى كل من البنتين الباقيتين نصف مهر الصغيره التي أرضعتها إن كان قد دخل بالأم— وهذا إذا قلنا: بأن المهر ينتصف بالفسخ بالرضاع قبل الدخول— وإن لم يكن دخل بالأم فالنكاح صحيح بحاله، لأن نكاح الكبيره قد انفسخ قبل ذلك، فانتهى الجمع المحرم.

و اعلم: أن تقييد المصنف أول البحث بكون الرضاع لجميع الزوجات دفعه، إنما يحتاج إليه إذا كان الرضاع قبل الدخول بالكبيره، لاختلاف الحكم، أمّا بعده فلا تفاوت.

قوله: (و: لو أرضعت أم الكبيره أو جدتها أو أختها—على إشكال فيهما—الصغيره و لم يدخل انفسخ النكاح، لأن المرضعه إن كانت الأم فالكبيره أخت، وإن كانت الأخت فخاله، وإن كانت الجده فالصغيره خاله).

لو كان له زوجتان كبيره و رضعيه، فأرضعت أم الكبيره الصغيره الرضاع المحرم انفسخ النكاح، لأنهما صارتا أختين، و لو أرضعت جده الكبيره أو أختها الصغيره، ففي انفساخ النكاح هنا إشكال.

السابع: لو تزوج كل من الاثنين زوجه صاحبه، ثم أرضعت إحداهما الأخرى، حرمت الكبيره عليهما مؤبدا، والصغيره على من دخل بالكبيره، و كذا لو تزوجتا بواحد ثم بآخر. ينشأ: من أنّ المرضعه إن كانت الجده للأم صارت الصغيره خاله للكبيره، وإن كانت جده للأب كانت الصغيره عمّه، وإن كانت الأخت صارت الكبيره خاله للصغيره، والجمع بين العمّه و بنت الأخ و الخاله و بنت الأخت فى النكاح منهيّ عنه، لقوله عليه السلام: «لا تنكح المرأة على عمّتها و لا على خالتها» (١).

و من أنّ هذه النسبه بمجردا غير مانعه من النكاح، فإنّه لو أذنت العمه أو الخاله، أو تقدّم عقد بنت الأخ أو بنت الأخت و رضيت العمه و الخاله جاز الجمع، و لم يقدّم دليل على عدم جواز الجمع هنا، فيستصحب النكاح السابق.

و التحقيق أن يقال: إنّ الجمع بين العمّه و بنت أخيها، و بين الخاله و بنت أختها فى النكاح بغير رضا العمه و الخاله ممنوع منه، و لهذا لو عقد أحد الوكيلين على بنت الأخ و الوكيل الآخر على عمّتها فى زمان واحد، لم يقع كلّ من النكاحين صحيحا ماضيا و لا- واحد منهما بدون الآخر، لانتفاء المرحّح، بل يقعان موقوفين، و كذا لو تزوّجهما فى عقد واحد، و على هذا فيكون الرضاع المحدث بهذه النسبه موجبا لاجتماعهما فى النكاح، و هو منهيّ عنه بدون الإذن، و الفرض انتفاؤه.

قوله: (ز: لو تزوج كلّ من الاثنين زوجه صاحبه ثم أرضعت إحداهما الأخرى، حرمت الكبيره عليهما مؤبدا و الصغيره على من دخل بالكبيره، و كذا لو تزوجت بواحد ثم بآخر).

لو كان لاثنين زوجتان

ص: ٢٥٥

## الثامن: لو أرضعت جده الصغيرين أحدهما انفسخ النكاح

الثامن: لو أرضعت جده الصغيرين أحدهما انفسخ النكاح، لأن المرتضع إن كان هو الزوج، فهو إما عم زوجته أو خالها، وإن كانت الزوجه فهي إما عمه أو خاله لزوجها. إحداهما مرضعه و الأخرى رضيعه، ففارق كلّ منهما زوجته و تزوجها الآخر، ثم أرضعت الكبيره الصغيره بلبن ثالث، حرمت الكبيره عليهما مؤبدا، و الصغيره على من دخل بالكبيره.

أما تحريم الكبيره عليهما مؤبدا، فلأنها أمّ زوجتهما، إلا أنه لا خلاف في تحريمها على من الصغيره الآن زوجته، إنّما الخلاف في تحريمها على من كانت الصغيره زوجته، و قد سبق تحقيقه.

و أما الصغيره، فإنها بالإضافه إليهما بنت الزوجه، و لا تحرم بنت الزوجه إلا مع الدخول بأمرها.

و لو لم يكن الإرضاع بلبن ثالث لحرمتا على صاحب اللين مؤبدا و ان لم يدخل بالكبيره، و الكلام في المهر على ما سبق.

و لو أنّ أحدهما تزوج بالكبيره ثم فارقها، فتزوجها آخر، ثم أرضعت الكبيره الصغيره بلبن ثالث، لكان الحكم كذلك أيضا.

قوله: (ح: لو أرضعت جدّه الصغيرين أحدهما انفسخ النكاح، لأن المرتضع إن كان هو الزوج فهو إما عمّ زوجته أو خال، و ان كانت الزوجه فهي إما عمه أو خاله لزوجها).

المراد: أنه إذا زوج رضيع برضيعه و لهما معا جدّه من قبل الأمّ أو من قبل الأب، كأّم أم أمها أو أم أم أبيها، ثم أرضعت أحدهما الجده المذكوره، فإنّ النكاح ينفسخ، لأن المرتضع إن كان هو الزوج و الجده للأب فهو عم زوجته، و إن كانت الجده للأم

## التاسع: لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته نشر الحرمة إلى أقاربه

التاسع: لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته نشر الحرمة إلى أقاربه.

## العاشر: لا تحرم أم المرضعه من الرضاع على المرتضع

العاشر: لا تحرم أم المرضعه من الرضاع على المرتضع، ولا أختها منه، ولا أعمتها منه، ولا خالتها، ولا بنات أختها، ولا بنات أخيها وإن حرمن بالنسب، لعدم اتحاد الفحل.

و لو أرضعت ذات الابن ذات الأخت لم تحرم الأخت على الابن. فهو خال زوجته، وإن كان المرتضع هو الزوجه فهي إما عمه زوجها إن كانت المرضعه جدّه الأب، وإلا فخالته.

قوله: (ط: لو أرضعت من لبن الزوج بعد موته نشر الحرمة إلى أقاربه).

لأن كون اللبن له لا يزول بالموت، ولا استصحاب ما كان قبل الموت، والتمسك بعمومات الكتاب و السنه المتناوله لهذا الرضاع مع انتفاء المعارض.

قوله: (ي: لا- تحرم أم المرضعه من الرضاع على المرتضع و لا- أختها منه و لا أعمتها منه و لا خالتها و لا بنات أختها و إن حرمن بالنسب، لعدم اتحاد الفحل، و لو أرضعت ذات الابن ذات الأخت لم تحرم الأخت على الابن).

أطبق الأصحاب على أنّ حرمة الرضاع لا يثبت بين مرتضعين إلا إذا كان اللبن لفحل واحد، وقد حققنا هذا فيما تقدّم، وأوردنا النص الوارد بذلك، و حكينا خلاف الطبرسي.

فعلى هذا لو كان لمن أرضعت صبيا أم من الرضاع لم تحرم تلك الام على الصبي، لأن نسبتها إليه بالجدوده إنما تتحصل من رضاعه من مرضعته و رضاع مرضعته منها،

و معلوم أنّ اللبن في الرضاعين ليس لفحل واحد، فلا تثبت الجدوده بين المرتضع و الام المذكوره، لانتفاء الشرط، فينتفى التحريم.

و من هذا يعلم أن أختها من الرضاع و عمّتها منه و خالتها منه لا يحرم من و إن حرم من بالنسب، لما قلناه من عدم اتحاد الفحل، و لو كان المرتضع أنثى لم يحرم عليه أبو المرضعه من الرضاعه و لا أخوها منه و لا عمّتها منه و لا خالها منه، لمثل ما قلناه.

قيل: عموم قوله عليه السّلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (1) يقتضى التحريم هنا، و أيضا فإنّهم قد أطلقوا على مرضعه المرضعه أنّها أم، و على المرتضعه بلبن أبي المرضعه أنّها أخت، فتكون الأولى جدّه و الثانيه خاله، فيندرجان في عموم التحريم للجدّه و الخاله، و كذا البواقي.

قلنا: الدال على اعتبار اتحاد الفحل خاص، فلا حجّه في العام حيثنذ، و أمّا الإطلاق المذكور فلا اعتبار به مع فقد الشرط، فإنّهم أطلقوا على المرتضع أنه ابن للمرضعه و على المرتضعه منها بلبن فحل آخر أنّها بنت لها أيضا، و لم يحكموا بالأخوه المثمره للتحريم بين الابن و البنت، لعدم اتحاد الفحل.

و في قول المصنف: (و لا بنات أختها) مع قوله: (و إن حرم من بالنسب) مناقشه، لأن بنات أخت المرضعه من النسب لا يحرم من، لأنهن بنات خاله، فقوله: (و لا بنات أختها) من سهو القلم، و بعض النسخ خاليه منه.

و قوله: (و لو أرضعت ذات الابن ذات الأخت.) هو بعينه ما مرّ من قوله:

(و لأولاد هذا الأب الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في أولاد المرضعه) و قد يفرق بينهما: بأنّ الأخت ربما كانت أختا للمرضعه من أمها، فلا يتناولها قوله: (و لأولاد هذا الأب).

ص: ٢٥٨

## الحادى عشر: حرمة الرضاع تنشر إلى المحرمات بالمصاهرة

الحادى عشر: حرمة الرضاع تنشر إلى المحرمات بالمصاهرة، فليس للرجل نكاح حلائل آباءه من الرضاع، ولا حلائل أبنائه منه، ولا أمهات نسائه ولا بناتهن منه. قوله: (يا: حرمة الرضاع ينشر إلى المحرمات بالمصاهرة، فليس للرجل نكاح حلائل آباءه من الرضاع ولا حلائل أبنائه منه ولا أمهات نسائه ولا بناتهن منه).

المراد من هذا: أنه إذا ثبت بالرضاع نسبه البنوه بين المرتضع و صاحب اللبن تبعها أحكام المصاهرة الثابتة بالنكاح، فإذا كان لصاحب اللبن زوجة غير المرضعه أو موطوءة بملك اليمين، فهى حليله أب تحرم، لاندراجها فى عموم قوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١)، وكذا القول فى حليله المرتضع بالنسبه إلى الفحل.

ومثله أخت المنكوحه من الرضاع معها، لاندراجها فى قوله سبحانه وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ (٢)، ومثله بنت أخ الزوجه و بنت أختها إذا كانتا من الرضاع مع العمه و الخاله إذا لم تأذنا، وقد حَقَّقْنَا ذَلِكَ فِيمَا سَبَقَ قَبْلَ الْفُرُوعِ.

و فى الحواشى المنسوبه إلى شيخنا الشهيد: أن هذا رجوع عما سلف من قوله:

(و يحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة).

و ليس كذلك جزما، و كل من لاحظ ما حَقَّقْنَاهُ كَمَالِ الْمَلَاظَمَةِ لَمْ يَشْكَ فِى أَنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ.

ص: ٢٥٩

[١ - ١] النساء: ٢٢. [١]

[٢ - ٢] النساء: ٢٣. [٢]

## الثانى عشر: لو أرضعت من يفسد النكاح بإرضاعه جاهله بالزوجيه

الثانى عشر: لو أرضعت من يفسد النكاح بإرضاعه جاهله بالزوجيه، أو للخوف عليها من التلف، و لم تقصد الإفساد، و قلنا بالتضمنين، ففيه هنا إشكال ينشأ: من كون الرضاع سببا، فإذا كان مباحا لم يوجب الضمان كحفر البئر فى ملكه. قوله: (يب: لو أرضعت من يفسد النكاح بإرضاعه جاهله بالزوجيه أو للخوف عليها من التلف و لم تقصد الإفساد و قلنا بالتضمنين، ففيه هنا إشكال، ينشأ من كون الرضاع سببا، فإذا كان مباحا لم يوجب الضمان، كحفر البئر فى ملكه).

قد سبق أنّ المرضعه إذا قصدت بالرضاع إفساد النكاح الحاصل، ففي (١) ضمانها ما اغترمه الزوج من المهر قولان:

فعلى القول بعدم الضمان مع القصد المذكور، لا كلام فى عدم الضمان مع انتفائه.

و على القول بالضمان معه، فهل يضمن مع انتفائه - كما لو أرضعت الصغيره مثلا جاهله بكونها زوجته ابنها من النسب مثلا، أو مع علمها بالزوجيه، لكن خافت على الصغيره من التلف، لفقدها من ترضعها غيرها فى محل الحاجه و لم تقصد مع ذلك الإفساد - فيه إشكال، ينشأ مما ذكره المصنف، و هو:

أنّ الرضاع سبب لإفساد النكاح، فإذا كان مباحا لم يوجب الضمان، كحفر البئر فى ملكه، فإنه لكونه مباحا لا يضمن الحافر ما يتلف بسببه، و أيضا فإنّ الإرضاع فى هذه الحاله إحسان خال عن الضرر، فيندرج فى عموم ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلِ (٢).

ص: ٢٦٠

١- ١) فى جميع النسخ: فى، و ما أثبتناه هو الصحيح.

٢- ٢) التوبه: ٩١. [١]



### الثالث عشر: لو سعت الزوجه الصغيره فارتضعت من الزوجه الكبيره و هي نائمه

الثالث عشر: لو سعت الزوجه الصغيره فارتضعت من الزوجه الكبيره و هي نائمه، رجع في مال الصغيره بمهر الكبيره، أو نصفه على اشكال. فإن أرضعتها عشر رضعات، ثم نامت فارتضعت خمسا، احتمل الحواله بالتحريم على الأخيره، فالحكم كما لو كانت نائمه في الجميع، و التقسيط، فيسقط ثلث مهر الرضيعه بسبب فعلها، و نصف المهر بوجود الفرقه قبل الدخول، و يسقط ثلثا مهر الكبيره. و من أنه إتلاف لمتقوم مضمون، فلا يفرق الحال فيه بقصد الإفساد و عدمه، كسائر الإتلافات.

و لقائل أن يقول: إن كان اباحه السبب موجبا لسقوط الضمان، لم يتحقق الضمان في شيء من الصور المذكوره أصلا، لأننا لا نسلم تحريم الإرضاع على تقدير قصد الإفساد و إن حرم القصد، و لأنه يلزم عدم الضمان للمهر لو أقرت لزيد بالنكاح لاعتقادها كونها زوجه له ثم تعير اعتقادها فأقرت لعمره، و لأن إقرارها الأول مباح، و هي محسنه بزعمها، و للنظر فيه مجال.

قوله: (يج: لو سعت الزوجه الصغيره فارتضعت من الزوجه الكبيره و هي نائمه رجع في مال الصغيره بمهر الكبيره أو نصفه على إشكال).

فإن أرضعتها عشر رضعات، ثم نامت فارتضعت خمسا، احتمل الحواله بالتحريم على الأخير و الحكم كما لو كانت نائمه في الجميع. و التقسيط فيسقط ثلث مهر المرضعه بسبب فعلها، و نصف المهر بوجود الفرقه قبل الدخول و يسقط ثلثا مهر الكبيره).

فإن كانت غير مدخول

فإن كانت غير مدخول بها سقط الباقي، لأنه أقل من النصف الساقط بالفرقه. و يغرم للصغيره سدس مهرها، و يرجع به على الكبيره.

و يحتمل سقوط سدس مهر الصغيره، و يغرم الكبيره ثلثه و سقوط ثلث مهر الكبيره، و تغرم الصغيره سدسه إن كان قبل الدخول، و بعده على اشكال. بها سقط الباقي، لأنه أقل من النصف الساقط بالفرقه، و يغرم للصغيره سدس مهرها و يرجع به على الكبيره، و يحتمل سقوط سدس مهر الصغيره و تغرم الكبيره ثلثه، و سقوط مهر الكبيره و تغرم الصغيره سدسه إن كان قبل الدخول، و بعده اشكال).

هنا مسألتان:

أ: إذا تولت الزوجه الصغيره الرضاع من الكبيره بلبن غيره و ليس للكبيره شعور بذلك- بأن كانت نائمه و نحو ذلك- فإن النكاح يفسخ على ما سبق، و يجب للكبيره مع عدم الدخول جميع المهر أو نصفه على القولين.

و هل يرجع بذلك فى مال الصغيره؟ فيه إشكال، ينشأ من التردد فى اشتراط انتفاء القصد إلى الإفساد فى ثبوت الغرم و عدمه، و يمكن أن يكون الاشكال باعتبار التردد فى الرجوع بعوض البضع، و قد سبق الكلام فيه.

و قول المصنف: (رجع فى مال الصغيره بمهر الكبيره أو نصفه) أشار به إلى التردد فى استحقاق المهر كله أو نصفه بالانفساخ قبل الدخول، لأن الفسخ بعد الدخول يوجب المهر جميعه، و لا- يستحق الزوج الرجوع به، لسبق استقراره بالوطء، فلا- أثر للتردد بالرجوع بالمهر أو نصفه على تقدير الدخول أو عدمه.

ب: لو أرضعت الكبيره الصغيره عشر رضعات ثم نامت فارتضعت الصغيره

ص: ٢٤٢

خمسا اخرى انفسخ النكاح، لبلوغ النصاب المقتضى للتحريم، وحينئذ ففى حواله التحريم على الرضاع الأخير أو على مجموع الرضعات احتمالا ان:

أحدهما: الحواله على الأخير، لانتفاء التحريم قبله و تحققه مع حصوله، فيكون هو السبب و ما تقدمه شرط، و مثله ما إذا كان الصيد يمتنع بسببين العدو و الطيران، فأبطل واحد عدوه و آخر طيرانه، فإنه يكونه للأخير، فعلى هذا يسقط مهر الصغيره و يضمن مهر الكبيره قبل الدخول، إما جميعه أو نصفه على ما سبق.

الثانى: اعتبار سببيه المجموع فى الضمان، للإطباق على أنّ المقتضى للتحريم هو مجموع خمس عشره رضعه أو ما جرى مجراها، و أبعاضها أجزاء العله، فكلّ بعض منها جزء عله، و لا- ريب أنّ الجزء الأخير من العله ليس هو العله، فعلى هذا يقسّط المهر على أجزاء السبب، و فيه احتمالا ان:

أحدهما: اعتبار المقسط، و هو فعل الزوجه من أصل المهر الواجب بالعقد مع ما يسقط بالفرقه قبل الدخول على القول بسقوط النصف بها، فيجب للصغيره سدس المهر، و ذلك لأن فعلها ثلث السبب، فيسقط به ثلث مجموع المهر و نصفه بالفرقه قبل الدخول، فيبقى سدس يدفعه إليها و يرجع به على الكبيره.

و أما الكبيره إذا كانت غير مدخول بها، فإنها لا- تستحق شيئا، لأن فعلها ثلثا السبب، فيسقط به ثلثا المهر، و يسقط بالفرقه قبل الدخول نصف المهر، و الباقي بعد الثلثين أقل منه، فلا يبقى لها شيء.

و وجه هذا الاحتمال: أنه بتمام الرضاع يتحقق المقتضى، للفرقه و المسقط لبعض المهر دفعه واحده، فيوفر على كلّ مقتضاه، و فى هذا الاحتمال قوه.

الاحتمال الثانى: اعتبار المسقط من الواجب بعد الفرقيه، و ذلك هو النصف، بناء على أن الفرقيه قبل الدخول تشطر المهر، فيسقط بفعل الصغيره ثلث الواجب

بعد الفرقه، و هو السدس، لأن فعلها ثلث السبب، و الواجب بعد الفرقه هو النصف، و ثلثه سدس الأصل، و يبقى لها الثلثان، و هما ثلثا مجموع المسمّى، فيغرمه الزوج لها و يرجع به على الكبيره.

و أما الكبيره إذا لم يكن مدخولا بها، فإنه يسقط بفعلها ثلثا الواجب بعد الفرقه، و هما ثلث الأصل، و يبقى لها سدس هو ثلث الواجب بعد الفرقه، فيغرمه الزوج لها و يرجع به على الصغيره.

و يجيء هنا احتمال آخر، و هو: أن يقسط المهر على فعل الكبيره و الصغيره بالسويه، لأن لكل فعل منهما مدخلا، و هو جزء عله، فلا ينظر إلى قلته و كثرته، كما لو ضربه واحد ضربه و آخر عشرا و مات بالجميع، هذا حكم ما إذا وقع الرضاع و الكبيره غير مدخول بها.

أما مع الدخول ففي الحكم إشكال، ينشأ:

من أن المهر قد استقر بالدخول، فلا يسقط منه شيء بالسبب الطارئ الموجب للفسخ، و لا يضمن فاعل سبب الفسخ شيئا، لأن استدامه النكاح ليس في مقابلها مهر، و لهذا لو قتل الزوجه قاتل أو قتلت نفسها، أو اشتركا في سبب القتل لم يستحق الزوج الرجوع بشيء من المهر بسبب القتل، فلا تضمن للكبيره الصغيره شيئا من مهر الكبيره بالرضاع بعد الدخول.

و من أن البضع متقوم كما قدمناه غير مره، و تقرر المهر بالدخول لا يخرج البضع عن كونه متقوما، و من أتلف متقوما مقابلا بالمال ضمنه، للإجماع على أن الإلتلاف يقتضى الضمان، و إلحاق الحكم هنا بحكم القتل قياس باطل، مع أنه منقوض بالقتل فعل الدخول.

فعلى هذا إن كان قد سلم الكبيره المهر رجع عليها بثلثيه و على الصغيره بثلث، و إلا دفع الثلث و رجع به فى مال الصغيره.

خاتمه:الأقرب قبول شهاده النساء منفردات،فلا بد من الأربع.

و يكفى الشاهدان و الشاهد و المرأتان.و لا يقبل فى الإقرار به إلا شاهدان، و هنا شىء، و هو أنه على هذا الاحتمال ينبغى أن يكون المضمون بالرضاع بعد الدخول مهر المثل،لأنه قيمه المثل بالنسبه إلى البضع،و التوقف فى هذه الأحكام أسلم،و إن كان الاحتمال الأول من احتمالى التقسيط و الثانى من احتمالى الضمان بعد الدخول لا يخلو من قوه.

قوله: (خاتمه:الأقرب قبول شهاده النساء منفردات،فلا بد من الأربع،و يكفى الشاهدان و الشاهد و المرأتان،و لا يقبل فى الإقرار به إلا شاهدان).

اختلف الأصحاب فى أنه هل تقبل شهاده النساء فى الرضاع منفردات على قولين:

فذهب الشيخ فى الخلاف (١)و ابن إدريس (٢)إلى عدم قبولهن.

و ذهب المفيد (٣)و السيد (٤)و سلار (٥)و ابن حمزه (٦)و جمع من الأصحاب إلى القبول،لأن ذلك من الأمور الخفيه التى تعم بها البلوى و لا يطلع عليها غالبا إلا النساء،فوجب قبول شهادتهن فيه كسائر امورهن الخفيه على الرجال،و لمفهوم روايه

ص:٢٤٥

١-١)الخلاف ٣:٨٥ مسأله ١٩ من كتاب الرضاع.

٢-٢) السرائر:٢٨٦.

٣-٣) المقنع:١١٢.

٤-٤) الانتصار:٢٤٨.

٥-٥) المراسم:٢٣٣.

٦-٦) الوسيله:٢٥١.

و يفتقر إلى التفصيل، فلا تسمع الشهادة به مطلقه، و تسمع في الإقرار به.

و يتحمل الشاهد بأربع شرائط: أن يعرفها ذات لبن، و أن يشاهد الصبي قد التقم الثدي، و أن يكون مكشوفاً لثلاً يلتقم غير الحلمه، و أن يشاهد امتصاصه للثدي و تحريك شفثيه و التجرع و حركة الحلق، ثم يشهد على القطع بأن بينهما رضاعاً محرماً. عبد الله بن بكير عن بعض أصحابنا، عن الصادق عليه السلام في امرأه أرضعت غلاماً و جاريه، قال: «يعلم ذلك غيرها؟» قلت: لا، قال: «لا تصدق إن لم يكن غيرها» (1)، فإن مفهوم الشرط أنها تصدق إذا كان معها غيرها، و هو أعم من الرجال و النساء.

و يضعف: بأن المفهوم لا عموم له، و سيأتي كمال البحث في المسألة إن شاء الله تعالى في كتاب القضاء، و الأصح القبول.

و على هذا فلا بد من أربع، فإن كل امرأتين بمنزله رجل واحد.

و لا تكفي شهادته المرضعه عندنا، و تقبل شهادته رجلين إجماعاً و رجل و امرأتان، و أما الإقرار بالرضاع فلا يقبل فيه إلا شهادته رجلين، لأن الإقرار مما يطلع عليه الرجال غالباً، بخلاف نفس الإرضاع.

قوله: (و يفتقر إلى التفصيل، فلا تسمع الشهادة به مطلقه، و تسمع في الإقرار به، و يتحمل الشاهد بأربع شرائط: أن يعرفها ذات لبن، و أن يشاهد الصبي قد التقم الثدي، و أن يكون مكشوفاً لثلاً يلتقم غير الحلمه، و أن يشاهد امتصاصه للثدي و تحريك شفثيه و التجرع و حركة الحلق، ثم يشهد على القطع أن بينهما رضاعاً محرماً).

ص: ٢٦٦

و إن شهد على فعل الإرضاع فليذكر الوقت و العدد، و الأقرب أنه ليس عليه ذكر وصول اللبن إلى الجوف.

و لا تكفى حكاية القرائن بأن يقول: رأيتة قد التقم الثدي و حلقه يتحرك. و إن شهد على فعل الإرضاع فليذكر الوقت و العدد، و الأقرب أنه ليس عليه ذكر وصول اللبن إلى الجوف، و لا- يكفى ذكر حكاية القرائن، بأن يقول: رأيتة قد التقم الثدي و حلقه يتحرك).

صرح المصنف و غيره من الأصحاب بأن الشهادة على الرضاع لا- تسمع مطلقه، بأن يقول الشاهد: ان أشهد أن بينهما رضاعا محرما، أو حرمة الرضاع، أو اخوته أو بنوته، لأن الرضاع الذى به يتعلق التحريم مختلف فيه، فبعضهم حرّم بالقليل و بعضهم بالإيجاز و نحو ذلك، فلا بد من ذكر الكمية و الكيفية التى هى مناط الاختلاف، ليعمل الحاكم باجتهاده.

و لا يكفى إطلاق الشهادة، لأن الشاهد ربما عوّل فى شهادته على معتقده و لم يكن مرضيا عند الحاكم، فيشهد الشاهد بأن الصغير ارتضع من الفلانيه من الثدي من لبن الولاده خمس عشره رضعه تامّات فى الحولين من غير أن يفصل بينها برضاع امرأه أخرى.

و زاد المصنف فى التذكرة (1) فى الرضعات أن يقول: متفرقات، و لا حاجه إليه، لأن التعرض إلى الرضعات يغنى عنه، إذ مع عدم التفرق يكون الحاصل رضعه طويله لا رضعات.

و بالجمله فلا بد من التعرض إلى جميع الشرائط.

و هل يشترط أن يتعرض إلى وصول اللبن إلى الجوف؟ فيه وجهان، أقربهما عند

ص: ٢٤٧

المصنف العدم، لأن المقتضى لوجوب التفصيل فى الشهاده بالرضاع هو وقوع الخلاف فى كميته و شرائطه، فاعتبر ذكر ما يدفع احتمال استناد الشاهد بالرضاع المحرم إلى اعتقاده الذى لا يكون مقبولا عند الحاكم، و وصول اللبن إلى الجوف ليس من هذا القبيل، فيكفى فيه إطلاق الشهاده، و أيضا فإنه ليس بمحسوس، فلا يعتبر تصريح الشاهد به.

و يحتمل أن عليه ذكره، لتقبل شهادته، كما فى ذكر الإبلاج فى شهاده الزنا، و لأن متعلق الحرمة هو ذلك.

و الأول أصح، لأن الشهاده بالرضاع يقتضيه، فيكفى عن ذكره.

و لا يكفى ذكر حكاية القرائن، بأن يقول: رأيت قد التقم الثدي و حلقة يتحرك، لأن حكاية ذلك لا تعد شهاده، و لأن الشاهد قد يستفيد العلم بوصول اللبن إلى الجوف بمعانيه هذه الأمور، و الحكايات لا تثمره عند الحاكم.

و تحرير المبحث يتم بأمور:

أ: يصير الشاهد للرضاع شاهدا به بشروط أربعة:

أن يعرف المرأه ذات لبن، فلو لم يعلم ذلك لم يصير شاهدا، لأن الأصل عدم اللبن.

و أن يشاهد الصبى قد التقم الثدي، فلا يكفى سماع صوت الامتصاص، لأنها قد توجه لبن غيرها، و ربما امتص إصبه أو إصبعا.

و أن يكون الثدي مكشوبا ليعلم أنه قد التقم الحلمه، و يغنى عن هذا و الذى قبله مشاهدته قد التقم الحلمه.

و أن يشاهد امتصاصه للثدى، و تحريك شفثيه، و التجرع، و حركه الحلق، لأنه ربما التقم الحلمه و لم يرتضع.

ب: قد يستفاد من قوله: (ثم يشهد على القطع بأن بينهما رضاعا محرما، و إن



شهد على فعل الرضاع فليذكر الوقت و العدد) أنّ الشهادة بالرضاع تسمع مطلقه، فيكون منافيا لما ذكره في أول الكلام، وذلك لأنه جعل لأداء الشهادة صورتين:

الشهادة بأنّ بينهما رضاعا محرما، وأن يشهد على فعل الإرضاع، فلا بد من التعرض إلى ذكر العدد و الوقت المعبرين في التحريم، لأنّ مطلق الإرضاع أعم من الرضاع المحرم، بخلاف ما إذا شهد بالرضاع المحرم.

و يمكن أن يجاب: بأنه لما حكى الأمور المعبره في صيروره الشخص متحملا للشهادة بالرضاع المحرم، خشى أن يتوهم متوهم أنّ حكاية الأمور التي هي طريق التحمل للشهادة بالرضاع كاف في الشهاده، فدفعه بأنه لا بد من الشهاده بالرضاع المحرم على القطع و البت بصوره الجزم من غير تردد، كما هو وظيفه الشهاده.

و الحق أن قوله: (و إن شهد على فعل الإرضاع). مشعر بأنّ الشهاده عليه مفصله غير لازمه، فيستفاد منه أنّ أحد الأمرين كاف، و ذلك ينافى عدم سماع الشهاده مطلقه.

فلو قال: بأن يشهد على فعل الإرضاع. لا ندفع هذا المحذور، على أنّ ظاهر العبارة أنه إذا شهد على الفعل كفاه التعرض إلى الوقت و العدد، و لا ريب إنه لا يكفى.

ج: لو كان الشاهد بالرضاع فقيها مؤتمنا و علم الحاكم موافقته إياه في أحكام الرضاع كلّها، فقضيه التعليل السابق الاكتفاء بالشهادة مطلقه، لاندفاع المحذور حينئذ، كما لو كان الشاهد بنجاسه الماء فقيها موافقا في أسباب التنجيس، فإنّ الشهاده تسمع من دون اشتراط التفصيل، و هذا أقوى، لكن لا تجد به قائلا من الأصحاب، فاعتبار التفصيل أولى.

د: هل يشترط أن يشهد الشاهد بأنّ الرضيع بقى اللبن في جوفه، لأنه لو قاء لم يثمر الرضاع التحريم؟ مقتضى التعليل السابق اعتباره، لأن هذا من الأمور

و تقبل شهادة أمها و جدتها، و أم الزوج و جدته، سواء ادعى الزوج أو الزوجه.

و لو شهدت أم الزوجه و بنتها أو أم الزوج و بنته، سمعت ما لم يتضمن شهاده على الوالد. المختلف فيها، و لم أجد به تصريحاً، إلا أنه ينبغي اعتباره.

ه: تسمع الشهاده بالإقرار مطلقه و لا تفتقر إلى التفصيل، فلو شهد أنه أقر بأن فلانه أخته من الرضاع مثلاً سمعت، و لم يحتج إلى تفصيل الشرائط فى الإقرار.

و جملة القول فى ذلك: أن الإقرار بالرضاع المحرم مسموع، بخلاف الشهاده به، و فرّق بينهما: بأن المقر يحتاط لنفسه فلا يطلق القول بالتحريم إلا بعد تحققه، و هذا الفرق لا يشفى، لأنه ربما بنى على رأيه فى التحريم أو رأى لا يعول عليه عند الحاكم.

و يمكن الفرق: بأنّ حكم الحاكم على رجل و امرأه بأنّ بينهما علاقه الرضاع المحرمه، و هذا أمر خطير، فلا بد من الاحتياط فيه باستفصال ما يدفع الإجمال، بخلاف إقرار المرء على نفسه، فإنّ عموم قوله عليه السّلام: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» [\(١\)](#) فيجب مؤاخذه بظاهر إقراره حتى لو فسر بما لا يثمر التحريم عند الحاكم يقبل منه و هذا الفرق وجيه.

قوله: (و تقبل شهادة أمها و جدتها و أم الزوج و جدته، سواء ادعى الزوج أو الزوجه، و لو شهدت أم الزوجه و بنتها و أم الزوج و بنته سمعت، ما لم يتضمن شهاده على الوالد).

لو شهدت أم المرأه أو بنتها أو جدتها أو أم الزوج أو بنته أو جدته مع تتمه النصاب بالرضاع بينها و بين الزوج قبل عندنا مع الشرائط، لانتفاء المانع، سواء كان المدعى للرضاع الزوج أو الزوجه، إلا أن يتضمن شهاده البنت الشهاده على الوالد، بأن يكون المدعى للرضاع الزوجه، فتشهد بنت الزوج به، فإنها شهاده على الوالد.

ص: ٢٧٠

و لو شهدت المرضعه أن بينهما رضاعا قبلت، و لا تقبل لو شهدت مع ثلاث أنها ولدته، لترتب النفقه و الميراث هنا، و لو شهدت بأنى أرضعته فالأقرب القبول ما لم تدع أجره. و قالت العامه: إن كانت المرأه مدعيه و الرجل منكر لم تقبل شهاده أم المرأه و بنتها، لأنها شهاده للبنت أو الأم، و تقبل لو كان المدعى الزوج، لأنها شهاده على الأم أو البنت (١).

و هذا عندنا ساقط، لأن البعضيه غير مانعه من قبول الشهاده.

و حكى المصنف فى التذكره عن الشافعيه: أنه لا يتصور شهاده البنت على أمها بأنها ارتضعت من أم الزوج، لأن الشهاده على الرضاع يشترط فيها المشاهده، و لم يتعرض إلى ذلك بقبول و لا رد (٢).

و قد يقال: إن تحمل الشهاده قد يحصل بقبول الثقات على وجه يثمر اليقين، و لو شهدت الأم أو البنت من غير تقديم دعوى على طريق الحسبه قبلت، كما إذا شهد أب الزوجه و ابنها أو ابناها على أن زوجها قد طلقها ابتداء، فإنه يقبل، و لو ادعت الطلاق فشهدا لم يقبل.

قوله: (و لو شهدت المرضعه أن بينهما رضاعا قبلت، و لا يقبل لو شهدت مع ثلاث أنها ولدته، لترتب النفقه و الميراث هنا، و لو شهدت بأنى أرضعته فالأقرب القبول ما لم تدع أجره).

قد سبق أن المرضعه إذا شهدت على الرضاع وحدها لم يقبل عندنا، فأما إذا شهدت مع ثلاث نسوه-بناء على قبول شهاده النساء منفردات فى الرضاع- فلا يخلو إما أن تشهد بالرضاع فى الجملة من غير أن تسند هذه إلى نفسها، أو تشهد بأنها

ص: ٢٧١

١- (١) الوجيز ٢: ٢٠٩، مغنى المحتاج ٣: ٤٢٤ و ٤٢٥، السراج الوهاج: ٤٦٤.

٢- (٢) التذكره ٢: ٦٢٨، و [١] انظر أيضا المصدر السابق.

أرضعته، فاما أن تدعى مع ذلك أجره، أم لا، فهذه صور ثلاث:

فان شهدت و ادعت الأجره لم تقبل شهادتها، للتهمه، لأنها تشهد لنفسها، و فى وجه للشافعيه أنها لا تقبل فى الأجره و تقبل فى ثبوت الحرمة (١).

و إن شهدت بالرضاع و لم تسنده إلى نفسها، كما لو شهدت بإخوه الرضاع بينهما مثلا مع التفصيل المعبر أو بأنهما ارتضعا منها، فإنه لا يتضمن فعلا منها، إذ ربما كانت نائمه، قبلت لانتفاء المانع، و لا نظر الى ما يتعلق به من ثبوت المحرميه و جواز الخلوه و المسافره، فإن الشهاده لا ترد بمثل ذلك، فإن شهاده الشاهدين بأن فلانا طلق زوجته أو أعتق أمته تقبل و ان كان يسندان حل المناكحه.

و فى وجه للشافعيه أن المعزول لو شهد بالحكم و لم يسنده الى نفسه، بأن قال:

حكم حاكم به، لم يقبل، و ذكروا مجيء مثله فى الرضاع (٢).

و لو أسندت الرضاع إلى نفسها، فشهدت بأنها أرضعتها بالشرائط، فأقرب الوجهين عند المصنف القبول، لأنها لا تجر بهذه الشهاده نفعاً و لا تدفع ضرراً و علمها أقوى من علم غيرها، و روايه ابن بكير (٣) السالفه تشعر بذلك.

و يحتمل العدم، لأن شهاده الإنسان على فعل نفسه لا يقبل، كما لو شهد الحاكم على حكم نفسه بعد العزل لا يقبل.

و كذا القسام لو شهد على القسمه، و الأصح الأول، و هذا بخلاف ما لو شهدت بأنهما ولداها، أو بأنهما ولدتهما فإنه لا يقبل هنا جزماً.

و الفرق أن الولاده يتعلق بها حق النفقه و الميراث و غير ذلك من الحقوق المقصوده، و فرق بين الحاكم و القسام و بين المرضعه بأن فعلهما مقصود يتعلق به الحكم

ص: ٢٧٢

١- (١) الوجيز ١: ١٠٩، مغنى المحتاج ٣: ٤٢٤ و ٤٢٥، السراج الوهاج: ٤٦٤.

٢- (٢) المصادر السابقه.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٣٢٣ حديث ١٣٣٠.

و لو ادعى بعد العقد أنها أخته من الرضاع أو امه و أمكن، فإن صدقته قبل الدخول بطل العقد و لا مهر و لا متعه، و إن كان بعد الدخول فلها المسمى مع الجهل، و لا شيء مع العلم بالتحريم، و يحتمل مع الجهل مهر المثل. المتنازع فيه، و فعل المرضعه غير مقصود بالإثبات، فإن التحريم لا يتعلق بفعلها بل بوصول اللبن إلى الجوف.

فلو اتفق ذلك و هي نائمه أو مكرهه أثمر التحريم و بأن الحاكم و القاسم متهمان، لأنهما يشبان لأنفسهما العدالة و وجوب اتباع حكمها بخلاف المتنازع.

قوله: (و لو ادعى بعد العقد أنها أخته من الرضاع أو أمه و أمكن، فإن صدقته قبل الدخول بطل العقد و لا مهر و لا متعه، و إن كان بعد الدخول فلها المسمى مع الجهل، و لا شيء مع العلم بالتحريم، و يحتمل مع الجهل مهر المثل).

أى: لو ادعى الزوج بعد العقد على الزوجه بأنها أخته من الرضاع أو امه، و أمكن ذلك بأن لم يكذبه الحس، فإما أن تصدقه الزوجه أو تكذبه، فإن صدقته فإما أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده.

فإن كان قبله فالعقد باطل و لا مهر و لا متعه لها، لانتهاء النكاح. و إن كان بعد الدخول فلها المسمى فى قول الشيخ (١) إن كانت جاهله بالتحريم، و إن كانت عالمة فلا شيء لها إذ لا مهر لبغى.

و وجه قول الشيخ أن العقد هو سبب ثبوت المهر، لأنه مناط الشبهه، فكان كالصحيح المقتضى لتضمين البضع بما وقع التراضى عليه فى العقد، و ينبه عليه قوله تعالى إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات -الى قوله- وَ آتُوهُنَّ مَا أَنْفَقُوا (٢).

ص: ٢٧٣

١-١) المبسوط ٣١٤: ٥. [١]

٢-٢) الممتحنه: ١٠. [٢]

و إن كذبتة قبل الدخول و لا بينه، حكم عليه بالحرمة و نصف الصداق، و يحتمل الجميع و بعده الجميع. و يحتمل وجوب مهر المثل مع الجهل، لأن العقد باطل فلا يلزم من جهته مهر، لبطلان ما تضمنه، و قد تقرر في الأصول أن الباطل لا يترتب عليه أثره، و إنما الموجب له و طء الشبهه، و لا- تعلق له بالمسمى، لأن الواجب في الإلتلاف إنما هو قيمة المثل، و قيمه منافع البضع هو مهر المثل فوجب ضمانه، و هذا هو الأصح. و الآية إنما هي في النكاح الصحيح دون غيره.

و هنا ضابط و هو: ان كل موضع حكم فيه بفساد العقد يجب بالوطء فيه مهر المثل إن كانت المرأة جاهله، و كل عقد صحيح يعقبه فسخ بعد الدخول يجب فيه المسمى.

قوله: (و إن كذبتة قبل الدخول و لا بينه حكم عليه بالحرمة و نصف الصداق، و يحتمل الجميع).

قد سبق حكم ما إذا صدقته الزوجه على أن بينهما رضاعا محرما، فأما إذا كذبتة: فإن كان قبل الدخول و لا بينه حكم عليه بالحرمة، لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، و لأنه يملك الفرقة، فإذا اعترف بما تضمنها قبل، و لا يقبل قوله بالنسبه إلى المرأة في فساد أصل النكاح، فعلى هذا فله إحلافها إن ادعى عليها العلم، و يجب نصف الصداق، لأنها فرقه قبل الدخول من طرف الزوج فأشبهت الطلاق.

و يحتمل الجميع، لوجوبه بالعقد، و تشطره بالطلاق لا يقتضى لحاق غيره به، فإن القياس عندنا باطل، و هذا أصح، و الأول أشهر.

و بعد الدخول يجب الجميع قطعا و يحكم بالفرقه، لما قلناه. و هذا كله إذا لم يكن بينه، أما معها فإن الحكم كما لو صدقته.

و كذا الحكم لو ردت عليه اليمين فحلف، أما لو حلفت هي أو نكل هو بعد الرد فإن الحكم كما سبق.

و لو ادعت هي سمعت و إن كانت هي التي رضيت بالعقد، لجواز جهلها به حاله العقد و تجدد العلم بخبر الثقات، فإن صدقتها الزوج وقعت الفرقة و ثبت المهر مع الدخول و جهلها، و إلا فلا.

و لو كذبها لم تقع الفرقة، و ليس لها المطالبة بالمسمى قبل الدخول و بعده، و يحتمل مطالبته مع الدخول بمهر المثل. قوله: (و لو ادعت هي سمعت، و إن كانت هي التي رضيت بالعقد، لجواز جهلها به حاله العقد و تجدد العلم بخبر الثقات، فإن صدقتها الزوج وقعت الفرقة و ثبت المهر مع الدخول و جهلها، و إلا فلا. و لو كذبها لم تقع الفرقة، و ليس لها المطالبة بالمسمى قبل الدخول و بعده، و يحتمل مطالبته بمهر المثل بعد الدخول).

لو كان المدعى للرضاع هي الزوجه سمعت دعواها و إن كانت هي التي رضيت بالعقد، لجواز جهلها به حاله العقد و تجدد العلم بخبر الثقات، فلا يكون فعلها مكذباً لدعواها. و قضيه هذا التعليل أنها لو أخبرت بأنها كانت عالمه بالتحريم حين العقد لا تسمع الدعوى لمنافاتها لفعلها، و يجيء مثله في طرف الزوج.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه إن صدقتها الزوج على دعواها وقعت الفرقة، و ثبت مهر المثل بالدخول مع جهلها على الاحتمال السابق. و إن لم يدخل أو كانت عالمه فلا شيء، لما مر. و إن كذبها فالنكاح باق و لا يقبل قولها في الفسخ، لأنه حق عليها، و ليس لها المطالبة قبل الدخول بالمسمى، لأن العقد فاسد بزعمها، و الفاسد لا يستحق به مهراً، و كذا بعد الدخول لبطان المسمى.

و هل تطالب بمهر المثل؟ ظاهر العبارة يشعر بأنه ليس لها ذلك، فإن قوله:

(و يحتمل مطالبته بمهر المثل) تشعر بذلك، و قد حكى الشارح الفاضل (1) قولاً

ص: ٢٧٥

للشيخ (١) ، ووجه الاحتمال أن الوطاء المحترم إذا لم يكن بعقد صحيح أو ملك يجب له مهر المثل كما نبهنا عليه.

فإذا جهلت التحريم استحقت بالوطء ذلك، أما إذا عملت فلا شيء لها، إذ لا مهر لبغى و اختار المصنف في التذكرة أن لها أقل الأمرين من المسمى و مهر المثل (٢) ، لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه بل القول قوله بيمينه.

و إن كان الأقل مهر المثل لم يستحق أكثر منه، لاعترافها بأن استحقاقها للمهر بوطء الشبهه لا بالعقد، و هذا هو الأصح.

و لعل مراد الشارح الفاضل (٣) من قول الشيخ (٤) هو ما مر في المسألة السابقة من قوله: (فإن كان بعد الدخول فلها المسمى) فإنه يوجب المسمى و إن كان العقد فاسدا، إلا أن عبارته المصنف هنا لا تعرض فيها لقول الشيخ أصلا، بل أطلق الحكم بأنها لا تستحق المسمى، فيبقى الاحتمال بغير مقابل، و كأنه أراد به مقابل الاحتمال بوجوب أقل الأمرين.

قوله: (و لو كذبها لم تقع الفرقة).

هنا صور:

الاولى: أن يكذبها و لا يدعى عليه العلم.

الثانية: يدعيه و يحلف على نفيه.

الثالثة: ينكل فيرد اليمين عليها فتحلف.

الرابعة: ينكل.

ص: ٢٧٦

١- ١) المبسوط ٣١٤: ٥.

٢- ٢) التذكرة ٦٢٩: ٢. [١]

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٦١: ٣.

٤- ٤) المبسوط ٣١٤: ٥.



و لها إحلافه على نفي العلم، فإن نكل حلفت على البت، فيحكم بالفرقه و المهر مع الدخول لا قبله.

و لو نكلت أو كان قد حلف الزوج أولاً، فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها به، و إلا لم يكن لها المطالبه فكان العقد ثابتاً. و الحكم بعدم وقوع الفرقة يستقيم فيما عدا الثالثه، و يطالب بالمسمى إذا كان بقدر مهر المثل أو دونه فيما عداها أيضاً. أما فى الثالثه فيطالب بمهر المثل بالغاً ما بلغ.

و من هذا يعلم أن إطلاق قوله: (لم تقع الفرقة)، و قوله: (فليس لها المطالبه بالمسمى قبل الدخول و بعده) ليس بجيد. و قوله: (و يحتمل المطالبه بمهر المثل) إنما يستقيم فى موضع يجىء احتمال المطالبه بأقل الأمرين من المسمى و مهر المثل.

و قوله آخراً: (و لو نكلت، أو كان قد حلف الزوج أولاً، فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها، و إلا لم يكن لها المطالبه) معترض، فإنه ينبغى أنه فى جميع الصور متى دفع الصداق ليس له المطالبه، و متى لم يدفعه فلها المطالبه بمهر المثل إذا حلفت اليمين المردوده، و فيما عداها إن طابق المسمى مهر المثل طالبت به، و إلا طالبت به بأقل الأمرين، فكيف يستقيم نفي المطالبه مطلقاً.

اعلم أن المصنف لو أحكام المهر بقوله: (و لو كذبها لم تقع الفرقة - إلى قوله - بعد الدخول) عن قوله: (و كان العقد ثابتاً) و ما بعده، كان أولى، لأنها أحكام ما إذا حلف الزوج أو ردّ فنكلت، لا ما إذا حلفت.

قوله: (و لها إحلافه على نفي العلم، فإن نكل حلفت على البت، فيحكم بالفرقه و المهر مع الدخول لا قبله، و لو نكلت أو كان قد حلف الزوج أولاً، فإن كان قد دفع الصداق لم يكن له مطالبتها به، و إلا لم يكن لها المطالبه، و كان العقد ثابتاً).

أى: للزوجه فى الصوره المذكوره إحلاف الزوج على نفي العلم بالرضاع

و الأقرب أنه ليس لها مطالبته بحقوق الزوجيه على اشكال. المحرم بينهما،لما سيأتى إن شاء الله تعالى فى أحكام القضاء أن الحالف على نفي فعل الغير يحلف على نفي العلم.

و الحالف على إثبات فعل الغير، أو إثبات فعل نفسه، أو نفي فعل إنما يحلف على القطع و البت،فان حلف اندفعت دعواها ظاهرا و بقى النكاح،لكن فيما بينها و بين الله تعالى إن كانت صادقه فيما أقرت به لا يحل لها مساكنته و لا تمكينه من وطئها، و عليها أن تفر منه و تفدى نفسها بما أمكنها،لأن وطأه لها زنا و نظره و خلوته محرمان، فعليها التخلص بكل طريق ممكن، كالتى عرفت أنها مطلقه و جحد زوجها ذلك.

و إن نكل ردت اليمين عليها فتحلف على البت لما ذكرناه،فإذا حلفت حكم بالفرقه و وجب بالدخول مهر المثل إذا لم تكن عالمه بالتحريم حين الوطاء،لثبوت دعواها بحلفها،و قبله لا تستحق شيئا.

فإن كان الزوج قد حلف أو نكل فردت اليمين عليها فنكلت هى أيضا،و كان قد دفع المسمى لم يكن له مطالبتها به،لأنها تستحقه بزعمه،فكيف يطالب به،و إن لم يكن دفعه لم يكن لها المطالبه به،لأنها بزعمها لا- تستحقه بل مهر المثل فلا يجوز مطالبتها،و مع ذلك فالنكاح ثابت ظاهرا.

و لا يخفى أنه لو كان المدعى هو كان له إحلافها على نفي العلم إن ادعى عليها العلم،و حينئذ فإن حلفت طالبت بالمسمى،و إن نكلت فحلف هو انفسخ النكاح،و لم يكن لها المطالبه بشيء قبل الدخول،و بعده يطالب بمهر المثل و لو نكل فكما لو حلفت هى.

قوله: (و الأقرب أنه ليس لها مطالبته بحقوق الزوجيه على اشكال فى النفقهيрид أنه إذا حلف الزوج فيما إذا كانت هى المدعيه،أو نكل فردت اليمين عليها فنكلت أيضا،كان النكاح باقيا،و على هذا فالأقرب عنده أنه ليس لها مطالبته

بحقوق الزوجيه، لأن حقوق الزوجيه تابعه للزوجيه، و هي منتفيه بإقرارها، فلا يمكن من المطالبه بما لا تستحقه.

و يحتمل ضعيفا أن لها ذلك، لأن الزوجيه ثابتة في نظر الشرع فاستحقت شرعا توابعها.

و يضعف بأن ثبوت الزوجيه ظاهرا لا يقتضى ثبوت توابعها مع اعتراف الزوجه بعدم الاستحقاق، فإن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، لكن في النفقه إشكال ينشأ:

من انتفاء مقتضيتها بزعمها، و من أنها معطله لأجله و ممنوعه من التزويج بسببه، فلو لم يجب عليه نفقتها لزم الإضرار بحالها مع أنه معترف بوجوبها عليه.

و الفرق بين النفقه و غيرها من الحقوق: أن النفقه لو بذلها لم يحرم عليها أخذها، و أما النظر و القسم و الاستمتاع فلو أرادها منها وجب عليها الامتناع بمقتضى دعواها.

و اعلم أن الشارح الفاضل ولد المصنف خصّ حقوق الزوجيه التي قرّب المصنف المطالبه بها بما عدا الوطء و مشاهده ما يحرم على غير الزوج، قال: فإنه ليس لها ذلك قطعا، بل بما لا يستلزم ذلك، كما لو أوصى مورثه لزوجاته أو نذر، و كالكفن، و غير ذلك (١).

و ما ذكره قريب، لأنه يبعد احتمال المصنف جواز مطالبه الزوجه في المحل المفروض للزوج بالوطء و نحوه من الاستمتاع، حتى القسم و الخلو، فإن ذلك حرام عليها بزعمها فكيف تطالب به.

و يمكن أن يقال: إنما يحرم عليها ذلك فيما بينها و بين الله تعالى إن كانت صادقه، و أما ظاهرا فلا، لأن النكاح ثابت ظاهرا.

و لو رجعت عن دعواها و صدّقت الزوج في عدم التحريم قبل ذلك منها، و لم تمنع من المطالبه بالحقوق حينئذ، فلا أقل من أن يجعل لها مطالبتها بها بمنزله الرجوع،

ص: ٢٧٩

و لو رجع بعد إقراره بالرضاع عنه بعد الفرقة لم يقبل رجوعه فيه و إن ادعى الغلط.

و لو اعترف قبل العقد بالرضاع لم يجز له العقد عليها، و كذا المرأة، سواء صدّقه الآخر أو لا. و لو رجع المعترف منهما لم يقبل رجوعه فيه. و للنظر في ذلك كله مجال.

و على ما ذكره المصنف من أنه إن كان دفع إليها الصداق لم يكن له مطالبتها به، و إلا لم يكن لها المطالبة، و ما سيأتى من أنه لو رجع المعترف منهما لم يقبل رجوعه، ينبغى الجزم و القطع بأنه ليس لها المطالبة بشيء من ذلك إلا النفقة، فإن فيها احتمالاً ضعيفاً، و هذا هو المختار.

قوله: (و لو رجع بعد إقراره بالرضاع عنه بعد الفرقة، لم يقبل رجوعه و ان ادعى الغلط، و لو اعترف قبل العقد بالرضاع لم يجز له العقد عليها، و كذا المرأة، سواء صدّقه الآخر أو لا، و لو رجع المعترف منهما لم يقبل رجوعه).

أى: لو رجع المقر بعد إقراره بالرضاع المحرم عن الإقرار بعد الحكم بالفرقة بين الزوجين لم يقبل رجوعه، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، فلا يقبل الإنكار بعده.

و يلوح من التقييد بقوله: (بعد الفرقة) أن الرجوع لو كان حيث لم يحكم بالفرقة بينهما يقبل، و يمكن توجيهه بثبوت النكاح و بقاءه شرعاً، فرجوعه بمنزلة الرجوع عن إنكار النكاح الذى تضمنه الإقرار.

و أطلق فى التذكرة عدم قبول الرجوع عن الإقرار (1)، فيتناول ما إذا حكم بالفرقة و عدمه.

ص: ٢٨٠

و لو أقر برضاع ممتنع لم يلحق به حكم قبل العقد و بعده. و حكى عن أبي حنيفة قبول الرجوع من المقر عن إقراره من غير فرق بين الرجل و المرأة (١)، و لو سبق الإقرار العقد لم يجز العقد قطعاً، سواء الرجل و المرأة، و سواء صدّقه الآخر أم لا. و لو رجع المعترف منهما بدعوى ذلك عليه من الزوج الآخر، أو من الحاكم الآخر لم يقبل رجوعه قطعاً، لأنه رجوع عن الإقرار بالدعوى فلا يقبل.

قوله: (و لو أقر برضاع ممتنع لم يلحق به حكم قبل العقد و بعده).

هذا مقابل قوله فى أول الكلام: (و أمكن) و ذلك لأنه إقرار باطل، لأن ممتنع الوقوع معلوم الانتفاء، فلا يلزم مقتضاه، سواء كان قبل العقد أو بعده. و ذهب أبو حنيفة إلى القبول عملاً بمقتضى الإقرار كما إذا كان ممكناً (٢)، و الفرق ظاهر.

ص: ٢٨١

---

١-١) بدائع الصنائع ٤:١٤.

٢-٢) بدائع الصنائع ٤:١٥.

الفصل الثاني: في المصاهرة: كل من وطأ بالعقد الصحيح الدائم أو المنقطع أو الملك حرمت عليه أم الموطوءة و إن علت و بناتها و إن سفلت، سواء تقدمت ولادتهن أو تأخرت و إن لم يكن في حجره تحريماً مؤبداً، و أخت الزوجه جمعاً، و كذا بنت أختها و بنت أخيها إلا أن ترضى الزوجه، و له إدخال العمه و الخاله عليهما و إن كرهت المدخول عليها. قوله: (الفصل الثاني: في المصاهرة: كل من وطأ بالعقد الصحيح الدائم، أو المنقطع، أو الملك، حرم عليه أم الموطوءة و إن علت و بناتها و إن نزلن، سواء تقدمت ولادتهن أو تأخرت و إن لم يكن في حجره تحريماً مؤبداً، و أخت الزوجه جمعاً و كذا بنت أختها و بنت أخيها إلا أن ترضى الزوجه، و له إدخال العمه و الخاله عليهما و إن كرهت المدخول عليها).

عَرَفَ بعضهم المصاهرة بأنها جهه توجب الحرمة بين أقرباء الزوجين بعقد أو وطء صحيح، أو شبهه، أو زناً، مؤبداً عليه أو لا. و يلزم عليه أن يكون لفظ المصاهرة منقولاً عن معناه الغوى، و لم يثبت، و الأصل عدمه.

و الأولى أن يقال: أنها علاقته مخصوصه حدثت بين الزوجين و بين اقربائهما بسبب النكاح توجب الحرمة. و الحق بالنكاح الوطء و النظر و اللمس في مواضع مخصوصه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن السبب المحرم في هذا الباب إما العقد، أو الوطء، أو النظر، أو اللمس. و قدّم الوطء، لأن التحريم به أشمل، و نحن نقدمه.

فنقول: كل من وطأ امرأه بالعقد الصحيح الدائم أو المنقطع أو الملك، حرم عليه أم الموطوءة و إن علت و بناتها و إن نزلن، سواء تقدمت ولادتهن على الوطء أو تأخرت عنه، و سواء كن في حجره أم لا، تحريماً مؤبداً متعلقاً بعينهن.

و الأصل فى ذلك قوله تعالى وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ (١) و الأمهات بصيغه الجمع يتناول الأم حقيقه و مجازا.

و روى غياث بن إبراهيم عن الصادق عن أبيه الباقر عليهما السّلام ان عليا عليه السّلام قال: «إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم، فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يتزوج بالابنه، فإذا تزوج الابنه فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الام» (٢)، و إجماع المسلمين على تحريم المذكورات.

و كذا تحرم أخت الموطوءه بالعقد جمعا، و أما أخت الموطوءه بالملك فإنما يحرم وطؤها، و لهذا غير المصنف الأسلوب فقال: (و أخت الزوجه جمعا) و لم يقل: و أخت الموطوءه، أى: تحرم جمعا فى النكاح بينها و بين أختها لا عينا، و لا يحرم الجمع بينهما فى الملك.

و كذا القول فى العمه و بنت أخيها، و الخاله و بنت أختها، فإنه لا يحرم إدخال الصغيرتين فى الملك و يحرم فى النكاح، إلا أن ترضى الكبيرتان.

و دليل ذلك قوله تعالى وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ (٣).

و الأخبار فى ذلك متواتره، مثل صحيحه زراره عن الباقر عليه السّلام فيمن تزوج امرأة بالعراق و اخرى بالشام فإذا هى أخت العراقية، قال: «يفرق بينه و بين التى تزوجها بالشام، و لا يقرب المرأة حتى تنقضى عده الشاميه» (٤).

ص: ٢٨٣

١- ١) النساء: ٢٣. [١]

٢- ٢) التهذيب ٧: ٢٧٣ حديث ١١٦٦، الاستبصار ٣: ١٥٧ حديث ٥٧٠.

٣- ٣) النساء: ٢٣. [٢]

٤- ٤) الكافي ٥: ٤٣١ حديث ٤ [٣] الفقيه ٣: ٢٦٤ حديث ١٢٥٨، التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٤، الاستبصار ٣: ١٦٩ حديث ٦١٧.

و هل يلحق الوطاء بالشبهه و الزنا بالصحيح؟ خلاف.

و لا- يحرم الزنا المتأخر عن العقد و إن قلنا بالتحريم به مع السابق. و روى محمد بن مسلم فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: «لا تزوج ابنه الأخت على خالتها إلا بإذنها، و تزوج الخاله على ابنه الأخت بغير إذنها» (١).

و عن على بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام قال: سألته عن امرأه تزوج على عمتها أو خالتها قال: «لا بأس» و قال: «تزوج العمه أو الخاله على ابنه الأخت أو الأخت و لا- تزوج بنت الأخت و الأخت على العمه و الخاله إلا برضى منهما، فإن فعل فنكاحه باطل» (٢)، و أكثر أهل الإسلام أطبقوا على التحريم فى ذلك.

و ذهب ابن أبى عقیل و ابن الجنید إلى عدم التحريم (٣)، و هو قول ضعيف متروك، كما ضعف قول الصدوق فى المقنع بالتحريم مطلقاً (٤).

و القائلون بالتحريم من أصحابنا أجمعوا على جواز الجمع بين العمه و الخاله، و بين بنت الأخت و بنت الأخت برضى الكبيرتين، سبق نكاحهما أو تأخره، و خالف فى ذلك العامه كافه (٥).

قوله: (و هل يلحق الوطاء بالشبهه و الزنا بالصحيح؟ خلاف، و لا يحرم الزنا المتأخر عن العقد و إن قلنا بالتحريم مع السابق).

قد عرفت أن الوطاء بالعقد و الملك الصحيحين يثمر تحريم الام و البنت بغير خلاف بين المسلمين، و هذا هو الوطاء الصحيح فأما الوطاء بالزنا و الشبهه ففى

ص: ٢٨٤

١- ١) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٢.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٣٣ حديث ١٣٦٨، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٥.

٣- ٣) نقله عنهما العلامة فى المختلف: ٥٢٧.

٤- ٤) المقنع: ٩٦. [١]

٥- ٥) انظر: المجموع ١٦: ٢٢٣، المغنى ٧: ٤٨٩، الشرح الكبير ٧: ٤٨٥. [٢]



إلحاقهما بالوطء الصحيح في إفاده تحريم المصاهرة خلاف.

و أما الوطء بالشبهه: فالمراد به الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد لا يعلم بفسادهما، وإذا ظن أن المرأه زوجته أو أمته فوطأها، وكذا وطء الأمه المشتركه بينه وبين غيره، وأمثال ذلك.

قال المصنف في التذكره: وهذا يتعلق به التحريم إجماعاً، لتعلقه بالوطء المباح، ثم حكى عن ابن المنذر انه قال: أجمع كل من نحفظ عنه العلم من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطأ امرأه بنكاح فاسد أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه و ابنه و أجداده و ولد ولده، وهذا مذهب مالك و الأوزاعي و الثوري و الشافعي و أحمد و إسحاق و أبي ثور و أصحاب الرأي و أصحاب النص و هم الإماميه (١).

هذا كلامه، و ظاهره عدم الخلاف في ذلك، إلا أن ابن إدريس منع التحريم فيه (٢)، و قد حكاه المصنف عنه في المختلف (٣)، و كذا غيره (٤)، و الأصح التحريم.

لنا: الإجماع المنقول في كلام المصنف و غيره، و لا يضر مخالفه معروف الاسم و النسب، و أن الزنا يحرم كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

فالوطء بالشبهه أولى، لأنه و طء محترم شرعاً، فيكون لحاقه بالوطء الصحيح في ثبوت حرمة المصاهرة أولى من الزنا، و لأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقه به، فإن أعظم أحكام النسب و هو في الشبهه كالصحيح.

و كذا وجود المهر، و تخلف المحرميه لا يضر، فإنها متعلقه بكمال حرمة الوطء، لأنها إباحه لحل النظر، و لأن الموطوءه لم يستبح النظر إليها، فلا يجوز لأجل ذلك أن

ص: ٢٨٥

١- التذكره ٢: ٦٣١، [١] المغنى ٧: ٤٨٣، الشرح الكبير ٧: ٤٧٨. [٢]

٢- السرائر: ٢٨٩.

٣- المختلف: ٥٣٣.

٤- المحقق في الشرائع ٢: ٢٨٩.

يستطيع النظر إلى أمها و بنتها.

و اختلف الأصحاب أيضا في إلحاق الزنا بالصحيح في إفادته حرمه المصاهرة، فقال الشيخ (١)، و أبو الصلاح (٢)، و ابن البراج (٣)، و ابن زهره (٤)، و ابن حمزه (٥)، و أكثر المتأخرين بالتحريم (٦)، و هو الأصح، لصحيحه منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام في رجل كان بينه و بين امرأه فجور، فهل يجوز أن يتزوج بابنتها؟ فقال: «إذا كان قبله أو شبهها فليتزوج بابنتها، و إن كان جماع فلا يتزوج ابنتها» (٧). و النهى للتحريم، و لأن أم المزنى بها و بنتها من الرضاعة تحرم، فمن النسب أولى.

أما الأولى، فلصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: في رجل فجر بامرأه أ يتزوج أمها من الرضاعة أو ابنتها؟ قال: «لا» (٨).

و أما الثانية، فلأن النسب أصل للرضاع في التحريم، و الرضاع فرع و تابعه، لظاهر قوله عليه السلام: «الرضاع لحمه كلحمه النسب».

و قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (٩).

و يمنع ثبوت الحكم في التابع حيث هو تابع بدون المتبوع و لظاهر قوله تعالى:

وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (١٠)، و هو شامل للمزنى بها، لأن الإضافة يكفي فيها أدنى

ص: ٢٨٤

١- ١) النهاية: ٤٥٢.

٢- ٢) الكافي في الفقه: ٢٨٤.

٣- ٣) المهذب ١: ١٨٣.

٤- ٤) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٢٢.

٥- ٥) الوسيله: ٣٤٥.

٦- ٦) منهم الشهيد في اللمعه: ١٨٨، و المحقق في الشرائع ٢: ٢٨٩، و ولد العلامة في الإيضاح ٣: ٦٣.

٧- ٧) الكافي ٥: ٤١٦، حديث ٥، [١] التهذيب ٧: ٣٣٠، حديث ١٣٥٧، الاستبصار ٣: ١٦٧، حديث ٦٠٨.

٨- ٨) الكافي ٥: ٤١٦، حديث ٨، [٢] التهذيب ٧: ٣٣١، حديث ١٣٦٠، الاستبصار ٣: ١٦٧، حديث ٦١١.

٩- ٩) الفقيه ٣: ٣٠٥، حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجه ١: ٦٢٣، حديث ١٩٣٧.

١٠- ١٠) النساء: ٢٣. [٣]

و قال المفيد (١)، و المرتضى (٢)، و سلار (٣)، و ابن إدريس بعدم التحريم (٤)، لقوله تعالى وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٥)، و قوله سبحانه فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٦).

و لقول الصادق عليه السلام و قد سئل عن الرجل يأتي المرأة حراما أ يتزوجها؟ قال: «نعم و أمها و بنتها» (٧).

و فى روايه عنه عليه السلام فى رجل فجر بامرأه أ يحل له بنتها؟ قال: «نعم إن الحرام لا يفسد الحلال» (٨).

و الجواب: ان عموم الآيات مخصوص بأخبار التحريم، و الإتيان و إن كان استعماله فى الوطاء أكثر إلا أنه يحتمل غيره، فلا يعارض الصريح الصحيح. و الروايه الأخيره منزله على كون الزنا بعد نكاح البنت، لأن فيه جمعا بين الدلائل، فظاهر الروايه لا يأبى ذلك.

فعلى هذا يثبت تحريم الام و البنت إن لم يسبق نكاح إحداهما، فإن سبق لم تحرم المنكوحه. و لا فرق فى عدم تحريم المنكوحه بين كونها معقودا عليها أو موطوءه بالملك و ان كان المذكور فى العبارة هو العقد.

١- (١) المقنعه: ٧٧.

٢- (٢) الناصريات: ٢٤٥.

٣- (٣) المراسم: ١٤٩.

٤- (٤) السرائر: ٢٨٧.

٥- (٥) النساء: ٢٤. [١]

٦- (٦) النساء: ٣. [٢]

٧- (٧) التهذيب ٧: ٣٢٦، حديث ١٣٤٣، الاستبصار ٣: ١٦٥، حديث ٦٠٠.

٨- (٨) التهذيب ٧: ٣٢٨، حديث ١٣٥٠، الاستبصار ٣: ١٦٥، حديث ٦٠١.

أما النظر و اللمس بما يحرم على غير المالك و قبله فلا و قيل: إنما تحرم على أب اللامس و الناظر و ابنه خاصة فيما يملكانه، دون أم المنظوره و الملموسه و ابنتهما و أختهما، و الأقرب الكراهيه.

و لا- خلاف في انتفاء التحريم بما يحل لغير المالك، كنظر الوجه و لمس الكف. و اعلم أن الأصح أيضا أن المزني بها محرّمه على ابى الزانى و ابنه، و الخلاف كما تقدّم، و يدل على ذلك الإجماع المركب، فإن كل من أثبت التحريم فى السابق أثبته هنا، و من نفى ثم نفى هنا، فالفرق احداث قول ثالث. و لظاهر قوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١)، و النكاح حقيقه لغويه فى الوطء، و النقل على خلاف الأصل.

قوله: (أما النظر و اللمس بما يحرم على غير المالك، و قبله، فلا.

و قيل: إنما يحرم على أبى اللامس و الناظر و ابنه خاصة فيما يملكانه، دون أم المنظوره أو الملموسه أو ابنتهما أو أختهما، و الأقرب الكراهيه. و لا خلاف فى انتفاء التحريم بما يحل لغير المالك كنظر الوجه و لمس الكف).

المراد ان النظر إلى ما يحرم على غير المالك النظر اليه و كذا اللمس ما يحرم على غير المالك لمسه و قبله هل يثمر شىء من ذلك تحريم المصاهره؟ فيه اختلاف، و تحريره بمباحث، لأن البحث فى تحريم هذه:

اما فى المملوكه بالنسبه إلى أب المالك و ابنه، أو بالنسبه إلى أم المرأه و بنتها و إن لم تكن مملوكه، أو فى الأجنبيه:

الأول: إذا ملك جاريه و نظر أو لمس منها ما يحرم على غير المالك، فهل تحرم على أبيه و ابنه؟ فيه أقوال:

ص: ٢٨٨

أ: عدم التحريم، اختاره المصنف و جماعه (١)، للأصل، و لعموم الآيات مثل:

فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٢)، وَ أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٣) و مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (٤).

و لموثقه على بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام: في الرجل يقبل الجارية و يباشرها من غير جماع داخل أو خارج، أ تحل لابنه و أبيه؟ قال: «لا بأس» (٥).

و يرد عليه بأن النصوص الواردة في التحريم ناقله عن حكم الأصل و مخصصه للعموم، و الروايه ليس فيها تصريح بأن ذلك عن شهوه، فيقيد بأن ذلك عن غير شهوه، و المطلق يحمل على المقيد، و لو ثبت عمومها من جهه ترك الاستفصال خصت بما دل على التحريم بفعل ذلك مع الشهوه.

ب: التحريم بالنظر و اللمس إذا كان بالشهوه كالوطء، و هو قول الشيخ في النهايه (٦)، و اتباعه (٧)، و اختاره المصنف في المختلف (٨)، و هو الأصح، لقوله تعالى:

وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ (٩).

وجه الاستدلال: ان مقتضاه التحريم بمجرد الملك، لكن خرج عنه ما إذا تجرد

ص: ٢٨٩

١- ١) منهم ابن إدريس في السرائر: ٣١٥، و المصنف في التذكرة ٦٣٣: ٢. [١]

٢- ٢) النساء: ٣. [٢]

٣- ٣) النساء: ٢٤. [٣]

٤- ٤) النساء: ٣٦. [٤]

٥- ٥) التهذيب ٢٠٩: ٨، حديث ٧٤١، الاستبصار ٢١٢: ٣، حديث ٧٦٨.

٦- ٦) النهايه: ٤٩٦.

٧- ٧) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٨٦، و ابن البراج في المهذب ١٨٢: ٢، و ابن حمزه في الوسيله: ٣٦٣.

٨- ٨) المختلف: ٥٢٤.

٩- ٩) النساء: ٢٣. [٥]

عن الجماع و النظر و اللمس بالإجماع، فيبقى الباقي على العموم.

و كذا احتج المصنف في المختلف، وفيه نظر، لأن الظاهر أن الحليله هي الزوجه، و لأن النظر و اللمس بشهوه أقوى من العقد المجرد، فيكون التحريم به أولى.

و لصحيحه محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن عليه السّلام و قد سأله عن الرجل يكون له الجاريه فيقبلها، هل تحل لولده؟ فقال: «بشهوة»؟ فقلت: نعم، فقال:

«ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة»، ثم قال ابتداء من نفسه: «إن جردها و نظر إليها بشهوة حرمت على أبيه و ابنه»، قلت: فإذا نظر إلى جسدها، فقال: «إذا نظر إلى فرجها و جسدها بشهوة حرمت عليه» (١).

و في صحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السّلام قال: «إذا جرد الرجل الجاريه و وضع يده عليها فلا تحل لابنه» (٢).

لا يقال: ما دلت عليه الروايه أخص من المدعى، فإن الروايه دلت على التحريم بالنظر إلى العوره، و المدعى التحريم بالنظر الى ما يحرم على غير المالك.

لأننا نقول: لا قائل بالفرق، فإذا ثبت التحريم في بعض الصور للنص ثبت في الباقي للإجماع المركب.

ج: القول بأن النظر و اللمس يحّرمان منظوره الأب و ملموسته على ابنه دون العكس، و هو قول المفيد (٣). و قد يحتج له بصحيحه محمد بن مسلم السابقه (٤)، و لا حجه فيها، لأن التحريم من الجانبين بذلك ثبت بنصوص اخرى (٥).

ص: ٢٩٠

١- ١) الكافي ٥: ٤١٨ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٢٨١ حديث ١١٩٢.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤١٩ حديث ٥، [٢] التهذيب ٧: ٢٨٢ حديث ١١٩٣.

٣- ٣) المقنع: ٧٧.

٤- ٤) الكافي ٥: ٤١٩ حديث ٥، التهذيب ٧: ٢٨٢ حديث ١١٩٣.

٥- ٥) الكافي ٥: ٤١٨ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٦٠، التهذيب ٨: ٢١٢، الاستبصار ٣: ٢١٢ حديث ٧٦٩.

الثانى:الحكم بالتحريم السابق إنما هو فى الأمه،لأن الحره تحرم على الأب و الابن بمجرد العقد عليها،و سيأتى ذلك فى عباره الكتاب،و على ذلك فالتحريم بالنظر و اللمس إنما هو بالنسبه إلى الأب و الابن.

أما بنت الملموسه المنظوره المعقود عليها و بنتها و أمها إذا كانت مملوكه،ففى تحريمهن بالنظر و اللمس قولان للأصحاب:

أحدهما:قول ابن الجنييد فإنه قال:إن اللمس و القبلة و النظر إلى العوره و ما جرى مجراها عمدا تحرم البنت من نسب كانت أو رضاع (١).و قال الشيخ فى الخلاف:

إن القبلة و اللمس يحرم الام و إن علت و البنت و إن نزلت،و قال فى مسأله أخرى:إذا نظر إلى فرجها تعلق به تحريم المصاهره (٢).

و الثانى:عدم التحريم بذلك،و هو مختار أكثر المتأخرين (٣)،و هو الأصح.

لنا:قوله تعالى فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ (٤)،و النظر و اللمس و التقبيل لا يطلق على شىء منها الدخول.

و وجه الاستدلال به أن الآيه دلت على عدم تحريم بنت المعقود عليها ما لم يدخل،فيثبت ذلك فى أم المملوكه و بنتها بالإجماع المركب،إذ لا-قائل بالفرق،ذكره المصنف فى المختلف (٥)لصحيحه عيص بن القاسم قال:سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأه و قبل،غير أنه لم يفض إليها ثم تزوج ابنتها،قال:«إن لم يكن أفضى فلا بأس،و إن كان أفضى فلا يزوج» (٦).

ص:٢٩١

١-١) نقله عنه العلامة فى المختلف:٥٢٥.

٢-٢) الخلاف ٣:٢١٨ مسأله ٨١ كتاب النكاح.

٣-٣) منهم المحقق فى الشرائع ٢:٢٨٩،و ولد المصنف فى الإيضاح ٣:٦٦.

٤-٤) النساء:٢٣. [١]

٥-٥) المختلف:٥٢٥.

٦-٦) الكافى ٥:٤١٥ حديث ٢، [٢]التهذيب ٧:٢٨٠ حديث ١١٨٦،الاستبصار ٣:١٦٢ حديث ٥٨٩.

احتج الشيخ فى الخلاف (١) بإجماع الفرقه و اخبارهم و طريقه الاحتياط، و بما روى عن النبى صلى الله عليه و آله أنه قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأه و بنتها» (٢)، و بقوله عليه السلام: «من كشف قناع امرأه حرّمت عليه أمها و بنتها» (٣).

و يحتج له بصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأه فنظر إلى رأسها و بعض جسدها، أيتزوج ابنتها؟ قال: «لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج بنتها» (٤).

و قريب منها روايه أبى الربيع عن الصادق عليه السلام (٥)، و روايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (٦).

و جمع الشيخ بين هذه الأخبار و بين ما سبق من دلائل عدم التحريم بالحمل على الكراهيه، لأن الآيه صريحه فى عدم التحريم، و هو جمع ظاهر، و به أجاب المصنف فى المختلف (٧).

الثالث: حكم الشيخ فى الخلاف بأن اللمس و القبلة يشبهه يحرم الام و إن علت و البنت و إن نزلت، و ساوى بينه و بين اللمس و القبلة المباحين (٨)، و هو ضعيف.

الرابع: اختلف القائلون بأن الزنا ينشر حرمة المصاهره، فى أن النظر المحرم إلى الأجنبية هل ينشر الحرمة، فتحرم به الام و إن علت و البنت و إن نزلت. كذا نقل

ص: ٢٩٢

١- ١) الخلاف ٣: ٢١٨ مسألة ٨٢ كتاب النكاح.

٢- ٢) عوالى اللآلى ٣: ٣٣٣، [١] كنز العمال ١٦: ٥١٧ حديث ٤٥٧٠٥.

٣- ٣) عوالى اللآلى ٣: ٣٣٣. [٢]

٤- ٤) الكافى ٥: ٤٢٢ حديث ٣، [٣] التهذيب ٧: ٢٨٠ حديث ١١٨٧، الاستبصار ٣: ١٦٢ حديث ٥٩٠.

٥- ٥) الكافى ٥: ٤٢٣ حديث ٥، الفقيه ٣: ٣٥٧ حديث ١٧٠٨.

٦- ٦) التهذيب ٧: ٤٥٨ حديث ١٨٣٢، الاستبصار ٣: ١٦٣ حديث ٥٩٢.

٧- ٧) المختلف: ٥٢٥.

٨- ٨) الخلاف ٣: ٢١٨ مسألة ٨١ كتاب النكاح.



أما العقد المجرد عن الوطء فإنه يحرم أم الزوجه و إن علت تحريما مؤبدا على الأصح.

و هل يشترط لزومه مطلقا، أو من طرفه، أو عدمه مطلقا؟ نظر.

فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجه الصغيره، ففي تحريم الام قبل الإجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر. الشارح الفاضل (1)، و لا شبهه في ضعف القول بالتحريم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المراد بالشهوه في قوله: (إن اللمس بشهوه و النظر بشهوه يحرمان) هي الميل الطبيعي، فلو كان لغرض آخر كلمس العضو المريض ليعلم حاله و نحو ذلك، فليس من قبيل المحرم، و لا يعتبر انتشار العضو و لا حركته عندنا.

و يستفاد من قول المصنف: (و لا - خلاف في انتفاء التحريم بما يحل لغير المالك كنظر الوجه و لمس الكف) انه يحل النظر و اللمس المذكوران في الأمه للأجنبي، و في حل اللمس تردد، ثم ارجع الى قول المصنف:

(و قيل: إنما يحرم على أب الملامس و الناظر و ابنه خاصة فيما يملكانه).

و اعلم أن الضمير في قوله: (يحرم) يعود إلى الملموسه و المنظوره، و أراد بقوله الاحتراز عما صرح به بقوله: (دون أم المنظوره). و قوله: (فيما يملكانه)، احتراز عن النظر و اللمس في محل لا يملكانه، فإن النظر و اللمس المحرمين لا يحرمان عنده، و إنما اقتصر على حكاية الخلاف في المنظوره و الملموسه بالنسبه إلى أب اللامس و ابنه مع أن الخلاف في أمها و بنتها استضعافا له، فكأنه عنده غير ملتفت إليه.

قوله: (أما العقد المجرد عن الوطء فإنه يحرم أم الزوجه و إن علت تحريما مؤبدا على الأصح، و هل يشترط لزومه مطلقا، أو من طرفه، أو عدمه مطلقا؟ نظر. فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجه الصغيره، ففي تحريم الام به قبل الإجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر).

هذا بيان حكم

ص: ٢٩٣

ترتب تحريم المصاهره على العقد خاصه، وأخره عن بيان حكم النظر و اللمس فى ذلك، لأنهما من توابع الوطاء.

و تحقيق الكلام فى ذلك أن العقد المجرى عن الوطاء يحرم أم الزوجه و إن علت تحريما مؤبدا عند أكثر فقهاء الإسلام (١)، و خالف ابن أبى عقيل من أصحابنا فى ذلك، فاشتراط فى تحريمها الدخول بالزوجه كالبنات (٢)، و هو أحد القولين للشافعى من الفقهاء الأربعة (٣).

و المذهب هو التحريم، لأن قوله سبحانه و أمهات نسائكم و ربائكم اللاتى فى حُجُوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن (٤) صريح فى اعتبار الدخول فى تحريم الربيبه دون أم الزوجه من وجهين:

الأول: أن: (من) فى قوله سبحانه من نسائكم و إن علقها ب نسائكم من قوله عز و جل و أمهات نسائكم كانت لبيان النساء، و تميز المدخول بهن من غير المدخول بهن. و إن علقها ب ربائكم من قوله تقديس و علا و ربائكم اللاتى فى حُجُوركم كانت من لابتداء الغايه، كما تقول بنات رسول الله صلى الله عليه و آله من خديجه، و يمتنع أن يعنى بالكلمه الواحده فى خطاب واحد معنيان مختلفان.

فإن قيل: تعلق الجار بهما يجعل معناه مجرد الاتصال على حد من فى قوله تعالى:

الْمُنَافِقُونَ وَ الْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ (٥)، و لا ريب أن أمهات النساء متصلات

ص: ٢٩٤

١ - ١) منهم أبو الصلاح الحلبي فى الكافى فى الفقه: ٢٨٦، و الشيخ فى المبسوط ٤: ١٩٦، و سلالر فى المراسم: ١٤٧، و فخر المحققين فى الإيضاح ٣: ٦٦.

٢ - ٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٢٢.

٣ - ٣) انظر: المجموع ١٦: ٢١٧، المغنى لابن قدامه ٧: ٤٧٢، السراج الوهاج: ٣٧٣.

٤ - ٤) النساء: ٢٣. [١]

٥ - ٥) التوبه: ٦٧. [٢]

بالنساء، لأنهن أمهاتهن، كما أن الربائب متصلات بأمهاتهن لأنهن بناتهن.

قلنا: في ذلك ارتكاب خلاف الظاهر من غير ضروره، و آيه المنافقين لا تحتمل غير ذلك، على أن المنقول في كلامهم أن تحريم أمهات النساء مبهم دون تحريم الربائب على ما عليه ظاهر كلامه، وقد روى أصحابنا عن الصادق عليه السّلام عن الباقر عليه السّلام أن عليا عليه السّلام كان يقول: «إن الربائب إنما يحرم من مع الدخول بأمهاتهن، و ان أمهات النساء حرام مطلقا، فحرموا و أبهموا ما أبهم الله» (١).

الثاني: قد تقرر في الأصول أن رجوع الشرط و الوصف و الاستثناء بعد جملتين متعاقبتين فصاعدا إنما هو إلى الأخير، إلا أن يدل دليل على خلافه، و في عده أخبار التصريح بتحريم الام و إن لم يدخل بالبنت من طرق الخاصه و العامه (٢).

و قد روى أصحابنا و غيرهم روايات كثيره صريحه بعدم التحريم إلا مع الدخول كالربيبه (٣)، و بعضها صحيحه لا تقبل التأويل، و حكم الشيخ بشذوذها لمخالفتها لكتاب الله (٤)، و صرح المصنف في المختلف بقوه هذه الأخبار و منع مخالفتها للكتاب العزيز و أظهر التوقف، ثم رجح التحريم بالاحتياط و فتوى الأكثر (٥).

و لقائل: أن يقول: إن تعلق (من) بالنساء و الربائب معا إنما يستقيم بارتكاب خلاف الظاهر كما بيناه فالمخالفه ثابتة، و أخبار الآحاد المخالفه لما عليه أكثر أهل الإسلام و لظاهر كتاب الله كيف يمكن التمسك بها و الحكم بقوه العمل بها، مع أنهم

ص: ٢٩٥

١- ١) التهذيب ٧: ٢٧٣ حديث ١١٦٥، الاستبصار ٣: ١٥٦ حديث ٥٦٩.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٢٧٣ حديث ١١٦٥ و ١١٦٦، الاستبصار ٣: ١٥٦ حديث ٥٦٩ و ٥٧٠، سنن البيهقي ٧: ١٥٩.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٢٢ حديث ٤، التهذيب ٧: ٢٧٣ حديث ١١٦٨، الاستبصار ٣: ١٥٧ حديث ٥٧٢.

٤- ٤) التهذيب ٧: ٢٧٥، الاستبصار ٣: ١٥٨.

٥- ٥) المختلف: ٥٢٢.

يتمسكون بالإجماع فيما يكون الخلاف فيه أظهر من الخلاف هنا، فإن ابن ابي عقيل قد انقضض القائل بمقالته و لحقه الإجماع، فالتحريم هو المفتى به.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه هل يشترط لتحريم أم المعقود عليها، بل كل تحريم يترتب على العقد، أن يكون عقد النكاح لازماً من الطرفين، و هو الذى أراده المصنف بقوله: (مطلقاً) أم يكفى للتحريم لزومه من طرف الزوج فقط، أم لا يشترط واحد منهما فيثبت التحريم بمجرد حصول العقد الفضولى و إن كان فضولياً من الطرفين؟ فيه نظر ينشأ: من قيام الدليل على كل من الاحتمالات الثلاث:

أما الأول فلعوم الآيات الداله على اباحه النكاح من تناول محل النزاع، مثل قوله تعالى وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (١)، خرج منه ما إذا كان العقد لازماً من الطرفين، لأنه العقد الصحيح الذى يترتب عليه أثره بالنسبه إلى كل من الزوجين، فيبقى النكاح على أصل الحل.

و يحتمل الثانى، لأن التحريم دائر مع لزوم العقد.

و يحتمل الثالث، لقوله تعالى وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٢).

و الإضافة تصدق بأدنى ملابسه، فعلى هذا لو عقد الفضولى عن الزوجه الصغيره على رجل مباشر للعقد هو أو وكيله، بدليل قوله: (أو بعد فسخها) حيث خص الفسخ بها، على أن كون الفسخ منها لا يمنع جوازه من الزوج، فلا يستلزم كونه غير فضولى من طرفه.

ففى تحريم الام قبل حصول الإجازة نظر يعلم مما سبق، و كذا فى تحريمها بعد فسخ الصغيره مع كونها قد بلغت، إذ لا يعتد بفسخها قبله نظر ينشأ: من ثبوت العقد اللازم من طرفه، و ذلك يقتضى تحريم الام فلا يزول، و من أنه بالفسخ تبين أن لا

ص: ٢٩٤

[١ - ١] النساء: ٢٤. [١]

[٢ - ٢] النساء: ٢٣. [٢]

نكاح، و قد سبق الكلام على ذلك فى المطلب الخامس فى أحكام الأولياء.

و التحقيق أن يقال: إن حكمنا بكون الإجازة من الزوجين أو أحدهما جزء السبب، فالذى يقتضيه صحيح النظر عدم التحريم، لأن إطلاق العقد إنما يحمل على الصحيح و هو الذى يترتب عليه أثره، و الحاصل فى العقد الفضولى إنما هو جزء السبب، و يمنع صدق النساء على التى عقد عليها الفضولى.

و كون الإضافة يكفى فيها أدنى ملابسه، معناه إنه إذا أريد إضافة شىء إلى شىء كفى لصحة الإضافة أن يكون بينهما أدنى ملابسه، و ليس معناه أنه إذا وجد بين شيئين أدنى ملابسه و جب حمل اللفظ المضاف منهما إلى الآخر على جميع محتملاته القريبه و البعيده، لأن الواجب الحمل على المعنى الحقيقى الذى يتبادر إلى الفهم عند إطلاق اللفظ.

و المعقود عليها فضولا من الطرفين معا أو من أحدهما لا يعد من النساء بالنسبه إلى المعقود له، و لا من زوجاته و منكوحاته، لما قلناه من أن الحاصل جزء العقد لا كله، و إن حكمنا بكون الإجازة كاشفه عن حصول العقد الصحيح و الرد كاشفه عن عدمه فالتحريم الحقيقى الثابت لغير الام بحسب الواقع و عدمه موقوف على انكشاف الحال عندنا بالإجازة أو الرد، لكن قبل حصول أحدهما و تبين الحال ينبغى أن يحكم بالمنع من تزوج أم المعقود عليها و أختها و بنتها، لأن العقد الواقع بمعرض أن ينكشف صحته و لزومه من الجانبين.

فإن قيل: كيف حرمن بمجرد الاحتمال و الأصل الإباحه.

قلنا: لما حصل عقد و ترددنا فى سببته و عدمه على حد سواء، و كان له أمد ينتظر انكشاف حاله عندنا، لم يجز الهجوم على نكاح من يترتب على هذا العقد تحريم نكاحه.

و لم يبق أصل الإباحه كما كان، لأن حصول ما وقع اللبس فى سببته نقل عن

حكم الأصل الذى كان، وليس هذا بأدون من المعقود عليها عقدان لاثنين وقد التبس العقد السابق منهما، فإن أم المرأة حرام على كل منهما لا محاله.

و كذا لو عقد عاقد على امرأه و التبست المعقود عليها بأخرى، فإن كل منهما حرام عليه.

و الحق أن بين هاتين و المعقود عليها فضولا فرقا، لثبوت السبب التام الناقل عن حكم الأصل فيهما، بخلاف المتنازع، و كيف كان فالاحتياط التحريم و إن كان الطرف الآخر لا يخلو من وجه.

و لا فرق فى هذا بين كون العقد فضوليا من الطرفين أو أحدهما، من جانب الزوج أو الزوجه، لأن كون الإجازة كاشفه لا تفاوت فيه بين الأمور الثلاثة، فإذا حصل الرد انكشف لنا بطلان العقد من حين وقوعه.

و انه لا مصاهره بسببه فلا تحريم، و إطلاق الفسخ فى مثل ذلك مجاز لا محاله، و إن كان قد حصلت الإجازة انكشفت صحته و لزومه من حين وقوعه.

و يتفرع على ذلك أن الصداق لو كان عينا من أموال الزوج فنمت قبل الإجازة انكشف بالإجازة أن النماء للزوجه و بالرد أنه للزوج، و هذا بحمد الله تعالى واضح.

و اعلم أن فى قوله: (هل يشترط لزومه مطلقا) أمران:

الأول: ان التفسير باشتراط اللزوم و عدمه يندرج فيه ما إذا كان النكاح متزلزلا، فيما إذا وجد عيب أو شرط أو تدليس يقتضى التسلط على الفسخ، فإن اللزوم بمعنى عدم التزلزل بهذا الاعتبار غير شرط فى ثبوت تحريم الام قطعاً، لأن النكاح هنا حقيقى محرّم للام بنص الكتاب (١) و السنه (٢)، و إنما التردد فى النكاح الفضولى،

ص: ٢٩٨

١- (١) النساء: ٢٣.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٢٧٣ حديث ١١٦٥ و ١١٦٦، الاستبصار ٣: ١٥٦ حديث ٥٦٩ و ٥٧٠.

و تحرم المعقود عليها على أب العاقد و إن علا- و ابنه و إن نزل. و لا تحرم بنت الزوجه على العاقد عينا بل جمعا، فلو فارقتها قبل الدخول حل العقد على البنت، و كذا أخت الزوجه و بنت أخيها و أختها إلا أن ترضى العمه أو الخاله. لأنه ليس نكاحا حقيقيا جزما، و الاقتصار على نص يعم الفضولى غير كاف، بل كان ينبغي التعبير بما لا يشمل غير الفضولى.

الثانى: قوله: (أو عدمه مطلقا) المتبادر منه أنه هل يشترط عدمه مطلقا، و ليس بجيد. و كان الأولى أن يقول: أو لا- يشترط مطلقا، فيجب التنبيه لذلك.

قوله: (و يحرم المعقود عليها على أب العاقد و إن علا و ابنه و إن نزل، و لا تحرم بنت الزوجه على العاقد عينا بل جمعا، فلو فارقتها قبل الدخول حل له العقد على البنت، و كذا أخت الزوجه و بنت أخيها و أختها، إلا أن ترضى العمه و الخاله).

قد سبق الوعد بأنه سيأتى فى كلام المصنف أن الزوجه تحرم على أبى الزوج و إن علا و ابنه و إن نزل بمجرد العقد، و الأصل فيه الكتاب و السنه و الإجماع.

أما بنت الزوجه فلا- تحرم على الزوج بمجرد العقد عينا، أى حرمة متعلقه بعينها، بل إنما تحرم جمعا، بمعنى أن الأم ما دامت فى النكاح حرمت البنت، فإذا فارقتها قبل الدخول حلّت البنت و إن لمس أو قبل بشهوه على الأصح كما سبق.

و كذا القول فى أخت الزوجه فإنها تحرم جمعا و لا تحرم عينا بحال، فمتى فارق الزوج حلّت أختها، سواء كانت قبل الدخول أم بعده.

و كذا بنت أخى الزوجه و بنت أختها تحرم كل منهما على من عنده العمه و الخاله إلا أن ترضى العمه و الخاله، و لا خلاف فى شىء من ذلك عندنا.

و يحرم وطء مملوكه كل من الأب و إن علا و الابن و إن نزل على الآخر بالوطء لا بالملك.

و لا يحرم الملك مع الوطء، و لو وطأ أحدهما مملوكه الآخر بزنا أو بشبهه ففي التحريم نظر. قوله: (و يحرم وطء مملوكه كل من الأب و إن علا و ابنه و إن نزل على الآخر بالوطء لا بالملك، و لا يحرم الملك مع الوطء).

قد سبق حكم الزوجه بالنسبه إلى أب الزوج و ابنه، و هذا حكم المملوكه بالنسبه إليها، و جعل متعلق التحريم و طء مملوكه الأب و الابن، لأن الملك لا يمنع منه قطعاً إذ لا منافاه بين تحريم الوطء و ثبوت الملك.

و قد صرح به المصنف بقوله: (و لا- يحرم الملك مع الوطء، و إنما يحرم وطء مملوكه الأب و الابن مع وطء الأب أو الابن لا بمجرد الملك)، لكن قد سبق أنها تحرم بنظر ما لا يحل لغير المالك نظره بشهوه، و كذا لمسّه بشهوه على أحد القولين، إلا أنه غير مرضى عند المصنف.

قوله: (و لو وطأ أحدهما مملوكه الآخر بزنا أو بشبهه ففي التحريم نظر).

يريد بذلك ما إذا وطأ الأب أو الابن مملوكه الآخر بزنا أو بشبهه قبل أن يطأها المالك، فإن في تحريمها على المالك بذلك نظر، ينشأ من اختلاف الأصحاب، و تعارض الدلائل عنده.

قال الشيخ رحمه الله (١)، و ابن الجنيد (٢)، و ابن البراج (٣)، و جماعه (٤) على

ص: ٣٠٠

١- (١) النهاية: ٤٥٢.

٢- (٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٢٤.

٣- (٣) المهذب ١٨٣: ٢.

٤- (٤) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٨٦، و فخر المحققين في الإيضاح ٣: ٦٨.



التحریم، لقوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١) فإنها كما تناول الوطء بالنكاح الصحيح تناول الوطء بالزنا و الشبهه.

فإن قيل: النكاح حقيقه فى العقد فلا حجه فى الآيه.

قلنا: قد ثبت أنه حقيقه لغويه فى الوطء، و الأصل عدم النقل.

فإن قيل: قد استعمل شرعا فى العقد، بل استعماله فيه أشيع.

قلنا: مجازا، لأن الاشتراك مع كونه على خلاف الأصل مرجوح إذا عارضه المجاز، و إذا ثبت التحريم بذلك فى حق الابن فكذا فى الأب، لعدم القائل بالفرق.

و لما رواه عمار الساباطى عن الصادق عليه السّلام: فى الرجل يكون له الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجسد، أو الرجل يزنى بالمرأه، هل يحل لابنه أن يتزوجها؟ قال: «لا» إنما ذلك إذا تزوجها فوطأها ثم زنا ابنه لم يضره، لأن الحرام لا يفسد الحلال، فكذلك الجارية» (٢).

و لا يضر ضعف سندها، لاعتضادها بظاهر الآيه، و غير ذلك من الروايات.

و نفى ابن إدريس التحريم (٣)، تمسكا بالأصل، و بظاهر قوله تعالى وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٤) و نحوه، و بقوله عليه السّلام: «لا يحرم الحرام الحلال و إنما يحرم ما كان بنكاح» (٥).

و جوابه: إن الأصل يترك للدليل و الآيه مخصوصه بما قدمناه، و الحديث يراد به الحرام اللاحق، و الحصر المستفاد من قوله: «و إنما يحرم ما كان بنكاح» معارض بما سبق

ص: ٣٠١

١-١) النساء: ٢٢. [١]

٢-٢) الكافي ٥: ٤٢٠، حديث ٩، [٢] التهذيب ٧: ٢٨٣، حديث ١١٩٦، الاستبصار ٣: ١٦٤، حديث ٥٩٧.

٣-٣) السرائر: ٢٨٧.

٤-٤) النساء: ٢٤. [٣]

٥-٥) سنن البيهقي ٧: ١٦٩.

و ليس لأحدهما أن يظأ مملوكه الآخر إلا بعقد أو ملك أو اباحه، و للأب التقويم مع الصغر. و لو وظأ الأب أو الابن زوجه الآخر أو مملوكته الموطوءه بزنا أو بشبهه، فالأصح أنه لا- يوجب التحريم، من الدلائل الداله على أن الزنا ينشر حرمه المصاهره، و الأصح التحريم.

و اعلم أن المملوكه و إن كانت أعم من الموطوءه و غيرها، إلا أن تعليق الحكم على مملوكتها يقتضى ثبوت التردد فى تحريمها إذا لم يكن المالك قد وظأها، و لا يدل على أن الموطوءه لا يتعلق بها حكم التحريم بذلك، إلا أن ذلك سيأتى صريحا فى قوله: (و لو وظأ الأب أو الابن زوجه الآخر أو مملوكته الموطوءه).

قوله: (و ليس لأحدهما أن يظأ مملوكه الآخر إلا بعقد أو ملك أو اباحه، و للأب التقويم مع الصغر).

كما لا يحل لواحد من الأب و الابن التصرف فى مال الآخر إلا بإذن المالك، لأن المسلم على المسلم حرام ماله و عرضه، و كذا لا يحل لأحدهما أن يظأ مملوكه الآخر إلا بسبب صحيح، و هو إما العقد أو الملك الشرعيان، و الإباحه دائره بينهما على ما سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

و إنما أفردها بالذكر لوقوع النزاع فى أنها من قسم العقد أو من قسم الملك، فربما لم ينتقل الذهن فعطفها على القسمين من قبيل عطف الخاص على العام لهذه النكته، و يجوز لكل من الأب و الجد تقويم جاريه الابن الصغير على نفسه بأن يملكها بعقد شرعى مملك، و لا- يكفى مجرد التقويم قطعاً، إذ لا- ينتقل المملك إلا- بسبب ناقل، و قبل الانتقال لا يجوز التصرف، و لا اثر للتقويم بدون العقد المملك، و لا خلاف فى شىء من هذه الأحكام، و لا فرق بين كون الأب و الجد ملياً أم لا.

قوله: (و لو وظأ الأب أو الابن زوجه الآخر أو مملوكته بزنا أو شبهه، فالأصح أنه لا يوجب التحريم).

المراد انه إذا

ص: ٣٠٢

ولا- حد على الأب في الزنا بمملوكه ابنه، ويحد الابن مع انتفاء الشبهه. و لو حملت مملوكه الأب بوطء الابن لشبهه، عتق و لا قيمه على الابن، وطأ أحدهما زوجه الآخر و إن لم يكن مدخولا بها، أو مملوكته التي قد وطأها المالك بالملك أو بسبب آخر و إن تقدّم على زمان الملك بزنا أو شبهه، ففي تحريمها على الزوج و المالك قولان:

أحدهما: التحريم، لظاهر قوله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١) و هو ضعيف، لأن الآيه مخصوصه بقوله عليه السلام: «لا يحرم الحرام الحلال» (٢).

و أصحهما- و هو مختار الأكثر (٣)- عدم التحريم، و لا يخفى أن الجار في قوله:

(بزنا) يتعلق بقوله: (و لو وطأ الأب).

قوله: (و لا حدّ على الأب في الزنا بمملوكه ابنه، و يحدّ الابن مع انتفاء الشبهه).

لا- خلاف في ذلك، و الفرق أن الأب لما كان أصلا في وجود الابن اثبت له الشارع هذه المزيه و نحوها، و في قوله عليه السلام: «أنت و مالك لأبيك» (٤) إيماء إلى ذلك.

قوله: (و لو حملت مملوكه الأب بوطء الابن شبهه عتق و لا قيمه على الابن).

و ذلك لأن النسب

ص: ٣٠٣

١- (١) النساء: ٢٢. [١]

٢- (٢) سنن البيهقي ٧: ١٦٩.

٣- (٣) منهم الشيخ في النهايه: ٤٥٢، و ابن إدريس في السرائر: ٢٨٧، و ابن البراج في المهذب ٢: ١٨٣.

٤- (٤) سنن ابن ماجه ٢: ٧٦٩ حديث ٢٢٩١.

و لا عتق مع الزنا.

و لو حملت مملوكه الابن بذكر لم ينعق، و على الأب فكه مع الشبهه.

و لو حملت بأنثى عتقت على الابن و لا- قيمه، و لا- عتق مع الزنا. و على كل من الأب و الابن مهر المثل لو وطأ زوجته الآخر للشبهه، فإن حرمنا بها فعاودها الزوج و جب عليه مهر آخر و إلا فلا، يثبت مع الشبهه، فيكون ابن ابن مالك الأمه، فيعتق عليه لو كان رقا، فلا تجب عليه قيمته.

قوله: (و لا عتق مع الزنا).

وجهه انتفاء النسب بالزنا، فإذا كان الابن زانيا لم يتحقق النسب الموجب للعتق، و لا يخفى أنه قد سبق في كلام المصنف التردد في أن الزنا هل يثبت معه العتق كالصحيح و الشبهه، و جزم هنا بالعدم، فيكون رجوعا عن الجزم السابق.

قوله: (و لو حملت مملوكه الابن بذكر لم ينعق، و على الأب فكه مع الشبهه، و لو حملت بأنثى عتقت على الابن و لا قيمه، و مع الزنا لا عتق).

أى: لو حملت مملوكه الابن من الأب، فإن كان بذكر لم ينعق، لأن الأ-خ لا- ينعق على أخيه لو ملكه كما هو مقرر في موضعه، بخلاف الأخت.

فلو حملت بأنثى عتقت، و لم يجب على الأب للابن قيمتها، و تجب قيمه في الذكر. و هذا كله إنما هو مع الشبهه، أما مع الزنا فلا نسب و لا عتق و لا قيمه.

قوله: (و على كل من الأب و الابن مهر المثل لو وطأ زوجته الآخر للشبهه، فإن حرمنا بها فعاودها الزوج و جب عليه مهر آخر، و إلا فلا).

لا ريب أن الوطء بالشبهه يوجب على الواطئ مهر المثل إذا لم تكن الموطوءه عالمه بالحال، فإذا وطأ الأب أو الابن زوجته الآخر للشبهه، و قلنا بتحريمها على الزوج بذلك، فعاودها الزوج، أى: وطأها بعد ذلك، و جب عليه مهر آخر لها، لأن وطء

و الرضاع فى ذلك كله كالنسب.

### الفصل الثالث: فى باقى الأسباب

الفصل الثالث: فى باقى الأسباب، و فىه مسائل:

#### أ: من لاعن امرأته حرمت عليه ابدا

أ: من لاعن امرأته حرمت عليه ابدا، و كذا لو قذف زوجته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان لو لا الآفه. الشبهه لا يخلو عن المهر، و هذا إذا لم تكن عالمه بالحال.

و قوله: (و إلا فلا) معناه و إن لم نحرمها بذلك على الزوج، أو لم يعاودها الزوج فليس لها مهر آخر، و هو ظاهر.

قوله: (و الرضاع فى ذلك كله كالنسب).

أى: حكم الأب من الرضاع كحكم الأب من النسب، و الابن من الرضاع كالابن من النسب، و بنت الزوجه من الرضاع و أمها كالبنت و الام لها من النسب.

و كذا القول فى الأخت و العمه و الخاله، ففى كل موضع حكمنا بتحريم المصاهره لأحد المذكورين من النسب، حكمنا به فى نظيره من الرضاع، و قد سبق هذا مستوفى.

قوله: (الفصل الثالث: فى باقى الأسباب، و فىه مسائل):

الاولى: من لاعن امرأته حرمت عليه أبدا، و كذا لو قذف زوجته الصماء و الخرساء بما يوجب اللعان لو لا الآفه).

أجمع الأصحاب على أن من لاعن امرأته حرمت عليه أبدا، و روى أبو بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث طويل: «و الملاعنه لا تحل له أبدا» (١).

و كذا أجمعوا على أن من قذف زوجته و هى صماء أو خرساء قذفا يوجب اللعان لو لا الآفه و هى الصمم و الخرس، بأن يرميها بالزنا مع دعوى المشاهده و عدم البينه.

ص: ٣٠٥

## ب: لو تزوج امرأه في عدتها عالما حرمت عليه أبدا دون أبيه و ابنه

ب: لو تزوج امرأه في عدتها عالما حرمت عليه أبدا دون أبيه و ابنه، و إن جهل العده أو التحريم: فإن دخل فكذلك في حقه و حقهما، و إلا بطل و استأنف بعد الانقضاء.

و يلحق به الولد مع الجهل إن جاء لسته أشهر فصاعدا من حين الوطء، و يفرق بينهما، و عليه المهر مع جهلها لا علمها، و تعتد منه بعد إكمال الاولى، و لو كانت هي العالمه لم يحل لها العود إليه أبدا.

و لو تزوج بذات بعل ففي إلحاقه بالمعتده إشكال ينشأ: من عدم التنصيص، و من أولويه التحريم.

و لا فرق في العده بين البائن و الرجعي و عده الوفاه. و روى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: أنه سئل عن رجل قذف امرأته بالزنا و هي خرساء صماء لا تسمع ما قال، فقال: «إن كان لها بينه تشهد عند الإمام جلده الحد و فرق بينهما، ثم لا تحل له أبدا، و إن لم يكن لها بينه فهي حرام عليه ما أقام معها و لا اثم عليها منه» (١).

قوله: (الثانيه: لو تزوج امرأه في عدتها عالما حرمت عليه أبدا دون ابنه و أبيه، و إن جهل العده أو التحريم، فإن دخل فكذلك في حقه و حقهما، و إلا بطل و استأنف بعد الانقضاء، و يلحق به الولد مع الجهل إن جاء لسته أشهر فصاعدا من حين الوطء، و يفرق بينهما، و عليه المهر مع جهلها لا علمها، و يعتد منه بعد إكمال الاولى.

و لو كانت هي العالمه لم يحل لها العود إليه أبدا، و لو تزوج بذات بعل، ففي إلحاقه بالمعتده إشكال ينشأ: من عدم التنصيص، و من أولويه التحريم.

و لا فرق في العده بين البائن و الرجعي و عده الوفاه).

إذا تزوج رجل

ص: ٣٠٦

١ - ١) الكافي ٦: ١٦٦ حديث ١٨، [١] التهذيب ٨: ١٩٣ حديث ٦٧٥.

امرأه في عدتها فله صور، لأنهما إما أن يكونا عالمين، أو جاهلين بالعهده أو التحريم، أو أحدهما عالما و الآخر جاهلا، و على التقديرات فإما أن يحصل الدخول، أو لا:

الاولى: أن يكونا عالمين بالعهده و التحريم و يدخل.

الثانية: الصورة بحالها و لا دخول، فتحرم عليه مؤبدا في الصورتين، لما رواه زراره بن أعين و داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام. و عبد الله بن بكير عن أديم بياع الهروي عنه عليه السلام إنه قال: «الذى يتزوج المرأة في عدتها و هو يعلم لا تحل له أبدا» (١).

و روى عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهاله، أهي ممن لا تحل له أبدا؟ فقال: «لا، أما إذا كان بجهاله فليتزوجها بعد ما تنقضى عدتها، و قد يعذر الناس في الجهاله ما هو أعظم من ذلك».

فقلت: بأى الجهالتين أعذر، بجهالته أن يعلم أن ذلك محرم عليه أبدا، أم بجهاله أنها في عدته؟ فقال: «أحدى الجهالتين أهون من الأخرى، الجهاله بأن الله تعالى حرّم ذلك عليه، و ذلك أنه لا يقدر على الاحتياط معها».

قلت: فهو في الأخرى معذور؟ قال: «نعم، إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها».

فقلت: و إن كان أحدهما متعمدا و الآخر بجهاله؟ فقال: «الذى تعمد لا يحل له أن يرجع الى صاحبه أبدا» (٢) و غير ذلك من الروايات (٣).

ص: ٣٠٧

١- ١) الكافي ٥: ٤٢٦ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٣٠٥ حديث ١٢٧٢.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٢٧ حديث ٣، [٢] التهذيب ٧: ٣٠٦ حديث ١٢٧٤.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٢٧ حديث ٤، ٥، ٦، [٣] التهذيب ٧: ٣٠٧ حديث ١٢٧٥ و ١٢٧٧.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنها كما تحرم على العاقد تحرم على ابنه، لكن في الأولى دون الثانية، وذلك على أصح القولين من أن الزنا يحرم المزنى بها على أبي الزانى و ابنه، و أطلق المصنف عدم التحريم عليهما، و إطلاقه يتناول ما إذا حصل مع العقد دخول، على أن المصنف لم يرجح فيما سبق القول بالتحريم و لا عدمه.

الثالثه: أن يكونا جاهلين بالعهده أو التحريم و يدخل فتحرم أبدا، لروايه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تزوج الرجل المرأة في عدتها و دخل بها لم تحل له أبدا، عالما كان أو جاهلا، و إن لم يدخل بها حلت للجاهل و لم تحل للآخر» (١).

و إلى هذه الصورة أشار المصنف بقوله: (و إلا بطل و استأنف بعد الانقضاء).

أى: و إن لم يدخل بطل النكاح و استأنفه بعد انقضاء العده إن شاء.

الرابعه: الصورة بحالها و لا- دخول، فلا- تحريم، و لا- فرق بين كونه جاهلا- بالعهده و بالتحريم، لأن الجاهل فى سعه. و لروايه عبد الرحمن السالفه (٢).

و لمقطوعه محمد بن مسلم قال: قلت له المرأة الجبلى يتوفى عنها زوجها فتضع و تتزوج قبل أن تعتد أربعة أشهر و عشرا.

فقال: «ان كان الذى تزوجها دخل بها فزق بينهما و لم تحل له أبدا، أو اعتدت بما بقى عليها من عده الأول و استقبلت عده اخرى من الآخر ثلاثة قروء. و إن لم يكن دخل بها فزق بينهما و أتمت ما بقى من عدتها و هو خاطب من الخطاب» (٣). و المراد مع عدم الدخول لروايته الحلبي و عبد الرحمن السالفتين.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنها مع الدخول تحرم على أبي العاقد و ابنه، لأن الوطاء

ص: ٣٠٨

١- ١) الكافي ٥: ٤٢٦ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٣٠٧ حديث ١٢٧٦.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٢٧ حديث ٣، [٢] التهذيب ٧: ٣٠٦ حديث ١٢٧٤.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٢٧ حديث ٤، [٣] التهذيب ٧: ٣٠٧ حديث ١٢٧٧، الاستبصار ٣: ١٨٧ حديث ٦٨٠.



بالشبهه كالصحيح فى أحكام المصاهره، و قد صرح المصنف بالتحريم هنا بقوله:

(فكذلك فى حقه و حقهما) أى: حرمت مؤبدا فى حق العاقد و ابنه و أبیه، و لم يصرح بإلحاق الوطء بالشبهه بالصحيح فى التحريم فيما سبق، بل اقتصر على حكاية الخلاف، و هنا مسائل:

الأولى: إذا حصل الدخول فى صورته الجهل فأنت بولد لسته أشهر فصاعدا من حين الوطء، كان لاحقا بالعاقد، لروايه جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام فى المرأه تزوج فى عدتها، قال: «يفرق بينهما و تعتد عدته واحده منهما جميعا، و إن جاءت بولد لسته أشهر فصاعدا فهو للأخير، و إن جاءت بولد لأقل من سته أشهر فهو للأول» (١).

الثانيه: يفرق بينهما قطعاً، لأنها فى عدته الغير، و قد سبق فى روايه محمد بن مسلم.

الثالثه: يجب على العاقد المهر بالدخول إذا كانت جاهله بالتحريم، و به روايه مقطوعه (٢)، إلاّ إذا كانت عالمه، لأنها زانيه، و هو مهر المثل، و يجىء على قول الشيخ السالف (٣) لزوم المسمى.

الرابعه: تعتد منه بعد إكمال العدته الاولى، و لا يكفيها عدته واحده، لأن تعدد الأسباب يقتضى تعدد المسببات و لمقطوعه محمد بن مسلم (٤). و ما يوجد فى بعض الأخبار من الاكتفاء بعده واحده (٥)، محمول على عدم الدخول، جمعا بين الأدله،

ص: ٣٠٩

١- ١) التهذيب ٧:٣٠٩ حديث ١٢٨٣.

٢- ٢) الكافي ٥:٤٢٧ حديث ٦، التهذيب ٧:٣٠٨ حديث ١٢٨١.

٣- ٣) المبسوط ٥:٣١٤. [١]

٤- ٤) الكافي ٥:٤٢٧ حديث ٤، [٢] التهذيب ٧:٣٠٧ حديث ١٢٧٧، الاستبصار ٣:١٨٧ حديث ٦٨٠.

٥- ٥) التهذيب ٧:٣٠٨ حديث ١٢٧٨، الاستبصار ٣:١٨٨ حديث ٦٨١.

و سيأتى ذلك فى العدد إن شاء الله تعالى.

الخامسه: لو كان العلم بالتحريم و العده من أحد الجانبين خاصه و الآخر جاهل بأحدهما، فالتحريم إنما هو من طرف العالم دون الجاهل حيث ينتفى التحريم بالجهل، و ذلك مع عدم الدخول، و هو مفهوم روايه عبد الرحمن بن الحجاج السالفه (١).

فإن قيل: كيف يعقل التحريم من أحد الجانبين خاصه، فإن أحدهما متى حرم على الآخر لم يجز للآخر الترويج به، لما فى ذلك من المعاونه على الإثم و العدوان.

قلنا: يمكن التوصل إلى النكاح من المحلل له حيث لا يشعر من تعلق به التحريم بالحال، إما بأن يجهل التحريم، أو يخفى عليه عين الشخص بتخلل مدته طويله، و نحو ذلك. و استشكله شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه بعدم النظر، و لا اشكال مع ورود النص (٢) بذلك.

لكن يشكل بوجه آخر، و هو إننا لو جوّزنا العقد فى صورته جهل من تعلق به التحريم بالحال لكان إذا تجدد علمه بذلك بعد العقد يلزم اما الحكم ببطالان النكاح الصحيح، أو صحته مع وجود المانع، و كلاهما باطل. و وجه اللزوم أنه إن حكم على من تعلق به التحريم بصحة النكاح لزم الأمر الثانى، أو بفساده لزم الأمر الأول.

و الحق أن النكاح لا يعقل صحته من أحد الجانبين دون الآخر، فلا يعقل ثبوت التحريم من أحدهما خاصه، و ليس هذا كما لو اختلفا فى صحه النكاح و فساده فالحكم ظاهر بالصحة، فإن مدعى الفساد تلحقه أحكام الزوجيه ظاهرا، و يجب عليه فيما بينه و بين الله تعالى العمل بما يعلمه بحسب مقدوره، فاختلف الحكم نظرا إلى الظاهر، و ما فى نفس الأمر و الحكم هنا إنما هو بالنظر إلى نفس الأمر.

السادسه: لا فرق فى ذلك بين كون العده بائنه أو رجعيه أو عده وفاه أو عده

ص: ٣١٠

١- (١) الكافى ٥: ٤٢٧ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٣٠٦ حديث ١٢٧٤.

٢- (٢) الكافى ٥: ٤٢٧ حديث ٢ و ٣، التهذيب ٧: ٣٠٧ حديث ١٢٧٤ و ١٢٧٦.

شبهه، لإطلاق العده فى النصوص (١)، و لادن ترك الاستفصال فى حديث عبد الرحمن بن الحجاج (٢) يدل على العموم، و لم يتعرض المصنف لذكر عده الشبهه لكن الدليل يقتضيه.

و كذا لا فرق فى الدخول بين القبل و الدبر على أقرب الوجهين، لما سيأتى إن شاء الله تعالى من أن الوطء فى الدبر يعد دخولا كالقبل.

و كذا لا فرق بين كون النكاح متعه و دواما سوى النكاح الذى منه العده و النكاح الطارئ، لعموم النص (٣).

السابعه: لو تزوج بذات بعل و دخل بها عالما بالحال حرمت مؤبداً، لأنه زان، و الزنا بذات البعل يقتضى التحريم المؤبد.

و كذا لو دخل جاهلا على أقرب الوجهين، لأن علاقته الزوجيه أقوى من علاقته الاعتداد، فثبت التحريم مع الزوجيه بطريق أولى.

و لروايه زراره عن الباقر عليه السلام: فى امرأه فقدت زوجها أو نعى إليها، فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال: «تعتد منهما جميعا ثلاثه أشهر عده واحده، و ليس للأخير أن يتزوجها أبدا» (٤)، و فى طريقها ابن بكير و هو فطحى، و مع ذلك فقد دلت على الاكتفاء بعده واحده منهما، و المعتمد خلافه.

و مقطوعه محمد بن مسلم قد تضمنت وجوب العدين (٥)، و نزلها الشيخ فى التهذيب على عدم الدخول (٦)، و قوله عليه السلام: «تعتد منهما جميعا» ينافيه، و لو صح

ص: ٣١١

١- ١) الكافى ٥: ٤٢٦ حديث ١-١٥، التهذيب ٧: ٣٠٥ حديث ١٢٧٢-١٢٧٦.

٢- ٢) الكافى ٥: ٤٢٧ حديث ٣، التهذيب ٧: ٣٠٦ حديث ١٢٧٤.

٣- ٣) الكافى ٥: ٤٢٦ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٠٧ حديث ١٢٧٦.

٤- ٤) التهذيب ٧: ٣٠٨ حديث ١٢٧٩، الاستبصار ٣: ١٨٨ حديث ٦٨٢.

٥- ٥) التهذيب ٧: ٣٠٧ حديث ١٢٧٧، الاستبصار ٣: ١٨٧ حديث ٦٨.

٦- ٦) التهذيب ٧: ٣٠٨ ذيل الحديث ١٢٨٠.

و هل وطء الأمة في الاستبراء كالوطء في العده؟ إشكال. التنزيل أشكلت بوجه آخر، و هو ثبوت التحريم المؤبد بمجرد العقد مع الجهل بالزوجه، فإنه مع بعده لا قائل به.

و يحتمل عدم التحريم، لعدم التنصيص عليه، فيتمسك بأصالة الحل، و القياس باطل، و المعتمد الأول و لا قياس بل الحكم من باب التنبيه كما أشار إليه المصنف هنا.

و صرح به في التحرير و أفتى فيه بالتحريم (1)، و استشكله هنا. و اعترض بعضهم على أول وجهي الإشكال بوجود النص الدال على التحريم كما اعترف به في التحرير، و لعله لما رأى أن دلالة على المراد غير واضحة لم يلتفت إليه.

و لو تزوج بذات البعل و لم يدخل، فإن كان جاهلاً فلا تحريم، لا لتفاء المقتضى و التمسك بالأصل، و لو كان عالماً بإشكال ينشأ: من عدم التنصيص، و من أن الحكم بالتحريم هنا بطريق أولى.

و لا يخفى أن قول المصنف: (و لو تزوجت بذات بعل). يقتضى أن الإشكال في لحاقه بالتزوج بالمعتده في جميع الصور، لكن ينبغي استثناء ما إذا تزوج بذات البعل جاهلاً و لم يدخل، فإن المتجه هنا عدم التحريم بغير إشكال، و كذا لو تزوج و دخل عالماً، لأنه زان بذات بعل.

الثانية: لو وطأ المعتده بملك اليمين فهل هو كما لو تزوج في العده و دخل؟ فيه إشكال ينشأ: من عدم التنصيص، و من مساواة الوطاء بملك اليمين للوطء بالنكاح.

قوله: (و هل وطء الأمة في الاستبراء كالوطء في العده؟ إشكال).

أى: لو وطأ الأمة في زمان الاستبراء، أما بالنكاح أو بملك اليمين، جاهلاً بكونها مستبرأه أو بالتحريم، أو عالماً، فهل هو كالوطء للمعتده في العده؟ فيه إشكال ينشأ: من أن الاستبراء من أقسام العده فيتناوله النص.

ص: ٣١٢

و لو تزوج بعد الوفاة المجهوله قبل العده، فالأقرب عدم التحريم المؤبد، و يحتمله و إن زادت المده عن العده، و فى المسترابة إشكال. و من أنه نوع بانفراده، و لهذا اختص باسم يدل عليه، فلا- يتناول النص الوارد فى المعتده، و الأصل. و الأصح عدم التحريم، و ان المصنف لو قال: و لو تزوج بمسترأه ففى لحاقه بالمعتده إشكال، لكان أشمل.

قوله: (و لو تزوج بعد الوفاة المجهوله قبل العده، فالأقرب عدم التحريم المؤبد، و يحتمله و إن زادت المده عن العده).

لما كانت المتوفى عنها زوجها إنما تحتسب عدتها من حين علمها بالوفاء، فقبله لا تكون معتده و لا زوجها، كان الأقرب عند المصنف عدم التحريم المؤبد لو تزوجها آخر، عالما أو جاهلا، دخل أو لا، لا لتفاء مقتضى للتحريم، و هو كونها مزوجه أو معتده. و الأصل الحل، فيتمسك به إلى أن يحصل الناقل.

و يحتمل التحريم المؤبد، لأنه لو تزوجها بعد هذا الزمان فى زمان العده لاقتضى التحريم، ففيه أولى، لأنه أقرب إلى زمان الزوجيه. و لا فرق بين كون المده المتخلله بين الوفاة و العده زائده على قدر العده أو مساويه أو ناقصه، لأن العده إنما تكون بعد العلم بالوفاء، و إن تراخى زمانه فجميع ما قبله سواء فى الحكم، قل أو كثر، و لا يخفى أن الأولويه ممنوعه، و القياس لا نقول به، و عدم التحريم أقرب.

و اعلم أن الضمير المستتر فى قوله: (و يحتمل) يعود إلى ما دل عليه السياق، و هو المبحث أو المقام، و البارز يعود إلى التحريم المؤبد، أى: و يحتمل هذا المبحث التحريم المؤبد إلى آخره.

قوله: (و فى المسترابة إشكال).

لو طلق المسترابة بالحمل بائنا، و فرضها أن تعتد بثلاثة أشهر، فرأت الدم قبل انقضاء الشهر الثالث، فإنه سيأتى إن شاء الله تعالى أنها تتربص مده الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر، فإذا تزوجها آخر فى مده التربص عالما بالحال و التحريم و دخل بها، ففى

## ج: لو زنا بذات البعل أو فى عده رجعيه، حرمت عليه أبدا

ج: لو زنا بذات البعل أو فى عده رجعيه، حرمت عليه أبدا، ولو لم يكن إحداهما لم تحرم، سواء كانت ذات عده بائن أو لا وإن كانت مشهوره بالزنا، تحريمها مؤبدا إشكال ينشأ: من أن ذلك ليس زمان العده، لقولهم انها تعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر فليست معتده ولا زوجه، فينتفى التحريم، ومن أنها فى حكم المعتده، لأن الطلاق يقتضى وجوب الاعتداد، ولا يزول ذلك، إلا بانقضاء العده، ولأن هذا أقرب إلى زمان الزوجيه من زمان العده، فيثبت التحريم بطريق أولى.

و اعلم أن المصنف إنما افتى بعدم التحريم فى الوفاه المجهوله، واستشكل هنا، لأن المده بعد الوفاه المجهوله لا تعد عده بحال من الأحوال، وفى المسترابة يتحقق الشروع فى العده بالأشهر، ثم تبين بطلان ذلك بحصول الحيض، ويعين الاعتداد بالأقراء، و صار ما قبل الحيض و ما بعده محسوبا منها، فلما تأخر الحيض وجب التبرص مده الحمل ثم الاعتداد، فظهر أن تلك المده أقرب إلى العده من المده بعد الوفاه المجهوله، وفى الحكم عندى تردد، و التحريم أحوط.

قوله: (الثالثه: لو زنا بذات بعل أو فى عده رجعيه، حرمت عليه أبدا، و لو لم تكن إحداهما لم تحرم، سواء كانت ذات عده بائن أو لا و إن كانت مشهوره بالزنا).

أجمع الأصحاب على أن من زنا بذات بعل حرمت عليه مؤبدا، و قد روى محمد ابن يعقوب، عن عده من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، رفعه: «إن الرجل إذا تزوج المرأة و علم أن لها زوجا فرّق بينهما و لم تحل له أبدا» (١). و هو شامل لمحل النزاع، لأن ذلك شامل لما إذا دخل بها عالما بأن لها زوجا فإنه زان حينئذ، و إن احتمل اختصاص الحكم بحال العقد دون مطلق الزنا.

ص: ٣١٤

و ذات العده الرجعيه زوجه بخلاف البائن، فلو زنا بذات العده البائن لم تحرم عليه، للأصل، و اختصاص النص بما إذا عقد عليها (١).

و أشار بقوله: (و إن كانت مشهوره بالزنا) إلى رد قول المفيد (٢)، و الشيخ في النهايه (٣)، و أتباعهما (٤)، فإنهم قالوا: إن من فجر بامرأه و هي غير ذات بعل لم يكن له العقد عليها إلا إذا ظهر منها التوبه و الإقلاع.

و اعتبر في النهايه في توبتها أن يدعوها إلى الزنا فلا - تجيبه، و الأصح مختار المصنف، للأصل، و لما رواه الحلبي في الصحيح، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام:

«أيما رجل فجر بامرأه حراما، ثم بدا له أن يتزوجها، قال: أوله سفاح و آخره نكاح، فمثله كمثل النخله أصاب الرجل من ثمرها ثم اشتراها بعده فكانت له حلالا» (٥).

احتجوا بما رواه أبو بصير، قال: سألته عن رجل فجر بامرأه ثم أراد بعد أن يتزوجها، قال: «إذا تاب حل له نكاحها». قلت: كيف تعرف توبتها؟ قال: «يدعوها إلى ما كان عليه من الحرام، فإن امتنعت و استغفرت ربها عرف توبتها» (٦)، و في معناها روايه عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام (٧).

أجاب في المختلف بالطعن في سند الروايتين، مع أن روايه أبي بصير غير مسنده إلى امام. و بالحمل على الكراهيه، قال: مع أن في مضمونها اشكالا (٨).

ص: ٣١٥

١- (١) البقره: ٢٣٥.

٢- (٢) المقنعه: ٧٧.

٣- (٣) النهايه: ٤٥٨. [١]

٤- (٤) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٨٦، و ابن البراج في المهذب ٢: ١٨٨.

٥- (٥) الكافي ٥: ٣٥٦، حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ٣٢٧، حديث ١٣٤٥.

٦- (٦) الفقيه ٣: ٢٦٤، حديث ١٢٥٧، التهذيب ٧: ٣٢٧، حديث ١٣٤٨، الاستبصار ٣: ١٦٨، حديث ٦١٤.

٧- (٧) الكافي ٥: ٣٥٥، حديث ١، [٣] التهذيب ٧: ٣٢٨، حديث ١٣٤٩، الاستبصار ٣: ١٦٨، حديث ٦١٥.

٨- (٨) المختلف: ٥٢٧.

و لو أصرت امرأته على الزنا فالأصلح أنها لا- تحرم. و هل الأمه الموطوءه كذات البعل؟نظر. قلت:لعل الاشكال من جهته أن دعائه إياها إلى الحرام يتضمن اغرائها بالقيح،و هو محرم.

قوله: (و لو أصرت امرأته على الزنا فالأصح أنها لا تحرم).

ذهب المفيد (١)و سلار (٢)إلى أن من أصرت زوجته و العياذ بالله على الزنا حرمت عليه،لأن أعظم فوائد النكاح التناسل،و الغرض من شرعيه الحد و الرجم للزاني حفظ الأنساب عن الاختلاط،و هذا المحذور قائم مع إصرار الزوجه على الزنا.

و جوابه:إن الزاني لا- نسب له و لا حرمة لمائه،و الأصح عدم التحريم،لقوله عليه السّلام:«لا يحرم الحرام الحلال» (٣)،و ما رواه عباد بن صهيب عن الصادق عليه السلام قال:«لا بأس بأن يمسك الرجل زوجته إذا رآها تزني إذا كانت تزني و إن لم يرقم عليها الحد فليس عليه من إثمها شيء» (٤).

قوله: (و هل الأمه الموطوءه كذات البعل؟نظر).

أى:هل الأمه الموطوءه بالملك كذات البعل فى أنها تحرم مؤبدا على من زنا بها؟ فيه نظر ينشأ:من أصاله الحل و انتفاء النص،و من أن الوطء بملك اليمين كالنكاح.

و من ثم تعلق به أحكام المصاهره،و لاشتراكهما فى المعنى المقتضى لتحريم الزنا،و هو صيانته الأنساب عن الاختلاط.

و الكل ضعيف،فإن المساواه فى بعض الأحكام لا يقتضى المساواه فى الجميع، و الاشتراك فى المعنى المقتضى لتحريم الزنا لا يقتضى التحريم المؤبد،و الأصح عدم التحريم.

ص: ٣١٤

١- (١)المقنعه:٧٧.

٢- (٢) المراسم:١٤٩.

٣- (٣) التهذيب ٧:٢٨٣ حديث ١١٩٨،الاستبصار ٣:١٦٥ حديث ٥٩٥،سنن البيهقي ٧:١٦٩.

٤- (٤) التهذيب ٧:٣٣١ حديث ١٣٦٢.



## د:لو أوقب غلاما أو رجلا حيا أو ميتا على اشكال

د:لو أوقب غلاما أو رجلا حيا أو ميتا على اشكال، حرمت عليه أم الغلام أو الرجل و أخته و بنته مؤبدا من النسب، و في الرضاع و الفاعل الصغير اشكال. قوله: (الرابعة: لو أوقب غلاما أو رجلا حيا أو ميتا على اشكال، حرم عليه أم الغلام أو الرجل و بنته و أخته مؤبدا من النسب، و في الرضاع و الفاعل الصغير إشكال).

أطبق الأصحاب على أن من لا يط بـغلام أو رجل فأوقبه حرمت عليه أم الغلام و أخته و بنته، و الأصل في ذلك ما رواه ابن أبي عمير في الصحيح عن رجل عن الصادق عليه السلام: في الرجل يلعب بالـغلام قال: «إذا أوقب حرم عليه أخته و بنته» (١).

و روى إبراهيم بن عمير عن الصادق عليه السلام: في رجل لعب بـغلام هل تحل له امه؟ قال: «إن كان قد ثقب فلا» (٢)، و لأنه يصدق أنها بنت من وطأه و امه، فحرمتا عليه كالأنثى، و هنا مسألتان:

الاولى: لا خلاف في تعلق التحريم بالفعل المذكور إذا كان المفعول به حيا، أما الميت ففيه إشكال ينشأ: من عموم النص الصادق على الميت، و من خروجه بالموت عن كونه مشتبه طبعاً و تعلق أحكام الأحياء به، و من أن المتبادر إلى الفهم من النص إنما هو الحي دون الميت، و التحريم ليس ببعيد.

الثانية: هل الام و الأخت و البنت من الرضاع كاللاتي من النسب في التحريم؟ فيه إشكال ينشأ: من أن صدق الام و البنت و الأخت عليهن إنما هو بطريق المجاز، لأن الحقيقة إنما هي مع الولادة، فلا يتناولهن النص الوارد بالتحريم (٣).

ص: ٣١٧

١- ١) الكافي ٥: ٤١٧ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٣١٠ حديث ١٢٨٦.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣١٠ حديث ١٢٨٧.

٣- ٣) المصدرين السابقين.

و يتعدى التحريم إلى الجدات و بنات الأولاد، دون بنت الأخت. و لو سبق العقد لم يحرم، و كذا دون الإيقابلا يحرم.

و من عموم قوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (١) مع إمكان ادعاء الحقيقة، لأنه سبحانه سَمَّى المرضعه اماً، و الأصل فى الاستعمال الحقيقة.

و كيف كان فالتحريم أقوى، لعموم الأحاديث فى الرضاع.

و كذا الاشكال لو كان الفاعل صغيراً، و منشؤه: من أن التحريم الوارد فى النص دليل على أن هذا الحكم إنما هو فى البالغ، لامتناع تعلق التحريم بالصبي. و من أن النص خرج مخرج الغالب، لأن هذا الفعل إنما يقع غالباً من البالغ.

و لأنه بعد البلوغ يصدق عليه أنه رجل أو قب غلاماً فيتعلق به التحريم، لعموم النص (٢) لمن تقدم إيقابه على البلوغ و من تأخر عنه، و حينئذ فيكون الحكم بالتحريم قبل البلوغ متعلقاً بالولى و لأن أحكام المصاهرة لا يفرق فيها بين البالغ و الصبي، و الفرد النادر يلحق بالأعم الغالب، و التحريم أقوى.

قوله: (و يتعدى التحريم إلى الجدات و بنات الأولاد دون بنت الأخت).

أى: يتعدى التحريم على الفاعل إلى جدات المفعول و إن بعدن، لأب كن أو لام، لصدق الام على كل منهن، و كأن هذا الحكم متفق عليه بين الأصحاب. و كذا القول فى بنات أولاده، سواء بنات الذكور أو الإناث، أما بنت الأخت فلا، للأصل، و لأن اسم الأخت لا يقع عليها بحال من الأحوال.

قوله: (و لو سبق العقد لم يحرم، و كذا دون الإيقاب).

أما إذا سبق العقد فلقولهم عليهم السلام: «لا يحرم الحرام الحلال» (٣)، و أما إذا

ص: ٣١٨

١- (١) الفقيه ٣: ٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجه ١: ٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤١٧ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣١٠ حديث ١٢٨٦.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٢٨٣ حديث ١١٩٨، الاستبصار ٣: ١٦٥ حديث ٥٩٥، سنن البيهقي ٧: ١٦٩.

و لو أوقب خنثى مشكل أو أوقب فالأقرب عدم التحريم، لم يوقب فلمفهوم قوله عليه السّلام: «إذا أوقب حرم عليه أخته و ابنته» (١). وكذا فى الحديث الآخر (٢)، و قد تقدما، و للأصل.

فرع: لو أوقب ثم طلق إحدى الثلاث فهل يجوز تجديد النكاح؟ فيه تردد.

قوله: (و لو أوقب خنثى مشكل أو أوقب فالأقرب عدم التحريم).

أى: لو أوقب خنثى مشكل ذكرا أو أوقب أى: أوقبه ذكر فالأقرب عند المصنف عدم التحريم.

و وجه القرب: إن السبب المقتضى للتحريم هو إيقاب الذكر ذكرا، و الذكوريه مشكوك فيها فى الصورتين، و الشك فى السبب يقتضى الشك فى المسبب فينتفى التحريم، تمسكا بأصالة الإباحه. و يحتمل التحريم، للاحتياط، و لأن ذلك يجرى مجرى اشتباه المحرم بالأجنبيه، و لأن الحرام يغلب الحلال عند التعارض. و فيه ضعف، لأن الاحتياط لا يجب المصير إليه.

و الفرق بين هذا و بين اشتباه المحرم بالأجنبيه وجود من يقطع بتحريم نكاحه فى الثانى، بخلاف ما نحن فيه، و أغلبيه الحرام الحلال دائره مع تحقق الحرام، و الأقرب ما قرّبه المصنف. و اعلم أن شيخنا الشهيد ذكر هنا بحثين:

الأول: إنه ينبغى الجزم بتحريم الام و البنت إذا كان مفعولا، لأن التحريم فيهما لازم على تقدير ذكوريته و أنوثيته، فيكون الإشكال فى الأخت لا غير على القول بنشر الزنا، و فيه نظر، لأن مناط هذا البحث هو الإيقاب الذى هو أعم من إدخال الحشفه، و التحريم به للام و البنت إنما هو فى الذكر دون الأنثى.

ص: ٣١٩

١- ١) الكافى ٥: ٤١٧ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٣١٠ حديث ١٢٨٦.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣١٠ حديث ١٢٨٧.

نعم، لو بلغ بالإيقاب إدخال الحشفه تم ما ذكره، فما أورده غير وارد. نعم ينبغي أن يفصل في هذا المقام بأن تغييب الحشفه في دبر الخنثى يقتضى تحريم الام و البنت عند من ينشر الحرمة بالزنا، و بدونه الأقرب عدم التحريم.

الثانى: إن الاشكال هنا غير وارد أصلا، سواء كان فاعلا أو مفعولا، لأن البحث إما مع بقاء الاشتباه أو مع زواله، فإن كان فاعلا فمع الاشتباه يحرم عليه جميع بنات آدم و يحرم على رجالهم، لاشرط التزويج بتحقق الذكوره و الأنوثة.

و مع الوضوح أظهر، لأنه إن كان فاعلا- فظهرت الذكوره يتحقق الحكم بالتحريم، و إلا- تحقق عدمه. و إن كان مفعولا- فمع الذكوره يثبت التحريم على الفاعل، و بدونه يتخلف فى الأخت، فلا يتأتى الإشكال هنا أصلا، إلا على تقدير الحكم بجواز تزويج الخنثى المشكل.

قال: و فى الإرث فى قولهم: إذا كان زوجا أو زوجته، اشعار بجوازه.

قلت: لا ريب أن المصنف لا يريد بما ذكره ما إذا وضح الحال، بل حيث يكون الاشتباه حاصلًا.

و لا يرد عليه ما أورده إذا كان مفعولا، لأن تحريم امه و أخته و بنته على تقدير عدم إدخال الحشفه محتمل، نظرا إلى أن الخنثى مأخوذ فيه بأحوط الأمرين، و لهذا حكم بتحريم النظر إليه على الرجال و النساء. و هذا و إن كان محتملا إلا أنه ضعيف، لأن حل النظر و ما جرى مجراه ليس له أصل يتمسك فيه، بخلاف أم الخنثى و ابنته و أخته، لأن الأصل فيهن الحل، فلا ينتقل عنه بمجرد الاحتمال.

نعم، ما أورده على تقدير كونه فاعلا وارد. و لك أن تقول: ما أورده على هذا التقدير أيضا غير وارد، لأن البحث فى ثبوت التحريم بهذا الفعل و هو غير معلوم، للشك فى سببه.

و التحريم المحكوم بثبوتة هو التحريم بسبب اشتباه ذكوريته و أنوثيته،

و حدّ الإيقاب إدخال بعض الحشفه و لو قليلا.

أما الغسل فإنما يجب بغيوبه الجميع، و لا يحرم على المفعول بسببه شيء.

### ه: لو عقد المحرم فرضا أو نفلا إجماع حج أو عمره

ه: لو عقد المحرم فرضا أو نفلا إجماع حج أو عمره بعد إفساده و أحدهما غير الآخر، لكن جدوى ذلك قليلة، لأن التحريم مستند إلى الاشتباه، و إذا زال اتضح الحال بالنسبة إلى ما نحن فيه أيضا.

قوله: (و حد الإيقاب إدخال بعض الحشفه و لو قليلا، أما الغسل فإنما يجب بغيوبه الجميع).

وقب الشيء يقب وقبا: أى دخل، و وقت الشمس وقبا و وقوبا غابت، و القمر دخل فى الكسوف، و وقب الظلام دخل.

و الحاصل: إن الإيقاب دائر مع الإدخال، و هو متحقق فى إدخال بعض الحشفه.

بخلاف الغسل، فإنما يثبت مع تغييرها، و قد نصّ على ذلك ابن إدريس (١)، و كذا الدخول بالمرأه قبلا أو دبرا إنما يتحقق مع تغييرها.

قوله: (و لا يحرم على المفعول بسببه شيء).

أى: فلا يحرم عليه أم اللائط و لا بنته و لا أخته عند جميع علمائنا، للأصل، و لقوله تعالى وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٢) مع انتفاء المعارض، و عن أحمد روايه أنه يحرم على الغلام أم اللائط و بنته (٣).

قوله: (الخامسه: لو عقد المحرم-فرضا أو نفلا، إجماع حج أو عمره،

ص: ٣٢١

١-١) السرائر: ٢٨٧.

٢-٢) النساء: ٢٤. [١]

٣-٣) انظر: المغنى لابن قدامه ٧: ٤٨٤، الشرح الكبير ٧: ٤٨٢. [٢]

أولاً- على امرأه عالما بالتحريم، حرمت أبداً و إن لم يدخل. و إن كان جاهلاً فسد عقده، و جاز له العود بعد الإحلال، فإن دخل قيل: تحرم مؤبداً، بعد إفساده أولاً- على المرأه عالما بالتحريم حرمت أبداً و إن لم يدخل، و إن كان جاهلاً فسد عقده و جاز له العود بعد الإحلال، فإن دخل قيل: يحرم مؤبداً).

إذا عقد المحرم على امرأه عالما بالتحريم، فقد أطلق الشيخ في النهاية تحريمها عليه مؤبداً، و إن جهل التحريم فقد أطلق عدم التحريم، إلا أن العقد فاسد فيفرق بينهما، و لهما تجديده بعد الإحلال، و لم يفرق في الموضوعين بين الدخول و عدمه (١) فمقتضاه التحريم مع العلم مطلقاً و عدمه مع الجهل مطلقاً.

و تبعه ابن البراج (٢)، و كذا ابن إدريس في الحجج (٣)، و كذا أطلق المفيد التحريم مؤبداً بالعقد مع العلم بالتحريم، و لم يتعرض بحال الجهل (٤)، و أطلق سلال التحريم مؤبداً بالعقد، و لم يتعرض إلى التقييد بالعلم و الجهل و لا إلى التفصيل بالدخول و عدمه (٥)، و كذا ابن بابويه (٦).

و ذهب في الخلاف إلى التحريم مؤبداً بالعقد مع العلم و إن لم يدخل و مع الجهل إن دخل (٧)، و يلوح من كلام ابن حمزه موافقته (٨) و قريب منه كلام أبي الصلاح (٩).

ص: ٣٢٢

- ١- (١) النهاية: ٤٥٣. [١]
- ٢- (٢) المهذب ١٨٣: ٢.
- ٣- (٣) السرائر: ١٣٠.
- ٤- (٤) المقنعه: ٧٧.
- ٥- (٥) المراسم: ١٤٩.
- ٦- (٦) المقنع: ١٠٩.
- ٧- (٧) الخلاف ٢: ٢٢٠ مسألة ٩٩ كتاب النكاح.
- ٨- (٨) الوسيله: ٣٤٣.
- ٩- (٩) الكافي في الفقه: ٢٨٦.

و لا تحرم الزوجه بوطنها فى الإحرام مطلقا.

### و:المطلقه تسعا للعهده ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبدا

و:المطلقه تسعا للعهده ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبدا،و لا يشترط التوالى،فلو تخلل التسع طلاقات للسنة و كملت التسع للعهده حرمت ابدا.

قال المصنف فى المختلف:و الذى بلغنا فى هذا الباب ما رواه زراره عن الصادق عليه السّلام:«و المحرم إذا تزوّج و هو يعلم أنه حرام عليه لا يحل له أبدا»(١)،قال:

و مقتضى هذه الروايه التحريم مع العلم سواء دخل أو لا،و عدمه مع الجهل سواء دخل أو لا عملا بالمفهوم،هذا كلامه (٢)،و هو صحيح فى موضعه.

و ضعف دلالة المفهوم غير قادح،لاعضاها بالأصل،على أنها لو لم يعتبر هنا لزم الحكم بالتحريم المؤبد على كل حال،مع العلم و الجهل،مع الدخول و عدمه،إلا أن يقال:انتفاء التحريم مع الجهل و عدم الدخول بالإجماع،و الأصح مختار المصنف.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا- فرق بين أن يكون الإحرام فرضا أو نفلا،بحج أو عمره،لنفسه و لغيره،أفسده أو لا،لإطلاق النص (٣).

قوله: (و لا تحرم الزوجه بوطنها فى الإحرام مطلقا).

أراد بالإطلاق ما يعم الأحوال من علمه بالتحريم و عدمه،و الدخول و عدمه، و كون الإحرام فرضا أو نفلا إلى آخره.دليل ذلك قبل الإجماع أصاله عدم التحريم، و انتفاء المعارض.

قوله: (السادسه:المطلقه تسعا للعهده ينكحها بينها رجلان تحرم مؤبدا،و لا يشترط التوالى،فلو تخلل التسع طلاقات للسنة و كملت التسع

ص:٣٢٣

١- (١)المختلف:٥٣٣.

٢- (٢) الكافي ٥:٤٢٦ حديث ١،التهذيب ٧:٣٠٥ حديث ١٢٧٢.

٣- (٣) الكافي ٥:٤٢٦ حديث ١،التهذيب ٧:٣٠٥ حديث ١٢٧٢.

و فى الأمه اشكال، أقربه التحريم فى التسع إذا نكحها بعد كل طلقتين رجل. للعهده حرمت أبدا، و فى الأمه اشكال، أقربه التحريم فى التسع إذا نكحها بعد كل طلقتين رجل).

اتفق أصحابنا على أن المطلقه تسعا للعهده تحرم على زوجها مؤبدا، و بذلك وردت الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام (1).

و المراد بذلك أن يطلقها على الشرائط ثم يراجعها فى العده و يطأ، ثم يطلق فى طهر آخر، ثم يراجع فى العده و يطأ، ثم يطلق الثالثه فينكحها بعد عدتها زوج آخر، ثم يفارقها بعد أن يطأها فيتزوجها الأول بعد العده، و يفعل كما فعل أولا فينكحها زوجا غيره بعد انقضاء عدتها من التطلقه الثالثه و يطأ، فيتزوجها الأول بعد مفارقه هذا الزوج لها و انقضاء عدتها منه، و يفعل كما فعل أولا و ثانيا.

فحينئذ يتحقق كونها مطلقه تسعا للعهده، ينكحها بينها رجلان فتحرم مؤبدا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا يشترط التوالى فى تطليقات العده ليثبت التحريم المؤبد، لانقضاء الدليل الدال على ذلك، فإن كلام الأصحاب و نصوصهم بذلك مطلقه خاليه من هذا القيد، فلو تخلل التسع للعهده طلاقات للسنة، فإنها بعد استكمال التسع للعهده تحرم مؤبدا، و إنما عبر المصنف بالطلاق جمعا و لم يذكر تخلل الطلقه الواحده، لأن الطلقه الثالثه لا تكون إلا للسنة. و إنما يجعل فى حكم العده إذا كانت الأوليان للعهده على ما سيأتى فى كلامه إن شاء الله تعالى.

فتمت وقعت الأولى أو الثانيه للسنة لم تكن الثانيه للعهده، فلا يتصور تخلل طلقه واحد للسنة، هذا حكم الحره. أما الأمه ففى حكمها إشكال ينشأ: من تعدد الاحتمالات، و تعارض الأمارات.

ص: ٣٢٤

(١- ١) الكافى ٥: ٤٢٨ حديث ٩ و ١٣، [١] التهذيب ٧: ٣١١ حديث ١٢٨٩.



و تحقيق ذلك أن النص ورد بأن من يطلق امرأته تسعا للعدده ينكحها بينهما رجلان حرمت عليه مؤبدا (١)، وهذا إنما يكون في الحره، لأن الافتقار إلى المحلل بعد الثلاث إنما يكون في الحره، فيحتمل في الأمه التحريم مؤبدا بالست، لأن كل طلقين في الأمه بمنزله الثلاث في الحره، ولأنه أحوط، ولأن نكاح رجلين المعتبر بين التسع في الحره يتحقق بين الست في الأمه.

و يحتمل اعتبار التسع فيها كالحره بطريق أولى، ولأنها إذا طلقت تسعا ينكحها بعد كل طلقين رجل، صدق أنه نكحها بين التسع رجلان، فإن نكاح أكثر من رجلين لها لا يمنع صدق نكاح رجلين إياها.

و يحتمل عدم التحريم أصلاً، لأن ظاهر النص أن مورده الحره، فيتمسك في الأمه بأصالة بقاء الحل، ولأن شرط التحريم أمران: التسع، و نكاح رجلين بينها، و التسع في الأمه ينكحها بينها أربعة رجال.

لا يقال: إذا نكحها أربعة فقد نكحها اثنان، فلا يمنع الصدق.

لأننا نقول: المتبادر نكاح رجلين خاصه، فعلى احتمال التسع - وهو مقرب المصنف هنا - يحتمل اعتبار التسع للعدده حقيقه، على خلاف حكم الحره، لأن التسع فيها إنما يقع منها ست للعدده و ثلاث للسنه، و إطلاق اسم العده عليها مجاز تسميته للجميع باسم الأكثر.

أو من باب المجاوره، و المجاز لا يطرد، فيعتبر في التسع للعدده في الأمه الحقيقه، و لا يتحقق إلا بثمانى عشره تطليقه، إذ لا تكون السابعه عشره للعدده إلا إذا رجع في العده و وطأ، و لا تتحقق البينونه بعده بغير طلاق، إذ يبعد حصول التحريم بالوطء بعد الرجوع.

ص: ٣٢٥

تنبيه: إطلاق الأصحاب كون التسع للعدده مجاز، لأن الثالثه من كل ثلاث ليست منها بل هي تابعه للأوليين، فلو وقعت الثانيه للسنة فالذى للعدده الاولى لا غير، و لو كانت الاولى فكذلك على الأقوى. و يحتمل الاكتفاء بالتسع، لأن النص (1) غير مقيد بالحره، و المجاز لا بد من ارتكابه، فيكون فيها أربع للعدده و خمس للسنة، و أنا فى هذه و الثانيه من المتوقفين.

قوله: (تنبيه: إطلاق الأصحاب كون التسع للعدده مجاز، لأن الثالثه من كل ثلاث ليست منها، بل هي تابعه للأولتين، فلو وقعت الثانيه للسنة فالذى للعدده الاولى لا غير، و لو كانت الاولى فكذلك على الأقوى).

نقح المصنف رحمه الله هذا المبحث بأنه ليس المراد من كون التسع تطبيقات للعدده الحقيقه، لامتناع كون التسع للعدده إذا تخللها نكاح رجلين فقط كما هو واضح، فيتعين اراده المجاز بإطلاق اسم طلاق العده هنا على إطلاق السنه.

و لا ريب أن هذا الإطلاق المجازى يحتمل نوعين من أنواع المجاز: أحدهما المجاز للمجاوره، و ثانيهما تسميه الكل باسم أكثر اجزاءه.

و يتفرع على هذا مسألتان:

الاولى: لو طلق الأولى للعدده و الثانيه للسنة فلا- ريب فى انتفاء اسم العده عن الثالثه، لانتهاء كل من المعنيين الذين هما علاقته التجوز هنا.

الثانيه: لو كانت الأولى للسنة و الثانيه للعدده فهل الثالثه للعدده؟ فيه احتمالان:

أحدهما: نعم، لأن المعنى الأول موجود هنا، فيتحقق الصدق مجازاً، بناء على أن ذلك المعنى هو علاقته التجوز هنا.

و ثانيهما: -و هو الأقوى عند المصنف و عليه الفتوى- لا، لأن تبعيه الطلقه

ص: ٣٢٤

أما الأمه فإن قلنا بتحريمها فى الست فالأقوى تبعيه الثانى للأولى.

### ز: من فجر بعمته أو خالته، قربنا أو بعدنا، حرمت عليه بنتاهما أبدا

ز: من فجر بعمته أو خالته، قربنا أو بعدنا، حرمت عليه بنتاهما أبدا.

و لو وطأ لشبهه فالأقرب عدم التحريم، و لو سبق العقد الزنا فلا تحريم، لغيرها على خلاف الأصل، من حيث أنه مجاز، و من جهة استلزامه التحريم المؤبد، فيقتصر فيه على مورد النص، فإن من خواص المجاز عدم الاطراد، و لإمكان أن يكون علاقه التجوز هو المعنى الثانى.

قوله: (أما الأمه، فإن قلنا بتحريمها فى الست فالأقوى تبعيه الثانى للأولى).

مقصود العبارة أن كون الأقوى اعتبار تبعيه الثالثه فى صدق كونها للعدّه للأولتين إذا كانتا للعدّه دون الثانى إذا كانت هى خاصه للعدّه، إنما هو فى الحره خاصه دون الأمه لو قلنا بتحريمها فى الست، فهنا يحكم بتبعيه الثانى للأولى لعلاقه المجاوره، لانتفاء علاقه الأكثرية، فإن ذلك فى الأمه ممتنع، لافتقارها إلى المحلل بعد كل تطليقتين.

و يحتمل على هذا القول اعتبار اثنى عشره تطليقه فيها، إذ لا يلزم من انتفاء احدى علاقتهى التجوز و جوب اعتبار الأخرى، إذ لا دليل على و جوب ارتكاب المجاز هنا، و الأصل الحقيقه، فلا يعدل عنه إلاّ للدليل.

و لا يخفى أن هذين الاحتمالين يتأتیان على مقرب المصنف أيضا، و هو تحريم الأمه بالتسع كالحره.

قوله: (السابعه: من فجر بعمته أو خالته، قربنا أو بعدنا، حرمت عليه بنتاهما أبدا، و لو وطأ بشبهه فالأقرب عدم التحريم).

أطبق أكثر الأصحاب على أن من زنى بعمته أو خالته حرمت عليه بنتاهما مؤبدا، و قد رواه أبو أيوب عن الصادق عليه السلام قال: سأله محمد بن مسلم و أنا

جالس عن رجل نال من خالته و هو شاب ثم ارتدع أ يتزوج ابنتها؟ قال: «لا» قال:

إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون ذلك، قال «كذب» (١)، وهذه الرواية إنما تضمنت حكم الخاله.

و أما العمه فذكرها الأصحاب، و لم يصرح أحد منهم بمخالفته في ذلك إلا ابن إدريس، فإن كلامه يشعر بتوقفه في التحريم فإنه قال: إن كان على المسألة إجماع فهو الدليل، ثم قال ما حاصله: إن الإجماع لا يتحقق بقول جماعه عرفت أسماؤهم و أنسابهم، فإن حجيه الإجماع إنما هي بدخول المعصوم، و لا يتحقق دخوله على الوجه المذكور (٢).

قال المصنف في المختلف: و لا بأس بالتوقف في هذه المسألة (٣). و ما ذكره عجيب فإنه ذهب في المختلف إلى أن الزنا ينشر حرمة المصاهرة (٤)، و ذلك في العمه و الخاله أولى، لأن ذلك أفحش، و المختار التحريم لما سبق من أن الزنا مطلقا ينشر.

و يزيد عليه عدم وجود مخالف من الأصحاب، فلا أقل من أن يكون ذلك إجماعا سكوتيا، و لا يضر توقف ابن إدريس للعلم باسمه و نسبه، و للرواية المذكوره، فإنها متقويه و منجبره بعمل أكثر الأصحاب، و اشتهارها في المذهب، و عدم وجود المعارض، و هي و إن لم تتضمن سوى الخاله إلا أنه ليس في الأصحاب من فرق بينهما.

و لا فرق بين كون العمه و الخاله قريبتين أو بعيدتين، لإطلاق كلام الأصحاب (٥)، و الرواية (٦)، و لما سبق من أن الزنا ينشر حرمة المصاهرة مطلقا.

ص: ٣٢٨

١- ١) التهذيب ٧:٣١١ حديث ١٢٩١.

٢- ٢) السرائر: ٢٨٨.

٣- ٣) المختلف: ٥٢٥.

٤- ٤) المختلف: ٥٢٢.

٥- ٥) التهذيب ٧:٣١٣ حديث ١٢٩١.

٦- ٦) منهم الشيخ المفيد في المقنعه ٧٧، و السيد المرتضى في الانتصار: ١٠٨، و الشيخ الطوسي في النهاية.

و فى بنتيهما مجازا أو رضاعا إشكال. إذا عرفت ذلك، فهذا حكم ما إذا كان الوطء بالزنا، فلو وطأ بالشبهه فالأقرب عند المصنف عدم التحريم، و ذلك بناء منه على أن الوطء بالشبهه مطلقا لا ينشر الحرمة.

أما على القول بأنه ينشر فالتحريم هنا بطريق أولى، نظرا إلى شدة الفحش، و ورود النص على التحريم بالزنا.

و وجه القرب: أصاله الحل، و انتفاء المقتضى للتحريم على ذلك التقدير.

و النص إنما ورد على الزنا فيقتصر على مورده، و يحتمل التحريم حينئذ، لأن الزنا إذا قام مقام النكاح الصحيح فى تحريم المصاهره فالشبهه بطريق أولى، لأنه أقرب إلى النكاح الصحيح من الزنا، فهو أحرى بلحوق أحكامه به. و هذا كله بناء على عدم ثبوت حرمة المصاهره بمطلق و طء الشبهه، و نحن لا نقول به، فالمختار حينئذ التحريم بالشبهه هنا.

و لا يخفى أن ذلك إنما هو إذا تقدم الفجور على النكاح، أما إذا تقدم النكاح الصحيح فإنه لا يفسد بذلك، لأن الحرام لا يفسد الحلال كما ورد فى عده أخبار (١).

قوله: (و فى بنتيهما مجازا أو رضاعا اشكال).

المراد ب(بنتيهما مجازا) هنا: هو بنتيهما و إن نزلتا.

و أشار بقوله: (مجازا) إلى أن الاشكال إنما يجيء على القول بأن بنت بنت بنت مجازا، أما على القول بأنها بنت حقيقه فلا شبهه فى تحريمهما مؤبدا كالبنيتين للصلب.

و منشأ الاشكال: من وقوع اسم البنت على بنت بنت فى الجملة، و لمشاركتها لبنت الصلب فى المقتضى لتحريم هذا الفعل الفاحش إياها مؤبدا. و من عدم

ص: ٣٢٩

---

١- (١) الكافى ٥: ٤١٥ حديث ١-٦، [١] التهذيب ٧: ٣٣٠ حديث ١٣٥٨.

## ح: لا يحل وطء الزوجه الصغيره قبل أن تبلغ تسعا

ح: لا- يحل وطء الزوجه الصغيره قبل أن تبلغ تسعا، فإن فعل لم تحرم على الأصح إلا مع الإفضاء، اندراجها في النص و كلام الأصحاب، و الأصل الإباحه.

و هذا إنما هو على القول بأن مطلق الزنا لا ينشر حرمة المصاهره، أما على القول به كما اخترناه فلا بحث في التحريم هنا، و بدونه الاشكال قائم.

و أما بنتاهما من الرضاع فممنشأ الإشكال فيهما: من أن الرضاع يحرم منه ما يحرم من النسب كما سبق غير مره. و من عدم تناول النص و كلام الأصحاب للبتت من الرضاع، و الأصل الإباحه. و الأصح هنا التحريم، لعموم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (١).

قوله: (الثامنه: لا يحل وطء الزوجه الصغيره قبل أن تبلغ تسعا، فإن فعل لم تحرم على الأصح إلا مع الإفضاء).

لا خلاف في أنه لا يحل الدخول بالزوجه حتى تبلغ تسع سنين، فإن أقدم على ذلك لم تحرم على أصح القولين إلا مع الإفضاء.

قال الشيخ في النهايه: إنما تحرم بالدخول مؤبدا (٢)، لمرسله يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينهما و لم تحل له أبدا» (٣).

و الأصح الأول اقتصارا في التحريم المؤبد على موضع الوفاق، و الروايه مرسله

ص: ٣٣٠

١- (١) الكافي ٥: ٤٤٢ حديث ٩، [١] الفقيه ٣: ٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجه ١: ٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

٢- (٢) النهايه: ٤٥٣. [٢]

٣- (٣) الكافي ٥: ٤٢٩ حديث ١٢، [٣] التهذيب ٧: ٣١١ حديث ١٢٩٢، الاستبصار ٤: ٢٩٥ حديث ١١١١.

و هو صيروره مسلك البول و الحيض واحدا، أو مسلك الحيض و الغائط على رأى، فتحرم مؤبدا.

قيل: و لا تخرج من حباله، و فيه نظر، فلا تنهض حجه على الإطلاق. أما مع الإفضاء فلا بحث فى التحريم.

قال المصنف فى المختلف: إطلاق الشيخ فى النهايه مشكل و الظاهر أن مراده ذلك (١)، يريد به اختصاص التحريم بالإفضاء.

قوله: (و هو صيروره مسلك البول و الحيض واحدا أو مسلك الغائط و الحيض على رأى).

المشهور أن الإفضاء هو صيروره مسلك البول و الحيض واحدا بذهاب الحاجز بينهما، و نقل المصنف قولاً آخر، و هو صيروره مسلك الغائط و الحيض واحدا، و بعده ظاهر، لشده بعد ما بين المسلكين و قوه الحاجز بينهما، فلا يكاد يتفق زواله بالجماع.

و الأول أصح، و سيأتى إن شاء الله تعالى لذلك مزيد تحقيق فى الديات.

قوله: (فتحرم مؤبدا، قيل: و لا تخرج من حباله، و فيه نظر).

قد قررنا أنه إذا تحقق الإفضاء حرمت الزوجه مؤبدا، و على هذا فهل تخرج من حباله، أى: تبين منه و ينفسخ نكاحها، أم تبقى على الزوجيه مع التحريم المؤبد؟ فيه قولان:

أحدهما- و اختاره ابن إدريس (٢)- أنها لا تخرج من حباله استصحاباً للنكاح، و لا منافاه بين التحريم و بينه، لروايه يزيد العجلي عن الباقر عليه السلام: فى رجل افتض جاريه يعنى امرأته- فأفضاها، قال: «عليه الديه إن كان دخل بها قبل أن تبلغ

ص: ٣٣١

١- ١) المختلف: ٥٢٥.

٢- ٢) السرائر: ٢٨٨.

و يجب عليه الإنفاق عليها، إلا أن يموت أحدهما و إن طلقها و تزوجت بغيره على اشكال. تسع سنين» قال: أمسكها و لم يطلقها فلا شيء عليه و إن كان دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك و إن شاء طلق (١).

دل على أن له إمساكها و تطليقها لقوله: «فإن أمسكها و لم يطلقها»، و ذلك يقتضى بقاء النكاح. و طعن المصنف فى هذا القول بقوله: (و فيه نظر) و وجهه: أن التحريم المؤبد ينافى مقتضى النكاح، إذ ثمرته حل الاستمتاع، و لأن التحريم المؤبد يمنع النكاح سابقا فيبطله لاحقا، كالرضاع و اللعان و القذف للزوجه الصماء.

و ثانيهما- و اختاره ابن حمزه- أنها تبين منه بذلك (٢)، و هو الظاهر من كلام الشيخ فى النهاية (٣). و يدل عليه قوله عليه السلام فى الرواية الأولى: «فرق بينهما و لم تحل له ابدأ»، و توقف المصنف فى المختلف، لعدم الظفر بقاطع من الجانبين (٤).

و قول ابن حمزه ليس ببعيد، و التوقف طريق السلامه.

قوله: (و يجب عليه الإنفاق عليها إلى أن يموت إحداهما و إن طلقها و تزوجت بغيره على اشكال).

من أحكام المفوضه و جوب الإنفاق عليها إلى أن يموت إحداهما، و الأصل فيه ما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج جاريه فوقع بها فأفضاها، قال: «عليه الاجراء عليها ما دامت حيه» (٥).

و هذا الحكم لا كلام فيه إذا لم يتزوج، فإن طلقها بناء على عدم خروجها من

ص: ٣٣٢

١- (١) الكافي ٧: ٣١٤ حديث ١٨، [١] التهذيب ١٠: ٢٤٩ حديث ٩٨٤، الاستبصار ٤: ٢٩٤ حديث ١١٠٩.

٢- (٢) الوسيله: ٣٤٣.

٣- (٣) النهاية: ٤٥٣. [٢]

٤- (٤) المختلف: ٥٢٥.

٥- (٥) الفقيه ٤: ١٠١ حديث ٣٣٨، التهذيب ١٠: ٢٤٩ حديث ٩٨٥، الاستبصار ٤: ٢٩٤.



و هل تثبت هذه الأحكام فى الأجنبيه؟ الأقرب نعم، و فى النفقه إشكال. حباله بالإفشاء فتزوجت بغيره، ففى وجوب الإنفاق إشكال ينشأ: من عموم الروايه، فإن (ما) من أدوات العموم فيعم ما إذا تزوجت.

و من أن الظاهر أن اجراء النفقه عليها إنما وجب، لأنها بالإفشاء خرجت عن أن يرغب فيها الأزواج، فأوجب الشارع على المفضى النفقه ارتفاقا بحالها، فإذا تزوجت انتفى المقتضى للإنفاق، ولأن نفقه امرأه لا تجب على اثنين.

و لا- يخفى أن الوجه الثانى مشتمل على تخصيص النص بغير دليل مخصص، و هو باطل. و الذى يجب أن يقال: إن الروايه إن كانت معتبره وجب العمل بظاهرها، فلا يسقط وجوب الإنفاق بالتزويج.

قوله: (و هل تثبت هذه الأحكام فى الأجنبيه؟ الأقرب نعم، و فى النفقه إشكال).

أى: هل تثبت الأحكام المذكوره- و هى: التحريم المؤبد، و وجوب الإنفاق إلى ان يموت إحداهما، و احتمال السقوط لو تزوجت- فى الأجنبيه إذا أفضاها بوطئه إياها قبل البلوغ بزنا أو شبهه؟ و وجه القرب أن هذا الفعل حيث اقتضى التحريم المؤبد فى الزوجه ففى الأجنبيه أولى، لأنه أفحش فيناسبه زياده العقوبه، ولأن النكاح سبب للحل فيمتنع كونه سببا للتحريم، و انحصر السبب فى الصغيره و الإفشاء بالوطء، و ذلك قائم فى محل النزاع.

و يقرب منه القول بوجوب الإنفاق دائما، فإن المقتضى فى الزوجه هو العقوبه بارتكاب الوطء المحرم، و هو فى الأجنبيه أفحش، و لحصول الضرر بعدم رغبه الأزواج فيها للإفشاء. و على هذا فلو تزوجت و قلنا بوجوب الإنفاق، ففى بقاء الوجوب و عدمه

و هل يشترط فى التحريم المؤبد فى طرف الأجنبى نقص السن عن تسع؟ فيه نظر ينشأ: من كون التحريم المؤبد مستندا إلى تحريم الوطء فى طرف الزوج، و هو هنا ثابت فى التسع، إشكال، و مقتضى كلام المصنف أن ما ثبت فى الزوجه ثبت هنا.

و يحتمل عدم ثبوت شىء من هذه الأحكام هنا، لورود النص على الزوجه، و هذه الأحكام على خلاف الأصل، فيقتصر فيها على مورد النص، لأن القياس عندنا باطل، و ألحق فى الخلاف بإفضاء الزوجه الإفضاء بوطء الشبهه فى التحريم و وجوب الإنفاق (1)، و منعه ابن إدريس (2).

و الذى يقتضيه النظر ثبوت التحريم المؤبد بإفضاء الأجنبيه بزنا أو شبهه من باب مفهوم الموافقه، فإن وطء الزوجه قبل البلوغ و إن حرم، إلا أن وطء الأجنبيه أبلغ منه فى التحريم و أفحش.

و أما باقى الأحكام فإن إثباتها مشكل، إذ لا دليل قويا عليه. و هذا المعنى هو الذى حاوله المصنف بقوله: (و فى النفقه إشكال) بعد قوله: (و هل تثبت هذه الأحكام فى الأجنبيه؟ الأقرب نعم)، فإنه لا يراد بالأحكام إلا ما ذكرناه، فيكون قوله (و فى النفقه إشكال) كاستثناء مما قربه فى الأحكام المذكوره.

قوله: (و هل يشترط فى التحريم المؤبد فى طرف الأجنبى نقص السن عن تسع؟ فيه نظر ينشأ: من كون التحريم المؤبد مستندا الى تحريم الوطء فى طرف الزوج، و هو هنا ثابت فى التسع).

أى: هل يشترط فى ثبوت التحريم المؤبد لو وطأ أجنبى أجنبيه فأفضاها فى

ص: ٣٣٤

١- ١) الخلاف ٣: ١٢ مسألة ٤١ كتاب النكاح.

٢- ٢) السرائر: ٢٨٩.

والاشكال فى الأجنبى قبل التسع أضعف. و الأقرب عدم تحريم الأمه، و المفصاه بالإصبع. أقل من تسع سنين؟فيه نظر ينشأ:من أن التحريم المؤبد يستند إلى تحريم الوطء حينئذ، و التحريم ثابت فى الأجنبيه قبل التسع و بعدها، فحينئذ تلخص كون عليه التحريم المؤبد ترتب، الإفضاء على الوطء المحرم، فيكون إفضاء الأجنبيه بعد البلوغ بمنزله إفضاء الزوجه قبله.

و هذا إن تم فإنما يثبت فى الزنا دون وطء الشبهه: لانتفاء التحريم فيه بعد تحقق البلوغ، و من أن مورد النص هو الزوجه قبل بلوغ التسع، فإن ثبت الإلحاق اقتصر فيه على ما قبل البلوغ، لأن شرط مفهوم الموافقه تعقل العله قطعاً، و العلم بثبوتها فى المسكوت عنه. و لا- ريب أن الصغر جزء من العله فى المنصوص، و لهذا لو كان وطء الزوجه بعد البلوغ لم يحرم بالإفضاء قطعاً، فكيف تحرم الأجنبيه قبل البلوغ.

قوله: (و الاشكال فى الأجنبى قبل التسع أضعف).

لما كان الأقرب عنده تحريم الأجنبيه مؤبداً إذا أفضاها بالوطء قبل التسع، ظهر الاشكال أن تحريمها حينئذ أضعف من الإشكال فى تحريمها بعد التسع.

فإن قيل: مع ترجيح أحد الطرفين لا يبقى اشكال.

قلنا: إذا لم يكن الترجيح قاطعاً يبقى أصل الاحتمال، فلا- يمتنع معه إطلاق اسم الاشكال مجازاً. و يمكن أن يكون المراد بالإشكال: هو الطرف الآخر، و هو عدم التحريم استعمالاً لاسم الكل فى الجزء مجازاً.

قوله: (و الأقرب عدم تحريم الأمه و المفصاه بالإصبع).

وجه القرب: أن التحريم حكم شرعى خصوصاً فى الفروج، فيتوقف على ورود النص، و لا- يخفى أن مورد النص هو الزوجه المفصاه بالوطء قبل البلوغ و ذلك لا

و لو كان الإفضاء بعد بلوغ الزوجه لم يكن على الزوج شىء إن كان بالوطء.

## المقصد الثانى: فى التحريم غير المؤبد

### اشاره

المقصد الثانى: فى التحريم غير المؤبد، و فيه فصول:

### الأول: فى المصاهره

### اشاره

الأول: فى المصاهره، و فيه مسائل:

### أ: تحرم بنت الزوجه و إن نزلت إذا لم يكن قد دخل بالأم تحريم جمع

أ: تحرم بنت الزوجه و إن نزلت إذا لم يكن قد دخل بالأم تحريم جمع، بمعنى أنه إذا أبان الأم بفسخ أو طلاق أو موت حلت له البنت، و مع الدخول تحرم بناتها و إن نزلن مؤبداً.

يتناول الأمه و المفضاه بالإصبع كما هو معلوم، و لا - دليل يدل على إلحاقهما بالزوجه، و القياس عندنا باطل، فيتمسك فيهما بالأصل إلى أن يثبت الناقل.

و لا ريب أن الإفضاء بالإصبع ليس أفحش من الوطء. و يحتمل تحريمها بذلك، لأن الأمه كالزوجه، و الإفضاء بالإصبع كالإفضاء بالوطء، و ضعفه ظاهر.

قوله: (و لو كان الإفضاء بعد بلوغ الزوجه لم يكن على الزوج شىء إن كان بالوطء).

لأن الوطء مأذون فيه شرعاً محلل حينئذ، فإذا حصل بسببه الإفضاء لم يثبت على الزوج شىء من هذه الأحكام، لا تنفاه الدليل، و سيأتى لهذه المسأله مزيد تحقق فى باب الجنائيات إن شاء الله تعالى.

قوله: (المقصد الثانى: فى التحريم غير المؤبد، و فيه فصول: الأول: فى المصاهره، و فيه مسائل: الأولى: تحرم بنت الزوجه و إن نزلت إذا لم يكن قد دخل بالأم تحريم جمع، بمعنى أنه إذا أبان الأم بفسخ أو طلاق أو موت حلت له البنت، و مع الدخول تحرم بناتها و إن نزلن مؤبداً).

لا خلاف بين أهل الإسلام فى تحريم البنت مع الام جمعاً إذا لم يدخل بالأم، فإن فارق الام حل له نكاح البنت، و إن دخل بالأم حرمت البنت عينا، و قد سبق



و الأقرب مساواه الوطء فى الفرجين، و عدم اشتراط البلوغ و العقل فى الواطئ و الموطوءه، و لا- الإباحه كالوطء فى الإحرام و الحيض، و لا دوام النكاح الكلام على ذلك.

قوله: (و الأقرب مساواه الوطء فى الفرجين، و عدم اشتراط البلوغ و العقل فى الواطئ و الموطوءه، و لا الإباحه كالوطء فى الإحرام و الحيض، و لا دوام النكاح).

هنا مسائل: الأولى: هل الوطء فى الدبر مساو للوطء فى القبل فى كونه دخولاً، بحيث تحرم به بنت الزوجه عينا؟ فيه وجهان، أقربهما عند المصنف المساواه. و وجه القرب: أنه لو لم يعد دخولاً شرعاً لما استقر به المهر، و الثانى باطل.

بيان الملازمه: أن المهر إنما يستقر بالدخول اتفاقاً، فلو لم يعد دخولاً شرعياً لم يستقر به.

و أما بيان بطلان الثانى، فلأن المهر يستقر بالوطء فى الدبر كالقبل على ما سيأتى إن شاء الله تعالى، و كذا يثبت به الحد، و يجب به العده فى الطلاق و يلحق به النسب، و كل هذه تابعه للدخول. و ثبوت التابع من حيث هو تابع يستلزم ثبوت المتبوع.

و يحتمل ضعيفاً عدم المساواه، لعدم ثبوت الإحصان، و يردّه أن الإحصان ليس من توابع الدخول، و الأصح المساواه.

الثانيه: لا- يشترط البلوغ و العقل فى الواطئ و لا- الموطوءه، لأن الدخول بالنسبه إلى التحريم سبب، و الأسباب لا- يشترط فيها التكليف كالإتلاف. و من ثم لو وطأ ساهياً أو جاهلاً بكونها الزوجه، كما لو زوجه إياها و كيله و هو لا يعلم، أو استدخلت ذكره فى حال نومه و إغمائه ثبت التحريم.

**ب: تحرم أخت الزوجه بالعقد دائما و منقطعا تحريم جمع**

ب: تحرم أخت الزوجه بالعقد دائما و منقطعا تحريم جمع، سواء دخل بالأخت أو لا، و سواء كانت لأب أو لام أو لهما، و لا تحرم أخت الأخ إذا لم تكن أختا، و لا- يحرم الجمع بينهما في الملك. و يحتمل ضعيفا اشتراطهما في الواطئ، لظاهر قوله تعالى وَ رَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ (١) فإنه خطاب و يمتنع تعلقه بغير المكلف.

الثالثة: لا- يشترط في الوطء مع الزوجية الإباحه، فلو وطأ في حال إحرام إحداهما، أو في الحيض، أو في الصوم ثبت التحريم، لأن الحكم معلق بالدخول، و كذا لا يشترط دوام النكاح قطعا، لصدق الزوجات و النساء في المتعه و الدوام.

قوله: (و العقد و الملك واحد).

أى واحد في ذلك، و وجهه أن الشارع أثبت حرمة المصاهره في كل منهما، و لأن النساء يشتمل الموطوءه بالملك.

قوله: (الثانيه: تحرم أخت الزوجه بالعقد دائما و منقطعا تحريم جمع، سواء دخل بالأخت أو لا، و سواء كانت لأب أو لام أو لهما، و لا تحرم أخت الأخ إذا لم تكن أختا، و لا يحرم الجمع بينهما في الملك).

قد تطابق النص و الكتاب (٢) و السنه و إجماع المسلمين على تحريم أخت الزوجه جمعا، و لا فرق في ذلك بين كون العقد دائما أو منقطعا، لتناول النص لكل منهما، و لا فرق في ذلك بين أن يكون قد دخل بالزوجه و عدمه، لأن المناط الجمع بين

ص: ٣٣٨

١- (١) النساء: ٢٣. [١]

٢- (٢) النساء: ٢٣.

و لو طلق رجعيا حرمت الأخت حتى تخرج العده.

و لو طلق بائنا أو فسخ لعيب حلت في الحال على كراهيه حتى تخرج العده. الأختين في النكاح، و هو صادق في العقد.

و كذا لا فرق في الأختين بين كونهما لأب أو لام أو لهما.

و لا- تحرم أخت الأَخ إذا لم تكن أختا، و ذلك مع اختلاف الجهه، كما لو كان الأَخ لأب مثلا- و الأخت بالنسبه إليه لأم، و عكسه. و لا- يحرم الجمع بين الأختين في الملك، لأن الأَغلب في الملك جانب الماليه و ليس الغرض منه الوطاء و إن تعلق به جوازه.

قوله: (و لو طلق رجعيا حرمت الأخت حتى تخرج العده، و لو طلق بائنا أو فسخ لعيب حلت في الحال على كراهيه حتى تخرج العده).

لما كانت المطلقه رجعيا زوجه لم تحل أخت المطلقه رجعيا للمطلق حتى تخرج العده، أما البائن بطلاق أو فسخ لعيب من الزوج أو من الزوجه، فان أختها تحل في الحال لخروجها عن الزوجيه، فلم يتحقق الجمع بين الأختين في النكاح، إلا أنه يكره نكاحها ما دامت المبانه في العده لبقاء أثر النكاح.

و لصحيحه زراره عن الباقر عليه السلام: سألته عن رجل تزوج امرأه بالعراق، ثم خرج الى الشام فتزوج امرأه أخرى، فإذا هي أخت زوجته التي بالعراق، قال: «يفزق بينه و بين التي تزوجها في الشام، و لا يقرب المرأه حتى تنقضى عده الشاميه» الحديث (1).

و هو محمول على الكراهيه، لأن المحرم بنص الكتاب و السنه الجمع بين الأختين في النكاح، و هو منتف هنا. و ينبغي أن يقرأ فسخ للمجهول ليتناول فسخ

ص: ٣٣٩



## ج:تحرم بنت أخت الزوجه معها و بنت أخيها و إن نزلتا

ج:تحرم بنت أخت الزوجه معها و بنت أخيها و إن نزلتا على اشكال تحريم جمع إن لم تجز الزوجه،فإن أجازت صح. و له إدخال العمه و الخاله على بنت الأخ و بنت الأخت و إن كرهتا.

و الأقرب أن للعمه و الخاله فسخ عقدهما لو جهلتا لا المدخول عليها. الرجل و فسخ المرأه.

قوله: (الثالثه:تحرم بنت أخت الزوجه معها و بنت أخيها و إن نزلتا على اشكال تحريم جمع إن لم تجز الزوجه،فإن أجازت صح).

قد سبق الكلام فى تحريم بنت أخت الزوجه و بنت أخيها جمعا،و إنما أعاده هنا لبيان أن التحريم كما يتعلق ببنت الأخ و الأخت للصلب كذا يتعلق بغيرهما على اشكال،و هو المراد بقوله:(و إن نزلتا).

و منشأ الاشكال:من أن المفهوم من تحريم إدخال بنت أخت الزوجه و بنت أخيها عليها إنما هو احترام العمه و الخاله،و لهذا لو رضيتا انتفى التحريم،و إذا انتفى التحريم ففى بناتهما أولى،لأن بعد الدرجه يقتضى زياده الاحترام.

و من حيث أن النص لم يرد إلاّ على بنت الأخ و الأخت،و لا يصدق ذلك إلاّ على بنت الصلب،لأن بنت البنت لا يصدق إلاّ على البنت إلاّ مجازا.و الأول أرجح، نظرا إلى استفاده ذلك بالفحوى،و لأن الاحتياط فى الفروج هو المطلوب.

قوله: (و له إدخال العمه و الخاله على بنت الأخ و بنت الأخت و إن كرهتا،و الأقرب أن للعمه و الخاله فسخ عقدهما لو جهلتا،لا المدخول عليها).

قد سبق الكلام أيضا فى جواز إدخال العمه و الخاله على بنت الأخ و بنت الأخت و إن كرهتا،و إنما أعاده ليبنى عليه قوله:(و الأقرب أن للعمه و الخاله فسخ عقدهما).

و تحقيقه أنه إذا تزوج عمه زوجته أو خالتها مع علم العمه و الخاله صح النكاح، و لم يلتفت إلى رضی بنت الأخ و بنت الأخت، و لو جهلتا فالأقرب عند المصنف أن لهما فسخ عقدهما إذا علمتا، و ليس لهما فسخ عقد المدخول عليها، هذا هو الظاهر. و يمكن أن يكون المراد: لا المدخول عليها، فإنه ليس لهما فسخ عقدها.

يدل على الحكم الأول ما رواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «لا تزوج ابنه الأخت على خالتها إلا بإذنها، و تزوج الخاله على ابنه الأخت بغير إذنها» (١). و لم يفرق الأمر بين العمه و الخاله فالفرق أحداث.

و روى محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «لا تزوج العمه و الخاله على ابنه الأخ و ابنه الأخت بغير إذنهما» (٢).

و أما الحكم الثانى فوجه القرب فيه أن الجمع بدون الاذن ممنوع منه، لما سبق، و لروايه أبى الصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأه و عمتها، و لا بين المرأه و خالتها» (٣).

و لا سبيل إلى بطلان عقد السابقه، لسبق صحته، و لا إلى تزلزله، لسبق لزومه، و لا إلى بطلان عقد اللاحقه، لأن الجمع و إن كان ممنوعاً منه إلا أن المنع ينتفى بالرضى، فحينئذ يكون موقوفاً على رضى العمه و الخاله، فإن رضيتا لزم، و إلا كان لهما الفسخ. و يؤيده أن الحق فى ذلك لهما، لأن التحريم لحرمتهما، فإذا رضيتا انتفى السبب.

و يحتمل بطلان العقد الطارئ من رأس، لثبوت النهى عنه، و النهى فى غير العباده إنما لا يدل على الفساد إذا لم يكن راجعاً إلى شىء من أركان العقد، فأما إذا

ص: ٣٤١

١- ١) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٢.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٤، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤١.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٦، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٣.

## د: لا يجوز نكاح الأمه لمن عنده حره

د: لا يجوز نكاح الأمه لمن عنده حره إلا بإذنها.

## ه: لا تحل ذات البعل أو العده لغيره إلا بعد مفارقتها و العده

ه: لا تحل ذات البعل أو العده لغيره إلا بعد مفارقتها و العده و إن كانت من أهلها. رجع إلى بعض الأركان، كبيع المجهول و العقد على بعض المحرمات، فإن العقد يقع باطلا قطعا.

و التحقيق في هذه المسألة: إن رضى العمه و الخاله إن كان شرطا لصحة العقد، كان العقد المشروط بالرضى إذا وقع بدونه باطلا، و إن كان من جملة السبب لم يحكم بالبطلان، لكن يقع العقد متزلزلا، و اللائح من النصوص الاشتراط.

فإن قوله: «لا تزوج ابنه الأخت على خالتها إلا بإذنها»، و كذا قوله عليه السلام: «لا تزوج الخاله و العمه على ابنه الأخ» ظاهره اشتراط الأول في التزويج على حد لا- يدخل الدار إلا بإذن مالكها، و سيجيء تمام البحث في ذلك إن شاء الله تعالى، و هنا احتمال ثالث:

و هو تزلزل العقدین معا، لأن كلا من العقدین بالنظر إلى ذاته صحيح، و صحته تنافی صحة الآخر و لا أولويه فيتدافعان. و ضعفه ظاهر، فإن الأولويه للعقد السابق محققه، و لم يتعرض الشارح الفاضل لهذا الاحتمال هنا، و سيأتى مثله قولا في نظير هذه المسألة، و كأنه لم يلتفت إليه لضعفه و انتفاء القائل به.

قوله: (الرابعه: لا يجوز نكاح الأمه لمن عنده حره إلا بإذنها).

المراد بذلك النكاح بالعقد لا الملك فإنه يجوز مطلقا إجماعا، و سيأتى الخلاف في جواز نكاح الأمه اختيارا و تحقيق القول في ذلك ان شاء الله تعالى.

فرع: ينبغي بناء الحل و التحريم في التحليل على كونه عقدا أو ملك منفعه، و سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (الخامسه: لا تحل ذات البعل أو العده لغيره، إلا بعد مفارقتها، و العده إن كانت من أهلها).

لا خلاف في هذا الحكم

## ولو تزوج الأختين نسبا أو رضاعا على التعاقب

ولو تزوج الأختين نسبا أو رضاعا على التعاقب كان الثاني باطلا، سواء دخل بها أو لا.

وله وطء زوجته في عده الثانية، فإن اشتبه السابق منع منهما، والأقرب إلزامه بطلاقهما بين أهل الإسلام قاطبه، سواء كانت العده بائنا أو رجعيا، لطلاق أو فسخ أو وفاه، وقد سبق في كلامه ما يغني عن ذكر هذه المسألة، ولا يخفى أنه لو عقد ولم يعلم ثم علم تبين فساد العقد.

قوله: (السادس: لو تزوج الأختين نسبا أو رضاعا على التعاقب كان الثاني باطلا، سواء دخل بها أو لا. وله وطء زوجته في عده الثانية، فإن اشتبه السابق منع منهما، والأقرب إلزامه بطلاقهما).

قد علم تحريم نكاح الأختين من النسب و الرضاع، فلو فعله المكلف، فإما أن يكون العقد عليهما واقعا على التعاقب، أو دفعه. فإن كان الأول كان العقد الثاني باطلا، لسبق صحه الأول و انعقاده، و انحصار المنع في الثاني.

ولا فرق في ذلك بين أن يدخل بالثانية و عدمه، فمرجع الضمير في قوله: (سواء دخل بها) هو الثانية، للدلاله عليه بالثاني في قوله: (كان الثاني باطلا). ولا ريب أن له وطء زوجته في عده الثانية حيث تجب العده، وإنما تجب إذا دخل بالثانية جاهلا بكونها أخت الزوجه، عملا بالاستصحاب و لأن الحرام لا يحرم الحلال.

نعم يكره له ذلك، الحديث زراره السابق (1)، و ظاهر كلام الشيخ في النهاية التحريم (2)، لهذه الروايه، و الأصح الأول، فإن اشتبه السابق من عقدي الأختين و جب عليه اجتنابهما، لأن إحداهما محرمة عليه فيجب اجتنابهما، و لا يتم إلا باجتنا ب كل منهما، و ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. و الأقرب عند المصنف إلزامه بطلاقهما

ص: ٣٤٣

١- (١) الكافي ٥: ٧٤٣ حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٦٤ حديث ١٢٥٨، التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٤.

٢- (٢) النهاية: ٤٥٤.

بأن يجبره الحاكم على ذلك.

و وجه القرب: أن البقاء على الزوجيه موجب للضرر بالنسبه إليه و إليهما، لتعلق أحكام الزوجيه به و منعه من الاستمتاع، ولأن  
تحصيل البراءه من حقوق الزوجيه واجب، و لا يتم إلا بالطلاق.

و لقائل أن يقول: مننع كونه واجبا مطلقا بحيث يعم الأحوال كلها فيتناول حال الاشتباه، و لو سلم فالبراءه تحصل بالتسليم إلى  
الحاكم أو بالبدل للمستحقه منهما، فالمنع متوجه إما إلى المقدمه الأولى أو الثانيه، لظاهر قوله تعالى فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ  
بِإِحْسَانٍ (١).

و لا ريب أن الإمساك مع الاشتباه موجب للضرر، فلا يكون إمساكا بمعروف، فيتعين الثانى.

لا يقال: الطلاق مع الإكراه باطل.

لأننا نقول: الطلاق المكره عليه شرعا هو المأمور به فكيف يكون باطلا، و لا ريب أن كلما اكره عليه شرعا من العبادات و غيرها  
مقطوع بصحته شرعا، و إلا لا تمتنع، فيسد باب الإكراه شرعا، و هو باطل و يحتمل تسليط المرأتين على الفسخ، أو فسخ الحاكم  
تفصيا من الإكراه، و ليس ببعيد من الصواب إلزامه بالطلاق، فإن امتنع فسخت هى أو الحاكم.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إن طلق كل واحده منهما صح، نظرا إلى وجوب تطليق كل منهما، و لأن الزوجه منهما غير معلومه بل  
هى مشتبهه. و لو قال: زوجتى منهما طالق فالقول بالصحة أقرب، لأن التطليق لمعينه بحسب الواقع، و لأن المقصود بالتطليق هو  
الزوجه على التقديرين.

ص: ٣٤٤

فيثبت لهما ربع المهرين مع اتفاقهما و اختلافهما على اشكال. و يجيء على قول الشيخ في المبسوط: فيما لو عقد الوليان متعاقبين و لم يعلم السابق أصلا (١) انه يبطل البطلان هنا.

قوله: (فيثبت لهما ربع المهرين مع اتفاقهما و اختلافهما على اشكال).

أى: إذا طلق الأختين المعقود عليهما، و الفرض أنه قبل الدخول، ثبت لهما ربع المهرين، لأن الزوجه واحده منهما و الواجب لها بالطلاق نصف المهر، فمع اشتباه المهر الثابت و تردده بين المهرين يوزع عليهما، لعدم الترجيح و انتفاء الأولويه، فيجب لكل منهما ربعه، و هذا واضح مع اتفاق المهرين جنسا و وصفا و قدرا إذا كانا فى الذمه، فإن ربع المجموع مساو لنصف أحدهما كما لو كان على كل منهما مائه دينار.

أما مع اختلافهما فى الجنس أو الوصف أو القدر، و كذا لو تشخص أحدهما فإشكال ينشأ: من أن الواجب فى نفس الأمر هو نصف أحدهما، و ليس ربع المجموع هو نصف أحدهما بخصوصه، لأن الغرض اختلافهما ببعض الأمور المذكوره كما هو واضح، فإيجابه يستلزم وجوب ما ليس بواجب و سقوط ما هو واجب.

و من أن المستحق - هو نصف أحدهما - غير متعين و إنما هو مشتبه و دائر بين المهرين، فحيث انتفى الترجيح و الأولويه و جب تقسيطه عليهما، فيؤخذ من كل منهما ربعه.

و على هذا فيحتمل أن يقسم المجموع بينهما لعدم الأولويه، و يحتمل أن يصرف إلى كل واحده ربع مهرها، لأنه إن كان نكاحها هو الصحيح استحققت نصف مهرها، و إن كان نكاح الأخرى استحققت هى نصف مهرها، فلحصول الاشتباه و انتفاء المرجح رددنا كل واحده إلى نصف الحق و هو ربع المهر.

و يحتمل القرعه، لأنه أمر مشكل، و الإيقاف حتى يصطلحا أو يتبين الحال،

ص: ٣٤٥

و يحتمل القرعه فى مستحق المهر، و الإيقاف حتى تصطلحا. تفصيا من دفع الحق إلى غير مستحقه. و على الاحتمال الأول فإنما يحتمل العمل بالقرعه، لأنه أمر مشكل، و الإيقاف حتى يصطلحا أو يتبين الحال، و القول بالقرعه قوى.

قوله: (و يحتمل القرعه فى مستحق المهر، و الإيقاف حتى يصطلحا).

وجه الأول: أنه أمر مشكل لوقوع اللبس فتجب القرعه.

و وجه الثانى: إن أحدهما غير مستحق، و لا يؤمن دفع الحق الى غير مستحقه، فإن تراضيا اندفع المحذور و يحصل يقين البراءة، فإذا عرفت ذلك فهنا كلامان:

الأول: ظاهر عبارته المصنف أن احتمال القرعه فى مستحق المهر جار مع اختلاف المهرين و إيجاب ربع كل منهما. و ظاهر أنه غير مستقيم، لأن كل من خرج بالقرعه استحقاقها لم يجب لها سوى نصف مهرها، و لم يجب من مهر الأخرى شىء.

و ما ذكره الشارح السيد من أن القرعه إذا أخرجت استحقاق ذات المهر الأقل رد ما زاد على نصفه على الزوج، فإن ربع المجموع أزيد من نصف الأقل و هى لا تستحق الزائد قطعا.

الثانى: احتمال القرعه إنما يستقيم إذا جهل السابق كل من الزوج و الزوجتين، و انتفاء البينه، و إذا ادعت كل منهما السبق و لم يصدّق الزوج واحده منهما و لا بينه، و لم يدعى عليه العلم، أو ادعتا فحلف، أو رد فنكلتا، أما مع الثبوت بواحد من طرقيه فلا بحث فى وجوب نصف مهر من ثبت عقدها دون الأخرى.

و لا يخفى أن المصنف لو قال: و الأقرب إلزامه بطلاقهما، فيحتمل القرعه فى مستحق نصف المهر منهما، و الإيقاف حتى يصطلحا، و يحتمل ثبوت ربع المهرين مع اتفاقهما و اختلافهما على اشكال، لكان أسلم.

لكن يلزم أن يراد بقوله: (حتى يصطلحا) الزوج و الزوجتان معا فريق، و على ثبوت ربع المهرين يحتمل الإيقاف حتى يصطلح الزوجتان، و التشريك. و القول

و مع الدخول يثبت المهران مع الجهل،فليس له حينئذ تجديد عقد إلا بعد العده. و لو أوجبنا فى الفاسد مهر المثل و اختلف فالقرعه، بالقرعه مشكل،و إلا لم يتم وجوب ربح المهرين على إطلاقه كما سبق.

قوله: (و مع الدخول يثبت المهران مع الجهل،فليس له حينئذ تجديد عقد،إلا بعد العده).

يفهم من قوله:(و مع الدخول)أن ما سبق حكم ما إذا طلق قبل الدخول،و لا ريب أنه إذا دخل بهما و كانتا جاهلتين بالتحريم،أو جهلت كل واحده منهما عقد الأخرى،أو جهلت تقدم عقد الأخرى و اشتباه السابق،وجب مهران قطعاً.

و ظاهر قول المصنف:(يثبت المهران)وجوب كل من المسميين وفاقا لقول الشيخ ان الدخول فى العقد الفاسد يوجب المسمى (١)،و كيف كان فليس له مع الدخول بهما إذا طلقهما تجديد العقد على إحداهما حتى تنقضى عده الأخرى،إذا كان الطلاق بالنسبه إلى كل منهما رجعياً على تقدير صحته.

و كذا لو كان طلاق إحداهما رجعياً و أراد العقد على الثانيه،لجواز كون الزوجه ذات العده الرجعيه،و لا يجوز العقد على الأخت فى العده الرجعيه،لأن المعتده رجعياً زوجه.

أما لو كانتا بائنتين أو إحداهما و عقد على الرجعيه فلا حرج،لأن تجديد النكاح فى العده الرجعيه لا يقصر عن الرجعه،و لو ضم إلى النكاح الرجعه كان أولى.

قوله: (و لو أوجبنا فى الفاسد مهر المثل و اختلف فالقرعه).

قد سبق فى الرضاع أنه إذا ثبت أن المعقود عليها أمه أو أخته من الرضاع و قد

ص: ٣٤٧



و لو اتحد العقد بطل، و قيل: يتخير. دخل بها. ثبت لها المسمى، ثم احتمل وجوب مهر المثل، فنقول: إن أوجبنا في الفاسد المسمى فلا بحث هنا في وجوب المسمى لكل منهما، و إن أوجبنا فيه مهر المثل فلا يخلو:

إما أن يتفق مسمى كل منهما و مهر مثلها، أو يختلفا. فإن اتفقا فلا إشكال في أن كل واحد منهما يدفع إليها مهرها، لأنه إن كان السابق عقدها فقد استحقت بالنكاح الصحيح، و إلا فبالعقد الفاسد. و إن اختلف مسمى كل منهما و مهر مثلها، أو مسمى إحداهما و مهر مثلها، فلا بد من القرع في تعيين الزوج، فمن أخرجته القرع منهما استحقت المسمى و وجب للأخرى مهر المثل.

و يجيء احتمال الإيقاف حتى يصطلحا و إن لم يذكره المصنف، و اعلم أن الضمير في قوله: (و اختلف) يعود إلى كل من الفاسد و مهر المثل، و وحده باعتبار كل واحد، و هو صادق إذا كان الاختلاف المذكور بالنسبة إليهما أو إلى واحد منهما خاصة.

و الظاهر أنه لا فرق في هذه الأحكام كلها بين ما إذا علم السابق ثم اشتبه، أو علم سبق واحد في الجملة من أول الأمر. و لو اشتبه السابق و الاقتران فالإلزام بالطلاق ظاهر الوجه، أما وجوب نصف المهر ففيه نظر.

قوله: (و لو اتحد العقد بطل، و قيل يتخير).

أى: لو عقد على الأختين معا عقدا واحدا، و هذا هو القسم الثاني من قسمي العقد على الأختين. و قد اختلف الأصحاب في حكمه، فقال ابن حمزه (١)، و ابن إدريس (٢)، و المصنف هنا، و أكثر المتأخرين (٣) بالبطلان، لثبوت النهي الناشئ عن عدم صلاحية المعقود عليها فيكون فاسدا.

و إنما قلنا إنه ناشئ عن عدم صلاحية المعقود عليها، لأن كل واحد منهما

ص: ٣٤٨

١ - ١) الوسيلىه: ٣٤٤.

٢ - ٢) السرائر: ٢٨٦.

٣ - ٣) منهم ولد العلامة في الإيضاح ٣: ٨٥، و الشهيد في اللمعه: ١٨٩. [١]

يتمتع نكاحها مع نكاح الأخرى، ولأن العقد على كل واحد منهما مانع من العقد على الأخرى و مبطل له، و نسبه العقد إليهما واحد و لا ترجيح فتعين البطلان.

و لأن العقد لو صح، فإما بالإضافة إليهما أو إلى إحداهما، معينه أو غير معينه، و الكل باطل.

أما الأول و الثانى فظاهر، و أما الثالث فلأن صحه ما ليس معينا فى حد ذاته لا يعقل، لأن ما ليس معينا فى ذاته لا وجود له، و متى بطل اللازم بأقسامه انتفى الملزوم، فثبت البطلان.

لا يقال: نمنع الحصر فى الصحه و البطلان، لأنهما من أحكام السبب، و العقد المذكور ليس هو السبب بل جزؤه، و الجزء الآخر هو هنا اختيار الزوج.

لأننا نقول: السبب هو العقد على ما دل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و قال الشيخ فى النهايه: يتخير فمن اختارها بطل نكاح الأخرى (٢)، و هو قول ابن الجنييد (٣)، و ابن البراج (٤)، و المصنف فى المختلف (٥)، لما رواه جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام: فى رجل تزوج أختين فى عقد واحد، قال: «هو بالخيار أن يمسك أيتهما شاء و يخلى سبيل الأخرى» (٦).

و لأن ضميمه العقد على إحداهما إلى العقد على الأخرى لا ينافى صحه العقد كما لو جمع فى العقد بين محلله و محرمه.

و جوابه: إن الروايه مرسله، و لا صراحه فيها بالنسبه الى المدعى، لأن قوله

ص: ٣٤٩

١- (١) المائدة: ١. [١]

٢- (٢) النهايه: ٤٥٤.

٣- (٣) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٢٦.

٤- (٤) المهذب ١٨٤: ٣.

٥- (٥) المختلف: ٥٢٦.

٦- (٦) الكافي ٤٣١: ٥، حديث ٣، [٢] التهذيب ٢٨٥: ٧، حديث ١٢٠٣.

و لو وطأ أمه بالملك حرمت عليه أختها به حتى يخرج الأولى عن ملكه ببيع أو هبه أو غيرهما.

و فى اشتراط اللزوم أو الاكتفاء بالتزويج أو الرهن أو الكتابة إشكال، عليه السد لام: «يمسك أيتهما شاء و يخلى سبيل الأخرى» يحتتمل أن يراد به أن إحداهما حلال له دون الأخرى، فيجدد العقد على من يريد. و لا- دلالة فيها على أن الإمساك بذلك العقد و إن كان يفهم من اللفظ ذلك، لأن الاحتياط فى الفروج مطلوب.

و الفرق بين ما نحن فيه و العقد على المحللة و المحرمه ظاهر، لأن المقتضى لصحة العقد فى المحللة دون المحرمه قائم، فيثبت المرجح، بخلاف محل النزاع، و الأصح البطلان.

قوله: (و لو وطأ أمه بالملك حرمت عليه أختها به حتى تخرج الأولى عن ملكه ببيع أو هبه أو غيرهما، و فى اشتراط اللزوم، أو الاكتفاء بالتزويج أو الرهن أو الكتابة إشكال).

لا- خلاف فى أنه يجوز الجمع بين الأختين فى الملك، لأن الغرض الأصلى فى الملك المالى، حتى لو اشترى جاريه فوطأها لم يحرم عليه شراء أختها، و من ثم جاز شراء من يمتنع الاستمتاع بها كالوثنيه المرتده و المعتده و المزوجه و المحرمه بالمصاهره، و إنما يحرم الجمع بينهما فى النكاح، لعموم قوله تعالى وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ (١).

و المراد فى النكاح كما يقتضيه سياق الآيه، فيتناول العقد و الوطاء، و كذا توابع الوطاء من الاستمتاع. فمتى وطأ أمته المملوكه حرم عليه أختها بالملك، فلو كانت الأخت مملوكه حرم عليه الاستمتاع بها ما دامت الأولى فى ملكه، و لا خلاف فى ذلك.

فلو خرجت الأولى عن ملكه حلت الثانية، لانتفاء الجمع المحرم حينئذ، لكن

ص: ٣٥٠

هل يشترط لحل الثانيه أن يكون خروج الاولى بعقد لازم، أم يكفي مطلق العقد الناقل و إن كان معه خيار، كالبيع بخيار و الهبه التى يجوز الرجوع فيها؟ فيه إشكال ينشأ: من أن غايه التحريم فى النص خروج الاولى عن ملكه و ذلك متحقق مع الخيار.

و اشتراط اللزوم يقتضى كون ما جعله الشارع غايه ليس بغايه، و هو معلوم البطلان.

و من أن ثبوت الخيار يقتضى كونها بحكم المملوكه، فإن له الرجوع و التصرف فيها متى شاء ما دام الخيار باقيا.

و يضعف بأن الخروج عن الملك الذى هو غايه التحريم قد حصل، و تمكنه من التصرف بالفسخ بالخيار غير قادح، لانتفاء الدليل، و لأنه بعد الإخراج اللازم متمكن من التصرف دائما بالشراء و الاتهاب، و غير ذلك من العقود الناقله، فلو أثر ثم لأثر هنا، و الأقرب عدم اشتراط اللزوم.

و لو لم تخرج الاولى عن الملك، لكن فعل ما يقتضى تحريم وطئها عليه، كأن زوجها أو رهنها أو كاتبها، ففي الاكتفاء به فى حل الثانيه إشكال ينشأ: من أن الحل منوط بإخراج الأولى عن الملك، لقول أمير المؤمنين عليه السلام: «فلا يظأ الأولى حتى تخرج الأخرى عن ملكه فلا يحل بدونه» (1).

و من أن الغرض من إخراجها عن الملك تحريم الوطاء و قد حصل، على أن الكتابه مع إفادتها التحريم آيله إلى الخروج عن الملك، و الأصح عدم الاكتفاء بشيء من ذلك و ما جرى مجراه مما لا يفيد نقل الملك.

و جزم المصنف فى التذكرة بأنها لا تحل برهن الأولى، لأن منع الراهن منها لحق

ص: ٣٥١

المرتهن لا لتحريمها، و لهذا تحل بإذنه في وطئها (١)، و الحكم صحيح، إلا أن التعليل لا يخلو من شيء، فإن تعلق حق المرتهن بها اقتضى تحريمها، غاية ما في الباب انه تعلق ضعيف يزول حكمه بالاذن، و هنا مباحث:

أ: قال في التذكرة: لو باع بشرط الخيار، فكل موضع يجوز للبائع الوطاء لا- تحل فيه الثانيه، و حيث لا- يجوز فوجهان للشافعيه (٢)، هذا كلامه (٣)، و ظاهر النص يقتضى عدم الفرق بين أقسام الخيار، لتحقق الإخراج مع كل منهما.

ب: الوطاء في القبل و الدبر سواء في تحريم الثانيه، لتحقق الدخول و النكاح و الفراش بكل منهما، و في اللمس و القبله و النظر بشهوه تردد.

ج: لو أخرج إحداهما عن ملكه بأحد الأسباب الناقله، ثم فسخ البيع مثلاً- أو ردت بعيب أو إقاله، فلا- بد من الاستبراء للملك الحادث، و كذا لو طلقها زوجها أو عجزت المكاتبه فاسترقها.

د: لو كان الوطاء بشبهه فهل هو كغيره؟ يحتمل العدم، لأنها لا تزيد بذلك عن حال الأجنبيةه، و لو كانت إحدى الأختين محرمه بسبب آخر كالوثنيه فوطأها بشبهه، جاز و طء الأخرى، لأن الأولى محرمه، ذكره في التذكرة (٤).

ه: لو ملك اما و بنتها فوطأ إحداهما حرمت الأخرى مؤبداً، فلو وطأ الأخرى بعده جاهلاً بالتحريم حرمت مؤبداً عند الشافعيه (٥)، ذكره في التذكرة (٦)، و ما روى من قولهم عليه السلام: «لا يحرم الحرام الحلال» (٧) يدفعه.

ص: ٣٥٢

١- ١) التذكرة ٢: ٦٣٧. [١]

٢- ٢) مغنى المحتاج ٣: ١٨٠.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٦٣٧. [٢]

٤- ٤) التذكرة ٢: ٦٣٧. [٣]

٥- ٥) المجموع ١٦: ٢٢٩، مغنى المحتاج ٣: ١٨٠.

٦- ٦) التذكرة ٢: ٦٣٧. [٤]

٧- ٧) التهذيب ٧: ٢٨٣، حديث ١١٩٨، الاستبصار ٣: ١٦٥، حديث ٥٩٥، سنن البيهقي ٧: ١٦٩.

فإن وطأ الثانيه أيضا قبل إخراج الأولى، قيل: إن كان عالما بالتحريم حرمت الاولى حتى تموت الثانيه، أو يخرجها عن ملكه لا للعود إلى الأولى، فإن أخرجها لذلك لم تحل الاولى.

و الأقرب أنه متى أخرج إحداهما حلت الأخرى، سواء كان للعود أو لا، و سواء علم التحريم أولا. و إن لم يخرج إحداهما فالثانيه محرّمه دون الاولى. قوله: (فإن وطأ الثانيه أيضا قبل إخراج الأولى قيل: إن كان عالما بالتحريم حرمت الاولى حتى تموت الثانيه، أو يخرجها عن ملكه لا- للعود إلى الأولى فإن أخرجها لذلك لم تحل الاولى، و الأقرب أنه متى أخرج إحداهما حلت الأخرى، سواء كان للعود أو لا، و سواء علم التحريم أو لا، و إن لم يخرج إحداهما فالثانيه محرّمه دون الأولى).

أى: لو وطأ أمه بالملك حرمت عليه أختها به حتى تخرج الاولى عن ملكه، فإن وطأ الثانيه أيضا قبل إخراج الأولى فللأصحاب قولان:

أحدهما- و اختاره الشيخ فى النهايه (١)، و ابن البراج (٢)، و ابن حمزه (٣)، و المصنف فى المختلف (٤)، و حكاها هنا بقوله قيل- إن كان عالما إلى آخره انه إن وطأ الثانيه عالما بالتحريم حرمت عليه الاولى ايضا إلى أن تموت الثانيه أو يخرجها عن ملكه لا لغرض العود إلى الأولى فإن اتفق إخراجها لا لذلك حلت له الثانيه، فإن أخرجها عن ملكه ليرجع إلى الأولى فالتحريم باق.

ص: ٣٥٣

١- (١) النهايه: ٤٥٥. [ ١ ]

٢- (٢) المهذب ١: ١٨٥.

٣- (٣) الوسيله: ٣٤٤.

٤- (٤) المختلف: ٥٢٦.

و ان وطأ الثانيه جاهلا- بالتحريم لم تحرم عليه الاولى إذا أخرج الثانيه عن ملكه، و يدل عليه ما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: سئل عن رجل كان عنده اختان مملوكتان فوطأ إحداهما ثم وطأ الأخرى قال، «إذا وطأ الأخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الأخرى».

قلت: أ رأيت إن باعها أ تحل له الاولى فقال: «إن كان بيعها لحاجه و لا يخطر على قلبه من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً، و إن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الاولى فلا و لا كرامه» (١).

و روى أبو الصباح الكناني في الصحيح عن الصادق عليه السلام نحو ذلك (٢)، و لأن المقابله بنقيض المقصود واقعه شرعاً، كما في منع القاتل من الإرث. هذا إذا كان عالماً، أما مع الجهل فلا تحرم عليه الاولى، للأصل، و لأن الجهل عذر في كثير من المواضع.

و لما رواه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما ثم يطأ الأخرى بجهاله، قال: «إذا وطأ الأخيره بجهاله لم تحرم عليه الاولى، و إن وطأ الأخيره و هو يعلم أنها عليه حرام حرمتا جميعاً» (٣).

و هي صريحه في أن وطء الثانيه مع جهل التحريم لا- تحرم الأولى، إلا أن عبارته الشيخ (٤) تؤذن بتحريم الاولى إلى أن تخرج الثانيه عن ملكه. و القول الثاني هو اختيار ابن إدريس (٥)، و نجم الدين بن سعيد (٦)، و مقرب المصنف هنا، و اختار في التذكرة عدم

ص: ٣٥٤

١- (١) الكافي ٥: ٤٣٢ حديث ٧، [١] التهذيب ٧: ٢٩٠ حديث ١٢١٧.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٣٢ حديث ٦، التهذيب ٧: ٢٩٠ حديث ١٢١٦.

٣- (٣) الكافي ٥: ٤٣٣ حديث ١٤، [٢] التهذيب ٧: ٢٩٠ حديث ١٢١٩.

٤- (٤) النهايه: ٤٥٥. [٣]

٥- (٥) السرائر: ٣٩٠.

٦- (٦) السرائر: ٢٩٠. [٤]

و لو وطأ أمه بالملك، قيل: جاز أن يتزوج بأختها، فتحرم الموطوءه ما دامت الثانية زوجته. تحريم الاولى بوطء الثانية (١).

و متى أخرج إحدهما عن ملكه حلت الاولى، سواء قصد به العود إلى الأولى أم لا.

أما الحكم الأول فلأن الحرام لا يحرم الحلال، و التحريم إنما يتعلق بوطء الثانية فيستصحب، و لأن الأصل الإباحه.

و أما الحكم الثاني، فلأنه متى أخرج إحدهما لم يبق جامعا بين الأختين، فينتفى التحريم بانتفاء سببه، و الأصح الأول، و احتجاج ابن إدريس ضعيف، فإن الروايات الواردة بذلك خاليه عن معارض فلا سبيل إلى ردها.

و اعلم أنه إذا وطأ الثانية عالما بالتحريم فلا حد عليه، لقيام الملك، نعم يعزر.

قوله: (و لو وطأ أمه بالملك قيل: جاز أن يتزوج بأختها فتحرم الموطوءه ما دامت الثانية زوجته).

القول المشار إليه في العبارة هو قول الشيخ في المبسوط و الخلاف (٢)، و اختاره المصنف في التحرير (٣)، و هو ظاهر اختياره في التذكرة (٤)، و لم يصرح هنا بشيء، و الأصح الجواز، لعموم قوله تعالى وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٥)، و قوله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٦) و غيرهما.

ص: ٣٥٥

١- ١) التذكرة ١٦٩: ٧. [١]

٢- ٢) المبسوط ٢٠٧: ٤، الخلاف ٢١٧: ٢ مسألة ٧٧ كتاب النكاح.

٣- ٣) التحرير ١٣: ٢. [٢]

٤- ٤) التذكرة ٦٣٦: ٢. [٣]

٥- ٥) النساء: ٢٤. [٤]

٦- ٦) النساء: ٣. [٥]



## ز:لو تزوج بنت الأخ أو الأخت على العمه أو الخاله

ز:لو تزوج بنت الأخ أو الأخت على العمه أو الخاله من النسب أو الرضاع حرتين أو أمتين لا ملك يمين على اشكال، فإن كان بإذنهما صح، وإلا بطل على رأى، و وقع موقوفا على رأى، فإن أجازت العمه أو الخاله لزم، و لا يستأنف آخر، و إن فسختاه بطل و لا مهر قبل الدخول. و النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين، فإذا اجتمعا و جب تقديم الأقوى.

و إنما قلنا انه أقوى، لأن النكاح يتعلق به الظهار و الطلاق و الإيلاء و اللعان و الميراث، و الغرض الأصلي فى الملك المالىه فلا ينافى النكاح.

و كذا حل الوطء به كأمه الغير إذا أحلها مالكةا، فعلى هذا تحرم الموطوءه ما دامت الثانيه زوجه. و يحتمل المنع، لأن الأمه تصير بالوطء فراشا، فلم يجوز أن يرد النكاح عليه كما لا يرد نكاح الأخت على نكاح أختها.

و جوابه: ان القياس باطل مع وجود الفرق، فإن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين.

قوله: (السابعه: لو تزوج بنت الأخ أو بنت الأخت على العمه أو الخاله من النسب أو الرضاع، حرتين أو أمتين لا ملك يمين على اشكال، فإن كان بإذنهما صح، وإلا بطل على رأى، و وقع موقوفا على الإجازة على رأى، فإن أجازت العمه أو الخاله لزم، و لا يستأنف آخر، و إن فسختا بطل، و لا مهر قبل الدخول).

إذا كانت العمه أو الخاله عنده فعقد على بنت الأخ أو بنت الأخت، فإن كان العقد بإذن العمه أو الخاله فلا بحث فى الصحه، و إن كان بغير إذنهما فللأصحاب أقوال:

أ: بطلان العقد من رأس و تزلزل عقد المدخول عليها، فلها أن تفسخ عقد نفسها، و هو قول ابن إدريس. و احتج على البطلان بأن العقد على بنت أخت الزوجه

أو بنت أخيها منهي عنه، والنهي يدل على الفساد (١).

أما أنه منهي عنه فلقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها» (٢)، والمراد بالنكاح هنا العقد.

ولصحيحه أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السَّلام قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة و عمتها، ولا بين المرأة و خالتها» (٣).

و صحيحه أبي عبيده الحذاء قال: سمعت الصادق عليه السَّلام يقول: «لا ينكح الرجل المرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا على أختها من الرضاعة» (٤)، وهذا إنما هو مع عدم الاذن، و كون الطارئ نكاحها هي بنت الأخ أو بنت الأخت، أما مع الاذن أو كون الطارئ نكاح العمه أو الخاله، فلا خلاف عندنا في الصحه.

و يدل على ذلك صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السَّلام قال: «لا تزوج ابنه الأخت على خالتها إلا بإذنها، و تزوج الخاله على ابنه الأخت بغير اذنها» (٥)، و الإجماع على مساواه العمه و الخاله في ذلك.

و أما أن النهي يدل على الفساد فقد تبين في الأصول، و أما تزلزل عقد المدخول عليها فلم يتعرض للاحتجاج عليه، و اعترض عليه المصنف في المختلف بأن النهي لا يدل على الفساد في المعاملات، إنما ذلك في العبادات (٦).

و بأنه لو وقع العقد الطارئ فاسدا لم يكن لتخييرها في فسخ عقد نفسها وجه:

ص: ٣٥٧

١- (١) السرائر: ٢٩٢.

٢- (٢) صحيح مسلم ١٠٢٩: ٢ حديث ٣٧، سنن البيهقي ١٦٥: ٧.

٣- (٣) التهذيب ٣٣٢: ٧ حديث ١٣٦٦، الاستبصار ١٧٧: ٣ حديث ٦٤٣.

٤- (٤) الفقيه ٢٦٠: ٣ حديث ١٢٣٦، التهذيب ٣٣٣: ٧ حديث ١٣٦٩، الاستبصار ١٧٨: ٣ حديث ٦٤٦.

٥- (٥) التهذيب ٣٣٢: ٧ حديث ١٣٦٥، الاستبصار ١٧٧: ٣ حديث ٦٤٢.

٦- (٦) المختلف: ٥٢٨.

لأن المقتضى للفسخ الجمع، ومع وقوع العقد فاسدا لا جمع.

و لقائل أن يقول: إن النهى فى المعاملات و إن لم يدل على الفساد بنفسه، لكنه إذا دل على عدم صلاحية المعقود عليها للنكاح فهو دال على الفساد من هذه الجهة، كالنهي عن نكاح الأخت و العمه و الخاله، و كما فى النهى عن بيع الغرر فى البيع، و النهى فى محل النزاع من هذا القبيل.

ب: تزول العقد الطارئ بحيث يقع موقوفا على رضى العمه و الخاله، مع كون عقد العمه و الخاله لازما كما كان، اختاره المحقق (١)، و المصنف، و جمع من المتأخرين (٢).

أما الحكم الأول و هو تزول الطارئ و عدم وقوعه فاسدا فلعوم قوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) فإن المتنازع فيه إذا تعقبه رضى من يعتبر رضاه اندرج فى هذا العموم، فوجب الحكم بصحته، فقبل الرضى لا يكون فاسدا، و إلا لم ينقلب صحيحا.

و لا نعى بالموقوف إلا ذلك، و لأنه عقد صدر بدون رضى من يعتبر رضاه فى صحته فكان كالفضولى، و لا دلالة فى الأخبار السابقة على أنه بدون الرضى يقع فاسدا، لأن الحاصل من الأخبار بعد الجمع بينها هو المنع من العقد بدون الاذن، و ذلك أعم من كون الأذن سابقا أو لاحقا.

على أن لقائل أن يقول: إن روايه محمد بن مسلم (٤) تدل على اعتبار سبق الإذن، لأن قوله عليه السلام: «لا تزوج ابنه الأخت على خالتها إلا بإذنها» ظاهره ذلك، لأن أعم معانى الباء الإلصاق، فيجب حصوله فى وقت الترويج، و السابق إلى الفهم فى مثل ذلك المصاحبه أو السببيه، و كلاهما يعطى المراد.

ص: ٣٥٨

١-١) الشرائع ٢: ٢٨٨. [١]

٢-٢) منهم الشهيد فى اللمعه: ١٨٨، و [٢] الفاضل المقداد فى التنقيح ٣: ٦٢.

٣-٣) المائده: ١. [٣]

٤-٤) التهذيب ٧: ٣٣٢، حديث ١٣٦٥، الاستبصار ٣: ١٧٧، حديث ٦٤٢.

و أظهر منه دلالة ما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن أخيه موسى عليه السّلام أنه قال في حديث: «و لا- تزوج بنت الأخ و الأخت على العمه و الخاله إلا برضى منهما، فمن فعل فنكاحه باطل» (١).

فإن قيل: الرضى اللاحق رضى منهما.

قلنا: ليس هو تزويجا بالرضى، لأن المتبادر كون الرضى حين التزويج، و لا يفهم من هذا اللفظ الا هذا.

و أما الحكم الثانى و هو كون عقد العمه و الخاله لازما كما كان، فلأنه صحح و لزم، و الأصل بقاء ذلك، و لأن المنهى عنه هو الطارئ فيختص بمقتضى النهى، و إن فسد فلا بحث، و إن كان موقوفا يرجح الأول، لسبق لزومه، فلا يلزم تجدد تنزيله.

ج: تنزل كل من العقدين السابق و الطارئ، اختاره الشيخان (٢) و سائر (٣)، لأن العقد الطارئ صحيح فيتدافع العقدان.

قال المصنف فى المختلف: كلام الأصحاب ليس فيه استبعاد، لأن عقد الداخلة صحيح فى نفسه، لصدوره من أهله فى محله جامعا لشرائطه، و إذا وقع صحيحا تساوت نسبه و نسبه عقد المدخول عليها، و كما كان لها فسخ عقد الداخلة كان لها فسخ عقد نفسها (٤).

و ما ذكره المصنف ضعيف، لثبوت الأولويه، لسبق اللزوم و انتفاء التكافؤ، و عدم الدليل الدال على انقلاب اللازم جائزا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (من النسب أو الرضاع، حرتين أو أمتين) يريد به عدم الفرق فى الحكم المذكور بين كون العمومه و الخؤوله فى المذكورات

ص: ٣٥٩

١- (١) التهذيب ٧: ٣٣٣ حديث ١٣٦٨، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٥.

٢- (٢) المقنعه: ٧٧، النهاية: ٤٥٩.

٣- (٣) المراسم: ١٥٠.

٤- (٤) المختلف: ٥٢٨.

من النسب أو الرضاع، لعموم قوله عليه السّلام: «الرضاع لحمه كلحمه النسب».

وقوله عليه السّلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (١)، ورواه أبي عبيده الحدّاء عن أبي عبد الله عليه السّلام (٢)، وأنه لا فرق بين كون العمه و بنت الأخ و الخاله و بنت الأخت حرتين أو أمتين أو بالتفريق، لشمول النصوص السابقة للأمه كما يشمل الحره، وهذا إنما هو فى النكاح بالعقد.

أما الوطء بملك اليمين ففيه اشكال، و يتصور فيه صور:

كون العمه و بنت أخيها مثلاً مملوكتين للواطئ.

و كون العمه مملوكه له و بنت الأخ معقوداً عليها، و عكسه.

فإذا وطأ العمه بالملك فهل يحرم عليه وطء بنت الأخ بالملك؟ فيه إشكال ينشأ:

من أن قوله عليه السّلام: «لا تنكح المرأة على عمتها» (٣) يتناول محل النزاع، بناء على أن النكاح حقيقه فى الوطء، و قد صرح به أئمّه اللغه (٤).

و رواه أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: «لا- يحل للرجل أن يجمع بين المرأة و عمتها، و لا بين المرأة و خالتها» (٥)، و النكره فى سياق النفى للعموم، فيعم كل جمع حتى الجمع فى الوطء بملك اليمين.

و من أن استعماله فى العقد شرعاً شائع، و لأن سلطنه النكاح بالنسبه إلى الأمه لمولاهها، و لا اعتبار لاذنها معه، فكيف يكون لها سلطنه عليه بحيث يتوقف نكاحه على اذنها، على أن اذنها لا يعتد به أصلاً، و إنما المعتبر اذن سيدها.

ص: ٣٦٠

١- ١) الكافي ٥: ٤٤٢ حديث ٩، [١] الفقيه ٣: ٣٠٥ حديث ١٤٦٧، سنن ابن ماجه ١: ٦٢٣ حديث ١٩٣٧.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢٦٠ حديث ١٢٣٦، التهذيب ٧: ٣٣٣ حديث ١٣٦٩، الاستبصار ٣: ١٧٨ حديث ٦٤٦.

٣- ٣) صحيح مسلم ٢: ١٠٢٩ حديث ٣٧، سنن البيهقي ٧: ١٦٥.

٤- ٤) الصحاح ١: ٤١٣ «نكح»، القاموس المحيط ١: ٢٥٤ «نكح».

٥- ٥) التهذيب ٧: ٣٣٢ حديث ١٣٦٦، الاستبصار ٣: ١٧٧ حديث ٦٤٣.

و لا- بد من اراده العقد فى الحديث قطعاً، إذ العقد ممنوع منه، و المشترك لا- يستعمل فى معنيه حقيقه، و فى بعض الأخبار التصريح بالتزويج.

و لو وطأ العمه بالملك فهل يحرم عليه العقد على بنت الأخ؟ فيه اشكال، لا يخلو من ضعف، يعلم مما سبق فى العقد على أخت الموطوءه بالملك.

و هل يحرم عليه وطء العمه بعد ذلك؟ الظاهر لا- لأن العقد على بنت الأخ حيث يمنع منه إنما هو لتكريم العمه، لتوقفه على اذنها، فلو كان العقد على بنت الأخ موجبا لتحريم وطء العمه لكان ذلك موجبا لزياده إهانتها.

و لو عقد على العمه، ثم أراد وطء بنت الأخ بالملك فهل يتوقف فيه على الرضى؟ فيه اشكال يعلم وجهه مما سبق فى أول هذه المسائل.

و يمكن ادعاء التوقف هنا بطريق أولى، لأنه لما كان المقتضى لتحريم بنت الأخ تكريم العمه، فإذا كانت بنت الأخ مملوكه كان امتهان العمه بذلك أشد، فكيف كان فتوقف الحل على الاذن فى الثالثه أقوى.

و اعلم أن قوله عليه السلام: «حرتين أو أمتين» المراد بهما العمه و بنت الأخ أو الخاله و بنت الأخت، كما أن قوله من النسب مرتبط بهما. و يحتمل ارتباط بنت الأخ أو الأخت، لأنهما المحدث عنه، أو بالعمه و الخاله لقربهما.

و قوله: «لا- ملك يمين» معطوف على جملة لو تزوج بتقدير محذوف صورته: لا- أن الملك ملك يمين، و لا- بد من ارتكاب التوسع، لأن المراد الوطء بملك اليمين.

و قول المصنف: (فإن أجازت العمه أو الخاله.) متفرع على القول بوقوع العقد الطارئ موقوفاً. و وجه قوله: (و لا- مهر قبل الدخول) ظاهر، لأنه لا نكاح ثم على تقدير الفسخ.

و لا يخفى أن القول ببطلان العقد الطارئ لا يخلو من قوه، فإن النصوص داله عليه، إلا أن المشهور خلافه.

و هل للعمه أو الخاله فسخ عقدهما و الاعتزال؟ قيل: نعم، و فيه نظر، فتقع العده حينئذ بائه.

### ح: لو عقد على الأمه من دون إذن الحره بطل

ح: لو عقد على الأمه من دون إذن الحره بطل، أو كان موقوفا على رأى، و تتخير الحره فى فسخه و إمضائه. و هل لها فسخ عقدها السابق؟ قيل:

نعم. قوله: (و هل للعمه أو الخاله فسخ عقدهما و الاعتزال؟ قيل: نعم، و فيه نظر فتقع حينئذ العده بائه).

قد عرفت الخلاف فى أن العمه و الخاله هل لهما فسخ عقد نفسيهما فى الصورة المذكوره أم لا، و ان أكثر الأصحاب و هم: الشيخان (١)، و سلار (٢)، و ابن إدريس (٣) قائلون بذلك، و قد عرفت ضعف دليل هذا القول.

و لذلك قال المصنف: (و فيه نظر)، و الأصح خلافه، لانتفاء الدليل عليه. فعلى القول به تقع العده حينئذ- أى حين فسخها- بائه، فإن عده الفسخ لا تكون إلا كذلك.

قوله: (الثامنه: لو عقد على الأمه من دون إذن الحره بطل، أو كان موقوفا على رأى، و تتخير الحره فى فسخه و إمضائه، و هل لها فسخ عقدها السابق؟ قيل: نعم).

لو عقد من تحته حره النكاح على الأمه، بناء على أنه يجوز نكاح الأمه بالعقد.

و قد يقال: لا- يلزم هذا البناء، لأن الحره ربما كانت بعيده عنه بحيث لا يمكنه الوصول إليها، و لا بد له من نكاح الأمه، فهل يقع العقد على الأمه باطلا فى نفسه، أم

ص: ٣٦٢

١- ١) المقنعه: ٧٧، النهايه: ٤٥٩.

٢- ٢) المراسم: ١٥٠.

٣- ٣) السرائر: ٢٩٢.

يقع موقوفا على رضى الحره، فإن أجازته صح و إن ردته بطل؟ قولان للأصحاب:

ثم هل للحره فسخ عقد نفسها السابق على العقد على الأمه فيه قولان أيضا فهنا بحثان:

الأول: قال الشيخان (١)، و ابن البراج (٢)، و ابن حمزه: إن عقد الأمه بوقوعه يقع موقوفا (٣)، و اختاره المصنف في المختلف في أول كلامه (٤)، و قال ابن أبى عقيل و ابن الجنيد (٥) و ابن إدريس: انه يقع باطلا (٦).

و يلوح من آخر كلامه فى المختلف الميل إليه، لأنه قال فيه: و إن كان ما قالوه ليس بعيدا من الصواب (٧).

احتج الأولون بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٨)، فإنه عقد صدر بدون رضى من يعتبر رضاه، فوجب أن يقف على رضاه كالفضولى.

و بما رواه سماعه عن الصادق عليه السلام: فى رجل تزوج أمه فقال: «إن شاءت الحره أن تقيم مع الأمه أقامت، و إن شاءت ذهبت إلى أهلها» (٩) الحديث.

و احتج الآخرون بما رواه الحلبي فى الحسن عن الصادق عليه السلام قال:

«تزوج الحره على الأمه و لا تزوج الأمه على الحره، و من تزوج أمه على حره فنكاحه

ص: ٣٤٣

١- (١) المقنعه: ٧٧، النهايه: ٤٥٩. [١]

٢- (٢) المهذب ١: ١٨٨.

٣- (٣) الوسيله: ٣٤٥.

٤- (٤) المختلف: ٥٢٩.

٥- (٥) نقله عنهما العلامه فى المختلف: ٥٢٩.

٦- (٦) السرائر: ٢٩٢.

٧- (٧) المختلف: ٥٢٩.

٨- (٨) المائده: ١. [٢]

٩- (٩) الكافي ٥: ٣٥٩، حديث ١، [٣] التهذيب ٧: ٣٤٥، حديث ١٤١٢.



باطل» (١).

و عن حذيفه بن منصور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج أمه على حره لم يستأذنها قال: «يفرق بينهما»، قلت: عليه أدب قال: «نعم اثني عشر سوطا و نصف ثمن حد الزاني و هو صاغر» (٢).

وجه الاستدلال بهذه أن السؤال يحتمل رضى الحره بعد العقد و عدمه، و ترك الاستفصال دليل العموم، و التعزير إنما هو مع الدخول مع علمه بالتحريم.

أجاب المصنف في المختلف بأن المراد من كونه باطلا- أنه آئل إلى البطلان على تقدير اعتراض الحره (٣)، و هو ضعيف، لأن ذلك خلاف الظاهر، و روايه سماعه (٤) لضعفها لا تصلح للمعارضه.

الثاني: قال الشيخان (٥)، و ابن البراج (٦)، و ابن حمزه (٧)، و سلار: للحره فسخ عقد نفسها (٨). و به قال ابن إدريس (٩) ثم رجع عنه. قال المصنف في المختلف: و يحتمل المنع على قول ابن أبي عقيل (١٠)، و كأنه إنما قال ذلك لعدم تصريح ابن أبي عقيل بالمنع

ص: ٣٦٤

١- (١) الكافي ٥: ٣٥٩ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤٠٨.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤١١، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٥.

٣- (٣) المختلف: ٥٢٩.

٤- (٤) الكافي ٥: ٣٥٩ حديث ٤، [٢] التهذيب ٧: ٣٤٥ حديث ١٤١٢.

٥- (٥) المقنع: ٧٧، النهايه: ٤٥٩.

٦- (٦) المهذب ٢: ١٨٨.

٧- (٧) الوسيله: ٣٤٥.

٨- (٨) المراسم: ١٥٠.

٩- (٩) السرائر: ٢٩٢.

١٠- (١٠) المختلف: ٥٢٩.

و لو تزوج الحره على الأمه مضى العقد، و تتخیر مع عدم العلم فى إمضاء عقدها و فسخه، لا عقد الأمه.

و لو جمع بينهما صح عقد الحره، و كان عقد الأمه موقوفاً أو باطلاً.

و لو عقد على من يباح نكاحها و يحرم، دفعه، صح عقد الاولى دون الثانيه. هنا، بخلاف العمه و الخاله، و التقريب من الجانبين كما تقدم هناك، و الأصح المنع.

قوله: (و لو تزوج الحره على الأمه مضى العقد، و يتخير مع عدم العلم فى إمضاء عقدها و فسخه لا عقد الأمه. و لو جمع بينهما صح عقد الحره و كان عقد الأمه موقوفاً أو باطلاً، و لو عقد على من يباح نكاحها و يحرم دفعه صح عقد الاولى دون الثانيه).

إذا تزوج الحره على الأمه فالعقد ماض و ليس للأمه اعتراض، بخلاف الحره، للأصل، و لأن المنع من العقد على الأمه لمن عنده حره مكرمه للحره، و ذلك منتف فى الأمه.

إذا عرفت ذلك فاما أن تكون الحره عالمه بأن للزوج زوجه أخرى هى الأمه، أو لا. فإن كانت عالمه لم يكن لها اختيار فى فسخ عقد نفسها، و لا فى فسخ عقد الأمه، لأن دخولها على الأمه مع علمها يتضمن رضاها. و ان لم تكن عالمه، و لم ترض بعد العلم كان لها فسخ عقد نفسها لا فسخ عقد الأمه، لأن عقد الأمه قد سبق لزومه فلا سبيل إلى إبطاله.

و لصحيحه يحيى الأزرق عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له امرأه وليده، فتزوج حره و لم يعلمها أن له امرأه وليده، فقال: «إن شاءت الحره أقامت، و إن شاءت لم تقم» (1) الحديث.

ص: ٣٤٥

و إذا جمع بين الأمه و الحره فى عقد واحد، كأن يزوج رجل ابنته و أمته من رجل بعقد واحد، أو يزوج أمته و بنت غيره بالوكاله، و نحو ذلك، فإن كانت الحره عالمه راضيه فالعقد ماض، و إن لم تكن راضيه و لم ترض بطل نكاح الأمه. و كذا لو لم تعلم ثم علمت، و لا يفسد العقد على الحره عندنا، لا انتفاء المقتضى.

و فى صحيحه أبى عبيده الحدّاء عن الباقر عليه السّلام: فى رجل تزوج حره و أمتين مملوكتين فى عقد واحد، قال: «أما الحره فنكاحها جائز، و إن كان قد سمى لها مهرا فهو لها. و أما المملوكتان فإن نكاحهما فى عقد مع الحره باطل، يفرق بينه و بينهما» (١).

و ذهب المصنف فى المختلف إلى أن للحره فسخ عقد نفسها، لأنه عقد واحد وقع مترزلا و لا أولويه (٢). و فيه منع، لأنها إذا لم ترض بعقد الأمه فسد فتحققت الأولويه، و للروايه. و الشافعى أجرى فيه القولين فى تفرق الصفقه فى البيع (٣).

فإن قيل: يجب مراعاة لما سبق أن يكون عقد الحره باطلا إذا لم تعلم بالأمه، كما إذا أدخل العمه على بنت أخيها و هى جاهله.

قلنا: الفرق ثبوت الخلاف و انتفاؤه هنا، و وجود الدليل الدال على البطلان هناك و انتفاؤه هنا فلا يتعرض به.

ص: ٣٦٦

١- ١) الفقيه ٣: ٢٦٦ حديث ١٢٦٤، التهذيب ٧: ٣٤٥ حديث ١٤١٤.

٢- ٢) المختلف: ٥٢٩.

٣- ٣) الفتح العزيز (المطبوع بهامش المجموع) ٨: ٢٣٢.

## ط: قيل يحرم على الحر العقد على الأُمه إلا بشرطين

ط: قيل يحرم على الحر العقد على الأُمه إلا بشرطين: عدم الطول و هو المهر و النفقه، و خوف العنت و هو مشقه الترك. و قيل: يكره.

فعلى الأول تحرم الثانيه، و لا- خلاف فى تحريم الثالثه. و مثله ما لو جمع بين من يباح نكاحها و يحرم دفعه، كالعمه و بنت أخيها مع عدم رضى العمه، و كعمه نفسه و بنتها توفيراً على كل منهما حكمه، و لا يضر اتحاد العقد، لأن تفریق الصفقه غير قادح عندنا.

و اعلم أن قول المصنف: (لو جمع بينهما) يتناول ما إذا جمع بينهما فى عقد و بين ما إذا عقد على كل منهما عقداً مستقلاً و اقتران العقدان، و كذا لو عقد على من يباح نكاحها و يحرم دفعه.

قوله: (التاسعه: قيل: يحرم على الحر العقد على الأُمه إلا بشرطين: عدم الطول و هو المهر و النفقه، و خوف العنت و هو مشقه الترك. و قيل: يكره، فعلى الأول تحرم الثانيه و لا خلاف فى تحريم الثالثه).

لا خلاف بين علماء الإسلام فى جواز نكاح الأُمه بالعقد لمن فقد طول الحره و خشى العنت، و اختلفوا فى الجواز إذا انتفى أحد الأمرين. و المشهور بين متقدمى الأصحاب التحريم، ذهب إلى ذلك الشيخ فى الخلاف و المبسوط (١)، و هو قول المفيد (٢)، و ابن أبى عقيل و ابن الجنيد (٣)، و ابن البراج (٤).

و ذهب الشيخ فى النهايه إلى الجواز على كراهيه (٥)، و تبعه ابن حمزه (٦)، و ابن

ص: ٣٦٧

١- ١) الخلاف ٢: ٢١٨ مسألة ٨٦ كتاب النكاح، المبسوط ٤: ٢١٤.

٢- ٢) المقنعه: ٧٧.

٣- ٣) نقله عنهما العلامة فى المختلف: ٥٦٥.

٤- ٤) المهذب ٢: ٢١٥.

٥- ٥) النهايه: ٤٧٦.

٦- ٦) الوسيله: ٣٥٧.

إدريس (١)، واختاره المصنف في المختلف (٢).

احتج الأولون بقوله تعالى وَ مَنْ لَمْ يَسْتِطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُخْصِيَّاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمَنْ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ . ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ (٣).

وجه الاستدلال انه سبحانه شرط في نكاح الأمه عدم الطول، لأن من للشرط و شرط خوف العنت بقوله جل و علا ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ، و بما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكه قال:

«إذا اضطر إليها فلا بأس» (٤) دل على ثبوت البأس مع انتفاء ضروره.

و المراد بالاضطرار ما ذكر في الآيه، و بأن البضع مبني على الاحتياط التام، فيقتصر في الحل على مورد النص.

و احتج الآخرون بأن الأصل الإباحه، و بعمومات الكتاب مثل قوله تعالى وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٥) و هو شامل للمتناع.

و قوله تعالى وَ لَأَمَّهُ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ (٦)، و قوله تعالى وَ أَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٧) و قوله تعالى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٨)،

ص: ٣٦٨

١-١) السرائر: ٢٩٢.

٢-٢) المختلف: ٥٦٥.

٣-٣) النساء: ٢٥. [١]

٤-٤) التهذيب ٧: ٣٣٤ حديث ١٣٧١.

٥-٥) المؤمنون: ٥-٦. [٢]

٦-٦) البقره: ٢٢١. [٣]

٧-٧) النساء: ٢٤. [٤]

٨-٨) النساء: ٣. [٥]

و قوله تعالى وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ (١).

و ما رواه ابن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال: «لا ينبغي أن يزوج الحر المملوكه اليوم، إنما ذلك حيث قال الله عز وجل وَ مَنْ لَمْ يَشَيْتَعْ مِنْكُمْ طَوْلًا، و الطول المهر، و مهر الحره اليوم مثل مهر الأمه أو أقل» (٢) ووجه الاحتجاج بذلك أن قوله: «لا ينبغي» ظاهر في الكراهيه.

و أجاب المصنف في المختلف عن حجه الأولين بأن الآيه إنما تدل من حيث المفهوم، و هو ضعيف، فإذا عارضه المنطوق خرج عن الدلاله، على أن المعلق الأمر بالنكاح اما إيجابا أو استحبابا، و إذا انتفى الأمر المعلق عليه انتفى الوصف الزائد على الجواز.

و أيضا انه خرج مخرج الأغلب، فلا يدل على نفى الحكم عما عداه، و كذا الجواب عن الخبر (٣).

و فيه نظر، لأن مفهوم الشرط معتبر عند المحققين، و دلالة قوله تعالى ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ (٤) لا ينحط عن المنطوق، ثم انه ليس ثم منطوق يعارض ذلك، فإن قوله سبحانه إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ (٥) إنما يتناول الزوجه شرعا، و ليس النزاع إلا في كون الأمه زوجه.

و قوله تعالى وَ لَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ (٦) نقول بموجبه، و لا دلالة

ص: ٣٦٩

١- (١) النور: ٣٢. [١]

٢- (٢) الكافي ٥: ٣٦٠ حديث ٧، [٢] التهذيب ٧: ٣٣٤ حديث ١٣٧٢.

٣- (٣) المختلف: ٥٦٥.

٤- (٤) النساء: ٢٥. [٣]

٥- (٥) المؤمنون: ٥. [٤]

٦- (٦) البقره: ٢٢١. [٥]

على جواز النكاح مطلقا.

وقوله تعالى وَ أُحْجِلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (١) الظاهر أن المراد به من الحرائر بدليل قوله تعالى فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً (٢) و أجر الأمه لسيدها فلا تعطاه.

و المراد بما طاب من النساء: ما حل منهن، و الكلام فى محل النزاع إنما هو فى الحل، و إنكاح الإمام فى الجملة لا يدل على الإنكاح فى محل النزاع. ثم قوله: المعلق الأمر بالنكاح غير ظاهر، لأن ذلك إنما يكون إذا قدر فلينكح مما ملكت إيمانكم، و الآية المشرفه مسوقه لبيان الحل و الحرمة، فلا يقدر إلا ما يناسب ذلك مثل قوله:

فنكاحه مما ملكت إيمانكم، و نحو ذلك.

و قوله انه خرج مخرج الأغلب خلاف الظاهر، و رواه ابن بكير (٣) ضعيف، و القول بالتحريم أقوى.

و يحكى عن بعض الأصحاب قول ثالث و هو تحريم الأمه لمن عنده حره (٤).

و قد يستدل بقوله فى روايه الحلبي: «و لا تزوج أمه على حره، و من تزوج أمه على حره فنكاحه باطل» (٥)، و لا دلالة فيه على حل ما سوى ذلك، و فائده الخلاف - أعنى القولين الأولين - يظهر فى حل الثانيه و تحريمها.

فعلى القول بالتحريم إلا - بشرطين يحل معها الواحده و تحرم الثانيه، لانتفاء خوف العنت. و على القول بالكراهه من دونها تحل الثانيه على كراهيه، أما الثالثه

ص: ٣٧٠

١- ١) النساء: ٢٤. [١]

٢- ٢) النساء: ٢٤. [٢]

٣- ٣) الكافي ٥: ٣٦٠، حديث ٧، [٣] التهذيب ٧: ٣٣٤، حديث ١٣٧٢.

٤- ٤) نسب العلامه فى المختلف: ٥٦٥ هذا القول لأبى حنيفه و الى بعض أصحابنا.

٥- ٥) الكافي ٥: ٣٥٩، حديث ٢، [٤] التهذيب ٧: ٣٤٤، حديث ١٤٠٨.

.....  
فتحرم اتفاقا.

و لقائل أن يقول: تحريم الثانيه على القول الأول إنما يظهر إذا كان الزوج قريبا منها، فأما إذا كان بعيدا بحيث لا يمكنه الوصول إليها فلا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الطول فى اللغة: الزيادة و الفضل، و المراد به هنا الزيادة فى المال و سعته بحيث يتمكن معها من نكاح الحره، فيقوم بما لا بد منه من مهرها و نفقتها، و يكفى لنحو النفقه وجود المال بالقوه القريبه، كما فى غله الملك و كسب ذى الحرفه.

و العنت: الإثم الذى يؤدى إليه غلبه الشهوه.

قال فى الكشاف: و أصل العنت انكسار العظم بعد الجبر، فاستعير لكل مشقه و ضرر، و لا ضرر أعظم من مواقعه المآثم (١). و قد فسر جمع العنت بأنه الزنا (٢)، و زعم الشارح الفاضل و المصنف بأنه مدلوله شرعا (٣).

و كذا فسر الطول شرعا بأنه مهر الزوجه و نفقتها و وجودها، و ليس بجيد، لأن إرادته هذا المعنى فى الآيه لا يقتضى النقل، فإن ذلك بعض استعمالات اللفظ، و يتحقق العنت بقوه الشهوه و ضعف التقوى.

و ينبغى أن يكون خوف الضرر الشديد مع قوه التقوى أيضا كذلك، و يقبل قوله فى ذلك إلا أن يعلم كذبه، و لا يبطل النكاح بتجدد زوال الشرطين، و لم يذكر فى الشرط عدم التمكن من ملك اليمين، و كأنه لم ينظر اليه شرعا فى النكاح بالعقد، و سيأتى فى كلام المصنف فى نكاح الإمام تحقيق ذلك.

ص: ٣٧١

---

١-١) الكشاف ١: ٥٢١. [١]

٢-٢) منهم الشيخ فى المبسوط ٤: ٢١٤، و ابن البراج فى المهذب ٢: ٢١٥.

٣-٣) إيضاح الفوائد ٣: ٩٣.



الفصل الثاني: في استيفاء عدد الطلاق و الموطوءات:

**أما الأول: فمن طلق حره ثلاث طلاقات تتخللها رجعتان حرمت عليه**

أما الأول:

فمن طلق حره ثلاث طلاقات تتخللها رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجها غيره و إن كان المطلق عبدا، و تحرم الأمه بطلقتين بينهما رجعه حتى تنكح زوجها غيره و إن كان المطلق حرا. قوله: (الفصل الثاني: في استيفاء عدد الطلاق و الموطوءات:

أما الأول فمن طلق حره ثلاث طلاقات يتخللها رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجها غيره و إن كان المطلق عبدا، و تحرم الأمه بطلقتين بينهما رجعه حتى تنكح زوجها غيره و إن كان المطلق حرا).

أجمع علماء الإسلام على أن الحر إذا طلق زوجته الحرة ثلاث طلاقات بينهما رجعتان حرمت عليه حتى تنكح زوجها غيره، سواء كان في نكاح واحد أو أكثر، في مجلس واحد أو أكثر، قبل الدخول أو بعده، و لا بد أن يدخل بها الزوج الثاني و يفارقها بطلاق أو غيره و تنقضي عدتها.

قال الله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (١) و المراد المطلقة الثالثه.

و روى أبو بصير عن الصادق عليه السلام: عن المرأة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجها غيره: «هي التي تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثه، فهي التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجها غيره و يذوق عسيلتها» (٢)، هذا حكم الحر بالنسبه إلى الزوجه الحره.

ص: ٣٧٢

١-١ (البقره: ٢٣٠). [١]

٢-٢ (الكافي ٦: ٧٦ حديث ٣، [٢] التهذيب ٨: ٣٣ حديث ٩٨، الاستبصار ٣: ٢٧٤ حديث ٩٧٣.

## و أما الثانى: فالحر إذا تزوج دائما أربع حرائر حرم عليه ما زاد غبطه

و أما الثانى: فالحر إذا تزوج دائما أربع حرائر حرم عليه ما زاد غبطه حتى تموت واحده منهن، أو يطلقها بائنا، أو يفسخ عقدها بسبب، فإن طلق رجعيًا لم تحل له الخامسة حتى تخرج العده، ولو كان الطلاق بائنا حلت في الحال على كراهيه. أما حكمه بالنسبه إلى الأمه فقد أطلق الأصحاب على أن الاعتبار في الطلاق بحال الزوجه، فإن كانت حره لم تحرم إلا بطلقات ثلاث و إن كان الزوج عبدا، و إن كانت أمه حرمت بطلقتين بينهما رجعتان إلى أن تنكح زوجا غيره.

و إن كان الزوج حرا، و العامه جعلت الاعتبار بالزوج فإن كان حرا اعتبروا الطلاق ثلاثا و إن كانت الزوجه أمه، و إن كان عبدا ثبت التحريم بعد طلقتين و إن كانت زوجته حره.

و روى محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «طلاق المرأه إذا كانت تحت مملوك ثلاث تطليقات، و إن كانت مملوكه تحت حر فتطليقتين» (١).

و روى الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «طلاق الحره إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، و طلاق الأمه إذا كانت تحت الحر تطليقتان» (٢).

قوله: (و أما الثانى فالحر إذا تزوج دائما أربع حرائر حرم ما زاد عليه غبطه حتى تموت واحده منهن، أو يطلقها بائنا، أو يفسخ عقدها بسبب، فإن طلق رجعيًا لم تحل له الخامسة حتى تخرج العده، و لو كان الطلاق بائنا حلت في الحال على كراهيه).

أجمع أهل الإسلام على أنه يجوز للحر أن يتزوج بالعقد الدائم أربع حرائر،

ص: ٣٧٣

١- ١) التهذيب ٨: ٨٣ حديث ٢٨١.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٣٥١ حديث ١٦٧٧، التهذيب ٨: ٨٣ حديث ٢٨٢.

و لا- يجوز له الزيادة عليهن غبطه، أى دواما. يقال: أغبطت السماء أى دام مطرها، ذكر نحوه فى القاموس (١). و الأصل فى ذلك قوله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثُلَاثَ وَ رُبَاعَ (٢) و الواو للتخيير لا للجمع و إلا لجاز نكاح ثمانى عشره، لأن معنى قوله (مثنى) اثنتين اثنتين، و كذا قوله: (و ثلاث) معناه ثلاثا ثلاثا، و قوله (و رباع) معناه أربعا أربعا.

و روى العامه أن غيلان بن مسلمه الثقفى أسلم و تحته عشر نسوه قال له النبى صَلَّى الله عليه و آله: «أمسك أربعا و فارق سائرهن» (٣).

و من طريق الأصحاب ما رواه زراره بن أعين أو محمد بن مسلم فى الصحيح عن الصادق عليه السّلام قال: «لا يجمع ماءه فى خمس» (٤).

و فى الحسن عن جميل بن دراج عن الصادق عليه السّلام: فى رجل تزوج خمسا فى عقد، قال: «يخلى سبيل أيتهن شاء و يمسك الأربع» (٥).

و يحكى عن بعض الزيديه جواز العقد على تسع و هم القاسميه، قال الشيخ رحمه الله: هذه حكاية الفقهاء عنهم و لم أجد أحدا من الزيديه يعرف بذلك بل أنكروها أصلا (٦).

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه متى طلق واحده من الأربع بائنا، أو فسخ نكاحها بسبب من الأسباب الموجبه للفسخ، حلت له الخامسة فى الحال، لانقطاع العصمه

ص: ٣٧٤

١- ١) القاموس المحيط ٣٧٥: ٢ «غبط».

٢- ٢) النساء: ٣. [١]

٣- ٣) سنن البيهقى ١٨٢: ٧.

٤- ٤) الكافى ٤٢٩: ٥ حديث ١، [٢] التهذيب ٢٩٤: ٧ حديث ١٢٣٣.

٥- ٥) الكافى ٤٣٠: ٥ حديث ٥، [٣] الفقيه ٢٦٥: ٣ حديث ١٢٦٠، التهذيب ٢٩٥: ٧ حديث ١٢٣٧.

٦- ٦) الخلاف ٢١٤: ٢ مسأله ٦٢ كتاب النكاح.

و لو تزوج اثنتين دفعه حينئذ، قيل: يتخير، و قيل: يبطل. بذلك و صيرورتها كالأجنبيه، و لهذا يجوز لمن طلق زوجته بائنا أن ينكح أختها في العده، و هو مروى عن الصادق عليه السلام (١).

و ما رواه زراره في الصحيح عن الصادق عليه السلام انه قال: «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهن، فلا يتزوج الخامسة حتى تخرج عده المرأة التي طلق» و قال: «لا يجمع ماءه في خمس» (٢) محمول على الطلاق الرجعي، لأن الطلاق البائن لا يبقى معه جمع الماء في خمس و إن بقيت العده، لأنها بالخروج من عصمه النكاح كالأجنبيه، و ان ذلك على جهه الأفضل.

نعم يكره العقد على الخامسة ما دامت المطلقة بائنا في العده، لتحرمها بحرمه النكاح، و للروايه المذكوره.

و من هذا يعلم أن ذا الثلاث لو وطأ رابعه بشبهه حل العقد على أخرى في عدتها، لانتفاء الزوجيه.

قوله: (و لو تزوج اثنتين دفعه حينئذ قيل: يتخير، و قيل: يبطل).

أى: لو تزوج ذو الأربع اثنتين دفعه- أى في عقد واحد، بأن كان وليهما أو وكيلهما واحدا فعقد عليهما معا، أو في عقدين في زمان واحد، بأن جرى العقد معه و مع وكيله حينئذ، أى حين إذ طلق واحده من الأربع بائنا- فلأصحاب قولان:

أحدهما: أنه يتخير من شاء منهما فيمسكها و يخلي سبيل الأخرى، اختاره الشيخ في النهايه (٣)، و ابن البراج (٤)، و هو قول ابن الجنيدي (٥)، لوجود المقتضى لصحه

ص: ٣٧٥

١- ١) الكافي ٥: ٤٣١ حديث ٦، [١] التهذيب ٧: ٢٨٦ حديث ١٢٠٧، الاستبصار ٣: ١٧٠ حديث

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٢٩ حديث ١، [٢] التهذيب ٧: ٢٩٤ حديث ١٢٣٣.

٣- ٣) النهايه: ٤٥٤. [٣]

٤- ٤) المهذب ٢: ١٨٤.

٥- ٥) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٢٦.

العقد فيمن يختارها، و هو كونها محلله. و انتفاء المانع، إذ ليس إلا انضمام العقد على الأخرى إليه و هو لا يصلح للمانع، فإن ضميمه المحرم إلى المباح لا يقتضى تحريم المباح، كما لو عقد على محرمة و محلله، و لأنه لو عقد على أختين دفعه تخير، فكذا هنا.

أما الأولى فلما رواه جميل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليه السلام: في رجل تزوج أختين في عقد واحد قال: «هو بالخيار أن يمسك أيهما شاء، و يخلي سبيل الأخرى» (١).

و أما الثانية فللاتفاق على عدم الفرق بينهما، و لأنه لو عقد على خمس دفعه تخير أربعاً، فكذا هنا.

أما الأولى فلحسنه جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام: في رجل تزوج خمساً في عقد قال: «يخلي سبيل أيتها شاء و يمسك الأربع» (٢).

و أما الثانية فللاتفاق على عدم الفرق بينهما.

و الثانى: بطلان العقد، و هو قول ابن إدريس (٣)، و ابن حمزه (٤)، لأن العقد عليهما معاً لا يجوز قطعاً، و لا على واحد بعينها، لأن نسبة العقد إليهما على حد سواء، و كل واحد منهما ممنوع من نكاحها مع الأخرى فتعين البطلان.

و يمكن الجواب عن حجج الأولين: أما عن الأولى فلأن المانع إنما نشأت عن ضميمه كل منهما إلى الأخرى، و لو لا ذلك لم يكن للتحريم مقتضى، و ليس ذلك كالعقد على المحرمة و محلله، لأن التحريم ثابت بدون العقد، فيكون العقد بالنسبة إلى المحرمة فاسداً، و لا وجه لفساده بالنسبة إلى الأخرى.

ص: ٣٧٤

١-١) الكافي ٥: ٤٣١ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٢٨٥ حديث ١٢٠٣.

٢-٢) الكافي ٥: ٤٣٠ حديث ٥، [٢] الفقيه ٣: ٢٦٥ حديث ١٢٦٠، التهذيب ٧: ٢٩٥ حديث ١٢٣٧.

٣-٣) السرائر: ٢٨٩.

٤-٤) الوسيله: ٣٤٤.

و لو تزوج الحر حره فى عقد و اثنتين فى عقد و ثلاثا فى عقد و اشتبه السابق،صح نكاح الواحده على الثانى. و منشأ المنع من العقد على الاثنتين فيما نحن فيه هو ضميمة إحداهما إلى الأخرى،و هو معنى مشترك بينهما،لا- أولويه لإحداهما فيه على الأخرى،فيكون كل منهما ممنوعا من العقد عليها على هذا الوجه.

و قول المصنف فى المختلف:إن العقد على الاثنتين معا مثل العقد على المحرمه و المحلله عينا،إذ لا فرق إلا الإطلاق و التعيين،و لا أثر له فى التحريم،إذ فى التعيين تحرم المعينه فيبطل العقد عليها.

و يحل العقد على الأخرى،و فى الإطلاق على واحد مطلقه و تحرم اخرى مطلقه و قد عقد عليهما معا فيدخلان فى العقد،إذ لا وجود للكلى إلا فى جزئياته محصله (١)، يقتضى تعلق العقد بغير معينه ثم يعينها هو باختياره،و فيه نظر لأن المعقود عليها لا بد من تعيينها،و لا يجوز العقد على إحدى المرأتين.

و أما الروايتان فلا دلالة فيهما على أن الإمساك بالعقد الأول.لأن من جدد العقد صدق أنه ممسك،و به أجاب المصنف فى التذكرة (٢)،و الأصح البطلان.

قوله: (و لو تزوج الحر حره فى عقد و اثنتين فى عقد،و ثلاثا فى عقد، و اشتبه السابق،صح نكاح الواحده على الثانى).

هذا فرع على الخلاف فى المسأله السابقه،و تقريره انه لو عقد الحر على حره عقدا دائما،و على اثنتين عقدا آخرا،و على ثلاث عقدا آخرا،و اشتبه السابق من العقود،فإن قلنا فى المسأله السابقه و هى ما إذا عقد ذو الثلاث على اثنتين دفعه بطلان العقد عليهما،و هو الأصح و هو القول الثانى،صح نكاح الواحده خاصه و بقى

ص: ٣٧٧

١- ١) المختلف: ٥٢٦.

٢- ٢) التذكرة ٦٣٥: ٢. [١]

الاشتباه فى العقدین الآخرین .

أما الواحده، فلأن عقدها إن تقدم أو توسط أو تأخر، لم يزد به العدد على النصاب، لأن أحد العقدین الآخرین فاسد، فهى اما ثالته أو رابعه.

و أما العقدان الآخران فأيهما تأخر عن الآخر تحقق حصول الزيادة على النصاب، فكان باطلا، فيكون الاشتباه فى الاثنتين و الثلاث ثابتا، و قد علم حكم الاشتباه مما مضى. هذا حكم الفرع بناء على القول الثانى فى المسأله السابقه.

و أما على القول الأول و هو التخيير فلم يتعرض المصنف لبيان الحكم هنا، و تحقيقه: ان نكاح واحد من الثلاث صحيح على كل تقدير من التقديرات الممكنه، لأنه إن تقدم عقد الثلاث صح نكاح الجميع، و كذا إن وقع بعد عقد الواحد.

و لو وقع بعد عقد الاثنتين صح نكاح الاثنتين من الثلاث، و لو وقع بعد عقد الواحد و الاثنتين صح نكاح واحد من الثلاث، فنكاح واحد على كل تقدير صحيح، و الاشتباه فى كونها بالتخيير أو لا، فإذا اختار واحد منهن بقى الاشتباه فى اثنتين باعتبار صحه نكاحهما و فساده، و صحه نكاح واحد و فساد نكاح الأخرى فيتخير.

و أما عقد الواحد فلا اشتباه فى صحته جزما إن تقدم، أو كان بعد عقد الثلاث، أو بعد عقد الاثنتين، و فساده جزما إن وقع بعد العقدین و عقد الاثنتين، لاشتباه فى صحته جزما فيهما، و ذلك إن تقدم أو كان بعد عقد الواحد، و فساده كذلك فيهما إذا تأخر عن العقدین الآخرین، و صحته فى واحد و فساده فى أخرى، فيتخير، و ذلك إذا وقع بعد عقد الثلاث و قبل عقد الواحد.

و الحاصل أن له التخيير فى تعيين واحد من الثلاث اللواتى فى عقد، و الخمس البواقى منهن ثلاث نكاحهن صحيح لانزم، و اثنتان نكاحهما باطل، و قد وقع الاشتباه فتجرى أحكامه السابقه.

و يحل له بملك اليمين و المتعه ما شاء مع الأربع و بدونهن، إذا عرفت ذلك فعلى القول الأول حقوق الزوجيه ثابتة للمنفردة قطعاً، لصحة نكاحها و لها ربع الربع أو ربع الثمن باعتبار وجود الولد و عدمه، مع التفاوت بين الربع و الثلث و هو نصف سدس يكون موقوفاً بين المنفردة، و الثلث لاحق للاثنين فيه و لإمكان صحه عقدهما بسبقه على عقد الثلث، فيكون الربع أو الثمن بين الواحد و الاثنين، و يبقى ثلث الربع أو الثمن موقوفين بين الاثنين، و الثلث لاحق للواحد فيهما.

فإن تبين الخلاف أو قلنا بالقرعه، فلا بحث. و إن أفضى الحال إلى الصلح اعتبر فيه رضى من يحتمل استحقاقه، فلا يعتبر رضى الاثنين فى نصف السدس و لا رضى الواحد فى الثلثين.

و على القول بالتخيير ربع نصيب الزوجيه لمن يختارها من الثلاث، و ثلاثه أرباعه موقوفه بين الكل إلى أن يتبين الحال بالتذكر أو القرعه أو يجرى الصلح.

قوله: (و يحل له بملك اليمين و المتعه ما شاء مع الأربع و بدونهن).

أجمع علماء الإسلام على أنه يجوز للرجل أن ينكح بملك اليمين ما شاء من غير حصر فى عدد، و الأصل فيه عموم قوله تعالى **إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١)**. و أطبق القائلون بإباحه نكاح المتعه على أنه يجوز للرجل أن يتمتع بأكثر من أربع حرائر، و يدل عليه عموم قوله تعالى **فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٢)**.

و ما رواه زراره بن أعين فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: قلت ما

ص: ٣٧٩

[١- ١] النساء: ٢٤. [١]

[٢- ٢] النساء: ٢٤. [٢]



و لا تحل له من الإماء بالعقد الدائم أكثر من أمتين من جملة الأربع.

و لا يحل له ثلاث إماء و إن لم تكن معه حره و لا أمتان مع ثلاث يحل من المتعه قال: «كم شئت» (١).

و سأل أبو بصير الصادق عليه السلام عن المتعه أ هي من الأربع فقال: «لا، و لا من السبعين» (٢).

و عن زراره عن الصادق عليه السلام قال: ذكر له المتعه أ هي من الأربع قال:

قال: «تزوج منهن ألفا فإنهن مستأجرات» (٣).

و عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في المتعه قال: «ليست من الأربع لأنها لا تطلق و لا ترث، و إنما هي مستأجره» و قال: «عدتها خمس و أربعون ليله» (٤) لكن يكره زيادته فيهن على الأربع حملا على الدائم.

و لروايه عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام في المتعه قال: «هي إحدى الأربع» (٥)، و نزلت على الاستحباب جمعا بينها و بين ما سبق.

و لصحيحه أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام: «اجعلوهن من الأربع»، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟ قال: «نعم» (٦).

قوله: (و لا يحل له من الإماء بالعقد الدائم أكثر من اثنتين من جملة الأربع، و لا يحل له ثلاث إماء و إن لم يكن معه حره، و لا أمتان مع ثلاث

ص: ٣٨٠

- 
- ١- ١) الكافي ٥: ٤٥١ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٢٥٨ حديث ١١١٨، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٣٦.
  - ١- ٢) الكافي ٥: ٤٥١ حديث ٤، [٢] التهذيب ٧: ٢٥٨ حديث ١١١٩، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٣٧.
  - ١- ٣) الكافي ٥: ٤٥٢ حديث ٧، [٣] التهذيب ٧: ٢٥٨ حديث ١١٢٠، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٣٨.
  - ١- ٤) الكافي ٥: ٤٥١ حديث ٥، [٤] التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢١، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٤٠.
  - ١- ٥) التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢٢، الاستبصار ٣: ١٤٧ حديث ٥٤٠.
  - ١- ٦) التهذيب ٧: ٢٥٩ حديث ١١٢٤، الاستبصار ٣: ١٤٨ حديث ٥٤٢.

حرائر. حرائر).

أجمع الأصحاب على أنه لا- يحل للرجل الحر من الإماء بالعقد الدائم أكثر من أمتين، و هما من جملة الأربع، فيحل له حرتان و أمتان، و لا يحل له أربع إماء، و لا ثلاث مع حره و بدونها، و لا أمتان مع ثلاث حرائر، و هذا إنما هو على القول بجواز نكاح الأمه اختيارا.

أما عند من يعتبر الشرطين فلا يجوز نكاح الثانية، لفقد الشرط. و قد سبق ذكره في كلام المصنف، و ذكرنا ما يرد عليه هناك، و هنا مباحث:

أ: لا فرق في الأمه بين القنه و المدبره و المكاتبه المشروطه و المستولده و المطلقه التي لم تؤد شيئا، و فيمن تحرر بعضها إشكال ينشأ: من عدم صدق اسم الحره و الأمه عليها. و الأقرب التحريم نظرا إلى ما فيها من الرقيه و تغليب جانب الحرية، و سيأتي في كلام المصنف.

ب: يجوز للحر أن ينكح من الإماء و المتعه و التحليل ما شاء من غير حصر عدد، و به صرح المصنف في التحرير (١)، و الظاهر أنه لا خلاف في ذلك. و لو كان عنده حره فهل يعتبر رضاها في ذلك؟ الظاهر نعم، عملا بإطلاق الأخبار (٢).

ج: لا- ريب أن الأمتين اللتين يجوز للحر نكاحهما دواما من جملة الأربع، للإطباق على أنه لا يجوز نكاح ما زاد على أربع دواما. و قول المصنف: (و لا يحل له نكاح ثلاث إماء). قد يقال انه تكرر، لأنه قد سبق في كلام المصنف قبل الفصل أنه لا خلاف في تحريم الثالثه.

و يمكن دفعه بأن الغرض هنا حصر جميع الصور، فيكون تفصيلا بعد الإجمال.

ص: ٣٨١

١- ١) التحرير ٢: ١٥. [١]

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٥٩ حديث ٤، التهذيب ٧: ٣٤٤ و ٣٤٥ حديث ١٤١٠ و ١٤١١ و ١٤١٢.

و أما العبد فتحرم عليه بالدائم أكثر من حرتين، و تحل له حرتان أو أربع إماء أو حره و أمتان، و له أن يعقد متعه ما شاء مع العدد و بدونه، و كذا بملك اليمين. و لو تجاوز العدد في عقد واحد، ففي التخيير أو بطلان العقد اشكال كالحر، قوله: (و أما العبد فتحرم عليه بالدائم أكثر من حرتين، و يحل له حرتان أو أربع إماء أو حره و أمتان، و له أن يعقد متعه ما شاء مع العدد و بدونه، و كذا بملك اليمين).

أطبق علمائنا على أن العبد يجوز له أن ينكح بالدائم حرتين، أو أربع إماء، أو حره و أمتين، و ليس له أن يعقد على حرتين و أمه، و لا على ثلاث إماء و حره، لأن الحره في حقه بمنزله أمتين، و لأن العبد أنقص من الحر فلا يليق مساواته له في العدد من الحرائر، و الأمه انقص من الحره فلم يمتنع أن يكون له أربع إماء.

و قد روى محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن المملوك يتزوج أربع حرائر، قال: «لا يتزوج إلا حرتين إن شاء أو أربع إماء» (١)، و كذا في روايات أخر (٢). و له أن يعقد ما شاء متعه على الحرائر و الإماء كالحر.

و كذا التحليل، سواء كان عنده العدد الذي يجوز له دواما أم لا، و كذا القول في ملك اليمين.

قوله: (و لو تجاوز العدد في عقد واحد ففي التخيير أو بطلان العقد اشكال كالحر).

منشأ الاشكال: النظر إلى دليل كل من القولين فيما إذا تجاوز العدد في عقد

ص: ٣٨٢

١- ١) الكافي ٥: ٤٧٦ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٣٩٦ حديث ١٢٤٢، الاستبصار ٣: ٢١٣ حديث ٧٧٥.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٧٧ حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ٢٩٦ حديث ١٢٣٩، الاستبصار ٣: ٢١٤ حديث ٧٧٧.

والمعتق بعضها كالأمه في حق الحر، و كالحره في حق العبد في عدد الموطوءات.

أما في عدد الطلاق فكالأمه معهما، و المعتق بعضه كالحرف في حق الإماء، و كالعبد في حق الحرائر. فإنه قائم هنا، و العقدان إذا اقترنا كالعقد الواحد، و الأصح البطلان على ما سبق.

قوله: (و المعتق بعضها كالأمه في حق الحر، و كالحره في حق العبد في عدد الموطوءات، أما في عدد الطلاق فكالأمه معهما).

لما كانت المعتق بعضها قد اشتملت على الرقيه و الحريه، كانت بالإضافة إلى الحر كالأمه، لما فيها من الرقيه، فإن التحريم على الوجه المعين دائر مع الرقيه، و بالإضافة إلى العبد كالحره، نظرا إلى ما فيها من الحريه. هذا في عدد الموطوءات تغليباً لجانب الاحتياط في حق كل منهما.

أما في عدد الطلاق فإنها كالأمه معهما تحرم بتطليقتين لما فيها من الرقيه، فيجب أن يوفر عليها حكمها.

قوله: (و المعتق بعضها كالحرف في حق الأمه، و كالعبد في حق الحرائر).

و تقريبه معلوم مما سبق، لأنه قد جمع بين الحريه و الرقيه معاً، فوجب أن يوفر على كل حكمه، و أن يغلب جانب الاحتياط. و يمكن أن يكون السر في توحيد المصنف الأمه و جمع الحرائر أن الحر قد اختلف في جواز الأمه الواحده له اختياراً، فالمنع على بعض الآراء متعلق بالواحده في حقه.

و أما العبد فإنه لا يمنع من الحره و لا من الحرتين، إنما يمنع مما زاد.

الفصل الثالث: في الكفر، وفيه مطالب:

**الأول: في أصناف الكفار**

الأول: في أصناف الكفار، وهم ثلاثه:

**أ: من له كتاب**

أ: من له كتاب، وهم اليهود والنصارى.

أما السامره فقليل: إنهم من اليهود، والصابئون من النصارى والأصل أنهم إن كانوا يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحد لهم حكم الحربيين.

و لا- اعتبار بغير هذين كصحف إبراهيم و زبور داود عليهما السلام، لأنها مواعظ لا أحكام فيها و ليست معجزه. قوله: (الفصل الثالث: في الكفر، وفيه مطالب:

الأول: في أصناف الكفار، وهم ثلاثه:

الأول: من لهم كتاب و هم اليهود و النصارى، أما السامره فقليل: إنهم من اليهود، والصابئون من النصارى. والأصل أنهم إن كانوا يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحد لهم حكم الحربيين، و لا- اعتبار بغير هذين كصحف إبراهيم و زبور داود، لأنهما مواعظ لا أحكام فيها و ليست معجزه).

من جمله موانع النكاح الكفر، و أصناف الكفار بالنسبه إلى جواز النكاح و عدمه ثلاثه أصناف:

الأول: أهل الكتاب حقيقه، و هم اليهود و النصارى بغير خلاف بين أهل الإسلام. و قد اختلف في السامره و الصابئين، فقليل: إن السامره طائفه من اليهود، و الصابئين طائفه من النصارى. قال الشيخ رحمه الله: و الصحيح في الصابئه أنهم غير

النصارى، لأنهم يعبدون الكواكب (١).

و يقال: إن الصابئين فرقتان فرقه توافق النصارى فى أصول الدين، و فرقه أخرى تخالفهم فتعبد الكواكب السبعة، و تضيف الآثار إليها و تنفى الصانع المختار.

و كلام المفيد يقرب من هذا، لأنه قال: إن جمهور الصابئين توحد الصانع فى الأزل، و منهم من يجعل معه هوى فى العدم صنع منها العالم فكانت عندهم الأصل، و يعتقدون فى الفلك و ما فيه الحياه و النطق، و أنه المدبر لما فى هذا العالم و الدال عليه، و عظموا الكواكب و عبدوها من دون الله تعالى، و سماها بعضهم ملائكة، و جعل بعضهم إلهه و بنوا لها بيوتا للعباده، قال: و هؤلاء على طريق القياس الى مشركى العرب و عباد الأوثان أقرب من المجوس (٢).

و تحرير المبحث ان المفهوم من كلام بعض المحققين أنه لا كلام فى أن السامرة تعد من اليهود و الصابئين تعد من النصارى، و إنما الكلام و النزاع فى أنهم منهم باعتبار حل المناكحه، فإن ثبت حل مناكحتهم فهم منهم، و إلا فهم ملحقون بغيرهم ممن لا يحل مناكحته و إن كانوا معدودين من القبيلتين.

و عبارته المصنف تعطى هذا المعنى، لأن اللائح من قوله: و الأصل أنهم إن كانوا يخالفون القبيلتين إلى آخره، بيان تنزيل القولين فى أن الطائفتين من القبيلتين المذكورتين أو لا، فإنه يريد أن هاتين الطائفتين من اليهود و النصارى.

و منشأ اختلاف القولين - فى أنهم منهم أو لا - إنما هو فى كونهم مبتدعه بالإضافة إليهم أو ملاحده، و ذلك لأنهم إن كان مخالفتهم لهم إنما هى فى الفروع، فهم مبتدعه لا يخرجون بذلك عن كونهم منهم و تلحقهم أحكامهم. و إن كانت المخالفه فى الأصول

ص: ٣٨٥

١ - ١) المبسوط ٢١٠: ٤. [١]

٢ - ٢) المقنعه: ٧٨.

فهم ملاحظه خارجون منهم، وإن عدوا منهم فلا تلحقهم أحكامهم.

فعلى هذا لا- يكون المراد من قول المصنف: (أما السامره فقيل: إنهم من اليهود و الصابئون من النصارى) ظاهره، بل ما يدل عليه باقى كلامه و هو ما حققناه. و كلام المفيد و الشيخ و إن كان المتبادر منه أنهم ليسوا منهم، إلا أنه يحتمل أن يريد به ما قلناه، إذ ليس فى كلامهما ما يدل على أنهم لا يعدون منهم، فيحتمل أن يريد بكونهم غيرهم عدم لحوق أحكامهم لهم.

و الحاصل من كلام المصنف التوقف فى حل مناكحه كل من الطائفتين إلى أن تبين الحال فى ذلك، و أن الاختلاف إنما هو فى حال السامره و الصابئين لا- فى حكمهم، لأنهم على تقدير المخالفه فى الأصول لا شك فى تحريم نكاحهم، و على تقدير المخالفه فى الفروع لهم حكم أهل الكتاب.

إذا تقرر ذلك فبأى طريق يعلم حالهم فى المخالفه؟ لا ريب أن التواتر و شهاده عدلين طريق إلى ذلك، و كذا الشيعاء. و هل يكفى قولهم؟ يحتمل قويا ذلك، لأن اعتقاد المكلف إنما يعلم من قبله.

و اعلم أن المشار إليه بهذين فى قول المصنف: (و لا- اعتبار بغير هذين) التوراه و الإنجيل، المدلول عليهما بذكر اليهود و النصارى. و المراد أن ما عدا التوراه و الإنجيل كصحف شيث و إدريس، و صحف إبراهيم، و زبور داود لا اعتبار بها فى كون المنسويين إليها أهل الكتاب.

و اختلف فى سبب ذلك، فقيل: إنها لم تنزل عليهم بنظم تدرس و تتلى، و إنما اوحى إليهم معانيها. و قيل: إنها حكم و مواعظ و آداب، و ليس فيها أحكام و شرائع.

و قيل: إنها كانت وحيا كما أخبر النبى صلى الله عليه و آله بأشياء من الوحي.

و جمله القول أنه لم يثبت لغير اليهود و النصارى حرمه أهل الكتاب، فيتمسك فيهم بعموم المنع من مناكحه الكفار، و وجوب قتالهم الى أن يسلموا.

و من انتقل إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبي عليه السّلام لم يقبل منه و لم تثبت لأولادهم حرمة و لم يقرأوا عليه، و إن كان قبله و قبل التبديل قبل و أقر أولادهم عليه، و ثبت لهم حرمة أهل الكتاب. قوله: (و من انتقل إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبي صلّى الله عليه و آله و سلم لم تقبل منه، و لم تثبت لأولادهم حرمة، و لم يقرأوا عليه. و إن كان قبله و قبل التبديل قبل و أقر أولادهم عليه، و يثبت لهم حرمة أهل الكتاب).

أراد المصنف بهذا البحث تحقيق حال أهل الكتاب، و الأحوال أربعة، لأن أول دخولهم في ذلك الدين: إما أن يكون قبل تطرق التحريف و النسخ إليه، أو بعدهما، أو بعد التحريف و قبل النسخ، فهذه أحوال ثلاثة، و الرابع أن يشكل الأمر فلا يعلم شيء من ذلك.

ففي الأول لا- شك في قبول ذلك الدين منهم، و ثبوت حرمة أهل الكتاب لهم و لأولادهم، و جواز مناكحتهم عند من يجوز مناكحه أهل الكتاب.

و في الثاني إن كان دخولهم بعد بعث نبينا صلّى الله عليه و آله، لم يقرأوا عليه، و لم يثبت لهم حرمة أهل الكتاب، لسقوط حرمة ذلك الدين بنسخه، و وجوب دخولهم في دين الإسلام. نقل المقداد في التنقيح الإجماع على أن من دخل في دين أهل الكتاب بعد مبعث نبينا صلّى الله عليه و آله لا يقر عليه (١)، و هذا مناف لما ادعاه الشارح فخر الدين في بحث الانتقال، و هو المطلوب الثالث في ثبوت الخلاف في ذلك (٢).

ص: ٣٨٧

١- (١) التنقيح الرائع ٣: ١٠١. [١]

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٣: ٩٧.



و هل اليهود بعد مبعث عيسى عليه السّلام كههم بعد مبعث النبي صلّى الله عليه و آله؟ اشكال، و إن كان بينهما فإن انتقل الى دين من بدل لم يقبل، و إلاّ قبل. و إن كان الدخول بعد مبعث عيسى عليه السّلام، و هو الذي أراده المصنف بقوله: (و هل اليهود بعد مبعث عيسى عليه السّلام كهو بعد مبعث النبي صلّى الله عليه و آله؟ فيه اشكال، و منشأ الاشكال أنه حينئذ قد دخل في دين الباطل في اعتقاده، و في نفس الأمر فلا يقبل منه و لا تقر أولاده عليه، و لعموم قوله تعالى وَ مَنْ يَتَّبِعِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ (١)).

و من عموم النص الدال على إقرار اليهود و النصارى، خرج من ذلك من كان دخوله بعد مبعث نبينا صلّى الله عليه و آله فيبقى، الباقي على حكمه.

و لأننا لا نعلم كيفيه نسخ شرع عيسى عليه السّلام لشريعته موسى عليه السّلام، و هل نسخت بعضها أو كلها. و في القبول قوه، لعموم النص الدال على الإقرار، و لم يثبت من النبي صلّى الله عليه و آله تفرقه بين من كان قد تهود قبل مبعث عيسى عليه السّلام و بعده و لا تفحص عن ذلك، و كون ذلك الدين حينئذ باطلا لا يمنع من احترامه.

قوله: (و إن كان بينهما، فإن انتقل الى دين من بدل لم يقبل، و إلاّ قبل).

هذا هو الحال الثالث، و هو أن يكون الدخول في دين أهل الكتاب و الانتقال اليه بعد تبديله و تحريفه و قبل نسخه، و حكمه انه تمسك بالحق الذي ليس بمحرف، فلا شك في القبول، و إن تمسك بالمحرف لم يقبل منه على أصح الوجهين، لأن ذلك خارج عن ذلك الدين فهو كسائر الأديان الباطله.

ص: ٣٨٨

و لو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل أو بعده، أو دخلوا فى دين من بدل أو لا، فالأقرب إجراؤهم بحكم المجوس.

### ب: من له شبهه كتاب

ب: من له شبهه كتاب و هم المجوس. و يحتمل ضعيفا القبول، لعموم النص، و لأن الصحابه تزوجوا منهم و لم يبحثوا عن أحوالهم. و ليس بشيء، لأنهم بنوا على الظاهر من تمسكهم بالحق منه لإلزامهم به حيث لم يعلم خلافه، أما بعد العلم فلا.

قوله: (و لو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل أو بعده، أو دخلوا فى دين من بدل أو لا، فالأقرب إجراؤهم بحكم المجوس).

هذا هو الحال الرابع، و هو أن يشكل الأمر و لا يعلم الدخول و الانتقال قبل التبديل و النسخ أو بعدهما أو بينهما و إن التمسك بالمبدل أو غيره و الأقرب عند المصنف فى ذلك الأخذ بالاحتياط، فيجرى عليهم حكم المجوس، فيقرون بالحريه تغليبا لحقن الدماء. و لأنهم أولى بذلك من المجوس، لأنهم أهل كتاب حقيقه و إن لم يعلم حالتهم فى تمسكهم فيه، و ليس للمجوس إلا شبهه كتاب.

و على هذا فعلى القول بالمنع من نكاح المجوس يمنع من نكاحهم، و لذلك حكمت الصحابه فى نصارى العرب و هم بهرا و بنوح و تغلب.

و يحتمل العدم، لأن شرط الإقرار على اليهود و التنصر الدخول قبل النسخ و التحريف، و لم يعلم، و الجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط، و المجوس خرجوا بالنص. و فيه نظر، للمنوع من كون ذلك شرطا للإقرار، و إنما العلم بخلافه مانع منه، و الأقرب ما قربه المصنف.

قوله: (الثانى: من لهم شبهه كتاب، و هم المجوس).

لما لم يكن المجوس أهل كتاب حقيقه، و لم يبلغوا فى الحرمة مبلغ أهل الكتاب، أفردهم صنفا برأسه. و إنما كانوا أهل شبهه كتاب، لما روى عن على عليه السلام أنه

ج: من عدا هؤلاء، كالذين لا يعتقدون شيئا، وعباد الأوثان و الشمس و النيران و غيرهم. أما الأول ففي تحريم نكاحهم على المسلم خلاف، أقرببه تحريم المؤبد دون المنقطع و ملك اليمين، و كذا الثانى.

و أما الثالث فإنه حرام بالإجماع فى أصناف النكاح الثلاثة. قال: «لهم كتاب فبدلوه فأصبحوا و قد اسرى به و رفع عنهم».

و فى قول للشافعى أنهم لم يكونوا أهل كتاب البتة، لقوله عليه السّلام: «سنوا بهم سنه أهل الكتاب». و هو يشعر بأنهم ليسوا بأهل كتاب. كذا قيل، و لا ريب أنه لا يدل على أنه ليس لهم كتاب أصلا.

قوله: (الثالث: من عدا هؤلاء الذين لا يعتقدون شيئا، وعباد الأوثان و الشمس و النيران، و غيرهم).

هذا هو الصنف الثالث من أصناف الكفار، و هم من، لا- كتاب له و لا- شبه كتاب، و هم عبده الأوثان و النيران و الشمس و النجوم، و الصور التى يستحسنونها كالحجر و البقر و القمر و المعطلة و الزنادقة، و كل مذهب يكفر معتقده و هم المتمسكون بصحف شت و إدريس و إبراهيم و زبور داود، لأنهم ليسوا أهل كتاب كما سبق.

قوله: (أما الأول ففي تحريم نكاحهم على المسلم خلاف، أقرببه تحريم المؤبد دون المنقطع و ملك اليمين، و كذا الثانى، و أما الثالث فإنه حرام بالإجماع فى أصناف النكاح الثلاثة).

لما ذكر أصناف الكفار الثلاثة بالنسبه إلى جواز النكاح و عدمه، أردف ذلك أحكامها، و للأصحاب فى ذلك اختلاف: فذهب بعضهم الى تحريم نكاح الكتائيات

ولا- تحل المسلمه إلى أحد من أصناف الكفار الثلاثة، وإن سوغنا الدائم على الكتابيه ثبت لها حقوق الزوجيه كالمسلمه، إلا الميراث و القسمة فلها نصف المسلمه الحره، و الحد ففي قذفها التعزير. مطلقا (1)، و بعضهم جَوَز الدائم و المنقطع و ملك اليمين (2) و بعضهم جَوَز المنقطع و ملك اليمين و منع الدائم (3)، و هذا هو المختار و مقرب المصنف.

و أما المجوسيات فبعض من جَوَز نكاح الكتابيات منع نكاحهن (4) و بعض جَوَز وطأهن بملك اليمين دون العقد (5)، و بعض جَوَز المتعه و ملك اليمين (6) و هو الأصح و مختار المصنف.

و أما الصنف الثالث فلا خلاف بين أهل الإسلام في تحريم نكاح نسائهم دوما و متعه و ملك يمين، و قد تقدّم البحث في ذلك و ذكر دلائله مستوفى.

قوله: (و لا تحل المسلمه على أحد من أصناف الكفار الثلاثة).

لا- خلاف بين أهل الإسلام في أنه لا- يجوز للمسلمه نكاح الكافر، أى الأصناف الثلاثة كان، و قد ورد النص على ذلك في الكتاب (7) و السنه (8).

قوله: (و إن سوغنا الدائم على الكتابيه ثبت لها حقوق الزوجيه كالمسلمه، إلا الميراث و القسمة فلها نصف المسلمه الحره، و الحد ففي قذفها التعزير).

إذا جوزنا نكاح

ص: ٣٩١

١- ١) ذهب إليه الشيخ الطوسى فى التهذيب ٧:٢٩٦ و التبيان ٢:٢١٧.

٢- ٢) نقله فى التنقيح الرائع ٣:٩٦ [١] عن ابن أبى عقيل.

٣- ٣) ذهب إليه سلالر فى المراسم: ١٤٨.

٤- ٤) منهم ابن إدريس فى السرائر: ٢٩١.

٥- ٥) نقله فى التنقيح الرائع ٣:٩٩ [٢] عن ابن بابويه.

٦- ٦) منهم الشيخ الطوسى فى النهايه: ٤٥٧. [٣]

٧- ٧) النساء: ١٤١.

٨- ٨) الكافى ٥-٤٣٥ حديث ٢.

و عقد أهل الذمه إن كان صحيحا عندهم أقروا عليه، وإلا فلا. الكتابيه دواما كما هو مذهب بعض الأصحاب (١)، أو أسلم زوج الكتابيه عند الجميع فإنه يكون كالمسلمه فى النفقه و المهر و الطلاق و السكنى و أحكام الإيلاء، فيطالب عند انتهاء المده بالنفقه أو الطلاق و الظهار و اللعان.

بالجمله فعامه حقوق الزوجيه، لأن النكاح عقد معاوضه فاستوت فيه المسلمه و الكافره كالبيع و الإجاره، و لعموم دلائل تلك الحقوق الشامله للكافره كالمسلمه، لكن يستثنى من ذلك الميراث، فإنها لا ترث الزوج بل يرثها هو، لأن الكافر لا يرث المسلم و يرثه المسلم عندنا على ما سيأتى إن شاء الله تعالى.

و إذا مات الزوج المسلم لم يكن للكافره تغسيله عندنا، لإطباق العلماء على أن المسلم لا يغسله إلا مسلم.

و كذا يستثنى القسمه، فإن الكافره و إن استحققتها فى الجمله إلا أنها إنما تستحق نصف المسلمه الحره.

و كذا يستثنى الحد، فإن قذفها إنما يوجب التعزير خاصه، و كذا القول فى القصاص، و هذان ليسا من حقوق الزوجيه.

و كذا يستثنى ماء الغسل إن أوجبناه للمسلمه، فإنه لا يجب للكافره إذ لا يصح غسلها، و كذا الحضانه فإن الأب المسلم أولى من الأم الكافره.

قوله: (و عقد أهل الذمه إن كان صحيحا عندهم أقروا عليه، وإلا فلا).

أنكحه أهل الذمه صحيحه، و كذا طلاقهم واقع عند عامه أهل الإسلام، إلا مالكا فإنه قال: لا تصح انكحتهم و لا يقع طلاقهم، و إنما يقرون عليها (٢)، و ليس

ص: ٣٩٢

١- (١) انظر: المغنى لابن قدامه ٧: ٥٦٢، المجموع ١٦: ٢٩٩.

٢- (٢) نقله فى إيضاح الفوائد ٣: ٢٢ عن ابن أبى عقيل.

و كذا أهل الحرب، إلا في شيء واحد و هو أن الحربى إذا قهر امرأه من الحربيات و أسلم أقر عليها إن كان يعتقد ذلك نكاحا.

و لو قهر الذمى ذميه لم يقر عليها بعد الإسلام، لأن على الإمام الذب عنهم و دفع من بشيء، فإن قوله تعالى وَ امْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ (١) و قَالَتْ امْرَأَتُ فِرْعَوْنَ (٢) أطلق عليها سبحانه كونها امرأه، و ذلك دليل على صحة النكاح، و على هذا فترتب عليها أحكام النكاح الصحيح من الطلاق و الظهار و الإيلاء و وجوب المهر و القسم و الإحصان، و غير ذلك.

و متى ظاهر من امرأته ثم أسلم فعليه كفاره الظهار، لعموم قوله تعالى:

وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٣) و إن آلى ثبت حكم الإيلاء، و كذا اللعان، و غير ذلك.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المعتبر فى صحة نكاح أهل الكفر كونه صحيحا عندهم، ليلزمهم مقتضاه و يقرون عليه و إن كان فاسدا عندنا. أما لو كان فاسدا عندهم فإنهم لا يقرون عليه، لاعتقادهم أنه ليس نكاحا، لكن يجب أن يستثنى من هذا ما إذا كان فاسدا عندهم صحيحا عندنا فإنهم يقرون عليه قطعا، و سيأتى عن قريب إن شاء الله تعالى استثناء ذلك فى كلام المصنف و تحقيق الكلام فى انكحتهم.

قوله: (و كذا أهل الحرب إلا فى شيء واحد، و هو أن الحربى إذا قهر امرأه من الحربيات و أسلم أقر عليها إن كان يعتقد ذلك نكاحا، و لو قهر الذمى ذميه لم يقر عليها بعد الإسلام، لأن على الامام الذب عنهم و دفع من

ص: ٣٩٣

١-١) المسد: ٤. [١]

٢-٢) القصص: ٩. [٢]

٣-٣) المجادلة: ٣. [٣]

قهرهم. قهرهم).

أى: وكذا عقد أهل الحرب إن كان صحيحا عندهم أقروا عليه، هكذا مقتضى التشبيه، إلا أنه لا يحسن موقع الاستثناء حينئذ، وقد كان الأحسن أن يبدأ بأهل الحرب ثم يشبه بهم أهل الذمه فى ذلك، ليصير الاستثناء محتاجا إليه.

و الحاصل أن نكاح أهل الذمه و أهل الحرب سواء، إن اعتقدوه صحيحا حكم بصحته عندنا و أقروا عليه، و إن اعتقدوا فساده فهو فاسد لا يقرون عليه بعد الإسلام، و كذا قبله إذا ترافعوا إلينا، إلا إذا اعتقدوا فساده و كان صحيحا عندنا فإنهم يقرون عليه كما سيأتى.

و لا- يستثنى من هذه المساواه، إلا مسأله واحده و هى ما إذا اعتقد الكافر قهر المرأه نكاحا، فإنه إذا قهرها على جهه النكاح ثم أسلم أو ترافعا إلينا، فإن المرأه إن كانت حربيه حكم بصحة ذلك النكاح كغيره من الأنكحه التى لا تطابق الوجوه المعتره فى النكاح.

و إن كانت ذميه لم يحكم بصحته و لم يقر عليه، لأن أهل الذمه يجب على الامام الذب عنهم و دفع القهر عنهم، و متى وجب فى شرع الإسلام دفع هذا القهر امتنع الإقرار عليهم و الحكم بصحته و استدامته، و هنا مباحث:

الأول: قوله: (الحربى إذا قهر امرأه من الحربيات) ذكر الحربى غير محتاج إليه، بل الأولى تركه، فإن الذمى لو قهر الحربيه معتقدا أن ذلك هو النكاح كان كما لو قهرها الحربى بغير فرق.

الثانى: لا بد من اعتقاد كون القهر نكاحا أن يكون الغرض به النكاح، فلو قهرها على قصد الاسترقاق مثلا ثم أسلم، أو ترافعا إلينا لم يحكم بالنكاح، و العبارة خاليه من ذلك.

الثالث: قوله: (و إن قهر الذمى ذميه) ذكر الذمى غير محتاج إليه أيضا، فإن

و لو نكح الكتابي و ثنيه و بالعكس لم يفسخ النكاح، و الأقرب إلحاق الولد بأشرفهما كالمسلم. الحربى لو قهر ذميه ثم أسلم أو رفع الأمر إلينا، كان الحكم واحدا فى وجوب المنع.

و قد يقال قوله: (لم يقر عليها بعد الإسلام) غير كاف فى بيان حكم المسأله، بل كان ينبغى أن يقول: لم يقر عليها بعد الإسلام و قبله.

و يمكن دفعه بأن التعليل بقوله: (لأن على الامام الذب عنهم) مشعر بذلك، فأغنى عن التصريح.

قوله: (و لو نكح الكتابي و ثنيه و بالعكس لم يفسخ النكاح، و الأقرب إلحاق الولد بأشرفهما كالمسلمين).

إذا نكح الكتابي و ثنيه أو نكح الوثنى كتابيه، كان النكاح صحيحا كغيره من انكحه الكفار فإن الكفاءه حاصله.

و نكاح الكفر محكوم بصحته كما سبق، فلا مانع من الحكم بالصحه، و عدول المصنف عن التعبير بصحه النكاح الى قوله: (لم يفسخ النكاح) ليس لأنه لا يرى صحته، إذ لو لم يكن صحيحا لكان مفسوخا، و إنما هو تفنن فى العبارة.

فعلى هذا بأى الطرفين يلحق الولد بالكتابي أم بالوثنى؟ فيه وجهان أقربهما عند المصنف الأول، و ذلك لأنه قد ثبت شرعا أن الولد يتبع أشرف الطرفين، فإذا كان أحدهما حرا أو مسلما و الآخر رقيقا أو كافرا، يتبع الحر و المسلم دون الآخر، فكذا هنا، لأن الكتابي أشرف من الوثنى فإنه يقر بالجزيه و يجوز مناكحته، بخلاف الوثنى.

فإن قيل: أشرف أفعال التفضيل، فيلزم أن يكون لكل من الذميين شرف، لأنها يقتضى الاشتراك فى المطلق و زياده أحدهما على الآخر.



قلنا: ليس بلازم، كما فى قوله تعالى أَصْحَابُ الْجَنَّةِ يَوْمَئِذٍ خَيْرٌ مُّسْتَقَرًّا (١)، و قوله تعالى أَمْنٌ يَمْشَى عَلَى صِرَاطٍ مُّسْتَقِيمٍ (٢) و يحتمل العدم، و هو الوجه الثانى، فلا تحل المناكحة تغليبا للتحريم كالمتولد بين المأكول و غيره.

و فرق بعضهم بأن الإسلام يعلو و يغلب سائر الأديان، و سائر الأديان تتقاوم و لا يغلب بعضها على بعض. و من ثم قلنا: إن الكفر مله واحده، فعلى هذا فهل يفرق بين ما إذا كان الولد صغيرا، و بين ما إذا بلغ و تدين بدين الكتابى من أبويه؟ ذهب بعض العامة إلى الفرق، فجوز المناكحة على التقدير الثانى، و ينبغى عدم الفرق، لأن تدين الولد لا اعتبار به من دون اللحاق، و ما قربه المصنف أقرب، لأن الكفر و إن كان مله واحده إلا أنه لا ريب فى ثبوت المزيد و الشرف لبعض على بعض، و لهذا تجوز مناكحة البعض و يقرون على دينهم دون البعض الآخر، و هنا مباحث:

الأول: على الاحتمال الثانى، و هو عدم الإلحاق بالأشرف، لو بلغ و اعتقد دين الكتابى من أبويه، فهل يقر بالجزيه؟ صرح المصنف فى التذكرة بذلك (٣)، و هو أصح و جهى الشافعية (٤)، تغليبا لحقن الدماء و المنع فى النكاح للاحتياط.

الثانى: لو تولد بين يهودى و مجوسى، و قلنا إن الولد يتبع الأشرف، فإذا بلغ و اختار التمجس فهل يمكن منه؟ يحتمل ذلك، لانتفاء المانع، و لم يصرح المصنف فى التذكرة بشىء.

ص: ٣٩٦

١-١) الفرقان: ٢٤. [١]

٢-٢) الملك: ٢٢. [٢]

٣-٣) التذكرة ٢: ٦٤٨. [٣]

٤-٤) المجموع ١٦: ٢٣٥، مغنى المحتاج ٣: ١٨٩.

و إذا تحاكم أهل الذمه إلينا، تخير الإمام بين الحكم بينهم و بين ردهم إلى أهل ملتهم إن اتفق الغريمان في الدين، و كذا إن اختلفا على اشكال في الرد.

فإن قلنا بالرد احتمال إلى من يختاره المدعى أو الحاكم أو الناسخ، لموافقه رأيه رأى الحاكم في بطلان المنسوخ، الثالث: بين الشارح الفاضل ولد المصنف الأقرب على أن الكفر ليس بمله واحده (1)، و ليس بواضح، لأن كونه مله واحده لا يمنع من أشرفيه بعض الكفار على بعض باعتبار الاعتقاد.

قوله: (و إذا تحاكم أهل الذمه إلينا، تخير الإمام بين الحكم بينهم و بين ردهم إلى أهل ملتهم إن اتفق الغريمان في الدين، و كذا إن اختلفا على اشكال. فإن قلنا بالرد احتمال إلى من يختاره المدعى أو الحاكم أو الناسخ، لموافقه رأيه رأى الحاكم في بطلان المنسوخ).

لما ذكر ضابطا في نكاح الكفار باعتبار تقريرهم عليه إذا أسلموا و تحاكموا إلينا، أشار إلى بيان حكم تحاكمهم إلينا، و جملة القول في ذلك: إن أهل الذمه إذا تحاكموا إلينا في حقوق الأدميين فيما أن يتفق الغريمان في الدين، أو اختلفا فيه.

فإن اتفقا تخير الإمام في الحكم بينهم و بين ردهم إلى ملتهم عند الأكثر، لقوله تعالى فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ (2) و المراد بالإعراض عنهم و الله اعلم: ردهم إلى حكم ملتهم، لأنه لا يجوز تركهم على النزاع المنجر إلى الفتنة.

و قيل بوجوب الحكم بينهم، و إن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى:

ص: ٣٩٧

١- ١) إيضاح الفوائد ٣: ٩٨.

٢- ٢) المائدة: ٤٢. [١]

وَ أَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ (١) و إن على الامام دفع الظلم عنهم، و ردهم إلى ملتهم يتضمن الظلم. و الحق ان الآيه محكمه، و الظلم الذى يجب دفعه عنهم هو ما عدا ظلم دينهم، لأنهم يقرون عليه و يعتقدونه حقا.

و ان اختلف الغريمان فى الدين فكذلك يتخير الامام بين الحكم و الاعراض على اشكال ينشأ: من عموم الآيه الشامل للمتفقين فى الدين و المختلفين، و لا مخصص لهذا العموم فى الكتاب و السنه. و من أن الاعراض هنا يستلزم الرد إلى ملة أحد الخصمين، و يلزم منه محذورات:

الأول: الظلم، فإن الحكم على الآخر بغير حكم الإسلام، و ما التزمه من دينه الذى يقر عليه ظلم قطعاً، يجب على الإمام إزالته بمقتضى الذمه و بمقتضى قوله تعالى:

وَ أَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ .

الثانى: الخروج عن مقتضى عقد الذمه، لأن الذى تراضينا و إياهم عليه تقريرهم على دينهم و إجراء أحكام الإسلام لهم، و الرد إلى أحد الملتين خروج عن ذلك بالنسبه إلى الخصم الآخر.

الثالث: إن الاعراض لو جاز لزم أحد الأمور الثلاثة الآتية، و هى: إما الرد الى من يختاره المدعى، أو الحاكم، أو الناسخ، و اللازم بأقسامه محذور باطل. بيان الملازمه انحصار الأمر على تقدير الرد فى الأمور الثلاثة بالاستقراء.

و وجه الأول ان يعتبر الحاكم حق المدعى، و وجه الثانى أن الحاكم هو المأمور بالحكم أو الرد فإليه التعيين.

و وجه الثالث ما ذكره المصنف من قوله: (لموافق رأيه رأى الحاكم فى بطلان المنسوخ).

ص: ٣٩٨

و لو تحاكم المستأمنان فكذلك. و لو ترفع مسلم و ذمى أو مستأمن وجب الحكم بينهما، و كل موضع يجب الحكم لو استعدى الخصم أعداءه. و بيان بطلان اللازم أن تعيين المدعى لغير من يجوز عليه حكمه لا أثر له، و لا يجوز للحاكم تعيين من حكمه ظلم لم يلتزمه الخصم، و الملتان باطلتان لنسخهما فهما سواء في ذلك، و الأصح وجوب الحكم هنا. و هذا كله في حقوق الأدميين، أما حقوق الله تعالى فسيأتى حكمها في الحدود.

قوله: (و لو تحاكم المستأمنان فكذلك).

أى: تخير الحاكم بين الحكم و الرد مع اتفاق الدين و مع الاختلاف الاشكال، لكن قد يقال هنا: إن المستأمن لا يجب دفع الظلم عنه إذا وقع من بعضهم، فأما إذا ظلمهم المسلمون وجب على الإمام النهى عن المنكر، فلا يجب الحكم بينهما بحال، أما إذا ترفع ذمى و مستأمن فإن وجوب الحكم هنا متجه كالمسلم و المستأمن.

قوله: (و لو ترفع مسلم و ذمى أو مستأمن وجب الحكم بينهما).

لأنه لا يجوز رد المسلم إلى غير مله الإسلام، و لا الاعراض عن الحكم بينه و بين خصمه لو كان مسلماً، فكيف إذا كان ذمياً أو مستأماً.

قوله: (و كل موضع يجب الحكم لو استعدى الخصم أعداءه).

قال فى القاموس: استعداه استغاثه و استنصره (1)، و يقال أعدا زيد عليه نصره و أعانه و قواه، و المراد أن كل موضع يجب على الحاكم الحكم على تقدير الترفع، فإذا استعدى الخصم الحاكم على خصمه على تقدير عدم الترفع طالبا إحضاره قبل الحكم وجب على الحاكم اجابته.

ص: ٣٩٩

و إذا أرادوا ابتداء العقد لم يزوجهم الحاكم إلا بشروط النكاح بين المسلمين، فلا يصح على خمر أو خنزير. و إن تزوجا عليه ثم ترافعا: فإن كان قبل القبض لم يحكم بوجوبه و أوجب مهر المثل، و يحتمل قويا قيمته عند مستحليه. و إن كان بعده برئ الزوج، قوله: (و إذا أرادوا ابتداء العقد لم يزوجهم الحاكم إلا بشروط النكاح بين المسلمين، فلا يصح على خمر أو خنزير).

المراد ان أهل الذمه و المستأمنين إذا أرادوا إنشاء العقد عند الحاكم، لم يجز له أن يزوجهم إلا بشروط النكاح بين المسلمين، و إن كانوا لو عقدوا فيما بينهم لم يعترضوا في دينهم، لأنه لا يجوز للحاكم العمل بغير حكم الإسلام، فلا يعقد لهم على خمر أو خنزير.

و لا بد أن يأتي بصيغه العقد الصحيح عندنا، و لا يعقد على الأختين لو احد، و غير ذلك من الأمور التي يجب في شرع الإسلام رعايتها في النكاح، و كذا سائر العقود و الإيقاعات.

قوله: (و إن تزوجا ثم ترافعا، فإن كان قبل القبض لم يحكم بوجوبه و أوجب مهر المثل، و يحتمل قويا قيمته عند مستحليه، و إن كان بعده برئ الزوج).

إذا عقد الكافران بينهما عقد النكاح على بعض المحرمات، نفى عبارته المصنف حذف تقديره: و إن تزوجا على خمر أو خنزير ثم ترافعا إلينا في ذلك النكاح، فإما أن يكون ذلك الترافع قبل قبض شيء من المهر، أو بعد قبض جميعه، أو بعد قبض البعض دون البعض.

فإن كان بعد قبض الجميع برئ الزوج، لوصول حق الزوجه إليها باعتقادهما، و بمقتضى دينهما الذي اقرا عليه، و هذا هو الذي أراده المصنف بقوله: (و إن كان بعده

و إن كان بعد قبض بعضه سقط بقدر المقبوض و وجب بنسبه الباقي من مهر المثل أو قيمه، فإن كان عشره أزقاق خمر قبضت خمسه، فإن تساوت برىء من النصف، و إن اختلفت احتمل اعتبار العدد إذ لا قيمه لها، و الكيل، و الأقرب القيمه عند مستحليه. برىء الزوج).

و إن كان قبل قبض شيء منه فلا- ريب في وجوب مهر، و لا- يجوز الحكم بالمسمى، لا امتناع ذلك في شرعنا، بل يجب على الحاكم الحكم بمهر المثل، لأنه إذا فسد المسمى وجب مهر المثل.

و يحتمل قويا عند المصنف وجوب قيمته عند مستحليه، لأن المسمى لم يفسد، بل صح فيما بينهم و لزم، و لهذا لو قبضته لم يجب لها غيره، بل تعذر الحكم به فوجب المصير إلى قيمته عند مستحليه، لأنه أقرب شيء إليه.

و مثله ما لو جرى العقد على عين تعذر تسليمها، فإنه يصار إلى قيمتها، و لأن مهر المثل قد يزيد عن قيمه المسمى، فلو حكم به الزم الزوج بزياده عما في ذمته مع اعتراف الزوجه بعدم استحقاقها، و قد ينقص فتمنع الزوجه بعض حقها مع اعتراف الزوج بثبوتها، و انه يجب الحكم بقيمه الخمر المحرّمه لو أتلفها متلف على ذمى و ترافعا إلينا.

و مثله ما لو جعلها ثمنا في البيع، و كذا الصلح و غيرها، فلا مانع من الحكم بالقيمه هنا، فالأصح الاحتمال الثاني.

قوله: (و إن كان بعد قبض بعضه سقط بقدر قيمه المقبوض، و وجب بنسبه الباقي من مهر المثل أو القيمه، فإن كان عشره أزقاق خمر قبضت خمسه، فإن تساوت برىء من النصف، و إن اختلفت احتمل اعتبار العدد إذ لا قيمه لها، و الكيل، و الأقرب القيمه عند مستحليه).

هذه هي الصورة

ص: ٤٠١

الثالثة، و هي ما إذا ترافعا إلينا بعد قبض بعض المهر، و حكمه سقوط قدر ذلك المقبوض من المهر و براءة الذمه منه، و يبقى في الذمه باقيه، فتجب بنسبه الباقي من مهر المثل و القيمه بناء على الاحتمالين السابقين، فينسب ما بقى من المهر إلى مجموعته، و يؤخذ بتلك النسبه من مهر المثل أو من القيمه.

فإما أن يكون جنسا واحدا أو جنسين، و الجنس الواحد إما أن لا يكون فيه تعدد كزق خمر، أو يكون كزقي خمر. فإما أن يتساويا في القدر أو يختلفا، فإن كان الجنس واحدا لا تعدد فيه فالحكم ظاهر، فإن كان المقبوض نصفه فالواجب نصف مهر المثل أو نصف القيمه على الاحتمالين.

و كذا غير النصف من الاجزاء كثلث و ربع و غيرهما، و كذا لو كان فيه تعدد و استوى قدر آحاده كزقي خمر متساويين قدرا كيلا و وزنا.

و لو اختلف الآحاد قدرا احتمل اعتبار العدد، فيقسط عليه مهر المثل و لا ينظر الى التفاوت، فإذا كان المهر قدر عشره أزقاق مثلا، و قد قبضت خمسه منها و جب نصف مهر المثل.

و ان تفاوتت قدرا فإنه لا قيمه لها و لا تعد مالا، و القليل منها مثل الكثير في الماليه، فتعتبر الجزئيه بعدد آحادها. و يحتمل اعتبار القدر، لأن الجزئيه الحقيقيه إنما تكون باعتبارها، فيحتمل اعتبار الكيل لا اعتباره فيما يتساوى اجزأؤه. و يحتمل الوزن، لأنه أضبط.

و لو كان الصداق خنزيرين أو كلبين، فعلى اعتبار العدد لا بحث، و على اعتبار القدر يقدر قيمتهما بقدر ماليتهما، و ينسب قيمه ما بقى إلى مجموع القيمتين، و يؤخذ من مهر المثل بتلك النسبه.

و لو تعدد الجنس كزقين و ثلاثه خنازير احتمل اعتبار عدد الأجناس، فإذا قبضت الخمر بقى من المهر نصفه فيجب نصف مهر المثل، و وجهه انتفاء الماليه فينظر

و طلاق المشرك واقع، فلو طلقها ثلاثا ثم أسلم لم تحل له حتى تنكح غيره. و إذا تحاكموا إلينا فى النكاح أقر كل نكاح لو أسلموا أقرهم عليه. إلى التعدد الجنىسى.

و يحتمل اعتبار عدد الآحاد، فىكون الباقي ثلاثه أخماس المهر. و يحتمل تقويمهما بقدر ماليتهما. و حيث قلنا بالتقويم و تقدير المالىة، فإنما يعتبر ذلك بملاحظه القيمه عند من يستحله و يعده مالا، و الأقرب عند المصنف اعتبار القيمه للمسمى عند مستحليه فى جميع ذلك.

و وجه القرب أن هذه لا- قيمه لها عند الشارع، و إنما حفظت على الذمى و صحت معاملاته عليها لأنها أموال بزعمه، و قد أقره الشارع على ذلك و ضمن متلفها قيمتها بزعمه، فوجه ماليتها هى هذه لا غير فهى مناط تقويمها.

و اعلم أن المصنف اقتصر على ذكر الكيل فى التقدير، إما لأنه أشيع فيما تساوت اجزأؤه، و لأن ذكره ينبه على اعتبار الوزن، و قد صرح به فى التذكرة (١).

قوله: (و طلاق المشرك واقع، فلو طلقها ثلاثا ثم أسلم لم تحل حتى تنكح زوجا غيره).

قد سبق بيان اعتبار طلاق المشرك، و هو فرع على أن نكاحه معتبر، و قد بينا وجهه فيما سبق، و عمومات الكتاب و السنه فى الطلاق تتناول طلاق المشرك، فعلى هذا لو طلق زوجته ثلاثا ثم أسلم حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره. و لو طلق تسعا للعهه حرمت مؤبدا، إلى غير ذلك من أحكام الطلاق، و كما يحكم بصره نكاحه إذا كان صحيحا عندهم فكذا طلاقه.

قوله: (و إذا تحاكموا إلينا فى النكاح أقر كل نكاح لو أسلموا أقرهم عليه).

هذا مشعر بأن ما

ص: ٤٠٣



و لو طلق المسلم زوجته الذميه ثلاثا، ثم تزوجت ذميا، ثم طلقها، حلت للأول متعه و دواما على رأى، و يشترط الإسلام على رأى. سبق من قوله: (و عقد أهل الذمه إن كان صحيحا عندهم أقروا عليه) المراد به إقرارهم عليه بعد إسلامهم، و إلا لم يكن لذكر هذا فائده، لكن ظاهر العبارة السابقة يتناول بإطلاقه ما إذا أسلموا و ما إذا تحاكموا إلينا.

قوله: (و لو طلق المسلم زوجته الذميه ثلاثا، ثم تزوجت ذميا، ثم طلقها، حلت للأول متعه و دواما على رأى، و يشترط الإسلام على رأى).

يتصور كون الذميه زوجه للمسلم فيما إذا أسلم زوج الكتاييه بعد أن طلقها طلقتين ثم تزوجها و أسلم و طلقها.

و على رأى من يجوز للمسلم نكاح الكتاييه دواما، و الأربط بعبارة الكتاب هو الفرض الأول، فإنه لو أريد الثانى لكان بناء على جواز نكاح الكتاييه للمسلم مطلقا.

و حينئذ فلا يحسن قوله بعد ذلك: (حلت للأول متعه و دواما على رأى). و مقصود البحث التنبيه على جواز كون الذمى محللا.

و تحقيقه: ان المسلم إذا طلق زوجته الذميه ثلاثا، ثم تزوجت ذميا ثم طلقها، فإنها تحل للأول متعه و دواما على قول من يجوز للمسلم نكاح الكتاييه مطلقا، و على قول من يمنع نكاحها فإنها تحل له بشرط إسلامها.

و محصل ذلك أن التحريم الناشئ عن التطليق ثلاثا قد زال بنكاح الذمى لها و تطليقه إياها، لأن نكاح الكفر صحيح، و كذا الطلاق الواقع حال الكفر.

و قوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (١) شامل للذمى، و إذا زال التحريم بالتطليق ثلاثا بقى التحريم بالكفر عند من يقول به.

ص: ٤٠٤

و يمكن أن يكون الرأى الأول فى العبارة مخصوصا بقوله:(دواما)،و يكون قوله: (حلت للأول متعه)هو فتوى المصنف،و هو حسن.

و لا- يتوهم أن الرأى فى قوله:(حلت للأول متعه و دواما على رأى)يشير به إلى الخلاف فى صحه تحليل الذمى،بناء على أن نكاح الكفر و طلاقه غير صحيح.

أما أولا،فلأن المخالف هنا مالك (١)،و مثل هذا الخلاف لا يتعرض اليه المصنف فى مثل هذا الكتاب.

و أما ثانيا،فلأنه لو كان كذلك لم يكن للتعرض إلى المتعه و الدوام وجه،لأنه لا- تفاوت بينهما بالنسبه إلى التحليل،و إنما يتفاوتان بالنسبه إلى كون الزوجه كافره،على أنه لو أريد هذا لكان معنى قوله:(و يشترط الإسلام على رأى)و يشترط إسلام الزوج المطلق حين الطلاق.

و المتبادر من العبارة إنما هو اشتراط إسلام الزوجه،لأنها المحدّث عنه بقوله:

(حلت)،و لانتفاء الاحتياج إلى تقدير محذوف،و الأمر واضح،و هنا فائده:

و هى أنه إذا طلق المسلم زوجته الذميه ثلاثا،ثم تزوجت ذميا و طلقها،فإن كان المسلم قد تزوجها فى حال الكفر ثم أسلم،فإنها تحل له بعد إسلامها دواما و متعه قطعا على القول بصحه نكاح الكفر و عدمه.

أما على الصحه فواضح،و أما على العدم،فإن بطلان النكاح يستدعى بطلان الطلاق المبني عليه فينتفى التحريم بسببه و إن كان المسلم قد تزوجها حال إسلامه، بناء على جواز نكاح الكتابيه مطلقا فإنها لا تحل له بتحليل الذمى بناء على بطلان نكاح الكفر.

و لو طلق الذمى زوجته ثلاثا ثم أسلم لم تحل له إلا بالتحليل،بناء على صحه نكاحهم لا على بطلانه.

ص: ٤٠٥

المطلب الثانى: فى الانتقال: إذا أسلم زوج الكتابيه دونها، بقى على نكاحه قبل الدخول و بعده دائما و منقطعا، سواء كان كتابيا أو وثنيا. و إن أسلمت دونه قبل الدخول انفسخ النكاح و لا مهر.

و لو أسلما دفعه فلا-فسخ، و بعده يقف على انقضاء العده إن كان كتابيا، فإن مضت و لم يسلم فسد العقد على رأى و عليه المهر، أما المسمى أو مهر المثل. و إن أسلم فيها فالنكاح بحاله. قوله: (المطلب الثانى: فى الانتقال: إذا أسلم زوج الكتابيه دونها، بقى على نكاحه قبل الدخول و بعده، دائما و منقطعا، سواء كان كتابيا أو وثنيا).

مقصود هذا الفصل الانتقال من دين إلى دين، و اقسامه ثلاثه، و ذلك لأنه إما أن يكون الانتقال من دين باطل الى دين حق، أو من دين باطل الى دين باطل، أو من دين حق إلى دين باطل و هو الارتداد.

و الكلام فى القسم الأول إما من جهة انتقال الزوج أو الزوجه، فإذا أسلم الزوج و الزوجه كتابيه بقى النكاح، سواء كان الإسلام قبل الدخول أو بعده، و سواء كان النكاح دائما أو منقطعا، و سواء كان الزوج كتابيا أو وثنيا.

و لا خلاف فى ذلك بين الفقهاء، سواء المجوزين نكاح الكتابيه و المانعين، و الخلاف إنما هو فى ابتداء المسلم نكاح الكتابيه لا فى استدامته، و لا محذور فى ذلك، لأن الابتداء أضعف من الاستدامه.

قوله: (و إن أسلمت دونه قبل الدخول انفسخ النكاح و لا مهر، و لو أسلما دفعه فلا فسخ، و بعده يقف على انقضاء العده إن كان كتابيا، فإن مضت و لم يسلم فسد العقد على رأى و عليه المهر، إما المسمى أو مهر المثل، و إن أسلم فيها فالنكاح بحاله).

و اما غير الكتابيين

و أما غير الكتابيين فأيهما أسلم قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال، و إن أسلما دفعه فالنكاح بحاله، و إن كان بعده وقف على انقضاء العده، فإن أسلم صاحبه فالنكاح بحاله، و إلا بطل. فأيهما أسلم قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال، و إن أسلما دفعه فالنكاح بحاله. و إلا بطل).

قد سبق حكم ما إذا أسلم زوج الكتابيه، فأما إذا أسلمت هى دونه، فإما أن يكون قبل دخوله بها أو بعده، فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح قطعاً، لامتناع كون الكافر زوجاً للمسلمه و لا مهر، لأن الفرقه جاءت من قبل الزوجه فلم يستحق مهرها.

و لو أسلما معا قبل الدخول ثبت النكاح و لم يحصل فسخ، لانتهاء المقتضى للفسخ. و إن كان إسلام الزوجه دونه بعد الدخول وقف فسخ النكاح على انقضاء عدتها عده الطلاق من حين تجدد إسلامها.

فإن انقضت العده و هو على كفره تبين أنها بانت منه من حين إسلامها، و إن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح، و لا فرق فى ذلك بين أن يكون الزوج كتابياً أو وثنياً.

و إنما قيد المصنف بقوله: (إن كان كتابياً) ليبنى عليه قوله: (فإن مضت و لم يسلم فسد العقد على رأى) فإن الخلاف إنما هو فى الكتابى دون الوثنى.

و تحرير البحث فيه إنه إذا أسلمت زوجته الذمى و لم يسلم حتى خرجت عدتها، للأصحاب قولان:

أحدهما: و اختاره الشيخ فى النهايه (١) بقاء النكاح، غير أنه لا يمكن من

ص: ٤٠٧

١ - ١) النهايه: ٤٥٧.

الدخول عليها ليلا، و لا من الخلو بهاء، و لا من إخراجها من دار الهجره إلى دار الحرب ما دام قائما بشرائط الذمه.

و احتج على ذلك بما رواه جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السَّلام: في اليهودى و النصرانى و المجوسى إذا أسلمت امرأته و لم يسلم قال: «هما على نكاحهما و لا يفرق بينهما، و لا يترك يخرج بها من دار الإسلام إلى الهجره» (١).

و ما رواه محمد بن مسلم فى الحسن عن الباقر عليه السَّلام قال: «إن أهل الكتاب و جميع من له ذمه إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما، و ليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها و لا - بيت معها و لكنه يأتيها بالنهار، و إنما المشركون مثل مشركى العرب و غيرهم فهم على نكاحهم الى انقضاء العده.

فإن أسلم الرجل ثم أسلمت المرأه قبل انقضاء عدتها فهى امرأته، و إن لم يسلم إلا بعد انقضاء العده فقد بانت منه و لا سبيل له عليها، و كذلك جميع من لا ذمه له» (٢).

الحديث.

و جوابه: إن الروايه الأولى ضعيفه مرسله، و الثانيه معارضه بما هو أقوى منها، و القول الثانى بطلان النكاح و اليه ذهب عامه الأصحاب، لصحيحه محمد بن أبى نصر عن الرضا عليه السَّلام قال: سألته عن الرجل يكون له الزوجه النصرانيه فتسلم، هل يحل لها أن تقيم معه؟ قال: «إذا أسلمت لم تحل له».

قلت: جعلت فداك فإن أسلم الزوج بعد ذلك أ يكونان على النكاح؟ قال: «لا إلا بتزويج جديد» (٣).

و فى معناها روايه السكونى (٤)، و هذا أصح و عليه الفتوى.

ص: ٤٠٨

١- ١) التهذيب ٧: ٣٠٠ حديث ١٢٥٤، الاستبصار ٣: ١٨١ حديث ٦٥٨.

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٥٨ حديث ٩، [١] التهذيب ٧: ٣٠٢ حديث ١٢٥٩، الاستبصار ٣: ١٨٣ حديث ٦٦٣.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٠٠ حديث ١٢٥٥، الاستبصار ٣: ١٨١ حديث ٦٥٩.

٤- ٤) التهذيب ٧: ٣٠١ حديث ١٢٥٧، الاستبصار ٣: ١٨٢ حديث ٦٦١.

و إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد فى الحال، و لا مهر إن كان من المرأة، و إلا فالنصف، و يحتمل الجميع إن كان عن فطره، و اعلم أن عبارته المصنف مشعره بأن موضع الخلاف ما إذا كان إسلام الزوجه بعد الدخول، و كذا يظهر من عبارته الشيخ فى النهايه (١)، إلا أن الدليل صالح لما قبل الدخول أيضا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا انقضت العده و لم يسلم و جب المهر، أما المسمى إن كان قد سمي مهرا، و إلا فمهر المثل، و لو أسلم فى العده فالنكاح بحاله، و إذا كان الزوجان و ثنين فلا خلاف فى أنه إذا أسلم أحدهما قبل الدخول انفسخ النكاح، سواء كان المسلم الزوج أو الزوجه.

اما إذا أسلم الزوج، فإنه لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابيه ابتداء و لا استدامه، و أما إذا أسلمت الزوجه فأظهر، و إن كان بعد الدخول وقف على انقضاء العده، فإذا انقضت و لم يسلم الآخر تبين حصول البينونه من حين الإسلام، فإذا أسلم فالنكاح بحاله.

و لا يخفى أن فى عبارته المصنف مناقشه، فإن قوله: (و أما غير الكتابيين) يتناول لما إذا كان أحد الزوجين كتابيا و الآخر وثنيا، و يندرج فيه ما إذا كانت الزوجه كتابيه، فإن الزوج إذا أسلم لا يفسخ النكاح أصلا قبل الدخول و لا بعده.

و كذا يندرج فيه ما إذا كان الزوج كتابيا و أسلمت الزوجه و لم يسلم، فإن فى بقاء النكاح و فساده خلاف سبق، و كل من المسألتين المذكوره فى عبارته المصنف، و لو أنه قال: و أما الوثنيان، بدل قوله: (و أما غير الكتابيين) لكان أولى.

قوله: (فإن ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد العقد فى الحال و لا مهر إن كان من المرأة، و إلا فالنصف، و يحتمل الجميع إن كان عن فطره).

هذا هو القسم الثانى

ص: ٤٠٩

١ - ١) النهايه: ٤٥٧.

من أقسام الانتقال، وهو الانتقال من دين الحق إلى دين الباطل، وهو الارتداد عصمنا الله تعالى منه و من كل ما يكره، وهو قد يكون عن فطره.

و حكمه عدم قبول توبته إن كان رجلاً، بل يقتل و تخرج أمواله عنه بنفس الارتداد و تبين زوجته عنه و يعتد عده الوفاه.

و قد يكون عن مله، و حكمه أنه يستتاب، فإن تاب و رجع قبل رجوعه، و لا- تخرج أمواله عنه بل يحجر عليه في أمواله، و ينتظر بمنكوحاته المدخول بهن العده.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه متى ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد النكاح في الحال عند عامه أهل العلم إلا داود الظاهري (1).

ثم إن كان المرتد هو الزوجه فلا شيء لها، لأنه فسخ جاء من قبلها قبل الدخول.

و إن كان هو الرجل فعليه نصف المسمى إن كان صحيحاً، لأن الفسخ من جهته فأشبهه الطلاق، و إن كانت التسميه فاسده فنصف مهر المثل، و إن لم يكن سمي شيئاً فالمتع، و يحتمل وجوب جميع المهر.

و قيده المصنف بما إذا كان الارتداد عن فطره، و لا وجه له، لأنه قد سبق في غير موضع في كلام المصنف احتمال وجوب جميع المهر بعروض الفسخ من قبل الزوج أو لا من قبل واحد من الزوجين، لأن المهر يجب جميعه بالعقد على أصح القولين، و لم يثبت تشطيره إلا بالطلاق، فيبقى وجوب جميعه ثابتاً في غير الطلاق، إذ الحمل عليه قياس.

لكن لو حمل الفسخ هنا على الطلاق لم يثبت التنصيف إلا في الرده التي ليست

ص: ٤١٠

و بعده يقف على انقضاء العده.

و يثبت المهر من أيهما كان الارتداد، إلا أن يكون الارتداد من الزوج عن فطره، فإن النكاح يبطل في الحال و إن كان قد دخل و يجب المهر. عن فطره، لأن الرده عن فطره كالموت في أحكامه، و سيأتي إن شاء الله تعالى أن الموت يوجب تقرر جميع المهر.

قوله: (و بعده يقف على انقضاء العده و يثبت المهر من أيهما كان الارتداد، إلا أن يكون الارتداد من الزوج عن فطره فإن النكاح يبطل في الحال، و إن كان قد دخل و يجب المهر).

أى: إن كان الارتداد بعد الدخول وقف أمر النكاح على انقضاء العده إن كان الارتداد من الزوجه مطلقاً، أو من الزوج عن غير فطره، فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضائها كانا على النكاح، و إن لم يجتمعا حتى انقضت تبيننا أن العقد انفسخ من حين الارتداد، بغير خلاف في ذلك عندنا و عند أكثر العامه، و جمع منهم حكموا بالفسخ في الحال قبل الدخول و بعده.

و لو كان الارتداد من الزوج عن فطره بعد الدخول بطل النكاح في الحال و اعتدت عده الوفاء، كما في الارتداد عن فطره قبل الدخول. و إنما تجب العده لو كان الارتداد عن غير فطره بعد الدخول، و هي عده الطلاق.

أما المهر بعد الدخول فإنه واجب عليه على كل حال، سواء كان الارتداد عن فطره أم لا، و سواء كان من الزوج أو الزوجه، لأن الدخول يوجب استقرار جميع المهر على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، و هنا فائده و هي:

إن قوله: (إلا- أن يكون الارتداد من الزوج) استثناء من قوله: (و بعده يقف على انقضاء العده) فإن هذا الحكم إنما هو في غير الارتداد الفطرى، و ليس استثناء من قوله: (و يثبت المهر) لفساده على هذا التقدير.



و لو انتقلت الذميه إلى ما لا يقر أهله عليه:فإن كان قبل الدخول فسد،و بعده يقف على الانقضاء،فإن خرجت و لم يسلم الزوجان فسد العقد.

و إن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقيا إن رجعت فى العده. و لما خشى أن يتوهم ذلك متوهم صرح بوجوب المهر فى هذا القسم أخيرا بقوله:(و يجب المهر).

قوله: (و لو انتقلت الذميه إلى ما لا يقر أهله عليه،فإن كان قبل الدخول فسد،و بعده يقف على الانقضاء،فإن خرجت و لم يسلم الزوجان فسد العقد،و إن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقيا إن رجعت فى العده).

هذا هو القسم الثالث من أقسام الانتقال،و هو الانتقال من دين باطل الى دين باطل،و هو أقسام المبحوث عنه،منها الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى ما لا يقر أهله عليه كالكتابى يتوثن،و عكسه.

و الانتقال مما لا- يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه كاليهودى يتنصر،و النصرانى يتهود.و المقصود بالبحث هنا بيان حكم النكاح،لأن الإقرار بالجزيه موضعه كتاب الجهاد الأول إذا انتقلت الذميه الى ما لا يقر اهله عليه فإنها لا تقرر على ذلك إجماعا.

فإذا كانت تحت مسلم انفسخ النكاح فى الحال إن كان قبل الدخول،و إن كان بعده وقف على انقضاء العده،فإن خرجت و لم يسلم تبينا انفساخ النكاح من حين الانتقال.

و لو قلنا بقبول رجوعها إلى دينها،فان رجعت فى العده بقى العقد،و إلا فلا.

و كذا الحكم لو قلنا بقبول دين آخر يساوى دينها الذى كانت عليه،كما لو كانت يهوديه فتوثنت ثم تنصرت.

و اعلم أن قول المصنف:(و لم يسلم الزوجان)يقضى أن الزوج غير مسلم،

و لو انتقلت إلى ما يقر أهله عليه فكذلك إن لم نقرها عليه، وإلا كان النكاح باقيا. و يلزم منه أن الذميه تحت الذمى إذا توثنت  
ينفسخ النكاح فى الحال إن كان قبل الدخول، و فيه نظر، فإن نكاح الكتابى للوثنيه لا يمنع منه فيما بينهم.

نعم لا تقر المرأة على الدين الذى انتقلت إليه، ثم ان إسلام الزوج لا دخل له فى بقاء النكاح و عدمه إلا إذا أسلمت الزوجه.

و الذى ذكره المصنف فى التذكرة، و هو ما إذا انتقلت الكتابيه زوجته المسلم إلى التوثن (١)، و لم يتعرض لما إذا كانت زوجة  
الذمى. و فى التحرير صرح بأن زوجة الذمى إذا انتقلت الى غير دينها من ملل الكفر وقع الفسخ فى الحال (٢).

و كذا قال فى الشرائع (٣)، و للنظر فيه مجال، لأن الذمى لا- يمتنع نكاحه أى كافره كانت، و لا اعتراض لنا على نكاحهم فيما  
بينهم، حتى أنها لو أسلمت بعد ذلك و كان قبل الدخول فالذى ينبغى الجزم ببقاء النكاح إذا أسلم هو حين إسلامها.

قوله: (و لو انتقلت الى ما يقر أهله عليه فكذلك إن لم نقرها عليه، و إلا كان النكاح باقيا).

هذا هو القسم الثانى، و هو ما إذا انتقلت الذميه إلى دين يقر أهله عليه كاليهوديه تنتصر، و حكمه حكم ما قبله إن لم نقرها على  
هذا الدين، و هو الأصح، لقوله تعالى وَ مَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ (٤).

فعلى هذا لو كانت تحت مسلم، فإن كان الانتقال قبل الدخول انفسخ النكاح، لامتناع الزوجيه بينهما إذ ليست كتابيه، و إن كان  
بعده وقف على انقضاء

ص: ٤١٣

١- ١) التذكرة ٢: ٦٤٧. [١]

٢- ٢) التحرير ٢: ٢١. [٢]

٣- ٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٥. [٣]

٤- ٤) آل عمران: ٨٥. [٤]

و لو انتقلت الوثنيه إلى الكتابيه و أسلم الزوج، فإن قبلنا منها غير الإسلام فالنكاح باق، و إلا وقف على الانقضاء بعد الدخول، و قبله يبطل. العده.

قوله: (و لو انتقلت الوثنيه إلى الكتابيه و أسلم الزوج، فإن قبلنا منها غير الإسلام فالنكاح باق، و إلا وقف على الانقضاء بعد الدخول، و قبله تبطل).

هذا هو القسم الثالث، و هو الانتقال من دين لا يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه، فإن انتقلت الوثنيه إلى الكتابيه و أسلم زوجها كتابيا كان أو وثنيا، فإن قبلنا منهم الدين الذى انتقلت اليه، أو ما جرى مجراه من الأديان التى يقر أهلها عليها فالنكاح باق، لانتفاء المانع، فإن استدامه نكاح الكتابيه جائزه إجماعا، و هذا أحد القولين.

و إن لم يقبل منها إلا الإسلام - و هو الأصح على ما سبق فى الجهاد - فإن كان ذلك بعد الدخول وقف على انقضاء العده، فإن أسلمت قبلها فالنكاح باق، و إلا تبين بطلانه بإسلامه، و إن كان قبله بطل من حين إسلامه.

و من تأمل ما حققناه علم النكته فى قول المصنف: (و أسلم الزوج) لأنه لو لا فرض تجدد إسلامه لم يثبت ما ذكره من فسخ النكاح قبل الدخول و توقفه على انقضاء العده بعده، فإن نكاح الوثنى و الكتابى لا يحكم بفساده عندنا بتجدد انتقال زوجته الكافره إلى دين غير دينها، و على هذا فضرِب العده إنما يكون من حين الإسلام.

و قول الشارح الفاضل ولد المصنف فى تقرير المبحث: إن الزوجين إذا كانا وثنيين (1) لا حاجة الى فرض كونهما وثنيين، بل إنما يعتبر فرض كون الزوجه وثنيه.

ص: ٤١٤

و ليس للمسلم إجبار زوجته الذميه على الغسل من حيض أو جنابه، و إن حرمتنا الوطء قبله أو جنبناه. و له إلزامها بإزاله المنفر، كالنتن و شعر العانه و طول الأظفار. و اعلم أن الشارح الفاضل السيد قال: إن هذا التفريع ينافى ما ذكره المصنف فى هذا الكتاب من أن من انتقل إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لا يقبل منه، و زعم الشارح ولد المصنف أنه لا منافاه حيث ان المصنف فرع بقاء النكاح على قبول غير الإسلام منها، و عدمه على عدمه.

و ليس ما ذكره بواضح، لأننا إذا كنا لا نقبل بعد المبعث من الوثنى الكتابى قولاً واحداً فلا وجه للتفريع، فإنه يشعر بوجود القول بالقبول و إن كان لا يقتضيه، و لعل ولد المصنف أراد بعدم المنافاه عدم التصريح بالقبول، و بالجمله فالباره لا تخلو من مناقشه.

قوله: (و ليس للمسلم إجبار زوجته الذميه على الغسل من حيض أو جنابه).

لأن ذلك حق الله تعالى لا حق الزوج، و قد أقرت على دينها شرعاً، فليس له اعتراضها.

قوله: (و إن حرمتنا الوطء قبله أو جنبناه).

أى: و إن حرمتنا الوطء قبل الغسل أو جنبناه عليها لحق الزوج، لتوقف الاستمتاع الذى هو حقه عليه فله إجبارها عليه، و لا شك أن الذى تجبر عليه هو صورته الغسل مع النيه.

قوله: (و له إلزامها بإزاله المنفر كالنتن و شعر العانه و طول الأظفار).

لأن بقاء ذلك منقوص للاستمتاع، فكان له إجبارها عليه كما فى المسلمه.

وله منعها من الكنائس و البيع و شرب الخمر و أكل لحم الخنزير، و استعمال النجاسات التي يستقذرها الزوج، و أكل الثوم و البصل و الكراث، و شبهه مما ينقص الاستمتاع و إن كانت مسلمه.

## فروع

فروع:

### أ: لو أسلما في العده ثبت النكاح

أ: لو أسلما في العده ثبت النكاح، و لا يبحث الحاكم عن كيفية قوله: (و له منعها من البيع و الكنائس، و شرب الخمر و أكل لحم الخنزير، و استعمال النجاسات التي يستقذرها الزوج، و أكل الثوم و البصل و الكراث و شبهه مما ينقص الاستمتاع و إن كانت مسلمه).

أما المنع من البيع و الكنائس فلأن للزوج الاستمتاع بالزوجه دائما في بيته و بخروجها يفوت ذلك، و كذا له منعها من الخروج الى بيت أهلها و الجيران و غيرهم، و كذا الأعياد و شبهها، و كذا الزوجه المسلمه له منعها من المساجد و المشاهد و بيوت الأهل و الجيران.

و أما منع الكتابيه من شرب الخمر فإنه مسكر يفوت به الاستمتاع، و لأنها في هذه الحاله لا ترد يد لامس، و لا فرق بين القليل و الكثير منه، لأن الإسكار به غير منضبط، فمن الناس من يسكر بالقليل الذي لا يسكر به غيره، فلتمنع من الجميع حسما للماده، و لأن ذلك هو العله في تحريم الخمر.

و أما منعها من لحم الخنزير فلما فيه من الاستقذار، و النفس قد تعاف منه، و كذا القول في النجاسات المستقذره و المآكل و المشارب المستقذره، و ذوات الرائحه الكريهه مثل الثوم و البصل و الكراث، إلا- إذا طبخت فإن ذلك كله منقص للاستمتاع، و المسلمه في ذلك كالكافره.

و لا يخفى أن قول المصنف: و إن كانت مسلمه المراد به: و إن كانت الزوجه مسلمه، و المذكور سابقا إنما هو الزوجه الذميه، و الأمر في ذلك كله سهل، و المراد ظاهر.

قوله: (فروع: أ: لو أسلما في العده يثبت النكاح، و لا يبحث الحاكم

وقوعه، بل يقرهما عليه ما لم يتضمن محرماً، كما لو كانت تحته احدى المحرمات عليه.

### ب: لا يقرهم على ما هو فاسد عندهم

ب: لا يقرهم على ما هو فاسد عندهم، إلا أن يكون صحيحاً عندنا.

و يقرهم على ما هو صحيح عندهم و إن كان فاسداً عندنا، كما لو اعتقدوا إباحة المؤقت من دون المهر. عن كيفية وقوعه، بل يقرهما عليه ما لم يتضمن محرماً، كما لو كانت تحته احدى المحرمات عليه).

لو أسلم الزوجان دفعه أو على التعاقب، بحيث كان إسلام الآخر في العدة بعد الدخول فالنكاح ثابت، ولا يبحث الحاكم عن كيفية وقوعه وجوباً ولا استحباباً، لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فِي زَمَانِهِ خَلَقَ كَثِيرًا فَلَمْ يَسْأَلْهُمْ عَنْ أَحْوَالِ انْكَحَاتِهِمْ بَلْ أَقْرَهُمْ عَلَيْهَا.

نعم لو تضمن محرماً كنكاح احدى المحرمات حكم ببطلانه، لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ لَفِيْرُوزِ الدِّيْلَمِيِّ وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَيَّ أُخْتَيْنِ: «اخْتَرِ أَحَدَهُمَا» (1) فلو نكح امه أو بنته أو أخته و نحوهن اندفع النكاح عند الإسلام قطعاً.

قوله: (ب: لا) - نقرهم على ما هو فاسد عندهم إلا أن يكون صحيحاً عندنا، و نقرهم على ما هو صحيح عندهم و إن كان فاسداً عندنا، كما لو اعتقدوا إباحة المؤقت من دون المهر).

إذا كان النكاح الجارى فى الكفر فاسداً عندهم لم يقرهم عليه بعد الإسلام، إلا إذا كان صحيحاً عندنا، لأنه بدون ذلك ليس نكاحاً عندهم و لا عندنا. أما إذا كان صحيحاً عندنا، فإنا نحكم بصحته و لا نلتفت الى اعتقادهم.

ص: ٤١٧

## لا فرق بين الذمى و الحربى فى ذلك

ج: لا- فرق بين الذمى و الحربى فى ذلك، و لو اعتقدوا غصبيه المرأه نكاحا أقروا عليه على اشكال بعد الإسلام و قبله. و هنا سؤال: و هو ان المتعاقدين إذا أوقعا نكاحا يعتقدان فساده كيف يحكم بصحته لمصادفته مطابقه العقد الصحيح.

و مثله وقوع العقد كذلك من المسلمين و نقرهم على ما هو صحيح عندهم و إن كان فاسدا عندنا بفوات شرط، كما لو اعتقدوا صحه النكاح المؤقت بدون المهر.

و كذا لو خلا نكاحهم من الولى و الشاهدين عند من يقول بالاشتراط، أو وقعت الصيغه على غير الوجه المعتبر بغير خلاف فى ذلك، و يستثنى من هذا الضابط ما إذا وقع النكاح فى العده و بقيت إلى زمان الإسلام. و ما إذا شرطا الخيار و بقى زمانه إلى الإسلام، و ما إذا اعتقدوا غصبيه المرأه نكاحا على أحد وجهى الإشكال كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

قوله: (ج: لا فرق بين الذمى و الحربى فى ذلك، و لو اعتقدوا غصبيه المرأه نكاحا أقروا عليه على اشكال بعد الإسلام و قبله).

أى: لا فرق بين الذمى و الحربى فيما ذكر من حكم النكاح، فإذا أسلم الحربيون أو تحاكموا إلينا و اخترنا الحكم بينهم، أقررنا من الأنكحه ما كان صحيحا عندهم، إذا لم يكن نكاح احدى المحرمات، دون ما كان فاسدا عندهم، إلا إذا كان صحيحا عندنا على ما سبق.

و لو اعتقدوا غصبيه المرأه نكاحا فغصبها للنكاح، ثم أسلموا و تحاكموا إلينا، و هو المراد من قوله: (بعد الإسلام و قبله) أقروا عليه على اشكال ينشأ: من أنه كسائر الأنكحه التى يعتقدون صحتها و ليس فيه الا إقامه الفعل مقام القول.

و من حيث ان الغصب قبيح عقلا، فلا يسوغ فى مله من الممل، و التمكين من القبيح و التقرير عليه قبيح.

و يضعف بأنه لا منافاه بين قبح الغصب عقلا و صيروره المرأه المغصوبه زوجه

## د:لو شرطاً الخيار مطلقاً لهما أو لأحدهما، لم يقرأ عليه بعد الإسلام

د:لو شرطاً الخيار مطلقاً لهما أو لأحدهما، لم يقرأ عليه بعد الإسلام، لأنهما لا يعتقدان لزومه حاله الكفر، وإن قيده: فإن أسلما قبل انقضائه لم يقرأ عليه، وإن كان بعده اقرا. باعتقادها واعتقاد غاصبها، ولا يشترط للحكم بصحة انكحتهم كونها كذلك في مله من الملل.

و ينتقض ذلك بما إذا قهر الحربى حربه، فإننا نجوز شراؤها منه و نعهه بيعا من طرفه تثبت فيه أحكام البيع و إن كان ذلك استنفاذاً من طرفنا، و لو كان قبح الغصب منافياً لثبوت الملك امتنع كونه بيعاً، فلم يكن منافياً للنكاح، و لا استبعد الحكم بصحته كما سبق الجزم به فى كلام المصنف و إن استشكله هنا.

و يجب أن يستثنى من ذلك موضعان:

الأول: ما إذا كان الغصب فى مبدأ الأمر، ثم زال ذلك و رضيا بالنكاح قبل الإسلام فإنه ينبغى الجزم بصحته، كما لو نحكها فى العده و انقضت قبل الإسلام، فإن العقد الواقع فى العده باطل غير مقرر عليه، فالمقتضى لصحة النكاح ليس إلا الرضى الجارى بعدها.

الثانى: هذا الفرض إنما هو فى غير الذميه، أما الذميه فلا يتصور التقرير على غصبها للنكاح، لأن ذلك ظلم يجب فى شرع الإسلام رفعه عن أهل الذمه و قد سبق، و أما أهل الحرب المستأمنون فإنه لا يجب رفع ظلم بعضهم عن بعض.

قوله: (د:لو شرطاً الخيار مطلقاً لهما أو لأحدهما لم يقرأ عليه بعد الإسلام، لأنهما لا يعتقدان لزومه حال الكفر و إن قيده، فإن أسلما قبل انقضائه لم يقرأ عليه و إن كان بعده اقرا).

المراد باشتراط الخيار مطلقاً عدم تقييده بمره، و وجه عدم التقرير عليه أصلاً فى الفرض الأول: إننا و إن لم نراع فى عقودهم الجارية فى الشرك شرائط الإسلام، لكننا



ه:لو تزوجها فى العده ثم أسلما، فإن كان بعد الانقضاء اقرا عليه، و إلا فلا، لأن نكاح المعتده لا يجوز ابتداءه حاله الإسلام، أما بعد الانقضاء فإنهما يعتقدان صحه هذا النكاح.

و يجوز ابتداء مثله فى الإسلام على هذه الحال، و لا اعتبار بالمتقدم فإنه معفو عنه.

أما لو تزوج حليله أبيه أو ابنه أو المطلقه ثلاثا، فإنهما لا- يقران عليه لا- ثبت ما لم يثبتوه، و هم لا- يثبتون فى هذا الفرد لأحد الزوجين أو لكليهما سلطنه النكاح، فلا تثبتها نحن.

و لأن الخيار مناف لصحه النكاح، فإذا بقى إلى الإسلام كان المنافى لصحه العقد موجودا بعد تعلق أحكام المسلمين بالزوجين أو بأحدهما، فكان كنكاح المعتده إذا بقيت العده إلى الإسلام.

و أما الفرض الثانى، و هو ما إذا كان اشتراط الخيار مقيدا بمدته، فإنه إذا انقضت المده قبل إسلام واحد منهما فهو كأنقضاء عده المعتده قبل الإسلام فيصح النكاح، و إن بقيت إلى إسلامها لم يقرأ عليه قطعا، و لو بقيت المده إلى إسلام أحدهما خاصه فكذلك، لتعلق حكم فساد النكاح بالمسلم منهما.

و قال بعض الشافعيه: لا- يندفع النكاح إلا- إذا اقترن بقاء المده بإسلامهما، لأن وقت الاختيار و الإمساك هو الاجتماع على الإسلام، و ليس بشىء.

قوله: (ه:لو تزوجها فى العده ثم أسلما، فإن كان بعد الانقضاء اقرا عليه، و إلا- فلا، لأن نكاح المعتده لا- يجوز ابتداءه حاله الإسلام. أما بعد الانقضاء فإنهما يعتقدان صحه هذا النكاح، و يجوز ابتداء مثله فى الإسلام على هذا الحال، و لا اعتبار بالمتقدم فإنه معفو عنه.

أما لو تزوج حليله ابنه أو أبيه أو ابنه أو المطلقه ثلاثا، فإنهما لا يقران عليه

**و:لو أسلم ثم ارتد فانقضت العده من حين إسلامه على كفرها**

و:لو أسلم ثم ارتد فانقضت العده من حين إسلامه على كفرها تبيننا الفسخ من حين الإسلام. بعد الإسلام).

لا ريب أن وصف الاعتداد مانع من صحه النكاح، و ملحق للمرأة بمن يحرم نكاحهن ما دامت في العده، فكذا القول في المطلقه ثلاثا قبل التحليل، فمتى تزوج الكافر معتده ثم تجدد الإسلام، فإن كانت العده باقيه فلا نكاح، وإن انقضت قبل الإسلام كان صحيحا.

قال بعض الشافعيه: هذا إذا كانت عده النكاح، أما إذا نكح معتده عن الشبهه ثم أسلم و العده باقيه فإنهما يقران على النكاح، لأن الإسلام لا يمنع دوام النكاح مع عده الشبهه، فلا يعترض عليه إذا لاقاه، و الظاهر المنع مطلقا، إذ لا يجوز إنشاء نكاح المعتده عن وطء الشبهه في الإسلام.

و هنا بحث: و هو أن العقد على ذات العده و الدخول بها من الأسباب الموجبه للتحريم المؤبد، و حقه أن لا يفرق في ذلك بين المسلم و الكافر، كما في سائر الأسباب كالتطليق ثلاثا، فإنه تحرم المطلقه إلى أن تنكح زوجا آخر، و المطلقه تسعا للعده فإنه يحرمها مؤبدا.

و قد أطلقوا هنا صحه النكاح إذا انقضت العده قبل الإسلام، و ظاهرهم أن ذلك مع الدخول أيضا، و للنظر فيه مجال.

و لو تزوج حليله أبيه أو ابنه لم يقر عليه بعد الإسلام بحال، لأنها تحرم عليه مؤبدا.

قوله: (و:لو أسلم ثم ارتد فانقضت العده من حين إسلامه على كفرها تبين الفسخ من حين الإسلام).

و إن أسلمت فى العده تبيننا عدم الفسخ بالإسلام، و نضرب لها عده من حين الارتداد، فإن عاد فيها فهو أحق، و إلا بانّت من حين ردتّه.

و ليس له العود إليها بذلك العقد حال ردتّه و إن كانت كافره، و كذا لو أسلم ثم ارتد ثم أسلمت ثم ارتدت، لم يكن له استصحاب العقد و إن كان فى العده.

و إن أسلمت فى العده تبيننا عدم الفسخ بالإسلام، و يضرب لها عده من حين الارتداد، فإن عاد فيها فهو أحق، و إلا بانّت من حين ردتّه، و ليس له العود إليها بذلك العقد حال ردتّه و إن كانت كافره و كذا لو أسلم ثم ارتد ثم أسلمت ثم ارتدت، لم يكن له استصحاب العقد و ان كانت فى العده).

لا ريب أن حدوث اختلاف الدين بين الزوجين المانع من صحه النكاح بينهما إذا وقع قبل الدخول انفسخ به النكاح فى الحال و ان كان بعد الدخول وقف الأمر فيه على انقضاء العده.

فإذا أسلم الزوج بعد الدخول ثم ارتد فلا ريب فى ضرب العده من حين الإسلام فإذا ارتد بعد إسلامه فقد حدث سبب آخر لفسخ النكاح لو كانت الزوجه مسلمه فينظر ان انقضت العده من حين إسلامه على كفرها تبيننا فسخ النكاح من حين إسلامه.

و ان أسلمت فى العده تبين ان الإسلام لم يكن موجبا للفسخ و ان النكاح بحاله إلى زمان الرده فلا بد من ضرب عده اخرى من حين الارتداد لان اختلاف الدين مانع من صحه النكاح حيث حدث بعد الدخول.

فان عاد إلى الإسلام قبل القضاء بها تبيننا بقاء عقد النكاح و الا تبيننا بينونه من حين الرده و ليس له العود إليها بذلك العقد حال ردتّه و ان كانت كافره لأن المرتد له حكم الإسلام فلا يجوز ان ينكح الكافره.

## ز: لو طلق كل واحده من الأختين ثلاثا ثلاثا ثم أسلموا حرمتا

ز: لو طلق كل واحده من الأختين ثلاثا ثلاثا ثم أسلموا حرمتا إلا بالمحلل.

### المطلب الثالث: في الزيادة على العدد الشرعي

المطلب الثالث: في الزيادة على العدد الشرعي: إذا أسلم الحر على أكثر من أربع من الكتابيات بعقد الدوام اختار أربع حرائر، أو حرتين و أميتين، أو ثلاث حرائر و أمه. و العبد يختار حرتين، أو أربع إماء، أو حره و أميتين. و اندفع نكاح البواقي، سواء ترتب عقدهن أو لا، و سواء اختار و المراد من قولهم الكفر كالملة الواحدة ما عدا الارتداد لما قلنا من ان المرتد له حكم المسلم، و من ثم لا يجوز للمرتد ان ينكح الكافره و لا المسلمه لكفره و كذا الحكم لو أسلم ثم ارتد ثم أسلمت ثم ارتدت لم يكن له استصحاب العقد و ان كان إسلامها و ارتدادها في العده.

قوله: (ز: لو طلق كل واحده من الأختين ثلاثا ثلاثا ثم أسلموا حرمتا، إلا بالمحلل).

قد علم تقريب ذلك مما سبق، و لا يخفى أن في قوله: (ثلاثا ثلاثا) تكرار، فإن التطلاق لكل واحده إنما يكون ثلاثا لا ثلاثا ثلاثا، و ربما اعتذر عن هذا بأن ثلاثا ثلاثا منصوب على التمييز عن الجملة، على أن قوله: (لو طلق كل واحده من الأختين) كلام تام، و ثلاثا تفسير لكل من الطلاقين.

و ظاهر أن تفسير طلاق إحداها لا يغني عن الأخرى، و هذا و إن كان محتملا إلا أنه خلاف المتبادر، لأن المتبادر أنه منصوب لكونه مفعولا مطلقا.

قوله: (المطلب الثالث: في الزيادة على العدد الشرعي: إذا أسلم الحر على أكثر من أربع من الكتابيات بعقد الدوام اختار أربع حرائر أو حرتين و أميتين، و العبد يختار حرتين أو أربع إماء أو حره و أميتين، و اندفع نكاح البواقي، سواء ترتب عقدهن أو لا، و سواء اختار الأوائل أو الأواخر، و سواء

الأوائل أو الأواخر، و سواء دخل بهن أو لا.

و لا يشترط إسلامهن و لا ينتظر العده. و لو أسلم معه أربع من ثمان فالأقرب أن له اختيار الكتابيات. دخل بهن أو لا، و لا يشترط إسلامهن و لا ينتظر العده).

قد سبق أن الرجل إذا أسلم كان له استدامه نكاح زوجته إذا كانت كتابيه، فعلى هذا إذا أسلم عن زائد عن العدد الشرعى و هن كتابيات بعقد الدوام، فان كان حرا اختار أربع حرائر أو حرتين و أمتين، أو أمه و ثلاث حرائر إن كان فيهن إماء و قلنا بنكاح الأمه بالعقد من دون الشرطين، و إلا بطل عقد الإماء، لأن وقت الإسلام بمنزله ابتداء النكاح، لأنه وقت المؤاخذة بالأحكام الإسلاميه.

و إن كان عبدا اختار حرتين أو أربع إماء أو حره و أمتين، لأن ذلك هو العدد الجائز لكل واحد منهما، فإذا اختار ذلك اندفع نكاح البواقي.

و لا فرق فى الاختيار بين أن ينكحهن دفعه أو على الترتيب، و لا بين أن يكن مدخولا بهن و عدمه، و لا بين أن يختار الأوائل أو الأواخر.

يدل على ذلك ما رواه العامه أن غيلان أسلم و عنده ثلاث عشره نسوه، فقال له النبى صَلَّى الله عليه و آله: «أمسك أربعا و فارق سائرهن» (١)، و ترك الاستفصال مع الاحتمال يجرى مجرى العموم.

و ذهب بعض العامه إلى أنه إن تزوجهن فى عقد واحد اندفع نكاح الجميع، و إن كان فى عقود مترتبه لزمه الأربع الأوائل (٢)، و هو غير معتد به.

و لا يخفى أنه لا يشترط إسلامهن، لما سبق من بقاء نكاح الكتابيه، و لا ينتظر مضى العده لتنظر هل يسلمن أم لا، لأنه لا فرق فى ذلك بين إسلامهن و عدمه.

قوله: (و لو أسلم معه أربع من ثمان فالأقرب أن له اختيار الكتابيات) وجه القرب أن الإسلام

ص: ٤٢٤

١- ١) انظر سنن البيهقى ١٨٢: ٧-١٨٣.

٢- ٢) المغنى لابن قدامه ٧: ٥٤٠.

و ليس للمرأة اختيار أحد الزوجين، بل ييطان مع الاقتران، و الثاني مع الترتيبو لا مهر للزائد، فإن دخل فمهر المثل إن قلنا بعدم الصحه. لا- يمنع الاستمرار على نكاح الكتابيه و لا- يوجب نكاح المسلمه، فلا- مقتضى لترجيح المسلمات، و يحتمل تعيين المسلمات للاختيار، لشرف المسلمه على الكافره، فلا يناسب ذلك اختيار الكتابيات على المسلمات، و الأصح الأول.

قوله: (و ليس للمرأة اختيار أحد الزوجين، بل ييطان مع الاقتران، و الثاني مع الترتيب).

لما اتفقت الملل على حفظ الفروج و صيانتها عن اختلاط الأنساب، امتنع نكاح المرأة الواحده رجلين، فمتى وقع ذلك في الكفر، فإن تقدم عقد أحدهما كان الثاني محكوما ببطلانه عينا، و إلا كان كل منهما باطلا.

قوله: (و لا مهر للزائد، فإن دخل فمهر المثل إن قلنا بعدم الصحه).

أى: و لا مهر للزائد على العدد الشرعى إذا اختار أربعا و اندفع نكاح الباقي، و لم يكن قد دخل بمن اندفع نكاحها، و كذا لا نفقه لهن و لا متعه، فإن كان قد دخل و جب مهر المثل إن قلنا إن نكاح الكفر لما زاد على العدد الشرعى غير صحيح، كذا قال الشارح الفاضل (١).

و الذى يفهم من كلام الشيخ أن نكاح الكفر غير صحيح، إلا- إذا انضم إلى الاختيار فى حال الإسلام (٢)، فلا- يتم ما ذكره الشارح، و لو قلنا بصحته و جب المسمى، و هذا هو المختار.

ص: ٤٢٥

١- (١) إيضاح الفوائد ١٠٧:٣.

٢- (٢) المبسوط ٢٢١:٤.

و لو أسلم عن امرأه و بنتها بعد الدخول بهما أو بالأُم حرمتا، و قبله تحرم الأُم خاصة و لا اختيار. قوله: (و لو أسلم عن امرأه و بنتها بعد الدخول بهما أو بالأُم حرمتا، و قبله تحرم الأُم خاصة و لا اختيار).

لو تزوج الكافر بامرأه و بنتها، ثم أسلم و أسلمتا معه و كانتا كتابيتين فالأحوال أربع:

الأول: أن يكون قد دخل بهما فيحرمان معا، أما البنت فبدخوله بالأُم، و أما الأُم فلأنه عقد على البنت و دخل بهما، و هما سببان في التحريم، و لكل واحد منهما المسمى إن كانت التسميه صحيحه، و إلا فمهر المثل.

الثاني: أن يدخل بالأُم خاصة فيحرمان ايضا، أما البنت فللدخول بالأُم، و أما الأُم فللعقد على البنت، و لا مهر للبنت، و أما الأُم فلها المسمى، و مع فساده فمهر المثل، و يطرد خلاف الشيخ الآتي ذكره في الرابعه هنا ايضا.

الثالث: أن يدخل بالبنت خاصة فتحرم الام قطعا، للعقد على البنت و الدخول بها، و لا تحرم البنت، لأن العقد على الام لا يحرمها من دون الدخول.

الرابع: أن لا يدخل بواحد منهما، و فيه قولان:

أحدهما- و اختاره الشيخ رحمه الله تعالى- أن له اختيار أيتها شاء، لأن العقد في حال الشرك لا يحكم بصحته إلا بانضمام الاختيار في حال الإسلام، فإنه لو تزوج و اختار منهن أربعا لم يكن للبواقي مهر و لا نفقه و لا متعه بمنزله من لم يقع عليهن عقد.

و لأنه لو تزوج الأختين دفعه و أسلم كان له أن يختار أيتها شاء فكذا الام و البنت، فإن اختار نكاح البنت استقر نكاحها و حرمت الام على التأيد، بخلاف العكس، إلا أن يدخل بالأُم.

و ثانيهما- و اختاره المصنف- أنه يلزمه نكاح البنت، لأن نكاح الكفر صحيح، و لهذا لو كان له أربع فما دون و أسلمن أو كن كتابيات لزمه نكاحهن، و لم يفتقر الى

و لو أسلم عن أمه و بنتها تخيير إن لم يطاء إحداهما، و إلا حلت الموطوءه خاصه، و لو كان قد وطأهما حرمتا. و لو أسلم عن أختين تخيير و إن وطأهما، الاختيار حال الإسلام، و عدم وجوب مهر قبل الدخول للزائد على العدد، لحصول الفسخ لا من قبل الزوج، و هذا هو الأصح.

و اعلم أن قول المصنف: (و قبله) شامل للحالتين، و هو ما إذا لم يدخل بواحدة منهما أو لم يدخل بالأم، أى: و قبل الدخول بهما أو بالأم، و قوله: (و لا اختيار) للتصريح بالرد على الشيخ.

قوله: (و لو أسلم عن أمه و بنتها تخيير إن لم يطاء إحداهما، و إلا حلت الموطوءه خاصه، و لو كان قد وطأهما حرمتا).

أى: لو أسلم عن أمه و بنتها مملوكتين له، فإن لم يكن وطأ واحده منهما تخيير من شاء منهما للوطء كما فى حال الإسلام، و إن كان قد وطأ إحداهما حلت الموطوءه دون الأخرى كما فى حال الإسلام.

و إن كان قد وطأهما حرمتا معاً، أما اللاحقه فظاهر، و أما السابقه فإما لأن وطء الشبهه يحرم و إن تأخر، أو لأن وطء الشبهه لكل منهما بمنزله العقد على كل منهما، و حيث كان العقد على كل منهما و الوطء لكل منهما فى الكفر محكوما بصحته لم ينظر إلى السبق و التأخر، و رتب على كل منهما ما ترتب على الصحيح.

قوله: (و لو أسلم عن أختين تخيير و إن وطأهما).

لأن فيروز الديلمى أسلم على أختين فخيره النبى صَلَّى الله عليه و آله فى إمساك أيتهما شاء، و حكم على غير المختاره حكم الزائد على العدد (1).

ص: ٤٢٧



و كذا عن العمه و الخاله مع بنت الأخ أو الأخت إذا اختارتا عدم الجمع أو الحره و الأمه.

و لو اختارت الحره أو العمه أو الخاله العقد على الأمه، أو بنت الأخ أو الأخت صح الجمع. و لو اخترن فى حال الكفر لزمهن حكمه حال الإسلام. قوله: (و كذا عن العمه و الخاله مع بنت الأخ أو الأخت إذا اختارتا عدم الجمع أو الحره و الأمه، فلو اختارت الحره أو العمه أو الخاله العقد على الأمه أو بنت الأخ أو بنت الأخت صح الجمع).

إن رضيت العمه و الخاله بالجمع بينهما و بين بنت الأخ و الأخت فلا بحث، و إن اختارتا عدم الجمع يخير العمه أو بنت أخيها، فمن اختارها صح نكاحها و اندفع نكاح الأخرى و لا مهر إلا مع الدخول.

و أما إذا أسلم عن حره و أمه، فإنه إن لم ترض الحره بنكاح الأمه انفسخ، و إن رضيت فالجمع صحيح عندنا، و عند العامه يبنى على أن نكاح الأمه يجوز اختيارا أم بالشرطين، فعلى الثانى يفسخ، و على الأول يعتبر رضى الحره.

و اعلم أن عبارته الكتاب و غيره لا تؤدى المعنى المراد منها فى مثله الحره و الأمه، بل الظاهر منها خلاف المراد فينبغى التنبيه له.

قوله: (و لو اخترن حال الكفر لزمهن حكمه حال الإسلام).

أى: لو اختار كل من العمه و الخاله بالنسبه الى بنت أخيها و بنت أختها، و الحره بالنسبه إلى الأمه الجمع فى حال الكفر كان ذلك موجبا للزوم النكاح، و لم يثبت الاختيار بعد الإسلام، تمسكا بالاستصحاب، و لأن نكاح الكفر صحيح، فإذا وقع مستجمعا للأمر المعبره فى شرع الإسلام كان لازما.

و لو أسلم الحر على أربع إماء تخير اثنتين، وكذا لو كان معهن حرائر إذا رضيت الحرائر.

و الأقرب اعتبار رضى جميع الحرائر الأربع دون الخامسة إن فسخ نكاحها، وإلا- اعتبر. قوله: (و لو أسلم على أربع إماء تخير أمتين، وكذا لو كان معهن حرائر إذا رضيت الحرائر، و الأقرب اعتبار رضى جميع الحرائر الأربع دون الخامسة إن فسخ نكاحها، وإلا اعتبر).

لو أسلم الحر على أربع إماء تخير أمتين عندنا، سواء كان ممن يجوز له ابتداء العقد على الأمه أم لا عند علمائنا، ذكره فى التذكرة (١)، لأنه استدامه عقد لا استئنافه.

و لو كان مع الإماء حرائر تخير اثنتين بشرط رضى الحرائر، فإن لم يرضين انفسخ نكاح الإماء، لأن الاختيار بمنزله ابتداء النكاح. و الأقرب أنه لو كان له أزيد من أربع حرائر إنه لا- بد من رضى أربع حرائر بنكاح الإماء ليختار أمتين، و لا يكفى رضى حرتين فقط.

أما الزائد على الأربع كالخامسة فإن فسخ نكاحها لم يعتبر رضاه، وإلا اعتبر.

و وجه القرب فى أنه لا بد من رضى أربع حرائر دون أمتين أن يقال: إن نكاح أربع من الحرائر الخمس لازم، و إنما تكون الإماء زوجات إذا رضى الحرائر بنكاحهن، فقبل رضاهن لا يكن زوجات.

فلا- جرم قبل تحقق شرط نكاح الإماء لا- يتحقق نكاحهن، فيكون نكاح أربع حرائر لازماً فلا بد من رضاهن و فيه نظر، لأنه إذا انضم اختيار الزوج لنكاح الحرتين الراضيتين إلى اختيار الأمتين اندفع نكاح البواقي، فلا اعتبار لرضاهن.

ص: ٤٢٩

أو يقال: اختيار الأمتين مشروط برضاء الحرائر، وجميع الحرائر زوجات حينئذ، فلا بد من رضى جميعهن، لامتناع صحه اختيار الأمه من دون رضى جميع الحرائر، عملاً - بعموم اعتبار رضى الزوجه الحره، وفيه نظر، لأن من اختارها للفسخ لا - بمنع وجوب اعتبار رضاها، لأنها آيله إلى بينونه.

لا يقال: فسخ نكاحها فرع زيادتها على النصاب، وإنما يكون ذلك إذا صح اختياره الإمام، وإنما يصح إذا رضيت الزوجات كلهن الحرائر.

لأننا نقول: لم لا - يجوز أن يكون اختياره للأمتين مع الحرتين الراضيتين و انفساخ نكاح البواقي واقعا فى زمان واحد، ولا نسلم اشتراط اختيار الإمام برضى من عينهن للفسخ، ولا دليل على الاشتراط فليتأمل.

أو يقال: إن نكاح الحرتين لازم قطعاً فيعتبر رضاها، ولا يعلمان بعينهما فلا بد من رضى الأربع ليعلم حصول رضى الاثنتين فى الجملة إذ لا يتحقق بدونها، ومن ثم يعتبر رضى الخامسة لو لم يفسخ نكاحها.

أما إذا فسخه فلا، لاندفاعه بالفسخ قطعاً، بخلاف ما زاد على اثنتين من الأربع، إذ لا يندفع نكاح الزائد بمجرد فسخه، وفيه نظر، لأنه إذا اختار نكاح الحرتين الراضيتين مع أمتين تبين انحصار النكاح فى ما دون باقى الحرائر، وإن رضاها هو المعبر دون رضى غيرهما.

ولا - ريب أنه إذا فسخ نكاح ما عدا الحرتين الراضيتين بعد أن اختار أمتين انفسخ نكاحهن، فكان الزائد على اثنتين كالخامسه، حيث انه إذا فسخ نكاحها انفسخت، فعلى هذا ظهر أنه إذا رضيت حرتان انضم اليه اختيار نكاحهما مع أمتين كفى ذلك، ولم يحتج إلى رضى الأربع، وهو الاحتمال الثانى، وهو قوى.

و جعل الشارح الفاضل مقابل الأقرب احتمال توقف اختيار الإمام حتى يختار الحرتين، ثم يأذنان فى اختيار الأمتين، لأنهما قبل التعيين لا يصلحان للاذن، وقد ينظر

و لو كان احدى الخمس بنت الأخ أو الأخت فاخترها مع ثلاث انفسخ نكاح العمه أو الخاله. فى اعتبار هذا الترتيب، لأنهما زوجتان ظاهرا.

و ذكر احتمالا ثالثا، و هو عدم توقف اختيار الأمتين على رضى الحرائر أصلا، بناء على أن الاختيار كاستدامه النكاح، إذ لا يشترط صيغه النكاح و لا قبول المرأه، و إنما هو استدراك عقد أشرف على الزوال فأشبهه الرجعه، و لجوازه فى الإحرام، و ذكر أنه قول لبعض الفقهاء.

و احتمال فى المسأله احتمالا- رابعا على هذا القول و هو اعتبار رضى الكل، لأنهن باختلاف الدين قبل الاختيار كالمطلقه الرجعيه، فكل واحده منهن كزوجه (1).

و اندفاع نكاح الزائد باختيار النصاب يقتضى أنه قبل الاختيار لا بد من رضى الكل، لأنهن بحكم الزوجات، و قد يناقش فيه بان اعتبار رضى من يريد دفع نكاحها موضع المنع.

قوله: (و لو كان احدى الخمس بنت الأخ أو بنت الأخت فاخترها مع ثلاث انفسخ نكاح العمه و الخاله).

أى: لو كان له زوجات خمس إحداهن بنت أخ الأخرى منهن أو بنت أختها، فاختر البنت مع ثلاث غير العمه و الخاله اندفع نكاح العمه أو الخاله، لزيادتها على النصاب، و لم يعتبر رضاها لخروجها عن الزوجيه، بخلاف ما لو كان الجميع أربعا، فإنه لا بد من رضى العمه و الخاله.

و لقائل أن يقول: يلزم على اعتبار رضى الأربع و الخامسه إن لم ينفسخ نكاحها و جوب اعتبار رضى العمه أو الخاله هنا، لأن اختيار بنت الأخ أو الأخت مشروط برضى العمه و الخاله، لأنها زوجه، و اندفاع نكاحها مشروط بصحة الاختيار.

ص: ٤٣١

و لو أسلم على حره و ثلاث إماء تخيير مع الحره أمتين إذا رضيت الحره، و لو لم ترض ثبت عقدها و بطل عقد الإماء. و لو لحق به الإماء و خرجت العده على كفر الحره، بطل نكاحها و تخير أمتين. و لو عادت فى العده ثبت عقدها خاصه إن لم ترض بالإماء. و حيث اكتفينا برضى اثنتين فى الاولى، و حكمنا بأن من لم يختار نكاحها لا يكون رضاها معتبرا، تمسكا بأصالة عدم اعتباره فى الزوجه التى يختارها للفسخ، فعدم اشتراط رضى العمه و الخاله فى هذه الصورة واضح.

قوله: (و لو أسلم على حره و ثلاث إماء تخيير مع الحره أمتين إذا رضيت الحره، و لو لم ترض ثبت عقدها و بطل عقد الإماء).

إذا أسلم الحر على حره و ثلاث إماء و ثنيات و أسلمن، و كذا لو كن كتابيات، تخير مع الحره أمتين، بناء على أنه لا يتشترط نكاح الأمه فقد الطول و خوف العنت، هذا إذ رضيت الحره بالإماء، فلو لم ترض ثبت عقدها و اندفع عقد الإماء لا محاله.

قوله: (و لو لحق به الإماء و خرجت العده على كفر الحره بطل نكاحها و تخير أمتين).

هذا من شعب المسأله المفروضه، و هى ما إذا أسلم على حره و ثلاث إماء، أى:

لو لحق به الإماء فى الصورة المذكوره، بأن أسلمن و خرجت العده و الحره على كفرها، حيث كانت مدخولا بها و هى غير كتابيه، بطل نكاح الحره لا محاله، فلم يعتبر رضاها حينئذ و تخير من الإماء اثنتين، بناء على أن نكاح الإماء غير مشروط بالشرطين.

قوله: (و لو عادت فى العده ثبت عقدها خاصه إن لم ترض بالإماء).

أى: لو أسلمت فى العده و الحال إن الإماء أسلمن، اعتبر رضاها بالإماء ليختار اثنتين، فإن لم ترض ثبت عقدها خاصه.

و لو طلق الحره فى العده قبل إسلامها، فإن أسلمت فيها صح الطلاق و بنّ الإمام إن قلنا ببطلان عقد الأمه على الحره من أصله، و إن خرجت و لما تسلم ظهر بطلان الطلاق و تخيّر فى الإمام. قوله: (و لو طلق الحره خاصه فى العده قبل إسلامها، فإن أسلمت فيها صح الطلق و بن الإمام إن قلنا ببطلان عقد الأمه على الحره من أصله، و إن خرجت و لما تسلم ظهر بطلان الطلاق و تخيّر فى الإمام).

هذا من أحكام المسأله المذكوره أيضا، و تحقيقه إنه لو طلق الحره المدخول بها فى العده قبل إسلامها، نظر فإن أسلمت فى العده تبين صحه الطلاق لوقوعه على من ثبت زوجيتها.

ثم الحكم فى الإمام مبنى على أن من عقد على الأمه و عنده حره بغير اذنها، هل يكون باطلا من أصله، أو يكون موقوفا على رضاها؟ فإن قلنا بالأول بانت الإمام، و إن قلنا بالثانى اختار أمتين.

و إنما بناه على هذا، لأنه على القول بالوقف لا- مانع من الصحه هنا، لأنه إنما كان المانع الجمع بين الحره و الأمه، و قد زال، و يشكل هذا البناء بأمرين:

الأول: لزوم مثله لو طلق المسلم الحره بعد أن عقد على الأمه، فيجب الحكم بصحه عقد الأمه فى هذه الصوره بناء على الوقف.

قال شيخنا الشهيد فى بعض حواشيه: و التزامه بعيد اعتمادا على ان معنى الوقف صحته إذا أذنت لإفساده إذا منعت.

و توضيحه: إن المعقول من معنى الوقف هنا تزلزل العقد و عدم ثبوته حتى يرضى، لا تسلطها على فسخه مع ثبوته، و بعد الطلاق لا اعتبار لرضاها، لخروجها عن الزوجيه.

الثانى: إنه يلزم فيمن أسلم عن حره و أمه و لم يطلق بطلان عقد الأمه، بناء على

و لو أسلم الحر على أربع حرائر أو حرتين و أمتين، أو ثلاث حرائر و أمه. أو أسلم العبد على أربع إماء، أو حره و أمتين، أو حرتين، ثبت العقد على الجميع، لكن مع رضى الحرائر إذا اجتمعن مع الإماء، هذا إذا كن القول بالطلاق فى المسأله المذكوره، و ظاهرهم خلافه.

و التحقيق ان البناء لا يخلو من اشكال بالنسبه إلى كل من الطرفين، بل ينبغى أن يقال: فيه احتمالان: الصحه، لا انتفاء الجمع المانع منها و البطلان، لتوقفه على رضى الحره، و قد تعذر بخروجها عن الزوجيه.

و احتمال شيخنا الشهيد اعتبار رضاها لو كانت العده رجعيه، لأنها زوجه، ثم ضعّفه بجريانها إلى بينونته، و معها فلا- اعتبار لرضاها. هذا كله إذا أسلمت فى العده، فلو خرجت و لم تسلم ظهر بطلان الطلاق، لأنه إنما يقع على زوجه و قد تبين انفساخ النكاح، باختلاف الدين. و هنا فائدتان:

الأولى: قوله: (و بن الإماء) جاز على لغه أكلونى البراغيث، و فى بعض النسخ و بانة الإماء.

الثانيه: فى الحكم بصره الطلاق على تقدير إسلامها فى العده دليل على أن من طلق و هو شاك فى تحقق شرط صرحه الطلاق، ثم علم حصوله حين وقوعه، يقع طلاقه صحيحا.

و قد يوجد فى كلام بعضهم ما يخالف ذلك، و الاشكال متطرق إليه، لأنه حينئذ طلق طلاقا على التردد، و لا بد فى القعود و الإيقاعات من الجزم. و لمانع أن يمنع من التردد، لأن استصحاب الحال يقتضى بقاء الزوجيه، و المزيل هو خروج العده قبل الإسلام، و هو مشكوك فيه، و متى حصل الاشتباه رجع الى الاستصحاب فلا تردد.

قوله: (و لو أسلم الحر على أربع حرائر أو حرتين و أمتين، أو ثلاث حرائر و أمه و أسلم العبد على أربع إماء، أو حره و أمتين، أو حرتين، ثبت العقد على الجميع، لكن مع رضى الحرائر إذا اجتمعت مع الإماء، هذا إذا كن

كتايبات. و لو أسلم على أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن انتظرت العده، فإن خرجت و لم تسلم منهن واحده بطل عقدهن، و إن أسلم فيها أربع فما دون و خرجت و لم تزدن على الأربع، ثبت عقد المسلمات و إن زدن على أربع فى العده تخير أربعاً، و له اختيار من سبق إسلامها و من تأخر، و يندفع نكاح البواقي.

و كذا لو أسلمن كلهن، و لا- يجبر على الاختيار إذا سبق البعض، بل له التربص حتى تخرج العده، فإن لحقن به أو بعضهن و لم يزدن عن أربع كتايبات).

لما كان للحر أن ينكح أربع حرائر أو حرتين و أمتين أو ثلاث حرائر و امه، على ما سبق بيانه، و كذا للعبد أن ينكح أربع إماء أو حره و أمتين أو حرتين، فإذا أسلم أحدهما على عدد من الأعداد التى يجوز له ثبت عقده على الجميع و لم يكن له اختيار، لانتفاء الزيادة على النصاب. هذا إذا كن كتايبات، فإنه يجوز استدامه نكاحهن.

أما إذا كن وثنيات فإنه لا بد من إسلامهن معه، أو فى العده إذا كن مدخولاً بهن.

قوله: (و لو أسلم عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن، انتظرن العده، فإن خرجت و لم يسلم منهن أحد بطل عقدهن، و إن أسلم فيها أربع فما دون و خرجت و لم يزدن على الأربع، ثبت عقد المسلمات.

و إن زدن على أربع فى العده تخير أربعاً، و له اختيار من سبق إسلامها و من تأخر، و يندفع نكاح البواقي.

و كذا لو أسلمن كلهن، و لا- يجبر على الاختيار إذا سبق البعض، بل له التربص حتى تخرج العده، فإن لحقن به أو بعضهن و لم يزدن على أربع



ثبت عقده عليهن، وإن زدن عن أربع تخير أربعاً.

و لو اختار من سبق إسلامهن و كن أربعاً لم يكن له اختيار من لحق به و لو فى العده. ثبت عقده عليهن، وإن زدن على أربع تخير أربعاً.

و لو اختار من سبق إسلامهن و كن أربعاً، لم يكن له اختيار من لحق به و لو فى العده).

يصح تقدير المسلم حراً و عبداً، لكن لا بد أن يراعى فى اختيار الحر اختياره لما يجوز له من الحرائر و الإمام، فإذا أسلم الزوج عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن - وهذا القيد ليكون لهن عده ينتظر إسلامهن فيها - فهناك أحوال:

الأول: أن لا تسلم واحده منهن فى العده، فيتبين اندفاع نكاحهن باختلاف الدين، و هو واضح.

الثانى: أن يسلم فيها أربع فما دون، و يخرج عدد الباقيين قبل إسلام إحداهن، فتتعين المسلمات فى العده، و يندفع نكاح البواقي، لأنه إنما يتخير إذا زاد عدد من يستدام نكاحهن على النصاب.

الثالث: هذه الصورة بحالها لكن زدن فى العدد على أربع، فيتخير حينئذ أربعاً، و له اختيار من سبق إسلامها و من تأخر، لأن الاعتبار بجواز استدامه النكاح بكون الإسلام فى العده و لو قبل آخرها بلحظه، فإذا اختار أربعاً اندفع نكاح البواقي.

و أما من خرجت عدتها و لم تسلم، فإنها بخروج العده تتبين بينوتها.

الرابع: أن يسلمن كلهن فى العده فيختار أربعاً، فإذا اختاره اندفع البواقي.

و لا يخفى أنه حيث سبق البعض و العده باقيه لا يجبر على الاختيار لمن سبق، لإمكان لحاق البواقي أو بعضهن، بل له التربص حتى تخرج العده، فإن لم يزدن عن أربع ثبت عقده عليهن، و إن زدن تخير أربعاً.

و لو أسلم عن أربع وثنيات مدخول بهن لم يكن له العقد على خامسه، و لا على أخت إحداهن إلا بعد انقضاء العده مع بقائهن على الكفر، أو بقاء إحدى الأربع أو الأخت عليه. و لو اختار من سبق إسلامهن و كن أربعاً لم يكن له اختيار من لحق به، و إن كان اللحاق في العده، لأنه باختياره للأربع يندفع نكاح البواقي لو كن مسلمات و تجدد إسلامهن بعد الاختيار.

قوله: (و لو أسلم عن أربع وثنيات مدخول بهن، لم يكن له العقد على خامسه و لا على أخت إحداهن إلا بعد انقضاء العده مع بقائهن على الكفر أو بقاء إحدى الأربع أو الأخت عليه).

إذا أسلم عن أربع وثنيات مدخول بهن- و قد علم وجه هذا القيد- لم يكن له العقد على خامسه، و لا على أخت إحداهن، إلا بعد انقضاء العده مع بقائهن على الكفر أو بقاء إحدى الأربع عليه.

و كونها أخت من يريد العقد عليها حيث تكون الخامسه أختاً لإحدى الأربع، لأنهن قبل ذلك لا يعلم اندفاع زوجيتهن، لجواز إسلامهن في العده فيثبت نكاحهن أو إسلام الأخت، فيثبت نكاحها و تمنع منها.

فإن قيل: حيث جاز طلاق الحرة في المسأله السابقه في العده قبل إسلامها، و كان إسلامها قبل خروج العده مصححاً له، و عدمه كاشفاً عن فساده، فلم لا- يجوز هنا العقد على الخامسه و على الأخت، و ينتظر العده فإن أسلمن كلهن فيها تبين بطلان نكاح الخامسه، و كذا لو أسلمت الأخت تبين بطلان نكاح أختها، و إلا ثبتت الصحه.

قلنا: يمكن الفرق بأن شرط الطلاق حاصل ظاهراً، لأن المطلقه قد كانت زوجه قبل الإسلام و لم يتبين اندفاع نكاحها بالإسلام حينئذ، فيتمسك بالأصل ظاهراً، ثم ينظر إلى الكاشف و هو إسلامها في العده و عدمه، بخلاف نكاح الخامسه

و لو أسلمت الوثنيه فتزوج الكافر بأختها، فإن انقضت العده على كفره صح عقد الثانيه، و لو أسلما فى عده الاولى تخير.

و لو تأخر إسلام الثانيه حتى خرجت عده الاولى و قد أسلمت بانته، و يحتمل انتظار العده للثانيه من حين إسلامه، فإن لحقت به تخير و إن خرجت عده الاولى. و الأخت، لأن المانع - و هو نكاح الأربيع أو الأخت - موجود ظاهراً، لأنهن قبل الإسلام كن زوجات، و لم يعلم زوال الزوجيه و الأصل بقاؤها إلى أن يعلم المزيل، فالمصحح ظاهراً موجود فى الأول، و المانع ظاهراً موجود فى الثاني، فظهر الفرق. و من هذا يظهر جواب السؤال السابق، أعنى وقوع الطلاق على التردد.

قوله: (و لو أسلمت الوثنيه فتزوج الكافر بأختها، فإن انقضت العده على كفره صح عقد الثانيه. و لو أسلما فى عده الاولى تخير، و لو تأخر إسلام الثانيه حتى خرجت عده الاولى و قد أسلمت بانته. و يحتمل انتظار العده للثانيه من حين إسلامه، فإن لحقت به تخير و إن خرجت عده الاولى) لو أسلمت زوجه الكافر و كانت وثنيه مدخولاً بها، فإنه ينتظر بنكاحها إسلامه فى عدتها أو خروجها و هو على كفره.

فلو عقد على أختها صح العقد، لأن نكاح الكفر صحيح كما سبق. ثم ينظر، فإن انقضت عده المسلمه و هو على كفره اندفع نكاح الاولى و تقرر عقد الثانيه.

و لو أسلما أو أسلم الزوج أو الأخت المنكوحه فى عده الاولى تخير أيتها شاء، فإن كان لم يدخل بالثانيه فلا - أن يكون إسلامهما دفعه حذراً من انفساخ العقد.

لكن ما سيأتى من عبارته يدل على أنه دخل بالثانيه، فحينئذ لا يشترط إسلامهما دفعه، فإذا تأخر إسلام الثانيه حتى خرجت عده الاولى و قد أسلمت بانته، و ذلك لأنه لما أسلمت الأولى حكم بضرب العده لها من حين إسلامها.

و لو أسلم العبد عن أربع حرائر فصاعدا وثنيات، ثم أعتق و لحقن و حكمه أنه متى أسلم الزوج فى العده ثبت نكاحها ما لم يكن هناك مانع، و لا مانع هنا، لكون الثانيه كافره، فيستقر عقد الاولى و يندفع نكاح الثانيه، لانتفاء صلاحيتها للزوجيه لامتناع الجمع بين الأختين، و هذا قول بعض الأصحاب.

و يحتمل انتظار العده للثانيه من حين إسلامه، فإن لحقت به فى عدتها تخير و إن خرجت عده الاولى.

و وجهه أن المقتضى لانفساخ نكاح الثانيه إنما هو إسلام الزوج، و لهذا لو بقى على الكفر استمر النكاح، لأن نكاح الكفر صحيح على ما قدمناه، و قد وقع العقد على الأخت فى حال كفرهما، فحيث كانت مدخولا بها و جب ضرب العده لها كما فى كل مدخول بها أسلم زوجها.

فإن أسلمت فى العده و جب الحكم بعدم انفساخ النكاح باختلاف الدين، و حينئذ فيتخير أيتهما شاء و لا ينظر إلى بقاء عده الاولى و انقضائها، و هذا الاحتمال هو المختار.

و الجواب عن دليل الأول: المنع من اندفاع نكاح الثانيه بإسلام الاولى قبلها، و امتناع الجمع بين الأختين لا يقتضى ذلك، إنما يقتضى امتناع كونهما معا زوجين.

و ليس الحكم ببقاء نكاح الثانيه إنشاء نكاح للأخت بعد الإسلام، و إنما هو عقد وقع فى الكفر صحيحا، فإذا لم يكن اختلاف الدين موجبا، لفسخه لم يثبت لأحد النكاحين أولويه على الآخر، و لم يكن لسبق إسلام إحدى الأختين مزيه على تجدد إسلام الأخرى.

و مثله ما لو أسلم زوجاته الأربع و هن مدخول بهن دونه فتزوج خامسه و دخل بها ثم أسلم و تأخر إسلامها حتى خرجت عده الأربع.

قوله: (و لو أسلم العبد على أربع حرائر فصاعدا وثنيات، ثم أعتق

به في العده تخير اثنتين، فإذا اختارهما انفسخ نكاح البواقي، و كان له العقد على اثنتين اخرتين، لأنه حينئذ حر.

و لو أعتق أولا- ثم أسلم و لحقن به تخير أربعا، و لحقن به في العده تخير اثنتين فإن اختارهما انفسخ نكاح البواقي، و كان له العقد على اثنتين اخرتين، لأنه حينئذ حر، و لو أعتق أولا ثم أسلم و لحقن به تخير أربع).

اختلف كلام الأصحاب في هذه المسأله، فذهب الشيخ في المبسوط (١) و المصنف في التذكره و التحرير إلى أنه إذا اجتمع إسلام الزوج و الزوجات قبل عتقه كان له حكم العبيد فيختار حرتين فقط، و إن أعتق قبل اجتماع الإسلاميين كان له حكم الأحرار فيختار أربعا (٢).

و ذهب في هذا الكتاب إلى أنه إذا تأخر عتقه عن إسلامه لم يكن له اختيار الأربع، بل حكمه حكم العبيد، لأنه في وقت ثبوت الاختيار له و التزامه بأحكام الإسلام كلها كان عبدا فانحصر اختياره في اثنتين، بخلاف ما لو أعتق قبل إسلامه فإن له حكم الأحرار، لأنه في وقت ثبوت الاختيار له و جريان أحكام الإسلام جميعها عليه و التزامه بجميعها كان حرا، فيجرى عليه حكم الحره.

و المحقق نجم الدين في الشرائع استشكل الفرق بين ما إذا أسلم و أسلم معه اثنتان من الأربع ثم أعتق، و بين ما إذا أسلموا ثم أعتق ثم أسلم أو أسلمن بعد عتقه و إسلامه في العده، حيث ان له في الأول اختيار اثنتين خاصه و فيما عداه اختيار أربع (٣)، و قد بينا وجه الفرق، و الشيخ في المبسوط فرق بينهما، و كذا المصنف و غيره،

ص: ٤٤٠

١- ١) المبسوط ٢٢٨: ٤.

٢- ٢) التذكره ٦٥٦: ٢، [١] التحرير ١٩: ٢. [٢]

٣- ٣) شرائع الإسلام ٢٩٧: ٢. [٣]

و إذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن وثنيات انتظرت العده، فإن لحق به أربع كان له الانتظار، فإن اختار المسلمات انقطعت عصمه البواقي.

ثم إن أسلمن قبل انقضاء العده، علمت البيئونه باختياره للأربع، و كانت عدتهن من ذلك الوقت.

و إن أقمن على كفرهن إلى الانقضاء، علمت البيئونه منهن باختلاف الدين. و الفرق هو المختار.

و اعلم أن قول المصنف: (لأنه حينئذ حر) تعليل لقوله: (و كان له العقد على اثنتين اخرتين) لا لما قبله، لمنافاته الحكم.

قوله: (و إذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن وثنيات انتظرت العده، فإن لحق به أربع كان له الانتظار، فإن اختار المسلمات انقطعت عصمه البواقي. ثم إن أسلمن قبل انقضاء العده علمت البيئونه باختياره للأربع، و كانت عدتهن من ذلك الوقت، و إن أقمن على كفرهن إلى الانقضاء علمت البيئونه منهن باختلاف الدين).

هذا الفرض المذكور فى كلام المصنف هو بعينه ما تقدم فى كلامه قبل هذا بأسطر، و هو قوله: (و لو أسلم عن أكثر من أربع وثنيات مدخول بهن).

و إنما ذكر هذا الفرض لذكر الأحكام التى زادها هنا، و قد كان يمكنه ذكرها هناك فيستغنى عن الإطالة، لكنه لما لم يقيد فيما سبق المسلم بكونه حرا و المسلمات بكونهن حرائر شمل الفرض العبد و الإمام، و لا منافاه باعتبار ذلك، لأن لكل من الحر و العبد اختيار أربع فى الجملة و إن اختلف الحكم باعتبار كونهن حرائر و إماء.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه إذا أسلم الحر عن أكثر من أربع حرائر مدخول بهن

و إن انتظر إسلام البواقى: فإن أقمن على الكفر حتى خرجت العده ظهرت البيئونه من حين الاختلاف، و أن عددهن انقضت، و أن الأول قد لزمه نكاحهن بغير اختياره، لأن اختياره إنما يكون بين عدد لا يجوز له جمعه.

وثبات، انتظرت العده فى اندفاع نكاحهن بالإسلام و عدمه كما علم غير مره، فإن لم يلحق به أحد فظاهر اندفاع نكاح الجميع بالإسلام.

و إن لحق به أربع كان له انتظار البواقى، فلا يحدث اختيارا و لا بما يستلزمه إلى أن ينتظر ما يكون منهن، و له أن لا ينتظر بأن يصرح باختيار المسلمات أو يطلقهن، فإن الطلاق يستلزم الاختيار، أو تفسخ نكاحهن، فهذه أقسام أربعه:

الأول: أن يختار المسلمات فتقطع عصمه البواقى قطعاً، و هل هو باختلاف الدين أو بالاختيار؟ ينظر فإن أسلمن قبل انقضاء العده علمت البيئونه باختياره للأربع و كانت عدتهن من ذلك الوقت، لأنهن بالإسلام و العده صالحات لاستدامه نكاحهن كغيرهن، فلا بين إلا بالاختيار.

و إن أقمن على كفرهن حتى انقضت عددهن علمت البيئونه باختلاف الدين، و لم يكن للاختيار أثر لتعين المسلمات للنكاح، و هذا ضابط مستمر، و هو أنه متى كان الاختيار هو المقتضى للبيئونه فالعده من حينه، و متى كان البقاء على الكفر إلى انقضاء العده هو المقتضى لها فالعده من حين الإسلام.

و اعلم أن قول المصنف: (فإن لحق به.) لا معادل له فى كلامه، استغناء بما تقدم فى الفرض المذكور سابقاً.

قوله: (و إن انتظر إسلام البواقى، فإن أقمن على الكفر حتى خرجت العده ظهرت البيئونه من حين الاختلاف، و إن عددهن انقضت، و ان الأول قد لزمه نكاحهن بغير اختياره، لأن اختياره إنما يكون بين عدد لا يجوز له جمعه.)

و إن أسلمن فى العده، فإن اختار أربعا انفسخ نكاح البواقى من حين الاختيار و يعتد دن من وقته، فإن طلق المسلمات انقطعت عصمه الباقيات.

ثم إن أقمن على الكفر حتى انقضت العده بنّ باختلاف الدين، و إن أسلمن فيها بنّ من حين الطلاق. و إن أسلمن فى العده، فإن اختار أربعا انفسخ نكاح البواقى من حين الاختيار و يعتدون من وقته).

هذا هو القسم الثانى من أقسام الأربعة، و هو انتظار إسلام البواقى و عدمه، و كان الأحسن أن يقدمه على الأقسام الثلاثة أو يؤخره عنها، لأنها مقابل الانتظار.

و تحقيقه أنه إذا انتظر إسلامهن، فإن بقين على الكفر حتى انقضت العده، تبين بينونتهن باختلاف الدين و انتقضت عددهن و لزمه نكاح الاولى، و إن أسلمن فى العده فمتى اختار أربعا انفسخ نكاح البواقى من حين الاختيار و يعتدون من وقته.

و لا يخفى أنه لو قال: فمتى اختار أربعا بدل قوله: (فإن اختار). كان أحسن، فإنه لا يستدعى معادلا، و لأنه لا بد من الاختيار.

قوله: (فإن طلق المسلمات انقطعت عصمه الباقيات لاستحاله توجه الطلاق إلى غير زوجه، ثم إن أقمن على الكفر حتى انقضت العده بنّ باختلاف الدين، و إن أسلمن فيها بنّ من حين الطلاق).

هذا هو القسم الثالث من الأقسام الأربعة، و هو ثانى الأقسام الثلاثة المقابله للانتظار، و هو أن يطلق المسلمات، و حكمه أنه بمنزله الاختيار، لاستحاله توجه الطلاق إلى غير زوجه، و لا يخفى أن الفاء فى قوله (فإن طلق). لا موقع لها و الأحسن عطفه بالواو.



و لو اختار فسخ المسلمات لم يكن له إلا بعد إسلام أربع، لإمكان أن لا يسلمن في العده فيلزمه نكاح المسلمات. فلو اختار الفسخ و لم تسلم الباقيات في العده انفصل نكاحهن، و لزمه نكاح من اختار فسخهن.

و إن أسلمن، فإن اختار منهن أربعا انفسخ الزائد و الأوائل.

و إن اختار الأوائل احتمل الصحه، لأن فسخه الأول لم يكن صحيحا وقت وقوعه، و البطلان، لأن بطلان الفسخ إنما يتم لو أقام البواقي على الكفر، لأننا نتبين لزوم نكاح المسلمات.

فأما إذا أسلم البواقي، فإذا فسخ فيه نكاح من شاء جاز و لم يكن له أن يختارها. قوله: (و لو اختار فسخ المسلمات لم يكن له إلا بعد إسلام أربع، لإمكان أن لا يسلمن في العده فيلزمه نكاح المسلمات).

هذا هو القسم الرابع، و هو أن يختار فسخ نكاح المسلمات، و قد حكم المصنف بأنه ليس له ذلك إلا بعد إسلام أربع آخر في العده، لإمكان أن لا يسلم غير الأول فيلزمه نكاحهن، فيقع الفسخ باطلا، و مراده على ما يرشد اليه التعليق.

و يدل عليه ما سيأتي من كلامه أنه ليس له الفسخ المحكوم بتأثره في الحال، أما غيره فسيأتي في كلامه تردد فيه، فلو لا هذا الحمل لتدافع كلامه.

قوله: (فلو اختار الفسخ و لم تسلم الباقيات في العده انفصل نكاحهن، و لزمه نكاح من اختار فسخهن، و إن أسلمن فإن اختار منهن أربعا انفسخ الزائد و الأوائل، و إن اختار الأوائل احتمل الصحه، لأن فسخه الأول لم يكن صحيحا وقت وقوعه. و البطلان، لأن بطلان الفسخ إنما يتم لو أقام البواقي على الكفر لأننا تبينا لزوم نكاح المسلمات، فأما إذا أسلم البواقي، فإذا فسخ فيه نكاح من شاء جاز و لم يكن له أن يختارها).

هذا من أحكام القسم

الرابع، أى: فلو أقدم على اختيار الفسخ للمسلمات و لم تسلم الباقيات، فظاهر انفصال نكاحهن، باختلاف الدين فيقع الفسخ لاغيا، و يلزمه نكاح من اختار فسخ نكاحهن.

و إن أسلمن فى العده، فإن اختار منهن أربعا- لو كن أزيد من أربع- انفسخ نكاح الزائد و الأوائل قطعا. و إن اختار الأوائل - و هى التى فسخ نكاحهن - ففى صحه اختياره و فساده وجهان:

أحدهما: الصحه، لأن فسخه الأول لم يكن صحيحا وقت وقوعه، و ذلك لأنه لا يترتب عليه أثر فاسد.

و لمانع أن يمنع عدم ترتب أثره عليه، فإن عدم ظهور ترتبه فى الحال لا يمنع انكشاف ترتبه فيما بعد.

و الحاصل أن صحه الفسخ مشروطه بكون الزوجات عددا يبقى منه بعد فسخ الأربع أربع فصاعدا، و بإسلام البواقي فى العده انكشاف حصول الشرط فى وقت الفسخ، فوجب أن يكون صحيحا.

نعم، قد يقال: يشترط فى الفسخ أن لا يقع على التردد، و حين إيقاعه كان حصول الشرط مشكوكا فيه، فوقع على التردد فلا يكون صحيحا.

و ثانيهما: البطلان، أى: بطلان اختيار الأوائل، و ذلك لأن الفسخ وقع صحيحا، لأن بطلانه إنما يتم لو أقام البواقي على الكفر، لانتفاء الشرط حينئذ، و هو الزيادة على العدد و هى منتفيه فتبين لزوم نكاح المسلمات.

فأما إذا أسلم البواقي فى العده فإن الشرط حاصل، فإذا فسخ فى حال إسلامهن نكاح من شاء جاز و وقع الفسخ صحيحا، و إن تقدم الفسخ على إسلامهن بحصول شرطه بحسب الواقع، و حينئذ فمن فسخ نكاحها ليس له أن يختارها بعد.

و التحقيق أنه لا مانع من صحه الفسخ على تقدير إسلام البواقي، إلا جهله

و لو أسلم عن أربع إماء و حره فأسلمن و تأخرت الحره و أعتقن، لم يكن له اختيار واحده منهن إن منعنا من نكاح الأمه للقادر على الحره، لجواز إسلام الحره.

و إنما تعتبر حالهن حال ثبوت الخيار، و هو حال اجتماع إسلامه و إسلامهن، و قد كن حينئذ إماء، فإن أسلمت الحره بنّ، و إن تأخرت حتى انقضت بانت، و كان له اختيار اثنتين لا غير اعتبارا بحال اجتماع الإسلاميين. بحصول شرطه في وقت إيقاعه و ذلك يقتضى إيقاعه على التردد، و عدم الجزم بكونه فسخا، فإن كان ذلك منافيا للصحة وقع فاسدا، و إلا فلا.

و مثله نقول في سائر العقود و الإيقاعات، فلو باع مال مورثه لاحتمال موته و انتقال الملك اليه فصادف موته.

و كذا لو وهبه لآخر، أو أصدقه امرأه، أو طلق زوجته جاهلا بانتقالها من طهر إلى آخر حيث يشترط ذلك، ثم تبين حصول الشرط بحسب الواقع، ففي الصحة في ذلك تردد.

و ما ذكره الأصحاب من أن العقود بالقصود قد يقال: إنه يقتضى الفساد، و إنا في ذلك من المتوقفين.

قوله: (و لو أسلم عن أربع إماء و حره فأسلمن و تأخرت الحره و أعتقن لم يكن له اختيار واحده منهن إن منعنا من نكاح الأمه للقادر على الحره لجواز إسلام الحره، و إنما يعتبر حالهن حال ثبوت الخيار، و هو حال اجتماع إسلامه و إسلامهن و قد كن حينئذ إماء.

فإن أسلمت الحره بنّ و إن تأخرت حتى انقضت بانت و كان له اختيار اثنتين لا غير اعتبارا بحال اجتماع إسلامهن).

لو أسلم الحر

ص: ٤٤٤

عن أربع إماء و حره و ثنيات مدخول بهن، فأسلمن الإماء و تأخرت الحره و أعتقن، فقد حكم المصنف بأنه ليس له اختيار واحده من الإماء، لا قبل العتق و لا بعده على القول بمنع الحر القادر على نكاح الحره من نكاح الأمه.

أما قبل العتق فظاهر، لأنه متمسك بنكاح حره، فإنه يجوز أن يسلم في العده.

و أما بعده، فلأن الاعتبار بحريتهن و ضدها وقت اجتماع إسلامه و إسلامهن، لأن وقت الاختيار حينئذ، و في هذه الحاله كن إماء إذ المفروض أن اعتاقهن بعد إسلامهن و إسلامهن بعد إسلامه، بل ينتظر إن أسلمت الحره بن، أعنى الإماء.

و متى تكون بينوتهن ينبغي أن يكون من حين إسلامه، لأنه وقت التزامه بأحكام الإسلام، و قد تبين أن له حينئذ زوجه حره.

و إن تأخرت الحره حتى انقضت العده بانته باختلاف الدين، و كان له اختيار أمتين لا غير، اعتباراً بوقت اجتماع إسلامهن مع إسلامه.

و قد حذف المصنف لفظه مع إسلامه اكتفاء بدلاله اجتماع عليه، و في بعض النسخ: اعتباراً بحال اجتماع الإسلاميين.

و اعلم أن هذا الذي ذكره المصنف نحو ما ذكره الشيخ في المبسوط (١)، لكنه زاد فيه قوله: (إن منعنا من نكاح الأمه إلى آخره، و عليه ثلاث إشكالات):

الأول: إن بناء قوله: (لم يكن له اختيار واحده منهن على منع نكاح القادر على نكاح الحره من نكاح الأمه) بناء غير ظاهر، و ذلك لأنه يقتضى عدم الفرق بين ابتداء الأول نكاح الأمه و استدامته، و قد صرح الأصحاب بالفرق.

و ان اشتراط نكاح الأمه بالعجز عن نكاح الحره إنما هو في الابتداء لا في الاستدامه، و لو لا ذلك لزم أنه متى أسلم الحر على إماء و كان قادراً على نكاح الحره،

ص: ٤٤٧

و لو أعتقن قبل إسلامه، ثم أسلم و أسلمن أو أعتقن بعد إسلامه على اشكال، ثم أسلمن بعد إسلامه، كان له اختيار الأربع، لأن حاله الاختيار حال اجتماع الإسلاميين و هن حينئذ حرائر، فإن اختارهن انقطعت الخامسة. يفسخ نكاحهن. و كذا إذا أسلم و تحته حره.

و أما يفسخ نكاح الإمام إذا أسلمت الحره و إن رضيت بنكاحهن، و ليس بمرضى عندنا، و قد صرح الأصحاب بخلافه، و إنما يجب أن يقال: ينتظر إسلام الحره، فإن أسلمت توقف على رضاها، و إلا اختار أمتين.

الثاني: اعترافه بأن الاعتبار فى الرقيه و الحريره بوقت اجتماع إسلامه و إسلامهن، ينافى ما سبق من أنه إذا أسلم العبد على أربع حرائر ثم أعتق و أسلمن فى العده يختار أمتين فقط، لأن وقت اجتماع الإسلاميين كان حراً، فكان حقه أن يختار أربعاً.

و ما سيأتى من قوله: (أو أعتقن بعد إسلامه على اشكال) فإن الإشكال لا يتجه إذا كنا لا نعتبر إلا وقت اجتماع الإسلاميين.

الثالث: قوله: (و إن تأخرت حتى انقضت بانة و كان له اختيار اثنتين لا- غير بناء على منع القادر على نكاح الحره من نكاح الأمه) مشكل، فإن نكاح الأمتين على هذا التقدير ممنوع منه، و ظاهره بناء المسلمه على ذلك القول.

قوله: (و لو أعتقن قبل إسلامه ثم أسلم و أسلمن أو أعتقن بعد إسلامه على اشكال، ثم أسلمن بعد إسلامه كان له اختيار الأربع، لأن حاله الاختيار حال اجتماع الإسلاميين و هن حينئذ حرائر، فإن اختارهن انقطعت الخامسة).

هذه من شعب المسأله السابقه، و فيها صورتان:

أ: عتقهن قبل إسلامه و إسلامهن معا.

ب:عتقهن بعد إسلامه و قبل إسلامهن.

و بقى صوره و هى عتقهن بعد إسلامهن و قبل إسلامه،و الذى سبق فى أول المسأله عتقهن بعد الإسلاميين.

فأما إذا كان عتقهن قبل إسلامه و إسلامهن معا،فلا إشكال فى أن له اختيار أربع،لأنهن فى وقت التزامه بأحكام الإسلام و جريان الأحكام عليه حرائر،فكان لهن حكم الحرائر فى الأصل فيختار أربعاً.

و أما إذا كان عتقهن بعد إسلامه و قبل إسلامهن،فقد ذكر المصنف فيه إشكالا ينشأ:مما ذكره المصنف،و هو أن حاله الاختيار حال اجتماع الإسلاميين،و هنّ فى هذه الحاله حرائر فله أن يختار أربعاً.

و من أن حاله إسلامه هى حاله التزامه بأحكام الإسلام و حاله جريانها عليه، فيكون المعتبر حاله إسلامه فقط،و هن حينئذ إماء فيختار اثنتين فقط،و هذا أقوى.

لا- يقال:قبل اجتماع الإسلاميين ليس له اختيار قطعاً،فيكون وقت الاختيار حين اجتماعهما،فتجرى عليه الأحكام باعتبار تلك الحاله.

لأننا نقول:المانع من الاختيار قبل اجتماع الإسلاميين هو عدم العلم ببقاء الزوجيه،و الاختيار فرعها،و إنما يتبين ذلك بالإسلام فى العده و عدمه،حتى لو علم بقاء الزوجيه بسبب من الأسباب الموجهه للعلم كاخبار المعصوم،لم يمنع من الاختيار قبل اجتماع الإسلاميين،و من ثم يجعل الاختيار الواقع قبل اجتماع الإسلاميين مراعى، و كذا الطلاق.

فعلى هذا إنما يختار اثنتين من الإماء مع الحره إذا أسلمت فى العده،و على الأول له اختيار الأربع فتبين الخامسه و إن أسلمت فى العده،و أما إذا أعتق بعد إسلامهن و قبل إسلامه فإن له أن يختار الأربع.

أما على اعتبار اجتماع الإسلاميين فظاهر،و أما على اعتبار إسلامهن،فلانه

و لو أسلم عن خمس فالحق به أربع، فله اختيار ثلاث و انتظار الخيار فى الرابعه حتى تخرج عده الخامسه على الشرك.

و هل له انتظار الخيار فى الجميع؟ الأقرب المنع، لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن فيختار ثلاثاً، فإن أسلمت الخامسه تخير، و إلاً لزمه نكاح الرابعه. إنما أسلم بعد أن صرن حرائر.

و اعلم أن الدليل الذى علل به المصنف، و هو قوله: (لأن حاله الاختيار حاله اجتماع الإسلاميين) إن تم لم يتجه الإشكال الذى ذكره فى المسأله الثانيه، و لم يسلم له ما افتى به فيما إذا أسلم العبد ثم أعتق ثم أسلم الزوجات.

قوله: (و لو أسلم على خمس فالحق به أربع، فله اختيار ثلاث، و انتظار الخيار فى الرابعه حتى تخرج عده الخامسه على الشرك، و هل له الانتظار فى الجميع؟ الأقرب المنع، لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن فيختار ثلاثاً، فإن أسلمت الخامسه تخير، و إلاً لزمه نكاح الرابعه).

توضيح ما ذكره المصنف وجهاً للأقرب أن هذا يلزمه نكاح ثلاث منهن على كل تقدير من تقديري إسلام الخامسه و عدمه، و كل من كان كذلك تعين عليه الاختيار من غير تأخير، فالكبرى محذوفه، و وجه صحتها أن للزوجات حقاً، فلا يجوز تضييعه بالتأخير.

و أما الصغرى فللناظر أن ينظر فيها، فإنه إن أراد بها أنه يلزمه نكاح ثلاث على التعيين، فمعلوم أنه ليس كذلك، إذ لو كان هكذا لم يكن للاختيار معنى. و إن أراد أنه لا على التعيين، فالكبرى ممنوعه، فإنه من المعلوم أنه ليس كل من يلزمه نكاح ثلاث أو أربع فى الجملة يجب عليه تعجيل الاختيار.

و وجهه أيضاً بأن الاختيار إنما يكون عند الزيادة على الأربع، و لم يوجد، و ليس بشىء، و بأنه للثلاث عليه حقوق الزوجيه، فلا يحل تأخيرها كالمباينه، و فيه نظر، لأن

و لو أسلم تحت العبد المشرك أربع إماء ثم أعتقن قبل إسلامه، كان لهن الفسخ، فإن لم يسلم بن بالاختلاف من حين إسلامهن و ظهر فساد الفسخ و يكملن عده الحرائر و إن أسلم فى العده بن بالفسخ.

و لو أآرن الفسخ حتى أسلم كان لهن الفسخ، لأنهن تركنه اعتمادا على الفسخ بالاختلاف كالمطلقة رجعا إذا أعتقت و أآرت الفسخ. ذلك حيث لا يكون التأخير لانتظار إسلام بعض الزوجات.

و أما إذا كان للانتظار فقد تعارض الحقان فىطلب المرجح، و الأصل عدم تحتم الاختيار.

قوله: (و لو أسلم تحت العبد المشرك أربع إماء، ثم أعتقن قبل إسلامه، كان لهن الفسخ، فإن لم يسلم بن بالاختلاف من حين إسلامهن و ظهر فساد الفسخ، و يكملن عده الحرائر.

و إن أسلم فى العده بن بالفسخ، و لو آآرتن الفسخ حتى أسلم كان لهن الفسخ، لأنهن تركنه اعتمادا على الفسخ بالاختلاف، كالمطلقة رجعا إذا أعتقت و أآرت الفسخ).

إذا كانت تحت العبد المشرك أربع إماء مدخول بهن فأسلمن ثم أعتقن قبل إسلامه، فقد حكم المصنف بأن لهن الفسخ، نظرا إلى أن كل أمه أعتقت تخيرت فى النكاح.

لكن ىرد عليه أن هذا الفسخ إنما يكون مع بقاء النكاح، و من الممكن أن لا يسلم فى العده، فىكون النكاح قد انقطع باختلاف الدين، و قد سبق للمصنف تردد فى نظير هذه المسألة، و هى قوله: (و لو آآرتن فسخ المسلمات).

و يمكن الجواب بأن الأصل بقاء النكاح، فىجوز إنشاء الفسخ فىقع مراعى و لا بأس بذلك، فعلى هذا إذا فسآن ينظر فإن لم يسلم فى العده تبين بينوتهن



و إن أسلم فى العده اخترن فراقه فعليهن عده الحرائر، و إن اخترن نكاحه اختار اثنتين.

و إن اخترن المقام معه قبل إسلامه لم يصح، و لم يسقط حقهن من الفسخ عند إسلامه على اشكال.

باختلاف الدين من حين إسلامهن و ظهر فساد الفسخ، و يكملن عده الحرائر لأنهن حرائر حينئذ.

و إن أسلم فى العده بن بالفسخ، لبقاء النكاح إلى حينه. و لو أخرن الفسخ حتى أسلم لم يبطل حقهن منه و إن كان فورياً، لأنهن تركنه اعتماداً على الفسخ بالاختلاف، لأنه سبب ظاهر فى قطع عصمه النكاح، فلا يعد التأخير معه إهمالاً كالمطلقة رجعيًا إذا أعتقت، فإنها لو أخرت الفسخ لا يعد إهمالاً، و لم يسقط حقها من الفسخ، فيكون ذلك جواباً عن سؤال مقدر.

قوله: (و إن أسلم فى العده فاخرن فراقه فعليهن عده الحرائر، و إن اخترن نكاحه اختار اثنتين، و إن اخترن المقام معه قبل إسلامه لم يصح، و لم يسقط حقهن من الفسخ عند إسلامه).

هذا من جملة شعب المسأله السابقه.

و تحقيقه: إنه إذا أسلم فى العده، و قد أخرن الفسخ فاخرن فراقه فعليهن عده الحرائر من حين الفسخ، و إن اخترن نكاحه لم يجز له أن يختار سوى اثنتين، لأنهن فى وقت ثبوت الاختيار حرائر، و لا يسوغ للبعد أزيد من حرتين.

و لو صرحن باختيار المقام معه قبل إسلامه لم يصح، لأنه حينئذ كافر، و لا يملك الكافر نكاح المسلمه، فعلى هذا لا يسقط حقهن من الفسخ عند إسلامه.

و لقائل أن يقول: إنه كما لا يمتنع فسخهن قبل إسلامه و يقع مراعى، كذا لا يمتنع اختيارهن المقام معه قبل الإسلام أيضاً و يقع مراعى.

و لو أسلم قبلهن فأعتقن، فإن اخترن المقام لم يصح، لأنهن جاريات إلى بينونه، وإن اخترن الفسخ فلهن ذلك. و فى بعض النسخ: على اشكال و منشؤه من وجود المانع من اختيار المقام معه و هو الكفر، فيقع لاغيا. و من إمكان وقوعه مراعى، بل هو الظاهر، لأن عصمه النكاح مستصحبه إلى أن يعلم القاطع.

و الذى أراه أنه لا فرق بين اختيارهن الفسخ و المقام معه، فكل ما يقال فى إحداهما يقال فى الآخر مثله، ففرق المصنف بينهما فى الفتوى أو فى الجزم، و الاشكال لا يخلو من نظر، و هنا فائدتان:

الاولى: ينبغى أن يقرأ المقام من قوله: (و إن اخترن المقام) بضم الميم على أنه مصدر ميمى، إذ لا موقع له هنا مع الفسخ.

الثانية: الظاهر أن المراد بقوله: (و إن أسلم فى العده فاخرن فراقه) انهن أخرن الفسخ أو المقام حتى أسلم، ثم اخترن أحد الأمرين، و ظاهر أن العبارة غير وافية بذلك و أن نظمها غير حسن.

و قوله: (و إن اخترن المقام معه قبل إسلامه) شعبه اخرى من شعب المسألة، هى مقابل تعجيل الفسخ قبل إسلامه، و هو ظاهر، فيكون المذكور ثلاث شعب: تعجيل الفسخ، و تعجيل اختيار المقام، و تأخيرهما إلى زمان إسلامه.

قوله: (و لو أسلم قبلهن فأعتقن، فإن اخترن المقام لم يصح، لأنهن جاريات إلى بينونه، فإن اخترن الفسخ فلهن ذلك).

أى: لو كان تحت العبد المشرك أربع إماء فأسلم قبلهن، ثم أعتقن قبل إسلامهن، فإن اخترن المقام معه لم يصح، و ذلك لأنهن جاريات إلى بينونه، لأن الفرض انهن وثنيات، فلا يصح استدامه نكاحهن للمسلم.

و من الجائز أن لا يسلمن فى العده فيقع الاختيار لاغيا، أما إذا اخترن الفسخ فإن لهن ذلك، لوجود العتق المقتضى له. هذا ظاهر مراد المصنف من هذه العبارة،

و لو أسلم الكافر بعد أن زوّج ابنه الصغير بعشر تبعه فى الإسلام، فإن أسلمن اختار بعد البلوغ، و يمنع من الاستمتاع بهن و تجب النفقه عليهن. و لو أسلم أب المجنون ففى التبعية إشكال، فإن قلنا به تخيير الأب أو الحاكم. و الفرق ليس بجيد، لأن الفسخ و اختيار المقام بمنزله واحده، لأن شرط كل منهما بقاء النكاح، فإن صح أحدهما لزم صحه الآخر.

و كذا القول فى الفساد، و القول بوقوع كل منهما مراعى متجه.

قوله: (و لو أسلم الكافر بعد أن زوّج ابنه الصغير بعشر تبعه فى الإسلام، فإن أسلمن اختار بعد البلوغ، و يمنع من الاستمتاع، و تجب النفقه عليهن).

لا ريب أنه إذا أسلم الكافر تبعه ولده الصغير، فلو كان قد زوجه بعشر قبل الإسلام و أسلمن مع إسلام الأب، فإن الزوج يختار أربعا بعد البلوغ لا قبله، إذ لا عبره باختيار الصبى، و ليس للولى الاختيار هنا قطعاً، لأن طريقه التشهى و البلوغ أمد ينتظر، بل ينفق عليهن من ماله لأنهن محبوسات لأجله.

و لا ريب أنه يمنع من الاستمتاع بهن، لأن الزائد على أربع نكاحهن مندفع.

قوله: (و لو أسلم أب المجنون ففى التبعية إشكال، فإن قلنا به تخيير الأب أو الحاكم).

لو كان المجنون متزوجاً زياده على أربع إماء، بأن تزوج ثم جن، أو زوجه من يعدونه ولياً له ثم أسلم الأب، ففى تبعيه الابن المجنون له فى الإسلام إشكال ينشأ:

من أن السبب المقتضى للتبعية فى الصغير هو سلب عبارته و عدم أهليته لأحكام التكليف قائم هنا فثبت التبعية.

## المطلب الرابع: في كيفية الاختيار

المطلب الرابع: في كيفية الاختيار.

الاختيار إما باللفظ أو بالفعل. أما اللفظ فصريحه: اخترتك، أو أمسكتك، أو ثبتك، أو اخترت نكاحك، أو أمسكته، أو ثبته و شبهه منجزا على الأقوى. و من أن لحوق الأحكام بالتبعيه للغير على خلاف الأصل، فيقتصر ذلك على الصغير، لخروجه بالإجماع، و يبقى ما عداه على الأصل.

فإن قلنا بالتبعيه فالخيار في تعيين الأربع إلى الأب أو الجد له، و مع فقدهما فالحاكم، لأن انتظار الإفاقة ضرر منفى بالسنه و الفرق بينه و بين الصبي أن للبلوغ أمد ينتظر يقطع بحصوله فيه، بخلاف الإفاقة.

و قيل: لا- ولايه في الاختيار هنا، لأن طريقه الشهوه، و لا يطع عليها الأب و لا الحاكم. و الأول أصح كالطلاق عن المجنون، فإنه يتولاه الولي.

و اعلم أن قول المصنف: (تخير الأب أو الحاكم) يريد به مع عدم الأب، و لا يريد به التخيير بين الأب و الحاكم.

إذا عرفت ذلك فقد يفرق بين من بلغ فاسد العقل، و من بلغ عاقلا- و تجدد جنونه، لأن التبعيه في الأول تثبت بحكم الاستصحاب، بخلاف الثاني.

قوله: (المطلب الرابع: في كيفية الاختيار: الاختيار إما باللفظ أو بالفعل، أما اللفظ فصريحه: اخترتك، أو أمسكتك، أو ثبتك، أو اخترت نكاحك، أو أمسكته، أو ثبته و شبهه).

شبه ذلك: اخترت نكاحك، أو اخترت تقرير نكاحك، أو اخترت حبسك على النكاح، أو اخترت عقدك، أو ما جرى هذا المجرى.

قوله: (منجزا على الأقوى).

أي: فلا يصح معلقا

و لو طلق فهو تعيين للنكاح، فلو طلق أربعاً صح نكاحهن و طلقن و انفسخ نكاح البواقي، و ليس الظهار و الإيلاء اختياراً على اشكال. وفاقاً للشيخ في المبسوط (١)، و هو الأصح، لأن اختيار بعض الزوجيه دون بعض إنما يكون بالسبب الموظف شرعاً لذلك، و لم يثبت كون المعلق سبباً فينتفى بالأصل، و لأنه بعيد عن شبه الاختيار، لانتهاء الجزم عنه.

و لأن المفهوم من قوله عليه السلام: «أمسك أربعاً و فارق سائرهن» (٢) هو الاختيار المنجز، و يحتمل ضعيفاً الاكتفاء بالمعلق، و حكاه الشارح الفاضل قولاً شاذاً، تمسكاً بالأصل و بعدم وجود المنافي لصحته في الكتاب أو السنه (٣).

و يرده ان الأصل عدم سببته لا جوازه، و يكفي ذلك في المنافي.

قوله: (و لو طلق فهو تعيين للنكاح، فلو طلق أربعاً صح نكاحهن و طلقن و انفسخ نكاح البواقي).

وجهه: إن الطلاق لا تخاطب به إلا الزوجه، لأنه موضوع لازاله قيد النكاح، فالنكاح لازم له لزوماً بينا فيلزم تصوره، فمتى طلق فقد أثبت النكاح. فإذا طلق أربعاً ثبت نكاحهن و طلقن و اندفع نكاح البواقي، و في وجهه للعامه أنه ليس تعييناً للنكاح، لقوله صلى الله عليه و آله لفيروز الديلمي: «طلق أيتهما شئت» (٤). و لو كان الطلاق تعييناً للنكاح لكان ذلك تفويتاً لنكاحهما عليه. و جوابه: إن ذلك لو صح فالمراد بالطلاق مجازه، و هو مطلق الفراق.

قوله: (و ليس الظهار و الإيلاء اختياراً على اشكال).

ينشأ: من أنهما تصرفان

ص: ٤٥٦

١- ١) المبسوط ٢٣١: ٤. [١]

٢- ٢) سنن البيهقي ١٨١: ٧.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١١٤: ٣.

٤- ٤) سنن البيهقي ١٨٥: ٧.

فإن اختار التي ظاهر منها أو آلى صحا، و يكون العود عقيب الاختيار إن لم يفارقها، و مده الإيلاء من حين الاختيار. مخصوصان بالنكاح فأشبهها لفظ الطلاق، فإن الظهار وصف بالتحريم للزوجه على وجه مخصوص، و الإيلاء هو الحلف على الامتناع من وطء الزوجه، و هو قول الشيخ رحمه الله.

و من أن الظهار إنما هو وصف بالتحريم، و الإيلاء حلف على الامتناع من الوطاء، و كل منهما بالأجنبيه أليق منه بالزوجه. و لأن الظهار إن خوطبت به الزوجه ترتب عليه أحكام مخصوصه، و إن خوطبت به الأجنبيه لم تثبت بذلك أحكام، لكن معناه صحيح بالنسبه إليها، و فى الإيلاء لو حلف على وطء الأجنبيه و تزوجها و وطأها كان عليه الكفاره. و الحاصل أن نفس المخاطب بهما لا يستلزم الزوجيه، فلا يكون أحدهما اختيارا، و هو الأصح. أما لو قصد الظهار الذى يترتب عليه أحكام تتعلق بالزوجه، و كذا الإيلاء فإنه غير المبحوث عنه.

قوله: (فإن اختار التي ظاهر منها أو آلى صح، و يكون العود عقيب الاختيار إن لم يفارقها، و مده الإيلاء من حين الاختيار).

هذا تفرير على القول الثانى، و هو الذى يتبادر من قوله: (و ليس الظهار و الإيلاء اختيارا على اشكال).

و تحقيقه: أنه لو ظاهر أو آلى من إحداهن، ثم اختار التي ظاهر منها أو آلى، فقد تبين صحه الظهار و الإيلاء، لأنه قد ظهر أن المخاطبه بذلك زوجه. و يكون ابتداء مده الإيلاء من وقت الاختيار، و يكون العود عقيب الاختيار إن لم يفارقها، لانتفاء تحقق الزوجيه قبله. هذا إن اختار التي ظاهر منها أو آلى، فإن اختار غيرها سقط حكمها.

و اعلم أن قوله: (و يكون العود عقيب الاختيار) لا يتأتى على قولنا من أن

و لو قذف واحده فاختر غيرها وجب الحد، و سقط بالبينه خاصه.

و لو اختارها أسقطه باللعان أيضا، و لو طلق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد إسلامه حال كفرهن: فإن خرجت العده عليه فلا حكم، بل التعزير فى القذف، و يسقط بالبينه خاصه، و إن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق.

أما الظهار و الإيلاء فإن اختار من أوقع عليها ذلك صح.

العود هو اراده الوطء. نعم يتأتى ذلك على قول الشافعى، و هو أن العود إمساكها زوجها بعد الظهار مع قدرته على الطلاق.

و يمكن أن يريد بالعود مطالبه الحاكم به أو بالطلاق، لكن لا ريب أنه لا بد من مده التربص، و لا منافاه، لأن ضرب المده إنما هو للنظر فى اختيار أحد الأمرين.

و كذا قوله: (و مده الإيلاء من حين الاختيار) لا يستقيم على ظاهره، إذ لا بد من المرافقه، و لعله إنما أطلق ذلك اعتمادا على ما بين فى باب الظهار و الإيلاء، و الأمر فى ذلك سهل.

قوله: (و لو قذف واحده فاختر غيرها، و جب الحد و سقط بالبينه خاصه، و لو اختارها أسقطه باللعان أيضا).

وجهه أن قذف الزوجه يوجب الحد و يسقط إلا بالبينه و اللعان بشروطه، و أما الأجنبيه فإن قذفها يوجب الحد و لا يسقط إلا بالبينه، و الاختيار يحقق الزوجيه و يدفع غيرها، فإن اختار المقذوفه تعلق بقذفها أحكام الزوجه.

قوله: (و لو طلق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد إسلامه حال كفرهن، فإن خرجت العده عليه فلا حكم، بل التعزير فى القذف، و يسقط بالبينه خاصه، و إن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق).

أما الظهار و الإيلاء، فإن اختار من أوقع عليها ذلك صح.

و أما القذف فإن اختار المقذوفه فعليه التعزير، و يسقط باللعان أو البينه، و إن لم يخترها أسقط بالبينه. و أما القذف فإن اختار المقذوفه فعليه التعزير و يسقط باللعان أو البينه، و إن لم يخترها أسقط بالبينه).

إذا أسلم الزوج و تخلف الزوجات فطلق بعضا أو ظاهر أو آلى أو قذف حال كفرهن، فإن خرجت العده فلا حكم للطلاق و لا الإيلاء و لا الظهار، لأنهن بن باختلاف الدين حين أسلم.

و أما القذف فيجب عليه التعزير دون الحد، لأنه قذف مشرك، و له إسقاطه بالبينه دون اللعان، لأنه قذفها و هي بائن.

و إن أسلمن قبل انقضاء عددهن: فأما التي طلقها فالأقرب وقوع الطلاق عليها، و يكون ذلك اختيارا لها، و يكون إسلامها كاشفا عن وقوعه. و وجهه معلوم مما سبق، فإن الطلاق لا- يواجه به إلا- الزوجه، و وقوعه مراعى لا- امتناع فيه، و الأصل فيه الصحه، فلا يحكم ببطلانه مع إمكان الصحه.

و حكى الشارح الفاضل قولاً- و لم يذكر قائله، أنه لا يقع، لأنه طلاق معلق على شرط، و هو تجدد إسلامها، و بطلانه ظاهر، لأن الشرط الزوجيه و الإسلام كاشف (١).

و قال بعض الشافعيه: إنه إن اختارها وقع عليها الطلاق و صح ظهارها و الإيلاء منها (٢)، و الأصح الأول.

و أما الظهار و الإيلاء فإنهما ليسا باختيار كما عرفت، فإن اختار التي ظاهر منها أو آلى صح ذلك، و إلا فلا.

و أما القذف: فإن اختار المقذوفه فعليه التعزير، لأنه قذفها و هي مشركه، و له

ص: ٤٥٩

١- ١) إيضاح الفوائد ١١٥: ٣.

٢- ٢) المجموع ٣١٣: ١٦.



و هل تنزل الكنايات منزله الطلاق في الاختيار؟ اشكال أقربه العدم و إن قصد به الطلاق. إسقاطه باللعان أو البينه، لأنها زوجه. و إن لم يخترها فعليها التعزير أيضا لما سبق، و له إسقاطه بالبينه دون اللعان، لأنه قذف أجنيبه.

و هنا سؤال و هو أنهم مصرحون بكون غير المختاره إنما تبين بالاختيار، و من حينئذ تعتد، و ذلك يستلزم بقاء الزوجيه إلى حين الاختيار، و هذا يستلزم كون المقذوفه زوجه على كل حال.

و يمكن الجواب بأنها لما كانت زائده على العدد الشرعى كانت زوجيتها كلا زوجيه.

و فى قول المصنف: (فإن خرجت العده عليه فلا حكم) حذف تقديره: فلا حكم لشيء عن ذلك أو نحوه.

قوله: (و هل تنزل الكنايات منزله الطلاق في الاختيار؟ اشكال أقربه العدم و إن قصد به الطلاق).

لا- ريب أن الطلاق لا يقع بالكنايات عندنا، لكن هل تنزل الكنايات منزله الطلاق في كونها اختيارا؟ إشكال ينشأ: من أن الطلاق إنما كان اختيارا لدلالته على الزوجيه بنفسه، و لا كذلك الكنايه فلا تكون اختيارا.

و من أن الاختيار النفسى هو المقتضى لتقرير النكاح، فبأى لفظ أتى به مما يدل عليه كان كافيا قضاء للدلاله، و الأقرب عند المصنف العدم، لأن الاختيار يقتضى ثبوت زوجيه بعض دون بعض، و يترتب على ذلك أحكام شرعيه، فلا تثبت بمجرد اللفظ المحتمل، حتى أنه لو قصد بالكنايه الطلاق لا يكون اختيارا عندنا، لأن الطلاق لا يقع بالكنايه فلا يحصل بها لازمه و هو الفسخ.

و أما العامه القائلين بوقوع الطلاق بالكنايه فلا كلام عندهم بحصول الاختيار بها، سواء قصد بها الطلاق أم لا.

و كذا لو أوقع طلاقاً مشروطاً فقال: كلما أسلمت واحده منكن فقد طلقها. و لو قال: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو الفراق لم يصح، للتعلق. فإن قيل: الرجعه تصح بالكنايه، فالاختيار كذلك بطريق أولى، لأن الرجعه تفيد إبطال الطلاق، و الاختيار إنما يميز الزوجه عن غيرها.

قلنا: الاختيار تضمن فسخ نكاح ما زاد على الأربع، فلذلك لم يكتف فيه بالكنايه المحتمله، فإن القصد النفسى وحده لا أثر له، و الأقرب ما قرب به المصنف.

و اعلم أن الضمير فى قوله: (به) من قوله: (و إن قصد به الطلاق) يعود إلى ما دل عليه الكلام السابق و هو: (ذلك) و نحوه، أى: و إن قصد بذلك من قوله: (الطلاق و نحوه).

قوله: (و كذا لو أوقع طلاقاً مشروطاً فقال كلما أسلمت واحده منكن فقد طلقها).

لا شك أن الطلاق المعلق لا يقع عندنا، فلو أتى به هنا ففى كونه اختياراً اشكال أقربه العدم كما سبق.

قوله: (و لو قال: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو الفراق لم يصح التعلق).

قد سبق أن الاختيار لا يصح معلقاً، و يزيد بياناً أنا إن نزلناه ابتداءً كان تعليقه كتعليق النكاح، و إن نزلناه منزله الاستداده كان تعليقه كتعليق الرجعه.

و لأن الزوج مأمور بالتعيين، و الاختيار المعلق ليس بتعيين، و كما أنه لا يفيد تعيين الزوجه لا يفيد تعيين المطلوب فراقها لمثل ما ذكرناه.

و لو رتب الاختيار ثبت عقد الأول و اندفع البواقي.

و لو قال لما زاد على أربع: اخترت فراقكن، انفسخ عقدهن و ثبت عقد الأربع. و لو قصد الطلاق: فإن قلنا إن الكنايه كالطلاق فى الاختيار، ثبت عقد المطلقات و لم يطلقن، و إلا فلا.

و لو قال لواحد: طلقتك، صح نكاحها و طلقت و كانت من الأربع. قوله: (و لو رتب الاختيار ثبت عقد الأول و اندفع نكاح البواقي).

المراد بترتيب الاختيار أن يختار واحده بعد واحده إلى آخرهن، و حكمه أن كل واحده اختارها و هى صالحه لذلك صح اختيارها إلى أن يكملن أربعاً، و حينئذ فيندفع نكاح البواقي و يلغو اختيارهن.

قوله: (و لو قال لما زاد على أربع: اخترت فراقكن، انفسخ عقدهن و ثبت عقد الأربع، و لو قصد الطلاق: فإن قلنا الكنايه كالطلاق فى الاختيار ثبت عقد المطلقات و لم يطلقن، و إلا فلا).

لو كان له ثمان فقال لأربع منهن: اخترت فراقكن، انفسخ عقدهن و ثبت عقد الأربع البواقي مع صلاحيتهن لذلك، و لو قصد بذلك الطلاق كان كنايه، لأن الفراق ليس صريحاً فى الطلاق، فيبنى على ما سبق من تنزل الكنايه منزله الطلاق فى الاختيار.

فإن قلنا: إنها كالطلاق ثبت عقد المطلقات و لم يطلقن قطعاً، لأن الطلاق لا يقع بالكنايه عندنا، فيكون مفاد الكنايه على هذا التقدير هو لازم الطلاق و هو الزوجيه، و إن لم نقل بذلك كان اللفظ لاغياً.

قوله: (و لو قال لواحد: طلقتك، صح نكاحها و كانت من الأربع).

لا ريب أنه إذا طلق واحده من المذكورات يصح الطلاق و يكون ذلك اختياراً لها، فتكون واحده من الأربع، فيختار من البواقي ثلاثاً آخر، لكن لا يخفى أنه يشترط صلاحيتها للطلاق و الاختيار.

و أما الفعل فكالوطء فلو وطأ أربعاً ثبت عقدهن و اندفع البواقي، فإن وطأ الخامسة جاهلين فعليه مهر المثل. بقى شىء و هو أن قول المصنف: طلقتك أن المراد إيقاع الطلاق بهذه الصيغه، فسيأتى إن شاء الله تعالى فى الطلاق أن هذه الصيغه لا يقع بها الطلاق، و إن كان المؤاخذه بذلك على أنه إقرار و الطلاق بصيغه أخرى فهو حق.

و يمكن أن يريد بذلك تطبيق واحده فى الجملة، و الحواله فى الصيغه الشرعيه على ما سيأتى.

قوله: (و أما الفعل فكالوطء، فلو وطأ أربعاً ثبت عقدهن و اندفع البواقي، فإن كان وطأ الخامسة جاهلين فعليه مهر المثل).

حكى المصنف رحمه الله فى التذكرة خلافاً فى أن الوطء اختيار أم لا (1)، و صرح الشيخ المصنف و جماعه بأنه اختيار.

و يظهر من قوله بعد: (و لو وطأ أربعاً صح نكاحهن عندنا) عدم الخلاف فى كونه اختياراً عندنا.

و وجه العمل بظاهر الحال، و هو أنه لا يطاق إلا من يختار نكاحها، فإنه يدل على الرغبة فيها، و لظاهر حال المسلم و هو صيانتة عن الزنا، و لهذا عد الوطء فى بيع الأمه بشرط الخيار فسخاً للبيع.

و كذا الرجعه فإنها تحصل بالوطء عندنا، و لا استبعاد فى كون الفعل اختياراً، لأنه استدامه فى النكاح، و يغتفر فى الاستدامه ما لا يغتفر فى الابتداء.

فعلى هذا لو وطأ أربعاً ثبت عقدهن و اندفع نكاح البواقي، فإن وطأ الخامسة:

فإن كانا جاهلين فهو شبهه من الطرفين، و يكفى لثبوت مهر المثل بالوطء جهلها، و لا يعتبر جهلها كما تشعر به العبارة، و لو انتفى الجهل عن أحدهما فهو زان.

ص: ٤٤٣

و هل التقييل أو اللمس بشهوه اختيار؟ أقربه ذلك، كما أنه رجعه. و لو تزوج بأخت إحداهن لم يصح، و هل يكون اختياراً لفسخ عقدها؟ اشكال. قوله: (و هل التقييل و اللمس بشهوه اختيار؟ اشكال أقربه ذلك، كما أنه رجعه).

وجه القرب أن المعنى المقتضى لكون الوطاء اختياراً قائم فيهما، فإنهما يدلان على الرغبة في الملموسه و المقبله، لأن الأصل في فعل المسلم الصحه و صيانتته عن ارتكاب المحرم، فيحمل على اراده الاختيار كما في الرجعه، و ليس ذلك قياساً، إذ ليس المراد الحمل عليها بل التشبيه و التنظير.

و يحتمل العدم، لأنهما قد يوجدان في الأجنبية، فإن دلالتهما أضعف من دلالة الوطاء، و ما قرّبه المصنف أقرب.

قوله: (و لو تزوج بأخت إحداهن لم يصح، و هل يكون اختياراً لفسخ عقدها؟ إشكال).

أى: لو أسلم على أزيد من أربع فعقد على أخت إحداهن، فهل يكون ذلك اختياراً لفسخ نكاح أختها؟ فيه إشكال ينشأ: من أن العقد على إحدى الأختين أعم من الاختيار و عدمه، و لا دلالة للعام على الخاص بشيء من الدلالات.

و من أن العقد على إحداهما مناف لنكاح الأخرى، فيكون العقد على الأخت دالاً على اراده فسخ نكاح أختها، لتنافيهما و امتناع الجمع بينهما، و اراده أحد المتنافيين يقتضى نفي اراده الآخر. و فيه نظر، إذ قد تحصل الغفله عن المنافى الآخر مع إرادته منافية فكيف يلزم اراده نفيه.

و لأن الأصل في العقود الصحه، فإذا أوقع العقد على الأخت وجب الحكم بصحته فيمتنع بقاء نكاح الأخرى.

و لو قال:حصرت المختارات فى ست،انحصرن،و لو لحقه أربع و تخلف أربع فعين الأوائل للنكاح صح.

و لو عينهن للفسخ لم يصح إن كان الأواخر وثنيات،و إلا صح، و يحتمل الوقف. لا يقال:إنما يجوز العقد على الأخت مع نقص عددهن عن أربع و انما يجوز الفسخ مع الزيادة عليها فكيف يجتمعان.لأننا نقول:يمكن العقد متعه.

لا يقال:شروط صحة العقد كون الأخت ليست زوجه،فإذا عقد على الأخت لم يقع صحيحا،إذ لم يصادف محلا فيقع فاسدا،و لا يحصل به الاختيار.

لأننا نقول:لا تمتنع صحته و حصول الفسخ كما فى بيع البائع ذا الخيار و بيع المدبر و الموهوب من الواهب،حيث يجوز الرجوع فى الهبه.و قد يتصور فرض المسأله فيمن أنشأ العقد على الأخت معتقدا صحته،قاصدا بذلك فسخ نكاح الأخرى.

و فى كونه فسحا تأمل،لأنه بنفسه لا يقتضيه،و الإراده وحدها لا أثر لها،و للتردد فى ذلك مجال.

قوله: (و لو قال:حصرت المختارات فى ست انحصرن).

هذا إذا عين الست،و إلا كان لغوا.و وجه الانحصار أن ذلك مستلزم لفسخ نكاح البواقي،و يصح الفسخ بما يدل عليه صريحا و بما يستلزمه.

قوله: (و لو لحقه أربع و تخلف أربع فعين الأوائل للنكاح صح،و لو عينهن للفسخ لم يصح إن كان الأواخر وثنيات على الأصح،و يحتمل الوقف).

وجه صحة تعيين الأوائل للنكاح ظاهر،فإنهن مسلمات لا مانع من تعيينهن، و كذا لو عينهن للفسخ و الأواخر كتابيات،لأن استداده نكاح الكتابيه جائز،و كذا اختيارهن على المسلمات على الأصح كما سبق.

و لو عين المتخلفات للفسخ صح، و للنكاح لا- يصح، إلا ان جوزنا و أما إذا كان الأواخر وثنيات، فإن فى تعيين الأوائل للفسخ وجهين:

أحدهما: البطلان، لأنه لو صح لوجب عليه أن يترتب عليه أثره، و هو بينونه المسلمات و بقاء نكاح الوثنيات.

و الثانى: باطل قطعا، فإن الوثنيه يمتنع نكاحها للمسلم.

بيان الملازمه أن الفسخ إنما يقع لما زاد على أربع فنكاحهن لازم قطعا، و ليس بعد المسلمات إلا الوثنيات، و فيه نظر، لأن الفسخ يجوز أن يقع مراعى، و تنكشف صحته بإسلام الوثنيات فى العده، فيكون صحيحا بحسب الواقع، يترتب عليه أثره و انكشافه عندنا بتحقق إسلامهن.

و لأن ظاهر قوله عليه السلام: «أمسك أربعا و فارق سائرهن» (1) يقتضى وقوع الفرقه فى الحال، و هو ممتنع فى الفرض المذكور، لأن إمساك الوثنيات ممتنع. و فيه نظر، لأن الفرقه قد تحصل فى الحال و يصح نكاح الوثنيات و ينكشف بإسلامهن فى العده.

و الحاصل أن الفسخ كما يحتمل صحته و بطلانه على وجه الجزم، كذا يحتمل التوقف فى الحكم بأحدهما، لخفاء الشرط و هاهنا كذلك، فإن شرط صحه الفسخ كون البواقى زوجات، كما أن شرط فساده انتفاء زوجيتهن و إنما يتبين بقاء زوجيتهن و انفساخها بإسلامهن فى العده و عدمه، فوجب أن لا يحكم بأحد الأمرين إلى أن يحصل الكاشف، و هذا هو الوجه الثانى، و هو الذى أراد بقوله: (و يحتمل الوقف) و هو الأصح، لامتناع الحكم بأحدهما مع خفاء شرطه.

فإن قيل: الفسخ الواقع حينئذ متردد فيه فيمتنع صحته.

قلنا: لا تردد، إذ الأصل بقاء الزوجيه، و المانع غير معلوم الحصول.

قوله: (و لو عين المتخلفات للفسخ صح، و للنكاح لا يصح إلا إذا

ص: ٤٦٦

الوقف. و لو أسلمت ثمان على الترتيب، فخاطب كل واحده بالفسخ عند إسلامها تعين للفسخ الأربع المتأخرات، و على الوقف المتقدمات. و يجب الاختيار وقت ثبوته، فإن امتنع حبس عليه، فإن أصر عزر. جوزنا الوقف).

أى: لو عيّن فى المسأله المذكوره المتخلفات للفسخ صح، لصحه نكاح الأوائل، بخلاف ما لو عينهن للنكاح فإنه لا يصح، لأنهن وثنيات، فلا يصح اختيار نكاحهن.

نعم لو جوزنا الوقف و هو وقوع التعيين مراعى، لم يمتنع تعيينهن للنكاح، و تنكشف صحته و فساده بالإسلام و عدمه.

قوله: (و لو أسلم ثمان على الترتيب، فخاطب كل واحده بالفسخ عند إسلامها، تعين للفسخ الأربع المتأخرات، و على الوقف المتقدمات).

وجه الأول أن فسخ الأربع الأول وقع باطلا، لامتناع اختيار الوثنيات، فسخ الأربع الآخر.

و وجه الثانى: أن الفسخ للأول وقع مراعى و قد انكشف صحته بإسلام الآخر، فتعين للنكاح المتأخرات.

قوله: (و يجب الاختيار وقت ثبوته، فإن امتنع حبس عليه، فإن أصر عزر).

لا- ريب أنه متى ثبت للمكلف الاختيار بالنسبه إلى جميع الزوجات، اما بأن أسلم جميعهن، أو كن كتابيات، أو أسلم البعض و البعض الآخر كتابيات، و جب عليه الاختيار. و الأصل فيه قوله صَلَّى الله عليه و آله لغيلان بن سلمه الثقفى: «أمسك أربعا و فارق سائرهن» (1) و الأمر للوجوب.

ص: ٤٤٧



فإن مات اعتدت كل واحده بأبعد الأجلين، فالحائل بالأبعد من أربعة أشهر و عشره أيام و من ثلاثه أقرء، و الحامل بالأبعد من أربعة أشهر و عشره أيام و من الوضع. و لأنه لو لم يختر لكان متمسكا بنكاح الجميع بعد الإسلام و الثانى باطل فان المسلم كما لا يجوز له ان ينكح أكثر من اربع كذا لا يجوز له استدامه نكاحهن.

و لأن حق الاستمتاع ثابت للزوجات، و هو ممتنع قبل الاختيار، فإن امتنع حبسه الحاكم، فإن أصر أخرجه و عزره و يحذره بما يراه من الضرب و غيره، فإن فعل، و إلا رده إلى الحبس و الضرب حتى يختار.

و كذا من وجب عليه دين حال، و كان له مال يعرف الحاكم به، و هو يسره و ينكره و لا مال له سواه، فإن الحاكم يجبره على قضاء الدين، فإن فعل، و إلا حبسه، فإن فعل، و إلا أخرجه و عزره و لا يزال يخرججه و يعززه حتى يقضى الدين.

و المولى إذا امتنع من الفئه و الطلاق يحبسه الحاكم كذلك، و لا يطلق عليه عندنا.

و ذهب بعض الشافعيه إلى أن المأمور بالاختيار إذا امتنع فحبس لا يعزر على الفور، فلعل عليه فى التعيين فكر أو أقرب معتبر فيه مده الاستنابه (١).

قوله: (فان مات اعتدت كل واحده بأبعد الأجلين، فالحائل بالأبعد من أربعة أشهر و عشره أيام و من ثلاثه أقرء، و الحامل بالأبعد من أربعة أشهر و عشره و من الوضع).

لو مات الزوج قبل التعيين و جبت العده على الجميع، لأن الزوجات لا يتعين منهن و إن لم يكن دخل بهن، كما لو أسلم عن ثمان كتابيات و جب على كل منهن الاعتداد بأربعة أشهر و عشره أيام، لأن كلا منهن يحتمل زوجيتها.

و إن كان قد دخل بهن اعتددن بأبعد الأجلين من عده الوفاه و عده الطلاق،

ص: ٤٦٨

و نوقف لهن الربع أو الثمن حتى يصطلحن، فإن طلبت إحداهن منه شيئاً لم تعط.

و لو طلبت خمس دفع إليهن ربع النصيب، و الست نصفه.

و لو كانت إحداهن مولى عليها لم يكن لوليها أن يأخذ لها أقل من الثمن، و يحتمل القرعه و التشريك. و الحائل بالأبعد من أربعة أشهر و عشره أيام و من ثلاثة أقراء، و الحامل بأبعد الأجلين من أربعة أشهر و عشره أيام و من الوضع، فأيهما انقضت قبل أتمت الأخرى.

و إنما وجب ذلك، لتوقف يقين البراءة عليه، فإن كل واحد يحتمل أن تكون مختاره و مفارقه، و عدته المختاره عدته الوفاة و عدته المفارقه عدته الطلاق.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ابتداء الأشهر من حين الوفاة قطعاً، و أما الأقراء فقد قال في التذكرة: يحتمل الاعتبار من وقت إسلامهما إن اقترنا، و من حين إسلام من سبق إسلامه إن تعاقبا فيه، لأن الأقراء إنما تجب لاحتمال أنها مفارقه قد انفسخ نكاحها، و الانفساخ يحتمل من ذلك الوقت (١).

و لقائل أن يقول: إن الانفساخ إنما يحصل من حين المفارقه بالاختيار، و لم يتحقق ذلك، فيتعين أن يكون ابتداء عدته من حين الوفاة، لا متنازع التأخر عنه و انتفاء ما يدل على التقديم عليه، لأن إسلامهما أو إسلام الأسبق منهما لا يقتضى المفارقه قطعاً.

قوله: (و يوقف لهن الربع أو الثمن حتى يصطلحن، فإن طلبت إحداهن منه شيئاً لم تعط، و لو طلبت خمس دفع إليهن ربع النصيب و الست نصفه، و لو كانت إحداهن مولى عليها لم يكن لوليها أن يأخذ لها أقل من الثمن، و يحتمل القرعه و التشريك).

إذا مات الزوج بعد إسلامه و إسلام الزوجات الثمان و قبل الاختيار، ففي

ص: ٤٦٩

استحقاق الزوجات من الإرث احتمالات ثلاثة ذكرها المصنف:

أحدها: أن يوقف لهن نصيب الزوجيه، وهو الربع مع عدم الولد و الثمن معه حتى يصطلحن، لأن الحق منحصر فيهن، و لا طريق إلى معرفه المستحق، و لا يتوقع حصوله و لا أولويه لبعض على بعض. و يظهر من المصنف اختيار هذا الاحتمال، و يتفرع على هذا الاحتمال أمران:

أ: أن إحداهن لو طلبت من النصيب شيئاً لم يدفع إليها شيء، لانتفاء تعيين الاستحقاق، لإمكان أن لا تكون زوجته، و كذا لو طلبت اثنتان أو ثلاث أو أربع.

أما لو طلبت خمس، فإنه يدفع إليهن ربع النصيب، و هو ربع الربع أو ربع الثمن، لأن فيهن واحده زوجة قطعاً، و الست نصفه و السبع ثلثه أرباعه لمثل ذلك.

ب: لو كانت إحداهن مولى عليها، كما لو كانت صغيره أو مجنونه، ففي القدر الذى يتعين على وليها الصلح به فما زاد احتمالان:

أحدهما: ربع النصيب، فلا يجوز له الرضى بما دونه، لوجوب الاحتياط فى تصرف الولى.

و أصحهما عند المصنف أنه يجوز النقص عن الربع، لعدم تعيين زوجيتها، و لا يجوز النقص عن الثمن، لكون النصيب موقوفاً بين الثمان، فكل واحده صاحبه ثمن.

و لقائل أن يقول: إنه لو علم الولى أنه إذا لم يصلح على الأقل فات حظها من النصيب تعين القول بجواز الصلح حينئذ.

و يمكن الجواب بأن أخذ الأقل ظاهر، و إن كان على جهه الصلح لا يكون لازماً بحيث يسقط حقها من تتمه الثمن، فللولى و لها بعد الكمال المطالبه بالتتمه، و على هذا فمختار المصنف هو المفتى به.

الاحتمال الثانى: القرعه، لأنه أمر مشكل، و قد ورد عنهم عليهم السلام: «فى

كل أمر مشكل القرعه».

الاحتمال الثالث: التشريك فيقسم بينهن على التساوى، لانحصار الحق فيهن، و البيان غير متوقع، و هن جميعا معترفات بأن الإشكال ثبت في الجميع، و لا- مزيه لبعض على بعض آخر في الظاهر و لا- في الواقع، لأن المقتضى لزوجيه بعض هو الاختيار، و بدونه فجميعهن سواء في ذلك، و هذا الاحتمالان ضعيفان.

أما القرعه، فلأنها إنما تجرى في الأمور المشتبهه ظاهرا مع التعيين في نفس الأمر، كما لو اشتبه مستحق المال من الشخصين، فإن أحدهما مالك بحسب نفس الأمر دون الآخر، فيكشف ما في نفس الأمر بالقرعه.

و كما لو حلف ليطلقن زينب إن كان هذا الطائر غرابا، و عمره إن لم يكن، فإن اليمين واقع بالنسبه إلى إحداهما بعينها، و الاشتباه إنما هو عندنا دون الله سبحانه فإنه يعلم حال الطائر، بخلاف ما نحن فيه، لانتفاء تعين الزوجات في نفس الأمر، لأن ثبوت الزوجيه لبعض دون بعض إنما يكون بالاختيار، و الله تعالى يعلم الأشياء على ما هي عليه، و المعين في نفسه يعلمه معينا، و المبهم في نفسه يعلمه مبهما.

فإن قيل: إنه تعالى يعلم من كان يختار على تقدير الاختيار.

قلنا: المقتضى للزوجيه الموجهه للإرث هو الاختيار لبعض، و ذلك منتف فينتفى أثره، كما أنه لو أراد زيد نقل ملكه إلى عمرو، و علم الله تعالى أنه لو بقى لنقله فإن ذلك لا يثمر ملكا لعمرو و لا انتقالا عن زيد.

و اما التشريك فلاستلزامه إعطاء من لا- حق لها و توريث من ليست بزوجه، بخلاف ما لو تعارضت الدعويان، فإن اشتراك المدعين غير معلوم الانتفاء، بخلاف ما نحن فيه، فالأقرب الأول.

و مما قرناه علم أن قوله: (و يحتمل القرعه و التشريك) أى: و يحتمل التشريك، عديلان لقوله: (يوقف لهن الربع أو الثمن).

و لو كان فيهن وارثات و غير وارثات فلا إيقاف، كما لو كان معه أربع وثنيات و أربع كتابيات فأسلم الوثنيات ثم مات، و كذا لو كن كتابيات فأسلم معه أربع و مات. قوله: (و لو كان فيهن وارثات و غير وارثات فلا إيقاف، كما لو كان معه أربع وثنيات و أربع كتابيات فأسلم الوثنيات ثم مات، و كذا لو كن كتابيات فأسلم معه أربع و مات).

ما مضى حكم ما إذا قطع باستحقاق الزوجات للميراث، فأما إذا كان كل من الأمرين محتملا على حد سواء، كما إذا أسلم على أربع كتابيات و أربع وثنيات فأسلم الوثنيات، أو أسلم على ثمان كتابيات فأسلم منهن أربع ثم مات قبل الاختيار، فإن في وجوب إيقاف النصيب هنا وجهين:

الأول: و هو مقرب التذكرة: أنه يوقف، لأننا لا- نعطي الورثة إلا- ما نعلم أنه لهم، و يوقف مع الشك كما يوقف الميراث إذا كان هناك حمل، و استحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم، و الشك في أصل الاستحقاق لا يمنع الوقف كمسائل الحمل.

و الثانى: و هو مختاره هنا: أنه لا- يوقف للزوجات بشيء، لأن ارثهن غير معلوم، لجواز أن يكون الزوجات الكتابيات و لا يرث الكافر المسلم.

و يضعف بأن الإيقاف لا ينافيه الشك في الاستحقاق كما في الحمل، فإن قلنا بالأول لم يدفع إلى المسلمات نصيب الزوجية حتى يصطلحن مع باقى الورثة، للشك في أصل إرث الزوجات.

و القول بالإيقاف قريب، لأن نصيب الزوجية دائر بين المسلمات و سائر الورثة.

و لا- ترجيح لبعض على بعض، و لا- أصل لواحد من الفريقين بخصوصه يرجع إليه، فالحكم بصرفه إلى الورثة دونهن تحكم و ترجيح بلا مرجح.

و لو أسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالأقرب إيقاف الحصة. و لو أسلمت واحده فالموقف كمال الحصة، قوله: (و لو أسلم الكتابيات بعد الموت قبل القسمة فالأقرب إيقاف الحصة).

هذا بناء على عدم إيقاف شىء على تقدير أن يكون أربع كتابيات، و تحقيقه أنه لو أسلم الكتابيات الأربع بعد الموت قبل قسمة التركة فالأقرب إيقاف حصة الزوجات حينئذ.

و وجه القرب أن الكافر إذا أسلم على ميراث قبل القسمة وورث، فبالسلام الكتابيات قبل القسمة ساوين المسلمات فى استحقاق الإرث، فيقطع بأن نصيب الزوجه لا يستحقه باقى الورثه فيتعين إيقافه.

و يحتمل ضعيفا العدم، لأن الإسلام قبل القسمة إنما يثمر الإرث فى غير الزوجه، لأن إرث الزوجه منوط بزوجيتها و إسلامها معا، و فى محل النزاع الإسلام منتف عند الموت و الزوجيه منتفيه بعده.

بخلاف غير الزوجيه من أسباب الإرث، فإن وصف القرابه لا- ينتفى بالموت و ليس بشىء، لأن الزوجيه ثابتة بعد الموت، للاستصحاب و لثبوت أحكامها. و من ثم جاز التغسيل و لم يحرم النظر، و قدّم الزوج على باقى الورثه فى أحكام الزوجيه كلها، و الأقرب ما قربه المصنف.

قوله: (و لو أسلمت واحده فالموقف كمال الحصة).

أى: لو أسلمت واحده من الأربع فى الصورة السابقه فالموقف كمال الحصة، بناء على الإيقاف فى الصورة المتقدمه.

و وجهه أنه لو أسلمت واحده و الزوجات أربع كتابيات، استحققت كمال نصيب الزوجيه، فيكون الاشتباه فى نصيب الزوجيه من حيث ان الاستحقاق دائر بين الأربع المسلمات، و بين ثلاث مع التى أسلمت بعد الموت، و بين كل واحده من الخمس، لإمكان

و كذا لو كان معه كتابيه و مسلمه و قال:إحداكما طالق و مات قبل التعيين.

### المطلب الخامس:فى النفقه

المطلب الخامس:فى النفقه،إذا أسلم و أسلمن و جب نفقه الجميع، حتى يختار أربعا فتسقط نفقه البواقي.و كذا لو كن كتابيات و جبت النفقه و إن لم يسلمن،و كذا لو أسلمن أو بعضهن قبله و هو على كفره و إن انتفى التمكين من الاستمتاع.

كونها المختاره مع الثلاث الكتابيات.

قوله: (و كذا لو كان معه كتابيه و مسلمه و قال:احديكما طالق و مات قبل التعيين).

أى:و كذا لا إيقاف لو كان مع الزوج الذى أسلم كتابيه و مسلمه،و طلق إحديهما من غير تعيين،و قلنا بصحة هذا الطلاق،ثم تعيين من شاء و مات قبل التعيين، فإنه يحتمل أن تكون المطلقه المسلمه و الكتابيه لا يرث،فلا يوقف بشيء للزوجه للشك فى سبب الإرث،و هذا أحد الوجهين على ما عرفت.

و على الوجه الثانى يجب الإيقاف،للكشك فى استحقاق باقى الورثه النصيب، كما شككنا فى استحقاق الزوجه إياه فامتنع الترجيح،فعلى هذا لا بد من اعتبار الصلح بين الزوجتين و باقى الورثه إن قلنا بالإيقاف إلى الصلح فى المسأله المذكوره أولا، و سيأتى إن شاء الله تعالى فى الطلاق أن مثل هذا التطبيق لا يجوز.

فقول المصنف:(و كذا لو كان معه كتابيات)إشاره إلى قوله سابقا:(و لو كان فيهن وارثات و غير وارثات فلا إيقاف).

قوله: (المطلب الخامس:فى النفقه:إذا أسلم و أسلمن و جب نفقه الجميع حتى يختار أربعا فتسقط نفقه البواقي،و كذا لو كن كتابيات و جبت النفقه و إن لم يسلمن.و كذا لو أسلمن أو بعضهن قبله و هو على كفره و إن انتفى التمكين من الاستمتاع.

و يشترط عدم النشوز فيما له السلطنه فيه كالسكنى، و حل نذرها موقوف. و يشترط عدم النشوز فيما له السلطنه فيه كالسكنى).

لا-ريب أنه إذا أسلم الزوج الكافر و أسلمت الزوجات و هن أكثر من النصاب يجب عليه نفقه الجميع، استصحابا للوجوب قبل الإسلام و لم يوجد ناقل عنه، و لأنهن محبوسات لأجله و تحت حجره إلى زمان الاختيار، فإن اختار أربعا اندفع نكاح البواقي و سقطت نفقتهن.

و كذا لو كن جميعا كتابيات و لم يسلمن، و كذا لو أسلمن أو بعضهن قبله و هو على كفره، و إن انتفى التمكين من الاستمتاع فى هذه الصوره كلها، لأن المانع من قبله بترك الاختيار فى الأولتين، و بترك الإسلام و الاختيار فى الأخيره.

و لأن المنع قبل الاختيار شرعى، فهو كالمنع من الاستمتاع فى حال الإحرام، لكن يشترط عدم النشوز فيما للزوج السلطنه فيه، كالسكنى فى مكان مخصوص لائق بحال المرأه، و عدم الخروج من المسكن من دون إذنه، لأن لذلك دخلا فى التمكين، و لا يلزم من سقوط التمكين فى الاستمتاع سقوط ما عداه. و لأن كل واحده فى كل زمان معرضه لأن تكون زوجته بأن يختارها، فلا بد من أن يكون الاستمتاع من قبلها لا مانع منه من جهه المسكن، و غيره من الأمور التى لها تعلق بالاستمتاع كإزاله المنفر و ما جرى هذا المجرى.

قوله: (و حل نذرها موقوف).

أى: و حل نذر احدى الزوجات للاختيار موقوف، أى: موقوف على اختياره إياها، فلو اختار من عداها كان نذرها لازما. و هذا واضح، إذا قلنا بأن نذر الزوجه ينعقد و للزوج الحل، إذ لا مقتضى للحل حينئذ، لزوال الزوجيه.

و لو قلنا بعدم انعقاده من رأس أمكن القول بعدم الانعقاد حينئذ، لأنها زوجه، و إنما تندفع زوجيتها بالاختيار.



و لو لم يدفع النفقه كان لهن المطالبه بها عن الحاضر و الماضى، سواء أسلم أو لا. و لو أسلم دون الوثنيات لم يكن لهن نفقه، لأن تفويت الاستمتاع منهن. و لو تداعيا السبق إلى الإسلام قَدّم قول الزوج، لأصالة براءته. و اعلم أن الضمير فى: (نذرها) لا مرجع له فى اللفظ لكنه ظاهر.

قوله: (و لو لم يدفع النفقه كان لهن المطالبه بها عن الحاضر و الماضى، سواء أسلم أو لا).

و ذلك لأن هذه النفقه نفقه زوجيه لا تسقط بالفوات، بل هى دين لازم لهن المطالبه به كنفقه سائر الزوجات.

قوله: (و لو أسلم دون الوثنيات لم يكن لهن نفقه، لأن تفويت الاستمتاع منهن).

هذا هو أصح الوجهين، و قوّاه الشيخ (1)، و إنما كان تفويت الاستمتاع منهن، لأنهن مسببات بالتخلف عن الإسلام و هو فرض عليهن، فأشبهه ما إذا سافر الزوج و أراد مساعدتها فتخلفت، و لأنهن ممنعن أنفسهن بمعصيه، أو منعها بمعنى لا يمكنه تلافيه كما لو نشزت.

و الآخر لهن النفقه إذا أسلمن فى العده، لظهور أنهن قد كن زوجات، و لم يحدثن شيئا، و الزوج هو الذى بدل الدين و هو ضعيف، لأن تخلفها عن الإتيان بالإسلام مع وجوبه هو المقتضى لمنع الاستمتاع، و ذلك نشوز، و مثله ما لو لم تغتسل من الحيض إن شرطنا الوطء بالغسل.

قوله: (و لو تداعيا السبق إلى الإسلام قدم قول الزوج، لأصالة البراءة).

هذا تفريع على الوجه

ص: ٤٧٦

و لو ادعى السبق بالإسلام قبل الوطاء فالقول قولها، لأن الأصل بقاء المهر. الأصح، و تحقيقه إنه لو تداعى الزوجان السبق إلى الإسلام، فادعته الزوجه لتبقى نفقتها، و ادعاه الزوج لتنتفى، فإن القول قول الزوج بيمينه، لأن النفقه إنما تجب يوماً فيوماً، و كل يوم تجب عند صلاه الغدا، و الاختلاف حينئذ في أصل الوجوب و الزوج ينكره، فيكون الأصل معه و الزوجه تدعى خلاف الأصل فعليها البيئه.

و يحتمل أن القول قولها، لأن النفقه كانت واجبه، و الأصل البقاء، و الزوج يدعى المسقط، و كان كما لو ادعى عليها النشوز فأنكرت بعد تحقق التمكين.

و يمكن الفرق بأنه مع تحقق التمكين لا شبهه في أن من يدعى النشوز مدع، بخلاف ما إذا تحقق المانع من الاستمتاع، و هو بقاء أحدهما على الكفر فإنه لا تمكين حينئذ فإذا ادعت معه كونها غير ناشزه لم يقبل منها إلا بالبيئه، و هذا إذا اتفقا على تقدم إسلام أحدهما واضح.

أما إذا اختلفا في التقدم و التقارن فإنه يبنى على تقديم الأصل أو الظاهر فيما سيأتى، فإن قدمنا الظاهر فلا نفقه على ما سبق، و إن قدمنا الأصل فالنفقه كما كانت.

قوله: (و لو ادعى السبق بالإسلام قبل الوطاء فالقول قولها، لأن الأصل بقاء المهر).

أى: لو كان اختلاف الزوجين بعد تحقق إسلامهما أيهما سبقت بالإسلام قبل الدخول فلا مهر لها، و أنكرت هي ذلك و ادعت بقاء المهر، فإن القول قولها بيمينها، لأن المهر معلوم الثبوت، فمدعى المسقط مطالب بالبيئه. و ليس هذا كما لو اختلفا في السبق بالنسبه إلى النفقه، لأن عدم التمكين هناك متحقق.

و كونه غير مؤثر غير معلوم، فمتى ادعى عدم تأثيره طولب بالبيئه، و لا فرق

و لو قالت: أسلمنا معا فالنكاح باق، قدّم قوله، لندور التقارن فى الإسلام على اشكال. فى ذلك بين أن تكون الزوجه وثنيه أو كتابيه.

و كذا الزوج، فإن إسلام الزوجه أولاً قبل الدخول يقتضى الفسخ، و سقوط المهر على كل تقدير على ما سبق.

و لو قال: سبق إسلام أحدنا الآخر و لا نعلم السابق، انفسخ النكاح باتفاقهما على السبق المقتضى له. كذا ذكره المصنف فى التذكرة (١)، و يجب أن يقيد بكون الزوجه وثنيه، لأنها لو كانت كتابيه لأمكن تقدم إسلامه، فيبقى النكاح على ما تقدم.

ثم المهر إن كانت المرأة لم تقبض منه شيئاً لم يكن لها المطالبة به، لجواز أن تكون هى السابقة، فيكون قد سقط مهرها فيقف حتى تعلم. و إن كانت قد قبضته فلها المطالبة بنصفه، لأنه لا يستحق ذلك على كل من تقدرى تقدم إسلامها و إسلامه، و يقف النصف الآخر إلى أن يعلم الحال، و هذا إنما هو إذا لم يوجب مع تقدم إسلامه قبل الدخول إلا نصف المهر.

أما إذا أوجبنا الجميع - كما سبق فى نظائره فى الرضاع - فليس له المطالبة بشىء.

قوله: (و لو قالت: أسلمنا معا فالنكاح باق قدّم قوله لندور التقارن فى الإسلام على اشكال).

ما سبق اختلافهما فى التقدم، لبقاء المهر و عدمه، و الاختلاف هنا فى التقدم لبقاء النكاح و عدمه.

و تصويره أنه إذا قالت الزوجه أو الزوج: أسلمنا معا قبل الدخول فالنكاح باق، و قال الآخر: بل تقدم إسلام أحدنا و كانت الزوجه وثنيه، أو إسلام الزوجه إن

ص: ٤٧٨

و لو قال: أسلمت بعد إسلامي بشهرين، فقالت: بل بشهر، أو قال:

أسلمت بعد العده، فقالت: بل فيها، قدّم قوله. كانت كتابيه فقد انفسخ النكاح، قدّم قول مدعى التقدم الموجب للفسخ، وقد فرضه المصنف الزوج على اشكال ينشأ: من تعارض الأصل و الظاهر، فإن الأصل بقاء النكاح و عدم تجدد المفسد.

و الظاهر عدم التقارن، لأن اتفاق ذلك عزيز نادر، فيقدّم قول نافية كما يقدم قول صاحب اليد و تعارض الأصل و الظاهر.

و البحث في ترجيح أيهما على الآخر أصل معروف بين الفقهاء تبنى عليه من المسائل ما لا يكاد يتناهى، و سيأتى إن شاء الله تعالى في باب القضاء ما له مزيد بحث، و الأكثر على ترجيح الظاهر.

و قد يحتج له بأن الظاهر ناقل فيقدم على الأصل، لأنه مقرر، و بأن صاحب اليد مقدم و هو من قبيل الظاهر، فاعتباره يشعر بقوه جانب الظاهر في نظر الشارع.

و ربما احتج على ترجيح الأصل بأنهما لو اختلفا في السابق إلى الإسلام قبل الدخول قدّم قول المرأة في بقاء المهر عملاً بأصالة بقائه. و جوابه ظاهر، فإن أصالة بقاء المهر لا يعارضها ظاهر، بخلاف ما هنا، فعلى هذا ترجيح الظاهر أقوى.

قوله: (و لو قال: أسلمت بعد إسلامي بشهرين، فقالت: بل بشهر أو قال: أسلمت بعد العده، فقالت: بل فيها، قدّم قوله).

وجه تقديم قوله أما في الاولى، فلأن الأصل براءة ذمته من النفقه مدة الشهر المختلف فيه، و الأصل عدم تقدم إسلامها على الوجه الذى يدعيه.

و أما في الثانية، فلأن إسلامها في العده يقتضى استحقاق النفقه، لبقاء النكاح، و الأصل عدمه، و كذا الأصل عدم تقدم الإسلام على انقضاء العده.

فإن قيل: تأخر إسلامها عن العده يقتضى زوال النكاح، و الأصل بقاؤه.

قلنا: بعد أن تحقق اختلاف الدين و انقضاء العده المقتضى لفسخ النكاح،

و لا يعد الفسخ فى الطلقات و إن ساواه فى المهر، فلو أسلم الوثنى قبل الدخول و جب نصف المسمى إن كان مباحا، و إلا نصف مهر المثل، و يحتمل المتعه، و لو لم يسم مهرا فلها المتعه.

و ان كان بعده و جب المسمى أو مهر المثل على التفصيل. و شك فى المانع و هو إسلامها قبل الانقضاء، لم يبق الأصل المذكور فلا يكون متمسكا.

و لو انعكس الفرض فادعى إسلامه فى العده بعد أن تقدم إسلامها، و ادعت كونه بعدها، فالظاهر عدم الفرق، فيكون القول قولها. قوله: (و لا يعد الفسخ فى الطلقات و إن ساواه فى المهر).

و ذلك لأن عده الطلقات يقتضى تحريمها بطلقتين معه، و ذلك تشريع يتوقف على توقيف الشارع، و المهر إنما و جب بالعقد لا بالفسخ، فلا يلزم من وجوب المهر أو نصفه مع الفسخ كالطلاق مساواته للطلاق فى باقى الأحكام.

قوله: (فلو أسلم الوثنى قبل الدخول و جب نصف المسمى إن كان مباحا، و إلا نصف مهر المثل، و يحتمل المتعه. و لو لم يسم مهرا فلها المتعه، و إن كان بعده و جب المسمى أو مهر المثل على التفصيل).

لما ذكر أن الفسخ بالإسلام يساوى الطلاق فى المهر، و لم يكن ذلك على إطلاقه، و إنما هو إذا كان بعد الدخول أو قبله إذا كان من قبل الزوج بين حكمه.

و لا ريب أن الوثنى إذا أسلم قبل الدخول أو الكتابى انفسخ النكاح إذا كانت الزوجه وثنيه على ما سبق، و حينئذ فإن كان المهر المسمى مباحا و جب نصفه، لأنه فرقه قبل الدخول، فكان موجبا لتنصيف المهر كالطلاق.

و يشكل بأن المهر يجب كله بالعقد على أصح القولين كما سيأتى إن شاء الله تعالى، و تشطره بالطلاق ثبت بالنص و الإجماع، و إلحاق غيره به قياس، و قد سبق فى الرضاع أن الفسخ الحاصل به يجب معه جميع المهر، و هو المتجه هنا.

و لو أسلمت قبل الدخول سقط و بعده لها المسمى. و يحتمل وجوب المتعه، لبطلان المسمى فصار كالتفويض، و ضعفه ظاهر. هذا إذا كان المهر مباحا، فإن كان محرما في شرع الإسلام كالخمر و الخنزير و جب نصف مهر المثل، بناء على بطلان المسمى، و الرجوع إلى مهر المثل إن لم يكن قبضت منه شيئا، و إلا فبالنسبه.

و قد تقدم في كلام المصنف أول الباب أن الأقرب و جوب قيمه عند مستحليه و انه الأصح، فعلى هذا تجب أما قيمه أو نصفها.

أما لو لم يسمّ مهرا بل كانت مفوضه فلا بحث في وجوب المتعه، و إن أسلم بعد الدخول و جب المسمى إن كان مباحا، لاستقراره بالدخول، فلا يسقط بما يطرأ و إن كان غير مباح و جب مهر المثل إن لم يكن قد قبضت منه شيئا.

فإن كانت قد قبضت الجميع برىء منه، و إن قبضت البعض برىء منه و وجب من مهر المثل بنسبه الباقي على ما سبق بيانه مفصلا، و إلى ذلك أشار المصنف بقوله:

(على التفصيل) فإنه يريد التفصيل الذى سبق فى أول الباب.

و ذكر الشارح الفاضل أن المراد بالتفصيل تقسيم الحال إلى كون الإسلام بعد قبض المهر كله محللا أو محرما، أو بعد قبض البعض خاصه، أو قبل قبض شيء منه، و الظاهر أنه أعم من ذلك.

و من لحظ الكلام السابق فى أول الباب علم بأدنى تأمل ما قلناه، و على المختار فالواجب إنما هو مجموع قيمه إن لم تكن قبضت شيئا من المحرم، و إلا فبالنسبه.

قوله: (و لو أسلمت قبل الدخول سقط، و بعده لها المسمى).

أى: إذا سبق إسلام المرأة قبل الدخول سقط المسمى و يفسخ النكاح، و إنما يسقط مع كونها محصنه بالإسلام و هى مأموره به، لأن الفسخ جاء من قبلها، و المهر عوض، فيسقط بتفويت العاقد و المعقود عليه، و إن كان معذورا كما لو باع طعاما ثم كله و هو مضطر إليه، بخلاف ما لو كان الإسلام بعد الدخول، فإن المسمى بحاله،

و لو اعترفا بالسبق و لو يعلم أيهما السابق قبل الدخول لم يكن للمرأة المطالبة بشيء من المهر ان لم تقبض و ان قبضته فللزواج المطالبة بنصفه خاصة ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين، لاستقراره بالدخول.

قوله: (و لو اعترفا بالسبق و لم يعلم أيهما السابق قبل الدخول، لم يكن للمرأة المطالبة بشيء من المهر إن لم يقبض، فإن قبضته فللزواج المطالبة بنصفه خاصة، ثم يوقف على التقديرين حتى يتبين).

أى: لو اعترف الزوجان و تصادقا بعد إسلامهما على أن أحدهما سبق إلى الإسلام، و قالوا: لا نعلم السابق بعينه، و كان ذلك قبل الدخول. و لا بد من التقييد بكون الزوجه و ثنيه، إذ لو كانت كتابيه لبقى النكاح لو كان المسلم الزوج، و حينئذ فإن النكاح يفسخ، لاتفاقهما على ما يقتضى فسخه.

ثم المهر إن كانت المرأة لم تقبض منه شيئاً لم يكن لها المطالبة به، لجواز أن تكون هي السابقة، فيكون قد سقط مهرها فيقف حتى يعلم.

لا يقال: ثبوت المهر بالنكاح متحقق، و الأصل بقاءه، و المسقط تقدم إسلامها، و هو غير معلوم فيتمسك بالأصل.

لأننا نقول: لما طرأ فسخ النكاح المستند إلى تقدم إسلام أحدهما، و أمكن كون المتقدم المرأة، لم يبق الأصل، كما كان لتكافؤ احتمال كون السابق الرجل أو المرأة.

و فيه نظر، فإن الماء القليل لا يجب اجتنابه لو علم وقوع شيء فيه و احتمال كونه نجاسه.

و إن كان قد قبضته فله المطالبة بنصفه، لأنه يستحق ذلك على كل من تقديري تقدم إسلامها و إسلامه، بناء على تشطره بالفسخ بالإسلام قبل الدخول، و يقف النصف الآخر إلى أن يعلم الحال، للشك في سبب المطالبة و هو تقدم إسلامها، إذ يجوز أن يكون المتقدم إسلامه.

و روى ان إباق العبد طلاق زوجته و انه بمنزله الارتداد فان رجع فى العده فهو أملك بها و ان عاد و قد تزوجت بعد العده فلا سبيل عليها و الطريق ضعيف. و لو أوجبنا الجميع - كما سبق فى نظائر ذلك فى الرضاع - فليس له المطالبه بشىء، و أراد المصنف بالتقديرين فى قوله: (توقف على التقديرين حتى يتبين) تقدير عدم قبضها، و تقدير قبضها إياه، أى: بعد الحكم بعدم المطالبه فى الصورة الاولى، و برجع الزوج بالنصف خاصه فى الثانيه.

و إبقاء النصف الآخر عندها لا يحكم بعدم استحقاقها أصلاً، و براءة الزوج فى الصورة الاولى و استحقاقها النصف فى الثانيه، بل يتوقف فى ذلك للشك فى المقتضى للاستحقاق و عدمه إلى أن يتبين الحال.

قوله: (و روى أن إباق العبد طلاق زوجته، و أنه بمنزله الارتداد، فإن رجع فى العده فهو أملك بها، و إن عاد و قد تزوجت بعد العده فلا سبيل عليها، و الطريق ضعيف).

هذه روايه عمار الساباطى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل أذن لعبيده فى تزويج امرأه فتزوجها، ثم ان العبد أبق قال: «ليس لها على مولاه نفقه و قد بانت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته، و هو بمنزله المرتد عن الإسلام»، قلت: فإن رجع إلى مواليه ترجع عليه امرأته؟ قال: إن كانت قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها و إن لم تتزوج و لم ينقض العده فهى امرأته على النكاح الأول» (١).

و قد افتى بمضمونها الشيخ فى المبسوط (٢)، و كذا ابن حمزه، إلا أنه فرض

ص: ٤٨٣

١ - ١) الفقيه ٣: ٢٨٨ حديث ١٣٧٢، التهذيب ٨: ٢٠٧ حديث ٧٣١.

٢ - ٢) النهايه: ٤٩٨.



خاتمه: يكره العقد على القابله المريبه و بنتها، و تزويج ابنه بنت امرأته إذا ولدتها بعد مفارقتها، و لا يكره قبل نكاحه بها. و التزويج بضره الأم مع غير الأب، و بالزانية قبل أن تتوب، و لو لم يعلم لم يكن له الفسخ و لا الرجوع على وليها بشيء. المسألة فيما إذا تزوج العبد بأمه الغير باذن السيدين (١).

و ذهب ابن إدريس إلى بقاء النكاح و ثبوت النفقه على السيد كما كانت، تمسكا بأصالة البقاء و استضعافا للروايه، فإن عمار فطحى لا يعول على ما ينفرد به (٢)، و إليه ذهب المصنف فى المختلف (٣)، و أشار إليه هنا بقوله: (و الطريق ضعيف).

قوله: (خاتمه: يكره العقد على القابله المريبه و بنتها، و تزويج ابنه بنت امرأته إذا ولدتها بعد مفارقتها، و لا يكره قبل نكاحه بها، و التزويج بضره الأم مع غير الأب، و بالزانية قبل أن تتوب، و لو لم يعلم لم يكن له الفسخ و لا الرجوع على وليها بشيء).

هنا مسائل:

الأولى: المشهور بين الأصحاب أن العقد على القابله المريبه و على ابنتها من الولد الذى ربه جائز على كراهيه (٤)، و منعه الصدوق فى المقنع و جعلها كبعض أمهاته (٥)، و فى الحديث: «إن قبلت و مرّت فالقوابل أكثر من ذلك، فإن قبلت و ربّت

ص: ٤٨٤

١- ١) الوسيله: ٣٦٢. [١]

٢- ٢) السرائر: ٣١٤.

٣- ٣) المختلف: ٥٧٤.

٤- ٤) انظر: التنقيح الرائع ٣: ١١٥، [٢] المختصر النافع: ١٨١، اللمعه الدمشقيه: ١٩٣. [٣]

٥- ٥) المقنع: ١٠٩. [٤]

حرمت عليه» (١) والأصح الأول.

لنا على الحل التمسك بالأصل، و لصحيحه محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: قلت له: يتزوج الرجل التي قبلته؟ فقال: «سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك» (٢).

احتج ابن بابويه بروايه أبي نصر عن الصادق عليه السلام قال: «لا تتزوج المرأة التي قبلته و لا ابنتها» (٣).

و بروايه جابر عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن القابلة أ يحل للمولود أن ينكحها؟ قال: «لا، و لا ابنتها، هي من بعض أمهاته» (٤).

و الجواب الطعن بالسند أولاً ثم الحمل على الكراهيه، لما رواه إبراهيم بن عبد الحميد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابلة تقبل الرجل إله أن يتزوجها فقال: «إن كان قبلته المره و المرتين و الثلاث فلا بأس، و إن كانت قد قبلته و كفلته فإنى أنهى نفسى عنها و ولدى» (٥)، و فى خبر آخر «و صديقى» (٦) فإن ظاهره الكراهيه.

الثانيه: يكره أن يتزوج بضره امرأه أبيه من غير الأب إذا ولدتها بعد مفارقه الأب، و لا تحرم، لروايه العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يطلق امرأته ثم حلف عليها رجل بعده، ثم ولدت للآخر، هل يحل ولدها

ص: ٤٨٥

١- ١) الكافي ٥: ٤٤٨ ذيل حديث ٢، [١] الفقيه ٣: ٢٥٩ حديث ١٢٣٢.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٤٥٥ حديث ١٨٢١، الاستبصار ٣: ١٧٦ حديث ٦٣٧.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٤٥٥ حديث ١٨٢٢، الاستبصار ٣: ١٧٦ حديث ٦٣٨.

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢٥٩ حديث ١٣٣١، التهذيب ٧: ٤٥٥ حديث ١٨٢٣، الاستبصار ٣: ١٧٦ حديث ٦٣٩.

٥- ٥) التهذيب ٧: ٤٥٥ حديث ١٨٢٤، الاستبصار ٣: ١٧٦ حديث ٦٤٠.

٦- ٦) التهذيب ٧: ٤٥٦ حديث ١٨٢٥، الاستبصار ٣: ١٧٦ ذيل لحديث ٦٤٠.

من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: «نعم».

قال: و سألته عن رجل أعتق سريه له ثم خلف عليها رجل بعده، ثم ولدت للآخر، هل يحل ولدها لولد الذى أعتقها؟ قال: «نعم»  
(١)، و هو شامل لما إذا كان ولد كل منهما ذكرا أو أنثى.

و لو قال المصنف: و تزويج ولده بولد منكوحه له، لكان أشمل و أوفق للروايه.

و وجه الكراهيه ما رواه إسماعيل بن همام قال: قال: أبو الحسن: قال محمد بن على عليه السّلام: فى الرجل يتزوج المرأه و يتزوج بنتها ابنه فيفارقها و يتزوجها آخر بعد فتلد منه بنتا فكره أن يتزوجها أحد من ولده لأنها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزله الأب و كان قبل ذلك أبا لها.

و يلوح من ظاهر خبرين (٢) آخرين المنع من تزويج الولد بمن ولدت بعد المفارقه، و هما منزلان على الكراهيه كما دل عليه هذا الخبر.

الثالثه: يكره للرجل أن يتزوج بضره امه مع غير أبيه، لأن زوجه الأب حرام، و يدل على ذلك ما رواه زراره قال: سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: «ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضره كانت لامه مع غير أبيه» (٣) و هذا شامل لما إذا كان تزوج ذلك الغير بأمه قبل أبيه و بعده.

الرابعه: يكره التزويج بالزانيه ما لم تتب و لا- يحرم، للأصل، و لأن الزنا لا حرمه له، و لأنه لو منع ابتداء النكاح لمنع فى الدوام، و التالى باطل، لما تقدم من أن الزوجه لا تحرم بالإصرار على الزنا.

بيان الملازمه: اشتراكهما فى المقتضى، و هو خوف اختلاط الأنساب.

ص: ٤٨٦

١- ١) الكافى ٥: ٣٩٩ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ١٤٥١ حديث ١٨٠٨، الاستبصار ٣: ١٧٣ حديث ٦٣١.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٤٥٢ حديث ١٨١٠-١٨١١، الاستبصار ٣: ١٧٤ حديث ٦٣٣-٦٣٤.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٤٥٣ حديث ١٨١٢، الاستبصار ٣: ١٧٥ حديث ٦٣٥.

و يحرم نكاح الشغار، و هو جعل نكاح المرأة مهر اخرى فتبطل الممهوره، و لو دار بطل. و عدّ أبو الصلاح في المحرمات الزانية حتى تتوب، و أطلق حجته قوله تعالى:

الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَ الزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَ حُرِّمَ عَلَيْكَ الْمُؤْمِنَاتُ (١) و أن الغرض الأصلي من النكاح التناسل، و الزنا مفوت له، لأنه يقتضى الاختلاط (٢).

و جوابه: أنه لا صراحه فيها بتحريم تزويج الزانية، لاحتمال أن المشار إليه بقوله تعالى وَ حُرِّمَ عَلَيْكَ الْمُؤْمِنَاتُ هو الزنا.

قوله: (و يحرم نكاح الشغار، و هو جعل نكاح امرأه بمهر اخرى فتبطل الممهوره، و لو دار بطلا).

أجمع الأصحاب (٣) و أكثر العلماء على أن نكاح الشغار باطل، و هو بالشين، و الغين المعجمتين: نكاح كان في الجاهلية، و حقيقته تزويج امرأه برجل و جعل نكاح (٤) امرأه أخرى مهرا للأولى، سواء جعل تزويج الثانية مهرا للأولى - و هو الذى فيه الدور - أو لا.

و معناه أن يكون بضع المنكوحه ملكا للرجل بالنكاح، و ملكا للمرأة الأخرى، لكونه مهرا لها، فإن دار كان ذلك في الجانبين، و إلا كان في أحدهما خاصه، فيبطل

ص: ٤٨٧

١- (١) الكافي في الفقه: ٢٨٦.

٢- (٢) النور: ٣. [١]

٣- (٣) انظر: الخلاف ٢: ٢٢٥ مسألة ١٨ كتاب النكاح، شرائع الإسلام ٢: ٣٠١، [٢] المختصر النافع: ١٨١.

٤- (٤) في «ش»: بضع.

نكاح الممهوره دون الأخرى.

و أصل الشجر الرفع، قال فى القاموس شجر الكلب كمنع: زفع احدى رجليه بال أو لم يبيل، أو فبال. و الرجل المرأه [شغورا]: رفع رجلها للنكاح كأشغرها فشغرت و الأرض لم يبق لها أحد يحميها و يضبطها فهى شاغره.

و الشغار بالكسر: أن تزوج الرجل امرأه على أن يزوجك اخرى بغير مهر، صداق كل واحده بضع الأخرى، أو يخص بها القرائب (١). هذا كلامه.

و ذكر ابن إدريس فى السرائر فيه الكسر و الفتح و اشتقاقه من الشجر و هو رفع الرجل، لأن النكاح يفضى إلى ذلك و سُمى به هذا العقد، كما قيل فى الزنا سفاح، لأن الزانيين يتسافحان الماء أى يسكبانه، و الماء هو النطفه (٢).

و من هذا قول زياد لبنت معاويه زوجه ابنه و قد تناولت عليه و افتخرت، فشكاها إلى أبيه زياد فدخل عليها و ضربها بالدره: اشغرا أو فخرا.

و لأن هذا النكاح يتضمن رفع المهر، أو هو من قبيل شجر البلد إذا خلا من القاضى و السلطان لخلوه من المهر.

و الأصل فى تحريمه ما روى من طرق العامه (٣) و الخاصه (٤)، روى رافع عن ابن

ص: ٤٨٨

١- (١) القاموس المحيط ٢: ٦٠ « [١] شغرا».

٢- (٢) السرائر: ٣٠١.

٣- (٣) انظر: سنن أبى داود ٢: ٢٢٧، سنن البيهقى ٧: ٢٠٠.

٤- (٤) انظر: الكافى ٥: ٣٦١ باب نكاح الشغار، [٢] معانى الأخبار: ٢٧٤، التهذيب ٧: ٣٥٥ حديث ١٤٤٥ و ١٤٤٦.

و لو زوّج كل من الوليين صاحبه على مهر معلوم صح، عمر أن النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله نهى عن الشغار، والشغار أن يقول: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أن يكون بضع كل واحد منهما مهرا للأخرى (١).

قال الشيخ في الخلاف: إن كان هذا التفسير من النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وهو الظاهر، فإنه أدرجه في كلامه فهو نص، وإن كان من الراوى وجب المصير إليه، لأنه أعرف بما نقله و اعلم بما سمعه من النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله (٢).

و فى حواشى شيخنا الشهيد: ان فى الملاذ روايتين عن النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله أحدهما: «لا شغار فى الإسلام» (٣) و فى الأخرى انه عليه السلام: نهى عن الشغار (٤)، و زعم أن فى طريقهما ضعفا، قال: و ظاهر بيننا العمل بهما.

و ذهب أبو حنيفة و جماعه إلى صحه النكاح المذكور و بطلان المهر (٥)، و النص حجه عليه.

قوله: (و لو زوّج كل من الوليين صاحبه على مهر معلوم صح).

لوجود المقتضى و انتفاء المانع، لسلامته عن جعل البضع مهر المفضى إلى عدم

ص: ٤٨٩

١- (١) صحيح البخارى ٧:١٥، سنن البيهقى ٧:١٩٩.

٢- (٢) الخلاف ٢:٢٢٥ مسألة ١١٨ كتاب النكاح.

٣- (٣) الكافى ٥:٣٦١ حديث ٢، [١] معانى الأخبار: ٢٧٤ حديث ١، التهذيب ٧:٣٥٥ حديث ١٤٤٦، صحيح مسلم ٢:١٠٣٥ حديث

٦٠، سنن الترمذى ٣:٤٣١ حديث ١١٢٣، [٢] سنن البيهقى ٧:٢٠٠.

٤- (٤) الكافى ٥:٣٦١ حديث ٣، [٣] التهذيب ٧:٣٥٥ حديث ١٤٤٦، صحيح مسلم ٢:١٠٣٥ حديث ٦٢، سنن البيهقى ٧:٢٠٠.

٥- (٥) المبسوط للسرخسى ٥:١٠٥، المغنى لابن قدامه ٧:٥٦٨.

و لو شرط كل منهما تزويج الأخرى بمهر معلوم صح العقدان و بطل المسمى، لأنه شرط معه تزويج و هو غير لازم.

و النكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل، و كذا لو زوجه و شرط أن ينكحه ابنته و لم يذكر مهرا. المهر.

قوله: (و لو شرط كل منهما تزويج الأخرى بمهر معلوم صح العقدان و بطل المسمى، لأنه شرط معه تزويج و هو غير لازم، و النكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل. و كذا لو زوجه و شرط أن ينكحه ابنته و لم يذكر مهرا).

البحث في هذا الباب عن مسائل:

الأول: أن ينكح كل من الوليين الآخر امرأه و يشترط عليه في العقد نكاح الأخرى، على أن يكون بضع كل منهما مهرا للأخرى أو إحداهما، و قد سبق بطلان ذلك.

الثاني: الصورة بحالها لكن جعل البضع جزء المهر، و سيأتي إن شاء تعالى.

الثالث: أن يزوجه جاريته على أن يزوجه الآخر بنته، و تكون رقبه الجارية مهرا للبنت و سيأتي إن شاء تعالى أيضا.

الرابع: أن يزوجه كلا- منهما الآخر فإن لم يشترط واحد منهما تزويج الأخرى فقد تقدم صحه ذلك، و إن اشترط ذلك: فإما أن يذكر معه مهرا أو لا، و على التقديرين فالنكاح صحيح و المهر حيث سمي بطل.

ص: ٤٩٠

أما صحته فلا تنتفاء المقتضى للفساد، فإنه لا تشريك في البضع هنا، بحيث يكون ملكاً للزوج و المنكوحه الممهوره به.

و أما بطلان المسمى فقد علّله المصنف بأن المسمى شرط معه تزويج، وإنما كان الشرط مع المسمى، لأن الشرط من جملة المعوض في سائر المعاوزات، فمن أى الجانبين كان من جملة العوض الذى يصير إليه مثلاً- الشرط الواقع فى البيع من البائع محسوب من الثمن، و من المشتري محسوب من المبيع.

و لهذا نجد الثمن فى بيع النسيئه أزيد منه فى النقد، و كذا نجد البيع سلفاً المثلث فيه أزيد مما لو بيع نقداً. و لا ريب أن الشرط- و هو التزويج- غير لازم، لما عرفت فيما تقدم أن العقد اللازم إذا اقترن به شرط صار جائزاً، فتكون فائده الشرط التسلط على الفسخ.

و يمكن أن يقال: إنّ التزويج لما كان متعلقاً بما ليس للعاقد- و هو المرأه الأخرى- لم يكن لازماً، إذ لا يلزم بالإضافه إليها شىء شرطه الولى يتعلق به، فوجب أن يتسلط الآ-خر على الفسخ، لفوات الشرط، و النكاح لا- يقبل الخيار بوضع الشرع اتفاقاً، فيكون الشرط المذكور فاسداً، لاقتضائه الخيار، فيجب أن يرد المسمى ما نقص من المهر لأجل الشرط، و ذلك القدر مجهول.

و إذا أضيف المجهول إلى معلوم صار الكل مجهولاً، فبطل الصداق، للجهاله، و وجب مهر المثل، فإن النكاح لا يفسد بفساد الصداق.

و يمكن توجيه الفساد بأن يقال: إن الشرط لا يعود إلى أحد المتعاضين، و إنما يصح إذا كان عائداً إلى أحدهما، كما فى سائر المعاوزات، فيفسد بفساده الصداق، لأنه محسوب من جملته. و يبطل المسمى بفوات بعض مجهول منه، و يرجع إلى مهر



و لو قال:زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك،على أن يكون نكاح بنتى مهرا لبنتك،بطل نكاح بنت المخاطب.

و لو قال:على أن يكون نكاح بنتك مهرا لبنتى،بطل نكاح بنته. المثل.

و اعلم أنه ينبغى أن يقرأ قوله:(لأنه شرط معه تزويج)بصيغته المجهول، و المعنى أن التزويج قد شرط معه تزويج آخر،و التزويج المشترط غير لازم،و لو قرئ على غير ذلك لفسد المعنى.

و ينبغى التنبيه لشيء،و هو أن المسمى إنما يبطل من الجانبين إذا كان الشرط المذكور من الجانبين،أما إذا كان من جانب واحد فإنما يبطل المسمى من ذلك الجانب خاصة.

و لا شك أن اشتراط تزويج الاولى فى عقد الثانية بعد تزويجها لا يكاد يعقل، إلا أن يفرض وقوعه مع عدم العلم بوقوع العقد على الاولى كأن يجرى العقد مع الوكيل.

قوله: (و لو قال:زوجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك على أن يكون نكاح بنتى مهرا لبنتك بطل نكاح بنت المخاطب،و لو قال:على أن يكون نكاح بنتك مهرا لبنتى بطل نكاح بنته).

وجهه معلوم مما سبق،فإن التى جعل بضع الأخرى مهرا لها يبطل نكاحها دون الأخرى.و يجب قراءة المخاطب بصيغته اسم المفعول،و الضمير فى قوله:(بنته) يعود إلى المتكلم.

و لا يخفى أن نكاح بنت المخاطب إنما يبطل إذا جرى العقد عليها على وفق الشرط المذكور،و اكتفى المصنف بذكر الشرط تنبيها على أن العقد يجرى على ذلك.

ولا- فرق بين أن يكون البضع مهرا أو جزأه فلو قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك، و يكون بضع كل واحده مع عشره دراهم صداقا للأخرى بطلا- و لو قال:زوجتك جاريتي على أن تزوجني بنتك، و تكون رقبه جاريتي صداقا لبنتك،صح النكاحان،لقبول الرقبه للنقل،و ليس تشريكا فيما تناوله عقد النكاح.

و يبطل المهر،لأنه شرط نكاح إحداهما فى الأخرى،و يجب لكل قوله: (و لا فرق بين أن يكون البضع مهرا أو جزء مهر،فلو قال:

زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك،و يكون بضع كل واحده مع عشره دراهم صداقا للأخرى بطلا).

هذه هى الصورة الثانيه الموعود بها،أى:و لا فرق فى بطلان النكاح لكونه نكاح الشغار،بين أن يكون البضع فى كل من النكاحين أو أحدهما هو تمام المهر،و بين أن يكون جزأه بأن يضم إليه ضميمة أخرى كالعشره الدراهم،فإنه إذا تضمن كل من النكاحين ذلك بطلا،و ان تضمن أحدهما خاصه اختص بالبطلان.

ولا- يخفى أن النكاح الآخر إنما يبطل إذا جرى على وفق الشرط المذكور فى العقد المذكور فى كلام المصنف،و اكتفى المصنف به اعتمادا على وقوع العقد الآخر موافقا له.

فإن قيل:ليس هذا من نكاح الشغار فى شىء،لوجود المهر فيه.

قلنا:لما وقع التشريك فى البضع من حيث جعل جزء المهر تحقق معنى النكاح المذكور.

قوله: (و لو قال:زوجتك جاريتي على أن تزوجني بنتك،و تكون رقبه جاريتي صداقا لبنتك صح النكاحان،لقبول الرقبه النقل،و ليس تشريكا فيما يتناوله عقد النكاح.و يبطل المهر،لأنه شرط إحداهما فى الأخرى،

منهما مهر المثل. و لو زوّج عبده من امرأه و جعل رقبتة صداقا بطل المهر، لأن الملك يمنع العقد، فيبطل المهر و يثبت مهر المثل و يصح العقد. و يجب لكل منهما مهر المثل).

هذه الصورة الثالثة التي سبق ذكرها، و ليست من الشغار في شيء، و قد نبّه المصنف على ذلك بقوله: (و ليس تشريكا إلى آخره). و تحريرها: إنه إذا زوّج أحدهما الآخر جاريته على أن يزوجه الآخر ابنته، و تكون رقبه الجارية صداقا للبنت فإن كلا من النكاحين صحيح.

أما نكاح البنت، فلأن المجمعول مهرا هو رقبه الجارية، و هي قابلة للنقل من مالك إلى آخر كسائر المملوكات، و ليس ثم تشريك فيما يتناوله عقد النكاح، أعنى البضع، و هو ظاهر، و ذلك هو المقتضى للبطلان.

و أما الجارية، فلأن نكاحها اشتمل على شرط التزويج، و لا يلزم من بطلان الشرط بطلان النكاح، فيبطل الشرط المذكور، و يجب للجارية مهر المثل، سواء سمى لها مهرا أم لا.

و أما البنت فإنما يجب لها مهر المثل مع تسميه الجارية إذا حصل مبطل، فإن سمى للجارية تسميه صحيحه فالمسمى و النكاح صحيحان، فيجب تقييد قوله: (و يجب لكل منهما مهر المثل). و معنى قوله: (لأنه شرط إحداهما في الأخرى) أنه شرط تزويج إحداهما في عقد الأخرى، و هو ظاهر.

قوله: (و لو زوّج السيد عبده من امرأه حره، و جعل رقبتة صداقا بطل المهر، لأن الملك يمنع العقد، فيبطل المهر و يثبت مهر المثل و يصح العقد).

و لو زوّج السيد عبده من امرأه حره، و جعل رقبتة صداقا لها، فإن المهر يبطل، لأنه يتضمن ثبوت نفيه، فإنه لو صح الصداق لدخل العبد في ملكها، و الملك يمنع العقد و يقتضى بطلانه، فيبطل الصداق ببطلانه، فلو صح الصداق لبطل، و كلما أدى

و لو شرطت على المحلل رفع النكاح بعد التحلل فالأقرب بطلان العقد. ثبوته إلى نفيه فهو باطل، و سيأتي في كلام المصنف في الصداق الفاسد بطلان النكاح من أصله.

و وجهه: إنَّ الملك لو عرض في دوام النكاح لأبطله، فإذا قارن الابتداء منع الانعقاد، لأن الابتداء أضعف من الدوام، لأن النكاح قد اقترب به ما يضاده، فكان كاشتراط الطلاق، و فيه نظر، لأن المانع هو الملك و لم يحصل هنا، لأن الحاصل الاصداد، و ربما كان غير مضمحل للملك، لجواز فساده.

و الفرق بين هذا و بين اشتراط الطلاق قائم، لأنه لا ارتباط للنكاح بالصداق، فلا يلزم من بطلانه بطلانه.

و يصح النكاح ابتداء بغير صداق و مع اشتراط عدمه، بخلاف الشرط الذي لم يقع الرضى بالعقد إلا به و متى فسد الصداق خاصة ثبت مهر المثل لا محاله، و سيأتي كلام بعد في ذلك إن شاء تعالى.

قوله: (و لو شرطت على المحلل رفع النكاح بعد التحليل فالأقرب بطلان العقد و المهر).

أى: لو شرطت المطلقة ثلاثاً على المحلل في العقد رفع النكاح بعد حصول التحليل بالوطء، أى يرتفع النكاح حينئذ بحيث لا يحتاج إلى طلاق ففى، الصحة قولان.

و لا ريب في بطلان هذا الشرط، لأن مقتضى النكاح بقاء العلاقة إلى أن يحصل ما يزيله من طلاق و نحوه مما عيّنه الشارع، فإذا شرط ارتفاعه بنفسه في وقت معين فقد شرط ما يناهض مقتضاه، و يخالف الحكم الثابت شرعاً و انما الكلام في بطلان النكاح، لاقتربانه بهذا الشرط، و فيه قولان:

أقربهما عند المصنف البطلان، لأن التراضى بالنكاح إنما وقع على هذا الوجه

و لو شرطت الطلاق، قيل: صح العقد دون الشرط، فلو دخل فلها مهر المثل، و لو لم يصرحاً به و كان في نيتها صح العقد و المهر، المخصوص، و لما كان الشرط فاسداً انتفى الوجه الذى حصل التراضى به، فلو لم يبطل النكاح لصح من دون التراضى، و هو باطل.

و الثانى - ينسب إلى الشيخ (١) رحمه الله - صحه العقد دون الشرط، لأنهما شيان كل منهما غير الآخر، فإذا بطل الشرط لم يبطل العقد تمسكاً بالأصل، إذ لا دليل على البطلان، و العقد غير معلق على هذا الشرط فلا يفوت بفواته، و كان وجوده كعدمه.

و اختار فى المبسوط الأول (٢)، و ادعى عليه الإجماع و من نقل الثانى قولاً لأبى القاسم ابن سعيد (٣).

قوله: (و لو شرطت الطلاق قيل: صح العقد دون الشرط، و لو دخل فلها مهر المثل).

أى: و لو شرطت الطلاق بعد التحليل، و القائل بصحه العقد دون الشرط الشيخ فى المبسوط (٤)، و وجهه معلوم مما سبق، و البطلان أقوى فى الموضوعين.

و على الأول يلزم من فساد الشرط فساد المهر، لأنه محسوب منه على ما بيناه فىصير مجهولاً فيجب بالدخول مهر المثل، و على ما اخترناه فلو وطأ بهذا العقد كان شبهه يوجب مهر المثل ايضاً.

قوله: (و لو لم يصرحاً به و كان في نيتها صح العقد و المهر).

أى: لو لم يصرح المحلل و الزوجه بالشرط المذكور، و هو الطلاق أو رفع النكاح بعد التحليل، لكن كان ذلك في نيتها و قصدهما فالعقد و المهر صحيح، لانتفاء

ص: ٤٩٤

١- ١) نقله عنه ولد العلامة فى الإيضاح ٣: ١٢٣.

٢- ٢) المبسوط ٤: ٢٤٧.

٣- ٣) شرائع الإسلام ٢: ٣٠١. [١]

٤- ٤) المبسوط ٤: ٢٤٧.

و تحل على المطلق في كل موضع يصح العقد مع الدخول، و لا تحل مع بطلانه.

### تممه: الوطاء في الدبر مكروه و ليس محرما

تممه: الوطاء في الدبر مكروه و ليس محرما، المفسد، إذ مجرد قصد المفسد لا يؤثر إجماعا.

قوله: (و يحل على المطلق في كل موضع يصح العقد مع الدخول، و لا يحل مع بطلانه).

لما كان التحليل بالوطء إنما يحصل إذا كان عن نكاح لم يتحقق إلا حيث يكون عقد النكاح صحيحا فإذا شرطت أحد الشرطين المذكورين أو غيرهما، فكل موضع يكون العقد صحيحا فإذا شرطت أحد الشرطين المذكورين أو غيرهما، فكل موضع يكون العقد صحيحا و لا يخل الشرط بصحته يحصل التحليل بالدخول على الوجه المعتبر، و تحل المطلقة على المطلق، و كل موضع يحكم بفساد العقد بالدخول لا يفيد الحل، و يبقى التحريم كما كان. فعند القائل ببطلان الشرط خاصة في صورتين المذكورتين يحصل التحليل بالدخول دون غيره.

قوله: (تممه: الوطاء في الدبر مكروه و ليس محرما).

اختلف العلماء في وطاء المرأة في الدبر، فقال أكثر الأصحاب كالشيخين (١)، و المرتضى: بأنه مكروه (٢)، و هو مذهب مالك من العامة (٣).

و قال القميون (٤)، و ابن حمزة: إنه حرام (٥)، و هو اختيار أكثر العامة (٦).

و الأصح الأول.

لنا مع الأصل قوله تعالى نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ (٧)،

ص: ٤٩٧

١- (١) المبسوط ٢٤٣: ٤.

٢- (٢) الانتصار: ١٢٥.

٣- (٣) أحكام القرآن لابن العربي ١٧٤: ١، [١] أحكام القرآن للقرطبي ٩٣: ٣، التفسير الكبير ٧٥: ٦. [٢]

٤- (٤) انظر: الفقيه ٢٩٩: ٣ حديث ١٤٣٠، التنقيح الرائع ٢٣: ٣. [٣]

٥- (٥) الوسيلة: ٣٦٩.

٦- (٦) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١٧٤: ١، [٤] أحكام القرآن للجصاص ٣٥١: ١. [٥]

٧- (٧) البقرة: ٢٢٣. [٦]

وجه الاستدلال به: إن كلمه (أنى) للتعميم فى المكان بمعنى أين، و هى تستدعى تعدد الأمكنه، يقال: اجلس أنى شئت و أين شئت أى: فى أى مكان شئت، و حيث كان كذلك كانت الآيه دليلا على جواز الإتيان فى الدبر، إذ لا يتحقق تعدد المكان إلا بذلك.

و يؤيد هذا ما روى العامه عن ابن عباس أن سبب نزول الآيه ان عمر جاء إلى النبی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله فقال: يا رسول الله هلكت، و حكى وقوع هذا الفعل منه فأنزل الله تعالى هذه الآيه (١).

قيل: إن المراد بالآيه التخيير بين إتيان المرأه فى قبلها من قبلها و بين إتيانها من دبرها فى قبلها. و يؤيده ما روى فى سبب النزول من أن اليهود قالوا: من أتى امرأه من دبرها فى قبلها كان ولدها أحول، فذكر ذلك لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله فقال: «كذبت اليهود» (٢) فنزلت. و كذا يؤيده قوله تعالى نَسَاؤُكُمْ حَزْتُ لَكُمْ (٣) أى مزرع و منبت الولد، شَبَّهْنَ بِالْأَرْضِ مِنْ حَيْثُ أَنْ النطفه التى تلقى فى أرحامهن للنسل كالبذر، فىكون المعنى لقوله تعالى فَاتُوا حَزْتُكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ: فأتوهن كما تأتون أراضيكم التى تريدون أن تحرثوها من أى جهه شئتم، لا- يحظر عليكم جهه دون جهه، أى: جامعوهن من أى شق أردتم بعد أن يكون المأتى واحدا و هو موضع الحرث.

و كذا قوله تعالى فَاتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ فَإِنَّ الْمَرَادَ بِهِ الْقَبْلَ، فَإِنَّ الدَّبْرَ لَا يُؤْمَرُ بِهِ إِجْمَاعًا.

قلنا: قد بينا أن المراد بالآيه التخيير بين الأمكنه، و ذلك يقتضى تعددها، و الإتيان من القبل و الدبر فى القبل انما فيه اختلاف طريق المكان و المكان واحد،

ص: ٤٩٨

١- (١) التفسير الكبير ٧٥: ٦. [١]

٢- (٢) سنن البيهقى ٧: ١٩٤ مع اختلاف يسير.

٣- (٣) البقره: ٢٢٣. [٢]

و اللائق به كلمه كيف لا كلمه أنى.

و ما ذكر فى سبب النزول معارض بما تقدم، و لو سلم فلا منافاه فيه، لتعدد المكان، فإن التخيير فى المكان يتبه على التخيير فى الجبهه بطريق أولى.

و تشبيه النساء بالحرث لا يقتضى حصر الإتيان فى القبل، مع وجود اللفظ الدال على تعميم المكان، فإن إتيان الحرث الحقيقى لا ينحصر فى الإتيان للزرع، و قوله تعالى فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ نقول بموجبه، فإن الإتيان فى القبل إذا كان واجبا لا ينافى جواز الإتيان فى الدبر، إذ ليس فى الآية ما يدل على الحصر.

و كأنه لما منع سبحانه من الإتيان فى موضع الحيض، رفع ذلك المنع بعد الطهر بقوله تعالى فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ (١) ثم عمم الإتيان فى الأمكنه تحرزا من توهم منع ما سوى القبل.

و يزيد ذلك قوه ما روى أن مالكا قال: ما أدركت أحدا اقتدى به فى دينى يشك فى أن وطء المرأة فى دبرها حلال، ثم قرأ هذه الآية (٢).

و قد روى الأصحاب فى الجواز عدّه أخبار منها صحيحه عبد الله بن أبى يعفور، قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يأتى المرأة فى دبرها، قال: «لا بأس به» (٣).

و منها ما رواه ابن أبى يعفور أيضا، قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يأتى المرأة فى دبرها، قال: «لا بأس إذا رضيت» قلت: فأين قول الله تعالى:

فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ؟ قال: «هذا فى طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث

ص: ٤٩٩

١- (١) البقره: ٢٢٢. [١]

٢- (٢) أحكام القرآن للجصاص ١: ٣٥١. [٢]

٣- (٣) التهذيب ٧: ٤١٥، حديث ١٦٦٢، الاستبصار ٣: ٢٤٣ حديث ٨٧١.



أمركم الله إن الله تعالى يقول نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ (١).

و منها روايه صفوان عن الرضا عليه السّلام إنه سأله: الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال: «نعم له ذلك» قال: قلت: و أنت تفعل ذلك؟ فقال: «إنا لا نفعل ذلك» (٢).

و منها ما رواه موسى بن عبد الملك، عن رجل قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن إتيان الرجل المرأة من خلفها قال: «أحلها من كتاب الله تعالى قول لوط هؤلاء بناتى هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ (٣)، و قد علم أنهم لا يريدون الفرج (٤)، و فى دلاله هذه بحث، و هو أن ذلك فى غير شرعنا، و غير ذلك من الاخبار الكثيره (٥).

احتج المانع بما رواه سدير، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: محاش النساء على أمتى حرام» (٦)، و المراد بالمحاش الأدبار.

و قريب من هذا ما رواه هاشم و ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السّلام (٧).

و فى روايه معمر بن خلاد، عن أبى الحسن عليه السّلام تفسير الآيه السابقه، و هى قوله سبحانه فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ بأن المراد بها الإتيان من خلف أو قدام لا الإتيان فى الإدبار (٨).

و الجواب عن الخبرين الأولين أنهما ضعيفان. قال الشيخ فى التهذيب: إنهما

ص: ٥٠٠

١- ١) التهذيب ٧: ٤١٤ حديث ١٦٥٧، الاستبصار ٣: ٢٤٣ حديث ٨٦٧.

٢- ٢) الكافي ٥: ٥٤٠ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٤١٥ حديث ١٦٦٣، الاستبصار ٣: ٢٤٣ حديث ٨٧٢.

٣- ٣) هود: ٧٨. [٢]

٤- ٤) التهذيب ٧: ٤١٥ حديث ١٦٥٩، الاستبصار ٣: ٢٤٣ حديث ٨٦٩.

٥- ٥) انظر: التهذيب ٧: ٤١٦، الاستبصار ٣: ٢٤٤.

٦- ٦) الفقيه ٣: ٢٩٩ حديث ٤٣٠، التهذيب ٧: ٤١٦ حديث ١٦٦٤، الاستبصار ٣: ٢٤٤ حديث ٨٧٤.

٧- ٧) التهذيب ٧: ٤١٦ حديث ١٦٦٥، الاستبصار ٣: ٢٤٤ حديث ٨٧٥.

٨- ٨) التهذيب ٧: ٤١٥ حديث ١٦٦٠، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٧.

و هو كالقبل فى جميع الأحكام، حتى ثبوت النسب، و تقرير المسّمى، و الحد، و مهر المثل مع فساد العقد، و العده و تحريم المصاهره إلا فى التحليل و الإحصان، و استنطاقها فى النكاح. شاذان، منقطعا الاسناد، مرسلان، فلا يعارضان الأخبار المسنده (١). و مع ذلك فىمكن حملها على الكراهيه الشديده، فإن هذا الفعل و إن لم يكن حراما، فإنه مكروه، كما دل عليه قوله عليه السّلام فى روايه صفوان: «إنا لا نفعل ذلك» (٢).

و فى روايه: «أنهى عنه أهلى و خواص أصحابى» (٣)، و يمكن حملها على التقيه، لأن أكثر العامه يمنع من ذلك.

و أما الخبر الثالث فليس فيه إلاّ تفسير الآيه و سبب نزولها، و ليس فيه تصريح بالمنع. و قد تقدم فى الاخبار السابقه تفسيرها بخلاف ذلك، فلعله خرج مخرج التقيه.

و لو سلّم اراده ظاهره لم يكن فى الآيه دليل على المنع، فتبقى الأخبار الداله على الجواز بغير معارض.

و لا ريب أنه يجوز التلذذ بما بين الأليتين، و الإيلاج فى القبل من جانب الدبر، و نحو ذلك من الاستمتاع.

قوله: (و هو كالقبل فى جميع الأحكام، حتى فى ثبوت النسب، و تقرير المسّمى، و الحد، و مهر المثل مع فساد العقد، و العده، و تحريم المصاهره إلا فى التحليل و الإحصان و استنطاقها فى النكاح).

الوطء فى القبل و هو تغيب الحشفه تتعلق به أحكام كثيره من نقض الطهاره، و تحريم الأمور المشروطه بها و بطلانها لو وقعت كذلك، و إيجاب الغسل، و بطلان الصوم و وجوب الكفار، و غير ذلك مما هو كثير جدا، و هو مذكور فى أبواب الفقه، و تغيب قدر الحشفه من مقطوعها فى القبل كتغيبها.

ص: ٥٠١

١- ١) التهذيب ٧:٤١٦ ذيل الحديث ١٦٦٥.

٢- ٢) الكافي ٥:٥٤٠ حديث ٢، [١] التهذيب ٧:٤١٥ حديث ١٦٦٣، الاستبصار ٣:٢٤٣ حديث ٨٧٢.

٣- ٣) التنقيح الرائع ٣:٢٤ [٢].

و الوطء فى الدبر كالوطء فى القبل فى ذلك كله حتى فى ثبوت النسب، فإذا ولدت زوجه الموطوءه فى الدبر على فراشه ولدا لا يمتنع لحاقه به الحق به تغليبا للفراش، فإنه قد يسبق الماء إلى الرحم من غير شعور به و كذا القول فى تقرير المهر المسّمى فى العقد الدائم، حتى لو طلّقت الزوجه بعد الوطء فى الدبر لم يتتصف المهر و كذا القول فى ثبوت الحد من جلد أو رجم، و كذا القول فى ثبوت مهر المثل لو كان العقد فاسدا و قد وطأ فى الدبر و هى جاهله.

و استثنى من ذلك أشياء: التحليل، فإنه يحصل بالوطء فى القبل، و لا يحصل بالوطء فى الدبر بالنص و الإجماع.

و كذا القول فى الإحصان، فإن من لا يقدر إلا على الوطء فى الدبر لا يعد محصنا، فلا يحد حد المحصن. و كذا الخروج من الإيلاء فإن فئه المولى إنما يتحقق بالوطء فى القبل. و كذا إبطال حصانه الرجل بالنسبه إلى القذف، فلو اشتهر بالزنا فى الدبر كان كما لو اشتهر بالزنا فى القبل فى ذلك، فلو قذفه قاذف لم يجب الحد بل يجب التعزير.

و هل يستثنى استنطاق البكر الموطوءه فى الدبر، على معنى أن وطأها فى الدبر لا يكون كوطئها فى القبل فى وجوب نطقها لو استؤمرت فى النكاح؟ فيه قولان:

أحدهما: -و اختاره المصنف هنا- الاستثناء، فلا يعتبر نطقها مع الوطء فى الدبر، بل يكفى سكوتها تمسكا بإطلاق النصوص، لصدق كونها بكرا.

و الثانى: اعتبار نطقها، لأن هذا الحكم يثبت على خلاف الأصل، فإن السكوت أعم من الرضى، و إنما اكتفى به فى المرأه التى لم توطأ لأنها تستحى فلم تكلف النطق، فأما إذا مارست الرجال فإن ذلك الحياء المانع من النطق يزول، فتكلف بالنطق اقتصارا على موضع الوفاق، و هذا قوى، و قد نبهنا عليه فيما سبق، و ذكرنا مختار المصنف فى التذكرة (1).

ص: ٥٠٢

و العزل عن الحره إذا لم يشترط فى العقد مكروه، و قيل: حرام. و على كلا التقديرين يجب عليه للزوجه ديه ضياع النطفه عشره دنانير. و لو قطعت الحشفه و لم يبق من الذكر ما يساويها فغيبه فإنه يثبت به تحريم أم المفعول و أخته و بنته إن كان ذكراً، و حد اللواط على احتمال دون باقى الأحكام.

قوله: (و العزل عن الحره إذا لم يشترط فى العقد مكروه، و قيل: حرام، و على كلا التقديرين يجب عليه للزوجه ديه ضياع النطفه عشره دنانير).

هنا مسألتان: الأولى: اختلف الأصحاب فى العزل، و المراد به أن يجمع، فإذا جاء وقت الانزال نزع فانزل خارج الفرج. و ذهب الشيخ فى النهايه (١)، و ابن البراج (٢)، و ابن إدريس (٣)، و المصنف و أكثر المتأخرين إلى أنه مكروه (٤).

و هو الأصح، تمسكا بأصالة الإباحه، و لما رواه محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل، قال: «ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء» (٥).

و بما رواه أيضا محمد بن مسلم فى الصحيح عن أحدهما عليهما السلام، إنه سئل عن العزل فقال: «أما الأمه فلا بأس، و أما الحره فإنى أكره ذلك، إلا أن يشترط عليها حين تزوجها» (٦)، و لأن حقها فى الوطاء دون الانزال، و لهذا ينقطع المطالبه به فى الغيبه و إن لم ينزل.

و ذهب الشيخ فى الخلاف (٧) و المبسوط (٨) إلى التحريم، و هو اختيار المفيد (٩)،

ص: ٥٠٣

١- (١) النهايه: ٤٨٢.

٢- (٢) المهذب: ٢: ٢٤٣.

٣- (٣) السرائر: ٣٠٨.

٤- (٤) انظر: شرائع الإسلام ٢: ٢٧٠، إيضاح الفوائد ٣: ١٢٥.

٥- (٥) الكافى ٥: ٥٠٤، حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٧٣، حديث ١٢٩٥، التهذيب ٧: ٤١٧، حديث ١٦٦٩.

٦- (٦) التهذيب ٧: ٤١٧، حديث ١٦٧١.

٧- (٧) الخلاف ٢: ٢٢٩، مسأله ١٤٣ كتاب النكاح.

٨- (٨) المبسوط ٤: ٢٦٧.

٩- (٩) المقنعه: ٧٦.

و اختاره ابن حمزه (١). واحتجوا بما روى عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله إنه قال فى العزل: «إنه الوأد الخفى» (٢) و المراد بالوأد: قتل الولد، و لأن حكمه النكاح الاستيلاء، و لا يحصل غالباً مع العزل، فيكون منافياً لغرض الشارع.

و الجواب عن الروايه بمنع السند، مع أنه لا دلالة فيها على التحريم، و قد روى غيرها مما ينافى التحريم، و الوجه الآخر ضعيف، إذ لا يلزم من كون الاستيلاء حكمه النكاح تحريم العزل، و منافاته للغرض غير ظاهر فإن أصل النكاح لا يجب بمجرد الاستيلاء. إذا عرفت ذلك فاعلم أنه على القول بالتحريم، إنما يحرم فى الحره المنكوحه بالعقد الدائم.

و زاد الشارح الفاضل فيه قيوداً آخر، و هو ما إذا كان الجماع فى الفرج (٣)، روى ابن بابويه فى الفقيه بإسناده عن يعقوب الجعفى، قال: سمعت أبا الحسن عليه السّلام يقول: «لا بأس بالعزل فى سته ووجه: المرأة إذا أيقنت أنها لا تلد، و المسنه، و المرأة السليطة، و البذيه، و المرأة التى لا ترضع ولدها، و الأمه» (٤). و فى هذا تنبيه على أن المنع من العزل لرجاء حصول الولد، و منه يفهم انتفاء المنع لو كان الجماع فى غير الفرج، و إطلاق الأمه يتناول المنكوحه بالعقد و ملك اليمين.

فروع:

أهل هذا المنع لحق المرأة، أو لحكمه الاستيلاء؟ يلوح من روايه محمد بن مسلم (٥) الثانيه الأول، لأنه نفى الكراهيه إذا شرط عليها ذلك عند التزويج، و يلوح من قول

ص: ٥٠٤

١- (١) الوسيله: ٣٧٠. [١]

٢- (٢) سنن البيهقى ٧: ٢٣١.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٣: ١٢٥.

٤- (٤) الفقيه ٣: ٢٨١ حديث ٣٤٠.

٥- (٥) التهذيب ٧: ٤١٧ حديث ١٦٧١.

النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «العزل هو الوأد الخفى». الثانى و الأول أقوى، و به صرح جمع من الأصحاب (١).

ب: لو أذنت المرأه فى العزل و لم يشترط فى العقد، فقد صرح جماعه بزوال المنع و الكراهيه، و التعليل بحكمه الاستيلاد و أنه وأد خفى يقتضى البقاء، و قد صرح بعض الشافعيه ببقاء المنع و إن أذنت.

ج: ظاهر الروايه أنه لا كراهيه مع اشتراط العزل فى العقد، و هو واضح إن كان لمحض حقها، و خبر الوأد يشعر بخلافه، فيمكن أن يكون النفى للكراهيه الشديده، و كلام الأصحاب فى نفي الكراهيه بالاشتراط و الاذن مطلق.

د: قال بعض الشافعيه: إنما نقول بالتحريم إذا نزع على قصد أن يقع الانزال خارجا تحرزا عن الولد، فأما إذا عزله لا على هذا القصد فيجب القطع بعدم التحريم (٢).

ه: رخص بعض القائلين بتحريم العزل فيه إذا كان فى دار الحرب، و دعتة حاجه الى الوطء (٣).

و: لو عزل زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه إجماعا، و فى الأخبار ما يدل على ذلك، و قد يسبقه المنى من غير أن يعلم (٤).

الثانيه: لو عزل بدون الاذن و الشرط فقد صرح الشيخ فى المبسوط بوجوب الديه عليه للزوجه و هى عشره دنانير عشر ديه الجنين، مع أنه ذهب فى هذا الكتاب الى

ص: ٥٠٥

١- ١) ذهب اليه الشيخ فى النهايه: ٤٨٢، و المحقق فى الشرائع ٢: ٢٧٠، و الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٣: ٢٤. [١]

٢- ٢) ذهب إليه امام الحرمين كما فى فتح البارى ٩: ٢٥٤.

٣- ٣) انظر: المغنى لابن قدامه ٨: ١٣٤.

٤- ٤) الكافى ٥: ٤٩١، حديث ٢، التهذيب ٧: ١٦٨، حديث ٥٨٧، الاستبصار ٣: ٣٦٨، حديث ١٣١٥.

و يحرم على الرجل ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر، أن العزل بدون اذنها مكروه (١)، وهذا مختار المصنف في هذا الكتاب و التحرير (٢)، و به صرح ابن البراج (٣)، و بعض المتأخرين، و القائل بتحريم العزل بدون الاذن لا اشكال عنده في وجوب الديه.

و الأصل في ذلك ما رواه الشيخ في الصحيح عن يونس، عن أبي الحسن عليه السلام: «أن عليا عليه السلام قضى في الرجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء و لم يرد ذلك، نصف خمس المائه عشره دنانير» (٤).

قال في المختلف: و لا امتناع في كراهه ذلك و إيجاب الديه للزوجه، ثم قال:

و الوجه الحمل على الاستحباب (٥).

قلت: مورد الروايه غير المتنازع، فإن موردها ما إذا أفرغ الرجل، و لا امتناع في إيجاب ذلك على الأجنبي دون الزوج.

و قد ورد في حديث محمد بن مسلم: «ان ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء» (٦) و الأصح الاستحباب.

قوله: (و يحرم على الرجل ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر).

يدل على ذلك ما رواه صفوان بن يحيى، أنه سأل الرضا عليه السلام عن رجل يكون عنده المرأه الشابه فيمسك عنها الأشهر و السنه لا يقربها ليس يريد الإضرار

ص: ٥٠٦

١- ١) المبسوط ٤: ٢٦٧.

٢- ٢) التحرير ٢: ٤. [١]

٣- ٣) المذهب ٢: ٥١٠.

٤- ٤) التهذيب ١٠: ٢٨٥ حديث ١١٠٧.

٥- ٥) المختلف: ٨١٥.

٦- ٦) الكافي ٥: ٥٠٤ حديث ١، [٢] الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٥، التهذيب ٧: ٤١٧ حديث ١٦٦٩.

و الدخول بها قبل تسع سنين، فإن دخل فأفضاها حرمت أبدا، وإلا فلا. بها يكون لهم مصيبه، أ يكون فى ذلك إثما؟ قال: «إذا تركها أربعة أشهر كان إثما بعد ذلك، إلا أن يكون بإذنها» (١).

و قد نقل أن عمر سأل نساء أهل المدينة لما أخرج أزواجهن إلى الجهاد و سمع امرأه تنشد أبياتا من جملتها:

فوالله لولا الله لا شىء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه

عن أكثر ما تصبر المرأة عن الجماع فقيل: أربعة أشهر، فجعل المده المضروبه للغيه أربعة أشهر (٢).

قوله: (و الدخول بها قبل تسع سنين، فإن دخل بها فأفضاها حرمت أبدا، وإلا فلا).

يدل على ذلك ما روى عن الباقر عليه السلام قال: «لا يدخل بالجاريه حتى يأتى لها تسع سنين أو عشر سنين» (٣).

و عن الصادق عليه السلام قال لمولى له: «انطلق فقل للقاضى: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: حد المرأة أن يدخل بها على زوجها بنت تسع سنين» (٤).

فإن دخل بها قبل ذلك فعل حراما، فإن أفضاها حرمت عليه مؤبدا، وإلا فلا على الأصح، و قد سبق الكلام على ذلك و بيان دليله قبل المقصد الثانى فى التحريم غير المؤبد.

ص: ٥٠٧

١- ١) الفقيه ٣: ٢٥٦، حديث ١٢١٤، التهذيب ٧: ٤١٢، حديث ١٦٤٧.

٢- ٢) انظر: كنز العمال ١٦: ٥٧٣، حديث ٤٥٩١٧، المغنى لابن قدامه ٨: ١٤٤.

٣- ٣) الكافي ٥: ٣٩٨، حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٦١، حديث ١٢٤٠، التهذيب ٧: ٤٥١، حديث ١٨٠٥.

٤- ٤) الكافي ٥: ٣٩٩، حديث ٤، [٢] التهذيب ٧: ٣٩١، حديث ١٥٦٧.



و يكره للمسافر ان يطرق أهله ليلا. قوله: (و يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلا).

أى: أن يأتيهم ليلا، روى الشيخ بإسناده عن عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام انه قال: «يكره للرجل إذا قدم من سفره أن يطرق أهله ليلا حتى يصبح».

ص: ٥٠٨

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](http://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 قدّم 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](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

