



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه واهله

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

قَامِرُ الْمَدِينَةِ

فِي بَيْتِ حَقِيقَةِ الْحُكْمِ وَالْإِسْلَامِ

كَاتِبٌ

الْقَبِيلَةِ الْأَشْجَرِيَّةِ

السُّورِيُّ حَمْدُ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَالشَّامِيُّ حَمْدُ اللَّهِ

((١١))

مَجْلَدٌ

مِنْ مَجْلَمَاتِ بَيْتِ حَقِيقَةِ الْحُكْمِ وَالْإِسْلَامِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل

كاتب:

سيد على بن محمد طباطبائى (صاحب رياض المسائل)

نشرت فى الطباعة:

مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحياء التراث

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٢	رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل المجلد ١١
١٢	اشاره
١٣	اشاره
١٩	كتاب النكاح
١٩	اشاره
٢١	الأول فى الدائم
٢١	اشاره
٢٢	الأول فى صيغه العقد، وأحكامه و آدابه
٢٢	اشاره
٢٢	الصيغه
٣٠	أما الأحكام، فمسائل
٣٠	اشاره
٣٠	الأولى لا حكم لعباره الصبى
٣١	الثانيه لا يشترط حضور شاهدين
٣٣	الثالثه لو ادعى زوجيه امرأه، و ادعت أختها زوجيته فالحكم لبيتنه الرجل
٣٧	الرابعه لو كان لرجل عدّه بنات فزوج واحده و لم يُسمّها
٣٩	أما الآداب
٣٩	اشاره
٣٩	الأول آداب العقد
٤٢	القسم الثانى فى آداب الخلوه
٤٢	المستحبات من آداب الخلوه
٤٣	المكروهات من الآداب
٥٠	مسائل

٥٠	اشاره
٥٠	الأولى يجوز النظر إلى وجه امرأه يريد نكاحها و كفيها
٧٠	الثانيه فى الوطء فى الدُّبُر -
٧٣	الثالثه حكم العزل عن الحرّه بغير إذنها
٧٧	الرابعه لا يدخل بالمرأه حتى يمضى لها تسع سنين
٧٩	الخامسه لا يجوز للرجل ترك وطء المرأه أكثر من أربعة أشهر
٨٠	السادسه يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً
٨٠	السابعه إذا دخل بصبيّه لم تبلغ تسعاً فأفضاها
٨٥	الفصل الثانى فى أولياء العقد
٨٥	اشاره
٨٥	لا ولاية فى النكاح لغير الأب،و الجد للأب و إن علا،و الوصى،و المولى،و الحاكم
٨٩	لا يشترط فى ولاية الجدّ بقاء الأب
٩٥	البكر البالغه الرشيدّه أمرها بيدها
١٠٨	لو زوّج الصغيره غير الأب و الجدّ،توقّف على رضاها عند البلوغ
١٠٨	للمولى أن يزوّج المملوكه له و كذا العبد
١٠٩	لا ولاية للوصى فى التزويج و كذا الحاكم
١١٣	يلحق بهذا الباب مسائل
١١٣	اشاره
١١٣	الأولى الوكيل فى النكاح لا يزوّجها من نفسه
١١٥	الثانيه النكاح يقف على الإجاره
١٢٠	الثالثه لا تُنكح الأمه إلّا بإذن المولى
١٢٢	الرابعه إذا زوّج الأبوان الصغيرين،صح
١٢٧	الخامسه إذا زوّجها الأخوان
١٣٢	السادسه لا ولاية للأمّ
١٣٥	الفصل الثالث فى أسباب التحريم
١٣٥	اشاره

- الأول النسب ١٣٥
- الثاني الرضاع ١٣٨
- و شروطه أربعة ١٣٨
- الأول أن يكون اللبن عن نكاح ١٤٠
- الثاني الكميته ١٤٤
- الثالث أن يكون في الحولين ١٥٥
- الرابع أن يكون اللبن لفحل واحد ١٥٩
- مسائل ١٦٨
- الأولى إذا أكملت الشرائط صارت المرضعه أمًا و صاحب اللبن أباً و أختها خاله و بنتها أختا ١٦٨
- الثانية لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ١٧٠
- الثالثة لو تزوج رضيعه، فأرضعتها امرأته حرمتا ١٧٧
- السبب الثالث في المصاهرة و النظر في الوطاء و النظر و اللمس ١٨٢
- اشاره ١٨٢
- أما الأول ففيه أحكام ١٨٣
- من وطئ امرأه بالعقد أو الملك، حرمت عليه أم الموطوءه و بناتها ١٨٣
- حرمت الموطوءه على أبي الواطئ و أولاده ١٨٣
- لا تحرم مملوكه الابن على الأب بالملك و تحرم بالوطء و كذا مملوكه الأب ١٩١
- و من توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجه جمعاً لا عيناً و كذا بنت أخت الزوجه و بنت أخيها ١٩٢
- في تحريم المصاهرة بوطء الشبيهه تردّد ٢٠٠
- الزنا لا تحرم الزانيه لا الزوجه ٢٠١
- لو زنى بالعمّه و الخاله حرمت عليه بناتهما ٢١٤
- اللمس و النظر ٢١٤
- يلحق بهذا الفصل مسائل ٢١٨
- الأولى لو ملك أختين، فوطئ واحدة حرمت الأخرى ٢١٨
- الثانية يكره أن يعقد الحر على الأمه ٢٢٥
- الثالثة لا يجوز للبعد أن يتزوج أكثر من الحرّتين، أو حرّه و أمّتين، أو أربع إماء ٢٣١

- ٢٣٢ الرابعة لا يجوز نكاح الأمه على الحزه إلّا بإذنها
- ٢٣٧ الخامسة لا يحلّ العقد على ذات البعل
- ٢٤١ السادسة من تزوّج امرأة في عدّتها فالعقد فاسد
- ٢٤٨ السابعه من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه أم الغلام و بنته و أخته
- ٢٥٢ السبب الرابع استيفاء العدد
- ٢٧٢ السبب الخامس اللعان
- ٢٧٥ السبب السادس الكفر
- ٢٧٥ اشاره
- ٢٨٢ لو ارتدّ أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال
- ٢٨٦ إذا أسلم زوج الكتابيه فهو على نكاحه و لو أسلمت زوجته دونه انفسخ
- ٢٩١ و لو أسلم الذمى و عنده أكثر من أربع فما دون تخير أربع
- ٢٩٤ مسائل سبع
- ٢٩٤ اشاره
- ٢٩٤ الأولى فيها فروع
- ٢٩٤ التساوى في الإسلام شرط في صحّه العقد
- ٣٠١ و لا يشترط تمكّن الزوج من النفقه
- ٣٠٨ يجوز نكاح الحزه بالعبد، و الهاشميه بغير الهاشمى، و العربيه بالعجمى، و بالعكس
- ٣١١ يكره أن تتزوّج المؤمنه الفاسق و تتأكد في شارب الخمر
- ٣١١ الثانيه: إذا انتسب إلى قبيله، فبان من غيرها ينفسخ النكاح
- ٣١٣ الثالثه إذا تزوّج امرأة، ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ، و لا الرجوع بالمهر
- ٣١٧ الرابعه لا يجوز التعريض بالخطبه
- ٣٢٠ الخامسة إذا خطب فأجابته كره لغيره خطبتها
- ٣٢١ السادسة نكاح الشغار باطل
- ٣٢٢ السابعه يكره العقد على القابله المربيه و بنتها
- ٣٢٥ القسم الثانى في النكاح المنقطع
- ٣٢٥ اشاره

- أركانہ أربعه ----- ٣٢٥
- اشاره ----- ٣٢٥
- الأول الصيغه ----- ٣٢٥
- الثانى الزوجه ----- ٣٢٤
- الثالث المهر و ذكره شرط ----- ٣٣٣
- الرابع الأجل و هو شرط فى العقد ----- ٣٤١
- أما الأحكام فمسائل ----- ٣٤٥
- اشاره ----- ٣٤٥
- الأولى الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد ----- ٣٤٥
- الثانيه لا حكم للشروط قبل العقد ----- ٣٤٨
- الثالثه يجوز اشتراط إتيانها ليلاً أو نهاراً ----- ٣٥٠
- الرابعه لا يقع بالمتعه طلاق إجماعاً ----- ٣٥٣
- الخامسه لا يثبت بالمتعه ميراث ----- ٣٥٥
- السادسه إذا انقضى أجلها فالعدّه حيضتان ----- ٣٤١
- السابعه لا يصحّ تجديد العقد قبل انقضاء الأجل ----- ٣٤٩
- القسم الثالث فى نكاح الإمام و النظر إتما فى العقد، و إتما فى الملك ----- ٣٧١
- اشاره ----- ٣٧١
- النظر فى العقد ----- ٣٧١
- ليس للعبد و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً ما لم يأذن المولى ----- ٣٧١
- لو تزوّج الحرّ أمه من غير إذن مالكة، فإن وطئها قبل الإجازة عالمياً فهو زان ----- ٣٨٢
- لو تزوّجت الحرّه عبداً مع العلم فلا مهر لها ----- ٣٩٣
- لو تسافح المملوك كان فلا مهر ----- ٣٩٥
- لو اشترى الحرّ نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده ----- ٣٩٤
- يستحبّ لمن زوّج عبده أمته أن يعطيها شيئاً ----- ٤٠١
- و لو مات المولى كان للورثه الخيار فى الإجازة و الفسخ ----- ٤٠٤
- الطوارئ ثلاثه ----- ٤٠٤

- ٤٠٤ اشارة
- ٤٠٥ العتق
- ٤١٩ البيع
- ٤٢٧ الطلاق
- ٤٣٣ النظر الثانى فى الملك و هو نوعان
- ٤٣٣ اشارة
- ٤٣٣ الأول ملك الرقبه
- ٤٤٢ النوع الثانى ملك المنفعه
- ٤٥٦ يلحق بالنكاح النظر فى أمور خمسه
- ٤٥٦ اشارة
- ٤٥٦ الأول فى العيوب و البحث فى أقسامها و أحكامها
- ٤٥٦ اشارة
- ٤٥٦ أقسام العيوب
- ٤٧٤ أما الأحكام فمسائل سبع
- ٤٧٤ اشارة
- ٤٧٤ الأولى لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول :
- ٤٧٤ الثانيه الخيار على الفور
- ٤٧٥ الثالثه الفسخ فيه ليس طلاقاً
- ٤٧٥ الرابعه لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم
- ٤٧٥ الخامسه إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر
- ٤٧٩ السادسه لو ادعت عننه فأنكر، فالقول قوله مع يمينه
- ٤٨٤ السابعه إن صبرت مع العنن فلا بحث
- ٤٨٧ تتمه
- ٤٨٧ اشارة
- ٤٨٧ لو تزوج على أنها حزه فبان أمه فله الفسخ
- ٤٩١ و لو اشترط كونها بنت مَهِيرَه فبان بنت أمه، فله الفسخ

٤٩٣ لو تزوّج اثنان فأدخِل امرأه كلّ منهما على الآخر كان لكّ موطوءه مهر المثل على الواطئ

٤٩٥ لو تزوّجها بكراً فوجدتها تيباً فلا ردّ

٤٩٨ تعريف مركز

سرشناسه: طباطبائی کربلائی، علی بن محمد علی، ۱۱۶۱ - ۱۲۳۱ق.

عنوان و نام پدید آور: ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل / تالیف محمد علی الطباطبائی؛ تحقیق موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.

مشخصات نشر: قم: موسسه آل البيت (عليهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق. = ۱۳۷۶-

مشخصات ظاهری: ۱۶ ج.: نمونه.

فروست: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث؛ ۲۰۴، ۲۰۵، ۲۰۶، ۲۰۷، ۲۱۲، ۲۱۴.

شابک: دوره: ۹۶۴-۳۱۹-۰۸۸-۹؛ ۷۵۰۰ ریال: ج. ۹: ۹۶۴-۳۱۹-۱۱۱-۷؛ ۸۵۰۰ ریال: ج. ۱۱: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۳-۳؛ ۸۵۰۰ ریال: ج. ۱۲: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۴-۱؛ ۸۵۰۰ ریال: ج. ۱۳: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۵-X؛ ۱۵: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۷-۶؛ ۹۰۰۰ ریال: ج. ۱۶: ۹۶۴-۳۱۹-۲۷۸-۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری

یادداشت: عربی.

یادداشت: کتاب حاضر شرحی بر مختصر النافع محقق حلی است.

یادداشت: ج. ۹ (چاپ اول: ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷).

یادداشت: ج. ۱۱ - ۱۳ (چاپ؟: ۱۴۲۱ق. = ۱۳۷۹).

یادداشت: ج. ۱۵ و ۱۶ (چاپ؟: ۱۴۲۲ق. = ۱۳۸۰).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۷۲ - ۶۰۲ق. المختصر النافع -- نقد و تفسیر

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۷۶ - ۶۰۲ق. المختصر النافع. شرح

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

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/م۳م۳۰۲۱۶/۱۳۷۶

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: م۷۷-۴۷۷۴

ص: ۱

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم و به ثقّتی و علیه توکلی الحمد لله ربّ العالمین، و صلّی الله علی محمّد و آله الطاهرين.

ص: ۵

كتاب النكاح هو فى اللغة: الوطء، على الأشهر كما نُقل (١)، بل عليه الإجماع فى المختلف (٢)(٣)، و هو الظاهر من الجوهرى (٤) كغيره من أهلها (٥)، إلا أن المحكى عن الراغب استحالته (٦).

و عن أبى القاسم الزجاج: اشتراكه بينه و بين العقد (٧). و هو الظاهر من غيره أيضاً (٨).

و ربما قيل بمجازيته فيهما؛ لأخذهما من الضمّ و الاختلاط

ص: ٧

-
- ١- نقله فى كشف اللثام ٢:٦.
 - ٢- المختلف: ٥٢٣.
 - ٣- و عن الإيضاح ٣:٣ منه رحمه الله.
 - ٤- كما فى الصحاح ١:٤١٣.
 - ٥- الفيروز آبادى فى القاموس المحيط ١:٢٦٣، الطريحي فى مجمع البحرين ٢:٤٢١.
 - ٦- راجع المفردات: ٥٠٥.
 - ٧- نقله عنه فى المغرب ٢:٢٢٨.
 - ٨- تهذيب اللغة ٤:١٠٣، المغرب ٢:٢٢٨.

و ردّ بعدم منافاه التجوّز باعتبار أصله الحقيقيه فيهما، أو في أحدهما في عرف اللغه (٢).

مضافاً إلى كون إطلاقه على الوطاء باعتبار وجود أحد المعانى فيه، و هو لا ينافى الحقيقيه.

و يتوجّه على الأول: أنّ عدم المنافاه فرع وجود الدليل على الدعوى، و ليس، فالأصل عدم النقل.

و على الثانى: أنّه يتوقّف صحّته على إراداه ما ذكر من حاقّ اللفظ و الخصوصيّة من الخارج، و ليس الكلام فيه، بل هو فى استعماله فى المركّب منهما، و هو غير الأصل، فيكون مجازاً.

و فى الشرع: العقد خاصّه، على الأشهر كما حكى (٣)، بل عن الشيخ و الحلّى و الإيضاح دعوى الإجماع عليه (٤)، و هى الحجّه فيه، مع أصاله عدم النقل إن قلنا باتحاد اللغه معه، و غلبه استعماله فى الشرع كذلك، حتى قيل:

إنّه لم يرد فى القرآن بذلك إلّا قوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ [١] (٥) لاشتراط الوطاء فى المحلّل (٦). و فيه نظر.

ص: ٨

١- قال به الفيومى فى المصباح المنير: ٦٢٤.

٢- كشف اللثام ٢: ٦.

٣- حكاها فى كشف اللثام ٢: ٦.

٤- عدّه الأصول ١: ١٧٠، السرائر ٥٢٤: ٢، الإيضاح ٣: ٢، إلّا أنّه ليس فى العدّه و الإيضاح دعوى الإجماع عليه.

٥- البقره: ٢٣٠.

٦- حكاها فى إيضاح الفوائد ٣: ٣، جامع المقاصد ١٢: ٧، الحدائق ٢٣: ١٩، المسالك ١: ٤٣٠.

و هي (١) أماره الحقيقه؛ لإيراثها التبادر، لا لصحة النفي في مثل: «هذا سفاح و ليس بنكاح»؛ لاحتمال الاعتماد على القرينه كما فيه.

و قيل بالعكس؛ للأصل، بناءً على كونه لغهً كذلك (٢).

و قيل بالاشتراك بينهما؛ للاستعمال و الأصل فيه الحقيقه و لقوله تعالى وَ لَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ [١] (٣) لدخول الأمرين فيه (٤).

و يضعف الأول بعد تسليم الثبوت لغه كذلك-: بتخصيص الأصل بما مرّ.

و الثاني: بأعميته الاستعمال، و عدم الدليل على إرادتهما معاً من الآيه.

و تساويهما في الحكم على تقدير تسليمه غير ملازم لذلك. هذا على القول بجواز استعمال المشترك في معنييه، و إلّا فهو باطلٌ من أصله.

و أقسامه أى الكتاب ثلاثه و إنّما قلنا ذلك للزوم أن يلغو الظرف في قوله: «الأول: في الدائم» على تقدير رجوع الضمير إلى النكاح.

الأول في الدائم

اشاره

الأول: في النكاح الدائم.

و هو يستدعى فصولاً:

ص: ٩

١- أى الغلبه.

٢- كما حكاه عنه في كشف اللثام ٢: ٦.

٣- النساء: ٢٢.

٤- حكاه في كشف اللثام ٢: ٦.

إشاره

الأول:

في صيغه العقد، وأحكامه و آدابه

الصيغه

أما الصيغه التي لا بُدّ هنا منها بإجماع علماء الإسلام ف هي:

الإيجاب و القبول و يشترط في الأول: النطق بأحد الألفاظ الثلاثة التي هي:

زوّجتك، و أنكحتك، و متّعتك و الاكتفاء بأحد الأوّلين مجمّع عليه، كما في الروضه و عن التذكرة (١) و غيرهما (٢)، و ورد بهما القرآن العزيز (٣).

و بالثالث مختلفٌ فيه، فالأكثر و منهم الإسكافي و المرتضى و أبو الصلاح و ابن حمزه و الحلّي (٤) كما حُكي (٥) على المنع؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن، و التفاتاً إلى عدم ورود التعبير به في الدائم في شيء من الأخبار؛ لانحصار التعبير عنه فيها في الأوّلين.

خلافاً للمتن و الشرائع و الإرشاد و النهايه (٦)؛ لعدم النصّ على حصر لفظه في شيء، مع دلالته على المقصود، و كونه (٧) من ألفاظ النكاح؛ لكونه

ص: ١٠

- ١- الروضه ١٠٨:٥، التذكرة ٥٨١:٢.
- ٢- انظر كشف اللثام ١٢:٢، و التنقيح الرائع ٧:٣.
- ٣- القصص: ٢٧ الأحزاب: ٣٧.
- ٤- نقله عن الإسكافي في المختلف: ٥٣٣، المرتضى في الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢١٠، أبو الصلاح في الكافي: ٢٩٣، ابن حمزه في الوسيله: ٢٩١، الحلّي في السرائر ٥٥٠:٢.
- ٥- و عن ظاهر السيد في الطبريات (نقله عن كشف اللثام ١٢:٢) الإجماع عليه. منه رحمه الله.
- ٦- الشرائع ٢٧٣:٢، الإرشاد ٦:٢، النهايه: ٤٥٠.
- ٧- أي لفظ المتعه.

حقيقه في المنقطع منه و إن توقّف معه (١) على الأجل، كما لو عبّر بأحد الأوّلين فيه و ميّزه به، فأصل اللفظ صالح للنوعين، فيكون حقيقه في القدر المشترك بينهما، و يتميّزان بذكر الأجل و عدمه.

و حكم (٢) جماعه (٣) تبعاً لروايه بأنّه لو تزوّج متعهّ و نسي ذكر الأجل انقلب دائماً (٤)، و ذلك فرع صلاحيه الصيغه له.

و في الجميع نظراً لعدم الاكتفاء في مثله بعدم النصّ على الحصر و مجرّد الدلاله على المقصود، و إلّا لاكتفى بالإشاره المعربه عنه، و هو باطل إجماعاً.

و استلزام كونه حقيقه في المنقطع مجازيته في غيره مطلقاً (٥) بمعونه أصاله عدم الاشتراك، فلا اشتراك معنوياً.

و على تقدير كونه حقيقه في القدر المشترك يستلزم مجازيته في خصوص أحد الطرفين، و منه الدائم.

و دعوى إرادته الخصوصيه من القرينه و هي عدم ذكر الأجل ممنوعه؛ لعدم الملازمه بينه و بين الدوام، كيف لا؟! و هو أوّل الكلام، فلا يكفي حينئذ؛ إذ لا يكفي ما يدلّ بالمجاز حذراً من عدم الانحصار.

و النقص بالأوّلين مدفوع بالوفاق، مع احتمال كون الاشتراك فيهما لفظياً، أو كونهما حقيقه في الدائم مجازاً في المنقطع، فلا محذور.

هذا، بعد تسليم كونه (٦) حقيقه في القدر المشترك، و إلّا فالظاهر كونه

ص: ١١

١- أي مع المنقطع.

٢- عطف على قوله: عدم النص. منه رحمه الله.

٣- منهم الشيخ في النهايه: ٤٥٠، القاضى في المهذب ٢: ٢٤١، الحلبي في الكافي: ٢٩٨.

٤- الوسائل ٢١: ٤٧ أبواب المتعه ب ٢٠.

٥- أي سواء كان الدائم أم القدر المشترك. منه رحمه الله.

٦- أي لفظ المتعه. منه رحمه الله.

حقيقه في المنقطع خاصه؛ للتبادر، و صحه السلب عن الدائم، و منع القول المحكي لضعف دليله و القبول هو اللفظ الدال صريحاً على الرضا بالإيجاب مطلقاً وافقه لفظاً أم خالفه مع موافقه له معني، اقتصر على لفظه أم اتبع بالإيجاب عندنا.

خلافاً لبعض من خالفنا في الاقتصار (١). و هو ضعيف.

و هل يشترط وقوع تلك الألفاظ المعتره في الأمرين بلفظ الماضي؟ الأحوط على بعض الوجوه، بل الأظهر الأشهر مطلقاً كما نقل (٢) نعم إمياً لأنه صريح في الإنشاء عرفاً عامياً أو خاصياً؛ لورود التعبير به شرعاً مجرداً عن قرينه زائده على قرينه التخاطب لا غير، فلا ينافيها (٣) كونها للإخبار لغه.

أو للاتفاق على الوقوع به، فلا يعارض بمثله ممياً هو بمعنى الإخبار؛ لبطلان القياس، و لزوم الاقتصار في المخالف على محلّ الوفاق.

خلافاً لمن سيأتي.

و لو أتى بلفظ الأمر قاصداً به الإنشاء المعتره هنا، المعتر عنه بالرضاء الباطني بالنكاح بالفعل كقوله أي الزوج و من في حكمه لها أو للولي و من في حكمه: زوّجيني نفسك، أو زوّجنيها، فقال:

زوّجتك، قيل: يصح القائل: الشيخ، و ابنا زهره و حمزه، و الماتن في غير الكتاب (٤).

ص: ١٢

١- كالشافعي على ما حكاه عنه في المغنى و الشرح الكبير ٧: ٤٢٨.

٢- نقله الشهيد الثاني في المسالك ١: ٤٤٢، و السبزواري في الكفايه: ١٥٤.

٣- أي الصراحه.

٤- الشيخ في المبسوط ٤: ١٩٤، و الخلاف ٤: ٢٩١، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٩، ابن حمزه في الوسيله: ٢٩١، الماتن في الشرائع ٢: ٢٧٣.

كما فى قضيه سهل الساعدى المشهوره، المرويّه بطرق من الخاصّه و العامه، و فيها الصحيح: إنّ رجلاً سأل النبيّ صلى الله عليه و آله تزويج امرأه، فقال: زوّجنيها، فسأله عمّا يصدقها به إلى أن قال:

«زوّجتك بما معك من القرآن» (١). و ليس فيها فى شىء من الطرق إعاده القبول، مع أنّ الأصل عدمها.

و الأقوى: المنع، وفاقاً للأكثر، و منهم: السرائر و الجامع و المختلف و ابن سعيد (٢) و اللمعه و الروضه (٣)؛ عملاً بأصالة الحرمة، و استضعافاً للروايه بعدم الصراحه و الظهور التامّ، الذى هو المناط لتخصيص مثلها (٤).

و اختصاصها بالقبول مع وقوع التصريح فيها بالماضى فى الإيجاب، و هو و إن كان يندفع بالإجماع، إلّا أنّه لا يرفع الوهن الحاصل فيها به، المعبر مثله فى التعارض، الموجب لمرجوحية المشتمل عليه.

و قصورها عن المقاومه للأصالة المزبوره؛ لاشتهار العمل بها بين الطائفة، و اعتضاها بالاحتياط المأمور به فى الشريعه.

نعم، قد لا يجامعها الاحتياط، بل يخالفها فيما إذا وقع العقد بما فى الروايه، و لا ريب أنّه خلاف الاحتياط الحكم حينئذٍ بعدم الزوجية؛ لاحتمالها بالبديهه.

ص: ١٣

١- قال فى المسالك ٢:٤٤٣ كما ورد فى خبر سهل الساعدى المشهور بين العامه و الخاصه، و رواه كل منهما فى الصحيح. إلّا أنّا لم نقف عليه بهذا المتن فى مصادر حديثنا. نعم، ورد بتفاوتٍ فى عوالى اللئلى ٢:٨/٢٦٣، المستدرک ١٤:٣١٣ أبواب عقد النكاح ب ١ ح ٤.

٢- كذا فى النسخ، و لعلّه تكرر لسبق ذكر الجامع.

٣- السرائر ٢:٥٧٤، الجامع للشرائع: ٤٣٧، المختلف: ٥٣٣، الروضه البهيه ٥:١٠٩.

٤- أى مثل أصالة الحرمة.

وَمِمَّا ذُكِرَ ظَهَرَ وَجْهَ تَقْيِيدِ الْاِحْتِيَاظِ فِي الْمَتْنِ بِبَعْضِ الْوُجُوهِ، وَ يَنْبَغِي مَرَاعَاتُهُ حَيْثُذِ اَيْضاً بِعَقْدِ جَدِيدِ بَلْفِظِ الْمَاضِي مَعَ بَقَاءِ التَّرَاضِي، وَ اِجْرَاءِ الطَّلَاقِ مَعَ الْعَدَمِ.

وَ لَوْ اُنْتِيَ بَلْفِظِ الْمُسْتَقْبَلِ قَاصِداً بِه الْاِنْشَاءُ كَقَوْلِهِ: اَتَزَوَّجُكَ وَ قَالَتْ: زَوَّجْتُكَ نَفْسِي قِيلَ: يَجُوزُ الْقَائِلُ: الْعِمَانِيُّ وَ الْمَاتِنُ فِي غَيْرِ الْكِتَابِ (١)، وَ جَمَاعَهُ (٢).

لِلرَوَايَاتِ الْمُسْتَفِيضَةِ فِي تَجْوِيزِ مِثْلِهِ فِي عَقْدِ الْمَتْعَةِ:

مِنْهَا الْمَوْثُوقُ: قَالَ: «لَا بُدَّ اَنْ يَقُولَ فِيهِ هَذِهِ الشَّرُوطُ: اَتَزَوَّجُكَ مَتْعَةً عَلَيَّ كَذَا وَ كَذَا» الْحَدِيثُ (٣).

وَ مِثْلُهُ الْحَسَنُ: قَالَ: «تَقُولُ: اَتَزَوَّجُكَ مَتْعَةً عَلَيَّ كِتَابَ اللّٰهِ تَعَالَى وَ سَنَّهُ نَبِيَّهُ صَلَّى اللّٰهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ» الْخَبَرُ (٤).

وَ مِثْلَهُمَا رَوَاهُ اَبَانُ بْنُ تَغْلِبٍ، الْمَشَارُ اِلَيْهَا بِقَوْلِهِ: كَمَا فِي خَبَرِ اَبَانَ عَنْ مَوْلَانَا الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْمَتْعَةِ: «اَتَزَوَّجُكَ مَتْعَةً.. فَاِذَا قَالَتْ:

نَعَمْ.. فَهِيَ اَمْرَاتُكَ (٥) وَ كَذَا غَيْرُهَا (٦) الْمَشْتَرِكُ مَعَهَا فِي ضَعْفِ الْاِسْنَادِ، وَ الْاَوَّلَانِ وَ اِنْ اَعْتَبِرَا

ص: ١٤

١- نقله عن العماني في الحدائق ٢٣:١٦٣، الماتن في الشرائع ٢:٢٧٣.

٢- منهم السبزواري في الكفاية: ١٥٤، والفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:١٢، وصاحب الحدائق ٢٣:١٦٤.

٣- الكافي ٥:٢/٤٥٥، التهذيب ٧:١١٣٨/٢٦٣، الوسائل ٧:٢١/٤٤ أبواب المتعة ب ١٨ ح ٤.

٤- الكافي ٥:٤/٤٥٥، التهذيب ٧:٢٦٣/١١٣٧، الوسائل ٧:٢١/٤٣ أبواب المتعة ب ١٨ ح ٢.

٥- الكافي ٥:٣/٤٥٥، التهذيب ٧:١١٤٥/٢٦٥، الاستبصار ٣:٥٥١/١٥٠، الوسائل ٧:٢١/٤٣ أبواب المتعة ب ١٨ ح ١.

٦- الكافي ٥:٥/٤٥٥، الوسائل ٧:٢١/٤٤ أبواب المتعة ب ١٨ ح ٣.

بحسبه إلاً أنّهما بالقطع، و عدم النسبه إلى إمام مشاركان لها فيه ايضاً، فلا يمكن الاستناد إليها في الجواز.

مضافاً إلى اختصاصها بالمتع، و لا بُدّ من الدليل في التعديه إلى ما حكم به الجماعة، و فقدته واضح بالبديهه.

فإذا القول بالمنع في غايه القوّه؛ بالنظر إلى أصاله الحرمة، و عدم الدليل على الإباحه بهذه العبارة، وفاقاً للمختلف و ابنى سعيد و حمزه و الشهيدين في اللمعه و الروضه (١).

نعم، مراعاة الاحتياط المتقدم في الصورة المزبوره في سابق هذه المسأله محموده في الشريعة. و القول بعدم الجواز في هذه المسأله أقوى منه في المسأله السابقه.

و لو قال مستفهمٌ للولي: زوّجتَ بنتك من فلان؟ فقال: نعم بقصد إعاده اللفظ تقديرأً، و إقامه «نعم» مقامه للإنشاء لا بقصد جواب الاستفهام فقال الزوج: قبلتُ، صحّ عند المصنّف هنا، و في الشرائع على تردّد (٢)، وفاقاً للشيخ و ابن حمزه، و العلّامه في الإرشاد قطعاً، و في القواعد مستشكلاً (٣).

لأنّه يتضمّن السؤال و جارٍ مجراه اتفاقاً، فكأنّه قال: زوّجْتُها منه، و ربما يرشد إليه خبر أبان المتقدم و غيره.

و التردّد و الاستشكال لضعف الروايه و اختصاصها بالمتع، و التأمل في

ص: ١٥

١- المختلف: ٥٣٣، ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٤٣٧، ابن حمزه في الوسيله: ٢٩١، الروضه البهيه ١٠٩: ٥.

٢- الشرائع ٢٧٣: ٢.

٣- الشيخ في المبسوط ١٩٣: ٤، ابن حمزه في الوسيله: ٢٩١، الإرشاد ٢: ٦، القواعد ٢: ٤.

أَنَّ حَكْمَ الصَّرِيحِ فِي الشَّيْءِ حَكْمُهُ شَرْعًا.

مُضَافًا إِلَى أَنَّ مَقْتَضَى تَضَمُّنِ السُّؤَالِ إِفَادَتَهُ الْإِخْبَارَ الْخَالِيَّ عَنِ الْإِنْشَاءِ، بِنَاءً عَلَى تَضَمُّنِ السُّؤَالِ الْاسْتِخْبَارَ عَنِ وَقُوعِ الْمَسْئُولِ فِي الْمَاضِي، وَمِرَاعَاهُ التَّطْبِيقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَوَابِ يَسْتَلْزِمُ كَوْنَهُ إِخْبَارًا عَنِ الْوُقُوعِ، لَا- إِنْشَاءً لِلتَّرْوِيحِ، فَلَوْ صَرَّحَ بِهِ فِيهِ لَارْتَفَعَ التَّطَابُقُ اللَّازِمُ الْمِرَاعَاهُ، وَ مِنْ هُنَا يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ بَعْدَ وَقُوعِ التَّرْوِيحِ لَوْ أَبْدَلَ «نَعَمْ» بِالصَّرِيحِ (١).

فَالْأَقْوَى: الْمَنْعُ، تَبَعًا لِلْأَكْثَرِ كَمَا فِي الْمَسَالِكِ (٢)؛ عَمَلًا بِالْأَصْلِ الْخَالِيَّ عَنِ الْمَعَارِضِ.

وَلَا- يَشْتَرُطُ تَقْدِيمَ الْإِيجَابِ عَلَى الْقَبُولِ فِي الْمَشْهُورِ، بَلْ عَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ عَنِ الْمَبْسُوطِ وَالسَّرَائِرِ (٣)؛ وَ هُوَ الْحِجَّةُ فِي تَخْصِيصِ الْأَصْلِ.

لَا التَّعْلِيلُ بِأَنَّ الْعَقْدَ هُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، وَ أَنَّ التَّرْتِيبَ كَيْفَ اتَّفَقَ غَيْرَ مَحَلٍّ بِالْمَقْصُودِ.

وَ أَنَّهُ يَزِيدُ النِّكَاحَ عَلَى غَيْرِهِ بِأَنَّ الْإِيجَابَ مِنَ الْمَرْأَةِ، وَ هِيَ تَسْتَحْيِي غَالِبًا مِنَ الْإِبْتِدَاءِ بِهِ، فَاعْتَفَرَ هُنَا وَ إِنْ خَوْلَفَ فِي غَيْرِهِ؛ لِعَدَمِ الدَّلِيلِ عَلَى الْإِعْتِفَارِ.

لِعَدَمِ مَا يَدُلُّ عَلَى كِفَايَةِ الْاسْتِحْيَاءِ، مَعَ أَنَّهُ أُخْصِيَ.

وَ كَوْنِ الْأَوَّلِ مَصَادِرَهُ، إِلَّا عَلَى تَقْدِيرِ عَمُومٍ دَالٍّ عَلَى كِفَايَةِ حَصُولِ الْمَقْصُودِ بِاللَّفْظَيْنِ بِأَيِّ وَجْهِ اتَّفَقَ، وَ فَقْدَهُ ظَاهِرٌ. وَ لَذَا رَجَعُوا إِلَى الْأَصْلِ فِي كُلِّ مَا اخْتَلَفَ فِي صِحَّتِهِ مَعَ عَدَمِ قِيَامِ دَلِيلٍ عَلَيْهَا، وَ عَلَى تَقْدِيرِ وَجُودِهِ لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ بِالْعَكْسِ، فَتَدَبَّرَ.

ص: ١٤

١- أَي زَوَّجْتُ.

٢- الْمَسَالِكُ ١: ٤٤٤.

٣- الْمَبْسُوطُ ٤: ١٩٤، السَّرَائِرُ ٢: ٥٧٤.

ثم إنه يعتبر حينما قدّم القبول كونه بغير قبليّ و رضيتُ، ك:

نكحتُ و تزوّجتُ، و هو حينئذٍ بمعنى الإيجاب؛ و ذلك لعدم صدق المعنى بذلك.

و يجب إيقاع الركنين بالعربيّ و لا تجزى الترجمة عنهما أو أحدهما بمثل الفارسيّ مع قدره على النطق على الأشهر الأظهر، بل اتّفاقاً منّا كما عن المبسوط و التذكرة (١).

لتوقيفِهِ العقود، و لزوم تلقّيها من الشارع، و ليس ما وصل إلّا ما ذُكر، مع الأصل و الاحتياط في الفروج.

و احتمال كون اقتصاره بذلك لكونه عرفه و اصطلاحه فلا- يمنع عن جواز غيره، حسنٌ مع قيام دليلٍ على صحّته عموماً أو خصوصاً، و فقدهما ظاهر، فإجازه ابن حمزه ذلك ضعيفه، لكن مع استحباب العربيّ (٢).

و تجزئ كما قطع به الأصحاب كما حكى (٣) مع العذر كالمشقه الكثيره في التعلّم، أو فوات بعض الأغراض المقصوده كالأعجم و لا- فرق في ذلك بين العجز عن الركنين أو أحدهما، و لكن تختصّ الرخصه في الأخير بالعاجز، و يُلزم بالعربيّ غيره، و يصحّ حينئذٍ أيضاً كما في اختلاف الترجمتين، بشرط فهم كلّ منهما كلام الآخر، و لو بترجمين عدلين، أو عدل واحد في وجه قوياً، و ذلك مع عدم حصول القطع بإخباره، و معه فلا ريب في كفايته.

و الأصل في المسأله بعد حكاية الإجماع فحوى اجتزاء الأخرس

ص: ١٧

١- المبسوط ٤: ١٩٤، التذكرة ٢: ٥٨٢.

٢- ابن حمزه في الوسيله: ٢٩١.

٣- الحاكي هو الفاضل الهندي في شرح القواعد (كشف اللثام ٢: ١٢). منه رحمه الله.

بالإشارة فى الطلاق، مع لزوم الحرج فى الاقتصار بالعريته و لو فى الجملة، فلا وجه لإيجاب التوكيل، و لا سيما فى مقابله الأصل بالمرة (١).

و كذا تجزئ الإشارة المفهمه للآخر المراد للأخرس مطلقاً، موجباً كان أو قابلاً أو هما معاً، أصلياً كان أو طارئاً؛ لقطع الأصحاب به هنا أيضاً كما حكى (٢)، و للضرورة، مع أصاله عدم لزوم التوكيل، مضافاً إلى عدم تعارفه، و التأيد بالاكْتفاء بها فى الطلاق.

أما الأحكام، فمسائل

أشاره

و أما الأحكام، فمسائل أربع:

الأولى لا حكم لعباره الصبى

الأولى: لا- حكم لعباره الصبى و الصبيّه مطلقاً (٣) و لا- المجنون و المجنونه كذلك و إن كان أدوارياً، بشرط عدم الإفاقه حين العقد.

لأصل، مع عدم الدليل على اعتبارها، مضافاً إلى فقد القصد الباطنى المشترط فى الصّحه إجماعاً فى بعض الصور.

و لا السكران مطلقاً، موجباً كان أو قابلاً، أجاز بعد الإفاقه أم لا، على أصحّ القولين و أشهرهما؛ لعين ما ذكر.

و ليس فى صورته الإجازة من الفضولى فيلحق به لعموم أدله جوازه؛ لاختصاصه بالصحيح لا الفاسد من أصله. و على تقدير كونه منه يمنع الإلحاق بمنع العموم؛ لاختصاص المصحح له بما ذكرنا، فلا يقيد الأصل إلّا بدليل.

ص: ١٨

١- و فى الكفايه (١٥٥) نقل الاتفاق ظاهراً على عدم وجوب التوكيل. منه عفى عنه و عن والديه.

٢- الحاكى هو الفاضل الهندى فى شرح القواعد (كشف اللثام ١٢: ٢). منه رحمه الله.

٣- أى مميّزاً كان أم غيره، و خصّهما الولى فى إجراء الصيغه أم لا، أجاز بعده أم لا. منه رحمه الله.

و لكن ورد في روايه صحيحه عمل بها الشيخ في النهايه و تبعه ابن البراج (١): أنه إذا زوّجت السّكرى نفسها، ثم أفأقت فرضيت، أو دخل بها فأفأقت و أقرّته، كان ماضياً (٢) إلّا أنّها لمخالفتها الأصول القطعيّه، المعتضده في خصوص المقام بالشهره العظيمه، لا يجوز التعويل عليها في مقابلتها و تخصيصها بها؛ مع أنّ المذكور فيها الإنكار بعد الإفأقه، الملازم لعدم الرضاء بالصّحّه، نعم تضمّن الإفأقه معه بعده لمظنّه اللزوم، إلّا أنّها مع عدم معلوميّه كونها الرضاء المعتبر غير نافعه بعد الإنكار.

فلا يمكن الإفأق بالفضولى من هذا الوجه أيضاً، فطرحتها رأساً أو حملها على ما في المختلف (٣) و غيره (٤) و إن بَعَدَ متعّين.

الثانيه لا يشترط حضور شاهدين

الثانيه: لا يشترط في صحّحه العقد حضور شاهدين عدلين مطلقاً، دائماً كان أو منقطعاً، تحليلاً أو ملكاً؛ لعموم بعض النصوص (٥)، مع الإفأق فيما عدا الأوّل. و لا- ينافيه اختصاص الباقي أو التخصيص فيها بالأوّل؛ لوروده في مقام الردّ على جمهور الجمهور المعتبرين له فيه، فلا عبره بمفهومه لو كان.

و هذا الحكم مشهور بين الأصحاب، بل كاد أن يكون إجماعاً، بل

ص: ١٩

١- النهايه: ٤٦٨، ابن البراج في المهدب ١٩٦: ٢.

٢- الفقيه ٢٥٩/١٢٣٠، التهذيب ٣٩٢/١٥٧١، الوسائل ٢٩٤: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ١٤ ح ١.

٣- المختلف: ٥٣٨.

٤- انظر السرائر ٥٧١: ٢.

٥- التهذيب ٤٠٩/١٦٣٥، الوسائل ٩٩: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٤٣ ح ٦.

حكى صريحاً عن الانتصار والناصريات والخلاف والغنيه والسرائر والتذكرة (١)(٢)، والنصوص به مستفيضه (٣)، منها: الحسان بل الصحاح على الصحيح والموثقان.

ففى الحسن: فى الرجل يتزوج بغير بينه، قال: «لا بأس» (٤).

خلافاً للحسن (٥)، فاشترطه؛ للخبر: «التزويج الدائم لا يكون إلا بولى وشاهدين» (٦).

و هو مع ضعفه سنداً، وقصوره عن المقاومه لما تقدم عدداً واعتباراً محمول على التقيّه، ويؤيده كونه مكاتبه؛ مع إشعار متنه بذلك أيضاً، كتصريح غيره به، كالموثق (٧) وغيره (٨).

نعم، يستحب ذلك؛ لدفع التهمه وتحقق النسب والميراث والقسم والنفقات، و به بعض المعتمره (٩).

ولا حضور ولى مطلقاً إذا كانت الزوجه بالغه رشيده، على

ص: ٢٠

- ١- حكاه عنهم فى كشف اللثام ٢:٧، و هو فى الانتصار: ١١٨، الناصرديات (الجوامع الفقيهيه): ٢١٠، الخلاف ٤:٢٦١، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١٠، السرائر ٢:٥٥٠، التذكرة ٢:٥٧١.
- ٢- والتنقيح (٣:١٢)، والمسالك (١:٤٣١). منه رحمه الله.
- ٣- الوسائل ٢٠:٩٧ أبواب مقدمات النكاح ب ٤٣.
- ٤- الكافي ٥:٣/٣٨٧، الوسائل ٢٠:٩٨ أبواب مقدمات النكاح ب ٤٣ ح ٤.
- ٥- و هو ابن أبى عقيل، على ما حكاه عنه فى المختلف: ٥٣٥.
- ٦- التهذيب ٧:١١٠١/٢٥٥، الإستبصار ٣:٥٢٩/١٤٦، الوسائل ٢١:٣٤ أبواب المتعه ب ١١ ح ١١.
- ٧- التهذيب ٦:٧٧٤/٢٨١، الإستبصار ٣:٨١/٢٦، الوسائل ٢٧:٣٦٠ أبواب الشهادات ب ٢٤ ح ٣٥.
- ٨- الوسائل ٢٠:٩٧ أبواب مقدمات النكاح ب ٤٣.
- ٩- الوسائل ٢٠:٩٧ أبواب مقدمات النكاح ب ٤٣ الأحاديث ١، ٢، ٣، ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩.

الثالثه لو ادعى زوجيه امرأه، و ادعت أختها زوجيته فالحكم لبينه الرجل

الثالثه: لو ادعى رجل زوجيه امرأه، و ادعت أختها زوجيته : فمع عدم البينه منهما و الدخول بالمدعيه، الحكم له فى قطع دعواها مع اليمين، و كذلك معه (١) على الأظهر؛ لترجيح الأصل على الظاهر.

و لها مع الردّ، فتحلف على الدعوى، و على نفي العلم بما ادعى.

و كذا الحكم له مع اختصاص البينه به، فيحلف معها. و قيل بعدم لزومه (٢). و هو مشكل. و لا فرق فيه بين الدخول و العدم، كما تقدّم.

و مع اختصاصها بها فالحكم لها مع الحلف على نفي العلم.

و معها لهما مطلقاً (٣)، فالحكم لبينه الرجل قيل: لرجحانها على بينتها؛ لإنكارها فعله الذى لا يعلم إلّا من قبله، فلعله عقد على الأولى قبل العقد عليها (٤).

و فيه نظر، مضافاً إلى اختصاصه بصوره إطلاق البينتين، أمّا مع تأرّخهما بتاريخين متساويين فلا.

فالأصل فى المسأله الخبر الذى ضعفه و لو من وجوه، بالشهره بل و عدم الخلاف و الإجماع المحكّي (٥) قد انجبر - فى رجل ادعى على امرأه أنه تزوّجها بولّى و شهود، و أنكرت المرأه ذلك، و أقامت أخت هذه المرأه على هذا الرجل البينه أنه تزوّجها بولّى و شهود و لم توقّت وقتاً: «أنّ البينه

ص: ٢١

١- أى مع الدخول.

٢- الروضه ١٣٢: ٥.

٣- أى سواء كانت البينتان مطلقتين أو مؤرّختين بتاريخين متساويين. منه رحمه الله.

٤- قال به الفاضل الهندي فى كشف اللثام ١٤: ٢.

٥- المسالك ٤٤٦: ١.

بينه الزوج، ولا تقبل بينه المرأة؛ لأن الزوج قد استحقّ بضع هذه المرأة، و تريد أختها فساد هذا النكاح، ولا تصدق (١) ولا تقبل بينتها إلّا بوقت قبل وقتها أو دخول بها» (٢).

و إشكال بعضهم فيه بأنّ الزوج منكر فلا وجه لتقديم بينته (٣)؛ مدفوعٌ بصراحته بإنكار الأولى زوجيته، فاعتبار بينته بالإضافة إليها لكونه مدّعياً في مقابلها.

و أمّا التقديم فلعله للرجحان المتقدم، مع أنّه لا يمكن الجمع بين قضيتهما؛ للتناهي، كذا قيل (٤).

و هو حسن، إلّا في وجه التقديم، وفيه النظر السابق.

نعم، يتوجّه عليه حينئذٍ: أنّ الإشكال في التقديم إنّما هو من حيث ارتكابه بلا- مرجح لا- من حيث أنّه منكر فلا- وجه لتقديم بينته، ففيه المخالفه للقاعده من هذه الجهه؛ و لذا يستشكل في انسحاب الحكم في مثل البنت و الأم: من التساوي، و الخروج عن النصّ، و هو الأقوى، لا لما ذكره.

نعم، الإشكال من تلك الجهه أيضاً متوجّه على إطلاق (٥) عبارة الأصحاب، إلّا أن يُخصّص بما في النصّ.

و ظاهر إطلاقه كإطلاق كلام الأكثر الاكتفاء في التقديم بالبينه من

ص: ٢٢

١- ليست في «ص».

٢- الكافي ٥٦٢/٢٦، التهذيب ١٧٢٩/٤٣٣، الوسائل ٢٠:٢٩٩ أبواب عقد النكاح ب ٢٢ ح ١.

٣- كما في المسالك ١:٤٤٦.

٤- قال به الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:١٤.

٥- المشتمل لما إذا لم تكن المرأة الأولى منكره. منه رحمه الله.

دون يمين، وإلا للزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

و ربما قيل بعدمه و لزوم ضمّها إليها؛ جمعاً بينه و بين القاعده، فيحلف الرجل؛ من حيث إنّ بينته إنّما هي لإثبات ما ادّعاها على المرأة الأولى، و بينه و بين أختها دعوى اخرى، و هو منكر بالنسبه إليها، فلا- يُدّ من اليمين لقطع دعواها، و لا يضرّ إقامتها البينه؛ لإمكان سبق العقد على الأولى (1). و هو أحوط، فتقدّم بينته معها.

إلا أن يكون مع بينه المرأة المدّعيه ترجيح على بينه الرجل من دخول، أو سبق تاريخ فيحكم لها حينئذٍ مطلقاً، كما في ظاهر الخبر.

و ربما يشترط في المرجح الأول حلفها على نفي العلم بما ادّعى؛ لاحتمال تقدّم العقد على الأولى، و لتعارض البيّتين في أنفسهما بالنظر إلى المرأتين و إن كانت مدّعيه خاصّه، و الدخول غايته رفع مرجح بينته، فيبقى التعارض إلى أن تحلف. و ليس في ذلك خروج عن النصّ؛ إذ غايته ترجيح البينه، و هو لا ينافي إيجاب اليمين، و هو كالسابق و إن خالف ظاهر الخبر، إلا أنّه أحوط.

و لو عقد على امرأه، و ادّعى آخر زوجيتها، لم يلتفت إلى دعواه، إلا مع البينه فتقبل دعواه حينئذٍ لا مطلقاً، بلا خلاف؛ للنصوص:

منها الحسن: إنّ أختي ماتت و تزوّجت امرأته، فجاء عمّي فادّعى أنّه كان تزوّجها سرّاً، فسألته عن ذلك فأنكرت أشدّ الإنكار، فقالت: ما كان بيني و بينه شيء قطّ، فقال: «يلزمك إقرارها و يلزمه إنكارها» (2).

ص: ٢٣

١- انظر كشف اللثام ١٤: ٢.

٢- الكافي ٥٦٣/٥: ٢٧، الفقيه ٣٠٣/٣: ١٤٥٢، الوسائل ٢٩٩: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٢٣ ح ١.

و الخبر: عن رجل تزوج امرأه في بلد من البلدان، فسألها: أ لك زوج؟ فقالت: لا، فترَوَّجها، ثم إن رجلاً أتاه فقال: هي امرأتى، فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: «هي امرأته، إلا أن يقيم البينه» (١).

و أما الموثق الناهي عن القرب منها إن كان المدعى ثقه (٢)، فشاذ، فحمله على الاستحباب متعين.

ثم إن مقتضى الأصل كإطلاق العبارة و النصوص الماضية انقطاع الدعوى بعدم البينه مطلقاً و لو لم تحلف المرأة، و لا خلاف فيه بالإضافة إلى نفي الزوجية للمدعى.

و أما بالإضافة إلى ما يترتب عليه فكذلك؛ لما مر من الأصل و إطلاق النص.

خلافاً لجماعه، فأوجبوا اليمين عليها بالإضافة إلى هذا (٣)؛ تمسكاً بعموم: «اليمين على من أنكر» (٤) فيخص به الأصل و إطلاق ما مر.

و فيه نظر؛ لعدم عموم فيه يشمل ما نحن فيه؛ نظراً إلى أن المتبادر منه لزوم الحلف لقطع أصل الدعوى لا لوازمه، و العمده في التعديه هو الإجماع، و ليس؛ لظهور إطلاق عبارة الأكثر فيما مر. و لكن الأحوط:

اليمين.

ثم ظاهر الحصر في العبارة: انحصار انقطاع الدعوى بالينه، فلا يتحقق بإقرار المرأة، و به صرح جماعه (٥)؛ و لعل الوجه فيه مع خلو

ص: ٢٤

١- التهذيب ١٨٧٤/٤٦٨، الوسائل ٧: ٣٠٠، أبواب عقد النكاح ب ٢٣ ح ٣.

٢- التهذيب ١٨٤٥/٤٦١، الوسائل ٧: ٣٠٠، أبواب عقد النكاح ب ٢٣ ح ٢.

٣- منهم الشهيد الثاني في الروضة ٥: ١٢٤، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ١٤.

٤- غوالي اللئلي ١٠/٢٥٨، ج ٢، ٢٢/٥٢٣.

٥- منهم الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ١٤، و البحراني في الحقائق ٢٣: ١٨٨.

النصوص الماضيه عنه الأصل، و أنه إقرارٌ فى حقّ الغير، فلا يسمع.

الرابعه لو كان لرجل عدّه بنات فزوج واحده و لم يُسمّها

الرابعه: يشترط تعيين الزوج و الزوجه بالاسم، أو الإشاره، أو الوصف القاطع للشركه، إجماعاً؛ للأصل، و لزوم الضرر و الغرر بعدمه، المنفيتين بالأدله القطعيّه، و للصحيح الآتى فى الجمله.

و يتفرّع عليه ما لو كان لرجل عدّه بنات فزوج واحده منهنّ و لم يُسمّها و لا ميّزها بغيره، فإن لم يقصد معيّنه بطل النكاح مطلقاً (١)، كبطلانه بقصده مع عدم قصد الزوج، أو قصده الخلاف؛ لعدم التعيين فى شيء من ذلك.

و إن قصدا معيّنه ثم اختلفا فى المعقود عليها بعد الاتفاق على صحّه العقد، المستلزم لورود الطرفين على واحده بالتيه المتفق عليها بينهما فيبطل أيضاً مطلقاً عند الحلّى و المسالك و الروضه (٢)؛ لعين ما ذكر فى الصور السابقه.

و يصحّ على الأظهر، وفاقاً للأكثر كما فى المسالك (٣)، و منهم: النهايه و القاضى و الفاضلان و اللمعه (٤)، و غيرهم (٥). لكن بشرط يأتى ذكره، لا مطلقاً.

فالقول قول الأب، و عليه أن يسلم إليه التى قصدها فى العقد إن

ص: ٢٥

١- أعمّ من أن يكون الزوج قصد إحداهنّ أم لا. منه رحمه الله.

٢- الحلّى فى السرائر ٥٧٣:٢، المسالك ٤٤٦:١، الروضه ١١٣:٥.

٣- المسالك ٤٤٥:١.

٤- النهايه: ٤٦٨، القاضى فى المهذب ١٩٦:٢، المحقق فى الشرائع ٢٧٥:٢، العلامه فى التحرير ٥:٢، و القواعد ٤:٢، و التذكره

٥٨٤:٢، اللمعه (الروضه) ١١٣:٥.

٥- الكفايه: ١٥٥.

كان الزوج رَأَهْنَّ هذا شرطاً للتقديم، لا وجوب التسليم، وهو المراد بما وعدناه.

وإن لم يكن رَأَهْنَّ فالعقد باطل كما في الصحيح (١)، وعليه العمل؛ لصحة سنده، مع عمل الأكثر بمضمونه، فتخصص به القاعده؛ لمخالفته لها بدلالته على صحة العقد مع عدم التسميه مع الرؤيه، وعدمها مع العدم. ومقتضاها البطلان مطلقاً مع الرؤيه وعدمها.

ولا يتصور الفارق بينهما إلا ما قيل من ظهور رضاء الزوج بتعيين الأب، وتفويضه ذلك إليه مع الرؤيه، وعدمه مع عدمها فيبطل (٢).

وهو مشكل؛ لأعميه الرؤيه من التفويض المدعى، كأعميه عدمها من عدمه.

ودعوى ظهورها فيه كدعوى ظهور عدمها في عدمه ممنوعه.

فلاعتذار بالتعديده أولى من ارتكاب التوجيه في الفرق بمثل ذلك.

وللمخالفه المزبوره طَرَحَه (٣) الحلّي رأساً (٤)؛ بناءً على أصله لكونه من الآحاد.

ولا وجه لطرحة سوى ذلك، فمتابعه شيخنا في المسالك (٥) له فيه لا وجه لها، مع عدم موافقته له على أصله.

ص: ٢٤

١- الكافي ١/٤١٢، الفقيه ٥/٢٦٧، التهذيب ٣/١٢٦٨، التهذيب ٧/١٥٧٤/٣٩٣.

٢- قال به المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٢: ٨١.

٣- أي الصحيح منه رحمه الله.

٤- السرائر ٢: ٥٧٣.

٥- المسالك ١: ٤٤٦.

و أما الآداب.

فقسمان:

الأول آداب العقد

الأول: آداب العقد.

و هي أمور:

منها: أنه يُستحب أن يتخير من النساء البكر للنصوص، منها: النبوي: «تزوجوا الأبقار، فإنهن أطيبُ شيءٍ أفواهاً، و أدُرُّ شيءٍ أخلاقاً»
بالفاء «و أحسنُ شيءٍ أخلاقاً، و أفتَحُ (١) شيءٍ أرحاماً» (٢).

و لأنه أحرى بالموافقه و الائتلاف.

العفيفه فرجاً و غيره؛ للنصوص (٣)، و حفظ النسب.

قيل: و لأنَّ الإعراض عن الفاسقه ضربٌ من إنكار المنكر (٤). و فيه نظر.

الكريمه الأصل الغير الناشئه هي و آباؤها و أمهاتها عن زناء و حيض و شبهه، البعيده هي كوالدتها عن الألسن؛ للنصوص:

منها: النبوي: «تخيروا لنطفكم، و لا تضعوها في غير الأكفاء» (٥).

ص: ٢٧

١- بالخاء المعجمه، أي: ألين و أنعم، كما عن السرائر ٢: ٥٦٠. منه رحمه الله.

٢- الكافي ١/٣٣٤، التهذيب ٧: ١٥٩٨/٤٠٠، التوحيد: ١٠/٣٩٥، الوسائل ٥٥: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ١٧ ح ١، ٢ بتفاوت.

٣- الكافي ١/٣٢٤، الفقيه ٥: ١١٦٧/٢٤٦، التهذيب ٣: ١١٦٧/٢٤٦، الوسائل ٧: ١٥٩٧/٤٠٠، الوسائل ٢٨: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٦ ح ٢.

٤- قال به الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٦.

٥- سنن الدارقطني ٣: ١٩٨/٢٩٩، إلّا أنّ فيه: لا تضعوها إلّا في الأكفاء.

و فى آخر: «إياكم و خضراء الدّمن» قيل: و ما خضراء الدّمن؟ قال:

«هى المرأه الحسناء فى منبت السوء» (١).

و منها: أن يقصد السنّه و يراعى الأصل و العفّه، و لا يقصر على الجمال و المال و الثروه فربما حرمهما كما عن مولانا الصادق عليه السلام: «إذا تزوّج الرجل المرأه لجمالها أو مالها وُكّل إلى ذلك، و إذا تزوّجها لدينها رزقه الله تعالى الجمال و المال» (٢).

و منها: أن يصلّى مُريد التزويج قبل تعيين المرأه ركعتين و يحمد الله تعالى بعدهما و يسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهنّ فرجاً و أحفظهنّ له ما عليها نفساً و مالا و أوسعهنّ رزقاً، و أعظمنّ بركه فى نفسها و ولدها.

كما عن مولانا الصادق عليه السلام: «إذا همّ بذلك فليصلّ ركعتين، و يحمد الله تعالى و يقول: اللهمّ إننى أريد أن أتزوّج، فقدّر لى من النساء أعفهنّ فرجاً، و أحفظهنّ لى فى نفسها و فى مالى، و أوسعهنّ رزقاً، و أعظمنّ بركه، و قدّر لى منها ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً فى حياتى و بعد موتى» (٣).

و يستحبّ الإشهاد و الإعلان فى العقد، و لا يجب كما مرّ قريباً (٤).

و الخطبه بضمّ الخاء أمام العقد؛ للتأسى، و أقلها: الحمد لله،

ص: ٢٨

١- معانى الأخبار: ١/٣١٦، الوسائل ٢٠: ٣٥، أبواب مقدمات النكاح ب ٧ ح ٧.

٢- الكافى ٥: ٣/٣٣٣، الفقيه ٥: ١١٨٠/٢٤٨، التهذيب ٧: ١٦٠٩/٤٠٣، الوسائل ٢٠: ٤٩، أبواب مقدمات النكاح ب ١٤ ح ١.

٣- الكافى ٥: ٣/٥٠١، الفقيه ٣: ١١٨٧/٢٤٩، التهذيب ٧: ١٦٢٧/٤٠٧، الوسائل ٢٠: ١١٣، أبواب مقدمات النكاح ب ٥٣ ح ١.

٤- فى ص: ١٩.

كما في بعض الأخبار (١)، وأكملها الخطب المرويّه عنهم عليهم السلام، وهي كثيره (٢).

و إيقاعه ليلاً فعن مولانا الرضا عليه السلام: «من السنّه: التزويج بالليل؛ لأنّ الله تعالى جعل الليل سكناً، والنساء إنّما هنّ سكن» (٣).

و يكره إيقاعه و القمر في برج العقرب؛ لقول الصادق عليه السلام:

«من تزوّج و القمر في العقرب لم ير الحُسنى» (٤).

و أن يتزوّج العقيم التي لم تلد، بل تستحبّ الولود، التي من شأنها ذلك بعدم يأسها و لا صغرها و لا عقمها.

قال عليه السلام: «تزوّجوا بكرةً ولوداً، و لا- تزوّجوا حسناء جميله عاقراً، فإنّي أباهى بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط يظّل مُحَيَّنْطاً (٥) على باب الجنّه، فيقول الله عزّ و جلّ: أدخل الجنّه، فيقول: لا، حتى يدخل أبواي قبلي، فيقول الله تبارك و تعالى لملكٍ من الملائكه: ائتنى بأبويه، فيأمر بهما إلى الجنّه، فيقول: هذا بفضل رحمتي لك» (٦).

ص: ٢٩

١- الكافي ٢/٣٦٨: ٥، التهذيب ٧/١٦٣٠/٤٠٨، الوسائل ٢٠: ٩٦، أبواب مقدمات النكاح ب ٤١ ح ٢.

٢- الوسائل ٢٠: ٩٧، أبواب مقدمات النكاح ب ٤٢، المستدرک ١٤: ٢٠١، أبواب مقدمات النكاح ب ٣٣.

٣- الكافي ١/٣٦٦: ٥، التهذيب ٧/١٦٧٥/٤١٨، الوسائل ٢٠: ٩١، أبواب مقدمات النكاح ب ٣٧ ح ٣.

٤- الفقيه ٣/١١٨٨/٢٥٠، التهذيب ٧/١٦٢٨/٤٠٧، المقنعه ٥١٤: ٥ (بتفاوت سير)، الوسائل ٢٠: ١١٤، أبواب مقدمات النكاح ب ٥٤ ح ١.

٥- المُحَيَّنْطِي: الممتلئ غضباً، و قيل: المغضّب المستبطئ للشىء، و قيل: هو الممتنع امتناع طلب لا- امتناع إباء انظر لسان العرب ٧: ٢٧١، ٢٧٢.

٦- الوسائل ٢٠: ٥٤، أبواب مقدمات النكاح ب ١٦ ح ١، و ٥٥ ب ١٧ ح ١ و ٢.

القسم الثاني في آداب الخلوه و الدخول بالمرأه و هى أيضاً أمورٌ أشار إليها بقوله:

المستحبات من آداب الخلوه

يستحبّ صلاه ركعتين إذا أراد الدخول، و الدعاء بعدهما، بعد أن يمخّـد الله تعالى، و يصلّي على النبيّ صلى الله عليه و آله، بقوله: «اللهم ارزقني إلفها و ودّها و رضاها، و أرضني بها، و اجمع بيننا بأحسن اجتماع و آنس ائتلاف، فإنّك تحبّ الحلال و تكره الحرام» أو غيره من الدعاء.

و أن يأمرها بذلك عند الانتقال فتصلّي ركعتين بعد الطهاره، و تدعو الله تعالى بمعنى ما دعا.

كلّ ذلك للصحيح (١).

و أن يجعل يده على ناصيتها و هى: ما بين النزعتين من مقدم الرأس عند دخولها عليه، مستقبل القبله و يكونا على طهر و يقول: «اللهم على كتابك تزوّجتها، و فى أمانتك أخذتها، و بكلماتك استحللت فرجها، فإن قضيت لى فى رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سويّاً، و لا تجعله شرك الشيطان» كما فى الخبر (٢)، و قريبٌ منه الحسن (٣) و غيره (٤).

ص: ٣٠

١- الكافي ٥/١٥٠٠، التهذيب ٧/١٦٣٦/٤٠٩، الوسائل ٢٠:١١٥ أبواب مقدمات النكاح ب ٥٥ ح ١.

٢- الكافي ٥/٣٥٠١، الفقيه ٣/١١٨٧/٢٤٩، التهذيب ٧/١٦٢٧/٤٠٧، الوسائل ٢٠:١١٣ أبواب مقدمات النكاح ب ٥٣ ح ١.

٣- الكافي ٥/٢٥٠٠، الفقيه ٣/١٢٠٥/٢٥٤، الوسائل ٢٠:١١٦ أبواب مقدمات النكاح ب ٥٥ ح ٢.

٤- الكافي ٥/٤٥٠١، الوسائل ٢٠:١١٦ أبواب مقدمات النكاح ب ٥٥ ح ٣.

و أن يكون الدخول ليلاً و قد تقدّم من الأخبار ما يدلّ عليه (١).

و فى الخبر: «زفوا عرائسكم ليلاً، و أطمعوا ضحى» (٢).

و يناسبه الحياء، فيستحبّ إضافه الستر المكانى و القولى إلى الستر الزمانى؛ لإشعار النبويين بذلك (٣).

و أن يسمّى عند الجماع و يتعوّذ بالله من الشيطان؛ كما فى المعتبر، بل الصحيح (٤) على الصحيح.

و أفضلها ما فى المرتضى: «إذا جامع أحدكم فليقل: بسم الله و بالله، اللهم جنبني الشيطان، و جنب الشيطان ما رزقتنى، قال: فإن قضى الله تعالى بينهما ولدًا لا يضرّه الشيطان بشيء أبداً» (٥).

و أن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولدًا ذكرًا فعن مولانا الباقر عليه السلام: «إذا أردت الجماع فقل: اللهم ارزقنى ولدًا، و اجعله تقياً زكياً، ليس فى خلقته زياده و لا نقصان، و اجعل عاقبته إلى خير» (٦).

المكروهات من الآداب

و يكره الجماع ليله الخسوف و يوم الكسوف للصحيح: «يكره فى الليله التى ينكسف فيها القمر، و اليوم الذى

ص: ٣١

١- راجع ص: ٢٩.

٢- الكافى ٢/٣٦٦، الفقيه ٢/٢٥٤، ٣: ١٢٠٣، التهذيب ٧: ١٦٧٦/٤١٨، الوسائل ٩١: ٢٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٣٧ ح ٢.

٣- الأول: سنن البيهقى ٧: ١٩٤، صحيح مسلم ١٢٤، ١٠٦٠/١٢٣: ٢. الثانى: سنن البيهقى ٧: ١٩٤.

٤- الكافى ١/٥٠٢، الوسائل ٥: ١٣٥، ٢٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٦٨ ح ١.

٥- الكافى ٣/٥٠٣، الوسائل ٥: ١٣٦، ٢٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٦٨ ح ٣.

٦- التهذيب ٧: ١٦٤١/٤١١، الوسائل ١١٧: ٢٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٥٥ ح ٥.

تنكسف فيه الشمس، و فيما بين غروب الشمس إلى مغيب الشفق، و من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، و في الريح السوداء و الصفراء و الزلزله، و لقد بات رسول الله صلى الله عليه و آله عند بعض نساءه فانكسف القمر في تلك الليله، فلم يكن منه فيها شيء، فقالت له زوجته: يا رسول الله بأبي أنت و أمي كل هذا بغض، فقال: و يحك هذا الحادث من السماء، فكرهت أن أتلدذ فأدخل في شيء، و قد عيّر الله تعالى قوماً، فقال عزّ و جلّ و إنّ يروا كسيفاً من السماء ساقطاً يقولوا سحابٌ مزكومٌ [١] (١) و أيم الله لا يجامع [أحد (٢)] في هذه الساعات التي وصفت فيرزق من جماعه ولدأ و قد سمع بهذا الحديث فيرى ما يحبّ» (٣).

و عند الزوال كما في وصيه النبي صلى الله عليه و آله لعليّ عليه السلام، معللاً فيها بأنه: «إن قضى بينكما ولد في ذلك الوقت يكون أحول، و الشيطان يفرح بالحول في الإنسان». إلّا زوال يوم الخميس كما فيها، فقال عليه السلام: «و إن جامعها يوم الخميس عند زوال الشمس عند كبد السماء فقضى بينكما ولد، فإنّ الشيطان لا يقربه حتى يشيب و يكون قيماً (٤)، يرزقه الله عزّ و جلّ السلامه في الدين و الدنيا» رواها الصدوق في الفقيه في نوادر النكاح (٥).

ص: ٣٢

١- الطور: ٤٤.

٢- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر، لاستقامه المتن.

٣- الفقيه ١٢٠٧/٢٥٥، التهذيب ٧: ١٦٤٢/٤١١، الوسائل ٢٠: ١٢٦، أبواب مقدمات النكاح ب ٦٢ ح ٢ بتفاوت يسير.

٤- أي بأمور الناس لله. روضه المتقين ٩: ٢٣١.

٥- الفقيه ٣: ١٧١٢/٣٥٨، الوسائل ٢٠: ٢٥١، أبواب مقدمات النكاح ب ١٤٩ ح ١.

و عند الغروب حتى يذهب الشفق للصحيح المتقدم.

و فى المحاق و هو: الثلاثة أيام من آخر الشهر؛ للخبر: «من أتى أهله فى محاق الشهر فليسلم لسقط الولد» (١).

و تتأكد الكراهه فى الليلة الأخيره منه؛ للنهى عنه بخصوصه فى بعض الأخبار (٢).

و بعد الفجر حتى تطلع الشمس للصحيح المتقدم (٣).

و فى أول ليله من كل شهر، إلا شهر رمضان، و فى ليله النصف منه و آخره، عطف على «أول» لا على المستثنى.

ففى الوصية: «يا على، لا تجماع امرأتك فى أول الشهر و وسطه و آخره؛ فإن الجنون و الجذام و الخبل يسرع إليها و إلى ولدها» (٤).

و عن مولانا الصادق عليه السلام: «يكره للرجل أن يجامع فى أول ليله من الشهر و فى وسطه و آخره؛ فإنه من فعل ذلك خرج الولد مجنوناً، ألا ترى أن المجنون أكثر ما يصرع فى أول الشهر و وسطه و آخره؟!» (٥).

و روى الصدوق عن على عليه السلام أنه قال: «يستحب للرجل أن يأتى

ص: ٣٣

١- الكافي ٢/٤٩٩، الفقيه ٥/٢٥٤، التهذيب ٣/١٢٠٦، الوسائل ٧/١٦٤٣، الوسائل ٢٠: ١٢٧ أبواب مقدمات النكاح ب ٦٣ ح ١.

٢- الوسائل ٢٠: ١٢٨ أبواب مقدمات النكاح ب ٦٤.

٣- فى ص: ٣٢.

٤- الفقيه ٣/١٧١٢، أمالى الصدوق: ١/٤٥٤، علل الشرائع: ٥/٥١٤، الوسائل ٢٠: ١٢٩ أبواب مقدمات النكاح ب ٦٤ ح ٥.

٥- علل الشرائع: ٤/٥١٤ و فيه:.. عن أبيه جعفر، عن أبيه عليهم السلام، عيون الأخبار ١: ٣٥/٢٢٥، الوسائل ٢٠: ١٢٩ أبواب مقدمات النكاح ب ٦٤ ح ٦ و فيه:.. عن على بن محمد العسكري، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام.

أهله أول ليلة من شهر رمضان؛ لقول الله عزّ وجلّ أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ [١] (١)» (٢). و في السفر إذا لم يكن معه ماءً للغسل للنهي عنه عن مولانا الكاظم عليه السلام في الموثق (٣)، مستثنياً منه خوفه على نفسه.

و عند الزلزله، و الريح الصفراء و السوداء للصحيح المتقدّم (٤).

و تعليل الكراهه في الخوف فيه مشعرٌ بها في كلّ آيه، كما عن سلّار و ابن سعيد (٥).

و مستقبل القبله و مستدبرها للنهي عنه في الروايه (٦). و لضعفها بجهاله راويها، مع معارضه الأصل لها حملت على الكراهه، فالقول بالحرمة كما عن بعض (٧) فيه ما فيه.

و قيل: و خوفاً من فقر الولد (٨).

و في السفينه للنهي عنه في الروايه (٩). و قيل: إنّ النطفه لا تستقرّ فيها (١٠).

ص: ٣٤

١- البقره: ١٨٧.

٢- الفقيه ٣/٣٠٣: ١٤٥٥، الوسائل ٢٠: ١٢٩، أبواب مقدمات النكاح ب ٦٤ ح ٤.

٣- التهذيب ١/٤٠٥: ١٢٦٩، الوسائل ٣: ٣٩٠، أبواب التيمم ب ٢٧ ح ١.

٤- في ص: ٣٢.

٥- سلّار في المراسم: ١٥١، ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٤٥٣.

٦- الفقيه ٣/٢٥٥: ١٢١٠، التهذيب ٣/٤١٢: ١٦٤٦، الوسائل ٧: ١٣٧، أبواب مقدمات النكاح ب ٦٩ ح ١.

٧- قال به الفاضل الهندي في كشف اللثام ١: ٢٠.

٨- حكاه الفاضل الهندي في كشف اللثام ٨: ٢.

٩- الفقيه ٣/٢٥٥: ١٢١١، التهذيب ٣/٤١٢: ١٦٤٦، الوسائل ٧: ١٣٨، أبواب مقدمات النكاح ب ٦٩ ح ٢.

١٠- حكاه الفاضل الهندي في كشف اللثام ٨: ٢.

و عارياً للنهي عنه فيها (١).

و عقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء للنبي: «يكراه أن يغشى الرجل المرأة إن احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى، فإن فعل ذلك و خرج الولد مجنوناً فلا يلومنّ إلّا نفسه» (٢).

و ليس فيها الاجتزاء بالوضوء عن الغسل في رفع الكراهه، كما هنا و في القواعد و اللمعه، و عن النهايه و المهذب و الوسيله (٣). و دليله غير واضح؛ و لذا اقتصر الحلّي على الغسل (٤)، و هو أحوط. و قيده ابن سعيد بتعدّد الغسل (٥).

و لا- تكره معاوده الجماع بغير غسل؛ للأصل، و فعل النبي صلى الله عليه و آله (٦)؛ مع اختصاص الروايه و الفتوى بالاحتلام، و القياس حرام.

و لا ينافيه ما عن الرساله الذهبيه المنسوبه إلى مولانا الرضا عليه السلام:

«الجماع بعد الجماع من غير فصلٍ بينهما بغسلٍ يورث الولد الجنون» (٧).

لا احتمال فتح الغين دون ضمّها، فغايتها استحباب غسل الفرج، و نفى عنه الخلاف في المبسوط، لكن مع ضمّ وضوء الصلاه (٨).

ص: ٣٥

١- و قد تقدمت الإشارة إليها في ص ٣٤ الهامش ٦.

٢- الفقيه ١٢١٢/٢٥٦: ٣، التهذيب ١٦٤٦/٤١٢: ٧، علل الشرائع: ٣/٥١٤، المحاسن: ٣٢١، الوسائل ١٣٩: ٢٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٧٠ ح ١.

٣- القواعد ٢: ٢، اللمعه (الروضه البهيه) ٩٤: ٥، النهايه: ٤٨٢، المهذب ٢: ٢٢٢، الوسيله: ٣١٤.

٤- السرائر ٦٠٦: ٢.

٥- الجامع للشرائع: ٤٥٣.

٦- سنن البيهقي ١٩١: ١٩٢٧.

٧- الرساله الذهبيه للرضا (عليه السلام): ٢٨، بتفاوت يسير، المستدرک ٣٠٨: ٢٠، أبواب مقدمات النكاح ب ١١٨ ح ١٩.

٨- المبسوط ٢٤٣: ٤.

و روى الوشاء الموضوع عن الرضا عليه السلام (١)، كابن أبي نجران مرسلًا عن الصادق عليه السلام فى الجارية يأتها ثم يريد إتيان أخرى (٢).

هذا، و المسامحة فى أدله الكراهه تقتضى الاكتفاء فى الإلحاق بالاحتلام بمجرد احتمال الضمّ، مضافاً إلى كونه الظاهر، فتأمل.

و يكره أيضاً الجماع، و عنده من ينظر إليه بحيث لا ينظر إلى عورته، و إلّا فيحرم.

قال صلى الله عليه و آله: «و الذى نفسى بيده، لو أنّ رجلاً غشى امرأته و فى البيت [صبئ] مستيقظ، يراها و يسمع كلامهما و نفسهما، ما أفلح أبداً، إن كان غلاماً كان زانياً، و إن كانت جارية كانت زانية» (٣).

و عن مولانا الصادق عليه السلام قال: «لا يجامع الرجل امرأته و لا جاريته و فى البيت صبئ، فإنّ ذلك ممّا يورث الزناء» (٤).

و إطلاقهما كإطلاق كلام أكثر الأصحاب يقتضى عدم الفرق بين المميّز و غيره، مع ما عن بعض الكتب عن الصادق عليه السلام: «نهى أن توطأ المرأة، و الصبى فى المهد ينظر إليهما» (٥) فالتخصيص بالميّز لا وجه له.

ص: ٣٦

١- كشف الغمه ٢:٣٠٢، الوسائل ١:٣٨٥ أبواب الموضوع ب ١٣ ح ٢.

٢- التهذيب ٧:١٨٣٧/٤٥٩، الوسائل ٢٠:٢٥٧، أبواب مقدمات النكاح ب ١٥٥ ح ١ و فيه: عن عثمان بن عيسى عمّن ذكره، و هو سهو، و فى التهذيب: عن ابن أبي نجران عمّن رواه.. و أمّا عثمان بن عيسى فقد روى خبر آخر مرسلًا فى التهذيب قبل هذه الرواية، و لعلّ هذا كان منشأً للسهو.

٣- الكافي ٥:٢/٥٠٠، الوسائل ٢٠:١٣٣، أبواب مقدمات النكاح ب ٦٧ ح ٢ و ما بين المعقوفين من المصدر.

٤- الكافي ٥:١/٤٩٩، التهذيب ٧:١٦٥٥/٤١٤، المحاسن ٤٢/٣١٧، الوسائل ٢٠:١٣٢، أبواب مقدمات النكاح ب ٦٧ ح ١.

٥- الجعفریات: ٩٦، المستدرک ١٤:٢٢٨، أبواب مقدمات النكاح ب ٥١ ح ١.

نعم، عن النعمان بن علي بن جابر، عن الباقر عليه السلام: «إياك و الجماع حيث يراك صبيّ يحسن أن يصف حالك» قال: قلت: يا ابن رسول الله، كراهه الشنعه (١)؟ قال: «لا، فإنك إن رزقت ولداً كان شهراً و علماً في الفسق و الفجور» (٢).

فيمكن أن يراد بالتميز ما تضمنه الخبر، و لكن الإطلاق أولى.

و النظر إلى فرج المرأة مطلقاً؛ لإطلاق النهي عنه في وصيه النبي صلى الله عليه و آله لعلي عليه السلام (٣).

و حال الجماع أشد كراهة؛ لإيرائه العمى كما في الموثق (٤).

و إلى الباطن أقوى؛ لوروده في بعض الأخبار (٥).

و ضعف الجميع، و التصريح بنفي البأس في الموثق المزبور كغيره (٦) المعتضد بالأصل، و الشهره العظيمه التي كادت تكون إجماعاً في الحقيقة، كما صرح به في الخلاف (٧) أو جب الجواز، لكن مع الكراهة؛

ص: ٣٧

١- الشنعه: القباحه و الفضاعه مجمع البحرين ٣٥٥:٤.

٢- طب الأئمه: ١٣٣، الوسائل ١٣٤:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٦٧ ح ٨ البحار ٢٩٣/٤٠:١٠٠؛ و في الجميع: النعمان بن يعلى، عن جابر. و لم نقف في معاجم الرجال المتوفره لدينا على من يسمى بالنعمان بن يعلى، و لا بالنعمان بن علي بن جابر.

٣- الفقيه ١٧١٢/٣٥٨:٣، أمالي الصدوق: ١/٤٥٤، علل الشرائع: ٥/٥١٤، الوسائل ١٢١:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٥٩ ح ٥.

٤- التهذيب ١٦٥٦/٤١٤:٧، الوسائل ١٢١:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٥٩ ح ٣.

٥- الخصال: ٦٣٧ (ضمن حديث الأربعمائه)، الوسائل ١٢٤:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٦٠ ح ٤.

٦- انظر الوسائل ١٢٠:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٥٩.

٧- الخلاف ٢٤٩:٤.

للمسامحه. فظهر ضعف قول ابن حمزه بالحرمة (١).

و الكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى فعن مولانا الصادق عليه السلام:

«أتقوا الكلام عند ملتقى الختانين، فإنه يورث الخرس» (٢).

و من الرجل مع كثرته أكد، ففي وصية النبي صلى الله عليه وآله: «يا على لا تتكلم عند الجماع كثيراً؛ فإنه إن قضى بينكما ولد لا يؤمن أن يكون أخرس» (٣).

و تعليل المنع بذلك كالتعليلات السابقة يشعر باختصاصه بصوره احتمال تكوّن الولد لا مطلقاً، فلا كراهه في الحامل و اليائسه، إلّا أنّ متابعه الأصحاب أولى؛ للمسامحه في أدله الكراهه.

مسائل

إشاره

مسائل سبع:

الأولى يجوز النظر إلى وجه امرأه يريد نكاحها و كفيها

الأولى: يجوز النظر إلى وجه امرأه يريد نكاحها و كفيها ظاهرهما و باطنهما، من رؤوس الأصابع إلى المعصم (٤)، مرّة أو مراراً، و إن لم يستأذنها؛ بالإجماع، و النصوص المستفيضة، كالحسن أو الصحيح:

«لا بأس بأن ينظر إلى وجهها و معاصمها إذا أراد أن يتزوجها» (٥).

و الصحيح: «لا بأس بأن ينظر الرجل إلى المرأه إذا أراد أن يتزوجها، ينظر إلى خلفها و إلى وجهها» (٦).

ص: ٣٨

١- الوسيله: ٣١٤.

٢- الكافي ٧/٤٩٨، التهذيب ٧/١٦٥٣/٤١٣، الوسائل ١٢٣: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٦٠ ح ١.

٣- المتقدم ذكرها أعلاه الهامش (٣).

٤- كمتبر، موضع السوار، أو اليد. القاموس ١٥٣: ٤.

٥- الكافي ٥/٣٦٥، الوسائل ٨٨: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ٢.

٦- الكافي ٥/٣٦٥، الوسائل ٨٨: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ٣.

و فى الحسن: عن الرجل يريد أن يتزوّج [المراه] أن ينظر إليها؟ قال:

«نعم، إنما يشتريها بأعلى الثمن» (١).

و نحوه الموثق المروى فى العلل: الرجل يريد أن يتزوّج المراه، يجوز له أن ينظر إليها؟ قال: «نعم، و ترقّق له الثياب؛ [لأنه] يريد أن يشتريها بأعلى الثمن» (٢).

و يشترط العلم بصلاحيّتها: بخلوّها من البعل، و العده، و التحريم، و تجويز إجابتها، و مباشره المريد بنفسه، فلا تجوز الاستنايه فيه و إن كان أعمى. و لا ينافيه إطلاق النصوص؛ حملاً له على المتبادر منه، و اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن.

و منه يظهر اشتراط الاستفاده بالنظر ما لا- يعرف قبله، كما عن بعض الأصحاب (٣)، فردّه بالإطلاق غير جيّد، إلّا إذا نسي ما استفاده، أو احتمل تغييرها قبله.

و فى اشتراط عدم الريبه و التلذذ نظر، أقربه: العدم، إلّا مع خوف الفتنه قبل العقد، وفاقاً للتذكره (٤)؛ عملاً بالإطلاق، مع عدم الصارف.

و الروايه الآتيه المشترطه له لضعفها متروكه، مع أنّها فيما (٥) عدا مفروض (٦) المسأله خاصّه.

ص: ٣٩

١- الكافى ١/٣٦٥، الوسائل ٨٧: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ١ و ما بين المعقوفين من المصدر.

٢- علل الشرائع: ١/٥٠٠، الوسائل ٩٠: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ١١ و ما بين المعقوفين من المصدر.

٣- كالشهيد الثانى فى الروضه ٩٨: ٥، و السبزوارى فى الكفايه: ١٥٣.

٤- التذكره ٥٧٣: ٢.

٥- هو الشعر و المحاسن. منه رحمه الله.

٦- هو الوجه و اليدان. منه رحمه الله.

و ليس فى النصوص غير نفى البأس (١)، فلا- وجه للاستحباب كما فى اللمعه (٢). و على تقدير تضمّنها الأمر أو ورود روايه به، فدلالتها على الاستحباب غير واضحه؛ لورودها فى مقام توهم الحظر، و لا يفيد سوى الإباحه كما برهن فى محلّه. و لكن لا بأس به؛ بناءً على المسامحه فى أدلّه النذب و الكراهه.

و هذه النصوص مع كثرتها مختصّه بالرجل، و إلحاق المرأه به قياس، و الأولويه ممنوعه، و العله المدّعاه مستنبطه، و المنصوصه بالرجل مختصّه، بل الحكمه تقتضى العدم؛ لاحتمال ابتلائها به و لا يمكنها التزويج بعدم رغبته فيها، فمراعاة الأصل لازمه. ثم إنّ المشهور اختصاص الجواز بالموضعين.

و لكن فى روايه مرسله: عن الرجل ينظر إلى المرأه يريد تزويجها، فينظر إلى شعرها و محاسنها، قال: «لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذاً» (٣) و مثلها الموثّق فى المحاسن خاصّه (٤)، و الضعيفه بجهاله الراوى (٥) فى الشعر خاصّه (٦).

و العمل بمضمونها متّجه، وفاقاً للمشايخ الثلاثة (٧)، و لا سيّما

ص: ٤٠

-
- ١- الوسائل ٨٧: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦.
 - ٢- اللمعه (الروضه البهيّه) ٩٧: ٥.
 - ٣- الكافى ٥/٣٦٥: ٥، الوسائل ٨٨: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ٥.
 - ٤- التهذيب ٧/١٧٣٥/٤٣٥: ٧، الوسائل ٨٩: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ٨.
 - ٥- هو الحكم بن مسكين. منه رحمه الله.
 - ٦- الفقيه ٣/١٢٣٩/٢٦٠: ٣، التهذيب ٧/١٧٣٤/٤٣٥: ٧، الوسائل ٨٩: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ٧.
 - ٧- المفيد فى المقنعه: ٥٢٠، الصدوق فى الفقيه ٣: ٢٦٠، الطوسى فى النهايه: ٤٨٤، و الخلاف ٤: ٢٤٧.

القديمين (١)، وجمع من الأصحاب (٢)، لا لها؛ للضعف بالإرسال و غيره.

بل لعدم دليل على المنع يشمل المقام؛ لفقد الإجماع مع الخلاف، وانصراف المطلق من أدلته إلى غيره، بناءً على عدم تبادره، فالأصل:

الإباحه، مضافاً إلى إشعار تعليقه الوارد في الأخبار من خوف الوقوع في الفتنة (٣)، و أنه سهم من سهام إبليس (٤) بعدم العموم لمثله.

و للموثق المتقدم وإن اختص بالمحاسن.

و إلحاق الشعر بها إيمًا بناءً على عموم المحاسن؛ لتفسيرها بمواضع الزينه، أو ما خلا العوره، أو الشعر منها بالبدييهه. و أمّا بعدم القائل بالفرق.

مضافاً إلى الصحيح فيه (٥) المروي في الفقيه (٦)، مع تأيدهما بالضعيفين (٧)، و إطلاق الحسن المتقدم و الموثق بعده (٨)، مع عموم التعليل المنصوص المبيح للنظر في الموضوعين، و اعتضادهما بخصوص ما دلّ على الوجه و الكفين (٩)؛ بناءً على ندره تحقّقهما و لا سيّما الأول بدون المحاسن و الشعر، و لزوم الاقتصار عليهما طرح البحث كالأخبار من أصله، إلّا في صورته نادره لا يمكن حمل الإطلاق عليها. إلّا أنّ مراعاة

ص: ٤١

١- لم نعره عليه.

٢- منهم الحلبي في الكافي: ٢٩٦، العلامه في القواعد ٢: ٢، الشهيد في الروضه ٩٧: ٥.

٣- الكافي ٥٢١/٥: ٥، الوسائل ١٩٢: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٤ ح ٤.

٤- التهذيب ٤٣٥/١٧٣٦: ٧، الوسائل ٨٩: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ٩.

٥- أي الشعر. منه رحمه الله.

٦- الفقيه ٢٦٠/١٢٣٩: ٣، الوسائل ٨٩: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٣٦ ح ٧.

٧- أي المرسله و الضعيفه المتقدمتين أعلاه.

٨- راجع ص ٣٨ ٣٩.

٩- الوسائل ٢٠٠: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٩.

المشهور و الاحتياط أولى.

و كذا يجوز النظر إلى وجه أمه يريد شراءها و كفيها، اتفاقاً كما حكاها جماعة (١).

للمستفيضة المنجبر ضعفها بالشهره، منها: عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها، قال: «لا بأس أن ينظر إلى محاسنها و يمسها، ما لم ينظر إلى ما ينبغى النظر إليه» (٢).

و فيه الدلاله على جوازه فى الشعر و المحاسن، بل ما عدا العوره كما عن التذكرة (٣)؛ له، و للحاجه، و تضمن التعريض للبيع الإذن فيه.

و فيه نظر؛ لضعف الخبر، و عدم جابر له فى محلّ البحث، مع طرؤ الإجمال له بالاستثناء؛ بناءً على إجمال المستثنى، و احتمال ما عدا الوجه و الكفين، و عدم تعيينه للعوره، فتأمل.

و تندفع الحاجه بالردّ بالعيب أو بالخيار.

و الإذن فى ضمن التعريض غير معلوم، و لا كلام معه.

و لعلّه لذا اقتصر المفيد على الوجه و الشعر (٤)، و الشيخ ظاهراً عليهما و على اليمين (٥)، و هو المحكى عن ظاهر التحرير (٦).

نعم، فى المسالك دعوى الوفاق فى الشعر و المحاسن (٧)؛ و هو

ص: ٤٢

١- منهم الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٨، الشهيد الثانى فى المسالك ٤٣٥: ١.

٢- التهذيب ٧٥/ ٣٢١، الوسائل ٢٧٣: ١٨ أبواب بيع الحيوان ب ٢٠ ح ١.

٣- التذكرة ٥٧٣: ٢.

٤- المقنعه: ٥٢٠.

٥- راجع النهايه: ٤٨٤، المبسوط ١٢٩: ٢.

٦- التحرير ٣: ٢.

٧- المسالك ٤٣٥: ١.

الحجّه فيهما، مع ما مرّ من جواز النظر إليهما في الزوجه (١)، فهنا بطريق أولى.

و الاقتصار عليهما مع الوجه و الكفّين أولى، و إن كان ما في التذكرة من إباحه النظر إلى ما عدا العوره ليس بذلك البعيد، لا لما مرّ؛ بل للأصل، مع انتفاء المُخرج عنه؛ لفقد الإجماع، و انصراف إطلاق أخبار المنع (٢) إلى ما عداهن، أو إليهنّ في غير محلّ البحث.

بل المستفاد من بعض الأخبار: الجواز مطلقاً (٣) مع الكراهه:

منها: «لا أحبّ للرجل أن يقلب جاريه إلّا جاريه يريد شراءها» (٤).

و في آخر: «إني اعترضت جوارى المدينه، فأمدت، فقال: «أما لمن تريد الشراء فلا بأس، و أما لمن لا تريد أن تشتري فإني أكرهه» (٥).

و يؤيد ما اختاره (٦) في المقام: الخبر المروى في قرب الإسناد: «إنّ عليّاً عليه السلام كان إذا أراد أن يشتري الجاريه يكشف عن ساقها فينظر إليها» (٧).

و كذا يجوز النظر إلى أهل الذمّه و شعورهنّ، على الأشهر الأظهر؛ للأصل، مع فقد الصارف عنه من إجماع و غيره.

ص: ٤٣

١- في ص ٤٠.

٢- المتقدمه في ص ٤١.

٣- حتى في صوره عدم الشراء. منه رحمه الله.

٤- التهذيب ٢٣٦/١٠٣٠:٧، الوسائل ٢٧٤:١٨ أبواب بيع الحيوان ب ٢٠ ح ٣ و فيه بتفاوت يسير.

٥- التهذيب ٢٣٦/١٠٢٩:٧، الوسائل ٢٧٣:١٨ أبواب بيع الحيوان ب ٢٠ ح ٢.

٦- أي التذكرة. منه رحمه الله.

٧- قرب الإسناد: ٣/١٠٣٤٤، الوسائل ٢٧٤:١٨ أبواب بيع الحيوان ب ٢٠ ح ٤.

و خصوص الخبر، بل الصحيح أو القوي: «لا حرمه لساء أهل الذمه أن ينظر إلى شعورهنّ و أيديهنّ» (١).

و مثله الآخر: «لا بأس بالنظر إلى أهل تَهَامِه (٢) و الأعراب و أهل البوادي من أهل الذمه و العُلُوج (٣)؛ لأنهنّ لا ينتهين إذا نُهين» (٤) و ضعفه كأول لو كان منجبراً بالأصل و الشهره.

خلافاً للحلّي و المختلف (٥)؛ لإطلاق الآيه قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ [١] (٦). قلت: بل هي مجمله، و على تقدير الإطلاق فهو مقيد بما تقدّم، و الحسن المتضمن لأنهنّ مماليك الإمام (٧)، فيكنّ بمنزله الإماء اللاتي يجوز النظر إليهنّ و إلى شعورهنّ مطلقاً في المشهور كما حكى (٨)؛ للروايات المتقدمه. و ضعفها بالشهره المحكيه مع أصاله الإباحه منجبر.

و لا يخفى عليك منافاه هذا التعليل المقتضى لجواز النظر إليهنّ على

ص: ٤٤

- ١- الكافي ١/٥٢٤: ٥، الوسائل ٢٠: ٢٠٥ أبواب مقدمات النكاح ب ١١٢ ح ١.
- ٢- تَهَامِه: اسم لكلّ ما نزل عن نجد من بلاد الحجاز. قيل: هي مشتقه من: تَهَمَ الحرُّ، اشتدّ مع ركود الريح لشده حرّها. و في المجمع: هي مشتقه من التهم و هي الحرّ و سكون الريح؛ و هي أرض أولها ذات عِرْق من قِبَل نجد إلى مكّه و ما وراها بمرحلتين أو أكثر، و تأخذ إلى البحر مجمع البحرين ٦: ٢٤.
- ٣- العِلج: الرجل من كَفَّار العجم، و الأُنثى عِلجَه لسان العرب ٢: ٣٢٦.
- ٤- الكافي ١/٥٢٤: ٥، الفقيه ٣٠٠/١٤٣٨: ٣، علل الشرائع: ١/٥٦٥ بتفاوت يسير، الوسائل ٢٠: ٢٠٦ أبواب مقدمات النكاح ب ١١٣ ح ١.
- ٥- الحلّي في السرائر ٢: ٦١٠، المختلف: ٥٣٤.
- ٦- النور: ٣٠.
- ٧- الكافي ١١/٣٥٨: ٥، التهذيب ٧: ١٧٩٧/٤٤٩، الوسائل ٢٠: ٥٤٥ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٨ ح ١.
- ٨- حكاة السبزواري في الكفايه: ١٥٣.

العموم تقييده سابقاً بإرادته الشراء، ولا يُدّ في دفعها من تكلف.

و كيف كان، فالأقوى الجواز مطلقاً ما لم يكن لتلذذ ولا ريبه، و معهما فلا؛ حسماً لمادّه الفساد، و حذراً من وقوع النفس في التهلكه.

و يجوز أن ينظر الرجل و السيد إلى جسد زوجته مطلقاً، و أمته الغير المزوجه من الغير مطلقاً كالعكس باطناً و ظاهراً إجماعاً؛ للأصل، و فحوى جواز الجماع، و ما تقدّم من الأخبار النافيه للبأس عن النظر إلى سوءه الزوجه (١).

و المرسل كالصحيح: في الرجل ينظر إلى امرأته و هي عريانه، قال:

«لا بأس بذلك، و هل اللذه إلّا ذاك» (٢).

و إلى محارمه و هنّ هنا: اللاتي يحرم نكاحهنّ مؤيّداً، بنسب أو رضاع أو مصاهره، فيما قطع به الأصحاب ما خلا العوره التي هنا هي الدبر و القبل.

و الحكم بذلك مع عدم التلذذ و الريبه مشهور بين الأصحاب، بل قيل: مقطوع به بينهم (٣)، مشعراً بدعوى الوفاق، بل صرح به بعض الأصحاب (٤).

و المستند فيه بعده الأصل السالم عمّا يصلح للمعارضه، و الآيه الكريمة وَ لَا يُبَدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ [١] الآيه (٥)، و الزينه تعم الظاهره

ص: ٤٥

١- راجع ص ٣٧.

٢- الكافي ٤٩٧/٥، التهذيب ٤١٣/١٦٥٢، الوسائل ١٢٠: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٥٩ ح ١.

٣- نهايه المرام ٥٥: ١.

٤- كالفاضل الهندي في كشف اللثام ٩: ٢.

٥- النور: ٣١.

و الباطنه، و منها: الذراعان و مستور الخمار كما فى الصحيح (١).

و فى صحيحه منصور دلالة على جواز تغسيل المحارم، كالزوجه دائمه كانت أو منقطعه مجردات، إلا أن يلقى على عورتها خرقه (٢).

و الأخبار الدالة على الأمر به من وراء الثياب (٣) محمول على الاستحباب عند جماعه من الأصحاب (٤)، و يؤيده ورود مثله فى الزوجه (٥)، مع كونه للاستحباب بالبديهة.

و إذا ثبت جواز النظر حال الموت فكذلك حال الحياه؛ لعدم الفارق، مع ما ورد من أن حرمة المؤمن ميتاً كحرمته حياً (٦).

و فى الخبر القوى على القوى نفى البأس عن النظر إلى شعورهن (٧).

و قيل بالمنع فيما عدا الوجه و الكفين و القدمين؛ لكونهن عوره، خرجت الأمور المتفق عليها و بقى الباقي (٨).

و فيه: منع كليه الكبرى؛ لجواز النظر إليهن فيما عدا المتفق عليه

ص: ٤٦

-
- ١- الكافي ٥/١٥٢٠، الوسائل ٢٠:٢٠٠ أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٩ ح ١.
 - ٢- الكافي ٣/١٥٨، التهذيب ١٤١٨/٤٣٩، الإستبصار ١/٦٩٩، الوسائل ٢:٥١٦ أبواب غسل الميت ب ٢٠ ح ١.
 - ٣- الوسائل ٢:٥١٦ أبواب غسل الميت ب ٢٠.
 - ٤- منهم الشهيد فى الذكري: ٣٩، المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١:٣٦٠، السبزواري فى الكفاية: ٦.
 - ٥- الفقيه ١:٤٣٣/٩٤، الوسائل ٢:٥١٦ أبواب غسل الميت ب ٢٠ ح ٢.
 - ٦- التهذيب ١٣٢٤/٤١٩، المقنع: ١١، الوسائل ٣:٢١٩ أبواب غسل الميت ب ٥١ ح ١.
 - ٧- الفقيه ٣:١٤٦١/٣٠٤، الوسائل ٢٠:١٩٣ أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٤ ح ٧.
 - ٨- انظر إيضاح الفوائد ٣:٩، التنقيح الرائع ٣:٢٢.

أيضاً، كإباحه النظر إلى الأمور المسلّمه، مع كونها بالإجماع من العوره، فلا- تلازم بين العوره و حرمة النظر لجميع الأشخاص بالكلية، بل تلازمها في الجملة. و لا ينافي ذلك صدق العوره عليها؛ لاحتمال كونه بالنظر إلى غير المحارم.

و ربما خُصّت الإباحه بالمحاسن خاصّه، و هي مواضع الزينه؛ جمعاً بين الآيه المتقدمه (١)، و الأخرى قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا [١] الآيه (٢).

و هو أحوط؛ لأخصّيه الآيه الأولى عن تمام المدعى، مع ما في الخبر المروى في تفسير عليّ بن إبراهيم في تفسير الزينه في الآيه المزبوره:

«فهي الثياب و الكحل و الخاتم و خضاب الكفّ و السوار، و الزينه ثلاث:

زينه للناس، و زينه للمحرّم، و زينه للزوج، فأما زينه الناس فقد ذكرناه، و أما زينه المحرّم: فموضع القلاده فما فوقها و الدُّمُج (٣) و ما دونه و الخلخال و ما أسفل منه، و أما زينه الزوج: فالجسد كله» (٤) انتهى.

و فيه دلالة و لو بضميمه (٥) على جواز النظر إلى الوجه و الكفّين من الأجنبيّه مطلقاً (٦) كما هو أحد الأقوال في المسأله استناداً إليها، مع الأصل، و الآيه وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ [٢] (٧). بناءً على تفسير الزينه الظاهره بأمر أربعه لا يمكن إرادته بعضها

ص: ٤٧

١- في ص ٤٥.

٢- النور: ٣٠.

٣- الدُّمُج: المِعْضَد من الحُلِّي لسان العرب ٢: ٢٧٦.

٤- تفسير القمي ٢: ١٠١، المستدرک ١٤: ٢٧٥ أبواب مقدمات النكاح ب ٨٥ ح ٣.

٥- من الإجماع المركب. منه رحمه الله.

٦- أي مرّه أو مراراً. منه رحمه الله.

٧- النور: ٣١.

كالتياب لعدم الدليل عليه، بل وقيام الدليل على خلافه من العموم المستفاد من لفظه: ما الموضوع له، فلا وجه لتخصيصها بها، فتعيّن إرادته البوقى:

أحدها: الكحل و الخاتم و الخضاب فى الكفّ، كما قيل (١)؛ للخبر المتقدّم، و غيره بنقص الأخير، كروايه زراره (٢)، و ليس فى سندها من يتوقّف فيه، سوى قاسم بن عروه، و قد قيل بحسنه (٣)، و نحوهما خبر آخر (٤)، لكن بزياده: «المسكه» (٥) بدل: الكحل و الخضاب.

و ثانيها: الوجه و الكفّان، و ربما أشعر به الخبر المجوّز لرؤيتهما (٦).

و ثالثها: الكفّ و الأصابع.

و ذكّر الأوّلين قولاً الطبرسىّ فى جامع الجوامع (٧)، و روى الثالث عنهم عليهم السلام (٨).

و الأخبار و إن ضعف سندها إلّا أنّ العرف المحكّم فى الألفاظ يؤيّدتها.

ص: ٤٨

- ١- قال به الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٩.
- ٢- الكافى ٥/٣/٥٢١، الوسائل ٢٠:٢٠١ أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٩ ح ٣.
- ٣- حكاة ابن داود عن الكشى فى رجاله ١:١٥٣.
- ٤- الكافى ٥/٤/٥٢١، الوسائل ٢٠:٢٠١ أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٩ ح ٤.
- ٥- المسك: أسوره من دَبْلٍ أو عاج، و الذبّل: شىءٌ كالعاج مجمع البحرين ٥:٢٨٨.
- ٦- الآتى فى الهامش (٢) من ص ٤٩.
- ٧- قال فى الذريعه ٥:٤٨ لكن الصحيح: جوامع الجامع، و كذا ذكره فى ص: ٢٤٨.
- ٨- جامع الجوامع: ٣١٤ ٣١٥.

و على هذه التفاسير يثبت المطلوب. أمّا على الثاني فواضح، وكذا الأول و الثالث، لكن بعد ضمّ الإجماع، ويدلّ عليه مضافاً إلى المتقدّم الصحيح المروى في الكفاية عن قرب الإسناد، وفيه: عمّا تُظهِر المرأة من زينتها؟ قال: «الوجه و الكفّان» (١).

و المرسل: ما يحلّ للرجل أن يرى من المرأة إذا لم يكن محرّماً؟ قال: «الوجه و الكفّان و القدمان» (٢).

و الإرسال غير قادح؛ لاعتضاده بالأصل، و فتوى جماعه به، كالكليني و الشيخ في النهاية و التبيان و كتابي الحديث و ظاهر المسالك و سبطه في الشرح (٣)، و جماعه من متأخري المتأخرين (٤) مطلقاً، و المحقّق الثاني كما حكى، و المصنّف في الشرائع و العلّامة في جملة من كتبه، و اللمعة و الروضة (٥) في الجملة، و نسبة الصيمري في شرح الشرائع إلى الأكثر.

فلا- يقدح فيه الاشتمال على القدمين، المجمع على عدم جواز النظر إليهما، و إن هو إلّا كالعامّ المخصّص، مضافاً إلى عدم ذكر الشارح المزبور لهما، فيقوى احتمال الزيادة.

و الخبر الذي لا تبعد صحّته كما قيل (٦) -: عن الرجل ما يصلح له

ص: ٤٩

١- الكفاية: ١٥٣، و هو في قرب الإسناد: ٢٧٠/٨٢، البحار ٧/٣٣: ١٠١.

٢- الخصال: ٧٨/٣٠٢، الوسائل ٢٠: ٢٠١ أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٩ ح ٢.

٣- الكليني في الكافي ٥: ٥٢١، النهاية: ٤٨٤، التبيان ٧: ٤٢٨، التهذيب و الاستبصار: لم نعثر عليه فيهما، المسالك ١: ٤٣٦، نهاية المرام ١: ٥٥.

٤- منهم السبزواري في الكفاية: ١٥٣، الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٩، صاحب الحقائق ٢٣: ٥٥.

٥- المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٢: ٢٨، الشرائع ٢: ٢٦٩، العلّامة في القواعد ٢: ٣، و التذكرة ٢: ٥٧٣، و التحرير ٢: ٣، الروضة ٥: ٩٩.

٦- قال به السبزواري في الكفاية: ١٥٤.

أن ينظر إليه من المرأة التي لا تحلّ له؟ قال: «الوجه والكفان و موضع السوار» (١).

و احتمال إرادته المَحْرَم من المرأة في السؤال بعيد، مع دلالة حصر المحلّ منها في الثلاثة على إرادته غيرها من الأجانب؛ للإجماع على عدم الحصر فيها، مع أنّ العموم الناشئ عن ترك الاستفصال كافٍ في الاستدلال. ولا تقدر في الحجية زياده السوار؛ لما تقدّم.

و ممّا ذُكر ظهر وجه اندفاع المناقشات في هذه الأدلّة، سيّما مع اعتضادها بالشهره في الجملة، الظاهره و المحكيه، و بحجّه أُخرى في غايه القوّه بحيث كادت تُعدّ من الأدلّه القطعيّه و هي فحاوى كثير من الأخبار الوارده في أبواب النظر إلى النسوة، المتواتره معنّى، المتضمّنه لحكمه منعاً و جوازاً، سؤالاً و جواباً و بياناً؛ لدلالاتها على الجواز من حيث كون محطّ الحكم فيها بطرفيه في كلّ من السؤال و الجواب و البيان هو خصوص الشعر و اليدين و الرأس و الذراعين و غيرهما، و بالجملة: ما عدا الوجه و الكفّين، مع أنّهما أولى بالسؤال عن حكمهما و بيانه بحسب النظر بشدّه الابتلاء به، و غلبته و سهولته، من حيث عدم احتياجه إلى كشف ساتر من خمار و مقنعه، دون الرأس و الشعر؛ لندرته الابتلاء بالنظر إليهما و عسره؛ للاحتياج إلى كشف الستور عنهما غالباً.

فالسكوت عن حكمهما (٢) مطلقاً سؤالاً و بياناً كاشف عن وضوح حكمهما جوازاً لا عكساً، و إلّا لكان حكم النظر إليهما (٣) منعاً أخفى من

ص: ٥٠

١- قرب الإسناد: ٢٢٧/٨٩٠، البحار ١١/٣٤: ١٠١.

٢- أى: الوجه و الكفّين.

٣- أى الرأس و الشعر.

حكم النظر إلى الوجه و الكفّين كذلك (١) جداً، و هو مخالف للبدية قطعاً؛ لاتّفاق المسلمين على ثبوت المنع فى النظر إليهما مطلقاً، و خفاؤه فى النظر إلى الوجه و الكفّين، بحيث ذهب الأكثر إلى حله فى الجملة أو مطلقاً.

و يدلّ على أوضحيه حكم النظر منعاً منه كذلك فى الوجه و الكفّين أيضاً: تجويزهم النظر إليهما لمريد التزويج المتمكّن منه، و اختلافهم فى تجويزه إلى الشعر كما مضى (٢)، و ليس هذا إلّا لما ذكرنا كما لا يخفى.

و لو لم يكن فى المسأله دليل على الجواز غير فحاوى هذه الأخبار لكفانا؛ لحصول الظنّ القويّ القريب من القطع بكون الحكم فيها الجواز، فلا ينبغى أن يرتاب فيه، و إن كان الأحوط: الترك مهما أمكن، من باب التسامح فى أدله السنن.

هذا، مضافاً إلى النصوص الواردة فى كتاب الحجّ فى باب: ما يجوز أن تلبسه المحرمه من الثياب، و هى كثيره:

منها الصحيح: «مرّ أبو جعفر عليه السلام بامرأه متنّبه و هى محرمه، فقال:

أحرمى و أسفرى و أرخ ثوبك من فوق رأسك، فإنك إن تنقبت لم يتغيّر لونك، فقال رجل: إلى أين ترخيه؟ فقال: تغطى عينيها» الحديث (٣).

و الصحيح: «تسدل الثوب على وجهها» قلت: حدّد ذلك إلى أين؟ قال: «إلى طرف الأنف قدر ما تبصر» (٤).

ص: ٥١

١- أى منعاً. منه رحمه الله.

٢- راجع ص ٤٠.

٣- الكافى ٤/٣٤٤، التهذيب ٥/٢٤٥/٧٤، الوسائل ١٢:٤٩٤ أبواب تروك الإحرام ب ٤٨ ح ٣.

٤- الكافى ٤/٣٤٤، التهذيب ٥/٢٤٣/٧٣، الوسائل ١٢:٤٩٣ أبواب تروك الإحرام ب ٤٨ ح ٢.

و الخبر الضعيف بسهل الذى ضعفه سهل-: «مرّ أبو جعفر عليه السلام بامرأه محرمة قد استترت بمرزوحه، فأماط المروحه بنفسه عن وجهها» (١).

و الأمر بالإرخاء فى الأوّل و السدل فى الثانى للرخصه؛ لعدم القائل بوجوب ستر قدر ما أمر فىهما بستره قطعاً.

و هذه النصوص سيّما الأخير، و الأوّل من حيث التعليل ظاهره فى عدم تستر تلك النسوة بشيء آخر غير ما تسترن به من كجاوه (٢) و نحوها، و هذا أيضاً ممّا يدلّ على ما قدّمناه من أشدّيه حكم الشعر منعاً من حكم الوجه جدّاً كما لا يخفى.

و الاستدلال للجواز بإطباق الناس على خروج النسوة سافرات، غير موجّه، كالاستدلال للمنع باتفاقهم من منع خروجهنّ غير متسترات.

لمخالفتها الوجدان؛ لاختلاف الناس فى الزمان، فبين من يجرى على الأوّل، و من يحذو حذو الثانى.

و تزيد الحجّه على الثانى باحتمال استناده إلى غيره و الاحتجاب من الناظر بشهوه، الغير الحاصل إلّا به مطلقاً.

و يشاركه فى الضعف باقى أدلته، كعمومى لا يُبَدِين زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ [١] (٣) و يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ [٢] (٤) لتخصيصهما بما ظهر من الأدلّه؛ مع إجمال الثانى، مع عدم المبيّن لها، سوى الإجماع المنحصر بيانه

ص: ٥٢

١- الكافى ٤: ٩/٣٤٦، الفقيه ٢١٩/١٠١٠/٢، قرب الإسناد ٣٦٣/١٣٠٠، الوسائل ١٢: ٤٩٤، أبواب تروك الإحرام ب ٤٨ ح ٤.

٢- كجاوه: كلمه فارسىه تعنى: الهودج؛ و هو من مراكب النساء مقبّب و غير مقبّب لسان العرب ٣: ٣٨٩.

٣- النور: ٣١.

٤- النور: ٣٠.

فى القدر المتمعق عليه، و لا كلام فىه.

و حدىث (١) الخنعميه (٢)؛ إذ لا دلالة فىه عليه، لو لم يدل على الجواز.

و كذا غير ما ذكر من الأدله التى أجبنا عنها فى رساله مفرده فى المسأله.

مضافاً إلى ندره القول بالمنع مطلقاً؛ لعدم نقله إلا عن التذكرة و فخر الدين (٣)، و إن مال إليه بعض من تأخر عنهما (٤).

و قيل بالجواز مره و الحرمة ثانيه (٥)؛ لأخبار (٦) أكثرها ضعيفه السند، قاصره الدلالة كالمعتبر منها، و قد أوضحنا جميع ذلك فى الرساله، من أراد التحقيق فليرجع إليها.

نعم، هو أحوط، و أحوط منه الأول.

و تتحد المرأه مع الرجل، فتمنع فى محل المنع و لا- فى غيره إجماعاً؛ و يشير إليه المقطوع المروى فى الكافى، الأمر لعائشه و حفصه بدخولهما البيت بعد دخول الأعمى عليهما (٧).

و يستثنى من الحكم مطلقاً (٨) إجماعاً: محل الضروره، و القواعد من

ص: ٥٣

١- البحار ٣/٣٥١: ٩٦، المستدرک ١٤: ٢٦٩ أبواب مقدمات النكاح ب ٨١ ح ٧.

٢- خنعم: أبو قبيله، و هو خنعم بن أنمار من اليمن، و يقال: هم من معدّ، و صاروا باليمن. الصحاح ٥: ١٩٠٩، مجمع البحرين ٥: ٥٥.

٣- التذکره ٥٧٣: ٢، فخر الدين فى إيضاح الفوائد ٣: ٦.

٤- كالشهيد الثانى فى الروضه ٥: ٩٩.

٥- قال به الشهيد فى اللمعه (الروضه البهيه) ٥: ٩٩.

٦- الوسائل ٢٠: ١٩٠، أبواب مقدمات النكاح ب ١٠٤.

٧- الكافى ٥: ٢/٥٣٤، الوسائل ٢٠: ٢٣٢، أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٩ ح ١.

٨- أى فى الرجل كان أو المرأه، فى محلّ الوفاق أو الخلاف. منه رحمه الله.

النسوة، والصغير غير المميز، والصغيرة، فيجوز النظر منهنّ مطلقاً، وإيهنّ كذلك، على الأقوى؛ للأصل، مع فقد الصارف، واختصاص أدله المنع على تقدير ثبوتها بغيرهم بمقتضى التبادر.

مضافاً إلى الآيتين في القواعد (١) والصغير (٢) بالنسبة إلى المرأة، مع الصحاح في القواعد (٣).

و في جواز نظر المميز إلى المرأة إن لم يكن محلّ ثوران تشوّق و شهوه قولان، أحوطهما: المنع، فيمنعه الوليّ له عنه.

و في جواز نظر المرأة إلى الخصى المملوك لها و العكس خلاف بين الأصحاب، ينشأ من الأصل، و عموم و لا ما ملكت أيمانهنّ [١] (٤) الشامل لمحلّ النزاع، كالمستفيضه (٥) التي فيها الصحيح و الموثّق و غيرهما، المجوّزه لرؤيه المملوك مالكته مطلقاً في بعض، و مخصّصاً بالشعر في آخر. و خروج غيره (٦) منها لشبهه الإجماع غير قادح.

مضافاً إلى عموم التابيعين غير أولي الأربيه من الرجال [٢] (٧) المفسّر بما يشمله.

و خصوص الصحيح: عن قناع الحرائر من الخصيان، قال: «كانوا يدخلون على بنات أبي الحسن عليه السلام و لا يتقنعن» قلت: فكانوا أحراراً؟

ص: ٥٤

١- النور: ٦٠.

٢- النور: ٣١.

٣- الوسائل ٢٠٢: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ١١٠.

٤- الأحزاب: ٥٥، و في «ح» أو ما ملكت أيمانهنّ النور: ٣١.

٥- الوسائل ٢٢٣: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٤.

٦- أي الخصى. منه رحمه الله.

٧- النور: ٣١.

قال: «لا» قلت: فالأحرار تتقنع منهم؟ قال: «لا» (١).

و من (٢) الاستصحاب، و ما قيل في الجواب عن الآية الأولى من اختصاص ملك اليمين فيها بالإماء (٣)؛ جمعاً بينه و بين الأمر بغضّ البصر و حفظ الفرج مطلقاً.

و لا يرد دخولهنّ في نسائهنّ؛ لاختصاصهنّ بالمسلمات، و عموم ملك اليمين للكافرات.

و للخبرين، في أحدهما: قال: قلت: يكون للرجل الخصي يدخل على نسائه فيناولهنّ الوضوء فيرى شعورهنّ، فقال: «لا» (٤).

و في الآخر: عن أمّ الولد هل يصلح لها أن ينظر إليها خصي مولاه و هي تغتسل؟ قال: «لا يحلّ ذلك» (٥).

و هما أرجح من الصحيح السابق؛ لموافقته لما عليه سلاطين العامة، كما صرح به شيخ الطائفة (٦)، فيترجّحان عليه و إن صحّ سنده لمقبوله عمر بن حنظله (٧).

ص: ٥٥

-
- ١- الكافي ٣/٥٣٢، الوسائل ٢٠: ٢٢٥، أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٥ ح ٣، و في التهذيب ٧: ١٩٢٦/٤٨٠، و الاستبصار ٣: ٩٠٣/٢٥٢، و عيون الأخبار ٢: ٤٤/١٧ صدر الحديث.
 - ٢- إشاره إلى المنشأ الآخر للخلاف.
 - ٣- انظر السرائر ٢: ٦١٠، مجمع البيان ٤: ١٣٨، التبيان ٧: ٤٣٠.
 - ٤- الكافي ٢/٥٣٢، الفقيه ٣: ١٤٣٤/٣٠٠، التهذيب ٧: ١٩٢٥/٤٨٠، الإستهبار ٣: ٩٠٢/٢٥٢، الوسائل ٢٠: ٢٢٦، أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٥ ح ٢. و الوضوء بفتح الواو اسم الماء الذي يتوضأ به مجمع البحرين ١: ٤٤٠.
 - ٥- الكافي ٥: ١/٥٣٢، الوسائل ٢٠: ٢٢٥، أبواب مقدمات النكاح ب ١٢٥ ح ١.
 - ٦- التهذيب ٧: ٤٨٠، الاستبصار ٣: ٢٥٢.
 - ٧- الكافي ٧: ٥/٤١٢، الفقيه ٣: ١٨/٥، التهذيب ٦: ٨٤٥/٣٠١، الاحتجاج ٣: ٣٥٥، الوسائل ٢٧: ١٠٦، أبواب صفات القاضي ب ٩ ح ١.

و هذا هو الأشهر، بل عن الخلاف: عليه الإجماع (١)، و هو أحوط، و إن كان في تعيينه نظر؛ للنظر في تخصيص ملك اليمين بالإمام من دون دليل، و مجرد الجمع غير كافٍ بلا دليل، مع حصوله بتقييد الثانيه بالأولى بعد تسليم إطلاقها و وضوح دلالتها.

و مثله تخصيص نساءهنّ بالمسلمات، مضافاً إلى كونه خلاف المشهور.

و الخبران مع قصور إسنادهما خارجان عن محلّ البحث، فلا ينفعهما الجبر بالشهره بالنسبه إليه، كمخالفتها العامه، مضافاً إلى معارضتها (٢) بموافقته الكتاب في مقامين في المستفيضه.

و الشهره في محلّ البحث من غير دليل غير كافيّه.

مضافاً إلى المرجّحات الأخر، كصحّحه السند، و الاستفاضه في معاضدها، و بها تترجّح عليهما.

و التساوى بعد تسليمه يوجب التساقط، فتعيّن المصير معه إلى الأصل. فالمصير إلى الجواز في غايه القوه، لولا الإجماع المنقول المعتضد بالشهره، و إن أمكن الجواب عنه أيضاً، إلّا أنّ الأحوط و الأولى:

المشهور.

و مثله الكلام في نظر المملوك إلى مالكته، و الخصي إلى غير مالكته، إلّا أنّ المنع في الأول أقوى منه في السابق.

و ليس للرجل مطلقاً حتى الأعمى سماع صوت الأجنبية بتلذذ أو خوف فتنه، إجماعاً، و بدونهما أيضاً، كما في القواعد و الشرائع، و عن

ص: ٥٦

١- الخلاف ٢٤٩: ٤.

٢- أي معارضه المخالفه.

للحسن (٢) و غيره (٣): «النساء عي (٤)، فاستروا العورات بالبيوت، و العي بالسكوت». و هو معارض بالأصل و مثله: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله يسلم على النساء و يرددن عليه، و كان أمير المؤمنين عليه السلام يسلم على النساء، و كان يكره أن يسلم على الشابه منهن، و يقول: أتخوف أن يعجبني صوتها فيدخل علي أكثر مما طلبت من الأجر» (٥).

و الأخبار المانعه عن ابتدائها بالسلام (٦) قاصرة بحسب الإسناد، فلا تعارض الحسن المزبور.

مع اعتضاده بما تواتر من سؤالهن النبي صلى الله عليه و آله و الأئمة عليهم السلام بمحضر الناس، مع عدم منعهم لهن، بل و تقريرهن على ذلك.

و ما روى من خطبه سيده النساء بمحضر من جماعه من الصحابه في نهايه البلاغه و الفصاحه، و هي الآن موجوده مرويه في الكتب المعروفة، ككشف الغمه (٧).

ص: ٥٧

-
- ١- القواعد ٢:٣، الشرائع ٢:٢٦٩، التحرير ٢:٣، الإرشاد ٢:٥، نقله عن التلخيص الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٩.
 - ٢- أمالي الطوسي: ٦٧٤، البحار ٥٠/٢٥٢: ١٠٠.
 - ٣- الكافي ١/٥٣٤، الوسائل ٢٠:٢٣٤، أبواب مقدمات النكاح ب ١٣١ ح ١؛ بتفاوت يسير.
 - ٤- العي: ضد البلاغه جمهره اللغه ١:١٥٨.
 - ٥- الكافي ٣/٥٣٥، الفقيه ٣/١٤٣٦/٣٠٠، الوسائل ٢٠:٢٣٤، أبواب مقدمات النكاح ب ١٣١ ح ٣.
 - ٦- الوسائل ٢٠:٢٣٤، أبواب مقدمات النكاح ب ١٣١.
 - ٧- كشف الغمه ١:٤٨٠.

مضافاً إلى لزوم المنع منه العسر و الحرج، المنفيين عقلاً و نقلاً، كتاباً و سنّه.

فالجواز أقوى، وفاقاً لمقطوع التذكرة (١)، و ظاهر جماعه كشيخنا في المسالك (٢) و نُسب إلى جدّي العلامه المجلسي طاب ثراه (٣).

لكن الأحوط ترك ما زاد على خمس كلمات؛ لنهي النبي صلى الله عليه و آله، المروي في الفقيه في حديث المناهي، قال: «و نهى أن تتكلم المرأة عند غير زوجها أو غير ذى محرم منها أكثر من خمس كلمات ممّا لا بدّ لها منه» (٤).

و ضعف السند مع الاشتغال على كثير من النواهي المستعمله في الكراهه يوهن حمل النهي فيه على الحرمة.

مضافاً إلى مخالفته لما عليه الأمّه من جواز سماع صوتهنّ مطلقاً و لو زائداً على المقدار المذكور مع الضروره، فمنعها عمّا زاد معها مخالفتٌ للبديهه.

و لعلّ جميع ذلك أماره الكراهه، و أحوط منه الترك بالمرّه، إلّا أن تدعو إليه حاجه أو ضروره.

الثانيه في الوطء في الدُّبر

الثانيه في الوطء في الدُّبر مطلقاً لزوجه كان أو أمه خلاف بين الأصحاب.

و فيه روايتان، أشهرهما بل المجمع عليه كما في التذكرة و عن

ص: ٥٨

١- التذكرة ٥٧٣: ٢.

٢- المسالك ٤٣٨: ١.

٣- لم نعثر عليه.

٤- الفقيه ١/٢: ٤، الوسائل ٢١١: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ١١٧ ح ٥.

الانتصار و الخلاف و الغنيه و السرائر (١) الجواز على كراهيه و هي مستفيضه من الطرفين، و فيها من طرقنا: الصحيح و كالصحيح و الموثقان، و غيرها من الروايات.

ففى الأول: الرجل يأتى امرأته فى دبرها، قال: «ذلك له» قال: قلت:

فأنت تفعل ذلك؟ قال: «أنا لا أفعل» (٢).

و فى الثانى: عن رجل يأتى أهله من خلفها، قال: «هو أحد المأثيين، فيه الغسل» (٣).

و فى الثالث، فى أحدهما: عن الرجل يأتى المرأه فى دبرها، قال:

«لا بأس به» (٤).

و هى مع ذلك معتضده بالأصل، و الإجماعات المنقوله، و المخالفه لما عليه جميع العامه إلّا مالكا (٥)، و العمومات، منها نساؤكم حَزَتْ لَكُمْ فَأْتُوا حَزْوَكُمْ أُنَى شِئْتُمْ [١] (٦) بناءً على كون الظرف بمعنى: من أين كما قيل - (٧) فيعمّ المقام.

ص: ٥٩

١- التذكرة ٥٧٦: ٢، الانتصار: ١٢٥، الخلاف ٣٣٦: ٤، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١٢، السرائر ٦٠٦: ٢.

٢- الكافى ٥٤٠: ٢/٥، التهذيب ٤١٥/١٦٦٣: ٧، الوسائل ١٤٥: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٣ ح ١.

٣- التهذيب ٤١٤/١٦٥٨: ٧، الإستبصار ٢٤٣/٨٦٨: ٣، الوسائل ١٤٧: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٣ ح ٧.

٤- التهذيب ٤١٥/١٦٦٢: ٧، الوسائل ١٤٧: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٣ ح ٥.

٥- كما نقله عنه فى التفسير الكبير ٧٦: ٦.

٦- البقره: ٢٢٣.

٧- قال به المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤٩٨: ١٢، الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٥٤: ٢.

ولا- ينافيه الصحيح الدالّ على وروده ردّاً على اليهود القائلين: إنّ الرجل إذا أتى أهله من خلفها خرج ولده أحول (١)؛ لعدم المنافاه بينه وبين ثبوت الحكم على العموم، مع إشعار سياقه بكون المنع للتقيّه، فتأمل.

مضافاً إلى أنّه استدلّ به للجواز في المضمار في بعض الأخبار المنجبر ضعفه بالشهره بين الأخبار، وفيه: عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال: «لا بأس إذا رضيت» قلت: فأين قول الله تعالى فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ [١] (٢)؟ فقال: «هذا في طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث أمركم، إنّ الله تعالى يقول نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ [٢]» (٣). ومنه يظهر فساد الاستدلال للمنع بالآيتين، مع ضعفه من وجوه أخر، فتأمل.

و ربّما أيد الجواز بقوله سبحانه هُوَلاءِ بَنَاتِي هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ [٣] (٤) فإنّهم كانوا يشتهون الأدبار.

و هو حسن؛ لأصالة البقاء، وإشعار بعض المعتمده المنجبره بالشهره:

عن إتيان الرجل [المرأة] من خلفها، فقال: «أحلّتها آيه من كتاب الله تعالى، قول لوط على نبيّنا وآله و عليه السلام هُوَلاءِ بَنَاتِي هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ [٤] و قد علم أنّهم لا يريدون الفرج» (٥).

ص: ٦٠

١- التهذيب ١٦٦٠/٤١٥، تفسير العياشي ٣٣٣/١١١، الوسائل ١٤١: ٢٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٧٢ ح ١.

٢- البقره: ٢٢٢.

٣- التهذيب ١٦٥٧/٤١٤، الوسائل ١٤٦: ٢٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٧٣ ح ٢.

٤- هود: ٧٨.

٥- التهذيب ١٦٥٩/٤١٤، الوسائل ١٤٦: ٢٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٧٣ ح ٣؛ و ما بين المعقوفين من المصدر.

فالقول بالجواز قوياً مع الكراهه الشديده؛ لإشعار الصحيح المتقدم (١)، مع التصريح بها في المرفوع: عن إتيان النساء في أعجازهن، فقال: «ليس به بأس، وما أحب أن تفعله» (٢).

و عليها يحمل ما في الخبر: «محاش النساء على أمتي حرام» (٣) وكذا الآخر الناهي عنه (٤)؛ لضعفهما، و موافقتهما التقية لما عرفت.

و به يشعر بعض المعبره، كالموثق: أخبرني من سأله عن الرجل يأتي المرأه في ذلك الموضع و في البيت جماعه فقال لي و رفع صوته:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من كلف مملوكه ما لا يطيق فليبعه» ثم نظر في وجوه أهل البيت، ثم أصغى إلي و قال: «لا بأس به» (٥).

فالقول بالتحريم كما عن القميين و ابن حمزه (٦) و جماعه (٧) ضعيف جداً.

الثالثه حكم العزل عن الحرّه بغير إذنها

الثالثه: اختلف الأصحاب في جواز العزل و إفراغ المنى خارج الفرج بعد المجامعه عن الحرّه بغير إذنها و لو بالشرط حال العقد

ص: ٦١

- ١- في ص ٥٩.
- ٢- التهذيب ٧/٤١٦:١٦٦٦، الوسائل ٧:١٤٧:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٣ ح ٦.
- ٣- التهذيب ٧/٤١٦:١٦٦٤، الوسائل ٧:١٤٢:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٢ ح ٢؛ المحاش: جمع محشّه، و هي الدبر، فكنى بها عن الأدبار كما يكنى بالحشوش عن مواضع الغائط مجمع البحرين ٤:١٣٤.
- ٤- الفقيه ٣/٢٩٩:١٤٣، الوسائل ٧:١٤٣:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٢ ح ٥.
- ٥- التهذيب ٧/٤١٥:١٦٦١، الوسائل ٧:١٤٦:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٣ ح ٤ بتفاوت يسير.
- ٦- الصدوق في الفقيه ٣:٢٩٩، ابن حمزه في الوسيله: ٣١٣.
- ٧- منهم أبو الفتوح الرازي، و الراوندي في اللباب، و السيد أبو المكارم صاحب البلابل القلائل، نقله عنهم الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٥٤.

اختياراً، بعد اتّفاقهم عليه في الأمه مطلقاً (١)، و الحرّه مع الإذن مطلقاً أو الاضطرار؛ للأصل، و فحوى الصحاح الآتية.

ف قيل: هو محرّم و هو المحكّي عن المبسوط و الخلاف و ظاهر المقنعه (٢)، مدّعياً الشيخ عليه الوفاق في الثاني كما قيل (٣).

للبنويين العاميين، في أحدهما: «إنّه صلى الله عليه و آله نهى أن يعزل عن الحرّه إلّما ياذنهما» (٤)(٥). و عدم حصول الحكمه في النكاح من الاستيلاد معه غالباً.

و ضعفه ظاهر؛ لو هن الإجماع بمصير المعظم إلى الخلاف، مع أنّه صحيح لا يقاوم الصحاح. هذا، مع أنّ ظاهر عبارته المحكيه في المختلف (٦) في كتاب الديات أنّ دعوى الإجماع المزبور إنّما هو على استحباب تركه لا تحريمه (٧).

ص: ٦٢

١- زوجته كانت أم ملك يمين أم محلّله. منه رحمه الله.

٢- المبسوط ٢٦٧:٤، الخلاف ٣٥٩:٤، المقنعه: ٥١٦.

٣- قال به الفاضل الهندي في كشف اللثام ٥٤:٢.

٤- دعائم الإسلام ٧٧٧/٢١٢، المستدرک ٢٣٣:١٤ أبواب مقدمات النكاح ب ٥٧ ح ١.

٥- و في الثاني ما أشار إليه صاحب الجواهر ١١١:٢٩ عنه صلى الله عليه و آله من أنّه «الوآد الخفي» أي قتل الولد. سنن البيهقي ٢٣١:٧.

٦- المختلف: ٨١٤ و ٨١٥.

٧- فإنّه قال: العزل عن الحرّه لا يجوز إلّا برضاها، فمتى عزل بغير رضاها أثم و كان عليه عشر ديه الجنين عشره دنانير، و للشافعي فيه وجهان، أحدهما: أنّه محظور مثل ما قلنا، غير أنّه لا يوجب الديه، و المذهب أنّه مستحب و ليس بمحظور؛ دليلنا: إجماع الفرقه و أخبارهم و طريقه الاحتياط. (الخلاف ٣٥٩:٤) و هو كما ترى كالصريح في دعوى الإجماع على الاستحباب، و لا ينافيه الاستدلال بطريقه الاحتياط؛ لإمكان جعلها حجه على الاستحباب و الكراهه، التي إحدى الأدلّه على المسامحه في أدلّه السنن و الكراهه منه عفى عنه و عن والديه.

و قصور سند الأولين.

و عدم النص بالحكمه، مع عدم وجوب مراعاتها فيما عدا محلّ البحث إجماعاً. هذا، مع أنه أخصّص من المدعى؛ لعدم جريانه في اليائسه.

مضافاً إلى معارضه الجميع بما سيأتي مع عدم مكافأته له بالمره.

و على المنع مطلقاً حتى الكراهه، هل يجب به ديه النطفه أعنى: عشره دنانير؟ قيل: نعم (1)؛ للصحيح الموجب لها على المفرض، الغير المجامع، الموجب للعزل (2). و اختصاصه بغير المتنازع غير قاذح بعد ظهور أنّ المنشأ هو التفويت المطلق، المشترك بينه و بين المتنازع.

و فيه نظر؛ لمنع الظهور أولاً و منع العمل بمثله مع عدم النصّ أو الاعتبار القاطع عليه بعد تسليمه ثانياً، و ثبوت الفارق بين جنايه الوالد و الأجنبي ثالثاً، فإن هو إلّا قياس مع الفارق.

مع معارضته على تقدير تسليمه بظواهر النصوص الآتية المجوّزه للعزل، المصرّحه: بأنّه ماؤه يضعه حيث يشاء، الدالّه لذلك على أنّه لا حقّ للمرأة على الرجل في مائه، فلا وجه لاستحقاقها اليه.

و بمثل هذا يجاب عن دعوى الخلاف على الوجوب الوفاق، فإنّ غايته أنّه خبر صحيح لا يعارض الصحاح كما مرّ، سيّما مع معارضته بما يظهر من الحلّى من شذوذ القول بالوجوب، حيث نسب الروايه الدالّه عليه بعد الإشاره إليها إلى الشذوذ (3)، الذي هو بالاتفاق عبارته عن عدم القائل

ص: ٦٣

١- قال به الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣: ٢٥.

٢- الكافي ٧: ١/٣٤٢، الفقيه ٤: ١٩٤/٥٤، التهذيب ١٠: ١١٠٧/٢٨٥، الوسائل ٢٩: ٣١٢ أبواب ديات الأعضاء ب ١٩ ح ١.

٣- السرائر ٣: ٤١٨.

به أو ندرته.

فالأقوى:العدم،وفاقاً للمعظم،كالحلّي و الفاضل في المختلف و المحقّق الثاني كما حكى و شيخنا في المسالك و الروضه (1)و كثير ممّن تبعه (2).

و ربما يظهر من النهايه و المقنعه التردّد في الوجوب؛ حيث نسباه إلى الروايه (3)،اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن،سيّما على القول بالكراهه المشار إليه بقوله:

و قيل و هو الأكثر-:إنّه مكروه (4) غير محرّم؛ للأصل، و الموثّقين،و الصحاح المستفيضه:

منها:«ذاك» أي المنى«إلى الرجل يصرفه حيث شاء» (5).

و منها:«لا بأس بالعزل عن المرأه الحرّه» (6).

و البأس المنفّى فيه محمولٌ على الحرمة،جمعاً بين ما هنا و ما تقدّم من الأدلّه؛ بناءً على المسامحه في أدلّه الكراهه،سيّما مع فتوى الجماعه، و إيماءً إلى المرجوحه في الجمله في بعض المستفيضه،كالصحيح:عن العزل،فقال:«أمّا الأمه فلا بأس،و أمّا الحرّه فإتّى أكره ذلك،إلّا أن يشترط

ص:٦٤

١- الحلّي في السرائر ٤١٩:٣،٦٠٧:٢،المختلف:٨١٥،المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٥٠٣:١٢،المسالك ٤٣٩:١،الروضه ١٠٢:٥.

٢- كالسبزواری في الكفايه:١٥٤،الفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٢٨٨:٢.

٣- النهايه:٧٧٩،المقنعه:٧٦٣.

٤- في المختصر المطبوع زياده:و هو أشبه.

٥- الكافي ٥٠٤:٣/٥،الفقيه ٢٧٣/١٢٩٥:٣،التهذيب ٤١٧/١٦٦٩:٧،الوسائل ١٤٩:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٥ ح ١.

٦- الكافي ٥٠٤:٢/٥،التهذيب ٤١٧/١٦٦٨:٧،الوسائل ١٥٠:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٥ ح ٤.

عليها حين تزوّجها» (١).

و رخص عليه السلام في هذا الخبر العزل في الإماء مضافاً إلى الخبر الآخر «لا بأس بالعزل في ستّه وجوه: المرأة إذا أيقنت أنّها لا تلد، و المرأة المسنّه، و المرأة السليطه (٢)، و البذيّه، و المرأة التي لا ترضع ولدها، و الأمه» (٣).

و كذا يكره لها العزل بدون إذنه.

و هل يحرم عليها لو قلنا به منه؟ مقتضى الدليل الثاني أى الحكمه ذلك. و كذا القول فى ديه النطفه له، كذا قيل، و الأخبار خاليه عنه.

الرابعه لا يدخل بالمرأه حتى يمضى لها تسع سنين

الرابعه: لا يجوز أن يدخل الرجل بالمرأه حتى يمضى لها تسع سنين هلاليه إجماعاً؛ للنصوص المستفيضه:

منها الصحيح: «إذا تزوّج الرجل الجاربه و هى صغيره فلا يدخل بها حتى يأتى لها تسع سنين» (٤).

و بالتنبيه منه يستفاد حكم غير الزوج مع إطلاق البواقي.

و لو دخل بها الزوج قبل ذلك لم تحرم المرأة مؤيّداً على الأصحّ الأشهر، بل عليه عامّه من تقدّم و تأخر، عدا من سيدكر، مع التأمل فى مخالفته كما سيظهر.

للأصل، و الاقتصار فيما خالفه على القدر المتيقّن المتفق عليه من

ص: ٦٥

١- التهذيب ١٦٧١/٤١٧، الوسائل ١٥١: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٦ ح ١.

٢- السلاطه: حدّه اللسان، يقال: رجل سليط؟ أى صحّاب بذي اللسان، و امرأه سليطه كذلك، مجمع البحرين ٢٥٥: ٤.

٣- الفقيه ١٣٤٠/٢٨١، التهذيب ١٩٧٢/٤٩١، الخصال: ٢٢/٣٢٨، الوسائل ١٥٢: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٦ ح ٤.

٤- الكافي ٥: ٢/٣٩٨، الوسائل ١٠١: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٤٥ ح ١.

النص الآتي، وإطلاقه بعد ضعفه، و عدم جابر له في محلّ البحث غير نافع.

خلافاً لظاهر النهاية (١)، حيث حكم بالتحريم بالدخول من دون تقييد بالإفشاء (٢)، و حكى عن السرائر (٣).

لإطلاق المرسل: «إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينهما و لم تحلّ له أبداً» (٤) و فيه ما مرّ.

و نفى الخلاف عنه في الأخير كما حكى مع عدم صراحتة في الإجماع موهونٌ بمصير الأكثر على الخلاف، حتى الشيخ؛ لرجوعه عن الإطلاق في النهاية إلى التقييد في الاستبصار، كما صرح به في المهذب (٥).

و مع ذلك، حكمه بالإطلاق في النهاية أيضاً محلّ نظر، فقد قال في المختلف بعد نقله عنه: -و الظاهر أنّ مراده ذلك (٦). مشيراً به إلى إناطة التحريم بالإفشاء.

هذا، و مصير الحلّي إلى الخلاف غير معلوم، فقد حكى عنه في التنقيح صريحاً موافقه لأصحاب (٧)، و هو ظاهر جماعه، كالمختلف

ص: ٦٦

١- النهاية: ٤٥٣.

٢- أفضى إلى امرأته: باشرها و جامعها، و أفضاها: جعل مسلكيها بالافتضاض واحداً، و قيل: جعل سبيل الحيض و الغائط واحداً فهي مُفضّاه المصباح المنير: ٤٧٦.

٣- السرائر ٢: ٥٣٠.

٤- الكافي ٥: ١٢/٤٢٩، التهذيب ٧: ١٢٩٢/٣١١، الإستبصار ٤: ١١١١/٢٩٥، الوسائل ٢٠: ٤٩٤، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٤ ح ٢.

٥- المهذب البارع ٣: ٢١٠، و هو في الاستبصار ٤: ٢٩٤.

٦- المختلف: ٥٢٥.

٧- التنقيح الرائع ٣: ٢٦.

والمهذب و المسالك و مفاتيح الشرائع، حيث نسبوا الخلاف إلى ظاهر إطلاق النهايه خاصه (١)، مع تصريح جماعه منهم بأن الباقيين على التقييد بالإفشاء (٢)، فلا إشكال، بل و لعله لا خلاف في المسأله، و الاحتياط واضح.

الخامسه لا يجوز للرجل ترك وطء المرأه أكثر من أربعة أشهر

الخامسه: لا- يجوز للرجل الحاضر المتمكن من الوطء ترك وطء المرأه المعقوده له بالدوام على الأصح مطلقاً أكثر من أربعة أشهر على المعروف من مذهب الأصحاب، و عليه الإجماع في المسالك (٣).

للصحيح: عن الرجل يكون عنده المرأه الشابته، فيمسك عنها الأشهر و السنه لا- يقربها، ليس يريد الإضرار بها، يكون لهم مصيبه، يكون بذلك آثماً؟ قال: «إذا تركها أربعة أشهر يكون آثماً» (٤).

و بضميمه الإجماع يتم المطلوب، مضافاً إلى ما دلّ على كونها المدّه المضروبه في الإيلاء، و لا اختصاص لذلك ثمه بالشابته إجماعاً (٥).

و يؤيده ما قيل: إنّ عمر سألهنّ عما يصبرن فيه، فأخبرن بفناء صبرهنّ إذا مضت أربعة أشهر، فتأمل، فتأمل بعض المتأخرين في التعميم إلى غير الشابه (٦)، ليس في محله.

ص: ٦٧

- ١- المختلف: ٥٢٥، المهذب البارع ٣: ٢١٠، المسالك ١: ٤٣٩، المفاتيح ٢: ٢٤٧.
- ٢- كما في مفاتيح الشرائع ٢: ٢٤٧، المهذب البارع ٣: ٢١٠، كشف الرموز ٢: ١٠٨.
- ٣- المسالك ١: ٤٣٩.
- ٤- الفقيه ٣: ١٢١٥/٢٥٦، التهذيب ٧: ١٦٤٧/٤١٢، الوسائل ٢٠: ١٤٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧١ ح ١.
- ٥- قال به الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٥٤.
- ٦- كصاحب الحدائق ٢٣: ٩٠.

السادسه يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً

السادسه: يكره للمسافر أن يطرق أهله أى يدخل إليهم من سفره ليلاً مطلقاً، وقيده بعضهم بعدم الإعلام بالحال، وإلا لم يكره (١).

و النصّ مطلق، روى عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام أنه قال:

«يكره للرجل إذا قدم من سفره أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح» (٢).

و فى تعلّق الحكم بمجموع الليل، أو اختصاصه بما بعد المبيت و غلق الأبواب، نظر، منشؤه دلالة كلام أهل اللغة على الأمرين، ففى الصحاح:

الأوّل (٣)، و النهايه الأثيرية: الثانى (٤)، و الأوّل أوفق بمقتضى المسامحة فى أدلّه السنن.

و ظاهر إطلاق النصّ و الفتاوى عدم الفرق فى الأهل بين الزوجه و غيرها، و إن كان الحكم فيها أكد، و بباب النكاح أنسب.

السابعه إذا دخل بصبيبه لم تبلغ تسعاً فأفضاها

السابعه: إذا دخل الزوج بصبيبه لم تبلغ تسعاً فأفضاها بالوطء، بأن صير مسلك الحيض و البول واحداً كما هو الغالب المشهور فى تفسيره فإنّه الإيصال، و قيل: أو مسلك الحيض و الغائط (٥)، و الأصل فى المطلق يقتضى المصير إلى الأوّل؛ بناءً على كونه الغالب، و لعلّ إلحاق الأخير به من باب فحوى الخطاب، و عموم تعليل بعض الأحكام المترتبة عليه من التعطيل للأزواج له، و لا قائل بالفرق، فتأمل جدّاً.

ص: ٦٨

١- كابين سعيد فى الجامع للشرائع: ٤٥٣.

٢- الكافى ٤/٤٩٩، التهذيب ٧/١٦٤٥/٤١٢، الوسائل ١٣١: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٦٥ ح ١.

٣- الصحاح ٤: ١٥١٥.

٤- النهايه ٣: ١٢١.

٥- قال به الشهيد الثانى فى الروضه ٥: ١٠٤، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٣٩.

حَرَّمَ عليه مؤيِّداً وطؤها مطلقاً (١)، بل مطلق الاستمتاع في قولٍ أحوط في المشهور بين الأصحاب، بل قيل: بلا خلاف (٢)، و عن صريح الإيضاح (٣) و ظاهر غيره (٤) الإجماع عليه.

للمرسل المتقدم (٥)، المعتضد ضعفه هنا بالشهرة، و لا- يقدر فيه عدم ذكر الإفضاء فيه بعد عمومه له، بل و ظهوره فيه؛ للغلبة. فالقول بالحلّ كما عن النزّه (٦) محلّ المناقشه.

و لكن لم تخرج من حباله بل زوجته على الأظهر، وفاقاً لجماعه، كما في الشرائع و الروضه و السرائر و الجامع (٧).

للأصل، و ظاهر الخبرين، في أحدهما: رجل اقتضّ جاريه فأفضاها، قال: «عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين» قال: «فإن أمسكها و لم يطلّقها فلا شيء عليه، إن شاء أمسك و إن شاء طلق» (٨).

و في الثانى و هو صحيح-: عن رجل تزوّج جاريه بكرًا لم تدرك، فلمّا دخل بها اقتضّها فأفضاها، قال: «إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان أقلّ من

ص: ٦٩

١- أى قبلاً أو دبراً. منه رحمه الله.

٢- قال به البحرانى فى الحدائق ٢٣:٩١.

٣- إيضاح الفوائد ٣:٧٦.

٤- انظر التنقيح الرائع ٣:٢٦، السرائر ٢:٥٣١.

٥- فى ص ٦٦.

٦- نزّه الناظر: ٩٦.

٧- الشرائع ٢:٢٧٠، الروضه ٥:١٠٤، السرائر ٢:٥٣١، الجامع للشرائع: ٤٢٨.

٨- الكافى ٧:١٨/٣١٤، التهذيب ١٠:٩٨٤/٢٤٩، الإستبصار ٤:١١٠٩/٢٩٤، الوسائل ٢٩:٢٨١ أبواب موجبات الضمان ب ٤٤ ح ١؛ و

اقتضّ الجاريه: افترعها و أزال بكارتها، و الافتضاض بالفاء بمعناه مجمع البحرين ٤:٢٢٨.

ذلك بقليل حين دخل بها فاقترضها فإنه قد أفسدها و عطلها على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، وإن أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه» (١).

و قيل بالخروج (٢)؛ لظاهر المرسل المتقدم (٣). و يحتمل التفريق فيه:

الكنايه عن الطلاق و الإرشاد إليه؛ خوفاً من الوقوع فى المحرّم، فلا يعارض شيئاً ممّا قدّمناه.

و على المختار: تحرم الأخت و الخامسه مع عدم الطلاق، أو الخروج عن العده إن قلنا بها.

و عليه الإنفاق عليها فى الجملة إجماعاً؛ للصحيح: عن رجل تزوّج جاريه فوقع بها فأفضاها، قال: «عليه الإجراء عليها ما دامت حيّه» (٤).

و لإطلاقه يتّجه إطلاق القول بوجوبه حتى مع الطلاق و لو بائناً، بل و لو تزوّجت بغيره فى وجه، و فى آخر: العدم؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على الفرد المتبادر من المستند.

و لكن الاستصحاب يؤيّد الأول، فهو الأحوط لو لم يكن أولى، و أولى منه بالوجوب لو طلقها الثانى بائناً أو رجعيّاً و تمّ عدتها، و كذا لو تعذّر إنفاقه عليها لغيبه أو فقر.

قيل: و لا فرق فى الحكم بين الدائم و المتمتع بها (٥).

ص: ٧٠

١- الفقيه ٢٧٢/١٢٩٤، الوسائل ١٠٣: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٤٥ ح ٩.

٢- قال به فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٣: ٧٨.

٣- فى ص ٦٦.

٤- الفقيه ١٠١/٣٣٨، التهذيب ٢٤٩/٩٨٥: ١٠، الإستبصار ٢٩٤/١١١٠، الوسائل ٢٨٢: ٢٩ أبواب موجبات الضمان ب ٤٤ ح

٢، الإجراء أى النفقه و الكسوه و ما يلزمه. روضه المتقين ٣٩٧: ١٠.

٥- كما قال به الشهيد الثانى فى الروضه ١٠٥: ٥.

و فيه لو لم يكن عليه إجماع نظر؛ لمخالفته الأصل، فيقتصر على المتبادر من النصّ الدالّ عليه. و عموم التعليل بالإفساد و التعطيل عن الأزواج في الصحيح (١) مختصّ بمعلوله، و هو وجوب الديه، و لا كلام فيه.

و منه ينقدح قوّه القول باختصاص الحكم بالزوجه دون الأجنبية، بل هو أقوى؛ لعدم شمول النصّ لها بالمرّه، و لا أولويّه إلّا على تقدير كون الأحكام للعقوبه، و هي ممنوعه. و على تقديرها فلعلّه لا - ينفع في الأجنبي؛ لزياده إثمه و فحش فعله، كذا قيل (٢)، فتأمل.

و التحقيق أن يقال: إنّ العمده في ثبوت الأحكام المخالفه للأصل هو الإجماع؛ لضعف الروايه، و هو فيما نحن فيه مفقود؛ للاختلاف، و الأولويّه لعلّها لا تجرى فيما مستند أصله الإجماع، فتأمل. مضافاً إلى اختصاصها بالزناء، فلا يعمّ الشبهه.

و لا - ريب أنّ التعميم أحوط و أولى في التحريم، بل و الإنفاق، و إن قيل بعدم لزومه و لو مع القول بسابقه، كما عن الخلاف و السرائر في الزناء (٣).

و في الأمه: الوجهان، و أولى بالتحريم، و يقوى الإشكال في الإنفاق لو أعتقها.

و لو أفضى الزوجه بعد التسع، ففي تحريمها الوجهان، أو جههما:

العدم؛ للصحيح المتقدم (٤) كسابقه. و أولى بالعدم: إفضاء الأجنبي

ص: ٧١

١- المتقدم في ص ٦٩.

٢- قال به الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٣٩.

٣- حكاه عنهما في كشف اللثام ٢:٣٩، و هو في الخلاف ٥:٢٥٧، و السرائر ٢:٦٠٥.

٤- في ص ٦٩.

كذلك (١).

و في تعدى الحكم في الإفضاء بغير الوطاء وجهان، أجودهما:

العدم؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن، وإن وجبت لديه في الجميع، والله أعلم (٢).

ص: ٧٢

١- أى بعد التسع. منه رحمه الله.

٢- لم يتعرض الشارح رحمه الله. لهذه العبارة من المختصر: و لم يُفَضَّها لم يحرم على الأصح؛ و لعلّه لم يكن موجوداً في النسخه الموجوده لديه، والله أعلم.

الفصل الثاني:

في أولياء العقد المتصرفين فيه بدون إذن الزوج أو الزوجه

لا ولاية في النكاح لغير الأب، والجد للأب، وإن علا، والوصي، والمولى، والحاكم

لا- ولاية في النكاح لغير الأب، والجد للأب، وإن علا، والوصي، والمولى، والحاكم إجماعاً منّا فيما عدا الأمّ وأبيها؛ للأصل، والنصوص الحاصره لها في الأب خاصّه:

كالصحيح: «يستأمرها كلّ أحد ما عدا الأب» (١) ونحوه الموثقان (٢).

ولا مخصّص معتبراً لها فيما عدا المذكورين.

مضافاً إلى النصوص في نفى الولاية عن الأخ والعمّ بالخصوص:

كالضعيف بسهل الذي ضعفه سهل في المشهور، بل قيل بوثاقته (٣)، فصحيح: - في رجل زوّج أخته، قال: «يؤامرهما، فإن سكتت فهو إقرارها، وإن أبت لم يُزوّجها» (٤) ونحوه الصحيح أو الحسن (٥).

ص: ٧٣

-
- ١- الكافي ٥: ٢/٣٩٣، التهذيب ٧: ١٥٣٧/٣٨٠، الإستبصار ٣: ٨٤٩/٢٣٥، الوسائل ٢٠: ٢٧٢، أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ٣.
 - ٢- الأول في: الكافي ٥: ٥/٣٩٤، الوسائل ٢٠: ٢٦٩، أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٦. الثاني في: التهذيب ٧: ١٥٣٣/٣٧٩، الإستبصار ٣: ٨٤٧/٢٣٥، الوسائل ٢٠: ٢٧٣، أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ٥.
 - ٣- قال به الطوسي في رجاله: ٤١٦.
 - ٤- الكافي ٥: ٣/٣٩٣، الفقيه ٥: ١١٩٦/٢٥١، التهذيب ٧: ١٥٥٠/٣٨٦، الإستبصار ٣: ٨٥٦/٢٣٩، الوسائل ٢٠: ٢٦٨، أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٣.
 - ٥- الكافي ٥: ١/٣٩٦، التهذيب ٧: ١٥٥٢/٣٨٦، الإستبصار ٣: ٨٥٩/٢٤٠، الوسائل ٢٠: ٢٨٠، أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٢.

و ما ربما يتوهم منه ثبوت الولاية له كالخبرين (1) فمع ضعفه سنداً قاصراً دلالة؛ لاحتمال إرادته أولويته عدم مخالفته، مع احتمال الحمل على التقية، فتأمل.

و الصحيح: في صبيته زوجها عمها، فلما كبرت أبت التزويج، فكتب عليه السلام بخطه: «لا تكره على ذلك، و الأمر أمرها» (2).
و على الأشهر الأظهر في الأم و أبيها؛ للأصل، و النصوص المتقدمه، بل عليه الإجماع في التذكرة (3)، و صرح به بعض فضلاء الأصحاب أيضاً (4).

و الخبر: عن رجل زوجته أمه و هو غائب، قال: «النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل، و إن شاء ترك» الحديث (5).

و لعمومه الناشئ عن ترك الاستفصال من وقوع تزويجها حال البلوغ أو عدمه شامل لمحل النزاع.

و إذا انتفى ولاية الأم انتفى ولاية أبيها بطريق أولى، مضافاً إلى عدم القول بالفصل.

ص: ٧٤

-
- ١- الأول: التهذيب ٧: ١٥٧٣/٣٩٣، الوسائل ٢٠: ٢٨٣، أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٤. الثاني: التهذيب ٧: ١٥٧٥/٣٩٣، الإستبصار ٣: ٨٦٠/٢٤٠، الوسائل ٢٠: ٢٨٣، أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٦.
 - ٢- الكافي ٥: ٧/٣٩٣، التهذيب ٧: ١٥٥١/٣٨٦، الإستبصار ٣: ٨٥٧/٢٣٩، الوسائل ٢٠: ٢٧٦، أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٢.
 - ٣- التذكرة ٢: ٥٨٦.
 - ٤- كالفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ١٥.
 - ٥- الكافي ٥: ٢/٤٠١، التهذيب ٧: ١٥٢٣/٣٧٦، الوسائل ٢٠: ٢٨٠، أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٣.

و قصور السند معتضد بالأصل، و الشهره، و عموم النصوص المتقدمه.

و مفهوم الصحيحين في تزويج الصبي للصبية:- «إن كان أبواهما اللذان زوّجها فنعمة جائز» (١).

و الخبر: عن الذي بيده عقده النكاح، قال: «هو الأب، و الأخ، و الرجل يوصى إليه، و الذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها و يشتري، فأى هؤلاء عفا جاز» (٢) فتأمل.

و منه يظهر الجواب عما دلّ على ولاية الجدّ بقول مطلق، كالنصوص الدالّة على تقديمه على الأب (٣) بعد التعارض، مضافاً إلى عدم تبادر جدّ الأمّ منها، سيّما مع مراعاة سياقها، فتدبرّ.

خلافاً للإسكافي (٤)؛ لأمر النبيّ صلى الله عليه و آله نعيم بن نجاح بأن يستأمر أمّ ابنته في أمرها (٥)، و هو مع ضعفه ليس نصّاً في الولاية كالخبر: «إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر» (٦).

ألا ترى إلى الصحيح: «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر» و قال: «يستأمرها كلّ أحد ما عدا الأب» (٧).

ص: ٧٥

- ١- الأول: التهذيب ١٥٤٣/٣٨٢، الإستبصار ٣: ٨٥٤/٢٣٦، الوسائل ٢٠: ٢٧٧، أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٨ الثاني: التهذيب ١٥٥٦/٣٨٨، الوسائل ٧: ٢٩٢، أبواب عقد النكاح ب ١٢ ح ١.
- ٢- التهذيب ١٥٧٣/٣٩٣، الوسائل ٧: ٢٨٣، أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٤.
- ٣- الوسائل ٢٠: ٢٨٩، أبواب عقد النكاح ب ١١.
- ٤- كما حكاها عنه في المختلف: ٥٣٦.
- ٥- مسند أحمد ٢: ٩٧ و فيه: نعيم بن النحام.
- ٦- التهذيب ١٥٣٦/٣٨٠، الإستبصار ٣: ٨٤٨/٢٣٥، الوسائل ٢٠: ٢٨٤، أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٣.
- ٧- الكافي ٥: ٢/٣٩٣، التهذيب ٧: ١٥٣٧/٣٨٠، الإستبصار ٣: ٨٤٩/٢٣٥، الوسائل ٢٠: ٢٧٣، أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ٣.

و لبعض العامه فى جميع من ذكر و غيرهم من ذوى الأنساب، فأثبت الولايه لهم كما حكى (١).

و أما ولايه الأب و الجد ف ثابتة على الصغير و الصغيره و لو ذهبت بكارتها بزناء أو غيره إجماعاً فى الأول، و على الأشهر الأظهر فى الثانى. خلافاً للعمانى، فلم يذكره (٢).

و المعتبره المستفيضه المشتمله على الصحيح و المؤثق و غيره فى ترجيح الجد على الأب مع التعارض (٣) حججه عليه، و لاعتضادها بالشهره العظيمة التى كادت تكون إجماعاً بل إجماع فى الحقيقة كما فى التذكرة و عن الناصريات (٤)، و عن السرائر: أنه نفى الخلاف عنه (٥) ترجحت على النصوص الحاصره للولايه فى الأب خاصه (٦)، فتخصص بها بالبديهة، سيما مع قوه احتمال إرادته الجد منه.

ثم إن الظاهر المتبادر من الجد فى الأخبار ليس جد أم الأب، و لذا عن التذكرة: إن جد أم الأب لا ولايه له مع جد الأب، و مع انفراده نظر (٧).

و لعل وجهه ما مر (٨).

و تعميم الصغيره للباكره و الشبه مطلقاً (٩) مستند إلى ظاهر الأخبار

ص: ٧٦

١- انظر كشف اللثام ٢:١٥.

٢- كما حكاه عنه فى المختلف: ٥٣٥.

٣- الوسائل ٢٠:٢٨٩ أبواب عقد النكاح ب ١١.

٤- التذكرة ٢:٥٨٧، الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢١١.

٥- السرائر ٢:٥٦١.

٦- الوسائل ٢٠:٢٧٥ أبواب عقد النكاح ب ٦.

٧- التذكرة ٢:٥٨٧.

٨- فى ص ٧٤.

٩- أى بزناء أو غيره. منه رحمه الله.

المثبته لولايتها عليها و على الجارية (١)، الشاملتين بإطلاقهما الأمرين، و ليس فيما دلّ من الأخبار على نفيها عنهما في الثيب (٢) منافاةً لها، بعد تبادل البالغه المنكوحه بالعقد الصحيح منها، و لذا علّق النفي (٣) عليها في بعض الأخبار (٤).

لا يشترط في ولاية الجدّ بقاء الأب

و لا يشترط في ولاية الجدّ بقاء الأب على الأظهر الأشهر؛ لاستصحاب الولاية، و الصحيح: «إنّ الذي بيده عقده النكاح وليّ أمرها» (٥) بعد الإجماع على ثبوت الولاية له فيما عدا محلّ البحث.

و يؤيّده كونه أقوى من الأب؛ لتقديمه عليه بعد التعارض كما يأتي (٦)، و أنّه له الولاية على الأب، و فوت الأضعف لا يؤثر في فوت الأقوى.

و قيل و هو: الصدوق و الشيخ و التقى و سلار و بنو جنيد و بزّاج و زهره و حمزه (٧) -: يشترط عكس العامّة؛ لاشتراطهم في ولايته فقده.

و في المستند و هو روايه الفضل بن عبد الملك، عن مولانا

ص: ٧٧

١- الوسائل ٢٧٥: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٦.

٢- الوسائل ٢٦٧: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٣.

٣- أي نفي ولاية الأبوين. منه رحمه الله.

٤- الكافي ٥/٣٩٢، الوسائل ٢٦٩: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٤.

٥- التهذيب ٣٩٢/١٥٧٠، الوسائل ٢٨٢: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٢.

٦- في ص ٨١.

٧- الصدوق في الفقيه ٣: ٢٥١، و الهداياه: ٦٨، الشيخ في الخلاص ٤: ٢٦٥، و النهايه: ٤٦٦، التقى في الكافي: ٢٩٢، سلار في المراسم: ١٤٨، و حكاة عن ابن الجنيد في المختلف: ٥٣٥، ابن البراج في المهذب ٢: ١٩٧، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٩، ابن حمزه في الوسيله: ٢٩٩.

الصديق عليه السلام قال: «إِنَّ الْجَدَّ إِذَا زَوَّجَ ابْنَهُ ابْنَهُ، وَكَانَ أَبُوهُا حَيًّا، وَكَانَ الْجَدُّ مَرْضِيًّا، جَازٌ» (١). ضَعْفٌ بِحَسَبِ الدَّلَالَةِ، وَ إِنْ كَانَ مَفْهُومَ الشَّرْطِ حَاجَةً؛ لِقُوَّةِ احْتِمَالِ كَوْنِ الْوَجْهِ فِيهِ التَّنْبِيهِ عَلَى الْفَرْدِ الْأَخْفَى أَعْنَى عَقْدِ الْجَدِّ مَعَ وَجُودِ الْأَبِّ رَدًّا عَلَى الْعَامَّةِ، كَمَا عَرَفْتَ.

مُضَافًا إِلَى عَدَمِ مَقَاوِمَتِهِ لِلصَّحِيحِ الْمَتَقَدِّمِ، الْمَعْتَضِدِّ بِالشَّهْرَةِ، وَ الْاسْتِصْحَابِ، وَ الْمُؤَيَّدَاتِ.

وَ فِي تَقْيِيدِ الضَّعْفِ بِالدَّلَالَةِ تَنْبِيْهُ عَلَى عَدَمِهِ فِي السَّنَدِ؛ إِذْ لَيْسَ فِيهِ سِوَى جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ، وَ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ، وَ هُمَا وَ إِنْ كَانَا وَاقِفَيْنِ إِلَّا أَنَّهُمَا ثِقَتَانِ، كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ النُّجَاشِيُّ وَ شَيْخُنَا الْعَلَّامَةُ فِي الْخُلَاصَةِ (٢)، فَيَعْدُ مَوْثِقًا وَ لَيْسَ بِضَعِيفٍ اصْطِلَاحًا.

وَ لَا خِيَارَ لِلصَّبِيِّ مَعَ الْبُلُوغِ لَوْ زَوَّجَهَا الْوَالِي قَبْلَهُ إِجْمَاعًا، حَكَاهُ جَمَاعَةٌ (٣)؛ لِلأَصْلِ، وَ الصَّحَاحِ الْمُسْتَفِيضَةِ:

مِنْهَا: عَنِ الْجَارِيَةِ الصَّغِيرَةِ يُزَوَّجُهَا أَبُوهُا، إِلَيْهَا أَمْرٌ إِذَا بَلَغَتْ؟ قَالَ:

«لَا» (٤).

وَ مِنْهَا: إِذَا بَلَغَتْ الْجَارِيَةَ فَلَمْ تَرْضَ فَمَا حَالُهَا؟ قَالَ: «لَا بِأَسْ إِذَا رَضِيَ أَبُوهُا أَوْ وَلِيِّهَا» (٥).

ص: ٧٨

-
- ١- الكافي ٥/٣٩٦، التهذيب ٧: ١٥٦٤/٣٩١، الوسائل ٢٠: ٢٩٠ أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ٤.
 - ٢- رجال النجاشي: ٣٠٥/١١٩، ٨٤/٤٠، الخلاصة: ٢١٢، ٢٠٩.
 - ٣- منهم الشيخ في الخلاف (٤: ٢٦٦) و ابن زهره في الغنية (الجوامع الفقهية: ٦٠٩) منه رحمه الله.
 - ٤- الكافي ٥: ٦/٣٩٤، التهذيب ٧: ١٥٤٠/٣٨١، الإستبصار ٣: ٨٥١/٢٣٦، الوسائل ٢٠: ٢٧٦ أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٣.
 - ٥- التهذيب ٧: ١٥٤٢/٣٨١، الإستبصار ٣: ٨٥٣/٢٣٦، الوسائل ٢٠: ٢٧٧ أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٧.

و منها: عن الصبيّه يُزوّجها أبوها، ثم يموت و هي صغيره، ثم تكبر قبل أن يدخل بها زوجها، أ يجوز عليها التزويج، أم الأمر إليها؟ قال:

«يجوز عليها تزويج أبيها» (١).

و لا يعارضها ما يخالفها مع شدوده.

و فى الصبى قولان، أظهرهما و أشهرهما أنه كذلك لأصالة بقاء الصّحّه، و الصحيح المروى فى الكافى فى باب تزويج الصبيان، المتضمن ذيله لقوله عليه السلام: «و يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجاريه» (٢).

و لا ينافيه صدره المثبت لهما الخيار بعد الإدراك مع تزويج الوليّ لهما لاحتمال الوليّ فيه المعنى العرفى أو العامى، فيكون ردّاً عليهم، مع عدم القائل به لو حمل على الوليّ الشرعى، فتأمل.

و يؤيده إطلاق ما دلّ على توارثهما مع تزويج الوليّ لهما قبل الإدراك، المنافى ذلك لإلحاقه بالفضولى، ففى الصحيح: الصبى يتزوّج الصبيّه، يتوارثان؟ قال: «إذا كان أبواهما اللذان زوّجتهما فنعم» الحديث (٣)، فتأمل.

خلافاً للشيخ (٤) و جماعه (٥)، فأثبتوا له الخيار بعد الإدراك؛ للخبر

ص: ٧٩

١- الكافى ٥: ٩/٣٩٤، الفقيه ٥: ١١٩١/٢٥٠، التهذيب ٣: ١١٩١/٣٨١، الاستبصار ٣: ٨٥٢/٢٣٦، عيون الأخبار ٢: ٤٤/١٧، الوسائل ٢: ٢٧٥: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ١.

٢- الكافى ٥: ٤/٤٠١، الوسائل ٢٦: ٢١٩، أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ١.

٣- التهذيب ٧: ١٥٥٦/٣٨٨، الوسائل ٢٠: ٢٩٢، أبواب عقد النكاح ب ١٢ ح ١.

٤- النهايه: ٤٦٧.

٥- منهم القاضى فى المهذب ٢: ١٩٧، ابن حمزه فى الوسيله: ٣٠٠، الحلى فى السرائر ٢: ٥٦٨.

المُعَدَّ من الحسن، و هو طويل، في آخره: «إنَّ الغلام إذا زوّجه أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك و بلغ خمس عشره سنه، أو يشعر في وجهه أو يبت في عانته قبل ذلك» الحديث (١).

و هو مع ضعفه عند جمع (٢) بجهاله الراوى (٣) و إن عُدَّ حسناً مشتملاً على أحكام مخالفه للأصل و الإجماع، كاشتراط التجاوز عن التسع في ولاية الأب على الجارية، و ثبوت الخيار لها بعد الإدراك، و صحّه طلاق الصبى مع الدخول و عدمه بدونه. و لا قائل بها كذلك، فلا يعارض بمثله الأدله المتقدمه.

و أمّا ما فى الصحيح: عن الصبى يتزوّج الصبيّه، قال: «إذا كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعّم جائز، و لكن لهما الخيار إذا أدركا، فإن رضيا بعد فإنّ المهر على الأب» الحديث (٤).

فلا قائل به، و مثله لا يقبل التخصيص؛ للنصويّه، و ليس إلّا مثل:

أكرم زيدا و عمرواً، لا تكرم عمرواً. و لذا حمل على محامل آخر غير بعيدة فى مقام الجمع بين الأدله؛ تفادياً من الطرح بالكلية.

و لو كان الجدّ و الأب زوّجاها من رجلين و اختلفا زماناً فالعقد للسابق منهما و إن كان أباً، علماً بعقد الآخر أم جهلاً، إجماعاً ممّا كما عن السرائر و الغنيه و فى التذكرة (٥).

ص: ٨٠

١- التهذيب ١٥٤٤/٣٨٢، الإستبصار ٧: ١٥٤٤/٣٨٢، الوسائل ٣: ٢٧٨، أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٩.

٢- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٤٥٨، الفاضل الهندى ٢: ٢١.

٣- هو يزيد الكناسى. منه رحمه الله.

٤- التهذيب ١٥٤٣/٣٨٢، الإستبصار ٧: ١٥٤٣/٣٨٢، الوسائل ٣: ٢٧٧، أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٨.

٥- حكاة عن السرائر و الغنيه فى كشف اللثام ٢: ١٦، و هو فى السرائر ٢: ٥٦١، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٩، التذكرة ٢: ٥٩٤.

للصحيح: «إذا زوّج الأب و الجدّ كان التزويج للأوّل، فإن كانا جميعاً في حال واحده فالجدّ أولى» (١).

و الموثق: الجارية يريد أبوها أن يُزوَّجها من رجل، و يريد جدّها أن يُزوَّجها من رجل آخر، فقال: «الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً، إن لم يكن الأب زوّجها قبله» الحديث (٢).

و فيه و في الصحيح: قلت: فإن هوى أبوها رجلاً و جدّها رجلاً، فقال: «الجدّ أولى بنكاحها» (٣) دلالة على تقديم اختيار الجدّ على الأب مع التشاّخ، و هو المشهور بين الأصحاب، بل عليه الإجماع في التذكرة و عن الانتصار و الخلاف و المبسوط و السرائر (٤).

و إن اقترنا ثبت عقد الجدّ إجماعاً، كما في التذكرة و الروضة و عن الانتصار و الخلاف و المبسوط و السرائر و الغنية (٥)؛ للنصوص المستفيضة الدالة على أولويته (٦)، و خصوص الصحيح الأول.

و عللاً مع ما مرّ بأنّ ولاية الجدّ أقوى؛ لثبوت ولايته على الأب

ص: ٨١

١- الكافي ٥: ٤/٣٩٥، الفقيه ٣: ١١٩٣/٢٥٠، التهذيب ٧: ١٥٦٢/٣٩٠، الوسائل ٢٠: ٢٨٩، أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ٣.

٢- الكافي ٥: ١/٣٩٥، الفقيه ٣: ١١٩٢/٢٥٠، التهذيب ٧: ١٥٦٠/٣٩٠، الوسائل ٢٠: ٢٨٩، أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ٢.

٣- الكافي ٥: ٢/٣٩٥، التهذيب ٧: ١٥٦١/٣٩٠، الوسائل ٢٠: ٢٨٩، أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ١.

٤- التذكرة ٢: ٥٩٤، الانتصار: ١٢٢، الخلاف ٤: ٢٦٩، المبسوط ٤: ١٧٦، السرائر ٤: ٥٦١.

٥- التذكرة ٢: ٥٩٤، الروضة ٥: ١٤٩، الانتصار: ١٢١، الخلاف ٤: ٢٦٩، المبسوط ٤: ١٧٦، السرائر ٤: ٥٦١، الغنية (الجوامع الفقهية): ٦٠٩.

٦- الوسائل ٢٠: ٢٨٩، أبواب عقد النكاح ب ١١.

على تقدير نقصه بجنون و نحوه، بخلاف العكس.

و فى صلوح مثل هذه القوه مرجحاً يستدلّ به على الترجيح تأمل.

و فى تعدى الحكم إلى الجدّ مع جدّ الأب و هكذا صاعداً و جه؛ نظراً إلى العله، و الأقوى: العدم، وفاقاً للروضه؛ لخروجه عن مورد النص، و استوائهما فى إطلاق الجدّ حقيقه و الأب كذلك، أو مجازاً (١). فلا وجه للترجيح إلّا العله، و عرفت أنّها له غير صالحه.

و تثبت ولايتهما أى الجدّ و الأب على البالغ مع فساد عقله بسفه أو جنون مطلقاً ذكراً كان أو أنثى إجماعاً فيما إذا اتّصل الفساد بالصغر؛ لاستصحاب الولايه.

و فى المتجدد أيضاً على قول قوى، كما فى التذكرة (٢)، و ظاهره الإجماع عليه، و عن التحرير (٣)، و هو ظاهر المتن كما يأتى؛ لذاتيه ولايتهما، و إناطتها بإشفاقهما، و تضرّرها بما يتضرّر به الولد. و مرجعه إلى أولويه ولايتهما على ولايه الحاكم.

و قيل: بل وليه الحاكم؛ لزوال ولايتهما، و لا دليل على عودها (٤).

و مرجعه إلى أصله بقاء انقطاع الولايه.

و يعارض بمثله فى ولايه الحاكم، فهما من جهه الأصل متساويان، و يترجّحان عليه بما ذكرناه.

و الأحوط: موافقه الحاكم لهما، و موافقتهما له.

ص: ٨٢

١- الروضه ١٥٠: ٥.

٢- التذكرة ٦٠٠: ٢.

٣- التحرير ٨: ٢.

٤- قال به البحرانى فى الحدائق ٢٣٦: ٢٣.

و حيث ثبتت الولاية عليه ف لا خيار له لو أفاق إجماعاً، كما في المسالك (١)؛ للأصل.

و الثيب المنكوحه بالتزويج تزوج نفسها باختيارها و لا ولاية عليها للأب و لا لغيره مطلقاً، إجماعاً منّا، كما في الانتصار و التذكرة (٢)؛ للأصل، و العمومات، و الصحاح المستفيضة:

منها الصحيحان: «هي أملك بنفسها، تولّى أمرها من شاءت إذا كان كفوّاً، بعد أن تكون قد نكحت رجلاً قبله» (٣).

و منها الصحيح: «الثيب أمرها إليها» (٤).

فالقول بثبوت الولاية عليها كالبكر كما في ظاهر العماني (٥) ضعيف، مع أنّه لا مستند له.

نعم، يستحبّ لها موافقه وليّها، كما سيأتى.

و يتفرّع عليه ما لو زوجها أبوها أو جدّها من غير إذنها فإنّه وقف على المختار على إجازتها فهو فضولى.

و

البكر البالغة الرشيدة أمرها بيدها

أمّا البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها إجماعاً إذا لم يكن لها الوليان، أو كانا غير مستجمعين لشرائط الولاية، حكاه جماعه (٦).

ص: ٨٣

١- المسالك ١:٤٥٢.

٢- الانتصار: ١١٩، التذكرة ٥٨٦:٢.

٣- الأول: الفقيه ١١٩٥/٢٥١، الوسائل ٢٠:٢٦٨ أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٢. الثاني: التهذيب ٧:١٥٤٥/٣٨٤، الوسائل ٢٠:٢٧١ أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ١٢.

٤- الكافي ٥:٨/٣٩٤، قرب الإسناد: ١٢٩٢/٣٦١، الوسائل ٢٠:٢٧٤ أبواب عقد النكاح ب ٥ ح ١.

٥- نقله عنه في المختلف: ٥٤٠.

٦- كالمحقق الثاني في جامع المقاصد ١٢٣:١٢، و الشهيد الثاني في المسالك ١:٤٥٢، و صاحب الحدائق ٢٣:٢١٠.

و فى المشهور مطلقاً (١) و لو كان أبوها حياً أو جدّها مطلقاً، دائماً كان التزويج أم متعّة، رضى به الأبوان أم كرّها، بل عليه الإجماع فى الانتصار و عن الناصريّات (٢)، و بخصوص المتعه عن بعض الأصحاب (٣).

لنصوص المستفيضه، الخاصّيه و العامّيه، المنجبر قصور أسانيد بعضها بالشهره العظيمه، و لا سيّما فى المتعه، و هى ما بين عامّه لنوعى التزويج، و مختصّه بالمتعّه، المستنبط منها حكم الدوام منه بالأولويّه.

فمن القسم الأول: الصحيح: «المراه التى ملكت نفسها، غير السفيهه و لا المولّى عليها، أنّ تزويجها بغير وليّ جائز» (٤).

و الاستثناء أماره العموم اللغوى فى المستثنى منه، كما حقّقناه فى الأصول، مضافاً إلى إفادته بنفسه العموم العرفى.

و القول:- بأنّ التقييد بعدم كونها مولّى عليها يمنع احتمال إرادته من لم يكن لها وليّ شرعى من المالكه نفسها، و احتمال كونها مولّى عليها فى التزويج، فلا يشملها القيد (٥) الموجب للحكم (٦) فرع كون المراد من الولايه فيه: الولايه فى التزويج، أو الأعمّ منه و من التصرف فى المال.

و هو مقطوع بفساده جزماً؛ لحزازه العبارة على هذا التقدير؛ إذ ليس الحاصل منه إلّا أنّ التى لا- وليّ لها فى التزويج و يجوز تزويجها بغير وليّ

ص: ٨٤

١- و ادّعى فى السرائر (٢:٥٦١) أنّه مذهب أكثر الأصحاب. منه رحمه الله.

٢- الانتصار: ١١٩، الناصريّات (الجوامع الفقهيّه): ٢١٠.

٣- و هو الحلى فى السرائر (٢:٥٦٢). منه رحمه الله.

٤- الكافى ١/٣٩١، الفقيه ١١٩٧/٢٥١، التهذيب ٧/١٥٢٥/٣٧٧، الإستبصار ٣:٨٣٧/٢٣٢، الوسائل ٢٠:٢٦٧، أبواب عقد النكاح ب

٣ ح ١.

٥- أى غير المولّى عليها. منه رحمه الله.

٦- أى التزويج بغير إذن الأب. منه رحمه الله.

يجوز تزويجها بغير ولي؛ و منزّه عن مثله كلام الإمام، الذي هو إمام الكلام، فتأمل جدّاً.

و منه الصحيح: «تُستأمر البكر و غيرها، و لا تُنكح إلّا بأمرها» (١).

و النهى هنا مستلزم للاشتراط، بضميمه عدم القائل بالتحريم مع الصحّح، و بشهاده السياق المسوّى بين البكر و بين الثيب، و بها تندفع الأوجه الأخر التي أُوردت على الخبر، كحمل النهى فى حقّها على الفضيله؛ و عدم دلالتها على الاستقلال، بناءً على أنّ غايتها اعتبار إذنها فى الجملة، مضافاً إلى أنّ الأصل مع عدم دليل على الشركه كما ستقف عليه (٢) كافٍ فى إثبات الاستقلال، و أصاله بقاء الولايه منقطعه بثبوت الولايه للبالغه و لو فى الجملة، و ليست عبارته تقبل الدخول و الخروج بالضروره.

هذا، مضافاً إلى أنّ قوله عليه السلام فى آخر الخبر: «و لا تُنكح إلّا بأمرها» ظاهرٌ فى استقلالها بالإذن؛ لمكان الحصر، و إرجاعه إلى غير البكر لا- وجه له، سيّما مع كون أصل العنوان فى كلامه عليه السلام إنّما هو البكر، و إنّما ذكر غيرها تبعاً لها كما لا يخفى، فتأمل جدّاً.

و منه الصحيح: «الذى بيده عقده النكاح هو وليّ أمرها» (٣).

و المراد بوليّ الأمر هنا: وليّها فى المال، كما يستفاد من المعتبره (٤)، مع أنّه على غيره يستلزم حرازه العبارة بنحو ما مرّ إليه الإشاره، و ليس الأب

ص: ٨٥

١- التهذيب ١٥٣٥/٣٨٠، الوسائل ٧: ٢٧١، ٢٠: أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ١٠.

٢- راجع ص ٨٩.

٣- التهذيب ١٥٧٠/٣٩٢، الوسائل ٧: ٢٨٢، ٢٠: أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٢.

٤- الوسائل ٢١: ٣١٥، أبواب المهور ب ٥٢.

ولّى أمرها، بل هي الولّى إجماعاً، فتكون عقده النكاح بيدها.

و منه الخبر: «إذا كانت المرأة مالكة أمرها، تبع و تشتري، و تعتق، و تشهد، و تعطى من مالها ما شاءت، فإنّ أمرها جائز، تزوج إن شاءت بغير إذن وليّها» الحديث (١).

و ظاهر الجَمَل كونها مفسّره، و لا داعى لجعلها خبراً ثانياً، مع أنّه على هذا التقدير يستلزم الحزازه المتقدمه؛ إذ مقتضاها على ذلك: أنّه إذا كانت المرأة مالكة أمرها أى تزوّج من شاءت فإنّ أمرها فى التزويج جائز، فتأمل.

مضافاً إلى لزوم إلغاء الجَمَل على هذا التقدير؛ لتوقّف ملكيه أمرها عليها، فمقتضاها داخل فى ملكيه الأمر، فتكرارها لغو خالٍ عن الفائدة، فلا يمكن حمله على التّبيه، فيقتضى حينئذٍ دوران ولاية التزويج مدار ولاية التصرّف فى المال، كما فهمه الأصحاب، و أفصح عنه الخبر المتقدم.

و حيث ظهر دلالتها على المراد بمالكة الأمر، و أنّه من حيث التصرّف فى المال لا غير، ظهر بمعونته وجه دلاله الخبرين:

فى أحدهما: «الجارية [البكر] التى لها أب لا تزوّج إلّا بإذن أبيها» و قال: «إذا كانت مالكة لأمرها تزوّجت من شاءت» (٢) و لا ينافيه صدره؛ لإطلاقه، فيجب حمله على الصغيره، فهو كالعام المخصّص.

و فى الثانى و هو موثّق - «تزوّج المرأة من شاءت إذا كانت مالكة

ص: ٨٦

١- التهذيب ٣٧٨/١٥٣٠، الإستبصار ٢٣٤/٨٤٢، الوسائل ٢٨٥: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٦.

٢- الكافى ٣٩١/٥، الوسائل ٢٧٠: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٧ و ما بين المعقوفين من المصدر.

لأمرها، فإن شاءت جعلت ولياً» (١).

و منه الخبر: «لا- بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها» (٢) و هو نصّ في المطلوب، و قصور السند بجهاله الراوى بما قدّمناه منجبر.

و منه العاصمى: «الأيم أحقّ بنفسها من وليها، و البكر تستأذن فى نفسها، و إزنها صماتها» (٣).

و الأحقّيه و اعتبار الاستئذان مع ما قدّمناه من الدليل القاطع للشركه يدفع عنه المناقشه بعدم الدلاله على استقلال البكر البالغه.

و نحوه الآ-خر: إنّ جاربه بكرأ جاءت إليه صلى الله عليه و آله، فقالت: إنّ أبى زوّجنى من ابن أخ له ليرفع خسيسته، و أنا له كارهه، فقال صلى الله عليه و آله: «أجيزى ما صنع أبوك» فقالت: لا- رغبه لى فيما صنع أبى، قال: «فأذهبى فانكحى من شئت» فقالت: لا رغبه لى عمّا صنع أبى، و لكن أردت أن اعلم الناس أن ليس للآباء فى أمور بناتهم شىء» (٤).

[و هو ترك الاستفصال لعموم البنات فى كلام الجاربه مع تقريره لها عام للثيب و البكر] و أمرها [فأمرها] بنكاحها من شاءت صريح فى الاستقلال، و قصور السند فيه كغيره المضاهى له فيه منجبر بالشهره العظيمه و المؤيدات القويّه التى ذكرناها مع غيرها من الأدله فى رساله مفرده فى المسأله.

و من القسم الثانى: الأخبار الكثيره المستفيضه جدأ.

فمنها: الخبر بعد أن سُئل عليه السلام عن المتعه بالبكر مع أبويها قال

ص: ٨٧

١- الكافى ٣/٣٩٢، الوسائل ٢٧٠: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٨.

٢- التهذيب ٧: ١٥٣٨/٣٨٠، الإستبصار ٣: ٨٥٠/٢٣٦، الوسائل ٣: ٢٨٥: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٤.

٣- صحيح مسلم ٢: ٦٦/١٠٣٧، سنن النسائى ٦: ٨٤، الموطأ ٢: ٤/٥٢٤، و الأيم: الذى لا- زوج له من الرجال و النساء مجمع البحرين ٦: ١٥.

٤- سنن البيهقى ٧: ١١٨، بتفاوت.

«لا بأس، و لا أقول كما يقول هؤلاء الأقباب» (١).

و لا تعارض بمثل الصحيح: «العدراء التي لها أب لا تتزوج متعاً إلا بإذن أبيها» (٢).

لعدم مكافأته للمستفيضة عدداً و دلالة، و قبول الأصحاب لها فتوى و عملاً، فيحمل النهي على الكراهة، كما يشعر به بعض تلك المستفيضة، مع وقوع التصريح بها في بعضها (٣)، المشعر بل الظاهر في الكراهة الاصطلاحية، بضميمة تعليلها فيه بالعار على الأهل، لا النهي عنه في الشريعة.

هذا، مضافاً إلى دلالة مفهوم القيد المعبر عرفاً، فيعتبر شرعاً على عدم المنع عن التزويج دائماً، و هو مع أنه لا يقول به الخصم نافع أيضاً، و تمام الأدلة في رساله.

و لذا قيل و هم المشهور كما عرفت: - إن لها الانفراد بالعقد مطلقاً دائماً كان أو منقطعاً و قيل و هو الحلبيان (٤): - أمر العقد مشترك بينها و بين الأب مطلقاً و الجد.

ص: ٨٨

-
- ١- التهذيب ١٠٩٧/٢٥٤، الإستبصار ٣: ٥٢٥/١٤٥، الوسائل ٣٣: ٢١، أبواب المتعه ب ١١ ح ٦، القشبي: و هو من لا- خير فيه من الرجال مجمع البحرين ٢: ١٤٣.
 - ٢- الفقيه ٣: ١٣٩٤/٢٩٣، التهذيب ٧: ١٠٩٩/٢٥٤، الإستبصار ٣: ٥٢٧/١٤٥، الوسائل ٣٥: ٢١، أبواب المتعه ب ١١ ح ١٢.
 - ٣- الكافي ٥: ١/٤٦٢، التهذيب ٧: ١١٠٢/٢٥٥، الإستبصار ٣: ٥٣٠/١٤٦، الوسائل ٣٤: ٢١، أبواب المتعه ب ١١ ح ١٠.
 - ٤- أبو الصلاح في الكافي: ٢٩٢، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٩.

للجمع بين ما تقدّم و ما يأتي من الأخبار.

و الموثّق: استشار عبد الرحمن الكاظم عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه، فقال: «افعل، و يكون ذلك برضاها، فإنّ لها في نفسها نصيباً» و استشاره عليه السلام خالد بن داود في تزويج ابنته عليّ بن جعفر، فقال: «افعل، و يكون ذلك برضاها، فإنّ لها في نفسها حظّاً» (١).

و لو لا أنّ له فعلاً لاستحال أمره به، و لو لا ثبوت حقّها لم يعتبر إذنها.

مضافاً إلى دلالة لفظي الحظّ و النصيب بالمنطوق على ثبوت الولايه لها، و بالمفهوم على ثبوتها له؛ إذ لا قائل بغيره، فلا يمكن حملها على الصغيره أو الثيب؛ للاتّفاق على عدم المشاركة فيهما، فتعيّن المدعى.

و في الجميع نظر؛ لعدم قبول بعض أخبار الطرفين المصرح باستقلال أحد الشخصين الجمع [للجمع] المزبور.

مضافاً إلى عدم الشاهد عليه، و كونه فرع التكافؤ و عدم المرجّح لأحد الطرفين. و كلاهما ممنوع؛ لفقد الشاهد. و الموثّق على تقدير تماميته دليلٌ آخر لا شاهد. و وجود المرجّح من الصراحه، و الاعتضاد بالشهره العظيمة، و الإجماعات المنقوله، و إطلاقات الكتاب و السنّه في تزويج النسوه و الاعتبار بعقودهن، و غير ذلك ممّا ذكر في رساله في الأخبار الأوّله.

هذا، مضافاً إلى اقتضاء الجمع المصير إلى الشركه بينها و بين الأب خاصّه كما نقل قولاً سادساً في المسأله، و نسب إلى المفيد رحمه الله (٢) -

ص: ٨٩

١- التهذيب ٣٧٩/١٥٣٤:٧، الوسائل ٢٠:٢٨٤ أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٢- نسبه إليه في المسالك ١:٤٤٩.

و ذلك لاختصاص ما دلّ على اعتبار إذن الولي بالأب خاصه (١).

كذا اعترض عليه بعض الأصحاب (٢).

و يمكن دفعه باستلزام دلالتها على ثبوت ولاية الأب دلالتها على ثبوت ولاية الجدّ بفحوى الخطاب؛ بناءً على أضعفته ولاية الأب، كما يستفاد من الأخبار المجمع عليها (٣)، المرجح لاختيار الجدّ على اختيار الأب، و المقدّمه لعقده على عقده مع المقارنه؛ مضافاً إلى أصاله بقاء الولاية، الخاليه عن المعارض، بعد الجمع بين أخبار المسأله.

و منه يظهر ضعف القول السادس و دليله و إن قيل بمتانته نظراً إلى الجمع بين الأدله (٤).

و الموثق و إن كان حجّه إلّا أنّه لا يعارض الصحيح، فضلاً عن الصحاح، مع اعتضاها بطواهر غيرها و ما مرّ من المعاضدات، مع ضعف الدلاله على الوجه الأول؛ لحسن الأمر بتزويج الثيب، و الحال أنّه ليس له معها فعل.

و كذا على الثاني؛ لدلالته بالمفهوم الضعيف، و على تقديره يحتمل الحظّ و النصيب الندبي لا الوجوبي، و لتأكده مع الباكره جعل مع الثيب كالعدم.

و هذا القول و إن ضعف باعتبارٍ إلّا أنّ اعتباره أحوط فلا ينفرد أحدهما به بل يستأمر كلّ منهما الآخر.

ص: ٩٠

١- الوسائل ٢٧٥:٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٦.

٢- المسالك ٤٤٩:١، الحدائق ٢١٢:٢٣.

٣- الوسائل ٢٨٩:٢٠ أبواب عقد النكاح ب ١١.

٤- المسالك ٤٥٢:١.

وقيل و هو الصدوق و الشيخ فى النهايه (١) و جماعه (٢) -: إن أمرها إلى الأب و الجدّ بالانفراد و ليس لها معه أمر للأصلين: بقاء الولايه و بقاء الحرمه، و الصحاح المستفيضه و غيرها.

فى الصحيح: «لا تنكح ذوات الآباء من الأبكار إلّا بإذن آبائهنّ» (٣).

و فيه أوّلاً: عدم الصراحه باحتمال النذب، أو الإخبار عن المتعارف، أو الحرمه فى الصور الغالبه المستلزمه للمهالك العظيمه التى يجب حمل إطلاقه عليها. و ليس فيه إحداه قول سابع؛ لتخصيص المنع بها دون النادره، فلو فرض عدم ترتب المفسد على التزويج بغير إذن الوليِّ حلّ و صحّ، و الكلّ متفقون عليه، كآيّه (٤)، و الأخبار الناهيه عن إلقاء النفس فى التهلكه (٥)، المعتضده بالاعتبار.

و مثل هذا الجواب جارٍ فى غيره من الأخبار المانعه عن تزويجهنّ بغير الوليِّ (٦).

و ثانياً: باحتمال تبعيضيّه «من» المنافيه للاستدلال؛ لاحتمال الحمل حينئذٍ على الصغيره الباكره.

و لزوم إلغاء القيد بالأبكار بناءً على ثبوت حكمه لغيره، كالشيب

ص: ٩١

١- الصدوق فى الهدايه: ٦٨، النهايه: ٤٦٥.

٢- منهم: ابن أبى عقيل على ما حكاه عنه فى المختلف: ٥٣٤، القاضى فى المهذب ١٩٣: ٢، صاحب الحدائق ٢١١: ٢٣.

٣- الكافى ١/٣٩٣، الفقيه ٥/٢٥٠، ١١٩٠/٣، التهذيب ٧/١٥٣١/٣٧٩، الإستبصار ٣/٨٤٥/٢٣٥، الوسائل ٢٠: ٢٧٧، أبواب عقد النكاح ب

٥ ح ٥.

٤- البقره: ١٩٥.

٥- الوسائل ٢٢٠، ٢٠٣: ١٦، أبواب الأمر و النهي و ما يناسبهما ب ٢٧، ٢٤.

٦- الوسائل ٢٧٥: ٢٠، أبواب عقد النكاح ب ٦.

الصغيره مدفوعٌ بوروده مورد الغالب، فلا عبره بمفهومه، كسائر المفاهيم التي هي حججه.

مضافاً إلى ثبوت النقض بها، بل و بالبالغه الشبهه إذا كانت مجنونه أو سفيهه، على تقدير البياتيه أيضاً، فما هو الجواب عنه هنا فهو الجواب عنه هناك.

و في الصحيح: عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء، إلها مع أبيها أمر؟ قال: «ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب» (١).

و بمعناه أخبار كثيره (٢)، و لكن ليست صريحه في الحرمة، فضلاً عن الشرطيه، فتحمل على ما قدّمناه من الاستحباب، أو الحرمة في الصوره المذكوره.

و مثل الجواب يجرى في الصحيح: «لا تُستأمر الجاربه إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر، و قد يستأمرها كلّ أحد ما عدا الأب» (٣).

و يزيد الضعف فيه باحتمال الحمل على التقيّه كما قيل (٤) أو حمل الجاربه فيه على الصغيره، و لا ينافيه الحكم باستئمار الأجانب لها عدا الأب بناءً على أنّها ليست محلّه؛ و ذلك للمنع من أنّها ليست محلّه مطلقاً، بل عدم كونها محلّه مخصوصٌ بحال الصغر، و ذلك لا ينافي استثمارها بمعنى

ص: ٩٢

١- الكافي ٥: ٦/٣٩٤، التهذيب ٧: ١٥٤٠/٣٨١، الإستبصار ٣: ٨٥١/٢٣٦، الوسائل ٢٠: ٢٧١، أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ١١.

٢- الوسائل ١٤: ٢٦٧، أبواب عقد النكاح ب ٣.

٣- الكافي ٥: ٢/٣٩٣، التهذيب ٧: ١٥٣٧/٣٨١، الإستبصار ٣: ٨٤٩/٢٣٥، الوسائل ٢٠: ٢٧٣، أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ٣؛ و فيها: و قال، بدل: و قد.

٤- قال به في روضه المتقين ٨: ١٣٤.

الصبر إلى حين بلوغها.

و الحاصل: أنّ المراد أنّه يجب على كلّ أحد استثمار الصغيره و لو بالصبر إلى بلوغ الرتبته، دون الأب، فلا- يجب عليه هذا الاستثمار، بل يُزوّجها حين الصغر من دون صبر إلى البلوغ.

و في الصحيح: «لا ينقض النكاح غير الأب» (١).

و هو مع احتمال كون النقض فيه بمعنى المنع، فيحمل على الاستحباب محمولاً على التقية كما قيل (٢) أو على الصغيره كما هو الأقرب و لا- عموم فيه فضلاً عن الخصوص الشامل للبالغه، بل عمومه لا قائل به منّا؛ لارتفاع الولايه عن الشبهه عندنا، خلافاً لمن خالفنا.

و مثله الكلام في الحسن في الجارية يُزوّجها أبوها بغير رضاه منها، قال: «ليس لها مع أبيها أمر، إذا أنكحها جاز نكاحه و إن كانت كارهه» (٣) لا احتمال الجارية: الصغيره، مع احتمال المحامل المتقدّمه.

و من العجب استدلال بعض الأصحاب (٤) لهذا القول بالصحيح المانع من تزويج العذراء متعه (٥)، الدالّ بمفهومه المعبر كما تقدّم على جواز تزويجها بالدوام، و إن هو إلّا غفله واضح، مضافاً إلى ما عرفت من كونه

ص: ٩٣

-
- ١- الكافي ٥: ٨/٣٩٢، التهذيب ٧: ١٥٣٢/٣٧٩، الإستبصار ٣: ٨٤٦/٢٣٥، الوسائل ٢٠: ٢٧٢، أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ١.
 - ٢- انظر روضه المتقين ٨: ١٣٤.
 - ٣- الكافي ٥: ٤/٣٩٣، التهذيب ٧: ١٥٣٩/٣٨١، الوسائل ٢٠: ٢٨٥، أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٧.
 - ٤- الاستبصار ٣: ١٤٥.
 - ٥- الفقيه ٣: ١٣٩٤/٢٩٣، التهذيب ٧: ١٠٩٩/٢٥٤، الإستبصار ٣: ٥٢٧/١٤٥، الوسائل ٢١: ٣٥، أبواب المتعه ب ١١ ح ١٢.

من أوضح الأدله لاستقلال الباكره البالغه بعد ثبوت أنّ النهى فيه عن المتعه للكراهه.

و تمام أدله هذا القول مع الأجوبه مذكورٌ فى الرساله، فعليك بالمراجعه.

و من الأصحاب من أذن لها فى تزويج المتعه دون الدائم و هو شيخنا فى التهذيبين، و ظاهر شيخنا فى المقنعه (١)؛ عملاً بأخبار المتعه، و أخبار استقلال البالغه فى الجمله (٢)، و منع الدوام من حيث كونه أشدّ، و من الجمع بين تلك الأخبار بحملها على المتعه، و مقابلها ممّا دلّ على استقلال الأب خاصّه بحمله على الدوام. و ضعف الجميع ظاهر بالضروره؛ لفساد الجمع بعدم الشاهد عليه بالمزمّه، مع إباء أخبار المتعه عنه؛ لما عرفت من الأولويه؛ بناءً على ما فى المتعه من الغضاظه و الشناعه الغير اللائقه بأرباب المروءه، و لذا كره أو نهى عنه فى المعتمره (٣). و لا كذلك الدوام.

و منعها بأنّ الدائم لكثرت توابعه من النفقه و الميراث و غيرهما أهمّ من المتعه غير جيّد؛ لعدم مقاومه مثل ذلك للغضاظه و العار، مع جريان مثله فى المتعه أيضاً مع الاشتراط على قول جماعه (٤).

و بالجمله: الأولويه واضحه، و إنكارها مكابره.

ص: ٩٤

١- التهذيب ٧:٣٨١، الإستبصار ٣:٢٣٦، المقنعه: ٥١٠.

٢- الوسائل ٢١:٣٢ أبواب المتعه ب ١١.

٣- الوسائل ٢١:٢٢ أبواب المتعه ب ٥.

٤- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ١:٤٥٢، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١٢:١٢٧، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:١٨.

و منهم من عكس فجوّز الدوام دون المتعه جمعاً، مضافاً إلى الصحيح المتقدّم (١) المانع عن تزويجهنّ متعه، الدالّ بمفهومه المعبر عرفاً و شرعاً على جوازه دائماً.

و هذا القول مع مجهوليته قائله؛ إذ لم ينقله إلّا المصنّف، و قد سُئِلَ عنه فلم يجبه ضعيفاً بأخبار المتعه الصريحه، المنجبر قصور أسانيدھا بالشهره العظيمة و الإجماعات المنقوله، سيّما في خصوص جواز المتعه.

و لا يعارض شيئاً من ذلك الصحيح، مع ما عرفت من حمل النهي فيه على الكراهه.

و حيث ظهر لك مقدوحية أدلّه الأقوال الأربعة أو الخمسه، ظهر لك أنّ القول الأول أولى و إن كان الأحوط المصير إلى التشريك إن لم يكن في ارتكابه خلاف الاحتياط، و هو الهادي إلى مسلك النجاه.

و كلّ ذلك إذا أراد الوليّ تزويجها من كفو.

و أمّا لو عضلها الوليّ و منعها عن ذلك أو مطلقاً مع رغبتها فيه سقط اعتبار رضاه إجماعاً منّا، حكاه جماعه من أصحابنا (٢)؛ و هو الحجّه فيه، مع الأدلّه القاطعه النافيه للعسر و الحرج عن المله السهله السمحه.

و منه يظهر أنّ في حكمه الغيبه المنقطعه، التي يحصل معها المشقه العظيمة (٣)، على ما حكى عن الخلاف (٤)، و ارتضاه كثير من الأصحاب (٥).

ص: ٩٥

١- في ص ٨٨.

٢- منهم الشيخ في الخلاف ٤: ٢٧٩، و ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٩، و العلامه في القواعد ٦: ٢، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٢: ٢٦٥.

٣- و في نسخه: الشديده.

٤- الخلاف ٤: ٢٧٨.

٥- كالعلامه في التذكره ٢: ٦٠١، و السبزواري في الكفايه: ١٥٦، و البحراني في الحدائق ٢٣: ٢٣٢.

لو زوّج الصغيره غير الأب و الجدّ، توقّف على رضاها عند البلوغ

و لو زوّج الصغيره غير الأب و الجدّ، توقّف على رضاها عند البلوغ إجماعاً؛ لعدم الولاية له، فيلحق بالفضولى. و سيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى (١).

و فى الصحيح المقطوع: رجل مات و ترك أخوين و ابنه، و البنت صغيره، فعمد أحد الأخوين الوصىّ فزوّج الابنه من ابنه، ثم مات أبو الابن المزوّج، فلمّا أن مات قال الآخر: أخى لم يزوّج ابنه، فزوّج الجارية من ابنه، فقيل للجارية: أىّ الزوجين أحبّ إليك، الأول أو الآخر؟ قالت:

الآخر، ثم إنّ الأخر الثانى مات و للأخ الأول ابنٌ أكبر من الابن المزوّج، فقال للجارية: اختارى أيهما أحبّ إليك، الزوج الأول أو الزوج الآخر، فقال:

«الروايه فيها أنّها للزوج الأخير؛ و ذلك أنّها قد كانت أدركت حين زوّجها، و ليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها» (٢).

و هو كما ترى نصّ فى الباب.

و كذا الحكم فى الصغير لعموم الدليل، و عدم القائل بالفرق.

للمولى أن يزوّج المملوكه له و كذا العبد

و للمولى أن يزوّج المملوكه له، صغيره كانت أو كبيره، بكرّاً كانت أو ثيباً، عاقله كانت أو مجنونه، و لا خير له، و كذا الكلام فى العبد المملوك له؛ لأنّه المالك لمنافعهما.

إجماعاً، فتوى و دليلاً، كتاباً و سنّه، قال عزّ و جلّ فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ [١] (٣). و قال عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ [٢] (٤).

ص: ٩٦

١- فى ص ١١٩.

٢- الكافى ٣/٣٩٧، التهذيب ٧:١٥٥٤/٣٨٧، الوسائل ٢٠:٢٨٢ أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ١.

٣- النساء: ٢٥.

٤- النحل: ٧٥.

و النصوص بهما مستفيضه، بل متواتره.

ففى الحسن: عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: «ذلك إلى سيده، إن شاء أجازته، وإن شاء فرق بينهما» (١).

و النصوص المعتمده بمعناه مستفيضه، يأتى ذكرها فى تضاعيف الباب.

و فى الخبرين: عن الأمه تزوج بغير إذن أهلها، قال: «يحرّم ذلك عليها، و هو زناء» (٢).

و ليس له الولاية على المبعوض بمعنى إجباره عليه، و إن كانت له عليه بمعنى عدم استقلاله به بدون إذنه، إجماعاً كما فى التذكرة (٣).

و للولّى تزويج أمه المولّى عليه و عبده مطلقاً (٤)، إذا كانت فيه مصلحة؛ لفحوى الخطاب، خلافاً لبعض العامه (٥). و لا يكون له فسخه بعد الكمال، كسائر تصرفاته فى أمواله.

لا ولاية للموصى فى التزويج و كذا الحاكم

و لا يزوج الوصى للأب أو الجدّ صغيرى الموصى مطلقاً، على الأشهر كما فى المسالك (٦)، و هو الأظهر؛ لأصالتى عدم الولاية و عدم

ص: ٩٧

-
- ١- الكافى ٣/٤٧٨، الفقيه ٥:٣/٤٧٨، التهذيب ٣:١٦٧٥/٣٥٠، الوسائل ٧:١٤٣٢/٣٥١، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٤ ح ١.
 - ٢- الأموال: الكافى ٥:١/٤٧٩، الوسائل ٥:١٢٠/٢١:١٢٠، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٩ ح ٢. الثانى: الكافى ٥:٢/٤٧٩، الوسائل ٥:١٢٠/٢١:١٢٠، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٩ ح ٣.
 - ٣- التذكرة ٢:٥٩٠.
 - ٤- أى صبيّاً كان المولّى عليه أم بنتاً. منه رحمه الله.
 - ٥- المجموع ١٦:١٤٧.
 - ٦- المسالك ١:٤٥٣.

انتقالها مع انقطاعها بموت الموصى، و النصوص الحاصره لها فى الأب خاصّه (١).

و مفهوم الصحيحين فى تزويج الصبى للصبيه:- «إن كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعمة جائز» (٢).

و خصوص الصحيح المتقدم (٣)، و إن قصر بالإرسال؛ لانجباره بالشهره بين الأصحاب.

و قيل: نعم مطلقاً، كما فى المختلف و عن المبسوط (٤)؛ للصّاح:

فى الذى بيده عقده النكاح: «هو الأب و الأخ و الموصى إليه» (٥) و زيد فى جملة منها: «و الذى يجوز أمره فى مال المرأه بيتاع و يشترى». و لاشتمالها على الأخ، و عدم دلالتها على الجدّ، و ندره القائل بإطلاقها، بل و عدمه؛ لتنزيل كلامه على القول الثالث فى كلام بعض الأصحاب (٦)، قصرت عن المقاومه لما قدّمنا من الأصول المعتضده بالشهره المحكيه و الصّاح المستفيضه بالعموميه و الخصوصيه، فيحمل الموصى إليه فيها على الجدّ أو الإمام، أو تحمل على استحباب إطاعتها له، كحملها عليه بالإضافه إلى الأخ.

ص: ٩٨

١- الوسائل ٢٨٢: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٨.

٢- الأول: التهذيب ١٥٤٣/٣٨٢، الإستبصار ٣: ٨٥٤/٢٣٦، الوسائل ٢٧٧: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٨. الثانى التهذيب

٣٨٨/١٥٥٦، الوسائل ٢٩٢: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ١٢ ح ١.

٣- فى ص ٩٦.

٤- المختلف: ٥٤٠، المبسوط ٤: ٦٠.

٥- الوسائل ٢٨٢: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٣، ٤.

٦- البحرانى فى الحدائق ٢٣: ٢٤٤.

والتحقيق أن يقال: إن لكل من هذه الصّاح المتقدّمه وجه رجحان و مرجوحه، بقوه الدلاله، و مخالفه الشهره، و الاشتمال على ما لا يقول بها الطائفه، فى هذه؛ و بمقابل الأمور المزبوره فى السابقه، و حيث لا مرجح فليتوقف، و مقتضاه المصير إلى القول الأول؛ التفاتاً إلى الأصول المتقدّمه.

و منه ينقدح وجه القدح فى القول بالتفصيل: باختيار الأول مع إطلاق الوصيه من دون تنصيب بالولاية فى التزويج، و اختيار الثانى مع عدمه و التنصيب، كما عن الخلاف (١).

و يزيد القدح فيه بعدم الدليل عليه فى البين، و استلزامه الخروج عن إطلاق أخبار الطرفين، و الجمع بينهما بذلك فرع وجود شاهد عليه، و عموم فَمَنْ بَدَّلَهُ [١] الآية (٢)، مخصوص بمورده، و هو التوصيه للوالدين و الأقربين لمن ترك خيراً؛ لاشتماله على الضمير الموجب له.

و بالجملة: لا ريب فى ضعف هذا القول، كاستثناء صورته خاصّه من إطلاق المنع، أشار إليها بقوله: إلّا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحه لضعف ما قيل (٣) فى توجيهه من الضروره، مع عدم توقّع زوال العذر، و خوف المرض، أو الوقوع فى الزناء، و لذا ثبت الولاية عليه للحاكم مع عدم ثبوتها له على الصغير؛ لاندفاع جميع ما ذكر بولاية الحاكم، كاندفاعه بولايته فيمن بلغ صحيح العقل ثم فسد.

ص: ٩٩

١- الخلاف ٢٥٤: ٤.

٢- البقره: ١٨١.

٣- انظر كشف اللثام ٢: ١٥.

نعم، ربما أمكن ذلك مع عدم إمكان الوصول إليه، ولكن لا يستلزم ذلك ثبوت الولاية للوصي على الإطلاق.

و كذا الحاكم أى الإمام العادل، أو منصوبه خصوصاً أو عموماً، و منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، فلا يزوج الصغيرين مطلقاً (١) فى المشهور، و البالغين فاسدى العقل مع وجود الجدّ و الأب إجماعاً؛ لما تقدّم من الأدلّة؛ لإطلاق المنع فى الوصى.

و يزوجهما مع فقدهما مع الغبطه إجماعاً؛ لأنّه وليّهما فى المال فيتولّى نكاحهما.

و للصحيح: «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ [١] هُوَ وَلِيُّ أَمْرِهَا» (٢) و لا قائل بالفرق.

و النبوى: «السلطان وليّ من لا وليّ له» (٣) و يلحق به نوابه؛ لعموم أدلّة نيابته.

مضافاً إلى مسيس الحاجه إلى ولايته، و هو كالخبرين يتناول الصغيرين، فمنع ولايته عنهما فى المشهور غير واضح، إلّا أن يكون إجماع، و فيه نظر.

و ظاهر تشبيه المتن الحاكم بالوصي بقولٍ مطلقٍ حصراً ولايته فيمن بلغ فاسد العقل، لا غير، و منه (٤): البالغ رشيداً، و الفاسد عقله طارئاً، فلا ولاية له عليه أبداً، و هو و إن خالف المشهور فى صورته وجود الأولين

ص: ١٠٠

١- وجد الأب و الجدّ أم لا. منه رحمه الله.

٢- التهذيب ٣٩٢/١٥٧٠، الوسائل ٢٨٢:٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٢.

٣- سنن أبى داود ٢٢٩/٢٠٨٣، سنن ابن ماجه ١٨٧٩/٦٠٥، سنن الدارمى ١٣٧:٢.

٤- أى و من الغير.

أو أحدهما، والإجماع في صورته فقدمهما، إلا أنه المختار في الصورة الأولى كما تقدم سابقاً (١).

يلحق بهذا الباب مسائل

إشاره

و يلحق بهذا الباب مسائل:

الأولى الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه

الأولى: لكل من الأب و الجد له كغيرهما من الأولياء و الوكلاء، إلا من سيأتي على الأشهر الأظهر-تولى طرفى العقد، ولا بُدَّ في الأب لأحد الطرفين أن يكون وكيلاً للآخر أو وليه؛ لعموم أدلتي الولايه و الوكاله، و كفايه المغايره الاعتباريه؛ لعدم الدليل على اعتبار الحقيقته، بل عن الخلاف الاتفاق على عدمها عندنا (٢).

إلا الوكيل في النكاح عنها أو عن وليها ف لا يزوجه من نفسه مع تنصيصها أو من فى حكمها بتعيين الزوج، إجماعاً.

و للصحيح: فى امرأه و لت امرها رجلاً فقالت: زوّجنى فلاناً، فزوّجها من نفسه، و كرهته المرأه، فقالت: لا و لا كرامه، و ما أمرى إلا بيدي، و ما وليتك أمرى إلا حياءً من الكلام، قال: «تنزع منه و يوجع رأسه» (٣).

و كذا مع الإطلاق على الأشهر الأظهر؛ للأصل، و عدم انصرافه إليه، خلافاً للتذكرة (٤).

و كذا مع العموم ك: زوّجنى مّمّن شئت على الأحوط، بل الأظهر؛

ص: ١٠١

١- فى ص ٨٢.

٢- حكاه عنه فى كشف اللثام ٢: ٢٢.

٣- الكافى ١/ ٣٩٧، الفقيه ٥٠/ ١٧١، التهذيب ٣٩١/ ٣٩٥، الوسائل ٢٨٧: ٢٠، أبواب عقد النكاح ب ١٠ ح ١ بتفاوت.

٤- التذكرة ٢: ٦٠٣.

لظهور العموم بالإضافة إلى غيره لا إليه، ولا أقلّ من الشكّ، فالمصير إلى مقتضى الأصل متعيّن، ونحوه الظنّ؛ لعدم دليل معتدّ به على اعتباره في مثله؛ لانحصار ما دلّ على حجّيته في غيره، وعدم اعتباره في أمثاله غير عزيز، وهو المطابق للأصل. فالقول بالجواز حينئذٍ مشكل.

مضافاً إلى عدم الفرق بينه وبين الإطلاق في الشمول وإن كان فيه أقوى، والقوّه غير فارقه بينهما بالنظر إلى أصل الشمول، الذي هو المناط في الإذن، فتأمل.

ولو أذنت له في ذلك أي التزويج منه بالخصوص، أو الإطلاق و العموم المحفوفين بما يدلّ على دخوله قطعاً فلاشبهه الأشهر كما عن الإسكافي وفي الشرائع والقواعد والمختلف والتذكرة واللمعة والروضه والمسالك و شرح الكتاب لسبطه (١) وغيرهم (٢) الجواز ولو لزم توليه طرفي العقد؛ للأصل المستفاد من عمومات التوكيل المتيقّنه، المعتضده في المقام أيضاً بالشهره.

وقيل: لا لروايه قاصره السند و هي روايه عمّار بن موسى الساباطي الموثقه: سأل أبا الحسن عليه السلام عن امرأه تكون في أهل بيت، فتكره أن يعلم بها أهلها، يحلّ لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوّجها، تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجي؟ قال: «لا» قال: قلت: وإن كانت أيماً؟ قال: «وإن كانت أيماً» قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها منه، قال

ص: ١٠٢

١- حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٥٤١، الشرائع ٢٧٧: ٢، القواعد ٧: ٢، المختلف: ٥٤١، التذكرة ٦٠٣، ٦٠١: ٢، الروضه ١٢٢: ٥، المسالك ٤٥٤: ١، نهايه المرام ٨٢: ١.

٢- كفخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢٦: ٣، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ١٤٦: ١٢.

«نعم» (١).

فالقول بالمنع ضعيف، و لكنّ الأحوط مراعاتها؛ لاعتبار سندها، و ظهور دلالتها، و اعتضادها بأصالة بقاء الحرمة بحالها، و لو لا الشهره لتعين المصير إليها.

و كيف كان، ينبغي تخصيص المنع بموردها؛ لانتفاء المانع في غيره من جهتها، فيجوز الوكالة من الطرفين لشخص واحد، فيتولّى طرفي العقد بنفسه؛ لعموم أدلّه التوكيل، و انتفاء المانع هنا من جهه غيرها؛ لكفايه المغايره الاعتباريه؛ لعدم دليل على اعتبار الحقيقته، مع الإجماع المحكّي كما تقدّم (٢) على عدم اعتبارها عندنا.

الثانيه النكاح يقف على الإجازة

الثانيه: النكاح الفضولي صحيح، و لكن يقف على الإجازة من وليّ العقد، فإن أجاز لزم، و إلّا بطل على الأظهر الأشهر، بل عليه الإجماع عن المرتضى مطلقاً (٣) في الحرّ و العبد و عن الحلّي في الأول خاصه (٤)، و عن الخلاف في الثاني كذلك (٥).

لنصوص المستفيضه، التي كادت تكون متواتره، يقف عليها المتتبع لأخبار النكاح في غير مسأله.

منها: النبويّ المتقدم في البكر التي زوجها أبوها فأنته صلى الله عليه و آله تستعدى - «أجيزى ما صنع أبوك» (٦).

ص: ١٠٣

١- التهذيب ١٥٢٩/٣٧٨، الإستبصار ٣: ٨٤١/٢٣٣، الوسائل ٢٠: ٢٨٨، أبواب عقد النكاح ب ١٠ ح ٤.

٢- في ص ١٠١.

٣- الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢١١.

٤- السرائر ٢: ٥٦٤.

٥- الخلاف ٤: ٢٦٦.

٦- في ص ٨٧.

و الصحيح المتقدم أيضاً في تزويج غير الأبوين الصغيرين، المصرح بالصحة و الوقوف على الإجازة (١).

و نحوه الخبر المتقدم في أول الفصل في تزويج الأم ولدها (٢).

و الحسن: عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: «ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته، و إن شاء فرق بينهما»، قال: فقلت: أصلحك الله، إن الحكم ابن عينه و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، فلا تحل إجازة السيد له، فقال عليه السلام: «إنه لم يعص الله تعالى، إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز» (٣).

و الخبر المروى بعده طرق فيها الصحيح، و فيه: جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام، فقال: إنني كنت مملوكاً لقوم، و إنني تزوجت امرأة حره بغير إذن مولاي، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: «أ كانوا علموا أنك تزوجت امرأة و أنت مملوك لهم؟» فقال: نعم و سكتوا عني و لم يعيروا علي، فقال: «سكوتهم عنك بعد علمهم إقرارهم، اثبت على نكاحك الأول» (٤).

و من هذه الأخبار و إن اختص مواردنا بالنكاح يستفاد جواز الفضولي في سائر العقود بفحوى الخطاب؛ للاتفاق فتوى و روايته على شدة أمر النكاح، و عدم جواز المسامحة فيه بما ربما يتسامح في غيره، فإذا جاز

ص: ١٠٤

١- راجع ص ٩٦.

٢- في ص ٧٤.

٣- الكافي ٣/٤٧٨، الفقيه ٥/٣، التهذيب ٣/١٦٧٥/٣٥٠، الوسائل ٧/١٤٣٢/٣٥١، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٤ ح ١.

٤- الكافي ٥/٤٧٨، و في التهذيب ٨/٧١٩/٢٠٤، و الوسائل ١١٧:٢١، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٦ ح ١، و فيه: يعيروا بالغين المعجمه بدل: يعيروا.

الفضولى فى مثله جاز فى غيره بطريق أولى، كما لا يخفى على أولى البصيره و النهى.

خلافاً لأحد قولى الشيخ فى الخلاف و المبسوط، فأفسد الفضولى هنا من أصله (١)، و لفخر الدين، فأطلق الفساد (٢).

للأصل، و توقيفيه العقود الناقله، فلا تصحّ إلّا بدليل، و الأخبار الناطقه بفساد النكاح بغير إذن الولى أو المولى:

منها: الأخبار العاميه النافيه للولايه عن البكر البالغه، المرويه عن أبى هريره و عائشه (٣).

و منها: الروايه الخاصيه الحاكمه بفساد تزويج الأمه بدون إذن سيدها (٤).

و فى الجميع نظر؛ لتخصيص الأصل بما تقدّم، و معه لا يصلح دعوى عدم الدليل.

و الأخبار العاميه المناقشه فيها واضحه؛ حيث إنّ راويها عائشه و أبو هريره، اللذان هما أكذب البريه؛ مع أنّه أنكرها المحققون من العامه، كما فى المسالك و التذكره (٥).

و الخاصيه مع ضعفها سنداً غير صريحه الدلاله، فيحتمل أنّ الفساد بدوام عدم الإذن الغير المنافى ذلك للصحه مع الإذن فى الجملة، و مع ذلك غير صالحه هى كما تقدّمها من الأدله للمعارضه لما مرّ من الأدله بالمره

ص: ١٠٥

١- الخلاف ٤:٢٥٧، المبسوط ٤:١٦٣.

٢- إيضاح الفوائد ٣:٢٧.

٣- سنن البيهقى ٧:١٢٥، سنن الدارقطنى ٣:١٠/٢٢١ و فيهما: عن عائشه.

٤- الوسائل ٢١:١١٩ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٩.

٥- المسالك ١:٤٥٠، التذكره ٢:٥٨٥.

من وجوهٍ عديده.

و دعوى الشيخ الإجماع على الفساد فى الخلاف موهونه بمصير معظم الأصحاب بل عداه كافة، سوى فخر الدين إلى المخالفه له فى المسأله.

و يكفى فى الإجازة سكوت البكر عند عرضه عليها، إن كانت هى المعقود عليها، كما يكفى فى الإذن ابتداءً، على الأشهر الأظهر، بل لم يُنقل فيه خلاف إلا عن الحلّى (١)، و هو محجوج بالنصّ الجلى، كالصحيح: «فى المرأه البكر إذنها صيماتها، الشيب أمرها إليها» (٢).

و نحوه: فى الرجل يريد أن يُزوّج أخته، قال: «يأمرها، فإن سكنت فهو إقرارها، و إن أبت فلا يزوّجها» (٣) و نحوه الخبر (٤).

و فى النبوى: «لا تُنكح الأيم حتى تُستأمر، و لا تُنكح البكر حتى تُستأذن، و أنّ سكوتها إذنها» (٥).

و لعلّ الحكمه فيه: أنّها تستحيى من الجواب باللفظ فى ذلك، فاكتمت منها بالسكوت.

و مقتضاها كالأصل و الصحيح الأوّل أنّه (يعتبر فى) إجازة

ص: ١٠٦

١- السرائر ٥٧٤: ٢.

٢- الكافى ٥: ٨/٣٩٤، قرب الإسناد: ١٥٩، بتفاوت يسير، الوسائل ٢٧٤: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٥ ح ١.

٣- الكافى ٥: ٤/٣٩٣، الوسائل ٢٧٣: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ٤.

٤- الكافى ٥: ٣/٣٩٣، التهذيب ٧: ١٥٥٠/٣٨٦، الإستبصار ٣: ٨٥٦/٢٣٩، الوسائل ٢٧٤: ٢٠ أبواب عقد النكاح ب ٥ ح ٢.

٥- غوالى اللآلى ٣: ١٨٠/٣٢١، سنن ابن ماجه ١: ١٨٧١/٦٠١ و فيه: و إذنها الصموت.

الثيب و إذنها كغير الباكره مطلقاً النطق به.

و لا- ريب في ذلك مع حصول الثيبوبه بالوطء مطلقاً (١)، و أمّا مع حصولها بغيره من أسباب زوال البكاره فإشكال، و الأصحّ أنّه كالأوّل، لا- لإطلاق النصّ في الثيب؛ لعدم تبادل مثلها منه، بل للشكّ في صدق كلّ من البكاره و الثيبوبه عليها؛ لكونها غير متبادره منهما عند الإطلاق، فلا يمكن دعوى دخولها في أحدهما، فيتعيّن المصير في مثلها إلى حكم الأصل، و هو يقتضى إلحاقها بالثيب في اعتبار النطق بالإذن.

و منه يظهر حكم الموطوءه دبراً و إنّ لم تصدق عليها الثيب؛ للشكّ في دخولها في البكر المطلق، فتلحق بالثيب؛ للأصل.

و بالجملة: حيث كان الاكتفاء بالسكوت عن التصريح بالإذن مخالفاً للأصول و لذا أنكره الحلّي رأساً يجب الاقتصار فيه على القدر المجمع عليه و المتيقّن دخوله في النصّ، و الرجوع في غيره إلى الإذن الصريح، و ليس ما ذكر منه.

ثم إنّ الاكتفاء بالسكوت حيث يكتفى به مشروط بالتجرّد عن القرينه المعربه عن عدم الرضاء، و أنّ محلّه إنّما هو صورته الشكّ في رضاها و عدمه، لا مطلقاً. هذا ما يقتضيه القواعد المرعيه.

و لكن المستفاد من بعض المعتمره الاكتفاء في الإجازة بالسكوت و لو في غير الباكره، كالصحيح المتقدّم في الفضولى (٢)، المتضمّن لصحّه عقد العبد بدون إذن مواليه بسكوتهم، و أنّ سكوتهم إقرارهم.

و نحوه خبر آخر قريب منه في عدم اعتبار النطق بالإجازة فيه: «أنّه

ص: ١٠٧

١- أي صحيحاً كان الوطء أو شبهه أو زناً. منه رحمه الله.

٢- راجع ص ١٠٤.

أتاه رجل بعبده، فقال: إنَّ عبدى تزوّج بغير إذنى، فقال علىّ عليه السلام لسيّده:

فرّق بينهما، فقال السيّد لعبده: يا عدوّ الله طلق، فقال عليه السلام: كيف قلت له؟ فقال: قلت له: طلق، فقال علىّ عليه السلام للعبد: أمّا الآن فإن شئت فطلق، وإن شئت فأمسك، فقال السيّد: يا أمير المؤمنين، أمرٌ كان بيدي فجعلته بيد غيرى!! قال: ذلك لأنك لأنك حيث قلت له: طلق، أقررت بالنكاح» (١).

و حيث إنّهما لم يُرَ مفتياً بمضمونهما، يشكل التعويل على ظاهرهما فى تخصيص الأصل المتيقّن، مع إمكان حملهما على وجود قرينه دالّ على الرضاء سوى السكوت و الأمر بالطلاق.

الثالثه لا تُنكح الأمه إلا بإذن المولى

الثالثه: لا تُنكح الأمه إلا بإذن المولى، رجلاً كان المولى أو امرأه دائماً كان النكاح أو متعّه، إجماعاً فى الأول، و على الأشهر الأظهر فى الثانى مطلقاً، بل عن الحلّى بلا خلاف (٢)؛ لرجوع الشيخ المفتى بالروايه الآتيه فى النهايه (٣) عنها فى غيرها. للأدلّه القطعيّه، كالعقل، و الكتاب (٤)، و السنّه المستفيضه، بل المتواتره.

منها الصحيح: هل يجوز للرجل أن يتمّع من المملوكه بإذن أهلها و له امرأه حرّه؟ قال: «نعم، إذا كان بإذن أهلها» الحديث (٥).

ص: ١٠٨

- ١- التهذيب ٣٥٢/١٤٣٣، الوسائل ١١٨: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٧ ح ١.
- ٢- السرائر ٥٦٥: ٢.
- ٣- النهايه: ٤٩٠.
- ٤- النحل: ٧٥.
- ٥- التهذيب ٢٥٧/١١١٢، الإستبصار ١٤٦/٥٣٣، الوسائل ٤١: ٢١ أبواب المتعه ب ١٦ ح ١.

و نحوه آخر: في رجل تزوج امرأه حرّه، فوجدها أمه دلّست نفسها له، قال: «إن كان الذي زوجها إياه من غير موالها فالنكاح باطل» (١) فتأمل.

و الموتق: الرجل يتزوج الأمه بغير إذن أهلها، قال: «هو زناء، إن الله تعالى يقول فأنكحوهنّ بإذن أهلهنّ [١] (٢)» (٣). و خلاف الشيخ في النهاية، بمصيره إلى العمل بما في روايه سيف بن عميره الصحيحه، المتضمنه ل: أنه يجوز نكاح أمه المرأه من غير إذنها متعّه ضعيف؛ لأنها مع اضطرابها سنداً؛ لروايتها عن مولانا الصادق عليه السلام بلا واسطه تاره (٤)، و بواسطه عليّ بن المغيره تاره (٥)، و داود بن فرقد اخرى (٦)، مع عدم الوفاق على وثاقه الراوى، و اشتراك عليّ بن الحكم في سندها، و إن كان الظاهر الوثاقه و عدم الاشتراك، إلّا أنّ مثل ذلك لا يقاوم ما خلا عنه.

مضافاً إلى عدم توافق متنها المرويّ في الطرق الثلاثه، فذكر في الأخير: «يتزوج» و لا قائل بعمومه إجماعاً، سيما مع ظهور الترويج في

ص: ١٠٩

١- الكافي ١/٤٠٤، التهذيب ٧:١٤٢٦/٣٤٩، الإستبصار ٧:٧٨٧/٢١٦، الوسائل ٣:١٨٥، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٦٧ ح ١.
٢- النساء: ٢٥.

٣- التهذيب ٧:١٤٢٤/٣٤٨، الاستبصار ٧:٧٩٤/٢١٩، تفسير العياشي ١:٩١/٢٣٤، الوسائل ١:١١٩، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٩ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٤- التهذيب ٧:١١١٦/٢٥٨، الإستبصار ٣:٧٩٧/٢١٩، الوسائل ٣:٣٩، أبواب المتعه ب ١٤ ح ١.

٥- التهذيب ٧:١١١٤/٢٥٧، الوسائل ٧:٣٩، أبواب المتعه ب ١٤ ح ٢.

٦- التهذيب ٧:١١١٥/٢٥٨، الإستبصار ٣:٨٩٦/٢١٩، الوسائل ٣:٣٩، أبواب المتعه ب ١٤ ح ٣.

الدائم. و حملہ على التمتع بقريته الطريقتين الآخريين، حمل المطلق على المقيّد فرع استفادته نفي جواز الدوام منهما، و هو كما ترى، فتأمل.

و فى الآخريين: «يتمتع» و هو يحتمل بالبيع و غيره، و يكون الغرض جوازه من دون استبراء فى أمه المرأه دون الرجل، فيحتاج فيه إليه، أو إلى إخباره، و هو غير بعيد، و لا سيّما فى مقام الجمع، و أولى من طرحها بناءً على شدوذها؛ لرجوع الشيخ كما مرّ (١) عن مضمونها.

و مع ذلك هى منافيه للأصل المتيقّن بالأدله السابقه، من تحريم التصرف فى ملك الغير مطلقاً بدون إذنه.

الرابعه إذا زوّج الأبوان الصغيرين، صحّ

الرابعه: إذا زوّج الأبوان أى الأب و الجدّ الصغيرين، صحّ التزويج؛ لما مرّ (٢) و توارثا قيل: بلا خلاف يعرف، حتى ممّن خير الصبى عند الإدراك؛ لتصريحه به مع ذلك (٣).

و عن الماتن فى النكت: أنّ الخيار عند البلوغ لا ينافى التوارث (٤).

و وجهه: أنّه عقد صحيح شرعاً، يصيران به زوجه و زوجاً، فيثبت لهما التوارث؛ لإطلاق الأدله بتوارث المتزويجين (٥)، و الأصل بقاء الصحه إلى طرؤ المعارض، و هو اختيار الفسخ عند البلوغ، و هو هنا ممتنع.

و يدلّ عليه مع ذلك الصحيحان: فى الصبى يزوّج الصبيّه،

ص: ١١٠

١- فى ص ١٠٨.

٢- فى ص ٧٦.

٣- قال به الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٢٢.

٤- نكت النهايه ٢:٣١٥.

٥- الوسائل ٢١٩:٢٦ أبواب ميراث الأزواج ب ١١.

يتوارثان؟ قال: «إذا كان أبواهما اللذان زوّجهما فنعم» (١).

و لا خيار لهما عند البلوغ كما مرّ (٢).

و لو زوّجهما غير الأبوين مطلقاً (٣)، كان فضولياً، و وقف على إجازتهما بعد الإدراك.

فلو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة بطل العقد مطلقاً، أجاز الثاني أم لا. و لو بلغ أحدهما فأجاز لزم العقد من جهته من تحريم المصاهرة، فيحرم عليه إن كان زوجاً-: الأخت، و الخامسة، و كلّ من الأمّ و البنت، إلّا إذا فسخت، فلا حرمه، على إشكال في الأمّ، من أنّ الفسخ كاشف عن الفساد، أو رافع له من حينه، و الأصحّ: الأوّل؛ فإنّ الإجازة إمّا جزء أو شرط، و أيّهما كان فلا يصحّ النكاح بدونها. مضافاً إلى عدم تبادر هذه الصورة ممّا دلّ على حرمه الأمّ بمجرد العقد على البنت.

و إن كان زوجه لم يحلّ لها نكاح غيره مطلقاً، إلّا إذا فسخ.

و هل لها حينئذٍ نكاح أبيه أو ابنه؟ فيه الوجهان في إباحة الأمّ بالفسخ.

كلّ هذا إذا كان المجيز حيّاً.

و أمّا إن أجاز ثم مات، عزل من تركته نصيب الآخر الباقي

ص: ١١١

١- الأول: التهذيب ١٥٤٣/٣٨٢، الإستبصار ٣: ٨٥٤/٢٣٦، الوسائل ٢٠: ٢٧٧، أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٨ الثاني

التهذيب: ١٥٥٦/٣٨٨، الوسائل ٧: ٢٩٢، أبواب عقد النكاح ب ١٢ ح ١.

٢- في ص ٧٨ ٧٩.

٣- وليّاً كان لهما في المال أم لا. منه رحمه الله.

إلى أن يبلغ، فإذا بلغ و لم يجر بطل العقد، و إن أجاز أحلف أنه لم يجر للرغبة في استيراث التركة و أعطى نصيبه منها.

و اعتبر الحلف رفعاً للتهمة في أكثر موارد المسألة، و أمّا الباقي المنتفيه فيه ككون الباقي الزوج، و المهر بقدر الميراث أو أزيد فالأجود وفاقاً للروضة (1) عدم الحلف إن لم يتعلّق غرض بإثبات أعيان التركة بحيث يترجّح على ما ثبت عليه من الدين، أو يخاف امتناعه من أدائه، أو هربه، و نحو ذلك ممّا يوجب التهمة.

و مع ذلك فالموجود في الرواية: موت الزوج و إجازة الزوجه خاصّه، و أنّها تحلف بالله تعالى ما دعاها إلى أخذ التركة سوى الرضاء بالتزويج.

فهى لما ذكرنا غير منافيه، و لكن فتوى الأصحاب مطلقه في إثبات الحلف لأخذ التركة، فإن كان إجماع، و إلّا فالمسألة محلّ مناقشه.

و المستند في هذا التفصيل: صحيحه أبى عبيده، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جاريه زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدركين، فقال: «النكاح جائز، و أيّهما أدرك كان على الخيار، و إن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا و رضيا» قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «يجوز ذلك عليه إن هو رضى» قلت: فإن كان الرجل أدرك قبل الجاربه و رضى بالنكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجاربه، أ ترثه؟ قال: «نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك، فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاهما بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر» قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوّجها قبل أن تدرك؟ قال: «يجوز عليها

ص: ١١٢

١- الروضة ١٤٨: ٥.

تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية» (١).

و المراد بالوليين فى الصدر بقرينه الذيل من عدا الأبوين، كالوصى الولى فى المال، و نحوه.

و يستفاد منه بفحوى الخطاب حكم ما لو زوج أحد الصغيرين الولى، أو كان أحدهما بالغاً رشيداً و زوج الآخر الفضولى، فمات الأول، فإنه يعزل للثانى نصيبه، و يحلف بعد بلوغه كذلك (٢)، و إن مات بطل العقد؛ للزوم (٣) العقد هنا من الطرف الآخر، فهو أقرب إلى الثبوت مما هو جائز من الطرفين كما فى الصغيرين وفقاً للقواعد و المسالك و الروضه (٤) و غيرهم (٥).

نعم، لو كانا كبيرين و زوجهما الفضولى، ففى تعديه الحكم إليهما إشكال:

من مساواته للمنصوص فى كونه فضولياً من الجانبين، و لا مدخل للصغر و الكبر فى ذلك.

و من ثبوت الحكم فى الصغيرين على خلاف الأصل، من حيث توقّف الإرث على الحلف، و ظهور التهمه فى الإجازة، فيحكم فيما خرج عن المنصوص ببطان العقد متى مات أحد المعقود عليهما بعد إجازته

ص: ١١٣

١- الكافى ١/١٣١، التهذيب ٧: ١٥٥٥/٣٨٨، الوسائل ٢٦: ٢١٩ أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٢- أى على أنه لم يحلف للربغه فى التركة. منه رحمه الله.

٣- بيان لفحوى الخطاب. منه رحمه الله.

٤- القواعد ٧: ٢، المسالك ١: ٤٥٩، الروضه ٥: ١٤٥.

٥- كفايه الأحكام: ١٥٧، كشف اللثام ٢: ٢٢.

وقبل إيجازه الآخر. هو أوجه، وفاقاً للقواعد (١) وجماعه (٢).

و الأولويّة المدّعاء لتصحيح الأول للفقير غير مفهومه.

و في ثبوت المهر على الزوج إذا كان هو الباقي خاصّه بمجرد الإجازة من دون الحلف، وجهان:

من أنه حقّ مترتب على ثبوت النكاح، و لم يثبت بدونهما (٣).

و من أنّ الإجازة كالإقرار في حقّ نفسه بالنسبة إلى ما يتعلّق به، كالمهر؛ و إنّما يتوقّف الإرث على اليمين لقيام التهمة و عود النفع إليه محضاً، فيثبت ما يعود عليه دون ماله، و لا- بعد في تبعض الحكم و إن تنافى الأصولان الموجبان لهذين الحكمين أى الزوجيّة و عدمها و له نظائر كثيره في الشريعة، منها: ما لو اختلفا في تحقّق النكاح، فإنّ مدّعيه يحكم عليه بلوازم الزوجيّة دون المنكر، و لا يثبت النكاح ظاهراً، و إطلاق النصّ بتوقّف الإرث على حلفه لا ينافي ثبوت المهر عليه بدليل آخر.

و هذا هو الأقوى، و عليه ففي إرثه منه (٤) إشكال: من توقّف الإرث على اليمين، و من أنّ الإقرار لا يوجب المؤاخذه إلّا بنصف المهر، فإنّ غايه ما يلزم: تحقّق الزوجيّة في طرفه، و هو لا- يستلزم إلّا ثبوت نصف المهر، و لا دليل على الزائد. و هذا أوجه، وفاقاً لفخر الإسلام (٥) وجماعه (٦).

ص: ١١٤

١- القواعد ٧:٢.

٢- منهم الشهيد الثاني في الروضة ١٤٦:٥، و فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢٩:٣، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢٣:٢.

٣- أى الإجازة و اليمين. منه رحمه الله.

٤- أى المهر. منه رحمه الله.

٥- راجع إيضاح الفوائد ٢٩:٣.

٦- منهم الشهيد الثاني في المسالك ١٤٥٨:١، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢٣:٢.

ثم إن مات الباقي بعد الإجازة و قبل اليمين، ففي استحقاقه التركة إشكال: من تمام الزوجية، و من توقف الإرث على اليمين. و هو الوجه، وفاقاً لفخر الإسلام (١)؛ لمنع تمام الزوجية، فإنه بالإجازة الخالية عن التهمة.

و أمّا لو جنّ قبل الأمرين أو أحدهما، عزل نصيبه من العين إن أمكن، و إلّا فمن المثل أو القيمة إلى الإفاقه مطلقاً، أو مع عدم خوف الضرر على الوارث أو المال، فيدفع إليه معه (٢)، و يضمن للمجنون إن أفاق و أجاز و حلف؛ لعدم معلوميه استحقاقه الآن، و الأصل عدمه؛ مضافاً إلى انتفاء الضرر و الإضرار في الشريعة.

الخامسة إذا زوّجها الأخوان

الخامسة: إذا زوّجها الأخوان مطلقاً (٣) أو أجنبيّان برجلين، فإن تبرّعا و لم يوگلا- فالعقدان فضوليان اختارت أيهما شاءت و فسخت الآخر، أو فسختهما مطلقاً، اقتربنا زماناً أو اختلفاً، و لكن ينبغي لها اختيار من عقد عليه أكبر الأخوين مع تساوى المعقود عليهما في الرجحان، و إلّا فمن ترجّح و لو كان من عقد عليه الأصغر.

كلّ ذا إذا لم تدخّل بأحدهما، و معه قبل الإجازة بلفظ و نحوه ثبت عقد من دخلت به و بطل الآخر؛ لأنه أقوى الإجازات.

و إن اختصّ التبرّع بأحدهما كان العقد للوكيل مطلقاً، مع الاقتران أو الاختلاف، كان المتبرّع أو الوكيل الأخ الأكبر أم الأصغر أم غيرهما.

و إن كانا معاً و كيلين و سبق أحدهما بالنكاح فالعقد له مطلقاً على الأشهر الأظهر خلافاً للشيخ في بعض الصور كما سيظهر -

ص: ١١٥

١- إيضاح الفوائد ٢٨: ٣: ٢٩.

٢- أي مع خوف الضرر. منه رحمه الله.

٣- أي سواء اتّحدا سنّاً أم تغايراً بالكبير و الصغير. منه رحمه الله.

و بطل المتأخر مطلقاً، دخل بها من عقد عليه أم لا؛ لوقوع الأول صحيحاً؛ لاستجماعه الشرائط، والثاني باطلاً؛ لوقوعه عليها و هي في عصمه الأول، و تسلّم إليه مع عدم الدخول.

و لو دخلت بالأخير فهو زناء منهما إن علما بالحال، فلا مهر و لا لحوق ولد، و منها خاصّه إن علمت هي دونه، فينتفى الأول دون الثاني ف لحق به الولد و منه إن علم، فينعكس، فلها المهر و لا لحوق به.

و وطء شبهه إن جهلاً، فيلحق به الولد و أُعيدت إلى الأوّل بعد انقضاء العده من الثاني، عدّه الطلاق لو طء شبهه هنا، و في الصورة الثانية (١) للشبهه الموجهه للعدّه، و لها المهر هنا دونها للشبهه و هل المراد به المثل؟ كما عن المبسوط و التحرير (٢) و غيرهما (٣)؛ بناءً على فساد العقد الموجب لفساد التسميه.

أو المسمّى؟ كما عن محتمل التذكرة (٤)؛ لإقدامهما بالرضاء به.

وجهان، أو جههما: الأول؛ لإناطه الرضاء بالصّحه لا مطلقاً.

نعم، في الحسن أو الصحيح: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى في امرأه أنكحها أخوها رجلاً، ثم أنكحتها أمّها رجلاً. بعد ذلك، فدخل بها، فحبلت، فاحتقّا فيها، فأقام الأول الشهود، فألحقها بالأول، و جعل لها الصداقين جميعاً، و منع زوجها الذي حقت له أن يدخل بها حتى تضع حملها، ثم ألحق الولد [بأبيه]» (٥).

ص: ١١٦

١- أي جهل الواطئ خاصّه. منه رحمه الله.

٢- المبسوط ١٨٢: ٤، التحرير ٨: ٢.

٣- انظر كشف اللثام ٢٤: ٢.

٤- التذكرة ٥٩٧: ٢.

٥- الكافي ١/٣٩٦، التهذيب ٧/١٥٥٢/٣٨٦، الإستبصار ٣/٨٥٩/٢٤٠، الوسائل ٢٠: ٢٨٠ أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٢؛ بتفاوت، و بدل ما بين المعقوفين في «ص» و «ح»: به، و ما أثبتناه من المصدر.

و ظاهره:الثانى،بعد حملة على ثبوت وكالة العاقدین فيه،و لكن ليس نصّاً،و هو أحوط.

و إن اتّفقا زماناً باقترانهما فى القبول بطلا- معاً،إجماعاً فيما عدا الأ-خوين،و فيهما أيضاً على الأشهر الأظهر؛ لامتناع الحكم بصحّتهما؛ للتباين (1)،و بصحّحه أحدهما دون الآخر؛ لأنّه ترجيح من غير مرجّح.

و قيل:العقد عقد الأكبر مطلقاً (2)،إلّا مع دخول من عقد عليه الأصغر،فيكون له حينئذ،إلّا مع سبق عقد الأكبر،كما عن النّهاية و القاضى (3)؛ أو مع الاتّفاق زماناً خاصّه (4)،بشرط أن لا يدخل من عقد عليه الأصغر،كما عن التهذيبين و المختلف و ابن سعيد و ابن حمزه (5)،إلّا أنّه لم يذكر الشرط.

للخبر:عن جاريه كان لها أخوان،زوّجها الأكبر بالكوفه،و زوّجها الأصغر بأرض أخرى،قال:«الأول بها أولى،إلّا أن يكون الأخير قد دخل بها،فهى امرأته،و نكاحه جائز» (6).

ص: ١١٧

-
- ١- فى هامش الأصل زياده:بعباره أخرى:لاستلزام الحكم بصحّتهما الجمع بين المتباينين،و بأحدهما الترجيح من غير مرجّح.
 - ٢- اقترن العقدان أم اختلفا.منه رحمه الله.
 - ٣- النّهاية:٤٦٦،القاضى فى المهذب ٢:١٩٥.
 - ٤- فلو سبق الأصغر على الأكبر قدّم عقده على عقده و إن لم يكن دخول،بخلاف القول الأول،فإنّه يقدّم فيه الأكبر على الأصغر مطلقاً،حتى هنا.منه رحمه الله.
 - ٥- التهذيب ٧:٣٨٧،الاستبصار ٣:٢٤٠،المختلف:٥٣٧،ابن سعيد فى الجامع للشرائع:٤٣٧،ابن حمزه فى الوسيله:٣٠٠.
 - ٦- الكافى ٥:٢/٣٩٦،التهذيب ٧:١٥٥٣/٣٨٧،الإستبصار ٣:٨٥٨/٢٣٩،الوسائل ٢٠:٢٨١،أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٤.

و هو مع قصور سنده بجهالة الراوى و إن اعتضد بروايه صفوان عنه لا دلالة فيه على شىء من القولين؛ لإطلاق تقديم عقد من دخل من دون اشتراط فيه لعدم سبق عقد الأ-كبر، كما فى الأول (1)؛ و عدم تصريح فيه بالاقتران فضلاً عن اشتراطه لتقديم الأ-كبر، كما فى الثانى، مضافاً إلى ظهوره بالغلبه فى موردہ فى خلافه.

و مع ذلك كله، فمبنى الاستدلال فيه شيان:

أحدهما: كون المراد من: «الأول» فيه: الأخ الأكبر، و لا نصّ بل و لا ظهور فيه عليه، فيحتمل كون المراد منه: السابق فى العقد، و هو الأوفى بالأ-صول، و إن خالفها مع ذلك بترجيح التالى عليه بمجرّد الدخول الغير الصالح هنا لذلك، و لكن مع ذلك أولى من إرادہ الأخ الأكبر منه؛ لمخالفته لها حينئذٍ من وجهين.

و الثانى: كون الأخوين فيه و كيلين، و لا إشعار فيه بذلك، فيحتمل كونهما فضوليين كما يقتضيه إطلاقه (2)، مع أنّ الأصل و ظاهر الحال يقتضى عدم التوكيل، و يصحّ حينئذٍ الحكم بتقديم من حصل فى حقّه دخول؛ لكونه إجازةً لعقده كما مرّ (3).

و يرفع الإشكال فى تقديم الأكبر أو السابق مع عدم الدخول حينئذٍ بالحمل على الاستحباب، بمعنى: أنّه يستحبّ لها تقديم عقد الأكبر أو السابق ما لم يكن دخول، و إلّا تعيّن تقديم الداخل؛ لتحقّق الإجازة به كما مرّ، فيزول معنى التخيير.

ص: ١١٨

١- أى القول الأول. منه رحمه الله.

٢- أى الخبر. منه رحمه الله.

٣- فى ص ١١٥.

و هذا أولى ما ينزل عليه الروايه، و أوفق بأصول المذهب. و بهذا التنزيل صرح جماعه (١)، فسقط كلام الشيخ و من تبعه في القولين.

ثم إن جميع ما ذكر مع معلوميه السبق و الاقتران، و أمّا مع جهلهما مطلقاً و لو كان طارئاً ففي إيقاف النكاح إلى الاستبانة كما عن المبسوط و التحرير (٢) بناءً على أنه إشكال يرجى زواله، نظر؛ لاستلزامه الإضرار بالمرأه، المنقضى بالأدله القطعيه، فالأجود عدمه وفاقاً لجماعه (٣).

و هل يصار حينئذٍ إلى القرعه؛ بناءً على أنها لكل أمر مشكل، مع أمر من وقعت له بتجديد النكاح، و من لم تقع له بالطلاق؛ احتياطاً في الفروج؛ لعدم إفاده القرعه العلم بالزوجيه، مع أصله عدمها؟ أو إجبار كل منهما بالطلاق؛ لرفع الضرر عن المرأه، و هو إجبارٌ بحق، فلا ينافى صحته؟ أو فسخ الحاكم النكاح بالنسبه إلى كل منهما؛ لما فيه من اندفاع الضرر، مع السلامه من ارتكاب الإجبار على الطلاق و القرعه التي لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام و هي الأنكحة التي يترتب عليها الأنساب و التوارث و المحرميه؟ احتمالات، أقواها: الأول؛ لعموم أدلته (٤). و عزله عن المقام لكونه مناطاً للاحتياط التام، و لا مجال له فيه اجتهداً في مقابله الدليل العام.

ص: ١١٩

-
- ١- منهم العلامه في القواعد ٢:٨، الشهيد الأول في اللمعه (الروضه البهيه ٥): ١٥١، المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٢: ١٦٥.
 - ٢- المبسوط ٤: ١٨٠، التحرير ٢: ٨.
 - ٣- منهم العلامه في القواعد ٢: ٨، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٢٥، و البحراني في الحدائق ٣: ٣٠٣.
 - ٤- الوسائل ٢٧: ٢٥٧ أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى ب ١٣.

السادسه: تقدّم في أوّل الفصل أنّه: لا- ولايه للأُمّ و أبيها على الولد مطلقاً فلو زوّجت الولد فأجاز صحّ مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى، وقع التزويج في الصغر أو الكبر؛ لكونه فضولياً، فيشمله عموم أدلّته.

و لو أنكر بطل العقد مطلقاً إجماعاً، و تبعه المهر كذلك (١) فيما لو كان المعقود عليه فضولاً أنثى، و على الأشهر الأظهر فيما عداه أيضاً.

و قيل و هو الشيخ في النهايه: يلزمها أي الأُمّ المهر للمعقود عليها تماماً (٢).

للخبر: عن رجل زوّجته أمّه و هو غائب، قال: «النكاح جائز، إن شاء المتزوّج قبل، و إن شاء ترك، فإن ترك المتزوّج تزويجه فالمهر لازم لأُمّه» (٣).

و ليس فيه مع ضعفه كما ترى دلالة عليه، بل يدلّ على خلافه؛ للتصريح فيه بأنّ المهر لازم لأُمّه، و هو غير لزومه عليها، فالمعنى حينئذٍ:

أنّه لا مهر عليها، بل لها استعادته مع الدفع، و الامتناع منه مع عدمه، فعلى أيّ تقدير هو لها لا عليها.

و يفهم منه عدم لزومه لها مع الإجازة، بل عليها؛ و لعلّه لبذلها إيّاه لها من نفسها، فتكون كمن ضمنه عن الزوج لها.

و لا يحتاج حينئذٍ إلى حمله على ادّعاء الوكّال الموجب للمهر؛ لتضمّنه التغيرير الموجب للضمان، مع عدم إشعار الخبر به.

مضافاً إلى التأمّل في صحّته، بناءً على أنّ البضع إنّما يضمن

ص: ١٢٠

١- أي إجماعاً. منه رحمه الله.

٢- النهايه: ٤٦٨.

٣- الكافي ٥: ٢/٤٠١، الوسائل ٢٠: ٢٨١، أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٣.

بالاستيفاء على بعض الوجوه لا مطلقاً، والعقد الموجب له لم يثبت فلم يثبت موجباً، وعلى تقدير ضمانه مطلقاً فالمثل لا المسمى المتوقف على صحه العقد، وضرر الغرر يندفع بالأول، إلا أن يحمل المهر في العبارة عليه، وفيه تكلف.

وقيل بلزوم المهر مع دعوى الوكالة منتصفاً؛ لوقوع الفرقه قبل الدخول (١).

وفيه: منع استلزامها التنصيف مطلقاً، بل الأصل يقتضى لزومه كماً، إلا في الطلاق أو الموت على الاختلاف فيه، فينتصف فيهما، ولم يقع، فلا- وجه للقول بالانتصاف هنا، بل اللازم الجميع، كما هو ظاهر المتن و الشرائع و القواعد (٢)، وهو الأقوى على تقدير صحه دعوى أن ادعاء الوكالة بمجردده يوجب المهر، وإلا فالبحث فيه ساقط من أصله كما ترى.

و ظاهر كلام المصنّف:- و يمكن حمله على دعوى الأمّ الوكالة إرجاع الحمل إلى القول، ولا ضروره إليه، بل قد لا يمكن، مع تصريح القائل بخلافه. ولعلّ المراد: حمل المستند أي الروايه و إن لم تساعده العبارة.

و يستحبّ للمرأة أن تستأذن أبها و جدّها مطلقاً بكرة كانت أو ثيباً؛ لما تقدّم من الأخبار المحموله عليه (٣)؛ إذ هو أقلّ مراتبها، ولأنّ الأب في الأغلب أخبر بمن هو من الرجال أنسب.

ولا فرق فيه بين البكر و الثيب و إن كان في الأوّل أكد؛ للشبهه في نفى

ص: ١٢١

١- قال به الشهيد في اللمعه (الروضه البهيه ٥): ١٥١ ١٥٢.

٢- الشرائع ٢٨٠: ٢، القواعد ٨: ٢.

٣- في ص ٩٢.

استقلالها دونها، مع أنّ العله في جانبها بعدم الاطلاع على أحوال الرجال أقوى.

و أن توكل أو تستأذن أباها إذا لم يكن لها أب ولا جد أو كانا و تعسير استئذانهما بعضل أو غيبه منقطعه أو طويله؛ لعدّه في جملة من بيده عقده النكاح فيما تقدّم من الأخبار (1)، مضافاً إلى جريان العله في الأبوين هنا أيضاً.

و أن تعول مع التعدّد على الأكبر، و أن تختار خيرته من الأزواج بشرط التساوي في الرجحان، أو رجحان رأى الأكبر، و إلا فرأى من ترجح كما مرّ (2).

ص: ١٢٢

١- في ص ٧٥.

٢- في ص ١١٥.

الفصل الثالث:

فى بيان أسباب التحريم و موجباته و هى ستة :

الأول النسب

الأول:النسب،و يحرم به على الذكر سبع نسوه مذكورات فى الآيه الشريفه (١):

الأم و إن علت و هى كل امرأه ولدته أو انتهى نسبه إليها من العلو بالولاده،لأب كانت أو لأم.

و البنت و إن سفلت و تشمل السافلات:بنت البنت و بنت الابن، و ضابطهما من يتتهى إليه نسبه بالتولد و لو بوسائط.

و الأخت و بناتها و إن سفلن و هى كل امرأه ولدها أبواه أو أحدهما،أو انتهى نسبهما إليهما أو إلى أحدهما بالتولد.

و العمه و إن ارتفعت و هى كل أنثى أخت ذكر ولده بواسطه أو غيرها،من جهه الأب أو الأم أو منهما (٢).

و كذا الخاله تحرم و إن ارتفعت،و هى كل أنثى هى أخت أنثى ولدته بواسطه أو غيرها،و قد تكون من جهه الأب،كأخت أم الأب.

و المراد بالمرتفع فيهما:عمه الأب و الأم و خالتهما،و عمه الجدّ و الجدّه و خالتهما،و هكذا،لا عمه العمه و خاله الخاله؛ فإنهما قد لا تكونان محرّمتين،كما لو كانت العمه القريبه عمه للأم خاصه أى أخت أبيه من

ص:١٢٣

١- النساء:٢٣.

٢- أى سواء كانت أخت الذكر أخته من جهه الأب فقط أو الأم كذلك أو من جهتهما.منه رحمه الله.

أمه فإنَّ عمَّتها حينئذٍ تكون أخت زوج جدِّته أمَّ أبيه، وأخت زوج الأمِّ لا تحرم، فأخت زوج الجدِّه أولى.

و كما لو كانت الخاله القريبه خاله لأب خاصه أى أخت أمه من أبيها فإنَّ خالتها تكون أخت امرأه الجدِّ، وأخت امرأه الأب لا تحرم، فأخت امرأه الجدِّ أولى.

و بنات الأخ لأب أو لأم أو لهما و إن هبطن و ضابطها كلُّ امرأه ولدَها أخوه مطلقاً، بواسطه أو بغيرها.

و حرمة المذكورات على قريبهنَّ الذكر يستلزم العكس، و لذا اكتفى بتحريمهنَّ عليه فى الآيه، فهى على الأمرين واضحه الدلاله.

ثم إنَّها ليست ناهضه لإثبات تحريمهنَّ جميعاً، إلما على تقدير كون السافلات و المرتفعات يصدق عليهنَّ حقيقةً ألفاظ المذكورات، أو جواز استعمال اللفظ فى معنیه الحقيقى و المجازى، و كلاهما خلاف التحقيق.

و على تقدير الثانى و صحَّته نقول: مشروط بالقرينه، و إلَّا فالحقيقه خاصه، و ليس فى الآيه إيماء إليها و لا إشاره، فإذا الحجَّه التامه هى إجماع الأمَّه.

و يجمعهنَّ مع من حرم على عباره مختصره ذكرها العلَّامه كبعض العامه (١) و هى أنه يحرم على الإنسان أصوله، و فصوله، و فصول أول أصوله، و أول فصل من كلِّ أصل بعد أول الأصول (٢).

و يدخل فى الأول: الآباء و الأمَّهات، و فى الثانى: البنون و البنات، و فى الثالث: الإخوه و الأخوات و أولادهم سافلين و سافلات، و فى الرابع

ص: ١٢٤

١- المجموع ٢١٥: ١٦.

٢- انظر التذکره ٦١٣: ٢، و التحرير ٢: ٨، و القواعد ٩: ٢.

الأعمام و العمّات و الأخوال و الخالات دون أولادهم من بنين أو بنات.

و أخصر منها قولهم: يحرم على الإنسان كلّ قريب عدا أولاد العمومه و الخؤوله.

و إنّما يثبت النسب بالوطء الصحيح بنكاح أو تحليل و لو عرضه التحريم بوقوعه في حيض و شبهه و بالوطء لشبهه، كأن يكون غير مستحقّ في الواقع، مع عدم العلم بالتحريم أو بمتعلّقه. و يختصّ النسب هنا بمن اختصّت به.

و أمّا الزناء فلا، إجماعاً، إلّا في التحريم المتعلّق بالنسب، فإنّ ظاهر أصحابنا ثبوته به، بل عليه الإجماع عن التذكرة و غيره (١)؛ و هو الحجّه.

دون صدق النسبه في العرف و اللغه؛ لعدم الاكتفاء بها بمجرّدها في الشريعة، مع استلزامها ثبوت الأحكام الباقية، كحلّ النظر، و الانعتاق بملك الفرع أو الأصل، و الشهاده على الأب إن قبلت منه على غيره، و القود به من الأب، و تحريم الحليله، و غير ذلك من توابع النسب.

و قد استشكل فيه بعض؛ لذلك (٢)، و لانتفاء النسب معه شرعاً (٣)، و صرّح بعدمه بعض؛ للأخير (٤)، و هو ظاهر جمع (٥)، فلو كان ذلك الحجّه لما استشكل و صرّح بالعدم، و لعلّه الأقوى و إن كان الاحتياط فيما يتعلّق بالدماء و النكاح أولى للأصل (٦)، مع الشكّ في المسبّب بالشكّ في شمول

ص: ١٢٥

١- التذكرة ٢:٦١٣ إيضاح الفوائد ٣:٤٢، جامع المقاصد ١٢:١٩٠.

٢- أى: و قد استشكل في ثبوت التحريم بالزناء بعض؛ لصدق النسبه في العرف و اللغه..

٣- كالفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٢٦.

٤- حكاة في المسالك ١:٤٦٣ عن الشافعيّه.

٥- انظر التحرير ٢:٨ و المفاتيح ٢:٢٣٤.

٦- أى أصاله عدم ترتّب الأحكام. منه رحمه الله.

أدلتها (١) لمثله. و لو احتيط في الجميع كان أولى.

و لو اجتمع السببان الأولان (٢) مع انقطاع الفراش بنحو الطلاق، يثبت النسب لمن أمكن في حقه دون غيره.

و مع الإمكان فيهما كما لو كان الولاده لستّه أشهر من وطء الثاني للشبهه، ولأقلّ من أقصى مدّه الحمل من وطء الأول للنكاح قيل بالقرعه، محكّي عن المبسوط (٣)، مشعراً بالإجماع.

و الأشهر الأظهر: إلحاقه بالثاني؛ لأصاله التآخر، و رجحانه بالفراش الثابت؛ قيل: وللأخبار (٤). و لم أقف عليها (٥).

و الإجماع على تقدير تماميه دعواه موهونٌ بمصير معظم الأصحاب إلى الخلاف.

و تمام الكلام في صور تعارض السبين يأتي إن شاء الله تعالى في أحكام الأولاد.

الثاني الرضاع

و شروطه أربعة

الثاني: الرضاع، و يحرم منه ما يحرم من النسب بإجماع الأمة، و النصوص المستفيضة.

ففي النبوي: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (٦).

و في الصحيح: عن امرأه أرضعت غلاماً مملوكاً لها من لبنها حتى فطمته، هل يحلّ لها بيعه؟ قال: فقال: «لا، هو ابنها من الرضاع، و حرم

ص: ١٢٦

١- أي أدلّه الأحكام الباقية.

٢- أي الوطء بالنكاح و الوطء بالشبهه. منه رحمه الله.

٣- حكاه عنه في كشف اللثام ٢:٢٦.

٤- قال به الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٢٦.

٥- وقف صاحب الجواهر على تلك الأخبار و استدل بها. راجع الجواهر ٢٩:٢٦٠.

٦- الفقيه ٣٠٥/١٤٦٧، الوسائل ٣٧١:٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١ ح ١.

عليها يبعه و أكل ثمنه» قال: «أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟!» (١). و نحوه الحسن: «يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابه» (٢)، إلى غير ذلك من الأخبار (٣).

و يستفاد من العبارة: أنّ كلّ موضع ثبت فيه من جهة النسب المحرمية ثبتت من جهة الرضاع بمثل تلك القرابه، فتصير المرضعه بمنزلة الأمّ، و فحلها بمنزلة الأب، و على هذا القياس.

و هذه قاعده كلييه من راعاها حقّ المراعاة ظهر عليه الحكم، و لا حاجة إلى استثناء شىء منها غير ما يأتي كما وقع فى التذكرة (٤) فإنّ المحارم كلّهنّ داخلات، و غيرهنّ خارجات.

و الآيه (٥) و إن اختصّت بالأُمّ و الأخت و من لزمهما دون الفحل و توابعه، إلّا أنّ ذلك جاء من قبل الشريعة، فالمحرّمات من الرضاع أيضاً سبعة.

فالأمّ من الرضاعه هى كلّ امرأه أرضعتك، أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى و إن علا، كمرضعه أحد أبويك أو أجدادك أو جدّاتك. و أختها خالتك من الرضاعه و أخوها خالك، و أبوها جدّك، كما أنّ ابن مرضعتك أخ، و بنتها أخت، إلى آخر أحكام النسب.

ص: ١٢٧

-
- ١- الكافي ١٦/٤٤٦: ٥، الوسائل ٤٠٥: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٧ ح ١؛ بتفاوت يسير.
 - ٢- الكافي ١/٤٣٧: ٥، التهذيب ٧: ١٢٢٢/٢٩١، الوسائل ٣٧١: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١ ح ٢.
 - ٣- الوسائل ٣٧١: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١.
 - ٤- التذكرة ٦٢٢: ٢.
 - ٥- النساء: ٢٣.

و البنت من الرضاعة: كل أنثى رضعت من لبنك أو لبن من ولدته، أو أرضعتها امرأة ولدتها، وكذا بناتها من النسب و الرضاع.

و العمّات و الخالات: أخوات الفحل و المرضعه، و أخوات من ولدهما من النسب و الرضاع، وكذا كل امرأة أرضعتها واحده من جدّاتك، أو أرضعت بلبن واحد من أجدادك من النسب و الرضاع.

و بنات الأخ و بنات الأخت بنات أولاد المرضعه و الفحل من الرضاع و النسب، وكذا كل أنثى أرضعتها أختك و بنت أخيك، و بنات كل ذكر أرضعته أمك أو أرتضع بلبن أبيك.

و كما يمنع الرضاع من النكاح سابقاً كذا يبطله لاحقاً، فلو تزوّج رضيعة فأرضعتها من يفسد نكاح الصغيره بإرضاعها كأُمّه و أخته، و زوجه الأب و الأخ إذا كان اللبن منهما فسد النكاح؛ للعمومات (١)، و خصوص النصوص المستفيضة، و سيأتي بعض منها.

و إنّما يحرم الرضاع بشروط أشار إليها بقوله: و شروطه أربعة:

الأوّل أن يكون اللبن عن نكاح

الأوّل: أن يكون اللبن عن نكاح أى وطء صحيح إجماعاً و إن كان شبهه، كما هو المشهور؛ للعمومات (٢)، و إلحاقها بالعقد فى النسب.

و تردّد فيه الحلّى (٣)؛ و لعله للأصل، و منع العموم فى الرضاع المطلق فى الآيه (٤) و الأخبار (٥)، المنصرف إلى غير الشبهه؛ لندرته، و اختصاص الملحق لها بالنسب من الإجماع بغير محلّ الخلاف، و لا نصّ عامّاً يدلّ عليه (٦).

ص: ١٢٨

١- الوسائل ٣٩٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٠.

٢- الوسائل ٣٨٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٦.

٣- السرائر ٥٥٢: ٢.

٤- النساء: ٢٣.

٥- الوسائل ٣٧١: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١.

٦- أى الإلحاق. منه رحمه الله.

مضافاً إلى ما سيأتي من أدلتهم لنفي النشر عن لبن الزناء من مفهوم الصحيح وغيره (١)، و مال إليه بعض المتأخرين (٢)؛ لذلك.

و لا- يبعد جعل الشهره العظيمه كاشتراكها مع المنكوحه بالمناكحه الصحيحه فى أغلب الأحكام الشرعيه قرينه لإدخالها فى إطلاق الأدله.

و يمكن نقض أدلته بمثلها فى جانب الحرمة، بمعارضه أصاله الإباحه بأصاله الحرمة السابقه على المناكحه. و منع العموم فيما دلّ على إباحه نكاح النسوه؛ لانصرافه إلى غير الشبهه؛ لندرته. و بعد التعارض يرجع إلى الترجيح، و لا ريب أنه من جهه الشهره مع أصاله الحرمة، و بعد تسليم التساوى الموجب للتساوط تحتاج الإباحه إلى دلالة، فتأمل جداً.

و سيأتي الجواب عن الصحيح وغيره (٣).

و كيف كان، فالعمل على المشهور إن أمكن (٤)، و إلا فيحتاط بالطلاق و نحوه.

و على تقدير الأشهر، يختصّ النشر بمن اختصّت به، فلا نشر فى الآخر؛ لإلحاقه بالزناء الغير الناشر.

و يعتبر مع صحه النكاح صدور اللبن عن ذات حمل أو ولد بالنكاح المزبور، فلو درّ اللبن من الخاليه منهما لم يعتبر و إن كانت منكوحه نكاحاً صحيحاً؛ للأصل، و عدم شمول أدله النشر لمثله، مع دعوى الإجماع صريحاً (٥) و عدم الخلاف فيه ظاهراً.

ص: ١٢٩

١- انظر ص ١٣٠.

٢- نهايه المرام ١:١٠٠، الكفايه: ١٥٨.

٣- انظر ص ١٣٠.

٤- كما إذا لم يكن العقد واقعاً. منه رحمه الله.

٥- فى التذکره (٢:٦١٥)، و السرائر (٢:٥٢٠)، و شرح القواعد للفاضل الهندي (كشف اللثام ٢:٢٧). منه رحمه الله.

و خصوص الموثق: عن امرأه درّ لبنها من غير ولاده، فأرضعت جاريه و غلاماً بذلك اللبن، هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاعه؟ قال:

«لا» (١). و منه يظهر وجه عدم اعتبار الدرّ من دون نكاح، فإنّه بطريق أولى.

أو معه و لكن كان من زناء فإنّه لم ينشر حرمة، مع دعوى الإجماع هنا أيضاً (٢)، بل لعلّه ظاهر.

و ربما استدلل له بالصحيح: عن لبن الفحل، قال: «ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك و لد امرأه أخرى فهو حرام» (٣).

و فيه نظر؛ لاحتمال الورود مورد الغالب، مع عدم اشتراط كون المرضعه زوجه لصاحب اللبن، بل يكفي كونها مملوكه أو موطوءه شبهه أو متعه، مع عدم صدق: «امراتك» المتبادر منها الزوجه الدائمه على المذكورات. فالعمده هو الإجماع.

و فى اشتراط الولاده، أم الاكتفاء بالحمل، قولان، أصحهما و أشهرهما كما قيل (٤) -: الأوّل، وفاقاً للتحرير و التذكرة و النهايه و حكى عن السرائر و الخلاف و الغنيه مدّعين الإجماع عليه (٥)؛ و هو الحجّه، مع الأصل، و فقد المخصّص؛ لعدم انصراف الإطلاق إليه؛ للندره، و خصوص

ص: ١٣٠

١- الكافي ١٢/٤٤٦، الفقيه ٥/١٢٠٨، الوسائل ٣/١٤٨٤، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٩ ح ١.

٢- كشف اللثام ٢: ٢٧.

٣- الكافي ٥/١٠٤٠، التهذيب ٧/١٣١٦، الإستبصار ٣/٧١٩، الوسائل ٣/٣٨٩، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٦ ح ٤.

٤- جامع المقاصد ١٢: ٢٠٤، و فيه التعبير بالأصحّيه فقط.

٥- التحرير ٢: ٩، التذكرة ٢: ٦١٧، النهايه ٤: ٤٦١، السرائر ٢: ٥٢٠، الخلاف ٥: ١٠٨، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٩، حكاة عنهم فى كشف اللثام ٢: ٢٧.

و نحوه الخبر: عن امرأه درّ لبنها من غير ولاده، فأرضعت ذكراناً و أنثاءً، أ يحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع؟ فقال:

«لا» (١). خلافاً للقواعد و المسالك و ظاهر الروضة و المحكي عن المصنّف و موضع من المبسوط فالثاني (٢)؛ للعموم، و هو ضعيف.

و لا يشترط البقاء على الحباله، فلو طلقها أو مات عنها و هي حامل أو مرضع، فأرضعت ولداً رضعاً ناشراً للحرمة، نَشَرَ الحرمة كما لو كانت في حبالته، و إن تزوّجت بغيره مطلقاً، حملت منه أم لا، بقي اللبن بحاله أم زاد بعد انقطاع؛ للعموم، مع دعوى الإجماع عليه.

إلّا أن تلد منه و ترضع بلبنها المستمرّ إلى الولادة، فلا تنشر الحرمة في حقّ من خرجت من حبالته، و في التذكرة: الإجماع عليه من الكلّ (٣).

و كذا لو حبلت منه و انقطع اللبن انقطاعاً بيناً، ثم يعود من وقت يمكن أن يكون للثاني، فلا ينشر حرمة في الأول، كما نُسبَ إلى الأصحاب (٤). و في نشره لها في الثاني الخلاف المتقدم، و الأصحّ:

العدم، كما تقدّم.

و يعتبر في النشر حياه المرضعه وفاقاً، كما يظهر من التذكرة (٥) و الصيمري، فلو ماتت في أثناء الرضاع فأكمل النصب ميتة لم ينشر حرمة

ص: ١٣١

١- التهذيب ١٣٣٩/٣٢٥، الوسائل ٣٩٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٩ ح ٢.

٢- القواعد ٩: ٢، المسالك ٤٦٤: ١، الروضة ١٥٦: ٥، و حكاة عن المصنّف في كشف اللثام ٢٧: ٢، المبسوط ٣١٠: ٥.

٣- التذكرة ٦١٦: ٢.

٤- انظر المسالك ٤٦٥: ١، الكفاية: ١٥٨.

٥- التذكرة ٦١٥: ٢.

و إن تناوله إطلاق العبارة (١) و صَدَقَ عليه اسم الرضاع؛ حملاً- له كإطلاق الأدلة على الأفراد المعهوده المتعارفه و هو إرضاع الحية و دلاله الأدله اللفظيه على الإرضاع بالاختيار، كقوله سبحانه وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ [١] (٢) مع أصله الإباحه.

الثانى الكميه

الثانى: الكميه معتبره بإجماع الطائفه خلافاً للمحكى عن مالك و أبى حنيفه (٣) فالرضعه الحاصله بأقل المسمى غير كافيه.

و هى تعتبر على الأشهر الأظهر بأمر ثلاثه:

إمّا ما أنبت اللحم و شدّ العظم و هو تقدير بالأثر المترتب عليه، و لا- خلاف فى اعتباره بين الطائفه، بل صرح بالإجماع عليه جماعه (٤)؛ للنصوص المستفيضه: منها الصحيح: قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال:

«ما أنبت اللحم و شدّ العظم» قلت: فيحرم عشر رضعات؟ قال: «لا؛ لأنه لا ينبت اللحم و لا يشدّ العظم» (٥).

و المستفاد منه كغيره اعتبار الأمرين معاً، و هو ظاهر الأكثر.

و فى اللغه: الاكتفاء بأحدهما (٦)؛ و لعله للصحيحين: «لا يحرم من الرضاع إلّا ما أنبت اللحم و الدم» (٧).

ص: ١٣٢

١- أى عبارته المتن. منه رحمه الله.

٢- النساء: ٢٣.

٣- حكاها عنهما فى التذكرة ٢: ٦١٩.

٤- منهم ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٩، و العلامه فى التذكرة ٢: ٦٢١. و صاحب الحدائق ٢٣: ٣٣٠.

٥- التهذيب ٧: ١٢٩٨/٣١٣، الإستبصار ٣: ٧٠٤/١٩٥، الوسائل ٢٠: ٣٧٤، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٦- اللغه (الروضه البهيه ٥: ١٥٦).

٧- الأول فى: الكافى ٥: ٤٣٨، التهذيب ٧: ١٢٩٤/٣١٢، الإستبصار ٣: ٦٩٩/١٩٣، الوسائل ٢٠: ٣٨٢، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٣ ح

١. الثانى فى: الكافى ٥: ٤٣٩، التهذيب ٧: ١٢٩٦/٣١٣، الإستبصار ٣: ٧٠١/١٩٤، الوسائل ٢٠: ٣٧٩، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح

و هو قوَى إن لم يتلازما، وإلّا فلا ثمره للخلاف.

و المرجع فيهما بناءً على كونهما أصليين برأسهما إلى أهل الخبره، و لا- ريب في اشتراط عداله المخبر. و في اشتراط التعدّد إشكال، و في عدمه احتمال قوَى، وإلّا أنّ الأشهر الأول (1).

ثم إنّ حصر التحريم بالرضاع في الأخبار في الأمرين، مع التعليل لعدم النشر بالعرض بعدمهما في الصحيح الأول، يعرب عن كونهما الأصل في ثبوت النشر، و كون الأمرين الآتين علامتين لهما، كما هو أظهر الأقوال، محكي عن جدّي المجلسي، و اختاره الفاضل الهندي طاب ثراهما و هو ظاهر الإستبصار (2).

و قيل: إنهما و الأمرين الآتين كلّ منهما أصول (3). و قيل: الأصل هو العدد، و إنّما يعتبر الآخران عند عدم الانضباط بالعدد، كما عن المبسوط (4). و لا دليل عليهما.

أو رضاع يوم و ليله بحيث يشرب كلّما أراد حتى يروى و يصدر، مطلقاً كما عن المشهور (5) أو بشرط عدم انضباط العدد كما عن

ص: ١٣٣

١- و هو الأظهر. منه رحمه الله.

٢- المجلسي في روضه المتقين ٥٦٩:٨، الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢٨:٢، الاستبصار ١٩٤:٣.

٣- المسالك ٤٦٧، ٤٦٦:١.

٤- حكاه عنه في جامع المقاصد ٢١٤:١٢، و هو في المبسوط ٢٩٢:٥.

٥- انظر ملاذ الأخبار ١٤٣:١٢، مرآه العقول ٢٠٥:٢٠.

المبسوط و التذكرة (١) كما تقدّم.

و تظهر الثمرة بنقصان العدد في اليوم و الليله، كأن رضع فيهما سبعة أو ثمانية، فينشر على الأول، و لا على الثاني.

و يدفعه إطلاق المستند، و هو الموثق: «لا يحرم الرضاع أقلّ من رضاع يوم و ليله، أو خمس عشره رضعه متواليه من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم يفصل بينها رضعه امرأه غيرها» الحديث (٢).

و لا يقدح قصور السند عن الصحه، بعد اعتباره بالموثقيه، و الاعتضاد بعمل الطائفه و الإجماعات المنقوله.

ثم إنّه لا فرق بين اليوم الطويل و غيره؛ لانجباره بالليله أبداً.

و في الاكتفاء بالملقّ منهما لو ابتداء في أثناء أحدهما، إشكالٌ: من الشكّ في صدق الشرط، و من تحقّق المعنى، و لعلّ الأول أظهر؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن، فتأمل جدّاً.

أو (٣) خمس عشره رضعه متواليه على الأصحّ، كما يأتي (٤).

و لا حكم لما دون العشر رضعات، إجماعاً في الرضعه القاصره، و على الأشهر الأظهر مطلقاً؛ للنصوص المتقدمه و الآتيه (٥)، المعترضه بعمل الطائفه.

خلافاً للإسكافي، فاكتفى بالرضعه الكامله (٦)؛ للعموم، و الصحيح

ص: ١٣٤

١- حكاها عنهما في كشف اللثام ٢:٢٨، و هو في المبسوط ٥:٢٩٢، و التذكرة ٢:٦٢٠.

٢- التهذيب ٧:١٣٠٤/٣١٥، الإستبصار ٣:٦٩٦/١٩٢، الوسائل ٢٠:٣٧٤، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ١.

٣- عطف على قوله: ما أنبت اللحم و شدّ العظم، أو رضاع يوم و ليله.

٤- في ص ١٣٩.

٥- المتقدمه في ص ١٣٢، و الآتيه في ص ١٣٦.

٦- حكاها عنه في المختلف: ٥١٨.

المتضمّن للمكاتبه إلى أبي الحسن عليه السلام: يسأله عما يحرم من الرضاع؟ فكتب: «قليله و كثيره حرام» (١).

و نحوه الخبر الذى رواته من العامه (٢).

و هو ضعيف؛ لتخصيص العموم بما تقدّم، و عدم مكافأه الصحيح له، فضلاً عن غيره، مع متروكيه ظاهره؛ لصدق القليل على الرضعه الغير الكامله، و لا يقول بها.

و لا- يبعد حملهما على التقيّه من مذهب مالك و أبى حنيفه (٣)، بل نسبه الشيخ إلى جميع العامه (٤)، و يؤيّده كون الأول مكاتبه، و رواه الثانى من العامه، فلا يترك بمثلها شىء ممّا تقدّم من المستفيضه، المعترضه بعمل الطائفه، كما لا يترك بما دلّ على اعتبار الحولين كالصحيحين و نحوهما (٥) و السنه كالصحيح (٦) لشذوذ الجميع، و احتمال الموافقه للعامه، فتطرح، أو تؤوّل بما يؤوّل إلى الأول.

و على تقدير عدم الشذوذ و وجود القائل بها كما نسب إلى الصدوق فى الفقيه (٧) فهى للمستفيضه غير مكافئه؛ لاعتضاها بالشهره، و مخالفه العامه، و موافقه الكتاب فى الجملة دونها، فلا وجه للتأمل فى المسأله

ص: ١٣٥

١- التهذيب ٧: ١٣٠٨/٣١٦، الإستبصار ٣: ٧١١/١٩٦، الوسائل ٣: ٣٧٧، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ١٠.

٢- التهذيب ٧: ١٣٠٩/٣١٧، الإستبصار ٣: ٧١٢/١٩٧، الوسائل ٣: ٣٧٨، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ١٢.

٣- حكاها عنهما فى المغنى لابن قدامه ٩: ١٩٣.

٤- راجع الخلاف ٥: ٩٦.

٥- الوسائل ٣: ٣٨٤، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥.

٦- الفقيه ٣: ١٤٧٥/٣٠٧، التهذيب ٧: ١٣١٥/٣١٨، الإستبصار ٣: ٧١٨/١٩٨، الوسائل ٣: ٣٧٨، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ١٣.

٧- الفقيه ٣: ٣٠٧.

بمثلها، كما صدر عن صاحب الكفايه (١)، وإن هو إلا غفله واضحه.

و صحه النسبه إلى الصدوق غير معلومه؛ لنقله المتضمن للحولين و المتضمن للسنة، و المعارضه بينهما واضحه، فلا يعلم منه المصير إلى أيهما من دون قرينه، و غايته حينئذ التردد، فلا يصح معه النسبه.

و فى ثبوت النشر ب العشر روايتان، أشهرهما بين المتأخرين أنها لا- تنشر، و إليه ذهب الشيخ فى كتابى الأخبار و النهايه و المبسوط و العلامه فى أكثر كتبه و المحقق الثانى و المسالك و الروضه (٢)، و غيرهم من سائر المتأخرين (٣)، و هو الأظهر؛ للأصل، و المعتبره المستفيضه:

منها الموثقه المتقدمه فى رضاع يوم و ليله، و فيها زياده على العباره المتقدمه:- «و لو أن امرأه أرضعت غلاماً أو جاريه عشر رضعات من لبن فحل واحد، و أرضعتها امرأه أخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات، لم يحرم نكاحها» (٤).

و هى ناصه على نفى النشر عن العشر، كالصحيح المتقدم فى الأمر الأول (٥)، و الموثقين: «عشر رضعات لا يحرم شيئاً» (٦) مضافاً إلى

ص: ١٣٦

١- الكفايه: ١٥٩.

٢- التهذيب ٣١٤: ٧، الإستبصار ١٩٥: ٣، النهايه: ٢٦١، المبسوط ٢٩٢: ٥، العلامه فى القواعد ١٠: ٢، و التحرير ٩: ٢، و المختلف: ٥١٨، المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٢١٧: ١٢، المسالك ٤٦٦: ١، الروضه ١٦٠: ٥.

٣- منهم المحقق فى الشرائع ٢٨٢: ٢ و السيورى فى التنقيح ٤٦: ٣ و الكاشانى فى المفاتيح ٢٣٧: ٢.

٤- التهذيب ٣١٥/١٣٠٤: ٧، الإستبصار ١٩٢/٦٩٦: ٣، الوسائل ٣٧٤: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ١ و فيه: و أرضعتهما، بدل: و أرضعتها.

٥- فى ص ١٣٢.

٦- الأول فى: التهذيب ٣١٣/١٢٩٩: ٧، الإستبصار ١٩٥/٧٠٥: ٣، الوسائل ٣٧٤: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ٣. الثانى فى: التهذيب ٣١٣/١٣٠٠: ٧، الإستبصار ١٩٥/٧٠٦: ٣، الوسائل ٣٧٥: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ٤.

الصحيح الآتي.

خلافاً لأكثر المتقدمين (١)؛ اقتصاراً في الخروج عن العموم المستفاد من الكتاب و السنّه على المتيقّن (٢)؛ لضعف قول الإسكافي كما مرّ.

و التفاتاً إلى المستفيضه الدالّه على النشر باشتداد العظم و إنبات اللحم (٣)؛ بناءً على حصولهما بال عشر؛ للصحيح: و ما الذي ينبت اللحم و الدم؟ فقال: «كان يقال: عشر رضعات» (٤)، و نحوه غيره (٥).

و استناداً إلى الموثّق: في الغلام يرضع الرضعه و الثنتين، فقال:

«لا- يحرم» فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات، قال: «إذا كانت متفرّقه فلا» (٦)، و هو يدلّ بمفهومه على التحريم مع عدم التفريق. و نحوه غيره (٧).

ص: ١٣٧

١- كالمفيد في المقنعه: ٥٠٢، الديلمي في المراسم: ١٤٩، القاضي في المهذب ٢: ١٩٠، الحلبي في الكافي: ٢٨٥.

٢- و هو ما عدا العشر. منه رحمه الله.

٣- الوسائل ٣٨٢: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٣.

٤- الكافي ٩/٤٣٩: ٥، التهذيب ٧/١٢٩٦/٣١٣، الإستبصار ٧/١٩٤/٣٠١، الوسائل ٣٠٣: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ١٨.

٥- الكافي ٥/٢/٤٣٨: ٥، الوسائل ٣٨٠: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ٢١.

٦- الكافي ٨/٤٣٩: ٥، التهذيب ٧/١٣٠٢/٣١٤، الإستبصار ٧/١٩٤/٣٠٣، الوسائل ٣٠٣: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ٥.

٧- الكافي ١٠/٤٣٩: ٥، التهذيب ٧/١٢٩٧/٣١٣، الإستبصار ٧/١٩٤/٣٠٢، الوسائل ٣٠٣: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ١٩؛

بتفاوت في السند.

و يدلّ عليه أيضاً الخبر: «لا- يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلّا المَجْبُور» (١) قال: قلت: و ما المَجْبُور؟ قال: «أُمُّ تَرَبِّي أو ظَنْرٌ (٢) تستأجر أو أمه تُشترى، ثم ترضع عشر رضعات تروى الصبي و ينام» (٣).

و في الجميع نظر؛ لتخصيص العموم بما تقدّم، كتخصيصه بما عدا العشر المتيقّن.

و منع حصول الإنباتين بالعشر، و الصحيح غير دالّ عليه؛ لنسبته عليه السلام ذلك إلى القيل، المشعر بالتمريض. مع ما في آخره ممّا هو في قوّه التصريح بعدم النشر به، فإنّ السائل لمّا فهم منه عليه السلام عدم إرادته قال له:

يحرم عشر رضعات؟ فقال: «دع هذا» و قال: «يحرم من النسب ما يحرم من الرضاع». فلو كان حكم العشر حقّاً لما نسبه عليه السلام إلى غيره، بل كان يحكم به من غير نسبه، و مع ذلك أعرض عنه ثانياً مجيباً بما لا دخل له بالمقام، ففيه أقوى دلالة بورود ما دلّ على النشر بالعشر مورد التقيّه، أو غيرها من المصالح الخفيّه.

هذا، مع معارضته للصحيح المتقدّم في الأمر الأول (٤)، الناصّ بعدم

ص: ١٣٨

١- قال الطريحي في مجمع البحرين ٣:٢٤٣ (جبر): قال في شرح الشرائع: المَجْبُور و جدتها مضبوطة بخط الصدوق بالجيم و الباء في كتابه المقنع، فإنّه عندي بخطه. و قال في ج ٣:٢٥٧ (حبر): و قد اضطربت النسخ في ذلك..

٢- قال في مجمع البحرين ٣:٣٨٦: سمّيت المرضعه ظنراً لأنّها تعطف على الرضيع.

٣- التهذيب ٧:١٣٠٥/٣١٥، الإستبصار ٣:٧٠٩/١٩٦، الوسائل ٣:٣٧٧: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ١١، بتفاوت.

٤- في ص ١٣٢.

الإنبات بالعشر، واختصاصه به مع زياده عليه بنصفه (١).

و نحوه الموثقان المتقدمان (٢)، المصرحان بعدم النشر به، المستلزم لعدم الإنبات.

و الموثق المتأخر (٣) كمضاهيه (٤) وإن دلّ على النشر به بالمفهوم، إلّا أنّه لا يعارض ما دلّ على العدم سنداً و عدداً و دلالة، مع احتمال كون الحكم فيه تقيّة.

و نحوه الجواب عن الخبر الأخير، مضافاً إلى ضعفه بمحمّد بن سنان على الأشهر و إن قيل بوثاقته (٥) لعدم مقاومته ما خلا عن مثله، سيّما مع مخالفته الإجماع من وجهين (٦)، واضطرابه باختلاف ألفاظه؛ لروايته تارة كما تقدّم، و تارة بغيره، و أخرى صحيحه بعبارة خاليه عن العدد مرويه في الفقيه (٧)، الذي هو أ ضبط.

و لو رضع خمس عشره رضعه نشر الحرمة إجماعاً، كما في المسالك و السرائر (٨)، خلافاً لشاذّ منّا، فخمسه عشر يوماً متواليه بلياليها (٩)؛ و النصوص المتقدمه حجّه عليه، مضافاً إلى عدم دليل يدلّ عليه، مع مخالفته لعموم الكتاب و السنّه المستفيضه.

ص: ١٣٩

١- أى و اختصاص الإنبات بالعشر مع زياده على العشر بنصف العشر.

٢- فى ص ١٣٧.

٣- المتقدم فى ص ١٣٧.

٤- المتقدم فى ص ١٣٧.

٥- قال به المفيد فى الإرشاد: ٣٠٤.

٦- الحصر و اعتبار النوم. منه رحمه الله.

٧- الفقيه ٣٠٧/١٤٧٤:٣، الوسائل ٣٧٦:٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ٧.

٨- المسالك ١:٤٦٦، السرائر ٢:٥٥١.

٩- كما فى الهدايه: ٧٠ و حكاه فى المختلف: ٥١٨ عن المقنع.

و يعتبر فى الرضعات العددية و الزماتيه قيود ثلاثة:

كمال الرضعة التفاتاً إلى الأصل، و حملاً لإطلاق الرضاع فى الآية (١) و الأخبار عليه؛ للتبادر، مع التصريح به فى المعبره المنجبر قصور أسانيدھا بعمل الطائفه:

كالمرسل كالموثق لابن أبى عمير: «الرضاع الذى ينبت اللحم و الدم هو الذى يرضع حتى يتضلع و يتملى و ينهى نفسه» (٢)، و نحوه آخر (٣).

و بهما فسّر الكمال بعض الأصحاب (٤)، و اعتمد الباقون فيه على العرف، و لعلهما متقاربان، فلا عبره بالناقصه مطلقاً، واحده كانت أم متعدده، إلا مع حصول الإنبات بها، فتعتبر من جهته.

و تحسب الرضعات المتخامل بينها لفظ الثديين للتنفس، أو الملاعبه، أو المنع من المرضعه مع المعاوده و حصول الكماله بها، رضعه واحده إن لم يطل الفصل، و إلا احتسب الجميع كالأحاد رضعه ناقصه، فلا تنشر حرمه.

و امتصاصها من الثدي لعين ما تقدم، بل لا- يحصل مسمى الرضاع و الإرضاع و الارتضاع إلا بذلك، و اعتباره مطلقاً (٥) هو المعروف من مذهب الأصحاب.

ص: ١٤٠

١- النساء: ٢٣.

٢- الكافي ٥: ٧/٤٤٥، التهذيب ٧: ١٣٠٦/٣١٦، الإستبصار ٣: ٧٠٧/١٩٥، الوسائل ٢٠: ٣٨٣، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٤ ح ٢.

٣- التهذيب ٧: ١٣٠٧/٣١٦، الإستبصار ٣: ٧٠٨/١٩٥، الوسائل ٢٠: ٢٨٣، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٤ ح ١.

٤- انظر الخلاف ٥: ١٠٠.

٥- أى حتى فى إنبات اللحم و اشتداد العظم. منه رحمه الله.

خلافاً للإسكافي (١)، فاكْتفى بالوَجُور (٢)؛ لأنَّ الغايه المطلوبه إنّما هو إنبات اللحم و اشتداد العظم، كما هو ظاهر الفحاوى و صريح الخير: «وَجُور الصبى اللبن بمنزله الرضاع» (٣).

و فيه: منع كون الغايه هو الإنبات من حيث هو هو خاصّه؛ لاحتمال كون الرضاع و المصّ من الثدي له مدخلية فى نشر الحرمة، كما أنّ للولاده أو الحمل مدخلية بالإجماع و المعتبره، و إنكاره مكابره. و ليست العله بنفس الإنبات منصوصه، و غايه ما يستفاد من المعتبره نشر الإنبات الحاصل من ارتضاع الثدي خاصّه.

نعم، ذلك يناسب القياس المستنبط العله، الذى هو حجّه عند الإسكافي، و فاسد بالضروره من مذهب الشيعة.

و الخبر مع ضعفه بالإرسال محمولٌ على التقية؛ لنسبته فى المسالك إلى جماعه من العامه (٤)، معارض بصريح الصحيحه: «لا يحرم من الرضاع إلّا ما ارتضع من ثدى واحد سنه» (٥).

و لا ينافيه التقييد بالسنة، إلّا بتقدير عدم احتمال جريان ما قيل من التوجيه و إن بُعد من قراءه: «سنّه» بتشديد النون و الإضافه إلى ضمير راجع إلى الإرضاع، و المراد: الحولين.

ص: ١٤١

١- كما حكاه عنه فى المختلف: ٥١٨.

٢- الوَجُور: الدواء يصبّ فى الحلق المصباح المنير: ٦٤٨.

٣- الفقيه ٣٠٨/١٤٨٥، الوسائل ٣٩٤: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٧ ح ٣.

٤- المسالك ١: ٤٦٨.

٥- الفقيه ٣٠٧/١٤٧٥، التهذيب ٣١٨/١٣١٥، الإستبصار ١٩٨/٧١٨، الوسائل ٣٧٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٢ ح ١٣.

و نحوه الكلام فى الصحيحين (١)، و نحوهما (٢): «لا- يحرم من الرضاع الا- ما ارتضعا من ثدى واحد حولين كاملين» بجعل الحولين ظرفاً للرضاع لا المدّة المرعيّه، مع أنّ خروج بعض القيود بالدليل لا يوجب خروج الباقي.

و يعضد ما ذكرنا الحسنان، بل الصحيحان المرويان فى الكافى.

فى أحدهما: «جاء رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: يا أمير المؤمنين، إنّ امرأتى حلبت من لبنها فى مَكُوك (٣) فأسقته جاريتى، فقال:

أوجع امرأتك، و عليك بجاريتك» (٤).

و فى الثانى: عن امرأه حلبت من لبنها فأسقت زوجها لتحرم عليه، قال: «أمسكها و أوجع ظهرها» (٥).

و هما بترك الاستفصال عامان للرجل و الجارية الصغيرين دون الحولين. و لو نشر الوَجُور لخصّ بقاء الزوجيه فيهما بما إذا وقع الوَجُور بعدهما، فتأمل.

و أن لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعه و المأكول و المشروب فى الزمانيه خاصّه (٦)، دون العدديّه، فيمنع فيها الفصل برضاع

ص: ١٤٢

١- التهذيب ٣١٧/١٣١٠، الاستبصار ١٩٧/٧١٣، الفقيه ٣٠٧/١٤٧٦، الوسائل ٣٨٦: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥ ح ٨.

٢- الفقيه ٣٠٧/١٤٧٧، الوسائل ٣٨٧: ٢٠ أبواب الرضاع ب ٥ ح ١٠.

٣- المَكُوك: طاسٌ يشرب به، و فى المحكم: أعلاه ضيق و وسطه واسع تهذيب اللغه ٩: ٤٦٨، لسان العرب ١٠: ٤٩١.

٤- الكافى ٥/٤٤٥، الوسائل ٣٩٣: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٧ ح ١.

٥- الكافى ٤/٤٤٣، الوسائل ٣٩٤: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٧ ح ٢.

٦- بلا خلاف فيه أجده، و صرح باعتبار عدم الفصل بالمأكول و المشروب أيضاً فى الزمانيه شيخنا فى المسالك (١: ٤٦٨) و سبطه فى شرح الكتاب (نهايه المرام ١: ١١٢) و غيرهما من الأصحاب من غير نقل خلاف، بل بعدمه صرح فى المفاتيح (٢: ٢٣٧) فتأمل منه عفى عنه و عن والديه.

غير المرضعه خاصه.

كَلْ ذَلِكَ لِلأَصْلِ، وَالتَّبَادُرِ، مَعَ التَّصْرِيحِ بِعَدَمِ الْفَصْلِ بِالرُّضَاعِ فِي الْعَدَدِيَّهِ فِي الْمَوْثِقَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ (١) فِي رِضَاعِ الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ، وَإِطْلَاقِهَا يَقْتَضِي حُصُولَ الْفَصْلِ بِمَسْمَاهُ وَ لَوْ قَلَّ. إِلَّا أَنَّ حَمْلَهُ عَلَى الْفَرْدِ الْأَكْمَلِ لِلتَّبَادُرِ وَالسِّيَاقِ يَقْتَضِي الْعَدَمَ، وَفَاقًا لِلتَّذَكْرِهِ (٢)، وَخِلَافًا لِلْقَوَاعِدِ وَالْمَسَالِكِ وَالرُّوَضِ (٣).

و هل يشترط في التوالى اتّحاد المرضعه أم يكفي اتّحاد الفحل؟ ظاهر الموثقه و الصحاح المتقدّمه قريباً: الأول، و عليه الإجماع عن الغنيه و الخلاف و التذكره (٤)، فلو ارتضع من امرأه خمساً كاملاً مثلاً ثم ارتضع من الأخرى، ثم أكمل منها أو من الأولى أو ثالثة تمام العدد أو الزمان، لم ينشر الحرمة، خلافاً للعامة.

الثالث أن يكون في الحولين

الثالث: أن يكون الرضاع الناشر مطلقاً (٥) بتمامه في الحولين اللذين ابتداءً من انفصال تمام الولد إلى الجزء الأخير من الشهر الرابع و العشرين، إن ابتداءً في أول الهلال، و إلما يحسب الثلاثه و العشرون هلاليه، و يتم المنكسر من الشهر الخامس و العشرين، كما في سائر الآجال.

ص: ١٤٣

١- في ص ١٣٤.

٢- التذكره ٦٢٠:٢.

٣- القواعد ١٠:٢، المسالك ٤٦٨:١، الروضه البهيه ١٦٣:٥.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٩، الخلاف ١٠٠:٥، التذكره ٦٢:٢.

٥- أي أيّ الأقسام الثلاثه كان. منه رحمه الله.

و يكفى فى حصول الشرط تمام الجزء الأخير من الرضاع بتمام مثله من الحولين، فالمراد: عدم وقوع شىء من الرضاع بعد تمامهما، و اعتباره مقطوع به فى كلام الأصحاب، مدعى عليه الإجماع كما يأتى؛ للنصوص:

منها الخبر: «لإرضاع بعد فطام» قال: قلت: و ما الفطام؟ قال:

«الحولين اللذين قال الله عزّ و جلّ» (١)(٢).

و ضعفه بسهل على الأشهر سهل، بل صحيح على الأظهر عند بعض (٣)، و مع ذلك بالإجماع معتضد.

و يستفاد منه حصول التحريم بالرضاع فى الحولين مطلقاً و لو فطم قبلهما، و عدمه به بعدهما مطلقاً و لو لم يفطم؛ لتفسيره الفطام الذى لم ينشر معه الرضاع بمضى الحولين، فلا عبره بما عداه إن حصل، كما لا عبره بالرضاع بعده و لو لم يحصل الفطام اللغوى؛ لحصول الشرعى، الذى هو المعيار.

و الأمران مقطوع بهما فى كلامهم بل عن الشهيد الإجماع على الثانى (٤) عدا العماني فى الأول (٥)؛ لإطلاقه عدم الرضاع بعد الفطام، الشامل لمثل هذا الفطام (٦)؛ تبعاً للأخبار: كالحسن: «لإرضاع بعد فطام» (٧).

و الخبر المصحح فى كلام بعض (٨): «الرضاع قبل الحولين قبل أن

ص: ١٤٤

١- البقره: ٢٣٣.

٢- الكافى ٣/٤٤٣: ٥، بتفاوت يسير، التهذيب ٧: ١٣١٣/٣١٨، الإستبصار ٣: ٧١٦/١٩٨، الوسائل ٣٠: ٣٨٥، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥ ح ٥.

٣- كما فى رجال الشيخ: ٤١٦.

٤- على ما حكاه عنه فى الكفايه: ١٥٩.

٥- كما حكاه عنه فى المختلف: ٥١٩.

٦- أى قبل الحولين. منه رحمه الله.

٧- الكافى ٥: ١/٤٤٣، الوسائل ٣٠: ٣٨٥، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥ ح ٢.

٨- نهايه المرام ١: ١١٢.

يفطم» (١).

و هو ضعيف؛ لحمل إطلاقهما على الخبر المتقدم المفسّر لهما، فيحمل: «قبل أن يفطم» في الروايه الثانيه على كونه تأكيداً لقبل الحولين، مفسراً له، ولا مانع من حمل كلامه عليه، فلا خلاف.

و الإسكافي في الثاني (٢)، فصّرّح بالنشر بالرضاع بعدهما بلا فطام يفصلهما (٣)؛ لإطلاق مفهوم نحو الحسن المتقدم.

و خصوص الموثق: «الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم» (٤).

و ضعف الأول ظاهر بعد ما تقدّم.

و الموثق غير مكافئ له بوجه، مع حمله في كلام شيخ الطائفة على التقيه (٥)، مع احتمال له لمعامل غير بعيد منافيه للدلاله، كتخصيص الحولين بولد المرضعه و الفطام بالمرضع، أى الرضاع بعد حولى ولد المرضعه قبل أن يفطم المرضع و يتم حوله ينشر الحرمة، كما عليه مشهور الطائفة، و سيأتى إليه الإشاره (٦).

و هو أى الرضاع قبل الحولين - يراعى فى المرضع بمعنى:

وقوعه قبل حولى، إجماعاً كما فى القواعد و المسالك (٧)، و عن جماعه عن

ص: ١٤٥

١- الكافي ٢/٤٤٣، التهذيب ١٣١٢/٣١٨، الوسائل ٣٨٥: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥ ح ٤.

٢- كما نقله عنه فى المختلف: ٥١٩.

٣- أى الحولين و الرضاع. منه رحمه الله.

٤- الفقيه ٣/١٤٦٩، التهذيب ١٣١٤/٣١٨، الوسائل ٣٨٦: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥ ح ٧.

٥- التهذيب ٣١٨: ٧.

٦- فى ص ١٤٦.

٧- القواعد ١٠: ٢، المسالك ٤٦٩: ١.

الخلاف و الغنيه (١)؛ للنصوص المتقدمه.

دون ولد المرضعه فينشر الحرمه و لو وقع الرضاع قبل حولي المرتضع بعد حويله على الأصح الأشهر، وفاقاً للحلى و الفاضلين و الشهيدين (٢)، و كثير من المتأخرين (٣)، بل عليه الإجماع عن بعض (٤).

لعموم الأدله على نشر الرضاع للحرمه من الكتاب و السنه، الشامله لمثل المسأله، المؤيده بأصالة بقاء الحرمه السابقه على المناكحه، و لا قاطع مخرج عنها من الأدله؛ للشك في دخول مثلها في النصوص المتقدمه لو لم يدع عدمه للتبادر و السياق كما وقع في كلام جماعه (٥).

و على تقدير تسليم الظهور بالعموم لو كان فهو غير كاف في تخصيص عموم الأدله القطعيه؛ إذ المناط فيه قوه الدلاله، بل قطعيتها، كما يشعر بها كلام جماعه، و هى في النصوص منتفيه بالضروره، فتخصيصها به جرأه عظيمه.

نعم، فى الموقف الموقوف إلى ابن بكير: سأله ابن فضال فى المسجد، فقال: ما تقولون فى امرأه أرضعت غلاماً سنتين، ثم أرضعت صبيّه لها أقل من سنتين حتى تمت السنّتان، أ يفسد ذلك بينهما؟ فقال

ص: ١٤٦

١- الخلاف ١٠٠:٥، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٩.

٢- الحلى فى السرائر ٥١٩:٢، المحقق فى الشرائع ٢٨٣:٢، العلامه فى القواعد ١٠:٢، الشهيدان فى اللمعه و الروضه ١٦٣:٥.

٣- كفخر المحققين فى الإيضاح ٤٨:٣، الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٥٠:٣، السبزواري فى الكفايه: ١٥٩.

٤- راجع السرائر ٥١٩:٢.

٥- منهم المحقق و الشهيد الثانيان فى جامع المقاصد ٢٢٢:١٢، و المسالك ٤٦٩:١.

لا يفسد ذلك بينهما؛ لأنه لإرضاع بعد فطام، وإنما قال رسول الله صلى الله عليه وآله:

«لإرضاع بعد فطام» أى أنه إذا تم للغلام سنتان أو الجارية فقد خرج من حدّ اللبن، ولا يفسد بينه وبين من شرب من لبنه (١).

وهو وإن كان نصّاً، إلا أنّ مرجعه إلى اجتهاد ابن بكير المردود بما قدّمناه، ومعارضته بتفسير الكليني والصدوق: «لإرضاع بعد فطام» بما يوافق المشهور (٢)، وترجيحهما على مثله ظاهر.

فظهر ضعف اعتباره فى ولد المرضعه أيضاً، كما عن جماعه، منهم:

ابن زهره (٣). ودعواه الإجماع عليه بمصير معظم الأصحاب على خلافه موهونه، مع معارضتها بحكاية الإجماع على خلافه، المتقدّمه، المعترضه بالشهره.

الرابع أن يكون اللبن لفحل واحد

الرابع: أن يكون اللبن الناشر لفحل واحد ولاعتبار هذا الشرط وجهان:

أحدهما وهو المناسب للمقام وسائر الشروط المتقدّمه:- اعتباره لثبوت أصل التحريم بين الرضيع والمرضع وصاحب اللبن، ولا خلاف فيه بيننا، بل عليه الإجماع منّا فى التذكرة (٤)؛ و عليه دلّت الموثّقه (٥) فى رضاع اليوم والليله.

فلو ارتضع من امرأه بعض العدد من لبن فحل، و منها بعينها تمامه

ص: ١٤٧

١- التهذيب ١٣١١/٣١٧، الإستبصار ٧١٤/١٩٧، الوسائل ٣٠٣: ٣٨٥، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٥ ح ٦.

٢- الكليني فى الكافي ٥: ٤٤٤، الصدوق فى الفقيه ٣: ٣٠٦.

٣- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٩.

٤- التذكرة ٢: ٦٢١.

٥- المتقدمه فى ص ١٣٤.

من لبن فحل آخر بعد تزويجها منه و مفارقتها الأول، لم ينشر حرمة أصلاً، فتحلّ له المرضعه و صاحبها اللبن إن كان أنثى. و يفرض المثال لو استقلّ الولد بالمأكل أو اللبن الموحّور في فيه و لو منها على ما تقدّم في المدّة المتخلّله بين الرضاعين، بحيث لا يفصل بينهما برضاع أجنبيّه. و لا قدّح بمثله (1) في حصول التحريم بالرضعات كما مرّ.

و الثانى و هو المقصود من العبارة و المتداول في كلام الطائفة، الذى صار محلّ النزاع و المشاجره بين الخاصّه و العامّه-: اعتبره لحرمة أحد المرتضعين على الآخر، بعد حصولها لأحدهما مع المرضعه و صاحب لبنه.

فيحرم الصبيّان أحدهما على الآخر كحرمتهما على المرضعه و الفحل إذا كانا يرتضعان بلبن فحل واحد بلا كلام و لو اختلف المرتضعتان.

و لا يحرم أحدهما على الآخر على الأشهر الأظهر، بل عليه الإجماع في التذكرة و عن الحلّي (2) و ظاهر غيرهما (3) لو رضع كلّ واحد من لبن فحل غير فحل الآخر و إن اتّحدت المرضعه فيكفى الأخوه من جهه الأبوه، و لا يكفى من جهه الأمومه.

للمعتبره، كالصحيح: عن الرجل يرضع من امرأه و هو غلام، أ يحلّ له أن يتزوّج أختها لأُمّها من الرضاعه؟ فقال: «إن كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحل واحد فلا يحلّ، و إن كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحلين فلا بأس» (4).

ص: ١٤٨

١- أى بمثل استقلال الولد.

٢- التذكرة ٢:٦٢١، الحلّي في السرائر ٢:٥٥٣.

٣- انظر جامع المقاصد ١٢:٢٢٣ و المسالك ١:٤٦٩.

٤- الكافي ١١/٤٤٣:٥، التهذيب ٧:١٣٢٣/٣٢١، الإستبصار ٣:٧٢٦/٢٠١، الوسائل ٣:٣٨٩، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٦ ح ٣.

والموثق: عن غلام رضع من امرأه، أ يحلّ له أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاعة؟ فقال: «لا، قد رضعا جميعاً من لبن فحل واحد» قال: قلت:

فيتزوج أختها لأمتها من الرضاعة؟ قال: «لا بأس بذلك، إنّ أختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام، فاختلف الفحلان، فلا بأس» (١).

وهما مع اعتبار سندهما يستلزمان المدعى (٢) و صريحان فيه، ومع ذلك معتضدان بالشهره العظيمه و الإجماعات المنقوله و المخالفه للعامه، كما يظهر من الحلّى و المسالك و التذكره (٣)، و بما دلّ (٤) على اعتبار اتحاد الفحل بالمعنى الأول (٥)؛ بناءً على دلالة على عدم حصول البنوة من جهة الأمومه خاصه، فعدم حصول الأخواه من جهتها بطريق أولى. و لا- بعد في جعله دليلاً، كما يوجد في كلام جماعه. و نحوه ما دلّ على عدم اعتبار ما خلا عن نكاح.

و بالصحيح بل هو دليل آخر برأسه على الصحيح:- عن قول الله عزّ و جلّ وَ هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَ صِهْرًا [١] (٦) فقال: «إنّ الله تعالى خلق آدم من الماء العذب، و خلق زوجته من سنخه، فبرأها من أسفل أضلاعه، فجرى بذلك الضلع سبب و نسب، ثم زوجهها

ص: ١٤٩

-
- ١- الكافي ١٠/٤٤٢، التهذيب ٧:١٣٢١/٣٢٠، الإستبصار ٣:٧٢٤/٢٠٠، الوسائل ٢٠:٣٨٨ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٦ ح ٢.
 - ٢- من حرمه أحد المرتضيين على الآخر. منه رحمه الله.
 - ٣- الحلّى في السرائر ٢:٥٥٣، المسالك ١:٤٦٩، التذكره ٢:٦٢١.
 - ٤- كالموثقه المتقدمه في ص ١٣٤.
 - ٥- أى اعتباره لثبوت أصل التحريم بين الرضيع و المرضع و صاحب اللبن.
 - ٦- الفرقان: ٥٤.

إياه، فجرى بسبب ذلك بينهما صهر، وذلك قول الله عزَّ وجلَّ نَسَبًا وَصِهْرًا [١] فالنسب يا أبا بنى عجل ما كان بسبب الرجال، والصهر ما كان من سبب النساء» قال: قلت له: أ رأيت قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟» فسَّر لى ذلك، فقال: «كلُّ امرأة أرضعت من لبن فحلها ولَمدُ امرأة أُخرى من جاريه أو غلام فذلك الرضاع الذى قال رسول الله صلى الله عليه وآله، وكلُّ امرأة أرضعت من لبن فحلين كانا لها واحداً بعد واحد من جاريه أو غلام، فإنَّ ذلك رضاع ليس بالرضاع الذى قال رسول الله صلى الله عليه وآله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وإنما هو من سبب ناحيه الصهر رضاعٌ ولا يحرم شيئاً، وليس هو سبب رضاع من ناحيه لبن الفحوله فيحرم» (١).

و هو كما ترى ظاهرٌ فى المختار، بناءً على كون الظاهر كون:

«واحدًا بعد واحد» مفعولاً ل: «أرضعت» و: «من غلام أو جاريه»، بياناً لهما، ولا يحتمل الحائيه عن الفحلين؛ لأمرين:

أحدهما: أنه لا يستفاد منه حينئذٍ شيء زائد عمَّا استفيد قبله، فيكون تأكيداً، وما ذكرناه تأسيس، فهو أولى.

و ثانيهما: استلزام ذلك إمَّا تقدير المفعول، وهو خلاف الأصل، أو جعله مدخول الجار، وهو خلاف الظاهر، أو جعله (٢) زائداً، وهو كالأول (٣)، فتعين ما ذكرناه.

ص: ١٥٠

١- الكافي ٥/٩/٤٤٢، وأورد ذيله فى الوسائل ٣٨٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٦ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٢- أى: الجار.

٣- أى خلاف الأصل. منه رحمه الله.

و لا ينافيه وقوعه تفسيراً للرضاع المحرّم؛ بناءً على تصريحه بعدم النشر مع تعدّد الفحل، الظاهر فى عدمه مطلقاً، حتى بين الرضيع و المرضع و صاحب اللبن؛ لاحتمال كونه تفسيراً للرضاع المحرّم كلياً تحريماً عاماً، حتى لأحد الرضيعين على الآخر، لا أصل التحريم و لو كان جزئياً حتى ينافى ذلك.

فيكون المراد: أنّ الرضاع الذى قال رسول الله صلى الله عليه و آله أى الذى يحرم تحريم النسب من الجانبين مطلقاً، حتى بين المرتضعين هو الرضاع الذى يتحد مع الفحل، و أمّا إذا تعدّد فلا- يحرم ذلك التحريم العام، و إن حرم الجزئى بين الرضيع و المرضع و صاحب اللبن بقدر ما وجد فيه من علّه التحريم، أعنى: ما يستفاد من الصدر و الذيل، و هو الشباهه بالنسب، الناشئه من جهه الفحل خاصّه دون المرضعه؛ لبعدها عنها، و قربها من الشباهه بالمصاهره.

ثم على تقدير تسليم ما ذكر من الاحتمال (١)، فهو يدلّ على المختار أيضاً؛ بفحوى الخطاب الذى تقدّمت إليه الإشارة (٢)، و عموم التعليل فى الذيل لما ذكر لما نحن فيه؛ لصدق كون الأخوه إنّما هى من ناحيه المصاهره لا النسبيّه، التى جعلت مناطاً لنشر الرضاع للحرمه.

و بهذه الأدلّه يخصّص عموم الكتاب و السنّه إن كان دلالتها على الشمول لمثل المقام واضحه.

فخلاف الطبرسى (٣) ضعيف، و ليس عليه دلالة فى الخبر: قال مولانا

ص: ١٥١

١- من كون المراد إثبات اتّحاد الفحل بالمعنى الأول. منه رحمه الله.

٢- فى ص ١٤٩.

٣- كما فى مجمع البيان ٢: ٢٨.

الرضا عليه السلام: «ما يقول أصحابك في الرضاع؟» قال: قلت: كانوا يقولون:

اللبن للفحل، حتى جاءتهم الرواية عنك: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فرجعوا إلى قولك، قال: فقال لي: «وذلك أن أمير المؤمنين سألتني عنها، فقال: اشرح لي: اللبن للفحل، وأنا أكره الكلام، فقال لي: كما أنت حتى أسألك عنها، ما قلت في رجل كانت له أمهات أولاد شتى، فأرضعت واحده منهن بلبنها غلاماً غريباً، أليس كل شيء من ولد ذلك الرجل من أمهات الأولاد الشتى محرّم على ذلك الغلام؟» قال: «قلت: بلى» فقال لي أبو الحسن عليه السلام «ما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الأمهات؟! وإنما حرّم الله تعالى من قبل الأمهات وإن كان لبن الفحل أيضاً يحرم» (١).

إذا هو مع قصور سنده بجهالة الراوى لا يستفاد منه سوى تحريم أولاد المرضعه نسباً على المرتضع، وليس من محلّ البحث في شيء، وعلى تقدير كونه منه فحمله على التقية كما صرح به جماعة (٢) متعين.

فالعجب كلّ العجب ممّن جعل الحمل منعكساً، فحمل ما تقدّم على التقية (٣). ولو احتيط كان أجود.

و يستحب للمسترضع المختار أن يتخير للرضاع: المسلمه فيكره الكافره مطلقاً، حتى الكتابيه.

لفحوى الحسنه: «إنّ اليهوديّة و النصرانيّة و المجوسيّة أحبّ إليّ من

ص: ١٥٢

١- الكافي ٥/٤٤١، التهذيب ٣٢٠/١٣٢٢، الإستبصار ٣٠٠/٧٢٥، الوسائل ٣٩١: ٢٠، أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٦ ح ٩؛ بتفاوت يسير.

٢- منهم المجلسي في ملاذ الأخيار ١٦٣: ١٢ و صاحب الوسائل ٣٩١: ٢٠.

٣- كالفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٢٣٦: ٢.

ولد الزناء» (١).

و لما علم من المعتمده كالتجربه أنّ الرضاع يؤثر في الطباع و الحال، ففي الموثق: «انظروا من ترضع أولادكم، فإنّ الولد يشبّ عليه» (٢).

الوضيئه ؛ لما تقدّم، و الصحيح: «عليكم بالوضاء من الظؤوره، فإنّ اللبن يعدى» (٣).

و نحوه القوى: «استرضع لولدك بلبن الحسان، و إياك و القباح، فإنّ اللبن قد يعدى» (٤).

العفيفه الكريمه الأصل؛ لما ذكر من استحباب اختيارهما في النكاح (٥)، فكذا هنا.

للمروى في قرب الإسناد: «إنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: تخيروا للرضاع كما تخيرون للنكاح، فإنّ الرضاع يغيّر الطباع» (٦).

العاقله ؛ للحسن أو الصحيح: «لا- تسترضعوا الحمقاء، فإنّ اللبن يعدى، و إنّ الغلام ينزع إلى اللبن» يعنى إلى الظئر «في الرعونه و الحمق» (٧).

ص: ١٥٣

-
- ١- الكافي ٥/٤٣، التهذيب ١/١٠٩، الإستبصار ٣/٣٢٢، الوسائل ٣/٤٦٤، أبواب أحكام الأولاد ب ٧٦ ح ٢؛ بتفاوت.
 - ٢- الكافي ١٠/٤٤، الوسائل ٦/٤٦٦، أبواب أحكام الأولاد ب ٧٨ ح ١.
 - ٣- الكافي ١٣/٤٤، الفقيه ٦/٣٠٧، التهذيب ٣/١٤٧٩، الوسائل ٨/٣٧٧، أبواب أحكام الأولاد ب ٧٩ ح ٢.
 - ٤- الكافي ١٢/٤٤، التهذيب ٨/٣٧٦، الوسائل ٨/٤٦٨، أبواب أحكام الأولاد ب ٧٩ ح ١.
 - ٥- الوسائل ٢٠/٤٧، أبواب مقدمات النكاح ب ١٣.
 - ٦- قرب الإسناد: ٣/٣١٢، الوسائل ٢١/٤٦٨، أبواب أحكام الأولاد ب ٧٨ ح ٦.
 - ٧- الكافي ٨/٤٣، الفقيه ٦/٣٠٧، التهذيب ٣/١٤٨١، الوسائل ٨/٣٧٥، أبواب أحكام الأولاد ب ٧٨ ح ٢، الرعونه: الحمق. الصحاح ٥: ٢١٢٤.

و نحوه غيره، كالمروى في العلل مثله (١)، بزياده: «العمشاء» (٢).

و لو اضطرَّ إلى إحداهنَّ و لو كانت الكافره، استرضع الذميَّة و انتفت حينئذٍ الكراهه؛ للمعتبره، منها: الحسن المتقدم، و الموثق: هل يصلح للرجل أن ترضع له اليهوديَّة و النصرانيه و المشركه؟ قال:

«لا بأس» (٣).

و لكن لا- يسترضع المجوسيَّة، بل استرضع الكتائبه؛ للحسنه: عن مظاءره المجوسيَّة، فقال: «لا، و لكن أهل الكتاب» (٤) و نحوها الصحيحان الآتيان.

و يمنعها مع الاسترضاع من شرب الخمر و لحم الخنزير للصحيح: «لا يسترضع الصبي المجوسيَّة، و يسترضع اليهوديَّة و النصرانيه، و لا يشربن الخمر، و يمنع من ذلك» (٥)، و نحوه الموثق (٦) و غيره (٧).

ص: ١٥٤

- ١- لم نعتز عليه في العلل و هو مروى في عيون الأخبار ٢:٦٧/٣٣، الوسائل ٢١:٤٦٧ أبواب أحكام الأولاد ب ٧٨ ح ٤.
- ٢- العَمَش في العين: ضعف الرؤيه مع سيلان دمعها في أكثر أوقاتها مجمع البحرين ٤:١٤٣.
- ٣- الكافي ٦:٤/٤٣، التهذيب ٨:٣٧٣/١٠٩، الوسائل ٢١:٤٦٥ أبواب أحكام الأولاد ب ٧٦ ح ٥.
- ٤- الكافي ٦:٢/٤٢، التهذيب ٨:٣٧٢/١٠٩، الوسائل ٢١:٤٦٤ أبواب أحكام الأولاد ب ٧٦ ح ٣ بتفاوت يسير.
- ٥- الكافي ٦:١٤/٤٤، بتفاوت يسير، التهذيب ٨:٣٧٤/١١٠، الوسائل ٢١:٤٦٤ أبواب أحكام الأولاد ب ٧٦ ح ١.
- ٦- الكافي ٦:٤/٤٣، التهذيب ٨:٣٧٣/١٠٩، الوسائل ٢١:٤٦٥ أبواب أحكام الأولاد ب ٧٦ ح ٥.
- ٧- قرب الإسناد: ١٠٩٧، ٢٧٥، الوسائل ٢١:٤٦٥ أبواب أحكام الأولاد ب ٧٦ ح ٧.

ثمّ ليس فى هذه الأخبار أكثر من جواز استرضاع الكافره، و لا- ينافى ذلك الكراهه الشابته بما قدّمناه من الأدلّه، فالتأمّل فيها لإطلاق نفى البأس عن استرضاع ما عدا المجوسيّه غير جيّد.

و يكره تمكينها من حمل الولد إلى منزلها للصحيح: عن رجل دفع ولده إلى ضمير يهوديّ أو مجوسيّ، ترضعه فى بيتها، أو ترضعه فى بيته؟ قال: «ترضعه لك اليهوديّ و النصرانيّه، و تمنعها من شرب الخمر و ما لا يحلّ، مثل: لحم الخنزير، و لا يذهب بولدك إلى بيوتهن، و الزانيه لا ترضع ولدك، فإنّه لا يحلّ لك، و المجوسيّه لا ترضع ولدك إلّا أن تضطرّ إليها» (١).

و منه يظهر أنّه يكره استرضاع المجوسيّه أشدّ كراهيه، إلّا عند الضروره، بل ظاهره كغيره التحريم، و لو لا الأصل المعتضد باتّفاقهم لكان متعيّنًا.

و نحوه استرضاع من لبنها عن زناء بل مرّ فى الحسن (٢) أشدّيّته من الأول.

و لكن فى روايه مرويه بعدّه طرق معتبره: أنّه إذا أحلّها مولاها طاب لبنها و زال بذلك كراهه استرضاعها، كالحسن: فى المرأه تكون لها الخادمه قد فجرت تحتاج إلى لبنها، قال: «مرها فلتحلّلها يطيب اللبن» (٣).

ص: ١٥٥

١- الفقيه ٣/١٤٨٢/٣٠٨، التهذيب ١/١١٦/٤٠١، الوسائل ٢١:٤٦٥ أبواب أحكام الأولاد ب ٧٦ ح ٦.

٢- راجع ص ١٥٣.

٣- الكافي ٦:٧/٤٣، التهذيب ١/٣٧٠/١٠٩، الوسائل ٢١:٤٦٣ أبواب أحكام الأولاد ب ٧٥ ح ٣.

وقد نسبها المصنّف في الشرائع إلى الشذوذ (١)، وعلّل في الشرح بإعراض الأصحاب عنها؛ لمنافاتها القاعده؛ لأنّ إحلال ما مضى من الزناء لا- يرفع إثمه ولا- يدفع حكمه، فكيف يطيب لبنة؟! أو اعترضه بأنّه استبعاد محض في مقابله النصوص الكثيره الخاليه عن المعارض (٢).

و هو حسن، إلّا أنّ دعواه إعراض الأصحاب عنها المشعره بالإجماع تلحقها بالشواذّ و إن خلت عن المعارض، فيجب طرحها، أو حملها على ما إذا كانت الأمه قد تزوّجت بدون إذن مولاها، فإنّ الأولى له إجازة العقد ليطيب اللبن، كما فعله بعض الأصحاب (٣). و هو و إن بَعُد غايته إلّا أنّه أولى من طرحها.

مسائل

و هنا مسائل ثلاث:

الأولى إذا أكملت الشرائط صارت المرضعه أمّاً و صاحب اللبن أباً و أختها خاله و بنتها أختا

الأولى: إذا أكملت الشرائط المعتمره في تحريم الرضاع صارت المرضعه أمّاً للرضيع و صاحب اللبن أباً له، و آباؤهما مطلقاً (٤) أجداداً و جدّات.

و كذا أختها كأخت الوالدات للفحل و لها خاله و إخوتها كإخوه الوالدات لهما أخوالاً، و إخوه صاحب اللبن و أخواته كإخوه آباءه و آباؤها و أخواتهما أعماماً و عمّات.

و بنتها و ابنها كابن الفحل و ابنته أختاً و إخوه.

فيحرم الرضيع و فروعه خاصّه على الجميع مطلقاً و لو انتسبوا إلى

ص: ١٥٦

١- الشرائع ٢:٢٨٤.

٢- المسالك ١:٤٧٠.

٣- انظر كشف اللثام ٢:٢٨.

٤- أي من نسب أو رضاع. منه رحمه الله.

المرضعة و بعلها بالرضاع، بشرط اتحاد فحلهم و فحلها، و يأتي على قول الطبرسي التحريم مطلقاً (١) فالأعمام و العَمَّات، كالأخوال و الخالات مثلاً للأبوين الرضاعيين، يحرمون على الرضيع و لو انتسبوا إليهما من غير نسب، مع الشرط المتقدم أو مطلقاً.

خلافاً للقواعد و المحقق الثاني، فنفي التحريم في المنتسبات إليهما بالرضاع مطلقاً (٢)؛ لعدم اتحاد الفحل بين الرضيع و النسوة المزبورات (٣).

و فيه نظر؛ إذ اشتراط اتحاد الفحل إنما هو في حصول البنوة و الأُخُوَّة لا مطلقاً، كما دلّت عليه الروايات المتقدمة (٤)، المعتمده، الصريحه في حرمه الخاله الرضاعية للمرضعة من طرف الفحل؛ معللاً بحصول اتحادها و للخاله.

و لو كان المراد من الاتحاد ما ذكره لما كان للتعليل كالحكم بسببه وجه؛ لعدم اتحاد فحلي الرضيع و الخاله الرضاعية، و إن هي إلّا غفله واضحة تردّها الأخبار المزبوره، كإطلاقات كلام الأصحاب، بل صريحهم في المسأله.

و كما يحرم عليهم مطلقاً كذا يحرم الجميع، و منهم: أولاد صاحب اللبن مطلقاً ولادةً و رضاعاً على المرتضع و فروعه.

و كذا أولاد المرضعة ولادةً إجماعاً لا رضاعاً على الأشهر الأظهر، إلّا على قول الطبرسي الذي مَرَّ، فيحرم عليه أولادها مطلقاً.

ص: ١٥٧

١- كما في مجمع البيان ٢:٢٨.

٢- أي مع الشرط و عدمه. منه رحمه الله.

٣- القواعد ٢:١٣، جامع المقاصد ١٢:٢٥٨.

٤- في ص ١٤٨ ١٤٩.

الثانيه لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن

الثانيه :المستفاد من النصوص المعتميره بعد أن ضُمَّ إليها أصله الإباحه أنه لا يحرم من الرضاع إلّا ما يحرم من جهه النسب، و ليس المحرّم من جهته إلّا من صدق عليه عنوانات النسوه السبع المذكورات في الآيه (١)، كالأمومه و البنتيه و الأختيه و نحوها.

لا أمّ الأخ و الأخت، و لا أمّ ولد الولد، و لا جدّه الولد، و لا أخت الولد، فلا يحرم من في الرضاع إذا كنّ أجنبيّات و إن حرم من في النسب تارّه و بالمصاهره اخرى؛ لعدم صدق العنوانات في الآيه عليهنّ حينئذ، فهنّ عن القاعده خارجات، لا داخلات يحتاج إلى استثنائهنّ، كما عن التذكره (٢).

و نحو هذه الصور ما لو أرضعت زوجتك ولد ولدها ذكراً كان الولد أو أنثى فإنّ هذا الرضيع يصير ولدك بالرضاع بعد أن كان ولدك بالنسب، فتصير زوجتك المرضعه جدّه ولدك، و جدّه الولد محرّمه عليك للنسب أو المصاهره، و لكن هنا لا تحرم الزوجه؛ لأنّ تحريم جدّه الولد ليس منحصرأ في النسب، و لا من حيث إنّها جدّه.

و كذا لو أرضعت ولد ولدها من غيرك، فإنّ الرضيع يصير ولدك بالرضاع و إن لم يكن له إليك انتساب قبله، و تصير زوجتك جدّه ولدك، و لا تحرم بذلك كما قرّرنا.

و ممّا ذكر ينقدح وجه القدح في المحكّي عن شذوذ من الأصحاب من القول بالنشر في نحو هذه الصور (٣)؛ بناءً على حرمه المذكورات بالنسب في بعض الفروض، فيشملهنّ عموم: «يحرم من الرضاع ما يحرم

ص: ١٥٨

١- النساء: ٢٣.

٢- التذكره ٦١٤: ٢.

٣- كما في كفايه الأحكام: ١٦١.

إذا المراد بالمحرّمات من النسب النسوة السبع المعدودات في الآيه، و ليست النسوة المفروضات في الصور نظراء إحداهن؛ لعدم صدق عنوانهنّ عليهنّ، و حرمتهنّ بالنسب في بعض الفروض ليس إلّا لصدق الأمومه و البتية مثلاً عليهنّ، فيدور التحريم مدار صدق العنوانات المزبوره عليهنّ، المفقود فيهنّ في الصور المزبوره.

مضافاً إلى استلزام ما ذُكر حرمة أخت الرضاعية على أخيه؛ لحرمتها بالنسب في الجملة. و لا ريب في فساده بالبدية؛ لدلاله المعبره (٢) و اتفاق الطائفة على عدم حرمتها من النسب عليه، فعدها من الرضاع أولى؛ مضافاً إلى ورود النصّ بالعدم فيه أيضاً (٣).

و ربما يتوهم الاستدلال لهذا القول بالتعليل لتحريم أولاد المرضعه على أبي المرتضع ب: «أنّ ولدها صارت بمنزله ولدك» الآتي في بعض الصحاح (٤) في هذه المسأله. قيل: و هو يعطى التعميم، و يوجب تحريم من تصير بمنزله محرم (٥).

و هو مع معارضته بالمعبره المتقدمه (٦)، الحاصره للمحرّمات الرضاعية في نظائر السبع المعدودات في الآيه فيه: أنّه ليس المستفاد من التعليل إلّا كون منزله الولديه ضارّه، و ليس فيه ما يوجب التخطّي إلى تحريم من هو بمنزله الأخ و الولد مثلاً. إلّا بطريق القياس المستنبط العله،

ص: ١٥٩

- ١- الوسائل ٣٧١: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١.
- ٢- راجع الوسائل ٣٦٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالنسب ب ٦.
- ٣- راجع الوسائل ٣٦٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالنسب ب ٦.
- ٤- انظر ص ١٦٠.
- ٥- قال به المحقق الداماد في ضوابط الرضاع (كلمات المحققين): ١٣.
- ٦- في ص ١٢٦ ١٢٧.

التي ليس فيها حجّه.

و لذا أنّ أكثر الأصحاب كالفاضلين و الشهيدين (1) و غيرهم (2) و المحكّي عن الشيخ في كتبه و ابن حمزه و الحلّي (3) خصّوا التعليل بمورده بعد أن عملوا به، فقالوا:

لا- ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن و لادّه و رضاعاً و أولاد المرضعه و لادّه لا رضاعاً؛ لأنّهم صاروا في حكم ولده للصحيح في الأول: عن امرأة أرضعت لي صبيّاً، هل يحلّ لي أن أتزوّج ابنه زوجها؟ فقال لي: «ما أجود ما سألت، من هنا يؤتى أن يقول الناس: حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل، هذا لبن الفحل لا غير» فقلت له: الجارية ليست ابنه المرأة التي أرضعته لي، هي ابنه غيرها، فقال:

«لو كنّ عشراً متفرّقات ما حلّ لك شيء منهن» (4).

و الصحيحين في الثاني، في أحدهما: امرأة أرضعت بعض ولدي، هل يجوز لي أن أتزوّج بعض ولدها؟ فكتب: «لا يجوز ذلك؛ لأنّ ولدها صارت بمنزله ولدك» (5).

ص: ١٦٠

١- المحقق في الشرائع ٢: ٢٨٥، العلّامة في التحرير ٢: ١٠، الشهيدان في اللمعة و الروضة ١٦٩: ٥.

٢- انظر المفاتيح ٣: ٢٣٦ و الكفاية: ١٦٠.

٣- حكاها عن الشيخ في التنقيح الرائع ٣: ٥١، ابن حمزه في الوسيلة: ٣٠٢، الحلّي في السرائر ٥٥٤: ٢.

٤- الكافي ٥: ٨/٤٤١، التهذيب ٣: ١٣٢٠/٣٢٠، الإستبصار ٧: ١٣٢٠/١٩٩، الوسائل ٣: ٣٩١/٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ٦ ح ١٠.

٥- الأول في: الفقيه ٣: ١٤٧٠/٣٠٦، التهذيب ٧: ١٣٢٤/٣٢١، الإستبصار ٧: ٧٢٧/٢٠١، الوسائل ٣: ٤٠٤/٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٦ ح ١. الثاني في: الكافي ٥: ١٨/٤٤٧، الفقيه ٣: ١٤٧١/٣٠٦، الوسائل ٣: ٤٠٤/٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٦ ح ٢.

و مع ذلك ردّه جمع من الأصحاب كالشيخ في المبسوط و القاضي (١) تمسكاً بأصالة الإباحه، و عملاً بالقاعده المتقدّمه.

و هو قوى، لولا هذه الأخبار الصحيحه، المعتضده بالشهره العظيمه و مراعاة الاحتياط المطلوبه في الشريعه، سيّما في أمثال المسأله. و تعارض أصاله الإباحه بأصاله الحرمة السابقه.

و القاعده المتقدّمه النافيه للحرمة عن أمثال هذه المسأله إنّما هو بضميمه أصاله الإباحه، و إلّا فلا يثبت من المعتبره سوى حرمة ما يحرم من النسب في الرضاع، و هو لا ينافى ثبوتها به في غيره (٢).

فليس بين هذه الصحاح و تلك المعتبره معارضه. نعم، تعارض أصاله الإباحه، و مراعاتها في مقابله الصحاح المعتضده بالشهره غير خالصه عن شوب المناقشه. و كيف كان، الاحتياط لا يترك في المسأله.

و يتفرّع على الخلاف في هذه المسأله ما لو أرضعت ولد إنسان جدّته لأمّه، سواء كان بلبن جدّه أو غيره، أو أرضعته إحدى نسوه جدّه بلبن جدّه الرضاع المعتبر، فإنّ أمّ الرضيع تحرم على زوجها أبى المرتضع على القول بالتحريم؛ لأنّها من جملة أولاد المرضعه على التقدير الأول، و من جملة أولاد صاحب اللبن على التقدير الثاني.

ثم من القاعده يعلم أيضاً عدم حرمة المرضعه على أبى المرتضع؛ إذا

ص: ١٤١

١- المبسوط ٥:٣٠٥، القاضي في المهذب ٢:١٩١.

٢- أى لا ينافى ثبوت الحرمة بالرضاع في غير ما يحرم من النسب.

لا مقتضى له، فإنَّ أمَّ الولد من النسب ليست حراماً، فالأولى أن لا تحرم من الرضاع.

و كذا لا- تحرم على أخى المرتضع؛ لأنَّ أمَّ الأَخ من النسب إنّما حرمت على الأَخ لكونها أمّاً أو منكوحه الأب، و انتفاء هذين المانعين هنا ظاهر.

و هل تنكح أولاده أى أولاد أبى المرتضع الذين لم يرتضعوا من لبن الفحل فى أولاد هذا الفحل مطلقاً، نسباً و رضاعاً، و أولاد المرتضعه نسباً، إذا لم يرتضعوا من لبنها أصلاً؟ قال الشيخ فى النهايه و الخلاف: لا يجوز (١)؛ لدلاله تعليل التحريم على أبى المرتضع فى المسأله السابقه بأنَّهنَّ بمنزله ولده عليه (٢). و لأنَّ أخت الأَخ من النسب محرّم، فكذا من الرضاع.

و يضعف الأول: بمنع وجود العله هنا؛ لأنَّ كونهنَّ بمنزله أولاد أبى المرتضع غير موجود هنا، و إن وجد ما يجرى مجراها، و هو أنّها أخت الأَخ.

و الثانى: بأنَّ أخت الأَخ من حيث كونها أختاً للأَخ لا تحرم على الأَخ، و إنّما تحرم من حيث كونها أختاً له؛ لأنَّ الإنسان لو كان له أخ من أبيه و أخت من امه جاز لأخيه المذكور نكاح أخته؛ إذ لا نسب بينهما يحرم، و إنّما تحرم أخت الأَخ إذا كانت أختاً لمن يحرم من الأب أو من الأم.

و هو حسن، إلّا أنّه فى الأول كلام، فإنّه متى ثبت كون أولاد صاحب

ص: ١٦٢

١- النهايه: ٤٦٢، الخلاف ٩٣: ٥.

٢- راجع ص ١٦٠.

اللبن بمنزله أولاد أبي المرتضع صاروا بمنزله الإخوة لأولاده، إلا أن تمنع الملازمة بين الأمرين، ولا يُدَّ من التأمل؛ مع أن كونهم بمنزله الولد يقتضى أن يثبت لهم جميع الأحكام الثابتة للولد من حيث الولديّة؛ لعدم تخصيص في المنزله، و من جملة أحكام الولد: تحريم أولاد الأب عليه.

و الوجه: الجواز عند الأكثر، ومنهم: الحلّى و القاضى و الفاضلان و الشهيدان (١)، و هو الأظهر؛ للأصل المستفاد من عمومات الحلّ، و إنّما المحرّم طارٍ لا بدّ من ثبوته، فحيث لم يثبت لم تحرم.

مضافاً إلى القاعده السابقه من أنّه لا يحرم من الرضاع إلا ما يحرم من النسب، و ليس أخت الأخ منه بحرام كما عرفت، فعدمه هنا أولى.

مضافاً إلى الموتق: في رجل تزوج أخت أخيه من الرضاعه، فقال:

«ما أحبّ أن أتزوج أخت أخى من الرضاعه» (٢).

و هو ظاهر فى الكراهه؛ لعدم تأديه الحرمة بمثل هذه العبارة، مع ورودها فى أخت الأخ النسيه (٣)، و المراد بها بالإضافه إليها الكراهه بإجماع الطائفه، و الراوى للخبرين واحد، و قصور السند لو كان منجبر بالشهره بين الأصحاب.

و بذلك يُخصّ عموم المنزله المتقدمه، و يقال: إنّ المراد كونهم بمنزله أولاده فى خصوص الحرمة عليه، لا انتشارها إلى الإخوه.

بل لا يبعد الإبقاء على العموم و الحمل على الكراهه مطلقاً؛ لهذه

ص: ١٦٣

١- الحلّى فى السرائر ٥٥٧:٢، القاضى فى المهذب ١٩١:٢، المحقق فى الشرائع ٢٨٥:٢، العلّامه فى القواعد ١١:٢، الشهيدان فى اللمعه و الروضه ١٧١:٥.

٢- الكافى ٤٤٤/٥:٢، الوسائل ٣٦٨:٢٠ أبواب ما يحرم بالنسب ب ٦ ح ٢.

٣- التهذيب ٤٧٢/١٨٩٣:٧، الوسائل ٣٦٩:٢٠ أبواب ما يحرم بالنسب ب ٦ ح ٤.

الموثقة الظاهره فيها فى بعض أفراد عموم المنزل، و لا يبعد الحمل عليها فى الباقي؛ لاتّحاد العبارة.

فظهر نوع من التأميل فى الحرمة فى المسأله السابقه، و لكن الاحتياط لا يترك هنا و ثمّه، و إن كان الأظهر الجواز هنا و فى تزويج أبى المرتضع بأُم المرضعه نسباً فضلاً أن يكون رضاعاً، فإنّ غايتها أن تنزل منزله أُمّ الزوجه، و هى لا تحرم إلّا بالمصاهره، و عن المبسوط التصريح به (١)، و وافقه ابن حمزه (٢) و أكثر المتأخرين (٣).

خلافاً للحلى، فحرّم (٤)؛ لزعمه أنّه من التحريم بالنسب؛ نظراً إلى الأمومه، و وافقه فى المختلف (٥)؛ لما تقدّم من التعليل لتحريم أخت الولد الرضاعية بأنّها فى منزله الولد، و لا ريب أنّها تحرم بالمصاهره، فدلّ على إفاده الرضاع الحرمة بالمصاهره.

و فيه نظر (٦)، و الأولى الاقتصار فى الحرمة على ما تضمّنته الروايه المعلّله (٧).

و نحوه الكلام فى تزويج الفحل فى أخوات المرتضع، فلا بأس به على الأشهر الأظهر؛ تمسّكاً بالأصل و القاعده. و تحريم أولاده على

ص: ١٦٤

١- المبسوط ٣٠٥:٥.

٢- الوسيطه: ٣٠٢.

٣- منهم العلامه فى التحرير ٥:٢، و القواعد ١٢:٢، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٢٤٣:١٢، و السبزوارى فى الكفايه: ١٦١.

٤- السرائر ٥٥٥:٢.

٥- المختلف: ٥٢٠.

٦- لاحتمال كون المصاهره المحرّمه المصاهره الخاصه التى تضمّنها التعليل لا مطلقاً. منه رحمه الله.

٧- المتقدمه فى ص ١٦٠.

أبى المرتضع بناءً على كونهم بمنزله أولاده لا- يستلزم العكس، و هو أن أولاد أبى المرتضع بمنزله أولاد الفحل، فظهر ضعف القول بالمنع هنا و مستنده، و إن حكى عن الخلاف و النهايه و الحلّى (١).

و بالجملة: فهذه المسائل الثلاث، الأظهر فيها الجواز، وفاقاً للأشهر بين الأصحاب، بل لا يبعد فى الأولى أيضاً و إن كان الاحتياط فيها لازماً.

و أمّا ما عدا هذه المسائل الأربع، فلا خلاف يعتدّ به بين الأصحاب فى لزوم الاقتصار فيها على القاعده، و عدم الحكم بالحرمة إلّا بصدق نحو الأمومه و البنّيه و الأخّتيه، و نحو ذلك من العنوانات المذكوره فى الآيه (٢).

و أمّا عموم المنزله الذى تقدّم إليه الإشاره (٣) فلم نقف على ما يدلّ عليه بشىء من الكتاب و السنّه، بل هى مع الأصل فى ردّه واضحه الدلاله، و قد مرّ الموهّم له مع جوابه فى صدر المسأله (٤).

الثالثه لو تزوّج رضيعه، فأرضعتها امرأته حرمتا

الثالثه: لا خلاف فى أنّه كما يمنع الرضاع [النكاح (٥)] سابقاً كذلك يبطله لاحقاً؛ للعمومات، و خصوص المعتمره المستفيضه الآتيه (٦)، و فيهما الدلاله مضافاً إلى اتّفاق الطائفة على تعلّق المصاهره بالرضاع كتعلّقها بالنسب، بمعنى: أنّ كلّ من حرم من جهه النسب فى المصاهره حرم من جهه الرضاع أيضاً، فكما تحرم بها أمّ الزوجه النسبيه و ابن الزوج النسبى، كذا يحرم بها نظيرهما من جهه الرضاع.

ص: ١٦٥

١- الخلاف ٣٠٢:٤، النهايه: ٤٦٢، الحلّى فى السرائر ٥٥٥:٢.

٢- النساء: ٢٣.

٣- فى ص ١٥٩.

٤- راجع ص ١٥٩.

٥- ما بين المعقوفين أضفناه لاقتضاء المعنى.

٦- فى ص ١٧١.

و أمّا ما ذكروه من المصاهرة التي لا- يتعدّى إليها التحريم بالرضاع، فهي المصاهرة الحاصلة بالرضاع نظير المصاهرة الحاصلة بالنكاح، كما إذا حصل مرضعه الولد بمنزله الزوج لأبى المرتضع، وأمّها بمنزله أمّ الزوج، وأختها بمنزله أختها، وهكذا، فمثلها لا يتعدّى إليه التحريم.

بخلاف المصاهرة في الأول، فإنّها ليست ناشئة عن الرضاع، بل عن النكاح الصحيح، وإنّما الناشئ عن الرضاع هو البنوّه مثلاً، فلمّا تحققت لزم حكم الناشئ عن النكاح، وهو كون منكوخته حليته الابن، وهكذا.

و الضابط: تنزيل المنتسب بالرضاع منزله المنتسب بالنسب، فيلحقه أحكامه. ولا يتعدّى الحكم إلى ما يناسبها، بل يراعى نفس الوصف الموجب للتحريم.

إذا تمهّد هذا فاعلم: أنّه لو تزوّج رضيعه، فأرضعتها امرأته بلبنه حرمتا عليه مؤيّداً مطلقاً. وكذا لو أرضعتها بلبن غيره، كانت في حبالته كما إذا استمرّ لبن الأول إلى أن تزوّجت به أم لا إن كان دخل بالمرضعة على الأشهر الأظهر فيهما من تحريم الأمّ بمجرد العقد على البنت، كما يأتي إن شاء الله تعالى.

و على القول الآخر يختصّ التحريم بالرضيعه؛ لكونها إمّا بنته كما في الأول أو بنت الزوج المدخول بها، كما في الثاني.

قيل (١): وفي بعض المعتمّره دلالة عليه، كالحسن: في رجل تزوّج جاريه صغيره، فأرضعتها امرأته و أمّ ولده، قال: «تحرم عليه» (٢) ونحوه في

ص: ١٦٦

١- انظر الكفايه: ١٦٢.

٢- الكافي ٥: ٦/٤٤٥، الوسائل ٣٩٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٠ ح ٢.

آخر (١) كالموثق (٢)، إلا أنّ فيهما بدل «تحرم عليه»: «فسد نكاحه». وفيه نظر.

و كيف كان، فلا ريب في دلالتها على الحرمة في الجملة.

و إلا يكن دخل بها حرمت المرضعه حسب فلا تحرم الرضيعه؛ لأنها ربيبه لم يدخل بأُمّها، بل و لا الأُمُّ أيضاً على القول الآخر، من اعتبار الدخول بالبنت في حرمة الأُمِّ. و لكنّه ضعيف.

و كيف كان، يفسخ نكاح الجميع مطلقاً هنا و في صورتين السابقتين، أمّا فيهما فواضح؛ لحرمة كليهما جمعاً و انفراداً، و أمّا هنا فلا امتناع الجمع بينهما، فكالعقدين المتقارنين زماناً، فيبطلان؛ لعدم إمكان الترجيح، فيجدد نكاح الرضيعه لو أراد. و لا خلاف في الظاهر بينهم في ذلك، و عليه الإجماع في الإيضاح (٣).

و يشكل بأن أصله بقاء صحّحه نكاح الصغيره يقتضى ترجيحها، و المانع إنّما طرأ في نكاح المرضعه، و فساده بطرؤ المانع بالنسبه إليها لا يستلزم فساد ما خلا عنه، و قياسهما على العقدين المتقارنين قياس مع الفارق، فتأمل جدّاً.

و ربما احتمل القرعه مطلقاً (٤)، فمن أخرجتها القرعه صحّ نكاحها و فسد نكاح الأخرى.

و ما قيل في توجيه الفسخ مطلقاً من امتناع الاجتماع بين الأُمِّ و البنت

ص: ١٦٧

١- الكافي ٤/٤٤٤، الوسائل ٣٩٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٠ ح ١.

٢- التهذيب ١٢٣١/٢٩٣، الوسائل ٣٩٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٠ ح ١.

٣- إيضاح الفوائد ٥١: ٣.

٤- أي حتى في صورتين السابقتين. منه رحمه الله.

فى النكاح (١) لا- يساعده عليه؛ إذ ذلك لا يقتضى إلّا تحريم أحدهما، وهو وإن جهل ولا يمكن الترجيح إلّا بمرجح إلّا أنه يستخرج بالقرعه، فتكون هى المرجح.

و يدفعها المعتبره المتقدمه، الداله على الحرمة و فساد النكاح و لو فى الجملة، من دون أمر فيها بالقرعه.

مضافاً إلى أنّ الرضاع فاسخ للنكاح من حينه، لا- كاشف عن فساد العقد من أصله، و معه يثبت لكلّ من النكاحين حكمه، من تحريم الربيبه و أمّ الزوجه مطلقاً، سبقاً أم لاحقاً، فإذا حصل الرضاع حرم الجمع بينهما و الانفراد بأحدهما؛ لكونها إمّا بنت زوجه صحّ زوجيتها، أو أمّ زوجه صحّت زوجيتها، و يثبت الحرمة على كلّ تقدير.

نعم، لو كان الرضاع كاشفاً عن الفساد أمكن احتمال القرعه. و لكنّه ضعيف.

و لو كان له زوجتان كبيرتان فأرضعتها أى الزوجه الصغيره - واحده من الكبيرتين حرمتا أى الرضيعه و المرضعه بالتفصيل المتقدم، و لا كلام فيه، بل عليه الإجماع فى الإيضاح (٢).

و إنّما الإشكال فيما لو أرضعتها الكبيره الأخرى بعد حصول التحريم بإرضاع الأولى، ف فيه قولان، أشبههما عند المصنّف هنا صريحاً و فى الشرائع ظاهراً (٣)، و الحلّى و أكثر المتأخرين كما

ص: ١٦٨

١- انظر الكفايه: ١٦٢.

٢- إيضاح الفوائد ٣: ٥٢.

٣- الشرائع ٢: ٢٨٦.

حكى (١) أنها تحرم أيضاً لصيرورتها أم من كانت زوجته، فيصدق عليها أم الزوجه؛ بناءً على عدم اشتراط بقاء المبدأ في صدق المشتق.

و فيه ضعف؛ لضعف المبني عليه؛ للتوقف فيه أولاً.

و عدم صدق الزوجه بعد الفسخ لغه و عرفاً كما إذا طلقت، ثانياً.

و عدم وجود لفظ الزوجه في الأدلة المحرّمه لأمّ الزوجه، و إنّما الموجود فيها لفظ النساء و نحوه ممّا هو جامد لا اشتقاق فيه، ثالثاً. فلا مخرج قطعياً عمّا دلّ على أصاله الإباحه و استصحاب الحليه السابقه.

مضافاً إلى اعتضادها بالروايه: «حرمت عليه الجاريه و امرأته التي أرضعتها أولاً أمّا الأخيره لم تحرم عليه؛ لأنّها أرضعت ابنته» (٢) و فيها تخطئه ابن شبرمه في فتواه بالخلاف.

و ليس في سندها من يتوقف فيه، عدا صالح بن أبي حمّاد، و هو و إن ضعف في المشهور، إلّا أنّ القرائن على مدحه كثيره. و توهم الإرسال فيها ضعيف.

فإذا القول بالحلّ أقوى، وفاقاً لظاهر الكليني و الشيخ و الإسكافي و السيد في شرح الكتاب (٣)، و جماعه من الأصحاب (٤).

ص: ١٦٩

١- انظر المسالك ١:٤٧٥ و مرآه العقول ٢٠:٢٢٢ و الحدائق ٢٣:٤٢١.

٢- الكافي ١٣/٤٤٦، التهذيب ٧:١٢٣٢/٢٩٣، الوسائل ٢٠:٤٠٢ أبواب ما يحرم بالرضاع ب ١٤ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٣- الكليني في الكافي ٥:٤٤٦، الشيخ في النهايه: ٤٥٦، و حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٥٢١، السيد صاحب المدارك في نهايه المرام ١:١٢٩.

٤- منهم المجلسي في مرآه العقول ٢٠:٢٢٢، و صاحب الحدائق ٢٣:٤٢١.

و لو تزوّج رضيعتين، فأرضعتهما امرأته بلبنه حرمن كلّهن مطلقاً، اجتمعتا في الارتضاع أم تعاقبتا، دخل بالمرضعه أم لا؛ لانتسابهما بالبنوّه إليه، و صيروره المرضّعه أمّ زوجته تحرم مطلقاً، على الأظهر الأشهر كما مرّ، و يأتي عدم حرمتها على القول الآخر، و كذا لو أرضعتها بلبن الغير.

إن كان دخل بالمرضعه و اجتمع الرضعتان، بلا كلام؛ لصيرورتهما بنتى الزوجه المدخول بها، و صيرورتها أمّهما، فتحرم على ما مرّ، و لا على القول الآخر.

و إلّا يكن دخل بها حرمت المرضعه خاصّه دونهما؛ لما مرّ.

و لو دخل بها، و تعاقب الرضعتان، حرمن كلّهنّ أيضاً على اختيار المصنّف سابقاً، و يقتضيه إطلاق عبارته هنا أيضاً، و يأتي على المختار حرمة المرضعه و الرضيعه السابقه، و بقاء الثانيه على أصاله الإباحه.

السبب الثالث في المصاهره و النظر في الوطء و النظر و اللمس

اشاره

السبب الثالث: في المصاهره.

و هي: علاقته تحدث بين الزوجين و أقرباء كلّ منهما بسبب النكاح، توجب الحرمة.

و يلحق بالنكاح [بالنظر في النكاح]: النظر في الوطء و النظر و اللمس على وجه مخصوص.

هذا هو المعنى المعروف من معناها لغه و عرفاً، فلا يحتاج إلى إضافه و طء الأمه و الشبهه و الزناء و نحوه إليها و إن أوجب حرمةً على بعض الوجوه؛ إذ ذاك ليس من حيث المصاهره، بل من جهه ذلك الوطء، و إن جرت العاده بإلحاقه بها في بابها.

ص: ١٧٠

و الكلام هنا يقع فى مقامين:

أما الأول ففیه أحكام

من وطئ امرأه بالعقد أو الملك، حرمت عليه أم الموطوءه و بناتها

أما الأول: ف فى العقد و الوطء.

من وطئ امرأه بالعقد مطلقاً (١) أو الملك، حرمت عليه أم الموطوءه و إن علت من الطرفين و بناتها و إن سفلن مطلقاً سواء كنّ قبل الوطء أو وجدن بعده كنّ فى حجره و حضانتها أم لا، و التقييد فى الآية (٢) خرج مخرج الغلبه، و صرح بالتعميم و عدم اعتباره بعض المعتره (٣).

حرمت الموطوءه على أبى الواطئ و أولاده

و حرمت الموطوءه كالمعقود عليها على أبى الواطئ و إن علا و أولاده و إن نزلوا كل ذلك بالكتاب، و السنّه، و الإجماع من المسلمين كافه، حكاه جماعه (٤)، و هو العمده فى إثبات أكثر الأحكام المتقدمه؛ لقصور الأولين عن إفادتها طراً؛ لعدم اشتمالهما المرتفعين و المرتفعات و السافلين و السافلات، مع أن السنّه فى ملك اليمين مختلفه.

ففى الخبر: رجل كانت له جاريه، فوطئها، فباعها أو ماتت، ثم وجد ابنتها، أ يطؤها؟ قال: «نعم»، إنما حرّم الله تعالى هذا من الحرائر، فأما الإماء

ص: ١٧١

١- دائماً كان أم متعه. منه رحمه الله.

٢- المراد بها قوله تعالى: وَ رَبَائِبِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُم بِهِنَّ النِّسَاء: ٢٣.

٣- انظر الوسائل ٤٥٩، ٤٥٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٨ الأحاديث ٣، ٤، ٦.

٤- منهم المحقق الكركى فى جامع المقاصد ٢٨٣: ١٢، و صاحب المدارك فى نهايه المرام ١٣٠: ١.

و نحوه خبران آخران (٢)، مشتركان له في ضعف السند، والشذوذ، و مخالفه القرآن الكريم. و خصوص المعتبره المستفيضه، كالصحيح: عن رجل كانت له جاريه، فأعتقت و تزوّجت، فولدت، أ يصلح لمولاهما الأول أن يتزوّج ابنتها؟ قال: «لا، هي عليه حرام، و هي ابنته، و الحرّه و المملوكه في هذا سواء» (٣) و نحوه الموثقات (٤).

و بالجملة: الإجماع كفانا مئونه الاشتغال بالاستدلال لهذه الأحكام في المجال.

و لو تجرّد العقد على البنت عن الوطاء، حرمت أمّها عليه عيناً فلا يجدى فراقها لاستحلال الأم جدّاً على الأصحّ الأشهر، بل كاد أن

ص: ١٧٢

-
- ١- التهذيب: ١١٨١/٢٧٨، الإستبصار ٧: ٥٨٤/١٦١، الوسائل ٣: ٤٦٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢١ ح ١٦ و فيه بتفاوت.
 - ٢- الأول في: التهذيب ٧: ١١٨٤/٢٧٩، الإستبصار ٣: ٥٨٧/١٦١، الوسائل ٣: ٤٦٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢١ ح ١٥. الثاني في: التهذيب ٧: ١١٨٢/٢٧٨، الإستبصار ٣: ٥٨٥/١٦١، الوسائل ٣: ٤٦٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢١ ح ١٦.
 - ٣- التهذيب ٧: ١١٧٦/٢٧٧، الإستبصار ٣: ٥٧٩/١٦٠، الوسائل ٣: ٣٦٧: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢١ ح ٦.
 - ٤- الأولى في: التهذيب ٧: ١١٧٧/٢٧٧، الإستبصار ٣: ٥٨٠/١٦٠، الوسائل ٣: ٤٦٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢١ ح ١٢. الثاني في: التهذيب ٧: ١١٧٨/٢٧٧، الإستبصار ٣: ٥٨١/١٦٠، الوسائل ٣: ٤٦٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢١ ح ١٣. الثالث في: التهذيب ٧: ١١٧٩/٢٧٨، الإستبصار ٣: ٥٨٢/١٦٠، الوسائل ٣: ٤٦٧: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢١ ح ٦.

يكون إجماعاً كما في الروضه (١)، بل إجماع في الحقيقة كما عن الناصريات و الغنيه (٢)، و صرّحت به الصحيحه الآتيه (٣).

لعموم الآيه الكريمه (٤)، المستفاد من إضافه الجمع إلى الضمير من دون تقدّم معهوده، و تعيّن تعلق الاستثناء بالجمله الأخيره؛ لأصاله بقاء الأولى على الحقيقة.

و هي و إن كانت محلّ مناقشه في نحو الآيه لبعض علماء الطائفه (٥) لعدم الدليل عليها بالكليه. و دعوى الإجماع عليها مع وقوع النزاع في أمثال الآيه ممنوعه، كيف لا؟! و هي فيها محلّ نزاع و مشاجره، فمقتضى الأصل الرجوع فيها إلى القاعده، بأن ترجع القيود إلى الجمله الأوله، إذا كان إطلاق الحكم أو عمومه فيها منافياً لنحو أصاله البراءه، لا- لأصاله الحقيقة في الرجوع إليها كما عن الشافعيه (٦) بل لأصاله البراءه، و الشكّ في [التخصيص باحتمال الرجوع إلى الأوله] @ (الاختصاص بالأخيره) (٧).

@ و ينعكس الحكم بعكس القضيّه، فترجع القيود إلى الأخيره خاصّه، و تبقى الأوله على عمومها، لا لأصاله الرجوع إليها كما عن أبي حنيفه (٨) بل لموافقته أصاله البراءه، كما هو مفروض القضيّه، و احتمال الرجوع إليها في التخصيص غير كافٍ بالبديّه.

ص: ١٧٣

- ١- الروضه ١٧٧: ٥.
- ٢- الناصريات (الجوامع الفقيهه): ٢٠٩، الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦٠٩.
- ٣- في ص ١٧٧.
- ٤- النساء: ٢٣.
- ٥- انظر الحدائق ٢٣: ٤٤٩.
- ٦- الإبهاج في شرح المنهاج ٢: ١٥٣.
- ٧- بدل ما بين القوسين في حاشيه الأصل: التخصيص باحتمال الرجوع إلى الأوله.
- ٨- أصول السرخسي ٢: ٤٤.

و هو و إن كان في غاية القوه. إلما أنه غير آتٍ في هذه الآيه؛ لتعين الرجوع فيها إلى الأ-خير؛ من جهة كون: «من» مع الأولى بيانيه، و مع الثانيه ابتدائيه، و المشترك لا يستعمل في معنيه معاً، كما صرح به من أرباب الأصول جماعه (١).

مع أن الخبرين إذا اختلفا لم يتحد نعتهما، و صرح به أيضاً طائفه، كالزجاج (٢) و غيره (٣) من أهل العربيه، مع نقلهم ذلك عن النحاه كافه.

مضافاً إلى دلالة المعتبره هنا على الرجوع إلى الأخير، و ظاهرها كونه قاعده كليّه جاريه في مضاهيات الآيه.

فروى العياشى في تفسيره عن أبي حمزه، عن مولانا الباقر عليه السلام: أنه سأل عن رجل تزوج امرأه و طلقها قبل أن يدخل بها، أ تحلّ له ابنتها؟ قال:

فقال: «قد قضى في هذا أمير المؤمنين عليه السلام، لا- بأس به، إن الله تعالى يقول وَ رَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ [١] (٤) و لكنّه لو تزوج الابنه ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحلّ له أمّها» قال: قلت: أ ليس هما سواء؟ قال: فقال: «لا، ليس هذه مثل هذه، إن الله تعالى يقول: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ [٢] (٥) لم يستثن في هذه كما اشترط في تلك، هذه هنا مبهمه، ليس فيها شرط، و تلك فيها شرط» (٦).

ص: ١٧٤

١- منهم العلامة الحلي في مبادئ الوصول إلى علم الأصول: ٧٦، و صاحب المعالم: ٣٨.

٢- معاني القرآن و إعرابه ٢: ٣٤.

٣- انظر الجامع لأحكام القرآن ١٠٧: ٥.

٤- النساء: ٢٣.

٥- النساء: ٢٣.

٦- تفسير العياشى ١: ٧٤/٢٣٠، الوسائل ١: ٤٦٥: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٠ ح ٧.

و ناهيك هذه الروايه المعتضده بالشهره العظيمه فى إثبات القاعده الكليه، فضلاً عن خصوص المسأله. و نحوها فى إثبات المسأله و الإشعار بثبوت القاعده الكليه غيرها من المعتمده:

كالموتق: عن رجل تزوج امرأه، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فقال:

«تحلّ له ابنتها، ولا تحلّ له أمّها» (١) و نحوه غيره (٢).

و أظهر منهما الخبر الآخر: «إنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: الربائب عليكم حرام مع الأمّهات اللّاتى قد دخلتم بهن، فى الحجور و غير الحجور سواء، و الأمّهات مبهمات، دخل بالبنات أم لم يدخل، فحرّموا و أبهموا ما أبهم الله تعالى» (٣).

و قصور الأسانيد مع اعتبار بعضها منجبرٌ بالشهره العظيمه و الإجماع المحكّي فى المسأله (٤)؛ مع إشعار بعض الصحاح الآتية (٥) بل و دلّته باشتهار الحكم بين الشيعة و افتخارهم به؛ لصدوره عن مولاهم أمير المؤمنين عليه السلام فى هذه القضيه، و بورود خلافه مورد التقيّه، فلا شبهه فى المسأله.

خلافاً للعمانى، فجعل البنت للآمّ متساويه فى اشتراط الدخول بها

ص: ١٧٥

-
- ١- التهذيب ١١٦٧/٢٧٣، الإستبصار ٧: ١١٦٧/١٥٧، الوسائل ٣: ٤٥٩، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٨ ح ٥.
 - ٢- التهذيب ١١٦٦/٢٧٣، الإستبصار ٧: ١١٦٦/١٥٧، الوسائل ٣: ٤٥٩، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٨ ح ٤.
 - ٣- التهذيب ١١٦٥/٢٧٣، الإستبصار ٧: ١١٦٥/١٥٦، الوسائل ٣: ٤٥٨، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٨ ح ٣، و أورد ذيله فى ص: ٤٦٣ ب ٢٠ ح ٢.
 - ٤- مرت إليه الإشاره فى ص ١٧٢.
 - ٥- فى ص ١٧٧.

للحرمة العيَّته (١).

استناداً إلى أصله الإباحه، المردوده بما قدّمناه من الأدله.

و التفاتاً إلى الآيه الشريفه؛ بناءً على قول الشافعيه من تعين الرجوع إلى مجموع الجمل السابقه و اللاحقه (٢). و المناقشه فيه بعد ما تقدّم، سيّما في مثل هذه الآيه واضحه.

و تمسّكاً بالصحيح:

منها: قال: قلت له: رجل تزوّج امرأه فهلكت قبل أن يدخل بها، تحلّ له أمّها؟ قال: «و ما الذي يحرم عليه منها و لم يدخل بها» (٣)؟! و هو مقطوع لا يصلح الاستناد إليه.

و منها: قال: «الأمّ و الابنه سواء إذا لم يدخل بها» يعنى: إذا تزوّج المرأه، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإنّه إن شاء تزوّج أمّها، و إن شاء تزوّج ابنتها (٤).

و لا دلالة فيه إلّا بمعونه التفسير المذكور؛ لاحتمال أن يكون المعنى فيه: أنّه إذا تزوّج الأمّ و لم يدخل بها فالأمّ و البنت سواء في أصل الإباحه، فإن شاء دخل بالأمّ، و إن شاء فارقتها و تزوّج البنت؛ و يؤيده أفراد الضمير الراجع إلى الأمّ في ظاهر السياق.

ص: ١٧٦

١- نقله عن العماني في المختلف: ٥٢٢.

٢- راجع ص ١٧٣.

٣- التهذيب ٢٧٥/١١٧٠، الإستبصار ١٥٨/٥٧٤، الوسائل ٤٦٤: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٠ ح ٥.

٤- الكافي ١/٤٢١، التهذيب ٢٧٣/١١٦٨، الإستبصار ١٥٧/٥٧٢، نواذر أحمد بن محمد بن عيسى: ٢٣٩/٩٩ و فيه: «الأمّ و الابنه سواء إذا لم يدخل بها، فإنّه إن شاء تزوّج ابنتها و إن شاء أمّها»، الوسائل ٤٦٣: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٠ ح ٣.

أو أن يكون المعنى: إذا تزوّج الأمّ أو البنت و لم يدخل بهما فهما سواء في التحريم جمعاً لا عيناً.

نعم، الاحتمالان منتفیان بالتفسير [في التفسير] المذكور، إلاّ أنّه من الإمام غير معلوم؛ لاحتمال كونه من الراوى، و يؤيده نقل بعض المشايخ له عن بعض الأصول عارياً من التفسير المزبور (١).

نعم، رواه في الفقيه كذلك، لكن بتبديل العبارة المفسّره بقوله بعد «سواء»: «إذا لم يدخل بأحدهما حلّت له الأخرى» (٢)، و يحتمل قريباً كونه منه.

و منه يظهر اضطراب متنه؛ لروايته تارة من التفسير خاليه، و أخرى بالعبارة الأولى مفسّره، و أخرى بالثانية.

مع أنّ الأصل فيه جميل و حمّاد، و هما يرويان تارة عن مولانا الصادق عليه السلام بلا واسطه، و أخرى بواسطة الحلبي عنه، و ثالثه بواسطة بعض الأصحاب عن أحدهما عليهما السلام، و ما هذا شأنه لا يجوز التعويل عليه.

و الصحيح لمنصور بن حازم: قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام، فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوّج امرأه فماتت قبل أن يدخل بها، أ يتزوّج بأُمّها؟ فقال عليه السلام: «قد فعله رجل منّا فلم نر به بأساً» فقلت: جعلت فداك، ما يفخر الشيعة إلّا بقضاء عليّ عليه السلام في هذه الشمخيّه (٣) التي أفتى بها ابن

ص: ١٧٧

١- الوسائل ٤٦٤: ٢٠، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٠ ح ٦.

٢- الفقيه ١٢٤٧/٢٦٢: ٣، الوسائل ٤٦٤: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٠ ح ٦.

٣- في نسخه من التهذيب: السجيه، و في المطبوع: السمجيه. و قد ورد في هامش الوسائل المحفوظ ما نصّه: السجيه: الخلق و الطبيعه. و الشمخيه: أى المسأله العاليه، تدبّر. و ورد أيضاً: الشمخيه: نقل أنّه بخط الشيخ. و في القاموس المحيط (١: ٢٦٢): شمخ بن فزّاره بطن، و صحّف الجوهري (الصحاح ٣٢٥: ١) فذكره بالجيم، فلعلّها قضيه في امرأه من تلك القبيله. منه قدس سره. راجع الوسائل ٤٦٢: ٢٠. قال العلّامة المجلسي قدس سره في ملاذ الأختيار (١٢: ٧٧): و قال الوالد العلّامة نور الله ضريحه: كذا في الكافي و الاستبصار بالخاء المعجمه؛ و إنّما صارت موسومه بالشمخيه: إمّا بالنسبه إلى عبد الله بن مسعود بنسبته إلى الجد، فإنه ابن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمخ؛ أو لتكبير ابن مسعود فيها عن متابعه أمير المؤمنين عليه السلام، يقال: شمخ بأنفه أى تكبير و ارتفع، و التقيه ظاهره من الخبر. انتهى. و يحتمل أن يكون التسميه بالشمخيه لافتخار الشيعة بها من قضاياه عليه السلام.

مسعود: أنه لا بأس بذلك، ثم أتى علياً عليه السلام، فقال له علي عليه السلام: «من أين أخذتها؟» فقال: من قول الله عز وجل وَ رَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ [١] (١) قال علي عليه السلام: «إن هذه مستثناه، وهذه مرسله: وأمهات نساءكم فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أما تسمع ما يروى هذا عن علي عليه السلام؟!» فلمّا قمت ندمت وقلت: أي شيء صنعت؟! يقول هو: «قد فعله رجل منّا فلم نر به بأساً» و أقول أنا: قضى علي عليه السلام، ولقيته بعد ذلك فقلت: جعلت فداك، مسأله الرجل إنما كان الذي كنت تقول، كان زله مني، فما تقول؟ فقال: «يا شيخ، تخبرني: أن علياً عليه السلام قضى فيها، وتساءلتني: فما تقول فيها؟!» (٢) و هو بالدلالة على الخلاف أشبه؛ فإن عدوله عليه السلام عن الجواب الصريح بالجواز إلى قوله: «قد فعله رجل منّا فلم نر به بأساً» مشعرٌ بعدم الرضاء به واقعاً.

و لعلّ عدم رؤيتهم البأس كان لنوع من التقيّه عن رأى ابن مسعود،

ص: ١٧٨

١- النساء: ٢٣.

٢- الكافي ٤/٤٢٢: ٥، التهذيب ٧/١١٦٩/٢٧٤، الإستبصار ٣/٥٧٣/١٥٧، الوسائل ٢٠: ٤٦٢، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٠ ح ١؛ بتفاوت.

كما صرّحت به الروايه.

و يؤيّده نقل الراوى قضيه على عليه السلام و دعواه مع ذلك افتخار الشيعة بها، مع عدم تكذيبه عليه السلام له، بل و تقريره له بذلك و رضائه به، كما يظهر من ذيل الروايه.

فنظم هذه الروايه فى أدلّه المشهور أولى.

و منها ينقدح وجه حمل الخبرين السابقين لو تمّ دلالتهما على التقية عن رأى ابن مسعود، و حكاها فى التذكرة عن مجاهد و أنس بن مالك و بشر المريسي و داود الأصفهاني (١).

و تحرم بنتها أى المعقود عليها من دون وطء عليه جمعاً بينهما لا عيناً إجماعاً، فلو فارق الأمّ حلّت البنت ؛ و قد ظهر مستنده من الكتاب و السنّه المستفيضة فى المسأله المتقدّمه.

لا تحرم مملوكه الابن على الأب بالملك و تحرم بالوطء و كذا مملوكه الأب

و لا تحرم مملوكه الابن على الأب ب مجرد الملك بالإجماع؛ للأصل و النصوص المستفيضة، بل المتواتره الآتى بعضها.

و تحرم بالوطء إجماعاً؛ لعموم و حلائيل أبنائكم [١] (٢) و النصوص، كالخبر: «إذا أتى الجاربه و هى حلاله، فلا تحلّ بذلك الجاربه أبداً لابنه و لا لأبيه» الحديث (٣).

بل مقتضى الصحاح الآتية التحريم بمجرد المباشرة (٤)، فثبوتها بالوطء أولى.

ص: ١٧٩

١- التذكرة ٢:٤٣٠ و فيه:.. و مالك بن أنس ..

٢- النساء: ٢٣.

٣- الكافي ٥:٧/٤١٩، الوسائل ٢٠:٤١٨ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣ ح ٥؛ بتفاوت.

٤- فى ص ٢٠٢ ٢٠٣.

و كذلك مملوكه الأب إجماعاً؛ لعين ما تقدّم من الأدلّه.

ولا يجوز لأحدهما أن يطأ مملوكه الآخر ما لم يكن عقد أو تحليل إجماعاً؛ لقبح التصرّف في ملك الغير، و لفحوى النصوص الآتية قريباً.

نعم، يجوز أن يقوم الأب مملوكه ابنه الصغير و ابنته الصغيره على نفسه بقيمه عادله ثم يطؤها بلا خلاف في الظاهر.

للنصوص، منها الصحيح: في الرجل يكون لبعض ولده جاريه، و ولده صغار، هل يصلح أن يطأها؟ فقال: «يقومها قيمه عدل، ثم يأخذها، و يكون لولده عليه ثمنها» (١).

و إطلاقه كغيره يقتضى عدم الفرق في وجود مصلحه أم لا، كما ذهب إليه جماعه (٢)، خلافاً لآخرين، فاشتروطها (٣). و الأول أقوى؛ تمسكاً بالإطلاق.

نعم، يشترط عدم المفسده إجماعاً.

و في تعديه الحكم إلى الجدّ إشكال: من اختصاص النصوص بالأب، و من اتّحاد المعنى، و هو أقوى؛ لاشتراكهما في أغلب الأحكام، بل يستفاد في بعض المواضع أولويته عليه.

و من توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجه جمعاً لا عيناً و كذا بنت أخت الزوجه و بنت أخيها

و من توابع هذا الفصل: تحريم أخت الزوجه لأب، أم لأم، أم لهما جمعاً لا عيناً بإجماع علماء الإسلام كافه، و صريح الآيه و أنّ [١]

ص: ١٨٠

١- الكافي ٥: ٢/٤٧١، التهذيب ٧: ١١٦٣/٢٧١، الإستبصار ٣: ٥٦٣/١٥٤، الوسائل ٢١: ١٤٠ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٠ ح ١.

٢- منهم الشهيد الثاني في المسالك ١: ٤٧٨، صاحب الحقائق ٢٣: ٤٦٣ و حكاه في ملاذ الأخيار ١٢: ٧١ عن والده.

٣- منهم الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٣٧.

تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ [١] (١) والنصوص المستفيضة، المصرّحه بعدم الفرق بين الدائم و المنقطع و الوطاء بملك اليمين.

ففى الصحيح أو الحسن: فى رجل طلق امرأته أو اختلعت أو بانت، إله أن يتزوج بأختها؟ قال: فقال: «إذا برئت عصمتها و لم يكن له عليها رجعه فله أن يخطب أختها» قال: و سئل عن رجل كانت عنده اختان مملوكتان، فوطئ إحداهما ثم وطئ الأخرى، قال: «إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى» الحديث (٢).

و فى الصحيح: الرجل يتزوج المرأة متعه إلى أجل مسمى، فينقضى الأجل بينهما، هل له أن ينكح أختها قبل أن تنقضى عدتها؟ فكتب:

«لا يحلّ له أن يتزوجها حتى تنقضى عدتها» (٣).

و كذا تحرم جمعاً لا عيناً بنت أخت الزوج و بنت أخيها و إن نزلتا، فإن أذنت إحداهما أى الخاله أو العمه - صحّ على الأصحّ الأشهر، بل المجمع عليه، كما عن الانتصار و الناصريات و الخلاف و الغنيه و فى الروضه و التذكرة و نهج الحق للعلامة رحمه الله - (٤)، و حكاه الشهيد رحمه الله - (٥)

ص: ١٨١

١- النساء: ٢٣.

٢- التهذيب ١٢٠٦/٢٨٦، الإستبصار ٧: ١٢٠٩/١٦٩، الوسائل ٣: ٦١٩/١٦٩، أبواب العدد ب ٤٨ ح ٢، و أورد ذيله فى الكافى ٥: ٧/٤٣٢، التهذيب ٧: ١٢١٧/٢٩٠، الوسائل ٧: ٤٨٥/٢٠، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٩ ح ٩، بتفاوت.

٣- الكافى ٥: ٥/٤٣١، التهذيب ٧: ١٢٠٩/٢٨٧، الإستبصار ٣: ٦٢٢/١٧٠، الوسائل ٣: ٤٨٠/٢٠، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٧ ح ١.

٤- الانتصار: ١١٦، لم نعثر عليه فى الناصريات و لكن حكاه عنه فى كشف اللثام ٢: ٣٥ و هو موجود فى جوابات المسائل الموصليّه الثانيه (رسائل الشريف المرتضى ١): ٢٣٨، الخلاف ٤: ٢٩٦، لم نعثر عليه فى الغنيه و لكنه حكاه عنه أيضاً فى كشف اللثام ٢: ٣٥، الروضه ٥: ١٨١، التذكرة ٢: ٦٣٨، نهج الحق: ٥٢٢.

٥- لم نعثر عليه و لا على الحاكي عنه.

و غيره (١) أيضاً.

لنصوص المستفيضة، مضافاً إلى الآية في طرف الجواز مع الإذن.

ففي الموثقين: «لا يتزوج على الخاله و العمه ابنه الأخ و ابنه الأخت بغير إذنهما» (٢).

و في الصحيح المروى في نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: «لا تنكح الجارية على عمّتها و لا على خالتها إلّا بإذن العمه و الخاله، و لا بأس أن تنكح العمه و الخاله على بنت أخيها و بنت أختها» (٣).

و المروى في علل الصدوق رحمه الله: «إنما نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن تزويج المرأه على عمّتها و خالتها؛ إجلالاً للعمه و الخاله، فإذا أذنت في ذلك فلا بأس» (٤).

و نحوها خبران يأتيان قريباً.

و هي كالصحيح الآتيه حجّه على القديمين المجوزين له مطلقاً (٥).

و حجّتهما من الأصل، و عموم الآية و أجلّ لكم ما وراء ذلكم [١] (٦).

ص: ١٨٢

١- انظر التنقيح الرائع ٥٩:٣، المهذب البارع ٢٥١:٣، كشف اللثام ٣٥:٢.

٢- الأول: رواه في الاستبصار ١٧٧/٦٤١:٣؛ و أمّا الثاني: فلم نعثر عليه بهذا النص، و ما وجدناه هكذا: «لا تزوج ابنه الأخ و لا ابنه الأخت على العمه و لا على الخاله إلّا بإذنهما» الحديث. انظر الكافي ١/٤٢٤:٥، الفقيه ١٢٣٨/٢٦٠:٣ بتفاوت يسير، الوسائل ٢٠:٤٨٧.

أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ١.

٣- نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٢٥٧/١٠٥، الوسائل ٢٠:٤٩٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ١٣.

٤- علل الشرائع: ١/٤٩٩، الوسائل ٢٠:٤٨٩ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ١٠.

٥- كما حكاه عنهما في المختلف: ٥٢٧.

٦- النساء: ٢٤.

مخصّصه بها.

و على المقنع المحرّم (1) كذلك. و حجّته من الصحاح المطلقة للتحريم إمّا مقنّده بها، أو محموله على التقنيّه؛ لكونه مجمّعاً عليه بين علماء الإسلام كافّه عدا الإماميّه.

و فى اختصاص الحكم بتحريم الجمع بينهما بالزوجيّه، فلا يحرم الجمع بالوطء بملك اليمين؛ أو العموم له. و جهان الأشهر: الأول؛ للأصل، و العمومات، و اختصاص المانع عن الجمع بالأول.

و منه يظهر وجه عدم اعتبار استئذان العمّه و الخاله الحرّتين فى إدخال البنّتين المملوكتين عليهما بالملك.

و دعوى الأولويّه هنا ممنوعه؛ بناءً على عدم استحقاقهما الاستمتاع.

و أولى من ذلك عدم اعتبار استئذانهما فى صورته العكس، فتأمل.

و لا- كذا لو أدخل العمّه أو الخاله على بنت الأخ أو الأخت فيحلّ الجمع هنا مطلقاً و إن كرهتهما البنّتان، على الأظهر الأشهر، بل عن التذكرة الإجماع عليه (2)؛ و هو الحجّج، مضافاً إلى الأصل و عموم الكتاب.

و للخبرين مضافاً إلى ما تقدّم فى أحدهما: «لا تزوّج ابنه الأخت على خالتها إلّا بإذنها، و تزوّج الخاله على ابنه الأخت بغير إذنها» (3).

و فى الثانى: عن امرأه تزوّج على عمّتها و خالتها، قال: «لا بأس» و قال: «تزوّج العمّه و الخاله على ابنه الأخ و ابنه الأخت، و لا تزوّج بنت الأخ»

ص: ١٨٣

١- المقنع: ١١٠.

٢- التذكرة ٦٣٨: ٢.

٣- التهذيب ١٣٦٥/٣٣٢، الإستبصار ١٧٧/٦٤٢، الوسائل ٤٨٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٦.

و الأخت على العمّه و الخاله إلّا برضاء منهما، فمن فعل فنكاحه باطل» (١).

و قصور السند منجبر بالأصل و موافقه الكتاب و الشهره العظيمه التي كادت تكون إجماعاً.

خلافاً للمحكّي عن المقنع، فأطلق المنع هنا أيضاً (٢).

و هو ضعيف جداً، و يدفعه صريحاً مضافاً إلى ما تقدّم الصحيح:

«لأتزوج المرأه على خالتها، و تزوّج الخاله على ابنه أختها» (٣) و لا قائل بالفرق.

و نحوه الصحيح المروي عن نادر أحمد بن محمد بن عيسى:

«لا- تنكح ابنه الأخت على خالتها، و تنكح الخاله على ابنه أختها، و لا تنكح ابنه الأخ على عمّتها، و تنكح العمّه على ابنه أخيها» (٤).

و لا فرق في الجواز بين علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ أو أخت، أم لا، وفاقاً للأكثر؛ للأصل، و إطلاق النصوص.

و عن العلامة: اشتراط العلم (٥).

و مستنده غير واضح، و النصوص باعتبار إذهنها مختصّه بالصورة الأولى.

ص: ١٨٤

١- التهذيب ٣٣٣/١٣٦٨، الإستبصار ١٧٧/٦٤٥، الوسائل ٤٨٧: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٣.

٢- كما حكاه عنه في المختلف: ٥٢٨ و هو في المقنع: ١١٠.

٣- الفقيه ٢٦٠/١٢٣٧، نادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٢٦٠/١٠٦، الوسائل ٤٨٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ٩.

٤- نادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٢٥٦/١٠٥، الوسائل ٤٩٠: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٣٠ ح ١٢.

٥- القواعد ١٧: ٢.

و لو كان عنده العمّه أو الخاله، فيأدر بالعقد على بنت الأخ أو الأخت بدون إذنهما كان العقد باطلاً إذا لم يأذنا إجماعاً، وكذا مع الإذن عند المصنّف وغيره (١).

إمّا للنهي عنه، المقتضى للفساد. وفيه منع.

أو للحكم بالبطلان في الخبر المتقدّم.

و هو مع الضعف يحتمل البطلان بدوام عدم الإذن كما هو الغالب، فيحمل إطلاق الخبر عليه، ولا ينافي الصحّة بطرؤه، وقد ورد الحكم بالبطلان في تزويج العبد بدون إذن السيد، مع التصريح بالصحّة مع الإذن.

أو لاحتياج الحكم بصحّة مثل هذا العقد المنهَى عنه إلى دليل، من خصوص أو عموم، وليس؛ إذ لا نصّ ولا إجماع.

وفي منع؛ لوجود العموم من الأمر بالوفاء بالعقود (٢)، التي هذا منها.

و توهم التناقض بين الأمر بالوفاء به و النهى عنه، مدفوع بتغاير المحلّ فيهما، فهو في الأول استمرار العقد، و في الثاني إيقاعه، و لا تلازم بينهما، مضافاً إلى كثره نظائره في الشريعة، كالنهي عن العقد الذي يترتب عليه المفساد، مع الإجماع على الصحّة و لزوم الوفاء به بعد الوقوع.

نعم، ربما يستدلّ عليه بأنّه في عقده عاصٍ لله سبحانه فيفسد عقده؛ لما ورد في بعض المعتمره كالصحيح أو الحسن (٣) و نحوه (٤) في تزويج

ص: ١٨٥

١- المصنّف هنا و في الشرائع ٢: ٢٨٨، و صاحب المدارك في نهايه المرام ١: ١٤٣.

٢- المائده: ١.

٣- الكافي ٣: ٤٧٨، الفقيه ٥: ٣٥٠/١٦٧٥، التهذيب ٣: ٣٥١/١٤٣٢، الوسائل ٧: ١١٤/٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٤ ح ١.

٤- الكافي ٥: ٢/٤٧٨، الفقيه ٣: ٢٨٣/١٣٤٩، التهذيب ٧: ٣٥١/١٤٣١، الوسائل ٧: ١١٥/٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٤ ح ٢.

العبد بدون إذن سيّده، حيث حكم بصحّته بعد رضاء السيّد؛ معللاً بعدم معصيته لله سبحانه، وفيه دلالة على الفساد حيث يقع في معصية الله سبحانه.

و المراد بالمعصية: عدم امتثال ما تعلق به النهي عنه بخصوصه أو عمومه، لا ما يلازمها، كتزويج العبد بدون إذن السيّد، فإنّه لم يقع عنه النهي بخصوصه، إلّا أنّه يلازم عصيان الأمر بامتناله له عقلاً، فليس في نكاحه معصية الله سبحانه بالمعنى المتقدّم، نعم، يلازم المعصية، التي هي الخروج عن الأمر بالإطاعة، ولم يجعل عليه السلام مثل هذه المعصية منوطاً لفساد التزويج، بل الأوّل، و ما نحن فيه منه؛ لحصول المعصية بنفس العقد؛ للنهي عنه بخصوصه، فيفسد لحصول مناطه.

و قال عليه السلام في بعضها بعد التعليل المتقدّم: «إنّ ذلك» أي تزويج العبد بلا إذن «ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّه و أشباهه» و لا ريب أنّ ما نحن فيه منها في تعلق النهي بنفسها، و حصول المعصية بعدم امتثاله فيها، التي هي مناط الفساد.

و من هنا يظهر فساد ما قيل: تتخيّر العمّه و الخاله بين الفسخ لعقد نفسها و الإمضاء له و لعقد البنتين أو إمضاء عقد أنفسهما خاصّه و فسخ عقدها أي البنت خاصّه (١).

مضافاً إلى ضعف دليله؛ لمنافاه تخيرهما في فسخ عقد أنفسهما للأصل اللازم الاتباع. و رفع الجمع المنهى عنه بلا رضا يحصل بفساد الطارئ في نفسه أو فسخهما له.

ص: ١٨٦

١- قال به الشيخان في المقنعه: ٥٠٥ و النهايه: ٤٥٩، و سلّار في المراسم: ١٥٠.

و أضعف منه القول بفساد الطارئ و تزلزل الأول (١)؛ لاستلزام فساده عدم الوجه في تزلزله؛ إذ المقتضى له و ثبوت الفسخ لهما هو الجمع المرتفع بفساد الثاني. و ربما قيل بتزلزله و لزوم الأول (٢)؛ للأصل فيه، و إلحاق الأول (٣) بالفضولى.

و بما قرّرنا يظهر الجواب عنه.

و مراعاة الاحتياط في أمثال المقام أولى؛ لإمكان تطرّق القدح إلى ما قدّمناه في وجه الاستدلال بالمعتبره (٤) من توجيه المعصيه بعدم امتثال النهى؛ لوجود مثلها في العبد، لورود النهى عن تزويجه بخصوصه في الصحيح، فكيف يقال: إنّه ما عصى الله تعالى؟! فظهر أنّ المراد من المعصيه غير ما ذكر، و الظاهر أنّ المراد بها هنا:

مخالفة الإذن في نفس العقد من حيث هو، فيصحّ إطلاق عدم معصيه العبد لله سبحانه في تزويجه بدون إذن سيّده؛ لكونه بنفسه مأذوناً فيه له منه تعالى و لغيره، غايه الأمر توقّفه على إذن السيّد، و حيث لم يتحقّق يصدق عليه أنّه عصاه، أى خالف إذنه.

و حينئذٍ تكون تلك المعتبره بالدلاله على الصحّ هنا أقرب، من حيث مشابهته لتزويج العبد في عدم مخالفته (٥) لإذنه سبحانه؛ إذ تزويج ابنه الأخ مثلاً مأذون فيه من حيث إنّه تزويج، كما أنّ تزويج العبد من حيث إنّه تزويج مأذون فيه منه سبحانه، و لكن المانع و هو اعتبار إذن السيّد

ص: ١٨٧

١- انظر السرائر ٥٤٥:٢.

٢- قال به الشهيد الثاني في المسالك ١:٤٨٠.

٣- أى الثاني. منه رحمه الله.

٤- راجع ص ١٨٥.

٥- أى التزويج. منه رحمه الله.

و المرأة طار، و ذلك لا ينافى حصول الإذن فى نفس التزويج من حيث هو منه سبحانه.

و لا كذلك تزويج المرأة فى العده؛ لعدم الإذن منه فيه بنفسه بالمره، فالمراد ب: «أشباهه» ما لم يأذن الله فى أصله.

و حينئذ، فالزوج هنا ليس بعاصٍ له تعالى، و إنما خالف إذن الزوجه، فهو عاصٍ لها من حيث عدم وقوع التزويج بإذنها، و الرجل مأمور بإطاعتها فى ذلك، و قد جعل عليه السلام عدم معصيه الله تعالى بالمعنى المزبور مع انتفاء المانع وجهاً للحكم بالصحة، و قد حصلنا هنا، فيصح. هذا، مضافاً إلى عموم الأمر بالوفاء بالعقود.

فالقول الأخير فى غايه القوه، و لكن مراعاة الاحتياط أولى بالنكاح مره أخرى بعد الرضاء من الطرفين، و الطلاق إن لم ترض به البنتان؛ احتياطاً فى الفروج، و إن لم يمكن فالعمل على الأخير؛ لقوه أدلته.

فى تحريم المصاهره بوطء الشبهه تردّد

و فى تحريم المصاهره بوطء الشبهه تردّد، أشبهه: أنه لا- تحرم وفاقاً للحلّى (١)؛ للأصل، و العمومات من الآيات و الروايات، و اختصاص المحرّم منهما بالنكاح الصحيح.

خلافاً للأكثر، بل عن المبسوط: عدم الخلاف فيه (٢)، و فى التذكرة:

الإجماع عليه، و فيه: عن ابن المنذر نسبه إلى علماء الأمصار، و عدّ منهم أصحاب النصّ، و هم الإماميّة (٣).

و هو الأظهر؛ إذ الإجماع المحكّي فى حكم الخبر الصحيح، و هو

ص: ١٨٨

١- السرائر ٥٣٥: ٢.

٢- المبسوط ٢٠٨: ٤.

٣- التذكرة ٦٣١: ٢.

حجّه، سيّما مع اعتضاده بفتوى الأكثر، بل و دعوى عدم الخلاف، و مشاركة الشبهه للصحيح فى أغلب الأحكام المورثه للمظنّه القويّه.

و الأصل معارّض بمثلها فى جانب الحرمة، و العمومات مخصّصه بذلك.

و ربما يستدلّ للمختار أيضاً بعموم قوله سبحانه وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ [١] (١) بناءً على كون النكاح حقيقه لغويّه فى الوطء، على الأشهر الأظهر، كما مرّ، فيستصحب إلى ثبوت الناقل، و لم يثبت إلّا فى المتشرّعه؛ لاختصاص ما تقدّم من الإجماعات المنقوله فى صدر الكتاب (٢) بها، فالأصل يقتضى حمله فى الآيه على الوطء، فتأمل.

ثم لو قلنا بحصول النشر بالزنا و جب القطع بحصوله هنا؛ لكونه بطريق أولى.

الزنا لا تحرم الزانية لا الزوجه

أمّا الزنا فلا- تحرم الزانية على الزانى بها و غيره بعد التوبه إجماعاً، و قبلها أيضاً مع كراهه على الأشهر الأظهر، بل عليه الإجماع عن الخلاف و المبسوط فى خصوص الحلّ على الزانى بها، و نسب توقّفه على التوبه إلى أحمد و قتاده (٣).

للأصل، و عموم الكتاب و السنّه، و التعليل بأنّه لا- يحرم الحرام الحلال فى الصحاح المستفيضه و غيرها (٤) و خصوص المستفيضه، منها الخبران

ص: ١٨٩

١- النساء: ٢٢.

٢- راجع ص ٧.

٣- الخلاف ٤: ٣٠٠، المبسوط ٤: ٢٠٢.

٤- الوسائل ٢٠: ٤٢٣ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٦.

أحدهما: الصحيح: «أيما رجل فجر بامرأه ثم بدا له أن يتزوّجها حلالاً، قال: «أوله سفاح و آخره نكاح، فمثله كمثل النخلة، أصاب الرجل من ثمرها حراماً، ثم اشتراها بعد، فكانت له حلالاً» (١).

و الصحيح المروى فى قرب الإسناد: عن المرأة الفاجره يتزوّجها الرجل المسلم، قال: «نعم، و ما يمنع؟! و لكن إذا فعل فليحصن بابه» (٢).

و الخبران، فى أحدهما: «نساء أهل المدينة فواسق» قلت: فأتزوّج منهن؟ قال: «نعم» (٣).

و فى الآخر: عن الرجل يتزوّج الفاجره متعه، قال: «نعم، لا بأس، و إن كان التزويج الآخر فليحصن بابه» (٤).

و فى آخر: عن رجل أعجبتة امرأه، فسأل عنها، فإذا الثناء (٥) عليها بشيء من الفجور، فقال: «لا بأس بأن يتزوّجها و يحصنها» (٦).

ص: ١٩٠

١- الكافي ٢/٣٥٦: ٥، التهذيب ٧/٣٢٧/١٣٤٥: ٧، الوسائل ٢٠: ٤٣٤. أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١١ ح ٣؛ بتفاوت يسير.

٢- قرب الإسناد: ٦٠٩/١٦٦: ٦، الوسائل ٢٠: ٤٣٨. أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٢ ح ٦.

٣- التهذيب ٧: ١٠٩١/٢٥٢، الإستبصار ٣: ٥١٧/١٤٣، الوسائل ٢٠: ٤٣٧. أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٢ ح ٣؛ و فى الجميع: نساء أهل المدينة، قال: فواسق..

٤- التهذيب ٧: ١٠٩٠/٢٥٣، الإستبصار ٣: ٥١٦/١٤٣، الوسائل ٢٠: ٤٣٧. أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٢ ح ٤.

٥- قال المجلسى رحمه الله فى ملاذ الأخيار ١٢: ١٨٣: الثناء و الثنيه وصف بمدح أو ذم، أو هو خاص بالمدح، كذا فى القاموس (٤: ٣١١). أقول: و على الثانى يكون على التهكم، أو المراد فى أثناء الثناء. و فى بعض النسخ «الثناء» بتقديم النون على الثاء، و ذكر اللغويون قاطبه أنه مثل الثناء، إلّا أنه فى الخير و الشر جميعاً انتهى.

٦- التهذيب ٧: ١٣٦٣/٣٣١، الإستبصار ٣: ٦١٦/١٦٨، الوسائل ٢٠: ٤٣٦. أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٢ ح ٢.

و قصور الأسانيد منجبر بالشهره. خلافاً للحلبى، فممنع منه مطلقاً (١)؛ لظاهر حُرْمِ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ [١] (٢). و رُدُّ بالنسخ بقوله وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ [٢] (٣) تارةً، و بالحمل على الكراهه أُخرى (٤)، و هو أقوى؛ للإجماع على عدم حرمة تزويج الزانى مع تحريمه فى الآيه، فهو قرينه على إرادته تعالى منه الكراهه، و وحده السياق توجب جريانها فى الزانية؛ مع أنَّ الاستفادة من المعتره ورود الآيه فى المشهورات بالزنا لا مطلق الزانية.

ففى الصحيح: عن قول الله عزَّ و جلَّ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً [٣] (٥) فقال: «كَنَّ نسوه مشهورات بالزنا و رجال مشهورون بالزنا قد عرفوا بذلك، و الناس اليوم بتلك المنزله، فمن أُقيم عليه حدُّ زنا أو شهر به لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه التوبه» (٦).

و نحوه خبران آخران (٧)، إلَّا أنَّ فى أحدهما بدل: «لم ينبغ»

ص: ١٩١

١- انظر الكافى فى الفقه: ٢٨٦.

٢- النور: ٣.

٣- النور: ٣٢.

٤- لم نعثر عليه و لكن حكاه فى المفاتيح ٢: ٢٥٤، و كشف اللثام ٢: ٣٨.

٥- النور: ٣.

٦- الكافى ٥: ٣/٣٥٤، الوسائل ٢٠: ٤٣٩، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٣ ح ٢؛ بتفاوت.

٧- الأول فى: الكافى ٥: ١/٣٥٤، الفقيه ٣: ١٢١٧/٢٥٦، التهذيب ٧: ١٦٢٥/٤٠٦، الوسائل ٢٠: ٤٣٩، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٣ ح

٢. الثانى فى: الكافى ٥: ٣/٣٥٥، الوسائل ٢٠: ٤٣٩، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٣ ح ٣.

«لا تزوّجه» و لذا قيل باختصاص التحريم بالمشهورات (١).

و هو ضعيف؛ لشهاده هذه الأخبار بالكراهه من وجهين: لفظه:

«لم ينبغ» الظاهره فيها، و التصريح فيها، و التصريح فيها باتّحاد حكم الزانيه و الزاني؛ مع أنّه فيه الكراهه بالإجماع، فكذا فيها.

و نحوها في هذه القرينه الصحيح: «لا تتزوّج المرأه المعلنه بالزنا، و لا يزوّج الرجل المعلن بالزنا، إلّا أن يعرف منهما التوبه» (٢).

و لذا صحّ الحمل على الكراهه في الصحيح: عن المرأه الحسناء الفاجره، هل تحلّ للرجل أن يتمّع منها؟ فقال: «إذا كانت مشهوره بالزنا فلا يتمّع منها و لا ينكحها» (٣).

و الصحيح المضمّر: عن رجل فجر بامرأه، ثم أراد بعدّ أن يتزوّجها، فقال: «إذا تابت حلّ له نكاحها» قلت: كيف يعرف توبتها؟ قال: «يدعوها إلى ما كانا عليه من الحرام، فإذا امتنعت و استغفرت ربّها عرف توبتها» (٤) و نحو الموثّق (٥).

و بمضمونهما أفتى الشيخان (٦).

ص: ١٩٢

-
- ١- المفاتيح ٢:٢٥٥.
 - ٢- الفقيه ٣:١٢١٦/٣٥٦، التهذيب ٧:١٣٤٧/٣٢٧، الإستبصار ٣:٦١٣/١٦٨، الوسائل ٢٠:٤٣٨، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٣ ح ١.
 - ٣- الكافي ٥:٦/٤٥٤، التهذيب ٧:١٠٨٧/٢٥٢، الإستبصار ٣:٥١٣/١٤٢، الوسائل ٢١:٢٨، أبواب المتعه ب ٨ ح ٤؛ بتفاوت.
 - ٤- الفقيه ٣:١٢٥٧/٢٦٤، التهذيب ٧:١٣٤٨/٣٢٧، الإستبصار ٣:٦١٤/١٦٨، الوسائل ٢٠:٤٣٥، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١١ ح ٧.
 - ٥- التهذيب ٧:١٣٤٦/٣٢٧، الوسائل ٢٠:٤٣٤، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١١ ح ٤.
 - ٦- المفيد في المقنعه: ٥٠٤، الطوسي في النهايه: ٤٥٨.

ولا- ريب أن مراعاة التوبه مطلقاً أحوط، وإن كان القول بإطلاق الجواز مع الكراهه الشديده فى المشهورات أظهر، إلا أنه يجب تحصينهن قطعاً، و فى بعض الأخبار المتقدمه دلالة عليه، و فيها الصحيح (١).

و كذا لا تحرم الزوجه الزانيه و إن أصرت على الأشبه وفاقاً للمشهور؛ للأصل، و النصوص، منها ما مرّ (٢).

و منها الموثق: «لا- بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزنى إذا كانت تزنى و إن لم يقم عليها الحدّ فليس عليه من إثمها شيء» (٣).

خلافاً للمفيد و الديلمى، فتحرم مع الإصرار؛ لفوات فائده التناسل معه؛ لاختلاط النسب (٤).

و ردّ بأنّ النسب لاحقٌ بالفراش، و الزانى لا نسب له، و لا حرمة لمائه (٥).

و هو حسن، مع أنه لو تمّ لوجب اطراد الحكم فى مطلق الزناء من دون تخصيص بالإصرار.

و على القولين، فالزوجيه باقيه إجماعاً، كما عن المبسوط (٦).

و هل ينشر حرمة المصاهره فتحرم المزنى بها على أبى الزانى و أولاده، و أمّها و ابنتها عيناً و أختها جمعاً؟

ص: ١٩٣

١- راجع ص ١٨٩.

٢- فى ص ١٨٩ ١٩٠.

٣- التهذيب ١٣٦٢/٣٣١، الوسائل ٧: ٤٣٦، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٢ ح ١.

٤- المفيد فى المقنعه: ٥٠٤، الديلمى فى المراسم: ١٤٩.

٥- جامع المقاصد ١٢: ٣١٦.

٦- المبسوط ٢٠٢: ٤.

قيل: نعم هو الشيخ والقاضى و ابن زهره و ابن حمزه (١).

لصدق أم النساء و الربائب على أمها و ابنتها؛ لصدق الإضافة بأدنى الملابس.

و فيه: أن غايته صحه الاستعمال، و هو أعم من الحقيقه، و العبره بها لا بمطلقه.

و للصحاح المستفيضه:

كالصحيح: فى رجل كان بينه و بين امرأه فجور، هل يتزوج ابنتها؟ قال: «إن كان قبله أو شبهها فليتزوج ابنتها، و إن كان جماع فلا يتزوج ابنتها، و ليتزوج هى» (٢).

و الصحيح: عن الرجل يفجر بالمرأه، يتزوج ابنتها؟ قال: «لا، و لكن إن كانت عنده امرأه ثم فجر بأمها لم تحرم عليه التى عنده» (٣).

و الصحيح: عن رجل باشر امرأه و قبل، غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها، فقال: «إذا لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، و إن كان أفضى إليها فلا يتزوج ابنتها» (٤).

ص: ١٩٤

١- الشيخ فى المبسوط ٤:٢٠٢، القاضى فى المهذب ٢:١٨٣، و حكاه عن ابن زهره فى المختلف: ٥٢٢، ابن حمزه فى الوسيله: ٢٩٣.

٢- الكافى ٥:٥/٤١٦، التهذيب ٧:١٣٥٧/٣٣٠، الإستبصار ٣:٦٠٨/١٦٧، الوسائل ٢٠:٤٢٤، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ح ٣؛ بتفاوت.

٣- التهذيب ٧:١٣٥٢/٣٢٩ و فيه: ثم فجر بابنتها أو أختها، الاستبصار ٣:٦٠٣/١٦٥ و فيه: ثم فجر بأمها أو أختها، الوسائل ٢٠:٤٣٠، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٨ ح ٧ و فيه: ثم فجر بابنتها أو أختها.

٤- الكافى ٥:٢/٤١٥، التهذيب ٧:١٣٥٦/٣٣٠، الإستبصار ٣:٦٠٧/١٦٦، الوسائل ٢٠:٤٢٤، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ح ٢.

و نحوها الصحيحان (١)، لكن في الأم و البنت الرضاعيين للمزني بها.

و ليست نصياً في الحرمة، فيحتمل الكراهه، أو الحمل على التقية؛ لكونه المشهور بين العامة كما يفهم من التذكرة (٢) و منهم: أصحاب أبي حنيفة، المشتهر رأيه في الأزمنة السابقة.

و بالأخير يجاب عما هو صريح في التحريم، كالصحيح (٣).

و الخبر، و فيه محمّد بن الفضيل المشترك بين الثقة و غيره، و فيه مع ذلك الاشتمال على ما ظاهر أكثر الأصحاب الاتفاق على خلافه؛ و نحوه في قصور السند رواه أخرى لعلّي بن جعفر.

و في الأول: «إذا فجر الرجل بالمرأه لم يحلّ له ابنتها» (٤).

و في الثاني: عن رجل زنى بامرأه، هل يحل لابنه أن يتزوجها؟ قال:

«لا» (٥).

و نحوه الكلام في الحسن الأمر بالتفريق (٦)، مع ما فيه من تكذيبه عليه السلام

ص: ١٩٥.

١- الأول في: الكافي ٥/٤١٦، التهذيب ٣٣١/١٣٦٠، الإستبصار ١٦٧/١١٦١، الوسائل ٣: ٤٢٧، أبواب ما يحرم المصاهرة ب ٧ ح

١. الثاني في: الكافي ٥/٤١٦، التهذيب ٣٣١/١٣٦١، الإستبصار ١٦٧/١١٦٢، الوسائل ٣: ٤٢٧، أبواب ما يحرم المصاهرة ب

٧ ح ٢.

٢- التذكرة ٢: ٦٣٣.

٣- التهذيب ٢٨٢/١١٩٤، الإستبصار ١٦٣/٥٩٣، الوسائل ٣: ٤٣٠، أبواب ما يحرم المصاهرة ب ٩ ح ١.

٤- التهذيب ٣٢٩/١٣٥٣، الإستبصار ١٦٦/٦٠٤، الوسائل ٣: ٤٣٠، أبواب ما يحرم المصاهرة ب ٨ ح ٨.

٥- التهذيب ٢٨٢/١١٩٥، الإستبصار ١٦٣/٥٩٤، قرب الإسناد: ١٠٨، الوسائل ٣: ٤٣١، أبواب ما يحرم المصاهرة ب ٩ ح ٢.

٦- الكافي ٥/٤١٦، الوسائل ٥: ٤٢٤، أبواب ما يحرم المصاهرة ب ٦ ح ٥.

من ادعى عدم الزناء بل مجرد التقييل.

و بالأول أيضاً يجاب عن الحسن: عن رجل اشترى جاريه و لم يمسيها، فأمرت امرأته ابنه و هو ابن عشرين سنه أن يقع عليها، فوقع عليها، فما ترى فيه؟ فقال: «أثم الغلام، و أثمر امه، و لا أرى للأب إذا قربها الابن أن يقع عليها» (١).

مع معارضته كالخبر: في الرجل يكون له الجاربه، فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد، أو الرجل يزني بالمرأه، فهل يحل لابنه أن يتزوجها؟ قال: «لا، إنما ذلك إذا تزوجها الرجل فوطئها ثم زنى بها ابنه لم يضره؛ لأن الحرام لا يفسد الحلال؛ و كذلك الجاربه» (٢) بما سيأتي.

و بالجملة: تخصيص ما سيأتي من الأدله بمثل هذه الأخبار لعله لا يخلو عن مناقشه، و صحه دعوى الشهره على ذلك غير معلومه.

كل ذلك إن كان الزناء سابقاً على العقد و لا ينشر إذا كان لاحقاً للعقد و الدخول إجماعاً؛ للأصل، و اختصاص المحرم على تقديره بالسبق، و للنصوص المستفيضة، منها: بعض الصحاح المتقدمه (٣).

و الصحيح: في رجل تزوج جاريه، فدخل بها، ثم ابتلى ففجر بأمها،

ص: ١٩٦

١- الكافي ٥: ٤/٤١٨، الوسائل ٢٠: ٤١٩، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤ ح ٢ و فيهما: و هو ابن عشر سنين..

٢- الكافي ٥: ٩/٤٢٠، التهذيب ٧: ١١٩٦/٢٨٢، الإستبصار ٣: ٥٩٧/١٦٤، الوسائل ٢٠: ٤٢٠، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤ ح ٣؛ بتفاوت.

٣- راجع ص ١٩٤.

أُتحرّم عليه امرأته؟ قال: «لا؛ لأنّه لا يحرم الحلال الحرام» (١).

و الصحيح: في رجل زنى بأمّ امرأته أو بنتها أو أختها، فقال:

«لا يحرم ذلك عليه امرأته» ثم قال: «ما حرم حراماً قط حلالاً» (٢).

و الحسن: الرجل يصيب من أخت امرأته حراماً، أ يحرم ذلك عليه امرأته؟ فقال: «إنّ الحرام لا يفسد الحلال، [و الحلال] يصلح به الحرام» (٣).

و نحوها أخبار كثيرة، متضمّنه للحكم مع التعليل المذكور (٤)، و مقتضاه كإطلاق أكثرها عدم الفرق بين الدخول بالزوجه و عدمه، كما هو الأشهر الأظهر.

خلافاً للإسكافي، فخصّ عدم النشر بالأول (٥)؛ لظاهر الخبر: «إذا فجر الرجل بالمرأه لم تحلّ له ابنتها؛ و إن كان قد تزوّج ابنتها قبل ذلك و لم يدخل بها فقد بطل تزويجه، و إن هو تزوّج ابنتها و دخل بها ثم فجر بأمّها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأمّها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها، و هو قوله: لا يفسد الحرام الحلال إذا كان هكذا» (٦).

و هو ضعيف؛ لشذوذه، و قد ادّعى جماعه من الأصحاب الإجماع

ص: ١٩٧

١- الكافي ٣/٤١٥، التهذيب ٧: ١٣٥٨/٣٣٠، الإستبصار ١٦٧/٩: ٦٠٩، الوسائل ٢٠: ٤٢٨؛ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٨ ح ٢؛ بتفاوتٍ يسير.

٢- الكافي ٥: ٤/٤١٦، التهذيب ٧: ١٣٥٩/٣٣٠، الإستبصار ١٦٧/١٠: ٦١٠، الوسائل ٢٠: ٤٢٨؛ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٨ ح ٣.

٣- الفقيه ٣: ١٢٥٥/٢٦٣، الوسائل ٢٠: ٤٢٩؛ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٨ ح ٥؛ و ما بين المعقوفين من المصدر.

٤- الوسائل ٢٠: ٤٢٨؛ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٨.

٥- كما حكاه عنه في المختلف: ٥٢٤.

٦- التهذيب ٧: ١٣٥٣/٣٢٩، الإستبصار ١٦٦/٤: ٦٠٤، الوسائل ٢٠: ٤٣٠؛ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٨ ح ٨.

على خلافه (١)، وهو الأصح.

بل ولا يبعد أن يكون الوجه: أنه لا ينشر مطلقاً، حتى إذا كان سابقاً، وفاقاً لشيخنا المفيد و المرتضى و الصدوق في المقنع و الشيخ في التبيان في خصوص تحريم أمّ المزنى بها و ابتها و سلار و العلامه في الإرشاد (٢).

بل ظاهر التذكرة: كون القول به مشهوراً بين الأصحاب، فإنه نسب الأول إلى البعض، و هذا إلى جماعه (٣).

و عن صريح المرتضى في الطبريات: الإجماع عليه (٤)، و هو ظاهر السرائر في حرمة الأمّ و البنت و إن خصّ موردها؛ لكون العبره بعموم اللفظ لا خصوص المحل. و أمّا في حرمة المزنى بها على أبي الزانى و ابنه، فظاهره كونه مذهب الأكثر، و أنّ المخالف هو الشيخ في كتبه [و ان خصّ موردها لكون العبره بعموم اللفظ لا خصوص المحل] (٥). و في التذكرة: نسبته العامه إلى عليّ عليه السلام و ابن عباس (٦).

و يدلّ عليه مضافاً الى التعليل بأنّ الحرام لا يحرمّ الحلال في الصحاح المستفيضه و غيرها المتقدمه (٧) العمومات من الكتاب و السنّه، و استصحاب حليّه العقد السابقه، و خصوص المعتره المستفيضه، منها

ص: ١٩٨

- ١- منهم الفيض الكاشاني في المفاتيح ٢:٢٤١.
- ٢- المفيد في المقنعه: ٥٠٤، المرتضى في الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢٠٩، المقنع: ١٠٨، التبيان ٣: ١٦٠، سلار في المراسم: ١٤٩، الإرشاد ٢: ٢١.
- ٣- التذكرة ٢: ٦٣١.
- ٤- لم نعرّ عليه في الطبريات، و لكن ظاهر الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢٠٩ دعوى الإجماع عليه.
- ٥- السرائر ٢: ٥٢٣، ٢: ٥٢٤.
- ٦- التذكرة ٢: ٦٣٢.
- ٧- في ص ١٨٩.

في أحدها: رجل فجر بامرأه، يتزوج بابتنها؟ قال: «نعم يا سعيد، إن الحرام لا يفسد الحلال» (١).

و في الثاني: عن رجل يفجر بالمرأه [وهي جاريه قوم آخرين، ثم اشترى ابنتها، أ يحل له ذلك؟ قال: «لا يحرم الحرام الحلال» و رجل فجر بامرأه حراماً، أ يتزوج ابنتها؟ قال: «لا يحرم الحرام الحلال» (٢).

و في الثالث: عن امرأه أمرت ابنتها أن يقع على جاريه لأبيه، فوقع، فقال: «أثمت و أثم ابنتها، و قد سألتني بعض هؤلاء عن هذه المسأله فقلت له: أمسكها، فإن الحلال لا يفسده الحرام» (٣).

و في الرابع: رجل فجر بامرأه، أ تحل له ابنتها؟ قال: «نعم» (٤).

و نحوها الصحيح إلى ابن أبي عمير، عن هشام بن عيسى (٥).

ص: ١٩٩

١- التهذيب ١٣٥٤/٣٢٩، الإستبصار ٧/١٦٦، الوسائل ٣:٦٠٥، الأبواب ٢٠:٤٢٥ ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ح ٦.

٢- التهذيب ١٨٨٩/٤٧١، الوسائل ٧:٤٢٧، الأبواب ٢٠:٤٢٧ ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ح ١٢؛ و ما بين المعقوفين من المصدر.

٣- الكافي ٥:٨/٤١٩، التهذيب ٧:١١٩٧/٢٨٣، الإستبصار ٣:٥٩٨/١٦٤، الوسائل ٣:٤٢٠، الأبواب ٢٠:٤٢٠ ما يحرم بالمصاهره ب ٤ ح ٤.

٤- التهذيب ١٣٥٠/٣٢٨، الإستبصار ٧:١٦٥، الوسائل ٣:٦٠١/١٦٥، الأبواب ٢٠:٤٢٦ ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ح ١٠.

٥- لن نعثر عليها بهذا السند، بل لم نر في معاجم الرجال راوياً قد روى عنه ابن أبي عمير بهذا الاسم. نعم، وجدناها مرويه في نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٢٢٠/٩٣، المستدرک ١٤:٣٨١، الأبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ح ١ عن النضر و أحمد بن محمد و عبد الكريم جميعاً، عن محمد بن أبي حمزه، عن سعيد بن يسار..

و منها:الموثقان (١)،فى أحدهما:عن رجل تزوج امرأه سفاحاً،هل تحلّ له ابنتها؟قال:«نعم،إنّ الحرام لا- يحرم الحلال». و منها:الأخبار المنجبر قصور أسانيدها بالأصول،و العمومات، و فتوى معظم الأخيار،و مخالفه ما عليه أكثر الفجّار.

فى أحدها:عن الرجل يأتى المرأه حراماً،أ يتزوجها؟قال:«نعم، و أمّها و ابنتها» (٢).

و الجواب عنها تارةً بحمل الفجور و الإتيان فيها على نحو القبلة و اللمس دون الدخول (٣).و أخرى بحمل المسئول على حلّيتها على زوجات له قبل الدخول بأمتهاهنّ مثلاً (٤).

مدفوعٌ أولاً:بمخالفتها الظاهر،و لا سيّما الأول،و قد وقع مثله فى أكثر الأخبار المتقدّمه و فهموا منه الدخول؛ مع منافاه الثانى لأكثرها المتضمّن للفظ الترويج،الظاهر فى المستقبل.

و ثانياً:بمنافاتهما التعليل المصرّح به فيها،مع تأييده بالحصر المستفاد من بعض الأخبار،كروايه زراره الضعيفه بموسى بن بكر على الأشهر،

ص: ٢٠٠

-
- ١- الأول فى:التهذيب ٧:١٣٥١/٣٢٨،الإستبصار ٣:٦٠٢/١٦٥،الوسائل ٢٠:٤٢٦،أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ح ١١.الثانى فى:قرب الإسناد:٣٢٨/٩٧،الوسائل ٢٠:٤٢٦،أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ذح ١١.
 - ٢- التهذيب ٧:١٣٤٣/٣٢٦،الإستبصار ٣:٦٠٠/١٦٥،الوسائل ٢٠:٤٢٥،أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ح ٧.
 - ٣- التهذيب ٧:٣٢٩،الاستبصار ٣:١٦٦،المختلف:٥٢٣.
 - ٤- التهذيب ٧:٣٢٨،الاستبصار ٣:١٦٥.

و الحسنه عند بعض (١) قال: قال أبو جعفر عليه السلام: «إن زنى رجل بامرأه أبيه، أو جاريه أبيه، فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، ولا يحرم الجارية على سيدها، إنما يحرم ذلك منه إذا أتى الجارية و هي حلال، فلا تحلّ بذلك الجارية أبداً لابنه و لا لأبيه، و إذا تزوّج رجل امرأه تزويجاً حلالاً فلا تحلّ تلك المرأه لأبيه و لا لابنه» (٢) و الضعف لو كان لانجبر بما تقدّم.

و بالجملة: العدول عن ظواهر هذه الأخبار المعتضده بالأصل، و العمومات من الكتاب و السنّه، و عمل أكثر القدماء الذين هم أساطين العلماء، و الإجماع المنقول، و مخالفه العامّه بمثل ظواهر الأخبار المتقدمه مشكل.

مع أنّ تلك الأخبار صحاحها غير ناصٍ على التحريم، و الناصّه منها ليست بصحاح، عدا واحد منها (٣)، و لا يكافئ ما قدّمناه من الصحاح و غيرها.

و دعوى الانجبار بالشهره فى الضعاف مدفوعه بما عرفت من أنّ الشهره عن القدماء فى الخلاف، و الشهره المتأخره على تقديرها لا تعارضها.

مع أنّ عمده من نسب إليه القول الأول هو الشيخ فى النهايه و الخلاف (٤)، و قد صرح ابن إدريس برجوعه عنه فى التبيان (٥).

ص: ٢٠١

١- انظر ضوابط الرضاع للمحقق الداماد (كلمات المحققين): ٥٢.

٢- الكافي ٥: ٧/٤١٩، التهذيب ٧: ١١٨٩/٢٨١، الإستبصار ٣: ٥٦٥/١٥٥، الوسائل ٢٠: ٤١٩؛ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤ ح ١؛ بتفاوتٍ يسير.

٣- تقدمت الإشارة إليه فى ص ١٩٥.

٤- النهايه: ٤٥٢، الخلاف ٤: ٣٠٦.

٥- انظر السرائر ٢: ٥٢٣.

هذا، والعمل على القول الأوّل؛ احتياطاً في الفروج.

لو زنى بالعمّه و الخاله حرمت عليه بناتهما

و على المختار يستثنى منه ما لو زنى بالعمّه و الخاله له، فإنّه حرمت عليه بناتهما في المشهور بين الأصحاب، بل عليه الإجماع في التذكرة و عن المرتضى (١)؛ و هو الحجّه.

لا- الخبران، أحدهما: الحسن: عن رجل نال من خالته في شبابه، ثم ارتدع، أ يتزوّج ابنتها؟ فقال: «لا» فقال: إنّه لم يكن أفضى إليها شيئاً، إنّما كان شيءٌ دون شيء، فقال: «لا يصدّق، و لا كرامه» (٢) و نحوه الموثّق (٣).

لاختصاصه بالخاله، و ما في متنه من الرداء؛ لتصريح السائل بعدم الوقوع، و ردّه عليه السلام بأنّه: «لا يصدّق و لا كرامه» و مثله غير لائق بالأئمّه عليهم السلام. و لعلّه لذا توقّف فيه في المختلف العلّامه تبعاً للحلّي (٤)؛ و لكن استناده إلى عموم أدلّه الإباحه.

اللمس و النظر

و أمّا اللمس و النظر بشهوه بما لا يجوز لغير المالك لمسه و النظر إليه، فقد اختلف الأصحاب فيه: فمنهم من ينشر به الحرمه على أبي اللامس و الناظر و ولده كالشيخ و القاضي و ابن حمزه (٥) و جماعه (٦)،

ص: ٢٠٢

١- التذكرة ٦٣٣:٢، المرتضى في الانتصار: ١٠٨.

٢- الكافي ١٠/٤١٧:٥، الوسائل ٢٠:٤٣٢ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٠ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٣- التهذيب ٧:١٢٩١/٣١١، الوسائل ٢٠:٤٣٢ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٠ ح ٢.

٤- المختلف: ٥٢٤، الحلّي في السرائر ٢:٥٢٩.

٥- الشيخ في النهايه: ٤٥١ ٤٩٦، القاضي في المهذّب ٢:١٨٢ و ٢٤٦، ابن حمزه في الوسيله: ٢٩٣.

٦- منهم العلّامه في المختلف: ٥٢٤، الشهيد الثاني في الروضه ٥:١٨٤، صاحب الحدائق ٥١٠:٢٣.

و نسبه في التذكرة إلى الشهره (١)؛ استناداً إلى الصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمره.

ففي الصحيح: عن الرجل تكون له الجاربه، فيقبلها، هل تحلّ لولده؟ فقال: «بشهوة؟» قلت: نعم، فقال: «ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة» ثم قال ابتداءً منه: «إن جرّدها فنظر إليها بشهوة حرمت على ابنه و أبيه» قلت:

إذا نظر إلى جسدها، فقال: «إذا نظر إلى فرجها و جسدها بشهوة حرمت عليه» (٢).

و الصحيح: في الرجل تكون عنده الجاربه، يجرّدها و ينظر إلى جسدها نظر شهوة، و نظر منها إلى ما يحرم على غيره، هل تحلّ لأبيه؟ و إن فعل ذلك أبوه فهل تحلّ لابنه؟ قال: «إذا نظر إليها نظر شهوة و نظر منها إلى ما يحرم على غيره لم تحلّ لابنه، و إن فعل ذلك الابن لم تحلّ لأبيه» (٣).

و بهما يقيد إطلاق المعتمره، كالصحيح: عن أدنى ما إذا ما فعله الرجل بالمرأه لم تحلّ لأبيه و لا لابنه، قال: «الحدّ في ذلك المباشره ظاهره أو باطنه ما يشبه مسّ الفرجين» (٤) و نحوه الصحيح الآتي

ص: ٢٠٣

١- التذكرة ٦٣٣: ٢.

٢- الكافي ٢/٤١٨، التهذيب ٧: ١١٩٢/٢٨١، عيون الأخبار ٢: ٤٤/١٧، الوسائل ٢٠: ٤١٧، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣ ح ١.

٣- الفقيه ٣: ١٢٣٥/٢٦٠، التهذيب ٨: ٧٥٨/٢١٢، الإستبصار ٣: ٧٦٩/٢١٢، الوسائل ٢٠: ٤١٨، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣ ح ٦؛ بتفاوت.

٤- ما وجدناه في التهذيب ٧: ١٨٧٧/٤٦٨، الوسائل ٢٠: ٤٢١، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤ ح ٦ مروئى عن الصفار، عن محمد بن عيسى، عن يونس، عن رجل، عن أبي عبد الله عليه السلام، و في الاستبصار ٣: ٧٧٠/٢١٢، عن الصفار، عن محمد ابن عيسى، عن يونس، عن أبي عبد الله عليه السلام، فتأمل.

والموثقان (١) والخبر (٢). مضافاً إلى ظهور إطلاقاتها في القيد؛ للغلبه.

و بهذه الأخبار يختص عموم أدله القول الثالث.

و منهم من خصّ التحريم بمنظوره الأب دون الابن، كالمفيد و سلّار و الشهيد في اللمعه (٣)؛ و لا دليل عليه، بل الأخبار المتقدمه حجه عليه.

و ليس في الصحيح: «إذا جرّد الرجل الجاربه و وضع يده عليها فلا تحلّ لابنه» (٤) دلالة على الاختصاص، إلّا بالمفهوم الضعيف في نفسه أولاً، و غير صالح لمقاومه صريح الأخبار المتقدمه ثانياً، فالقول به ضعيف جداً.

و الوجه عند المصنّف و الفاضل في القواعد تبعاً للحلّي (٥) الكراهه في ذلك كلّه للأصل، و عموم الكتاب و السنّه، و خصوص

ص: ٢٠٤

-
- ١- الأول في: التهذيب ٨: ٧٤٠/٢٠٨، الإستبصار ٣: ٧٦٦/٢١١، الوسائل ٣: ١٩٥/٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٧٧ ح ٢. الثاني في: التهذيب ٨: ٧٤١/٢٠٩، الإستبصار ٣: ٧٦٨/٢١٢، الوسائل ٣: ١٩٥/٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٧٧ ح ٣.
 - ٢- التهذيب ٨: ٧٤٢/٢٠٩، الإستبصار ٣: ٧٦٧/٢١٢، الوسائل ٣: ١٩٦/٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٧٧ ح ٤.
 - ٣- المفيد في المقنعه: ٥٤٣، ٥٠٢، سلّار في المراسم: ١٤٩، اللمعه (الروضه البهيه ٥): ١٨٣.
 - ٤- الكافي ٥: ٤١٩، التهذيب ٧: ١١٩٣/٢٨٢، الوسائل ٧: ٤١٨، ٢٠: ٤١٨ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣ ح ٤.
 - ٥- القواعد ٢: ١٤، الحلّي في السرائر ٢: ٥٢٨.

الموثقة: عن الرجل يقبل الجارية و يباشرها من غير جماع داخل أو خارج، أ تحل لابنه أو لأبيه؟ قال: «لا بأس» (١).

و الحسنه: عن رجل تكون له جاريه، فيضع أبوه يده عليها من شهوه، أو ينظر منها إلى محرّم من شهوه، فكره أن يمسه ابنه (٢).

و فى الجميع نظر؛ لتخصيص الأصل كالعومات و الموثقة على بُعدٍ فيها بما تقدّم (٣)؛ مضافاً إلى عدم مكافأتها كالحسنه مع عدم ظهور الكراهه فيها فى الاصطلاحيه لما تقدّم من النصوص المستفيضه، المعتضده بالشهره العظيمه، التى هى أقوى المرجحات المنصوصه و العقلية.

و على المختار لا يتعدى التحريم إلى أم الملموسه و المنظوره و لا بنيتها من دون فرق بين المملوكه و أم الزوجه، على المشهور بين الطائفه، حكاه جماعه (٤).

لعموم أدلّه الإباحه، و صريح الآيه فى الثانيه (٥)، و اختصاص الأدلّه بما عدا المسأله.

مضافاً إلى الصحيح فى الثانيه: عن رجل باشر [امراه] أو قبل، غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها، قال: «إن لم يكن أفضى إلى الأم

ص: ٢٠٥

١- التهذيب ٧٤١/٢٠٩، الإستبصار ٧٦٨/٢١٢، الوسائل ٢١:١٩٥ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٧٧ ح ٣.

٢- الكافي ٥:٤/٤١٨، الوسائل ٢٠:٤١٧، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣ ح ٢.

٣- أى إذا لم يكن بشهوه. منه رحمه الله.

٤- منهم صاحب الحدائق ٥١٢:٢٣.

٥- النساء: ٢٣.

فلا بأس» (١).

و بفحواه يستدل للجواز إذا باشر أم المملوكه.

خلافاً للخلاف، مدّعياً فيه الوفاق، فحرم الأم و البنت و إن علت و سفلت (٢)؛ لذلك، و للاحتياط، و أخبار فيها الصحيح و غيره (٣) محموله على الكراهه جمعاً؛ مع اختصاص ما عدا النبيين (٤) منها بحرمه ابنه الزوجه خاصه كما عن الإسكافي (٥)، و الاحتياط ليس بدليل كدعوى الوفاق، بعد مصير المعظم إلى الخلاف.

يلحق بهذا الفصل مسائل

و يلحق بهذا الفصل مسائل سبع:

الأولى لو ملك أختين، فوطئ واحدة حرمت الأخرى

الأولى: لو ملك أختين، فوطئ واحدة منهما حرمت عليه و طء الأخرى بالكتاب، و السنّه، و الإجماع، إلى أن يخرج الأولى عن ملكه، ببيع، أو هبه، أو نحوهما من نواقل الملك، فإذا أخرج حلت

ص: ٢٠٦

١- الكافي ٥/٢/٤١٥، التهذيب ٧/١٣٥٦/٣٣٠، الإستبصار ٣/٦٠٧/١٦٦، الوسائل ٢٠:٤٢٤ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٦ ح ٢؛ بدل ما بين المعقوفين في «ص» و «ح»: امرأته، و ما أثبتناه من المصدر.

٢- الخلاف ٤:٣٠٨.

٣- انظر الوسائل ٢٠:٤٦٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٩.

٤- الأول في: عوالي اللئلي ٣:٢٢٢/٣٣٣، المستدرک ١٤:٣٩٩ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٨ ح ٨. الثاني في: عوالي اللئلي ٣:٢٢٣/٣٣٣، المستدرک ١٤:٤٠١ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٠ ح ٦.

٥- على ما نقله عنه في المختلف: ٥٢٥.

إجماعاً؛ للنصوص:

منها الصحيح: «إذا كانت عند الرجل الأختان المملوكتان، فنكح إحداهما، ثم بدا له في الثانية فنكحها، فليس ينبغي له أن ينكح الأخرى حتى يخرج الأولى من ملكه، يهبها أو يبيعها، وإن وهبها لولده جاز» (١).

والموثق: «لا يقربها حتى تخرج تلك عن ملكه» (٢).

و هل يكفي مطلق العقد الناقل للملك؟ أم يشترط لزومه، فلا يكفي البيع بخيارٍ و الهبه التي يجوز الرجوع فيها؟ وجهان: من إطلاق النصّ اشتراط الخروج الحاصل بمطلقه، و من أنّها مع تسلّطه على فسخه بحكم المملوكه.

و ضعّف بأنّ غايه التحريم إذا علّقت على مطلق الخروج لم يشترط معها أمرٌ آخر؛ لئلا يلزم جعل ما جعله الشارع غايه ليس بغايه. و قدرته على ردّها إلى ملكه لا تصلح للمنع؛ لأنّه بعد الإخراج اللازم متمكّن منه دائماً على بعض الوجوه بالشراء و الاتّهاب و غيرها من العقود (٣).

و هو حسن إن علم جعل مطلق الخروج غايه للتحريم (٤) أو هو محلّ

ص: ٢٠٧

- ١- التهذيب ١٢١٢/٢٨٨، الإستبصار ٧: ١٢١٢/١٧١، الوسائل ٣: ٤٢٥/١٧١، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٩ ح ١؛ بتفاوتٍ يسير.
- ٢- التهذيب ١٢١٣/٢٨٨، الإستبصار ٧: ١٢١٣/١٧٢، الوسائل ٣: ٤٢٦/١٧٢، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٩ ح ٢.
- ٣- جامع المقاصد ١٢: ٣٥١ و الروضه ٥: ١٨٨.
- ٤- بدل ما بين المعقوفين في الأصل: للحلّ، و الظاهر ما أثبتناه.

تأميل؛ بناءً على تبادر اللزوم منه، فيقتصر في غيره على أصاله بقاء الحرمة؛ مع أنّ الشكّ في الدخول كافٍ في عدم الجساره في تخصيص الأصاله المزبوره.

هذا، مع ما في النقص باللازم من النظر؛ إذ قدرته على ردّها إلى الملك فيه ليس بنفسه، دون الجائر؛ لقدرته بنفسه عليه، فجعلهما واحداً ضعيفاً جداً. و الاحتياط في مراعاة اللزوم.

و في الاكتفاء بفعل ما يقتضى تحريمها عليه كالتزويج و الرهن و الكتابه و جهان، منشؤهما: حصول الغرض و هو تحريم الوطاء، و انتفاء النقل الذي هو مورد النصّ، و هو الأحوط لو لم يكن أقوى.

و لا فرق في تحريم الثانيه بين وطاء الأولى في القبل و الدبر.

و في مقدّماته من اللمس و القبلة و النظر بشهوه نظر: من قيامها مقام الوطاء كما سلف و من عدم صدق الوطاء بها، و الأول أحوط، و إن كان الثاني أقوى.

و لو واطئ الثانيه أثم إجماعاً و لم تحرم عليه الأولى وفقاً للطوسى في المبسوط و الحلّى و اللمعه (١)، و أكثر المتأخرين كما في المسالك (٢)؛ لأنّ الحرام لا يحرم الحلال، و التحريم إنّما تعلق بوطء الثانيه، فيستصحب؛ و لأصاله الإباحه. و على هذا، فمتى أخرج إحداهما عن ملكه

ص: ٢٠٨

١- المبسوط ٢٠٧:٤، الحلّى في السرائر ٥٣٨:٢، اللمعه (الروضه البهيه ٥): ١٩٠.

٢- المسالك ٤٨٣:١.

حلّت الأخرى، سواء أخرجها للعود إليها أم لا، وإن لم يخرج إحداهما فالثانية محرّمة دون الأولى.

و لكن اضطربت الرواية في المسألة، بعد اتّفاقها على تحريم الأولى مع العلم بتحريم الثانية، و تحليلها بإخراج الثانية من ملكه لا بتيه العود إلى الأولى.

ففى بعضها: تحرم عليه الأولى حتى تخرج الثانية عن ملكه لا للعود إلى الأولى.

ففى الصحيحين: عن رجل عنده مملوكتان، فوطئ إحداهما، ثم وطئ الأخرى، قال: «إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى» قلت: أ رأيت إن باعها، أ تحلّ له الأولى؟ قال:

«إن كان باعها لحاجه و لا- يخطر على باله منها شيء فلا أرى بذلك بأساً، وإن كان يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا، و لا كرامه» (١)، و نحوهما غيرهما (٢).

و فى روايه أخرى: إن كان جاهلاً لم تحرم الأولى و إن كان عالماً حرّمها معاً

ص: ٢٠٩

-
- ١- الأول فى: الفقيه ٣: ١/٢٨٤، الوسائل ٢٠: ٤٨٥، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٩ ح ٩؛ بتفاوت. الثانى فى: الكافى ٥: ٧/٤٣٢، التهذيب ٧: ١٢١٧/٢٩٠، الوسائل ٧: ٤٨٥، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٩ ح ٩؛ بتفاوت.
 - ٢- الكافى ٥: ٦/٤٣١، التهذيب ٧: ١٢١٦/٢٩٠، الوسائل ٢٠: ٤٨٥، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٩ ح ٥؛ و ما بين المعقوفين من المصدر.

هي صحيحه علي بن رثاب، عن الحلبي، عن مولانا الصادق عليه السلام:

قال: قلت له: الرجل يشتري الأختين، فيطأ إحداهما، ثم يطأ الأخرى، قال: «إذا وطئ الأخرى بجهاله لم تحرم عليه الأولى، وإن وطئ الأخرى [و هو] يعلم أنها تحرم عليه حرمتا جميعاً» (١) و نحوها الموثق (٢).

و وجه الاضطراب فيها واضح؛ و ذلك لأن ظاهر الأخبار الأوّله، تحريم الأولى خاصه إلى موت الثانيه، أو إخراجها عن الملك لا للعود إلى الأوّله، فإن حملت على صورته وقوع الوطء بجهاله، حصل المنافاه بينها و بين الأخيرين صريحاً؛ للتصريح فيهما بعدم حرمة الأوّله في هذه الصوره، و إن حملت على صورته وقوع الوطء مع العلم بالحرمة، وقع التنافى بينهما أيضاً؛ إذ الاستفادة من الأوّله: تحريم الأولى خاصه، و منهما: تحريمهما معاً.

و يمكن الجمع، بحمل الأوّله على الصوره الثانيه، و حكمه عليه السلام بتحريم الأولى لا يقتضى حلّ الثانيه، و ربما كان الوجه في تخصيصها بالذكر وضح حرمة الثانيه بالنظر إلى أصالة الحرمة، و أمّا الأولى فلمّا كان وطؤها مباحاً احتيج إلى ذكر حكمها بعد وطء الثانيه، و هو الحرمة إلى خروجها عن الملك لا بتبته العود إلى الأولى.

و المسأله مشكله، لكن تحريم الأولى مع العلم بحرمة الثانيه إلى خروجها عن الملك لا بتبته العود إلى الأولى ليس محلّ ريبه؛ لدلاله

ص: ٢١٠

١- الكافي ١٤/٤٣٣، الفقيه ١٣٥٣/٢٨٤، التهذيب ٧:١٢١٩/٢٩٠، الوسائل ٧:٤٨٣:٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٩ ح ٥؛ و ما بين المعقوفين من المصدر.

٢- التهذيب ٧:١٢٢٠/٢٩١، الوسائل ٧:٤٨٤:٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٩ ح ٦.

الأخبار بأسرها على ذلك.

وإنما الريبه في حلّ الأولى في صورة الجهل بحرمة الثانيه، و تحريم الثانيه في صورة العلم مع بقائهما على الملكيه، و لا يبعد المصير إليه؛ لما مرّ، وفاقاً لجماعه، منهم: شيخنا في الروضه، و حكى عن ابن حمزه (١).

و محصّيه: أنه متى وطئ الثانيه عالمًا بالحرمة حرّمنا عليه معاً، إلى موت الأخيره، أو خروجها عن الملك لا لغرض العود إلى الأولى، فإن اتفق إخراجها لا لذلك حلّت له الأولى، و إن أخرجها للرجوع إليها فالتحريم باق. و إن وطئ الثانيه جاهلاً بالتحريم لم تحرم عليه الأولى، بقيت الثانيه في ملكه أم لا. و بالأخبار المزبوره تخصّ الأدلّه المتقدمه؛ لصحّتها، و وضوح الجمع بينهما و هنا أقوال منتشره غير واضحه الأدلّه.

نعم، في الموثّق: في رجل كانت عنده اختان، فوطئ إحداهما، ثم أراد أن يطأ الأخرى، قال: «يخرجها من ملكه» قلت: إلى من؟ قال: «إلى بعض أهله» قلت: فإن جهل ذلك حتى وطئها؟ قال: «حرمتا عليه ككتاهما» (٢).

و هو ظاهر المنافاه للخبرين الأخيرين؛ للتصريح فيهما بحلّ الأولى في صورة الجهل، و حرمتها معاً مع العلم، و تصريحه بحرمتها فيها؛ و لذا أنّ الشيخ في النهايه حكم بحرمتها فيها أيضاً (٣)، مشترطاً في حلّها إخراج

ص: ٢١١

١- الروضه ١٩٠: ٥، ابن حمزه في الوسيله: ٢٩٤.

٢- التهذيب ١٢٢٠/٢٩١: ٧، الوسائل ٤٨٤: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٩ ح ٦.

٣- النهايه: ٤٥٥.

الثانية عن الملك مطلقاً (١).

و هو مشكل، كيف لا؟! او لم يبق حينئذٍ فرق بين صورتى العلم و الجهل فى حرمه الأولى، إلاً مع إخراج الثانية عن الملك، و الحال أنه صرح فى الخبرين بالفرق: بحلّ الأولى مع الجهل و حرمتها مع العلم.

و الجمع بينهما و بين الموثق غير ممكن؛ إذ غايته حمل حلّ الأولى فى صوره الجهل فى الخبرين بصورة إخراج الثانية عن الملك، و حرمتها فيها فى الموثق بخلاف الصورة. و نحوه جارٍ فى صوره العلم، فإنه تحلّ الأولى فيها أيضاً بالشرط المذكور، و تحرم بعده، فالفرق على هذا فى الخبرين غير واضح.

نعم، لو لم تحلّ الأولى فى صوره العلم بالشرط المتقدم أمكن الفرق، و لا يقول به، فتدبر.

فلا بُدّ من اطراح أحد الطرفين له، إمّا الخبرين، و هو مشكل؛ لكونهما بالتعدد و صحّحه أحدهما أقوى من الموثق. و إمّا هو كما هو متعين فلا وجه للحكم بحرمه الأولى.

و أمّا الموثق الآخر: عن رجل كانت عنده جاريتان أُختان، فوطئ إحداهما، ثم بدا له فى الأخرى، قال: «يعتزل هذه و يطأ الأخرى» قال:

قلت: فإنه تنبعت نفسه إلى الأولى، قال: «لا يقربها حتى تخرج تلك عن ملكه» (٢).

ففيه إشكال؛ لتضمّنه الفرق بين الأولى و الثانية بالاكْتفاء بالاعتزال

ص: ٢١٢

١- أى و لو بتيه العود. منه رحمه الله.

٢- التهذيب ١٢١٣/٢٨٨، الإستبصار ١٧٢/١٢٦، الوسائل ٤٨٢: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٩ ح ٢.

لحل الثانيه دون الأولى. إلا أن يحمل الاعتزال على الإخراج عن الملك، و لكنه حينئذ لا يقاوم ما قدمناه من الأخبار، فتدبر.

الثانيه يكره أن يعقد الحرّ على الأمه

الثانيه: يكره أن يعقد الحرّ على الأمه مطلقاً، على الأشهر بين الطائفه كما فى الشرائع و اللمعه (١)، بل عليه الإجماع فى الغنيه (٢)، و هو الأظهر فى المسأله.

لعموم الكتاب و السنّه، ك فأنكحوهنّ بإذن أهلهنّ [١] (٣) و لأمه مؤمنه خير من مشركه [٢] (٤) و قد صرح الطوسى و الطبرسى فى تفسيرهما بدلالتهما على الجواز مع الطول و السعه، و حملا الآيه الآتيه على التنزيه (٥)، و هو يرجع إلى الكراهه.

و الصحيح: يتمتع الرجل بالأمه بإذن أهلها؟ قال: «نعم، إن الله تعالى يقول فأنكحوهنّ بإذن أهلهنّ [٣]» (٦). و الآخر: عن الرجل يتمتع بأمه رجل بإذنه، قال: «نعم» (٧) و لا قائل بالفرق.

و بالكراهه ظاهر المعبره المنجبر قصور أسانيدها بالعمومات و الشهره مع أنّ فيها المرسل كالموتق: «لا ينبغي أن يتزوج الرجل الحرّ

ص: ٢١٣

١- الشرائع ٢: ٢٩١، اللمعه (الروضه البهيه ٥): ١٩٥.

٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١١.

٣- النساء: ٢٥.

٤- البقره: ٢٢١.

٥- الطوسى فى التبيان ٢: ٢١٨، الطبرسى فى مجمع البيان ١: ٣١٨.

٦- التهذيب ٧: ١١١٠/٢٥٧، الاستبصار ٣: ٥٣١/١٤٦، تفسير العياشى ١: ٨٩/٢٣٤، الوسائل ٢١: ٤٠ أبواب المتعه ب ١٥ ح ٣.

٧- التهذيب ٧: ١١١١/٢٥٧، الاستبصار ٣: ٥٣٢/١٤٦، الوسائل ٢١: ٤٠ أبواب المتعه ب ١٥ ح ٤.

المملوكه اليوم، إنما كان ذلك حيث قال الله عزّ وجلّ وَ مَنْ لَمْ يَسِدِّ تَطْعَمِ مِنْكُمْ طَوْلًا [١] (١) و الطّول: المهر، و مهر الحرّه اليوم مثل مهر الأمه أو أقلّ» (٢).

و يؤيده النهى عن تزويجها على الحرّه فى الصحاح و غيرها الآتية (٣)؛ لإشعارها بالجواز فى غير موردها من وجهين:

أحدهما: تخصيص النهى بتزويجها على الحرّه، فلو عمّ النهى لخلا التقييد ب: «على الحرّه» عن الفائدة.

و الثانى: دلالتها على جواز تزويجها و لو فى الجملة، و هو ينصرف إلى العموم حيث لا- صارف له عنه، و ما نحن فيه منه كما ستعرف.

و قيل: يحرم، إلّا أن يعدم الطّول و هو: القدره على المهر كما فهم من المرسله. و زيد: و على النفقه و لو بالقوّه (٤)؛ و لا دليل عليه، إلّا ظاهر إطلاق الطّول، و لكنّ الروايه المعبره فسّرتة بذلك.

و يخشى العنت و هو: مشقّه الترك، و فسّر بالزناء و خوف الوقوع فيه. و الظاهر أنّ خوف المشقّه الشديده و الضرر العظيم بتركه كذلك؛ للخرج و الضرر المنفيين، و أصاله عدم النقل، فتأمل.

و هذا القول محكّي عن الخلاف و المبسوط و القاضى و الإسكافى

ص: ٢١٤

١- النساء: ٢٥.

٢- الكافى ٥: ٧/٣٦٠، التهذيب ٧: ١٣٧٢/٣٣٤، الوسائل ٥: ٥٠٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤٥ ح ٥.

٣- فى ص ٢١٨.

٤- المبسوط ٤: ٢١٤، جامع المقاصد ١٢: ٣٧١، المسالك ١: ٤٨٤، الحدائق ٢٣: ٥٥٩.

و العمانى (١)؛ لظاهر مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ [١] الآية (٢)، لتعليق الجواز فيها على الشرطين.

و فيه نظر، أمّا أولاً: فلاحتمال كون الشرط مبيّناً على الغالب، فلا يكون المفهوم معتبراً.

و أمّا ثانياً: فلاحتمال كون المشروط رجحان النكاح لا- الجواز، و بتقديره فظواهر المعترضه المتقدمه تخصّيه بالخالى عن المرجوحيه، و المفاد حينئذٍ نفى الجواز المزبور عند فقد أحد الشرطين، و لا ينافى ثبوت الجواز المصاحب للمرجوحيه عند ذلك.

و بتقدير التنزل، فغاياته الظهور الضعيف دون النصّيه، التى هى المناط فى صرف العمومات و الإطلاقات القطعيه عن ظواهرها.

و دعوى ورودها فى بيان الحلّ و الحرمة (٣) محلّ مناقشه، مع أنّ المستفاد من روايه خصال الآتيه (٤) كون تحريمها من جهه السنّه لا من جهه الكتاب، كما يفهم من سياقها، حيث ذكر المحرّمات بكلّ منهما على حده، و جعل المقام من الأمور المحرّمه بالسنّه.

و بالجملة: ليست الآيه ناصه على التحريم، فلا يجسر فى تخصيص الأصول القطعيه بمثلها، مع ما فى المعترضه من الظهور التامّ فى الكراهه، و لأجلها يحمل النهى المطلق فى بعض الأخبار عليها، كالروايه: عن الرجل

ص: ٢١٥

١- الخلاف ٣١٣:٤، المبسوط ٢١٤:٤، و حكاه عن القاضى و الإسكافى و العمانى فى المختلف: ٥٦٥.

٢- النساء: ٢٥.

٣- المسالك ٤٨٤:١.

٤- فى ص ٢١٥.

يتزوج الأمة؟ قال: «لا، إلا أن يضطرَّ إلى ذلك» (١) مع قصور سنده من دون جابر؛ للشهرة على خلافه.

و أمّا الأخبار النافية للبأس عنه مع الاضطرار، كالصحيح: عن الرجل يتزوج المملوكة؟ قال: «إذا اضطرَّ إليها فلا بأس» (٢) فليس المستفاد منها إلّا ثبوت البأس عند عدمه، وهو أعمّ من الحرمة. و دعوى إرادتها منه يحتاج إلى دلاله واضحه، هي في المقام مفقوده.

نعم، لو ظهرت الحرمة من الآيه أمكن حمله عليها، جمعاً بين الأدلّه، إلّا أنك قد عرفت ما فيه من المناقشه، مع أنّها كيف كانت ليست بنفسها أدلّه، فالاستدلال بها للحرمة مجازفه.

و ليس حمل المعتره المتقدمه على التقيّه بأولى من حمل الأخيره عليها؛ لوجود القولين في العامه.

و ليس في كلام العماني: -و قد ذهب قوم من العامه إلى الجواز (٣) دلاله على اتّفاقهم كافه، بل ربما أشعر بالعدم، فتأمل.

هذا، و لكنّ الاحتياط في مثل المقام لازم لا يترك؛ للتصريح بالحرمة لكن من جهه السنّه في المرويّ في الخصال، بسنده عن إبراهيم بن عبد الرحمن، عن مولانا الكاظم عليه السلام (٤). و لضعفه بجهاله الراوى من دون جابر؛ لاشتهار خلافه لا يجوز الاعتماد عليه.

ص: ٢١٤

١- الكافي ٥: ٦/٣٦٠، الوسائل ٥٠٧: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤٥ ح ١.

٢- التهذيب ٧: ١٦٨٦/٤٢١، الوسائل ٣٤٦: ٢١ أبواب القسم و النشوز و الشقاق ب ٨ ح ١.

٣- حكاه عنه في المختلف: ٥٦٥.

٤- الخصال: ١٠/٥٣٢.

و نحوه الجواب عن المروى في تفسير العياشى، عن البنظى: قال:

سألت الرضا عليه السلام: يتمتع بالأمه بدون إذن أهلها؟ قال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ فَإِنْ كُحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ [١] (١)» (٢). و قال محمد بن صدقه البصرى: سألته عن المتعه، أ ليس هذا بمنزله الإمام؟ قال: «نعم، أما تقرأ قول الله عز و جل وَ مَنْ لَمْ يَشِدَّ يَتَطَّعْ مِنْكُمْ طَوَّلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ [٢] إلى قوله وَ لَا- مُتَّحِدَاتِ أَحْمَدَانَ [٣]؟! فكما لا- يسع الرجل أن يتزوج الأمه و هو يستطيع أن يتزوج الحره، فكذلك لا يسع الرجل أن يتمتع بالأمه و هو يستطيع أن يتزوج بالحره» (٣).

و محمد بن صدقه غال.

و القول بأنّ اشتهاى الحرمة بين متقدمى الطائفه أوضح قرينه على صحه الروايه. لا يخلو عن مناقشه؛ إذ هو حيث لا تعارضه الشهره المتأخره، و أمّا مع المعارضه بها فلا، مضافاً إلى الشكّ فى الشهره.

و لكنّ الإنصاف أنّ القول بالحرمة لا يخلو عن قوه؛ لاستفاضه نقل الشهره بين قدماء الطائفه، و هى أقوى من الشهره المتأخره؛ مع تأييده بأصاله الحرمة السابقه، و الظهور المستفاد من الآيه فى الجملة.

ثم إنّ ظاهر إطلاق عبائر الأصحاب و الآيه و صريح المسالك (٤) و الخبر الأخير عدم الفرق فى المنع على القول به بين الدائم و المنقطع.

خلافاً لبعض المتأخرين، فخصّه بالدائم (٥)؛ لتبادره من التزويج فى الأخبار المانع.

ص: ٢١٧

١- النساء: ٢٥.

٢- تفسير العياشى ١: ٨٩/٢٣٤.

٣- تفسير العياشى ١: ٩٠/٢٣٤.

٤- المسالك ١: ٤٨٤.

٥- انظر ملاذ الأخيار ١٢: ١٩٠.

و فيه: أن الأدلة على المنع غير منحصره فيها؛ إذ منها الخبر المتقدم، الصريح، المنجبر ضعفه بإطلاق الفتاوى.

و ليس فى الصحيح الدال على جواز متعه المملوكه بإذن أهلها لمن عنده حره بإذنها (1)، كالصحيح الدال على جواز تحليل الزوجه جاريتها لزوجهها (2)، دلالة على اختصاص المنع بالدائم و جواز التمتع مطلقاً، كيف لا؟! و ظاهر الأول المنع منه بدون الإذن.

مع أن فى الصحيح: عن الرجل يتزوج الأمة على الحره متعه؟ قال:

«لا» (3) فتأمل.

هذا، مع أنهم صرحوا بجوازه كالدائم بالإذن، بل حكى عليه الإجماع كما يأتى (4)، فلا - خلاف فى مضمون الخبرين، و لا دخل لهما فى محل النزاع (5).

ثم على المنع، ففى بطلان العقد، و الصحه مع حصول الإثم، قولان، و حكى الأول عن ظاهر الأكثر (6)، و الثانى عن المفيد و جماعه (7)، و هو

ص: ٢١٨

١- الكافى ٣/٤٦٣، التهذيب ٧/١١١٢/٢٥٧، الاستبصار ٣/٥٣٣/١٤٦، نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٢٠٢/٨٨، الوسائل ٢١:٤١ أبواب المتعه ب ١٦ ح ١.

٢- الفقيه ٣/١٣٧٦/٢٨٩، الوسائل ٢١:١٢٨ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٢ ح ١.

٣- التهذيب ٧/١١١٣/٢٥٧، الاستبصار ٣/٥٣٤/١٤٦، الوسائل ٢١:٤١ أبواب المتعه ب ١٦ ح ٣.

٤- فى ص ٢٢٠.

٥- و هو تزويج الأمة متعه ابتداءً من دون أن يكون على حره. منه رحمه الله.

٦- قال فى الحدائق ٢٣:٥٦٠ بعد نقل القول بصحة العقد و حصول الإثم عن المفيد و ابن البراج-: و ظاهر الباقيين البطلان.

٧- حكاه فى المسالك ١:٤٨٤، انظر المقنعه: ٥٠٦ و المهذب ٢:٢١٥.

و أما التحليل فلا يتعدى الحكم إليه؛ لعدم انصراف إطلاق الأدلّه إليه، مع أنّه في حكم ملك اليمين.

الثالثه لا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من الحرّتين، أو حرّه و أمّتين، أو أربع إماء

الثالثه: لا يجوز للعبد أن يتزوج دائماً أكثر من الحرّتين، أو حرّه و أمّتين، أو أربع إماء بإجماعنا، كما حكاه جماعة من أصحابنا (١)، و استفاض به أخبارنا.

ففى الصحيح: عن المملوك يتزوج أربع حرائر؟ قال: «لا يتزوج إلّا حرّتين إن شاء، أو أربع إماء» (٢)، و نحوه غيره (٣).

و عليه يحمل إطلاق المعتبره كالصحيحين (٤) و الموثق (٥) بأنّه:

لا يجمع المملوك من النساء أكثر من امرأتين؛ مع أنّ المتبادر منهما الحرّتان. و يحتمل الحمل على التقيّه؛ بناءً على مصير بعضهم إلى أنّه

ص: ٢١٩

١- منهم ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦١٠، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١٢: ٣٨٢، و الشهيد الثانى فى الروضه ٥: ٢٠٦، و السبزوارى فى الكفايه: ١٦٦.

٢- الكافى ١/٤٧٦: ٥، التهذيب ٧: ١٢٤٢/٢٩٦، الإستبصار ٣: ٧٧٥/٢١٣، الوسائل ٢٠: ٥٢٥: أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٨ ح ١.

٣- الكافى ٢/٤٧٧: ٥، التهذيب ٧: ١٢٣٩/٢٩٦، الوسائل ٢٠: ٥٢٦: أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٨ ح ٢.

٤- الأول فى: التهذيب ٨: ٧٥١/٢١١، الإستبصار ٣: ٧٧٣/٢١٣، الوسائل ٢١: ١١١: أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٢ ح ٥. الثانى فى: التهذيب ٧: ١٢٤٠/٢٩٦، الوسائل ٢٠: ٥٢٦: أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٨ ح ٤.

٥- التهذيب ٨: ٧٥٢/٢١١، الوسائل ٢١: ١١٢: أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٢ ح ٦.

لا يتجاوز الاثنتين مطلقاً (١).

الرابعه لا يجوز نكاح الأمه على الحرّه إلّا بإذنها

الرابعه: لا يجوز نكاح الأمه على الحرّه إلّا بإذنها بإجماعنا، حكاه جماعه من أصحابنا، كالمبسوط و السرائر و الغنيه و الروضه (٢)، و غيرهم (٣).

و الاخبار به مستفيضه، كالحسن بل الصحيح: «تزوج الحرّه على الأمه، و لا تزوج الأمه على الحرّه، و من تزوج أمه على حرّه فنكاحه باطل» (٤).

و لا فرق فيه بين الدائم و المنقطع؛ للصحيح (٥)، و فحوى المانع عن التمتع بها مع قدره على الحرّه كما مرّ (٦).

و ليس فى إطلاقها الدلاله على المنع عن التزويج بها مطلقاً و لو مع الإذن؛ لانصرافه إلى الغالب، و ليس فيه الإذن، فيقتصر فى تخصيص الأصول و العمومات القطعيه على الإباحه على القدر المتيقن من الإطلاق.

مضافاً إلى التصريح بالجواز مع الإذن فى التمتع فى الصحيح

ص: ٢٢٠

١- حكاه عن أحمد و عطاء و الحسن و غيرهم فى المغنى ٧:٤٣٧، و به قال الشافعى فى الأم ٥:٤١.

٢- المبسوط ٤:٢١٤، السرائر ٢:٥٤٥، لم نعثر عليه فى الغنيه، الروضه ٥:١٩٢.

٣- انظر التذكرة ٢:٦٤١.

٤- الكافى ٥:٢/٣٥٩، التهذيب ٧:١٤٠٨/٣٤٤، الوسائل ٥:٢٠، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٦ ح ١.

٥- الكافى ٥:٣/٤٦٣، التهذيب ٧:١١١٣/٢٥٧، الاستبصار ٣:٥٣٤/١٤٦، نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٢٠٢/٨٨، الوسائل ٢٢:٤١

أبواب المتعه ب ١٦ ح ١.

٦- فى ص ٢١٢.

المتقدم (١)، ولا قائل بالفرق، مع إشعار المروى في تفسير العياشى (٢) باتّحاده مع الدائم.

ولذا قطع الأصحاب بالجواز حينئذ، بل في التبيان و السرائر و التذكرة و المسالك الإجماع على صحّة العقد مع الإذن (٣)، وهو ظاهر في الإجماع على الحلّ، فتأمل. فلا وجه لتعميم المنع، كما يوجد في كلام بعض المتأخرين (٤).

و لو بادر فعقد عليها من دون إذن الحرّه كان العقد باطلاً. أذنت بعد ذلك أم لا، على الأظهر الأشهر، بل عليه الإجماع في المبسوط و ظاهر التبيان و السرائر (٥)؛ وهو الحجّج فيه، لا الأخبار الحاكمة به كالحسن المتقدم لعدم العموم فيها، وإنّما غايتها الإطلاق المنصرف إلى ما عرفت من الغالب، وهو عدم الإذن، ولا ريب في بطلانه حينئذ، نعم، هي صالحه للتأييد.

و يتقوى البطلان على القول بالمنع عن نكاحه الأمه مطلقاً بناءً على ما تقدّم تحقيقه في نكاح ابنتى الأخ و الأخت على العمّه و الخاله من أنّ كلّ ما فيه معصية الله سبحانه بمعنى: عدم الرخصه فيه منه تعالى فهو باطل (٦)، كما استفيد من الأخبار المشار إليها ثمّه (٧). و ما نحن فيه منه؛ بناءً على عدم الرخصه فيه؛ لا شراطها في الآيه و الأخبار بما لا وجود له في

ص: ٢٢١

١- في ص ٢١٦.

٢- تقدّم في ص ٢١٥.

٣- التبيان ١٧٠:٣، السرائر ٥٤٦:٢، التذكرة ٦٤١:٢، المسالك ٤٨٥:١.

٤- انظر الحدائق ٥٧٠:٢٣.

٥- المبسوط ٢١٥:٤، التبيان ١٧٠:٣، السرائر ٥٤٦:٢.

٦- راجع ص ١٨٥.

٧- راجع ص ١٨٥.

وقيل: كان للحرّ الخيره بين إجازته أى عقد الأمه و فسخه نسب إلى الشيخين و ابن البرّاج و سلّار و ابن حمزه (1)، و اختاره الشهيدان فى المسالك و اللمعه (2). إلحاقاً له بالفضولى؛ لعموم بعض أدلّته، و ليس مثله قياساً.

إلّا أنّه يضعّف بما قدّمناه من الأدلّه، و لولاها لكان القول به فى غايه الجوده، كما اخترناه فى نكاح ابنتى الأخ و الأخت على العمّه و الخاله.

و فى روايه سماعه عن مولانا الصادق عليه السلام: فى رجل تزوّج أمه على حرّه، فقال: «إن شاءت الحرّه أن تقيم مع الأمه أقامت، و إن شاءت ذهبت إلى أهلها» (3) و مقتضاها: أنّ الحرّه لها أن تفسخ عقد نفسها دون عقد الأمه ضدّ القول الثانى.

و أجاب عنها الماتن: بأنّ فى الروايه ضعف و ليس كذلك؛ إذ ليس فى سندها من يتوقّف فيه، إلّا سماعه، و هو موثّق، بل قيل بوثاقته (4)، و مع ذلك روى عنه الحسن بن محبوب بوساطه يحيى اللّحام الثقه، كما عن النجاشى و الخلاصه (5) و هو ممّن حكى الكشّى على صحّه رواياتهم إجماع العصابه (6)، فالسند فى غايه الاعتبار

ص: ٢٢٢

١- المفيد فى المقنعه: ٥٠٦، الطوسى فى النهايه: ٤٥٩ ابن البرّاج فى المهذب ٢: ١٨٨، الديلمى فى المراسم: ١٥٠، ابن حمزه فى الوسيه: ٢٩٤.

٢- المسالك ١: ٤٨٥، اللمعه (الروضه البهيه ٥): ١٩٢.

٣- الكافى ٤: ٣٥٩، التهذيب ٧: ١٤١٢/٣٤٥، الوسائل ٥١١: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤٧ ح ٣.

٤- انظر رجال النجاشى: ٥١٧/١٩٣.

٥- النجاشى: ١٢٠٢/٤٤٥، الخلاصه: ١٨٢.

٦- رجال الكشّى ١٠٥٠/٨٣٠: ٢.

و القوه.

و الأولى الجواب عنها بعدم معارضتها لما تقدّم من الأدلّه، و منها الأخبار المتقدّمه؛ لدلالاتها على البطلان و لو فى الجملة، إذ ظاهر الموثّقه إطلاق صحّه نكاح الأمه.

هذا، مع مخالفته الأصول المقتضيه لبقاء لزوم عقد الحرّه و حرمة و طء الأمه قبل العقد عليها، و ما هذا شأنه لا يمكن الاعتماد إليه، و إن نسب إلى المتقدّم ذكرهم فى بيان القيل.

كلّ ذا إذا تزوّج الأمه على الحرّه.

و لو انعكس الفرض ف أدخل الحرّه على الأمه جاز و لزم، مع علم الحرّه بأنّ تحتها أمه؛ إجماعاً و نصوصاً (١).

و لكن للحرّه الخيار فى فسخ عقد نفسها و إمضائه إن لم تعلم بذلك؛ إجماعاً، و للخبر الآتى.

دون عقد الأمه، على الأظهر الأشهر، بل عليه الإجماع فى الخلاف (٢)، و عدم الخلاف فى السرائر (٣)؛ لأصالة بقاء اللزوم، و اندفاع الضرر بتخيّرها فى فسخ عقد نفسها.

و للخبر: عن رجل كانت عنده امرأه وليده، فتزوّج حرّه و لم يعلمها أنّ له امرأه وليده، فقال: «إن شاءت الحرّه أقامت، و إن شاءت لم تقم» الحديث (٤)؛ لإشعاره باختصاص اختيارها بين الإقامه و عدمها بالنسبه إلى

ص: ٢٢٣

١- الوسائل ٥٠٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤٦.

٢- الخلاف ٣١٨: ٤.

٣- السرائر ٥٤٦: ٢.

٤- التهذيب ١٤١٣/٣٤٥: ٧، الوسائل ٥١١: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤٧ ح ١.

عقد نفسها لا مطلقاً.

فظهر ضعف القول المحكى عن التبيان بتخييرها في فسخ عقد الأمه أيضاً (١).

و ضعف الخبر لو كان بالشهره و الأصل منجبر، مع أنه بطريق موثق عن سماعه في البحار مروى (٢).

و لو جمع بينهما في العقد كأن زوجه رجل ابنته و أمته في عقد واحد، أو يزوجه ابنته و أمه غيره بالوكالة كذلك، أو بالعكس، أو يزوجهما منه بها كذلك صح عقد الحره و الأمه إذا علمت بها و رضيت، و مع عدمهما اختص الصحه بعقد الحره دون الأمه و ظاهر العبارة البطلان مطلقاً، وفاقاً لجماعه من الأعيان (٣).

للصحيح: عن رجل تزوج امرأه حره و أمتين مملوكتين في عقد واحد، قال: «أما الحره فنكاحها جائز، و إن كان سمى لها مهراً فهو لها؛ و أما المملوكتان فنكاحهما في عقد مع الحره باطل، يفرق بينهما» (٤).

و للنظر فيه مجال؛ لاحتمال الورود مورد الغالب، الذى لا يتحقق فيه إذن. و لعله لذا اختار شيخنا فى المسالك إلحاق عقد الأمه بالفضولى و جعله أقوى (٥)، مع تصريحه بالخبر، إلا أنه لم يُجب عنه، فلهذا ناظر إلى

ص: ٢٢٤

١- حكاه عنه فى كشف اللثام ٢:٤٢ و هو فى التبيان ٣:١٧٠.

٢- بحار الأنوار ٢٨/٣٤٣: ١٠٠.

٣- منهم الشيخ فى النهايه: ٤٥٩، القاضى فى المهذب ٢:١٨٨، الحلّى فى السرائر ٢:٥٤٧.

٤- الفقيه ٣:١٢٦٤/٢٦٦، التهذيب ٧:١٤١٤/٣٤٥، الوسائل ٢٠:٥١٢ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤٨ ح ١.

٥- المسالك ١:٤٨٥.

و زاد فى المختلف فألحق عقد الحرّ بالفضولى أيضاً؛ معللاً بأنّ العقد واحد، و هو متزلزل، و لا أولويّه (١). و ليس فى النصّ حجّه عليه؛ لأنّ غايه ما يستفاد منه صحّه عقد الحرّ، و ذلك لا ينافى التزلزل. لكن الإنصاف تبادر اللزوم منه.

و لا ريب فى البطلان على القول بالمنع مطلقاً؛ لما قدّمناه من عدم الرخصه الموجب للبطلان (٢).

الخامسه لا يحلّ العقد على ذات البعل

الخامسه: لا يحلّ العقد على ذات البعل إجماعاً.

لاستلزام تحريم التعريض بالخطبه فى العده الرجعيّه كما يأتى تحريمه بطريق أولى.

و لقوله تعالى: وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ [١] (٣) فى الحديث: «هنّ ذوات الأزواج» (٤).

إلّا بعد مفارقتة و انقضاء العده إن كانت ذات عده، رجعيّه كانت، أو بائنه، أو عده و فاه؛ بالإجماع و النصوص.

و لكن لا تحرم به مؤبداً مع الجهل و عدم الدخول إجماعاً؛ للأصل السالم عن المعارض، عدا ما سيأتى من إطلاق بعض الأخبار الآتيه (٥) المقيّد بما عداهما إجماعاً، و التفاتاً إلى عدم التحريم معهما بالعقد

ص: ٢٢٥

١- المختلف: ٥٢٩.

٢- راجع ص ٢٢٠.

٣- النساء: ٢٤.

٤- تفسير العياشى ١: ٨١/٢٣٢، الوسائل ١: ١٥١: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٤٥ ح ٩.

٥- فى ص ٢٢٥.

فى العده المستلزم لعدمه معها هنا؛ بناءً على اتحاد طريق المسألتين:

و أما مع عدم أحدهما فإشكال، و المحكى عن الأكثر العدم هنا أيضاً؛ للأصل، و اختصاص المحرم بذات العده، فلا يتعدى إليه.

و فيه: استلزامه الثبوت هنا بطريق أولى؛ لأنّ علاقه الزوجيه من علاقه الاعتداد أقوى.

و الاستشكال فيه بتوقف الأولويه على ثبوت عليّه الزوجيه، و هى غير ثابتة؛ لاحتمال اختصاص المعتده بمزيد عله اقتضت الحرمة (١). مدفوع بمخالفه الاحتمال للظاهر، مع جريانه فى كل أولويه.

هذا، مضافاً إلى إطلاق المعتبره المستفيضه، كالموتق: «التي تتزوج و لها زوج، يفرق بينهما ثم لا يتعاودان» (٢).

و الرضوى: «و من تزوج امرأه لها زوج، دخل بها أو لم يدخل بها، أو زنى بها، لم تحلّ له أبداً» (٣).

و هما و إن عمّا صورتى الجهل و العلم، إلّا أنّهما مقيدان بالثانى؛ للإجماع، و ما تقدّم، و ظاهر الصحيح: من تزوج امرأه و لها زوج و هو لا يعلم، فطلقها الأول أو مات عنها، ثم علم الآخر، أ يراجعها؟ قال:

«لا، حتى ينقضى عدتها» (٤).

و نحوه المرفوع: «إنّ الرجل إذا تزوج امرأه و علم أنّ لها زوجاً، فرّق

ص: ٢٢٦

١- نهاية المرام ١:١٦٧.

٢- التهذيب ٣٠٥/١٢٧١/٧، الوسائل ٤٤٦:٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٦ ح ١.

٣- فقه الرضا عليه السلام: ٢٤٣، المستدرک ٣٩٣:١٤، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٦ ح ١.

٤- التهذيب ٤٧٧/١٩١٥/٧، الإستبصار ١٨٨/٦٨٤/٣، الوسائل ٤٤٦:٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٦ ح ٣؛ بتفاوت يسير.

بينهما و لم تحلّ له أبداً» (١) بناءً على ظهور كون قوله عليه السلام: «و علم» إلى آخره، جزء الشرط، المستلزم فقداه عدم التحريم.

وهما وإن عمّا بحسب المفهوم فى الحّل مع الجهل صورتى الدخول و عدمه، إلّا أنّه خصّ منه الأول؛ للموثق: فى امرأه فقدت زوجها أو نعى إليها، فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال: «تعتدّ منهما جميعاً ثلاثه أشهر عدّه واحده، و ليس للآخر أن يتزوجها أبداً» (٢).

و نحوه خبر آخر، بزياده قوله: «و لها المهر بما استحلّ من فرجها» (٣).

و أمّا مع عدمهما و هو صورته العلم و الدخول فلا خلاف فى التحريم المؤبّد، و إليه أشار بقوله:

نعم، لو زنى بها حرمت، و كذا لو زنى بها فى العدّه الرجعيّه خلاف يعرف، كما صرح به جماعه (٤)، بل عليه الإجماع منّا فى الانتصار و الغنيه، و عن الحلّى و فخر المحقّقين (٥).

للرضوى الصريح فيه كما مرّ، و فى موضع آخر منه أيضاً: «و من زنى بذات بعل، محصناً كان أو غير محصن، ثم طلقها زوجها أو مات عنها،

ص: ٢٢٧

١- الكافي ١١/٤٢٩: ٥، التهذيب ٧: ١٢٧٠/٣٠٥، الوسائل ٢٠: ٤٤٦، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٦ ح ١٠.

٢- التهذيب ٧: ١٢٧٩/٣٠٨، الإستبصار ٣: ٦٨٢/١٨٨، الوسائل ٢٠: ٤٤٦، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٦ ح ٢.

٣- الفقيه ٣: ١٦٩٨/٣٥٥، التهذيب ٧: ١٩٦١/٤٨٨، الإستبصار ٣: ٦٨٨/١٩٠، الوسائل ٢٠: ٤٤٧، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٦ ح ٦.

٤- منهم الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٢: ٢٤٤ و صاحب الحقائق ٢٣: ٥٨٠.

٥- الانتصار: ١٠٧ لم نعر عليه فى الغنيه، الحلّى فى السرائر ٢: ٥٢٥، راجع إيضاح الفوائد ٣: ٧١.

و أراد الذى زنى بها أن يتزوجها، لم تحلّ له أبداً» (١).

و عن بعض متأخرى الأصحاب أنه قال: روى: أنّ من زنى بامرأه لها بعل أو فى عدّه رجعيه، حرمت عليه و لم تحلّ له أبداً (٢).

و هو ينادى بوجود الروايه فيه بخصوصه، كما هو ظاهر الانتصار (٣) و جماعه من الأصحاب (٤).

هذا، مضافاً إلى جريان ما تقدّم من الأدلّه هنا، بل بطريق أولى، فلا- وجه لتردّد بعض من تأخّر تبعاً للماتن فى الشرائع (٥) فى المسأله (٦).

و لا يلحق به الزناء بذات العدّه البائنه و عدّه الوفاه، و لا بذات البعل:

الموطوءه بشبهه، و لا الموطوءه بالملك؛ للأصل فى غير موضع الوفاق، مع عدم الصارف عنه فى المذكورات؛ لاختصاصه بغيرهن (٧).

و فيه نظر؛ لجريان بعض ما تقدّم هنا، كالأولويه الواضحه الدلاله فى ذات العدّد المزبور (٨)؛ بناءً على ما يأتى من حصول التحريم بالعقد عليها فيها.

ص: ٢٢٨

١- فقه الرضا عليه السلام: ٢٧٨، المستدرک ١٤: ٣٨٧ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١١ ح ٨.

٢- لم نعثر عليه.

٣- الانتصار: ١٠٧.

٤- جامع المقاصد ١٢: ٣١٤، السبزواری فى الكفايه: ١٦٦.

٥- الشرائع ٢: ٢٩٢.

٦- كالعلمه فى القواعد ٢: ١٥.

٧- و إلى ما ذكرنا يشير كلام الفاضل فى التحرير (٢: ١٤) فإنه قال: و لو زنى بذات عدّه بائنه ذو عدّه وفاه، فالوجه أنه لا تحرم عليه؛ عملاً بالأصل. و ليس لأصحابنا فى ذلك نصّ، و على ما قلناه من التنبیه يحتمل التحريم مع العلم؛ لأننا قد بينا ثبوته مع العقد، فمع التجرد عنه أولى، و هو الأقرب، انتهى. و هو كما ترى نصّ فيما ذكرناه، و مع ذلك فقد اختاره أيضاً. منه رحمه الله.

٨- أى الوفاه و البائن و وطء الشبهه. منه رحمه الله.

السادسه: من تزوج امرأه دائماً أو منقطعاً في عدتها بائنه كانت أو رجعيه، أو عدّه وفاه، أو عدّه شبهه، فيما قطع به الأصحاب؛ لإطلاق الأدله جاهلاً بالعدّه، أو التحريم، أو بهما معاً؛ للصحيح الآتي وغيره (١). فالفقد فاسد بالضروره، وصرّحت به بعض الأخبار الآتية.

و لكن لا- تحرم عليه إلما فيما لو دخل بها قبلاً كان أو دبراً، في العدّه أم خارجها؛ لإطلاق الأخبار كالنصوص، وربما اشترط في الدخول وقوعه في العدّه، وهو ضعيف في الجملة، فإنها حينئذٍ حرمت عليه مؤبداً إجماعاً فيهما.

للمعتبره، منها الصحيح: «إذا تزوج الرجل المرأه في عدتها و دخل بها، لم تحلّ له أبداً، عالماً كان أو جاهلاً، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل و لم تحلّ للآخر» (٢).

و الصحيح: عن الرجل يتزوج المرأه في عدتها بجهاله، أ هي ممّا لا تحلّ له أبداً؟ فقال: «لا، أمّا إذا كان بجهاله فليتزوّجها بعد ما تنقضى عدتها، و قد يُعذر الناس في الجهاله بما هو أعظم من ذلك» فقلت: بأى الجهالتين أعذر: بجهالته أنّ ذلك محرّم عليه؟ أم بجهالته أنّها في عدّه؟ فقال: «إحدى الجهالتين أهون من الأخرى، الجهاله بأنّ الله تعالى حرّم ذلك عليه، و ذلك أنّه لا يقدر على الاحتياط معها» فقلت: فهو في الأخرى معذور؟ قال: «نعم، إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوّجها» فقلت:

فإن كان أحدهما متعمداً و الآخر بجهاله؟ فقال: «الذى تعمّد لا يحلّ له أن

ص: ٢٢٩

١- انظر الوسائل ٢٠: ٤٤٩ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٧.

٢- الكافي ٥: ٢/٤٢٦، التهذيب ٧: ١٢٧٦/٣٠٧، الإستبصار ٣: ٦٧٩/١٨٧، الوسائل ٢٠: ٤٥٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٧ ح ٢.

يرجع إلى صاحبه أبدأ» (١).

و إطلاقه الحلّ مع الجهالة مقيّد بعدم الدخول، كما استفيد من سابقه.

و لحق به الولد مع الإمكان بلا إشكال؛ لأنه وطء شبهه يلحق به النسب، مع إمكان كونه منه بأن تأتي به لأقلّ الحمل فما زاد إلى أقصاه من حين الوطء.

و به صرح في الخبر: في المرأة تزوّج في عدّتها، قال: «يفرّق بينهما، و تعتدّ عدّه واحده منهما جميعاً، فإن جاءت بولد لستّه أشهر أو أكثر فهو للأخير، و إن جاءت بولد لأقلّ من ستّه أشهر فهو للأول» (٢).

و لها المهر إن جهلت بوطء الشبهه الموجب له.

و للخبرين (٣)، أحدهما الموثّق: عن رجل تزوّج امرأة في عدّتها، قال: «يفرّق بينهما، فإن كان دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها، و يفرّق بينهما، و لا- تحلّ له أبدأ، و إن لم يكن دخل بها فلا شيء لها من مهرها». و هو كفتوى الأصحاب صريح في اشتراط الدخول في استحقاق المهر، و في روايه: عدم الاشتراط و استحقاقها النصف (٤)، و هو شاذّ لا يُعبأ به.

ص: ٢٣٠

-
- ١- الكافي ٣/٤٢٧، التهذيب ٥/٣٠٦، الإستبصار ٧/١٢٧٤، الوسائل ٣/٦٧٦، الوسائل ٢٠/٤٥٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧ ح ٤.
 - ٢- الفقيه ٣/١٤٤١، التهذيب ٧/١٢٨٣، الوسائل ٣/٤٥٤ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧ ح ١٤.
 - ٣- الأوّل في: الكافي ٥/٦٤٢٧، التهذيب ٧/١٢٨١، الوسائل ٢٠/٤٥٢ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧ ح ٧. الثاني في: الكافي ٥/٩٤٢٨، الوسائل ٢٠/٤٥٢ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧ ح ٨.
 - ٤- نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ١٠٨/٢٦٧، الوسائل ٢٠/٤٥٦ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٧ ح ٢١.

و هل المراد به المسمى، أم المثل؟ قولان، أقواهما: الثاني؛ لتوقف الأول على صحه العقد المنفیه هنا، فتعين المثل؛ لأنه عوض البضع. و ربما كان في الموثق المتقدم إشعاراً بالأول، فتأمل.

و يجب عليها أن تُتمّ العده للأول، و تستأنف عده أخرى للثاني في قول مشهور، بل عليه الوفاق كما عن بعض الأصحاب (١).
لتعدّد السبب، المقتضى لتعدّد المسبّب.

و للمعتبره المستفيضه، منها الموثق: المرأه الحبلی يتوفى عنها زوجها، فتضع و تزوج قبل أن تعتدّ أربعة أشهر و عشرًا، فقال: «إن كان الذى يتزوجها دخل بها فزق بينهما، و لم تحلّ له أبداً، و اعتدّت بما بقى عليها من عده الأول، و استقبلت عده اخرى من الآخر ثلاثه قروء، و إن لم يكن دخل بها، فزق بينهما، و أتمّت ما بقى من عدتها، و هو خاطب من الخطاب» (٢).

و نحوه الموثق الآخر (٣)، و الحسن (٤)، و ما يقرب من الصحيح المروى في كتاب على بن جعفر (٥).

ص: ٢٣١

-
- ١- قال صاحب المدارك في نهاية المرام ١:١٧١ بعد نسبه هذا القول إلى الأكثر: قيل: يجزئ عده واحده.. و لم نعرف قائله.
 - ٢- الكافي ٥:٤٢٧/٥، التهذيب ٧:١٢٧٧/٣٠٧، الإستبصار ٣:٦٨٠/١٨٧، الوسائل ٢٠:٤٥٠، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٧ ح ٢.
 - ٣- الكافي ٥:٨/٤٢٨، الوسائل ٢٠:٤٥٢، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٧ ح ٩.
 - ٤- الكافي ٥:٤/٤٢٧، التهذيب ٧:١٢٧٣/٣٠٦، الإستبصار ٣:٦٧٥/١٨٦، الوسائل ٢٠:٤٥١، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٧ ح ٦.
 - ٥- قرب الإسناد: ٩٨٦/٢٤٩، الوسائل ٢٠:٤٥٦، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٧ ح ٢٠.

وقيل: و هو الإسكافي كما حكى (١) تجزئ عدّه واحده منهما.

للمعتبره، منها الصحيح: في امرأه تزوّجت قبل أن تنقضى عدّتها، قال: «يفرّق بينهما، وتعدّ عدّه واحده منهما جميعاً» (٢).

و حملها على عدم الدخول بها بعيداً عن سياقها، كحملها على صورته الدخول و العلم؛ بناءً على أنه لا عدّه للزنا. و يمكن الحمل على الوحده في المقدار، لا الاكتفاء بالواحد.

و لو لا الشهره المرجّحه لُحِمّت الأخبار المتقدّمه على التقيّه؛ للخبرين:

في أحدهما: قال زرارته: و ذلك أنّ الناس قالوا: تعدّ عدّتين، من كلّ واحد عدّه، فأبى ذلك أبو جعفر عليه السلام و قال: «تعدّ ثلاثه قروء و تحلّ للرجال» (٣).

و في الثاني: في امرأه نعى إليها زوجها، فتروّجت، ثم قدم الزوج الأول فطلّقها، و طلقها الآخر، قال: فقال: إبراهيم النخعي: عليها أن تعدّ عدّتين، فحملها زرارته إلى أبي جعفر عليه السلام، فقال: «عليها عدّه واحده» (٤).

و لكنّهما ضعيفان؛ لوجود موسى بن بكر في الأول، و الإرسال مع القطع في الثاني.

ص: ٢٣٢

١- حكاه عنه في المختلف: ٦١٩، و المهدب البارع ٢٨٥: ٣.

٢- التهذيب ١٢٧٨/٣٠٨، الإستبصار ١٨٨/٦٨١، الوسائل ٤٥٣: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٧ ح ١١.

٣- الكافي ١/١٥٠، الفقيه ١/٣٥٦، التهذيب ٧/١٩٦٣، الوسائل ٤٤٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٦ ح ٧؛ بتفاوت يسير.

٤- الكافي ٦/١٥١، الوسائل ٢٥٤: ٢٢ أبواب العدد ب ٣٨ ح ٢.

و لا ريب أن الأول أحوط، بل ربما حُمِلَ الأخبار الأخيره على التقيّه.

و لو كان فى تزويجها عالماً بالأمرين معاً حرمت عليه ب مجرد العقد و لو خلا عن الدخول إجماعاً و نصوصاً، منها:

الصحيحان المتقدمان (١) و غيرهما (٢).

و لا يلحق به الولد؛ إذ لا حرمة لمائه.

و ليس لها مهر مع علمها مطلقاً (٣)، و إلّا فلها المثل مع الدخول؛ لما مرّ.

و فى إلحاق مدّه الاستبراء بالعدّه، فتحرّم بوطنها فيها، و جهان، أجودهما: العدم؛ للأصل، و عدم تبادلها من العدّه المطلقه فى الأخبار.

و كذا الوجهان فى العقد عليها مع الوفاة المجهوله ظاهراً للمرأة خاصّه قبل العدّه، مع وقوعه بعد الوفاة فى نفس الأمر، أو الدخول مع الجهل.

قيل: و الأقوى عدم التحريم؛ لانتفاء المقتضى له و هو كونها معتدّه، أو مزوّجه سواء كانت المدّه المتخلّله بين الوفاة و العدّه بقدرها، أم أزيد، أم أنقص، و سواء وقع العقد أو الدخول فى المدّه الزائده عنها، أم لا؛ لأنّ العدّه إنّما تكون بعد العلم بالوفاة أو ما فى معناه، و إن طال الزمان (٤).

و فيه مناقشه؛ لأنّه لو تزوّجها بعد هذا الزمان فى زمان العدّه لاقتضى التحريم البتّه، ففيه أولى؛ لأنّه أقرب إلى زمان الزوجيّة.

و المناقشه فى هذه الأولويّه كما فى سابقتها ممنوعه، فالتحريم لا يخلو عن قوّه، مع أنّه أحوط البتّه.

ص: ٢٣٣

١- فى ص ٢٢٧ ٢٢٨.

٢- انظر الوسائل ٤٤٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٧.

٣- أى دخل بها أم لم يدخل. منه رحمه الله.

٤- قال به الشهيد الثانى فى الروضه البهيّه ١٩٩: ٥.

و لو تزوّج حال كونه مُحَرِّماً بفرض أو نفل، بحجّ أو عمره، بعد إفساده أو قبله، له أو لغيره عالماً بالحرمة حرمت المعقود عليها أبداً مطلقاً و إن لم يدخل بها، إجماعاً كما فى المسالك، و عن الانتصار و الخلاف و الغنيه و المنتهى و التذكرة (١).

لإطلاق الخبرين (٢) أحدهما موثق: «إنّ المحرم إذا تزوّج و هو محرم فرّق بينهما، ثم لا يتعاودان أبداً» و خصوص المفصّل الآتى، المقيّد به إطلاقهما.

و لو كان جاهلاً بها فسد العقد، إجماعاً؛ للصحاح المستفيضة:

فى أحدها: عن محرم تزوّج، قال: «نكاحه باطل» (٣).

و فى آخر: «ليس للمحرم أن يتزوّج [و لا يزوّج]، فإن تزوّج أو زوّج مُحللاً فتزويجه باطل» (٤).

و لكن لم تحرم عليه مطلقاً و لو دخل بها، على الأشهر

ص: ٢٣٤

-
- ١- المسالك ١:٤٨٧، الانتصار: ٩٧، الخلاف ٢:٣١٧، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٧٥، المنتهى ٢:٨٠٨، التذكرة ١:٣٤٢.
 - ٢- الأول فى: الكافى ٤:٣/٣٧٢، التهذيب ٥:١١٣٣/٣٢٩، الوسائل ١٢:٤٣٩، أبواب تروك الإحرام ب ١٥ ح ١. الثانى فى: التهذيب ٥:١١٣٢/٣٢٩، الوسائل ١٢:٤٤٠، أبواب تروك الإحرام ب ١٥ ح ٢.
 - ٣- التهذيب ٥:١١٢٩/٣٢٨، الإستبصار ٢:٦٤٨/١٩٣، الوسائل ١٢:٤٣٧، أبواب تروك الإحرام ب ١٤ ح ٣.
 - ٤- الفقيه ٢:١٠٩٦/٢٣٠، التهذيب ٥:١١٢٨/٣٢٨، الإستبصار ٢:٦٤٧/١٩٣، الوسائل ١٢:٤٣٦، أبواب تروك الإحرام ب ١٤ ح ١؛ و ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

الأظهر، بل عليه الإجماع في التذكرة و المنتهى (١).

للأصل، و مفهوم الخبر: «و المحرم إذا تزوّج و هو يعلم أنه حرام عليه لا تحلّ له أبداً» (٢).

و ليس في سنده سوى المثني، و قد روى عنه ابن أبي نصر، و هو ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، فلا ضير في اشتراكه.

مضافاً إلى اعتضاده بالأصل، و الشهره، و الإجماعات المنقوله، و نحوها من الروايه المرويّه عن الحسين بن سعيد في كتابه.

خلافاً للمحكّي عن المقنع و سلّار، فحكما بالتحريم هنا أيضاً مطلقاً (٣)؛ لإطلاق الخبرين المتقدمين، و هما مع قصور سنديهما مقيدان بالخبرين المفضلين.

و للخلاف و الكافي و الغنيه و السرائر و الوسيله و الإيضاح، فحرّموها مع الدخول هنا (٤) لا مطلقاً (٥)؛ و مستنده غير واضح، سوى الإلحاق بذات العده، و هو قياس لا نقول به؛ و دعوى الإجماع عليه في الخلاف بمصير الأكثر، و دعوى الإجماع على الخلاف موهونه.

ثم المعتبر في العقد المحرّم صحته لولا الإجماع، فلا عبره بالفاسد؛ للأصل، و انصراف إطلاق الأدله إلى الأول.

ص: ٢٣٥

١- التذكرة ٣٤٣:١، المنتهى ٨٠٩:٢.

٢- الكافي ١/٤٢٦، التهذيب ٧:١٢٧٢/٣٠٥، الإستبصار ٣:٦٧٤/١٨٥، الوسائل ٢٠:٤٩١ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣١ ح ١.

٣- المقنع: ١٠٩، سلّار في المراسم: ١٤٩.

٤- أي في صورته الجهل. منه رحمه الله.

٥- الخلاف ٢:٣١٧، الكافي في الفقه: ٢٨٦، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٧٥، السرائر ١:٥٤٧، الوسيله: ٢٩٣، الإيضاح ٣:٧٣.

خلافاً للمحكّي عن التحرير، فاعتبره مع اعتقاد صحّته (١)؛ و مستنده غير واضح.

و لو انعكس فرض المسأله، فتزوّج المُحلّ المحرمه، فالأصل الإباحه، و لا معارض لها من الأدله، و هو المشهور بين الطائفه.

و ربما حكى القول بالحرمة عن الخلاف، مدّعياً فيه الوفاق؛ مستدلاً به، و بالاحتياط، و الأخبار (٢). و لم نقف عليها، و دعوى الوفاق غير واضحه، و الاحتياط ليس بحجّه.

و لا تحرم الزوجه بوطنها فى الإحرام مطلقاً إجماعاً؛ للأصل، و لا معارض؛ مع أنّ الحرام لا يُفسد الحلال كما فى المستفيضه (٣).

السابعه من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه أم الغلام و بنته و أخته

السابعه: من لاط بغلام أو رجل فأوقبه و لو يادخال بعض الحشفه؛ لصدق الإيقاب عليه، مع تأمل فى انصرافه إليه، إلّا أنّ الاتفاق فى الظاهر واقع عليه حرمت عليه أم الغلام و الرجل و إن علت و بنته و إن نزلت، من ذكر و أنثى، من النسب اتفاقاً، و من الرضاع على الأقوى.

و مستند تحريم العاليات و السافلات هو الاتفاق كما فى المسالك (٤)، مضافاً إلى الاستقراء.

و أخته دون بناتها اتفاقاً؛ لعدم صدق الاسم عليها.

و أصل الحكم مقطوع به فى كلام الأصحاب، مدّعى عليه الإجماع فى كلام جماعه منهم، كالإنتصار و الخلاف و الغنيه و التذكرة و المسالك و شرح

ص: ٢٣٦

١- التحرير ١٤: ٢.

٢- الخلاف ٣٢٢: ٤.

٣- انظر الوسائل ٤٣٠، ٤٢٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٩، ٨.

٤- المسالك ٤٨٧: ١.

الكتاب للسيد (١) وغيرهم (٢).

و عليه دلت المعتبره.

ففى المرسل كالصحيح: فى الرجل يعبث بالغلام، قال: «إذا أوقب حرمت عليه أخته و ابنته» (٣).

و نحوه المرسل كالحسن، بل الصحيح (٤)، و الضعيف المنجبر بالعمل فى الأخت خاصه (٥).

و فى الموثق فى رجل لعب بغلام، هل تحل له أمه؟ قال: «إن كان ثقب فلا» (٦).

و ليس فى سنده سوى الحسن بن فضال، و هو موثق، و إبراهيم بن عمر، و هو ثقة على الأظهر، و تضعيف ابن الغضائرى له (٧) ضعيفٌ معارضٌ بتوثيق النجاشى له (٨)، المقدم عليه عند التعارض، مع أنه روى هنا حماد ابن عيسى، و هو ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه فلا وجه لتضعيف الخبر.

و هذه الأخبار كما ترى نصٌ فى بلوغ الواطى؛ للفظ: «الرجل»

ص: ٢٣٧

١- الانتصار: ١٠٧، الخلاف ٤: ٣٠٨، لم نعثر عليه فى الغنيه، التذكرة ٢: ٦٣٣، المسالك ١: ٤٨٧، نهاية المرام ١: ١٧٣.

٢- انظر مفاتيح الشرائع ٢: ٢٤٢، و الحدائق ٢٣: ٤٤٢.

٣- التهذيب ٧: ١٢٨٦/٣١٠، الوسائل ٢٠: ٤٤٥ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٥ ح ٦.

٤- الكافي ٥: ٢/٤١٧، الوسائل ٢٠: ٤٤٤ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٥ ح ١.

٥- الكافي ٥: ١/٤١٧، الوسائل ٢٠: ٤٤٥ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٥ ح ٤.

٦- التهذيب ٧: ١٢٨٧/٣١٠، الوسائل ٢٠: ٤٤٥ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ١٥ ح ٧.

٧- رجال العلامة: ١٥/٦.

٨- النجاشى: ٢٠/٢٦.

مضافاً إلى أنه الأغلب فيه و المتبادر، كتبادر حياه المفعول و غلبتها، فيقتصر في الخروج عن الأصل المقتضى للإباحه على القدر المتبادر منها، فلا وجه لإلحاق الواطئ الصغير و الموطوء الميِّت بالبالغ و الحي. نعم، الأحوط ذلك.

قيل (١): و إنما تحرم المذكورات مع سبق الوطاء على العقد عليهن، فلو انعكس لم تحرم؛ للأصل، و عموم: «إنَّ الحرام لا يحرم الحلال» (٢) فيحمل إطلاق الأخبار عليه، مع تبادره منه دون غيره.

نعم، في المرسل كالحسن، بل كالصحيح على الصحيح: في رجل يأتي أخا امرأته، فقال: «إذا أوقبه حرمت عليه» (٣).

لكنه لا يعارض الأصل المتفق عليه، فيحمل بما يؤول إليه.

لكن عن ابن سعيد في الجامع: انفساخ نكاح المرأه بالإيقاب (٤).

و هو ظاهر في عموم التحريم، كإطلاق المتن، و المقنعه (٥)، و جماعه (٦)، و صريح النهايه، قال: و من فجر بـغلام فأوقب، حرم عليه العقد على امه و أخته و بنته على جميع الأحوال (٧).

و عن الإسكافي: التصريح بالتحريم هنا بعد العقد قبل الوطاء.

ص: ٢٣٨

١- قال به الشهيد الثاني في الروضه ٢٠٣: ٥.

٢- المتقدم في ص ٢٣٦.

٣- الكافي ٤/٤١٨، الوسائل ٤٤٤: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٥ ح ٢.

٤- الجامع للشرائع: ٤٢٨.

٥- المقنعه: ٥٠١.

٦- منهم العلامه في القواعد ١٥: ٢، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٣١٧: ١٢، و الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٨٧: ٣.

٧- النهايه: ٤٥٣.

فالمسأله محلّ إشكال؛ لظاهر الخبر المعتر سنداً، المعترض بإطلاق الأخبار المتقدمه جداً؛ للتأمل في عدم تبادل المقام منه، و يتوجه حينئذٍ تخصيص الأصل و العموم بهما، مع تخصيصهما بهما في الجملة إجماعاً، فالاحتياط فيه لازم.

و على عدم التحريم، قيل: الظاهر عدم الفرق بين مفارقه من سبق عقدها بعد الفعل و عدمه، فيجوز له تجديد نكاحها بعده، مع احتمال عدمه؛ لصدق سبق الفعل بالنسبه إلى العقد الجديد (١). انتهى.

و الاحتمال قوى، يساعده الإطلاقات المخصّص بها الأصل و العموم المتقدم، فوجه الظهور غير واضح، إلّا ما ربما يتوهم من عدم تبادل مثله من الإطلاق، و فيه نظر.

ثم إنّه لا يحرم على المفعول بسببه شيء عندنا؛ للأصل، و العموم المتقدم (٢)، و ظهور عدم شمول النصوص له.

و حكى الشيخ عن بعض الأصحاب تعدى التحريم إليه أيضاً (٣)؛ و لعلّه لاحتمال الضمير لكلّ من الفاعل و المفعول، و لذا كان التجنب أحوط، و إن كان في تعينه نظر؛ لضعف الاحتمال، و دعوى الإجماع على العدم في صريح التذكرة و ظاهر الروضه (٤).

ص: ٢٣٩

١- قال به الشهيد الثاني في الروضه ٢٠٣: ٥.

٢- أى عموم قولهم: «إنّ الحرام لا يحرم الحلال» منه رحمه الله.

٣- لم نعثر عليه، نعم حكى السيد صاحب المدارك عن بعض الأصحاب في نهاية المرام ١٧٣: ١.

٤- التذكرة ٦٣٣: ٢، الروضه ٢٠٤: ٥.

السبب الرابع من أسباب التحريم استيفاء العدد عدد الزوجات، و عدد الطلاق.

أما الأول: ف إذا استكمل الحرّ أربعاً: من النسوة بالغبطه أى الدوام، من قولهم: أغبَطْتُ عليه الحمى، أى دامت، و أغبَطْتُ السماء: إذا دام مطرها- حرم عليه ما زاد عليهن، إجماعاً من المسلمين كافة، كما حكاه جماعة (١).

لنصوص المستفيضة، بل المتواتره الآتى بعضها. فى الصحيح:

«لا يجمع ماءه فى خمس» (٢).

و فى الحسن: فى رجل تزوج خمساً فى عقد واحد، قال: «يخلى سبيل أيهنّ شاء، و يمسك الأربع» (٣).

و فى العيون فيما كتبه مولانا الرضا عليه السلام إلى المأمون-: «لا يجوز الجمع بين أكثر من أربع حرائر» (٤)، و روى فى الخصال عن الأعمش، عن مولانا الصادق عليه السلام مثله (٥)، و روى فى تحف العقول مرسلأ (٦).

و فى المروى فى تفسير العياشى، عن منصور بن حازم، عنه عليه السلام

ص: ٢٤٠

١- منهم العلامة فى التذكرة ٢: ٦٣٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٤٨٨، و صاحب الحقائق ٢٣: ٦١٧.

٢- الكافى ١/ ٤٢٩، التهذيب ٧: ١٢٣٣/ ٢٩٤، الوسائل ٥: ٥١٨، أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٢ ح ١.

٣- الكافى ٥: ٤٣٠، الفقيه ٥: ٢٦٥/ ١٢٦٠، التهذيب ٧: ١٢٣٧/ ٢٩٥، الوسائل ٥: ٥٢٢، أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٤ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٤- عيون الأخبار ٢: ١/ ١٢٠، الوسائل ٥: ٥١٨، أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٢ ح ٣.

٥- الخصال: ٩/ ٦٠٣.

٦- تحف العقول: ٣١٤.

«لا يحلّ لماء الرجل أن يجرى في أكثر من أربعة أرحام من الحرائر» (١)، و نحوه مرسلًا في مجمع البيان (٢).

مضافاً إلى الآية الكرّيمه (٣)؛ بناءً على كون الواو فيها بمعنى: «أو» هنا؛ بإجماع الأئمة، وهو القرينه على استفاده تحريم ما زاد على الأربع منها، وإلا ففى دلالتها على المنع بنفسها مناقشه.

هذا فى الحرائر.

و أما غيرهن ف يحرم عليه من الإماء ما زاد على اثنتين مطلقاً، كنّ معهما حرائر أم لا، بإجماعنا، حكاها جماعه من أصحابنا (٤).

للصحيح: عن رجل له امرأه نصرانيه، له أن يتزوج عليها يهوديّة؟ فقال: «إنّ أهل الكتاب مماليك للإمام، و ذلك موسّع منّا عليكم خاصّه، فلا بأس أن يتزوج» قلت: فإنّه يتزوج عليها أمه، قال: «لا يصلح أن يتزوج ثلاث إماء» الخبر (٥).

و فى دلالته على التحريم نظرٌ لولا الإجماع.

و تُحسبان من الأربع، فتحلّ له معهما حرّتان خاصّه، أو ثلاث مع

ص: ٢٤١

١- تفسير العياشى ١: ٢١٨، الوسائل ٥١٩: ٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٢ ح ٤.

٢- مجمع البيان ٢: ٦، الوسائل ٥١٨: ٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ١ ح ٣.

٣- النساء: ٣.

٤- منهم ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١٠، و الفيض الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ٢: ٢٤٦، و البحرانى فى الحدائق ٢٣: ٦١٩.

٥- الكافى ٥: ١١/٣٥٨، التهذيب ٧: ١٧٩٧/٤٤٩، الوسائل ٢٠: ٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٢ ح ٢ بتفاوت.

إحداهما دونهما، و ظاهرهم الإجماع عليه؛ و لعلّه لإطلاق المانع عن الزائد على الأربع من الكتاب و السنّه. و تقييدها في بعضها بالحرائر مع وروده مورد الغالب إنّما هو بالإضافه إلى ملك اليمين لا مطلقاً.

و إذا استكمل العبد حرّتين، أو أربعاً من الإمام خاصّه، أو حرّه و أمّتين حرم عليه ما زاد على ذلك مطلقاً (١)؛ بإجماعنا و أخبارنا كما مرّ.

قيل: و المُعتق بعضه كالحرّ في حقّ الإمام فلا يتجاوز اثنتين و كالعبد في حقّ الحرائر فلا يتجاوز حرّتين كما أنّ المُعتق بعضها كالحرّه في حقّ العبد فلا ينكح أكثر من اثنتين و كالأمه في حقّ الحرّ، فلا يتجاوزهما (٢).

و لعلّ ذلك تغليّباً للحرمة، كما يستفاد من بعض المعتمده: «ما اجتمع الحلال و الحرام إلّا و قد غلب الحرام الحلال» (٣) فتأمل.

و لكلّ منهما أن يضيف إلى ذلك تزويج النسوة و وطأهنّ بالعقد المنقطع و ملك اليمين ما شاء إجماعاً و نصّاً، كتاباً (٤) و سنّه (٥)، في الثاني. إلّا أنّه في العبد مبنّى على القول بتملكه، أو جواز تحليل السيّد له إماءه؛ و في المعتمده دلالة على جواز وطئه لإماء سيّده بإذنه.

ففي الصحيح: عن المملوك كم تحلّ له من النساء؟ فقال: «لا تحلّ له

ص: ٢٤٢

١- أي من الإمام و الحرائر. منه رحمه الله.

٢- قال به الشهيد الثاني في الروضة ٢٠٦: ٥.

٣- غوالي اللئلي ١٧/٤٦٦: ٣، سنن البيهقي ١٦٩: ٧.

٤- النساء: ٢٤.

٥- الوسائل ٥٢٧: ٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٩.

إِلَّا اثنتان، و يتسرى (١) ما شاء إذا أذن له مولاه» (٢).

و نحوه فى الخبرين (٣)، فى أحدهما: «لا بأس أن يأذن له مولاه، فيتسرى من ماله إن كان له مال جارياً أو جوارى يطأهن، و رقيقه له حلال». و سنده معتبر؛ لوجود صفوان فيه، فلا يضّر جهاله راويه.

و على الأظهر الأشهر فى الأوّل، بل عليه الإجماع عن الانتصار و الطبريات و السرائر (٤)، و فى التذكرة: إنه قول كل من أباح نكاح التمتع (٥)؛ و النصوص به مع ذلك و عموم الآية (٦) مستفيضه.

ففى الصحيح: عن المتعه أ هى من الأربع؟ فقال:

«لا» (٧). و فى آخرين: «هى بمنزلة الإمام» (٨) كما فى أحدهما.

ص: ٢٤٣

١- قال ابن منظور فى لسان العرب (٣:٣٥٨): «و قال بعضهم: استسّر الرجل جاريتيه بمعنى تسراها، أى اتخذها سرّيه. و السرّيه: الأمه التى بوأتها بيتاً، و هى فُعْلِيَّه، منسوبه إلى السرّ، و هو الجماع و الإخفاء.

٢- التهذيب ١١/٧٤٩، الإستبصار ١٣/٧٧١، الوسائل ٢٨:٥٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٩ ح ٤.

٣- الأوّل فى: التهذيب ١١/٧٥٥، الإستبصار ١٤/٧٧٨، الوسائل ١٢:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٢ ح ٨؛ بتفاوت يسير. الثانى فى: الكافى ٢/٤٧٧، الوسائل ٢٧:٥٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٩ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٤- الانتصار: ١٢٥، السرائر ٣٩:٥٣٩.

٥- التذكرة ٣٩:٦٣٩.

٦- النساء: ٢٤.

٧- الكافى ١/٤٥١، التهذيب ٨/١١١٧، الإستبصار ١٤/٥٣٥، قرب الإسناد: ٢١، الوسائل ١٨:٢١ أبواب المتعه ب ٤ ح ١.

٨- الكافى ١/٤٥١، الوسائل ١٩:٢١ أبواب المتعه ب ٤ ح ٦؛ بتفاوت يسير.

و فى الثانى: ما يحلّ من المتعه؟ قال: «كم شئت» (١).

و فى الخبر: عن المتعه أ هى من الأربع؟ قال: «لا، ولا من السبعين» (٢) و فى آخر: «تزوج منهنّ ألفاً، فإنهنّ مستأجرات» (٣).

و عللّ فى بعضها ب: «أنها لا تطلق ولا ترث» (٤).

و ضعف هذه الأخبار غير قادح بعد الانجبار بما مرّ، فيقتيد به إطلاق الأدلّه المانع عن الزيادة عن الأربع، مع عدم تبادل الانقطاع منها.

و ربما نسب إلى ابن حمزه المنع عنها هنا أيضاً (٥)، تمسكاً بالإطلاق المزبور. و قد عرفت ضعفه.

و المعتبره، كالصحيح: «هى من الأربع» (٦) و الموثق: «هى أحد الأربعة» (٧).

و هما مع قصورهما عن المقاومه لما مرّ من وجوه عديده محمولان على الاستحباب، أو الاتقاء على الشيعه، ليتأتى لهم الاحتياط

ص: ٢٤٤

١- الكافي ٥: ٣/٤٥١، التهذيب ٧: ١١٨/٣٥٨، الإستبصار ٣: ٥٣٦/١٤٧، الوسائل ٢١: ١٨ أبواب المتعه ب ٤ ح ٣.

٢- الكافي ٥: ٤٥١/٤، الفقيه ٣: ٢٩٤/١٣٩٥، التهذيب ٧: ٢٥٨/١١١٩، الإستبصار ٣: ١٤٧/٥٣٧، الوسائل ٢١: ١٩ أبواب المتعه ب ٤ ح ٧.

٣- الكافي ٥: ٧/٤٥٢، التهذيب ٧: ١١٢٠/٢٥٨، الإستبصار ٣: ٥٣٨/١٤٧، الوسائل ٢١: ١٨ أبواب المتعه ب ٤ ح ٢.

٤- الكافي ٥: ٥/٤٥١، الوسائل ٢١: ١٨ أبواب المتعه ب ٤ ح ٤.

٥- الوسيله: ٢٩٥.

٦- قرب الإسناد: ٣٦٦/١٣١٣، الوسائل ٢١: ٢١ أبواب المتعه ب ٤ ح ١٣.

٧- التهذيب ٧: ١١٢٢/٢٥٩، الإستبصار ٣: ٥٤٠/١٤٧، الوسائل ٢١: ٢٠ أبواب المتعه ب ٤ ح ١٠.

بالاقتصار على الأربع على التفصلي عن شئنه العامه، و لو زيد عليها لما أمكن هذه الحيله.

و لعله المراد من الاحتياط في الصحيح: «اجعلوهنَّ من الأربع، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟ قال: نعم» (١).

فالقول بذلك في غاية الضعف، و مع ذلك عبارته القائل به غير صريحه في المنع، فلا احتياط يعتدُّ به في المسأله كما توهم.

و إذا طلق واحده من الأربع حرم عليه ما زاد غبطه و دواماً حتى تخرج المطلقة من العده الرجعيه، بلا خلاف، و صرح به في التذكرة (٢)؛ لكونها بحكم الزوجه، مضافاً إلى النصوص المستفيضه:

منها الصحيح: «إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحداهنَّ فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عده المرأة التي طلق» و قال: «لا يجمع ماءه في خمس» (٣).

و باقيا مشتركة في قصور السند المنجبر بالعمل.

أو تكون المطلقة بانه فيتزوج و إن لم تنقض عدتها إن كانت ذات عده كالمختلعه مثلاً على الأشهر.

لخروجها مع بينونه عن عصمه النكاح، فصارت كالأجنبيه.

مع استفاضه الروايات بجواز نكاح الأخت مع بينونه الأخت الأخرى

ص: ٢٤٥

١- التهذيب ١١٢٤/٢٥٩، الإستبصار ٧: ١٤٨/٥٤٢، الوسائل ٣: ٢٠: ٢١ أبواب المتعه ب ٤ ح ٩.

٢- التذكرة ٢: ٦٣٩.

٣- الكافي ١/٤٢٩، التهذيب ٧: ١٢٣٣/٢٩٤، الوسائل ٧: ٥١٨: ٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٢ ح ١.

قبل انقضاء عدتها (١)، فالخامسة أولى.

و فيهما نظر.

لكن المستفاد من التذكرة عدم القول بالفرق بين المسألتين (٢)، و به صرح بعض الأصحاب (٣).

و فيه منع؛ لإطلاق المفيد في المقنعه المنع هنا (٤)، مع تصريحه باختصاصه بالعدّة الرجعيّة ثمّه (٥)، فلا يصحّ دعوى عدم الخلاف مع مصيره إليه، و ظاهر النصوص في المقامين إطلاقاً هنا و تقييداً ثمّه معه، فقله لا يخلو عن قوّه.

و يمكن الاستدلال للمشهور بأصالة الجواز، مع عدم ما ينافيها، سوى الأخبار المانعه عن الجمع بين ما زاد على الأربع، و ليست البائنه منها؛ لصيرورتها أجنبيّه، فلا يصدق الجمع.

و إطلاق المستفيضة و إن منع عن الخامسة في العدّة البائنه، إلّا أنّ ما عدا الصحيح المتقدّم منها قاصرُ السند، من دون جابر له فيه، سيّما مع اشتهاار خلافه.

و الصحيح و إن أطلق فيه أيضاً، إلّا أنّ إردافه بجمله: «لا يجمع ماءه في خمس» كالتعليل للحكم المتقدّم، المشعر باختصاصه بالعدّة الرجعيّة؛ إذ هي التي يتصوّر فيها مقتضاه دون البائنه، و لكن بعدّ لا يخلو عن شبهه

ص: ٢٤٦

١- الوسائل ٢٢:٢٧٠ أبواب العدد ب ٤٨.

٢- التذكرة ٢:٦٣٩.

٣- كالمحقق في الشرائع ٢:٢٩٣، و السبزواري في الكفاية: ١٦٦، و صاحب الحدائق ٢٣:٦٢٧.

٤- المقنعه: ٥٣٦، إلّا أنّه لم يطلق المنع بل فضّل كغيره بين الرجعيه و غيرها.

٥- أي في الجمع بين الأختين (المقنعه: ٥٣٦). منه رحمه الله.

قويّه؛ و لعلّه لأجلها حكم بالكراهه الشديده جماعه (١).

فالاختتاب مهما أمكن أولى، سيما مع اعتبار بعض تلك الأخبار، الذي لا يحتاج معه إلى جابر، كالمروى في الفقيه (٢) عن الحسن بن محبوب و هو ثقة، و ممن أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه عن سعد بن أبي خلف و هو ثقة عن سنان بن ظريف و هو ممدوح كما ذكره جماعه (٣) فالحديث حسن، و على تقدير الجهاله فروايه الحسن لها جابره.

و نحو المروى (٤) بطريق فيه سهل الثقة عند بعض (٥)، و ضعفه سهل عند جمع (٦).

فيقوى الإشكال في المسأله غايه القوه، إلما أن يقيّد إطلاق المعتبره بإشعار الصحيحه المتقدمه (٧) باختصاص الحكم بالعدّه الرجعيّه؛ بناءً على أنّ أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض.

و كيف كان، فالتجنّب مهما أمكن أحوط و أولى.

و في صدر هذه الروايه (٨) تصريح بالجواز في البائن مع عدم العدّه،

ص: ٢٤٧

١- منهم الشهيد في اللمعه و الروضه ٥:٢١٠، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٤٣، و الفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٢:٢٤٧.

٢- الفقيه ٣:١٢٦٢/٢٦٥، الوسائل ٥:٢١٠، أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٣ ح ٦.

٣- رجال الكشي ٢:٧١٠، نقد الرجال: ١٦٣، رجال ابن داود: ١٠٦.

٤- الكافي ٥:٣/٤٣٠، التهذيب ٧:١٢٣٥/٢٩٤، نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٣٢٣/١٢٦، الوسائل ٥:٥١٩، أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٣ ح ١.

٥- كالشيخ في رجاله: ٤١٦.

٦- منهم الشيخ في الفهرست: ٨٠، النجاشي في رجاله: ١٨٥.

٧- في ص ٢٤٣.

٨- أي: المرويه في الفقيه.

كغير المدخول بها، وليس محلّ خلاف.

و كذا لو طلق امرأه و أراد نكاح أختها ليس له ذلك حتى تخرج المطلقة من العده، أو تكون طلقها بائه مطلقاً (١) هنا؛ إجماعاً
منّا، كما في كلام جماعه من أصحابنا (٢).

و به استفاض نصوصنا، كالصحيحين: في رجل طلق امرأته أو اختلعت عنه أو بارأت، أ يجوز أن يتزوج بأختها؟ قال: فقال: «إذا برئت
عصمتها، و لم يكن له عليها رجعه، فله أن يخطب أختها» (٣).

و نحوه المروى في كتاب الحسين بن سعيد في الصحيح (٤).

و بها يقيد ما أُطلق فيها المنع بحيث يشمل ذات العده البائه كالخبرين: عن رجل طلق امرأته، أ يتزوج أختها؟ قال: «لا، حتى تنقضي
عدتها» (٥).

ص: ٢٤٨

١- كانت ذات عدّه أم لا. منه رحمه الله.

٢- منهم ابن فهد في المهذب البارع ٣:٢٩٠، البحراني في الحقائق ٢٣:٦٢٩، العلّامة في المختلف: ٥٢٦.

٣- الأول في: الكافي ٥:٧/٤٣٢، التهذيب ٧:١٢٠٦/٢٨٦، الإستبصار ٣:٦١٩/١٦٩، الوسائل ٢٢:٢٧٠ أبواب العدد ب ٤٨ ح ٢. الثاني
في: الكافي ٦:٩/١٤٤، التهذيب ٨:٤٧٧/١٣٧، الوسائل ٢٢:٢٧٠ أبواب العدد ب ٤٨ ح ١.

٤- نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٣١١/١٢٢، الوسائل ٢٢:٢٧١ أبواب العدد ب ٤٨ ح ٥.

٥- الأول في: الكافي ٥:٩/٤٣٢، التهذيب ٧:١٢١٠/٢٨٧، الإستبصار ٣:٦٢٣/١٧١، الوسائل ٢٢:٢٧٠ أبواب العدد ب ٤٨ ح ٣. الثاني
في: الكافي ٥:٨/٤٣٢، التهذيب ٧:١٢٠٨/٢٨٦، الإستبصار ٣:٦٢١/١٧٠، الوسائل ٢٠:٤٨١ أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٨ ح ٢.

مضافاً إلى قصور سندهما.

و لإطلاقيهما قيل بالكراهه في العده البائنه. (١) و لو لا المسامحه في أدله الكراهه لكان محل مناقشه.

ثم إن فتوى الأكثر إلحاق عده المتعه بالعهده البائنه؛ لفحوى الصحاح المتقدمه، مضافاً إلى تعليل الجواز فيها في بعضها بانقطاع العصمه الحاصل هنا.

خلافاً للمقنع، فألحقها بالرجعيه (٢)؛ لروايات قاصره الأسناد، عدا واحد منها صحيح، وفيه: قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام:

جُعِلَتْ فداك، الرجل يتزوج المرأه متعه إلى أجل مسمى، فينقضى الأجل بينهما، هل يحل له أن ينكح أختها قبل أن تنقضى عدتها؟ فكتب: «لا يحل له أن يتزوجها حتى تنقضى عدتها» (٣).

و هو مع عدم مكافأته لما تقدم يتطرق إليه القدح بعدم القطع بكون الحكم عنه عليه السلام؛ إذ غايته وجدانه في الكتاب عنه عليه السلام، وليس كلما يوجد في الكتب يكون صحيحاً، كما صرح به الشيخ (٤)، فتأمل. و الاحتياط لا يترك.

ص: ٢٤٩

١- قال به الشهيد الثاني في المسالك ١: ٤٨٨.

٢- المقنع: ١١٤.

٣- الكافي ٥/ ٤٣١، الفقيه ٥/ ٢٩٥، التهذيب ٧/ ١٢٠٩، الإستبصار ٣/ ٦٢٢، الوسائل ٢٠: ٤٨٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٧ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٤- انظر الاستبصار ٣: ١٧١.

و لو تزوّجهما أى الأختين فى ال عقد الواحد أو المتعدّد مع التقارن بطل من أصله على الأشهر؛ لاستصحاب الحرمة، و للنهى عنه من حيث تضمّنه الجمع بينهما المقتضى للفساد هنا إجماعاً، و استحاله الترجيح.

مضافاً إلى فقد المقتضى لصحّه المتّحد؛ إذا ليس إلما الأمر بالوفاء، و لا- يمكن توجيهه إليه إجماعاً؛ لاشتماله على الفساد بالاتّفاق، و ليس إلّا شيئاً واحداً و إن تعدّد متعلّقه، و هو لا يوجب تعدّده (١) ليتوجّه توجيه الأمر بالوفاء إلى أحدهما دون الآخر، و الوفاء به بالإضافه إلى بعض متعلّقه ليس وفاءً به بنفسه، و الذى توجه إليه الأمر بالوفاء الذى هو المقتضى للصحّه هو الثانى لا الأوّل.

و ظهر بذلك ضعف ما قيل به من الصحّه فى الجملة، ف يتخير إحداهما و يخلى سبيل الأخرى، كما عن النهايه و الإسكافى و القاضى (٢)؛ الروايه به مقطوعه أى مرسله فى التهذيب و الكافى (٣).

نعم، مرويه فى الفقيه فى الصحيح: فى رجل تزوّج أختين فى عقد واحد، قال: «هو بالخيار، يمسك أيّتهما شاء، و يخلى سبيل الأخرى» (٤).

ص: ٢٥٠

١- أى العقد. منه رحمه الله.

٢- النهايه: ٤٥٤، و نقله عن الإسكافى فى المختلف: ٥٢٦، القاضى فى المهذب ١٨٤: ٢.

٣- الكافى ٣/٤٣١، التهذيب ٧: ١٢٠٣/٢٨٥، الوسائل ٢٠: ٤٧٨، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٥ ح ٢.

٤- الفقيه ٣: ١٢٦٠/٢٦٥، الوسائل ٢٠: ٤٧٨، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٥ ح ١؛ بتفاوت يسير.

إلا أنّها مع مخالفتها الأصول المعتضده بالشهره غير واضحه الدلاله؛ لإمكان إرادته الإمساك بعقد جديد.

و يقوّيه ورود مثله في العقد عليهما مرتباً في الصحيح (١)، مع ورود النصّ الصحيح ببطان المتأخر (٢)، المعمول به عند الأكثر بل عليه الوفاق في شرح الكتاب للسيّد (٣)، و الإجماع في التذكرة (٤) و منهم أكثر القائلين هنا، و الموافق للأصول القطعيّه، و هو قرينه واضحه على إرادته ما ذكر منه؛ لبعده شذوذه و فسادة من أصله.

فيتقوّى بهذا احتمال إرادته مثله في الصحيح هنا، مع احتمالهما (٥) التقية بمصير الإسكافي إليهما؛ بناءً على غلبه توافق رأيه لرأى العامّة و إن نسب الأول هنا إليهم كافّه في التذكرة (٦) لاحتمال وجود قائل بذلك منهم في سابق الزمان، و إن اتّفتت آراؤهم في هذه الأزمان.

و لو كان معه ثلاث نسوه دائمت فتزوّج اثنتين في عقد، فإن سبق بأحدهما صحّ دون عقد اللاحقه اتّفاقاً.

و إن قرن بينهما بطلا على الأطهر الأشهر بين الطائفه، كما عن

ص: ٢٥١

-
- ١- الكافي ٢/٤٣١، التهذيب ١٢٠٥/٢٨٥، الاستبصار ٣:٦١٨/١٦٩، نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٣١٦/١٢٤، الوسائل ٢٠:٤٧٩ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٦ ح ٢.
 - ٢- الكافي ٤/٤٣١، الفقيه ٣:١٢٥٨/٢٦٤، التهذيب ٧:١٢٠٤/٢٨٥، الاستبصار ٣:٦١٧/١٦٩، الوسائل ٢٠:٤٧٨ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٦ ح ١.
 - ٣- نهايه المرام ١:١٨٢.
 - ٤- التذكرة ٢:٦٣٥.
 - ٥- أي الصحيح هنا و ثمّه. منه رحمه الله.
 - ٦- التذكرة ٢:٦٣٥.

السرائر و الإرشاد و التحرير (١)؛ للأصول المتقدمه، السليمه عن المعارض هنا؛ لما ستعرف.

و قيل هو النهايه و المهذب و الجامع و الوسيله (٢): يتخير أيتهما شاء.

و لا شاهد له سوى القياس بما فى روايه جميل الحسنه، المتضمنه ل: أنه لو تزوج خمساً فى عقد، يتخير أربعاً، و يخلى باقيهن (٣) لكن الظاهر عدم القول بالفرق بين المسألتين، و به صرح بعض شراح الشرائع (٤).

لكن يردّ بضعف الدلاله بما مرّ، و باحتمال عدم وقوع الترويج حال الإسلام، و لا كلام فى التخيير فيه.

نعم، فى الشرائع نسبه إلى الروايه، و لم نقف عليها، و مع ذلك صرح بضعفها (٥)، فلا حجّه فيها، مع معارضتها ببعض المعتمده: عن رجل كنّ له ثلاث نسوه، فيتزوج عليهنّ امرأتين فى عقد واحد، فدخل بواحد منهما، ثم مات، قال: «إن كان دخل بالتي بدأ باسمها و ذكرها عند عقده النكاح فإنّ نكاحه جائز، و عليها العده، و لها الميراث، و إن كان دخل بالمرأه التي سُمّيت و ذُكرت بعد ذكر المرأه الأولى فإنّ نكاحه باطل، و لا ميراث لها،

ص: ٢٥٢

١- السرائر ٥٣٩:٢، الإرشاد ٢:٢٦، التحرير ١٥:٢.

٢- النهايه: ٤٥٥، المهذب ١٨٤:٢، الجامع للشرائع: ٤٣٠، الوسيله: ٢٩٤.

٣- الكافى ٤٣٠/٥، التهذيب ١٢٣٧/٢٩٥، الوسائل ٥٢٢:٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٤ ح ١.

٤- كالشهيده الثانى فى المسالك ١:٤٨٨.

٥- الشرائع ٢٩٣:٢.

و عليها العده» (١).

و هو ظاهر فى بطلان العقد مع الدخول بالمتأخر ذكرها، فمع عدم أولى. إلا أنه لا قائل به مع قصور سنده عن الصحه؛ لوجود عينه فى السند، وإن جبر ضعفه بروايه ابن أبى عمير عنه، لكن مع ذلك لا تبلغ درجه الصحه.

و لا- يترك الاحتياط هنا و فى السابق بالعقد مجدداً على المختاره، أو الاختيار ثم الطلاق و إعطاء مهر المختاره، إن بدا له فى نكاحهما.

ثم المتبادر من إطلاق النصوص و كلام الأصحاب فى المقامين اختصاص الحكم نفيًا و إثباتًا بالجاهل بحرمه الجمع، دون العالم، و وجهه واضح؛ لعدم القصد المعبر، مع العلم بالفساد، فتأمل.

و إذا استكملت الحره طلاقات ثلاثاً يتخللها رجعتان بأى أنواع الطلاق كان حرمت على زوجها حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً محلاً مطلقاً و لو كانت تحت عبد بالكتاب (٢)، و السنه (٣)، و الإجماع.

و إذا استكملت الأمه طلقتين حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره كذلك و لو كانت تحت حرّ لأن الاعتبار فى عدد الطلاقات بالزوجه؛ بإجماعنا المستفيض نقله فى كلام جماعه من أصحابنا (٤)، و قد استفاض به أخبارنا

ص: ٢٥٣

١- الكافى ٤/٤٣٠، الفقيه ٥/٢٦٦، التهذيب ٧/٢٩٥، الوسائل ٥٢٣: ٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٥ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٢- البقره: ٢٣٠، ٢٢٩.

٣- الوسائل ١١٨: ٢٢ أبواب أقسام الطلاق ب ٤.

٤- منهم العلامه فى التذکره ٢: ٦٤٣، و الفيض الكاشانى فى المفاتيح ٢: ٢٤٦، و البحرانى فى الحدائق ٢٣: ٦٣٣.

منها الصحاح المستفيضة: «طلاق المرأه إذا كانت عند مملوك ثلاث تطليقات، وإن كانت مملوكه تحت حرّ تطليقتان» (١).

خلافاً للعامه، فعكسوا القضيّه، فجعلوا الاعتبار في عددها بالزوج (٢).

و المطلقه تسعاً للعدّه ينكحها بينها رجلان، بأن طُلق بالشرائط، ثم ارتجعت في العدّه فوطئت، ثم طُقت كذلك، ثم ارتجعت فوطئت، ثم طُقت فنكحت زوجاً غيره بعد انقضاء العدّه فوطئت، ثم طُقت فتزوجها الأول بعد انقضاء العدّه، ثم طُقت كذلك حتى استكملت تسعاً تحرم على المطلّق أبداً إجماعاً منّا خلافاً للعامه و النصوص به مستفيضة:

كالموتق في تعداد المحرّمات بالأبد-قال: «و الذي يطلق الطلاق الذي لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرّات، و تزوج ثلاث مرّات، لا تحلّ له أبداً» (٣).

و إطلاقه كغيره و إن شمل المطلقه ثلاثاً بالسنة بالمعنى الأخصّ، و هي التي تزوّجها المطلّق بعد انقضاء العدّه، إلّا أنّه مقيد بالإجماع كما حكاه جماعه (٤) و مفهوم القيد المعتبر في المرويّ في الخصال في تعداد المحرّمات بالسنة، قال: «و تزويج الرجل امرأه قد طلقها للعدّه تسع تطليقات» (٥).

ص: ٢٥٤

- ١- انظر الوسائل ٢٢:١٥٩ و ١٦١ أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ب ٢٤، ٢٥.
- ٢- انظر بدايه المجتهد ٢:٦٢، المغنى لابن قدامه ٨:٤٤٤، المجموع ١٧:٢٧٨.
- ٣- الكافي ١/٤٢٦، التهذيب ٧:١٢٧٢/٣٠٥، الإستبصار ٣:٦٧٤/١٨٥، الوسائل ٢٢:١٢٠ أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ب ٤ ح ٤.
- ٤- منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣:٩٤، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٣٩، و صاحب الحدائق ٢٣:٦٣٤.
- ٥- الخصال: ١٠/٥٣٢، الوسائل ٢٠:٤٠٩ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١ ح ١.

و مفهوم الشرط في الرضوى، حيث قال: «و أما طلاق العده: فهو أن يطلق الرجل امرأته على طهر من غير جماع، ثم يراجعها من يوم أو غد أو متى ما يريد من قبل أن تستوفى قرءها، و أدنى المراجعة أن يقبلها، أو ينكر الطلاق، فيكون إنكار الطلاق مراجعته، فإذا أراد أن يطلقها ثانية لم يجز ذلك إلا بعد الدخول بها، و إذا أراد طلاقها تربص بها حتى تحيض و تطهر، فيطلقها، فإذا أراد راجعها، فإن طلقها الثالثة فقد بانت منه ساعه طلقها، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإذا انقضت عدتها منه، فتزوجها رجل آخر، و طلقها أو مات عنها، فإذا أراد الأول أن يتزوجها فعل، فإن طلقها ثلاثاً، واحده بعد واحده على ما وصفناه لك فقد بانت منه (١)، و لا- تحل له [حتى تنكح زوجاً غيره و إذا طلقها أو مات عنها فأراد الأول أن يتزوجها فعل فإن طلقها ثلاث تطلقات على ما وصفت واحده بعد واحده فقد بانت منه و لا- تحل له] بعد تسع تطلقات أبداً. و اعلم أن كل من طلق تسع تطلقات على ما وصفت لم تحل له أبداً» (٢).

مضافاً إلى دلالة بوجه آخر، و هو ذكر السنه فيه أيضاً، مع عدم الإشاره فيها إلى تحريم التسع للمطلقه بها بالأبد، بل خصص بالعدّه.

و يدل عليه أيضاً صريحاً خصوص المعترين بوجود ابن أبي عمير و عبد الله بن مغيره اللذين هما ممن أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنهما من الروايه في سندهما، فلا يضرب ضعف الراوى لو كان.

ففي أحدهما: عن رجل طلق امرأته، ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها، ثم طلقها، فتركها حتى حاضت ثلاث حيض،

ص: ٢٥٥

- ١- هنا زياده في الأصل لم توجد في المصدر، و لعلها تكرار، و هي: و لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، و إذا طلقها أو مات عنها فأراد الأول أن يتزوجها فعل، فإن طلقها ثلاث تطلقات على ما و صفته واحده بعد واحده فقد بانت منه..
- ٢- فقه الرضا عليه السلام: ٢٤٢، المستدرک ١٥: ٣٢٠ أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ب ٢ ح ٣؛ بتفاوت.

ثم تزوّجها، ثم طلقها، فتركها حتى حاضت ثلاث حيض من غير أن يراجعها يعني: يمسّها قال: «له أن يتزوّجها أبداً ما لم يراجع و يمسّ» (١).

و لفظ التأبيد صريح في العموم لما لو طُلِّقت كذلك طلقات عديده و لو تجاوزت التسع، و أنّها لا تحرم بذلك إلى حصول الأمرين من الرجوع و الوقاع.

و ليس نصياً في مختار ابن بكير (٢)، فيطرح؛ لقبوله التقييد بحصول التحليل بعد كلّ ثلاث، و مقتضاه حينئذٍ: أنّه يتزوّجها أبداً بعد حصول المحلّل، لا مطلقاً.

و أصرح منهما الموثّق عن مولانا الصادق عليه السلام: «فإن فعل هذا بها» مشيراً إلى المطلّقه بالسنة «مائة مرّه هدم ما قبله، و حلّت بلا زوج» (٣).

و خروج الذليل عن الحجّيه بالإجماع و المعتبره غير ملازم لخروج الجميع عنها، فقد يكون من إلحاق ابن بكير الذي في سنده به و كلامه؛ لاجتهاده. و يؤيده تصريحه بعدم سماعه عدم اعتبار المحلّل من أحد، كما في الموثّق (٤).

ص: ٢٥٦

-
- ١- الأول في: الكافي ١/٧٧: ٦ بتفاوت، التهذيب ٨: ٨٧/٢٩، الإستبصار ٣: ٩٦٢/٢٧٠، الوسائل ٢٢: ١١٥ أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ب ٣ ح ١٣.
 - ٢- و هو العدم بمحض انقضاء العده بدون محلّل. مرآة العقول ٢١: ١٣٠.
 - ٣- التهذيب ٨: ١٠٧/٣٥، الإستبصار ٣: ٩٨٢/٢٧٦، الوسائل ٢٢: ١١٦ أبواب أقسام الطلاق ب ٣ ح ١٦.
 - ٤- الكافي ٦: ٣/٧٧، التهذيب ٨: ٨٨/٣٠، الإستبصار ٣: ٩٦٣/٢٧١، الوسائل ٢٢: ١١٤ أبواب أقسام الطلاق ب ٣ ح ١١.

و يعضد حقيته الصدر تصريح ابن بكير به، مع أنه لم يرده ابن سماعه و غيره ممن وقع فيه (١) برأيه في عدم اعتبار المحلل في طلاق السنه في ذلك، وإنما اقتصروا في الرد على رأيه الفاسد.

هذا، مضافاً إلى دلالة الأخبار كفتوى الأخيار على الفرق بين العده و السنه، و لا يتصور إجماعاً إلّا بأمرين لا يمكن المصير إلى أحدهما: من عدم احتياج الثلاث من الثانيه إلى المحلل دونها من الأولى؛ للإجماع كالأخبار باحتياجهما إليه، فانحصر الفارق في حصول التحريم بالتسع في الأولى دون الثانيه.

و يؤيده إطلاق الأخبار الداله على هدم التزويج للطلاق (٢) كائناً ما كان (٣)، سنيّه أم عديه، خرجت منه الثانيه على التسع، بقيت الأولى.

نعم، في بعض المعبره تصريح بالتحريم المؤيد بالتسع في السنه، كالصحيح: «إذا طلق الرجل المرأة، فتروّجت، ثم طلقها زوجها الأول، ثم طلقها، فتروّجت رجلاً، ثم طلقها، فتروّجها الأول، ثم طلقها هكذا ثلاثاً، لم تحل له أبداً» (٤).

لكنه شاذ غير معارض لما تقدم، فاستشكل بعض متأخري الأصحاب في اختصاص تأبّد التحريم بالتسع الطلقات العديه؛ بناءً على عدم الدليل عليه (٥)، لا وجه له، و الصحيح المتقدم قد اعترف بشذوذه،

ص: ٢٥٧

- ١- أي في سند الموثق الثاني.
- ٢- انظر الوسائل ١٢٥:٢٢ أبواب أقسام الطلاق ب ٦.
- ٣- واحداً أم متعدداً. منه رحمه الله.
- ٤- الكافي ٧/٤٢٨، التهذيب ٧/١٢٩٠، الوسائل ٥٢٩:٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ١١ ح ٢؛ بتفاوت يسير.
- ٥- كالشهيدي الثاني في المسالك ١:٤٨٨.

فلا يصلح وجهاً للاستشكال.

ثم إن إطلاق العده على التسع المرتبه مجاز؛ لأنّ الثالثه من كلّ ثلاث ليست للعده، فإطلاقه عليها إمّا إطلاق لاسم الأكثر على الأقل، أو باعتبار المجاوره.

قيل: وحيث كانت النصوص و الفتاوى مطلقه فى اعتبار التسع للعده فى التحريم المؤيّد، كان أعمّ من كونها متواليه و متفرقه، فلو اتّفق فى كلّ ثلاث واحده للعده اعتبر فيه إكمال التسع كذلك (١). انتهى.

و للنظر فيه مجال:

أمّا فى الأصول: فلتعليق التحريم المؤيّد فيه على وقوعها بحيث يحتاج كلّ ثلاث منها إلى محلّ، أ لا ترى إلى الموثّق المصرّح ب: أن «الذى يطلق الطلاق الذى لا- تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرات و يزوّج ثلاث مرات، لا تحلّ له أبداً» (٢)؟! و لا شىء من الطلقات الثلاث العديّات المتفرّقة كلّ منها فى ثلاث يحتاج إلى محلّ.

و قد اعترف به (٣) فى توجيهه احتمال اغتفار الثالثه من كلّ ثلاث وقع فيها عدّيه واحده، ب: أنه المعتبر عند التوالى، و أنّ الثالثه لم يتحقّق اعتبار كونها للعده، و إنّما استفيد من النصّ التحريم بالسّ الوقعه لها، فيستصحب الحكم مع عدم التوالى (٤).

فبعد الاعتراف بكون المستفاد من النصّ: التحريم بالسّ الوقعه لها

ص: ٢٥٨

١- قال به الشهيد الثانى فى الروضه ٢١٣: ٥.

٢- تقدّم ذكره فى ص ٢٥٢.

٣- أى باختصاص النصّ. منه رحمه الله.

٤- الروضه البهيّه ٢١٦: ٥.

المنحصره هي في التوالى، كيف يمكن دعوى شموله للتسع المتفرقه؟! و اعترف به أيضاً في توجيه احتمال عدم الاغتفار، الذى قواه بثوته مع التوالى على خلاف الأصل، و إذا لم يحصل اعتبرت الحقيقه، خصوصاً مع كون طلقه العده هي الأولى خاصه، فإن علاقته المجاز منتفيتان عن الثالث؛ إذ لا مجاوره للعديّه و لا أكثرية لها، بخلاف ما لو كانت العديّه هي الثانيه، فإن علاقته المجاوره موجوده (١).

أقول: و لا ريب أنّ ثبوت الاغتفار مع التوالى إنّما هو من النصّ، و لو صحّ إطلاقه كما ادّعاه لثبت في غيره.

و أمّا في الثاني: فلتصريح على بن إبراهيم في المحكى عنه بعين ما في الرضوى (٢)، مصرحاً في آخره ب: أنّ هذه هي التي لا تحلّ لزوجها الأول أبداً (٣)، الظاهر في الحصر الحقيقى، و المجازى خلاف الأصل.

و نحوه الصدوق في الفقيه (٤)، بل ظاهرهما كالرضوى اشتراط الترتيب في تأييد التحريم؛ لتصريحه كالفقيه بأنّه الطلاقات التسع، التي كلّ ثلاث منها لا بُدّ أن يكون كلّ واحد منها واحداً بعد واحد، المتبادر منه ذلك.

و بالجمله: فالحكم بالتحريم بالتسع المتفرقه محلّ إشكال إن لم يكن إجماع، و على تقديره يقتصر على موردّه؛ وقوفاً عليه في الخروج عن مقتضى الأصل.

ص: ٢٥٩

١- الروضه البهيه ٥:٢١٧.

٢- المتقدم في ص ٢٥٢.

٣- حكاه عنه في الحدائق ٢٣:٦٤٠، و هو في تفسيره ١:٧٩.

٤- الفقيه ٣:٣٢٢ ٣:٣٢٣.

و الظاهر عدمه فى الأمه طرّاً، حتى لو طُلقت للعدّه تسعاً يتخلّلها أربعة رجال، كما يستفاد من المتعرّضين لحكمها هنا، حيث احتملوا العدم فيها مطلقاً، و لو ثبت الإجماع لم يحتمل كما لا يحتمل (1) فى الحرّه، فالإقتصار فيها على الأصل أقوى.

و يشكل الحكم بتأبّد التحريم مع التفريق مطلقاً أيضاً مضافاً الى ما تقدّم بأنّ طلاق العدّه حينئذٍ (2) لا يتحقّق إلّا بالرجعه بعده و الوطاء، فإذا توقّف التحريم على تحقّق التسع كذلك لزم تحريمها بعد الدخول فى الخامس و العشرين إن كان العدّيه هى الأولى من كلّ ثلاث، أو السادس و العشرين إن كان الثانية منها، بغير طلاق. و هو بعيد.

و لو توقّف على طلاق آخر بعده و لم يكن ثالثاً كما فى الأول لزم جعل ما ليس بمحرّم محرّماً، و الحكم بالتحريم بدون طلاق موقوف على التحليل، و كلاهما بعيد.

و ذلك أماره لزوم الإقتصار على مورد النصّ، إلّا أنّ الاحتياط سبيله واضح.

السبب الخامس اللعان

السبب الخامس من أسباب التحريم: اللعان و يثبت به التحريم المؤبّد بالنصّ (3) و الإجماع، و سيأتى إن شاء الله تعالى الكلام فى تحقيق حكمها و شرائطها.

و كذا يحرم بالأبّد لو قذف الزوج امرأته الصّماء أو الخرساء بما يوجب اللعان لولا الآفه. برميها بالزناء، مع دعوى المشاهده و عدم

ص: ٢٦٠

١- العدم مطلقاً. منه رحمه الله.

٢- أى اعتبار التسع طلاقات الحقيقه. منه رحمه الله.

٣- الوسائل ٢٢:٤٠٧ أبواب اللعان ب ١.

البينه، فلا حرمه مع عدمهما، وإن حُدَّ مع انتفاء الأول دون الثاني.

و لو لا- الإجماع المحكّي على القيد (١) لكان إطلاق التحريم متّجهاً؛ تبعاً لإطلاق النصوص، كالصحيح: عن رجل قذف امرأته بالزنا و هي خرساء صمّاء لا تسمع ما قال، فقال: «إن كان لها بينه تشهد لها عند الإمام جُلِدَ الحدّ، و فُرّق بينه و بينها، و لا تحلّ له أبداً؛ و إن لم يكن لها بينه فهي حرام عليه ما قام معها، و لا إثم عليها منه» (٢).

و مقتضاه ككلام جماعه (٣) تعلق الحكم بالمتّصفه بالأمرين، إلّا أنّ في بعض النسخ الاكتفاء بأحدهما، كما في المتن و عن الأكثر (٤)، بل عليه الإجماع عن الغنيه و السرائر (٥)، و هو الحجّج فيه دون النسخه؛ لضعفها أولاً بناءً على أنّ الراوى لها رواها في موضع آخر كأولى و معارضتها لها ثانياً.

نعم، يؤيّداه الاكتفاء بالأخير في الخبرين أحدهما الحسن-: في رجل قذف امرأته و هي خرساء، قال: «يُفَرّق بينهما، و لا تحلّ له أبداً» (٦).

و يُدفعُ أخصّيه المورد بعدم القائل بالفرق، و لا ينافيه استشكال

ص: ٢٤١

١- الحدائق ٢٣:٦٤١، المفاتيح ٢:٢٤٥.

٢- الكافي ١٨/١٦٦، الفقيه ٦:١١٢/٣٦، التهذيب ٧:١٢٨٨/٣١٠، الوسائل ٢٢:٤٢٧ أبواب اللعان ب ٨ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٣- منهم الشهيد الثاني في المسالك ١:٤٨٩، و السبزواري في الكفايه ١٦٦:١٦٦، و البحراني في الحدائق ٢٣:٦٤١.

٤- انظر الروضه ٥:٢٢٥.

٥- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦١٥، السرائر ٢:٦٩٨.

٦- الأول في: الكافي ٦:٩/١٦٤، التهذيب ٨:٦٧٣/١٩٣، الوسائل ٢٢:٤٢٧ أبواب اللعان ب ٨ ح ١. الثاني في: الكافي

٦:٢٠/١٦٧، التهذيب ٨:٦٧٦/١٩٣، الوسائل ٢٢:٤٢٨ أبواب اللعان ب ٨ ح ٤.

التحرير فى التحريم بالأول خاصه، مع فتواه به فى الثانى، سيما مع استقرا به فيه أيضاً التحريم (١).

و فى إلحاق نفى الولد هنا على وجه يثبت به اللعان لولا الآفه بالقذف و جهان، أو جههما: العدم؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد الوفاق و النص.

و ليس فى الإجماع المحكى عن الشيخ على نفى اللعان فى الخرساء و الصماء (٢) دلالة عليه؛ لاختصاصه بالقذف، و مع ذلك فلا تلازم بين السقوط و ثبوت التحريم، فتأمل.

و إطلاق (٣) النص كفتوى الأصحاب و صريح البعض (٤) عدم الفرق فى ثبوت الحكم بين المدخول بها و غيرها، و عليه فمتى حرمت قبل الدخول فالأجود ثبوت جميع المهر؛ لثبوته بالعقد، فيستصحب. و تنصفه فى بعض الموارد لا يوجب التعديه إلى هنا.

و ألحق الصدوق فى الفقيه بذلك قذف المرأة زوجها الأصم، فحكم بتحريمها عليه مؤبداً (٥).

للمرسل كالصحيح لكون المرسل ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، كما حكاه الكشى (٦) -: فى امرأه قذفت زوجها الأصم، قال: «يُفَرَّقُ بينها و بينه، و لا تحلّ له أبداً» (٧).

ص: ٢٤٢

١- التحرير ٢: ١٥.

٢- كما فى الخلاف ٥: ١٣.

٣- كذا فى «ص» و «ح»، و لعل الأنسب: و مقتضى إطلاق..

٤- كالشهيد الثانى فى المسالك ١: ٤٨٩، و السبزوارى فى الكفايه: ١٦٦، و صاحب الحدائق ٢٣: ٦٤٣.

٥- الفقيه ٤: ٣٦.

٦- رجال الكشى ٢: ٨٣٠.

٧- الكافى ١٩/١٦٦: ٦، التهذيب ٨: ٦٧٤/١٩٣، الوسائل ٢٢: ٤٢٨ أبواب اللعان ب ٨ ح ٣.

إلّا أنّ الأصل المعتضد بالشهره العظيمه بين الأصحاب، التي كادت تكون إجماعاً أوجب المصير إلى طرحه.

مضافاً إلى أنّ الموجب لاعتبار السند هو إجماع العصابه المحكى، وفيه وهن بالنظر إلى المقام؛ لمصير المعظم إلى الخلاف، إلّا أنّ العمل به أحوط، وفيه تأييد لثبوت الحكم بقذف الزوجه الصماء بطريق أولى.

السبب السادس الكفر

إشاره

السبب السادس: الكفر ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتائبه ابتداءً واستدامهً مطلقاً إجماعاً منّا؛ بالكتاب (١) والسنة (٢).

وفي جواز نكاح الكتائبه ابتداءً أقوالٌ منتشرة:

ما بين محرّم مطلقاً، كما عن المرتضى والحلى وأحد قولي الشيخين (٣).

ومجوز له كذلك، كما عن الصدوقين والعماني (٤).

ومفضّل تارةً بالدوام فالأول، ومتعه وملك يمين فالثاني، كما عن أبي الصلاح و سلّار (٥) وأكثر المتأخرين (٦).

وأخرى بالاختيار فالتحريم، والاضطرار فالجواز إمّا في العقدين،

ص: ٢٤٣

١- البقره: ٢٢١.

٢- الوسائل ٥٣٣: ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه ب ١.

٣- المرتضى في الانتصار: ١١٧، الحلى في السرائر ٥٤١: ٢، المفيد في المقنعه: ٥٠٠، الطوسي في التهذيب ٢٩٦: ٧، والاستبصار ١٧٨: ٣.

٤- الصدوق في المقنع: ١٠٢، وحكاه عن والده والعماني في المختلف: ٥٣٠.

٥- أبي الصلاح في الكافي: ٢٩٩، سلّار في المراسم: ١٤٨.

٦- كالمحقق في الشرائع ٢٩٤: ٢، والشهيد الثاني في المسالك ٤٨٩: ١، والفيض الكاشاني في المفاتيح ٢٤٩: ٢.

و أما ملك اليمين فالجواز مطلقاً، كما عن الإسكافي (١).

و إما في الدوام خاصّه، و أما المتعه فالجواز مطلقاً، كما عن النهايه و ابن حمزه و القاضي (٢).

و لكن المشهور منها قولان: الأول، و الثالث و هو أشهرهما و مختار المصنّف؛ لقوله أظهرهما: أنه لا يجوز غبطه أى دواماً مطلقاً، حتى في المجوسيه و يجوز متعهً و بالملك في اليهوديه و النصرانيه خاصّه مطلقاً (٣) في الجانبين (٤).

أما الأول (٥): فلإجماع عليه عن المرتضى و الغنيه صريحاً، و سلّار و التبيان و مجمع البيان و السرائر ظاهراً (٦).

و استلزام الزوجيه الموده بنصّ الآيه (٧) و شهاده العاده، و هي منهي عنها في الشريعه.

و خصوص الآيات المانعه عن التميّك بعصم الكوافر (٨) و نكاح المشركات (٩)، الشاملتين للمقام بالعموم، و تفسير أهل الخصوص صلوات الله عليهم.

ص: ٢٦٤

١- على ما نقله عنه في المختلف: ٥٣٠.

٢- النهايه: ٤٥٧، ابن حمزه في الوسيله: ٢٩٠، القاضي في المهذب ٢: ٢٤١.

٣- اى اختياراً و اضطراراً. منه رحمه الله.

٤- أى المنع و الجواز. منه رحمه الله.

٥- أى منع الدوام مطلقاً. منه رحمه الله.

٦- المرتضى في الانتصار: ١١٧، الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦١٢، سلّار في المراسم: ١٤٨، التبيان ٩: ٥٨٥، مجمع البيان ٥: ٢٧٤، السرائر ٢: ٥٤١.

٧- الروم: ٢١.

٨- الممتحنه: ١٠.

٩- البقره: ٢٢١.

ففى الصحيح: عن قول الله عزَّ وجلَّ وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ [١] (١) فقال: «هذه منسوخه بقوله وَ لَا تُمَسِّكُوا بِعِصْمِ الْكُوفِرِ [٢] (٢).

و نحوه فى تحقِّق النَّسخِ الخبر المروى فى تفسير العياشى (٣).

و فى الخبر المعتبر بوجود من اجتمعت العصابة فى سنده: «لا- ينبغى نكاح أهل الكتاب» قلت: جعلت فداك، و أين تحريمه؟ قال: «قوله وَ لَا تُمَسِّكُوا بِعِصْمِ الْكُوفِرِ [٣] (٤).

و نحوه المروى فى نوادر الراوندى فى تفسير هذه الآية: «إنَّ من كانت عنده كافرته على غير مله الإسلام، و هو على مله الإسلام، فيعرض عليها الإسلام، فإن قبلت فهى امرأته، و إلا فهى بريئة منه، فهى الله تعالى أن يمسك بعصمهم» (٥).

و فى الموثق: «ما تقول يا أبا محمَّد فى رجل تزوج نصرانيته على مسلمه؟» قلت: جعلت فداك، و ما قولى بين يديك؟ قال: «لتقولنَّ، فإن ذلك تعلم به قولى» قلت: لا يجوز تزويج النصرانيته على المسلمه و لا غير المسلمه، قال: «لم؟» قلت: لقول الله تعالى وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ [٤]

ص: ٢٤٥

١- المائدة: ٥.

٢- الكافى ٥: ٨/٣٥٨، التهذيب ٧: ١٢٤٥/٢٩٨، الإستبصار ٣: ٦٤٩/١٧٩، الوسائل ٥: ٥٣٣/٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ب ١ ح ١.

٣- تفسير العياشى ١: ٣٨/٢٩٦، المستدرک ١٤: ٤٣٣/١٤ أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ب ١ ح ١.

٤- الكافى ٥: ٧/٣٥٨، التهذيب ٧: ١٢٤٤/٢٩٧، الإستبصار ٣: ٦٤٨/١٧٨، الوسائل ٥: ٥٣٤/٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ب ١ ح ٤.

٥- لم نعثر عليه فى نوادر الراوندى، و لكن رواه الثقة الجليل على بن إبراهيم فى تفسيره ٢: ٣٦٣، الوسائل ٥: ٥٤٢/٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٥ ح ٧.

حَتَّى يُؤْمِنَ [١] قال: «فما تقول في هذه الآيه وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ؟ [٢]» فقلت: قوله وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ [٣] نسخت هذه الآيه، فتبسّم ثم سكت (١).

مضافاً إلى السنّه المستفيضه عن أهل العصمه صلوات الله عليهم (٢)، المخالفه لجميع العامه، المشتهره بين قدماء الشيعة كما يستفاد من الخلاف و المبسوط (٣) و كذا متأخريهم، كما استفاض نقله في كلام جماعه (٤).

المؤيّد به بالأخبار الناهيه عن نكاح الأمه على الحرّه (٥) أو مطلقاً؛ إمّا بناءً على أنّهنّ بمنزلتها كما يستفاد من المعبره (٦) أو بناءً على شمول تلك الأخبار للمسلمه، فيتعدّى المنع إليهنّ بالأولويه.

المعتضده بظاهر مِنْ فِتْيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ [٤] (٧) المفسره في المروى في نوادر الراوندى: قال: «قال على عليه السلام: لا يجوز للمسلم التزويج بالأمه اليهوديه و لا النصرانيه؛ لأنّ الله تعالى قال مِنْ فِتْيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ [٥]» الحديث (٨).

ص: ٢٤٤

- ١- الكافي ٥: ٦/٣٥٧، التهذيب ٧: ١٢٤٣/٢٩٧، الإستبصار ٣: ٦٤٧/١٧٨، الوسائل ٢٠: ٥٣٤، أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ب ١ ح ٣.
- ٢- الوسائل ٢٠: ٥٣٣، أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ب ١.
- ٣- الخلاف ٤: ٣١١، المبسوط ٤: ٢٠٩.
- ٤- منهم العلامه في التذكرة ٢: ٦٤٥، و الفاضل المقداد في التنقيح ٣: ٩٧، و فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٣: ٢٢.
- ٥- الوسائل ٢٠: ٥٠٩، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤٦.
- ٦- الكافي ٥: ١/٤٥١، الوسائل ٢٠: ٥٢٩، أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ١٠ ح ٢.
- ٧- النساء: ٢٥.
- ٨- نوادر الراوندى: ٤٨، بحار الأنوار ٢٠: ٣٨٠، ١٠٠.

المؤكد بظاهر الآيه لا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ [١] (١) لأعميه الاستواء منه من بعض الوجوه و من جميع الوجوه، و لا- يصح نفى العام إلما بنفى جميع جزئياته، فإذا انتفى التساوى فى جميع الأحكام التى من جملتها المناكحه لزم اندراجها تحت التحريم.

فلا مخلص عن حمل ما ظاهره الجواز مطلقاً، أو فى الجملة على الاتقاء، أو التقية.

مضافاً إلى قصور أسانيد أكثرها عن الصحه، و متونها عن وضوح الدلاله، زياده على ما يأتى من احتمال الحمل على المتعه.

و الصحيح منها غير صالح للمكافأه لما تقدم من الأدله، مع تصريحه عليه السلام فيه ب: أن عليه فى نكاحهن غضاظه (٢)، أى: ذلّه و منقصه.

مع احتمال كالباقى الحمل على المتعه؛ لعدم صراحتها فى الغبطه. و هو أوضح طريق فى الجمع بين الأدله، دون الحمل على الكراهه، أو الجواز مع الضروره، مع اندفاعها بالعقد عليهن متعه غالباً.

أما الثانى (٣): فالمستند فيه بعد الإجماع المصرح به فى الخلاف و التبيان و مجمع البيان و الغنيه (٤)، و خصوص إذا آتتْمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ [٢] (٥) السنه المستفيضه.

ص: ٢٦٧

١- الحشر: ٢٠.

٢- الكافى ١/٣٥٦، الفقيه ١٢٢٢/٢٥٧، التهذيب ١٢٤٨/٢٩٨، الوسائل ٥٣٦: ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٢ ح ١.

٣- أى جواز المتعه. منه رحمه الله.

٤- الخلاف ٣١٢: ٤، التبيان ٤٤٦: ٣، مجمع البيان ١٦٢: ٢، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١٢.

٥- المائده: ٥.

ففى الموثق: عن الرجل يتمتع من اليهوديّه و النصرانيّه، قال: «لا أرى بذلك بأساً» الخبر (١).

و نحوه المرسل كالموثق (٢)، و الخبر الصحيح (٣) فى قول، و إن ضعف فى المشهور؛ لأنّه بالشهره العظيمة المدعى عليه الإجماع مجبور.

و لا يعارضها ما وقع فيه التصريح بالمنع فيها (٤) أيضاً؛ لعدم المكافأه، فليطرح، أو يحمل على الكراهه، و يفصح عنها الخبر: أ يتمتع من اليهوديّه و النصرانيّه؟ فقال: «يتمتع من الحرّه المؤمنه أحبّ إليّ» (٥).

و له ظهور فى الجواز أيضاً، و به كالباقى يخصّ أدلّه المنع، مع أنّ المتبادر من النكاح و التزويج فى أكثرها الدوام، دون التمتع و ملك اليمين.

و أمّا الثالث (٦): فبعد الإجماع عليه فى التبيان و مجمع البيان (٧)، فعموم فَمِنْ ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ [١] (٨) من دون معارض، و فحوى

ص: ٢٤٨

-
- ١- التهذيب ٢٥٦/١١٠٥، الإستبصار ١٤٤/٥٢٠، الوسائل ٣٧:٢١ أبواب المتعه ب ١٣ ح ١.
 - ٢- التهذيب ٢٥٦/١١٠٣، الإستبصار ١٤٤/٥١٨، الوسائل ٣٧:٢١ أبواب المتعه ب ١٣ ح ٢.
 - ٣- التهذيب ٢٥٦/١١٠٤، الإستبصار ١٤٤/٥١٩، الوسائل ٣٧:٢١ أبواب المتعه ب ١٣ ح ٣.
 - ٤- الفقيه ٢٩٣/١٣٨٩، الوسائل ٣٨:٢١ أبواب المتعه ب ١٣ ح ٧.
 - ٥- الفقيه ٢٩٣/١٣٩٠، التهذيب ٢٥٦/١١٠٩، الإستبصار ١٤٥/٥٢٤، الوسائل ٣٨:٢١ أبواب المتعه ب ١٣ ح ٦.
 - ٦- و هو الجواز بملك اليمين. منه رحمه الله.
 - ٧- التبيان ٤٤٦:٣، مجمع البيان ١٦٢:٢.
 - ٨- النساء: ٢٥.

أخبار جواز التمتع و وطء المجوسيه بملك اليمين، كما يأتي.

و ممّا ذكر ظهر الجواب عن دليل الجواز مطلقاً، آيةً و روايةً.

و ما يقال من عدم ثبوت النسخ بالخبر الواحد، فلم يقيم عليه دليل صالح، و الإجماع عليه غير معلوم، و معه يحمل آية الحلّ (١) على التمتع؛ جمعاً بين الأدلّه، و هو من باب حمل العموم على الخصوص، فيكون تخصيصاً في تخصيص (٢)، و هو شائع يجب المصير إليه بعد قيام الدليل عليه، و هو ما قدّمناه.

و في جواز الأمرين (٣) ب المجوسيه قولان، أشبههما: عند المصنّف تبعاً للنهايه (٤) الجواز على كراهه شديده؛ لخبرين قاصري السند:

في أحدهما: «لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمجوسيه» (٥).

و في الثاني: عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: «لا بأس» فقلت:

المجوسيه؟ فقال: «لا بأس» يعنى متعه (٦).

و الأقوى المنع عن العقد مطلقاً؛ لما تقدّم من الأدلّه المطلقه من

ص: ٢٦٩

١- المائده: ٥.

٢- التخصيص الثاني هو تخصيص ما دلّ على منع نكاح المشركات بآيه حلّ نكاح المحصنات من الذمّيات، و الأول تخصيص هذه الآيه بالتمتعات منهّنّ دون الدائمات؛ للروايات منه عفى عنه و والديه.

٣- أى التمتع و ملك اليمين. منه رحمه الله.

٤- النهايه: ٤٥٧.

٥- التهذيب ١١٠٧/٢٥٦، الإستبصار ٣: ٥٢٢/١٤٤، الوسائل ٢١: ٣٨ أبواب المتعه ب ١٣ ح ٥.

٦- التهذيب ١١٠٦/٢٥٦، الإستبصار ٣: ٥٢١/١٤٤، الوسائل ٢١: ٣٨ أبواب المتعه ب ١٣ ح ٤.

الكتاب و السنه، الخاليه عما يخصها هنا من الأدله؛ لضعف الخبرين، مع انتفاء جابر لهما في اليبين.

مضافاً إلى معارضتهما المعتبره، أحدها الصحيح كالصريح في المنع عن مطلق العقد:- عن الرجل المسلم يتزوج المجوسيه، قال: «لا، ولكن إذا كان له أمه مجوسيه فلا بأس أن يطأها، و يعزل عنها، و لا يطلب ولدها» (١).

و أصرح منه الآخر: عن الرجل يتمتع باليهوديه و النصرانيه، قال:

«لا أرى بذلك بأساً» قلت: فالمجوسيه؟ قال: «أما المجوسيه فلا» (٢).

و قريب منهما إطلاق الرضوى: «و لا يجوز تزويج المجوسيه» (٣).

هذا مضافاً إلى دعوى التبيان كالسائر فيه (٤) الإجماع (٥).

و في هذه الأخبار دلالة على مغايره المجوس لأهل الكتاب، و عدم إرادتهم منهم عند الإطلاق، كما هو المشهور بين الأصحاب، فلا يشملهم أدله إباحه التمتع بهم.

لو ارتد أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال

و لو ارتد أحد الزوجين أو هما دفعه عن الإسلام قبل الدخول بالزوجه وقع الفسخ في الحال مطلقاً، فطرياً كان الارتداد أم ملىاً،

ص: ٢٧٠

- ١- الكافي ٣/٣٥٧، الفقيه ٥/١٢٢٣/٢٥٨، التهذيب ٣/٧٥٧/٢١٢، الوسائل ٨:٥٤٣، ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٦ ح ١.
- ٢- التهذيب ٧/١١٠٥/٢٥٦، الإستبصار ٣/٥٢٠/١٤٤، الوسائل ٣:٣٧، ٢١ أبواب المتعه ب ١٣ ح ١.
- ٣- فقه الرضا عليه السلام: ٢٣٥، المستدرک ١٤:٤٣٤، ١٤ أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ب ١ ح ٤.
- ٤- أى إطلاق المنع. منه رحمه الله.
- ٥- التبيان ٢:٢١٨، السرائر ٢:٥٤٢.

بالإجماع من أهل العلم كافة في الأول (١)، و منّا في الثاني (٢)، حكاهما في التذكرة (٣).

لإطلاق بعض ما تقدّم من الأدلّة في المنع عن نكاح الكتائبه (٤).

والمعتبره في المرتدّ الفطري (٥)، الشامله لصورتى الدخول و عدمه، كما يأتي.

و الخبر: في الملى «المرتدّ تعزل عنه امرأته، و لا تؤكل ذبيحته، و يستتاب ثلاثة أيام، فإن تاب و إلّا قتل» (٦).

و هي كما ترى خاصّه بارتداد الرجل خاصّه، إلّا أنّ ارتداد المرأة ملحق به؛ للإجماع المركّب.

و يجب على الزوج نصف المهر إن كان الارتداد من الزوج؛ لمجىء الفسخ من جهته، فأشبهه الطلاق. ثم إن كانت التسميه صحيحه فنصف المسمى، و إلّا فنصف المثل، و مع عدم التسميه بالمره فالمتمعه.

و قيل: يجب جميع المهر؛ لوجوبه بالعقد، و لم يثبت تشطيره إلّا بالطلاق و نحوه إن قيل به فيه، فلا يتعدى إلى غيره، و لا يخصّص الأصل القطعى بالقياس به (٧). و هو أقوى.

ص: ٢٧١

١- أى ارتداد أحد الزوجين. منه رحمه الله.

٢- أى ارتدادهما. منه رحمه الله.

٣- التذكرة ٦٤٧: ٢.

٤- راجع ص ٢٦٢ ٢٦٣.

٥- انظر الوسائل ٣٢٣: ٢٨، أبواب حد المرتد ب ١ ح ٣، ٢.

٦- الكافي ١٧/٢٥٨، ٧: ٣٣٤/٨٩، التهذيب ١٣٨/٥٤٦: ١٠، الإستبصار ٤: ٩٦١/٢٥٤، الوسائل ٣٢٨: ٢٨، أبواب حد المرتد ب ٣

ح ٥؛ بتفاوت.

٧- جامع المقاصد ١٢: ٤١٠، المسالك ١: ٤٩٠.

و لو كان الارتداد منها فلا مهر لها؛ لمجىء الفسخ من قبلها، كذا عُلِّل (١)، وفيه إيماء إلى مسلميته بينهم.

و لعلّه للخبر: في المرأه إذا زنت قبل أن يدخل بها، قال: «يُفَرَّق بينهما، ولا صداق لها؛ لأنّ الحدث كان من قبلها» (٢) و قصور السند (٣) منجبر بالعمل بالتعليل، فتأمل.

و يدلّ عليه أيضاً فحوى ما سيأتى من المعتبره الدالّه على سقوط مهر النصرانيه بإسلامها (٤)، المستلزم للسقوط هنا بطريق أولى. و لو كان الارتداد بعد الدخول، وقف انفساخ النكاح على انقضاء العده عدّه الطلاق، إن كان الارتداد من الزوجه مطلقاً، أو من الزوج من غير فطره، فإن رجع المرتدّ قبل انقضائها، وإلا انفسخ.

و ظاهر الأصحاب الاتفاق على الحكم و مقدار العده؛ بل صرّح به جماعة (٥)؛ و هو الحجّه فيه، دون النصوص؛ لعدم استفاده شيء منهما منها.

بل ربما دلّ بعض المعتبره على البيئونه بمجرد الردّه، من دون توقّف على انقضاء العده، كالحسن: «إذا ارتدّ الرجل عن الإسلام بانته منه امرأته كما تبين المطلقه ثلاثاً، و تعتدّ منه كما تعتدّ المطلقه، فإن رجع إلى الإسلام و تاب قبل التزويج فهو خاطب من الخطاب، و لا عدّه عليها منه، و تعتدّ منه

ص: ٢٧٢

١- الروضه البهيّه ٢٢٩:٥، جامع المقاصد ١٢:٤١٠.

٢- التهذيب ١٢٦/٣٦:١٠، الوسائل ٢٨:٧٨ أبواب حد الزنا ب ٧ ح ٨.

٣- بيان. منه رحمه الله.

٤- في ص ٢٧٢.

٥- منهم الشهيد الثاني في المسالك ١:٤٩٠، و السبزواري في الكفايه: ١٦٧، و صاحب الحدائق ٢٤:٢٧.

لغيره، وإن مات أو قتل قبل العدة اعتدت منه عده المتوفى عنها زوجها، وهي ترثه في العدة، ولا يرثها إن ماتت وهو مرتد عن الإسلام» (١).

ولكنه شاذ محتمل للتقيته؛ لحكاية ذلك عن بعض العامة (٢).

ويمكن الاستدلال عليه بفحوى المعتبره الدال على اعتبار انقضاء العدة في السينونه المحضه في إسلام أحد الوثنيين (٣)؛ لأضعفته الكفر الارتدادى عن الأصلي؛ لبقاء حرمة الإسلام فيه دونه، فثبوت الحكم فى الأقوى ملازم لثبوتة فى الأضعف بطريق أولى، فتأمل. فلا ريب فى الأحكام المذكوره.

إلا أن يكون المرتد هو الزوج و كان مولوداً على الفطره، فإنه لا يقبل عوده، و تعتد زوجته عده الوفاه إجماعاً، و للمعتبره:

منها الموثق: «كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و جحد [محمداً صلى الله عليه و آله] نبوته و كذبه فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه، و امرأته بائه منه يوم ارتد، فلا تقربه، و يقسم ماله على ورثته، و تعتد امرأته عده المتوفى عنها زوجها، و على الإمام أن يقتله و لا يستتبه» (٤).

و لا يسقط من المهر هنا و فى السابق شىء؛ لاستقراره بالدخول المستمر بالأصل السالم عن المعارض.

ص: ٢٧٣

١- الكافي ٧: ٤/١٥٣، التهذيب ٩: ١٣٣٣/٣٧٣، الوسائل ٢٦: ٢٧، أبواب موانع الإرث ب ٦ ح ٥.

٢- كابن قدامه فى المغنى و الشرح الكبير ٧: ٥٦٥.

٣- الوسائل ٥: ٥٤٦، ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ب ٩.

٤- الكافي ٧: ١١/٢٥٧، الفقيه ٣: ٣٣٣/٨٩، التهذيب ١٠: ٥٤١/١٣٦، الإستبصار ٤: ٩٥٧/٢٥٣، الوسائل ٢٨: ٣٢٤، أبواب حد المرتد ب ١

ح ٣؛ و ما بين المعقوفين من المصدر.

إذا أسلم زوج الكتابيه فهو على نكاحه و لو أسلمت زوجته دونه انفسخ

و إذا أسلم زوج الكتابيه دونها فهو على نكاحه، سواء كان قبل الدخول أو بعده دائماً كان التزويج أو منقطعاً، كتابياً كان الزوج أو وثيقاً، جؤزنا نكاحها للمسلم ابتداءً أم لا، إجماعاً.

للخبرين الآتين فيمن أسلم عن خمس، الدالين على بقاء نكاح الأربع، و انفساخ الزائد خاصه.

و لإطلاق الصحيحين: عن رجل هاجر و ترك امرأته في المشركين، ثم لحقت بعد ذلك، أيمسكها بالنكاح الأول؟ قال: «بل يمسكها و هي امرأته» (١)، و ينبغي تقييدهما بالكتابيه؛ للمعتبره الآتيه (٢).

و لو أسلمت زوجته أى الكافر دونه، انفسخ النكاح فى الحال، إن كان الإسلام قبل الدخول لعدم العده، و امتناع كون الكافر زوجاً للمسلمه.

و لا- مهر لها؛ لمجىء الفرقه من قبلها، و للصحيح: فى نصرانى تزوج نصرانيه، فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال: «قد انقطعت عصمتها، و لا مهر لها، و لا عدّه عليها منه» (٣).

و الخبر المثبت للمهر (٤) مع قصور سنده، و عدم مكافأته لما تقدّم

ص: ٢٧٤

١- أحدهما فى: الكافى ٢/٤٣٥، الوسائل ٥٤١: ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٥ ح ١. و الآخر فى: الكافى ٥/٤٣٥، التهذيب ٧/٣٠٠، الإستبصار ٣/١٨١، الوسائل ٤٥٧: ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٥ ح ١؛ بتفاوت.

٢- فى ص ٢٧٥.

٣- الكافى ٤/٤٣٦، الوسائل ٥٤٧: ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٦.

٤- الكافى ٦/٤٣٦، التهذيب ٨/٣١٥، الوسائل ٥٤٨: ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٧.

شاذ لا تعويل عليه. و بفحواه يستدلّ لحكم الوثنى.

و وقف الفسخ على انقضاء العده عدّه الطلاق كما ذكره من حين الإسلام إن كان بعده أى الدخول، فإن انقضت و لم يسلم تبين بينونها منه حين الإسلام كما ذكره، و إن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح.

و جميع ذلك موضع وفاق فى الوثنى؛ مدلول عليه فى الخبرين، الآتى أحدهما فى الوثنيين المسلم أحدهما (١).

و فى الثانى: عن رجل مجوسى أو مشرك من غير أهل الكتاب، كانت تحته امرأه، فأسلم أو أسلمت، قال: «ينظر بذلك انقضاء عدتها، فإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضى عدتها فهما على نكاحهما الأول، و إن هو لم يسلم حتى تنقضى العده فقد بانت منه» (٢).

و مشهور بين الأصحاب فى الكتابى، بل فى الخلاف: الوفاق على انفساخ النكاح بخروجها من العده (٣).

و يدلّ عليه عموم وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا [١] (٤). و الصحيح: عن الرجل يكون له الزوجه النصرانيه فتسلم، هل يحلّ لها أن تقيم معه؟ قال: «إذا أسلمت لم تحلّ له» قلت: جعلت فداك، فإنّ

ص: ٢٧٥

١- انظر ص ٢٧٦.

٢- الكافي ٣/٤٣٥، التهذيب ١/٣٠١، الإستبصار ٧: ١٢٥٨، الوسائل ٣: ٦٦٢/١٨٢، ٢٠: ٥٤٦، أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٣؛ بتفاوت.

٣- الخلاف ٤: ٣٢٥.

٤- النساء: ١٤١.

الزوج أسلم بعد ذلك، أ يكونان على النكاح؟ قال: «لا، يتزوج بجديد» (١).

و الصحيح: «إذا أسلمت امرأة و زوجها على غير الإسلام فرّق بينهما» (٢).

و المراد بإطلاق التفريق فيه كعدم الحلّ في الأول هما بعد انقضاء العده؛ إجماعاً.

و للخبر المعتبر (٣): «إنّ امرأة مجوسية أسلمت قبل زوجها، فقال له عليّ عليه السلام: أسلم، فقال: لا، فرّق بينهما، ثم قال: إن أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك، و إن انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب» (٤).

و قيل هو الشيخ في النهاية و التهذيبين (٥): - لم يفسخ النكاح بانقضاء العده مطلقاً، بل إن كان الزوج ذمياً قائماً، بشرائط الذمه، كان نكاحه صحيحاً باقياً بحاله و لكن لا يمكن من الدخول عليها ليلاً، و لا من الخلوه بها نهاراً و لا من إخراجها إلى دار الحرب.

لأخبار قاصره الأسانيد، ضعيفه التكافؤ للمعارض، أجودها المرسل كالصحيح: «إنّ أهل الكتاب و جميع من له ذمه، إذا أسلم أحد الزوجين

ص: ٢٧٦

١- التهذيب ١٢٥٥/٣٠٠، الاستبصار ٧/١٨١/٦٥٩:٣، قرب الإسناد: ١٣٣٥/٣٧٨، الوسائل ٥٤٢:٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٥ ح ٥؛ بتفاوت سير.

٢- الكافي ٥/٢/٤٣٥، الوسائل ٥٤٧:٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٤.

٣- بوجود من أجمعت العصابة في سنده الجابر الضعفه لو كان، مع أنه قيل (جامع المقاصد ١٢:٤٠٨) بصحته. منه رحمه الله.

٤- التهذيب ١٢٥٧/٣٠١، الاستبصار ٧/١٨٢/٦٦١:٣، الوسائل ٥٤٦:٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٢ و فيه: فقال علي عليه السلام: لا يفرق بينهما.

٥- النهاية: ٤٥٧، الاستبصار ٣:١٨٣، التهذيب ٧:٣٠٢.

فهما على نكاحهما، وليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها، ولا يبيت معها، ولكنه يأتيها بالنهار» (١).

مع احتمال بعضها الحمل على عدم بينونه في العدة لا مطلقاً، فلا ينافيها ثبوتها بعدها.

و مع ذلك فظاهر الشيخ الرجوع عنها في الخلاف؛ لدعواه فيه على خلافها الوفاق (٢).

فلا- عبره بها وإن كانت أخص من المعارض، وليس كل خاص يقدم على العام، ومع ذلك فبعض ما تقدم خاص أيضاً (٣)، كالصحيح (٤) في انفساخ النكاح بالإسلام قبل الدخول.

و دعوى اختصاص هذا القول بصوره الدخول، فلا مدخل للصحيح في المتنازع (٥).

مدفوعه بتصريح المسالك بعمومه لصورتى الدخول و عدمه (٦)، كما يفصح عنه إطلاق عبارته (٧) و عموم دليله.

فلا وجه لتردد بعض من تأخر (٨)، و مصير آخر إليه (٩).

ص: ٢٧٧

-
- ١- الكافي ٥:٩/٣٥٨، التهذيب ٢/٣٠٢، الإستبصار ١٨٣/٦٦٣، الوسائل ٥٤١:٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ٥ ح ٢.
 - ٢- الخلاف ٤:٣٢٦.
 - ٣- لتصريحه بدمية الزوج. منه رحمه الله.
 - ٤- المتقدم في ص ٢٧٢.
 - ٥- البحراني في الحدائق ٢٤:٣٧.
 - ٦- المسالك ١:٤٩٠.
 - ٧- أى القائل. منه رحمه الله.
 - ٨- المختلف: ٥٣٢.
 - ٩- التنقيح الرائع ٣:١٠٢.

و لو أسلما معاً ثبت النكاح؛ لانتفاء المقتضى للفسخ.

و للخبرين، في أحدهما: النصراني يتزوج النصرانيه على ثلاثين دنًا (١) من خمر و ثلاثين خنزيراً، ثم أسلما بعد ذلك، و لم يكن دخل بها، قال:

«ينظر كم قيمه الخمر و كم قيمه الخنازير، فيرسل بها إليها، ثم يدخل عليها، و هما على نكاحهما الأول» (٢).

و لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين معاً، المنسويين إلى عباده الوثن و هو الصنم و كذا من بحكمهما من الكفار غير الكتابيين و كان الإسلام قبل الدخول، بطل النكاح مطلقاً؛ لأنّ المسلم إن كان هو الزوج استحال بقاؤه على نكاح الكافر غير الكتابي؛ لتحريمه ابتداءً و استدامه إجماعاً. و إن كان الزوجه فأظهر؛ إذ لا سبيل للكافر عليها.

و يجب نصف المهر أو الجميع لما تقدّم من عدم ثبوت التشطير إلّا بالطلاق بإسلام الزوج، دون إسلامها، فيسقط؛ لما مرّ (٣).

و بعد الدخول يقف الفسخ على انقضاء العده بإسلام أيهما اتفق فإن انقضت و لم يسلم الآخر تبين انفساخه من حين الإسلام، و إن

ص: ٢٧٨

١- الدّن: ما عظم من الرواقيد، و هو كهيئه الحُبّ، إلّا أنّه أطول، مستوى الصنعه في أسفله كهيئه قونس البيضه، و الجمع الدّنان، و هي الحباب؛ و قيل الدّن أصغر من الحُبّ، له عُسْعُس فلا يقعد إلّا أن يُحفر له لسان العرب ١٥٩:١٣.

٢- الأول في: الكافي ٩/٤٣٧، الفقيه ٣/١٣٨٣/٢٩١، التهذيب ٧/١٤٤٨/٣٥٦، الوسائل ٧/٢٤٣:٢١ أبواب المهور ب ٣ ح ٢؛ بتفاوت يسير. الثاني في: الكافي ٥/٤٣٦، بتفاوت في السند، التهذيب ٧/١٤٤٧/٣٥٥، الوسائل ٧/٢٤٣:٢١ أبواب المهور ب ٣ ح ١.

٣- من التعليل بمجىء الفسخ من قبلها، في ص ٢٧٢.

أسلم فيها استمرّ النكاح.

كلّ ذلك بلا خلاف، بل حكى عليه الإجماع (١).

للخبرين في الثاني (٢)، تقدّم أحدهما في إسلام زوجه الوثني و توقّف الفسخ فيه على انقضاء العده (٣).

و ثانيهما المرسل كالصحيح: «و أمّا المشركون مثل: مشركي العرب و غيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العده، فإن أسلمت المرأة، ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدّتها، فهي امرأته، فإن لم يسلم إلّا بعد انقضاء العده فقد بانت منه، و لا سبيل له عليها، و كذلك جميع من لا ذمه له» الخبر (٤).

و لو أسلم الذمّي و عنده أكثر من أربع فما دون تخير أربع

و لو أسلم الوثني و من في حكمه، أو الذمّي و عنده أربع فما دون كتابيّات مطلقاً أو وثيّات أسلمن معه لم يتخير للأصل، و انتفاء المقتضى له من حرمة الجمع.

و لو كان عنده أكثر من أربع نسوة مذكورات تخير أربعاً منهنّ من دون تجديد عقد، بشرط جواز نكاحهنّ في شريعة الإسلام، و فارق سائرهنّ من دون طلاق، إن كان حرّاً و هنّ حرّات، و إلّا اختار ما عيّن له سابقاً من حرّتين و أمّتين، أو أمه و ثلاث حرّات. و العبد يختار حرّتين، أو أربع إماء، أو حرّه و أمّتين، ثمّ تتخير الحرّه في فسخ عقد الأمه و إجازته إن

ص: ٢٧٩

١- كما حكاه في التذكرة ٢: ٦٥٢.

٢- أي صوره بعد الدخول. منه رحمه الله.

٣- راجع ص ٢٧٣.

٤- الكافي ٥: ٩/٣٥٨، التهذيب ٧: ١٢٥٩/٣٠٢، الإستبصار ٣: ٦٦٣/١٨٣، الوسائل ٢٠: ٥٤٧، أبواب ما يحرم بالكفر ب ٩ ح ٥.

قلنا به، وإلّا بطل عقد الأُمه خاصّه كما مرّ (١).

قيل: و لو شرطنا فى نكاح الأُمه الشرطين (٢) توّجّه انفساخ نكاحها هنا إذا جامعته حرّه تحصل حاجته منها؛ لقدرته عليها، المنافيه لنكاح الأُمه (٣).

و فيه منع؛ لأنّ المحكّي عن المبسوط و التذكرة: الإجماع على اختصاص المنع بصوره الابتداء دون الاستداه (٤). و هو الأوفق بظواهر الأدلّه؛ لعدم تبادل الاستداه من الأدلّه المانع، فيرجع فيها إلى أصاله الإباحه.

و على المنع مطلقاً (٥)، لو تعدّدت الحرائر اعتبر رضاهنّ جُمع، ما لم يزدن على أربع، فيعتبر رضاهنّ من يختارهنّ من النصاب.

و لا فرق فى التخيير بين من ترتّب عقدهنّ و اقترن، و لا بين اختيار الأوائل و الأواخر، و لا بين من دخل بهنّ و غيرهنّ.

و لو أسلم معه أربع و بقى أربع، فالأقوى بقاء التخيير؛ لإطلاق النصّ.

و فيه نظر.

و قيل بتعيّن المسلمات؛ لشرف الإسلام (٦). و هو أحوط.

و حكى على أصل الحكم الإجماع عن ظاهر المبسوط و التذكرة (٧)؛ و هو المستند فيه كالخبر: فى مجوسىّ أسلم و له سبع نسوه و أسلمن معه،

ص: ٢٨٠

١- فى ص ٢١٨.

٢- المذكورين فى ص ٢١٣.

٣- قال به الشهيد الثانى فى الروضه ٢٣٣: ٥.

٤- المبسوط ٢٢٠: ٤، التذكرة ٦٥٢: ٢.

٥- أى استداهه و ابتداءه. منه رحمه الله.

٦- قال به صاحب الحدائق ٢٤: ٤٠.

٧- المبسوط ٢٣٠: ٤، التذكرة ٦٥٢: ٢.

كيف يصنع؟ قال: «يمسك أربعاً و يطلق ثلاثاً» (١).

و ضعف الدلالة مع الأخصييه غير قادح في الحجّيه بعد انجبارهما بفتوى الطائفه، كعدم القدح فيها ب«يطلق ثلاثاً» نظراً إلى مخالفته المتفق عليه بينهم من حصول الفسخ بالاختيار خاصّه بلا- طلاق؛ لاحتماله الإطلاق دون التطلق، و معه ينتفى المناقشه كانتفائها مع عدمه؛ بناءً على أنّ خروج بعض الحديث عن الحجّيه لا ينافيها بالإضافه إلى الباقي.

و نحوه النبوي (٢)، بل و أظهر منه، من حيث عمومه للمسلمات و غيرهن، بل ظهوره في الأخيره خاصّه.

و المستند في القيود المتقدمه عموم ما تقدّم فيها من الأدله، و إن احتمل بعضها نوعاً من المناقشه، لكن كفانا مؤونه الاشتغال بدفعها إجماع الطائفه، كما عن ظاهر المبسوط و التذكره (٣).

و روى عمّار في الموثّق عن مولانا أبي عبد الله عليه السلام: أنّ إباق العبد بمنزله الارتداد، فإن رجع و الزوجه في العده فهو أحقّ بها، و إن خرجت من العده فلا- سبيل له عليها (٤) و ليس في هذه الروايه ضعف بالمعنى المصطلح؛ لوثاقه عمّار و إن كان فطحياً، مضافاً إلى أنّ قبله من أجمع العصابه على تصحيح

ص: ٢٨١

١- الكافي ٥:٧/٤٣٦، التهذيب ٧:١٢٣٨/٢٩٥، الوسائل ٥:٢٤:٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٦ ح ١.

٢- غوالي اللئلي ١:١٢٣/٢٢٨، المستدرک ١٤:٤٢٨ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ٤ ح ٣؛ و انظر مسند أحمد ٢:٨٣.

٣- المبسوط ٤:٢٣٠، التذكره ٢:٦٥٢.

٤- الفقيه ٣:١٣٧٢/٢٨٨، التهذيب ٨:٧٣١/٢٠٧، الوسائل ٢١:١٩٢ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٧٣ ح ١.

ما يصح عنه، ولعله لذا عمل به جماعه، كالصدوق و الشيخ في النهايه (١)، و ابن حمزه، إلا أنه خص الحكم بتزويج العبد أمه غير سيده (٢)، و الروايه مطلقه.

خلافاً للأكثر، بل كاد أن يكون إجماعاً، و هو الأظهر؛ للأصل، و ظاهر عموم ما دلّ على اعتبار الطلاق في تحقّق الفراق. و لاعتضادهما بالشهره لا- تقاومهما الموثقه المزبوره، و إن كانت بحسب السند معتبره، مع إمكان تطرّق القدح إليه من جهته، من حيث ابتناء اعتباره بالأمرين على حصول المظنّه منهما بصدق الروايه، و مع اشتهاار الخلاف ترتفع المظنّه.

أما من الأول: فلأنّ الظنّ الحاصل من توثيقه أضعف هنا من الظنّ الحاصل من شهره خلافه.

و أما من الثاني: فلا ابتناء حصول المظنّه منه على الإجماع (٣)، و هو منفيّ مع شهره الخلاف.

فإذاً الأجود: بقاء الزوجيه إلى وقوع البيّنونه بطلاقٍ و نحوه من الأمور المسلّمه.

مسائل سبع

إشاره

هنا مسائل سبع:

الأولى فيها فروع

التساوى في الإسلام شرط في صحه العقد

الأولى: التساوى بين الزوجين، المعبر عنه بالكفاهه في الإسلام بالمعنى العام، و هو الإقرار بالشهادتين من دون إنكار ما يلحق منكره بالكفّار شرط في صحه العقد فلا يجوز للمسلمه التزويج بالكافر مطلقاً، نصّاً (٤) و إجماعاً،

ص: ٢٨٢

١- الصدوق في الفقيه ٢٨٨: ٣، الشيخ في النهايه: ٤٧٩.

٢- الوسيله: ٣٠٧.

٣- أى إجماع العصابه. منه رحمه الله.

٤- انظر الوسائل ٥٤٩: ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ١٠.

و لا للمسلم التزويج بالوثنيّه مطلقاً (١)، و الكتابيّه دائماً ابتداءً، على الأصحّ كما مرّ (٢)؛ و يجوز له تزويجها متعاً و بملك اليمين و استدامه مطلقاً، إجماعاً في الأخير، و على الأقرب في الأوّلين.

و هل يشترط التساوى في الإيمان الخاصّ؟ المراد منه: الإقرار بالأئمّه الاثني عشر بالشرط المتقدّم (٣).

فيه أقوال، ثالثها: اختصاصه بالزوج دون الزوجه، و هو المشهور بين الطائفة، بل حكى على الأول الإجماعات المستفيضه عن الخلاف و المبسوط و السرائر و سلّار و الغنيه (٤)؛ و هي الحجّه فيه، كالنصوص المستفيضه:

منها الصحيح: «تزوّجوا في الشكّاك و لا تزوّجوه؛ لأنّ المرأه تأخذ من أدب زوجها، و يقزّها على دينه» (٥).

و في معناه المعتبره (٦) المنجبر قصور أسانيدھا بالشهره و الإجماعات المستفيضه.

و الدلاله واضحه؛ لاستلزام المنع من تزويج الشكّاك منع التزويج من غيرهم من المعتقدين لخلاف ما عليه الفرقة المحقّه بالأولويّه المؤكده بالعله

ص: ٢٨٣

١- أي ابتداءً و استدامه، دائماً و منقطعاً. منه رحمه الله.

٢- و هو عدم إنكار ضروريّ الملحق له بالكفار. منه رحمه الله.

٣- في ص ٢٦٢.

٤- الخلاف ٤: ٢٧١، المبسوط ٤: ١٧٨، السرائر ٢: ٥٥٧، سلّار في المراسم: ١٤٨، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦٠٩.

٥- الكافي ٥: ٣٤٩، الفقيه ٣: ١٢٢٦/٢٥٨، التهذيب ٧: ١٢٦٦/٣٠٤، الاستبصار ٣: ٦٧٠/١٨٤، علل الشرائع: ١/٥٠٢، الوسائل ٢٠: ٥٥٥

أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١ ح ٢.

٦- انظر الوسائل ٢٠: ٥٥٤ أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١.

المذكوره، و هي الوجه في دلاله الصحيح: «و لا يتزوج المستضعف مؤمنه» (١).

و منها: المستفيضه المشترطه للدين المرضي في الأمر بالمناكحه (٢)، الظاهر في الإباحه، دون الندبيّه، حتى يقال: غايه الشرطيّه انتفاؤها بانتفاء الشرط، لا الإباحه.

و ليس في إدراج الخلق مع الدين في بعضها كالصحيح: «إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوّجوه، إلاّ تفعّلوه تكنّ فتنه في الغارض و فساد كبير» [١] (٣) قرينه على الندبيّه بالإضافه إلى الدين، بناءً على اتحاد سياق العبارة مع الإجماع عليها بالنسبه إليه؛ لتوقّفه على كون المراد منه السجّيه و الطبيعه، و ليس بمتعيّن؛ لاستعماله في المله كما عن أهل اللغه (٤)، فيحتمل إرادتها منه هنا، فلا قرينه فيه بالمرّه.

و منها المرسل كالموثق بل الموثق؛ لإرساله عن غير واحد، الملحق مثله عند جماعه بالمسند (٥)، مع كون المرسل من المجمع على تصحيح رواياته-: «إنّ العارفة لا توضع إلاّ عند العارف» (٦).

و منها المعتبر بوجود المجمع على تصحيح رواياته في سنده: إنّ لامرأتي أختا عارفة على رأينا، و ليس على رأينا بالبصره إلاّ قليل، فأزوّجها ممّن لا يرى رأيا؟ قال: «لا، و لا نعمه، إنّ الله عزّ و جلّ يقول

ص: ٢٨٤

- ١- الكافي ٥: ٨/٣٤٩، التهذيب ٧: ١٢٦١/٣٠٢، الإستبصار ٣: ٦٦٥/١٨٣، الوسائل ٢٠: ٥٥٧، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١ ح ٦.
- ٢- انظر الوسائل ٢٠: ٧٦، أبواب مقدمات النكاح ب ٢٨.
- ٣- الكافي ٥: ٣/٣٤٧، التهذيب ٧: ١٥٨٤/٣٩٦، الوسائل ٢٠: ٧٧، أبواب مقدمات النكاح ب ٢٨ ح ٢.
- ٤- انظر القاموس المحيط ٣: ٢٣٦، و مجمع البحرين ٥: ١٥٦.
- ٥- منهم البحراني في الحقائق ٢٤: ٥٩، السبزواري في الكفايه: ١٦٨.
- ٦- الكافي ٥: ١١/٣٥٠، الوسائل ٢٠: ٥٥٠، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١٠ ح ٥.

فَلَا تَزْجُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَّهُنَّ [١] (١)» (٢). و ما يقال: بأنَّ قصارها الدلالة على النهى (٣) الغير الملازم للفساد المترتب عليه الشرطيّه.

مدفوعٌ بالإجماع على التلازم هنا؛ بناءً على عدم القول بالتحريم المجرد عن الفساد، بل كلٌّ من حرّم أفسد، و كلٌّ من أحلّ صحّح. هذا، مضافاً إلى إشعار التعليل في ذيل الأخير بالكفرّيّه؛ من حيث إطلاق الكفر عليهم، المستلزم إمّا لكفرهم حقيقةً كما عليه جماعه (٤) أو اشتراكهم مع المتّصف به في الأحكام، التي منها حرمة النكاح و فساده، إن قلنا بالمجازيّة كما عليه جمهور الطائفة، و استفيد من النصوص الآتيه لوجوب الحمل على أقرب المجازات إذا تعدّر الحقيقه.

و من هنا ينقذ وجه الاستدلال بالنصوص المطلقة عليهم الكفر (٥)، و هي كادت تكون متواتره.

و هذه الأخبار عدا ما ابتنى فيه وجه الدلالة على إطلاق الكفر عليهم مشتركة في اختصاص المنع فيها بتزويج المخالف بالمؤمنه، بل صرّح بعضها بتزويج المؤمن بالشكّاك (٦)، و أشعر تعليل المنع في بعضها بأخذ المرأه من أدب زوجها (٧)، بالجواز هنا؛ لمطلوبيته فيه قطعاً، و قريب منه

ص: ٢٨٥

- ١- الممتحنه: ١٠.
- ٢- الكافي ٥/٣٤٩: ٥، الوسائل ٢٠: ٥٥٠، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١٠ ح ٤.
- ٣- انظر نهايه المرام ١: ٢٠٢.
- ٤- منهم البحراني في الحقائق ٢٤: ٥٤، ٦١.
- ٥- انظر الوسائل ٢٠: ٥٣٣، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١.
- ٦- الوسائل ٢٠: ٥٥٤، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١.
- ٧- الكافي ٥/٣٤٩: ٥، الفقيه ٣: ١٢٢٦/٢٥٨، التهذيب ٧: ١٢٦٦/٣٠٤، الاستبصار ٣: ٦٧٠/١٨٤، علل الشرائع: ١/٥٠٢، الوسائل ٢٠: ٥٥٥، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١ ح ٢.

إشعار تخصيص المنع بالزوج؛ فتدبر.

مع أنّ النصوص بجواز تزويجه بالبله منهنّ و المستضعفات مستفيضه.

ففى الصحيح: «عليك بالبله من النساء اللاتى لا تنصب، و المستضعفات» (١).

و الصحيح: «ما يمنعك من البله من النساء؟! قلت: و ما البله؟ قال:

«هنّ المستضعفات اللاتى لا ينصبن و لا يعرفن ما أنتم عليه» (٢)، و نحوهما الموتقان (٣) و غيرهما (٤).

و لا- خلاف فى مواردّها بين الطائفة، و كذلك ما عداه على الأشهر الأظهر، بل عليه الإجماع عن التذكرة (٥)، و صرح بعدم الخلاف بعض الأجله (٦)؛ و هو الحجّه فيه بعد ما تقدّم (٧)، و عموم النصوص الآتية المصرّحه ب: أنّ بالإسلام تحلّ المناكحه.

ص: ٢٨٦

١- التهذيب ١٢٦٨/٣٠٤، الإستبصار ٧:١٢٦٨/٣٠٤، الوسائل ٣:٦٧٢/١٨٥، الوسائل ٢٠:٥٥٩، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١ ح ١٠.

٢- الكافي ٥:٧/٣٤٩، التهذيب ٥:٧/٣٤٩، الإستبصار ٧:١٢٦٩/٣٠٥، الوسائل ٣:٦٧٣/١٨٥، الوسائل ٢٠:٥٥٦، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١ ح ٣؛ بتفاوت فى السند.

٣- أحدهما فى: الكافي ٥:٣٤٩/٩، الفقيه ٣:٢٥٨/١٢٢٧، الوسائل ٢٠:٥٥٧، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١ ح ٧، ٨. الآخر فى: الكافي ٥:١٢٣٥٠/١٢، الوسائل ٢٠:٥٥٧، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١ ح ٩.

٤- انظر الوسائل ٢٠:٥٥٤، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١١.

٥- التذكرة ٢:٦٠٥.

٦- كصاحب الحدائق ٢٤:٥٢.

٧- من الإشعارات. منه رحمه الله.

خلافاً لسَلَّار، فمَنع عمّا عدا البله و المستضعفات (١)، بل ظاهره الإجماع عليه. و لا ريب في ضعفه جدّاً.

و بهذه الأدلّة يقنّد ما أطلق فيه عليهم الكفر.

و الأظهر عند المصنّف تبعاً للمفيد و ابن سعيد (٢) أنّه لا يشترط الإيمان في الزوج أيضاً لكنّه يستحبّ مطلقاً و يتأكّد الاستحباب في المؤمنه أمّا الاستحباب فلهبهبه أدلّه المنع؛ و أمّا الجواز فللأصل، و العمومات، و خصوص النصوص المستفيضة:

منها الصحيح: عن جمهور الناس، فقال: «هم اليوم أهل هدنه، تُردّ ضالّتهم، و تؤدّي أماناتهم، و تُحقّن دماؤهم، و تجوز مناكحتهم و موارثتهم» (٣).

و منها الحسن: «الإسلام: ما عليه المناكح و الموارث و حقن الدماء» (٤).

و الخبران، في أحدهما: «الإسلام: شهاده أن لا إله إلا الله، و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله، و به حقنت الدماء، و عليه جرت المناكحه و الموارث، و على ظاهره عامّه الناس» (٥) و نحوه الثاني (٦).

و ليس فيها كما ترى مع قصور أسانيد أكثرها صريحٌ بجواز تزويج المؤمنه بالمخالف، و غايتها العموم القابل للتخصيص بالعكس؛ لتصريح

ص: ٢٨٧

١- انظر المراسم: ١٤٨.

٢- المفيد في المقنعه: ٥١٢، ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٤٣٩.

٣- الفقيه ٣/١٤٤٨، الوسائل ٥٦١: ٢٠ أبواب ما يحرم بالكفر ب ١٢ ح ١.

٤- الكافي ٣/٢٦.

٥- الكافي ٢/١٢٥.

٦- الكافي ٢/٥٢٦.

الأخبار المتقدمه بالمنع من الأول، فتعارض الأخبار تعارض العموم و الخصوص، و اللازم حمل الأول على الثانى.

نعم، فى الصحيح: بَمَ يكون الرجل مسلماً تحلّ مناكحته و موارثته؟ و بَمَ يحرم دمه؟ فقال: «يحرم دمه بالإسلام إذا أظهر، و تحلّ مناكحته و موارثته» (١).

و هو غير قابل للتخصيص من هذا الوجه، إلّا أنّ «الإسلام» فيه و فى الحسن السابق يحتمل المعنى الأخصّ، المرادف للإيمان بالمعنى المصطلح.

و يحتملان كباقى الروايات الضروره من تقيّه و غيره، كما أشعر بها الصحيح السابق.

أو أنّ المراد ب: «جواز مناكحتهم» مناكحه بعضهم فى بعض.

و مع جريان هذه الاحتمالات فيها، كيف يمكن صرف ظواهر المستفيضه المتقدمه، المعترضه بالشهره العظيمه، و الإجماعات المنقوله، و قوّه الدلاله من وجوه عديده، الناشئ بعضها عن التعليقات الوارده فيها، الموافقه للاعتبارات العقليّه؟! و حيث إنّ المصنّف اكتفى بالإسلام، الذى هو الإقرار بالشهادتين، و ربما كان يتوهم شموله لمطلق من صدر عنه الإقرار بهما، أراد إخراج من أجمع على كفره و إن صدر عنه ذلك، فقال: نعم، لا- يصحّ نكاح الناصب و لا- الناصبه لعداوه أهل البيت عليهم السلام لكفرهم إجماعاً؛ لإنكارهم الضرورى من الدين، فيشملهما عموم أدلّه المنع من مناكحه الكفّار.

ص: ٢٨٨

١- التهذيب ٣/٣٠٣: ١٢٦٥، الإستبصار ٣/١٨٤: ٦٦٩، الوسائل ٢٠: ٥٥٤، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١٠ ح ١٧.

مضافاً إلى النصوص المستفيضة، كالصحيح: «لا يتزوج المؤمن الناصبه المعروفه بذلك» (١) ونحوه الصحيح في منع المؤمنه عن التزويج بالناصب (٢).

و لا يشترط تمكّن الزوج من النفقه

و لا يشترط في صحّه النكاح تمكّن الزوج من المهر بالفعل بإجماعنا حكاه جماعه من أصحابنا (٣) وكذا من النفقه فعلاً أو قوّة على الأشهر الأظهر، وإليه ذهب الفاضلان و الشهيدان و ابن حمزه و ابن البرّاج و الإسكافي و الفاضل الصيمرى و الهندى (٤)، وكافه المتأخرين.

للأصل، و عموم الكتاب و السنّه، و خصوص الآيه الكريمة إن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْغِنُهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ [١] (٥). و النصوص المستفيضة الآمره لذوى الحاجه بالمناكحه:

منها الصحيح: «جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه و آله، فشكا إليه الحاجه، فقال:

تزوج، فتزوج فوسّع عليه» (٦).

و علّل في بعضها بأن: «الرزق مع النساء و العيال» (٧).

ص: ٢٨٩

- ١- الكافي ٥: ٣/٣٤٨، التهذيب ٣٠٢/١٢٦٠، الإستبصار ٣: ٦٦٤/١٨٣، الوسائل ٥: ٥٤٩، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١٠ ح ١.
- ٢- التهذيب ٣٠٢/١٢٦١، الإستبصار ٣: ٦٦٥/١٨٣، الوسائل ٥: ٥٥٠، أبواب ما يحرم بالكفر ب ١٠ ح ٣.
- ٣- منهم العلّامة في المختلف: ٥٧٦، و الشهيد الثاني في المسالك ١: ٤٩٧، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٢: ٢٥٤.
- ٤- العلّامة في المختلف: ٥٧٦، المحقق في الشرائع ٢: ٢٩٩، الشهيدان في اللمعه و الروضه البهيّه ٥: ٢٣٧، ابن حمزه في الوسيله: ٢٩٠، ابن البرّاج في المهذب ٢: ١٧٩، و حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٥٧٦، الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٢٠.
- ٥- النور: ٣٢.
- ٦- الكافي ٥: ٢/٣٣٠، الوسائل ٥: ٤٣، أبواب مقدمات النكاح ب ١١ ح ١.
- ٧- الكافي ٥: ٤/٣٣٠، الوسائل ٥: ٤٤، أبواب مقدمات النكاح ب ١١ ح ٤.

و فى الخبرين: «من ترك التزويج مخافه العيله فقد أساء بالله الظن» (١).

و فى المرسل: فى قول الله عزّ و جلّ وَ لِيَسْتَغْفِرَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا [١] (٢) قال: «يتزوّجوا حتى يغنيهم الله من فضله» (٣).

مضافاً إلى عموم أكثر الأخبار المتقدّمه، المكتفيه بالإيمان خاصّه فى الكفاءه، مع ورود بعضها فى بيانها.

و الأخبار الآمره بالتزويج بالفقراء و ذوى المسكنه:

منها الصحيح الطويل، المتضمّن لأمر النبىّ صلى الله عليه و آله زياد بن لبيد تزويج ابنته الدلفاء (٤) من جويبر، و كان رجلاً قصيراً، دميماً، محتاجاً، عارياً، و كان من قباح السودان، فضّمه رسول الله صلى الله عليه و آله لحال غربته و عُريه، و كان يجرى عليه طعامه صاعاً من تمر بالصاع الأول، و كساه شملتين (٥) (٦). و منها الرضوى: «إن خطب إليك رجل رضيت دينه و خلقه فزوجه و لا يمنعك فقره و فاقته، قال الله تعالى وَ إِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ [٢]

ص: ٢٩٠

١- أحدهما فى: الكافى ١/٣٣٠: ٥، الفقيه ٣/١١٥٣/٢٤٣، الوسائل ٢٠: ٤٢ أبواب مقدمات النكاح ب ١٠ ح ١. و الآخر فى: الكافى

٥/٣٣٠: ٥، الفقيه ٣/١١٥٣/٢٤٣، الوسائل ٢٠: ٤٢ أبواب مقدمات النكاح ب ١٠ ح ٢.

٢- النور: ٣٣.

٣- الكافى ٧/٣٣١: ٥، الوسائل ٢٠: ٤٣ أبواب مقدمات النكاح ب ١١ ح ٢.

٤- الدلفُ بالتحريك: صغر الأنف و استواء الأرنبه الصحاح ٤: ١٣٦٢.

٥- الشَّمْلَةُ: كساءٌ صغير يؤتزر به المصباح المنير: ٣٢٣.

٦- الكافى ١/٣٣٩: ٥، الوسائل ٢٠: ٦٧ أبواب مقدمات النكاح ب ٢٥ ح ١.

سَعَتِهِ [١] (١) و قَالَ إِنَّ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ [٢] « (٢) و يُؤَيِّدُهُ مَا فِي الْمَعْتَبَرَةِ الْآتِيَةِ مِنْ تَعْلِيلِ تَرْوِيحِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ ابْنَهُ عَمَّهُ مِنْ مَقْدَادِ بْنِ الْأَسْوَدِ بِاتِّضَاعِ النِّكَاحِ (٣) ، فَافْهَمُ .

و استلزام التزامه العسر و الحرج المنفيين بالإجماع و الكتاب و السننه، مضافاً إلى الإجماع المحكّي في كلام جماعه (٤) على الصحه مع علم المرأه المنافى لذلك (٥) .

خلافاً للمقنعه و المبسوط و الخلاف و ابن زهره و التذكره (٦) ، و ظاهره كالشيخ في الكتابين و سلّار (٧) كونه الأشهر، بل ظاهر الشيخ و سلّار و الغنيه الإجماع عليه .

للمرسل: «الكفو: أن يكون عفيفاً و عنده يسار» (٨) .

و للخبر: إن معاويه خطب فاطمه بنت قيس، فقال له النبي صلى الله عليه و آله: «إنه صعلوك (٩) لا مال له» (١٠) .

ص: ٢٩١

١- النساء: ١٣٠ .

٢- فقه الرضا عليه السلام: ٢٣٧، المستدرک ١٤: ١٨٨ أبواب مقدّمات النكاح ب ٢٤ ح ٣ .

٣- انظر الوسائل ٦٩: ٢٠ ٧١ أبواب مقدّمات النكاح ب ٢٦ الأحاديث ١، ٢، ٥ .

٤- منهم العلّامة في المختلف: ٥٧٦، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢٠: ٢٠ .

٥- أى الاشتراط المطلق. منه رحمه الله .

٦- المقنعه: ٥١٢، المبسوط ٤: ١٧٨، الخلاف ٤: ٢٧١، ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١١، التذكره ٢: ٦٠٤ .

٧- سلّار في المراسم: ١٥٤ .

٨- الكافي ١/٣٤٧، الفقيه ٣: ١١٨٦/٢٤٩، الوسائل ٧٨: ٢٠ أبواب مقدّمات النكاح ب ٢٨ ح ٤ .

٩- الصعلوك: الفقير الذى لا مال له. مجمع البحرين ٥: ٢٧٩ .

١٠- صحيح مسلم ٢: ٣٦/١١١٤، سنن البيهقي ٧: ١٣٥؛ بتفاوت .

و لأنّ الإعسار مضرّ بها جدّاً.

و لعدّه نقصاً عرفاً؛ لتفاضل الناس في اليسار تفاضلهم في النسب.

و لأنّ بالنفقة قوام النكاح و دوام الازدواج.

و في الجميع نظر؛ لقصور الخبرين سنداً: بالإرسال في الأول، و العاميّة في الثاني؛ و دلالة: باشتمال الأول على المستحبّ إجماعاً، و الثاني بعدم التصريح بالاشتراط.

و ضعف الوجوه الاعتباريّة، مع أخصّيه الأولى عن المدعى الشامل لصوره الرضاء، و عدم الدليل على الكليّة (١) في الثاني.

و مع ذلك، فهي اجتهادات صرفه في مقابله ما قدّمناه من الأدلّه القويّة، بل القطعيّة.

و دعوى الشهره كالإجماع مع عدم الصراحه في الثاني (٢) معارضةً بمثلها.

و على المختار، فهل للجاهله بالفقر المعقود عليها الخيار بعد العلم؟ و جهان، من لزوم التضرّر ببقائها معه كذلك المنفى آيةً و روايةً.

و من أنّ النكاح عقد لازم، و الأصل البقاء؛ و لقوله تعالى وَ إِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ [١] (٣) و هو عامّ، و الضرر يندفع بالإجبار على الطلاق. و هو الأجود، وفاقاً لجماعه، منهم: شيخنا في الروضه (٤)، بل قيل: إنّهُ الأشهر (٥).

ص: ٢٩٢

١- و هو أنّ كلّ ما يعدّ نقصاً عرفاً مانعاً من التزويج. منه رحمه الله.

٢- أي الدعوى الثانيه. منه رحمه الله.

٣- البقره: ٢٨٠.

٤- الروضه ٥: ٢٣٨، كشف اللثام ٢٠: ٢، الكفايه: ١٦٨.

٥- كما قال به الفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٢: ٢٥٤.

خلافاً للحلّي و ابن سعيد و العلامه فى المختلف (١)؛ و ربما نزل عليه القول بالاشتراط المطلق، و ظاهر جماعه الإجماع على أنه المراد منه، كالعلامه فى المختلف و التذكره و الشيخ المفلح الصيمرى فى شرح الشرائع (٢).

فيقوى المصير إلى الاشتراط حينئذ؛ لما تقدّم من الشهره المحكيه فى التذكره، و الإجماعات فى كتابى الشيخ و كلام سلّار و ابن زهره، بعد التنزيل المزبور.

إلّا أنّ اشتهاً إطلاق العدم بين المتأخّرين مضافاً إلى دعوى الشهره على عدم الاشتراط بهذا المعنى أيضاً بخصوصه ربما أو هن الإجماعات المنقوله عليه كالشهره المحكيه فى التذكره.

مضافاً إلى وهن آخر فيهما، من حيث عدم إرادته ظاهرهما، بل ظاهر جماعه بقاؤهما على ظاهرهما، و إرادته الاشتراط المطلق منهما (٣)؛ و لذا عُيّد قولاً فى المسأله فى مقابله الاشتراط بالمعنى المنزّل عليه، فلا اعتماد حينئذٍ عليهما جدّاً، و دليله معارض بأقوى منه كما عرفت.

و لا تتخيّر الزوجه لو تجدد العجز من الزوج عن الإنفاق عليها فى فسخ العقد إن دخلت عليه و هو معسر، إجماعاً؛ لإدخالها الضرر على نفسها.

ص: ٢٩٣

١- الحلّي فى السرائر ٥٥٧:٢، ابن سعيد فى الجامع للشرائع: ٤٣٩، المختلف: ٥٧٦.

٢- المختلف: ٥٧٦، التذكره ٦٠٤:٢.

٣- راجع ص ٢٨٩.

و كذا لو تزوّجت به و هو غنى، على الأشهر الأظهر؛ تمسّكاً بالأصل، و ظاهر الخبر: «إنّ امرأه استعدت على زوجها أنّه لا ينفق عليها، و كان زوجها معسراً، فأبى أمير المؤمنين عليه السلام أن يحبسها، و قال: إنّ مع العسر يسراً» (١) و لو كان لها الفسخ لفرّقها به.

و احتمال اختصاصه برضاها بالإعسار ثم الاستعداد مدفوع بالأصل، و ظاهر العموم الناشئ عن ترك الاستفصال، المؤيد بعموم التعليل فيه.

و ضعف السند بالشهره مجبور.

خلافاً للإسكافي، فخيرها (٢)؛ لقوله سبحانه فإمسأك بمعروفٍ أو تشریحٍ بإحسانٍ [١] (٣) و الإمساك بدون النفقه إمساكٌ بغير معروف. و فيه منع، و لو سلم لم يثبت التسلط على الفسخ.

و للضرورة. و تندفع بالإجبار بالطلاق، مع أعميتها من المدعى؛ لاشتمالها صورته اللّي عن الإنفاق مع الغناء، و لا قائل بالفسخ هنا.

و للصحيحين، فى أحدهما: «من كانت عنده امرأه، فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها، كان حقاً على الإمام أن يفرّق بينهما» (٤).

و فى الثانى: «إن أنفق عليها ما يقيم على ظهرها مع كسوه، و إلّا فرّق بينهما» (٥).

ص: ٢٩٤

١- التهذيب ٢٩٩/٨٣٧:٦، الوسائل ١٨:٤١٨ أبواب كتاب الحجر ب ٧ ح ٢.

٢- كما نقله عنه فى المختلف: ٥٨٢.

٣- البقره: ٢٢٩.

٤- الفقيه ٢٧٩/١٣٣٠:٣، الوسائل ٢١:٥٠٩ أبواب النفقات ب ١ ح ٢.

٥- الفقيه ٢٧٩/١٣٣١:٣، التهذيب ٧:١٨٥٣/٤٦٢، الوسائل ٢١:٥٠٩ أبواب النفقات ب ١ ح ١؛ بتفاوت يسير.

و ليس فيهما الدلالة على تسلطها على الفسخ بخصوصه قبل التفريق، بل ظاهرهما العدم، و توقّف التفريق على مفترق دونها (١)، إمّا الحاكم كما في الأول أو مطلقاً كما في الثاني و لا يقول به؛ مع احتمال التفريق فيهما للطلاق، أو حبس الزوجه عنه إلى الإنفاق.

و يؤيد الأول صحيحه ابن أبي عمير و جميل، اللذين حكى إجماع العصابة على تصحيح رواياتهما (٢)، و فيها: روى عنبسه، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إذا كساها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه، و إلّا طلقها» (٣).

و ربما حكى القول باختيار الفسخ للحاكم عن بعض (٤)، و صار إليه بعض (٥)؛ عملاً بظاهر الأول، و حملاً للثاني عليه؛ لصحّحه السند.

و لكنهما قاصران عن المكافأة لما مرّ؛ للشهره، و الاعتضاد بالأصل و الآية؛ و مع ذلك فلا قائل بعمومهما الشامل لتجدد الإعسار مع الرضاء به و عدمه، و لعدم التجدد العام لصورتى سبق الفقر و الغناء و الرضاء بالفقر إن كان و عدم الرضاء، و ليس محلّ النزاع إلّا الثاني (٦)، و أمّا البواقى فلا قائل بثبوت الفسخ لها أو للحاكم.

و ارتكاب التخصيص إلى أن يبقى المتنازع فيه مبنئى على جوازه إلى

ص: ٢٩٥

١- أى الزوجه. منه رحمه الله.

٢- انظر رجال الكشى ٢: ٨٣٠.

٣- الكافى ٥/ ٥١٢، التهذيب ٦: ٨١٦/ ٢٩٤، الإستبصار ٣: ١٤٦/ ٤٤، الوسائل ٢١: ٥١٠ أبواب النفقات ب ١ ح ٤.

٤- راجع إيضاح الفوائد ٣: ٢٤.

٥- كشف اللثام ٢: ٢٠.

٦- أى تجدّد الإعسار مع عدم الرضاء به.

هذا الحدّ، وهو قول مرغوب عنه، خلاف التحقيق.

و ظاهر إطلاق العبارة كغيرها انفراد المسأله عن سابقتها، وربما بُني الخلاف فيها على المختار ثمّه، و ادّعى عدم الخلاف فيها و الاتفاق على الخيار لها على غيره، فإن كان إجماع و إلّا فلا تلازم؛ لاحتمال الشرطيّه للابتداء دون الاستدامه، كسائر العيوب الموجبه للفسخ ابتداءً، و الساقط حكمها مع التجدد، كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

يجوز نكاح الحرّه بالعبد، و الهاشميّه بغير الهاشمي، و العربيّه بالعجمي، و بالعكس

و يجوز نكاح الحرّه بالعبد، و الهاشميّه بغير الهاشمي، و العربيّه بالعجمي، و بالعكس اتفاقاً، إلّا من الإسكافي، فاعتبر فيمن يحرم عليهم الصدقه ألاً يتزوج فيهم إلّا منهم (١)؛ لروايه (٢) قاصره السند، ضعيفه الدلاله، بل هي على خلافه واضحه مقاله، و مع ذلك معارضه للنصوص الكثيره العامه و الخاصه.

ففي الصحيح: «إنّ رسول الله صلى الله عليه و آله زوج المقداد بن الأسود ضباعه بنت الزبير بن عبد المطلب» ثم قال: «إنّما زوجها المقداد لتتضع المناكح، و ليتأسوا برسول الله صلى الله عليه و آله، و ليعلموا أنّ أكرمكم عند الله أتقاكم، و كان الزبير أخا عبد الله و أبي طالب لأبيهما و أمهما» (٣).

و إذا خطب المؤمن القادر على النفقه وجب على من بيده عقده

ص: ٢٩٦

١- حكاه عنه في التنقيح الرائع ١٠٩:٣، المختلف: ٥٧٦.

٢- الكافي ٥:٣٤٥/٥، و أورد صدرها في الوسائل ٧٠:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٢٦ ح ٣.

٣- الكافي ٥:٢/٣٤٤، الوسائل ٧٠:٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٢٦ ح ٢، و لكنه مرسل، لأنّه مروى عن هشام بن سالم، عن رجل، عن أبي عبد الله عليه السلام، و لعل المراد ما ذكره في نهايه المرام ١:٢٠٦ من أنه رواه الكليني في الصحيح، عن هشام ابن سالم، عن رجل.. أى أنّه صحيح في نفسه مع قطع النظر عن الإرسال.

النكاح إجابته و إن كان أخفض نسباً، و إن منعه الولي كان عاصياً في ظاهر الأصحاب.

عملاً بظاهر الأمر بالتزويج ممن ارتضى دينه و خلقه في النصوص، كالصحيح: «إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجه، إلا تفعلوه تكن فتنه في الأرض و فساد كبير» [١] (١).

و هو أعم من المدعى؛ إذ ليس فيه التقييد بالقدره على النفقه. و لعل المستند فيه ما قيل من أن الصبر على الفقر ضرر عظيم في الجملة، فينبغي جبره بعدم وجوب إجابته (٢).

و هو حسن لولا المعارضه بالفتنه و الفساد الكبير المترتب على ترك مطلق التزويج، كما أفصح عنه التعليل في الخبر.

نعم، روى الحلبي في سرائره أنه: «إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته، و كان عنده يسار بقدر نفقتها، و كان ممن ترضى فعالة و أمانته، و لا يكون مرتكباً لشيء يدخل [به] في جملة الفساق، و إن كان حقيراً في نسبه، قليلاً في ماله، فلا يزوجه إياها، كان عاصياً لله سبحانه، مخالفاً لسنة نبيه صلى الله عليه و آله» (٣).

و إرساله غير قادح، بعد انجباره بموافقته الفتاوى له، و يقيد به ما تقدمه، و به يتقوى دلالة الأمر على الوجوب في النصوص المتقدمة، مع اعتضاده بالتعليل المصرح به فيها، و بفتوى الأصحاب الذين على فهمهم

ص: ٢٩٧

١- الكافي ٣/٣٤٧، التهذيب ٧: ١٥٨٤/٣٩٦، الوسائل ٧: ٧٧، أبواب مقدمات النكاح ب ٢٨ ح ٢.

٢- قال به الشهيد الثاني في الروضة ٥: ٢٣٩.

٣- السرائر ٢: ٥٥٨، ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

فلا وجه لتأمل بعض من تأخر في أصل الحكم، ولا لتقييده و حصر المعصية بالترك تبعاً للحلّى (١) فيما إذا لم يزوجه لما هو عليه من الفقر، و الأنفه منه لذلك، و اعتقاده أنّ ذلك ليس بكفء في الشرع. و أمّا إن ردّه و لم يزوجه لا لذلك، بل لأمر آخر أو غرض غير ذلك من مصالح دنياه، فلا حرج عليه، و لا يكون عاصياً (٢).

و إن هو إلّا تقييد للنصّ من غير دليل، كتقييد بعض الأصحاب ذلك بعدم قصد العدول إلى الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوّه (٣).

نعم، إنّما يكون عاصياً مع الامتناع إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئ و إن كان أدون منه، و إلّا جاز العدول إليه، و كان وجوب الإجابة حينئذٍ تخييرياً.

و يدخل فيمن بيده عقده النكاح كما قدّمناه المخطوبه الشبيه، أو البكر البالغه الرشيدية على المختار، أو التي ليس لها أب، فيجب عليها الإجابة على الأصحّ، و إن اختصّ الأخبار بالوليّ، تبعاً للتعليل العامّ الشامل للمقام. فلا وجه للتردد و احتمال اختصاص الحكم بالأب.

و هل يعتبر في وجوب الإجابة بلوغ المرأة، أم يجب الإجابة على الولي و إن كانت صغيرة؟ وجهان، من إطلاق الأمر؛ و انتفاء الحاجة، و هو الأصحّ؛ للأصل، و عدم تبادل المقام من إطلاق النصوص. و التعليل مع ذلك غير معلوم الشمول.

ص: ٢٩٨

١- السرائر ٥٥٨:٢.

٢- المختلف: ٥٧٦.

٣- كالشهيدي الثاني في المسالك ٤٩٨:١.

يكره أن تتزوج المؤمنه الفاسق وتؤكد في شارب الخمر

و يكره أن تتزوج المؤمنه الفاسق مطلقاً؛ لأنَّ المرأه تأخذ من أدب زوجها، و مفهوم النصوص المتقدمه: تزويج من ارتضى خلقه و دينه (١)، فتأمل.

بل ربما قيل بالمنع (٢)؛ لظاهر أ فَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ [١] (٣). و فيه نظر.

و تتأكد الكراهه فى تزويج شارب الخمر للنصوص، منها: «من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها» (٤).

و لا خلاف فى شىء من ذلك.

و أن تتزوج المؤمنه بالمخالف عند المصنّف، و يحرم كما مرّ.

و لا بأس بالمستضعف و المستضعفه و من لا يُعرَف بعناد على كراهه غير مؤكده و بالغه حدّ تلك الكراهه.

كلّ ذلك للنصوص المتقدمه فى اعتبار الإيمان فى الكفاه (٥).

الثانيه: إذا انتسب إلى قبيله، فبان من غيرها يفسخ النكاح

الثانيه: إذا انتسب الزوج إلى قبيله، فبان من غيرها ف هل العقد باطل من أصله مطلقاً، كما عن الإسكافى و الطوسى فى النهايه و ابن حمزه (٦)؟ أم لا كذلك، كما عن المبسوط و الأكثر (٧)؟ أم الأول إذا بان أدنى

ص: ٢٩٩

١- راجع ص ٢٩٥.

٢- كما قاله به البحرانى فى الحدائق ٢٤: ٨٣.

٣- السجده: ١٨.

٤- الكافى ١/٣٤٧: ٥، التهذيب ٣/٣٩٨، الوسائل ٧: ١٥٩٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٢٩ ح ١.

٥- راجع ص ٢٨١.

٦- حكاه عن الإسكافى فى التنقيح الرائع ٣: ١١١، و المختلف: ٥٥٥، النهايه: ٤٨٩، ابن حمزه فى الوسيله: ٣١١.

٧- المبسوط ٤: ١٨٨؛ و انظر القواعد ٢: ٧، و المسالك ١: ٤٩٨.

من القبيلة التي انتسب إليها بحيث لا يلائم شرفها شرفه؟ أقوال.

و ما في روايه الحلبي الصحيحه:- في رجل يتزوج المرأة، فيقول لها: أنا من بني فلان، فلا يكون كذلك من أنه يفسخ النكاح (1) كما حكاه المصنّف و في نسخ التهذيب: «تفسخ» أو: «تردّ» يساعد الأول.

لكن الأصل، و العمومات الأمره بالوفاء، و خصوص العمومات المستفاده من مفاهيم الأخبار الحاصره لردّ النكاح فيما عدا المقام كالصحيح:

«إنّما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (2) يساعد الثاني.

مضافاً الى الشهره المحكيه (3)، و فحوى الأخبار المتقدّمه الأمره بالتزويج من المرضي خلقه و دينه (4)، الموجه له، الشامله لما لو كان من أدنى القبائل، فإذا وجب التزويج منه مع عدم الدخول تحت شيء من العمومات الأمره بالوفاء، وجب معه بطريق أولى.

فلا يعارض الروايه شيئاً من ذلك، مع كونها مقطوعه، و نسخها مختلفه، أشهرها لا يلائم القول بإطلاق البطلان؛ لظهوره في ثبوت الخيار، لا البطلان المطلق كما ادّعا هؤلاء الأخير.

و مع ذلك، محتمله للتقيّه، كما يظهر من المبسوط، حيث نسب القول بذلك إلى بعض العامه، و يؤيده مصير الإسكافي إليه.

و يضعفها رجوع من هو العمده في المصير إليها و هو الشيخ في

ص: ٣٠٠

١- التهذيب ٧: ١٧٢٤/٤٣٢، الوسائل ٢١: ٢٣٥، أبواب العيوب و التدليس ب ١٦ ح ١.

٢- التهذيب ٧: ١٦٩٣/٤٢٤، الإستبصار ٣: ٨٨٠/٢٤٦، الوسائل ٢١: ٢١٠، أبواب العيوب و التدليس ب ١ ح ١٠.

٣- كما في الحدائق ٢٤: ٨٨.

٤- راجع ص ٢٩٥.

النهاية عنها في المبسوط فينبغي طرحها، أو حملها على صورته اشتراط ذلك في ضمن العقد؛ إذ لا ريب في ثبوت الفسخ حينئذ؛ بناءً على استلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط، وقد صرح بذلك جماعة (١)، وحكى عن فخر المحققين (٢).

و هذا أجود من حملها على ظهوره من أدنى القبائل التي انتمى إليها؛ لعدم الدليل عليه، بل قيام الدليل على خلافه، ولا يترك الاحتياط على حال.

و على القول بالرواية، ينبغي الاقتصار عليها، فلا يتعدى إلى الزوج إذا انتسبت الزوجه إلى قبيله ليست منها، ولا إلى الانتساب إلى الصنعه و غيرها مما خرج عن مورد الرواية؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن، و التفاتاً إلى بطلان القياس.

خلافاً للإسكافي (٣)؛ و لعله بناءً على أصله من حجّيته، إلا أنه محكى عن ابن حمزه (٤)، و مستنده غير واضح.

الثالثه إذا تزوج امرأه، ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ، و لا الرجوع بالمهر

الثالثه: إذا تزوج امرأه، ثم علم أنها كانت زنت قبل العقد فليس له الفسخ، و لا الرجوع على الولي بالمهر اختاره المتأخرون، كما في المسالك (٥)؛ للأصل فيهما، و النصوص الحاصره عيوب الردّ فيما عدا الزناء

ص: ٣٠١

١- منهم الشهيد الثاني في المسالك ١: ٤٩٨، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٢١.

٢- إيضاح الفوائد ٣: ١٩٢.

٣- على ما حكاه عنه في المختلف: ٥٥٥.

٤- حكاه عنه في المختلف: ٥٥٥، و هو في الوسيله: ٣١١.

٥- المسالك ١: ٥٢٧.

كالصحيح: «إنما يرَدُّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العَفَل» (١).

و خصوص المعتر: عن المحدود و المحدوده، هل يرَدُّ من النكاح؟ قال:

«لا» (٢). و ليس فى سنده سوى سهل الثقة عند جمع (٣)، و ضعفه سهل عند الآخرين (٤)، و معتضد بالشهره، مع أنه مروى صحيحاً عن كتاب الحسين بن سعيد (٥).

خلافاً للمقنع فى الأول (٦)، فأوجب الفسخ و نفى الصداق (٧).

للخبرين، أحدهما الموثق: عن رجل تزوج امرأه، فلم يدخل بها، فزنت، قال: «يفرق»، و تحدّد الحدّ (٨).

و ليس فى سند الآخر سوى السكونى، و هو ثقة عند بعض (٩)، قال

ص: ٣٠٢

١- المتقدم فى ص ٢٩٨.

٢- الكافى ٥/٩/٤٠٧، التهذيب ٧/١٦٩٧/٤٢٤، الإستبصار ٣/٨٧٨/٢٤٥، الوسائل ٢١:٢١٧، أبواب العيوب و التدليس ب ٥ ح ٢.

٣- رجال الطوسى: ٤١٦، الوسائل ٣٠:٣٨٩.

٤- رجال النجاشى: ٤٩٠/١٨٥، الفهرست: ٣٢٩/٨٠، رجال ابن داود: ٢٢٩/٢٤٩، رجال المجلسى: ٢٢٤.

٥- البحار ١٠٠:٢٢/٣٦٥.

٦- و هو عدم ثبوت الخيار. منه رحمه الله.

٧- المقنع: ١٠٩.

٨- الفقيه ٣:١٢٥٤/٢٦٣، التهذيب ٧:١٩٦٩/٤٩٠، الوسائل ٢١:٢١٨، أبواب العيوب و التدليس ب ٦ ح ٢؛ و فيها: «..قال: يفرق بينهما و

تحدّد الحد و لا صداق لها».

٩- انظر عده الأصول: ٣٨٠.

«يفرق بينهما، ولا صداق لها؛ لأنَّ الحدث كان من قبلها» (١).

ولكنَّهما لا تقاومان ما مرَّ سنداً، و عددًا، و اعتباراً، و اعتضاداً بالأصل و الشهره، مع قصورهما عن المدعى. إلا أن يستدلَّ بهما عليه بالفحوى، مع أنَّ ظاهر الثانى التقييد بقبل الدخول، الظاهر فى اللزوم بعده، و عبارته المنقوله فى ثبوت الفسخ مطلقه، و مع ذلك ظاهرهما لزوم التفريق المنافى لما مرَّ من النصوص المعتبره بجواز إمساك الزوجه المصّرّه بالزنا (٢).

و وافقه المفيد (٣) و جماعه (٤) فى المحدوده خاصه.

و تردّه صريحاً المعتبره المتقدّمه، مع عدم الدليل عليه بالمرّه، سوى ما قيل من اشتماله على العار فكان موجباً للفسخ (٥). و هو مع جريانه فى غير المحدوده مطلقاً، أو فى الجملة، كما إذا كانت بالزنا مشهوره مضعّف بارتفاع العار بالطلاق.

و للشيخ و الحلّى فى الثانى (٦)، فجوّزا الرجوع بالمهر على الولى مطلقاً (٧)، كما عن ظاهر الأول، و يستفاد من الخبر القاصر السند بالاشتراك، الذى أشار إليه المصنّف بقوله: و فى روايه: «لها الصداق بما استحلّ من

ص: ٣٠٣

-
- ١- الكافى ٤٥/٥٦٦، الفقيه ٣: ١٢٥٣/٢٦٣، التهذيب ٧: ١٩٦٨/٤٩٠، علل الشرائع: ١/٥٠٢، الوسائل ٢١: ٢١٨ أبواب العيوب و التدليس ب ٦ ح ٣.
 - ٢- راجع ص ١٨٩ ١٩٠.
 - ٣- المقنعه: ٥٠٤.
 - ٤- منهم المحقق فى الشرائع ٢: ٢٩٢، و العلامة فى القواعد ٢: ١٥، و الشهيد الثانى فى الروضه ٥: ٢٠٢.
 - ٥- قال به صاحب الحدائق ٢٤: ٣٦٧.
 - ٦- و هو عدم الرجوع بالمهر على الولى. منه رحمه الله.
 - ٧- الشيخ فى النهايه: ٤٨٦، الحلّى فى السرائر ٢: ٦١٣.

فرجها» و يرجع به على الولي «و إن شاء تركها» (١) نعم رواها الكليني (٢) و حسين بن سعيد في كتابه (٣) صحيحاً.

إلّا أنّه ينبغي تقييده وفقاً للثاني بعلم الولي بالزنا؛ للصحيح: عن المرأة تلد من الزنا، ولا يعلم بذلك أحد إلّا وليها، أيصح له أن يزوّجها و يسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبهً و معروفاً؟ فقال: «إن لم يذكر ذلك لزوّجها، ثم علم بذلك، فشاء أن يأخذ صداقها من وليها بما دلّس عليه، كان له ذلك على وليها، و كان الصداق الذي أخذت لها، لا سبيل له عليها فيه بما استحلّ من فرجها، و إن شاء زوّجها أن يمسكها فلا بأس» (٤).

و التقييد مستفاد من تعليق الحكم فيه على التدليس، المشعر بالتعليل.

مضافاً إلى إطلاق الصحيح النافي للضمان عن الولي مع جهله بالعيب- في رجل ولّته امرأة أمرها، أو ذات قرابه، أو جاره له، لا يعرف دخيله أمرها، فوجدتها قد دلّست عيباً هو بها، قال: «يؤخذ المهر منها، و لا يكون على الذي زوّجها شيء» (٥).

و في المعتمد: «في امرأة زوّجها وليها و هي برصاء، أنّ لها المهر بما استحلّ من فرجها، و أنّ المهر على الذي زوّجها؛ و إنّما صار المهر عليه لأنّه دلّسها، و لو أنّ رجلاً تزوّج امرأة، و زوّجها رجل لا يعرف دخيله أمرها،

ص: ٣٠٤

١- التهذيب ١٦٩٨/٤٢٥، الوسائل ٢١:٢١٩ أبواب العيوب و التدليس ٦ ح ٤.

٢- الكافي ٤/٣٥٥.

٣- البحار ٢٣/٣٦٥: ١٠٠.

٤- الكافي ٥/٤٠٨، الوسائل ٢١:٢١٧ أبواب العيوب و التدليس ب ٦ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٥- الكافي ١٠/٤٠٧، الفقيه ٣:١٧١/٥٠، الوسائل ٢١:٢١٢ أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ٤.

لم يكن عليه شيء، و كان المهر يأخذه منها» (١).

و يستفاد منهما الرجوع إليها مع جهل الولي، و هو حسن؛ لصحة الأول، و اعتبار الثاني؛ إذ ليس فيه إلّا سهل، إلّا أنّه ينبغي التقييد بما قبل الدخول؛ لأنّما يخلو البضع المحترم عن العوض.

و لا بأس بالمصير إلى هذه الأخبار، وفاقاً لجماعه من المتأخرين (٢)؛ لوضوح سندها، و اعتضاها بعموم ما دلّ على الرجوع إلى الولي مع علمه بالعيب.

و لكن الكبرى استشكله شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد تبعاً للعلامة في المختلف (٣) بأنّ التضمين إنّما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإذا كان عيباً كان له الفسخ، و إن لم يكن فلا.

و كليه الكبرى ممنوعه، و صريح الشيخ في التهذيبين عدم استلزام أخذ الصداق من الولي جواز الردّ (٤).

فالقول بعدم الفسخ و ثبوت الرجوع بالمهر على المدّلس متعيّن.

الرابعه لا يجوز التعريض بالخطبه

الرابعه: لا- يجوز التعريض بالخطبه بالكسر، و هو الإتيان بلفظ يحتمل الرغبه في النكاح و غيرها مع ظهور إرادتها، ك: ربّ راغب فيك و حريص عليك؛ أو: أنّي راغب فيك؛ أو: أنت عليّ كريمه، أو عزيزه؛

ص: ٣٠٥

١- الكافي ٥/٩/٤٠٧، التهذيب ٧/١٦٩٧/٤٢٤، الاستبصار ٣/٨٧٨/٢٤٥، مستطرفات السرائر: ٥٣/٣٦، الوسائل ٢١:٢١٢ أبواب العيوب و

التدليس ب ٢ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٢- منهم البحراني في الحقائق ٢٤:٣٧٥.

٣- المختلف: ٥٥٣.

٤- الاستبصار ٣:٢٤٦، التهذيب ٧:٤٢٥.

أو: إنَّ الله تعالى لسائقٌ إليك خيراً، أو رزقاً؛ أو نحو ذلك لذات البعل؛ إجماعاً كما في الروضة (١)، و لما فيه من الفساد.

و لذات العده الرجعيه إجماعاً في الظاهر؛ لأنها في حكم الزوجه.

إلّا من الزوج خاصه، فيجوز له التعريض كالتصريح.

و يجوز التعريض له و لغيره في عدّه غيرها كالعدّه البائنه.

مطلقاً في الأخير، حرمت مؤبداً على الزوج أم لا، على الأشهر الأظهر؛ لما يأتي (٢).

خلافاً للمحكى عن الشيخ من التردد في نحو المختله (٣)، من ذلك (٤)، و من أنها بعد في قيد عصمه الزوجيه؛ لجواز رجوع الزوج و لو في الجمله.

و هو حسن لو قام دليل على الكليه في دليل المنع، و هو مفقود، و توهم الإجماع ممنوع.

و مقتيداً بعدم التحريم عليه مؤبداً في الأول إجماعاً، فلا يجوز له التعريض فيه.

و يجوز كالتصريح في غيره إجماعاً، فيما إذا حلّت له بعد العده من دون احتياج إلى محلّ، و إن توقّف الحلّ على الرجوع في البذل.

و على الأظهر الأشهر فيما لو احتاج الحلّ إلى المحلّ أيضاً، و لكن في التعريض خاصه؛ للأصل، و فقد المانع الذي هو الإجماع مع عموم

ص: ٣٠٦

١- الروضة ٥:٢٣٩.

٢- من الأصل و إطلاق دليل الجواز. منه رحمه الله.

٣- المبسوط ٤:٢١٧.

٤- أى من الأصل و إطلاق دليل الجواز.

الأدلة للجواز من الكتاب و السنه.

قال الله سبحانه و لا- جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنُتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَيَتَذَكَّرُونَ هُنَّ وَ لَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا [١] (١). و في المعتمره المستفيضه: هو التعريض للخطبه (٢)، فتأمل.

خلافًا لبعض المتأخرين، فحرّمه حينئذٍ (٣) كالصريح (٤)؛ لامتناع نكاحه لها قبل المحلل.

و فيه منع؛ لعدم الدليل على التلازم الكلى.

و يحرم التصريح بها و هو الإتيان بلفظ لا يحتمل إلّا النكاح، ك:

أريد أن أتزوجك بعد عدّتك، و نحوه- في الحالين أى فى كلّ من العده الرجعيه و البائنه بأنواعه مطلقاً فى غير الزوج، و مقيداً فيه بحصول الحرمة مطلقاً (٥) أو فى الجملة بالبينونه، فيحرم عليه التصريح بالخطبه فى هاتين الصورتين خاصه، كالتعريض فى الأولى (٦) منهما. و يجوز له فيما عداهما، كالرجعيه و البائنه التى عنده على تطليقتين أو تطليقه.

و الضابط فى جميع ما ذكر: أنّ التصريح بالخطبه للمعتده حرام مطلقاً، إلّا من الزوج فى العده التى يجوز له نكاحها بعدها، بحيث لا تكون محرّمه.

ص: ٣٠٧

١- البقره: ٢٣٥.

٢- الوسائل ٤٩٧: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣٧.

٣- أى ما إذا توقف الحلّ على المحلل. منه رحمه الله.

٤- كالشهيدين فى اللعنه و الروضه البهيه ٢٤٠، ٢٣٩: ٥.

٥- أى أبداً. منه رحمه الله.

٦- و هو الحرمة مطلقاً، أى مؤبداً. منه رحمه الله.

و التعريض جائز من كل من يجوز له تزويجها بعد العده، و من الزوج و إن لم يجر له تزويجها حينئذ ما لم تكن محرمة عليه مؤبداً.

و كل من حرمت عليه المرأة مؤبداً تحرم عليه الخطبه لنفسه تصريحاً و تلويحاً.

و اعلم ان الإجابته تابعه للخطبه حلاً و حرمة، كذا قالوا؛ و لعله لما فيه من الإعانه على الإثم. و لو صرح بها فى محل المنع لم يحرم نكاحها إجماعاً فى الظاهر؛ للأصل.

الخامسه إذا خطب فأجابته كره لغيره خطبتها

الخامسه: إذا خطب فأجابته هى أو وكيلها أو وليها كره لغيره خطبتها إجماعاً؛ لما يأتى. و لقصوره عن إثبات التحريم حمل عليها و لذا لا يحرم على أصح القولين؛ للأصل.

خلافاً للشيخ و الشهيد فى اللمعه، فيحرم (1)؛ للنبوى: «لا يخطب أحدكم على خطبه أخيه» (2) فإن النهى ظاهر فيه.

و هو حسن لو صحّ السند، و ليس كذلك، و لا جابر، و مع ذلك لا قائل بعمومه أو إطلاقه.

و لما فيه من إيذاء المؤمن و إثارة الشخاء المحرّم، فيحرم ما كان وسيله إليه.

و هو أخصّ من المدعى، و لا بأس بالتحريم حيث حصل، وفاقاً لبعض متأخري الأصحاب (3)، و النصّ صالح للحمل عليه.

ص: ٣٠٨

١- الشيخ فى المبسوط ٤: ٢١٨، اللمعه (الروضه البهيه ٥): ٢٤١.

٢- سنن البيهقى ٧: ١٧٩.

٣- كالشهيد الثانى فى الروضه ٥: ٢٤١.

و لو رُدَّ لم يحرم إجماعاً.

و لو انتفى الأمران (١)، فظاهر إطلاق النصّ التحريم أيضاً، لكن لم نقف على قائل به، و بالكراهه هنا صرّح بعض الأصحاب (٢)، و لا بأس بها؛ للمسامحه من إطلاق الروايه، و إن كانت بحسب السند قاصره.

هذا كلّه في الخاطب المسلم.

أمّا الذمّي إذا خطب الذمّيّه، لم تحرم خطبه المسلم لها قطعاً؛ للأصل، و عدم دخوله في النهي؛ بناءً على اختصاص موردّه بخطبه الأخ المسلم.

و حيث يحرم، فلو خالف و خطب و عقد صحّح و إن فعل محرّماً؛ إذ لا منافاه بين حرمة الخطبه و صحّحه العقد، و لو قلنا باقتضاء النهي الفساد في المعاملات.

السادسه نكاح الشُّغار باطل

السادسه: نكاح الشُّغار حرام و باطل بالنصّ و الإجماع و هو كما في النصّ: أن تتزوَّج امرأتان برجلين، على أن يكون مهر كلّ واحده نكاح الأخرى (٣) و هو بكسر الشين و الغين المعجمتين من الشغر، بمعنى: الرفع؛ لرفع المهر فيه، أو خلّوه عنه، أو كأنّه شرط أن لا يرفع رجل ابنته حتى يرفع هو رجل الأخرى.

و لعلّ المنع فيه إمّا من جهة تعليق عقد [على عقد (٤)] على وجه الدور، أو شرط عقد في عقد، أو تشريك البضع بين كونه مهراً للزوجه

ص: ٣٠٩

١- أي الإجابة و الرد. منه رحمه الله.

٢- كالفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣: ١١٤، و السبزواري في الكفايه: ١٦٩، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٢: ٢٥٧.

٣- الكافي ٥: ٢/٣٦١، التهذيب ٧: ١٤٤٥/٣٥٥، معاني الأخبار: ١/٢٧٤، الوسائل ٢٠: ٣٠٣ أبواب عقد النكاح ب ٢٧ ح ٢.

٤- ما بين المعقوفين أضفناه من «ح» لاستقامه العبارة.

و ملكاً للزوج.

قيل: و لو خلا المهر من أحد الجانبين بطل خاصه. و لو شرط كلّ منهما تزوّج الأخرى بمهر معلوم صحّ العقدان و بطل المسمّى؛ لأنّه شرط معه تزويج، و هو غير لازم، و النكاح لا يقبل الخيار، فيثبت مهر المثل.

و كذا لو زوّجه بمهر و شرط أن يزوّجه و لم يذكر مهراً (١).

و ظاهره صحّ العقد مع فساد الشرط، فإن كان إجماع و إلّا ففيها معه نظر، كيف لا؟! و انتفاء الشرط يقتضى انتفاء المشروط.

و فى الشرائع التردّد فيما مرّ (٢)؛ و لعلّه لما ذكر، أو للتأميل فى إطلاق الحكم بفساد الشرط؛ للزوم الوفاء به مع الإمكان؛ لكونه سائغاً، فإفساد المسمّى و الرجوع إلى المهر مطلقاً لا وجه له.

و هو متّجه فى المقامين، و لكن فى الأول إذا كان الشرط شرطاً فى أصل التزويج دون ما إذا كان شرطاً فى المهر إذ غايته حينئذ انتفاؤه الغير الملازم لفساد العقد؛ لعدم ركّيته فيه بالإجماع فيصحّ العقد و يثبت مهر المثل.

السابعه يكره العقد على القابله المريّيه و بنتها

السابعه: يكره العقد على القابله المريّيه و بنتها: للنهى عنه فى الخبرين، فى أحدهما: «لا يتزوّج المرأه التى قبلته و لا ابنتها» (٣).

و لقصور سندهما و مخالفتهما الأصل و العمومات حُملاً على الكراهه فى المشهور بين الطائفه.

ص: ٣١٠

١- قال به الشهيد الثانى فى الروضه ٥: ٢٤٤.

٢- الشرائع ٣٠١: ٢.

٣- التهذيب ٧: ١٨٢٢/٤٥٥، الإستبصار ٣: ٦٣٨/١٧٦، الوسائل ٢٠: ٥٠٢، أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣٩ ح ٨.

مضافاً إلى معارضتهما للصحيح النافى للتحريم عنه مطلقاً، وفيه:

«سبحان الله ما حرم الله من ذلك» (١).

والموثق الآتى النافى لمطلق البأس الشامل له عن غير المرئيه، والصريح فى الكراهه فيها.

فالقول بالتحريم كما عن المقنع (٢) ضعيف جداً.

و ظاهر الخبرين الكراهه مطلقاً، ولكن خصّهما الشيخ (٣) والمصنّف وجماعه (٤) بالمرئيه؛ للموثق: عن القابله تقبل الرجل، إله أن يتزوّجها؟ قال: «إن كانت قبلت المرّه و المرّتين و الثالث فلا بأس، وإن كانت قبلته و ربّته و كفلته فأنى أنهى نفسى عنها و ولدى» (٥)، و فى روايه أخرى:

«و صديقى» (٦) و هو صريح فى الكراهه، كما مرّت إليه الإشاره.

و أن يزوّج ابنه بنت زوجته إذا ولدتها بعد مفارقتها لها : للنهى عنه فى الصحيح؛ معللاً- بأنّ أباه لها بمنزله الأب (٧)، و مقتضاه تعديه الحكم إلى ابنه مطلق المنكوحه، و عكس فرض العبارة كتزويج ابنته من ابن المنكوحه، فلا يقدر فيها أخصيه مورد الروايه؛ إذ العبره بعموم

ص: ٣١١

١- التهذيب ١٨٢١/٤٥٥، الإستبصار ١٧٦/٦٣٧، الوسائل ٥٠٢: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣٩ ح ٦؛ بتفاوت يسير.

٢- المقنع: ١٠٩.

٣- كما فى النهايه: ٤٦٠.

٤- اللمعه و الروضه ٥: ٢٤٢، التنقيح الرائع ٣: ١١٥.

٥- التهذيب ١٨٢٤/٤٥٥، الإستبصار ١٧٦/٦٤٠، الوسائل ٥٠٢: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣٩ ح ٧.

٦- التهذيب ١٨٢٥/٤٥٦، الإستبصار ٣: ١٧٦، ذيل حديث ٦٤٠، الوسائل ٥٠٢: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٣٩ ذيل حديث ٧.

٧- التهذيب ١٨١٢/٤٥٣، الإستبصار ١٧٥/٦٣٥، الوسائل ٤٧٤: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٢٣ ح ٥.

العلة لا خصوص المورد بالضروره.

وإنما حمل النهي على الكراهه للأصل، و العمومات، و خصوص الصحيح: عن الرجل يطلق امرأته، ثم خلف عليها رجل بعده، ثم ولدت للآخر، هل يحلّ ولدها من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: «نعم» قال:

و سألته عن رجل أعتق سرّيته، ثم خلف عليها رجل بعده، هل يحلّ ولدها لولد الذي أعتقها؟ قال: «نعم» (١).

أمّا لو ولدتها قبل تزويجه فلا- كراهه؛ لعدم النهي، و انتفاء العلة، و للخبر: عن الرجل يتزوج المرأة و يزوّج ابنه ابنتها، فقال: «إن كانت لابنه لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس» (٢).

و أن يتزوج بمن كانت ضرّه لأمه مع غير أبيه للصحيح: «ما أحبّ للرجل المسلم أن يتزوج ضرّه كانت لأمه مع غير أبيه» (٣).

و هو شامل لما إذا كان تزوّج ذلك الغير قبل أبيه و بعده، فلا وجه لتخصيص الكراهه بالأول، كما في الشرائع (٤)، فتدبر.

و تكره الزانية قبل أن تتوب مطلقاً، على الأشهر الأظهر كما مرّ مع الخلاف فيها فيما سبق (٥).

ص: ٣١٢

١- الكافي ٥: ١/٣٩٩، التهذيب ٧: ١٨٠٨/٤٥١، الإستبصار ٧: ١٨١١/٤٥٢، الوسائل ٣: ٦٣٠/١٧٣، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٣ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٢- الكافي ٥: ٤/٤٠٠، الفقيه ٣: ١٢٩١/٢٧٢، التهذيب ٧: ١٨١١/٤٥٢، الإستبصار ٣: ٦٣٤/١٧٤، الوسائل ٣: ٤٧٤/٢٠، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٣ ح ٤.

٣- الفقيه ٣: ١٢٢٩/٢٥٩، التهذيب ٧: ١٨٩٥/٤٧٢، الوسائل ٣: ٥٠٤/٢٠، أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٤٢ ح ١، و الضرائر جمع ضرّه: هنّ زوجات الرجل لأنّ كلّ واحده تضرّ بالأخرى بالغيره و القسم مجمع البحرين ٣: ٣٧٤.

٤- الشرائع ٢: ٣٠١.

٥- راجع ص ١٨٩.

إشاره

القسم الثاني في النكاح المنقطع و هو نكاح المتعه، و لا خلاف بين المسلمين كآفه في ثبوت شرعيته في الجملة، و نطقت به الآيه الكريمه (١) و السنه المتواتره من طرق الخاصه و العامه، و على بقائها إلى يوم القيامه إجماع أهل العصمه عليهم السلام و شيعتهم الإماميه، و أخبارهم بذلك متواتره، كما ستقف عليها في تضاعيف المباحث الآتيه.

و النظر في أركانه و أحكامه

أركانه أربعه

إشاره

و أركانه أربعه :

الأول الصيغه

الأول: الصيغه، و هو أى النكاح المنقطع - ينعقد بإحدى الألفاظ الثلاثه: أنكحتك، و زوجتك، و متعتك، بلا خلاف، كما حكاه جماعه (٢). و ينبغى الاقتصار عليها خاصه في المشهور بين الطائفه، فلا ينعقد بالتمليك و الهبه و الإجاره و البيع و الإباحه؛ و قوفاً فيما خالف الأصل على المتيقن.

و قال علم الهدى رضى الله عنه:- ينعقد في التمتع ب الإماء بلفظ الإباحه و التحليل (٣) و لم يثبت، فهو ضعيف كضعف المحكى عنه في الطبريات من جواز العقد بالإجاره (٤)؛ لعدم ثبوته، مع مخالفته الأصل المتيقن.

ص: ٣١٣

١- النساء: ٢٤.

٢- منهم: الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣: ١١٨، و الشهيد الثاني في المسالك ١: ٥٠٠، و صاحب الحدائق ٢٤: ١٢٢.

٣- انظر الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢١٠.

٤- حكاه عنه في كشف اللثام ٢: ٥٤.

و يعتبر فيها جميع ما اعتبر في صيغه الدوام، عدا كون الإيجاب و القبول بصيغه الماضى، فيجوز الاستقبال مع قصد الإنشاء هنا، وفاقاً لجماعه (١)؛ للمستفيضه:

منها الصحيح: قال: «تقول: أتزوجك متعه على كتاب الله تعالى و سنه نبيه صلى الله عليه و آله» الحديث (٢).

و باقى الروايات (٣) و إن قصر أسانيدھا إلما أنّھا اعتضدت به و بالكثرة البالغه حدّ الاستفاضه، المورثه للمظنه القويّه، إلّا أنّ فى بلوغها حدّ المعارضه للأصل المعتضد بالشهره نوع مناقشه.

فإذا الأحوط الاقتصار على ما اعتبروه من الماضويّه فى كلّ من طرفي الصيغه.

الثانى الزوجه

الثانى: الزوجه المتمتع بها، و يشترط كونها مسلمه أو كتابيه فلا- يجوز بالوثنيه و المجوسيه، و يجوز بالكتاييه مطلقاً، على أصحّ الأقوال المتقدمه.

و يتفرّع على اشتراط الإسلام: أنه لا يصحّ التمتع بالمشرکه و الناصبيّه لكفرهما.

و نحو الأخير: الخارجيه، بل هي من أعظم أقسامها.

أمّا المستضعفه و المخالفه غير الناصبيّه، فيجوز للمؤمن التمتع بهما؛

ص: ٣١٤

١- منهم ابن أبى عقيل كما حكاه عنه فى المختلف: ٥٦١، و الفاضل الهندي فى كشف اللثام ٢: ٥٤، و السيزوارى فى الكفايه: ١٧٠.

٢- الكافي ٤/٤٥٥، التهذيب ٧: ١١٣٧/٢٦٣، الوسائل ٢١: ٤٣ أبواب المتعه ب ١٨ ح ٢.

٣- الوسائل ٢١: ٤٣ أبواب المتعه ب ١٨.

لفحوى ما سبق من جواز تزويجهما بالدوام (١)، فبالانقطاع أولى.

و لكن يستحب اختيار المؤمنه العارفة؛ للخبرين:

فى أحدهما: «تمتع من المرأة المؤمنه أحب إلى» (٢).

و فى الثانى: «نعم، إذا كانت عارفة» (٣).

و المرسل الناهى من التمتع بها (٤) محمول على ما إذا كانت يلحقها العار و الذلّ بذلك.

و اختيار العفيفه للخبر: عن المتعه، فقال لى: «حلال، و لا- تزوج إلما عفيفه، إن الله تعالى يقول وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ [١] (٥) و لا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك» (٦).

و النهى فيه للكراهه؛ لفحوى ما مرّ من جواز العقد دائماً بالزانيه و لو كانت مشهوره (٧).

مضافاً إلى الخبرين المرخصين للتمتع منها، ففى أحدهما: عن الرجل يتزوج الفاجره متعه، قال: «لا بأس، و إن كان التزويج الآخر

ص: ٣١٥

١- راجع ص ٢٨٤.

٢- الفقيه ٣: ١٣٩٠/٢٩٣، التهذيب ٧: ١١٠٩/٢٥٦، الإستبصار ٣: ٥٢٤/١٤٥، الوسائل ٢١: ٢٦، أبواب المتعه ب ٧ ح ٣؛ بتفاوت يسير.

٣- الكافى ٥: ٥/٤٥٤، التهذيب ٧: ١٠٨٨/٢٥٢، الوسائل ٢١: ٢٥، أبواب المتعه ب ٧ ح ١.

٤- التهذيب ٧: ١٠٨٩/٢٥٣، الإستبصار ٣: ٥١٥/١٤٣، الوسائل ٢١: ٢٦، أبواب المتعه ب ٧ ح ٤.

٥- المؤمنون: ٥.

٦- الكافى ٥: ٢/٤٥٣، التهذيب ٧: ١٠٨٦/٢٥٢، الإستبصار ٣: ٥١٢/١٤٢، الوسائل ٢١: ٢٤، أبواب المتعه ب ٦ ح ٢.

٧- راجع ص ١٨٩ ١٩٠.

فليحصن بابه» (١).

و فى الثانى: نساء أهل المدينة، [قال: «فواسق» قلت: فأ تزوج منهن؟ قال: «نعم» (٢) فتأمل.

و يستحب أن يسألها بل غيرها عن حالها هل هى ذات بعل و عفيفه أم لا مع التهمة بالبعل و عدم العفه.

للموثق: عن المتعه، فقال: «إن المتعه اليوم ليس كما كانت قبل اليوم، إنهن كنّ يومئذ يؤمنّ» بفتح الميم على الظاهر «و اليوم لا يؤمنّ، فاسألوا عنهن» (٣).

و ليس السؤال شرطاً فى الجواز إجماعاً، بل و لا- واجباً؛ للأصل، و حمل تصرف المسلم على الصحه، و النصوص المستفيضه الحاكمه بكون المرأه فى نفسها مصدقه و لو مع التهمه:

منها: ألقى المرأه بالفلاه التى ليس فيها أحد، فأقول لها: هل لك زوج؟ فتقول: لا، فأ تزوجها؟ قال: «نعم، هى المصدقه على نفسها» (٤).

و اشتراك الراوى مجبور بروايه فضاله عنه.

و منها: «ليس هذا عليك، إنما عليك أن تصدقها فى نفسها» (٥).

ص: ٣١٦

١- التهذيب ٢٥٣/١٠٩٠، الإستبصار ١٤٣/٥١٦، الوسائل ٢٩: ٢١ أبواب المتعه ب ٩ ح ١.

٢- التهذيب ٢٥٣/١٠٩١، الإستبصار ١٤٣/٥١٧، الوسائل ٢٩: ٢١ أبواب المتعه ب ٩ ح ٢. و ما بين المعقوفين أضفناه من «ر» و المصدر لاستقامه المتن.

٣- الكافى ٤٥٣/١، الفقيه ٢٩٢/١٣٨٦، التهذيب ٢٥١/١٠٨٤، الوسائل ٢٣: ٢١ أبواب المتعه ب ٦ ح ١.

٤- الكافى ٤٦٢/٥، التهذيب ٣٧٧/١٥٢٦، الوسائل ٣٠: ٢١ أبواب المتعه ب ١٠ ح ١.

٥- رساله المتعه (مصنّفات الشيخ المفيد ٦): ١٤، المستدرک ٤٥٨: ١٤ أبواب المتعه ب ٩ ح ١.

بل ربما يستفاد من بعضها كراهه السؤال عنها، ففي الخبر: إنني تزوجت امرأة متعه، فوقع في نفسي أن لها زوجاً، ففتشت عن ذلك، فوجدت لها زوجاً، قال: «و لِمَ فتشت؟!» (١). وفي آخر: «إن فلاناً تزوج امرأة متعه، فقيل: إن لها زوجاً، فسألها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «و لِمَ سألتها؟!» (٢)، و نحوهما غيرهما (٣).

و يحتمل الجمع، بحمل هذه الأخبار على كراهه السؤال بعد وقوع التزويج، و ما سبق على استحبابه مع التهمة قبله.

و يكره التمتع بالزانية كما سبق و ليس شرطاً و لا حراماً؛ لما مرّ.

خلافاً للصدوق، فمنع منه مطلقاً (٤)، و لابن البراج، إلّا إذا منعها من الفجور (٥)؛ لأخبار (٦)، طريق الجمع بينها و بين غيرها الحمل على الكراهه، وفاقاً للأشهر بين الطائفة.

بل ربما قال المانع من الدوام بالجواز هنا؛ للمؤثّق المجوّز للتمتع بالمعروفه بالفجور، و فيه: «لو رفعت رايه ما كان عليه في تزويجها شيء، إنّما يخرجها من حرام إلى حلال» (٧).

أقول: و نحوه المروي عن كشف الغمّه (٨)، و غيره (٩)، متضمناً

ص: ٣١٧

- ١- التهذيب ١٠٩٢/٢٥٣، الوسائل ٧:٣١، أبواب المتعه ب ١٠ ح ٣.
- ٢- التهذيب ١٠٩٣/٢٥٣، الوسائل ٧:٣١، أبواب المتعه ب ١٠ ح ٤.
- ٣- انظر التهذيب ١٠٩٤/٢٥٣، الوسائل ٧:٣٢، أبواب المتعه ب ١٠ ح ٥.
- ٤- انظر المقنع: ١١٣.
- ٥- المهذب ٢:٢٤١.
- ٦- انظر الوسائل ٢١:٢٧، أبواب المتعه ب ٨.
- ٧- التهذيب ١٩٤٩/٤٨٥، الوسائل ٧:٢٩، أبواب المتعه ب ٩ ح ٣.
- ٨- كشف الغمه ٢:٤٢٣، الوسائل ٢١:٢٩، أبواب المتعه باب ٩ ج ٤.
- ٩- لم نعثر على خبر آخر غيرهما مشتمل على التعليل المذكور.

للتعليل المزبور، و يستفاد منه الجواز في الدائم، لكن مع تحقق مضمونه.

و أن يستمتع ببكر مطلقاً، كان لها أب أم ليس لها أب للصحيح: في الرجل يتزوج البكر متعه، قال: «يُكره؛ للعب على أهلها» (١).

و الأحوط اعتبار الإذن من الأب؛ للصحيحين، في أحدهما: «العدراء التي لها أب لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها» (٢).

و ليس في سنده في الفقيه عدا أبان الثقة عند جمع (٣)، الموثق عند آخرين (٤)، و عدّه صحيحاً بناءً على الأول.

و في الثاني: «البكر لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها» (٥).

و النهي فيهما للكرهه، لا الحرمة، على الأظهر الأشهر بين الطائفة؛ تمسكاً في الجواز بعموم الأدلة القطعية من الكتاب (٦) و السنة العامة [للعيب على أهلها و الأحوط اعتبار الإذن من الأب للصحيحين في أحدهما العذراء التي لها أب لا تتزوج متعه] و الخاصه، كالصحيحه المتقدمه و الآتية، و نحوهما الخبر المعتبر المنجبر جهاله راويه بالشهره، و وجود من أجمعت العصابه في سنده - عن الجارية يتمتع منها الرجل؟ قال: «نعم، إلا أن تكون صبيته تخدع» الخبر (٧).

ص: ٣١٨

١- الكافي ١/٤٦٢، الفقيه ٣/١٣٩٣/٢٩٣، التهذيب ٧: ١١٠٢/٢٥٥، الإستبصار ٣: ٥٣٠/١٤٦، الوسائل ٣: ٢١: ٣٤ أبواب المتعه ب ١١ ح ١٠.

٢- الفقيه ٣: ١٣٩٤/٢٩٣، التهذيب ٧: ١٠٩٩/٢٥٤، الإستبصار ٣: ٥٢٧/١٤٥، الوسائل ٣: ٢١: ٣٥ أبواب المتعه ب ١١ ح ١٢.

٣- و هو أبان بن عثمان الأحمر البجلي الراوى عن أبي مريم (راجع معجم الرجال ١: ١٥٧) فقد وثقه العلامة في الخلاصه: ٢١، و التفريشى في نقد الرجال: ٥.

٤- رجال ابن داود: ٣٠.

٥- قرب الإسناد: ١٢٩٤/٣٦٢، الوسائل ٣: ٢١: ٣٣ أبواب المتعه ب ١١ ح ٥.

٦- النساء: ٢٤.

٧- الفقيه ٣: ١٣٩٢/٢٩٣، التهذيب ٧: ١١٠٠/٢٥٥، الإستبصار ٣: ٥٢٨/١٤٥، الوسائل ٣: ٢١: ٣٦ أبواب المتعه ب ١٢ ح ٤.

و خصوص المعْتَبَره المستَفِيضه، كالصحيح في الظاهر: عن التمتع من البكر إذا كانت بين أبويها، قال: «لا- بأس، ما لم يقتض ما هناك لتعفف بذلك» (١).

و الخبر المنجبر ضعفه بما مرّ من الشهره: عن التمتع من الأبكار اللواتي بين الأبوين، فقال: «لا- بأس، ولا أقول كما يقول هؤلاء الأقباش» (٢).

و نحوه غيره، كالمرسل: «لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبويها» (٣).

و الخبر: جاريه بكر بين أبويها، تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها، أفأفعل ذلك؟ قال: «نعم، و اتق موضع الفرج» الخبر (٤).

و مضى تمام التحقيق في المسأله في البحث عن الولايه (٥).

فإن فعل فلا يقتضها لما مرّ و ليس محرماً جداً؛ للأصل، و ظاهر الصحيح: «لا بأس بأن يتمتع بالبكر ما لم يفض إليها؛ كراهه العيب على أهلها» (٦).

مضافاً إلى إطلاق النصوص بالجواز، المعتضد بعمل الأصحاب.

ص: ٣١٩

١- التهذيب ١٠٩٨/٢٥٤، الإستبصار ٧: ١٤٥/٥٢٦، الوسائل ٣: ٣٤/٢١ أبواب المتعه ب ١١ ح ٩؛ بتفاوت.

٢- التهذيب ١٠٩٧/٢٥٤، الإستبصار ٧: ١٤٥/٥٢٥، الوسائل ٣: ٣٣/٢١ أبواب المتعه ب ١١ ح ٦؛ و الأقباش جمع قَشْب، و هو من لا خير فيه من الرجال مجمع البحرين ٢: ١٤٣.

٣- التهذيب ١٠٩٥/٢٥٤، الوسائل ٧: ٣٤/٢١ أبواب المتعه ب ١١ ح ٨.

٤- التهذيب ١٠٩٦/٢٥٤، الوسائل ٧: ٣٣/٢١ أبواب المتعه ب ١١ ح ٧.

٥- راجع ص ٨٤.

٦- الكافي ٥: ٢/٤٦٢، الوسائل ٥: ٣٢/٢١ أبواب المتعه ب ١١ ح ١.

خلافاً للنهائه، فحرّم ذلك إذا كان العقد عليها بدون إذن الأب (١)؛ عملاً بظاهر النهي.

و هو جيّد لو استلزم الفساد، وإلّا فهو أحوط.

و لا حصر في عددهنّ فله التمتع بما شاء منهن، كما مضى (٢).

و يحرم أن يتمتع أمه على حرّه مطلقاً، متمتع بها أو مزوجه دائماً كما قيل (٣) إجماعاً و خصوصاً، كما مرّ (٤).

إلّا بإذنها فيصحّ على الصحيح؛ للصحيح: هل للرجل أن يتمتع من المملوكه بإذن أهلها و له امرأه حرّه؟ قال: «نعم، إذا رضيت الحرّه» قلت: فإن أذنت الحرّه يتمتع منها؟ قال: «نعم» (٥) بل مرّ عدم الخلاف فيه (٦).

و حكى هنا قول بالمنع مطلقاً (٧) و هو ضعيف جداً.

و أن يُدخِل على المرأه بنت أخيها أو أختها ما لم تأذن كما هو مقطوع به في كلامهم؛ و عُلل بإطلاق النصوص (٨) و فيه ضعف.

نعم، في بعض ما مرّ منها التعليل بالإجماع (٩)، الظاهر في العموم في

ص: ٣٢٠

١- النهايه: ٤٩٠.

٢- راجع ص ٢٤٠.

٣- كما قال به الشهيد في اللمعه (الروضه البهيه ٥): ١٩٢.

٤- راجع ص ٢١٨.

٥- الكافي ٣/٤٦٣، التهذيب ٧: ١١١٢/٢٥٧، الإستبصار ٣: ٥٣٣/١٤٦، الوسائل ٢١: ٤١، أبواب المتعه ب ١٦ ح ١.

٦- راجع ص ٢١٨.

٧- التنقيح الرائع ٣: ٨٠.

٨- راجع ص ١٨١.

٩- في ص ١٨٢.

الداخله (١) والمدخول عليها.

الثالث المهر و ذكره شرط

الثالث: المهر، و ذكره فى ضمن العقد شرط فى الصحه؛ بالإجماع، و المستفيضه:

منها الصحيح: عن المتعه، فقال: «هو مهر معلوم إلى أجل معلوم» (٢).

و أصرح منه الآخر: «لا يكون متعه إلا بأمرين: بأجل مسمى، و مهر مسمى» (٣)، و نحوه فى الصراحه غيره (٤).

فيبطل العقد بالإخلال به مطلقاً، عمدًا كان أو سهواً.

بخلاف الدائم، فليس ركنًا فيه إجماعاً، و هو الفارق، مع النصوص الموجهه بأن الغرض الأصلي من الدوام التنازل، و من المنقطع قضاء الشهوه و الاستمتاع (٥)، فنكاحه شديد الشباهه بالمعاضات، و لذا سميت متعه و مستأجره، و مهرها فى الغالب اجره.

و يشترط فيه الملكيه و العلم بالمقدار إجماعاً، و يكفي فيه المشاهده حتى فيما لا يكتفى بها فيه من المعاضات الصرفيه بشرط الحضور، و مع الغيبه فلا بُدَّ من الوصف بما يرفع الجهاله، و ظاهرهم القطع بذلك، و إن تردّد فيه بعض الأجله (٦).

ص: ٣٢١

١- بالإضافه إلى المتمتع بها و الدائم. منه رحمه الله.

٢- التهذيب ١١٣٥/٢٦٢، الوسائل ٢١:٤٢ أبواب المتعه ب ١٧ ح ٣.

٣- الكافي ١/٤٥٥، التهذيب ١١٣٣/٢٦٢، الوسائل ٢١:٤٢ أبواب المتعه ب ١٧ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٤- الكافي ٥/٢٤٥، التهذيب ١١٣٨/٢٦٣، الوسائل ٢١:٤٤ أبواب المتعه ب ١٨ ح ٤.

٥- انظر الوسائل ٢١:٧٢ أبواب المتعه ب ٣٦.

٦- نهايه المرام ١:٢٣١ و الحدائق ٢٤:١٥٧.

و يتقدّر بالتراضى بكلّ ما يقع عليه ممّا يتموّل و لو بكفّ من بُرّ على الأشهر الأظهر؛ للأصل، و الإطلاقات، و خصوص النصوص الدالّة عليه بالعموم و الخصوص.

و هى فى الأول مستفيضه، ففى الصحاح (١): «المهر ما تراضى عليه الناس» و زيد فى بعضها: «من قليل أو كثير». و كذلك فى الثانى، منها الصحيح: كم المهر يعنى فى المتعه؟ قال: «ما تراضيا عليه إلى ما شاء من الأجل» (٢).

و الحسن: عن أدنى ما يتزوّج به الرجل متعه، قال: «كفّين من بُرّ» (٣).

و فى المعتبره المنجبر قصور أسانيدها بما مرّ مع الشهره التقدير بكفّ من بُرّ كما فى بعضها (٤)، أو دقيق أو سويق أو تمر، كما فى غيره (٥).

خلافاً للمحكى عن الصدوق، فالدرهم فما زاد (٦)؛ للصحيح: «أنّه يجزى فيه الدرهم فما فوقه» (٧).

و ليس نصّاً فيه، بل و لا ظاهراً؛ إذ الحكم بإجزاء الدرهم غير منافٍ

ص: ٣٢٢

١- الوسائل ٢١:٢٣٩ أبواب المهور ب ١.

٢- الكافي ١/٤٥٧، التهذيب ٧:١١٢٧/٢٦٠، الإستبصار ٣:٥٤٧/١٤٩، الوسائل ٢١:٤٩ أبواب المتعه ب ٢١ ح ٣.

٣- الفقيه ٣:١٣٩٨/٢٩٤، التهذيب ٧:١١٣٦/٢٦٣، المقنع ١١٤، الوسائل ٢١:٤٤ أبواب المتعه ب ١٨ ح ٥.

٤- الكافي ٥:٢/٤٥٧، التهذيب ٧:١١٢٥/٢٦٠، الوسائل ٢١:٤٩ أبواب المتعه ب ٢١ ح ٢.

٥- الكافي ٥:٤/٤٥٧، الوسائل ٢١:٥٠ أبواب المتعه ب ٢١ ح ٥.

٦- المقنع: ١١٣.

٧- الكافي ٥:٣/٤٥٧، التهذيب ٧:١١٢٦/٢٦٠، الوسائل ٢١:٤٨ أبواب المتعه ب ٢١ ح ١.

لإجزاء الأقل، إلا بالمفهوم المردود عند الكل، الغير المكافئ لشيء مما مرّ، فضلاً عن الجميع.

و لو لم يدخل بها و وهبها ما بقى من المدّة المضروبه كماً فلها النصف من المسمى، فتأخذه منه مع عدم الأداء و يرجع الزوج بالنصف لو كان دفع المهر إليها، فيما قطع به الأصحاب، بل عن الحلّي و المحقّق الشيخ عليّ عليه الإجماع (١)؛ و هو الحجّه فيه، و الموتق:

«و إن خلاها قبل أن يدخل بها ردّت المرأه على الرجل نصف الصداق» (٢).

و لمخالفه الحكم للأصل يجب الاقتصار فيه على محلّ الوفاق و المتبادر من النصّ، فلا ردّ مطلقاً و لو مقسّطاً في هبه البعض و إبقاء الباقي.

و من هنا يظهر جواز هبه المدّة مطلقاً (٣)، و هي بمعنى إبراء الذمّه، فلا- يحتاج إلى القبول ظاهراً؛ و النصوص فيه بعد ما مرّ من الإجماع و النصّ مستفيضه.

ففي الصحيح عن رجل تمّتع بامرأه، ثم وهب لها أيامها قبل أن يفضى إليها، أو وهب لها أيامها بعد ما أفضى إليها، هل له أن يرجع فيما وهب لها من ذلك؟ فوقّع عليه السلام: «لا يرجع» (٤).

فلا وجه للشكّ في الجواز من حيث التجدد شيئاً فشيئاً، و أنّ الثابت في الذمّه حال البراءه ليس هو الحقّ المتجدّد (٥)؛ لأنّه اجتهاد في مقابله الأدلّه القويّه. و مع ذلك فربما اقتضته الحكمه الربانيه، فإنّه لا يقع هنا

ص: ٣٢٣

١- الحلّي في السرائر ٦٢٢:٢، الشيخ عليّ في جامع المقاصد ٢٣:١٣.

٢- التهذيب ٢٦١/٧:١١٣٠، الوسائل ٦٣:٢١ أبواب المتعه ب ٣٠ ح ١.

٣- أي قبل الدخول و بعده. و منه رحمه الله.

٤- الفقيه ٢٩٣/٣:١٣٩١، الوسائل ٦٣:٢١ أبواب المتعه ب ٢٩ ح ١.

٥- انظر المسالك ١:٥٠٢.

طلاق بالوفاق، فربما أريد قبل انقضاء الأجل الفراق، فلولا صحّحه الهبه لما وقع بوجه، وهو حرج عظيم، كما لا يخفى على البصير المداق.

ثم ما مرّ إذا لم يدخل.

و أمّا إذا دخل بها استقرّ المهر في ذمّته كمالاً، بشرط الوفاء بكمال المدّة، أو هبته لها؛ للأصل، و الوفاق.

و أمّا مع فقد الشرطين، كما لو أخلت بشيء من المدّة من دون هبه اختياراً قاصّها من المهر بنسبه ما أخلت به من المدّة، بأن يبسط المهر على جميعها، و يسقط منه بحسابه، حتى لو أخلت بها أجمع سقط عنه المهر. و يتصوّر ذلك بالإخلال بها قبل الدخول.

و لا- فرق في الحكم المذكور بينه و بين بعده؛ للإجماع عليه في الظاهر مطلقاً، و إطلاق النصوص، كالصحيح أو الحسن: أتزوّج المرأه شهراً أو شهرين، فتريد منّي المهر كمالاً و أتخوّف أن تخلفني، فقال: «يجوز أن تجبس ما قدرت عليه، فإن هي أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك فيه» (١).

و في آخر مثله كذلك، و فيه: «خذ منها بقدر ما تخلفك، إن كان نصف شهر فالنصف، و إن كان ثلثاً فالثلث» (٢).

و يستثنى منه أيّام الطمث؛ للموتّق: «ينظر ما قطعت من الشرط، فيجبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له، ما خلا أيّام الطمث فإنّها لها، [فلا يكون له] إلّا ما أحلّ له فرجها» (٣).

ص: ٣٢٤

١- الكافي ٥: ١/٤٦٠ و فيه: لا يجوز، الوسائل ٢١: ٦١ أبواب المتعه ب ٢٧ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٢- الكافي ٥: ٣/٤٦١، التهذيب ٧: ١١٢٨/٢٦٠، الوسائل ٢١: ٦١ أبواب المتعه ب ٢٧ ح ٢.

٣- الكافي ٥: ٤/٤٦١، الوسائل ٢١: ٦١ أبواب المتعه ب ٢٧ ح ٣؛ بتفاوت يسير، و ما بين المعقوفين أضفناه من الكافي.

و فى إلحاق ما عده من الأعدار كالمريض، و الخوف من ظالم و جهان، أو جههما: العدم؛ تمسكاً بالأصل، و التفاتاً إلى اختصاص النص بالحیض، من دون إشعارٍ فضلاً عن ظهور بالعموم.

و تعليل الإلحاق بالمشاركه فى المعنى لعدم القطع به، و لا الدليل عليه سوى الاستنباط قياساً باطل بلا التباس.

و استفاد من النص الأول و الثالث و غيرهما (١) جواز تأخير المهر، و عدم وجوب المبادره بدفعه بعد العقد؛ و هو الأوفق بمقتضى الأصل.

خلافاً لجماعه كما عن المفيد و المرتضى و المذهب (٢) فأوجبوا المبادره؛ و لعلّه لوجود: «لا يجوز» بدل: «يجوز» فى أكثر نسخ الروايه الأولى (٣)، المؤيده بتفريع جملة: «فإن هى أخلفتك فخذ منها» على السابق؛ إذ لا معنى للأخذ منها بعد حبس المهر عنها.

و هو أحوط، إلا أنّ فى تعيينه نظراً؛ لظهور الموثق المزبور بجواز الحبس، المعتضد بالأصل و الشباهيه بالإجاره الجائر فيها ذلك، و هو بحسب السند أولى منه، مع اختلاف نسخه، فتأمل.

و لو بان فساد العقد إمّا بظهور زوج، أو عدّه، أو كونها محرّمه عليه جمعاً أو عيناً، أو غير ذلك من المفسدات فلا مهر لها إن لم يدخل بها مطلقاً، إجماعاً؛ للأصل.

و لو دخل فلها ما أخذت منه، و تمنع ما بقى مطلقاً فيهما، قليلاً كانا أو كثيراً، كانا بقدر ما مضى من المدّه و ما بقى منها أم لا، لكن بشرط

ص: ٣٢٥

١- الفقيه ١٣٩٧/٢٩٤، الوسائل ٢١:٦٢ أبواب المتعه ب ٢٧ ح ٤.

٢- المفيد فى المقنعه: ٥٠٩، المرتضى فى الانتصار: ١١١، المذهب ٢:٢٤١.

٣- انظر الكافى ١/٤٤٠: ٥.

جهلها بالفساد لا مطلقاً على الأصح، وفاقاً للمحكّي عن المقنعه و النهايه و المهذب (١).

للحسن بل الصحيح على الصحيح:- «إذا بقي عليه شيء من المهر، و علم أنّ لها زوجاً، فما أخذته فلها بما استحلت من فرجها، و يحبس عنها ما بقي عنده» (٢).

و إطلاقه كإطلاق كلام الجماعة محمولٌ على الشرط المتقدم؛ للأدلة القطعيه على عدم المهر للزانيه.

مضافاً إلى خصوص الروايه: الرجل يتزوج المرأه متعاً بمهر إلى أجل معلوم، و أعطاها بعض مهرها و أخرته بالباقي، ثم دخل بها، و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيهها باقي مهرها أنّها زوجته نفسها و لها زوج مقيم معها، أ يجوز له حبس باقي مهرها أم لا؟ فكتب: «لا يعطيها شيئاً؛ لأنها عصت الله عزّ و جلّ» (٣).

فلا- إشكال في العمل بالخبر مع صحته من جهه عمومه لصورتى الجهل و عدمه، كيف لا؟! و العام بعد التخصيص حجه في الباقي، مع احتمال وروده على ظاهر الصحه في فعل كلّ مسلم و مسلمه، فيخصّ به بالنظر إلى موردّه عموم ما سيأتى من القاعده: من ثبوت مهر المثل بفساد المناكحه و وطء الشبهه، و يعمل بها فيما عداه، كما إذا أخذت الجميع، أو لم تأخذ شيئاً مطلقاً.

ص: ٣٢٦

١- المقنعه: ٥١٩، النهايه: ٤٩١، المهذب ٢: ٢٤٢.

٢- الكافي ٥: ٢/٤٦١، التهذيب ٧: ١١٢٩/٢٦١، الوسائل ٢١: ٦٢ أبواب المتعه ب ٢٨ ح ١.

٣- الكافي ٥: ٥/٤٦١، الوسائل ٢١: ٦٢ أبواب المتعه ب ٢٨ ح ٢.

و هنا أقوال آخر:

منها: أنّ الوجه أنّها تستوفيه جميعاً مع جهالتها مطلقاً، انقضت المدّة بكمالها أم لا، أخذت منه شيئاً أم لا. و هو ضعيف جداً، كيف لا؟! أو لزوم المسمّى إنّما هو بالعقد الصحيح لا مطلقاً، و مجرد التراضى غير مقتضى له أصلاً. و على تقدير الاقتضاء، فلا ريب فى اشتراط الرضاء، و توقّفه على انقضاء المدّة كمالاً لا مطلقاً، فلا وجه للإطلاق قطعاً.

و أمّا أنّه يستعاد منها مع الأخذ، و لا تُعطى شيئاً مع العدم مع علمها فلا ريب فيه قطعاً؛ لما مضى.

و منها: ما اختاره المصنّف هنا بقوله: و لو قيل بمهر المثل مع الدخول و جهلها و عدم المهر مع الدخول و العلم منها مطلقاً (1) كان حسناً أمّا الثانى فلما مضى.

و أمّا الأول فلاّنه الأصل فى كلّ عقد فاسد و و طء شبهه قطعاً.

و الحُسن فى محلّه فيما عدا مورد النصّ المتقدّم؛ لخلوّه عن المعارض، و أمّا فيه فلا؛ لتعيّن تخصيص الأصل به، مع اعتبار سنده، و وضوح دلالته، و عمل جماعه به (2). و حمله على كون المقبوض بقدر المثل ليوافق الأصل كما فى الروضه - (3) ليس بأولى من تخصيصه به، بل هو أولى؛ لأخصّيته بالإضافه إليه، فلا يضرّه الإطلاق قطعاً، و التعارض

ص: ٣٢٧

١- أى لا المثل و لا المسمّى. منه رحمه الله.

٢- راجع ص ٣٢٣.

٣- الروضه البهيّه ٢٨٨: ٥.

بينهما تعارض العموم و الخصوص مطلقاً، فيتعين المصير إلى التخصيص، لا إلى الحمل المتقدم، مع عدم الداعي إليه.

ثم إن قلنا بالمثل مطلقاً، أو حيث أو جنباه، فهل المراد به مهر المثل لتلك المدّة، أو مهر المثل للنكاح الدائم؟ قولان:

من أنّ عوض البضع الموطوءه شبهه هو الثاني جداً، ولذا لو وُطئت هذه المنكوحه بالعقد الفاسد بدونه شبهه لزمه ذلك قطعاً، والعقد الفاسد كالعدم جداً.

و من أنّ الشبهه إنّما هي للعقد المخصوص، فيجب مهر المثل به.

و ضعفه يظهر بما قررنا، فإذاً الثاني أقوى.

و لو قيل بلزوم أقلّ الأمرين تميّكاً بأصالة البراءه عن الزائد لم يكن بعيداً؛ التفاتاً إلى عدم دليل على ثبوت مهر المثل للدائم للموطوءه شبهه مطلقاً، حتى في المقام؛ إذ ليس إلّا الإجماع، وليس؛ للخلاف، أو عدم خلق البضع عن العوض، و هو يحصل بأقلّ الأمرين جداً، فلا مخصّص لأصالة البراءه هنا، فتأمل.

و هنا قول رابع في أصل المسأله، نافٍ للمهر مطلقاً مع علمها كما في الأقوال السابقه موجّب مع جهلها للأقلّ من المثل أو المسمّى؛ لموافقه الأصل المتقدم (1) مع أقلّيه المثل عن المسمّى، و إقدامها بالأقلّ مع العكس (2).

و يضعّف بوقوعه على وجه مخصوص و هو كونها زوجه لا مطلقاً، فلا يلزم الإقدام و الرضاء بالمسمّى على غيره قطعاً.

ص: ٣٢٨

١- و هو كون المثل عوض البضع حيث تبين فساد العقد. منه رحمه الله.

٢- أي كون المسمّى أقلّ من المثل. منه رحمه الله.

الرابع: الأجل، و هو أى ذكره- شرط فى صحه العقد بالإجماع و النصوص، و قد مرّت فى المهر (١).

و لا تقدير له شرعاً، بل يتقدّر بتراضيهما عليه كائناً ما كان كالיום و السنه و الشهر و الشهرين.

و إطلاق النصّ و كلام الأصحاب و به صرح جماعه (٢) يقتضى عدم الفرق فى الزمان الطويل بين صورتى العلم بإمكان البقاء إلى الغايه و عدمه، و علّل بعدم المانع؛ لأنّ الموت قبله غير قاذح (٣). و لم ينقل فيه خلاف، و ظاهرهم الإجماع عليه، و لولاه لأشكّل و احتاج إلى تأمل.

و فى الزمان القصير بين صورتى إمكان الجماع فيه و عدمه؛ لعدم انحصار الغايه فيه.

خلافاً للمحكى عن ابن حمزه، فقدّره هنا بما بين طلوع الشمس و نصف النهار (٤)؛ و لا دليل عليه، و لعلّه أراد المثل.

و لا- بُدّ من تعيينه بأن يكون محروساً من الزيادة و النقصان كغيره؛ دفعاً للغرر و الضرر، و التفاتاً إلى الصحيح: الرجل يتزوج متعاً سنّه و أقلّ و أكثر، قال: «إذا كان شىء معلوم إلى أجل معلوم» (٥).

و فى اعتبار اتصال المدّه المضروبه بالعقد، أو جواز الانفصال، قولان.

ص: ٣٢٩

١- الوسائل ٢١:٤٢ أبواب المتعه ب ١٧.

٢- منهم الشهيدان فى اللعه و الروضه ٥:٢٨٥، و صاحب المدارك فى نهايه المرام ١:٢٣٩، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٥٥، و صاحب الحقائق ٢٤:١٣٨.

٣- المسالك ١:٥٠٣.

٤- الوسيله: ٣١٠.

٥- الكافى ٥:٢/٤٥٩، التهذيب ٧:١١٤٧/٢٦٦، الإستبصار ٣:٥٥٣/١٥١، الوسائل ٢١:٥٨ أبواب المتعه ب ٢٥ ح ١؛ بتفاوت يسير.

قيل: أحوطهما الأول؛ لأنّ الوظائف الشرعيّة إنّما تثبت بالتوقيف، و لم ينقل تجويزه كذلك، و إنّما المنقول في النصوص بحكم التبادر صورته الاتّصال، فيجب القول بنفي ما عداه إلى ثبوت دليل الجواز (١)؛ تمسّكاً بأصالة الحرمة.

و قيل بالثاني (٢)؛ لوجود المقتضى، و هو العقد المشتمل على الأجل المضبوط، فيلزم الوفاء به؛ لعموم الأمر به (٣)، و هو كافٍ في ثبوت التوقيف، كيف لا؟! و اشتراط التوقيف بعنوان الخصوص غير لازم، و لذا يتمسّك به فيما لم يرد بشرعيّته دليل بالخصوص.

و هذا أجود، وفاقاً للمحكّي عن الحلّي و الماتن في النكت و صرّح به في الشرائع و المسالك و القواعد (٤)، و عن إطلاق الأكثر (٥).

و هو ظاهر الخبر: الرجل يلقي المرأه فيقول لها: زوّجيني نفسك شهراً، و لا يسمّى الشهر بعينه، ثم يمضى فيلقاها بعد سنين، فقال: «له شهره إن كان سمّاه، و إن لم يكن سمّاه فلا سبيل له عليها» (٦) فإنّ الظاهر كون الشهر المسمّى بعد سنين.

و قصور السند معتضد بما مرّ من القاعده، و فتوى الجماعه، و الشهره المحكيه في كلام جماعه (٧).

ص: ٣٣٠

١- قال به صاحب المدارك في نهايه المرام ١:٢٤٠.

٢- كما قال به الفاضل الهندي ٢:٥٦.

٣- المائده: ١.

٤- الحلّي في السرائر ٢:٦٢٣، النهايه و نكتها ٣:٣٧٩، الشرائع ٢:٣٠٥، المسالك ١:٥٠٣، القواعد ٢:٢٦.

٥- حكاه الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٥٦.

٦- الكافي ٥:٤/٤٦٦، الفقيه ٣:١٤١٠/٢٩٧، التهذيب ٧:١١٥٠/٢٦٧، الوسائل ٢١:٧٢ أبواب المتعه ب ٣٥ ح ١.

٧- منهم المجلسي في مرآه العقول ٢٠:٢٥٥، و صاحب الحدائق ٢٤:١٤٨.

و الاحتياط مشترك بين القولين، فلا يترك مراعاته على حال.

و على المختار، ففي جواز العقد عليها في المدّة المتخلّله بين العقد و مبدأ المدّة المشروطة، أمّ العدم، قولان:

أجودهما: الأول، إذا وفّت المدّة المتخلّله بالأجل المعقود عليه ثانياً، و العدّه بالنسبه إليه؛ للأصل، و منع صدق ذات البعل عليها في هذه المدّة.

و على تقديره، فاندراجها في إطلاق النصوص المانعه عن العقد على ذات البعل غير معلوم؛ بناءً على اختصاصه بحكم التبادر بغير محلّ الفرض، و هو ذات البعل بالفعل، و هو كافٍ في عدم الخروج عن الأصل، و الاحتياط سبيله واضح.

ثم كلّ ذا مع تعيين المبدأ، و مع الإطلاق ينصرف إلى الاتّصال على الأصحّ الأشهر؛ لقضاء العرف به.

خلافاً للحلّي (١)؛ للجهاله (٢)، و ترتفع بما مرّ و للخبر الذي مرّ، و هو لا يدلّ إلّا على البطلان مع عدم التسميه لكونه بعد سنين، و نحن نقول به.

و لا يصحّ ذكر المرّه و المرّات مجرّده عن زمان مقدّر لهما، على الأشهر الأظهر؛ لفقد التعيين في الأجل المشترط بما مرّ؛ بناءً على وقوعهما في الزمن الطويل و القصير.

خلافاً للشيخ في النهايه و التهذيب، فيصحّ و ينقلب دائماً (٣)؛ للخبر:

أتزوّج المرأه متعه مرّه مبهمه؟ فقال: «ذلك أشدّ عليك، ترثها و ترثك،

ص: ٣٣١

١- السرائر ٢:٦٢٣.

٢- أي في الأجل. منه رحمه الله.

٣- النهايه: ٤٩١، التهذيب ٧:٢٦٧.

و لا يجوز لك أن تطلقها إلّا على طهر و شاهدين» (١).

و فيه مع ضعف السند و عدم المكافأه لما مرّ بوجه ما سيأتى فى انقلاب العقد المجرد عن الأجل دائماً.

و فيه روايه بالجواز بل روايات و فيها ضعف و قصور من حيث السند، أجدوها الموثق: هل يجوز أن يتمتع الرجل من المرأه ساعه و ساعتين؟ فقال: «الساعه و الساعتين لا يوقف على حدّهما، و لكن العزّ و العزّدين، و اليوم و اليومين، و الليله، و أشباه ذلك» (٢).

و سنده و إن اعتبر إلّا أنّه شاذّ، و العامل به غير معروف، غير مكافئ لما مرّ؛ لصحّحه السند، و الكثره، و الاعتضاد بما هو الأشهر، و مع ذلك فظاهره المنع عن نحو الساعه و الساعتين، و لا قائل به، مع إمكان تحديدهما و تعيينهما.

و حملة على اشتراطهما بهذه العبارة أى الساعتين و الساعه فيصحّ المنع؛ للجهاله، كما تصدّى له بعض الأجلّه (٣).

محلّ مناقشه، يظهر وجهها بالتعليل فيه بعدم الوقوف على حدّ، و لم يعلّل بما مرّ (٤)، و لو صحّح كان التعليل به أولى. مضافاً إلى تجويزه اليوم و اليومين، و هى بعين العبارة المتقدمه.

ص: ٣٣٢

١- التهذيب ١١٥١/٢٦٧، الإستبصار ٧: ١١٥١/١٥٢، الوسائل ٣: ٥٥٦/١٥٢، أبواب المتعه ب ٢٠ ح ٣.

٢- الكافي ٥: ٣/٤٥٩، التهذيب ٧: ١١٤٨/٢٦٦، الإستبصار ٣: ٥٥٤/١٥١، الوسائل ٣: ٥٥٨/٢١، أبواب المتعه ب ٢٥ ح ٢. و المراد بالعرد: المرّه الواحده من المواقع. مجمع البحرين ٣: ١٠١.

٣- الوسائل ٢١: ٥٨.

٤- أى الجهاله. منه رحمه الله.

فظهر أنّ الوجه في المنع ما عُمل فيه، دون ما مرّ من الجهالة.

و بالجمله: فالإعراض عنه لازم.

و يمكن حمله على صورته ذكرهما مع تقدير الزمان الظرف لهما، و الأجل للعقد، زاد عليهما أم لا- و لا- كلام فيه؛ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١) فلا يجوز له الزيادة عن العدد المشروط بغير إذنها، و لا يتعين عليه فعله؛ إذ الوطاء غير واجب. و لا- تخرج عن الزوجية إلّا بانقضاء الأجل، فيجوز له الاستمتاع منها بعد استيفاء العدد المشروط بغير الوطاء إن زاد الأجل على العدد.

و في جواز الوطاء بها حينئذٍ مع الإذن قولان، أجودهما: الأول، وفاقاً للأشهر؛ للأصل، و فقد الدليل المحرّم هنا، و صريح الموثق أو الحسن:

رجل تزوّج بجاريه عاتق (٢) على أن لا يقتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: «إذا أذنت له فلا بأس» (٣)؛ فتدبر.

أما الأحكام فمسائل

إشارة

أما الأحكام فمسائل سبع:

الأولى الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد

الأولى: الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل المشترطين في صحّة العقد يبطل العقد بالنصّ و الإجماع، كما في المختلف و المسالك (٤)، فلا ينقلب دائماً هنا إجماعاً.

و أمّا لو عكس ف ذكر المهر من دون الأجل ففيه أقوال،

ص: ٣٣٣

١- غوالي اللئلي ١٨/٢١٨: ٨٤.

٢- أي الجارية أول ما أدركت و التي لم تتزوّج. منه رحمه الله.

٣- الفقيه ١٣/٢٩٧: ١٤٣، الوسائل ٣٣: ٢١ أبواب المتعه ب ١١ ح ٣.

٤- المختلف: ٥٥٩، المسالك ٥٠٥: ١.

أشهرها: أنه يقبله دائماً لصلاحية العقد لكل منهما، وإنما يتمخض للمتعه بذكر الأجل، و للدوام بعدمه، فمع انتفاء الأول يثبت الثاني؛ لأن الأصل في العقد الصحة.

و للنصوص، منها الموثق: «إن سمي الأجل فهو متعه، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات (1)»، (2). وقيل: لا؛ لأن المتعه شرطها الأجل إجماعاً، والمشروط عدم عند عدم شرطه، وللصحيح (3) وغيره (4): «لا- يكون متعه إلما بأمرين: بأجل مسمى و مهر مسمى»، و أن الدوام لم يقصد، و العقود تابعه للقصد، و صلاحية الإيجاب لهما لا توجب حمل المشترك على أحد المعنيين مع إرادته المعنى الآخر المبين له (5).

هذا، مع التأويل في صلاحية مطلق الإيجاب لهما، و إنما هي في خصوص لفظ النكاح و التزويج دون التمتع؛ لما مضى في عقد الدوام (6).

و هذا هو الأقوى، سيما إذا وقع العقد بلفظ التمتع و كان ترك الأجل

ص: ٣٣٤

- ١- قال في مرآة العقول (٢٣٩: ٢٠): قوله عليه السلام: «بات» قال العلامة رحمه الله: أي دائم بحسب الواقع كما فهمه الأصحاب، أو يحكم عليه ظاهراً كما في سائر الأقارير و لا يقع واقعاً، لأن ما قصده لم يقع و ما وقع لم يقصد.
- ٢- الكافي ١/٤٥٦، التهذيب ٧: ١١٣٤/٢٦٢، الوسائل ٧: ٢١: ٤٧ أبواب المتعه ب ٢٠ ح ١.
- ٣- الكافي ١/٤٥٥، التهذيب ٧: ١١٣٣/٢٦٢، الوسائل ٧: ٢١: ٤٢ أبواب المتعه ب ١٧ ح ١.
- ٤- المتعه (مصنفات المفيد ٦): ٤٧، المستدرک ١٤: ٤٦٠ أبواب المتعه ب ١٣ ح ١.
- ٥- قال به الشهيد الثاني في الروضة ٥: ٢٨٧.
- ٦- راجع ص ١٠.

نسياناً، وفاقاً للعلامة و والده و ولده و الروضة و سبطه (١) و جماعه (٢).

و الروايه مع اختلاف نسخها ففي بعضها بدل بات: «بان» (٣) و هذه صريحه في البطلان ليس فيها تصريح بأنهما أرادا المتعه و أخلاً بالأجل، بل مضمونها: أن النكاح مع الأجل متعه، و بدونه دوام، و لا نزاع فيه.

نعم، في روايه قاصره السند: إنني أستحيي ذكر شرط الأيام، قال:

«هو أضّر عليك»، قلت: و كيف؟ قال: «إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام، و لزمك النفقه في العده، و كانت وارثه، لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنه» (٤).

و ذكر شيخنا الشهيد في النكت عدم قابليتها للتأويل.

و ليس كذلك؛ لإمكان أن يكون المراد: إثبات الأضرّيه بالإضافة إلى ظاهر الشريعة، بمعنى: أن المرأه لو ادّعت الدوام، و أثبتت ذكر الألفاظ بدون الأجل، أخذ الرجل في ظاهر الشرع بأحكام الدائمه، من النفقه و الكسوه و سائر أحكام الدائمه. و لا يلزم ذلك ثبوت الزوجيه الدائمه بمجرد الألفاظ المجزده عن بيان المدّه فيما بينه و بين الله تعالى، حتى يجوز له التمتع منها في نفس الأمر.

مع احتمال أن يكون المراد من الاستحياء من ذكر الأجل: الحياء من التمتع بها و إيجابه العدول إلى الدوام، فكأنه قال: أتزوج دائماً لا متعه؛

ص: ٣٣٥

١- العلامة و والده في المختلف: ٥٥٩، و ولده في إيضاح الفوائد ٣: ١٢٨، الروضة البهيه ٥: ٢٨٧، و نهايه المرام ١: ٢٤٤.

٢- منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٣: ٢٦، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٥٥، و صاحب الحدائق ٢٤: ١٤٢.

٣- لم نعثر عليها في مصادر الحديث. نعم أشار إليها في ملاذ الأخيار ١٢: ٥٤.

٤- الكافي ٥: ٣/٤٥٥، التهذيب ٧: ١١٤٥/٢٦٥، الإستبصار ٣: ٥٥١/١٥٠، الوسائل ٢١: ٤٧ أبواب المتعه ب ٢٠ ح ٢.

لحيائى منها.

و مع احتمال جميع ذلك، كيف يُجسِّد في تخصيص الأدلّة القطعيّة بها (١)؟! سيّما في صورته النسيان؛ للزوم الانقلاب دواماً فيها التكاليف الشاقّة المخالفه للأصول بمجرد النسيان، و لم يُعهد في الشريعة ثبوت التكاليف بمجردده؛ مع أنّه مخالف للأدلّة العقليّة.

و أمّا القول: بأنّ العقد إن وقع بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائماً، أو بلفظ التمتع بطل كما عن الحلّي (٢) و لعلّه نظر إلى ما قدّمناه في منع صلاحية عقد المتعه مطلقاً للدوام.

أو بأنّ ترك الأجل إن كان جهلاً منهما أو أحدهما أو نسياناً كذلك (٣) بطل، و إن كان عمداً بالدوام انقلب، كما حُكي قولاً (٤).

فقد ظهر ضعفه ممّا ذكرناه، مع عدم وضوح الدليل على الثاني.

فالقول بالبطان مطلقاً مع قصد التمتع الذى هو موضع النزاع أوجه، و لكن الاحتياط لا يُترك، فيعقد للدوام ثانياً إن أرادها، و إلّا فليطلقها و يعطى نصف المهر، أو تعفو عنه.

الثانيه لا حكم للشروط قبل العقد

الثانيه: لا حكم للشروط إذا كانت قبل العقد مطلقاً سائغاً كانت أم لا إجماعاً؛ للنصوص المستفيضة:

منها الموثّق: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز» (٥).

ص: ٣٣٦

١- أى بالروايه. منه رحمه الله.

٢- السرائر ٢:٦٢٠.

٣- أى منهما أو من أحدهما. منه رحمه الله.

٤- حكاة في الروضه البهيه ٥:٢٨٧.

٥- الكافي ٥:١/٤٥٦، التهذيب ٧:١١٣٤/٢٦٢، الوسائل ٢١:٤٦ أبواب المتعه ب ١٩ ح ٢.

و نحوه الآخر: «إنما الشرط بعد النكاح» (١).

و بها يُخصَّص عموم ما دلَّ على لزوم الوفاء بالشروط (٢).

مضافاً إلى الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا في عقد و أنه بمنزله الوعد كما حكاه بعض الأصحاب (٣) و مقتضاه عدم لزوم الوفاء بالشروط المتأخره كالسابقه، و ظاهرهم الاتفاق عليه بخصوصه، و به يُخصَّص العموم المتقدم، و تُصرَّف النصوص عن ظواهرها، بحمل النكاح اللازم ما يشترط بعده فيها على أحد طرفي العقد، كما يشعر به بعضها، و فيه: «إن اشترطت على المرأه شروط المتعه فرضيت بها و أوجبت عليها التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فإن أجازته جاز، و إن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح» (٤).

و أظهر منه الرضوى بل صريح فيه و فيه: «و كل شرط قبل النكاح فاسد، و إنما ينعقد الأمر بالقول الثاني، فإذا قالت في الثاني: نعم، دفع إليها المهر أو ما حضر [منه]» الخبر (٥)، و نحوه المروى في البحار من خبر المفضل الوارد في الغيبة (٦).

و تدلّ حينئذٍ على أنها تلزم لو كانت سائعه و ذكرت فيه أي متن العقد و عليه الإجماع أيضاً كما حكى (٧).

ص: ٣٣٧

١- الكافي ٤/٤٥٦، الوسائل ٢١:٤٧ أبواب المتعه ب ١٩ ح ٤.

٢- غوالي اللئلي ١٨/٨٤:١.

٣- كالفاضل الهندي في كشف اللثام ٥٦:٢.

٤- الكافي ٣/٤٥٦، التهذيب ٧:١١٣٩/٢٦٣، الوسائل ٢١:٤٥ أبواب المتعه ب ١٩ ح ١.

٥- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٣٢، المستدرک ١٤:٤٦١ أبواب المتعه ب ١٤ ح ٢، بدل ما بين المعقوفين في النسخ: ما حضرته، و ما أثبتناه من المصدر.

٦- البحار ٥٣:٢٦، المستدرک ١٤:٤٧٤ أبواب المتعه ب ٣٢ ح ١.

٧- حكاه صاحب المدارك في نهاية المرام ١:٢٤٦، و السبزواری في الكفايه: ١٧١.

و الأشهر الأظهر الاكتفاء بذكرها فيه في اللزوم؛ لكونها من جملة العقد المأمور بالوفاء به، والإعاده منفيته بالأصل.

خلافاً للنهائه، فأوجبها (١)؛ لظواهر ما مرّ من المستفيضه.

و في صحّحه النسبه مناقشه؛ لظهور سياق عبارته فيها فيما حملنا عليه المستفيضه.

و على تقديرها، فليس في المستفيضه بعد الإبقاء على ظواهرها دلالة على اعتبار الإعاده، وإنما ظاهرها الاكتفاء بالشروط اللاحقه و إن لم يقع فيها إعاده بعدم ذكرها في العقد بالمره، و لم يقل بلزوم الوفاء بمثلها أحد، حتى هو في النهائه؛ لاعتباره فيها ذكر الشروط في العقد البتّه، و إنما أوجب ذكرها بعد العقد ثانيه، و لم يكتف بذكرها خاصه، و هذا قرينه واضحه على عدم مخالفته للمشهور في المسأله، و به صرح بعض الأجله (٢).

الثالثه يجوز اشتراط إتيانها ليلاً أو نهاراً

الثالثه: يجوز له و لها اشتراط إتيانها ليلاً أو نهاراً أو وقتاً دون آخر، أو تمتعاً دون آخر، إجماعاً في الظاهر.

للأصل، و يلزم؛ لعموم الأمر بالوفاء بالشرط، مع كونه من جملة العقد اللازم الوفاء، فلا يتعداه.

و للصحيح: عن امرأه زوجت نفسها من رجل على أن يلتمس منها ما شاء إلا الدخول، فقال عليه السلام: «لا بأس، ليس له إلا ما شرط» (٣). و هو

ص: ٣٣٨

١- النهائه: ٤٩٣.

٢- قال في نهائه المرام ١: ٢٤٧؛ و الظاهر أن ذلك مراد الشيخ في النهائه حيث اعتبر فيها وقوع الشرط بعد العقد، فلا يتحقق الخلاف في المسأله. و هكذا قال في كشف اللثام ٢: ٥٦.

٣- الكافي ٥: ٩/٤٦٧، التهذيب ٧: ١١٦٠/٢٧٠، الوسائل ٢١: ٧٢ أبواب المتعه ب ٣٦ ح ١؛ بتفاوت.

نصّ في جواز اشتراط أن لا يطأها في الفرج مضافاً إلى ما مرّ.

و هل يجوز إتيانها في الوقت المستثنى مع الرضا؟ قيل: لا (١)؛ التفاتاً إلى لزوم الوفاء بالشرط مطلقاً حتى هنا.

و الأجود: نعم، وفاقاً لجماعه من أصحابنا (٢)؛ لصريح الموثق: تزوّج بجاريه على أن لا يقتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، فقال: «إذا أذنت له فلا بأس» (٣).

و لعلّ الوجه فيه (٤) ما قيل: إنّ العقد مسوّغ للوطء مطلقاً، و الامتناع منه لَحَقَّ الزوجه إذا اشترطت عليه ذلك، فإذا رضيت جاز (٥).

و به يظهر الجواب عن توجيه المنع مطلقاً؛ و لذا اختار المصنّف الجواز بقوله: و لو رضيت به أى الوطء بعد العقد جاز و لعلّه الأشهر بين الأصحاب.

و يجوز العزل عنها هنا و لو من دون إذنها إجماعاً؛ للأصل، و فحوى ما دلّ على جوازه في الدائم (٦) كما اخترناه فهنا أولى، و لأنّ الغرض الأصلي هنا الاستمتاع دون النسل بخلاف الدوام، و للصحيح لكنّه مقطوع-: «الماء ماء الرجل يضعه حيث شاء، إلّا أنّه إن جاء بولد

ص: ٣٣٩

١- في المختلف (٥٦٤). منه رحمه الله.

٢- منهم صاحب المدارك في نهاية المرام ٢٤٨: ١، و السبزواري في الكفاية: ١٧١، و صاحب الحدائق ١٥٤: ٢٤.

٣- الفقيه ١٤١٣/٢٩٧: ٣، الوسائل ٢١: ٣٣ أبواب المتعه ب ١١ ح ٣.

٤- أى في تصريح الموثق بالجواز. منه رحمه الله.

٥- قال به الفاضل الهندي في كشف اللثام ٥٦: ٢.

٦- انظر الوسائل ١٤٩: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٧٥.

لم ينكره» الخبر (١).

و لكن الأحوط الاشتراط؛ لوروده فى النص فى بيان شروط المتعه المذكوره ضمن العقد، و فيه: «يقول لها: زوّجيني نفسك متعه على كتاب الله تعالى و سنّه نبيّه صلى الله عليه و آله نكاحاً غير سفاح، على أن لا أرثك و لا ترثيني، و لا أطلب ولدك، إلى أجل مسمى، فإن بدا لى زدتك و زدتينى» (٢).

و الصحيح نصّ فى أنّه يلحق به الولد و إن عزل و نحوه الصحيح: عن الرجل يتزوج المرأه متعه و يشترط ألا يطلب ولدها، فتأتى بعد ذلك بولد فينكر الولد، فشدّد فى ذلك و قال: «يجحد! و كيف يجحد؟!» عظاماً لذلك، الخبر (٣).

و يعضده عموم ما دلّ على لحقوق الولد به، كالصحيح: رأيت إن حبلت؟ قال: «هو ولد» (٤) و كذا فى كلّ و طء صحيح، فإنّ المنى سباق، و الولد للفراش، و ظاهرهم الوفاق عليه بشرط الإمكان.

و لكن لو نفاه انتفى و لم يحتج إلى لعان هنا مطلقاً و لو لم يعزل بالإجماع كما حكى (٥)، بخلاف الدوام، فيحتاج النفى فيه إلى

ص: ٣٤٠

-
- ١- الكافى ٢/٤٦٤، التهذيب ٧:١١٥٥/٢٦٩، الإستبصار ٣:٥٥٨/١٥٢، الوسائل ٢١:٧٠ أبواب المتعه ب ٣٣ ح ٥.
 - ٢- الفقيه ٣:١٣٩٨/٢٩٤، التهذيب ٧:١١٣٦/٢٦٣، الوسائل ٢١:٤٤ أبواب المتعه ب ١٨ ح ٥.
 - ٣- التهذيب ٧:١١٥٧/٢٦٩، الإستبصار ٣:٥٦٠/١٥٣، الوسائل ٢١:٦٩ أبواب المتعه ب ٣٣ ح ٢.
 - ٤- الكافى ٥:١/٤٦٤، التهذيب ٧:١١٥٤/٢٦٩، الإستبصار ٣:٥٥٧/١٥٢، الوسائل ٢١:٦٩ أبواب المتعه ب ٣٣ ح ١.
 - ٥- حكاة الشهيد الثانى فى المسالك ١:٥٠٥.

لعان، و ليس له النفي إلّا مع العلم بالانتفاء و إن عزل أو اتهمها أو ظنّ الانتفاء.

و المستند في عدم احتياج النفي إلى لعان مضافاً إلى الإجماع المتقدّم ما سيأتي من النصوص في نفي اللعان فيها مطلقاً؛ إذ مقتضاه انتفاء الولد مطلقاً، و إلّا لانسدّ باب نفيه، و لزم كونه أقوى من ولد الزوجه الدائم، و هو معلوم البطلان.

الرابعه لا يقع بالمتعه طلاق إجماعاً

الرابعه: لا يقع بالمتعه طلاق إجماعاً، حكاه جماعه (١)، بل تبين بهبه المدّه للمستفيضه المتقدّمه أو بانقضائها؛ للصحيحين:

في أحدهما: في المتعه تبين بغير طلاق؟ قال: «نعم» (٢).

و في الثاني: «فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق» (٣).

و لا لعان على الأظهر الأشهر في القذف؛ للصحيحين:

في أحدهما: «لا يلاعن الرجل المرأه التي يتمّع بها» (٤).

و في الثاني: «لا يلاعن الحرّ الأمه، و لا الذميّه، و لا التي يتمّع بها» (٥).

مضافاً إلى الإجماع عليه في الغنيه (٦).

ص: ٣٤١

١- منهم الشهيد الثاني في المسالك ١: ٥٠٥، و صاحب المدارك في نهايه المرام ١: ٢٤٩، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٥٧.

٢- الكافي ٥: ٢/٤٥٩، التهذيب ٧: ١١٤٧/٢٦٦، الإستبصار ٣: ٥٥٣/١٥١، الوسائل ٢١: ٥٨ أبواب المتعه ب ٢٥ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٣- الكافي ٥: ٦/٤٥١، الوسائل ٢١: ٧٧ أبواب المتعه ب ٤٣ ح ٢.

٤- الكافي ٦: ١٧/١٦٦، التهذيب ٧: ١٨٩٢/٤٧٢، الوسائل ٢٢: ٤٣٠ أبواب اللعان ب ١٠ ح ١.

٥- الفقيه ٣: ١٦٦٧/٣٤٧، التهذيب ٨: ٦٥٣/١٨٨، الإستبصار ٣: ١٣٣٢/٣٧٣، الوسائل ٢٢: ٤٣٠ أبواب اللعان ب ١٠ ح ٢.

٦- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦١١.

خلافاً للمفيد و المرتضى، فأثبتاه فيها (١)؛ لعموم الآيه (٢)، و النصوص المستفيضة فى وقوعها فى مطلق الزوجه (٣).

و فيه أولاً: منع صدق الزوجه عليها حقيقه؛ لاختصاصها بحكم التبادر بالدائمه جداً.

و على تقديره، فالتخصيص بالصحيحين الصريحين المعتضدين بالشهره العظيمة لازم جداً.

و إطلاق الخبرين بل العموم يشمل اللعان لئفى الولد، و عليه حكى الإجماع كما مر.

خلافاً للمحكى عن ابن سعيد فى الجامع، فأثبتته هنا أيضاً (٤). و هو ضعيف جداً.

و يقع الظهار بها على الأشهر الأظهر، و على تردّد من الماتن هنا دون بحثه، فحكم بالوقوع ثمه بدونه.

لعموم الآيه (٥) المستفاد من إضافه الجمع و هو النساء الشامله لنحو المتعه بالحقيقه بالضروره، و ليس نحو الزوجه المتبادر منها الدائمه.

مضافاً إلى فحوى النصوص المعتمده المعتضده بالشهره، المخالفه للعامه فى وقوع الظهار بالأمه المملوكه للمظاهر (٦).

ص: ٣٤٢

١- المفيد فى العزیه على ما حكاه عنه فى كشف الرموز ٢:١٥٦ و فى جامع المقاصد ٣٥:١٣؛ و المرتضى فى الانتصار: ١١٥.

٢- المؤمنون: ٥.

٣- انظر الوسائل ٢٢:٤٠٧ أبواب اللعان ب ١.

٤- الجامع للشرائع: ٤٥٢.

٥- المجادله: ٣.

٦- انظر الوسائل ٢٢:٣٢١ أبواب الظهار ب ١١.

و بجميع ذلك تُخصَّصُ أصاله الإباحه و البقاء على الحلّيه.

و تندفع الوجوه الاعتباريّه، مثل: أنّ المظاهر يُلزم بالفئه أو الطلاق، و ليس في المتعه، و الإلزام بالفئه خاصّه بعيداً بالضروره، و إقامه الهبه للمدّه مقام الطلاق يحتاج إلى دلاله معتمده، و ليس إلّا القياس الباطل عند الإماميّه، و أنّ المتمتع بها لا حقّ لها في الوطاء، فلا يقع منها المرافعه.

بناءً (١) على أنّ الإلزام بالأُمور المزبوره لا- يوجب التخصيص في الأدلّه؛ لجواز اختصاصها بمن يمكن معه أحدها (٢)، و هو الزوجه الدائمه؛ مع أنّ مثل ذلك جارٍ في نحو الأمه، و قد عرفت أنّ الجواز فيها صريح ما مرّ من المعتمده، فليس ذلك إلّا اجتهاد محض في مقابله الأدلّه.

فالقول بالمنع كما عن الإسكافي و الصدوق و الحلّي (٣) ضعيف جداً.

و أمّا المرسل المشبه للظهار بالطلاق (٤)، فمع ضعفه و قصور سنده، غير مكافئ لما مرّ، مع التأمّل في وضوح دلالته، فلعلّ المراد: أنّ الظهار حيث يقع مثل الطلاق في الشرائط، لا أنّه مثله في الوقوع و عدمه، فتأمّل.

الخامسه لا يثبت بالمتعه ميراث

الخامسه: لا يثبت بالمتعه ميراث بينهما مطلقاً، اشترط الثبوت

ص: ٣٤٣

١- علّه الاندفاع. منه رحمه الله.

٢- أي الأمور. منه رحمه الله.

٣- حكاه عن الإسكافي في المختلف: ٥٩٩، الصدوق في الهدايه: ٧١، الحلّي في السرائر ٢: ٦٢٤.

٤- الكافي ٥/١٥٤، الفقيه ٣/١٦٣٩/٣٤٠، التهذيب ٨/٤٤/١٣، الإستبصار ٣/٩٣٥/٢٦١، الوسائل ٢٢: ٣٠٧ أبواب كتاب الظهار ب ٢

ح ٣.

أو العدم أم لا، كما عن الحلبي و الحلبي و العلامه في أحد قوليه و ولده و المحقق الشيخ علي (1)، و نُسبَ إلى أكثر المتأخرين (2).

للأصل، و لأنَّ الإرث حكم شرعي يتوقف ثبوته على توظيف الشارع، و لم يثبت، بل الثابت خلافه، ففي الخبر المعتبر بوجود المجمع (3) على تصحيح رواياته، و من (4) لا يروى إلَّا عن ثقه في سنده - «من حدودها يعنى المتعه إلَّا تركك و لا ترثها» (5) و بمعناه أخبار كثيره:

منها الحسن: «ليس بينهما ميراث، اشترطا أو لم يشترطا» (6).

و منها المرسل كالحسن المروي عن كتاب الحسين بن سعيد أو ابن بكير في حديث في المتعه، قال: «فإن حدث به حدث لم يكن لها ميراث» (7).

و منها الرضوي: «و الوجه الثاني: نكاح بغير شهود و لا ميراث، و هو نكاح المتعه بشروطها» إلى آخره (8).

و بالجمله: الأخبار النافيه للإرث عن المتعه كثيره (9)، بل قيل

ص: ٣٤٤

١- الحلبي في الكافي: ٢٩٨، الحلبي في السرائر ٢: ٦٢٤، العلامه في المختلف: ٥٦١، و ولده في إيضاح الفوائد ٣: ١٣٢، المحقق في جامع المقاصد ٣٧: ١٣.

٢- نهايه المرام ١: ٢٥٢، مرآه العقول ٢٤٠: ٢٠، الحدائق ١٧٦: ٢٤.

٣- هو حماد بن عثمان. منه رحمه الله.

٤- جعفر بن بشير. منه رحمه الله.

٥- التهذيب ٧: ١١٤٣/٢٦٥، الإستبصار ٣: ٥٤٩/١٥٠، الوسائل ٢١: ٦٨، أبواب المتعه ب ٣٢ ح ٨.

٦- التهذيب ٧: ١١٤٢/٢٦٤، الإستبصار ٣: ٥٤٨/١٤٩، الوسائل ٢١: ٦٧، أبواب المتعه ب ٣٢ ح ٧؛ بتفاوت يسير.

٧- الكافي ٥: ٤٦٦/٥، الوسائل ٢١: ٦٧، أبواب المتعه ب ٣٢ ح ٣.

٨- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٣٢، المستدرک ١٤: ٤٦١، أبواب المتعه ب ١٤ ح ٢.

٩- الوسائل ٢١: ٦٦، أبواب المتعه ب ٣٢.

متواتره، إلّا أنّ دلالتها على العموم لصوره اشتراط الميراث غير واضحة، حتى الحسن الأول المتقدم؛ لاحتمال كون متعلق الاشتراط هو النفي لا الإثبات المؤيد إرادته بتعارف اشتراطه دونه في نكاح الانقطاع في الزمن السابق، كما يفصح عنه المستفيض المتضمنه لعدّ اشتراطه في شروط المتعه المذكوره في متن العبارة المنعقد بها عقد المتعه (١)، وقد صرح بذلك بعض الأجله (٢) وإن كان (٣) من دون ملاحظه ما ذكر بعيداً عن سياق عبارته الروايه، ولكن لا محيص عن بعد وجود الأدله الآتية على ثبوت التوارث بالاشتراط البتّه، وبها يُخصّ الأصل والقاعده المتقدمتان.

نعم، ما مرّ معها صريح في ردّ القول بالعكس (٤) وإنّها كالدائم، كما عن القاضي (٥) وغيره (٦)؛ ومستنده من عموم آيات التورث وأخباره بعد تسليمه بما مرّ مخصّص.

ومنّه يظهر الجواب عمّا قال به المرتضى من أنّه يثبت التورث لهما ما لم يشترط السقوط (٧) مستنداً إلى الجمع بين ما مرّ من أدله إطلاق الثبوت والعدم.

وهو مع عدم موافقته للأصل الذي صار إليه غير ممكن المصير إليه، لكون التعارض بين المثبت على تقدير عمومته والنافى تعارض

ص: ٣٤٥

- ١- الوسائل ٢١:٤٣ أبواب المتعه باب ١٨.
- ٢- كصاحب الحدائق ٢٤:١٨٠.
- ٣- أي الاحتمال المزبور. منه رحمه الله.
- ٤- وهو التوارث مطلقاً. منه رحمه الله.
- ٥- المهذب ٢:٢٤٠.
- ٦- انظر المهذب البارع ٣:٣٢٠.
- ٧- الانتصار: ١١٤.

العموم و الخصوص المطلق، و مقتضى الأصل المسلم عنده أيضاً حمل الأول على الثاني، و هو يوجب نفى التوارث هنا مطلقاً، خرج منه ما إذا اشترط كما يأتي فيبقى الباقي.

و قوله يلزم اطراح الأخبار النافية للموارثه، أو تخصيصها بصوره اشتراط انتفائها من دون مخصّص، و كلاهما كما ترى، و جعله (١):

«المؤمنون عند شروطهم» حسنٌ حيث يستفاد منه الثبوت مع عدم الاشتراط، و ليس كذلك.

فانحصر الأمر في اطراح الروايات، و التمسك بذيال الآيات، و تخصيصها بما مرّ (٢) في صوره اشتراط الانتفاء، و هو لا- يلائم طريقتنا، و لذا لزمنا المصير إلى ما قدّمناه.

نعم، في الموثق: في الرجل يتزوج المرأة متعه «إنهما يتوارثان إذا لم يشترط» (٣).

و لا يمكنه الاستناد إليه على أصله، و كذا على غيره (٤)؛ لعدم مكافأته لما مرّ من الأخبار الكثيره، المعتضده بالشهره التي كادت تكون إجماعاً، و لما سيأتى من الصحيحين المصرّحين بخلافه من عدم الثبوت إلّا مع الاشتراط.

نعم، ربما أشعرت المستفيضة بذكر اشتراط نفى الميراث في صيغه

ص: ٣٤٤

١- أي و جعل المخصّص.

٢- من: «المؤمنون عند شروطهم». منه رحمه الله.

٣- الكافي ١/٤٦٥، التهذيب ٧: ١١٤٤/٢٦٥، الإستبصار ١٥٠/٣: ٥٥٠، الوسائل ٢١: ٦٦ أبواب المتعه ب ٣٢ ح ٢.

٤- من حجّيه أخبار الأحاد. منه رحمه الله.

عقد المتعه (١) بالتوارث بدون الذكر، وإلّا للغا عن الفائدة، لكنّها قاصره السند، ومع ذلك كالموثّقه غير واضحه المكافأه للنصوص السابقه؛ مع احتمال الذكر فيها لتأكيد ما يستفاد من العقد؛ تنبيهاً للنسوه بنفى التوارث الثابت فى الدوام فى المتعه؛ لئلا يغترون بشوته فيها فيتمتّعن، ولذا أنّ بعض تلك النصوص كالرضوى وغيره (٢) صرّح بنفى التوارث هنا على الإطلاق ومع ذلك اشترط فيهما الانتفاء، مع أنّهما كغيرهما اشترط فيهما ما لولا الاشتراط كان كصوره الاشتراط، كاشتراط العزل ونحوه، كالعده، فافهم.

و بالجمله: القول بإطلاق التوارث ضعيف جداً.

نعم، لو شرط الميراث بينهما لزم و يتوارثان.

لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (٣).

و للصحيحين، فى أحدهما: «إن اشترط الميراث فهما على شرطهما» (٤).

و نحوه فى الثانى بزياده التعبير عن المفهوم بالمنطوق (٥)، و نحوه الصحيح الآخر المروى فى قرب الإسناد (٦)؛ و بهما يُخصّ كل من عمومى التوارث و عدمه.

ص: ٣٤٧

١- انظر الوسائل ٢١:٤٣ أبواب المتعه ب ١٨.

٢- المتقدم ذكرها فى ص ٣٤٢.

٣- غوالى اللئلى ١٨٤/٢١٨: ١.

٤- التهذيب ٧:١١٤١/٢٦٤، الإستبصار ٣:٥٤٧/١٤٩، الوسائل ٢١:٦٧ أبواب المتعه ب ٣٢ ح ٥.

٥- الكافى ٥:٢/٤٦٥، التهذيب ٧:١١٤٠/٢٦٤، الإستبصار ٣:٥٤٦/١٤٩، الوسائل ٢١:٦٦ أبواب المتعه ب ٣٢ ح ١.

٦- قرب الإسناد: ١٢٩٥/٣٦٢، الوسائل ٢١:٦٦ أبواب المتعه ب ٣٢ ح ١.

و إليه ذهب كثير من الأصحاب (١)، حتى كاد أن يكون مشهوراً بينهم، و صرح به الماتن في الشرائع (٢)، و به يضعف إسناد الشهره إلى القول الأول، فلا وجه لترجيح أدلته بها على أدله هذا القول، و على تقدير صحته (٣) ففي ترجيح الظنّ الحاصل منه على الحاصل من فتوى المعظم مع قوّه أدلتهم، و رجحانه في حدّ ذاته على أدله القول الأول تأمّل واضح.

فإذا القول بهذا الأخير أقرب.

و ليس في الخبر الأول (٤) للقول بنفي التوارث مطلقاً دلالةً عليه من حيث ظهوره في كون النفي حدّاً من حدود العقد، المستلزم كون اشتراطه الثبوت معه اشتراطاً لما ينافي مقتضى العقد فيبطل لاحتمال أنّ المراد مقتضاه ذلك من دون اشتراط الخلاف، و أمّا معه فلا. و حاصله: أنّ ذلك مقتضى العقد بنفسه من دون شرط نفي التوارث، و ذلك لا ينافي ثبوته بالاشتراط، مع قيام الدليل عليه.

هذا، و ربما يقال: إنّ المستفاد من الخبر: عدم اقتضاء العقد الإرث، لا اقتضاؤه العدم. و فيه نظر.

ثم إنّ شرّطاه لهما فعلى ما شرطاه؛ أو لأحدهما خاصّه احتمال كونه كذلك؛ عملاً بالشرط، و بإطلاق الصحيحين سيّما الأخير و بطلانه؛ لمخالفته لمقتضاه؛ لأنّ الزوجيّة إن اقتضت الإرث و انتفت موانعه ثبت من الجانبين

ص: ٣٤٨

١- كالشيخ في النهاية: ٤٩٢، و الشهيدين في اللمعة و الروضه البهيه ٥: ٢٩٦.

٢- الشرائع ٢: ٣٠٧.

٣- أي صحه إسناد الشهره إلى القول الأول.

٤- المتقدم في ص ٣٤٢.

و إلا انتفى منهما.

و الأول أقوى، و التوجيه في الثاني استبعاداً محض، مدفوع بوجود النظير، كإرث مسلم من الكافر دون العكس، و ولد الملاعن المقر به بعده منه دون العكس؛ مع أنّ ذلك مبنى على كون الإرث ناشئاً من الزوجية، و فيه منع؛ لاحتمال مجيئه من الاشتراط خاصه.

السادسه إذا انقضى أجلها فالعدّه حيضتان

السادسه: إذا انقضى أجلها أو وهب، و كانت مدخولاً بها غير يائسه، و جب عليها العدّه منه لغيره دونه، حرّه كانت أو أمه، إجماعاً.

و قد اختلف في مقدارها بعد الاتفاق ظاهراً على اتّحادها فيهما هنا على أقوال أربعة:

منها: ما أشار إليه بقوله: فالعدّه من انقضاء الأجل أو هبته دون الوفاه حيضتان كاملتان على الأشهر كما هنا، و حكاها (1) جماعه (2).

لأصالة بقاء الحرمة، و النصوص المستفيضة:

منها: الصحيح: «و إذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق، و يعطيها الشيء اليسير، و عدّتها حيضتان، و إن كانت لا تحيض فخمسه و أربعون يوماً» (3).

و نحوه الصحيح المروي في البحار عن كتاب الحسين بن سعيد، و فيه: «فلا تحلّ لغيرك حتى تنقضي عدّتها، و عدّتها حيضتان» (4).

ص: ٣٤٩

١- أي الشهره. منه رحمه الله.

٢- منهم الفيض الكاشاني في المفاتيح ٢:٣٥٠، و قال الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٥٧. عليه الشيخ و من بعده.

٣- الكافي ٥:٦/٤٥١، الوسائل ١٩:٢١ أبواب المتعه ب ٤ ح ٨.

٤- البحار ٢٠/٣١٥: ١٠٠.

و به صرح في المروى في تفسير العياشى (١).

و منها الصحيح: «و عدّه المطلقه ثلاثه أشهر، و الأمه المطلقه عليها نصف ما على الحرّه، و كذلك المتمتعه عليها ما على الأمه» (٢).

دلّ بعمومه على اتحاد عدتها مع عدّه الأمه، و هي فيها حيضتان؛ للنصوص المعتمده:

منها الصحيحان: «عدّه الأمه و أجلها حيضتان» (٣).

و ربما يناقش في دلالة الخبر على اتحاد عدتيهما في الحيضه؛ لظهوره بحسب السياق في الأشهر (٤).

و هو ضعيف جداً؛ إذ العبره بعموم اللفظ لا بخصوص المحلّ قطعاً، و يعضد العموم ما ورد في النصوص المعتمده من أنّهنّ بمنزله الإمام (٥)، و عموم المنزله لغويّه يشمل الحكم في هذه الصوره و غيرها.

خلافاً للعمانى، فحيضه (٦)؛ للمستفيضه الأخر:

منها الصحيحان، أحدهما مروى عن قرب الإسناد: «عدّه المتعه

ص: ٣٥٠

١- تفسير العياشى ١: ٢٣٣/٨٦، الوسائل ٢١: ٥٦ أبواب المتعه ب ٢٣ ح ٦.

٢- الفقيه ٣: ١٤٠٨/٢٩٦، التهذيب ٣: ١٥٧/٥٤٥، الإستبصار ٣: ١٢٥٢/٣٥٠، الوسائل ٢٢: ٢٧٥ أبواب العدد ب ٥٢ ح ٢.

٣- ورد أحدهما في: الكافي ٦: ١/١٦٩، الوسائل ٢٢: ٢٥٦ أبواب العدد ب ٤٠ ح ٢؛ بتفاوت يسير. و الآخر في: الكافي

٦: ٤/١٧٠، الوسائل ٢٢: ٢٥٦ أبواب العدد ب ٤٠ ح ٣؛ بتفاوت يسير.

٤- نهايه المرام ١: ٢٥٦.

٥- الوسائل ٢١: ١٨ أبواب المتعه ب ٤.

٦- كما حكاه عنه في المختلف: ٥٦٢.

حيضه» (١) كما فيه، و في الثاني كذلك بزياده: «إن كانت تحيض» (٢).

و منها الخبر: «عدّتها خمسه و أربعون يوماً، أو حيضه مستقيمه» (٣).

و منها المروى في الاحتجاج عن مولانا صاحب الزمان عليه السلام، مشيراً إلى عدّتها: «أنّ أقلّ العدّه حيضه و طهره تامّه» (٤).

و منها المروى في البحار من خبر المفضّل الوارد في الغيبه، و فيه في ذكر الشرائط: «و عليك الاستبراء خمسه و أربعون يوماً أو حيضاً واحداً» (٥) و نحوه المقطوع (٦).

و هي و إن استفاضت إلّا أنّ ما عدا الصحيحين منها قاصره الأسانيد، ضعيفه التكافؤ كالصحيحين لما مرّ؛ لاعتضاده بالشهره و الأصل، و أوفقيته بما سيأتى من القولين، فإطراحها أو التأويل بما تؤول إليه لازم في البين.

و للمقنع، فحيضه و نصف (٧)؛ للصحيح: «و إذا انقضت أيامها و هي حيّ فحيضه و نصف مثل ما يجب على الأمه» (٨).

و الجواب السابق ثمّه جارٍ هنا بطريق أولى، مع أنّ مقتضاه كون ذلك عدّه الأمه، و قد عرفت النصوص الصحيحه و المعتمده بالمعتمده بالشهره

ص: ٣٥١

١- قرب الإسناد: ١٢٩٣/٣٦١، الوسائل ٢١: ٥٣ أبواب المتعه ب ٢٢ ح ٦.

٢- الكافي ٥: ١/٤٥٨، التهذيب ٨: ٥٧٣/١٦٥، الوسائل ٢١: ٥١ أبواب المتعه ب ٢٢ ح ١.

٣- التهذيب ٧: ١١٤٣/٢٦٥، الإستبصار ٣: ٥٤٩/١٥٠، الوسائل ٢١: ٥٢ أبواب المتعه ب ٢٢ ح ٤.

٤- الاحتجاج: ٤٨٨، ٤٨٩، الوسائل ٢١: ٥٣ أبواب المتعه ب ٢٢ ح ٧.

٥- البحار ٥٣: ٣٠.

٦- الكافي ٥: ٣/٤٥٨، الوسائل ٢١: ٥٢ أبواب المتعه ب ٢٢ ح ٣.

٧- المقنع: ١١٤.

٨- الفقيه ٣: ١٤٠٧/٢٩٦، الوسائل ٢١: ٥٢ أبواب المتعه ب ٢٢ ح ٥.

و غيرها المصرّحه بالحیضتین فیها، و لیس یقاوم واحداً منها فضلاً عن الجمیع. و هذا القول ممّا لا یرتاب فی فسادہ جدّاً.

و للمفید و الحلّی و المختلف، فقرءان (١) أى طُهران للصّحیح فی الأمه: «طلاقها تطليقتان، و عدّتها قرءان» (٢) مع ما مرّ من الصّحیح المشبّه للمتعه بها فی العدّه، و سیأتی فی اعتداد الدائمہ المطلّقه بالأقرء أنّ المراد منها: الأطهار.

و فیہ أولاً: أنّ القرء أعمّ لغه من الطهر و الحيض، و مشترك لفظاً بينهما، و إرادہ الأول منه ثمّه غیر ملازم لإرادته هنا.

و ثانياً: إفصاح ما قدّمناه من الصّحاح و غيرها عن إرادہ الثانی هنا، و إلّا لوقوع التعارض، و الأصل العدم، و على تقديره فلا ريب أنّ الرجحان معها جدّاً؛ لوجوه لا تخفى.

و ربما استدلّ لهذا القول بأخبار الحيضه الواحده بوجه ظاهر الفساد (٣).

فإذا المصير إلى القول الأوّل أقوى.

و إن كانت ممّن تحيض عادّه و لكن لم تحض لآفه ف عدّتها حرّه كانت أو أمه - خمسہ و أربعون يوماً إجماعاً نصّاً و فتوى.

و لو مات عنها و هى حرّه حائل ففي مقدار العدّه فيها روايتان، أشبههما و أشهرهما كما حكاه جماعه من أصحابنا (٤) أنّها

ص: ٣٥٢

١- المفيد في المقنعه: ٥٣٦، الحلّي في السرائر ٢: ٦٢٥، المختلف: ٥٦٢.

٢- الكافي ١/ ١٦٧، التهذيب ١٣٤/ ٤٦٦، الإستبصار ٣٣٥/ ١٩٢، الوسائل ٢٢: ٢٥٦، أبواب العدد ب ٤٠ ح ١.

٣- انظر الوسائل ٥١: ٢١، أبواب المتعه ب ٢٢.

٤- منهم الشهيد في المسالك ١: ٥٠٧، و السبزواری في الكفايه: ١٧١، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٥٧: ٢.

أربعة أشهر و عشرة أيام مطلقاً، سواء كانت مدخولاً بها أم لا؛ لعدم الفرق بينهما إجماعاً.

للأصل، و الصحيحين: في أحدهما: ما عدّه المتعه إذا مات الذى يتمّع بها؟ قال: «أربعة أشهر و عشرًا» (١).

و فى الثانى: عن المرأه يتزوّجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها، أهّل عليها العده؟ قال: «تعتدّ أربعة أشهر و عشرًا» (٢).

و أيدا بعموم الآيه وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا [١] الآيه (٣).

و ليس فيها دلالة؛ بناءً على عدم صدق الزوجه عليها أولاً، و إنّما هى مستأجره. و عدم العموم فيها؛ بناءً على عدم إفاده الجمع المنكر إياه ثانياً.

خلافًا للمفيد و المرتضى و العمانى و سلّار، فشهران و خمسة أيام (٤).

بناءً على أنّها عدّه الأمه، فتثبت هنا بالإضافه إلى الصحيح المتقدم (٥) المسوى بينهما.

و للمرسل: عن رجل تزوّج امرأه متعه، ثم مات عنها، ما عدتها؟ قال: «خمسه و ستون يوماً» (٦).

ص: ٣٥٣

١- الفقيه ٢٩٦/١٤٠٨، التهذيب ١٥٧/٥٤٥، الإستبصار ٣٥٠/١٢٥٢، الوسائل ٢٧٥:٢٢ أبواب العدد ب ٥٢ ح ٢.

٢- الفقيه ٢٩٦/١٤٠٧، التهذيب ١٥٧/٥٤٤، الإستبصار ٣٥٠/١٢٥١، الوسائل ٢٧٥:٢٢ أبواب العدد ب ٥٢ ح ١.

٣- البقره: ٢٣٤.

٤- المفيد فى المقنعه: ٥٣٦، المرتضى فى الانتصار: ١١٤، و حكاه عن العمانى فى المختلف: ٥٦٢، سلّار فى المراسم: ١٦٥.

٥- فى ص ٣٤٧.

٦- التهذيب ١٥٨/٥٤٧، الإستبصار ٣٥١/١٢٥٤، الوسائل ٢٧٦:٢٢ أبواب العدد ب ٥٢ ح ٤.

و في الجميع نظر؛ لمنع إطلاق كون ذلك عدّه الأمه، بل مختصّ بغير ذات الولد؛ مع احتمال المنع مطلقاً، وإن كان الأشهر الثبوت كذلك (١).

و منع التسويه بينهما هنا على تقدير الثبوت في الأمه مطلقاً، إمّا لظهور سياق الصحيح في التسويه في عدّه الطلاق خاصّه، بل صريح فيه؛ للتصريح فيه بالتسويه بينهما و بين الدائمه في عدّه الوفاء، و أنّه أربعة أشهر و عشرّاً مطلقاً.

أو لزوم التخصيص بالصحيحين، و إطلاق الأخبار الكثيره ب: أنّ الأمه على النصف من الحرّه (٢)، الشامل للمقام.

و الخبر لضعفه، و إرساله، و عدم مكافأته لما مرّ غير صالح للاستناد إليه، و لذا حمّله الشيخ (٣) و جماعه (٤) على الأمه المتمتع بها، بناءً على أنّ ذلك عدّها، إمّا مطلقاً، كما عن المشهور بين متقدمي الأصحاب (٥). أو مقيّداً بغير ذات الولد، كما عن الشيخ (٦) و كثير من الأصحاب (٧)، حتى ادّعى بعضهم بل جمع عليه الشهره المتأخره (٨)، بل و المتقدمه.

و لا بأس به؛ جمعاً بين المستفيضه المثبتة لذلك (٩) فيها مطلقاً،

ص: ٣٥٤

١- أي مطلقاً. منه رحمه الله.

٢- انظر الوسائل ٢٢: أبواب العدد ب ٤٠ ح ٣، و الباب ٤٢ منها ح ١٠، و الباب ٤٧ منها ح ٢.

٣- التهذيب ٨: ١٥٨ و الاستبصار ٣: ٢٠٣.

٤- كالشهيدين في اللعنه و الروضه البهيه ٣٠٤، ٣٠٣، ٥، و السيزوارى في الكفايه: ١٧١.

٥- المفاتيح ٢: ٣٤٨.

٦- كما في التهذيب ٨: ١٥٨، و الاستبصار ٣: ٢٠٣.

٧- حكاه عنهم في الحدائق ٢٥: ٥١٠.

٨- الحدائق ٢٥: ٥١٠.

٩- أي شهران و خمسه أيام. منه رحمه الله.

كالصحيح: «الأمه إذا توفى عنها زوجها فعَدَّتْها شهران و خمسة أيام» (١).

و المثبتة لعدّه الدائمه فيها كذلك (٢) كالصحيح: «إنّ الأمه و الحرّه كليهما إذا مات عنها زوجها سواء في العدّه، إلّا أنّ الحرّه تحدّ، و الأمه لا تحدّ» (٣).

لشهاده الصحيحين بذلك (٤):

في أحدهما: عن الأمه إذا طَلقت، ما عدَّتْها؟ قال: «حيضتان أو شهران» [قلت: فإن توفى عنها زوجها؟ فقال: «إنّ عليّاً عليه السلام قال في أمّهات الأولاد: لا يتزوَّجن حتى يعتدّن أربعة أشهر و عشرًا، و هنّ إماء» (٥).

و في الثاني: عن رجل كانت له أمٌ و ولد، فزوَّجها من رجل، فأولدها غلاماً، ثمّ إنّ الرجل مات فرجعت إلى سيدها، إله أن يطأها؟ قال: «تعتدّ من الزوج أربعة أشهر و عشرًا» الحديث (٦).

و لكن ليس فيهما التقييد بذلك حتى يقيد بهما إطلاق الأخيره، و لذا رجّح القول بمضمونها جماعه (٧)؛ حملاً للأوله على التقية و إن اشتهرت بين

ص: ٣٥٥

١- التهذيب ١٥٤/٥٣٦، الإستبصار ٣٤٧/١٢٣٩، الوسائل ٢٦١:٢٢ أبواب العدد ب ٤٢ ح ٩.

٢- أى مطلقاً. منه رحمه الله.

٣- الكافي ١٧٠/١:٦، التهذيب ١٥٣/٥٢٩، الإستبصار ٣٤٧/١٢٤١، الوسائل ٢٥٩:٢٢ أبواب العدد ب ٤٢ ح ٢.

٤- أى الجمع المزبور. منه رحمه الله.

٥- الكافي ١٧٠/٢:٦، التهذيب ١٥٣/٥٣٠، الإستبصار ٣٤٨/١٢٤٣، الوسائل ٢٥٩:٢٢ أبواب العدد ب ٤٢ ح ١؛ و ما بين المعقوفين من المصادر.

٦- الكافي ١٧٢/١٠:٦، التهذيب ١٥٣/٥٣١، الإستبصار ٣٤٨/١٢٤٤، الوسائل ٢٥٩:٢٢ أبواب العدد ب ٤٢ ح ٣.

٧- منهم الحلّي في السرائر ٢٥٦:٢، و العلّامة في المختلف: ٥٦٣.

و هو و إن كان محلّ مناقشه، إلّا أنّ أصله بقاء الحرمة و التأييد بظاهر إطلاق الآيه (1) و الاحتياط فى الفروج يقتضى المصير إلى ما ذكره البتّه، سيّما فى أمّهات الأولاد، بل للقطع بذلك فيهنّ مجال بالضرورة؛ لاشتهار الحكم فيهنّ بين متأخري الأصحاب قطعاً.

مع إشعار الصحيح الأول من الصحيحين بل ظهوره فى اختصاصه بهنّ، من حيث وقوع السؤال عن مطلق الأمه المتوفى عنها زوجها، و تخصيص الجواب بالحكم المذكور بهنّ، و لو عمّ الحكم كما كان له مع لزوم مراعاة مطابقه السؤال للجواب وجه، سوى ما ذكرنا البتّه، فتدبر.

فدلالتها على التفصيل واضحه، و سلسله السند صحيحه، معتضده بالشهره المتأخره صريحاً و المتقدّمه فى الجملة، كاعتضادها بالأصول المسلّمه، و ظاهر الآيه كذلك. فالقول بالتفصيل غير بعيد جداً.

و يأتى تمام التحقيق فى بحث العدد إن شاء الله تعالى.

و إذا كانت حاملاً فأبعد الأجلين من [المدّه المضروبه فى الطلاق و] انقضاء الأجل (2) من الأربعة أشهر و عشرّاً أو النصف منه على الاختلاف، و منها إلى وضع الحمل؛ بالإجماع فى الظاهر، و عموم الآيه و أولات الأحمال أجلهنّ أن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ [1] (3) المؤيّد بأصله بقاء الحرمة و عمل الطائفه، فيخصّ بها أو يقيد إطلاق الآيه الأولى (4) فى صورته (5)؛ و يُعكّس فى أخرى (6).

ص: ٣٥٦

١- البقره: ٢٣٤.

٢- إن كانت متعه مطلقاً. منه رحمه الله.

٣- الطلاق: ٤.

٤- البقره: ٢٣٤.

٥- و هى ما إذا كان الوضع أبعد الأجلين. منه رحمه الله.

٦- و هى ما إذا كان المدّه أبعد من وضع الحمل. منه رحمه الله.

السابعه: لا يصح تجديد العقد عليها مطلقاً دائماً أو منقطعاً - قبل انقضاء الأجل على الأشهر الأظهر، كما عن الطوسى و القاضى و الحلّى (١).

لمفهوم الصحيح: «لا بأس بأن تزيدك و تزيدها إذا انقضى الأجل فيما بينكما» (٢).

و صريح الخبر: يتزوج المرأه متعه، فيتزوجها على شهر، ثم إنَّها تقع فى قلبه فيحب أن يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيدا فى أجرها و يزداد فى الأيام قبل أن تنقضى أيامه التى شرط عليها؟ فقال:

«لا يجوز شرطان فى شرط»، قلت: فكيف يصنع؟ قال: «يتصدق عليها بما بقى من الأيام، ثم يستأنف شرطاً جديداً» (٣).

خلافاً لصريح ابن حمزه (٤) و ظاهر العماني و المختلف (٥)، فجوزاه (٦) قبل الأجل.

للأصل السالم عن معارضه شغلها بعقد غيره.

و كونها مشغوله بعقده لا يمنع من العقد عليها مدّه أخرى، كما لو كانت مشغوله بعدّته.

و الأصل يجب الخروج عنه بما مرّ.

ص: ٣٥٧

١- الطوسى فى النهايه: ٤٩٢، القاضى فى المهذب ٢: ٢٤٣، الحلّى فى السرائر ٢: ٦٢٥.

٢- الكافى ١/ ٤٥٨، التهذيب ٧: ١١٥٢/ ٢٦٨، الوسائل ٧: ٥٤، أبواب المتعه ب ٢٣ ح ٢.

٣- الكافى ٢/ ٤٥٨، التهذيب ٧: ١١٥٣/ ٢٦٨، الوسائل ٧: ٥٧، أبواب المتعه ب ٢٤ ح ١.

٤- الوسيلىه: ٣١٠.

٥- المختلف: ٥٦٤، و حكاه فيه عن العماني.

٦- كذا و لعلّ الأنسب: فجوزوه.

و الثاني اجتهاد في مقابلته، وهو غير جائز، إلا على تقدير عدم حجّيه المفهوم و عدم جابر للخبر، و هما في محلّ المنع.

و ليس في الخبرين منافاه للقول بجواز العقد منفصلاً؛ لاحتمال كون المنع فيهما من حيث الجمع لا- مطلقاً، و ربّما أفصح عنه التعليل في الأخير، فالقدح بهما عليه ليس في محلّه ظاهراً.

و مقتضاهما أنّه لو أراد العقد عليها مطلقاً وهبها المدّه و استأنف العقد و لا عدّه عليها منه.

و عليه دلّت النصوص الأخر، كالصحيحين: «فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها و لا عدّه لها عليك» (١).

و نحوهما المرسل لمن أجمع على تصحيح ما يصحّ عنه: «إنّ الرجل إذا تزوّج المرأة متعه كان عليها عدّه لغيره، فإذا أراد هو أن يتزوّجها لم يكن عليها منه عدّه، يتزوّجها إذا شاء» (٢).

و ظاهرهم الإجماع عليه، و هو مقتضى الأصل مع انتفاء المانع.

ص: ٣٥٨

١- الأول في: الكافي ٥/٤٥٥، الوسائل ٢١:٤٤ أبواب المتعه ب ١٨ ح ٣. الثاني في: التهذيب ٧/١١٥١/٢٦٧، الإستبصار

٣/٥٥٦/١٥٢، الوسائل ٢١:٤٨ أبواب المتعه ب ٢٠ ح ٣.

٢- الكافي ٥/٣/٤٥٩، الوسائل ٢١:٥٤ أبواب المتعه ب ٢٣ ح ٣.

القسم الثالث فى بيان نكاح الإماء و العبيد و النظر فيه: إماً فى العقد، وإماً فى الملك.

النظر فى العقد

ليس للعبد و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً ما لم يأذن المولى

أما العقد: فليس للعبد و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً ما لم يأذن المولى إجماعاً؛ للنصوص المستفيضه الآتیه، مع أنّهما ملك له، فلا يتصرفان فى ملكه بغير إذنه؛ لقبحه.

و لو بادر أحدهما فعقد لنفسه بدون إذنه ففى وقوفه على الإجازة و صحته معها، و عدمها مع العدم قولان، و وقوفه على الإجازة أشبه و أشهر؛ لما مضى فى الدوام من الإجماع عن الانتصار مطلقاً (١)، و الخلاف هنا (٢)، و النصوص المستفيضه:

منها الصحيح: عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: «ذلك إلى سيده، إن شاء أجازته، و إن شاء فرق بينهما» (٣).

و منها الصحيح: إني كنت مملوكاً لقوم، و إني تزوجت امرأه حرّه بغير إذن موالى، ثم أعتقونى بعد ذلك، فأجدد نكاحى إياها حين اعتقت؟ فقال له: «أكانوا علموا أنّك تزوجت امرأه و أنت مملوك لهم؟» فقال: نعم، و سكتوا عني و لم يعيروا عليّ، قال: «فسكوتهم عنك بعد علمهم إقراراً»

ص: ٣٥٩

١- فى ص ١٠٣.

٢- الخلاف ٢٦٦:٤.

٣- الكافى ٣/٤٧٨، التهذيب ٧:١٤٣٢/٣٥١، الوسائل ١١٤:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٤ ح ١.

منهم، اثبت على نكاحك الأول» (١).

و على هذا تكون الإجازة كاشفه عن الصحه من حين إيقاع الصيغه كغيره من العقود الفضوليه.

خلافًا للنهائية، فهي كصيغه مستأنفه (٢)؛ و ربما أوّل بما يؤول إلى الأول (٣)، فلا مخالفه.

و لجماعه، فحكموا بالبطالان:

إمّا مطلقاً (٤)؛ بناءً على بطلان عقد الفضولي، إمّا مطلقاً، أو النكاح منه خاصه، أو بطلان هذا خاصه.

نظراً إلى أنه منهي عنه؛ لقبح التصرف في ملك الغير، و للنصوص (٥)، فيكون فاسداً.

و لما روى عن النبي صلى الله عليه و آله: «أيما مملوك تزوج بغير إذن مولاه فنكاحه باطل» (٦).

و كليه الكبرى و السند ممنوعان؛ مع أنّهما لما مضى غير مكافئين، فتخصّص به الأولى، و يُرفع اليد عن الثاني، أو يؤول إلى البطلان في صورته دوام عدم الإذن أو النهي عنه ابتداءً.

ص: ٣٦٠

١- الكافي ٤/٤٧٨، التهذيب ٨:٧١٩/٢٠٤، الوسائل ١١٧:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٦ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٢- النهايه: ٤٧٦.

٣- المسالك ١:٥٠٨.

٤- منهم الشيخ في المبسوط ٤:١٦٣، و فخر المحققين في الإيضاح ٣:٢٧.

٥- الوسائل ١١٣:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٣.

٦- انظر سنن البيهقي ٧:١٢٧، مسند أحمد ٣:٣٧٧، سنن ابن ماجه ١:٦٣٠؛ بتفاوت.

و إما (١) في الأمة خاصه، كما عن ابن حمزه، فخصّ الإجازة بعقد العبد دون الأمة (٢)؛ عملاً بظواهر النصوص المتقدمه المثبتة للإجازة فيه خاصه، و رجوعاً في غيره (٣) إلى النهي المفيد للبطلان.

و الثاني ممنوع، و النصوص و إن اختص أكثرها به، إلّا أنّ الصحيح الأول منها ظاهره العموم لها، إمّا لإطلاق لفظ المملوك فيه الصالح لهما، أو لما في ذيله من تعليل الحكم بالصحة مع الإجازة ردّاً لجمع من العامّة الحاكمين بالبطلان بالمرّه (٤) ب: «إنّه لم يعص الله، بل عصى سيّده» و هو آتٍ هنا.

نعم، في الخبر: «إن كان الذي يزوّجها إياه من غير موالها فالنكاح فاسد» (٥).

و هو مع عدم وضوح سنده غير صريح في الدلالة على البطلان و لو مع الإجازة، فيحتمل الاختصاص بصوره عدمها. و لا ينافيه الحكم بالفساد ابتداءً على الإطلاق، ألا ترى إلى الصحيح الحاكم بفساد تزويج المكاتب بدون إذن سيّده بقوله: «و نكاحه فاسد مردود» و مع ذلك حكم بالصحة مع الإجازة، فقال بعد ذلك بعد أن قيل له: فإنّ سيّده علم بنكاحه و لم يقل شيئاً، قال: «إذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقرّ» إلى آخره (٦)،

ص: ٣٤١

١- عطف على قوله: مطلقاً، بعد قوله: حكموا بالبطلان. منه رحمه الله.

٢- الوسيله: ٣٠٣.

٣- و هو الأمة. منه رحمه الله.

٤- منهم ابنا قدامه في المغنى و الشرح الكبير ٧: ٤١٠.

٥- الكافي ٥: ١/٤٠٤، التهذيب ٧: ١٤٢٦/٣٤٩، الإستبصار ٣: ٧٨٧/٢١٦، الوسائل ٣: ١٨٥/٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٦٧ ح ١.

٦- الكافي ٥: ٦/٤٧٨، الفقيه ٣: ٢٧١/٧٦، التهذيب ٨: ٩٧٨/٢٦٩، الوسائل ٣: ١١٧/٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٦ ح ٢.

فتأمل.

هذا، مضافاً إلى إجماعى الانتصار و الخلاف كما مضى (١).

فإذا القول بالتفصيل ضعيف جداً.

و يستفاد من الأخير كالصحيح الثانى (٢) و غيرهما (٣) الاكتفاء فى الإجازة بالسكوت، كما عن الإسكافى (٤)، و صرح به جماعه (٥)، و لا بأس به، إلا أن مراعاة الألفاظ الصريحه فيها أولى.

و لو أذن المولى ابتداءً أو أخيراً يثبت فى ذمّه مولى العبد المهر و النفقه على الأشهر الأظهر.

للخبر المعبر دلالة و سنداً؛ لأنّ فيه من أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه:- فى رجل يزوج مملوكاً له امرأه حرّه على مائه درهم، ثم إنّه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: «يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها؛ إنّما هو بمنزله دين استدانه بإذن سيده» (٦).

و عدم القول بالفرق بين النفقه و المهر، و الإذن السابق و اللاحق، و التعليل العامّ لهما يوجبان العموم، سيّما الأخير؛ لظهوره فى أنّ الإذن صار

ص: ٣٦٢

١- فى ص ٣٥٧.

٢- المتقدّم فى ص ٣٥٧.

٣- التهذيب ٣/٣٤٣، ٧:١٤٠٦، الوسائل ١١٨:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٦ ح ٣.

٤- حكاة عنه فى المختلف: ٥٦٩.

٥- منهم العلّامة فى المختلف: ٥٦٩، و السبزوارى فى الكفاية: ١٧٢، و صاحب الحدائق ٢٠٥:٢٤.

٦- الفقيه ٢٨٩/١٣٧٥، التهذيب ٢١٠/٧٤٥، الوسائل ٣٣٦:٢١ أبواب المهور ب ٦٠ ح ١؛ بتفاوت يسير.

منشأ لتعلق دين العبد مطلقاً بدمه المولى، وهو حاصل هنا.

قيل: وقريب منه آخر: عن رجل تزوج عبده بغير إذنه، فدخل بها، ثم اطلع على ذلك مولاه، قال: «ذلك إلى مولاه، إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأه ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً» الخبر (١)؛ لظهوره فى تعلق الصداق بدمه المولى؛ إذ لولاه لما كان لاشتراط عدم الزيادة والكثرة وجه (٢). وفيه نظر ظاهر، فتأمل.

وعُلِّل الحكم أيضاً ب: أن الإذن فى النكاح إذن فى توابعه و لوازمه (٣)، كما لو أذن له فى الإحرام بالحج، فإنه يكون إذناً فى توابعه من الأفعال وإن لم يذكر، و حيث كان المهر و النفقة لازمين للنكاح، و العبد لا يملك شيئاً، و كسبه من جملة أموال المولى، كان الإذن فيه موجباً لالتمزام ذلك، من غير أن يتقيّد بنوع خاص من ماله، كباقي ديونه فيتخير بين بذله من ماله و من كسب العبد إن وفى به، وإلا وجب عليه الإكمال.

خلافاً لأحد قولى الشيخ، فعلقه بكسب العبد (٤).

و عن العلامة احتمال تعلقه برقبته (٥).

و هما ضعيفان كضعف عللتهما؛ مع أنهما اجتهدا فى مقابله الخبر

ص: ٣٤٣

- ١- الكافى ٥/٢: ٤٧٨، الفقيه ٣/١٣٤٩/٢٨٣، التهذيب ٧/١٤٣١/٣٥١، الوسائل ٢١: ١١٥ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٤ ح ٢.
- ٢- انظر الحدائق ٢٠٦: ٢٤٠٧.
- ٣- جامع المقاصد ١٣: ٦١.
- ٤- المبسوط ٤: ١٦٧.
- ٥- القواعد ٢: ٢٧.

المنجبر قصوره بالشهره بين الأصحاب، مع اعتباره في نفسه؛ لما مرّ.

و يعضده الموثق: عن رجل أذن لغلامه في امرأه حرّه فتزوَّجها، ثم إنَّ العبد أبق من مواليه، فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من مولى العبد، فقال: «ليس لها على مولى العبد نفقه و قد بانت عصمتها؛ لأنَّ إباق العبد طلاق امرأته» الخبر (١).

بناءً على أن قوله عليه السلام: «و قد بانت» إلى آخره، في حكم التعليل لنفى النفقه عن المولى، المشعر بثبوتها مع عدم حصول مقتضاها، مع إشعاره من وجه آخر، و هو ظهوره في شيوع مطالبه الموالى بنفقه زوجات العبيد، فتدبر.

و يثبت لمولى الأمه المهر لأنَّها و منافعها له، و لا خلاف فيه.

و لو تزوّج عبد بأمه غير مولاة و لم يأذنا أو إذنا معاً فوطئها جاهلين بالفساد و حصل ولد فالولد لهما بينهما نصفين؛ لأنَّه نماء ملكهما، و لا - مزية لأحدهما على الآخر، و النسب لا - حق بهما، بخلاف باقى الحيوانات، فإنَّ النسب غير معتبر، و النموّ و التبعية فيه لاحق بالأمّ خاصه؛ كذا قرّح. و فيه خفاء.

و هذا الحكم مشهور بين الأصحاب.

خلافاً للمحكى عن الحلبي، فألحقه بمولى الأمّ (٢)؛ قياساً بالحيوانات. و فيه نظر؛ لمخالفته الأصل، و عدم دليل على الترجيح، و القياس بمجرّده غير كاف.

ص: ٣٦٤

١- الفقيه ١٣٧٢/٢٨٨:٣، التهذيب ٧٣١/٢٠٧:٨، الوسائل ٢١:١٩٢ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٧٣ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٢- الكافي في الفقه: ٢٩٦.

و لو أذن أحدهما كان للآخر الذى لم يأذن فى ظاهر الأصحاب، بل فى المسالك ظاهرهم الاتفاق عليه (١)؛ و هو الحجّه فيه لو تمّ. دون النصّ المدعى؛ لعدم الوقوف عليه. و لا التعليل بأنّ الأذن قد أقدم على فوات الولد منه فإنّ المأذون قد يتزوج من ليس برقّ فينقصد الولد حرّاً، بخلاف من لم يأذن، فيكون الولد له خاصّه؛ لما فى الفرق من الإشكال فيما لو انحصر إذن الأذن فى وطء المملوكه، فإنّه لم يضيّع الولد حينئذ.

و يشكل الحكم فيما لو اشترك أحد الزوجين بين اثنين، فأذن مولى المختصّ و أحد الشريكين دون الآخر، أو تعدّد مولى كلّ منهما، فإنّه خارج عن موضع النصّ المدعى و الفتوى، فيحتمل كونه كذلك، فيخصّ الولد بمن لم يأذن، أتحد أم تعدّد؛ و اشتراكه بين الجميع على الأصل حيث لا نصّ، و هو أقوى هنا قطعاً، بل لا بأس به فيما مضى؛ لعدم القطع بالنصّ و الإجماع.

و دعوى ظهور الوفاق مع عدم الجزم عليها غير صالحه للخروج عن مقتضى الأصل المتيقّن، إلّا أنّ الاحتياط لا يترك؛ فإنّ المسأله محلّ إشكال، و لذا تردّد بعض متأخري الأصحاب فى هذا المجال (٢).

و ولد المملوكين رقّ لمولاهما لما مضى.

و لو كانا لاثنين ف قد عرفت أنّ الولد بينهما بالسويّه لكن لا مطلقاً، بل ما دام لم يشترط أحدهما الانفراد بالولد أو بأكثره؛ إذ

ص: ٣٦٥

١- المسالك ٥١٢:١.

٢- كصاحب المدارك فى نهايه المرام ١:٢٦٥، و السبزواري فى الكفايه ١٧٢:١، و صاحب الحدائق ٢٤١:٢٤.

لو اشترطه صحّ و لزم؛ لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» (١) مع عدم منافاته النكاح.

و إذا كان أحد الأبوين الزوج أو الزوجه حرّاً فالولد حرّاً مطلقاً (٢) على الأشهر الأظهر، بل كاد أن يكون إجماعاً، مع كونه من السرائر ظاهراً (٣).

لنصوص المستفيضة:

منها الصحيح: عن رجل تزوّج بأمه فجاءت بولد، قال: «يلحق الولد بأبيه» قلت: فعبدُ تزوّج حرّه؟ قال: «يلحق الولد بأمه» (٤).

و الصحيح: في العبد تكون تحته الحرّه، قال: «ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بأبيه» (٥).

و المرسل كالصحيح: عن الرجل الحرّ يتزوّج بأمه قوم، الولد مماليك أو أحرار؟ قال: «إذا كان أحد أبويه حرّاً فالولد أحرار» (٦).

و النصوص به كادت تبلغ التواتر (٧)، و مع ذلك فسند بعضها معتبر، و الباقي بالشهره منجبر، و الجميع معتضد بالأصول منها: النافي لتكاليف العبيد و ثبوت الحجر و العمومات الدالّة على صحّح المعاملات و وجوب

ص: ٣٦٦

١- غوالي اللئلي ١٨/٢١٨: ٨٤.

٢- أي في العقد و التحليل. منه رحمه الله.

٣- السرائر ٥٩٥: ٢.

٤- الفقيه ٢٩١/١٣٨٢: ٣، الوسائل ١٢١: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٠ ح ٢.

٥- الكافي ٤٩٣/٥: ٦، الوسائل ١٢١: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٠ ح ٣.

٦- الكافي ٤٩٣/٥: ٧، التهذيب ٣٣٦/١٣٧٦: ٧، الإستبصار ٢٠٣/٧٣٣: ٣، الوسائل ١٢٢: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٠ ح ٥.

٧- انظر الوسائل ١٢١: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٠.

الوفاء بها، والدالّة على جواز العقد على أربع حرائر و أنّه نماء الحرّ في الجملة (١)، وحقّ الحرّيه مقدّم؛ لأنّها أقوى، ولذا بُنى العتق على التغليب و السرايه.

و مقتضى إطلاق المرسل كالصحيح و غيره مع عموم الأصول عدم الفرق بين ولد المعقوده و المحلّه، مضافاً إلى خصوص المعتره في الثاني (٢)، و سيأتي الكلام فيه في باب التحليل.

خلافاً للمحكّي عن الإسكافي فيما إذا كان الزوج خاصّه حرّاً أو مطلقاً (٣)، على اختلاف الحكايتين.
للمستفيضة الأخر، منها الخبران:

في أحدهما: «لو أنّ رجلاً دبّر جاريه، ثم يزوّجها من رجل، فوطئها، كانت جاريته و ولده منه مدبرين، كما لو أنّ رجلاً أتى قوماً فتزوّج إليهم مملوكتهم كان ما أولد لهم مماليك» (٤).

و في الثاني: أمه كان مولاها يقع عليها، ثم بدا له فزوّجها، ما منزله ولدها؟ قال: «منزلتها، إلّا أن يشترط زوجها» (٥).

ص: ٣٦٧

-
- ١- الوسائل ٥١٧: ٢٠ أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ب ١.
 - ٢- انظر الوسائل ١٣٥: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧.
 - ٣- حكاه عنه في المختلف: ٥٦٨.
 - ٤- التهذيب ١٣٧٨/٣٣٦: ٧، الإستبصار ٢٠٣/٧٣٥: ٣، الوسائل ١٢٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٠ ح ١٠؛ بتفاوت.
 - ٥- التهذيب ٧٦٣/٢١٤: ٨، الإستبصار ٢٠٣/٧٣٦: ٣، الوسائل ١٢٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٠ ح ١٢.

و هما قاصران سنداً، فلا يعارضان ما مرّ جدّاً.

نعم، في الصحيحين (١) ما يوافقهما، إلّا أنّهما كالأول ليسا نصّيين في حرّية الزوج، وإنّما غايتهما الإطلاق، فليحمل على العبد و إن بعدّ جمعاً، و الأولى حملهما على التقيّه كما فعله جماعه (٢)، فقد صرّح الشيخ في الاستبصار بأنّ ذلك مذهب بعض العامّه (٣)، و يؤيّده مصير الإسكافي إليه، مع انفراده به كما تقدّم غير مرّه.

و بالجمله: كثره النصوص الأولى و اعتضادها بالشهره العظيمه و حكاية الإجماع المتقدّمه و الأصول المقرّره توجب المصير إلى حذف الروايتين، أو تأويلهما و إن صحّ سندهما إلى ما يؤول إليها.

و لا- ينبغي أن يستراب في المسأله بمجرّدهما كما وقع لبعض أصحابنا (٤) بل الأجود الحكم صريحاً بلحوق الولد بالحرّ من الأبوين إلّا أن يشترط المولى على الحرّ رقيّته فيجوز و يصير رقماً على قول مشهور بين الأصحاب، ضعيف المأخذ؛ لأنّه روايه (٥) مترزله بحسب السند، فتاره مسنده و أخرى مقطوعه مرويه، و مع ذلك ففيه أبو سعيد

ص: ٣٤٨

-
- ١- الأول في: التهذيب ٨: ٧٥٦/٢١٢، الإستبصار ٣: ٧٣٧/٢٠٤، الوسائل ١: ١٢٤: أبواب نكاح العبيد و الإمامه ب ٣٠ ح ١١. الثاني في: الفقيه ٣: ٢٣١/٦٨، التهذيب ٨: ٨٠٩/٢٢٥، الوسائل ٢١: ١٢٤: أبواب نكاح العبيد و الإمامه ب ٣٠ ح ١٣.
 - ٢- منهم صاحب الحدائق ٢٤: ٢١٢.
 - ٣- الاستبصار ٣: ٢٠٣.
 - ٤- كالسبزواري في الكفايه: ١٧٢، و صاحب الحدائق ٢٤: ٢١٢.
 - ٥- التهذيب ٧: ١٣٧٨/٣٣٦، الإستبصار ٣: ٧٣٥/٢٠٣، الوسائل ٢١: ١٢٣: أبواب نكاح العبيد و الإمامه ب ٣٠ ح ١٠.

المكاري، وهو ضعيف البتة، ومع ذلك فليس فيها دلالة؛ إذ غايتها الدلالة على أنّ ولد الحرّ مملوك لمولى المملوكه من دون تصريح فيها بالشرط ولا إشاره، وإنما حملوها على ما إذا شرط المولى الرقيّه؛ مضافاً إلى ما مرّ فيها من المناقشه (١).

و مثل هذه الروايه لا تصلح مؤسسه لهذا الحكم المخالف للأصل؛ فإنّ الولد إذا كان مع الإطلاق ينعقد حرّاً فلا تأثير في رقيته للشرط؛ لأنّه ليس ملكاً لأبيه حتى يؤثر شرطه فيه، كما لا يصحّ اشتراط رقيته من ولد حرّاً، سيّما مع ورود الأخبار الكثيره المتقدّمه (٢) الحاكمه بحريّه من أحد أبويه حرّاً، من دون استئصال عن وقوع اشتراط الرقيّه أم لا- بالمرّه؛ مع ورودها في مقام جواب السؤال، وذلك كما قرّر في الأصول يقتضى العموم في المقال.

مع أنّ في بعضها: «ليس يسترقّ الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً» الخبر (٣)، وليس في سنده سوى الحكم بن مسكين، وقد روى عنه ابن أبي نصر، وهو ممّن أجمعت العصابه على تصحيح ما يصحّ عنه.

و لعلّه لذا تردّد المصنّف في الشرائع كاللمعه ظاهراً (٤)، و هنا صريحاً.

ثم على تقدير اشتراط رقيته في العقد أو التحليل، و قلنا بعدم صحّه الشرط، هل يحكم بفساد العقد لعدم وقوع التراضي بدون الشرط الفاسد،

ص: ٣٦٩

١- من عدم الدلالة على حرّيه الزوج. منه رحمه الله.

٢- في ص ٣٦٤.

٣- الكافي ٤/٤٩٢:٥، الوسائل ٢١:١٢٣ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٣٠ ح ٨.

٤- الشرائع ٢:٣٠٩، اللمعه (الروضه البهيّه ٥): ٣١٣.

كما فى غيرهُ من العقود المشتمله على الشروط الفاسده أم يصحّ و يبطل الشرط خاصّه؟ يُحتمل الأول؛ لأنّ العقد يتبع القصد، و لم يحصل إلّا بالشرط، و لم يحصل.

و الثانى؛ لأنّ عقد النكاح كثيراً ما يصحّ بدون الشرط الفاسد و إن لم يصحّ غيره من العقود.

و فى الأول قوّه، و صحّته فى بعض الموارد لدليل خارج لا يقتضى عمومها فى جميع الموارد.

و أولى بعدم الصحّ لو كان تحليلاً؛ لتردّده بين العقد و الإذن كما سيأتى، و لا يلزم من ثبوت الحكم فى العقد ثبوته فى الإذن المجرد، بل يبقى على الأصل.

و على هذا، لو دخل مع فساد الشرط، و حكمنا بفساد العقد، كان زانياً مع علمه بالفساد، و انعقد الولد رقاً كظائره. نعم، لو جهل الفساد كان حرّاً؛ للشبهه.

و إن قلنا بصحّ الشرط لزم العقد به و لم يسقط بالإسقاط بعد العقد؛ لأنّ ذلك (١) مقتضى الوفاء به (٢)، مع احتمال (٣)؛ تغليياً للحرّيه، و كما لو أسقط حقّ التحجير و نحوه، و لا يخلو عن قوّه.

لو تزوّج الحرّ أمه من غير إذن مالكتها، فإن وطئها قبل الإجازة عالماً فهو زانٍ

و لو تزوّج الحرّ أمه من غير إذن مالكتها، فإن وطئها قبل الإجازة عالماً بالحرمة و لا- شبهه فهو زانٍ بالضروره؛ و عليه دلّت المعبره: عن

ص: ٣٧٠

١- أى عدم السقوط. منه رحمه الله.

٢- أى الشرط. منه رحمه الله.

٣- أى السقوط. منه رحمه الله.

الأمه تتزوج بغير إذن مواليتها؟ قال: «يحرم ذلك عليها، وهو زناء» (١) فتأمل.

و الولد رق للمولى مطلقاً، جهلت الأمه أم لا؛ لأنه نماء ملكه فيتبعه.

و للصحيح: في رجل أقرّ على نفسه أنه غصب جاريه، فولدت الجارية من الغاصب، قال: «تُرَدُّ الجارية و الولد على المغصوب إذا أقرّ بذلك الغاصب أو كانت عليه بينه» (٢).

مضافاً إلى فحوى النصوص الدالّة عليه في صورته جهله بأنّها أمه الغير، كما يأتي.

و عليه الحدّ بموجب الزناء، كما أنّ عليها ذلك لو علمت بالحرمة من دون شبهه.

و كذا عليه المهر اتفاقاً في الظاهر إن كانت جاهله بالحكم أو موضوعه، و على إطلاق العبارة و ظاهر جماعه مطلقاً و لو كانت عالمه (٣)؛ لأنه عوض البضع، و لا مدخل للعلم و الجهل.

و ربما استدل (٤) عليه بفحوى الصحيح: قلت: رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقترضها؟ قال: «لا ينبغي له ذلك» قلت: فإن فعل أ يكون زانياً؟ قال: «لا، و يكون خائناً، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن

ص: ٣٧١

-
- ١- الكافي ٥: ٢/٤٧٩، الوسائل ١٢٠: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٩ ح ٣.
 - ٢- التهذيب ٧: ١٩٣٦/٤٨٢، الوسائل ١٧٧: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٦١ ح ١.
 - ٣- انظر المسالك ١: ٥٠٩، نهاية المرام ١: ٢٦٩.
 - ٤- نهاية المرام ١: ٢٦٩.

كانت بكرًا، وإن لم تكن فنصف عُشر قيمتها» (١).

فإنَّ ثبوت العوض هنا يقتضى ثبوته فى الزناء المحض بطريق أولى، و هو حسن لو كان نصًّا فى زناء الأمة، و ليس فيه على ذلك دلالة. و فيه نظر.

و الأجدود الاستدلال عليه بفحوى الصحيح الآخر الآتى (٢) فى الأمة المدلّسه نفسه بدعوى الحرّيه، لتصريحه ب: أنَّ عليه لمواليها العُشر و نصف العُشر.

و لكن الأولويّه لا- تقتضى أزيد من ثبوت نصف العُشر مع الثيوبه و العُشر مع البكاره، و هو غير ثبوت مهر المثل أو المسمّى، فليس فيهما دلالة عليهما، كالتعليل السابق؛ لعدم الدليل على الكليه (٣) فيه، مع ما على العدم من أصاله البراءه القطعيّه، و لذا اختاره جماعه (٤).

و ربما علّله بعضهم بأنّها حينئذٍ بغيّ، و لا مهر لبغى (٥)؛ و ظاهر لفظ المهر كاللام المفيده للملكيه أو الاختصاص أو الاستحقاق المنفّى جميع ذلك عن الأمة قرينه واصله على اختصاص النصّ المتضمّن لذلك (٦) بالحرّه.

و الأجدود القول بمضمون الصحيحين و الحكم بالعُشر مع البكاره

ص: ٣٧٢

- ١- الكافي ١/٤٦٨، الفقيه ٣/١٣٧٧/٢٨٩، التهذيب ٧:١٠٦٤/٢٤٤، الوسائل ٢١:١٣٢ أبواب نكاح العبيد و الإمامه ب ٣٥ ح ١.
- ٢- فى ص ٣٧٣.
- ٣- أى كلّ عوض بضع لا بُدّ له من مهر. منه رحمه الله.
- ٤- منهم المحقق فى الشرائع ٢:٣١٠ و فخر المحققين فى الإيضاح ٣:١٤١؛ و السيورى فى التنقيح ٣:١٤٠.
- ٥- انظر جامع المقاصد ١٣:٧٥ و نهايه المرام ١:٢٦٩.
- ٦- أى ل: «أنّه لا مهر لبغى» سنن البيهقى ٦:٦. منه رحمه الله.

و نصفه مع عدمها، لا مهر المثل أو المسمى، تبعاً للمحكى عن بن حمزه (١)؛ لصحتهما، وعدم تعقل الفرق بين المقام و موردهما؛ مع ما فيه من استلزام الثبوت فيه الثبوت هنا بطريق أولى.

و يسقط الحد عنه لو كان جاهلاً بالحكم أو الموضوع؛ للشبهه الدارئة. و لا تُحد الأمه لو كانت كذلك؛ لذلك.

دون المهر فيثبت مع جهلها اتفاقاً في الظاهر، و به صرح بعضهم (٢).

و هل هو المسمى، أو المثل، أو العشر و نصف العشر؟ أقوال.

و الأول ضعيف جداً، و الثاني قوى لولا النصوص المثبتة للثالث و إن اختصت بمدعيه الحرّيه و الجارية المحلّله؛ لعدم تعقل الفرق بالضرورة.

و كذا يثبت المهر مع علمها في المشهور ظاهراً؛ و ربما قيل بالعدم هنا (٣) كما تقدّم، و الكلام كما سبق.

و يلحقه الولد إجمالاً في الظاهر؛ عملاً بإطلاق النصوص الماضيه (٤) بلحوق الولد الحرّ من الأبوين، مضافاً إلى الأصول المتقدّمه ثمه (٥)، و النصوص الآتية (٦) الحاكمة بحرّيه الولد في تزويج الحرّ الأمه المدعيه للحرّيه إن قلنا بها، و يشكل إن لم نقل بها؛ للنصوص الآخر (٧)، مع

ص: ٣٧٣

١- الوسيله: ٣٠٣.

٢- كالسبزواري في الكفايه: ١٧٢.

٣- الشرائع ٢: ٣١٠.

٤- في ص ٣٦٤.

٥- في ص ٣٦٥.

٦- في ص ٣٧٥.

٧- الآتية في ص ٣٧٤.

عدم تعقل الفرق، فتأمل.

و لكن عليه قيمته يوم سقط حياً للمولى؛ لأنه نماء ملكه، و للنص الآتي (١) في المسأله الآتیه.

هذا كله مع عدم إجازة المولى العقد، أو معها و قلنا بأنها مصححة للعقد من حينها.

أما لو قلنا بأنها كاشفه عن الصحة من حين العقد كما هو الأصح الأشهر فيلحق به الولد مطلقاً و يسقط عنه الحد و إن كان قد وطئ محرماً في صورته العلم فيلزم التعزير و يلزمه المهر المسمى.

و كذا يسقط عنه الحد، و لزمه المهر، و لحق به الولد مع قيمته يوم سقط حياً، لو ادعت الحرّيه فتزوجها على ذلك مع جهله بالحال؛ إمّا لدعواها الحرّيه الأصلية بانياً على الظاهر، أو لحصول المظنه بصدقها و توهم جواز التعويل على مجردها مع علمه بكونها مملوكه فيما مضى.

و لا ريب في سقوط الحد عنه و كذا عنها إن كانت جاهله؛ للشبهه الدارئة.

و أمّا لزوم المهر فهو ظاهر إطلاق الأصحاب، بل ادعى بعضهم إجماع المسلمين (٢)، و صرح بالإجماع ابن المفلح الصيمرى، و لم يفرقوا بين كونها عالمه أو جاهله.

و اختلفوا في تقديره على أقوال:

أحدها: المسمى، كما عن الأكثر (٣)، و هو ظاهر المتن.

ص: ٣٧٤

١- في ص ٣٧٧.

٢- الإيضاح ١٤٢: ٣.

٣- المسالك ١: ٥١٠، الكفايه: ١٧٢.

و ثانيها:المثل، كما عن المبسوط (١)و هو الأقوى لولا النصّ بالعُشر و نصف العُشر.

و ثالثها:القول بمضمونه،و هو مختار جماعه (٢)وفاقاً للمقنع و النهايه و القاضى و ابن حمزه (٣).

ففى الصحيح:فى رجل تزوّج امرأه فوجدها أمه دلّست نفسها،قال:

«إن كان الذى زوّجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد» قلت:كيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟قال:«إن وجد ممّا أعطها شيئاً فليأخذه،و إن لم يجد شيئاً فلا شىء له عليها،و إن كان زوّجها إياه ولّى لها ارتجع على وليها بما أخذته منه،و لمواليها عُشر قيمتها إن كانت بكرًا،و إن كانت غير بكر فنصف عُشر قيمتها،بما استحلّ من فرجها» قلت:فإن جاءت منه بولد؟قال:«أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الولّى» (٤)و نحوه الصحيح السابق (٥)،إلّا أنّه فى الجارىه المحلّله.

و هو الأجود؛ لصحّحه الروايه،و خلّوها عن المعارض،و إليها أشار بقوله:

و فى روايه:يلزمه بالوطء عُشر القيمه إن كانت بكرًا،و نصف

ص:٣٧٥

- ١- حكاه عنه فى الإيضاح ٣:١٤٢.
- ٢- منهم الشهيد فى المسالك ١:٥١٠،و السبزوارى فى الكفايه:١٧٢،و صاحب الحدائق ٢٤:٢٢٢.
- ٣- المقنع:١٠٤،النهايه:٤٧٧،القاضى فى المهذب ٢:٢١٧،ابن حمزه فى الوسيله:٣٠٣.
- ٤- الكافى ١/٤٠٤:٥،التهذيب ٣/٣٤٩:٧،الإستبصار ٣/٧٨٧/٢١٦،الوسائل ٢١:١٨٥ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٦٧ ح ١؛ بتفاوت.
- ٥- راجع ص ٣٦٩.

العُشْر إن كانت ثيباً و حملها على ما إذا طابق أحد الأمرين (١) المثل بعيد جداً، لا داعى إليه قطعاً سوى القاعده، و الروايه بالإضافه إليها خاصه، ينبغى العمل عليها و تخصيصها بها البتّه.

و ظاهر التشبيه فى العبارة: حرّيه الولد تبعاً لأبيه كما فى المسأله السابقه، لكنّه فى الشرائع وافق الصدوق فى المقنع و الشيخ فى النهايه (٢) و جماعه (٣)، بل حُكى عليه الشهره (٤) فحكم برقيّه الولد (٥)؛ للمعتبره المستفيضه:

منها الصحيح: فى رجل ظنّ أهله أنّه قد مات أو قُتل، فنكحت امرأته و تزوّجت سرّيته، فولدت كلّ واحده منهما من زوجها، ثم جاء الزوج الأول و جاء مولى السريّه، فقضى فى ذلك أن يأخذ الأول امرأته فهو أحقّ بها، و يأخذ السيّد سرّيته و ولدها، إلّا أن يأخذ رضاءً من الثمن ثمن الولد (٦).

و منها الموثّق: «قضى علىّ عليه السلام فى امرأه أتت قوماً فخبّرتهم أنّها حرّه، فتزوّجها أحدهم و أصدقها صداق الحرّه، ثم جاء سيدها، فقال: تردّ إليه، و ولدها عبيد» (٧).

ص: ٣٧٦

١- أى العشر و نصف العشر. منه رحمه الله.

٢- المقنع: ١٠٤، النهايه: ٤٧٧.

٣- منهم العلامه فى القواعد ٢: ٢٨؛ و السبزواري فى الكفايه: ١٧٢.

٤- الحدائق ٢٢٤: ٢٤.

٥- الشرائع ٢: ٣١٠.

٦- التهذيب ٧: ١٤٣٠/٣٥٠، الإستبصار ٣: ٧٩١/٢١٨، الوسائل ٢١: ١٨٨ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٧ ح ٦، بتفاوت يسير.

٧- التهذيب ٧: ١٤٢٥/٣٤٩، الإستبصار ٣: ٧٨٦/٢١٦، الوسائل ٢١: ١٨٧ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٧ ح ٤.

و نحوه الموثق: «قضى عليّ عليه السلام في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل، فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول، فخاصم سيدها الآخر فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها» الحديث (١)، و غير ذلك ممّا سيأتي.

لكنّها معارضة بما مضى من الأصول و إطلاق بعض النصوص في تبعيّة الولد للحزب من الأبوين أباً كان أو أمّاً، و خصوص الصحيح المتقدّم في تقدير المهر بالعشر و نصف العشر، و المعتبرين:

أحدهما الموثق: عن مملوكه قوم أتت غير قبيلتها، فأخبرتهم أنّها حرّة، فتزوجها رجل منهم، فولدت له، قال: «ولده مملوكون، إلّا أن يقيم لهم البيّنة أنّها شهد لها شاهدان أنّها حره، فلا يملك ولده و يكونون أحراراً» (٢).

و نحوه الثاني المرويّ حسناً (٣) تارةً و ضعيفاً (٤) أخرى.

و فيهما كما ترى تصريح بالحرّيه مع قيام البيّنة عليها حين المناكحة، و هما و إن دلّ على الرقيّه مع عدمها لكنّهما ليسا نصّيين في تحقّق الشبهه حينئذ، فيحتملان كباقي الروايات المتقدّمه الحمل على صوره

ص: ٣٧٧

١- الكافي ١٢/٢١١: ٥، الفقيه ٣: ٦١٥/١٤٠، التهذيب ٧: ١٩٦٠/٤٨٨، الإستبصار ٣: ٧٣٩/٢٠٥، الوسائل ٢١: ٢٠٣، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨٨ ح ١؛ بتفاوت.

٢- الكافي ٥: ٢/٤٠٥، التهذيب ٧: ١٤٢٧/٣٤٩، الإستبصار ٣: ٧٨٨/٢١٧، الوسائل ٢١: ١٨٦، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٧ ح ٢.

٣- التهذيب ٧: ١٤٢٨/٣٥٠، الإستبصار ٣: ٧٨٩/٢١٧، الوسائل ٢١: ١٨٧، أبواب نكاح البعيد و الإمام ب ٦٧ ح ٣.

٤- الكافي ٥: ٣/٤٠٥، الوسائل ٢١: ١٨٧، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٧ ح ٣.

عدمها.

و منه يظهر فساد الاستدلال بهما للقول الأول، فلا بأس بالمصير إلى الحرّيه وفقاً لجماعه (١)، منهم ظاهر الماتن هنا. إلا أنّ المسأله بعد لا تخلو عن ريبه، لكن الذي يقتضيه الجمع بين الروايات هو حرّيه الولد مع قيام البينه على حرّيه الأمه و صحّه دعواها، و رقيته مع عدمها، و بذلك صرح الشيخ فى النهايه و ابن البراج و ابن حمزه (٢)، و به صرّحت الروايتان الأخيرتان، و يجمع بهما بين إطلاق كلّ من الروايات الحاكمه بالحرّيه و الرقيه على الإطلاق.

و مرجع هذا القول إلى رقيه الولد لو تزوّج بمجرّد دعواها كما هو فرض المسأله، و لذا نسب إلى الشيخ و الجماعه القول به على الإطلاق (٣) بناءً على فرض المسأله؛ إذ التزويج بدعواها مع البينه على صدقها خارج عن فرض المسأله.

و كيف كان، فلا خلاف فى الظاهر بل عليه الوفاق فى المسالك (٤)، و الإجماع فى شرح ابن المفلح أنّه لو أولدها أولاداً و جب عليه فكّهم بالقيمه يوم سقوطهم حيّاً، و جب على مولى الجاربه قبول القيمه و دفع الولد بها.

للصحيح: فى رجل تزوّج جاربه رجل على أنّها حرّه، ثم جاء رجل

ص: ٣٧٨

١- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ١:٥١٠، و صاحب المدارك فى نهايه المرام ١:٢٧٤، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٦١.

٢- النهايه: ٤٧٧، ابن البراج فى المهذب ٢:٢١٧، ابن حمزه فى الوسيله: ٣٠٣.

٣- نسبه إليهم فى المسالك ١:٥١٠.

٤- المسالك ١:٥١٠.

فأقام البيّنه على أنّها جاريتّه، قال: «يأخذها و يأخذ قيمه ولدها» (١).

و فى الصحيح السابق (٢) دلالة بجواز الفكّ بالقيمه، و نحوه الموثق الآتى.

و لا- تظهر ثمره الخلاف فى ذلك، بل فيما لو لم يدفع القيمه لفقر و غيره، فعلى القول بالحريه تبقى ديناً فى ذمته و الولد حرّ، و على القول الآخر تتوقّف الحريه على دفع القيمه.

و لو عجز عن القيمه استسعى فى قيمتهم وجوباً، بلا خلاف بين القائلين بالرقيه كما قيل (٣)، و كذا عند بعض ما قال بالحريه.

لموثقه سماعه: عن مملوكه أتت قوماً و زعمت أنّها حرّ، فتزوّجها رجل منهم و أولدها ولدأ، ثم إنّ مولاهم أتاهم فأقام البيّنه أنّها مملوكه، و أقرت الجاربه بذلك، فقال: «تدفع إلى مولاهم و ولدها، و على مولاهم أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه» قلت: فإن لم يكن لأبيه مال يأخذ ابنه؟ قال: «يستسعى أبوه فى ثمنه حتى يوفيه و يأخذ ولده» قلت:

فإن أبى الأب أن يسعى فى ثمن ابنه؟ قال: «فعلى الإمام أن يفتديه و لا يملك ولد حرّ» (٤).

و العمل بها متّجه على القول بالرقيه، و مشكل على القول الآخر؛

ص: ٣٧٩

١- الفقيه ١٢٤٦/٢٦٢، الوسائل ١٨٨: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٧ ح ٨.

٢- المتقدم فى ص ٣٧٦.

٣- قال به الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٦١.

٤- التهذيب ٧: ١٤٢٩/٣٥٠، الإستبصار ٢١٧/٣٧٩٠، الوسائل ١٨٧: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٧ ح ٥؛ بتفاوت يسير.

لتضمّنها ما لا يوافقها، بل و على الأول أيضاً؛ لمعارضتها لإطلاق الآيه وَ إِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ [١] (١) مع أصاله براءه الذمه. إلا أنّ التقييد متّجه على القول الأول؛ لاعتبار سند الروايه بالموثّقيه و عمل جماعه (٢)، مضافاً إلى الشهره المحكيه. و الحمل على الاستحباب بعيد، غير مطابق للأصول المرعيه.

و يستفاد منها فيما لو أبى الأب عن الاستسعاء ما قيل من أنّه يفتديهم الإمام كما عن النهايه و ابن حمزه (٣).

و أجاب عنها المصنّف تبعاً لجماعه (٤) بأنّه في المستند ضعف بسماعه.

و ليس كذلك، بل هو موثّق على المشهور، و قيل: ثقّه (٥)، فالعمل بها متّجه؛ مع أنّ ضعفها كما يمنع من العمل بها هنا، كذا يمنع من العمل بها في وجوب الاستسعاء؛ إذ لا- دليل عليه سواها لا من إجماع و لا سنّه غيرها، فالحكم هناك قطعاً و التردّد هنا مع اتّحاد المستند لا وجه له جدّاً.

و ليس فيها الدلاله على ما يفكّك به الإمام هل هو من سهام الرقاب؟ كما عن الشيخ و ابن حمزه (٦)، أو من بيت المال؟ كما اختاره العلّامه (٧).

ص: ٣٨٠

١- البقره: ٢٨٠.

٢- منهم الشيخ في النهايه: ٤٧٧، و القاضي في المهذب ٢: ٢١٦، و ابن براج في الوسيله: ٣٠٣، و العلّامه في القواعد ٢: ٢٨.

٣- النهايه: ٤٧٧، ابن حمزه في الوسيله: ٣٠٣.

٤- منهم الشهيد في المسالك ١: ٥١١، و صاحب المدارك في نهايه المرام ١: ٢٧٥، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٦١.

٥- رجال النجاشي: ١٩٣.

٦- الشيخ في النهايه: ٤٧٧، ابن حمزه في الوسيله: ٣٠٣.

٧- المختلف: ٥٦٦.

و لكنّه أوفق بالأصول المقرّره على تقدير القول بحريّه الولد؛ لكونه معدّاً لمصالح المسلمين، و المقام منها.

و الأول أوفق على القول بالرقيّه، كما هو مختار القائل، لكنّه يتوقف إمّا على عدم اعتبار كون العبد تحت الشدّه أو وجودها، أو عدم وجود المستحقّ أصلاً، و إمّا على القول باعتباره مع ترفّه الولد و وجود المستحقّ فمشكل قطعاً. و لا بأس بالمصير إلى الثانى حينئذٍ إن لم يكن إحداث قول.

لو تزوّجت الحرّه عبداً مع العلم فلا مهر لها

و لو تزوّجت الحرّه عبداً مع العلم منها بالرقيّه و الحرمة مع عدم الإذن و الإجازة فلا مهر لها مع عدم الدخول قطعاً، و كذا معه؛ إذ لا مهر لبغى، و للخبر «أيما امرأة حرّه زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها و لا صداق لها» (١).

و ولدها رقّ لمولى العبد؛ إذ لا نسب مع الزناء.

و فى ثبوت الحدّ وجهان.

و مع الجهل منها بالأمرين أو بأحدهما يكون الولد حرّاً تبعاً لأشرف الأبوين، مع عدم المانع من جهه الجهل كما مضى.

و لا يلزمها قيمه الولد للأصل، و اختصاص المثبت من النصّ و الفتوى بصوره العكس.

و يلزم العبد مع الدخول فى مقابل البضع المحترم مهرها المثل دون المسمى إن لم يكن مأذوناً من المولى؛ لفساد العقد فيتبع به إذا أعتق و مع الإجازة فالمسمى قطعاً هنا، و فى السابق أيضاً.

ص: ٣٨١

١- الكافي ٥: ٧/٤٧٩، الفقيه ٣: ١٣٥٦/٢٨٥، التهذيب ٧: ١٤٣٥/٣٥٢، الوسائل ١١٥: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٤ ح ٣.

و فى سقوط الحدِّ إن أوجنناه فيه و لحوق الولد معها، و جهان، مينيان على أنّها هل هى كاشفه عن الصحة؟ كما هو الأشهر الأظهر، أم ناقله من حينها؟ و الحكم بحريّة الولد هنا هو المشهور بين الأصحاب.

خلافاً للمحكى عن المفيد، فحكم بالرقية مطلقاً (١) و لو هنا (٢)؛ للخبر: فى رجل دبّر غلاماً له، فأبق الغلام، فمضى إلى قوم فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد، فوُلد له أولاد و كسب مالاً و مات مولاه الذى دبّره، فجاء ورثه الميّت الذى دبّر العبد فطالبوا العبد فما ترى؟ فقال: «العبد و ولده لورثه الميّت» قلت: أليس قد دبّر العبد؟ قال: «إنّه لمّا أبق هدم تدبيره و رجع رقاً» (٣).

و فى سنده جهاله، فليس فيه حجة، مضافاً إلى معارضته لما مرّ من إطلاق المستفيضه الدالّ على تبعيته الولد للحريّة فى أب كانت أم أم (٤) بالضرورة، المعتضده بالشهره هنا و ثمّه، المؤيّد به بفحوى المعتبره الدالّ على حريّة الولد فى صورته عكس المسأله (٥)، فتأمل.

و مع ذلك، فليس نصّاً فى حريّة الزوجه، فيحتمل الحمل على تزويجه بالأمه، و يكون تخصيص الأولاد فيه بمولى العبد دون مولى الأمه مبتياً على ما مضى من اختصاصهم بمن لم يأذن و حرمان الآذن (٦)، فتأمل.

ص: ٣٨٢

١- المقنعه: ٥٠٧.

٢- أى فى صورته جهل الحرّه منه رحمه الله.

٣- التهذيب ١٤٣٧/٣٥٣، الوسائل ١١٩: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٨ ح ١.

٤- راجع ص ٣٦٤.

٥- انظر الوسائل ١٢١: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٣٠.

٦- راجع ص ٣٦٢.

و لو تسافح المملوكان فلا مهر للأصل، و انتفاء المخرج عنه هنا؛ لاختصاصه بغيره، و انتفاء ما يوجب التعديده.

و الولد رقّ لمولى الأمه اتّفاقاً هنا كما حكى (١)؛ لأنه نماؤها مع انتفاء النسب عن الزانى، مضافاً إلى إطلاق المستفيضه المتقدّمه (٢) الناصه بالحكم فى تزويج الأمه المدّعيه للحزبه أو فحواها إن اختصّت بتزويجها من الحزّ كما هو المتبادر منها، لكن الاستناد إليها هنا يتوقّف عليه ثمّه.

و كذا الحكم لو زنى بها أى بالأمه المملوكه للغير - الحزّ من دون إشكال. إلّا فى نفى المهر، فقد قيل بثبوت العقر (٣) هنا (٤)؛ لفحوى الصحيح المتقدّم فى إثبات العشر أو نصفه على من وطئ المحلّله له فى وجوه الاستمتاع دون الوطء (٥)؛ إذ ثبوت أحد الأمرين ثمّه مستلزم لثبوته هنا بطريق أولى.

و فيه ما مرّ من الإشكال من عدم التصريح فيه بعلم الأمه بالحرمه (٦)، فلعلّ العقر للجها له.

و الأجداد الاستدلال عليه بفحوى ما مرّ من الصحيح الصريح فى ثبوت العقر على متزوج الأمه المدّعيه للحزبه (٧)، الظاهر فى جهل الزوج و علم

ص: ٣٨٣

١- قال صاحب المدارك فى نهايه المرام ١:٢٧٧: أمّا أنّ الولد رقّ لمولى الأمه فمقطوع به فى كلام الأصحاب و ظاهرهم أنه لا خلاف فيه.

٢- راجع ص ٣٧٤.

٣- العقر: و هو ديه فرج المرأه إذا غضبت على نفسها، ثم كثر ذلك حتى استعمل فى المهر مجمع البحرين ٣:٤١٠.

٤- قال به صاحب المدارك فى نهايه المرام ١:٢٧٨.

٥- راجع ص ٣٦٩.

٦- انظر ص ٣٦٩.

٧- راجع ص ٣٧٣.

الأمه، و ثبوت المهر ثمه يستلزم ثبوته هنا بطريق أولى كما لا يخفى، فالأحوط إعطاء العُقر أو استرضاء مولى الأمه بصلح و نحوه.

لو اشترى الحرّ نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده

و لو اشترى الحرّ المتزوج بأمه بين شريكين بإذنها نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده لامتناع عقد الإنسان على أمته لنفسه مطلقاً ابتداءً و استدامه، الملازم لبطلان العقد بالإضافة إلى حصّته المنتقله إليه بالشراء، و يلزمه البطلان بالإضافة إلى الجميع؛ لعدم تبعض العقد، و انتفاء الكلّ بانتفاء الجزء.

و للموثق: عن رجلين بينهما أمه، فزوَّجاها من رجل، ثم إنَّ الرجل اشترى بعض السهمين، قال: «حرمت عليه باشرائه إياها؛ و ذلك أنَّ بيعها طلاقها، إلّا أن يشتريها جميعاً» (١).

و مع بطلان العقد رأساً يحرم الوطء مطلقاً جدّاً؛ لاستلزامه التصرف في ملك الغير بدون إذنه، و هو محرّم قطعاً.

و لو حصل الإذن بأن أمضى الشريك الآخر المالك العقد لم يحلّ على الأشهر الأظهر أيضاً؛ لأنّ العقد إن كان بطل بالشراء كما هو الظاهر فكيف يصير بالرضاء صحيحاً؟! و إن لم يبطل فلا وجه لاعتبار رضاه؛ لوقوعه أولاً به و لم يتجدّد له ملك فلا يقف على إجازته، و مع ذلك يعضده إطلاق النصّ السابق.

فخلاف الطوسي و القاضى هنا حيث حكما بالحلّ مع الإمضاء (٢) ضعيف جدّاً، لا وجه له أصلاً، و لذا حُمل عبارتهما على ما يؤول إلى

ص: ٣٨٤

١- الفقيه ١٣٥٥/٢٨٥، الوسائل ١٥٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمضاء ب ٤٦ ح ٢.

٢- الطوسي في النهاية: ٤٨٠، القاضى في المهذب ٢: ٢١٩.

المختار (١) تفادياً من فتواهما بما لا وجه له رأساً، وهو حسن وإن كان بالإضافة إلى عبارتهما بعيداً.

كلّ إذا وقع الرضاء بالوطء بإمضاء العقد السابق.

و أمّا مع وقوعه بالتحليل المتجدّد فقولان، أشهرهما كما حكى (٢) التسويه بينه وبين ما مضى فى المنع.

للموثق السابق، الحاصر لوجه الحلّ بعد بطلان العقد المحكوم به فيه فى شرائها جميعاً.

و لأصالة عصمه الفروج، إلّا مع ثبوت الحلّ بوجه شرعى، وليس إلّا الانفراد بأحد أمرين: العقد أو [و] الملك، لا الملقق منهما؛ إمّا (٣) لظهور الآيه إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيما نهم [١] (٤) فى منع الجمع، أو لاحتمالها له و لمنع الخلو؛ إذ مع الأول الآيه ناصه فى التحريم هنا، و على الثانى و إن لم تكن ناصه و لا ظاهره إلّا أنّها ليست ناهضه لتخصيص أصالة الحرمة؛ لاحتمال إرادته المنع من الجمع بالضرورة، و ليست ظاهره فى إرادته المنع من الخلو ليصحّ التخصيص.

فأصالة الحرمة باقيه بحالها، سليمه عمّا يصلح للمعارضه؛ إذ ليس إلّا الآيه، و قد عرفت ما فيها من المناقشه؛ أو استصحاب الحليه السابقه، و هى منقطعه بالشراء بإجماع الطائفه، و إلّا لما احتيج إلى إمضاء أو تحليل بالمره.

فالقول بالتسويه و المنع مطلقاً متّجه لولا ورود روايه مرويه فى الكتب الثلاثه صحيحه صريحه فى الإباحه بالتحليل: عن جاريه بين رجلين

ص: ٣٨٥

١- انظر النهايه و نكتها ٣٥٠:٢.

٢- نسبه إلى المشهور فى ملاذ الأختيار ٣٩٨:١٣، و إلى الأكثر فى المسالك ٥١٢:١ و نهايه المرام ٢٨٠:١.

٣- علّه لنفى الملقق. منه رحمه الله.

٤- المؤمنون: ٦.

دبراهما، ثم أحلّ أحدهما فرجها لشريكه، قال: «هي له حلال» (١).

وهي وإن اختصّ موردّها بغير المقام، إلّا أنّ في ذيلها تعليل الحكم بما ظاهره العموم له، مع أنّ الظاهر عدم القائل بالفرق بينهما.

وليس فيها ضعف كما ذكره المصنّف وجماعه (٢)؛ إذ ليس في سندها غير الحسن بن محبوب، وهو ثقة مجمع على تصحيح رواياته، عن عليّ بن رثاب، عن محمّد بن قيس، وكلاهما ثقتان.

نعم، رواها الشيخ في أول كتاب النكاح عن محمّد بن مسلم (٣)، بطريق فيه عليّ بن الحسن بن فضّال، وليس فيه ضعف، بل هو موثّق، ولكن المصنّف دأبه عدّ مثله ضعيفاً كما مرّ مراراً، فليس في شيء من طرقها ضعف بالمعنى المصطلح.

فالقول بمضمونها متّجه جداً، يُخصّص بها ما تقدّم من الأصل والإطلاق ظاهراً، وفاقاً للحلّي (٤) وجماعه، منهم: شيخنا الشهيد في اللمع (٥).

إلّا أنّ اعتضادهما بالشهره يوجب عدم مكافأه النصّ لهما، فالاحتياط: المنع، وإن كان في تعينه نظر؛ نظراً إلى ظهور أنّ الباعث

ص: ٣٨٦

١- الكافي ٥: ٣/٤٨٢، الفقيه ٥: ٣/١٣٨٠، التهذيب ٣: ٧١٧/٢٠٣، الوسائل ٨: ١٤٢/٢١ أبواب نكاح العيب والاماء ب ٤١ ح ١.

٢- منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز ٢: ١٦٥، والفاضل المقداد في التنقيح ٣: ١٤٤، وابن فهد في المهذب ٣: ٣٣٦.

٣- التهذيب ٨: ١٠٦٧/٢٤٥، الوسائل ٨: ١٤٢/٢١ أبواب نكاح العيب والاماء ب ٤١ ح ١.

٤- السرائر ٢: ٦٠٣.

٥- اللمع (الروضه البهيه ٥): ٣٢١.

للمشهور توهمهم ضعف الروايه، كما يفصح عنهم عباراتهم المشعره بأنه مع الصحه يصار إليه و أنّ المانع إنّما هو الضعف، فتأمل.

و علّل الجواز مضافاً إلى الروايه بأنها قبل التحليل محرّمه، و إنّما حلت به، فالسبب واحد (1).

و فيه: أنّه حينئذٍ يكون تمام السبب لا- السبب التامّ في الإباحه؛ ضروره أنّ التحليل مختصّ بحصّه الشريك لا بالجميع، و تحقّق المسبّب عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير سبباً تامّاً. اللهم إلّا أن يريد من اتّحاد السبب الاتّحاد بحسب الملكيه و إن اختلف جهتها، من حيث إنّ إحداها ناشئه من الملكيه الحقيقيه، و الأخرى من التحليل و الإباحه التي بمنزلتها لأنها تمليك منفعه، فيكون حلّ جميعها بالملك، فهو أحد الأمرين المعترف في إباحه الوطاء انفراد أحدهما كما مضى. لكنّه متوقّف على عدم كون التحليل عقداً، و ما مضى في وجه الاستدلال بأصاله الحرمة مبنّى على خلافه، و سيأتى الكلام فيه في بحثه إن شاء الله تعالى.

و كذا يحرم عليه و طؤها لو كان بعضها أى الأمه المملوك نصفها لزوجها أو غيره- حرّاً لأنّ الجزء لا يستباح بملك البعض و لا بالعقد الدائم اتّفاقاً؛ لتبعّض السبب، و لا بالمنقطع؛ لذلك، و لا بالتحليل؛ لأنّ المرأه ليس لها تحليل نفسها إجماعاً، و إنّما يقع من المولى خاصّه.

و للصحيح الصريح في ذلك، و قد مضى صدره، و فيه بعد ذلك :- «و أيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّاً من قبل الذى مات و نصفها

ص: ٣٨٧

مدبراً» قلت: أ رأيت الثاني منهما أن يمسخها، إله ذلك؟ قال: «لا، إلا أن يثبت عتقها و يتزوجها برضاء منها متى ما أراد» قلت له: أ ليس صار نصفها حرًا و قد ملكت نصف رقبتهما و النصف الآخر للباقي منهما؟ قال: «بلى» قلت: فإن هي جعلت مولاها في حلّ من فرجها؟ قال: «لا يجوز ذلك له» قلت: لم لا يجوز لها ذلك؟ و كيف أجزت للذي له نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه فيها؟ قال: «لأنّ الحرّه لا- تهب فرجها و لا- تعيره و لا- تحلّه، و لكن لها من نفسها يوم و للذى دبرها يوم، فإن أحبّ أن يتزوجها متعه بشيء في ذلك اليوم الذى تملك فيه نفسها فليتمتع منها بشيء قلّ أو كثر» (١).

و لو هاياها مولاها، ففي جواز العقد منه عليها متعه في زمانها تردّد ينشأ من صريح ما مضى من الصحيح، و من لزوم تبعض السبب، فإنها لم تخرج بالمهاياه عن كون المولى مالكا للبعث، على أنّ منافع البضع لا- يتعلّق بها المهاياه، و إلاّ يحلّ لها المتعه بغيره في أيامها، و هو باطل اتفاقاً، كما حكى في كلام المسالك و سبطه (٢)؛ و منشأه واضح.

و لكن ذلك اجتهاد في مقابله النصّ الصحيح الصريح.

فالقول بالجواز متعين، وفاقاً للطوسى و القاضى (٣) و جماعه (٤).

ص: ٣٨٨

-
- ١- الكافي ٥:٣/٤٨٢، الوسائل ٢١:١٤٢ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤١ ح ١؛ بتفاوتٍ يسير.
 - ٢- المسالك ١:٥١٣، و سبطه في نهايه المرام ١:٢٨٣.
 - ٣- الطوسى في النهايه: ٤٩٤، القاضى في المهذب ٢:٢١٩.
 - ٤- منهم السبزوارى في الكفايه: ١٧٢، و صاحب الحدائق ٢٤٦:٢٤، و مال إليه في نهايه المرام ١:٢٨٣.

فقول المصنّف: أشبهه المنع في حيز المنع و إن كان أشهر لابتنائه على ضعف الخبر، ولا- وجه له كما مرّ، ولكن الاحتياط لا يترك على حال.

و مقتضى الأصل المتقدّم، كالاتّفاق المحكّي، و اختصاص النصّ بجواز التمتع في أيامها بالمولى خاصّه: اختصاص الجواز به، و إجراء المنع في غيره من دون تردّد؛ لانتفاء مقتضيه، فلا- وجه لإطلاق التردّد في جواز العقد عليها، حتى ما إذا كان العاقد غير المولى كما هو ظاهر العبارة، إلّا أن تُخصّص به.

يستحبّ لمن زوج عبده أمته أن يعطيها شيئاً

و يستحبّ على الأشهر لمن زوج عبده أمته أن يعطيها شيئاً من ماله أو مال العبد، ليكون بصوره المهر؛ جبراً لقلبها، و رفعاً لمنزله العبد عندها.

و للصحيحين: عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: «يجزئه أن يقول: قد أنكحتك فلانه، و يعطيها شيئاً من قبله أو من مولاه، و لا بُدّ من طعام أو درهم أو نحو ذلك» (1).

خلافاً للشيخين و الحلبي و القاضي و ابن حمزه، فأوجبوا الإعطاء (2)؛ عملاً بظاهر الأمر، و لئلا يلزم خلوّ النكاح عن المهر في العقد و الدخول

ص: ٣٨٩

-
- ١- الأول في: الفقيه ٣: ١٣٥٤/٢٨٤، الوسائل ٢١: ١٤٦، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٣ ح ١. الثاني في: الكافي ٥: ١/٤٧٩، التهذيب ٧: ١٤١٥/٣٤٥، الوسائل ٢١: ١٤٦، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٣ ح ٢؛ بتفاوت يسير.
 - ٢- المفيد في المقنعه: ٥٠٧، الطوسي في النهاية: ٤٧٨، الحلبي في الكافي: ٢٩٧، القاضي في المهذب ٢: ٢١٨، ابن حمزه في الوسيله: ٣٠٦.

معاً.

و ضَعْفُ بَأَنَّ المهر يستحقُّه المولى؛ إذ هو عوض البضع المملوك له، و لا يُعقل استحقاقه شيئاً على نفسه و إن كان الدفع من العبد على ما تَضَمَّتته الرواية؛ لأنَّ ما بيده ملك للمولى (١).

و يمكن تطرُق القدح إليه أولاً: بابتناؤه على كون ذلك مهراً، و من المحتمل بل الظاهر المعترف به جماعه (٢)، و منهم المضعف كونه عطية محضه مندوباً إليها؛ جبراً لقلب الأمه، و رفعاً للعبد عندها منزلة، فيكون الأمر به تعبداً محضاً يلزم المصير إليه بعد ورود النصّ المعترف به جداً.

و ثانياً: بابتناؤه على عدم مالكيه المملوك، و هو محلّ كلام، و إن كان أقوى.

و ثالثاً: بكونه اجتهاداً صرفاً فى مقابله النصّ، فتأمل.

و كيف كان، فلا ريب أنه أحوط.

ثم المستفاد من النصّ أنه يكفى فى تزويج عبده لأتمته مجرد اللفظ الدالّ على الإذن فيه، و لا يشترط قبول العبد و لا المولى لفظاً.

و لا يقدر تسميته فيه كغيره نكاحاً، و هو يتوقّف على العقد.

و إيجابه إعطاء شيء و هو ينافى الإباحه، كالصحيح الصريح فى منع تحليل السيّد لعبده أتمته (٣).

لأنّ قوله: «يجزئه» ظاهر فى الاكتفاء بالإيجاب، و أظهر منه الصحيح

ص: ٣٩٠

١- الروضه ٣١٧: ٥.

٢- منهم الفاضل المقداد فى التنقيح ٣: ١٤٦، و المجلسى فى ملاذ الأخيار ١٢: ٢٠٩، و صاحب الحدائق ٢٣٩: ٢٤.

٣- التهذيب ١٠٦٢/٢٤٣، الإستبصار ٣٧/١٣٧، الوسائل ٣: ٤٩٥، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٣ ح ٢.

عن قول الله عزَّ و جلَّ وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ [١] (١) قال: «هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمتة، فيقول له: اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض، ثم يمسه، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردّها عليه بغير نكاح» (٢).

و نحوه الموثق: في المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمه، فيريد أن يجمع بينهما، أن ينكحه نكاحاً أو يجزئه أن يقول: قد أنكحتك فلاناً و يعطى من قبله شيئاً [أ] أو من قبل العبد؟ قال: «نعم، و لو مدّ، و قد رأيتُه يعطى الدراهم» (٣).

و الإعطاء إمّا على التعبد أو الاستحباب.

هذا، مضافاً إلى أن رفعه بيد المولى، و النكاح الحقيقي ليس كذلك؛ إذ رفعه بيد الزوج.

و أنّ العبد ليس له أهليته الملك، فلا- وجه لقبوله، و المولى بيده الإيجاب، و الجهتان (٤) ملكه، فلا- ثمره لتعليقه ملكاً بملك، نعم، يعتبر رضاه بالفعل، و هو يحصل بالإباحة الحاصلة بالإيجاب المدلول عليه بالرواية.

و الصحيح محمول على التقيّه، كما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

لكن الاحتياط بل اللازم عدم العدول في الإيجاب عمّا في النصّ

ص: ٣٩١

١- النساء: ٢٤.

٢- الكافي ٥: ٢/٤٨١، التهذيب ٧: ١٤١٧/٣٤٦، الوسائل ٢١: ١٤٩، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٥ ح ١.

٣- الكافي ٥: ٢/٤٨٠، التهذيب ٧: ١٤١٦/٣٤٦، الوسائل ٢١: ١٤٦، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٣ ح ٣، و ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

٤- أي الإيجاب و القبول. منه رحمه الله.

من لفظ «أنكحتك» وفاقاً للعلامة (١)، وخلافاً للحلبى، فاكتمى بكل ما يدل على الإباحه (٢).

وقيل: يعتبر القبول من العبد؛ إما لأنه عقد، أو لأن الإباحه منحصره فى العقد أو التمليك، وكلاهما يتوقف على القبول (٣).

و ربما قيل: يعتبر قبول المولى؛ لأنه الولى، كما يعتبر منه الإيجاب (٤).

و اعتبارهما أولى و أحوط؛ لاشتهار كون ذلك عقداً بين أصحابنا، و اعتضده الأصول المرعيه فى الفروج و إن خالفتها ظواهر النصوص السابقه.

و لو مات المولى كان للورثه الخيار فى الإجازه و الفسخ

و لو مات المولى المزوج أحدهما من الآخر كان للورثه الخيار فى الإجازه و الفسخ لانتقالهما إليهم، فيكون أمرهما بيدهم كالمورث، و لثبوت ذلك لكل من يتلقى الملك و إن لم يكن وارثاً، فالوارث أولى.

و لا خيار للأمه و لا للعبد قطعاً؛ لفقد المقتضى، مع أنه لا خلاف فيه كالسابق.

و فى الصحيح: فى رجل زوج أم ولد له عبداً له، ثم مات السيد، قال: «لا خيار لها على العبد، هى مملوكه للورثه» (٥).

الطوارئ ثلاثه

إشاره

ثم الكلام فى الطوارئ و مفسدات نكاح المماليك، وهى

ص: ٣٩٢

١- لم نعثر عليه.

٢- السرائر ٢: ٦٠٠.

٣- قال به فخر المحققين فى الإيضاح ٣: ١٤٦.

٤- انظر النهايه و نكتها ٢: ٣٤٦.

٥- التهذيب ٨: ٧٢٨/٢٠٦، الوسائل ٢١: ١٩٢ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٧٢ ح ١؛ بتفاوت يسير.

العتق

أمّا العتق: فإذا أعتقت الأمه التي قد زوجها مولاهما قبل العتق كمالاً تخيّرت في فسخ نكاحها مطلقاً كان العتق قبل الدخول أم بعده إذا كانت تحت عبد، إجماعاً من المسلمين كما حكاه جماعة (١)، و النصوص به من الطرفين مستفيضة:

منها الصحيح: عن المملوكه تكون تحت العبد ثم تُعتق، فقال:

«تخيّر، فإن شاءت قامت على زوجها، و إن شاءت فارقت» (٢).

و كذا لها الفسخ إن كان زوجها حرّاً على الأظهر الأشهر، سيّما إذا كانت مكرهه و استمرّ.

لإطلاق الخبر بل الصحيح كما اشتهر: «أيما امرأة أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت معه، و إن شاءت فارقت» (٣).

و خصوص المعتره، منها المرسل كالموثق: في رجل حرّ نكح أمه مملوكه، ثم اعتقت قبل أن يطلقها، قال: «هي أملك بيضعها» (٤).

و في معناه خبران آخران (٥) قصور سندهما كالأول إن كان منجبر

ص: ٣٩٣

١- منهم الشهيد الثاني في المسالك ٥١٣: ١، و انظر جامع المقاصد ١٠١: ١٣، و نهايه المرام ٢٨٤: ١.

٢- الفقيه ١٦٨٦/٣٥٢: ٣، التهذيب ١٣٤٣/٢: ١٤٠٧، الوسائل ١٦٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٥٢ ح ٧.

٣- التهذيب ١٣٩٤/٣٤١: ٧، الوسائل ١٦٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٥٢ ح ٨.

٤- التهذيب ١٣٩٩/٣٤٢: ٧، الوسائل ١٦٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٥٢ ح ١١.

٥- الأول في: التهذيب ١٣٤٢/٧: ١٤٠٠، الوسائل ١٦٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٥٢ ح ١٢. الثاني في: التهذيب

١٣٤٢/٧: ١٤٠١، الوسائل ١٦٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٥٢ ح ١٣.

بعمل الأعيان، مع عدم معارض لها في المقام، عدا الأصل، الذي يجب الخروج عنه بهذه الأخبار في المضمار.

فما في الشرائع و عن المبسوط و الخلاف من نفي الخيار (١) ضعيف جداً.

و ظاهر إطلاق الأخبار كأصالة بقاء الخيار عدم الفوريّ، إلّا أنّها متّفق عليها بين الجماعة كما حكاه طائفه (٢)؛ و هو الحجّج فيه إن تمّ، لا ما قيل من الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن (٣)، كيف؟ أو فوريّ الخيار على خلاف الأصل، و أصالة بقاء الزوجيّ و لزوم المناكحة بالعتق منقطعه، فينعكس الأصل و يصير مقتضياً لبقاء الخيار و عدم الفوريّ.

و ربما استدلّ (٤) عليها ببعض الروايات العامّيّه (٥)، من حيث اشتمالها على تعليق الخيار على العتق بالفاء المفيده للتعقيب بلا مهله.

و المناقشه فيه مع ضعفه واضحه، لكن لا خروج عمّا عليه الأصحاب.

ص: ٣٩٤

-
- ١- الشرائع ٢:٣١١، المبسوط ٤:٢٥٨، الخلاف ٤:٣٥٤، و قد حكاه عنهما في التنقيح ٣:١٤٧.
 - ٢- منهم صاحب المدارك في نهايه المرام ١:٢٨٦، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٦٢، و صاحب الحدائق ٢٤:٢٥٠.
 - ٣- قال به الشهيد الثاني في المسالك ١:٥١٣، و صاحب المدارك في نهايه المرام ١:٢٨٦.
 - ٤- التنقيح الرائع ٣:١٤٩، جامع المقاصد ١٣:١٠٢.
 - ٥- سنن البيهقي ٧:٢٢١، ٧:٢٢٢.

و لو أُخِّرَت الفسخ لجهلها بالعتق أو الخيار، فالظاهر عدم سقوطه كما قطع به الأصحاب؛ للأصل.

و فى الجهل بالفوريّه وجهان، و لعلّ الأقرب عدم السقوط؛ لما مرّ.

و كذا لو نسيت أحدها.

و الظاهر أنّه يُقبَل دعواها الجهل أو النسيان مع اليمين بشرط الإمكان فى حقّها؛ لأنّ ذلك لا يعرف إلّا من قبلها، و أصله الجهل مستصحبه جدّاً، فتأمل.

و لو أُعتق بعض الأمه فلا خيار؛ لتعلّق الحكم فى النصّ بحكم التبادر على كمال العتق، فيقتصر فيما خالف الأصل على مورده.

و لو كانت صغيره أو مجنونه ثبت لها الخيار عند الكمال، و ليس للمولى هنا تولّى الاختيار. و للزوج الوطاء قبله؛ لبقاء الزوجيّة ما لم تفسخ، و كذا القول قبل اختيارها و هى كامله، حيث لا ينافى الفوريّه، كما لو لم تعلم بالعتق.

و استثنى جماعه (١) تبعاً للعلامة (٢) صورته واحده، و هى ما إذا كانت لشخص جاريه قيمتها ثلث ماله، و هو يملك ثلثاً آخر، فزوجها بثلث آخر، ثم أعتقها فى مرض الموت قبل الدخول، فإنّه حينئذٍ لا يثبت لها خيار؛ لأنّ الفسخ من جانب الزوج قبل الدخول مسقط للمهر، فإذا سقطت انحصرت التركة فيها و فى الثلث الآخر، فلم ينفذ العتق فى جميعها، بل يبطل فيما زاد على ثلث التركة، و حينئذٍ يبطل خيارها؛ لأنّ الخيار إنّما هو مع عتقها كمالاً.

ص: ٣٩٥

١- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ٥١٤: ١، و استحسنته فى نهايه المرام ١: ٢٨٧ و الكفايه: ١٧٣.

٢- القواعد ٢: ٢٨.

كما مضى، فيكون ثبوته مؤدياً إلى عدم ثبوته، وهو دور، فتعين الحكم بانتفاء الخيار حينئذ.

و هو حسن إن أوصى بالعتق أو نجّزه و قلنا إنّ المنجزات كالوصايا تحسب من الثلث، كما هو الأشهر.

و ما ربما يستفاد من ظاهر العلامة من اشتراط وقوع التزويج في المرض كالعتق في الاستثناء غير ظاهر الوجه أصلاً كما لا يخفى، و بعدم الفرق بينه و بين الوقوع في الصحه صرح جماعة من أصحابنا (١).

و لا خيره للعبد إذا أعتق للأصل، و اختصاص النصّ المثبت لها بالأمة المعتقه، دون العكس.

و قياسه على الأول مع فساده عندنا غير صحيح هنا؛ لثبوت الفارق بثبوت تخلص العبد بالطلاق، دون الأمة، فليس لها دفع الضرر و التخلص منه إلّا بالفسخ و الفراق، فتأمل.

فالقول المحكي عن الإسكافي بثبوت الخيار له مطلقاً قياساً على الأمة (٢) ضعيف جداً، كضعف المحكي عن ابن حمزه من الموافقه له في صورته وقوع التزويج من العبد على الكراهه (٣)، و ربما أشعر باختياره عبارته العلامة (٤)، و لعله لا يخلو عن قوه بشرط استمرار الكراهه إلى حال الاختيار، و لعله مراد ابن حمزه و العلامة.

و كذا لا خيار لزوجه مطلقاً و إن كانت حرّه لما

ص: ٣٩٦

١- كالمحقق و الشهيد الثانيين في جامع المقاصد ١٠٣:١٣ و المسالك ٥١٤:١، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢:٦٣.

٢- حكاها عنه في المختلف: ٥٦٩.

٣- الوسيله: ٣٠٥ ٣٠٦.

٤- المختلف: ٥٦٩.

و للصحيح: قلت: فللحره الخيار عليه إذا أعتق؟ قال: «لا» [قد رضيت به و هو مملوك، فهو على نكاحه الأول] (١).

و لأنها قد رضيته عبداً فبأن ترضاه حرّاً أولى، و به وقع التصريح فى بعض أخبارنا: فى رجل زوج أمّ ولد له من عبد، فأعتق العبد بعد ما دخل بها، يكون لها الخيار؟ قال: «لا»، قد تزوّجته عبداً و رضيت به، فهو حين صار حرّاً أحقّ أن ترضى به» (٢).

و كما تتخير الأمه بعقها فيما مضى كذا تتخير الأمه لو كانا أى هى و زوجها- لمالك واحد أو مالكين مطلقاً بالتشريك كان أم لا- فأعتقا معاً، مقارناً كان عتقهما أم لا، بشرط عدم ما ينافى الفورى قطعاً، أو أعتقت هى خاصه دونه، بلا خلاف فيهما.

مضافاً إلى الصحيح فى الثانى: عن الرجل ينكح عبده أمته ثم أعتقها، تخير فيه أم لا؟ قال: «نعم، تخير فيه إذا أعتقت» (٣) و ما مضى من الإطلاقات أو العموم فيهما.

و لا ريب فى الحكم فى الأول (٤) مطلقاً على المختار. و الصحيح الدالّ بانقطاع نكاح المملوكين لمعتقهما بالعتق (٥)، شاذُّ نادر.

ص: ٣٩٧

١- الكافي ١/٤٨٧، التهذيب ٥: ١٤٨٧/٢٠٦، الوسائل ٨: ٧٢٦/٢٠٦، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٥٤ ح ١؛ و ما بين المعقوفين أضفناه من المصدر.

٢- التهذيب ٧: ١٤٠٥/٣٤٣، الوسائل ٧: ١٦٦، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٥٤ ح ٢.

٣- الكافي ٥: ٣/٤٨٦، التهذيب ٧: ١٤٠٤/٣٤٣، الوسائل ٧: ١٦١، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٥٢ ح ١.

٤- و هو صورته عتقهما معاً. منه رحمه الله.

٥- و قد تقدمت مصادره فى الهامش (١) أعلاه.

و يشكل على القول باختصاص الخيره لها بصوره ما إذا كانت تحت عبد لا مطلقاً، فيما إذا أعتقا معاً متقارنين أو أعتق العبد أولاً؛ لاستلزام ثبوت الخيار لها هنا ثبوته للأمه و هي تحت حرّ، و هو خلاف ما مضى، فالجمع بين الحكّمين ثمّه و هنا كما فعله الماتن فى الشرائع، و حكى عن الفاضل فى التحرير (١) غريب جداً.

و اعلم أنّ من الأصول المسلّمه: أنّه لا يجوز تزويج الرجل بأتمته بمهر مطلقاً، إلّا فى صورته واحده، و هي أن يتزوّجها، و يجعل العتق منه لمجموعها صداقها فيقول: قد تزوّجتك و أعتقتك، و جعلت مهرك عتقتك.

و المستند فى الاستثناء: إجماع أصحابنا، و به استفاض أخبارنا (٢)، بل ربما ادّعى تواترها (٣)؛ و بهما يظهر الجواب عمّا قيل: إنّّه كيف يتزوّج جاريتته، و كيف يتحقّق الإيجاب و القبول و هي مملوكه (٤)؟! و ما قيل من أنّ المهر يجب أن يكون متحقّقاً قبل العقد، و ليس كذلك مع تقديم التزويج كما هو المشهور، و أنّه يلوح منه الدور، فإنّ العقد لا يتحقّق إلّا بالمهر الذى هو العتق، و العتق لا يتحقّق إلّا بعد العقد (٥).

مندفع بمنع اعتبار تقديمه، بل يكفى مقارنته للعقد، و هو هنا كذلك؛ و بمنع توقّف العقد على المهر و إن استلزمه، و إذا جاز العقد على الأمه و هي صالحه لأنّ تكون مهراً لغيرها جاز جعلها أو فكّ ملكها مهراً

ص: ٣٩٨

١- الشرائع ٢:٣١١، التحرير ٢:٢٤.

٢- الوسائل ٢١:٩٦ أبواب نكاح العيب و الإمام ب ١١.

٣- جامع المقاصد ١١٨:١٣.

٤- النهايه و نكتها ٢:٣٩٣.

٥- النهايه و نكتها ٢:٣٩٣.

لنفسها؛ مع أنّ ذلك كلّه فى مقابلته النصّ الصحيح، فلا يسمع، و حيث اختصّ بنا أنكره مخالفتونا، و جعلوه من خصائص نبينا سلام الله عليه.

و يشترط فى صحه هذا الترويج على الأشهر تقديم لفظ الترويج فى العقد على العتق كما عبرنا فى المثال.

لئلا تعتق، فلا تصلح لجعل عتقها مهراً.

و لأنها بالعتق لو قدّم تملك أمرها، فلا يصحّ تزويجها بدون رضاها.

و للخبرين، أحدهما الصحيح: عن رجل قال لأتمته: أعتقتك و جعلت مهر ك عتقك، فقال: «عتقت و هى بالخيار، إن شاءت تزوّجته، و إن شاءت فلا» فإن تزوّجته فليعطها شيئاً، فإن قال: قد تزوّجتك و جعلت مهر ك عتقك، فإنّ النكاح واقع بينهما و لا يعطيها شيئاً (١)، و هو مروى فى قرب الإسناد كذلك، إلّا أنّه بدل. النكاح واقع: «كان النكاح واجباً» (٢).

و فى الجميع نظر، أمّا فيما عدا الخبر فبعدم لزوم العتق و ملكيه الأمر إلّا بعد انقضاء تمام الصيغه المشتمله على الأمرين، و بعده كما يلزم العتق و ملكيه الأمر كذا يلزم الموجب لهما و هو النكاح؛ لمساواتهما فى الاندراج تحت الصيغه التى يترتب على تمامها لزوم الأول.

و أمّا فيه فلاحتمال استناد المنع فيه إلى عدم التصريح بلفظ الترويج المعتبر التصريح به عند الكلّ كما قيل (٣) لا تقديم العتق، و هو غير المتنازع؛ مع معارضتهما لما سيأتى من الأخبار.

ص: ٣٩٩

١- التهذيب ٧١٠، ٢٠١، ٧٠٩، ٨، الإستبصار ٧٦٠، ٢١٠، ٧٥٩، ٣، الوسائل ٩٨، ٩٩، ٢١: أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١٢ ح ١، ٢.

٢- قرب الإسناد: ٩٩٣/٢٥١.

٣- انظر روضه المتقين ٨: ٢٤٤ و الوسائل ٢١: ٩٩.

وقيل: هو الشيخان (١) - يشترط تقديم العتق على التزويج، فيقول: أعتقتك و تزوّجتك و جعلت صداقك عتقك؛ استناداً إلى بطلان تزويج المولى بأتمته.

و يضعّف بما مرّ في الجواب عمّا عدا الخبر في القول الأشهر، وبأنّه يستلزم عدم جواز جعل العتق مهراً؛ لأنّه لو حكم بوقوعه بأول الصيغه امتنع اعتباره في التزويج المتأخّر؛ مع أنّ ذيل الصحيحه المتقدّم صريح في الجواز.

فإذاً الأظهر جواز الأمرين وفاقاً لأكثر المتأخّرين؛ أمّا البدأه بالتزويج فللصحيح المتقدّم؛ و أمّا العكس فللعمومات، و ظواهر المعتمده المستفيضه، منها الحسن: «إذا قال الرجل لأتمته: أعتقتك و أتزوجك و جُعِلَ صداقك عتقك، فهو جائز» (٢) و نحوه الحسن الآخر (٣) و الموقّت (٤) و الخبر (٥).

و لو احتيط بالأشهر كان أجود؛ لقوّه الشبهه فيه؛ لاعتضاد خلاف الاحتمال المتقدّم في الصحيح المبنيّ عليه الاستدلال للمشهور بفهمهم، و إن لم يكن له في نفسه ظهور، إلّا بمعونه المفهوم في الذيل، المضعّف اعتباره فيه باحتمال تعلّقه بخصوص التزويج؛ بناءً على الاحتمال المتقدّم،

ص: ٤٠٠

١- المفيد في المقنعه: ٥٤٩، الطوسي في الخلاف ٤: ٢٦٨.

٢- الكافي ٥: ٣/٤٧٦، الوسائل ٢١: ٩٦ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١١ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٣- الكافي ٥: ١/٤٧٥، الوسائل ٢١: ٩٧ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١١ ح ٣.

٤- التهذيب ٨: ٧٠٧/٢٠١، الإستبصار ٣: ٧٥٧/٢٠٩، الوسائل ٢١: ٩٧ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١١ ح ٦.

٥- الكافي ٥: ٢/٤٧٦، التهذيب ٨: ٧١٥/٢٠٢، الإستبصار ٣: ٧٦٤/٢١١، الوسائل ٢١: ٩٧ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١١ ح ٤.

الموجب لظهور السياق منطوقاً و مفهوماً في الحكم لخصوص التزويج نفيًا و إثباتاً.

و في وجوب قبول الأمه بعد تمام الصيغه أم العدم، قولان، ناشئان من اشتمال الصيغه على عقد النكاح المركب شرعاً من الإيجاب و القبول، و لا يمنع منه كونها حال الصيغه رقيقه؛ لأنها بمنزله الحرّه حيث تصير حرّه بتمامه، فرقيتها غير مستقرّه، و لو لا ذلك امتنع تزويجها.

و من أنّ مستند شرعيّه هذه الصيغه هو النقل المستفيض عنهم عليهم السلام، و ليس في شيء منه ما يدلّ على اعتبار القبول، و لو وقع لنقل؛ لأنّه ممّا يعمّ به البلوى. و أنّ حِلّ الوطء مملوك له، فهو بمنزله التزويج، فإذا أعتقها على هذا الوجه كان في معنى استثناء بقاء الحلّ من مقتضيات العتق. و أنّ القبول إنّما يعتبر من الزوج لا من المرأه، و إنّما وظيفتها الإيجاب و لم يقع منها.

و هذا أشهر و أقوى، لا- لما ذكر لتطرق الوهن إلى جملتها، كتطرقه إلى الوجه للقول الذي مضى بل لما مضى من الصحيح الصريح في نفي مشيئتها و اختيارها عن الزوجيه (1)، و لزومها بما ذكر في ذيلها من الصيغه، سيّما على النسخه الأخيره. و لو شرط القبول في الصحه لانتفت بانتفائه، فلم يكن النكاح بمجرد تلك الصيغه واجباً و لازماً، و هو خلاف نصّه.

نعم، الأحوط ذلك؛ لأصالة بقاء أحكام الأمتيه، و عدم ترتّب أحكام الزوجيه، و ظاهر الموثّقه: عن رجل له [زوجه و] سريّه، يبدو له أن يعتق سريته و يتزوّجها، قال: «إن شاء شرط عليها أنّ عتقها صداقها، فإنّ ذلك

ص: ٤٠١

١- راجع ص ٣٩٦.

حلال، أو يشترط عليها إن شاء قسم لها، و إن شاء لم يقسم، و إن شاء فضل الحرّه، فإن رضيت بذلك فلا بأس» (١) فتأمل.

ثم إن ظاهر إطلاق أكثر النصوص و الفتاوى الاكتفاء فى العتق الممهوره به بذكره فى الصيغه بغير لفظ الإعتاق، كقوله: جعلت عتقك صدائقك؛ و ربما استدلل له بالصحيح (٢). فإن قال: قد تزوّجتك و جعلت مهر ك هذا الثوب، فإنّها تملكه بتمام العقد، من غير احتياج إلى صيغه تملكك، فكذا إذا جعل مهراً، فإنّها تملكك نفسها، و لا- حاجه للعتق إلى صيغه أخرى. و قولهم: تملكك نفسها، مجاز، من حيث حصول غايه الملك، فلا يرد عليه: أنّ الملك إضافه فلا بُدّ فيها من تغاير المضافين بالذات.

خلافاً للمحكى عن ظاهر المفيد و الحلبي، فاعتبرا لفظ الإعتاق و نحوه من الألفاظ الصريحه فى العتق (٣)؛ لعدم وقوعه إلّا بها. و هو أحوط.

و ربما كان فيما قدّمناه من المعتبره لتجويز تقديم لفظ العتق على التزويج (٤) عليه دلالة؛ إذ مفهوم ما مضى من الحسن اشترط ذكر لفظ الإعتاق فى جواز الصيغه و نفوذ حكمها، مضافاً إلى ظهور كثير من أخبار الباب فيه.

ففى الموثّق: «أيما رجل شاء أن يعتق جاريته و يتزوّجها و يجعل

ص: ٤٠٢

١- الكافى ٥/٤٧٦، الوسائل ٢١:١٠١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ١٤ ح ١؛ و ما بين المعقوفين من المصدر.

٢- المتقدم فى ص ٣٩٦.

٣- حكاها عنهما فى التنقيح ٣:١٥١، و جامع المقاصد ١٣:١٢١.

٤- راجع ص ٣٩٧ ٣٩٨.

صداقها عتقها فعل» (١).

و في الخبر: «إن شاء الرجل أعتق وليدته و جعل عتقها مهرها» (٢).

و بهذه الظواهر مضافاً إلى الأصل يقيد إطلاق ما مرّ من النصوص، مع احتمال الاتكال فيها و الحواله إلى الظهور، و هو أحوط لو لم يكن أقوى.

و حيث كان الحكم في هذه الصورة مخالفاً للأصول المقرّره، و جب الاقتصار فيها على القدر المتيقّن و المتبادر من النصوص الواردة فيها، و ليس إلّا عتق الجميع، فالتعدّي إلى عتق البعض للإطلاق ضعيف جداً.

و أمّ الولد للمولى رقّ إجماعاً؛ للأصل، و انتفاء ما يوجب العتق عليه أو على الولد و لكن إن كان ولدها باقياً تشبّثت بذيل الحرّيه في الجملة.

و لو مات الولد في حياه أبيه جاز بيعها لعودها إلى الرّقبة المحضه.

و تنعتق بموت المولى من نصيب ولدها: من نفسها إن وفي بها، أو منها و من غيرها من التركة إن كان مع عدم الوفاء؛ لانعتاق المملوك له منها عليه كلّاً أو بعضها؛ لعموم ما دلّ على انعتاق الوالدين على الولد إذا ملكهما (٣). و أمّا انعتاق المتخلف الزائد عن نصيبه منها من نصيبه من

ص: ٤٠٣

١- التهذيب ٢٠١/٧٠٦، الإستبصار ٢٠٩/٧٥٦، الوسائل ٩٧:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١١ ح ٥.

٢- التهذيب ٢٠١/٧٠٨، الوسائل ٩٨:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١١ ح ٧؛ بتفاوت يسير.

٣- الوسائل ١٨:٢٣ أبواب العتق ب ٧.

التركة فلعوم النصوص بانعاقها من نصيب ولدها (١)، الشامل لنصيبه منها و من أصل التركة.

و لو عجز النصب له منها و من أصل التركة عن فكها كماً سعت هي خاصه في الأشهر في فك المتخلف منها.

و لا يلزم الولد شراؤه و فكّه من ماله من غير التركة، خلافاً للمبسوط، فأوجهه (٢).

و لا السعي في فكّه مع عدم المال على الأشبه الأشهر هنا و في السابق، خلافاً لابن حمزه هنا، فأوجب السعي (٣).

و مستندهما غير واضح كما صرح به جماعه (٤)، مع مخالفتهما للأصل، و لظواهر النصوص الحاكمة بانعاقها عليه من نصيبه، المشعره باختصاص ذلك بالنصيب، و إلا لعبر بانعاقها عليه من ماله، فتدبر.

مضافاً إلى صريح الخبر: «و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها، و تستسعى في بقيه ثمنها» (٥).

نعم، ذكر ابن المفلح بعد نسبه الأخير إليهما: -الروايه يونس بن يعقوب (٦). و لم أقف عليها، و لا على ما يحتمل الدلاله عليه، سوى الخبر

ص: ٤٠٤

١- انظر الوسائل ٢٣: ١٧٥ أبواب الاستيلاء ب ٦.

٢- المبسوط ٦: ١٨٥.

٣- الوسيله: ٣٤٣.

٤- منهم صاحب المدارك في نهايه المرام ١: ٢٩٣، و السبزواري في الكفايه: ١٧٣، و صاحب الحدائق ٢٤: ٢٦٩.

٥- الكافي ٦: ١٩٣، التهذيب ٨: ٨٦٣/٢٣٩، الوسائل ٢٣: ١٧٣ أبواب الاستيلاء ب ٥ ح ٣.

٦- و كذا قد استدل بها السيوري في تنقيح الرائع ٣: ١٥٥، و الظاهر أنّ المراد منها ما ذكره الصدوق في الفقيه ٣: ٢٨/٢٦١، و الشيخ في التهذيب ٧: ١٩٣٩/٤٨٢، و لا يخلو عن وجه.

المشار إليه؛ بناءً على احتمال تبديل التاء الأولى في: «تستسعى» بالياء، لكنّه مضبوط كما ذكرنا من دون تبديل.

و تمام الكلام يأتي في بحث الاستيلاد إن شاء الله تعالى؛ و إنما ذكر ذلك هنا ليتفرّع عليه بعض ما سيجيء (1)، فإنّه من مسائل النكاح.

و تباع مع وجود الولد في ثمن رقبته إذا لم يكن غيرها بلا- خلاف عندنا مع وفاه المولى، بل مطلقاً على الأظهر الأشهر بين أصحابنا.

لإطلاق الخبر: عن أمّ الولد تباع في الدين؟ قال: «نعم في ثمن رقبته» (2) و قصور السند بالشهره انجبر.

و للصحيح: «أيما رجل اشترى جاريه، فأولدها، ثم لم يؤدّ ثمنها، و لم يدع من المال ما يؤدّي عنه، أخذ ولدها منها و بيعت و أدّى ثمنها» قلت: فيبعت فيما سوى ذلك من دين؟ قال:

«لا» (3). و في شموله لحياه المولى إشكال؛ لظهور قوله فيه: «و لم يدع من المال ما يؤدّي عنه» في البيع بعد الموت، فلا يتم الاستدلال به على الجواز مطلقاً، و لذا قيل: إنّ القول بالمنع هنا لا يخلو عن قوّه و إن كان في غايه الندره (4).

و ربما يمكن أن يوجّه بمنع انحصار وجه البيع و الأداء عنه في

ص: ٤٠٥

١- من قوله: و لو اشترى الأمه نسيئه، إلى آخره. منه رحمه الله.

٢- الكافي ٦: ٢/١٩٢، التهذيب ٨: ٨٥٩/٢٣٨، الوسائل ١٨: ٢٧٨ أبواب بيع الحيوان ب ٢٤ ح ٢.

٣- الكافي ٦: ٥/١٩٣، التهذيب ٨: ٨٦٢/٢٣٨، الوسائل ١٨: ٢٧٨ أبواب بيع الحيوان ب ٢٤ ح ١.

٤- نهاية المرام ١: ٢٩٤.

الموت؛ إذ غايته الدلالة على عدم مباشرته لهما، والسبب فيه أعمّ منه، فلعلّله الغيبه أو الممانعه و اللّي عن أداء المال بالمرّه، فيتولّاهما (١) حاكم الشرع البتّه؛ و ربما يؤيّد العموم سؤال الراوى عدياً سوى الثمن من الديون، و لم يسأل عنه فى حال حياه السيّد و أنّه هل تباع فيها كحال الموت أم لا، و هو مشعر بفهمه العموم من الكلام، بحيث يشمل حال الموت و الحياه، فتأمل.

و يأتى تمام التحقيق فيه فى بحثه بعون الله و توفيقه.

و لو اشترى الأمه نسيئته، فأعتقها و تزوجها، و جعل عتقها مهرها، فحملت، ثم مات و لم يترك ما يقوم بثمانها، فالأشبه الأشهر سيّما بين المتأخّرين أنّ العتق لا يبطل و كذا التزويج؛ لوقوعهما من أهلها فى محلّهما.

و لا يرقّ الولد لنشوئه بين حرّين، فيتبعهما إجماعاً.

و قيل: هو الإسكافى و الطوسى و القاضى (٢) -: تباع فى ثمنها، و يكون حملها كهيتها فى الرقيه.

لروايه هشام بن سالم الصحيحه، المرويّه فى الكافى و موضع من التهذيب عنه عن مولانا الصادق عليه السلام (٣)، و فى موضع آخر منه عنه، عن أبى بصير عنه عليه السلام (٤)، فهى مضطربه عند مشهور الطائفه، و فيها: عن رجل

ص: ٤٠٦

١- أى البيع و الأداء. منه رحمه الله.

٢- حكاه عن الإسكافى فى التنقيح ٣: ١٥٦، الطوسى فى النهايه: ٤٩٨، القاضى فى المهذب ٢: ٢٤٨.

٣- الكافى ١/ ١٩٣، التهذيب ٨: ٨٣٨/ ٢٣١، الوسائل ٥٠: ٢٣ أبواب العتق ب ٢٥ ح ١.

٤- التهذيب ٨: ٧١٤/ ٢٠٢، الوسائل ١٩١: ٢١ أبواب نكاح العيب و الإمام ب ٧١ ح ١.

باع جاريه بكرة إلى سنه، فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد، و تزوجها، و جعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال عليه السلام: «إن كان للذى اشتراها إلى سنه مال، أو عقده (١) تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته، كان عتقها و نكاحها جائزاً، و إن لم يملك ما يحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته كان عتقه و نكاحه باطلاً؛ لأنه أعتق ما لا يملك، و أرى أنها رقب لمولاه الأول» قيل له: فإن كان علق من الذى أعتقها و تزوجها، ما حال الذى فى بطنها؟ قال: «الذى فى بطنها مع أمه كهيتها». و هى و إن صحت سندها إلا أن باضطرابها و مخالفتها الأصول القطعية المجمع عليها، المعتضده بالشهره هنا لا يجسر فى تخصيصها بها، و قد ورد فى رواياتنا: أنهم عليهم السلام أمرونا بعرض ما يرد علينا من أخبارهم بسائر أحكامهم، ثم قبول ما وافقها و طرح ما خالفها (٢)، و الأمر هنا كذلك جداً، و لذا تفادياً من طرحها تأولها جماعه من أصحابنا (٣) بتأويلات بعيدة جمعاً بينها و بين الأصول المرعية لكن لا يلائم شىء منها الروايه، و لذا أن المصنف تبعاً للحلى (٤) أطحها رأساً، و تبعهما جماعه (٥).

البيع

و أما البيع: فإذا بيعت الأمه ذات البعل حرّاً كان أو عبداً، كانا لمالك أو مالكين، بالتشريك بينهما أو الانفراد تخير المشتري واحداً

ص: ٤٠٧

١- العقده بالضم الضيعه و العقار. القاموس المحيط ٣٢٧: ١.

٢- الوسائل ١٠٦: ٢٧ أبواب صفات القاضى ب ٩.

٣- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ٥١٥: ١، و السبزوارى فى الكفايه: ١٧٣، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٦٤: ٢.

٤- السرائر ٦٣٩: ٢، و ١٤: ٣.

٥- منهم الفاضل الآبى فى كشف الرموز ١٦٩: ٢، و صاحب المدارك فى نهايه المرام ٢٩٧: ١.

كان أم متعدداً في الإجازة إجازة النكاح السابق و الفسخ مطلقاً كان البيع قبل الدخول أم بعده إجماعاً، حكاة جماعه (١)، و للصحاح المستفيضه و غيرها من المعتمره:

منها الصحيح: عن رجل يزوج أمته من رجل حرّ أو عبد لقوم آخرين، إله أن يتزعا منه؟ قال: «لا، إله أن يبيعا، فإن باعا فشاء الذى اشتراها أن يفرق بينهما فرّق بينهما» (٢).

تخييراً على الفور بلا- خلاف فى الظاهر، و ظاهرهم الإجماع عليه؛ للخبر: «إذا بيعت الأمه و لها زوج، فالذى اشتراها بالخيار، فإن شاء فرّق بينهما، و إن شاء تركها معه، فإن هو تركها معه فليس له أن يفرّق بينهما بعد التراضى» (٣)، فتأمل.

و يؤيده ما مرّ مراراً من النصوص فى: أنّ سكوت الموالى بعد بلوغ تزويج العبد إليهم إجازة له (٤)، فافهم.

إله مع الجهل بالخيار، فله ذلك بعد العلم على الفور بلا خلاف؛ للأصل، و عدم تبادل مثله من النصّ.

و فى إلحاق الجهل بالفوريّه به، و جهان و قولان، مقتضى الأصل (٥):

الأول، و إطلاق النصّ مع ما قيل من لزوم الاقتصار فيما خالف الأصل

ص: ٤٠٨

١- منهم المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١٣: ١٤٠، و صاحب المدارك فى نهايه المرام ١: ٢٩٧، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٦٥.

٢- التهذيب ٧: ١٣٨٨/٣٣٩، الإستبصار ٣: ٧٤٥/٢٠٦، الوسائل ٢١: ١٨١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٤ ح ٥.

٣- الفقيه ٣: ١٦٨٢/٣٥١، الوسائل ٢١: ١٥٦ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٤٨ ح ١.

٤- راجع ص ١٠٤.

٥- أى أصاله بقاء الخيار. منه رحمه الله.

على المتيقن (١)-:الثانى،إلّا أنّ ثانى الوجهين له مضى ما فيه من أنّ الأصل الذى قدّمناه أخصّ منه.نعم،التمسك بإطلاق النصّ حسن إن حصل الجابر له هنا،فتأمل جدّاً.

و كذا لو بيع العبد و تحته أمه فللمشتري الخيار فى فسخ النكاح و إبقائه،بلا خلاف كما حكى (٢)؛ للصحيح:«طلاق الأمه بيعها أو بيع زوجها» (٣).

و اختلفوا فى ثبوت الحكم كذا لك لو كانت تحته حرّه، فالحلّى (٤) و جماعه (٥) إلى العدم؛ للأصل،و اختصاص المثبت للحكم بغير محلّ الفرض،مع حرمة القياس.

و قيل كما عن الطوسى و القاضى و ابن حمزه و العلّامة (٦)،بل حكى الشهره عليه جماعه (٧)بثبوت الحكم كذلك لو كان تحته حرّه؛ لروايه فيها ضعف منجبر بالشهره:«إذا تزوّج المملوك حرّه فللمولى أن يفرّق بينهما،فإن زوّجه المولى حرّه فله أن يفرّق بينهما» (٨)،و ليس

ص:٤٠٩

١- قال به السبزوارى فى الكفايه:١٧٤،و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٦٥.

٢- حكاه فى الكفايه:١٧٤،و الحدائق ٢٧٧:٢٤.

٣- الكافى ٤/٤٨٣،٥،التهذيب ٧:١٣٨٢/٣٣٧،الإستبصار ٣:٧٥٢/٢٠٨،الوسائل ٢١:١٥٤،أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٧ ح ١.

٤- السرائر ٢:٥٩٨.

٥- كالفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٣:١٦١،و الشهيد الثانى فى المسالك ١:٥١٧،و سبطه فى نهايه المرام ١:٣٠٠.

٦- حكاه عنهم فى الإيضاح ٣:١٦٠،و هو فى النهايه:٤٧٧،و المهذّب ٢:٢١٩،و الوسيله:٣٠٦،و المختلف:٥٦٧.

٧- منهم ابن فهد الحلّى فى المهذب البارع ٣:٣٤٩،و السبزوارى فى الكفايه:١٧٤،و صاحب الحدائق ٢٤:٢٧٨،و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٦٥.

٨- التهذيب ٧:١٣٨٧/٣٣٩،الوسائل ٢١:١٨١،أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٦٤ ح ٤.

التفريق بغير البيع إجماعاً، فانحصر في البيع.

و الأجدد الاستدلال عليه بالتعليل في الخبرين:

في أحدهما المعتبر بوجود المجمع على تصحيح رواياته في سنده، فلا يضره اشتراك راويه-: عن رجل اشترى جاريه يطؤها فبلغه أن لها زوجاً، قال: «يطؤها، إن بيعها طلاقها؛ وذلك أنهما لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا» (١).

و في الثاني: عن امرأه حره تكون تحت المملوك فتشتريه، هل يبطل نكاحه؟ قال: «نعم؛ لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء» (٢).

مضافاً إلى إطلاق بعض الأخبار المنجبر قصور سنده بالاشتهار-: «و إن بيع العبد، فإن شاء مولاه الذي اشتراه أن يصنع مثل الذي صنع صاحب الجارية فذلك [له]، و إن سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم» (٣).

و يؤيد الإطلاق و يقربه إلى المطلوب تشبيه مشتري العبد بمشتري الجارية، و أن له أن يصنع بنكاح العبد مطلقاً ما لمشتري الأمه مطلقاً أن يصنع بنكاحها ما شاء، و لا- خلاف في ثبوت الحكم فيها لو كانت تحت حر، فينبغي إجراء الحكم هنا كذلك، و الاحتياط لا يترك.

ثم إن ظاهر الحكم بالخيار للمشتري في العبد و الأمه إذا كان الآخر رقاً يقتضى اختصاص الخيار بالمشتري، فليس لمولى الآخر اعتراض مع

ص: ٤١٠

١- الكافي ١/٤٨٣، الوسائل ١٥٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٧ ح ٢.

٢- الكافي ٤/٤٨٥، التهذيب ٨: ٧٢٤/٢٠٥، الوسائل ١٥٨: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٩ ح ٢.

٣- الفقيه ٣: ١٦٨٢/٣٥١، الوسائل ١٥٦: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٨ ح ١؛ و ما بين المعقوفين من المصدر.

إجازه المشتري، و هو أحد القولين في المسألة و أشهرهما و أظهرهما؛ للأصل، و انتفاء المخرج عنه؛ لاختصاصه بالمشتري، و الإلحاق قياس لا نقول به.

خلافاً للطوسي و القاضي و المختلف (١). و هو ضعيف.

و لو كانا أي المملوكان المزوج أحدهما من الآخر - لمالك واحد فباعهما لاثنين بالتشريك أو الانفراد فلكل منهما الخيار بلا خلاف؛ للإطلاق. فإن اتفقا على الإبقاء لزم، و لو فسخا أو أحدهما انفسخ؛ و وجهه واضح.

و كذا لو باع المالك الواحد لهما أحدهما لم يثبت العقد، بل مترزل ما لم يرض بالنكاح كل واحد منهما أمّا المشتري فواضح؛ لإطلاق النصوص (٢).

و أمّا البائع فعُلِّل (٣) بإطلاقها بأن البيع طلاق؛ إذ معناه: ثبوت التسلُّط على فسخ العقد المتناول لهما.

و باشتراكهما في المعنى المقتضى لجواز الفسخ فإن المشتري كما يتضرر بتزويج مملوكه لغير مملوكه كذلك البائع، و حينئذ يتوقف عقدهما على رضا المتبايعين معاً.

و ربما يضعف الأول بمنع كون البيع طلاقاً بالمعنى المتقدم مطلقاً، بل ظاهر النصوص اختصاصه بالإضافه إلى المشتري، ألا ترى إلى الحسن (٤)

ص: ٤١١

١- الطوسي في النهاية: ٤٧٩، القاضي في المهذب ٢: ٢١٨، المختلف: ٥٦٨.

٢- الوسائل ٢١: ١٥٤، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٧.

٣- انظر المسالك ١: ٥١٧.

٤- الكافي ٥: ٣/٤٨٣، التهذيب ٨: ٧٠٠/١٩٩، الإستبصار ٣: ٧٥١/٢٠٨، الوسائل ٢١: ١٥٤، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٧ ح ٤.

المفزع قوله عليه السلام: «فإن شاء المشتري فرّق بينهما، وإن شاء تركهما على نكاحهما» على قوله: «من اشترى مملوكه لها زوج فإنّ بيعها طلاقها؟!» والثاني: بأنّه استنباط من غير نصّ، وهو قياس لا نقول به.

و يمكن المناقشه في الأول: بأنّ التفريع لا يوجب التخصيص، فقد يكون أحد آثار المفزع عليه، فافهم.

و الأجود الاستدلال على ذلك في مفروض (1) العبارة بأصالة بقاء الخيار للبائع؛ إذ هو قبل بيع أحدهما كان له فسخ نكاحهما من دون طلاق إجماعاً و نصّاً كما يأتي (2) فكذا بعده؛ للأصل، فعدم ثبوت الخيار يحتاج إلى دليل؛ لمخالفته الأصل هنا.

نعم، لو كان مالك الآخر الذي لم يُبع غير البائع اتّجه القول بمنع الخيار؛ لمخالفته الأصل، فيحتاج ثبوته إلى دليل.

فظهر الفرق بين المقامين، وهو ظاهر المتن و حكى عن جماعه (3)؛ و لعلّ وجهه ما ذكرنا إن لم يكن الاستناد إلى إطلاق النص، و إلّا فالوجه عدم الفرق و ثبوت الخيار في المقامين؛ التفاتاً إلى تخصيص الأصل المتقدّم به.

و كيف كان، فالقول بثبوت الخيار للبائع المالك للآخر الذي لم يُبع مشهورٌ و متوجّه قطعاً، بل القول بإطلاق الثبوت غير بعيد جدّاً.

و لو حصل منهما أولاد كانوا لمواليّ الأبوين على الأشهر الأظهر.

خلافاً للقاضي، فلمولى الأمّ خاصّه (4). و هو ضعيف.

ص: ٤١٢

١- و هو كون مالك الذي لم يُبع هو البائع. منه رحمه الله.

٢- في ص ٤١٧.

٣- حكاه عنهم السبزواري في الكفايه: ١٧٤.

٤- المهذب ٢: ٢١٨.

و يملك المولى للأمه المهر لها بالعقد لمقابلته للبضع المملوك له. فإن دخل الزوج استقرّ، ولا يسقط لو باع بعده مطلقاً أجاز المشتري أم لا لاستقراره به في الحرّه و الأمه لحصول مقصود المعاوضه، حتى لو طلق الزوج و الحال هذه لم يسقط منه شيء بلا خلاف، فعدم السقوط بالبيع أولى، و لا خلاف فيه كالسابق على الظاهر.

و الوجه واضح في النكاح الدائم، و يشكل في المنقطع؛ لتوزع المهر على البضع، و توقّف استحقاقها أو المولى منه على استيفاء القدر المقابل له، و مقتضاه كونه بإزاء البضع شيئاً فشيئاً، فاستحقاق المولى تمام المهر لا وجه له مطلقاً مع عدم استيفاء البضع بفسخ المشتري أو معه بعدمه و إمضائه، بل ينبغي أن لا يكون له إلا ما قابل البضع المستوفى في ملكه، و أما الباقي فينبغي أن لا يستحقّه أحد أصلاً على الأول (١)، أو يأخذه المشتري خاصّه على الثاني (٢). و لعلّ مرادهم الدائم، فتأمل.

أما لو باع قبل الدخول، سقط المهر إن لم يجر المشتري؛ لأنّه بمنزله الفسخ و قد جاء من قبل المستحقّ له و هو المولى فلا شيء له منه قطعاً، قبض منه شيئاً أم لا. و يسترده منه الزوج على الأول في المشهور بين الأصحاب.

خلافاً للمحكّي عن المبسوط، حيث أطلق أنّه إن قبض المهر كان له النصف و ردّ النصف (٣)؛ لأنّ البيع طلاق كما في النصوص (٤)، و هو موجب

ص: ٤١٣

١- أي مع فسخ المشتري. منه رحمه الله.

٢- أي عدم فسخه و إمضائه. منه رحمه الله.

٣- المبسوط ١٩٨: ٤.

٤- الوسائل ١٥٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٧.

و ربما يضعف بمجازيّه إطلاق الطلاق على البيع، و هو أعمّ من الحقيقه، و الأصل المجازيّه؛ لضعف الاشتراك، فإطلاقه عليه استعاره أو تشبيه يقتضيان الشركه مع المستعار منه أو المشبّه به فيما هو المتبادر من أحكامهما، و ليس التصنيف بمتبادر منها في سياق النصوص جدّاً، بل الظاهر من سياقها ثبوت أصل التفريق و تزلزل النكاح به، و لذا فرّع عليه في بعضها ثبوت الخيار للمشتري، فتأمل جدّاً.

مع أنّه لا- قائل بكونه كالطلاق في أحكامه، بل مجمع على فساده؛ لاتّفاقهم على عدم اشتراطه بشرائطه و تعلّق باقي أحكامه به، فعموم المنزله لو سلّم هنا لكان موهوناً بخروج الأكثر، المانع عن العمل به على الأصحّ الأشهر.

و إن أجاز المشتري كان المهر له في الأشهر بين متأخري الأوصحاب؛ لأنّ الإجازة كالعقد المستأنف؛ لانقطاع العقد الأول بالبيع؛ لأنّه طلاق كما مرّ.

و فيه ما مرّ؛ مع أنّ ظاهر النصوص صحّحه الأول بالإجازة، مضافاً إلى أنّ اللازم من هذا تصنيف المهر بالبيع كالطلاق كما عن المبسوط (١) لا سقوط الجميع عن البائع و ثبوته للمشتري خاصّه.

و علل أيضاً بانتقال البضع إلى المشتري و تعدّر تسليمه على البائع، فانتفى العوض من قبله، و إذا انتفى العوض من قبله و جب أن يسقط استحقاقه له، و يصير للثاني مع الإجازة؛ لصيروره العوض حقاً له (٢).

١- المبسوط ١٩٨: ٤.

٢- انظر جامع المقاصد ١٤٦: ١٣.

و يضعف بأن انتفاء العوض إنما يتحقق بفسخ المشتري، و معه لا ريب في سقوطه و نفي استحقاقه عنه؛ لمجيء الفرقه من قبله. و أما مع عدمه و إمضائه و تسليمه للمعوض بالفعل فلا.

قيل: و يحتمل قوياً القول بكون المهر للأول مع إجازة الثاني؛ لدخوله في ملكه بالعقد، و الإجازة تقرير له، و ليست عقداً مستأنفاً؛ و يؤيده الأصل و اتفاق الأصحاب ظاهراً و قد حكاها جماعة على أن الأمه المزوجه إذا أعتقت قبل الدخول فأجازت العقد يكون المهر للسيد، و الحكم في إجازة الأمه بعد العتق أو إجازة المشتري واحد. و ربما فُرق بينهما بأن البيع معاوضه يقتضى تمليك المنافع تبعاً للعين، فتصير منافع البضع مملوكة للمشتري. بخلاف العتق، فإنه لا يقتضى تمليكاً، و إنما هو فك ملكك، ففي الأمه المعتقه تكون المنافع كالمستثناه للسيد، و في البيع ينتقل إلى المشتري. و في الفرق نظر يعلم مما قررناه (١).

و في المسألة أقوال أخر ضعيفه، و الاحتياط لا يترك فيها البتة.

الطلاق

و أما الطلاق: فإذا كانت زوجة العبد التي تزوجهها بإذن سيده ابتداءً أو استدامه حرّه أو أمه لغير مولاه، فالطلاق بيده، و ليس لمولاه إجباره عليه على الأشهر الأظهر.

للنبي العام: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢).

و للمعتبره المستفيضه، منها الصحيح: عن الرجل يأذن لعبده أن يتزوج الحرّه أو أمه قوم، فالطلاق إلى السيد أو إلى العبد؟ قال: «الطلاق إلى

ص: ٤١٥

١- قال به صاحب المدارك في نهايه المرام ١:٣٠٣.

٢- سنن البيهقي ٧:٣٦٠؛ و انظر درر اللئلي ٢:٢، المستدرک ١٥:٣٠٦ أبواب مقدمات الطلاق ب ٢٥ ح ٣.

و نحوه الصحيحان المرويان عن كتاب علي بن جعفر (٢).

و نحوها الموثقات الثلاث (٣) و غيرها (٤)، المعترضه بالشهره العظيمه و صراحه الدلاله.

و ليست مخالفه للكتاب عبيداً مملوكاً لا يقدر على شيء [١] (٥) فقد ورد في بعض الأخبار أنه في طلاق العبد أمه مولاة التي زوجها إياه، ففيه: عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: «إن كانت أمتك فلا؛ إن الله عز و جل يقول عبيداً مملوكاً لا يقدر على شيء [٢]، و إن كانت أمه قوم آخرين أو حره جاز طلاقه» (٦).

و ليس في سنده سوى المفصل بن صالح، و قد روى عنه ابن فضال المجمع على تصحيح رواياته، فيجبر به مضافاً إلى الشهره ضعفه، و هو مع ذلك ظاهر في المدعى، بل صريح فيه، بعد ضم الإجماع إليه؛ بناءً على دلالة علي جواز طلاق العبد، و هو ملازم لعدم جوازه من المولى؛ لعدم القول بالتشريك بينهما؛ إذ الأقوال في المسألة ثلاثه:

أحدهما [أحدها]: ما مرّ، و هو المشتهر بين الطائفة.

و الثاني: عدم اختياره أصلاً، و ثبوته للمولى خاصه، كما عن

ص: ٤١٦

١- الكافي ٦: ٣/١٦٨، الوسائل ٢٢: ٩٩ أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٣ ح ٣.

٢- مسائل علي بن جعفر: ١٩٦، ٤١٩، ١٩٧/٤١٧، الوسائل ٢١: ١٥٧ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٤٨ ح ٢.

٣- انظر الوسائل ٢٢: ٩٨ أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٣.

٤- انظر الوسائل ٢٢: ٩٨ أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٣.

٥- النحل: ٧٥.

٦- الكافي ٦: ٢/١٦٨، التهذيب ٧: ١٤٢٣/٣٤٨، الإستبصار ٣: ٧٨٥/٢١٦، الوسائل ٢٢: ٩٩ أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٣ ح ٢.

للصاح المستفيضه، منها: «المملوك لا- يجوز طلاقه و لا- نكاحه إلما بإذن سيده» قلت: فإن السيد كان زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: «بيد السيد ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء [١] (٢). و ليست ناصه في المطلوب، بل غايتها العموم المحتمل لأن يراد منه طلاقه لأمه مولاه، و لا خلاف فيه كما سيأتى، بخلاف ما مرّ، فإنها ناصه بالتفصيل. و مقتضى الأصول المسلمه بناءً على حصول التكافؤ بينهما؛ لاعتضاد الأوله بالكثره و الشهره العظيمة الجمع بينهما بالتخصيص، و صحه السند مشترك بينهما و إن توهم عدم وجود صحيح فى الأوله (٣)، و مع ذلك فالشهره العظيمة لا- يقاومها شيء من المرجحات المنصوصه و الاعتباريه، إلّا على الندره، فلا يعارضها ظاهر الآيه؛ مع ما عرفت ممّا ورد فى تفسيرها من الروايه المعتمره الصريحه فى المراد منها.

و ليس فى المروى فى تفسير العياشى بسنده فيه عن الحسين بن زيد، أنّ على بن جعفر بن محمد بن على عليهم السلام قال: كان على بن أبى طالب عليه السلام يقول: «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً [٢] الآيه، يقول: للعبد لا طلاق و لا نكاح، ذلك إلى سيده، و الناس يروون خلاف ذلك إذا أذن السيد لعبده، لا يرون له أن يفترق بينهما» (٤).

ص: ٤١٧

١- حكاها عنهما فى المختلف: ٥٦٩، و التنقيح الرائع ١٦٤: ٣.

٢- الفقيه ١٦٧٣/٣٥٠، التهذيب ١٤١٩/٣٤٧، الإستبصار ٢١٤/٧٨٠، الوسائل ١٠١: ٢٢ أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٥ ح ١.

٣- انظر المسالك ٥١٨: ١.

٤- تفسير العياشى ٥٤/٢٦٦ و فيه: عن الحسين بن زيد بن على، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهم السلام، قال:..المستدرک ١٥: ١٥ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١٧ ح ٣، و فيه: عن الحسين بن زيد بن على، عن جعفر بن محمد عليهما السلام، قال:..

دلّاه على شمول الآيه لطلاق العبد زوجته التي ليست أمه مولاه، بل هو مطلق يحتمل التقييد بغيره، كما أفصح عنه الخبر المتقدم، و معه لا- دلّاه على كون اختيار الطلاق إلى العبد مطلقاً مذهب العامّة؛ لاحتمال اختصاصه بالصورة المتفق عليها بيننا، و هي التي استند عليه السلام فيها إلى الآيه المخصّصة بها فيما قدّمناه من الخبر. و أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض، فتأمل.

و على التسليم، فلا يعارض الشهره المخالفه للتقيّه إن تمّت إذ لم يذكرها أحد، سوى نادر من الأجلّه (١)؛ لتوهمه إياها من الروايه المتقدمه بناءً على رجحان الموافقه للشهره عليها؛ لثبوت اعتبارها بالنصّ و الاعتبار، دون مخالفه التقيّه؛ لاختصاص المثبت لاعتبارها في الأول، و بعد تعارض معتبرهما منه و التسايط يبقى الاعتبار المثبت لها سليماً عن المعارض. و تمام التحقيق موكول إلى محلّه.

و مع ذلك، ما عدا الصحيح المتقدم منها غير واضحه الدلاله؛ إذ قصارها الحكم بتوقّف طلاق العبد على إذن السيد، لا أنّ طلاقه بيده، و ربما جمع بين الأخبار بذلك، فقليل بوجوب استئذان العبد مولاه في الطلاق (٢).

و هو مع أنّه ياباه بعض النصوص إحداه قول، و لعلّه أحوط.

فإدّاً القول بذلك ضعيف كضعف الثالث المحكّي عن الحلبي، من الموافقه للمشهور في إثبات الطلاق للعبد، و المخالفه لهم في عدم تجويز

ص: ٤١٨

١- انظر الحدائق ٢٩٤:٢٤.

٢- قال به السيزواري في الكفايه: ١٧٤.

إجبار السيد له فيه؛ حيث جَوَزَ ذلك مستنداً إلى لزوم الإطاعة (١).

و الكليّ ممنوعه، وإلّا لانتقضت بطلاق الولد لو أمره أحد أبويه، و لم يقل به أحد، و مع ذلك تردّ النصوص المتقدّمه، سيّما الخبر بل الحسن كما قيل (٢) - «إِنَّ عَلِيّاً عَلَيْهِ السَّلَامُ أَتَاهُ رَجُلٌ بَعْدَهُ، فَقَالَ: إِنَّ عَبْدِي تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِي، فَقَالَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِسَيِّدِهِ: فَزَقْ بَيْنَهُمَا، فَقَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: يَا عَدُوَّ اللَّهِ طَلَّقْ، فَقَالَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: كَيْفَ قُلْتَ لَهُ؟ قَالَ: قُلْتَ: طَلَّقْ، فَقَالَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِعَبْدِهِ: الْآنَ فَإِنْ شِئْتَ فَطَلِّقْ، وَإِنْ شِئْتَ فَأَمْسِكْ» الخبر (٣).

ألا ترى إلى إثباته عليه السلام المشيّه له في الطلاق بعد أمر السيد له بذلك؟! و لو صحّ الإجماع و وجب كما ادّعاها لكان اللّازم إيجاب الطلاق عليه، لا تخييره فيه.

و لو كانت زوجة العبد أمه لمولاه المزوّج إيّاها منه كان التفريق إلى المولى إجماعاً حكاه جماعة (٤) للنصوص المستفيضة مضافاً إلى ما مر.

منها الصحيح: عن قول الله عزّ و جلّ وَ الْمُحْضَيَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ [١] (٥) قال: «هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته، فيقول:

اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض، ثم يمسه، فإذا

ص: ٤١٩

١- حكاه عنه في المختلف: ٥٦٩، و هو في الكافي: ٢٩٧.

٢- قال به العلامة في المختلف: ٥٦٩.

٣- التهذيب ١٤٣٣/٣٥٢، الوسائل ١١٨: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٢٧ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٤- منهم صاحب المدارك في نهاريه المرام ٣٠٧: ١، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ٣١٠: ٢، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٦٦.

٥- النساء: ٢٤.

حاضت بعد مسّه إياها ردّها عليه بغير نكاح» (١).

و الحسين: «إذا زوّج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها، قال له: اعترلها، فإذا طمّث وطئها، ثم يردها عليه إن شاء» (٢).

و يستفاد منها سيّما الخبرين المذكورين و كذا من الأصحاب حتى القائلين بكون تزويجه نكاحاً أنّه لا يشترط في الفراق لفظ الطلاق بل يكفي فيه كلّ ما دلّ عليه من الأمر بالاعتزال و الافتراق.

و هو على ما اخترناه فيما مضى من أنّ تزويج السيّد عبده أمته ليس عقداً، بل هو إمّا إباحه محضه يكتفى فيها بكلّ لفظ دلّ عليها، كما عن الحلّي (٣)؛ أو لا بدّ فيها من صيغه مضى إليها الإشارة في النصوص المتقدّمة (٤)، كما اختاره العلّامة (٥) و جماعه (٦) واضح؛ لارتفاع الإباحه بكلّ لفظ دلّ على الرجوع عنها.

و أمّا على القول بكونه عقداً، فلا يفتضى النصوص كون رفع هذا العقد بيد المولى، فلا يقدر في ارتفاعه بغير الطلاق، كما يرتفع النكاح بالفسخ و نحوه في مواضع كثيرة.

و لو أتى بلفظ الطلاق انفسخ النكاح؛ لدلالته على إرادته التفريق

ص: ٤٢٠

١- الكافي ٥: ٢/٤٨١، التهذيب ٧: ١٤١٧/٣٤٦، الوسائل ٢١: ١٤٩ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٤٥ ح ١.

٢- الكافي ٥: ١/٤٨١، الوسائل ٢١: ١٤٩ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٤٥ ح ٢.

٣- السرائر ٢: ٦٠٠.

٤- راجع ص ٣٨٨.

٥- لم نعثر عليه كما أشرنا إليه في ص ٣٨٩.

٦- منهم المحقق و الشهيد الثانيان في جامع المقاصد ١٣: ٨٧ و المسالك ١: ٥١٩، و صاحب الحقائق ٢٤: ٢٩٥.

بينهما، لكنّه لا يعدّ طلاقاً شرعياً، ولا يلحقه أحكامه ظاهراً مطلقاً على المختار.

وقيل: إنّ الفسخ الواقع من المولى طلاقاً مطلقاً، ويعدّ من الطلقات (١).

وقيل: إنّ ذلك إن وقع بلفظ الطلاق، فيبطل باختلال شيء من شرائطه لا مطلقاً (٢).

وهما مع مخالفتهما الأصل، سيّما الأول لا دليل عليهما يعتدّ به، لكن في الروضه: ولو أوقع لفظ الطلاق مع كون السابق عقداً فظاهر الأصحاب لحوق أحكامه و اشتراطه بشرائطه؛ عملاً بالعموم (٣).

و ظاهره الإجماع، لكنّه ينافيه احتمال عدمه فيما بعد؛ معللاً بأنّه إباحه وإن وقع بعقد. والاحتياط سبيله واضح.

النظر الثاني في الملك و هو نوعان

إشاره

النظر الثاني في جواز استباحه الرجل بضع المرأه ب [الملك (٤)]. و هو نوعان :

الأول ملك الرقبه

الأول: ملك الرقبه و هو موضع وفاق؛ مدلول عليه بالكتاب (٥) و السنّه المتواتره من طرق الخاصه و العامه.

ص: ٤٢١

-
- ١- انظر التنقيح الرائع ٣:١٦٧ و المسالك ١:٥١٩.
 - ٢- انظر التنقيح الرائع ٣:١٦٧ و المسالك ١:٥١٩.
 - ٣- الروضه البهيه ٥:٣٣٤.
 - ٤- بدل ما بين المعقوفين في «ص»: ب ملك الرقبه، و في «ح»: بملك الرقبه، و ما أثبتناه من المطبوع هو الأنسب.
 - ٥- النساء: ٢٥.

ولا- حصر في عددهنّ ب النكاح به بالإجماع و النصوص، و قد مرّ شرط منها دليلاً لعدم انحصار المتعه في عدد؛ معللاً بأنهنّ بمنزله الإمام (١)، فله نكاح ما شاء من النسوة به.

و في تخصيص الاستباحه به بالرجل إشارة إلى عدمها للمرأة؛ للإجماع و النصّ المستفيض.

ففي الصحيح: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأه مكنت من نفسها عبداً لها أن يباع بصغر منها، و يحرم على كلّ مسلم أن يبيعه عبداً مدركاً بعد ذلك» (٢).

و روى أيضاً بزياده: «أنها تضرب مائه سوط، و يضرب العبد خمسين جلده» (٣).

و إذا زوج أمته من عبده أو غيره حرمت وجوه الاستمتاع منها عليه: وطئاً و لمساً و نظراً إليها بشهوه مطلقاً، و بدونها فيما عدا الوجه و الكفّين ما دامت في العقد أو العده، كما أطلقه جماعه منهم العلامة (٤) و ربما ادعى عليه بعض المتأخرين الإجماع (٥).

و النصوص في حرمة الوطاء مستفيضة.

ص: ٤٢٢

١- راجع ص ٢٤٤.

٢- الفقيه ١٣٧٣/٢٨٩:٣، الوسائل ١٦٠:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٥١ ح ١.

٣- الكافي ١/٤٩٣:٥، التهذيب ٧٢٧/٢٠٦:٨.

٤- القواعد ٢:٣٠.

٥- انظر كشف اللثام ٢:٦٦.

ففى الخبرين: «عشر لا يحلّ نكاحهنّ ولا غشيانهنّ» إلى أن قال:

«و أمتك و لها زوج» (١).

و ربما استفيد من سياقهما اتّحادها فى الحكم مع المحرّمات المعدودات اللواتى هنّ أجنبيات، و جارٍ فيهنّ الأحكام (٢) المذكورات فى العبارة.

و علّل أيضاً بأنّ الاستمتاع بالمرأه الواحده لا يكون مملوكاً بتمامه لرجلين معاً، و قد ملكه الزوج (٣). و فيه نظر.

و الإجماع على الإطلاق إن تمّ كان هو الحجب، و الظاهر التماميه بالإضافه إلى الأولين (٤)، و للنظر إلى العوره مطلقاً (٥)، و إلى ما عدا الوجه و الكفّين إذا كان بشهوه.

مضافاً إلى بعض المعتبره فى الأول مطلقاً و فى الثانى فى الجملة، المرويّه فى قرب الإسناد: «إذا زوج الرجل أمته فلا ينظر إلى عورتها، و العوره ما بين الركبه و السرّه» (٦).

ص: ٤٢٣

- ١- الأول فى: التهذيب ١٩٨/٦٩٦: ٨، الوسائل ١٠٦: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١٩ ح ٢. الثانى فى: الفقيه ٢٨٦/١٣٦٠، التهذيب ١٩٨/٦٩٥: ٨، الخصال: ٢٧/٤٣٨، الوسائل ١٠٦: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١٩ ح ١.
- ٢- من حرمة الوطء و اللمس و النظر إليهنّ بشهوه. منه رحمه الله.
- ٣- كشف اللثام ٢: ٦٦.
- ٤- و هما الوطء و اللمس. منه رحمه الله.
- ٥- بشهوه كان أم لا. منه رحمه الله.
- ٦- قرب الإسناد: ١٠٣/٣٤٥، الوسائل ١٤٨: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٤٤ ح ٧.

و لكن يستفاد منه جواز النظر إلى ما عدا العوره بالمعنى المفسّره به فيه مطلقاً (١)، مضافاً إلى أصالتي الإباحه و بقاء حليّه النظر السابقه.

و المستفاد من تخصيص العبارة التحريم بالوطء و اللمس و النظر بشهوه:

٢ إباحه النظر إلى جميع جسدها حتى العوره بغير شهوه.

ففى تماميه الإجماع مناقشه، إلا أن الشهره متيقنه، و تكون هى الجابره للمعتبره المتقدمه، مضافاً إلى التأيّد بحكايه الإجماع اللازم الحجيّه؛ لعدم القدح بخروج المعلوم النسب النادر بالضروره، فيخصّ بها الأصلان المتقدمان.

هذا، مضافاً إلى الصحيح: عن الرجل يزوّج مملوكته عبده، أو تقوم كما كانت تقوم فتراه منكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك، و قال:

«قد منعنى أبى أن أزوّج بعض غلمانى أمتى لذلك» (٢).

و الموثّق: فى الرجل يزوّج جاريتّه، هل ينبغى له أن ترى عورته؟ قال:

«لا» (٣). و لكنّهما ليسا نصّاً فى المطلوب.

و العمده هو ما قدّمناه، و لكن فى ثبوت الحكم فيما عدا ما ذكرناه و هو النظر إلى ما عدا العوره و ما فى معناها بغير شهوه إشكال، و الإجماع

ص: ٤٢٤

١- أى بشهوه كان أم لا. منه رحمه الله.

٢- الكافى ٥: ٣/٤٨٠، التهذيب ٨: ٦٩٨/١٩٩، الوسائل ٢١: ١٤٧، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٤٤ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٣- التهذيب ٨: ٧٣٦/٢٠٨، الوسائل ٢١: ١٤٨، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٤٤ ح ٤.

المحكّي موهون هنا قطعاً؛ لمصير جماعه إلى العدم (١)، والأصلان المشار إليهما يقتضيانه. إلا أنّ الأحوط الاجتناب جدّاً.

قيل: و في معنى الأئمه المزوّجه: المحلّل وطؤها للغير، و لو حُمل منها ما دون الوطاء ففي تحريمها بذلك على المالك نظر (٢). و مقتضى الأصلين العدم.

ثم إنّ غايه التحريم في المقامين خروجها من النكاح و العده، سواء كانت بائنه أم رجعيّه.

و ليس للمولى انتزاعها منه إذا لم يكن عبده مطلقاً، بلا خلاف في الظاهر، و حكى صريحاً؛ للنصوص المستفيضة:

منها الصحيح: عن رجل يزوّج أمته من حرّ أو عبد لقوم آخرين، إله أن ينزعها؟ قال: «لا، إلا أن يبيعها» الخبر (٣).

و الصحيح: «و إن كان زوّجها حرّاً فإن طلاقها صفقتها» (٤).

و الموثق: في الرجل يزوّج أمته من حرّ، قال: «ليس له أن ينزعها» (٥).

ص: ٤٢٥

١- منهم صاحب المدارك في نهاية المرام ٣١٠:١، و انظر الكفايه: ١٧٤.

٢- قال به صاحب المدارك في نهاية المرام ٣١٠:١.

٣- التهذيب ١٣٨٨/٣٣٩، الإستبصار ٧/٢٠٦، الوسائل ٣:٧٤٥/٢٠٦، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٤ ح ٥.

٤- التهذيب ١٣٩٢/٣٤٠، الإستبصار ٧/٢٠٧، الوسائل ٣:٧٤٩/٢٠٧، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٤ ح ٨.

٥- التهذيب ١٣٨٠/٣٣٧، الوسائل ٧/١٨٠، أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٤ ح ١.

و ما ورد بخلافها من المستفيضه (١) فمع شذوذها و عدم صراحه دلالتها محموله على الانتزاع بالبيع لا الطلاق، و ما وقع فيه منها التصريح به محمول عليه؛ لشيوع التعبير به عنه فى كثير من النصوص الماضيه (٢) فى بيع الأمه و أنه طلاقها.

و لو باعها تخير المشتري للإطلاقات دونه للأصل، و قد مضى مفضلاً (٣).

و لا يحل لأحد الشريكين و طء الأمه المشتركه بينهما، إلا بتحليل أحدهما للآخر على الأصح، كما مضى.

و يجوز ابتياع ذوات الأزواج اللواتى هنّ من أهل الحرب و الكفار الغير القائمين بشرائط الذمه و أبنائهم من أزواجهنّ و آبائهنّ، و غيرهم من أهل الضلال السابين لهم بلا خلاف؛ لأنهنّ كآبائهنّ و أزواجهنّ فىء للمسلمين يجوز التوصل إلى أخذهم بكلّ وجه من ابتياع أو غيره و مع حصوله يدخلون فى ملك المستولى عليهم، و يترتب عليه أحكامه، التى من جملتها: حلّ الوطاء المقصود بالمقام؛ و النصوص به مستفيضه.

ففى الخبر: عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها أى للوطء قال: «لا بأس» (٤).

ص: ٤٢٤

-
- ١- انظر الوسائل ١٨٢، ١٨١: ٢١ أبواب نكاح العيب و الإمام ب ٦٤ ح ٣، ٦، و الوسائل ١٠١: ٢٢ أبواب مقدمات الطلاق ب ٤٤ ح ٣.
 - ٢- راجع ص ٤٠٧.
 - ٣- ما بين القوسين ليس فى «ص».
 - ٤- التهذيب ٧٠٥/٢٠٠، الإستبصار ٢٨١/٨٣، الوسائل ١٩٠: ٢١ أبواب نكاح العيب و الإمام ب ٦٩ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

و فى آخر: عن الرجل يشتري امرأه رجل من أهل الشرك يتخذها، قال: «لا بأس» (١).

و إطلاقه يشمل الشراء منهم و من غيرهم من أهل الضلال السابقين لهم.

مضافاً إلى النصّ: عن سبى الأكراد إذا حاربوا [و] من حارب من المشركين، هل يحلّ نكاحهم و شراؤهم؟ قال: «نعم» (٢).

إلى غير ذلك من النصوص الصريحة فى إذنهم عليهم السلام لنا فى ذلك و إن كان الجميع أو البعض لهم عليهم السلام (٣).

و لو ملك الأمة بأحد الوجوه المملّكه لها، ووجب عليه الاستبراء مع عدم العلم بعدم الوطء المحترم مطلقاً، كان عالماً به أم لا، إلّا فى صور مضى أكثرها فى بحث البيع، بقى منها: ما لو ملكها فأعتقها فظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف بل عليه الوفاق فى المسالك (٤) أنه بذلك حلّ للمعتق و طؤها بالعقد و التزويج بعده و إن لم يستبرئ للنصوص المستفيضة، منها الصحيح: فى رجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: «يستبرئ رحمها بحيضه» قلت: فإن وقع عليها؟ قال: «لا بأس» (٥).

ص: ٤٢٧

١- التهذيب ٧٠٢/٢٠٠، الإستبصار ٨٣/٢٨٠، الوسائل ١٨٩:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٦٩ ح ١.

٢- التهذيب ٢٩٢/١٦١، الوسائل ١٢٩:١٥ أبواب جهاد العدو و ما يناسبه ب ٥٠ ح ١.

٣- الوسائل ٥٤٣:٩ أبواب الأنفال ب ٤.

٤- المسالك ١:٥٢٢.

٥- التهذيب ٦١٢/١٧٥، الإستبصار ٣٦١/١٢٩٥، الوسائل ١٠٣:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ١٦ ح ١.

و إطلاقها كالعباره و كلام أكثر الأصحاب يقتضى عدم الفرق بين العلم بالوطء المحترم لها و عدمه، و قيده جماعه منهم العلامه (١) بما عدا الأول، موجبين للاستبراء فيه؛ تمسكاً بوجود المقتضى حينئذ. بخلاف ما لو جهل الحال، فإن الأصل عدم الوطء، إلا ما دلّ الدليل على وجوب الاستبراء فيه و لو مع الجهل، و ذلك فى المملوكه، فيبقى غيرها على الأصل.

و هو حسن إن تمّ المقتضى بالتنصيص به، و ليس، و إنما هو مستنبط، و مع ذلك لا بأس به احتياطاً، و تمسكاً بأصالة الوجوب و استصحابه، مع عدم المقتضى لتخصيصها، سوى إطلاق النصوص، و شمولها لمثل صورته غير معلوم.

مضافاً إلى أنّ الاستنباط هنا ليس ناشئاً عن محض الاعتبار، بل مستفاد من تتبع الأخبار، و لذا اشتهر بين الأخيار عدم اختصاص وجوب الاستبراء بمورد الأخبار الدالّ عليه، و هو الشراء.

ثم مقتضى إطلاق النصوص هنا عموم الحكم لصورتى دخوله بها و عدمه، مضافاً إلى الصحيح فى الأول: عن رجل يعتق سرّيته، أ يصلح له أن يتزوجها بغير عدّه؟ قال: «نعم» قلت: فغيره؟ قال: «لا، حتى تعتدّ ثلاثه أشهر» (٢).

و استفاد من الصحيح السابق و غيره (٣) أفضليته الاستبراء مطلقاً، و عليه

ص: ٤٢٨

١- القواعد ٣١: ٢.

٢- الكافى ٤/٤٧٦، التهذيب ٨: ٦١٠/١٧٤ بسند آخر، الوسائل ٢١: ٩٩ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١٣ ح ١.

٣- الوسائل ٢١: ١٠٣ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١٦.

و لكن لا تحلّ لغيره لو زوّجها منه حتى تعتدّ كالحرّه للمعتبره المستفيضه، منها الصحيحان، مضى أحدهما، و فى الثانى عن رجل أعتق سرّيته، له أن يتزوّجها بغير عدّه؟ قال: «نعم»، قلت: فغيره؟ قال: «لا، حتى تعتدّ ثلاثه أشهر» (١).

و إطلاقهما كالعبارة يقتضى عدم الفرق بين العلم بوطء المولى لها أم لا. و لا ريب فى الأول قطعاً، و نحوه صورته الجهل به أيضاً.

و يشكل فى الثالثه، و هى العلم بعدم وطئه لها بالمرّه، و قد حكم جماعه بأن ليس لها عدّه؛ لعدم المقتضى، و إن هو حينئذٍ إلّا كالمولى، و ليس فى الصحيحين عموم لها؛ لإطلاقهما و انصرافه إلى ما عداها.

و هو حسن مع العلم بعدم وطء المولى لها، و كذا من انتقلت منه إليه أصلاً. و يشكل فيما عداه، و هو العلم بوطء الثانى لها مع عدم الاستبراء أو احتمالها؛ لما تقدّم من المقتضى له، الثابت بتتبع الأخبار، الموجب له هنا فى المولى، ففى الغير بطريق أولى (٢). إلّا أنّ مقتضى ذلك ثبوت الاستبراء، و هو غير العدّه قطعاً، و كيف كان فالعمل بإطلاق العبارة و الصحيحين أولى.

و يملك الأب مطلقاً (٣) موطوءه ابنه كذلك (٤) و إن حرم عليه

١- التهذيب ١٧٥/١١١:٨، الوسائل ٩٩:٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ١٣ ذيل حديث ١.

٢- منشأ الأولويه إطلاق ما سبق من الأخبار بعدم الاستبراء على المولى و الأخبار هنا بثبوت العدّه على غيرها مطلقاً. منه رحمه الله.

٣- سببياً كان أم رضاعياً. منه رحمه الله.

٤- أى مطلقاً. منه رحمه الله.

وطؤها، وكذا الكلام في الابن إجماعاً ونصاً، والكلام فيه وفي أمثاله قد مضى (١).

النوع الثاني ملك المنفعة

النوع الثاني من نوعي جواز النكاح بالملك: النكاح بملك المنفعة بتحليل الأسمه دون الهبه و العاريه، ولا ريب فيه؛ لإجماع الطائفة، و الصحاح المستفيضه و نحوها من المعبره التي كادت تكون متواتره، بل صرح بذلك جماعه (٢).

ففي الصحيح: في الرجل يحل لأخيه فرج جاريته و هي تخرج في حوائجه قال: «لا بأس» (٣).

و القول بالمنع المحكي في المبسوط (٤) شاذ، و مستنده ضعيف؛ بناءً على أن مثله عقد أو تمليك، فليس من ارتكبه مرتكباً عدواناً. و على تقدير خروجه عنهما فأيه فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون [١] (٥) بما قدمناه من الأدله مخصّصه.

و الصحيح: عن الرجل يحل فرج جاريته؟ قال: «لا أحب ذلك» (٦) ظاهر في الكراهه، و على تقدير الظهور أو الصراحه في الحرمة محمول على التقية بالضروره.

ص: ٤٣٠

١- في بحث المصاهره. منه رحمه الله.

٢- منهم الحلّي في السرائر ٢:٦٢٧، و المحقق الكركي في جامع المقاصد ١٣:١٧٨، و صاحب المدارك في نهايه المرام ١:٣١٤.

٣- الفقيه ٣:١٣٧٨/٢٩٠، التهذيب ٧:١٠٧٤/٢٤٨، الإستبصار ٣:٥٠٣/١٤٠، الوسائل ٢١:١٣٥ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧ ح ١؛ بتفاوت.

٤- المبسوط ٤:٢٤٦.

٥- المؤمنون: ٧.

٦- التهذيب ٧:١٠٥٩/٢٤٣، الإستبصار ٣:٤٩٢/١٣٧، الوسائل ٢١:١٢٦ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣١ ح ٧.

و بالجمله: ليست المسأله محلّ شبهه، و لكنّها مشروطه بشرائط: كون التحليل من المالك، و لمن يجوز له التزويج بها، و قد تقدّمت شرائطه، التي من جملتها: كونه مؤمناً في المؤمنه، و مسلماً في المسلمه، و كونها كتابيه لو كانت كافره، و غير ذلك من أحكام النسب و المصاهره و غيرهما.

و لا خلاف في اعتبار صيغته لعدم حلّ الفروج بمجرد التراضى إجماعاً، و تسميها بالأصل، و فحوى ما دلّ على المنع من العاريه (١)، مع إفصاحها عنه لفظاً، فالمنع مع عدمه أولى.

و هي قسمان: وفاقية كما حكاه جماعه (٢) و خلافية، فالأول أن يقول: أحللت وطأها، أو جعلتك في حِلٍّ من وطئها و ذلك لتضمّنها النصوص (٣) بالخصوص، فيخصّص بها الأصول قطعاً، و لا مخصّص لها فيما عداه و لذا لم يتعدّهما الشيخ (٤) و أتباعه (٥)، و المرتضى و العلّامة في أحد قوليه (٦)، و أكثر الأصحاب كما حكاه جماعه منهم (٧).

و لكن اتسع آخرون بجوازه بلفظ الإباحه و هو الثاني، كما في الشرائع و عن المبسوط و السرائر (٨)، و اختاره من المتأخرين

ص: ٤٣١

١- انظر الوسائل ٢١: ١٣١ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٣٤.

٢- منهم الشهيد في المسالك ١: ٥٢٢، و الروضه ٥: ٣٣٤، و السبزواري في الكفايه: ١٧٥، و الفاضل الهندي في كشف اللثام ٢: ٦٧.

٣- الوسائل ٢١: أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٣١، و الإماء ب ٣١، و الباب ٣٧ ح ٥، ٦.

٤- النهايه: ٤٩٤.

٥- كابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١٢.

٦- المرتضى في الانتصار: ١١٨، العلّامة في الإرشاد: ٢: ١٤.

٧- منهم المحقق الكركي في جامع المقاصد ١٣: ١٨٢، و الشهيد الثاني في المسالك ١: ٥٢٣، و الفاضل الهندي في كشف

اللثام ٢: ٦٧.

٨- الشرائع ٢: ٣١٦، المبسوط ٣: ٥٧، السرائر ٢: ٦٣٣.

جماعه (١)؛ للتساوى مع الأول فى المعنى، فىكون كالمرادف الذى يجوز إقامته مقام رديفه.

و رُدّ بمنع المرادفه أولاً. ثم بمنع الاكتفاء بالمرادف مطلقاً ثانياً؛ فإن كثيراً من أحكام النكاح توقيفيه، و فيه شائبه العباده، و الاحتياط فيه مهم (٢).

و هو فى محلّه بالنظر إلى كفيته الاستدلال، و ليس لو غُيّرت بما ذكره بعض الأفاضل و لنعم ما ذكر-: إن الوجه فيه عموم الأخبار؛ لتضمّنها التحليل، و هو أعمّ من أن يكون بلفظه أو مرادفه؛ إذ كلاهما تحليل (٣).

و يعضده الخبر المعتبر، المجهول قصور سنده بجهاله راويه بوجود المجمع على تصحيح رواياته فيه، و فيه: قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام:

«يا محمد، خذ هذه الجاربه تخدمك و تصيب منها، فإذا خرجت فارُدّها إلينا» (٤).

و لقائل أن يقول: إن التحليل و إن كان مطلقاً إلا أن الخروج بمجرّده بالإضافة إلى بعض أفراده مع شهره خلافه مشكل جداً، و مع ذلك ربما دلّ ما سيأتى من النصّ فى المنع عن التحليل بالعاريه على إرادته المعنى الأخصّ منه هنا، حيث إنه بعد المنع عنها قال: «لكن لا بأس أن يحلّ الرجل جاربه لأخيه» (٥) فلولا أن المراد منه ما (٦) مرّ لكان العاربه منه

ص: ٤٣٢

١- منهم العلامه فى القواعد ٢:٣١، و صاحب الحدائق ٢٤:٣١٦.

٢- الروضه ٥:٣٣٥.

٣- كشف اللثام ٢:٦٧.

٤- التهذيب ٧:١٠٥٥/٢٤٢، الإستبصار ٣:٤٨٨/١٣٦، الوسائل ٢١:١٢٦ أبواب نكاح العبيد و الإمامه ب ٣١ ح ٦.

٥- الكافي ٥:١٦/٤٧، التهذيب ٧:١٠٦٣/٢٤٤، الوسائل ٢١:١٣١ أبواب نكاح العبيد و الإمامه ب ٣٤ ح ١.

٦- أى المعنى الأخصّ. منه رحمه الله.

بالمعنى الأعمّ، فهي قسم منه بهذا المعنى، وقد جعلت في الخبر قسيماً له، فتدبر.

وأما الخبر، فمع قصور سنده ضعيف الدلالة؛ لاحتمال إرادته الخدمة ونحوها ممّا ليس متعلقاً للتحليل المعنى هنا من متعلق الإصابه، دون حلّ الوطاء و اللمس و القبلة و النظر بشهوه. و على تقدير تسليم الدلالة، فليس لسنده جابر بالمرّة بحيث يعارض الأصول المعتضده بالشهره، و الاعتبار في الجملة غير كافٍ في تخصيصها.

فالقول بالمنع أقوى، و على غيره (١) قيل: كفى: أذنتُ، و سوّغتُ، و ملّكتُ، و وهبتُ، و نحوها (٢).

و منع الجميع فيه إيذان بالإجماع، و هو محكّي صريحاً عن الانتصار و في كشف الحقّ و نهج الصدق (٣) لفظ العاربه للخبر المعتر إذ ليس في سنده سوى قاسم بن عروه، و قد حسّنه جماعه، و جهالته المشهوره مجبوره بالشهره العظيمه و روايه ابن أبي عمير عنه، و هو ممّن أجمعت على تصحيح ما يصحّ عنه العصابه-: عن عاربه الفرج، فقال: «حرام» ثم مكث قليلاً و قال: «لكن لا بأس بأن يحلّ الرجل جاريته لأخيه» (٤).

و لكن في معتبر آخر بالسبب (٥) الذي مرّ: عن عاربه الفرج، فقال

ص: ٤٣٣

١- و هو الاكتفاء بالإباحه. منه رحمه الله.

٢- قال به الشهيد الثاني في الروضه ٣٣٥: ٥.

٣- الانتصار: ١١٨، نهج الحقّ و كشف الصدق: ٥٢٢.

٤- تقدّمت مصادره في ص ٤٢٩.

٥- و هو وجود من وقع إجماع العصابه على تصحيح ما يصحّ عنه في سنده منه رحمه الله.

و لكن لا- يقاوم ما قابله بوجه و إن تساويا فى السند؛ لاعتضاد الأول بالأصل و الإجماع المحكى بل القطعى و الشهره العظيمة، فمخالفه الحلى (٢) ضعيفه شاذه.

و هل هو أى التحليل- إباحه محضه و تمليك منفعه؟ كما عليه مشهور الطائفه، أو عقد متعه؟ كما قال به علم الهدى (٣) قولان، أصحهما: الأول؛ لانحصار العقد فى الدائم و المتعه، و كلاهما منتفیان.

لتوقف رفع الأول على الطلاق فى غير الفسخ بأمر محصوره ليس هذا منها، و لزوم المهر فيه بالدخول، و غير ذلك من لوازمه، و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، مضافاً إلى مسلميته عند الخصم.

و توقف الثانى و هو كونه عقد متعه على المهر و الأجل المنتفیین هنا أيضاً بالأصل و تسليم الخصم على الظاهر. خلافاً للمحكى عن المبسوط فى الثانى، فاعتبره (٤)، و لا ريب فى ضعفه.

و لأن عقد النكاح لازم، و لا شىء من التحليل كذلك.

و إذا انتفى كونه عقداً ثبت الملك؛ لانحصار حل النكاح فيهما بمقتضى القولين، فيصرف ما ملكت أيماؤنكم [١] عما هو ظاهر فيه بالتبادر و هو ملك الرقبه إلى ما يعمه و ملك المنفعه؛ هرباً مما هو أشد

ص: ٤٣٤

١- التهذيب ١٠٦٩/٢٤٦، الإستبصار ٣: ٤٩٨/١٣٨، الوسائل ٢١: ١٣٥ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧ ح ٢.

٢- السرائر ٢: ٦٣٣.

٣- الانتصار: ١١٨.

٤- حكاه عنه فى كشف اللثام ٢: ٦٨، و هو فى المبسوط ٤: ٢٤٦.

محدوراً، أو يبقى على ظاهره، ويُخصَّص عموم فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ [١] بما عدا التحليل، وهو شائع، بل و أظهر من الأول إن لم يكن مخالفاً للإجماع؛ بناءً على المختار من رجحانه على المجاز حيث تعارضوا، و به صرح بعض متأخري الأصحاب (١). فسقط حججه المرتضى، و تعين المصير إلى ما عليه باقى أصحابنا.

و على القولين، لا بُدَّ من القبول؛ لتوقف الملك عليه، كذا قيل (٢)، و ظاهرهم الوفاق عليه، و النصوص خاليه من اعتباره.

و مع ذلك، ذكر المفلح الصيمرى عن إطلاق الأ-كثر: عدم اعتباره، و حكى عن الحللى ما يدل على تفرع ذلك (٣) على كلام المرتضى. فالوجه العدم، و مراعاة الاحتياط أولى.

و قيل: إنَّ الفائده بين القولين تظهر فيما لو أباح أمته لعبده، فإن قلنا:

إنَّه عقد أو تمليك و أنَّ العبد يملك، حلت، و إلَّا فلا. و فيه نظر؛ لأنَّ الملك فيه ليس على حدِّه الملك المحض، بحيث لا يكون العبد أهلاً له، بل المراد به الاستحقاق، كما يقال: يملك زيد إحصار مجلس الحكم، و نحوه، و مثله يستوى فيه الحرّ و العبد، فصحه التحليل فى حقه على القول (٤) متجهه إن جوزناه فى حقه (٥).

و قيل (٦): مُظهرها اعتبار إذن الحرّ أو العمّه و الخاله إذا كانتا عنده

ص: ٤٣٥

١- مبادئ الأصول للعلامة الحللى: ٨٣.

٢- انظر الروضه ٣٣٦: ٥.

٣- أى وجوب القبول. منه رحمه الله.

٤- بأن العبد لا يملك. منه رحمه الله.

٥- حكاة فى الروضه ٣٣٦: ٥، ٣٣٧.

٦- انظر المهذب البارع ٣٥٥: ٣، ٣٥٦.

على قول المرتضى، ولا على غيره، وعدم جواز نظر السيد إليها و لمسها و تقبيلها بشهوه و غير شهوه على الأول، دون الثاني.

و الأخير ينافى ما حكيناه عن بعض الأصحاب فيما مضى قريباً من اتحاد الأمه المزوجه و المحللّه في حرمه الأمور المزبوره على مولاها (١).

و في تحليل أمته لمملوكه أو مملوك غيره بإذنه تردّد ينشأ:

من الصحيح: عن المملوك يحلّ له أن يطأ الأمه من غير تزويج إذا أحلّ له مولاها؟ قال: «لا تحلّ له» (٢).

و من المعتبر كالصحيح بوجود ابن أبي عمير في سنده، فلا- يقدر جهاله راويه-: لمولاي في يدي مال، فسألته أن يحلّ لي ما أشتري من الجوارى؟ فقال: إن كان يحلّ لي أن أحلّ فهو لك حلال، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك، فقال: «إن أحلّ لك جاريه بعينها فهي لك حلال» الخبر (٣).

و يعضده الصحيح: عن قوله تعالى وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا- مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ [١] (٤) «هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته، فيقول له:

اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض، ثم يمسكها، فإذا حاضت بعد مسّه إيّاها ردّها عليه بغير نكاح» (٥) و ظاهره كما ترى كونه

ص: ٤٣٦

١- راجع ص ٤٢٢.

٢- التهذيب ١٠٦٢/٢٤٣، الإستبصار ٧: ١٣٧/٣٠٤٩٥، الوسائل ٢١: ١٣٠ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٣٣ ح ٢.

٣- التهذيب ١٠٤٠/٢٣٨، الإستبصار ٧: ١٣٨/٣٠٤٩٦، الوسائل ٢١: ١٣٠ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٣٣ ح ١.

٤- النساء: ٢٤.

٥- الكافي ٥: ٢/٤٨١، التهذيب ٧: ١٤١٧/٣٤٦، الوسائل ٢١: ١٤٩ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٤٥ ح ١؛ بتفاوت يسير.

عقداً كما ذهب إليه المرتضى (١)، فتأمل.

والمعتبره المستفيضه الدالّه على جواز تسرى العبد الجوارى بإذن مولاه، كالصحيح: «لا بأس أن يأذن الرجل لمملوكه أن يشتري من ماله إن كان له جاريه أو جوارى يطؤونّ و رقيقه له حلال» الحديث (٢)، و في معناه غيره (٣).

و لا يخفى عليك قوّه هذه الأدلّه، و عدم معارضه الصحيح المتقدم لها بالمرّه، مع ظهور حمله على التقيّه؛ لاتّفاق العامّه على المنع من التحليل مطلقاً، و يعضده كون الراوى وزير الخليفه، و المروى عنه مّمن اشتدّت في زمانه التقيّه.

و لذا يكون مساواته أى العبد للأجنبى فى جواز تحليل المولى أمتّه له أشبه وفاقاً للحلّى (٤) و جماعه (٥). و خلافاً للشيخ (٦) و آخرين (٧)، و هو ضعيف جداً. و إن كان الاقتصار فى تزويج المولى عبده أمتّه على نحو قوله: أنكحتك لفلان، و إعطائها شيئاً من قبله، أولى

ص: ٤٣٧

١- انظر الانتصار: ١١٨.

٢- التهذيب ٧٥٥/٢١١، الإستبصار ٧٧٨/٢١٤، الوسائل ٢١:١١٢ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٢ ح ٨.

٣- التهذيب ٧٤٧/٢١٠، الإستبصار ٧٧٦/٢١٣، الوسائل ٢١:١١٠ أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٢٢ ح ١.

٤- السرائر ٦٣٣:٢.

٥- منهم المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١٣:١٨٩، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٦٨، و صاحب الحدائق ٢٤:٣٢١.

٦- النهايه: ٤٩٤.

٧- كالعلامة فى المختلف: ٥٧١، و فخر المحققين فى الإيضاح ٣:١٦٧، و الفاضل المقداد فى التنقيح ٣:١٧٥.

و أحوط.

و لو ملك بعض الأمة التي هي في البعض الآخر حرّه فأحلت نفسها له لم يصحّ؛ لعدم تبعض البضع، وللصحيح و قد مضى (١).

و في تحليل الشريك حصّته منها لشريكه تردّد مضى وجهه (٢)، و أنّ الوجه الجواز، خلافاً للمصنّف تبعاً للأكثر فاستوجه المنع و هو أحوط.

و حيث كان الانتفاع بأمه الغير بدون إذنه محرّماً مطلقاً قطعاً، وجب الاقتصار فيه على ما يتناوله اللفظ المتضمّن له عرفاً، فلا يستبيح إلّا ما يتناوله اللفظ كذلك (٣) فلو أحلّ له بعض مقدّمات الوطء كالتقبيل و النظر اقتصر عليه و لم يحلّ له الوطء و لا الآخر.

و كذا لو أحلّ اللمس و جب الاقتصار عليه.

و كذا لو أحلّه بعضها في عضو مخصوص اختصّ به.

و لكن لو أحلّ له الوطء حلّ له ما دونه من المقدمات؛ لشهاده الحال، و لعدم انفكاكه عنها غالباً و لا موقع له بدونها، و لأنّ تحليل الأقوى يدلّ على الأضعف بطريق أولى؛ بخلاف المساوى و العكس.

هذا، مضافاً إلى النصوص المعتمده المستفيضه:

منها الصحيح: «ليس له إلّا ما أحلّ له منها، و لو أحلّ له قبله منها لم يحلّ له سوى ذلك» (٤).

ص: ٤٣٨

١- راجع ص ٣٨٥.

٢- راجع ص ٣٨٣.

٣- أي عرفاً. منه رحمه الله.

٤- الكافي ١/٤٦٨، الفقيه ٣: ١٣٧٧/٢٨٩، التهذيب ٧: ١٠٦٤/٢٤٤، الوسائل ١٣٢: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٥ ح ١.

و الصحيح: في الرجل يقول لامرأته: أحلى لي جاريتك فأني أكره أن تراني منكشفاً، فتحلها له، فقال: لا يحل له منها إلا ذلك، و ليس له أن يمسه و لا أن يطأها» ثم قال: «لا تحل له إلا الذي قالت له» (١).

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

و لو أحل قبله فهل يدخل فيه اللمس بشهوه؟ نظر، من الأولوية المتقدمه في الجملة، و من أن اللازم دخول لمس ما استلزمته قبله لا مطلقاً، فلا يدخل إلا ما يتوقف عليه خاصه، و هو أحوط لو لم يكن أقوى.

و لو أحل الخدمه منها لم يتعرض للوطء و لا يستبيحه بذلك و كذا لا يستبيح الخدمه بتحليل المولى له الوطء بها خاصه؛ لعدم التلازم بين الأمرين في المقامين.

و ولد المحلل من العبد إن جوزنا التحليل له رقباً إجماعاً، و من الحرّ حرّ مع اشتراط الحرّيه كذلك، و مع العدم رقب مع اشتراط الرقبه إن قلنا بصحته، و إلا فهو كالإطلاق، و فيه الخلاف، و الأصح الأشهر و اختاره المرتضى و الحلّي (٣) أنه كالأول؛ لعموم أكثر النصوص و ظواهر الأصول الماضيه في ولد الأمه المزوجه (٤).

ص: ٤٣٩

١- الكافي ٥: ٧/٤٦٩، التهذيب ٧: ١٠٦٥/٢٤٥، الوسائل ٧: ١٣٣: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٥ ح ٤؛ بتفاوت يسير.

٢- الكافي ٥: ١٥/٤٧٠، التهذيب ٧: ١٠٦٦/٢٤٥، الوسائل ٧: ١٣٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٦ ح ١.

٣- المرتضى في مسأله تخطئه العامل بخبر الواحد (رسائل الشريف المرتضى ٣): ٢٧١، الحلّي في السرائر ٢: ٦٢٨.

٤- تعرض إليهما في ص ٣٦٤.

مضافاً إلى خصوص المعتبره المستفيضه هنا.

ففي الصحيحين: الرجل يحل لأخيه جاريته، قال: «لا بأس به» قال:

قلت: فإنها جاءت بولد، قال: «ليضم إليه ولده و تردّ الجارية إلى صاحبها» قلت: إنه لم يأذن له في ذلك، قال: «إنه قد أذن، وهو لا يأمن أن يكون ذلك» (١).

و الحسن بل الصحيح -: الرجل يحل جاريته لأخيه، أو حرّه حلّت جاريتها لأخيها، قال: «يحلّ له من ذلك ما أحلّ له» قلت: فجاءت بولد؟ قال: «يلحق بالحرّ من أبيه» (٢).

و الخبر: عن الرجل يقول لأخيه: جاريتي لك حلال، قال: «قد حلّت له» قلت: فإنها ولدت، قال: «الولد له و الأمّ للمولى» الحديث (٣).

و هي مع استفاضتها و اعتبار سند أكثرها، و اعتضادها بالشهره العظيمه و الإطلاقات مع الأصول المتقدمه، و فتوى من لا يرى العمل إلّا بالأخبار المتواتره أو المحفوظه بالقرائن القطعيه، كالحلّي و نحوه و اضحه الدلاله

ص: ٤٤٠

-
- ١- الكافي ٥/٤٦٩، الفقيه ٣/١٣٧٩/٢٩٠، التهذيب ٧/١٠٧٣/٢٤٧، الإستبصار ٣/٥٠٢/١٣٩، الوسائل ٢١/١٣٦: أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧ ذيل ح ٤. و الآخر في: الكافي ٥/٤٦٩، الوسائل ٢١/١٣٦: أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧ ح ٤.
 - ٢- التهذيب ٧/١٠٧١/٢٤٧، الإستبصار ٣/٥٠٠/١٣٩، الوسائل ٢١/١٣٧: أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧ ح ٧.
 - ٣- التهذيب ٧/١٠٧٢/٢٤٧، الإستبصار ٣/٥٠١/١٣٩، الوسائل ٢١/١٣٧: أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧ ح ٦.

خلافاً للفقهاء و الطوسى (١) و جماعه (٢)، فقالوا بالرقية إلّا مع الفكّ بالقيمة؛ للصحيح: الرجل يحلّ لأخيه فرج جاريتة، قال: «هو له حلال» قلت: فإن جاءت بولد منه؟ قال: «هو لمولى الجارية، إلّا أن يكون اشترط على مولى الجارية حين أحلّها إن جاءت بولد فهو حرّ» (٣).

و نحوه خبران آخران (٤) قاصرا السند، هما كالصحيح ضعيفا التكافؤ، فلا يعترض بمثلها الأخبار المتقدّمة المعتضده بالأُمور المزبوره، و كذا لا تؤول إليها بما فى الفقيه و إن تبعه جماعه من حملها على الحرّيه بعد أداء القيمة، و إن هو إلّا تقييد لها من غير مقيد صالح له، فيجب طرحه، أو تأويله إلى ما يؤول إليها، سيّما مع إباء التعليل فى بعضها كالصحيح الأولين عن قبول هذا القيد.

فإن شرط الأب فى العقد الحرّيه، فلا سبيل لمولى الجارية على الأب من جهه القيمة بإجماع الطائفة.

و إن لم يشترط ذلك ففى إزماءه قيمه الولد روايتان، أشبههما

ص: ٤٤١

١- الفقيه ٣: ٢٩٠، الطوسى فى النهايه: ٤٩٤.

٢- كالمحقق فى الشرائع ٢: ٣١٧، و الشهيد الثانى فى الروضه ٥: ٣٣٩، و السبزوارى فى الكفايه: ١٧٦.

٣- التهذيب ٧: ١٠٦٨/٢٤٦، الإستبصار ٣: ٤٩٧/١٣٨، الوسائل ٢١: ١٣٥ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧ ح ١؛ بتفاوت يسير.

٤- الأول فى: التهذيب ٧: ١٠٦٩/٢٤٦، الإستبصار ٣: ٤٩٨/١٣٨، الوسائل ٢١: ١٣٥ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧ ح ٢. الثانى

فى: التهذيب ٧: ١٠٧٥/٢٤٨، الإستبصار ٣: ٥٠٤/١٤٠، الوسائل ٢١: ١٣٧ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٣٧ ح ٥.

و أشهرهما: أنها لا- تلزم كما عرفت من المستفيضه الوارده فى مقام الحاجه (١)، الخاليه عن ذكر القيمه بالمزّه، مع اشتمال الصحيحين منها على التعليل الذى هو كالصريح فى عدم لزومها، وقد عرفت عدم مقاومه شىء ممّا عارضها لها بالمزّه، و لكن العمل به أحوط.

و مقتضى العبارة هنا ظاهراً و فى الشرائع صريحاً عدم الخلاف فى حرّيه الولد هنا (٢)، و انحصاره فى لزوم القيمه (٣). و ليس كذلك؛ لاتّفاق القائلين بالحرّيه بعدم لزوم القيمه، و اختصاص القول به بالقائل بالرقيه.

و لا بأس بأن يطأ الأمه و فى البيت غيره للصحيح: فى الرجل ينكح الجاريه من جواريه و فى البيت من يرى ذلك و يسمع، قال:

«لا بأس» (٤).

و ربما قيل بالكراهه هنا فى الجملة أو مطلقاً (٥). و لا- بأس به؛ للمسامحه، و للخبر: «لا يجامع الرجل امرأته و لا جاريته و فى البيت صبي» (٦) و هو و إن قصر بقصور السند عن المكافأه لما مرّ، إلّا أنه أوفق بالحياء، فليحمل ذلك على نفي الحرمة.

و لا بأس أيضاً أن ينام بين أمتين للخبر فعلاً: كان أبو الحسن عليه السلام ينام بين جاريتين (٧).

ص: ٤٤٢

١- المتقدمه فى ص ٤٣٧.

٢- أى فى التحليل. منه رحمه الله.

٣- الشرائع ٣١٧: ٢.

٤- التهذيب ٢٠٨/٧٣٥: ٨، الوسائل ١٩٤: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٧٥ ح ١.

٥- قال به الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢: ٦٩.

٦- الكافي ١/٤٩٩: ٥، التهذيب ٤١٤/١٦٥٥: ٧، الوسائل ١٣٢: ٢٠ أبواب مقدمات النكاح ب ٦٧ ح ١.

٧- التهذيب ٤٥٩/١٨٣٨: ٧، الوسائل ٢٠١: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨٤ ح ٣؛ بتفاوت يسير.

و نحوه آخر قولاً: «لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين و الحرّتين» (١).

و يكره كلّ من الأمرين في الحرائر أما الأول: فلما مضى و غيره.

و أما الثاني: فقد علّل بتضمّنه الامتهان الغير اللائق بالحرائر (٢).

و هو كما ترى، مضافاً إلى ما مرّ من الخبر الظاهر في عدم البأس.

و العمده في الكراهه: فتوى الأصحاب، مع المسامحه في أدلّه السنن، كما مرّ غير مرّه.

و يكره و طء الأمه الفاجره الزانيه؛ لما فيه من العار، و خوف اختلاط الأنساب.

و في الخبر: عن الخبيثه يتروّجها الرجل؟ قال: «لا» و قال: «إن كان له أمه فإن شاء وطئها و لا يتخذها أمّ ولد» (٣).

و يكره و طء من ولدت من الزناء للحسن: عن الرجل يكون له الخادم ولد زناء، عليه جناح أن يطأها؟ قال: «لا، و إن تنزّه عن ذلك فهو أحبّ» (٤).

و يأتي على مختار الحلّي من كفرها الحرمه (٥)، و قد حكيت عنه صريحاً (٦)؛ و النصّ حيّجه عليه، كالصحيح: ولد الزناء ينكح؟ قال: «نعم».

ص: ٤٤٣

١- الكافي ٥/١٦: ١٩٥٣/٤٨٦، الوسائل ٧: ٢٠٠: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٨٤ ح ١.

٢- انظر المسالك ١: ٥٢٤.

٣- الكافي ٥/٤: ٣٥٣، التهذيب ٨: ٧٣٣/٢٠٧، الوسائل ٨: ١٧٦: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٠ ح ١.

٤- الكافي ٥/٥: ٣٥٣، الوسائل ٥: ١٧٦: ٢١ أبواب نكاح العبيد و الإمام ب ٦٠ ح ٣.

٥- السرائر ٢: ٥٢٦.

٦- حكاه عنه في كشف اللثام ٢: ٦٨.

و لا يطلب ولدها» (١).

يلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة

إشاره

و يلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة:

الأول في العيوب و البحث في أقسامها و أحكامها

إشاره

الأول: في العيوب المجوّزه للفسخ لأحد الزوجين إذا حصل منها في الآخر.

و البحث يقع في أقسامها و أحكامها : أما الأول: فهي على قسمين: مشترك بينهما، و مختصّ بأحدهما.

و يعرف كلّ منهما بالكلام فيها، فنقول:

أقسام العيوب

عيوب الرجل المسلّطه لزوجته على فسخ نكاحه أربعه: الأول: الجنون المطبق مطلقاً، أو الأدوارى الذى لا يعقل معه أوقات الصلاه إجماعاً، كما يظهر من جماعه (٢).

و كذا الذى يعقلها معه مطلقاً، كان قبل العقد أو تجدد بعده مطلقاً.

على الأشهر الأظهر فى الأول، بل كاد أن يكون إجماعاً، بل صرح به بعض الأجلّه (٣).

خلافاً لابن حمزه، فأطلق اشتراط عدم التعقل (٤)؛ للمرسل: «إن بلغ بالجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاه فزق بينهما، و إن عرف أوقات الصلاه

ص: ٤٤٤

١- الكافي ٥:٣/٣٥٣، الوسائل ٢٠:٤٤١ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ١٤ ح ١.

٢- منهم الشيخ فى الخلاف ٢:١٨٢، و الفاضل المقداد فى التنقيح ٣:١٧٨، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ١٣:٢١٩.

٣- انظر المهذب البارع ٣:٣٦٥، نهايه المرام ١:٣٣٦.

٤- الوسيله: ٣١١.

فلتصبر المرأة، فقد أثبتت» (١). و ضعف سنده يمنع من العمل به، مع معارضته بالخبر الآتي، المعتضد بالشهره و مفهوم الرضوى، و بهما يُخصّ المرسل و الأصل لو تمسك به.

و على قولٍ في الأخير (٢). خلافاً لأكثر القدماء، و هو الأصحّ؛ للرضوى: «إذا تزوّج رجل، فأصابه بعد ذلك جنون، فبلغ منه مبلغاً حتى لا يعرف أوقات الصلاة، فزوّق بينهما، فإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة، فقد أثبتت» (٣).

و قصور السند منجبر بالشهره، مع اعتباره و حجّيته في نفسه، مضافاً إلى موافقته الأصل، فلا يعارض شيئاً ممّا ذكر إطلاق الخبر أو عمومه: عن المرأة يكون لها زوج و قد أصيب في عقله بعد ما تزوّجها أو عرض له جنون، فقال:

«لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت» (٤)؛ لقصور سنده أولاً مع عدم الجابر له في المقام جدّاً؛ و ضعف دلالته ثانياً، فليقتد أو يخصص، فسقط حجّه القول الأول.

و يظهر من بعض المتأخّرين المناقشه في أصل الحكم؛ لعدم ما يدلّ عليه ممّا يعتمد عليه؛ لضعف الأخبار، و أخصّيه أكثرها عن المدعى؛ لاختصاصه بالمتجدّد (٥).

و يجبر الأول الشهره، بل و الإجماع في الجملة، و الثاني عدم القول بالفرق بين الطائفة، مع إطلاق المرسله المنجبر قصورها في أصل الحكم

ص: ٤٤٥

١- الفقيه ١٦٢٩/٣٣٨، الوسائل ٢١:٢٢٦ أبواب العيوب و التدليس ب ١٢ ح ٣؛ بتفاوت يسير.

٢- قاله في المختلف: ٥٥٤.

٣- فقه الرضا عليه السلام: ٢٣٧، المستدرک ١٥:٥٣ أبواب العيوب و التدليس ب ١١ ح ١.

٤- الفقيه ١٦٢٨/٣٣٨، التهذيب ٧:١٧٠٨/٤٢٨، الوسائل ٢١:٢٢٥ أبواب العيوب و التدليس ب ١٢ ح ١.

٥- انظر الحدائق ٢٤:٣٣٨.

بالشهره، و فحوى ما دلّ على أنه عيب فى المرأه من النصوص المستفيضه (١)؛ بناءً على أنّ الرجل له التخلّص بالطلاق لو وجد فيها، فثبوت الخيار له مع ذلك ملازم لثبوتها لها لو وجد فيه بطريق أولى؛ لعدم إمكان تخلّصها بدونه أصلاً.

و توقّفه (٢) على ثبوت التعليل فى الأصل ليستحقّ الأولويّه، و ليس بثابت؛ المناقشه فيه واضحه؛ إذ المستند فى اعتباره فهم العرف لا ثبوت التعليل، كيف لا؟! و قد دلّ آيه حرمه التأفيف (٣) على حرمه الأقوى من أنواع الأذى، و مسلّم الدلاله عند العلماء؛ مع أنّه لا إشعار فيها بالتعليل فضلاً عن الظهور، و هو هنا ثابت، فمتابعته واجب.

و يومئى إلى ما ذكرنا من استناد حجّيه الفحوى إلى فهم العرف لا إلى ثبوت التعليل تقسيم العلماء القياس الحجّيه إلى: الأولويه، و المنصوص العله؛ فلو توقّف حجّيه الأول على ثبوت العله لكان من الثانى، فلا وجه للتقسيم و جعل قسم الشىء قسيمه، فتأمل جدّاً. و بالجمله: لا ريب فى فساد ما ذكر قطعاً.

و الثانى: الخِصاء بكسر الخاء مع المدّ، و هو: سلّ الأُنثيين و إخراجهما و إن أمكن الوطء، على الأظهر الأشهر بين الأصحاب؛ للمعتبره المستفيضه:

منها الصحيح: عن خصيّ دلّس نفسه لامرأه دخل بها فوجدته خصياً، قال: «يفرّق بينهما، و يوجّع ظهره، و يكون لها المهر بدخوله

ص: ٤٤٦

١- الوسائل ٢٠٧: ٢١ أبواب العيوب و التدليس ب ١.

٢- أى الفحوى المشار إليه.

٣- الإسراء: ٢٣.

عليها» (١)، و نحوه الموثقان (٢).

خلافاً للمبسوط و الخلاف؛ محتجاً بأنه يولج و يبالغ أكثر من الفحل و إن لم ينزل، و عدم الإنزال ليس بعيب (٣).

و هو اجتهاد صرف في مقابلة النص المعتضد بالشهره، مع حجتيه في نفسه، فيخص به الأصل لو تمسك به، و يقتصر فيه بمورده، و هو سبق العيب العقد؛ لظاهر لفظ التدليس فيه، و هو أصح الأقوال.

و ربما قيل بإطلاق ثبوت الخيار و لو تجدد بعد الدخول (٤).

و ربما فصل، فأثبت في المتجدد قبله، و نفى في المتجدد بعده (٥).

و لا يساعدهما النصوص، مع معارضتهما بالأصل السالم عن المعارض.

و في حكم الخصاء: الوجاء، بالكسر و المد، و هو: رض الأثنين، بل قيل: إنه من أفراده، و حكى عن بعض أهل اللغة (٦). و هو حسن إن تم

ص: ٤٤٧

١- التهذيب ١٧٢٢/٤٣٢، الوسائل ٢١:٢٢٧ أبواب العيوب و التدليس ب ١٣ ح ٣.

٢- ورد أحدهما في: الكافي ٥:٣/٤١٠، التهذيب ١٧٢٠/٤٣٢، الوسائل ٢١:٢٢٦ أبواب العيوب و التدليس ب ١٣ ح ١. و الآخر

في: الكافي ٥:٦/٤١١، نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ١٦٤/٧٦، الوسائل ٢١:٢٢٧ أبواب العيوب و التدليس ب ١٣ ح ٢.

٣- المبسوط ٤:٢٥٠، الخلاف ٤:٣٤٨.

٤- قاله في المهذب ٢:٢٣٥.

٥- الحلّي في السرائر ٢:٦١٢.

٦- الكفايه: ١٧٦.

القول (١)، وإلا فلننظر فيه مجال، والاختصار على الأصل لازم.

و الثالث: العنن و هو على ما عرّفه الأصحاب كما حكى -:مرض يعجز معه عن الإيلاج؛ لضعف الذكر عن الانتشار. من دون تقييد بعدم إرادته النساء، وربما يوجد في كلام بعض أهل اللغة (٢) اعتباره.

و ثبوت الفسخ به في الجملة محلّ وفاق بين الطائفة، حكاه جماعه (٣)؛ للمعتبره المستفيضة:

منها الصحيح: «العنن يتربّص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوّجت، و إن شاءت أقامت» (٤).

و الصحيح: عن امرأه ابتلى زوجها، فلم يقدر على الجماع، أ تفارقه؟ قال: «نعم، إن شاءت» (٥) و نحوه بعينه غيره (٦).

و مقتضاهما كغيرهما من حيث العموم الناشئ عن ترك الاستفصال تعليق الحكم على غير القادر على الجماع مطلقاً، أراد النساء أم لا، فيكون هو المراد بالعنن المطلق في الصحيح الأول و غيره حقيقةً كان فيه كما هو ظاهر الأصحاب، أو مجازاً إن اعتبرنا القيد الماضي فيه و ذلك لأن أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض.

ص: ٤٤٨

١- بأنه من أفراد الخصاء. منه رحمه الله.

٢- كالقاموس (٤:٢٥١) و المصباح المنير (٤٣٣). منه رحمه الله.

٣- منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٣:٢٢٩، و صاحب المدارك في نهايه المرام ١:٣٢٧، و صاحب الحدائق ٢٤:٣٤٣.

٤- التهذيب ٧:١٧١٦/٤٣١، الإستبصار ٣:٨٩١/٢٤٩، الوسائل ٢١:٢٣١ أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ٥.

٥- الكافي ٥:٥/٤١١، الوسائل ٢١:٢٢٩ أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ١.

٦- التهذيب ٧:١٧١٧/٤٣١، الإستبصار ٣:٨٩٢/٢٤٩، الوسائل ٢١:٢٣١ أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ٦.

ثم الاستفادة مما مضى من النصوص و غيرها: إطلاق الخيار، الشامل لصور تقدم العيب قبل العقد و تجددده بعده، كان قبل الدخول أو بعده، و على الأولى الإجماع، و على الثانية و الثالثة الشهره بين الطائفة، و يأتي تمام التحقيق فى المسأله السادسه.

و الرابع: الجبّ، و هو: قطع الذكر كلّاً، أو بعضاً لا يبقى معه قدر الحشفه، و لو بقى فلا خيار إجماعاً. و ثبوت الخيار به مشهور بين الأصحاب، بل كاد أن يكون إجماعاً، و عن المبسوط و الخلاف نفى الخلاف عنه (1)؛ و هو الحجّه فيه.

مضافاً إلى فحوى ما دلّ على ثبوته بالخصاء و العنن، فإنّه أقوى عيباً منهما؛ لقدره الخصى على الجماع فى الجملة، و إمكان براء العنن، بخلاف المجهوب الذى لم يبق له ما يمكنه الوطاء، فثبوت الخيار فيهما ملازم له فيه بطريق أولى.

و يعضده عموم ما مرّ من الصحيح و غيره: عن امرأه ابتلى زوجها، فلم يقدر على الجماع، أ تفارقه؟ قال: «نعم، إن شاءت» (2).

فتردّ الماتن فى الشرائع (3) لا وجه له، و النصّ بالخصوص غير لازم، و الأصل بما مضى مخصّص.

و حيث كان من المتمسك به فى إثبات الحكم هنا عموم الصحيح و غيره، و جب القول بثبوت الخيار على الإطلاق، سبق العيب العقد أو تأخر

ص: ٤٤٩

١- حكاها عنهما كشف اللثام ٢:٧٠.

٢- المتقدم فى ص ٤٤٥.

٣- الشرائع ٢:٣١٩.

عنه، لحق الوطاء أو تقدّمه، كما عن الطوسى و القاضى (١) و جماعه (٢)، و لعلّه الأشهر، بل حكى عن الأول الإجماع عليه صريحاً (٣)، و إن حكى عنه فى موضع آخر ما أشعر بانعقاد الإجماع على اختصاصه بالأول (٤)؛ لعدم معارضه الظاهر الصريح.

و ربما قيل باختصاصه بالأول (٥)؛ تمسّكاً بالأصل، و عدم المخرج عنه؛ لفقد الإجماع بالتعارض (٦)، و انتفاء الفحوى فيما عداه؛ لاختصاص الخيار فى الخصاء بسبقه العقد كما مرّ (٧).

و يضعف بثبوت المخرج؛ لكون الإجماع على العموم أقوى كما مضى، و عدم انحصار الفحوى فى الخصاء؛ لثبوته فى العنن الثابت به الخيار مع التجدد بعد العقد، مع عدم انحصار المخرج فيما ذكر بعد إطلاق النصّ الدافع لذلك (٨)، و للقول باختصاصه بغير المتجدد بعد الوطاء (٩)؛ المستند إلى ثبوت الحكم هنا بفحوى ثبوته فى العنن، المقتضى للاشتراك معه فى عدم الخيار بعد الوطاء كاشتراكه معه فى ثبوته قبله؛ المضعف بضعف المستند؛ إذ غايته إثبات الشركه فى الثبوت لا العدم، فلا ينافى ثبوت الخيار

ص: ٤٥٠

١- الطوسى فى المبسوط ٤:٢٦٣، القاضى فى المهذب ٢:٢٣٣.

٢- الإيضاح ٣:١٧٥، التنقيح ٣:١٨٠، المهذب البارع ٣:٣٦٨، مفاتيح الشرائع ٣:٣٠٦، كشف اللثام ٢:٧٠.

٣- حكاه عنه فى الإيضاح ٣:١٧٥، و هو فى المبسوط ٤:٢٦٤.

٤- حكاه عنه فى المسالك ١:٥٢٥، و هو فى المبسوط ٤:٢٥٢.

٥- انظر كشف اللثام ٢:٧٠.

٦- أى بتعارض الإجماعين فى كلامى الشيخ. منه رحمه الله.

٧- فى ص ٤٤٤.

٨- أى هذا القول. منه رحمه الله.

٩- انظر السرائر ٢:٦١٢، الشرائع ٢:٣١٩، المختلف: ٥٥٤.

فى الفرع (١) بالنص فى محلّ ينتفى فيه فى الأصل (٢)، و هو ما بعد الوطاء.

و بالجمله: القول الأول أجود، و إن كان الاحتياط ممّا لا- ينبغى أن يترك؛ لاحتمال حصول الشكّ فى النصّ بعدم تبادل محلّ الفرض منه، و الإجماع بما مضى (٣)، و إن كان بالإضافه إلى ما قابله أقوى؛ بناءً على ضعف هذه القوّه الزائده عن تخصيص الأصاله القطعيّه.

و كيف كان، فاتّحاده مع العنن ممّا لا ينبغى أن يستراب فيه، و يبقى الكلام فى زيادته عليه، و الاحتياط لازم فى مثله.

ثمّ إنّ حصر العيوب فى الأربعة هو الأشهر بين الطائفة؛ للأصل، و الخبر المعتر بوجود جمع مجمع على تصحيح رواياتهم فى سنده كصفوان و أبان فلا يضّرّ جهاله راويه، و فيه: «و الرجل لا يرّد من عيب» (٤).

خلافاً للقاضى، فردّ بالجذام و البرص و العمى (٥)، و للإسكافى، فردّ بها و بالعرج و الزناء (٦).

و وافقهما شيخنا الشهيد الثانى فى الأولين (٧)؛ لعموم الصحيح: «إنّما يرّد النكاح من البرص و الجنون و الجذام و العفل» (٨) فإنّه عامّ فى الرجل

ص: ٤٥١

١- و هو الجبّ. منه رحمه الله.

٢- و هو العنن. منه رحمه الله.

٣- من التعارض. منه رحمه الله.

٤- الكافى ٤/٤١٠، الفقيه ٣/١٧٠٧، التهذيب ٧/١٧١٤، الإستبصار ٣/٨٩٦، الوسائل ٢١:٢٢٩ أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ٢.

٥- المهذب ٢:٢٣١.

٦- حكاه عنه فى المختلف: ٥٥٢.

٧- المسالك ١:٥٢٤.

٨- الكافى ٥/٤٠٦، الفقيه ٣/١٢٩٩، التهذيب ٧/١٧٠١، الإستبصار ٣/٨٨٦، الوسائل ٢١:٢٠٩ أبواب العيوب و التدليس ب ١ ح ٦.

و المرأة إلّا ما أخرجّه الدليل.

و لأدائه إلى الضرر المنفي، فإنّه من الأمراض المعدية باتّفاق الأطباء، و قد روى أنّه صلى الله عليه و آله و سلم قال: «فرّ من المجذوم فرارك من الأسد» (1) فلا بُدّ من طريق إلى التخلّص، و لا طريق للمرأة إلّا الخيار.

و النصّ و الفتوى الدالّان على كونهما عيباً في المرأة مع وجود وسيله الرجل إلى الفرقة بالطلاق قد يقتضيه في الرجل بطريق أولى.

و في الجميع نظر؛ لمنع العموم في الصحيح؛ لاختصاصه بحكم التبادر و السياق بعيوب المرأة، فلا تعديه.

و منع حصر طريق التخلّص في الخيار، فقد يمكن بإجبار الحاكم بالطلاق، أو انتزاعها منه إلى حصول العلاج. و فيه مع ذلك استلزامه طرد الحكم في كلّ مرض معدّ، و لا أراه يلتزمه، مع مخالفته الإجماع.

و الأولويّه جيده، لولا الروايه المعتبره في نفسها، المنجبره هنا بالشهره، و عدم القول بعمومها غير قادح في حجّيتها، كيف لا؟! و العامّ المخصّص و لو ياجماع العلماء حجّه في الباقي حيث يبقى الأكثر كما هنا عند أصحابنا.

فالقول الأول لذلك، مع اعتضاده بالأصل المقطوع به أقوى.

و أمّا ما عدا الأمرين، فحجّيه القائلين بالفسخ فيه غير واضح في السنين، إلّا على القول بثبوت الخيار به في المرأة؛ للأولويّه المتقدّمه، و لكن يأتي فيها ما في سابقتها، و مع ذلك يتوقّف استناد القائلين إليها على قولهم بذلك.

ص: ٤٥٢

هذا، مع ما فى الأولويّه هنا من المناقشه الواضحه.

نعم، وردت الأخبار المستفيضه بالأمر بالتفريق بين الرجل و المرأه بزناه بعد العقد.

ففى الصحيح: عن رجل تزوّج بامرأه، فلم يدخل بها فزنى، ما عليه؟ قال: «عليه الحدّ، و يحلق رأسه، و يفرّق بينه و بين أهله» (١).

و هى مع عدم ظهورها فى الخيار و إنّما ظاهرها لزوم التفريق و لا قائل به معارضه بالأصل، و الصحيح: عن الرجل يزنى قبل أن يدخل بأهله، أ يرجم؟ قال: «لا» قلت: يفرّق بينهما إذا زنى قبل أن يدخل بها؟ قال: «لا» (٢) و هما معتضدان بعمل الأصحاب، فلا يعارضهما شىء ممّا مضى.

و أمّا عيوب المرأه فهى سبعة وفاقته و خلافيه.

فمن الأول: الجنون و هو: فساد العقل المستقرّ الغير المستند إلى السهو السريع الزوال أو الإغماء العارض مع غلبه المرّه؛ لعدم صدق الإطلاق (٣) مع الاستناد إلى أحد الأمرين عرفاً، و على تقديره فليس بمتبادر من إطلاق النصوص جدّاً، فلا يُخصّ الأصل باحتمال إرادته نحوه منها قطعاً.

و الجذام بضمّ الجيم، و هو: مرض يظهر معه يبس الأعضاء و تناثر اللحم، بشرط التحقّق بظهوره على البدن، أو شهاده عدلين، أو

ص: ٤٥٣

١- الفقيه ١٢٥١/٢٦٢، التهذيب ٧: ١٩٦٦/٤٨٩، قرب الإسناد: ٩٧٥/٢٤٧، الوسائل ٢١: ٢٣٦ أبواب العيوب و التدليس ب ١٧ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٢- الكافي ٧: ٨/١٧٩، الفقيه ٤: ٧٧/٢٩، الوسائل ٢١: ٢٣٦ أبواب العيوب و التدليس ب ١٧ ح ١.

٣- أى إطلاق الجنون. منه رحمه الله.

تصادقهما عليه. لا مجرد ظهور أماراته، من تعجّر (١) الوجه و إحمراره أو اسوداده، و استداره العين و كمودتها إلى حمرة، و ضيق النفس، و بحة الصوت، و نتن العرق، و تساقط الشعر. فإنها قد تعرض من غيره، فلا يُخصّص بها الأصل المقطوع به.

نعم، مجموع هذه العلامات قد يفيد أهل الخبرة به حصوله، و العمده على تحقّقه كيف كان.

و البرص و هو: البياض أو السواد الظاهران على صفحة البدن لغلبه البلغم أو السوداء، و يعتبر منه المتحقّق دون المشتبه بالبهق (٢) و غيره؛ لما مرّ.

و القرن بسكون الراء و فتحها، قيل: هو عظم كالسنّ في الفرج يمنع الوطء، و لو كان لحمًا فهو العفل (٣) بالتحريك و في اتحادهما أو تبايرهما خلاف بين اللغويين و الفقهاء، و أكثر الفريقين على الاتّحاد، و هو المرويّ في الخبرين:

أحدهما الصحيح: «المراه تردّ من أربعة أشياء: من البرص، و الجدّام، و الجنون، و القرن و هو العفل، ما لم يقع، فإذا وقع عليها فلا» (٤) و نحوه الثاني (٥).

ص: ٤٥٤

١- تعجّر بطنه أي تعكّن، و العكنة: الطّي الذي في البطن من السمن. راجع الصحاح ٢: ٧٣٧ و ٥: ٢١٦٥.

٢- البهق: بياض يعترى الجلد يخالف لونه، ليس من البرص. الصحاح ٤: ١٤٥٣.

٣- قال به الشهيد الثاني في الروضة ٥: ٣٩٠.

٤- الكافي ٥: ١٦/٤٠٩، الفقيه ٣: ١٢٩٦/٢٧٣، التهذيب ٧: ١٧٠٣/٤٢٧، الإستبصار ٣: ٨٨٩/٢٤٨، الوسائل ٢١: ٢٠٧ أبواب العيوب و التدليس ب ١ ح ١.

٥- الكافي ٥: ١٢/٤٠٧، التهذيب ٧: ١٧٠٢/٤٢٧، الإستبصار ٣: ٨٨٨/٢٤٨، الوسائل ٢١: ٢١٥ أبواب العيوب و التدليس ب ٣ ح ٢.

و يشهد له المعتبره المكتفيه بأحدهما عن الآخر، و هي مستفيضه فى الاكتفاء بالعقل عن القرن.

منها الصحيحان: «يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (١).

و ممّا اكتفى فيه بالقرن عنه الصحيح: عن رجل تزوج امرأه فوجد بها قرناً، قال: «هذه لا- تحبل، و لا- يقدر زوجها على مجامعتها، يردّها إلى أهلها صاغره و لا مهر لها» قلت: فإن كان دخل بها؟ قال: «إن علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضى، و إن لم يعلم بها إلّا بعد ما جامعها فإن شاء أمسكها، و إن شاء سرّحها إلى أهلها، و لها ما أخذت منه بما استحلّ من فرجها» (٢).

و الرضوى: «و إن تزوّج بامرأه فوجدها قرناء أو مجنونه إذا كان بها ظاهراً كان له أن يردّها على أهلها بغير طلاق» (٣) و نحوه غيره (٤).

و يستفاد من الصحيح السابق عليهما بمقتضى تعليل الردّ بعدم إمكان الوطء، أو عسره كما يظهر من ذيله دوران الحكم مدارهما حيث تحقّقا، فى قرن أو عفل أو رتق، فلا ثمره للاتّحاد و التّغاير فى الباب، و به صرّح بعض الأصحاب (٥).

ص: ٤٥٥

- ١- تقدم أحدهما فى ص: ٤٤٨، و الآخر فى: التهذيب ١٦٩٣/٤٢٤، الإستبصار ٣: ٨٨٠/٢٤٦، الوسائل ٢١: ٢١٠ أبواب العيوب و التّدليس ب ١ ح ١٠.
- ٢- الكافى ٥: ١٨/٤٠٩، التهذيب ٧: ١٧٠٤/٤٢٧، الإستبصار ٣: ٨٩٠/٢٤٩، الوسائل ٢١: ٢٠٨ أبواب العيوب و التّدليس ب ١ ح ٤، بتفاوت يسير ينشأ ظاهراً من الخلط بين هذه الروايه و روايه حسن بن صالح.
- ٣- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٣٧، المستدرک ١٥: ٤٦ أبواب العيوب و التّدليس ب ١ ح ٨.
- ٤- المقنع: ١٠٣، المستدرک ١٥: ٤٦ أبواب العيوب و التّدليس ب ١ ح ٩.
- ٥- نهايه المرام ١: ٣٣١.

ثم الاستفادة منه أيضاً كغيره (١) صريحاً مضافاً إلى إطلاق النصوص ثبوت الخيار بعسر الوطاء أيضاً من دون اشتراط عدم الإمكان، وإليه مال جماعه (٢)، تبعاً للماتن في الشرائع (٣).

خلافاً للأكثر، بل لم ينقل فيه خلاف، وربما احتتمل كونه إجماعاً (٤)، فإن صحَّ و علمناه من غير جهة النقل أمكن المصير إليه، وإلا فالمصير إلى الأول أولى؛ إنا لعدم حججه عدم ظهور الخلاف أصلاً، أو لأنه لا يستفاد منه مع الحججه سوى المظنه المعارضه بمضاهيها، الحاصل من الأخبار المعتبره المعمول بها عند جميع الطائفه، وهى أقوى قطعاً، فيخصَّ به الأصل، و يطرح المعارض (٥).

هذا، مع ظهور الخلاف لنا من الماتن و جماعه من أصحابنا.

و كيف كان، فلا ريب أن مراعاتهم أحوط و أولى.

و الإفضاء و قد مضى تفسيره و الاختلاف فيه (٦).

و النصوص بثبوت الخيار بهذه العيوب الخمسه مستفيضه، و قد مرَّ ما يتعلَّق بالأربعه الأُول، بقى المتعلَّق بالأخير؛ و يدلُّ عليه الصحيح: فى الرجل تزوّج امرأه من وليها، فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: «إذا دلّست العفلاء نفسها و البرصاء و المجنونه و المفضاء و من كان بها زمانه

ص: ٤٥٦

١- الوسائل ٢١:٢١٤ أبواب العيوب و التدليس ب ٣.

٢- نهايه المرام ١:٣٣٢، الكفايه: ١٧٦، الحدائق ٢٤:٣٦٢.

٣- الشرائع ٢:٣٢٠.

٤- الكفايه: ١٧٦، المسالك ١:٥٢٦.

٥- و هو الظن الحاصل من عدم ظهور الخلاف. منه رحمه الله.

٦- راجع ص ٦٨.

ظاهره فإنها تردّ على أهلها من غير طلاق» (١).

و صريحه كالخبرين المتقدمين في الاكتفاء بالقرن عن العفل في التعبير جواز الفسخ و لو علم بالعيوب بعد الدخول، مع أنه لا خلاف فيه يعتدّ به، و به صرح بعض (٢)، و استفيد من إطلاق النصوص الأخر و الفتاوى.

نعم، ربما أشعر بعضها باختصاص الجواز بقبل الدخول، كالصحيح الدالّ على اتّحاد القرن و العفل، و قريب منه خبران آخران:

أحدهما: في الرجل إذا تزوّج المرأة فوجد بها قرناً و هو العفل أو بياضاً أو جذاماً «أنّه يردها ما لم يدخل بها» (٣) و نحوه الثاني (٤).

و لكن ظاهرهما مع قصور السند العلم بالعيوب قبل الدخول، و لا كلام فيه.

و الصحيح لا يعارض ما مرّ، مع احتمال حمل إطلاقه على صورته العلم بالعيوب قبل الدخول.

ثم مقتضى الأصل و انتفاء المخرج عنه بالإضافة إلى حدوث هذه العيوب و ما سيأتى بعد العقد أو الدخول اختصاص الخيار بما عداهما، مع عدم الخلاف في نفيه في الثاني كما حكى (٥)، و إن حكى عن المبسوط

ص: ٤٥٧

١- الكافي ١٤/٤٠٨، التهذيب ٧:١٦٩٩/٤٢٥، الإستبصار ٣:٨٨٥/٢٤٧، الوسائل ٢١:٢١١ أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ١.

٢- كالفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٢:٣٠٧.

٣- الكافي ١٢/٤٠٧، التهذيب ٧:١٧٠٢/٤٢٧، الإستبصار ٣:٨٨٨/٢٤٨، الوسائل ٢١:٢١٥ أبواب العيوب و التدليس ب ٣ ح ٢.

٤- الكافي ١٦/٤٠٩، الفقيه ٣:١٢٩٦/٢٧٣، التهذيب ٧:١٧٠٣/٤٢٧، الإستبصار ٣:٨٨٩/٢٤٨، الوسائل ٢١:٢٠٧ أبواب العيوب و

التدليس ب ١ ح ١.

٥- قاله في الحدائق ٢٤:٣٦٩.

و ظاهر الخلاف طرد الحكم فيه و فى الأول (١)؛ تبعاً لإطلاق النصوص.

و لكن الأشهر خلافه؛ تمسكاً بما مضى، و استضعافاً له باختصاصه بحكم التبادر و الفرض فى أكثرها بغير محلّ البحث، و لا كلام فيه.

و من الثانى (٢): العمى و الإقعاد و ثبوت الخيار و لو بعد الدخول بتقدّمهما العقد مشهور بين الأصحاب، بل عليه الإجماع عن المرتضى و ابن زهره فى الأول (٣)؛ و هو الحجّيه فيه، كالصحيح: الرجل يتزوّج المرأة، فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: «تردّ على وليها، و يكون له المهر على وليها، و إن كان بها زمانه لا يراها الرجل أُجيز شهادته النساء عليها» (٤).

و الموثّق: «تردّ البرصاء و العمياء و العرجاء» (٥).

و يستفاد منه (٦) و من الصحيح المتقدّم فى الإفضاء الحكم فى الثانى؛ لتضمّنهما الفسخ بالزمانه الظاهره، و هو منها و إن كانت مطلق العاهه، كما عن بعض أهل اللغه (٧).

ص: ٤٥٨

١- حكاها عنهما فى المسالك ١:٥٢٨، و هو فى المبسوط ٤:٢٥٢، الخلاف ٤:٣٤٩.

٢- أى العيوب الخلافيه. منه رحمه الله.

٣- المرتضى فى الناصريات (الجوامع الفقيهيه): ٢١٢، ابن زهره فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١١.

٤- التهذيب ٧:١٦٩٤/٤٢٤، الإستبصار ٣:٨٨٤/٢٤٦، الوسائل ٢١:٢١٣، أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ٦، و فى الجمع: و يكون لها المهر..

٥- التهذيب ٧:١٦٩٤/٤٢٤، الإستبصار ٣:٨٨٣/٢٤٦، الوسائل ٢١:٢١٠، أبواب العيوب و التدليس ب ١ ح ١٢.

٦- أى من هذا الصحيح، لا الموثّق.

٧- القاموس ٤:٢٣٣، مجمع البحرين ٦:٢٦٠.

هذا، مضافاً إلى فحوى الخبرين هنا، لاستلزام الفسخ بالعرج الذى دلاً عليه، وهو أشهر وأقوى كما يأتى إياه هنا بطريق أولى كما لا يخفى.

و يُخصّ بالنصوص هنا و فى الإفضاء الأصل و مفهوم الحصر و العدد فيما مرّ من المعتبره.

فخلاف الشيخ فى الخلاف و المبسوط (١) فى الأول (٢) ضعيف جداً، كخلاف غيره كما حكى (٣) فى الثانى (٤).

و فى ثبوت الخيار ب الرتق بالتحريك، و هو كما حكى عن أهل اللغة (٥) و به صرح العلامة فى القواعد (٦) و جماعه (٧): التحام الفرغ بحيث لم يكن للذكر فيه مدخل. و عرّفه فى التحرير: باللحم النابت فى الفرغ المانع عن الوطاء (٨)، فيرادف حينئذ العفل - تردّد ينشأ:

من الأصل و مفهومى الحصر و العدد فيما مرّ من الأخبار، مع عدم النصّ فيه.

و من تعليل الردّ بالقرن بمنعه الوطاء فى الصحيح و غيره كما مضى (٩) الظاهر فى دوران الحكم مداره حيث ما تحقّق و فحوى ما دلّ على

ص: ٤٥٩

١- الخلاف ٤:٣٤٦، المبسوط ٤:٢٤٩.

٢- أى العمى. منه رحمه الله.

٣- حكاة فى المختلف عن الحلّى: ٥٥٣، و هو فى السرائر ٦١٣:٢.

٤- أى الإقعاد. منه رحمه الله.

٥- قاله الجوهري فى الصحاح ٤:١٤٨٠، حكاة عنه فى الكفاية: ١٧٧.

٦- القواعد ٢:٣٣.

٧- جامع المقاصد ١٣:٢٤٤، المسالك ١:٥٢٧، نهايه المرام ١:٣٣٣، التنقيح ٣:١٨١، الكفاية: ١٧٧، الحدائق ٢٤:٣٦٦.

٨- التحرير ٢:٢٨.

٩- راجع ص ٤٥٢.

الحكم فى القرن و العفل مع إمكان الوطء معهما، فثبوت الحكم هنا بطريق أولى. هذا إن قلنا بتغايره لهما، و إلا فهو داخل فى مستندهما.

و هذا هو الأقوى كما حكى عن أكثر أصحابنا (١)، و ادعى الإجماع عليه جماعه (٢)، و اختاره المصنّف هنا و فى الشرائع (٣) بقوله: أشبهه:

ثبوتة عيباً؛ لأنه يمنع الوطء فيعمّه التعليل المثبت للحكم فى القرن و العفل، و بأدلته يُخصّص ما مضى من أدلّه المنع.

و يمنع دعوى عدم النصف إن أراد ما يعمّ ذلك، و يجاب بعدم لزوم النصف بالخصوص إن أراد منه، بل يكتفى بكلّ ما دلّ خصوصاً أو عموماً.

و لا تردّ المرأة و لا الرجل بالعمور مطلقاً (٤)، بلا خلاف فى الظاهر؛ للأصل، و مفهومى الحصر و العدد الماضيين، و خصوص الصحيح:

فى الرجل يتزوج إلى قوم و إذا امرأته عوراء و لم يبينوا له، قال: «لا تردّ» (٥) مع عدم المعارض.

و لا بالزنا مطلقاً و لو حُدّت فيه خلافاً للإسكافى، فردّ به مطلقاً، فى الرجل و المرأة، سبق العقد أم لحق، حصل معه الحد أم لا (٦).

ص: ٤٦٠

-
- ١- انظر كشف اللثام ٢:٧٢.
 - ٢- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١١، جامع المقاصد ١٣:٢٤٤، نهايه المرام ١:٣٣٤.
 - ٣- الشرائع ٢:٣٢٠.
 - ٤- سبق العقد أم لحقه. منه رحمه الله.
 - ٥- الكافى ٥:٦/٤٠٦، الفقيه ٣:١٢٩٩/٢٧٣، التهذيب ٧:١٧٠١/٤٢٦، الإستبصار ٣:٨٨٦/٢٤٧، الوسائل ٢١:٢٠٩ أبواب العيوب و التدليس ب ١ ح ٦.
 - ٦- حكاه عنه فى المختلف: ٥٥٣.

و للصدوق، فردّ به فى المرأه خاصّه مع لحوق العقد مطلقاً (١).

و لأكثر القدماء فى المحدوده خاصّه (٢).

و قد مضى الكلام فيه فى بحث الكفّاره، و أنّ الأصحّ مختار الماتن و أكثر المتأخرين.

و لا بالعرج على الأشبه وفاقاً للمقنع و ظاهر المبسوط و الخلاف و القاضى (٣)؛ لما مضى.

خلافاً للأكثر، بل عن الغنيه الإجماع عليه (٤)، و هو الأظهر؛ للمعتبرين اللذين مضيا فى الإقعاد و العمى (٥)، و ليس فيهما التقييد بالبين إن أُريد به ما يزيد على مفهوم العرج كما عن الحلّى و المختلف و التحرير (٦) و لا البلوغ حدّ الإقعاد كما فى الشرائع و القواعد و الإرشاد (٧) فلا وجه لهما.

و ليس فى عدّ الزمانه عيباً فى الصحيحين (٨) ما يوجب التقييد بالأخير، فالأقوى عدّ مطلق العرج عيباً بعد تحقّقه؛ تمسيكاً بظاهر المعبرين، و يُخصّ بهما ما مضى من أدلّه المنع فى البين.

ص: ٤٦١

١- المقنع: ١٠٩.

٢- انظر الوسيله: ٣١١، و الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١١، و المهذب: ٢: ٢٣١، و المبسوط: ٤: ٢٣٩.

٣- المقنع: ١٠٤، المبسوط: ٤: ٢٤٩، الخلاف: ٤: ٣٤٦، القاضى فى المهذب: ٢: ٢٣١.

٤- الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٦١١.

٥- راجع ص ٤٥٥.

٦- الحلّى فى السرائر: ٢: ٦١٣، المختلف: ٥٥٣، التحرير: ٢: ٢٩.

٧- الشرائع: ٢: ٣٢٠، القواعد: ٢: ٣٣، الإرشاد: ٢: ٢٨.

٨- المتقدمين فى ص ٤٥٣ ٤٥٥.

إشاره

و أما الأحكام المتعلقة بالعيوب فمسائل سبع

الأولى لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول :

الأولى: لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول مطلقاً، في امرأه كان أو رجلاً.

و في العيب المتجدد بعد العقد تردّد، عدا العنن فلا تردّد له فيه كما يأتي.

وقيل: تفسخ المرأه بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاه و إن (١) تجدد بعد العقد مطلقاً، و مضى تفصيل الكلام في ذلك ذيل كل عيب، و يظهر منه أنّ إطلاق العبارة ليس في محلّه، بل الأجود ما قدّمناه.

الثانيه الخيار على الفور

الثانيه: الخيار على الفور بلا خلاف، بل عليه الإجماع كما حكاه جماعة (٢)؛ و هو الحجّه فيه، لا- الاقتصار في الخروج عن أصله اللزوم على القدر المتيقّن؛ لانعكاس الأصل بثبوت الخيار و اقتضائه بقاءه، مع اعتضاده بإطلاق النصوص، نعم في بعضها ما يدلّ على السقوط بالدخول (٣)، و لكنّه غير الفوريّه، فتدبّر.

و كيف كان، فلو أحرّ من إليه الفسخ مختاراً مع علمه بها، بطل خياره، سواء الرجل و المرأه.

و لو جهل الخيار أو الفوريّه، فالأقوى أنّه عذر؛ للأصل، و الإطلاقات، مع انتفاء المخصّص لهما؛ بناءً على اختصاص الإجماع الذي هو العمده

ص: ٤٦٢

١- القائل هو الشيخ في المبسوط ٤:٢٥٢، و الخلاف ٤:٣٤٩، و القاضي في المهذب ٢:٢٣٥.

٢- جامع المقاصد ١٣:٢٤٩، المسالك ١:٥٢٨، الروضه ٥:٣٩٢، نهايه المرام ١:٣٣٨، الكفايه ١٧٧، مفاتيح الشرائع ٢:٣٠٩، كشف اللثام ٢:٧٢، الحدائق ٢:٣٧٢.

٣- الوسائل ٢١: أبواب العيوب و التدليس ب ١ ح ١٤، و ب ٣ ح ٢.

فى التخصيص بغيره، فيختار بعد العلم على الفور.

و كذا لو نسيهما، أو مُنع منه بالقبض على فيه، أو التهديد على وجه يعدّ إكراهاً، فالخيار بحاله إلى زوال المانع؛ ثم يعتبر الفوريّه حينئذ.

الثالثه الفسخ فيه ليس طلاقاً

الثالثه: الفسخ فيه أى العيب بأنواعه ليس طلاقاً شرعياً إجماعاً و نصّاً؛ لوقوع التصريح به فى الصحيح (١) و غيره (٢)، فلا يعتبر فيه ما يعتبر فى الطلاق، و لا يعدّ فى الثلاث و لا يطرد معه تنصيف المهر و إن ثبت فى بعض مواردّه كما يأتى.

الرابعه لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم

الرابعه: لا- يفتقر الفسخ بالعيوب الثابته عندهما فى أيهما كانت - إلى الحاكم على الأظهر الأشهر، بل كاد أن يكون إجماعاً؛ للأصل، و إطلاق النصوص، مع انتفاء المخرج عنهما.

خلافاً للإسكافى و الطوسى (٣)؛ و هو شاذّ.

و لكن يفتقر إليه فى العنن لضرب الأجل و تعيينه، لا فسخها (٤) بعده، بل تستقلّ به حينئذ.

الخامسه إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر

الخامسه: إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر عليه للزوجه إجماعاً؛ للأصل، و النصوص:

منها الصحيح: «و إن لم يكن دخل بها فلا عدّه لها و لا مهر لها» (٥)، و نحوه الصحيح الآتى.

ص: ٤٤٣

١- الوسائل ٢١١:٢١ ٢١:٢١١ أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ١.

٢- الوسائل ٢١٢:٢١ ٢١:٢١٢ أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ٢.

٣- حكاة عن الإسكافى فى المختلف: ٥٥٧، الطوسى فى المبسوط ٢٥٣:٤.

٤- أى المرأه. منه رحمه الله.

٥- الكافى ١٤/٤٠٨، التهذيب ١٦٩٩/٤٢٥، الإستبصار ٣:٨٨٥/٢٤٧، الوسائل ٢١:٢١١ أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ١.

و فى الخبر: «و لو أنّ رجلاً تزوّج امرأه، أو زوّجها رجل لا يعرف دخيله أمرها، لم يكن عليه شيء، و كان المهر يأخذه منها» (١).

و أما لو فسخ بعده، فلها المسمى على الأشهر الأظهر؛ لإطلاق النصوص:

منها الصحيح: فى رجل تزوّج امرأه من وليها، فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: «إذا دلّست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق، و يأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دلّسها، فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه و تردّ إلى أهلها» قال: «و إن أصاب الزوج شيئاً ممّا أخذت منه فهو له، و إن لم يصب شيئاً فلا شيء له» الخبر (٢).

و الصحيح: «من زوّج امرأه فيها عيب دلّسته فلم يبين ذلك لزوجها، فإنه يكون لها الصداق بما استحلت من فرجها، و يكون الذى ساق الرجل إليها على الذى زوّجها» (٣) و نحوهما غيرهما (٤).

خلافاً للشيخ، فخصّه بالفسخ بالمتجدد بعد الدخول، و حكم بالمثل فى المتجدد قبله مطلقاً (٥). و هو شاذ، و مستنده ضعيف و اجتهاد فى مقابله

ص: ٤٦٤

١- الكافى ٩/٤٠٧، التهذيب ٧/١٦٩٧/٤٢٤، الإستبصار ٣/٨٧٨/٢٤٥، الوسائل ٢١:٢١٢ أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

٢- تقدمت مصادره فى الهامش (٥) من الصفحة السابقة.

٣- التهذيب ٧/١٧٢٣/٤٣٢، الوسائل ٢١:٢١٤ أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ٧؛ بتفاوت يسير.

٤- الفقيه ٣/١٢٩٩/٢٧٣، التهذيب ٧/١٧٠١/٤٢٦، الإستبصار ٣/٨٨٤/٢٤٦، الوسائل ٢١:٢١٣ أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ٥.

٥- المبسوط ٤:٢٥٣.

و يستفاد منها أنه يرجع به أى المهر الزوج على المدلس و به أفتى جماعه (١) مطلقاً، ولتياً كان أم غيره، حتى لو كان المدلس هو المرأة رجع به عليها أيضاً.

و يدلّ على الأخير بالخصوص الصحيح: فى رجل ولّته امرأه أمرها أو ذات قرابه أو جار لها لا يعلم دخيله أمرها، فوجدها قد دلّست عيباً هو بها، قال: «يؤخذ المهر منها، و لا يكون على الذى زوّجها شيء» (٢) و قريب منه الخبر الذى مرّ قريباً.

و يستفاد منهما الرجوع بالمهر إليها مطلقاً من دون استثناء شيء مطلقاً، و به صرح جماعه (٣)، و هو أقوى.

خلافاً للمحكى عن الأكثر، فاستثنوا منه شيئاً، أما مهر أمثالها كما عن الإسكافى (٤)، أو أقلّ ما يتممّل كما عن الأكثر (٥)؛ لتلا يخلو البضع عن العوض، و هو الأحوط و إن كان فى تعيينه نظر.

و عليه، فالأصل و لزوم الاقتصار فى مخالفه النصوص الحاكمة بالرجوع إلى الجميع على القدر الذى يندفع به الضرر يقتضى المصير إلى

- ١- منهم المحقق فى الشرائع ٢:٣٢١، و السبزوارى فى الكفايه: ١٧٧، و صاحب الحدائق ٢٤:٣٧٧.
- ٢- الكافى ١٠/٤٠٧: ٥، الفقيه ٣: ١٧١/٥٠، الوسائل ٢١: ٢١٢ أبواب العيوب و التدليس ب ٢ ح ٤.
- ٣- منهم الشهيد الثانى فى المسالك ١: ٥٢٩، و سبطه فى نهايه المرام ١: ٣٤١، و صاحب الحدائق ٢٤: ٣٧٨.
- ٤- فقد حكاه عنه فى المختلف: ٥٥٧.
- ٥- جامع المقاصد ١٣: ٢٥٨، نهايه المرام ١: ٣٤١.

ما قدره الأكثر، و تعليل الاستثناء يقتضى المصير إلى ما قدره الإسكافي، و هو الأحوط.

ثم إنَّ إطلاق إثبات المهر لها و الحكم بالرجوع به إلى المدلّس يقتضى ثبوته حيث لا مدلّس، و هو كذلك؛ و ربما دلّت عليه النصوص المتقدّمة الحاكمة بأنَّ لها المهر بما استحلّ من فرجها (١)، و هى كالمنصوص العله فى الحكم كما لا يخفى، و مقتضاها ثبوت المسمّى لا المثل ظاهراً.

و إذا فسخت الزوجه قبل الدخول بها فلا مهر لها بلا خلاف؛ لمجىء الفسخ من قبلها إلّا فى العنن فلها ذلك على الأشهر الأقوى كما يأتى.

و لو كان الفسخ بعده أى الدخول- فلها المسمّى إجماعاً؛ لاستقراره بالدخول، و لا صارف عنه إلّا الفسخ، و هو غير معلوم الصلوح لذلك.

و لو فسخت الزوجه النكاح بالخصاء فالأشهر الأقوى أنّه يثبت لها المهر كماً مع الخلوه بها و الدخول؛ لما مضى من النصوص فيه (٢)، و إطلاقها كإطلاق العبارة يقتضى ثبوت الجميع بمجرد الخلوه و إن لم يدخل بها.

و فى الرضوى: «و إن تزوّجها خصى و قد دلّس نفسه لها و هى لا تعلم فرّق بينهما، و يوجع ظهره كما دلّس نفسه، و عليه نصف الصداق، و لا عدّه عليها منه» (٣) و إطلاقه يقتضى التنصيف مطلقاً.

ص: ٤٤٤

١- راجع ص ٤٤١.

٢- راجع ص ٤٤٣ ٤٤٤.

٣- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٣٧، المستدرک ٥٣: ١٥ أبواب العيوب و التدليس ب ١٢ ح ٢.

و ربما يجمع بينهما بحمل الأول على صورته الدخول، والثاني على العدم. وهو حسن؛ للصحيح المفصل المروي عن قرب الإسناد: عن خصي دلس نفسه لامرأه، ما عليه؟ قال: «يوجع ظهره و يفرق بينهما و عليه المهر كاملاً إن دخل بها، و إن لم يدخل بها فعليه نصف المهر» (١).

لكن القول به غير معروف؛ لأنهم ما بين مصرح بثبوت الجميع بالخلوه مطلقاً كما عن الشيخ (٢) و أكثر الأصحاب (٣) و مثبت للنصف خاصه كذلك كما عن الصدوقين (٤) عملاً. بإطلاق الرضوى المتقدم، و نافٍ للحكم من أصله كما عن الحلبي (٥) للأصل. فالقول به مشكل.

و ينبغي القطع بثبوت الجميع بالدخول؛ لاستقراره به، مع عدم الخلاف فيه في الظاهر، و النصف مع عدمه إن خلا بها؛ للوفاق من العاملين بالنصوص عليه حينئذ، و يبقى الشك في النصف الآخر، و الاحتياط فيه لا يترك. و قد ظهر من النصوص الدلالة على أنه يعزّر؛ لمكان التدليس.

السادسه لو ادعت عننه فأنكر، فالقول قوله مع يمينه

السادسه: لو ادعت عننه أو غيره فأنكر، فالقول قوله مع يمينه للأصول السليمه عن المعارض، فإن حلف استقرّ النكاح، و إن نكل

ص: ٤٦٧

١- قرب الإسناد: ٩٨٢/٢٤٨، الوسائل ٢١:٢٢٨ أبواب العيوب و التدليس ب ١٣ ح ٥.

٢- النهايه: ٤٨٨.

٣- انظر نهايه المرام ١:٣٤٣.

٤- حكاها عنهما العلّامة في المختلف: ٥٥٦. و لكن الموجود في المقنع: ١٠٤: فرّق بينهما و تأخذ منه صداقها.

٥- السرائر ٢:٦١٧.

عنه و عن رده إليها ثبت العيب لو حُكِمَ به، وإلا زُددت اليمين على المرأة، فإن حلفت ثبت العيب. و ليس لها ذلك إلا مع العلم به بممارستها له، على وجه يحصل لها ذلك بتعاقد القرائن الموجه له.

و أما اختباره (١) بجلوسه في الماء البارد، فإن استرخى ذكره فهو عَنِين، و إن تشنَّج فليس به كما عن ابني بابويه و ابن حمزه (٢)، و ذكره الأطباء، و به روايه مرسله في الفقيه (٣) و الرضوى (٤) فلم يعتبره المتأخرون؛ زعماً منهم عدم النصّ لذلك، و ليس كذلك.

و في المرسل: أنه يختبر بإطعامه السمك الطريّ ثلاثه أيام، ثم يقال له: بُلْ على الرماد، فإن ثقب بوله الرماد فليس بعَنِين، و إن لم يثقب بوله الرماد فهو عَنِين (٥). و ظاهر الفقيه العمل به؛ لروايته له فيه.

و مع ثبوته أى العنز - يثبت لها الخيار فيما إذا سبق العقد إجماعاً.

و كذا لو كان متجدداً بعده:

مطلقاً على قول المفيد (٦) و جماعه (٧)؛ لإطلاق النصوص.

و مقيداً بقبليته الدخول، كما عن الأكثر (٨) بل عن ابن زهره عليه

ص: ٤٤٨

١- أى العنز. منه رحمه الله.

٢- الصدوق في المقنع: ١٠٧، و حكاه عن والده في المختلف: ٥٥٦، ابن حمزه في الوسيله: ٣١١.

٣- الفقيه ١٧٠٥/٣٥٧، الوسائل ٢١: ٢٣٤، أبواب العيوب و التدليس ب ١٥ ح ٤.

٤- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٣٧، المستدرک ١٥: ٥٦، أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ١.

٥- الفقيه ١٧٠٦/٣٥٧، الوسائل ٢١: ٢٣٤، أبواب العيوب و التدليس ب ١٥ ح ٥.

٦- المقنع: ٥٢٠.

٧- انظر المقنع: ١٠٥، و التنقيح الرائع ٣: ١٩٥.

٨- حكاه عنهم في نهايه المرام ١: ٣٤٤، و في الحدائق ٢٤: ٣٨٤.

الإجماع (١)، وهو الأظهر؛ للأصل، واختصاص النصوص بحكم التبادر بغير محلّ الفرض، والخيرين:

أحدهما الموثق: «إذا تزوّج الرجل امرأه، فوقع عليها مرّه ثم أعرض عنها، فليس لها الخيار، فلتصبر فقد ابتليت، وليس لأُمَّهات الأولاد ولا للإماء ما لم يمّسها من الدهر إلّا مرّه واحده خيار» (٢).

و نحوه الثاني (٣)، وضعفه كقصور الأول منجبر بالأصل والشهره والإجماع المحكى، فلا وجه للتوقّف في المسأله.

ثم مقتضى الأصل، واختصاص العنّين المطلق في الأخبار بحكم التبادر بالعاجز عن النساء مطلقاً، توقّف الخيار على ما إذا عجز عن وطئها قبلاً- ودبراً، وعن وطء غيرها وهو الأشهر بين أصحابنا؛ وينصّ عليه الخبر: في العنّين «إذا علم أنّه عنّين لا يأتي النساء فرّق بينهما» (٤) ونحوه آخر (٥)، وقصور السندين بالشهره قد انجبر، مضافاً إلى ما مرّ.

خلافاً للمحكى عن المفيد، فلم يشترط العجز عن غيرها، واكتفى بالعجز عنها (٦)؛ لظاهر الصحيح: «إذا ذكرت أنّها عذراء فعلى الإمام أن

ص: ٤٦٩

١- الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٦١١.

٢- التهذيب ٧: ١٧١٥/٤٣٠، الإستبصار ٣: ٨٩٧/٢٥٠، الوسائل ٢١: ٢٣١، أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ٨.

٣- الكافي ٥: ١٠/٤١٢، الفقيه ٣: ١٧٠٩/٣٥٨، التهذيب ٧: ١٧١٢/٤٣٠، الإستبصار ٣: ٨٩٥/٢٥٠، الوسائل ٢١: ٢٣٠، أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ٤.

٤- الكافي ٥: ٤/٤١٠، الفقيه ٣: ١٧٠٧/٣٥٧، التهذيب ٧: ١٧١٤/٤٣٠، الإستبصار ٣: ٨٩٦/٢٥٠، الوسائل ٢١: ٢٢٩، أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ٢.

٥- قرب الإسناد: ٩٨٣/٢٤٩، الوسائل ٢١: ٢٣٢، أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ١٣.

٦- المقنعه: ٥٢٠.

يؤجله سنه، فإن وصل إليها، وإلا فزق بينهما» (١) إذ مقتضاه الاكتفاء في الفسخ بعجزه عن وطئها وإن لم يعلم عجزه عن وطئ غيرها، وفيه نظر.

و لو ادعى الوطء قبلاً أو دبراً منها أو من غيرها فأنكرت ذلك فالقول قوله مع يمينه مطلقاً كان الدعوى قبل ثبوت العُنه، أو بعده على الأشهر.

و هو الأظهر في الأول؛ لرجوع الدعوى إلى إنكار العُنه، وللصحيح:

«إذا تزوج الرجل المرأة التي قد تزوجت زوجاً غيره، فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها، فإن القول في ذلك قول الرجل، وعليه أن يحلف بالله لقد جامعها؛ لأنها المدعية» قال: «فإن تزوجها وهي بكر، فزعمت أنه لم يصل إليها، فإن مثل هذا يعرف النساء، فلينظر إليها من يوثق به منهن، فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله [سنه]، فإن وصل إليها، وإلا فزق بينهما، وأعطيت نصف الصداق، ولا عدّه عليها» (٢).

و الرضوى: «و إذا ادعت أنه لا- يجامعها عنيماً كان أو غير عنيين فيقول الرجل: إنّه قد جامعها، فعليه اليمين، وعليها السبينة؛ لأنها المدعية» (٣).

و مشكل في الثاني؛ لكونه فيه مدعياً زوال ما ثبت، فلا يلائم قبول قوله، وعلل بأحد أمرين:

إمّا لعدم معلوميه الفعل إلا من قبله، فيقبل قوله فيه، كدعوى المرأة

ص: ٤٧٠

١- الكافي ٥:٧/٤١١، التهذيب ٧:١٧٠٩/٤٢٩، الإستبصار ٣:٨٩٩/٢٥١، الوسائل ٢١:٢٣٣ أبواب العيوب و التدليس ب ١٥ ح ١، و ما بين المعقوفين أضافناه من المصدر.

٢- الكافي ٥:٧/٤١١، التهذيب ٧:١٧٠٩/٤٢٩، الإستبصار ٣:٨٩٩/٢٥١، الوسائل ٢١:٢٣٣ أبواب العيوب و التدليس ب ١٥ ح ١، و ما بين المعقوفين أضافناه من المصدر.

٣- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٣٧، المستدرک ١٥:٥٦ أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ١.

انتقضاء عدتها بالأقراء.

و إما لعدم ثبوت العنة قبل مضي السنة، وإما الثابت العجز الذي يمكن معه العنة و عدمها، ولذا يؤجل سنه، لينظر أ يقدر على الوطء أم لا، فإن قدر فلا عنة، وإلا ثبت فيرجع دعواه إلى إنكارها، فيصير كالأول (١).

و هو حسن إن تم كليه الكبرى بإجماعٍ ونحوه في الأول، و صحَّ دعوى كون التأجيل سنه لأجل إثبات العنة. و لا بُدَّ من التأمل فيهما، سيما الأخير.

و ربما احتج (٢) له أيضاً بإطلاق الصحيح، و التبادر مع التعليل فيه يقتضيان اختصاص الحكم بالأول.

ثم إن مقتضاه اختصاص الحكم بالثبته، و لزوم العمل بشهادته النساء في الباكره، و هو يناهض إطلاق الأ-كثر، كالعبارة و عبارته الرضوى المتقدمه.

و ينبغي العمل عليه فيما لو ادعى وطء قبلها و لا فيما عداه، بل ينبغي حينئذ قبول قوله مع اليمين؛ لموافقته الأصل، و عدم الوطء في القبل على تقدير ثبوت البكاره لا يستلزم العنز؛ لإمكان وطئه الدبر أو قبل غيرها، و معه لا عنة على الأشهر الأقوى كما مضى (٣).

و بهذا (٤) صرح بعض الأصحاب (٥)، و هو حسن لولا الرضوى المطلق المعتضد بعمل الأصحاب، فلا يعارضه ذيل الصحيح.

ص: ٤٧١

١- كذا فهمه صاحب الحدائق (٣٨٩: ٢٤ ٤٠٠) من كلام المحقق الشيخ على في جامع المقاصد ٢٦٤، ٢٦١: ١٣.

٢- انظر المختلف: ٥٥٥، التنقيح الرائع ١٩٥: ٣.

٣- راجع ص ٤٦٦.

٤- أي باختصاص الحكم بالثبته أو الباكر التي لم يدع وطء قبلها. منه رحمه الله.

٥- انظر الكفاية: ١٧٧.

نعم، عليه جماعه من قدماء الأصحاب، لكن في البكر خاصه (١).

و حكموا في الشيب مع دعواه الوطاء في قبلها بحشو الخلق (٢) في قبلها، ثم أمره بوطنها، فإن خرج على ذكره صدق، وإلا فلا؛ للإجماع المحكى في الخلاف (٣). و هو موهون بمصير الأكثر إلى الخلاف.

و الخبرين، أحدهما المرسل: عن رجل تدعى عليه امرأته أنه عنين، و ينكر الرجل، قال: «تحشوها القابله بالخلق و لا يعلم الرجل، و يدخل عليها الرجل، فإن خرج و على ذكره الخلق صدق و كذبت، و إلا صدقت و كذب» (٤) و نحوه الثاني (٥).

و هما مع قصور سندهما زياده على الإرسال في الأول ضعيفا الدلالة؛ لظهورهما في الحكم مع عدم ثبوت العنه، و الجماعه كما حكى عنهم خصوه ببعث الثبوت، و ظاهر الحكايه موافقه الجماعه للأكثر في تقديم قول الرجل مع اليمين مع عدم ثبوت العنه؛ و مع ذلك فليسا كالإجماع المتقدم يعارضان المعبرين اللذين مضيا، فتأمل جدًّا.

السابعه إن صبرت مع العنن فلا بحث

السابعه: إن صبرت الزوجه مع العنن بعد ثبوته بإحدى الطرق السابقه من دون مرافعه إلى الحاكم فلا بحث في لزوم العقد؛

ص: ٤٧٢

- ١- منهم الصدوق في المقنع: ١٠٤.
- ٢- الخلق: طيب مركب يتخذ من الزعفران و غيره من أنواع الطيب و الغالب عليه الصفرة أو الحمرة. مجمع البحرين ١٥٧: ٥.
- ٣- الخلاف ٣٥٧: ٤.
- ٤- الكافي ١١/٤١١، الفقيه ٣٥٧/١٧٠٤، التهذيب ٧/١٧١٠/٤٢٩، الإستبصار ٣/٩٠٠/٢٥١، الوسائل ٢١: ٢٣٣ أبواب العيوب و التدليس ب ١٥ ح ٢.
- ٥- الكافي ١١/٤١٢، التهذيب ٧/١٧١٣/٤٣٠، الإستبصار ٣/٩٠١/٢٥١، الوسائل ٢١: ٢٣٤ أبواب العيوب و التدليس ب ١٥ ح ٣.

لفوريته المرافعه، كما صرح به الشيخ (1) وجماعه (2).

وإن لم تصبر، بل رفعت أمرها إلى الحاكم، أجلها سنة ابتداءها من حين الترافع بلا خلاف؛ للمروى في قرب الإسناد عن علي عليه السلام:

«أنه كان يقضى في العنين أنه يؤجل سنة من يوم مرافعه المرأه» (3).

فإن عجز عنها مطلقاً و عن غيرها كذلك فلها الفسخ و نصف المهر على الأشهر الأظهر مطلقاً؛ للصحيح المتقدم (4)، و فيه التأجيل و تنصيف المهر، و نحوه في الأول الآخر: «العينين يترتب به سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت، و إن شاءت أقامت» (5) مضافاً إلى الإجماعات المحكيه في كلام جماعه (6) فيه (7).

خلافاً للإسكافي في الموضوعين، فنفي التأجيل و أجاز الفسخ من دونه إذا سبق العنن العقد (8)؛ للخبرين:

في أحدهما: «إذا علم أنه عنين لا يأتي النساء فرّق بينهما» (9).

ص: ٤٧٣

١- المبسوط ٢٤٤: ٤.

٢- منهم القاضي في المهذب ٢٣٦: ٢، و الشهيد الثاني في المسالك ٥٣٠: ١، العلّامة في التحرير ٢٩: ٢، نهایه المرام ٣٤٩: ١.

٣- قرب الإسناد: ٣٥٧/١٠٥، الوسائل ٢٣٢: ٢١ أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ١٢.

٤- في ص ٤٦٧.

٥- التهذيب ١٧١٦/٤٣١، الإستبصار ٢٤٩/٨٩١: ٣، الوسائل ٢٣١: ٢١ أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ٥.

٦- انظر جامع المقاصد ٢٦٦: ١٣، و المسالك ٥٣٠: ١.

٧- أي في الأول. منه رحمه الله.

٨- حكاه عنه في المختلف: ٥٥٥.

٩- الكافي ٤/٤١٠، الفقيه ١٧٠٧/٣٥٧: ٣، التهذيب ١٧١٤/٤٣٠، الإستبصار ٢٥٠/٨٩٦: ٣، الوسائل ٢٢٩: ٢١ أبواب العيوب و

التدليس ب ١٤ ح ٢.

و فى الثانى: عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع، تفارقه؟ قال: «نعم، إن شاءت» (١).

و ليس فيهما مع قصور السند و عدم التكافؤ لما مرّ مخالفه له، إلّا من جهة الإطلاق، و اللازم حمله عليه؛ لوجوب حمل المطلق على المقيّد. مع أنّه ليس فيهما التفصيل الذى ذكر، بل الثانى ظاهر فى التجدّد، المحتاج إلى التأجيل بلا خلاف.

و أوجب المهر كمالاً إذا خلا بها و إن لم يدخل بها (٢)؛ عملاً على أصله الغير الأصيل كما سيأتى، مع معارضته بخصوص ما مرّ من الصحيح المنصّف له، و نحوه الرضوى: «عليها أن تصبر حتى يعالج نفسه سنه، فإن صلح فهي امرأته على النكاح الأول، و إن لم يصلح فزّق بينهما و لها نصف الصداق و لا عدّه عليها منه، فإن رضيت لا يفزّق بينهما، و ليس لها خيار بعد ذلك» (٣).

نعم، فى المروى فى قرب الإسناد: عن عّين دلّس نفسه لامرأه، ما حاله؟ قال: «عليه المهر و يفزّق بينهما إذا علم أنه لا يأتى النساء» (٤) و هو مع قصور السند، و عدم مقاومه لما مرّ ليس فيه التقييد بالخلوه كما ذكر.

ص: ٤٧٤

١- الكافى ٥/٤١١، الوسائل ٥:٢٢٩، أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ١.

٢- حكاه عنه أيضاً فى المختلف: ٥٥٥.

٣- فقه الرضا (عليه السلام): ٢٣٧، المستدرک ١٥:٥٥، أبواب العيوب و التدليس ب ١٣ ح ٤؛ بتفاوت يسير.

٤- قرب الإسناد: ٩٨٣/٢٤٩، الوسائل ٥:٢٣٢، أبواب العيوب و التدليس ب ١٤ ح ١٣.

تتمه مشتمله على أحكام التدليس و يتحقق بأحد أمرين:

إمّا السكوت عن العيب مع العلم به.

أو دعوى صفة كمال من الزوجه أو من بحكمها للمتزوج أو من بحكمه مع عدمها.

و المراد به هنا الثانى. و من فروعها:

ما

لو تزوج على أنها حرّه فبانت أمه فله الفسخ

لو تزوج امرأه على أنها حرّه أى شرط ذلك فى متن العقد فبانت كلاً أو بعضاً أمه صحّ العقد على الأشهر الأظهر، بل عن السرائر الإجماع عليه (١)؛ للأصل، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد (٢).

خلافاً للمبسوط و الخلاف، فأبطل (٣)؛ و مستنده غير واضح، سوى لزوم الوفاء بالشرط، و يندفع بمنع العموم، و اختصاصه بغير المستحق، و إلّا فله الإسقاط؛ لكونه من حقوقه، فله رفع اليد عنه.

و ربما بُنى البطلان على بطلان نكاح الأمه بغير إذن المولى (٤).

و هو بعد تسليم المبنى عليه يقتضى اختصاصه بصوره عدم إذن المولى، و المفروض أعمّ منه. و مع ذلك، البطلان حينئذٍ ليس باعتبار التدليس، بل باعتبار عدم إذن المولى، و ليس ممّا نحن فيه.

ص: ٤٧٥

١- السرائر ٦١٤:٢.

٢- المائده: ١.

٣- المبسوط ٢٥٤:٤، الخلاف ٣٥٢:٤.

٤- المسالك ٥٣٠:١.

و على الأول: فله الفسخ و إن دخل بها؛ عملاً بمقتضى الشرط، و له الإمضاء أيضاً؛ بناءً على صحه العقد كما مضى. لكن إذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه، و وقع بإذن موالها أو مباشرته، و إلّا بطل في الأول على القول به، و وقع موقوفاً على إجازته في الثاني على الأقوى كما مضى.

و لو لم يشترط الحرّيه في متن العقد، بل تزوّجها على أنّها حرّه، و أخبرته بها قبله أو أخبره مخبر، ففي إلحاقه بما لو شرط نظر: من ظهور التدليس الموجب للخيار.

و عدم الاعتبار بما تقدّم العقد من الشروط كما مضى في النصوص (١)، مع الأصل و عموم الأمر بالوفاء بالعقود. و هذا أقوى، وفاقاً للمبسوط و المسالك (٢)؛ لقوّه أدلته، و منع كليه (٣) دليل خلافه.

خلافاً لظاهر عبارته المتن و الأكثر.

و ربما احتجّ (٤) للحكم في الصورتين بالصحيح: في رجل تزوّج امرأه حرّه، فوجدها أمه قد دلّست نفسها، قال: «إن كان الذي زوّجها إياه من غير موالها فالنكاح فاسد» قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: «إن وجد ممّا أعطها شيئاً فليأخذه، و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها، و إن كان زوّجها إياه وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه،

ص: ٤٧٦

١- راجع ص ٣٣٤.

٢- المبسوط ٢٥٤: ٤، المسالك ٥٣١: ١.

٣- و هي أنّ كلّ تدليس يوجب الخيار. منه رحمه الله.

٤- انظر الكفايه: ١٧٨، كشف اللثام ٧٤: ٢، ٧٥.

و لمواليها عشر قيمتها إن كانت بكرًا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها، بما استحلَّ من فرجها» (١) و ليس فيه دلالة، كما صرَّح به جماعه (٢).

و لا مهر لها مطلقاً مع الفسخ لو لم يدخل بلا خلاف في الظاهر؛ و علَّل بمجيئه بشيء هو من قبلها (٣).

و لو فسخ بعد ما دخل بها و كان التزويج بإذن المولى فلها المهر المسمَّى على الأشبه الأشهر؛ لاستقراره بالدخول.

و قيل بالمثل (٤)، و يدفعه كون الفسخ رفعاً للنكاح من حينه لا من أصله.

و يرجع به أى المهر حيث غرمه على المدلِّس بلا خلاف في الظاهر، و إن كان هو المرأه، إلَّا أنه إنَّما يرجع عليها على تقدير عتقها و يسارها.

و فى لزوم استثناء أقل ما يتموّل كما هو الأشهر أو مهر المثل كما عن الإسكافى أو العدم مطلقاً كما هو الأظهر خلافٌ قد مضى (٥).

و لو كان المدلِّس مولاها، اعتبر عدم تلفظه بما يقتضى العتق، و إلَّا حكم بحريتها ظاهراً، و صحَّ العقد، و كان المهر لها مع رضاها سابقاً أو إجازتها لاحقاً.

ص: ٤٧٧

-
- ١- الكافي ٥: ١/٤٠٤، التهذيب ٧: ١٤٢٦/٣٤٩، الإستبصار ٣: ٧٨٧/٢١٦، الوسائل ٢١: ١٨٥، أبواب نكاح العبيد و الإماء ب ٦٧ ح ١.
 - ٢- منهم صاحب المدارك فى نهايه المرام ١: ٣٥٢، و صاحب الحدائق ٢٤: ٣٩٥.
 - ٣- راجع جامع المقاصد ١٣: ٢٦٠، كشف اللثام ٢: ٧٤.
 - ٤- حكاة فى الإيضاح ٣: ١٨٣، و كشف اللثام ٢: ٧٤ عن ابن الجنيد.
 - ٥- فى ص ٤٦٢.

وقيل كما عن الصدوق و النهاية (١) وغيرهما (٢): إن لمولاهما العشر إن لم يكن مدلساً للصحيح المتقدم، ولا يخلو عن قوه هنا و فيما إذا تزوجها بغير إذن مولاهما كما مضى.

هذا، إذا لم تكن عالمه بالتحريم، وإلا جاء فيه الخلاف أيضاً في مهر البغى إذا كان مملوكاً، والأصح عدم الفرق كما مضى (٣).

وكذا تفسخ الحره لو بان زوجها الذى تزوجته على أنه حرّ سواء كان بالشرط فى متن العقد أو قبله؛ لإطلاق الصحيح الآتى، بل عمومه - مملوكاً تزوج بإذن مولاه.

ولا مهر لها لو فسخت قبل الدخول بها قطعاً؛ لمجىء الفسخ من قبلها.

ولها المهر المسمى لو فسخت بعده على المولى لو تزوج بإذنه، وإلا فعليه، يتبع به بعد العتق.

ولا خلاف فى شىء من ذلك؛ وهو الحية فيها، كالصحيح: عن امرأه حره تزوجت مملوكاً على أنه حرّ، فعلمت بعد أنه مملوك، قال: «هى أملك بنفسها، إن شاءت أقرت معه، وإن شاءت فلا، فإن كان دخل بها فلها الصداق، وإن لم يكن دخل بها فليس لها شىء، وإن هو دخل بها بعد ما علمت أنه مملوك و أقرت ذلك فهو أملك بها» (٤).

وفى الصحيح: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه حره دلس لها عبداً

ص: ٤٧٨

١- الصدوق فى المقنع: ١٠٤، النهاية: ٤٧٧.

٢- انظر الحدائق ٣٩٧: ٢٤، نهاية المرام ٣٥٢: ١.

٣- راجع ص ٣٦٩.

٤- الكافى ٢/٤١٠، الفقيه ٢٨٧/١٣٦٩: ٣، التهذيب ١٧٠٧/٤٢٨، الوسائل ٢٢٤: ٢١ أبواب العيوب و التدليس ب ١١ ح ١.

فكحها و لم تعلم إلّا أنّه حرّ، قال: يفرّق بينهما إن شاءت المرأة» (١).

و لو اشترط كونها بنت مَهيره فبانت بنت أمه، فله الفسخ

و لو تزوّج امرأة و اشترط عليها أو على وليها كونها بنت مَهيره بفتح الميم و كسر الهاء، فعليه بمعنى: مفعوله، أى بنت حرّه تنكح بمهر و إن كانت معتقه فى أظهر الوجهين، خلاف الأمه، فإنّها قد توطأ بالملك - فبانت بنت أمه، فله الفسخ إجماعاً فى الظاهر، و صرح به بعض الأصحاب أيضاً (٢)؛ عملاً بمقتضى الشرط إن فسخ، و التفاتاً إلى لزوم الوفاء بالعقد إن لم يفسخ، و أنّ الشرط حقّ من حقوقه فله رفع اليد عنه.

و تقييد الحكم بالشرط هنا مشهور بين متأخري الأصحاب؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن.

خلافاً لأكثر متقدميهم كالنهاية و المهذب و السرائر و الوسيله (٣) و غيرهم (٤) فأطلقوا كالسابق، و لا دليل عليه.

و لا - مهر لها لو فسخ قبل الدخول بها على الزوج إجماعاً، و كذا على الوليّ إن زوّجها على الأشهر الأظهر؛ للأصل، مع انتفاء المقتضى له.

خلافاً للشيخ فى النهاية، فأثبت عليه (٥) المهر (٦)؛ و علّله الأصحاب بالرواية، و لم نقف عليها إلّا فى المسأله الثانيه، فإن أُريدت هى منها فلا وجه للتعديه، و هل هو إلّا قياس فاسد عند الإماميه، بل و عند العامه

ص: ٤٧٩

١- الكافى ٥/١/٤١٠، الوسائل ٢١:٢٢٤ أبواب العيوب و التدليس ب ١١ ح ٢.

٢- انظر الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦١١.

٣- النهايه: ٤٥٨، المهذب ٢:٢٣٧، السرائر ٢:٦١٤، الوسيله: ٣١١.

٤- الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٦١١.

٥- أى على الوليّ.

٦- النهايه: ٤٨٥.

هنا؛ لكونه مع الفارق بالضرورة. وإن أريد غيرها فهي مرسله غير صالحه لتخصيص الأصل البتة، سيما مع مخالفتها الشهره العظيمه.

و يثبت المسمى لو فسخ بعد ما دخل بها؛ للأصل، مع استقراره بالدخول. و يرجع الزوج به على من دلّسها، أباً كان أم غيره، حتى لو كانت هي المدلّسه، فلا شيء لها على الأقوى، و يأتي فيه القولان اللذان مضيا (١). و لا خلاف في شيء من ذلك.

و لو تزوّج بنت المهيّره، فأدخلت عليه بنت الأعمه حرم عليه وطؤها بعد معرفتها، و لزمه ردّها لأنّها ليست زوجته و لها مع جهلها المهر مع الوطاء بها بإجماع الطائفة في الجملة للشبهه و المعتبره المستفيضه:

منها الصحيح: عن الرجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيّره، فأتاه بغيرها، قال: «تردّ إليه التي سميت له بمهر آخر من عند أبيها، و المهر الأول للتي دخل بها» (٢).

و نحوه الموثق (٣)، و الصحيح المرويّ كذلك (٤) عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى (٥)، و مرسلًا عن المقنع (٦)، و المرسل المرويّ عن ابن

ص: ٤٨٠

١- في ص ٤٧٤.

٢- الكافي ٥/٤٠٦، التهذيب ٧/١٦٩١/٤٢٣، الوسائل ٢١:٢٢٠ أبواب العيوب و التدليس ب ٨ ح ١.

٣- الكافي ٥/٤٠٦، التهذيب ٧/١٦٩٢/٤٢٣، الوسائل ٢١:٢٢١ أبواب العيوب و التدليس ب ٨ ح ٢.

٤- أي صحيحاً. منه رحمه الله.

٥- نوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ١٧٧/٨٠، الوسائل ٢١:٢٢١ أبواب العيوب و التدليس ب ٨ ح ٣.

٦- المقنع: ١٠٥، الوسائل ٢١:٢٢١ أبواب العيوب و التدليس ب ٨ ح ٢.

شهر آشوب في كتاب المناقب (١).

و مقتضاها لزوم المسمى في عقد الأولى للثانية، و عليه نصّ الطوسي و القاضي (٢).

خلافاً للأكثر، فالمثل؛ عملاً بالقاعده الكليه في كل و طء للشبهه، و يمكن حمل المعتبره على كون المسمى مهر المثل لابنه الأمه، جمعاً بين الأدله.

و كيف كان يرجع الزوج به أي المهر الذي غرّمه للثانية على من ساقها إليه لأنه غرّه و أضرّه فعليه الغرامه و له زوجته و عليه دون الأب على الأشهر الأقوى مهرها المسمى؛ لتعلقه بالعقد بذمته، فعليه تحصيل البراء منه.

خلافاً للقاضي و الطوسي، فأبرأ ذمته بتسليمه المسمى إلى الثانية، و ألزما الأب به للأولى (٣)؛ عملاً بظواهر المعتبره المتقدمه، و يمكن إرجاعها إلى القاعده.

ثم لا اختصاص لما مضى هنا به، بل جارٍ في كل موضع ادخل على الزوج غير زوجته بمقتضى القواعد الشرعيه.

لو تزوج اثنان فادخل امرأه كل منهما على الآخر كان لكل موطوءه مهر المثل على الواطئ

و لو تزوج اثنان امرأتين فادخل امرأه كل منهما على الآخر، كان لكل موطوءه مع جهلها بالحكم أو الحال مهر المثل على الواطئ؛

ص: ٤٨١

١- مناقب ابن شهر آشوب ٣٧٦:٢، بحار الأنوار ٣/٣٦١:١٠٠، المستدرک ١٥:٥٠ أبواب العيوب و التدليس ب ٧ ح ١.

٢- الطوسي في النهايه: ٤٨٥، القاضي في المهذب ٢:٢٣٨.

٣- القاضي في المهذب ٢:٢٣٨، الطوسي في النهايه: ٤٨٥.

للشبهه الموجهه لذلك حيثما حصلت، و يرجع به على الغارّ لو كان هناك، حتى لو كانت هي الغارّ رجع به إليها، و لا مهر لها مطلقاً هنا قطعاً و اتفاقاً حتى من مثبتي المثل أو أقلّ ما يتموّل فيما سبق (١) و ذلك لأنها هنا بغى لا تستحقّ شيئاً أصلاً.

و عليها أى الموطوءه العده، و تعاد كلّ من المرأتين إلى زوجها، و عليه مهرها الأصلي المسمّى فى متن العقد.

و لو مات أحد الزوجين ورثه الآخر، سواء كانت المرأة فى عدّه الشبهه أم لا. بلا- خلافاً فى شىء من ذلك؛ للأصول، و الصحيح: فى أختين أهديتا لأخوين، فأدخلت امرأة هذا على هذا، و امرأة هذا على هذا، قال: «لكلّ واحد منهما الصداق بالغشيان، و إن كان وليهما تعمّد ذلك أغرم الصداق، و لا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضى العده، فإذا انقضت العده صارت كلّ امرأة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول» قيل له: فإن ماتتا قبل انقضاء العده؟ قال: «يرجع الرجل بنصف الصداق على ورثتهما و يرثانها الرجلان» قيل: فإن مات الزوجان و هما فى العده؟ قال: «يرثانها، و لهما نصف المهر، و عليهما العده بعد ما تفرغان من العده الأولى، تعتدان عدّه المتوفى عنها زوجها» (٢).

ص: ٤٨٢

١- راجع ص ٤٦٢.

٢- الكافي ١١/٤٠٧: ٥، الفقيه ١٢٦٩/٢٦٧: ٣، التهذيب ١٧٣٠/٤٣٤: ٧، المقنع: ١٠٥، الوسائل ٥١٣: ٢٠ أبواب ما يحرم بالمصاهره ب ٤٩ ح ٢؛ بتفاوت يسير.

و لا بأس باشماله على تنصيف المهر بالموت؛ إمّا للقول به كما يأتي (١)، أو لعدم خروج الخبر عن الحجّيه بمثله بعد سلامه بأقيه عن مثله على الأشهر الأقوى، كما حُقق في الأصول مستقصى.

و يعضده في الجملة الصحيح: عن رجلين نكحا امرأتين، فأتى هذا بامرأه هذا، و هذا بامرأه هذا، قال: «تعتدّ هذه من هذا، و هذه من هذا، ثم ترجع كلّ واحده إلى زوجها» (٢).

لو تزوّجها بكرًا فوجدها ثيبًا فلا ردّ

و لو تزوّجها ظانًا كونها بكرًا أو مخبرًا به، أو مشرطاً إياه فوجدها ثيبًا مع عدم العلم بسبقها العقد و احتمال التجدّد فلا ردّ قطعاً، و وفقاً للأصل، و ظاهر الصحيح: في الرجل يتزوّج المرأة على أنّها بكر فيجدها ثيبًا، أ يجوز له أن يقيم عليها؟ قال: فقال: «قد تفتق البكر من المركب و من النزوه» (٣) فتأمل جدًّا.

و لو تزوّجها مشرطاً بكارتها، فوجدها ثيبًا قبل العقد بإقرارها، أو البينه، أو القرائن المفيدة للقطع به، فالأصحّ وفقاً لأكثر المتأخّرين أنّ له الفسخ؛ عملاً بمقتضى الشرط اللازم الوفاء به.

خلافاً للمحكّي عن الأكثر، فلا فسخ (٤)؛ للأصل. و يندفع بما مرّ.

ثم إنّ فسخ قبل الدخول فلا مهر لها؛ لما مرّ، و بعده يجب المسمّى،

ص: ٤٨٣

١- في أحكام المهر.

٢- التهذيب ٧: ١٧٢٤/٤٣٢، الوسائل ٢١: ٢٢٢، أبواب العيوب و التدليس ب ٩ ح ٢.

٣- الكافي ٥: ١/٤١٣، التهذيب ٧: ١٧٠٥/٤٢٨، الوسائل ٢١: ٢٢٣، أبواب العيوب و التدليس ب ١٠ ح ١.

٤- كشف اللثام ٢: ٧٥.

و يرجع به على المدلس، و هو العاقد كذلك العالم بحالها، و إلّا فعليها إن دلست، من دون استثناء شىء، أو استثناء مهر المثل، أو أقل ما يتمول، كما قيل فى نظائره (١).

و حيث لم يفسخ إمّا لعدمه، أو لاختياره البقاء فى ثبوت نقص المهر، أو العدم، قولان، الأشهر الأظهر: الأول و ذلك لما فى روايه صحيحه: أنها ينقص مهرها (٢) و عن القاضى و الحلبي: الثانى (٣)؛ للأصل. و يجب الخروج عنه بما مرّ.

و على الأول، فى تقديره خلاف بين الأصحاب:

فبين مطلق «شئاً» و لم يعين؛ تبعاً لإطلاق النصّ، كما عن الطوسى (٤).

و مقدّر له، إمّا بالسدس؛ بناءً على أنّ «الشىء» سدس فى الوصيه به، كما عن الراوندى (٥).

أو بنسبه ما بين مهر البكر و الثيب، لا مجموع تفاوت ما بينهما؛ لئلا يسقط جميع المسمى فى بعض المفروض، كما عن الحلبي (٦) و جماعه (٧).

ص: ٤٨٤

- ١- راجع ص ٤٢٦.
- ٢- الكافى ٥/٢/٤١٣، التهذيب ٧/١٤٧٢/٣٦٣، الوسائل ٢١:٢٢٣ أبواب العيوب و التدليس ب ١٠ ح ٢.
- ٣- القاضى فى المهذب ٢:٢١٣، الحلبي فى الكافى: ٢٩٦.
- ٤- النهايه: ٤٧٥.
- ٥- حكاه عن كتابه «شرح مشكل النهايه» فى جامع المقاصد ١٣:٣٠٤.
- ٦- حكاه عنه فى المختلف: ٥٤٦.
- ٧- منهم المحقق فى الشرائع ٢:٣٢٢، و العلامة فى التحرير ٢:٣٠، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام ٢:٧٥.

أو بما يعينه الحاكم، كما نسب إلى الماتن (١)، واستقره من المتأخرين جماعه (٢).

و لعلّ الثالث أقرب، فتدبر.

و أمّا الثاني، فغلطه الماتن في الشرائع (٣)، و هو في محلّه؛ لأنّه قياس على ما لا يطرد، مع أنّ الشىء من كلام الشيخ رحمه الله قطعاً للإيهام، تبعاً للروايه المتضمّنه للنقص المطلق.

ص: ٤٨٥

١- نسبه إليه في المهذب البارع ٣:٣٨٠، و هو في نكت النهايه ٢:٣٦٢.

٢- منهم الشهيد الثاني في المسالك: ٥٣٢، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٣:٣٠٥، و صاحب المدارك في نهايه المرام ١:٣٥٨.

٣- الشرائع ٢:٣٢٢.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

