



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



اشرافيية  
عليه صلوات الله  
عليه واهله

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

تجلیات مع المصابيح  
في شرح العقائد

مؤلف

الشيخ الأمام

الشيخ محمد بن عبد الوهاب

الطبعة سنة ١٤٠٠ هـ

دار التمام للطباعة

بني

بني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# جامع المقاصد فى شرح القواعد

كاتب:

على بن حسين بن عبدالعالى محقق كركى

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه آل البيت ( عليهم السلام ) لآحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمىة باصفهان للتحريات الكمبيوترىة

# الفهرس

٥	الفهرس
٩	جامع المقاصد فى شرح القواعد المجلد ١٣
٩	اشاره
١٠	اشاره
١٦	تتمه كتاب النكاح
١٦	اشاره
١٦	الباب الرابع: فى باقى أقسام النكاح
١٦	اشاره
١٦	الأول: فى المتقطع
١٦	اشاره
١٨	الأول: فى أركانه
١٨	اشاره
١٨	الأول: العقد
٢١	الثانى: المتعاقدان
٢٨	الثالث: المهر
٣٤	الرابع: الأجل
٤٠	الفصل الثانى: فى الأحكام
٤٠	اشاره
٥٥	فروع
٥٥	أ: لا ينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض
٥٧	ب: لو عقد على مده متأخره لم يكن لها النكاح فيما بينهما
٥٧	ج: لو مات فيما بينهما احتمل بطلان العقد
٥٨	المقصد الثانى: فى نكاح الإماء
٥٨	اشاره

٥٩	الأول:العقد
١١٠	الفصل الثاني:في مبطلاته
١١٠	اشاره
١١٠	المطلب الأول:في العتق
١٤٨	المطلب الثاني:في البيع
١٦٠	المطلب الثالث:في الطلاق
١٦٩	الفصل الثالث:في الملك
١٦٩	اشاره
١٦٩	الأول:ملك الرقبه
١٨٧	المطلب الثاني:ملك المنفعه
٢٠٦	الفصل الرابع:في بقايا مسائل متبدده
٢٢٧	الباب الخامس:في توابع النكاح
٢٢٧	اشاره
٢٢٧	الأول:العيب و التدليس
٢٢٧	اشاره
٢٢٧	الأول:في أصناف العيوب
٢٢٧	اشاره
٢٢٧	الأول:المشتركه
٢٣٢	الثاني:المختصه
٢٣٢	أما الرجل
٢٣٣	أما الجب
٢٣٦	و أما الخصاء
٢٣٨	و أما العنه
٢٤٤	و اما:المرأه
٢٤٥	أما الجذام
٢٤٦	و أما البرص

٢٤٧	و أما القرن
٢٤٩	و أما الإفضاء
٢٤٩	و أما العمى
٢٥١	و أما العرج
٢٥٣	و أما الرتق
٢٥٩	الفصل الثاني: في أحكام العيوب
٢٩١	الفصل الثالث: في التدليس
٢٩١	اشاره
٣٢٥	فروع
٣٢٥	أ: لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيما فلا فسخ
٣٢٧	ب: كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقده
٣٢٩	ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمه فكالحر
٣٣٤	د: لو غرت المكاتبه، فإن اختار الإمساك فلها المهر
٣٣٧	هـ: لا يرجع بالغرامه على الغار إلا بعد أن يغرم قيمه
٣٤٣	المقصد الثاني: في المهر
٣٤٣	اشاره
٣٤٣	الأول: في الصحيح
٣٨١	الفصل الثاني: في الصداق الفاسد
٣٨١	اشاره
٣٨١	الأول: عدم قبوله الملك كالخمر و الخنزير
٣٩٠	الثاني: الجهاله
٣٩٧	الثالث: الشرط
٤١٠	الرابع: استلزام ثبوته نفيه
٤١٣	الخامس: أن يزوّج الولي بدون مهر مثلها فيصح العقد
٤١٧	السادس: مخالفه الأمر
٤٢٣	الفصل الثالث: في التفويض

٤٢٣ ..... اشارة

٤٢٤ ..... الأول: تفويض البضع

٤٥٩ ..... تعريف مركز



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

عنوان قراردادى: قواعد الاحكام في معرفه الحلال و الحرام . شرح

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

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

مشخصات ظاهري: ١٤ ج.

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

يادداشت: كتابنامه .

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

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

موضوع: فقه -- قواعد

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٨ ق .

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

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

رده بندى كنگره: BP182/3 /ع ٩٠٢١٧ ١٣٧٠

رده بندى ديويى: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسى 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 و الحج . -- 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

تممه كتاب النكاح

## الباب الرابع: في باقى أقسام النكاح

الباب الرابع:

فى باقى أقسام النكاح و فيه مقصدان:

### الأول: فى المنقطع

الأول: فى المنقطع، و هو سائغ فى شرع الإسلام قوله: (الباب الرابع: فى باقى أقسام النكاح، و فيه مقصدان:

الأول: فى المنقطع و هو سائغ فى شرع الإسلام).

أجمع أهل الإسلام قاطبه على أن النكاح المنقطع و هو نكاح المتعه (١) كان مشروعاً فى صدر الإسلام، و اتفق أهل البيت عليهم السلام على بقاء شرعيته، و انه لم ينسخ، و اخبارهم بذلك متواتره (٢). و أطبق فقهاء العامه على انه نسخ (٣)، مع أنهم رووا فى كتبهم بقاء شرعيته (٤)، و أن جمعا من أعيان الصحابه و التابعين قائلون بشرعيته و انه لم ينسخ منهم ابن عباس، و إنما الذى نهى عن المتعه هو عمر بن الخطاب (٥).

ص: ٧

١ - ١) فى نسخه «ش»: و إنما سُمى منقطعاً فى مقابل النكاح الدائم، و إنما سُمى متعه لأن الغرض منه محض التمتع و كثره الشهوه، دون الولد و استدامه المعاش.

٢ - ٢) الكافى ٥: ٤٤٨ [١] باب المتعه، الفقيه ٣: ٢٩١ باب المتعه، التهذيب ٧: ٢٥٠ حديث ١٠٨١ و غيرها، الاستبصار ٣: ١٤١ حديث ٥٠٧ و غيرها. و انظر: الوسائل باب ١ من أبواب المتعه.

٣ - ٣) انظر: التفسير الكبير ١٠: ٤٩، [٢] أحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٣٣.

٤ - ٤) صحيح مسلم ٢: ١٠٢٣ حديث ١٥.

٥ - ٥) التفسير الكبير ١٠: ٤٩، [٣] أحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٣٣، سنن البيهقي ٧: ٢٠٦.



روى ذلك مسلم وغيره من أعيان محدثيهم (١)، ورووا أن عمر قال على المنبر:

متعتان كانتا على عهد رسول الله صَلَّى الله عليه وآله حلالا أنا احرمهما و أعاقب عليهما (٢) و اخبارهم فى ذلك كثيره (٣).

و أما أصحابنا رضى الله عنهم فإنهم مع اطباقتهم على شرعيته قائلون باستحبابه، و اخبارهم ناطقه بذلك (٤).

روى ابن بابويه فى الفقيه: أن الصادق عليه السلام قال: «ليس منا من لم يؤمن بكرتنا و يستحل متعتنا» (٥).

و روى عن صالح بن عقبه عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له:

للمتتع ثواب؟ قال: «إن كان يريد بذلك الله تعالى و خلافا على من أنكرها لم يكلمها كلمه إلا كتب الله له بها حسنه، و لم يمد يده إليها إلا كتب الله تعالى له حسنه، فإذا دنا منها غفر الله تعالى له بذلك ذنبا، فإذا اغتسل غفر الله له بعدد ما مر من الماء على شعره» قلت: بعدد الشعر؟ قال: «نعم بعدد الشعر» (٦).

و قال أبو جعفر عليه السلام: «إن النبى صَلَّى الله عليه وآله لما اسرى به إلى السماء قال: لحقنى جبرئيل عليه السلام فقال: يا محمد إن الله تبارك و تعالى يقول: إنى قد غفرت للمتمتعين من أمتك من النساء» (٧).

و فيه قال الصادق عليه السلام: «إنى لأكره للرجل أن يموت و قد بقيت خله

ص: ٨

١- ١) صحيح مسلم ٢:١٠٢٣ حديث ١٦ و ١٧.

٢- ٢) سنن البيهقى ٧:٢٠٦.

٣- ٣) سنن البيهقى ٧:٢٠٦، مسند أحمد بن حنبل ٣:٣٢٥.

٤- ٤) الكافي ٥:٤٦٥ حديث ١، [١] الفقيه ٣:٢٩٧ حديث ١٤١٤. و انظر: الوسائل ١٤:٤٤٢ باب استحباب المتعه. [٢]

٥- ٥) الفقيه ٣:٢٩١ حديث ١٣٨٤.

٦- ٦) الفقيه ٣:٢٩٥ حديث ١٤٠١.

٧- ٧) الفقيه ٣:٢٩٥ حديث ١٤٠٢.

و فيه فصلان:

## الأول: في أركانه

### إشاره

الأول: في أركانه، و هي أربعه:

### الأول: العقد

الأول: العقد، و ألفاظ الإيجاب كالدائم: زوجتك، و أنكحتك، و متعتك بكذا مده كذا.

و لا ينعقد بالتمليك، و الهبه، و الإجاره، و البيع، و الإباحه و غيرها.

و القبول: كل ما يدل على الرضى كقبلت و رضيت مطلقاً، أو مقيداً بلفظ الإيجاب، أو بمعناه. من خلال رسول الله صلى الله عليه و آله لم يأتها». فقلت: فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: «نعم» و قرأ هذه الآية و إِذْ أَسْرَ النَّبِيُّ إِلَى بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِيثاً - إلى قوله - نِّيَابٍ وَ أَبْكَاراً (١) و الأخبار في ذلك كثيره (٢).

قوله: (و فيه فصلان: الأول: في أركانه و هي أربعه:

الأول: العقد، و ألفاظ الإيجاب كالدائم: زوجتك، و أنكحتك، و متعتك بكذا مده كذا، و لا ينعقد بالتمليك و الهبه و الإجاره و البيع و الإباحه و غيرها.

و القبول: كل ما يدل على الرضى كقبلت و رضيت مطلقاً، أو مقيداً بلفظ الإيجاب، أو بمعناه).

عقد المتعه كالدوام من العقود اللازمه من الطرفين، فيعتبر فيه العقد المشتمل على الإيجاب و القبول، الواقعين بالعرييه، بغير فصل بكلام آخر بينهما أو بزمان طويل عاده، بالعرييه كما سبق تحقيقه في الدائم.

و ألفاظ الإيجاب ثلاثه لا- يجزئ غيرها عند أكثر الأصحاب: زوجت، و أنكحت، و متعت و لا خلاف في اجزاء كل منها، و إن اختلف في اجزاء متعتك في الدائم.

ص: ٩

١- ١) سورة التحريم: ٣-٥، [١] الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٦.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢٩٥ حديث ١٤٠٣، و انظر: الوسائل ١٤: ٤٤٢ باب استحباب المتعه. [٢]

و لو قدّمه فقال: تزوجت، فقال: زوجتك، صح. و الفرق أن لفظ التمتع حقيقه بنكاح المتعه، و قد يناقش في قول المصنف:

(و ألفاظ الإيجاب كالدائم)، لأن المشبه به أصل فيجب أن يكون أقوى، و لعله أراد بالتشبيه الانحصار في ذلك، لتطرق توهم الإجزاء بلفظ غير الثلاثه، لأن هذا النكاح شرعا و اتفاقا، فيناسبه زياده التخفيف فيه على أنه لا يجزئ سوى هذه الألفاظ.

و يستفاد من ذلك رد مقاله المرتضى: أن تحليل الأيمه عقد متعه (١)، فيكون منعقدا بلفظ بحت، و لا بد من التعيين من الزوجه، فتقول: متعتك نفسى، إن كان العاقد هو المرأه، و إلا وجب تعيينها كما سبق في الدائم سواء.

و لو كان لرجل عده بنات فزوج إحداهن متعه، ثم اختلف هو و الزوج في المعقود عليها، و كان الزوج قد رآهن، فهل ينسحب ما سبق في الدائم عند من يقول بالصحة؟ يحتتمل ذلك، و لما لم يكن بد من ذكر المهر هنا و كذا الأجل، صرح المصنف بقوله في صورته العقد: (بكذا مده كذا) و لم يفعل كما فعل في صورته عقد الدوام.

و أكد ما سبق بقوله: (و لا ينعقد بالتمليك و الهبه و الإجاره و البيع و الإباحه و غيرها) مثل الصلح و غيره، سواء قصد بأحد هذه الألفاظ مدلوله الحقيقي أو تجويزه في النكاح قطعا، لأن العقود اللازمه إنما تنعقد بالألفاظ الصريحه في ذلك الباب دون ما سواها، مع أن الأمر في الفروج مبنى على الاحتياط التام.

و ألفاظ القبول كل ما دل على الرضى بالإيجاب كقبلت و رضيت مطلقا، أى خاليا من التقييد بشىء، أو مقيدا: إما بلفظ الإيجاب مثل قبلت التزويج إذا كان الإيجاب به، أو قبلت النكاح و الإيجاب بالتزويج، و لا يشترط التقييد عندنا كما سبق بيانه في الدائم.

قوله: (و لو قدّمه فقال: تزوجت، فقال: زوجتك صح).

الأصل في الإيجاب

ص: ١٠

١- ١) نقل عنه هذا القول في التنقيح الرائع ١١٨: ٣. [١]

و لا بد من صيغه الماضى فى الطرفين.

وقيل: لو قال: أتزوجك بكذا مده كذا منشئاً، فقالت: زوجتك، صح. فى كل عقد أن يكون مقدماً على القبول، لأن حقيقة الرضى بالإيجاب، فلا بد من تحققه فى نفسه ليتمكن الرضى به، فلو قَدّم القبول فى شىء من العقود اللازمه ففى اعتبار ذلك العقد قولان، أصحهما العدم.

و استثنى المصنف و جماعه النكاح، فجوزوا تقديم القبول فيه تعويلاً على روايه تقدم ذكرها فى أول كتاب النكاح، و هى روايه سهل الساعدى (١). و لأن الحياء يمنع المرأه غالباً من الابتداء بالإيجاب، فإذا ابتدأ هو بالقبول متضمناً لكل ما يطلب وقوع الإيجاب عليه من مهر و أجل و غيرهما خفت المؤنه عليها، فجاز التقديم لذلك، و بقى الجواز إذا عقد و كيلها أو وليها لقيامه مقامها.

و قد ادعى الشيخ الإجماع على الجواز (٢)، و لا بأس بذلك و إن كان اعتبار تقديم الإيجاب لا يخلو من قوه، لأن الأسباب بتوقيف الشارع، و قد بينا فيما سبق أن الروايه لا دلالة فيها على خلاف ذلك.

قوله: (و لا بد من صيغه الماضى فى الطرفين، و قيل: لو قال: أتزوجك بكذا مده كذا منشئاً، فقالت: زوجتك صح).

لما كان لفظ الفعل الماضى إذا وقع إنشاء لا يحتمل معنى آخر سوى ثبوت الفعل فى الحال، بخلاف لفظ الفعل المستقبل فإنه كما يحتمل الثبوت فى الحال يحتمل فى الاستقبال، فإن بعث مثلاً- إذا وقع إنشاء لا- يحتمل إلا إيقاع البيع فى الحال، بخلاف أبيع، كان لفظ الماضى صريحاً بالإضافة إلى المقصود بخلاف غيره، فلذلك تعين للإنشاء فى العقود اللازمه صيغه الماضى و لم يكتف بغيرها، إذ لا يعتبر فيها إلا الألفاظ

ص: ١١

١- (١) صحيح مسلم ٢: ١٠٤١ حديث ١٤٢٥، سنن أبى داود ٢: ٢٣٦ حديث ٢١١١، سنن النسائى ١١٣: ٦، سنن البيهقى ٧: ٢٤٢.

٢- (٢) المبسوط ٤: ١٩٤.

الثانى: المتعاقدان، و يجب كونهما كاملين، و إسلام الزوجه، أو كونها كتابيه، فيمنعها من شرب الخمر و ارتكاب المحرمات، و إسلام الزوج، و ايمانه إن كانت المرأه كذلك. و تحرم الوثنيه، و الناصبيه المعلنه بالعداوه، الصريحه فى كل باب من الأبواب دون غيرها من ألفاظ المجاز و الكنايات. و لما كان النكاح موضع الاحتياط فى نظر الشرع، لما عهد شرعا من كمال عنايه الشارع بالاحتياط فى الفروج، كان اولى بهذا الحكم من غيره.

و قد خالف جمع من الأصحاب فى ذلك، فاكتفوا بصيغه المستقبل فى الدوام كما سبق. و كذا فى المتعه تعويلا على روايه أبان بن تغلب، عن أبى عبد الله عليه السلام فى المتعه كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: «تقول: ا تزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه- إلى أن قال- فإذا قالت نعم فقد رضيت فهى امرأتك» (1) الحديث، و لأن شرعيه المتعه تسهلا على المكلفين، فيناسبها التخفيف بتكثير العبارات.

و فى الدليل ضعف، لمنع سند الروايه، و أنه يلزم منها خلو العقد عن الإيجاب، فإن نعم فى جواب ا تزوجك لا يكون إيجابا، لأنه قبول، و لا- شىء من العقود اللانزمه كذلك، و التسهيل لا يقتضى ذلك بخصوصه. و لم يصرحوا بانعقاد المتعه بلفظ نعم، لكن القول الذى سبق فى الدوام يطرد فيه بطريق أولى، و الأصح أنه لا ينعقد بغير لفظ الماضى.

قوله: (الثانى: المتعاقدان، و يجب كونهما كاملين، و إسلام الزوجه أو كونها كتابيه، فيمنعها من شرب الخمر و ارتكاب المحرمات، و إسلام الزوج، و ايمانه إن كانت الزوجه كذلك. و تحرم الوثنيه، و الناصبه المعلنه بالعداوه،

و الأمه على الحره إلا بإذنها، فيقف أو يبطل على خلاف.

و بنت الأخ أو الأخت على العمه و الخاله إلا مع إذنهما، فيقف أو يبطل.

و لو فسخت الحره أو العمه أو الخاله بطل إجماعاً. و الأمه على الحره إلا بإذنها، فيقف أو يبطل على خلاف، و بنت الأخ أو الأخت على العمه و الخاله إلا مع إذنهما فيقف أو يبطل، و لو فسخت الحره أو العمه أو الخاله بطل إجماعاً).

يشترط في كل من المتعاقدين في النكاح المنقطع شروط، فبدونها لا يعتد بالنكاح:

الأول: يجب كونهما كاملين، بمعنى أنه لا بد من ذلك، فلو انتفى وصف الكمال عنهما أو عن أحدهما لم يعتد بالعقد الواقع بينهما، بل كان باطلاً، سواء كان العاقد الزوجين أو وليهما أو وكيلهما. و يتحقق الكمال بالعقل و البلوغ و الحريه و الرشده، و قد مر تحقيق ذلك كله مستوفى في النكاح الدائم، فلا حاجة الى إعادته.

الثاني: إسلام الزوجه أو كونها كتابيه، لكن هذا إنما يشترط إذا كان الزوج مسلماً، أما الكافر فإنه لا يمنع من العقد على الوثنيه متعه و لا دواماً و إن كان ذمياً، و لو أسلما بعد العقد فهو بحاله، و قد سبق فتوى المصنف في البحث عن أحكام الكفر بجواز المتعه بالكتايه و المجوسيه و منع الدوام، و ظاهر عبارته هنا يقتضى منع المتعه بالمجوسيه حيث اشترط إسلام الزوجه أو كونها كتابيه، و كأنه اعتمد على ما بيّنه هناك فتسامح هنا.

و اعلم أن المتبادر من قوله: (فيمنعها من شرب الخمر و ارتكاب المحرمات) و جوب ذلك عليه، مع احتمال أن يريد به الجواز، و كذا عبّر معظم الأصحاب.

و على كل من التقديرين إشكال: أما على تقدير اراده الوجوب، فلأن أهل الذمه لا يجوز التعرض إليهم فيما يعتقدون حله من المحرمات و المنكرات ما لم يتظاهروا

به، بل هم مقرون عليه، سواء في ذلك الزوجه و غيرها، فكيف يجب منعها من شرب الخمر و ارتكاب المحرمات.

و أما على تقدير الجواز، فلأنه و إن جاز له منعها من شرب الخمر، لأنه مظنه الإسكار المنقوص للاستمتاع و المفوت للعفه، من حيث أنها حينئذ لا ترد يد لامس، و كذا ما جرى مجراه من الأشياء المستقدره، إلا أنه ليس له منعها من كل محرم، لما سبق.

و قد ذكر المصنف في التذكرة في أحكام نكاح الكفر: أن للزوج المنع من لبسها جلد الميتة إذا كان له رائحة منتنه، و بدونها اشكال (١).

و قد يسأل ها هنا عن شيء و هو: انه ما الذى يراد بالتظاهر، أ هو ارتكاب الشيء علانية بحيث لا يبالي فاعله بمن يطلع عليه، أم فعله بحيث يطلع عليه و لو بعض المسلمين و إن اعتمد الفاعل المستتر به و أخفاه؟ و الذى يلوح من كلامهم هو الأول، و لو لا ذلك لم يكن للإشكال فى كلام التذكرة هذا وجه.

الثالث: إسلام الزوج و ايمانه إن كانت الزوجه كذلك، أما إسلامه إذا كانت الزوجه مسلمه فبالنص و الإجماع، قال سبحانه و تعالى وَ لَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا (٢) و أما ايمانه إذا كانت الزوجه مؤمنه فهو أصح القولين عند الأصحاب، و قد قدمنا فى النكاح الدائم دليل القولين و تصحيح الأصح منهما.

و اعلم أن المصنف إنما جمع بين الإسلام و الايمان، و إن كان اشتراط الأخص يغنى عن اشتراط الأعم، لأنه حاول التنبيه على اشتراط الإسلام إذا كانت الزوجه مسلمه، و الايمان إذا كانت مؤمنه، فكأنه أراد اشتراط الإسلام إذا كانت الزوجه مسلمه، و اشتراط الايمان كذلك.

ص: ١٤

١ - ١) التذكرة ٢: ٦٤٦. [١]

٢ - ٢) البقره: ٢٢١. [٢]

الرابع: كون الزوجه غير وثنيه، وقد علم هذا من قوله: (وإسلام الزوجه أو كونها كتابيه). وكذا يشترط كونها غير ناصبه معلنه بالعداوه لأهل البيت عليهم السلام، وهذا أيضا معلوم من اشتراط إسلامها أو كتابيتها، لأن الناصب شر من اليهودى والنصرانى.

وقد روى الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يتزوج المؤمن الناصبه المعروفه بذلك» (١).

و روى فضيل عن أبى جعفر عليه السلام قال: ذكر الناصب فقال:

«لا تناكحهم ولا تأكل ذبيحتهم ولا تسكن معهم» (٢).

واعلم أن قول المصنف: (المعلنه بالعداوه) تفسير للناصبه، فإن المراد بالناصب من يعلن بالعداوه لأهل البيت عليهم السلام، وليس كل مخالف ناصبا.

الخامس: كون الزوجه غير أمه لمن عنده حره، إلا أن تأذن الحره لمثل ما سبق فى النكاح الدائم، فإن بادر إلى العقد من دون إذنها ففى بطلانه من رأس أو وقوفه على الإجازة القولان المذكوران سابقا، والأصح هناك هو الأصح هنا.

السادس: أن لا تكون بنت الأخ ولا بنت الأخت لمن عنده العمه أو الخاله إلا بإذنهما، فإن بادر و عقد بدون الإذن ففى البطلان أو وقوفه على إجازة تهما القولان السابقان، والترجيح كما سبق. ولا فرق بين كون العمه و الخاله معقودا عليهما متعه أو دواما، وكذا الأمه لصدق الزوجيه على كل تقدير.

واعلم أن فى قول المصنف: (ولو فسخت الحره أو العمه أو الخاله بطل إجماعا) تسامحا، لأن البطلان لا يترتب على الفسخ إلا عند من يقول بوقوع العقد موقوفا دون من يرى بطلانه من رأس، وكأنه أراد أنه لو فسخت إحداهن كان بطلان العقد

ص: ١٥

١- ١) الكافى ٥: ٣٤٨ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٣٠٢ حديث ١٢٦٠، الاستبصار ٣: ١٨٣ حديث ٦٦٤.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٠٣ حديث ١٢٦٤، الاستبصار ٣: ١٨٤ حديث ٦٦٨.



و تكره الزانية، فيمنعها لو فعل، و ليس شرطاً. و عدم استئذان الأب في البكر، و التمتع ببكر ليس لها أب، فلا يقتض لو فعل، و ليس محرماً. حينئذ محل وفاق.

و اعلم أيضاً أنه كما يشترط ما ذكر، كذا يشترط كون الزوجه ليست احدى المحرمات عينا أو جمعا، و لم يتعرض المصنف إلى ذلك اكتفاء بما سبق.

قوله: (و يكره الزانية، فيمنعها لو فعل، و ليس شرطاً. و عدم استئذان الأب في البكر، و التمتع ببكر ليس لها أب و لا يقتض لو فعل، و ليس محرماً).

قد سبق ذكر الشروط التي لها دخل في صحة العقد، و المطلوب هنا بيان ماله دخل في كماله، و بيانه في مباحث:

الأول: يكره التمتع بالزانية، فإن فعل فليمنعها من الزنا وجوبا عليه من باب الحسبه، و ليس شرطاً في حل المتعه.

و منع الصدوق في المقنع من التمتع بها (١)، و قال ابن البراج: لا يعقد على فاجره إلا إذا منعها من الفجور (٢). و الأصح الأول.

لنا: الأصل، و قوله تعالى وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٣).

و ما رواه علي بن يقطين قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: نساء أهل المدينة، قال: (فواسق)، قلت: فأتزوج منهن قال: (نعم) (٤).

احتج المخالف بقوله تعالى وَ الزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَ حُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ (٥).

ص: ١٦

١- (١) المقنع: ١١٣.

٢- (٢) المهذب ٢: ٢٤١.

٣- (٣) النساء: ٢٤. [١]

٤- (٤) التهذيب ٣: ٢٥٣، حديث ١٠٩١، الاستبصار ٣: ١٤٣، حديث ٥١٧.

٥- (٥) النور: ٣. [٢]

و بصحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام، إلى أن قال:

فإن اتهمتها قال: «لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأمونه إن الله تعالى يقول الزاني لا ينكح إلا زانيه أو مشرکه و الزانيه لا ينكحها إلا زانٍ أو مشرک و حرّم ذلك على المؤمنين» (١).

و بما رواه محمد بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المرأة الحسنة الفاجره هل يجوز للرجل أن يتمتع منها يوماً أو أكثر فقال: «إذا كانت مشهوره بالزنا فلا تتمتع منها ولا تنكحها» (٢)، و لأنه لا يؤمن اختلاط المياه و الأنساب.

و يلوح من كلام ابن بابويه و ابن البراج أن كلا منهما مستقل بقوله غير قول الآخر.

و الجواب أن الآية لا تدل على تحريم النكاح، و المشار إليه ب(ذلك) يحتمل كونه الزنا، و قد قيل: إن نكاح الزانية كان محرماً في أول الإسلام ثم نسخ بقوله تعالى:

وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ (٣).

و أما الخبران فإنهما محمولان على الكراهية جمعاً بين الأخبار، على أن الأول لا يدل على مزيد من الكراهية، لأن المفهوم من قوله: «لا ينبغي» هو ذلك.

و أما اختلاط المياه و الأنساب فدفعه بأن الزاني لا ماء له، و من ثم لم يكن المنع من الزنا شرطاً.

الثاني: يكره التمتع ببيكر لها أب مع عدم استئذانه إذا كانت بالغه رشيدة، و منع الشيخ من الإفشاء إليها مع قوله بالجواز (٤)، و احتاط ابن البراج بالمنع من العقد

ص: ١٧

١- ١) الكافي ٥: ٤٥٤ حديث ٣، [١] الفقيه ٣: ٢٩٢، الحديث ١٣٨٨، التهذيب ٧: ٢٦٩، الحديث ١١٥٧، الاستبصار ٣: ١٥٣، حديث ٥٦٠.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٥٤ حديث ٦، [٢] التهذيب ٧: ٢٥٢، الحديث ١٠٨٧، الاستبصار ٣: ١٤٣، حديث ٥١٣.

٣- ٣) ذهب إليه سعيد بن المسيب كما في التفسير الكبير ٢٣: ١٥١. [٣]

٤- ٤) النهاية: ٤٩٠. [٤]

عليها إلا باذنه (١).

و منع الصدوق (٢)، و أبو الصلاح من العقد عليها بدون اذنه (٣)، و الأصح الأول.

لنا: انها بالغه يجوز العقد عليها دائما فيجوز منقطعا، لأنه أحد النكاحين.

و ما رواه سعد بن مسلم عن رجل عن الصادق عليه السلام قال: «لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها» (٤)، و التزويج صادق على المتعه فيعمها، لوقوعه فى سياق «لا».

احتج المانع بروايه أبى مريم عن الصادق عليه السلام قال: «إن العذراء التى لها أب لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها» (٥).

و ما رواه أبو سعيد عن الحلبي قال: سألته عن التمتع من البكر إذا كانت بين أبويها بلا إذن أبويها فقال: «لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتعف بذلك» (٦).

و جوابه: إن الخبر الأول يراد به التى لم تبلغ، جمعا بينه و بين غيره من الأخبار الداله على جواز التمتع بالبكر و إن كانت بين أبويها، أو أن المراد به الكراهيه كالذى بعده.

و يدل عليه ما رواه حفص بن البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يتزوج بالبكر متعه قال: «يكره للعيب على أهلها» (٧).

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه ينبغي له أن لا يقتضها، فإن ذلك مكروه جدا، لما

ص: ١٨

١-١) المهذب ٢: ٢٤١.

٢-٢) المقنع: ١١٣.

٣-٣) الكافي فى الفقه: ٢٩٩.

٤-٤) التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٥.

٥-٥) الفقيه ٣: ٢٩٣ حديث ١٣٩٤، التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١٠٩٩، الاستبصار ٣: ١٤٥ حديث ٥٢٧.

٦-٦) التهذيب ٧: ٢٥٤ حديث ١٠٩٨، الاستبصار ٣: ١٤٥ حديث ٥٢٦.

٧-٧) الفقيه ٣: ٢٩٣ حديث ١٢٩٣، التهذيب ٧: ٢٥٥ حديث ١١٠٢.

الثالث:المهر، و هو شرط فى المتعه خاصه،فلو أخل به بطل العقد. رواه أبو سعيد القمّاط عن رواه عن الصادق عليه السلام قال:«و اتق موضع الفرج، لأن فيه عارا عليها و على أهلها» (١)و لا يحرم ذلك للروايه المتقدمه،و لأنها مالكه أمرها، و متى صح النكاح ترتب عليه أحكامه.

الثالث:يكره التمتع بيكر ليس لها أب،لأنه إذا كره مع وجود الأب بدون اذنه فمع عدمه بطريق أولى،و لما فيه من الضرر عليها بالعار،و قله رغبه الأزواج فيها.

و روايه حفص السابقه تدل على ذلك،فإن فعل لم يقتضها،لأن العيب به أشد، و ليس محرما،لما ذكرناه فى ذات الأب و لا يخفى أن موضع الكراهيه ما إذا تمتع بها سرا لاستهجان المتعه،فلا يكره بدونه لانتفاء المحذور.

و اعلم أن قول المصنف:(و لا يقتض لو فعل و ليس محرما)يتعلق بالمسألتين معا، و اقتضاض الجاربه و افتراعها:ازاله بكارتها.

قوله: (الثالث:المهر، و هو شرط فى المتعه خاصه،فلو أخل به بطل العقد).

لما كان الغرض الأصيل من نكاح المتعه هو الاستمتاع و إعفاف النفس أشد شبهه بعقود المعاوضات،و قد وقع التنبيه على ذلك فى خبر عبيد بن زراره بقول أبى عبد الله عليه السلام:«فإنهن مستأجرات» (٢).

و فى خير محمد بن مسلم حيث قال أبو جعفر عليه السلام:«و إنما هى مستأجره» (٣)،فلذلك كان ذكر المهر فى العقد شرطا لصحته كسائر عقود المعاوضه،فلو وقع الإخلال به عمدا أو نسيانا بطل العقد إجماعا.

ص: ١٩

١- ١) التهذيب ٧:٢٥٤ حديث ١٠٩٦.

٢- ٢) الكافي ٥:٤٥٢ حديث ٧، [١] التهذيب ٧:٢٥٩ حديث ١١٢٠، الاستبصار ٣:١٤٧ حديث ٥٣٨.

٣- ٣) الكافي ٥:٤٥١ حديث ٥، [٢] التهذيب ٧:٢٥٩ حديث ١١٢١، الاستبصار ٣:١٤٧ حديث ٥٣٩.

و يشترط الملكيه، و العلم بقدره كيلا أو وزنا أو مشاهده أو وصفا، و لا حد له قله و كثره. و في روايه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يكون متعه إلا بأمرين بأجل مسمى و أجر مسمى» (١).

و روى إسماعيل بن الفضيل الهاشمي، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه فقال: «مهر معلوم إلى أجل معلوم» (٢).

و هذا بخلاف عقد الدوام، فإنه ليس الغرض منه ذلك فقط، بل الغرض الأصلي منه النسل، فكان شبهه بالمعاضات أقل، و قد سمى الله سبحانه المهر صدقه و نحله، فمن ثم جاز تجريد العقد عنه و لم يكن ذكره شرطا، و إلى هذا أشار المصنف بقوله: (و هو شرط في المتعه خاصه).

قوله: (و يشترط الملكيه، و العلم بقدره كيلا أو وزنا أو مشاهده أو وصفا، و لا حد له قله و كثره).

هنا مسألتان:

الأولى: يشترط في المهر أن يكون مما يملكه المتعاقدان، فلا يصح العقد للمسلم على الخمر و الخنزير. و يشترط كونه مملوكا للعاقده، فلو عقد لنفسه على مال الغير لم يصح، لا امتناع أن يملك البضع بمال غيره، و لا أثر لرضاء المالك بعد العقد.

و كذا يشترط العلم بقدره بالكيل أو الوزن في المكيل أو الموزون، و بالمشاهده فيهما و في غيرهما. فلو عقدا على صبره من طعام مشاهده صح، لا ندفاع الغرر بالمشاهده. و ليس هذا كالمعاضات الحقيقيه، لا بتناؤها على المكاسبه و المغابنه،

ص: ٢٠

---

١- ١) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٢٣.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٥.

و اختصاصها بعدم الاكتفاء بالمشاهدة في عوضها المكييل و الموزون و المعدود بالنص (1) و الإجماع.

و الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في ذلك، هذا إذا كان العوض حاضرا، و لو كان غائبا اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة، فيبطل العقد بدونه للغرر.

الثانية: لا- تقدير للمهر قله و لا- كثره، فيجوز العقد على كل ما يعده مالا- في العادة، كما يصح جعل ذلك عوضا في البيع و الإجاره. و لا يصح العقد على مالا يتمول عاده كحبه من حنطه، لأن ما لا يعد مالا يمتنع جعله عوضا عما يقابل بالمال.

و روى محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام كم المهر- يعنى في المتعه- قال: «ما تراضيا عليه إلى ما شاء من الأجل» (2).

و قال ابن بابويه: أدنى ما يجزئ في المتعه درهم فما فوقه (3)، لصحيحه أبى بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن متعه النساء قال: «حلال فإنه يجزئ الدرهم فما فوقه» (4).

روى سعيد الأحول عن الصادق عليه السلام و قد سأله أدنى ما يتزوج به المتعه قال: «كف من بر» (5).

و لا منافاه فيهما لما سبق، أما الأولى فظاهر، إذ ليس فيها منع، لإجزاء ما دون الدرهم. و أما الثانية فمحموله على أن الأدنى في العاده ذلك و إن كان الأدنى منه شرعا جائزا، فتكون جاريه على الغالب جمعا بينها و بين ما سبق.

ص: ٢١

١- (١) الفقيه ٣: ١٤٣ حديث ٦٢٧.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٤١، الاستبصار ٣: ١٤٩ حديث ٥٤٧.

٣- (٣) المقنع: ١١٣. [١]

٤- (٤) الكافي ٥: ٤٥٧ حديث ٣، [٢] التهذيب ٧: ٢٦٠ حديث ١١٢٦.

٥- (٥) الكافي ٥: ٤٥٧ حديث ٢، [٣] التهذيب ٧: ٢٦٠ حديث ١١٢٥.

و يجب دفعه بالعقد، فإن دخل استقر إن وقت بالمده، وإن أخلت ببعضها وضع منه بنسبتها، قوله: (و يجب دفعه بالعقد، فإن دخل استقر إن وقت بالمده، وإن أخلت ببعضها وضع منه بنسبتها).

لما كان هذا النكاح لا- حقا بالمعاوضات ثبت المهر بالعقد لا محاله، و يجب دفعه لكن مع تسليمها نفسها، إلا أن ثبوته غير مستقر، لأن استقرار العوض مشروط بتسليم مقابله، فإن وقت بالمده بمعنى أنها سلمت نفسها فى مجموعها فقد استقر وجوبه، فإن كانت قد تسلمته فهو حقها، و إلا و يجب تسليمه إليها وجوبا ثابتا.

و إن أخلت ببعض المده وضع من المهر بنسبه ما أخلت به منها الى مجموعها، لأن مقابله أحد العوضين بالآخر يقتضى مقابله الأجزاء بالأجزاء، فإذا فات بعض أحد العوضين و يجب أن يسقط مقابله من العوض الآخر.

و روى عمر بن حنظله قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: تزوج المرأة شهرا بشيء مسمى فتأتى ببعض الشهر و لا- تفى ببعض، قال: «تجس عنها من صداقها بقدر ما احتبست عنك إلا أيام حيضها فإنها لها» (١)، و هى نص فى الباب.

و قد علم من قوله: «الإ- أيام حيضها» أن الإخلال لعذر لا- يسقط به شيء من الصداق، و إنما عبّر بقوله: (وضع) دون أن يقول: قاصها، كعباره النافع، لانتفاء المقاصه حقيقه هنا، فإن إخلالها ببعض العوض أوجب سقوط مقابله من العوض الآخر، و لا يعد ذلك مقاصه كما لا يخفى.

و ينبغى أن يقرأ: (وضع) مجهولا، لأن ذلك يسقط بنفسه لا بإسقاط الزوج.

و الضمير فى قوله: (بنسبتها) تعود إلى المده، و فيه حذف تقديره: وضع منه بنسبه ذلك البعض إلى المده، فإن كان نصفها فنصف المده، أو ربعها فربعه، و على هذا و ذلك

ص: ٢٢

و لو وهبها المده قبل الدخول لزمه النصف. و لو ظهر فساد العقد اما بظهور زوج، أو بكونها أخت زوجته، أو ظاهر.

قوله: (و لو وهبها المده قبل الدخول لزمه النصف).

لو وهبها المده أو بعضها جاز قطعاً و كان ذلك إبراء، لأنه إسقاط لما فى الذمه، فلا يفتقر الى القبول على أصح القولين كما سبق فى الهبه.

ثم الهبه إما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبل الدخول وجب لها نصف المهر و سقط النصف الآخر، كما لو طلق الزوجه الدائم قبل الدخول. و دليل ذلك وراء إجماع الأصحاب أنها فرقه قبل الدخول فأشبهت الطلاق.

و لمقطوعه سماعه، قال: سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها، ثم جعلته فى حل و قد قبضته منه: «فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردّت المرأة على الزوج نصف الصداق» (1). ووجه الدلالة أنه لو لا استحقاقها النصف لوجب أن يرد الجميع.

و لو دخل ثم وهبها الجميع أو البعض، ففي سقوط شيء من المهر باعتبار ما وهب من المده نظر، و لم أقف للأصحاب على كلام فى ذلك و الذى يقتضيه صحيح النظر و جوب الجميع، لاقتضاء العقد وجوبه، و لم يثبت شرعاً ما يقتضى سقوط شيء منه.

و لو وهبها البعض خاصه و انقضت المده و لم يدخل، ففي سقوط النصف هنا وجهان.

و تعبير الأصحاب بالسقوط لا- يتناول هذه الصوره، نعم قد يقال: لفظ الروايه لا يأبى هذه الصوره، فإنه يصدق أنه خلاها قبل الدخول، إلا أن يدعى أن المراد إبانته قبل الدخول، و لا يكون ذلك إلا بهبه المده.

قوله: (و لو ظهر فساد العقد، إما بظهور زوج، أو كونها أخت زوجته،

ص: ٢٣



غيرهما، فلا مهر إن لم يدخل، و لو قبضته استعادته، و إن دخل فلها المهر إن جهلت، و إلا فلا.

و قيل تأخذ ما قبضت و لا تسلّم الباقي، و يحتمل مهر المثل. أو غيرهما فلا مهر إن لم يدخل، فإن قبضته استعادته، و لو دخل فلها المهر إن جهلت، و إلا فلا. و قيل: تأخذ ما قبضته و لا تسلّم الباقي، و يحتمل مهر المثل.

إذا ظهر فساد عقد المتعه بسبب من أسباب الفساد، إما وجود مانع، أو فقد شرط.

فإما أن يكون قد دخل بها، أو لا. و على تقدير الدخول: إما أن تكون عالمه بالفساد، أو جاهله.

فإن لم يكن دخل بها فلا مهر، لبطلان العقد المقتضى لبطلان المسمى، فلو كانت قد قبضته استعادته، إذ لا حق لها فيه، و لو تلف في يدها ضمنته.

و كذا إن دخل و هي عالمه بالفساد، لأنها بغى و لا مهر لبغى.

أما إذا دخل و هي جاهله ففي حكمه قولان للأصحاب:

أحدهما: -اختاره الشيخ في النهاية (١)- أن لها ما أخذت، و لا يلزمه أن يعطيها ما بقي، و مستنده حسنه حفص بن البختری عن الصادق عليه السلام قال: «إذا بقي عليه شيء من المهر و علم أن لها زوجها، فما أخذته فلها بما استحلت من فرجها، و يجبس عنها ما بقي عنده» (٢).

و موردها ما إذا دفع إليها شيئاً و بقي عنده شيء، فلو لم يدفع شيئاً، أو دفع الجميع، فلا دلالة فيها على حكمه. و عليها إشكال، فإن المدفوع قد يكون قليلاً و قد

ص: ٢٤

١- (١) النهاية: ٤٩١. [١]

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٦١، حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ٢٦١، حديث ١١٢٩.

الرابع: الأجل، و ذكره شرط فيه، و يشترط فيه التعيين بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، و لا يتقدر قله و كثره.

يكون كثيرا، فإن كانت مستحقه لشيء فلا يتفاوت استحقاقها بالدفع و عدمه، على أنها لا استحقاق لها مع العلم بالفساد قطعاً، لما قلناه من أنها بغى.

و قيل باستحقاق الجميع إن كانت جاهله، فيدفع إليها ما بقى، و عدم استحقاق شيء مع العلم فيستعاد ما أخذته، اختاره المصنف هنا، و فى المختلف (١) و التحرير (٢) و غيره و وجهه وقوع التراضى على المسمى، و قد حصل الدخول و استقر به و جوبه، و يشكل بأمرين:

أ: إن مجرد التراضى غير مقتضى للوجوب، بل العقد الصحيح و هو منتف هنا.

ب: إن التراضى بالمسمى إنما وقع بالنسبة إلى مجموع المده فكيف يجب كله فى البعض.

و يحتمل أن يجب لها مهر المثل، لأن الوطاء المحترم لا بد له من عوض، و المسمى باطل، فتعين عوض المثل، و هذا أقوى.

لكن يجب تنقيحه بأن الواجب هو مهر المثل فى المتعه، فيعتبر فيه أصلها، و جهالتها، و صفات كمالها حال ما مضى من المده التى سلمته فيها نفسها، فيجب مهر المثل لتلك المده متعه. و على هذا فيمكن تنزيل الروايه على كونه المسمى بقدر مهر المثل و المقبوض مقدار قسط المده الماضيه منه مع جهلها بالفساد.

قوله: (الرابع: الأجل، و ذكره شرط فيه، و يشترط فيه التعيين بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، و لا يتقدر قله و لا كثره).

ص: ٢٥

١ - ١) المختلف: ٥٦٤.

٢ - ٢) التحرير ٢: ٢٧.

و لو أخل به بطل، و قيل ينقلب دائما. و لو أخل به بطل، و قيل ينقلب دائما.

كما يشترط ذكر المهر فى عقد المتعه كذا يشترط ذلك الأجل، نظرا إلى أن مقصود هذا النكاح هو الاستمتاع فى زمان مخصوص و حديث زراره (١) و إسماعيل بن الفضل (٢) السابقان ينبهان على ذلك.

و يشترط أيضا تعيين الأجل بما لا- يحتمل الزيادة و النقصان، فلو جعل نهايته كقدوم الحاج، أو إدراك الغلات، و نحو ذلك لم يصح، للغرر. و لا يتقدر قله و لا كثره، فيجوز اشتراط زمان قصير و طويل بحسب التراضى إذا كان معينا مضبوطا.

و قال ابن حمزه: و قدر المده من طلوع الشمس إلى نصف النهار و إلى سنين متطاولة (٣).

فإن قصد بذلك التمثيل للقله و الكثره- هو الظاهر- فهو صحيح، و إن قصد بيان الأقل فليس بجيد.

و لو أخل بذكر الأجل أصلا ففيه أقوال:

أحدها: -و اختاره المصنف و هو الأصح- البطلان.

و الثانى: -و به قال الشيخ (٤)- ينعقد دائما، و اختاره ابن البراج (٥)، و ابن حمزه، و أبو الصلاح (٦).

ص: ٢٦

١- (١) الكافى ٥: ٤٥٥ حديث ١، التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٣.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٥.

٣- (٣) الوسيله: ٣١٠ [١] تحقيق الشيخ محمد الحسون، علما بأن هذا القول لم يرد فى النسخه الحجرية للوسيله المطبوعه ضمن الجوامع الفقيهيه، و لا فى النسخه الحروفية التى حققها الأستاذ عبد العظيم البكاء، لسقوط فصل نكاح المتعه من هاتين النسختين.

٤- (٤) النهايه: ٤٨٩. [٢]

٥- (٥) المهذب ٢: ٢٤١.

٦- (٦) الكافى فى الفقه: ٢٩٨. [٣]

و الثالث: -و هو اختيار ابن إدريس (١)- أنه إن كان الإيجاب بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائما،و إن كان بلفظ التمتع بطل العقد.

لنا: إن المتعه شرطها الأجل إجماعا،و لصحيحه زراره عن الصادق عليه السلام: «لا يكون متعه إلا بأمرين: بأجل مسمى،و أجر مسمى» (٢)،و مثلها صحيحه إسماعيل بن الفضل الهاشمي عنه عليه السلام (٣)، فإذا أخل به فقد أخل بالشرط فوجب الحكم بالبطان،و إلا لم يكن شرطا.

لا يقال: نقول بالموجب و لا يلزم البطان من رأس، لأن اللازم بطلان المتعه لفوات شرطها لا بطلان أصل العقد، فينقصد دائما.

لأننا نقول: إذا بطل كون العقد متعه لزم بطلان العقد من رأس، إذ محل النزاع إنما هو إذا أراد العقد متعه و أخلا في هذه الحاله بذكر الأجل، فاللدوام حينئذ غير مقصود أصلا، بل المقصود منافيه.

فإذا بطل المقصود و لم يحصل غيره، لأن العقود تابعه للمقصود.

و احتج الشيخ بأن لفظ الإيجاب صالح لكل منهما،و إنما يتمحض للمتعه بذكر الأجل و لللدوام بعده، فإذا انتفى الأول ثبت الثاني، فإن الأصل في العقد الصحة، و الفساد على خلاف الأصل.

و لموثقه عبد الله بن بكير عن الصادق عليه السلام قال: «إن سمي الأجل فهو متعه،و إن لم يسم الأجل فهو نكاح ثابت» (٤).

و الجواب: إن الصلاحيه غير كافيه بمجردھا، فإن العقد تابع لإرادته العاقد،

ص: ٢٧

١-١) السرائر: ٣١١.

٢-٢) الكافي ٥: ٤٥٥ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٣.

٣-٣) التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٥.

٤-٤) النهايه: ٤٥٠، الكافي ٥: ٤٥٦ حديث ١، [٢] التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٤.

و إن عيّن المبدأ تعيّن، و إن تأخر عن العقد، و إلاّ اقتضى اتصاله به، و الفرض أن المقصود هو المتعه خاصه، فإذا فات شرطها بطلت، فيمتنع الحمل على الدوام مع إرادته غيره، و الأصل حجه مع عدم الناقل.

و أما الروايه فنقول بموجبها، إذ ليس فيها تصريح بأنهما أرادا المتعه و أخلا بالأجل، بل مضمونها أن النكاح المعقود مع الأجل متعه و بدونه دوام، و ليس في ذلك دلالة على إرادته الأجل، على أنه يمكن أن يكون المراد أنه إذا عقد و لم يذكر الأجل ينعقد دائما بحسب الظاهر، إذ لا يقبل قوله في إرادته المتعه.

و قول ابن إدريس ضعيف (١)، لأنه على القول بعدم صحه الدائم بلفظ المتعه يكون البطلان مع وقوع العقد بلفظ المتعه، للإخلال بالأجل، و عدم إرادته الدوام، و انتفاء صلاحية اللفظ له مع وقوعه بلفظ النكاح و التزويج لما عدا الأخير، و ذلك كاف في البطلان من رأس.

قوله: (و إن عيّن المبدأ تعيّن و إن تأخر عن العقد، و إلاّ اقتضى اتصاله به).

أى: إن عيّن مبدأ الأجل تعيّن لا محاله، لوجوب الوفاء بالعقد، و لا فرق في ذلك بين أن يعينه متصلا بالعقد أو متأخرا عنه.

أما الأول فظاهر.

و أما الثاني، فلأنه لا مانع من تأخره، و الأصل الصحه فيتمسك به. و روى بكار ابن كردم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يلقي المرأة فيقول لها: زوجيني نفسك شهرا و لا يسمّى الشهر بعينه، ثم يمضى فيلقاها بعد سنين، قال: فقال: «له شهره إن كان سمّاه، و إن لم يكن سمّاه فلا سبيل له عليها» (٢). ووجه الاستدلال: ان

ص: ٢٨

١-١) السرائر: ٣١١.

٢-٢) الكافي ٥: ٤٦٦، حديث ٤، [١] الفقيه ٣: ٢٩٧، حديث ١٤١٠، التهذيب ٧: ٢٦٧، حديث ١١٥٠.

الشهر الذى سمّاه إنما يكون له بعد سنين إذا كان متأخرا عن العقد.

لا يقال: أثر العقد الزوجيه، فيجب أن يترتب عليه حين وقوعه، ويمتنع ذلك مع تأخر الأجل، فيكون مع التأخير فاسدا، لأن الفاسد ما لا يترتب أثره عليه.

و أيضا فإنه لو صح العقد كذلك لزم جواز عقد الغير عليها بين العقد و الأجل.

لأننا نقول: إنما يجب أن يترتب عليه أثره بحسب مقتضاه، ومع التعيين يجب أن يكون ثبوته كذلك، وإلا لم يكن صحيحا.

و أما لزوم جواز العقد عليها للغير فيتوجه المنع فيه على الملازمه تاره، لأنها ذات بعل، و على بطلان التالى أخرى، إذ لم يتم على المنع فى مثل ذلك دليل فى الكتاب و السنه، و الجواز أظهر.

و نقل عن بعضهم القول بالمنع، و قد بينا ضعفه. و لا يخفى أنه لو عيّن أجلا مجهولا يبطل العقد، للجها له.

و قول الشيخ فى النهايه: و متى عقد عليها شهرا، و لم يذكر الشهر بعينه، و مضى عليها شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل (1)، غير صريح فى صحه العقد على شهر مجهول، لأن مقابل المعين المطلق و لا يلزم أن يكون مجهولا.

ثم ان قوله: (لم يكن له عليها سبيل) لا دلالة فيه على صحه العقد، لجواز أن يكون نفى السبيل لفساده، هذا حكم ما إذا عيّن الشهر.

و لو أطلقه فإنه ينصرف إلى المعيّن، فيكون متصلا بالعقد كما فى الأجل فى البيع و الإجاره و نحوهما و لأن العرف جار بذلك، فإن المتفاهم فى العاده هو ذلك، و لأن أثر العقد يجب أن يترتب عليه حين وقوعه إذا لم يكن فيه ما يمنع ذلك.

و لأن قوله عليه السلام فى الروايه السابقه: «و إن لم يكن سمّاه فلا سبيل له

فإن تركها حتى خرج خرجت من عقده و لها المسمى. و لو قال: بعض يوم، فإن عتین كالزوال أو الغروب صح، وإلا فلا.

و لو قال: مره أو مرتين، قيّد بالزمان، و لا تجوز الزيادة، و إلا بطل. عليها (١) إن أريد به الإطلاق كان دليلاً على ما ذكرناه، إذ لو لا الحكم بالاتصال لوجب بقاؤه، إذ لا أولويه لزمان على آخر.

قوله: (فإن تركها حتى خرجت من عقده فلها المسمى).

وجهه: إن المسمى وجب بالعقد، و لم يثبت المسقط شرعاً إذ هو إما المفارقة قبل الدخول، أو امتناعها من تسليم نفسها، و كلاهما منتف.

قوله: (و لو قال: بعض يوم، فإن عتین كالزوال و الغروب صح، و إلا فلا و لو قال: مره أو مرتين قيّد بالزمان، و لا يجوز الزيادة و إلا بطل).

لا- ريب أنه لو ذكر في العقد أجلا- غير معين كبعض يوم، و لم يعين ذلك البعض، أو المره أو المرتين و نحوهما غير مقيدتين بزمان معين يبطل العقد للجهاه.

و قال الشيخ في النهاية: إن العقد ينقلب دائما (٢)، و هو ضعيف جدا، لأن ذكر الأجل أخرجه عن صلاحية الدوام و قد فات شرط المتعه بالجهاه فوجب الحكم بالبطلان.

و ليس هذا كما لو جرد العقد عن ذكر الأجل أصلا، فإن العقد غير مشتمل على ما يمنع كونه دائما.

و قول المصنف: (و لا تجوز الزيادة) معناه: إنه إذا عقد متعه على أن يطأ مره أو مرتين، و قيّد ذلك بزمان معين كاليوم و الشهر صح العقد و وجب الوفاء به، و لم يجز الوطاء أزيد مما عتین.

و قوله: (و إلا بطل) معناه: و إن لم يقيد بالزمان بل ذكر المره و المرتين مجردا ذلك

ص: ٣٠

١- ١) الكافي ٥: ٤٦٦، حديث ٤، الفقيه ٣: ٢٩٧، حديث ١٤١٠، التهذيب ٧: ٢٦٧، حديث ١١٥٠.

٢- ٢) النهاية: ٤٩١.

الفصل الثانى: فى الأحكام:

لا- ولاية على البالغه الرشیده و إن كانت بكرا على الأقوى. و يلزم ما يشترط فى متن العقد إذا كان سائغا، و لو قدّمه أو أخره لم يعتد به، و لا يجب إعادته بعده لو قرنه به على رأى. عن ذكر الزمان بطل العقد من رأس.

قوله: (الفصل الثانى: فى الأحكام: لا ولاية على البالغه الرشیده و إن كانت بكرا على الأقوى).

قد سبق ذكر الخلاف فى ذلك فى أحكام النكاح الدائم، و أنه قد قيل بمنع النكاحين للبكر بدون اذن وليها و إن كانت بالغه رشیده.

و قيل بمنع المتمعه خاصه، و ان الأصح الجواز مطلقا مع الوصفين، و لا يتوقف على اذن الولى.

قوله: (و يلزم ما يشترط فى متن العقد إذا كان سائغا، و لو قدّمه أو أخره لم يعتد به، و لا يجب إعادته بعده لو قرنه به على رأى).

لا شك أن كل شرط من الشروط السائغه- و هى التى لا تنافى مقتضى العقد، و لم يرد فى الكتاب و السنه ما يدل على المنع منه- يجوز اشتراطه، للأصل، و لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (1)، و انما يعتد به و يلزم الوفاء به إذا وقع بين الإيجاب و القبول، ليكون من جمله العقد، و يجرى عليه كل من الإيجاب و القبول.

فلو تقدّم على العقد أو تأخر عنه لم يقع معتدا به، إذ ليس محسوبا من جمله العقد، و الذى يجب الوفاء به إنما هو العقد.

و يتبّه على ذلك ما رواه بكير بن أعين عن الصادق عليه السلام قال: «إذا



شرطت على المرأة شروط المتعة فرضيت بها و أوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فإن أجازته جاز، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح» (١).

وجه الدلالة: إن قوله عليه السلام: «إذا شرطت على المرأة شروط المتعة» المراد به شرط ذلك قبل العقد، كما يجرى بين الرجل و المرأة من الكلام قبل العقد، و كذا كل من المتعاقدين.

و قوله عليه السلام: «فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح» المراد به إذا حصل الشروع في العقد و جرى الإيجاب.

و قوله عليه السلام: «فإن أجازته جاز» المراد به حصول القبول منها على هذا الوجه.

و قال الشيخ في النهاية: كل شرط يشترطه الرجل على المرأة إنما يكون له تأثير بعد ذكر العقد، فإن ذكر الشروط و ذكر بعدها العقد كانت الشروط التي تقدم ذكرها باطلة، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما شرط (٢).

حجه الشيخ حسنه عبد الله بن بكير عن الصادق عليه السلام، قال: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز» (٣).

و يمكن أن يريد الشيخ بالنكاح الإيجاب مجازاً، فلا يكون مخالفاً لما سبق، و عليه تحمل الرواية.

فرع: لو تراضيا على شيء قبل العقد، ثم عقدا و لم يذكراه إما نسياناً أو اعتقاد أن ذكره سابقاً كاف عن إعادته في العقد، ففي صحته مطلقاً تمسكاً بعموم:

ص: ٣٢

١- ١) الكافي ٥: ٤٥٦ حديث ٣، [١] التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٣٩.

٢- ٢) النهاية: ٤٩٣. [٢]

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٥٦ حديث ١، [٣] التهذيب ٧: ٢٦٢ حديث ١١٣٤.

و لو شرط الإتيان فى وقت دون آخر لزمه، و كذا المره و المرات فى المعين. و يجوز العزل و إن لم تأذن، و يلحق به الولد و إن عزل، و لو نفاه انتفى ظاهرا من غير لعان. [أَوْفُوا بِالْعُقُودِ \(١\)](#)، و بطلانه لوقوعه على خلاف القصد و جهان.

قوله: (و لو شرط الإتيان فى وقت دون آخر لزم).

وجهه: إن ذلك شرط لا ينافى مقتضى العقد، لأنه قد يتعلق الغرض بالاستمتاع فى وقت دون آخر، إما طلبا للاستتار، أو توفيراً لما سوى ذلك الوقت على باقى مطالبه.

قوله: (و كذا المره و المرات فى المعين).

أى: و كذا اشتراط الجماع مره أو مرتين، و نحو ذلك فى الوقت المعين، لمثل ما سبق، و لو لم يعين الوقت بل أطلق المره و المرتين بطل للجهاله.

قوله: (و يجوز العزل و إن لم تأذن، و يلحق به الولد و إن عزل، و لو نفاه انتفى ظاهرا من غير لعان).

هنا مباحث:

أ: يجوز العزل عن المرأه فى هذا النكاح و إن لم تأذن قولاً واحداً، لأن الغرض الأصلى منه الاستمتاع دون النسل، بخلاف الدوام و فى مقطوعه ابن أبى عمير قال:

«الماء ماء الرجل يضعه حيث شاء، إلا أنه إن جاء بولد لم ينكره» و شدد فى إنكار الولد [\(٢\)](#).

ب: إذا أتت بولد لحق به و إن عزل، لأنها فراش، و الولد للفراش و قد تقدّم فى

ص: ٣٣

١-١) المائدة: ١. [١]

٢-٢) الكافى ٥: ٤٦٤، حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ٢٦٩، حديث ١١٥٥، الاستبصار ٣: ١٥٢، حديث ٥٥٨.

و لا يقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المده، و لا إيلاء و لا لعان على رأى، و يقع الظهار على رأى. مقطوعه ابن أبى عمير التصريح بذلك، و قريب منها روايه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: أ رأيت إن حبلت، قال: «هو ولده» (١)، و ترك الاستفصال عن العزل و عدمه دليل العموم، و لا يقدح العزل لأن الماء قد يسبق من غير شعور.

ج: لو نفى ولد المتعه انتفى ظاهرا و لم يتوقف على اللعان، بخلاف الدوام إجماعا منا، و لأن فراش المستمتع بها ضعيف، لأنها كالأمه فى بعض الأخبار، و فى بعضها أنها مستأجره.

و لا- ريب أنه لا- يجوز له نفيه بمجرد العزل إذا كان لاحقا به، لكن لو نفاه انتفى ظاهرا، فلا تجرى عليه أحكام البنوه ظاهرا، و عليه فيما بينه و بين الله تعالى أن يعمل بما يعلم.

قوله: (و لا يقع بها طلاق بل تبين بانقضاء المده، و لا إيلاء و لا لعان على رأى، و يقع الظهار على رأى).

هنا مسائل:

الاولى: لا خلاف بين الأصحاب فى أن المستمتع بها لا يقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المده، أو بهيته إياها. و فى روايه محمد بن إسماعيل عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: قلت: و تبين بغير طلاق؟ قال: «نعم» (٢).

الثانيه: لا- يقع بها إيلاء على أقوى الوجهين، لظاهر قوله تعالى وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ (٣)، و ليس فى المتعه طلاق، و لأن من لوازم الإيلاء المطالبه بالوطء

ص: ٣٤

١- ١) الكافي ٥: ٤٦٤ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٢٦٩ حديث ١١٥٤، الاستبصار ٣: ١٥٢ حديث ٥٥٧.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٥٩ حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ٢٦٦ حديث ١١٤٧، الاستبصار ٣: ١٥١ حديث ٥٥٣.

٣- ٣) البقره: ٢٢٧. [٣]

و ذلك فى المتعه منتف، و بانتفاء اللازم ينتفى الملزوم.

و يحتمل ضعيفا الوقوع، و هو قول المرتضى (١)، لعموم لفظ النساء فى قوله تعالى لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢)، و دفع العموم بقوله تعالى وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ (٣) فإن عود الضمير إلى بعض العام يخصه.

الثالثه: لا يقع بها لعان لنى الولد، و لا للقذف. أما الأول فظاهر، لأن الولد ينتفى بمجرد نفيه قطعا، و لا خلاف فيه، إنما الخلاف فى وقوع اللعان للقذف.

فقال الأكثر كالشيخ (٤)، و ابن الجنيد، و أبى الصلاح (٥)، و المحقق (٦)، و المصنف:

لا يقع، لصحيحه ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «لا يلاعن الحر الأمه، و لا الذميه، و لا التى يتمتع بها» (٧).

و مثله رواه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (٨)، و متى ثبت الحكم فى الحر فالعبد كذلك، لعدم القائل بالفرق.

و قال المفيد فى الغريه، و المرتضى بالوقوع (٩)، لأنها زوجه قطعا، للعلم بأنها ليست ملك يمين، و حل الوطاء منحصر فيهما. و كل زوجه يقع بها اللعان لعموم قوله

ص: ٣٥

١- ١) نقله عنه فخر المحققين فى الإيضاح ١٣١: ٣.

٢- ٢) البقره: ٢٢٦. [١]

٣- ٣) البقره: ٢٢٧. [٢]

٤- ٤) النهايه: ٥٢٣.

٥- ٥) الكافى فى الفقه: ٢٩٨.

٦- ٦) شرائع الإسلام ٣٠٧: ٢.

٧- ٧) الفقيه ٣: ٣٤٧، حديث ١٦٦٧، التهذيب ٨: ١٨٨، حديث ٦٥٣، الاستبصار ٣: ٣٧٣، حديث ١٣٣٢.

٨- ٨) قرب الإسناد: ٣٢. [٣]

٩- ٩) الانتصار: ١١٥.

تعالى وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ، (١)، فإن الجمع المضاف للعموم.

و جوابه: إن ذلك فى الدائم، لأن الكتاب يخص بالسنة، و قد سبق ذكر المخصص، و الأصح عدم الوقوع.

الرابعة: اختلفوا فى وقوع الظهار بها، فقال الصدوق (٢)، و ابن إدريس:

لا يقع (٣)، لأصالة بقاء الحل، و لأن المظاهر يلزم بالفئة أو الطلاق، و لا طلاق فى المتعة، و الإلزام بالفئة وحدها بعيد، و اقامه هبه المده مقام الطلاق مما لا ينتقل الفهم إليه، على أن المستمتع بها لا حق لها فى الوطاء فيكيف تقع منها المرافعة.

و يؤيده مرسله ابن فضال عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون الظهار إلا على مثل موقع الطلاق» (٤)، و المتبادر المماثلة فى جميع الأحكام.

و قال الحسن و المفيد و المرتضى و أكثر الأصحاب: يقع (٥)، لعموم الآية، فإن المستمتع بها زوجه كما قدمناه، و لا مخصص فى الكتاب و لا فى السنة، و الإلزام بأحد الأمرين على ما وردت به السنة لا يقتضى التخصيص، و لم لا يجوز أن يكون ذلك خاصا بالدائم، و كذا المرافعة، و يكون أثر الظهار فى المستمتع بها و جوب اعتزال فراشها كما فى المملوكة، و الرواية ضعيفة بالإرسال، مع انتفاء دلالتها فإن المماثلة لا تقتضى العموم، و الأصح الوقوع.

ص: ٣٦

١-١ (١)النور: ٦. [١]

٢-٢ (٢) الهداية: ٧١.

٣-٣ (٣) السرائر: ٣١٢.

٤-٤ (٤) الكافي ٦: ١٥٤ حديث ٥، [٢] الفقيه ٣: ٣٤٠ حديث ٦٣٩، التهذيب ٨: ١٣ حديث ٤٤، الاستبصار ٣: ٢٦١ حديث ٩٣٥.

٥-٥ (٥) المختلف: ٥٩٩، الانتصار: ١١٥، الكافي فى الفقه: ٢٩٨، الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤٩.

ولا- توارث بين الزوجين به، شرطا سقوط التوارث أولا، ولو شرطاه فالأقوى بطلان الشرط. قوله: (ولا- توارث بين الزوجين به، شرطا سقوط التوارث أولا، ولو شرطاه فالأقوى بطلان الشرط).

للأصحاب أقوال فى ثبوت التوارث فى نكاح المتعه:

أحدها: عدم التوارث من الجانبين، فلا- ترث منه ولا- يرث منها، سواء شرطا فى العقد التوارث أو عدمه أو لم يشترطا شيئا منهما، صرح بذلك أبو الصلاح (١)، و ابن إدريس (٢)، و المصنف، و جماعه (٣)، و هو الأصح، تمسكا بأصالة عدمه، فإن الإرث حكم شرعى فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع.

و لما رواه سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعه و لم يشترط الميراث قال: «ليس بينهما ميراث اشترطا أو لم يشترطا» (٤)، و هى نص فى الباب.

و قريب منها رواه جميل بن صالح، عن عبد الله بن عمر، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه، قال: «حلال من الله و رسوله»، قلت: فما حدها؟ قال:

«من حدودها ألا ترثك و لا ترثها» (٥).

وجه الاستدلال بها انه عليه السلام نفى التوارث من الجانبين و جعله من حدود المتعه و مقتضياتها، فوجب أن لا يثبت بها توارث مطلقا. أما مع عدم الاشتراط أو مع اشتراط عدم فواضح، و أما مع اشتراط الإرث، فلأنه شرط ينافى مقتضى العقد على

ص: ٣٧

١- ١) الكافى فى الفقه: ٢٩٨.

٢- ٢) السرائر: ٣١٢.

٣- ٣) منهم: المحقق فى الشرائع ٢: ٣٠٧، و ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤٩.

٤- ٤) التهذيب ٧: ٢٦٥، حديث ١١٤١، الاستبصار ٣: ١٥٠، حديث ٥٤٨.

٥- ٥) التهذيب ٧: ٢٦٥، حديث ١١٤٣، الاستبصار ٣: ١٥٠، حديث ٥٤٩.

ما دل عليه الحديث، فوجب أن يكون باطلا.

الثانى: القول بالإرث كالدائم حتى لو شرطا سقوطه بطل الشرط، و لا يعتبر هذا القول إلا مع انتفاء موانع الإرث فى النسب كالرق و القتل، فىكون المقتضى للإرث هو مطلق العقد، أى الماهية لا بشرط شىء حتى لو شرط فيه عدم الإرث بطل الشرط كالدائم.

و هذا القول منقول عن ابن البراج (١)، و وجهه إنها زوجه قطعا، فىندرج فى آيه توارث (٢) الزوجين عملا بعمومها.

و يضعف بثبوت المخصص، فإن الأخبار التى لا سبيل إلى ردها واردة بعدم التوارث فى المتعه، و أن المستمتع بها كالأمه، و أنها مستأجره، فكيف يكون العموم متمسكا.

الثالث: القول بالإرث إذا لم يشترط سقوطه، فىكون المقتضى للإرث هو العقد بشرط لا شىء، و لو شرطا ثبوته عند هذا القائل لكان اشتراطا لما يقتضيه العقد.

و هو اختيار المرتضى، و ابن أبى عقيل (٣)، و وجهه عموم الآيه (٤)، فإن اشترطا عدمه سقط، لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٥)، و لقول الباقر عليه السلام فى موثقه محمد بن مسلم فى المتمتعين: «أنهما يتوارثان إذا لم يشترطاه، و إنما الشرط بعد النكاح» (٦).

و أجاب الشيخ عن هذا: بأن المراد به اشتراط الأجل، أى إذا لم يشترط

ص: ٣٨

١-١) المهذب ٢:٢٤٣.

٢-٢) النساء: ١٢.

٣-٣) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٦١.

٤-٤) النساء: ١٢.

٥-٥) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٥.

٦-٦) الكافي ٥:٤٦٥ حديث ١، [١] التهذيب ٧:٢٦٥ حديث ١١٤٤، الاستبصار ٣:١٥٠ حديث ٥٥٠.

الأجل توارثا (١). وهذا وإن كان خلافاً للظاهر، إلا أن الجميع بينه وبين ما تقدم لا يكون إلا بالخروج عن الظاهر. وأما الاستدلال بعموم الآيه فقد بينا ما فيه.

الرابع: القول بأن أصل العقد لا يقتضى التوارث بل اشتراطه، فلو اشترط ثبت تبعاً للشرط، لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»، ولحسنه البزنطى عن الرضا عليه السلام فى المتعه: «إن اشترطت الميراث كان، وإن لم تشترط لم يكن» (٢)، و لصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: «فإن اشترطت الميراث فإنهما على شرطهما» (٣).

و فرغ على هذا لو شرطاه لأحدهما و أغفلا الآخر فيمكن ثبوته من الجانبين تغليبا من أحدهما، و لو شرطاه لأحدهما و نفياه عن الآخر فالإشكال مع احتمال بطلان شرط الإرث.

و يحتمل صحته و ثبوت الإرث لهما، فيبطل اشتراط نفيه عن الآخر، و التفات الوجهين إلى أن الزوجيه متى اقتضت الإرث و انتفت موانع الإرث المحصوره و جب أن يكون من الجانبين، و إلا انتفى من الجانبين.

و لا ريب فى ضعف هذا القول، لأن ما ليس بسبب شرعا لا يمكن جعله سببا بالاشتراط. و الأصح اشتراط الإرث بالبيع و نحوه.

و يمكن تنزيل الروايتين بالحمل على إرادته الوصيه باشتراط الإرث فى عقد المتعه، فيكون كالإرث لا إرثا حقيقيا.

و اعلم أن قول المصنف: (و لا توارث بين الزوجين به شرطا سقوط التوارث أو لا) يتضمن رد كل من القولين الثانى و الثالث. و فى قوله: (و لو شرطاه إلى آخره) رد

ص: ٣٩

١- ١) التهذيب ٧: ٢٦٥ ذيل الحديث ١١٤٤، الاستبصار ٣: ١٥٠ ذيل الحديث ٥٥٠.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٦٥ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٤٠، الاستبصار ٣: ١٤٩ حديث ٥٤٦.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٢٦٤ حديث ١١٤١، الاستبصار ٣: ١٤٩ حديث ٥٤٧.



و مع الدخول و انقضاء المده تعتد بحيضتين،و إن لم تحض و هى من أهله فبخمسه و أربعين يوما،و من الوفاه بأربعه أشهر و عشره أيام و إن لم يدخل، الرابع.

و قول المصنف:(فالأقوى بطلان الشرط)يلوح منه أن العقد لا يبطل،و ينبغى بطلانه أيضا،لأن التراضى إنما حصل على ذلك الوجه المحكوم بطلانه.

قوله: (و مع الدخول و انقضاء المده تعتد بحيضتين،و إن لم تحض و هى من أهله فخمسه و أربعين يوما،و من الوفاه بأربعه أشهر و عشره أيام و إن لم يدخل).

إذا دخل الزوج بها و انقضت مدتها،أو وهبها أيامها فعدتها حيضتان عند الشيخ فى النهايه (١)و جمع من المتأخرين (٢).

فإن كانت فى سن من تحيض و لا تحيض فعدتها خمسه و أربعين يوما،و كذا قال ابن البراج (٣).

و قال أبو الصلاح (٤)و ابن حمزه:عدتها قرآن (٥).

و قال المفيد (٦)و ابن إدريس (٧)و المصنف فى المختلف:عدتها طهران (٨).

ص:٤٠

١- (١)النهايه:٤٩٢. [١]

٢- (٢) انظر:شرائع الإسلام ٣٠٧:٢، [٢]اللمعه الدمشقيه:١٩٣. [٣]

٣- (٣) المهذب ٢٤٤:٢.

٤- (٤) الكافى فى الفقه:٣١٢. [٤]

٥- (٥) الوسيله:٣٨٧.

٦- (٦) المقنعه:٨٣.

٧- (٧) السرائر:٣٣٩.

٨- (٨) المختلف:٥٦٢.

و قال ابن بابويه في المقنع: عدتها حيضه و نصف (١)، و قال ابن أبي عقيل: عدتها حيضه (٢).

احتج الشيخ بروايه محمد بن فضيل عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال:

«طلاق الأمه تطليقتان، و عدتها حيضتان» (٣) و ستأتي صحيحه زواره عن الباقر عليه السلام: «على المتمتع ما على الأمه» (٤).

احتج ابن بابويه بصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام، عن المرأة يتزوجها الرجل متعه الى أن قال: «فإذا انقضت أيامها و هو حي اعتدت بحيضه و نصف مثل ما يجب على الأمه» (٥).

و احتج المفيد و الجماعه بما رواه ليث بن البختری المراد عن الصادق عليه السلام قال: قلت له كم تعدد الأمه من ماء العبد؟ قال: «حيضه» (٦). وجه الاستدلال به أن الاعتبار بالقرء الذي هو الطهر فحيضه واحده يحصل قرآن، القرء الذي طلقها فيه و القرء الذي بعد الحيضه، و المتمتع بها كالأمه.

و ما رواه عبد الله بن عمر عن الصادق عليه السلام قال فكم عدتها؟ يعنى المتمتع قال: «خمسه و أربعون يوماً، أو حيضه مستقيمه» (٧) و التقريب ما تقدم، و لأن القرء الطهر كما سيأتى فى العدد إن شاء الله تعالى.

و عدده المتمتع بها كالأمه، و عدده الأمه قرآن، كما رواه زواره فى الحسن عن

ص: ٤١

١- ١) المقنع: ١١٤.

٢- ٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٦٢.

٣- ٣) التهذيب ٨: ١٣٥، حديث ٤٦٧، الاستبصار ٣: ٣٣٥، حديث ١١٩٣.

٤- ٤) التهذيب ٨: ١٥٧، حديث ٥٤٥، الاستبصار ٣: ٣٥٠، حديث ١٢٥٢.

٥- ٥) الفقيه ٣: ٢٩٦، حديث ١٤٠٧، التهذيب ٨: ١٥٧، حديث ٥٤٤، الاستبصار ٣: ٣٥٠، حديث ١٢٥١.

٦- ٦) الاستبصار ٣: ٣٣٥، حديث ١٩٤.

٧- ٧) التهذيب ٧: ٢٦٥، حديث ١١٤٣، الاستبصار ٣: ١٥٠، حديث ٥٤٩.

الباقر عليه السلام إلى أن قال: «و إن كان حر تحته أمه فطلاقها تطليقتان و عدتها قران» (١).

و فى صحيحه زواره عن الباقر عليه السلام قال: «و كذلك المتمتعه، عليها ما على الأمه» (٢) و لا شك فى قوه هذا القول. و إمكان الجمع بين الأخبار كلها بالحمل عليه، فإن اعتبار الحيضه الثانيه أو نصف الحيضه من العده مجاز، من حيث اعتبارها فى الجملة، لامتناع تحقق العده من دونها.

إلا أن قول الشيخ أحوط و أقرب الى يقين البراءه، هذا إذا كانت تحيض. فإن كانت فى سن من تحيض و لا تحيض فعدتها خمسه و أربعون يوماً، و قد تطابق على ذلك الأخبار و كلام الأصحاب.

و إذا توفى عنها الزوج اعتدت بأربعه أشهر و عشره أيام، سواء دخل بها أم لا، كما فى الدوام. و الحججه عليها قوله تعالى وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا (٣) الآية، و صدق الزوجه عليها قبل الدخول و بعده على حد سواء. و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المرأه يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها هل عليها العده؟ قال: «تعتد أربعه أشهر و عشره» (٤) الحديث و صحيحه زواره عن الباقر عليه السلام قال: سألته ما عده المتعه إذا مات عنها الذى يتمتع بها؟ قال: «أربعه أشهر و عشره أيام»، ثم قال: «يا زواره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأه حره كانت أو أمه، و على اى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو بملك يمين» (٥) الحديث.

ص: ٤٢

١- ١) الكافى ٦: ١٦٧ حديث ١٠، [١] التهذيب ٨: ١٣٤ حديث ٤٦٦، الاستبصار ٣: ٣٣٥ حديث ١١٩٢.

٢- ٢) التهذيب ٧: ١٥٧ حديث ٥٤٥، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥٢.

٣- ٣) البقره: ٢٣٤. [٢]

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢٩٦ حديث ١٤٠٧، التهذيب ٨: ١٥٧ حديث ٥٤٤، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥١.

٥- ٥) الفقيه ٣: ٢٩٦ حديث ١٤٠٨، التهذيب ٨: ١٥٧، الاستبصار ٣: ٣٥٠ حديث ١٢٥٢.

و بأبعد الأجلين مع الحمل. و الأمه في الوفاه بشهرين و خمسه أيام، أو بأبعدهما إن كانت حاملا. و إلى هذا القول ذهب الشيخ في النهايه (١) و ابن البراج (٢)، و أبو الصلاح (٣)، و ابن إدريس (٤).

و قال المفيد (٥)، و سلار (٦)، و ابن أبي عقيل (٧)، و السيد المرتضى: تعتد بشهرين و خمسه أيام (٨)، لروايه مرسله عن الصادق عليه السلام، إنه سئل عن رجل تزوج امرأه متعه ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: «خمسه و ستون يوما» (٩)، و ضعفها ظاهر فلا يعارض ما تقدم.

قوله: (و بأبعد الأجلين مع الحمل).

أى: لو كانت حاملا و قد توفى عنها الزوج، اعتدت بأبعد الأجلين من أربعه أشهر و عشره أيام و وضع الحمل.

أما إذا كانت الأشهر أبعد فظاهر، و أما إذا كان الوضع أبعد، فلا ممتنع الخروج من العده مع بقاء الحمل.

قوله: (و الأمه في الوفاه بشهرين و خمسه أيام، أو بأبعدهما إن كانت حاملا).

أما الحكم الأول

ص: ٤٣

١- ١) النهايه: ٤٩٢.

٢- ٢) المهذب: ٢٤٤.

٣- ٣) الكافي في الفقه: ٣١٣. [١]

٤- ٤) السرائر: ٣٣٩.

٥- ٥) المقنعه: ٨٣.

٦- ٦) المراسم: ١٦٥.

٧- ٧) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٢.

٨- ٨) الانتصار: ١١٤.

٩- ٩) التهذيب ٨: ١٥٨، حديث ٥٤٧، الاستبصار ٣: ٣٥١، حديث ١٢٥٤.

و لو أسلم المشرك عن كتابيه فما زاد بالعقد المنقطع ثبت و إن لم يدخل. و لو أسلمت قبله بطل إن لم يكن دخل، و إن كان دخل انتظرت العده أو المده، فإن خرجت إحداهما قبل إسلامه بطل العقد و عليه المهر، و إن بقيتا فهو أملك. فإن ظاهر كلام الشيخ، في تنزيل الروايه المرسله السابقه على كون الزوجه المسؤل عنها أمه (١) يقتضى القول به، و الاخبار الصحيحه بخلافه، و قد تقدمت، و الأصح الاعتداد بأربعة أشهر و عشره أيام كالحره، و به صرح ابن إدريس (٢).

و أما الحكم الثانى فإنه مبنى على الأول، و تقريره يعلم مما سبق.

قوله: (و لو أسلم المشرك عن كتابيه فما زاد بالعقد المنقطع ثبت و إن لم يدخل).

وجهه: إن نكاح الكفر صحيح، و إن أحكام نكاح الإسلام تجرى عليه كل بحسبه، و استدامه نكاح الكتابيه دواما و متعه جائزه قطعاً.

قوله: (و لو أسلمت قبله بطل إن لم يكن دخل، و إن كان دخل انتظرت العده أو المده، فإن خرجت إحداهما قبل إسلامه بطل العقد و عليه المهر، و إن بقيتا فهو أملك بها).

قد علم غير مره أن المسلمه لا يجوز نكاحها للكافر كتابيا كان أو غيره فإذا أسلمت الزوجه قبل الدخول دون الزوج بطل النكاح المنقطع كما يبطل الدائم، و إن كان إسلامها بعد الدخول انتظرت خروج العده أو المده.

ص: ٤٤

---

١- (١) التهذيب ١٥٨: ٨ ذيل الحديث ٥٤٧، الاستبصار ٣: ٣٥١ ذيل الحديث ١٢٥٤.

٢- (٢) السرائر: ٣٣٩.

و لو كانت وثنيه فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف على انقضاء العده أو المده، فأيتها خرجت ثبت المهر و انفسخ النكاح. و لو أسلم و عنده حره و أمه ثبت عقد الحره، و وقف عقد الأمه على رضاها. فإن خرجت إحدهما قبل إسلامه بطل العقد، فإن انقضت عدتها و هو على كفره تدل على انفساخ العقد و خروج المده يقتضى السينونه، و لا- ريب أنه يجب عليه المهر المسمى فى العقد، لأن المانع من قبله.

و إن بقيت المده و العده معا إلى أن أسلم فهو أملك بها ما دامت المده باقيه.

قوله: (و لو كانت وثنيه فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف على انقضاء العده أو المده، فأيتها خرجت ثبت المهر و انفسخ النكاح).

لما لم يجز نكاح الوثنيه للمسلم دواما و لا- متعه ابتداء و لا- استدامه، و امتنع نكاح الكافر و إن كان كتابيا المسلمه ابتداء و استدامه، و جب فيما إذا كانت الزوجه فى المتعه و ثنيه و أسلم أحدهما الحكم بانفساخ النكاح إن كان قبل الدخول.

و يجب المهر إن كان انفساخه بإسلام الزوج، و الظاهر أنه يسقط إن كان بإسلام الزوجه كالدائم.

و إن كان إسلام أحدهما بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء العده و المده، فأيتها خرجت حكم بانفساخ النكاح، و المهر المسمى ثابت بالدخول.

قوله: (و لو أسلم و عنده حره و أمه ثبت عقد الحره و وقف عقد الأمه على رضاها).

أما ثبوت عقد الحره، فلأن نكاح الكفر صحيح، و لا مقتضى للانفساخ حينئذ.

و أما وقوف عقد الأمه على رضى الحره، فلأن الجمع بينها و بين الحره فى النكاح

**أ: لا ينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض**

أ: لا- ينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض، و لو منع عن الجميع كل المده كالمرض المدنف فكذلك على اشكال، موقوف على رضى الحره.

قوله: (فروع: أ: لا- ينقص المهر بالمنع عن بعض الاستمتاع لعذر كالحيض، و لو منع عن الجميع كل المده كالمرض المدنف فكذلك على اشكال).

لو منعت الزوجه فى المتعه بعض الاستمتاع كالوطء فى القبل مثلاً، لعذر شرعى أو حسى كالحيض و المرض الشديد، لم ينقص المهر و لم يسقط شىء منه بذلك، لأن المهر ثبت بالعقد، و لم يثبت كون المنع هنا مسقطاً مع أنه مأذون فيه شرعاً.

و قد يجب فيبقى وجوبه بكماله عملاً بالاستصحاب، و لقول الصادق عليه السلام فى روايه عمر بن حنظله: «إلا أيام حيضها فإنها لها» (١).

و لو كان العذر الضرورى لمصلحتها، كحفظ مالها أو الاكتساب لضروره المعاش، ففى عدم تنقيص المهر بذلك نظر ينشأ: من أن المهر فى مقابل المده فأبعاضه فى مقابل أبعاضها، فإذا فات شىء منها وجب أن يفوت مقابله من المهر خرج عن ذلك نحو الحيض من الاعذار، فيبقى نحو ما ذكرناه على الأصل. و من أن المنع جائز شرعاً و ربما وجب، فكيف يؤخذ بسقوط شىء من مهرها بعد الحكم بثبوتها بالعقد.

و لو كان العذر نحو تنظيفها و استعدادها للاستمتاع بما لا بد منه، أو لنحو المأكل و المشرب فهو كالحيض، لأنه كالمستثنى عادة. هذا كله إذا كان المنع بنحو

و كذا لو منع هو أو هي بظالم، و الأقرب أن الموت هنا كالدائم. الحيض لبعض الاستمتاع بعض المده.

و لو منع الجميع كل المده ففي سقوط جميع المهر إشكال ينشأ: من ان المهر فى مقابل الاستمتاع، و لم يحصل شىء منه فوجب الحكم بسقوطه كما فى سائر المعاوضات.

و الفرق بين هذا و بين المنع بالعدر من بعض الاستمتاع فى بعض المده: أن حدوث نحو هذه الأعذار غالب فى العاده فهى كالمستثناه، و لأنه إذا منع عن البعض بقى البعض الآخر من الاستمتاع فلم يفت أصل الاستمتاع، بخلاف ما إذا منع من الجميع كل المده. و من أن المهر ثبت بالعقد و الأصل بقاؤه، و لم يثبت شرعا كون هذا مسقطا.

و لا شك أن كونه مسقطا يتوقف على نص الشارع، و لو سقط بذلك المهر امتنع العقد متعه بتعذر الاستمتاع، و هذا الوجه أقرب.

و لو منع العذر جميع الاستمتاع بعض المده، أو بعض الاستمتاع جميع المده فالمهر ثابت كما لو منع بعضها فى بعض المده، و هاتان الصورتان لا يشملهما عبارته الكتاب.

و المدنف بكسر النون: المرض اللازم، و المراد هنا: المرض الشديد الذى يتعذر معه الاستمتاع.

قوله: (و كذا لو منع هو أو هي بظالم).

أى: و كذا لا- ينقص المهر بمنع الظالم الزوج أو الزوجه عن بعض الاستمتاع أو جميعها، فيكون التشبيه فى عدم النقص، و إن كان السياق يقتضى أن يكون التشبيه فى توجه الإشكال فى النقص و عدمه، و الأول أظهر، لامتناع اطراد الوجهين فيما إذا كان الاستمتاع من طرف الزوج.

قوله: (و الأقرب أن الموت هنا كالدائم).

أى: فى استقرار جميع المهر به، و وجه القرب ما تقدم غير مره، و هو أن



## ب: لو عقد على مده متأخره لم يكن لها النكاح فيما بينهما

ب: لو عقد على مده متأخره لم يكن لها النكاح فيما بينهما، ولا له أن ينكح أختها وإن وُقت المده بالأجل و العده.

## ج: لو مات فيما بينهما احتمل بطلان العقد

ج: لو مات فيما بينهما احتمل بطلان العقد، فلا مهر و لا عده و لا ميراث إن أوجبناه مطلقا أو مع الشرط و عدمه فيثبت النقيض. المقتضى لثبوت المهر و هو العقد حاصل و المسقط منتف، إذ ليس إلا الموت، و لم يثبت شرعا كونه مسقطا، فيجب التمسك بثبوت عملا بالمقتضى.

و يحتمل ضعيفا السقوط، لأن استحقاق المهر في مقابل الاستمتاع، فإذا فات انتفى الاستحقاق. و يضعف بأن الاستحقاق بالعقد و قد حصل، و يمنع كون فوات الاستمتاع مطلقا مسقطا، و لم يرد النص إلا على تفويت الزوجه لا لعذر، فيبقى حكم ما عداه على الثبوت.

قوله: (ب: لو عقد على مده متأخره لم يكن لها النكاح فيما بينهما، و لا له أن ينكح أختها و إن وفت المده بالأجل و العده).

و إنما لم يجز ذلك، لأنه يصدق عليها أنها زوجه و ذات بعل قطعاً، لانعقاد النكاح بينهما، و تأخر المده لا يخل بهذا الصديق، إنما يمنع من الاستمتاع حينئذ.

و يحرم عقد الغير على ذات البعل، و كذا يحرم على الزوج نكاح أخت الزوجه متعه و دواماً، و يحتمل جواز ذلك حينئذ و خصوصا إذا وفت المده المتخلله بين العقد و الأجل بالأجل المعقود عليه ثانياً و العده، لأنها بالنسبه إلى تلك المده خليه، إذ لا حق له عليها في ذلك الوقت. و الأصح الأول، لما قلناه من كونها زوجه فتندرج في إطلاقات النصوص.

قوله: (ج: لو مات فيما بينهما احتمل بطلان العقد و لا مهر و لا عده و لا ميراث إن أوجبناه مطلقاً، أو مع الشرط و عدمه فيثبت النقيض).

هذا من أحكام ما إذا عقد على مده متأخره عن العقد، و تحقيقه: إن الزوج إذا مات فيما بينهما—أى فيما بين العقد و المده—و قلنا بصحة هذا النكاح فهل يبطل

إشارة

المقصد الثاني: في نكاح الإمام: وإنما تستباح بأمرين: العقد و الملك. العقد بالموت من أصله؟ يحتمل ذلك، لأن الصحة في العقود هي ترتب اثر العقد عليه، و اثر هذا العقد هو ملك الاستمتاع بالفعل، و ذلك إنما يكون بعد حصول المده عملاً بمقتضى العقد فيمتنع تقدمه.

فإذا مات قبل حضور المده امتنع ترتب الأثر، و تبين خروج العقد عن صلاحية التأثير فأنكشف بطلانه، و حينئذ فينتفى المهر و العده و الميراث إن أوجبه مطلقاً، أو مع الشرط و كانا قد شرطاه، لأن ذلك كله من توابع النكاح و قد انكشف بطلانه، و على هذا فلا يحرم على أب العاقد و لا على ابنه، و بالجملة فلا يثبت لهذا العقد شيء من أحكام النكاح.

و يحتمل أن يكون قد وقع صحيحاً، ثم طرأ عليه البطلان بالموت كغيره من العقود، لأن العقد بالنظر إلى ذاته له صلاحية التأثير، و خروجه عن ذلك إنما طرأ بالموت و هو أمر خارج عنه متجدد، و حينئذ فيجب المهر و العده و الميراث حيث يثبت في المتعه إلى غير ذلك من آثار صحة النكاح.

و لعل الأول أقرب، لأن الصحة هي نفس ترتب الأثر، و ترتبه قبل حضور المده ممتنع لكونها أجلاً مضروباً للنكاح فلا يثبت قبلها.

و قول المصنف: (و عدمه فيثبت النقيض) معطوف على قوله: (بطلان العقد) أي: احتمال بطلان العقد و عدمه و ارد بالنقيض مقابل الأمور المذكوره من المهر و العده و الميراث.

قوله: (المقصد الثاني: في نكاح الإمام، و إنما يستباح بأمرين: العقد، و الملك).

المراد بالنكاح

## الأول: العقد

الأول: العقد: و ليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، و لو ملك منكوخته انفسخ العقد. و لا للحره أن تنكح عبدها لا بالعقد و لا بالملك، و لو ملكت زوجها انفسخ النكاح. في قول المصنف: (في نكاح الإماء) هو الوطاء دون العقد كما لا يخفى، و لا شك أن نكاح الإماء إنما يكون بالعقد أو الملك لانحصار النكاح فيهما، لقوله تعالى إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيماهن (1) والاستثناء في سياق النفي يفيد الحصر.

فإن قيل: التحليل أمر ثالث، فإنه ليس من قبيل الملك و لا العقد.

قلنا: سيأتي إن شاء الله تعالى انه تمليك للمنفعه، و هو داخل في الملك. و قيل:

انه من قبيل العقد، و كيف كان فهو داخل فيهما.

قوله: (فها هنا فصول: الأول: العقد، و ليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، و لو ملك منكوخته انفسخ العقد. و لا للحره أن تنكح عبدها، لا بالعقد و لا بالملك، و لو ملكت زوجها انفسخ النكاح).

لا خلاف في أنه ليس للسيد أن ينكح أمته بالعقد، و لو طرأ الملك على النكاح بأن ملك منكوخته انفسخ النكاح.

يدل على ذلك وراء الإجماع قوله تعالى إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيماهن (2) فإنه سبحانه جعل كلا من الزوجيه و الملك سببا للحل على سبيل البدل و التفصيل قاطع للشركه، فامتنع أن يتألف سبب الحل منهما.

و أما انفساخ النكاح إذا طرأ عليه الملك، فقد احتج له بأن ملك اليمين أقوى

١- ١) المؤمنون: ٦. [١]

٢- ٢) المؤمنون: ٦. [٢]

و إنما يحل العقد على مملوكه الغير بشرط اذنه، و اذن الحره إن كانت تحته و إن كانت رتقاء، أو كتابيه، أو غائبه، أو هرمه، أو صغيره، أو مجنونه، أو من النكاح، لأنه يملك به الرقبه، و المنفعه، و النكاح لا يملك به إلا ضرب من المنفعه، فسقط الأضعف بالأقوى.

و أورد عليه الاشكال بما إذا باع العين المؤجره من المستأجر، فإنه لا تنفسخ الإجاره مع وجود هذا المعنى.

و التحقيق أن النكاح لا يقتضى ملك المنفعه حقيقه، و إنما يملك به الانتفاع. و لهذا لو وطئت الزوجه بالشبهه لم يستحق الزوج المهر، و لو كانت المنفعه مملوكه لاستحق عوضها، فظهر أن الملك أقوى منه و اندفع الاشكال.

و أيضا فإن لوازم الملك و الزوجيه متضاده، فإن خدمه حق على المملوكه، و الاخدام حق للزوجه إن كانت من اهله، و تضاد اللوازم يفضى الى تضاد الملزومات، و لا سبيل إلى إبطال الملك الحاصل بنحو الإرث مثلا فتعين فسخ النكاح.

و كذا ليس للحره أن تنكح عبدها، لا- بالعقد و لا- بالملك قطعا. و لو ملكت زوجها انفسخ النكاح لمثل ما ذكرناه، فإنها تطالبه بالسفر إلى المشرق لأنه عبد، و هو يطالبها بالسفر معه الى المغرب لأنها زوجته، و إذا دعاها إلى فراشه بحق النكاح بعثته فى حوائجها بحق الملك، و إذا تعذر الجمع بطل الأضعف و ثبت الأقوى.

و روى ابن بابويه فى الفقيه عن ابن عباس و عبيد عن أبى عبد الله: فى امرأه كان لها زوج مملوك فورثته فأعتقته هل يكونان على نكاحهما؟ قال: «لا، و لكن يحدثان نكاحا آخر» (١).

قوله: (و إنما يحل العقد على مملوكه الغير بشرط اذنه و اذن الحره إن كانت تحته و إن كانت رتقاء، أو كتابيه، أو غائبه، أو هرمه، أو صغيره، أو

ص: ٥١

متمتعا بها ما لم يطلقها. ولا يشترط إسلام الأمه و إن كان الزوج مسلما فى المتعه عندنا، مجنونه، أو متمتعا بها ما لم يطلقها).

لا- ريب أن العقد على مملوكه الغير تصرف فيها، فيمتنع الحكم بحله شرعا بحيث يعد عقدا شرعيا يترتب عليه أثره إلا- بإذن المولى، ذكرها كان أو أنثى، متعه كان النكاح أو دواما، على خلاف ضعيف فى أمه المرأه فى المتعه، و سيأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى.

يدل على ذلك بعد الإجماع قوله تعالى فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (١)، و صححه محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت الرضا عليه السلام هل يجوز للرجل أن يتمتع من المملوكه بإذن أهلها و له امرأه حره؟ قال: «نعم إذا كان بإذن أهلها إذا رضيت الحره» (٢) و الأهل عام فى الرجال و النساء.

و يشترط أيضا إذن الزوجه الحره إن كان للعاقده زوجة حره، لتواتر الأخبار من طرق العامه (٣) و الخاصه (٤) بالنهى عن نكاح الأمه لمن عنده حره، و فى عده أخبار اشتراط رضاها (٥)، و لا- فرق فى ذلك بين أن تكون الحره رتقاء أو كتابيه، أو غائبه، أو هرمه أو مجنونه، أو صغيره، أو متمتعا بها. و بين أن لا يكون كذلك، لإطلاق النصوص، فيتناول جميع من ذكر ما لم تطلق الحره طلاقا بائنا أو رجعا ثم تبين منه بانقضاء العده فإنه حينئذ يسقط اعتبارها.

قوله: (و لا يشترط إسلام الأمه و إن كان الزوج مسلما فى المتعه عندنا،

ص: ٥٢

١- ١) النساء: ٢٥. [١]

٢- ٢) التهذيب ٧: ٢٥٧ حديث ١١١٢، الاستبصار ٣: ١٤٦ حديث ٥٣٣.

٣- ٣) سنن البيهقي ٧: ١٧٥.

٤- ٤) الكافي ٥: ٢٥٩ باب الحر يتزوج الأمه، التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤٠٨، الاستبصار ٣: ٢٤٢ حديث ٨٦٦.

٥- ٥) الكافي ٥: ٤٦٣ حديث ٣، [٢] التهذيب ٧: ٢٥٧ حديث ١١١٢، الاستبصار ٣: ١٤٦ حديث ٥٣٣.

و مطلقا عند آخرين. و للعبء أن ينكح الكتابيه إن جوزناه للمسلم، و كذا للكتابي أن يتزوج بالأمه الكتابيه. و مطلقا عند آخرين).

قد سبق حكاية الخلاف بين الأصحاب فى نكاح الكافره بالعقد، و أن منهم من جوز المتعه و الدوام، و أن منهم من جوز المتعه دون الدوام، و أن منهم من منعهما، و أن الأصح عند المصنف و جمع من الأصحاب جواز المتعه خاصه، و على هذا جرى قوله:

(و لا يشترط إسلام الأمه) أى: المنكوحه بالعقد، لأنه فى سياقه، (و إن كان الزوج مسلما) أى: سواء كان الزوج مسلما أم لا.

لكن ذلك فى المتعه عند المصنف، و أما الدوام عنده فإنه يشترط فيه إسلام الأمه إذا كان الزوج مسلما، و مطلقا عند آخرين، أى: لا- يشترط إسلام الأمه و إن كان الزوج مسلما مطلقا، أى: فى المتعه و الدوام عند آخرين، و هم القائلون بجواز نكاح الكافره للمسلم مطلقا، و أما القائلون بالمنع مطلقا فإنهم يشترطون إسلامها مطلقا إذا كان الزوج مسلما.

قوله: (و للعبء أن ينكح الكتابيه إن جوزناه للمسلم، و كذا للكتابي أن يتزوج بالأمه الكتابيه).

العبء المسلم كالحر المسلم فى أن له أن ينكح الكتابيه، حره كانت أو أمه، فى المتعه خاصه عندنا، و مطلقا عند آخرين، لأن دلائل الجواز و المنع شامله للحر و العبد.

و كذا الكتابي الحر أن يتزوج بالأمه الكتابيه فى المتعه خاصه عندنا، و مطلقا عند آخرين، و ذلك لازم من التشبيه فى قوله: (و كذا الكتابي)، و لو لاه لم يستقم الإطلاق، فإن المراد: حل ذلك له عندنا بحيث يحكم به عند الترافع إلينا، أما عندهم فإننا لا نؤاخذهم بما يدينون به و إن كان نكاح المحرمات ما لم يتظاهروا به.

و فى اشتراط عدم الطول و خوف العنت خلاف، فإن شرطناهما و قدر على حره رتقاء، أو غائبه غيبه بعيده، أو كتابيه، أو من غلت فى المهر إلى حد الإسراف، جاز نكاح الأمه فرع: إذا تحرر بعض المملوك كان كالحرف فى تحريم نكاح الأمه، و لو كان بعض الأمه رقيقا فهى كالأمه فى تحريم نكاحها بالحره إلا بإذنها، و فى تحريم نكاحها إلا مع الشرطين، و إذا وجدها من يسوغ له نكاح الأمه فهل يتعين نكاحها، أم يجوز التخطى إلى الأمه؟ فيه وجهان.

قوله: (و فى اشتراط عدم الطول و خوف العنت خلاف، فإن شرطناهما و قدر على حره رتقاء، أو غائبه غيبه بعيده، أو كتابيه، أو من غلت فى المهر إلى حد الإسراف جاز نكاح الأمه).

أى: و فى اشتراط عدم الطول و خوف العنت فى نكاح الحر المسلم للأمه بالعقد، و كذا الكتابى الحر خلاف سبق بيانه فى المحرمات، فإن شرطناهما- و هو الأصح- و قدر على حره من المذكورات جاز نكاح الأمه عند المصنف، و تنقيح البحث فى مسائل:

الأولى: أن يقدر على نكاح حره يتعذر وطؤها قبلا لكونها رتقاء أو قرناء و نحو ذلك، و فى جواز نكاح الأمه حينئذ وجهان:

أحدهما: العدم، لأنه قادر على بعض الاستمتاع، فإن الوطء فى الدبر على القول بجوازه، و التفخيذ، و أمثال ذلك ينكسر به الشهوه و يندفع به خوف العنت.

و الآخر: الجواز، لأن المشتهى طبعاً هو الوطء فى القبل، و يؤيده أن الغرض الأصلى من النكاح- و هو النسل الذى به بقاء النوع- لا يحصل به.

و الجواز أقوى، لأن خوف العنت لا يندفع بهذا القدر من الاستمتاع، إذ المشتهى طبعاً غيره، و موضع الوجهين ما إذا لم يمكن علاجها بحيث يندفع المانع، فإن أمكن فلا بحث فى عدم الجواز.

و ربما بنى الوجهان على الوجهين فى أن الرتقاء و القرناء لو كانتا تحته هل يمنع من نكاح الأمه، حيث لا يقدر على غيرهما، و ليس ببعيد، لأن خوف العنت فى الموضعين على حد سواء.

الثانيه: أن يقدر على حره كتابيه، فإن قلنا بالمنع من نكاحها مطلقا جاز نكاح الأمه، و إن جَوَزناه دواما أو متعه فوجهان:

وجه الجواز: إنه سبحانه جعل الشرط فى الآيه ان لا يستطيع نكاح المؤمنات، و قد وجدها هنا، و لأن مباشره الزوجه و مخالطتها مما تعم به البلوى، و تجنبها لكفرها مما تعظم مشقته.

و وجه المنع: إنه لا- يخشى العنت حينئذ، و لو كانت الكتابيه تحته منع من الأمه، و كذا مع القدره عليها، و الآيه خرجت مخرج الغالب، فإن الغالب أن المسلم إنما يرغب فى المؤمنات. و فى الوجه الأول قوه، و الحججه ظاهر الآيه فإنها خاليه عن المعارض.

الثالثه: أن يقدر على حره غائبه عن بلده غيبه بعيده، فإنه إذا خاف العنت فى مده قطع المسافه، أو كان بحيث يلحقه مشقه شديده عاده بالخروج إليها و فى إحضارها عنده جاز له نكاح الأمه دفعا للحرج، و إلا لم يجوز.

الرابعه: أن يقدر على هرمه جدا، أو صغيره أو مفضاه كذلك. و ضابطه أن لا- يتيسر الاستمتاع بها، ففى جواز الأمه حينئذ وجهان، أصحابهما الجواز، إذ لا فناء فى هذه و لا استغناء بها، و يحتمل ضعيفا المنع، لصدق استطاعه نكاح المؤمنه.

أما لو قدر على مجنونه ففى الجواز تردد، و وجه المنع إمكان الاستمتاع، و وجه الجواز حصول الشرط إذ ليست بمؤمنه.

الخامسه: أن يقدر على حره غلت فى المهر إلى حد الإسراف، و ظاهر عباره المصنف تشمل ما إذا كان ذلك مهر مثلها لكنها لا يليق بحاله، بحيث يعد تزويجه بها بذلك المهر إسرافا فى حقه مع قدرته على المهر.



و المسأله مصوره فى غير هذا الكتاب بما إذا كانت لا ترضى إلا بأكثر من مهر مثلها، و هو الظاهر من كلام الشارح الفاضل ولد المصنف حيث شبه هذه المسأله بما إذا وجد الماء بأكثر من ثمن المثل هل ينتقل الى التيمم، و بما إذا وجد الرقبه فى الكفاره المرتبه بأكثر من ثمن المثل هل ينتقل فرضه الى الصوم؟ فى كل منهما قولان (١).

و هذا هو الأنسب، لأن من وجد مهر شريفه و إن كانت أعلى منه بيتا و كثر مهر أمثالها عاده ينبغى ان لا تحل له الأمه، لانتفاء الشرط حينئذ، فإنه يصدق عليه الاستطاعه لنكاح المؤمنه، و لا اثر لكون تزوجه لمثلها فى العاده يعد سرفا.

أما إذا لم توجد الحره إلا بأكثر من مهر أمثالها ففي جواز الأمه وجهان:

وجه الجواز: إن بذل المال على هذا الوجه إتلاف له و هو من السفه، و لما فيه من المشقه بتحمل الغبن.

و وجه المنع: إنه مستطيع فانتفى، و لأن مثل هذه المغالاه فى النكاح مما تقتضيها العاده فإنه يتعلق به أغراض كليه ينتفى معها الغبن.

و توسط متوسط فقال: إن كانت المغالاه بقدر كثير يعد بذله إسرافا جاز نكاح الأمه، و إلا فلا. و لعل المصنف حاول هذا المعنى بعبارته، لكنها غير وافية بالدلاله عليه كما عرفت.

و لا ريب أن لهذه المسأله نظائر غير المسألتين اللتين ذكرهما الشارح، منها: ما لو وجد الراحله فى الحج و ما لا بد منه بأزيد من ثمن المثل، فهل يجب الشراء، أم يسقط الحج؟ و منها: ما لو وجد الساتر فى الصلاه بأزيد من ثمن المثل، فهل يجب الشراء، أم يصلى عاريا؟ و غير ذلك.

ص: ٥٦

و فى ذات العيب اشكال. و قد سبق أن المختار الوجوب ما لم يعد إجحافاً، فيسقط لما فيه من الضرر، و ينبغى أن يكون الحكم هنا كذلك.

و اعلم أن قول المصنف: (أو من غلت) يجوز قراءته بالمهملة و المعجمه، من العلو أو من الزيادة، و هما يتقاربان فى المعنى.

قوله: (و فى ذات العيب إشكال).

أى: لو قدر على حره ذات عيب كالبرصاء و المجذومه، ففى جواز نكاح الأمه فى هذه الحالة إشكال، ينشأ: من انتفاء شرط نكاح الأمه، لأنه مستطيع لنكاح الحره المؤمنه، فيمنع من نكاحها. و من أن مقصود النكاح دفع الشهوه، و إنما يكون ذلك مع الميل القلبى، و هو منتف هنا، لوجود نفره طبعاً، فلا يندفع خوف العنت. و لأنه إن جاز الفسخ بالعيب هنا لو تزوّجها و لم يعلم بالعيب إلا بعد العقد جاز نكاح الأمه، و المقدم حق، لإطلاق النصوص بثبوت الخيار بالعيوب، و هو يتناول صورته النزاع، فأخراجها يحتاج إلى دليل شرعى، و هو منتف.

فإن قيل: عموم قوله تعالى وَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً [\(١\)](#) يقتضى إخراجها.

قلنا: دلائل الفسخ بالعيب أخص من هذا الوجه فتقدم، و أما بيان الملازمه، فلأنه إذا جاز فسخ نكاح ذات العيب امتنع القول بتحتم تزويجها لو لم تكن منكوحه، فإنه لو وجب ابتداء النكاح لوجبت استدامته بطريق اولى، و هذا أقوى.

و اعلم أن عبارته المصنف كالمتدافعه، فإنه جزم بأنه إذا قدر على رتقاء جاز له نكاح الأمه، و تردد فى ذات العيب مع أنها شامله للرتقاء، فإن الرتق من العيوب المجوزه للفسخ كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

ص: ٥٧

و لو كان مفلسا و رضيت بالمؤجل أقل من مهر المثل لم تنكح الأمه. و قد يعتذر له بأنه أراد بذات العيب ما عدا الرتقاء فلا تدافع، لكن قد يسأل عن الفرق بينهما و بين غيرها من ذوات العيوب، فيجاب بأن الرتق مانع من الوطاء قبلا، فمطلوب النكاح و هو الوطاء قبلا معه منتف، بخلاف نحو الجنون و الجذام و البرص، و هو ضعيف، و منقوض بالرتق و العمى و العرج و الإفضاء.

قوله: (و لو كان مفلسا و رضيت بالمؤجل أقل من مهر المثل لم ينكح الأمه).

ينبغي أن يقرأ مفلسا بالتخفيف ليشتمل من كان غير قادر على المهر و لم يحكم بتفليسه.

و فقه المسألة: إنه متى كان غير قادر على طول الحره لفقره أو للحجر عليه بالإفلاس، فوجد حره ترضى بمهر مؤجل إلى أجل يتوقع القدره عليه عند حلوله، و المهر الذى رضيت به لا- يزيد على مهر أمثالها، لم ينكح الأمه عند المصنف و وجب عليه نكاحها، لأنه مستطيع للحره حينئذ. و فى الحكم نظر ينشأ من هذا، و من أنه شغل الذمه بالدين الموجب للمطالبه عند الحلول.

و قد لا يصدق رجأؤه فى حصول الملاءه ضرر بين، و قد ورد فى الدين أنه «هم بالليل و مذله فى النهار».

و قريب من ذلك ما إذا وجد من يبيع منه نسيئه ما يفى بصداقها، أو وجد من يستأجره بأجره معجله تفى به أو يقرضه ذلك، و عدم الوجوب فى هذه المسائل كلها قوى، فيجوز نكاح الأمه.

فرعان:

أ: المال الغائب لا يمنع نكاح الأمه، لأن صاحبه ملحق بالفقير، و لهذا يجوز له أخذ الزكاه.

فلو وجد من يبيعه نسيئه إلى أجل، يغلب على الظن وصول المال الغائب عند

ص: ٥٨

و خوف العنت إنما يحصل بغلبه الشهوه و ضعف التقوى، فلو انتفى أحدهما لم ينكح الأمه. الحلول، ففي الوجوب نظر. و كذا الفرض إذا أُجِّلَ لازماً كذلك.

ب: لا- يجب بيع المسكن و الخادم و ما جرى مجراهما، و صرف ذلك إلى طول الأمه على أقرب الوجهين، لأن ملك ذلك لا ينافى الفقر، و الفقير غير مستطيع.

و اعلم أنه لا حاجة إلى كون ما ترضى به الحره مؤجلاً أقل من مهر المثل، كما في عباره الكتاب، بل مهر المثل أيضاً كذلك. أما لو لم ترض إلا بما زاد، فإنه يبنى على أنه لو وجد حره لا ترضى إلا بما زاد على مهر أمثالها و هو قادر عليه هل يجوز نكاح الأمه أم لا؟ و لا بد أن يكون بحيث يتوقع عند آخر الأجل التمكن من أداء المهر، و إلاً جاز نكاح الأمه وجهاً واحداً، و عباره الكتاب خاليه من ذلك.

قوله: (و خوف العنت إنما يحصل بغلبه الشهوه و ضعف التقوى، فلو انتفى أحدهما لم ينكح الأمه).

قال الله تعالى ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعُنْتَ مِنْكُمْ (١) و العنت لغه: المشقه الشديده، و يقال: إنه الهلاك، و المراد هنا الزنا. و أطلق عليه العنت من حيث انه سبب المشقه و الهلاك بالحد في الدنيا و العقوبه في الآخره، فخوف العنت هو توقع مقارفه الزنا على سبيل الندره، و إنما يتحقق ذلك بغلبه الشهوه و ضعف التقوى، فمن غلبت شهوته و قل تقواه فهو خائف، و من قويت شهوته و له زاجر عن الوقوع في الزنا من دين أو مروءه أو حياء فهو غير خائف.

و كذا من غلبت شهوته و قوى تقواه، لأنه لا يخشى العنت، لكن لو كان ترك الوقاع في حق هذا بحيث يجر ضرراً و مرضاً شديداً لم يبعد القول بجواز نكاح الأمه، و عباره الكتاب مطلقه.

ص: ٥٩

و القادر على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص، و لو أيسر بعد نكاح الأمه لم تحرم الأمه. و لا يجوز للعبد و لا للأمه أن يعقدا نكاحا بدون اذن المالك، فإن فعل أحدهما بدونه وقف على الإجازة على رأى. قوله: (و القادر على ملك اليمين لا يخاف العنت فلا يترخص).

وجهه: إن خوف الوقوع فى الزنا يندفع بوطء المملوكه، فيتحتّم شراؤها لو لم تكن فى ملكه، و لا يجوز له نكاح الأمه.

و يحتمل الجواز، لأنه لا يستطيع طول حره، و هذا هو الشرط فى الآيه، و الأول أقوى، لأن خوف العنت شرط أيضا، و هو منتف هنا.

فرع: لو كانت الأمه التى يملكها غير محلله له، فإن كانت قيمتها تفى بثمن أمه يتسرى بها أو مهر حره، و لم يكن هناك ما يسقط معه و جوب بيعها لكونها مألوفه يشق فراقها لم ينكح الأمه.

قوله: (و لو أيسر بعد نكاح الأمه لم تحرم الأمه).

لأن قضيه الآيه اشتراط الإعسار فى الابتداء، و لا دليل على كونه شرطا فى الدوام، مع أن الدوام أقوى من الابتداء، و ذلك كما أن العنت شرط فى الابتداء خاصه، و كما أن كلا من العده و الرده و الإحرام يمنع ابتداء النكاح دون دوامه، و الإسلام يمنع ابتداء السبى دون دوامه، و كذا لا تحرم الأمه لو نكح حره بعد ما نكحها عندنا.

و لا- يخفى أن المصنف لو اقتصر على قوله: (لم تحرم)، و لم يذكر الأمه مره أخرى، لم يكن محتاجا إلى ذكرها، و لكانت مع الاختصار خاليه من التكرار.

قوله: (و لا يجوز للعبد و لا للأمه أن يعقدا نكاحا من دون اذن المالك، فإن فعل أحدهما بدونه وقف على الإجازة على رأى).

اختلف الأصحاب فى أن الفضولى من النكاح يقع باطلا، أو موقوفا على الإجازة من الزوج أو الزوجه.

و على المولى مع اذنه مهر العبد و نفقه زوجته، و له مهر أمته. فالقائلون بالبطلان ثم قالوا به فى نكاح العبد و الأمه إذا بادر أحدهما إلى العقد بنفسه بدون اذن سيده.

و القائلون بوقوعه موقوفا اختلفوا هنا، فقال بعضهم بوقوع هذا النكاح موقوفا، فإن اجازته السيد صح، و إلا بطل. و اختاره المصنف هنا و فى المختلف (١)، و هو الأصح، لحسنه زراره عن الباقر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده قال: «ذلك الى السيد إن شاء أجاز، و إن شاء فزق بينهما» (٢).

و اضطرب كلام ابن إدريس فقال فى أوله ما حاصله: إن كلام الشيخ مبنى على مذهبه من أن العقد لا يقف على الإجازة، قال: و قد بينا فساد ذلك فيما مضى، ثم حكم ببطلان العقد هنا من أصله محتجا بأنه منهى عنه فيكون فاسدا (٣)، و كليه الكبرى ممنوعه.

و قد يحتج بما ورد عن النبي صلى الله عليه و آله: «أيما مملوك تزوج بغير اذن مولاه فنكاحه باطل» (٤)، و يجاب بمنع السند أولا، و بالجمله على انه بمنزله الباطل، إذ لا يترتب عليه أثره بمجرد ثانيا مجازا طلبا للجمع بينه و بين ما سبق.

قوله: (و على المولى مع اذنه مهر العبد و نفقه زوجته و له مهر أمته).

إذا أذن المولى لعبده فى النكاح صح و كان المهر فى ذمه السيد، و كذا نفقه الزوجه على أشهر الأقوال للأصحاب، لأن العبد لما لم يتصور ملكه امتنع تعلق الوجوب به، و لما وقع النكاح صحيحا لزمه الحكم بثبوت المهر و النفقه، و لا متعلق لهما إلا السيد و قد أذن فى النكاح فيتعين وجوبهما عليه، لأن الاذن فى النكاح لمن هذا حاله

ص: ٦١

١- ١) المختلف: ٥٦٩.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٧٨ حديث ٣، [١] الفقيه ٣: ٣٥٠ حديث ١٦٧٥، التهذيب ٧: ٣٥١ حديث ١٤٣٢.

٣- ٣) السرائر: ٣٠٥.

٤- ٤) سنن البيهقي ٧: ١٢٧ و فيه: «عاهر» بدل «باطل».

و اجازة عقد العبد كالإذن المبتدأ في النفقة، و في المهر اشكال. التزام لمؤنته، و لما كان نسبتها الى جهات أموال السيد على حد سواء وجب الحكم بثبوتها في ذمه السيد، لامتناع الترجيح.

و لو زوج السيد أمته صح النكاح قطعاً و كان المهر للسيد، لأن الأمه و بضعها و منافعها مملوكة له، فيكون المهر الذي هو في مقابل البعض حقا له.

قوله: (و اجازة عقد العبد كالإذن المبتدأ له في النفقة، و في المهر اشكال).

لما حكم بأن عقد المملوك يقع موقوفاً على اجازة السيد و لا يقع باطلاً من أصله، فزع عليه ما إذا كان المملوك العاقد عبداً و أجاز المولى نكاحه فقال: إنه كالإذن المبتدأ في النفقة، و تردد في المهر. و تحقيقه: إن المولى إذا أجاز العقد كانت الإجازة كالإذن المبتدأ، أي: الواقع قبل العقد، فيصح به العقد كما سبق و ثبت به النفقة مع حصول التمكين من الزوجه في ذمه السيد، لأن وجوبها أثر النكاح الثابت بالاذن.

و أما المهر ففي كون الإجازة بالنسبة إليه كالإذن المبتدأ، فيثبت في ذمه العبد على أنه يتبع به إذا أعتق، أو في ذمه السيد إشكال ينشأ: من أن الإجازة لما طرأت على العقد بعد تمامه لم توجب في ذمه المولى شيئاً، و ذلك لأن العقد تضمن المهر قبل صدور الإجازة، فلم يكن له تعلق بدمته. و لأن الإجازة إنما تؤثر في العقد على ما هو عليه، و معلوم أنه لم يقع على أن المهر في ذمه المولى.

و من أن الرضى بالنكاح من المولى التزام لمؤنه، و لا يفترق الحال في ذلك بين وقوعه متقدماً و متأخراً.

فإن العبد لكونه لا يملك يمتنع إزامه بالمهر، فلا يقع العقد إلا على الوجه الممكن، و هو كون المهر على السيد، فيقع موقوفاً على هذا الوجه. فإذا أجازة ثبت المهر في ذمته كما في الاذن قبل العقد سواء، و هذا أصح.

و لو تعدد المالك افتقر إلى اذن الجميع قبل العقد، أو إجازتهم بعده. و يحتمل ثبوت المهر و النفقه في كسب العبد و ربح تجارته، و لا يضمن السيد، بل يجب أن يمكّنه من الاكتساب، و الجواب عما سبق أن العقد و إن لم يتضمن ثبوت المهر في ذمه السيد، إلا أنه يمتنع وقوعه إلا كذلك، لما قلناه.

قوله: (و لو تعدد المالك افتقر إلى اذن الجميع قبل العقد، أو إجازتهم بعده).

لأن كل واحد منهم مالك، فيعتبر في كل واحد منهم ما يعتبر في المالك الواحد، و حينئذ فيوزع عليهم المهر و النفقه بالحصه.

قوله: (و يحتمل ثبوت المهر و النفقه في كسب العبد و ربح تجارته، و لا يضمن السيد بل يجب أن يمكّنه من الاكتساب).

ذكر الشارح الفاضل ما حاصله: إن ما ذكره المصنف في المطلب الخامس في الأحكام من الفصل الثالث: في الأولياء، من أن المولى إذا أذن لعبد في النكاح و أطلق ثبت قدر مهر المثل على المولى لو نكح بأزيد منه، لم يكن ترجيحاً مانعاً من النقيض، أو أنه رجع عنه إلى كون المهر و النفقه في كسب العبد (1).

و ما ذكره غير واضح إذ ليس في كلامه ما يدل على اختيار كون المهر و النفقه في كسب العبد بحال، فإنه لم يذكر ذلك إلا احتمالاً. و قد ذكر قبله بيسير إن على المولى مع اذنه مهر العبد و نفقه زوجته، فكيف يكون هذا رجوعاً عما سبق. و لا ريب أن الاحتمال لا ينافي صورته الجزم، لأنه مع ترجيح أحد الطرفين يجوز ذكره بصورة الجزم لتعيين العمل به لا محاله.

ص: ٦٣



إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يحتمل ثبوت المهر و النفقه فيما إذا اذن السيد لعبده فى النكاح قبل العقد، أو اجازته بعد وقوعه فى كسب العبد إن كان كاسباً، كما فى الاحتطاب و الاحتشاش، و ما يحصّله بصنعه أو حرفه و لو بالاكتساب النادر فى ربح تجارته إن كان تاجراً.

و هو اختيار الشيخ فى المبسوط (١)، و وجهه: إن المهر و النفقه من لوازم النكاح، و كسب العبد أقرب شىء إليهما، فإن غايه كسب كل انسان هو الصرف فى مؤنه و ضروراته، و العاده جاريه بذلك فينزل الحال فى لوازم النكاح عليها.

و يضعف بأن الدين لا بد له من ذمه يتعلق بها، و ذمه العبد ليست أهلاً لذلك، فلا بد من تعلقه بدمه المولى. و على القول بذلك فلا يخفى أنهما لا يتعلقان بكل كسب للعبد بل بما كان بعد النكاح، فإن السابق خاص بالمولى كسائر أمواله.

و لا بد فى المهر من حلوله، فلو كان مؤجلاً تعلق بالكسب الواقع بعد الحلول دون ما قبله، لما قلناه.

و لا بد فى النفقه من التمكين، فلا تعلق لها بالكسب المتقدم عليه. و من هذا يعلم أنه لو كان تاجراً لم يتعلق برأس المال، بل بالربح الحاصل بعد الاستحقاق حالاً.

و طريق الصرف إلى المهر و النفقه أن ينظر فى الحاصل كل يوم، فيؤدى منه النفقه إن و فى بها، فإن فضل شىء صرف إلى المهر، و هكذا حتى يتم المهر ثم يصرف الفاضل من النفقه إلى السيد، و لا يدخر لما يتجدد من النفقه.

و لو فلس السيد اختصت الزوجه بقدر النفقه و المهر من كسب العبد، و على القول بكونهما فى ذمه السيد هى أحد غرمائه فتضرب بالحصه.

و قول المصنف: (و لا يضمن السيد بل يجب أن يمكنه من الاكتساب) تنقيح

ص: ٦٤

فإن استخدمه يوما فأجره المثل كالأجنبي. و يحتمل أقل الأمرين من كسبه و نفقه يومه. للقول بثبوتهما في كسب العبد، فإن تعلق الحق بمال معين لا ينافي الثبوت في الذمه، كما لو ضمن ما على الغير و شرط الأداء من مال بعينه، و كما في الرهن و تركه الميت.

و لما لم يكن للمهر و النفقه على هذا القول تعلق بذمه السيد، بل متعلقهما الكسب، كما أن متعلق أرش الجنايه هو رقبه العبد دون ذمه السيد، نصّ المصنف على ذلك، و بين أنه يجب على السيد تمكينه من الكسب بمعنى تخليته ليكتسب، و لا يشترط إذنه، لأن الاذن في النكاح يستدعى ذلك.

و مقتضى هذا أنه لا يشترط الاذن في التجاره بخصوصها، بل إن اتجر حينئذ صح و تعلقا بالربح.

و قد يتوهم من قول الشارح الفاضل: لو كان مأذونا له في التجاره تعلق أيضا المهر و نفقه زوجته بربحه، اعتبار الاذن في الصحه، فإن ذلك مراد له (١)، فليس بظاهر.

و ليس من لوازمها التصرف في مال المولى، إلا أن يقال: التجاره لا بد فيها من الشراء، و لا بد من ثبوت الثمن في ذمه المولى، و هذا مما يجب التوقف فيه على اذنه.

فرع: يجب عليه تخليته للاستمتاع بمجرى العاده.

قوله: (فإن استخدمه يوما فأجره المثل كالأجنبي، و يحتمل أقل الأمرين من كسبه و نفقه يومه).

هذا فرع على القول بثبوت المهر و النفقه في كسب العبد و وجوب تخليته للاكتساب، و تحقيقه: إنه على هذا القول لو استخدمه السيد يوما و لم يلتزم بلوازم النكاح و جب عليه الغرم لما استخدم، لأنه لما أذن في النكاح فكأنه أحال على كسبه، فإن فوّته طولب بعوض ما استوفاه و هو اجره المثل كما في الأجنبي.

ص: ٦٥

و يحتمل ثبوت النفقه في رقبته، بأن يباع كل يوم منه جزء للنفقه. و يحتمل أن يجب أقل الأمرين من أجره المثل و المهر و نفقه يومه، أما إذا كان المهر و النفقه أقل فظاهر، إذ لا يجب شيء غير ذلك.

و أما إذا كانت الأجره أقل، فلأن الذي استوفاه السيد هو قدر الأجره، فلا يغرم أكثر منه.

و يجيء احتمال ثالث، و هو أن يغرم نفقه مده الاستخدام كائنه ما كانت، لأنه ربما كان يكتسب ما يفى بذلك.

و الأقرب تفريعا هو وجوب أقل الأمرين. و اعلم أن المصنف لم يذكر في هذا الاحتمال سوى نفقه يومه.

و لا ريب أن المهر دين حاضر، لأنه الفرض، فإذا وفت به الأجره تعين صرفها إليه مع النفقه، و كأنه إنما سكت عنه اكتفاء بما تقدم و اعتمادا على ظهور الحال، و كذا فعل في احتمال كونها في رقبته.

قوله: (و يحتمل ثبوت النفقه في رقبته، بأن يباع كل يوم منه جزء للنفقه).

هذا احتمال ثالث لتعلق النفقه، و تحقيقه: إن نفقه كل يوم تثبت في رقبته، فيباع منه جزء ما يفى بالنفقه، تنزيلا- لها منزله أرش الجنایات.

و وجهه: إن النفقه واجبه لا محاله و ليست على السيد، لأصالة البراءه، و لا على العبد، لأنه ليس أهلا لذلك. و تعليقها بكسبه تعليق للواجب بما ليس بمعلوم الحصول، فتعين تعلقها بالرقبه بمقتضى السبر و التقسيم.

فعلى هذا إن وجد راغب يشتري كل يوم منه جزء بقدر النفقه الواجبه لذلك اليوم و جب بيعه.

و اعلم أن قوله: (و يحتمل ثبوت النفقه في رقبته) ليس عديلا لقوله: (و يحتمل أقل الأمرين) بل هو عديل لقوله: (و يحتمل ثبوت المهر و النفقه في كسب العبد) كما

و لو قصر الكسب، أو لم يكن ذا كسب احتمال ثبوت النفقه فى رقبته و فى ذمه المولى، و أن يتخير بين الصبر و الفسخ إن جؤزناه مع العسر. و لو اشترته زوجته أو اتهبته قبل الدخول سقط نصف المهر الذى هو ظاهر عند التأمل.

قوله: (و لو قصر الكسب أو لم يكن ذا كسب احتمال ثبوت النفقه فى رقبته، و فى ذمه المولى، و أن يتخير بين الفسخ و الصبر إن جؤزناه مع العسر).

ما سبق هو حكم ما إذا كان العبد كاسباً و كسبه واف بنفقه زوجته، و هذا بيان حكم ما إذا كان كسبه قاصراً عنها أو لم يكن له كسب أصلاً، و قد ذكر المصنف فيه احتمالات ثلاثه:

أحدها: ثبوت النفقه أو ما قصر الكسب عنه منها فى رقبته، تنزيلاً للوطء فى النكاح منزله الجنايه.

الثانى: ثبوتها فى ذمه المولى، لأنه لما اذن فى النكاح لزمته لوازمه، لامتناع إغراء النكاح عن النفقه، و إنما قَدَّمنا الكسب، لأنه أقرب شىء إليها، فإذا انتفى تعيَّنت ذمه المولى.

الثالث: تخيير الزوجه بين الصبر بغير نفقه حاضره، و بين الفسخ إن جؤزنا الفسخ للمراه إذا أعسر زوجها الحر عن النفقه، و سيأتى تحقيقه إن شاء تعالى. و لم يذكر المصنف حال المهر مع القصور، و كذا لم يذكره فى احتمال ثبوت النفقه فى رقبته، فيمكن أن لا يرى مجيء ذلك فيه، و أن يكون على ذلك التقدير دينا على العبد يتبع به.

لكن فى إثبات الفرق بين المهر و النفقه عسر، و هذا كله بناء على أن المهر و النفقه لا يثبتان فى ذمه المولى بإذنه فى النكاح، أما على القول بالثبوت فإن ذلك ساقط.

قوله: (و لو اشترته زوجته، أو اتهبته قبل الدخول سقط نصف المهر

ضمنه السيد أو جميعه، فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن أسقطنا الجميع حذرا من الدور، إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضى عراء البيع عن الذى ضمنه السيد أو جميعه).

قد سبق أنه إذا ملك أحد الزوجين الآخر أو شيئا منه انفسخ النكاح، فإذا ملكت الزوجه الحره زوجها المملوك شراء أو اتهاها أو غيرهما، فإما أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده.

فإن كان قبله و قد ضمن السيد المهر، إما بناء على أن الاذن فى النكاح يقتضى ثبوته فى ذمته، أو لكونه قد ضمنه للمرأة بعد النكاح حتى صار فى ذمته، فإن ما فى الذمه مضمون لا محاله، ففى سقوط نصف المهر أو جميعه وجهان:

وجه الأول: إن الانفساخ حصل بالعقد الجارى من المولى، و الزوجه و المولى قائم مقام الزوج من حيث انه سيده، و الفراق إذا حصل بصنع الزوجين غلب جانب الزوج و تشطر المهر، كما لو خالعه قبل المسيس.

و وجه الثانى: إن الفرقه حصلت بالزوجه، و السيد لا اختيار للزوج فيها، فكان كما لو أسلمت مع كفره، أو ارتدت مع إسلامه قبل الدخول. و فى هذا الوجه قوه، فعلى هذا ترد المهر إن قبضته و عليها الثمن، و على الأول ترد النصف و عليها الثمن، و قد يقع التقاص إذا اتحد الجنس.

و لو انعكس الفرض فملك الحر زوجته الأمه قبل الدخول، ففى وجوب نصف المهر أو جميعه الوجهان أيضا، لكن المتجه هنا وجوب الجميع، و قد سبق نظائره فى الرضاع و تجدد الإسلام.

و تمليك السيد إياه لا يقدح فى استحقاقه المهر، إذ ليس أبلغ من بذل الزوج فى الخلع، و إنما تشطر فى الخلع للدليل، فلا يلحق به غيره.

قوله: (فإن اشترته بالمهر المضمون بطل الشراء إن أسقطنا الجميع حذرا من الدور، إذ سقوط العوض بحكم الفسخ يقتضى عراء المبيع عن

قد بيّن أن المهر يمكن ثبوته في ذمه السيد، أما بأن يكون صدور العقد بإذنه يقتضى شغل ذمته، أو بأن يضمه للزوجه، بناء على أنه لا يثبت في ذمته بعد صدور العقد، لأنه دين لازم فيصح ضمانه.

ولا ريب أن ما يقرن بالباقي عقد البيع من العوضين هو الثمن، فإذا باع السيد العبد للزوجه بالدين الذي في ذمته فقد باعه بنفس المهر. ومثله ما لو دفع إلى عبده عينا من أمواله لينكحها بها، ثم باعها إياه بتلك العين، بخلاف ما لو باعها بعوض و أطلق بحيث لم يقيده بكونه الذي في ذمته لها، فإنه ليس يباع بنفس المهر.

إذا تقرر ذلك، فإن الزوجه إذا اشترت زوجها العبد بنفس المهر الذي في ذمه السيد، أو الذي تعين في عقد النكاح على ما بيناه، و كان ذلك قبل الدخول بنى على صحه البيع، و عدمه على المسأله السابقه، و هى أن الزوجه إذا اشترته قبل الدخول سقط نصف المهر أو جميعه.

فإن قلنا بسقوط الجميع بطل البيع، لأنه يلزم منه الدور، و هو باطل. بيان اللزوم: إنه إذا صح البيع دخل في ملكها و انفسخ النكاح فيسقط المهر، لأنه المقدّر، فيبقى المبيع بغير عوض يقابله فينفسخ، لامتناع صحه البيع بدون ثمن.

فصحه البيع تستلزم بطلانه، و ذلك دور عند الفقهاء، و بطلانه ظاهر. لأن كلما كان بحيث يفضى صحته الى بطلانه يجب الحكم بطلانه.

لا- يقال: صحه البيع و ارتفاع النكاح لا- يكونان معا، بل يكون الفسخ بعد البيع و حصول الملك، و حينئذ فلا يزول ملكها عن الصداق إلا بعد ملكها للرقبه، فلا يبطل الثمن لانفساخ العقد، بل يكون أثره الرجوع إلى البيع بدل الصداق.

و كما لو اشترت بعين الصداق قبل المسيس ثم ارتدت، فإنه يلزمها غرم بدل الصداق، و لا يبطل البيع.

و لو اشترته به بعد الدخول صح. و لو جؤزنا اذن المولى بشرط ثبوت المهر فى ذمه العبد فاشترته به بطل العقد، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض. لأننا نقول: ليس بين صحه البيع و ارتفاع النكاح و زوال الملك عن الصداق تخلل زمان، و إن كان هناك تقدّم اعتبارى، بخلاف الصورة المذكوره فى السؤال. هذا إذا أسقطنا جميع الصداق بشرائها إياه، و لو أسقطنا النصف خاصه، فإن البيع إنما يبطل فى النصف فقط، لسقوط نصف الثمن.

و(عراء) فى قول المصنف يقتضى عراء المبيع كأنه مصدر عرى عن كذا يعرى عنه، و المنقول فى مصدره عرى اما عراء ممدودا أو مقصورا فلم أقف عليه.

قوله: (و لو اشترته بعد الدخول صح).

أى: لو اشترت الزوجه العبد بنفس المهر المضمون بعد الدخول صح الشراء، و ذلك لأن المهر استقر بالدخول، فلا يلزم من انفساخ النكاح سقوطه ليلزم عراء المبيع عن العوض.

و لا فرق فى ذلك بين أن نقول بثبوت المهر فى ذمه السيد بالعقد إذا وقع باذنه، و بين أن نقول بثبوتته فى ذمه العبد ثم يضمه السيد، لأن الضمان لما كان ناقلا عندنا لم يرد أن ذمه العبد تبرأ من الصداق بدخوله فى الملك، حيث ان المولى لا يستحق براءة ذمه الضامن.

قوله: (و لو جؤزنا اذن المولى بشرط ثبوت المهر فى ذمه العبد فاشترته بطل العقد، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته، فيخلو البيع عن العوض).

يلوح من قوله: (و لو جؤزنا.) أنه لا يجوز ذلك، إلا أن قوله سابقا: (و فى المهر إشكال) يقتضى تجويز ذلك.

و يمكن أن يعتذر له بأن المراد بالتجويز: الحكم بالجواز، و ليس بلازم من الإشكال فى المهر.

و الولد رق إن كان أبواه كذلك، فإن كانا لمالك فالولد له، و لو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، إلا أن يشترطه أحدهما أو يشترط الأ-كثر فيلزم، إذا عرفت ذلك فمقصود المسألة إننا إذا جؤزنا للمولى أن يأذن لعبده فى النكاح بشرط أن يصرح للمرأة بكون المهر فى ذمته، فنكح كذلك، ثم اشترته الزوجه بالمهر بعد الدخول بطل العقد، أى: البيع، لأن تملكها إياه يستلزم براه ذمته، لا امتناع أن يستحق المولى فى ذمه مملوكه مالا، لأنه و ذمته ملك له فكيف يعقل أن يستحق على ماله مالا؟! و حينئذ فيخلو البيع عن العوض فيبطل للزوم الدور.

و وجه جواز الاذن كذلك أن العبد يمكن ثبوت الدين فى ذمته بدليل أنه يتبع بعوض المتلفات.

و وجه العدم أن ذمته مملوكه للسيد، فلا يمكن شغلها بشيء من الديون، و لزوم عوض المتلفات للضرورة حذرا من ضياع الأموال لا يقتضى أن يكون ذمته كذمه غيره يمكن شغلها بالديون اختيارا.

قوله: (و الولد رق إن كان أبواه كذلك، فإن كانا لمالك فالولد له، و لو كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، إلا أن يشترطه أحدهما، أو يشترط الأكثر فيلزم).

لا- خلاف فى أن الولد إذا كان أبواه رقين يكون رقيقا، فإن كانا لمالك واحد فالولد له لا محاله، و إن كان كل منهما لمالك فالولد بينهما نصفان، لأنه نماء ملكهما لا مزيه لأحدهما على الآخر.

و ليس كذلك الولد فى باقى الحيوانات، بل هو لمالك الام. و الفرق بينها و بين الأدمى فى ذلك وراء النص و الإجماع ثبوت النسب المقتضى للتبعيه، و سيأتى فيما بعد فى الأخبار مما يتبته على ذلك إن شاء الله تعالى.



و يتبع فى الحريره أحد أبويه، إلا أن يشترط المولى رقيته فيلزم، و لا تسقط بالإسقاط بعده. و لو شرط أحد المولين فى عقد لازم كون الولد له، أو استحقاقه أزيد من النصف فيه صح الشرط و لازم، لأنه شرط لا ينافى النكاح، و عموم قوله عليه السلام:

«المؤمنون عند شروطهم» (١) يتناوله.

قوله: (و يتبع فى الحريره أحد أبويه، إلا أن يشترط المولى رقيته فيلزم، و لا يسقط بالإسقاط بعده).

هنا مسألتان:

الأولى: إذا كان أحد أبوى الولد حرا و الآخر رقيا كان الولد حرا تبعا للحر من الأبوين، سواء كان الحر الأب أو الأم عند أكثر الأصحاب (٢)، لأن الأصل فى الإنسان الحريره، خرج منه ما أخرجه الدليل و كان موضع وفاق، فيبقى ما سواه على الأصل.

و لروايه جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام قال: «إذا تزوّج العبد الحره فولده أحرار، و إذا تزوّج الحر الأمه فولده أحرار» (٣).

و لحسنه ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام قال:

سألته عن الرجل يتزوّج بأمه قوم، الولد مماليك أو أحرار؟ قال: «إذا كان أحد أبويه حرا فالولد أحرار» (٤).

و لروايه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: فى مملوك تزوّج حره قال:

ص: ٧٢

١- ١) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٥.

٢- ٢) انظر: التنقيح الرائع ٣:١٣٨، [١] المهذب ٢:٢١٥، اللمعه الدمشقيه: ١٩٤.

٣- ٣) الكافي ٥:٤٩٢ حديث ٣، [٢] التهذيب ٧:٣٣٦ حديث ١٣٧٥، الاستبصار ٣:٢٠٣ حديث ٧٣٢.

٤- ٤) الكافي ٥:٤٩٣ حديث ٧، [٣] الفقيه ٣:٢٩١ حديث ١٣٨١، التهذيب ٧:٣٣٦ حديث ١٣٧٦، الاستبصار ٣:٢٠٣ حديث ٧٣٣.

«الولد للحر»، و في حر تزوج مملوكه فقال: «الولد للأب» (١).

و قال ابن الجنيد: إن ولد المملوكه زوجته الحر، و المملوك زوج الحره للسيد إلا مع اشتراط حریتهم، لأنهم نماء مملوك في تبعه، و لأن حق الآدمي يغلب إذا اجتمع مع حق الله تعالى (٢).

و لروايه أبي بصير قال: «لو أن رجلاً دبّر جاريه، ثم زوّجها من رجل فوطأها، كانت جاريته و ولدها مدبرين كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتروّج إليهم مملوكتهم كان ما ولد له مماليك» (٣).

و الجواب: إنه نماء الحر أيضاً، و حق الحرية مقدّم فإنه أقوى، و لهذا كان العتق مبنيًا على التغليب و السرايه، و الروايه مقطوعه فلا تعارض ما تقدّم، و حملها الأصحاب على ما إذا شرط المولى الرقيه، و فيه نظر.

الثانيه: إذا اشترط المولى رقيه الولد حيث يكون أحد الأبوين حراً، فقد صرح المصنف بصحة الشرط و لزومه. و هو اختيار الشيخين (٤) و جماعه (٥)، و تردد فيه المحقق ابن سعيد (٦).

وجه الصحة: عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٧)، و عموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٨)، و روايه أبي بصير السالفه، فإنها منزله على ذلك،

ص: ٧٣

١ - ١) التهذيب ٧: ٣٣٦ حديث ١٣٧٧، الاستبصار ٣: ٢٠٣ حديث ٧٣٤.

٢ - ٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٦٨.

٣ - ٣) التهذيب ٧: ٣٣٦ حديث ١٣٧٨، الاستبصار ٣: ٢٠٣ حديث ٧٣٥.

٤ - ٤) المقنع: ٧٧، النهاية: ٤٧٧.

٥ - ٥) انظر: الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤٩، المهذب ٢: ٢١٥، اللمعه: ١٩٤.

٦ - ٦) المختصر النافع: ١٨٣.

٧ - ٧) المائده: ١. [١]

٨ - ٨) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ١٣٨.

و موردها و إن كان ما إذا كانت الام رقاً إلا أنه لا قائل بالفصل.

و وجه العدم: عموم الأخبار السالفه، فإن ترك الاستفصال فى حكاية الحال مع الاحتمال للعموم، و لقول الصادق عليه السلام فى روايه سماعه الآتية و قد سئل عن مملوكه تزوّجها حر بدعواها الحريه فى الجواب: «و لا- يملك ولد حر» (١)، و قد ضبطها المحققون بالتنوين دون الإضافه.

وجه الاستدلال بها: إن النكره فى سياق النفى للعموم، و المعنى: و لا يملك الولد المحكوم بحريته بحال.

فإن قيل: هذا محكوم برقيته.

قلنا: بل هو حر بدون الشرط، فلا يكون الشرط سبباً لرقيته بنص الحديث، و لأن الحريه يجعل الله تعالى فلا مدخل للشرط فى تغييرها، كما لو شرط رقيه ولد الحرين، و لأن الولد ليس ملكاً للحر من الأبوين ليصح اشتراطه للمولى.

و كما لا يصح أن يشترط رقيه من ولد حراً فكذا من سيولد حراً، لا انتفاء السلطنه فى الموضوعين. و يؤيد نفى السلطنه أن الوالد لو أقر برقيه ولده لم ينفذ هذا الإقرار على الولد، و لأن الولد نماء الأبوين، فنمى حر الأصل يجب أن يكون حراً بالأصل، و حر الأصل يمتنع أن يجرى عليه الرق بغير الشىء.

فإن قلنا بالأول لزم الشرط و لم يسقط بالإسقاط بعد العقد، لأنه من مقتضياته الثابته، و إنما يسقط بإسقاط ما فى الذمه، و الحق الضعيف الذى لا يقتضى الملك كالتحجير.

و إن قلنا بالثانى فالشرط باطل لا محاله، و هل يبطل به العقد؟ يحتمل ذلك.

ص: ٧٤

و لو تزوّج الحر الأّمه من غير اذن مالکها، و وطأ قبل الرضى عالما بالتحريم فهو زان و عليه الحد، و فى المهر مع علمها إشكال ينشأ: من أنها زانية، و من ملكيه البضع للمولى. و لا يخفى أن دلائل الثانى أقوى، و الأول هو المشهور بين الأصحاب.

قوله: (و لو تزوّج الحر من غير اذن مالکها و وطأ قبل الرضى عالما بالتحريم فهو زان و عليه الحد، و فى المهر مع علمها إشكال ينشأ: من أنها زانية، و من ملكيه البضع للمولى).

أى: لو تزوج الحر الأّمه -بدليل السياق- بدون اذن مالکها، و هو عالم بكونها أمه، بدليل قوله: (عالما بالتحريم) ثم وطأ قبل صدور الرضى من المولى عالما بتحريم ذلك فهو زان قطعاً، لصدق حد الزانى عليه، و يجب عليه الحد بحسب حاله.

و فى وجوب المهر إذا كانت هى أيضاً عالمة بالتحريم إشكال ينشأ: من أنها زانية، و لا مهر للزانية لقوله صلى الله عليه و آله: «لا مهر لبغى» (١)، و النفى للثبوت و الاستحقاق، و هو للعموم لوقوع النكره فى سياق النفى. و من أن البضع حق للمولى و ملكه، فلا يؤثر علمها و رضاها فى سقوط حقه.

و لقائل أن يقول: إن البضع و ان كان حق المولى إلاّ - أنه ليس على نهج الأموال، ليكون مطلق الانتفاع به موجبا للعرض، و إنما يستحق العرض به على وجه مخصوص، فإنه لو تراضى الواطئ و المولى على عوض الوطاء من دون عقد شرعى لم يستحق شيئاً.

و لو قبّل أحد مملوكه الغير أو لمسها أو استمتع بها بما دون الوطاء لم يكن له عوض مال، بخلاف ما لو استخدمها أى أنواع الخدمه كان، و السرف فى ذلك أن فى الوطاء شائبه التعبد، فلا يباح إلاّ على الوجه المعين، و لا يكفى فيه مطلق التراضى،

ص: ٧٥

و لو كانت بكرا لزمه أرش البكاره. و لا يستحق به العوض إلا على النهج الذى عينه الشارع، و بدونه فليس إلا العقوبه.

فى الدنيا و العوض فى الأخرى.

و ما سواه فالأصل براءه الذمه منه، فيتمسك به من غير احتياج الى دليل آخر، لانتفاء المعارض، و حينئذ فلا يقدر ما قيل من أن الحديث لا يعم المملوكه، لأن اللام فى قوله عليه السلام: «لبغى» يقتضى الملك، و المملوكه يمتنع فى حقها الملك، على أن لقائل أن يقول: إنَّ اللازم فيه لام الاختصاص الناشئ عن المقابله، فإن ذلك هو المراد من نظائره، مثل قولك: لا اجره لهذا العبد، و لهذه الدار، و لهذه الدابه، و أمثال ذلك مما لا يتناهى.

ثم ان الظاهر أن الحديث إنما ورد فى البغايا من الإماء، لأن العاده كانت بينهم حمل الإماء على الزنا يبتغون بذلك العوض، و على هذا فالأصح عدم الوجوب.

و لو علمت التحريم هى و جهل هو فلا مهر، لما قلناه. و لو جهلت خاصه ثبت المهر، للشبهه. و كذا لو أكرهها، لقيام الشبهه و لهذا يلحق بها الولد، و الولد رق لمولاها فى هذه الصوره، لأن للعاهر الحجر، و هذا كله إذا لم يجز المولى العقد.

أما إذا اجازته و قلنا: إن الإجازة كاشفه عن صحة العقد من حين وقوعه، فإن المهر المسمى يلزم و يتحقق استقراره و يلحق به الولد، لأنه قد تبين كونها زوجها حين الوطء. و على هذا فلا حد، لانتفاء كونه زانيا إذ هى زوجته، غايه ما فى الباب انه أقدم على محرم فاستحق التعزير، و لعل الأصحاب إنما تركوا التعرض إلى هذا اعتمادا على ظهوره بتقدير مقدماته.

قوله: (و لو كانت بكرا لزمه أرش البكاره).

المراد: إن الأعمه فى الصوره السابقه لو كانت بكرا فاقتضها لزمه أرش بكارتها، و ظاهر السياق أن لزومه لا ريب فيه، و هو الذى ينساق إليه النظر، لأن الاقتضاض أمر زائد على أصل الوطء، و لهذا نوجه مع المهر إذا كانت جاهله، و ليس جزءا من

و لو كان عبدا، فإن قلنا إنه أُرش جنايه تعلق برقبته يباع فيه، وإن قلنا إنه مهر تبع به بعد العتق، المهر و إنما هو عوض جنايه.  
إلا- أن تردد المصنف في حكم العبد يؤذن بتجويزه أن يكون مهرا، فيجىء فيه الاشكال من حيث انه لا مهر لبغى، و هو في غايه البعد.

قوله: (و لو كان عبدا: فإن قلنا إنه أُرش جنايه تعلق برقبته و يباع فيه، و إن قلنا إنه مهر تبع به بعد العتق).

أى: لو كان المتزوج في الصورة المذكوره بدل الحر عبدا، و كانت الأمه بكرا فافتضها، ففي تعلق عوض البكاره برقبته، أو ثبوته في ذمته يتبع به إذا أعتق وجهان، مبنيان على أن العوض أُرش جنايه أو مهر، كل منهما محتمل.

أما كونه أُرش جنايه، فلأن الافتضاخ تفريق اتصال في اللحم و جرح على الآدمى، و هذا معنى الجنايه.

و أما كونه مهرا، فلأنه تابع للوطء، و قد جعل في جملة المهر لو وطأ حره بكرا بشبهه، و إذا جاءت زوجه الكافر إلينا مهاجره رددنا عليه المهر كملا من غير إسقاط عوض البكاره، و الأظهر أنه أُرش جنايه.

و لا- يقدر الحكم في الحرائر، لأن المهر في مقابل الوطاء خاصه، و هذه الجنايه مباحه مأذون فيها، لتوقف الوطاء المستحق عليها فلا عوض في مقابلها، و الموطوءه بالشبهه بتمكينها سقط الأرش كما في الزانيه.

و من ثم لو أكره حره بكرا على الوطاء فافتضها اتجه وجوب المهر و الأرش معا.

و اعلم أن عدّ أُرش البكاره مهرا يقتضى التردد في ثبوته على العبد أيضا، إذ لا مهر لبغى، فكان حقه أن يقول: و إن قلنا إنه مهر احتمال سقوطه مع علمها، و يحتمل

و الولد للمولى رق. و مع جهلها فله المهر قطعا. و لو وطأ جهلا أو لشبهه فلا حد و عليه المهر، و الولد حر و عليه قيمته لمولى الام يوم سقط حيا. أن يتبع به بعد العتق.

قوله: (و الولد للمولى رق).

المتبادر أن الحكم برفقه الولد جاز في الصور السابقه جميعا، فيشمل ما إذا تزوجها العبد، و لكن سيأتى أنه إذا تزوج المملوكان و لم يأذن واحد من الموليين يكون الولد لهما، و إن أذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن، إلا أن يقال: إن ذكر العبد عند ذكر أرش البكاره وقع استطرادا، و قوله: (و الولد للمولى رق) مخصوص بمسأله الحر.

قوله: (و مع جهلها فله المهر قطعا).

أى: مع جهل المملوكه فى الصورة المذكوره يستحق مولاه المهر قطعا، لأنه وطء شبهه من طرفها، و الوطاء المحترم لا يخلو من عوض، و الواجب هو مهر المثل لا المسمى قطعا، لفساد النكاح.

قوله: (و لو وطأ جهلا أو لشبهه فلا حد و عليه المهر و الولد حر، و عليه قيمته لمولى الام يوم سقط حيا).

هذا عديل المسأله السابقه، فإنه قيدها بكون العاقد الواطئ عالما بالتحريم، و هذا بيان حكم الجاهل.

أى: لو وطأ العاقد فى الصورة السابقه جهلا، بأن كان لا يعلم أن وطء الأمه بغير اذن مولاه محرم، أو بعلمه لكن وجد شبهه كأن وجدها على فراشه فظنها زوجته أو أمته، و لم يدر، أنها الأمه التى عقد عليها فلا حد عليه قطعا، للشبهه الدارته للحد، و عليه المهر إن كانت هى أيضا جاهله.

و إن كانت عالمة ففى لزومه الاشكال السابق، و الولد حر، لأنه نسب و الأصل الحريه.

و كذا لو ادعت الحريه فعقد، و يلزمه المهر، و قيل العشر مع البكاره، و نصفه لا معها، فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده، فإن تلف تبعها و الولد رق و عليه فكه بقيمته يوم سقط حيا، و على المولى دفعه إليه.

فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن امتنع قيل: يفديهم الامام من سهم الرقاب. و لا فرق عندنا بين كون الزوج عربيا أو أعجميا، و لا شك أن على الأب قيمته للمولى، لأنه نماء ملكه، و عليه أيضا ضمان ما يحدث عليها بسبب الحمل و الولاده. و إنما تعتبر قيمه وقت سقوطه حيا، لأنه وقت الحيلولة، و وقت افراده بالتقويم، و وقت الحكم عليه بالماليه لو كان رقا، و قد دلت الروايه على ذلك، و سيأتي إن شاء تعالى.

و لا يخفى أن المهر الواجب هنا هو مهر المثل، لعلمه بعدم صحه العقد فلا يجب المسمى.

قوله: (و كذا لو ادعت الحريه فعقد و يلزمه المهر، و قيل: العشر مع البكاره و نصفه لا- معها (1)، فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده، و إن تلف تبعها و الولد رق و عليه فكه بقيمته يوم سقط حيا، و على المولى دفعه إليه.

فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن امتنع قيل يفديهم الإمام من سهم الرقاب).

هذه صوره ثالثه لهما، و تحقيقها: إن الأمه لو ادعت الحريه فعقد عليها النكاح، و هو شامل لما إذا كان لا يعلم حالها و ادعت كونها حره الأصل، فيبنى على الظاهر، و لما إذا كان يعلم أنها كانت مملوكه لكن ادعت تجدد الحريه، و فى جواز التعويل بمثل ذلك على مجرد قولها نظر، و قد تردد فيه شيخنا فى شرح الإرشاد.

ص: ٧٩

---

١- ١) ذهب إليه ابن الجنيد، كما نقله عنه فخر المحققين فى الإيضاح ١٤٢: ٣.



و لو انضم إلى خبرها قرائن تثمر ظنا قويا لم يبعد الجواز حيثُذ، و حكمها إنه إذا دخل بها لا حدًا، لا تنفء كونه زانيا، و عليه المهر عوض الوطاء المحترم، و في كونه المسمّى في العقد أو مهر المثل قولان، و وراؤهما قول ثالث و هو وجوب عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصف العشر إن كان ثيبا.

و الأول مختار المصنف و جماعه (١)، لأن العقد صحيح ظاهرا، فيثبت ما تضمنه.

و فيه نظر، لأن الفرض وقوعه بغير رضى السيد، و لا أثر لكونه صحيحا ظاهرا، لأنها حره ظاهرا إذا ثبت رقتها بالحججه الشرعيه. نعم لو أجاز السيد العقد اتجه ذلك، لا سيما إذا قلنا: إن الإجازة تكشف عن صحه العقد من حين وقوعه.

و القول الثانى مختار الشيخ فى المبسوط (٢)، و نقله الشارح الفاضل عن ابن حمزه (٣)، و رده شيخنا فى شرح الإرشاد. و وجهه: إن العقد فاسد لظهور الرقيه و عدم اذن المولى، و قد حصل الوطاء المحترم فوجب مهر المثل، و هو واضح السبيل إذا لم يجز المولى. و قد سبق نظيره فى آخر الرضاع، و على هذا فيجب أرش البكاره لو كانت بكرا، و أرش النقص بالولاده إن حصل لها نقص.

و القول الثالث مختار الشيخ فى النهايه (٤)، و ابن البراج (٥)، و مستنده ما رواه الوليد بن صبيح عن أبى عبد الله عليه السلام: فى رجل تزوّج امرأه حره فوجدها أمه دلست نفسها له، قال: «إن كان الذى زوّجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد» إلى أن قال عليه السلام: «و لمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير

ص: ٨٠

١- (١) انظر: الإيضاح ٣: ١٤٢، التنقيح الرائع ٣: ١٤١. [١]

٢- (٢) المبسوط ٤: ١٨٩.

٣- (٣) الوسيله: ٣٥٨، إيضاح الفوائد ٣: ١٤٢.

٤- (٤) النهايه: ٤٧٧.

٥- (٥) المهدب ٢: ٢١٧.

بكر فنصف عشر قيمتها» (١). ويمكن تنزيلها على أن العشر و نصف العشر في المسؤول عنها مطابق لمهر المثل، فيكون حينئذ حجه للقول الثاني. و هنا أحكام يتم البحث بها:

الأول: لو دفع الزوج المهر المسمى إليها فعلى ما اخترناه يستعيده، لأن المهر باق على ملكه، وإن تلف كان في ذمتها يتبعها به إذا أعتقت، وكذا على القول الثالث.

أما على القول بلزوم المسمى فلأنه مضمون عليه إلى أن يصل إلى السيد أو وكيله، فإن تلف قبل ذلك غرم للسيد بدله، ويتبعها بالتالف إذا أعتقت و أيسرت.

و قول المصنف: (فإن كان قد دفع المهر). في حيز قوله: (وقيل)، وليس مختاره، و قد صرح بفتواه قبل القول حيث قال: (و يلزم المهر)، فإن المتبادر منه المسمى و إن كان السياق يقتضى وجوب المهر المذكور في الصور السابقة، و ذلك مهر المثل.

إلا أن الشارح الفاضل (٢)، و شيخنا في شرح الإرشاد صرحا بأن مراد المصنف بالمهر في هذه المسألة المسمى و في التي قبلها مهر المثل. و لا- ريب أن قوله: (فإن كان قد دفع المهر إليها استعاده). يتخرج على قول المصنف أيضا، إلا أن ما بعده لا يتخرج، فلذلك جعل كلامه في حيز (قيل).

الثاني: الولد حر، لأنه نسب لا حق للأب فيتبعه في الحرية، و قد صرح بحريته في الرواية السابقة أيضا.

و قال الشيخ في النهاية (٣)، و ابن البراج (٤): إن الولد رق و على الأب فكه بقيمته يوم سقط حيا، و على المولى دفعه إليه، و مع إعساره يستسعى في قيمه، فإن امتنع فداهم الامام من سهم الرقاب.

ص: ٨١

١- ١) الكافي ٥: ٤٠٤ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٣٤٩ حديث ١٤٢٦، الاستبصار ٣: ٢١٦ حديث ٧٨٧.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٣: ١٤٢.

٣- ٣) النهاية: ٤٧٧. [٢]

٤- ٤) المهذب ٢: ٤٧٦.

و مستنده ما رواه سماعه عن الصادق عليه السلام: في مملوكه أتت قوما و زعمت أنها حرة، فتزوجها رجل منهم فأولدها ولدا، ثم انه أتاهم مولاهما فأقام عندهم البينه أنها مملوكته و أقرت الجارية بذلك، فقال: «تدفع إلى مولاهما هي و ولدها، و على مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه».

قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به قال: «يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه و يأخذ ولده».

قلت: فإن أبي الأب أن يسعى في ثمن ابنه، فقال: «فعلى الإمام أن يفديه و لا يملك ولد حر» (١).

و قد نص جماعه منهم ابن إدريس على وجوب قراءة حر بالرفع و التنوين على أنه صفة لولد، و قالوا: إن قراءة بالجر وهم (٢).

و أنكر ابن إدريس فك الإمام الولد من سهم الرقاب، لأنه ولد حر على ما صرح به في الرواية، فكيف يشتري من سهم الرقاب، و هو كلام وجيه، و ليس في الرواية ما ينافيه.

و أنكر المصنف في المختلف الاستسعاء و وجوب الأخذ من بيت المال (٣)، و هو صحيح في موضعه، لأنه دين يجب الانتظار به إلى اليسار، و لا يجب أدائه من بيت المال، نعم يجوز، لأنه من المصالح، و حمل الأمر بالسعى الوارد في الرواية على الاستحباب بعد الطعن في سندها.

و ردّ إنكار ابن إدريس بأن المدفوع إلى المولى عوض عن رقبه من شأنها أن تقوم و تزال يد المولى عنها، فدخلت تحت قوله تعالى وَ فِي الرِّقَابِ .

ص: ٨٢

١- (١) التهذيب ٧: ٣٥٠ حديث ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧ حديث ٧٩٠.

٢- (٢) السرائر: ٣٠٥.

٣- (٣) المختلف: ٥٦٦.

و لو تزوج العبد بحره من دون اذن، فلا- مهر و لا نفقه مع علمها بالتحريم و أولادها رق، و مع الجهل فالولد حر و لا قيمه عليها، و يتبع العبد و يمكن المناقشه بأن المدفوع ليس عوض الرقبه، إذ الحر لا- عوض له، بل هو عوض ما فات على المولى من نماء الجاربه، و الطريق إلى معرفته هو تقويم هذا الولد، فلا تتناوله هذه الآيه.

و اعلم أن قول المصنف: (و الولد رق.) من تتمه القول المحكى و ليس فتوى المصنف، و من توهم كونه فتوى له فقد غلط، فإنه قد صرح فيما إذا وطأ شبهه يكون الولد حرا، و لا ينحط هذا عن الوطاء بشبهه، نعم قوله بعد: (فإن امتنع قيل) يؤكد هذا الوهم، فإن استئناف حكاية القول لا وجه له إذا كان ما قبله محكيا، لأن جميع ذلك قول واحد.

الثالثه: لم يذكر المصنف هنا حكم الرجوع بالمهر على من دلسها و حكمه الرجوع به على المدلس، فإن كانت هي المدلسه لنفسها تبعت به إذا أعتقت، لأن المغرور يرجع على من غره.

و ستأتى أحكام ذلك كلها في التدليس إن شاء الله تعالى.

الرابعه: لو شهد شاهدان بحريتها فتزوجها ثم رجعا لم يلتفت إلى رجوعهما، و ضمنا لمولاها قيمه الجاربه و الولد و المهر، و إن ثبت تزويرهما نقض الحكم، و كان الولد حرا و على الأب قيمته يوم سقط حيا.

و الذى يقتضيه صحيح النظر أن الواجب فى الصوره الثانيه مهر المثل و فى الأولى المسمى، و يرجع الزوج على الشاهدين بما اغترمه فى الثانيه، و فى الأولى يضمنان للمولى على ما سبق. و هل يطرد هنا القولان، لوجوب استسعاء الأب لو كان فقيرا إلى آخره؟ فيه احتمال، و الأوجه قصره على مورد الروايه، لأنه مخالف للأصل.

قوله: (و لو تزوج العبد بحره من دون اذن فلا- مهر و لا- نفقه مع علمها بالتحريم، و أولادها رق. و مع الجهل فالولد حر و لا قيمه عليها، و يتبع العبد

بالمهر بعد عتقه. بالمهر بعد عتقه).

ما سبق هو حكم تزوج الحر بالأمه، وهذا حكم العكس، وتحقيقه انه إذا تزوج العبد بخره من دون اذن مولاه، فإما أن تكون عالمه بأنه رق أو لا، وعلى تقدير علمها بالرقية فإما أن تكون عالمه بالتحريم أو لا.

فإن علمت بالتحريم و الرق فلا مهر و لا نفقه لها، لأنها قد ضيقت حقها بعلمها بحاله. وقد روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أيما امرأه حره زوجت نفسها عبدا بغير اذن مواليه فقد أباحت فرجها و لا صداق لها» (١)، و لا حدّ عليها في هذه الحاله عند الجماعه مع أنها زانيه، فإن حد الزنا صادق عليه، و العقد بمجرد لا يعد شبهه.

و قد فرّق بين هذه، و بين ما إذا تزوّج الحر أمه عالما بالتحريم، بأن المرأة لضعف عقلها و عدم مخالطتها أهل الشرع يكفى العقد في الشبهه بالنسبه إليها، و قد ينقض بالعقد الفاسد على الحره إذا علمت فساده ثم مكنته من نفسها.

و قد يمكن الفرق بأن هذا العقد فضولى موقوف على الإجازة، فلا يبعد عدّه شبهه بالنسبه إلى المرأة، لضعف عقلها دون الرجل. و الولد في هذه الحاله رق للمولى، لأنه لعدم لحاقه بها لا مقتضى لحرية، و هو نماء العبد، و روايه العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام دليل على ذلك (٢).

و لو جهلت بالتحريم اما لجهلها بالرق أو لجهلها بالحكم فالولد حر، لأنه لا حق بها فيتبعها في الحرية، و روايه العلاء بكون الولد رقا منزله على ما إذا علمت بالتحريم، جمعا بينها و بين دلائل حرية الولد إذا كان أحد أبويه حرا.

ص: ٨٤

١- ١) الكافي ٥: ٤٧٩ حديث ٧، [١] التهذيب ٧: ٣٥٢ حديث ١٤٣٥.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٥٣ حديث ١٤٣٧.

و لو تزوج بأمه، فإن أذن الموليان أو لم يأذنا فالولد لهما.

و لو أذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن خاصة.

و لو اشترك أحدهما بين اثنين، فأذن مولى المختص و أحدهما فإشكال. و لا قيمة على الام قطعاً، و الفرق بينها و بين الأب ورود النص ثم و انتفاؤه هنا فيتمسك بأصالة البراءة، و لأن الأب سبب فاعل بالنسبة إلى الولد فهو المباشر و الام قابل، و متى اجتمع المباشر و غيره في الإلتلاف فالضمان إنما هو على المباشر.

و لما امتنع أن يثبت للسيد على مملوكه مال امتنع استحقاق قيمه هنا، و أما المهر فلا يثبت في ذمه العبد، لأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر فيتبعه به إذا أعتق.

و هل لها نفقه؟ لم أقف في كلامهم على شيء أصلاً، ثم هذا المهر هل المسمى، أم مهر المثل؟ العبارة خالية من بيان ذلك.

و الذى ينبغي تحصيله هنا هو أن السيد إما أن يجيز نكاح العبد أو لا، فإن لم يجزه فالحكم ما ذكرناه و لا نفقه، لأنها تابعة للتمكين من النكاح، و هو منتف هنا. و المهر الذى يجب مع جهلها هو مهر المثل لا محاله، و إن أجاز النكاح فعلى القول بالصحة يجب المسمى على ما سبق ذكره.

و مثله النفقه بعد الإجازة إذا كانت ممكنة، أما قبلها ففي وجوبها في ذمته يتبع بها إذا أعتق وجه، لأنها حينئذ كانت زوجه في الواقع، و قد حصل التمكين المعتبر ظاهراً، و هذا واضح على القول بأن الإجازة كاشفه.

قوله: (و لو تزوج بأمه، فإن أذن الموليان أو لم يأذنا فالولد لهما، و لو اذن أحدهما فالولد لمن لم يأذن خاصة، و لو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن مولى المختص و أحدهما فإشكال).

قد سبق أنه إذا تزوج المملوك بأمه غير مولاه فإن الولد للمولين معا

بالسوية، و تقرر بين الأصحاب أن ذلك إذا إذنا فى النكاح معا أو لم يأذن واحد منهما.

فأما إذا أذن أحد الموليين و لم يأذن الآخر فإن الولد لمن لم يأذن خاصة، و قد يستدل له وراء النص - فإنه قد ذكره بعض الأصحاب و إن لم نقف عليه - بأن من أطلق الإذن لمملوكه فى التزويج قد أقدم على فوات الولد منه، فإنه قد يتزوج بمن ليس برقيق فينعقد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة.

أما إذا استويا فى الاذن و عدمه فلا أولويه لأحدهما على الآخر، و لا يخفى أن هذا إذا لم يجر العقد الذى لم يأذن، أو اجازة و قلنا: إن الإجازة جزء السبب، و لو قلنا:

إنها كاشفه يلزم القول بكون الولد لهما.

فعلى هذا لو اشترك أحدهما بين اثنين، فأذن مولى المختص و أحد المشتركين دون الآخر، ففى اختصاص من لم يأذن به منهما إشكال ينشأ: من إطلاق قولهم: إن الولد لمن لم يأذن من الموليين خاصة، فإن مقتضاه اختصاص من لم يأذن من المشتركين بالولد، لوجود المقتضى للملك فى حقه و انتفائه عن سواه.

و من أن النماء يجب أن يكون تابعا للأصل، خرج منه ما أخرجه دليل، و هو هنا ورود النص و اطباقهم على اختصاص من لم يأذن، حيث يكون العبد لمالك واحد، و كذا الأمه، فيبقى ما عداه على الأصل. فعلى الثانى هل يكون للجميع أجرا بهذه الصورة على الأصل، أم للمشتركين خاصة، لأن النص و إطلاق الأصحاب لا يتناولهما؟ كل محتمل.

و قد أورد على هذا ما إذا تعدد كل من مولى العبد و مولى الأمه، و أذن أحد الفريقين دون الآخر، فإن الحكم باشتراك الجميع هنا، لعدم القطع بأن مرادهم بذلك ما إذا اتحد الموليان، و استبعاد الاختلاف فى الحكم مع انتفاء الفرق لا يخلو من شىء، و الحكم بانفراد من لم يأذن مع التعدد يستلزم شمول المتحد و المتعدد، فيلزم اختصاص من لم يأذن فى صورته النزاع، و للتوقف فى ذلك كله مجال.

و لو زنا العبد بأمه غير مولاه فالولد لمولى الأمه، و لو زنا بحره فالولد حر. و لو زوّج عبده أمته، ففي اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال منشؤه: من أنه عقد أو إباحه، قوله: (و لو زنا العبد بأمه غير مولاه فالولد لمولى الأمه، و لو زنا بحره فالولد حر).

المراد إنه إذا زنا العبد فحصل الولد من دون أن يكون ثم عقد نكاح، و وجه كون الولد لمولى الأمه أن الزانى لا ماء له فلا ولد له، و لما كان الولد كالجاء من الام و جب أن يكون لمولاه، و وجه كونه حراً فيما إذا زنا بحره لما قلنا من أن الزانى لا ولد له.

و الأصل فى الولد الحره، لأن الأصل فى كل انسان ذلك، و الرقيه إنما تثبت بأمر طارئ، و هو منتف هنا.

فإن قيل: الولد نماء الأب فيكون لمولاه.

قلنا: هو ايضاً نماء الأم الحره فيجب أن لا يكون عليه سلطان.

و الحاصل أنه مع النكاح فى الولد التفصيل السابق، و فى السفاح ما ذكرها هنا، و لا بعد فى اختلاف الحكم باختلاف السبب، و الظاهر أن هذا لا خلاف فيه بين الأصحاب.

قوله: (و لو زوّج عبده أمته ففي اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال، ينشأ من أنه عقد أو إباحه).

لا ريب أن إنكاح السيد العبد من أمته يستدعى صيغته من طرف السيد هي صورته إيجاب، لكن هل يشترط القبول إما من المولى أو من العبد؟ فيه قولان للأصحاب و اشكال عند المصنف ينشأ: من احتمال كونه عقداً، و العقد إنما يتحقق



بالإيجاب و القبول. و من احتمال كونه إباحه، فيكفي فيه الإيجاب من السيد، كما في كل إباحه. و وجه الأول صحيحه العلاء عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال:

سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: «يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانه.

و يعطيها ما شاء من قبله أو قبل مولاه، و لا بد من طعام أو دراهم و نحو ذلك» (١).

وجه الاستدلال به أنه عليه السلام سمّاه نكاحا و النكاح هو العقد، و أمر بإعطاء شيء، و لا يجب المهر إلا في العقد دون الإباحه.

فإن قيل: (قد) إنما تدخل على الأفعال، و صيغ العقود إنشاءات.

قلنا: لا- يمتنع دخولها على لفظ الإنشاء من حيث انه صوره الفعل، و لا شك أنه إن امتنع دخولها على العقد امتنع دخولها على الإباحه لا اشتراكهما في الإنشاء.

فإن قيل: على تقدير كونه عقدا لا يجزئ: أنكحتك، و قد حكم عليه السلام باجزائه فلا يكون عقدا.

قلنا: المسؤول عنه هو إنكاح السيد، و هو ما يكون معتبرا من جانبه. أما القبول فليس بمسؤول عنه، فإنه يجوز وقوعه من جانب العبد، و تسميه هذا نكاحا يستلزم اعتبار القبول، فيكون ذلك كافيا في الدلاله عنه.

و كذا رواه علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام الماضي إنه سئل عن المملوك أ يحل له أن يطأ أمه من غير تزويج إذا أحل له مولاه قال: «لا يحل له» (٢). ووجه الاستدلال به أنه عليه السلام نفى حل الوطء بالتحليل من دون التزويج، فانحصر الحل في العقد، لأنه لا واسطه في حل الفرج بين العقد و الملك.

و وجه الثاني صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن قول الله تعالى وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ قال: «هو أن يأمر

(١- ١) الفقيه ٣: ٢٨٥ حديث ١٣٥٤.

(٢- ٢) التهذيب ٧: ٢٤٤ حديث ١٠٦٢، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٥.

الرجل عبده و تحته أمته فيقول له:اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسه» (١).

وجه الاستدلال به أنه عليه السلام جعل رفع هذا الحل بيد المولى، فلو كان نكاحا لكان رفعه بيد الزوج، لأن رافع العقد اما الطلاق، أو الموت، أو تجدد مله أو نحله أو الفسخ بتجدد الملك أو العتق، أو بالعيب أو التدليس بالاستقراء، و ما عدا الأول معلوم الانتفاء هنا.

و كذا الأول، لأن الطلاق لا يكون إلا بيد الزوج، لقوله عليه السلام: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢)، و لأن الأمر بالاعتزال لا يعد طلاقا قطعا.

و لقائل أن يقول: إن انحصار رافع النكاح فيما ذكر لا- دليل عليه إلا الاستقراء و ليس حجه، و لم لا يجوز أن يكون هذا الأمر بالاعتزال ضربا من الفسخ للنكاح، جعله الشارع بيد السيد ارتفاقا بحاله، و لا وجه للتوقف فيه بعد ورود النص الصحيح الصريح به. هذا مع أن المتبادر من (المحصنات) في قوله تعالى وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ المزوجات، فتكون الآية حجه على كونه عقدا من هذا الوجه.

و الأول أوجه، و هو قول المفيد (٣)، و الشيخ (٤)، و جماعه (٥)، و الثاني قول ابن إدريس (٦).

و اعلم أن اعتبار القبول على كل من التقديرين أولى، لأن الأمر في الفروج

ص: ٨٩

١- (١) النساء: ٢٤، الكافي ٥: ٤٨١ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٣٤٦ حديث ١٤١٧.

٢- (٢) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠.

٣- (٣) المقنعه: ٧٨.

٤- (٤) النهاية: ٤٧٨.

٥- (٥) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٩٧، و ابن البراج في المهذب ٢: ٢١٨.

٦- (٦) السرائر: ٣٠٦.

و فى وجوب إعطائها من مال المولى شيئاً خلاف. مبنى على الاحتياط التام، و سيأتى أن التحليل تمليك للمنفعه، و التمليك لا يكون إلا بالقبول.

قوله: (و فى وجوب إعطائها شيئاً من مال المولى خلاف).

ذهب الشيخان (١)، و أبو الصلاح (٢)، و ابن البراج (٣)، و ابن إدريس (٤)، و ابن حمزه (٥) إلى وجوب الإعطاء، عملاً بروايه محمد بن مسلم السابقيه (٦)، و هى و إن تضمنت اعطاءها شيئاً من قبل العبد أو المولى، إلا أن الذى يعطيه العبد ملك المولى، فإن الذى يكون من قبل العبد إنما يكون من كسبه، و حينئذ فعلى التقديرين يكون الإعطاء من مال المولى.

و ذهب المصنف (٧)، و جمع من المتأخرين إلى عدم الوجوب، لأن مهر المملوكه إذا وجب استحقه المولى، إذ هو عوض البضع المملوك له و استحقاقه على نفسه غير معقول.

لا- يقال: لا يمتنع كون المهر للمملوكه، و استحقاق المملوك على سيده فى الجملة غير ممتنع، فإنه يستحق عليه النفقه و ما جرى مجراها كالكفن، و قد وردت الروايه بذلك فيجرى على ظاهرها.

لأننا نقول: أما النفقه و ما جرى مجراها فإنها ليست عوضاً عن شىء، و إنما هى من توابع المالىه التى لا بد منه، بخلاف المهر الذى هو عوض البضع المملوك للمولى، فإنه

ص: ٩٠

١-١) المقنعه: ٧٨، النهايه: ٤٧٨.

٢-٢) الكافى فى الفقه: ٢٩٧.

٣-٣) المهذب: ٢١٨: ٢.

٤-٤) السرائر: ٣٠٦.

٥-٥) الوسيله: ٣٦٠.

٦-٦) الفقيه ٣: ٢٨٥ حديث ١٣٥٤.

٧-٧) المختلف: ٥٦٧.

و لو أعتقا فأجازت قبل الدخول أو بعده مع التسميه و عدمها فإشكال. يستحيل كون العوض لغير مالك المعوض، و تحمل الروايه على الاستحباب المؤكد لما فيه من جبر قلبها و رفع منزله العبد عندها، و هذا أقوى، و يليه على الاستحباب الأمر بإعطاء درهم أو طعام، إذ لو وجب لكان الواجب إما المسمى أو مهر المثل بالدخول، و هو خلاف المنصوص.

فإن قيل: فيلزم خلو النكاح عن المهر فى العقد و الدخول معا.

قلنا: لما امتنع ثبوته هنا لم يكن عدم وجوبه محذورا، و ليس ذلك بأعجب من الجنايه فإنها توجب الأرش، إلا إذا جنى العبد على سيده فلا شيء و إن عتق، و كذا إتلاف المال موجب للضمان إلا هنا.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن الشارح الفاضل ولد المصنف بنى القول بالوجوب على مقدمات آثار التكلف ظاهره عليها، و زعم أنه متى منعت إحداها لا يتم الوجوب (1)، و ليس كما قال، لأن منها أن المملوك لا يملك على المولى شيئا، و لو منعت هذه لم يمتنع القول بالوجوب، بل كان القول به حينئذ أظهر.

ثم ارجع إلى عبارته الكتاب و اعلم أن المصنف تردد فى كون تزويج السيد عبده أمته عقدا أو إباحه، ثم ذكر الخلاف فى وجوب إعطائها شيئا، و لا شك أن الوجوب لا يأتى على كل من القولين، بل إنما هو على القول بكونه عقدا، إذ لا خفاء فى عدم الوجوب على تقدير كونه إباحه، فكان الأحسن أن يقول: فعلى القول بكونه عقدا فهل يجب إعطاؤها إلى آخره.

قوله: (و لو أعتقا فأجازت قبل الدخول أو بعده مع التسميه و عدمها فإشكال).

هذه المسائل من

ص: ٩١

أحكام تزويج السيد عبده من أمته، و تحريرها: إنه إذا تجدد عتقهما بعد التزويج تخيرت في إبقاء النكاح و فسخه على ما سيأتى إن شاء الله تعالى.

فإن اختارت الفسخ فلا بحث، و إن اختارت الإجازة فإما أن يكون العتق قبل الدخول أو بعده، و على التقديرين فإما أن يكون قد سمى لها مهرا في العقد أو لا، فهذه أحوال أربعة.

و فى حكمها بالنسبة إلى بقاء النكاح و ثبوت المهر اشكال، هذا هو الظاهر من العبارة، فإنه ذكر الخلاف فى كون هذا التزويج عقداً أو إباحة، ثم ذكر الخلاف فى وجوب المهر و عدمه، و لم يذكر متعلق الاشكال فىاسب عوده إلى جميع ما ذكره، و يمكن تعلقه بالمهر خاصة لقربه، و تحقيقها فى مباحث:

الأول: إذا أعتق قبل الدخول مع التسميه و أجازته، و منشأ الاشكال فى بقاء النكاح: من كونه عقداً، و قد أجازته بعد العتق فيبقى. و من أنه اباحه تابعه للملك فيزول بزواله، و منشؤه فى المهر قريب من ذلك، فإنه على القول بكونه اباحه لا مقتضى للمهر و التسميه لاغيه.

و على القول بكونه عقداً يحتمل العدم، لا امتناع ثبوته، لا استلزام المحال، و هو ثبوته للسيد على نفسه فتلغو التسميه.

و يحتمل الثبوت، إما بناء على القول بوجوبه على السيد للأمه بالعقد، أو إجراء هذا العقد بالنسبه إلى المهر مجرى العقد الفضولى إذا منعنا من وجوبه على السيد، لكن الوجوب على الزوج لا محاله.

و يحتمل وجوب مهر المثل إلغاء للتسميه، فبالدخول يجب مهر المثل على الزوج.

الثانى: الصورة بحالها و لم يسمّ مهرا، و الحال فى بقاء النكاح كما سبق. و أما الإشكال فى المهر فمنشؤه من أنه لم يجب فى الابتداء فلا يجب بعد ذلك، و قد استحق

الزوج البضع بغير عوض فلا يجب عليه المعوض بعد. و من أنها كمفوضه البضع لاشتراكهما فى إخلاء العقد عن ذكر المهر، و قد ملكت بضعها قبل الدخول فيجب لها مهر المثل بالدخول على الزوج، لأن موجب المهر إنما يتحقق بعد العتق، و إن طلق و جب المتعه، و إن مات أحدهما قبل الدخول فلا شىء.

الثالث: أن يكون العتق بعد الدخول مع التسميه، فأما النكاح فعلى ما سبق، و أما المهر فممنشأ الإشكال فيه من تكافؤ الاحتمالات، فإنه على القول بكونه اباحه تلغو التسميه.

و على القول بكونه عقداً يحتمل عدم وجوب شىء، لأنها إذا لم يجب لها شىء بالعقد و الدخول لا يجب لها شىء بعد ذلك، و لأن المهر لو وجب لوجب للسيد، و هو ممتنع هنا.

و يحتمل الوجوب، لأن النكاح الصحيح و الوطاء المحترم يمتنع خلوهما من المهر، و قد ورد فى الأخبار الأمر بإعطائها شيئاً، و أما الذى يجب أ هو المسمى أم مهر المثل؟ فيه إشكال ينشأ: من وقوع العقد صحيحاً، و قد تضمن التسميه فيستصحب حكمها. و من أن التسميه على القول بإلغائها لا حكم لها، فيجب مع الدخول مهر المثل على السيد، لأن ذلك عوض الوطاء المحترم، هذا إذا لم يكن قد أعطها شيئاً.

أما مع الإعطاء فالمناسب أن لا يجب غيره، و لا يخفى أن بعض هذه المقدمات فى موضع المنع.

الرابع: الصورة بحالها لكن لا- تسميه هنا، و الاشكال هنا فى بقاء النكاح، و فى ثبوت مهر المثل على السيد و عدمه. هذا تحرير المسأله، و أما تحقيقها فإن أكثر دلائل هذه المسأله مدخوله و المتجه عدم وجوب شىء إلا إذا حصل العتق قبل الدخول، فإنه يحتمل وجوب مهر المثل على الزوج، و يحتمل على التسميه وجوب المسمى اما على السيد أو على الزوج.

و لو مات كان للورثه الفسخ لا للأمه.

و لو تزوج العبد بمملوكه، فأذن له مولاه في شرائها، فإن اشتراها لمولاه، أو لنفسه بإذنه، أو ملكه إياها بعد الابتاع و قلنا إنه لا يملك فالعقد باق، و إلا بطل إذا ملكها. قوله: (و لو مات كان للورثه الفسخ لا للأمه).

أى: لو مات مولى العبد و الأمه المبحوث عنهما و هما على الرقيه كان للورثه فسخ النكاح كما كان للمورث، لأنهما ملك للورثه، و لا يثبت الفسخ للأمه، لانتهاء المقتضى له في حقها.

قوله: (و لو تزوج العبد بمملوكه فأذن له مولاه في شرائها، فإن اشتراها لمولاه أو لنفسه بالإذن، أو ملكه إياها بعد الابتاع، و قلنا إنه لا يملك فالعقد باق، و إلا بطل إذا ملكها).

أى: لو تزوج العبد بمملوكه لغير مولاه، فأذن له مولاه في شرائها، إما للمولى أو لنفسه، فإن اشتراها لمولاه فالنكاح باق، لأن انتقال المملوك من مالك إلى آخر لا يقتضى فسخ النكاح، لكن للمولى الفسخ متى أراد، كما لو تزوج أمته عبده ابتداء، و في روايه محمد بن مسلم السابقه ما يدل على ذلك.

و لو اشتراها لنفسه بالإذن، فإن قلنا: إن العبد لا يملك فالنكاح بحاله و الشراء باطل، و لو قلنا: إنه يملك صح الشراء و بطل النكاح، لدخولها في ملكه و قد سبق أنه إذا طرأ الملك على النكاح انفسخ النكاح. و كذا لو ملكه إياها بعد ابتاعها له، و لو اشترى لنفسه بغير اذن وقف على اجازته المولى، فإن لم يجزه بقى النكاح.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قول المصنف: (أو لنفسه بالاذن) يريد به أن المولى أذن له في شرائها لنفسه، و لا يغنى عن ذلك قوله: (فأذن له مولاه في شرائها)، لأن الاذن في الشراء في الجملة لا يقتضى الاذن في الشراء لنفسه.

و قوله: (و إلا بطل) معناه: و إن قلنا إن العبد يملك بطل العقد إذا اشتراها

و لو تحرر بعضه و اشترى زوجته بطل العقد و إن كان بمال مشترك.

و لو اشترى الحر حصه أحد الشريكين بطل العقد و حرم وطؤها، فإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف، و كذا لو حللها، لنفسه بالاذن له في ذلك، أو ملكه إياها بعد الابتياح له.

و فائده قوله: (إذا ملكها) أن قوله: (فالعقد باق) وقع جوابا عن ثلاث مسائل، فلو اقتصر على قوله: (و إلا بطل) لاقتضى ثبوت البطلان في المسائل الثلاث، إذا قلنا إن العبد يملك، و ليس كذلك، لأن شراءها إياه لمولاه لا ينافي النكاح على حال، إذ المنافي دخولها في ملكه على ما قررناه.

قوله: (و لو تحرر بعضه و اشترى زوجته بطل العقد و إن كان بمال مشترك).

لا-ريب أنه إذا تحرر بعض المملوك جرت على ذلك البعض أحكام الحرية، من حصول المملك و توابعه من البيع و الشراء و التملك و التملك.

فإذا اشترى هذا زوجته المملوكه بمال اكتسبه ببعضه الحر و اختص بملكه ملكها لا محاله، و انفسخ النكاح بدخولها في ملكه.

و إن اشترى بمال مشترك بينه و بين المولى كالحاصل بكسبه كله، فإن يملك منها بقدر نصيب الحرية، لأن الشراء إنما ينفذ في قدر نصيبه من الثمن، و ينفسخ النكاح أيضا، لأن ملك البعض يقتضى فسخه بالنسبه إليه، و حينئذ ينفسخ كله، لأن النكاح لا يجامع الملك أصلا و لا يتبعض، لظاهر قوله تعالى إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١).

قوله: (و لو اشترى الحر حصه أحد الشريكين بطل العقد و حرم وطؤها، فإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع ففي الجواز خلاف، و كذا لو حللها).

تحرير المسألة:

ص: ٩٥



إنه إذا عقد الحر نكاحاً على أمه مشتركة بين اثنين، حيث يجوز له العقد على الأمه، ثم اشترى حصه أحد الشريكين انفسخ النكاح، لما أسلفناه غير مره، وحينئذ فيحرم الوطاء، لاستلزامه التصرف في مال الشريك، وما الذى تحل به حينئذ؟ اختلف الأصحاب على أربعة أقوال:

الأول: إنه لا طريق إلى حلها إلا ملك جميعها، لأن أمر الفروج مبنى على الاحتياط التام فلا يتعدى سبب الحل، وقد حصر سبحانه و تعالى السبب فى شيئين العقد و الملك فى قوله تعالى وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ. إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١) و التفصيل قاطع للشركة فلا يكون الملقق منهما سبباً و للإجماع على ذلك.

فإن قيل: لا دلالة فى الآية على المطلوب، لاحتمالها اراده منع الخلو خاصه، و الدلالة موقوفه على اراده منع الجمع أيضاً و هو غير معلوم.

قلنا: لا- نسلم أن الدلالة موقوفه على اراده منع الجمع، فإن الفروج ممنوع منها بالنص و الإجماع إلا بالعقد أو الملك، و لم يثبت كون الملقق منهما سبباً تاماً، لأن أقل الأحوال فى الآية كونها محتمله فيستصحب حكم المنع، و هذا القول مختار ابن الجنيد (٢) و جمع من المتأخرين (٣).

الثانى: حلها بالعقد على ما ذكره الشيخ فى النهايه، فإنه قال: حرمت عليه إلا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى مالك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقداً مستأنفاً (٤).

ص: ٩٦

١- ١) المؤمنون: ٥-٦. [١]

٢- ٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٦٨.

٣- ٣) منهم فخر المحققين فى الإيضاح ٣: ١٤٩.

٤- ٤) النهايه: ٤٨٠. [٢]

و تبعه ابن البراج و أورد أن العقد الأول قد بطل، لشراؤه النصف، فكيف يصير صحيحا بالإجازة، و أنه قد وقع أولا برضاه و لم يتجدد له ملك فلا يتوقف على أجازته (١).

و أجاب المحقق ابن سعيد في النكت بأن المراد إيقاع البيع على النصف الثاني، فكأنه قال: إلا ان يشتري النصف الآخر من البائع و يرضى مالك ذلك النصف بالعقد، فتكون الإجازة له كالعقد المستأنف، و يكون الألف في قوله: (أو) سهوا من الناسخ، أو يكون بمعنى الواو، و لا يخفى ما في هذا التأويل من البعد، و القول بحلها بالعقد أبعد.

و قال المصنف في المختلف في تحقيق كلام الشيخ: و الوجه عندى أن الإشاره بذلك إلى العقد الأول و بطلانه في حق الشريك ممنوع (٢)، و يضعف بأنه لا معنى للرضى بالعقد حينئذ من مالك النصف مع لزوم التبعض.

الثالث: حلها بإباحه الشريك، و هو قول ابن إدريس (٣)، لأن الإباحه شعبه من الملك، لأنها تمليك للمنفعه، فيكون حل جميعها بالملك. و يؤيده روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: في جاريه بين رجلين دبراها جميعا، ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه قال: «هو له حلال» (٤).

و هذا القول محتمل إلا أن المنع أحوط، لتوهم تبعض السبب.

الرابع: حلها متعه إذا جرى بين الشريكين مهاياه على خدمتها، و عقد عليها متعه في نوبه الشريك الآخر بإذنه، لاختصاصه بمنفعه تلك المده. و ليس بشيء، لأن منفعه البضع لا تدخل في المهاياه، و لا تخرج بذلك عن التبعض.

ص: ٩٧

١- ١) المهذب ٢: ٢١٩.

٢- ٢) المختلف: ٥٦٨.

٣- ٣) السرائر: ٣٠٦.

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢٩٠، حديث ١٣٨٠، التهذيب ٧: ٢٤٥، حديث ١٠٦٧.

و لو ملك نصفها و كان الباقي حرا لم تحل بالملك و لا بالدائم.

و هل تحل متعه فى أيامها؟ قيل: نعم. ثم ارجع إلى عبارته الكتاب و اعلم أن قول المصنف: (فإن أجاز الشريك النكاح بعد البيع). إشارته إلى قول الشيخ (١).

و قوله: (و كذا لو حللها) معناه و كذا فى الجواز خلاف لو حللها الشريك لشريكه، فهو إشارته إلى قول ابن إدريس (٢).

قوله: (و لو ملك نصفها و كان الباقي حرا لم تحل له بالملك و لا بالدائم، و هل تحل متعه فى أيامها؟ قيل: نعم).

قد بينا أن سبب حل الفروج لا- يتبعض و لا يتلفق من سببين مختلفين، فعلم أنه لو ملك نصف أمه و كان نصفها الآخر حرا، لا يحل له وطؤها بالملك على حال من الأحوال، لأن ملكه إنما هو النصف خاصة، فإن نصف الآخر حر، و ليس ملك النصف كافيا فى حل الجميع.

و كذا لا تحل بالإباحة، لأنها إنما تصح من مالك الرقبه، أما المرأه فلا يصح تحليلها نفسها إجماعا، و كذا لا تحل بالعقد الدائم اتفاقا، للزوم تبعض السبب.

و هل يحل له وطؤها متعه إذا هاياها، و عقد عليها المتعه فى أيامها؟ فيه قولان:

أحدهما- و به قال أكثر الأصحاب (٣)- المنع، للتبعيض الممنوع منه، فإنه لم يخرج بالمهاياه عن كونه مالكا للبعض و منافع البضع لا يتعلق به المهاياه قطعا، و لا يحل لها المتعه بغيره فى أيامها.

و الثانى: و به قال الشيخ فى النهايه الجواز (٤)، عملا بما روى عن الباقر عليه

ص: ٩٨

١- (١) النهايه: ٤٨٠.

٢- (٢) السرائر: ٣٠٦.

٣- (٣) انظر: إيضاح الفوائد ٣: ١٤٩، التنقيح الرائع ٣: ١٤٥، [١] المختصر النافع: ٨٤.

٤- (٤) النهايه: ٤٩٤.

و هل يقع عقد أحد الزوجين الحر العالم بعبوديه الآخر فاسدا، أو موقوفا على اذن المالك؟ الأولى الثاني، فحينئذ لو أعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين. السلام فى جاريه بين شريكين دبراها جميعا، ثم أحلّ أحدهما فرجها لشريكه فقال: «هو حلال»، ثم قال: «و أيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من قبل الذى مات و نصفها مدبرا» قلت: أ رأيت إن أراد الباقي منهما أن يمسه إله ذلك؟ قال: «لا إلا أن يثبت عتقها و يتزوجها برضى منها متى ما أراد» قلت له: أ ليس قد صار نصفها حرا و قد ملكت نصف رقبتهما و الصنف الآخر للثاني منهما؟ قال: «بلى» قلت: فإن هى جعلت مولاها فى حل من فرجها فأحلت له ذلك قال: «لا يجوز له ذلك» قلت: و لم لا يجوز لها ذلك كما أجزت للذى كان له نصفها حين أحل فرجها لشريكه فيها؟ قال: «إن الحره لا تهب فرجها و لا- تعيره و لا تحلله، و لكن لها من نفسها يوم و للذى دبرها يوم، فإن أحببت أن يتزوجها متعه فى اليوم الذى تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قل أو كثر» (١).

و قد تقدّم صدر هذه الروايه، و لا- شك أن الأمر فى الفروج شديد فلا- يجترئ عليها بمثل هذا الحديث، و ينبغى التمسك بالتحريم إلى أن يوجد ما يصلح دليلا للجواز.

قوله: (و هل يقع عقد أحد الزوجين الحر العالم بعبوديه الآخر فاسدا، أو موقوفا على اذن المالك؟ الأولى الثاني، فحينئذ لو أعتق قبل الفسخ لزم العقد من الطرفين).

تقدّم أنه إذا تزوج العبد أو الأمه بغير اذن المولى هل يكون العقد باطلا من أصله، أو موقوفا على اجازة المالك؟ و قد تقدّم ايضا أنه إذا تزوج الحر الأمه بدعواها

ص: ٩٩

---

١- (١) الكافى ٥: ٤٨٢ حديث ٣، [١] الفقيه ٣: ٢٩٠ حديث ١٣٨٠، [٢] التهذيب ٨: ٢٠٣ حديث ٧١٧.

الحرية و دخل يلزمه المسمى، لصحة العقد ظاهراً، و قيّد هنا بكون أحد الزوجين الحر عالماً بعبوديه الآخر، ليكون العقد ظاهراً و باطناً فاسداً أو موقوفاً، و ذلك لأن كلا من الزوجين ممنوع من إيقاع العقد، بخلاف ما لو كان الحر جاهلاً بالعبوديه، فإنه من طرفه لا مانع من صحته.

و الأصح كونه موقوفاً، لأن النهي في غير العبادات لا يدل على الفساد، و لو دل لم يفرّق بين ما إذا توجه إلى أحد الجانبين، و بين ما إذا توجه إلى كليهما.

و يتفرّع على ذلك ما إذا أعتق المملوك من الزوجين قبل فسخ المولى العقد، فعلى القول بوقوع العقد باطلاً من أصله هو على حكم البطلان، فإن العتق لا يصححه. و على الأصح و هو وقوعه موقوفاً يلزم بالعتق من الطرفين، لوقوعه صحيحاً في نفسه.

و إنما منع لزومه عبوديه أحد الزوجين و قد زالت، و إذا انتفى المانع عمل المقتضى عمله.

فإن قيل: قد سبق في البيع أنه لو باع مال غيره فضولياً ثم ملكه و أجاز في الصحة إشكالاً، و هنا جزم بصحة النكاح إذا أعتق الرقيق من الزوجين، فما الفرق؟.

قلنا: يمكن الفرق بأن نقل الملك إلى البائع الفضولي ينافي العقد الفضولي، لأن مقتضاه نقل الملك إلى المشتري، و هو ممتنع حين الانتقال إلى البائع، و مع وجود المنافى تمتنع الصحة، بخلاف الفضولي في الصورة المذكوره، لأن مقتضاه ثبوت النكاح لو لا المانع و هو الرقيه، و بالعتق زال المانع فوجب الحكم بلزوم العقد.

و لقائل أن يقول: إن المانع ليس هو الرقيه بل عدم اذن المولى، و ذلك باق غير زائل، و قد توقف صحة العقد عليه فلا يحكم بصحته لتعذر العتق. و مثله ما لو باع المملوك قبل اجازته العقد.

و اعلم أن المضاف إليه المحذوف في قول المصنف: (فحينئذ) تقديره فحين إذ

الفصل الثاني: في مبطلاته، و هي ثلاثه: العتق، و البيع، و الطلاق.

المطلب الأول: في العتق

المطلب الأول: في العتق:

إذا أعتقت الأمه و كان زوجها عبدا، كان لها الخيار على الفور في الفسخ و الإمضاء، سواء دخل أو لا، كان الأولى القول بكون العقد موقوفا، حذف و عوض التنوين عنه.

قوله: (الفصل الثاني: في مبطلاته، و هي ثلاثه: العتق، و البيع، و الطلاق).

الضمير في (مبطلاته) يعود إلى العقد على الإمام، و سمي العتق و البيع و الطلاق مبطلات له مجازا، من حيث ان كلا من العتق و البيع يؤل إلى إبطاله في كثير من الصور، و ليس جميع أقسامهما مبطله له، فإن من أعتق مملوكته المزوجه تخيرت كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و لو باعها تخير المشتري، و لو كانت موطوءه له حرم وطؤها بالعتق و البيع، و هنا كلام و هو أن مبطلات نكاح الإمام لا ينحصر فيما ذكره، فإن اللعان من المبطلات على قول، و الفسخ بالعيب و الإسلام و الارتداد كذلك، و كذا أمر المولى عبده باعتزال زوجته مملوكه المولى و منع المحلل له.

قوله: (المطلب الأول: في العتق. إذا أعتقت الأمه و كان زوجها عبدا كان لها الخيار على الفور في الفسخ و الإمضاء، سواء دخل أو لا).

لا- خلافاً بين العلماء في أن الأمه المزوجه بعبد إذا أعتقت ثبت لها الخيار، لما روى العامه و الخاصه أن بريره عتقت فخيرها رسول الله صلى الله عليه و آله، و روى

إلا- إذا زوج ذو المائه أمته في حال مرضه بمائه و قيمتها مائه ثم أعتقها-، لم أن زوجها كان عبدا، و في بعض الأخبار أن اسمه مغيث (١). و السر في ذلك حدوث الكمال لها و بقاء النقص بالعبودية للزوج، و هو يستلزم تضررها من حيث أن سيده يمنعه عنها، و لا نفقه لولدها عليه، و لا ولايه له على ولدها و لا ترث.

و هذا الخيار فوري عند الأصحاب اقتصارا في فسخ العقد اللازم على موضع اليقين، و الضروره تندفع بذلك، و لظاهر قوله صلى الله عليه و آله لبريره: «ملكك بضعك فاخترى» فإن الفاء للتعقيب.

قيل: قد روى أن زوج بريره كان يطوف خلفها و يبكي خوفا من أن تفارقه، و طلب من النبي صلى الله عليه و آله أن يشفع إليها فشفع فلم تقبل، و لو كان على الفور بطل حقها بالتأخير و استغنى عن الشفاعة.

قلنا: لا دلالة فيه، لأن الظاهر من الحديث أن الشفاعة كانت بعد فسخها، و لذلك روى أنه كان يطوف و يبكي و لم يأمرها صلى الله عليه و آله بترك الفسخ بل قال لها: «لو راجعته فإنه أبو ولدك» فقالت: يا رسول الله تأمرني بأمرك؟ فقال: «لا- إنما أنا شافع» فقالت: لا حاجه لي فيه (٢).

و الظاهر أن المراد من المراجعة في الحديث تجديد النكاح، و لا فرق في ذلك بين أن يكون العتق قبل الدخول أو بعده، لقول الصادق عليه السلام: «أيما امرأة أعتقت فأمرها بيدها» (٣).

قوله: (إلا إذا زوج ذو المائه أمته في حال مرضه بمائه و قيمتها مائه ثم

ص: ١٠٢

١- ١) الكافي ٥: ٤٨٦ حديث ٥-١، [١] التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٥-١٣٩٦-١٣٩٧، سنن البيهقي ٧: ٢٢٠، سنن الدار قطنى ٣: ٢٩٢ حديث ١٧٥-١٧٦.

٢- ٢) سنن البيهقي ٧: ٢٢٢.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٤.

يكن لها الفسخ قبل الدخول، وإلا لسقط المهر فلم تخرج من الثلث، فبطل عتق بعضها فيبطل خيارها فيدور. أعتقها، لم يكن لها الفسخ قبل الدخول، وإلا يسقط المهر فلم يخرج من الثلث، فيبطل عتق بعضها، فيبطل خيارها فيدور).

هذا استثناء من قوله: (سواء دخل أو لا) و تحقيقه أنه لا فرق في ثبوت الخيار بالعتق إذا وقع بعد الدخول أو قبله إلا في الفرض المذكور، وهو ما إذا كان لشخص جاريه قيمتها مائه مثلاً وهو يملك مائه أخرى، فزوجها بمائه، سواء كان في حال صحته أو مرضه من غير فرق بينهما، لأن تزويجها لا يتضمن إتلافاً بل اكتساباً للمهر، فوقعه في الصحة و المرض سواء.

و قد تضمنت عبارته الكتاب وقوع التزويج في المرض و ليس بحسن، لأنه يوهم كون ذلك قيذا للمسألة، نعم لا بد لتكميل الفرض من كون الإعتاق قد وقع في المرض قبل الدخول، فإنه حينئذ لا يثبت لها خيار الفسخ، إذ لو ثبت لأدى ثبوته إلى عدم ثبوته، وذلك لأنه لو ثبت ففسخت لسقط المهر، فإن الفسخ قبل الدخول من جانب الزوجه مسقط للمهر كما علم غير مره.

و إذا سقط المهر انحصرت التركة في الجارية و المائه، فلم ينفذ العتق في جميعها، بل يبطل فيما زاد على ثلث التركة، و حينئذ فيبطل خيارها، لأن الخيار إنما يثبت إذا أعتق جميعها قطعاً، فيكون ثبوته مؤدياً إلى عدم ثبوته، و ذلك هو الدور، فتعين قطعاً الحكم بانتفائه. و هذا بخلاف ما لو كان العتق في حال الصحة فإنه حينئذ لا يعتبر من الثلث، فالخيار بحاله.

و كذا لو كان العتق في الفرض السابق بعد الدخول، لأن المهر لا يسقط حينئذ بانفساخ النكاح. و قول المصنف (في مرضه) يريد به مرض موته، و اعتمد في ذلك على ظهور الحال.



و لو كانت تحت حرفى خيار الفسخ خلاف. قوله: (و لو كانت تحت حرفى خيار الفسخ خلاف).

اختلف الأصحاب فى ثبوت الخيار للأمه إذا أعتقت و الزوج حر، فقال الشيخ فى النهايه (١)، و ابن الجنيد (٢)، و المفيد (٣)، و ابن البراج (٤)، و ابن إدريس (٥)، و المصنف فى المختلف (٦) و غيره (٧): إن لها الخيار.

و قال فى المبسوط (٨)، و الخلاف (٩): ليس لها.

و الأصح الأول، لنا عموم صحيحه أبى الصباح الكنانى عن الصادق عليه السلام قال: «أما امرأه أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت و إن شاءت فارقت» (١٠).

و روايه زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال: «إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيّر و إن كانت تحت حر أو عبد» (١١)، و قريب من هذه روايه محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام (١٢)، و غير ذلك من الاخبار (١٣).

ص: ١٠٤

١- (١) النهايه: ٤٧٦.

٢- (٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٦٥.

٣- (٣) المقنع: ٧٧.

٤- (٤) المهذب ٢: ٢١٦.

٥- (٥) السرائر: ٣٠٥.

٦- (٦) المختلف: ٥٦٥.

٧- (٧) التحرير ٢: ٢٤ [١].

٨- (٨) المبسوط ٤: ٢٥٨ [٢].

٩- (٩) الخلاف ٢: ٢٢٨ مسألة ١٣٤ كتاب النكاح.

١٠- (١٠) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٤.

١١- (١١) التهذيب ٧: ٣٤٢ حديث ١٤٠١.

١٢- (١٢) التهذيب ٧: ٣٤٢ حديث ١٤٠٠.

١٣- (١٣) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٩.

و إذا اختارت الفراق فى موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر و ثبت بعده. احتج الشيخ بأن الأصل لزوم العقد و حدوث الخيار يحتاج إلى دليل، و بما رواه ابن سنان فى الصحيح عن الصادق عليه السلام: «إنه كان لبريره زوج عبدا، فلما أعتقت قال لها النبى صَلَّى الله عليه و آله: اختارى» (١).

و جوابه: إن الأصل يعدل عنه للدليل و قد بيناه، و الرواية لا تدل إلا بمفهوم المخالفة، و هو ضعيف فى نفسه فكيف مع معارضه المنطوق له، على أنه قد روى أيضا أن زوج بريره كان حرا (٢)، فسقط الاستدلال بالرواية أصلا.

و قد علم من ثبوت الخيار إذا كانت تحت حر ثبوته إذا كان مبعضا بطريق أولى، و أولى منه المكاتب و المدبر.

قوله: (و إن اختارت الفراق فى موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر و ثبت بعده).

متى اختارت المعتقة الفسخ فى موضع ثبوت الخيار، و هو ما إذا كان الزوج عبدا، أو حرا على القول بثبوته مع الحر، فإما أن يكون اختيارها للفسخ قبل الدخول أو بعده.

فإن كان قبل الدخول سقط المهر كله، لأن الفسخ قبل الدخول من المرأة موجب لسقوط المهر، كما تقرر غير مره.

أما لو كان بعده فإن ثبوت المهر بحاله، لأنه قد تقرر بالدخول، فلا يسقط بالفسخ الطارئ بعده، سواء كان العتق قبل الدخول أو بعده.

و فضل المصنف فى التحرير (٣) تبعا للمبسوط (٤) بأنها إذا فسخت بعد الدخول،

ص: ١٠٥

١- (١) التهذيب ٧: ٣٤١ حديث ١٣٩٥.

٢- (٢) سنن البيهقى ٧: ٢٢٣.

٣- (٣) التحرير ٢: ٢٤ [١].

٤- (٤) المبسوط ٤: ٢٥٩.

و لو أُخّرت الفسخ لجهاله العتق لم يسقط خيارها.

و لو كان لجهاله فوريه الخيار أو أصله احتمل السقوط، و عدمه، و الفرق. فإما أن يكون العتق وقع قبله أو بعده فإن كان بعده فلها المسمّى، لأن الفسخ استند إلى العتق، و قد وقع بعد الدخول حين استقر المسمّى. و إن كان قبله بأن أعتقت و لم تعلم به حتى دخل فإن لها مهر المثل، لأن الفسخ مستند إلى العتق، و هو قبل الدخول، فصار الوطاء كأنه في نكاح فاسد. و يضعف بأن استناد الفسخ إلى العتق لا يقتضى وقوعه قبل الدخول بل حين إيقاعه، و حينئذ قد استقر المسمّى بالدخول.

قوله: (لو أخرت الفسخ لجهاله العتق لم يسقط خيارها، و لو كان بجهاله فوريه الخيار أو أصله احتمل السقوط، و عدمه، و الفرق).

حيث تقرر أن الخيار للمعتقه حيث يثبت إنما هو على الفور، فلا شك أنها متى أخّرت به غير عذر سقط خيارها كما هو شأن كل فوري. و لو أخّرت لعذر، فإن كان جهالتها بالعتق لم يبطل خيارها إجماعاً، فإن الناس في سعه مما لم يعلموا.

و إن كان جهالتها بأصل الخيار، بأن لم تعلم أن عتقها موجب لثبوت الخيار، أو فوريتها بأن علمت ثبوت الخيار و جهلت كونه على الفور، ففي كون كل من الأمرين عذراً فلا يسقط معه الخيار أم لا، ثلاثة أوجه:

أحدها: أن لا يكون واحد منهما عذراً فيسقط الخيار بالتأخير و لو مع أحدهما، و وجهه: إن ثبوت الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على محل اليقين، و لأن الحكم بفوريته إنما كان للجميع بين الحقين: حق الزوج في الخيار بالعتق، و حق الزوج في النكاح، فلا يختلف بعلمها و جهلها. و لأنه لو عدّ الجهل عذراً لزم كون النسيان كذلك، لاشتراكهما في كون كل منهما غافلاً، و الثاني باطل، لأن النسيان لا يخرج السبب عن كونه سبباً.

و ثانيها: عدّ كل منهما عذراً فيبقى الخيار، لأن ترتب الخيار على العتق و كونه

على الفور من الأحكام الخفيه التي لا- يطلع عليها إلا- الأفراد من الناس، فلو لم يكن الجهل عذرا لانتفت فائده شرعيه هذا الخيار، لأن المطلوب به الارتفاق العام، و مع الجهل فالتأخير لا بد منه، و التالي معلوم البطلان.

و ثالثها: الفرق بين الأمرين، أعنى جهل أصل الخيار، و جهل فوريته، فيبطل بالتأخير فى الثانى دون الأول. و وجهه: إن فائده شرعيه هذا الخيار إنما تحصل لعامه المكلفين أن لو بقى الخيار مع جهاله ثبوته، إذ لا يقصر ممن لا يعلم الحكم أصلا، لخفاء مثل هذا الحكم غالبا، و مع الجهل لا طريق إلى إيقاع الفسخ بحال فلا يكون مقدورا عليه حينئذ، بخلاف جهل الفوريه فإن الضرر يندفع بعلم أصل الخيار، فلا دليل على بقاءه مع التأخير.

و لأن التأخير مع العلم بالخيار يشعر بالرضى عاده، فإن الكاره للشىء شديد الحرص على التخلص منه إذا تمكن، و لأن تأخير الفسخ مع قدره عليه و العلم بالخيار يناهى معنى الفور قطعا، فيمتنع بقاءه مع جهل الفوريه، و هذا الاحتمال أقواها.

و الظاهر أن التأخير للنسيان مسقط، لثبوت التقصير بالتأخير إلى أن طرأ النسيان. أما الإكراه فإن بلغ الإلجاء، كأنه وضع واضع يده على فم الزوجه فمنعها من الاختيار، فإنه عذر.

و لو خوفت بما يخاف منه عاده، ففى عد ذلك عذرا احتمالات، و لو كانت غائبه اختارت عند بلوغ الخبر، و لو كانت منفرده ففى عد تأخيرها إلى أن تصل إلى الزوج أو من تشهده على فسخها مع مبادرتها إلى ذلك احتمال.

و لو ادعت الجهل بالعتق صدقت بيمينها مع إمكان صدقها، إذ لا يعلم ذلك إلا من قبلها. و قريب منه ما إذا ادعت الجهل بأصل ثبوت الخيار، و لو ادعت الإكراه فالمتجه مطالبتها بالبينه، لإمكان إقامتها على ذلك.

ثم عد إلى عباره الكتاب و اعلم أن قول المصنف: (احتمل السقوط) يريد به

و لو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر للسيد إن أوجبناه بالعقد، و إلا فلها و بعده للمولى. و لو لم يسم شيئاً بل زوّجها مفوضه البضع، فإن دخل قبل العتق فى المسألتين معا.

و قوله: (و عدمه) يريد به عدم السقوط فيهما، و هو الاحتمال الثانى.

و قوله: (و الفرق) يريد به الفرق بين التأخير بجهاله أصل الخيار، و جهاله فوريته مع العلم بأصله، فيثبت فى أحدهما و ينتفى فى الآخر، و هو الاحتمال الثالث.

قوله: (و لو اختارت المقام قبل الدخول فالمهر للسيد إن أوجبناه بالعقد، و إلا فلها، و بعده للمولى).

إذا أعتقت الأمه المزوجه، فإما أن يكون عتقها قبل الدخول أو بعده، و على التقديرين فإما أن تختار الفسخ أو المقام، و على كل تقدير فإما أن يكون قد سُمى المهر أو تكون مفوضه، و سيأتى حكم المفوضه إن شاء الله تعالى.

و أما حكم التسميه فإنها إذا فسخت قبل الدخول يسقط المهر كما قدمناه، و ليس للسيد منعها من الفسخ و إن تضرر به، لأن الضرر لا يزال بالضرر، بخلاف ما لو فسخت بعده، و قد سبق حكم ذلك.

و أما إذا اختارت المقام فإما أن يكون قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعده فالمهر للسيد لا محاله، و إطلاق العبارة يقتضى أنه لا فرق فى ذلك بين وقوع العتق قبل الدخول أو بعده.

و ينبغى الفرق، فإذا كان بعده فالمهر للسيد لا محاله، و إن كان قبله فإن أوجبنا المهر بالعقد- و هو الأصح- فهو للسيد أيضاً، لكونها حينئذ مملوكة له، و إن أوجبناه بالدخول فهو لها، لكونها حينئذ حرة مالكة بضعها.

قوله: (و لو لم يسم شيئاً بل زوّجها مفوضه البضع، فإن دخل قبل

فالمهر للسيد، لوجوبه في ملكه. و إن دخل بعده أو فرضه بعده، فإن قلنا صدق المفوضه يجب بالعقد و إن لم يفرض لها مهر فهو للسيد، و إن قلنا بالدخول أو بالفرض فهو لها، لوجوبه حال الحريه. العتق فالمهر للسيد، لوجوبه في ملكه، و إن دخل بعده أو فرضه بعده، فإن قلنا صدق المفوضه يجب بالعقد و إن لم يفرض لها فهو للسيد، و إن قلنا بالدخول أو بالفرض فهو لها، لوجوبه حال الحريه).

ما سبق حكم ما إذا سمى لها في العقد مهرا، و هذا حكم ما إذا لم يسم لها شيء.

و تحقيقه: إن المعتقد إن كانت قد زوجت مفوضه البضع، أي لم يسم لها مهر في عقد النكاح أصلا، فإن دخل بها الزوج قبل العتق، أو فرض لها المهر قبله فالمهر للسيد قولاً واحداً، لوجوبه في ملكه. و إن كان دخوله بها بعد العتق، أو كان فرض المهر بعده قبل الدخول، ففي مستحقه وجهان مبنيان على أن صدق المفوضه متى يجب.

فإن قلنا: يجب بالعقد، سواء فرض لها أو لم يفرض لها حتى دخل، على معنى أنه يتبين بالفرض أو بالدخول مع عدم وجوبه بالعقد، فهو حق للسيد، لأنها حينئذ مملوكه.

و إن قلنا: إنه يجب بالفرض إن فرض، و بالدخول إن لم يفرض، فهو لها، لوجوبه حال حريتها.

و الثاني لا يخلو من وجه، و سيأتي إن شاء الله تعالى كمال تحقيق المسأله.

و اعلم أن قول المصنف: (فإن قلنا: صدق المفوضه يجب بالعقد و إن لم يفرض لها). يريد به التفريع على القول بأن الصدق في التفويض يجب بالعقد، على معنى أنه بالفرض يتبين وجوبه بالعقد، و كذا الدخول إذا لم يفرض، و المعنى: أنا إذا قلنا بأن العقد مستقل بإيجاب الصدق، و لا يكون للفرض دخل في إيجابه، بل يكون كاشفاً عنه فقط، فيكون وجوبه بحسب الواقع قبل حصول الفرض فيكون كاشفاً عنه،

و لو أعتقت فى العده الرجعيه فلها الفسخ فى الحال،فتسقط الرجعه و لا تفتقر إلى عده اخرى بل تتم عده الحره.

و لو اختارته لم يصح،لأنه جار إلى بينونه،فلا يصح اختيارها للنكاح،فإن لم يراجعها فى العده بانت،و إن راجعها كان لها خيار الفسخ فتعتد اخرى عده حره،و إن سكتت لم يسقط خيارها. فإن الكشف عن الشىء فرع حصوله فى نفسه،فإذا قلنا بذلك كان للسيد لا محاله.

قوله: (و لو أعتقت فى العده الرجعيه فلها الفسخ فى الحال فتسقط الرجعه،و لا- يفتقر إلى عده اخرى بل تتم عده الحره و لو اختارته لم يصح:

لأنه جار إلى بينونه،فلا يصح اختيارها للنكاح،فإن لم يراجعها فى العده بانت، و إن راجعها كان لها خيار الفسخ فتعتد اخرى عده الحره،و إن سكتت لم يسقط خيارها).

أى: لو طلق الأمه طلاقاً رجعيًا، ثم أعتقت و هى فى العده،فأما أن تختار الفسخ فى الحال،أو النكاح،أو تسكت على كل من الأمرين.

فإن اختارت الفسخ فى الحال كان لها ذلك،لاستفادتها به قطع سلطنه الرجعه، و دفع تطويل الانتظار إلى أن يراجع فتفسخ،لأن ذلك يقتضى أن تكون العده من حينه.

و إذا فسخت أكملت عده الطلاق،و لم يجب استئناف عده اخرى،لانتفاء المقتضى لها،فإن العده وجبت بالطلاق،و الفسخ لا يقطعها،و الواجب إكمال عده حره عندنا اعتباراً بما صارت إليه.

و إن اختارت النكاح فى الحال لم يصح،لأنه جار إلى بينونه،و الإجاره تقتضى بقاءه فلا يتلاقيان،كما لو طلقها رجعيه فارتد،ثم راجعها و هى مرتده فإنه لا تصح الرجعه،و حينئذ فإن لم يراجعها فى العده بانت،و إن راجعها كان لها خيار الفسخ،

و إذا فسخت فتزوجها بقيت على ثلاث. و لو أعتقت الصغيره اختارت عند البلوغ، و المجنون عند الرشد، و للزوج الوطاء قبله.

لبطلان الإجاره السابقه، فإن فسخت و جب عليها الاعتداد بعده مستأنفه، لحدوث البيئونه حينئذ.

و لا- يخفى أن الواجب عده حره، لكونها حين الفسخ حره، و إن سكتت و لم تختر واحدا من الأمرين لم يبطل خيارها، لأن سكوتها لا يدل على الرضى و هى بصدد البيئونه، و من الممكن أن لا يراجعها فيحصل الفراق من غير احتياج إلى ظهور رغبتها فيه.

و الحاصل أن سكوتها فى هذه الحاله لا ينافى الفور، لوجود القاطع لعلاقه النكاح و هو الطلاق، مع أن فى السكوت استفاده عدم إظهار طلب الفراق، و هو من المطالب.

و اعلم أن الضمير فى قول المصنف: (و لو اختارته) يعود الى النكاح بقريته الفسخ، و قوله: (فإن لم يراجعها) متفرع على قوله: (لم يصح)، و قوله: (و ان سكتت) هى الصوره الثالثه من صوره المسأله.

قوله: (و إذا فسخت فتزوجها بقيت على ثلاث).

هذا راجع إلى أصل الباب، و لا تعلق له بالبحث الذى قبله. و المراد: إن المعتقه إذا فسخت حيث يثبت لها الخيار، فتزوجها الزوج بعقد مستأنف، بقيت عنده على ثلاث طلاقات، لأن الفسخ لا- يعدّ فى الطلاق، لا سيما إذا وقع من الزوجه، فإن من اكتفى فى الطلاق بالكنايه لا سبيل له إلى عده طلاقها هنا، لأن ذلك إنما هو فى الواقع من الزوج.

قوله: (و لو أعتقت الصغيره اختارت عند البلوغ و المجنون عند الرشد، و للزوج الوطاء قبله).



و ليس للولى الاختيار عنها، لأنه على طريقه الشهوه. و لا خيار لها لو أعتق بعضها، فإن كملت اختارت حينئذو لو لم تختار حتى يعتق العبد، فإن قلنا بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمال ثبوته هنا، و ليس للولى الاختيار عنها، لأنه على طريقه الشهوه).

إذا أعتقت الأمه تحت عبد أو حر-بناء على ثبوت الخيار معه-و كانت صغيره ثبت لها الخيار، لعموم الأخبار الداله على ثبوت الخيار لكل معتقه، و كذا المجنونه.

و ليس لوليها أن يختار عنها، لأن الاختيار منوط بالشهوه و الميل القلبي، فلا- يعتد بوقوعه من الولي، لعدم علمه بما تريده الزوجه، بل ينتظر فى ذلك بلوغ الصغيره مبلغا تملك أمرها، و إفاقه المجنونه بحيث تكمل رشدها، فتختار حينئذ على الفور.

و للزوج الوطء قبل الفسخ فى المجنونه و الاستمتاع فى الصغيره، بل له الوطء قبله مطلقا، لبقاء الزوجيه ما لم يفسخ، و ثبوت الخيار فى أصل النكاح لا ينافى بقاء الملك كما لا يخفى، و وجوب الإنفاق فى هذه المده بحاله مع وجود شرائطه.

و اعلم أن إطلاق قوله: (اختارت عند البلوغ) يؤذن بعدم اعتبار الرشد معه، فعلى هذا لو بلغت اختارت و إن كان قبل الدخول و لم يتحقق رشدها، و إن لزم منه سقوط المهر فى صوره يجب لها، و كذا الفسخ بالعيب، و للنظر فيه مجال، و على ظاهر عبارته فيراد برشد المجنونه إفاقتها.

قوله: (و لا خيار لها لو أعتق بعضها، فإن كملت اختارت حينئذ).

و ذلك لأن المقتضى للخيار هو حريتها، و هى منتفيه مع تحرر البعض خاصه، لصدق السلب فى مثل ذلك. و لا فرق بين كون الأ- كثر بعض الحريه أو بعض الرقيه، لانتهاء المقتضى. أما إذا كملت حريتها فلأن الخيار يثبت حينئذ، لوجود المقتضى فى هذه الحاله.

قوله: (و لو لم تختار حتى يعتق العبد، فإن قلنا بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمال ثبوته هنا، لأنه ثبت سابقا فلا يسقط بالحريه كغيره من

لأنه ثبت سابقا فلا- يسقط بالحريه كغيره من الحقوق،و السقوط كالعيب إذا علمه المشتري بعد زواله. و لو أعتقت تحت من نصفه حر فلها الخيار و إن منعنا الخيار فى الحر. الحقوق،و السقوط كالعيب إذا علمه المشتري بعد زواله).

إذا أعتقت الأمه فلم تختبر،إما بناء على القول بأن الخيار على التراضى،أو لأنها لم تعلم بالعتق الى أن عتق العبد،بنى على الخلاف فى ثبوت الخيار لو عتقت تحت حر و عدمه.

فإن قلنا بالثبوت ثم فلا بحث فى الثبوت هنا،و إن قلنا بعدم احتمال هنا الثبوت،لأنه قد ثبت بعتقها حين وقوعه،و الأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يحصل المسقط كما فى سائر الحقوق.

و لم يثبت أن تجدد حرته مسقط لخيارها،فلا يسقط. و يحتمل السقوط،لزوال الضرر بزوال رقيته،و لأن سبب الخيار مركب من تجدد حريتها و كونه رقا،إذ الفرض أنها مع الحر لا خيار لها.و فيه نظر،لأن السبب قد حصل،و لا يلزم من زوال أحد جزئيه بعد ثبوت الخيار زوال الخيار عملا بالاستصحاب.

و قول الشارح الفاضل: إن بقاء الخيار مشروط ببقاء رقيه الزوج،لأن الأصل بقاء الشرطيه (1)،ليس بشىء،فإن الدليل لم يدل إلا على أنها شرط الثبوت،و لا يلزم منه الاشتراط فى البقاء،و الأصل الذى ادعاه لا أصل له.

قوله: (و لو أعتقت تحت من نصفه حر،فلها الخيار و إن منعنا الخيار فى الحر).

لو أعتقت الأمه تحت من نصفه حر فإن قلنا بثبوت الخيار لو كانت تحت الحر فلا بحث فى الثبوت،و إن منعناه ثم فالثبوت هنا أظهر،لأن ضرر رقيه الزوج

ص: ١١٣

و لو طَلَّق قبل اختيار الفسخ احتمال إيقافه، فإن اختارت الفسخ بطل، وإلا وقع موقعه، قائم هنا، والمعتمد في الاستدلال عموم الأخبار السالفه، ولا اثر لهذا التفرع.

قوله: (و لو طَلَّق قبل اختيار الفسخ احتمال إيقافه، فإن اختارت الفسخ بطل، وإلا وقع موقعه).

إذا ثبت لها خيار العتق فطلقها قبل الفسخ، فإن كان الطلاق رجعياً فالخيار بحاله، والحكم كما إذا أعتقت في العده الرجعية، وقد سبق بيانه، وإن كان بائناً ففيه وجهان:

أحدهما: إنه يقع موقوفاً، بمعنى أنه يراعى في الحكم بصحته وفساده اختيارها للفسخ و عدمه، فإن اختارت الفسخ في العده ظهر بطلانه، وإن لم تختَر ظهر وقوعه، وذلك لأن الخيار قد ثبت جزماً، وتنفيذ الطلاق في الحال يقتضى إبطاله فلا يكون نافذاً.

ومثله القول في الطلاق، لأنه قد وقع في النكاح مستجمعا ما يعتبر فيه، فلم يكن بد من الحكم بوقوع الطلاق مراعى فيه عدم طرء الفسخ عليه، فإن فسخت تبين بطلان الطلاق، إذ لو صح لحصلت البينونه فامتنع الفسخ، وإلا تبين نفوذ الطلاق، كما لو طَلَّق في الرده و لم يكن عن فطره من قبل الزوج، فإنه بالعود إلى الإسلام تبين وقوع الطلاق، وبدونه يتبين عدمه.

والثاني: وقوعه جزماً، لوجود المقتضى، وهو صدور الصيغه من زوج كامل في محل الطلاق، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا ثبوت الخيار، وهو غير صالح للمانع، فإن المقصود بالفسخ حاصل به فلم يكن بينهما منافاه.

والفرق بين العتق و الرده: إن الانفساخ في الرده يستند إليها، فيتبين بعدم العود في العده أن الطلاق لم يصادف النكاح، بخلاف الفسخ بالعتق فإنه لا يستند إلى أمر سابق على الطلاق، وهذا أقرب.

واعلم أن المراد بالطلاق في الكتاب هو البائن دون الرجعي، إذ لا

ولا- يفتقر فسخ الأمه إلى الحاكم. و لو أعتق الزوج و تحته أمه فلا- خيار له، و لا- لمولاه، و لا- لزوجه حره كانت أو أمه، و لا لمولاه.

و لو زوج عبده أمته ثم أعتقت أو أعتقا معا اختارت، يطرد الوجهان في الرجعي، لأن تنفيذ الطلاق فيه لا يقتضى إبطال الخيار. و قد تقدم أن المعتقه لو طلقت تخيرت و اجتزأت بإكمال العده، و لعل المصنف إنما أطلقها هنا اعتمادا على ما سبق في كلامه، و أشار الى الاحتمال الثاني بقوله: (و وقوعه)، و أراد بقوله:

(احتمل إيقافه) كونه مراعى، أى: موقوفا عندنا لا موقوفا في نفسه.

قوله: (و لا يفتقر فسخ الأمه إلى الحاكم).

ثبوت هذا الفسخ بالنص (1) و الإجماع، و ليس فيه مده يتوقف ضربها على الحاكم، فلا- يتوقف إيقافه على مراجعه الحاكم و المرافعه إليه بحال.

قوله: (و لو أعتق الزوج و تحته أمه فلا خيار له، و لا لمولاه، و لا لزوجه حره كانت أو أمه، و لا لمولاه).

ما تقدم من ثبوت الخيار بالعتق إنما هو فيما إذا أعتقت الأمه المزوجه، أما العبد إذا أعتق فإنه لا خيار له عندنا، لأن الأصل في ثبوت هذا الخيار هو الخبر.

و ليست هذه الصور المنصوصه في شيء، على أن التخلص بالطلاق ثابت له دونها فلا معنى لثبوتها، و في وجهه للشافعيه أن له الخيار كما في الطرف الآخر على حد خيار العيب (2) و لا- فرق في ذلك بين أن يكون تحته أمه أو حره. و كما لا يثبت الخيار له كذا لا يثبت لمولاه، لانتفاء المقتضى. و كذا لا خيار لزوجه حره كانت أو أمه بطريق أولى، لزوال نقصه. و كذا لا خيار لمولى زوجته الأمه.

قوله: (و لو زوج عبده أمته ثم أعتقت أو أعتقا معا اختارت).

كما يثبت الخيار

ص: ١١٥

١- ١) التهذيب ٧: ٢٤١ حديث ١٣٩٤.

٢- ٢) المجموع ١٦: ٢٩٤.

و لو كانا لاثنين فأعتقا دفعه أو سبق عتقها أو مطلقا على رأى اختارت، للأمه إذا أعتقت و هى تحت غير من هو عبد لمولاها، كذا يثبت إذا أعتقت تحت عبده، للاشتراك فى المعنى، لعموم الأخبار الداله على ثبوت الخيار، و كذا لو أعتقا معا.

قوله: (و لو كانا لاثنين فأعتقا معا دفعه، أو سبق عتقها، أو مطلقا على رأى اختارت).

إذا كان العبد و الأمه المزوجان لاثنين فأعتقا معا دفعه تخيرت الأمه لعموم الأخبار الداله على ثبوت الخيار هنا.

و على القول بأنها إذا أعتقت تحت حر فلا- خيار لها فالخيار هنا منتف، لأن الفرض أن عتقها و عتقه حصلا فى زمان واحد، فلم يصادف حريتها عبوديته. أما لو سبق عتقها على عتقه فإن لها الخيار قطعاً، بخلاف ما لو سبق عتقه على عتقها، فإنها لا تتخير إذا أعتقت، إلا على القول بأنها تتخير إذا أعتقت تحت حر.

و هذه الأحكام كلها ظاهره بعد ما سبق بيانه، لكن فى عبارته المصنف مناقشات:

إحداها: إن حكم ما إذا تقدم عتقها قد سبق بيانه، و كذا حكم ما إذا تقدم عتقه، بل قد سبق ما يدل على حكمه بطريق أولى، و هو ما إذا أعتقت فلم تختر حتى عتق العبد، فأعاده ذلك عرى عن الفائده.

الثانيه: إن الإشاره بقوله: (على رأى) إلى الخلاف فى تخيرها تحت الحر، فإن أراد به التعلق بقوله: (مطلقاً) أو هم أن ما قبله لا خلاف فيه، لأن تخصيص هذا بذكر الخلاف مع إدراج المسألتين اللتين قبله معه فى جملة واحده، و جعل الجواب عن الجميع واحدا يشعر بانتفاء الخلاف فيهما، و لا- يستقيم عوده إلى الجميع، لأن الثانيه لا خلاف فيها، و لا عوده إلى الاولى، و الثالثه خاصه، لأن ذلك إلغاز، و كما يتخرج حكم هاتين على هذا الخلاف، فكذا حكم ما إذا زوج عبده أمته و أعتقهما دفعه، مع أنه لم يتعرض لذلك فيما سبق، و لا ريب أن نظم العبارة فى ذكر الخلاف غير حسن.

و يجوز أن يجعل عتق أمته مهرا لها.

و يلزم العقد إن قَدّم النكاح فيقول: تزوّجتك و أعتقتك و جعلت مهرك عتقك.

و في اشتراط قبولها، أو الاكتفاء بقوله: تزوّجتك و جعلت مهرك عتقك عن قوله: أعتقتك إشكال.

و لو قَدّم العتق كان لها الخيار، و قيل: لا خيار، لأنه تتمه الكلام، و قيل:

يقدم العتق، لأن تزويج الأمه باطل. الثالثة: قوله: (دفعه) وقع موقع الحال من الضمير في (أعتقا)، و قوله: (سبق عتقها) معطوف على (أعتقا) و هو ظاهر. و أما قوله: (مطلقا) فينبغي أن يكون حالا من الضمير في (أعتقا) المحذوف، أو مفعولا مطلقا لتكون الجملة معطوفة على ما قبلها.

هذا هو الظاهر، لكن حاصله على أنهما لو أعتقا عتقا مطلقا اختارت، و لا يخفى ما فيه، و المراد ظاهر، فإنه يريد أنه سواء سبق عتقها أو لم يسبق يتخير إلا أن العبارة ليست بتلك الفصيحة.

قوله: (و يجوز أن يجعل عتق أمته مهرا لها، و يلزم العقد إن قَدّم النكاح، فيقول: تزوّجتك و أعتقتك و جعلت مهرك عتقك، و في الاكتفاء بقوله:

تزوّجتك و جعلت مهرك عتقك عن قوله: أعتقتك إشكال. و لو قَدّم العتق كان لها الخيار، و قيل: لا خيار، لأنه تتمه الكلام، و قيل: يقدم العتق، لأن تزويج الأمه باطل).

من الأصول المقررة إن تزويج الرجل بأمته باطل، إلا إذا جعل عتقها مهرها، فإنه يجوز عند علماء أهل البيت عليهم السلام قاطبه.

قال في المختلف: لا نعرف فيه مخالفا من علمائنا (1)، و الأصل فيه أن النبي صَلَّى

ص: ١١٧

اللّه عليه وآله اصطفى صفيه بنت حى بن اخطب من ولد هارون عليه السلام فى فتح خيبر، ثم تزوجها و أعتقها و جعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضه (١). و قال أكثر العامه: إن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وآله (٢).

و النقل عن أهل البيت عليهم السلام فى ذلك مستفيض أو متواتر، روى محمد ابن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «أيا رجل شاء أن يعتق جاريتيه و يتزوجها و يجعل عتقها صداقها فعل» (٣).

و عن عبيد بن زراره عن الصادق عليه السلام قال: قلت: رجل قال لجاريتيه:

أعتقتك و جعلت عتقك مهر ك، قال: فقال: «جائر» (٤).

و عن الباقر عليه السلام: «إن عليا عليه السلام كان يقول: إن شاء الرجل أعتق أم ولده و جعل مهرها عتقها» (٥)، و غير ذلك من الاخبار الكثيره (٦).

و قد أورد المحقق ابن سعيد فى النكت سؤالات و أجاب عنها، حاصلها أنه كيف يجوز أن يتزوج جاريتيه، و كيف يتحقق الإيجاب و القبول و هى مملوكه، ثم المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد و مع تقدم التزويج لا يكون متحققا، ثم يلوح منه الدور، فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذى هو العتق، و العتق لا يتحقق إلا بعد العقد.

الجواب: إذا كان العتق يحصل مع العقد لم يستبعد صحته، و إنما يمتنع لو كانت الرقيه باقيه، و لا بعد فى العقد و هى مملوكه إذا كانت الرقيه غير مستقره معه، فإنه كما جاز أن يعقد لغيره عليها، لعدم ملك ذلك الغير، جاز أن يعقد عليها لنفسه،

ص: ١١٨

١- ١) سنن أبى داود ٢: ٢٢١ حديث ٢٠٥٤، سنن البيهقى ٧: ٥٨.

٢- ٢) الخصائص الكبرى ٢: ٢٤٧، سنن البيهقى ٧: ١٢٨.

٣- ٣) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٦، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٦.

٤- ٤) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧.

٥- ٥) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٨، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٨.

٦- ٦) الكافي ٥: ٧٤٥ حديث ٥-١، [١] التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧١٠، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٦٠.

لعدم استقرار ملكه فإنها تصير حرة معه.

و أما وجوب تحقق المهر قبل العقد فممنوع، و لم لا يجوز أن يكتفى بمقارنه العقد، و هو هنا كذلك، فإن المهر العتق و هو يقارن العقد، سواء تقدم تزويج أو تأخر.

و الدور غير لازم، لأننا نمنع توقف العقد على المهر، نعم يستلزمه و لا ينفك منه.

و العقد على الأمه جائز فى نفسه، و هى صالحه لأن تكون مهرا لغيرها، فلم لا يجوز جعلها أو جعل فك ملكها مهرا لها، و لو سلمنا منافاه هذه المسأله للأصول، فقد ورد النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام على وجه لا يمكن رده فوجب المصير إليها، و تصير أصلا بنفسها كما صارت ضرب الديه على العاقله أصلا، ثم هنا مباحث.

لأنه إما أن يشترط قبولها أو لا، و إما أن يكتفى بقوله: تزوجتك و جعلت مهرك عتقك عن قوله: أعتقتك أو لا. و إما أن يعتبر تقديم النكاح أولا.

الأول: ذكر المصنف فى اشتراط القبول اشكالا، و منشؤه: من أنه عقد نكاح فاشترط فيه القبول كسائر العقود اللازمه، لأن العقد فى عرف أهل الشرع هو انه مركب من الإيجاب و القبول.

لا يقال: هى فى حال إيقاع العقد رقيقه فكيف يعتبر قبولها.

لأننا نقول: هى فى حكم الحره، حيث انها مع تمامه تصير حرة فرقيتها غير مستقره، و لو لا ذلك امتنع تزويجها من رأس.

بل قد يقال: إن الواقع من المولى هو القبول، لأن إيجاب النكاح إنما يكون من طرف الزوجه، فيعتبر وقوع لفظ من طرفها يكون به تمام العقد.

و من أن المستند فى شرعيه هذا العقد هو النقل المستفيض، و ليس فى شىء منه ما يدل على اعتبار القبول. و الأصل فى الباب ما فعله النبى صَلَّى الله عليه و آله



بصفيه (١)، و لم ينقل قبولها، و لو وقع لنقل إذ هو من الأحكام التي يضطر إليها، و ليس من خصائصه، لتوقف الحكم بذلك على البيان، لثبوت التأسى فى كل ما لم يثبت أنه من خصائصه كما بين فى الأصول.

و لأن حل الوطاء مملوك له فهو بمنزله التزويج، فإذا أعتقها و تزوجها و جعل العتق مهرها، كان فى معنى استثناء بقاء الحل من مقتضيات العتق، لأن مقتضاه بدون ذلك التحريم. و المتجه الاكتفاء بالصيغه المنقوله من غير توقف على أمر آخر.

و قد أسلفنا و جوب المصير إلى ما دل عليه النقل من غير ملاحظه لمنافاه الأصول المقرره و بينا أن ذلك أصل برأسه ثبت بدلائل يقتضيه، و هو خيره المصنف فى المختلف (٢)، على أن القبول لو اعتبر لم يتم به العقد، لخلوه حينئذ عن الإيجاب.

نعم الأحوط اعتباره خروجاً عن حيظه الاحتمال، فيعتبر وقوعه على الفور بالعربيه على نهج سائر العقود اللازمه.

الثانى: هل يكفى قوله: تزوجتك و جعلت مهرك عتقك عن قوله: أعتقتك:

ذكر المصنف فيه إشكال أيضاً، و منشؤه: من أن المفهوم من الأخبار (٣)، و كلام الأصحاب (٤) ذلك، بل قد صرح به جماعه (٥) منهم المصنف (٤)، و يؤيده أنه لو أمهر امرأه ثوباً فقال لها: تزوجتك و جعلت مهرك هذا الثوب فإنها تملكه بتمام العقد من غير احتياج إلى صيغه تملك.

و كذا إذا جعل العتق مهراً فإنها تملك نفسها، فلا حاجه الى صيغه أخرى

ص: ١٢٠

١- (١) صحيح مسلم ١٠٤٥: ٢، سنن الترمذى ٣: ٤٢٣ حديث ١١١٥، سنن ابن ماجه ١: ٦٢٩ حديث ١٩٥٨.

٢- (٢) المختلف: ٥٧٣.

٣- (٣) الفقيه ٣: ٣٦١ حديث ١٢٤٤، التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧١٠، الاستبصار ٣: ٢١٠ حديث ٧٦٠.

٤- (٤) المفيد فى المقنعه: ٨٥، و أبو الصلاح الحلبي فى الكافى فى الفقه: ٣١٧.

٥- (٥) منهم الشيخ فى النهايه: ٤٩٧، و ابن البراج فى المهذب ٢: ٢٤٧.

٦- (٦) المختلف: ٥٧٢.

للعق، على أن أسباب العتق غير منحصره في صيغه كما في التنكيل.

و قد نوقش قولهم: تملك نفسها، بأن الملك اضافه لا بد فيها من تغاير المتضايين بالذات، و هي مناقشه فارغه، فإن المراد من ذلك المجاز، من حيث حصول غايه الملك، و هو مجاز شائع واقع في كلامهم عليهم السلام، و مثله كثير في كلام الفقهاء.

و من أن العتق لا يقع إلا بالصيغه الصريحه، و هي التحرير أو الإعتاق على قول، و لم يوجد أحدهما، و لأن الأصل بقاء الملك إلى أن يعلم المزيل.

و إلى هذا ذهب المفيد (١)، و أبو الصلاح (٢).

و قد يجاب عن هذا بما سبق غير مره، و هو أن بناء هذا على مخالفه الأصول المقرره، فلا يناقش في شيء من جهات مخالفته، بعد ثبوته بالنص (٣) الذي لا سبيل إلى رده، و قوه هذا ظاهره.

و إلى هذين المبحثين أشار المصنف بقوله: (و في اشتراط قبولها- إلى قوله- إشكال)، إلا- أن العبارة لا- تخلو من مناقشه، فإن المتبادر منها أن طرفي الإشكال اشتراط القبول و الاكتفاء بقوله تزوجتك إلى آخره، و ليس كذلك، بل كل منهما مسأله مستقله فيها اشكال، و الطرف المقابل محذوف تقديره: و في اشتراط قبولها و عدمه و كذا الأخرى.

الثالث: اختلف الأصحاب في اشتراط تقديم التزويج على العتق و عكسه، و جواز كل منهما، و المشهور بين الأصحاب اشتراط تقديم التزويج، اختاره الشيخ في النهايه (٤) و جماعه من الأصحاب (٥)، لروايه محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام: في الرجل يقول لجاريته: قد أعتقتك و جعلت صداقك عتقك، قال: «جاز العتق، و الأمر

ص: ١٢١

١- ١) المقنعه: ٨٥.

٢- ٢) الكافي في الفقه: ٣١٧.

٣- ٣) صحيح مسلم ١٠٤٥: ٢.

٤- ٤) النهايه: ٤٩٧. [١]

٥- ٥) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٤٧، و ابن حمزه في الوسيله: ٣٥٩. [٢]

إليها إن شاءت زوجته نفسها و إن شاءت لم تفعل، فإن زوجته نفسها فأجب له أن يعطيها شيئاً» (١).

و عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل قال لأيمته: أعتقتك و جعلت مهر ك عتقتك فقال: «عتقت و هي بالخيار إن شاءت تزوجته و إن شاءت فلا، فإن تزوجته فليعطيها شيئاً، و إن قال: قد تزوجتك و جعلت مهر ك عتقتك فإن النكاح واقع و لا يعطيها شيئاً» (٢).

و فى دلالتهما على مطلوب الشيخ نظر، لأن القول بالصحة على تقدير تقديم العتق إنما هو مع التصريح بلفظ التزويج، هو منتف فى الروايتين، فإن قوله: أعتقتك و جعلت مهر ك عتقتك ليس فيه صيغه تزويج، و المتنازع فيه ما إذا أتى بلفظ العتق و التزويج معا لكنه قدّم العتق، و أحدهما غير الآخر.

و قال جماعه: إنه لو قدّم العتق على التزويج يقع لازماً، لأن هذا الكلام واحد، و الكلام إنما يتم بآخره، فلا يقع العتق بدون التزويج، كما لو قال: أعتقتك و عليك خدمه سنة فإنه يقع العتق و يلزم الخدمه. و لما رواه عبيد بن زراره عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل قال لجاريته: أعتقتك و جعلت عتقتك مهر ك، قال: فقال: «جائز» (٣).

لا- يقال: لا دلالة فى الروايه على المطلوب، لأن الجواب فيها الجواز و المتنازع فيه اللزوم، و لأنها خالية عن ذكر التزويج، فما دلت عليه لا قائل به.

لأننا نقول: المتعارف فى مثل هذا الجواز إرادته الصحة، لأن السؤال إنما هو عن حكم هذا العقد من حيث صحته و فساده، فإذا أوجب بالجواز كان معناه الصحة لا محاله، و هذا شائع شهير.

ص: ١٢٢

١- ١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢٠١ حديث ٧٥٩.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢٦١ حديث ١٢٤٤، التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧١٠.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٧٦ حديث ٣، التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧.

و لا- ريب أنه يلزم من صحته أن يكون جائزا غير ممنوع منه، و يمتنع أن يراد بالجواز التزلزل، لأن النكاح على هذا التقدير غير متزلزل، و إنما هو غير واقع أصلا.

و أما خلوها عن لفظ التزويج فغير قادح، لأن اعتبار لفظه (أمر) لا خفاء فيه، و لعل السائل اعتمد على ظهوره و اقتصر في السؤال على موضع الحاجة.

و رواه محمد بن مسلم السالفه (١) تضمنت لفظ العتق و التزويج معا، فتكون شاهدا على ذلك، و إلى هذا القول أشار المصنف بقوله: (و قيل: لا خيار لها).

و ذهب المفيد (٢)، و الشيخ في الخلاف (٣) إلى اشتراط تقديم العتق. و يحكى عن ظاهر أبي الصلاح (٤)، و اختاره المصنف في المختلف (٥)، لأن نكاح الأمه باطل. و يضعف بأن الكلام إنما يتم بآخره، و لو لا ذلك لم يصح جعل العتق مهرا. و لأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغه امتنع اعتباره في التزويج المأتي به بعده، فلا بد من الاعتراف بعدم الفرق بين التزويج و العتق، و إلى هذا ذهب بعض المتأخرين من الأصحاب (٦).

فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال، أصحها الأخير. ثم عد إلى عبارته الكتاب و اعلم أن قوله: (و لو قدّم العتق كان لها الخيار) من تتمه قوله: (و يلزم العقد إن قدم النكاح) و ما بينهما اعتراض.

فإن قيل: الذي يراد بأن لها الاعتراض في هذه الحالة، مع أنه على القول بأن القبول شرط متى لم يقبل يثبت لها الخيار.

قلنا: المراد إن العتق به إذا قدّم نفذ برأسه، فيبقى النكاح موكولا إلى رضاها و إن لم نقل باشتراط القبول.

ص: ١٢٣

١- ١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٦، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٦.

٢- ٢) المقنعه: ٨٥.

٣- ٣) الخلاف ٢: ٢٠٨ مسألة ٢٢ كتاب العتق.

٤- ٤) الكافي في الفقه: ٣١٧.

٥- ٥) المختلف: ٥٧٣.

٦- ٦) منهم الشهيد في اللمعه: ١٩٤. [١]

و لو جعل ذلك في أمه الغير، فإن نفذنا عتق المرتهن مع الإجازة فالأقرب هنا الصحة، وإلا فلا. فعلى هذا لو قَدّم التزويج وقع لازماً بنفسه، بناء على أن القبول غير شرط.

و الحاصل أنه على المختار مجموع العتق و التزويج صيغته واحده، لا يترتب شيء من مقتضياتها إلا على مجموعها.

و على اعتبار تقديم التزويج فالعتق و النكاح كل منهما صيغته برأسها منضمه إلى الأخرى، فإذا قَدّم التزويج امتنع نفوذه بدون العتق، لأن عقده على مملوكته ممتنع، و إن قَدّم العتق نفذ، لانتفاء المانع فتصير حره فتتخير في النكاح.

و قوله: (و قيل: لا خيار) الظاهر أنه القول الذي حكاه المصنف و المحقق ابن سعيد (١) عن بعض الأصحاب، و هو التخيير في تقديم أى الأمرين كان من العتق و التزويج، و هو القول الثالث فيما حكيناه.

و قد جعل الشارح الفاضل ولد المصنف (٢) هذا قول أبى الصلاح، و ليس بجيد، لأن قول أبى الصلاح اشتراط تقديم العتق، و جعل القولين واحداً خلافاً ظاهر العبارة، لأن عطف أحدهما على الآخر يقتضى تعادلها و تباينهما، و تعليله أيضاً ينافى القول باشتراط تقديم العتق.

فإن اعتبار كونه تتمه الكلام ينافى اشتراط تقديم واحد، لأن الصيغته حينئذ تكون واحده، نعم في حكاية المصنف لهذا القول قصور، حيث جعل القول عدم الخيار على تقدير تقديم العتق، و كان الأنسب أن يقول: و قيل لا يشترط تقديم شيء منهما بعينه ليرتفع اللبس.

قوله: (و لو جعل ذلك في أمه الغير، فإن أنفذنا عتق المرتهن مع الإجازة فالأقرب هنا الصحة، وإلا فلا).

الذى ورد به

ص: ١٢٤

١- (١) الشرائع ٣: ١١٢.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٣: ١٥٥.

النص (١) من إعتاق الأئمه و تزويجها و جعل عتقها مهرها إنما هو في مملوكه المعتق، أما مملوكه الغير فإن إعتاقها و تزويجها كذلك لا نص فيه بالصحة و لا بالفساد، و البحث عن ذلك ينحصر في أمرين:

أحدهما: العتق، و لا- ريب أنه لا- يقع نافذا بنفسه، لأنها مملوكه الغير و لا- متزلزلا، فإن العتق لا بتناؤه على التغليب لا- يتصور فيه ذلك، فلم يبق إلا الحكم ببطلانه جزما، أو التوقف في الحكم بصحته و بطلانه على وقوع الإجازة من المالك و عدمه، فإن أجاز تبين نفوذه من حين وقوعه، و إلا تبين عدمه.

و قد بنى المصنف الوجهين هنا على القولين في عتق المرتهن المملوك المرهون مع إجازة المولى، لأن العتق في كل من الموضوعين واقع على مملوك الغير، فعلى القول بالبطلان في عتق المرتهن فلا شك في البطلان هنا، و على القول بالصحة فيه ففي صحة العتق هنا وجهان، الأقرب منهما عند المصنف الصحة.

و وجه القرب أن العتق من القرب التي اشتدت عنايه الشارع بها، و هو مبنى على التغليب، و لا مانع منه إلا حق الغير، و هذا المانع زائل بالإجازة.

و الثاني: العدم و إن قلنا بالصحة هناك، و الفرق من وجهين:

أحدهما: إن علاقه الرهن في معنى علاقه الملك، لأنها تثبت للمرتهن سلطانا على المرهون، فيمكن أن يكون ذلك مصححا للعتق مع الإجازة و هي منتفيه هنا.

و الآخر: إنه قد جعل عتق مملوكه الغير مهرا لنكاحها، و في صحة جعل بعض مال الغير أو كله مهرا للنكاح بالإجازة من المالك منع ظاهر، و هذا منتف في عتق المرتهن، فعلى هذا الأصح البطلان هنا و إن قلنا بالصحة هناك.

الثاني: حكم النكاح و لم يتعرض المصنف إليه، لظهور حكمه، و جملة الأمر فيه

ص: ١٢٥

إنه إذا وقع مستكملاً للإيجاب و القبول المعتبرين كان نكاحاً فضولياً يتوقف على إجازة المالك، فيصح معها و يبطل بالرد.

و لا- يؤثر فيه بطلان العتق، لأن فساد المهر لا يقتضى فساد النكاح. نعم متى حكمنا ببطلان العتق فلا بد لصحة النكاح من كون العاقد بحيث يسوغ له نكاح الأمه.

و اعلم أن قول المصنف: (فالأقرب هنا الصحة) يريد به ترجيح الصحة، تفرعاً على القول بنفوذ عتق المرتهن مع الإجازة، لا الترجيح للحكم فى نفسه بحسب الواقع، و هو ظاهر.

و قوله: (و إلا- فلا-) معطوف على الجملة الشرطية قبله و هى قوله: (فإن أنفذنا). و معناه: أنا إذا لم ننفذ عتق المرتهن مع الإجازة لا نصحح العتق هنا، ثم تنبه لشيء و هو: إن الشارح الفاضل بنى الحكم فى المهر هنا- و هو العتق- على مقدمتين:

إحدهما عتق المرتهن، و الأخرى أن المجهول عتقها مهراً هل المهر هو العتق ابتداءً، أو هو تملكها لرقبتها و يتبعه العتق، كما لو تزوج جاريه غيره و جعل أباً سيدها المملوك مهراً لها، فإنه إذا أجاز السيد النكاح دخل أبوه فى ملكه فاعتق عليه.

و الذى يقتضيه صحيح النظر صادق التأمل أن هذا ليس من مسألتنا فى شيء، لأن العتق فى هذا الفرض واقع بلفظ صريح و عبارته تخصه، و ليس من الأمور الحاصلة بالتبعيه فى شيء، و مع ذلك فصريح اللفظ أن المهر حقيقه هو العتق، و التعبير بتمليك الجاربه رقبته من الأمور المجازيه كما حققناه.

و قد أبطله الشارح فى كلامه قبل هذا، فكيف يجعله هنا مقدمه للحكم فى هذه المسأله.

لا يقال: إنه إنما بنى عليه على زعمهم و إن كان غير صحيح فى نفسه.

لأننا نقول: قد بينا أنهم لا يريدون بذلك إلا المجاز، فلا يعتد بهذا البناء.

و الأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهرا، و يسرى العتق خاصه. قوله: (و الأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهرا و يسرى العتق خاصه).

المنصوص هو ما إذا تزوج مملوكته و أعتقها و جعل عتق جميعها صداقها، و المفروض هنا هو ما إذا تزوجها و أعتق نصفها و جعل عتق النصف صداقها، و فى صحه النكاح و العتق كذلك و جهان، أقربهما عند المصنف الصحه. أما العتق فى نفسه فإنه يصح إيقاعه على البعض و على الكل من غير تفاوت.

و لا- يتخيل مانع إلاّ ضمه إلى النكاح، و مانع ذلك منتفیه بالأصل. و أما جعل عتق البعض مهرا فإنه لا فرق بينه و بين جعل عتق الجميع مهرا، إذ لا فرق بين جعل جميع الجاربه مهرا، و بين جعل بعضها، إما على الانفراد أو مع ضميمة شىء آخر، فكما أنه لا فرق بين الكل و البعض فى الثانى فكذا لا فرق فى الأول و أما التزويج فإن صحته دائره مع صحه العتق، فمتى حكم بصحه عتق البعض سرى إلى الجميع فصح النكاح.

و الثانى: العدم، لأن الحكم فى هذا الباب بالنسبه إلى العتق و النكاح ثبت على خلاف الأصل مع قيام المانع لو لا- النص المستفيض، فيجب الاقتصار فيه على الصوره المنصوصه اقتصارا فى المخالفه على مورد النص، و هذا أقوى.

و قول المصنف: (و يسرى العتق خاصه) يريد به ثبوت السرايه لا محاله، لأنه قد باشر عتق بعضها، و السرايه ثابتة فى كل موضع تحققت مباشره عتق شىء من المملوك، لعموم قوله عليه السلام: «من أعتق شقصا من عبد سرى عليه العتق» (1).

و لو لا الحكم بالسرايه لم يصح النكاح، لأن ملكه للبعض يمنع صحه النكاح.

ص: ١٢٧



و لو كان بعضها حرا فجعل عتق نصيبه مهرا صح، و يشترط هنا القبول قطعاً. و أشار بقوله: (خاصه) إلى أن السرايه إنما هي للعتق دون المهر فتصير جميعها حرا، و المهر هو النصف خاصه، و فائده ذلك تظهر فيما إذا طلقها قبل الدخول فإن ربعها يرجع رقا في قول، و في قول آخر تسعى في قيمه الربع.

و اعلم أن الشارح الفاضل ذكر هنا أنه على قول من يقول إن المهر هو تمليك الجاربه رقبته تملك نصف رقبته و يعتق عليه و لا سرايه هنا بل تسعى في قيمه نصفها (1)، و ما ذكره غير موجه.

أما أولاً، فلأن جعل المهر هنا تمليك الجاربه رقبته أمر لا حقيقه له و قد بينا ما فيه.

و أما ثانياً، فلأنه على هذا التقدير يجب أن لا يصح النكاح، لأن تزويج السيد بأتمه غير جائز قطعاً، و على هذا التقدير يبقى نصفها رقا حقيقه، و عتقه موقوف على السعى. و إنما يكون ذلك مع نفوذ العتق في النصف، و إنما ينفذ مع صحه التزويج، و على هذا فيلزم صحه نكاح السيد لأتمه، و هو معلوم البطلان. و إنما صححناه في صورته كون عتق الجميع مهراً، لأن التزويج و العتق يقعان معا كما تقدم.

قوله: (و لو كان بعضها حرا فجعل عتق نصيبه مهرا صح، فيشترط هنا القبول قطعاً).

أى: لو كان بعض المملوكه حرا فأعتق السيد نصيبه منها، و تزوجها و جعل عتق النصيب مهرا صح، و ذلك لأنه إذا صح العتق و التزويج في الأمه المحضه ففي بعضها حر أولى، لأن الملك مانع من التزويج، و إنما صح في الأمه المحضه على

ص: ١٢٨

١-١) إيضاح الفوائد ١٥٧: ٣.

و لو كانت مشتركه مع الغير،فتزوجها و جعل عتق نصيبه مهرا، فالأقرب الصحه، و يسرى العتق. و لا اعتبار برضى الشريك، خلاف الأصل.

و لا- ريب أن المانع فى المبعضه أضعف منه فى المحضه، فحيث دلت النصوص (1) على الثبوت مع المانع الأقوى فمع الأضعف أولى، لكن هنا يشترط القبول قطعا، نظرا إلى أن بعض الحر لا سلطنه للمولى عليه.

فثبوت النكاح بالنسبه إليه يتوقف على رضاها، لكن ينبغى أن يكون المعتبر وقوعه منها هو الإيجاب ليتحقق العقد بكماله.

و لعل المصنف عبّر عنه بالقبول مجازا، و حاول بتقديم قوله: (هنا) على (القبول) التنبيه على أن اشتراط القبول فى هذه المسأله مقطوع به، بخلاف ما تقدم.

و اعلم أن دعوى الأولويه فى الفرض المذكور محل نظر، فإن لقائل أن يقول:

لم لا يجوز أن يكون المقتضى لصحه ذلك فى الأمه المحضه معنى موجود هناك خاصه، مثل أن يكون التزويج بالأمه على هذا الوجه ملحوظا فيه أنه فى معنى استثناء حل الوطء من مقتضيات عتقها و ما جرى هذا المجرى، و ذلك منتف فى الفرض المذكور، و قد كان قبل هذا العقد حراما، فيستصحب الى أن يثبت السبب المقتضى للحل شرعا.

قوله: (و لو كانت مشتركه مع الغير، فتزوجها و جعل عتق نصيبه مهرا، فالأقرب الصحه و يسرى العتق و لا اعتبار برضى الشريك).

لو كانت الأمه مشتركه بين اثنين فصاعدا، فتزوجها أحدهما و أعتق نصيبه و جعل عتق نصيبه مهرا ففى صحه ذلك وجهان:

أقربهما عند المصنف الصحه، وجه القرب وجود المقتضى و انتفاء المانع، أما

ص: ١٢٩

---

١- (١) التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، الاستبصار ٣: ٢٠٩ حديث ٧٥٧، سنن أبى داود ٢: ٢٢١، سنن البيهقى ٧: ١٢٨.

المقتضى بالنسبة إلى العتق فظاهر، فإن مباشره عتق نصيبه يقتضى وقوع العتق عليه قطعاً، ويسرى العتق إلى باقيها بمقتضى النصوص المنقوله فى هذا الباب (١)، فيحصل عتق جميعها فى زمان واحد.

لكن إنما يتم هذا إذا قلنا بعدم توقف السرايه على الأداء، سواء قلنا بأن العتق يحكم به بدون الأداء أو قلنا بأنه كاشف.

أما إذا قلنا بأنه يتوقف عليه تأثيراً فلا يستقيم الحكم بصحة النكاح لتحقق وقوع العقد على مملوكه الغير فيكون فضولياً فلا يقع العتق، لأنه إنما يقع مع وقوع النكاح صحيحاً، لأنه مهر فتبطل السرايه، فليأمل ذلك و لينظر قول الشارح الفاضل (٢) بالصحة على القول باعتبار الأداء إذا أدى.

و أما المقتضى بالنسبة إلى التزويج فهو العقد الصادر من أهله فى محله.

أما الأول، فلأن المفروض أن المولى أهل لإنشاء عقد النكاح.

و أما الثانى، فلأن إيقاع العقد على التى قد وجد سبب حريتها و صارت بحكم الحره، بحيث ان تزويجها و حريتها يشتان دفعه واحده، صحيح على ما سبق بيانه فى أول المباحث فيكون محلاً للعقد لا محاله.

و أما انتفاء المانع فلأنه ليس إلا شركه الغير، و هى غير صالحه للمانع، لأنها زائله بالسرايه. و بهذا البيان يظهر أنه لا يعتبر رضى الشريك حيث ان شركته زائله، أما رضاها فإن اعتباره دائر مع اعتبار رضى المملوكه غير المشتركه، فإن اعتبرناه ثم اعتبر هنا، و إلا فلا، لأن هذه فى معنى المملوكه، إذ السرايه فرع انتقال حصه الشريك الى المعتق.

و ما قيل من أنه على تقدير عدم اعتبار رضاها يلزم الدور، لأن صحة النكاح

ص: ١٣٠

١-١) سنن البيهقى ٢٧٥: ١٠.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١٥٨: ٣.

و كذا لا اعتبار برضاه لو جعل الجميع مهرا، أو جعل نصيب الشريك خاصه. و لو أعتق جميع جاريته و جعل عتق بعضها مهرا أو بالعكس، صح الجميع. يكون بسبب العتق و سببه ضعيف، لأن الصيغه سبب فيهما معا و يقعان دفعه.

و الثانى من الوجهين عدم الصحه، لأنه خروج عن صورته النص.

و فى بعض المقدمات السابقه نظر، فإن كون الشركه محلا للعقد فى محل المنع، فكيف يعتد بالعقد على أمه الغير مع طروء المزيل للملك بتمام العقد، و المتجه عدم الصحه. و يناسب أن يكون قول المصنف: (و يسرى العتق) بعد قوله: (فالأقرب الصحه) إشاره إلى المصحح، لأن الحكم بالصحه إنما يكون بعد تحقق السريان، فلا معنى للتعرض لبيانه بالاستقلال بعد الحكم بالصحه.

قوله: (و كذا لا اعتبار برضاه لو جعل الجميع مهرا، أو جعل نصيب الشريك خاصه).

أى: كما أنه لا اعتبار برضى الشريك فى الصوره السابقه، و هى ما إذا أعتق حصته و جعل عتقها مهرا للنكاح، فكذا لا اعتبار برضاه لو أعتق حصته و تزوج الأمه و جعل عتق الجميع مهرا لها، أو جعل عتق حصه الشريك خاصه مهرا، و ذلك لأن المجعول مهرا إنما يصير كذلك إذا كمل العقد، و فى ذلك الوقت يتحقق انتقال حصه الشريك إلى المعتق، و لا يكون لاعتبار رضاه وجه أصلا.

قوله: (و لو أعتق جميع جاريته و جعل عتق بعضها مهرا أو بالعكس صح الجميع).

هاتان صورتان مغايرتان لمورد النص:

إحداهما: أن يعتق جميع مملوكته و يجعل عتق بعضها كنصفها مهرا لنكاحها، بحيث يأتى بالصيغه المعتره فى ذلك بكمالها.

و ليس الاستيلاء عتقا و إن منع من بيعها، لكن لو مات مولاها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في الباقي.

و قيل: يلزم الولد السعي، و الثانيه: أن يعتقها و يتزوجها و يجعل عتق جميعها بعض المهر، بأن يضمه إلى شيء آخر كثوب و شبهه، و هذه هي التي أشار إليها بقوله: (أو بالعكس) و قد حكم بالصحة فيهما معا.

أما الأولى فلأنه كما يجوز أن يكون جميع الأمه و بعضها مهرا لغيرها، فكذا يجوز أن يكون عتق جميعها و بعضها مهرا لها من غير تفاوت.

و أما الثانيه، فلأنه كما يجوز جعلها مهرا يجوز جعلها بعض المهر، لأن المهر يقبل الكثره و القله. و يحتمل عدم الصحة، لأن الحكم في هذا الباب يثبت على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص (1).

فائده: إذا قلنا بالبطلان في هذه الصوره، فما حال العتق؟ الذي يقتضى النظر بطلانه، لأنه لم يعتقها مجانا قطعا، بل على أنها زوجه، و أن العتق مهرا و قد فات ذلك فيمتنع نفوذه وحده، لأنه خلاف مقصوده، و لأن في ذلك ضررا ظاهرا له.

قوله: (و ليس الاستيلاء عتقا و إن منع من بيعها، لكن لو مات مولاها عتقت من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب سعت في الباقي، و قيل يلزم الولد السعي).

لا ريب أن استيلاء الأمه المملوكه ليس عتقا لها و إن منع من بيعها، فإنه لا يجوز بيع أم الولد ما دام الولد حيا اتفاقا إلا في مواضع مستثناه في كلام الفقهاء، لكن لو مات المولى عتقت من نصيب ولدها، و ذلك لأنها بدخول بعضها في ملكه بالإرث حيث يكون معه وارث آخر يقوم عليه من نصيبه و يعتق، و سيأتي بيان ذلك كله في

ص: ١٣٢

١ - (١) انظر: التهذيب ٨: ٢٠١ حديث ٧٠٧، سنن ابى داود ٢: ٢٢١ حديث ٢٠٥٤، سنن البيهقي ٧: ١٢٨.

فإن مات ولدها و أبوه حى عادت الى محض الرق و جاز بيعها، موضعه إن شاء الله تعالى. هذا إذا وفى النصيب بقيمتها.

فإن عجز النصيب فلأصحاب قولان:

أحدهما-:و إليه ذهب الأكثر كالمفيد (١)،و ابن إدريس (٢)،و المصنف-أنها تستسعى فى الباقي من قيمتها لمن عدا الولد،و لا يجب على الولد السعى،لانتفاء المقتضى.

و الثانى:-و اختاره ابن حمزه (٣)-أنه يجب عليه السعى،و قريب منه قول الشيخ فى المبسوط فإنه أوجب على الولد فكها من ماله (٤)،و قال فى النهايه بوجوب السعى على الولد إذا كان ثمنها دينا على مولاها و لم يخلف غيرها (٥).و سيأتى إن شاء الله تعالى تحقيق المسأله و دلائلها،و بيان أن الأصح من القولين هو الأول.

فإن قيل:ليست هذه المسأله من هذا الباب فى شىء،فأى وجه لذكرها،ثم أى وجه لذكرها فى دليل عتق الأمه و تزويجها و جعل عتقها مهرها.

قلنا:إنه إنما ذكرها هنا لىبنى عليها ما سيأتى من قوله:(و لو كان ثمنها دينا). فإن هذه من مسائل الباب و هى من مسائل الاستيلاء،فيناسب أن يذكر حكم الاستيلاء أولا ليكون مقدمه لذلك.

قوله:(فإن مات ولدها و أبوه حى عادت إلى محض الرق و جاز بيعها).

تطابق النص (٦)و الإجماع هنا على أن أم الولد إذا مات ولدها و أبوه حى عادت

ص:١٣٣

١-١)المقنعه:٩٣.

٢-٢) السرائر:٣٤٨.

٣-٣) الوسيله:٤٠٨. [١]

٤-٤) المبسوط ١٨٥:٦. [٢]

٥-٥) النهايه:٥٤٧. [٣]

٦-٦) التهذيب ٢٠٦:٨ حديث ٧٢٨.

و يجوز أيضا بيعها في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاها سواها.

وقيل: لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها، وإن لم يكن ثمنها لها، إلى محض الرق، وإنما قيد بكون أبيه حيا، لأن موت أبيه بعد موت ابنه لا يؤثر شيئا، لأنها تعتق على الولد إذا مات أبوه كما علم.

و أراد بقوله: (عادت إلى محض الرق) انقطاع العلاقة التي تشبثت بها، على أن يكون وسيله إلى العتق اعنى الاستيلاد، فإنها وإن كانت مع هذه العلاقة رقيقه محضه إلا أنها لتشبثها بسبب الحريه كأنها حره و أن رقيتها صارت ضعيفه، و حينئذ فيجوز بيعها.

قوله: (و يجوز أيضا بيعها في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاها سواها، و قيل: لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها و إن لم يكن ثمنها لها).

أجمع الأصحاب على أن أم الولد تباع في ثمن رقبتها إذا كان دينها على مولاها و لم يكن له سواها، و الأخبار في ذلك كثيرة. روى عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: «نعم في ثمن رقبتها» (١).

و عن أبي إبراهيم عليه السلام و قد سئل لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: «في فكاك رقابهن»، قيل: و كيف ذاك؟ قال: «أبما رجل اشترى جاريه فأولدها، ثم لم يؤد ثمنها و لم يدع من المال ما يؤدي عنه، أخذ ولدها منها و بيعت فأدى عنها»، قلت: فيبعت فيما سوى ذلك من دين؟ قال: «لا» (٢).

ص: ١٣٤

١- ١) الكافي ١٩٢: ٦ حديث ٢، [١] التهذيب ٨: ٢٣٨ حديث ٨٥٩.

٢- ٢) الكافي ١٩٣: ٦ حديث ٥، [٢] الفقيه ٣: ٨٣ حديث ٢٩٩، التهذيب ٨: ٢٣٨ حديث ٨٦٢.

و لو كان ثمنها ديناً فأعتقها و جعل عتقها مهرها و تزوجها و أولدها و أفلس به و مات صح العتق، و لا سبيل عليها و لا على ولدها على رأى.

و تحمل الروايه بعود الرق على وقوعه فى المرض. و القول المحكى فى العبارة قول ابن حمزه (1)، و هو ضعيف، و فى الروايه المتقدمه تصريح بذلك (2).

قوله: (و لو كان ثمنها ديناً فأعتقها و جعل عتقها مهرها و تزوجها و أولدها و أفلس به و مات صح العتق، و لا سبيل عليها و لا على ولدها على رأى، و تحمل الروايه بعود الرق على وقوعه فى المرض).

ما اختاره المصنف هو اختيار ابن إدريس (3)، و المحقق ابن سعيد (4)، و جمع من المتأخرين (5)، و هو الأصح، لأن العتق و التزويج صدرا من أهلها فى محلها، فوجب الحكم بصحتها و عدم الالتفات الى ما يدل على خلاف ذلك، فإن ذلك من الأمور القطعيه التى تشهد له الأصول الفقهيه، و كذا القول بحريه ولدها و كونه نسباً.

و ذهب الشيخ فى النهايه إلى بطلان العتق و عودها رقاً لمولاه الأول و ان ولدها رق (6)، و هو اختيار ابن الجنييد (7)، و ابن البراج (8).

ص: ١٣٥

١- ١) الوسيله: ٤٠٨.

٢- ٢) الكافي ١٩٢: ٦ حديث ٢، [١] التهذيب ٨: ٢٣٨ حديث ٨٥٩.

٣- ٣) السرائر: ٣٤٦.

٤- ٤) الشرائع ٣١٢: ٢.

٥- ٥) انظر: إيضاح الفوائد ٣: ١٥٩، التنقيح الرائع ٣: ١٥٨. [٢]

٦- ٦) النهايه: ٥٤٤. [٣]

٧- ٧) نقله عنه فخر المحققين فى الإيضاح ٣: ١٥٩.

٨- ٨) المهذب ٢: ٣٦١.



والمستند صحيحه هشام بن سالم عن أبي بصير قال: قال أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر في رجل باع من رجل جاريه بكرا إلى سنة، فلما قبضها المشتري من الغد أعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها، ثم مات بعد ذلك بشهر فقال أبو عبد الله عليه السلام: «إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مال أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فإن عتقه و نكاحه جائز، و إن لم يملك ما لا- أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته فإن عتقه و نكاحه باطل لأنه أعتق ما لا يملك، و أرى أنها رق لمولاه الأول»، قيل له: فإن كانت قد علقت من الذي أعتقها و تزوجها ما حال الذي في بطنها فقال: «الذي في بطنها مع أمه كهيتها» (١).

و هذه الرواية و إن كانت صحيحه الإسناد، إلا- أنها مخالفه لأصول المذهب، مشتمله على ما ينافي جملة من الأمور المقطوع بها، فحقها أن يعدل بها عن ظاهرها و يجمع بينها و بين الأصول المنافية لها، و قد حملها المصنف هنا على وقوع العتق و النكاح في مرض الموت، فإن الأصح عدم صحته إذا لم يكن هناك تركه يفي ثلثها به فترجع رقا و تبين بطلان النكاح.

و إنما قلنا إنه حملها على ذلك فإن الضمير في (وقوعه) ليس له مرجع إلا المذكور، و هو العتق و التزويج و لفظه (عود الرق) في كلامه يشعر باختصاصه بالأم، لأنه لم يسبق للولد حاله رق ليعود إليها.

و هذا الحكم و إن لم يكن بعيدا من لفظ الرواية، إلا- أن الشارح الفاضل السيد قد اعترضه بأن الرواية اقتضت عود ولدها رقا كهيتها، و هو مناف لمذهب المصنف، لأن بطلان العتق و النكاح لا يقتضى عود الولد رقا، غاية ما في الباب أنها تباع في الدين.

ص: ١٣٦

(١-١) الكافي ١٩٣: ٦ حديث ١، [١] التهذيب ٨: ٢٠٢ حديث ٧١٤، الاستبصار ١٠: ٤ حديث ٢٩.

قلت: و على هذا ففي الحمل قصور آخر، و هو أن الروايه دلت على عودها رقا للبائع، و مقتضى الحمل جواز بيعها في دينه لا عودها في ملكه.

و قد اعتذر الشارح الفاضل ولد المصنف في الولد بأن الروايه لا تدل على رقه، لأن قوله عليه السلام: «مع أمه كهيتها» لا يدل على الرق بشيء من الدلالات، لأنه صادق حال حريه امه ظاهرا في الظاهر، و الحر المسلم لا يصير رقا (١).

و ردّه شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد بأنه كلام على النص، فإن المفهوم من قوله: «كهيتها» ليس إلا. أن حكمه حكمها حال السؤال، و قد حكم قبل ذلك بأنها رق فيكون الولد رقا، فهو يدل على رقيه الولد بالمطابقه لأنه موضوعه، و تجوز مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص.

و الحق أن ما ذكره الشارح بعيد عن ظاهر الروايه (٢)، و زاد شيخنا أن ولد المصنف أطلق الشراء و لم يقيده بكونه نسيته، و ينبغي تقييده ليطاق الروايه.

و في المختلف حمل الروايه على وقوع الشراء و العتق و التزويج في المرض (٣)، و اعترضه شيخنا بأن وقوع الشراء في المرض لا مدخل له في الحكم، بل المدخل للعتق، فيكون ذكره مستدركا.

و لقائل أن يقول: إن عودها إلى البائع في الصورة المذكوره لا بد له من مقتض، فإذا نزلت على كون الشراء في المرض، و أنه بأزيد من ثمن المثل بطل في البعض، فإذا فسخ البائع لتبعض الصفقه عادت إلى ملكه، و حملة بعضهم على فساد البيع و علم المشتري به فإنه يكون زانيا (٤).

ص: ١٣٧

١-١) إيضاح الفوائد ١٦٠:٣.

٢-٢) الكافي ١٩٣:٦ حديث ١، التهذيب ٢٠٢:٨ حديث ٧١٤.

٣-٣) المختلف: ٦٢٦.

٤-٤) انظر: التنقيح الرائع ١٥٧:٣. [١]

و ردُّ بأن في الروايه انه إذا خَلَّف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق و النكاح صحيحين.  
و اعلم أن قول المصنف في العبارة (و أفلس به) المراد به أنه لا يوجد في ماله وفاء من غير أن يفلس.  
و(العقده) في الروايه المراد به العقار و نحوه.

قال في القاموس:العقده بالضم:الضيعة و العقار الذي اعقده صاحبه ملكا (١).

ص:١٣٨

المطلب الثاني: في البيع:

إذا بيع أحد الزوجين تخيير المشتري على الفور في إمضاء العقد و فسخه، سواء دخل بها أو لا، و سواء كان الآخر حرا أو لا، و سواء كانا لمالك واحد أو كل واحد لمالك.

و يتخير مالك الآخر إن كان مملوكا لو اختار المشتري الإمضاء فيه و في الفسخ على الفور أيضا، سواء كان هو البائع أو غيره.

و قيل: ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة. قوله: (المطلب الثاني: في البيع: إذا بيع أحد الزوجين تخيير المشتري على الفور في إمضاء العقد و فسخه، سواء دخل أو لا، و سواء كان الآخر حرا أو لا، و سواء كانا لمالك واحد أو كل واحد لمالك. و يتخير مالك الآخر إذا كان مملوكا لو اختار المشتري الإمضاء فيه، و في الفسخ على الفور أيضا، سواء كان هو البائع أو غيره، و قيل: ليس لمشتري العبد فسخ نكاح الحرة).

أى: إذا بيع أحد الزوجين المملوك، سواء كانا مملوكين أو أحدهما خاصة، و سواء بيع الآخر أم لا، تخيير المشتري تخيرا على الفور في إمضاء العقد و فسخه، سواء حصل البيع قبل الدخول أو بعده، و سواء كانا لمالك واحد أو كل واحد لمالك، أو كانا مشتركين أو أحدهما.

و كما يتخير المشتري على الفور كذا يتخير مالك الآخر إذا كان مملوكا تخيرا على الفور، و لو اختار المشتري إمضاء النكاح أو لم يتخير شيئا بقي خياره أو سقط، سواء كان المالك الآخر هو البائع بأن كانا مملوكين له أو مالكا آخر، سواء تجدد شراؤه أو كان مالكا وقت النكاح، فهذا هنا أحكام:

الأول: أطبق الأصحاب على أن يبيع الأيمه المزوجه كالطلاق، على معنى أنه سبب فى التسلط على فسخ النكاح و إمضاؤه للمشتري، سواء كان الزوج حراً أم لا.

و كذا مالک العبد، سواء كان هو البائع أو غيره.

و كذا أطبقوا على أن يبيع العبد المزوج كالطلاق، على معنى ثبوت الخيار للمشتري و لمالک الأيمه كما قرناه، إلا- إذا كانت الزوجه حره، فإن فى ثبوت الخيار هنا قولين (١) و الأصل فى ذلك ما رواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن أحدهما عليه السلام قال: «طلاق الأيمه بيعها أو بيع زوجها» (٢) و المراد أنه كالطلاق فى أنه تترتب عليه بينونه بالفسخ، من حيث انه مثبت للخيار على حد قوله: بنونا بنو أبناؤنا و بناتنا.

فلا يرد ما قيل: إنه يلزم على الحديث انحصار الطلاق فى بيع أحدهما، من حيث ان المبتدأ يجب انحصاره فى الخبر، و غير ذلك من الأخبار.

و لأن بقاء النكاح مظنه تضرر المالكين، و ليس لهما طريق إلى التخلص من الضرر، إلا أن التسليط على فسخ النكاح و إطلاق النص شامل لما إذا كان البيع قبل الدخول و بعده، و لما إذا كان الزوجان مملوكين أو أحدهما، و لما إذا كانا لمالك واحد أو أكثر، و لما إذا بيعا معا أو على التعاقب أو أحدهما خاصه، و لمقتضى الإطلاق يلزم ثبوت الخيار لكل من المالكين بالبيع، من حيث انه عليه السلام حكم بكونه طلاقاً و أطلق.

الثانى: هذا الخيار على الفور اقتصاراً فى المخالف للأصل على ما به تندفع الضروره، فلو أخر لا لعذر سقط الخيار، و لو جهل أصل الخيار لم يقدر، لأنه معذور بالتأخير، و لأن الحكم بالخيار مما يخفى على أكثر الناس، فلو كان التأخير للجهل

ص: ١٤٠

١ - ١) القول الأول: ثبوت الخيار ذهب اليه الشيخ فى النهايه ٤٧٧، و ابن البراج فى المهذب ٢: ٢١٧، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٦٢.

القول الثانى: عدم ثبوت الخيار ذهب اليه ابن إدريس فى السرائر: ٣٠٥.

٢ - ٢) الكافى ٤: ٤٨٣، حديث ٤، [١] الفقيه ٣: ٣٥١، حديث ١٦٨١.

مسقطا انتفت فائدته غالبا.

أما الجهل بالفوريه فالظاهر أنه ليس عذرا فيسقط بالتأخير حينئذ، لأنه وجد الى الفسخ سييلا و لم يفعل و ذلك ينافى الفور، و ما ذكرناه في خيار الأمه إذا أعتقت آت هنا.

الثالث: المخالف في ثبوت الخيار إذا بيع العبد و كانت تحته حره هو ابن إدريس (١)، محتجا بأن الخيار على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع اليقين.

و المختار و أكثر الأصحاب على الثبوت، لأن تجدد المشتري إما أن يقتضى ثبوت الخيار له أم لا- و أيا ما كان لم يفرق بين مشتري العبد و الأمه، لاشتراكهما في المقتضى على تقدير الاقتصار، و عدمه على تقدير العدم، و لأن الضرر المتوقع في تجدد الملك مع كون الزوجه أمه ثابت إذا كانت حره، و لما رواه محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال: «إذا تزوج المملوك حره فللمولى أن يفرق بينهما، و إن زوجه المولى حره فله أن يفرق بينهما» (٢)، و ليس بغير البيع إجماعا، فيحمل على أن له أن يفعل ما يؤول إلى التفريق، بأن يبيع فيثبت الخيار المنجر الى التفريق مجازا.

قال ابن إدريس: هذه الروايه شاذه أوردها شيخنا في نهايته (٣) إيرادا لا اعتقادا، و القياس على بيع الأمه باطل، و قد رجع شيخنا في مبسوطه فقال:

و إن كان للعبد زوجه فباعه مولاه فالنكاح باق بالإجماع (٤).

و شنع عليه المصنف في المختلف بحمل ذلك على القياس، لأنه لو فقدت النصوص في هذا الباب لأمكن استفاده مساواه العبد للأمه في ذلك، من أن الشارع

ص: ١٤١

١- (١) السرائر: ٣٠٥.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٣٩ حديث ١٣٨٧، الاستبصار ٣: ٢٠٦ حديث ٧٤٤.

٣- (٣) النهايه: ٤٧٧.

٤- (٤) المبسوط ٤: ٢٥٧، [١] السرائر: ٣٠٥.

لم يفرّق بينهما في مثل هذه الأحكام كما لم يفرّق في التقويم وغيره (١).

قال: وقول الشيخ في المبسوط ليس رجوعاً عما قاله في النهاية، لأن بقاء النكاح لا ينافي الخيار للمشتري.

أقول: المفتى به هو ما عليه الأصحاب.

الرابع: خيار المالك الآخر ثابت بالبيع كما يثبت الخيار للمشتري، ولا يتقيد باختيار المشتري الإمضاء وإن كان ظاهر عبارته الكتاب قد توهم ذلك، فأيهما اختار الفسخ انفسخ النكاح، سواء اختار الآخر الإمضاء أو لم يختار شيئاً.

و منع ابن إدريس ثبوت الخيار له محتجاً بأن الأصل العدم فيحتاج مثبتته إلى الدليل، ويمكن الاحتجاج بظاهر الحديث السابق المتضمن كون بيع الأمه طلاقها، فإنه كما يصلح للدلالة في جانب المشتري يصلح لها في جانب المالك إذ لا أولويه.

و يؤيده أن المالك الآخر إنما رضى بالعقد مع المالك الأول، والأحوال تختلف باختلاف الملاك، وربما ترتب عليه ضرر لو بقى النكاح، فيكون ثبوت الخيار وسيله إلى التخلص منه.

و إلى هذا القول ذهب الشيخ و جماعه (٢) منهم المصنف، و لم يصرح المفيد (٣) و ابن حمزه (٤) بذلك في شيء، و لا يحتاج هذا الفسخ إلى حضور الحاكم، إذ لا مقتضى له من ضرب مده و نحو ذلك.

ص: ١٤٢

١- (١) المختلف: ٥٦٨.

٢- (٢) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢١٧، و فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٦٠.

٣- (٣) المقنعه: ٧٨.

٤- (٤) الوسيه: ٣٦٢.

و لو تعدد الملاك فاختار بعضهم الفسخ، قدّم اختياره على اختيار الراضى. و لو باعها المالك الواحد على اثنين تخير كل منهما، و لو اشتراهما واحد تخير. و مهر الأمه لسيدها، فإن باعها قبل الدخول و فسخ المشتري سقط، و إن أجاز فالمهر للمشتري.

و لو باع بعد الدخول فالمهر للبائع، سواء أجاز المشتري أو لا. قوله: (و لو تعدد الملاك فاختار بعضهم الفسخ قدّم اختياره على اختيار الراضى).

أى على اختيار الراضى بالنكاح، و ذلك لأن اختيار الراضى بالنكاح يقتضى تقريره و لزومه من جانبه، فيبقى تزلزله من جانب غيره، فإذا اختار الفسخ انفسخ.

و مثله ما إذا اشترك الخيار بين البائع و المشتري، فاختار أحدهما الإمضاء و الآخر الفسخ.

قوله: (و لو باعها المالك الواحد على اثنين تخير كل منهما، و لو اشتراهما واحد تخير).

وجهه: قيام المقتضى فى كل منهما، فإن الحديث السابق دلّ على أن بيع كل من الأمه و العبد بمنزله الطلاق، و لا- أثر فى ذلك، لتعدد البائع و اتحاده و كذا المشتري.

قوله: (و مهر الأمه لسيدها، فإن باعها قبل الدخول و فسخ المشتري سقط، و إن أجاز فالمهر للمشتري، و لو باع بعد الدخول فالمهر للبائع، سواء أجاز المشتري أو لا).

لا- يخفى أن المهر عوض البضع، فإن فى النكاح شائبه المعاوضه، فالمهر و حق العوض أن يكون لمالك العوض، و حيث كان بضع الأمه مملوكا للسيد فالمهر له



لا محاله، فإن باعها قبل الدخول فقد قررنا أن للمشتري الخيار، فإن فسخ سقط المهر.

فإن الفرقه قبل الدخول توجب سقوط المهر إذا كانت من الزوجه، وكذا إذا كانت من السيد فإنه مالك البضع فالفرقه منه كالفرقه منها. وإن أجاز النكاح لزم و كان المهر له، لأن الإجازة كالعقد المستأنف فيطالب بجميع المهر، ولو كان الزوج قد أقبضه الأول استرده منه و دفعه إلى الثاني.

ذهب إلى ذلك ابن إدريس (١)، و جماعه منهم المصنف، و المحقق ابن سعيد (٢)، و غيرهما (٣).

و قال الشيخ في النهاية: إذا زوج الرجل جاريته من غيره و سمى لها مهرا معيناً، و قدّم الرجل من جملة المهر شيئاً معيناً ثم باع الرجل الجارية، لم يكن له المطالبة في المهر و لا لمن يشتريها، إلا أن يرضى بالعقد (٤).

و تبعه ابن البراج (٥)، و قال في المبسوط: إن المهر إن كان قد قبضه الأول فهو له، فإن كان بعد الدخول فقد استقر، و إن كان قبله ردّ نصفه، و إن كان لم يقبضه فلا مهر لها لا للأول و لا للثاني، فإن اختار المشتري إمضاء العقد و لم يكن قد قبض الأول المهر كان للثاني، لأنه تجدد في ملكه، فإن دخل بها بعد الشراء فقد استقر له الكل.

و إن طلقها قبل الدخول كان عليه نصف المهر للثاني، فإن كان الأول قد قبض المهر و رضى الثاني بالعقد لم يكن له شيء، لأنه لا يكون مهراً في عقد واحد.

ص: ١٤٤

١-١) السرائر: ٣١٦.

٢-٢) السرائر: ٣١٣: ٢.

٣-٣) انظر: التنقيح الرائع ١٦٢: ٣. [١]

٤-٤) النهاية: ٤٩٩: [٢]

٥-٥) المهذب ٢٢٠: ٢.

و إن باعها قبل الدخول فرضى المشتري بالعقد و دخل بها الزوج بعد البيع كان نصف المهر للسيد الأول و نصفه للثاني، لأن النصف الآخر استقر بالدخول و كان ذلك في ملك الثاني.

فإن كان الأول قد قبض بعض المهر ثم باعها لم يكن له المطالبة بباقي المهر، سواء دخل بها أو لم يدخل، لأنه حال بينه و بين الاستمتاع بها، و إن كان الثاني قد رضى بالعقد كان له المطالبة بباقي المهر، و إن لم يرض لم يكن له ذلك (١).

هذا كلامه، و في بعض شقوق المسألة تدافع، و مع ذلك فقد تضمن أن لقبض الأول المهر أو بعضه تأثيراً في استحقاقه و عدمه، و هو موافق لمختاره. و حجته روايه سعدان بن مسلم عن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام: في رجل تزوج مملوكه من رجل على أربعمائه درهم، فبعجل له مائتي درهم ثم أخر منه مائتي درهم فدخل بها زوجها، ثم ان سيدها باعها بعد من رجل، لمن تكون المائتان المؤخره عنه؟ فقال: «إن لم يكن أوفاهما بقيه المهر حتى باعها فلا شيء عليه له و لا لغيره» (٢).

و قد نزلها المصنف في المختلف على أن المراد بالدخول الخلوه دون الإيلاج، و قوله: «ان لم يكن أوفاهما بقيه المهر» معناه إن لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفيه المهر ثم باعها لم يكن له شيء للفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول، و لا لغيره إذا لم يجز العقد (٣).

و لا ريب في بعد هذا التنزيل، و لو اكتفى بحمل الدخول على الخلوه لكان ذلك كافياً في عدم دلالتها.

فإن قيل: قوله: «إن لم يكن أوفاهما». يقتضى أن يكون عدم الوفاء شرطاً

ص: ١٤٥

١- ١) المبسوط ١٩٨: ٤. [١]

٢- ٢) الفقيه ٢٨٨: ٣ حديث ١٣٧٠، التهذيب ٤٨٤: ٧ حديث ١٩٤٥.

٣- ٣) المختلف: ٥٧٥.

لعدم استحقاقه و استحقاق غيره شيئاً فيستحق مع عدم الشرط.

قلنا: إذا لم يستحق شيئاً مع عدم الوفاء فمعه بطريق أولى، هذا قول الشيخ (١).

و أما قول الأصحاب فيمكن أن يحتج له بأن البضع و منفعه ينتقل الى السيد الثاني و هو المشتري، فإذا كان البيع قبل الدخول و جب أن يسقط حق الأول من المهر، لأن البيع كالطلاق، ولأنه قد تعذر تسليمه للبضع فانتفى المعوض من قبله، فوجب أن يسقط استحقاقه للعوض، و لما اعتبرنا إجازة الثاني و جب أن يكون كالعقد المستأنف في استحقاق المهر، و لا- بعد في ذلك، لأن المعوض الآن حق له فليكن العوض كذلك.

فإن قيل: قد و جب المهر قبل البيع فليكن للأول، لأنه و جب في ملكه و الإجازة تفرره.

قلنا: لم يجب مجاناً، بل في مقابل العوض و هو منافع البضع، و قد خرجت عنه بالبيع قبل التسليم و تعذر تسليمها، فكيف يتصور بقاؤها للأول.

فإن قيل: قد سبق في الأمه المزوجه إذا أعتقت قبل الدخول فاختارت، أن المهر للسيد إن أوجبناه بالعقد، و مقتضاه هنا أن يكون المهر للبائع.

قلنا: يمكن الفرق بان البيع معاوضه تقتضى تملك المنافع تبعاً للعين، فتصير منافع البضع مملوكة للمشتري، و لولاه لم يصح البيع لجهالته وقت الانتفاع، كما لو أسكنه عمر أحدهما ثم باع الدار فإنه لا يصح البيع على الأصح. بخلاف العتق فإنه لا يقتضى تملكاً، و إنما هو فك ملك ففي الأمه المزوجه تكون المنافع كالمستثناه للسيد و في البيع ينتقل إلى المشتري.

و لعل هذا هو منشأ الخيار فيه، و مما قررناه علم أن قول الأول أقوى، و هذا إذا

ص: ١٤٤

كان البيع قبل الدخول، أما إذا كان بعده فإن المهر للبائع، سواء أجاز المشتري أم لا، و سواء قبض شيئا من المهر أم لا، خلافا للشيخ (١) كما سبق. و وجهه ظاهر مما قرناه، فإن الدخول موجب لاستقرار المهر لحصول مقصود المعاوضة حتى لو طلق لم يؤثر فيه، و لم يسقط منه شيء بالبيع بطريق أولى.

فائده: ذكر المصنف في التحرير بأن اجازة المشتري للنكاح كالعقد المستأنف، و كذا غيره (٢). و الظاهر أن المراد بذلك كون نكاح الأمه المبيعه قد انقلب من اللزوم الى نحو العقد الفضولى.

و قد يتفرع على ذلك كون المهر كله للمشتري إذا أجاز قبل الدخول، و وجهه:

إن البيع معاوضه حقيقه تستتبع المنافع فيقتضى دخولها فتدخل منافع البضع فى ملك المشتري، و لولاه لم يصح البيع لصيروره المبيع مجهولا لجهاله وقت الانتفاع، فيصير العقد بالإضافه إليه كالفضولى.

بخلاف العتق فإنه يقتضى فك الملك عن الرقبه، و بعد انقطاع السلطنه عنها يلزم انقطاعها عن المنافع ما لم يسبق ثبوت السلطنه عليها قبل العتق، فلا يلزم زوال النكاح أصلا و رأسا و إن صار مترزلا.

فإن قيل: قوله عليه السلام: «ملكك بضعك فاختارى» (٣) يقتضى ثبوت ملكيتها، فكيف تكون مملوكه للزوج.

قلنا: هذا كناية عن رفع سلطنه المولى عنها، إذ ليس هناك ملك أصلا، أو أنه عليه السلام أراد بملكك البضع ثبوت الخيار المفضى إليه، كأنه قال: ثبت لك الخيار المفضى إلى قطع السلطنه عن البضع فاختارى.

ص: ١٤٧

١-١) المبسوط ١٩٨: ٤.

٢-٢) التحرير ٢٣: ٢. [١]

٣-٣) التهذيب ٣٢٢: ٧ حديث ١٣٩٦، سنن البيهقي ٢٢٠: ٧.

و لو باع عبده فللمشترى الفسخ، و على المولى نصف المهر للحره، و منهم من أنكرهما. قوله: (و لو باع عبده فللمشترى الفسخ، و على المولى نصف المهر للحره، و منهم من أنكرهما).

قد بينا أنه إذا باع العبد يثبت للمشترى الخيار فى فسخ النكاح و إن كانت الزوجه حره، و بينا دليله و حكينا خلاف ابن إدريس (١) و بينا ضعفه.

و أما المهر فإن متعلقه ذمه المولى على أصح الأقوال و قد تقدم، فإن كان البيع بعد الدخول فقد استقر المهر و وجب جميعه للزوجه الحره على المولى، و إن كان قبله ففى وجوب جميعه أو نصفه قولان للأصحاب:

أحدهما: - و هو اختيار الشيخ (٢)، و الأكثر (٣) - وجوب النصف، إما بناء على أن العقد يوجب نصف المهر و يجب بالدخول النصف الآخر، أو لأن الفسخ فى معنى الطلاق، لا اشتراكهما فى ابانه عصمه النكاح فيستويان فى حكم المهر، و لروايه على بن حمزه عن أبى الحسن عليه السلام: فى رجل زوّج مملوكاً له امرأه حره على مائه درهم، ثم باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: «يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزله دين استدانه بأمر سيده» (٤).

و الثانى: - و هو اختيار ابن إدريس (٥) - وجوب الجميع بناء على أن المهر كله يجب بالعقد، و تشطره بالطلاق ثبت بالنص (٦) و الإجماع، و إلحاق الفسخ به قياس باطل.

ص: ١٤٨

١ - ١) السرائر: ٣٠٥.

٢ - ٢) النهايه: ٤٩٩.

٣ - ٣) منهم ابن البراج فى المهذب ٢: ٢٥٠، و فخر المحققين فى الإيضاح ٣: ١٦١.

٤ - ٤) الفقيه ٣: ٢٨٩، حديث ١٣٧٥، التهذيب ٨: ٢١٠، حديث ٧٤٥.

٥ - ٥) السرائر: ٣١٧.

٦ - ٦) البقره: ٢٣٧.

و لو باع أمه و ادعى أن حملها منه فأنكر المشتري، لم يقبل قوله في فساد البيع.

و في قبول الالتحاق به نظر ينشأ: من أنه إقرار لا ضرر فيه، و من إمكان الضرر بشرائه قهرا لو مات أبوه عن غير وارث. و اعلم انا قد أوجبنا في نظير هذه المسألة من الرضاع و غيره و جوب جميع المهر.

و استشكل المصنف ثم و جزم بوجوب النصف هنا، و الفرق وجود النص هنا و انتفاؤه هناك، و لا يضر ضعفه مع عمل أكثر الأصحاب، و الفتوى على الأول.

و قوله: (و منهم من أنكرها) يشير بالمنكر إلى ابن إدريس، و أراد بضمير التشبيه ثبوت خيار الفسخ إذا بيع العبد و تحته حره و وجوب نصف المهر فقط، و قد حققنا ذلك.

قوله: (و لو باع أمه و ادعى أن حملها منه فأنكر المشتري، لم يقبل قوله في فساد البيع، و في قبول الالتحاق به نظر ينشأ: من أنه إقرار لا ضرر فيه، و من إمكان الضرر بشرائه قهرا لو مات أبوه عن غير وارث).

ليست هذه المسألة من مسائل هذا الباب، لكنه لما ذكر بيع الأمه لبيان حكم النكاح الذي هو مقصود الباب استطرد إلى هذا الحكم المبتنى على البيع، و تحقيق ما هناك أنه إذا باع الأمه سيدها ثم ظهر بها حمل فادعى أنه منه ينقسم إلى صورتين:

أن يقطع بكون الحمل قبل البيع، بأن تلده لدون سته أشهر من حين البيع، و أن يجوز الأمر بأن كان تلده لدون أقصى مدة الحمل و لم يدخل بها المشتري، فإنها مع دخوله تصير فراشا و الولد للفراش.

و لا ريب أن دعوى البائع هذه لو صحت لوجب الحكم بفساد البيع، فإن بيع أم الولد في غير المواضع المستثناه باطل فلا يقبل في فساد البيع، فإنه قد ثبت و حكم بصحته ظاهرا فلا يقدح فيه دعوى البائع و لا يلتفت إليه إلا بالبينه.

نعم لو ادعى عليه العلم فأنكر حلف لنفيه، و هل تقبل هذه الدعوى من حيث

انها متضمنه إقراره بنسب الولد، فيحكم بلحاق الولد به؟ ينبغي القول في الصورة الأولى، لانتفاء المانع فإنه ليس إلا لزوم فساد البيع، وقد بينا أنه لا يفسد بمجرد قول البائع.

و في القبول في الثانيه نظر.

فإن قيل: الدعوى الواحده إن كانت مقبوله وجب قبولها في الأمرين معا، وإن كانت مردوده فهي مردوده بالنسبه إلى الأمرين معا، لأن قبولهما في أحدهما دون الآخر يقتضى اجتماع القبول و الرد فيهما و هو باطل.

قلنا: قد أسلفنا أن العمل بالأصلين المتنافيين في حقوق الناس واجب، لأنها مبنيه على التضيق، و كل حق يثبت للمشتري و اقتضت الدعوى المذكوره بطلانه يجب الحكم بعدم قبولها فيه، و فيما سوى ذلك يجب قبولها توفيراً على كل مقتضاه.

و منشأ النظر: من أن المذكور إقرار لا ضرر فيه على المشتري، لأنه لا ضرر عليه في كون عبده ابناً لزيد البائع، و كل إقرار كذلك يجب قبوله، لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١). و من أن نفوذ هذا الإقرار و ثبوت هذا النسب يتوقع فيه الضرر، لإمكان أن يموت المقر عن غير وارث و يخلف تركه.

فإنه على تقدير ثبوت النسب يشتري من التركة و لو قهراً على سيده ليعتق و يجوز الإرث، و لا شك في كون ذلك ضرراً على السيد فلا يكون الإقرار نافذاً.

و لقائل أن يقول: يمكن الحكم بالالتحاق إلا في حق المشتري، و تقريبه يعلم مما تقدم، و تظهر الفائدة فيما لو اشتراه البائع فإنه يحكم عليه بعقده، و كذا لو مات عن غير وارث فباعه المشتري مختاراً للحاكم و أدى الثمن من التركة و أعتقه، فإنه يجب أن يحكم بإرثه، عملاً بالإقرار السالم عن معارض، و هذا أقرب.

ص: ١٥٠

المطلب الثالث: في الطلاق:

طلاق العبد بيده إذا تزوّج باذن مولاه، ولا اعتراض لمولاه، سواء كانت زوجته حره أو أمه لغير مولاه.

وليس له إجباره عليه ولا منعه منه، ولا يخفى أن نفوذ الإقرار يشترط فيه كون المقر به حين الإقرار صغيراً و يصدق. و اعلم أن قول المصنف: (لم يقبل قوله في فساد البيع) يريد به أنه لا يقبل بمجرد، فأما إذا أقام بينه أو حلف اليمين المردوده فإنه يقبل قطعاً.

ولو أنه باع الأمه و الحمل معاً، ثم ادعى كونه ولده لم تسمع دعواه أصلاً، لكونها مناقضه للبيع المقتضى لكونه مملوكاً، فلا يسمع ما ينافيه، و في الالتحاق هنا نظر من وجه آخر و هو المناقضه.

فإن قيل: كيف جزم بعدم القبول في فساد البيع، و تردد في الالتحاق.

قلنا: لأن فساد البيع يقتضى إبطال حق موجود للمشتري، فلم يقبل الإقرار فيه، بخلاف الالتحاق فإن ضرره متوهم.

قوله: (المطلب الثالث: في الطلاق: طلاق العبد بيده إذا تزوّج باذن مولاه و لا اعتراض لمولاه، سواء كانت زوجته حره أو أمه لغير مولاه، و ليس له إجباره عليه و لا منعه منه).

المشهور بين الأصحاب أن طلاق العبد بيده ليس للسيد فيه دخل، فليس له إجباره عليه و لا منعه منه إذا كان هو قد تزوج باذن السيد، سواء كانت زوجته حره أو أمه بشرط أن تكون الأمه لغير السيد. و الحجج ما روى من قوله عليه السلام:



«الطلاق بيد من أخذ بالساق» (١).

و لروايه ليث المرادى عن الصادق عليه السلام و قد سأله عن جواز طلاق العبد فقال: «إن كانت أمتك فلا إن الله تعالى يقول عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، فَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ قَوْمِ آخِرِينَ أَوْ حَرَهُ جَازَ طَلَاقَهُ» (٢).

و هذه و إن كانت غير داله على منع السيد من الطلاق، لكن دلالتها على جواز الطلاق منه يقتضى ذلك، لأن التشريك بينهما فى الطلاق لا قائل به.

و حسنه على بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام، عن آبائه، عن على عليه السلام: «إن رجلا- أتاه بعبد زعم أنه تزوج بغير اذنه، فقال على عليه السلام: «فرق بينهما»، فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق، فقال على عليه السلام: «الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك»، فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدى فجعلته فى يد غيرى، قال: «ذلك لأنك حيث قلت له: طلق أقررت له بالنكاح» (٣).

و فقه الحديث: إن الأمر بالطلاق يستدعى نكاحا صحيحا و هو يستلزم الإجازة من السيد، لامتناع صحه نكاح العبد بدون اذن المولى و أجازته، و خالف هنا فريقان:

الأول: ابن الجنيد (٤)، و ابن أبى عقيل (٥)، حيث نفيا ملكيه العبد الطلاق من رأس، لروايه زراره عن الباقر و الصادق عليهما السلام: «المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده» قال: فإن زوجه السيد بيد من الطلاق؟ قال: «بيد السيد

ص: ١٥٢

١- ١) سنن ابن ماجه ١:٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقى ٧:٣٦٠.

٢- ٢) الكافي ٦:١٦٨ حديث ٢، [١] التهذيب ٧:٣٤٨ حديث ١٤٢٣، الاستبصار ٣:٢١٦ حديث ٧٨٥.

٣- ٣) التهذيب ٧:٣٥٢ حديث ١٤٣٣.

٤- ٤) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٩١.

٥- ٥) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٩١.

إلا أن تكون أمه لمولاه، فإن طلاقه بيد المولى، و له التفريق بغير طلاق مثل فسخت عقد كما، أو يأمر كلا منهما باعتزال صاحبه، و ليس بطلاق فلا تحرم في الثاني لو تخلله رجعه. ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ الشَّيْءِ الطَّلَاقِ» (١).

و لروايه شعيب العرقوفى عن الصادق عليه السلام، و قد سئل عن طلاق العبد فقال: «لا طلاق و لا نكاح إلا بإذن مولاه» (٢).

و النكره المنفيه للعموم، و الجواب الحمل على ما إذا تزوج بأمه مولاه، لأن ما تقدم أخص، و الخاص مقدم. و قال المصنف فى المختلف: و قول ابن أبى عقيل و ابن الجنيد ليس عندى بعيدا من الصواب، و الأصح ما عليه الأكثر.

الثانى: أبو الصلاح، حيث قال: لسيدة أن يجبره على الطلاق (٣)، لأن تنفيذ أمره و طاعته عليه واجب، و لأن له إجباره على النكاح، فكان له إجباره على رفعه و فسخه، و لروايه زراره و شعيب السالفين.

و الجواب: المنع من عموم و جوب تنفيذ أمره، و لا- يلزم من جواز أجازته على النكاح ثبوت ملكه فى الطلاق، و الروايتان لا حجه فيهما، لأنهما عامتان و الأخبار المتقدمه أخص و الخاص مقدم، و المذهب ما عليه الأكثر.

قوله: (إلا- أن تكون أمه لمولاه- فإن طلاقه بيد المولى، و له التفريق بغير طلاق، مثل فسخت عقد كما، أو يأمر كلا منهما باعتزال صاحبه و ليس بطلاق، فلا تحرم فى الثانى لو تخلله رجعه).

هذا استثناء من قوله: (طلاق العبد). فإنه لم يدل على أن طلاق أمه المولى

ص: ١٥٣

١- (١) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٣: ٢١٤ حديث ٧٨٠.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٣: ٢١٥ حديث ٧٨٢.

٣- (٣) الكافي فى الفقه: ٢٩٧. [١]

إذا كانت زوجته ليس بيده إلا بمفهوم المخالفة من قوله: (أمه لغير مولاه)، و تحقيقه:

إن زوجه العبد إذا كانت أمه لمولاه فإن طلاقها و ازاله قيد نكاحها هو بيد المولى و لا دخل للعبد فيه إجماعاً.

و يدل عليه من النصوص صحيحه محمد بن مسلم: قال: سألت الباقر عليه السلام عن قول الله تعالى وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ قَالَ:

«هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمه فيقول له: اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسها» (١).

و رواه ليث المرادى السابقه (٢) فإنها نص في الباب، و كذا رواه زراره (٣) و رواه شعيب (٤) السالفان فإنهما منزلتان على أمه المولى إذا تقرر ذلك، فلمولى التفريق بلفظ الطلاق و بلفظ الفسخ و بالأمر بالاعتزال كما دلت عليه الاخبار.

فأما الطلاق فلفظه ظاهر، و أما الفسخ فهو فسخت نكاحهما، أو عقد كما و ما جرى مجراه. و أما الأمر بالاعتزال فحقيقته أن يأمر كلا منهما باعتزال صاحبه، و قد دلت روايه محمد بن مسلم على ذلك، لأن فيها: «فيقول له: اعتزل امرأتك ثم يحبسها حتى تحيض» لأن الظاهر أن المراد بحبسها منعها منه و اعتزالها إياه و إذا كان الأمر بالاعتزال كافياً في إزالة النكاح فالفسخ أولى منه و يتفرع على ذلك مسائل:

الأولى: إذا طلق المولى بلفظ الطلاق فاللائح من عبارته المصنف انه يعد في الطلاق، فإن قوله في التفريق بغير طلاق: (و ليس بطلاق) يشعر بأن التفريق بالطلاق يعد طلاقاً، و كذا عبارته الإرشاد و التحرير (٥)، و على هذا فيشترط فيه شروط الطلاق

ص: ١٥٤

١- ١) النساء: ٢٤، الكافي ٥: ٨١ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٣٤٦ حديث ١٤١٧.

٢- ٢) الكافي ٦: ١٦٨ حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ٣٤٨ حديث ١٤٢٣.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٣: ٢١٤ حديث ٧٨٠.

٤- ٤) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٣: ٢١٥ حديث ٧٨٢.

٥- ٥) التحرير ٢: ٥٢.

.....  
كلها.

و بذلك صرح بعض الأصحاب (١)، وهذا إنما يستقيم إذا قلنا بأن تزويج السيد عبده بأتمته عقد نكاح، أما إذا قلنا انه اباحه فلا، و لم يرجح المصنف فيما تقدّم واحدا من الأمرين.

الثانية: إذا فسخ المولى بلفظ الفسخ أو الأمر بالاعتزال في عدّه طلاقا قولان:

صرّح المصنف هنا و في غير هذا الكتاب بأنه لا يعد (٢)، فإن قوله هنا: (و ليس بطلاق) يريد به و ليس واحد من الأمرين اللذين قبله، اعنى: فسخت، و الأمر بالاعتزال، و كأنه يريد بعدم عدّه طلاقا العموم، سواء قلنا إن هذا نكاح أو اباحه.

أما إذا قلنا إنه اباحه فظاهر، لأن وقوع الطلاق فرع ثبوت النكاح. و أما على أنه نكاح، فلأنه لم يقع بلفظ الطلاق، و الطلاق لا يقع بالكنايه عندنا، و لأن فسخ النكاح الحقيقي بلفظ الفسخ لا يعد طلاقا في شىء من الأبواب كالفسخ بالعتق و العيب و التدليس و غيرها فها هنا أولى.

و إلى هذا ذهب ابن إدريس (٣)، و المصنف، و ابن سعيد (٤)، و هو الأصح، و القول الثانى للأصحاب: أنه طلاق - و هو قول الأكثر (٥) - و أنه أحد الطريقتين لدفع قيد النكاح فكان كالخلع، و لأن المولى مخير بين الأمرين، أعنى: الطلاق و الفسخ، فلو لا أن كل واحد منهما كالآخر فى حصول المقصود منه امتنع الاكتفاء به عنه، و ليس هو

ص: ١٥٥

---

١- ١) صرح به الصدوق فى الفقيه ٣: ٣٥٠.

٢- ٢) المختلف: ٥٦٨.

٣- ٣) السرائر: ٣٠٦.

٤- ٤) الشرائع ٢: ٣١٦.

٥- ٥) منهم الشيخ المفيد فى المقنعه: ٧٧، و الشيخ الطوسى فى النهايه: ٤٧٨، و أبو الصلاح الحلبي فى الكافي فى الفقه: ٢٩٧، و ابن البراج فى المهذب ٢: ٢١٨.

و لو استقل العبد بالطلاق وقع على اشكال.

كالفسخ بالعيب و نحوه، لأن البدليه عن الطلاق ثم متفنيه بخلاف ما هنا، و لأنه أقرب إلى الاحتياط، و يضعف بأنه لا يلزم من زوال قيد النكاح به أن يكون كالطلاق فى جميع أحكامه.

فإن قلنا بالأول لم يشترط فيه شروط الطلاق و لم يعد فى الطلقات، فلو رجع باذن المولى بعده فى محل الرجعه، أو استأنف النكاح بالاذن بعد الحيض لم تحرم بالفسخ الثانى إلى أن ينكح زوجا غيره.

و الى هذا أشار المصنف بقوله: (فلا- تحرم فى الثانى لو تخلله رجعه) أى: فلا تحرم فى الفسخ الثانى لو تخلل بينه و بين الفسخ الأول رجعه. و لا- يخفى أنه يعتبر فى الرجعه اذن السيد كما فى النكاح، و مثل الرجعه استئناف النكاح فى محله و إن أهمله المصنف لظهوره. و المراد بالتحريم التحريم إلى أن تنكح زوجا غيره، لأن هذا شأن الأمه بعد تطليقتين و إن قلنا بالثانى ثبت جميع ذلك.

المسأله الثالثه أشار إليها المصنف بقوله: (و لو استقل العبد بالطلاق وقع على اشكال).

و تحقيقها: إن العبد المزوج بأمه سيده بإذنه إذا أوقع طلاقها استقلالاً من دون اذن السيد، هل يقع الطلاق أم لا؟ فيه إشكال ينشأ: من دلاله روايه ليث المرادى على عدم الوقوع، فإن فيها قوله عليه السلام: «إن كانت أمتك فلا إن الله تعالى يقول:

عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (١)»، و هى نص.

و قريب منها روايه زراره (٢)، و روايه شعيب (٣) السابقتان.

و من أنه زوج فيقع طلاقه لقوله عليه السلام: «الطلاق بيد من أخذ

ص: ١٥٦

١- ١) الكافى ٦: ١٦٨ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٣٤٨ حديث ١٤٢٣.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٣: ٢١٤ حديث ٧٨٠.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤٢١، الاستبصار ٣: ٢١٥ حديث ٧٨٢.

و لو أمره بالطلاق فالأقرب أنه فسخ إن جعلناه اباحه، وإلا فإشكال، بالساق» (١)، و يضعف بدلاله ما سبق على اختصاص ذلك بما عدا صورته النص، و حقق الشارح الفاضل بناء الوقوع على كونه نكاحا، و عدمه على كونه اباحه (٢).

و يبطل بأنه على الإباحه يمتنع القول بوقوع الطلاق من كل من العبد و السيد، فلا يجيء الوجهان إلا على القول بالنكاح، و الأصح عدم الوقوع.

المسألة الرابعة أشار إليها المصنف بقوله: (و لو أمره بالطلاق فالأقرب انه فسخ إن جعلناه اباحه، و إلا فإشكال).

و تحقيقها: إنه إذا أمر السيد عبده المزوج بأمر السيد بالطلاق فهل يكون مجرد أمر السيد فسخا للتزويج أم لا؟ فيه وجهان، فإن جعلنا هذا التزويج اباحه فأقرب الوجهين أنه فسخ، و إن جعلناه نكاحا فإشكال ينشأ: من تكافؤ الوجهين، و وجه القرب على القول بالإباحه أن عصمه هذا التزويج على تقدير أنه اباحه ضعيفه يكفي في رفعها ادنى سبب يدل على المنع.

و لا- ريب أن الأمر بالطلاق دال عليه، و لأن الأمر بالاعتزال فسخ بالنص (٣) و الإجماع، مع عدم صراحته في إرادته قطع تلك العصمه، فالأمر بالطلاق أولى، لأنه أدل على إرادته قطعها من الأمر بالاعتزال، و في هذا الوجه قوه و يحتمل ضعيفا العدم عنده، لأن المفهوم من الأمر بالطلاق إرادته إيجاد من العبد، فلا يحصل قبله.

و يضعف بأن هذا مدلوله المطابقي، و المدعى هو المدلول الالتزامي، و لأن الأمر بالطلاق يستدعى بقاء الزوجه إلى حين إيقاعه، فلو دل على الفسخ قبله لتنافى

ص: ١٥٧

١- ١) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ حديث ٢٠٨١، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٣: ١٦٢.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٨١ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ حديث ١٤١٧.

و كذا الاشكال لو طلق العبد.

مدلول اللفظ. و لمانع أن يمنع هذا الاستدلال، فإن المستدعى هو صحة الطلاق، أما الأمر به فلا، و لأنه لو دلّ على الفسخ لا تمتنع فعل مقتضاه فيمتنع الخطاب به.

و التالي معلوم البطلان، و الملازمه ظاهره، لأن الفسخ إذا وقع امتنع الطلاق، و بطلان التالي ممنوع. و لأن أمره بالطلاق يدل على طلب الامتثال، و ذلك يقتضى إرادته عدم الفسخ ضروره، و فيه منع.

و أما تكافؤ الوجهين على القول بالنكاح، فلأن الراجع للنكاح ابتداء من غير توسط أمر آخر كعيب و نحوه هو الطلاق، و الأمر به لا يعد طلاقاً قطعاً، فيبقى النكاح معه، و يحتمل افادته مفاده، لأنه أقوى في الدلالة على مقصوده من الأمر بالاعتزال، و عدم الوقوع على القول بأنه نكاح قريب.

المسألة الخامسة أشار إليها المصنف بقوله: (و كذا الاشكال لو طلق العبد).

و تحقيقها: أنه في الصورة المذكوره إذا أمر السيد العبد بالطلاق فطلق هل يقع أم لا؟ ذكر المصنف فيه اشكالا، و على تقدير وقوعه هل يعد طلاقاً أو فسخاً؟ لم يتعرض إليه المصنف. و منشأ الاشكال: من وقوع الصيغه من أهلها في محلها، و ذلك لأنه إنما منع منه لكونه بيد المولى، فإذا أمره به صار نائباً عنه، فوجب الحكم به، لزوال المانع. و قد دلت روايه زراره (١) على وقوع طلاق العبد باذن السيد كالنكاح، و بينا بأنها منزله على ما إذا نكح أمه المولى.

و لعموم: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢)، خرج منه ما إذا لم يأذن المولى فيبقى الباقي على أصله متناولاً لصوره النزاع.

و من أن ظاهر روايه محمد بن مسلم (٣) انحصار الفرقه هنا في أمر السيد

ص: ١٥٨

١- (١) التهذيب ٧: ٣٤٧ حديث ١٤١٩، الاستبصار ٣: ٢١٤ حديث ٧٨٠.

٢- (٢) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ حديث ٦٧٢، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠.

٣- (٣) الكافي ٥: ٤٨١ حديث ٢، التهذيب ٧: ٣٤٦ حديث ١٤١٧.

و لو طَلَّق الأُمه زوجها ثم بيعت، أكملت العده و كفت عن الاستبراء على رأى. بالا-عتزال، لا- سيما على القول بأنه إباحه لا نكاح، فإن الطلاق لا يجامع الإباحه فيقع لاغيا.

و الأصح الوقوع، و دليل الثانى ضعيف، و على ما اخترناه من كون هذا التزويج نكاحا فهو محسوب طلاقا، لوجود المقتضى و انتفاء المانع، و على أنه اباحه، فإن قلنا بوقوعه كان فسحا و إلا كان لغوا.

قوله: (و لو طَلَّق الأُمه زوجها ثم بيعت أكملت العده و كفت عن الاستبراء على رأى).

لو طلق الأُمه زوجها بعد الدخول بها، سواء كان الزوج حرا أو عبدا، و سواء كانا مملوكين لواحد أو لمتعدد، ثم باع السيد الأُمه فهل يكفى إكمال العده عن استبراء المشتري؟ فيه قولان:

أحدهما: -و اختاره الشيخ فى النهايه (١)، و ابن البراج (٢)، و ابن إدريس (٣)- إنه لا يكفى فيجب بعد العده الاستبراء و لا تحل للمشتري بدونه، لأنهما حكمان مختلفان لمكلفين و لكل منهما سبب يقتضيه، فإسقاط أحدهما بالآخر يحتاج الى دليل.

و الثانى: -و اختاره المصنف فى المختلف (٤)- إنه يكفى، لأن الغرض من الاستبراء العلم ببراءه الرحم، و لهذا يكفى استبراء البائع لها بالنسبه إلى المشتري، و يسقط لو كانت أمه امرأه أو حائضا، و العده أدل على ذلك، و لأنها بقضاء العده

ص: ١٥٩

١- (١) المبسوط ٥: ٢٦٩.

٢- (٢) المهذب ٢: ٣٣٣.

٣- (٣) السرائر: ٣١٥.

٤- (٤) المختلف: ٥٧٢.



الفصل الثالث: في الملك، وفيه مطلبان:

**الأول: ملك الرقبه**

الأول: ملك الرقبه، ويجوز أن يطاء بملك اليمين ما شاء من غير حصر، مستبرأه فلا- يجب عليها استبراء آخره، ولأن وجوب الاستبراء بالبيع إنما هو من احتمال وطء البائع لغرض وطء المشتري، وكلاهما ممتنع في صورته النزاع، وهذا أصح.

و الظاهر عدم الفرق بين ما إذا طلقت ثم بيعت و عكسه و وقوعهما معا، ولو أن المصنف أتى بالواو عوض ثم في قوله: (ثم بيعت) لصحت العبارة للصور.

قوله: (الفصل الثالث: في الملك و فيه مطلبان:

الأول ملك الرقبه: ويجوز أن يطاء بملك اليمين ما شاء من غير حصر).

تقدم أن نكاح الإمام يستباح بأمرين: العقد و الملك، و قد سبق الكلام على العقد على الإمام مستوفى، و هذا الفصل لبيان أحكام النكاح بالملك، و لما كان دائرا بين ملك الرقبه و ملك المنفعه يبين أحكامه في مطلبين و ابتداء بملك الرقبه، لأنه الأصل في الباب.

و قد تطابق الأصل و الإجماع من كافه أهل الإسلام على جواز النكاح بملك اليمين، و نصوص الكتاب (1) و السنه (2) بذلك متواتره، و يؤيدها أن جميع منافع الأمه حق لسيدها، و من جمله المنافع البضع.

و كما أنه لا خلاف في حل الوطاء بملك اليمين كذا لا خلاف في أن الموطوءات

ص: ١٦٠

١- (١) النساء: ٢٥.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٧٤: باب السراري و الإمام، الفقيه ٣: ٢٨٥: باب ١٤١، التهذيب ٨: ١٩٨: باب ٩.

فإن زوجه حرمت عليه حتى النظر إليها بشهوه، أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى أن يطلقها وتعد إن كانت ذات عده. لا ينحصرن في عدد، بخلاف النكاح بالعقد. ويدل عليه قبل الإجماع قوله تعالى:

إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١) وكلمه (ما) من أدوات العموم فيتناول ما لا- نهايه له، ولعل السر فيه قوه السلطنه بالملك، وخفه حقوق المملوكه، وكون استحقاق منافع البضع بالماليه معدودا من جمله الأموال، فلا يتطرق إليه ما يتطرق إلى النكاح بالعقد من محذور الميل و الحيف.

ولا يخفى أن هذا إنما هو في طرف الرجال، أما النساء فإن ملك اليمين فيهن ليس طريقا إلى حل الوطاء ولا النظر، وفي روايه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأه أمكنت نفسها من عبد لها فنكحها أن تضرب مائه سوط، ويضرب العبد خمسين جلده و يباع بصغر منها» (٢) الحديث.

وقد تقدم الكلام في جواز نظر الخصى إلى مولاته أو مطلقا و عدمه.

قوله: (فإن زوجها حرمت عليه حتى النظر إليها بشهوه، أو إلى ما يحرم على غير المالك إلى أن يطلقها وتعد إن كانت ذات عده).

إذا زوج الرجل أمته حرم عليه جميع أنواع الاستمتاع بها حتى النظر إليها بشهوه، وإن كان إلى وجهها وكفيها، وإن كان بغير شهوه، وحرم نظره إلى ما يحرم على غير المالك منها دون غيره، لأنها بمنزلة الأجنبية.

فإن وجوه الاستمتاع مملوكه للزوج فتحرم على غيره، لامتناع حل الاستمتاع لغير واحد، ولما رواه مسعده بن زياد قال: قال أبو عبد الله عليه السلام:

ص: ١٤١

١- (١) النساء: ٢٤.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٩٣ حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٨٩ حديث ١٣٧٣، التهذيب ٨: ٢٠٦ حديث ٧٢٧.

«يحرم من الإماء عشر: لا- يجمع بين الامم و البنت، و لا بين الأختين- إلى أن قال- و لا أمتك و لها زوج» (١) الحديث. و المراد أن المملوكه و لها زوج حرام، و إطلاق التحريم يتناول جميع وجوه الاستمتاع، لانتفاء المخصص، و لأن ذلك هو المتبادر من هذا اللفظ.

و سأل عبد الرحمن بن الحجاج أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوّج مملوكته عبده، أ تقوم عليه كما كانت تقوم عليه فتراه منكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك و قال: «قد منعتني أبي أن أزوّج بعض خدمي غلامى لذلك» (٢).

و الظاهر أن المراد كره التحريم، و ينبه عليه روايه عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوّج جاريتته، هل يجوز له أن ترى عورتها؟ قال:

«لا» (٣)، و عمومها من حيث ترك الاستفصال تدل على اراده التحريم هنا، و يبقى هذا التحريم إلى أن يخرج من النكاح بطلاق أو موت أو فسخ، و تقضى عدتها إن كان لها عده، سواء كانت بائه أو رجعيه.

و روى عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

الرجل يبتاع الجارية و لها زوج، قال: «لا يحل لأحد أن يمسه حتى يطلقها زوجها الحر» (٤).

و لا- شبهه أن الموت و الفسخ كالطلاق، و انقضاء العده معتبر، للإجماع، و لأنها من توابع النكاح، فإنها لاستعلام براءة الرحم من الحمل، و موردها و ان كان زوجها الحر إلا أن زوجها العبد كذلك اتفاقاً.

ص: ١٦٢

- 
- ١- (١) الفقيه ٣: ٢٨٦ حديث ١٣٦٠، التهذيب ٨: ١٩٨ حديث ٦٩٥.  
 ٢- (٢) الكافي ٥: ٤٨٠ حديث ٣، [١] الفقيه ٣: ٣٠٢ حديث ١٤٤٧، التهذيب ٨: ١٩٩ حديث ٦٩٨.  
 ٣- (٣) الكافي ٥: ٥٥٥ حديث ٧، [٢] التهذيب ٨: ٢٠٨ حديث ٧٣٦.  
 ٤- (٤) التهذيب ٨: ١٩٩ حديث ٧٠١، الاستبصار ٣: ٢٠٨ حديث ٧٥٤.

و هي منزله على ما إذا أجاز المشتري النكاح، لروايه عبد الله بن اللحام عن أبي عبد الله عليه السلام وقد سأله عن الرجل يشتري امرأه الرجل من أهل الشرك يتخذها قال: «لا بأس» (١) فإن الظاهر أن المسؤل عنه قوله: (يتخذها) هو الوطاء و لا يكون ذلك إلا مع الفسخ، والمراد بالمس في الروايه الاولى هو الوطاء، لكن لا فارق بينه و بين غيره من وجوه الاستمتاع.

و أراد المصنف بقوله: (أو إلى ما يحرم على غير المالك) أن ما لا يحرم على غيره النظر إليه منها كالوجه و الكفين بغير شهوه لا يحرم عليه نظره بغير شهوه، أما معها فيحرم. و الحاصل أنها بالتوزيع تصير في الاستمتاعاتها كلها كالأجنبيه، لأنها صارت حقا لغيره، و هذا حكم ما إذا زوجها.

أما إذا أحل المملوكه لغيره فلم يتعرض المصنف إلى حكمها، و ينبغي أن تكون في جميع الاستمتاعات كالمزوجه، لأن الاحتياط في الفروج أشد من تجويز شيء من الاستمتاعات لغير واحد. و في روايه عبد الرحمن بن الحجاج (٢) ما يتبّه على ذلك، فإن تزويج السيد أمته من عبده دائر بين كونه نكاحا أو اباحه، و الموطوءه بالشبهه لا شبهه في تحريم وطئها، و ما جرى مجراه ما دامت في العده و في غيره تردد.

و كذا وطء المستبرأه زمان الاستبراء، أما مقدمات الوطاء فلا يحرم، و هو في صحيحه محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام: في الأمه المبتاعه تحل للمشتري ملامستها؟ قال: «نعم و لا يقرب فرجها» (٣) و الفرج شامل للقبل و المدبر، و به صرح في الدروس في كتاب البيع (٤)، و هذا في المبتاعه.

ص: ١٤٣

١- (١) التهذيب ٨: ٢٠٠ حديث ٧٠٢، الاستبصار ٣: ٨٣ حديث ٢٨٠.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٨٠ حديث ٣، [١] الفقيه ٣: ٣٠٢ حديث ١٤٤٧، التهذيب ٨: ١٩٩ حديث ٦٩٨.

٣- (٣) التهذيب ٨: ١٧٣ حديث ٦٠٥، الاستبصار ٣: ٣٦٠ حديث ١٢٩١.

٤- (٤) الدروس: ٣٤٧.

و ليس لمولاهما فسخ العقد إلا أن يبيعهما فيتحير المشتري. و له الجمع بين الأمه و بنتها في الملك دون الوطاء، و كذا بين الأختين، فإن وطأ إحداهما حرمت الأم أو البنت مؤبداً أو الأخت جمعاً، فإن أخرج الموطوءه و لو بعقد متزلزل حلت أختها، أما غيرها ففي قصر التحريم على الوطاء و تعميمه في وجوه الاستماعات نظر.

قوله: (و ليس لمولاهما فسخ العقد إلا أن يبيعهما فيتحير المشتري).

إنما يستقيم هذا إذا كان الزوج حراً أو مملوكاً لغير سيدها، فإن كان مملوكاً السيد فإن الفسخ بيده كما تقدم بيانه، فإذا باعها و الحال هذه فإن الخيار لكل من البائع و المشتري كما سبق.

فإن قيل: إذا باع السيد الأمه المزوجه و الزوج مملوك لغيره ثبت فسخ النكاح لكل من البائع و المشتري و لمولى الزوج، فيكون قوله: (فيتحير المشتري) قاصراً، فإن المفهوم منه أن الخيار للمشتري خاصة.

قلنا: هذا المفهوم هو المراد و لا قصور فيه، لأن الاستثناء من قوله: (و ليس لمولاهما فسخ العقد) و لا تعرض فيه إلى مولى العبد بنفى و لا إثبات، و لما كان الاستثناء موهماً ثبوت الخيار لمولاهما البائع بين اختصاصه لمولاهما المشتري.

قوله: (و له الجمع بين الأمه و بنتها في الملك دون الوطاء، و كذا بين الأختين، فإن وطأ إحداهما حرمت الام و البنت مؤبداً و الأخت جمعاً، فإن أخرج الموطوءه و لو بعقد متزلزل حلت أختها).

لما كان جانب الملك مغلباً في المملوكه و الوطاء تابع جاز الجمع بين الأمه و بنتها في الملك إذ ليس ثم إلا المالىه و هى متحققه فيهما، أما الوطاء فلا، لوجود المنافى. و كذا القول في الأختين سواء، فإن وطأ واحده من الام و البنت و من الأختين حرمت الأخرى قطعاً، فإن الأم و البنت أيهما وطأ حرمت عليه الأخرى بعينها مؤبداً، و أما

و لكل من الأب و الابن تملك موطوءه الآخر لا وطؤها. و لا تحل المشتركة على الشريك إلا بإباحه صاحبه لا بالعقد، و تحل لغيرهما بهما مع اتحاد السبب. و لو أجاز المشتري للأمه النكاح لم يكن له الفسخ، و كذا لو علم و سكت. الأختان فإن وطء إحداهما يوجب تحريم الأخرى جمعا لا عينا.

و معناه إنه ما دامت الموطوءه فى ملكه يحرم عليه وطء الأخرى فإذا أخرج الموطوءه عنه و لو بعقد متزلزل كالبيع بخيار حلت الأخرى، لأن تزلزل العقد لا يمنع نقل الملك، و متى خرجت عن ملكه انتفى المانع.

و قد سبق فى كلام المصنف فى التحريم غير المؤبد فى الحل بذلك اشكال، و كذا فى تزويجها و رهنها، و بينا حكمه مستوفى.

قوله: (و لكل من الأب و الابن تملك موطوءه الآخر لا وطؤها).

لأن المقصود الأصلي فى التملك المالىه، و الوطاء تابع كسائر المنافع.

قوله: (و لا تحل المشتركة على الشريك إلا بإباحه صاحبه لا بالعقد، و يحل لغيرهما بهما مع اتحاد السبب).

قد تقدم تحقيق ذلك مستوفى، و قد جزم المصنف هنا بحل المشتركة بإباحه الشريك، و لم يرجح فيما سبق واحدا من القولين، و قد بينا أن الأصح عدم الحل.

قوله: (و لو أجاز المشتري للأمه النكاح لم يكن له الفسخ و كذا لو علم و سكت).

لا ريب أن المشتري إذا أجاز النكاح صار العقد لازما فامتنع فسخه، و كذا لو علم بالخيار و سكت فإن خياره يسقط، لأنه فورى على ما سبق، و كذا حكم مالك الزوج سواء كان هو البائع أو غيره.

و لو فسخ فلا عده و إن دخل، بل يستبرئها بحيضه، أو بخمسه و أربعين يوما إن كانت من ذوات الحيض و لم تحض.

و لا يحل له وطؤها قبل الاستبراء، قوله: (و لو فسخ فلا عده و إن دخل، بل يستبرئها بحيضه أو بخمسه و أربعين يوما إن كانت من ذوات الحيض و لم تحض، و لا يحل له وطؤها قبل الاستبراء).

أى: لو فسخ مشترى الأمه النكاح لم يجب للأمه عده على أحد القولين، سواء دخل الزوج أم لا، بل يجب الاستبراء مع الدخول بحيضه واحده، لأنه لا بد من العلم ببراءه الرحم من الحمل و الحيضه كافيه فى ذلك و لروايه الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «نادى منادى رسول الله صلى الله عليه و آله فى الناس يوم أوطاس أن استبرؤا سباياكم بحيضه» (١).

و لا- شك أن فيهن من كانت مزوجه، فإن كانت من ذوات الحيض، أى فى سن الحيض غير يائسه و لا- صغيره و لم تحض فاستبرأؤها بخمسه و أربعين يوما، روى ذلك عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل الذى يشتري الجارية التى لم تبلغ المحيض و إذا قعدت عن المحيض ما عدتها، و ما يحل للرجل من الأمه حتى يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: «إذا قعدت من المحيض أو لم تحض فلا- عده له، و التى تحيض فلا يقربها حتى تحيض و تطهر فإذا كانت الجارية فى سن من تحيض تستبرئ بخمسه و أربعين يوما» (٢).

و الحاصل أن متى حصل الحيض أو مر خمسه و أربعون يوما بيضا فقد تحقق

ص: ١٦٦

١- ١) التهذيب ٨: ١٧٦ حديث ٦١٥.

٢- ٢) التهذيب ٨: ١٧٢ حديث ٥٩٨، الاستبصار ٣: ٣٥٧ حديث ١٢٨١.

و كذا كل من ملك أمه بأى وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها، إلا- أن تكون يائسه أو حائضا على رأى ظاهرا لا من خصص حيضها بالتخير، الاستبراء و حل الوطء، و بدونه يحرم و قيل: تجب العده (١)، لأن مناط الاستبراء انتقال المملوكه التى لا زوج لها فإن الأخبار داله على أن الاستبراء لاحتمال وطء البائع، و لهذا لو أخبر بعدم الوطء و كان أمينا قبل.

و لو كان امرأه لم يجب الاستبراء، و سيأتى فى خبر ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (٢) ما يدل على ذلك.

و لا ريب فى أن وطأه مع الزوجه منتف فلا استبراء منه، و وطء الزوج فى النكاح الدائم حقه أن تجب به العده، و لهذا يجب مع الطلاق فيجب مع الفسخ و هو قوى، و سيأتى فى كلام المصنف فى العده ترجيح هذا.

و لو بلغت سن اليأس الذى تقدّم تحديده فى أول الكتاب، أو لم تبلغ تسع سنين جاز وطؤها من غير استبراء لكن بعد بلوغ التسع.

قوله: (و كذا كل من ملك أمه مزوجه بأى وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها، إلا أن تكون يائسه أو حائضا- على رأى- ظاهرا، لا من خصص حيضها بالتخير).

أى: و كالذى فسخ نكاح الأمه المزوجه بالشراء كل من ملك أمه بأى وجه كان من هبه، أو إرث أو صلح أو قرض أو غير ذلك، و وجه التشبيه تحريم وطؤها عليه قبل استبرائها، إلا أن تكون يائسه أو حائضا على رأى.

و يعتبر فى استبرائها بحيضه أن يكون حيضها ظاهرا، أى: مقطوعا به، لا من

ص: ١٦٧

١- ١) قاله ابن إدريس فى السرائر: ٣١٥.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٧٣، حديث ٧، [١] التهذيب ٨: ١٧٢، حديث ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨، حديث ١٢٨٥.



خصص بتخيرها كذاكره العدد الناسيه للوقت، و المتحيره إذا رجعت الى الروايات، و مثلها الراجعه إلى عاده نساؤها و أقرانها، و ذات التمييز إذا لم تتيقن الحيض، فهنا مباحث:

الأول: إن الاستبراء كما يجب على من ملك بالشراء، كذا يجب على من ملك بغيره من الأسباب الناقله للملك، و لا مخالف لذلك من أجلاء الأصحاب، إلا ابن إدريس مستندا في ذلك إلى الأصل، و إن النص إنما ورد على المشتري (١)، و هو ضعيف فإن المقتضى و هو استفراغ الرحم موجود و خوف ضياع النسب حاصل، و الاحتياط في الفروج أشد من ذلك.

الثاني: اليائسه لا يجب استبرؤها، لا لتفاء المقتضى في حقها، و كذا الصغيره.

و قد سبق في الروايه ما ينبه على ذلك، و لم يذكر المصنف الصغيره هنا، و لعله نبه بذكر اليائسه على حكمها لاشتراكهما في المقتضى.

الثالث: إذا ملك الأمه حائضا، سواء كان بشراء أو غيره، لم يجب الاستبراء و اكتفى بتلك الحيضه، ذهب إلى ذلك الشيخ في النهايه (٢)، و أكثر الأصحاب (٣) و منهم المصنف، و هو الأصح، لأن الغرض علم براءه الرحم و هو حاصل بذلك. و لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى جاريه و هي حائض قال: «إذا طهرت فليمسها إن شاء» (٤).

و في مقطوعه سماعه قال: سألته عن رجل اشترى جاريه و هي طامث ا يستبرئ

ص: ١٦٨

١- ١) السرائر: ٣١٥.

٢- ٢) النهايه: ٤٩٦.

٣- ٣) منهم ابن البراج في المهذب ٢: ٢٤٦، و ابن حمزه في الوسيله: ٣٦٤، و المحقق في الشرائع ٢: ٣١٥.

٤- ٤) الكافي ٥: ٤٧٣، حديث ٦، [١] التهذيب ٨: ١٧١، حديث ٥٩٥، الاستبصار ٣: ٣٥٧، حديث ١٢٧٨.

رحمها بحيضه أخرى أم تكفيه هذه الحيضه؟ قال: «لا بل تكفيه هذه الحيضه» (١) و هي نص في ذلك.

و قال ابن إدريس: لا بد من استبرائها (٢)، لعموم الأمر بالاستبراء، و في روايه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن الذين يشترون الإماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناه بأموالهم» (٣).

و الجواب المخصص موجود و قد ذكرناه، و الروايه معارضه بأقوى منها فتحمل على الكراهيه.

الرابع: الاستبراء في موضع وجوبه إنما يكون بحيضه، و حكى المصنف في المختلف عن ابن إدريس بأن الأئمه المبتاعه و هي حائض تستبرأ بقرءين (٤). و في روايه عن الرضا عليه السلام: «أن الاستبراء فيها بحيضتين» (٥)، و هي على الاستحباب.

و المذهب الاكتفاء بحيضه واحده في موضع الوجوب، و الأخبار في ذلك مستفيضه و عليه كافة الأصحاب.

الخامس: لا بد في هذه الحيضه من القطع بكون الدم حيضاً، فلا يكفى الحكم بالحيض في ظاهر الحال استناداً الى مجرد تخصيص المرأه أيام حيضها بزمان مخصوص، كما لو استقرت عاداتها عدداً خاصه ثم استمر الدم، أو نسيت ذات العاده وقتها و ذكرت عددها و كان الدم مستمراً بحيث لا تعلم الحيض في زمان دون آخر، فأمرت شرعاً بتخصيص ذلك العدد بزمان مستنده في ذلك الى اختيارها.

ص: ١٦٩

١- ١) الكافي ٥: ٤٧٣ حديث ٨، [١] التهذيب ٨: ١٧٤ حديث ٦٠٦، الاستبصار ٣: ٣٥٩ حديث ١٢٨٦.

٢- ٢) السرائر: ٣١٥.

٣- ٣) الفقيه ٣: ٢٨٢ حديث ١٣٤٦، التهذيب ٨: ٢١٢ حديث ٧٥٩.

٤- ٤) المختلف: ٥٧١، السرائر ٣١٥.

٥- ٥) التهذيب ٨: ١٧١ حديث ٥٩٤، الاستبصار ٣: ٣٥٩ حديث ١٢٨٧.

و مثله المبتدئه إذا استمر بها الدم فحصل لها تمييز و ردّت إلى عاده نساءها أو أقرانها فى محلّه أو رجعت إلى الروايات مع عدمه، سواء طابق ذلك تمييز أو لا و كذا فى التى قبلها.

و المتحيره إذا رجعت إلى الروايات كذلك، و وجه عدم الاكتفاء بالحيض فى هذه الصوره أن الغرض منه العلم ببراءه الرحم، و إنما يتحقق ذلك مع وجود الحيض بحسب نفس الأمر.

أما الدم الذى لم يدل دليل على كونه حيسا، و إنما حكم به للضروره، حذرا من لزوم الحرج بالاحتياط فى جميع الزمان فإنه لا يفيد ذلك، فيبقى معه احتمال الحمل كما كان.

و من ثم حكم للتى حيسها غير مستقيم فى العده بالأشهر، و إلى هذا أشار المصنف بقوله: (ظاهرا) فإنه يريد به كون الحيض ظاهرا بينا، فعلى هذا تستبرئ هذه بشهر واحد، لأن الشهر بدل الحيض فيمن ليست مستقيمه الحيض.

و يحتمل بخمسه و أربعين يوما إلحاقا لها بمن لا - حيس لها، و يحتمل تربصها زمانا يقطع بحصول الحيض فيه، كما لو أضلت عاداتها فى شهر مثلا فإنها تتربص شهرا، و مع انتفائه بخمسه و أربعين يوما، و هذا لا بأس به.

و يمكن أن لا - يريد المصنف بقوله: (ظاهرا) كون الحيض بينا مقطوعا به، بل يريد به كونه راجحا، لوجود علامه تدل عليه شرعا، فإن ذلك هو المتعارف من معنى الظاهر، و ذلك كما فى ذات التمييز، لا سيما إذا طابق تمييزها عدد العاده، أو ما رجعت إليه المتحيره و نحوها من الروايات.

و كذا المبتدئه إذا رجعت إلى عاده النساء و الأقران، خصوصا إذا تأكد بمطابقه التمييز. و وجهه وجود العلامه الشرعيه الداله على تحقق الحيض فى نفس الأمر، و مثل ذلك كاف فى التحقق.

أو حاملا، أو لامرأه على رأى، أو لعدل أخبر باستبرائها، أو أعتقها مع جهل وطء محترم، والاستبراء أفضل.

و لو أعتقها بعد وطئها حرمت على غيره، إلا بعد عده الطلاق.

و لو اعتبر تطرق الاحتمال لقدح فى حيض ذات العاده، و لكان الدم الذى يمكن أن يكون حيضا فى غير زمان العاده غير كاف فى الاستبراء، و ليس بشيء. و هذا أقوى، و سيأتى فى العدد إن شاء الله الاكتفاء فى العده بالتمييز و بعاده النساء فهنا أولى.

و فى كلام شيخنا الشهيد الاكتفاء بما حكم بكونه حيضا فى جميع هذه المواضع، و ما قدمناه أظهر.

إذا عرفت هذا فاعلم أن قول المصنف: (إلا- أن تكون يائسه.) استثناء مما قبله من قوله: (بل يستبرئها بحيضه أو بخمسه و أربعين يوما.).

و لا يحل له وطؤها قبل الاستبراء و كذا كل من ملك إلى آخره.

و قوله: (أو حائضا أو حاملا، أو لامرأه، أو لعدل أو أعتقها) كله فى حيز إلا.

و قوله: (ظاهرا لا من خصص حيضها بالتخير) لا شك فى أنه اعتراض إلا أن حقه أن يكون عند قوله: (بل يستبرئها بحيضه) ليكون تنقيحا للمراد من الحيضه.

و ذكرها هنا غير مستحسن، لأنه إن كان بيانا للمراد من الحيض فهو اعتراض مستقبح فى غير محله، و إن كان بيانا للمراد من قوله: (أو حائضا) فأبعد و أشد. و كيف كان فهو صفة لمصدر محذوف، و كذا عامله محذوف يدل عليه قوله: (بل يستبرئها بحيضه) و تقديره: و يستبرئ بها بأن تحيض حيضه حيا ظاهرا.

و قد أفاد حكم بقيه المستثنيات، بقوله: (أو حاملا، أو لامرأه على رأى، أو لعدل أخبر باستبرائها، أو أعتقها مع جهل وطء محترم، و الاستبراء أفضل، و لو أعتقها بعد وطئها حرمت على غيره إلا بعد عده الطلاق).

.....  
فهنا مسائل:

الأولى: إذا اشترى الأمه و هي حامل لا استبراء لها، بل إن كان الحمل محترماً لم يطأها حتى تضع، وإن كان من زنا فحتى تمضي أربعة أشهر و عشره أيام، و قد اختلفت في ذلك الأخبار و كلام الأصحاب، و المحصل ما قلناه، و قد ذكرنا الكلام فيه في بيع الحيوان.

الثانية: إذا اشترى الأمه من امرأه ففى وجوب الاستبراء قولان:

أحدهما: - و اختاره الشيخ (١) و أكثر الأصحاب (٢) - أنه لا يجب، و هو الأصح، لروايه ابن أبى عمير عن حفص عن أبى عبد الله عليه السلام فى الأمه تكون للمرأة فتبعيها قال: «لا بأس بأن يطأها من غير أن يستبرئها» (٣).

و لروايه زراره قال: اشتريت جاريه بالبصره من امرأه فخيرتني أنه لم يطأها أحد، فوَقعت عليها و لم استبرأها، فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال: «هو ذا أنا قد فعلت ذلك و ما أريد أن أعود» (٤)، و غير ذلك من الأخبار (٥).

و الثانى: - و اختاره ابن اديس - الوجوب (٦)، لعموم الأمر بالاستبراء المتناول لصوره النزاع، و روايه عبد الله بن سنان (٧) السالفه تدل على ذلك. و يجب بأن الخاص مقدم و الشهره بين الأصحاب مؤيده، نعم يكره الوطء قبله احتياطاً للفروج، و روايه زراره تشهد له.

ص: ١٧٢

١ - ١) النهايه: ٤٩٥.

٢ - ٢) منهم ابن البراج فى المذهب ٢: ٢٤٥، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٦٤.

٣ - ٣) التهذيب ٨: ١٧٤، حديث ٦٠٨، الاستبصار ٣: ٣٦٠، حديث ١٢٩٣.

٤ - ٤) التهذيب ٨: ١٧٤، حديث ٦٠٩، الاستبصار ٣: ٣٦١، حديث ١٢٩٤.

٥ - ٥) التهذيب ٨: ١٧٤، حديث ٦٠٧، الاستبصار ٣: ٣٦٠، حديث ١٢٩٢.

٦ - ٦) السرائر: ٣١٥.

٧ - ٧) الفقيه ٣: ٢٨٢، حديث ١٣٤٦، التهذيب ٨: ٢١٢، حديث ٧٥٩.

الثالثة: لو اشترى الأمه من عدل و أخبره باستبرائها فقولان كالتى قبلها، و أوجه ابن إدريس (١).

لنا أن شهاده العدل مثمره للظن القوى، و قد اكتفى الشارع بها فى كثير من الشرعيات، خصوصا إذا أخبر عما بيده و ما فى ملكه فجاز التعويل عليها، و لصحيحه ابن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية لم تحض قال: «يعتزلها شهرا إن كانت قد مست» قلت: أفرأيت ان ابتاعها و هى طاهر زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت قال: «إن كان عندك أمينا فمسها» (٢) الحديث.

و مثلها رواه محمد بن حكيم عن العبد الصالح (٣)، و رواه حفص بن البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام (٤).

احتج ابن إدريس وراء عموم الأمر بالاستبراء بروايه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: اشترى الجارية من الرجل المأمون فيخبرنى أنه لم يمسه و قد طمئت عنده و قد طهرت فقال: «ليس بجائر أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضه، و لكن يجوز ذلك ما دون الفرج، ان الذين يشترون الإماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤهن فأولئك الزناه بأموالهم» (٥).

و جوابه الحمل على الكراهه جمعا بين الأخبار.

الرابعة: إذا اشترى الأمه فأعتقها جاز له العقد عليها قبل أن يستبرئها إذا لم يعلم كونها موطوءه و طء محترما، و احترز بالوطء المحترم عن الزنا فإنه لا حرمه له و لا اعتبار به، و لو كانت سريه فكذلك بطريق أولى.

ص: ١٧٣

١-١) السرائر: ٣١٥.

٢-٢) الكافي ٥: ٤٧٣، حديث ٤، [١] التهذيب ٨: ١٧٢، حديث ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨، حديث ١٢٨٥.

٣-٣) التهذيب ٨: ١٧٣، حديث ٦٠٢، الاستبصار ٣: ٣٥٩، حديث ١٢٨٨.

٤-٤) التهذيب ٨: ١٧٣، حديث ٦٠٣، الاستبصار ٣: ٣٥٩، حديث ١٢٨٩.

٥-٥) الفقيه ٣: ٢٨٢، حديث ١٣٤٦، التهذيب ٨: ٢١٢، حديث ٧٥٩.

و أوجب بعض العامه الاستبراء هنا (1)، وليس بشيء، يدلّك على ذلك وراء الإجماع ان الاستبراء إنما يثبت وجوبه في المملوكه، و قد خرجت بالعتق عن كونها مملوكه.

لا يقال: قد وجب استبراؤها بالشراء و الأصل بقاؤه.

لأننا نقول: لما أعتقها خرجت عن ملكه و صارت أجنبيه بالنسبه إليه، نسبتها اليه و الى غيره سواء فسقط الحكم الأول، و إذا أراد إنشاء النكاح كانت كغيرها من الأجنيات اللاتي لم يعلم لهن و طء محترم.

و لما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: «يستبرئ بحيضه» قلت: فإن وقع عليها؟ قال: «لا بأس» (2).

و مثله روى عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (3)، و كذا أبو العباس البقباق عنه عليه السلام (4). و الأفضل الاستبراء، لقوله عليه السلام في روايه أبي العباس هذه، و روايه ابن ابي يعفور قوله: «أن يفعل، و إن لم يفعل، فلا بأس» (5)، و معنى قوله: «أن يفعل» أي حقه أن يفعل.

و يدل على حكم السريه ما رواه زراره قال: سألته يعني -أبا عبد الله عليه السلام- عن رجل أعتق سريه، إله أن يتزوجها بغير عده؟ قال: «نعم»، قلت: بغيره؟ قال: «لا حتى تعتد بثلاثه أشهر» (6)، و مثله روى الحسن عنه عليه السلام (7).

ص: ١٧٤

١- ١) قاله الشافعي و احمد. المغنى لابن قدامه ١٧٥: ٩، و الشرح الكبير معه ١٧٦: ٩.

٢- ٢) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦١٢، الاستبصار ٣: ٣٦١، حديث ١٢٩٥.

٣- ٣) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦١٣، الاستبصار ٣: ٣٦١، حديث ١٢٩٦.

٤- ٤) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦١٤، الاستبصار ٣: ٣٦١، حديث ١٢٩٧.

٥- ٥) التهذيب ١٧١: ٨، حديث ٥٩٧، الاستبصار ٣: ٣٥٧، حديث ١٢٨٠.

٦- ٦) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦١١.

٧- ٧) التهذيب ١٧٥: ٨، حديث ٦١٠.

و لا ريب أن الثلاثة الأشهر إنما تكفى مع تعذر الأقراء، أو أنها كناية عن الأقراء إلا أنها غالباً لا تكون فى أقل من ثلاثة أشهر، و هذا هو المراد من قول المصنف: (عده الطلاق).

و اعلم أنه لو علم أن الأمه المبتاعه موطوءه و طءاً محترماً من نحو زوج فسخ نكاحه، أو من المولى فأعتقها لم يجر له تزويجها إلا بعد الاستبراء، و تكفى الحيضه، لأن فى روايه محمد بن مسلم استحباب الاستبراء بحيضه مع جهل الوطء، فلو لا أن تكفى مع العلم به لم يكن لاستحبابها معنى.، فإن الغرض منها يقين براءه الرحم، لاحتمال الوطء، و لأن ذلك كاف قبل العتق فكذا بعده عملاً بالاستصحاب، و سيأتى فى كلام المصنف فى باب العدد ما يدل على ذلك.

فرعان:

الأول: لو اشترى الأمه و سيدها صغير أو عنين أو محبوب، ففى كونها كأمه المرأه فى سقوط الاستبراء قول للشيخ (١)، يومئ إليه أن النصوص داله على أن مدار الاستبراء إمكان و طء البائع وجوداً و عدماً.

و يومئ إلى ذلك قوله عليه السلام فى صحيحه ابن سنان و قد قال له: أفرايت إن ابتاعها و هى طاهر، ثم زعم صاحبها أنه لم يطأها منذ طهرت: «إن كان عندك أميناً فمسيها» (٢) فإنه لم يدل على أن المنظور إليه عدم و طء البائع. و أما احتمال و طء غيره فانتفاؤه يكفى فيه أصاله العدم، و لا ريب فى انتفاء الوطء عن العنين و المحبوب و كذا الصغير.

الثانى: لو أراد تزويج الأمه المبتاعه، فإن كان البائع قد وطأها فلا بد من

ص: ١٧٥

١ - ١) المبسوط ٢٨٦: ٥. [١]

٢ - ٢) الكافي ٤٧٣: ٥ حديث ٤، [٢] التهذيب ١٧٢: ٨ حديث ٦٠١، الاستبصار ٣: ٣٥٨ حديث ١٢٨٥.



و يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب و بناتهم، و ما يسييه أهل الضلال منهم. الاستبراء، و إن لم يكن وطؤها معلوما فالمتجه الجواز بدون الاستبراء تمسكا بأصالة البراءة، و لأن الاستبراء تابع لانتقال الملك و هو منتف هنا، و لأن المشتري إذا أعتقها جاز أن يزوجه غيره بغير استبراء فقبل العتق كذلك، لاستواء الحالين في انتفاء المقتضى للاستبراء.

فإن طلقها الزوج قبل الدخول في هذه الصورة احتمال جواز وطء البائع إياها بغير استبراء، لسقوطه بالتزويج، و انتفاء غيره بالطلاق قبل المسيس.

قوله: (و يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب و بناتهم، و ما يسييه أهل الضلال منهم).

لا- خلاف بين علمائنا في أنه يجوز للمسلم أن يشتري المرأة المزوجه من أهل الحرب و لو من زوجها، و كذا يجوز أن يشتري بناتهم و أبناءهم فيصيرون ملكا له و إن كان البائع الأب و نحوه، و يترتب على هذا الملك أحكامه التي من جملتها وطء الجارية بملك اليمين.

و وجهه: أن أهل الحرب في للمسلمين يملكون بمجرد الاستيلاء عليهم، فإذا توسط البيع كان أكد في ثبوت الملك، نعم في صورته بيع القريب قريبه الذي حقه أن يعتق عليه إشكال تقدم ذكره في البيع، و نقحه المصنف بصرف البيع الى الاستنقاذ فلا يلحقه أحكامه من طرف المشتري.

و روى عبد الله اللحام قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري أمه الرجل من أهل الشرك يتخذها، قال: «لا بأس» (١).

ص: ١٧٦

.....

و كذا يجوز ابتياع ما يسببه أهل الضلال من أهل الحرب و إن كان جميع ذلك أو بعضه للإمام عليه السلام.

و يحل الوطاء و غيره بهذا الشراء، و الأخبار بالإذن في ذلك من أئمة الهدى عليهم السلام متواتره (1) و قد سبق بيان هذا في الخمس.

ص: ١٧٧

---

١- (١) التهذيب ٨:٢٠٠ حديث ٧٠٢-٧٠٥، الاستبصار ٣:٨٣ حديث ٢٨١.

المطلب الثاني: ملك المنفعة:

يجوز إباحه الأمه للغير بشروط: كون المحلل مالكا للرقبه، جائز التصرف، و كون الأمه مباحه بالنسبه إلى من حلّت عليه.

فلو أباح المسلمه للكافر لم تحل، و كذا المؤمنه للمخالف.

و يجوز العكس، إلا الوثنيه على المسلم، و الناصيه على المؤمن.

و لو كانت ذات بعل أو عده لم يحل تحليلها قوله: (المطلب الثاني: ملك المنفعة: يجوز إباحه الأمه للغير بشروط:

كون المحلل مالكا للرقبه، جائز التصرف، و كون الأمه مباحه بالنسبه إلى من حلّت عليه، فلو أباح المسلمه للكافر لم تحل، و كذا المؤمنه للمخالف، و يجوز العكس، إلا الوثنيه على المسلم، و الناصيه على المؤمن، و لو كانت ذات بعل أو عده لم يحل تحليلها).

هذا هو القسم الثاني من قسمي النكاح بالملك، و هو ملك المنفعة، و ذلك تحليل المولى و طء أمته لغيره، و في حكمه تحليل مقدمات الوطاء، و المشهور بين علمائنا حل ذلك، و قد تواترت به الأخبار عن أهل البيت عليهم السلام (١) على وجه لا سبيل إلى إنكاره.

و نقل الشيخ في المبسوط (٢)، و ابن إدريس (٣) قولاً نادراً لبعض الأصحاب بالمنع.

لنا عموم قوله تعالى أو ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٤) و هو يتناول ملك المنفعة كما

ص: ١٧٨

١- (١) الكافي ٥: ٤٦٨ باب الرجل يحل جاريتته لأخيه، [١] التهذيب ٧: ٢٤١ حديث ١٠٥٢-١٠٦٤، الاستبصار ٣: ١٣٥ باب ٨٩.

٢- (٢) ٣: ٧٤.

٣- (٣) السرائر: ٣١٣.

٤- (٤) النساء: ٣. [٢]

يتناول ملك الرقبه.

لا يقال: لو كان هذا العموم حقا لجاز هذا الوطء بكل طريق مثمر لملك المنفعه.

لأننا نقول: لا شك أن منفعه البضع ليست على نهج سائر المنافع، فلا بد لتملكها - بحيث يترتب عليه حل الوطء - من قانون مستفاد من الشرع بالتلقى عن أهل البيت عليهم السلام، هم معادن العلم و حفظه الشرع، وقد نهجوا لذلك نهجا فيجب الاقتصار عليه، فيكون الحجج في الآيه تناول عمومها لملك المنفعه في الجملة.

و السنه كافله بيان ذلك على وجهه، و روايه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل يحل لأخيه فرج جاريتها، قال: «هي حلال ما أحل منها» (١).

و صحيحه أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه أحلت لابنها فرج جاريتها، قال: «هو له حلال»، قلت: أ فيحل له ثمنها؟ قال: «لا إنما يحل له ما أحلت له» (٢).

و صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه أحلت لى جاريتها فقال: «ذلك لك»، قلت: فإنها كانت تمزح، فقال: «كيف لك بما فى قلبها فإن علمت انها تمزح فلا» (٣).

احتج المانع بعموم قوله تعالى فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٤)، و هذا خارج عن مسمى الأزواج و المملوكات فيدخل تحت العدوان.

و لصحيحه الحسين بن على بن يقطين قال: سألته عن الرجل يحل فرج جاريتها

ص: ١٧٩

١- ١) التهذيب ٧: ٢٤١ حديث ١٠٥٢، الاستبصار ٣: ١٣٥ حديث ٤٨٥.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٦٨ حديث ٦، [١] التهذيب ٧: ٢٤٢ حديث ١٠٥٦، الاستبصار ٣: ١٣٦ حديث ١٤٨٩.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٦٩ حديث ٨، [٢] التهذيب ٧: ٢٤٢ حديث ١٠٥٨، الاستبصار ٣: ١٣٦ حديث ٤٩١.

٤- ٤) المؤمنون: ٧. [٣]

قال: «لا أحب ذلك» (١).

و روايه عمار الساباطى عن الصادق عليه السلام: فى المرأه تقول لزوجها:

جاريتى لك، قال: «لا يحل له فرجها إلا أن تبعيه أو تهبه له» (٢).

و جوابه: قد بينا شمول ملك اليمين المتنازع فلم يدخل تحت العدوان، و الروايه الأولى مقطوعه و لا تدل على المنع، و الثانى مع ضعف سندها لا دلالة لها على محل النزاع، لأن المسؤول عنه خال من صيغه التحليل.

فإن قيل: الحججه فى قوله: «إلا أن تبعيه أو تهبه له».

قلنا: لا شك أنه لا يرد من ذلك الحصر مطلقاً، فإن طريق الملك لا ينحصر فى البيع و الهبه قطعاً، بل المراد الحصر بالإضافه إلى المسؤول عنه، فكأنه عليه السلام قال: لا بد من طريق مملكك، و هو مفقود فى المسؤول عنه.

إذا تقرر ذلك فلهذه الإباحه شروط أربعة:

الأول و الثانى: كون المحلل مالكا للرقبه و لا - اعتبار بتحليل غير المالك لتحرير مال الغير بغير اذنه. و هل يقع لاغياً، أم ينفذ مع اجازة المالك؟ فيه وجهان، و لا يبعد ابتناؤهما على كون التحليل عقداً أو إباحه.

فعلى الأول ينفذ معها كما فى غيره من عقود الأنكحه، بخلاف الثانى، لانتفاء الدليل على اعتبار الإباحه من غير المالك. نعم لو كان غير المالك و كيلاً له اعتبر تحليله، لأنه فعل يدخله النيابة.

و هل يعتبر تحليل الولى مع الغبطه، كما لو خاف على أمه الطفل الزنا و لم يوجد راغب فى نكاحها، أو كان منافياً لخدمه الطفل؟ الظاهر نعم مع احتمال المنع، لأنه إتلاف محض، فلا بد من كون المالك جائز التصرف ليقع تحليله معتبراً، فلا اعتبار

ص: ١٨٠

١- (١) التهذيب ٧: ٢٤٣ حديث ١٠٥٩، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٢.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٢٤٣ حديث ١٠٦١، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٤.

بتحليل الصبى و لا المجنون للحجر عليهما مطلقا، و لا السفية و لا المفلس للحجر عليهما فى التصرفات المتعلقة بالأموال.

الثالث: كون الأئمة مباحه بالنسبه إلى من حلت عليه، و قد سبق معرفه المحرمات بالنسب و الرضاع و المصاهره و غير ذلك فلا حاجه الى إعادتها.

و خصّ المصنف بالذكر من قد يخفى حكمه، فمن ذلك المسلمه فإنها لا تحل على الكافر بجميع أنواعه اتفاقا، و دلائل المنع فى الكتاب و السنه كثيره، و قد سبق جملة منها، و من ذلك المؤمنه فإنها لا تحل على المخالف بجميع أنواعه على المختار بين محققى الأصحاب.

و قد تقدّم جملة من الأخبار الداله على ذلك، مثل قوله عليه السلام: «العارفه لا توضع إلا عند عارف (١)»، و للإجماع المركب، فإن كل من منع تزويج المخالف منع من تحليل المؤمنه له، و من لا فلا، و قد بينا المنع من تزويجه سابقا، فيثبت المنع هنا بحكم الإجماع.

أما العكس و هو تحليل الكافره للمسلم و المخالفه للمؤمن فإنه جائز، لأن هذا فى الحقيقه راجع الى ملك اليمين، و هو جائز بالنسبه إليهما.

و لا يستثنى من الكافره إلا الوثنيه، لما تقدّم من الدلائل الداله على المنع من وطئها بالملك، و لا يستثنى من المخالفه إلا الناصبه المعلنه بعداوه أهل البيت عليهم السلام فإنها كالكافره، و قد ورد: «ان الناصب شر من اليهودى و النصرانى» (٢)، و يثبت من وجوب مجانبتهم و التصلب فى مبادئهم ما يمتنع معه حل الوطاء.

و من المحرمات ذات البعل و ذات العده قطعاً فلا تحل بالتحليل، و لا فرق فى العده بين أن تكون بائنه أو رجعيه.

ص: ١٨١

١-١) الكافى ٥: ٣٥٠ حديث ١١. [١]

٢-٢) الكافى ٥: ٣٥١ حديث ١٦، [٢] علل الشرائع: ٢٩٢. [٣]

و الصيغه و هو لفظ التحليل، مثل أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطئها، و الأقرب إلحاق الإباحه به.

و لو قال: أذنت لك، أو سوّغت، أو ملكت فكذلك.

و لا تستباح بالعاريه، و لا بالإجاره، و لا ببيع منفعه البضع. و هل يجوز إحلالها مده الاستبراء؟ ينبغي أن يقال: إن كان الاستبراء عن وطء محتمل غير معلوم جاز و إن علم الوطء، فإن جوزنا ما سوى الوطء من الاستمتاعاقتصر على تحليل ما سواه حل، و إلا فلا.

قوله: (و الصيغه: و هو لفظ التحليل، مثل: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حل من وطئها، و الأقرب إلحاق الإباحه به. و لو قال: أذنت، أو سوّغت، أو ملكت فكذلك، و لا يستباح بالعاريه، و لا بالإجاره، و لا ببيع منفعه البضع).

الشرط الرابع: الصيغه، و لا خلاف في اعتبارها، لأن الفروج لا يكفي في حلها مجرد التراضي و لا أى لفظ اتفق، بل لا بد من صيغه متلقاه من الشرع، و قد أجمعوا على اعتبار لفظ التحليل، و به وردت النصوص (١)، فيقول: أحللت لك وطء فلانه، أو جعلتك في حل من وطئها.

و كذا مقدمات الوطء كالتقيل، و لا يكفي: أنت في حل من وطئها، لعدم كونه صريحا في الإنشاء، و اختلفوا في لفظ الإباحه.

فالأكثر: - و منهم الشيخ في النهايه (٢) و اتباعه، و المرتضى (٣)، و ابن زهره (٤)،

ص: ١٨٢

١- (١) انظر: الكافي ٤٦٨: ٥، التهذيب ٢٤١: ٧ حديث ١٠٥٢-١٠٦٣.

٢- (٢) النهايه: ٤٩٦.

٣- (٣) الانتصار: ١١٨.

٤- (٤) الغنيه (ضمن الجوامع الفقهيه): ٥٥٠.

و المصنف فى الإرشاد-على أنه لا يفيد الحل وقوفا مع ظاهر النصوص و مراعاة الاحتياط، فإن الأمر فى الفروج شديد، و تمسكا بالأصل فيما عداه.

و ذهب فى المبسوط (١)، و ابن إدريس (٢)، و نجم الدين (٣) الى جواز لفظ الإباحه، و هو مقرب المصنف لاشتراك الإباحه و التحليل فى المعنى، و يجوز اقامه كل من المترادفين مقام الآخر كما بين فى الأصول.

لا يقال: فعلى هذا يكفى لفظ العاريه، للاشتراك فى المعنى.

لأننا نقول: الأكثر على أنه لا يكفى.

و رواه أبى العباس البقباق عن الصادق عليه السلام، حيث سأله عن عاريه الفروج فقال: «حرام» ثم مكث قليلا و قال: «لكن لا بأس بأن يحل الرجل جاريته لأخيه» (٤) نص فى المنع، و الأصح الأول.

و يمنع الاكتفاء بالمرادف مطلقا، فإن فى النكاح شائبه العباده، و كثير من أحكامه توقيفيه و الاحتياط فيه من أهم المطالب.

و لو قال: أذنت لك فى وطئها، أو سوغته لك، أو ملكتك إياه فعند المصنف أنه كالإباحه فى إفاده الحل، لأنها بمعناها. و يلزمه أن يكون لفظ الهبه كذلك، لأن وهبت و ملكت بمعنى واحد، إلا أن يقال: إن الهبه لا تتعلق بما سوى الأعيان، بخلاف التملك فإنه قد يتعلق بالمنافع كما سبق فى الإجاره.

و الأصح المنع فى الجميع اقتصارا على موضع اليقين.

ص: ١٨٣

١- (١) المبسوط ٥٧: ٣.

٢- (٢) السرائر: ٣١٤.

٣- (٣) السرائر ٣١٦: ٢.

٤- (٤) الكافى ٤٧٠: ٥، حديث ١٦، [١] التهذيب ٧: ٢٤٤، حديث ١٠٦٣، الاستبصار ٣: ١٤٠، حديث ٥٠٥



و يوكل الشريكان ثالثاً، أو أحدهما الآخر فى الصيغه، فلو باشرا فقال كل منهما: أحلت لك وطأها صح.

و لو قال: أحلت حصتى فإشكال، و أما بيع منفعه البضع فإنه باطل قطعاً، لأن البيع لا يتعلق بالمنافع. و كذا اجازة الأمه للوطء، لأن منافع البضع ليست كسائر المنافع تحل بأى سبب اتفق، بل حلها منوط بالسبب المستفاد من الشرع بخصوصه، و لا يجوز تعديده، و ليس هذا مما ورد به الشرع.

قوله: (و يوكل الشريكان ثالثاً أو أحدهما الآخر فى الصيغه، فلو باشرا فقال كل منهما: أحلت لك وطأها صح، و لو قال: أحلت لك وطء حصتى فإشكال).

ما سبق هو بيان تحليل الأمه من المالك الواحد، و هذا بيان تحليلها إذا كانت مشتركه، فإن وكلا ثالثاً صحت منه الصيغه قطعاً كما يصح منه تزويجها.

و كذا لو وكل أحدهما الآخر، و لا- يقدر كون تصرف أحدهما عن نفسه بالأصالة و عن الآخر بالوكالة، لأن الاعتبار بوقوع الصيغه باللفظ المعبر و لا أثر للسبب.

و لو أوقعاها معا مباشرة، بأن قال كل منهما: أحلت لك وطءها غير مقيد بتحليل بعضها صح أيضاً، لصدور الصيغه المعبره من كل منهما.

فإن قيل: لما لم يملك كل واحد منهما إلا بعضها و جب أن لا تعتبر الصيغه منه إلا إذا أحل حصته خاصه، لامتناع تحليل ما عداها منه.

قلنا: المحلل إنما هو الوطاء، و هو أمر واحد لا- يقبل التجزئه و لا- يتصور حل بعضه و حرمة بعضه، و إنما يحل مجموعه بتحليلهما، فتحليل أحدهما إياه جزء السبب، فإن أحلاه دفعه أو تقدم أحدهما كان كل منهما معتبراً واقعا الموقع.

و إن قال أحدهما أو كلاهما: أحلت لك حصتى ففى صحه ذلك و افادته الحل

و هل هو عقد أو تملك منفعه؟ خلاف. إشكال ينشأ: من أن تصرف كل واحد منهما إنما هو فى حصته، حتى إذا أحل و طءها فإنما ينصرف ذلك إلى حصته، لا امتناع إحلاله و طء ما سواها، فإذا صرح بتحليلها خاصة كان أولى بالصحة.

و من أن الإحلال ليس لحصه كل واحد منهما، بل للوطء و هو أمر واحد لا يتبعض فيه كما قدمناه، و حله إنما يكون بتحليلهما إياه، فلا- أثر لتحليل الحصه، كما أن لكل واحد منهما إذا أراد نكاحها لا يجوز أن يقتصر على إنكاح حصته، لأن علاقته الزوجيه المثمره لاستحقاق منافع البضع إنما تتعلق بمجموعها دون الأبعاض.

و لأن استفادته حل الفروج بالعقد أمر توقيفى، فلا يتجاوز فيه موضع اليقين، و هذا أصح.

إذا تقرر ذلك، فإن اعتبرنا القبول فى التحليل فلا بد من القبول مرتين باعتبار تحليل كل من الشريكين، أو قبول الوكيل عنه مرتين. قوله: (و هل هو عقد أو تملك منفعه؟ خلاف).

لما كان حل الفروج منحصرًا فى العقد و الملك بنص القرآن (١) كما قدمناه، و كان القول بحل الأمه بالتحليل هو القول المعتمد عند الأصحاب، بل هو مذهب الأصحاب، و يجب أن لا يكون خارجًا عن الأمرين. و المراد بكونه عقداً كونه عقد نكاح، لأن كونه تملك منفعه لا ينافى كونه من جمله العقود، فتعين أن يراد كونه عقد نكاح.

و الخلاف الذى ذكره المصنف هو ما نقله ابن إدريس (٢)، فإنه نقل عن المرتضى فى الانتصار: إن تحليل المالك جاريته بغير عقد، و التحليل و الإباحه عباره

ص: ١٨٥

١- ١) النساء: ٣ و ٢٥.

٢- ٢) السرائر: ٣١٣.

عنه (١).

و نقل عن الباقيين الأكثرين كالشيخين (٢) وغيرهما من المشيخه أنه تمليك منفعه مع بقاء الأصل، و اختار الثانى. و كلام الشيخ فى المبسوط (٣) قريب من هذا، فإنه لما ذكر اختلاف الأصحاب قال: إن منهم من قال: إنه عقد و التحليل عباره عنه.

و منهم من قال: هو تمليك منفعه مع بقاء الأصل، و قواه و قال: إنه يجرى مجرى إسكان الدار و أعمارها، قال: و لأجل هذا يحتاج الى أن تكون المده معلومه، و مقتضى هذا انه يفتقر الى تعيين المده.

و قال فى النهايه: و يحل له منها مقدار ما يحلله مالكها، إن يوما فيوما و إن شهرا فشهره على حسب ما يريد (٤)، و لم يذكر حكم الإطلاق.

و اختار المصنف فى المختلف الجواز بغير مده (٥)، وفاقا لما يشعر به كلام ابن إدريس (٦). و الأصح انه تمليك منفعه، و أن تعيين المده غير شرط.

أما الأول، فلأن الحل دائر بين العقد و الملك، و لما امتنع الأول هنا تعين الثانى، و إنما قلنا: إن كونه عقدا ممتنع، لأن العقد منحصر فى الدوام و المتعه، و انتفاء الأول ظاهر، لأن ثبوته يستلزم توقف رفعه على الطلاق، و أنه يجب بالدخول المهر، و نحو ذلك

ص: ١٨٦

١- (١) الانتصار: ١١٨.

٢- (٢) الشيخ المفيد فى المقنعه: ٨٠، و الشيخ الطوسى فى المبسوط ٣: ٧٥. [١]

٣- (٣) المبسوط ٤: ٢٤٦. [٢]

٤- (٤) النهايه: ٤٩٤. [٣]

٥- (٥) المختلف: ٥٧٠.

٦- (٦) السرائر: ٣١٣.

و لو أباح أمته لعبده، فإن قلنا إنه عقد أو تمليك و أن العبد يملك حلت، و إلا فلا. و الأول أولى، لأنه نوع اباحه و العبد أهل لها. مما هو معلوم الانتفاء.

و أما انتفاء المتعه فلأنها مشروطه بالمهر، و لا مهر مع التحليل، لأن المفهوم من الأخبار أنه تمليك مخصوص لمنفعه مخصوصه شرعا، فثمرته تقرب من ثمره العاريه.

و كذا يشترط في المتعه الأجل، و هو منتف هنا لما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و يزيد ذلك بيانا أن النكاح عقد لازم و لا شيء من التحليل بلازم، إلا أن يدعى المرتضى لزومه، و هو بعيد. و إذا انتفى الدوام و المتعه امتنع كونه نكاحا، فتعين كونه من قبيل الملك.

و أما الثانى، فلأن كون الشيء شرطا فى آخر شرعا إنما يكون بتعين الشارع، و إنما يكون ذلك بالنقل، و الأخبار الواردة فى هذا الباب خاليه من ذلك، فالقول بالاشتراط باطل لا محاله، بل لو شرط مده كان له الرجوع متى شاء، لانتهاء المقتضى للزوم، و لأنه ينزع بنزع العاريه.

إذا تقرر ذلك فعلى كل من القولين لا بد من القبول، أما إذا كان عقد نكاح فظاهر، و أما إذا كان تمليكا، فلأنه فى معنى هبه المنفعه، فيكون أيضا من قبيل العقود فاعتبر فيه القبول، و لأن النكاح مبنى على كمال الاحتياط فيراعى فيه وجود ما يقطع بسببته.

قوله: (و لو أباح أمته لعبده فإن قلنا إنه عقد، أو تمليك و أن العبد يملك حلت، و إلا فلا. و الأول أولى، لأنه نوع اباحه و العبد أهل لها).

اختلف الأصحاب القائلون بحل الأمه بتحليل المولى، فى أنه إذا أحل أمته لعبده هل تحل له بالتحليل على قولين:

أحدهما: -و اختاره الشيخ فى النهايه (١)، و المصنف فى المختلف (٢)، و جماعه (٣) -العدم، لصحيحه على بن يقطين عن أبى الحسن الماضى عليه السلام، انه سئل عن المملوك أ يحل له أن يطأ الأمه من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: «لا يحل له» (٤)، و لأنه نوع تمليك و العبد ليس أهلا له.

و الثانى: -و اختاره ابن إدريس (٥) -الحل، لأنه لا مانع منه من كتاب و لا سنه و لا إجماع، و الأصل الإباحه، و لعموم قوله تعالى فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٦)، و قوله تعالى وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ (٧).

و اعترضه المصنف فى المختلف (٨) بوجود المانع، و هو الخبر الصحيح و الدلاله العقلية، و فى هذا الكتاب بنى الحكم بالحل و عدمه هنا على القولين فى المسأله التى قبله أولا، ثم اختار الحل معرضا عن هذا البناء، لأنه أهل للنكاح قطعا.

و إن جعلناه تمليكا، فإن قلنا: إن العبد يملك فكذلك، و إن لم نقل بواحد من الأمرين -أعنى كونه نكاحا، أو تمليكا مع القول بأن العبد يملك -لم يحل له، لأن الحل حينئذ دائر مع الملك و هو منتف.

و المراد بالأول فى قول المصنف: (و الأول أولى لأنه نوع اباحه). هو الحل المستفاد من قوله: (حلت)، فيكون الثانى هو ما دل عليه قوله: (و إلا فلا) اعنى عدم

ص: ١٨٨

١ - ١) النهايه: ٤٩٤.

٢ - ٢) المختلف: ٥٧١.

٣ - ٣) منهم فخر المحققين فى الإيضاح ٣: ١٦٧.

٤ - ٤) التهذيب ٧: ٢٤٣ حديث ١٠٦٢، الاستبصار ٣: ١٣٧ حديث ٤٩٥.

٥ - ٥) السرائر: ٣١٤.

٦ - ٦) النساء: ٢٥. [١]

٧ - ٧) النور: ٢٣. [٢]

٨ - ٨) المختلف: ٥٧١.

الحل. و مراده أن القول بالحل أولى من غير بناء على أن العبد يملك.

بيانه: انا إذا جعلنا التحليل نكاحا فترتب الحل عليه للعبد من غير نظر الى كونه يملك أو لا يملك أمر واضح.

و إذا جعلناه تمليكا فلا نريد به إلا كونه ضربا من ضروب الإباحه، و العبد أهل لها.

قلت: ما لمحه المصنف هنا ملمح حسن دقيق، و المنع بناء على التمليك و أن العبد لا يملك كلام ظاهري، و تحريره إن القدر المعقول من الملك في هذا الباب هو في معنى الإباحه، و الحر و العبد في ذلك سواء.

و بيانه: أن النكاح يفيد ملكيه منافع البضع للزوج، و لهذا يحكم بوجوب مهر المثل على من تولت إرضاع الزوجه على زوجه ينفسخ به النكاح، و هذا و إن لم يكن ملكا محضا، لأن الموطوءه بالشبهه تستحق مهر المثل دون زوجها، إلا أن هذا الإطلاق صحيح عندهم لا يمنع منه مانع، و هذا القدر يحصل بالتحليل، بل الحاصل به أضعف منه و إن خص الأول باسم النكاح و الثانى باسم الملك.

و لما كان العبد كالحر في استفاده ملكيه المنافع في النكاح و جب أن يكون كذلك في التحليل بطريق أولى، و الظاهر أن المراد بالملك في هذا و نظائره الاستحقاق كما نقول فيما إذا نذر زيد لعمر و أن يسكنه داره سنه، أو يعطيه كذا من ماله أو يطعمه و يسقيه كذا من طعامه و شرابه، استحق عمر و ذلك و ملكه. و لو كان عمرو عبدا لم يتفاوت الحال في الاستحقاق و الإطلاق، و مثله ما لو استحق طلب إنسان إلى مجلس الحكم فإنه يقال ملكه.

و لا يختلف الحر و العبد في هذا الإطلاق، و حيث لم يعقل من ملك منافع البضع إلا هذا القدر في النكاح و التحليل، و علمت أن ذلك ثابت للعبد لا محاله، فالقول بمنع التحليل في حقه لا وجه له.

و يجوز تحليل المدبره و أم الولد،دون المكاتبه و إن كانت مشروطه، و المرهونه. و أما الروايه فإنها غير صريحه بالمنع فى صوره النزاع،إذ لا- صراحه فيها بكون الأمه ملكا للمولى،فجاز أن يكون المسؤول عنه تحليل مولى العبد أمه الغير أو أنه أراد التحليل بدون الصيغه الشرعيه.

و يمكن حملها على التقيه،لأن العامه يمنعون التحليل مطلقا،و لا- يخفى أنه لا فرق بين إباحه أمته لعبده أو عبده غيره إذا اذن سيده،و لعل المصنف إنما لم يعّم العبارة بحيث يشمل عبد الغير،لاحتياجه حينئذ إلى التقييد باذن السيد.

قوله: (و يجوز تحليل المدبره و أم الولد دون المكاتبه و إن كانت مشروطه و المرهونه).

كما يجوز تحليل وطء المملوكه القنه كذا يجوز تحليل وطء المدبره،لأن التدبير لا- يخرج المدبر عن الملك،و لا يمنع من تصرف المولى فيه،لبقاء الملك كما كان قبل التدبير،فإن كونه بحيث يستحق العتق بالموت لا يقتضى خلاف ذلك.

و من ثم صحت اجاره المدبر و عاريتة،و لا ينافى شىء من ذلك بقاء التدبير،بخلاف ما لو باعه أو وهبه،و كذا يجوز تحليل أم الولد،لما قلناه فى المدبره.

أما المكاتبه فلا يصح تحليلها و إن كانت مملوكه،لانقطاع سلطنه المولى عنها بالكتابه و تسلطها على منافع نفسها،و لهذا لا يجوز للمولى وطؤها بحال،و لا فرق بين كون الكتابه مطلقه أو مشروطه.

و إنما عطف المصنف المشروطه إن الوصلية،لأنها الفرد الأخرى،لأن انقطاع السلطنه فى الكتابه المطلقه أقوى.

و كذا لا يجوز تحليل أمته المرهونه،لأنه لا يجوز للراهن التصرف فى الرهن لأجل حق المرتهن بوطء و لا غيره إلا باذنه،و على هذا فإذا أحلها للمرتهن حلت،لانحصار الحق فيهما.

و لو ملك بعضها فإباحته لم تحل، و لو أحل الشريك حلت على رأى. قوله: (و لو ملك بعضها فإباحته لم يحل، و لو أحل الشريك حلت على رأى).

لو ملك مالك بعض الأمة فبعضها الآخر إما حر أو مملوك لغيره، فإن كان حراً فإباحته نفسها لم تحل له، لأن الحره إنما تحل بالنكاح دون الإباحه قطعاً. و إن كان مملوكاً للغير فأحلها الشريك ففي حلها للأصحاب قولان: أحدهما: -و اختاره المصنف، و منعه ابن حمزه (1) محتجاً بأنه يلزم تبعض سبب البضع، و قد تقدم الكلام فى ذلك قبل الفصل الثانى فى مبطلاته و أن الأصح عدم الحل بذلك، فلا حازه إلى إعادته، و ينبغى التنبيه بشيئين:

الأول: موضوع المسأله السابقه و موضوع هذه المسأله متغايران، فيخرج بذلك عن التكرار. بيانه: إن موضوع السابقه ما إذا كان مزوجاً بأمه مشتركه فاشترى نصيب أحد الشريكين، و موضوع هذه إحلال أحد الشريكين الأمة المشتركه لشريكه و هو أعم من موضوع الأولى.

الثانى: حكى جماعه أن المصنف رحمه الله كتب على حاشيه كتاب القواعد: إنه رأى والده سديد الدين رحمه الله بعد وفاته فى النوم فبحث معه فى هذه المسأله و منع الحل فيها، و احتج بأن سبب البضع لا يتبعض. فأجابته والده بمنع التبعض، لأن حلها ليس مستنداً إلى حل بعضها بالملك و بعضها بالتحليل ليلزم ذلك، بل هى قبل التحليل حرام و به يحصل حلها فلا تبعض.

و اعترض بأن للملك دخلاً و لولاه لما حلت، و التحليل و هو الجزء

ص: ١٩١



و لو أباح الوطاء حلّت مقدمات الاستمتاع، و لو أحل المقدمات أو بعضها لم يحل الباقي، الأخير من اجزاء السبب فتبعض السبب.

و احتمال شيخنا الشهيد الحل بوجه آخر، و هو أن التبعض الممنوع منه هو ما يتألف من الملك و التزويج، أما ما يرجع إلى الملك وحده فلا، و هو هنا كذلك، لأن التحليل راجع إلى الملك كما حققناه، فلا يمنع ضمه إلى ملك النصف، كما لو ملك مجموع الأمه بسببين مختلفين كالإرث و البيع و نحوهما، فإن هذا التبعض غير قادح قطعاً، و هذا مثله. و لا شك أن ما احتمال محتمل لا يخلو من وجه.

قوله: (و لو أباح الوطاء حلّت مقدمات الاستمتاع، و لو أحل المقدمات أو بعضها لم يحل الباقي).

لا- ريب أن أعلى مراتب الاستمتاع الوطاء، و ما عدا ذلك من نحو لمس و تقبيل و ملاعبه و ما جرى هذا المجرى فهو دونه و محسوب من مقدماته، لأنه لا ينفك من تقدمها عليه غالباً و لا موقع له بدونها.

فإذا أباح مولى الأمه و طأها حل المقدمات لمن أحل له الوطاء، نظراً إلى اقتضائه إياها غالباً، و لأن تحليل الأقوى يدل على تحليل ما دونه بطريق أولى.

أما لو أحل المقدمات و لم يتعرض للوطاء فإنه لا يحل قطعاً لانتفاء المقتضى فيستصحب أصل التحريم، و كذا لو أحل بعض المقدمات لم يحل قطعاً و لا البعض الآخر منها، لانتفاء المقتضى، و لروايه الحسن بن عطيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أحل الرجل من جاريته قبله لم يحل له غيرها، و إن أحل له منها دون الفرج لم يحل له غيره، و إن أحل الفرج حل له جميعها» (١)، و في معناها غيرها (٢).

ص: ١٩٢

١- (١) الكافي ٥: ٤٧٠، حديث ١٥، [١] التهذيب ٧: ٢٤٥، حديث ١٠٦٦.

٢- (٢) الكافي ٥: ٤٦٨، حديث ٤. [٢]

و لا تستباح الخدمه بإباحه الوطء و بالعكس. و لو وطأ من غير اذن كان زانيا إن كان عالما، و عليه العقر إن أكرهها أو جهلت، و الولد للمولى، و لو كان بعض الذى أحله مستلزما لبعض آخر غالبا، كالتقيل المستلزم للمس بشهوه لم يبعد استفاده حل الثانى من إحلال الأول.

قوله: (و لا تستباح الخدمه بإباحه الوطء، و بالعكس).

أما الأول، فلأن الخدمه منفعه لا يتناولها عقد التحليل و لا يقتضيها، فيبقى على حكم المنع منها استصحابا لما كان. و أما الثانى و هو العكس، فلأن حل الوطء له عقد برأسه لا يحل بدونه، و كذا مقدماته فكيف يحل بإباحه الخدمه.

قوله: (و لو وطأ من غير اذن كان زانيا إن كان عالما و عليه العقر إن أكرهها أو جهلت و الولد للمولى).

ينبغى أن يكون هذا متصلا بقوله: (و بالعكس)، ليكون ذكره سببا لذكره، و يجوز أن يكون حكما مستقلا بنفسه، و الأول أحسن.

أى: لو اباحه الخدمه فقد قلنا إنه لا يستباح الوطء، فلو وطأ فى هذه الحاله من غير اذن، و المراد من غير اذن يقتضيه، و هو الاذن المستفاد من عقد التحليل.

فإما أن يكون عالما بالتحريم أو جاهلا به، اما لجهله بها كأن ظنها أمته، أو لتوهمه أن اباحه الخدمه يقتضى حل الوطء.

فإن كان عالما بالتحريم فهو زان لا محاله يجب حده، ثم هى إما أن تكون مطاوعه أو مكرهه، فإن طاوعت فإما أن تكون عالمة بالتحريم أو لا، فإن كانت مكرهه أو جاهله بالتحريم فعليه العقر لمولاها، و هو العشر إن كانت بكرًا و نصف العشر إن كانت ثيبًا، لما ذكر فى نظائره غير مره.

و لو جهل فالولد حر و عليه القيمه. و ولد التحليل حر بشرط الحريه أو أطلق، و لا شىء على الأب على رأى. و يجب مع العقر أيضا أرش البكاره، لأن إزالتها جنايه خارجه عن عوض الوطء، و إن كانت عالمه بالتحريم ففى وجوب العقر اشكال، تقدم فى كلام المصنف ذكره غير مره.

و قد نقحناه فى أول هذا الباب، و قد بينا أنه لا مهر فى مثل هذا، لأنها بغي، نعم يجب أرش البكاره، لأنها جنايه مستقلة، و ليس من المهر فى شىء.

و هذا الحكم و هو عدم وجوب المهر مع علمها بالتحريم و مطاوعتها مستمر مع علمه و جهله، فحقه أن يكون قوله: (و عليه العقر) مستقلا غير متصل بكونه عالما.

إلا- أن قوله: (و الولد للمولى) يقتضى اتصاله به، فإن الولد إنما يكون للمولى إذا لم يكن لاحقا بالواطئ، و إنما يكون ذلك إذا كان عالما.

قوله: (و لو جهل فالولد حر و عليه القيمه).

أى: لو جهل الواطئ التحريم فالولد حر، و ذلك لأنه نسبه لكن عليه قيمته يوم سقوطه حيا لمولى الأمه، لأنه نماء ملكه و قد فات منه بغير اذنه فوجب عوضه، و هو قيمته لو كان رقيقا فى أول أوقات إمكان تقويمه، و هو حين سقوطه حيا، و لو حصل للأمه نقص بسبب ذلك وجب أرشه.

قوله: (و ولد التحليل حر شرط الحريه أو أطلق، و لا شىء على الأب على رأى).

للولد الحاصل بالتحليل ثلاثه أحوال: أن يشترط الأب على المولى حريته فى عقد التحليل، و أن يشترط المولى رقيته، و أن يطلق العقد بحيث يخلو من الأمرين.

فإن شرطا الحريه فالولد حر إجماعا، و لا قيمه على الأب هنا إجماعا.

و إن أطلقا العقد فلأصحاب قولان:

أحدهما: إنه رق، اختاره الشيخ في النهاية و المبسوط، قال في النهاية: متى جعله في حل من وطئها و أتت بولد كان لمولاها، و على أبيه أن يشتريه بماله إن كان له مال، و إن لم يكن له مال استسعى في ثمنه (١).

و قال في المبسوط في خلال استدلاله على أن التحليل نوع تمليك لا عقد:

و يكون الولد لاحقا بأمه و يكون رقا، إلا أن يشترط الحرية، و لو كان عقدا بمعنى التحليل للحق بالحرية على كل حال (٢).

و الثاني: إنه حر، ذهب إليه المرتضى (٣)، و ابن إدريس (٤)، و جمع من المتأخرين (٥) منهم المصنف، و اختاره الشيخ في الخلاف (٦)، و هو الأصح.

لنا أن الحرية مبنية على التغليب و السرايه، و لهذا يسرى العتق بأقل جزء يتصور، و لا شبهه في أن الولد متكون من نطفه الرجل و المرأه كما نطق به القرآن العزيز، فيغلب جانب الحرية و لموثقه إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

الرجل يحلل جاريته لأخيه- إلى أن قال:- قلت: فجاءت بولد قال: «يلحق بالحر من أبويه» (٧).

و لحسنه زواره قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يحل جاريته لأخيه قال: «لا بأس»، قال: قلت: فإن جاءت بولد قال: «يضم إليه ولده و ترد الجارية على

ص: ١٩٥

١- ١) النهاية: ٤٩٤. [١]

٢- ٢) المبسوط ٤: ٢٤٦. [٢]

٣- ٣) نقله عنه فخر المحققين في الإيضاح ٣: ١٦٨.

٤- ٤) السرائر: ٣١٣.

٥- ٥) منهم المحقق في الشرائع ٢: ٣١٧، و المقداد السيوري في التنقيح ٣: ١٧٧.

٦- ٦) الخلاف ٢: ١٧٠.

٧- ٧) التهذيب ٧: ٢٤٧، حديث ١٠٧١، الاستبصار ٣: ١٣٩، حديث ٥٠٠.

صاحبها» قلت له: انه لم يأذن في ذلك، قال: «انه قد اذن له و هو لا يأمن أن يكون ذلك» (١).

و غير ذلك من الأخبار (٢).

احتج الشيخ بما رواه ضريس بن عبد الملك قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحلل لأخيه فرج جاريتيه، قال: «هو له حلال»، قلت: فإن جاءت بولد منه قال: «هو لمولى الجاريتيه، إلا أن يكون قد اشترط على مولى الجاريتيه حين أحلها إن جاءت بولد فهو حر» (٣).

و في معناها روايه الحسين العطار عنه عليه السلام (٤).

و جوابه: إن الروايات من ذلك الجانب أكثر و أشهر بين الأصحاب و أوضح طريقا، فلا تصلح هذه لمعارضتها.

و إن شرطا الرقيه، و هي الحاله الثانيه و لم يتعرض إليها المصنف.

فعلى قول الشيخ في النهايه و المبسوط (٥) الشرط تأكيد لمقتضى التحليل، و يترتب عليه عدم وجوب الفك على الأب و لا السعاهيه، و على القول بانعقاده حرا المشهور بين الأصحاب صحه الشرط.

قال شيخنا في شرح الإرشاد: و لا قاطع يدل عليه بل و لا حديث و لهذا توقف فيه المحقق، ثم قال: و يمكن الاستدلال باشتهاره بين الأصحاب و عدم علم المخالف

ص: ١٩٦

- 
- ١- ١) التهذيب ٧: ٢٤٧ حديث ١٠٧٣، الاستبصار ٣: ١٣٩ حديث ٥٠٢.
  - ٢- ٢) التهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٠٧٠، الاستبصار ٣: ١٣٩ حديث ٤٩٩.
  - ٣- ٣) التهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٠٦٨، الاستبصار ٣: ١٣٨ حديث ٤٩٧.
  - ٤- ٤) التهذيب ٧: ٢٤٦ حديث ١٠٦٩، الاستبصار ٣: ١٣٨ حديث ٤٩٥.
  - ٥- ٥) النهايه: ٤٩٤، المبسوط ٤: ٢٤٦.

الفصل الرابع: في بقايا مسائل متبدده: يكره وطء الفاجره، و المولوده من الزنا، و أن ينام بين حرتين، و أن يطأ حره و في البيت غيره، و لا بأس بهما في الإمام. و عموم: «المسلمون عند شروطهم» (١).

أقول: قد بينا فيما سبق الدليل الدال على عدم صحه هذا الشرط في النكاح، و هذا بعينه آت هنا، إلا أن يبلغ فتوى الأصحاب هنا مبلغ الإجماع، فيكون هو الحجه.

إذا عرفت ذلك فقول المصنف: (شرط الحرية أو أطلق و لا شيء على الأب) يريد به كون الرأى في الحرية و عدم وجوب شيء على الأب مع الإطلاق، فإن مع اشتراط الحرية لا خلاف في الحكمين.

قوله: (الفصل الرابع: في بقايا مسائل متبدده).

إنما كانت هذه المسائل متبدده، لأنها من أبواب شتى حاول بها تكميل المباحث السابقه.

قوله: (يكره وطء الفاجره و المولوده من الزنا، و أن ينام بين حرتين، و أن يطأ حره و في البيت غيره، و لا بأس بهما في الإمام).

لا- شبهه في كراهيه وطء الزانيه بالعقد و الملك، لما فيه من العار و خوف اختلاط المائين، و كذا يكره وطء المولوده من الزنا لكل من الأمرين. روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام عن الخبيثه يتزوجها الرجل قال: «لا، و إن كانت أمه فإن شاء وطأها و لا يتخذها أم ولد» (٢).

ص: ١٩٧

١- ١) التهذيب ٧: ٢٢ حديث ٩٣، سنن الدار قطنى ٣: ٢٧ حديث ٩٨ و ٩٩.

٢- ٢) الكافي ٥: ٣٥٣ حديث ٤، [١] التهذيب ٨: ٣٠٧ حديث ٧٣٣.

و للسيد استخدام الأمه نهارا،و عليه تسليمها إلى زوجها ليلا.

و هل له إسكانهما فى بيت فى داره،أو للزوج إخراجها ليلا؟نظر أقربه الأخير. و المراد بذلك أن يعزل عنها حذرا من حملها.

و كذا يكره النوم بين حرتين،لما فيه من الامتهان لهما،بخلاف الأمتين.و كذا يكره أن يطأ الحره و فى البيت غيره،و لا بأس بذلك فى الأمه.

و ينبغى تقييد الغير بكونه مميزا،روى الكلينى بإسناده إلى الصادق عليه السلام قال:«قال رسول الله صلى الله عليه و آله:و الذى نفسى بيده لو أن رجلا غشى امرأته و فى البيت مستيقظ يراها و يسمع كلامهما و نفسهما ما أفلح أبدا إن كان غلاما كان زانيا،أو كانت جاريه كانت زانيه» (١).

و روى الشيخ بإسناده إلى الصادق عليه السلام قال:«لا يجامع الرجل امرأته و لا جاريته و فى البيت صبي،فإن ذلك مما يورث الزنا» (٢).

و قول المصنف:(و لا بأس به فى الإمام)يريد به النوم بين أمتين و وطء المرأة و فى البيت غيره.

قوله:(و للسيد استخدام الأمه نهارا،و عليه تسليمها الى زوجها ليلا و هل له إسكانها فى بيت فى داره،أم للزوج إخراجها ليلا؟نظر أقربه الأخير).

إذا زوج السيد أمته لم يلزمه تسليمها الى الزوج ليلا و نهارا قطعا،بل يستخدمها نهارا و يسلمها إلى الزوج ليلا،لأن السيد يملك من أمته منفعه

ص:١٩٨

١- (١)الكافي ٥:٥٠٠ حديث ٢. [١]

٢- (٢) الكافي ٥:٤٩٩ حديث ١، [٢]التهذيب ٧:٤١٤ حديث ١٦٥٥.

الاستخدام و منفعة الاستمتاع، فإذا زوجها فقد عقد على احدى منفعتها، و بقيت المنفعة الأخرى يستحق استيفاءها فى وقتها و هو النهار، كما لو آخر الأمه فإنه يسلمها للمستأجر وقت الاستخدام و هو النهار، و يسكها ليلا لاستيفاء المنفعة الأخرى.

و لو أراد أحدهما تسليمها نهارا للاستمتاع بدلا من الليل لم يلزم الآخر إجابته، لأن الليل وقت الاستراحة و الاستمتاع، و عليه التعديل فى القسم بين النساء. إذا تقرر ذلك.

فلو قال السيد: لا أخرجها من دارى لكن أفرد لكما بيتا لتخلوا فيه، فأبى الزوج إلا إخراجها ليلا، ففى تقديم اختيار السيد أو الزوج نظر، ينشأ من احتمال كل منهما:

أما السيد، فلأنه يستحق دوام يده على ملكه، فإذا لم يناف حق الزوج حيث يتمكن من الوصول الى حقه كان فيه الجمع بين الحقين.

و أما الزوج، فلأن له على الزوجه حق التبعية، لقوله تعالى الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (١) فتعين المكان اليه، و لأن الحياء و المروه يمنعانه من دخول دار السيد، و لأن التسليم ليلا إلى الزوج يجب أن يكون تاما، لانقطاع حق السيد عنها فى الليل، و لا يكون تاما إلا بما قلناه.

و لقوه دلائل هذا الوجه على الذى قبله كان هو الأقرب عند المصنف، و الأصح فى الفتوى.

و وجه ضعف ما قبله أن لمانع أن يمنع أن للسيد ادامه يده على الأمه ليلا، لأنه لما عقد على منفعه الليل انقطعت سلطنته عنها ليلا. و كذا له أن يمنع أن فى ذلك جمعا

ص: ١٩٩



و لو كانت محترفه و أمكنها ذلك فى يد الزوج،ففى وجوب تسليمها إليه نهارا اشكال. و للسيد أن يسافر بها،و ليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلا، بين الحقين،فإن حق الزوج هو التسليم التام و لا يحصل بذلك.

قوله: (و لو كانت محترفه و أمكنها ذلك فى يد الزوج،ففى وجوب تسليمها الى الزوج نهارا إشكال).

أى: لو كانت الجارية المزوجه ذات حرفه،و أمكنها عمل تلك الحرفه فى يد الزوج،فقال:دعوها تحترف للسيد فى يدي،ففى وجوب تسليمها إليه نهارا إشكال ينشأ:من أن المانع من تسليمها اليه نهارا هو فوات حق السيد،و فى الصورة المذكوره المانع المذكور منتف فوجب التسليم.

و لأن لكل من السيد و الزوج حقا متعلقا بها،و مع التسليم على الوجه المذكور يحصل الجمع بين الحقين فكان واجبا.و من أن حق كل منهما اختصاص بزمان، نظرا إلى ارتباطه به غالبا،فحق الزوج مناطه الليل،لأنه محل الاستمتاع غالبا،و حق السيد مناطه النهار كذلك،فلا يتغير ذلك بحدوث حاله نادره،على أن حق السيد ليس منحصر فى الحرفه.و قد يبدو له فيريد استخدامها و هذا أصح،و من هذا البيان يظهر انتفاء الجمع بين الحقين بذلك.

قوله: (و للسيد أن يسافر بها،و ليس له منع الزوج من السفر ليصحبها ليلا).

إذا أراد السيد أن يسافر بالأمه المزوجه كان له ذلك،و لم يكن للزوج المنع، و ذلك لأن السيد مالك للرقبه و إحدى المنفعتين،و ليس للزوج إلا المنفعه الأخرى فكان جانبه أقوى من جانب الزوج،فلو أراد الزوج و الحاله هذه أن يسافر معه ليستمتع بها ليلا لم يكن للسيد منعه،لأن ذلك حق ثابت له.

و إنما تجب النفقه بالتسليم ليلا و نهارا، فلو سلمها ليلا فالأقرب عدم وجوب نصف النفقه و يسقط مع سفر السيد بها. قوله: (و إنما تجب النفقه بالتسليم ليلا و نهارا، فلو سلمها ليلا فالأقرب عدم وجوب نصف النفقه، و تسقط مع سفر السيد بها).

يجب بالنكاح الدائم من الحقوق الماليه شيئان: المهر، و النفقه. أما المهر فإنه يجب كله بالعقد عند المحققين في غير المفوضه و يستقر بالدخول، و لا يجب تسليم الزوجه إلا مع تسليمه.

و لو سافر بها السيد قبل التمكين لم تكن له المطالبه، بخلاف ما لو مكن منها فلم يتسلم الزوج. و أما النفقه فالمذهب أنها إنما تجب بالتمكين التام شرعا.

إذا تقرر هذا فنقول: انا قد بينا أن الأمه المزوجه لا يجب على السيد تسليمها ليلا و نهارا، بل ليلا خاصه، فإن اتفق تسليمها إليه ليلا و نهارا فلا كلام في وجوب جميع النفقه، و إن سلمها ليلا خاصه ففي النفقه ثلاثه أوجه:

أحدها: وجوب جميعها، لحصول التمكين التام، إذ لا يراد منه إلا التمكين الواجب شرعا، لأن غيره غير منظور إليه عند الشارع، و كما أن المنع من الاستمتاع زمان الحيض و المرض مثلا لا يمنع وجوب النفقه و لا شىء منها، و مثله منع الزوجه من التسليم قبل الدخول لقبض المهر، فكذا المنع من الاستمتاع هنا نهارا لا يسقط النفقه.

و فيه نظر، لأن المنع في المرض و الحيض إنما جاء من قبل الشارع لا من قبل الزوج، و المنع من التسليم قبل الدخول جاء من قبل الزوج، لأن هذا المنع إنما يترتب على منعه المهر المستحق بالنكاح، بخلاف المنع لمصلحه السيد، لاستيفاء المنفعه المستحقه، كما لو آجرت الحره نفسها تعمل نهارا مده ثم تزوجت في خلالها، فإن حق المستأجر نهارا مقدّم، و لا يعد ذلك عذرا في النفقه و لا يجب و إن سلمت نفسها ليلا.

و ثانيها: -و هو الأقرب عند المصنف و الأظهر فى الفتوى -عدم وجوب شىء منها، لأن مناط الوجوب التسليم التام، و هو منتف فينتفى الوجوب، و مما ذكرناه فى ضعف الوجه الأول و الثالث يتبين وجه القرب هنا.

و ثالثها: التقسيط، فيجب نصف النفقه فى مقابل التسليم ليلا، لأنه نصف الزمان عاده، و يسقط النصف فى مقابل المنع نهارا، لأن التسليم المقتضى للإنفاق قد حصل فى بعض الزمان، و المنع المقتضى للسقوط قد حصل فى بعض، فوجب أن يوفر على كل مقتضاه، كما لو نشزت الحره نهارا ثم أطاعت ليلا فإن نفقه النهار تسقط و تجب نفقه الليل.

و قيل فى التقسيط: إن نفقه الليل على الزوج فيجب عليه العشاء و ما تحتاج إليه من الملبس فى الليل، و على السيد الغداء و ما تحتاج إليه من الملبس فى النهار.

و فيه نظر، لأن التسليم التام هو التسليم الذى ظاهره عموم الأزمته و شمول جميع الاستمتاعات. فكما أن التمكين من بعض الاستمتاعات و المنع من بعضها لا يجب معه شىء من النفقه و لا تكون موزعه على الاستمتاعات، فكذا التمكين فى بعض الزمان مع المنع فى بعض.

و يزيده بيانا أن الأصل عدم استحقاق النفقه بدون التسليم بجميع الزمان، و لم يثبت كون التسليم ببعض الزمان سببا فى وجوب النفقه أو شىء منها، فينتفى الوجوب بانتفاء مقتضيه.

هذا كله إذا لم يسافر بها السيد، فإن سافر بها لم يكلف الزوج السفر معها ليرتب عليه الإنفاق مع التمكين، فإذا تخلف سقط وجوب الإنفاق قولا واحدا.

و لا يخفى أن قول المصنف: (و إنما تجب النفقه بالتسليم ليلا و نهارا) يقتضى أن لا تجب النفقه بدونها، و قوله: (فلو سلمها). إنما يدل على سقوط النصف، فهو تفرع غير مستحسن.

و لو قتلها السيد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر، أقربه العدم، كما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها. فرع:

لو سلمها إليه قبل السفر فلم يدخل ثم سافر بها وجب على الزوج تسليم المهر، لأنه غير مشروط بدوام التسليم بخلاف النفقه.

قوله: (و لو قتلها السيد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر، أقربه العدم، كما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرة نفسها).

لا- ريب أن هلاك المنكوحه بعد الدخول لا- يسقط المهر ولا- شيئاً منه، حره كانت أو أمه، سواء هلكت بالموت أو القتل، لاستقراره بالدخول. أما قبل الدخول، فإذا قتل السيد الأمه فإن في وجوب المهر و سقوطه وجهين متقابلين ينشأ النظر من الالتفات إليهما:

أحدهما: السقوط، لأنها فرقه حصلت قبل الدخول من مستحق المهر، فكان كفسخ الزوجه وردتها قبل الدخول، ولأن تزويج السيد الأمه بحكم الملك، فهو كالمعاوضه الماليه فقتله إياها قبل الدخول كإتلاف البائع المبيع قبل القبض.

و ثانيهما: العدم، لأنها فرقه حصلت بانتهاء العمر فهي كالموت قبل الدخول.

و هذا إنما يتم على القول بأن المقتول لو لم يقتل لمات، و هي مسأله كلاميه.

و عندى فى هذا البناء شىء، لإطلاق النص (1) بكون الموت موجبا لاستقرار المهر الشامل للموت بالقتل و غيره، و كونه بحيث يعيش لو لا القتل لا دخل له.

و الأقرب من الوجهين عند المصنف الثانى، و وجه القرب أن المهر قد وجب بالعقد و الأصل بقاؤه، و لم يثبت كون القتل موجبا للسقوط، و النكاح ليس معاوضه

ص: ٢٠٣

محضه، و كون تزويج السيد الأمه بحكم الملك لو أوجب هنا السقوط لأوجه فيما إذا ماتت حتف أنفها قبل الوطء كما لو باعها فماتت قبل القبض، وقد تبه المصنف على حكم هذه المسأله بذكر مسألتين:

إحداهما: ما إذا قتل الأمه أجنبي.

و الثانيه: ما إذا كانت الزوجه حره فقتلت نفسها، و مقتضى ذلك عدم السقوط فيهما وجهها واحدا.

و التحقيق أن الاحتمال متطرق إليهما، أما إذا قتل الأجنبي الأمه، فلأنه على اعتبار التزويج بحكم الماله كإتلاف المبيع قبل قبضه، و هنا ليس للزوج تضمينه شيئاً إذ لا يجب سوى عوض النفس، بخلاف إتلاف المبيع فيلزم السقوط.

و إن كان الحكم به هنا أضعف من الحكم به إذا قتلها السيد، فإن المهر إنما يسقط بالفسخ إذا حديث من المستحق له. و مثل قتل الأجنبي ما إذا قتلها الزوج، فإن قتله هنا لا يتضمن القبض، كما لو قتل العبد المستأجر.

و أما الحره إذا قتلت نفسها فإن مطلق النكاح فيه شائبه المعاوضه، فقتلها نفسها قبل الدخول كإتلاف البائع المبيع قبل القبض، فيلزم السقوط هنا أيضاً. و ربما فُرق بين الحره و الأمه: بأن الحره كالمسلمه إلى الزوج بالعقد، فإن له أن يمنعها من المسافره، و ليست الأمه كذلك، لأن للسيد أن يسافر بها. و تأثير هذا الفرق غير واضح، و لو أثر لزم استقرار مهر الحره بالعقد مع عدم نشوزها حينئذ.

و المهذب فى المسائل كلها عدم السقوط، لأن النكاح ليس على نهج المعاوضات، و لا منافع البضع كسائر منافع الأموال، و قد وجب المهر بالعقد و ثبت أن الطلاق يشطره، و الفسخ من قبل الزوجه و من جرى مجراها يسقطه، فيقتصر على ذلك و يحكم فى باقى الأحوال بالزوم بحكم الاستصحاب، و لعل المصنف أراد بالأجنبي و الحره ذكر نظير المسأله، أو أراد أن الحكم بالسقوط فيهما أضعف.

و إذا عقد لشهاده اثنين لها بالحرية و أولدها، فعليهما ما أتلناه عليه من مهر و قيمه الولد لتزويرهما، و فى تضمينهما ما زاد عن مهر المثل إشكال. قوله: (و إذا عقد بشهاده اثنين لها بالحرية فأولدها، فعليهما ما أتلناه عليه من مهر و قيمه الولد لتزويرهما، و فى تضمينهما ما زاد عن مهر المثل إشكال).

أى: إذا عقد على الأمه بشهاده اثنين بكونها حرة، ثم تبين رقتها و قد دخل بها و أولدها، فلا شك فى تضمينهما ما أتلناه عليه بشهادتهما، و ذلك هو المهر و قيمه الولد، لأنهما غراه بشهادتهما فدخل على أن الولد له بغير ضمان شىء و أن النكاح صحيح، فلما ظهر الخلاف و تبين تزويرهما كان له الرجوع عليهما، لأن المغرور يرجع على من غره.

و قد تقدم فى كلام المصنف فى أول باب نكاح الإماء أن الواجب على العاقد هو المسمى، و لا ريب أنه قد يزيد على مهر المثل و قد ينقص عنه، فإن لم يزد فلا شبهه فى الرجوع بما اغترم، و إن زاد فلا شبهه أيضا فى الرجوع بقدر مهر المثل.

و أما الزائد فإن فى الرجوع به إشكالا ينشأ: من أنهما غراه فى ذلك بشهادتهما لها بالحرية، إذ لولاها لما أصدقها ذلك القدر، و المغرور يرجع على من غره. و من أن إصداقها الزيادة إنما كان باختياره، فإن شهادتهما بالحرية لا توجب إصداق الزائد على مهر أمثالها، فكان الزوج مستقلا بإتلاف الزائد حيث انه متبرع ببذله، إذ ليس فى مقابله شىء باعتقاده.

و مثله ما لو شهدا بمال لزيد فاشترى آخر بزائد عن القيمة السوقية، ثم تبين تزويرهما و تعذر استرجاع الثمن، فإن فى تغريم الشاهدين الزائد عن القيمة إشكالا.

و لقائل أن يقول: إن أريد بالتغريم الموجب لاستحقاق الرجوع ما يكون سببا فى الغرم فى الجملة، فمعلوم أن الشهادة بالحرية هى الباعث على العقد، و لها دخل فى

و لا يشترط فى التحليل تعيين المده على رأى. كل مهر يذكر فى العقد، فوجب الحكم باستحقاق الرجوع به كائنا ما كان.

و إن أريد به ما يلزم عن الشهاده فمعلوم أن أصل النكاح ليس لازما عن الشهاده، و إنما هو مستند الى اختيار الزوج، و الشهاده بالحرية من جمله البواعث، فالحكم بتضمين الزائد له وجه.

إذا عرفت ذلك فهنا مباحث:

الأول: أطلق المصنف فى العبارة الشاهدين و لم يصرح بكونهما عدلين، و مقتضى الإطلاق أن له الرجوع عليهما بما ذكر بشهادتهما و إن لم يكونا عدلين. و كذا أطلق فى المختلف (1) و إن كان كلامه الذى ذكره آخرًا تحقيقًا يقتضى عدالتهما، إلا أن اشتراط العدالة فى استحقاق الرجوع بما لزمه غرمه من التغير لا يظهر وجهه، فإن المدلس لا يشترط عدالته فى استحقاق الرجوع عليه فى صورته التدليس، و متى صح عدم اشتراط العدالة فكذا عدم اشتراط التعدد.

الثانى: ظاهر العبارة أنهما إنما أتلفا بشهادتهما المهر و قيمه الولد، فلا يرجع عليهما بما سواهما. و يمكن أن يقال: إن النفقة من هذا القبيل أيضا، لأنه إنما بذلها بناء على وجوبها بالزوجه بناء على الحرية و قد ظهر العدم.

الثالث: ينبغى أن يراد بمهر المثل الذى يرجع به جزما: هو مهر مثلها على تقدير كونها حرة، لأن ذلك هو اللائق بها لو كانت حرة، فهو يقتضى الغرر لا محاله، فالزائد عليه هو مناط الاشكال، و ليس المراد به مهر مثلها أمه قطعًا و هو ظاهر.

قوله: (و لا يشترط فى التحليل تعيين المده على رأى).

قد ذكرنا فيما سبق أن رأى هو ما عليه أكثر الأصحاب، و أن القول

ص: ٢٠٦

و إذا اشترى جاريه موطوءه حرم عليه وطؤها قبلا إلا بعد الاستبراء.

و يجب على البائع أيضا استبراؤها، فيكفي عن استبراء المشتري، و يصدّقه المشتري مع عدالته على رأى. باشتراط التعيين هو قول الشيخ فى النهايه (١)، و يجىء على قول من يرى أن التحليل نكاح منقطع الاشتراط أيضا، و الأصح العدم، و قد تقدّم البحث فى ذلك.

قوله: (و إذا اشترى جاريه موطوءه حرم عليه وطؤها قبلا إلا بعد الاستبراء، و يجب على البائع أيضا استبراؤها فيكفي عن استبراء المشتري، و يصدقه المشتري مع عدالته على رأى).

لا ريب أنه إذا اشترى جاريه قد علم كونها موطوءه تحتم استبراؤها، فلا يسقط بعثق و لا غيره إذا كان الوطء من البائع، و كذا إذا كان من غيره إلا أن يكون و طءا يوجب العده كوطء الزوج فى النكاح الدائم و المنقطع، فإن فيه العده لا محاله.

و يفهم من قول المصنف: (حرم عليه وطؤها قبلا) جواز الوطء دبرا هنا، و هو غير واضح، فإن الذى يجوز الاستمتاع به فى الأمه المملوكه بالبيع إذا وجب استبراؤها هو ما عدا الوطء على ما سبق، فلو اقتصر على قوله: (حرم عليه وطؤها) كان أولى.

و قد بينا أن الاستبراء لا يكفى مطلقا بل فى غير المزوجه، و لعل إطلاقه اعتمادا على ما سبق منه، و هو أن المزوجه إذا طلقت بعد الدخول اعتدت، و إن فسخ السيد نكاحها استبرأت.

و لا شك أنه كما يجب على المشتري الاستبراء كذا يجب على البائع الاستبراء من وطئه خاصه، لقول الصادق عليه السلام فى روايه عمار: «الاستبراء على الذى يريد أن يبيع الجاريه واجب إن كان يطأها» (٢)، و مفهوم الشرط حجه، فإذا فعل كفى ذلك

ص: ٢٠٧

١ - ١) النهايه: ٤٩٤.

٢ - ٢) التهذيب ١٧٧: ٨ حديث ٦٢١، الاستبصار ٣: ٣٦٣ حديث ١٣٠٣.



و لو اشتراها حاملا- كره له وطؤها قبلا- قبل الوضع أو مضي أربعة أشهر و عشره أيام إن جهل حال الحمل، لأصالة عدم اذن المولى بالوطء، فإن علم إباحته إما بعقد أو تحليل حرم الوطء حتى تضع، و إن علم كونه عن زنا فلا بأس. عن استبراء المشتري إذا علم به.

و لو أخبره فهل يكفى فى السقوط اخباره؟ فيه قولان تقديما، أصحهما أنه يكفى إذا كان البائع عدلا.

قوله: (و لو اشتراها حاملا كره له وطؤها قبلا قبل الوضع أو مضي أربعة أشهر و عشره أيام إن جهل حال الحمل، لأصالة عدم اذن المولى بالوطء. و إن علم إباحته إما بعقد أو تحليل حرم حتى تضع، و إن علم كونه عن زنا فلا بأس).

إذا اشترى أمه حاملا فلا يخلو: إما أن يكون الحمل عن زنا، أو عن وطء صحيح بنكاح شرعى أو ملك، أو يكون مجهول الحال، و ينبغى أن يكون الوطء، بشبهه كالنكاح الصحيح، و به صرح فى المختلف (١).

فإن كان الحمل عن زنا جاز وطؤها عند المصنف مطلقا، لأن الزنا لا حرمه له، و إن كان مجهول الحال بحيث لا يعلم فيه الحل و عدمه جاز الوطء عنده أيضا، لكن يكره إذا لم يمض للحمل أربعة أشهر و عشره أيام.

أما الجواز، فلأنه فى قوه الزنا، إذا الحل إنما يكون باذن المولى، و الأصل عدمه.

و أما الكراهيه قبل المده المذكوره فقد احتج لها المصنف فى المختلف (٢) بما رواه رفاعه بن موسى النخاس عن أبى الحسن عليه السلام قلت: إن كانت حاملا فما لى

ص: ٢٠٨

١- ١) المختلف: ٥٧٢.

٢- ٢) المختلف: ٥٧٢.

و لو تقايلا البيع وجب الاستبراء مع القبض لا بدونه.

منها؟ قال: «لك منها ما دون الفرج حتى يبلغ حملها أربعة أشهر و عشره أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج» (١) فلا دلاله فيها على المدعى بعينه.

و أصله عدم اذن المولى في الوطء معارض بأصالة الصحة في فعل المسلم، و بأن إمكان الحل كاف في وجوب الاجتناب، و لعموم قوله عليه السلام في المسبيات:

«لا توطأ الحبالى حتى يضعن» (٢)، فمن ثم كان التحريم أقوى، و هو اختيار شيخنا الشهيد و بعض المتأخرين.

و إن كان الحمل عن و طء بسبب محترم حرم الوطء حتى تضع عند المصنف (٣) و جماعه، لعموم قوله تعالى وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٤) .. (٥).

و أطلق الشيخان حل و طء الأمه الحامل بعد المده (٤)، و اكتفى المفيد بأربعة أشهر و لم يقيد الحامل بشيء (٧)، و صرح أبو الصلاح بالتحريم قبل أربعة أشهر و أطلق الحامل (٨)، و ذهب ابن إدريس إلى كراهه الوطء قبلا، سواء كان الوطء قبل الأربعة أو بعدها (٩)، محتجا بالأصل، و بعموم قوله تعالى أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١٠).

قوله: (و لو تقايلا البيع وجب الاستبراء مع القبض لا بدونه).

إذا تقايلا المتبايعان

ص: ٢٠٩

١- (١) الكافي ٥: ٤٧٥ حديث ٢، [١] التهذيب ٨: ١٧٧ حديث ٦٢٢.

٢- (٢) عيون أخبار الرضا (عليه السلام) ٢: ٦٣ حديث ٦٧١، [٢] سنن البيهقي ٧: ٤٤٩.

٣- (٣) المختلف: ٥٧٢.

٤- (٤) الطلاق: ٤. [٣]

٥- (٥) في النسخة الحجرية: و لما رواه كذا بياض، و في نسخة «ش»: و لما رواه، و لم يرد في نسخة «ض» أى شيء.

٦- (٦) النهاية: ٤٩٦.

٧- (٧) المقنعه: ٨٥.

٨- (٨) الكافي في الفقه: ٣٠٠.

٩- (٩) السرائر: ٣١٥.

١٠- (١٠) النساء: ٣. [٤]

و إذا طلق المجعول عتقها مهرا قبل الدخول رجع نصفها رقا لمولاها تستسعى فيه، فإن أبت كان لها يوم و له يوم فى الخدمه، و يجوز شراؤها من سهم الرقاب.

و الأقرب نفوذ العتق و الرجوع بنصف القيمة وقت العقد، كما لو أعتقت المهر قبل الدخول فقد انتقل الملك عن المشتري الى البائع، فإن كان المشتري قد قبض الأمه و جب الاستبراء، لأننا قد أسلفنا أن جميع أسباب نقل الملك مثل البيع فى وجوب الاستبراء، و بينا أن البيع إنما يوجهه مع احتمال الوطء لا بدونه.

فمتى حصل القبض للمشتري و جب بعد التقايل على البائع الاستبراء لا بدونه، لانتفاء المقتضى، و من هذا يعلم أن القبض لا يؤثر فى وجوب الاستبراء إلا إذا كان الوطء معه ممكنا.

قوله: (و إذا طلق المجعول عتقها مهرا قبل الدخول رجع نصفها رقا لمولاها تستسعى فيه، فإن أبت كان لها يوم و له يوم فى الخدمه، و يجوز شراؤها من سهم الرقاب. و الأقرب نفوذ العتق و الرجوع بنصف القيمة وقت العقد، كما لو أعتقت المهر قبل الدخول).

هذه من جملة أحكام ما إذا أعتق أمته و تزوجها و جعل العتق صداقها، فهى من تتمه ما سبق، و تحقيقها أنه إذا جعل العتق للأمه مهرها بالصيغه المعتبره على ما سبق صح كما حققناه.

فإذا طلقها قبل الدخول و جب أن يعود إليه نصف المهر و قد جعل المهر عتقها و قبضته أن يرجع نصفها رقا لمولاها.

ذهب إلى ذلك الشيخ (١) و ابن حمزه (٢)، احتجاجا بما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام: في رجل أعتق أمه له و جعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: «يستسعيها في نصف قيمتها، فإن أبت كان لها يوم و له يوم في الخدمة»، قال: «و إن كان لها ولد ادى عنها نصف قيمتها و عتقت» (٣).

و قريب منها روايه أبى بصير عن الصادق عليه السلام (٤)، و روايه عباد بن كثير البصرى عنه عليه السلام (٥). و على هذا فيجوز شراء نصفها من سهم الرقاب، لأنه رقيق.

و ذهب ابن الجنيد (٦)، و ابن البراج (٧)، و ابن إدريس إلى نفوذ العتق و يرجع الولي عليها بنصف قيمتها (٨)، و اختاره المصنف في المختلف (٩)، و قربه هنا، و هو الأصح.

لنا إن العتق صح بالإصداق كما صح النكاح، و لهذا لو أصدقها رقيقا فأعتقته قبل الدخول ثم طلقها فإن العتق ينفذ و يجب عليها قيمه النصف.

و حقيقه العتق فك الملك و زواله، و عوده بعد زواله ممتنع، لوجود المقتضى و انتفاء المانع. قال المصنف في المختلف و نعم ما قال: و كلام الشيخ إنما يتم لو قلنا: إن المرأه لا تملك جميع المهر بالعقد، بل تملك نصفه و النصف الآخر بالدخول (١٠).

ص: ٢١١

١- (١) النهاية: ٤٩٧. [١]

٢- (٢) الوسيله: ٣٥٩. [٢]

٣- (٣) الفقيه ٣: ٣٦١، حديث ١٢٤٣، التهذيب ٧: ٤٨٢، الاستبصار ٣: ٢١٠، حديث ٧٦١.

٤- (٤) التهذيب ٨: ٢٠٢، حديث ٧١٢، الاستبصار ٣: ٢١٠، حديث ٧٦٢.

٥- (٥) التهذيب ٨: ٢٠٢، حديث ٧١٣، الاستبصار ٣: ٢١٣، حديث ٧٦٣.

٦- (٦) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٧٣.

٧- (٧) المهذب ٢: ٢٤٨.

٨- (٨) السرائر: ٣١٤.

٩- (٩) المختلف: ٥٧٣.

١٠- (١٠) المختلف: ٥٧٣.

و ملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد فإن كان المالك الرجل استباح بالملك، و إن كانت المرأة حرمت عليه، فإن أرادته أعتقته أو باعته ثم جددت العقد. و رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل أعتق مملوكته و جعل عتقها صداقها ثم طلقها قال: «مضى عتقها و ترد على السيد نصف قيمتها تسعى فيه و لا عده عليها» (١).

و الجواب عن الاخبار المتقدمه الطعن في سندها، قال المصنف في المختلف:

يونس بن يعقوب كان فطحيا قبل و قد رجع، و رواه أبو بصير مرسله، و عباد عامي (٢)، و هنا كلامان:

الأول: بناء على الأصح الواجب للسيد عليها هو قيمة النصف و في عبارته نصف القيمة، و كذا في الرواية، و فيه تسامح، لأن التشقيص قد تنقص به القيمة و الواجب هو قيمته على تقدير التشقيص، لأن القيمة بدل منه.

الثاني: إنما تعتبر القيمة وقت العقد، لأنه وقت ملك المهر و وقت دخوله في ضمان الزوجه، و الطلاق يقتضى عود نصف المعقود عليه للزوج.

و اعلم أن في روايه عبد الله بن سنان: أنها تسعى في قيمة النصف، و هو مشكل، لأنه دين يجب أن يكون كسائر الديون يجب الانظار به مع الإعسار، و لم يصرح المصنف بذلك في عبارته بل اقتصر على ذكر الرجوع و هو الأنسب بالحال.

قوله: (و ملك كل من الزوجين صاحبه يوجب فسخ العقد، فإن كان المالك الرجل استباح بالملك، و إن كانت المرأة حرمت عليه، فإن أرادته أعتقته أو باعته ثم جددت العقد).

قد سبق في أول

ص: ٢١٢

---

١- (١) الفقيه ٣: ٢٦١ حديث ١٢٤٢، التهذيب ٧: ٤٨٢ حديث ١٩٣٨.

٢- (٢) المختلف: ٥٧٣.

و لا- يجوز العقد على المكاتبه إلا- بإذن مولاها و إن كانت مطلقه فلو علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل يبطل. و قيل يصح فتعتد عده الحره و لا ميراث، و الأقرب ثبوته مع تعدد الورثه. الباب أن ملك أى الزوجين كان صاحبه يقتضى فسخ العقد، و إنما أعاده هنا ليبيّن أن ملك الزوج للزوجه لا- يرفع أصل الحل، لأن النكاح و إن ارتفع إلاّ أنها مملوكة فتحل بملك اليمين فالحل موجود.

و السبب مختلف بخلاف الزوجه إذا ملكت الزوج، فإن كلا منهما حرام على الآخر، لأن الحل بملك اليمين من جانب الرجل لا من جانب المرأة قطعاً، فإن أرادت المرأة و رغبت فى نكاحه أعتقته ثم جددت النكاح، أو باعته لغيرها ثم نكحته باذن المولى بعقد مستأنف.

قوله: (و لا يجوز العقد على المكاتبه إلاّ بإذن مولاها و إن كانت مطلقه).

سيأتى إن شاء الله تعالى أن المكاتبه لا تخرج عن ملك مولاها بمجرد الكتابة بل بأداء مال الكتابة فى محله، فحينئذ تصير حره لكنها بالكتابة تنقطع عنها سلطنه المولى فى الاكتسابات المحضه كالبيع و الشراء، دون غيرها كالنكاح، فلا يصح منها بدون اذن المولى سواء كانت الكتابة مطلقه أو مشروطه، و سواء أدت بعض مال الكتابة و ان كان أكثره أو لم تؤد شيئاً لبقاء الرق ما بقى شىء منه.

و كما لا تستقل هى بالعقد كذا لا يستقل به المولى.

هذا حكم نكاح الغير لها، أما المولى فلا- يتصور نكاحه إياها بحال، لامتناع اجتماع العقد و الملك، و وطئها بملك اليمين ممتنع، لانقطاع سلطنته عنها بالكتابة.

قوله: (و لو علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل: تبطل، و قيل:

يصح فتعتد عده الحر و لا ميراث، و الأقرب ثبوته مع تعدد الورثه).

هنا بحثان:

ص: ٢١٣

الأول: إذا علق المولى عتق جاريته بموت زوجها، ففي صحه ذلك على أنه تدبير قولان للأصحاب:

أحدهما: -و إليه ذهب الشيخ (١)، و ابن البراج (٢)- الصحه، و مال إليه المصنف في باب التدبير، و إن تردد هنا، لأن العتق يقبل التأخير و قد جاز تعليقه بموت المولى، فجاز تعليقه بموت غيره ممن له علاقه مثل الزوجيه و الخدمه، و لروايه محمد بن حكيم قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل زوّج مملوكته من رجل آخر قال لها: إذا مات الزوج فهي حره فما الزوج، فقال عليه السلام: «إذا مات الزوج فهي حره تعتد عدّه المتوفى عنها زوجها، و لا ميراث لها منه، لأنها إنما صارت حره بموت الزوج» (٣).

و الثاني: -و اختاره ابن إدريس (٤)- العدم، لأن التدبير تعليق عتق المملوك بموت سيده دون غيره، لأنه بمنزله الوصيه، و لو لا ذلك لم يصح، فإذا علق بموت غير السيد خرج عن مقتضاه، فوجب الحكم بفساده، لأن الأصل في العتق المعلق الفساد إلا ما أخرجه الدليل.

و لقائل أن يقول: إن هذا مما أخرجه الدليل، لأن هذه الروايه المعتضده بعمل أكثر الأصحاب لا تقتصر عن أن تكون دليلاً.

و يؤيدها صحيحه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام (٥)، الداله على

ص: ٢١٤

١- (١) النهاية: ٤٩٩. [١]

٢- (٢) المهذب ٢: ٢٥٠.

٣- (٣) الفقيه ٣: ٣٠٢ حديث ١٤٤٥، التهذيب ٧: ٣٤٤ حديث ١٤٠٧.

٤- (٤) السرائر: ٣١٧.

٥- (٥) التهذيب ٨: ٢٦٤ حديث ٩٦٥، الاستبصار ٤: ٣٢ حديث ١١١.

جواز تعليق العتق بموت من جعلت له خدمه المملوك، فإذا ثبت ذلك لم يخرج التدبير بهذا التعليق عن مقتضاه فلا- يكون فاسدا، وفيه قوه.

الثانى: يتفرع على القول بالصحة مسألتان: إحداهما حكم العده، والثانيه حكم الميراث. أما العده من وفاه زوجها فإنها عده الحره أربعه أشهر و عشره أيام، لأن حريتها متحققه حين موت الزوج، فلم يتعلق بها حكم الاعتداد إلا و هى حره، و للتصريح به فى الروايه السابقه.

و إنما تتحقق صحه هذا التفرع إذا قلنا: إن الأمه تعتد من وفاه زوجها بشهرين و خمسه أيام، و لو ساوينا بينها و بين الحره فى العده كان ذلك ساقطا. و أما الميراث فقد نفاه المصنف فى أول كلامه، و هو الذى وردت به الروايه (1)، ثم قُرب ثبوته مع تعدد الورثه.

و وجه القرب ما سيأتى فى الميراث إن شاء الله تعالى أن المملوك إذا أعتق على ميراث قبل القسمة شارك إن ساوى فى الدرجه، و اختص إن كان أولى، و هذا ثابت مع تعدد الورثه فى محل النزاع، فإن العتق يحصل بالموت و القسمة إنما تكون بعده. و يحتمل المنع، لإطلاق عدم الإرث فى الروايه، و فيه نظر، لأنه لا دلالة فيه على كون ذلك مع تعدد الورثه.

و لو سلم فهذا الفرد خارج بنص آخر، و لا يخفى أن قول المصنف: (و قيل: يصح فتعتد عده الحره و لا ميراث) يريد به تفرع كل من الأمرين على القول بالصحة لمكان الفساد.

و قد عرفت امتناع كل منهما على القول بالفساد.

ص: ٢١٥



و لو ملك المكاتب زوجته سيده ففي الانفساخ نظر. فإن قيل: أحد الأمرين اللذين فرعهما على الصحة عدم الإرث، و هو ثابت مع القول بالفساد.

قلنا: المتفرع هو احتمال الإرث و عدمه، و ذلك متف على القول بالفساد، لامتناع الإرث مع الرق.

فإن قيل: المذكور في كلام المصنف نفى الإرث لا الاحتمال.

قلنا: يحصل ذلك من قوله: (و الأقرب)، أو أن المتفرع مجموع الحاصل من عبارته و هو الإرث مع التعدد و عدمه مع عدمه.

قوله: (و لو ملك المكاتب زوجته سيده ففي الانفساخ نظر).

أى: ففي انفساخ نكاح السيد نظر، و منشأ النظر: من احتمال كونه مالكا بالاستقلال، و من احتمال كون الملك في الحقيقة للسيد فيما يعد ملكا للمكاتب ظاهرا، فعلى الأول يبقى النكاح و على الثاني يفسخ.

وجه الأول: إن الكتابه تقتضى انقطاع سلطنه السيد عن المكاتب، و استقلاله بالمعاوضات، و جواز معامله السيد إياه و تضمينه له، و لو لا استقلاله بالملك لامتنع ذلك، و الملازمه ظاهره.

لا يقال: يجوز أن يكون الملك لهما.

لأننا نقول: استحاله كون مجموع الشيء الواحد ملكا لكل واحد من الشخصين دفعه أمر واضح، على أنه لو كان ملكا للسيد لما استقل فيه بالتصرف بالاكتساب، و لامتنع معامله السيد إياه و تضمينه له.

و وجه الثاني: إن الكتابه لا تقتضى الحرية في الحال فيكون رقا إلى زمان أداء مال الكتابه، إذ لا واسطه بينهما، و حينئذ فيكون ما يملكه ملكا للمولى، لأنه إذا كان مالكا لرقبته فملكته لما يملكه بطريق أولى. و لمانع أن يمنع الأولويه، و أن يمنع لزوم ملك السيد لما يملكه المكاتب حيث انه باق على الرق، لثبوت انقطاع سلطنته عنه

.....

بالنص و الإجماع، و معها فلا مانع من استقلاله بالملك، و الحكم بجواز المعامله يدل على ثبوته قطعا، فحينئذ الأصح عدم انفساخ النكاح.

ص: ٢١٧

## الباب الخامس: فى نواع النكاح

### اشاره

الباب الخامس: فى نواع النكاح و فيه مقاصد:

### الأول: العيب و التدليس

### اشاره

الأول: العيب و التدليس، و فيه فصول:

### الأول: فى أصناف العيوب

### اشاره

الأول: فى أصناف العيوب، و ينظمها قسمان:

### الأول: المشتركه

الأول: المشتركه، و هى الجنون و هو اختلال العقل، و لا اعتبار بالسهو السريع زواله، و لا الإغماء المستند إلى غلبه المره، بل المستقر الذى لا يزول فإنه كالجنون.

و لا فرق بين الجنون المطبق و غيره. قوله: (و فيه فصول:

الأول: فى أصناف العيوب، و ينظمها قسمان:

الأول: المشتركه، و هى الجنون، و هو اختلال العقل. و لا اعتبار بالسهو السريع زواله، و لا الإغماء المستند إلى غلبه المره، بل المستقر الذى لا يزول فإنه كالجنون، و لا فرق بين الجنون المطبق و غيره).

لا- كلام فى ثبوت فسخ النكاح لكل من الرجل و المرأه بوجود شىء من العيوب التى سيأتى تعيينها، و هى أربعة فى الرجل و سبعة فى المرأه، و ينضمها قسمان: ما يشترك فيه كل منهما، و ما يختص بكل واحد بخصوصه.

الأول: المشترك، و هو واحد و هو الجنون، و المراد به اختلال العقل و فساد به أى وجه اتفاق، فإن الجنون فنون، و لا اعتبار بعروض السهو إذا كان زواله سريعاً. و كذا الإغماء العارض، كغلبه المره و إن طال مدته، أما إذا صار مستقراً بحيث لا يكون مستنداً إلى المرض فيزول، و يبقى زوال العقل فإنه حينئذ يوجب الخيار، و لا فرق فى



و لكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد، و إن تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة، سواء حصل الوطء أولا. إيجاب الجنون بأقسامه الخيار بين أن يكون مطبقا مستوعبا للزمان و غير مطبق فيكون أدوارا، لوجود الجنون على كل من التقديرين.

و الأصل فى كون الجنون عيبا يقتضى الخيار من الجانبين الأخبار المستفيضه عن أهل البيت عليهم السلام من أن النكاح يرد بالجنون (١)، و إجماع الأصحاب و إطباق أكثر أهل الإسلام سوى أبى حنيفه (٢)، و هنا أمور:

الأول: فى قوله: (و هى الجنون) تسامح، لأن الضمير للعيوب المشتركه و الجنون أمر واحد فلا يتطابقان، و كأنه أراد أن كل عيب فى نظر الشارع مشترك بين الرجل و المرأة منحصر فى الجنون.

الثانى: قوله: (فإنه كالمجنون) أيضا لا يخلو من تسامح، فإن الإغماء إذا صار مستقرا يعد من أقسام الجنون فلا معنى لتشبيهه به.

الثالث: المره بكسر الميم قال فى الصحاح: هى إحدى الطبائع الأربع (٣)، و قال فى الجمهره: هى أحد أمشاج البدن (٤).

قوله: (و لكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه مع سبقه على العقد، و إن تجدد بعده سقط خيار الرجل دون المرأة، سواء حصل الوطء أم لا).

قد سبق كون الجنون من العيوب المشتركه فى الجملة، و الغرض هنا تنقيح

ص: ٢١٩

١- (١) الكافى ٤٠٨-٥:٤٠٦ حديث ١٤-١٦، الفقيه ٣:٢٧٣ باب ١٢٥، التهذيب ٧:٤٢٢ باب ٣٨.

٢- (٢) اللباب ٣:٢٥. [١]

٣- (٣) الصحاح ٢:٨١٤ [٢] مرر.

٤- (٤) الجمهره ١:١٢٧ [٣] مرر.

ذلك، وجملة القول فيه إن جنون أحد الزوجين إما أن يكون موجودا قبل العقد، أو يكون قد تجدد بعده، فإما قبل الدخول أو بعده.

فإن كان موجودا قبل العقد فلا- كلام في ثبوت الخيار لكل منهما، و عن ظاهر كلام ابن حمزه ان الجنون لا يثبت الخيار في الرجل و المرأة، إلا إذا كان بحيث لا يعقل معه أوقات الصلوات (١)، ووجهه غير ظاهر، مع أن أكثر الأصحاب على خلافه (٢).

و إن تجدد بعد العقد ففي ثبوت الخيار به أقوال:

أحدها: الثبوت إذا كان بحيث لا يعقل معه أوقات الصلوات، سواء الرجل و المرأة، اختاره الشيخ في المبسوط و الخلاف (٣)، و ابن البراج في المهذب (٤).

و الثاني: الثبوت في الرجل خاصة إذا كان لا يعقل معه أوقات الصلوات، أما المرأة فإنه لا خيار بتجدد جنونها، اختاره ابن إدريس (٥).

و الثالث: الثبوت في الرجل مطلقا، سواء عقل مع جنونه أوقات الصلوات، أم لا- دون المرأة فلا- يثبت بتجدد جنونها خيار مطلقا، اختاره المصنف في المختلف (٦) و غيره (٧)، و هو الأصح.

لنا على الثبوت في الرجل مطلقا وجود المقتضى، و هو الجنون الثابت بالنص كونه عيبا، فلا يتقيد بعدم التعقل. و لأن الضرر اللازم على المرأة بالجنون موجود على التقديرين، و ما رواه علي بن أبي حمزة قال: سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة

ص: ٢٢٠

١- ١) الوسيلة: ٣٦٧. [١]

٢- ٢) منهم الشيخ في المبسوط ٢٤٩: ٤، و [٢] ابن إدريس في السرائر: ٣٠٨، و ابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٢.

٣- ٣) المبسوط ٢٥٢: ٤، [٣] الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٧ كتاب النكاح.

٤- ٤) المهذب ٢: ٢٣٥.

٥- ٥) السرائر: ٣٠٨.

٦- ٦) المختلف: ٥٥٤.

٧- ٧) التحرير ٢: ٢٨. [٤]

يكون لها زوج قد أصيب في عقله من بعد ما تزوجها أو عرض له جنون، قال: «لها أن تنزع نفسها منه إذا شاءت» (١)، و ترك الاستفصال دليل العموم.

ولنا على عدم الثبوت في المرأة وجوب التمسك بلزوم العقد، فإن استصحاب الحال حجه، و لن يثبت كون ذلك موجبا للخيار، و أكثر الأصحاب على خلافه، و الأصل في جانبهم، فوجب القول بنفيه. و لأن الضرر اللازم بحدوث ذلك في الرجل منتف في المرأة، لأن للرجل طريقا الى التخلص منها بالطلاق، فلم يكن المقتضى للفسخ موجودا.

فإن قيل: هذا منقوض بما إذا كان ذلك الجنون قبل العقد.

قلنا: قد خرج هذا بالنص و الإجماع، فيبقى ما عداه على أصل اللزوم.

و محصل الخلاف هنا يرجع الى شيئين:

أحدهما: اشتراط ثبوت الخيار في تجدد جنون الرجل باستغراقه لأوقات الصلوات.

و الثاني: ثبوت الخيار له بتجدد جنون المرأة.

احتج المخالف على الأول باشتهار هذا الحكم بين الأصحاب، و التصريح بكونه مرويا، و بأن الضرر لا يكاد يتحقق بدونه، فإنه إذا كان يعقل أوقات الصلوات فهو كغيره من العقلاء، و ضعف ذلك ظاهر.

و على الثاني بعموم قول الصادق عليه السلام في صحيحه الحلبي: «إنما يرد النكاح من البرص و الجنون و الجذام و العفل» (٢)، و ذلك شامل لما قبل العقد و بعده.

و الجواب منع الشمول بأن هذا ليس من ألفاظ العموم، و ثبوت الرد في الجملة

ص: ٢٢١

١- (١) الفقيه ٣: ٣٣٨ حديث ١٦٢٨، التهذيب ٧: ٤٢٨ حديث ١٧٠٨.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٢٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

الثاني:المختصه،

## أما الرجل

أما الرجل فتلاثه:الجب،والخصاء،والعنه.

نقول بموجه في غير المتجدد،و أما المتجدد فلا دليل عليه،إذا تقرر ذلك فهنا أمور:

الأول:مقتضى قول المصنف:(مع سبقه على العقد)اشتراط تقدم وجوده على صدور العقد،فالحاصل في زمان العقد لا يفسخ به،و فيه نظر،لأن كلا منهما يثبت به الفسخ،و إنما النزاع في المتجدد بعد العقد.و يمكن دفع الإيراد بأن السابق على العقد صادق على الحادث قبل آخره،بأن يسير،لأن العقد إنما يصدق على مجموع الإيجاب و القبول،و ما دام لا يحصل الجزء الأخير لم يتحقق العقد.و في قول المصنف:(سقط خيار الرجل)تسامح فإنه لم يثبت فيسقط.

الثاني:الظاهر أن المتجدد بعد الدخول كالمتجدد قبله للاشتراك في المقتضى، و لشمول لفظ الروايه له و به صرح في المختلف (١)،و حكاه عن ابن الجنيد،و إطلاق كلام الشيخ في النهايه (٢)يشمله.

الثالث:-تحتاج المرأه في فسخ النكاح بتجدد جنون الرجل الى طلاق كسائر العيوب،و لو لا ذلك لم يكن سببا مستقلا في ثبوت الفسخ.

و قال الشيخ في النهايه:إنها إذا اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها (٣)، و تابعه على ذلك جمع من الأصحاب (٤)،و منعه المصنف (٥)،و ابن إدريس (٦)،و غيرهما (٧).

قوله: (الثاني:المختصه،أما الرجل فتلاثه:الجب،والخصاء،والعنه.

ص:٢٢٢

١- (١)المختلف:٥٥٤.

٢- (٢) النهايه:٤٨٦. [١]

٣- (٣) النهايه:٤٨٦. [٢]

٤- (٤) منهم ابن البراج في المهذب ٢:٢٣٥.

٥- (٥) المختلف:٥٥٤.

٦- (٦) السرائر:٣٠٨.

٧- (٧) المحقق في الشرائع ٢:٣٢٠.



أما الجب فشرطه الاستيعاب، فلو بقي معه ما يمكن الوطاء و لو قدر الحشفه فلا خيار.

و لو استوعبت ثبت الخيار مع سبقه على العقد أو على الوطاء، و في الفسخ بالمتجدد إشكال، فإن أثبتناه و صدر منها فالأقرب عدم الفسخ. أما الجب فشرطه الاستيعاب، فلو بقي معه ما يمكن الوطاء و لو قدر الحشفه فلا خيار، و لو استوعب ثبت الخيار مع سبقه على العقد أو على الوطاء، و في الفسخ بالمتجدد إشكال، فإن أثبتناه و صدر منها فالأقرب عدم الفسخ).

القسم الثاني من القسمين ما يختص كل واحد من الرجل و المرأة، فأما الذي يختص بالرجل فتلاثة: الجب، و الخصاء مكسورا أوله ممدودا، و العنه.

أما الجب فإنما يثبت به الخيار إذا كان مستوعبا للذكر، و يتحقق استيعابه إذا لم يبق منه قدر الحشفه، فإن بقي قدرها فلا خيار لإمكان الوطاء حينئذ، و لا شبهه في ثبوت الفسخ بهذا العيب إذا كان سابقا على العقد، للنص و الإجماع، و لأنه أشد من العنه و ستأتى الأخبار الداله على الخيار بها.

و إن حدث بعد العقد فقد صرح الشيخ في المبسوط بثبوت الخيار به (١)، و إطلاق كلامه يقتضى عدم الفرق بين الحدوث قبل الوطاء و بعده، و صرح في موضع آخر منه بالعدم (٢)، و اختاره في الخلاف (٣)، و هو اختيار ابن إدريس (٤)، و المصنف في التحرير (٥)، و ذهب هنا إلى ثبوت الخيار لو تجدد قبل الدخول، و توقف في المتجدد بعده، و هو ظاهر اختياره في

ص: ٢٢٣

١- (١) المبسوط ٢٥٠:٤.

٢- (٢) المبسوط ٢٥٢:٤.

٣- (٣) الخلاف ٢٢٧:٢ مسأله ١٢٧ كتاب النكاح.

٤- (٤) السرائر: ٣٠٩.

٥- (٥) التحرير ٢٨:٢. [١]

## المختلف (١).

فيحصل في المسأله ثلاثه أقوال، يفرّق في الثالث بين الدخول و عدمه.

احتج الشيخ في المبسوط على الأول بعموم الأخبار و الإجماع، و تنقيحه ان النصوص الداله على الخيار بالجب مطلقه فيشمل الحادث مطلقا. هذا محصل استدلاله، و لعله يريد بالأخبار مثل ما رواه أبو الصباح الكنانى، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أ تفارقه؟ قال: «نعم إن شاءت» (٢).

و ترك الاستفصال دليل العموم، و هو غير صريح فى المدعى.

و على الثانى التمسك بلزوم العقد بالاستصحاب، و ثبوت الخيار يحتاج إلى دليل و هو منتف، و فيه نظر ظاهر.

و أما الثالث فالحجه على الثبوت بالتجدد قبل الدخول، مع ما تقدم أن العنه يثبت بها الفسخ مع التجدد قبل الدخول ففى الجب أولى، لأن العنه يمكن زوالها بخلاف الجب، فإن اليأس من زواله ثابت فحصول الوطء معه ممتنع، فكان أدخل فى سببته الفسخ.

و منشأ الاشكال فى المتجدد بعد الدخول الالتفات إلى عموم الأخبار، و مشاركته ما بعد الدخول لما قبله فى المقتضى للفسخ، و هو لزوم الضرر العظيم باليأس من الاستمتاع على مر الزمان، و إلى أن النكاح عقد لازم.

و لم يثبت شرعا ما يدل على ثبوت الخيار هنا، و الإلحاق بالعنه إنما هو فيما قبل الدخول، إذ لا خيار لها بعده على ما سيأتى، و لزوم الضرر هنا منقوض بلزومه فى كل ضرر يمنع الوطء إذا يئس من برئه، و معارض بضرر الرجل بثبوت الخيار و الضرر

ص: ٢٢٤

١- (١) المختلف: ٥٥٤.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٧، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٢.

لا يزال بالضرر.

وقد يرجح هذا الوجه بما رواه غياث الضبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في العنين: «إذا علم أنه عنين لا يأتي النساء فزق بينهما، وإذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرق بينهما و الرجل لا يرد من عيب» (١) فإن عموم عدم رد الرجل بالعيب يتناول محل النزاع، ولا يخرج منه إلا ما أخرجه دليل.

و بما رواه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (عليه السلام): «إن عليا عليه السلام كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأه فوقع عليها مره ثم اعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت، وليس لأمهات الأولاد و لا الإماء ما لم يمسه من الدهر مره واحده خيار» (٢).

و لا يخفى أن قوله عليه السلام: «ثم اعرض عنها» مشعر بأن ترك الوطء كان باختياره لا - لمانع عرض، فلا دلالة فيه على محل النزاع. لكن قوله: «لتصبر فقد ابتليت» يشعر بعروض المانع، إذ لا موقع للأمر بالصبر و ذكر الابتلاء على ذلك التقدير.

و بما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأه مره واحده فلا خيار لها» (٣).

فهذه الأخبار مخصصه لعموم دلائل الفسخ فكيف كان، فالقول بعدم الفسخ لا يخلو من وجه.

ص: ٢٢٥

١- ١) الكافي ٥: ٤١٠، حديث ٤، [١] الفقيه ٣: ٣٥٧، حديث ١٧٠٧، التهذيب ٧: ٤٣٠، حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠، حديث ٨٩٦.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٤٣٠، حديث ١٧١٥، الاستبصار ٣: ٢٥٠، حديث ٨٩٧.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤١٢، حديث ١٠، [٢] الفقيه ٣: ٣٥٨، حديث ١٧٠٩، التهذيب ٧: ٤٣٠، حديث ١٧١٢، الاستبصار ٣: ٢٥٠، حديث ٨٩٥.

و أما الخصاء: فهو سل الأنثيين، و فى معناه الوجاء، و تفسخ به المرأه مع سبقه على العقد، و فى المتجدد بعده قول. و يتفرع على القول بثبوت الفسخ هنا ما لو صدر جب الزوج من الزوجه بعد العقد أو بعد الدخول، و إن كانت عباره الكتاب لا تدل على الأول، فإن فى ثبوت الفسخ لها وجهين أقربهما عند المصنف عدمه.

وجه القرب: إن فعلها ذلك يتضمن رضاها به، و الرضى بالعيب مانع من ثبوت الخيار، و لأن الضرر اللازم عليها بذلك سقط اعتباره، لأنها السبب فيه، و لأن إتلافها ما به منفعه الوطاء جار مجرى إتلاف المشتري المبيع فإنه يعد قبضا.

و الثانى: الثبوت، لوجود المقتضى للفسخ و انتفاء المانع، إذ ليس إلا صدوره منها و هو غير صالح للمانع، فإن المانع من الخيار هو الرضى بالنكاح من العيب لا الرضا بالعيب و هو منتف هنا.

و لمانع أن يمنع كون هذا الإتلاف جاريا مجرى إتلاف المشتري للمبيع، و إنما هو جار مجرى إتلاف العين المستأجره فى الإجاره، فما قربه المصنف غير ظاهر. و ينبغى أن يعلم أن احتمال عدم خيارها هنا إنما يجىء على تقدير صدور الفعل منها مع قصدتها إليه، فلو وقع خطأ أوجبت بعد عمدتها خطأ، كما لو كانت صغيره أو مجنونه لم يتوجه هذا الاحتمال.

قوله: (و أما الخصاء فهو سل الأنثيين، و فى معناه الوجاء، و تفسخ به المرأه مع سبقه على العقد، و فى المتجدد بعده قول).

قد عرفت أن من عيوب الرجل الخصاء، و هو سل الأنثيين و كفيته مشهوره.

و فى معناه الوجاء بكسر أوله و المد، و هو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما.

و قد توجد فى كلام بعض المحققين أن الخصى هو مسلول الأنثيين أو

.....  
موجودهما (١).

و القول بكونه عيبا هو المشهور بين الأصحاب، و قد دلت عليه الأخبار، مثل موثقه بكير بن أعين عن أحدهما عليهما السلام: في خصي دلس نفسه لامرأه مسلمه فتزوجها، قال: «يفرق بينهما إن شاءت و يوجع رأسه» (٢) الحديث.

و في معناها صحيحه ابن مسكان (٣)، و غيرها (٤)، و لأنه في معنى العنه من حيث فوات مقصود العقد به و هو التناسل.

و قيل: إنه ليس بعيب، لبقاء آله الجماع و قدرته عليه، و يقال إنه أقدر عليه، لأنه لا ينزل و لا يعتريه فتور (٥). و هو مردود بالنص (٦)، و بأن جهه كونه عيبا غير منحصر في ذلك، لأن فوات التناسل به جهه يقتضى كونه عيبا، و كذا لزوم العاريه.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن الخصاء يوجب الخيار إذا قارن العقد، فإن حدث بعده ففي حكمه الأقوال الثلاثة التي سبقت في الجب.

و كلام المختلف (٧)، و غيره دال على ثبوت الأقوال الثلاثة، و إن كانت عباره الكتاب و كلام الشارحين (٨) خاليين من ذلك. و القول بالتفصيل قريب، و يمكن الاحتجاج له بما رواه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام، إن خصيا دلس نفسه لامرأه

ص: ٢٢٧

---

١ - ١) قاله الشيخ الطوسي في المبسوط ٤: ٢٥٠، و ابن البراج في المهذب ٢: ٢٣٣.

٢ - ٢) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٣، [١] الفقيه ٣: ٢٦٨ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٠.

٣ - ٣) التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٢.

٤ - ٤) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢١.

٥ - ٥) قاله الشيخ في المبسوط ٤: ٢٦٣ و الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٥ كتاب النكاح.

٦ - ٦) الكافي ٥: ٤١٠ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٦٨ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٠.

٧ - ٧) المختلف: ٥٥٤.

٨ - ٨) إيضاح الفوائد ٣: ١٧٦.

و أما العنه: فهو مرض يعجز معه عن الإيلاج، و يضعف الذكر عن الانتشار، و هو سبب لتسلط المرأه على الفسخ بشرط عدم سبق الوطاء، و عجزه عن وطئها و وطء غيرها، فلو وطأها و لو مره واحده، أو عن غيرها دون غيرها، أو عن قبلا- لا- دبرا فلا- خيار. قال: «يفرق بينهما و تأخذ المرأه منه صداقها و يوجع ظهره كما دلس نفسه» (١).

و المراد بالتدليس: التدليس قبل الوطاء، إذ هو الموجب للتعزير، و لا يضر ضعف السند، لا اعتضاده بفتوى جمع من كبراء الأصحاب. و قريب منها روايه بكير عن أحدهما عليهما السلام (٢).

و المراد بالتزويج المذكور فيها الدخول بقريته و جوب التعزير، أما التدليس بعد الدخول، فإن القول بلزوم النكاح أقوى، لانتفاء المعارض، و يأتي مثل التفريع السابق، و التوجيه واحد.

و اعلم أيضا أن قول المصنف: (و فى معناه الوجاء) يريد به أنهما متقاربان فى المعنى، فيكون اشتراكهما فى الحكم لاشتراكهما فى المقتضى. و على ما ذكره بعضهم من أن الخصى هو مسلولهما أو موجودهما (٣) فالأمر ظاهر.

قوله: (و أما العنه فهو مرض يعجز معه عن الإيلاج، و يضعف عن الانتشار، و هو سبب لتسلط المرأه على الفسخ، بشرط عدم سبق الوطاء و عجزه عن وطئها و وطء غيرها، فلو وطأها و لو مره واحده، أو عن غيرها دون غيرها، أو عن قبلا لا دبرا فلا خيار).

العنين كسكين من

ص: ٢٢٨

١- ١) الكافى ٥: ٤١١ حديث ٦، [١] التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢١.

٢- ٢) الكافى ٥: ٤١٠ حديث ٣، الفقيه ٣: ٢٦٨ حديث ١٢٧٤، التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٠.

٣- ٣) قاله الشيخ الطوسى فى المبسوط ٤: ٢٥٠، و ابن البراج فى المهذب ٢: ٢٣٣.

لا يأتي النساء عجزاً ولا يريدن، وعن عن امرأته وعن وعن بضمهن حكم القاضى عليه بذلك، أو منع عنها بالسحر، والاسم العنه بالضم ذكره فى القاموس (١).

و مقصود البحث أن العنه من جمله عيوب الرجل الذى تسلط المرأة على فسخ نكاحه بالنص المستفيض، والإجماع من علماء الإسلام إلا أبا حنيفة (٢).

و حقيقه العنه أنها مرض يعجز الرجل معه عن الإيلاج، لأن الذكر يضعف عن الانتشار.

قال المصنف فى التحرير: العن مرض تضعف معه القوه عن نشر العضو بحيث يعجز معه عن الإيلاج، وهو من عن أى أعرض و العن الإعراض، لأن الذكر يعرض إذا أراد الإيلاج (٣)، هذا كلامه.

و قال قوم: انه مشتق من العن و هو الإعراض، لأن الذكر يعرض إذا أراد إيلاجه (٤). و قيل: إنه يعن بقبل المرأة عن يمينه و شماله فلا يقصده (٥)، و قيل غير ذلك.

فمتى تحققت العنه تسلطت المرأة على الفسخ بشرط أن لا يسبق على عروض العنه وطؤه إياها فى هذا النكاح، فإن سبق ذلك لم يكن لها فسخ، لما سبق فى روايه غياث الضبى «و إذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرق بينهما» (٦). و لا- عبره فى وقوعه عليها فى نكاح القبل، لاستقلال كل منهما بحكم ينفرد به عن الآخر. و كذا يشترط فى تحقق سبب الفسخ عجزه عن وطئها و وطء غيرها، فلو عجز عن وطئها و قدر على وطء

ص: ٢٢٩

١- ١) القاموس المحيط ٢٤٩: ٤ «[١] عن».

٢- ٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٢٢: ٢.

٣- ٣) التحرير ٢٨: ٢. [٢]

٤- ٤) الصحاح ٢١٦٦: ٦، مجمع البحرين ٢٨٣: ٦ «[٣] عن».

٥- ٥) مجمع البحرين ٢٨٣: ٦ «[٤] عن».

٦- ٦) الكافي ٤١٠: ٥، حديث ٤، [٥] التهذيب ٧: ٤٣٠، حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣: ٢٥٠، حديث ٨٩٦.

و يثبت الخيار لو سبق العقد أو تجدد بعده، بشرط عدم الوطء لها و لغيرها. غيرها فليس بعين، لامتناع تحقق العنه بدون العجز مطلقاً، وكذا لو عجز عن وطئها قبلاً و امكنه الوطء دبراً فلا خيار لها أصلاً.

قوله: (و يثبت الخيار لو سبق العقد أو تجدد بعده بشرط عدم الوطء لها و لغيرها).

هذا تنقيح لما سبق، و محصله انه حيث علم أن العنه مرض يوجب الخيار فلا بد أن يعلم أن محل ثبوت الخيار به ما ذا.

و تحقيقه إنه إذا كان ذلك ثابتاً في وقت العقد ثبت لها الخيار قطعاً، و ان تجدد بعده قبل الوطء فاللائح من عباره الشيخ في المبسوط عدم ثبوت الخيار به، فإنه قال:

العيب الحادث بالزوج بعد العقد و كل العيوب يحدث به إلا العنه، فإنه لا يكون محلاً ثم يصير عيناً في نكاح واحد، و عندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا الجنون الذي لا يعقل معه أوقات الصلوات (١).

و أكثر الأصحاب على أنه يثبت به الخيار، و هو المذهب، و الحجة تناول النصوص إياه مثل روايه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت» (٢)، و غيرها من الروايات (٣).

و إن تجدد بعد الوطء فقضيه كلام المصنف أنه لا خيار لها، و للأصحاب في ذلك قولان:

أحدهما: عدم الفسخ، و هو مختار الشيخ (٤)، و أكثر الأصحاب (٥)، استناداً الى

ص: ٢٣٠

١- (١) المبسوط ٢٥٢: ٤. [١]

٢- (٢) التهذيب ٧: ٤٣١، حديث ١٧١٦، الاستبصار ٣: ٢٤٩، حديث ٨٩١.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٤٣١، حديث ١٧١٨، الاستبصار ٣: ٢٤٩، حديث ٨٩٣.

٤- (٤) المبسوط ٢٦٤: ٤، النهايه: ٤٨٧.

٥- (٥) منهم ابن الجنيد كما في المختلف: ٥٥٤، و ابن إدريس في السرائر: ٣٠٩، و ابن حمزه في الوسيله: ٣٦٦.



روايه غياث الضبى و روايه إسحاق بن عمار السالفين، و أن النكاح قد ثبت و لزم، و الخيار على خلاف الأصل.

و الثانى:- و اختاره المفيد (١)- أن لها الفسخ، للاشتراك فى الضرر الحاصل باليأس من الوطء.

و روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «العنين يتربص سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت» (٢).

و روايه أبى الصباح الكناني أنه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع ابداً ا تفارقه؟ قال: «نعم إن شاءت» (٣).

و روايه أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إن عليا عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنه من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها و إلا فرق بينهما فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار و لا خيار لها» (٤).

و المصنف فى المختلف ذكر ما يقتضى ترجيح قول الشيخ، ثم قال: إن قول المفيد لا يخلو من قوه إلا أنه، الى أن قال: فنحن فى ذلك من المتوقفين و الأصح قول الشيخ (٥).

و اعلم أن قول المصنف (بشرط عدم الوطء) يحتمل أن يريد به أن ثبوت الخيار بالعنه قبل العقد و بعده مشروط بذلك، فيكون التقدير: و ثبت الخيار بالعنه قبل العقد

ص: ٢٣١

١- (١) المقنعه: ٨١.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٦، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩١.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٧، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٢.

٤- (٤) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٩، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٤.

٥- (٥) المختلف: ٥٥٥.

و لو بان خنثى، فإن أمكن الوطء فلا خيار على رأى، وإلا ثبت، و بعده بشرط أن لا يطأها و لا يطأ غيرها.

و يحتمل أن يريد ان ثبوت الخيار بالمتجدد بعد العقد مشروط بذلك، و التقدير:

يثبت الخيار بالمتجدد بعد العقد بشرط أن لا يكون قد وطأها و لا غيرها، و على هذا فاشتراط عدم وطئها واضح، لأن العنه المتجدده بعد الدخول لا توجب الخيار عند الأكثر.

لكن اشتراط عدم وطء غيرها هنا غير ظاهر، فإن عموم النصوص بثبوت الخيار يتناول هذا الفرد، اعنى تجدد العنه بعد العقد و قد وطأ غيرها خاصة، و ليس ثم ما يقتضى إخراجه، فالقول به لا يساعد عليه دليل، و لعل المصنف لا يريد إلا المعنى الأول.

قوله: (و لو بان خنثى، فإن أمكن الوطء فلا خيار على رأى، وإلا ثبت).

أى: لو بان الزوج خنثى، لأنه المحدث عنه، و فى التحرير قال: إنه لو بان الزوج أو الزوجه خنثى (1) و هو أولى، لأن كلا منهما يتصور فيه ظهور ذلك.

و اعلم أن ظهور كونه خنثى يقع على حالات ثلاث:

إحداها: أن يكون مشكلا.

الثانى: أن يحكم له بالذكوره أو الأنوثة بعلامه مضمونه كسبق البول من أحد الفرجين.

الثالث: أن يحكم بذلك بعلامه مقطوع بها كالولاده.

أما حاله الأولى فإن فرضها مشكل، لأن النكاح لا ينعقد بين الرجل و الخنثى، لإمكان كونه رجلا و لا بينه و بين الأنثى لإمكان كونه امرأه، لأن صحه النكاح

ص: ٢٣٢

مشروطه بوقوع العقد بين ذكر و أنثى، و عدم تحقق الشرط يقتضى عدم تحقق المشروط، و لو لم يتبين كونه خنثى مشكلا إلا بعد العقد حكما بكون النكاح غير معلوم الثبوت.

و لا يضر توهم ثبوته حين وقوعه للجهل بالحال.

و لا- ريب أن الحكم بثبوت الخيار و عدمه فرع صحته، نعم للشيخ قول فى الميراث بأن الخنثى المشكل لو كان زوجا أو زوجه أعطى نصف النصيبين (١)، و مقتضى هذا صحه نكاحه، فيجىء على قوله احتمال ثبوت الخيار و عدمه، و العدم قوى، لانتفاء المقتضى، و لا شبهه فى ضعف ما ذهب اليه الشيخ.

و أما الحاله الثانيه و الثالثه فإن نكاحه يصح فيهما، فإذا لم يعلم حاله حين العقد ثم تبين بعده ففى ثبوت الخيار قولان للشيخ فى المبسوط:

أحدهما: الثبوت، لحصول نفره الطبع بذلك، و لأنه مما يعير به فى العاده، و يحصل بذلك ضرر عظيم، و إذا لم يستند فى وضوحه إلا إلى علامه المظنونه كان ضرر النفره و العار أشد.

و الثانى: العدم، استصحابا للزوم، و ثبوت الخيار على خلاف الأصل، فيتوقف على الدليل، و هو منتف، و ثبوته بمجرد النفره و العار فى موضع المنع مع بعده، فإن زياده ذلك العضو بمنزله زياده سلعه و نقيه و هما لا يوجبان الخيار قطعا (٢)، و هذا أصح.

و اعلم أن قول المصنف: (فإن أمكن الوطاء) تقييد للحكم فى المسأله، فإنه مع عدم إمكان الوطاء بشلل العضو أو لشده صغره فى أصل خلقته بحيث لا يساوى قدر الحشفه من مستوى الخلقه يجب الحكم بثبوت الخيار لا محاله.

لكن هذا الخيار ليس منشؤه كونه خنثى، بل للأمر الزائد على ذلك و هو العنه

ص: ٢٣٣

١- (١) المبسوط ١١٤: ٤. [١]

٢- (٢) المبسوط ٢٦٦: ٤.

و لا يرد الرجل بعيب سوى ذلك.

## واما:المرأه

واما:المرأه فالمختص بها سبعة:الجذام،و البرص،و القرن،و الإفضاء، و العمى،و العرج،و الرتق. أو ما جرى مجراها،و البحث إنما هو فى خصوص كونه خثى فالمناسب ترك هذا القيد، لأن حكمه معلوم مما سبق.

قوله: (و لا يرد الرجل بعيب سوى ذلك).

لأن هذه العيوب هى التى ورد بها النص و صرح بها أجله الأصحاب،و أما ما عداها فلا دليل على ثبوت الخيار به،و لا يخالف فيه إلا نادر من الأصحاب.

فإن اللائح من كلام ابن البراج فى المذهب اشتراك الرجل و المرأه فى كون كل من الجنون و الجذام و العفل و البرص و العمى موجبا للخيار فى النكاح (١)،و كذا ابن الجنيدي (٢).

و المذهب خلافه،تمسكا بظاهر قوله عليه السلام:«و الرجل لا يرد من عيب» (٣)فإنه حجه فيما لم يخرججه دليل،و لا دليل على كون المذكوره عيبا فى الرجل.

و قول الصادق عليه السلام فى صحيحه الحلبي:«إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (٤)و لا دلالة فيه على حكم الرجل،فإن عمومه معارض بعمومه،و الرجل لا يرد من عيب.و اعلم أن العقم ليس عيبا فلا ترد واحد من الرجل و المرأه به إجماعا.

قوله: (و أما المرأه فالمختص بها سبعة:الجذام،و البرص،و القرن، و الإفضاء،و العمى،و العرج،و الرتق).

هذا الاختصاص جار

ص:٢٣٤

١- (١)المذهب ٢:٢٣١.

٢- (٢) نقله عنه العلامة فى المختلف:٥٥٢.

٣- (٣) الكافي ٥:٤١٠، حديث ٤، الفقيه ٣:٣٥٧، حديث ١٧٠٧، التهذيب ٧:٤٣٠، حديث ١٧١٤.

٤- (٤) التهذيب ٧:٤٢٤، حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣:٢٤٦، حديث ٨٨٠.

أما الجذام: فهو مرض يظهر معه تناثر اللحم و يبس الأعضاء، ولا بد و أن يكون بينا، فلو قوى الاحتراق، أو تعجر الوجه، أو استدارت العين و لم يعلم كونه منه لم يوجب فسحا. على المختار في المذهب، و قد قيل: إنها ترد بغير ذلك (١)، و سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

قوله: (و أما الجذام فهو مرض يظهر معه تناثر اللحم و يبس الأعضاء، فلا بد أن يكون بينا، فلو قوى الاحتراق أو تعجر الوجه أو استدارت العين و لم يعلم كونه منه لم يوجب فسحا).

الجدام: عله صعبه يحمر معها العضو ثم يسود ثم ينقطع و يتناثر نعوذ بالله، و أكبر ما يكون ذلك في الوجه، و يتصور في كل عضو، فمتى ما ظهرت هذه العله و ثبتت بحيث لا يخفى على أحد فلا شك في ثبوت الخيار.

و لو وجدت علاماتها كقوه احتراق العضو و اسوداده و تعجر الوجه و استداره العين على وجه لا يقطع بالعله لم يثبت.

و لو علم وجود العله و الحاله هذه إما بتصادقهما، أو بشهادة طبيين عدلين ثبت لا محاله، و بدون ذلك فعلى المنكر اليمين، لعموم قوله عليه السلام: «و اليمين على من أنكر» (٢)، و لو ردت و الحاله هذه ثبتت باليمين المردوده كما يثبت بالبينه و الإقرار.

و ينبغي أن يقرأ: (تعجر) في قوله: (أو تعجر الوجه) بالراء المهمله من العجر، فإنها تطلق على العيوب، و منه قولهم: أطلعتة على عجرى و مجرى، و قد يراد بها العقد و الانتفاخ و جميعها متقاربه، لأن المراد بها ما يبدو في الوجه من آثار العله نعوذ بالله منها.

ص: ٢٣٥

١-١) قاله المفيد في المقنعه: ٨١، و سلار في المراسم: ١٥٠.

٢-٢) الكافي ٧: ٤١٥، حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٠، حديث ١، التهذيب ٦: ٢٢٩، حديث ٥٥٣، سنن البيهقي ١٠: ٢٥٢.

و أما البرص: فهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبيه البلغم، و لا اعتبار بالبهق، و لا بالمشته به. قوله: (و أما البرص: فهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبيه البلغم، و لا اعتبار بالبهق و لا بالمشته به).

البرص: عله معروفه نعوذ بالله منها، و هى بياض يظهر فى البدن منشؤه غلبه البلغم، و هو غير البهق و قد فرّق الأطباء بينهما:

بأن البرص يكون براقا أملس غائضا فى الجلد و اللحم، و يكون الشعر النابت فيه أبيض و جلده انزل من جلد سائر البدن، و إن غرزت فيه الإبره لم يخرج منه دم بل رطوبه بيضاء.

و البهق بخلافه، و فى الأكثر يكون مستدير الشكل، و القول فيه كما سبق فى الجذام، فمتى وجد فى المرأه ما يقطع بكونه برصا و لا- يخفى على أحد حاله ثبت الخيار، و متى وجد بياضا و أمكن كونه برصا و غيره لم يثبت إلا- بتصادقهما و بشهاده طبيين عدلين، لأن المقتضى لثبوت الفسخ هو حصول البرص، و مع احتمال غيره فالمقتضى منتف.

و النصوص الوارده بثبوت الخيار بالجذام و البرص كثيره مثل صحيحه داود بن سرحان (١)، و صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام (٢)، و روايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (٣)، و إجماع الأصحاب و إطباق أكثر علماء الإسلام على ذلك من الأمور المعلومه.

ص: ٢٣٦

١- (١) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٤.

٢- (٢) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٠.

٣- (٣) الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٨، التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٦.

و أما القرن فقيل: إنه عظم ينبت في الرحم يمنع الوطاء، وقيل: إنه لحم ينبت في الرحم يسمّى العفل، فإن منع الوطاء أوجب الفسخ، وإلا فلا. قوله: (و أما القرن فقيل: إنه عظم ينبت في الرحم يسمّى العفل، فإن منع الوطاء أوجب الفسخ، وإلا فلا).

من عيوب المرأه القرن، و في أكثر الأخبار العفل و الرتق (١) و لم يذكر القرن، و في روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: قلت: في الرجل إذا تزوج المرأه فوجدها قرناء الحديث (٢)، فذكر القرن و فسره بالعفل.

و هكذا فعل ابن الأثير في النهايه قال: القرن بسكون الراء شىء يكون في فرج المرأه كالسن يمنع من الوطاء و يقال له: العفل (٣)، و قريب منه كلام صاحب الصحاح (٤)، إلا أنه قال في موضع آخر: العفل شىء يخرج من قبل النساء و حيا الناقه شبيه بالأدره التى للرجال و المرأه عفلا (٥)، و مثل ذلك في القاموس (٦).

و قال ابن دريد في الجمهره: أن القرناء هى المرأه التى يخرج قرنه رحمها، قال:

و الاسم القرن ضبطها محرکه، و في العفل قال: انه غلظ في الرحم (٧).

و قد اختلف كلام الفقهاء في تفسيره، و الدائر على ألسنتهم فتح الراء، و على ألسنه أهل اللغه تسكينها.

ص: ٢٣٧

١- ١) التهذيب ٧: ٤٢٥ حديث ١٦٩٣-١٦٩٨.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٠٥ حديث ١٢، [١] التهذيب ٧: ٤٢٧ حديث ١٧٠٢، الاستبصار ٣: ٢٤٨ حديث ٨٨٨.

٣- ٣) النهايه ٤: ٥٤ [٢] قرن.

٤- ٤) الصحاح ٦: ٢١٨٠ [٣] قرن.

٥- ٥) الصحاح ٥: ١٧٦٩ [٤] عفل.

٦- ٦) القاموس المحيط ٤: ١٨ [٥] عفل.

٧- ٧) الجمهره ٢: ٧٩٣ [٦] قرن و ٩٣٧ [٦] عفل.

قال الشيخ في المبسوط: إنه عظم في الفرج يمنع الوطء، ثم قال: وقال أهل الخبره: العظم لا- يكون في الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في الفرج، وهو الذي يسمى العفل يكون كالرتق سواء (١).

و مثل ذلك قال المصنف في التحرير لكنه قال فيه: الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر، قال: والألفاظ الثلاثة مترادفه حينئذ (٢).

و هذا الخلاف و إن كان دائرا بين الفقهاء إلا أن منشؤه اختلاف أهل اللغة، لأن ذلك راجع الى وضع اللفظ، و ذكر الفقهاء إياه لا- من حيث خصوص الوضع لأن ذلك من وظيفه اللغوى و حق الفقيه أن يتسلمه منه، لأن عيوب النساء تزيد و تنقص باعتبار القولين، فإن كون عيوب المرأه سبعة فقط إنما يستمر على أحدهما خاصه.

و لا يخفى أن الترادف الذى ذكره فى التحرير (٣) بين الألفاظ الثلاثة يحصل باعتباره قول ثالث، فإن الرتق على ما يأتى فى كلامه هنا معنى آخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف هنا و فى التحرير لم يصرح بترجيح واحد من القولين، و هو الأنسب لما بينا من أن ذلك ليس وظيفه الفقيه، نعم تعرضه إلى القولين مما لا يكاد يستغنى عنه، لما قلناه من اختلاف عدد العيوب باعتبارهما.

و كيف قلنا فلا- خلاف فى كون كل من القرن و العفل عيبا، إلا- أن كونه عيبا مشروط بمنع الوطء، فلو لم يمنع لم يكن له خيار، سواء كان لصغر آلته جدا أو لكون المانع قليلا. أما إذا منع فظاهر، لفوات غرض الاستمتاع، و أما مع العدم فإنه كسلعه زائده فى غير المحل.

ص: ٢٣٨

١- ١) المبسوط ٢٥٠: ٤. [١]

٢- ٢) التحرير ٢٨: ٢. [٢]

٣- ٣) التحرير ٢٨: ٢.



و أما الإفضاء: فهو ذهاب الحاجز بين مخرج البول و الحيض.

### و أما العمى

و أما العمى فالأظهر من المذهب أنه موجب للخيار.

و لا اعتبار بالعمور، و العمش، و قله النظر لبياض و غيره، و العمى يوجب الفسخ و إن كانتا مفتوحتين. فرع:

لو لم يستوعب المانع المحل، لكن منع الزوج الوطء، اما لكبر آله، أو لكون السليم من المحل ضيقا جدا لا يقبل إلا الآله الصغيره جدا، فإطلاق النصوص و كلام الفقهاء يقتضى كونه موجب الخيار.

قوله: (و أما الإفضاء: فهو ذهاب الحاجز بين مخرج البول و الحيض).

لا خلاف فى أن الإفضاء عيب، و قد روى الشيخ عن أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام: فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، قال: فقال:

«إذا دلست العفلاء نفسها و البرصاء و المجنونه و المفصاه و ما كان بها من زمانه ظاهره فإنها ترد على أهلها من غير طلاق»  
(١) الحديث.

و هو نص فى الباب، و ما ذكره المصنف فى تفسير الإفضاء هو أحد تفسيريه، و تفسيره الآخر أنه ذهاب الحاجز بين مخرج البول و الغائط، و إنما اقتصر المصنف على هذا التفسير اكتفاء بما ذكره فى موضع آخر و كونه عيبا، لا يختلف على كل منهما بل على التفسير الآخر أولى، لبعدها عن الانتفاع بها فى الوطء حينئذ.

قوله: (و أما العمى فالأظهر من المذهب أنه موجب للخيار، و لا اعتبار بالعمور و العمش و قله النظر لبياض و غيره، و العمى يوجب الفسخ و إن كانتا مفتوحتين).

الظاهر من مذهب الأصحاب أن العمى عيب فى المرأة ترد به، نص عليه

الشيخ فى النهايه (١)، و أكثر الأصحاب كالمفيد (٢)، و المرتضى (٣)، و ابن الجنيد (٤)، و ابن البراج (٥)، و أبى الصلاح (٦)، و ابن إدريس (٧)، و سلالر (٨)، و ابن حمزه (٩).

و ظاهر كلامه فى المبسوط و الخلاف أنه ليس بعيب، فإنه عدّ عيوب المرأة سته ثم قال: و من أصحابنا من ألحق به العمى و كونها محدوده فى الزنا (١٠)، و ربما يلوح ذلك من كلام الصدوق فى المقنع حيث جعله روايه (١١).

و المذهب هو الأول، لصحيحه داود بن سرحان عن الصادق عليه السلام: فى الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: «ترد على وليها» (١٢) الحديث. و فى معناه ما رواه ابن بابويه فى الفقيه عن الباقر عليه السلام قال: «ترد العمياء و البرصاء و الجذماء و العرجاء» (١٣).

و المراد ردها فى النكاح كما فهمه الأصحاب.

حجه المانع صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إنما يرد النكاح

ص: ٢٤٠

١- (١) النهايه: ٤٨٥.

٢- (٢) المقنعه: ٨٠.

٣- (٣) الناصريات-الجوامع الفقيهيه-: ٢٤٨.

٤- (٤) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٢.

٥- (٥) قاله فى الكامل كما نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٢.

٦- (٦) الكافى فى الفقه: ٢٩٥. [١]

٧- (٧) السرائر: ٣٠٩.

٨- (٨) المراسم: ١٥٠.

٩- (٩) الوسيله: ٣٦٧. [٢]

١٠- (١٠) المبسوط ٤: ٢٤٩، [٣] الخلاف ٢: ٢٢٦ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح.

١١- (١١) المقنع: ١٠٤.

١٢- (١٢) التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٣: ٢٤٦، حديث ٨٨٤.

١٣- (١٣) الفقيه ٣: ٢٧٣، حديث ١٢٩٨.

و أما العرج فإن بلغ الإقعاد فالأقرب تسلط الزوج على الفسخ به، و إلا فلا. من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (١). و كلمه إنما للحصر.

و الجواب: روايتنا أخص، و الخاص مقدم، على أن لنا ترجيحاً من وجه آخر، و هو أن الدلاله من جانبنا منطوق اتفاقاً، و من جانب المانع محل اختلاف، و المتفق عليه أرجح لو وقع التعارض.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن العمى بجميع أنواعه موجب للخيار، لأنه معلق به و دائر معه، فمتى صدق العمى ثبت الخيار، سواء كانت مفتوحة أو لا. و لو كانت عوراء فلا خيار، للأصل، و لروايه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام إنه قال في رجل يتزوج الى قوم فإذا امرأته عوراء و لم يبينوا له قال: «لا ترد» (٢) الحديث، و كذا العمش و قله النظر لبياض و غيره، و كل ما جرى هذا المجرى بطريق أولى.

قوله: (و أما العرج فإن بلغ الإقعاد فالأقرب تسلط الزوج على الفسخ به، و إلا فلا).

ظاهر المذهب أن العرج أيضا عيب ترد به المرأة، صرح بذلك الشيخ في النهاية (٣)، و المفيد (٤)، و أكثر الأصحاب (٥).

و لم يذكر كونه عيباً للشيخ في المبسوط و الخلاف (٦)، و كذا ابن البراج في

ص: ٢٤١

١- ١) التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦ حديث ٨٨٠.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٠٦ حديث ٦، [١] التهذيب ٧: ٤٢٦ حديث ١٧٠١، الاستبصار ٣: ٢٤٧ حديث ٨٨٦.

٣- ٣) النهاية: ٤٨٥.

٤- ٤) المقنعه: ٨٠.

٥- ٥) منهم ابن الجنيد كما في المختلف: ٥٥٣، و سلار في المراسم: ١٥٠، و أبو الصلاح في الكافي في الفقه: ٢٩٥.

٦- ٦) المبسوط ٤: ٢٤٩، الخلاف ٢: ٢٢٦ مسألة ١٢٤ كتاب النكاح.

المهذب (1)، و عد ابن إدريس عيوب المرأه سبعة ثم قال: و ألحق أصحابنا عيبا ثامنا و هو العرج البيّن ذهب إليه شيخنا فى نهايته (2) و لم يذهب إليه فى مسائل خلافه (3) و جعله ابن بابويه فى المقنع روايه (4).

و المختار الأول للروائتين السابقتين.

و حجه المانع صحيحه الحلبى، و الجواب ما تقدم.

بقى شىء و هو أن جمعا من الأصحاب أطلقوا كون العرج عيبا كالمفيد فى المقنعه (5)، و كذا بعض الأخبار (6).

و قيده جماعه بما إذا كان بيّنا، منهم ابن إدريس (7)، و المصنف فى التحرير (8)، و فصل هنا فحكم بالفسخ إذا بلغ الإقعاد لا بدونه، و كذا المحقق ابن سعيد (9)، و الظاهر أن المراد به و بالعرج البيّن واحد، و هو أن يكون فاحشا جدا بحيث لا يستطيع معه التردد فى العاده إلاّ بالمشقه الشديده، فلا ترد بالعرج اليسير و هو الذى لا يكون كذلك.

و هذا هو المختار، لأن فى صحيحه داود بن سرحان السابقيه: «و إن كان بها زمانه لا- يراها الرجال أجز شهاده النساء عليها» (10) فإن ظاهرها أن الرد منوط بالزمانه،

ص: ٢٤٢

١- (١) المهذب ٢:٢٣١.

٢- (٢) النهايه: ٤٨٥.

٣- (٣) الخلاف ٢:٢٢٦ مسأله ١٢٤ كتاب النكاح.

٤- (٤) المقنع: ١٠٤، السرائر: ٣٠٩.

٥- (٥) المقنعه: ٨٠.

٦- (٦) الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٨، التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٦، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٣.

٧- (٧) السرائر: ٣٠٩.

٨- (٨) التحرير ٢:٢٩.

٩- (٩) الشرائع ٢:٣٢٠ [١].

١٠- (١٠) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٤، الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٤.

و أما الرتق: فهو أن يكون الفرج ملتحمًا ليس فيه مدخل للذكر، و يوجب الخيار مع منع الوطء و لم تمكن إزالته أو أمكن فامتنعت، و ليس له إجبارها على إزالته. فإن مفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين.

و كذا رواه أبي عبيده السابقة (1)، مع أن المطلق يجب حمله على المقيد، و الاقتصار في المخالف للأصل على موضع اليقين أقرب الى الاحتياط.

و ينبغي ملاحظه عباره الكتاب، فإن المصنف حيث قسم العرج الى ما يبلغ الإقعاد و الزمانه و الى غيره، قرّب التسلط على الفسخ في الأول و نفاه عن الثاني، فافتضى كلامه أن في البالغ حد الإقعاد وجهين أو قولين، و أشعر بنفيهما عن غيره.

و قد عرفت أن في الأصحاب من أطلق كون العرج عيبًا، و فيهم من يلوح من كلامه كونه ليس بعيب، و منهم من فصل و قسم الى قسمين: أحدهما عيب و هو البالغ الى حد الإقعاد دون الآخر، فلم يكن مورد الوجهين أو القولين هو القسم الأول. و لو أنه قال: و أما العرج فالأقرب أنه إن بلغ الإقعاد تسلط الزوج به على الفسخ و إلا فلا لكان أولى.

قوله: (و أما الرتق فهو أن يكون الفرج ملتحمًا ليس فيه مدخل للذكر، و يوجب الخيار مع منع الوطء، و لم يمكن إزالته، أو أمكن و امتنعت و ليس له إجبارها على إزالته).

تنقيح هذا البحث بأمور:

الأول: قال في الصحاح: الرتق بالتحريك مصدر قولك امرأه رتقاء بينه الرتق

ص: ٢٤٣

لا يستطيع جماعها، لارتفاق ذلك الموضوع منها (١)، وقريب منه قوله في القاموس (٢).

الثاني: فسر المصنف هنا الرتق بأنه التحام الفرج، وهو المفهوم من كلام صاحب الصحاح، وهو المناسب للمعنى المشتق منه، وقد حكينا قول المصنف في التحرير: إن الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر، وحكم بمرادفه القرن والعفل (٣)، وكأنه أخذ مما حكاه الشيخ في المبسوط عن أهل الخبره من تفسير القرن الى أن قال: وهو الذي يسمى العفل يكون كالرتق سواء (٤). وهذا المعنى مشارك للأول في منع مقصود النكاح وهو الاستمتاع، إلا أن الأول ألصق بماده رتق.

الثالث: لا- خلافاً بين الأصحاب في أن الرتق عيب يوجب الخيار، ويدل عليه مع الإجماع فوات فائده النكاح به، فجرى مجرى تعذر استيفاء المنفعة في الإجاره لعيب ونحوه، على أنه إن كان الرتق مرادفاً للقرن كان ثبوت الخيار معه مورد النص (٥).

الرابع: لا شبهه في أن الخيار إنما يثبت بالرتق إذا كان مانعاً من الوطاء، صرح بذلك المحققون (٦)، ووجهه بقاء مقصود النكاح مع عدم المنع، فلو ارتتق المحل وبقى منه ما يمكن معه الوطاء فلا خيار وإن كان لصغر آله، بخلاف العدم. وإنما يتحتم ثبوت الخيار إذا لم يمكن إزاله المانع عادة، أو أمكن بفتق الموضوع ولكنها امتنعت من الإزاله.

أما لو رضيت بها فلا خيار له بحال إجماعاً، ولأن الحكم إذا تعلق بعله زال بزوالها.

ص: ٢٤٤

١- ١) الصحاح ١٤٨٠: ٤ «[١] رتق».

٢- ٢) القاموس المحيط ٢٣٥: ٣ «رتق».

٣- ٣) التحرير ٢٨: ٢. [٢]

٤- ٤) المبسوط ٢٥٠: ٤. [٣]

٥- ٥) الكافي ٤٠٩: ٥ حديث ١٦، الفقيه ٢٧٣: ٣ حديث ١٢٩٦، التهذيب ٤٢٧: ٧ حديث ١٧٠٣.

٦- ٦) منهم الشيخ في المبسوط ٢٥٠: ٤، وابن البراج في المهذب ٢٣٣: ٢.

و لا ترد المرأة بعيب سوى ذلك، وقيل: المحدوده فى الزنا ترد، وقيل:

بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر و لا فسخ. و لو أراد الزوج الإزالة مع امتناعها لم يكن له إجبارها، لأن ذلك ليس حقا له و لما فى الاقدام على الجراحه من تحمل الضرر و المشقه، كما أنها لو أرادت هى ذلك لم يكن له المنع، لأنه تداو لا تعلق له به.

و لا- يخفى أن رضاها بالإزالة وحده لا يكفى فى سقوط الخيار، بل لا بد من حصولها، فلو مكنت من الإزالة و لم يحصل على الفور عادة فالخيار بحاله، ثم ينبه فى العبارة بشيئين:

الأول: انه عرف الرتق بكون الفرج ملتحما على وجه ليس له مدخل للذكر، و عباره الشيخ فى المبسوط (1) خاليه من هذا القيد، و هو الصواب، لأن الرتق أعم من ذلك.

فإن قيل: أراد به ما يكون عيبا فى النكاح، و العيب هو هذا دون الأعم.

قلنا: فقوله بعد ذلك: (و يوجب الخيار مع منع الوطاء) مستدرك.

الثانى: قوله: (و لم يمكن إزالته أو أمكن و امتنعت) يجب أن يكون فى حيز (مع) ليكون شرطا ثانيا للخيار مضافا إلى منع الوطاء، لكن تركيبه غير حسن، لأن المعطوف جملة و المعطوف عليه مفرد، اللهم إلا- أن تؤول الجملة بمفرد، و هو عدم إمكان الإزالة و نحو ذلك، و قوله: (أو أمكن) على حد قول الشاعر: و لا أرض أبقل إبقالها.

قوله: (و لا ترد المرأة بعيب غير ذلك، و قيل: المحدوده فى الزنا ترد، و قيل: بل يرجع على وليها العالم بحالها بالمهر و لا فسخ).

لما انحصرت، عيوب المرأة فيما ذكره المصنف بحكم الدليل ظهر وجه قوله:

(و لا ترد المرأة بعيب غير ذلك) و قد وقع الخلاف فى مواضع:

ص: ٢٤٥

منها ما إذا زنت المرأة قبل الدخول بها، فإن الصدوق ذهب الى أنها ترد بذلك و لا صداق لها (١)، لقول على عليه السلام فى المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها: «يفرق بينهما و لا صداق لها» (٢)، لأن الحدث كان من قبلها، و الطريق ضعيف و المذهب عدم الرد بذلك.

و منها ما إذا ظهر كون المرأة خنثى، فإن قطب الدين الكيدرى ذهب الى انه عيب، و قال الشيخ فى المبسوط: فيه قولان (٣)، و إطلاق العبارة يتناول ما إذا كان مشكلا، و فيه نظر، لأن المشكل لا يصح نكاحه، و على كل تقدير فليس ذلك من جملة العيوب على المختار.

و منها المحدوده فى الزنا، و للأصحاب فى حكمها ثلاثة أقوال:

الأول: أن ذلك عيب ترد به، ذهب اليه المفيد (٤)، و سائر (٥)، و ابن البراج (٦)، و أبو الصلاح (٧)، و الكيدرى، لأن ذلك من الأمور الفاحشه التى يكرهها الزوج، و نفور النفس منه أقوى من نفورها من نحو العمى و العرج، و لزوم العار العظيم به يقتضى كون تحمله ضررا عظيما.

و لما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد زنت قال: «إن شاء زوجها أخذ»

ص: ٢٤٦

١- (١) المقنع: ١٩. [١]

٢- (٢) الفقيه ٣: ٢٦٣ حديث ١٢٥٣، التهذيب ٧: ٤٩٠ حديث ١٩٦٨.

٣- (٣) المبسوط ٤: ٢٦٦.

٤- (٤) المقنع: ٨٠.

٥- (٥) المراسم: ١٥٠.

٦- (٦) المهذب ٢: ٢٣٤.

٧- (٧) الكافى فى الفقه: ٢٩٥. [٢]



الصداق ممن زوجها و لها الصداق بما استحله من فرجها، و إن شاء تركها» (١) الحديث.

الثانى: انه ليس بعيب يوجب الرد بل للزوج الرجوع بالمهر على وليها العالم بحالها، و ليس له فراقها إلا بالطلاق، ذهب الى ذلك الشيخ فى النهايه (٢)، و ابن إدريس (٣)، احتجاجا بالروايه السالفه، فإن فيها قال: و ترد المرأه من العفل و البرص و الجذام و الجنون، فأما ما سوى ذلك فلا.

قال الشيخ فى توجيهه: هذا لا- ينافى ما قدمناه من أنه ليس له الرد بمجرد الفسق، فإنه قال: إذا علم انها كانت قد زنت كان له الرجوع على وليها بالصداق، و لم يقل: إن له ردها (٤). و لا- يمتنع أن يكون له استرجاع الصداق و إن لم يكن له رد العقد، لأن أحد الحكمين منفصل عن الآخر.

قال المصنف فى المختلف: فى إيجاب المهر على الولي مع عدم كونه عيبا إشكال ينشأ: من أن التضمن إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيبا أوجب الفسخ و إلا لم يجب المهر (٥).

أقول: الإشكال فى موضعه، و هنا نظر من وجه آخر، و هو أن محل النزاع هو المحدوده فى الزنا، و الروايه لا تدل عليه، نعم هى مناسبه لقول الشيخ فى النهايه فإنه ساوى بين من تجدد علم الزوج بزناها و من علم كونها قد حدث فى الزنا حيث لم يوجب الرد لواحد منهما، و أوجب الرجوع على الولي بالمهر (٦)، و فى دلالتها الاشكال السابق.

ص: ٢٤٧

١- (١) التهذيب ٧:٤٢٥ حديث ١٦٩٨، الاستبصار ٣:٢٤٥ حديث ٨٧٩.

٢- (٢) النهايه: ٤٨٦. [١]

٣- (٣) السرائر: ٣٠٩.

٤- (٤) التهذيب ٧:٤٢٥ ذيل الحديث ١٦٩٨.

٥- (٥) المختلف: ٥٥٣.

٦- (٦) النهايه: ٤٨٦. [٢]

الثالث: انه ليس بعيب و لا رجوع بالمهر، ذهب الى ذلك المصنف (١)، و جمع من المتأخرين (٢)، و هو الأصح.

لنا على الحكم الأول التمسك بأصالة لزوم النكاح، و لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (٣)، خرج ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على حكم العموم.

و بروايه رفاعه بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المحدوده هل ترد من النكاح، قال: «لا» (٤).

و على الحكم الثاني أن المهر وجب بالعقد، فإذا كان النكاح لازما و لم يكن المذكور عيبا فالرجوع بالمهر خلاف مقتضى النكاح، فإن مقتضاه كون المهر على الزوج دون الولي.

و يمكن حمل الروايه على ما إذا شرط الزوج كونها عفيفه فظهر الخلاف، فإنه يرجع بالصداق إذا فسخ بدليل قوله: (و إن شاء تركها) أى بغير فسخ و لا رجوع.

و يثبت زناها بشاهد عدل بالنسبه إلى التسلط على الفسخ، و بالإقرار مره على الأقرب لا بالنسبه إلى الحد و هو ظاهر.

تذنيب: ذهب ابن الجنيد الى أن الزنا يرد به النكاح فى الرجل و المرأه قبل العقد و بعده (٥)، و قد عرفت ضعف التمسك و أن الأصح العدم.

ص: ٢٤٨

١- ١) المختلف: ٥٥٣.

٢- ٢) انظر: إيضاح الفوائد ٣: ١٧٩، التنقيح الرائع ٣: ١٨٣. [١]

٣- ٣) التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦، حديث ٨٨٠.

٤- ٤) الكافي ٥: ٤٠٧، حديث ٩، [٢] التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥، حديث ٨٧٨.

٥- ٥) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٧.

الفصل الثانى: فى أحكام العيوب:

خيار الفسخ على الفور، فلو سكت صاحبه عالما مختاراً بطل خياره، وكذا خيار التدليس.

وليس الفسخ طلاقاً، فلا يعد فى الثلاث، ولا يطرد معه تنصيف المهر، ولا يفتقر إلى الحاكم.

وفى العنه يفتقر إليه لا فى الفسخ، بل فى ضرب الأجل، وتستقل المرأة بعده عليه. قوله: (الفصل الثانى: فى أحكام العيوب):

خيار الفسخ على الفور، فلو سكت صاحبه عالماً مختاراً بطل خياره، وكذا خيار التدليس. وليس الفسخ طلاقاً فلا يعد فى الثلاث، فلا يطرد معه تنصيف المهر ولا يفتقر الفسخ إلى الحاكم، وفى العنه يفتقر إليه لا فى الفسخ، بل فى ضرب الأجل وتستقل المرأة بعده عليه).

هذا الخيار على الفور عندنا، وكذا الخيار فى التدليس على الفور، فلو آخر من اليه الفسخ عالماً مختاراً بطل على الفور خياره لفوات الفوريه، سواء الرجل والمرأة. ولو جهل ثبوت الخيار فأصح القولين بقاء الخيار، فيتخير حينئذ على الفور، بخلاف ما لو علم الثبوت و جهل الفوريه، فإن الخيار يبطل بالتأخير، لأنه يشعر بالرضى كما سبق فى تجدد العتق.

ولو منع من الاختيار، إما بالقبض على فيه، أو هدد تهديداً يعد مثله اكراها فالخيار بحاله، لأن الإكراه عذر بالنص (1)، والإجماع. ثم إن هذا الفسخ لا يعد طلاقاً

ص: ٢٤٩

قطعا، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق، فلا يعد في الثلاث، فلا تحرم إلا بطلقات ثلاث غيره.

ولا يطرد معه تنصيف المهر بحيث يكون متى حصل ثبت كما في الطلاق، وإنما عبر بقوله: (فلا يطرد) دون أن يقول: ولا ينتصف، لانتقاضه بالعنه حينئذ فإنها مع الفسخ بها تستحق نصف المهر على ما سيأتي إن شاء الله تعالى و على ما عبر به فالمنفى هو اطراده، وذلك لا ينافى الثبوت في بعض الصور.

ولا يفتقر هذا الفسخ الى الحاكم، لأنه حق ثبت، فلا يتوقف استيفاءه على كونه بحضور الحاكم أو بإذنه كسائر الحقوق، خلافا لبعض العامة (١) وابن الجنيدي (٢) منا، و كلام الشيخ في موضع من المبسوط يشعر بتردده (٣).

و في موضع آخر قبله جوز الاستقلال بالفسخ محتجا بأن الأخبار في هذا الباب مطلقة (٤).

و استثنوا من هذا الحكم العنه، فإن الفسخ بها يتوقف على الحكم إجماعا، لا لأجل الفسخ بل لأنه لا بد من ضرب الأجل على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا يكون ذلك إلا بحكم الحاكم إجماعا كالحجر بالفلس و بالسفه عند قوم.

فإذا ضرب الأجل و مضت المده استقلت المرأة بالفسخ حينئذ، و قول المصنف:

(و تستقل المرأة بعده عليه) الضمير الأول فيه يعود إلى الأجل و الثاني إلى الفسخ، و كأنه ضمن كلمه (تستقل) معنى (تسلط) فعدها بكلمه (على) أى و تستقل متسلطه بعد الأجل على الفسخ من غير توقف على الحاكم.

ص: ٢٥٠

١- ١) انظر: المجموع ٢٧٢: ١٦، المغنى لابن قدامه ٥٨٥: ٧.

٢- ٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٧.

٣- ٣) المبسوط ٢٥٣: ٤.

٤- ٤) المبسوط ٢٤٩: ٤. [١]

و لا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأه بعد الوطء.

و فى المتخلل بينه و بين العقد إشكال أقر به التمسك بمقتضى العقد. قوله: (و لا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأه بعد الوطء، و فى المتخلل بينه و بين العقد إشكال، أقر به التمسك بمقتضى العقد).

للعيب الحاصل بالمرأه حالات ثلاث:

أحدها: أن يكون موجودا قبل العقد، و لا- شبهه فى ثبوت الخيار به، فإنه لما كان حاصلا فى زمان العقد منع وقوعه على وجه اللزوم.

و ثانيها: أن يتجدد بعد الوطء، و قد جزم المصنف بعدم الخيار به هنا و فى التحرير (١)، و إطلاق كلام الشيخ فى المبسوط و الخلاف بثبوت الخيار بالعيب الحادث و لو لم يكن حال العقد محتجا بعموم الأخبار يتناول الحادث بعد الوطء، و قوله بعد أن الفسخ بالعيب الحادث بعد الدخول يوجب المسمى يؤكد ذلك (٢).

و الأصح عدم الرد به، لتأكد النكاح بالدخول الجارى مجرى القبض فى البيع، مع أنه قد سبق لزوم النكاح و ثبوته، فتجدد الخيار يتوقف على الدليل.

و قد روى عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «المرأه ترد من أربعه أشياء: من البرص، و الجذام، و الجنون، و القرن و هو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا» (٣).

وجه الاستدلال بها أنها داله على رد المرأه بالعيب إلا أن يكون قد وقع عليها، و ذلك عام فى الوقوع بعد العيب و قبله، و قد دل الدليل على أن الوقوع قبل العلم بالعيب لا يسقط الخيار، فيختص به هذا العموم و يبقى الباقي على حكمه.

ص: ٢٥١

١- (١) التحرير ٢: ٢٩. [١]

٢- (٢) المبسوط ٤: ٢٥٢، [٢] الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٨ كتاب النكاح.

٣- (٣) الكافي ٥: ٤٠٩ حديث ١٦، [٣] الفقيه ٣: ٢٧٣ حديث ١٢٩٦، التهذيب ٧: ٤٢٧ حديث ١٧٠٣، الاستبصار ٣: ٢٤٨ حديث ٨٨٨.

و ثالثها: أن يتجدد بعد العقد و قبل الوطاء، و للأصحاب فيه قولان:

أحدهما: الثبوت، ذهب اليه الشيخ فى المبسوط و الخلاف (١)، تمسكا بعموم الأخبار الداله على الرد بهذا العيب، فإنها شامله للموجود قبل العقد و المتجدد بعده، لروايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله السالفه و غيرها (٢).

و الثانى: العدم، اختاره ابن إدريس (٣)، و كلام ابن حمزه يشعر به (٤)، و إليه ذهب المصنف فى المختلف (٥)، و قواه هنا و فى التحرير (٦)، و اختاره جماعه من المتأخرين (٧)، و هو الأصح.

لنا إن العقد قد وقع لازما فيجب التمسك بمقتضاه عملا بالاستصحاب، و أمر النكاح مبنى على كمال الاحتياط فلا تسلط على فسخه بكل سبب، مع أن أكثر الأصحاب مطبقون على انتفاء الخيار.

و أما الأخبار فإن ظاهرها و إن اقتضى ثبوت الخيار إلا أنها غير صريحه فى ذلك، مع أن صحيحه أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام قد تضمنت الحكم برد العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفصاه و التى بها زمانه إذا دلست نفسها (٨)، و إنما يكون التدليس مع وجود العيب قبل العقد.

و مفهوم ذلك يقتضى عدم الرد مع انتفاء التقدم، و مفهوم الشرط حجه عند

ص: ٢٥٢

١- (١) المبسوط ٢: ٢٥٢، الخلاف ٢: ٢٢٧ مسألة ١٢٨ كتاب النكاح.

٢- (٢) الكافى ٥: ٤٠٩ حديث ١٨، [١] التهذيب ٧: ٤٢٧ حديث ١٧٠٤، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٠.

٣- (٣) السرائر: ٣٠٩.

٤- (٤) الوسيله: ٣٦٧.

٥- (٥) المختلف: ٥٥٤.

٦- (٦) التحرير ٢: ٢٩.

٧- (٧) منهم فخر المحققين فى الإيضاح ٣: ١٧٩، و الفاضل المقداد فى التنقيح ٣: ١٨٥ [٢].

٨- (٨) الكافى ٥: ٤٠٨ حديث ١٤، [٣] التهذيب ٧: ٤٢٥ حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٣: ٢٤٧ حديث ٨٨٥.

و لا يمنع الوطاء من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل، فيجب المهر و يرجع به على المدلس إن كان، وإلا فلا رجوع.

و لو كانت هي المدلسه رجع عليها، إلا بما يمكن أن يكون مهرا. المحققين.

إذا عرفت ذلك فارجع الى عبارته الكتاب و اعلم أن منشأ الاشكال ما ذكرناه من دليلي القولين، و وجه القرب ما ذكرناه في ترجيح الثاني.

قوله: (و لا يمنع الوطاء من الفسخ بالسابق على العقد مع الجهل، فيجب المهر، و يرجع به على المدلس إن كان، وإلا فلا رجوع، و لو كانت هي المدلسه رجع عليها إلا بما يمكن أن يكون مهرا).

قد علم مما سبق أن العيب في النكاح قد يكون في الرجل و قد يكون في المرأة، فإن كان في المرأة فقد تقرر أنها إنما ترد إذا كان العيب سابقا على العقد، و حينئذ فيما أن يعلم به الزوج قبل العقد أو بعده قبل الوطاء، أو بعده.

و إذا تجدد علمه به فيما أن يظأ في هذه الحالة أو لا، فإن علم قبل العقد فلا خيار له على ما سيأتى إن شاء الله تعالى، و إن تجدد علمه بعده ثبت له الخيار بشرط أن لا يقدم على الوطاء بعد العلم، فإن فعل فلا خيار له، لدلالته على الرضى، و لروايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله السابقه، و لأن ذلك ربما أفضى إلى التراخي في الاختيار و الخيار فوري.

أما إذا كان جاهلا بالحال، إما من حيث جهله بالعيب أو جهله بثبوت الخيار، فإنه لا يسقط بالوطاء على تردد في الثاني.

و قد وردت الأخبار بأن لها المهر إذا فسخ و يرجع به على المدلس (1)، و إنما يكون ذلك بعد الوطاء كما لا يخفى.

ص: ٢٥٣

و هل يجرى التقييل و غيره من الاستمتاعات مجرى الوطء؟ فيه إشكال ينشأ:

من دلالة على الميل الدال على الرضى، و من أصله البقاء و التوقف فى هذه الدلالة، و لا ريب أن هذا إنما يكون مع عدم منافاه التراخى، كما لو أكرهه مكره على عدم الاختيار، ثم فى هذا البحث أمور:

الأول: المهر الواجب هنا هو المسمى لا محاله، لأن النكاح صحيح، فإن ثبوت الخيار فرع صحه العقد فى نفسه، و قال الشيخ فى المبسوط: إن كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى، لأن الفسخ إنما يستند الى العيب الطارئ بعد استقراره.

و إن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول و جب مهر المثل، لما قلناه من أن الفسخ يستند الى زمان العيب، و يصير النكاح كأنه وقع فاسدا فتعلق به أحكام الفاسد، و إن كان قبل الدخول فلا مهر و لا متعه (١).

و إن كان بعده فلا نفقه فى العده و يجب مهر المثل، و قد يعلل بأن قضيه الفسخ أن يرجع كل واحد من المتعاقدين الى عين حقه إن بقى و الى بدله إن تلف، و قد جرى العقد على البضع و المسمى، و عوض البضع هو مهر المثل.

و ما ذكره الشيخ ضعيف، لأن النكاح وقع صحيحا، و الفسخ و إن كان بسبب العيب إلا أنه إنما يبطل النكاح من حينه، و لا يزيل الأحكام التى سبقت عليه، و لهذا لا يرجع عليها بالنفقة الماضيه و إن بقيت عينها.

و أما التعليل الثانى فجوابه: إن ذلك فى المعاوضات الحقيقيه و النكاح ليس منها، و لأن المسمى يستقر وجوبه بالوطء مره واحده فلا يسقط بالفسخ الطارئ.

الثانى: قال المصنف فى المختلف: إذا كانت هى المدلسه بعد الدخول و تسليم

ص: ٢٥٤



المهر فالمشهور أنه يرجع الزوج عليها بما دفعه، وإن كان الولي هو المدلس رجع الزوج عليه و كان لها المهر كاملاً.

ثم حكى عن ابن الجنييد الرجوع على الولي به إلا قدر أقل مهر مثلها، إلا أن يكون مما لا يظهر و قد خفى على الولي، فيكون لها أقل صداق مثلها، و الباقي مردود من مالها على زوجها، و حكمها حكم وليها إن كانت هي العاقده على نفسها (١).

و محضيل ما ذكره الشيخ في المبسوط أن الولي إذا زوجها فلا يخلو: إما أن يكون ممن لا يخفى عليه عيبها كالأب و الجد و نحوهما ممن يخالطها و يعرفها فالرجوع عليه، أو يكون ممن يخفى عليه ذلك، فإن صدقته المرأه أنه لا يعلم فالرجوع عليها، لأنها هي الغاره، و إن كذبتة فالقول قوله مع يمينه و الرجوع عليها دونه (٢).

و ذهب أبو الصلاح إلى أنها إذا كانت هي المدلسه لا يرجع عليها بشيء مما أخذته من المهر بعد الوطاء، محتجا بأن الصداق عوض البضع (٣)، و هو ضعيف.

و لا شك أن تنقيح هذا الموضوع مما لا بد منه، فلا بد من بيان معنى التدليس، و تحقيق المعنى المراد بالولي هنا، و بيان أن الواقع يمكن أن يخلو عن التدليس و استحقاق الرجوع بالمهر أولاً.

فنقول: التدليس تفعيل من المدالسه و هي المخادعه، و المراد هنا كتمان العيب، و الدلس محرکه الظلمه، كأن المدلس لما أتى بالمعيب الى المخدوع و قد كتم عليه عيبه أتاه به في الظلمه، هذا هو أصل المعنى. لكن صدق التدليس في الأبواب يتفاوت، ففي بعض الأحوال لا يعد مدلساً إلا إذا ظهر الضد كالرقية.

ص: ٢٥٥

١- (١) المختلف: ٥٥٧.

٢- (٢) المبسوط ٢٥٢: ٤. [١]

٣- (٣) الكافي في الفقه: ٢٩٥. [٢]

فإن من زوج امرأه فظهر كونها رقيقه لا يعد مدلساً إلا إذا وصفها بكونها حرة، و في بعضها يعد مدلساً بمجرد السكوت عن بيان الحال.

كما إذا زوج ذات العيب و لم يبين عيبها، و كان المدار في ذلك كون الشيء خللاً في الخلقه و عدمه.

و كل موضع تحقق فيه خلل الخلقه فالسكوت عنه مع العلم به تدليس، و كل موضع لا يكون كذلك لا يتحقق التدليس، إلا إذا وصف بصفه كمال فيظهر عدمها كالحريه و البكاره، و الأصل فيه أن الإطلاق محمول على كماله الخلقه، و لا يقتضى استجماع صفات الكمال، هذا معنى التدليس.

و أما بيان ما به يصير الشخص مدلساً فينبغى أن يقال فيه: أنه متى تحقق كونه باعثاً على التزويج عد مدلساً، سواء كان متولى العقد هو أو غيره، و هكذا يفهم من كلام بعض المحققين (١).

لكن عبارته المصنف و الشيخ (٢) و ابن الجنيد (٣) غير وافيه بذلك، و الذى تشعر به عبارته المبسوط أن المدار في التدليس على التزويج، و فى عبارته بعض الأخبار اختلاف، ففى بعضها الرجوع على الولى الذى دلسها (٤)، و فى بعضها يغرم وليها الذى أنكحها (٥)، و فى بعضها أن المهر على الذى زوجها، لأنه الذى دلسها (٦).

ص: ٢٥٦

١- ١) منهم ابن إدريس فى السرائر: ٣٠٩.

٢- ٢) المبسوط ٤: ٢٥٤.

٣- ٣) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٨.

٤- ٤) الكافى ٥: ٤٠٨، حديث ١٤، [١] التهذيب ٧: ٤٢٥، حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٣: ٢٤٧، حديث ٨٨٥.

٥- ٥) الكافى ٥: ٤٠٦، حديث ٦، [٢] التهذيب ٧: ٤٢٦، حديث ١٧٠١، الاستبصار ٣: ٢٤٧، حديث ٨٨٦.

٦- ٦) الكافى ٥: ٤٠٧، حديث ٩، [٣] التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥، حديث ٨٧٨.

و أما الولي فالمعروف بينهم أنه الذي أمر المرأة إليه، كالأب و الجد و الوصي و الحاكم، و مقتضى ذلك أن الرجوع عليه إن كان و إلا فعليها. و يناسب الحال أن يراد بالولي هنا المتولى لأمرها و إن كان و كيلا بحيث يكون تزويجها مستندا إليه، سواء باشر العقد أم لا.

و الأخبار لا تدل على أمر غير ذلك، و الدليل لا ينهض إلا عليه، لأن التدليس منوط بالباعثيه، لكن الولي إنما يرجع عليه إذا كان عارفا بحالها، فإن علم ذلك فلا بحث، و إن لم يعلم: فإن كان ممن شأنه أن لا يخفى عليه حالها كالمحرم حيث لا يكون العيب خفيا جدا عمل بظاهر الحال و اغرم المهر، إلا أن تصدقه المرأة فالرجوع عليها.

و لو كذبت فالذي يناسب المقام أن يقدم قولها باليمين، لأن الظاهر الذي مدار الأمر عليه معها، و لو ادعى عليها الولي في هذه الحالة اختصاصها بالتدليس بأنها حملته على تزويجها و افهمته أن الزوج علم حالها فكذلك.

و إن كان ممن يخفى عليه أمرها: فإن صدقته المرأة فالرجوع عليها، و إن كذبت فالقول قوله بيمينه.

فيلخص من هذا أن الواقع لا يخلو عن التدليس إما منها أو من المزوج لها، و منه يتبين أن الرجوع بالمهر ثابت للزوج في كل صورته، و قد يتوقف في صورته واحده، و هي إذا كان العيب خفيا جدا و ادعت المرأة الجهل به و أمكن ذلك فإن في تصديقها باليمين و سقوط الرجوع هنا إشكالا ينشأ: من إطلاق النصوص و كلام الفقهاء بالرجوع عليها و على متولى انكاحها، و من انتفاء معنى التدليس حينئذ الذي هو مناط الرجوع و كون الجاهل معذورا. و عبارته الكتاب تدل على أن الحال قد يخلو عن التدليس و هي قوله: (كان و إلا فلا رجوع). و قريب منه عبارته ابن إدريس (1).

ص: ٢٥٧

فرع: لو كان المتولى لتزويجها جماعه فالرجوع عليهم بأن يوزع على جميعهم بالسويه، سواء كانوا ذكورا أم لا.

الثالث: أطلق الأصحاب الرجوع بالمهر عليها إذا كانت هي المدلسه، و هو واضح إذا كان قد دفع إليها، أما مع عدمه فلا محصل له، و يبعد أن يراد به دفعه إليها ثم استعادته منها إذ لا فائده في ذلك.

و قد يتخيل أن فائده الدفع إليها المحافظه على عدم خلو الوطاء المحترم عن مهر، فيكون دفعه من حيث كونه مهرا يقتضيه الوطاء و استعادته من جهه التدليس.

و يندفع هذا بأنه لا بد لها مما يكون مهرا على ما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

الرابع: إذا كان الرجوع بالمهر على غيرها فلا بحث في أنه يرجع بجميع ما غرم، و إن كان الرجوع عليها ففي الرجوع بجميع المهر وجهان:

أحدهما: يرجع بالجميع، لظاهر النصوص (١)، و لأن غرم المهر ينشأ من تغيرها.

و الثانى: إنه يجب أن يستثنى مما يكون مهرا، لأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر قطعاً، و هذا أصح و به صرح كبراء الأصحاب، و فى تقديره قولان:

أحدهما: ما ذهب اليه ابن الجنيده و هو أقل مهر مثلها (٢)، و وجهه انه قد استوفى منفعه البضع فوجب عوض مثلها و هو مهر المثل.

و الثانى: - و اليه ذهب الأ-كثر-أقل ما يمكن أن يكون مهرا، و هو أقل ما يتمول فى العاده، و وجهه ورود النص (٣) بالرجوع بالجميع، فيجب الاقتصار فى المخالفه على موضع اليقين، و هذا هو المقطوع به دون ما زاد و هو الأصح.

ص: ٢٥٨

١- ١) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

٢- ٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٧.

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ٩، التهذيب ٧: ٤٢٤ حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥ حديث ٨٧٨.

و لو كان العيب فيه لزمه المهر فى خاصه إذا فسخت بعد الوطاء. و لو فسخ الزوج قبل الدخول سقط المهر، و كذا المرأة، إلا فى العنه فيثبت لها النصف.

و لو وطأ الخصى فلها المهر كمالا و الفسخ، و لقائل أن يقول: إن هذا الاستثناء إن كان حقا ثابتا للزوجه فى مقابل الوطاء المحترم فلا- معنى للرجوع به على الولى كما لا- يجوز به عليها، و إن لم يكن حقا لها ثابتا استحق الرجوع به على المدلس و إن كان هو الزوجه.

قوله: (و لو كان العيب فيه لزمه المهر فى خاصه إذا فسخت بعد الوطاء).

أى: إذا كان العيب الموجب للفسخ فى الزوج لزم الزوج المهر فى خاصه، أى فى خاص الزوج، أى فى ماله الخاص به دون من دلسه، و هذا إذا كان الفسخ بعد الوطاء الموجب لاستقرار المسمى.

و إنما وجب المهر هنا فى خاصه دون من دلسه، لأن النكاح وقع صحيحا فأوجب المهر و استقر بالدخول، و رجوع الزوج فى المسأله السابقه لكونه مغرورا، و هو هنا غير مغرور بل المغرور الزوجه و قد استوفت حقها فلا رجوع له على أحد.

و قال ابن حمزه: إن فسخ المرأة موجب لسقوط المهر، سواء كان قبل الدخول أو بعده (1). و هو ضعيف، لاستقرار المسمى بالدخول فلا يسقط فسخها.

قوله: (و لو فسخ الرجل قبل الدخول سقط المهر، و كذا المرأة إلا فى العنه فيثبت لها النصف، و لو وطأ الخصى فلها المهر كمالا و الفسخ).

قد تبين أن العيب إما فى الرجل أو المرأة، و على التقديرين إما أن يحصل

ص: ٢٥٩

[١- ١] الوسيله: ٣٦٧. [١]

الفسخ قبل الدخول أو بعده، فأما حكم الفسخ بعد الدخول من الزوج أو الزوجه فقد سبق حكمه.

و المقصود هنا بيان حكم الفسخ قبل الدخول، و حكمه سقوط المهر، سواء كان الفسخ من الزوج بعيبها أو من الزوجيه بعيبه.

أما إذا كان الفسخ من الزوجه فظاهر، لأن الفسخ متى وقع من جانبها قبل الدخول اقتضى سقوط المهر كما قدمناه غير مره. و أما إذا كان الفسخ من الزوج فلأنه مستند إليها، لأنه إنما فسخ بعيبها، و لا يستثنى من ذلك شيء إلا فسخها بعيبه قبل الدخول، فإنه يوجب نصف المهر باتفاق أكثر الأصحاب.

و هذا الحكم جار على خلاف الأصل، و مستنده روايه أبي حمزه عن أبي جعفر:

«إن زوجه العين تعطى نصف الصداق و لا عده عليها» (١)، و يؤيده من حيث المعنى أن الزوج أشرف على محارمها و خلا بها سنه فناسب أن لا يخلو من عوض، و لم يجب الجميع لانتفاء الدخول.

و قال ابن الجنييد: إذا اختارت الفرقة بعد تمكينها إياه من نفسها و جب المهر و إن لم يولج (٢)، قال المصنف فى المختلف: و هو بناء على أصله من أن المهر يجب كملا بالخلوه كما يجب بالدخول (٣)، و لو علمت بعيب الخصى بعد الوطء كان لها الفسخ و وجب عليه جميع المهر، لاستقراره بالدخول.

و فى روايه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: إن خصيا دلس نفسه لامرأه قال «يفرق بينهما و تأخذ المرأه منه صداقها و يوجع ظهره كما دلس نفسه» (٤).

ص: ٢٦٠

١- ١) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٧، [١] التهذيب ٧: ٤٢٩ حديث ١٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢٥١ حديث ٨٩٩.

٢- ٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٥.

٣- ٣) المختلف: ٥٥٥.

٤- ٤) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٦، [٢] التهذيب ٧: ٤٣٤ حديث ١٧٣١.

و القول قول منكر العيب مع يمينه و عدم البيئه.

و لا- تثبت العنه إلا- بإقراره، أو البيئه على إقراره، أو نكوله إما مع يمين المرأه أو مطلقا على خلاف، فلو ادعت العنه من دون الثلاثه حلف.

و قيل: إن تقلص في الماء البارد فصحيح، و إن استرخى فعنين. قوله: (و القول قول منكر العيب مع يمينه و عدم البيئه، و لا تثبت العنه إلا- بإقراره أو بالبيئه على إقراره أو نكوله، اما مع يمين المرأه أو مطلقا على خلاف، فلو ادعت العنه من دون البيئه حلف، و قيل: إن تقلص في الماء البارد فصحيح و إن استرخى فعنين).

مقصود هذا البحث بيان طريق ثبوت العيب و إن لم يستوف أحكام ذلك، لكن سيأتى فيما بعد تنقيحها فى كلامه، و لا ريب أن العيب على قسمين خفى و جلى، فالجلى كالجدام و البرص اللذين يعلمهما كل أحد، و كذا الجب و الخصى و يسهل اطلاع الحاكم عليهما، لا حاجه الى ذكر المتنازع فيه، لأن قطع المنازعه فيه سهل.

و أما الخفى فلا شك فى أن مثبتة عليه البيئه، لأنه مدع فإن الأصل الصحه، و على نافية اليمين، لأنه منكر، و لا شك أنه يشترط فى الشاهد مع العدالة العلم بذلك العيب، و علاماته بكونهما طبييين عارفين بحيث يقطعان بوجوده إن كان مما يمكن علم الغير به كالبرص و الجدام الخفيين.

و إن كان لا- يعلمه غالبا إلا- صاحبه و لا- يطلع عليه إلا- من قبله و هو العنه، فإن طريق ثبوته إقرار الزوج أو البيئه على إقراره، أو اليمين المردوده من المنكر، أو الحاكم إذا نكل المنكر عن اليمين، بناء على أن النكول وحده لا- يقضى به بل يرد اليمين على المدعى.

فإذا حلف قضى بثبوت الدعوى، و هذا أصح القولين، و وراءه قول آخر و هو

القضاء بمجرد النكول، ذهب إليه الشيخ رحمه الله (١)، فعلى هذا يكون الثبوت باليمين المردوده من المنكر، لأنها كما قراره أو كالبينه، و موضع القولين كتاب القضاء، و سيأتي تحقيقهما إن شاء الله تعالى.

و إلى هذا أشار المصنف بقوله: (أو نكوله، اما مع يمين المرأه أو مطلقا على خلاف) أى: لا تثبت العنه إلا بكذا أو نكوله اما مقيدا باليمين على قول أو مطلقا، أى: غير مقيد باليمين على قول آخر.

و لا يخفى أن ما ذكره غير حاصر، مع أن مقتضى عبارته الحصر، فإن الاستثناء فى سياق النفى يفيد الحصر، لأن اليمين المردوده طريق الى الثبوت مع انتفاء النكول ثمه، و لعله اكتفى فى الدلاله على هذا بذكر اليمين المردوده مع النكول، و هنا مسامحه أيضا و هى أن قضيه العباره أن الثبوت بالنكول و اليمين معا.

و لا- شك أنه لا- دخل للنكول فى الثبوت أصلا و إنما المثبت هو اليمين خاصه، و النكول هو السبب فى تسلط الحاكم على الرد، و لولاه لكان الرد من المنكر ليس إلا.

و إنما قلنا: إن العنه عيب لا يعلمه غالبا إلا صاحبه، لأن استناد الامتناع من الوطاء الى العجز بحيث يضعف العضو عن الانتشار أمر خفى لا يطلع عليه الغير اطلاعا يقطع به بحيث يصير متحملا للشهاده، و لهذا لو أقيمت الشهاده بنفس العنه لم تسمع، نعم قد تطلع عليه الزوجه بمرور الأيام و تكرار الأحوال و تعاضد القرائن.

فلذلك يثبت بيمينها المردوده، و أنكره بعض الشافعيه محتجا بأن خفاء هذا الأمر مما تشترك فيه الزوجه و الشاهد (٢)، و الفرق ظاهر، لأن الزوجه تطلع من بواطن أحوال الزوج على ما لا يطلع عليه غيرها.

ص: ٢٤٢

١- (١) المبسوط ٢٤٣: ٤.

٢- (٢) انظر المجموع ٢٧٧: ١٦.



و لو ادعى الوطاء قبلا- أو دبرا أو وطأ غيرها بعد ثبوت العنه صدق مع اليمين، و قيل فى دعوى القبل إن كانت بكرا صدق مع شهاده النساء بذهابها و إلا حشى قبلها خلوقا و أمر بوطأها فيصدق مع ظهوره على العضو. إذا تقرر هذا فإن الزوج إذا ادعت العنه و لم يقر و لم يكن بينه على إقراره حلف، فإذا حلف استقر النكاح و انقطعت الدعوى، هذا هو المشهور بين الأصحاب، و قال الصدوق فى المقنع و أبوه فى الرسالة: يقعد الرجل فى ماء بارد فإن استرخى ذكره فهو عنين، و إن تشنج فليس بعنين (١)، و إليه ذهب ابن حمزه (٢)، و أنكره ابن إدريس (٣)، و كافه المتأخرين، و هو الأصح، لأن ذلك لا ينضب و لا يوثق به، و (تقلص) معناه انضم و انزوى، و الشنج تقبض فى الجلد.

قوله: (و لو ادعى الوطاء قبلا أو دبرا، أو وطأ غيرها مع ثبوت العنه صدق مع اليمين، و قيل صدق فى دعوى القبل، و إن كانت بكرا صدق مع شهاده النساء بذهابها، و إلا حشى قبلها خلوقا و أمر بوطئها، فيصدق مع ظهوره على العضو).

لو تنازعا فى العيب فالحكم ما تقدم، و لو تنازعا فى الوطاء فى موضع العنه، فادعاه الزوج قبلا أو دبرا لها أو لغيرها مع ثبوت عننه بواحد من الطرق السابقه، فالقول قول الزوج بيمينه و إن كان بصوره المدعى، لأنه فى الحقيقه منكر، و أن الأصل الصحه، و حصول العيب على خلاف الأصل، و مثل هذا الأمر يتعذر فيه اقامه البينه.

و لقائل أن يقول: إن الفرض مصور بما إذا ثبتت العنه، و كيف يكون منكرا مع

ص: ٢٤٣

١- ١) المقنع: ١٧، و انظر المختلف: ٥٥٦.

٢- ٢) الوسيله: ٣٦٦.

٣- ٣) السرائر: ٣٠٩.

ثبوتها، بل هو المدعى فى الحقيقة، و تعذر إقامه البينه لا يكفى فى الثبوت باليمين كما فى السرقة.

و يمكن الجواب بأن العنه لم تثبت إلى الآن و إلاً لثبت الفسخ، و إنما الثابت العجز الذى يمكن أن يكون عنه و يمكن أن يكون غيرها، و لهذا يؤجل سنه لينظر أ يقدر على الوطء أم لا، فإن قدر على وطء أحد فلا عنه و إلاً ثبت و أما تعذر إقامه البينه لكون الشئ مما لا يطلع عليه فإنه يكفى فيه اليمين لئلا يؤدى الى سقوط اعتباره كما فى الحيض.

فإنها لو ادعت انقضاء العده به و أمكن صدقت بيمينها، أما لو تنازعا فى الوطء قبل ثبوت العنه فإن كونه منكرا لا شبهه فيه.

و بما ذكرناه قال الشيخ فى النهايه (١) و أكثر الأصحاب (٢)، و المصنف، و ذهب فى الخلاف إلى أن دعواه الوطء إن كان فى القبل، فإن كانت بكرا صدق مع شهاده أربع نساء بذهابها، و إن كانت ثيبا حشى قبلها خلوقا ثم يؤمر بالوطء، فإن خرج الخلق على ذكره صدق و إلاً فلا (٣)، و به قال الكيدى (٤).

احتج الأولون بعموم قوله عليه السلام: «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» (٥)، و بما رواه أبو حمزه فى الصحيح قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

«إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التى قد تزوجت زوجها غيره فزعمت أنه لا يقربها منذ دخل بها، فإن القول فى ذلك قول الزوج، و عليه أن يحلف بالله لقد جامعها لأنها

ص: ٢٤٤

١- ١) النهايه: ٤٨٧. [١]

٢- ٢) منهم ابن أبى عقيل كما فى المختلف: ٥٥٦، و ابن البراج فى المهذب ٢: ٢٣٦، و ابن إدريس فى السرائر: ٣١٠.

٣- ٣) الخلاف ٢: ٧٢٨ مسألة ١٤٠ كتاب النكاح.

٤- ٤) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٦.

٥- ٥) الكافى ٧: ٤١٥ حديث ١، [٢] الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣.

المدعيه» (١).

و احتج الآخرون بما رواه عبد الله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشايخه قال:

قالت امرأه لأبي عبد الله عليه السلام، أو سأله رجل عن رجل تدعى عليه امرأته أنه عنين و ينكر الرجل، قال: «تحشوها القابله بالخلق و لا يعلم الرجل و يدخل عليها الرجل، فإن خرج على ذكره الخلق صدق و كذبت و إلا صدقت و كذب» (٢).

و ضعّفها المصنف في المختلف بكونها مرسله، ثم صوب الجمع بينهما و بين روايه أبي حمزه بحمل الاولى على ما إذا ادعى الرجل الإصابه قبل الدعوى فأنكرت، و الثانيه على ادعاء العنه فينكر الرجل (٣).

و في هذا الحمل اعتراف بأن حشو الخلق طريق الى قطع المنازعه، و فيه نظر، لإمكان أن يلطخ ذكره به هو أو غيره، فلا يكون دليلاً على الجماع، اللهم إلاّ إذا قطع بانتفاء ذلك كما إذا أفردا في بيت خال و شدت يدها على وجه أفاد اليقين، فإنه لا يبعد المصير إليه.

لكن على هذا لا يحتاج الى ما قيد به في الروايه من كون الرجل لا يعلم حشو الخلق.

و متى ثبت اعتبار حشو الخلق شرعا كان ذلك طريقا رابعا يستعلم به ثبوت العنه و انتفاؤها.

و الخلق بفتح الخاء المعجمه: أخلاط من الطيب منها الزعفران.

و لو كانت بكرا فادعى الإصابه فشهد أربع نسوه بالبكاره فكذبهن الزوج لم

ص: ٢٤٥

١- ١) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٧، [١] التهذيب ٧: ٤٢٩ حديث ١٧٠٩، الاستبصار ٣: ٢٥١ حديث ٨٩٩.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤١١ حديث ٨، [٢] الفقيه ٣: ٣٥٧ حديث ١٧٠٤، التهذيب ٧: ٤٢٩ حديث ١٧١٠، الاستبصار ٣: ٢٥١ حديث ٩٠٠.

٣- ٣) المختلف: ٥٥٦.

و إذا ثبت العنه و صبرت لزم العقد، و إلا رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنه من حين المرافعه، فإن واقعها أو غيرها فلا فسخ، و إلا فسخت إن شاءت و لها نصف المهر. يسمع منه، و إن ادعى عود البكاره بعد الوطء قدّم قولها مع اليمين، أما بعدم الوطء أو بان هذه بكاره الأصل فإن جانبها معتضد بأصالة بقاء البكاره الخلقية، و أن الظاهر عدم العود بعد الزوال.

و لو نكلت حلف و سقط خيارها، و لو نكل لم يبعد تقديم قولها، لأن الظاهر معها، و قد صرح المصنف بهذه الأحكام في التحرير (١)، و الشيخ في المبسوط (٢).

قوله: (و إذا ثبت العنه و صبرت لزم العقد، و إلا رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنه من حين المرافعه، فإن واقعها أو غيرها فلا فسخ، و إلا فسخت إن شاءت و لها نصف المهر).

إذا ثبت العنه بأحد الطرق السابقه، فإن صبرت لزم العقد و لم يكن لها بعد ذلك مرافعه و لا فسخ، لتضمن ذلك الرضى بالعيب، و هو أمر واحد لا تجدد فيه و لا تعدد، بخلاف المطالبه في الإيلاء فإنها لا تسقط بالإسقاط لتجدد الحق في كل وقت.

و حكى الشيخ في المبسوط خلافا في سقوط الخيار هنا، ثم قوى السقوط محتجا بعموم الاخبار (٣).

و يلزم من هذا أن تكون المرافعه على الفور كالفسخ، و إن لم تصبر فليس لها الفسخ في الحال إجماعا، بل يجب أن ترفع الأمر إلى الحاكم، فإذا رفعته إليه أجله سنه من حين المرافعه إذا طلبت ذلك أو اقتصرت على المطالبه بحقها شرعا، أما مع سكوتها فلا، إلا إذا احتمل أن يكون سكوتها لدهشه أو جهل فلا بأس بتنبهها. و أطبق العلماء

ص: ٢٦٦

١-١) التحرير ٢:٢٩. [١]

٢-٢) المبسوط ٤:٢٦٥. [٢]

٣-٣) المبسوط ٤:٢٦٥.

على كون الأجل سنه، معللين بأن تعذر الجماع قد يكون لعارض حراره فيزول في الشتاء، أو بروده فيزول في الصيف، أو يوسه فيزول في الربيع، أو رطوبه فيزول في الخريف.

و لا شبهه في أنه من حين المرافعه، فإذا مضت السنه مع عدم الإصابه علم انه خلقى.

و روى أبو البختری عن جعفر عن أبيه: «أن عليا عليه السلام كان يقول:

يؤخر العنين سنه من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها و إلا فرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار» (١).

و هذه الروايه و إن دلت على أن المعتبر أصابتها و عدمها، إلا أن روايه غياث الضبي (٢) داله على اعتبار أصابتها، أو اصابه غيرها في عدم الفسخ، و يؤيدها أن العنن إنما يكون مع العجز المحقق لضعف في القوى أو القلب أو الكبد أو تخلل في نفس الآله، و هذا لا يختلف باختلاف النسوه.

و أما العجز عن امرأه دون أخرى فإنه قد يتفق، لاحتباس الشهوه عنها بسبب نفره منها أو حياء أو لاختصاص المقدور عليها بالإنس بها أو وجود الميل إليها أو انتفاؤه عن غيرها. و كذا قد يتفق العجز عن المأتى و القدره على غيره، لاعتقاد خبيث، و في جميع ذلك لا يثبت الخيار عندنا.

و لو كان العجز عن الجماع لمرض لا يرجى زواله فهو في معنى العنه، و مثله من جبّ بعض ذكره فشل الباقي.

و روايه أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه

ص: ٢٦٧

١- (١) التهذيب ٧:٤٣١ حديث ١٧١٩، الاستبصار ٣:٢٤٩ حديث ٨٩٤.

٢- (٢) الكافي ٥:٤١٠ حديث ٤، التهذيب ٧:٤٣٠ حديث ١٧١٤، الاستبصار ٣:٢٥٠ حديث ٨٦٩.

و لو قيل بأن للمرأة الفسخ بالجذام فى الرجل أمكن، لوجب التحرز من الضرر فإنه عليه السلام قال: «فر من المجذوم فرارك من الأسد». ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً تفارقه؟ قال: «نعم إن شاءت» (١) تتناول ذلك كله، و لو كان العذر لمرض مرجو الزوال فلا مرافعه و لا خيار.

تنبيه: لا فرق فى التأجيل سنه بين كون العنه سابقه على العقد أو متجدده بعده، و خص ابن الجنيده التأجيل بالثانى (٢)، و الأصحاب على خلافه (٣)، و النصوص عامه (٤).

قوله: (و لو قيل: بأن للمرأة الفسخ بالجذام فى الرجل أمكن، لوجب التحرز من الضرر، فإنه قال عليه السلام: «فر من المجذوم فرارك من السبع»).

هنا مبحثان: الأول: المشهور بين الأصحاب أن الجذام و البرص من العيوب المختصه بالنساء، فلا تفسخ المرأة بوجودهما أو أحدهما فى الزوج.

و ذهب ابن البراج فى المذهب الى اشتراكهما بين الرجل و المرأة ففى أيهما وجد أحدهما فلآخر الفسخ (٥).

و ظاهر كلام ابن الجنيده يقتضى ذلك (٦)، و هو ظاهر اختيار المصنف فى المختلف، فإنه قال: و كلام ابن البراج حسن لا بأس به (٧).

ص: ٢٤٨

١- (١) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٨، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩٢.

٢- (٢) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٥.

٣- (٣) منهم الصدوق فى المقنع: ١٠٥، و المفيد فى المقنع: ٨٠، و الطوسى فى النهاية: ٤٨٦.

٤- (٤) التهذيب ٧: ٤٣١ حديث ١٧١٦ و ١٧١٨، الاستبصار ٣: ٢٤٩ حديث ٨٩١ و ٨٩٣.

٥- (٥) المذهب ٢: ٢٣١.

٦- (٦) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٣.

٧- (٧) المختلف: ٥٥٣.

احتج الأ-كثرون بأن الأصل فى عقد النكاح اللزوم و ثبوت الخيار مخالف للأصل،فيتوقف على الدليل،و هو منتف فى محل النزاع،و بما سبق فى روايه غياث الضبى من قوله عليه السلام:«و الرجل لا يرد من عيب»،فإنه بعمومه يتناول محل النزاع.

و احتج الآخرون بقوله عليه السلام:«إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (١)،فإنه عام فى الرجل و المرأة إلا ما أخرجه دليل،و بأنه يؤدى الى الضرر،إذ ذلك من الأمراض المعديه باتفاق الأطباء،و قد روى أنه صلّى الله عليه و آله قال:«فر من المجذوم فرارك من الأسد» (٢)،فلا بد من طريق التخلص.

و لا طريق إلا الخيار،و بأنه قد ثبت بالنص (٣)و الإجماع كونهما عيبا فى المرأة ففى الرجل أولى،فإن العله فى ثبوت الفسخ هو لبشاعته و شدة نفره بسببه النافيه لشهوه الجماع،و توقع الضرر العظيم به موجوده،ثم بوجه أقوى فإن الرجل يستطيع التخلص بالطلاق و لا طريق للمرأة إلا الفسخ فتعين القول بثبوته.

و لا- يخفى أن هذه الدلائل أقوى،لأنّ صحيحه الحلبي دليل ناقل عن حكم الأصل،و هى مرجحه على روايه غياث،لصحتها و شهرتها مع ما ضم إليها من المؤيدات،و القول الثانى لا يخلو من قوه.

الثانى:إذا قلنا بثبوت الخيار للمرأة بجذام الزوج و برصه،و كان العيب سابقا على العقد فلا بحث فى الخيار به،و إن تجدد بعد الدخول فقضيته ما سبق فى نظائره عدم الخيار.

و إن تجدد بعد العقد و قبل الدخول ففيه إشكال،ينشأ:من أن ثبوت الخيار هنا

ص:٢٦٩

١- (١) التهذيب ٧:٤٢٤ حديث ١٦٩٣،الاستبصار ٣:٢٤٦ حديث ٨٨٠.

٢- (٢) الفقيه ٣:٣٦٣ حديث ١٧٢٧.

٣- (٣) الكافي ٥:٤٠٩ حديث ١٦،الفقيه ٣:٢٧٣ حديث ١٢٩٦،التهذيب ٧:٤٢٧ حديث ١٧٠٣،الاستبصار ٣:٢٤٧ حديث ٨٨٩.

و يثبت العيب بإقرار صاحبه، أو شهاده عدلين عارفين.

و فى العيوب الباطنه للنساء شهاده أربع منهن مؤمنات. على خلاف الأصل و المشهور، فينبغى أن يقتصر فيه على ما لا تكثر معه المخالفه. و من أن روايه الحلبي تتناول بعمومها هذا الفرد.

و لقائل أن يقول: إن روايه الحلبي داله على حكم هذين العيين بالنسبه الى كل من الرجل و المرأه، فيتعين كون الثبوت فى حقهما على نهج واحد، و قد سبق أنه لا خيار للرجل بتجددهما بعد العقد فتكون المرأه كذلك.

و اعلم أن المصنف لم يتعرض فى هذا الكتاب الى البرص، و إنما اقتصر على ذكر الجذام و لم يرجح فيه شيئاً، و إنما أورد الخيار فيه على طريق الاحتمال.

و فى المختلف رُجِح الثبوت فيهما على ما حكيناه (1)، فإن كان اقتصره على الجذام مصيراً الى أن البرص لا خيار فيه جزماً، و التردد إنما هو فى الجذام، فهو فى قوه القول الثالث للقولين، و كلامه محتمل.

قوله: (و يثبت العيب بإقرار صاحبه، أو شهاده عدلين عارفين، و فى العيوب الباطنه للنساء بشهاده أربع منهن مؤمنات).

قد عرفت فيما مضى أن العيب على قسمين: أحدهما ما يمكن اطلاع الغير عليه، و الآخر ما لا يمكن كالعنه، و كلاهما يشتركان فى الثبوت بإقرار صاحب العيب، و مع إنكاره فإنما يثبت الثانى بشهاده عدلين على إقرار صاحبه، أو اليمين المردوده، أو النكول على القول بالقضاء به.

أما الأول فإنه يثبت بشهاده عدلين طبييين عارفين إن كان مثله يخفى على غير الطبيب، و إلا كفت العداله، و فى جانب المرأه تثبت فى العيوب الباطنه للنساء

ص: ٢٧٠



و لو كان بكل منهما عيب ثبت لكل منهما الخيار، و فى الرق الممتنع و هى التى لا يطلع عليها الرجال، مضافا الى ما ذكر بشهادة الأربيع من النساء موصوفه بالعدالة و المعرفه بالطب، إلا أن يكون العيب جليا لا تتوقف معرفته على الطيب فتكفى العدالة.

فإن قيل: لم اعتبر فى الشاهدين مع العدالة المعرفه و اقتصر فى النساء على الاتصاف بالايمان؟.

قلنا: لعله لحظ فى ذلك أن عيب الرجل إذا كان جليا واضحا يمكن اطلاع الحاكم عليه، فلا حاجه به الى الشاهدين لثبوتيه، و إنما يحتاج إليهما فى موضع الخفاء فيعتبر معرفتهما بالطب لا محاله.

و أما المرأة فلكون الحاكم لا- يطلع على بواطن أحوالها، يحتاج إلى شهاده أربع من النساء، و لا يشترط معرفتهن بالطب إلا فى موضع الخفاء، فلا يكون شرطا فى أصل الشهاده، فلذلك لم يعتد بها فى أصل الشهاده، لانتفائه فى بعض الأقسام، و كأنه أحال فى القسم الآخر على ما ذكره فى الرجال لأنهما بمرتبته واحده.

و أما العدول عن اشتراط العدالة فى النساء الى الاكتفاء بالايمان فلا يظهر وجهه.

فرع: لو خفى العيب على النساء لجهلهن، و توقف الأمر على أشرف عدول الرجال الأطباء على المرأة، ففى وجوب الإلزام و الاكتفاء بيمين المرأة على النفى تردد ينشأ: من توقف حق الرجل عليه، و من أن فيه تعجيل هتكك مع أن الأصل السلامه، و قد قال عليه السلام: «اليمين على من أنكر» (١).

قوله: (و لو كان بكل منهما عيب ثبت لكل منهما الخيار، و فى الرق

ص: ٢٧١

---

١- ١) الكافى ٧: ٤١٥ حديث ١، [١] الفقيه ٣: ٢٠ حديث ١، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣.

الإزالة مع الجب اشكال. الممتنع من الإزالة مع الجب اشكال).

لو وجد كل من الزوجين بالآخر عيباً من العيوب الموجهة للفسخ ثبت لكل منهما الخيار، فإن اختار أحدهما الإمضاء كان للآخر الفسخ، لوجود المقتضى للفسخ بالنسبة إلى كل منهما، واجتماع النقيضين لا يمنع من ترتب الأثر.

ولا فرق بين كون العيبين من جنسين أو من جنس واحد.

وحكى في المبسوط وجهين في الثاني، يوجه أحدهما بكونهما مع الاتحاد متكافئين فلا خيار، والآخر بعموم النص، وأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه وقوى الثاني (1)، وهو الأصح.

وأطلق المصنف ثبوت الخيار إلا في صورته واحدة، وهي الرق الممتنع الإزالة الذي يتعذر معه الوطء.

وفي معناه العفل مع الجب المستوعب وما في حكمه، فذكر فيه إشكالا ينشأ:

من أن كلا منهما سبب للخيار إذا انفرد فعند الاجتماع كذلك، لأصالة عدم كون الاجتماع مانعاً من ترتب الخيار على السبب. ومن أن الفسخ إنما يثبت بكل من العيبين المذكورين، لفوات مقصود النكاح وهو الاستمتاع، فجعل الفسخ وسيله إلى التخلص منه.

وهذا المعنى منتف في المحل المفروض، فإن الفوات المذكور ثابت على كل من تقديري الفسخ و عدمه فيتمسك بأصالة لزوم النكاح، وليس بشيء، لأن المعنى المستنبط لا يخصص عموم النص (2)، فالأصح الثبوت من الجانبين.

ص: ٢٧٢

١- ١) المبسوط ٤: ٢٥١.

٢- ٢) الكافي ٥: ٤٠٦، حديث ٦، التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٦٩٣، الاستبصار ٣: ٢٤٦، حديث ٨٨٠.

و لو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق، وكذا بعده، وليس له الفسخ، ولا بعد الرجعه مع العلم قبلها. قوله: (و لو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق، وكذا بعده، وليس له الفسخ ولا بعد الرجعه مع العلم قبلها).

أى: لو طلق الزوجه ذات العيب قبل الدخول و هو لا- يعلم بالعيب فقد بانت منه، فلو علم بالعيب بعد الطلاق لم يسقط ما وجب بالطلاق و هو نصف المهر، لأنه أوجد الفرقه بالطلاق مستندا فى ذلك الى اختياره، و هو مقتضى لوجوب النصف و المسقط للجميع هو الفسخ قبل الدخول و لم يوجد.

و كذا الحكم لو طلق بعد الدخول، فإن وجوب جميع المهر بحاله إذا ظهر العيب، و ليس له الفسخ فى هذه الحاله، سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا.

أما إذا كان بائنا فظاهر، لانقطاع علاقته النكاح فلا يعقل الفسخ.

و أما إذا كان رجعيا، فلأن الطلاق مزيل لقيد النكاح و قد حصل به مقصود الفسخ، لأنه آتئل إلى بينونه.

و لا وجه لثبوت الفسخ بعده، و لو رجع فى هذه الحاله و قد علم بالعيب قبلها فلا فسخ له، لأن رجوعه مع العلم بالعيب يقتضى الرضى به و ذلك مانع من الفسخ، بخلاف ما لو لم يعلم بالعيب حتى رجع فإن له الفسخ به هنا لا محاله، لانتهاء المانع و إلى ما ذكرناه أشار بقوله: (و ليس له الفسخ و لا بعد الرجعه) أى: ليس له الفسخ قبل الرجعه و لا بعد الرجعه إلى آخره.

و لقائل أن يقول: ينبغى أن يكون له الفسخ فى الطلاق الرجعى إذا لم يعلم بالعيب حتى يطلق مع بقاء العده، لأن المطلقه الرجعية زوجه، فيندرج فى النصوص الداله على الفسخ بعيب الزوجه، و من فوائده تعجيل بينونه، فتحل الخامسة و أختها

و إذا فسخ أحدهما بعد الدخول وجبت العده، و لا نفقه فيها إلا مع الحمل، و على الزوج البينه لو أنكر الولي علمه بالعيب، فإن فقدها فله اليمين.

فإذا حلف رجع الزوج على المرأة، لأنها غرت حيث لم تعلم الولي، فإن ادعت اعلامه حلف. و ينقطع الإرث و تسقط نفقه العده و غير ذلك.

قوله: (و إذا فسخ أحدهما بعد الدخول وجبت العده، و لا نفقه فيها إلا مع الحمل).

لا شك أنه إذا فسخ أحد الزوجين بعيب الآخر بعد الدخول تجب العده للوطء المحترم، و هى عده الطلاق على ما سيأتى بيانه إن شاء تعالى، و لا نفقه فى هذه العده قطعاً، لانتفاء المقتضى، فإنها بائه، فإن الفسخ يزيل أثر النكاح.

هذا إذا كانت حائلاً، و أما إذا كانت حاملاً - بنى على أن نفقه الحامل فى الطلاق البائن للحمل أو للمطلقة، فعلى القول بأنها للمطلقة لا نفقه هنا، لانتفاء المتعلق، و على القول بأنها للحمل يجب بحق القرابه و السكنى كالنفقه فى ذلك.

و به صرح المصنف فى التحرير (1)، و جزم بالوجوب هنا، و هو يقتضى ترجيح وجوب النفقه للحمل، لأنه حق مبنى عليه و لم يرجح فى التحرير شيئاً، و سيأتى تحقيقه إن شاء تعالى.

قوله: (و على الزوج البينه لو أنكر الولي علمه بالعيب، فإن فقدها فله اليمين، فإذا حلف رجع الزوج على المرأة، لأنها غرت حيث لم يعلم الولي، فإن ادعت اعلامه حلف).

قد ثبت أن للزوج

ص: ٢٧٤

الرجوع على الولي بالمهر إذا فسخ بالعيب و كان الولي عالما بالحال، فبناء على هذا إذا ادعى الزوج عليه العلم بالعيب ليرجع عليه، فإن أنكر كان على الزوج البيه لإثبات دعواه، فإنه مدع، لأن الأصل عدم العلم.

و الأصل براءة ذمته، و مع فقدها فللزواج اليمين عليه، فإذا حلف انتفى علمه ظاهرا، و انتفى سبب الرجوع عليه و هو التدليس و الحصر فى جانبها، فتعين الرجوع عليها لتغيرها حيث لم تعلم الولي بحالها.

فإن ادعت اعلامه كان عليها البيه، و مع عدمها فعليه اليمين، و لا يكفى اليمين الأولى، لأن أثر اليمين لا يتعدى المتخاصمين، فلا تسقط بها دعوى اخرى، و ينبغى التنبيه لشيئين:

أحدهما: انا قد أسلفنا أن الولي إن كان ممن شأنه أن لا يخفى عليه حالها لكونه محرما و العيب مما لا يخفى فعليه الغرم، و لا يقبل منه اليمين، فإنه المدعى، لأن دعواه خلاف الظاهر.

و حينئذ فلا يتمسك بأصالة براءة الذمه، لوجود المقتضى لشغلها. و ربما علل بأنه على تقدير عدم علمه مقصر بترك الاستعلام، و إن كان من شأنه أن يخفى عليه الحال، فإن الرجوع عليه إنما يكون مع علمه، فإن أنكره فعليه اليمين مع عدم البيه.

هذا هو المستفاد من كلام المحققين منهم الشيخ فى المبسوط (١)، و المصنف فى التحرير (٢)، و غيرهما (٣) و توجيهه ظاهر فإذا وضح هذا و نظر الى إطلاق كلام المصنف هنا بأن على الولي اليمين إذا أنكر العلم بالعيب تبين كون هذا الإطلاق مستحقا للتقييد.

الثانى: إذا حلف الولي للزوج على عدم العلم بالعيب لم يمتنع توجه دعوى

ص: ٢٧٥

١- ١) المبسوط ٢٥٢: ٤.

٢- ٢) التحرير ٢٩: ٢.

٣- ٣) ابن البراج فى المهدب ٢٣٤: ٢.

و لو سوّغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد و الوطاء فرضى ببرص سابق، ثم اتسع فى ذلك العضو، فالأقرب ثبوت الخيار، و لو حصل فى غيره ثبت الخيار قطعاً، المرأه عليه الاعلام فيتوجه بها اليمين، لأنه ربما أقر بأنها أعلمته فيكون قد أكذب نفسه و يمينه التى حلفها للزوج فيغرم المهر حينئذ.

لكن لو أراد رد اليمين عليها، أو نكل بحيث يردّها الحاكم فهل يستحلف؟ يحتمل العدم لئلا يلزم إبطال الحكم بالحكم، و يحتمل أن يبنى ذلك على أن اليمين المردوده هل هى كاليمينه أو كالأقرار، فإن قلنا كاليمينه لم يستحلف، لأن البينه على الدعوى لا تسمع بعد يمين المنكر. و إن قلنا انها كالأقرار استحلف، لأن المنكر إذا حلف ثم أقر مكذباً نفسه أخذ بإقراره.

قوله: (و لو سوغنا الفسخ بالمتخلل بين العقد و الوطاء فرضى ببرص سابق، ثم اتسع فى ذلك العضو، فالأقرب ثبوت الخيار، و لو حصل فى غيره ثبت الخيار قطعاً).

إنما بنى الفرض على القول بثبوت الفسخ بالعيب الحادث خلال المده التى بين العقد و الوطاء، لامتناع القول بالخيار فى الفرض إلا على ذلك التقدير.

و ربما أوهم كلامه عدم وجود فرض يزداد فيه العيب، و يتصور ثبوت الخيار به من حيث انه احتاج إلى البناء على قول ضعيف، إذ لو وجد ما لا يحتاج الى ذلك لكان أولى بالذكر، و ليس كذلك، لأن من علم ببرص قبل العقد ثم اتسع و لم يعلم بالزائد، ثم عقد من صور الحكم المذكور و لا حاجه فيه الى البناء.

إذا تقرر ذلك ففى ثبوت الخيار بسبب الزيادة و عدمه و جهان، أقربهما عند المصنف الثبوت، لأن الزائد عيب لم يحصل الرضى به فيوجب الخيار، بدليل انه لو انفرد لكان كافياً فى ثبوته و ليس ثم ما يتوهم مانعيته إلا ضميمة الى ما وقع الرضى به.

و يسقط حكم العنه بتغيب الحشفه، و مقطوعها بقدرها، و بالوطء فى الحيض و النفاس و الإحرام. و ذلك غير صالح للمانع، لأن المانع حكم أو لازم الحكم فيتوقف على نص الشارع، و فيه قوه.

و الثانى: العدم و اختاره فى التحرير (١)، لأن رضاه بالسابق رضى بما يحدث منه و يتولد عنه، و لأنه مع الزائد عيب واحد لاتحاد محله، بخلاف الحادث فى محل آخر. و يضعف بمنع الرضى بما يحدث منه و منع تأثير الاتحاد المذكور. و لو حدث ذلك العيب فى محل آخر غير الأول الذى وقع الرضى به فقد قطع المصنف بثبوت الخيار، لانتفاء الرضى به، و عموم النصوص يقتضى الثبوت، و أسنده الشيخ فى المبسوط الى قوم و لم يصرح هو بالفتوى (٢).

و لا ريب أن الثبوت هنا أرجح، و لو اختلف نوع العيب المتجدد و السابق فلا بحث فى الثبوت.

قوله: (و يسقط حكم العنه بتغيب الحشفه و مقطوعها بقدرها، و بالوطء فى الحيض و النفاس و الإحرام).

يتعلق بتغيب الحشفه فى الفرج أحكام كثيره كالتحصين، و التحليل، و وجوب الحد، و الكفاره فى الصوم و الإحرام، و فساد العباده مثل الصلاه و الصوم، و وجوب الغسل، و منه حكم العنه.

و الأصل فى ذلك النص و الإجماع، و المعنى فيه أن الحشفه هى الآله الحساسه لتلك اللذه.

إذا تقرر ذلك فالذى يخرج به من ثبت عنته عن حكم العنه بحيث يسقط

ص: ٢٧٧

١- (١) التحرير ٢: ٢٩.

٢- (٢) المبسوط ٢٥٣: ٤.

و لا فرق فى لزوم العقد باختيار المقام معه فى أثناء السنه أو بعدها، و إذا علمت بعنته قبل العقد فلا خيار. الخيار هنا هو تغييب الحشفه فى الفرج بحيث يشمل الشفران و ملتقاهما عليها، اما إذا انقلبت الشفران الى الباطن و كانت الحشفه تلاقى ما انعكس من البشرة الباطنه ففى اعتباره فى ذلك و نظائره توقف، هذا حكم سليم الحشفه، أما مقطوعها ففى حكمه وجهان:

أحدهما: الاكتفاء بتغييب قدرها، لأنها المرجع عند وجودها، فيصار الى قدرها عند فقدها.

و الثانى: اعتبار تغييب الكل، فإنه ليس بعد الحشفه حد يرجع اليه، و اختار الشيخ فى المبسوط الأول (١)، و تردد المصنف فى التحرير (٢).

و لو وطأها فى الحيض أو النفاس أو الإحرام خرج عن حكم العنه، لحصول الوطء الحقيقى، و لا يقدر كونه محرماً، و كذا لو وطأ فى الدبر عندنا.

قوله: (و لا فرق فى لزوم العقد باختيار المقام معه فى أثناء السنه و بعدها).

أما بعد السنه فلائنه محل الخيار، فإذا اختارت المقام سقط. و أما اختيارها ذلك فى الأثناء فقد حكى الشيخ فى المبسوط فيه خلافاً، ثم قوى السقوط (٣)، و هو المختار، و يدل عليه روايه أبى البختري التى ذكرناها فيما تقدم.

قوله: (و إذا علمت بعينه قبل العقد فلا خيار).

لأن إقدامها على النكاح فى هذه الحالة يتضمن الرضى بالعيب، سواء العنه

ص: ٢٧٨

١- (١) المبسوط ٢٦٤: ٤.

٢- (٢) التحرير ٣٠: ٢.

٣- (٣) المبسوط ٢٦٤: ٤.



و لو وطأها و سقط عنه دعوى العنه، ثم بانث، ثم تزوجها فادعتها سمعت. و لو تزوج بأربع و طلقهن فشهدن عليه بالعنه لم تسمع. و هل يثبت للأولياء الخيار؟ الوجه ذلك مع مصلحه المولى عليه، زوجها و غيرها عندنا، خلافا للشافعى فى أحد القولين (١)، و مثله ما لو علم بعييها قبل العقد.

قوله: (و لو وطأها و سقط عنه دعوى العنه ثم بانث ثم تزوجها فادعتها سمعت).

أى: لو وطأها بعد دعوى العنه و ثبوتها، سواء كان قبل السنه أو فيها، سقط عنه دعوى العنه و انتفى الخيار كما سبق غير مره.

و كذا بعد السنه، صرح به فى التحرير (٢)، فإذا بانث منه بفسخ منها أو منه، أو طلاق بائن، أو انتهى الى البينونه، ثم تزوجها بعقد جديد فادعت العنه، سمعت دعواها قطعا، لأنه نكاح جديد و دعوى مستأنفه.

و من الممكن أن تحدث له العنه، و الوطاء فى نكاح سابق على النكاح الجديد لا يسقط حكم العنه فيه، فتجرى عليها الأحكام المتقدمه.

قوله: (و لو تزوج بأربع و طلقهن فشهدن عليه بالعنه لم تسمع).

إنما لم تسمع شهادتهن و إن كن بصفات الشاهد، لأننا قد بينا أن المرأه قد تقطع بعنه الزوج، لأن شهاده النساء لا تسمع فى عيوب الرجال.

قوله: (و هل للأولياء الخيار؟ الوجه ذلك مع مصلحه المولى عليه زوجها

ص: ٢٧٩

١- (١) المغنى لابن قدامه ٣: ٢٠٣.

٢- (٢) التحرير ٢: ٢٩. [١]

كان أو زوجه.

و لو اختار الإمضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله فى الفسخ. كان أو زوجه، و لو اختار الإمضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله فى الفسخ).

هنا مسألتان:

الأولى: إذا كان بزوجه المولى عليه عيب من العيوب المجوزة لفسخ النكاح، أو بزوج المولى عليها كذلك، فهل للأولياء الخيار عنهما بالولاية؟ فيه وجهان، الوجه منهما عند المصنف نعم، لأن الولي منصوب لاعتماد المصلحة فى كل ما يتعلق بالمولى عليه، فإن الغرض من نصبه ذلك، حيث ان المولى عليه قاصر عن القيام بمصالح نفسه، فأقيم مقامه فى ذلك حذرا من الإخلال.

و استثنى من ذلك الطلاق بالنص، فيكون محل النزاع داخلا، حيث انه لا دليل على استثنائه.

و الثانى: العدم، لأن مدار بقاء النكاح و فسخه على الشهوه، و الولي لا- يطلع على ما يشتهيه المولى عليه، لأن ذلك من الأمور النفسانية، فالحاصل أن مناط المصلحة هنا أمر خفى على الولي، فلذلك لا يثبت له الخيار كما سبق فى عتق الأمه.

و لا فرق فى ذلك بين كون العيب موجودا حين العقد، و بين تجدده بعده حيث يوجب الخيار.

و يمكن الفرق بين الحادث و غيره، فيحكم بأن الحادث لا خيار للمولى بسببه، لتجدده بعد انعقاد العقد، و لزومه فلا يتسلط على الفسخ، لأن مناطه شهوه المولى عليه، بخلاف السابق على العقد، فإن إنشاء العقد فى هذه الحالة مشروط بالمصلحة، و الفرض أنه لم يكن عالما بالعيب، و كما أن إنشاء العقد من الولي منوط بالمصلحة فكذا بقاؤه منه منوط بها.

ص: ٢٨٠

الفصل الثالث: في التدليس: و يتحقق بإخبار الزوجه، أو وليها أو و هذا هو المراد من ثبوت الخيار، و ليس هذا الوجه بعيدا من الصواب.

و هذا على القول الأصح لأصحابنا من أن الولايه في النكاح إنما تثبت على طريق الإيجاب، أما على القول بثبوتها على طريق التشريك بين المرأه و الولي إذا كانت بكرا بالغه رشيده فقد فرق بوجه آخر، و هو أن الولي إنما يكون له اعتراض في مثل ذلك في ابتداء العقد دون الدوام، نظرا إلى أنها لو رغبت في نكاح عبد كان لوليها المنع و لو عتقت أمه تحت عبد و رضيت بالمقام معه لم يكن لوليها الاعتراض.

و على هذا فيكون نظر الولي في العقد مع أحد العيوب بعد وقوعه إذا تجدد علمه به كمنظره في حال إيقاعه فيعتمد المصلحه، و الحجه على ذلك ثبوت هذا النظر قبل العقد فيستصحب، و على هذا فكل من اختار الفسخ منه و منها قدّم اختياره.

و اعلم أن في كلام الشارح الفاضل هنا مناقشه يجب التنبه لها، فإنه في الفرق أطلق أن المرأه البكر لو رغبت في نكاح عبد كان للأولياء المنع على القول بأن عليها ولايه، و قيد الحكم بنفي تسلط وليها على الفسخ إذا أعتقت تحت عبد و رضيت بالمقام. معه بما إذا تجدد جنونها بعد الرضى.

و هذا القيد غير محتاج إليه و إنما ارتكبه ظنا منه الاحتياج إليه، و إنما قلنا انه غير محتاج إليه، لأنها إذا تجدد عتقها بعد العقد و قبل زوال البكاره فالولايه باقيه، و إن لم يعرض جنون الثاني على القول بثبوت الخيار إذا اختار الولي الفسخ نفذ، و إن اختار الإمضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله، كما لو زوج أحد الصغيرين بمن به عيب مع المصلحه فإن له الخيار بعد البلوغ، و قد حققناه في أول كتاب النكاح.

قوله: (الفصل الثالث: في التدليس، و يتحقق بإخبار الزوجه أو وليها،

ولى الزوج، أو السفير بينهما على اشكال بالصحة، أو الكماله عقيب الاستعلام، أو بدونه. و هل يتحقق لو زوجت نفسها، أو زوجها الولى مطلقا؟ اشكال. و لا- يتحقق بالاخبار لا للتزويج، أو له لغير الزوج، أو ولى الزوج أو السفير بينهما، على اشكال بالصحة أو الكماله عقيب الاستعلام أو بدونه، و هل يتحقق لو زوجت نفسها أو زوجها الولى مطلقا؟ اشكال، و لا- يتحقق بالاخبار لا للتزويج، و لا لغيره).

قد عنون الفصل الجامع لهذه المسائل فى كلام المصنف و كلام غيره بالتدليس و ما قبله بالعيوب، مع أن أحكام التدليس غير مقصوره على مسائل هذا الفصل، بل هى ثابتة مع العيوب.

و كان المناسبه لذلك هى أن الرد فى هذه المسائل لا يثبت إلا بسبب اشتراط صفه كمال هى غير موجوده، فلم يكن للخيار منشأ إلا التدليس، بخلاف الخيار فى العيب فإن منشأ وجود العيب فقط.

و قد ضبط المصنف التدليس بضابط هو أعم من تدليس هذا الفصل، فكأنه حاول بذلك شموله للتدليس هنا و فى العيوب، و فيه إشكالات سنذكرها فيما بعد إن شاء الله تعالى، فهنا مباحث:

الأول: يتحقق التدليس على ما ذكره رحمه الله فى طرف الزوجه بأخبارها بصحتها فيظهر الخلاف، أو بكماليتها بصفه من صفات الكمال كالحريه و البكاره فيظهر العدم، سواء كان هذا الاخبار عقيب الاستعلام أو بدونه.

و كذا يتحقق ياخبار ولى الزوجه بذلك، و فى طرف الزوج باخباره كذلك و باخبار وليه، و أشار بقوله: (بالصحة) إلى التدليس فى العيوب، و بقوله: (أو الكماله) الى التدليس هنا.

و هل يتحقق التدليس بالاخبار من السفير- و هو الواسطه بين الزوج

و الزوجه، و هو فعيل من السفاره و هى الرساله-؟فيه اشكال عند المصنف ينشأ: من أن الأجنبى لا تعلق له بالنكاح فإنه ليس أحد الزوجين و لا- قائما مقامه، و إنما هو أجنبى كذب فى اخباره، و التفريط ممن قبل قوله، و من حصول التغيرير بقوله، و هو المراد من التدليس.

الثانى: هل يتحقق التدليس لو زوجت نفسها مطلقا، يعنى من غير أخبار بالصحة فى ذات العيب و بالكماليه فى ذات النقص، أو زوجها وليها مطلقا؟ فيه إشكال ينشأ: من أنه لما لم يحصل الاخبار من أحد الزوجين و لا من وليه، و لا من السفير بالصحة و لا الكماليه لم يحصل التغيرير فانتفى التدليس، لأنه بمعناه. و من أن تركه للاخبار بالعيب أو بالنقص مع بناء الزوج، على أن الأصل السلامة و عدم النقص، يجرى مجرى الأخبار بالصحة و الكماليه فى التغيرير، و هذا هو المراد من التدليس.

الثالث: لا يتحقق التدليس بالاخبار بالصحة أو الكماليه إلا للزوج حيث لم يكن مطابقا، لأن العاده جاريه بالتسامح فى ذلك، و لأن الأغراض متعلقه بستر العيب تعلقا قويا فلا يتحقق التغيرير بذلك، و إنما التقصير من الزوج بتعويله على ذلك.

و مثله، لو كان الاخبار للتزويج لكن لغير الزوج، إذ لا يتحقق التدليس على الزوج بالاخبار لغيره.

هذا حاصل ما ذكره المصنف فى الضابط، و الكلام عليه من وجوه:

أحدها: أن هذا الضابط غير صحيح، لأن مجرد الاخبار لا يعد تدليسا، لا فى العيب و لا فى نقص صفه من صفات الكمال.

أما العيب، فلأن المفهوم من كلام الفقهاء و النصوص عن أئمة الهدى عليهم السلام أن التدليس فيه يتحقق بالعقد على ذات العيب مع العلم به و عدم الاعلام، مثل قول الشيخ فى المبسوط: إن الولى إذا زوجها فلا يخلو من أن يكون ممن لا يخفى عليه حالها فالرجوع عليه، أو يكون ممن يخفى عليه ذلك، فإن صدقته المرأه إنه لا يعلم

فالرجوع عليها، وإن كذبتة فالقول قوله بيمينه و الرجوع عليها دونه (١). فإن مقتضاه كون الرجوع و عدمه دائرا مع علمه و عدمه و كلام ابن الجنيدي نحو هذا (٢).

و محصل كلام المصنف في التحرير أن الغار إن كان ممن يجوز له النظر إلى وليته كالأب رجع عليه مع علمه بالعيب لتغيره، و مع عدمه لتفريطه بترك الاستعلام. و إن لم يجوز له النظر كابن العم و الأجنبي، فإن علم بالعيب رجع عليه، و إن لم يعلم كان الرجوع على المرأة (٣).

و النصوص مثل قوله عليه السلام في روايه أبي عبيده: «و يأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فإن لم يكن له علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه و ترد إلى أهلها» (٤) فإن مقتضاه كون مناط التدليس عدم علمه.

و كذا قوله عليه السلام في روايه رفاعه بن موسى: «و ان المهر على الذي زوجها، و إنما صار المهر عليه، لأنه دلسها. و لو أن رجلا تزوج امرأة أو زوجها رجلا لا يعرف دخيله أمرها لم يكن عليه شيء و كان المهر يأخذه منها» (٥) فإن ظاهرها أن التدليس يتنفى بانتفاء العلم، و يثبت بثبوته للذي زوجها، فاعتبار أمر زائد و هو وصفه إياها بالصحة خلاف ما دل عليه النص.

و هذه الأخيرة شامله للأجنبي إذا كان له وصف التزويج و العلم بالعيب و الأولى و إن تضمنت ذكر الولي إلا أنه لا يراد به من له الولايه، لأن فيها: «إذا دلست العفلاء إلى آخره» و المدلسه شرعا لا تكون إلا بالغه رشيده، لأن فعل غير البالغ لا

ص: ٢٨٤

١-١) المبسوط ٢: ٤٠٢. [١]

٢-٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٥٧.

٣-٣) التحرير ٢: ٢٩. [٢]

٤-٤) الكافي ٥: ٤٠٨، حديث ١٤، [٣] التهذيب ٧: ٤٢٥، حديث ١٦٩٩، الاستبصار ٣: ٢٤٧، حديث ٨٨٥.

٥-٥) الكافي ٥: ٤٠٧، حديث ٩، [٤] التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥، حديث ٨٧٨.

يعتد به، فينبغي أن يراد به من يلي أمرها فيعم الأجنبي.

و أما نقص الصفه فلا يكفى فى التدليس الموجب للفسخ و الرجوع بالمهر الوصف بالكماليه، بل لا بد من اشتراطه فى العقد على ما سيأتى من كلام المصنف فى كونها بنت مهيره فتظهر بنت أمه، و كونها بكرًا فتظهر ثيبًا، و كونها من قبيله فتظهر من غيرها، و لا يستثنى من ذلك إلا وصف الحريره، فإذا زوجها على أنها حره فبانت أمه لم يتوقف استحقاق الرجوع بالمهر على اشتراط الحريره.

بل يكفى الوصف بذلك فيظهر خلافه فيرجع بالمهر على الواصف، سواء كان هو الولي أو الشاهدين لها بالحريره أو هى. و كأن مدار الرجوع مع التدليس على فساد النكاح بالرقيه حيث لم يرض المولى أو فسخ الزوج لأجلها إن رضى، أو لفوات الشرط من بكاره و نحوها.

و لهذا لو حصل الرضى بالنكاح لم يكن له الرجوع قطعاً، لسلامه العوض فى مقابل المهر فلم يكن ثم تخيير يقتضى الرجوع.

و ثانيها: أن السفير فى كلام المصنف إما أن يريد به الأجنبي المتولى للعقد بين الزوجين، أو الأجنبي الذى كان سفيرا بينهما و المتولى للعقد غيره، فإن أراد به الأول لم يكن للإشكال وجه، لأن النص و كلام الأصحاب صريحان فى أن العاقد على ذات العيب يغرم مهرها إلا إذا لم يكن عالماً بحالها فالغرم عليها، و إن أراد به الثانى فالغرم على العاقد لا عليه.

نعم يجيء الإشكال فى مثل ما إذا كان العاقد بعيداً عن العلم بأحوال الزوجه و الواسطه عالماً بأحوالها، فإنه حينئذ غار فيغرم، و ظاهر النص ينفى عنه الغرم، لتعلقه بالمنكح.

و مثله ما لو أخبر السفير الولي بأنه اعلم الزوج بالعيب مثلاً و كان كاذباً، فإن الإشكال فى تغريمه من حيث انه غار، و من حيث ان الولي مفرط فى الركون إلى

خبره، هذا حكم العيب.

و أما حكم النقص فإن الغرم على من وصف المرأة بالحرية فظهرت أمه و على من شرط البكاره فظهر ضدها، و لا تفاوت بين كونه وليا أو أجنبيا.

و ثالثها: الإشكال الذى ذكره فيما لو زوجت نفسها أو زوجها غيرها مطلقا، و ظهرت ذات عيب غير موجه، لأن النص و كلام الأصحاب صريحان فى أن العقد على ذات العيب موجب للغرم، فأى وجه للإشكال حينئذ من كونه تدليسا.

أما إذا ظهرت ناقصه صفه من صفات الكمال غير الحرية فلا- يتحقق عند المصنف (١) و جمع من الأصحاب (٢) بذلك تدليس، فلا وجه للإشكال حينئذ.

و كذا الحرية عنده إذا تزوجها بشرط الحرية فبانت أمه، أو لم يشترطها فى العقد لكنه تزوجها على ذلك فظهر الخلاف، و سيأتى تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى.

فإن قيل: الاشكال المذكور إشاره إلى الخلاف بين الأصحاب.

قلنا: القول الضعيف كيف يستقيم جعله وجها للإشكال.

و اعلم أن قول المصنف: (و لا- يتحقق بالاخبار له لغير الزوج) ينبغى أن يريد بالغير من عدا و كيل الزوج، لأن و كيل الزوج بمنزله الزوج لا سيما إذا عقد النكاح معه.

و ينبغى أن يريد به غير السفير بينهما أيضا، لأن الغرور ينشأ عن اخبار السفير، لأن إخباره يستند إليه فى العادات المستمره.

و قد سبق فى أول الضابط فيه إشكال، إلا أن يقال: المراد بالسفير العاقد الذى ليس بولى، و كيف قدرنا فكلامه فى هذا الضابط غير مستقيم.

ص: ٢٨٦

(١- ١) المختلف: ٥٥٣.

(٢- ٢) منهم الشيخ الطوسى فى النهايه: ٤٨٦، و ابن إدريس فى السرائر: ٣٠٩، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٥٨.



فلو شرط الحرية فظهرت أمه فله الفسخ و إن دخل، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، و بعده المسمى للمولى، و قيل: العشر أو نصفه.

و يرجع بما غرمه على المدلس، فإن كان هي تبعت بعد العتق.

و لو كان قد دفعه إليها استعاد ما وجدته و تبعها بما بقى.

و لو كان مولاها، فإن تلفظ بما يقتضى العتق حكم عليه بحريتها و صح العقد و كان المهر للأمه، و إلا فهي على الرق، و لا شيء له و لا لها على الزوج إذا فسخ.

و إن كان بعد الدخول، فالأقرب و جوب أقل ما يصح أن يكون مهرا للمولى.

و لو كان قد دفعه إليها و تلف، احتمل تضمين السيد، لغروره و ضعف المباشرة و الرجوع فى كسبها، و التبعية بعد العتق. قوله: (فلو شرط الحرية فظهرت أمه فله الفسخ و إن دخل، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء، و بعده المسمى للمولى، و قيل: العشر أو نصفه و يرجع بما غرمه على المدلس، فإن كانت هي تبعت بعد العتق و لو كان قد دفعه إليها استعاد ما وجدته و تبعها بما بقى، و لو كان مولاها فإن تلفظ بما يقتضى العتق حكم عليه بحريتها و صح العقد و كان المهر للأمه، و إلا فهي على الرق و لا شيء له و لا لها على الزوج إذا فسخ، و إن كان بعد الدخول فالأقرب و جوب أقل ما يصلح أن يكون مهرا للمولى. و لو كان قد دفعه إليها و تلف احتمل تضمين السيد لغروره، و ضعف المباشر و الرجوع فى كسبها و التبعية بعد العتق).

هنا مسائل:

ص: ٢٨٧

الأولى: متى شرط العاقد حريه الزوجه فظهرت أمه فله فسخ النكاح قطعاً، لأن ذلك فائده الشرط فإنه يقبل العقد اللازم جائزاً، سواء دخل أم لا، فإن الدخول لا يسقط الخيار كما سبق في العيوب.

ثم إن كان العقد باذن المولى، أو من يقوم مقامه كوليّه إن كان محجوراً عليه، أو وكيله إن لم يكن و كان العاقد ممن يجوز له نكاح الأمه فالعقد صحيح، غايه ما فيه أنه متزلزل للزوج فسخه.

ولا فرق في ذلك بين أن يتولى العقد المولى أو من اذن له و ان كانت الأمه، لأنه عقد صدر من أهله في محله، وليس فيه إلا انتفاء الشرط و هو الحريه.

و ذلك لا يقتضى الفساد، بل يتسلط على الفسخ و إن كان بغير اذنه، سواء باشرت العقد الأمه أو أجنبي، ففي وقوعه فاسداً أو موقوفاً على أجازته قولان تقدمتا في نكاح المماليك أصحابهما الثاني، و لو كان العاقد ممن لا يجوز له نكاح الأمه كان العقد باطلاً لا محاله.

الثانيه: إذا رضى الزوج بالعقد و السيد أيضاً حيث لم يأذن فلا بحث و إن فسخ فإن كان قبل الدخول فلا شيء كما سبق في العيوب، و إن كان بعده وجب المسمى مع كون العقد صحيحاً.

و ذلك حيث يأذن السيد، فإن لم يأذن ففي وجوب المسمى أو مهر المثل أو العشر إن كانت بكراً أو نصف العشر إن كانت ثيباً أقوال، بشرط أن لا تكون عالمة بالتحريم على أصح القولين، و يلزم أرش البكاره مطلقاً لو كانت بكراً، و قد تقدم الكلام على ذلك كله مستوفى فلا حاجة الى إعادته.

الثالثه: إذا فسخ بعد الدخول فلا كلام في وجوب المهر للمولى، ثم يرجع به على المدلس و إن كانت هي تبعها بعد العتق، لأن الرجوع عليها في الرق رجوع على السيد في الحقيقه، و هو باطل. و لو كان قد دفعه إليها استعادته، لأنه باق على ملكه،

لأن قبضها إياه قبض فاسد بغير حق، وإن تلف شيء منه أخذ ما وجد منه و تبعها بالباقي كما فى تلف الجميع سواء.

و لو كان المدلس هو المولى، فإن تلفظ بما يقتضى العتق مثل قوله: هى حره إنشاء أو إقرارا حكم عليه بحريتها، أعمالا للسبب بحسب مقتضاه، و حينئذ فىكون العقد لازما، و هو الذى أراده المصنف بقوله: (صح العقد) فإنه فى مقابل جواز الفسخ، و يكون المهر للزوجه دون السيد، لانتفاء سلطنته عنها.

و يعتبر لصحة النكاح حينئذ اذنها سابقا أو إجازتها لاحقا، و إن لم يتلفظ بما يقتضى العتق فهى على الرق، و يتصور ذلك بمثل أن يقدم الزوج القبول فيتزوجها بكذا بشرط كونها حره فىأتى السيد بالإيجاب.

و كذا ينبغى أن يكون عكسه، فإن لفظ الاشتراط لا يقتضى العتق إنشاء و لا إقرارا، و جعله فى المبسوط موجبا للعتق (١). و للنظر فيه مجال، و حينئذ فلا شيء للسيد و لا لها إذا فسخ الزوج و إن كان بعد الدخول، أما هى فظاهر، لأن المملوكة لا تستحق من مهرها شيئا.

و أما السيد، فلأنه و إن استحق المهر بالدخول إلا أن للزوج الرجوع عليه به، لتغريه إياه و تدليسه، و لا وجه لدفعه إليه ثم ارتجاعه منه، و هل يستثنى للسيد وجوب أقل ما يصلح أن يجعل مهرا، و هو أقل ما يتمولى على ما سبق، و على قول ابن الجنيد (٢) أقل ما يكون مهر أمثالها؟ فيه قولان، أقربهما عند المصنف وجوب ذلك، لأن الوطاء المحترم فى غير اباحه المملوكة يمتنع خلوه عن العوض.

و قيل: لا يجب شيء، للأصل، و هو ضعيف، و إنما كان هذا للسيد دونها، لأن منافع

ص: ٢٨٩

١- (١) المبسوط ٢٥٤: ٤.

٢- (٢) المختلف ٥٥٧: ٥٥٧.

الْبُضْعُ حَقٌّ لَهُ خَاصَّةً، وَ لَوْ كَانَ قَدْ دَفَعَ الْمَهْرَ إِلَيْهَا فِي حَالِ تَدْلِيْسِ الْمَوْلَى إِيَّاهَا حَيْثُ لَمْ يَتَلَفْظْ بِمَا يَقْتَضِي الْعِتْقَ، بِنَاءً عَلَى حُرِّيَّتِهَا الَّتِي تَوْهَمُهَا بِالشَّرْطِ، فَإِنْ كَانَتْ عَيْنُهُ بَاقِيَةً فَظَاهِرٌ.

وَ إِنْ تَلَفَ فِي يَدِهَا فَفِي حُكْمِهِ اِحْتِمَالَاتٌ ثَلَاثَةٌ:

أَحَدُهَا: الرَّجُوعُ عَلَى الْمَوْلَى: إِمَّا بِكُلِّهِ، أَوْ بِمَا عَدَا أَقْلَ مَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا عَلَى اِخْتِلَافِ الْقَوْلَيْنِ، لِأَنَّ يَدَهَا وَ إِنْ كَانَتْ يَدَ ضَمَانٍ، لِأَنَّ الْأَعْوَاضَ الْمَقْبُوضَةَ مِنْ مَهْرٍ وَ غَيْرِهِ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْقَابِضِ لَهَا بِهَذَا الْوَجْهِ، وَ الزَّوْجُ هُوَ الْمَبَاشِرُ لِدَفْعِ الْمَهْرِ إِلَيْهَا، فَهُوَ كَالْمَتَلَفِ بِدَفْعِهِ إِلَى مَنْ لَا يَجُوزُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ، إِلَّا أَنْ الدَّفْعُ بِتَغْيِيرِ الْمَوْلَى فِيضْعَفُ الْمَبَاشِرُ وَ يَكُونُ السَّبَبُ أَقْوَى.

كَمَا إِذَا قَدِمَ إِلَى غَيْرِهِ طَعَامٌ ذَلِكَ الْغَيْرِ، فَأَكَلَهُ فَإِنْ إِتْلَفَهُ طَعَامٌ نَفْسَهُ فِي هَذِهِ الْحَالِ لَا يَمْنَعُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ.

وَ ثَانِيهَا: أَنْ يَضْمَنَ الْمَهْرَ فِي كَسْبِهَا إِنْ كَانَتْ مَكْتَسِبَةً.

وَ مَقْتَضَاهُ أَنْ يُؤْمَرَ بِالْاِكْتِسَابِ وَ تَلْزَمُ (1) بِهِ وَ وَجْهُهُ أَنَّهَا مَبَاشِرَةٌ لِلْاِتْلَافِ وَ لَا مَالَ لَهَا وَ السَّيِّدُ غَارٍ، وَ الْأَصْلُ بَرَاءَةٌ ذِمَّتُهُ، فَبِمَلاَحِظِهِ الْمَبَاشِرَةَ وَ الْغُرُورَ يُؤْخَذُ مِنْ كَسْبِهَا أَعْمَالًا - لِلْمَقْتَضِيَيْنِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ كَاسِبَةً أَمْكَنَ إِجْبَابَهُ عَلَى السَّيِّدِ، لِلْغُرُورِ، وَ عَلَيْهَا بَعْدَ الْعِتْقِ، لِلْمَبَاشِرَةِ.

وَ الثَّلَاثُ: أَنْ يَتَّبَعَ بِهِ إِذَا أَعْتَقْتَ، لِأَنَّ يَدَهَا يَدَ ضَمَانٍ، وَ عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَوْدِيَ، وَ لَا مَالَ لَهَا إِلَّا بَعْدَ عِتْقِهَا، لِأَنَّ كَسْبِهَا لِلْسَّيِّدِ، وَ لَا - يَلْزَمُ مِنْ اِشْتِرَاطِ السَّيِّدِ حُرِّيَّتِهَا إِذْنَهُ فِي إِقْبَاضِهَا الْمَهْرَ وَ إِنَّمَا ذَلِكَ بِفِعْلِ الزَّوْجِ، وَ لَوْ اِذْنُ لَهَا فِي الْقَبْضِ فَلَا بَحْثَ فِي تَعَلُّقِ الضَّمَانِ بِهِ، وَ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ قُوَّةٌ، لِأَنَّ اِشْتِرَاطَ السَّيِّدِ حُرِّيَّتِهَا يَقْتَضِي

ص: ٢٩٠

و لو لم يشترط الحرية بل تزوجها على أنها حرة فخرجت أمه، استحقاقها المهر و وجوب تسليمها إياه، فيكون ذلك ناشئا عنه.

و بقى قسم ثالث و هو ما إذا كان المدلس أجنبيا غيرها و غير المولى، لم يذكر المصنف حكمه و كأنه تركه لظهوره، إذ لا بحث فى الرجوع عليه بجميع المهر المستحق للمولى، و لو دفعه إليها فى هذه الحالة فتلف فى يدها، فإن حكمنا بالتبعيه لها فيما سبق إذا أعتقت غرم مهرا آخر للسيد و رجع به على المدلس، و إن حكمنا بالرجوع على السيد هناك رجع على المدلس هنا بكل من المهرين.

إذا عرفت ذلك فارجع إلى عبارته الكتاب و اعلم أن قوله: (و إن دخل) و صلى لما قبله، و قوله: (و إن فسخ) كلام مستأنف.

و قوله: (و بعده المسمى للمولى) صحيح إذا كان العقد باذن المولى سابقا أو لاحقا، أما إذا كان بغير اذنه فإن وجوب المسمى (1) غير ظاهر لفساد النكاح، و المصنف جرى على ما اختاره فى أول باب نكاح المماليك، و قد بينا ما فيه.

و قوله: (و يرجع بما غرمه) ظاهره يتناول الرجوع بجميع المهر، و قد سبق قبل العيوب فى كلامه إشكال فى الرجوع بما زاد على مهر المثل و هو آت هنا، و كذا يشمل الرجوع بالنفقة فإنها من جمله ما غرمه، و ذلك مع فساد النكاح ظاهر، أما مع صحته فمحتمل.

و أما قيمه الولد فيرجع بها لا محاله، لأن لزومها محض تخسير، لأن الزوج لم يدخل فى العقد على ضمانها، لأن العقد على الحرة يقتضى عدم العوض عن الولد.

قوله: (و لو لم يشترط الحرية بل تزوجها على أنها حرة فخرجت أمه

ص: ٢٩١

١ - ١) فى (ض): المهر.

فكما تقدم.

و لو تزوج لا على أنها حره و لا شرطها فلا خيار. فكما تقدم، و لو تزوج لا على أنها حره و لا شرطها فلا خيار).

هنا مسألتان:

الأولى: إذا تزوج امرأه على أنها حره و لم يشترط ذلك في العقد، فحكمها حكم من شرط حريتها في العقد صرح بذلك المصنف في هذا الكتاب.

و ذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه إن اشترط الحريه في العقد ثبت الخيار، لظهور الرقيه، و إلا كان النكاح ماضيا (١)، و كلام باقي الأصحاب محتمل، لأن عبارته الأكثر إذا تزوجها على أنها حره.

و ظاهر هذه العبارة لا - يمتنع أن يراد به الا-اشترط في العقد لكنه مع ذلك محتمل بجريان العقد عليه قبله، و إرادته من غير أن يتعرض إليه في العقد، و كذا عبارته المصنف في التحرير (٢)، و عندي في ذلك تردد.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه يتحقق من تزوجها على ذلك بأن يقول المتولى للنكاح في معرض الترغيب فيه للزوج: فلانه حره فتزوجها، و نحو ذلك، ثم يترتب عليه تزويجها، بخلاف ما لو أخبر بذلك لا للتزويج فاتفق تزويج السامع بها، أو أخبر به للتزويج لكن لغير الزوج على ما ذكره المصنف في الضابط سابقا.

و يلوح من إطلاق عبارته المصنف أنه لا دخل لاتصال العقد بهذا القول و انفصاله عنه في ثبوت التدليس و عدمه، و هو متجه بل ينبغي أن يكون المعبر كون ذلك له دخل في حصول النكاح.

و ظاهر قول المصنف: (فكما تقدم) ثبوت خيار الفسخ مع صحه النكاح

ص: ٢٩٢

١ - ١) المبسوط ٢٥٤: ٤.

٢ - ٢) التحرير ٣٠: ٢.

بالشروط المتقدمه، ووجوب المهر بالدخول المسمى مع الصحة، و مهر المثل مع الفساد و الرجوع بالمهر على المدلس على حد ما سبق.

الثانيه: إذا تزوجها لا على أنها حرة، كما ذكره في البحث السابق، و لا يشترط الحريه في العقد على ما ذكره في البحث الذي قبله، و كان ممن يجوز له نكاح الأمه، فالنكاح صحيح و لا خيار له، لانتفاء المقتضى. و إنما يستقيم ذلك إذا كان التزويج باذن المولى ليكون العقد صحيحاً، فإن كان بغير اذنه و لم يرض و حصل الدخول فالمناسب أن له الرجوع بالمهر على من زوجه بها مع علمه بحالها، لأنه إنما دخل على أن النكاح صحيح مستمر و أن المهر في مقابل ملك منافع البضع و قد فات ذلك، و حيث انه لم يعلمه بالحال و أوقعه في نكاح فاسد يوجب المهر فعليه المهر للغرور، و لم أجد بذلك تصريحاً بكلام من الأصحاب. و لا يخفى أن وجوب المهر مشروط بعدم علمها بالتحريم كما سبق غير مره.

و لو كانت هي المتولى لذلك، أو الباعثه عليه لمن يجهل حالها، فليس ببعيد أن يكون الرجوع عليها إذا أعتقت إلا بأقل ما يكون مهراً.

و لو كان التزويج باذن السيد في الفرض المذكور لكن الزوج ممن لا يحل له نكاح الأمه، ففي ثبوت الغرور تردد ينشأ: من أن تزويجه بأمه من غير أن يعلمه بحالها، و إن لم يعلم انه ممن يحل له نكاح الأمه، إيقاع له في الغرم. و من أن ذلك مستند الى تقصيره بترك السؤال عن حال الزوجه و أنه يجوز له نكاحها.

و ليس هذا من الأمور الظاهره التي يعلمها عامه الناس ليكون التقصير من الزوج، كما لو زوجه امرأه فظهر كونها محرماً له و هو لا يعلم.

و اعلم أن المصنف ذكر في الضابط فيما إذا زوجت نفسها أو زوجها غيرها مطلقاً ثم ظهرت ناقصه إشكالا في كون ذلك تدليسا يوجب الخيار، و جزم بانتفاء الخيار في هذه الصوره هنا، و هو رجوع عن الإشكال إلى الجزم.

و يثبت الخيار مع رقيه بعضها، و يرجع بنصيبه من المهر خاصه، فإن كانت هي المدلسه رجع بنصيبه معجلا و تبعت بالباقي مع عتقها أجمع. قوله: (و يثبت الخيار مع رقيه بعضها خاصه، فإن كانت هي المدلسه رجع بنصفه معجلا و تبعت بالباقي مع عتقها أجمع).

كما يكون التدليس للأمه المحضه و تترتب عليه الأحكام السابقه، كذا يكون التدليس للتي بعضها حر و بعضها رقيق، و تترتب عليه أحكامه، فلو تزوج المبعوضه بشرط كونها حره، أو لم يشترط الحريه في العقد لكن تزوجها على ذلك، ثبت الخيار لا محاله، كما في الأمه المحضه على ما ذكره المصنف، لكنه هنا إنما يرجع بنصيب الرقيه من المهر، فلو كان نصفها حرا رجع بنصف المهر خاصه، لأن النصف الحر لم يقع فيه تدليس لصدق الخبر بالنسبه إليه، فإن الأخبار بحريتها متضمن حريه ذلك النصف فلا ترجع بنصيبه من المهر.

و هكذا حكم ما غرمه من النفقه و قيمه الولد، فإن كان المدلس أجنبيا رجع عليه به، و إن كانت هي رجع عليها بنصف نصيب الرقيه معجلا باعتبار نصفها الحر، و يبقى النصف الآخر تتبع به إذا أعتق باقيها.

و ذلك لأن الرجوع عليها به -و هو نصف المهر في هذه الصوره- يجب توزيعه على ما فيها من الحريه و الرقيه، لأن الإلتلاف بالتدليس مستند الى مجموعها، فيوفر على كل منهما مقتضاه، و لو كان ما فيها من الرقيه زائدا على النصف أو ناقصا عنه فنصيبه من المهر بحسبه.

و مما ذكرناه يعلم أن الضمير في قوله: (بنصيبه) يعود الى الرق المدلول عليه بما قبل و أن الضمير في قوله: (بنصفه) يعود الى النصيب أعنى نصيب الرق، و إعادته إلى المهر غلط ظاهر، لمنافاه ذلك قوله: (و يرجع بنصيبه من المهر خاصه).

و لا يخفى أنه إنما يرجع عليها بنصف الرقيه معجلا و يتبعها بنصفه الآخر إذا



و لو تزوجته على أنه حر فبان عبدا، فلها الفسخ و إن كان بعد الدخول، و لها المهر بعده لا قبله، و كذا لو شرطت الحرية.

و لو ظهر بعضه مملوكا فكذلك، و لو ظهر بعضه معتقا فلا- خيار. كان نصفها حرا و النصف الآخر رقا، حتى لو كان ثلثاها حرا رجع عليها معجلا بثلثي نصيب الرقيه من المهر و يتبعها بالثلث الآخر.

و إنما أطلق المصنف الرجوع بنصف النصيب معجلا- و لم يجر في كلامه ذكر كون بعضها الرق هو النصف اعتمادا على ظهوره، حيث أن البعض المذكور في كلامه يشمل، و إنما اقتصر على بيان حكم ما إذا كانت هي المدلسه، لما فيه من الخفاء باعتبار كون بعض الرجوع به معجلا و بعضه ينتظر به عتق باقيها.

فأما إذا كان المدلس غيرها فإن حكمه معلوم مما سبق، و المهر المذكور هو المسمى إن كان النكاح يرضى به المولى و إلا فمهر المثل.

و لقائل أن يقول: إن الذى ينساق إليه النظر هنا هو الرجوع بمجموع المهر و ذلك، لأن التدليس المذكور أفضى إلى فسخ النكاح المقتضى لفوات المعوض جميعه، و العوض إنما يدل فى مقابله فتستحق الرجوع بجميعه كما لو كانت رقيقه.

و ظاهر قوله عليه السلام: «المغرور يرجع على من غره» يقتضى ذلك، و أيضا فإن المقصود و المفهوم من حريتها حريه جميعها، لأن ذلك هو المطلوب فى النكاح، فيكون رق بعضها موجبا لكذب الخبر فلا يتم ما أراد. و على هذا يجب أن يستثنى لها أقل ما يصلح جعله مهرا لأجل الوطاء المحترم كما سبق غيره مره.

قوله: (و لو تزوجته على أنه حر فبان عبدا فلها الفسخ و إن كان بعد الدخول، و لها المهر بعده لا قبله، و كذا لو شرطت الحرية، و لو ظهر بعضه مملوكا فكذلك، و لو ظهر معتقا فلا خيار).

لو تزوجت المرأه زوجا على أنه حر فبان عبدا فلها الفسخ، لظهور نقصه،

و لو تزوجها على أنها بنت مهيره فخرجت بنت أمه، قيل: كان له الفسخ، و الوجه ذلك مع الشرط لا مع الإطلاق، و لا مهر قبل الدخول، و بعده يرجع على المدلس، أبا كان أو غيره، و لو كانت هي المدلسه رجع سواء شرطت حرته في نفس العقد، أو عولت على اخباره قبل العقد بكونه حرا أو اخبار وكيله اما مع الشرط فظاهر، و اما بدونه فلما أسلفه المصنف في الضابط و ذكره في نظير المسأله، و فيه ما سبق.

و لا- فرق في ذلك بين الدخول و عدمه، و يثبت لها المهر بعد الدخول، لأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر، فإن كان النكاح برضى السيد كان لها المسمى عليه، و إلا كان لها مهر المثل يتبع به العبد إذا أعتق، أما لو فسخت قبل الدخول فإنه لا مهر لها، لأن الفرقه من قبلها.

و لو ظهر بعضه مملوكا فالحكم في الفسخ و المهر كما لو ظهر رق جميعه، إلا أنه مع الدخول و اذن السيد في النكاح يلزمه من المهر بنسبه ما فيه من الرقيه، أما لو ظهر معتقا فإنه لا خيار لها، لانتفاء المقتضى و هو فوات الشرط.

و المسأله مفروضه فيما إذا كانت الزوجه حره بدليل قوله: (فلها الفسخ)، لأنها لو كانت أمه لم يكن لها فسخ، و إنما هو لمولاها فإنه لو أراد تزويجها بعبد لم يكن لها الامتناع و يعلم من قوله: (و كذا لو شرطت الحريه) أن المراد من قوله: (و لو تزوجته على أنه حر) الاستناد في ذلك الى قوله أو قول وكيله قبل العقد من غير اشتراط لها فيه، و لا ريب أنه لو قَدّم الاشتراط لكان أولى.

قوله: (و لو تزوجها على أنها بنت مهيره فخرجت بنت أمه قيل: كان له الفسخ، و الوجه ذلك مع الشرط لا مع الإطلاق، و لا مهر قبل الدخول، و بعده يرجع على المدلس أبا كان أو غيره، فلو كانت هي المدلسه رجع

عليها بما دفعه منه إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرا.

و لو خرجت بنت معتقه فإشكال، عليها بما دفعه منه، إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرا، و لو خرجت بنت معتقه فإشكال).

فسر أهل اللغة المهيره بوزن قريبه بأنها الحره، قال في القاموس: المهيره هي الحره الغاليه المهر (١).

و قال الجوهرى: المهيره هي الحره (٢)، و كأنهم لحظوا فى الاشتقاق أنها لا- توطأ إلا- بمهر، بخلاف الأمه فإنها لا- توطأ إلا بالملك، إذا عرفت هذا فهنا مسألتان:

الأولى: إذا تزوج الرجل امرأه على أنها بنت مهيره فخرجت بنت أمه، فقد قال الشيخ فى النهايه: إن له ردها ثم إن لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء و كان المهر على أبيها، و إن كان قد دخل بها كان لها المهر عليه بما استحل من فرجها (٣).

و تابعه ابن البراج فى ذلك إلا فى إيجاب المهر على أبيها إذا لم يكن دخل بها، فإنه نفى وجوبه أصلا (٤).

و كذا قطب الدين الكيدرى إلا أنه جعل إيجاب المهر على أبيها مع عدم الدخول روايه (٥).

و كذا ابن إدريس إلا أنه صرح بأن المهر المستحق لها بالدخول ترجع به على أبيها (٦).

ص: ٢٩٧

١- (١) القاموس المحيط ١٣٧: ٢ « [١] مهر».

٢- (٢) الصحاح ٨٢١: ٢ «مهر».

٣- (٣) النهايه: ٤٨٥. [٢]

٤- (٤) المهذب ٢٣٧: ٢.

٥- (٥) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٥٦.

٦- (٦) السرائر: ٣٠٩.

و ذهب المصنف هنا و فى المختلف (١) و غيرهما (٢) إلى أنه إن شرط فى العقد ذلك كان له الفسخ، و إلا فلا و هو الأصح.

لنا عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣).

وجه الاستدلال به: أما مع الشرط فظاهر، لأنه جزء من العقد. و أما مع عدمه، فلأنه خارج عنه، و إنما يجب الوفاء بالعقد لا بما خرج عنه.

و قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٤).

وجه الاستدلال به: أنه يدل على استحقاق المشروط، فإذا انتفى فقد انتفى بعض المعقود عليه، و بفواته يثبت الخيار حيث لم يقتض البطلان، و لأن الشرط يقرب العقد اللازم جائزاً، و إلا انتفت فائدته و هو معلوم البطلان.

أما مع عدم الاشتراط فى العقد فلا فسخ و إن ذكر قبل العقد و جرى العقد، لأن الأصل فى النكاح اللزوم، و ثبوت الخيار يحتاج إلى دليل، و لم يثبت كون ذلك موجبا للفسخ فيجب التمسك بالأصل.

احتج الشيخ و من تابعه بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال:

سألته عن رجل خطب الى رجل بنتا له عن مهيره، فلما كان ليله دخولها على زوجها أدخل عليه بنتا له اخرى من أمه، قال: «ترد على أبيها و ترد عليه امرأته و يكون مهرها على أبيها» (٥): قال فى المختلف فى وجه الاستدلال بالروايه للشيخ: فإذا كان ضامنا فى هذه الصوره كان ضامنا فى المتنازع، لعدم التفاوت.

و لقائل أن يقول: إن الذى أراده الشيخ أمران:

ص: ٢٩٨

١- (١) المختلف: ٥٥٦.

٢- (٢) التحرير ٣٠: ٢.

٣- (٣) المائده: ١. [١]

٤- (٤) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

٥- (٥) الكافي ٥: ٤٠٦ حديث ٤، [٢] التهذيب ٧: ٤٢٣ حديث ١٦٩٢.

أحدهما أنه إذا تزوج امرأه على أنها بنت مهيره ثبت الخيار إذا ظهرت بخلاف ذلك.

و الثاني: إنه إذا لم يدخل بها يجب مهرها على أبيها، ولم يتعرض في الاستدلال إلى الأمر الأول أصلاً.

و أما الأمر الثاني فإن الرواية لا تدل عليه، لأنها مشعره بأن الزوج دخل ببنت الأمه، حيث انها أدخلت على الزوج في الليله المعده لدخول زوجته عليه، فلا يبعد إيجاب المهر على الأب في هذه الحاله، لتدليسه و ثبوت الرجوع عليه، و أين هذا من ذاك.

الثانيه: الصوره بحالها و ظهرت بنت معتقه، ففي ثبوت الخيار مع الشرط إشكال ينشأ: من أن المعتقه حره، فيكون الوصف المشترك في ابنتها حاصلًا. و من أن بنت المعتقه يصدق عليها أنها بنت أمه باعتبار ما كانت عليه أمها، لأن المشتق يصدق و إن انقضى المشتق منه.

و يرجح الأول بأن تفسير أهل اللغه المهيره بالحره يتناول هذه، فإنهم لم يقيدوا بكونها حره في الأصل فيجب حمله على ظاهره.

و يؤيده أن ثبوت الخيار في النكاح على خلاف الأصل، فلا يثبت إلاً بدليل و هو منتف في محل النزاع و هو أقوى، ثم ارجع الى عباره الكتاب و تنبه لأمر:

الأول: المراد من قول المصنف: (و الوجه ذلك مع الشرط) ثبوت الخيار في الصوره المذكوره مع اشتراط ذلك في العقد لا مع إطلاق العقد و اخلائه من هذا الشرط، سواء أخبرت به هي أو وليها قبل العقد أم لا.

و هذا مخالف لما ذكره سابقا في ضابط التدليس، لأنه جعل الاخبار بالكماليه من الولي أو المرأه تدليسا، و ذكر في تزويجها مطلقا اشكالا، و مخالفته ظاهره.

الثاني: قوله: (و لا مهر قبل الدخول) يريد به أنه إذا فسخ في موضع الشرط،

و لو أدخل بنته من الأمه على من زوجه بنت مهيره، فزق بينهما و لها مهر المثل، و يرجع به على السابق و يدخل على زوجته. أما بعد الدخول فإنه يجب المسمى على الأصح بدفعه إلى الزوجه و يرجع بجميعة على المدلس، سواء كان أباه أو غيره، و لو كانت هى المدلسه فإن لم يكن دفع إليها شيئاً من المهر، و جب أن يدفع إليها أقل ما يصح جعله مهراً دون ما عداه، لوقوع التقاص فى الزائد، و إن كان دفع إليها شيئاً منه رجح به لا بأقل ما يجعل مهراً على ما تقدم غير مره.

الثالث: الضمير فى قوله: (و لو خرجت بنت معتقه) يعود إلى المزوجه على أنها بنت مهيره، و لا- يخفى أن الاشكال إنما هو مع الشرط لا بدونه، لأنه قد أفاد أنها لو خرجت بنت أمه لا فسخ مع عدم الاشتراط، فإذا خرجت بنت معتقه لم يثبت الفسخ بطريق أولى.

قوله: (و لو أدخل بنته من الأمه على من زوجه بنت مهيره فزق بينهما و لها مهر المثل، و يرجع به على السابق، و يدخل على زوجته).

إذا جرى العقد على بنت المهيره بعينها ثم أدخلت عليه بنت الأمه فإن دخل بها و جب لها بالدخول مهر المثل إن لم يكن عالماً بأنها غير الزوجه، أو علمت ذلك و جهل التحريم، و إلا فهى زانية لا مهر لها. فإن كان قد دفع إليها المهر نظر فإن طابق مهر المثل فلا بحث، و إن نقص أكمله، و إن زاد استرد الزائد، و مع علمها بالتحريم يسترد الجميع ثم يرجع به على من دلّسها.

و لو اتفق تدليسها نفسها و عدم علمها بالتحريم رجح عليها بما دفعه إليها إلا أقل ما يصح أن يكون مهراً و إن لم يكن دفع إليها شيئاً لم يجب لها إلا ذلك.

و أما الزوجه فإنها على نكاحها يجب تسليمها إليه، و يستحق عليه ما سمي لها، و لا- يختص هذا الحكم ببنت المهيره و بنت الأمه، بل كل من عقد على امرأه

و كذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته، سواء كانت أعلى أو أدون، و لو دخل مع العلم لم يرجع على أحد.

و لو شرط البكاره، فإن ثبت سبق الثوبه فالأقرب أن له الفسخ، و يدفع المهر و يرجع به على من دلستها، فإن كانت هي رجع، إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرا، و إن لم يثبت فلا فسخ، لاحتمال تجرده بسبب خفى.

و قيل: له نقص شيء من مهرها، و هو ما بين مهر البكر و الثيب عادة. فأدخلت عليه غيرها حكمها ما ذكرنا، سواء كانت أعلى من الزوجه أو أدون.

و الى هذا أشار بقوله: (و كذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء كانت أعلى أو أدون).

و إنما قيد بقوله: (فظنها زوجته)، لأنه لو علم أنها غيرها و هي جاهله ثم دخل بها وجب عليه مهر المثل لها، و لم يرجع به على أحد، لانتفاء الغرور و الى هذا أشار بقوله:

(و لو دخل مع العلم لم يرجع على أحد).

قوله: (و لو شرط البكاره، فإن ثبت سبق الثيوبه فالأقرب أن له الفسخ، و يدفع المهر و يرجع به على من دلستها، فإن كانت هي رجع إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرا، و إن لم يثبت فلا فسخ لاحتمال تجرده بسبب خفى و قيل: له نقص شيء من مهرها و هو ما بين مهر البكر و الثيب عادة).

إذا تزوج امرأه على أنها بكر فظهرت ثيبا، ففي ثبوت الفسخ بذلك و عدمه خلاف، و على القول بعدم ثبوت الفسخ فهل له أن ينقص شيئا من مهرها؟ فيه خلاف أيضا، و تحقيق ذلك يقع في مقامين:

الأول: الفسخ و قد نفاه أبو الصلاح، فإنه قال: إذا تزوج بكرا فوجدها ثيبا فأقرت الزوجه بذلك حسب أو قامت به البيئه فليس بعيب يوجب الرد و لا نقصان

فى المهر (١).

و هذا هو الظاهر من كلام جمع من الأصحاب، إلا أن عباراتهم مطلقه ليس فيها تصريح باشتراط ذلك فى العقد و لا بعدمه.

و الذى يلوح من عباره أبى الصلاح أن نفى الفسخ ليس مع اشتراط البكاره فتظهر الثيبوبه، و إنما هو لكون الثيبوبه ليست عيباً، فإن الفسخ بالعيب لا يتوقف على اشتراط السلامه.

و الظاهر أن هذا إنما هو مراد الأصحاب لكنهم سكتوا عن حكم الاشتراط، قال المصنف فى المختلف: و أبو الصلاح إن قصد التزويج بالبكر مع عدم شرط البكاره فهو مسلم، و إن قصد ذلك مع اشتراط البكاره فهو ممنوع (٢).

و هذا الكلام يدل على أن عبارته محتمله، و لا شك عندنا فى الاحتمال إلا أنها أظهر فى عدم الاشتراط كما قلناه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المصنف ذهب الى ثبوت الفسخ مع الاشتراط، كما صرح به فى المختلف و الإرشاد و قربه هنا و قيده بثبوت سبق الثيبوبه على العقد بطريق شرعى، و تبعه جمله المتأخرين فيه (٣)، و هو الأصح، لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٤)، و قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٥) و لأن ذلك فائده الشرط فلولاها لكان ذكره لغوا و هو باطل.

و يحتمل العدم تمسكا بلزوم العقد، و هو ضعيف، لأن الشرط السائغ أخرجه عن

ص: ٣٠٢

١- (١) الكافى فى الفقه: ٢٩٦. [١]

٢- (٢) المختلف: ٥٤٦.

٣- (٣) منهم الشهيد فى اللمعه: ١٩٩. [٢]

٤- (٤) المائده: ١. [٣]

٥- (٥) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.



اللزوم.

ولا- ريب أن الفسخ إنما يثبت إذا علم سبق الشيبوبه على العقد كما ذكره، وإنما يثبت بإقرارها أو البيه الشرعيه و ما جرى مجراها، فلو لم يثبت ذلك فلا فسخ، لإمكان تجدها بسبب خفي كالنزوه و العله، و هو غير مناف للشرط.

و متى ثبت الخيار و فسخ قبل الدخول فلا مهر، و بعده يجب لها المسمى، و يرجع به على المدلس و هو العاقد العالم بحالها و إلا فعليها، لكن هنا يستثنى لها أقل ما يمكن أن يكون مهرا، و قد سبقت هذه الأحكام غير مره.

الثاني: حيث لا فسخ فهل ينقص من مهرها شيء؟ فيه قولان:

أحدهما العدم، صرح به أبو الصلاح (١)، و هو اللائح من قول ابن البراج: جاز أن ينقص من مهرها شيئا و ليس ذلك بواجب (٢).

و وجهه: إن العقد اقتضى وجوب جميعه و الأصل بقاؤه.

و الثاني: إنه ينقص، و اختلفوا في قدره على أقوال:

الأول: إنه ينقص شيء في الجملة، صرح به الشيخ في النهايه (٣)، و ابن البراج (٤)، لروايه محمد بن خرك قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل تزوج جاريه بكرها فوجدها ثيبا، هل يجب لها الصداق و ايا أم ينقص؟ قال: «ينقص» (٥).

وجه الاستدلال به: أنه لا بد من إضمار مفعول ينقص، و المناسب تقدير لفظه شيء، لاقتضاء المقام إياه.

ص: ٣٠٣

١- (١) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

٢- (٢) المهذب ٢: ٢١٣.

٣- (٣) النهايه: ٤٧٥.

٤- (٤) المهذب ٢: ٢١٣.

٥- (٥) الكافي ٥: ٤١٣ حديث ٢، [١] التهذيب ٧: ٤٢٨ حديث ١٧٠٦.

الثانى: إنه ينقص السدس، ذكره الراوندى فى شرح مشكل النهايه، لأن الشىء فى عرف الشرع السدس لما ورد فى الوصيه.

و غلظه المحقق نجم الدين فى النكت بأن الشىء لم يذكر فى الروايه، و انما وجب تقديره، لاقتضاء المقام إياه (١).

و الذى يقدر هو الشىء المنكر، لأنه الذى يقتضيه المقام، لا الشىء الذى هو السدس، لأن ذلك معيّن و لا دليل عليه.

و لو سلّم فيكون الشىء السدس فى الوصيه لا يقتضى كونه كذلك فى كل موضع، لانتفاء ذلك فى الإقرار و غيره.

الثالث: أن ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر إلى الثيب، اختاره ابن إدريس.

و اعترضه الشارح السيد الفاضل بأنه ربما أدى الى سقوط المهر رأساً، لأن التفاوت بين المهرين قد يكون بقدر المسمى، فإن مهر

مثلها بكرة بما كان خمسين و ثيباً أربعين و المسمى عشره، فإذا نقص قدر التفاوت سقط المسمى و أجيب بأن المراد النقص

بنسبه التفاوت إلى مهر البكر و هو الخمس، فينقص فى الفرض المذكور ديناران.

أو أن المراد نقص شىء من المسمى لها باعتبار كونها بكرة يقتضى نظر العقلاء نقصه باعتبار ظهور ثبوتها.

و هذا هو الذى أراده المصنف بقوله فى الكتاب: (و هو ما بين مهر البكر و الثيب عاده) و اختاره فى التحرير (٢).

الرابع: إحاله تقدير ذلك على نظر الحاكم لانتفاء تقدير النقص و تفسير اللفظ

ص: ٣٠٤

١- ١) نكت النهايه (ضمن الجوامع الفقيهيه): ٦٣٧.

٢- ٢) التحرير ٣٠: ٢. [١]

و لو تزوج متعه فبانث كتابيه، أو دواما على رأى من سوغه، فلا فسخ، إلا أن يطلق أو يهب المده، ولا يسقط من المهر شىء، و لو شرط الإسلام فله الفسخ.

الوارد به لغه، و شرعا، فيرجع فيه إلى رأى الحاكم، و هو قريب مما ذكره المصنف.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن إطلاق كلامهم يقتضى ثبوت النقص سواء علم سبق الثيبوه أم لا، و كلام المحقق فى النكت صريح فى ذلك (١).

و هذا الحكم مشهور بين الأصحاب، و الذى يقتضيه الدليل عدم نقص شىء كما يراه أبو الصلاح (٢)، إلا أن مخالفه الأصحاب لا يخلو من شىء، فإن قلنا به فكلام المحقق قريب.

قوله: (و لو تزوج متعه فبانث كتابيه، أو دواما على رأى من سوغه فلا- فسخ، إلا- أن يطلق أو يهب المده و لا- يسقط من المهر شىء).

أى: لو تزوج امرأه يظن أنها مسلمه، أو على أنها مسلمه لكن لم يشترط إسلامها فى العقد فظهرت كتابيه و النكاح متعه على رأى المصنف و من جرى مجراه فى القول بمنع نكاح المسلم الكتابيه دواما و تجوز المتعه، أو دائم على قول من جوز نكاحها دواما.

و لما كان هذا غير مرضى عند المصنف بناه على رأى من سوغه ليستقيم الحكم، لأن إثبات الفسخ و نفيه فرع صحه النكاح فى نفسه كما لا يخفى ما يثبت للزوج بذلك فسخ، لأن عدم الإسلام فى الزوجه لا يعد عيبا بالنسبه إلى النكاح.

و لا ينقص بسببه الاستمتاع فلا ينقص من المهر بسببه شىء بخلاف ما إذا تزوج على انها بكر فظهرت ثيبا.

فان قيل، قوله: (إلا أن يطلق أو يهب المده) استثناء مما ذا؟

ص: ٣٠٥

١- ١) نكت النهايه (ضمن الجوامع الفقيهيه): ٦٣٨.

٢- ٢) الكافى فى الفقه: ٢٩٦.

قلنا: هو استثناء من محذوف تقديره: فلا فسخ في حال من الأحوال إلا في حال طلاقه إذا كان النكاح دواما أو هبه المده إياها إذا كان النكاح متعه. فهو مع ما قبله لفّ و نشر غير مرتب.

و يمكن أن يكون استثناء منقطعاً، والمعنى فلا فسخ على حال من الأحوال لكن له أن يطلق و أن يهبها المده.

فإن قيل: فما الباعث عليه؟.

قلنا: لما كان نفي الفسخ يقتضى العموم بين أن المراد نفي الفسخ بغير طلاق و هبه المده.

فإن قيل: فيتوهم من عموم نفي الفسخ عدم ثبوته لو كان، ثم أحد العيوب الموجبه له أو غير ذلك من أسبابه.

قلنا: هذا الوهم مدفوع بأن ظاهر المقام انتفاء سبب آخر من أسباب الفسخ، أو ما يتوهم بسببه ثبوت الفسخ سوى كفر الزوج فلا حاجه إلى التحرز.

و أما إبانة النكاح بالطلاق و هبه المده فإنه منوط باختيار الزوج متى شاء فحسن التعرض إليهما.

و لو شرط في العقد إسلام الزوجه و قد نكحها متعه، على ما اختاره المصنف، أو دواما على رأى من سوغه للكتاييه، ثم ظهرت كتاييه كان له الفسخ بها، لفوات الشرط المقتضى لتزلزل العقد، و قد ذكرنا التوجيه في نظائره غير مره، و إنما قيدنا في تصوير المسأله بكون النكاح متعه عند المصنف أو دواما على رأى من سوغه، لأن ثبوت الفسخ فرع صحه العقد في نفسه، و قد ذكره المصنف في تصوير أصل المسأله، و إلى هذا القسم أشار المصنف بقوله: (و لو شرط الإسلام فله الفسخ)، أى: و لو شرط الإسلام في هذه الصوره المفروضه في نفس العقد فظهرت كتاييه فسخ إن شاء.

و لو أدخلت امرأه كل واحد من الزوجين على صاحبه فوطأها، فلها المسمى على زوجها و مهر المثل على واطئها، و ترد كل منهما على زوجها، و لا يطأها إلا بعد العده.

و لو ماتتا فى العده أو مات الزوجان ورث كل زوجته، و بالعكس. قوله: (و لو أدخلت امرأه كل من الزوجين على صاحبه فوطأها فلها المسمى على زوجها و مهر المثل على واطئها، و ترد كل منهما على زوجها و لا يطأها إلا بعد العده، و لو ماتتا فى العده أو مات الزوجان ورث كل زوجته و بالعكس).

قال الشيخ فى النهايه: إذا عقد الرجلان على امرأتين، فأدخلت امرأه هذا على هذا و الأخرى على الآخر ثم علم بعد ذلك، فإن كانا قد دخلا بهما كان لكل واحد منهما الصداق، و إن كان الولي قد تعمد ذلك اغرم الصداق.

و لا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضى عدتها، فإن ماتتا قبل انقضاء العده فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما و يرثهما الرجلان، و إن مات الرجلان و هما فى العده فإنهما ترثانها و لهما المسمى (1)، هذا كلامه رحمه الله.

قال ابن إدريس: الصحيح من الأقوال أن بموت أحد الزوجين أما المرأه أو الرجل يستقر جميع المهر كملا، سواء دخل بها الرجل أم لا (2).

احتج الشيخ بما رواه جميل بن صالح عن بعض أصحاب أبى عبد الله عليه السلام: فى أختين أهديتا إلى أخوين فى ليله فأدخلت امرأه هذا على هذا و أدخلت امرأه هذا على هذا، قال: «لكل منهما الصداق بالغشيان، و إن كان وليهما يعلم ذلك اغرم الصداق و لا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضى العده، فإذا انقضت العده

ص: ٣٠٧

١- ١) النهايه: ٤٨٨. [١]

٢- ٢) السرائر: ٣١٠.

صارت كل واحده منهما الى زوجها بالنكاح الأول» قيل له: فإن ماتنا قبل انقضاء العده، قال: فقال: «يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما و يرثاهما الرجلان» (١).

و الأصح وجوب المهر كاملا، و الروايه ضعيفه و حملها المصنف فى المختلف على أن المرأتين ليس لهما ولد، فيرجع الزوجان بنصف المهر إذا كانا قد دفعاه على سبيل الميراث (٢).

ثم تنبه لأمر:

الأول: استحقاق كل من المرأتين على من أدخلت عليه مهر المثل إنما هو مع الوطء للشبهه، لا بدونه، و هو ظاهر.

و كذا وجوب العده إنما هو مع الوطء لا بدونه، فيرد كل منهما على زوجها بغير عده، و لو وطئت إحداها خاصة. اختص الحكم بها.

الثانى: إنما يجب لها المهر المذكور بالوطء إذا لم تعلم بالتحريم، أما بأن تجهل كون الزوجه غيرها، أو تعلمه و تجهل تحريم الوطء، فلو علمتهما فلا شيء لها، لأنها بغى و لا اعتبار بعلم الزوج و عدمه.

أما العده فإن وجوبها يتحقق بجهل أحدهما، ليكون الوطء من طرفه محترما.

الثالث: يرجع كل من الزوجين بما غرمه من مهر المثل على الولي، و فى روايه التقييد بتعمده، و كذا فى عبارته الشيخ على ما سبق ذكره.

و ينبغى أن يقال: إن تعمد الولي و الزوجه أو كانا جاهلين فالغرم عليها دون الولي، لأن سببها أقوى.

نعم يستثنى لها أقل ما يصلح مهرا، و إن تعمد أحدهما خاصة فالغرم مختص به، فإن تعمدت هى فلا بد من استثناء الأقل، و لو علم الزوج بالحال و جهلت المرأه

ص: ٣٠٨

١- (١) الكافي ٥: ٤٠٧ حديث ١١، [١] الفقيه ٣: ٢٦٧ حديث ١٢٦٩، التهذيب ٧: ٤٣٤ حديث ١٧٣٠.

٢- (٢) المختلف: ٥٥٧.

و لو اشتبه على كل منهما زوجته بالأخرى قبل الدخول، منع منه و الزم بالطلاق و لا تحسب فى الثلث و يلزم نصف المهر، فيقسم بينهما بالسوية إن تداعياه، أو يقرع فيه، أو يوقف حتى يصطلحا.

و يحرم على كل منهما أم كل واحده منهما، و تحرم كل منهما على أب الزوج و ابنه. و الميراث كالمهر، و يحتمل القرعه ابتداء، غرم مهر المثل و لا يرجع به على أحد، و ينبغى تأمل هذا التفصيل لأنى لم أجد به قائلًا.

الرابع: لو مات أحد الزوجين ورثه الآخر، سواء كان فى عده الشبهه أم لا.

و قول المصنف: (و لو ماتتا فى العده). يوهم أن لها دخلا فى الإرث، و ليس كذلك، و المصنف تبع فى ذلك عبارته الشيخ و لفظ الروايه لا يلزم منه تخصيص، لأن السؤال وقع عن حكم موتهما فى العده فكان الجواب على طبقه.

قوله: (و لو اشتبهت على كل منهما زوجته بالأخرى قبل الدخول منع منه و الزم بالطلاق، و لا يحسب الثلاث، و يلزم تنصيف المهر فيقسم بينهما بالسوية إن تداعياه، أو يقرع فيه، أو يوقف حتى يصطلحا، و يحرم على كل واحد منهما أم كل واحده منهما، و تحرم كل منهما على أب الزوج و ابنه، و الميراث كالمهر و يحتمل القرعه ابتداء).

إذا عقد رجلان على امرأتين بمهرين ثم اشتبهت زوجته كل واحد منهما بالأخرى فيبان أحكامها فى مسائل:

الأولى: تحريمهما على الزوجين. فإن الزوجه إذا اشتبهت بالأجنبيه حرمتا، لوجوب اجتناب الأجنبيه و لا يتم إلا باجتنبهما، و لا يرتفع بذلك النكاح قطعا و إنما تحرم الاستمتاع التى شأنها أن تحل به.

و كذا النظر و اللمس و ما جرى مجراهما، فعلى هذا لو لم يكونا قد دخلا بهما منعا

من الدخول لا محاله.

الثانية: تحرم على كل واحد منهما أم كل واحده منهما، وكذا غير الام ممن اقتضى النكاح تحريمهما بالمصاهرة عينا أو جمعا بهما، لأن المقتضى للتحريم وهو النكاح حاصل، والاشتباه لا يمنع تأثيره، واجتناب أم الزوجه لكل منهما لا يتم إلا باجتنابهما، وكذا البواقي، وكذا تحرم كل منهما على أب كل من الزوجين وابنه لمثل ما ذكرناه.

الثالثة: إلزام كل من الزوجين بالطلاق بمعنى وجوب ذلك، لظاهر قوله تعالى:

فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَقَدْ تَعَذَّرَ الْأَوَّلُ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي.

و المراد به الطلاق فيكون واجبا، فإن امتنع منه اجبر عليه، ولا يقدر في صحته، لأن الإيجاب شرعا لا ينافي الصحة، كما في إيجاب المديون إذا امتنع من البيع و توقف الأداء عليه.

و يتحقق الطلاق بأن يطلق كل منهما زوجته من المرأتين، أو يطلق كل واحده منهما بعينها فيقع الطلاق على الزوجه و يبطل في الأجنبية.

و يحتمل عدم وجوب الطلاق، للأصل، ولا نسلم أن الإمساك بمعروف متعذر للاشتباه.

و لو سلمنا فلا- نسلم تحتم الثاني، لجواز أن يراد من الآيه وجوب أحد الأمرين مع القدره، لامتناع التكليف بدونها، ولا تعلق له بحال التعذر، فتجب حينئذ القرعه، لأنه أمر مشكل، وفي كل أمر مشكل القرعه كما ورد به النص (1)، فمن عينت القرعه زوجيته تعينت و ثبت له أحكام الزوجيه.

و هذا هو المراد من قول المصنف: (و يحتمل القرعه ابتداء) أي: في أول الأمر من حين حصول الاشتباه.

ص: ٣١٠

١- (١) الفقيه ٣: ٥١ باب الحكم بالقرعه، التهذيب ٧: ٢٣٣ حديث ٥٧١، الاستبصار ٣: ٣٩ حديث ١٣١.



و يحتمل أن يقال: يتلطف بهما، فإن طلقا وقع و إلا سلطنا المرأتين على الفسخ، أو فسخ الحاكم كما سبق فى تزويج الوليين المرأه لرجلين مع نسيان السابق من العقدين، و قد سبق تحقيق ذلك كله.

إذا تقرر ذلك فلو طلق كل منهما لم يكن الطلاق محسوبا فى الثلاث، بمعنى أنه لو تزوج بعد ذلك لا يكون معه على طلقتين بل الثلاث بحالها.

كذا ذكره المصنف، و مراده إنه إذا تزوج واحده منهما، لأنه إنما طلق الزوجه و لم تكن زوجيتها معلومه بالنسبه إليه و الأصل عدمها، و كذا الأصل بقاء الحل إلى التطليقه الثالثه.

أما إذا تزوجها معا- حيث يجوز له جمعهما- ثم طلقهما اثنتين فقد استكملت إحداهما الثلاث قطعا، لأن إحداهما كانت زوجة حين طلاق الاولى و قد حصل الاشتباه فتحرمان كما لو اشتبهت الزوجه بالمطلقه إلا بالمحلل، فلو تزوجها ثم طلقها بعد ذلك افتقر الى المحلل أيضا، لأن الأخرى قد استكملت الثلاث و هى مشتبهه إلا على القول بأن التحليل يهدم ما دون الثلاث.

الرابعه: إذا وقع الطلاق من كل منهما لكل من الزوجين قبل الدخول الزم كل منهما بنصف المهر، لأن ذلك مقتضى الطلاق قبل الدخول، فإن تساوى المهران جنسا و قدرا و صفه و تسليمهما فالحكم ظاهر فإن كل واحده منهما تأخذ نصفها.

و إن اختلف الجنس كالذهب و الفضة، أو القدر كمائه و خمسين، أو الوصف كالجيد و الردىء، أو تعذر الاستيفاء من إحداهما لإعساره دون الأخرى، فإما أن يعلم كل من الزوجين ما عليه و ان جهل مستحقه، أو لا، فإن علما و اختلف الجنس أو الوصف خاصه أدى كل واحد منهما نصف ما عليه.

ثم الزوجان إما أن يدعى كل منهما زوجيه إحديهما و استحقاق نصف العين، أو أحدهما أو لا تداعيا شيئا للاشتباه عليهما.

فإن تصادمت دعواهما فى نصف بخصوصه ففيه ثلاثة أوجه: اقتسامه، لانتفاء المرجح و يحلف كل واحد منهما للأخرى. و القرعه، لأنه أمر مشكل. أو الإيقاف حتى يصطلحا، لتعذر الوقوف على مستحقه و لا مخرج سوى الصلح.

لكن مع الاقتسام يجعل النصف الآخر عند الحاكم كسائر الأموال المجهولة الملاك، و لو رجعت إحداها إلى دعوى النصف الآخر لم يبعد سماعها، إذ ليس فيها إلاّ - إكذاب دعواها الأولى، و لأنه لا - يزيد على إكذاب المقر له الإقرار ثم يرجع إلى التصديق، فترد ما أخذته على الأخرى و يسلم إليها النصف الثانى، لانحصاره فيها، فإن الأولى قد دفعته عن نفسها، و إن حكمنا بالقرعه، فمن خرج اسمها استحققت فيتعين للأخرى النصف الآخر.

و إن ادعت كل واحد غير ما ادعته الأخرى دفع إلى كل منهما ما تدعيه، لانحصار الاستحقاق فيهما و انتفاء التنازع بينهما.

و إن ادعت إحداها و سكتت الأخرى دفع إلى المدعيه ما ادعته، لانتفاء المنازع و إمكان صدقها.

و يحتمل فى النصف الآخر دفعه إلى الأخرى، لانحصار الحق فيها و قد نفته المدعيه عن نفسها فانحصر استحقاقه فى الأخرى.

و إن سكتتا معا و لم تدع واحد منهما شيئاً معينا فقد قال الشارح الفاضل ولد المصنف: إنه إما أن يقسم كل نصف بينهما نصفين، أو يقرع بينهما، أو يوقف الحال فى كل نصف حتى تصطلحا (١)، و ليس بجيد، لأن اقتسامهما كلا من النصفين يقتضى إعطاء الحق لغير مستحقه قطعاً، للقطع بأن كل نصف لواحد لا يشار كها فيه الأخرى.

ص: ٣١٢

و ليس هذا مثل قسمه أحد النصفين بينهما عند التداعى لاستوائهما فى المقتضى للاستحقاق و هو التداعى هناك، بخلاف ما هنا، فيكون فيه احتمال القرع و الإيقاف إلى الصلح خاصة.

و مثله فى الفساد قوله: بعد تداعيهما أحد النصفين بعينه و قسمته بينهما فى النصف الآخر، و لو ادعاه اقتسمتا، و ذلك لأن كل نصف لو احده فكيف يمكن قسمته لكل منهما و تسلط من لا يستحق على مال غيره، و فيه فساد آخر و هو أن دعوى واحده نصفاً معيناً إنما يكون إذا ادعت زوجه من وجب عليه ذلك النصف، فكيف تتصور زوجه كل منهما لكل من الزوجين.

و مثله فى الفساد دعوى كل واحده منهما كل واحد من النصفين اقتراحاً، و لو حمل على رجوعهما عن الدعوى الاولى إلى هذه بعد حكم الحاكم فى السماع احتمال، هذا حكم ما إذا اختلفا جنساً أو وصفاً.

فإن اختلفا قدراً و اتحد الجنس دفع كل من الزوجين بقدر نصف المهر الأقل، فيقسم بينهما و يبقى نصف الزيادة يؤخذ ممن وجب عليه.

فإن ادعاه جرت فيه الاحتمالات الثلاثة، و إن ادعته إحداها أو لم تدعه واحده منهما فحكمه معلوم مما سبق، و إن كان الاختلاف بين المهرين باعتبار لزوم التسليم و عدمه أخذ النصف المعجل.

و يجرى فيه ما سبق باعتبار التداعى و عدمه، و يبقى النصف المتخلف إلى حين حصوله تستفاد أحكامه مما سبق.

و إن جهل كل من الزوجين ما عليه بخصوصه، فإن اتحد الجنس و اختلف القدر أخذ من كل منهما بقدر نصف الأقل و بقى النصف الزائد، إن تبرع به أحدهما فلا بحث، و إلا كان حقاً مجهول المحل و المستحق منحصر فى اثنين.

و لو اختلف الجنس أو الوصف فالحكم فى مجموع النصفين مثل ما قلناه آنفا فى الزيادة.

و كذا الحكم لو كان جهه الاختلاف بين المهرين وجوب التسليم و عدمه فقط، فإن المطالبه بأحد الوصفين متعذره إلى حين حضور وقت استحقاق الآخر.

و لو ادعت احدى الزوجتين على أحد الزوجين بأحد الجنسين المختلفين أنها تستحقه عليه، فالذى تقتضيه الأصول عدم الاكتفاء بقوله: لا- اعلم، بل يكلف الجواب على البت، فإن لم يحلف حلفت و استحققت، فإن ادعت الأخرى بعد يمينه للأولى سمعت الدعوى و كلف الجواب الى آخر ما سبق، و إن كان بعد يمينها فقد سبق فى الشفعه فى نظير هذه المسأله فى الفصل الخامس فى التنازع قبل قوله: (و لو اختلف المتبايعان فى الثمن) عدم سماع الدعوى الأخرى، لئلا يلزم الحكم ببطلان القضاء الأول فيجىء مثله ها هنا.

و ينبغى تأمل هذا المبحث خصوصا هذه الأحكام الأخيره، فإنى لم أقف عليها فى كلام أحد. و اعلم أن حكم الميراث إذا مات أحد الزوجين أو الزوجتين أو هما حكم المهر، فمع التداعى اما القسمة أو القرعه أو الإيقاف.

ثم اعلم أن قول المصنف: (و يلزم بنصف المهر) معناه: و يلزم كل واحده منهما بنصف المهر، فيكون الواجب النصفين.

و قوله: (فيقسم بينهما) إن عاد الضمير إلى كل منهما فهو مشكل، لامتناع ادعاء كل من الزوجين لكل من النصفين، و عوده إلى نصف واحد خلاف الظاهر، و مع ذلك فلا بد من التقييد بما إذا اختلف المهران بأحد الأمور السابقه، و تحقيق كل من الزوجين ما عليه، فإطلاق العبارة لا يخلو من شىء.

و يثبت المسمّى فى كل و طء عن عقد صحيح و إن انفسخ بعب سابق على الو طء أو العقد، و مهر المثل فى كل و طء عن عقد باطل فى أصله لا المسمّى.

## فروع

فروع:

### أ: لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما فلا فسح

أ: لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما فلا فسح، لإمكان تجدد شرطه قوله: (و يثبت المسمّى فى كل و طء عن عقد صحيح و إن انفسخ بعب سابق على الو طء أو العقد، و مهر المثل فى كل و طء عن عقد باطل فى أصله لا المسمّى).

وجهه: إن الموجب للمهر المسمّى هو العقد الصحيح على ما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى، و الفسخ لا يرفعه من أصله و إنما يبطله من حين وقوع الفسخ و إن كان بعب سابق على العقد، و قول الشيخ (١) و الشافعى (٢) بوجود مهر المثل ضعيف. أما إذا كان العقد فاسدا فإنما يجب بالو طء فيه مهر المثل دون المسمّى، لأن الفاسد لما لم يترتب عليه أثره كان وجوده كعدمه.

و مع الو طء يجب عوض المثل لمنفعه البضع و ذلك مهر المثل، و قد سبق فى نكاح المماليك قول لجمع من الأصحاب بوجود المسمّى فيما إذا تزوّج الحر أمه بغير اذن مالكها و وطأ قبل الرضى، و قد ذكرنا ما فيه هناك.

و إن انتفى الو طء، فإن كان العقد فاسدا فلا شىء، لانتفاء المقتضى، و إن كان صحيحا و وقعت الفرقة بفسخ فلا شىء أيضا، إلا فى العنة فيجب نصف المهر كما سبق، و كذا إذا طلق قبل الدخول.

قوله: (فروع: أ: لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما فلا فسح،

ص: ٣١٥

١-١) المبسوط ٢٥٣: ٤. [١]

٢-٢) المجموع ٢٧٣: ١٦. [٢]

فى الشىخوخه، و عدم العلم بالعقم من دونه، و جواز استناده إليه. لإمكان تجدد شرطه فى الشىخوخه، و عدم العلم بالعقم من دونه، و جواز استناده إليه).

الشىخوخه مصدر شاخ يشيخ، و ينبغى أن يراد بها الطعن فى السن إلى نهايه العمر، و تحرير البحث أنه إذا شرط الرجل فى عقد النكاح استيلاء المرأه يعنى، كونها بحيث تستولد بمعنى أن لا تكون عقيما، فمضى عليها مده طويله و لم تلد مع انتفاء مانع آخر ظاهر سوى العقم لم يثبت بذلك فسسخ، و إلا لزم ثبوت الخيار مع تحقق انتفاء الشرط، و الثانى باطل بالنص و الإجماع فالمقدم مثله.

بيان الملازمه عدم تحقق العقم بما ذكر، لإمكان تجدد الاستيلاء فى الشىخوخه كما فى قصه إبراهيم و زكريا عليهما السلام و على نبينا الصلاه و السلام و آله، و لانتفاء العلم بالعقم من دون حصول الشىخوخه، لأن كل زمان يتجدد حصوله يرجى فيه حصول الاستيلاء و تجدده قبل تحقق الشرط، و لأن انتفاء استيلاء المرأه قد يكون مستندا إلى الزوج، فلا يكون عدم استيلاها دليلا على عقمها، فهذه دلائل ثلاثه ذكرها المصنف رحمه الله على عدم ثبوت الفسخ فى المسأله المذكوره.

و تنقيح المقام بجعلها دلائل التلازم فى القياس الاستثنائى أولى، و على ما قلناه فىكون الضمير فى قوله: (لإمكان تجدده) عائدا إلى الاستيلاء، و يكون الضمير فى قوله: (من دونه) عائدا إلى الشىخوخه بضرب من التأويل، أى و لعدم العلم بالعقم من دون مضى زمان الشىخوخه.

و يمكن عوده الى العقم، أى و لعدم العلم بالعقم من دون العقم، لأن العلم بحصول شىء فرع حصول ذلك الشىء فى نفسه، لأن العلم يستدعى المطابقه.

و ربما قيل بإمكان عوده الى ما دل عليه إمكان التجدد، أى و عدم العلم بالعقم من دون عدم إمكان التجدد، فىكون هذا و ما قبله دليلا واحدا، تقريره لإمكان تجدد الاستيلاء فيه، و من التكليف و البعد ما لا يخفى.

## ب: كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقده

ب: كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقده، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على اشكال.

نعم لو تزوجها متعه أو دواما على رأى بشرط أنها كتابيه فظهرت مسلمه فلا خيار. و اعلم أن قول المصنف: (لو شرط الاستيلاء فخرجت عقيما) لا يخلو من مسامحه، لأن خروجها عقيما يقتضى انتفاء الشرط فيثبت الخيار، والمراد حصول ما يتوهم منه العقم، و الضمير في (شرطه) يعود الى الاستيلاء أو الى الزوج.

قوله: (ب: كل شرط يشترط في العقد يثبت له الخيار مع فقده، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على اشكال، نعم لو تزوجها متعه أو دواما على رأى بشرط أنها كتابيه فظهرت مسلمه فلا خيار).

لا ريب أن كل ما يشترطه الزوج في عقد النكاح من صفات الكمال، مما لا ينافى مقصود النكاح و لا يخالف الكتاب و لا السنه صحيح، فإذا تبين انتفاؤه و خلوها من الكمال لم يكن النكاح باطلا، لأن فقد الشرط لا يقتضى بطلانه، لكن يثبت للمشروط الخيار، لأن فوات الشرط يقلب العقد اللازم جائزا.

و لو اشترط شيئا من الصفات التي لا تعد كمالا، كما لو شرط كونها قبيحه الصورة أو جاهله بتدبير المنزل، فالمتجه صحه الشرط، لأن الغرض قد يتعلق بذلك.

و ليس فيه منافاه للكتاب و لا للسنه، فلو انتفى الشرط و ظهر الاتصاف بالضد - ففى المثال المذكور ظهر كونها جميله أو عالمه بتدبير المنزل - ففى ثبوت الخيار فى ذلك و أمثاله عند المصنف إشكال ينشأ: من أن ثبوت الخيار وسيله إلى التخلص من النقص و لا - نقص هنا فلا خيار، و من أن فوات الشرط المحكوم بصحته لو لم يثبت به الخيار كان الاشتراط و عدمه سواء، و هو معلوم البطلان.

و تنقيح المقام أن صفه النقص قد يقارنها ما يلحقها بصفه الكمال، و يتعلق بها

الغرض كما يتعلق بصفه الكمال، كما لو كان الرجل مثلاً- كثير الاسفار، و ليس له من يخلفه فى أهله، فرغب فى قبيله المنظر لتكون أبعد عن تطلع الأجانب إليها.

و كذا لو خشى من حذق الزوجه فى أمور المنزل لحوق بعض المتاعب له بطمع بعض المتغلبين، و نحو ذلك.

و ذهب الشارح الفاضل ولد المصنف الى بطلان هذه الشروط، محتجا ببعده النكاح عن قبول الخيار قال: و إنما يصح شرط الحرية و النسب و البكاره، و ما يرى هذه فى الكفاره للنص (١).

و لقائل أن يقول: إن النص لم يرد بثبوت الخيار باشتراط البكاره، فيكون اشتراطه خروجاً عن النص، و مع ذلك فالكتاب و السنه و اردان بصحه الشرط السائغ، الذى لا ينافى مقتضى النكاح، و يلزم منه ثبوت الخيار بفواته، فيكون الخيار حينئذ ثابتاً بالنص، فلا يتم ما ذكره.

و لو سلم فالبعيد عن النكاح اشتراط الخيار، لا- اشتراط ما يقتضى فواته الخيار، فحينئذ القول بثبوت الخيار فى نحو ذلك ليس بذلك البعيد.

و قول المصنف: (نعم لو تزوجها). المراد به أنه إذا تزوج امرأه و شرط كونها كتابيه، و كان النكاح متعه عندنا و دواما على رأى من يجوز نكاح الكتابيه دواما، فظهرت مسلمه، فإن هذا الشرط لا يوجب فواته الخيار، بخلاف غيره من الشروط المتعلقة بصفات النقص، فإن فيها اشكالا عند المصنف، فيكون هذا الشرط مستثنى من عموم الكليه السابقه، فإن لفظ نعم فى مثل هذا التركيب للاستدراك.

و وجهه أن اشتراط صفه الكفر و عدم الرضى بالإسلام ظاهره ترجيح الكفر على الإسلام، و ذلك من الأمور الشنيعه المستهجنه شرعاً، فيناسب كون هذا الشرط

ص: ٣١٨



ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمه فكالحر، فإن فسخ قبل باطلا، و أنفا ذكره و هو كلام وجيه.

و ينبغي أن يكون ما جرى مجراه كذلك، كما لو شرط كونها غير عفيفه نعوذ بالله من ذلك فظهرت عفيفه، لأن هذا الشرط ينافي المروءه.

و عند التحقيق فليس هذا النوع من الشروط بسائغ شرعا، فإن ما خالف الدين و المروءه فهو مخالف للكتاب و السنه.

ثم تنبه لشيء و هو أن تقييد المصنف النكاح إذا شرط كون المنكوحه كتابيه بكونه متعه على رأيه، أو دواما على رأى قوم آخرين، يشعر بأنه لو تزوجها دواما و شرط كونها كتابيه لا يصح النكاح عنده، و به صرح الشيخ فى المبسوط (١).

وجهه أن العقود تابعه للقصد، فإذا عقد على امرأه دواما و قد شرط كونها كتابيه، فقد عقد على من يعتقد بطلان عقدها، فيكون قاصدا إلى عقد يعتقد بطلانه، فيجب أن يكون باطلا.

و يطرد هذا الحكم فيما لو طلق طلاقا يعتقد بطلانه، أو يتردد فيه للتردد فى حصول شرطه، كما لو لم يعلم انتقالها من طهر الى آخر، حيث يشترط ذلك لانتهاء قصده الى عقد صحيح، و القصد معتبر اتفاقا.

و قد حكى المصنف فى التحرير (٢) قول الشيخ فى المبسوط و لم يفت بشيء.

و لقائل أن يقول: إن المقدمه القائله أن القصد الى العقد الفاسد يمنع صحته مسلّمه، لكن لا نسلم أن من تزوج امرأه دواما على أنها كتابيه قاصدا إلى عقد فاسد، لأنه لا يلزم من اشتراط كونها كتابيه اعتقاد كونها كذلك بحسب الواقع، و الأصل فى المكلف فى بلاد الإسلام أن يكون مسلما، و الأصل من الأمور المقطوع بها شرعا.

قوله: (ج: لو تزوج العبد على أنها حرة فظهرت أمه فكالحر، فإن

١-١) المبسوط ٢٥٤: ٤. [١]

٢-٢) التحرير ٣١: ٢. [٢]

الدخول فلا شيء، وبعده المسمى على سيده أو فى كسبه، و يرجع به على المدلس و يكون للمولى.

و لو أعتق قبل الفسخ فالأقرب أن المرجوع به للعبد، فسخ قبل الدخول فلا شيء، وبعده المسمى على سيده أو فى كسبه و يرجع به على المدلس و يكون للمولى، و لو أعتق قبل الفسخ فالأقرب أن الرجوع به للعبد).

أى: لو تزوج عبد امرأه على أنها حرة، إما بأن شرط ذلك فى عقد النكاح، أو سبق الاخبار بحريتها قبله، ثم جرى العقد على ذلك فظهرت أمه، فالحكم هنا كما سبق فيما إذا تزوج الحر على أنها حرة فى ثبوت الخيار فى كل من الصورتين عند المصنف كما اختاره سابقا، و قد حققنا البحث و استوفينا الكلام فيه فلا حاجة الى إعادته.

و ليس لقائل أن يقول: إن المتجه هنا عدم الخيار، لتكافؤ الزوجين فى كون كل منهما رقا، بخلاف الحر، لأن المقتضى للفسخ هو الغرور بالعقد على من شرطت حريتها فظهر خلاف الشرط، أو وصفت بالحرية بحيث جرى العقد على ذلك ثم تبين العدم لا عدم التكافؤ، فيجب ثبوته و هو حق للعبد، و لو ظهر بعضها رقا فكالرقيه جميعا.

إذا تقرر ذلك فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر، و إن فسخ بعده فالمسمى على السيد إن كان النكاح بإذنه أو فى كسبه على ما سبق بيانه فى نكاح الإمام، فإذا حصل الفسخ و غرم السيد المهر يرجع به على المدلس و يكون للمولى لا محاله، لأن العبد لا يملك.

و لو أعتق العبد قبل الفسخ ثم حصل الفسخ بالنسب المذكور فالأقرب عند المصنف أن الرجوع بالمهر فى هذه الحالة على المدلس للمعتق.

و وجه القرب: إن الأصل فى العوض وجوبه على من ملك المعوض، فإن ذلك مقتضى المعاوضه، وإنما يجب على غير المعاوض كما فى المملوك إذا زوجه مولاه فإنه لا يملك شيئاً، فإذا وقع النكاح باذن المولى وجب عليه المهر لئلا يلزم الإضرار بالزوجه.

و كذا إذا زوج الأب ابنه الصغير المعسر، فإذا دفع الأب و المولى المهر كان دفعه عن الابن و العبد، لأنه و إن وجب عليهما إلا أن الوجوب بالتحمل للعارض، فإذا طلق الابن بعد بلوغه رجع نصف المهر إليه، لأن دفعه عنه فى قوه الهبه له و سيأتى تحقيقه إن شاء الله تعالى.

و كذا القول فى العبد إذا طلق بعد عتقه فإنه يستحق نصف المهر، و لأن المهر قد خرج عن ملك المولى بدفعه إلى الزوجه و ملكته، فإذا اقتضى الفسخ ملكه كان ملكاً مبتدأ ناشئاً عن إخراج المعوض عن الملك فيكون للمعتق، لأنه فى مقابله، و لأن وجوبه بسبب فسخ النكاح و هو متعلق بالمعتق، و لا تعلق للمولى به فيكون له كسائر ما يكتسبه بعد الحره، لأن المانع من ملكيته - و هو رقه - منتف.

و يحتمل عوده الى المولى، لأن المقتضى لوجوبه - و هو العقد - وقع متزلزلاً - فيكون وجوبه متزلزلاً، فإذا حصل الفسخ عاد الى المولى، لعدم انقطاع علاقته به.

و فيه ضعف، لأن وجوبه ثبت و استقر بالدخول و انقطعت علاقته المولى عنه، و تزلزل العقد لا يقتضى تزلزله، لأن الواجب بالفسخ غيره.

و قد يوجه الاحتمال بأن المهر لم يدخل فى ملك العبد بحال حين دفعه المولى، لأنه لا يملك فلا يعود إليه.

و فيه نظر، لأن وجوبه على المولى بالتحمل عن العبد فله به علاقته، و عدم ملكه إياه لوجود المانع و هو الرقيه لا يمنع ملكه إياه بسبب الفسخ الذى هو حقه بعد زوال المانع، و من هذا يظهر أن ما قر به المصنف قريب.

ثم إن كان الغار الوكيل رجوع بالجميع، وإن كانت هي فكذلك تتبع به، لأنه ليس برجوع في المهر، لأن المهر استحققه السيد و رجوعه يكون في ذمتها.

و لو حصل منهما رجوع بنصفه على الوكيل حالا، و نصفه عليها تتبع به. قوله: (ثم إن كان الغار الوكيل رجوع بالجميع، وإن كانت هي فكذلك يتبع به، لأنه ليس برجوع في المهر، لأن المهر استحققه السيد و رجوعه يكون في ذمتها، و لو حصل منهما رجوع بنصفه على الوكيل حالا و نصفه عليها يتبع به).

بعد تحقق ما سبق ينظر في الغار في كل موضع يحصل الفسخ، فإما أن تكون الأمة، أو وكيلها، أو سيدها.

فإن كان الوكيل رجوع عليه بالجميع، عملاً بمقتضى التغيرير. وكذا إن كانت هي، لأن الرجوع عليها ليس رجوعاً بالمهر الذي حقه أن يدفع إلى الزوج، لأن المهر استحققه السيد حتى لو كانت عينه باقية لم تسترد، وإنما هو رجوع بعوض المهر الذي أوجبه التأسيس فلا يسقط عنها منه شيء ولا يطلب منها في الحال، لأن ما بيدها للمولى، بل يتبع به إذا أعتقت و أسرت.

و لو كان التغيرير بفعلها أو فعل الوكيل فالغرم عليها، إلا أنه يرجع على الوكيل بالنصف في الحال إن شاء، و أما هي فإنما يرجع عليها بالنصف الآخر إذا أعتقت و أسرت.

و لا يخفى أن لفظه: (حالا) في عبارته الكتاب ينبغي أن تكون مخففه، لأنها في مقابل الرجوع على الأمة في مستقبل الزمان إذا أعتقت.

و بقى قسم ثالث، و هو ما إذا كان الغار هو السيد و لم يلزم من تغيره عتق الأمة، فإن الرجوع عليه بالمهر إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهراً على أقرب القولين.

و لو أولد كان الولد رقا لمولاه إن كان المدلس سيدها، أو أذن لها مطلقا، أو فى التزويج به أو بأى عبد. و لو لم يكن قد دفع إليه وقع التقاص فيما عدا الأقل المذكور فإنه متحتم اللزوم و لو لزم تغريبه عتقها فلا فسخ.

قوله: (و لو أولد كان الولد رقا لمولاه إن كان المدلس سيدها، أو اذن لها مطلقا، أو فى التزويج به، أو بأى عبد).

أى: لو أولد العبد المذكور الأمه التى اشترطت حربتها، فإما أن يكون النكاح باذن مولاه، أما لكونه هو الذى دلّسها، أو لأنه اذن لها فى التزويج مطلقا، بحيث يتناول تزويجها بعبد أو حر، فيكون تزويجها بهذا العبد داخلا فى إطلاق اللفظ.

أو لأنه اذن لها فى التزويج بهذا العبد بخصوصه أو بأى عبد كان. أو لا يكون بإذنه أصلا، فإن كان باذن مولاه فالولد لمولى العبد، لأن الولد الحاصل بنكاح المماليك لمن لم يأذن من الموليين إذا اذن الآخر، و إن إذنا أو لم يأذن واحد منهما فالولد لهما معا.

و ها هنا كلامان:

أحدهما: إن قضيه كلام المصنف أن نكاح العبد كان باذن المولى، و لو لا ذلك لم يجب المسمى على السيد أو فى كسب العبد و لم يكن لفسخ النكاح موقع، لأنه حينئذ يكون فاسدا، و على هذا فكيف يستقيم قوله: (إن الولد رق لمولى الزوج).

الثانى: ذهب الشيخ فى المبسوط إلى أن الولد فى الصورة المذكوره حر محتجا بأن العبد إنما دخل فى العقد على ذلك، لأن المفروض أنه تزوجها على انها حرة، و ولد الحرة حر و إن كان الزوج رقيقا، و أوجب عليه قيمة الولد يوم سقوطه حيا لمولى الأمه.

و حكى أن فى محل وجوبها ثلاثه أقوال: أحدها فى كسبه، و الثانى فى رقبته، و الثالث فى ذمته (١).

ص: ٣٢٣

د:لو غرته المكاتبه، فإن اختار الإمساك فلها المهر، وإن اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول، وبعده إن كان قد دفعه رجع بجميعة أو به، إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرا، وإن لم يدفع فلا شيء أو يجب الأقل. قال المصنف في التحرير: وهذه الأقوال للجمهور، وقد حكى المصنف في التحرير قول الشيخ (1) ولم يصرح باختيار شيء، وكلامه و كلام المصنف هنا محل النظر و التأمل، و اعلم أن حكم المدبره و أم الولد حكم القنه.

قوله: (لو غرته المكاتبه: فإن اختار الإمساك فلها المهر، وإن اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول، وبعده إن كان قد دفعه رجع به أو بجميعة، إلا أقل ما يمكن أن يكون مهرا، وإن لم يدفعه فلا شيء أو يجب الأقل).

أما وجوب المهر مع اختيار الإمساك، فلأنه قد رضى بالنكاح حينئذ فيجب المسمى، وإن اختار الفسخ و قد دخل و دفع المهر رجع عليها به لتدليسها. و على القول الآخر يستثنى لها أقل ما يمكن أن يكون مهرا، لأن الوطاء المحترم يجب أن لا يخلو عن عوض، و قد تقدم الكلام عليهما مستوفى.

و مع عدم الدفع فهل يجب دفع الأقل أم لا يجب شيء أصلا؟ فيه القولان، و إنما أفرد المكاتبه، لأنها كالحرة في ذلك، فإن المهر حق لها كالحرة، لانقطاع سلطنه المولى عنها مع كونها رقيقه، بخلاف القنه و من جرها، لأن المهر في نكاحهن للمولى لا لهن، فإذا اقتضى التغرير الرجوع عليهن رجع بجميع المهر، إلا أن مقتضى التغرير الرجوع على السيد، فإنه يرجع عليه بما عدا الأقل على الخلاف، و الأمر في المكاتبه كالحرة و إليه الإشارة بقوله: (و لو غره الوكيل رجع عليه بالجميع).

فإن الوكيل صادق على السيد. لأنه لا يجوز له تزويجها إلا بإذنها. و اعلم أن الضمير في قوله في أول البحث: (لو غرته المكاتبه) يرجع الى ما دل عليه سوق

و لو غرّه الوكيل رجع عليه بالجميع. و لو أتت بولد فهو حر، لأنه دخل على ذلك و يغرم قيمته، و يتبع فى الاستحقاق أرش الجنايه على ولد المكاتبه. الكلام، و هو المتزوج بها، و يظهر منه أن الزوج حر، فإن المفهوم من قوله: (إن كان قد دفعه رجع بجميعة) ذلك، و كذا ما بعده.

قوله: (و لو أتت بولد فهو حر، لأنه دخل على ذلك و يغرم قيمته، و يتبع فى الاستحقاق أرش الجنايه على ولد المكاتب).

أى: لو أتت المكاتبه المتزوجه بحر على أنها حره بولد فالولد حر، لأن الزوج دخل فى العقد على ذلك، لأنه وقع على أنها حره، و لأنه لو وطأ أمه الغير ظنا على أنها أمته أو زوجته الحره كان الولد حرا فهنا أولى، لانتفاء الشرط ثم و ثبوته هنا، لكنه يغرم قيمته، لأنها رقيقه فى الواقع، فيكون باستيلاده إياها قد فوته على المولى.

و لا- فرق فى ذلك بين أن يتخير العقد أو الفسخ، و يرجع بها على الغار، لأنه لم يدخل على ضمانها، بخلاف المهر فإنه إذا لم يفسخ النكاح لم يرجع به، لأنه دخل على ضمانه عوضا لمنافع البضع، و فى مستحق هذه القيمه خلاف مبنى على أن المستحق لأرش الجنايات على ولد المكاتبه هل هو السيد أو الأم.

فإن قلنا السيد فالقيمه هنا له، فإن كان الغار الوكيل رجع عليه الزوج بكمالها، و إن كانت هى رجع عليها بما فى يدها، لأنه كالدين عليها.

و إن قلنا الام فكذا هنا، فإن كان الغار الوكيل رجع عليه بجميعة، و إن كانت هى وقع التقاص.

و اعلم أن الضمير فى قول المصنف: (و يتبع فى الاستحقاق). يرجع الى القيمه، و معناه أن القيمه تتبع أرش الجنايه فى استحقاق المستحق، فمن ثبت كونه المستحق للأرش فى الجنايه فهو المستحق هنا بغير تفاوت.

و لو ضربها أجنبي فألقتة لزمه ديه جنين حر لأبيه، فإن كان هو الضارب فلأقرب إليه دونه، وإلا فلإمام، و على المغرور للسيد عشر قيمه أمه إن قلنا إن الأرش له. قوله: (و لو ضربها أجنبي فألقتة لزمه ديه جنين حر لأبيه، فإن كان هو الضارب فلأقرب إليه دونه، وإلا فلإمام، و على المغرور للسيد عشر قيمه أمه إن قلنا إن الأرش له).

ما سبق حكم ما إذا خرج الولد حيا، أما إذا ألقته ميتا، فإن كان بغير جنايه جان فلا شيء على الزوج، لأنه لا قيمة للميت، نعم لو نقصت لزمه أرش نقصها.

و إن كان بجنايه جان، فإن كان الجاني أجنبيا لزمه مع الكفاره ديه جنين حر، لانعقاده حرا، و سيأتي بيانها فى الديات إن شاء تعالى.

و يستحقها أبو الجنين و هو المغرور دون الأم، لأنها مكاتبه فلا ترث، و حينئذ فيضمن ديه جنين أمه و هى عشر قيمه الأم للسيد أو المكاتبه على اختلاف القولين، و ذلك لأن الجنين فى هذه الحاله انفصل مضمونا للمغرور فيضمنه، لأنه يقوم له فيقوم عليه، كما أن العبد الجاني إذا قتل تعلق حق المجنى عليه بقيمته، و لو مات لم يكن على السيد شيء (١) فى قول، لأن المغرور لا يضمن، لأنه لا قيمة للميت، و اختاره الشيخ فى المبسوط (٢)، و المصنف فى التحرير (٣).

إذا تقرر ذلك فعشر قيمه الأم لا يخلو: إما أن يكون بقدر ديه جنين الحر، أو أنقص. فإن كان بقدرها أو أنقص فلا بحث فى كونه هو الواجب، و إن كان أكثر فوجهان:

ص: ٣٢٤

١- ١) فى نسخه «ض»: لم يكن عليه شيء.

٢- ٢) المبسوط ٢٥٧: ٤. [١]

٣- ٣) التحرير ٣٠: ٢. [٢]



## هـ- لا يرجع بالغرامه على الغار إلا بعد أن يغرم القيمه

هـ- لا- يرجع بالغرامه على الغار إلا- بعد أن يغرم القيمه أو المهر أحدهما: و هو الظاهر من عبارته المصنف حيث أطلق وجوب العشر، لأنه لو انفصل رقيقا بالجنايه لوجب على الجاني عشر قيمه الأم، فإذا فوت ذلك غرمه لمستحقه من السيد و الام، كما أنه يستحق قيمته عند انفصاليه حيا و إن زادت على الديه.

و الثاني: إنه ليس له إلا قدر ديه الجنين الحر، لأن سبب غرامه الميت هو الجنايه الموجهه لديه جنين الحر، فلا يزيد الفرع على أصله فيكون الواجب أقل الأمرين.

و هذا بناء على إمكان زياده ديه جنين الأمه على جنين الحره أو وجوب العشر، و تحقيقه في بابها هذا إذا كان الجاني أجنبيا، فإن كان هو المغرور لزمه ديه جنين حر و لا- يرثها، لأنه قاتل بل يكون لمن يليه في الاستحقاق و هو الأقرب إليه، فإن لم يكن غيره فهي للإمام عليه السلام و عليه عشر القيمه كما أطلقه المصنف، أو أقل الأمرين منه و من ديه جنين الحر على ما سبق.

و على ما اختاره الشيخ في المبسوط (1) و المصنف في التحرير (2) من عدم وجوب شيء سوى ديه الجنين الحر لا- يجب العشر، فإن أوجبناه فهو للسيد إن قلنا أرش الجنايه على ولد المكاتبه للسيد، و الى ذلك أشار المصنف بقوله: (و على المغرور للسيد عشر قيمه أمه ان قلنا إن الأرش له).

و مراده بذلك وجوب العشر في الصورتين المذكورتين، و هما إلقاء الجنين بضرب الأجنبي لها، و إلقاءه بضرب الزوج، و سكت عما إذا لم نقل بأن الأرش للسيد استغناء بقوله فيما تقدم: (و يتبع في الاستحقاق أرش الجنايه على ولد المكاتبه).

قوله: (لا يرجع بالغرامه على الغار إلا بعد أن يغرم القيمه أو المهر

ص: ٣٢٧

١- ١) المبسوط ٢٥٧: ٤.

٢- ٢) التحرير ٣٠: ٢. [١]

للسيد، لأنه إنما يرجع بما غرمه. للسيد، لأنه إنما يرجع بما غرمه).

و كذا لو رجع الشاهدان بإتلاف مال أو جنايه بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما إلا بعد الغرم.

و كذا الضامن يرجع بعد الدفع، و للمغرور مطالبه الغار بالتخليص من مطالبه المرأه أو السيد، كما أن الضامن يطالب المضمون عليه بالتخليص.

هنا أحكام ذكر بعضها استطرادا:

الأول: لا يرجع المغرور على الغار بالغرامه اللازمه له فى هذا الباب جميعه إلا بعد أن يغرمها، فلا يرجع بالمهر على المدلس و لا بقيمه الولد حيث يجبان، و كذا النفقه إن جوزنا الرجوع بها إلا إذا دفع ذلك إلى مستحقه، لأن سبب الرجوع هو الغرم مع الغرور و لا يتقدم المسبب على السبب، و بجواز سقوطه عنه بإبراء و نحوه.

و يمكن أن يكون هذا الحكم متعلقا بمسأله المكاتبه لاتصالها بها، و لأن قيمه الولد المذكوره فى هذه المسأله و حكم باقى مسائل الباب يستفاد بالملامحه.

الثانى: لو شهد الشاهدان على إنسان بإتلافه مالا لآخر، أو بصدور جنايه منه عليه، فحكم الحاكم بذلك لعدالتهماعنده، ثم رجعا عن الشهاده بعد الحكم، فعليهما الغرم، لكن إنما يطالبهما المحكوم عليه بعد أن يغرم على ما سبق.

الثالث: قد سبق أن الضمان ناقل للدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، فإنه إذا كان الضمان باذن المضمون عنه استحق الضامن الرجوع عليه، لكن إنما يرجع عليه بعد دفع الدين.

و كذا الحكم إذا ظهر استحقاق المبيع بما غرم المشتري الجاهل عوض المنافع التى استوفاهها، فإنه يرجع بها على البائع، و رجوعه إنما يكون بعد غرمه. و قول

و كذا لو رجع الشاهدان بإتلاف مال أو جنايه بعد الحكم لم يرجع المحكوم عليه عليهما إلا بعد الغرم، وكذا الضامن يرجع بعد الدفع.

و للمغرور مطالبه الغار بالتخليص من مطالبه المرأه أو السيد، كما أن الضامن يطالب المضمون عنه بالتخليص.

و: لو انتسب إلى قبيله فبان من غيرها، أعلى أو أدون، فالأقرب أنه المصنف: (و للمغرور مطالبه الغار بالتخليص من مطالبه المرأه أو السيد.) معناه أن المغرور و إن كان لا- يرجع بما يوجب التغيرير من الغرم حتى يغرم، لكن له مطالبه الغار بالتخليص من مطالبه المرأه بالمهر، حيث تكون حره أو مكاتبه، أو مطالبه السيد إذا كانت أمه.

و ذلك كما يطالب الضامن المضمون عنه بالتخليص حيث يكون الضمان بإذنه، فإنه و إن لم يكن له عليه رجوع بالمال المضمون إلا بعد أدائه، لكن له هذا القدر من الارتفاق، و هو مطالبته بالتخليص منه، لأنَّ إبراء ذمته من المطالبه و قطع السلطنه عنه غرض مطلوب.

و الظاهر أن مراده التنبيه على استحقاق المغرور مطالبه الغار بالتخليص في المسائل الثلاث التي ذكرها، إلا أنه لم يذكر سوى مطالبه المرأه و السيد، و كأنه أخرج ذلك مخرج المثال.

و اعلم أن المصنف ذكر في الضمان أنه ليس للضامن مطالبه المضمون عنه بالتخليص قبل المطالبه، و ذكر في استحقاق مطالبته إذا طوب و لما يغرم اشكالاً، و هنا أطلق استحقاقه المطالبه بالتخليص، و لا يستقيم الإطلاق بل ينزل على ما إذا طوب، فيكون رجوعاً عن الإشكال الذي ذكره في الضمان الى الجزم.

قوله: (لو انتسب إلى قبيله فبان من غيرها أعلى أو أدون فالأقرب

لا فسخ، وكذا المرأة.

نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسبا فظهر من غيره، كان له الفسخ، لمخالفه الشرط، وكذا لو شرط بياضا أو سوادا أو جمالا. انه لا فسخ، وكذا المرأة. نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسبا فظهر من غيره كان له الفسخ لمخالفه الشرط، وكذا لو شرط بياضا أو سوادا أو جمالا).

إذا انتسب الرجل إلى قبيله فعقد له النكاح، ثم ظهر أنه ليس منها، سواء كان أعلى أو أدون، فإما أن يشترط مع ذلك كونه من القبيله في عقد النكاح أو لا، فهنا مبحثان:

الأول: أن لا يشترط ذلك في العقد، وفي حكمه أقوال للأصحاب:

أ: انه يبطل بذلك النكاح، اختاره الشيخ في النهاية (١)، وابن الجنيد (٢)، وابن حمزه (٣)، وجعله ابن البراج في كتابيه روايه (٤).

و سيأتي أن الروايه لا- تدل على البطلان و انما تدل على ثبوت الفسخ، ولعل ذلك مرادهم. وكلام المصنف في المختلف (٥) يدل على ذلك حيث حكى عن المبسوط مثل ما حكاه عن ابن البراج، فإنه في المبسوط حكى القول بالخيار ثم قال: وقد روى ذلك في أخبارنا (٦).

ص: ٣٣٠

١-١) النهاية: ٤٨٩.

٢-٢) المختلف: ٥٥٥.

٣-٣) الوسيله: ٣٦٧. [١]

٤-٤) المهدب ٢: ٢٣٩.

٥-٥) المختلف: ٥٥٥.

٦-٦) المبسوط ٤: ١٨٩. [٢]

ب: عدم البطلان و الخيار، اختاره فى المبسوط (١)، و كذا ابن إدريس (٢)، و المصنف هنا، و هو الأصح، لأن الخيار على خلاف الأصل، فيجب التمسك بلزوم النكاح.

فإن قيل: قد روى الحلبى فى الصحيح عن الصادق عليه السلام، قال فى رجل يتزوج المرأة فيقول: أنا من بنى فلان فلا يكون كذلك، قال: «يفسخ النكاح أو قال ترد» (٣) كان الشك من السائل.

وجه الاستدلال بها: أنه حكم بثبوت الفسخ لأجل مخالفته القول المذكور، و ذلك ينافى المدعى.

قلنا: لا دلالة فيه، لأن الظاهر من قوله: فيقول الى آخره انه تفصيل لقوله:

يتزوج، على حد قول القائل: توطأ فغسل وجهه و ذراعيه إلى آخره، و قوله: صلى فحرم و قرأ إلى آخره، فيكون الظاهر منه وقوع هذا اللفظ فى العقد و ذلك غير محل النزاع.

ج: ثبوت الخيار إن بان أدنى من المرأة بحيث لا يلائم شرفها، اختاره المصنف فى المختلف، و احتج عليه بلزوم الضرر الحاصل من الغضاضه و النقص و بالروايه المتقدمه (٤).

فأما الروايه فقد بينا ما فيها، و أما الضرر فلا نسلم بلوغه مرتبه يقتضى ثبوت الخيار، على أنها بتفريطها فى استعمال الحال و تعويلها على مجرد إخباره معرضه نفسها لهذا الضرر، فكيف تسلط على فسخ النكاح بذلك البحث.

الثانى: أن يشترط ذلك فى العقد، و حينئذ يثبت الفسخ بظهور الخلاف، صرح

ص: ٣٣١

١- ١) المبسوط ١٨٩: ٤.

٢- ٢) السرائر: ٣٠٨.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٤٣٢ حديث ١٧٢٤.

٤- ٤) المختلف: ٥٥٥.

به المصنف و ابن إدريس (١)، و حكي الشارح الفاضل ولد المصنف فيه الإجماع (٢)، و قد بيّنا دلالة الروايه عليه.

إذا عرفت ذلك فهل حكم المرأة حكم الرجل في هذا كله؟ صرح المصنف هنا باستوائهما في ذلك، و حكاها في المختلف عن ابن الجنيد (٣) و ابن حمزه (٤)، و هو واضح.

و أما الشرط فظاهر، لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (٥) و أما مع العدم، فلا تفتاء المقتضى.

و كذا الحكم فيما لو شرط أحدهما على الآخر بياضا أو سوادا فظهر ضده.

و كذا الحكم فيما لو شرط أحدهما على الآخر جمالا فظهر الخلاف، فإن المشتراط يتسلط على الفسخ بذلك، صرح المصنف بذلك، و نص عليه ابن إدريس (٦)، إلا أن المصنف ذكر سابقا اشكالا لو ظهر خلاف الوصف و كانت أعلى، و كلامه هنا مطلق فيحتمل أنه اعتمد على التفصيل السابق فأطلق هنا.

و يحتمل أن يكون رجوعا عن الإشكال إلى الجزم بثبوت الخيار.

و الظاهر أن اشتراط الصنعه كاشتراط القبيله وفاقا لابن الجنيد (٧)، و تقريبه ما سبق.

ص: ٣٣٢

١-١) السرائر: ٣٠٩.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١٩٢: ٣.

٣-٣) المختلف: ٥٥٥.

٤-٤) الوسيله: ٣٦٧.

٥-٥) التهذيب ٣٧١: ٧ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

٦-٦) السرائر: ٣٠٩.

٧-٧) المختلف: ٥٥٥.

المقصد الثاني: في المهر، وفيه فصول:

**الأول: في الصحيح**

الأول: في الصحيح: وهو كل مملوك يصح نقله عينا كان أو منفعه، وإن كانت منفعه حر كتعليم صنعه، أو سوره، أو عمل محلل، أو إجاره الزوج نفسه مده معينه على رأى، سواء كانت معينه أو مضمونه. قوله: (المقصد الثاني: في المهر وفيه فصول:

الأول: في الصحيح: وهو كل مملوك يصح نقله عينا كان أو منفعه وإن كانت منفعه حر كتعليم صنعه أو سوره أو عمل محلل أو إجاره الزوج مده معينه على رأى، سواء كانت معينه أو مضمونه).

المقصد الثاني من توابع النكاح في المهر، وإنما كان المهر من التوابع، لأنه ليس ركنا في العقد، ولهذا يجوز إخلاؤه منه بل اشتراط عدمه.

و لها أسماء منها الصدقه، قال الله تعالى وَ آتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً (١).

و منها الأجر، قال تعالى فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٢).

و منها العليقه، روى أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله قَالَ: «أدوا العلائق» قيل: و ما العلائق؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون» (٣).

و منها العقر، و منها النحله، و الحياء، و الفريضة، و الصداق، يقال: أصدقتها و مهرتها، و يقال: أمهرتها أيضا.

و المهر و إن لم يكن ركنا في النكاح إلاّ- أن الواجب تسميته مهرا، لثلا يشبه نكاح الواهبه نفسها للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله، و ليكون ادفع للخصومه و المنازعه.

و ليس للصداق مقدّر، بل كل ما يتموّل يجوز جعله صداقا، و بعض العامه قدره بنصاب

ص: ٣٣٣

[١] - (١) النساء: ٤. [١]

[٢] - (٢) النساء: ٢٤. [٢]

[٣] - (٣) سنن البيهقي ٧: ٢٣٩، عوالي اللثالي ١: ٢٢٩، حديث ١٢٤. [٣]

و قد ضبطه المصنف بأنه: (كل مملوك يصح نقله، عينا كان أو منفعه).

و احتزب (المملوك) عما لا- يملك أصلا، و عما هو مملوك للغير. و بما يصح نقله عن الوقف و ما جرى مجراه، و لا بدّ من تقييده بكونه بحيث يعد مالا فى العاده، فحبه الحنطه و نحوها مملوك يصح نقله و لا يجوز جعله مهرا، لكونه لا يعد مالا.

و لا- فرق فى ذلك بين العين و المنفعه، لأنها مال، حتى منافع الحر كتعليم صنعه محلله، أو سوره من القرآن، و ما دونها مما يقع عليه الإجاره، أو غيره من الحكم و الآداب و الشعر، أو عمل مقصود محلل، أو إجاره الزوج نفسه مدته معينه، سواء تشخص زمانها أم لا.

و لا خلاف فى ذلك كله، سوى العقد على منفعه الزوج، فإن الشيخ رحمه الله فى النهايه منع من العقد على المرأه على عمل من الزوج لها أو لوليها (٢)، و تبعه ابن البراج فى الكامل (٣)، و هو الظاهر من كلام ابن حمزه (٤).

و ذهب الشيخ فى المبسوط (٥) و الخلاف (٦)، و المفيد (٧)، و ابن الجنيد (٨)، و سلالر (٩)،

---

١- ١) قاله أبو حنيفه، انظر: المغنى لابن قدامه ٨:٥، الشرح الكبير ٨:٥. [١]

٢- ٢) النهايه: ٤٦٩. [٢]

٣- ٣) ذكره فى المهدب ٢:٢٠١.

٤- ٤) الوسيله: ٣٤٧. [٣]

٥- ٥) المبسوط ٤:٢٧٣.

٦- ٦) الخلاف ٢:٣ مسأله ٣ كتاب الصداق.

٧- ٧) المقنعه: ٧٨.

٨- ٨) المختلف: ٥٤٢.

٩- ٩) المراسم: ١٥٢.



و ابن إدريس (١)، و المحقق نجم الدين (٢)، و أكثر الأصحاب إلى الجواز، و اختاره المصنف و هو الأصح.

لنا: إن الأصل الجواز، و لأن المقتضى للصحة - و هو كونها منفعه مقصوده محلله - موجود، و المانع منتف إذ ليس إلا كونها منفعه الزوج و هو غير صالح للمانع.

و ما تضمنته روايه سهل بن سعد الساعدي في التي وهبت نفسها للنبي صَلَّى الله عليه و آله من تزويجه إياها بما معه من القرآن (٣).

وجه الاستدلال بها: انه جعل القرآن الذي معه صداقا لها، و هو غير ممكن، فالظاهر أنه جعل الصداق تعليمها إياه.

و ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: جاءت امرأه إلى النبي صَلَّى الله عليه و آله فقالت: زوجني، فقال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: «من لهذه»، فقام رجل: أنا يا رسول الله زوجنيها، فقال: «ما تعطيها؟»، فقال: مالي شيء، فقال: لا، فأعادت فأعاد رسول الله صَلَّى الله عليه و آله فلم يقم أحد غير الرجل، هكذا ثلاثا، فقال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله في المره الثالثه: «أ تحسن شيئا من القرآن؟» فقال: نعم، فقال: «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن تعلمها إياه» (٤).

و هذا نص في الباب، و عمومات الكتاب و السنه يتناول ذلك.

احتج الشيخ بأن ذلك ربما أفضى إلى عراء البضع عن العوض بموته أو عجزه، و ذلك باطل. و بما رواه احمد بن محمد في القوي عن ابي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة و يشترط اجاره شهرين، فقال: «إن موسى عليه

ص: ٣٣٥

١- (١) السرائر: ٣٠١.

٢- (٢) السرائر: ٣٢٤.

٣- (٣) سنن البيهقي ٧: ٢٣٦، سنن الدارقطني ٣: ٢٤٧، سنن ابن داود ٢: ٢٣٦، حديث ٢١١١.

٤- (٤) الكافي ٥: ٣٨٠، حديث ٥، [١] التهذيب ٧: ٣٥٤، حديث ١٤٤٤.

و لو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، فإن أسلم أحدهما بعد السلام قد علم انه سيتم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم انه سيقى حتى يفي، و قد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله يتزوج المرأه على السوره من القرآن و على القبضه من الحنطه» (١).

و الجواب بعد تسليم السند أن هذا لازم في كل مهر شخصي، و الجواب في الكل واحد.

و أجاب ابن إدريس بأن شعيبا استأجر موسى عليه السلام ليرعى له لا لابنته، و قد كان هذا جائزا في شرعهم و ليس بجائز في شرعنا، و المتنازع فيه هنا هو إجاره الزوج نفسه لها فليس من ذلك في شيء (٢).

و لقائل أن يقول: إن الظاهر من الروايه أن المانع من الصحه هو عدم العلم ببقائه.

و كيف كان فالمشهور هو المذهب، ثم ارجع الى عبارته الكتاب و اعلم أنه أراد بالعين ما قابل المنفعه، سواء كانت متعينه أو مضمونه في الذمه.

و لا- ريب أنه يشترط في جعل تعليم الصنعه مهرا كونها محلله و ليس جواز صداق تعليم القرآن مقصورا على السوره و إن لم يذكر غيرها. نعم يشترط أن لا- يكون لقلته بحيث لا- يقابل بأجره. و أراد بإجاره الزوج نفسه ضربا من المجاز، و هو العمل الذي شأنه أن يستأجر عليه، و كما تضبط المنفعه بالمده كذا تضبط بالتعيين كبناء جدار و نحوه.

قوله: (و لو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، فإن أسلم أحدهما

ص: ٣٣٦

١- ١) الكافي ٥: ٤١٤ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٣٦٦ حديث ١٤٨٣.

٢- ٢) السرائر: ٣٠٠.

الدفع برىء الزوج، وقبله تجب قيمه عند مستحيله، سواء كان معينا أو مضمونا. و لا يتقدر المهر قله و كثره على رأى، ما لم يقصر عن التقويم كحبه بعد الدفع برىء الزوج، و قيل تجب قيمه عند مستحيله سواء كان معينا أو مضمونا).

إذا عقد الذميان و من جرى مجراهما على ما لا يصح تملكه للمسلم كالخمر و الخنزير صح فيما بينهم، فإن أسلم أحد الزوجين بعد دفع المهر المعقود عليه فلا شىء عليه للزوجه، لأن الزوج قد برىء بما دفعه قبل الإسلام، و فى قول لبعض العامة أن لها مهر المثل، لفساد ذلك القبض (١).

و لا فرق فى ذلك بين كون المسلم هو الزوج أو الزوجه، لأن المسلم لا يجوز له دفع الخمر دينا و لا قبوله كذلك، و إن كان إسلامه قبل الدفع لم يجز دفع المعقود عليه، ثم ما الذى يجب؟ الأصح أنه تجب قيمه عند مستحيله، و يحتمل وجوب مهر المثل، و يحتمل وجوب المتعه بالطلاق قبل الدخول، و قد سبق تحقيق ذلك فى نكاح الكفر.

و لا فرق فى ذلك بين كون المهر المحرم معينا أو دينا مضمونا فى الذمه.

و ذهب بعض العامة إلى أنه لا شىء لها، لأنها رضيت بالخمر فيدأ عليه حكم رضاها، و قد تعذر القبض بالإسلام فسقطت المطالبه (٢).

و ذهب بعض إلى أن المسمى إن كان معينا و هو محرم لم يستحق غيره و لا رجوع إلى مهر المثل (٣).

قوله: (و لا يتقدر المهر قله و كثره على رأى ما لم يقصر عن التقويم

ص: ٣٣٧

١ - ١) انظر المنتقى ٣: ٢٨٨.

٢ - ٢) انظر: المجموع ٣: ٣٣٢، ١٦، المنتقى ٣: ٢٨٨.

٣ - ٣) انظر: المنتقى ٣: ٢٨٨.

حنطه. كحبه حنطه).

لا خلاف عند أصحابنا في أن المهر لا يتقدر قلبه إلا بأقل ما يملك، و أما الكثرة فالمشهور بين الأصحاب عدم تقديرها، فيصح العقد على ما شاء من غير تقدير ذهب إليه الشيخان (١)، و ابن أبي عقيل (٢)، و سلار (٣)، و أبو الصلاح (٤)، و ابن البراج (٥)، و ابن إدريس (٦)، و عامه المتأخرين (٧)، و هو الأصح.

قال المرتضى: انه لا يجوز تجاوز مهر السنه خمسمائه درهم جياذ قيمتها خمسون ديناراً، فمن زاد على ذلك رد إلى السنه (٨)، و هو ظاهر كلام ابن الجنيد (٩) و ابن بابويه في الفقيه (١٠).

لنا قوله تعالى وَ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا (١١) و القنطار:

المال العظيم من قنطرت الشيء إذا رفعته و منه القنطره.

و في القاموس: القنطار بالكسر وزن أربعين أوقيه من ذهب أو فضه و الف دينار، أو ألف و مائتا أوقيه، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائه رطل من ذهب أو فضه، أو ألف دينار أو ملء مسك ثور ذهباً أو فضه (١٢).

ص: ٣٣٨

١- (١) المقنعه: ٧٨، المبسوط ٢٧٢: ٤.

٢- (٢) المختلف: ٥٤١.

٣- (٣) المراسم: ١٥٢.

٤- (٤) الكافي في الفقه: ٢٩٣. [١]

٥- (٥) المهدب: ١٩٨: ٢.

٦- (٦) السرائر: ٣٠٠.

٧- (٧) منهم المحقق في الشرائع ٣٠٥: ٢، و الشهيد في اللمعه: ١٩٥. [٢]

٨- (٨) الانتصار: ١٢٤.

٩- (٩) المختلف: ٥٤١.

١٠- (١٠) الفقيه ٢٥٣: ٣.

١١- (١١) النساء: ٢٠. [٣]

١٢- (١٢) القاموس المحيط ١٢٢: ٢. [٤]

و عموم قوله تعالى فَنُصِفُ مَا فَرَضْتُمْ (١).

و كذا قوله تعالى وَ آتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً (٢).

و قوله تعالى فَأَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٣).

و صحيحه الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: «لو أن رجلا تزوج امرأة و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا و الذي جعله لأبيها فاسدا» (٤).

و لأنه نوع معاوضه فيتبع اختيار المتعاضدين فى القدر كغيره من المعاوضات.

احتج السيد بإجماع الطائفة المحقه، و بأن المهر يتبعه أحكام شرعيه، فإذا وقع العقد على مهر السنه فما دون ترتبت عليه الأحكام بالإجماع. و أما الزائد فليس عليه إجماع و لا دليل شرعى فيجب نفيه (٥).

و قد روى المفضل بن عمر قال: دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقلت له: أخبرنى عن مهر المرأة الذى لا يجوز للمؤمن أن يجوزه؟ قال: فقال: «السنه المحمديه خمسمائه درهم، فمن زاد على ذلك رد إلى السنه و لا شىء عليه أكثر من الخمسمائه» (٦).

و الجواب أن الدلائل الشرعيه الداله على جواز العقد على المهر و إن كان زائدا على السنه كثيره موجوده فى الكتاب و السنه فلا سبيل إلى إنكارها، و روايه المفضل

ص: ٣٣٩

١- (١) البقره: ٢٣٧. [١]

٢- (٢) النساء: ٤. [٢]

٣- (٣) النساء: ٢٤. [٣]

٤- (٤) التهذيب ٧-٣٦١ حديث ١٤٦٥، الاستبصار ٢: ٢٢٤ حديث ٨١٠.

٥- (٥) الانتصار: ١٢٤.

٦- (٦) التهذيب ٧: ٣٦١ حديث ١٤٦٤، الاستبصار ٣: ٢٢٤ حديث ٨١٠.

و ليس ذكره شرطاً، فلو أدخل به أو شرط عدمه صح العقد، فإن دخل فلها مهر المثل. و إنما يفيد ذكره التعيين و التقدير، فيشترط في صحته مع ذكره التعيين، إما بالمشاهدة و إن جهل كيله أو وزنه كقطعه من ذهب و قبه من طعام، أو ابن عمر ضعيفه، فإن في طريقها محمد بن سنان، قال الشيخ: إنه مطعون عليه ضعيف جداً، و ما يختص بروايته و لا يشركه فيه غيره لا يعمل عليه (١)، هذا كلام الشيخ، و حملها المصنف في المختلف على الاستحباب، قال: و مع الزيادة يستحب الرد بالإبراء إلى مهر السنه فإذا حصل الإبراء لم يلزم أكثر منه (٢)، و هو حسن.

قوله: (و ليس ذكره شرطاً، فلو أدخل به أو شرط عدمه صح العقد، فإن دخل فلها مهر المثل).

لما لم يكن للنكاح معاوضه حقيقه لم يكن ذكر الصداق في العقد شرطاً لصحته، إذ ليس بركن فيه، فعلى هذا لو حصل الإخلال بذكره عمداً أو سهواً أو عقداً مشرتطين أن لا مهر صح، لعدم المنافى.

لكن إذا دخل بها و جب مهر المثل، و الأخبار على ذلك مستفيضه، روى الشيخ عن منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امرأه و لم يفرض لها صداق قال: «لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نساءها» (٣).

قوله: (و إنما يفيد ذكره التعيين و التقدير، فيشترط في صحته مع ذكره التعيين، إما بالمشاهدة و إن جهل كيله و وزنه كقطعه من ذهب و قبه من طعام،

ص: ٣٤٠

١-١) المصدرين السابقين.

٢-٢) المختلف: ٤٢٥.

٣-٣) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٦، الاستبصار ٣: ٢٢٥ حديث ٢١٣.

بالوصف الرافع للجهاهه مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبهم فسد و صح العقد. أو بالوصف الرافع للجهاهه مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبهم فسد و صح العقد).

أى: ليس ذكر المهر شرطاً و إنما يفيد ذكره فى العقد التعيين و التقدير، و إذا كان كذلك فيشترط فى صحه المهر مع ذكره التعيين ليخرج عن الجهاهه، و يتحقق التعيين بأمرين:

أحدهما: المشاهده و إن جهل كيله إن كان مكيلاً، و وزنه إن كان موزوناً فالأول كقبه من طعام، و الثانى كقطعه من ذهب، و ذلك لأن معظم الغرر يندفع بالمشاهده، و ليس النكاح من المعاوضات الحقيقيه بحيث ينافيه هذا القدر اليسير من الغرر. لكن لو تلف قبل التسليم أو بعده و قد طلقها قبل الدخول أمكن وجوب مهر المثل فى الأول، و فى الثانى إشكال.

الطريق الثانى للتعين: الوصف الرافع للجهاهه، و إنما يرفع الجهاهه استقصاء الصفات المعبره فى بيع السلم و قد سبق ذكرها.

و يعتبر مع ذلك تقديره إن كان ذا قدر كقفيز من حنطه، بخلاف ما إذا لم يكن تعيينه محتاجاً الى تقدير كعبد تركى مثلاً، فإن ذكر صفاته كاف فى تعيينه، فلو أبهم الزوجان الصداق بحيث ذكراه و لم يعيناه بواحد من الطريقتين المذكورين فسد الصداق، لأن فى النكاح شبه المعاوضه و المجهول يمتنع تسليمه و صح عقد النكاح، لما قررنا من أن الصداق ليس ركناً فيه، و انه يجوز إخلاؤه منه.

ثم ارجع إلى العبارة و اعلم أن جمله: (و إنما يفيد ذكره التعيين) معطوف على جمله: (و ليس ذكره شرطاً)، و قوله: (أو بالوصف الرافع للجهاهه) معطوف على قوله:

(أما بالمشاهده).

و قوله: (و إن جهل كيله) و صلى لما قبله و فيه لف و نشر غير مرتب، لأن القبه

و لو تزوجهن بمهر واحد صح و قسط على مهور الأمثال على رأى. من الطعام مما له كيل و القطعه من الذهب مما له وزن.

قوله: (و لو تزوجهن بمهر واحد صح و قسط على مهر الأمثال على رأى).

أى: لو تزوج رجل عدّه نساء بمهر واحد صح النكاح و المهر، لانتفاء الجهاله حيث ان المجموع معلوم و لا يضر جهاله استحقاق كل واحده منهن، لأن العقد جرى على الكل، و استعمال حق كل واحده منهن يحصل بأذنى تأمل، فعلى هذا كيف يقسم بينهن؟ للأصحاب فى كيفية ذلك قولان:

أحدهما: - و اختاره الشيخ فى المبسوط (١)، و تبعه ابن البراج (٢) - انه يقسم بينهن بالسويه، فإن كن ثلاثا فلكل واحده ثلث المسمى، و يوجه ذلك بمقابله المهر لهن و التفاضل على خلاف الأصل.

و ثانيهما: - و اختاره المصنف هنا و فى المختلف و غيرهما (٣)، و جمع من المتأخرين، (٤) و هو الأصح - أنه يقسط على مهور أمثالهن و تعطى كل واحده منهن ما يقتضيه التقسيط، كما إذا باع عبده و عبد غيره، أو جمع بين بيع و نكاح.

و ذلك لأن العوض المالى إذا قوبل بعوض متقوم كانت قيمه ملحوظه، و من ثم تكون زياده العوض و نقصانه ناشئا عن زيادتها و نقصانها غالباً، و قيمه البضع إنما هى مهر المثل، فيكون قسط كل واحده من المسمى بحسبه لا محاله.

ص: ٣٤٢

١ - ١) المبسوط ٢٩٢: ٤.

٢ - ٢) المهذب ٢٠٩: ٢.

٣ - ٣) المختلف: ٥٥١، التحرير ٣٢: ٢.

٤ - ٤) منهم ولد العلامة فى الإيضاح ١٩٥: ٣.



و لو تزوجها على خادم أو بيت أو دار و لم يعين و لا وصف، قيل: كان لها وسط ذلك. قوله: (و لو تزوجها على خادم أو بيت أو دار و لم يعين و لا وصف قيل:

كان لها وسط ذلك).

القول المحكى فى كلامه هو قول الشيخ فى النهايه و المبسوط (١)، و يلوح من ابن إدريس اختياره (٢) حيث أورده بصيغه و روى و لم يرده.

و يلوح من عبارته المصنف هنا عدم الصحه، و كذا فى المختلف (٣)، و تردد فى التحرير (٤)، و على البطلان فيصح النكاح و يجب مهر المثل.

حجه الأول: أما على الخادم و البيت بما رواه الشيخ عن على بن أبى حمزه قال:

قلت لأبى الحسن عليه السلام: رجل تزوج امرأه على خادم قال: «لها وسط من الخدام» قال: قلت: على بيت قال: «وسط من البيوت» (٥).

و اما على الدار فما رواه الشيخ أيضا عن ابن أبى عمير، عن بعض أصحابنا عن أبى الحسن عليه السلام: فى رجل تزوج امرأه على دار قال: «لها دار وسط» (٦).

و الجواب: أن على بن أبى حمزه ضعيف لا يستند إلى ما ينفرد به، و رواه ابن أبى عمير مرسله و مع ذلك لا يمكن العمل بها، لأن الوسط من الدور و البيوت و الخدام ليس شيئا معينا مضبوطا، و لا هو مختلف اختلافًا يسيرًا، بل هو فى غاية البعد عن الضبط، فإن الأعلى و الأدنى من ذلك لا يكاد يوقف عليه.

ص: ٣٤٣

١- ١) النهايه: ٤٧٣، المبسوط ٣١٩: ٤.

٢- ٢) السرائر: ٣٠٣.

٣- ٣) المختلف: ٥٥٠.

٤- ٤) التحرير ٣٢: ٢.

٥- ٥) الكافي ٣٨١: ٥، حديث ٧، [١] التهذيب ٧: ٣٦٦، حديث ١٤٨٥.

٦- ٦) التهذيب ٧: ٣٧٥، حديث ١٥٢٠.

و لو تزوجها على كتاب الله تعالى و سنه نبيه و لم يسم مهرا فمهرها خمسمائه درهم. و لو أصدقها تعليم سورته لم يجب تعيين الحرف، و لقنها الجائز على رأى، و لا يلزمه غيرها لو طلبت. و الوسط إن أريد به ما بين الطرفين فمعلوم شدة اختلاف افراده و تباين قيمها، و ان ذلك مثير للتنازع و التخاصم و موقع للحاكم فى التحير.

و إن أريد به أوسط ما بين الطرفين فهو أبعد، لأن هذا لا يكاد يوقف عليه، فالقول بعدم الصحه و الرجوع الى مهر المثل لا يخلو من قوه، لأن الشارع احكم من أن ينيط الأحكام بما لا ينضبط.

قوله: (و لو أصدقها على كتاب الله تعالى و سنه نبيه و لم يسم مهرا فمهرها خمسمائه درهم).

قد تقدم فى روايه المفضل بن عمر ما يصلح أن يكون دليلا- على ذلك مضافا الى الإجماع، و كذا غيرها من الروايات المقتضيه، روى أسامه بن حفص و كان قيما لأبى الحسن موسى عليه السلام قال: قلت له: رجل يتزوج امرأه و لم يسم مهرا و كان فى الكلام: تزوجك على كتاب الله و سنه نبيه فمات عنها، أو أراد أن يدخل عليها فما لها من المهر؟ قال: «مهر السنه خمسمائه درهم» (1) الحديث.

و يشكل ذلك مع جهل الزوجين أو أحدهما بما جرت به السنه من المهر.

قوله: (و لو أصدقها تعليم سورته لم يجب تعيين الحروف و لقنها الجائز على رأى، و لا يلزمه غيرها لو طلبت).

المراد بالحروف هنا

ص: ٣٤٤

و حدّه أن تستقل بالتلاوه، و لا يكفى تتبع نطقه، و لو نسيت الآيه الاولى عقيب تلقين الثانيه لم يجب اعاده التعليم على اشكال.  
القراءه كقراءه حمزه و غيره من السبعه أو العشره على أقرب القولين، و الرأى الذى ذكره المصنف للشيخ فى المبسوط و النهايه (١)، و غيره من الأصحاب (٢).

و وجهه ان النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله لم يعين على من عقد له على تعليم شىء من القرآن، و لو كان شرطاً امتنع الإخلال به، فعلى هذا إذا أطلق العقد على تعليم سوره صحح و برىء بتعليمها الجائز من القراءات دون ما كان شاذاً، و فى قول نقله جمع من الأصحاب - و لا نعرف القائل به - انه يشترط تعيين قراءه من القراءات الجائزه، لأنها متفاوتة فى السهوله و الصعوبه، فلو لم يعين لزم الغرر، و ضعفه ظاهر، و المذهب الأول.

و على هذا فلو طلبت غير الجائز على إطلاقه الصادق على مطلق القراءات، أو الملقق منها بأن طلبت قراءه خاصه أو نحو ذلك لم يجب عليه الإجابة، لأن الواجب أمر كلى، فهو مخير فى تعيينه و إيجاده فى ضمن أى فرد شاء.

و لا يخفى أن جواز الاصداق لا ينحصر فى السوره، بل كل ما يعتد به و يكون مقصوداً يصح إصداقه لا نحو قوله تعالى مُدْهَامَتَانِ (٣).

قوله: (و حدّه أن تستقل بالتلاوه و لا يكفى تتبع نطقه، و لو نسيت الآيه الأولى عقيب تلاوه الثانيه لم يجب اعاده التعليم على اشكال).

أى: حد التعليم الذى سبق ذكر جعله صداقاً فى النكاح.

و لا ريب أن ما يشترط لصحة الإجاره على المنافع، من تعليم و خياطه و بناء

ص: ٣٤٥

١ - ١) المبسوط ٢٧٣: ٤، [١] النهايه: ٤٦٩. [٢]

٢ - ٢) منهم ابن البراج فى المهذب ١٩٩: ٢.

٣ - ٣) الرحمن: ٦٤. [٣]

و غيرها كاشتراط تقديرها بالعمل أو بالزمان أو بغير ذلك، فيشترط في إصدار المنفعة سواء، و يتحقق التسليم بإيجاد تلك المنفعة و إدخالها تحت يد الزوج، و لا خفاء في ذلك بالنسبة إلى أغلب المنافع.

لكن في التعليم خفاء بالنسبة إلى بعض الأفراد، و قد حده المصنف باستقلالها بالتلاوة.

و لا شبهه في أن التعليم لا يتحقق من دون الاستقلال بها، فلا يكفي تتبع نطقه و إنما الإشكال في شيئين:

أحدهما: مقدار ما يتحقق بالاستقلال بتلاوة التعليم.

و الثاني: مقدار مده بقاء ذلك الاستقلال حتى لا يقدح فيه تعقب النسيان له.

أما الأول فلا ريب عندهم في أن الاستقلال بتلاوة ما دون الآيه لا يعد تعليماً و إنما هو مذاكره و إن علمها مقدار ثلاث آيات، فمقتضى كلام الشيخ في المبسوط القطع بأنه يتحقق بذلك التعليم، لأن أقل ما يقع به الإعجاز ثلاث آيات مثل سورة قصيره: فإن علمها آيه فقط ففي تحقق الإقباض بذلك و جهان، هما طرفا الإشكال في كلام المصنف.

أحدهما: نعم، لأن إيجاب تعليم مجموع الآيات يقتضى إيجاب تعليم الآيه الواحده، فإذا أتى به برئت ذمته منه و قواه في المبسوط (١).

و الثاني: لا، لما قلناه من أن الإعجاز إنما يقع بثلاث آيات، فما يترتب على المجموع لا يترتب على البعض، هذا حاصل ما وجهوا به، و قضيته أن الاثنتين كالواحد.

و في كل من الوجهين نظر، لأن إيجاب تعليم الآيه الواحده في ضمن مجموع

ص: ٣٤٦

لا يستلزم براءة ذمه الزوج من تعليمها، لانتقاضه بالجمله الواحده بل الكلمه، و كون الاعجاز لا يقع إلا على ثلاث آيات لا يستلزم نفى الإقباض عن تعليم ما دون الثلاث، و الملازمه غير ظاهره.

و اما الثانى: فلا ريب أن الاستقلال بالتلاوه إذا صار ملكه صدق الإقباض و تحقق البراءه، و إن كان بحيث إذا استقل بتعليم الآيه الثانیه مثلا نسيت الأولى ففى تحقق الإقباض به وجهان:

أحدهما: نعم، لأن النسيان الطارئ بتفريطها فلا يخل بالتعليم.

و الثانى: العدم، لأن ما لا- ثبات له لا يعد تعليمًا. و أقول: إن الظاهر من كلام الجماعه كالشيخ فى المبسوط (١)، و المصنف فى التحرير (٢) أن كلما لا يعد الاستقلال بتلاوته تعليمًا من آيه واحده أو ثلاث على الوجهين لا يضر عروض النسيان له بالانتقال الى غيره، فيكون الإشكال فى كلامه ناظرًا الى تعيين ما يعد الاستقلال بتلاوته تعليمًا خاصه.

و لقائل أن يقول: إن المتبادر إلى الأفهام من التعليم فى العاده إما التلقين إلى أن يصير المحفوظ ثابتًا، أو التدريب للقراءه فى المصحف بحيث يستقل بنفسه بالقراءه فيه، و بدون الأمرين لا يكاد يصدق التعليم، و لا خفاء فى أن المعقود عليه اعنى التعليم أمر عرفى، فيجب اتباع العرف فيه لا محاله.

و الذى يقتضيه النظر اتباع العرف فى ذلك، فإن كان هناك معنى معلوم واحد وجب العمل عليه و إن اضطرب العرف، أو لم يكن هناك معنى واحد اشترط التعيين.

و ينبغى أن يكون هذا البحث إذا كان المعقود عليه آيات، فلو كان آيه واحده أو آيتين فينبغى الجزم بالاكْتفاء بتعليمها.

ص: ٣٤٧

١- (١) المبسوط ٢٧٤: ٤.

٢- (٢) التحرير ٣١: ٢.

و لو لم يحسن السوره صح،فإن تعذر تعلمها أو تعلمت من غيره فعليه الأجره،و كذا الصنعه. قوله: (و لو لم يحسن السوره صح).

لو أصدقها تعليم سوره و هو يعلمها فحكمه ما سبق،و لو كان لا يعلمها فإن التزم التعليم فى الذمه بأن قال:على أن أحصل لك تعليم ذلك جاز لا محاله،و إن قال:

على أن أعلمك أنا فى الصحه وجهان:

أحدهما:و به جزم المصنف هنا و قربه فى التحرير انه يصح،لأنه يمكنه أن يتعلمها و يعلم كما لو أصدقها ألفا و هو لا يملك شيئاً (١).

و الثانى:العدم،كما لو أصدقها منفعه عبد و هو لا يملكه.و يمكن الفرق بأن منفعه العبد المعين غير مملوكه له و يستحيل ثبوتها فى الذمه،بخلاف موضع النزاع، و المنافع أموال فكما يجوز العقد على مال يحصله بالكسب كذا ينبغى أن يجوز على منفعه يحصلها بالتعليم،و ليس القول بالصحه بذلك البعيد،فعلى هذا إن أمهلته إلى أن يتعلم فلا بحث،و إلا ففى وجوب الصبر الى التعلم أو اجره المثل أو مهر المثل أوجه.

قوله: (فإن تعذر تعلمها أو تعلمت من غيره فعليه الأجره).

المراد انه إذا أصدقها تعليم سوره و تعذر تعلمها إما لبلادتها،أو لموتها،أو لموت الزوج حيث يشترط كون التعليم منه،أو تعلمت من غيره فعليه اجره المثل،لأنها عوض التعليم،و هذا أحد الوجهين.

و الآخر انه يجب مهر المثل،لتعذر المسئى،و الأول أقوى،لإمكان العوض.

و لو احتاج فى تعليمها إلى مشقه عظيمه و طول زمان زائد على العاده كثيرا فليس ببعيد الحاقه بالمتعذر.

قوله: (و كذا تعليم الصنعه).

أى:و كذا تعليم الصنعه

ص: ٣٤٨

و لو عقد مرتين على مهرين فالثابت الأول، سرا كان أو جهرا. و المهر مضمون فى يد الزوج إلى أن يسلمه، فإن تلف قبله بفعل المرأة برىء و كان قبضا.

و إن تلف بفعل أجنبى تخيرت بين الرجوع على الأجنبى أو الزوج، و يرجع الزوج عليه.

إذا جعله صداقا فى أن تعلمها إنما يتحقق باستقلالها بفعلها، و كذا باقى الأحكام التى سبقت جميعها، و لا يكاد يشك فى أن تعليم الصنعه إنما يصدق عرفا إذا صارت ملكه.

و لا يخفى انه يشترط فى الصنعه أن تكون محلله، و مثل تعليم القرآن و الصنعه تعليم الفقه و الحكم و الآداب، و ما جرى هذا المجرى، حتى الشعر إذا لم يكن محظورا.

قوله: (و لو عقد مرتين على مهرين فالثابت الأول، سرا كان أو جهرا).

و ذلك لأنها بالعقد الأول تصير زوجه. يجب المسمى فيه، فيكون العقد الثانى باطلا. و أشار بقوله: (سرا كان أو جهرا) الى خلاف الشافعى، ففى قول له أن المهر مهر السر، و فى آخر أن المهر مهر العلانية (١)، و نزل الأول اصابه على ما إذا تقدم العقد على مهر فى السر، ثم جىء بلفظ العقد فى العلانية، بأكثر من مهر السر تجملا، و الثانى على ما إذا تواعدوا المهر الأقل سرا و عقدوا على الأكثر علانية.

قوله: (و المهر مضمون فى يد الزوج إلى أن يسلمه، فإن تلف قبله بفعل المرأة برىء و كان قبضا، و إن تلف بفعل أجنبى تخيرت بين الرجوع على الأجنبى أو الزوج، و يرجع الزوج عليه).

ص: ٣٤٩

و إن تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد رجعت عليه بمثله، فإن لم يكن مثليا فالقيمه، فيحتمل أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف، لأنه مضمون في جميع الأحوال، و حين التلف، لأنه مضمون بغير تعد منه أما لو طالبته بالتسليم فيمنعها، فعلى الأول يضمه بأكثر ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين التلف، و على الثاني بأكثر ما كانت قيمته من حين المطالبه إلى حين التلف، لأنه غاصب. و إن تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد رجعت عليه بمثله، فإن لم يكن مثليا فالقيمه، فيحتمل أكثر ما كانت من حين العقد إلى حين التلف، لأنه مضمون في جميع الأحوال، و حين التلف لأنه مضمون بغير تعد منه. أما لو طالبته بالتسليم فمنعها: فعلى الأول يضمه بأكثر ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين التلف، و على الثاني أكثر ما كانت قيمته من حين المطالبه إلى حين التلف، لأنه غاصب).

هنا مسائل:

الأولى: المهر قبل تسليمه الى الزوجه مضمون في يد الزوج لا محاله، لكن هل ضمانه كضمان المبيع في يد البائع، أم كضمان المقبوض بالسوم و ما جرى مجراه؟ المعروف عند أصحابنا الثاني، و أصحابهما عند الشافعية الأول، و يعبر عن الأول بضمان العقد، و عن الثاني بضمان اليد.

وجه الأول: إن الصداق مملوك بعقد معاوضه، فكان كالعوض في البيع.

و وجه الثاني: إنه ليس عوضا حقيقيا، فإن النكاح لا يفسخ بتلفه و لا يفسد بفساده و لا يتزلزل بتزلزه، و لا شيء من الأعراض الحقيقيه كذلك. و من ثم سماه الله تعالى في كتابه صدقه و نحله، فعلى المذهب لو كان معينا و تلف بنفسه قبل القبض يكون تلفه على ملك الزوجه، فتجب مؤن تجهيزه لو كان عبدا، و يجب على الزوج مثله لو

ص: ٣٥٠



كان مثليا و قيمته إن كان قيميا.

و على الأول يجب مهر المثل كما لو تلف المبيع فى يد المشتري قبل تسليم الثمن، فإن البيع يفسخ و يجب مثل المبيع أو قيمته.

الثانية: إذا تلف الصداق قبل التسليم: فإما أن يكون بإتلاف الزوجه، أو بإتلاف الزوج، أو بإتلاف أجنبى، أو بغير فعل أحد.

فإن كان بإتلاف الزوجه كان قبضا منها له، فيبرأ الزوج قطعا.

و إن كان بإتلاف أجنبى تخيرت بين الرجوع بعوضه على الزوج و على الأجنبى لا محاله، و لا يتطرق اليه احتمال الانفساخ، فإن رجعت على الزوج رجوع هو على الأجنبى، و إن رجعت على الأجنبى لم يرجع على الزوج.

و إن كان بإتلاف الزوج، أو كان بغير فعل أحد منهم فالواجب هو المثل فى المثلى و قيمه فى القيمى.

و كل ذلك متفرع على المختار عند الأصحاب، و على القول بضمان العقد فالواجب مهر المثل إذا كان التلف بغير فعل أحد، و يتخير بإتلاف الأجنبى بين الفسخ فيطالب الزوج بمهر المثل، و عدمه فترجع على من شاءت منهما بالمثل أو قيمه.

الثالثة: متى ثبت لها مطالبه الزوج بالقيمه، ففى تعيين القيمه التى يستحق المطالبه بها احتمالان:

أحدهما: أعلى القيم و أكثرها من حين العقد الى حين التلف، لأنه مضمون فى جميع الأحوال، و من جملتها زمان علو القيمه، فلا تسقط الزيادة بتجدد النقص.

و الثانى: قيمه يوم التلف، لأن العين ما دامت موجوده لا تجب القيمه قطعا إنما يجب رد العين، و معنى ضمانها حينئذ كونها بحيث لو تلفت وجب الانتقال الى البدل

و لو تعيب في يده قيل: تخيرت في أخذه أو قيمه، و الأقرب أخذه و أخذ أرشه فيكون الانتقال اليه حين التلف، و هو الأصح.

و تعليل المصنف هذا الاحتمال بأنه مضمون بغير تعد منه ضعيف، لأن التعدي لا دخل له في إيجاب ما لم يقيم الدليل على وجوبه، فكأنه يلحظ في ذلك أن التعدي يناسبه التغليظ، و ضعفه ظاهر.

و يجيء احتمال ثالث مذكور في نظائره، و هو وجوب قيمته يوم الاصداق، لأنها التي يتناولها العقد، و الأصح وجوب قيمه حين التلف.

الرابع: الاحتمالان المذكوران في تعيين قيمه إنما يأتیان على تقدير عدم مطالبه الزوج بالتسليم، أو مطالبته حيث لم يحصل منه منع، فإن طالبتة في محل وجوب التسليم منع.

فعلى الاحتمال الأول يضمن أعلى القيم من حين العقد الى حين التلف.

و على الثاني يضمن أعلاها من حين المطالبه إلى حين التلف، فإن علل الاحتمال الثاني بانتفاء التعدي و قد ثبت التعدي بالمنع فيجب أعلى القيم من حينه، و قد بينا ضعف ذلك، فالأصح وجوب قيمته حين التلف مطلقاً.

قوله: (و لو تعيب في يده، قيل: تخيرت في أخذه أو قيمه، و الأقرب أخذه و أخذ أرشه).

القول المحكى قول الشيخ في المبسوط (١)، و وجهه أن الصداق مضمون على الزوج، و العقد إنما جرى عليه سليماً، فإذا تعيب كان لها رده و المطالبه بالسليم، و إن شاءت أخذته.

و الأقرب عند المصنف تحتم أخذه و المطالبه بأرشه، لأن الموجود حقها، لان

ص: ٣٥٢

و لها أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها حتى تقبض المهر، سواء كان الزوج موسرا أو معسرا. الغرض أن العقد جرى على العين فتأخذه و تطالب ببدل التالف و هو الأرش، لأنه مضمون على الزوج.

و أقول: إن قول الشيخ بتخيرها لا أرى له وجهها على القول بضمان اليد، لأن تعيب المغضوب في يد الغاصب لا يوجب الخيار إنما يوجب الأرش.

قوله: (و لها أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها الى الزوج حتى تقبض المهر، سواء كان الزوج معسرا أو موسرا).

لا كلام في أن للزوجه أن تمتنع قبل الدخول من تسليم نفسها الى الزوج حتى تقبض الصداق، إذا كان ذلك قبل الدخول و كان المهر حالا، سواء كان المهر عينا أو منفعله متعينا أو في الذمه، لأن في النكاح معنى المعاوضة.

ولا- ريب أن لكل من المتعاضين الامتناع من التسليم إلى أن يسلم إليه الآخر، فيجبرهما الحاكم معا على التقابض، لعدم الأولوية، بأن يأمر الزوج بوضع الصداق عند عدل و يأمرها بالتمكين، و لا يختلف هذا الحكم بإعسار الزوج و إيساره.

و يفهم من عبارته ابن إدريس في السرائر إنه ليس لها الامتناع مع الإعسار، لمنع مطالبته (1).

و يضعف بأن منع المطالبة لا- يقتضى وجوب التسليم قبل قبض العوض. إذا تقرر ذلك فمع اليسار يستحق النفقه إذا بذلت التمكين بشرط المهر و يأثم الزوج بالمنع، و في استحقاقها بذلك مع الإعسار وجهان:

أحدهما: لا، و اختاره شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد، لانتفاء التمكين، إذ هو معلق بأمر ممتنع عادة.

ص: ٣٥٣

و هل لها ذلك بعد الدخول؟ خلاف. و الثانى: نعم كما فى الموسر، لاشتراكهما فى بذل التمكين بشرط تسليم المهر، و امتناع التسليم عادة لا دخل له فى الفرق مع جواز الامتناع.

قوله: (و هل لها ذلك بعد الدخول؟ خلاف).

اختلف كلام الأصحاب فى أن المرأه إذا سلمت نفسها للزوج فدخل بها، هل لها الامتناع بعد ذلك حتى تقبض المهر؟ على قولين:

أحدهما: -و هو ظاهر إطلاق الشيخ فى النهايه (١)، و ظاهر إطلاق ابن البراج فى كتابيه (٢)، و به قال المفيد (٣) - أن لها ذلك، و هو الذى قواه فى المبسوط (٤)، لأن المقصود بعقد النكاح منافع البضع، فيكون المهر فى مقابلها، و يكون تعلق الوطاء الأول به كتعلق غيره.

و الثانى: -و هو مختار الشيخ فى الخلاف (٥)، و ابى الصلاح (٦)، و السيد المرتضى فى الانتصار (٧)، و عامه المتأخرين (٨) - إنه ليس لها ذلك، و هو الأصح، للإجماع على أن المهر يستقر بالوطء الأول، فلا يكون لما عداه به تعلق، و قد حصل تسليمها نفسها برضاها و استقر المهر، فانحصر حقها فى المطالبه دون الامتناع، و لأن النكاح معاوضه، و متى سلم أحد المتعاضين العوض الذى من قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه لتسليم العوض الآخر، و لأن منعها نفسها قبل الدخول لأجل المهر ثابت بالإجماع، أما بعده

ص: ٣٥٤

١ - ١) النهايه: ٤٧٥.

٢ - ٢) المهذب ٢: ٢١٤.

٣ - ٣) المقنعه: ٧٨.

٤ - ٤) المبسوط ٤: ٣١٣.

٥ - ٥) الخلاف ٣: ١٢ مسأله ٣٩ كتاب الصداق.

٦ - ٦) الكافى فى الفقه: ٢٩٤.

٧ - ٧) الانتصار: ١٢٢.

٨ - ٨) منهم ولد العلامه فى الإيضاح ٣: ١٩٧، و الشهيد فى اللمعه: ١٩٧. [١]

و لو كان مؤجلا لم يكن لها الامتناع، فإن امتنعت و حل لم يكن لها الامتناع على رأى، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول. فلا دليل عليه فينتفى بالأصل، فإن التسليم حق عليها و المهر حق عليه، و الأصل عدم تعلق أحد الحقين بالآخر، فيتمسك به الى أن يثبت الناقل و هو منتف هنا.

فرع: لو دخل بها كرها فهل حق الامتناع باق بحاله أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لصدق القبض.

و الثانى: نعم، لأنه قبض فاسد، لعدم جوازه شرعا فلا يترتب عليه أثر الصحيح، و لأصالة البقاء إلى أن يثبت الناقل، و ليس بثابت.

و لو سلم ولى المجنونه و من جرى مجراها قبل قبض الصداق فهل لها الامتناع بعد الكمال؟ يحتتمل ذلك.

و يحتتمل أن يقال: هل يجب على الولى حبسها حتى تقبض المهر كما فى المعاوضات المالىه؟ إن قلنا نعم كان لها الامتناع لا محاله.

قوله: (و لو كان مؤجلا- لم يكن لها الامتناع، فإن امتنعت و حل لم يكن لها الامتناع على رأى، لاستقرار وجوب التسليم قبل الدخول).

ما سبق حكم الصداق إذا كان كله حالا و إن أطلق العبارة و لم يقيد بالحلول، لأن ذكر المؤجل بعده يقتضى ذلك، فأما إذا كان كله مؤجلا- فليس لها الامتناع قبل حلول الأجل قطعا، إذ لا يجب لها عليه شىء حينئذ، فيبقى وجوب حقه عليه بغير معارض، فإن أقدمت على فعل المحرم فامتنعت الى أن حل الأجل. فهل لها الامتناع حينئذ الى أن تقبضه؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، لمساواته بعد حلوله الحال من أول الأمر، و يظهر من عبارته الشارح الفاضل السيد اسناد هذا القول الى ظاهر كلام الشيخ فى النهاية (1)، حيث

ص: ٣٥٥

و إنما يجب تسليمه لو كانت متهيأه للاستمتاع، فإن كانت محبوسه أو ممنوعه بعذر لم يلزم. و لو كانت صبيه فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الولي. قال: للمرأة أن تمتنع من زوجها حتى تقبض منه المهر و لم يفصل بين الحال و المؤجل، لكن المصنف قال في المختلف: إن الخلاف إنما هو في المهر الحال أما المؤجل فلا (١).

و الثاني: لا، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول فيجب استصحابه، و لأنها لما رضيت بالتأجيل بنت أمرها على أن لا حق لها في الامتناع، فيمتنع بثبوته بعد ذلك لانتفاء المقتضى، و هو الأصح.

فرع: لو كان بعض المهر مؤجلاً و بعضه معجلاً كان للبعض المؤجل حكم المهر المؤجل و للمعجل حكم المعجل.

قوله: (و إنما يجب تسليمه لو كانت مهيأه للاستمتاع، فإن كانت محبوسه أو ممنوعه لعذر لم يلزم).

إنما يجب تسليم المهر إذا كانت الزوجه مهيأه للاستمتاع مستعدة له لا مانع لها منه، فإن كانت محبوسه بحق أو باطل لم يجب عليه تسليمه، لأن الواجب هو التسليم من الجانبين، فإذا تعذر من أحدهما لم يجب من الجانب الآخر. و كذا لو كانت ممنوعه لعذر شرعي كالمحرمه و المعتده عن وطء الشبهه.

قوله: (و لو كانت صبيه فالأقرب وجوب التسليم مع طلب الولي).

هذا في حكم الاستثناء من إطلاق ما قبله، فإن الصغيره و هي من لم تستكمل تسع سنين غير مهيأه للاستمتاع، فإنه لا يجوز له الدخول بها قطعاً، و مع ذلك فالأقرب عند المصنف وجوب تسليم مهرها إذا طلبه الولي، و لو طلب الزوج تسليمها إليه لما عدا الوطاء من الاستمتاع ففي الوجوب وجهان:

ص: ٣٥٦

أحدهما: يجب، لأن الممنوع الوطاء دون غيره، و باقى الاستمتاع حق له فيجب التسليم بها.

و الثانى: لا، لأن الصغيره ليست محل الاستمتاع و إمساكها شرعا حضانه، و الزوج ليس أهلا لها، و إنما هى حق للأقارب. و أيضا فإن الزوج إذا خلا بها لم يؤمن أن يأتيها فتتضرر، و ربما أدى ذلك إلى إفضائها و هلاكها، و على هذا لو بذلت له على هذا الوجه لم يجب القبول.

إذا تقرر ذلك فوجه قرب و جوب التسليم أنه حق ثابت حال طلبه من له حق الطلب، فوجب دفعه كغيره من الحقوق الثابتة.

لا- يقال: النكاح معاوضه و حكم المعاوضات عدم و جوب تسليم أحد العوضين إلا مع تسليم الآخر، و صغر الزوجه مانع من و جوب تسليمها فلا يجب تسليم الصداق.

لأننا نقول: إن الزوج لما عقد على الصغيره بمهر حال أوجب على نفسه العوض فى الحال، و رضى بتأخير قبض العوض الى زمان البلوغ، بناء على القول بعدم و جوب تسليمها الى الزوج، فلم يكن له منع التسليم الى زمان التسليم كما لو تزوجت الكامله بمهر معلوم مؤجل، فإنه يجب عليها تسليم نفسها قبل قبض المهر.

و يحتمل عدم الوجوب، و هو اختيار الشيخ فى النهايه (١)، و جزم به أبو الصلاح (٢)، كما لا يجب تسليم النفقه، لأن الاستمتاع غير ممكن.

و ضعفه ظاهر، لأنه بعقد النكاح أوجب على نفسه المهر لمن يتأخر الاستمتاع بها الى زمان بلوغها، و ليست النفقه كذلك، لأن سبب وجوبها هو التمكين التام دون العقد.

ص: ٣٥٧

١- ١) المبسوط ٣١٣: ٤. [١]

٢- ٢) الكافى فى الفقه: ٢٩٤.

و لو منعت من التمكين لا- للتسليم ففي وجوب التسليم اشكال. قوله: (و لو منعت من التمكين لا- للتسليم ففي وجوب التسليم إشكال).

أى: لو منعت الزوجه نفسها من الزوج فلم تمكنه من نفسها و هى مهياه للاستمتاع، و الصداق حال تستحق المطالبه به، و علم منها أن منعها نفسها ليس لأجل تسليم المهر، ففي وجوب تسليم المهر على الزوج لو طلبته فى هذه الحاله إشكال ينشأ:

من أن منعها نفسها من التمكين الى زمان تسليم المهر على الوجه الذى قدمناه حق ثابت لها، غير مسقط لوجوب تسليمها المهر مع طلبها إياه.

و لا فرق بين كون المنع لأجل التسليم أو لأجل غيره، لعدم اختلاف المنع على التقديرين، و الاختلاف إنما هو فى القصد.

و من أن المستحق لها هو المنع لتسليم المهر، لأن ذلك هو مقتضى المعاوضه لا المنع لغيره، فإذا منعت لغير التسليم انتفى البذل المعبر شرعا فى وجوب التسليم.

و اعلم أن تحرير الكلام فى هذا المبحث يستدعى أموراً:

الأول: الزوجان بالنسبه إلى تسليم البضع و المهر عند الطلب منهما: إما أن يتفقا على التسليم، أو يختلفا. فإن اتفقا فلا بحث، و إن اختلفا: إما أن يبذل واحد منهما ما عليه و يمتنع الآخر، أو يمتنع كل منهما من التسليم حتى يسلم الآخر. فإن بذل أحدهما ما عليه و تمكن الآخر من تسليمه اجبر الآخر على التسليم إجماعاً، و إن قال كل منهما: لا- أسلم حتى اتسلم، ففيه و فى نظائره من المعاوضات ثلاثه أقوال:

الأول: أن يجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً ثم تسلم نفسها.

الثانى: لا يجبر واحد منهما، لكن إذا بادر أحدهما إلى التسليم اجبر الآخر.

الثالث: أنهما يجبران معاً، بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق عند عدل و تؤمر بالتمكين، فإذا مكنت سلم العدل الصداق إليها.



و لم يذكر الشيخ فى المبسوط إلا القولين الأخيرين و قوى الثالث (١)، و حكاه المصنف عنه فى التحرير (٢)، و لم يصرح بقبوله و لا رده، و الأشهر فى جميع المعاوضات إجبار المتعاضين معا على التسليم، و به صرح شيخنا فى شرح الإرشاد حتى فى النكاح، و كلام المصنف هنا محتمل لكل من القولين الأول و الثالث.

لا يقال: ظاهره الأول، لأن جواز منعها نفسها حتى تقبض الصداق يقتضى وجوب تسليم الزوج أولا.

لأننا نقول: لا نسلم أن لكل منهما المنع الى أن يتسلم من الآخر، فلا يكون تجويز المنع للزوجه إلى زمان القبض منافيا لثبوته مثله للزوج.

نعم يظهر من استشكال وجوب تسليم المهر على تقدير منع التمكين لا- للتسليم ترجيح الثالث، إذ لو وجب تسليم الزوج أولا لوجب عليه التسليم، فإذا سلم فلم تسلم أجبرت على التمكين و لم يتجه الإشكال.

فإن قيل: قوله سابقا: (و إنما يجب تسليمه لو كانت مهياً للاستمتاع). يقتضى ترجيح الأول، إذ لا فائده فيه بدونه.

قلنا: لا يقتضيه، و فائدته أن هذا الحكم ثابت على جميع الأقوال، فهو مجمع عليه.

إذا تقرر ذلك فاعلم ان منعها نفسها لا لأجل تسليم الصداق و إن كان حراما عليها، إلا أن إجبار الحاكم كلا منهما على تسليم ما عليه على الوجه السابق لا يسقط بذلك، و لا يتعين به الحكم.

الثانى: ذكر الشارح الفاضل ولد المصنف لبيان أحد وجهى الاشكال أن

ص: ٣٥٩

١- ١) المبسوط ٣١٦: ٤.

٢- ٢) التحرير ٣٣: ٢.

و لو مكنت كان لها الطلب و إن لم يطاء، فإن رجعت إلى الامتناع سقط طلبها، إلا إذا وطأها فإن المهر يستقر بالوطء مره. وجوب التمكين موقوف على تقدير وجوب التسليم (1)، وهذا إنما يتم على القول بوجوب تسليم الزوج المهر أولاً، وعلى هذا القول يسقط الإشكال، لأنه يجب على الزوج التسليم أولاً، فإذا سلم و لم تسلم نفسها أجبرها الحاكم على ذلك.

الثالث: حمل الشارح السيد العبارة على ان الاشكال فى وجوب تسليمها نفسها، فيكون تقديرها: و لو منعت من التمكين لا لتسليم المهر إليها ففى وجوب تسليمها نفسها اشكال، و هو خلاف المتبادر من العبارة، و لو أراد ذلك لكان الأنسب أن يقول: ففى وجوب التمكين اشكال.

و كيف قدرنا فلا يختلف الحكم، فيأمر الحاكم الزوج بتسليم المهر الى عدل، ثم يأمرها بالتمكين مع طلب الزوج، لأنه إنما يستحق التمكين بعد بذل المهر قضاء لحق المعاوضه، فإذا لم تطلبه أبقى فى يد العدل إلى أن تطلبه، و لو صرحت بالرضى ببقائه فى يد الزوج أو ذمته و لم يمكن فالظاهر أنها تجبر على التمكين بدون تسليم المهر، لأنها أسقطت حقها من تقديم تسليمه.

قوله: (و لو مكنت كان لها المطالبه و إن لم يطاء فإن رجعت الى الامتناع سقط طلبها، إلا إذا وطأها فإن المهر يستقر بالوطء مره).

أى: لو بادرت الى تمكين الزوج من نفسها متبرعه بذلك كان لها طلب الصداق إجماعاً، و يجب على الزوج بذله قطعاً، سواء وطأ أو لم يطاء، لأن التأخير منه.

فإن رجعت الى الامتناع، نظر فإن كان قبل الوطاء كان لها ذلك كما كان قبل التمكين سواء، لأن القبض بالنسبه إلى المعقود عليه هو الوطاء، و حينئذ فيسقط طلبها

ص: ٣٦٠

و لو دفع الصداق فامتنعت من التمكين أجبرت، و ليس له الاسترداد. و إذا سلم الصداق فعليه أن يمهلها مده استعدادها بالتنظيف و الاستعداد. للمهر، بمعنى أنه لا يجب على الزوج تسليمه أولاً. بل يسلم مع تسليمها كما سبق تحقيقه.

و لا يخفى أن هذا لا يتخرج على القول بوجوب مبادره الزوج الى تسليم المهر فيكون دليلاً على عدم اختيار المصنف له، و إن كان بعد الوطاء فقد حصل القبض من طرف الزوج و استقر المهر جميعه و تعين وجوب دفعه بطلبها، فإن لم يدفعه اجبر عليه لا محاله، و قد سبق أنها لو أرادت الامتناع لتقبضه في هذه الحاله لم يكن لها ذلك.

و لا يخفى أن الاستثناء من سقوط الطلب في جميع الأوقات إلا أوقات تحقق الوطاء، فإن الطلب لا يسقط لاستقرار المهر بالوطء.

قوله: (فلو دفع الصداق فامتنعت من التمكين أجبرت، و ليس له الاسترداد).

و المراد: انه لو بادر الزوج و سلم إليها الصداق فامتنعت من التمكين و لو من غير عذر أجبرت على التمكين لا محاله، و ليس له استرداد الصداق، لأنه تبرع بالتسليم فلم يكن له الرجوع، كما لو عجل المديون الدين المؤجل. و على القول بوجوب التسليم للصداق أولاً على الزوج له الاسترداد، لأن ذلك شرط تسليم العوض، كذا قيل، فعلى هذا يكون منع المصنف إياه من الاسترداد دليلاً على عدم اختيار هذا القول.

قوله: (و إذا سلم الصداق فعليه أن يمهلها مده استعدادها بالتنظيف و الاستعداد).

الاستعداد: استفعال من الحديد، و هو هنا كناية عن ازاله الشعر و لو بغير

و لا يمهلها لأجل تهيئه الجهاز، و لا لأجل الحيض، لإمكان الاستمتاع بغير القبل، الحديد كالأطلاع بالنوره و إن كان أصله الإزالة بالحديد.

و ظاهر قول المصنف: (فعلية أن يمهلها مده استعدادها) الوجوب، و لم يقدر المده، و قدرها الشيخ في المبسوط بثلاثة أيام و قوى وجوبها، محتجا بقوله عليه السلام و نهيه أن يطرق الرجل اهله ليلا، و بأن العاده جاريه بذلك (١)، هذا محصل استدلاله.

و يؤيده ما روى في الحديث: «أمهلوا كى تمتشط الشّعته و تستحدّ المغيّبه» (٢) و لا دلالة في الأخبار على المده على الوجوب، و ذهب في التحرير الى عدم الوجوب لانتفاء مقتضيه (٣).

و يمكن أن يقال: فى ذلك حق للمرأة، لأنه إذا رآها على غير حال الاستعداد لم يؤمن بنفره منها فيكون مضرا بحالها.

و يمكن القول بالوجوب و التحديد بالحاجه لا بثلاثة أيام، و كيف كان فمتى أوجبنا امهالها لم يجز التعرض إليها حتى تنقضى مدته.

و اعلم أن قوله: (بالتنظيف) صحيح، لأن المراد تنظيف نفسها بامتشاط و ازاله الأوساخ، و لو قال كالتنظيف لكان أوقع.

قوله: (و لا يمهلها لأجل تهيئه الجهاز، و لا لأجل الحيض، لإمكان الاستمتاع بغير القبل).

أى: لا- يجب ذلك، فلو طلبت الإمهال لأجل تهيئه الجهاز و هو بفتح الجيم و الكسر: ما تحتاج اليه العروس لم تجب الإجابه إجماعا، و يجبرها الحاكم على التمكين

ص: ٣٤٢

١- ١) المبسوط ٣١٤: ٤. [١]

٢- ٢) سنن أبى داود ٣: ٩٠ حديث ٢٧٧٨. [٢]

٣- ٣) التحرير ٢: ٣٣. [٣]

و لو كانت صغيره لا تطيق الجماع أو مريضه وجب الإمهال. و إنما يتقرر كمال المهر بالوطء، أو موت أحد الزوجين، لا بالخلوه على الأقوى، من دونه إن أبت. و كذا القول لو كانت حائضا فطلبت الإمهال إلى الطهر لا تجب الإيجابه، لإمكان باقى الاستمتاع سوى الوطء فى القبل، و لو ظهر من حاله أنه يأتيها فى الحيض فلها الامتناع من المضاجعه.

قوله: (و لو كانت صغيره لا تطيق الجماع أو مريضه وجب الإمهال).

المراد: لو كانت صغيره لا تطيق الجماع و إن بلغت تسع سنين وجب امهالها الى زمان الإطاقه، و كذا لو كانت مريضه لا تطيق معه الجماع، و لم يقيد المصنف المريضه بعدم الإطاقه، و كأنه استغنى بتقييد المعطوف عليه.

و يلوح من إطلاق وجوب الإمهال أن الزوج لو طلب التسليم لكل منهما و قال لا أقربهما الى أن يزول المانع لإيجاب، لأنه ربما لا يفى فتضرران. و مثله كلام المصنف فى التحرير (١)، و الشيخ فى المبسوط (٢)، و لم يتعرض لوجوب تسليم المهر و عدمه.

لكن صرحوا بعدم وجوب نفقتها حتى تبرأ و تسلم نفسها، و قد يفرق بين النفقه و المهر: بأن النفقه لا تجب إلا بالتمكين، و المهر يجب بالعقد.

قوله: (و إنما يتقرر كمال المهر بالوطء أو موت أحد الزوجين، لا بالخلوه على رأى).

سيأتى إن شاء الله ما يعلم منه أن الموجب للمهر إما عقد النكاح أو الفرض أو الوطء، و استقرار الواجب بالعقد أو الفرض يكون بأمرين:

أحدهما: الوطء و إن كان حراما كالوطء فى الحيض و الإحرام، و يدل عليه مع الإجماع أن الوطء بالشبهه يوجب المهر ابتداء فلئن تقريره فى النكاح الصحيح أولى،

ص: ٣٤٣

١- ١) المبسوط ٣١٤: ٤.

٢- ٢) التحرير ٣٣: ٢. [١]

و يكفى لذلك الوطاء الواحده اتفقا.

و الثانى:موت أحد الزوجين،و سيأتى الكلام على موت الزوجه عن قريب إن شاء الله تعالى.

و أما موت الزوج فإنه يقرر وجوب جميع المهر عند أكثر الأصحاب،خلافًا للصدوق فى المقنع،فإنه أوجب النصف (١)،و المذهب وجوب الجميع.

لنا:إنّ الموت لا- يبطل النكاح،لأنهما يتوارثان،و إذا لم يبطل بالموت و لم يبق كان الموت نهايه له،و انتهاء العقد كاستيفاء المعقود عليه فيجب العوض بكماله بدليل الإجاره،و ما رواه الحلبي فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال:فى المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها قال:«إن كان قد فرض لها مهرا فلها مهرها الذى فرض لها و لها الميراث» (٢)الحديث،و غيره من الأحاديث الكثيره (٣)،و فى عدّه أحاديث أن لها نصف المهر كما فى الطلاق (٤).

و نزلها الشيخ على الاستحباب بمعنى أنه يستحب لها أن لا تطلب أكثر من النصف.

و لا- يستقر المهر بالخلوه التى لا- مانع معها من الوطاء على الأصح،و قد اختلف أقوال الأصحاب فى ذلك فقال الشيخ فى النهايه:إن الخلوه توجب المهر على ظاهر الحال،و على الحاكم أن يحكم بذلك و إن لم يكن قد دخل،لكن ليس للمرأه أن تأخذ أكثر من النصف مع عدم الدخول،و متى اثبت الزوج ان بكارتها باقيه على حالها لم

ص:٣٦٤

١- (١)المقنع:١٢١.

٢- (٢) التهذيب ٨:١٤٦ حديث ٥٠٥،الاستبصار ٣:٣٤١ حديث ١٢١٥.

٣- (٣) التهذيب ٨:١٤٦ حديث ٥٠٦-٥٠٩.

٤- (٤) التهذيب ٨:١٤٦ حديث ٥١٠-٥١٢.

يلزمه إلا النصف (١)، و تبعه ابن البراج (٢)، و قطب الدين الكيدري (٣).

و قريب منه قول ابن الجنيد فإنه أوجب المهر بالخلوه، و لم يجوز للمرأة أخذها إذا لم يقع جماع، و لا ما يقوم مقامه من إنزال الماء بغير إيلاج أو لمس عوره أو نظر إليها أو قبله، فإن تلذذ بشيء من ذلك خصيا كان أو عنيئا أو فحلا لزمه المهر (٤).

و قال ابن حمزه: إذا خلا بها و ادعى عدم مواقعه، فإن أمكنه إقامة البينه على ذلك فأقامها قبلت منه، و إلا فالقول قولها بيمينها (٥).

و قال ابن بابويه في المقنع: إذا خلا الزوج بزوجه ثم أنكرها مع المجامعة لم يصدقا، لأنها تنفى عن نفسها العده، و هو ينفى وجوب المهر (٦).

و حكى الشيخ في المبسوط (٧) و الخلاف (٨) عن قوم من أصحابنا أن الخلوه كالدخول يستقر بها المسمى و تجب بها العده، و قال فيهما: إلا أن وجودها كعدمها فيجب بالطلاق بعدها نصف الصداق و لا عده على المرأة.

و الى هذا ذهب ابن ابي عقيل (٩)، و عامه المتأخرين، و هو الذى صرحنا باختياره سابقا.

لنا: قوله تعالى:

ص: ٣٤٥

١-١) النهاية: ٤٧١. [١]

٢-٢) المذهب ٢: ٢٠٤.

٣-٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.

٤-٤) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.

٥-٥) الوسيله: ٤١٩. [٢]

٦-٦) المقنع: ١٠٩. [٣]

٧-٧) المبسوط ٤: ٣١٨. [٤]

٨-٨) الخلاف ١٢: ٣ مسألة ٤٢ كتاب الطلاق.

٩-٩) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.

وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١).

و المراد من المس الجماع اتفاقا.

و ما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول:

«لا يوجب المهر إلا الوقاع فى الفرج» (٢).

و رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، و قد سأله متى يجب المهر؟ قال: «إذا دخل بها» (٣).

و قول الصادق عليه السلام فى روايه حفص بن البختري: «إذا التقى الختانان وجب المهر و العده» (٤).

احتج الآخرون بما رواه زراره عن الباقر عليه السلام قال: «إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فغلق عليها بابا أو أرخى سترا، ثم طلقها، فقد وجب الصداق و خلاؤه بها دخول» (٥).

و فى معناها رواه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن على عليه السلام (٦). و لأن المرأة سلمت المعقود عليه تسليما صحيحا، فوجب أن يستقر العوض كما فى تسليم العين المؤجره مده الإجاره و إن لم ينتفع.

و أجاب المصنف فى المختلف بالمنع من صحه الخبرين (٧)، و حملهما الشيخ على ما إذا كان الزوجان متهمين، و استدل على الجمع بروايه أبى بصير عن الصادق عليه

ص: ٣٦٦

١-١) البقره: ٢٣٧. [١]

٢-٢) التهذيب ٧: ٤٦٤، حديث ١٨٥٩، الاستبصار ٣: ٢٢٦، حديث ٨١٧.

٣-٣) التهذيب ٧: ٤٦٤، حديث ١٨٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٦، حديث ٨١٨.

٤-٤) الكافي ٦: ١٠٩، حديث ٢، [٢] التهذيب ٧: ٤٦٤، حديث ١٨٦١، الاستبصار ٣: ٢٢٦، حديث ٨١٩.

٥-٥) التهذيب ٧: ٤٢٤، حديث ١٨٦٣، الاستبصار ٣: ٢٢٦، حديث ٨٢٠.

٦-٦) التهذيب ٧: ٤٦٤، حديث ١٨٦٤، الاستبصار ٣: ٢٢٧، حديث ٨٢٢.

٧-٧) المختلف: ٥٤٤.



السلام: «انهما لا يصدقان بعد الخلوه على عدم الوطء، لأنها تدفع العده عن نفسها و هو يدفع المهر» (١).

و الفرق بين الإجاره و النكاح ظاهر، فإن المنافع فى الإجاره تتلف بمضى الزمان، و هنا المنفعة تتلف بالاستيفاء دون مضى الزمان.

و اعلم أن المصنف فى المختلف حقق هذا المقام بنحو ما نقله الشيخ عن ابن ابى عمير و ارتضاه (٢).

و حاصله ان الموجب لكمال المهر هو الدخول دون الخلوه، لكن الخلوه لكونها مظنه له و لا ينفك عنه غالبا يلزمه كمال المهر مع ادعاء المرأه الدخول، لأنها تدعى الظاهر فيقوى جانبها فيكتفى بيمينها، و لا يقبل من الرجل إلا بالبينه، أما مع تصديق المرأه على عدم الدخول فلا يجب إلا النصف قطعا.

و هذا التحقيق هو الذى حاوله الشيخ فى النهايه (٣)، و من تابعه (٤)، و صرح به ابن حمزه (٥).

و قريب منه ما قاله ابن الجنيد (٦)، و إن كان فى كلامه مخالفه أخرى حيث الحق بالوطء غيره.

و قريب من ذلك كلام ابن بابويه (٧)، و إن كان إطلاق قوله بعدم قبول قول الزوجين فى عدم الوطء محل نظر، و إنما عول فى ذلك على روايه أبى بصير.

ص: ٣٦٧

١- (١) التهذيب ٧:٤٦٥ حديث ١٨٦٥، الاستبصار ٣:٢٢٧ حديث ٨٢٣.

٢- (٢) المختلف: ٥٤٤.

٣- (٣) النهايه: ٤٧١.

٤- (٤) منهم ابن البراج فى المهذب ٢:٢٠٤.

٥- (٥) الوسيله: ٣٥١.

٦- (٦) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٤٣.

٧- (٧) المقنع: ١٠٩.

و يستحب تقليده، و يكره أن يتجاوز السنه و هو خمسمائه درهم، و أن يدخل بالزوجه قبل تقديمه أو بعضه أو غيره و لو هديه. و يظهر من كلام الشيخ العمل بها مع التهمه، و للتوقف في ذلك مجال.

فتلخص من هذا أن أكثر الأصحاب لا يقولون أن الخلوه بنفسها موجب لاستقرار المهر كله.

قوله: (و يستحب تقليده، و يكره أن يتجاوز السنه و هو خمسمائه درهم).

روى إسماعيل بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أفضل نساء أمتي أصبحهن وجهها و أقلهن مهرا» (١).

و في حديث آخر عن الحسين بن خالد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنه كيف صار خمسمائه؟ فقال: «إن الله تعالى أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن مائه تكبيره، و يسبحه مائه تسيحه، و يحمده مائه تحميده، و يهلله مائه تهليله، و يصلّي على النبي و آله مائه مره، ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين إلا زوجه الله حورا و جعل ذلك مهرا، ثم أوحى الله تعالى إلى نبيه أن يسن مهور المؤمنات خمسمائه درهم، ففعل ذلك رسول الله صلى الله عليه و آله، و أيما مؤمن خطب الى أخيه حرمة فبذل له خمسمائه درهم فلم يزوجه فقد عقه، و استحق من الله عز و جل ان لا يزوجه حورا» (٢).

و اعلم أن ظاهر قوله: (و يكره أن يتجاوز خمسمائه) شمول الكراهيه للزوج و الزوجه، و الأخبار لا تنهض حجه على ذلك، و قد روى أن الحسن عليه السلام تزوج امرأه أصدقها مائه جاريه مع كل جاريه ألف درهم (٣).

قوله: (و أن يدخل بالزوجه قبل تقديمه، أو بعضه، أو غيره و لو هديه).

مستند ذلك ما رواه

ص: ٣٦٨

١- (١) الفقيه ٣: ٢٤٣ حديث ١١٥٦.

٢- (٢) الكافي ٥: ٣٧٦ حديث ٧، [١] التهذيب ٧: ٣٥٦ حديث ١٤٥١.

٣- (٣) رواه الشيخ في المبسوط ٤: ٢٧٢. [٢]

و لا فرق بين موت الزوج قبل الدخول أو المرأة في استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها إذا مات الزوج ترك نصف المهر.

وقيل: لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر، وليس بجيد. أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: «إذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً، درهما فما فوقه، أو هديه من سويق أو غيره» (١).

قال الشيخ: وهذه الرواية وردت على وجه الأفضل، فأما أن يكون ذلك واجباً أو تركه محظوراً فلا (٢)، لما رواه عبد الحميد الطائي عن أبي عبد الله عليه السلام: من أنه يجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً (٣).

وقد اعترض ابن إدريس عبارة الشيخ في النهاية (٤) - حيث استحب للرجل قبل الدخول بامرأته تقديم شيء يستباح به فرجها - بأن الذي يستباح به الفرج هو العقد دون ما يقدمه (٥).

و اعتذر المصنف في المختلف عن ذلك بأنه قصد بذلك التأكيد في الاستحباب، و تابع لفظ روايه أبي بصير المتقدمه (٦).

قوله: (و لا فرق بين موت الزوج قبل الدخول أو المرأة في استقرار جميع المهر، لكن يستحب لها إذا مات الزوج أن تترك نصف المهر، وقيل: لو ماتت قبل الدخول كان لأوليائها نصف المهر و ليس بجيد).

قد قَدِّمنا أن المختار

ص: ٣٦٩

١ - ١) التهذيب ٧: ٣٥٧ حديث ١٤٥٢، الاستبصار ٣: ٢٢٠ حديث ٧٩٩.

٢ - ٢) التهذيب ٧: ٣٥٧ ذيل الحديث ١٤٥٣.

٣ - ٣) التهذيب ٧: ٣٥٧ حديث ١٤٥٣، الاستبصار ٣: ٢٢٠ حديث ٧٩٨.

٤ - ٤) النهاية: ٤٧١.

٥ - ٥) السرائر: ٣٠١.

٦ - ٦) المختلف: ٥٤٣.

استقرار جميع المهر بموت كل واحد من الزوجين سواء الرجل و المرأة، و قد ذكرنا خلاف الصدوق فى الاستقرار بموت الرجل و بينا ضعفه و حققنا أنه يستقر به.

و أما موت المرأة فقد ذهب عامه الأصحاب إلى أنه كذلك، و ذهب الشيخ فى النهاية (١)، و ابن البراج فى الكامل (٢)، و قطب الدين الكيدرى (٣) إلى أنه إنما يجب بموتها النصف خاصة، تعويلا على عدّه أخبار، منها روايه ابن أبى يعفور فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: فى امرأه توفيت قبل أن يدخل بها زوجها مالها من المهر، و كيف ميراثها؟ قال: «إذا كان قد أمهرها صداقا فلها نصف المهر، و هو يرثها» (٤) الحديث، و غير ذلك من الاخبار (٥).

و المختار ما قدمناه، فقد روى منصور بن حازم فى الموثق عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج امرأه و سَمى لها صداقا، ثم مات عنها و لم يدخل بها قال: «لها المهر كاملا و لها الميراث» قلت: فإنهم قد رَووا عنك أن لها نصف المهر قال:

«لا يحفظون عنى إنما ذلك للمطلقة» (٦).

قال الشارح الفاضل السيد: يحتمل أن يكون مراد الشيخ بقوله: لأوليائها النصف من جهه سقوط النصف الآخر عن الزوج بالميراث، لكونها غير ذات ولد بقرينه قوله: كان لأوليائها النصف، و حينئذ لا يبقى بين القولين منافاه.

ص: ٣٧٠

١- (١) النهاية: ٤٧١.

٢- (٢) قاله فى المهدب أيضا ٢٠٤: ٢.

٣- (٣) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٤٤.

٤- (٤) الكافى ١١٩: ٦ حديث ٦، [١] التهذيب ١٤٧: ٨ حديث ٥١٠، الاستبصار ٣٤١: ٣ حديث ١٢٢٠.

٥- (٥) الكافى ١١٩: ٦ حديث ٧-١٠، [٢] التهذيب ١٤٧: ٨ حديث ٥١١-٥١٢.

٦- (٦) التهذيب ١٤٧: ٨ حديث ٥١٣، الاستبصار ٣٤٢: ٣ حديث ١٢٢٣.

و يكره للورثه المطالبه بالمهر مع الدخول إذا لم تكن قد طالبت به.

## الفصل الثاني: في الصداق الفاسد

### اشاره

الفصل الثاني: في الصداق الفاسد، و لفساده أسباب:

### الأول: عدم قبوله الملك كالخمر و الخنزير

الأول: عدم قبوله الملك كالخمر و الخنزير مع إسلام أحد الزوجين، و كالحر، و ما لا قيمه له و لا منفعه مباحه فيه، قوله: (و يكره للورثه المطالبه بالمهر مع الدخول إذا لم يكن قد طالبت به).

روى عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فى حديث طويل أن المرأه إذا ماتت بعد أن أقامت مع الرجل الى أن ماتت لا تطلب صداقها، ثم جاء ورثتها بعد موتها يطلبون صداقها: «لا شىء لها» (١) و فى معناها روايات آخر (٢).

و نقل الشيخ فى التهذيب عن بعض أصحابنا أن الدخول يهدم الصداق احتجاجا بهذه الأخبار، و نزلها الشيخ على أن المرأه لا تعطى المهر فى هذه الحاله إلا بالبينه (٣)، و يلوح من عبارته المصنف أنه نزلها على كراهيه المطالبه.

قوله: (الفصل الثاني فى الصداق الفاسد، و لفساده أسباب:

الأول: عدم قبوله الملك كالخمر و الخنزير مع إسلام أحد الزوجين، و كالحر، و ما لا قيمه له و لا منفعه مباحه فيه).

من مباحث المهر البحث عن الفاسد، و لفساده أسباب حصرها المصنف فى سته:

الأول: عدم قبوله الملك فى شرع الإسلام كالخمر و الخنزير مع إسلام أحد

ص: ٣٧١

١- (١) التهذيب ٧: ٣٥٩ حديث ١٤٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٠٦.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٦٠ حديث ١٤٦١-١٤٦٢، الاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٠٧-٨٠٨.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٣٦٠، الاستبصار ٣: ٢٢٣.

فلو تزوج المسلم على خمر أو خنزير أو حر بطل المسمى، وقيل العقد.

و هل تثبت قيمة المسمى أو مهر المثل؟ قولان، الأقرب الثاني. الزوجين، بخلاف ما إذا كانا ذميين. وكذا الحر، سواء كان الزوجان مسلمين أو كافرين. وكذا ما لا قيمة له عند أحد من الناس، ولا منفعه مباحه فيه كالعذره النجسه و نحوها.

قوله: (فلو تزوج المسلم على خمر أو خنزير أو حر بطل المسمى، وقيل: العقد. و هل تثبت قيمة المسمى أو مهر المثل؟ قولان، الأقرب الثاني).

لو تزوج المسلم على خمر أو خنزير أو حر، سواء جرى العقد على خمر معين معلوم أو خنزير أو حر كذلك، أو على مقدار معين من الخمر في الذمه، بطل المسمى قطعاً، لعدم صلاحيته، و في بطلان العقد من أصله قولان:

أحدهما: - واختاره الشيخ في النهاية (١)، و المفيد في المقنعه (٢)، و ابن البراج (٣)، و أبو الصلاح (٤) - انه يبطل، لأن الرضى بالنكاح شرط في العقد، و إنما وقع على المسمى و هو باطل فينتفى الرضى، فيكون العقد باطلاً، لانتهاء الشرط، و لأن النكاح عقد معاوضه فيبطل ببطلان العوض، و لقول الباقر عليه السلام: «المهر ما تراضيا عليه قل أو كثر» (٥).

و يلزمه بعكس النقيض ان ما لم يراضيا عليه لا يكون مهراً، و لا ريب أن غير المسمى لم يقع عليه التراضى فامتنع كونه مهراً، و قد تقرر امتناع كون المسمى مهراً،

ص: ٣٧٢

١- (١) النهاية: ٤٦٩.

٢- (٢) المقنعه: ٧٨.

٣- (٣) المهذب ٢: ٢٠٠.

٤- (٤) الكافي في الفقه: ٢٩٣. [١]

٥- (٥) الكافي ٥: ٣٧٨ حديث ٤، [٢] التهذيب ٧: ٣٥٣ حديث ١٤٣٨.

و النكاح الصحيح لا بد له من مهر سابق أو لاحق، فمتى تخلف عنه لزم بطلانه.

و الثاني: -و اختاره الشيخ في المبسوط (١) و الخلاف (٢)، و ابن الجنيد (٣)، و ابن حمزه (٤)، و ابن زهره (٥)، و ابن إدريس (٦)، و المصنف هنا و في التحرير (٧)، لأن المهر ليس ركنا في العقد و إنما الركن فيه الزوجان، و لهذا جاز عرى العقد عنه، بل اشتراط عدمه، و ليس ذكر الفاسد أعظم من اشتراط عدمه. و لأن النكاح و الصداق غيران فلا يقتضى فساد أحدهما فساد الآخر، و هذا هو الأصح.

و توقف المصنف في المختلف (٨).

و يجاب عن الأول بأن بطلان المسمى لا ينفى أصل الرضى بالنكاح، و إلا لم يصح النكاح لو تبين كونه مستحقا.

و المراد في الحديث أن المهر الذى يراد ذكره فى العقد، و المعنى أنه لا حد له باعتبار القله و الكثره، بل مناطه التراضى بقريته قوله: «قل أو كثر»، و لأن الواجب بالدخول فى المفوضه لم يتراضيا عليه مع أنه مهر.

إذا تقرر ذلك فعلى القول بالصحة ما الذى يجب؟ للأصحاب فيه أقوال:

أحدها: انه يجب مهر المثل، اختاره الشيخ فى الخلاف (٩)، و ابن حمزه (١٠)، و هو

ص: ٣٧٣

١- (١) المبسوط ٢٧٢: ٤.

٢- (٢) الخلاف ١: ٣ مسألة ١ كتاب الصداق.

٣- (٣) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٤١.

٤- (٤) الوسيله: ٣٤٨.

٥- (٥) الغنيه: ٥٤٨.

٦- (٦) السرائر: ٣٠٠.

٧- (٧) التحرير ٣١: ٢. [١]

٨- (٨) المختلف: ٥٤٢.

٩- (٩) الخلاف ١: ٣ مسألة ١ كتاب الصداق.

١٠- (١٠) الوسيله: ٣٤٨.

ظاهر كلام ابن إدريس (١)، واختاره المصنف هنا و في التحرير (٢)، وهو الأصح، لأن عدم صلاحية المسمى لئن يكون صداقا يقتضى بطلان التسميه فيصير العقد خاليا منها، فيجب بالوطء مهر المثل، لأنه قيمه البضع.

و الثاني: إنه يجب قيمه الخمر أو الخنزير عند مستحليه و الحر على تقدير العبوديه، اختاره بعض الأصحاب (٣)، و وجه بأن الزوجين لما ذكرا في العقد عوضا كان مقصودهما ذلك العوض دون قيمه البضع و هو مهر المثل، و لذلك العوض خصوص و هو عينه، و عموم و هو ماليتها باعتبار مقابله بالبضع و هو متقوم، فإذا لم يمكن اعتبار عينه يعتبر ذكره في المالىة فلا يلغو التقدير بذلك القدر و إن الغى التعيين، فيقدر مالا و يجب قيمته على ذلك التقدير.

و ردّ بأن تقدير المالىة فيما يمتنع ماليتها تقدير للمحال، فيلغو التقدير كما يلغو التعيين، و فيه نظر، لأنه لا يلزم من كونه تقدير للمحال إلغاؤه و عدم لحظه في تقدير الواجب من العوض المالى، كما يقدر الحر عبدا في الحكومه ليؤخذ الأرش من الديه تلحظ قيمه على تقدير العبوديه.

و يمكن رده بوجه آخر و هو: إنه لمّا بطل تعيينه لم يكن اعتبار ماليتها بسبب مقابله للبضع مستلزما لوجوب قيمته، لأن وجوب المال المخصوص عوضا إنما يكون بذكره في العقد فيجب مهر المثل.

و فرق الشيخ في موضع في المبسوط بين الحر و الخمر، بأن الحر ليس مالا أصلا، و مالىة الخمر منتفيه للمسلم لا عليه للذمى و لا للذمى على مثله، فنقل عن بعضهم

ص: ٣٧٤

١-١) السرائر: ٣٠٠.

٢-٢) التحرير ٢: ٣١. [١]

٣-٣) في المبسوط ٤: ٢٩٠.



وجوب مهر المثل في الحر و قيمه في الخمر (١).

و اعلم أن إطلاق عبارته المصنف في قوله: (و هل يثبت المسمى أو مهر المثل؟ قولان) يحتمل وجوب مهر المثل بنفس العقد كما يفهم من بعض كلام الشيخ (٢)، و يرشد إليه تعليل جماعه بأنه إذا كان العوض فاسدا و جب رد العوض الآخر، فإذا تعذر رده لصحة النكاح و جب مهر المثل (٣).

و كذا بنى بعض العامة (٤) القولين بوجوب مهر المثل أو قيمه، على أن الصداق إذا تلف قبل القبض يرجع الى مهر المثل أو بدل الصداق، فإن و جب مهر المثل إذا لم يبق الصداق فكذا يجب إذا لم يصلح المذكور لأن يكون صداقا.

و إن و جب بدل الصداق هناك فقد نفى عقد الصداق مع فوات العين اعتمادا على المالىه، فكذلك في الابتداء يحكم بانعقاد الصداق اعتمادا على المالىه، و فيه ضعف، للفرق بين وجوب البدل بعد وجوب الصداق للحكم بصحته، و بين بطلان التسميه من أول الأمر بحيث ينعقد النكاح بدونه.

و المصنف في الإرشاد قيد وجوب مهر المثل بالدخول، و الشارح الفاضل ولد المصنف جعل مناط الخلاف فيما يجب من المهر هو الوطاء (٥)، و في عبارته مسامحه، لأن التقييد بذلك على تقدير مهر المثل ظاهر، أما على تقدير قيمه فلا، لاعتبار التسميه على هذا التقدير.

ص: ٣٧٥

١- ١) المبسوط ٢٩٠: ٤.

٢- ٢) الخلاف ١: ٣ مسألة ١ كتاب الصداق.

٣- ٣) منهم ابن حمزه في الوسيله: ٣٤٨، و ابن إدريس في السرائر: ٣٠٠، و فخر المحققين في الإيضاح ٢٠٣: ٣.

٤- ٤) انظر: المجموع ٣٢٩: ١٦، المغنى لابن قدامه ٢٤: ٨.

٥- ٥) إيضاح الفوائد ٢٠٢: ٣.

و لو تزوجها على ظرف خل فخرج خمرا صح العقد و ثبت مهر المثل، و قيل: مثل الخل، و كذا لو تزوجها بعبد فبان حراً أو مستحقاً.

قوله: (و لو تزوجها على ظرف خل فخرج خمرا صح العقد، و ثبت مهر المثل، و قيل: مثل الخل، و كذا لو تزوجها بعبد فبان حراً).

إذا عقد على ظرف خل في زعمهما و عيّناه بإشارته اليد فخرج خمرا، فقضيه كلام الأصحاب صحة النكاح قولاً واحداً، و أما المهر فلا شبهة في فسادها، و فيما يجب ثلاثه أقوال:

أحدها: مهر المثل، اختاره المصنف، و بعض الأصحاب (١)، لبطلان التسميه بسبب عدم صلاحية المسمى، و لما امتنع ردّ المعوض و هو البضع لصحة النكاح و جب الرجوع الى قيمته و هو مهر المثل، و ينبغي أن يكون وجوبه بالدخول، لأن صحة النكاح لا يستلزم وجوب المهر.

و يحتمل وجوبه بنفس العقد كما سبق الكلام فيه.

الثاني: انه يجب بقدره خلافاً لأنهما حيث عقدا على معين كان مرادهما ذلك المعين دون مهر المثل، و حيث عقدا على المعين على أنه خل فقد تراضيا على خل بقدر هذا، لأن الرضى بالجزئى يتضمن الرضى بالكلى إذ هو جزؤه، فمع بطلان الجزء - لظهور عدم صلاحيته لكونه بحسب الواقع خمرا - تعين وجوب الكلى، لأنه أحد الأمرين اللذين وقع التراضى بهما، و لأنه أقرب إلى المعقود عليه، لأنه مثله، و هو اختيار ابن إدريس (٢)، و ابن الجنيد (٣) حيث قالوا: لها ملؤه خلاً و حسنه المحقق ابن سعيد (٤)، و قال المصنف فى المختلف: إنه أقوى (٥).

ص: ٣٧٦

١- ١) منهم الشيخ فى المبسوط ٢٩٠: ٤. [١]

٢- ٢) السرائر: ٣٠٤.

٣- ٣) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٤٧.

٤- ٤) السرائر: ٣٢٥: ٢.

٥- ٥) المختلف: ٥٤٧.

و لقائل أن يقول: إن الكلى الذى وقع عليه التراضى بالعقد على الجزئى هو الكلى المقترن بالمشخصات الموجوده فى ذهن المتعاقدين، و هذا يمتنع بقاءه إذا ارتفعت المشخصات، و المحكوم بوجوبه غيره أعنى الكلى فى ضمن شخص آخر، و هذا لم يقع التراضى عليه أصلا و لا تبعا، فإيجابه بالعقد إيجاب لما لم يتراضيا عليه.

و كونه أقرب الى المعقود عليه مع تسليم صحته لا يستلزم وجوبه، لأن المهر الذى يجب بالعقد هو ما تراضيا عليه، و لا يلزم من التراضى على أحد المثلين التراضى على الآخر.

الثالث: وجوب قيمه الخمر عند مستحليه، اختاره الشيخ فى المبسوط (١) و الخلاف (٢)، لأن قيمه الشئ أقرب إليه عند تعذره، و لأنهما عقدا على شخصى باعتبار ماليته فمع تعذره - لظهور بطلان الظن - وجب المصير إلى المالىه، و فيه نظر.

لأن الانتقال إلى القيمه فرع صحه العقد على ذى القيمه، لأنه لم يقع التراضى عليها.

و أمتن الأقوال الثلاثه دليلا هو الأول، ثم عد إلى عبارته الكتاب و اعلم أن قوله:

(و لو تزوجها على ظرف خل) يريد به كونه خلا فى ظنهما.

و قوله: (صح العقد و ثبت مهر المثل) يحتتمل أن يريد به ثبوته بالعقد على حد القول بوجوب مثل الخل، و يحتتمل أن يريد ثبوته بالدخول، لأنه قيمه البضع فيتوقف ثبوته على استيفائها، كما لو عقدا على غير مهر، و لم يتعرض الى القول الثالث.

و قوله: (و كذاله تزوجها بعبد فبان حرا) ينبغى أن يريد به ثبوت مهر المثل، و وجوب قيمه الحر على تقدير العبوديه، و لا يتصور وجوب المثل هنا لانتفائه.

ص: ٣٧٧

١- ١) المبسوط ٢٩٠: ٤.

٢- ٢) الخلاف ٤: ٣ مسأله ١٠ كتاب الصداق.

و لو تزوجها على عبيدين فبان أحدهما حرا لم ينحصر الصداق في الآخر، بل يجب بقدر حصه الحر من مهر المثل أو قيمته لو كان عبدا. قوله: (و لو تزوجها على عبيدين فبان أحدهما حرا، لم ينحصر الصداق في الآخر، بل يجب بقدر حصه الحر من مهر المثل، أو قيمته لو كان عبدا).

هذه متفرعه على القولين في المسألة السابقة، و صورتها أنه لو تزوج امرأه و أصدقها عبيدين بظنه فبان أحدهما حرا، بطل الصداق في الحر قطعا، و لا ينحصر في العبد، لأنها لم ترض به وحده، بل يجب معه ما يقتضيه ضميمه الحر إليه، فيبنى على القولين السابقين في المسألة المتقدمة.

فعلى القول بعدم اعتبار المسمى و وجوب مهر المثل يستعلم مهر المثل، فإذا كان خمسين مثلا فينظر قيمة المعقود عليهما معا على تقدير عبودية الحر، و قيمه الحر منهما لو كان عبدا، فإذا كانت عشرة استحققت من مهر المثل بنسبتها إلى مجموع القيمتين و هو ثلاثة.

و على القول بوجوب قيمه المسمى في المسألة السابقة يجب قيمه الحر على تقدير كونه عبدا مع العبد الآخر قلت أو كثرت، و إلى ذلك أشار المصنف بقوله: (بل يجب بقدر حصه الحر من مهر المثل أو قيمته لو كان عبدا).

أى: بل يجب مع العبد الآخر من مهر المثل بقدر حصه الحر من مجموع المسمى، فالجار يتعلق يجب، و المنسوب إليه الحصه و هو المسمى محذوف في العبارة.

و اعلم أن المصنف لم يذكر في هذه المسألة احتمال فساد الصداق جميعه، و قد ذكره فيما إذا ضم إلى المعلوم مجهولا، و لم يتعرض إلى احتمال تسلطها على الفسخ على القول بعدم بطلان الجميع، لفوات بعض المعقود عليه.

و قد أورد في التحرير عليه اشكالا (1)، و عندي في حكمها تردد، فإن القول

ص: ٣٧٨

و لو أصدقها عينا، فخرجت مستحقه، فإن كانت مثليه فالمثل، وإلا فالقيمه، و يحتمل مهر المثل. بطلان التسميه فى كل من العبد الحر مع تعلق الغرض بعين المعقود عليه و صلاحيته للعقد عليه مشكل، و القول بتلفيق الصداق من المسمى و مهر المثل مع تنافى مقتضاهما أيضا مشكل، و الانتقال إلى قيمه الحر على تقدير العبوديه مع عدم تسميته مشكل، فالتوقف اولى.

قوله: (و لو أصدقها عينا فخرجت مستحقه، فإن كانت مثليه فالمثل، و إلا القيمه، و يحتمل مهر المثل).

هذه أيضا من مسائل الباب، و صورتها أنه إذا أصدقها عينا فخرجت مستحقه لغير المصداق بطل كونها صداقا، لامتناع صحه نقل مال الغير، و فيما يجب لها وجهان:

أحدهما: أنه يجب لها مثل تلك العين إن كانت مثليه و قيمتها إن كانت قيمه، لأن العقد و التراضى جرى على تلك العين و قد تعذر إيصالها، لأنها مال الغير، فوجب بدلها و هو المثل أو القيمه.

و الثانى: أنه يجب مهر المثل، لفساد التسميه المقتضى لبطلان الصداق، و تعذر الرجوع و يلوح من عباراتهم وجوبه بالتسميه، و به صرح الشارح الفاضل ولد المصنف (1)، و فيه نظر، لأن بطلان المسمى ليس تسميه لشيء آخر و لا يقتضيها، و إنما صح النكاح مجردا عن المهر، و قد صرح الشارح السيد بأنه يكون بمنزله من لم يسم مهرا.

ثم اعلم أن الشارح ولد المصنف ذكر فى تحقيقه بناء الوجهين فى المسأله على أن الصداق حقيقه أم لا.

ص: ٣٧٩

الثانى: الجهاله، فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى و ثبت مهر المثل، لتعذر تقويم المجهول، فعلى الثانى يجب المثل أو قيمه اعتبارا بإفاده ذكره التقدير بذلك القدر حيث كان التعيين لاغيا.

و على الأول يجب مهر المثل، لأن فساد العوض و تعذر الرجوع الى العوض يقتضى الرجوع الى قيمه المعوض، و هو مهر المثل.

و لقائل أن يقول: إن كون الصداق ليس عوضا حقيقه لا يقتضى أن لا يكون عوضا أصلا، فلا يمتنع أن يكون فيه شبهه الأعواض إذا قوبل الصحيح منه بالبضع فیتعين، و يجب كما يجب سائر الأعواض فى عقود المعاوضات، و إن لم يكن فى أصله عوضا فإنه يجوز أخلاء العقد عنه، و لا يتوقف صحه النكاح عليه، بخلاف الأعواض الحقيقه.

و لو سلم يلزم منه أن المعقود عليه إذا فسد يجب الانتقال إلى بدله ما لم يجر له ذكر و لم يقع عليه تراض، و إنما يلزم ذلك من صحه النكاح مع فساده، و ما سوى ذلك فهو محض دعوى عريه عن الدليل.

قوله: (الثانى: الجهاله، فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى و يثبت مهر المثل، لتعذر تقويم المجهول).

من جهات فساد الصداق المسمى جهالته، فمتى عقد على مهر مجهول كعبد و دابه و شىء بطل المسمى، لأن الصداق و إن لم يكن عوضا فى أصله، إلا أنه إذا ذكر فى العقد جرت عليه أحكام المعاوضات، و الجهاله من موانع صحتها.

و يثبت هنا مهر المثل قولاً واحداً، لامتناع القول بوجوب قيمه المسمى، لأن المجهول يتعذر تقويمه، و ظاهرهم وجوب مهر المثل بنفس العقد كما مر فى نظائره، لأن فساد المسمى لا يوجب فساد التسميه، لأن أثرها عدم التفويض حيث لم يتراضيا على النكاح بغير مهر، و للنظر فيه مجال.

و لو ضمه إلى المعلوم احتمال فساد الجميع، فيجب مهر المثل و احتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي.

فلو زاد عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الأول دون الثاني. قوله: (و لو ضمه إلى المعلوم احتمال فساد الجميع، فيجب مهر المثل و احتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي، فلو زاد عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الأول دون الثاني).

الثاني من صور الجهالة: ما إذا ضم المعلوم إلى المجهول، و جعل المجموع صداقا ففيه وجهان:

أحدهما: فساد المهر من أصله، لأن المهر هو المجموع الحاصل من المعلوم و المجهول، و هو مجهول، لأن جهالة الجزء يستلزم جهالة الكل، لأن العلم بعوض المجهول موقوف على العلم بنسبه المعلوم إلى الكل، و كذا بنسبه المجهول إليه، و هو ممتنع، فيكون العلم بالصداق ممتنعا، فيبطل و يجب مهر المثل، و على هذا فلا يكون المعلوم من جملة الصداق الواجب، فلا يجب على الزوج دفعه عن مهر المثل بل له دفع غيره.

و الثاني: أنه يحتسب المعلوم من مهر المثل، و هذا الوجه يستجمع شيئين: وجوب مهر المثل، و كون المعلوم من المسمى واجبا للزوجه.

أما الأول، فلأن المسمى لما كان بعضه يمتنع كونه من جملة المهر لجهالته، و يجب مهر المثل، لأن مقابل البضع إما المسمى أو مهر المثل، و لما امتنع الأول تعين الثاني.

و أما الثاني: فلأن المعلوم قد ذكر في العقد بخصوصه، و الغرض يتعلق بخصوصيات الأموال، و لا دليل على بطلان تسميته من أصله، و لا يلزم من بطلان كون المهر الواجب بالتسميه أن لا يكون محسوبا من مهر المثل.

و قول الشارح الفاضل ولد المصنف: إنَّ وجوب العين و مهر المثل يستلزم

اجتماع النقيضين، إن أراد به وجوب العين باعتبار كونها المهر المسمى فصحيح، وإن أراد وجوبها على أنها من مهر المثل فلا استحاله في ذلك (١).

إذا عرفت ذلك فالمعلوم: إما أن يكون بقدر مهر المثل، أو زائدا عليه، أو ناقصا عنه. فإن كان بقدره لم يجب غيره، لانتفاء الموجب، وإن نقص وجب إكماله لا محاله، وإن كان زائدا وجبت الزيادة على هذا الاحتمال، لأننا صححنا التسميه فيه على أنه من مهر المثل، بخلاف ما إذا قلنا ببطلان المسمى من أصله، وعدم اعتبار التسميه في المعلوم كالمجهول.

و إلى هذا أشار المصنف بقوله: (فلو زاد عن مهر المثل لم تجب الزيادة على الأول دون الثاني) فإنه يريد بالأول احتمال فساد الجميع، وبالثاني احتساب المعلوم من مهر المثل.

و اعلم أن المصنف ذكر فيما لو أصدقها عبيدين فإن أحدهما حرا احتمالين:

أحدهما: وجوب قدر حصه الحر من مهر المثل، و لم يتعرض الى هذا الاحتمال هنا، و كأنه نظر الى أن المجهول يتعذر تقويمه فيتعذر معرفه حصته من مهر المثل، بخلاف الحر على تقدير عبوديته. و لو قيل بمجىء هذا الاحتمال باعتبار أن حصه المجهوله من مهر المثل يمكن استعمالها بطريقتين:

أحدهما: ان المسمى لما كان عباره عن المعلوم و المجهول كان كل منهما مجهولا جزءا له، و الأصل عدم التفاضل بينهما، فيكون كل واحد نصفًا، كما لو اوصى بشيء لزيد و الملك، فإن لزيد النصف في وجهه، فيكون حصه المجهول نصف مهر المثل.

و الثاني: تقدير المجهول أقل ما يتمول، لأنه متيقن و الزائد مشكوك فيه، فإذا جرى المعلوم أجزاء كل منها أقل ما يتمول ضم المجهول إليها و نسب الى المجموع



و أخذ له بتلك النسبه من مهر المثل.

و كيف كان فانا فى هذه المسأله من المتوقفين.

ثم اعلم أيضا أن الشارح الفاضل ولد المصنف ذكر احتمالين على تقدير احتساب المعلوم من مهر المثل:

أحدهما: أن يكون أداء لمهر المثل، كما لو شرط أداء المسمى الصحيح من مال بعينه.

و الثانى: انه يجب لكونه جزءا من المسمى، و يجب للجزء الآخر و هو المجهول حصته من مهر المثل، و يستعلم حصته منه بأحد الطريقتين اللذين مر ذكرهما، و زعم أن قول المصنف: (فلو زاد لم يجب الزيادة على الأول) إشاره إلى كون وجوب المعلوم لكونه أداء لمهر المثل، و أن قوله: (دون الثانى) إشاره إلى إيجاب المعلوم، لكونه جزءا من المسمى (1). و ما ذكره رحمه الله فاسد لوجوه:

الأول: ان المصنف لم يذكر فى عبارته سوى احتمال فساد الجميع، و احتمال احتساب المعلوم من مهر المثل، فأرادته الأول و الثانى على ما ذكره الشارح (2) اراده لما ليس بمذكور، بل و لا يدل عليه شىء فى كلامه أصلا، و هو واضح الفساد.

الثانى: ان هذا الذى زعم أن المصنف أراده و لا دليل عليه فاسد فى نفسه، لأن احتساب المعلوم من مهر المثل لا يستقيم إلا على الاحتمال الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما دون الثانى، لأن المعلوم على هذا الاحتمال واجب لكونه جزء المسمى، و عوض الجزء المجهول حصته من مهر المثل، فلا يكون المعلوم محسوبا من مهر المثل على هذا الاحتمال، فكيف يكون متشعبا من احتساب المعلوم من مهر المثل.

الثالث: ان قوله بعدم وجوب الزيادة عن مهر المثل على الاحتمال الأول من

ص: ٣٨٣

١- ١) إيضاح الفوائد ٢٠٤: ٣.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢٠٤: ٣.

و لو تزوج و اشترى و استأجر بسط على مهر المثل و ثمنه و أجرته.

و لو زوجه جاريتها و باعها منه بطل النكاح، و سقط من المسمى بنسبه مهر المثل. الاحتمالين اللذين ذكرهما غير مستقيم، فإنه مع كونه خلاف مدلول عباره المصنف لا يمتنع أن يجب المعلوم لذكره بخصوصه فى العقد، فإن ساوى مهر المثل أو زاد لم يجب شىء آخر لحصول مهر المثل مع الزيادة، و إن نقص و جب إكماله، فيكون مهر المثل واجبا، لعدم التسميه المعتبره، و يجب الزيادة على تقدير حصولها لثبوت مقتضاها و انتفاء ما يدل على بطلانها.

و الشارح السيد لم يزد على أن الأول هو احتمال الفساد فى الجميع، و الثانى هو احتساب المعلوم من مهر المثل، و لم يعرج على ما ذكره ولد المصنف.

قوله: (و لو تزوج و اشترى و استأجر بسط على مهر المثل و ثمنه و أجرته).

أى: ثمن المثل و أجره المثل، و طريق البسط جمع مهر المثل و ثمنه و أجرته و نسبه كل منهما الى المجموع، و الأخذ من المسمى بنسبه كل الى المجموع. و الضمير فى (بسط) يعود إلى محذوف مدلول عليه، لأن المراد أنه تزوج و اشترى و استأجر بعوض واحد.

و تصور ذلك سهل، فإنه إذا زوجته نفسها و باعته عبدها و أجرته دارها سنه بمائه تحقق ذلك، و إنما ذكر المصنف هذه المسأله هنا للرد على من يقول بفساد ذلك.

قوله: (و لو زوجه جاريتها و باعها منه بطل النكاح و سقط من المسمى بنسبه مهر المثل).

أى: لو زوج الولى جاريتها من شخص و باعها منه، صح البيع و بطل النكاح، و يحتمل بطلانهما.

و لو تزوج بها و اشترى منها دينارا بدينار بطل البيع، و وجب مهر المثل. و الأقوى ما يقتضيه التقسيط من المسمى، أما صحه البيع، فلأن المقتضى لصحته - و هو الصيغه المعتمده - موجود، و لا يضر بطلان النكاح، لأنه فى قوه عقدين، و لا يلزم من بطلان أحد العقدين بطلان الآخر.

و أما بطلان النكاح، فلأن الزوج إذا طرأ ملكه لزوجته على النكاح بعد الحكم بصحته بطل النكاح، فإذا قارنه أبطله بطريق أولى.

و أما احتمال بطلانهما، فلأنهما شيئان تضمنهما عقد واحد، فلا يوصف بعضه بالصحة و بعضه بالفساد. و يضعف بأن العقد و إن كان واحدا فى الصورة إلا - أنه فى الحقيقه عقدان، لأن نقل الأعيان على الوجه المخصوص بيع منضم الى النكاح، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر.

إذا تقرر ذلك فطريق تقسيط المسمى على المهر و ثمن المبيع: أن ينظر مجموع مهر المثل للجاريه و قيمتها السوقيه، ثم ينسب كل واحد منهما الى المجموع، فيأخذ له بمثل تلك النسبه من المسمى، فإذا كان مهر المثل خمسين و قيمه مائه كان المهر ثلثا و القيمه ثلثين، فإذا كان المسمى مائه كان قسط المهر ثلثها يرجع الى الزوج، لبطلان النكاح، و قسط الثمن ثلثاها سته و ستون و ثلثان يستحقها المولى.

قوله: (و لو تزوج بها و اشترى منها دينارا بدينار بطل البيع و وجب مهر المثل، و الأقوى ما يقتضيه التقسيط من المسمى).

أى: لو تزوج رجل بامرأه و اشترى منها دينارا، و عوض الأمرين معا هو دينار واحد، فقد جمع بين النكاح و الصرف على وجه يلزم منه الربا، لأن الثمن و المثل من جنس واحد، و بعض المسمى مهر لا محاله، فيبقى بعض الدينار فى مقابل الدينار، فيبطل الصرف للربا.

و لو اختلف الجنس صح الجميع. و فى قول يبطل النكاح أيضا، والأصح صحته، لوجود المقتضى و هو العقد المركب من الإيجاب و القبول، و انتفاء المانع إذ ليس إلا- مقارنة الصرف المشتمل على الربا إياه، و هو غير صالح للمانع، لأن بطلان أحد العقدين المتقاربين لا يقتضى بطلان الآخر.

و يجب مهر المثل عند الشيخ فى المبسوط (1)، احتجاجا، بأن الدينار يقع فى مقابله الدينار فىبقى النكاح بغير مهر، و فيه نظر، لأن الدينار فى مقابل كل من الدينار و البضع، فىكون لكل منهما منه ما يقتضيه التقسيط، و من ثم لزم فساد البيع فىكون الأصح ما قواه المصنف.

فإذا كان مهر مثلها عشرة دنانير مثلا، قسّم الدينار المسمّى على أحد عشر جزءا، لما قلناه من أنه مهر و ثمن، و مهر المثل عشره دنانير و ثمن المثل دينار، فىكون المهر عشره أجزاء من أحد عشر جزءا من الدينار، و الثمن جزءا من أحد عشر جزءا من الدينار. قوله: (و لو اختلف الجنس صح الجميع).

أى: لو اختلف الجنس فى المسألة المذكوره، بأن كان المبيع مثلا- درهما و المسمّى دينارا و بالعكس، صح النكاح و الصرف، لانتفاء الربا حينئذ، لأن التفاضل مع اختلاف الجنس غير قادح فى الصحه، لكن لا بد من التقابض فى المجلس هنا، لأن الصرف يبطل بالتفرق قبله.

و لا يخفى أن المصنف إنما ذكر هذه المسائل هنا و إن لم يكن من مسائل جهاله المهر، لدفع توهم من عدّها من صور الجهاله.

ص: ٣٨٤

الثالث: الشرط، و لو شرط فى العقد ما لا يخل بمقصود النكاح و إن كان غرضاً مقصوداً فى الجملة لم يبطل النكاح.

بل الشرط إن خالف المشروع مثل أن يشترط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو لا يمنعها من الخروج، أو لا يقسم لضررتها، فالعقد و المهر صحيحان، و يبطل الشرط خاصة.

و كذا لو شرط تسليم المهر فى أجل، فإن لم يسلمه كان العقد باطلاً، فإنه يبطل الشرط خاصة.

و فى فساد المهر وجه، فإن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق، و يتعذر الرجوع الى قيمه المشروط فيثبت مهر المثل. قوله: (الثالث: الشرط، و لو شرط فى العقد ما لا يخل بمقصود النكاح و إن كان غرضاً مقصوداً فى الجملة، لم يبطل النكاح، بل الشرط إن خالف المشروع مثل أن يشترط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو لا يمنعها من الخروج، أو لا يقسم لضررتها، فالعقد و المهر صحيحان و يبطل الشرط خاصة. و كذا لو شرط تسليم المهر فى أجل، فإن لم يسلم كان العقد باطلاً، فإنه يبطل الشرط خاصة، و فى فساد المهر وجه، فإن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق، و يتعذر الرجوع الى قيمه الشرط فيثبت مهر المثل).

الشروط التى تذكر فى عقد النكاح أقسام: منها ما يخل بمقصود النكاح، و منها ما يقتضيه عقد النكاح، و منها ما لا يكون واحداً من الأمرين، و هو إما أن يخالف المشروع أو لا يخالفه، و منها ما لا يتعلق به غرض.

فالأول: مثل أن يشترط فى النكاح أن يطلقها أو لا يطأها، و نحو ذلك. و مقتضى القولين عدم صحة النكاح و الشرط فى هذا القسم، لأن عقد النكاح يقتضى ثبوت

الشرط، و ثبوت الشرط يقتضى رفع النكاح لما بينهما من المنافاه، لأن الشرط لما كان منافيا لمقتضى النكاح كان منافيا له، و ثبوت أحد المتنافيين يقتضى رفع الآخر، و قد تقدّم قبل النكاح المنقطع بيان حكم بعض أفراد هذا النوع.

و الثانى: مثل أن يشترط أن يقسم لها أو ينفق عليها أو لا- تخرج إلّا- باذنه، و نحو ذلك. و حكمه أن ذلك ثابت مع الشرط و بدونه، و فائده الاشتراط تأكيد الثبوت.

و أما الثالث: فإن خالف المشروع، مثل أن يشترط لها أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو لا يمنعها من الخروج حيث شاءت، أو لا يقسم لضرتها، و نحو ذلك، فقد صرح المصنف بأن المهر و العقد صحيحان و الشرط فاسد. و كذا غيره من الأصحاب كالشيخ فى المبسوط (١)، و ابن حمزه (٢)، و ابن إدريس (٣)، و غيرهم (٤). أما فساد الشرط فظاهر، و أما صحه العقد فلا يطابق الأصحاب عليه.

يلوح ذلك من عباره الشيخ فى المبسوط، حيث قال فى هذه المسأله: و لا يفسد المهر عندنا، فإن صحه المهر إنما يكون مع صحه العقد، و فرّقوا بين هذا النوع من الشروط و بين النوع الأول، حيث صرح جمع ببطلان العقد من رأس هناك و صرحوا بالصحه هنا، و كأنهم نظروا إلى ظهور المنافاه بين العقد و الشرط هناك و انتفائه هنا، لأن غايه تأثير فساد هذا النوع من الشروط أن يؤثر فى فساد المهر، و فساده لا يقتضى فساد النكاح، لأنه غير مشروط به، بخلاف البيع و نحوه.

و أما المهر فقد صرح أكثرهم بصحته أيضا، لوجود المقتضى للصحه، إذ ليس إلّا الشرط الفاسد و هو غير صالح للمانع، لأن فساد أحد الشئيين المتضمن لا يقتضى

ص: ٣٨٨

١- (١) المبسوط ٣٠٣: ٤. [١]

٢- (٢) الوسيله: ٣٥٠. [٢]

٣- (٣) السرائر: ٣٠٣.

٤- (٤) منهم ابن البراج فى المهدب ٢٠٧: ٢.

فساد الآخر، و في وجه أنه يفسد و إليه الإشاره بقوله: (و في فساد المهر وجه).

أى: و في فساد المهر في المسائل المذكوره وجه، و أشار إلى دليله بقوله: (فإن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق).

و تقريره: إن فساد الشرط يقتضى فوات بعض العوض، لأن العوض في الحقيقه مركب من المسمى و الشرط، لأن الشرط ارتفاق فهو في حكم المال، و الرجوع الى قيمته متعذر، للجهاله، فيجهل الصداق، فيتعين الرجوع إلى مهر المثل.

و لقائل أن يقول: إن الدليل أخص من الدعوى، لأن الدليل لو تمّ إنما ينتج ثبوت مهر المثل إذا كان الشرط من الزوج للزوجه ليكون بعض العوض، لأنه إذا كان من الزوجه للزوج لا يكون بعض العوض فلا يتجهل الصداق بفواته.

و يمكن الجواب: بأن الدليل مركب من أمرين، ذكر أحدهما و تبه بالمذكور على ما لم يذكره.

و تقريره: إن الشرط إما من الزوج للزوجه، أو من الزوجه للزوج. فإن كان الأول فوجهه ما تقدم، و إن كان الثانى فوجهه أن الشرط حيثئذ بمنزله بعض العوض، و الصداق مبذول في مقابل الجميع، و بفساد الشرط يفوت بعض المعوض، و قيمته مجهوله على ما سبق، فلا يعلم نصيب الباقي من المعوض من الصداق فيثبت مهر المثل، و هنا كلامان:

أحدهما: إن إطلاق عباره المصنف يعم ما إذا كان مهر المثل بقدر المسمى أو أزيد أو انقص. و في وجه أنه إن زاد المسمى و الشرط لها فالواجب المسمى، لأنه قد رضى ببدله مع التزام ترك حق، فمع انتفاء اللزوم يكون الرضى بالمسمى أولى. و كذا إن نقص و الشرط عليها، لأنها قد رضيت بذلك القدر مع ترك حق لها فبدونه أولى، و ليس هذا الوجه ببعيد.

الثانى: انه قد سبق في بحث الجهاله فيما لو ضم المجهول الى المعلوم، أن فيه

احتمالين: أحدهما وجوب مهر المثل، والآخر احتساب المعلوم من مهر المثل فيجب الباقي، فينبغي أن يطرد الاحتمالان هنا، لأن هذه أيضا من مسائل ذلك الباب، وإطلاق المصنف وجوب مهر المثل على القول بفساد المهر ينافي الاحتمال الثاني.

ويمكن أن يتعذر له بأن الاحتمالين لما كانا مذكورين قبل هذا البحث بيسير اعتماد على ظهور اطرادهما هنا فلم يتعرض إليهما، ثم تنبه لشيئين:

الأول: إن اللائح من قول المصنف: (و كذا لو شرط تسليم المهر في أجل). أن هذه من صور اشتراط ما لا يخل بمقصود النكاح، وليس بواضح، لأن الشرط المذكور يخل بنفس النكاح، وما أخل بنفس النكاح فهو مخل بمقصوده لا محاله.

فإن قوله: (فإن لم يسلم كان العقد باطلا) من جملة الشرط، وهو أشد منافاه للعقد من اشتراط الطلاق، وقد صرح الشارح الفاضل ولد المصنف بأن الشرط المذكور مخل بمقصود النكاح، وزعم أن النكاح معه صحيح (١).

وقد روى محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى على عليه السلام في رجل يتزوج المرأة إلى أجل مسمى، فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهي امرأته، وإن لم يجيء بالصداق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث انكحوا، فقضى أن بيد الرجل بضع امرأته و أحبط شرطهم» (٢).

وقد ذكر المصنف في التحرير أن الرواية حسنة، لكن المتبادر منها أن التزوج إلى أجل مسمى، وذلك غير محل النزاع، فالبطالان أوجه (٣).

الثاني: إن قول المصنف: (و في فساد المهر وجه) الظاهر أنه يتعلق بجميع

ص: ٣٩٠

١- ١) إيضاح الفوائد ٢٠٧: ٣.

٢- ٢) الكافي ٤٠٢: ٥، حديث ١، [١] التهذيب ٣٧٠: ٧، حديث ١٤٩٨.

٣- ٣) التحرير ٣٤: ٢. [٢]



و لو شرط أن لا يقتضها لزم الشرط، فإن أذنت بعد ذلك جاز، و عندى فيه اشكال، و قيل: يختص بالمؤجل. المسائل التي ذكر كون الشرط فيها فاسدا و النكاح صحيحا، لأن الوجه ثابت فى الجميع، فلا معنى لقصره على المسأله الأخيره كما تختله الشارح الفاضل ولد المصنف (١)، و ذكره بعد هذه المسأله لا يقتضى اختصاصه بها.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن هذا حكم ما إذا خالف الشرط المشروع و لم يخل بمقصود النكاح، فلو لم يخل و لم يخالف المشروع فلا بحث فى الصحه.

و يستفاد من قول المصنف: (و إن كان غرضا مقصودا فى الجملة) أن ما لم يخل بمقصود النكاح و ليس بمشروع لا- يصح اشتراطه، سواء كان غرضا مقصودا فى الجملة أو ليس بمقصود أصلا. و يفهم منه أن ما ليس مخلا- بمقصود النكاح إذا كان مشروعا يصح اشتراطه، سواء كان غرضا مقصودا أم لا- و فيه نظر، لأن الأوجه إلغاء ما لا يتعلق به غرض أصلا، كما لو شرط أحدهما مكيالا أو صنجه معينه دون ما سواه، فإنه قد تقدم فى السلف إلغاء مثل هذا الشرط فى النكاح أولى.

قوله: (و لو شرط ألا يقتضها لزم الشرط، فإن أذنت بعد ذلك جاز، و عندى فيه اشكال، و قيل: يختص بالمؤجل).

لو شرط الزوجان فى العقد عدم اقتضاى الزوجه حيث كانت بكرا، فى صحه العقد و الشرط أو فسادهما، أو صحه العقد و فساد الشرط ثلاثه أقوال للأصحاب:

أحدها: القول بصحتهما، اختاره الشيخ فى النهايه (٢)، محتجا بروايه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج بجاريه عاتق على أن لا

ص: ٣٩١

١- ١) إيضاح الفوائد ٢٠٧: ٣.

٢- ٢) النهايه: ٤٧٤.

يقتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، فقال: «إذا أذنت له فلا بأس» (١).

و بروايه سماعه بن مهران عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل جاء الى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسى على أن تلتمس منى ما شئت من نظر أو التماس، و تنال منى ما ينال الرجل من أهله، إلا أنك لا تدخل فرجك فى فرجى، و تتلذذ منى بما شئت، فإنى أخاف الفضيحة، قال: «ليس له منها إلا ما اشترطته» (٢).

و الثانى: القول بصحة العقد و بطلان الشرط، اختاره ابن البراج (٣)، و ابن إدريس (٤)، أما صحة العقد فلصدوره من أهله فى محله، و الأصل فى العقود الصحة، و أما بطلان الشرط، فلأنه مناف لمقتضى العقد.

و الثالث: القول بصحة الشرط فى المتعه و بطلانه (٥) فى الدوام، اختاره الشيخ فى المبسوط (٦)، و قطب الدين الكيدرى (٧)، و المصنف فى المختلف (٨) و هو الأصح.

أما الصحة فى المتعه، فلعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٩)، و قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (١٠). و ليس هذا الشرط يقتضى نكاح المتعه، فإن المقصود الأصلي منه التمتع و التلذذ و كسر الشهوه دون التوالد و التناسل، و ذلك لا

ص: ٣٩٢

١- (١) الفقيه ٣: ٢٩٧ حديث ١٤١٣، التهذيب ٧: ٣٦٩ حديث ١٤٩٦.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٦٩ حديث ١٤٩٥.

٣- (٣) المهذب ٢: ٢٠٧.

٤- (٤) السرائر: ٣٠٣.

٥- (٥) فى نسخه «ش»: و بطلان العقد.

٦- (٦) المبسوط ٤: ٣٠٤.

٧- (٧) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٤٥.

٨- (٨) المختلف: ٥٤٥.

٩- (٩) المائده: ١. [١]

١٠- (١٠) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

يستدعى الوطاء، و عليه تنزل الأخبار الواردة بالصحة (١) وإن ضعف السند.

و أما البطلان فى الدوام، فلأنه مناف لمقتضاه، لأن المقصود الأصلى منه النسل، و هو يستدعى الوطاء، و يكون الشرط فاسداً و يفسد به العقد، للمنافاه، و لعدم الرضى بالعقد إلاّ به.

و يظهر من عبارته ابن حمزه قول رابع و هو بطلان الشرط دون العقد فى الدائم، و صحتها فى نكاح المتعه (٢).

ثم عد إلى عبارته الكتاب و تنبه لأمر:

أ: إن اشتراط عدم الوطاء بمنزله اشتراط عدم الاقتضا، فى ما سبق. و هل اشتراط عدم التقبيل و نحوه من مقدمات الوطاء و توابعه كذلك؟ لم أقف فيه على شىء، و إلحاقه باشتراط عدم الوطاء ليس ببعيد، و ينبغى أن يسوى فى ذلك الدائم و المتعه.

ب: منشأ الاشكال الذى ذكره المصنف ظاهر مما قرناه، فإن عموم الآية (٣) و الروايه (٤) تقتضى الصحه مطلقاً، و كذا روايه إسحاق بن عمار، و سماعه بن مهران السالفتين. و منافاه الشرط لمقصود النكاح و مخالفته لظاهر الكتاب و السنه يقتضى بطلانه، و به يبطل العقد، لما تقدم.

ج: الضمير فى قوله: (و قيل: يختص بالمؤجل) يعود إلى لزوم الشرط المذكور، أى: و قيل: يختص لزوم الشرط، و هو إشاره إلى قول الشيخ فى المبسوط (٥)، و يمكن أن

ص: ٣٩٣

١-١) التهذيب ٧:٣٦٩ حديث ١٤٩٥.

٢-٢) الوسيله: ٣٥٠. [١]

٣-٣) المائده: ١.

٤-٤) التهذيب ٧:٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣:٢٣٢ حديث ٨٣٥.

٥-٥) المبسوط ٤:٣٠٤. [٢]

و لو شرط الخيار فى النكاح بطل العقد، و إن شرطه فى المهر صح العقد و المهر و الشرط، فإن اختار بقاءه لزم، و إلا ثبت مهر المثل. يكون إشاره إلى قول ابن حمزه (١)، لأنه لم يتعرض إلى صحه العقد الدائم و فساد، و إنما يدل كلامه على بطلان الشرط.

د: على القول بصحة العقد و فساد الشرط يطرد الوجه بفساد المهر هنا، فتصير هذه المسألة من مسائل هذا الباب.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنها إذا شرطت عدم الاقتضاى حيث يصح الشرط لزم و لم يجز له فعله، فإن أذنت بعد ذلك ففى جوازه بالاذن قولان:

أحدهما: الجواز، لأن المنع حق لها فيزول بإذنها، و لروايه إسحاق بن عمار السابقه (٢).

و ثانيهما: العدم، لأن الفروج لا- تحل بالاذن بل بالعقد، و لما لم يكن العقد مثمرا للحل لم يكن للاذن اعتبار، و الروايه ضعيفه، فالأصح العدم (٣).

و اعلم أن الضمير فى قوله: (فيه) من قوله: (و عندى فيه اشكال) يعود الى ما دل عليه الكلام السابق من لزوم الشرط و جواز الاقتضاى بعد العقد بالاذن، و يكون مرجع الضمير فى قوله: (يختص) من قوله: (و قيل يختص بالمؤجل) هو ذلك أيضا، و يمكن أن يكون مرجعه هو لزوم الشرط، إلا أنه يلزم اختلاف مرجع الضمائر بغير مائز، و ليس بجائز.

قوله: (و لو شرط الخيار فى النكاح بطل العقد، و إن شرط فى المهر صح العقد و المهر و الشرط، فإن اختار بقاءه لزم، و إلا ثبت مهر المثل).

لا يصح اشتراط الخيار فى نفس النكاح قطعا، لأن فى النكاح شائبه التعبد،

ص: ٣٩٤

١- (١) الوسيله: ٣٥٠. [١]

٢- (٢) ذهب اليه الشيخ فى النهايه: ٤٧٤.

٣- (٣) ذهب اليه الشيخ فى المبسوط ٣٠٤: ٤.

و ليس هو من عقود المعاوضات، فلو شرط فيه بطل الشرط و العقد عند عامه الفقهاء، لأنه يخرج عن وضعه.

و لو شرط الخيار فى الصداق صح قطعاً، لانتهاء المانع، لأن الصداق ليس ركناً فى النكاح، وإنما هو عقد مستقل بنفسه، و المقصود منه المال، فإذا شرط فيه الخيار صح، و لا يبطل الصداق عندنا.

و للعامه فى بطلان الشرط و الصداق معاً، و صحتها معاً، و صحة الصداق و بطلان الشرط ثلاثه أوجه (١).

فإذا اشترط و اختار بقاءه لزم، و إن اختار الفسخ انفسخ و ثبت مهر المثل بالدخول.

و هل يجب فى اشتراط الخيار تعيين مده ثبوته بحيث لا يحتمل الزيادة و النقصان، أم يجوز اشتراطه مطلقاً من غير تعيين لزمانه؟ عبارات الفقهاء مطلقه خاليه من التعرض إلى ذلك نفيًا و إثباتًا، لكن فى المبسوط عنون المسأله باشتراط الخيار فى الصداق ثلاثاً (٢)، و هو غير صريح فى اشتراط التعيين، لكنه يشعر به.

و لو قيل باشتراط التعيين أمكن كما فى البيع و نحوه، لأن فى النكاح معنى المعاوضه، فيراعى فيه انتفاء الغرر.

و قول المصنف: (فإن اختار بقاءه لزم) المراد به: ان المشتراط للخيار من الزوجين ان اختار بقاء المهر لزم و اندفع عنه التزلزل.

و قوله: (و إلا- ثبت مهر المثل) ظاهره يتناول أمرين: اختيار الفسخ، و عدم اختيار شىء، و هو صحيح بالنسبه إلى الأول دون الثانى، فإنه إذا لم يختار شيئاً بقى الخيار ثابتاً بحاله.

ص: ٣٩٥

١- ١) انظر المجموع ٣٣٨: ١٦.

٢- ٢) المبسوط ٣٠٤: ٤. [١]

و لو سَمِيَ لها شيئاً و لأبيها شيئاً لزم مسماها خاصة.

و لو أمهرها شيئاً و شرط أن يعطى أباهاً منه شيئاً، قيل: لزم الشرط. قوله: (و لو سَمِيَ لها شيئاً و لأبيها شيئاً لزم مسماها خاصة، و لو أمهرها شيئاً و شرط أن يعطى أباهاً منه شيئاً، قيل: لزم الشرط).

هنا مسألتان، لأنه إما أن يكون المسمى للأب خارجاً عن المهر، أو من جملة المهر.

الأولى: أن يكون خارجاً عن المهر فيصح العقد و يلغو ما سماه للأب، صرح به الشيخ في النهاية (١)، و عامه الأصحاب، لروايه الوشاء عن الرضا عليه السلام انه سمعه يقول: «لو أن رجلاً تزوج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفاً و جعل لأبيها عشرة آلاف، كان المهر جائزاً و الذي جعله لأبيها فاسداً» (٢).

و قال ابن الجنييد: و لا- يلزم الزوج غير المهر من جعله جعلها الولي أو واسطه، و لو وفى الزوج بذلك تطوعاً كان أحوط، فإن طلقها قبل المدخول لم يكن عليه إلا- نصف الصداق دون غيره، فإن كان قد دفع ذلك يرجع بنصف المهر و كل الجعالة على الواسطه (٣).

و قال المصنف في المختلف: إن كان قد جعل للواسطه شيئاً على فعل مباح و فعله لزمه و لم يسقط منه شيء بالطلاق (٤). و ما ذكره المصنف صحيح، إلا أنه على ما فرض لا دخل لذكر ذلك في العقد بالنسبة إلى اللزوم و عدمه.

و ينبغي أن يكون موضوع المسألة ما إذا اشترط لأبيها شيئاً، يكون ثبوته مستنداً إلى عقد النكاح. أما إذا اشترط له شيئاً على جهه التبرع خارجاً عن المهر

ص: ٣٩٦

١- ١) النهاية: ٤٧٣.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٦١ حديث ١٤٦٥، الاستبصار ٣: ٢٢٤ حديث ٨١١.

٣- ٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٥٤٩.

٤- ٤) المختلف: ٥٤٩.

و عن كونه جعله فيناسب الأصول الصحه، إذ لا مانع من صحه هذا الشرط و لزومه، لأنه فعل سائغ شرعا، فيدخل في عموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (١).

و لا- فرق في ذلك بين كون الاشتراط المذكور باستدعاء الزوجه، أو بفعل الزوج ابتداء. و ينبغي على تقدير الصحه أن لا يؤثر الطلاق في شيء من الشرط المذكور.

الثاني: أن يكون من جمله المهر، فظاهر كلام ابن الجنييد لزومه، لأنه قال: فإن كانت المرأه اشترطت رجوع عليها بنصف صداقها و نصف ما أخذه من شرطت له ذلك، يعنى مع الطلاق قال، لأن ذلك كله بعض الصداق الذى لم يرض نكاحها إلا به.

و قال المصنف فى المختلف: إن المسمى للواسطه إن لم يكن على جهه الجعاله بل ذكره فى العقد، لم يكن عليه منه شيء سواء أطلق أو لا- و أورد عليه شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد أن ذلك شرط مباح فيلزم، لعموم قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم».

و الذى يقتضيه صحيح النظر أن ما سَمَّاه للأب على أنه من جمله المهر إن قصد كونه للأب ابتداء لا- من قبل الزوجه فهو باطل، لأن بعض المهر يمتنع كونه ابتداء لغير الزوجه، و عليه تنزل روايه الوشاء السالفه.

فإن كان قد سَمَّى المجموع للزوجه مهرا، و شرط عليها أن تدفع إلى أبيها منه شيئا على جهه التبرع منها و الإحسان، فالفساد لا وجه له، لأن ذلك شرط لا يخالف الكتاب و السنه فلا وجه لإبطاله.

و على هذا فلو طلقها رجوع بنصف المجموع، لأن جميعه هو المهر، و الشق الثانى مما ذكرناه هو المسأله الثانى فى العبارة.

ص: ٣٩٧

و لو شرط ألا- يخرجها من بلدها، قيل: لزوم الشرط للرواية، و هل يتعدى إلى منزلها؟ إشكال. و أشار بقوله: (قيل: لزوم الشرط) إلى القول المحكى عن ابن الجنيد فى عقد النكاح (١)، و اعلم أنه لا فرق بين الأب و غيره بالنسبه إلى الشرط المذكور حيث يصح أو يفسد.

قوله: (و لو شرط أن لا يخرجها من بلدها، قيل: لزوم الشرط، للرواية، و هل يتعدى إلى منزلها؟ إشكال).

أى: لو شرط الزوج للزوجه فى عقد النكاح ألا يخرجها من بلدها الذى هى قاطنه به، قيل: لزوم الشرط، و القائل بذلك الشيخ فى النهايه (٢)، و ابن البراج (٣)، و ابن حمزه (٤)، و المصنف فى المختلف (٥).

و الروايه المشار إليها هى روايه أبى العباس الصحيحه عن الصادق عليه السلام: فى الرجل يتزوج امرأه و يشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال: «يفى لها بذلك أو قال: يلزمه ذلك» (٦).

و ذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف إلى بطلان الشرط (٧)، و كذا ابن إدريس (٨)، لأن الاستمتاع بالزوجه فى الأزمنه و الأمكنه حق للزوج فى أصل الشرع، و كذا السلطنه له عليها فى ذلك حق له ثابت، فإذا شرط ما يخالفه و جب أن يكون باطلا،

ص: ٣٩٨

١- ١) نقله عنه العلامة فى المختلف: ٥٤٩.

٢- ٢) النهايه: ٤٧٤. [١]

٣- ٣) المهذب ٢: ٢١٢.

٤- ٤) الوسيله: ٣٥٠. [٢]

٥- ٥) المختلف: ٥٢٦.

٦- ٦) الكافى ٥: ٤٠٢، حديث ٢، [٣] التهذيب ٧: ٣٧٢، حديث ١٥٠٦.

٧- ٧) المبسوط ٤: ٣٠٣، الخلاف ٣: ١٠، مسأله ٣٢ كتاب الصداق.

٨- ٨) السرائر: ٣١٢.



و لو شرط لها مهرا إن لم يخرجها من بلدها، و أزيد إن أخرجها، فأخرجها إلى بلد الشرك لم يلزم اجابته و لها الزائد.

و إن أخرجها إلى بلد الإسلام كان الشرط لازما، و فيه نظر. و هو الأقوى.

و تحمل الروايه على الاستحباب، و لا يبطل العقد، لدلاله الروايه على صحته.

إذا تقرر ذلك، فعلى القول باللزوم لو شرط لها أن لا يخرجها من منزلها هل يتعدى الحكم باللزوم من المسأله الاولى إلى هذه؟ فيه إشكال ينشأ: من أن ذلك غرض مطلوب للعقلاء و ليس بممنوع منه شرعا، فجاز اشتراطه، لعموم قوله عليه السلام:

«المؤمنون عند شروطهم» (١). و من أن اشتراط ذلك على خلاف الأصل، لما قلناه من أن سلطنه إسكان الزوجه بيد الزوج، فيقتصر فيه على مورد النص، و الأصح عدم التعدى.

قوله: (و لو شرط لها مهرا إن لم يخرجها من بلدها، و أزيد إن أخرجها، فأخرجها إلى دار الشرك لم يلزم اجابته و لها الزائد، و إن أخرجها إلى بلاد الإسلام كان الشرط لازما، و فيه نظر).

القول بلزوم الشرط على الوجه المذكور قول الشيخ فى النهايه (٢)، و ابن البراج (٣)، و ابن حمزه (٤). و مستنده ما روى فى الحسن عن على بن رئاب عن الكاظم عليه السلام قال: سئل و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه على مائه دينار على أن تخرج معه الى بلاده، و إن لم تخرج معه فمهرها خمسون دينارا، رأيت إن لم تخرج معه الى بلاده؟ قال: فقال: «إن أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرط فلا شرط له عليها فى ذلك،

ص: ٣٩٩

١- (١) التهذيب ٧: ٣٧١ حديث ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ حديث ٨٣٥.

٢- (٢) النهايه: ٤٧٤.

٣- (٣) المهذب ٢: ٢١٢.

٤- (٤) الوسيله: ٣٥٠.

و لو شرط عدم الإنفاق بطل الشرط.

#### الرابع: استلزام ثبوته نفيه

الرابع: استلزام ثبوته نفيه، كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبتة صداقا لحره أو لمن انعتق بعضها، فإن النكاح يبطل. و لها مائة دينار التي أصدقها إياها. و إن أراد أن يخرج بها الى بلاد المسلمين و دار الإسلام فله ما اشترط عليها و المسلمون عند شروطهم، و ليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي لها صداقها، أو ترضى من ذلك بما رضيت و هو جائز له» (١).

و فى هذه الروايه مخالفه لأصول المذهب من وجهين:

أحدهما: إن الصداق غير معيّن، بل هو خمسون على تقدير، و مائة على تقدير آخر.

و الثانى: وجوب المائة على تقدير اراده الخروج بها الى بلاد الشرك، و ان لا شرط له عليها، و ذلك خلاف الشرط، لأن استحقاقها للمائة إنما هو على تقدير خروجه بها الى بلاده على ما عيّن فى العقد، و مع ذلك فليست من الصحيح.

و جمع من الأصحاب لا- يعملون بها، فلا- تكاد تنهض حجه فى العدول عن مقتضى أصول المذهب. و منشأ النظر الذى ذكره المصنف: من عموم الآيه و الروايه بالوفاء بالشرط، و من مخالفه الشرط، لما دل عليه الكتاب و السنه من كون سلطنه الإسكان حق للزوج، و منافاه أصول المذهب. و لم أجد تصريحاً لأحد ببطلان الشرط و العقد معاً، بل القائلون بعدم الصحة قصرُوا البطلان على الشرط خاصه.

قوله: (الرابع: استلزام ثبوته نفيه، كما لو قبل نكاح عبد جعل رقبتة صداقا لحره أو لمن انعتق بعضها، فإن النكاح يبطل).

السبب الرابع من أسباب فساد المهر استلزام ثبوته نفيه، و ذلك إما أن يكون باعتبار تأثيره فى رفع النكاح أو لا، و قد مثل المصنف لكل منهما بمثال معلوم.

ص: ٤٠٠

مثال الأول: ما إذا قبل السيد النكاح لعبده و الزوجه حره أو بعضها حر، و جعل رقبته صداقا لها، أو اذن له فى النكاح كذلك و كان بالغا، فإن الصداق يبطل، لأنه لو صح ملكت زوجها أو بعضه فيفسخ النكاح و يبطل الصداق.

و لا يصح النكاح أيضا، لأنه اقترن به ما ينافيه، و كان كما لو شرط الطلاق، و لأن ملكها للزوج لو طرأ فى دوام النكاح أبطله، فإذا قارن الابتداء منع الانعقاد، كذا قيل.

و قد يقال: إن المقارن هنا هو الشرط المقتضى للملك لا نفس الملك، و قد ذكر المصنف هذه المسألة فى الخاتمه قبل نكاح المنقطع، و حكم ببطان الصداق و صحه النكاح، ثم رجع عن ذلك هنا الى القول ببطانتهما، و هو الأوجه، للمنافاه.

و إنما قيد المصنف المسألة بجعل رقبته صداقا لحره، لأنه لو جعله صداقا لأمه لصح النكاح و الصداق، لأن المهر حق للسيد دونها، و ليس فيه سوى اجتماع الزوجين فى ملك شخص واحد، و ذلك غير مانع من صحه العقد.

و إذا طلقها الزوج قبل الدخول فإلى من يعود نصف العبد الذى هو الزوج و الصداق؟ ينبغي أن يبنى على أن السيد إذا باع عبده بعد أن نكح باذنه ثم طلق قبل الدخول، و بعد أداء المهر إلى من يعود النصف، و فيه أوجه:

أحدها: أنه يعود إلى المشتري، لأنه ملكك تجدد بالطلاق، و قد وقع فى ملك المشتري فيكون له كسائر الاكتساب الحاصله من العبد بعد الشراء.

الثانى: انه يعود إلى البائع، لأنه وجب فى ملكه، فإذا سقط منه شىء عاد إليه.

الثالث: إن أداه البائع من ماله أو أداه من كسب العبد قبل البيع عاد إليه، لأن أصله له، فإذا سقط منه شىء عاد إليه، و إن أدى من كسبه بعد البيع عاد إلى المشتري. و لو أعتق العبد ثم طلق قبل الدخول، فإن قلنا فى الصورة السابقه بالعود إلى البائع عاد هنا إلى المعتق، و إن قلنا بالعود إلى المشتري عاد هنا إلى العتيق.

أما لو زوّج ابنه من امرأه و أصدقها أم ابنه أو أخته من مال نفسه ففسد الصداق، لأنها لا تدخل في ملكها ما لم يدخل في ملكه، فتعتق عليه، فيصح النكاح دون المهر. قوله: (أما لو زوّج ابنه من امرأه و أصدقها أم ابنه أو أخته من مال نفسه ففسد الصداق، لأنها لا تدخل في ملكها ما لم تدخل في ملكه فتعتق عليه فصح النكاح دون المهر).

هذا هو مثال الشق الثاني، و تحريره: إنه إذا استولد أمه لغيره ولدا حرا ثم ملكها، و قبل لابنه منها له نكاح امرأه و جعل أمه صداقا لها، أو كان للولد أخت من أمه مملوكه ثم ملكها الأب ثم جعلها صداقا لزوجه الابن، فإن الصداق في كل من الصورتين لا يصح، لأن كلا من الام و الأخت لا يدخل في ملك الزوج ما لم تدخل في ملك الزوج الذى هو الولد، لاستحاله أن يملك الإنسان شيئا على وجه المعاوضة و عوضه الحقيقي مال لغيره.

و لهذا لو طلق الصبي بعد بلوغه قبل الدخول، و قد زوجه أبوه و أصدق عنه من ماله، يعود النصف إليه لا إلى الأب على ما سيأتى إن شاء الله تعالى. و حينئذ فتعتق كل منهما على الولد، لدخولهما في ملكه فيمتنع انتقالها إلى المرأه صداقا، فيبطل الصداق. لكن لا يبطل النكاح هنا، لأن العتق إنما يقتضى بطلان الصداق، و لا منافاه بينه و بين النكاح.

ثم عد إلى عبارته الكتاب و اعلم أن قوله: (لو زوج ابنه) يندرج فيه الصغير و البالغ إذا أذن، و لا فرق بينهما في تطرق المحذور السابق، و يندرج في المرأه الحره و المملوكه، و الحكم فيهما لا يختلف و لو قال: أم الابن لكان أولى، إذ لا يتعين في العبارة أن يكون الابن الثانى هو المذكور أولا، لصدقه على غيره، و حينئذ فلا يلزم انعقاد الأم، لإمكان كونها اما لابن آخر دون الزوج.

و قوله: (من مال نفسه) لا يكاد تظهر للتقييد به فائده، لأنه لو كان من مال

الخامس: أن يزوّج الولي بدون مهر مثلها فيصح العقد، وفي صحه المسمّى قولان، غيره لم يختلف الحكم.

قوله: (الخامس: أن يزوج الولي بدون مهر مثلها، فيصح العقد و في صحه المسمّى قولان).

السبب الخامس من أسباب فساد المهر: أن يزوجها الولي بدون مهر مثلها، فقد حكم المصنف بصحة العقد، وحكى قولين في صحه المسمّى و فساده و لم يريّح منهما شيئاً. أما صحه العقد، فلصدوره من أهله في محله، لأنه المفروض، و قد سبق أن المهر ليس ركناً في عقد النكاح و لهذا جاز إخلاؤه عنه، فلا يؤثر فساده في العقد و أما القولان اللذان حكاهما في صحه المسمّى:

فأحدهما: الصحه، ذهب إليه الشيخ في الخلاف و المبسوط (١)، و وجهه أن للولي العفو بالنسبه إلى المهر، لقوله تعالى أو يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ (٢) فإذا ساغ له العفو عن الحق بعد ثبوته فالعفو بدونه أولى، و هذا التعليل يقتضى أمرين:

أحدهما: إن الذي سوّغ له ذلك هو الذي يصح منه العفو، و هو الأب أو الجد له دون سائر الأولياء.

الثاني: انه لا يشترط في صحه المسمّى كون النكاح بدون مهر المثل مما تدعو إليه الحاجه أو تقتضيه المصلحه، لأنه لا يشترط لجواز العفو وجود المصلحه معه.

إذا عرفت ذلك ففي دلاله هذا التعليل على المدعى نظر، لأن المانع أن يمنع الأولويه المذكوره فإنّ العله غير مقطوع بها.

ص: ٤٠٣

١- (١) الخلاف ٣: ١١ مسألة ٣٧ كتاب الصداق، المبسوط ٤: ٣١١. [١]

٢- (٢) البقره: ٢٣٧. [٢]

و كذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل، فإن المسمى يبطل. و في فساد النكاح إشكال ينشأ: من التمسك بالعقد الذى لا يشترط فيه المهر و لا- ذكره، و من بعد الرجوع إلى مهر المثل دون رضاهما و ما قنعا به، و حكى فى المبسوط (1) قولاً- ببطان المسمى، لوجوب مراعاة قيمه فى أموالها فى البضع أولى، و فيه نظر، لأن البضع ليس مالا- حقيقه و لا- المقصود الأصلي منه المال.

و الذى يقتضيه صحيح النظر أنه إن اقتضت المصلحه التزويج بدون مهر المثل صح العقد و المهر و لزم، و إلا كان العقد فضولياً يتوقف على الإجازة بعد البلوغ، لأن صحه تصرفات الولى منوطه بالمصلحه، و بدونها يكون كتصرف الأجنبى، و البضع و إن لم يكن مالا حقيقه لكنه ملحق بالأموال، لمقابلته بها و ثبوت ضمان قيمته بمهر المثل فى مواضع.

ثم عد إلى عبارته الكتاب و اعلم أن قوله: (فيصح العقد و فى صحه المسمى قولان) مقتضاه بطلان المسمى على أحد القولين مع صحه العقد، و على هذا فيثبت مهر المثل، لكن ثبوته هل هو بنفس العقد، أو بالدخول كالمفوضه؟ صرح بالأول جماعه، لأن التسميه اقتضت عدم الرضى بإخلاء العقد عن المهر، و فيه بعد، لأن إيجاب شىء بالعقد لم يجر له فيه ذكر، و لم يقع عليه التراضى من الأمور المستبعده.

قوله: (و كذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل، فإن المسمى يبطل، و فى فساد النكاح إشكال ينشأ: من التمسك بالعقد الذى لا يشترط فيه المهر و لا ذكره، و من بعد الرجوع إلى مهر المثل دون رضاهما و ما قنعا به).

إذا زوج الولى المولى عليه الذكر امرأه بأزيد من مهر مثلها، فالمسمى باطل لا- محاله، لأنه تصرف مشتمل على إضاعه المال حقيقه، لأن الفرض أن البضع لا يعاد له، بخلاف ما لو عقد للمولى عليها بدون مهر المثل، فإن المسمى لا يبطل على أحد

ص: ٤٠٤

القولين كما سبق.

و الفرق جواز العفو للولى عن بعض المهر، و أن البضع ليس مالا - حقيقيا، و لا - المقصود الأصلي منه المال. و فى فساد النكاح الإشكال الذى ذكره المصنف، و ذكر منشأه، و تنقيحه: إن عقد النكاح غير مشروط بثبوت المهر فى الواقع و لا - بذكره فى العقد، فخلّوه عنه لا يقتضى فساده. و قد صدر العقد مشتملا على المسمى الزائد و حكم بطلانه للزيادة، فيجب أن يبقى العقد صحيحا و لا يبطل بطلان المسمى، و فيه نظر، لأن عقد النكاح و إن لم يكن مشروطا بالمهر لا تلزم صحته فى محل النزاع، لأنه لم يقع على الوجه المأذون فيه شرعا، لأن تصرف الولي إنما يعتبر مع عدم التخسير، فإذا قارنه كان كتصرف الأجنبي.

و يحتمل بطلان العقد من رأس، لأنه لو صح لوجب أن يثبت مهر المثل على وجه قهري، و ذلك بعيد، لأن ما تراضيا عليه و قنعا به هو الزائد على مهر المثل، فكيف يبطل ما رضيت به و يثبت لها دونه مع عدم رضاها به.

و ما كان بعيدا فهو مرجوح لا يجوز التمسك به مع وجود الراجح، فيبطل الثانى، و يلزمه بطلان المقدم.

و قد أورد عليه الشارح الفاضل النقض بالعقد على الخمر المجهول (1)، و هو غير وارد، لأن العقد على الخمر برضى الزوجين لا يقتضى بطلان الصداق فيه بطلان النكاح، لصدوره بتراضيهما. بخلاف عقد الولي فى موضع الاذن شرعا، فإنه حينئذ يكون فضوليا، و أين هذا من ذاك.

و اعلم أن التشبيه الواقع فى قوله: (و كذا لو زوجه بأكثر من مهر المثل) ليس على ما ينبغى، لأن المذكور فى المسألة المشبّه بها حكمان: أحدهما صحه العقد، و الآخر

ص: ٤٠٥

و الأقوى أن مع فساد المسمّى يثبت الخيار فى فسخ العقد و إمضائه. أن فى صحه المسمّى قولين، و ليس واحد منهما ثابتا فى المشبه، لأن المسمّى فيها يبطل، و فى فساد النكاح قولان.

قوله: (و الأقوى أن مع فساد المسمّى يثبت الخيار فى فسخ العقد و إمضائه).

قد عدّ الشارحان الفاضلان هذا وجها ثالثا فى المسأله (١)، بناء على أن أحد الوجهين السابقين هو بطلان العقد من رأس، و لا وجه له على القول بأن عقد الفضولى موقوف على الإجازة، لأن أقل مراتب تصرف الولى هنا أن يكون فضوليا.

نعم يمكن أن يحمل البطلان على عدم اللزوم و هو الفضولى.

و يراد بالوجه الثالث: ثبوت النكاح مترزلا، فإن شاء فسخه و إن شاء أمضاه و هذا هو المتبادر من عباره الكتاب و لا تأباه عباره الشارحين، بل الظاهر من عباره المصنف أن ثبوت الخيار فى كل من المسألتين المذكورتين يلوح ذلك من قوله: (مع فساد المسمّى) إذ لو لا ذلك لكان مستدركا، لأنه قد قطع بفساد المسمّى فى المسأله الثانيه.

و على هذا فىكون الكلام فى المسأله الاولى ان فى صحه المسمّى و فساده قولين، فإن قلنا بالفساد فى ثبوت الخيار فى فسخ العقد و عدمه قولان، فإذا اختصرنا قلنا فى المسأله ثلاثه أقوال: صحه العقد و المسمّى، فساد المسمّى و لزوم العقد، فساد المسمّى و ثبوت الخيار فى العقد.

و فى المسأله الثانيه بالنسبه إلى العقد ثلاثه أوجه: اللزوم، و الفساد، و ثبوت الخيار. و أما المسمّى فإنه فاسد وجها واحدا.

إذا عرفت ذلك فالخيار المذكور لمن يكون؟ صرح الشارح ولد المصنف بأنه لمن زاد الصداق عليه على مهر المثل أو نقص عنه، و هو الزوج فى المسأله الثانيه،

ص: ٤٠٤



نعم لو أصدق ابنه أكثر من مهر المثل من ماله جاز و إن دخل في ملك الابن ضمنا.

### السادس: مخالفه الأمر

السادس: مخالفه الأمر، فإذا قالت: زوجني بألف فزوجها بخمسائه لم يصح العقد، و يحتمل ثبوت الخيار. و الزوجه في المسأله الاولى (١). و لا ارى لهذا التخصيص وجهها، لأن الغرض فساد المسمى في المسألتين، بل ينبغي ثبوت الخيار لكل منهما في كل من المسألتين، لا انتفاء التراضي من الجانبين. و المختار ما قدمناه في كل من المسألتين، و هو أن النكاح بالمسمى فضولى موقوف على الإجازة.

قوله: (نعم لو أصدق ابنه أكثر من مهر المثل من ماله جاز و إن دخل في ملك الابن ضمنا).

هذا في قوه الاستثناء من قوله: (لو زوجة بأكثر من مهر المثل). فكأنه قال:

لو زوج ابنه بأكثر من مهر المثل فسد المسمى، إلا إذا كان صداق المسمى مال الأب فإنه لا يفسد، لأنه لا تخسير للولد حينئذ.

فإن قيل: يدخل الصداق في ملك الابن ضمنا فيلزم التخسير.

قلنا: لا يلزم، لأن التخسير إتلاف مال بالعقد ماليته ثابتة بغيره، و ليس كذلك محل النزاع، لأن الصداق لم يملكه الابن إلا بسبب العقد، فلم يلزم إتلاف مال بالعقد لولاه لكان ثابتا للزوج.

قوله: (السادس: مخالفه الأمر، فلو قالت: زوجني بألف، فزوجها بخمسائه، لم يصح العقد، و يحتمل ثبوت الخيار).

السبب السادس من أسباب فساد المهر مخالفه الوكيل ما عيّنته الزوجه فإن

ص: ٤٠٧

و لو قالت:زوجنى مطلقا فزوجها بأقل من مهر المثل،فالأقرب قالت:زوّجنى بألف مثلا،فزوجها بأقل كخمسائه،ففى صحه العقد و فساده وجهان:

أحدهما:—و اختاره المصنف-الفساد،لأن تقديرها المهر يدل على عدم رضاها بما دونه،و ما لا ترضى به الزوجه فاسد لا محاله.  
و الثانى:ثبوت الخيار لها،و لا يقع العقد فاسدا بمعنى أنه يكون موقوفا على إجازتها،فإن رضيت به صح و إلا كان فاسدا،لأنه عقد صدر ممن ليست له ولايه شرعيه على المعقود عليه و لا اذن شرعى و ذلك هو الفضولى،و لا يضر ما لزم من التعيين و هو عدم رضاها بغير المعين،لأن المؤثر فى العقد الفضولى هو الرضى المتأخر عنه و ضده دون المتقدم عليه،كذا فهم الشارحان (١)الفاضلان من العبارة.

و لا-ريب أن المتبادر من قوله:(لم يصح العقد)هو البطلان،أما ثبوت الخيار فإن المتبادر منه صحه العقد و ثبوت النكاح و إن كان مترلزلا،و على هذا حمله شيخنا الشهيد فى بعض ما ينسب اليه من الحواشى.

و حمل عدم صحه العقد المذكور قبله على عدم لزومه و أنه فضولى،و الحمل فى الموضوعين صحيح فى نفسه،إلا أن توجيه الصحه مع ثبوت الخيار موضع نظر،فإنه إذا كان خلاف المأمور به فكيف يقع صحيحا.

و يمكن أن يقال فى توجيهه:إن النكاح لما لم تكن صحته مشروطه بالمهر لم يلزم من المخالفه بطلانه فيقع صحيحا،لكن لما لم يكن المهر على الوجه المأذون فيه لم يقع لازما،لبعد وجوب الرضى بمهر المثل على وجه قهرى،فيثبت الخيار بين الفسخ و الإمضاء،و الأصح إن العقد من أصله مع المهر فضولى يقف على الإجازة،لانتفاء الأهليه فى غير موضع الاذن.

قوله: (و لو قالت:زوّجنى مطلقا،فزوجها بأقل من مهر المثل،

ص:٤٠٨

الرجوع إلى مهر المثل. و لو لم يذكر مع الإطلاق المهر احتمل الصحة، للامتنال، و الفساد إذ مفهومه ذكر المهر عرفاً، فالأقرب الرجوع إلى مهر المثل).

أى: لو قالت: زوّجني، و أطلقت الاذن بحيث لم تقيّد النكاح بمهر و لا - عدمه فقوله: (مطلقاً) ليس من جملة قولها و إنما هو لبيان حال قولها، و أنه معرى عن التعرض إلى المهر إثباتاً و نفيًا، فزوجها حينئذ بأقل من مهر المثل فيه و جهان، أقربهما عند المصنف صحة النكاح و بطلان المسمى و الرجوع إلى مهر المثل.

أما صحة النكاح، فلصدوره بإذنها، و أما بطلان المسمى و ثبوت مهر المثل، فلأن الإطلاق منزل على العقد بمهر المثل فصاعداً. كما أن أمر المالك ببيع ماله من غير تقييد منزل على البيع بثمان المثل، لاقتضاء العرف التقييد بذلك، و لأن الغبطه و المصلحه لا تتحقق بدونها فيكون إطلاقها بمنزله التقييد بمهر المثل، فيفسد المسمى، للمخالفة، و يثبت مهر المثل لعدم الرضى بالتفويض.

و الثاني: بطلان العقد من رأس، لأن الإطلاق منزل على مهر المثل كما سبق، فكان كما لو عيّنت فخالف في أنه غير مرضى لها.

و يجيء وجه ثالث، و هو صحة العقد و وجوب مهر المثل و ثبوت الخيار لها، و تقرّبه معلوم مما سبق، و إنما فرّق المصنف بين هذه و بين التي قبلها في الحكم، فجزم بالصحة و الرجوع إلى مهر المثل هنا، و حكم بثبوت الخيار في التي قبلها، لأن التقييد منصوص عليه و مقطوع به، و هنا مظنون، فلا - تكون المخالفه مقطوعاً بها بحيث يلزم فساد العقد أو تزلزله. و الأصح أنه فضولى يقف على الإجازة، لأن إطلاق الاذن في التزويج منزل على كونه بمهر المثل، فيكون ما عداه واقعا بغير اذن.

قوله: (و لو لم يذكر مع الإطلاق المهر احتمل الصحة، للامتنال، و الفساد، إذ مفهومه ذكر المهر عرفاً).

أى: لو لم يذكر الوكيل

و مع التقييد يحتمل الفساد، و الخيار فيثبت مهر المثل. و لو قالت: زوجني بما شاء الخاطب فهو تفويض يأتي.

و لو عرف ما شاء فقال: زوجتك بما شئت، صح. في العقد المهر أصلا، و الحال أنها قد أطلقت له الاذن في التزويج احتمال الصحة، لأنه امتثل ما امرته به، و يجب مهر المثل حينئذ، لأن إطلاق الإذن منزل على التزويج بمهر المثل.

و إذا اقتضى إطلاق الإذن مهر المثل كان إطلاق العقد كذكره فيه، و فيه منع ظاهر، و الفرق ظاهر، و احتمال الفساد، لأن الإطلاق منزل على العقد بمهر المثل.

و لا يعد السكوت عن المهر تفويضا، نظرا إلى العرف و قد خالف فلا يكون صحيحا، و الأصح أنه فضولي يقف على الإجازة.

قوله: (و مع التقييد يحتمل الفساد و الخيار، فيثبت مهر المثل).

أى: لو لم يذكر الوكيل المهر في العقد، بل أطلقه و قد قيدت له الاذن في التزويج بالمهر احتمال الفساد، للمخالفة، و احتمال ثبوت الخيار لها في إجازة العقد و عدمها، لأنه لا يقصر عن الفضولي، فإن أجازته ثبت مهر المثل بنفس العقد، لانتفاء كون الاذن تفويضا.

و لا يخفى أن المتبادر إلى الفهم من ثبوت الخيار صحة النكاح و تزلزله، و كيف كان فالأصح أن العقد فضولي يقف على الإجازة، و المتجه أنه مع الإجازة لا يجب المهر بنفس العقد، لانتفاء ما يقتضيه، فيكون وجوبه بالدخول.

قوله: (و لو قالت: زوجني بما شاء المخاطب، فهو تفويض يأتي، و لو عرف ما شاء فقال: زوجتك بما شئت، صح).

أى: لو قالت الزوجه لو كيلها: زوجني بما شاء الخاطب، فزوجها كذلك صح، فإن ذلك تفويض، لأن التفويض قسمان: تفويض البضع، و هو أخلاء العقد عن ذكر المهر،

و ليس تفريق الصفقة سببا للفساد، فلو أصدقها عبدا يساوى ألفين، على أن ترد عليه ألفا، فنصفه صداق و نصفه في حكم مبيع، فلو أرادت إفراد الصداق أو المبيع بالرد بالعيب جاز، بخلاف رد نصف المبيع. و تفويض المهر، و هو ذكر المهر في العقد على الجملة منهما و يفوض تقديره الى أحد الزوجين، و لا شبهه في صحه كل من التوكيل و العقد كذلك. و لا يكون العقد كذلك عقد المجهول يجب به مهر المثل، خلاف للشافعي (١)، و لا وجه له بعد ما بين أن ذلك تفويض صريح.

قوله: (و ليس تفريق الصفقة سببا للفساد، فلو أصدقها عبدا يساوى ألفين على أن ترد إليه ألفا، فنصفه صداق و نصفه في حكم مبيع، فلو أرادت إفراد الصداق أو المبيع بالرد بالعيب جاز، بخلاف رد نصف المبيع).

قد عدّ الشافعي من أسباب فساد المهر تفريق الصفقة (٢)، فاعتنى المصنف بذكره و بيان أنه لا يعد سببا لفساد المهر ردا عليه، و تحقيقه انه إذا تزوج امرأه بعبد يساوى ألفى درهم على أن ترد إليه ألفا من مالها، فيكون حينئذ نصف العبد صداقا و نصفه في حكم مبيع و ليس مبيعا حقيقه، لأن رد الألف من مالها وقع بصوره الشرط فكان من توابع عقد النكاح.

و لو أن الولي قال: زوجتك ابنتي و بذلت لك ألفا من مالها بالعبد الفلاني فقبل الزوج، لكان أدل على مقابله نصف العبد للبضع و النصف الآخر للألف.

و كيف كان فإذا أرادت إفراد الصداق -أعنى نصف العبد أو المبيع و هو نصفه الآخر بالرد لظهور عيب في العبد- كان لها ذلك، و لم يفسد الصداق إذا ردت نصف المبيع.

ص: ٤١١

١-١) المجموع ٣٧٣:١٦.

٢-٢) الوجيز ٢٧:٢.

و لا يقال: يلزم من رد النصف تبعض الصفقه، و هو محذور كرد نصف المبيع.

لأنا نقول: التبعض المحذور هو الذى يكون فى المنتقل بعقد واحد، و هنا قد حصل انتقال العبد لشيئين مختلفين، فلم يكن كرد نصف المبيع.

و لا يقال أيضا: يلزم من رد النصف بالتشقيص.

لأنا نقول: قد أقدمنا على هذا الضرر حين تعاقدنا على انتقال كل من نصفى العبد بسبب يخالف السبب الآخر، و هذا بخلاف رد نصف العبد لو كان كله مبيعا.

إذا تقرر ذلك، فلو جعل رد النصف على الوجه المذكور سببا لفساد المهر، لوجب مهر المثل بنفس العقد على ما سبق فى نظائره عند من يقول به، و الله اعلم بالصواب.

و ليكن هذا آخر الجزء السابع من كتاب شرح القواعد، و يتلوه الجزء الثامن إن شاء الله تعالى بمئه.

الفصل الثالث فى التفويض قوله: (الفصل الثالث: فى التفويض).

و فرغ من تسويده مؤلفه الفقير إلى الله تعالى على بن عبد العالى، بالمشهد المقدس الغروى على مشرفه الصلاه و السلام منتصف النهار من يوم السبت تقريبا الثامن عشر شهر جمادى الاولى من سنه خمس و ثلاثين و تسعمائه، حامدا لله تعالى على آلائه مصليا على رسوله محمد و آله، مسلما (١).

ص: ٤١٣

١ - ١) فى النسخه الحجريه: قد فرغ من كتابه هذا الكتاب المستطاب أقل الكتاب الطلاب حسن ابن عبد الله فى السنه الثانيه من العشر الثامن من المائه الثالثه من الألف الثاني على مهاجرها ألف ألف تحيه و ألف و ألف ثناء. و فى نسخه ض: هذا آخر ما وجد من كلامه قدس سره، و فرغ من كتابته الفقير إلى الله الغنى عبد الله بن على بن سيف الصيمرى فى صبح اليوم الثاني عشر من شهر عاشوراء من شهور سنه خمس و خمسين و تسعمائه هجريه قمريه على مشرفها أفضل الصلوات و أكمل التسليمات فى بلده الجزائر المحروسه، فرحم الله من ترحم عليه و دعا له بالمغفره، و الحمد لله أولا و آخرا. و فى نسخه ش: تحريراً فى ثامن عشر شهر الله المبارك ذى الحجه الحرام أفاض الله أنواره لسنه احدى و تسعين و تسعمائه على يد الفقير إلى الله الغنى بالله الداعى إلى دين الله غياث الدين محمود بن محمد بن عبد الخالق بن غياث الدين جمشيد المنجم صاحب الرصد المشهور بين الجمهور غفر الله لهم و لأسلافهم، و لله الحمد.

## الأول: تفويض البضع

الأول: تفويض البضع: و هو أخلاء العقد من ذكر المهر بأمر من يستحق المهر، و ليس مبطلات مثل زوجتك نفسى أو فلانه، فيقول: قبلت، سواء نفى المهر أو سكت عنه، فلو قالت: على أن لا مهر عليك صح العقد. بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله حمدا كثيرا كما هو أهله، و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و آله الطاهرين.

قوله رحمه الله: (و هو قسمان: الأول: تفويض البضع، و هو أخلاء العقد من ذكر المهر بأمر من يستحق المهر و ليس مبطلات، مثل: زوجتك نفسى، أو فلانه. فيقول: قبلت، سواء نفى المهر أو سكت عنه، فلو قالت: على ألا مهر عليك صح العقد).

التفويض: أن يجعل الأمر إلى غيره و يكله إليه، و تسمى المرأة مفوضه، لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر، و مفوضه، لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج، أو لأن الأمر فى المهر مفوض إليها بالنسبة إلى نفيه و عدمه.

ثم التفويض فى النكاح نوعان: تفويض البضع، و تفويض المهر، فتفويض المهر سيأتى و هو صحيح عندنا.

و تفويض البضع و قد عرّفه المصنف: بأنه (إخلاء العقد من ذكر المهر بأمر من يستحق المهر)، و الذى يستحق المهر هو المرأة، فيكون أخلاء العقد عن ذكر المهر بأمر المرأة. و قد ينقض فى عكسه بخروج العقد الصادر من المرأة خاليا من المهر، لأن الصادر من المرأة لا يقال إنه وقع بأمرها.

و يرد عليه أيضا عقد الفضولى الخالى من المهر إذا لحقته الإجازة، إذ الإجازة اللاحقه له لا تصيريه واقعا بالأمر.

و يرد عليه أيضا تزويج الولي إياها مفوضه على القول بصحته.



و لو قالت:على أن لا مهر عليك في الحال و لا في ثانيه،احتمل الصحه،لأنه معنى أن لا مهر عليك،و البطلان،لأنه جعلها موهوبه.  
و لو قال:هو أخلاء العقد من ذكر المهر بفعل الزوجه،أو من يقوم مقامها، مثل:زوجتك نفسى إذا كان العاقد الزوجه،أو زوجتك  
فلانه إذا كان العاقد غيرها، و ليس ذلك مبطلا قطعاً،حتى لو عقد و نفى المهر كان صحيحاً،مثل زوجتك و لا مهر عليك.

و لا فرق بين كون الزوجه بكراً أو ثيباً فى ذلك كله.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن مفوضه البضع لا يجب لها مهر بالعقد عندنا،خلافاً لبعض العامه،حيث أوجهه بالعقد (١).و يدل عليه ما  
رواه منصور بن حازم قال:قلت لأبى عبد الله عليه السلام:فى رجل تزوج امرأه و لم يفرض لها صداقاً،قال:«لا شىء لها من  
الصداق،فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها» (٢).

و قد سبق فى الفصل الثانى من باب نكاح الإماء-فيما إذا أعتقت الأمه قبل الدخول و قد زوجها سيدها مفوضه-ما يدل على  
ثبوت الخلاف المذكور عندنا، و يمكن أن يريد المصنف التفریع على كل من القولين و إن لم يكن القول الثانى ثابتاً عندنا.

قوله: (و لو قالت:على أن لا مهر عليك فى الحال و لا فى ثانيه احتمل الصحه،لأنه معنى على ألا مهر عليك.و البطلان،لأنه جعلها  
موهوبه).

قد سبق أنها لو قالت:زوجتك نفسى على أن لا مهر عليك صح العقد،فلو قالت:زوجتك على أن لا مهر عليك فى الحال و لا  
فى ثانيه،و أرادت بثانى الحال ما بعده مستمراً إلى حين الدخول،ففى صحه العقد وجهان:

ص: ٤١٥

١- ١) قاله أبو حنيفة،انظر:المجموع ١٦:٣٧٢،الوجيز:٢٩.

٢- ٢) التهذيب ٧:٣٦٢ حديث ١٤٦٧،الاستبصار ٣:٢٢٥ حديث ٢١٣.

و يصح التفويض في البالغه الرشیده دون من انتفى عنها أحد الوصفين. نعم لو زوج الولی مفوضه أو بدون مهر المثل، قيل: صح و ثبت مهر المثل بنفس العقد. و فيه إشكال ينشأ: من اعتبار المصلحه المنوطه بنظر أحدهما: الصحه، لأنه قد سبق لها إذا زوجته على أن لا مهر عليه صح، و هذا بمعناه، لأن المهر المنفی نكره، و هي في سياق النفي تفيد العموم. و يمكن الفرق بينهما:

بأن ظاهر العموم لا- يأبى التخصيص، بخلاف ما نص فيه على نفي المهر في الحالين، فإنه يتمتع تخصيصه بلزوم المهر في ثانی الحال.

و الثاني: البطلان، لأنها قد جعلت نفسها موهوبه، حيث انه لا مهر لها في الابتداء و لا في الانتهاء، و الهبه في النكاح من خصائصه عليه السلام.

و يجيء احتمال ثالث: و هو صحه العقد و فساد التفويض، و بفساده يجب مهر المثل، و القول بفساد العقد من رأس قوى، لأن من مقتضيات عقد النكاح وجوب المهر في الجملة، اما بالعقد أو بالفرض أو بالوطء، فإذا شرط ما ينافيه فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيبطل به.

قوله: (و يصح التفويض في البالغه الرشیده دون من انتفى عنها أحد الوصفين).

لا- شك أن البالغه الرشیده أمرها بيدها، و قد سبق بيان ذلك، فإذا زوجت نفسها، أو زوجها و كيلها بإذنها مفوضه صح، لانتفاء المانع. بخلاف الصبيه و غير الرشیده، لثبوت الحجر على كل واحد منهما.

قوله: (نعم لو زوج الولی مفوضه أو بدون مهر المثل صح، و قيل: ثبت مهر المثل بنفس العقد، و فيه إشكال ينشأ: من اعتبار المصلحه المنوطه بنظر

الولى، فيصح التفويض وثوقاً بنظره، فعلى الأول لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل، و على الثانى المتعه. الولى، فيصح التفويض وثوقاً بنظره، فعلى الأول لو طلقها قبل الدخول فنصف مهر المثل، و على الثانى المتعه).

هذا استدراك لما عساه يتوهم من قوله: (دون من انتفى عنها أحد الوصفين) و المعنى أن من انتفى عنها البلوغ و الرشد لا يجوز تزويجها مفوضه لغير وليها. أما الولى فإنه إذا تزوجها كذلك مع وجود المصلحه كان صحيحاً، و كذا يصح النكاح إذا تزوجها بدون مهر المثل مع المصلحه، لأن صحه تصرفات الولى كلها دائره مع المصلحه، فحيث وجدت كان تصرفه معتبراً.

فإن قيل: عباره المصنف خاليه من التقييد بالمصلحه كما هو واضح.

قلنا: يدل على التقييد قوله فيما بعد: (ينشأ من اعتبار المصلحه المنوطه بنظر الولى).

فقوله: (و قيل: يثبت مهر المثل بنفس العقد) إشاره إلى قول الشيخ رحمه الله، فإنه حكم بصحه النكاح و بطلان التفويض، لوجوب مراعاة عوض المثل للبضع فى النكاح كما فى المعاوضه على سائر الأموال، و أوجب مهر المثل بنفس العقد لفساد التفويض (1).

و لو لم يجب المهر بنفس العقد لكان التفويض صحيحاً، إذ لا واسطه بين الصحه و الفساد، و كذا القول فى عقده على أقل من مهر المثل.

و قد تقدم الكلام فى ذلك مستوفى، وورد المصنف كلام الشيخ بما ذكره من الاشكال، و تنقيحه: إن النكاح منوط بالمصلحه و هى منوطه بنظر الولى، فإذا اقتضى نظره وجود المصلحه فى التفويض وقع صحيحاً وثوقاً بنظره، و الفرض وجود المصلحه

ص: ٤١٧

فى محل النزاع فلا وجه للإبطال.

وقد ذكرنا غير مره أن النكاح ليس معاوضه محضه،و أن له أحكاما مختصا بها عن سائر المعاوضات.

إذا تقرر ذلك،فلو طلقها قبل الدخول فى صوره التفويض بنى على القولين.

فعلى القول ببطلان التفويض-و هو الذى عبّر عنه المصنف بالأول-يجب لها نصف مهر المثل،لأنه وجب بالعقد فينتصف بالطلاق.

وعلى الثانى-و هو الصحه المعبر عنه بقوله:(فيصح التفويض وثوقا بنظره)- يجب المتعه كما فى كل مفوضه،و القول بالصحه مع المصلحه قوى.

و اعلم أن كلام الشيخ تضمن أمرين:

أحدهما:فساد التفويض.

و الثانى:وجوب مهر المثل بنفس العقد.و المصنف رحمه الله تعرض الى رد الأول،و لم يتعرض للثانى،و هو أيضا مردود تفريعا على القول بفساد التفويض،لأنه لم يجر لمهر المثل ذكر فى العقد،فكيف يعقل وجوبه بغير سبب و لا تراض منهما.

فإن قيل:لما كان التفويض فاسدا وجب أن يثبت مقابله،و هو وجوب مهر المثل بالعقد،و لا امتناع فى تقييد إطلاق العقد بمهر المثل،كما يقيد إطلاق الاذن من الزوجه للوكيل فى الإنكاح مجردا عن ذكر المهر بمهر المثل.

قلنا:الفرق واقع فإن الإطلاق يتقيد بالقرينه،بخلاف ما نحن فيه،لأن العقد بالنسبه إلى ما يترتب عليه سبب،و الأسباب أمور وجوديه واقعه على وجوه خاصه لا يكفى فيها مجرد القصد و لا دلاله القرائن،فلا يكون مجرد العقد عن المهر موجبا لمهر المثل فى محل النزاع،و سائر ما أشبهه.

و بذلك صرح الشيخ فى المبسوط فى فضل التفويض قال:و متى عقد وليها

و للسيد تزويج أمته مفوضه، فإن باعها قبل الدخول فأجاز المشتري، كان التقدير إلى الثانى و الزوج و يملكه الثانى. و لو أعتقها قبله فرضيت فالمهر لها، و التقدير إليها و إليه. مفوضه لم تكن مفوضه و وجب مهر المثل بالعقد عند قوم، و عندنا بالدخول (1).

و اعلم ايضا ان مرجع الضمير فى قول المصنف: (و فيه إشكال) ينبغى أن يكون هو ما دل عليه ثبوت مهر المثل بالعقد، أعنى فساد التفويض، لأن ما ذكره فى توجيه الاشكال يدل على صحه التفويض، فلو جعل مرجع الضمير ثبوت مهر المثل بالعقد لم يرتبط الكلام.

قوله: (و للسيد تزويج أمته مفوضه، فإن باعها قبل الدخول فأجاز المشتري، كان التقدير إلى الثانى و الزوج و يملكه الثانى، و لو أعتقها قبله فرضيت فالمهر لها، و التقدير إليها و إليه).

للسيد تزويج أمته مفوضه قطعاً، لأن المهر له، فلا مانع من الصحه، و حينئذ فيما أن تبقى فى ملكه إلى حين الدخول، أو لا. و الأول: حكمه ظاهر، و هو ثبوت مهر المثل للمولى.

و الثانى: إما أن يكون زوال ملكه عنها قبل الدخول بالبيع أو بالعق، فإن باعها فللمشتري فسخ النكاح على ما سبق، فإن أجازها كان تقدير المهر إليه و إلى الزوج.

فإذا قدره ملكه المشتري و هو المولى الثانى، لأنه ثبت فى ملكه. و إن أعتقها ملكت أمرها، و كان تقدير المهر إليها و إلى الزوج، و تملكه هى إذا قدره له أو مهر المثل بالدخول.

ثم عد إلى عبارته الكتاب و اعلم أن المراد بالثانى فى قوله: (كان التقدير إلى

ص: ٤١٩

ثم المفوضه تستحق عند الوطاء مهر المثل، وإن طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض و قبله المتعه. الثاني) هو المشتري، و لو قال: كان التقدير إليه لكان أخصر، و لعله إنما عدل عن المضمّر إلى المظهر تنبيها على عله استحقاقه للمهر، و هي مولويته الطارئة الناسخه لمولويه الأول.

و قوله: (و لو أعتقها قبله فرضيت فالمهر لها) تصريح بحكم المسأله على طريق الجزم، و قد سبق من المصنف في نكاح الإماء في الفصل الثاني صورته التردد في أن المهر لها أو للسيد، و ما جزم به هنا هو المذهب.

قوله: (ثم المفوضه تستحق عند الوطاء مهر المثل، و إن طلقها قبله بعد فرض المهر ثبت نصف المفروض، و قبله المتعه).

أما الحكم الأول فقد أجمع عليه الأصحاب و تواترت به الأخبار، و في قوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن (١) الآية إيماء إلى ذلك، لدلالاتها على أنه مع المسيس ثبت الجناح، و هو مهر المثل اتفاقا.

و لا يخفى أن ذلك حيث لم يفرض لها المهر حتى دخل بها.

و أما الحكم الثاني فصريح القرآن ناطق به و هو قوله تعالى و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضه فنصف ما فرضتم (٢)، و وجوب المتعه بالطلاق قبل الدخول، و الفرض مدلول عليه بقوله تعالى و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره (٣) في سياق التطبيق قبل المسيس و قبل الفرض، و لا يخفى أن المراد بالوطء هنا و في سائر مواضع إطلاقه تغييب الحشفه.

ص: ٤٢٠

[١ - ١] البقره: ٢٣٦. [١]

[٢ - ٢] البقره: ٢٣٧. [٢]

[٣ - ٣] البقره: ٢٣٧. [٣]

ولا- يجب مهر المثل و لا المتعه بنفس العقد،فلو مات أحدهما قبل الدخول و الطلاق و الفرض فلا شىء،و بعد الدخول مهر المثل،و بعد الفرض المفروض. قوله: (و لا يجب مهر المثل و لا المتعه بنفس العقد).

أما المتعه فإنما تجب بالطلاق قبل المسيس و الفرض فلا يجب بنفس العقد،و أما مهر المثل فبعض الشافعيه أوجهه بالعقد (1)،و أصحابنا على وجوبه بالوطء.

و قد أوردنا فى أول الباب روايه منصور بن حازم (2)،الداله على ذلك،و يؤيده أن العقد سبب فى وجوب ما تضمنه دون ما لم يذكر فيه،لانتفاء سببه.

قال الشيخ فى المبسوط:مفوضه البضع لا تملك بالعقد مهرا أصلا،و إنما تملك بالعقد أن تملك (3).

فرع:لا- تجب المتعه عندنا إلا- فى مفوضه البضع إذا طلقت قبل المسيس و لم يفرض لها مهر،و هل يستحب لباقي المطلقات؟الأصح نعم،و قد نطق القرآن بالحكم فى قوله تعالى لا جناح عليكم إن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ (4)الآيه.

قوله: (فلو مات أحدهما قبل الدخول و الطلاق و الفرض فلا شىء، و بعد الدخول المثل،و بعد الفرض المفروض).

وجه عدم وجوب شىء انتفاء سبب الوجوب،لأنه فى صوره التفويض منحصر فى الفرض و الدخول،لثبوت سببتهما له فى الكتاب و السنه و انتفائهما عن الموت،لعدم النص،فيتمسك بأصالة العدم و أصالة براهه الذمه.

و قد روى الحلبي صحيحا عن الصادق عليه السلام:فى المتوفى عنها زوجها

ص: ٤٢١

١- ١) قاله أبو إسحاق،انظر المجموع ١٦: ٣٧٢.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٦٢ حديث ١٤٦٧،الاستبصار ٣.

٣- ٣) المبسوط ٤: ٢٩٦. [١]

٤- ٤) البقره: ٢٣٦. [٢]

و لو تراضيا بعد العقد بالفرض- و هو تقدير المهر و تعيينه-صح، سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه، و سواء علما مهر المثل أو أحدهما أو جهلاه. قبل الدخول: «إن كان فرض لها زوجها مهرا فلها، و إن لم يكن فرض مهرا فلا، مهر» (١) نعم يثبت الميراث لتحقق الزوجيه المقتضيه له.

و قول المصنف: (فلا- شىء) يعم المهر و المتعه، و ذهب أبو حنيفه (٢)، و أحمد (٣)، و بعض الشافعيه إلى وجوب مهر المثل بالموت كما يجب بالوطء (٤).

قوله: (و لو تراضيا بعد العقد بالفرض، و هو تقدير المهر و تعيينه صح، سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه، و سواء علما مهر المثل أو أحدهما أو جهلاه).

لا ريب أن الزوجين إذا تراضيا بعد عقد النكاح مع التفويض على فرض المهر و تقديره صح، لأن الحق لا يعدوهما و لم يتعين بعد، فصح منهما تعيينه.

و بذلك نطق القرآن فى قوله تعالى وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٥). و قد عرّف المصنف الفرض بأنه:

(تقدير المهر و تعيينه) و تقديره إشاره إلى ذكر مقداره، و تعيينه إشاره إلى ذكر جنسه و وصفه. و يمكن أن يريد بتقديره: ما يعم بيان جنسه و وصفه، و يكون قوله: (و تعيينه) مسوقا لتفسيره و بيانه.

إذا تقرر ذلك فإذا قدره صح، سواء زاد على مهر المثل أو ساواه أو قصر عنه،

ص: ٤٢٢

١- ١) التهذيب ٨: ١٤٦ حديث ٥٠٥، الاستبصار ٣: ٣٤١ حديث ١٢١٥.

٢- ٢) انظر: المغنى لابن قدامه ٨: ٥٩، المجموع ١٦: ٣٧٣.

٣- ٣) المصدرين السابقين.

٤- ٤) قاله إسحاق، انظر: المجموع ١٦: ٣٧٣.

٥- ٥) البقره: ٢٣٧. [١]



و الاعتبار فى مهر المثل بحال المرأه فى الجمال و الشرف و عاده أهلها ما لم يتجاوز السنه و هو خمس مائه درهم، فإن تجاوز ردت إليها. و سواء كانا عالمين بقدر مهر المثل أو جاهلين أو بالتفريق. و فى وجه للشافعيه (١) بطلان الفرض مع جهلها أو جهل أحدهما بمهر المثل، بناء على وجوب مهر المثل بالعقد و ان المفروض بدله، و كذا فيما إذا فرضنا زياده على مهر المثل وجه بالبطلان مبنى على ذلك، و قد سبق ما يدل على بطلان المبنى عليه.

قوله: (و الاعتبار فى مهر المثل بحال المرأه فى الجمال و الشرف و عاده أهلها، ما لم يتجاوز السنه و هو خمس مائه درهم، فإن تجاوز ردّ إليها).

لا- ريب أن مهر المثل هو قيمه المثل بالنسبه إلى البضع، و المراد به ما يليق بدله فى مقابل نكاح أمثالها، و الحاجه تمس إليه فى مواضع منها التسميه الفاسده، و منها إذا نكح عدّه نساء بمسمى واحد فإنه يصح و يوزع على مهور أمثالهن، و منها الوطاء فى النكاح الفاسد و الشبهه و الإكراه، فإنه يوجب مهر المثل، و كذا ما جرى هذا المجرى، و منها المفوضه و هى المقصوده بالبيان هنا.

إذا تقرر ذلك فقد قال المصنف: إن (الاعتبار فى مهر المثل بحال المرأه فى الجمال و الشرف و عاده أهلها ما لم يتجاوز مهر السنه)، فاعتبر فيه ثلاثه أمور، لكن استفيد من آخر كلامه اعتبار كل ما يختلف لأجله المهر و إن كان الموجود فى عبارته ما يختلف لأجله النكاح، و لا يريد به إلا المهر.

و به صرح فى التحرير (٢)، و كذا الشيخ فى المبسوط (٣)، و جماعه من الأصحاب (٤)، و اقتصر المفيد على اعتبار الشرف و الجمال (٥)، و اعتبر أبو الصلاح السن

ص: ٤٢٣

١- ١) المجموع ٣٧٢: ١٦.

٢- ٢) التحرير ٣٥: ٢. [١]

٣- ٣) المبسوط ٢٩٩: ٤.

٤- ٤) منهم ابن حمزه فى الوسيله: ٣٤٨.

٥- ٥) المقنعه: ٧٨.

و الجمال و التحصن (١). و لا شبهه فى اعتبار جميع ذلك، و منه عقلها و تأديها و يسارها، و بكارتها، و صراحه نسبها و شرفه، و معرفتها بتدبير المنزل، و ما جرى هذا المجرى، و أضداد ذلك، لأن المهر يختلف بجميع ذلك اختلافاً بينا، و الركن الأعظم فى ذلك عادة أهلها.

و تنقيحه: إن مهر مثل المرأه ما جرت العاده المستمره بجعله مهراً لنساء أهلها اللاتى هن فى مثل صفاتها اللاتى يزيد المهر أو ينقص باعتبارها كائناً ما كان. فالمرجع فى مهرها إلى مهورها إذا ساوتهن فى الصفات التى لها مدخل فى زياده المهر و نقصانه.

و من هذا يعلم أن عبارته المصنف ليست حسنه، لأنه ليس مجموع الأمور الثلاثه التى ذكرها فى أول كلامه هى المرجع فى تعيين مهر المثل، و إنما المرجع عادة الأهل، و الاستواء فى الصفات المذكوره شرط، و ظاهر أول الكلام اعتبار عادة الأهل مطلقاً مع الشرف و الجمال، و آخر الكلام يدفع هذا الوهم.

و قيد المصنف و أكثر الأصحاب (٢) مهر المثل بما إذا لم يتجاوز مهر السنه و هو خمسمائه درهم، فإن تجاوز رد إليها، احتجاجاً بما رواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأه فوهم أن يسمّى صداقها حتى دخل بها قال:

«السنه، و السنه خمسمائه درهم» (٣).

و طعن فيه المصنف فى المختلف بأنه غير دال على المطلوب صريحاً (٤)، و هو كما قال، فإن المبحوث عنه هى المفوضه، و مورد الروايه ما إذا وهم أن يسمّى صداقها.

و يلوح منه إن كان أراد التسميه فنسبها، و ليس هذا من التفويض فى شىء، و من

ص: ٤٢٤

١- ١) الكافى فى الفقه: ٢٩٣. [١]

٢- ٢) منهم الشيخ فى المبسوط ٤٠٢٩٩، و [٢] ابن البراج فى المذهب ٢: ٢١١، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٤٨.

٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٦٢، حديث ٣٦٩، حديث ١٤٦٩، الاستبصار ٣: ٢٢٥، حديث ٨١٥.

٤- ٤) المختلف: ٥٤٩.

الممكن أن يكون قد ذكر في العقد ما يقتضى مهر السنه.

و حكى المصنف فى المختلف قولاً لبعض علمائنا، بأن مهر المثل لا يتقدر بقدر، لإطلاق الأخبار فى ذلك (١):

مثل روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن الصادق عليه السلام، فى رجل تزوج امرأه و لم يفرض لها صداقاً ثم دخل بها قال: «لها صداق نساءها» (٢).

و موثقه منصور بن حازم قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام فى رجل تزوج امرأه و لم يفرض لها صداقاً، قال: «لا شىء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نساءها» (٣).

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

و يؤيده أن البضع ملحق بالأموال، فيجب أن يكون مهر المثل له هو ما يقتضى الرغبات بذله لأمثال تلك المرأة بالغاً ما بلغ كسائر الأموال.

و يؤيد الأول اشتها القول بذلك بين الأصحاب حتى كاد يكون إجماعاً، بل ادعى الشارح الفاضل الاتفاق على ذلك (٥) و ليس الأمر كما ادعاه قطعاً، فإن المصنف صرح بالخلاف عندنا فى المختلف (٦)، و حكى القولين و لم يرجح شيئاً، و لا شبهه فى قوه القول الثانى، لكن مخالفه كبراء الأصحاب من الأمور المستهجنه، و العمل بالمشهور أحوط.

ص: ٤٢٥

١-١) المختلف: ٥٤٩.

٢-٢) الكافي ٥: ٣٨١، حديث ١٠، [١] التهذيب ٧: ٣٦٢، حديث ١٤٦٦، الاستبصار ٣: ٢٢٥، حديث ٨١٢.

٣-٣) التهذيب ٧: ٣٦٢، حديث ١٤٦٧، الاستبصار ٣: ٢٥٥، حديث ٨١٣.

٤-٤) التهذيب ٧: ٣٦٢، حديث ١٤٦٨، الاستبصار ٣: ٢٢٥، حديث ٨١٤.

٥-٥) إيضاح الفوائد ٣: ٢١٥.

٦-٦) المختلف: ٥٤٨.

و هل المعبر العصباء أو الأقارب مطلقاً؟ إشكال، أما الأم فليست من نسبها فلا يعتبر بها.

نعم يعتبر فى أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها، فإن البلاد تتفاوت فى المهور، و أن يكونوا فى مثل عقلها و جمالها و يسارها و بكارتها و صراحه نسبها، و كل ما يختلف لأجله النكاح. قوله: (و هل المعبر العصباء أو الأقارب مطلقاً؟ إشكال).

قد سبق أنه يعتبر فى مهر المثل للمرأة عادة أهلها، و لا ريب أن الأهل يصدق من طرف الام و من طرف الأب.

و ذكر المصنف فى اعتباره من الطرفين أو من طرف الأب خاصه و هى العصباء إشكالا ينشأ: من دلالة الأخبار على اعتبار نسائها و هو عام، لأنه جمع مضاف فيعم الأقارب.

و من أن المهر مما يقع به المفاخره فيعتبر فيه قرابات الأب دون الام، لعدم اعتبارهم فى المفاخره، و لأن بنت الشريف إذا كانت أمها وضيعه لا حسب لها و لا نسب يضر بحالها اعتبار قرابات أمها، و ليس بشيء.

و بالأول قال الشيخ (١)، و أكثر الأصحاب (٢). و بالثانى قال ابن البراج (٣)، و ضعفه ظاهر، و الأول هو المختار.

قوله: (أما الأم فليست من نسبها فلا يعتبر بها، نعم يعتبر فى أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها، فإن البلاد تتفاوت فى المهور، و أن يكونوا فى مثل عقلها و جمالها و يسارها و بكارتها و صراحه نسبها، و كل ما يختلف لأجله النكاح).

هنا مباحث:

ص: ٤٢٤

١- (١) المبسوط ٤: ٤٩٩.

٢- (٢) منهم ابن إدريس فى السرائر: ٣٠٢، و ابن حمزه فى الوسيله: ٣٤٨.

٣- (٣) المهذب ٢: ٢١١.

الأول: صرح المصنف رحمه الله بأن الأم لا تعتبر بها في مهر ابنتها، لأنها ليست من نسبها، لأن النسب إنما هو من جانب الأبوه دون الأمومه، لما دل عليه قوله تعالى:

وَ هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَ صِهْرًا (١) و ضعف هذا الاستدلال أظهر من أن يحتاج إلى البيان، لأن الأم داخله في نساء المرأه قطعاً.

وقد دلت الأخبار السالفه على اعتبار نسائها، و لم يجر للنسب فيها ذكر، فيجب الاعتبار بها لا محاله و كان على المصنف أن يجعل الاعتبار بالأخص جمله محل الإشكال كذوى الأرحام، فأما الجزم بعدم الاعتبار بها و الاشكال فيما عداها ممن ليس بعصبه فلا وجه له.

الثاني: هل يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك فصرح المصنف هنا و في التحرير (٢) باعتبار ذلك، و به صرح الشيخ في الخلاف (٣)، و المبسوط (٤)، و ابن البراج (٥)، و جعل المصنف في المختلف عدم اعتباره احتمالاً و لم يرجح شيئاً (٦).

و رجح الشارح الفاضل عدم اعتباره (٧)، و إطلاق النصوص يشهد له.

و يمكن أن يحتج للأول بأنه لو لا اعتبار اتحاد البلد لزم وقوع ضرر عظيم على

ص: ٤٢٧

١- ١) الفرقان: ٥٤. [١]

٢- ٢) التحرير ٣٥: ٢.

٣- ٣) الخلاف ٣: ٢٢٤ مسألة ٦ كتاب الصداق.

٤- ٤) المبسوط ٢٩٩: ٤.

٥- ٥) المهذب ٢١١: ٢.

٦- ٦) المختلف: ٥٤٩.

٧- ٧) إيضاح الفوائد ٢١٦: ٣.

الزوج، و اللّازم باطل بالنص و الإجماع.

بيان الملازمه: إن اختلاف البلدان فى المهور اختلافًا عظيمًا أمر واقع، فإذا اتفق كون المرأة فى بلد مهر نساء إشرافه قليل جدا و مهور أهل تلك المرأة فى بلادها فى غايه الكثره كآلف أوقيه من الذهب مثلا، ثم نكحت مفوضه، و لم يعتبر البلد فى مهر مثل نساءها، بل أوجبنا عليه ذلك الأمر العظيم، و هو غافل عنه لا يعرفه هو و لا أحد من أهل بلاده، بل يربو على مهور أكثر نساء ذلك القطر لزم ما لا مزيد عليه من الضرر.

و لأن قيم الأموال الحقيقيه يعتبر فيها البلد قطعًا، فلأن يعتبر ذلك فى قيمه البضع أولى، لأنه ليس مالا حقيقه و لا المقصود الأصلي منه المال، و مختار المصنف قوى.

الثالث: اعتبر ابن البراج فى نساء العصبه قرب الدرجه، فإذا وجدت الأخوات و العمات كان الاعتبار بالأخوات (١)، و نحوه قال ابن حمزه (٢)، و النصوص و عبارات الأصحاب مطلقه.

الرابع: لا- ريب أن نساءها إنما يعتبرن إذا كن متساويات فى جميع الصفات التى تختلف المرأة باختلافها، سواء كانت دنيويه أو دينيه، فلو تميّزت عليهن بجمال أو يسار أو صراحه نسب أو شرفه، أو دين أو تقوى و نحو ذلك، اعتبرت تلك الصفه فى زياده مهرها.

و لو نقصت عنهن صفه نقص من مهرها بحسبها، و إلى ذلك أشار المصنف بقوله: (و أن يكونوا فى مثل عقلها و جمالها- إلى قوله- و كل ما يختلف لأجله النكاح)

ص: ٤٢٨

١- ١) المذهب ٢: ٢١١.

٢- ٢) الوسيله: ٣٤٨.

و الأقرب عدم تقديره بمهر السنه فيما أشبه الجنايه كالنكاح الفاسد، و وطء الشبهه، و الإكراه. و المراد المهر كما قدمناه، لعدم تعقل اختلاف النكاح بالنسبه إلى غير المهر.

و منه يعلم اعتبار جميع تلك الصفات بالإضافه إليها و إن كان أول كلامه قاصرا عن ذلك.

و المراد بصراحه النسب: خلوصه عن التهم المدنسه له، و لا يخفى أن المعتبر مهر النساء الجارى على مقتضى الحال، فلو خفت واحده مسامحه أو لزياده شرف و نحوه فى زوجها لم يكن تخفيفها معتبرا.

الخامس: لو اختلف مهر نساها مع المماثله السابقه اعتبر الأغلب، فإن استوين ففى الحكم اشكال. و لو لم يكن لها أقارب، ففى اعتبار مثلها من أهل بلدها إشكال أيضا، فإن اعتبرناه و فقد ففى اعتبار أقرب البلدان إلى بلدها إشكال أيضا.

و لا يخفى أن موت نساء الأقارب لا يعد مانعا من الرجوع إليهن، لأن الاعتبار عادتهن و لا ينتفى بموتهن. و اعلم أن الضمير المذكور فى قوله: (يكونوا) يعود إلى أقاربها، فإن لفظه مذكر و يراد به الإناث.

قوله: (و الأقرب عدم تقديره بمهر السنه فيما أشبه الجنايه كالنكاح الفاسد، و وطء الشبهه، و الإكراه).

قد عرفت أن مهر المثل يجب فى مواضع، و قد ذكر المصنف سابقا ضابطه، و قيده بأن لا يتجاوز مهر السنه، فافتضى ذلك ثبوت القيد فى جميع مواضع مهر المثل، و لما كان ذلك غير مرضى عنده، بل هو مخصوص بما عدا ما أشبه الجنايه تبّه عليه بقوله:

(و الأقرب عدم تقديره). فهو فى قوه الاستثناء من إطلاق الكلام السابق.

ثم ما الذى يراد ب(ما أشبه الجنايه)؟ يلوح من تمثيل المصنف أن يراد به موضع وجوب المهر حيث لا يكون هناك نكاح صحيح.

والمعتبر في المتعه بحال الرجل، فالغنى يمتع بالدابه، أو الثوب المرتفع، أو عشره دنانير. والمتوسط بخمسه، أو الثوب المتوسط. والفقر بدينار، أو خاتم وشبهه. ويظهر من كلام الشارحين (١) أن المراد به ما عدا المفوضه، فإن استدلالهما يرشد إلى ذلك. ووجه القرب أن الوطء في المواضع المذكوره قد استوفى منفعه تقابل بمال فوجب عوضها الذي يقتضى العرف مقابلتها به، ونقص شيء منه على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع القطع بثبوت النقص، وهو المفوضه.

ولو حملت عبارته المصنف على ما يلوح من أمثله، فوجه القرب أن ما أشبهه الجنايه إتلاف محض، لعدم استناده إلى عقد معتبر شرعا مقرون بالتراضى، فيجب عوضه بالغًا ما بلغ، ولا ينقص منه شيء، لانتفاء الرضى المقتضى للنقص.

ويضعف بأن الرضى وعدمه لا يدخل له في الزيادة والنقصان، ويحتمل مع الزيادة على مهر السنه رده إليه، لأن ذلك عوض البضع شرعا، فيكون هو الواجب في كل موضع من مواضع وجوب مهر المثل دون ما عداه.

ولقائل أن يقول: إن التخصيص الذي ذهب إليه المصنف لا يدل عليه دليل، لأن الخلاف في رد مهر مثل المفوضه إلى السنه مع الزيادة عليه ثابت، فانتفى الاتفاق الذي ادعاه الشارح، وليس في الباب نص يرجع إليه سوى روايه أبي بصير السالفه (٢) وهي مع ضعفها غير داله على المطلق، فاللازم القول بوجوب مهر المثل من غير نقص.

قوله: (والمعتبر في المتعه بحال الرجل، فالغنى يمتع بالدابه أو الثوب المرتفع أو عشره دنانير، والمتوسط بخمسه أو الثوب المتوسط، والفقر بدينار أو خاتم وشبهه).

قد سبق أن المفوضه

ص: ٤٣٠

١- (١) إيضاح الفوائد ٢١٦: ٣.

٢- (٢) التهذيب ٣٦٢: ٧ حديث ١٤٦٩، الاستبصار ٢٢٥: ٣ حديث ٨١٥.



إذا طلقت قبل الدخول وجب لها المتعة لا غير، وهو منصوص في الكتاب و السنه و مجمع عليه بين المسلمين.

قال الله تعالى وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ (١).

و في روايه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا كان الرجل موسعا عليه متع امرأته بالعبد و الأمه، و المقتير يمتع بالحنطه و الزبيب و الثوب و الدراهم» (٢) الحديث.

و عن أبي بصير قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٣) ما أدنى ذلك المتاع إذا كان الرجل معسرا لا يجد؟ قال:

«الحمار و شبهه» (٤).

إذا تقرر ذلك فاعلم أن المشهور بين الأصحاب أن الاعتبار في المتعه بحال الزوج بالنظر إلى يساره و إعساره بحسب العاده دون الزوجه، و قال بعض الأصحاب:

إن الاعتبار بحالهما جميعا، و حكي الشيخ في المبسوط قولاً إن الاعتبار بها (٥).

و الأصح الأول، لظاهر الآيه و الروايه، و قد قسم الأصحاب حال الزوج إلى ثلاثه: اليسار، و الإعسار، و التوسط فإنه في الواقع كذلك، و عتينا لكل مرتبه أشياء على مقتضى القانون العرفي.

و لا يمتنع أن يراد بالدابه الفرس، لأن ذلك هو الاستعمال الشائع بين الفقهاء، و قد سبق في الروايه العبد أو الأمه و هما بمنزله الفرس، و لو أريد غيرها بحيث يدخل البغل و الحمار جاز أيضا مع نفاسته.

ص: ٤٣١

١-١) البقره: ٢٣٦. [١]

٢-٢) الكافي ١٠٥: ٦ حديث ٣، [٢] التهذيب ١٣٩: ٨ حديث ٤٨٤.

٣-٣) البقره: ٢٤١. [٣]

٤-٤) الكافي ١٠٥: ٦ حديث ٥، [٤] التهذيب ١٤٠: ٨ حديث ٤٨٦.

٥-٥) المبسوط ٢٩٥: ٤. [٥]

و لا يستحق المتعه إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر و لم يدخل بها. و أطلقوا الخاتم بالنسبه إلى الفقير، فلا يتقيد بكونه ذهاباً و لا فضه، لكن لا بد من أن يكون منظورا إليه في العاده.

قوله: (و لا تستحق المتعه إلا المطلقة التي لم يفرض لها مهر و لم يدخل.

بها).

المراد بالاستحقاق وجوبها لها، يدل على ذلك قوله تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضةً وَ مَتَّعُوهُنَّ (1) فإن المعنى -و الله اعلم- نفى الجناح.

و المراد به هنا المهر أو نصفه عمن طلق إلا- أن يمسه، أى يدخل أو يفرض المهر و أمر بالمتعه حيثئذ و الأمر للوجوب. و روى الحلبي عن أبي عبد الله في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: «عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، و إن لم يكن فرض فليمتعها على نحو ما يمنع مثلها من النساء» (2) الحديث.

و لا- تجب المتعه لغير المذكور لكن يستحب، روى حفص ابن البخري عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يطلق امرأته أو يمتعها قال: «نعم، أما تحب أن يكون من المحسنين، أما تحب أن يكون من المتقين» (3).

و ذهب المصنف في المختلف إلى وجوب المتعه إذا فارق المفوضه قبل الدخول بلعان و شبهه من الأسباب الصادرة عنه كردته و إسلامه، بعد أن حكى عن الشيخ في المبسوط (4) التردد في ذلك نظراً إلى أنها في معنى الطلاق.

ص: ٤٣٢

١- (١) البقره: ٢٣٦. [١]

٢- (٢) الكافي ١٠٦: ٦ حديث ٣، [٢] التهذيب ١٤٢: ٨ حديث ٤٩٣.

٣- (٣) الكافي ١٠٤: ٦ حديث ١، [٣] التهذيب ١٤٠: ٨ حديث ٤٨٧.

٤- (٤) المبسوط ٣٢٠: ٤. [٤]

و لو اشترى زوجته فسد النكاح، و لا- مهر و لا- متعه. و للمفوضه المطالبه بفرض المهر لمعرفه ما يستحق بالوطء أو للتشطير بالطلاق، و اختار فى المختلف عدم الوجوب فى غير المطلق (١)، و هو مختار ابن إدريس (٢)، و اختاره المصنف فى التحرير (٣)، و هو الأصح.

قوله: (و لو اشترى زوجته فسد النكاح و لا مهر و لا متعه).

المراد شراؤها قبل الدخول، لأنه إذا دخل وجب المهر للسيد، والمراد أيضا ما إذا كانت مفوضه، لأن غيرها لا يجب متعتها و إن طلقت.

و إنما لم يجب المتعه هنا، لأن الفرقه بغير الطلاق لا يجب بها المتعه، على ما قدمناه، و لأنه لو وجب شىء لكان حقه أن يكون له، لأنه المشتري على ما سبق فى نكاح الإماء و لا يجب له على نفسه مال.

و اعلم أنه لا- فرق فى وجوب المتعه حيث يجب بين كون الزوج حرا أو عبدا، و لا- بين كون الزوجه حره أو أمه، و لا- يخفى أن الاعتبار فى الزوج العبد بحال السيد.

قوله: (و للمفوضه المطالبه بفرض المهر لمعرفه ما يستحق بالوطء أو للتشطير بالطلاق).

قد بينا فيما سبق أن المفوضه لا- تستحق المهر بالعقد لكنها ملكت ان تملكه، فلها مطالبه الزوج بفرضه و تعيينه قبل الميسيس لفوائد:

منها: أن تعرف ما يستقر لها بالوطء فتكون على تثبت من تسليم نفسها.

و منها: تشطره بالطلاق و نحوه كالرده.

و منها: لزومه بموت أحدهما، و إنما كان لها المطالبه بالفرض لأنها بالعقد ملكت

ص: ٤٣٣

١-١) المختلف: ٥٥١.

٢-٢) السرائر: ٣٠٢.

٣-٣) التحرير ٣١١: ٢. [١]

و لها حبس نفسها للفرض و التسليم. و لو اتفقا على الفرض جاز، و إن اختلفا ففي فرض الحاكم إذا ترافعا إليه نظر أقربه أنه يفرض مهر المثل. ان تملك مهرا، لأنه لو لا ذلك لم يجب المهر بالفرض إذ هو بمنزلة الوعد، و الثاني باطل، فلها طلب فرضه و تعيينه، لا امتناع التسليم إليها بدونه، فمتى فرضه كان كالمسمى بالعقد.

قوله: (و لها حبس نفسها للفرض و التسليم).

لأن النكاح فيه بمعنى المعاوضه و ان جاز أخلاء العقد عن ذكر المهر، و لو لا ذلك لكان كالهبة، فللزوجه حبس نفسها للفرض و تسليم المفروض، لأن قضيه المعاوضات حبس المعوض إلى حين قبض العوض.

قوله: (و لو اتفقا على الفرض جاز، و إن اختلفا ففي فرض الحاكم إذا ترافعا إليه نظر، أقربه أنه يفرض مهر المثل).

لا شبهه في أن الزوجين إذا اتفقا على فرض المهر صح و تعين ما فرضاه، و إن لم يتفقا فالأحوال ثلاث:

الاولى: أن يفرضه الحاكم إذا ترافعا إليه، و في صحته نظر ينشأ: من أن الفرض إثبات للمهر في ذمه الزوج، و ذلك منوط بتراضى الزوجين دون حكم الحاكم.

و من أن الغرض من نصبه سد باب الخصومات و قطع المنازعات، و ليس الغرض إثباتا للمهر بل انه تعيين له، فيصح منه كما يعين النفقه للزوجه و نحوها على الغائب و من جرى مجراه.

و الأقرب عند المصنف أنه يصح فرضه لمهر المثل من غير زياده و لا نقصان، كما في قيم المتلفات، و لا يقدر زياده القدر اليسير الذى يقع في محل الاجتهاد، و كذا نقصانه، لأنه مما لا يتحرز منه في العاده، و لا يعد في العاده زياده و لا نقصانا كتفاوت المكايل و الموازين.

و لو فرضه أجنبي و دفعه إليها ثم طَلَّقها احتمل المتعه، فترد على الأجنبي، لأن فرض الأجنبي يوجب على الزوج مالا، و ليس وليا و لا- و كيلا- و على ما اختاره من أن مهر المثل إن زاد عن مهر السنه رد إليه يجب أن يقال هنا: يفرض مهر المثل إلا أن يزيد على مهر السنه يفرض مهر السنه لا أزيد و لا انقص، و به صرح في التحرير (1)، و على ما اخترناه يفرض مهر المثل مطلقا.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه لا بد أن يكون الحاكم عارفا بمهر المثل، و إلا لم يصح فرضه، كما في قيم المتلفات و النفقات إذا انتهى الأمر إليه في تعيينها، و إنما يفرضه من نقد البلد الغالب حالا كما في سائر القيم.

فإن رضيت الزوجه بالتأجيل لم يثبت الأجل، لأنه خلاف الأصل، و لاحتمال الضرر على الزوج.

ثم عد إلى عبارته الكتاب و اعلم أنه يلوح من ظاهرها أن في فرض الحاكم ثلاثة أوجه:

أحدها: العدم.

و الثاني: صحه الفرض.

و الثالث: تقييد الصحه بكون المفروض مهر المثل. و الدال على ذلك فيها هو تقييد الأقرب بكون المفروض مهر المثل، إذ لو كان منشأ النظر هو احتمال عدم الفرض و احتمال فرض مهر المثل كفى ترجيحه عن تعيين مهر المثل.

و لا شك في أن المسألة لا يتجه فيها إلا احتمالان، لا امتناع تجويز الفرض مطلقا امتناعا ظاهرا كما في سائر القيم.

قوله: (و لو فرضه أجنبي و دفعه إليها ثم طَلَّقها احتمل المتعه فيرد على الأجنبي، لأن فرض الأجنبي يوجب على الزوج مالا، و ليس وليا و لا

ص: ٤٣٥

فكان وجود فرضه كعدمه. و الصحة، لأنه يصح قضاؤه عنه فصح فرضه.

و يرجع نصفه إما إلى الزوج، لأنه ملكه حين قضى به دينا عليه، أو إلى الأجنبي، لأنه دفعه ليقضى به ما وجب لها عليه، وبالطلاق سقط وجوب النصف، فيرد النصف إليه، لأنه لم يسقط به حق عمن قضاؤه عنه. و كيلا فكان وجود فرضه كعدمه. و الصحة، لأنه يصح قضاؤه عنه فيصح فرضه، و يرجع نصفه إما إلى الزوج، لأنه ملكه حين قضى به دينا عليه، أو إلى الأجنبي، لأنه دفعه ليقضى به ما وجب لها عليه، وبالطلاق سقط وجوب النصف فيرد النصف إليه، لأنه لم يسقط به حق عمن قضاؤه عنه).

هذه هي الحالة الثانية، و هي أن يفرض المهر الأجنبي، و المراد به من ليس له ولا-يه و لا-وكاله و ليس له حكم، فإذا فرضه و رضيت به ثم دفعه إليها من ماله ثم طلقها الزوج، ففي صحة الفرض و الدفع احتمالان:

أحدهما: البطلان، فتجب للزوجه المتعه كما في كل مفوضه طلقت قبل الفرض و الدخول، و قد وجه المصنف البطلان بأن فرض الأجنبي إذا صح يوجب على الزوج مالا و ليس وليا و لا و كيلا فكان لغوا وجوده كعدمه.

و الثاني: الصحة، لأن المهر كسائر الديون يصح من الأجنبي قضاؤه عن الزوج فيصح فرضه، لأن القضاء فرع الفرض، فلو لم يصح الفرض لم يصح القضاء، و التالي باطل.

و لقائل أن يقول: تمنع صحة القضاء في محل النزاع، لأن الذي يصح قضاؤه من الأجنبي هو الدين الثابت في الذمه دون غيره، و المهر في محل النزاع ليس كذلك.

إذا تقرر ذلك، فعلى احتمال الصحة إلى من يعود نصف المدفوع من الأجنبي

بالطلاق؟ ذكر المصنف فيه احتمالين:

أحدهما: عودته إلى الزوج، و استدلل عليه بأنه قد ملكه ضمنا حين قضى به دينه، و فيه منع.

و الثاني: عودته إلى الأجنبي، لأنه دفعه ليقضى به ما وجب لها على الزوج، و بالطلاق سقط وجوب النصف فيرد الى الدافع، لأنه لم يسقط به حق عمن دفعه عنه.

و لقائل أن يقول: إن سقوط النصف إنما تحقق بعد القضاء و الحكم بصحته لأنه المفروض، فكيف يصح قوله: (لم يسقط به حق عمن قضاة عنه)، و يمكن توجيهه بأن ملكيه هذا النصف دائره بين الزوج و الزوجه، و الدافع أما الزوجه فقد بطل ملكها إياه بالطلاق، و إما الزوج فإنه لا دليل يدل على دخوله في ملكه، فلم يبق إلا الدافع.

و الأصح بطلان كل من الفرض و الدفع، فلها المتعه، و المدفوع باق على ملك دافعه.

ثم عد إلى عبارته الكتاب و تنبه لأمر:

الأول: إن المصنف هنا و في التحرير فرض المسأله - أعنى فرض الأجنبي للمهر - فيما إذا فرضه و دفعه (١)، و كذا الشيخ في المبسوط (٢)، فيلوح من ذلك ان فرضه من دون الدفع لا أثر له و هو متجه، لأنه حينئذ حكم على من لا سلطنه له عليه.

الثاني: إن رضى الزوجه لا بد منه، لا امتناع القضاء من دونه، و هذا و ان لم يصرح به المصنف إلا أن عبارته يستلزمه، من حيث ان دفعه إليها و أخذها له يستلزم رضاها.

الثالث: قوله: (لأنه ملكه حين قضى به دينا عليه).

ينبغي أن يكون ملكه فعلا ماضيا فيه ضمير للزوج و البارز للمهر، و الضمير في

ص: ٤٣٧

١-١) التحرير ٣٥:٢. [١]

٢-٢) المبسوط ٢٩٦:٤.

و لو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض، فإن طلقها قبل الدخول فالمتع، و لم يكن لها نصف ما فرضه و إن كان قد رضى به، لأنها لم تقبله. و يقبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعدا و إن كان محجورا عليه للفلس، و يلزمه و إن زاد عن مهر السنه، لكن تضرب المرأه مع الغرماء بمهر المثل فى المحجور عليه، و يتبع بالزيادة بعد فكه. (قضى) يعود إلى الزوج أيضا، و حقه أن يعود إلى الأجنبي، و فى عوده اليه اختلاف مرجع الضمائر بغير مائز، و لو جعل مجهول الفاعل سلم من ذلك، لكن نصب (دينا) ياباه، و قوله آخر: (عمن قضاه عنه) أراد به قصد القضاء، أى عن قصد قضاءه عنه.

قوله: (و لو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض، فإن طلقها قبل الدخول فالمتع و لم يكن لها نصف ما فرضه و إن كان قد رضى به، لأنها لم تقبله).

هذه هى الحال الثالثه، و هى أن يفرض المهر الزوج وحده، فإن لم ترض به كان باطلا، و سيأتى إن شاء الله تعالى ما يعلم منه أن ذلك ليس على إطلاقه، فإن طلقها قبل الدخول فى هذه الحال لم يجب لها إلا المتع، فلا تستحق نصف ما فرضه.

و إن كان هو قد رضى به، لأن رضاه وحده لا اعتبار به من دون رضاها، لأن تعيين المهر و ثبوته فى الذمه موقوف على قبولها و رضاها، و مع انتفائه فلا شىء.

قوله: (و يقبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعدا و إن كان محجورا عليه للفلس، و يلزمه و إن زاد عن مهر السنه، لكن تضرب المرأه مع الغرماء بمهر المثل فى المحجور عليه و يتبع بالزيادة بعد فكه).

هذا كالأستثناء مما سبق من أنها لو لم ترض بما فرضه الزوج بطل الفرض، و تقريره انه إذا فرض الزوج المهر بدون رضى الزوجه قبل فرضه إذا كان بقدر مهر المثل فصاعدا.



صرح بذلك المصنف هنا و في التحرير (١)١، و وجهه أنها لا تستحق الزيادة على مهر المثل، و لو طلبتها لم يجب إليها، و إذا انتهى الفرض الى الحاكم لم يجز أن يفرض الزيادة، و لو رضيت بالنقيصه لم يلزمه قبولها، فلزم الحكم بقبول فرضه إياه.

و كذا إن زاد عليه بطريق أولى، و اليه الإشارة بقوله: (فصاعدا)، و لأن إطلاق الآيه يقتضى اعتبار فرضه مطلقا، خولف فيما نقص عن مهر المثل لأنه لا يصح إلا برضاها قطعاً، فيبقى الباقي على حكم.

و أطلق الشيخ في المبسوط اعتبار رضاها في صحه الفرض (٢)٢، و كما يصح و يلزم فرضه مهر المثل و أزيد منه إذا كان مطلق التصرف، فكذا يصح إذا كان محجوراً عليه للفلس، لأنه إنما يمنع من التصرف في أعيان الأموال، لتعلق حقوق الغرماء بها دون إلزام ذمته بمال لغيره، لأنه كامل، بخلاف المحجور عليه للسفه.

فإذا فرض مهر المثل صح و ضربت به مع الغرماء قطعاً، لأنه عوض البضع المكافئ له، و لهذا صح للمريض التزوج بمهر المثل فما دون.

و لا- ينظر إلى زيادته على مهر السنه و إن حكمنا بردها إلى السنه لو دخل بها قبل الفرض، لأن ذلك ثبت على خلاف الأصل فيقتصر على موضعه، و لأن العوض الحقيقي للبضع مهر المثل كما في سائر قيم الأشياء.

و الى ذلك أشار بقوله: (و يلزمه و إن زاد عن مهر السنه) أى: و إن زاد قدر مهر المثل فصاعدا عن مهر السنه. و إن فرض أزيد منه ضربت بمهر المثل مع الغرماء، و تبعته بالزيادة بعد فكه لاستقرارها في ذمته و عدم مشاركه الغرماء لها.

و إنما حسن الاستدراك ب(لكن) في كلام المصنف، لأن مقتضى قوله: (و يلزمه و إن زاد عن مهر السنه) إنها تضرب بالجميع، و ليس كذلك، فاستدرك لدفع هذا الوهم.

١-١) التحرير ٣٥:٢. [١]

٢-٢) المبسوط ٢٩٧:٤.

أما لو فرض أقل، فإن كان بقدر السنه فالأقوى اللزوم، و ينبغي أن لا يدخل بالمفوضه إلا بعد الفرض.

و لو وطأ المفوضه بعد سنين و قد تغيرت صفتها و جب مهر المثل، معتبرا بحال العقد و مهر المثل حال. قوله: (أما لو فرض أقل، فإن كان بقدر السنه فالأقوى اللزوم).

قد سبق قبول فرضه بمهر المثل فصاعدا، فلو فرض أقل منه: فإن كان أقل من مهر السنه فلا شبهه في اعتبار رضاها في صحته، و إن كان بقدره ففي صحته بدون رضاها و لزومه وجهان:

أقواهما عند المصنف الصحه و اللزوم، لأنها بالدخول لا تستحق أزيد منه. و لو كانت مفوضه المهر و الحكم إليها لم يجز لها أن تحكم بأزيد منه فكذا هنا بل أولى، لأن تطبيقها قبله يوجب المتعه.

و موت أحدهما لا- يجب معه شيء، و لمانع أن يمنع الملازمه، و قد أسلف المصنف أن الحاكم مع تنازعهما إنما يفرض مهر المثل لا أنقص و إن زاد عن مهر السنه، فكيف يلزمها حكمه بمهر السنه مع نقصه.

و الثاني: العدم، لأن الرجوع إلى مهر السنه مع نقصه ثبت على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على موضع اليقين و محل الوفاق، و الأولى أن يقال: إن حكمنا بردها إلى مهر السنه مع زياده مهر المثل عليه لزم القول بعدم زياده حكم الحاكم عن مهر السنه مع تنازعهما و ترافعهما عليه، و بقبول فرض الزوج إذا لم ينقص عن مهر السنه، و إلا فلا.

قوله: (و ينبغي أن لا يدخل بالمفوضه إلا بعد الفرض، و لو وطأ المفوضه بعد سنين و قد تغيرت صفتها و جب مهر المثل معتبرا بحال العقد و مهر المثل حال).

هنا مسائل:

ص: ٤٤٠

و لو كان الزوج من عشيرتها و العاده فى نساها تخفيف المهر للقريب خفف، و كذا لو خفف عن الشريف. الاولى: يستحب للزوج أن لا يدخل بالمفوضه إلا بعد أن يفرض لها المهر، ليكون على بصيره من أمرها، و هو المراد من قول المصنف: (و ينبغي).

الثانيه: لو تزوجها مفوضه و تركها عده سنين حتى تغيرت حالها و تبدلت صفتها ثم دخل بها، و جب مهر المثل معتبرا بحال العقد، دون حال الوطء، لأن زمان العقد هو وقت ملكيه البضع و وقت دخوله فى ضمانه، و هو الوقت الذى فيه ملكت ان تملك مهرًا بالعقد، و كان الاعتبار به. و يحتمل الاعتبار بحال الوطء، لأنه وقت وجوب المهر، و الأول هو المذهب.

الثالث: مهر المثل الواجب بالدخول، و الفرض من الحاكم و الزوج إنما يكون حالا- كما فى قيم المتلفات، و كذا إذا تراضى الزوجان على فرضه و لم يؤجلاه فإن فرضاه مؤجلا فسيأتى عن قريب إن شاء الله تعالى.

قوله: (و لو كان الزوج من عشيرتها، و العاده فى نساها تخفيف المهر للقريب خفف، و كذا لو خفف عن الشريف).

قد سبق فى تعيين مهر المثل أن المرجع فيه إلى عاده نساها، فإذا كان الزوج من عشيره المرأه و اقربائها، و كان عاده نساها تخفيف المهر عن الزوج القريب و تثقله على البعيد، خفف عنه كذلك اعتبارا بعادتهن.

و كذا لو كان من عادتهن التخفيف عن الشريف نسبا أو صفه و نحوهما، و كان الزوج كذلك خفف عنه كذلك.

فإن قيل: لا دخل لصفات الزوج فى مهر المثل، فلا ينظر إلى شرفه و قربه و ضدتهما، فكيف اعتبرت صفاته هنا.

قلنا: الأمر كذلك و لم تعتبر صفاته هنا من حيث هى صفاته.

و يجوز إثبات الأجل فى المفروض و الزيادة على مهر المثل، سواء كان من جنسه أولا- و إنما اعتبرت من جهة حصول صفه القرباب باعبارها، فإن كونهن زوجات لرجال العشيره صفه اقتضت تخفيف مهورهن بحسب العاده و نقصها، فإذا شاركهن فى تلك الصفه نقص من مهرها كما نقص من مهورهن باعبارها، و كذا القول فى شرف الزوج و نحوه.

قوله: (و يجوز إثبات الأجل فى المفروض، و الزيادة على مهر المثل، سواء كان من جنسه أولا).

هنا مبحثان:

الأول: إذا فرض الزوجان المهر فى محل الفرض بتراضيهما، جاز لهما فرضه مؤجلا إذا كان الأجل معينا، كما لو سمياه فى العقد مؤجلا، و لإطلاق الفرض فى الآيه، و هو صادق مع التأجيل، خرج منه ما إذا لم ترض الزوجه به فىبقى ما عداه، و يحتمل عدم الجواز، لأن مهر المثل لا يكون إلا حالا، و المفروض بدل منه، و هو ضعيف.

الثانى: إذا فرض أزيد من مهر المثل صح، و إن لم ترض الزوجه كما سبق.

و فى وجه للشافعيه العدم، لأن الأصل مهر المثل كما فى قيم الأموال فلا يزداد عليه (١) و ضعفه ظاهر، و لا فرق فى هذا الحكم- أعى جواز الزيادة- بين أن يكون المفروض من جنس مهر المثل أو من غير جنسه.

و بعض الشافعيه قطع بأن غير الجنس تصح فيه الزيادة، كما لو فرض عوضا تزيد قيمته على مهر المثل، و خص الوجهين بما إذا كان من الجنس (٢)، و التحقيق الجواز من غير فرق.

و إلى ذلك أشار المصنف بقوله: (سواء كان من جنسه أو لا) أى: يجوز فرض

ص: ٤٤٢

١- (١) انظر: الوجيز ٢: ٢٩، مغنى المحتاج ٣: ٢٣٠.

٢- (٢) انظر: الوجيز ٢: ٢٩، مغنى المحتاج ٣: ٢٣٠.

و لو أبرأته قبل الوطاء و الفرض و الطلاق من مهر المثل أو المتعه أو منهما لم يصح.

و لو قالت: أسقطت حق طلب الفرض لم يسقط. و لو كان نساؤها ينكحن بألف مؤجله لم يثبت الأجل، لكن ينقص بقدره منها. الزائد على كل من التقديرين.

قوله: (و لو أبرأته قبل الوطاء و الفرض و الطلاق من مهر المثل أو المتعه أو منهما لم يصح، و لو قالت: أسقطت حق طلب الفرض لم يسقط).

هنا مسألتان:

الأولى: إذا أبرأت المفوضه الزوج قبل الوطاء و الفرض و الطلاق من مهر المثل، أو من المتعه، أو منهما لم يصح الإبراء قطعا، سواء كانت عالمه بمهر المثل أو المتعه أم لا، لأن المهر لا يجب للمفوضه إلا بالوطء أو الفرض.

و المتعه إنما تجب بالطلاق قبل الدخول، و الفرض انتفاء الجميع، فيكون إبراء مما لم يجب، و وجود سبب وجوبه لا يقتضى صحته.

الثانية: إذا أسقطت المفوضه عن الزوج حق طلب الفرض للمهر لم يسقط، كما لو أسقطت زوجه المولى حقها من مطالبه الزوج فإنه لا يسقط، و ذلك لأن ثبوت المهر عند الوطاء أو الفرض لا يسقط بإسقاطها، و حق طلب الفرض تابع له.

و لا يخفى أن الفرض طلب حق المفوضه، فالحق في العبارة هو الطلب و الإضافه بيانيه.

قوله: (و لو كان نساؤها ينكحن بألف مؤجله لم يثبت الأجل، لكن ينقص بقدره منها).

أى: لو كانت عادة نساء المفوضه أن ينكحن بألف مثلا- مؤجله، بحيث كان الأجل داخلا في عاداتهن، فإذا استحققت مهر المثل بالوطء أو بالحاكم لم يثبت الأجل

ص: ٤٤٣

و لو سامحت واحده من العشيره لم يعتبر بها. فيه، لأن مهر المثل يلحق بقيم المتلفات.

و لا- تعتبر الإحالة كما سبق، لكن ينظر مقدار ما يقابل الأجل من الألف في العاده فينتقص، لأنه ليس من جمله مهر المثل، فإن الأجل له حظ من العوض و يجب لها ما عداه.

ثم عد إلى العبارة و اعلم أن في بعض الحواشى المنسوبه إلى شيخنا الشهيد أن في العبارة مؤاخذتين:

إحدهما: أن الألف تزيد على مهر السنه، و قد حكم برد مهر المثل إلى السنه، فلا يستقيم التمثيل به.

الثانيه: ان الألف مذكر، فكيف وصفه بالمؤنث و هو قوله: (مؤجله) و التطابق بين الموصوف و الصفه في التذكير و التأنيث واجب.

ثم أجاب عن الأولى بأن الألف في العبارة مبهم، فلا يتعين أن يكون دراهم - ليلزم مخالفه ما حكم به سابقا و لو سلم حمل على دراهم صغار، و لا يزيد على مهر السنه المعتبر بالدراهم الشرعيه.

و يمكن أن يجاب أيضا بأن ذلك في العبارة وقع موقع المثال، فلم يتعين أن يكون جاريا على مذهبه بحصول الفرض به مطلقا.

و عن الثانيه بتأويل الألف بجمله من المال، و اجراء الوصف عليه باعتبار هذا التأويل. و لمانع أن يمنع حصول التطابق بالتأويل المذكور.

و يمكن الجواب بأن الألف مذكر اللفظ مؤنث المعنى، لأنه في معنى الجمع فالوصف بالمؤنث جار على المعنى.

قوله: (و لو تسامحت واحده من العشيره لم يعتبر بها).

المراد بمسامحتها أن تنكح بأقل من عاده نساءها، لا بصفه تقتضى النقص فيها، و حينئذ فلا يعتبر بها في تقدير مهر المثل، فيكون الاعتبار بمن عداها، بل يقال: إن

و الاعتبار فى الوطء فى النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطء و إذا اتحدت الشبهه اتحد المهر، و إن تعدد الوطء.

و لو لم يكن شبهه كالزانى مكرها، و جب بكل و طء مهر، مهر مثلها مثل مهر الباقيات إذا استوين فى الصفات.

قوله: (و الاعتبار فى النكاح الفاسد بمهر المثل يوم الوطء).

قد سبق أن الاعتبار فى النكاح الصحيح بمهر المثل يوم العقد دون يوم الوطء، لأنه سبب وجوب المهر، فإذا اختلفت صفات المرأة يوم العقد و يوم الوطء كان المعتبر حالها يوم العقد.

أما النكاح الفاسد فلأنه لا يترتب عليه أثره و لا يثمر ملكية البضع، فلا يعد سببا لمهر المثل، فلا ينظر إلى حال المرأة عند إنشاء عقده، بل إنما يعتبر حالها عند الوطء، لأنه حين الإلتلاف المقتضى لضمان المهر.

و من هذا يعلم أن المصنف لو قال بدل: (يوم الوطء) حين الوطء، لكان أسلم، فإن الحال قد يختلف فى اليوم.

قوله: (و إذا اتحدت الشبهه اتحد المهر و إن تعدد الوطء، و لو لم تكن شبهه كالزانى مكرها و جب بكل و طء مهر).

هذا كالمتتم لما سبق، لأن الوطء بالنكاح الفاسد مع الجهل بالفساد من جملة أفراد الشبهه، و عبارته مثبتة لحكم جميع أفرادها، فيندرج فيها الوطء بالعقد الفاسد.

و تقريرها ان اتحاد مهر المثل و تعدده الواجب بالوطء بالشبهه دائر مع اتحاد الشبهه و تعددها، سواء اتحد الوطء مع اتحاد الشبهه أو تعدد، فإذا اتحدت الشبهه و جب مهر واحد بالوطء و إن تعدد، كما أن اتحاد المهر و تعدده فى النكاح الصحيح تابع لاتحاد العقد و تعدده مع وجود الوطء.

و لا- ينظر إلى اتحاده و تعدده، و ذلك لأن سبب الوجوب هو الشبهه مع الوطء، فيكون المعتبر اتحاده و تعددها، لأن تعدد الأسباب يقتضى تعدد المسببات، لأصاله

و إذا وجب الواحد بالوطء المتعدد اعتبر أرفع الأحوال. عدم التعدد، و اتحاد السبب يقتضى اتحاد المسبب، لانتفاء المقتضى لما زاد على الواحد، كما لو ظن امرأه أمتة و استمر ذلك سنة مثلا و الوطء يتكرر منه فإن الواجب مهر واحد.

و لو انكشف فساد الظن و علم الحال، ثم حصل ظن بسبب آخر فوطأ و جب مهران، و هكذا. و لو لم يكن مع وطء شبهه لكن الحق بالشبهه بسبب الإكراه، كالزاني بامرأه مكرها لها و جب لكل وطء مهر، لتعدد السبب الموجب و هو الزنا مع الإكراه، فإن الوجوب هنا بالإتلاف باستيفاء منفعة البضع.

و لا يخفى أن المراد باتحاد الشبهه و تعددها بالنسبه الى الرجل دون المرأه، و إن كان جهلها بكون الوطء محرما شرطا فى استحقاق المهر، لأنه لا مهر لبغى، فلو تعددت الشبهه بالنسبه إلى الرجل و اتحدت بالنسبه إلى المرأه تعدد المهر لتعدد السبب.

و أما إكراه الزانى فإنه كالشبهه فى حق المرأه، و لهذا يلحق بها الولد لو حملت منه، و المقتضى لوجوب المهر هو الوطء مع الإكراه.

و لا ريب فى تعدده إذا تعدد الوطء كذلك.

و قد سبق من المصنف فى باب الغصب إشكال فى التعدد بتعدد الوطء هنا، و جزم هنا بالتعدد و هو المفتى به، و لو كانت الشبهه من طرف المرأه خاصه و جب المهر فإنها ليست بغيا و قد استوفى منفعة البضع.

فإن كرر الوطء عالما و اتحدت الشبهه من طرف المرأه، أمكن القول بتعدد المهر بتعدد الوطء، كما إذا أكرهها على الزنا، لأن الوجوب فى الموضوعين بالإتلاف استيفاء منفعة البضع و ذلك متعدد، و عبارته الكتاب خاليه عن ذكر هذه المسأله.

قوله: (و إذا وجب الواحد بالوطء المتعدد اعتبر أرفع الأحوال).

إذا وطأ بشبهه واحده كالعقد الفاسد و تكرر الوطء، فإن لم تختلف أحوال المرأه



و لو دخل و لم يسم شيئا و قدّم لها شيئا، قيل: كان ذلك مهرها و لا شيء لها بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره. بالنسبة إلى مهر المثل، بأن اتفقت صفاتها عند كل و طء فلا بحث.

و إن اختلفت و كانت في بعض أوقات الوطاء أكمل من البعض الآخر، كما لو كانت صغيرة مهزولة جاهله فقيره مثلا، ثم كبرت و سمت و علمت و أيسرت. و نحو ذلك اعتبر مهر المثل بأرفع الأحوال، لأن الوطاء الواقع في تلك الحالة لو انفرد لأوجب المهر الأعلى، فلا يتنقص بضميمه الوطاء في غير ذلك الوقت اليه فيجعل وجوده كعدمه.

و لا يخفى أن المراد في عبارته الكتاب ب(أرفع الأحوال) أرفع أحوال المرأة في أوقات الوطاء المتعدد.

قوله: (و لو دخل و لم يسم شيئا و قدم لها شيئا قيل: كان ذلك مهرها و لا شيء لها بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره).

إذا لم يسم الزوج مهرا في العقد و لا بعده قبل الدخول بأن تزوجها مفوضه، و لم يفرض لها مهرا، ثم دخل بها بعد أن قدم لها شيئا فقد ذهب أكثر الأصحاب كالشيخين (١)، و ابن البراج (٢)، و ابن إدريس (٣)، و سلال (٤) إلى أن ما قدمه هو المهر و لا شيء لها غيره، قليلا كان أو كثيرا، لروايه أبي عبيده عن الفضيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام: في رجل تزوج امرأه فدخل بها و أولدها ثم مات عنها، فادعت شيئا من صداقها على ورثه زوجها، فجاءت تطلبه منهم و تطلب الميراث، فقال: «أما الميراث فلها أن تطلبه، و أما الصداق فإن الذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها

ص: ٤٤٧

١-١) المقنعه: ٧٨، النهاية: ٤٧٠. [١]

٢-٢) المهذب: ٢٠٢.

٣-٣) السرائر: ٣٠١.

٤-٤) المراسم: ١٥٢.

هو الذى حل للزوج به فرجها، قليلا كان أو كثيرا، إذا هي قبضته منه و قبلت و دخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك» (١).

إلى هنا انتهى كلامه رحمه الله و قدس روحه، و الحمد لله الذى يتم بنعمه الصالحات، و صلى الله على محمد و آله الطاهرين  
آمين.

ص: ٤٤٨

---

١- (١) الكافى ٥: ٣٨٥ حديث ١، [١] التهذيب ٧: ٣٥٩ حديث ١٤٥٩، الاستبصار ٣: ٢٢٢ حديث ٨٠٥.

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 قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](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

