



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

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

مَجْلَدُ الْمُؤَلَّفَاتِ
مَجْلَدُ الْمُؤَلَّفَاتِ

تَمْدِيرًا لِإِبْحَاتِكُمْ

أَمْرًا مِنَ اللَّهِ

وَأَمْرًا مِنَ اللَّهِ

الشيخ
مُتَّقِي السَّاعِي

الجزء الثاني

مؤسسة الدراسات والبحوث الإسلامية
البيروت - لبنان

دار النشر
بيروت - لبنان

مَجْلَدُ الْمُؤَلَّفَاتِ
مَجْلَدُ الْمُؤَلَّفَاتِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بحوث فى القواعد الفقهيـه : تقريرات محمد السند

كاتب:

محمد السند

نشرت فى الطباعة:

مؤسسـه الصادق (عليه السلام)

رقمى الناشر:

مركز القائميـه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٦	بحوث فى القواعد الفقهيه المجلد ٢
١٦	اشاره
١٦	اشاره
٢٢	المقدمه
٢٤	قاعده:الفراش
٢٤	اشاره
٢٦	من قواعد باب النكاح:قاعده الفراش
٢٦	اشاره
٥٠	تمت القاعده فى فروع:
٥١	من روايات هذا الباب:
٥٣	حقيقه اللعان:
٦٢	تنبيهات
٦٢	التنبيه الأول:
٦٢	التنبيه الثانى: رساله فى نسب ابن الزنا وترتب أحكام الولد:
٦٢	اشاره
٦٧	المقام الأول: مقتضى القاعده:
٦٨	المقام الثانى: الادله الخاصه:
٧٠	محتملات «وللعاهر الحجر»:
٧٨	التنبيه الثالث:
٨٠	التنبيه الرابع:
٩٠	قاعده:يحرم من الرضاع من يحرم من النسب
٩٠	اشاره
٩٢	من قواعد باب النكاح:يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

٩٢	اشاره
٩٢	المبحث الاول: في شروط الرضاع:
٩٢	اشاره
٩٢	الشرط الأول: أن يكون اللبن حاصلًا من وطئ صحيح،
٩٧	الشرط الثاني: أن يكون شرب اللبن بالامتصاص من الثدي:
٩٩	الشرط الثالث: أن تكون المرأة حيه:
١٠١	الشرط الرابع: أن يكون المرضع في أثناء الحولين:
١٠٤	الشرط الخامس: في كميته الرضاع:
١٠٤	اشاره
١٠٨	الوجه الأول: صراحه موثقه زياد بن سوجه:
١٠٩	الوجه الثاني: ما في صحيحه عبيد بن زراره:
١٠٩	الوجه الثالث: كثره ما دل على الخمسه عشر:
١٠٩	الوجه الرابع: قوه ما دل على نفى التحريم عن العشره:
١١٤	فائده: المراد بالحولين التقدير الهلالي
١١٤	شروط الرضاع بالعدد:
١١٤	الشرط الأول: كمال الرضعه:
١١٨	الشرط الثاني: توالي الرضعات:
١٢٢	الشرط الثالث: اتحاد الفحل:
١٢٣	فرع:
١٢٤	فائدتان:
١٢٤	الفائده الأولى: في الشهاده والإقرار في الموضوعات المختلفه:
١٢٤	الفائده الثانيه: قبول شهاده النساء في الرضاع:
١٢٨	المبحث الثاني: في أحكام الرضاع
١٢٨	اشاره
١٢٩	عموم قاعده التنزيل السببي:
١٢٩	اشاره

- التقريب الأول: ١٢٩
- الإشارة إلى ما ورد من الروايات في هذا المجال: ١٢٩
- الأقوال في عموم القاعدة: ١٣١
- تحقيق في عموم القاعدة: ١٣٧
- التقريب الثاني: ١٣٨
- التقريب الثالث: ١٤٣
- التقريب الرابع: ١٤٤
- التقريب الخامس: ١٤٥
- المختار في المسألة: ١٤٧
- المبحث الثالث: فروع ١٥٠
- الفرع الأول: ١٥٠
- الأقوال في المسألة: ١٦٢
- تنقيح البحث: ١٦٣
- قاعده: المرأه مصدقه في قولها على نفسها وشؤونها ١٧٠
- اشاره ١٧٠
- من قواعد باب النكاح: المرأه مصدقه في قولها على نفسها وشؤونها ١٧٢
- اشاره ١٧٢
- الجهه الأولى: الأقوال في القاعدة: ١٧٢
- الجهه الثانيه: أدله القاعدة: ١٧٣
- الدليل الأول: ١٧٣
- الدليل الثاني: إنَّ قبول قولها من باب أنَّ من ادعى أمراً ممكناً بلا معارض يقبل قوله: ١٧٣
- الدليل الثالث: أن قبول قولها إنما هو صغرى لكبرى: ١٧٤
- الدليل الرابع: أنَّها مصدقه على نفسها: ١٧٤
- الدليل الخامس: ان عدم قبول قولها يوجب وقوعها في الضرر والحرج المنفيين شرعا ١٧٤
- الدليل السادس: هو النصوص الواردة في جملة من الأبواب: ١٧٥
- الجهه الثالثه: المحضل مما تقدّم في موضوع القاعدة: ١٧٧

- ١٨٠ قاعده: حرمة تلذذ غير الزوجين ببعضهما
- ١٨٠ اشاره
- ١٨٢ من قواعد باب النكاح: حرمة تلذذ غير الزوجين ببعضهما
- ١٨٢ أدله القاعده:
- ١٨٢ الدليل الأول: الآيات القرآنيه:
- ١٨٥ الدليل الثانى: الروايات:
- ١٩٢ قاعده: فى وحده ماهيه النكاح
- ١٩٢ اشاره
- ١٩٤ من قواعد باب النكاح: فى وحده ماهيه النكاح
- ١٩٤ اشاره
- ١٩٤ الجبهه الأولى: الأقوال فى القاعده:
- ١٩٤ الجبهه الثانيه: الأدله:
- ١٩٨ فائده: حقيقه توالد العقود:
- ٢٠١ وأما الروايات فعلى طوائف:
- ٢١٠ قاعده: فى تداخل العدد
- ٢١٠ اشاره
- ٢١٢ من قواعد باب النكاح: فى تداخل العدد
- ٢١٢ اشاره
- ٢١٢ الأمر الأول: تداخل العدد ذات الأسباب المختلفه:
- ٢١٣ الأمر الثانى: تحرير القاعده:
- ٢١٤ الأمر الثالث: الروايات الوارده فى المقام:
- ٢١٤ اشاره
- ٢١٤ اللسان الأول: عدم التداخل مطلقاً:
- ٢١٥ اللسان الثانى: التداخل مطلقاً:
- ٢١٦ اللسان الثالث: عدم التداخل فى صورته خاصه:
- ٢١٨ اللسان الرابع: اعتداد الموطوءه شبيهه عدّه واحده لو طلقها زوجها:

- ٢٢٠ الأمر الرابع: تقديم العده التي تقدم سببها بناء على التعدد:
- ٢٢١ الأمر الخامس: جواز الرجوع في العده الرجعيه بناء على التعدد وعدمه:
- ٢٢٢ الأمر السادس: لو كانت العده المتأخره عده طلاق بائن:
- ٢٢٣ الأمر السابع: لو كانت العدتان لشخص واحد:
- ٢٢٤ قاعده:عموم حرمه المس في الأجنبيةه
- ٢٢٤ اشاره
- ٢٢٨ من قواعد باب النكاح:عموم حرمه اللمس في الأجنبيةه
- ٢٢٨ الأقوال في القاعده:
- ٢٢٩ أدله القاعده:
- ٢٢٩ اشاره
- ٢٢٩ الدليل الأول: اقتضاء أدله حرمه النظر:
- ٢٣٠ الدليل الثاني: روايات مصافحه الأجنبيةه:
- ٢٣٣ الدليل الثالث: روايات مباشره الرجل للرجل من دون ثياب:
- ٢٣٤ الدليل الرابع: روايات حرمه تقبيل الصبي المميز:
- ٢٣٤ قاعده:في التبرج بالزينه
- ٢٣٤ اشاره
- ٢٣٨ من قواعد باب النكاح:في التبرج بالزينه
- ٢٣٨ اشاره
- ٢٣٨ النقطة الاولى: الأقوال في المسأله:
- ٢٣٩ النقطة الثانيه: تحرير محل البحث:
- ٢٤٠ النقطة الثالثه: القول في تحديد الزينه الظاهره:
- ٢٤٩ النقطة الرابعه: استطراد حكم إقامه علاقته الصداقه مع الأجنبيةه:
- ٢٥٤ قاعده:في الفرق بين النكاح (الإحصان) والسفاح (الزنا)
- ٢٥٤ اشاره
- ٢٥٤ من قواعد باب النكاح:في الفرق بين النكاح (الإحصان) والسفاح (الزنا)
- ٢٤٤ قاعده:في المال او الحق المأخوذ استعماله أو اكرها

- ٢٦٤ اشارة
- ٢٦٦ من قواعد أبواب المعاملات: في المال أو الحق المأخوذ استعماله أو إكراها
- ٢٧٦ قاعده: في لزوم الفحص الموضوعي قبل البيئه أو اليمين
- ٢٧٦ اشارة
- ٢٧٨ من القواعد العامه: في لزوم الفحص الموضوعي قبل البيئه أو اليمين
- ٢٧٨ اشارة
- ٢٨١ فرع:
- ٢٨٤ قاعده: في نظام التحكيم والصلح والنزاعات
- ٢٨٤ اشارة
- ٢٨٦ من قواعد باب القضاء والنزاعات: في نظام التحكيم والصلح في النزاعات
- ٢٨٦ اشارة
- ٢٨٦ مواز الصلح:
- ٢٩٠ التحكيم:
- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٠ الأمر الأول: ان حقيقه التحكيم هو تراضى الخصمين:
- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٠ أدله قاضى التحكيم:
- ٢٩٠ الأمر الثانى: في مشروعيه التحكيم:
- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٣ كلمات الاعلام في ادلته:
- ٢٩٩ الأمر الثالث: الفوارق بين أنماط التحكيم والصلح:
- ٣٠١ الأمر الرابع: الحكمان توكيل أو تحكيم:
- ٣٠١ اشارة
- ٣٠٥ المشرف على نظام التحكيم:
- ٣٠٥ الأمر الخامس: الباعث للحكمين ومن له انفاذهما:
- ٣٠٥ اشارة

- أدله وشواهد الاقوال: ٣٠٥
- قاعده: إنَّ الإِجبار بالحكم متأخر عن أداء الواجب الحسبى طوعا نهيًا: ٣٠٧
- قاعده: عموميه القضاء بالموازن أو بأنواع التحكيم: ٣٠٧
- الأمر السادس: حكم البعث! ٣٠٨
- الأمر السابع: الفصل بالولاية والفتوى: ٣٠٨
- الأمر الثامن: حكم تعدد الحكمين وجواز كونهما اجنبيين: ٣١٠
- الأمر التاسع: فى شرائط الحكمين: ٣١١
- الأمر العاشر: حكم اختلاف الحكمين: ٣١٢
- الأمر الحادى عشر: حكم غياب أحد الزوجين: ٣١٣
- الأمر الثانى عشر: التحكيم فى القوانين الوضعيه: ٣١٣
- قاعده: حق المرأة العشره بالمعروف أو التسريح بإحسان ٣١٦
- اشاره ٣١٦
- من قواعد باب النكاح: حق المرأة العشره بالمعروف أو التسريح بإحسان ٣١٨
- اشاره ٣١٨
- الجهه الأولى: فى كون حق الوطى من حقوق المرأة: ٣١٨
- الجهه الثانيه: وحده موضوع العيوب والإيلاء والظهار من جهه حق الوطى: ٣١٩
- الجهه الثالثه: عموم حق استعداء المرأة بالطلاق مع عدم العشره بالمعروف من دون تقييد ذلك بخصوص النفقه ٣٢٢
- الجهه الرابع: تتمه القاعده: ٣٢٩
- اشاره ٣٢٩
- فصل: ٣٣٧
- الأحكام الأخرى التابعه للقاعده: ٣٣٨
- من يتصدى للإجبار: ٣٤٠
- الجهه الخامسه: قاعده فى حقوق العشره الزوجيه أو الطلاق: ٣٤١
- اشاره ٣٤١
- أولاً: الاستدلال بالآيات: ٣٤٤
- ثانياً: الاستدلال بالروايات: ٣٤٩

- ٣٤٩ اشارة
- ٣٤٩ الطائفة الأولى:
- ٣٤٩ الطائفة الثانية:
- ٣٥٣ الطائفة الثالثة:
- ٣٥٦ اما الروايات فهي على لسانين:
- ٣٥٦ اللسان الأول:
- ٣٥٧ اللسان الثاني:
- ٣٦٠ فروع في حق القسمة:
- ٣٦٧ حكم العدل والتسوية بين الزوجات:
- ٣٧٠ حكم خروج الزوجه من البيت:
- ٤٠٨ قاعده:شرطيه الإسلام في الولاية
- ٤٠٨ اشارة
- ٤١٠ من القواعد العامه:شرطيه الإسلام في الولاية
- ٤١٠ اشارة
- ٤١٠ مفاد القاعده:
- ٤١٠ أدله القاعده:
- ٤١٠ الدليل الاول: الايات الكريمه:
- ٤١١ الدليل الثاني الروايات:
- ٤١٦ قاعده:في عموم قاعده ولاية الأرحام
- ٤١٦ اشارة
- ٤١٨ من قواعد باب النكاح:في عموم قاعده ولاية الأرحام
- ٤١٨ اشارة
- ٤١٨ المبحث الأوّل: الأقوال في القاعده:
- ٤٢٠ المبحث الثاني: الأدله:
- ٤٢٢ المبحث الثالث: تنبيهات:
- ٤٢٢ اشارة

- ٤٤٥ ----- فرع:
- ٤٤٨ ----- قاعده:فى حرمه وقوع الفتنه الشهويه
- ٤٤٨ ----- اشاره
- ٤٥٠ ----- من قواعد باب النكاح:فى حرمه وقوع الفتنه الشهويه
- ٤٥٠ ----- اشاره
- ٤٥٠ ----- معنى الريبه:
- ٤٥٠ ----- كلمات اهل اللغة:
- ٤٥٢ ----- المعنى الأول: خوف الوقوع فى الحرام:
- ٤٥٣ ----- المعنى الثانى: ما يخطر بالبال من النظر دون التلذذ به:
- ٤٥٣ ----- المعنى الثالث: خوف الافتتان:
- ٤٥٤ ----- أدله القاعده :
- ٤٥٤ ----- اولا : الآيات الكريمه:
- ٤٥٥ ----- ثانيا : الروايات .
- ٤٥٨ ----- قاعده:عدم بطلان الإحرام ببطلان النسك
- ٤٥٨ ----- اشاره
- ٤٦٠ ----- من قواعد باب الحج:عدم بطلان الاحرام ببطلان النسك
- ٤٦٠ ----- اشاره
- ٤٦٠ ----- المقام الأول: مقتضى القاعده:
- ٤٦١ ----- المقام الثانى: مقتضى الروايات:
- ٤٦٤ ----- فائده :
- ٤٦٦ ----- قاعده:فى تقوّم مشروعيه التمتع بالإحرام من بُعد
- ٤٦٦ ----- اشاره
- ٤٦٨ ----- من قواعد باب الحج:فى تقوّم مشروعيه التمتع بالإحرام من بعد
- ٤٦٨ ----- اشاره
- ٤٦٩ ----- الأقوال فى القاعده:
- ٤٧٠ ----- أدله الأقوال:

- ٤٧٠ اشاره
- ٤٧٢ أولاً: بالروايات الخاصة:
- ٤٧٣ وثانياً: بمقتضى القاعدة
- ٤٨٠ قاعدة: في صحة النسك مع الخلل غير العمدى في الطواف والسعى
- ٤٨٠ اشاره
- ٤٨٢ من قواعد باب الحج: في صحة النسك مع الخلل غير العمدى في الطواف والسعى
- ٤٨٢ الأقوال:
- ٤٨٢ الأدله:
- ٤٨٨ قاعدة: بطلان إدخال نسك في نسك
- ٤٨٨ اشاره
- ٤٩٠ من قواعد باب الحج: بطلان إدخال نسك في نسك
- ٤٩٠ اشاره
- ٤٩٥ تتمتان للقاعدة:
- ٤٩٥ التتمه الاولى : (عموم القاعدة):
- ٤٩٥ اشاره
- ٤٩٥ الأول: في شمول القاعدة لغير العامد:
- ٤٩٥ الثانى: الظاهر عدم عموم القاعدة
- ٤٩٦ التتمه الثانيه :
- ٤٩٨ قاعدة: لزوم الحج من قابل بفساد الحج
- ٤٩٨ اشاره
- ٥٠٠ من قواعد باب الحج: لزوم الحج من قابل بفساد الحج
- ٥٠٠ تحرير البحث:
- ٥٠٠ الكلام فى مقامين:
- ٥٠٠ الأول: مقتضى القاعدة:
- ٥٠١ المقام الثانى : الروايات:
- ٥٠٦ قاعدة: تباين أو وحده أنواع الحج فى كون الأفراد والقران وظيفه الحاضر

- ٥٠٦ اشاره
- ٥٠٨ من قواعد باب الحج:تباين أو وحده أنواع الحج في كون الأفراد والقران وظيفه الحاضر
- ٥١٤ قاعده:قاعدتا المصلحه ودفع الأفسد بالفسد
- ٥١٤ اشاره
- ٥١٦ من قواعد الفقه السياسي:قاعدتا المصلحه ودفع الأفسد بالفسد
- ٥١٦ معنى قاعده الفاسد:
- ٥١٩ قاعده:المصلحه
- ٥١٩ اشاره
- ٥١٩ الجبهه الأولى: قاعده مشروعيه المصلحه و تفسيرها:
- ٥١٩ الجبهه الثانيه: معانى المصلحه:
- ٥٢١ الجبهه الثالثه: أدلّه القائلين بمشروعيه المصلحه:
- ٥٢١ اشاره
- ٥٢٢ الوجه الأول والثانى: قاعده: سدّ الذرائع والمصالح المرسله:
- ٥٢٣ الوجه الثالث : العناوين الثانويه:
- ٥٢٣ الوجه الرابع : قاعده التزام:
- ٥٣٤ الوجه الخامس: قاعده لا ضرر:
- ٥٣٥ الوجه السادس :حكم العقل بتقديم الأهم:
- ٥٣٦ الوجه السابع : دفع الأفسد بالفسد:
- ٥٤٠ الوجه الثامن :منطقه الفراغ:
- ٥٤٦ الوجه التاسع :جعل الشروط الإلزاميه:
- ٥٤٧ الوجه العاشر :دور الزمان والمكان فى الإجتهد:
- ٥٤٨ الوجه الحادى عشر :قصه داود(عليه السلام):
- ٥٤٩ الوجه الثانى عشر: الحكم الولائى:
- ٥٦٦ تعريف مركز

اشاره

سرشناسه:سند، محمد، ١٩٦٢- م.

عنوان و نام پديد آور:بحوث في القواعد الفقيهه [كتاب]: تقريرات محمدالسند/ بقلم مشتاق الساعدي.

مشخصات نشر:قم: موسسه محكمات الثقليين؛ تهران: نشر صادق، ١٣ -

مشخصات ظاهري:ج.٥.

شابك:٩٧٨-٩٠٠-٥٢١٥-٣٥-٩

يادداشت:عربي.

يادداشت:فهرستنويسي بر اساس جلد چهارم، ١٤٣٧ق.= ٢٠١٦م.= ١٣٩٥.

يادداشت:كتاب حاضر بر اساس تقريرات محمد السند نوشته شده است.

موضوع:فقه -- قواعد

موضوع:Formulae* -- Islamic law

موضوع:اصول فقه شيعه

شناسه افزوده:ساعدي، مشتاق

رده بندي كنگره:BP١٦٩/٥/س٩ب٣ ١٣٠٠ي

رده بندي ديويي:٢٩٧/٣٢٤

شماره كتابشناسي ملي:٤٨٠٣٢٩٠

ص: ١

اشاره

بحوث فى القواعد الفقهيـه المجلد ٢

تقريـات محمدالسند

بقلم مشتاق الساعدي

ص: ٤

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين والصلاه والسلام على اشرف البشريه وأزكاهم المصطفى محمد، وعلى ارفع العباد وأطهرهم على وبنيه آل محمد وعلى من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

بين يدي القارئ اللبيب نقدم الجزء الثاني من كتاب (بحوث في القواعد الفقهيه) الذى هو تقارير بحث الفقه لاستاذنا آيه الله الشيخ محمد السند (دامت بركاته) .

وقد جاء هذا الجزء مكماً للجزء الأول من الكتاب الذى بحثنا فيه ثمانى عشره قاعده فقهيه.

واحتوى هذا الجزء على أربع وعشرين قاعده فقهيه من أبواب شتى وهى:

١ - قاعده (الفراش) .

٢ - قاعده (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب).

٣ - قاعده (المرأه مصدقه فى قولها على نفسها وشؤونها).

٤ - قاعده (حرمه تلذذ غير الزوجين) .

٥ - قاعده (فى وحده ماهيه النكاح).

٦ - قاعده (فى تداخل العدد).

٧ - قاعده (عموم حرمه المس فى الأجنبيه).

٨ - قاعده (فى التبرج بالزينه) .

٩ - قاعده (فى الفرق بين النكاح والسفاح).

١٠ - قاعده (فى المال او الحق المأخوذ استماله أو اكراها).

١١ - قاعده فى لزوم الفحص الموضوعى قبل اليينه أو اليمين

١٢ - قاعده: فى نظام التحكيم والصلح فى النزاعات.

١٣ - قاعده (حق المرأه العشره بالمعروف أو التسريح بإحسان).

١٤ - قاعده (شرطيه الإسلام فى الولايه).

١٥ - قاعده (فى عموم قاعده ولايه الأرحام).

١٦ - قاعده (فى حرمه وقوع الفتنة الشهويه).

١٧ - قاعده (بطلان الإحرام ببطلان النسك).

١٨ - قاعده (فى تقوّم مشروعيه التمتع بالإحرام من بُعد).

١٩ - قاعده (فى صحه النسك مع الخلل غير العمدى فى الطواف والسعى).

٢٠ - قاعده (بطلان إدخال نسك فى نسك).

٢١ - قاعده (لزوم الحج من قابل بفساد الحج).

٢٢ - قاعده (تباين أو وحده أنواع الحج).

٢٣ - قاعده (دفع الأفسد بالفساد).

٢٤ - قاعده (المصلحه)

ويتبعه ان شاء الله تعالى الجزء الثالث, راجين من الله تعالى دوام التوفيق لخدمه شريعه سيد المرسلين صلى الله عليه و آله .

واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

مشتاق الساعدى

النجف الاشرف

فى الأول من ذى القعدة ١٤٣٢

قاعده: الفراه

اشاره

ص: ٩

قد اشترط الأصحاب فى لحوق ولد المرأه بزوجهأ أو بواطئها بوطى غير محرم ثلاثة شروط:

١- الدخول .

٢ - كونه لأكثر من أدنى الحمل

٣ - أدنى من اقصى الحمل.

وبعباره اخرى كونه بين ادنى مده الحمل وأقصاها، ولتنقيح الحال فى المقام لابد من ذكر أمور:

الأمر الأول: هذه الشروط وان كان انتفاء احدها يوجب نفى لحوق الولد بالزوج واقعاً إلا ان توفر الشروط لا يستلزم اللحوق به واقعاً بل ظاهراً، ومن ثم كانت هذه الشروط موضوعاً للفراش كأماره ظاهريه على اللحوق، وليس سبباً واقعياً، وربما يظهر من الكلمات فى فروع البحث ان موضوع الاماره هو مجرد الدخول، وقد يعبر عن قاعده الفراش(١) حينئذ باصالة لحوق الولد بالوطى المحترم، وهذه القاعده وإن صرح فى الجواهر بمغايرتها لقاعده الولد للفراش الا أنه لا يبعد وحده الامارتين وأن اشترط

ص: ١١

الاصحاب للمدّه هو بلحاظ المفاد الاولى الواقعي، أى انّ انتفاء شرط المدّه يستلزم نفى اللقوق واقعاً.

نعم لاريب فى قوه اماريه الدخول مع احراز المده أيضاً. وقيل فى تفسير الولد للفراش ان الولد لصاحب الفراش من السيد أو الزوج ولايلحق بغيره، وفى لسان العرب: «ويقال افرشت زيدا بساطا وافرشته اذا بسط له بساطا فى ضيافته، وفرشت الشىء افرشه بسطته والفرش والمفارش النساء لانهن يفرشن، وافرث الرجل المرأه للذّه، والفريش الجاربه، يفرثها الرجل. وقيل: الفراش الزوج والفراش ما ينامان عليه، والفراش البيت، ويقال لامرأه الرجل هى فراشه وازاره ولحافه، والولد للفراش أى لمالك الفراش وهو الزوج والمولى لانه يفرثها، والاستعمال من قبيل «وَسئَلِ الْقَرْيَةَ».

أقول: ومقتضى كلمات اللغويين هذه هو كفايه الدخول الحلال فى تحقق الفراش، نعم ملك الفراش والخلوه مع المرأه اماره على الفراش وان تناولت كلمات اللغويين فى تعريف الفراش ذلك أيضاً، فالدخول وملك الوطى محقق لقاعده الفراش غايه الامر ان العلم بفقد المده مزيل لموضوع القاعده لان انتفاء شرط المده كما مرّ يستلزم نفى اللاحاق واقعاً.

الأمر الثانى: على ضوء ما تقدم يتنقح الحال فى صور نزاع الزوجين، انه عند النزاع فى المده القول قول المرأه، لاعتضاد قولها بماهيه الفراش، نعم لو كان النزاع فى أصل الدخول لكان القول قول منكره، نعم مع الخلوه لايبعد كونها اماره بحسب ظاهر الحال على الدخول لاسيما مع امتدادها زمنا وتكررها.

كما يستفاد من صحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن (عليه السلام) في حديث

«سألته عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها فادعت أنها حامل؟ فقال: ان اقامت البيّنه على أنّه ارخى عليها سترا ثم انكر الولد لاعنها، ثم ابانت منه فعليه المهر كاملاً» (١).

ومفادها اماريه الخلوه على الدخول، ولا يخفى ان النزاع هنا في أصل الدخول فهو ينكره والاصل معه، فلا يحرز موضوع قاعده الفراش لكن الخلوه اماره على الدخول فتحرز موضوع قاعده الفراش، ومن ثمّ ينتسب اليه الولد ولا ينفى عنه إلا باللعان.

وأما ما ورد من نفى الصداق مع الخلوه من دون وقاع كما في موثق (٢) يونس

قال سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل تزوّج امرأه فأغلق باباً وأرخى ستراً ولمس وقبّل ثم طلقها أيوجب عليه الصداق؟ قال: «لا- الصداق إلما الوقاع» فلا ينافى ذلك، فان النفي بحسب الحكم الواقعي لا بحسب النزاع والحكم الظاهري كما هو مفاد موثق زراره (٣) أيضاً.

ومن ثم قد وردت روايات اخرى على ايجاب المهر والعدّه اذا غلق الباب وارخى الستر كصحيح الحلبي (٤) وموثق زراره (٥) الآخر وموثق

ص: ١٣

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب اللعان، الباب ٢ ح ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه، أبواب المهور، باب ٥٥ ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه، أبواب المهور الباب ٥٥ ح ٧ و ٥.

٤- (٤) نفس الباب ٥٥ ح ٢.

٥- (٥) نفس الباب ٥٥ ح ٤.

اسحاق بن عمار(١)، وهي محموله على الحكم الظاهري عند النزاع وأشار الى هذا التفصيل ابن أبي عمير، واستحسنه الشيخ في التهذيب(٢).

وقد ورد في مصحح أبي بصير وصحيح أبي عبيده اماريه الخلوه وارخاء الستر واغلاق الباب على الدخول والمهر والعدّه، ففي الاول قال: قلت لأبي عبدالله(عليه السلام): الرجل يتزوج المرأة فيرخى عليها وعليه الستر ويغلق الباب ثم يطلقها فتسأل المرأة هل أتاك؟ فتقول: ما أتاني، ويسأل هو: هل أتيتها؟ فيقول: لم آتها، فقال: لا يصدقان، وذلك أنها تريد ان تدفع العدّه عن نفسها، ويريد هو ان يدفع المهر عن نفسه، يعنى اذا كانا متهمين(٣) ومثلها صحيحه أبي عبيده الا أنه ليس فيها تقييد بالانتهام.

ومفادها اماريه الخلوه واغلاق الباب وارخاء الستر على الدخول حتى لو اتفقا على عدمه مع كونهما متهمين، وقد يستفاد من مفهومها حجيّه اتفاقهما مع عدم كونهما متهمين وتقديم ذلك على اماريه الخلوه.

نعم في صحيح زراره قال:

«سألت أبا جعفر(عليه السلام) عن رجل تزوج جاريه لم تدرك لا يجامع مثلها أو تزوج رتقاء فادخلت عليه فطلقها ساعه أدخلت عليه؟ قال: هاتان ينظر اليهن من يوثق به من النساء، فان كنّ كما دخلن عليه فان لها نصف الصداق الذى فرض لها، ولا عدّه عليهن منه»(٤) الحديث.

ص: ١٤

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب المهور باب ٥٥ ح ٤.

٢- (٢) التهذيب: ج ٧ ص ٤٦٧ ح ١٨٦٩.

٣- (٣) وسائل الشيعه، أبواب المهور، باب ٥٦ ح ١.

٤- (٤) وسائل الشيعه، أبواب المهور، باب ٥٧ ح ١.

ومفادها تقدم ولزوم تحصيل العلم - مع القدره عليه - على اماريه الخلوه وهذا مطابق لما تقرر من تقدم اسباب تحصيل العلم على قاعده الفراش، فضلا عن الامارات على الدخول الذى هو موضوع قاعده الفراش.

هذا وقد ضعّف العمل بروايات اماريه الخلوه جمله المتأخرين، وحملوها على التقيه، لكون ذلك هو المروى عن عمر، وقد افنى به أبو حنيفه وكثير من العامه.

أقول: وفيه:

أولاً: انه قد عرفت صحه عدّه من الروايات الوارده واعتبار بعضها الآخر.

وثانياً: ان العامه قد ذهبوا الى السببيه الواقعيه للخلوه لاستحقاق المهر حيث عللوا كما فى كتاب المغنى لابن قدامه (1) بان التسليم المستحق وجدّ من جهتها فيستقر به البدل كما لو وطأها.

وفسروا قوله تعالى: (وَ قَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ) بالخلوه وانه مأخوذ من الفضاء وهو الخالى، أى خلى بعضكم الى بعض، وان قوله تعالى: (مِنْ قَيْلٍ أَنْ تَمْسُوهُمْ) كناية بالمسبب على السبب الذى هو الخلوه، وان كانت كلماتهم مضطربه فى ترتيب آثار الدخول على الخلوه، كثبوت الرجعه له عليها فى عدتها.

هذا مع ان الروايات الوارده ليس جميعها فى صدد ايجاب الصداق،

ص: ١٥

بل مصحح أبي بصير ومصحح أبي عبيده صريح في كون المدار على المسّ والجماع لا على الخلو، وأنّ الخلوه انما هي اماره بحسب ظاهر الحال ومقدمه على اتفاقهما مع فرض التهمه، نعم بعض الروايات الوارده في ايجاب الصداق بالخلوه تفوح منه التقيه بوضوح بعد ظهوره في السببيه الواقعيه للخلوه.

وعن المسالك قوله (اذا ادعت بعد الخلوه التامه الخاليه من موانع الوقاع الدخول وانكر، فان كانت بكرًا فلا اشكال لامكان الاطلاع على صدق احدهما، باطلاع التعاقب من النساء عليها وذلك جائز لمكان الحاجه، كنظر الشاهد والطبيب).

واشكل عليه في الجواهر(١) بان رأياها ثيباً لا- دلالة فيه على صدق دعواها لانه اعم، كما ان كونها بكرًا لا يوجب تمكينها من نفسها للفحص بعد حرمة النظر والمشقه، فلها المطالبه باليمين.

أقول: الظاهر من الشهيد ان القاضى والحاكم مع امكان تحريره عن حقيقه النزاع موضوعا فلاتصل النوبه الى العمل بالاصول العمليه والامارات لتعيين المنكر والمدعى، ولا- الى الحكم باليمين أو البينه، وهو مفاد صحيح زراره السابق(٢)، كما هو مفاد الروايات الوارده في العيوب كدعوى العنه على الزوج أو الرتق فى الزوجه، وكذا هو الحال فى جمله من الروايات الوارده فى الأبواب، وتقدم لزوم التحرى على العمل بالاصول العمليه هو المقتضى الاولى فى الصناعه واطلاق متواتر روايات القضاء

ص: ١٦

١- (١) الجواهر: ج ٣١ ص ١٤١ - فصل المهور.

٢- (٢) الجواهر: ج ٣١ ص ١٤١ - فصل المهور.

باليمين والبينه - مع الغض عن كونه محكوماً أو موروداً موضوعاً بادلته لزوم الفحص ومطلقات احقاق الحق - انّ القدر المتيقن من موارده هو فيما لو استلزم التحرى مؤونه كبيره جداً.

ثالثاً: ومما يدعم الروايات فى إماريه الخلوه على الوقاع وتقديمها على اتفاق وتصادق الزوجين ما اعترف به صاحب الجواهر من منع انحصار الحق فى الزوجين لادن للولد حقاً فى النسب فيما لو كانت حاملاً، كما لو ادعى مدع مولوداً على فراش غيره، بأن ادعى وطنه بالشبهه وصدقه الزوجان فلا بد من البينه لحق الولد، ولا يكفى تصديق الزوجين.

وهو المحكى عن ابن أبى عمير والصدوق والشيخ وابن براج والكيبرى وجماعه من القدماء خلافاً للمشهور بين المتأخرين أو اجماعهم.

الأمر الثالث: بعد ما عرفت من كون قاعده الفراش اماره وليست سبباً واقعياً للالحاق يتبين ان مع توفر اسباب العلم من الفحوص المختبريه الحديثه كفحص الجينات وفحوصات الحمض النووى وغيرها من طرق التحرى والفحص الجنائى مما يوجب العلم، هى مقدمه على قاعده الفراش، نعم فى جملة من انماط هذه الطرق أو فى بعض الحالات لاتصل فى نتائجها الى حدّ العلم، بل بنحو نسبي ظنى غالبى، فلا يعول عليها.

الأمر الرابع: (بين موضوع قاعده الفراش والعدّه):

هل الدخول المأخوذ فى باب الالحاق - الحاق الولد وقاعده الفراش - هو المأخوذ فى باب العدّه، وفى باب المهر، والغسل والحدّ، فعن المسالك وجماعه وشرح النافع فى باب العدد يلحق بالوطى دخول المنى المحترم فى الفرج، فيلحق به الولد وتعتد بوضعه، كما حكى عن ظاهر كلمات

الاصحاب الاكتفاء بدخول الخصى وان لم ينزل، وقد افتى جماعه بأن سبب العده الدخول، أى دخول مقدار الحشفه أو دخول ماءه فى فرجها، وعن عدد المبسوط «وان كان قطع جميع ذكره فالنسب يلحقه، لان الخصيتين اذا كانتا باقيتين فالانزال ممكن، ويمكن ان يساقق فينزل فان حملت منه اعتدت بوضع الحمل، وان لم تكن حاملاً اعتدت بالشهور.

واشكل عليه جماعه من المتأخرين بان الامكان لا يوجب العده، نعم هذا الامكان موجب لتحقيق قاعده الفراش، وهذا التفصيل منهم ظاهر فى أوسعيه عنوان الدخول فى باب قاعده الفراش منه فى باب العدد وهما أوسع ممّا فى باب الغسل والحدّ والمهور.

وقال فى المبسوط: وقال قوم لو استدخلت ماءه كان كالدخول فى وجوب العده.

هذا وقد نصّ الاكثر على تحقق الدخول بالوطى فى الدبر بإمكان وصول مائه منه الى فرجها، ومن ثمّ اعتدوا بالدخول فى القبل وان لم ينزل، وعن الفوائد والتحرير عدم الاعتبار بالدبر ومال إليه جماعه.

وصرح جماعه كما فى المسالك وشرح النافع أنه يلحق بالوطى دخول المنى المحترم فى الفرج، فيلحق به الولد وتعتد بوضعه، وكذا مدخوله الخصى كما هو ظاهر كلام الاصحاب والمسالك وان لم ينزل.

فحينئذ يقع الكلام فى انّ موضوع القاعده هل هو كل مباشره ولمس يحتمل منه دخول الماء؟ أم لا بد من الدخول أو ما هو بحكمه، أم يفصل بين ظهور الحمل فيكفى فيه مجرد الاحتمال وعدمه، لكن هذا التفصيل

ضعيف، لأن النسبه بعد ظهور الحمل واللحوق للولد مبنى على قاعده الفراش، ومنه يظهر ان الموضوع فى قاعده الفراش أوسع منه فى باب العده، نعم فى موارد قاعده الفراش مع ظهور الحمل يتم موضوع العده، وبعباره اخرى ان اطلاق تعليلهم بامكان الانزال بوجوب العده مع ظهور الحمل قاض بان موضوع قاعده الفراش كل مباشره قريبه يحتمل منها وصول مائه الى باطن فرجها، وعن العامه تغيير الفراش بحليه الوطى وان لم يفترشها فعلا فانه يلحق به الولد.

وأما الروايات الوارده فى المقام:

(١) روايه أبى البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على (عليهم السلام) قال: جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: كنت أعزل عن جاريه لى فجاءت بولد فقال (عليه السلام): ان الوكاء قد ينفلت فألحق به الولد»(١).

وغايه مفاد هذه الروايه هو كفايه احتمال الانزال مع الجماع وان كان ضعيفاً جداً ما دام قد تحقق الايلاج.

(٢) روايه أبى البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه (عليهم السلام) ان رجلا اتى على بن أبى طالب (عليه السلام) فقال: ان امرأتى هذه حامل وهى جاريه حدثه وهى عذراء وهى حامل فى تسعه أشهر ولا اعلم الا خيراً وأنا شيخ كبير ما افترعتها، وأنها لعلى حالها، فقال له على (عليه السلام): نشدتك الله هل كنت تُهريق على فرجها؟ قال: نعم. فقال على (عليه السلام): ان لكل فرج ثقبين، ثقب يدخل فيه ماء الرجل، وثقب يخرج منه البول، وان افواه الرحم تحت الثقب الذى

ص: ١٩

يدخل فيه ماء الرجل، فاذا دخل الماء في فم واحد من أفواه الرحم حملت المرأة بالولد، وإذا دخل من اثنين حملت باثنين، وإذا دخل من ثلاثة حملت بثلاثة، وإذا دخل من أربع حملت بأربعة، وليس هناك غير ذلك، وقد ألحقت بك ولدها فشق عنها القوابل، فجاءت بغلام فعاش»(١).

وطريق هذه الرواية والتي قبلها عن الحميري في قرب الاسناد عن السندي بن محمد عن أبي البختری، والسندي بن محمد هو ابان بن محمد البجلي وهو من أصحاب الهادي الثقة الجليل، وروى هذه الرواية المفيد في الارشاد قائلاً: روى نقله الآثار من العامه والخاصه ثم ذكر الروايه، الا- أن فيها قول الرجل الشيخ الكبير: قد كنت انزل الماء في قبلها من غير الوصول اليها بالاختصاص.

ومفاد هذه الرواية تحقق موضوع القاعده باراقه الماء على الفرج، وهو موجب لقرب احتمال دخول الماء في رحم المرأة، وامكان نشوء الحمل، وان لم يكف هذا المقدار من الاحتمال في لزوم العده، ما لم يصل الى درجه العلم بدخول الماء.

(٣) روايه أبي طاهر البلالي قال: كتب جعفر بن حمدان فخرجت اليه هذه المسائل: استحللت بجاريه وشرطت عليها ان لا اطلب ولدها ولم الزمها منزلي فلما أتى لذلك مده قالت لي: قد حبلت، ثم اتت بولد فلم انكره - الى أن قال: فخرج جوابها يعني من صاحب الزمان(عليه السلام): وأما الرجل الذي استحل بالجاريه وشرط ان لا يطلب ولدها فسبحان من

ص: ٢٠

لاشريك له في قدرته شرطه على الجارية شرط على الله، هذا ما لا يؤمن أن يكون وحيث عرض له في هذا الشك وليس يعرف الوقت الذي اتاها فليس ذلك بموجب للبراءة من ولده»(١).

ومفاد هذه الرواية صريح في كون موضوع القاعده مجرد الدخول من دون شرطيه العلم بالمدّه، أولئك أن تقول بشرطيه عدم العلم بانتهاء المدّه.

(٤) وقريب منها موثق سعيد الاعرج عن أبي عبدالله(عليه السلام) قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأة ليست بمأمونه، تدعى الحمل، قال: ليصبر؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وآله: الولد للفراش وللعاهر الحجر(٢).

وتقريب هذا الموثق كما تقدم في الرواية السابقه حيث ان الإستراجه تشمل في العاده موارد احراز الدخول مع الشك في المدّه.

(٥) صحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله(عليه السلام) قال: سأله أبي وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأه فادخلت عليه، فلم يمسيها ولم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عدّه منه، فقال: انما العدّه من الماء، قيل له فان كان قد واقعها في الفرج ولم ينزل، فقال: اذا ادخله اوجب الغسل والمهر والعدّه(٣).

ومفاد هذه الصحيحه ان الدخول موجب للعدّه وان لم ينزل، وموضوعها مشترك مع قاعده الفراش، كما ان مفادها سببيه الماء للعدّه، وكذلك بالنسبه لقاعده الفراش غايه الامر ان التقدير في تركيب الجمله هو

ص: ٢١

١- (١) أبواب أحكام الاولاد، باب ١٩ ح ١.

٢- (٢) كتاب اللعان، باب لا يثبت اللعان الا بنفى الولد، باب ١٩ ح ٣.

٣- (٣) أبواب المهور، باب ٥٤ ح ١.

دخول الماء فى الفرج، ولكن قد يقدر اراقه الماء على الفرج، بتقريب ان الراوى لم يفرض فى سؤاله عدم المسّ فقط، بل فرض عدم وصوله اليها أيضاً، وهو يناسب مطلق عدم المباشرة، وحينئذ يمكن تقدير سببه اراقه الماء على الفرج أو على فمه فى العده.

٦- وموثقه اسحاق بن عمار عن أبى الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها فيغلق عليها باباً ويرخى عليها ستراً، ويزعم انه لم يمسيها وتصدقته هي بذلك عليها عده؟ قال: لا، قلت: فانه شيء دون شيء، قال: ان اخرج الماء اعتدت، يعنى اذا كانا مأمونين صدقاً (١).

قال المجلسى فى مرآه العقول فى شرح الحديث: قوله:

(فانه شيء دون شيء) أى فيه تفصيل وتخصيص أو المعنى انه ادخل بعض الذكر ولم يدخل كله فيكون الانزال كناية عن غيبويه الحشفه، والظاهر انه اراد

(بالشئ دون الشئ) أى إصاق الذكر بالفرج، أو ادخال أقل من الحشفه؟ والجواب انه مع الانزال احتمال دخول الماء فى الرحم فيجب عليها العده وتستحق المهر لكن لم أرى بهذا التفصيل قائل.

وقوله:

(اذا كانا مأمونين) الظاهر انه كلام الكلينى كما عرفت، وجمع بين الاخبار بالتهمة كما فعله الشيخ، ويمكن حمل اخبار اللزوم على التقيه (٢).

أقول: الحمل على التقيه ضعيف لتصريح صدر الروايه بنفى العده

ص: ٢٢

١- (١) أبواب المهور، باب ٥٦ ح ٢.

٢- (٢) مرآه العقول: ج ٢١ ص ١٨٨.

مع عدم الدخول، فالأظهر ان موضوع وجوب العده بحسب مفاد الموثق هو اراقه الماء على الفرج أو في فم الفرج.

(٧) صحيحه أبي مريم الانصارى قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل قال: يوم آتى فلانه اطلب ولدها فهي حرّه بعد ان يأتيها أله أن يأتيها ولا ينزل فيها؟ فقال: اذا أتاها فقد طلب ولدها (١). وهي كالنص في كون الدخول من دون انزال محقق لموضوع قاعده الفراش.

(٨) صحيحه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سأل رجل الرضا (عليه السلام) - وأنا أسمع - عن الرجل يتزوج المرأه متعه ويشترط عليها ان لا يطلب ولدها فتأتى بعد ذلك بولد فينكر الولد؟ فشدّد في ذلك وقال: يجحد! وكيف يجحد؟ اعظاما لذلك، قال الرجل: فإن اتهمها؟ قال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأموئه (٢).

وتقريب الدلاله فيها كالسابقه.

والحاصل ممّا تقدم ان قاعده الفراش موضوعها أوسع من موضوع العده، نعم مع ظهور الحمل فيحرز موضوع العده أيضاً ويتطابق مع موضوع قاعده الفراش، والظاهر فيه مطلق الدخول قبلاً أو دبراً وان لم ينزل، بل وان لم يكن بمقدار الحشفه، وكذا لو انزل على فم الفرج، فضلاً عن ما علم دخول الماء في الفرج، وعلى ذلك فقد يقرر تضيق موضوع العده عن موضوع الفراش بأنه الدخول للذكر أو الماء، بخلاف قاعده

ص: ٢٣

١- (١) أبواب مقدمات النكاح، باب ١٠٣ ح ١.

٢- (٢) أبواب المتعه، باب ٣٣ ح ٢.

الفراش فانه يكفى فيها اراقه الماء على الفرج أو عنده، نعم لو ظهر الحمل تحقق موضوع العده بضميمه موضوع قاعده الفراش.

٩) ومعتبره ابان بن تغلب قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه فلم تلبث بعد ما اهديت إليه إلا أربعة أشهر حتى ولدت جاريه فانكر ولدها، وزعمت هي أنها حبلت منه، فقال: لا يقبل ذلك منها وان ترافعا الى السلطان تلاعنا(١).

وهي داله على ان أقل الحمل سته أشهر، إلا أنه مع نزاع الزوجين في المدّة لا ينتفى الولد إلا بالتلاعن، ومقتضى ذلك ان قاعده الفراش تقتضى نسبه الولد إليه ولا ينتفى عنه إلا باللعان وهذا مما يعنى ان قاعده الفراش تجرى بمجرد احراز الدخول، ولا يشترط فى جريانها احراز المدّة، نعم لا تجرى مع احراز انتفاء المدّة، ولا يخفى ان العامه على ما حكى لا يختلفون معنا فى مقدار ادنى الحمل وهو سته أشهر، فاحتياج نفى الولد عند قاضى العامه الى اللعان دال على ان الفرض فى الشق الثانى فى الروايه كون النزاع فى المدّة لا انّ المرأه تقرّ على نفسها ان المدّة أربعة أشهر.

الأمر الخامس: تحديد مدّة الحمل قلّه وكثره:

أى تحديد ادنى الحمل واقصاه.

أما تحديد ادنى الحمل بستة أشهر فقد ذهب اليه المشهور، لكن فى المقنعه وعن الطوسى التخيير بين النفى والاقرار لدون الستة، غير أنّه ان

ص: ٢٤

١- (١) أبواب أحكام الاولاد، باب ١٧ ح ١٠.

نفاه وخاصمته المرأه فى زمان الحمل كان عليه ملاعنتها(١)، ومقتضى كلامهما ان قاعده الفراش جاريه بمجرد الدخول، وان لم تحرز المده فتتحقق نسبه الولد ولا ينتفى الأ باللعان، والظاهر اراده المشهور فى كون ادنى الحمل سته أشهر فيما لو أتت بالولد حياً سوياً، وإلا لو أتت به ناقص الخلقه ميتاً لدون تلك المده فلا ينتفى عنه، وأما اقصى الحمل فعن المشهور أنه تسعه أشهر، وعن المبسوط انه عشره أشهر، واستحسنه فى الشرائع واختاره العلامة فى أكثر كتبه، والفاضل التونى، أو أنه سنه كما عن الانتصار، وأبى الصلاح والمختلف وشرح النافع، وعن ابن زهره ان الزيادة الى سنه لنفى الرية فى الحساب، واحتمل فى الجواهر ان الزيادة تعبدا للعدّه، أو ان ادلته لنفى ما زاد على السنه، أو لعزم الطلاق مع استرابه الحيضه والحمل، ويظهر من المفيد فى المقنعه ان الزيادة هى لالتباس الحمل على كثير من الناس، وان من النساء من يرتفع حيضهن قبل حملهن لعارض مدّه من الزمان فيظن ان ذلك من أيام الحمل.

وحكى السيد فى الانتصار عن الشافعى ان اكثر الحمل لديه أربع سنوات، وحكى ذلك ابن قدامه عن الشافعى أيضاً، وقال: وهو المشهور عن مالك وقال ان ظاهر المذهب لديهم - أى لدى الحنابلة - ان اقصى مده الحمل أربع سنين، وأنه روى عن أحمد ان اقصى مدته سنتان وكذلك عن عائشه والثورى وأبو حنيفه، وان الضحاك بن مزاحم وحرم بن حيان وهما من فقهاءهم حملت أم كل واحد منهما به سنتين، وعن ليث ثلاث سنين،

ص: ٢٥

وعن عباد بن العوام خمس سنين، وعن الزهري ست أو سبع سنين، وعن أبي عبيد ليس لاقصاه وقت يوقف عليه(١).

وحكى السيد المرتضى فى رسائله عن العامه وفاقهم معنا فى أقل الحمل، وهذا هو ظاهر المغنى فيما حكاه من أقوالهم(٢).

ولا يخفى ان اختلافهم فى أقصى مدّه الحمل الى هذا التحديد من السنين سبب لفظ كبير لديهم - لاسيما فى هذه الاعصار - وتداوياته فى الفتن الاجتماعيه كثيره حيث يقول أحد المعاصرين منهم انه قد بنى على الخلاف فى أطول مدّه الحمل شرّ عظيم ومنه ارتكاب الفحشاء من بعض النساء بعد وفاه أزواجهن وحملهنّ منهم وادعاء ان ذلك كان من أزواجهن، ولو فعلن ذلك بعد موتهم بسنوات على اعتبار القول بطول مدّه الحمل وأنها قد تصل الى خمس سنوات بل أكثر، ومن ثمّ لجأ ابن حزم الى ردّ هذه الأقوال بأنّ مستنداتها أخبار تروى عن نساء وهى أخبار مكذوبه راجعه الى من لا يصدق ولا يعرف من هو».

أقول: كيف ينسجم كلامهم هذا وكلام جملة من المعاصرين مع أنهم قد رووا التحديد بمدّه سنتين عن عائشه كما مرّت الاشاره الى أقوالهم.

والروايات الوارده فى المقام على ألسن وطوائف:

الطائفه الأولى: ما دل على أقل الحمل سته أشهر:

ص: ٢٦

١- (١) المغنى: ج ٩ ص ١١٦.

٢- (٢) المغنى: ج ٩ ص ١١٥.

(١) كصحيح الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: إذا كان للرجل منكم الجارية يطؤها فيعتقها فاعتدت ونكحت فان وضعت لخمسه أشهر فانه لمولاها الذي اعتقها، وان وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فانه لزوجها الأخير(١).

وتفصيله (عليه السلام) في نسبه الولد لمولاها السابق، أو لزوجها بعد العتق جعل المدار فيه الستة أشهر.

(٢) صحيحه عبدالرحمن العززمي عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: كان بين الحسن والحسين طهر، وكان بينهما في الميلاد ستة أشهر وعشراً(٢).

(٣) ومرفوعه محمد بن يحيى الى أبي عبدالله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): لا تلد المرأة لأقل من ستة أشهر(٣).

(٤) وفي معتبره ابان بن تغلب قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأة فلم تلبث بعد ما اهديت إليه إلا أربعة أشهر حتى ولدت جارية فانكر ولدها، وزعمت هي أنها حبلت منه، فقال: لا يقبل ذلك منها وان ترافعا الى السلطان تلاعنا(٤)، وقد تقدم تقريب الرواية.

(٥) والصحيح الى ابن أبي نصر عن رواه عن زراره قال: سألت أبا جعفر عن الرجل اذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسه

ص: ٢٧

١- (١) باب أحكام الأولاد، باب ١٧ ح ١.

٢- (٢) باب أحكام الأولاد، باب ١٧ ح ٤.

٣- (٣) أبواب أحكام الأولاد، باب ١٧ ح ٨.

٤- (٤) أبواب أحكام الأولاد، باب ١٧ ح ١٠

أشهر فهو للأول، وان كان ولد انقص من ستة أشهر فلأمه وأبيه الأول، وان ولدت لسته أشهر فهو للأخير(١).

(٦) ومثلها صحيح جميل بن دراج(٢).

والحاصل ان هذه المسألة وفاقه بين الفريقين فضلا عن الاماميه، ووجه الوفاق فيها ماروته العامه والخاصه من كلام أمير المؤمنين(عليه السلام) في الرد على عمر حينما اوتى بأمرأه وقد ولدت لسته أشهر فهم برجمها فقال له أمير المؤمنين(عليه السلام): ان خاصمتك بكتاب الله خصمتك، ان الله تعالى يقول: وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۚ وَيَقُولُ: وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ فاذا اتمت المرأه الرضاعه الستين وكان حملة وفساله ثلاثين شهراً، كان الحمل منها ستة أشهر فخلّ عمر سبيل المرأه(٣).

الطائفة الثانيه: ما دل على ان اقصى الحمل تسعه أشهر:

(١) المعتبر الى عبدالرحمن بن سيابه عن حدثه عن أبي جعفر(عليه السلام) قال: سألته عن غايه الحمل بالولد في بطن أمه كم هو؟ فانّ الناس يقولون ربما بقى في بطنها ستين (سنين) فقال كذبوا، اقصى مدّه الحمل تسعه

ص: ٢٨

١- (١) أبواب أحكام الأولاد، باب ١٧ ح ١١.

٢- (٢) أبواب أحكام الأولاد، باب ١٧ ح ١٣.

٣- (٥) أبواب أحكام الأولاد، باب ١٧ ح ٩.

أشهر، ولا يزيد لحظه، ولو زاد ساعه [لحظه] لقتل أمه قبل أن يخرج (١).

(٢) ما استفيض عن محمد بن حكيم عن أبي عبدالله أو أبي الحسن في حديث قال: قلت فانها ادّعت الحبل بعد تسعه أشهر قال: انما الحمل [الحبل] تسعه أشهر (٢).

(٣) الصحيح الى وهب عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): يعيش الولد لسته أشهر ولسبعه أشهر وتسعه أشهر ولا يعيش لثمانيه أشهر (٣).

(٤) روايه أبان عن رجل عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: ان مريم حملت تسع ساعات كل ساعه شهر (٤).

(٥) مصححه أبي حمزه عن أبي جعفر (عليه السلام) عن خلق الانسان ومراحل تكونه الى ان قال (عليه السلام): فذلك تسعه أشهر، ثم تُطلق المرأة (٥) الحديث.

الطائفة الثالثة: مادلاً على ان اقصى الحمل يزيد على التسعه كعشره أشهر والسنة:

(١) كصحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: سمعت أبا ابراهيم (عليه السلام) يقول: اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً انتظر بها تسعه أشهر فان ولدت وإلا اعتدت بثلاثة أشهر ثم قد بان منه (٦).

ص: ٢٩

١- (١) أبواب أحكام الاولاد، باب ١٧ ح ٣.

٢- (٢) أبواب العدد، باب ٢٥ ح ٢، ٤، ٥.

٣- (٣) أبواب أحكام الاولاد، باب ١٧ ح ٢.

٤- (٤) أبواب أحكام الاولاد، باب ١٧ ح ٧.

٥- (٥) الكافي: ج ٦ ص ١٥ كتاب العقيقة.

٦- (٦) أبواب العدد، باب ٢٥ ح ١.

بتقريب ان زياده ثلاثه أشهر هي لاقصى الحمل، ولكن قد يخذش فى الدلاله بان التعبير بالاعتداد يناسب مده الاسترابه، ولعل المراد من الريبه فى المقام هو بلحاظ مبدأ حساب الحمل كما يقع كثيراً لدى النساء، وعلى هذا التقدير لا تكون السنه حدّ بحسب الواقع والثبوت وانما هو حدّ امارى فى الظاهر، والثمره والفرق بين الوجهين يزول فى موارد الشكك والتي هي الغالب، لكنه يظهر فى موارد العلم كما لو علم أنّه لم يجمع امرأته مدّه اثنا عشر شهراً وقد اتت بالولد فى رأس السنه، وربما يعضد هذا الحمل لمفاد الصحيحه بما فى الروايه المستفيضه عن محمد بن حكيم عن أبى عبدالله أو عن أبى الحسن (عليه السلام) فى حديث قال: قلت: فانها ادعت الحبل بعد التسعه أشهر قال: انما الحمل تسعه أشهر، قلت: تزوج قال: تحتاط بثلاثه أشهر قلت: ان ادّعت بعد ثلاثه أشهر قال: لا ريب عليها، تزوج ان شاءت(١).

والمقصود من الادعاء الثانى ادعاء الحمل أيضاً، كما فى الطريق الآخر للروايه نفسها «قلت: فان ارتابت بعد ثلاثه أشهر؟ قال: ليس عليها ريبه، تزوج»، وفى طريق آخر للروايه أيضاً: قال قلت له: رجل طلق امرأته فلمّا مضت ثلاثه أشهر ادّعت حبلاً قال: ينتظر بها تسعه أشهر، قال: قلت: فانها ادعت بعد ذلك حبلاً قال: هيهات هيهات، إنما يرتفع الطمث من ضربين: اما حملاً بين، واما فساد من الطمث، ولنكها تحتاط بثلاثه أشهر بعد»(٢) الحديث.

ص: ٣٠

١- (١) أبواب العدد، باب ٢٥ ح ٢، ٤، ٥.

٢- (٢) أبواب العدد، باب ٢٥ ح ٥.

والاحتياط ظاهر بقوه في كون الحكم بالسنة وبزياده الثلاثه أشهر على التسعه ظاهراً لا واقعياً.

هذا ويحتمل في تفسير الريبه في روايات السنه انه ريبه في حليته زواجها بالثاني، لان الحمل من النمط الطويل مقداره اثنا عشر شهراً لا-انّ الريبه في مبدأ حساب الحمل، والقرينه على ذلك ترتيب الأمر وجواز التزويج بالثاني بعد نفى الريبه، فكان اسناد الريبه مضافاً الى حليته الزواج المعلق على وجود الحمل واستطاله مدته، ويؤيد ذلك ان حدود الحمل التي تقع تاره سته أشهر، أو سبعة، أو ثمانية أو تسعه، أو عشره أشهر مما يدل على عدم كون التسعه اشهر حداً دائماً كلياً، وانما هو حدّ غالبى، فيمتد الى اثنا عشره شهراً، ولا يخفى الفرق بين التفسيرين والاحتمالين، فأنّه في فرض الشك يتفقان على الامتداد الى اثنا عشره شهراً بخلاف مورد العلم، كما لو كان قد علم آخر وطى دخل بها ثم سافر عنها أو تركها مدّه تزيد عن احدى عشره شهراً فانه على الاوّل لا ينتسب الولد اليه، بخلاف الحال على الثاني.

(٣) خبر غياث عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن علي (عليهم السلام) قال: ادنى ما تحمل المرأة لسته أشهر، وأكثر ما تحمل لسنه (١).

وفي بعض النسخ (لستين) بدل السنه.

قال في الوافى في بيان الحديث في بعض النسخ: (واكثر ما تحمل

ص: ٣١

١- (١) أبواب أحكام الاولاد، باب ١٧ ح ١٥.

لستين) فان صحَّ فعله ورد على التقيه(١) والظاهر ان نسخ الفقيه مختلفه، والظاهر ان نسخه الوسائل هي (لستين) لقوله بعد الحديث: (هذا محمول على التقيه).

(٤) الصحيح الى حريز عن ذكره عن أحدهما(عليه السلام) في قول الله عَزَّ وَجَلَّ: (يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيصُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ)٢.

قال: الغيض كل حمل دون تسعه أشهر، وما تزدد: كل شيء يزداد على تسعه أشهر، فلما رأت المرأة الدم الخالص في حملها فانها تزدد بعدد الايام التي رأت فيحملها من الدم(٢).

وفى تفسير العياشي عن زراره عن أبي جعفر عن أبي عبدالله(عليه السلام) في قوله تعالى: ما تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ يعنى الذكر والانثى وَمَا تَغِيصُ الْأَرْحَامُ قال: الغيض ما كان أقل من الحمل (وَمَا تَزْدَادُ) ما زاد على الحمل فهو مكان ما رأت من الدم في حملها(٣).

وروى أيضاً عن زراره عن أبي عبدالله(عليه السلام) في قول الله تعالى: يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيصُ الْأَرْحَامُ ما كان دون التسعه فهو غيض (وَمَا تَزْدَادُ) قال: ما رأت الدم في حاله حملها ازداد به على التسعه الاشهر، ان كانت رأت الدم خمسة أيام أو أقل أو أكثر زاد ذلك التسعه الأشهر(٤).

ص: ٣٢

١- (١) الوافي: ج ٢٣ ص ١٤.

٢- (٣) أبواب أحكام الاولاد، باب ١٧ ح ٦.

٣- (٤) تفسير العياشي، سورة الرعد: ج ٢ ص ٣٨٠.

٤- (٥) الرعد: ٨ في تفسير العياشي.

أقول: مفاد هذه الروايات غايته زياده الحمل على التسعه بمقدار عشره أشهر فلادلالة لها على السنه، نعم اطلاق الآيه (١) يمكن التمسك به الى سنه لا الاكثر من ذلك كما فى أقوال العامه كالسنتين والثلاثه، فان ذلك لا يعد زياده على الاصل وهو التسعه أشهر، اذ ظاهر الزيادة ان تكون تبعيه كالهامش لا ما يضاهاى الاصل أو يتضاعف عليه باضعاف.

ثم ان التعليل الوارد فى هذه الروايات عن سبب الزيادة بما رأت من دم الحيض فى الحمل يتناسب مع ما تقدم فى روايات العده أنها ينتظر بها الى سنه مع ادعائها الحبل لنفى الريبه.

والمحكى عن الاطباء وأهل الاختصاص ان للحمل موعد معتاد وهو التسعه أشهر ولا يتأخر الا بمقدار اسبوعين أو ثلاثه غالباً فتأخر الولادات الى (٣٩ و ٤١) أسبوعاً واذا تأخرت عن الاسبوع (٤٢) اصبح الجنين فى خطر لان الجنين يعتمد على المشيمه فى غذائه فاذا بلغ الموعد ضعفت المشيمه عن امداد الجنين بالغذاء، ومن النادر ان يبقى حيا فى الرحم (٤٥) اسبوعاً، والإستيعاب النادر والشاذ تمدد المدّه الى اسبوعين آخرين فتصبح (٤٧) اسبوعاً أى (٣٣٠ يوم) (٢).

وبذلك يتطابق قولهم مع التحديد بسنه كأقصى مدّه للحمل مع الطائفه الأخيره، ويكون وجه الجمع بينها وبين الطوائف السابقه الداله

ص: ٣٣

١- (١) الرعد: ٨.

٢- (٢) المنظمه الاسلاميه للعلوم الطبيه: الرؤيه الاسلاميه لبعض الممارسات الطبيه ص ٧٥٩. الكويت ١٤٨٧ م. وهذا هو المحكى عن القانون السورى والمصرى.

على التحديد بالتسعه هو بحملها على الغالب المعتاد وأن ما يزيد على ذلك الى سنه هو الشاذ النادر، أو على موارد الشك والاسترابه فى تحديد مبدأ الحمل، كما يحصل كثيراً عند النساء. ثم هل تحمل هذه السنه فى الروايات وكلمات الأصحاب على القمرية أو على الشمسية؟

الظاهر هو الأول كما هو مقتضى الظهور الأولى فى تحديدات الشرع الآن ان تقوم قرينه خاصه على خلاف ذلك، كما ان الذى مرّ من كلمات أهل الاختصاص فى تحديد اقصى المدّه يتطابق مع القمرية دون الشمسية وان صرحوا هم بالسنة الشمسية، نعم قد مرّت الاشاره ان تحديد المبدأ كثيراً ما يقع فيه الاشتباه والخطأ، فلا بد من الالتفات والتدقيق فى ذلك لأن لا يقدم على نفي النسب بسبب الاشتباه لاسيما وان المدار بحسب الحكم الظاهرى فى نسبه الولد واجراء قاعده الفراش هى على مجرد الدخول، واحراز المدّه ليس شرطاً وانما احراز انتفائها مانع.

الأمر السادس: قد ذهب بعض اعلام العصر الى الاشكال فى تحقق الفراش بمجرد دخول المنى بعلاج وآلات كالانبوب والابره والحقن بالابره، وكأنّ وجهه خروج مثل هذه الموارد عن الموارد المنصوصه، نعم يلحق به مع القطع بالنسبه كما لا يجوز نفيه له لائن النفي انما يجوز مع العلم بالانتفاء لا مع الشك، لكن الاظهر بحسب ما تقدم من الادله شمولها لمطلق دخول الماء، كعموم التعليل (انما العده من الماء)(1).

وكروايه المرأه التى ساحقت بكرى بعد ما جامعها زوجها فحملت

ص: ٣٤

البكر، وان الولد يلحق بصاحب النطفه(١)، وكروايه الشيخ الكبير الذى كان ينزل على فرجها، وغيرها من الموارد التى يستظهر منها عموم دخول الماء، بل العرضيه القريبه لدخوله.

تتمات القاعده فى فروع:

الأوّل: اذا تحققت الشروط الثلاثه لِحَقّ الولد به ولايجوز له نفيه وان وطأها وطى فجور، فضلا عن ما لو اتهمها بالفجور ولاينتفى عنه لو نفاه ان كان العقد دائم إلا باللعان، بخلاف ما اذا كان العقد منقطعاً وجاءت بولد أمكن إلحاقه به، فأنه وان لم يجز له نفيه، لكن لو نفاه ينتفى منه ظاهراً من غير لعان، لكن عليه اليمين مع دعواها أو دعوى الولد النسب.

فى الفرع عده أمور: ولا يخفى أنها من تتمات جهات البحث فى قاعده الفراش.

الأمر الأوّل: قد مرّ فى المسأله السابقه ان المدار فى إلحاق الولد بحسب الظاهر يكفى فيه الشرط الاوّل وهو الدخول أو الانزال حوالى الفرج، أو على الفرج، نعم يشترط فى اجراء قاعده الفراش ان لايعلم بانتفاء الشرطين اللاحقين، أى فاحراز الشرط الاول مع الشك فى الشرطين اللاحقين كاف فى اجراء قاعده الفراش، فالشروط الثلاثه انما هى شروط فى اللاحق بحسب الواقع.

ص: ٣٥

الأمر الثانى: مع اجراء قاعده الفراش يلحق الولد به وإن وطأ زان المرأه فجورا، فضلا عن ما لو ظنَّ أو شكك فى ذلك، كما هو مفاد قوله صلى الله عليه و آله : «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وفى صحيحه سعيد الاعرج عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «سألته عن رجلين وقعا على جاربه فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده لقول رسول الله صلى الله عليه و آله : الولد للفراش وللعاهر الحجر» (١) وهى كالنص فيما نحن فيه، وغيرها...

من روايات هذا الباب:

ولا ينتفى عنه إلا باللعان وذلك لحجيه قاعده الفراش التى مرّ البحث عن الروايات الداله عليها.

ويدل عليه بالخصوص مورد نزول آيه اللعان بعد تعميمها لنفى الولد، وستأتى الاشاره الى تعميم نصوص اللعان، كموثق سعيد الاعرج عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «قلت له: الرجل يتزوج المرأه ليست بمأمونه تدعى الحمل قال: ليصبر لقول رسول الله صلى الله عليه و آله : الولد للفراش وللعاهر الحجر» (٢).

وبعبارة اخرى فان مقتضى تشريع اللعان، وان الولد لا ينتفى الا به، هو ثبوت نسبه الولد بالفراش.

وفيما يدل على ذلك أيضاً ماورد من ان الزوج بعد اللعان اذا اقتر

ص: ٣٦

١- (١) نكاح العبيد والاماء، باب ٥ ح ٤.

٢- (٢) أبواب اللعان، باب ٩ ح ٣.

بالولد وأكذب نفسه لحقه الولد فيرثه ولا يرثه الاب(١).

ومقتضى هذه الروايات أنها داله على عموم قاعده الفراش في موارد التهمه أو موارد احراز الزوج تحقق الفجور من امرأته، وأنه لا ينتفى عنه الولد إلا باللعان.

وسياتى صحيح ابن بزيع(٢) الدال على حرمه نفى الولد في المتمتع بها وان كانت متهمه.

وفى روايه داود بن فرقد عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يارسول الله انى خرجت وامراتى حائض ورجعت وهى حبلى، فقال له رسول الله من تتهم؟ قال: اتهم رجلين، فجاء بهما. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ان يك ابن هذا فسيخرج قططا كذا وكذا، فخرج كما قال رسول الله صلى الله عليه وآله فجعل معقلته على قوم أمه، وميراثه لهم، ولو ان انسانا قال له يا ابن الزانيه لجلد الحد(٣).

وهى محموله على حصول العلم بانتفاء الولد، والحال كذلك فيما استجدّ من الطرق الحديثه فى الفحص الوراثى ما يوجب العلم دون ما يوجب الظن، فانه مقدم ورافع لقاعده الفراش، ولا حاجه للعان حينئذ.

الأمر الثالث: (فى عموم اللعان لمجرد نفى الولد):

قال فى المبسوط: «اذا لاعن لنفى النسب لم ينتف بذلك الموارثه بين

ص: ٣٧

١- (١) أبواب اللعان، الباب ٦.

٢- (٢) أبواب المتعه، باب ٣٣ ح ٢.

٣- (٣) أبواب أحكام الاولاد، باب ١٠٠ ح ٢.

الزوجين»(١) وهو تصريح بتعميم اللعان لنفى الولد وان لم يكن قذف فى البين، نعم وقع الكلام والبحث عندهم فى ان اللعان المزبور مع عدم القذف هل يوجب الحرمة الابديه وبينونه الزوجه عن الزوج وفسخ النكاح، أو أنه يوجب قطع النسب بين الاب والولد فقط، ظاهر العبارة السابقه من الشيخ الثانى، وإن كان الأقوى الأول لعموم ترتيب الحرمة الابديه على مطلق اللعان فى النصوص، ويناسبه تضمن اللعان ولو لنفى الولد التلاعن بين الزوجين هى نحو من القطعيه.

وقال فى المبسوط أيضاً: «إذا تراضى الزوجان برجل يلاعن بينهما جاز عندنا وعند جماعه»(٢).

وهو خلاف المشهور القائلون بلزوم اقامته عند الحاكم الشرعى، وتامم الكلام فى باب اللعان. وهل أن ذلك من باب قاضى التحكيم أو لا؟

وأما تحرير الكلام فى عموميه اللعان لمجرد نفي الولد من دون قذف وجوه:

الوجه الأول: يتوقف على تحرير ماهيه اللعان ثم التعرض الى النصوص التى يمكن دلالتها على ذلك.

حقيقه اللعان:

فأما ماهيه اللعان فقد قال فى المبسوط: «ان اللعان هل هو ييمين أو

ص: ٣٨

١- (١) المبسوط: ج ٥ ص ٢٠٣.

٢- (٢) نفس المصدر.

شهاده، فعندنا هو يمين، ويصح منهم - أى من الأزواج التى لا تصح منهم الشهاده - وعندهم - أى عند العامه - شهاده لا تصح منهم - أى من الأزواج الذين لا تقبل شهادتهم»(١).

وقيل: إنه اقرار واختاره السيورى، وفى الجواهر أنها مباحه وعليه جملة من المتأخرين.

والصحيح ان حقيقه اللعان جميع الامور الاربعه لورود هذه الالفاظ فى متن صيغه اللعان الوارده فى الكتاب العزيز، وعلى ذلك فلا بد فيه من تلاعنهما، ولا يقع من طرف واحد، ولو فى مورد مجرد نفي الولد، ولا يقع من دون نزاع بينهما اذ لا يصدق عليه مباحه حينئذ، كما لو اتفقا، أو لم تنكر عليه دعواه.

ومنه يظهر صحه وقوعه لمجرد نفي الولد وان لم يكن قذف فى البين، وذلك لتأتى وقوع النزاع بينهما فى النسبه، فيتكاذبان، ويصح منهما التلاعن على الصدق والكذب، وهو معنى المباحه.

فعموم ماهيه اللعان التى هى المباحه شامله لكل نزاع.

الوجه الثانى: وأما النصوص الوارده:

(١) مصحح محمد بن مسلم عن أحدهما(عليهم السلام) قال: لا يكون اللعان إلا بنفى ولد، وقال: اذا قذف الرجل امرأته لاعنها(٢).

ص: ٣٩

١- (١) المبسوط: ج ٥ ص ١٨٣.

٢- (٢) أبواب اللعان، باب ٩ ح ١.

(٢) ومثلها موثقه أبي بصير(١).

وتقريب الاستدلال بها اجمالاً ان هذا اللسان تعميم للعان الى موارد نفى الولد.

وقد يحتمل في الدلالة ان قوله(عليه السلام) وعطفه بالقذف على نفى الولد انه بيان لتعدد موارد اللعان.

وقد يخذش في الدلالة بان ظاهر الباب هو المعية أو المصاحبه مع شيء آخر فيقدر القذف، ولعل المراد حينئذ من هذا اللسان انه لا يصح اللعان مع قذف الرجل لامرأته من دون نفى الولد فيما اذا كانت حاملاً، أو كان مورد القذف متصلًا بمولود قد ولد، فهي في صدد بيان عدم صحه التفكيك بين نسبه الولد والقذف.

(٣) مارواه ابن ادريس نقلاً من كتاب المشيخه للحسن بن محبوب عن أبي ولاد الحناط قال: سئل أبو عبدالله(عليه السلام) عن نصرانيه تحت مسلم زنت وجاءت بولد فانكره المسلم؟ فقال: يلاعنها، قيل: فالولد ما يصنع به؟ قال: هو مع امه، ويفرق بينهما، ولا تحل له أبداً(٢).

وتقريب دلالتها أنها ظاهره بوضوح ان اللعان لمجرد انكار الولد.

(٤) روايه أبي البختری عن جعفر عن أبيه انه رفع الى علي(عليه السلام) امر امراه ولدت جاريه و غلام في بطن، وكان زوجها غائباً، فاراد ان يقرّ بواحد

ص: ٤٠

١- (١) أبواب اللعان، باب ٩ ح ٢.

٢- (٢) أبواب اللعان، باب ٥ ح ١٥.

وينفى الآخر، فقال: ليس ذاك له، اما ان يقرّ بهما جميعاً واما ان ينكرهما جميعاً(١).

وتقريب دلالتها ان تفريق الزوج بانكار احد التوأمين دون الآخر ظاهر فى كون انكاره مقتصرأ على نسبه الولد من دون قذف، ولذلك لم يذكر فى فرض السائل والجواب عنوان القذف.

الوجه الثالث: ويمكن تقريب عموم ادله اللعان لموارد مجرد انكار الولد بدون قذف ان نفى الولد وانكاره فقط وان لم يشتمل على القذف قالبا، الأ- انه يتضمن بنحو التعريض الطعن فى الزوجه ممّا يقتضى بنحو التضمن وقوعها فى معرضيه نسبه العار والكذب، فحينذ يصحح تلاعنها معه على نسبه الولد لدرء العار والكذب عن نفسها، وتوقيتها عن الخيانه.

ومن ثمّ فى موارد مجرد انكار الولد لولا عنها زوجها ولم تلاعنه هى يكون نكولها عن اللعان بمثابة تسليمها امام مدعى الزوج وشهادته.

الأمر الرابع: انتفاء الولد فى العقد المنقطع بمجرد نفى الزوج):

وهذا هو المشهور، بل كاد يكون متفق عليه، لكن فى الانتصار وفى جامع الشرائع ذهب الى وقوع اللعان فى المنقطع.

ولا يخفى ان قاعده الفراش هى أيضاً جاريه فى العقد المنقطع، بل وفى ملك اليمين، وان انتفى الولد بمجرد الانكار ونفيه فيهما، ومن ثمّ لا يجوز له نفيه مع قاعده الفراش وان ظنّ بالخلاف ما لم يحصل له علم

ص: ٤١

فيسوغ، بل يجب عليه نفيه.

ويدل على ذلك:

(١) صحيحه ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها (١).

(٢) وصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: لا يلاعن الحرّ الامه ولا الذميه والتي يتمتع بها (٢).

(٣) وصحيح محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت رجل الرضا وأنا أسمع، عن الرجل يتزوج المرأة متعه ويشترط عليها ان لا يطلب ولدها فتأتى بعد ذلك بولد فينكر الولد؟ فشدّد في ذلك وقال: يجحد! وكيف يجحد؟ اعظاما لذلك، قال الرجل: فان اتهمها؟ قال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأومنه (٣).

وهي داله بوضوح على حرمة انكار الولد مع قاعده الفراش في عقد المتعه ولو كانت المرأة متهمه.

الأمر الخامس: ذكر السيد الاصفهاني ان على الزوج المنكر للولد اليمين لو ادعت الزوجه او ادعى الولد النسب، والذي ذكره على مقتضى القاعده في باب النزاع والقضاء، فان ما تقدم من ادله من انتفاء الولد بنفى الاب انما هو بحسب اعتبار قوله كما مره وأنه صاحب الحق، وان الفعل

ص: ٤٢

١- (١) أبواب اللعان، الباب ١٠ ح ١.

٢- (٢) أبواب اللعان، باب ١٠ ح ٢.

٣- (٣) أبواب المتعه، باب ٣٣ ح ٢.

فعله لا بحسب فرض النزاع وموازن القضاء فان غايه ذلك اعتبار قوله لصيرورته منكراً، فالقول قوله مع يمينه.

الفرع الثاني: لا يجوز نفي الولد لمكان العزل، فلو نفاه لم ينتف الا باللعان:

والبحث في هذه الفرع أيضاً من تتمات قاعده الفراش.

قد تقدم في المسأله السابقه والتي قبلها أيضاً جملة وافر من الادله على اعتبار قاعده الفراش عند الشك أو الظن بالخلاف ولو مع التهمه، بل ولو علم بوطى امرأته فجورا ما دام لم يعلم بانتفاء نسبه الولد عنه، بان علم باختلال مدّه الحمل مع زمان وطئه، وأن الولد لا ينتفى عنه في العقد الدائم بنفيه وانكاره، بل لا بد من اللعان.

ففي روايه أبى البخترى عن جعفر بن محمد عنه أبيه عن على (عليهم السلام) قال: جاء رجل عند رسول الله صلى الله عليه وآله قال: كنت اعزل عن جاريه لى فجاءت بولد. فقال (عليه السلام): ان الوكاء قد ينفلت فألحق به الولد(1).

الفرع الثالث: الموطوءه بشبهه كما اذا وطء أجنبيه بظن أنها زوجته يلحق ولدها بالواطىء بشرط ان تكون ولادته لسته أشهر من حيث الوطى أو أكثر، وان لا يتجاوز عن أقصى الحمل.

البحث في هذه الفرع أيضاً من تتمات قاعده الفراش.

والظاهر الاتفاق على احترام ماء الرجل فى الوطى بشبهه نصا

ص: ٤٣

وفتوى، ففى جمله من الروايات فى مورد تعدد الواطىء بشبهه انه يقرع بينهم لتعيين الاب، ومقتضى ذلك اعتبار تحقق النسب بين المولود والواطىء بشبهه.

فمنها:

(١) صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: «اذا وطىء رجلان أو ثلاث جاريه فى طهر واحد فولدت فادّعوه جميعاً، اقرع الوالى بينهم فمن قرع كان الولد ولده ويرد قيمه الولد على صاحب الجاريه» (١) فمع ان صاحب الجاريه هو صاحب الفراش مما يدل على انه بالنسبه للآخرين وطىء الشبهه.

نعم قد يقرر ان صاحب الجاريه هو الواطىء بشبهه لان اللازم عليه ان يستبرأ.

وقريب منها صحيحه سليمان بن خالد، وصحيح الحلبي ومحمد بن مسلم (٢) وصحيح أبى بصير (٣).

(٢) صحيح الحلبي عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: اذا كان للرجل منكم الجاريه يطأها فيعتقها فاعتدت ونكحت فان وضعت لخمسه أشهر فانه من مولاها الذى اعتقها وان وضعت بعدما تزوجت لسته أشهر فانه لزوجها

ص: ٤٤

١- (١) أبواب نكاح العبيد والاماء، باب ٥٧ ح ١.

٢- (٢) نفس الباب، ح ٢ و ٣.

٣- (٣) نفس المصدر، ح ٤.

الآخر»(١) ومثلها روايات أخرى(٢) والمصحح الى جميل عن بعض اصحابه عن أحدهما في المرأة تزوج في عدتها قال: «يفرق بينهما وتعد عده واحده منهما جميعاً، وان جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير، وان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر فهو للأول»(٣) وتقريب الدلاله في روايه جميل واضحه فان الوطى الثانى شبهه، ومجىء الولد لسته أشهر لايعين كونه للثانى قطعاً وانما حكم به للثانى لقاعده الفراش، واما تقريب صحيحه الحلبي فان مفاد الصحيحه من الحكم بكون الولد للثانى بعد ستة أشهر لايعين كون الولد للثانى بحسب الواقع وانما بحسب قاعده الفراش، وعلى تقدير مجيئها للولد لخمسه أشهر فان نكاحها من الثانى يكون وطى شبهه، ونسبه للأول دون الثانى لا لعدم قاعده الفراش فى وطى الشبهه وانما العلم بنفى نسبه للثانى بفقد شرائط اللاحق واقعاً، والتعليل بذلك يدل التزاما على توفر قابليه النسبه للثانى رغم كونه وطى الشبهه لولا العلم بفقد شرائط اللاحق بحسب الواقع.

(٣) مما ورد من لزوم اعتداد المرأة بالعدّه من وطى الشبهه، ولو كانت متزوجه، وهو يقتضى بوضوح حرمة الماء والوطى من الشبهه كموثق زواره عن أبى جعفر(عليه السلام) قال: سألته عن امرأه نعى اليها زوجها فاعتدت فتزوجت فجاء زوجها الاوّل فطلقها ففارقها الآخر، كم تعد للثانى؟ قال: ثلاث قروء، وانما يستبرأ رحمها بثلاث قروء، وتحل للناس كلهم، قال

ص: ٤٥

- ١- (١) أبواب نكاح العبيد والاماء، باب ٥٨ ح ١.
- ٢- (٢) أبواب ما يحرم بالمصاهره، باب ١١ ح ٧.
- ٣- (٣) نفس الأبواب، باب ١٧ ح ١٤.

زراره وذلك ان ناسا قالوا تعتد عدتين من كل واحد عدّه، فأبى ذلك أبو جعفر (عليه السلام) وقال: تعتدّ ثلاث قروء وتحل للرجال» (١).

ومفادها ثبوت العدّه لوطى الثانى الذى هو وطقى الشبهه وان تداخلت عدته مع عدّه طلاق الاوّل.

وصحيح الحلبي عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن تمضى لها أربعة أشهر وعشراً، فقال: ان كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له أبداً، واعتدّت بما بقى عليها من الاوّل واستقبلت عدّه اخرى من الآخر ثلاثه قروء، وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واعتدّت بما بقى عليها من الاوّل وهو خاطب من الخطاب (٢).

وتقريب دلالتها كالسابقه، والحكم بالعدّه يقتضى حرمة ذلك الوطقى والماء منه، وانّ العدّه تحفظا لنسبه الحمل الى ذلك الوطقى والماء.

ص: ٤٤

١- (١) أبواب ما يحرم بالمصاهره، باب ١١ ح ٧.

٢- (٢) نفس الباب، باب ١٧ ح ٦، ٩، ١١، ١٢.

التنبيه الأول:

لو دار الأمر فى الولد بين وطى الشبهه والوطى بسبب محلل أو بين وطى شبهه، أو وطىين محللين، فهل تتعارض قاعده الفراش بينهما وتصل النوبه الى القرعه كما دلت على ذلك جمله من النصوص؟ أو يصار إلى تقدم قاعده الفراش المتأخره الفعلية، أو يفصل بين تقارن قاعدتى الفراش فى مده متحده مثل وقوع الوطيين فى طهر واحد، ويقرعه بينهما وبين ما إذا كان لفاصل المده ووقوع اقراء بينهما وجوه لاختلاف النصوص.

التنبيه الثانى: رساله فى نسب ابن الزنا وترتب أحكام الولد:

اشاره

هل أحكام الولد تترتب على ولد الزنا مطلقاً، أم أنها منتفيه مطلقاً، أو يقال بالتفصيل؟

لم يذهب الى الأول قائل، وكذا الثانى، وأما التفصيل فأختلفت كلماتهم فى مقداره، فمن قائل انه لم يتحقق النسب مطلقاً، وأن انتفائه حقيقه شرعيه كثبوتها فى المتولد من الحلال، وآخر الى انه معنى عرفى غايه الأمر ان الشارع نفى الارث عنه بلسان نفى الموضوع، وإلا فبقية الأحكام تترتب على العنوان العرفى أو التكوينى، وثالث غير ذلك كما يأتى بسطه.

كلمات الأصحاب:

وفى البدء نستعرض كلمات الأصحاب فى الأبواب المختلفه:

قال فى الشرائع فى باب أسباب التحريم من النسب: «النسب يثبت مع النكاح الصحيح ومع الشبهه ولا يثبت مع الزنا، فلو زنى فانخلق من مائه ولد على الجزم لم ينسب اليه شرعاً، وهل يحرم على الزانى والزانية؟ الوجه انه يحرم لانه مخلوق من مائه فهو يسمى ولداً لعه».

وقال فى القواعد: «والنسب يثبت شرعاً بالنكاح الصحيح والشبهه دون الزنا، لكن التحريم يتبع اللغه فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه وعلى الولد وطى أمه وان كان منفيماً عنهما شرعاً، وفى تحريم النظر اشكال وكذا فى العتق والشهادة والقود وتحريم الحليله وغيرها من توابع النسب»، ويشير بالتوابع الاخرى الى شهاده الولد من الزنا على أبيه، وعدم قصاص الاب بقتل ابنه من الزنا وغير ذلك.

وقال فى كشف اللثام استدلالاً لكلام القواعد: «والدليل عليه الاجماع كما هو الظاهر، وصدق الولد لعه، والاصل عدم النقل، وعلله ابن ادريس بالكفر، وفى تحريم النظر الى ابنته من الزنا أو نظر الابن من الزنا... اشكال، من التولد حقيقه، وصدق الابن والبنت لعه، مع اتصاله عدم النقل، ومن انتفاء النسب شرعاً، مع الاحتياط وعموم الأمر بالغض».

الى ان قال فى تفسير قول العلامه السابق - وغيره من توابع النسب - : «كالارث وتحريم زوج البنت على أمها والجمع بين الاختين من الزنا أو احدهما منه... الاب فى دين ابنه ان منع منه، والأولى الاحتياط فيما يتعلق بالدماء أو النكاح، وأما العتق فالاصل عدم مع الشك فى السبب بل ظهور خلافه واصل الشهاده القبول».

وقال فى الجواهر فى ذيل كلام المحقق المتقدم: «لا ينبغي التأمل فى أنّ

مدار تحريم النسبيات على اللغه، ولا يلزم منه اثبات أحكام النسب في غير المقام الذى ينساق من دليله إرادته الشرعى لانتفاء ما عداه وهو قاض بعدم ترتب الاحكام عليه لانه المنفى شرعا كالمنفى عقلا- كما أوماً اليه النفي باللعان، فما فى القواعد من الاشكال... فى غير محله... بل قد يتوقف فى جواز النظر بالنسبه الى من حرم نكاحه مما عرفت، لكن الانصاف عدم خلو الحل من قوه، بدعوى ظهور التلازم بين الحكمين هنا».

وقال فى الشرائع فى باب الارث: «وأما ولد الزنا فلانسب له ولايرثه الزانى ولا التى ولدته ولا أحد من انسابهما، ولايرثهم هو وميراثه لولده ومع عدمهم فالامام(عليه السلام)، ويرث الزوج والزوجه نصيبهما الادنى مع الولد والاعلى مع عدمه، وفى روايه ترثه امه ومن يتقرب بها مثل ابن الملاعنه وهى مطرحه».

وكذا قال فى القواعد، وقال فخر المحققين فى ذيل كلامه(رحمه الله) المتقدم فى النسب: «اجمع الكل على أن النسب الشرعى يثبت بالاولين - أى النكاح الصحيح والشبهه - ولا يثبت بالزنا شرعا، لكن يثبت تحريم الوطى تبعا للغه باجماع الاماميه، وهل يحرم النظر اشكال».

الى أن قال: «وأما فى العتق فسيأتى وأما الشهاده والقود وتحريم الحليله وغير ذلك من توابع النسب فمنشأه من ان لفظ الابن مثلا هل نقله الشارع أو لا، يحتمل الأول لاشتراطهم اياه فى لحوق النسب ومن اصاله عدم النقل والمجاز أولى، والاصح عندى أنه لا يلحقه شىء من الأحكام غير التحريم أى تحريم من يحرم على الانسان نكاحه من جهه النسب وكذلك النظر اليهن، أما تحريم النكاح فثبتت النسب حقيقه لغه وأما

النظر فلاذن الاصل تحريم النظر الى سائر النساء الا من يثبت النسب الشرعى الموجب للتحليل بينهما ولم يثبت، والاصل بقاء ما كان على ما كان».

وقال فى التذكرة فى كتاب النكاح فى أسباب التحريم فى مسألة البنت المخلوقة من الزنا: «يحرم على الزانى وطؤها وكذا على ابنه وأبيه وجده وبالجملة حكمها فى تحريم الوطى فى حكم البنت عن عقد صحيح عند علمائنا أجمع وبه قال أبو حنيفة لقوله تعالى (وبناتكم) وحقيقه البنتيه موجوده فيها فان البنت هى المتكونه من منى الرجل، ونفيها عنه شرعاً لا يوجب نفيها حقيقه لان المنفى فى الشرع هو تعلق الاحكام الشرعيه من الميراث وشبهه ولانها متخلقه من مائه فى الظاهر فلم يجز له ان يتزوج بها لو وطأها بشبهه».

وقال الماتن فى باب الزكاه من العروه فصل أوصاف المستحقين فى المسأله (٤): «لا يعطى ابن الزنا من المؤمنين فضلاً عن غيرهم من هذا السهم - أى سهم الفقراء الذى يشترط فيه الايمان - لعدم تبعيته فى النسب ليتبعه فى الحكم بالاسلام والايمان» وهو يغاير ما يأتى فى غير المقام من حكمه بالطهاره إلا ان يحمل على انه مقتضى الاصل لا التبعيه.

وقال أيضاً فى المسأله (٢٣) من الفصل المزبور: «يشكل اعطاء الزكاه غير الهاشمى لمن تولد من الهاشمى بالزنا فالأحوط عدم اعطائه، وكذا الخمس فيقتصر فيه على زكاه الهاشمى».

واستشكل غير واحد من المحشين على الفرع الأول بانه لم يتضح اطلاق يتضمن انتفاء البنوه كى يعول عليه فى المقام وانه مبنى على شرطيه

الاسلام والآ- فلو كان الكفر مانعا فيجوز، وذكروا على الفرع الثاني بأن دعوى انصراف عموم حرمة الاعطاء عنه غير ظاهر ونفى ولد الزنا على نحو يشمل المقام غير متحصل اذ عدم التوارث أعم، وقاعده «الولد للفراش» قاعده ظاهريه لامجال لها في ظرف العلم بالانتساب.

وقال في باب الزكاه أيضاً في سهم الفقراء وولد الزنا من المؤمنين كولد من الكافرين لاتبعيه فيه لأحدهما، بناء على كونها في النكاح الصحيح فدفع الزكاه اليه حينئذ مبنى على كون الايمان فعلا أو حكما شرطاً فلا يعطى، أو أن الكفر فعلاً أو حكماً مانع فيعطى.

وقال في ملحقات العروه في كتاب الربا مسأله (٥١): (نفى الربا بين الولد والولد): «ولا يشمل الولد الرضاعى وان احتمله بعضهم، في شموله للولد من الزنا اشكال.

وقال في كتاب النكاح في المحرمات بالمصاهره المسأله (٤٧): «لو كانت الاختان كلتاهما أو احدهما عن الزنا فالأحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما في النكاح والوطى اذا كانتا مملوكين».

والمعروف عند متأخرى العصر ان الأقوى ثبوت النسب لانه لم ترد ولا روايه ضعيفه تنفى النسب عن المولود بالزنا، بل المذكور فيها نفى الارث خاصه وماورد من قوله صلى الله عليه و آله : «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ناظر الى مقام الشك وبيان الحكم الظاهرى فلا يشمل صورته العلم والجزم بكون الولد للعاهر، فانه حينئذ لا يلحق بصاحب الفراش قطعاً، بل مقتضى مايفهم من مذاق الشارع وظاهر الادله هو النسب العرفى.

هذا مجمل الكلمات فى الأبواب وانما اطلنا نقلها ليتضح حال دعوى

البداهه أو الضروره الفقهيه فى نفى النسب شرعاً.

ولتحقيق المسأله ينبغى البحث فى مقامين عن مقتضى القاعده ثم عن الأدله الخاصه الوارده فيها.

المقام الأول: مقتضى القاعده:

فهو ترتب الأحكام والآثار المترتبه على الولد عليه إلا ما أخذ فى موضوعها طهاره النسب وأنه من حلال بقرائن أو أدله خاصه، وذلك لكون النسب ليس من الأمور الاعتباريه والعناوين الوضعيه المتمحضه فى الاعتبار، بل هو حقيقه خارجيه وهى تكوّن انسان من ماء انسان آخر كما تشهد به الضروره الوجدانيه والآيات الكريمه أيضاً.

بل ان التوالد حقيقه تكوينيه فى الحيوانات والنبات وكذا الجوامد فضلاً عن الانسان، والنسب ما هو الا اخبار عن ذلك النشوء والتوليد التكويني، وعلى ذلك فليس النسب حقيقه عرفيه أو لغويه فى أفق الاعتبار العرفى كما قد يلوح من الكلمات المتقدمه بل هو حقيقه خارجيه تكوينيه.

ان قلت: أليس قد تعارف الناس على اتخاذ الابناء والتبني كما يشير الى ذلك قوله تعالى: **وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ** وكذا نفى الله تعالى عن اتخاذ ابنه أو الملائكه بناتاً، ومن الواضح ان اتخاذ فى كل هذه الموارد اعتبارى لاحقيقى تكوينى، وربما يشهد لذلك انتفائه باللعان وثبوته بالاقرار.

قلت: وجود مثل هذا الاعتبار المأخوذ من الوجود التكويني الحقيقى المماثل له فى المعنى والمغاير له، حيث ان الاعتبار لاوجود حقيقى له

بخلاف الثانى لا-ينكر، وانما المراد اثباته هو كون هذا المعنى والماهييه سواء من مقوله الاضافه كانت أو من سنخ المفاهيم الوجوديه له وجود حقيقى خارجى لا انه اعتبارى فى الاصل.

واعتبار كثير من المعانى التى لها وجود حقيقى متعارف لدى العقلاء حسب حاجاتهم النظاميه والقانونيه، وأما قوله تعالى فهو يلغى اعتبارهم فى باب النسب ويثبت المعنى التكويني له، وأما انتفائه باللعان وثبوته بالاقرار فهو فى مورد الشك وكإماره نافية أو مثبتة لا- كسبب ثبوتى للنفى والتحقق كما صرح بذلك الاصحاب فى أحكام الاولاد، واتضح من ذلك أن النسب حقيقه خارجيه لا اعتباريه عرفيه أو شرعيه.

المقام الثانى: الادله الخاصه:

فقد يستدل على كون النسب اعتباره شرعى بعده طوائف، جمله منها وردت فى باب الارث وباب أحكام الأولاد وغيرها من الأبواب:

الطائفه الأولى:

كصحيحه الحلبي عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: أيما رجل وقع على وليده قوم حراما ثم اشتراها فادعى ولدها فانه لا يورث منه شىء، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: الولد للفراش وللعاهر الحجر، ولا يورث ولد الزنا الا رجل يدعى ابن وليده، وأيما رجل أقر بولده ثم انتفى منه فليس له ذلك ولا كرامه، يلحق به ولده اذا كان من امرأته أو وليده»(١).

ص: ٥٣

١- (١) الوسائل: أبواب ميراث ولد الملاعنه باب ٨ حديث ١. والكافى ج ٧ ص ١٦٣.

وتقريب الاستدلال بها: ان الولد مع كونه منه من الزنا، لكن نفى عنه شرعا لقوله صلى الله عليه و آله «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

وفيه: ان مورد السؤال هو عن الوليد المملوكه لقوم آخرين والرجل وقع عليها حراما، فالولد الذى ادعاه مشكوك الانتساب له لا انه يعلم انه له، فهى وارده مورد الشك فى الانتساب، ولذلك قال (عليه السلام): انه لا يورث ولد الزنا إلا رجل يدعى ابن وليدته، أى الرجل المالك للوليد فهو يرث ابنها اذا ادعى واقتر مالكها به لكونه صاحب فراش، فاذا زنى رجل آخر بهذه الأمه واحتمل كون هذا الولد منه وادعى مالكها الولد، فهو يلحق به وإن احتمل انه فى الواقع متولد من الزنا، فالمالك هو الذى يرثه كما فسر بذلك المجلسى (رحمه الله) قوله (عليه السلام): «الا رجل يدعى ابن وليدته».

الطائفة الثانية:

كروايه على بن سالم عن يحيى عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى رجل وقع على وليده حراما، ثم اشتراها، فادعى ابنها، قال: فقال: «لا-يورث منه، فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: الولد للفراش وللعاهر الحجر، ولا-يورث ولد الزنا الا رجل يدعى ابن وليدته»^(١).

وابن سالم يحتمل أن يكون البطائنى المعروف حيث انه اسم لابن أبى حمزه ويحتمل أن يكون أخ يعقوب وأسباط بنى سالم، وعلى الأول فيحیی هو أبو بصير بن أبى القاسم الاسدى.

ص: ٥٤

١- (١) المصدر: حديث ٤.

الأوّل: وأياً ما كان فدلاله الروايه متحده مع الروايه المتقدمه فى أن الولد غير محرز النسبه وموردا للشك، فهو للذى يملك النكاح شرعاً المعبر عنه بالفراش، وأن العاهر أى الزانى محجور عليه النسبه للولد فى مورد الشك كما هو أحد محتملات «وللعاهر الحجر» وهو أول المحتملات.

الثانى: قد يقال ان قاعده الولد للفراش وللعاهر الحجر وان ورد تطبيقها فى مورد الشك بأن الولد لمن يملك النكاح الشرعى، وحينئذ يكون معنى وللعاهر الحجر انه لاينسب للزانى عند الشك، ولكن ظاهر المشهور هو تفسيرها بأن العاهر أى الزانى مطرود ومقطوع عنه الولد مطلقاً أى واقعاً أيضاً، خصوصاً وان قوله (عليه السلام): «ولا يورث ولد الزنا» كالصريح فى ولد الزنا الواقعى، والتعبير بالحجر مستعمل فى القطع والمنع كما فى القول المعروف «حجراً محجوراً».

الثالث: أن المراد بالعاهر هو الزانى المحصن والحجر هو الرجم وينافيه اطلاق الزانى الأعم من المحصن وغير المحصن، ولاسيما مع الالتفات الى المقابله مع نسبه الولد لمالك النكاح شرعاً.

الرابع: ان المراد هو عدم المهر للزانيه وأن الحجر كناية عن ذلك.

وهو ضعيف: إن أريد الاقتصار عليه اذ الظاهر تطبيق القاعده منه (عليه السلام) صدرا وذيلها فى مورد السؤال ولم يكن الاستفسار عن المهر.

وعن المجلسى فى البحار انه روى قول أمير المؤمنين (عليه السلام) فى جواب معاويه «وأما ما ذكرت من نفى زياد فانى لم أنفه بل نفاه رسول الله صلى الله عليه و آله اذ

قال الولد للفراش وللعاهر الحجر».

وأيضاً كتب الحسن (عليه السلام) في جواب زياد - لما كتب زياد اليه - من زياد بن أبي سفيان الى حسن بن فاطمه (عليه السلام) يريد بذلك اهانتة (عليه السلام): «من حسن بن فاطمه بنت رسول الله صلى الله عليه و آله الى زياد بن سميه، قال رسول الله صلى الله عليه و آله الولد للفراش وللعاهر الحجر» حيث ان سميه كانت زانيه معروفه فيظهر منها قوه الاحتمال الثاني ان لانسبه من الزنا فتأمل.

هذا وقد ورد الاستدلال من الاصحاب على عدم المهر للزانيه ب- «للعاهر الحجر»، ويمكن توجيهه بأن الطرد والقطع لم يذكر متعلقه الآخر فيعمّ النسب والمهر وغير ذلك.

وكذلك قد وردت في عده روايات في مقام النزاع على الولد وانه يلحق بالمالك للنكاح شرعاً بشروط اشترطها الاصحاب في اجرائها من الدخول الى مضي أقل الحمل، وان لا يكون الوضع أكثر من أكثر الحمل، ولكن ذلك كله من الاستدلال بصدر القاعده لا- عجزها المربوط بما نحن فيه، حتى انه طبقت القاعده هناك في موارد النزاع التي ليس فيها زنا، وليس ذلك الا لأن البحث عن صدر القاعده مع انه يمكن احتمال معنى آخر للصدر وهو ان الولد للفراش بمعنى ان واقع النسبه لمالك النكاح لا للعاهر الزاني، وعلى أيه حال فقد ظهر قوه الاحتمال الاول وعدم تعيين الظهور في الاحتمال الثاني.

الطائفة الثالثه: كالصحيح عن محمد بن الحسن الاشعري قال: كتب بعض أصحابنا الى أبي جعفر الثاني (عليه السلام) معي، يسأله عن رجل فجر بامرأه ثم انه تزوجها بعد الحمل، فجاءت بولد، هو أشبه خلق الله به، فكتب

بخطه وخاتمه: «الولد لغيه، لا يورث»^(١)، وقد رواه الشيخ بطريقين الى محمد بن الحسن الأشعري وكذا الكليني ورواه الصدوق أيضاً بطريقه اليه.

والظاهر ان محمد بن الحسن الأشعري حسن حاله فقد عدّه الشيخ من أصحاب الرضا(عليه السلام)، وقال الوحيد في تعليقه انه يظهر من غير واحد من الاخبار كونه وصى سعد بن سعد الأشعري وهو دليل الاعتماد والثوق وحسن الحال وظاهر في العدالة، وفي وجيزه المجلسي قيل: ممدوح وله روايات في ميراث الاخوه مع الولد يظهر منها تشيعه.

وهذا ليس مورداً للترديد، وروى في الكافي سؤاله لأبي جعفر الثاني(عليه السلام) عن روايه مشايخ الشيعة عن الصادقين وان التقيه كانت شديده فكتبوا كتبهم فلم ترو عنهم فلما ماتوا صارت الكتب اليها فقال(عليه السلام) «حدثوا بها فانها حق ثابت».

ونظير هذه الروايه صحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله(عليه السلام) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «إذا رأيتم الرجل لايبالي ما قال ولا ما قيل له فانه لغيه أو شرك شيطان»^(٢).

وروايه سليم بن قيس عن أمير المؤمنين(عليه السلام) قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله ان الله حرم الجنه على كل فحاش بذى قليل الحياء، لايبالي ما قال ولا ما قيل له فانك ان فتشته لم تجده الا لغيه أو شرك شيطان... الحديث»^(٣).

ص: ٥٧

١- (١) الوسائل: أبواب ميراث ولد الملائنه باب ٨ حديث ٢.

٢- (٢) الكافي ج ٢ ص ٣٢٣ ح ٢.

٣- (٣) الكافي: ج ٢ ص ٣٢٣ ح ٣.

وأما الدلالة فهي أحسن حال من الروایتين المتقدمتين من حيث مورد السؤال حيث أنهاعن المرأه الخليه والتي حملت من الفجور مع الرجل بها، وقد حكم على الولد بأنه لُغِيه - بالضم فالسكون - أى باطل ملغى النسب وكالعدم، فالانتساب والولديه ملغاه فلايورث.

لكن يمكن ان يضاف بطلان الولد وخيبته الى حظّه وعاقبته، من انه لايفلح كما ورد فى روايات ابن الزنا وحينئذ لاتدل على المطلوب.

وهذا كله على تحريك كلمه لغيه - بضم اللام - ليكون بمعنى الملغى، وإلا- فهو يحتمل معنى الخسّه قال فى القاموس «اللغاء كسماء التراب والقماش على وجه الأرض، وكل خسيس يسير حقير والغيبى كالغنى: الدنى الساقط عن الاعتبار».

وأما على تحريكها بكسر اللام فيكون المعنى الولد لا مرأه غِيّه أى زنيه كما فى القاموس «وولد غِيّه ويكسر زِيّه» فلايدل على المطلوب، وهذا الاحتمال هو الاظهر فى الروایتين الاخرين.

هذا: وتوجد روايات معارضه لبعض مدلول هذه الروايات أى فى ناحيه ارث الام له:

منها: روايه يونس قال: «ميراث ولد الزنا لقرايته من قبل امه على ميراث ابن الملاعنه»^(١)، وحملها الشيخ على أنها رأى ليونس، وهو فى محله لعدم اسناده القول للمعصوم ولو على نحو الضمير الغائب.

ص: ٥٨

١- (١) الوسائل: أبواب ميراث ولد الملاعنه باب ٨ حديث ٦.

ومنها: ما عن حنان عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل فجر بنصرانيه فولدت منه غلاماً فأقرّ به ثم مات فلم يترك ولداً غيره أيرثه؟ قال: نعم» (١).

ومنها: موثقه حنان بن سدير قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل مسلم فجر بامرأه يهوديه فأولدها ثم مات، ولم يدع وارثاً، قال: فقال: يسلم لولده الميراث من اليهوديه، قلت: فرجل نصراني فجر بامرأه مسلمه، فأولدها غلاماً، ثم مات النصراني وترك مالاً، لمن يكون ميراثه؟ قال يكون ميراثه لابنه من المسلمه» (٢).

وفى هذه الروايه عدّه دلائل منها تحقق الانتساب لاطلاقه (عليه السلام) البنوه عليه بالاضافه الى الاب والام وتبعيته فى المله للوالدين وان كان من زنا، وتبعيته لاشرف الابوين فى المله، وارث ابن الزنا من أبيه النصراني اما لقاعده الالتزام أو لقصور دليل المنع عن هذا الفرض.

ومنها: موثق اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (عليه السلام): «ان علياً (عليه السلام) كان يقول: ولد الزنا وابن الملاعنه ترثه امه، وأخواله، واخوته لامه، أو عصبتها» (٣).

وقد ذهب الى ارثه من الام ابن الجنيد والصدوق والحلبى، ولكن المشهور أعرضوا عنها.

ص: ٥٩

١- (١) نفس المصدر: حديث ٧.

٢- (٢) نفس المصدر: حديث ٨.

٣- (٣) نفس المصدر: حديث ٩.

الطائفة الرابعة: عدده من الروايات المستفيضه في أنّ الناس لا يدعون بأسماء آبائهم يوم القيامة إلا الشيعة وقد عقد في البحار (1) باباً لذلك.

منها: ما عن العلل للصدوق (رحمه الله) صحيحه أبي ولاد عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «ان الله تبارك وتعالى يدعو الناس يوم القيامة أين فلان بن فلانه سترأ من الله عليهم».

ومنها: ما عن أمالي الشيخ الطوسي (رحمه الله) مسنداً عن جابر الجعفي عن الباقر (عليه السلام) عن جابر بن عبدالله (الأنصاري) قال: «سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول لعلي (عليه السلام): «ألا أسرك؟ ألا أمنحك؟ ألا أبشرك؟ قال: بلى، قال: انى خلقت أنا وأنت من طينه واحده وفضلت منها فضله فخلق منها شيعتنا فاذا كان يوم القيامة دعى الناس بأسماء أمهاتهم سوى شيعتنا فانهم يدعون بأسماء آبائهم لطيب مولدهم».

ومنها: روايه المحاسن مثل صحيحه أبي ولاد الآ أنه فيها تعليل استثناء الشيعة (وذلك ان ليس فيهم عهر) وكذلك روايتي بشاره المصطفى الا ان في أحداها التعليل «لطيب مواليدهم» وغيرها من الروايات.

والمتراى بدوا منها نفى النسبه، ولكن امعان النظر يقضى بخلافه وذلك لعدم نفى النسبه من طرف الام ولا قائل بالتفصيل، وأيضاً التعليل بطيب المولد يعطى ان ماعداهم خبيث مولدهم لا أن الولاده والتوالد التكويني منفي.

ص: ٦٠

ومنه يظهر العله فى عدم تسميه غيرهم بأسماء آبائهم هو حصول العار عليهم حيث ينكشف ان النسب من طرف الاب هو غير ما كان يعرف به فى النشأه الأولى.

الطائفة الخامسة: ماورد مستفيضاً فى عله تحليل الخمس وابعثه للشيعه لتطيب ولادتهم وأن ما عداهم هالك فى بطنه وفرجه، وفى بعضها لتطيب مواليدهم ولا يكون أولادهم أولاد حرام وأن ما عداهم أولاد بغايا(1).

مثل ما فى تحف العقول فى كلام الكاظم(عليه السلام) مع الرشيد - فى حديث طويل - قال هارون: من أين قلت ان الانسان يدخله الفساد من قبل النساء ومن قبل الآباء لحال الخمس الذى لم يدفع الى أهله؟ فقال موسى(عليه السلام): «هذه مسأله ما سأل عنها أحد من السلاطين غيرك - ياأمير المؤمنين - ولاتيم ولاعدى ولا بنو أميه ولا سئل عنها أحد من آبائى فلاتكشفيها».

والتقريب لدلالاتها ما مرّ والخذشه كذلك، بل هاهنا قد فرض آباء وأبناء ولكن من حرام، وكذا التعليل كما فى بعضها ليزكوا أولادهم (أى الشيعه) فىكون المقابل لهم خبث أولادهم وعدم طهاره المولد.

الطائفة السادسة: الاستدلال بالروايات الوارده فى كفره كالتى وردت فى نجاسته وفى عدم تصديه للمناصب المشترط فيها العداله وفى ان ديته كديه الكتابى وفى عدم دخوله الجنة، وعلى هذا فلا- تبعيه له لوالده المسلم الذى تولد منه وانتفاء التبعية انتفاء للولديه والنسب.

ص: ٤١

وفيه: ان الاستدلال لكفره بما تقدم مخدوش لأعميه تلك الأحكام من الكفر، مع أن بعضها محلّ تأمل واعراض من المشهور كالحكم الاول والثالث، ولو سلم الكفر وعدم التبعية فهو أعم أيضاً من انتفاء الولديه والنسب، فلعلها مترتبه على طيب الولاده لامطلق الولاده.

الطائفة السابعه: ماورد من اجتناب الرضاع منه (1)، مما يدل على نجاسته وعدم تبعيته الكاشف عن انتفاء الولديه والنسب.

وفيه: مضافا الى ما تقدم فى الجواب عن الطائفة السادسة، ان النهى عن الارتضاع منه ليس بكاشف عن النجاسه كما ان جواز الرضاع ليس بكاشف عن الطهاره، فليس المدار على ذلك بل لما ينتجه الرضاع من توريث الطباع والاخلاق، كما ورد أنه لحمه ك لحمه النسب، ولذلك ذكرنا فى نجاسه الكافر ان ما ورد من الاذن فى ارتضاع أهل الكتاب غير كاشف عن الطهاره لوروده أيضاً فى المشركه على كراهه فى الصنفين، حيث ان حكمه حكم البواطن كما تقدم فلذا لم يكن النهى عنه لذلك أيضاً.

هذا ولو فرض بقاء التردد فى عدم دلالة هذه الروايات على نفي النسب، أو أنه نفى للأحكام الشرعيه المترتبه عليه فى الجمله كما سمعته عن التذكره، فالمتعين فى الاستظهار هو الثانى وذلك لعدم كون النسب من الامور الاعتباريه والعناوين الوضعيه المتوغله فى الاعتبار، بل هو حقيقه خارجيه وهى تكوّن انسان من ماء انسان آخر، كما تشير اليه الآيات الكريمه والضروره الوجدانيه.

ص: ٦٢

ولذا ترى اجماع الكل على اجراء أحكام النسب فى النكاح وليس ذلك الا- لوجوده الواقعى، وكذا بعض فتاواهم فى أبواب أخرى، فالنقى بتلك القرينه لا بد أن يكون بلحاظ الآثار والأحكام المترتبه على هذا العنوان، وحينئذ فليس فيه اطلاق بل هو إما بلحاظ الاحكام التى للوالد والنفقه لا الاحكام التى عليه وبضرره كوجوب النفقه ولا الاحكام التى ليست عليه ولا له وغير ذلك وإما بلحاظ الارث وتوابعه.

والحاصل: ان التمسك فى الأبواب المختلفه بعنوان النسب والذى هو امر تكوينى لا- اعتبارى لا غبار عليه، غايه الامر لا بد من ملاحظه مناسبات الحكم والموضوع العرفيه فى كل باب فقهى ومراعاتها، فمثلاً الاحكام التى تنشأ من الاحترام والعنايه الخاصه تختلف مع التى تنشأ من محض التولد، ففى الاولى ربما يكون الارتكاز موجبا لظهور النسب فى الناشئ من الحلال بخلاف الثانى فهو الناشئ من الحلال أو الحرام، أى من مطلق التولد.

فبعض الاحكام بمعونه الارتكازات العرفيه ظاهره فى ترتبها على النسب من الحلال وطيب الولاده وبعضها فى الأعم، وهذا بحسب الظهورات المستفاده من الأدله، كما انه ربما تترتب الاحكام بتوسط عنوان على النسب، فلا بد من ملاحظه مناسبه الواسطه كما مرّ فى مسأله الخمس والزكاه فلاحظ.

التبيه الثالث:

وبعد ما تقرر ان النسب يتبع الجانب التكوينى، وان النسب الشرعى

بمعنى حليه طريق النسب وطهارته لا أصل تحققه، فالشرعيه فى النسب هى بلحاظ طهارته، وحليه سبب وقوعه.

ويقع الكلام حينئذ فى ان المدار فى حليه وطهاره النسب هو على الأب والام معا، أو على الاب فقط؟ أو أنه يمكن ان يتبعض بنحو حيثى؟ قد يقال ان حليه النسب وطهارته قد اعتبرت فى الارث والعقل ونحوهما، بين الاب والابن، واما من طرف الام فالارث ثابت مطلقاً، بل ورد فى الروايات(1) ان العاقله تكون من ينتسب من ارحامه من الام، وحينئذ يتبين من ذلك ان آثار النسب من الام يترتب سواء كان السبب من جهتها من الحلال أو الحرام، ولذلك يتبين ان النفى والاثبات فى النسب الشرعى بمعنى الطهاره والحليه هو بلحاظ الاب.

وقد يقال ان نسبه ذو جنبتين، فمن جهه الاب حلال ومن جهه الام حرام، فيصدق عليه ابن زنا من جهه الام، ومن ثم لا بد من ملاحظه لسان الادله فى الأبواب. وان حليه النسب ملحوظه كموضوع للآثار معا أو من احد الجهتين بغض النظر عن الجهه الاخرى كما هو الحال فى الارث، وقد يدعم الوجه الاول لان نسبه الولد انما للاب حقيقه ولا ينسب الى امه فى النسب، واللقب كما هو مفاد قوله تعالى: (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ) . وكذلك قوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ...) وان كانت النسبه التكوينية للام أيضاً مقرره ورتب عليها آثار كالارث والمحرميه وغيرها، إلا ان النسبه بقول مطلق للاب مقدمه على النسبه للام.

ص: ٦٤

١- (١) أبواب أحكام الاولاد، باب ١٠٠ ح ٢.

لو اقر بالولد ثم نفاه فلا ينتفى عنه بنفيه ولا باللعان.

الفرع الرابع: اذا اختلفا في الدخول الموجب للاحاق الولد وعدمه فادعته المرأه ليلحق الولد به وانكره، أو اختلفا في ولادته فنفاها الزوج، وادعى آنها انتت به من خارج، فالقول قوله يمينه. وأما لو اتفقا في الدخول والولاده واختلفا في المدّ فادعى ولادتها لدون سته أشهر أو لازيد من اقصى الحمل وادعت هي خلافه فالقول قولها يمينها، ويلحق الولد به ولا ينتفى عنه إلا باللعان.

قد ذكر السيد الاصفهاني عدّه صور في اختلاف الزوجين في الولد.

الاولى: اذا كان اختلفهما في اصل الدخول، أو اختلفا في اصل الولاده فمقتضى القاعده ان الاصل العدمى مطابق لقول الزوج، ولا- احراز لموضوع قاعده الفراش، سواء في الشك في اصل الدخول، أو الشك في اصل الولاده، فان احراز الدخول، واحراز كون المولود من المرأه لا بد منهما في قاعده الفراش، نعم قد مرّ مع الخلوه لاسيما المتكرره والمستمره مما تقتضى العاده وقوع المس فيها فقد تقدم ان الاظهر في النصوص أنها اماره فيكون القول قولها عند الاختلاف في الدخول، هذا اذا كانت ثيبه وأما اذا كانت باكره فقد مرّ ان اللازم الفحص موضوعا، وهو مقدم على اجراء الاصول والامارات، بل الصحيح مع توفر الآليات الحديثه في الفحص في الثيب أيضاً تقدمها على اجراء الاصول العمليه وبقية الامارات.

الثانيه: اذا اتفقا على الدخول وان المولود منها واختلفا في المدّ،

فادعى ان الولاده لدون المدّه المقرّره وهى سته أشهر، أو لأزيد منها وهى اقصى الحمل أى سنه، فادعت هى خلافه، فالقول قولها لكونه مفاد قاعده الفراش، وقد مرّ انه يكفى فى اجراء قاعده الفراش مجرد الدخول، وكون المولود من المرأه، واما اشتراط المدّه انه اكثر من اقلّ الحمل وادنى من اقصى الحمل أى شرط كون المده بين هذين الحدين فانما هو بحسب الثبوت والواقع لا بحسب الظاهر وان اوهم ذلك فى عدّه من كلمات المتأخرين.

وتخريج تقديم قولها بحسب الاصول العدميه أو الوجوديه، لا حاجه له بعد اجراء قاعده الفراش، نعم الاصل العدمى معها عند الاختلاف فى تجاوز الولاده عن اقصى المدّه، وأمّا عند الاختلاف فى اقل المدّه فالاصل العدمى معه.

ومع اجراء قاعده الفراش واثبات نسبه الولد له لا ينتفى عنه لمجرد النفى، بل لابد من اللعان مع فرض عدم البينه للزوج.

الفرع الخامس: لو طلق زوجته المدخول بها، فاعتدّت وتزوّجت ثم اتت بولد فان لم يمكن لحوقه بالثانى وأمكن لحوقه بالاول - كما اذا ولدته دون سته أشهر فى وطى الثانى ولتمامها من غير تجاوز عن اقصى الحمل من وطى الاول - فهو للاول، وتبين بطلان نكاح الثانى لتبين وقوعه فى العدّه وحرمت عليه مؤبدا لو طيه اياها، وان انعكس الامر - بأن أمكن لحوقه بالثانى دون الاول - لحق بالثانى لأن ولدته لأزيد من أكثر الحمل من وطى الاول، ولاقل الحمل الى الاقصى من وطى الثانى، وان لم يمكن لحوقه بأحدهما - بأن ولدته لأزيد من اقصى من وطى الاول ولدون سته أشهر من وطى الثانى - انتفى منهما، وان

أمكن إلحاقه بهما - بان كانت ولادته لسته أشهر من وطى الثانى ولدون أقصى الحمل من وطى الأول - فهو للثانى.

تعرض السيد الاصفهانى فى هذا الفرع لصور فى تعاقب وطى الزوجين على المرأه الواحده.

الاولى: اذا توفرت شرائط اللقوق بالاول دون الثانى فيلحق الولد بالاول وهذا اللاحق واقعى، بحسب الشرائط الواقعيه فيه، وحينئذ يكون الحمل من الاول، وتكون فى عده من الزوج الاول فيقع عقد الثانى باطلا، ومع وطيه تحرم على الثانى مؤبداً.

الثانيه: ان تتوفر شرائط اللاحق بالثانى دون الاول فيلحق به، وهذا اللاحق واقعى وانتفاءه عن الاول واقعى.

الثالثه: ان تنتفى شرائط اللاحق لكل منهما، فحينئذ ينفى عن كل منهما واقعاً، وقد تقدم ان مع العلم بانتفاء شرط المدّه فيما بين الحدين لا تجرى قاعده الفراش.

الرابعه: اذا أمكن اللاحق بكل منهما، وذلك بان يكون شرط المدّه فيما بين الحدين متوفر بالنسبه الى كل منهما، فهل يلحق بالثانى لانه صاحب قاعده الفراش الفعلى، أو يقرع بينهما بدعوى ان كل منهما صاحب فراش حيث تحقق منه الدخول بسبب محلّل مع امكان انتساب الولد إليه بتوفر المدّه فيما بين الحدين، وقد وردت نصوص لكل من الوجهين، ونسب الوجه الاول للمشهور، وقد يقال بالتفصيل بين الوجهين بان يكون الولد للثانى فيما اذا تباعد الوطيان ولم يقعا فى طهر واحد ومضت بينهما مقدار

العده، وإلا- فيقرع بينهما جمعاً بين النصوص الآتية. ولا يخفى ان العمل بقاعده الفراش أو القرعه فيما اذا لم يمكن الفحص الموضوعى بتوسط الطرق الحديثه الموجهه للعلم بان يتحدد بها عدد اشهر المولود، ومن ثم تطابق المده بين الولاده وبين احد الوطين أو يتحدد بها الجينه الوراثيه.

والروايات الوارده فى المقام على طوائف:

الطائفه الاولى:

١- مادلاً على ان الولد يلحق بالثانى مع امكان النسبه لكل منهما كصحيحه الحلبي عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: اذا كان للرجل منكم الجاربه يطأها فيعتقها فاعتدت ونكحت فإن وضعت لخمسه أشهر فأنه لمولاه الذى أعتقها وإن وضعت بعدما تزوجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخير(١).

والتقريب بلحاظ ذيل الصحيح فان مقتضاه الحكم بالحاق الولد لصاحب الفراش الفعلى مطلقاً، وتقديمه على قاعده الفراش السابقه ما لم يختل شرط اجراء قاعده الفراش فى الثانى.

٢- ومثله الصحيح لابن أبى نصر عن من رواه عن زراره عن أبى جعفر (عليه السلام)(٢).

ص: ٦٨

١- (١) أبواب أحكام الأولاد، باب ١٧ ح ١.

٢- (٢) نفس الباب ح ١١.

٣- ومعتبره أبي العباس (١).

٤- والصحيح الى جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما (عليهم السلام) (٢).

٥- ومعتبره الحسن الصيقل عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: سمعته يقول وسئل عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرأ رحمها قال: بشس ما صنع يستغفر الله ولا يعود، قلت: فانه باعها من آخر، ولم يستبرأ رحمها ثم باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرأ رحمها فاستبان حملها عند الثالث، فقال أبو عبدالله (عليه السلام) الولد للفراش، وللعاهر الحجر، (٣) الحديث.

وفى طريق الشيخ قال (عليه السلام): الولد للذي عنده الجارية، وليصبر لقول رسول الله صلى الله عليه وآله: الولد للفراش وللعاهر الحجر (٤).

٦- ومثلها صحيحه سعيد الاعرج عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: سألته عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده لقول رسول الله صلى الله عليه وآله: الولد للفراش وللعاهر الحجر (٥) وقد صرح فيها ان الولد للذى عنده الجارية لقاعده الفراش» نعم لاتصريح فيها ان الاول قد وطأ بسبب محلل.

ص: ٦٩

١- (١) نفس الباب ح ١٢.

٢- (٢) نفس المصدر، ح ١٣.

٣- (٣) أبواب نكاح العبيد والاماء، باب ٥٨ ح ٢.

٤- (٤) نفس المصدر، ح ٣.

٥- (٥) نفس المصدر، ح ٤.

٧- ومثله صحيح على بن جعفر الا انه قد صرح فيه بكون الواطى الاوّل هو مالك الجاربه السابق(١).

ولا يخفى ان الروايات الاربعه الاولى هي فى مورد تباعد الوطين ومضى العده بينهما، بخلاف الروايات الاواخر فإنها فى مورد تقارن الوطين فى طهر واحد.

الطائفه الثانيه: ما دل على القرعه بين الواطيين.

١- كصحيحه معاويه بن عمار عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: اذا وطى رجلان أو ثلاثه جاربه فى طهر واحد فولدت، فادعوه جميعا اقرع الوالى بينهم فمن قرع كان الولد ولده ويرد قيمه الولد على صاحب الجاربه قال: فان اشترى رجل جاربه وجاء رجل فاستحقها وقد ولدت من المشتري ردّ الجاربه عليه وكان له ولدها بقيمته(٢).

٢- ومثلها صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: قضى على(عليه السلام) فى ثلاثه وقعوا على امرأه فى طهر واحد وذلك فى الجاهليه قبل ان يظهر الاسلام، فاقرع بينهم فجعل الولد للذى قرع، وجعل عليه ثلثى الديه للآخرين فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجذه قال: وقال: ما اعلم فيها شىء إلا ما قضى على(عليه السلام)«(٣).

وتقريب الدلاله ان وطى الثلاثه فى طهر واحد وان كان فى الجاهليه

ص: ٧٠

١- (١) أبواب نكاح العبيد والاماء، باب ٥٨ ح ٧.

٢- (٢) أبواب نكاح العبيد والاماء، باب ٥٧ ح ١.

٣- (٣) أبواب نكاح العبيد والاماء، باب ٥٧ ح ٢.

الآن لكل قوم نكاح، ولعلمهم تبايعوا أيضاً.

وأما تقريب الصحيحه السابقه فموردها واضح فيما نحن فيه، والظاهر ان الثلاثة وطؤوا الجاربه بملك اليمين من دون استبراء ولا يخفى ان فى دلاله هذه الصحيحتين وروايه الطائفه السابقه ان قاعده الفراش جاربه مع كون السبب للوطى محلل وان كان نفس الوطى محرم لعارض كالحيض أو لزوم الاستبراء، نعم ذيل الصحيحه السابقه فى شراء الرجل لجاربه، ثم ظهور مالك للجاربه يستحقها، فيكون المشتري قد واقع الجاربه بشبهه ومع ذلك ينتسب إليه الولد لانه وطى محترم وتجرى فى حقه قاعده الفراش، وهو صاحب فراش فعلى، بينما مستحق الجاربه هو صاحب فراش سابق، فمفاد هذا الذيل اما يحتمل على تقديم صاحب الفراش الفعلى على الفراش السابق مطلقا، فكيف يجتمع مع مفاد صدر الصحيحه فيقيد اطلاق الذيل بمورد عدم اجتماع الوطى والفراش فى طهر واحد فيما اذا تباعدا بمدّه تنقضى فيها العدّه أو الاستبراء، وبذلك تكون هذه الصحيحه من الروايات المفصله، فتكون وجه جمع بين الطائفتين.

أو يحتمل الذيل على ما لو تقدم وطى المالك المستحق للجاربه بسبق مدّه تزيد على اقصى الحمل.

٣- صحيحى الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: اذا وقع الحرّ والعبد والمشرك بامرأه فى طهر واحد، فادعوا الولد اقرع بينهم، فكان الولد للذى يخرج سهمه» (١).

ص: ٧١

١- (١) أبواب نكاح العبيد والاماء، باب ٥٧ ح ٣.

ولا يخفى دلالة الصحيحتين على اجراء قاعده الفراش في وطي كل من الحر والعبد على السواء اذا كان السبب محللا، وعلى اجراء القاعده أيضاً في حق المسلم والمشرک على السواء، مادام لكل قوم نكاح، وان النسب الشرعى لا يدور مدار اعتناق الاسلام، بل يدور مدار السبب المحلل لكل مله ونحله، ولو كانوا ملاحده، فقاعده الفراش ذات طابع مدنى بشرى كما هو شأن عقد النكاح وبقية العقود المعاملية أيضاً، فهى ترتبط بالنظام المعيشى المدنى البشرى وان كان دين الاسلام حافلا بتشريعات جمه فى باب المعاملات ونظام المعيشه لمن اعتنق الدين الآ- ان ذلك بانضمام تقريره فى التعامل والتعاطى مع انظمه الممل والنحل المختلفه.

٤- صحيحه أبى بصير وهى متطابقه فى المفاد مع صحيحه سليمان بن خالد المتقدمه إلا أنه قد صرح فيها بتبايع الجاربه فيما بينهم»(١).

ومثلها مرسله المفيد فى الارشاد(٢).

وقد يجمع بين هذه الطائفه والسابقه بحمل الجاربه على ملك اليمين، والطائفه السابقه على الزواج ووطى الشبهه.

ويدفعه اولاً: انه لافرق فى اجراء قاعده الفراش بين ملك اليمين والنكاح، وان افترقا فى امكان نفى الولد بمجرد النفى.

وثانياً: ان روايات الطائفه الاولى قد اشتمل بعضها على ملك اليمين أيضاً.

ص: ٧٢

١- (١) أبواب نكاح العبيد والاماء، باب ٥٧ ح ٤.

٢- (٢) نفس الباب، ح ٥.

وأما الجمع بين الطائفتين بالتفصيل بين وقوع الوطيين مع تباعد المدّة بفاصل قدر العدّة فتحمل عليه الطائفة الاولى، وبين عدم الفصل بقدر العدّة كأن يقع الوطيين فى طهر واحد أو طهرين متعاقبين فتحمل عليه الطائفة الثانية وهو حكم القرعه، فهو تفصيل متين لأنّ جلّ روايات الطائفة الاولى قد صرح فيها بفصل مدّة قدر العدّه، وبعضها قد اطلق فيها الفرض مما يقبل التقييد بالفصل المزبور، ويبقى فيها خصوص صحيح سعيد الاعرج، وصحيح على بن جعفر حيث صُرح فيهما بكون الوطيين فى طهر واحد.

وقد يجمع بين الطائفتين بحمل الطائفة الاولى على موارد تعاقب قاعده الفراش مطلقاً، سواء وقع الفصل بمدّه أو بدون مدّه، وحمل الثانية على الشركاء فى الملك بحيث تكون قاعده الفراش لكل منهم فى عرض الآخر، والشاهد على هذا الجمع التصريح فى روايات الطائفة الثانية بلزوم ردّ قيمه الولد للآخرين اللّذين لم يقرع لهما، وعلى ذلك يقدم صحيح سعيد الاعرج وعلى بن جعفر لأنّ موردها وقوع الوطيين بتعاقب الملكين وهذا هو الاظهر والاقوى.

وعلى ذلك ففى صورته اجتماع وطى الشبهه مع النكاح أو ملك اليمين يكون من اقتران قاعدتى الفراش والتعيين بالقرعه.

والظاهر ان فتوى المشهور بذلك فى مثل هذه الصوره.

الفرع السادس: لو طلقها ثم بعد ذلك وطئت بشبهه ثم أتت بولد فهو كالتزويج بعد العدّة فتجىء فيه الصور الاربعه المتقدمه، حتى الصوره الاخيره، وهى ما إذا امكن اللحوق بكل منهما فأنّه يلحق

بالأخير هنا أيضاً.

وطى الشبهه تاره يفرض وقوعه فى عدّه الطلاق، وأخرى بعد عدّه الطلاق.

فاما الصور الثلاث فى المسأله السابقه فتنسحب على المقام سواء فى الشقين أى كان وطى الشبهه فى العدّه أو بعدها.

وأما الصوره الرابعه فيختلف الحال بين الشقين، ففي الاول تجتمع قاعدتى الفراش، فراش النكاح وفراش وطى الشبهه فيقرع بينهما، وأما فى الشقّ الثانى، ويكون الولد لصاحب الوطى الثانى وهو وطى الشبهه، لانه صاحب الفراش الفعلى.

الفرع السابع: اذا كانت تحت زوج ووطأها شخص آخر بشبهه ثم أتت بولد فان أمكن لحوقه باحدهما دون الآخر يلحق به، وان لم يمكن اللحوق بهما انتفى عنهما، وان أمكن لحوقه بكل منهما اقرع بينهما.

قد تقدم فى الفرع السابق تنقيح هذه الشقوق، وما ذكره السيد الاصفهانى كالتقييد لما اطلقه فى الفرعين السابقين فى الصوره الرابعه منهما.

ص: ٧٤

قاعده: يحرم من الرضاع من يحرم من النسب

اشاره

ص: ٧٥

إشاره

وفيها عده مباحث:

المبحث الأول: في شروط الرضاع:

إشاره

ان انتشار الحرمة من الرضاع يتوقف على مجموعه من الشروط:

الشرط الأول: أن يكون اللبن حاصلًا من وطئ صحيح،

فلو كان بلا وطئ أو بوطئ محرم لا ينشر.

قال السيد اليزدى في العروه الوثقى (الشرط الأول: أن يكون اللبن حاصلًا من وطئ جائز شرعًا بسبب نكاح أو ملك يمين أو تحليل، ويلحق به وطئ الشبهه على الأقوى، فلو در اللبن من امرأه من دون نكاح لم ينشر الحرمة، وكذا لو كان اللبن من زنا) (١).

حكى على هذا الشرط الإجماع (٢) أو الشهره، لكن حكى السيورى عن الشيخ فى المبسوط والعلامه فى القواعد وابن الجنيد نشر اللبن من الزنا للحرمة، وأما فى تحققهما عند المتقدمين بالنسبه إلى القيد الأول- بأن يكون

ص: ٧٧

١- (١) العروه الوثقى، للسيد اليزدى، كتاب النكاح، الفصل الأول من شروط الرضاع.

٢- (٢) كما حكاه غير واحد منهم الشهيد الثانى فى المسالك: ج ٧ ص ٢٠٧.

الرضاع عن ولاده ووطى - فالظاهر عدم الخلاف فيه، وأما بلحاظ القيد الثانى، فبعض عبارات المتقدمين ليست صريحه فيه، وظاهر عبارته المبسوط بناء ذلك على مسأله النسب لنفيهم فيما إذا كان من حرام.

ويدل على القيد الأول صحيحه يونس بن يعقوب عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن امرأه در لبنها من غير ولاده فأرضعت جاريه وغلاماً من ذلك اللبن هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال: لا» (١).

و مثلها روايه يعقوب بن شعيب (٢). وفى صحيح عبدالله بن سنان قال: «سألته أبا عبدالله (عليه السلام) عن لبن الفحل قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأه أخرى فهو حرام» (٣).

وفى صحيح بريد العجلي (٤) والحلبى (٥) وغيرهما تقييد اللبن بلبن الفحل، وكذا موثّق عمار (٦) وغيرها من الروايات التى قيدت اللبن بلبن الفحل أى الذى در من فحوله الفحل بالمرأه، ولا- يبعد كما مال إليه فى الجواهر أن يكون شاملاً للولاده من الحمل العالق من ماء الرجل وإن لم يكن ووطى فى البين.

وأما القيد الثانى وهو كونه من حلال، فقد استدل له بصحيح عبدالله

ص: ٧٨

-
- ١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٩، ح ١.
 - ٢- (٢) المصدر السابق: ح ٢.
 - ٣- (٣) المصدر السابق، باب ٦، ح ٤.
 - ٤- (٤) المصدر السابق، باب ٦، ح ١.
 - ٥- (٥) المصدر السابق، باب ٦، ح ٣.
 - ٦- (٦) المصدر السابق، باب ٦، ح ٢.

بن سنان المتقدم، حيث قيد بلبن (ولدك) أى المنسوب للرجل وهو فى مورد الحلال؛ إذ النسبه مقطوعه فيما إذا كان من حرام، وبالتعبير فيها أيضاً ب- (امراتك) وهو ظاهر فى الحليه بالعقد أو اليمين، ولانصراف لبن الفحل فى المطلقات إلى لبن الزوج أو السيد.

وفيه: إن النسب كما ذكرنا فى (١) المحرمات بالنسب علقه تكوينيه وليست اعتباراً شرعياً، غايه الأمر منه ما يكون طاهراً فيما كان الوطى من حلال ومنه ما يكون خبيثاً فيما كان من حرام، وقد يأخذ الشارع فى موضوع أحكامه فى بعض الأبواب حصه من طبعى النسب كما فى الإرث أو المناصب الشرعيه، وعن ابن الجنيد أنه ذهب إلى حصول التحريم فيما كان اللبن من زنا بلحاظ المرضعه وأهلها على المرتضع، وأما بين المرتضع والزانى وأهله فهو أحوط وأولى.

وأما التقييد بصحيح عبدالله بن سنان فهو وإن كان لا يشمل الأجنبيه، إلّا أن المطلقات كصحيح بريد العجلي: «كلّ امرأه أرضعت من لبن فحلها» وصحيح الحلبي وغيرها (٢)، فهو شامل لمطلق الفحوله التكوينيّه؛ إذ الفحل فى اللغه هى الذكوره أو القوه فيها، كما يعبر عن اللقاح بالفحوله بمعنى المصدر، ومع إطلاق الروايات لا- تحمل على المقيّد، بل فى أبواب الرضاع من أحكام الأولاد أن الأمه لو زنت فأراد أن يسترضعها

ص: ٧٩

١- (١) سند العروه الوثقى، كتاب النكاح، التحريم بالنسب.

٢- (٢) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٦.

المالك فإنه يحلل الزانى فيطيب اللبن (١)، مع أن الزنا لا ينقلب عما وقع عليه، إذ لا- كشف حقيقى فى الأحكام التكليفية، فظاهرها أنه يكون بمنزله اللبن الذى من حلال، مع أنه لا يخرج عن كونه لبن من الزنا بذلك.

أما الخثنى المشكل فحيث لا تحرز أنوثتها فلا تحرز كونها امرأه الذى هو موضوع التحريم، وشمول الموضوع للجنس الثالث أو للذكر فيما لو رضع محل إشكال.

و فى صحيح الحلبي (٢) النهى عن استرضاع الزانية المجوسية إلا أن تضطر إليها، وفى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام): «لبن اليهوديه والنصرانيه والمجوسيه أحب إلى من لبن الزنا» (٣)، فالظاهر منها سياق الرضاع من الزنا مساق طبيعى الرضاع وإن كره.

و يعضد العموم والإطلاق فى الرضاع أن النسب الذى نزل الرضاع منزلته مطلق، فإن النسب كما مرّ تكوينى يعم ما كان من حلال أو من حرام، فيعاضد الإطلاق فى الرضاع أيضاً، فالاحتياط متعين إن لم يكن هو الأقوى.

و يعضد ذلك ما ذهب إليه المشهور فى وطى الشبهه، فإن العنوان المأخوذ فى صحيحه عبدالله بن سنان غير صادق.

ثم إنه هل يشترط كون اللبن من المرضعه بعد الولاده وانفصال

ص: ٨٠

١- (١) المصدر السابق، أبواب أحكام الأولاد، باب ٧.

٢- (٢) المصدر السابق، باب ٧٤.

٣- (٣) المصدر السابق، باب ٧، ح ٢.

الولد أو يجتزأ به حملًا؟ ظاهر من اشترط كون اللبن عن وطئ جائز ولم يشترط انفصال الولد هو الإطلاق، وحكى عن العلامة في القواعد الاكتفاء بالحمل (١)، وكذا المسالك والروضه والمبسوط، وحكى المبسوط خلاف ذلك، وذهب في التحرير (٢) وصاحب المدارك في شرح النافع والتذكرة إلى اشتراط الولادة، وكذا في الحدائق ونسبه في الجواهر إلى الأشهر.

وقد يستدل للثاني بما في معتبره يونس بن يعقوب المتقدمه عن المرأة التي درّ لبنها عن غير ولاده، أنه لا يحرم، وروايه يعقوب بن شعيب (٣)، وكما في صحيح عبدالله بن سنان أيضاً (٤)، حين نسب اللبن للولد. وأضاف إليها في الحدائق ما ورد من الأخبار في باب الحيض من أن غداء الطفل في بطن أمه إنما هو بدم الحيض، وبعد الولادة يحيله الله تعالى إلى اللبن، فيغذو به بعد الولادة.

وفي الكل نظر، لأن ظاهر الروايات في المرأة التي درّ لبنها من غير ولاده أي من غير لقاح؛ لأن لبن السقط بعد الانفصال يبنون على إيجابه للتحريم ونشره لها، فالمراد من غير ولاده أي المرأة الحائل.

وبعبارة أخرى: من غير سبب لدّر اللبن في طبيعه المرأة.

ص: ٨١

١- (١) قواعد الأحكام، ج ٢ ص ٩.

٢- (٢) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ١٢.

٣- (٣) وسائل، ما يحرم بالرضاع، باب ٩، ح ٢.

٤- (٤) المصدر السابق، ح ٤.

وأما التعبير في صحيح عبدالله بن سنان (لبن ولدك) فيصدق على الحمل، ومن ثمّ يستثنى له الإرث وان اشترط انفصاله.

و أما الروايات الواردة في أن غذاء الطفل وهو حمل دم الحيض وأنه يستحيل بعد الولاده لبناً، فهذا يجرى مجرى الغالب ولا يستفاد منها نفى نسبة اللبن، أو المراد أن غالب اللبن يدر مع الولاده، فالمشاهد أن بدايه دره وتكوّنه أثناء الحمل.

وهل يشترط بقاء المرأة في حباله الرجل لنشر الحرمة؟

لا يشترط ذلك لإطلاق الأدله وبقاء الإضافة، إذ هي تابعه للمنشئيه فمن ثمّ يشمل ما لو تزوجت ودخل بها أيضاً.

نعم لو حملت من الثاني ففي بدايه الحمل قد لا ينسب إلى الزوج الثاني، ولكن مع استمرار الحمل قد يشكل نسبة اللبن إلى الزوج الأول، لا سيما وأن حالات النساء مختلفه، فبعضهن يجف اللبن السابق ويبدأ تكون اللبن من الحمل اللاحق.

والحاصل: إنه يدور مدار النسبه، وهي تختلف من مرأه إلى أخرى بحسب الأمزجه وبحسب تقادم مدّه الحمل، وعن المسالك احتمال النسبه لكلّ من الزوجين واحتمال أن يكون بحكم تخلل الرضعات بلبن فحل آخر، فلا تنشأ الحرمة لكلّ منهما.

الشرط الثاني: أن يكون شرب اللبن بالامتصاص من الثدي:

حكى عن موضع من المبسوط (١) والإسكافي (٢) عدم الاشتراط، حيث قالوا- بكفايه أن يوجر الثدي في فم الطفل. وهو ظاهر الصدوق في المرسله التي رواها الفقيه (٣)، لكن المشهور شهره عظيمه، بل حكى الاتفاق على لزوم الرضاع أى الالتصام من الثدي.

و يستدل له بما فى صحيح زراره عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن الرضاع فقال: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضعا من ثدى واحد حولين كاملين» (٤). ونظيره صحيح العلاء بن رزين عن أبى عبدالله (عليه السلام) (٥).

إلا أنه قد يتأمل فيه أنه يصحح صدق من النشويه لا أنها بمعنى باء الملابسه.

وقد يستدل بصحيح الحلبي عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: «جاء رجل إلى أمير المؤمنين، فقال: يا أمير المؤمنين إن امرأتى حلبت من لبنها فى مكوك» (٦)، فأسقطه جاريتى، فقال: أوجع امرأتك وعليك بجاريتك» (٧).

ص: ٨٣

-
- ١- (١) فى موضع من المبسوط ج ٥ ص ٢٩٤ كما نقله الكركى فى جامع المقاصد ج ١٢ ص ٢١١، ولكن نقل صاحب المسالك أنّ الشيخ ذكر عدم الاعتداد بوجور الثدي فى فم الطفل فى عشره مواضع.
 - ٢- (٢) حكاه عنه العلامه فى المختلف ح ٧ ص ٣٨ مسأله ٥.
 - ٣- (٣) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٣٠٨ ح ١٤٨٥. التى رواها الصدوق عن الصادق (عليه السلام) «وجور الصبى بمنزله الرضاع»
 - ٤- (٤) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٥، ح ٨.
 - ٥- (٥) المصدر السابق، باب ٢، ح ١٣.
 - ٦- (٦) قال الجوهري فى الصحاح ح ٤ ص ١٦٠٩، المكوك: (إناء كانوا يكيلون به).
 - ٧- (٧) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٧ ح ١.

و يخذش فى الاستدلال أن الظاهر من الجارىه ليست الرضيعه.

و العمده ما استدل به من أن الرضاع هو بلقم الثدي وامتصاص الطفل منه فى أصل معناه.

و يمكن تأييد ذلك بما مرّ فى صحيح الحلبي من التعبير بالسقايه لا بالرضاع: «بعد حلب اللبن، ونظيره فى صحيح محمد بن قيس، حيث فرض الراوى عن امرأه حلبت فأسقت زوجها»^(١)، وكذا ما فى مرسله الصدوق قال: «قال أبو عبدالله (عليه السلام): وجور الصبى بمنزله الرضاع»^(٢)، فإن المقابله بين الرضاع والوجور يدل على تباين استعمال المعنى. وقد قوبل بين الرضاع والحلب فى الاستعمال اللغوى أيضاً.

الشرط الثالث: أن تكون المرأة حيه:

(٣)

فقد تردد فيه صاحب الشرائع^(٤)، وقال فى المبسوط: (لبن الميتة لا- ينشر الحرمه ^(٥)... وبه قال بعضهم، وقال آخرون: ينشر الحرمه)، ولعله إشاره إلى أقوال العامه^(٦). ولم يذكر الشرط كل من المقنعه والمقنع والكافى

ص: ٨٤

١- (١) المصدر، باب ٥، ح ٣.

٢- (٢) المصدر، باب ٧، ح ٣.

٣- (٣) قال صاحب المسائل، المشهور بين الأصحاب أنه يشترط فى نشر الحرمه بالرضاع كون الرضعه حيه

٤- (٤) شرائع الإسلام، كتاب النكاح، المحرمات بالرضاع.

٥- (٥) المبسوط فى فقه الإماميه، للشيخ الطوسى، ح ٥، ص ٢٩٦.

٦- (٦) حيث أنهم ذهبوا إلى نشر الحرمه بالميتة، فلم يشترطوا الحياه، راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤، ص ٢٢٦؛ وكتاب

الخلاف للشيخ الطوسى، ج ٥، ص ١٠٤، مسأله ١٤.

والوسيله والانتصار. ولا يظهر من الخلاف أنها اتفقيه بيننا، حيث لم يحك عليه الإجماع، حيث استدل بظاهر الآية (1). واستدل له بأن الميتة لا يصدق عليها عنوان المرأه أو المرضعه، بل هي ميتة جامده، وغايه الأمر لو شك في نشر الحرمه، فالأصل عمومات الحل، وبإن تناول اللبن لو تحقّق كلّه في زمن الموت لا- يستراب في خروجه عن موضوع الحرمه واندراجه في عموم الحل، فيلحق به ما لو كان بعضه كذلك لعدم القول بالفصل، وبأن ظاهر الفعل المأخوذ في موضوع الحرمه في الآية أَرْضَ غُنْكُمْ ظاهر في الفعل الاختياري الذي هو من الحي.

هذا، وجمله هذه القرائن لا- تخلو من تأمل لترتب جملة من الأحكام على عنوان المرأه وهي ميتة، كما في أحكام تجهيز الميت وأحكام الحدود كالزنا وأحكام النظر واللمس وغيرها من الأبواب.

ومن ثمّ يتبين الكلام في صدق عنوان الرضاع عليه، لا- سيما وأن الذي هو محل الابتلاء من الفروض هو ما لو حصل إكمال النصاب في الرضعات الأخيره بذلك، وبعد صدق العنوان وإطلاق دليل الرضاع يتمسك بإطلاق دليل الحرمه، وبأن إلحاق الصور التي هي محل الابتلاء، بما لو كان كلّه في حال الموت ممنوع الحل في الملحق به فضلاً عن الملحق، إذ وضوح خروج المنزل عليه عن أدله الحرمه وانصرافها عنه، إنما هو لامتناعه في العاده. وأما استظهار الاختياريه فلم يلتزموا به في النائمه والمغمى عليها.

والحاصل: إن البناء على هذا الشرط محل تأمل، وشمول الإطلاقات

ص: ٨٥

١- (١) النساء: الآية ٢٣، «... وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ».

للصوره المفروضه الابتلائيّه قريب، فالاحتياط متعين.

الشرط الرابع: أن يكون المرتضع في أثناء الحولين:

لم يحك خلاف إلاً عن ابن الجنيد، فقد ذهب إلى تحريم الرضاع بعد الحولين قبل الفطام أى جعل المدار على الفطام، وعن ابن عقيل عدم التحريم بعد الفطام ولو أثناء الحولين، وأما اشتراط حولي ولد المرضعه فحكى عن أبي الصلاح وابني زهره وحمزه.

و الكلام يقع في استفاده هذه الشروط من الروايات الوارده، كما في صحيح منصور بن حازم عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: « قال رسول الله صلى الله عليه و آله : «لا رضاع بعد فطام...»^(١) وفي ذيل الروايه: «فمعنى قوله: لا رضاع بعد فطام، أن الولد إذا شرب لبن المرأه بعد ما تفضمه لا- يحرم ذلك الرضاع التناكح»، ومثلها صحيح الحلبي، ولو كنا نحن وهذا الإطلاق فالظاهر استفاده شرطيه عدم فطام الولد، وأن المدار على فطام المرتضع دون شرطيه الحولين بالنسبه إليه أو إلى المرضعه، ومعتبره الفضل بن عبد الملك عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم»^(٢) وظهرها قيديه كل من الفطام

و الحولين بالنسبه للمرتضع، ووحده السياق قاضيه بكون الحولين بالنسبه إلى المرتضع دون المرضعه، وإن احتمل كون «قبل أن يفطم» عطف بدل على (قبل الحولين)، ولكنّه خلاف أصاله التأسيس واحترازيه القيود.

ص: ٨٦

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٥ ح ١، ٢.

٢- (٢) المصدر ح ٤.

و في معتبره حماد بن عثمان قال: «سمعت أبا عبد الله، يقول: لا رضاع بعد فطام قلت: وما الفطام؟ قال: الحولين الذي قال الله عز وجل» (١).

و هذه الرواية وإن وقع فيها سهل بن زياد إلا أن الأمر في سهل سهل، ويعضد تفسير الفطام بالحولين ما بنى عليه المشهور في حق الحضانه للمرأة (٢)، حيث قيد في رواياتها أنه إلى الفطام، واستظهروا منه الحولين، كما هو مفاد الآية الكريمة: وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا.

نعم احتمال في الجواهر إرادته الفطام لا الحولين، وإن قوى كلام المشهور، لا سيما وأنه في روايات الحضانه قد استشهد بالآيه الكريمة، وأشار إلى وحده الموضوع بين الحضانه والفطام في البابين كاشف اللثام، لكن في باب أقل مدته الرضاع (٣) ورد تفسير الفصال قبل الحولين الوارد في الآية: فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ بِالْفِطَامِ، مما يظهر بأن الفطام قد يستعمل كناية عن الفطام المقرّر شرعاً وهو الحولان، أي الذي ينبغي عنده الفطام، وتاره يستعمل بمعنى تحقّق الفصل خارجاً.

وقد يقال: إن المدار على أسبق القيدتين تحقّقاً، إما الفطام المقرّر شرعاً أو الفصل الخارجى. وإن ما ورد في معتبره حماد هو بيان الحد الأعلى والأمد الأبعد للفطام. ويؤيد هذا التفسير ما ورد في باب أحكام الأولاد (٤) من روايات أن الأمد الواجب للرضاع واحد وعشرون شهراً وإن ما نقص

ص: ٨٧

- ١- (١) وسائل الشيعه، أبوباً ما يحرم بالرضاع، باب ٥، ح ٥.
- ٢- (٢) المصدر، أبواب أحكام الأولاد، باب ٨٢.
- ٣- (٣) المصدر، باب ٧.
- ٤- (٤) المصدر، ح ٥.

عن ذلك هو جور على الصبي، وفي صحيحه عبيد بن زراره عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن الرضاع فقال: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضعا من ثدي واحد حولين كاملين»^(١)، وهي ظاهره في قيديه الحولين للمرتضع.

وفي صحيحه داود بن الحصين عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم محرماً»^(٢).

و هذه الروايه معرض عنها لموافقته للعامه ومعارضتها لجمله روايات الباب.

و في صحيحه أخرى للحلبى عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «لا- يحرم من الرضاع إلا ما كان حولين كاملين»^(٣) وقد حمل كصحيح عبيد بن زراره المتقدم على كون الحولين ظرف للرضاع، والفظام فى باب حق الحضانة، وإن صح حمله على الإشاره إلى الحولين؛ لأن الارضاع فيها حكمه للحكم، ولكنّه فى المقام لا موجب له بعد كونه موضوعاً للحكم، ومقتضى الأخذ بكلا القيدين هو انتهاء أمد الرضاع بأقربهما وقوعاً.

وقد يقال: إن تحقّق الرضاع بعد الفطام أثناء الحولين يبطل صدق العنوان، أو أن تحديد الشارع استحقاق المرتضع للرضاع حولين كاملين قاض بعدم تحقّق العنوان قبل مضيئهما، وأن ما يقع من رضاع هو فى محلّه

ص: ٨٨

١- (١) المصدر، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٥، ح ٨.

٢- (٢) المصدر، باب ٥، ح ٧.

٣- (٣) المصدر، باب ٥، ح ١٠.

مدته الحولين، ولو وقع قبله فصال لحاجه المرتضع له، وعلى أى تقدير فلو تردد القيد بين الحدين فمقتضى إطلاقاات تحريم الرضاع هو الاقتصار على المتيقن من القيد المنفصل، وهو الأخذ بالحولين.

أما أخذ الحولين قيلاً فى المرضعه وولدها فلا ظهور يقتضيه، وإنما هو مجرد احتمال فى الدلالة لا موجب له يركن إليه.

الشرط الخامس: فى كميته الرضاع:

إشاره

الأقوال فى المسأله:

قال السيد اليزدى فى العروه (الكميته، وهى: بلوغه حداً معيناً، فلا يكفى مسمى الرضاع ولا رضعه كامله، وله فى الأخبار وعند فقهاء الأخيار تحديدات وتقديرات ثلاثه؛ الأثر والزمان والعدد، وأى واحد منها حصل كفى فى نشر الحرمة، فأما الأثر فهو أن يرضع بمقدار نبت اللحم وشدّ العظم، وأما الزمان فهو أن يرتضع من المرأه يوماً وليله مع اتصالهما بأن يكون غذاءه فى هذه المدّه منحصر بلبن المرأه، وأما العدد فهو أن يرتضع منها خمس عشره رضعه كامله(1).

هو المشهور شهره عظيمه بين الأصحاب، وحكى عن ابن الجنيد القول بالرضعه الواحده وحكى عن القاضى النعمان المصرى الاكتفاء بالمسمى، وعن المفيد والديلمى وابن سعيد الاقتصار على التقدير بالزمان والعدد، وعن الطبرسى والحليين جعل التقدير الزمانى والعددى هو

ص: ٨٩

١- (١) العروه الوثقى، كتاب النكاح، شروط الرضاع.

الكاشف عن الأثر، وظاهر التهذيبيين وعن المسالك الاكتفاء في الأثر بنبات اللحم.

وفي التحديد بالعدد الأشهر عند المتقدمين العشر، والأشهر عند المتأخرين ومتأخريهم الخمسة عشر، والحاصل أن كلاً من القولين مشهور في الطبقات المختلفه.

وأما العامه فهو وإن نقل عنهم شهره الرضعه والمصّه (١)، إلما أن جماعه منهم ذهب إلى الثلاث (٢)، وحكى عن المشهور بينهم الخمس كالشافعي وأحمد وإسحاق وطاووس وعطاء وسعيد بن جبير وعبدالله بن مسعود وعائشه، استناداً لما روته عائشه، أنها قالت: «كان فيما أنزل الله في القرآن عشر رضعات معلومات يحرم، ثم نسخه بخمس معلومات وأنه صلى الله عليه وآله توفي وهي مما تقرأ بالقرآن» (٣). وأخرجوه في صحاحهم إلما البخارى، وحكى التحريم بالعشر عن عائشه وحفصه وجماعه منهم لما رووه عن عائشه أنها قالت: «نزل آيه الرجم ورضاعه الكبير عشراً، ولقد كانت في صحيفه تحت سريرى فلما مات صلى الله عليه وآله وتشاغلنا بموته دخل داجن فأكلها» (٤).

وأما في التقدير الزمانى فلم يحك خلاف إلما في قول شاذ ذكر في المقنع

ص: ٩٠

١- (١) كما ذهب أبو حنيفه ومالك.

٢- (٢) من ذهب إليه بعض الحنابله والشافعيه، كما نسبه إليهم صاحب كتاب المذاهب الأربعة، ج ٤، ص ٢٢٨.

٣- (٣) ما يسمى ب- صحيح مسلم، ج ٤ ص ١٦٧.

٤- (٤) سنن ابن ماجه، ج ١ ص ٦٢٦، ط دار الفكر - بيروت.

أنه روى ولا يعرف قائله وهو خمسة عشر يوماً، وعن الفقه الرضوي أنه ثلاثة أيام إلا أنه روى بالشذوذ، والروايات الواردة منها ما دل على العشرة عدداً بالمنطوق أو المفهوم، ومنها ما دل على الخمسة عشر إما بالمنطوق أو بنفى العشرة.

أما الذي دل على العشرة بالمنطوق كمصحح الفضيل بن يسار عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «لا يحرم من الرضاع إلا المخبوره [مجبوره] أو خادم أو ظئر، ثم يرضع عشر رضعات يروى الصبي وينام»^(١).

وموثق عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن الرضاع، ما أدنى ما يحرم منه؟ قال: ما ينبت اللحم والدم، ثم قال: أ ترى واحده تنبته فقلت: اثنتان أصلحك الله، فقال: لا، فلم أزل أعدّ عليه حتى بلغت عشر رضعات»، لكن قد يستظهر من هذه الموثقة أن مفادها النفي عن العشرة وأنها في عداد الأعداد السابقة من الرضاعات التي لا يسبب الحرمة.

و بالمفهوم كموثقه عبدالله بن سنان قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الغلام يرضع الرضعه والثنتين؟ قال: لا يحرم، فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات، فقال: إذا كانت متفرقه فلا»^(٢) وهي داله بالمفهوم على أنه مع التوالى يحرم، ومنطوقها صريح في أن العشرة في عداد ما قبلها لا يحرم، غايه الأمر قيد عدم التحريم فيهن بالتفرق، ومفادها شاهد على كون موثق عبيد المتقدم مفاده نفي سببيه العشرة للحرمة.

ص: ٩١

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٢، ح ١١.

٢- (٢) المصدر، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٢، ح ٥.

و بنفس التعبير موثقه مسعده بن زياد(١).

و أما ما دل على الخمسه عشر، موثقه زياد بن سوقه، قال: «قلت لأبى جعفر(عليه السلام) هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال: لا يحرم من الرضاع أقل من يوم وليله أو خمسه عشر رضعه متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما رضعه امرأه غيرها، فلو أن امرأه أرضعت غلاماً أو جاريه عشر رضعات من لبن فحل واحد وأرضعتها امرأه أخرى من لبن

فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما»(٢).

و دلالتها على اعتبار الخمسه عشر رضعه بالمنطوق. ثم إن ذيل هذه الموثقه ظاهر فى أن العشر المتواليات لا يحرم ما لم يبلغن خمسه عشر وإن اتحد الفعل والمرأه فى العشره، وأنه لا يكفى الخمسه عشر مع تعدد المرأه وتعدد الفعل، وهذه ميزه فى دلاله هذه الصحيحه.

و أما الروايات النافيه للعشره المعاضده للخمس عشره رضعه، كصحيحه على بن رثاب عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: «قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم وشدّ العظم، قلت: فيحرم عشر رضعات قال: لا؛ لأنه لا تنبت اللحم ولا تشدّ العظم عشر رضعات»(٣) وهذه الصحيحه كالصريحه فى أن عدم التحريم ليس لاختلال التوالى، بل إن العشره من حيث هى لا توجب إنبات اللحم وشدّ العظم، ومثلها موثّق

ص: ٩٢

١- (١) المصدر، با ٢، ح ٩.

٢- (٢) المصدر، باب ٢، ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٢، ح ٢.

عبيد بن زراره وموثق عبدالله بن بكير (١) إلا أنهما لم يتضمنا تعليلاً.

و صحيح عبيد بن زراره، قال: «قلت لأبى عبدالله (عليه السلام): إنا أهل بيت كبير فربما كان الفرح والحزن الذى يجتمع فيه الرجال والنساء، فربما استخفت [استحيت] المرأة أن تكشف رأسها عند الرجل الذى بينها وبينه رضاع، وربما استخف الرجل أن ينظر إلى ذلك، فما الذى يحرم من الرضاع؟ فقال: ما أنبت اللحم والدم، فقلت: ما الذى ينبت اللحم والدم، فقال: كان يقال عشر رضعات، قلت: فهل تحرم عشر رضعات؟ فقال: دع ذا، وقال: ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع»، وهذه الصحيحه حاكمه بدلائها على ما دل على العشر من ناحيه جهه الصدور، وذلك لأنه (عليه السلام) أسند العشره إلى القيل وأمر الراوى بتركه، وقد حكى العامه عن عائشه أنها كانت تلتزم بتحريم العشره، ثم عدلت إلى الخمسه.

والظريف أن فى تعبيره (عليه السلام) لم يعبر (أنه يقال)، بل عبر ب- (كان يقال) مما يفيد بأن القائل التزم بالعشره فيما سبق، وهو كالإشاره إلى قول عائشه القديم.

فالأقوى هو القول بالخمسه عشر لوجه:

الوجه الأول: صراحه موثقه زياد بن سوجه:

فى نفي سببيه العشره المتواليه، وهذا يدفع الجمع بين الروايات النافيه والمثبته بالعشره بالتفصيل بين التوالى والتفرق، ومع صراحتها ليس فى البين ما يناهضها دلالة فى الطائفة الأولى حتى موثقه الفضيل بن يسار؛ لأن

ص: ٩٣

ظاهر عنوان الخادم أو الظئر تستأجر وعنوان المخبوره التي هي المريبه- كما في صحيحه فضيل بطريق آخر للشيخ والصدوق(١) - هو الاستمرار مدّه معتدّ بها كما في موثقه موسى بن بكر(٢) لاسيما وأنه قيد في هذه الموثقه بالعشر رضعات، بأن كلاً من الرضعات يروى الصبي وينام، وظاهر قيد النوم هو تخلل رضعات أخرى يرتوى فيها الصبي، أى يترك الثدي من نفسه، لكن من دون أن ينام وبالتالي تزيد عدد الرضعات عن العشر التي يتوفر فيها الشروط المقرّره في فتاوى الفقهاء والنصوص الروائيه.

الوجه الثاني: ما في صحيحه عبيد بن زراره:

الحاكمه على جهه الصدور فيما دل على العشر.

الوجه الثالث: كثره ما دل على الخمسه عشر:

سواء بالمنطوق أو بنفى العشره. بينما إن ما دل على العشره ليس إلّا روايه واحده منطوقاً، وأما ما دل بالمفهوم فهو مطلق قابل للتقييد بالخمسه عشر، لا سيما أن ما دل على الخمسه عشر قد قيدها بالتوالي.

الوجه الرابع: قوه ما دل على نفي التحريم عن العشره:

لاشتماله على التعليل بكونه غير منبت للحم ولا يشدّ العظم، وهذا معاضد لحمل العشره على التقيه الدال عليها صحيح عبيد بن زراره من أن المدار في الحرمه على إنبات اللحم وشدّ العظم وأنه غير حاصل بالعشر.

ص: ٩٤

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٢، ح ٧.

٢- (٢) المصدر، باب ٢، ح ٨.

ثم إن هناك رواية عمر بن يزيد، قال: «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: خمس عشره رضعه لا تحرم» (١) وهي مطلقة محمولة على المتفرقات، وهي معاضده أيضاً للروايات النافية للعشره. وفي صحيح العلاء بن رزين عنه (عليه السلام): «لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدي واحد سنه» (٢)، وهو شاذ.

و في موثق زراره عنه (عليه السلام) «إلا ما ارتضعا من ثدي واحد حولين كاملين» (٣).

و قد حمل على ظرفيه الرضاع لا كميته، ولعل وجه الظرفيه وجه حمل الصحيح السابق.

و أما التحديد بالزمان فباليوم والليله، ولم يحك خلاف في ذلك إلا في الفقه الرضوي، حيث قال: «والحد الذي يحرم به الرضاع - مما عليه العصابه دون كل ما روى، فإنه مختلف - ما أنبت اللحم وقوى العظم، وهو ثلاثه أيام متواليات أو عشره رضعات متواليات محرزات مرويات بلبن الفحل» (٤)، وفي المقنع ذكر أنه روى خمسه عشر يوماً ولياليهن ليس بينهن رضاع، وذكر أنه روى أيضاً ما كان حولين كاملين أو ما ارتضع من ثدي واحد سنه.

هذا وقد تقدّم في موثق زياد بن سوجه أنه لا يحرم الرضاع أقل من يوم

ص: ٩٥

١- (١) وسائل، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٢، ح ٦.

٢- (٢) المصدر، باب ٢، ح ١٣.

٣- (٣) المصدر، باب ٥، ح ٨.

٤- (٤) الفقه الرضوي، ص ٢٣٤.

وليله وأنها متواليات. نعم في مرسله الصدوق في المقنع قال: «سئل الصادق (عليه السلام) هل لذلك حدّ؟ فقال: لا يحرم من الرضاع إلّا رضاع يوم وليله أو خمس عشره رضعه متواليات لا يفصل بينهن» (١).

وأما صحيحه العلاء بن رزين المتضمّنه للتحديد بما ارتضع من ثدى واحد سنة (٢) وفي موثّق زراره «بما ارتضعا من ثدى واحد حولين كاملين» (٣) فقد تقدّم حملهما على بيان ظرفيه الرضاع، أى تحديد الطرف الذى يقع فيه الرضاع المقدّر كمّاً أو زمناً، إذ سيأتى اشتراط وقوع المقدار المحرّم كمّاً أو عدداً أو كيفية فى ظرف الحولين.

وأما التحديد بالأثر وهو ما أنبت اللحم وشدّ العظم، فالمشهور بين الأصحاب أنهما معاً علامه مستقله، إلّا أنه حكى عن الشهيد الأوّل فى اللعنه الاكتفاء بأحدهما، وحكاه فى نهايه المرام عن جماعه أيضاً، وقوّاه وعلله بالتلازم، وكأنه يريد الاكتفاء بأحدهما فى مقام الإثبات لا- الثبوت، وحكى عن الحلبيين والطبرسى وظاهر التهذيبين، واحتمل عن بعض المتقدمين أيضاً ارجاع هذا التحديد فى مقام الإثبات، بأن يستعلم بالعلامتين السابقتين، وقد يستظهر هذا من جملة من الأصحاب الذين عبروا عن موضوع التحريم فى الرضاع أنه ما ينبت اللحم ويشدّ العظم، وأن حدّه إرضاع يوم وليله أو خمس عشره رضعه، ويستفاد من تعبيرهم هذا أن الموضوع حقيقه هو الأثر، وأن التقدير بالزمان والعدد وبقيه الشرائط

ص: ٩٤

-
- ١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٢، ح ١٤.
 - ٢- (٢) المصدر، باب ٢، ح ١٣.
 - ٣- (٣) المصدر، باب ٥، ح ٨.

علامه وحدّ إثباتي للموضوع.

و يدل على ذلك في الروايات مصحح عبدالله بن سنان، قال: «سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: لا يحرم من الرضاع إلّا ما أنبت اللحم وشدّ العظم»^(١) وهذا الحصر المطلق قد يستظهر منه أن الموضوع الأصلي للتحريم هو الأثر وأن التحديد بالمقدارين علامه عليه.

و نظيره صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «لا يحرم من الرضاع إلّا ما أنبت اللحم والدم»^(٢) والتعبير في هذه الصحيحه قد استعيض عن شدّ العظم بنبت الدم، وهو يفسح المجال لاحتمال الاكتفاء بأحدهما، لا سيما وأن نبت الدم على درجات، وهو أول ما يحصل من الأثر قبل نبت اللحم وشدّ العظم.

و في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله (عليه السلام) أو أبي جعفر (عليه السلام) قال: «إذا رضع الغلام من نساء شتى وكان ذلك عدّه أو نبت لحمه ودمه عليه حرم عليه بناتهنّ كلّهن»^(٣).

وصريح هذه الروايه الاستعلام في موضوع الحرمة بكل من التقدير والأثر. وهذا متصوّر وقوعاً كما إذا اختلفت شرائط الرضعات في العدد أو الزمان، لكن كان بنحو متناول يلاحظ فيه ازدياد وزن الطفل ونمو جسمه طولاً الذي هو علامه على اشتداد العظم وزيادته سمكاً أو حجماً

ص: ٩٧

١- (١) وسائل، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٣، ح ٢.

٢- (٢) المصدر، باب ٣، ح ١.

٣- (٣) المصدر، باب ٣، ح ٣.

وهو علامه على إنبات اللحم.

و مثل مصحح عبدالله بن سنان روايته الأخرى التى رواها الكلينى عنه عن أبى الحسن (عليه السلام) قال: «قلت يحرم من الرضاع الرضعه والرضعتان أو الثلاثه؟ قال: لا، إلا ما اشتد عليه العظم ونبت اللحم» (١) ومثل هذا اللفظ فى موثق مسعده (٢)، ثم إن فى صحيح عبيد بن زرارہ المتقدم: «فما الذى يحرم من الرضاع؟ فقال: ما أنبت اللحم والدم، فقلت: وما الذى ينبت اللحم والدم؟ فقال: كان يقال عشر رضعات، قلت: فهل تحرم عشر رضعات؟ فقال: دع ذا» (٣).

فظاهر الصحيحه أن العدد علامه على الأثر، ومثلها موثق عبيد بن زرارہ المتقدم أيضاً عنه (عليه السلام): «ما أدنى ما يحرم منه؟ قال: ما ينبت اللحم والدم، ثم قال: أ ترى واحده تنبته؟ فقلت: اثنتان أصلحك الله؟ فقال: لا، فلم أزل أعد عليه حتى بلغت عشر رضعات»، وظهوره كظهور صحيحته السابقه فى كون العدد علامه على الأثر، كما أنها تضمّنت إنبات اللحم والدم دون العظم، كما أن موثق مسعده المتقدم وعبدالله بن سنان أيضاً ظاهرتان فى طريقه العدد للأثر، وفى صحيح على بن رثاب المتقدم عنه (عليه السلام) عما يحرم من الرضاع قال: «ما أنبت اللحم وشد العظم، قلت: فيحرم عشر رضعات؟ قال: لا؛ لأنه لا تنبت اللحم ولا تشدّ العظم عشر رضعات» (٤).

ص: ٩٨

-
- ١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٢، ح ٢٣.
 - ٢- (٢) المصدر، باب ٢، ح ١٩.
 - ٣- (٣) المصدر، باب ٢، ح ١٨.
 - ٤- (٤) المصدر، باب ٢، ح ٢.

وهي ظاهره بوضوح في طريقه العدد على الأثر، وكذلك ظاهر روايه ابن أبي يعفور ومحمد بن أبي عمير. الآتيان أن بقيه شرائط الرضعات في الكمية هي علامه على الأثر.

إلا أنه مع كل ذلك لا يعنى حصر استعمال الأثر بالتقدير بالعدد والزمن، لأن غايه دلالتها هو طريقه العدد للأثر، وأن الأثر هو الموضوع الأصلي، لكن ذلك لا ينافى استعمال الأثر بغير ذلك، كما لا ينافى التحديد بالعدد، وإن كان الحكمه في جعله هو الكاشفيه عن الأثر، ثم إنه في جملة روايات الإنبات ورد نبات اللحم والدم من دون ذكر العظم، وهذا يقرب الاكتفاء بأحدهما إذ كما مرّ إن إنبات الدم متقدّم على إنبات اللحم، كما إن إنبات اللحم قد ينفك عن اشتداد العظم والعكس كذلك على صعيد الإحراز.

وقد يعضد الاكتفاء بأحد العلامتين أيضاً، أن التحديد بالمقدار الزمني والعددي يلزم اثباتاً إنبات الدم واللحم دون اشتداد العظم، فإنه لا يحرز بذلك من غير جهة الشرع، ولو بني على حصوله بالتعبد الشرعي فهذا المقدار من اشتداد العظم يلزم في الغالب إنبات اللحم. والمهم الاكتفاء في مقام الإثبات بإنبات اللحم منفكاً عن إحراز اشتداد العظم، وكذلك الاكتفاء بالعكس.

نعم لا يكتفى بإنبات الدم لوحده، فإنه يتحقق بنصف العدد والزمن.

فائده: المراد بالحولين التقدير الهلالي

المراد بالحولين أربع وعشرون شهراً هلالياً من حين الولادة، وفي

أثناء الشهر يكمل من الشهر الخامس والعشرين ما مضى من الشهر الأوّل على الأظهر، فلو تولد في العاشر من الشهر يكمل حوله في العاشر من الشهر الخامس والعشرين. واراذه الشهر الهلالي، هو المطرد في الأبواب بعد اعتماده من قبل الشرع كمواقيت، كما في قوله تعالى يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْهَلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ ١ ، وأما جبر المنكسر فالأقوى في جبره هو بالمقدار المعتدل، وهو ما ينقص عن الثلاثين، لأن تقويم السنه الهلاليه يحتاج إلى الكيسه كما هو في كل أربع سنوات.

أما المراد من انبات اللحم وشد العظم؟

ان المعتبر في إنبات اللحم وشدّ العظم استقلال الرضاع في حصولهما على وجه ينسبان إليه، فلو فرض ضم السكر ونحوه إليه على نحو ينسبان إليهما أشكال ثبوت التحريم، كما أن المدار على الإنبات والشد المعتد به منهما، على قدر مبان يصدقان عرفاً، ولا يكفى حصولهما بالدقه العقليه، وإذا شك في حصولهما بهذه المرتبه أو في استقلال الرضاع في حصولهما يرجع إلى التقديرين الآخرين.

وهذا هو الظاهر مما مرّ في الروايات، حيث أسند الإنبات وشد العظم للبن، بل قد علل القدر الناقص عدداً في عدم نشره للحرمه بعدم إنباته للحم وشد العظم، مما هو ظاهر في لزوم استقلال اللبن في ذلك، وأما لزوم كونهما بدرجه ظاهره؛ فلأنه المنسب من التحديد أن يكون بتوسط الإحراز العرفي المعتاد حساً، بأن يرى ازدياده في الطول أو السمنه أو

الوزن، بنحو ملحوظ. ولو لم يحرز أو شك فيعول على التقديرين الآخرين، فلا بد حينئذٍ من إحراز توفر الشروط في الرضعات.

وهل يعتبر في التقدير بالزمان ان يكون غذاؤه منحصرًا باللبن؟ قال السيد اليزدى في العروه: (يعتبر في التقدير بالزمان أن يكون غذاؤه في اليوم والليله منحصرًا باللبن، ولا- يقدر شرب الماء للعطش ولا ما يؤكل أو يشرب دواءً، والظاهر كفايه التليفق في التقدير بالزمان لو ابتداءً بالرضاع في أثناء الليل أو النهار)(1).

و يقتضيه ما ورد في العدد من التعليل بأنه ينبت اللحم ويشدّ العظم، ومّر أن إطلاق الإسناد يقتضى الاستقلال، كما مرّ في المسائل السابقة أن الموضوع الأصلي هو إنبات اللحم وشدّ العظم، وأن التقدير بالزمان والعدد علامتان وحدان شرعيان، فلا يتم تقدير إنبات اللحم وشدّ العظم بالزمان إلّا مع استقلال اللبن.

و أما التليفق في اليوم والليله فيقتضيه أن التقدير الزماني الملفق هو المنسبق وقوعاً من عموم الدليل، كما هو مطرد في سائر الأبواب، كالإقامه عشرًا وأيام الحيض والعدّه وغيرهما.

شروط الرضاع بالعدد:

الشرط الأوّل: كمال الرضعه:

و يدل عليه حسنه ابن أبي يعفور قال: «سألته عمّا يحرم من الرضاع،

ص: ١٠١

١- (١) العروه الوثقى، كتاب النكاح، شروط الرضاع.

قال: إذا رضع حتى يمتلى بطنه، فإن ذلك ينبت اللحم والدم، وذلك الذى يحرم»^(١) وكذا الصحيح إلى محمد بن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «الرضاع الذى ينبت اللحم والدم هو الذى يرضع حتى يتضلع ويتملّى وينتهى نفسه»^(٢).

و كذلك مصحح الفضيل بن يسار عن أبى جعفر (عليه السلام) المتقدم، حيث جاء فيه «ثم يرضع عشر رضعات يروى الصبى وبنام»^(٣) وظاهر هذه الروايات واضح فى استكمال الرضعه وتملى الصبى، فلا ينطبق على المصّه، وتقابل العنوانين يقتضى المغايره، كما أن مقتضى التعداد يقتضى مع التوالى الانصراف إلى تعدد الرضعات بحسب دفعات الحاجة، ففى المجلس الواحد مع تقارب الزمن يعد رضعه واحده وإن تخلل بينهما الفصل لسبب ما.

ثم إن اعتبار هذا الشرط فى العدد ظاهر، وأما اعتباره فى اليوم والليله فحكى عن غير واحد ككاشف اللثام اعتباره، واستقر به صاحب الجواهر فيما توقف صدق رضاع يوم وليله عليه، وما أشار إليه من الوجه متين، فإن ظاهر التقدير الزمانى المجعول حدّاً للرضاع كون حاجه المرتضع فى هذا المقدار من الزمن يستوفيه من الرضاع بالنمو المتعارف، فلو ارتضع بما يعد ناقصاً عن ذلك فلا يستوفى المقدار المحدد من الرضاع، فالمتجه اعتباره فى التقدير الزمانى أيضاً، إلا أن المدار فيه على استيفاء حاجته كلما أراد ولو

ص: ١٠٢

-
- ١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٣، ح ١.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٤، ح ٢.
 - ٣- (٣) المصدر، باب ٢، ح ١١.

بتخلل فاصل بخلاف الدفعه من عدد الرضاع.

الشرط الثاني: توالى الرضعات:

بمعنى عدم الفصل برضاع امرأه أخرى فظاهر جملة من عبارات المتأخرين اختصاص هذا الشرط بالعدد، إلا أن المحكى عن المسالك وصاحب الرياض اعتبارهما في الزمانى أيضاً، ولعل ظاهر ما ينسب إلى المشهور اختصاص الشرط بالعدد كما هو ظاهرهم في الشرط السابق أيضاً، ولكن الأقوى في هذا الشرط أيضاً التعميم للتقدير الزمانى أيضاً؛ وذلك لأن ظاهر التقدير بالعدد متقارن مع التقدير بالزمان في شمول التعليل لهما بأنهما علتان لإنبات اللحم وشدّ العظم، وبعبارة أخرى إن ظاهر التقدير الزمانى والتقدير العددي هما لتقدير الكمية من اللبن الموجه لإنبات اللحم أو شدّ العظم، وحيث إنهما تقديران متقاربان في تحقيق تلك الكمية كانت الشرائط شروطاً لتلك الكمية، فبعد ظهور وحدتهما في العلامة على إنبات اللحم وشدّ العظم يقرب استظهار وحده القيد من موثق زياد بن سوفة قال: «قلت لأبي جعفر (عليه السلام): هل للرضاع حدّ يؤخذ به، فقال: لا يحرم الرضاع أقل من يوم وليله أو خمس عشرة رضعه متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما رضعه امرأه غيرهما، فلو أن امرأه أرضعت غلاماً أو جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وأرضعتها امرأه أخرى من فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما»^(١) وقيد متواليات، وإن كان لتمييز العدد كما هو صريح تفسير الذيل أيضاً، إلا أن

ص: ١٠٣

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٢، ح ١.

الظاهر من «يوم وليه» كونه تقدير عدل تقدير العدد، وأنه يستوفيه كعلامه زمانيه مع عدم ضبط العدد، وإلّا فمع ضبطه يُكتفى به ولو لم يستوف القدر الزمنى، لا سيما وأن العدد قد علل بأنه يدور مدار الإنبات وشد العظم، أى إن الموضوع الأصلي هو الأثر، غايه الأمر أن التقديرين علامه له، هذا مع استفاده ذلك من مثل صحيح عبد الرحمن بن أبى عبدالله عن أبى عبدالله (عليه السلام)، ومثله مصحح الفضيل بن يسار أنه: «لا يحرم من الرضاع إلّا ما كان مخبوراً قلت، وما المخبور؟ قال: أم مرييه أو أم تربي أو ظئر تستأجر أو خادم تشتري أو ما كان دون ذلك موقوفاً عليه» ومثلها معتبره موسى بن بكر الواسطى (1) والتعبير فى الثانيه «مقيمه عليه»، والإقامه والوقوف عليه امتداد بلحاظ العدد والزمن كليهما، لا سيما وأن التعبير بالموثقه بأن الرضاع من امرأه أخرى يوصف بأنه فاصل بينهما، أى أن حكم الرضاع من امرأه أخرى هادم لما تحقّق من المرأه الأولى، ثم إن الفصل هل يتحقّق برضاع امرأه أخرى من لبن فحل آخر أو بمطلق المرأه الأخرى ولو بلبن الفحل نفسه؟ ظاهر جملة من الكلمات الثانيه.

وبعباره أخرى: هل يشترط فى تحقّق الرضاع المحرم كلّ من وحده الفحل ووحده المرضعه أو يكتفى بوحده الفحل، وإن تعددت المرضعه ما دام الفحل واحداً، كما هو الحال فى المرتضعين، فإنه يكفى فى نشر الحرمة بينهما وحده الفحل وصاحب اللبن وإن ارتضعا كلّ منهما من امرأه؟ لا يبعد الاكتفاء بوحده الفحل فى المرتضع الواحد أيضاً وذلك؛ لأن التعبير فى

ص: ١٠٤

١- (١) وسائل الشيعة، باب ٢، من أبواب ما يحرم بالرضاع، ح ٨.

موثقه زياد بن سوقه، وإن كان بوحده كل من الفحل والمرأه المرضعه، إلا أن الذيل المفسر للصدر جعل تعدد الفحل وتعدد المرأه من جهة تعدد الفحل هو العادم لتحقيق الشرط، فكأن المدار على وحده الفحل لا على وحده المرأه المرضعه.

و يشهد لإرادته وحده الفحل فقط أن هذا التقييد بوحده الفحل ووحده المرأه قد ورد نظيره في الصحاح والمعتبرات الوارده في تحريم المرتضعين فيما بينهما، مع أن المراد ثمة هو وحده الفحل فقط لا وحده المرضعه، كما هو متفق عليه فتوى، ودلت عليه نصوص مفسره كما في موثقه جميل بن دراج (١). فلاحظ مثل صحيح الحلبي قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يرضع من امرأه وهو غلام أيحل أن يتزوج أختها لأنها من الرضاعه؟ فقال: إن كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحل واحد فلا يحل، فإن كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحلين فلا بأس بذلك» (٢).

فترى أن التقييد بالوحده لكل من المرأه والفحل، مع أن التقييد الجدى إنما هو بلحاظ الفحل دون المرأه.

ونظيرها موثق عمار الساباطى الوارده في المرتضعين أيضاً قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن غلام رضع من امرأه أيحل له أن يتزوج أختها لأنها من الرضاعه؟ فقال: لا فقد رضعا جميعاً من لبن فحل واحد من امرأه

ص: ١٠٥

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ١٥، ح ٣.

٢- (٢) وسائل، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٦، ح ٣.

واحد»(١)، فالتعبير في الموثقة أيضاً يقيد به كل من الفحل والمرأه، مع أن المدار في التحريم هو على وحده الفحل في المرتضعين، وذلك لدلاله روايات متعدده على أن سبب التحريم في الرضاع يدور مدار اتحاد لبن الفحل، كما في صحيح بريد العجلي(٢) وموثق سماعه(٣) وصحيح ابن أبي نصر(٤)، فبعد وحده استعمال التعبير في المرتضعين في كيفية نشر الحرمة بينهما مع التعبير الوارد في المرتضع الواحد في نشر الحرمة بينه وبين الفحل، يتضح وحده المراد وأن التعبير بوحده المرأه توطئه لبيان وحده الفحل، ويظهر ذلك من كيفية التنسيق بين ذيل موثقه زياد بن سوجه وصدرها.

بل قد استظهر ذلك من صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر(عليه السلام) أو أبي عبدالله(عليه السلام) قال: «إذا رضع الغلام من نساء شتى وكان ذلك عدّه أو نبت لحمه ودمه عليه حرم عليه بناتهن كلهن»(٥) ويظهر ذلك من الوسائل، حيث ذكر الروايه في باب حرمة أولاد الفحل مع المرتضع مع اتحاد الفحل.

وعلى أى تقدير فإن فرض اختلاف النساء وأنه منشأ البيان للحكم لا يخلو من دلالة، لا سيما وأن التحريم قد فرض مع بناتهن لا مع النساء أنفسهن، مما يقضى بأن التحريم قد تحقّق من طرف الفحل والأبوه وبناته لا من جهه الأمومه.

ص: ١٠٦

- ١- (١) المصدر، باب ٦، ح ٢.
- ٢- (٢) المصدر، باب ٦، ح ١.
- ٣- (٣) المصدر، باب ٦، ح ٦.
- ٤- (٤) المصدر، باب ٦، ح ٧.
- ٥- (٥) المصدر، باب ٣، ح ٣.

ثم إنه لو بنى على الاكتفاء بوحده الفحل فتحصل الأبوه بين المرتضع والفحل، وهل تحصل الأمومه بين المرتضع والنسوه الشتى للفحل؟ فلو بنى على ما استظهر في صحيح محمد بن مسلم كان مقتضاه الحرمة من طرف الفحل فقط، وصريح القواعد قيديه وحده كل من الفحل والمرضعه في تحقّق نصاب الرضاع للمرتضع، وعلّق عليه كاشف اللثام بما يشعر أن هذا متسالم عندنا خلافاً للعامة، وكذلك الكركى، وظاهر صاحب الحدائق دعوى الإجماع عليه عندنا، وعلله بتلازم انتفاء الأبوه لانتفاء الأمومه، واستدلوا له أيضاً بموثقه زياد، وقد عرفت التأمل في ظهورها في ذلك.

هذا مضافاً إلى أن المقنع والمقنعه لم يتعرّضا لذلك، نعم تعرّض له الشيخ في المبسوط والنهايه وابن إدريس في السرائر، ولكن عبارتهم مطلقه فلم يصرح فيهما بما إذا اتحد الفحل، والمسأله لا تخلو من إشكال، فالاحتياط متعين.

ثم إنه لا يخفى أن استقلال التأثير لا تختص شرطيته بالأثر، بل كذلك في التقدير بالعدد والزمان؛ وذلك بعد أن عرفت إن التقدير بالأمرين علامه على الإنبات والشّد، مضافاً إلى تعليل التقدير في بقيه شرائطه أنه مع عدمها لا يثبت، فما في ظاهر جملة من العبارات من اختصاص هذا الشرط بالأثر دون التقدير لا يخفى ما فيه.

الشرط الثالث: اتحاد الفحل:

اتحاد الفحل بأن يكون تمام العدد من لبن فحل واحد، فقد ظهر اعتباره من موثقه زياد بن سوجه، مضافاً إلى أن ما دل على شرطيه اتحاد الفحل في نشر الحرمة بين المرتضعين لا يخلو عن دلالة من نمط دلالة

فرع:

قال السيد اليزدى: (لو شك في وقوع الرضاع أو في حصول بعض شروطه من الكمية أو الكيفية بنى على العدم. نعم يشكل فيما لو علم بوقوع الرضاع بشروطه ولم يعلم بوقوعه في الحولين أو بعدهما وعلم تاريخ الرضاع وجهل تاريخ ولاده المرتضع، فحينئذ لا يترك الاحتياط)(١).

لما هو مقتضى القاعده من أصله العدم بعد كون أصل الرضاع وشروطه عناوين وجوديه، مضافاً إلى ما في معتبره أبي يحيى الحنات، قال: «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): إن ابني وابنه أخى فى حجرى، فأردت أن أزوجهما إياه، فقال بعض أهلى: إنا قد أرضعناهما، فقال: كم؟ قلت: ما أدرى، قال فأدارنى (فأرادنى) على أن أوقت، قال: قلت: ما أدرى قال: فقال: زوجه»(٢).

أما لو كان الشك فى انقضاء الحولين فمع كونهما مجهولى التاريخ أو الجهل بتاريخ الرضاع فلا يحرز موضوع الحرمة، وأما مع العلم بتاريخ الرضاع والجهل بانقضاء الحولين، فمقتضى بقاء استصحابهما إحراز الموضوع، لا سيما وأن الموضوع بنحو التركيب للظرفيه، فالاحتياط متعين كما أفاد فى المتن.

ص: ١٠٨

١- (١) العروه الوثقى، كتاب النكاح، شروط الرضاع، مسأله ٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ١١ ح ١.

الفائدة الأولى: فى الشهاده والإقرار فى الموضوعات المختلفه:

حكى فى الحدائق الاتفاق على لزوم التفصيل، وهو مطرد عندهم فى الأبواب فى الموضوعات التى يكتر فيها الاختلاف، فإن الشهاده المجمله لا تكون كاشفه عن تحقّق الموضوع لدى المشهود له بعد عدم علمه بوفاق الشاهد معه فى الشهود، نعم فيما علم الوفاق أو فيما كانت بعض الشروط متفقاً عليها لا حاجه إلى التفصيل.

و أما الإقرار فلا يشترط فيه التفصيل، لا لما قاله النراقى فى المستند من عموم نفوذ الإقرار، بل لأن الإقرار إنما يقر بها المقر بما هو وظيفه لنفسه، لا بما هى وظائف الآخرين، وهذا مطرد فى الإقرار فى الموضوعات المختلف فيها.

الفائدة الثانية: قبول شهاده النساء فى الرضاع:

نسب ذلك إلى المشهور، وعن ابنى إدريس وسعيد وبعض كتب الشيخ والعلامه عدم قبول شهادتهن.

وحكى عن ابن أبى عقيل وسلار قبول المرأه الواحده، ولو من دون ضروره، وعن المفيد وسلار أيضاً قبول المرأتين فى حال الضروره، وإلا فامرأه واحد موثوقه مأمونه.

والأصل فى الشهاده هى البيئه، وهى الرجلان العادلان أو ما يقوم مقامهما بالدليل، وقد وردت عمومات فى أبواب الشهادات أن ما يختص بالنساء فيعتبر فيه شهادتهما. كصحيح محمد بن فضيل قال: «سألت أبا

الحسن الرضا(عليه السلام)، قلت له: تجوز شهادة النساء في نكاح أو طلاق أو رجم؟ قال: تجوز شهادة النساء فيما لا تستطيع الرجال أن ينظروا إليه وليس معهن رجل، وتجاوز شهادتهن في النكاح إذا كان معهن رجل»(١).

و في موثق ابن بكير عن أبي عبدالله(عليه السلام) قال: «تجوز شهادة النساء في العذرة وكل عيب لا يراه الرجل»(٢) وفي معتبره أبي بصير قال: «سألته عن شهادة النساء، فقال: تجوز شهادة النساء وحدهن على ما لا يستطيع الرجال النظر إليه»(٣) ومثلها روايه إبراهيم الحارثي(٤) وموثقه السكوني(٥) ومصحح داود بن سرحان(٦) ومعتبره محمد بن سنان. وأما ما ورد من اعتبار قول المرأة وثبوت الشيء بنسبه شهادتها كما في الوصيه والاستهلال لإرث الصبي أو الدين، فإن ذلك إنما ورد في المال(٧).

و أما ما في روايه عبد الكريم بن أبي يعفور عن أبي جعفر(عليه السلام) قال: «تقبل شهادة المرأة والنسوه إذا كن مستورات من أهل البيوتات، معروفات بالستر والعفاف، مطيعات للأزواج تاركات للبذاء والتبرج إلى الرجال في أنديتهم»(٨)، فليست هي في صدد بيان مورد حجيه المرأة الواحدة، وإنما

ص: ١١٠

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢٧، ص ٣٥٢، باب ٢٤، من أبواب الشهادات، ح ٧.

٢- (٢) المصدر، باب شهادات النساء، باب ٢٤، ح ٩.

٣- (٣) المصدر، ح ٤.

٤- (٤) المصدر، ح ٥.

٥- (٥) المصدر، ح ١٣.

٦- (٦) المصدر، ح ١٢.

٧- (٧) المصدر، ح ١٥.

٨- (٨) المصدر، باب ٤١، ح ٢٠.

هى فى صدد الشرائط المعتره فى المرأه التى تقبل شهادتها، لا فى صدد بيان موارد قبول شهادتها، وعلى ذلك يكون المقدار المعتره هو أربعة نسوه، ثم إن فى صحيح الحلبي عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن امرأه تزعم أنها أرضعت المرأه والغلام، ثم تنكر بعد ذلك، فقال: تصدق إذا أنكرت ذلك؟ قلت: فإنها قالت وادعت بعد بأنى قد أرضعتها؟ قال: لا تصدق ولا تنعم» (١).

وروايه صالح بن عبدالله الخثعمي، قال: «كتبت إلى أبى الحسن موسى (عليه السلام) أسأله عن أم ولد لى ذكرت أنها أرضعت لى جاريه، قال: لا تقبل قولها ولا تصدقها» (٢)، هذا فى طريق قرب الإسناد، وفى طريق الكليني تضمن وصف أم الولد بأنها صدوق، وفى الموثق إلى عبدالله بن بكير عن بعض أصحابنا عن أبى عبدالله (عليه السلام): «فى امرأه أرضعت غلاماً وجاريه قال: يعلم ذلك غيرها؟ قال: لا، قال: فقال: لا تصدق إن لم يكن غيرها» (٣) والروايه الأخيره مفادها داعم لعدم قبول شهاده المرأه منفرده فى الرضاع، وأما روايه صالح بن عبدالله الخثعمي فالظاهر كون المرأه متهمه لكونها أم ولد له. وأما صحيح الحلبي فموردها الشهاده بعد الإنكار، فيسقط القول من رأس عن الاعتبار.

ص: ١١١

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ١٢، ح ١.

٢- (٢) المصدر، ح ٤.

٣- (٣) المصدر، ح ٣.

ذكر الفقهاء ومنهم السيد اليزدى (١) صوراً فى أحكام الرضاع منها:

الصورة الأولى: حواشى الأصول من الرضاع بمنزله ما يكون من النسب، وهى عبارته عن علاقته موازیه علاقته الطولیه.

الصورة الثانية: علاقته الموازیه عرضاً لا تثبت بالرضاع كما فى أبى المرتضی مع عمات ابنه المرتضی من الرضاعه أو مع خثولته، بخلاف أخواته من الرضاعه وهم أولاد الفحل من الرضاعه والنسب وأولاد المرضعه، فإن هذه العلاقة تثبت بالنص الخاص.

الصورة الثالثة: تحريم الرضاع ما يكون بعلقه النسب مباشره.

الصورة الرابعة: تحريم الرضاع ما یترامى بالنسب طولاً فىكون الرضاع لحمه واصله وحلقه رابطته كحلقه النسب، فىحرم ما ارتبط بها مباشره كالصوره السابقه، وما ارتبط بها بالواسطه كهذه الصوره.

الصورة الخامسة: تحريم الرضاع لما یترامى من طبقات بالرضاع أيضاً طولاً كأبيه من الرضاع له أب من الرضاع.

الصورة السادسة: العناوين السبعه والعناوين المحرمه بالمصاهره إذا

ص: ١١٣

حصلت بسبب الرضاع كان محرماً، أما العناوين غير السبعة إذا لازمت العناوين السبعة في النسب وحصلت تلك العناوين الأخرى بالرضاع، فهل تسبب حصول العناوين السبعة الملازمه لها أم لا؟ مبني على الخلاف في عموم منزله النسب.

عموم قاعده التنزيل السببي:

إشاره

يوجد في المقام عدّه تقريبات لعموم قاعده التنزيل السببي، وهي كالتالي:

التقريب الأول:

و يقع البحث في جهات:

الجهة الأولى: معنى «ما» في قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ما معنى «ما» الموصول في قوله صلى الله عليه و آله : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١).

الجهة الثانية: عموم الحرمة فيما لو كان النسب جزء السبب للحرمة.

الجهة الثالثة: عدم اختصاص التنزيل بالدائم.

الجهة الرابعة: عدم شمول الحرمة لغير النكاح

الإشارة إلى ما ورد من الروايات في هذا المجال:

في مستهلّ البحث لا بدّ من الإشارة إلى ما ورد من الروايات في هذا

ص: ١١٤

١- (١) الكافي، ج ٥، ص ٤٣٧، باب الرضاع، ح ٢.

المجال، فمن ذلك ما جاء في صحيحه أيوب بن نوح قال: «كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن (عليه السلام): امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوز أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب (عليه السلام): لا يجوز ذلك» لأن ولدها - ولد المرضعه - قد صار بمنزله ولدك - أي أبو المرتضع - (١) وفي نسخة الوسائل

«لا- يجوز ذلك لك لأن ولدها صارت بمنزله ولدك» فهل المراد من تنزِيل ولدها بمنزله ولدك تنزِيل الملازمات النسبية للنسب، مع أن هذا التلازم في باب النسب الحقيقي غير متحقق دائماً فكيف بالرضاع؟ لأن إخوة الولد في النسب ليس من الضروري أن يكونوا أولاداً للأب، وإن أريد التنزِيل بلحاظ العناوين السببية، حيث إن أخوات الولد ربائب لزوجته، وهذا التنزِيل في الواقع بلحاظ العناوين السببية للنسب.

و كذا ما جاء في صحيحه علي بن مهزيار قال: «سأل عيسى بن جعفر بن عيسى أبا جعفر الثاني (عليه السلام): إن امرأة أرضعت لي صبياً فهل يحل لي أن أتزوج ابنه زوجها؟ فقال لي: ما أجود ما سألت، من هاهنا يؤتى أن يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل، هذا هو لبن الفحل لا- غير. فقلت له: الجارية ليست ابنه المرأة التي أرضعت لي، هي ابنه غيرها؟ فقال: لو كن عشرًا متفرقات ما حلّ لك شيء منهن وكنّ في موضع بناتك» (٢).

و التنزِيل (كن في موضع بناتك) لا يقتضيه النسب الحقيقي؛ لأن

ص: ١١٥

١- (١) الفقيه، ج ٣، ص ٤٧٦، باب الرضاع، ح ٨.

٢- (٢) الوسائل، ج ٢٠، ص ٣٩٢، باب ما يحرم من الرضاع، باب ٦، ح ١٠.

أخوات الابن لأمه ربائب فهن محرمات بالسبب لا بالنسب، وأما على تقدير بنوّه بنات الفحل من جهة أنهن بنات زوجات أبو ابنه من الرضاع، فهو لا يقتضى التحريم مع أنه تحريم سببياً أيضاً.

والحاصل: إن التنزيل فى هاتين الصحيحتين لسانه التحريم بعناوين النسب، أى التنزيل بلحاظ الملازمات النسبيه للنسب وهو غير متصور فى النسب الحقيقى كى يكون من تنزيل الرضاع منزله النسب، فلا محاله يكون هذا التنزيل تنزيلاً نسبياً تعبدياً، لا من باب تنزيل الرضاع منزله النسب فى العناوين الملازمه. وقد ضبط فى كلمات بعض متأخرى المتأخرين مذهب المشهور بأنه يحرم الفحل والمرضعه وأصولهما وحواشيهما على المرتضع وفروعه دون أصوله وحواشيه، وذلك فى المحرمات السبع النسبيه.

فالمحور فى الرضاع أربعة: المرتضع والمرضعه وصاحب اللبن وأبى المرتضع. والبحث تاره فى حكم العلاقه بين الأربعة، وأخرى فى الأصول لهم والفروع، وثالثه فى حواشى الأصول والفروع، ورابعه فى العناوين اللازمه لتلك العلائق، كما أن العلائق تاره نسبيه وأخرى رضاعيه متراميه.

الأقوال فى عموم القاعده:

ممن ذهب إلى عموم المنزله أى الشمول إلى إثبات العناوين الملازمه لعناوين النسب وتنزيل الرضاع بالتالى بلحاظ ذلك، ما نسب إلى صريح ابن حمزه وظاهر الشيخ فى النهايه والخلاف؛ بخلاف المبسوط وكذا نسب عموم المنزله إلى السبزوارى فى الكفايه والميرداماد والشيخ الأنصارى، وتوقف العلامه الحلى فى ذلك.

كما أن المشهور في غير العناوين الملازمه، يبنون على عموم العلاقة في الأصول والفروع أعم من كونها نسبيه أم رضاعيه.

أما الطبرسي فقد ذهب إلى عدم اشتراط وحده الفحل في التحريم للرضاع. وقد حكى عن العلامة في القواعد والمحقق الثاني في جامع المقاصد الاقتصار على العلاقة النسبيه دون ترامى الرضاعيه، بدعوى عدم وحده الفحل مع ترامى الرضاع.

وعن الخلاف أنه ذهب إلى تحريم إخوه المرتضع بالرضاع على إخوته بالنسب، وفي المبسوط كما حكى عنه جواز نكاح أبي المرتضع في أولاد الفحل، معللاً ذلك بأن إخوه الابن لا يحرم من إلا من جهه كونهن بناته أو ربائبه لا من جهه اخوته لابنه، وشيء من هذه العناوين لا يوجد.

إلا أن صاحب الحقائق خطأ نسبه القول إلى الشيخ في المبسوط، وحكى أن الموجود هو جواز نكاح الفحل بأولاد أبي المرتضع، وهذا هو الذي وجدناه من عباره المبسوط، فقال: «فإن أرضع المولود - من لبن الفحل والمرضعه - ثبتت حرمة بينهما وانتشرت منه إليهما ومنهما إليه، فأما منه إليهما فإن التحريم تعلق به وبنسله، ولده الذكور والإناث دون من هو في طبقته من أخواته أو إخوته أو أعلى منه ومن آبائه وأمهاته فيحل لأخيه ولأبيه أن يتزوج لهذه المرضع وهذا الفحل».

هل يعم البحث بلحاظ الأحكام في سائر الأبواب على عموم طبيعه النسب أو بعض أصناف النسب أو مجرد حرمة النكاح؟

هنا احتمالات ثلاثه، وبقية الأحكام (نظير الإرث والتسميه في

النسب وكالحكم في باب الزكاه والخمس المترتب على الصنف الخاص من الطيعه وكذلك في باب الربا والنفقه وسائر الأحكام كالولاية، لا سيما على من يذهب إلى أن «ما» هنا مصدرية وليست موصولة).

ظاهر جملة من النصوص (1) الآتية العموم لكل حرمة للأبواب الأخر.

نكته في المعنى المراد من عموم التنزيل وتطبيقه لإثبات العناوين الملازمه ومعنى ذلك أنه يثبت عناوين نسبيه ملازمه لا عناوين سببيه؛ لأنه يقوم مقام النسب ولا يقوم مقام السبب والمصاهره، غايه الأمر أن العنوان الملازم السببي قد لا يكون هو بنفسه موضوع للتحريم وإنما السبب لنسب هو الموضوع للتحريم.

وهنا قد يتراءى أن الرضاع بناء على عموم التنزيل يثبت التحريم، لكن لا لأجل أنه يقوم مقام السبب والمصاهره، بل يقوم مقام النسب الذي قد أضيف إليه السبب، أي أنه لا بدّ من فرض سبب موجود لنسب موجود يقوم الرضاع مقام النسب المضاف إليه السبب، ففي موارد تطبيق عموم التنزيل في العناوين الملازمه فيما إذا كان موضوع التحريم هو السبب، فلا بدّ أولاً من تعيين الأصل النسبي الذي يضاف إليه سبب موجود وهو موضوع الحرمة، ثم يكون مفاد الرضاع بناءً على عموم التنزيل يثبت النسب الذي هو عنوان ملازم، فيدرج العلقه الرضاعيه في النسب الذي له سبب موجود، وعلى ضوء ذلك أي على مبنى عموم

ص: ١١٨

١- (١) وسائل الشيعه، ج ١٤، ص ٣١٧ و ج ١٦ ص ١٣.

التنزيل، فما استشكل فيه السيد الخوئي في جملة من الصور(١)، من عدم جريان عموم التنزيل مندفع، ومن تلك الصور:

الصورة الأولى: عدم حرمة المرضعه لجدته لأبيه، حيث قال: لا تحرم المرضعه على أصول المرتضع ... وأما جده لأبيه فلأنها إنما تصير بالرضاع أمًّا لولد ابنه وأم ولد الابن إنما تحرم على الشخص؛ لأنها زوجه ابنه والزوجه لا تتحقق بالرضاع؛ لأن الرضاع يقوم مقام النسب، ولا يقوم مقام المصاهرة(٢).

ووجه الاندفاع: إن المرتضع له أم نسبية وهي متزوجه بأبيه وهي محرمة على جده لأبيه؛ لأنها حليته ابنه، وإذا افترضنا أن الرضاع يثبت العناوين النسبية اللازمه بناءً على عموم التنزيل؛ فإن أمه الرضاعية تكون بمنزلة أمه النسبية والتي قد فرض أن الزوجية متحققه بالإضافة إليها، فالمورد مشمول لعموم التنزيل بناءً على القول به.

الصورة الثانية: عدم حرمة جده المرتضع على الفحل، قال السيد الخوئي: «وأما جدته لأمه، فلأن جده الولد لأمه إنما تحرم في النسب لكونها أم الزوجه، والرضاع لا يقوم مقام المصاهرة»(٣).

وجوابه: إن الصحيح أن يقال أن هذه الصورة لو أريد منها تحريم جده المرتضع نسيباً، فلا بد من فرض تنزيلها منزله جده المرتضع من

ص: ١١٩

١- (١) بحث في الرضاع، ص ٥٥.

٢- (٢) رساله في الرضاع، ص ٥٥.

٣- (٣) رساله في الرضاع، ص ٥٧.

الرضاع، أى أم المرضعه؛ لأن أم المرضعه تحرم على الفحل؛ لأنها أم زوجته، فاللائم من التحريم فى المقام هو تنزيل نسب المرتضع منزله رضاعيه، وهذا لا يتكفله الدليل؛ لأن التنزيل الذى هو فى الدليل هو تنزيل الرضاع منزله النسب لا العكس.

الصورة الثالثة: لا تحرم أخت المرضعه وخالتها وعمتها، فقد يقال بعدم حرمتها؛ لأن عموم التنزيل لا يقتضى تنزيل السبب، فلا تقتضى زوجه المرضعه كى تكون أختها أخت الزوجه ولا- خاله الزوجه ولا- عمتها كذلك، لكن قد يقال إن المرضعه أم رضاعيه تنزل منزله الأم النسبيه، والأم النسبيه زوجه فتحرم أخت المرضعه؛ لكونها أخت الزوجه.

إلا أنه قد يחדش فى ذلك بأن تنزيل المرضعه منزله الأم النسبيه لا يقتضى تنزيل أختها منزله الأخت للأم النسبيه، فلا يكون من الجمع بين الأختين إلا أن يلتزم بعموم التنزيل للعناوين المتلازمه ولو المتراميه.

الصورة الرابعه: حرمه أم المرضعه على أبى المرتضع فالصحيح إنها تحرم على أب المرتضع بناءً على عموم التنزيل للعناوين الملازمه؛ وذلك لأن المرضعه تنزل منزله الأم النسبيه وهى زوجه فتكون أمها كأم الأم النسبيه.

الصورة الخامسه: حرمه أم الفحل وأخته وخالته وعمته على أبى المرتضع، فقيل إنهن يحرمن على أبى المرتضع بناءً على عموم التنزيل، وهذا فى غير محله؛ لأن اللازم فى المقام تنزيل النسب منزله الرضاع، أى تنزيل أبى المرتضع النسبى منزله الفحل وهو الأب الرضاعى؛ ليأخذ الأب النسبى منزله الأب الرضاعى، مع أن مفاد قاعده الرضاع هو اكتساب وأخذ لحمه الرضاع أحكام لحمه النسب لا العكس؛ وذلك لأن الأصل فى التنزيل أو

التشبيه هو أن يأخذ المنزل والمشبه أحكام المنزل عليه والمشبه به، وهو ما يقال عنه محط التنزيل أو وجه الشبه، فلا بد من فرض أحكام مقررته ثابتة للمنزل عليه والمشبه به يتوصل إلى إثباتها وتعديتها إلى المنزل والمشبه بتوسط التنزيل والتشبيه ولا يكون العكس. ومن ثم لا يكتسب الأسد أوصاف زيد وحالاته، فيقال إن الأسد يركب السياره ويلبس الثوب ونحوه.

الصورة السادسة: حرمة أم المرتضع على أولاد الفحل بناءً على عموم التنزيل إلّا أنه قد عرفت ضعف العموم.

الصورة السابعة: آباء المرتضع وإن علوا، سواء كانوا رضاعيين أم نسيبين هل يحرمون على أولاد الفحل؟ استظهر صاحب الجواهر عموم التحريم.

الصورة الثامنة: حرمة المرضعه على زوجها الفحل إذا أرضعت بلبنه أخاها أو أختها أو ابن أخيها أو ابن أختها أو ولد أختها أو عمها أو عمتها أو خالها أو خالتها أو ولد عمها أو ولد عمتها أو عم الزوج أو عمته أو خال الزوج أو خالته أو ولد أخ الزوج أو عم الزوج أو عمته أو خالته، وتفصيل ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: إرضاعها أخيها أو أختها، فتكون هي بنت زوجها، فهي أماً أو بنتاً أو ربيبه بناءً على عموم المنزل.

الفرع الثاني: إرضاع المرضعه ولد أخيها أو ولد أختها، فيكون الفحل أخيها.

الفرع الثالث: إرضاع المرضعه عمها أو عمتها أو خالها أو خالتها،

فيكون الفحل جدًّا لها بناءً على عموم المنزله للعناوين النسبيه والسبييه.

الفرع الرابع: إرضاع المرضعه ولد عمها أو عمتها أو ولد خالها أو خالتها.

الفرع الخامس: إرضاعها لأخ زوجها أو أخته، فتكون أم لأخيه وأخته، فتكون منكوحهً لأبيه، أو أمًّا له بناءً على عموم المنزله.

الفرع السادس: لو أرضعت ولد ولد الزوج أو ولد أخ الزوج، فتكون بمثابة بنته أو حليله ابنه أو زوجته أخيه.

و في صوره ولد أخ الزوج، فإن هذه الصوره لا يتوهم فيها الحرمة ولو على التعميم، إذ أن أم ولد أخيها لا تحرم على الفحل.

الفرع السابع: لو أرضعت المرضعه عم الزوج أو عمته أو خاله أو خالتها، فتكون أم وجدّه للفحل.

الفرع الثامن: لو أرضعت المرضعه ولد ولد زوجة الفحل الأخرى، فتكون إما بنتاً له أو حليله ابنه.

و الضابطه في الأشكال في هذه الصوره متوقفه على القول بالعموم، وهو أن العلاقه وإن كانت في بعض حلقاتها طوليه، إلّا أن في البعض الآخر عرضيه أو قهقرية فتحتاج لعموم القاعده.

تحقيق في عموم القاعده:

إن ظاهر قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب - سواء جعلت «ما» موصوله أم مصدرية - هو ملاحظه المحرمات السبعه من النسب،

وأما العناوين التي قد تحرم تاره ولا تحرم أخرى فلا يصح أن يكون التنزيل بلحاظها، لا سيما وأن سبب التحريم حينئذ ليس هو النسب وإنما هو المصاهره، فإن مفاد هذا اللسان ليس تنزيل الرضاع منزله النسب مطلقاً، وإنما هو تنزيل على ما يحرم بالنسب، أى فى الموارد التي يكون النسب موجباً للحرمة، ومن المعلوم أن النسب لا يوجب الحرمة إلا للعناوين السبعه، أما العناوين النسبيه الأخرى فهي لا- توجب الحرمة من حيث هي هي، بل قد تتفق وتقارن العناوين السبعه وقد تنفك عنها، فتقارن عناوين موجه للحرمة، إلا أنها ليست عناوين نسيه، بل عناوين محرمة بالمصاهره.

التقريب الثانى:

هذا كله لو أريد تنزيل الرضاع نفسه منزله النسب، أما لو أريد جعل أولاد المرضعه وأولاد الفحل أولاداً لأبى المرتضع ابتداءً، فيقتضى ذلك أن ما ترامى من أصول المرتضع وحواشيه حرام على الفحل والمرضعه أيضاً، كما أن أبا المرتضع يحرم عليه ما يحرم على الفحل، ولكن هذا كله بناء على جعل العلقه بين أبى المرتضع وأولاد الفحل والمرضعه من غير ناحيه سببيه الرضاع، وإلا فاللازم انطلاق علقه أبى المرتضع من علقه المرتضع مع الفحل والمرضعه، التي هي علقه رضاعيه.

وقد استدل الشيخ الطوسى بالصحيحين، حيث نزلتا أولاد الفحل وبنات المرضعه بمنزله ولده وبناته على التحريم فى مسأله نكاح أولاد أبى المرتضع ممن هم أخوه المرتضع فى أولاد الفحل والمرضعه، حيث إن لازم كون أولاد الفحل والمرضعه أولاداً لأبى المرتضع هو كونهم إخواناً لولده، أى كون أولاد الفحل والمرضعه إخواناً لإخوه المرتضع من أبيه النسبى.

وهذا التقريب الذى ذكره الشيخ وإن لم يرد عليه إشكال ابن إدريس، حيث قال: «إن أخت الأخ لا تحرم على الأخ فى النسب مطلقاً إذا لم تكن أختاً لأم أو لأب، فكيف بأخت الأخ من الرضاع»، ووجه اندفاع اشكال ابن إدريس على الشيخ، إن الشيخ لم يستدل بمطلق الأخوه بين أخت الأخ والأخ الآخر وإنما استدل من جهة أن أولاد الفحل والمرضعه أولاداً لأبى المرتضع بالرضاع، فيحرم ولده بالنسب على ولده بالرضاع؛ لكون الأخوه حينئذ من الأب.

إلما أن الذى يرد على تقريب الشيخ هو أنه مبنى على اعتبار علاقته بين أبى المرتضع وأولاد الفحل والمرضعه ابتداءً من غير توسط المرتضع ورضاعه، فحينئذ يصح ترامى الدلالة الالتزاميه وتلازم اعتبار النسب فى مورد آخر بالتلازم النسبى، أى بعد اعتبار علاقته بين أبى المرتضع وأولاد الفحل، والمرضعه تعتبر علاقته نسبيه أخرى بين أولاد أبى المرتضع وأولاد الفحل وهى الأخوه النسبيه.

ويصح ما يقال: إن عموم القاعده فى التلازم النسبى للنسب الملازم فيما يكون من العناوين السبعه أولى من عموم القاعده للملازم النسبى، الذى تكون حرمة من جهة المصاهره، أى من غير السبعه؛ لأن عموم القاعده للأول يتحفظ على سببيه النسب للتحريم بخلاف الثانى، غايه الأمر يكون التلازم النسبى ليس توالداً طويلاً وإنما هو تلازم عرضى، فمن ثم تكون دلاله لسان القاعده عليه من باب الدلالة الالتزاميه بين الأمرين العرضيين فى النسب، ومن ثم قيل إن دلاله القاعده عليه بالدلالة الالتزاميه، بخلاف ما يكون فى النسب الذى هو فى طول النسب الذى

مفاده مطابقى، فإن تقريره هو بمقتضى نفس المفاد المطابقى لا بالدلاله الالتزاميه.

وعلى أية تقدير فكلام الشيخ مبنى على اعتبار العلقه بين أبى المرتضع وأولاد الفحل والمرضعه، بجعل مبتدأ غير متفرع على علقه المرتضع بالرضاع مع الفحل والمرضعه. وقد مرّ أن ظاهر باب الرضاع وأحكامه مبتن على العلقه الرضاعيه الحاصله أولاً بين المرتضع والفحل والمرضعه، ومن ثم كان اعتبار العلقه بين أبى المرتضع وأولاد الفحل والمرضعه هى فى طول علقه المرتضع مع الفحل والمرضعه.

وحيث إنها ليس فى طولها حقيقه، بل هى فى عرضها، فلا محاله تكون تعبيديه يقتصر عليها فى ذلك المورد.

وقد يقال: ما المانع من الالتزام بعموم القاعده لكلّ من العناوين النسبيه السبعه، سواء كانت فى طول علقه المرتضع والفحل والمرضعه التى هى العلقه الأصليه، أم كانت فى عرضها، كما يلتزم بإطلاق القاعده لموارد العناوين السبعه من النسب ولموارد تحريم المصاهره؛ لأن النسب فيها جزء السبب، فسواء كان النسب تمام الموضوع للتحريم - كما فى العناوين السبعه - أو كان جزء السبب - كما فى العناوين المحرمه بالمصاهره - كما هو مفاد صحيح أبى عبيده قال: «سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: لا تنكح المرأه على عمتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاع»^(١) ويؤيد ذلك ما ورد

ص: ١٢٥

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ١٣، ح ١.

فى النصوص الصحىحه من تحريم بيع المرضعه المملوك»(١).

نعم لىس مقتضى العموم اقتضائه لإيجاد مصاهره غير حاصله، كما فى تحريم الفحل جدّه المرضع النسبىه، فما اشتهر من التعبير «إن الرضاع يحرم ما يحرم بالنسب ولا يحرم ما يحرم بالمصاهره» لا يستقيم، فإن فى موارد تحريم المصاهره، هو تحريم بالنسب أيضاً لأخذ العلقه النسبىه فى العناوين المحرمه بالمصاهره، وقد التزموا بتحريم الجمع بين الأختين من الرضاع كما دل عليه النص السابق وكذلك بقيه العناوين المحرمه من المصاهره، إذا كان النسب الذى فى تلك العناوين حصل بالرضاعه - كما دل عليه النص السابق - ويدل عليه إطلاق ما يحرم من النسب فى القاعده الشامل لما لو كان النسب تمام الموضوع أو جزء الموضوع. والمقابله بين المحرم بالمصاهره والمحرم بالنسب من اصطلاح الفقهاء، وقد ورد فى بعض الروايات وهو بلحاظ المقابله بين الموارد التى تكون فيها المصاهره دخل فى التحريم بضميمه النسب، مع موارد تماميه سببىه النسب للتحريم. وما ذكره من أمثله عدم تحريم الرضاع لما يحرم بالمصاهره مرادهم منها أن الرضاع لا ينزل منزله النكاح فى حاله عدم وقوع النكاح لا موارد ما لو وقع النكاح، فإن الرضاع حينئذ ينزل منزله النسب المأخوذ فى موضوع التحريم بالمصاهره.

وقد يشكل على التلازم العرضى بالنص الوارد فى جواز تزويج أخت الأخ من الرضاع، كما فى معتبره يونس بن يعقوب قال: «سألت أبا عبدالله(عليه السلام) عن امرأه أرضعتى وأرضعت صبياً معى ولذلك الصبى أخ

ص: ١٢٤

١- (١) المصدر، أبواب العتق، باب ٨، وأبواب بيع الحيوان، باب ٤.

من أبيه وأمه، فيحل لى أن أتزوج ابنته؟ قال: لا بأس» (١).

لكن مورد الروايه ليس بالتلازم العرضى، وذلك لأن أولاد أبى المرتضع إخوتهم لأولاد الفحل ولو بالرضاعه هى فى المرتبه الطولى؛ لأن الأخوه فرع أبوه أبى المرتضع لأولاد الفحل، والمفروض أن فى موارد النسب الطولى يلتزمون بعموم القاعده.

إلا أن هذا الإشكال مبنى على أن هذه العلقه بين أبى المرتضع وأولاد الفحل هى علقه مجعوله ابتداءً، وأما بناءً على أنها مجعوله فى طول العلقه بين المرتضع والفحل، فلا محاله تكون هذه العلقه بين أبى المرتضع وأولاد الفحل علقه تعبديه يقتصر عليها.

نعم احتمال المحقق الكركى وغيره من معنى التعليل (كن فى موضع بناتك) (إن اخوته صاروا بمنزله أولادك) (هن - أى بنات الفحل من آخر لزوجته - بمنزله بنات أبى المرتضع) إنه بمعنى كون الأولاد من الطرفين هم من أب واحد، فيحرم على كل من أبى المرتضع والفحل على أولاد الآخر كما يحرم بعضهم على بعض؛ لحصول الأخوه.

وهذا المعنى وإن كان محتملاً إرادته من العبارة، إلا أن استفادته يحتاج إلى قرينه بخلاف ما إذا جعل التنزيل مقتصراً على أبى المرتضع فقط. نعم مَرَّ أن التعليل للحرمة يدل على العموميه فى الجملة والسعه أكثر من الحكم المعلل، وقد يعضد هذا التقريب بأن رضاع المرتضع من لبن الفحل يجعل أولاد الفحل إخوه له لأبيه، وإذا كانوا من المرضعه أيضاً فهم إخوته لأبيه

ص: ١٢٧

وأمه - كما قرر ذلك الشيخ الطوسي - وعلى ذلك تكون النسبه بين أبي المرتضع وأولاد الفحل؛ لأن إخوته إخوه ابنه لأبيه، وأخوه الابن لأبيهم هم أبناء، وهذا من التلازم العرضى أو التلازم فى الطوليه المعكوسه.

كما أن أولاد المرضعه إخوه لابنه من الأم.

التقريب الثالث:

أن يقال فى أن المراد فى لفظ القاعده من كلمه (من) بمعنى (فى) أو أن تكون بيانیه لا نشويه بمعنى باء السببيه الذى هو، أحد الاحتمالات المتقدمه، فعلى احتمال الظرفيه أو البيانیه تكون (ما) موصوله ويراد منها الإفراد، فكل مورد حرم فى النسب ولو بالمصاهره، فإنه يحرم فى الرضاع، وهذا يقتضى تعميم لما يحرم بالمصاهره فى النسب.

وهذا التقريب يقتضى أن تحريم أولاد الفحل وأولاد المرضعه على أبى المرتضع هو بمقتضى عموم القاعده؛ لأنهم إخوه ولده وهم يحرمون فى النسب، أما بالنسب فيكون النصان الواردان فى أبى المرتضع فى تحريم نكاح أبى المرتضع لأولاد الفحل والمرضعه على القاعده، وعلى ذلك فيحرم أولاد المرتضع على الفحل والمرضعه بنفس التقريب، كما يقتضى تحريم جدوده المرتضع على المرضعه والفحل أيضاً. كما يقتضى تحريم جدوده أولاد الفحل والمرضعه على أبى المرتضع، وبالتالي فيتعين عموم المنزله لغيرها، الذى التزم به غير المشهور، ولكن يضعف هذا التقريب أن لفظ الحديث النبوى المروى عنهم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ولفظه (من) الأولى ظاهره بالانسباق فى النشويه ولا معنى لاحتمال البيانیه

فيها أو احتمال الظرفيه، في قبال النشويه وهو يقوى انسابك النشويه في (من) الثانيه.

و أما تفسير الروائين - صحيحه على بن مهزيار وأيوب بن نوح، فقد يقال: إن التعبير فيها (بمنزله) و(في موضع) هو في التنزيل بلحاظ التحريم بالمصاهره؛ لأن أخوات ابنه إما يحرم بالنسب عليه أو بالمصاهره؛ لأنهن ربائب زوجته، فتكون هاتان الصحيحتان تفيضان عموم للقاعده لتحريم بالمصاهره؛ إذ لا- حرمه للنسب في المقام، إذ أخت الابن ليس من العناوين السبعه النسبيه المحرمه، فيجعل مفادها حينئذ شاهده على أن المراد من لفظ (من) في لسان القاعده المنصوصه هو بالمعنى الظرفي، لا سيما وأن لسان هاتين الصحيحتين ليس مجرد التحريم، بل التعليل بالتنزيل.

التقريب الرابع:

صحيح على بن مهزيار ما عن ابن إدريس والعلامه في المختلف والشهيد في نكت الاعتقاد، من كون محط السؤال في صحيح بن مهزيار(١) هو عن الفحل لا- عن أبي المرتضع، فيكون تفسير الروايه كالتالي: (إن امرأه) أي: زوجته (أرضعت لي صبياً من غيره) والتعبير ب(لي) باعتبار أن اللبن له، وقول السائل فهل يحل لي أن أتزوج ابنه زوجها؟- أي ابنه أبي المرتضع الذي كان زوجاً لزوجته سابقاً، ويحمل قوله(عليه السلام): حرّمت عليه امرأته (بتشديد الراء في الفعل) أي: إن امرأته سببت التحريم عليه بسبب لبن الرجل الذي هو الفحل، حيث جعلت المرتضع ابناً له، وقول السائل

ص: ١٢٩

١- (١) الكافي، ج ٥، ص ٤٤٢، وسائل الشيعه، ج ٢، ص ٣٩٢ ط آل البيت.

(الجاريه ليست ابنه المرأه التي أرضعت لي هي ابنه غيرها) أى: ابنه أبى المرتضع من غير المرضعه التي هي زوجته سابقاً، وجوابه(عليه السلام): «لو كن عشراً متفرقات، ما حل لك شىء منهن وكن فى موضع بناتك» أى: بنات أبى المرتضع النسبىات لو كن عشراً «من نساء متفرقات» أى: بنات أبى المرتضع لو كن عشراً من نساء متفرقات ما حل لك - أى للفحل - شىء منهن وكن - أى بنات المرتضع وأخوات المرتضع من أبيه - فى موضع بناتك: أى الفحل. وهذا التأويل للروايه خلاف الظاهر جداً أو تكلف محوج كما لا يخفى على الناظر.

وقد يقرب أيضاً بأن الروايه وإن كانت فى مورد التحريم على أبى المرتضع فى أولاد الفحل، إلا أنه يتعدى إلى تحريم الفحل على أولاد أبى المرتضع وبالتالي على أمهات المرتضع، أى أم أم الولد من الرضاع بجعل الحال (من الرضاع) حالاً للولد، وهذا التعدى لا- يتم إلماً بتقريب أن يكون الرضاع نسباً حقيقياً يترامى منه وتتلازم معه إضافات نسبيه أخرى، لكن تقدّم أن ذلك لا يستلزم اعتبار علقه النسب أيضاً بين أبى المرتضع وأولاد الفحل وأولاد المرضعه، بل غايه الأمر يكتنّ ربائب له.

التقريب الخامس:

و هي الروايات الوارده فى حرمه الزواج بأخت الأَخ من الرضاع، أى أخت الأَخ الرضاعى من النسب وبتتها كموثّق إسحاق بن عمار عن أبى عبدالله(عليه السلام) «فى رجل تزوج أخت أخيه من الرضاع، قال ما أحب أن

أترؤج أخت أخى من الرضاع»^(١) وموثق يونس بن يعقوب قال: «سألت أبا عبد الله عن امرأه أرضعتنى وأرضعت صبياً معى ولذلك الصبى أخ من أبيه وأمه، فيحل لى أن أترؤج ابنته؟ قال: لا بأس»^(٢) ولا يعارضها معتبره أبى جرير القمى قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) أزوج أخى من أمى أختى من أبى؟ فقال أبو الحسن (عليه السلام): زوج إياها إياه أو زوجه إياه إياها»^(٣)؛ لأنها وارده فى الأخ من الأب والأخت من الأم، فلا صلة نسب بينهما بخلاف الروايتين السابقتين، فإن موردهما الأخ من الرضاعه وهو أخ من أب رضاعى واحد بمنزله الأخ من الأب النسبى، فمورد الصلة بينهما الأبوه فى تنزيل الرضاع، لأن إرضاع المرتضع من لبن الفحل يجعله أب من الرضاع ورضاع المرتضع من المرضعه يجعلها أمماً من الرضاع وأولادهما يكونوا بمنزله الأخوه من الأب الرضاعى أو الأخوه من الأم من الرضاع.

وعلى ذلك فإخوه المرتضع من الأم النسبىة يحرم من على أولاد المرضعه؛ لاتحاد الصلة وهى الأم بعد تنزيل الأم الرضاعىه منزله الأم النسبىه، ومن ثم ينزل الفحل منزله أبى المرتضع؛ وتكون بنات الفحل فى موضع بنات أبى المرتضع لتنزيلهما بمنزله أب واحد كما فى صحيح على بن مهزيار، وبذلك يتم دعم التقريبات السابقه لعموم التنزيل فى قاعده الرضاع.

ص: ١٣١

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٦، ح ٢.

٢- (٢) وسائل، أبواب ما يحرم بالنسب، ب ٣/٦.

٣- (٣) الباب نفسه ٦، ح ١.

إنه من الضروري حمل مفاد هذه الروايات على الكراهية؛ لنص القرآن الكريم بتحليل بنات العم وبنات العمه لعمه الرسول صلى الله عليه وآله ، وكذلك تزويجه بزَيْنَب بنت جحش وكانت بنت أميمة بنت عبد المطلب، مع أن النبي صلى الله عليه وآله أخ لحمزه (عليه السلام) من الرضاع، ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): في ابنه الأخ من الرضاع لا أمر به أحداً ولا أنهي عنه وأنا أنهي

عنه نفسى وولدى، فقال: عرض على رسول الله صلى الله عليه وآله ابنه حمزه فأبى رسول الله صلى الله عليه وآله وقال هي ابنه أختي من الرضاع» (١) ومثلها صحيحه أبي عبيد (٢) ومعتبره أبان بن عثمان عن حدثه (٣) وزاد في كشف اللثام للنقض على عموم التزويج، بأن الربيبه تحرم على الزوج ولا تحرم على ابنه. مع أن وجه التحريم يضم منه تنزيل منزله البنت، ومن ذلك يظهر أن التنزيل ليس مطلقاً فليس الأب من الرضاع أباً نسبياً بقول مطلق، بحيث يقتضى ثبوت المعانى والعناوين النسبيه اللازمه عرضاً، ومن ثم حرم أولاد المرضعه على أبى المرتضع مع أنه لا تنزيل نسى فى البين، كما مرّ بيان ذلك مفصلاً.

ولعل وجه الكراهه ما أشار إليه صاحب الوسائل أنه دفعاً لتوهم

ص: ١٣٢

١- (١) أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ٨، ح ١.

٢- (٢) ح ٦.

٣- (٣) ح ٢.

العوام إباحه الأخت مطلقاً أو على التقيه.

ومن ذلك يعلم أن التنزيل فى صحيح على بن مهزيار وصحيح أيوب بن نوح السابقين تعبدى خاص بأبى المرتضع، وأنه لو كان التنزيل فيها مطلقاً وبمقتضى قاعده الرضاع لكان الأخ من الرضاع أخاً مطلقاً يستلزم ثبوت العناوين العرضيه الأخرى الملازمه النسبيه، وقد عرفت انه يخالف النص الصريح فى الكتاب فى مورد رضاع النبى صلى الله عليه وآله ، فالعنوان الرضاعى ينزل منزله العنوان النسبى بلحاظ العناوين المتولده طولاً لا مطلقاً، فيما يكون بمقتضى لحمه رضاع المرتضع من الفحل والمرضعه.

وهذه الضابطه هى الطوليه إذا روعيت فى كل فرض وصوره مهما ترامت، أو تنوعت أطرافها، فإن الذى يزيل الاشتباه والالتباس فى مراعاة القاعده هو ملا حظه الطوليه المتعاقبه دون العكس القهقرى، ولا- المعنى النسبى الملازم عرضياً، بحيث تكون كل خطوات الاعتبار طولاً انطلاقاً من لحمه رضاع المرتضع مع الفحل والمرضعه، عدا مسأله أبى المرتضع فى أولاد الفحل والمرضعه للنص.

ويعضد ما تقدم من مقدار العموم فى القاعده ما ذكره صاحب الجواهر وتابعه غير واحد من أن مفاد الموضوع فى القاعده العرضيه ويكون المحمول حينئذ فى القاعده هو تحريم واعتبار تلك النسب الإضافيه كإضافات نسبيه، فليست القاعده فى صدد إنشاء تلك الإضافات الرضاعيه، بل هى متقرره بحسب العرف بما لها من تقرر عندهم.

وعلى ضوء ذلك فلا- بد من وجود الإضافه بحسب العرف، ومن ثم تنزل عند الشارع منزله إضافه النسب، ومن الواضح إن الإضافه الرضاعيه

ليست على العموم وإنما دائرتها بحسب ما ذهب إليه المشهور، ومن ثمّ كان تنزِيل أولاد الفحل والمرضعه بمنزله أولاد أبي
المرضع تعبيديه محضه.

ص: ١٣٤

الفرع الأول:

قال الفقيه السيد الأصفهاني: (إذا تحقّق الرضاع الجامع للشرائط صار الفحل والمرضعه أبا وأماً للمرتضع وأصولهما أجداداً وجدات وفروعهما إخوه وأولاد إخوه له، ومن في حاشيتهما وفي حاشيه أصولهما أعماماً أو عمات وأخوالاً أو خالات له. وصار هو - أعنى المرتضع - ابناً أو بنتاً لهما وفروعه أحفاداً لهما. وإذا تبين ذلك فكل عنوان نسبي محرم من العناوين السبعه المتقدّمه إذا تحقّق مثله في الرضاع يكون محرماً، فالأم الرضاعيه كالأم النسيبه والبنت الرضاعيه كالبنت النسيبه وهكذا، فلو ارضعت امرأه من لبن فحل طِفلاً حرمت المرضعه وأمها وأم الفحل عن المرتضع للأمومه والمرتضعه وبناتها وبنات المرتضع على الفحل وعلى أبيه وأبي المرتضعه للبنتيه. وحرمت أخت الفحل وأخت المرضعه على المرتضع؛ لكونهما عمه وخاله له. والمرتضعه على أخي الفحل وأخي المرضعه؛ لكونها بنت أخ أو بنت أخت لهما. وحرمت بنات الفحل على المرتضع والمرتضعه على أبنائه نسيبين كانوا أم رضاعيين وكذا بنات المرضعه على المرتضع والمرتضعه على أبنائها إذا كانوا نسيبين للأخوه، وأما أولاد المرضعه الرضاعيون ممن أَرْضعتهم بلبن فحل آخر غير الفحل الذي ارتضع المرتضع بلبنه، لم يحرموا على المرتضع لما مرّ من اشتراط اتحاد الفحل في نشر الحرمة بين المرتضعين).

إنه تقدّم بيان جملة ذلك في شرح الحديث النبوي المستفيض: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (١) ودلالته على ذلك»، ويدل على جملة من هذه التفاصيل موثقه عمار الساباطي قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن غلام رضع من امرأه أ يحل أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع؟ فقال: لا، فقد رضعا جميعاً من لبن فحل واحد من امرأه واحده، قال: فيتزوج أختها لأمها من الرضاع؟ قال: فقال: لا بأس بذلك، إن أختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام، فاختلف الفحلان فلا بأس» (٢) والموثقه داله على حرمة أخت المرضعه على المرتضع ولو كانت تلك الأخت أخت للمرضعه من الرضاع أيضاً، فضلاً عن النسب واستدل بهذه الموثقه على رد دعوى العلامه والكركي وغيرهم ممن اشترط وحده الفحل بين المرتضع وبين ما يتراعى من الرضاع، وتبين الموثقه أن اللازم في وحده شرطيه الفحل إنما هي بين من يراد تقرير الإضاافه النسبيه بينهما من المرتضعين، ومن ثمّ تتراعى فيما إذا كان بين أحدهما علقه رضاعيه أخرى بنحو طولى. ومثلها صحيحه الحلبي (٣)، وصحيح عبدالله بن سنان قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن لبن الفحل قال: «هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك وولد امرأه أخرى فهو حرام» (٤) وموردها هو الحرمة بين

ص: ١٣٦

١- (١) وسيله النجاه، ج ٢، ص ٣٧٠ مسأله ٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم من الرضاع، با ٦، ح ٢.

٤- (٤) المصدر، ح ٣.

الفحل والمرضع والمرضعه وبين أبي الفحل النسبي والمرضع أيضاً، وموثقه سماعه قال: «سألته عن رجل كان له امرأتان ولدت كل واحد منهما غلاماً، فانطلقت إحدى امرأته فأرضعت جاريه من عرض الناس أينبغي لابنه أن يتزوج بهذه الجاريه؟ قال: لا؛ لأنها أرضعت بلبن الشيخ (الفحل)» (١) وموردها الحرمة بين المرضعه وأبناء الفحل، ومعتبره ابن أبي نصر وموردها ما تقدم (٢)، وصحيحه الحلبي (٣) وموردها الحرمة بين المرضع وابن الفحل، ومثلها صحيح مالك بن عطيه (٤)، وصحيحه أبي نصر (٥) وموردها حرمة المرضعه على المرضع، وصحيحه الحلبي في حرمة ابنه الأخ من الرضاع (٦)، وفي روايه مسمع بن عبد الملك تحريم العمه من الرضاع أو الخاله من الرضاع (٧)، وفي صحيح عبدالله بن سنان تحريم العم والخال من الرضاع (٨).

إن المرضع بالشروط المتقدمه يصير بالنسبه للمرضعه والفحل في حكم الولد النسبي في انتشار الحرمة منه إليهما، ومنهما إليه، فأما انتشار الحرمة منهما إليه، فهي مقصوره على المرضع وفروعه؛ لأنه صار لهما ابناً

ص: ١٣٧

١- (١) المصدر، ح ٤.

٢- (٢) المصدر، ح ٦.

٣- (٣) المصدر، ح ٧.

٤- (٤) المصدر، ح ٨.

٥- (٥) المصدر، ح ١٣.

٦- (٦) المصدر، ح ١٤.

٧- (٧) المصدر، ح ١.

٨- (٨) المصدر، باب ٨، ح ٤.

وأبناءه أبناء الابن، ولا يتعدى تحريم منهما إلى أصوله، وإلى مَنْ كان في طبقته، بل هم في حكم الأجنبي مع المرضعه والفحل، وأما انتشار الحرمة منه إليهما فهي تشمل أصولهما وفروعهما ومَنْ في طبقتهما من النسب أو الرضاع فتصير المرضعه أمًّا والفحل أبا وآباءهما وأبناءهما أجداداً وجدات، وأخواتهما وإخوانهما أخوًّا وخالات وأعماماً وعمات، وأولادهما إخوة وأولاد أولادهما أبناء الأخوة.

الفرع الثاني: نكاح الفحل في أولاد أبي المرتضع:

قال السيد الأصفهاني: «لا يجوز أن ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادةً ورضاعاً وكذا في أولاد المرضعه نسباً لا رضاعاً، وأما أولاده الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن فيجوز نكاحهم في أولاد صاحب اللبن وفي أولاد المرضعه التي أرضعت أخاهم وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه» (١).

تحقيق الحال:

نسب إلى الشيخ الطوسي في المبسوط وجماعه الجواز، لكن مرّ في مقدمات البحث تخطئه هذه النسبه وإن كلامه في جواز نكاح الفحل في أولاد أبي المرتضع، وقد خالفه في ذلك ابن إدريس والعلامة في المختلف والشهيد في نكت الإرشاد، إذ حملوا صحيحه ابن مهزيار على نكاح الفحل لا على نكاح أبي المرتضع. ويدل عليه صحيح ابن نوح قال: «كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن (عليه السلام): امرأة أرضعت بعض ولدى هل يجوز لي أن

ص: ١٣٨

أَتَزَوَّجُ بَعْضَ وَلَدِهَا؟ فَكُتِبَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لَكَ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا صَارَتْ بِمَنْزِلِهِ وَلَدُكَ» (١).

وَفِي صَحِيحِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: «كُتِبَتْ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): امْرَأَةٌ أَرْضَعَتْ وَلَدَ الرَّجُلِ هَلْ يَحِلُّ لَذَلِكَ الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنَةَ هَذِهِ الْمَرْضِعَةِ أَمْ لَا؟ فَوُجِبَ: لَا تَحِلُّ لَهُ» (٢). وَأَيْضاً صَحِيحُهُ عَلَى بْنِ مَهْزِيَارٍ قَالَ: «سَأَلَ عَيْسَى بْنُ جَعْفَرٍ ابْنَ عَيْسَى أَبَا جَعْفَرٍ الثَّانِي (عَلَيْهِ السَّلَامُ): إِنْ امْرَأَةٌ أَرْضَعَتْ لِي صَبِيًّا، فَهَلْ يَحِلُّ لِي أَنْ أَتَزَوَّجَ ابْنَةَ زَوْجِهَا؟ فَقَالَ لِي: مَا أَجُودُ مَا سَأَلْتِ مِنْ هَاهُنَا يُؤْتَى أَنْ يَقُولَ النَّاسُ، حَرَمَتْ عَلَيْهِ امْرَأَتَهُ مِنْ قَبْلِ لَبَنِ الْفَحْلِ هَذَا هُوَ لَبَنُ الْفَحْلِ لَا غَيْرَهُ. فَقُلْتُ لَهُ: الْجَارِيَةُ لَيْسَتْ ابْنَةُ الْمَرْأَةِ الَّتِي أَرْضَعَتْ لِي هِيَ ابْنَةُ غَيْرِهَا؟ فَقَالَ: لَوْ كُنْتُ عَشْرًا مَتَفَرِّقَاتٍ مَا أَحَلَّ لَكَ شَيْءٌ مِنْهُنَّ وَكُنْتُ فِي مَوْضِعِ بَنَاتِكَ». وَقَدْ مَرَّ فِي الْمَقْدَمَاتِ أَنَّ الشَّيْخَ الطُّوسِيَّ فِي النِّهَايَةِ وَالْخُلَافِ قَدْ ذَهَبَ إِلَى اسْتِفَادَةِ حَرَمِهِ أَوْلَادِ الْفَحْلِ وَهُوَ أَوْلَادُ الْمَرْضِعَةِ عَلَى أَخُوهِ وَأَخَوَاتِ الْمَرْضِعَةِ مِنْ أَبِ الْمَرْضِعَةِ بَعْدَ تَنْزِيلِ أَبِ الْمَرْضِعَةِ بِمَنْزِلِهِ الْأَبِ لِأَوْلَادِ الْفَحْلِ وَالْمَرْضِعَةِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ ضَعْفُهُ، وَأَنَّ هَذَا التَّنْزِيلَ تَعْيِيدِي لَيْسَ عَلَى مَقْتَضَى الْقَاعِدَةِ، وَأَنَّ هَذَا التَّحْرِيمَ لَا يَسْرَى - كَمَا فِي الرَّبَائِبِ - فَإِنَّهُ لَا يَسْرَى إِلَى الْإِبْنِ. وَأَمَّا التَّفْرِيقُ فِي الْأَوْلَادِ الرِّضَاعِيِّينَ بَيْنَ الْفَحْلِ وَالْمَرْضِعَةِ، فَتَوَفَّرَ شَرْطُ اتِّحَادِ الْفَحْلِ فِي الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي.

ص: ١٣٩

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع باب ١٦.

٢- (٢) المصدر السابق نفسه.

الفرع الثالث: الرضاع المحرم كما يمنع من النكاح لو كان سابقاً يبطله لو حصل لاحقاً:

قال السيد الأصفهاني: الرضاع المحرم كما يمنع من النكاح لو كان سابقاً يبطله لو حصل لاحقاً، فلو كانت له زوجته صغيره فأرضعتها بنته أو أمه أو أخته أو بنت أخيه أو بنت أخته أو زوجته أخيه بلبنه رضاعاً كاملاً بطل نكاحها وحرمت عليه، لصيرورتها بالرضاع بنتاً أو أختاً أو بنت أخ أو بنت أخت له فحرمت عليه لاحقاً، كما كانت تحرم عليه سابقاً، وكذا لو كانت له زوجتان صغيره وكبيره، فأرضعت الكبيره الصغيره حرمت عليه الكبيره؛ لأنها صارت أم زوجته وكذلك الصغيره إن كان رضاعها من لبنه أو دخل بالكبيره لكونها بنتاً له في الأول وبنت زوجته المدخول بها في الثاني(١).

تحقيق الحال:

لم يحك الخلاف في ذلك، ويدل عليه - مضافاً إلى اقتضاء عموم القاعده ذلك، حيث إنه بالرضاع تتولد علقه النسب وهي علقه ثابتة بمنزله لوازم الذات فتمانع شرائط صحه النكاح بقاءً مضافاً إلى النصوص الخاصه التي تقدّمت في المسأله الثالثه من صحيح مسلم وعبدالله بن سنان والحلبى(٢)، وفي حسنه على بن مهزيار عن أبي جعفر(عليه السلام) قال: «قيل له إن رجلاً تزوج بجاريه صغيره فأرضعتها امرأته، ثم أرضعتها امرأه له أخرى، فقال ابن شبرمه:

ص: ١٤٠

١- (١) وسيله النجاه، ج ٢، ص ٣٧٢ مسأله ١٤.

٢- (٢) الوسائل، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ١٠.

حرمت عليه الجارية وامراتاه، فقال أبو جعفر(عليه السلام): أخطأ ابن شبرمه، تحرم عليه الجارية وامراته التي أرضعتها أولاً فأما الأخيره فلم تحرم عليه كأنها أرضعت ابنته«(١)، والروايات مطلقه شامله لما لو كانت الكبيره غير مدخول بها، وذلك لكون الفرض فيها إرضاع الصغيره من لبنه، ومنه يظهر ما لو أرضعت الصغيره من الكبيره ولو كان مدخولاً بها بلبن زوج آخر بأن طلق الكبيره فتزوجت الآخر، والبحث لا يتوقف على صدق المشتق على ما انقضى كما ادعوا ذلك؛ لأن موضوع تحريم الرائب هو الزوجه واستعمال المشتق بلحاظ حال التلبس، ثم إن إطلاق حسنه على بن مهزيار فى المرأه الأولى من دون تقييدها بكونها مدخولاً بها دال على بطلان كل من الزوجتين لا خصوص الكبيره فقط، مع أن زوجيه الصغيره لو لم تبطل لأوجب حرمة الكبيره الثانيه، والروايه مفادها عدم حرمة الثانيه، نعم حيث فرض فى الروايه حرمة الصغيره فهى قرينه على كون الكبيره مدخول بها، فالروايه غير مطلقه.

الفرع الرابع: لو كانت له زوجتان، زوجه كبيره وزوجه صغيره فأرضعت أحدهما الرضيعه:

قال بعض الأساطين: لو كانت له زوجتان، زوجه كبيره وزوجه صغيره فأرضعت أحدهما الرضيعه، حرمت عليه الكبيره والصغيره، ثم لو أرضعت الثانيه الصغيره بعد ذلك فهل تحرم الكبيره الثانيه أم لا؟ قولان، بل أشكل بعضهم فى حرمة الزوجه الكبيره الأولى.

ص: ١٤١

ولو تزوج صغيره، ثم طلقها فأرضعتها امرأه، فالأحوط إن لم يكن أظهر حرمة المرأه عليه).

التحقيق:

ذهب الشيخ فى النهايه وابن الجنيد ومال المحقق فى الشرائع إلى عدم الحرمة، وكذا صاحب المدارك والمجلسى فى مرآه العقول، وحكى التحريم عن الشيخ فى المبسوط وابن إدريس والعلامة والنافع وأكثر المتأخرين والمسالك، واستشكل غير واحد من أعلام العصر فى تحريم الزوجه الكبيره.

و الكلام يقع فى كل من الثلاث.

أما الرضيعه: فتحرم إن كان قد دخل بالكبيره الأولى مطلقاً،

أو كان الرضاع بلبنه؛ وذلك لأن بنت الزوجه تحرم ولو بمن كانت زوجه، فلا يشترط فى الربائب من النساء كون بنتيتها حال الزوجيه ولو للنصوص الداله على ذلك

كما سيأتى فى المصاهره، أو كون الرضاع بلبنه فهى بنته.

ثم لو لم يدخل بالكبيره ولم يكن الرضاع بلبنه فلا تحرم مؤبداً، ولكن يبطل نكاح زوجيتها؛ لعدم اجتماع الأم والبنت فى عقد الزوجيه معاً.

نعم لو بنى على الممانعه من البنت للأم غير المدخول بها لما بطل نكاح الصغيره أيضاً. وقد ذكرنا تحرير الكلام فى التحريم بالمصاهره فيما لو عقد

ص: ١٤٢

بالأم والبنت معاً في محلّه (١).

و أما الكبيره الأولى:

فظاهر عباره الفخر في الإيضاح التسالم على حرمة الكبيره الأولى، فيقع الإشكال حينئذ في التفرقة بين الأولى والثانية؛ لأن انعدام الزوجيه للصغيره في حال رضاعها من الثانية أيضاً مفروض من بعد تحقّق نصاب الرضاع مع الأولى، فلا تكون أم الزوجه بعد تحقّق البنتيه. إلا- بأن يقال بعموم موضوع امهات نسائكم لأم من كانت زوجة، لا سيما وأنه قد وقع تحريم امهات نسائكم في سياق رَبَائِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ والموضوع فيه، ولو بقرينه الروايات الوارده هو بنت من كانت من نسائه وهو في سياق واحد مع امهات نسائكم ويساعده الإطلاق العرفي في النسب، فإنه يطلق على أم من كانت زوجته أنها أم زوجته ولو بنى على اختصاص المشتق بالمتلبس بالحال، فإن الاستعمال بلحاظ حال التلبس.

وما قد يقال: من أن الموضوع مأخوذ حدوداً فلا حاجته لفرض بقاءه فلا ينافيه ما قررناه، فإن عنوان كونها أم باق وإن كان تقارنه مع التلبس بالزوجيه في عنوان أم الزوجه أو أمّهات نسائكم هو في فتره حدوث الزوجيه لا بعد انقضائها وأخذ الموضوع حدوداً يعني عدم إمكان انعدامه وتبدله عما هو عليه؛ لأن ما وقع حدوداً لا ينقلب عما وقع عليه حدوداً، فمن ثمّ الصدق الحدوثي باق وإطلاق العنوان إنما هو بلحاظه.

وهذا قرينه على أن استعمال لفظ (نسائكم) هو فيمن كانت زوجة لا

ص: ١٤٣

١- (١) سند العروه الوثقى، كتاب النكاح.

المتلبسه بالفعل، غايه الأمر يدعى أنه لا بدّ في ظرف الحدوث من تقارن المبدأين الأمومه والزوجيه، وهو لا شاهد عليه بعد الالتفات إلى أن استعمال (نساءكم) يكفى فيه لحاظ حال التلبس ولو بعد الانقضاء، كما هو الحال فى ربائبكم من نساءكم غايه الأمر أن الأمومه فى النسب لما كانت لا يتصور فيها تجدد الحدوث بخلاف (البنتيه)، فإنه ينصرف بالتبادر للوهله الأولى إلى التقارن، لكن بتنزيل الرضاع منزله النسب فيقوم مقامه.

هذا، ولو بنى على لزوم التقارن فيمكن إبداء الفرق فى المقام بين الكبيره الأولى والثانيه، بأن يقال: إن الذى يعدم زوجيه الكبيره هو تحريم أم الزوجه، والذى يزيل زوجيه الصغيره هو تحريم بنت الزوجه والتحرير فى كلا- الطرفين، حيث كان فى رتبه المحمول متأخر عن موضوع بنت الزوجه وأم الزوجه، ففى رتبه تحقّق البنتيه والأمومه لا تنعدم الزوجيه لكليهما وإنما تنعدم فى رتبه لاحقه وهذا المقدار من التحقّق كافٍ فى الصدق.

نعم بلحاظ الارتكاز العرفى أو المتشرعى قد يدعى التضاد بين الجمع بين البنس والأم فى الزوجيه بلحاظ نفس عناوين الموضوعين، بغض النظر عن الحكم، بتقريب أن رافعيه كلّ من الحكمين للآخر شاهد على التعاند بين ملاكى الحكمين، فالتنافى الملاكى منشأ للتوارد وعدم اجتماع الحكمين، وهو مؤدى التزامى للأدله فيؤخذ به، ولازم ذلك انعدام الزوجيه من الطرفين عند تحقّق الأمومه والبنتيه. فادعى حينئذ كفايه الصدق العرفى إجمالاً ولو حال الرضاع قبل استكمال نصابه أو كفايه اتصال آن الانعدام السابق لتحقق عنوان الزوجيه، أى إنه فى آن تحقّق البنوه والأمومه وإن

انعدم عنوان الزوجيه إلما أنه فى الآن السابق على ذلك الزوجيه متحققه. وهذان الوجهان تقرير لاستعمال المشتق بلحاظ حال التلبس من دون لزوم اتحاد زمان الإسناد مع زمان النسبه التى فى المشتق، أى أنه استعمل فيمن كانت زوجته.

واستدل أيضاً بروايه على بن مهزيار عن أبى جعفر قال: «قيل له إن رجلاً تزوج بجاريه صغيره فأرضعتها امرأته، ثم أرضعتها امرأه له أخرى، فقال ابن شبرمه: حرمت عليه الجاريه وامرأته، فقال أبو جعفر (عليه السلام): أخطأ ابن شبرمه، تحرم عليه الجاريه وامرأته التى أرضعتها أولاً، فأما الأخيره فلم تحرم عليه؛ لأنها أرضعت ابنته»^(١) واستدل بالروايه على تحريم الكبيره الأولى وحليه الثانيه.

وخذش بالاستدلال بها؛ لأن فى السند صالح ابن أبى حماد الذى ضعفه النجاشى وإن فى الروايه إرسال أو رفع؛ لأن الظاهر من أبى جعفر (عليه السلام) هو الباقر بقريته التعرض لبن شبرمه.

وأجيب بأن روايه على بن مهزيار قرينه على أنه الجواد (عليه السلام)، وحكايه قول ابن شبرمه لا- ينافى ذلك؛ لأنها حكايه عما سبق وأما صالح بن أبى حماد أبو الخير بن سلمى الرازى فتضعيفه مستند إلى ابن الغضائرى، وقد روى الكشى أن الفضل بن شاذان كان يرتضيه ويمدحه، فلا أقل من استحسان حاله، هذا مضافاً إلى أن للشيخ إسناداً صحيحاً إلى جميع روايات على بن مهزيار فيستعاض بتبديل السند.

ص: ١٤٥

١- (١) الوسائل، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ١٤ ح ١.

وخذش في الاستدلال بها أيضاً بأن جملة من الروايات الواردة في رضاع الزوجه الصغيره اقتصرت في التحريم على الصغيره دون الكبيره، مما يظهر منها أن الحرمة مقصوره عليها كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر(عليه السلام) قال: «لو أن رجلاً تزوج جاريه صغيره فأرضعتها امرأته فسد النكاح»^(١) وفي صحيح الحلبي وعبدالله بن سنان عن أبي عبدالله(عليه السلام) في رجل تزوج جاريه صغيره فأرضعتها امرأته وأم ولده قال: «تحرم عليه»^(٢).

وأجيب بأن الصحيحه الأولى لم يقيد النكاح بالصغير، بل أطلق، وإطلاقه شامل لكليهما، مع أنه قد يقال: إن تحريم الصغيره مفروغ منه، لكونها بنته من الرضاع بعد انصراف اللبن إلى لبنه، فالبيان يلاحظ فيه الكبيره ومنه يظهر الحال في الصحيحه الثانيه.

نعم يقع الكلام في مفاد التعليل في روايه على بن مهزيار لعدم تحريم الثانيه، حيث قال(عليه السلام): «لم تحرم عليه كأنها أرضعت ابنته» هل المراد به الكنايه عن انتفاء زوجيه الصغيره، فلا يصدق عنوان أم الزوجه عليها ولو بلحاظ حال الرضاع، كما استظهر ذلك من ذهب إلى الحلبيه، أو أن المراد خصوصيه في هذا الفرض، وهو كون الزوجه الصغيره قد بانت زوجيتها بسبب صدق البنتيه، وهو عنوان من قبيل العنوان النسبي الممانع عن صدق واستعمال العنوان العارض وهو الزوجيه ولو بلحاظ حال التلبس، فالعله على ذلك لعدم تحريم الثانيه إنها أرضعت ابنته، وأم البنت ليست حرام،

ص: ١٤٦

-
- ١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالرضاع، باب ١٠ ح ١.
 - ٢- (٢) المصدر، ح ٢.

وهذا بخلاف التعليل بأن الصغيره ليست بزوجه له.

الفرع الخامس: أحكام التحريم بسبب رضاع الزوجه الكبيره للصغيره:

قال بعض الفقهاء: بعد تحقّق الرضاع المحرم يبقى استحقاق الزوجه للمهر فى جميع الصور مع الدخول ومع عدمه فالأظهر أن لها نصف المهر كما أن الأقوى ضمان المرضعه ما يغرمه الزوج من المهر.

الأقوال فى المسأله:

حكى فى المبسوط عن جماعه، فى الصغيره أن لها نصف المهر، وعن التذكره تقويه السقوط مطلقاً، وذكر فى المسالك وجهاً لعدم السقوط بأنه للأصل وأنه كالفرقه فى الطلاق، وأشكل عليه فى الجواهر بأنه قياس وأن الطلاق إيقاع، وعلل فى الشرائع ثبوت نصف المهر بعدم الدخول وأنه ليس من قبل الزوجه، فيما لو لم يكن التحريم بفعلها بخلاف ما إذا كان بفعلها فيسقط.

وإن كان قد يشكل هذا التعليل بأنه فى موارد العيوب إذا فسخ الزوج قبل الدخول لم يثبت المهر، كما يشكل على تفرقه صاحب الجواهر بين الطلاق وما نحن فيه، بأن الطلاق وإن كان إيقاع إلّا أن أثره أيضاً فسخ أو انفساخ، وفى المقام يحصل هذا الأثر بسبب خارجي، وإن كان قد يفرق بين موارد الفسخ فى العيوب والمقام بأنه فى العيوب لم يستوف الزوج ما كان قد تعاقد عليه من سلامه المرأه، بخلاف المقام، واحتمل فى الحدائق السقوط؛ لأنه كالفسخ فى الرده، فإذا كان الارتداد من قبل الزوج لا يسقط المهر، فيثبت نصف المهر وقيل كلّه وإن كان من قبلها، فلا مهر لها قبل الدخول،

ولو كان بعده فيثبت لها المهر.

وعلى أى تقدير فبالنسبة إلى الصغيره قد حكى الشهره على سقوط المهر لها، وقيل بثبوتها لها مطلقاً، وقيل بالتفصيل بين ما إذا كان بفعالها فلا يثبت لها فيسقط، وبين ما إذا كان بفعل الكبيره، فيثبت لها، وقيل إنه يثبت لهما نصف المهر مطلقاً نظير الطلاق، وأما الكبيره بل مطلق المرضعه أو بنت الزوجه أو غيرهن، فقبل بضمانها المهر للزوج مطلقاً وقيل بعدم الضمان مطلقاً، وقيل بالتفصيل بين ما إذا كان بفعالها أو بفعل الصغيره، ونسب إلى المشهور الضمان مطلقاً، وظاهر المشهور ثبوت المهر للكبيره مع الدخول وإلا فلا، إذا كان بفعالها.

واستشكل كاشف اللثام فى ثبوت المهر لها وتبعه صاحب الجواهر؛ لأنها التى فوتت عليه بضعتها، نظير ما لو أنكرت زوجتيه الزوج أو رجوعه فى العده فتزوجت آخر، ثم صدقت الأول وكان قد دخل بها، فإنها تغرم له مهر المثل. نعم فى الجواهر إنها تغرم مهر المثل على القول بماليه البضع.

تنقيح البحث:

ولتنقيح البحث فى المسألتين لا بد من التعرض إلى بعض النقاط:

النقطه الأولى: استشكل جماعه منهم صاحب الجواهر فى ماليه البضع وضمانه بنفى ماليته وأن ثبوت المهر فى النكاح ليس لكونه معاوضه ماليه، بل لكونه من أحكام النكاح التعبيديه وأنه لو كان البضع من الأموال لتحقق به الغنى واستطاعه الحج ولو جب فيه الخمس وغير ذلك من لوازم الماليه عرفاً، وما يملكه الزوج فى العقد هو ملك الانتفاع لا ملك المنفعه،

فلا تقتضى المعاوضه مالىه البضع، كما يكون المال عوضاً لغير المال كما فى الديات وأروش الجنایات، ولذا لا یصح للزوج نقل هذا الملك للغير كما لا یصح له الرجوع على الزانى والمشتبه ولا على الزوجه لو قتلت نفسها ولا على القاتل، فليس هو من منافع الحرّ المقابله بالمال، فضلاً عن أن يكون مالاً بنفسه.

وفیه: إن مالىه الأشياء على أقسام وأنواع؛ فمنها ما يكون مالىته تكوينیه بمعنى أن منشأ الرغبه بذل المال لمنافع الشىء التكوینیة، ومنها ما تكون مالىته اعتباریه بسبب القانون نظیر الوثائق والمستندات، ومنها ما تكون مالىته بالتعاقد نظیر عمل الحر ومنافعه والإقدام على جملة من العقود كالإقراض والإیهاب والإقدام على البیع ونحوه، ومنها ما يكون له مالىه عند التلف خاصه كديات النفس والأعضاء وغيرها من أنماط المالىه، وقد تحمل المالىه فى الديات على أنها من المال المقابل لإسقاط الحق كما فى ديه العمد.

ومن الواضح اختلاف هذه الأقسام فى أحكام المالىه، فما ذكر من الغنى والاستطاعه والخمس فهو من أحكام القسم الأول والثانى، وأما الرجوع على الزانى والمشتبه، فإن الضمان فى الزنا متقرر على الزانى للمرأة بالدخول إذا لم یکن برضاً منها، وكذا المشتبه؛ لقاعده سببیه الدخول للفرج المحترم لضمان مهر المثل.

وأما ثبوته للزوج فیأتى تقرير معاوضیه النكاح.

وأما فى القاتل للمرأة، فالمفروض أنه یغرم الدیه كامله ویرث منها الزوج.

وأما معاوضيه النكاح فقد ذكرنا في كتابنا سند العروه الوثقى فصل العقد(١)، إن الصحيح تقوّم عقد النكاح بماهيتين مندمجتين وهى كلّ من ماهيه القران بين الشخصين وماهيه معاوضه منفعه البضع بالمهر، ومن ثمّ يترتب آثار كلّ من الماهيتين، ومن ثمّ كان فى صيغه العقد دخول (باء) المعاوضه على المهر. وفى مورد استعمال «على» بمعنى الشرطيه أنه لا ينافى معنى المعاوضه؛ لأنّ فى المعاوضه مقابله فى المشارطه، ومن ثمّ قد ورد أنه لا يصح الهبه فى النكاح لغير رسول الله صلى الله عليه وآله ، وورد فى الروايات الصحاح: «لا يصلح هذا حتى يعوضها شيئاً يقدم إليها قبل أن يدخل بها قلّ أو كثر»(٢) كما ورد أيضاً فى النكاح المنقطع: «أنهن مستأجرات»(٣) أى أن المهر عوض.

وعلى ضوء ذلك فلا تتنfy العوضيه، سواء قيل إن المهر عوض ملك المنفعه أو ملك الانتفاع، غايه الأمر أنه على الأول تكون ماليه التملك للزوج من القسم الأول من أقسام الماليه المتقدّمه، وعلى الثانى يكون من القسم الثالث.

ويشهد لماليه حق كلّ من الزوج والزوجه - مضافاً إلى ما تقدّم من عيوب التدليس من رجوع الزوج على من غرّه، مع أن قاعده الغرور من

القواعد الضمانيه فى غرامات الأموال والتأييد بتنصيف المهر - معتبره

ص: ١٥٠

١- (١) سند العروه الوثقى، كتاب النكاح، فصل عقد النكاح.

٢- (٢) وسائل الشيعه، أبواب عقد النكاح، باب ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه، أبواب المتعه، باب ٤، ح ٢.

عمر بن حنظله عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «سألته عن رجل قال لآخر، اخطب لى فلانه، فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شىء أو شرطت فذلك لى رضا وهو لازم لى ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طلبوه وسألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله، قال: يغرّم لها نصف الصداق عنه وذلك أنه هو الذى ضيّع حقّها، فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال له حل لها أن تتزوج ولا يحل للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلّا أن يطلقها؛ لأن الله تعالى يقول: فَإِذَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَإِنَّهُ مَأْثُومٌ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام وقد أباح الله عز وجل لها أن تتزوج» (١) وطريق الصدوق إلى داود بن حصين وإن اشتمل على الحكم بن مسكين وهو وإن لم يوثق، إلّا أنه قد روى عنه أصحاب الإجماع ولم يغمز عليه بشىء، وقد وقع فى طريق عدّه من الكتب فى مشيخه الصدوق والشيخ.

وطريق الشيخ إلى داود بن حصين لا يتوقف فيه إلّا فى ذبيان بن حكيم، وهو وإن لم يوثق إلّا أنه لم يغمز عليه بشىء، وقد روى عنه الثقات أيضاً. وكل من الرجلين إمامى.

ونظيرها صحيحه أبى عبيده عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأه من أهل البصره من بنى تميم، فزوجه امرأه من أهل الكوفه من بنى تميم، قال: «خالف أمره وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأه

ص: ١٥١

ولا- عدّه عليها ولا- ميراث بينهما، فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأه ولم يُسمَ أرضاً ولا قبيله، ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه، فقال: إن كان للمأمور بيته إنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر، وإن لم يكن له بيته كان الصداق على المأمور لأهل المرأة ولا ميراث بينهما ولا عدّه عليها، ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً» ورواه الصدوق وزاد: «وإن لم يكن سمى لها صداقاً فلا شيء لها»^(١). وقال صاحب الوسائل: «إن الشيخ رواها في موضع آخر»^(٢)، وذكر الزيادة أيضاً.

ونظيرها رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): «أنه سأل عن رجل زوّجته أمه وهو غائب، قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه»^(٣).

وذكر صاحب الوسائل^(٤) أنه قد حمله البعض على دعوى الأم الوكالة.

وتقريب الدلالة في هذه الروايات: إن الوكيل حيث أقرّ على نفسه بالوكالة وبصححة العقد فهو ضامن للمهر، وحيث لم يتم إثبات الوكالة فيحكم في الظاهر بعدم النكاح وهو بمنزلة الانفساخ القهري، فيتم التقريب حينئذ بأنه بانفساخ النكاح يثبت للمرأة نصف المهر المسمّى بمنزله

ص: ١٥٢

١- (١) وسائل، أبواب عقد النكاح، باب ٢٦، ح ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص ٣٠٣.

٣- (٣) المصدر ج ٢، ص ٢٨١.

٤- (٤) المصدر والصفحه.

الطلاق، وقد عبر عن ذلك بحق المرأة، فللمرأة استحقاق في مقابل بضعها ولو بالتعاقد بعقد النكاح، وما في العيوب من عدم المهر لها مع عدم الدخول؛ فلأنه خلاف ما تعاقد عليه الزوج معها من الاشتراط والبناء على السلامة، كما هو موضوع العيوب أو حكمه الفسخ. هذا فيما إذا كان العيب فيها أما إذا كان العيب فيه فهي التي أقدمت على الفسخ.

نعم قد يقال: إن مقتضى الفسخ والانسباخ رجوع كلّ عوض لصاحبه، فبناءً على أن المهر عوض البضع لا تستحق المرأة من المهر شيئاً الصغيره أو الكبيره مع عدم الدخول.

نعم لو كان المهر حكماً في النكاح لا عوضاً لما أثار الفسخ فيه شيئاً ولثبت للزوجه كاملاً، ولو مع عدم الدخول، وإنما تُنصّف بالطلاق أو الموت على القول بالتعبد.

وأما الروايات الثلاث فموردها بقاء النكاح، غاية الأمر حكم بالبينونه بالظاهر، فما ينسب للمشهور في الصغيره والكبيره مع عدم الدخول من عدم ثبوت المهر تام.

وقد يقال: إن الفسخ ليس مقتضاه ردّ المهر بتمامه إلى الزوج، بل نصفه، كما هو الحال في الطلاق، وكما التزموا به أيضاً في ارتداد الزوج، وكذا في موت أحدهما للنص (1) وفي بعضها كصحيح عبيد بن زراره إن لم يكن سمى لها مهراً فلا شيء لها، مما يدل على أن الفسخ ليس حكمه رد العوض كلّه، بل ثبوت نصف المهر وأما سقوطه في العيوب فلاجل ما مرّ.

ص: ١٥٣

١- (١) وسائل، أبواب عقد النكاح، باب ٧، ح ٣.

وتتمّ الكلام فى مقتضى القاعده بحثناه فى المهور(١). فعلى القول بغرامه الزوج لنصف المهر تغرم المرضعه له ذلك؛ لإتلافها عليه ذلك.

ثمّ إن مقدار ما تغرمه له هو مقدار ما يغرمه من المهر المسمّى نصفه أو كلّه بحسب الدخول وعدمه ولا- تغرم له مهر المثل؛ وذلك لعدم إتلافها للبضع عليه لأن البضع بالفسخ خرج من ملكه ولم يتلف عليه وهو فى ملكه، خلافاً لما ذهب إليه جماعه منهم صاحب الجواهر.

وبعبارة أخرى إن العين فى المقام لم تتلف خارجاً وإنما أزيل سبب ملكه لها. فمقدار الخساره التى توجهت له إنما هى بمقدار غرامته من المهر.

هذا تمام الكلام فى القاده والحمد لله رب العالمين.

ص: ١٥٤

١- (١) سند العروه الوثقى، كتاب النكاح.

قاعده: المرأه مصدقه فى قولها على نفسها وشؤونها

اشاره

ص: ١٥٥

والكلام فى هذه القاعده يقع فى عده جهات:

الجهه الأولى: الأقوال فى القاعده:

حكى (١) الاتفاق على تصديق قولها فى ما اذا ادعت كونها خليه حتى إذا كانت متهمه، كما يظهر من كلماتهم فى أوائل كتاب نكاح المتعه ، حيث قالوا باستحباب السؤال عن حالها مع التهمه (٢)، وليست شرطاً فى الصحه، كما فى الشرائع (٣) والجواهر (٤) والحدائق (٥)، نعم فى باب دعواها المحلل قيد بعضهم (٦) قبول قولها بما إذا كانت ثقه، كما فى الشرائع (٧)، وقيد آخر (٨) بما إذا لم يكن لها معارض فى دعواها، كما لو أنكر من ادعت حصول

ص: ١٥٧

١- (١) رياض المسائل، ج ١١، ص ٣١٦.

٢- (٢) المصدر والصفحه.

٣- (٣) شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٤٨.

٤- (٤) جواهر الكلام، ج ٣٠، ص ١٥٨.

٥- (٥) الحدائق الناضره، ج ٢٤، ص ١١٥.

٦- (٦) ذهب المشهور، إلى تصديق قولها مطلقاً، وذهب بعض الفقهاء استناداً إلى روايه حماد إلى اشتراط الوثاقه فى تصديقها.

٧- (٧) شرائع الإسلام ج ٣ ص ١٨.

٨- (٨) المحدث البحرانى فى الحدائق الناضره كما نسبه إليه صاحب الجواهر ج ٣٢ ص ١٧٥.

التحليل به، وفصل بعض محشى العروه الوثقى بين ما إذا لم يكن لها زوج فادعت طلاقها أو موته، وبين ما كان لها زوج؛ والوجه فى قبول قولها مضافاً إلى النصوص الآتية عدّه أمور حمل مفاد النصوص عليها.

الوجه الثانى: أدله القاعده:

الدليل الأوّل:

أن قبول قولها من باب قبول ما لا- يعلم الحال إلّا من قبله، أى فى موارد تعذر إقامه البينه كما علل بذلك فى بعض النصوص الآتية، لكن فى شمول هذا الوجه لكلّ الصور تأمل واضح، كما فى ادعاء المحلل وانقضاء العدّه والموت والطلاق، وعليه فىكون هذا الدليل اخص من المدعى ولا تثبت به القاعده على نحو الموجه الكليه.

الدليل الثانى: إنّ قبول قولها من باب أنّ من ادعى أمراً ممكناً بلا معارض يقبل قوله:

(١)

وهذا الوجه وإن كان تاماً فى الجملة، إلّا أنه أيضاً لا يشمل جميع الصور فى قبول قولها، كما فى صورته إنكار من ادعت الزواج والمحلل به، وكما لو ادعت أنها خليه وادعى آخر أنها زوجته، مع كونه ثقّه أو مطلقاً، مع أن مقدار ما يثبت بهذا الوجه هو ما يختص بها من أحكام لا مطلقاً فيرد عليه ما ورد على الدليل الاوّل.

ص: ١٥٨

١- (١) ذكره السيد الطباطبائى فى رياض المسائل ج ١٢، ص ٢٧٤ كمؤيد لهذه القاعده، واستشهد له بكلمات الأصحاب المدعومه بالروايات، الداله على قبول من ادعى شيئاً لم يدعه غيره.

الدليل الثالث: أن قبول قولها إنما هو صغرى لكبرى:

قاعده (حمل فعل المسلم على الصحه) (١) الثابته في محلها (٢).

ولكن يرد عليه: أن ذلك إنما يكون في الفعل الذى قد وقع لا فى دعوى الموضوع المأخوذ فى صحه فعل لم يقع بعد.

الدليل الرابع: أنها مصدقه على نفسها:

(٣)

وهذا الوجه مطابق لقالب لفظ النصوص كما فى روايه ميسر الاتيه (هى المصدقه على نفسها) (٤)، لكن سيأتى الكلام حول مقدار الإطلاق فيها.

الدليل الخامس: ان عدم قبول قولها يوجب وقوعها فى الضرر والحرج المنفيين شرعا .

(٥)

وهذا الوجه أيضاً من الاستدلال بالقاعدتين، قاعده الضرر والحرج بالمعنى الثانى، أى النوعى الذى هو من قبيل حكمه الحكم - كما ذكرنا فى مقدمه الجزء الاول من هذا الكتاب وفى غيره - ومقدار دلاله الاقتضاء فيه لبيته لا إطلاق فيها لكل الصور.

ص: ١٥٩

١- (١) رياض المسائل، ج ١١ ص ٣١٦.

٢- (٢) راجع عناوين الأصول، ج ٢، ص ٧٤٤، حيث قال أن هذا المضمون عليه الإجماع، بل صار من الضروريات.

٣- (٣) رياض المسائل، ج ١١ ص ٣١٦.

٤- (٤) وسائل الشيعه، ج ٢١، ص ٣٠، أبواب المتعه، ب ١٠، ح ١، وغيرها فى هذا المضمون، كما فى مستدرك الوسائل، ج ١٤، ص ٤٥٨، أبواب المتعه، ١٤٩.

٥- (٥) قال صاحب الرياض مستدلاً على القاعده - مع أن عدم القبول ربما أوجب العسر والحرج المنفيين آيه وروايه، راجع الرياض، ج ١٢ ص ٢٧٥.

الدليل السادس: هو النصوص الواردة في جملة من الأبواب:

حيث استظهر الإطلاق في جملة منها، كصحيحه ميسره، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): (ألقى المرأه بالفلاه التي ليس فيها أحد، فأقول لها ألك زوج؟ فتقول لا، فأترّوجها، قال: نعم هي المصدقه على نفسها) (١).

وظاهر الروايه قاعده عامه وهو حجيه قول المرأه في شؤون نفسها مما لا يعلم نوعاً، إلّا من قبلها. لكن في شمول إطلاقها لما إذا كان الفحص يسيراً تأمل، كما في مورد المرأه التي يعرفها

ويعرف سابقه زواج لها ونحو ذلك مما لا يخفى حالها عليه بأدنى فحص؛ وذلك لأن موردها في المرأه غير المعروفه، وإن كان المورد لا يخصص الوارد.

وكذلك الموثق إلى إسحاق بن عمار عن فضل مولى محمد بن راشد عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: (قلت إني تزوجت امرأه متعه فوقع في نفسي أن لها زوجاً ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً، قال: ولم فتشت؟) (٢).

وموردها كما تقدّم في الروايه السابقه، ومثلها روايه مهران بن محمد عن بعض أصحابنا وروايه محمد بن عبد الله الأشعري قال: (قلت للرضا الرجل يتزوج بالمرأه فيقع في قلبه أن لها زوجاً، فقال: وما عليه أرايت لو سألتها البيئه كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج؟) (٣).

ص: ١٦٠

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢١، ص ٣٠، أبواب المتعه، باب ١٠، ح ١، الكافي، ج ٥، ص ٤٦٢.

٢- (٢) المصدر، ص ٣١، أبواب المتعه، ب ١٠، ح ٣.

٣- (٣) المصدر، ص ٣٢، أبواب المتعه، باب ١٠، ح ٥.

واستظهر منها الشمول إلى المتهمه، لكنّه غير ظاهر؛ لأنّ التعبير ب- (فيقع في قلبه) يلائم مجرّد الاحتمال والشك لا- القرينه الحالیه المريبه، لاسيما وأن موردها أيضاً المرأه الغريبه لا المعروفه.

وصحيحه عمر بن حنظله قال: (قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): إني تزوجت امرأه فسألت عنها فقبل فيها، فقال: وأنت لم سألت أيضاً؟ ليس عليكم التفيتش) (١).

وموردها أيضاً غير المعروفه وغير المتهمه، وصحيحه زراره عن أبي جعفر (عليه السلام): قال: العده والحيض للنساء إذا ادّعت صدقت (٢).

وهذه وإن اختصت بالحيض وانقضاء مده العده، إلّا أنها داعمه للعموم المتقدّم في صحيحه ميسره من أنها مصدقه على نفسها.

وجمله أخرى من الروايات قد يستظهر منها التقييد، كصحيح حماد عن أبي عبدالله (عليه السلام)

«في رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانّت منه فأراد مراجعتها، فقال لها: إني أريد مراجعتك فتزوجي زوجاً غيري، فقالت له: قد تزوجت زوجاً غيرك وحللت لك نفسى أصدق قولها ويراجعها؟ وكيف يصنع؟ قال: إذا كانت المرأه ثقّه صدّقت في قولها» (٣).

وحمل صاحب الجواهر التقييد بالثقه فيها على النديه لعدم القائل بشرطيه الوثاقه في تصديق قولها في تلك المسأله؛ إذ لا مدخله لوثاقه المدعى من حيث كونه ثقّه في تصديقه وإلّا لاحتاج الموضوع إلى بينه ولم

ص: ١٦١

١- (١) المصدر، ج ٢٠، ص ٣٠١، باب ٢٥، من أبواب عقد النكاح، ح ١.

٢- (٢) المصدر، ج ٢، ص ٣٥٨، باب ٤٧، من أبواب الحيض، ح ١، وكذا رواها في ج ٢٢، ص ٢٢٢ ط. آل البيت.

٣- (٣) المصدر، ج ٢٢، ص ١٣٤، باب ١١ من أبواب أقاسم الطلاق، ح ١.

يكتف بدون ذلك بل لأجل كونها امرأه مصدقه على نفسها.

وموثقه إسماعيل بن أبي زياد - السكوني - عن جعفر عن أبيه في:

«أن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: في امرأه أذعت أنها حاضت في شهر واحد ثلاث حيض، فقال: كلّفوا نسوه من بطانتها أن حيضها كان في ما مضى على ما ادعت فإن شهدت صدّقت وإلّا فهي كاذبه» (١).

ومن ثمّ قيّد صاحب الوسائل عنوان الباب بتصديق المرأة في العده والحيض إلّا أن تدعى خلاف عادات النساء، ومورد هذه الموثقه وإن كان أمراً ممكناً إلّا أنه حيث كان خلاف العاده فيكون محلّ تهمة.

وصحيحه أبي مريم عن أبي جعفر (عليه السلام):

«أنه سُئل عن المتعه فقال: إن المتعه اليوم ليس كما كانت قبل اليوم إنهن كنّ يومئذ يؤمننّ واليوم لا يؤمننّ فاسألوا عنهن» (٢).

ومضمون هذه الصحيحه أن اعتبار قولها في غير موارد التهمه النوعيه، ولكنّها حملت على الاستحباب بقريته ما في مصحح ميسر عن الصادق (عليه السلام)، ونظيرها روايه أبي ساره عنه (عليه السلام) في ذيل قوله تعالى وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ :

«فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك» (٣).

الجهه الثالثه: المحصل مما تقدّم في موضوع القاعده:

أولاً: من الجمع بين الطائفتين وإن لم يكن تقييد قول المرأة بالوثاقه، إلّا أنه يقيد بعدم التهمه بحسب نوع القرائن والشواهد الحاليه النوعيه عند

ص: ١٤٢

١- (١) وسائل، ج ٢، ص ٣٥٨، باب ٤٧، من أبواب الحيض ح ٣.

٢- (٢) المصدر، ج ٢١، ص ٢٣، باب ٦، من أبواب المتعه ح ١.

٣- (٣) ج ٢١ ص ٢٤، باب ٦، من أبواب المتعه، ح ٢.

العقلاء، مضافاً إلى أن مجمل الروايات المطلقة هي في مورد المرأه غير المعروفه والغريبه، فلا- يشمل ما إذا كانت معروفه ومعروف زوجها والفحص عنها لا يكلف أدنى مؤونه، الذى هو من قبيل الالتفات إلى الموضوع، وقد حرر فى بحث الفحص فى الشبهه الموضوعيه لزومه وعدم صحه التمسك بالأصول بدون الفحص.

ثانياً: أن نفوذ قولها إنما يكون فى الأحكام التى تتعلق بها لا فيما كان على غيرها مما يوجب سلب حق أو نحوه، كما لو ادعت أن الميت طلقها فى المرض وأنكر الوارث وزعم أن الطلاق فى الصحه ونحو ذلك، ومن ثم عبّر جملة من الأصحاب عن حجيه قولها بالوجه الخمسه المتقدمه، وهى وإن لم تكن منطبقه على الكليه الوارده فى الروايات أنها مصدقه على نفسها إلا أنها تبين أن حجيه قولها بلحاظ نفسها لا على الغير.

ثم إنه لو علم تفصيلاً بأن للمرأه زوج، وقد غاب غيبه منقطعه وادعت علمها بموته بقرائن أو أمارات، فالمسدار حينئذ ليس على قولها، وإنما على السبب الكاشف الذى تدعيه، لما هو مقرر من أن الإماره هى ذات السبب الإثباتى أو الثبوتى؛ فيكون المسدار على ذلك السبب إن كان إثباتياً فعلى توفره لشرائط الحجيه وإن كان ثبوتياً فعلى نفوذه وضعاً، وأما الوكيل عنها أو عن الزوج فجواز التوكيل تكليفاً يدور مدار إحراز إباحه الفعل الذى هو مورد التوكيل، ويحصل بالاعتماد على قولها كما فى الرجل الذى أراد تزويجها.

والحمد لله رب العالمين

ص: ١٤٣

قاعده: حرمه تلذذ غير الزوجين ببعضهما

اشاره

ص: ١٦٥

الدليل الأول: الآيات القرآنيه:

الآيه الأولى: قوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ١.

والمحصل من مفاد هذه الآيه ليس إرادته المنع عن خصوص لذه الفرج، بل هو إشاره إلى مطلق الاستمتاع الجنسيه، وذكر الفرج من باب أنه أبرز الأعضاء لظهور تلك الغريزه، فالتلذذ والاستمتاع بغريزه الجنس من أى عضو من الأعضاء سواء كان بالفرج أو البشره باللمس أو العين أو الأذن بالسمع أو الأنف بالشم، ويشهد لإرادته هذا المعنى من حفظ الفرج وأن استخدام وإرسال الشهوه الجنسيه بأى عضو هو من التعدى والعدوان فى الآيه، كما فى الصحيح إلى ابن أبى نجران (١) عن ذكره عن أبى عبد الله (عليه السلام) ومحسنه أبى جميله عن أبى جعفر وأبى عبد الله (عليه السلام): قالوا:

ص: ١٦٧

«ما من أحد إلّا وهو يصيب حظاً من الزنا، فزنا العينين النظر وزنا الفم القبلة وزنا اليدين اللمس، صدّق الفرج ذلك أو كذب»^(١).

وكما فى روايه الجعفرىات بسنده المعروف عن جعفر بن محمد عن أبيه (عليه السلام): «إن فاطمه بنت رسول الله صلى الله عليه و آله استأذن عليها أعمى فحجبتة، فقال لها النبى صلى الله عليه و آله : لم حجبتة وهو لا يراك؟ فقالت: يا رسول الله إن لم يكن يرانى فأنا أراه وهو يشم الريح، فقال النبى صلى الله عليه و آله : أشهد أنك بضعه منى»^(٢) وفى دعائم الإسلام^(٣) مثله أيضاً.

وفى موقّق السكونى عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «سئل رسول الله صلى الله عليه و آله ما زينه المرأه للأعمى؟ قال: الطيب والخضاب، فإنه من طيب النسمة»^(٤).

وكما فى صحيح الكاهلى عن أبى عبد الله (عليه السلام): «النظره بعد النظره تزرع فى القلب الشهوه وكفى بها لصاحبها فتنه»^(٥).

وفى مصحح محمد بن سنان عن الرضا (عليه السلام): «وحرّم النظر إلى شعور النساء ... لما فيه من تهيج الرجال وما يدعو إليه التهيج من الفساد»^(٦).

وغيرها من الروايات فى الأبواب الداله على أن الاستمتاع بالشهوه يقع بجمله من الأعضاء، والظاهر أن هذا هو المراد مما ورد من أن

ص: ١٦٨

١- (١) وسائل، ج ٢٠ ص ٣٢٦.

٢- (٢) مستدرک وسائل الشيعه، ج ١٤ ص ٢٨٩.

٣- (٣) دعائم الإسلام، ج ٢، ص ٢١٤.

٤- (٤) وسائل ج ٢٠، ص ١٦٧.

٥- (٥) وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص ١٩٢.

٦- (٦) وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص ١٩٣.

فاطمه (عليها السلام) أحصنت فرجها، وكذلك ما ورد في مريم (عليها السلام)، أى أن حجاب العفاف كان منيعاً بينها وبين غيرها لا- من قبلها، ولا تمكن الغير قبلها، ومنه يعلم عموم تحريم التعدى فى الاستمتاع الجنسيه فى الآيه إلى المماثل، ومن ثم بنى الفقهاء على حرمه التلذذ بأى عضو مع غير الزوج والزوجه وملك اليمين.

ومن ثم ورد أن النساء عورات فالعوره لا تقتصر على الفرج بل تعم مطلق أعضاء المرأة.

الايه الثانيه: قوله تعالى: يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا ١ أى لا- تلتن فى القول، بأن يكون فى صوتهن غلظه وخفاء، أى بجزاله وفصل لا بترخيم وترقيق، وقيل: بجد وخشونه من غير تخنث، ككلام المربيات والمومسات، فيوجب طمع الذى فى قلبه ريب وشهوه، وقيل: أنه لا تخاطبن الأجانب مخاطبه تؤدى إلى طمعهم فيكن، كما تفعل المرأة التى تظهر الرغبه فى الرجال، وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا أى غير منكر بعيداً عن الريبه والتهمه، وقد فسّر القول المعروف فى آيه المطلقات (١) بعد إظهار الرغبه فى الطرف الآخر، كما فى روايه أبى بصير عن أبى عبد الله (عليه السلام): «لا تقول إني أصنع كذا وأصنع كذا القبيح من الأمر فى البضع وكل أمر قبيح» (٢).

ص: ١٦٩

١- (٢) البقره، ٢٣٥.

٢- (٣) وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص ٤٩٩، وتفسير العياشى، ذيل تفسير الآيه.

وفى تفسير على بن إبراهيم لا يصرح لها النكاح والتزويج وإن كان ذلك منكراً فى خصوص من كانت فى عصمه الغير بعدّه أو نكاح، فيعلم من مقابله الأمر بالقول بالمعروف أن المنهى عنه كلّ قول منكر سواء فى كيفية الصوت وأدائه أو فى مضمون الكلام، وبأى نحو يكون فيه إظهار للرغبة المحرمة بينهما أو إثارة التشهّي الجنسى وإحداث الافتتان بينهما ولو بانسباط الحديث وإطالة الكلام، والتعبير فى صدر الآية لَسَيُتَنُّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ لا ظهور له فى خصوصيه الحكم لنساء النّبى، بل الظاهر منه الإشاره إلى ما تقدّم على الآية من مضاعفه الأجر لهن إن اتقين ومضاعفه العذاب إن عصين؛ لشرافه نسبتهن إلى النّبى، ومن ثم لم تذكر هذه الأحكام من خصائص النّبى صلى الله عليه وآله وإن ذكر حرمة التزويج بنسائه من خصائصه.

الآيه الثالثه: قوله تعالى: وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعاً... ١ والتقريب ما مرّ فى الآيه السابقيه.

وهى وإن احتمل فيها التنزيه أو الاختصاص، إلّا أنها داله على أن مراتب المحادثه مع النساء من دون حجاب وستار لا سيما إذا كان مشيراً فإنه فتنه للقلوب.

الدليل الثانى: الروايات:

ففى معتبره أبى بصير كنت أقرئ امرأه كنت أعلمها القرآن فمازحتها بشىء، فقدمت على أبى جعفر (عليه السلام) فقال لى: (أى شىء قلت للمرأة؟)

ص: ١٧٠

فغطيت وجهي، فقال: «لا تعودنَّ إليها»^(١).

وفى عقاب الأعمال عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «ومن صافح امرأة حراماً جاء يوم القيامة مغلولاً ثم يؤمر به إلى النار، ومن فاكه امرأة لا يملكها حبسه الله بكل كلمه كَلَّمها في الدنيا ألف عام»^(٢).

وفى روايه دعائم الإسلام عن جعفر بن محمد (عليه السلام) أنه قال: «محادثه النساء من مصائد الشيطان»^(٣).

وروى القطب الراوندى فى لب اللباب عن على (عليه السلام) أنه قال فى حديث: «ومن مازح الجوارى والغلمان فلا بدَّ له من الزنا ولا بد للزاني من النار»^(٤).

هذا مضافاً إلى جملة من الروايات^(٥) الأخرى الناهية عن محادثه النساء، وهى وإن حملت على الكراهه والتنزيه إلما أنها فيها إشعار بالحرمة بموارد الفتنة والتلذذ.

ثم إنه لا ريب إن من موارد الفتنة والريبه الممازحه والمفاكهه مع النساء، لا سيما إذا اشتملت على تغزل أو ما يستقيح ذكره.

فائده: فى حكم إقامه علاقته الصداقه مع الأجنبية:

ص: ١٧١

١- (١) سائل الشيعة، ج ٢٠، ص ١٩٨.

٢- (٢) وسائل الشيعة، ج ٢٠، ص ١٩٨.

٣- (٣) مستدرک الوسائل، ص ١٤، ص ٢٧٣.

٤- (٤) مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ٢٧٣.

٥- (٥) وسائل الشيعة، أبواب مقدمات النكاح، باب ١٠٦.

قال في لسان العرب: «الخدن والخدنين الصديق، أو الخدن والخدنين الذى يخادتك فيكون معك في كل أمر ظاهر وباطن، وخدن الجارية محدثها، وكانوا في الجاهليه لا يمتنعون من أن يحدث الجاربه فجاء الإسلام لهدمه، والمخادنه المصاحبه وفي التنزيل العزيز مُحْصِيَاتٍ غَيْرٍ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتٍ أَخْدَانٍ ١ أى يتخذن أصدقاء. وفي تفسير القمى فى قوله تعالى: وَلَا مُتَّخِذَاتٍ أَخْدَانٍ ٢. «أى لا يتخذها صديقه».

وقال الزمخشري «والأخدان الأخلاء فى السر أى غير مجاهرات فى السفاح ولا مسرات له» (١).

وقيل كانت البغايا فى الجاهليه على قسمين مشهورات ومتخذات أخدان، وكانوا يعقولهم يحرمون ما ظهر من الزنا ويحلون ما بطن، فنهى الله عز وجل عن الجميع.

أقول: المستحصل من كلمات اللغويين وظاهر الآيه إن إقامة العلاقه والصداقه بين الأجنبى والأجنبيه للتواطئ على أى نوع من الاستمتاع الجنىسى أو الغرام محظور. وهذا المقدار- وهو عدم تكوين العلاقه على أساس الانفتاح الجنىسى ولو على صعيد الكلام- هو المستفاد من قوله تعالى أيضاً:

وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنُتُمْ فِي

ص: ١٧٢

١- (٣) الكشاف، ج ١، ص ٥٠٠.

أَنْفُسِكُمْ عَلَّمَ اللَّهُ أَنْتُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ لَكِنَّ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ۝ قِيلَ فِي تَفْسِيرِ الْآيَةِ أَي لَا تُوَاعِدُوهُنَّ مَوَاعِدَهُ قَطُّ بِالزَّوْجِ، إِلَّا مَوَاعِدَهُ مَعْرُوفَهُ غَيْرَ مَنْكَرِهِ أَي لَا تُوَاعِدُوهُنَّ إِلَّا بِالْتَعْرِيفِ، أَي لَا تَكُونُوا فَضْلًا عَنِ التَّصْرِيحِ.

وقيل في معنى لا- تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا بالجماع، والقول المعروف هو القول الذى ليس فيه رفث ولا إفحاش، فالآية الكريمة تحدد المقدار المجاز من الحديث مع الأجنبية مع أن هذا الحديث متواطئ فيه على الحلال وهو عقد النكاح. فلا تسوغ التصريح ولا الكناية، بل فى ذات البعل لا- يجوز مطلقاً حتى التعريض. وأما فى الخلية فيجوز التصريح دون الرفث فى القول من الكلمات المستهجنه المنافيه لحاجب الحياء والستر بين الأجنبيين. وفى تفسير العياشى عن أبى بصير عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى قول الله: لا- تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا- أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا؟ قال: (المرأه فى عدتها تقول لها قولاً جميلاً ترغبها فى نفسك ولا تقول إني أصنع كذا وأصنع كذا القبيح من الأمر فى البضع وكل أمر قبيح(1)).

وروى عن أبى بصير عنه (عليه السلام) « لا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا هو قول الرجل للمرأة قبل أن تنقضى عدتها أو اعدك بيت آل فلان لترث ويرث معها(2) ».

ص: ١٧٣

١- (٢) تفسير العياشى، ج ١، ص ١٤٢، ح ٣٩٥.

٢- (٣) تفسير العياشى، ج ١، ص ١٤٢، ح ٣٩١.

وقريب من مضمونها ما رواه الكليني من صحيح الحلبي وصحيح عبدالله بن سنان، وما رواه في الصحيح عن علي بن حمزة عن أبي الحسن (عليه السلام) إلماً أن فيه في قوله تعالى: لا- تواعدوهن سراً قال: (يقول الرجل أو اعدك بيت آل فلان يعرض لها بالرفث ويرفث)، والقول المعروف التعريض بالخطبه على وجهها وحلها، نعم ما رواه في صحيح عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله (عليه السلام) في تفسير القول المعروف قال: «يلقاها ويقول إني فيك لراغب وإني في النساء لمكرم ولا تسبقيني بنفسك. والسر لا يخلو معها حيث وعدها.

ويستفاد مما ورد في الآيه والنصوص والفتاوى في مسأله الخطبه لذات العده المفروغيه من حرمة الرفث في القول مع الأجنبية. وقد تقدّم شطر وافر من الكلام حول حكم المفاهمه مع الأجنبية والانبساط المثير للغبه والتلذذ في السماع وكذا حكم الخلوه ولو من فته من الرجال مع فته من النساء، وكل تلك المسائل ترسم حدود العلاقه بين الأجانب والأجنبيات، بما يكفل حفظ الطرفين عن معرضه الوقوع في التلذذ المحرم من الطرفين ولو بأدنى درجاته.

ويؤيد جميع ما تقدّم المستفاد من فحوى قوله تعالى: وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ

مَتَاعاً فَسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ذَلِكُمْ أَطْهَرُ لِقُلُوبِكُمْ ۝۱

ويعضد كلّ ما تقدّم أيضاً قوله تعالى: وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ

حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ۝ ١ . فَإِن مَّقْتَضَىٰ الْآيَةُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي قَاعِدِهِ السِّرَّ وَالنَّظَرَ هُوَ حَرْمَةُ الِاسْتِمْتَاعِ
الْجِنْسِيِّ مَطْلَقًا بِأَيِّ لَوْنٍ وَبِأَيِّ دَرَجَةٍ وَبِأَيِّ عَضْوٍ إِلَّا الزَّوْجَةَ وَالْمَمْلُوكَةَ وَهُوَ شَامِلٌ لِلتَّلَذُّذِ بِالْبَهَائِمِ وَغَيْرِهَا .

هذا تمام الكلام في هذه القاعدة

ص: ١٧٥

قاعده: في وحده ماهيه النكاح

اشاره

ص: ١٧٧

يقع الكلام في القاعده في جهتين :

الجهه الأولى: الأقوال في القاعده:

فالاختلاف واقع في إنَّ ماهيه المنقطع والدائم نوع واحد والاختلاف في الطوارئ والعوارض والأحوال أى إنَّ الاختلاف في الصنف، أو إنَّ الاختلاف بينهما في النوع أو إنَّ التعبد قد ورد بأنَّ عدم ذكر الأجل ولو غفله موجب لقب النكاح دائماً، ثم على القول بوحدهما في ماهيه النوعيه يترتب إنَّ عنوان المنقطع والدائم عنوانان صنفيان وأنَّ هذا التصنيف هو آت من الاشتراط الزائد على أصل الماهيه، وبالتالي فإنَّ الاشتراط هو سبب الاختلاف الآثار المترتب على العقد من الطلاق أو عدمه والإرث وعدمه وبقية الحقوق.

حيث حكى ذهاب المشهور^(١) إلى انقلاب العقد المنقطع إلى الدائم إن

ص: ١٧٩

١- (١) ذهب مشهور الفقهاء إلى انقلاب المنقطع إلى العقد الدائم إذا خلا من ذكر الأجل، وقد صرح بذهاب المشهور إلى ذلك جمع من الفقهاء منهم الشهيد الثاني في المسالك، ج ٧، ص ٤٤٧، حيث قال: «فالمشهور بين الأصحاب أنه ينعقد دائماً...» وقد ذهب إلى ذلك الانعقاد الدائم الشيخ في النهايه والخلاف وابن البراج وابن زهره وأبو الصلاح الحلبي.

لم يذكر الأجل في إيجاب العقد، بل حكى عليه الإجماع، بل عن كشف اللثام والمسالك (١) الجزم بذهاب المشهور إلى ذلك وإن كان المنقطع (٢) مقصوداً له من صيغته الإيجاب.

نعم حكى صاحب الجواهر (٣) أنهما أشكلا ذلك الحكم. وعن ابن إدريس (٤) التفصيل فإن كان الإيجاب بلفظ التزويج والنكاح فينقلب، وإن كان بلفظ التمتع فيبطل، وأن اللفظين الأولين صالحان لهما بخلاف الثالث، فإنه مختص بالمتع. وقيل (٥) بالفرق بين تعمد ترك الأجل فينقصد دائماً وبين الجهل به ونسيانه فيبطل، بدعوى ظهور العمد في إرادته الدوام.

ومال صاحب الجواهر (٦) إلى المشهور إلا أنه لم يستبعد البطلان مع قصد الانقطاع من نفس الصيغة، بحيث يكون ذكر الأجل قرينه على الاستعمال أى لا من باب تعدد الدال والمدلول، لأنه لم يقصد مطلق النكاح حينئذ وعليه يحمل مضمير سماعه.

ثم إنه على قول المشهور هل هذا يطرد في صياغات الشروط

ص: ١٨٠

١- (١) وقال صاحب الجواهر: «وانقصد دائماً في المشهور نقلاً وتحصيلاً بل لعلّه مجمع عليه...» جواهر الكلام، ج ٣٠، ص ١٧١، وذهب بعض الفقهاء إلى البطلان كما صرح العلامة في المختلف ج ٧، ص ٢٢٧، والشهيد الثاني في المسالك، ج ٧، ص ٤٨٨ وغيرهما.

٢- (٢) مسالك الإفهام، ج ٧، ص ٤٨٧.

٣- (٣) المصدر السابق والصفحة.

٤- (٤) السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى لابن إدريس ج ٢، ص ٥٥٠.

٥- (٥) حكى هذا القول صاحب المسالك: ج ٧، ص ٤٤٨.

٦- (٦) جواهر الكلام، ج ٣٠، ص ١٧٥.

الأخرى، كما هو جار الآن عند بعض أبناء المذاهب الإسلاميه الأخرى من زواج المسيار، حيث يشترط فيه عدم النفقه وإسقاط الحقوق من الطرفين ويفسخ بالطلاق، وكذا عندهم الزواج فى نهايه الأسبوع وبالتبانى على عقد النكاح وعدم الدخول مثلاً ثم الطلاق بعده بيومين، وكما فى ما يسمى بالزواج العرفى بغض النظر عن صيغه الشروط المأخوذه فيه إنما الكلام بنحو الإجمال- وكذا فى ما يسمى بالزواج المدنى، هذا بعد الفراغ عن كون الشروط فى هذه الأقسام الجديد غير مخالفه للكتاب والسنة، فالمدار فى تنقيح الأقسام على بيان الجامع من الماهيه النوعيه للنكاح وأن مقتضى الشروط فى الصيغه إنما تشكل العناوين الصنفيه بعد كونها شروطاً محلله.

والعمده بعد صحه مبنى المشهور تنقيح عدم مخالفه الشروط للكتاب والسنة فى تلك الاقسام ، والمهم فى المقام هو البحث عن وحده الماهيه نوعاً، وأما حكم الشروط فى كل قسم فىأتى فى محلها.

الجهه الثانيه: الأدله:

ويمكن أن يقرر مقتضى القاعده كما فى الجواهر(١) وغيره(٢): إن الجامع بين الدائم والمنقطع لا- ريب فى تفرره وهو معنى الزوجيه والاعتقان وتمليك البضع بالمهر، فىبقى الكلام حول الديمومه والانقطاع كما هو مقتضى الحصر فى القسمين فى قوله تعالى: وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ

ص: ١٨١

١- (١) جواهر الكلام، ج ١، ص ١٧٢.

٢- (٢) مسالك الإفهام، ج ٧، ص ٤٤٨.

حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۗ۱ .

مضافاً إلى عموم عنوان الزوجية لكل من القسمين إلا ما استثني بالدليل، مضافاً إلى إنشائهما بالألفاظ المشتركة، كما هو الحال في إنشاء أقسام البيع من السلم والنقد والنسيئة بألفاظ ماهية مشتركة، واختلاف الآثار مترتب على الشروط المأخوذة في صيغته كل من الأقسام، وأما الديمومه والانقطاع فهو منهما كما قرر في البيع أنه مقتضى نفس العقد ما لم يأت رافع موجب للفسخ وإلا فالديمومه ليست مأخوذة في ماهية البيع المستعمل فيها لفظه وليست منشأ بالذات، بل حال الديمومه في جملة عديده من العقود والإيقاعات كذلك، بينما التحديد هو الذي يحتاج إلى التقييد في اللفظ كما ستأتى دلالة الروايات على ذلك أيضاً.

نعم قد يقال: انه قد ورد تشبيه العقد المنقطع بانهن مستأجرات كما في قوله تعالى: *فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ* ۲ فيقال حينئذ إن الاختلاف بين الدائم والمنقطع كالاختلاف بين البيع والإجاره فإن البيع والإجاره وإن اشتركا في أصل التمليك للمنفعه، إلا إن قوام الإجاره بذكر الأجل والتقدير للمنفعه ولا ريب في تباينهما في الماهية النوعية لا الصنفيه، فهذا البيان يدعم القول المخالف للمشهور.

وفيه: إن البيع والإجاره على قول يشتركان في الماهية من كون كل منهما تمليك للعين، غاية الأمر إن الإجاره تمليك للمنفعه على نحو خاص

أو في جهه خاصه مقدره، ومن ثم ورد بكثره في الروايات استعمال لفظ البيع في باب الإجاره، فالحال في الإجاره كذلك إذا أنشأت بلفظ البيع لا بد أن تقدّر وتقيّد ويشترط جهه التمليك ونحوه، وإلا كان مقتضى لفظ البيع هو التمليك على نحو الإطلاق.

وما يشكل من أنّ العقود تابعه للقصد فإذا لم يقصد الدائم، وكان قد قصد المنقطع إلّا أنه سهواً لم يقيد بالشرط فيقع دائماً، فيكون ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، وهل يظن ظاناً أنّ من قصد الإجاره بلفظ البيع وسهياً عن التقييد بالمدّه أنه يقع بيعاً عليه؟ مع أنه من الواضح بمكان إن البيع غير الإجاره، هذا مع لزوم الضرر.

فيجاب: بأن العقود اللازم توفرها في صحه العقود هي قصد ماهيه العقود والأركان المتقومه بها، وأما قصد الشروط الخارجه عن ماهيه المعامله فليس دخيلاً في صحه المعاملات وإن كان السهو والغفله فيها قد يكون مضرراً مالياً، ومجرّد تفاوت القيم الماليه لا يدلّ على تباين ماهيه المعاملتين ذات القيمتين، ألا ترى إن السلم يفترق عن النقد في قيمه ومع ذلك فالسهو في ذكر شرطيه الأجل لا يبطل البيع، بل غايه الأمر إنه يقع نقداً، ولو افترض تضرر أحد المتعاقدين مع سهوه وغفله، فغايه ما يثبت خيار الغبن من دون بطلان العقد.

فأئده: حقيقه توالد العقود:

والعمده ملاحظه النسبه بين ماهيات العقود، فقد تكون النسبه من قبيل الجنس والنوع أو من قبيل النوع والصنف، لا سيما إذا كانت الماهيه

المعاملية الثانية هي بتوسط إضافه بعض الشرائط كأجزاء. وفي بيئه المعاملات والتعارف العقلاني إنما تستحدث المعاملات الجديده عبر طريق زياده الشروط على معاملة تقليديه سابقه، والشروط تستحدث بحسب الأغراض والحاجيات في البيئه المعاملية على صعيد التعارف على الحاجات والأشياء، غايه الأمر أن التشارط الذي يضاف إلى الماهيه السابقه يندمج ماهوياً مع المعنى السابق في إطار معنى فردى في الذهن، ويتم ذلك بتعمّل من عالم الذهن وقدره الفرض في الاعتبار، أى القدره على الدمج بين المعانى في كتله معنى وحدانياً، في قبال قدره الذهن والغرض الاعتبارى على فتق المعنى الوحدانى إلى معان مفصله متكثّره متعدّده، فخذ مثلاً أصل تملك الشئ فإنه قد ضم إليه المشارطه بتمليك آخر وهو العوض، فنتجت ماهيه المعاوضه بعد أن كان العقد تملك مجرّد بسيط، فالمعاوضه ليست إلّا مشارطه بين تملكين، ثم إن المعاوضه إذا اشترط فيها العين في المعوّض، عنونت بعنوان البيع، وإذا جعلت المنفعه عنونت بعنوان الإجاره، وإذا جعلت منافع خاصّه عنونت بعنوان المزارعه والمساقاه ونحوها.

ثم إن البيع إذا اشترط فيه بعض الشروط من الأجل ونحو ذلك في أحد الطرفين عنون بعنوان السلم والنسيئه والنقد، ومن ثم يتبين إن تولّد المعاملات الحديثه هي بإضافه شروط على الماهيات المعاملية الساذجه السابقه التي هي أبسط من الماهيه المعاملية التركيبية الحديثه، وقد ذكرنا في فقه المصارف [الحيل والبنوك] إن المشارطه في العقد تعود في حقيقتها إلى معاوضه المزاده على المعامله السابقه يتبين إنها معاملة جديده فوقيه قد انضوت المعامله السابقه تحتها كضلع من أحد طرفيها، وهذا لا ينافى ما

تقدّم تقريره من أنّ المعامله السابقه بمنزله الجنس للمعامله المتولده النوعيه.

وعلى ضوء كلّ ذلك فالنسبه بين العقد الدائم والمنقطع نسبه الماهيه الجنسيه إلى الماهيه النوعيه أو الماهيه النوعيه إلى الماهيه الصنفيه.

نعم الطبيعه الجنسيه تلقائياً إذا أنشأت من دون زياده الشروط والمشارطه تنوجد حينئذ بنحو الماهيه بشرط لا، بخلاف ما إذا زيدت المشارطه، فإنها تكون بنحو البشروط شيء، وتباين ال (بشروط لا) وال (بشروط شيء) لا يوجب كون المعنى والماهيه فى النحوين من تباين الأنواع، بل هذا التباين قد يفرض فى الماهيات الفرديه مع اتحادهما نوعاً، أو الصنفيه مع اتحادهما نوعاً أيضاً.

وعلى ذلك فإذا أنشأ المتكلم باللفظ الموضوع للجنس أو النوع من دون تقييده فلا- محاله ينشأ به الماهيه الجنسيه، ولو كان ذلك عن سهو بالتقييد، فإنه لا يخلّ بالقصد المتوجّه إلى الماهيه الجنسيه، وإن كان هناك خلل فى توجّه القصد إلى الماهيه الفرديه أو الصنفيه، إلّا إن هذا المقدار من الخلل لا يخلّ بتحقيق القصد إلى الماهيه الجنسيه، نظير ما لو أنشأ شخص البيع بلفظ ملكت من دون أن يقيده بعوض سهواً أو استحياءاً، أى من دون أن يقول ملكتك العين بكذا، فإن ذلك لا يخلّ بوقوع التمليك المجرد ولا يؤدى إلى كون الاستعمال مجازياً، مع فرض عدم وجود القرينه فى البين على استعماله المقيّد، سواء من باب تعدد الدال والمدلول أو من باب المجاز.

هذا، وقد يفرّق بين ما إذا كان ذات المشروط ركن آخر فى العقد المركب كما هو الحال فى العوض، وبين ما إذا لم يكن كذلك، بأن كان ذات المشروط من قبيل التخصيص والتحديد للماهيه السابقه، لا بأن يكون عوضاً مقابل لمعوض،

ولا ريب إن النمط الثانى أوضح فى عدم تخلف أصل القصد، كما هو الحال فى البيع والسلم والنسيئه والنقد والدوام والمنقطع، بخلاف النمط الأول، كالهبة والبيع، هذا كله بحسب مقتضى القاعده.

وأما الروايات فعلى طوائف:

الطائفة الأولى: ما ورد فى ترك ذكر الأجل أنه ينعقد النكاح دائماً.

١ - كموثق عبد الله بن بكير قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام) «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز. وقال: «إن سمي الأجل فهو متعه، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات» (١).

وصدر الروايه ظاهر فى تأسيس عموم دال على عدم نفوذ الشروط التى يتناول عليها قبل النكاح إذا لم يصرح بها لفظاً أثناء إنشاء الصيغه، ثم ذكر (عليه السلام) تطبيقاً لهذا العموم ذكر الأجل فى النكاح، ومن ثم لا يكفى التبانى عليه، بل لابد من التصريح به أثناء النكاح كى يقع متعه، وبهذا التقريب فى تطبيق العموم على شرطيه الأجل فى النكاح تفيد الروايه المطلوب الذى نحن فى صددده، وهو أنه لو تشارطا على الأجل فى المقاوله قبل صيغه النكاح ثم لم يذكر الأجل فى الصيغه، فإنه ينعقد نكاحاً باتاً، ويعباه أخرى: إن ذيل الروايه أورده صاحب الوسائل فى ذلك الباب مع حذف صدر الروايه، فتوهم من هذا الذيل أنه (عليه السلام) فى صدد بيان مغايره المتعه مع النكاح الدائم بذكر الأجل وعدم ذكره، بينما بقريته صدر الروايه المحذوف يتبين

ص: ١٨٦

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢١، ص ٤٦، باب ٢٠، من أبواب المتعه، ح ١.

أنه (عليه السلام) في صدد تطبيق العموم الذي ذكره في صدر الرواية بعد الفراغ عن تباين المنقطع والدائم بشرطيه الأجل، وإنما هو (عليه السلام) في صدد بيان أن هذه الشرطية للأجل المفترقة بين العقدين إنما تعدّ مشروطه في العقد إذا ذكرت مع الصيغ، ولا يعتدّ بذكر الأجل والشرط في المقاوله قبل العقد مع متاركه ذكره مع الصيغ، فمع هذا التقريب تكون الموثقه نصّ فيما ذهب إليه المشهور.

٢ - وفي معتبره أبان بن تغلب، قال: (قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجك متعه على كتاب الله وسنه نبيه صلى الله عليه وآله لا وارثه ولا موروثه كذا وكذا يوماً، وإن شئت كذا وكذا سنه بكذا وكذا درهماً، وتسمّى من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أم كثيراً، فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها، قلت: فإنني أستحيى أن أذكر شرط الأيام؟ قال: هو أضر عليك، قلت: وكيف؟ قال: إنك إن لم تشرط كان تزويج مقام ولزمتك النفقه في العده، وكانت وارثه ولم تقدر على أن تطلقها إلّا طلاق السنه» (١).

وقد رواها الكليني بطريقتين عن إبراهيم بن الفضل عن أبان والأول صحيح، وأما إبراهيم بن الفضل فهو وإن لم يوثق إلّا أن الشيخ قال عنه في رجاله أسند عنه، أي أنه ممن يروى عنه، وهو يفيد قرينه في الحسن على الأصح في معنى هذه اللفظه، مضافاً إلى روايه جعفر بن بشير عنه، وقد استشعر الوحيد في تعليقه الوثاقه من ذلك، فلا أقل من الحسن بل فوق

ص: ١٨٧

الحسن ويكفي ذلك في اعتبار الروايه، لاسيما وأن الروايه في عرف الرواه تلمذ.

وأما دلالة الروايه فهي نص بالمطلوب أيضاً، فإنه بين قصده للمنقطع إلا أنه لم يذكر شرط الأجل استحياءً.

وقد يقال: إن مفاد هذه المعبره في خصوص مَنْ كان ملتفتاً إلى شرطيه الأجل ولم يذكره تعمداً، ولو بداعى الاستحياء، وهذا بخلاف مَنْ لم يذكره نسياناً.

وبعبارة أخرى: إن مورد الروايه مَنْ تعمد بناء اللفظ على العدم، فكأنه قصد العدم وبنى اللفظ عليه بخلاف الناسى والغافل؟

فيقال: إن هذا الفرق إن تم في معتبره أبان فليس بتام في موثقه ابن بكير مضافاً إلى ان ما في معتبره أبان وان كان تعمد من جهه الموضوع إلما انه ناشئ عن الجهل بالحكم، وبالتالي فليس عمداً تاماً؛ إذ ليس العامد بالموضوع عالم بالحكم، فالمورد مشوب بالجهل والغفله أيضاً وبناءه على كفايه قصد الشرط من دون التصريح له فلم بين اللفظ على العدم، أى لم يستعمل التركيب المجموعى للجمله في إرادته الدائم بنحو الجدد، ولو من باب تعدد الدال والمدلول، إذ أن المعنى المستعمل فيه النكاح في القسمين واحد وإنما التغير آت من ضميمه الشرط، وهذا بنفسه تقريب آخر لدلاله الموثقه والمعتبره سيأتى بيانه في الطائفه الثانيه، الداله على أن قوام التغير بين القسمين هو لضميمه لماهيه النكاح لا بنفس الماهيه.

٣ - وروايه هشام بن سالم قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) أتزوج المرأه

متعه مره مبهمه؟ قال: «ذاك أشد عليك ترثها وترثك، ولا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر وشاهدين قلت: أصلحك الله فكيف أتزوجها؟ قال: أياماً معدوده بشيء مسمى مقدار ما تراضيتم به، فإذا مضت أيامها كان طلاقها في شرطها ولا نفقه ولا عدّه لها عليك» (١).

والروايه ليس في سندها ما يتوقف فيه إلا موسى بن سعدان الحنّاط وعبد الله بن القاسم الحضرمي، وقد ضعف النجاشي الحنّاط في الحديث، قال: ضعيف في الحديث كوفي له كتب كثيره ثم ذكر سنده إلى كتبه، وفيه الراوي لكتبه محمد بن الحسين بن أبي الخطاب الكوفي الثقه الجليل ولكن الشيخ في الفهرست لم يضعفه وسنده إلى كتابه صحيح، عن ابن أبي سعيد عن ابن الوليد عن الصفار عن ابن أبي الخطاب عن موسى بن سعدان، ويظهر من ذلك اعتماد بن الوليد القمي شيخ الصدوق على كتابه والصفار، هذا - على ما عرف من تشدد بن الوليد - في الاعتماد على كتابه مضافاً إلى ابن أبي الخطاب الكوفي، وقال عنه ابن الغضائري ضعيف في مذهبه واعترض الوحيد على تضعيفه بأن ضعف الحديث غير ضعف الرجل وان نسبه الغلو من القدماء لا يعنى بها وذكر جمله من الروايات التي رواها في المعارف: وقال: لأمثال هذه رمى بالغلو، نظير أن الأئمه يزدادون علماً في ليله الجمعه. وذكر أن رميه بالغلو لعله لروايته عن عبد الله بن القاسم الحضرمي.

ثم ذكر جمله من القرائن للاعتماد عليه، وأما عبد الله بن القاسم

ص: ١٨٩

١- (١) المصدر، ج ٢١، ص ٤٨، باب ٢٠، ح ٣، أبواب المتعه.

الحضرمي، فهو وإن ضعفه ابن الغضائري والنجاشي، وذكر أنه كذاب غال وذكر سنده إلى كتابه والرمي بالكذب معلول عند القدماء للرمي بالغلو مع التصريح بكلام الصفتين، وجمله رواياته في المعارف من نفائس الروايات التي يمحج من قبولها مذاق الكلام على النحو السطحي الجاف مثل ما رواه الكافي (١) عنه في باب أن الأئمة نور الله عز وجل، وما رواه الصدوق عنه من أنه ينادى يوم القيامة أن علي بن أبي طالب يدخل الجنة من شاء ويدخل النار من شاء (٢). وكذلك روى حديث اللوح في أسماء الأئمة، وذكر بعض ذلك النمازي في مستدركاته، هذا مع أن الرواية في المقام ليست في المعارف، أي ليس في الباب الذي ضعف فيه رواياته، وهذه نكته يجدر الالتفات إليها، وهي أن التضعيف إذا كان مخصوصاً بباب على تقدير التسليم بصحة مدركه يخص بيابه، كما لو كان التضعيف من جهة المذهب الاعتقادي، أي المسائل الاعتقادية التي يعتقد بها الراوي أو كان التضعيف من جهة الوقف، أو من جهة مذهب فقهي في بعض المسائل الفقهية، كما يقع ذلك لبعض الرواه ونحو ذلك فيخص بذلك الباب.

أما دلالة الرواية فهي منطبقه على المقام، حيث يقصد من النكاح المتعه إنما انه لا يقيد جهلاً منه بالحكم، كما مر في تقرير ما سبق.

الطائفة الثانية: ما ورد عدم نفوذ الشروط المتباني عليها عند المتعاقدين، خاصة الروايات الواردة من أن الشرط السابق على النكاح

ص: ١٩٠

١- (١) الكافي، ج ١، ص ١٩٥.

٢- (٢) بحار الأنوار، ج ٣٩، ص ١٩٨.

ليس بنافذ بخلاف الذى يذكر مع العقد كروايه بن بكير قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «إذا اشترطت على المرأه شروط المتعه فرضيت به وأوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح فإن أجازته فقد جاز وإن لم تجزه فلا يجوز عليها من شرط قبل النكاح» (١).

وتقريب الدلاله: أن ظاهر الروايه أن شروط المتعه والذى عمدته الأجل والمهر إذا ذكر فى المقاوله قبل العقد فلا يعتد به ولا ينفذ إذا كانت الصيغه مطلقه، وأنه لا بد فى نفوذ الشرط مع نفوذ العقد مرتباً فى ضمنه من ذكر الشروط مع الصيغه. ولا يخفى دلالتها بالاعتضاء أن العقد فى الصوره الأولى نافذ دواماً وإن قصد به ما تشارطا من الأجل فى المقاوله.

ومثلها صحيحه محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول الله عز وجل: وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ فَقَالَ: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلّا برضاها وبشئ يعطيها فترضى به (٢).

نعم مقدار ما يستفاد من هذه الطائفه هو كون النكاح يهدم الشروط السابقه المتباني عليها عند المتعاقدين خاصه دون ما كان التبانى عليها عند نوع العقلاء والعرف، كما هو صريح مورد تلك الروايات كالتعبير بشرطك أو (اشترطت) وكذا فى موثق بن بكير مما يوهم الإطلاق أنه بقريته التعبير ب- (قبل) الدال على تخصيص الشروط بالخاصه عند المتعاقدين، أى مما جرى

ص: ١٩١

١- (١) وسائل، ج ٢١، ص ٤٥، باب ١٩، من أبواب المتعه ح ١.

٢- (٢) المصدر، ص ٤٦، باب ١٩، ح ٣.

تداولها بينهما قبل العقد، بخلاف الشروط النوعية عند العقلاء فلا توصف بالقبليه، فالقدر المتيقن من هذه الطائفة هدم الشروط الخاصه عند المتعاقدين ويبقى الباقي على مقتضى القاعده وهو الصحه.

الطائفة الثالثه: ما ورد فى بيان أن صيغه المتعه متقومه بالشروط كموثقه سماعه عن أبى بصير قال: «لابد من أن يقول فيه هذه الشروط: أتزوجك متعه كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً نكاحاً غير سفاح على كتاب الله وسنه نبيه وعلى ان لا ترثينى ولا أرثك على أن تعتدى خمسه وأربعين يوماً. وقال بعضهم: حيضه»^(١).

وظاهر الموثقه أن قوام المتعه بالشروط وبالتالي تخالفها مع الدائم بذلك لا فى ماده وماهيه النكاح وأن المتعه طور من النكاح متولّد من الشروط وغيرها من الروايات^(٢) هذا المضمون.

فتحصل من كلّ ذلك أن الاختلاف بالشروط هو أنه لا تباين فى أصل قصد النكاح، وأنه لا اختلاف فى أصل قصد النكاح وإنما الاختلاف فى الشروط على ذلك لو أنشأ النكاح مع الغفله عن الشروط عن ذكرها مع الصيغه أو لم يذكرها لأسباب أخرى فإن النكاح يقع باتاً.

وعلى ذلك عند الشك فى كون العقد دائماً أو منقطعاً، فإن أصله عدم الاشتراط تقتضى دوام العقد، كما هو الحال لو حصل نزاع بين الزوجين فإن مدعى الدوام يكون منكراً، ولا يتوهم أن هذا من الأصل المثبت

ص: ١٩٢

١- (١) المصدر، ص ٤٤، ب ١٨، ح ٤.

٢- (٢) المصدر، باب ١٧، ١٨.

وذلك لأن موضوع الدوام هو صرف العقد لا وصف التجرد ليشكل بأن هذا العنوان وجودي لا يمكن إحرازه، كما أن موضوع المنقطع مركب.

فالأصل عدمه وهو محرز للموضوع وهو الدوام ويترتب عليه حرمة نكاح الخامسة.

ص: ١٩٣

قاعده: في تداخل العدد

اشاره

ص: ١٩٥

البحث في القاعده يقع في عده امور:

الأمر الأول: تداخل العدد ذات الأسباب المختلفه:

هل تتداخل العدد ذات الأسباب المختلفه مع اختلاف الأشخاص، من عدّه وطى شبهه أو طلاق أو وفاه أو غيرها، أو لا؟ قولان: القول الأول التداخل بين العدد، القول الثانى، عدم التداخل.

حكى فى الجواهر الثانى عن المشهور شهره عظيمه، وأنه حكى عليه الإجماع، بينما نسب الأول إلى الصدوق وابن الجنيد وجماعه من متأخرى المتأخرين، حملاً لأخبار التعداد على الندب أو التقيه، وتأمل فى نسبه هذا القول إلى الصدوق بكون المحكى عن موضع من كتاب المقنع - مبحث الإيلاء - أنه اعتمد على متن صحيح على بن بشير التبال الآتى الدال على التعداد. وقد يستظهر من الجمع بين كلاميه هو التفصيل بين ذات العدّه فى الثانى وبين ذات البعل فى الأول، أى بين كون وطى الشبهه وارداً أو موروداً، وإن لم يعهد هذا التفصيل من أحد.

ويستدل لكلّ من القولين تاره بمقتضى القاعده وأخرى بالروايات

الأمر الثاني: تحرير القاعدة:

فقد تقرّر في محله من علم الأصول بأن الأصل عدم تداخل الأسباب ولا المسببات، وقد تقرّر أيضاً بأن مقتضاها التداخل في خصوص المقام من بحث العدد، وبيانه:

إن طبيعه أسباب العدد أن تكون العدد متصله بالسبب، وعلى ضوء ذلك فلا بدّ من تداخلها عند الاقتران والاجتماع.

غايه الأمر أن هذا التداخل ليس بمعنى عدم مراعاة مقادير العدد كما لو اختلفت في المقدار بسبب اختلاف البدء الزمني أو الكم بينها، لاسيما وأن الاعتداد بالعدّه الغايه منه استبراء الرحم كما في معتبره زواره (1)،

«عن أبي جعفر (عليه السلام) سألته عن امرأه نعى إليها زوجها فاعتدت وتزوّجت فجاء زوجها الأوّل ففارقها الآخر، كم تعدد للثاني؟ قال: ثلاثه قروء وإنّما يستبرأ رحمها بثلاثه قروء وتحل للناس كلهم...»، والزمان الواحد غير قابل للتعدد.

وأجيب: بأن الأسباب في الشرع معرّفات وتعريفات للأسباب الحقيقيه، فليست على نمط الأسباب التكوينيّه الممتنع فيها الانفصال الزمني بين السبب والمسبب، كما لا ضروره للتقارن الزمني بين المعرّف

ص: ١٩٨

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب ما يحرم بالمصاهره، باب ١٦ ح ٧، ومثلها روايه محمد بن مسلم عن الباقر، تفسير العياشي، ج ١، ص ١٢٢.

والسبب، لاسيما وأن هذا معهود في باب العدد أيضاً، كما في الفصل بين موت الزوج وعدّه الوفاة، وقد علّل ذلك في الروايات بـ «لأنّها تحدّد عليه»^(١) مما يدلّ على أن العدّه ليس الغرض منها مجرد الاستبراء، ومثل ذلك حقّ رجوع الزوج في العدّه الرجعيه، وكذا التفصيل في تقديم قاعده الفراش التي بحثناها في هذا الجزء من الكتاب، فإنه شاهد قوى على اختلاف تحقّق قاعده الفراش، بالإضافة إلى كلّ وطى من كلّ رجل.

ولا- ريب أن العدّه هي من توابع وأحكام تحقّق الفراش، فالتفصيل في التقديم والتأخير زمنياً في قاعده الفراش كما دلّت عليه الروايات التي بحثناها في القاعده، قد يستظهر أنه أحد الوجوه المهمّه لاعتماد المشهور التعدّد في هذه المسأله.

الأمر الثالث: الروايات الواردة في المقام:

إشاره

وهي على على ألسن:

اللسان الأول: عدم التداخل مطلقاً:

وهو ما ادعى دلالته على عدم التداخل مطلقاً، كصحيح على بن بشير التّبال، قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه في عدّتها ولم يعلم وكانت هي قد علمت أنه قد بقي من عدّتها وأنه قد فحها بعد علمه بذلك، فقال: ... وفرّق بينهما وتعدّد ما بقي من عدّتها الأولى وتعدّد بعد

ص: ١٩٩

١- (١) كما في الكافي ج ٦، ص ١١٢، باب عدّه المتوفى عنها زوجها، وغيرها من الروايات التي شابته هذا المضمون.

ذلك عدّه كامله»(١).

ومثله موثق محمد بن مسلم(٢)، وغيرهما(٣).

لكن دلالة هذه الروايات ليست مطلقة كما زعم، بل هي في مورد ورود وطى الشبهه على سبب للعدّه سابق، إلّا أن يرفع اليد عرفاً عن ذلك بأنه من توارد أسباب العدد من دون خصوصيه.

اللسان الثانى: التداخل مطلقاً:

وهو ما ادّعى دلالاته على التداخل مطلقاً. كصحيح زراره عن أبى جعفر(عليه السلام): «فى امرأه تزوجت قبل أن تنقضى عدّتها، قال: يفرق بينهما، وتعدّ عدّه واحده منهما جميعاً»(٤).

ومثلها موثقه أبى العباس(٥).

ومثله الصحيح إلى جميل بن دراج عن بعض أصحابه(٦) المتقدم فى المسأله السابقه، وهو مع تضمّنه لتداخل العدّه قد فصل فى قاعده الفراش.

والتأمل فى إطلاق هذه الروايات كما فى الطائفة السابقه.

ص: ٢٠٠

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢٠ ص ٤٥٦ ط. آل البيت.

٢- (٢) المصدر، ص ٤٥٧ ط. آل البيت.

٣- (٣) المصدر، باب ١٧، من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ص ٤٥٧.

٤- (٤) وسائل الشيعه، ج ٢٠ ص ٤٥٣، باب ١٧، من أبواب المصاهره، ح ١١.

٥- (٥) المصدر والصفح، باب ١٧، من أبواب المصاهره، ح ١٢.

٦- (٦) الفقيه ج ٣ ص ٣٠١ ح ١٤٤١.

اللسان الثالث: عدم التداخل في صورته خاصة:

وهو ما دل على عدم التداخل فيما إذا كان وطى الشبهه موروداً أو وارداً على عدّه الوفاه، كصحيح الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن تمضي لها أربعة أشهر وعشراً، فقال: إن كان دخل بها فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً، واعتدّت بما بقى عليها من الأوّل، واستقبلت عدّه أخرى من الآخر ثلاثة قروء ... الحديث» (١).

ومثلها معتبره محمد بن مسلم عن أبي جعفر (٢).

وفى صحيح جميل بن صالح أن أبا عبدالله (عليه السلام) قال: «فى أختين أهديتا لأخوين، فأدخلت امرأة هذا على هذا وامرأة هذا على هذا، قال: لكل واحد منهما الصداق بالغشيان، وإن كان وليهما تعمّد ذلك أغرم الصداق، ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضى العده، فإذا انقضت العده صارت كلّ امرأة منهما إلى زوجها الأوّل بالنكاح الأوّل، قيل له: فإن ماتا قبل انقضاء العده؟ قال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما فيرثانهما الرجلان، قيل فإن مات الزوجان وهما فى العده، قال: ترثانهما، ولهما نصف المهر وعليهما العده بعدما تفرغان من العده الأولى تعتدان عدّه المتوفى عنها زوجها» (٣).

وقد رواها الكليني بسند صحيح عن جميل أيضاً عن بعض أصحاب

ص: ٢٠١

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢ ص ٤٥١، باب ٢٧، أبواب المصاهره، ح ٦.

٢- (٢) المصدر، باب ٧، من أبواب المصاهره، ح ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص ٥١٣، باب ٤٩، من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ٢.

وهذا لا يجعله بحكم المرسل؛ وذلك لأن هذا التعبير لو كان من علماء الرجال وكتب الفهارس لكان شاملاً لكلّ راوٍ ثقه أو غير ثقه، لكن هذا التعبير هو من الرواه أنفسهم ومن جميل نفسه والذى كان من أصحاب أبى عبد الله أيضاً، مما يعطى أن المراد خواص الرواه عن أبى عبد الله، هذا مضافاً إلى أنه لا يمتنع أن يكون الراوى رواها مرّه عن رواها عن أبى عبد الله (عليه السلام)، ثم عاود السؤال مباشرة منه (عليه السلام) كما هو ديدن الرواه.

ويظهر ذلك فى عدّه روايات وردت فى باب الحجج فى أسئله الرواه عن المتعه والإفراد الذى يقرب إلى التمتع، وقد كثر فى روايات جميل بن دراج إسناد الروايه تارة إلى أبى عبدالله وأخرى إلى بعض أصحابه عن أبى عبد الله، فهذا لا يسقط الروايه عن الاعتبار. ثم إن مفاد الصحيحه هو طرو الموت الذى هو سبب لعدّه الوفاه فى الأثناء على عدّه الشبهه، وهو عكس مورد الروايتين السابقتين من طرو عدّه الشبهه على عدّه الوفاه.

ومفاد مجموع هذه الروايات أن عدّه الوفاه لا تتداخل مع عدّه الشبهه أو العدد الأخرى، ولعله لما بين فى أدله تشريع عدّه الوفاه وأنها تبدأ ببلوغ الخبر بعد الموت، أن من أغراض جعلها حداد المرأه على زوجها وكأنه لا يتداخل ولا يمتزج مع ارتهاها وتربصها لغيره.

وعلى أية حال فإن فى هذه الصحيحه دلالة أخرى على أن الزوجه إذا اعتدت فى الأثناء من الشبهه، فإنها تعتزل زوجها فلا يحلّ له الاستمتاع بها مطلقاً؛ وذلك للتعبير فى الروايه بعد قوله (عليه السلام): «ولا يقرب واحد منهما

امراته) بقوله (عليه السلام): «إذا انقضت العدة صارت كل امرأة منهما إلى زوجها الأول بالنكاح الأول».

مما يفيد معنى العزله والاعتزال وتعليق آثار النكاح مدة العدة، وأن النكاح الأول يعاود التأثير بعد انقضاء العدة.

وهذا المفاد يظهر أيضاً من صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «سألته عن رجلين نكحا امرأتين فأتى هذا إمرأه هذا وهذا إمرأه هذا، قال: تعتد هذه من هذا وهذه من هذا، ثم ترجع كل واحدة إلى زوجها» (١).

فإن التعبير بالرجوع بعد انقضاء العدة ظاهر بقوه في العزل والاعتزال، وأن عقد الزواج يعلق تأثيره ضمن استباحه الاستمتاع فتره العدة.

وبنفس التعبير ورد في صحيحه إبراهيم بن عبد الحميد .

اللسان الرابع: اعتداد الموطوءه شبهه عدّه واحده لو طلقها زوجها:

وهو ما دلّ على أن الزوجه إذا وطئت شبهه، ثم طلقها زوجها أنها تعتدّ منهما عدّه واحده، نظير موثّق زراره عن أبي جعفر (عليه السلام): «في إمرأه فقد زوجها أو نعى إليها، فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال: تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّه واحده وليس للآخر أن يتزوجها أبداً» (٢).

وقد رواه الشيخ (٣) والكليني (٤) أيضاً بطريق آخر (٥) عن زراره عن

ص: ٢٠٣

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص ٥١٣، باب ٤٩، من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ١.

٢- (٢) المصدر، ج ٢٠، ص ٤٤٦، باب ١٦، من أبواب المصاهره، ح ٢.

٣- (٣) الطوسي في التهذيب ج ٧، ص ٤٨٩.

٤- (٤) الكليني في الكافي، ج ٦، ص ١٥٠.

٥- (٥) الطريق هو محمد بن يحيى بن أحمد بن محمد بن علي بن الحكم عن موسى بن بكر عن زراره.

أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «سألته عن امرأه نعى إليها زوجها فاعتدت وتزوجت فجاء زوجها الأول، ففارقها [وفارقها] الآخر كم تعتد للثاني؟ قال: ثلاثه قروء، وإنما يستبرأ رحمها بثلاثة قروء وتحل للناس كلهم، قال زراره: وذلك أن ناساً قالوا: تعتد عدتين من كل واحد عدّه، فأبى ذلك أبو جعفر (عليه السلام)، وقال: تعتد ثلاثه قروء وتحل للرجال) هذا.

والتدبر يقضى بمنع الإطلاق في الطائفة الأولى - مضافاً إلى ما تقدّم - حيث إن موثق محمد بن مسلم ليس صريحاً، بل ولا ظاهراً بقوه، فإن قوله (عليه السلام): «وأتمت عدتها من الأول وعدّه أخرى من الآخر» لا يقضى بالتعدّد؛ لأنه يتلائم مع التداخل في البعض، بأن تتم عدتها بما بقى من الأول بمزامنه العدّه الثانيه.

غايه الأمر أن العدّه الثانيه ابتداءؤها مع البعض اللاحق من العدّه الأولى، فتبقى مستمره إلى انتهائها، إذ لم يرد التعبير ب- (ثم) أو (بعد) وإنما جاء التعبير (بالواو) الذى هو أعم من التقارن والترتيب، والوجه فى التصريح بالعدتين هو لبيان عدم زوال حكم العدّه الأولى وبقاء أحكامها إلى أن تنتهى، وأن بانتهائها لا تنتهى العدّه الثانيه؛ لأن التداخل تقارنى لا حقيقى، وهذا مراد من ذهب إلى التداخل لا بمعنى صيروره العدّتان عدّه واحده حقيقه.

وأما صحيحه التبال، فقوله (عليه السلام): «وتعتد ما بقى من عدتها الأولى وتعتد بعد ذلك عدّه كامله) فلا يأبى التقارن الزمانى أيضاً، فإن التعبير ب- (بعد ذلك) أى تحصى بعد انتهاء الأولى ما يوجب كمال العدّه الثانيه أى تعتد بعد انتهاء العدّه الأولى ما يوجب كون المقدار الباقي مع ما تقدّم عدّه

كامله. وعلى أى تقدير فلا صراحه فيها بأن مبدأ العده الثانيه هو بعد تمام العده الأولى.

وأما مصحح على بن جعفر فهو وارد فى المتوفى عنها زوجها.

وعلى ذلك فلا يبقى دليل لعدم التداخل، بمعنى عدم التقارن إلا فى عده الوفاه للتصريح فى روايتها باستقبال عده أخرى، وهو صريح فى أن مبدأ العده الثانيه هو بعد انتهاء العده الأولى، أو أن عده الوفاه تعتد بها بعد الفراغ من العده الأولى.

وكأن الوجه فى عدم تقارن عده الوفاه مع العدد الأخرى لغير الزوج المتوفى هو أنه فى عده الوفاه يجب على المرأه الحداد لزوجها المتوفى، بخلاف العدد الأخرى فإنها لاستبراء الرحم والامتناع عن التزوج بالآخرين.

ومنه يعرف أن ما تقدم من تقرير القاعده بعدم التداخل بتعدد السبب إنما يقضى بعدم التداخل بمعنى وحده العده حقيقه لا بمعنى عدم التقارن زمنياً، أى بنحو التعاقب.

ومما يعضد هذا المعنى من عدم التداخل - وإن كان هو تداخل زمنى - ما فى موثق زواره من نسبه التعاقب الزمنى فى العدد إلى العامه، ومثله معتبره يونس عن بعض أصحابه من نسبه القول بالتعاقب إلى إبراهيم النخعى (من العامه.

الأمر الرابع: تقديم العده التى تقدم سببها بناء على التعدد:

بناءً على التعدد بمعنى التعاقب فإنه تقدم العده التى تقدم سببها، كما هو الحال فى عده الوفاه التى مرّ أن التعدد فيها بمعنى التعاقب.

نعم فى وضع الحمل، حيث دلت الروايات الخاصة على أنه مقدم على القروء ونحوه من التقدير فى العدد فهو مقدم على بقية الأسباب.

الأمر الخامس: جواز الرجوع فى العده الرجعية بناء على التعدد وعدمه:

بناءً على التعدد وعدمه هل يجوز الرجوع فى العده الرجعية قبل مجيء زمانها فى أثناء عدّه الشبهه، وهل ترث الزوج لو مات حينئذ؟

الأظهر جواز الرجوع لكون الموضوع فى الأدله هو عدم انقضاء العده كما فى موتّق عبد الله بن سنان قوله (عليه السلام): «فإن راجعها قبل أن يخلو أجلها»^(١).

وكما فى صحيح محمد بن مسلم قوله (عليه السلام): «هو أملك برجعته ما لم تنقض العده»^(٢).

وفى صحيح محمد بن مسلم الآخر قال (عليه السلام): «وإن أراد أن يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تمضى أقرؤها»^(٣).

وغيرها من الروايات.

وكذلك الحال فى الميراث، فإن المطلقة الرجعية ما لم تنته العده زوجها حقيقه، فإن فعله بينونه معلق على انتهاء العده، كما وردت الروايات

ص: ٢٠٦

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢٢، ص ١٠٦، باب من أبواب أقسام الطلاق، ح ٧.

٢- (٢) المصدر، ج ٢٢ ص ١٣٤، باب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق، ح ٧.

٣- (٣) المصدر، ج ٢٢، ص ١٣٤، باب ١٣، من أبواب أقسام الطلاق، ح ١.

بشوت الإرث لو مات أحدهما فى العده، ففى صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «سمعتة يقول: أى امرأه طلقت ثم توفى عنها زوجها قبل أن تنقضى عدتها ولم تحرم عليه فإنها ترثه»^(١) وغيرها من الروايات المشبهه للإرث ما لم تر الدم من الحيضه الثالثه .

وما فى بعضها من أخذ الموضوع بلسان الظرفيه (وهى فى عدّه منه) فمشتان لا متنافيان.

الأمر السادس: لو كانت العده المتأخره عدّه طلاق بائن:

لو كانت العده المتأخره هى عدّه الطلاق البائن، فهل يجوز تزويج المطلق لها وهى فى عدّه الشبهه السابقه على عدّه الطلاق؟
بنى السيد اليزدى فى العروه على الجواز لاختياره حرمة الوطى خاصه فى عدّه الشبهه لا سائر الاستمتاعات كما لو كانت مزوجه.

وكلامه مدفوع لحرمة جميع الاستمتاعات كما مرّ دلالة النصوص عليه فى هذه المسأله.

مضافاً إلى أن حكم الزواج غير مرهون بحرمة الاستمتاعات بعد كونها حرمة موقتة.

فمجرد حرمة جميع الاستمتاعات لا يوجب بطلان العقد بعد كون الحرمة موقتة، بل الوجه فى منع صحه العقد هو أن مقتضى العده لزوم تربص المرأه عن التزويج حتى تنقضى العده كما مرّ بيان ذلك فى الآيات

ص: ٢٠٧

١- (١) المصدر، ص ١٠٤، باب ١، من أبواب أقسام الطلاق، ح ٢.

ولا- ينقض بالزوجه الموطوءه شبهه، حيث إن عدّه الشبهه حينئذ لا- توجب إزاله التزويج والزوجه عن الزوج؛ وذلك لوجود الفارق بين الصورتين، حيث إنه فى الصوره الثانيه فرض تقدّم العقد على العدّه، فلا تمنع العدّه المتأخره عن السبب السابق بعد كون اقتضاء العدّه المنع عن التزويج بنحو المقتضى لا التلازم العلى، بخلاف ما إذا تأخر العقد عن العدّه، فإنها تؤثر فى الممانعه لسبقها زمنًا.

وبناءً على الحرمة فلو فرض تزويج المطلق لها فى عدّه الشبهه، فهل يوجب الحرمة الأبدية أو لا؟.

اختار السيد اليزدى العدم لدعوى الانصراف، وأجيب بإطلاق الأدله، لكن قد حررّ فى ذيل المسأله من سند العروه الوثقى كتاب النكاح، فصل العدد. أن الظاهر من موضوع الأدله هو العقد أو الوطى فى مورد المرأه المرتهنه بعصمه الغير، كأن تكون زوجه للغير أو ذات عدّه فيه، وهذا بخلاف المرأه التى بينها وبينه نحو عصمه كما لو كانت زوجه له ذات عدّه شبهه من غيره أو مطلقه منه، له عليها عدّه وهى ذات عدّه شبهه من غيره، وهذا النمط من الموارد يختلف نوعاً عن نوع الموارد الوارده فى أدله التحريم الأبدى فلا يتعدى عنها إلى ما نحن فيه.

الأمر السابع: لو كانت العدتان لشخص واحد:

لو كان عدتان لشخص واحد كما لو طلقها بائناً، ثم وطأها شبهه أو طلقها رجعيًا، ثم توفى عنها، فالأظهر التداخل فى الصوره الأولى حتى لو

بنى على عدم التداخل، فيما لو كانت العدّتان من شخصين؛ لخروج هذه الصورة عن مورد أدله عدم التداخل، وهذا بخلاف الصورة الثانية، فإن الصحيح هو عدم التداخل لما مرّ من أن عدّه الوفاء لا تتداخل مع عدّه أخرى لوجوب الحداد عليها.

مضافاً إلى ما مرّ من أن التداخل بمعنى التقارن (لا بمعنى التداخل الحقيقي) هو مفاد ومقتضى القاعده وأدله التداخل، وهناك صورته أخرى وهي ما لو وطئت المرأة شبيهه، ثم طلقها زوجها طلاقاً بائناً أو رجعيّاً فعقد عليها الواطئ لها شبيهه في عدّه الشبيهه المقارن لعدّه الطلاق.

ص: ٢٠٩

قاعده: عموم حرمة المس في الأجنبيه

اشاره

ص: ٢١١

لا- يجوز ملامسه الرجل المرأة الأجنبية وبالعكس، ولو بنى على جواز النظر إلى الوجه والكفين، فلا- تلازم بين الجوازين (١)، وحكاية الإجماع عليه بالاتفاق، بل الحال كذلك في حرمة ملامسه ما حرم النظر اليه، كما في مواضع بدن المحارم التي يجب سترها، وكذلك الحال في مواضع جواز النظر إلى المحارم مع الريبه، ومن ثم لا يجوز مصافحه الأجنبية، إلّا من وراء الثياب (٢)، وقيدها بعضهم بعدم الغمز (٣) وعدم الريبه (٤).

ص: ٢١٣

-
- ١- (١) قال صاحب الجواهر: «وفي كلام شيخنا الأعظم (قدس سره) إذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً بل لا إشكال في حرمة اللمس وإنّ جاز النظر؛ للأخبار الكثيره، والظاهر أنّه مما لا خلاف فيه» جواهر الكلام، ج ٢٩ ص ١٠٠.
 - ٢- (٢) قيد المشهور جواز اللمس من وراء الثياب فقط، راجع العروه والتعليق عليها.
 - ٣- (٣) ذهب إلى هذا القيد جمله من الفقهاء منهم السيد الخميني في تحرير الوسيله حيث قال: «نعم، لا- بأس بها (يعنى المصافحه) من وراء الثوب، لكن لا يغمز كفها احتياطاً».
 - ٤- (٤) ذهب جمله من محشى العروه إلى اشتراط عدم حصول الريبه باللمس من وراء الثياب، وإلّا فيحرم اللمس، وقد صرح بذلك جمله من الفقهاء منهم السيد البروجردى والسيد الكلبيكاني.

ويدل على عموم حرمة المس في الأجنبية عدده ادله:

الدليل الأول: اقتضاء أدله حرمة النظر:

إن الحكم المذكور مقتضى أدله حرمة النظر، فإن الأقوى، كما ذكر في قاعده النظر أن حرمة النظر إلى الوجه والكفين حرمة حكميه وان لم يحرم النظر بالحرمة الحقيه، أى ان النظر المستديم أو بتحديد وملاً العين يحرم حتى للوجه والكفين، وان لم تحرم النظره الأولى العفويه، وكذلك فى المتكشفه المتبدله مسلمه كانت أو كافره، كما قلنا فى قاعده، وإذا حرم النظر فيحرم للمس بالأولويه القطعيه؛ لأن النظر أخف ارتباطاً بين الجنسين، فيحرم ما هو أشد منه وهو اللمس، بخلاف العكس، فإن حرمة اللمس لا تلازم حرمة النظر، هذا كله بحسب الطبيعه الأوليه لا بحسب العناوين الثانويه والاضطراريه، وكذلك الحال إذا جاز اللمس جاز النظر بحسب الطبع الأولى، لا فيما إذا كان جواز اللمس بعنوان اضطرارى كالمعالجه.

ومنه يظهر صحه عباره السيد اليزدى فى العروه(1) وغيره من الأعلام، من انه إذا اضطرت الأجنبية فى المعالجه للمس الطيب، فيقتصر عليه دون تركيز النظر مع عدم الحاجه إليه.

ص: ٢١٤

١- (١) قال السيد اليزدى فى العروه (مسأله ٤٨ من النكاح) «إذا توقف العلاج على النظر دون اللمس أو اللمس دون النظر يجب الاقتصار على ما اضطر إليه فلا يجوز الآخر بجوازه». ووافق على ذلك أكثر محشى العروه.

١- روايه الحسين بن زيد عن جعفر بن محمد عن آبائه في حديث المناهى «... ومن صافح امرأه تحرم عليه فقد باء بسخط من الله عز وجل، ومن التزم امرأه حراماً قرن في سلسله من نار مع شيطان فيقذفان في النار»(١).

٢ - مرسل أبى كهمس مهزم الأسدى قال: كنا بالمدينه وكانت جاربه صاحب الدار تعجبني وانى أتيت الباب فاستفتحت الجاربه، فغمزت ثديها، فلما كان الغد دخلت على أبى عبدالله(عليه السلام) فقال: «أين أقصى أترك؟ قلت: ما برحت بالمسجد» فقال: «اما تعلم ان امرنا هذا لا يتم إلّا بالورع»(٢).

٣ - وكذلك الروايات الوارده في مصافحه الأجنبي، كصحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله(عليه السلام) قال: «قلت له هل يوافق الرجل المرأه ليست بذات محرم؟ فقال: لا إلّا من وراء الثوب»(٣).

٤ - موثقه سماعه قال: سألت أبا عبدالله(عليه السلام) عن مصافحه الرجل المرأه؟ قال: «لا يحل للرجل أن يوافق المرأه إلّا امرأه يحرم عليه أن يتزوجها أخت أو بنت أو عمه أو خاله أو بنت أخت أو نحوها واما المرأه التى يحل له أن يتزوجها فلا يوافقها إلّا ما وراء الثوب ولا يغمز كفها»(٤) وهى تدلّ على جواز مصافحه عموم المحرم نسبي أو سببي، والتمثيل فيها

ص: ٢١٥

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢٠ ص ١٩٥. أبواب مقدمات النكاح، ب- ١٠٥، ح ١.

٢- (٢) المصدر، ح ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص ٢٠٧، باب ١١٥، من أبواب مقدمات النكاح ح ١.

٤- (٤) المصدر، ح ٢.

وان أُوهم خصوص السببى إلّا أن المقابله قرينه على العموم. ونحوها من الروايات.

نعم فى عموم المحرم لما حرمت بالسبب المحرم، كاللواط والزنا إشكال، بل لا يبعد فى عرف المشرعه نفى عنوان المحرميه عن مثل هذه الموارد.

٥ - روايه المفضل بن عمر أنّه صلى الله عليه و آله كانت بيعته لهن بغمس يديه فى الماء(١)، ومثلها روايه سعدان بن مسلم(٢)،

٦ - بل فى روايه الحكم بن مسكين الأمر بمصافحه الأخت أخاها من وراء الثوب .

وفى روايه الصدوق فى عقاب الأعمال باسناد متصل إلى عبد الله بن عباس عن النبى صلى الله عليه و آله «ومن صافح امرأه حراماً جاء يوم القيامة مغلولاً ثم يؤمر به إلى النار»(٣).

٧ - وكذلك الروايات الوارده فى تغسيل الميت(٤)، وانه لا- يجوز أن يغسل الرجل ولا المرأه الآخر الأجنبيان(٥) ، بل فى هذه الروايات(٦) عدم جواز تغسيل المحرم أيضاً إلّا عند فقد المماثل بنحو صب الماء من دون خلع

ص: ٢١٤

١- (١) المصدر، ح ٣.

٢- (٢) المصدر، ح ٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه، ج ٢٠، ص ٢٠٩، باب ١١٦، من أبواب مقدمات النكاح، ح ١.

٤- (٤) عقاب الأعمال ص ٣٣٤، ب ١٠٦، ح ٤.

٥- (٥) وسائل، ج ٢٠، ص ٥١٤، وما بعدها، أبواب ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، من أبواب غسل الميت.

٦- (٦) المصدر، باب ١٩.

الثياب، وفي بعضها(١) من غير أن ينظر إلى عورتها، وفي(٢) بعضها يلف على اليد خرقة.

نعم قد ورد في بعضها(٣) أن الميت إذا كان امرأه تيمم مع عدم وجود المحرم ولا المماثل، وفي بعضها(٤) تغسل كفيها، وفي بعضها(٥) جواز التغميل من وراء ثوب كثيف.

وعلى أي تقدير فغير المحرم لا يسوغ له مسّ الآخر ولو كان ميتاً.

ولا يخفى أن هذه الروايات يستفاد منها حرمة المس ولو من وراء الثياب ولو لبعض الجسد.

ثم إنه لا يخفى أن هذا الحكم يعم بحسب الأدلة لمس المسلم للكافر أو للمسلمه للكافر، بل يعم غيرهم أيضاً، كما ذكرنا في قاعده النظر، أن عموم الحكم في الحجاب بين الجنسين حكيم وليس حقياً راجعاً إلى طهاره المكلف نفسه، وان لم تكن للآخر حرمة.

٩ - وفي مَوْثِقْ غِيَاثِ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): «يَا أَهْلَ الْعِرَاقِ نَبِئْتُ أَنَّ نِسَاءَكُمْ يَدَافِعْنَ الرِّجَالَ فِي الطَّرِيقِ

ص: ٢١٧

١- (١) المصدر باب ٢٠، ح ٤.

٢- (٢) المصدر، باب ٢٠، ح ١.

٣- (٣) المصدر، باب ١٩، ح ٢.

٤- (٤) المصدر، باب ٢٢، ح ١ و ح ٢.

٥- (٥) لعلّه ظاهر روايه زيد بن علي عن آبائه، الوسائل، باب ٢٠ ح ٢.

أما تستحون»(١).

وفى طريق البرقى زاد قوله(عليه السلام) لعن الله من لا يغار(٢).

وفى معتبره على بن الريان عن أبي الحسن(عليه السلام) أنه كتب اليه: رجل يكون مع المرأة لا يباشرها إلّا من وراء ثيابها وثيابه، فيتحرك حتى ينزل ما الذى عليه؟ وهل يبلغ به حد الخضخضه؟ فوقع(عليه السلام) فى الكتاب: «ذلك بالغ أمره»(٣).

الدليل الثالث: روايات مباشرة الرجل للرجل من دون ثياب:

جملة من الروايات فى عدم مباشرة الرجل للرجل من دون ثياب وعدم مباشرة المرأة للمرأة من دون ثياب، والتي مضى بعضها تحت عنوان النوم تحت لحاف واحد.

١١ - وفى روايه الصدوق فى عقاب الأعمال باسناده المتصل إلى عبد الله بن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وآله : «والمرأة إذا طاوعت الرجل فالتزمها أو قبلها أو باشرها حراماً أو فاكهها وأصاب منها فاحشه فعليها من الوزر ما على الرجل»(٤).

١٢ - فى الصحيح إلى ابن أبي نجران عن ذكره والصحيح إلى يزيد بن حماد وغيره عن أبي جميله عن أبي جعفر وأبي عبد الله(عليه السلام) قالوا: «ما من أحد إلّا وهو يصيب حظاً من الزنا فزنا العينين النظر وزنا الفم القبلة وزنا

ص: ٢١٨

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب مقدمات النكاح، باب ١٣٢، ح ١ و ح ٢.

٢- (٢) المصدر، باب ١٣٢.

٣- (٣) عقاب الأعمال، ص ٣٣٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه، أبواب نكاح المحرم، باب ١٤، ح ٢.

اليدين للمس، صدق الفرج ذلك أم كذب»(١).

ثم إنه قد يظهر من جملة من الروايات شدة التوقى من مباشرة الرجل الرجل أو المرأة المرأة من دون ثياب، كما فى مرسله الطبرسى فى مكارم الأخلاق(٢)، ومعتبره غياث بن إبراهيم(٣).

وفى روايه عبد الله بن فضل عن أبى جعفر(عليه السلام) قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المكاعمه والمكاعمه، فالمكاعمه أن يلمس الرجل الرجل والمكاعمه أن يضاجعه ولا يكون بينهما ثوب من غير ضروره»(٤). وغيرها من الروايات(٥).

ثم انه يسوغ للمس المحضور فى موارد الاضطرار كالولاده للقباله أو المعالجه من المماثل أو غيره، نعم مع إمكان رفع الحاجه بالمماثل لا تصل النوبه إلى غيره لشده الحرمة والمفسده فى غير المماثل، ويفيده صحيح أبى حمزه الثمالى.

وصحيحه على بن جعفر(٦).

الدليل الرابع: روايات حرمة تقبيل الصبى المميز:

ما تقدّم من الروايات الواردة فى أحكام الصبى تقبيلًا والتزاماً

ص: ٢١٩

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب نكاح المحرم، باب ٢٢، ح ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه، أبواب مقدمات النكاح، باب ١٢٧، ح ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه، أبواب النكاح المحرم، باب ٢١، ح ٤.

٤- (٤) وسائل، أبواب مقدمات النكاح، ب ١١٧، ح ٥.

٥- (٥) المصدر، باب ١٣٠، ح ١.

٦- (٦) المصدر، الباب ح ٤.

والوضع في الحجر، وقد قيد في جملة منها الجواز إلى ست سنين (١). أي مباشرة الرجل للبت.

ويستفاد من هذه الطائفة من الروايات (طائفة التقبيل ونحوها)، ان حكم اللمس للصبيين المميزين الحرمة أيضاً بالنسبة إلى البالغين، وكذلك التزام ومباشره واحتضان الصبيين المميزين.

بل في موثقه السكوني (٢) المنع عن حجامه الصبي المميز للمرأة.

ولا يخفى أن جملة ما في الروايات من موارد وصور قد يحمل على بيان موارد الريه تعبدًا.

وقد يدعم الجواز في الصبي المميز ما يستظهر من الروايات الواردة في وضع الجارية في الحجر وضمها، حيث يظهر منها جواز النظر، كما أشار إليه غير واحد من الأصحاب، مضافاً إلى ما يظهر من هذه الروايات من ارتكاز مفروغيه الجواز بالنسبة إلى عن النظر، أما السؤال فقد وقع عن ما هو أشد كالتقبيل أو الضم أو الوضع في الحجر.

هذا تمام الكلام في قاعده حرمة اللمس.

والحمد لله رب العالمين

ص: ٢٢٠

١- (١) المصدر، باب ١٢٧.

٢- (٢) المصدر أبواب مقدمات النكاح، باب ١٣٠، ح ٢.

قاعده: في التبرج بالزينه

اشاره

ص: ٢٢١

البحث في هذه القاعده في عدة نقاط:

النقطه الاولى: الأقوال في المسأله:

قال الشيخ المفيد في رسالته أحكام النساء (١): (ولا يحل لها أن تصل شعرها بشعر غيرها من الناس، ولا يجوز لها وشم وجهها، وهو أن تنقب في خدها من وجهها بأبره وتجعل فيه الكحل ليكون كالخال المخلوق في وجوه الناس، ولا يحل لها التصنع إلّا لبعْلِها ولا يحل ذلك لغيره من النساء والرجال على حال ... ولا يحل لهن الاجتماع في العرسات والتبذل في الزينه والحلى).

وفي المحكى عن كشف الغطاء (٢): (والزينه المتعلقه بما لا يجب ستره

ص: ٢٢٣

١- (١) رساله أحكام النساء للشيخ المفيد، ص ٥٧ - ٥٨.

٢- (٢) كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء، (ط الحديثه) ج ٣ ص ١٥ للشيخ كاشف الغطاء.

فى النظر على الأصح، والصلاه من خضاب أو كحل أو حمرة أو سواد أو حلى أو شعر خارج وصل بشعرها، ولو كان من شعر الرجال وقرامل من صوف ونحو يجب ستره عن الناظر دون الصلاه على الأقوى).

وحكى الأردبيلى(١) فى زبده البيان عن الكشاف: (إن الزينه ما تزينت به المرأه فما حلى أو كحل أو خضاب، من كان ظاهراً منها كالخاتم والفتخه وهى: حلقه من فضه لا- فص لها، والكحل والخضاب فلا بأس بإبدائه للأجانب ... وكذلك مواقع الزينه الظاهره الوجه موقع الكحل فى عينيه والخضاب بالموسمه فى حاجبيه وشاربيه والغمره فى خديه والقدم وموقعا الخاتم والفتخه والخضاب بالحناء) (إلى آخر ما نقله عن الكشاف).

النقطه الثانيه: تحرير محل البحث:

إنه بناءً على وجوب الجلباب يكون إبداء الملايس المنزليه- أى التى تلبس تحت الرداء وتكون فيها بهيئتها فى المنزل- بمالها من الزينه هو إبداء للزينه الخفيه وليست هى مما استثنى وظهر، كما أن إبداء الزينه الخفيه بلبسها على الثياب فى المواضع التى هى من الزينه الخفيه كالدملج فى العضد وكالقلاده فى العنق وكالقرطين فى الأذن والمنطقه المذهبه مثلاً فى الوسط وغيرها من آلايت الزينه، فإنها وإن لبست على الثياب فى تلك المواضع أى ما كانت البشره مستوره، إلّا أنه لما كان تزيين بزينه تلك المواضع كان إبداءها إبداء للزينه فى تلك المواضع، فتندرج فى عموم قوله تعالى: وَلَا

ص: ٢٢٤

يُيَدِينِ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ ۗ فَان نَهَى عَنْ كَشْفِ الْمَوَاضِعِ وَإِنْ اسْتَفِيدَ مِنْ الْإِيَّاهِ مِنَ النَّهْيِ عَنْ إِبْدَاءِ زِينَةٍ تَلْكَ الْمَوَاضِعِ إِلَّا- ان ذلك لا يعنى سقوط المفاد المطابقى عن الاراده الجديه فان من خواص الاستعمال الكنائى إمكان إراداه كَلِّ مِنَ الْمُعْنِينِ عَلَى نَحْوِ الطَّوْلِيهِ.

وبعباره أخرى: إن تقريب مفاد الآيه هو بعد الفراغ من عورويه جسد المرأه ولزوم ستره، إلّا المقدار الظاهر من الوجه والكفين والقدمين، فهى فى صدد حكم الزينه وإبداؤها وإنه لا- يسوغ إبداؤها والتجمل بها أمام الرجال، إلّا التى فى ما يظهر من أعضاء البدن، ومن ذلك يظهر أن اتخاذ الألوان الخلابه فى الجلباب والرداء والتى هى بحسب العاده ألوان للقميص وإزار المرأه للملبس المنزليه وليست هى ألوان مضاده للرداء والجلباب، فإن اتخاذاها فى الجلباب نحو من إبداء للزينه الخفيه أو إبداء الزينه على المواضع التى هى غير ما ظهر، ومنه يظهر الحال فى الفراجل والشعر الموصول إذا كانت ملبوسه باديه.

النقطه الثالثه: القول فى تحديد الزينه الظاهره:

ففى صحيح الفضيل قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الذراعين من المرأه هما من الزينه التى قال الله وَ لَا يُيَدِينِ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ قال: نعم، وما دون الخمار من الزينه وما دون السوارين»(١).

وفى موثقه زراره عن أبى عبد الله (عليه السلام) عن قول الله عز وجل: إِلَّا مَا

ص: ٢٢٥

١- (٢) وسائل الشيعه، ج ٢٠ ص ٢٠٠ باب ١٠٩ من أبواب مقدمات النكاح ح ١.

ظَهَرَ مِنْهَا قَالَ: «الزينة الظاهره الكحل والخاتم»^(١).

وفى مصححه أبي بصير عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «سألته عن قول الله عز وجل: وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا قَالَ: الخاتم والمسكه وهى القلب»^(٢) والقلب: السوار.

وموثقه مسعده بن زياد قال: «سمعت جعفرأ وسئل عما تظهر المرأة من زينتها قال: الوجه والكفين»^(٣).

ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحاً فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ ٤.

فإن فى الآيه موضعين فى الدلاله على المقام:

الموضع الأول: دلالتها على أن لبس الجلباب عزيمة للمرأة، وإنما استثنى من ذلك القواعد من النساء، كما فى قوله تعالى: يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ٥ حيث وردت الصحاح كصحيحه محمد بن مسلم^(٤) والحلبى^(٥) وأبى الصباح الكنانى^(٦) وغيرها بتفسير الثياب بالجلباب، مما

ص: ٢٢٦

١- (١) المصدر، ح ٣.

٢- (٢) المصدر، ح ٤.

٣- (٣) المصدر، ح ٥.

٤- (٤) وسائل الشيعة، ج ٢٠، ص ٢٠٢ باب ١١٠، من أبواب مقدمات النكاح ح ١.

٥- (٥) المصدر، ح ٢.

٦- (٦) المصدر، ح ٦.

يدل على أن ما تحت الجلباب لا يبدى وهو معنى عزيمة الجلباب.

والموضع الثانى فى الآيه: نهيهن عن التبرج بزينه ما تحت الجلباب، أى عن البروز بالزينه التى يجب سترها من الحلى و ثياب التجميل؛ (لأن خروجهن بالزينه يدل على أنهم متبرجات وداعيات للشواب لا طالبات لحاجاتهن)، هكذا قرر السيورى فى كنز العرفان(١) مفاد الآيه فى الموضع الثانى.

ومن ذلك يظهر أن ما يتعارف لبسه من الألبسه الضيقه من الثياب من دون رداء وعباءه والتى تحكى مفاصل البدن أو المشتمله على ألوان خلابه هو من التبرج بالزينه الواجب سترها، فضلاً عن أن ترك الجلباب هو بنفسه محظور.

ويدعم ذلك ما ورد من التبرج لغه، كما عن الجوهري(٢): إن التبرج: إظهار المرأه زينتها ومحاسنها للرجال. وعن الخليل بن أحمد الفراهيدى: (وإذا أبدت المرأه محاسن جيدها ووجهها قيل: قد تبرجت).

قال فى الكشاف(٣): (فإن قلت: ما حقيقه التبرج؟ قلت: تكلف إظهار ما يجب إخفاؤه من قولهم: بارح لا غطاء عليها) - إلى أن قال- بأن تتكشف المرأه للرجال بإبداء زينتها وإظهار محاسنها، وقيل: غير مظهرات لما يتطلع إليه منهن ولا متعرضات بالتزين للنظر إليهن وإن كن يحل ذلك

ص: ٢٢٧

١- (١) كنز العرفان للسيورى ج ٢ ص ٢٢٦.

٢- (٢) كتاب العين للخليل الفراهيدى، ج ٦، ص ١١٤.

٣- (٣) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ج ٣، ص ٢٥٥.

وعن ابن عباس فى قوله تعالى: وَلَا تَبْرَجْنَ بِتُرُجِّ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى : ولاتتزين بزينة الكفار فى الثياب الرقاق الملونه، وقيل: إن منه لبس ما يصف أو يشف من الثياب، وقيل: من التبرج تبرج الجاهليه الأولى: المشى بين الرجال والتغنج والميلان فى المشى، وعن الفراء: كانت المرأة إذ ذلك تلبس الدرع من اللؤلؤ غير مخيط الجانيين، ويقال: كانت تلبس الثياب تبلغ المأكم وهو العجزه- وسيأتى للكلام تتمه.

ثم إنه يقع الكلام فى تحديد مقدار ما يسوغ من الزينه الظاهره بعد كون الأقوى جواز إظهار الوجه والكفين والقدمين، لكن لا بنحو تبدو تمام صفحات الوجه، فهل السائغ حينئذ إبداء خصوص الكحل والخاتم والسوار المنصوص، أو أن السائغ هو ما اعتبر وضعه لزينه، أم تسوغ مطلق أنواع الزينه فى ذلك الموضوع كالحمره والسواد وأنواع المكياج، الحديث بنحو يعد تبرج لا لزينه؟

ففى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر(عليه السلام) قال: «لا ينبغي للمرأة أن تعطل نفسها ولو أن تعلق فى عنقها قلاده، ولا ينبغي أن تدع يدها من الخضاب ولو أن تمسحها مسحاً بالحناء، وإن كانت مسنه»^(١).

وفى صحيحه الآخر قال: «سألت أبا عبد الله(عليه السلام) عن حليه النساء بالذهب والفضه فقال: لا بأس»^(٢).

ص: ٢٢٨

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢٠ ص ١٦٦ باب ٨٥ من أبواب مقدمات النكاح ح ١.

٢- (٢) المصدر، ج ٥، ص ١٠٣، باب ٦٣، من أحكام الملابس ح ٣.

وفى المرسل إلى الإمام جعفر بن محمد (عليه السلام) قال:

«رخص رسول الله صلى الله عليه وآله المرأة أن تخبص رأسها بالسواد، قال وأمر رسول الله صلى الله عليه وآله النساء بالخضاب ذات البعل وغير ذات البعل فترين لزوجها، وأما غير ذات البعل فلا تشبه يدها يد الرجال» (١).

لكنه قد تقدم دلاله قوله تعالى: **غَيْرَ مُتَّبِرَاتٍ بَزِينِهٖ** ٢ على حرمة التبرج بالزينة في نفسه وإن كان في المواضع التي لا يجب سترها، وقد مر أن التبرج بالزينة هو التكليف بإظهار الزينة، وقد مر أيضاً أن إبراز المحاسن للمواضع التي ينبغي إخفاؤها مشمول للنهي في قوله تعالى: **وَلَا تَبْرُجْنَ تَبْرُجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى** ٣ ولقوله تعالى: **غَيْرَ مُتَّبِرَاتٍ بَزِينِهٖ** .

ويدل على التفصيل في المراد بالزينة المحرم التبرج بها- بين ما ظهر وما ينبغي إخفاؤه بلحاظ موضع الأعضاء- صحيحه الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) أنه قرأ **أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ** ٤ قال: «الخمار والجلباب، قلت: بين يدي من كان؟ فقال: بين يدي من كان غير متبرجه بزينة، فإن لم تفعل فهو خير لها، والزينة التي يبدين لهن شيء في الآيه الأخرى» (٢).

والظاهر إن مراده (عليه السلام) من الزينة في الآيه الأخرى هو قوله تعالى: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ هَذَا**.

ص: ٢٢٩

١- (١) المصدر، ج ٢، ص ٩٧ باب ٥٢، من أبواب آداب الحمام، ح ٢.

٢- (٥) وسائل، ج ٢٠، ص ٢٠٣، باب ١١٠، من أبواب مقدمات النكاح ح ٢.

وقد يقال: إن هذه الصحيحة الناظره إلى تفصيل الآيه لا تدلّ على جواز الزينه المثيره فيما ظهر، لأن الزينه المثيره تدخل في عنوان التبرج المنهى عنه في الآيتين، لما مرّ من أن تعريف اللغويين للتبرج من التكلف في إظهار الزينه لجلب انتباه الرجال، وهو خارج عن إبداء الزينه الظاهره، الذى هو بحد ما تخرج به المرأه عن أن تكون معطله كما مر في الروايات. فالتعريف اللغوى للتبرج المنهى عنه لا يختص بما خفى من زينه المرأه، بل يعم ما ظهر كما يعم ما يستحدث في الجلباب أيضاً من ألوان مثيره، فعن أبى عبيده هو أن يبرزن محاسنهن فيظهرنها، وعن الزجاج: «التبرج إظهار الزينه وما تستدعى به شهوه الرجل، وقيل إنهن كن يتكسرن في مشيتهن ويتبخترن» فيظهر من هذين التعريفين أنهما يشملان نحو المشى كما مر في التغنج في الصوت، وهذا التعميم يمكن أن يستأنس من قوله تعالى: **وَلَا يَصْرِيحْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ** ١.

وكذا الآيه: **فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ** .

وعن ابى عطيه «التبرج إظهار الزينه والتصنع بها» (١).

وقال المصطفوى في التحقيق (٢): التبرج في المرأه بالترين في مقابل الأجانب قولاً وعملاً وسلوكاً ومشياً ولمزاً ونظراً، فكل حركه أو سكون من المرأه يجذب نظر الرجل، ويقتضى نفوذها فيه - تأثيرها فيه - ويوجب

ص: ٢٣٠

١- (٢) الأحزاب: ٣٢.

٢- (٣) التحقيق في كلمات القرآن ج ١ ص ٢٤٣.

التظاهر والتجلى والاستعلاء في قبالة التبرج، وقال(1): «والمرأه المتزينه الحسنا التي أظهرت محاسنها للأجانب ونفذت فيهم (أن أشارتهم)، وقد يقال: إن مقتضى صحيح الحلبي إن التبرج هو إبداء الزينه، لأنه قابل بين «غير متبرجه بزينه» وبين «الزينه التي يبدن لهن» فيقتضى ذلك تخصيص عموم النهى عن التبرج بإلا ما ظهر، نعم هذه الروايه والروايات التي سبقت في تفسير الزينه التي نهى عن إبدائها والزينه التي رخص فيها ظاهرها إنها محاسن المرأه سواء بحسب طبيعه خلقه العضو أو بحسب ما يوضع عليه من مواد أو آلات، ففي صحيح الفضيل المتقدم وقع السؤال «هل الذراعين والأعضاء نفسها من الزينه»، وفي موثق زراره وصحيح أبي بصير: «هل جعل ما يتزين به من الزينه»، وفي موثقه مسعده نظير صحيح الفضيل، وعلى ذلك فلا يبقى لعموم التبرج المنهى عنه إطلاق.

وفيه: إن ما ذكر وإن كان متيناً، إلا أنه لا ينافى ما ذكرناه أولاً، فإن الآيه المفصله لما يبدى من الزينه وما لا يبدى ظاهرها بحسب الأعضاء وطبع محاسنها وما تترين به بنحو لا تكون معطله، وأما ما يزيد على ذلك من درجه الحسن وبروزه فهو باق على عموم النهى عن التبرج، ويشهد لهذا التفصيل فى التبرج المسوغ عن المنهى ما مرت الإشاره إليه فى الآيه من النهى عن الضرب بالأرجل لثلا يعلم ما يخفين من الزينه، مع إن الزينه التي هى تحت الثياب مخفيه، إلا أنه نهى عن بروزها ولو بتوسط الصوت، مما يدل على أن درجات البروز والتبرج ملحوظه فى مفاد الآيات وكذلك

ص: ٢٣١

يشير إلى هذا النهى عن التخضع فى القول، فإن الكلام وإن رخص فيه وهو مما ظهر، إلا أنه إذا أبرز بالقول محاسن أنوثه المرأة فإنه يكون منهى عنه، مما يدل على إن الإبداء على درجات كما أن زينة المرأة ومحاسنها على درجات أيضا، ومن ثم يحرم الرفث من القول مع الأجنبية، كما فى قوله تعالى: **وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا**.^١

وبالتالى يتبين الفرق بين ما هو زينه خفيفه معتاده فى تلك المواضع وبين ما هو زينه شديده تعمل بتكلف وعنايه خاصه، وهى تختلف بحسب الأعراف والأزياء المشتهره.

ثم إن فى موثقه السكونى عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: «سئل رسول الله صلى الله عليه وآله ما زينه المرأة للأعمى؟ قال: الطيب والخضاب فإنه من طيب النسمة»^(١).

وهو يفيد دخول الرائحه الطيبه فى الزينه، ولا ريب إنها على درجات أيضاً.

وفى صحيح الوليد بين صحيح عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله أى امرأه تطيبت وخرجت من بيتها فهى تلعن حتى ترجع إلى بيتها متى ما رجعت»^(٢).

ص: ٢٣٢

١- (٢) وسائل الشيعه ج ٢٠ ص ١٦٧ باب ٨٥ من أبواب مقدمات النكاح ح ٢.

٢- (٣) المصدر، ص ١٦١، باب ٨٠ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٤.

وفى طريق الصدوق (١) وهو أيضاً صحيح «تطيت لغير زوجها ثم خرجت من بيتها».

ومثلها رواه سعد الجلاب (٢).

وكذا موثقه السكونى أيضاً عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله طيب النساء ما ظهر لونه وخفى ريحه وطيب الرجال ما ظهر ريحه وخفى لونه» (٣).

ومورد هذه الروايات فى الطيب ذو الرائحة المركزه القويه المستعمل قبيل الخروج.

ثم إنه يمكن تقرير التفصيل المحصل من التبرج المنهى عنه إن استخدام المرأه الزينه أو إظهار ما يحدث إثاره للرجال هو داخل فى التبرج المنهى عنه بخلاف ما لا يكون بطبعه مثيراً، ومنه يظهر إن قاعده التبرج مقاربه لقاعده حرمه الفتنة والافتتان الجنسى التى ذكرناها فى قاعده مستقلة.

ومن التبرج هو كل ما تبرزه وتصطنعه المرأه من محاسن يثير حفيظه الرجال الأجانب سواء فى القول أو العمل والسلوك أو النظرات والمشى وكيفيه حركات أعضاء البدن والذى عبروا عنه بالتكسر تجاه حركات الأعضاء، ومنه يظهر إن الانفتاح الشديد فى الاختلاط مع الرجال من

ص: ٢٣٣

١- (١) رواها الصدوق فى عقاب الأعمال.

٢- (٢) الوسائل، ج ٢٠، باب ٨٠، من أبواب مقدمات النكاح، ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه، ج ٢، ص ١٤٧، باب ٩٣، من أبواب آداب الحمام، ح ١.

دون حاجب العفاف في السلوك العام هو الآخر يندرج في مصاديق التبرج المحرم. بل هذا النمط من التبرج وردت فيه روايات خاصة.

النقطة الرابعة: استطراد حكم إقامه علاقه الصداقه مع الأجنبيه:

قال في لسان العرب (1): «الخدن والخذين الصديق، أو الخدن والخذين الذي يخادتك فيكون معك في كل أمر ظاهر وباطن، وخذن الجاربه محدثها، وكانوا في الجاهليه لا يمتنعون من أن يحدث الجاربه فجاء الإسلام لهدمه، والمخادنه المصاحبه وفي التنزيل العزيز مُحَصَّنَاتٍ غَيْرِ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ ۚ أَي يتخذن أصدقاء.

وفي تفسير القمي في قوله تعالى: وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ . «أى لا يتخذها صديقه.

وقال الزمخشري «والأخدان الأخلاء في السر أي غير مجاهرات في السفاح ولا مسرات له».

وقيل كانت البغايا في الجاهليه على قسمين مشهورات ومتخذات أخدان، وكانوا بعقولهم يحرمون ما ظهر من الزنا ويستحلون ما بطن، فنهى الله عز وجل عن الجميع.

أقول: المستحصل من كلمات اللغويين وظاهر الآيه إن إقامه العلاقه والصداقه بين الأجنبي والأجنبيه للتواطؤ على أى نوع من الاستمتاع

ص: ٢٣٤

١- (١) لسان العرب، لابن منظور، ج ١٣، ص ١٣٩ ماده (خدن).

الجنسى أو الغرام محضور. وهذا المقدار- وهو عدم تكوين العلاقه على أساس الانفتاح الجنسى ولو على صعيد الكلام- هو المستفاد من قوله تعالى أيضاً:

وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ۝۱

قيل فى تفسير الآيه أى لا تواعدوهن مواعده قط بالزواج، إلا مواعده معروفه غير منكره أى لا تواعدوهن إلا بالتعريض، أى لا تكنوا فضلاً عن التصريح.

وقيل فى معنى لا- تواعدوهن سراً بالجماع، والقول المعروف هو القول الذى ليس فيه رفق ولا إفحاش، فالآيه الكريمة تحدد المقدار المجاز من الحديث مع الأجنبيه مع أن هذا الحديث متواطئ فيه على الحلال وهو عقد النكاح. فلا تسوغ التصريح ولا الكنايه، بل فى ذات البعل لا- يجوز مطلقاً حتى التعريض. وأما فى الخليه فيجوز التصريح دون الرفق فى القول من الكلمات المستهجنه المنافيه لحاجب الحياء والستر بين الأجنبيين.

وفى تفسير العياشى عن أبى بصير عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى قول الله: لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً؟ قال:

«المرأه فى عدتها تقول لها قولاً جميلاً ترغبها فى نفسك ولا تقول إنى أصنع كذا وأصنع كذا القبيح من

الأمر في البضع وكل أمر قبيح»(١).

وروى عن أبي بصير عنه (عليه السلام) لا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا هو قول الرجل للمرأة قبل أن تنقضى عدتها أو اعدك بيت آل فلان لترث ويرث معها»(٢).

وقريب من مضمونها ما رواه الكليني(٣) من صحيح الحلبي وصحيح عبد الله بن سنان، وما رواه في الصحيح عن علي بن حمزة عن أبي الحسن (عليه السلام) إلاً أن فيه في قوله تعالى: لا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا (قال: يقول الرجل أو اعدك بيت آل فلان يعرض لها بالرفث ويرث)، والقول المعروف التعريض بالخطبه على وجهها وحلها، نعم ما رواه في صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (عليه السلام) في تفسير القول المعروف قال:

«يلقاها ويقول إني فيك لراغب وإني في النساء لمكرم ولا تسبقيني بنفسك. والسر لا يخلو معها حيث وعدها».

ويستفاد مما ورد في الآيه والنصوص والفتاوى في مسأله الخطبه لذات العده المفروغيه من حرمه الرفث في القول مع الأجنبية. وقد ذكرنا شطر وافر من الكلام(٤) حول حكم المفاكهه مع الأجنبية والانبساط المثير للربغه والتلذذ في السماع وكذا حكم الخلوه ولو من فته من الرجال مع فته من النساء، وكل تلك المسائل ترسم حدود العلاقه بين الأجنب والأجنبيات، بما يكفل حفظ الطرفين عن معرضيه الوقوع في التلذذ المحرم

ص: ٢٣٦

١- (١) تفسير العياشي، ج ١، ص ١٤٢، ح ٣٩٥.

٢- (٢) المصدر، ح ٣٩١.

٣- (٣) الكافي، ج ٥، ص ٤٣٤، ح ١، ح ٢، ح ٣.

٤- (٤) سند العروه - النكاح.

من الطرفين ولو بأدنى درجاته.

ويؤيد جميع ما تقدم المستفاد من فحوى قوله تعالى: وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ

مَتَاعًا فَسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ذَلِكُمْ أَطْهَرُ لِقُلُوبِكُمْ ۝١.

ويعضد كل ما تقدم أيضاً قوله تعالى: وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ۝٢.

فإن مقتضى الآيه كما مرّ في مباحث الستر والنظر هو حرمة الاستمتاع الجنسي مطلقاً بأى لون وبأى درجة وبأى عضو إلا في ما يجوز من عدد الأزواج الزوجه والمملوكه. وهو شامل للتلذذ بالبهايم وغيرها.

والحمد لله رب العالمين

ص: ٢٣٧

قاعده: في الفرق بين النكاح (الإحصان) والسفاح (الزنا)

اشاره

ص: ٢٣٩

من قواعد باب النكاح: في الفرق بين النكاح (الإحصان) والسفاح (الزنا)

البحث في هذه القاعده يقع في اشكال ودفع:

قد يشكل بان عقد المتعه أو التحليل في عقد اليمين لا يفترق عن الزنا والسفاح، ومن ثم استدلل بعض العامه على تحريم المتعه بأنها منسوخه بقوله تعالى: (مُحْصَنِينَ غَيْرِ مُسَافِحِينَ) بدعوى أنّ المتعه ليست احصان، بل سفاح، اذ لا توجب النفقه ولا الإرث، وليست فيها قسم ولا طلاق، ولا يحتاج نفى الولد الى لعان، وليس فيها ظهار.

والصحيح أنّ هناك فرق ماهوى بين النكاح مطلقاً سواء كان متعه أو دائماً مع ماهيه الزنا، ويمكن تعداد تلك الفوارق:

الفارق الأول: ان هناك في النكاح ولو المتعه الترام من الطرفين وتمليك البضع والاستمتاع، بخلاف ماهيه الزنا فانها لا تتضمن أى الترام من احد الطرفين تجاه الآخر، ومن ثم سمي القرآن الكريم النكاح احصاناً، والزنا سفاحاً، فإن معنى الاحصان يتضمن الحصن والثبات والاقامه، بينما معنى السفاح هو الاراقه السريعه، ويطلق على الماء الذى يجرى على سفح الارض ويقال سفح الماء أى صبّه أو الماء اذا انصب،

ص: ٢٤١

وسفح الجبل وجهه، ويقال للزنا سفاح لان الماء يصب ضائعا، فكأن الزانيين لاهم لهما في احترام الماء من الطرفين بالالتزام والتعهد والاقرار بنسبه النسل المتولد من فعلهما وماءهما، حيث إن الزانى لاهم له الا إراقه الماء، وقضاء الشهوه، بينما فى النكاح هناك تعاقد وتوافق بين الطرفين على تمليك الرجل منافع الاستمتاع من المرأه، وبضعها فى مقابل التزام الرجل بالالتزامات الزوجيه وآثارها(١).

الفارق الثانى: ان فى النكاح ولو متعه قد اخذ فيه معنى الاقتران والمعيه والتكافؤ وهذا بخلافه فى الزنا، فان الرجل قد يزنى بالوضيعة والمجنونه، ولكنه يأنف أن يقترن فى عقد النكاح بهما، بل ان النكاح نفسه على درجات، فان من النساء من يتزوج بها من أجل قضاء الوطر كما فى المتعه، ومنهن من يتزوج بهن لأجل انشاء بيت الزوجيه، ومنهن من يتزوج بهن لاجل الانجاب، وأن تكون اما لاولاده، كما يشير الى ذلك قوله تعالى: هُنَّ لِبَاسٍ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ٢ وقوله تعالى: وَ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ

ص: ٢٤٢

١- (١) وفى اللغه يقال: الحصن: المكان الذى لا يقدر عليه لارتفاعه، وحصن حصانه فهو حصين أى منيع، وقيل للفرس العتيق حصان لان ظهره كالحصن لراكبه أو لانه ظنَّ بمائه فلم ينزأ الا على كريمه، ومن ثم قيل للمرأه العفيفه حَصَان، والحصانه العفه، أى انه اذا تزوج فقد احصن نفسه، أى اذا التزم الطرفان بتمليك البضع منع من السفاح، فاطلق على الزواج انه مانع ومناعه من اراقه الماء على وجه هدر وبدد، أى ان النكاح مأوى للالتزام بالتنسيل والتعاهد بأثاره والقيام بعبئه ومسؤولياته، فهو يمنع المتزوج من الهروب عن المسؤوليه بخلاف القاصد للزنا فانه انما يتجه اليه لهروبه من مسؤوليات ووظائف الزواج الى مجرد نزوه الزنا السريعه الخاليه من أى مسؤوليات عاجله، وهذا فرق فارق ويفصل فاصل بين الماهيتين.

مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِيَسْكُنُوا إِلَيْهَا ۖ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: نِسَاءُكُمْ حَزَنٌ لَكُمْ فَاثْتَوُوا حَزَنَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ۚ.

الفارق الثالث: ان هناك فرقاً في الآثار الوضعيه والتكوينيه بين النكاح والسفاح، مثل ان المرأه فى النكاح حيث أنها مملوكه بضعها ومتعتها للزوج فلا- تخونه بحسب ميثاق الزوجيه بفراش غيره، وهذا بخلاف الزنا، فلا تخلص فى الودّ والوفاء له، وبعبارة أخرى ان هناك فى النكاح ارتباط روحياً ووثاماً نفسياً وعلاقه معنويه وليست مجرد ارتباط جسدى بتحريك الغريزه الجنسيه، ومن ثم لا- تجد هناك تعهد والتزام بالحضانه والكفاله لِمَا يَتَسَلَّ وَيُنْجَبُ مِنْ طَرِيقِ الزَّانَا وَالْحَرَامِ بِخِلَافِ مَا يَكُونُ مِنْ طَرِيقِ النِّكَاحِ، ويستتبع ذلك عدم بناء الاسره وعدم تربيته اجيال المجتمع، وبالتالي نشوء اجيال تحمل العقد الروحيه والتمرد على الطبيعه البشريه وعدم ألفتها للحنان والعطوفه التى حرمت منه، فيتفشى من ذلك ويتداعى جملة من المفاسد الخطيره فى مجمل فصول النظام الاجتماعى.

الفارق الرابع: ثم انه هناك فرق بين النكاح وملك اليمين وبين ملك اليمين والزنا، حيث ان ملك اليمين ملكيه السيد لمنافع الأمه الجنسيه وغيرها من دون تملك الأمه شيئاً عن السيد عدا لزوم النفقه ونحوها لأنها فى عيلولته.

ومن ثم فليس فى ملك اليمين عنصر التكافؤ، وعلى ضوء ذلك

اختلفت جملة من الاثار بينهما. ومن ذلك يتضح الفرق بين ملك اليمين والزنا، حيث ان لاملكيه شامله فى الزنا اذ لم يقع التعاقد والاجاره عليه.

كما انه يتضح الفرق أيضاً بين نكاح المتعه والزنا والاجاره.

حيث ان هناك فى النكاح اقتراناً ومقارنه بين شخصيه الزوجين سواء فى بعد البدنى الجنسى أو غيره، كالبعد المعنوى، بل ان الزوج يملك البضع والاستمتاع مقابل تملك المرأه المهر، بخلاف الاجاره على الزنا فانه اتلاف للمنفعه مضمون أو انتفاع بضمان أو بذل فى مقابل بذل، ولك ان تقول ان فى النكاح املاك المرأه نفسها للزوج سواء بلحاظ المنافع والاستمتاع أو بلحاظ أنها سكن له، بينما فى الزنا يقتصر لو سلم فى ماهيته على منافع الاستمتاع الخاصه.

ومن ثم عرف أصحابنا الزنا بعده تعريفات فقال الراوندى فى فقه القرآن: «الزنا هو فعل مخصوص لايجرى على طريقه لازمه وسنه جاريه، لذلك لايقال للمشركين فى الجاهليه «اولاد زنا» ولا لاهل الذمه والمعاهدين (أولاد زنا) اذا كان عقدا بينهم يتعارفونه»^(١) انتهى.

أقول: بمقتضى كلامه (رحمه الله) قد يخرج فعل الصداقه عند الغربيين عن الزنا ويندرج فى نمط من الزواج العرفى بلحاظ ماجرى له من تطوير فى التزام النفقه والسكن المشترك وغيرها من الالتزامات فيصح محاوله فقهاء القانون عندهم فى دراستهم أن يكيّفوها مع ماهيه النكاح، وعرف كثير من الاصحاب الزنا بالوطى أو الايلاج بغير عقد نكاح ولاملك مع

ص: ٢٤٤

العلم بالتحريم. انتهى.

والظاهر من كلامهم ان الزنا هو الوطى المأخوذ فيه ان لا يكون عن علاقته مشروعته وكل طريق غير رسمى وغير مرسوم لدى العرف يندرج فى الزنا، وهو يقرب لما قاله الراوندى.

فمن ثم أنه يتجنب الاعلان والاظهار فى موارد الزنا، بخلاف موارد النكاح وملك اليمين. وقال السيد الكلبايكانى: «الزنا هو الوطى غير المستحق»^(١) وهذا فى الحقيقة راجع الى تعريف المشهور أيضاً، حيث ان الاستحقاق انما يتم بالاسباب المشروعه والمرسومه.

ثم انه قد يشكل بالفرق بين النكاح والزنا والتخادن، كما فى قوله تعالى مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ۚ

ففرق بين السفاح والاختدان. كما قد يشكل على تعريف المشهور للزنا بأنه ليس من التمييز الماهوى بينه وبين النكاح، بل هو من أخذ الحكم فى موضوع نفسه فهو اشبه بالدور، نعم هذا التعريف هو باللوازم لكونها اظهر من كنه المائر الذاتى.

هذا ويفرق بين العناوين الثلاثة بأن المحصنين هم الذين يتقيدون بالمعقود عليها ويعفون انفسهم عن الفجور، بخلاف المسافحين الذين لا يمسكون ميولهم عن أى امرأه، أو عن ما عدا الحليله، وأما المتخادنون فهم الذين ينشئون الصداقه الخفيه ويتواطئون فيها على الفجور عن طريق غير

ص: ٢٤٥

مشروع، اذ الخدن هو الخليل في السرّ، والتخادن هو العلاقه المتواطىء عليها سرا، وسبب الاسرار بها كونها غير رسميه وعلاقه غير مقرّ بها، لا يرتادها الناس شرعه، والظاهر ان هذا التعريف للزنا من السلوك والعلاقه الجنسيه من طريق غير مشروع هو التعريف المقرر في اعراف جملة الشعوب البشريه في هذه الماهيه الا أن الخلاف يقع بينها في تحديد الطرق المشروعه، ومن ثمّ ورد عنه صلى الله عليه وآله ان «لكل قوم نكاح» وورد عنهم (عليه السلام): «النهي عن الطعن في ابناء الأمم الاخرى معللين ذلك بان لكل قوم نكاح».

فتحصل ان النكاح في فرقه عن الزنا، انه اعتبار بين الشخصين مقرر في شرع عرف السماء كطريقه مقرّ بها ومرسومه بخلاف الزنا، فتكوين الاعتبار المرسوم بين الشخصين نكاح، وبالتالي يكون محترماً عند العرف، ويرتّب عليه الآثار ويعتدّ به، ومن ثم يدخل في طي معناه الكفاءه والتعادل بين الرجل والمرأه، وهذا الاعتبار يتفاوت شده وضعفاً، فإنّ النكاح الدائم المعلن عنه اشد من النكاح الدائم غير المعلن، كما ان ما يقصد به بناء بيت الزوجيه وانجاب النسل يختلف عن ما يقصد به مجرد العشره، كما أنّه يختلف عن نكاح المتعه المنقطع وهو ذو درجات فما يكون منه لمدّه طويله بنحو معلن عنه مبرز ولاسيما اذا كان بداعي الانجاب أيضاً يختلف عن الذي يكون لمدّه قصيره، وعلى أى تقدير فالطرق المشروعه تختلف في درجات اعتبارها بين كونها سبل اصلية، أو سبل فرعيه، فالسبل الاصلية هي التي تمارس بكثره والسبل الفرعيه تمارس بقله أو في حاله الحاجه والضروره من دون أن يعنى ذلك الغاءها كمتنفس ومحل ارتياد في جملة من الصور والحالات، ولعل ما يروى عند العامه من امره صلى الله عليه وآله بالمتعه تاره ونهيه اخرى وتكرّر كل من الامر والنهي لو سلم صدق هذه النسبه فلعلها بلحاظ

ذلك، أى بلحاظ ان لايهجر النكاح الدائم ويتخذ نكاح المتعه سبيلاً اصلياً، لا أنه نهى تحريمى ذاتى فضلاً ان يكون ناسخاً، بل قد يراد الارشاد منه، والاشارة الى تجنب ممارسه تطبيقه مفرطه فيه، كما ان تأكيد الامر به كى يبقى طريقاً مشروعاً لا بد منه لحل جملة من الحالات التى يستعصى فيها اقامه النكاح الدائم.

الفارق الخامس: ثم أنه قد يفرق بين النكاح والزنا بان النكاح ارتباط معنوى وبدنى بين الزوجين، بينما الزنا ارتباط بدنى لاغير، فكأنه فعل بهيمى محض نظير ما تفعله بعض الحيوانات - أى متردى فى الحضيض الغريزى - دون البعض الآخر التى تقوم بالسفاد بنحو اختصاص، نظير ما عند الانسان أى من غير شيوخ فى النزوه بينها. فيكون الزنا مثل الفعل البهيمى لأخط الحيوانات.

وبكل ما مرّ يتبين وهن الاشكال المتقدم بكون المتعه سفاح منسوخه بالآيه الكريمة: محصنين غير مسفحين اذ مع اعتبار الخصم أنها مشروع سابقاً فكيف يشملها عنوان السفاح، مع ان هذا المقطع من الآيه فى نفس آيه حليه المتعه فبعده قوله تعالى فما استمتعتم به منهن، وأما انتفاء جملة من الآثار على المتعه فهذا لايسلب ماهيه النكاح عنها، اذ النفقه تسقط بالنشوز أيضاً، والارث قد يمنع عن الزوجه أيضاً فى فرض لو كانت قاتله، أو ذميه أو أمه. والطلاق واللينونه قد تحصل بغير طلاق فى الدائمه كما فى الملاعنه والمرتده والأمه المبيعه.

وأما عدم اللعان والظهار والايلاء، ففى الدائمه أيضاً قد تمتنع هذه العناوين اذا فقدت الشروط.

ثم أنّ هناك جملة من الاشكالات التي تثار عندهم على المتعه لا ترتبط بتشريع نكاح المتعه وانما هي اشكالات نابعه من عدم صيروره نكاح المتعه عرفاً سائداً اذ أى تشريع يحتاج فى مرحله التطبيق والتنزل الى الممارسه العمليه والى تجربه من العرف فى كيفيه حسن العمل والاستفاده من ذلك التشريع والقانون وكيفيه التحرز من سوء الاستفاده من ذلك التشريع والقانون، فجملة من هذه الاشكالات ناشئه من ذلك، والآ فهى بعينها قابله للتصوير والايراد على النكاح الدائم أيضاً بلا فرق بين قسمى النكاح.

قاعده: في المال او الحق المأخوذ استعماله أو اكرها

اشاره

ص: ٢٤٩

من قواعد أبواب المعاملات: في المال أو الحق المأخوذ استماله أو إكراهها

وهذه الضابطه ليست ميزانا في المقام فحسب بل هي ساريه في كل العقود والمعاملات والايقاعات من انّ انشاءها والاقدام عليها اذا كان لدفع شر الطرف الآخر أو سوء خلقه أو بعض الاذيه أو الضرر والاضرار غير الواصل الي حدّ الشده والحدّه أو الالجاء أو الاضطرار فانه ليس باكراه مبطل لذلك الانشاء، وترتيب الآثار عليه من الطرفين، نعم هو دناءه من الأخذ وقد يسمى سحتاً بهذا اللحاظ.

لهذه القاعده عده تطبيقات منها ما في كتاب النكاح:

وهي بذل الزوجه شيء من حقوقها أو مالها استماله أو للخلع.

وهذا البذل يفترض على صور:

فان الزوج تاره يمنعها عن الحقوق المستحبه أو غيرها لابنحو الايذاء المحرم.

واخرى يمنعها عن حقوقها الواجبه لا بقصد بذلها وتنازلها عن حقوقها.

وثالثه: يمنعها عن حقوقها الواجبه بقصد ذلك ولكن من دون أن يظهر ذلك.

ص: ٢٥١

ورابعه: ان يمنعها عن حقوقها الواجبه بقصد ذلك مع اظهار ذلك.

وخامسه: لو اكرهها على نفس البذل.

أما الصورة الأول: فقد اتفقوا على جوازه لانه ليس باكراه منه لها على ذلك، ولا امساك لها بضرار ليكون اخذ ما بذلته تعدى.
وعن الشيخ فى المبسوط وكذا فى متن الشرائع وعن الارشاد والمسالك الجواز فى الصورة الثانیه أيضاً بل يظهر من بعض المذكورين بل صريح بعضهم الجواز فى الصورة الثالثه أيضاً.

وعن الشيخ فى الصورة الثانیه بعد ما حكى المنع عن بعض العامه ان الذى يقتضيه مذهبنا ان هذا ليس اكرها.

وعن القواعد تقييد الحقوق بالمستحبه، وفى الحدائق انما لم يكن ذلك اكرها لانه امر منفك عن طلب الخلع فانه قد يفعل ذلك مع ارادته المقام معها، وانما منعها لحرصه على المال وقلة تدينه أو ميله الى ضررتها.

وما ذكره من التعليل أو الوجه منطبق على الصورة الثانیه وقابل للانطباق على الصورة الثالثه.

وفى الجواهر استشكل فيما عدا الصورة الأولى، أما الاخيرتين فلصدق الاكراه، واما الثالثه فلاندراجه فى قوله تعالى: وَ لَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتُدُوا ۗ۱ بل قرب عموم الاندراج للصورة الثانیه أيضاً، ولكونه اشبه شىء بعوض على المحرم، فان بذلها للخلاص من اسره ومن ظلمه

فيحرم على الظالم، وذكر الشهيد الثاني في شرح اللمعه في مسأله نُشوز الزوج، وليس له منع بعض حقوقها لتبذل له مالا ليخلعها فان فعل فبذلت أثم وصح قبوله ولم يكن اكراها، نعم لو قهرها عليه بخصوصه لم يحل.

وقد يقرب الاستدلال بقوله تعالى: وَلَا تَعْضُوهُنَّ لِيَتَذَهَبْنَ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ ۗ فَحَرَّمَ اللَّهُ عَضْلَ الْمَرْأَةِ بِغَيْرِ حَقِّ وَاحْوَاغِهَا بِالْعَضْلِ إِلَى أَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا فَيَذْهَبَ بِذَلِكَ بَعْضُ مَا آتَاهَا، واصل العضل التضيق والمنع، والمراد هنا مضاده المرأة وسوء العشره معها ليضطرها الى الافتداء منه بمالها.

واطلاق الآيه شامل لما اذا اظهر قصده أم لم يظهره، بل قد يقال انه شامل لما لو لم يقصد أيضاً نظير (لام) العاقبه في قوله تعالى: (فالتقطه آل فرعون ليكون لهم عدوا وحزنا) التي هي لمطلق الترتب وان لم يكن فيها قصد.

وبعضه قوله تعالى: وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ ۲.

وفي الآيه دلالات متعدده حيث ان الحرمة انصبت على الاخذ بقول مطلق الذي هو قد يكون نتيجة عضل الزوج أو مضارته لها، كما ان مفهوم نفى الجناح على كل منهما المتعلق بفدائها هو الآخر متعلق بأخذ المال أيضاً

وإنّ الحل مقيد بمورد تنازعهما ووجود النفرة بينهما، وإنّ ما وراء ذلك تعدى لحدود الله كما لو كان النشوز منه فقط.

والنهي عن الأخذ مطلقا الا- في صورته الكراهه من الطرفين أو من طرف واحد كما التزم بذلك في الخلع والمباراه كما في صحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله (عليه السلام) - في حديث - (ولا يحل له ان يخلعها حتى تكون هي التي تطلب ذلك منه من غير أن يضر بها، وحتى تقول لا أبرّ لك قسما ولا اغتسل لك من جنبه ولأدخلن بيتك من تكره ولأوطنن فراشك ولا اقيم حدود الله، فاذا كان هذا منها فقد طاب له ما أخذ منها(1)).

وغيرها من الروايات الشارطه حل وطيب الاخذ والمأخوذ بذلك لاسيما وان الخلع والمباراه نحو من الصلح والمعاضه.

نعم استثنى في الآيه إلا أن يأتي بفاحشه مبيته وفسرت بالزنا، وقيل كل ما يوجب الحد وقيل كل معصيه، ونسبه في مجمع البيان الى الروايه عن أبي جعفر (عليه السلام) أي النشوز.

ويدل على التعميم الى ذلك عموم الآيه في سوره البقره(2).

ومما يستدل به في المقام قوله تعالى: وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْرَاجَهُمْ فَإِذَا تَأَخَذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَوْ تَأَخَذُوا مِنْهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُّبِيناً وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً(3).

ص: ٢٥٤

١- (١) أبواب الخلع والمباراه، باب ١ ح ٦.

٢- (٢) البقره: ٢٢٩.

قال في مجمع البيان: (أن تكون المرأة عجوزاً أو ذميمة فيضار بها الزوج لتفتدى نفسها منه فهذا لا يحل له للآية بخلاف ما لو رآها على فاحشه أو خافاً أن لا يقيما حدود الله.

والحاصل أنه يمكن تقريب حرمه أخذ الزوج العوض على الطلاق بأنه من باب الجمع بين العوض والمعوض، حيث بوطئه للزوجه فقد استوفى عوضه، فإذا اخذ ما لا على الطلاق يكون بذلك قد استرجع العوض من دون أن يرجع المعوض الا في موارد كراهه الزوجه أو نشوزها فانها حينئذ تكون متعدية على حقه بقاءً، فيسوغ له أخذ العوض على ما يذهب من حقه، ومثل ذلك ما لو أتت بفاحشه مبيته.

ومثل ذلك اسقاط المرأة بعض حقوقها لان لا يضر بها الزوج، ويقلع عن ايذائها اذا كان الاسقاط عوضاً عن تركه للعضل والمضاره.

وأما اذا كان ذلك من المرأة ليس بنحو المعاوضه ولكن بداعي ذلك، وكانت المضاره من الزوج هي بداعي اسقاطها فلا يبعد أن يكون ذلك ملحقا بالاكراه، وأمّا اذا لم تكن المضاره من الزوج بداعي ذلك، ولكن اسقاط المرأة كان بداعي استمالته وتركه مضارته فعدم ادائه لما اسقطته من حقوق لا يرد عليه شبهه الاكراه ودعوى صاحب الجواهر أنه شبه العوض على المحرم ليس الا من التشبيه الذي ليس بحقيقه، نعم قد يعدّ سحتاً بمعنى الامر الدنيء، نعم لا يسوغ ذلك في البذل على الطلاق لما عرفت من انه جمع بين العوض والمعوض، وان لم يكن الزوج قاصداً للاضرار.

ثم لا يخفى أنّ في صورته اسقاط المرأة لبعض حقوقها استماله يسوغ لها المطالبه بالحقوق المستجده لانها مخيره في الاصل بين استيفاء حقوقها أو

اسقاطها، فالتخيير على حاله بقاء.

وربما استدل للجواز بقوله تعالى: **وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُخْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا**.^١

بتقريب ان المراد من الخوف العلم والاطمئنان نظير قوله **إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**.^٢

وعلى هذا يكون موضوع الآيه وقوع النشوز من الزوج، بخلاف ما اذا فسر الخوف بالترقب والحذر فيكون موضوع الآيه ترقب النشوز لا وقوعه، كما ان الاعراض عباره عن نوع من سوء العشره، ويعضد هذا الاستظهار ما فى الآيه من فرض الصلح بينهما، وهو يقتضى فرض وقوع النزاع وان كانت الروايات الوارده فى ذيل الآيه قد فسرتها بالخوف من الطلاق، وكراهه الزوج لها، ولعل ذلك من باب بيان بعض المصاديق.

ففى صحيح الحلبى عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: سألته عن قول الله عزوجل **وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا** فقال: هى المرأه تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها:

انى اريد أن اطلقك فتقول له: لاتفعل انى اكره أن تشمت بى ولكن انظر فى ليلتى فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شىء فهو لك، ودعنى على حالتى فهو قوله تعالى: فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَهَذَا هُوَ الصَّلْحُ (١).

ومثلها بقيه الروايات فى الباب، وعلى هذا التفسير فى الروايات يكون إلقاء الزوج للزوجه بشىء محلل وهو الطلاق، وقد يستدل أيضاً باطلاق آيه الخلع لما لو كان النزاع بينهما سببه نشوز الزوج أولاً وعضله، كما يستدل باطلاق الفاحشه المبينه الذى هو استثناء من حرمه العضل، لمطلق معصيه الزوجه للزوج.

ويرد على الاستدلال بالجواز ان مورد الآيه وان كان الاظهر فيه وقوع النشوز بالقرائن السابقه الا انّ البذل والاسقاط ليس فى مقابل نشوز الزوج بل فى مقابل كراهته للمقام معها وارادته الانفصال عنها، وهذا ما اشارت اليه الروايات الوارده فى ذيل الآيه فانها فى صدد تعيين المبدول بازائه لا فى صدد نفي النشوز فإنما يصح للزوج فى مقابل ذلك، وأما اطلاق آيه الخلع ونحوها لما لو كان ابتداء النزاع من نشوز الزوج وكراهته فلا يصلح دليلا للجواز وذلك لأنّ الفرض انّ البذل حصل بعد وقوع الكراهه من الزوجه وهو حينئذ سائغ لانها تكون ناشزا أو متعديه على حق الزوج، وان كان ذلك منها هو بسبب نشوز الزوج ابتداءً، فلاشهاده فى الاطلاق على جواز اخذ الفداء أو البذل مقابل نشوز الزوج خاصه مع عدم نشوزها وعدم كراهتها.

ص: ٢٥٧

١- (١) أبواب القسم والنشوز، باب ١١ ح ١.

فتحصل ان ما قررناه من مقتضى القاعده منطبق عليه الادله الوارده وهو ان بذل المرأه فى مقابل الطلاق لا يصح للزوج أخذه الا مع كراهتها له، فيحرم الاخذ فيما عدا الصوره الاولى من الصور الخمسه السابقه.

وأما اسقاطها لبعض حقوقها أو تنازلها عنها فلا يصح ذلك للزوج مع كونه مضارا لها عاضلا اياها بقصد ذلك وهى الصوره الثالثه فضلا عن ابراز ذلك، فإنه نمط من التسيب منه فيكون اكرهاً عرفاً.

وأما الصوره الثانيه: وهو ان لا يكون قاصداً ذلك ففعل الأوجه التفصيل بين ما لو كان نشوزه وتضييقه عليها كان بدرجة شديده ضاغطه على المرأه يضطرها الى التنازل عن حقوقها فإنه يعد عرفاً تسيباً منه لذلك واكرهاً منه لها وان لم يقصد، بخلاف ما لو لم يكن بتلك الدرجه ولم يكن بحدّ اللجاء والاضطرار العرفى للمرأه، فانه لا يكون ذلك منه تسيباً باستقلال السبب فلا يكون اكرهاً، ويكون اقدام الزوجه باختيار منها، ولا يبعد هذا التفصيل فى الصوره الثالثه أيضاً، وان مراد جمله من المتقدمين ممن فصل بين الاكراه وهى الصوره الرابعه والخامسه وبين غير الاكراه من الصوره الثانيه والثالثه هو التفصيل بلحاظ ذلك فما أورده عليهم صاحب الجواهر مدفوع بما عرفت من عدم وجود التسيب بنحو يوجب صدق الاكراه أو اللجاء أو فقد الاختيار، وليس العوض على فعله أو التنازل عن بعض الحقوق محرم، كما أنه لا يصدق الحدّ المذكور فى الآيات انه عضل ليذهب ببعض ما أتاها، ولا مضاره ليضيق عليها أو ليعتدى مما قد ورد فى الآيات، فان ذلك انما يصدق فى الشديد المستقل فى التسيب الضاغط على ارادتها وهو مما يصدق معه الاكراه، فالتفصيل بما ذكره القدماء من صدق

الـكراه وعدمه هو الصحيح وأنه ليس مطلق نشوز الزوج يحرم معه البذل وان كان نشوزه فى نفسه محرم، ولكن الـاخذ ليس بمحرم لا تكليفا ولا وضعاً.

ص: ٢٥٩

قاعده: في لزوم الفحص الموضوعي قبل البينه أو اليمين

اشاره

ص: ٢٤١

قال الأصفهاني في وسيله النجاه: اذا اختلفا في العيب فالقول قول منكره مع اليمين، اذا لم يكن لمدعيه بينه، ويثبت بها العيب حتى العن على الاقوى، كما أنه يثبت كل عيب باقرار صاحبه أو البينه على اقراره، وكذا يثبت باليمين المردوده على المدعي ونكول المنكر عن اليمين كسائر الدعاوى، وتثبت العيوب الباطنه للنساء بشهاده أربعة نسوه عادلوات كما في نظائرها.

اذا اختلفا في العيب فأصالة السلامه هي مع نافي العيب فيكون منكرا، والقائل بوجوده يكون مدعياً فتكون البينه على من ادعى العيب واليمين على منكره، لكن الظاهر من الروايات الآتية أنه مع امكان الفحص وتبين الواقع فاللازم هو الفحص وعدم الاكتفاء بالحلف ونحوه، كما في:

١- صحيحه أبي حمزه قال: سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: «اذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي تزوجت زوجها غيره، فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها فإنّ القول في ذلك قول الرجل وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها، لأنها المدعيه، قال: فان تزوجت وهي بكر فزعمت أنه لم يصل اليها فإنّ

مثل هذا تعرف النساء، فلينظر اليها من يوثق به منهنّ، فاذا ذكرت أنها عذراء فعلى الامام ان يأجله سنه، فان وصل اليها والّا فرّق بينهما» (١) الحديث.

٢ - وفي روايه عبدالله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشايخه قال: «قالت امرأه لأبى عبد الله (عليه السلام) أو سأله رجل عن رجل تدعى عليه امرأته أنّه عين وينكر الرجل قال: تحشوها القابله الخلق، ولا تعلم الرجل، ويدخل عليها الرجل فان خرج وعلى ذكره الخلق كذبت وصدق والّا صدقت وكذب» (٢).

٣ - ونظيرها روايه غياث بن ابراهيم (٣) الّا أنّ فيها أنّه يغسل ذكره بعد ذلك فان خرج الماء اصفر صدّقه.

٤ - وفي مرسل الصدوق أنّه يقعد الرجل فى ماء بارد فان استرخى ذكره فهو عين وان تشنج فليس بعين (٤).

٥ - وفي خبر آخر انه يطعم السمك الطرى ثلاثه أيام ثم يقال له بل على الرماد فان ثقب بوله الرماد فليس بعين وان لم يثقب بوله الرماد فهو عين (٥).

وهذه الروايات جملتها متفقّه على مفاد واحد وهو لزوم الفحص

ص: ٢٦٤

- ١- (١) أبواب العيوب، باب ١٥ ح ١.
- ٢- (٢) أبواب العيوب، باب ١٥ ح ٢.
- ٣- (٣) أبواب العيوب، باب ١٥ ح ٣.
- ٤- (٤) أبواب العيوب، باب ١٥ ح ٤.
- ٥- (٥) أبواب العيوب، باب ١٥ ح ٥.

موضوعا مع الامكان، ولايبعد ان يقرر قاعده فى باب القضاء من هذا المورد وأمثاله وهى:

(اشتراط اعتبار البينه واليمين لاسيما اليمين ونحوها بعدم امكان استبيان الواقع والأ- تعين، وتتمه الكلام فيما ياتى من طيات القاعده.

ثم ان ظاهر صحيحه أبى حمزه الاكتفاء بالمرأه الواحده فى الشهاده على بكاره المرأه، لاسناد الفعل الى المفرد، ولكن فى صحيحه داود بن سرحان عن أبى عبدالله(عليه السلام) فى حديث قال: «وان كان بها - يعنى المرأه - زمانه لا- تراها الرجال اجيزت شهاده النساء عليها»(١).

وفى صحيح الحلبي عن أبى عبدالله فى حديث: «وان كان بها ما لا يراه الرجال جازت شهاده النساء عليها»(٢).

ولعله يقال بالتفصيل بين ما كان من عيب فى عوره المرأه بالنسبه الى المرأه، فيكفى فيه امرأه موثوقه واحده كما هو ظاهر صحيحه أبى حمزه ولانه من الضروره، بخلاف ما اذا كان فى مواضع اخرى من بدن المرأه حيث يمكن للنساء ان يطلعن عليه فاللازم اربع الذى هو نصاب البينه.

وهذا يمكن أن يقرب أنه مقتضى القاعده وخرج منه ما استدعته الضروره مما كان العيب فى موضع القبل أو الدبر، مما لا يسوغ للنساء النظر إليه الا ما استدعته الضروره.

وبقيه الكلام محرر فى باب القضاء.

ص: ٢٦٥

١- (١) أبواب العيوب، باب ٤ ح ١.

٢- (٢) أبواب العيوب، باب ٤ ح ٢.

قال فى وسيله النجاه: اذا ثبت عنن الرجل بأحد الوجوه المذكوره، فان صبرت فلا كلام، وان لم تصبر ورفعت امرها الى الحاكم الشرعى لاستخلاص نفسها منه أجلها سنه كامله من حين المرافعه، فان واقعها أو واقع غيرها فى أثناء هذه المدّه فلا خيار لها، والأّ كان لها الفسخ فوراً عرفياً، وان لم تبادر بالفسخ فان كان بسبب جهلها بالخيار أو فوريته لا يضر كما مرّ والأّ سقط خيارها، وكذا ان رضيت ان تقيم معه ثم طلبت الفسخ بعد ذلك فأنه ليس لها ذلك.

قد تقدم ان ظاهر جمله من الروايات الوارده فى باب العيوب سواء فى العنن أو فى غيره، ظاهرها الفحص عن وجود العيب كالثيوبه والعنن(١)، والزمانه التى لاتراها الا النساء(٢)، واستعلام الجنون بعدم معرفه أوقات الصلاه(٣)، وهى فى موارد العيوب الخفيه، ومقتضاها لزوم الفحص مقدما على يمين المنكر كما حكى عن الصدوق فى المقنع، والشيخ فى الخلاف، وابن حمزه وجماعه، وظاهر عباره الشرائع والجواهر الاشكال فى اعتبار اماريه الكيفيات المذكوره فى روايات العنن لعدم تماميه جمله من اسانيدھا واستثنى فى الجواهر ما لو حصل منها القطع، ومن ثمّ بنا على اعتبار قول الزوج مع يمينه لكونه منكرًا، بمقتضى اصاله السلامه.

لكن الصحيح ان البحث ليس فى اعتبار خصوص هذه الامارات

ص: ٢٦٦

١- (١) أبواب العيوب، باب ١٥.

٢- (٢) أبواب العيوب، باب ٤.

٣- (٣) أبواب العيوب، باب ١٢.

المذكوره فى الروايات، بل البحث فى لزوم الفحص ولو بكيفيات اخرى ما لم يمتنع الفحص وبعبارة اخرى مؤدى لزوم الفحص هو عدم حجيه الميزان الظاهرى فى باب القضاء كيمين المنكر بدون الفحص الموضوعى مع التمكن، أما فى باب العيوب بل مطلقاً فى الموضوعات التى يتمكن من الفحص عن حقيقه حالها.

وبعض من الروايات المتقدمه معتبره السند والمجموع يوثق بصدوره اجمالاً بغض النظر عن خصوصيه الكيفيات.

وعلى أى تقدير فان ثبت العنن باحد الوجوه أو العجز لو قيل ان العنن متقوم بمرور سنه، فان صبرت فذلك لها، ولكنه لا يسقط الخيار ولو استمر سنين بعد عدم رفع امرها الى الحاكم الشرعى، لكن فى

١- مرسل الصدوق انه قال: «متى اقامت المرأه مع زوجها بعد ما علمت انه عنين ورضيت به لم يكن لها الخيار بعد الرضا»^(١).

٢- لكن ما فى صحيح أبى الصباح من تعليل التأجيل سنه كى يعالج نفسه قد يفهم منه ان ذلك استحقاق للرجل فلا يثبت لها الخيار من غير ضرب المده.

٣- وروايه أبى البخترى^(٢) كالنص فى ذلك.

أما الروايات الوارده فى تحديد السنه.

١- ففى صحيح محمد بن مسلم «العنين يتربص به سنه ثم ان شاءت

ص: ٢٤٧

١- (١) أبواب العيوب، باب ١٤ ح ١٠.

٢- (٢) أبواب العيوب، باب ١٤ ح ٩.

امراته تزوجت وان شاءت اقامت»(١).

ومفادها وان لم يذكر فيه المرافعه الى الحاكم الشرعى بصريح اللفظ، الا انّ التعبير (يتربص به) استعمال جارى بصيغه المبني للمجهول فى فعل الحاكم.

٢- ومثله صحيح أبى الصباح(٢) الا انّ فيها اجل سنه، والتقريب فيها كما مرّ.

٣- وفى موثق الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه، عن على(عليه السلام) «انه كان يقضى فى العنين انه يؤجل سنه من يوم ترافعه المرأه»(٣).

٤- ومثله روايه أبى البختري(٤).

وهذه الروايات تقيد الروايات المطلقة الداله على ثبوت الخيار لها بمجرد العنن.

والظاهر من اختصاص العنن بلزوم المرافعه هو لخبفاءه، فيكون مورداً للنزاع والاشتباه لاسيما وانه مأخوذ فى حده استمرار العجز سنه كامله.

ص: ٢٤٨

١- (١) أبواب العيوب، باب ١٤ ح ٥.

٢- (٢) باب العيوب، باب ١٤ ح ٧.

٣- (٣) باب العيوب، باب ١٤ ح ١٢.

٤- (٤) باب العيوب، باب ١٤ ح ٩.

قاعده: في نظام التحكيم والصلح والنزاعات

اشاره

ص: ٢٦٩

إشاره

هل هو إصلاح و صلح أو هو تحكيم، والتحكيم هل هو صلح بالتحكيم وتراض منهما نظير قاضى التحكيم أو هو توكيل منهما فيرجع الى الصلح بناءً على ان المخاطب بالبعث فى قوله تعالى: **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا** **إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** ١ هما الزوجان وكذلك الحال فى تصوير قاضى التحكيم منهما، أو هو توكيل الحاكم الشرعى لهما بالحكم فهو تحكيم من الحاكم على القول بان الباعث للحكمين والمخاطب بالبعث هو الحاكم الشرعى.

ثم ان التحكيم هاهنا هل هو من القضاء المعهود الاصطلاحى، أو هو قضاء بالصلح فليس هو قاضى التحكيم المعتاد، أو ان الفصل هو بالفتوى، ولتنقيح الحال فى هذه الوجوه والاحتمالات للتحكيم فى مثل نزاع الزوجين لابد من بيان الفوارق بينهما.

موانز الصلح:

فاما الصلح فيتميز بجمله من الأمور:

الاول: فهو عقد من العقود يتم بالتراضى بين المتنازعين.

ص: ٢٧١

الثانى: أنه مقدم مطلقاً على أحكام الشقاق الفتوائية، أن الأحكام الفتوائية لأى نزاع آخر فضلاً عن القضائيه كما هو الحال فى تقدمه على احكام النشوز لانه يزيل موضوعها.

الثالث: ولا بد فيه حينئذ من كونه على الشرائط الاوليه الشرعيه فى مقابل الثانويه.

الرابع: كما انّ الصلح يتضمن التفاوض والمداوله والتشاور والنصح لرفع فتيل الشحنه والتشاحن النفسى وايجاد الألفه النفسيه، كما يتم فيه تنظيم واقتراحات وحلول وبدائل للتسويه بين الطرفين وهذا بخلاف القضاء المعتاد، فانه يقتصر على استنقاذ الحق من دون معالجه العداوه بين الطرفين، ومن ثم ورد فى الآيه الكريمه قوله تعالى: **وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَ تَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا** ١.

وتشير الآيه الى وجه معالجه الصلح لمنشأ النزاع حيث ان منشأ الشح والحرص الذى يزول بالتراضى بعد المداوله بين الطرفين.

ومن ثم اعتمدت الدول المعاصره نظام اقرار الصلح عبر اللجان كى لا يتم وصول النوبه الى الحسم والفصل بالقضاء، وقد أكد على تقديم الصلح على القضاء باتفاق فتوى الاصحاب والنصوص.

الخامس: ومن ثم يعتمد الصلح وأمر به فى النزاع بين الجماعات أو القبائل والعشائر، أو الامم والدول، كما فى قوله تعالى: **وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ**

الْمُؤْمِنِينَ أَقْتُلُوا فَأَصْرِلُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْرِ لِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ۝۱.

فرغم فرض الاقتتال بين الطائفتين إلا أنه تعالى أوصى بالصلح الذى يوجب سلب فتيل ومنشأ النزاع، حيث يمتاز بذلك دون القضاء، كما أنه تعالى فرض الصلح مره اخرى بعد مقاتله الطائفة الباغيه اذا لم تفيء الى الصلح ابتداءً، حتى تفيء الى الذى هو امر الله.

السادس: ثم قيد الصلح كونه بالعدل، أى يجب ارساء التراضى والتسويه بين الطرفين بنحو يستوفى حقوق الطرفين مهما امكن، وفى هذه الآيه بيان على ان القسط بين المتنازعين يمكن اقامته بغير القضاء، كما ان فى الآيه دلالة على ان الفصل فى النزاع يمكن ان يتم بالصلح بالعدل، وهو ليس بقضاء، بل هو يتم بموازين الفتوى أى بالأحكام الاوليه. وفى الآيه بيان أيضاً ان الضمانه فى استقرار الصلح هو تشييده على العدل والقسط، والأ لكان ذلك معرضاً لتجدد النزاع.

السابع: ولا يخفى انه ليس من صلاحيه الصلح اثبات حق ماض أو نفيه.

الثامن: ان الصلح مطلقاً مطلوب بعدما مرّ بيانه من تقدمه على القضاء بالعدل، وكذا تقدمه على التحكيم، كما فى قوله تعالى: وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ... وقد مرت الآيه وبيانها، وكذلك الصلح بين الطائفتين من المؤمنين، وكذا يدل على مطلوبيه الصلح قوله تعالى: ... فَاتَّقُوا اللَّهَ

وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ... ١.

ويمكن أن يستدل له أيضاً بقوله تعالى: وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ... ٢.

بتقريب شمول عمومه لذلك، حيث ان المشير على المتنازعين بطريق الصلح يكمل لهما ادراك الرشد ويعلمهما طريق الصواب بمثابه الولي لهما.

وكذا قوله تعالى: وَ أَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ٣ وغيرها من الآيات.

التاسع: الصلح لا يحتاج الى ولايه شرعيه خاصه ولا- توليه فيما لم يكن مورده من الامور العامه، بل كان من الامور الخاصه، والشأن الشخصى فالوسطاء فى الصلح كوكلاء فى الصلح ابتداءً وبقاءً.

العاشر: هل الاقدام على الصلح واجب؟ لاسيما مع اقامته على العدل أو أنّ الخصمين مخيران بينه وبين التحكيم أو التقاضى عند القاضى المنصوب، الظاهر التفصيل بين الحكم التكليفى والوضعى، فبلحاظ الحكم الوضعى الخيارات كلها صحيحه ونافذه وضعا وان كان الصلح بعد وجوده مزيلاً لموضوع التحكيم والتقاضى، وأما الحكم التكليفى فالظاهر لزوم الصلح تعييناً لأنّ الاصل فى الوظيفه هى العمل بالاحكام الاوليه وقد مرّ أنّ الصلح لا بد أن يكون بموازين الفتوى والاحكام الاوليه، والالتزام بها متعين، نعم لو كان فى البين شبهه موضوعيه أو اراد

احد الخصمين توثيق الاستحقاق أو الردع عن معرضه تجدد النزاع أو غير ذلك، فلا يبعد جواز اختيار التحكيم والتقاضى على الصلح.

التحكيم:

اشاره

فأما التحكيم فبيانه بجمله من الأمور:

الأمر الأول: ان حقيقه التحكيم هو تراضى الخصمين:

اشاره

بحكم من قبل كل طرف منهما أو تراضيهما على حكم واحد كما فى قاضى التحكيم، وقد يفرض التحكيم من الحاكم الشرعى بان يشرف على تحكيم حكيمين أو أكثر عن كل خصم، وقد يفرض شمول التحكيم للوكلاء المفوضين بتفويض مطلق لرسم الصلح بين الطرفين وعقده، ووجه تسميه هذا الشق الأخير بالتحكيم مع أنه من صور الصلح المتقدم هو ان الوكيل المفوض تصرفه نافذ على الموكل وملزم له، فالتفويض فى التوكيل بلا عزل نحو انفاذ وتحكيم.

أدله قاضى التحكيم:

الأمر الثانى: فى مشروعيه التحكيم:

اشاره

ويدل على ذلك ما دل:

اولا: على المشروعيه فى قاضى التحكيم، أما بناءً على ان حقيقه التحكيم هو ذلك، أو بناءً على ان قاضى التحكيم هو احد انماط التحكيم.

ثانيا: قوله تعالى فى المقام: **وَإِنْ حِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ**

أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ بَلِ الْآيَةُ الشَّرِيفَةُ صَالِحُهُ بَانَ يَقْرَبُ الْاِسْتِدْلَالَ بِهَا عَلَى مَشْرُوعِيهِ قَاضِي التَّحْكِيمِ فَضْلًا عَنْ عَمُومِ التَّحْكِيمِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ ظَاهِرَهَا أَنَّ التَّحْكِيمَ آيَةٌ لِلْاِصْلَاحِ مَشْرُوعُهُ فِي نَفْسِهَا، مَفْرُوعٌ عَنْ ذَلِكَ فِي الرِّتْبَةِ السَّابِقَةِ عَلَى بَحْثِ الشَّقَاقِ.

ثالثًا: ومن ذلك يتبين امكانيه تقريب عموم ادله الصلح للتحكيم بعد كون التحكيم هو بتراضى الخصمين كما فى قاضى التحكيم.

رابعًا: كما يمكن الاستناد الى ادله نفوذ تصرفات الوكيل المفوض قبل علمه بالعزل، كما مرّ شمول التحكيم لموارد التوكيل بالتفويض، وعلى ذلك فالتحكيم على انماط وأنواع ويتنوع بذلك مستنده وتختلف آثاره وأحكامه، ومنه يفتح تعدد وجوه مشروعيه قاضى التحكيم بحسب انواعه وانماطه.

خامسًا: كذلك يمكن ان يستدل لمشروعيه التحكيم الذى التزم به الامير(عليه السلام) ولو بسبب الاكراه من قبل الخوارج الذين كانوا فى جيشه، وفى هذا المستند والوجه دلالة على عدم اشتراط كون قاضى التحكيم واجداً لشرائط القاضى المنصوب.

وفى هذا الوجه دلالة على جواز قاضى الجور مع الاضطرار سواء فى قاضى التحكيم أو قاضى الجور المنصوب.

ومن ثمّ يستدل فى المقام على مشروعيه تحكيم غير العادل فى الشقاق

إذا اضطر الى ذلك لقطع النزاع، كما أنّ في هذا الوجه دلالة على عموميه قاضى التحكيم فى الشأن العام وأمور الخلافه.

سادسا: ويمكن أن يستدل لقاضى التحكيم أيضاً بأدله القاضى المنصوب بناءً على لزوم شرائط المنصوب فى قاضى التحكيم كما ذهب الى ذلك جماعه أو فى صورته تحكيم المتخاصمين لشخص جامع للشرائط فهو منصوب بالنصب العام فيكون نفوذ حكمه من جهتين، من جهة تراضى الخصمين ومن جهة النصب العام.

ثم انه لا يخفى ان الاستناد فى المشروعيه الى تراضى الخصمين الذى مرّ فى الدليل الثالث، أى الى الصلح أنّه استناد الى ادله نفوذ عهد الصلح إلا ما خالف الكتاب والسنة.

سابعا: ويمكن التلفيق مع الدليل الثالث وهو عقد الصلح ما قيل من وجه فى تخريج التحكيم من انه فصل بالفتوى وحسم للنزاع بها، بتقريب عموم ادله الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ان مقتضاها الالتزام بالاحكام الاوليه فى الفتوى.

ثامنا: معاهداته صلى الله عليه و آله فى بدايه وروده الى المدينة، وكذا فيما بعده وتحكيمه صلى الله عليه وآله فى قصه بنى قريظه سعد بن معاذ(1)، وكذا

ص: ٢٧٧

١- (١) لاحظ تفسير القمى فى سورة الاحزاب فى ذيل قوله تعالى: وانزل الذين ظاهروهم من أهل الكتاب من صياصيتهم الآيه ٢٦.

صلحه فى الحدييه(١)، وكذا تقريره لحلف الفضول بمكه.

ومن ذلك يتبين ان التحكيم وقاضى التحكيم يمكن أن يخرج من أبواب متعدده نظير ما ذكر من وجوه وتخريجات لقضاء غير المجتهد.

كلمات الاعلام فى ادلته:

ثم ان الادله الخاصه التى استدلت بها الاعلام على نفوذ حكم قاضى التحكيم هى:

الاول: عموم قوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ

وقوله تعالى: وَ أَقْسَطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ۚ ٣. وقوله تعالى: كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ...٤. وقوله تعالى: اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ٥... وغيرها من العمومات.

وفيه: ان هذه العمومات أنما تتعرض لشرائط الحكم وموازينه دون صفات القاضى وصلاحياته.

ونظير هذا الاستدلال التمسك بعموم قولهم(عليهم السلام) اذا حكم بحكمنا

ص: ٢٧٨

١- (١) والتعبير فى الكتاب هذا ما قاضى عليه وفى نسخه (ما صالح عليه) محمد بن عبدالله سهيل بن عمرو واصطلاحا على وضع الحرب.

فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله و علينا رد(١) على نفوذ الحكم الذى يكون على طبق موازينهم(عليهم السلام) وان صدر من غير المجتهد، فان المدار ليس على ذلك فقط كما ورد فى مصحح عمر بن حنظله حيث قد ذكر قبل ذلك فى قوله(عليه السلام) فى شرائط القاضى

(ممن قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا).

الثانى: ومنها ما فى جملة من الروايات من اطلاق نفوذ حكم اهل العدل، والمراد بذلك مطلق اهل العدل فى مقابل اهل الجور، فيشمل كل اتباعهم اذا حكموا بحكمهم، نظير محسنه أبى بصير قال: قلت لأبى عبدالله(عليه السلام) قول الله عَزَّ وَجَلَّ فى كتابه وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تُدْخِلُوهَا إِلَى الْحُكَّامِ فَقَالَ: يا أبا بصير ان الله عَزَّ وَجَلَّ قد علم ان فى الامه حكاما يجورون اما انه لم يعنى حكام اهل العدل، ولكنه عنى حكام اهل الجور، يا أبا محمد! انه لو كان لك على رجل حق فدعوته الى حكام اهل العدل فأبى عليك الا أن يرافعك الى حكام اهل الجور ليقضوا له لكان ممن حاكم الى الطاغوت وهو قول الله عَزَّ وَجَلَّ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَ مَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ ۚ

ونظيرها روايه أبى بصير الاخرى حيث فيها (فدعاه الى رجل من

ص: ٢٧٩

١- (١) الوسائل: أبواب صفات القاضى، باب ١١ ح ١.

اخوانه ليحكم بينهم وبينه فأبى إلا أن يرافعه الى هؤلاء..(١)، الحديث.

وفي مصحح آخر لعمر بن حنظله من تحاكم اليهم في حق أو باطل فقد تحاكم الى الطاغوت(٢) الحديث.

وفي صحيح الحلبي قال: قلت لأبي عبدالله(عليه السلام): ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة في الشيء فيتراضيان برجل منا فقال: ليس هو ذاك انما هو الذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط(٣).

وهذه الصحيحه كما تدل على المفاد السابق في الروايات من كفايه كون القاضى من أهل العدل أى من أهل الايمان، كذلك هي ظاهره بقوه في التحكيم بتراضى الخصمين، بل انّ المفاد الاول في الروايات السابقه تدل على نفوذ حكم مطلق اهل العدل والايمان الشامل لقاضى التحكيم.

ونظير محسنه عطاء بن السائب عن علي بن الحسين(عليه السلام) قال: اذا كنتم فى ائمه الجور فاقضوا فى احكامهم ولا تشهروا أنفسكم فتقتلوا، وان تعاملتم باحكامنا كان خيراً لكم(٤).

وفيه: ان جلّ هذه الطائفة من الروايات انما هي فى صدد اشتراط الايمان فى القاضى، واستناده فى الحكم اليهم(عليهم السلام).

نعم صحيح الحلبي لا يبعد ظهوره فى التحكيم، وكذلك محسنه عطاء

ص: ٢٨٠

١- (١) الوسائل: أبواب صفات القاضى، باب ١ ح ٢.

٢- (٢) الوسائل: أبواب صفات القاضى، باب ١ ح ٤.

٣- (٣) الوسائل: أبواب صفات القاضى، باب ١ ح ٨.

٤- (٤) الوسائل: أبواب صفات القاضى، باب ١ ح ٧.

بن السائب، وان كان قد يتأمل فى الدلاله أيضاً، بانهما فى صدد الدلاله السابقه فى بقيه روايات هذه الطائفه، لاسيما فى محسنه عطاء بن السائب.

الثالث: ومنها ادله حرمة كتمان الشهاده كما اشار الشيخ الى ذلك فى الخلاف وان لازم وجوب اظهار الشهاده نفوذ مؤداها والعمل بها عند من يدلى بها عنده ويتراضى به الخصمان، ولا يخفى ما فيه، حيث ان لزوم الاظهار لا يستلزم اللغو به بل هو اعداد للمستند للحكم لدى من له اهليه وصلاحيه للقضاء.

الرابع: ومنها ما فى مصحح عمر بن حنظله بقوله (عليه السلام): (ينظران من كان منكم... فليرضوا به حكماً) (١). الحديث.

وكذا ما فى معتبره أبى خديجه «اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حالنا وحرماننا (٢) وقوله عجل الله تعالى فرجه فى التوقيع المبارك «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواه حديثنا (٣).

ومعتبره داوود بن الحصين عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى رجلين اتفقا على عدلين جعلاهما بينهما فى حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين، فاختلف العدلان بينهما عن قول ايهما يمضى الحكم، قال: ينظر الى افقهما واعلمهما بأحاديثنا وأورعهما فينفذ حكمه ولا يلتفت الى الآخر (٤).

ص: ٢٨١

-
- ١- (١) الوسائل: أبواب صفات القاضى، باب ١١ ح ١.
 - ٢- (٢) الوسائل: أبواب صفات القاضى، باب ١١ ح ٦.
 - ٣- (٣) الوسائل: أبواب صفات القاضى، باب ١١ ح ٩.
 - ٤- (٤) الوسائل: أبواب صفات القاضى، باب ٩ ح ٢٠.

وروايه أحمد بن الفضل الكناسي قال: قال لى أبو عبدالله (عليه السلام): أى شىء بلغنى عنكم قلت: ماهو، قال: بلغنى انكم اعدتم قاضياً بالكناسه قال: قلت: نعم جعلت فداك رجل يقال له عروه القتات وهو رجل له حظ من عقل يجتمع عنده فيتكلم ويتساءل ثم يرد ذلك إليكم، قال: لا بأس (١).

قد استدل بهذه الروايات على مشروعيه قاضى التحكيم بتقييد الفرض فى هذه الروايات بتراضى الخصمين وتحكيمهما، ومن ثم ذهب جماعه من اعلام هذا العصر الى عدم وجود دليل على القاضى المنصوب.

وفيه: ان جمله هذه الروايات قد صرّح (عليه السلام) بجعله الواجد للصفات حاكماً، وتعليل رضاهم به لنصبه اياه حاكماً، فهذا التراضى مأمورون به انقيادا لتنصيبه (عليه السلام) كما هو صريح مصحح عمر بن حنظله ومعتبره أبى خديجه، وكذا التوقيع المبارك.

نعم قد يستفاد من اخذ تراضى الخصمين شرطيه رجوع الناس ورضاهم به فى فعليه تعيينه للمنصب من قبله (عليه السلام)، وهذا ما عرف فى الكلمات بشرطيه بسط اليد، أو كونه مسموع الكلمه.

نعم قد تجعل هذه الصيغه شاكلة متوسطه بين قاضى المنصوب وقاضى التحكيم، وأما روايه الكناسي فلايعد دلالتها على قاضى التحكيم باعتبار انهم اعدوه ورضوا به وان كان احتمال الصيغه التركيبية لقاضى التحكيم والقاضى المنصوب التى مرّت فى هذه الطائفة قريب من مفاد

ص: ٢٨٢

فتحصّل من مجموع هذه الطوائف الأربعة أنّ صحيح الحلبي وروايه الكناسي ومحسنه عطاء بن السائب قريبه الدلاله على قاضى التحكيم، ولا يبعد دلاله الطائفة الاولى والاخيرتين على نفوذ التحكيم بالصلح، والصلح بالعدل، نظير تعبيره (عليه السلام) (تعاملتم بأحكامنا).

وما ذكره فى الجواهر من الاستناد بالوجه الاول والثالث، أو ما ذكره الشيخ فى الوجه الثانى من نفوذ القضاء لقاضى التحكيم فلا يخلو من منع اختصاص دلالتها على قاضى التحكيم.

فان النفوذ والالزام اعم من الصلح بالعدل والتحكيم بالصلح، فهذه الوجوه الأربعة بعضها دال على الالزام بالفصل بالفتوى، وبعضها على الصلح بالعدل وشامله للتحكيم بالصلح، وبعضها دال على القاضى المنسوب الملفق بالتحكيم والتراضى.

فهذه الوجوه الأربعة مجموعها هو الوجه الاول من الوجوه السبعة التى مرت فى توجيه مشروعيه قاضى التحكيم، أى بانضمامها إليها يتوفر على صياغات ماهويه عديده للتحكيم، أو للصلح ثم للتحكيم ثم للقضاء على نحو الترتيب وبينهما درجات تلفيقه من الصلح والتحكيم أو التحكيم والقضاء أو الثلاثة معاً.

ومما يشير الى عموم استعمال الحكم والتحكيم فى مطلق الرأى قوله تعالى فى فداء الصيد: **يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ** ١.

الأمر الثالث: الفوارق بين أنماط التحكيم والصلح:

فى بيان الفوارق بين هذه الأنماط والأساليب فى رفع النزاع، أى بين الصلح، والصلح بالتحكيم، وتحكيم الصلح، وقاضى التحكيم، والفصل بالفتوى، فان التحكيم بالصلح ليس من القضاء والحكم بموازين القضاء، بل هو كما مرّ من الالزام بصيغته التسويه كحدّ أدنى أو متوسط لمصلحه الطرفين، ويمتاز بعدّه نقاط:

(١) ليس من صلاحيته اثبات حق أو نفيه.

(٢) ليس من صلاحيته ازاله الموضوع المتنازع عليه كالزوجه الا بتصريح وتوليه من المتنازعين له، لأنّ وظيفه القضاء والتحكيم بالصلح معالجه النزاع مع وجود الموضوع.

(٣) لا بد من تعدد الحكم عن الاطراف المتنازعه ولايتفرد بحكم عن طرف، نعم للاطراف المتنازعه ان يجعلوا شخصاً واحداً من قبل كل منهم، بان يفاوض كل منهم ذلك الشخص، فتتويبه يكون بمنزله المتعدد، والظاهر رجحان التعدد بحسب الادله.

(٤) لا بد لكل حكم ان يصيغ ما هو مصلحه طرفه، بخلاف القاضى بموازين القضاء فانه يرعى الموازين بغض النظر عن ذلك.

(٥) لا بد من رضى المتنازعين ابتداءً لانه ليس قضاء فصل لاسترجاع حق، بل قضاء صلح، فيتركب من ماهيه القضاء وشرائط ماهيه الصلح.

أما تركيبه من ماهيه القضاء فلاستعمال موازين الفتوى وبعض موازين القضاء مما تشترك مع موازين الفتوى، أى مما يكون دليل حجيتها

ونفوذها مطلق غير مقيد بولايه القضاء والقاضى المنصوب، ولك ان تقول ان تركيب الصلح وتلفيقه مع موازين الفتوى أو مع موازين القضاء، أى التراضى بنحو لا يتدافع ولا يتناقض مع موازين الفتوى والقضاء، بل التراضى بالاسقاط أو التعويض المبني على نتائج تلك الموازين سواء نتيجته مجموعها أو نتيجته بعضها، هو تلفيق يؤدي الى صياغه تلفيقه بين باب الصلح وباب القضاء، وعلى ضوء ذلك فهو على درجات وانحاء.

٦) ان فى التحكيم والقضاء والصلح لابد من تحرى الحكيم ما هو من نفع الطرفين ولا ينفذ ما هو عليهما إلا برضى مجدد من الخصمين بما يحكمان، فالقضاء بالصلح هو ايجاد حلول موضوعيه بتسويه تفاوضيه، نظير ما هو متعارف فى العصر الحالى فى شركات التحكيم الخبرويه، وهيئات الصلح الخبرويه الاهليه المحليه والدوليه.

فمن ثم التحكيم نظام صلحى فى النزاعات محاذى لنظام القضاء، ولا يختص بباب الزواج، بل يجرى فى سائر الأبواب ولمطلق النزاعات الاجتماعيه والقبليه والفرعيه أو القوميه والطائفيه والدوليه.

٧) قد يفرق فى الحكم بين التحكيم بالصلح وقاضى التحكيم، وهو يظهر مما قدمناه من اختلاف انحاء التحكيم وادله مشروعيته، لأن فى التحكيم فى الصلح لابد من بصيره الحكم بموازين الصلح والالفه ومتعلقه بخلاف حكم القاضى بالعدل، فانه يلزمه العلم بموازين القضاء.

٨) ذهب فى المبسوط الى اشتراط رضى المتخاصمين بحكم قاضى التحكيم، وعلى ذلك يكون قضاء قاضى التحكيم على مقتضى القاعده لانه من الصلح وليس من القضاء فى شىء، ومن ثم لم يعممه الى باب الحدود

والتعزيرات، وكذا من لم يشترط فى قاضى التحكيم توفره على شرائط القاضى المنصوب.

٩) قد يقال ان التحكيم هو عند عدم القاضى المنصوب، فكانه قيام من الامه بواجب القضاء عند عدم الوالى الشرعى، أو عدم تصديده، وهذه ضابطه مطرده فى شؤون ومسؤوليات الحكم والاداره العامه من تعدد مراتب الاولياء فيكون بتراضى وتحكيم حكومه جزئيه مؤقته مورديه.

ولا يخفى ان التحكيم اذا كان فى الشؤون العامه وكذا الصلح فاللازم فى مشروعيتها من لحاظ وجود التفويض والتوليه الشرعيه منه (عليه السلام) ولو باستكشاف اذنه عليه السلام من قاعده الحسبه.

ومما تقدم يظهر عموم بحث الصلح والتحكيم الى مجال النظام السياسى لخصوص القضاء العام فضلا عن الخاص، ومن ثم قد يقرب شمول قاضى التحكيم الى باب الحدود والتعزيرات والقانون الجزائى الدينى مع وصول النوبه فى مراتب الاولياء الى استكشاف الاذن منه (عليه السلام) بالحسبه، وعلى هذا فصيغه التحكيم فى النظام السياسى لا تتقاطع مع القول بالنص فى الولايه مع استكشاف الاذن النيابى منه عليه السلام كما مرّ، وهو مفاد قولهم (عليهم السلام) (فاجعلوه حاكماً فانى جعلته عليكم حاكماً).

الأمر الرابع: الحكمان توكيل أو تحكيم:

اشاره

هل للزوجين التقايل مّا حكم به الحكمان؟ أو اشترطا؟ واختار ابن براج فى الكامل انه توكيل وفى المهذب انه تحكيم.

قال الشيخ فى الخلاف: «بأنّ لهما مع اتفاقهما أن يطرحا ما فعله

الحكمان»(١) مع ان الشيخ فى الخلاف أيضاً ذهب الى ان بعث الحكامين فى الشقاق على سبيل التحكيم لا على سبيل التوكيل، واستشهد على ذلك:

(١) بأن الحكامين مصلحان بينهما من دون استثمار، ولو كان توكيلاً لما نفذ صلحهما من دون استثمار.

(٢) وبأن الزوجين فى الشقاق ممتنعان من اداء الحق فهو اجبار لهما على الفىء.

(٣) وبأنّ فض النزاع من باب الولاية فى الشأن العام وان كان النزاع فى الموارد الجزئية فليس بتوكيل.

(٤) وبان الباعث للحكيم هو الحاكم الشرعى، ولو قيل بان الباعث هما الزوجان أو الأهل لكان من باب التحكيم لا التوكيل.

(٥) وتعبير الآيه والروايات(٢) بلفظ الحكامين والتحكيم ظاهر فى الحكم لا فى الوكالة.

ويمكن التأمل فى هذه الشواهد:

أما الأول فلان الحكامين يستأذنان الزوجين سواء فى الاصلاح أو فى التفريق، كما فى موثق سماعه قال: سألت أبا عبدالله(عليه السلام) عن قول الله عزوجل فابعثوا حكماً من أهله و حكماً من أهلها ارأيت ان استأذنا الحكمان فقال للرجل والمرأه: أليس قد جعلتما امركما إلينا فى الاصلاح

ص: ٢٨٧

١- (١) الخلاف: ج ٤ ص ٣٤١.

٢- (٢) أبواب القسم والنشوز، باب ١٢ و ١٣.

والتفريق فقال الرجل والمرأه: نعم فاشهدا بذلك شهودا عليهما أيجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم... (١) الحديث.

وموثق أبي بصير (٢)، وكذا صحيح الحلبي (٣) وغيرها من الروايات (٤).

وان كان فى بعض الروايات الاقتصار على الاستئذان فى التفريقه كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهم السلام) قال: سألته عن قول الله عزوجل: فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا قال: ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستأمر (٥).

وأما الثانى فكونهما ممتنعين لاينافى رفع شقاقهما بالصلح بتوكيلهما، أولك أن تقول ان الزوجين فى صور الشقاق ليسا على درجه واحده من الامتناع والتنازع، فبعض درجات النزاع لا ترتفع معه اراده الاصلاح والتوفيق فيهما، ولعلّ إليه الاشاره فى قوله تعالى: إِنَّ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا بِنَاءٍ عَلَى عود ضمير الفاعل الى الزوجين، نعم لو وصلت شدة النزاع الى درجه تمرد كل منهما بحيث لا يستجيبان الى الاصلاح فتصل النوبه الى التحكيم من قبل الحاكم كما مرّ فى كلام الشيخ فى المبسوط.

وأما الثالث ففض النزاع ان كان بالقسر والاجبار فهو من باب الولاية ولكن لا ينحصر بذلك، ولكن يمكن فضه بالصلح والتوكيل فيه.

ص: ٢٨٨

- ١- (١) أبواب القسم والنشوز، باب ١٣ ح ١.
- ٢- (٢) أبواب القسم والنشوز، باب ١٣ ح ٢.
- ٣- (٣) أبواب الحكم والنشوز، باب ١٠ ح ١.
- ٤- (٤) نفس الباب ١٢ و ١٣ و ١٠.
- ٥- (٥) أبواب القسم والنشوز، باب ١٢ ح ١.

وأما الشاهد الرابع فسيأتي في الأمر الخامس ان الصحيح في الباعث انه يختلف بحسب درجات وشده وتوسط النزاع، وانما ينحصر في الحاكم عند اشتداد الخصومه وانقطاع امكان التسويه منهما أو من أهلها.

وأما الخامس فقد تقدم في النصوص دلالتها على لزوم استئذان الحكيم في الاصلاح والتفريق، وقد مرّ ان الوكيل المفوض اذا انفذ امرأ على الموكل فليس له ردّه بعد ذلك، فالتفويض في التوكيل نحو تحكيم عرفاً، وان عنوان وماهيه التحكيم هي على انحاء وانواع بدءاً من التوكيل في الصلح والصلح بالعدل والتحكيم بالصلح والتحكيم وهو قاضى التحكيم. كما استعمل التحكيم في مطلق الرأى كما في قوله تعالى في فداء الصيد: يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ .

والحاصل: ان الصحيح هو اختلاف نوع التحكيم بحسب درجات النزاع والتدرج في نمط التحكيم بحسبه، والتقايل بحسب الانواع الاولى فيه متصور، بل لو افترضنا انه من باب التحكيم أيضاً، فالتقايل أيضاً سائغ لانه من تنازل من له الحكم برضا منه لنفع من عليه الحكم، نعم لو كان التحكيم بانواعه قد وقع على الفرقه والطلاق بشرايطه فلا يتصور التقايل في الايقاع وهو الطلاق، بل في الخلع ونحوه، أو الرجوع مع بقاء العده كما في قوله تعالى: فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ

الأمر الخامس: الباعث للحكمين ومن له انفاذهما:

اشاره

فقد اختلف على أقوال:

القول الاول: ان الباعث هو الحاكم الشرعى ونسب الى الاكثر واختاره فى الشرائع والقواعد وجمله من متأخرى المتأخرين منهم صاحب الجواهر.

القول الثانى: انه الزوجان، واختاره فى الفقيه والمقنعه والفقه الرضوى ومختصر النافع.

القول الثالث: الاهلون.

القول الرابع: وهناك تفاصيل اخرى من الأقوال انه الحاكم وباشتراط الزوجين على الحكمين.

القول الخامس: انه الزوجان فاذا امتنعا فالحاكم، ذهب اليه فى المختصر النافع.

القول السادس: ان الحاكم يأمر الزوجين بالبعث.

أدله وشواهد الاقوال:

واستشهد للاول أنّ هذا الخطاب شأنه شأن بقية الخطابات فى الولايات والشؤون العامه موجه للحاكمين وليس موجه للزوجين للتعبير والجمع فابعثوا، ولا التثنيه المشيره للزوجين مضافا الى التعبير بالغائب عند الزوجين من أهله ... من أهلها، وكذا فى يريدان و بينهما.

مضافا الى ان الباعث مصلح والزوجان في فرض الشقاق متنازعان متشاققان وكيف يكون الباعث هو المبعوث اليه، وبيان الحكمين من باب التحكيم لا التوكيل، والحكومته من صلاحية الحاكم.

والشواهد قد مرّت على أنّه من باب التحكيم في الامر السابق.

ويمكن التأمل في هذه الشواهد بان الخطاب بالجمع قد استعمل بلحاظ الاستغراق للازواج كما في قوله تعالى: **وَ اللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ**... ١ والتعبير بالغيبه عن الزوجين يصح أن يكون من باب الالتفات.

والتحكيم قد مرّ أنّه على انواع وانماط لا تتنافى مع تضمن ماهية التوكيل، واستدل للثاني بما تقدم في الروايات من لزوم استئذان الحكمين من الزوجين في الاصلاح والتفريق، مما يدل على ان الباعث للحكمين هما الزوجان، وأنّ هذا التحكيم قد اطلق عليه بالاصلاح والصلح في الآيه **إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا**....

ويمكن التأمل في الاستدلال المزبور بأنه لا يتنافى مع كون الباعث هو الحاكم، الا أنّه مع اشتراط رضی الزوجين كما في القول الرابع، أو أن يجمع بين شواهد القول الأول والثاني بالتفصيل الذي مرّ في القول الخامس أو السادس، وهذا هو الاقوى والمختار بعد ما عرفت من ان التحكيم ذو درجات وانواع، بحسب درجه النزاع والشقاق، ففي الدرجات الاولى يتصور ان يكون الباعث هما الزوجان، وإلا فيقوم الاهلون من ذويهما

باصلاح ذات البين بارضائهما بالتحكيم، وإلا- فيأمرهما الحاكم بذلك، وإلا- فيبعث هو حكيمين مع استئذان من الزوجين في الاصلاح أو الفرقة.

قاعده: إن الإجار بالحكم متأخر عن أداء الواجب الحسبي طوعا نهي:

وهذا هو مقتضى القاعده من تسلط الناس على شؤونهم وان الاجبار والقسر انما تنتهي إليه النوبه مع الامتناع بنحو مطلق، وهذا الترتب ليس في المقام فحسب بل هو في كل شأن اجتماعي عام، وان الخطاب في الوظائف العامه ان قام به من تعلق به بالفعل تلقائياً وطوعانياً فلا تصل النوبه الى الحاكم بحسب المراتب السابقه وانما تصل عند الحاجه الى الالزام والاجبار.

ومن ثم خصّ الشيخ في المبسوط بعث الحاكم بما اذا بلغ النزاع ذروته فلم يصطلح لا على المقام ولا على الطلاق، هذا مضافا الى عموم ماده التحكيم المأخوذ في الآيه كما عرفت وتقريب عموم المخاطب بالبعث كما مرّ تقريبه.

ولا يخفى انه على القول الاوّل والثلاثه الأخيره يكون من حاكميه القاضى على نظام التحكيم.

قاعده: عموميه القضاء بالموازين أو بأنواع التحكيم:

ومنه يظهر ان صلاحيه القاضى في الحكم لاتنحصر بموازين القضاء، بل له ان يتوسل بمراتب وأنواع التحكيم المختلفه التي مرّت الاشاره إليها.

الأمر السادس: حكم البعث!

فى حكم البعث والتحكيم هل هو واجب أو الأمر به ارشادى، وقيل بالتفصيل: فالوجوب اذا كان المخاطب به الحاكم كوظيفه حكوميه وارشادى اذا كان المخاطب به الزوجان.

واستدل للارشاديه بأنّ المقام نظير واشهدوا اذا تبايعتم وبأنّ التدبير فى المعيشه والمصلحه الدنيويه ارشادى فى الغالب وجواز الاصلاح بطرق اخرى، أو رجوعهما للحقّ بدون ذلك.

واستدل للوجوب بظاهر الامر وبان دفع المفسده الزامى، وبأنّ نفوذ حكم الحكّمين يتناسب مع ذلك.

والصحيح أنّ المراتب الاولى من التحكيم خياريه، والواجب انما هو الفىء الى الحق والارعاء.

وأما مع وصول النزاع الى المرتبه القصوى فبعث الحكّمين الزامى للحاكم كما فى روايه العياشى من قول على (عليه السلام) للزوج فى التوكيل للحكم فى الاصلاح والفرقه: لا تبرح حتى تقرّ بما اقرت به (١).

الأمر السابع: الفصل بالولايه والفتوى:

وقيل: ان التحكيم فى المقام بالتراضى منهما بالحكمين، فلا يجبرهما الحاكم عليه ولا يتصور الوجوب عليهما، نعم لا يهمل الخصومه، بل يتحرى ويخبّر المتجاوز فى الحقوق بينهما، ويجبر كل متخلف منهما على ادائه

ص: ٢٩٣

والزامة بالحق، وهو نحو حسم وفصل بالفتوى، أى إلزام لكل من الطرفين بالموازين الاولى، ويقطع الشقاق بذلك، ويجازى ويؤدب من يستحق الادب.

أقول: وهذا قطع للنزاع بالولاية لا بالصلح ولا التحكيم ولا بالقضاء وهو ما يقال عنه بفصل النزاع بالفتوى اذا اجبر عليه الحاكم.

ثم هل من خيارات وصلاحيات الحكيم فى التحكيم ان ينكرا على الناشز من الزوجين بعد تعيينهما له، وان يلزمه بإيفاء حقوق الآخر من دون استحقاقه لاختد حقوقه كمدته تعويضه عن ما فوته من عوض على الآخر؟

قال على بن ابراهيم فى تفسيره: فان كانت المرأه هى الناشزه قالاً: انت عدوه الله الناشزه العاصيه لزوجك ليس لك عليه نفقه ولا كرامه لك، وهو احق ان يبغضك ابداً حتى ترجع الى امر الله وان كان الرجل هو الناشز قالاً له: انت عدو الله وأنت العاصى لامر الله المبغض لأمراتك. فعليك نفقتها ولا تدخل لها بيتاً ولا ترى لها وجهاً ابداً حتى ترجع الى امر الله وكتابه(1).

وهل للحاكم حبس الممتنع من الزوجين عن الاذن للحكيم بالحكم بما يريانه، كما ذهب اليه البعض.

والصحيح ان هذه الصلاحيات من الاجبار والتعزير والحبس

ص: ٢٩٤

ونحوه هي من صلاحيات القاضى المنصوب، فان تراضيا به فله ذلك لا- من باب التحكيم، بل من باب نصبه من قبل المعصوم (عليه السلام)، وإلا فلاتثبت لقاضى التحكيم هذه الصلاحيات، فضلا عن ما لو كان وكيلا مفوضا فى الصلح. واما الاجبار من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر فلايسوغ كل ذلك إلا اذا انطبق عنوان الحسبه، أى استدعت الضروره والانتظام الاجتماعى الى ذلك.

الأمر الثامن: حكم تعدد الحكامين وجواز كونهما اجنبيين:

هل يجوز زياده الحكامين عن الاثنين أى ثلاثه فما فوق أو توحده؟ وهل يلزم أن يكون الحكامين كل منهما من اهل الزوجين أو يسوغ أن يكونا اجنبيين؟ وهل يشترط اتفاقهما فى الحكم، فلو اختلفا لم ينفذ؟

ففى موثق سماعه قال: عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى حديث قيل له:

أرأيت ان قال احد الحكامين قد فرقت بينهما، وقال الآخر: لم افرق بينهما؟

فقال: لا يكون التفريق حتى يجتمعا جميعاً على التفريق، فاذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما (1).

وظاهر الموثق لزوم اتفاقهما، والوجه فى ذلك ان التحكيم كما مرّ منظو على توكيل بالصلح، فلاينفذ تصرف احد الحكامين من دون الحكم

ص: ٢٩٥

الآخر، نعم لو بنى على جواز زياده الحكمين الى ثلاثه فما فوق، وبنى على أن التحكيم من باب التراضى فللزوجين أن يشترطوا نفوذ حكم الأكثرية، مادام انه نحو من التوكيل.

نعم لو كان قاضى التحكيم حكمه بموازين القضاء ففى مصحح عمر بن حنظله، ان الافقه والاصدق والاورع حكمه نافذ دون الآخر.

والوجه فى ذلك ان القضاء بموازين القضاء نفوذه كما مرّ بانفاذ وامضاء من الامام(عليه السلام)، فلا بد أن يكون النفوذ بشرائطه، وقد يستفاد من مصحح عمر بن حنظله نفوذ حكم الأكثر عددا اذا انطبق عليه (عليه السلام):

«خذ بما اشتهر بين أصحابك فان المجمع عليه لاريب فيه».

وأما كون الحكمين من أهلهم فالظاهر أنه لكونهما اعرف بحالهما وأوثق فى رعايه مصلحتهما، وإلا فلو افترض انعكاس الحال فى الاجنبى فهو ادخل فى الغرض، ويشهد له اشاره الامير(عليه السلام) باتخاذ مالك الأشر حكما فى صفيين بعد ما رفض الخوارج الحسينين وعبدالله بن العباس.

الأمر التاسع: فى شرائط الحكمين:

فهل يشترط الذكوره والبلوغ والاسلام والايمان والعداله والعلم والاجتهاد.

والظاهر أنّ ذلك يدور مدار نمط الصلح والتحكيم، ففى ما كان توكيلا فلايزيد عن شرائط الوكاله، واما ما كان من قبيل قاضى التحكيم فلامحاله يُعتبر فيه شرائط قاضى التحكيم من الذكوره والبلوغ والعلم بمقدار ما يتوقف عليه انشاء الحكم فى مورد النزاع، اذا كان فصلاً

بالتوى، وأما لو كان فصلاً بموازين القضاء فالظاهر اعتبار الاجتهاد المتجزي فيه.

كما انه لو كان الباعث للحكمين هو الحاكم وكان توليه منه لهما فيقرب عدم اشتراط الاجتهاد بلحاظ كون الحكم فى الامور الجزئيه والموضوعيه، وكون الحسم مستندا الى الحاكم الباعث لهما فى الجملة.

فتحصل ان المقدار من الشرائط يدور مدار نمط التحكيم ونوعيته.

وقد تقدم سابقاً انه ينبغى اختيار من يوثق به من جهه الخبره ومن جهه الامانه.

الأمر العاشر: حكم اختلاف الحكمين:

إذا اختلف الحكمان ولم يصل الى نقطه توافق، يعاد بعث حكمين، وهلمّ جزاً، وينبغى توخى ذوى الخبره والمهاره واللباقه، لاسيما وقد تطورت الاعراف العقلانيه فى انماط التحكيم بآليات نافع وناجح، لاتتدافع مع الشرائط المقرره التى مرّ ذكرها فى أنماط التحكيم.

ثم أنه قد ذكر غير واحد من الاصحاب ان الحكمين ينبغى لهما اخلاص النيه وقصد الاصلاح، فمن حسنت نيته اصلح الله مسعاه، فقد ورد أنّ ما اضممر امرء نيه الا اظهرها الله ان خيراً فخير وان شراً فشر، وكما يشير اليه قوله تعالى: ان يريدوا اصلاحاً يوفّق الله بينهما بناء على عود الضمير الى الحكمين لا الزوجين.

الأمر الحادى عشر: حكم غياب أحد الزوجين:

لو غاب احد الزوجين فقد استشكل البعض فى صحه التحكيم، لان الحكم ينفذ على الغائب، ولا ينفذ له، ولان الغائب قد لا يكون باقياً على الشقاق، والوكيل لابد ان يكون تابعاً للموكل، وقد تستجد احوالاً.

والصحيح ان هذه الوجوه ليست مطرده فى كل الصور ولا- فى كل أنماط التحكيم، كما ان الغيبه قد تفرض فى أول التحكيم، وقد تفرض فيما بعد، فاللازم ملاحظه كل صوره بحسبها وبحسب نمط التحكيم، ثم ان المجرى للطلاق هو الحكم من قبل الزوج، وان كان لابد من توافق كل من الحكمين على الطلاق بلحاظ ان الحكم من قبل الزوج وكيل عنه، ولو فرض ان الباعث للحكمين هو الحاكم.

الأمر الثانى عشر: التحكيم فى القوانين الوضعيه:

قد ذكر للتحكيم فى القوانين الوضعيه المعاصره جمله من النقاط:

(١) ان الاصل فى التحكيم هو بالقانون الاولى، والعدل به، أما الاصلاح بالصلح والمعالجه الموضوعيه فتحتاج الى تنصيب وتفويض زائد على المتنازعين، ويراعى فى الصلح والحلول الموضوعيه الانصاف العرفى.

(٢) كما يقع الاتفاق على التحكيم، كذلك يجوز الاشرط فيه، ويسمى (شرط التحكيم) وهو نحو تحديد للحكم المحكم.

(٣) يعم التحكيم للموارد التى فى معرض النزاع سدا لبابه وان لم يقع موضوعها.

(٤) التحكيم ظاهره منتشره بين الدول لعدم وجود والى متنفذ على

الكل، ولا سيما فى الحروب، وفى التجاره الدوليه.

(٥) اشتراط وشرطيه التحكيم فى عقد لايتوقف على نفوذ العقد لكون اراده التحكيم مستقلة وهذا مطرد فى نمط من الشروط التى هى بصوره ضمنيه ولكنها تراد بنحو الاستقلال.

(٦) التحكيم يتوسل به الطرفان أو الاطراف الذين لا يريدون الخضوع تحت سياده الدوله، أو سياده محكمه قضائيه فيكون التحكيم توازن تسويه فى نظام السيطره.

(٧) عند تكثر الحكم أو المحكم يختار كل واحد طرف أو أكثر على التساوى ثم الزائد وهو الذى يشكل فرديه عدد المجموع كالحكم الثالث مثلاً، يعين من الطرفين حياً، وهذا حياً فى تعيين الاغلبيه.

وغيرها من الأمور التى ذكرها من مجلات ونشرات القوانين.

أقول: وجمله هذه النظم التى ذكرها لا تتنافى مع موازين انماط الصلح والتحكيم فيما اذا كانت راجعه الى الصلح والتوكيل فى التحكيم والحكم بالفتوى، وأما فى التحكيم لقاضى التحكيم فكذلك فى الجمله، ويراعى حينئذ بقيه الشروط.

ص: ٢٩٩

قاعده: حق المرأة العشره بالمعروف أو التسريح بإحسان

اشاره

ص: ٣٠١

والكلام فى القاعده فى جهات:

الجهه الأولى: فى كون حق الوطى من حقوق المرأة:

وأصل الحكم مورد وفاق كما حكى (١)، وإن وقع الاختلاف فى جملة من شقوق المسأله (٢).

ويستدل له:

١- بصحيحه صفوان بن يحيى عن أبى الحسن الرضا(عليه السلام) أنه سأله عن الرجل يكون عنده المرأة الشابه، فيمسك عنها الأشهر والسنه لا يقربها ليس يريد الإضرار بها، يكون فى ذلك آثماً؟ قال:

«إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك» (٣).

وإطلاق هذه الروايه شامل بظاهره إلى كل الأقسام والشقوق التى مرّت سواء فى المرأة أو فى الرجل، عدا التقييد عجوز، ومن ثم قيد جملة من

ص: ٣٠٣

١- (١) المسالك، ج ١، ص ٤٣٩، حيث حكى الإجماع على ذلك.

٢- (٢) راجع العروه وتعاليقها ج ٥، ص ٥٠٧.

٣- (٣) وسائل الشيعه، ج ٢٠ ص ١٤٠، أبواب مقدمات النكاح ب ٧١، ح ١.

أعلام العصر (١)، الحكم بذلك واستشكل بعض آخر فى الإطلاق للمسافر (٢).

لكن:

٢ - فى موثّق إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه أن علياً (عليه السلام) سئل عن المرأة تزعم أن زوجها لا يمسيها، ويزعم أنه يمسيها، قال: «يحلّف ثم يترك» (٣)، وظاهر الموثّق الإطلاق من دون التقييد بالشابه ومن دون التقييد بالدائمه، كما يتبين أيضاً أن المس إجمالاً من حقوق الزوجه من دون التقييد بالأربعه أشهر.

الجهه الثانيه: وحده موضوع العيوب والإيلاء والظهار من جهه حق الوطى:

جاء فى صحيحه أبي حمزه سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول:

«إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي تزوجت زوجاً غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها، فإن القول فى ذلك قول الرجل، وعليه أن يحلف بالله لقد جامعها؛ لأنها

ص: ٣٠٤

١- (١) لعلّ مراد السيد الخوئى فيه الحكم فى الشابه، فى منهاج الصالحين، ج ٢، ط مؤسسه السيد الخوئى، حيث قال: «لا يجوز ترك وطء الزوجه الدائمه أكثر من أربعه أشهر إذا كانت شابه...» وغيره من الفقهاء.

٢- (٢) قال الميرزا النائى فى الحاشيه على العروه «إطلاقه من هذه الجهه (أى للمسافر) مشكل بل ممنوع لكن الأحوط أنّ يكون السفر المنافى لذلك مع عدم وجوبه برضا الزوجه»، وقال المحقق العراقى «فى الوجوب على المسافر نظر لقيام السيره على خلافه» وغيرهما من الفقهاء.

٣- (٣) وسائل الشيعه، ج ٢٢ ص ٣٥٦ باب ١٣ أبواب الإيلاء ح ١.

المدعيه، قال: فإن تزوجت وهي بكر فرزعت أنه لم يصل إليها فإن مثل هذا تعرف النساء، فلينظر إليها من يوثق به»^(١).

وهذه الصحيحه وإن أوردتها صاحب الوسائل في أبواب العيوب والعنن، إلا أن مفادها يقتضى ويستلزم كون الوطى من حقوق الزوجه؛ وإلا- لما كان لها حق المرافعه عليه، كما أن هذه الروايه لم تقيّد بالشابه، وسيأتى فى روايات العنن والعيوب أن الأقوى فى موضوعها هو كونه حق المرأه فى الوطى، وإن اختلف أثره بين ما يكون قبل العقد وبعده قبل الوطى، فيوجب حق الفسخ، وبين ما كان بعد تحقّق الوطى وتركه بعد ذلك، فإنه يوجب حق الإيجابار على الطلاق.

وفى صحيح حفص بن البخترى عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه، فإذا أن يفىء وإما أن يطلق، فإن تركها من غير مغاضبه أو يمين فليس بمؤل»^(٢)، ودعوى أن الصحيحه وارده فى مورد إلحاق المغاضبه بالإيلاء ولاربط لها فيما نحن فيه من ثبوت حق للمرأه فى الوطى مطلقاً، مدفوعه؛ إذ لم نقف على قائل بإلحاق المغاضبه بالإيلاء».

وأما ذيل الروايه وهو «فإن تركها من غير مغاضبه فليس بمؤل» فلا يتوهم منه أن ترك الوطى بدون مغاضبه لا يثبت معه حق للمرأه فى الاستعداد؛ وذلك لأن المفهوم من الترك من غير مغاضبه يعنى من غير

ص: ٣٠٥

١- (١) وسائل الشيعه، ج ٢١، ص ٢٣٣، باب ١٥، من أبواب العيوب، ح ١.

٢- (٢) الوسائل، ج ٢٢ ص ٣٤١، باب ١، من أبواب الإيلاء ح ٢.

غضب الزوجه وهو رضاها بالترك، وهذا غير ما نحن فيه.

بل هذه الصحيحه كموثقه إسحاق المتقدمه، داله على أن الاستعداد على الزوج فى الإيلاء ليس موضوعه الإيلاء نفسه، وإنما موضوعه هو موضوع الإيلاء، وهو حق المرأه فى الوطى بعد الأربعة أشهر، ومن ثم ذهب بعضهم فى الإيلاء إلى أن مبدأ المده فى الأربعة أشهر هى منذ إيقاع الإيلاء لا منذ مرافعتها للحاكم، وكأن الوجه فى جعل الإيلاء مبدأ دون ترك الوطى هو أنه من حين الإيلاء تحصل المغاضبه وعدم رضا الزوجه بترك حقها، ومن ثم قد تجعل نفس المرافعه مبدأ للأربعة لا من حين الإيلاء، كما قد يظهر من بعض نصوص روايات الإيلاء أنها إن سكتت عنها، حيث أن السكوت بمنزله الرضا، وعدم المطالبه بالحق بمعنى الرضا بسقوطه فى تلك المده السابقه، فلا ينقض على من استدل بروايات الإيلاء فى المقام - كصاحب الجواهر - باختلاف موضوع الإيلاء مع الموضوع فى المقام، إذ غاية ما يختص به الإيلاء هو انعقاد اليمين فيما هو مرجوح أو محرم ولزوم الكفاره عليه، وأما بقيه أحكامه فمأخوذ فى موضوعها حق المرأه فى الوطى، كما سيتبين من بعض رواياته الآتية.

وكذا الحال فى الظهار، فإنه وإن حدّد بالثلاثه أشهر لكونه نحو طلاق موجب للبينونه المؤبده فى الجاهليه، والشارع لم يبطل أثره من رأس وإنما جعل أثره معلق ومؤقت بالكفاره أو الطلاق، ومن هنا كان الأقوى فيه حرمة مطلق استمتاع الرجل بالمرأه ما لم يفىء ويكفر أو يطلق، وبعبارة أخرى: إن جعل المرأه معلقه لا هى زوجة ولا مطلقه هضم لحقوقها فى القسم والعشره بالمعروف والوطى.

الجهه الثالثه: عموم حق استعداء المرأه بالطلاق مع عدم العشره بالمعروف من دون تقييد ذلك بخصوص النفقه

ويدل عليه:

أولاً: ما مضى من الروايات.

ثانياً: النصوص الخاصه الوارده فى حق الإنفاق وبهذه النصوص يتعزز ثبوت القاعده التى التزم بها جملته من أعلام عصرنا كالسيد الكلبايكانى وسيدنا الأستاذ السيد محمد الروحانى وغيرهما، من عموم حق المرافعه للزوجه بالطلاق أو العشره بالمعروف فى كل ما للمرأة من حق العشره لا خصوص ما إذا امتنع عن الإنفاق.

ثالثاً: جملته الآيات والروايات الوارده فى باب الإيلاء.

رابعاً: جملته من الآيات والروايات الوارده فى باب الظهار .

خامساً: ما ورد فى العيوب، كما فى العيب المستجد بعد الوطى، كما سيأتى استعراضها، الداله على أن موضوع الإيجابار على الطلاق أو على أداء الحقوق لا يختص بحق النفقه، وإنما يعم بقيه حقوقها الأصليه، كالوطى.

سادساً: إن العموم فى حقوق المرأه مطابق للآيات القرآنيه كقوله تعالى: **فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ ١** وقوله: **فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ٢** وقوله تعالى: **فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**

ص: ٣٠٧

أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَقَوْلُهُ تَعَالَى وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَ يَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا.

ومن الروايات ما ورد في الإيلاء- مضافاً إلى ما تقدّم- صحيحه أبي مريم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «المؤل يوقف بعد الأربعة أشهر فإن شاء إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، فإن عزم الطلاق فهي واحده وهو أملك برجعتها»^(١).

وهذه الصحيحه ناصه على عموم الآيه فى غير حق النفقه، وأن الإيجاب على الطلاق فى باب الإيلاء هو حكم موضوعه حق المرأه فى الوطى وليس موضوعه الحلف بما هو حلف.

هذا، مضافاً إلى التعبير المستفيض أو المتواتر فى روايات الإيلاء كما هو فى قوله تعالى أيضاً: لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ٢ فإن التعبير بالفىء هو الرجوع إلى مصالحه أهله أى أداء حقوقها من الجماع، كما فى صحيحه أبى بصير عن أبى عبدالله (عليه السلام):

«.. فإن فاء وهو أن يصلح أهله فإن الله غفور رحيم وإن لم يفى جبر على أن يطلق»^(٢) وفى موثق سماعه قال فى حديث:

«والإيفاء أن يصلح أهله فإن الله غفور رحيم»^(٣).

ص: ٣٠٨

١- (١) وسائل الشيعة، ج ٢٢ ص ٣٥١، أبواب الإيلاء باب ١٠ ح ٢.

٢- (٣) وسائل الشيعة، أبواب الإيلاء، ب ٩ ح ١.

٣- (٤) المصدر، ح ٤.

هذا مضافاً إلى أن حق المرافعة والشكوى للزوجه على الرجل المؤلى يقتضى فى رتبه سابقه أن لها حقاً مضيعاً من قبله، وفى صحيح بريد بن معاويه عن أبى جعفر (عليه السلام) وأبى عبدالله (عليه السلام) فى حديث: «.. فإن مضت الأربعة أشهر قبل أن يمسه فسكتت ورضيت فهو فى حل وسعه، فإن رفعت أمرها، قيل له إما أن تفىء فتمسها وإما أن تطلق» (١).

ومنها ما ورد فى الظهار، كما فى صحيح يزيد الكناسى عن أبى جعفر (عليه السلام) فى حديث قال: (قلت له: فإن ظاهر منها ثم تركها لا- يمسه إلما أنه يراها متجرده من غير أن يمسه هل عليه فى ذلك شىء؟ قال: هى امرأته وليس يحرم عليه مجامعتها، ولكن يجب عليه ما يجب على المظاهر قبل أن يجمع وهى امرأته قلت: فإن رفعته إلى السلطان وقالت هذا زوجى وقد ظاهر منى وقد أمسكنى لا يمسنى مخافه أن يجب عليه ما يجب على المظاهر، فقال: ليس عليه أن يجبر ... إذا لم يكن له ما يعتق ولم يقدر ... قال: فإن كان يقدر على أن يعتق فإن على الإمام أن يجبره ..» (٢) والحديث نص فى أن حكم الإجمار فى الظهار ليس مترتباً على الظهار بما هو هو، وإنما مترتب على ترك حق المرأة، سواء كونها معلقه أو لحق الوطى.

وفى صحيح أبى بصير قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن أتاها فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً وإلّا ترك ثلاثه أشهر، فإن فاء وإلّا أوقف حتى يُسأل:

ص: ٣٠٩

١- (١) المصدر، باب ٢، ح ١.

٢- (٢) المصدر، أبواب الظهار، ب ١٧ ح ١.

لك في امرأتك حاجه؟ أو تطلقها فإن فاء فليس عليه شيء وهي امرأته، وإن طلق واحده فهو أملك برجعته»(١).

والصحيحه نص في أن حكم الإيجاب على الطلاق أو أداء الحقوق المعبر عنه بالفىء موضوعه حق المرأة، ومن ثم كان لها حق المرافعه والشكايه عليه عند الحاكم.

سابعاً: التعبير بالفىء في الظهار والإيلاء، كما فسر في روايات الإيلاء بأن يصلح أهله، يقتضى أن يكون معنى الزوجيه التى هى المسبب فى عقد الزواج هو الاقتران بضميمه الإملا-ك، وهو يباين القطيعه والانتطاع بين الزوجين، فمن ثم عبر عما يقابلهما بالفىء والمصالحه، وهو مفاد ما تقدم من قوله تعالى: فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ .

ثامناً: قوله تعالى: وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُخْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا* وَلَنْ تَسْتَبِيحُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا* وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا^٢ فإن مفاد هذه الآيات أنه إما اقتران بالزوجيه وصلح بين الطرفين صلح عشره وأداء للحقوق من الطرفين، وإما التفرق ولا يسوغ تعليق الحاله.

ص: ٣١٠

١- (١) المصدر، باب ١٨، ح ١.

فالمحصل من الآيات ان هناك ثلاثة حالات:

إما حاله وئام وصلح وفيء من الطرفين لبعضهما وهي المرغوبه شرعاً.

أو حاله التعليق بلا وئام ولا طلاق وهي المنهى عنها بقوله تعالى: فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ .

أو حاله الفراق والطلاق، وهذا هو معنى الحصر فى الآيتين السابقتين إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان أى نبذ لحاله التعليق.

تاسعاً: ما ورد فى العيوب، كصحيحه ابن مسكان عن أبى بصير «قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على جماع أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت، وفى روايه أخرى ينتظر سنه فإن أتاها وإلما فارقته فإن أحببت أن تقيم معه فلتقم»^(١).

والمشهور أو الأشهر، وإن ذهبوا إلى تقييد حق الفسخ بالعيب قبل العقد أو بعد العقد قبل الوطى كالعنن والجب، دون العيب المتجدد بعد الوطى، إلا أن مفاد هذه الصحيحه وما يأتى من روايات ظاهرها الإيجاب على الطلاق لمكان حق الزوجه فى الوطى، وقد ذهب إلى ذلك الشيخ المفيد وجماعه وكذلك بعض المعاصرين، وهو المحكى عن المبسوط - فى الجب - وابن البراج^(٢) والمختلف - فى الجب أيضاً - وتوقف جماعه.

وفى مؤثق عمار بن موسى عن أبى عبدالله (عليه السلام):

«أنه سُئل عن رجل

ص: ٣١١

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب العيوب، ب ١٤ ح ١.

٢- (٢) الحدائق الناضره، ج ٢٤.

أخذ عن امرأته فلا- يقدر على اتيانها، فقال: إذا لم يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلّا برضاها بذلك، وإن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامسكها»(١). والتفصيل في الروايه بلحاظ العنن وعدمه، حيث أنه في الصورة الثانيه هو كالمرض الطارئ الذي يرجى زواله.

وفي صحيح أبي الصباح الكناني قال: «سألت أبا عبدالله(عليه السلام) عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت»(٢).

ودعوى صاحب الجواهر بأن ما دل من الروايات على عدم حق الفسخ لها في صوره الطرو للعنن والعيب بعد الوطى أصحّ سنداً وأكثر عدداً.

مدفوعه: بأن تلك الروايات عاميه وإن كانت موثقه، ولا سيما أن الرواه لها من قضاء العامه، وهي ليست أكثر عدداً من الروايات الأولى، مع أن مفاد الروايات الأولى ظاهره بالإجبار على الطلاق لا الخيار المنفى في الروايات النافيه.

مضافاً إلى أن الروايات الأولى مطابقه للسان ثالث من الروايات الوارده في العنن الداله بالعموم على حق الزوجه في مفارقه الزوج بالعنن، كصحيحه محمد بن مسلم والصحيح الثاني لأبي الصباح(٣) وكذلك روايه عبدالله بن الفضل الهاشمي وروايه غياث بن إبراهيم(٤)، وقد تقدّمت

ص: ٣١٢

١- (١) وسائل الشيعه، أبواب العيوب، ب١٤، ح٣.

٢- (٢) المصدر، ح٦.

٣- (٣) المصدر، ح٥، ح٧.

٤- (٤) المصدر، ح٢، ح٣.

صحيحه أبي حمزه (١) الداله على ذلك، حيث أن موردها في العيب الطارئ بعد الوطى، وهى صريحه فى الإجبار على الطلاق لا الفسخ.

ولا- يخفى أن هذه الروايات تعم مطلق العيوب المانعه عن الوطى، سواء كان عنناً أو جباً أو خصاءً مانعاً عن انتشار الآله، ونحو ذلك.

ثم إن هناك جملة من التفاصيل فى مسأله العيوب، من التحديد بالمدد الوارده فى كل عيب ونحو ذلك، فهى موكوله إلى بحث العيوب المبحوث فى محله.

أما المنقطعه، فظاهر صحيحه صفوان وإن كانت شامله بإطلاقها لها، لكن بقيه الأدله والروايات التى مرّت غير شامله لها، لأن فيها الإجبار على الطلاق، ويمكن أن يُقَرَّب قصور الصحيحه عن الشمول بما يظهر من جملة من الآيات والروايات (٢) حيث ورد أنها ليست من الأربيع، وأنهن مثل الإمام يتزوج ما شاء، مضافاً إلى عدم ثبوت جملة من الأحكام لها كالتوارث والنفقه والقسم والعدّه (٣)، وكذا ما ورد فى الآيات بأن لا- تجعل الزوجه معلّقه، بل إمّا تُسَرِّح وتطلق أو تُمسك بمعروف، كما أن الظاهر أن وجوب التمكين فى المتعه من جهه أجره العوض، فجملة ذلك موجب للانصراف، وإن كان الأحوط ذلك.

وأما السفر، فإطلاق الأدله دافع للتقييد بعدمه، ودعوى أن سيره

ص: ٣١٣

١- (١) المصدر، ح ١.

٢- (٢) الوسائل، أبواب المتعه، باب ٤.

٣- (٣) المصدر، باب ٢٥، ٣٣.

المتشرعه على سقوطه بالسفر مطلقاً، كما هو الحال في القسم، مدفوعه بأن القدر المتيقن من السيره إنما هي فيما احتاج واضطر عرفاً إليه، لا في كل سفر بحيث يجعلها كالمعلقه، والحال كذلك في القسم كما هو مقرر في بحث حقوق الزوجين.

الجهه الرابع: تنمه القاعده:

اشاره

أن اجبار الحاكم له على الفىء أو على الطلاق مع طلبها، وهل ذلك بنحو التخيير للحاكم أو للزوجه؟ أم أنه يتعين الاجبار على الفىء ولو بالتعزير أو غيره، فان لم يمكن ذلك أو لم ينفع اجبره على الطلاق، فان لم يمكن طلقها الحاكم عليه. ومن أدوات الاجبار التي ذكرها ان ينفق الحاكم من مال الزوج مع امتناعه ولو ببيع عقاره أو متاعه، لان النفقه حق كالدين بعد عموم قاعده الحاكم ولى الممتنع.

وهل يقدم ذلك على الحبس والتعزير أو ان ذلك يؤخر كما يظهر من جمله من الكلمات، والظاهر من بعض الروايات الوارده في الدين أن الحبس مؤخر عند عدم القدره على ماله.

وأما الحصر بين الاجبار على الفىء بمراتبه المتعدده أو الطلاق فقد دلت عليه الآيات والروايات السابقه، وأنه يدل عليه أولاً: قوله تعالى: فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ١ وثانياً: قوله تعالى: فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ

ثالثاً: قوله تعالى: وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ٢.

رابعاً: قوله تعالى: فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّفَةِ وَ إِنْ تَصَلِحُوا وَ تَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً ٣.

خامساً: وقوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ وَ الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ ... وَ بَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرادُوا إِصْلاحاً وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ * الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَ لا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَ مَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ فَإِنْ طَلَّقَهَا... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ * وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ لا تُمْسِكُوهُنَّ ضِراراً لِتَعْتَدُوا وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَ لا تَتَّخِذُوا آياتِ اللَّهِ هُزُواً... * وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ

فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمَ
أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ١.

ومفاد هذه الآيات ظاهره بوضوح ان العلاقة الزوجيه مقامه على حدود حددها الله عزوجل على كل من الزوج والزوجه، وان الزوجيه بقاؤها باقامه هذه الحدود من الطرفين وهو الامساک بالمعروف، ولفظ الحدود يفيد اراده كافه الحقوق لكل منهما على الآخر كما يعضده قوله تعالى: وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ فلا يختص هذا الحصر الالزامى بأحد الشقين بخصوص الايلاء بل بلحاظ مطلق موارد الحقوق بينهما والنزاع الناشىء منها كما يشير اليه قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ فجعل الخيار امام المؤلى إما الفىء وهو الرجوع الى اقامه حقوق الزوجيه وحدود الله، وإمّا العزم على الطلاق، فالحصر فى شقى الآيه نفى لجعل المرأه معلقه، لايفىء الى اداء حقوقها ولا يطلقها.

ومن ثم رتب الآيات جواز افتدائها لأجل الانفصال على الخوف من عدم اقامتها للحدود الموظفه على كل منهما، كما علق الرد فى رجعه الطلاق على اراده إصلاح العشره بينهما، كما نهى عن امساكهن لاجل ضرارهن والاعتداء عليهن فى مقابل الامر بالامساك المقيد بالمعروف، فمجموع هذه الآيات قد بين فيها ان الامساك بالمعروف ليس فى مقابل

التعليق الذى فى الإيلاء، فالآيات صريحه فى لزوم احد الشقين اما الصلح والعشره بالمعروف أو التفرق والنهى عن التعليق فى العلاقه الزوجيه عن أداء حقوق الطرفين وعن اداء كل منهما للآخر، كما ان قوله تعالى فى الشقاق وتحكيم الحكامين علق بقاء الزوجيه على اراده الاصلاح واداء كل طرف لحقوق الآخر، وهناك دلالات أخرى فى الآيات وقرائن لاتخفى على المتدبر داله على تعميم موضوع القاعده.

وقد تقدم فى بحث شرطيه الكفاه والعيوب الكلام عن هذه القاعده مفصلاً. وذهب جماعه الى تسلط المرأه على الفسخ مع جهلها بعدم تمكن الزوج من النفقه، واستدلوا كما فى كشف اللثام بقاعده فإمساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ١ وإنّ الحاكم هو الذى يفسخ، واشكل عليه فى جامع المقاصد صغروياً بان الامساك مع الاعسار ليس بغير معروف، وكبروياً بانّ التخيير فى الآيه لادلاله له على التسلط على الفسخ.

وقد مرّ فى الشرائع قوله: فلو تجدد عجز الزوج عن النفقه هل تتسلط على الفسخ فيه روايتان اشهرهما انه ليس لها.

ومرّ ان الموضوع فى باب العيوب هو الموضوع فى باب الايلاء والظهار وان اختلف اثره بما كان بعد العقد، وقبل العقد، حيث يوجب حق الفسخ قبله، وحق الاجبار على الطلاق بعده.

وقد ذهب الى عموم القاعده جمله من اعلام العصر كالسيد الكلبيكاني وسيدنا الاستاذ الروحاني ووافقهما غير واحد من الاجلاء.

كما ان هناك جملة من الشواهد على عموم موضوع القاعده فى الروايات الواردة فى الأبواب المفتى بها:

الطائفه الأولى: مامرّ بيانه فى حق المواقعه من ان المده المضروبه أربعه أشهر هى مدّه إستحقاق الزوجه للاستعداد والشكايه على الزوج باجبار الحاكم اياه على أداء حقها، ومن ثمّ ورد فى صحيح حفص بن البختري عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: اذا غاضب الرجل امرأته فلم يقر بها من غير يمين أربعه أشهر استعدت عليه، فأما أن يفىء وأما ان يطلق فان تركها من غير مغاضبه أو يمين فليس بمؤل(١).

وفيه تنصيص على عموم القاعده، وان الجبر على الطلاق هو عند عدم فيئه لاقامه الحدود المفترضه عليه، ومن ثمّ فسّر الفىء فى صحيح أبى بصير بأن يصلح اهله(٢)، كما لا يخفى ان موضوع الصحيحه وان لم يكن ايلاء لكنه مشترك مع الايلاء والظهار فى عدم اداء حق المرأه فى الوطى بل هو مشترك مع موضوع العيوب فى ذلك كما بحثناه فى كتاب النكاح.

ولا يخفى ان عنوان المصالحه فى مقابل مطلق النزاع، وكذا فى موثق سماعه(٣).

وفى مصحح أبى مريم عن أبى جعفر(عليه السلام) قال:

«المؤلى يوقف بعد الاربعه الاشهر فان شاء امسك بمعروف أو تسريح باحسان فان عزم

ص: ٣١٨

١- (١) أبواب الايلاء، الباب ١ ح ٢، وباب ١٠ ح ٢.

٢- (٢) أبواب الايلاء، الباب ٩ ح ١.

٣- (٣) أبواب الايلاء، الباب ٩ ح ٤.

الطلاق فهي واحده وهو املك برجعتها»(١).

وفيه تصريح بتطبيق العموم على الايلاء كمورد من موارد عموم القاعده.

الطائفة الثانية: ماورد في الظهار كصحيح أبي بصير قال:

«سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته قال: ان أتاها فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكيناً، والأ- ترك ثلاثه أشهر فإن فاء وإلا أوقف حتى يسأل هل لك في امرأتك حاجه أو تطلقها؟ فان فاء فليس عليه شيء وهي امرأته، وان طلق واحده فهو املك برجعتها»(٢). ولا يخفى ان جمله من الروايات الظهار والايلاء كموثق سماعه

«الايفاء ان يصلح اهله» وفي صحيح أبي بصير «فان فاء وهو ان يصلح أهله فان الله غفور رحيم وان لم يفء جبر على ان يطلق وغيرها ناصه ان حكم الاجبار على الطلاق أو اداء الحقوق المعبر عنه بالفىء موضوعه حق المرأة ومن ثم كان لها حق المرافعه والشكايه عند الحاكم وليس الموضوع الحلف بما هو حلف أو بما هو ظهار، بل بما هو نزاع وتفريط في حقوق المرأة سواء حق الوطى أو كونها معلقه ويقتضيه معنى الفىء والمصالحه مع أهله الذى هو فى قبال مقتضى الاقتران المبين للقطيعه والانقطاع بين الزوجين.

الطائفة الثالثة: ماورد فى النفقه كصحيح ربيع بن عبدالله والفضيل بن يسار عن أبي عبدالله (عليه السلام) فى قوله تعالى: وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ

ص: ٣١٩

١- (١) أبواب الايلاء، باب ١٠ ح ٢.

٢- (٢) أبواب الظهار، باب ١٨ ح ١.

اللَّهُ قال: ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه وإلا فرق بينهما(١).

وصحيح أبي بصير قال: سمعت أبا جعفر(عليه السلام) يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها مايواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام أن يفرق بينهما(٢).

ومثله صحيح جميل بن دراج وموثق روح بن عبدالرحيم(٣).

وفى مرسل العياشى عن أبي القاسم الفارسى قال: قلت للرضا(عليه السلام): جعلت فداك ان الله يقول فى كتابه: فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وما يعنى بذلك فقال: أمّا الامساك بالمعروف فكف الأذى واحباء النفقه، واما التسريح باحسان فالطلاق على ما نزل به الكتاب(٤)، وفى الروايه تصريح بكون العشره بالمعروف بغير النفقه من اجزاء الامساك بالمعروف.

الطائفة الرابعة: ماورد فى العيوب كمصحح أبي الصباح قال: اذا تزوج الرجل المرأة وهو لا يقدر على النساء أجل سنه حتى يعالج نفسه(٥).

نعم قد يقال أنها ليست بروايه انما هى فتوى لأبي الصباح لكن رواها فى الاستبصار(٦) عن أبي عبدالله، وكذا فى نوادر احمد بن محمد بن عيسى الأشعري، وموثق عمار الساباطى عن أبي عبدالله(عليه السلام) أنه سئل عن رجل

ص: ٣٢٠

١- (١) أبواب النفقات، باب ١ ح ١.

٢- (٢) أبواب النفقات، باب ١ ح ٢.

٣- (٣) أبواب النفقات، باب ١ ح ٤ و ٦.

٤- (٤) أبواب النفقات، باب ١ ح ١٣.

٥- (٥) أبواب العيوب، باب ١٤ ح ٧.

٦- (٦) الاستبصار: ج ٣ ص ٢٤٩.

أخذ عن امرأه فلا يقدر على اتيانها، فقال: اذا لم يقدر على اتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك، وان كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها(١).

وفي صحيح أبي بصير قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على جماع اتفارقه؟ قال: «نعم ان شاءت» قال ابن مسكان وفي روايه اخرى ينتظر سنه فان اتاها والا فارقتة، فان احبت ان تقيم معه فلتقم(٢).

وماورد من روايات مما ظاهرها المعارضه فى سقوط حق الفسخ لو طرأ العيب والعن بعد الوطى فقد تقدم التوفيق بينها وبين هذه الروايات.

الطائفة الخامسة: ماورد فى متفرقات فصول النكاح كصحيح عبدالرحمن بن أعين قال: سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول: اذا اراد الرجل أن يتزوج المرأه فليقل: اقررت بالميثاق الذى أخذ الله امساك بمعروف أو تسريح باحسان(٣).

وظاهر هذه المصححه ان الحصر فى الشقين من الاحكام الاوليه اللازمه لطبيعته النكاح، وهو مما يقتضى عموم هذا التلازم لا فى خصوص مورد النفقه والوطى.

ويمكن أن يحمل الميثاق على الحد الشرعى لماهيه وعقد النكاح، وهو أيضاً محتمل للتعريف بالرسم.

ص: ٣٢١

١- (١) أبواب العيوب، باب ١٤ ح ٣.

٢- (٢) أبواب العيوب، باب ١٤ ح ١.

٣- (٣) أبواب مقدمات النكاح، باب ٥٥ ح ٤.

تدریجیه مراحل الاجبار للانفاق على الزوجه من ماله بأن تقتص من ماله فان لم يمكن فترفع أمرها الى الحاكم فيجبره على الانفاق عليها، أو بإجباره على الانفاق من ماله بطريقه ما، ولو بيع عقاره أو متاعه لعموم قاعده الحاكم ولى الممتنع، فان لم يمكن حبسه أو عزره، فان أمكن اجبره على الطلاق فان لم يمكن طلق عليه.

هذا، فاما تقدم اقتصاص من مال الرجل على الاجبار ونحوه من المراتب المذكوره، فلأنه مع تمكنها من الاقتصاص وجوازه شرعا كما نصح في محله من أبواب الديون ينتفى موضوع الاجبار لتمكنها من التوصل الى حقها من دون مانع، وقد وردت روايات (١) مفتى بها في عموم جواز استيفاء الدين من مال الغريم الممتنع بدون اذنه.

مضافاً الى ما روى بالخصوص أنّ هندا اتت النبي صلى الله عليه وآله وقالت: يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني ما يكفيني وولدي، الا ما اخذه منه سرا، فقال النبي صلى الله عليه وآله : خذي ما يكفيكي وولدك بالمعروف (٢)، وقد يستشكل في شمول دليل المقاصه في المقام من جهه عدم ملك الزوجه للمال قبل المده، وهذا الاشكال مبني على ما اشتهر من كلمات المتأخرين من أنّ نفقه الزوجه لا تكون ديناً الا بعد مضي المده وهو لا يخلو من اشكال

ص: ٣٢٢

-
- ١- (١) أبواب ما يكتسب به، باب ٨٣.
 - ٢- (٢) مستدرک الوسائل، أبواب العشره، باب ١٣٤ ح ٣، غوالي اللآليء: ج ١ ص ٤٠٢، مسند أحمد بن حنبل: ج ٦ ص ٣٩، ٥٠، ٢٠٦، صحيح مسلم: ج ٣ ح ١٣٣٨ كتاب الاقضييه.

ومنع، فإنَّ استحقاق الزوجه الحالى للنفقة ليست الا ملكيتها للنفقة فى ذمه الزوج ومقتضاها الدينيه غايه الامر ان للزوج اداءه فى الحال ولا يتحقق عصيانه الا بمضى المده والا فالدينيه هى مجرد الاستحقاق. نعم قد يدعى انه لا يصدق عليه انه ممتنع الا بعد مضى المده، وعنوان الامتناع مأخوذ فى قاعده المقاصه.

وفيه: ان عنوان الامتناع أيضاً هو الاخير يمكن أن يحرز قبل مضى المده بحسب نشوزه السابق وامتناعه، بل ويحرز بقاءه مستقبلا ولا يخفى أيضاً انه اذا امكن الصلح بينهما وفيئه ولو بتنازل الزوجه عن بعض حقوقها لاصلاح ذات البين، فهو مقدم على كل ذلك كما دلت عليه النصوص التى أشير إليها فى بحث القسم (1) وهو على مقتضى القاعده لتقدم العلاج الموضوعى على العلاج المحمولى.

الأحكام الأخرى التابعه للقاعده:

وأما بقيه الاحكام فقد وردت فيها طوائف من روايات فى أبواب الايلاء:

الاولى: ما دل على انه يوقف حتى يفىء أو يطلق اذا رفعت امرها الى الحاكم كصحيح أبى بصير عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: الايلاء هو ان يحلف الرجل على امرأته ان لا يجامعها فان صبرت عليه فلها ان تصبر، وان رفعته الى الامام انظره أربعة أشهر ثم يقول له بعد ذلك: اما أن ترجع الى

ص: ٣٢٣

المناكحة، وأما ان تطلق، فان أبي حبسه أبداً(١).

وفى صحيح بن أبي نصر قال(عليه السلام): انما يوقف اذا قدمه الى السلطان الحديث(٢).

الثانية: ومادلاً على أنّ الامام يفرق بينهما اذا أبى الزوج ان يفىء وان ذلك الطلاق بائن كموثق سماعه قال(عليه السلام): «... فان فاء - والايفاء ان يصلح اهله - فان الله غفور رحيم، وان لم يفء بعد اربعة أشهر حتى يصلح أهله أو يطلق جبر على ذلك ولا يقع طلاق فيما بينهما حتى يوقف، وان كان بعد الاربعة أشهر فان أبى فرق بينهما الامام(٣). وهى داله على تقييد الطلاق الاجبارى على الزوج بقيدين:

الاول: توقيفه من قبل الحاكم.

الثانى: اجباره على الفىء. وقد مرّ أنّ التوقيف مقيد أيضاً برفع المرأه امرها الى الحاكم، كما ان رفع امرها الى الحاكم مقيد بقيد رابع أيضاً وهو مضى المدّه، فهذه اربعة قيود للطلاق الاجبارى، وهى داله على المراتب، وسيأتى تقييده بقيود أخرى فى الروايات اللاحقه.

وفى مصحح منصور بن حازم عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: المؤلى اذا وُقِف فلم يفىء طلق تطليقه بائنه(٤).

ص: ٣٢٤

١- (١) أبواب الايلاء، باب ٨ ح ٦.

٢- (٢) نمفس المصدر، ح ٥.

٣- (٣) أبواب الايلاء، باب ٩ ح ٤.

٤- (٤) أبواب الايلاء، باب ١٠ ح ٥.

الثالثة: مادّ على الاجبار على الطلاق بالحبس كمعتبر حماد بن عثمان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال في المؤل إن أبي ان يطلق قال: كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يجعل له حظيره من قصب ويحبسه فيها

«يجعله فيها» ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلق (١).

ومثلها رواه غياث بن ابراهيم الأيّ فيها

«واعطاه ربع قوته» (٢) وكذا مرسل العياشي (٣).

وقد مرّ أنّ الاجبار على الفء مقدم على الاجبار على الطلاق، كما أنّ مفاد هذه الطائفه مقيد لما مرّ من الطائفه الثانيه بان اجبار الحاكم للزوج على الطلاق مقدم على تطبيق الحاكم.

والظاهر ان الحبس وسيله للضغط فلايعد التعدى عنها الى ادوات اخرى التى لا- تستلزم التصرف فى شؤون الزوج بأكثر من الحبس.

من يتصدى للإجبار:

وذكر فى الجواهر أنّه إنّ لم يمكن تصدى الحاكم تصدى لذلك عدول المؤمنين، بل ان لم يكونوا فساقهم فى وجه.

ولا يخفى ان ما مرّ فى الروايات من الحبس أو تقليل الطعام، وفى بعض الروايات كمرفوعه خلف بن حماد ان يهدد بالقتل (٤).
نصّ الروايه

ص: ٣٢٥

١- (١) أبواب الايلاء، باب ١١ ح ١.

٢- (٢) أبواب الايلاء، باب ١١ ح ٣.

٣- (٣) أبواب الايلاء، باب ١١ ح ٧.

٤- (٤) أبواب الايلاء، باب ١ ح ٢.

«أَمَّا أَنْ يَفِي أَوْ يَطْلُقَ فَإِنَّ فِعْلَ وَإِلَّا ضَرَبْتَ عُنُقَهُ».

وهذه أليات لتقرير للعقوبه على ما مضى والردع عما يأتى.

ثم أنه سيأتى فى بحث النفقات ما لو كان امتناعه عن النفقه للعجز أو المفقود المعلوم المكان ولم يكن له مال ولاولى وغيرها من موارد الامتناع من الانفاق، وأنه هل ينفق عنه عليها من بيت المال من باب الغارمين أم لا؟

نعم اخفاء نفسه يندرج فى ما سبق من الامتناع عن الانفاق بالاختيار مع القدره كما سيأتى أنه لايبعد كون سقوط كل نفقه أو بعضها بحسب درجات التمرد والعصيان، ونقصان الطاعه سواء بنى على ان النفقه من المعاوضه مع التمكين والطاعه، اذ ان الطاعه والتمكين درجات، أو ان السقوط من باب التأديب.

ثم أنه لا يخفى أيضاً ان الامتناع من اعطاء أى حق من حقوقها مندرج فى موضوع نشوزه كسوء الخلق المؤذى بعد كون العشره بالمعروف حق لكل منهما على الآخر، أو هجرها وتعليقها أو غير ذلك.

الجهه الخامسه: قاعده فى حقوق العشره الزوجيه أو الطلاق:

إشاره

لا- يخفى ان جمله الحقوق الزوجيه الثابته لكل طرف على الاخر مقومه للايناس والتعايش بينهما , والذى بدوره يقوم العشره الزوجيه.

فأصل تشريع العشره بالمعروف المدلول عليه بادلته اتيه بمشابه قاعده تقابل الاضرار بالزوجه وجعلها كالمعلقه , فيكون مفاد القاعده تحريم الهجران وجعلها معلقه , أى ان حرمة الهجران مع طاعه المراه تقرير لوجوب عشرتها بالمعروف بعد كون الاقتران بين الزوجين فى الاصل علقه

روحيه وجنسيه معا , فالاناس والتعاشر فى التعامل بين الزوجين والكينونه بينهما طبيعه واجبه لها اسباب وافراد واليات عديده
توجب الوئام والالفه فى الحياه الزوجيه.

فيكون الأمر عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ بِمِثَابِهِ الْأَصْلِ الْفَوْقَى الَّذِى تَنَحَدِرُ مِنْهُ كَافَهُ الْحَقُوقُ الزَّوْجِيَهُ.

بل يتقرر مفاد لحقوق الزوجين من وجوب حسن العشره بينهما لكل طرف تجاه الاخر , بمعنى ان اللازم على كل طرف وراء
الحقوق المنصوصه عليه ان لا- يكون منافرا للطرف الاخر ومفارقا له , وان هذا النمط من العشره بينهما نظير (صله الرحم) من
كون الواجب على كلا الطرفين التواصل وان فرط احد الطرفين.

فيعاقب كلا الطرفين على التفريط به وان كان البادى احدهما.

وليس معنى هذا اقرار الظالم على ظلمه وتقريره فى تماديه بل بمعنى لزوم المحافظه على الحياه الزوجيه , وانه يتقرر فى هذا
الوجوب للعشره بينهما حق الهى وحدود له تعالى.

فليس هو حق مشترك لهما فقط وان كانت هذه العشره بقواميه الرجل على المراه .

وسيتبين ان هذا الواجب يعم اسباب العشره العاديه غير المنصوصه ولو بمقدار ادنى المراتب بحيث يلزم من تركها القطيعه
والتدابير والهجران.

وذلك بحسب بناء العرف وآلياته فى العشره بالمعروف المتفاوته شده وضعفا وكما وكيفا بحسب الاعراف والبيئات .

والكلام فى القاعده يقع فى جملة حقوق:

ومن جملة الحقوق المتعبد بها شرعا حق القسمة.

الحق الاول: حق القسمة.

تحرير الاقوال:

وقع الخلاف بين الفقهاء فى هذا الحق فمنهم من جعله حقا للمرأة، ومنهم من جعله حقا مشترك بينهما كما سيأتى بيانه، وللأصحاب فيه ثلاثة أقوال:

القول الاول: وجوب القسمة ابتداءً مطلقاً ونسب الى المشهور أى سواء كانت المرأة متحده أو متعدده، فيلزم عليه المبادره. وعن سائر وابن ادريس أنهما نضا على الوجوب مع اتحاد المرأة.

القول الثانى: وجوب القسمة مع التعدد فقط، كما عن ابن حمزه والمقنعه والغنيه والنهائيه والمهذب والجامع واختاره بعض المتأخرين.

القول الثالث: لا تجب القسمة حتى يبتدىء بها، فاذا أتم الدور فلا يجب أيضاً حتى يبتدىء ومن ثم لا يجب فى الواحده، وهذا مبنى على عدم كونه حقا للزوجه وانما هو مراعاه للعدل فى القسمة، واختار هذا القول فى المبسوط والشرايع والجواهر وحكى عن الرياض، واختاره اكثر اعلام هذا العصر.

والمشهور استحباب صبيحه الليله، وعن بعضهم الوجوب وقال فى المبسوط وكذا عن جماعه أنه يجوز أن يجعل القسمة أزيد من ليله واحده.

ص: ٣٢٨

وذكر في الكلمات ان الواجب في القسمه المضاجعه، لا المواقع، بحيث يعدّ معاشرًا بالمعروف، واحتمل البعض انّ اللازم هو كونه معها في البيت لان الغرض إيناس.

وعن المشهور سقوطه في السفر وعن بعضهم استثناء من السقوط اذا كان سفر نقل وهجره، وكذا سفر الاقامه.

ادله ذلك:

استدل للوجوب بعده ادله:

أولاً: الاستدلال بالآيات:

الايه الاولى: الاشعار الموجود في قوله تعالى: وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا .

وتقريب الدلاله من ناحيتين حيث قد قيّد الهجر بخوف النشوز ومقتضاه نفي المشروعيه مع عدم القيد، وكذا تسميه الهجر في المضاجع بأنه سبيل يضرّ بهنّ فلا- تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا، فالنهي عنه مع طاعتهن يقتضى الحرمة، فيدل في الجملة اجمالاً على انّ المبيت معهن في المضاجع لازم.

الايه الثانيه: قوله تعالى: وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا- أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ

ص: ٣٢٩

تَكَرَّهُوا شَيْئًا وَ يَجْعَلُ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۝۱.

وهي داله على وجوب المعاشره للنساء بالمعروف اجمالاً والمعروف وان لم يبين فى الآيه، الا- ان مجرد اعطاءها السكنى، والطعام والوطى كل اربعة اشهر مع المتاركة لها والهجران ليس من العشره بالمعروف بل هو من المضاره المنهى عنها فى قوله تعالى: وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۝۲.

الايه الثالثه: قوله تعالى: وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۝۳.

هذا مع انه مقتضى مفاد عقد النكاح والزوجيه هو الاقتران، وهو وإن اريد به الاقتران الاعتبارى إلا أنه يقتضى الاقتران الخارجى إجمالاً- كما يفيدده قوله تعالى أيضاً: وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً ۝۴ والآيه تبين الغايه المرجوه من النكاح.

وعن المسالك الايراد عليه (بان المعاشره تتحقق بدون مضاجعه، بل بالإناس والانفاق وتحسين الخلق والاستمتاع بالنهار وبالليل مع عدم استيعاب الليله بالمبيت، بل مع عدم المبيت على الوجه الذى اوجبه القائل، بل يمكن تحصيل المعاشره بالمعروف زياده فى الأوقات مع عدم المبيت عندهن) انتهى.

ص: ۳۳۰

كما قد يعضد هذا الايراد بأن العشره بالمعروف لاتستلزم وجوب القسمه بنحو دورى اذ العشره ذات مراتب والقدر المتيقن منها هو بحد لا يلزم منه الهجران.

ويجاب: بان الاستدلال بالآيه انما هو لاصل الوجوب، وأما حدود المتعلق فانما يبين تفصيله بالسنة، كما هو الحال فى جمله التشريعات القرآنيه، كوجوب الصلاه والصيام والحج، وكذلك الحال فى المقام، حيث ان وجوب النفقه والسكنى بيئت بايات اخرى وروايات، كمقومات العشره.

الايه الرابعه: قوله تعالى: **وَلَنْ تَشِيءَ تَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَضْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ، وَإِنْ تُصَلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً ۝۱**.

والآيه داله على تحريم التعليق.

وقال فى المقنعه: «يريد أنه ليس ينبغى لكم أن تميلوا على واحده منهن ميلا- كثيراً فيقع بها جفوه منكم وإعراض فتذروها كالمعلقه، لا- ذات زوج يعفها عن الحاجه الى غيره ولا- مطلقه تتمكن من التصرف فى نفسها» وهذا مفاد ماورد عنهم (عليهم السلام) ان المعلقه هى التى يذرها لا ذات زوج ولا ايم.

وقال فى زبده البيان: «وهى التى لم تكن بذات بعل ولا بغير بعل ولايميل اليها، ولايعاشرها معاشره الازواج ولا يطلقها بل يجعلها كالمعلقه بين امرين لا الى هذه ولا الى ذلك».

وبالجملة يجب بمقتضى قاعده (فَامْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ).

ففيها - باقتضاء الحصر - دلالة على النهي من جعلها كالمعلقة وتعطيلها، ووجوب الامساك بالمعروف أو الطلاق وتحريم الميل الى احداهن كل الميل وعدم التكليف بالتسوية واستحباب المساواه فى الامور كلها مهما امكن.

ومن التعليق ما قيل بان يطلق ولم يراجع ولم يخبر بالطلاق ويظهر الزوجيه حتى لا تتزوج، أو يراجع فيطلق ثم اذا قرب الخلاص يفعل مثل ذلك للاضرار.

وأورد على الاستدلال بالآيه:

أولاً: بأنه لا يصدق كونها معلقه مع الايناس بها والانفاق عليها وتحسين الخلق والاستمتاع بالنهار وما شاكل ذلك.

ويجاب عنه: بما تقدم من الاجابه على الايراد فى الآيه السابقه من انّ الآيه فى أصل تشريع تحريم هجر المرأة وجعلها كالمعلقة وأما حدود ذلك فيبانه بالسنة من الروايات الواردة فى حدّ القسمه، ومن ثمّ ذهب غير واحد من اعلام العصر الى حرمة الهجر والتعليق فى المرأة الواحده والمتعدده وان لم يجب القسمه ابتداءً ولادورياً وانما تجب اذا بدأ باحداهن.

وقد يورد عليه ثانياً: بان مورد الآيه فى ما اذا كانت الزوجات متعددات لا فيما كانت الزوجه متحده، فمقدار الدلاله على الوجوب مطابق للقول الثانى لا الاول، أى تقييد وجوب القسمه بما اذا تعددت الزوجات.

وفيه: أنّ صدر الآيه وان كان مورده ذلك الا انه من الواضح ان الذيل ليس مختصاً في الظهور العرفي بمورد الصدر بل هو من جهه كون ذلك حق للمرأة، ومن ثم استظهر الكثير عموم الحرمة لمجموع المتعددات أيضاً لو جعلهن كالمطلقات كلهن، فالموضوع هو حقّ الزوج بنحو الاطلاق وقد مرت الاشاره ان مفاد الآيه هي مفاد ما تكرر في جملة من الآيات من الامسك بالمعروف أو التسريح باحسان، وهي شاهد عموم موضوع الحكم. ونظير هذا التقريب للآيه ما ذكره في ما اذا اسلم احد الزوجين، كالزوجه حيث ان الاسلام موجب لمخالفتها في الدين فيجب انتفاء سلطنه الزوج عليها لعموم قوله تعالى: **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** وبقاء الزوجيه موجب للسلطنه مع أنّ الزوجيه اذا كانت باقيه ينبغي بقاء جميع احكامها، فعدم تمكنه من اخراجها وعدم البيتوته عندها، وعدم وطئها، خروج عن قاعده النكاح وبقاء احكامه ولما فيه من اضرار الزوجه، لبقائها كالمعلقه.

وقال في تفسير القمي في ذيل الآيه ان تأتي واحده وتذر الاخرى لا ايم ولا ذات بعل.

وهذه السنه - يشير الى ما في الآيه السابقه من اسقاط المرأه الى بعض حقوقها - فيما كان كذلك اذا اقزت المرأه ورضيت على ما صالحها عليه زوجها فلا جناح للزوج ولا على المرأه، وان هي ابت طلقها أو يساوى بينهما لا يسعه الى ذلك (1).

ص: ٣٣٣

١- (١) تفسير القمي: ج ١ ص ١٥٥.

إشاره

وهى على طوائف:

الطائفة الأولى:

ففى مصحح الحسن بن زياد عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى حديث قال: سألت عن الرجل تكون له المرأتان وإحدهما احب اليه من الاخرى له أن يفضلها بشىء، قال: نعم له أن يأتيها ثلاث ليال والاخرى ليله لأنّ له أن يتزوج أربع نسوة فليلتاه يجعلهما حيث يشاء - الى أن قال - وللرجل أن يفضل نساءه بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً.

ومثله أو قريب منه صحيح محمد بن مسلم، وصحيح الحلبي (١).

الطائفة الثانية:

وموثق زراره قال: قال سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن المهاريه (النهاريه) يشترط عليها عند عقده النكاح أن يأتيها متى شاء كل شهر وكل جمعه يوماً ومن النفقه كذا وكذا، قال: ليس ذلك الشرط بشىء، ومن تزوج امرأه فلها ما للمرأة من النفقه والقسمه ولكنه اذا تزوج امرأه فخافت منه نشوزاً، أو خافت أن يتزوج عليها أو يطلقها فصالحته من حقها على شىء من نفقتها أو قسمتها فإنّ جائر لا بأس به (٢).

ومفاد الطائفة الاولى قد يقال ان القدر المتيقن من دلالتها على

ص: ٣٣٤

١- (١) أبواب القسم باب ١ ح ١ و ح ٢.

٢- (٢) أبواب القسم باب ٦ ح ١ والكافى: ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٤.

الوجوب فيما لو كانت نساءه متعدده لامتحده، بل وفيما كان قد ابتدأ الدور بهن، لا فيما لو لم يبتدئ، فالقدر المتيقن من دلالتها القول الثالث، لا الثاني فضلاً عن الأول.

مضافا الى ان مصب السؤال فيها عن التفضيل وكيفيه العداله في القسمة، ولكن مما يبعد استظهار القول الثالث ان الوجوب في البيت ليس في الحقيقة لاجل ذات القسمة على القول الثالث بل ان اللازم العدل، وعليه تكون اصل المبيت معها ليله مستحبه، فيشكل حينئذ ان العداله والتسويه فيما هو مستحب كيف تكون واجبه، مع أنه قد تقدم شطر من الكلام في العداله الواجبه بين النساء - وسيأتى تتمه للكلام فيه أيضاً - انما هي في الواجبات التي على الزوج لهن، وأمّا في ما يندب له أن يأتي به للمرأة والنساء فالعداله فيه مندوبه فكيف تكون فيه التسويه واجبه، وقد مرّ جملة كثيره من الكلمات في ذيل قوله تعالى فَتَيَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ قرروا دلالة الآية على حرمة هجران المرأة وجعلها كالمعلقة لا- أيم ولا- ذات بعل، واعترف الكثير ان ذلك التعليق يتحقق بترك الايناس الحاصل من التعايش والسكنى معاً، وقد تقدم أنه مما يدل على وجوب اصل الايناس والتعايش وقد اعترف بوجوب ذلك أيضاً وحرمة الهجران جملة من اعلام العصر، ومن ثمّ قد ذكرنا ان هذه الروايات بمثابة البيان لحدود متعلق ذلك الوجوب المشرّع أصله في جملة الآيات المتقدمه وقد عرفت ان تحريم التعليق غير مختص بتعدد الزوجات بل حتى مع اتحاد المرأة، فالاقرب افاده هذه الطائفة الاولى للوجوب ابتداء بقرينه وجوب التسويه وحرمة التعليق.

وأما الطائفة الثانية وموثق زرارها فمفادها وان اوهم معارضته لما

تقدم من الروايات في أبواب المهور (١) الداله على جواز اشتراط ان لا يأتيها الا نهاراً ولا يأتيها ليلاً ولا يقسم لها كما في صحيح زراره قال:

«كان الناس بالبصره يتزوجون سراً فيشترط عليها أن لا آتيك الا نهاراً ولا آتيك بالليل ولا اقسم لك، قال زراره وكنت اخاف أن يكون هذا تزويجاً فاسداً فسألت أبا جعفر (عليه السلام) عن ذلك فقال: لا بأس به، يعنى التزويج الا أنه ينبغي أن يكون هذا الشرط بعد النكاح ولو أنها قالت له بعد هذه الشروط قبل التزويج نعم ثم قالت بعد ما تزوجها: انى لا أَرْضى الا ان تقسم لى وتبيت عندى فلم يفعل كان آثماً» (٢).

حيث ان هذه الصحيحه تفصل وتبين مورد نفوذ الشرط فيما كان قد أتى به بعد صيغته العقد مقترناً بها بخلاف فيما أتى به قبل الصيغه فى مقاوله العقد فإنه غير نافذ، وبالتالي يتضح المراد من موثق زراره من نفي صحه الشرط.

وعلى ذلك يتفق مفاد الموثق والصحيح وتدل كل منهما على وجوب القسمة ابتداء كما أن للمرأة النفقه كذلك.

ووجه آخر فى دلالة الصحيح والموثق التعبير عن القسمة بأنه حق للمرأة وهذا لا ينسجم ولا ينطبق مع القول الثالث لما مر من أن مآل ذلك القول الى وجوب العداله والتسويه بما هى، وإلا- فالحق يعطى لصاحبه بغض النظر عن ملاحظه الاخرين والمقاييسه معهم، كما ان التعبير بالحق

ص: ٣٣٦

١- (١) أبواب المهور، باب ٣٩.

٢- (٢) أبواب المهور، باب ٣٩ ح ٢.

يشهد للقول الاول دون الثانى لان ظاهر الموثق والصحيح ثبوت القسمه والمبيت للمرأة على حذو ثبوت النفقه، وان كانت متحده غير متعدده، وهناك وجه ثالث لدلاله الموثقه أيضاً وهو قوله (عليه السلام):

«أو خافت ان يتزوج عليها» ففرض (عليه السلام) المصالحه على حقها من القسمه فى تلك الصوره، أى كونها متحده وتخاف من التعدد، وهذا الوجه فى دلاله الموثق كالصريح فى فرض اتحاد الزوجه وثبوت حق القسمه والمبيت لها مع الاتحاد الذى هو من خواص القول الاول دون الثانى فضلا عن الثالث.

كما ان هذا المفاد صريح تحقيقاً فى نفي القول الثالث، حيث يبين ان هذا الحق يجرى التعاوض عليه وليس هو تكليفى محض من باب التسويه والعداله، ومن هذه الطائفه الثانيه صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) قال: «سألته عن رجل له امرأتان قالت احدهما ليلتى ويومى لك يوماً أو شهراً أو ما كان أيجوز ذلك؟ قال: اذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس» (١).

ونظيرها صحيح الحلبي عنه (عليه السلام) فى ذيل قوله تعالى: وَ إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا وَأَنهَا تَصَالِحَ عَلَى لَيْلَتِهَا (٢)، وكذا روايه بن أبى حمزه (٣) بل هى معتبره لكون الراوى عنه على بن الحكم الوارده فى الصلح عن يومها وليلتها، ومثلها محسنه أبى بصير عن أبى عبدالله (٤).

ص: ٣٣٧

- ١- (١) أبواب القسم والنشوز، باب ٦ ح ٢.
- ٢- (٢) أبواب القسم والنشوز، باب ١١ ح ١.
- ٣- (٣) أبواب القسم والنشوز، باب ١١ ح ٢.
- ٤- (٤) أبواب القسم والنشوز، باب ١١ ح ٣.

وكذا معتبره زيد الشحام(١) على الأقوى، وكذا مرسله العياشي عن البيزنطي(٢) فظهر ان الطائفة الثانيه مستفيضه المفاد جداً.

الطائفة الثالثه:

ما دلّ على أنّ من تزوج امرأه بكرًا وعنده غيرها اختصت بسبع وبثلاث ان كانت ثيبًا، نظير صحيح محمد بن مسلم قال: قلت لأبي جعفر(عليه السلام) رجل تزوج امرأه وعنده امرأه فقال: ان كانت بكرًا فليبت عندها سبعاً وان كانت ثيباً فثلاثاً(٣).

وفي صحيح هشام بن سالم يقيم عندها سبعة أيام(٤).

ولا ينافيه مافي روايات اخرى كما في صحيح الحلبي من التعبير «فله ان يفضل البكر»(٥)، فحق القسم كما مرّ مشترك بين الرجل والمرأه، كما سيأتي الاشاره إليه.

وكذا ماورد في من تزوج أمه مع حرّه كصحيحه عبدالرحمان بن أبي عبدالله(عليه السلام) في حديث

«وللحره ليلتان وللأمه ليله»(٦).

واستدل على نفى القول الاوّل بأمر:

ص: ٣٣٨

- ١- (١) أبواب القسم والنشور، باب ١١ ح ٤.
- ٢- (٢) أبواب القسم والنشور، باب ١١ ح ٦.
- ٣- (٣) أبواب القسم، باب ٢ ح ٥.
- ٤- (٤) أبواب القسم، باب ٢ ح ٣.
- ٥- (٥) أبواب القسم، باب ٣ ح ٦.
- ٦- (٦) أبواب القسم، باب ٨ ح ٣.

الاول: ما ورد من حصه حق المرأه على الزوج فى غير القسمه، وقد مرّت الاشاره الى جملة من تلك الروايات كموثق اسحاق بن عمار قال: قلت لأبى عبدالله(عليه السلام): ما حق المرأه على زوجها الذى اذا فعله كان محسنا، قال: يشبعها ويكسوها وان جهلت غفر لها(١).

وغيرها من الروايات المستفيضه.

وفيه: ان جملة من هذه الروايات لم تذكر السكنى كذلك ولم تذكر الوطى كل أربعة أشهر مره، مما يشهد بأن الحصر اضافى، وكم له نظير فى الابواب الفقيهيه.

الثانى: لا محلّ لدعوى التأسى بالنبي صلى الله عليه و آله بعد معلوميه عدم وجوب القسم عليه بقوله تعالى: تُرْجَى مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَ تُؤْوَى إِلَيْكَ مَنْ تَشَاءُ وَ مَنِ ابْتَعَيْتَ مِمَّنْ عَزَلْتَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكَ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ تَقَرَّ أَعْيُنُهُنَّ وَ لَا يَحْزَنَ وَ يَرْضَيْنَ بِمَا آتَيْنَهُنَّ كُلُّهُنَّ ٢.

وفيه: أنّ فى صحيح الحلبي عن أبى عبدالله(عليه السلام) فى حديث قلت:

«أرأيت قوله تعالى: تُرْجَى مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَ تُؤْوَى إِلَيْكَ مَنْ تَشَاءُ...»

قال: من آوى فقد نكح ومن ارجى فلم ينكح»(٢).

مع أنّه لو سلّم فذلك من مختصات النبي صلى الله عليه و آله ، كما قد يشعر به السياق.

الثالث: ان جميع الطوائف المتقدمه مفادها جارى مجرى الغالب فى

ص: ٣٣٩

١- (١) أبواب النفقات، باب ١ ح ٥.

٢- (٣) الكافى: ج ٥ ص ٣٨٧ ح ١.

حال الزوج يبيت عند زوجته، فمع فرض تعددها كان عليه ملاحظه العدل في القسمة والتفضيل على الوجه المذكور في النصوص.

وفيه: ان مفاد الآيات صريح في تحريم الهجران وجعل المرأه كالمعلقه كما هو متسالم عليه فكيف يكون اصل المبيت يجرى مجرى الغالب، كما أنّ وجوب العدل قد مرّ أنّه لازم ومتسالم عليه بين الاقوال الثلاثه وهو انما يقرر في مورد متعلق الواجب أيضاً لا ما يكون مستحباً، فاصل تشريع العشره بالمعروف دلّت عليه جمله من الآيات وهو بمثابة القاعده كما سيأتى بيانها في مقابل الاضرار بها وجعلها كالمعلقه، وما هو الوجه المسوغ لرفع اليد عن مفاد الطائفه الاولى والثانيه بل والثالثه الداله على ان المبيت حق أولى للمرأة، ومّر أنّ بعضها كالصريح في اتحاد المرأه كموثق زراره، والاستبعادات المحضه لاتسوغ رفع اليد عن كل هذه الادله.

الرابع: سيره المشرعه وطريقتهم على جواز الاشتغال بالعبادات والاستئجار في الليل لبعض الاعمال وغير ذلك، من دون استرضاء صاحبه الليله وغير ذلك من اللوازم الكثيره التي يصعب قيام الدليل عليها، مما كان مخالفا للمعلوم من السيره بل المقطوع من الشرع، لاسيما وانّ الاصل في الحق لزوم القضاء مع الفوات ولو لعذر الا ما اخرجته الدليل.

وفيه: أنّ ذلك يلزم أيضاً على القول الثالث، ودعوى الفرق - بأنّ على القول الثالث له ان لا يبتدأ الدور عليهن فيستأثر بنفسه لقضاء حاجياته - ممنوعه وذلك لأنّ موارد الاشتغال في الحاجيات العرفيه في جمله من الامثله مستمره بلا انقطاع فلا يرفع غائله الاشكال عدم الدور عليهن في بعض الاحيان لاسيما وانّه اذا بات عند واحده منهن يلزم عليه الدور على البقيه،

والبيتوته عند احداهن لا محال حاصله فى جملة افراد العرف، فالوجه فى دفع الاشكال وغيره من اللوازم المتصوره هو التراضى الحاصل ولو بالشواهد الحاليه بحسب العشره بين الطرفين، والأفان كل ما يشكل به من اللوازم قابل لتصويره على القول الثالث أيضاً، كما هو الحال فى باب النفقه والسكنى من تغاضى السيره مع الألفه عن الإستقضاء. فتحصّل انّ الاقوى الأوّل وينبغى التعرض الى الامور:

الأوّل: الظاهر كون حق القسم والمبيت من الحقوق المشتركه وليس حق مختص بالمرأه، وذلك لائن اصل الاستمتاع بالمرأه سواء بالملازمه الجسديه أو بصرف المضاجعه بل صرف الاستئناس بوجودها فى البيت معه من الاستمتاع التى هى ملك للزوج بمقتضى عقد النكاح، فلو تنازلت هى عن ليلتها لضرّتها لا يلزم الزوج بذلك.

الثانى: قد مرّ انّ المقدار اللازم من القسم قد وقع الاختلاف فيه كما وكيفاء، فنسب الى المشهور استحباب صبيحه الليله، وعن بعضهم الوجوب، وفى المبسوط عن جماعه يجوز ان يجعل القسمه ازيد من ليله لكل واحده، وقد ذكروا ان الواجب فى المبيت المضاجعه لا المواقعه، واحتمل البعض ان الواجب هو الكون معها فى البيت للإيناس لا المضاجعه.

أما الروايات فهى على لسانين:

اللسان الأوّل:

يظهر من جملة منها شمول القسم لليله وصبيحتها أو يومها كمعتبره ابراهيم الكرخى قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل له أربعه نسوه فهو

ص: ٣٤١

بييت عند ثلاثة منهن في لياليهن فيمسهنّ فاذا بات عند الرابعه في ليلتها لم يمسهها فهل عليه في هذا اثم قال: أنّما عليه ان يبيت عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها وليس عليه ان يجمعها ان لم يرد ذلك(١).

وكذا الروايات المستفيضه الوارده في جواز مصالحه المرأه زوجها بترك حقها من قسم ونفقه اذا خافت منه نشوزا أو اعراضا أو طلاقا، حيث ورد فيها قول المرأه احللّك من يومي وليتي، كمعتبره ابن أبي حمزه لأنّ الراوى عنه على بن الحكم ومعتبره زيد الشحام، وروايه أبي بصير(٢).

وكذا ما ورد من جواز شراء الزوج ذلك منها كصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر قال: سألته عن رجل له امرأتان قالت احدهما: ليلتي ويومي لك يوما أو شهرا أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: اذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس(٣).

وكذا ماورد من روايات في تخصيص الزوجه الجديده بسبع أو ثلاث بكرا أو ثيباً كصحيح محمد بن مسلم وهشام بن سالم وعبدالرحمان بن أبي عبدالله وغيرها من الصحاح(٤).

اللسان الثاني:

ما يظهر من جملة اخرى من الاقتصار على عنوان الليله مثل الروايات

ص: ٣٤٢

- ١- (١) أبواب القسم والنشوز، باب ٥ ح ١.
- ٢- (٢) أبواب القسم والنشوز، باب ١١.
- ٣- (٣) أبواب القسم والنشوز، باب ٦ ح ٢.
- ٤- (٤) أبواب القسم والنشوز، باب ٢.

الوارده فى تحديد حق المرأه من القسم سواء كانت متعدده أو متحده(١).

وكذا ماورد فى جواز تفضيل بعض النساء فى القسم مالم تكن أربعة(٢).

وغيرها من الروايات.

والجمع بين اللسانين قد يكون بحمل الثانى على الاول كما هو متعارف فى التعبير عن المقدار الزمنى كما فى صلاه المسافر بالاقامه عشر لىالى أو عشره أيام، فتستعمل الليله كناية عن مجموع اليوم، وقد يعكس بحمل اللسان الاول على الثانى، ومن باب لحوق اليوم بالليل وان لم يكن واجبا مع اختلاف اللسان الأول تاره بعنوان الصبيحه وتاره بعنوان الليله، وهذا قرينه على الندب.

وقد يؤيد هذا الحمل الثانى ان الليل كماورد فى الآيات خلق للناس سكنا ولباسا ولقضاء الوطر مضافاً للسيره المستمره.

وفيه: ان غايه هذه القرائن هو اولويه الليل لا- الحصر والاقتصار فيه، وهو الوجه فى تنوع العنوان فى اللسان الاول مع الثانى، والصحيح ان الحمل الاول هو الصحيح غايه الامر ان الواجب فى النهار ليس بمعنى ان يترك معاشه، وشؤون حياته المعتاده فى النهار فى غير المعاش، بل بمعنى ان مأواه النهارى قيلوله أو نحو ذلك لا يكون عند بقيه الزوجات، فكلما اراد الايواء الى المنزل فهو من نصيب صاحبه الليله نعم المداقه ليست لازمه، فالمقدار والمحصل من الوجوب فى النهار بهذا المعنى، بل كذلك الحال

ص: ٣٤٣

١- (١) أبواب القسم والنشوز، باب ١.

٢- (٢) أبواب القسم والنشوز، باب ٩.

فى اللبل فانه لفس اللالزم اسلعلابه من مبلءه الى منلهاه، بل المقءار الءى يؤوى الىه فى العاءه الملعارفه الى المسكن هو اللالزم، وهءا هو الموءوء فى السيره المكونه للعرف والمعرف المأمور به فى العشره.

الءالء: فلما هو الواجب من القسم، هل هو المضاجعه أو الالناس أو الكون فى الببلء؟ وظاهر الابلر الالصلاب هو أن الواجب من الببلءه هى المضاجعه، ءون المواقعه، وبلءل على ما ءكروه أن الوارء فى الروالاء الملقءمه هو الابلر بالببلءه أو الالان المرأه بملعنى المبلء الى ببلءها، وهو لا بلءل على اكثر من الكون عنءها ءون المواقعه، وهو صرلح معلبره الكرخى الملقءمه أفضاً (١).

مضافا الى ما سلألى من النص ءال على الءلءلء المواقعه بأربعه اشهر.

وأما المضاجعه فقء القءم فى القرب الآله من قوله العالى:

وَ أَهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَیْهِنَّ سَبِیلاً ۚ ۲.

ان فى الآله ءلاله على حرمه الهجران مع طاعه المرأه، فى قبال وءوب عشرلها بالمعروف وءومىء الى كون المضاجعه بلن الزوءلن من مقومات العشره بالمعروف، كلف لا- والالقءران بلن الزوءلن فى الاصل هى علقه روحله وءنسله، والظاهر أن مرال الالصلاب الالشاره الى ابرز افراد العشره اللالزم مرالءلها، والأ فالالناس واللعاشر بالءلءل وءلره من

ص: ۳۴۴

١- (١) أبواب القسم والنشوز، باب ٥ ح ١.

التعامل بين الزوجين والكيونه عندها بالانماط المتكونه بحسب كل عرف هى أيضاً من طبيعه الواجب، وفى الحقيقه المضاجعه هى من اشدّ معالم الوثام والألفه فى الحياه الزوجيه فكيف بما دونها.

فروع فى حق القسمه:

الفرع الأول: يختص وجوب المبيت والمضاجعه، فيما قلنا به بالدائمه، فليس للمتمتع بها هذا الحق سواء كانت واحده أو متعدده.

ويستدل له بقوله تعالى: **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ١.**

بتقريب ان جعل الحق لهن فى الآيه فى الحقوق الزوجيه مثل الذى عليهن مع زياده الحقوق للزوج، انما موضوعه فى الآيه الزوجه الدائمه وهى التى تطلق دون المنقطعه ودون ملك اليمين.

وكذا قوله تعالى: **وَأَهْجُرُوهُنَّ ... فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ... وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا ٢.**

والذى تقدم دلالتة على وجوب المضاجعه والمبيت اجمالاً، ومورده كما هو واضح النكاح الدائم فقط.

ويدل عليه أيضاً ان جمله الروايات الوارده المتقدمه الاشاره اليها

الموضوع فى جميعها الزوجه الدائمه المتقابل فيها الواحده والمتعددته الى اربعة.

هذا مضافا الى ان المملوكه لاتقدر على شىء كما فى قوله تعالى: عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ۗ۱.

وقد ورد ان المتمتع بها بمنزله الإمام(١).

الفرع الثانى: فى كل ليله كان للمرأة حق المبيت، يجوز لها ان ترفع اليد عنه وتهبه للزوج ليصرف ليله فيما يشاء وان تهبه لضرتها فيصير الحق لها.

قد تقدم ان الحق مشترك بينهما فلها أن ترفع اليد عن ليلتها كما اشارت إليه النصوص المتقدمه(٢).

وأما قول بعض الفقهاء كالسيد ابى الحسن الاصفهانى بصيروره الحق للضره مع هبتها فلا بد أن يقيد برضى الزوج لان الحق ليس متمحض للزوج.

الفرع الثالث: تختص البكر اول عرسها بسبع ليال والثيب بثلاث: تتفضلان بذلك على غيرهما، ولا يجب عليه ان يقضى تلك الليالى لنساءه القديمه.

انما وقع الخلاف ان ذلك على وجه الاستحقاق للجديده وانه سبعة

ص: ٣٤٦

١- (٢) أبواب المتعه.

٢- (٣) أبواب القسم، باب ٦.

للبكر أو ثلاثه، أو أنّ ذلك جواز للرجل ان يفضلها ويخصها بذلك، ففي جملة من العبائر كالمحكى عن ابن ادريس وابى على الثانى ومحكى بعض متأخرى المتأخرين، حيث عبروا بأنّ له ان يفضلها، بينما ظاهر المنسوب الى الاكثر الاوّل، حيث عبروا بأنّ البكر تختص بسبع والثيب بثلاث.

واستدل للثانى بأنّ الامر فى مقام توهم الحظر، فلايدل على اكثر من الجواز دون الوجوب، مضافا الى ما فى عدّه من الروايات كموتق سماعه (هل يحل له ان يفضل واحده على الاخرى، قال(عليه السلام): يفضل المحدثه حدثان عرسها ثلاثة أيام اذا كانت بكرا ثم يسوى بينهما بطييه نفس احدهما على الاخرى(1)).

ودلالاتها ظاهره بقوه ان السؤال عن التفضيل هو فى مورد توهم الحظر ومن ثمّ عبر السائل (هل يحلّ له ان يفضل؟) مضافا الى ان التعبير فى جملة من روايات الباب (بأنّ له ان يفضل) عدا صحيح هشام بن سالم حيث قال(عليه السلام): يقيم عندها(2)، وصحيح محمد بن مسلم حيث ورد فيه فليت عندها(3).

وكذا مصحح الحسن بن زياد الصيقلى(4).

وكذا موتق سماعه المتقدم وقد عرف أنّه فى مورد توهم الحظر.

ص: ٣٤٧

- ١- (١) أبواب القسم، باب ٢ ح ٨.
- ٢- (٢) أبواب القسم، باب ٢ ح ٣.
- ٣- (٣) أبواب القسم، باب ٢ ح ٥.
- ٤- (٤) أبواب القسم، باب ٢ ح ٧.

وفى موثقه عبدالرحمان بن أبى عبدالله عن أبى عبدالله (عليه السلام) «كم يجعل للتى يدخل بها قال: ثلاثة أيام» (١) مضافاً الى ان ماده التفضيل ظاهره بقوه فى أنّ ذلك فضل يقوم به الزوج، لا انه استحقاق لها، كما ورد نظير هذا التعبير بالتفضيل بين النساء فى الليالى ما لم يكنّ أربعه.

فالظاهر هو الرجحان وان كان مراعاة التخصيص احوط مع ان تعبير المشهور بلفظ تختص البكر ليس صريح فى الوجوب.

ثم ان روايات الباب بين تخصيص البكر بسبعه والثيب بثلاث، وبين لسان ثانى وهو تخصيص البكر بثلاث كما فى صحيح الحلبي وموثق سماعه ومصحح حسن ابن زياد.

وفى صحيح عبدالرحمان بن أبى عبدالله ثلاثة أيام لمطلق وأيه الزوجه.

والظاهر أنّ له أن يخصها بثلاث فما فوق الى سبع، والثيب الى ثلاث، بل بناء على الاستحباب فله ان يتخير فى التفضيل ما شاء من الليالى، غاية منتهاه انه فى الثيب ثلاث وفى البكر سبع، بل لو بنينا على الاستحقاق لكان مخيراً فى البكر بين الثلاث فما زاد الى السبع.

الفرع الرابع: لا قسمه للصغيره ولا للمجنونه المطبقة ولا للناشزه: وتسقط القسمة وحق المضاجعه بالسفر وليس عليه القضاء.

حكى عدم الخلاف فى سقوط القسمة فى الصغيره والناشزه، واحتمل فى الجواهر العموم للصغيره التى يستمتع بها بغير الوطى، كما ذهب جماعه من

ص: ٣٤٨

المتأخرين الى وجوب النفقه لها فى ذلك الفرض، وبعد دعوى كونها ملتذّه بذلك، وكما يتأتى البحث فى الصغيره يتأتى فى وجوب تمكين وليها اياها للزوج ولو لاجل مايمكن من الاستمتاع أو لأُنس وسكن الزوج إليها، اذ الكون فى بيت الزوجيه هو احد الاغراض المهمه من الزواج، فهل يجب زفها الى الزوج، ام لا يستحق المطالبه بذلك الا بعد البلوغ؟

قال الشيخ فى المبسوط فى بحث النفقه: «وأما إذا كانا صغيرين فلانفقه لها عندنا، وقال آخرون: لها النفقه وإذا مرضت زوجته لم تسقط نفقتها بمرضها لأنها من أهل الاستمتاع ولأنه قد يألفها ويسكن إليها، وتفارق الصغيره بهذين المعنيين» وقال: «إذا كان كبيراً وهى مراهقه تصلح للوطى فالحكم فيهما سواء، وانما يفترقان فى فصل واحد وانه اذا كانت كبيره فالخطاب معها فى موضع السكنى والتمكين الكامل، وإذا كانت صغيره قام وليها مقامها فيه لو كانت كبيره على ما شرحناه» وظاهر كلامه ان الصغيره وإن لم يجب عليها التمكين للوطى ولم يجز وطئها الا أنه يستحق كينونتها فى بيته.

وأما على القول بعدم وجوب النفقه وعدم وجوب التمكين بغير الوطى فسقوط القسمه واضح، لأن التقابض فى الزوجيه مقيد ومعلق على البلوغ كالنسيئه فى اداء العوضين.

وعليه فجميع الحقوق من الطرفين معلق ادائها على البلوغ والتقابض حينه، وأما على القول بوجوب النفقه فى فرض التمكين فى غير الوطى فالظاهر عدم وجوب القسمه لانه كما مرّ أنّ القسمه هى من وجوب العشره ومع فرض عدم وجوب التمكين بالوطى فلايشملها ما

هو مقدمه له، وسيأتى تتمه الكلام فى بحث النفقه.

وأما المجنونه المطبقه فقد ينتظر فى سقوط القسمه لها فى صوره ادراكها لالتذاذ الحيوانى كما هو الغالب فى المجانين، وهو من الحقوق الراجعه للمرأه بلحاظ تلك الغريزه، هذا فضلا عن غير المطبقه، لاسيما مع تمكين نفسها له، نعم قد يشكل من جهه عدم استقامه العشره معها.

اما الناشزه فسقوط قسمتها كسقوط نفقتها، بل سقوط القسمه بالنشوز تدل عليه الآيه وبدلاله مستقله عن النفقه، وهو قوله تعالى: وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فِعْظُهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ

والبحث فى الآيه وان كان يحزر مفصلا فى مبحث النشوز والنفقات الا أنّ مجمل بيان ذلك أنّ الناشز تهجر فى المضجع، وقد مرّ فى اول مبحث القسم دلالة الآيه بالمفهوم على لزوم القسمه للمرأه والبيتوته معها.

ودلالاتها بالمنطوق على هجرها فى الفراش والمبيت، بأن يعتزلها.

وروى مرسلا فى مجمع البيان عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «يحول ظهره إليها» (١).

وذكر فى الشرائع أنّه مروي.

وعن الشيخ وابن ادريس ان يعتزل فراشها ويبيت على فراش آخر.

ص: ٣٥٠

١- (٢) مجمع البيان: ج ٣ ص ٨٠.

وقيل: ان لايبايتها فى المكان الذى تبيت فيه، وقيل انه كناية عن ترك الجماع.

والصحيح ان ذلك بحسب اختلاف الاحوال والموارد لاطلاق العنوان فى الآيه، مضافا الى فعل النبى صلى الله عليه وآله حيث اعتزل نساءه وأقام فى مشربه ام ابراهيم، حيث ان نشوزهن وان بدأ من بعضهن فى قصه العسل وغيرها الا انهن اشتركن فى ذلك بعده، وهو الذى يشير اليه قوله تعالى: عسى ربه ان يطلعكن ان يبدله ازواجا خيرا منكن مسلمات مؤمنات قانتان ثابتات... (1).

وأما السفر فالسقوط به محل اتفاق اجمالا، لانه وقع الخلاف فى ان السقوط به فيما هو سفر شرعى فيقضى مده الاقامه، وكذا فيما اذا كان سفره سفر انتقال، واستدل على اصل الحكم بسيرته صلى الله عليه وآله وسيره المتشرعه على عدم القضاء وعدم اصطحاب الازواج.

نعم ذلك محدد الى ما لا ينافى العشره بالمعروف من الحياه الزوجيه، وان لا تكون الزوجه كالمعلقه، وعن المبسوط لزوم قضاء ايام الاقامه، وعن جماعه الميل إليه استنادا الى ان ايام الاقامه ليست من السفر شرعا، وانها ملحقه بالحظر.

واشكل على القضاء باندراجها عرفا فى السفر، وان السيره على عدم الفرق بين ايام السفر والاقامه.

وعن موضع من المبسوط انه لو سافر بالقرعه، ثم نوى المقام فى

ص: ٣٥١

١- (١) التحريم: ٥.

بعض المواضع قضى للباقيات ما اقامه دون ايام الرجوع على اشكال.

وظاهر الاكثر عدم القضاء مطلقا.

الفرع الخامس: اذا شرع فى القسمة بين نسائه، كان له ابتداء من أى منهن شاء، وان كان الاولى والاحوط اليقين بالقرعه:

لاطلاق الادله، مع عدم الموجب للتخصيص، واما التعيين بالقرعه فلمراعاة العدالة فيما هو واجب من حقوق الزوجات.

الفرع السادس: تستحب التسوية بين الزوجات فى الانفاق والالتفات واطلاق الوجه والمواقعه وان يكون فى صبيحه كل ليله عند صاحبته وان يأذن لها فى حضور موت أبيها وأمها، وان كان له منعها عن ذلك، وعن عياده أبيها وامها فضلا عن غيرهما، وعن الخروج من منزله الا لحق واجب.

حكم العدل والتسوية بين الزوجات:

قد ذكرنا ان التسوية الواجبه المأمور بها فى قوله تعالى: **وَلَنْ تَسْتَبِيحُوا أَنْ تَعِدُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۗ** وقوله تعالى: **فان خفتم ان لاتعدلوا فواحدہ (۱).**

ان المراد هو فيما هو واجب من نفقه وحقوق الزوجه بقريته تقييد العدل المأمور به بنحو مطلق تقييده فى جانب الالزام بخصوص الميل كل

ص: ۳۵۲

الميل، بحيث يذر الزوجه المفضوله كالمعلقه وهذا يكون فيما هو واجب من نفقه وحقوق.

ويبقى اطلاق الامر بالعدل على حاله فى الرجحان من دون مخصص اذ القيد انما يخصص فى جهه الالتزام لا فى اصل الحكم، كما هو الحال فى طاعه الوالدين المأمور بها مع تقييد الالتزام بصلتها فى خصوص ترك الحقوق، وكذلك الحال فى طاعه الزوجه للزوج المأمور بها، فانها مقيده فى جهه الالتزام فى خصوص الحقوق الواجبه وهذا هو المستفاد من الروايات السابقه كما مر.

ففى معتبره الحسن بن زياد قال (عليه السلام): قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «ومن كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما فى القسم من نفسه وماله جاء يوم القيامه مغلولاً مائلاً شقه حتى يدخل النار»^(١) المحمول على الواجب لا التفضيل فى المستحب لجملة من الروايات العديده الصحيحه الداله على جواز التفضيل فى القسم الزائد على الواجب^(٢).

وكذلك الروايات الوارده فى التفضيل فى النفقه الزائده على الواجب كصحيح معمر بن خلاد ومعتبره عبد الملك بن عتبه الهاشمى^(٣).

وكذلك الروايات الوارده فى تفسير العدل غير المقذور^(٤) وغيرها من

ص: ٣٥٣

- ١- (١) أبواب القسم، باب ٤ ح ١.
- ٢- (٢) أبواب القسم، باب ١ و ٩.
- ٣- (٣) أبواب القسم، باب ١، وباب ٩ ح ٢.
- ٤- (٤) أبواب القسم، باب ٧.

وعن الصادق عن آبائه (عليهم السلام) ان النبي صلى الله عليه و آله كان يقسم بين نسائه في مرضه، فيطاف به بينهن (١).

وروى ان على (عليه السلام) كان له امرأتان، فكان اذا كان يوم واحده لا يتوضأ في بيت الاخرى (٢).

وقد تقدمت معتبره ابراهيم الكرخي حيث قال (عليه السلام): انما عليه ان يبيت عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها وليس عليه ان يجامعها اذا لم يرد ذلك (٣).

وان مفادها في الصبيحة ليس محمول على الاستحباب وانما المراد ان ايواؤه في النهار لا بد ان يكون من نصيب صاحبه الليله فيما لو كان له ايواء في النهار، كما هو الحال في ايواؤه في الليل انه ليس الواجب استغراق تمام الليل من اوله الى آخره، انما المراد عند ايواؤه المنزل والسكنى انّ اللازم عليه تخصيص زوجته بليله من اربعه، فالمقدار الليلي هو المقدار المتعارف في عرف التعاشر، لأنّ الاصل الفوقى الذى ينحدر منه هذا الحق هو عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ.

وأما الاذن لها في حضور موت والديها أو عيادتهما أو ارحامها، أو صديقاتها فسيأتى الكلام فيه.

١- (١) أبواب القسم، باب ٥ ح ٢.

٢- (٢) أبواب القسم، باب ٥ ح ٣.

٣- (٣) أبواب القسم، باب ٥ ح ١.

حكم خروج الزوجه من البيت:

ثم ان السيد الاصفهاني قد تعرض في بعض المسائل لجمله من حقوق الزوجين.

منها: ان لا تخرج من بيتها الا باذنه ولو الى أهلها أو لعياده والدها أو في عزائه الا لحق واجب وهذا النص بعينه في الشرائع والقواعد.

وعلل في كشف اللثام استحقاق الزوج للمنع باستحقاقه الاستمتاع بها في كل حين، والخروج ينافيه، ونظيره في الجواهر قال: لأن له الاستمتاع بها في كل زمان ومكان فليس لها فعل ما ينافيه من دون اذنه.

اقول: تعبيرهما بانّ ليس لها فعل ما ينافيه ولم يعبرا بانّه لا يجوز لها التصرف فيما يستحقه الزوج من دون اذنه لان الخروج من البيت ليس التصرف في منافع البضع وانما هو فعل ينافي قدره الزوج على التصرف فيما يملكه ويستحقه، ومقتضى ذلك ليس عموم المنع فلو كان مسافراً، أو خارج البيت في المقدار الذي تتيقن عدم رجوعه الى البيت لا يكون خروجها منافياً لقدرته على الاستمتاع، وبعبارة اخرى ليس خروجها مانعا لقدرته على الاستمتاع انما خروجه هو الحائل أو المانع بينه وبين الاستمتاع بما هو يملكه، فالوجه الذي ذكره لاعموم له في المنع فهو اخص من المدعى، ومن ثم ذهب غير واحد من اعلام العصر الى تقييد المنع بذلك، أي بما ينافي استمتاعه لا الاكثر من ذلك، لان وصف الخروج بالمنافي أي المزاحم يغير كونه تصرفاً في ما يستحق الزوج فعلى الاول يكون المنع مقيدا وعلى الثاني يكون المنع مطلقا.

وقد يقرب وجه ثانى للمنع مطلقاً، بأن يقرر ان مقتضى ماهيه وعقد الزواج ليس مجرد ملك البضع، بل كما مرّ فى صدر كتاب النكاح ان ماهيته مركبه من معنى آخر أيضاً وهو الاقتران، والاقتران بين الزوجين هو الذى يشير اليه قوله تعالى: وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ فَكُونَ الْمَرْءُ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ مَأْوًى لِلزَّوْجِ وَسْكِينَهُ لَهُ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِيَاسٍ لَهُنَّ ۚ.

فان هذه العناوين تبين هذا المعنى الثانى وان مقتضى عقد الزواج بناء رباطه اجتماعيه خاصه بين الطرفين تتولد منها رباطه روحيه، فلا يقتصر حق الزوج فى منافع واستمتاع البضع، بل كون الزوجه مأوى له، وكونه مأوى لها هى أيضاً من الحقوق، ومن ذلك يظهر ان مقتضى القاعده لا يقتصر فى حق الزوج المنافى لخروجها على حق الاستمتاع الجنسى بل له حق العشره والتعاشر معها، والسكنى والانس والمأنسه، ومن الواضح ان الخروج اجمالاً يعدّ تصرفاً فى الحق الثانى وليس مجرد منافع له، كما هو الحال فى حق الاستمتاع، ومن ذلك يظهر ان ما سيأتى من روايات الداله على المنع مطلقاً لاوجه لتأويلها على الاستحباب أو لمقدار ماينافى حق الاستمتاع فقط.

أما الروايات فهى على السن:

اللسان الاول: ماورد فى روايات مستفيضه(1) من الأمر بحبس

ص: ٣٥٦

١- (٣) أبواب مقدمات النكاح، باب ٢٤.

النساء فى البيوت، وسترهن بذلك، وهى وان كان مفادها بلحاظ تدبير الرجل كحكم من الآداب الا ان مقتضاه بدلاله الاقتضاء ولايته على ذلك، وان امر خزوجها بيد الزوج مطلقا.

اللسان الثانى: مادلاً صريحا على اشتراط خروج المرأه من بيتها باذن زوجها كصحيح عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: ان رجلاً من الانصار على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله خرج فى بعض حوائجه فعهد الى امرأته عهدا ان لاتخرج من بيتها حتى يقدم، قال: وان اباهها قد مرض فبعثت المرأه الى رسول الله صلى الله عليه وآله تستأذنه ان تعوده فقال: لا، اجلسى فى بيتك واطيعى زوجك، قال: فثقل، فارسلت اليه ثانياً بذلك، فقال: اجلسى فى بيتك واطيعى زوجك، قال: فمات أبوها فبعثت اليه ان أبى قد مات فتأمرنى ان اصلى عليه، فقال: لا، اجلسى فى بيتك واطيعى زوجك، قال: فدفن الرجل فبعث اليها رسول الله صلى الله عليه وآله : «ان الله قد غفر لك ولايبك بطاعتك لزوجك»(١).

وصحيحه عبدالله الكاهلى قال: قلت لأبى الحسن(عليه السلام): ان امرأتى وامرأه ابن مارد تخرجان فى المأتم فأنهاهما فتقول لى امرأتى ان كان حراما فانها عنه حتى نتركه، وان لم يكن حراما فلأى شىء تمنعنا، فاذا مات لنا ميت لم يجئنا احد قال: فقال أبو الحسن(عليه السلام): عن الحقوق تسألنى كان أبى(عليه السلام) يبعث امى وام فروه تقضيان حقوق اهل المدينة(٢).

ص: ٣٥٧

١- (١) أبواب مقدمات النكاح، باب ١٩١ ح ١.

٢- (٢) أبواب الدفن، باب ٦٩ ح ١.

وفى طريق الصدوق ان امرأتى واختى وهى امرأه محمد بن مارد، ومورد السؤال وان كان عن حكم خروج المرأه فى نفسه بغض النظر عن كونها زوجه أو غيرها، سواء كان حراما أو مكروها أو راجحاً، إلا أن المفروغ عنه عند السائل والمتشرعه آنذاك كما تفيد الصريحه ان امر خروج الزوجه من البيت هو بيد الزوج وان لم يكن منافيا لحق استمتاعه، وفى جوابه (عليه السلام) تقرير لهذا الارتكاز أيضاً، كما ان ما يحكيه (عليه السلام) من فعل والده (عليه السلام) كذلك، كما أنه يستفاد من هذا الصحيح رجحان اذن الزوج لخروج المرأه فى الموارد الراجحه كما هو مورد الروايه من اداء حقوق الناس من مواساتهم فى العزاء على موتاهم، فصله الرحم أوجب.

أمّا ما فى صحيح عبدالله بن سنان فمحمول على خصوصيه المورد حيث لم يأذن الزوج فى خروجها ولم يمكنها الاستئذان منه، بل فى أمثله الصحيحه لابد من حملها على التزام بين صله الرحم الواجب، وحقوق الزوج الراجحه كطاعته والانقياد إليه، وإلا ففى موارد صله الرحم بالمقدار الواجب فلا- عموم لولا-يته وحقه على المرأه فى تواجدتها فى بيته، اذ هذه الحقوق كما مرّ هى تدرج تحت عنوان العشره بالمعروف وصله الرحم بالمقدار الواجب لاريب أنها من المعروف، ومن ثمّ يحمل قوله صلى الله عليه وآله للانصارىه امّا على اراده تأسيسه صلى الله عليه وآله و آله لاهميه طاعه الزوج وتربيته للناس عليها، أو على تشدد زوجها فى ذلك المورد، أو انّ عذرهما فى غيبوبه زوجها مع تأكيد عليها بعدم الخروج يمانع صدق قطعها لرحمها ويبين اهميه طاعه الزوج على طاعه الابوين كما سيأتى بيانه.

ويعضد تقييد ولايه الزوج على المرأه فى شؤونها وكذا فى المكث فى

منزله، بغير معصيه الله وبغير الحقوق الواجبه عليها، ماورد في صحيح عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: ليس للمرأة امر مع زوجها فى عتق، ولا- صدقه ولا تدبير ولا هبه ولا نذر فى مالها الا باذن زوجها، الا فى زكاه أو بر والديها أو صله قرابتها(١).

فاستثنت هذه الموارد الثلاثة من ولايته.

وصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر(عليه السلام) قال: «جاءت امرأه الى النبى صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة فقال لها:... ولا-تخرج من بيتها الا باذنه وان خرجت بغير اذنه لعنتها ملائكه السماء وملائكه الارض وملائكه الغضب وملائكه الرحمه حتى ترجع الى بيتها»(٢) الحديث.

ومثلها رواه العزرمى(٣). وحديث المناهى الذى رواه الصدوق بسنده فى الفقيه عن جعفر بن محمد عن آبائه(عليهم السلام) قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن تخرج المرأة من بيتها بغير اذن زوجها فان خرجت لعنها كل ملك فى السماء وكل شىء تمر عليه من الجن والانس حتى ترجع الى بيتها»(٤).

وروايه عبدالعظيم الحسنى عن محمد بن على الرضا(عليه السلام)، عن آبائه عن على(عليه السلام) من قوله صلى الله عليه وآله ... وأما المعلقه برجليها فانها كانت تخرج من بيتها

ص: ٣٥٩

١- (١) أبواب النفقات، باب ٥ ح ١.

٢- (٢) مقدمات النكاح، باب ٧٩ ح ١.

٣- (٣) مقدمات النكاح، باب ٧٩ ح ٢.

٤- (٤) أبواب مقدمات النكاح، باب ٨ ح ٦.

بغير اذن زوجها(١).

وعن السكوني عن جعفر عن أبيه: «وايما امرأه خرجت من بيتها بغير اذن زوجها فلانفقه لها حتى ترجع»(٢).

الحق الثاني : حق الطاعة للزوج:

والمعروف لدى متأخرى العصر وكذا ظاهر الحلبي في الكافي، وكذا الشهيد في المسالك، وابن زهره في الغنيه والشهيد في اللمعه والمحقق في الشرايع ان المقدار اللازم من طاعه الزوجه للزوج انما هو في حقوقه الواجبه، كحق الاستمتاع، والتمكين، وان لا تُسَىء العشره معه والاخلاق، قال المفيد في أحكام النساء «وعلى المرأه أن تطيع زوجها وان لا- تعصيه الا فيما حذر الله تعالى»(٣).

والأظهر من الأدله ان الطاعه اللازمه أوسع عن ذلك فضلا عن المستحبه، لابعنى ثبوت حقوق خاصه للزوج غير المنصوص عليها بالخصوص، بل بمعنى ان زمام التدبير معيشه الزوجين، وبيت الزوجيه والاسره هو بيد الزوج وولايته كما هو الحال في الاب والاولاد، فإنّ ولايته عليهم وان كانت اشد قبل البلوغ منها بعد البلوغ، الا أنّ في الموضوعات المعيشيه المشتركه فإنّ ولايه الأب مقدّمه على ولايه الاولاد كتزويج الحفيد الصغير، نظير ما في قوله تعالى: وَآتَمَرُوا بِبَنَاتِكُمْ بِمَعْرُوفٍ

ص: ٣٦٠

١- (١) أبواب مقدمات النكاح، الباب ١١٧ ح ٧.

٢- (٢) أبواب نكاح العبيد والاماء، باب ٣٦ ح ٤.

٣- (٣) أحكام النساء: ص ٣٨.

وَإِنْ تَعَايَرْتُمْ فَسْتَزْعُ لَهٗ أُخْرَىٰ ۙ الْوَارِدَةُ فِي تَدْبِيرِ اِرْضَاعِ الطِّفْلِ، وَبِعِبَارِهِ أُخْرَىٰ أَنْ أَىِّ اجْتِمَاعٍ كَبِيرٍ أُمٌّ صَغِيرٍ شَأْنُهُ كَالسَّفِينَةِ يَحْتَاجُ إِلَىٰ رِيَّانٍ، فَكَذَلِكَ الْاِسْرَهُ وَبَيْتَ الزَّوْجِيهِ، وَرَبَانِهَا بِمَفَادِ الْآيَةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ.

بل ذيله أيضاً فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً.

وهذا الذيل حافل بدلالات عديدة داعمه لدلاله الصدر من قواميه الرجال على النساء، الذي هو بمعنى القيم على شؤون المولى عليه، منها: لفظ قانتات الذي هو بمعنى طائعات كما في تفسير القمي في روايه أبي الجارود عن أبي جعفر (عليه السلام) في قوله: (قانتات) يقول مطيعات (١).

اذ القنوت في اللغة كما في مفردات الراغب: (لزوم الطاعة مع الخضوع) وفُسر بكل واحد منهما.

ومنها المقابله للقانتات في الآية مع واللاتي تخافون نشوزهن .

ومنها أيضاً توليه الزوج تأديب المرأة فإن ولاية التأديب انما تسند للقيم ولوفرز ان متعلق التأديب في مورد الآية هو نشوز المرأة وتمرداها

ص: ٣٤١

عن الحقوق الخاصه للزوج المنصوصه، فإن ذلك لا يضر بدلاله هذه القرينه، ومن ثم فإن هذه الولايه لم تعطى للمرأة عند نشوز الزوج دونها بل الذى سُوِّغ لها ان ترفع امرها الى الحاكم الشرعى، اذ هو ولى الممتنع، فولايه التأديب بنفسها داله على المطلوب، هذا مع ان تقييد متعلق النشوز فى الآيه بالحقوق المنصوصه فقط أول الكلام.

ومنها قوله تعالى: فَإِنْ أَطَعْتُمْ كُمْ حَيْثُ أَنْ لَفْظ وَماده الطاعه وان اريد منها اداء الحق الا ان المعنى يتضمن خضوع وانقياد ومن ثم لم يعبر عن اداء الزوج لحقوق المرأة بالطاعه بل اطلق على ذلك فى قوله تعالى: ب- فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ فِي الْعَدِيدِ مِنَ الْآيَاتِ وَلَفْظِ الْإِمْسَاكِ بِنَفْسِهَا هِيَ الْآخَرَى دَالَهُ عَلَى أَنَّ الْمَسَاكَةَ لِأُمُورِ الزَّوْجِ هُوَ الزَّوْجُ وَالْمَسْمُوكَةُ هِيَ الزَّوْجَةُ، فاستعمل تسلط الزوج وولايته فى مقام اراده اداءه الحق للزوجه وفى ذلك دلالة بيّنه على ولايته اجمالاً.

ومنها قوله تعالى: فَالضَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ وَهَذِهِ الْجُمْلَةُ الْاسْمِيَّةُ تَفِيدُ تَحْدِيدَ وَتَعْرِيفَ مَا هِيَ الصَّلَاحُ فِي النِّسَاءِ بَانَ اسَاسَهَا قَائِمٌ عَلَى طَاعَةِ الْإِزْوَاجِ.

وفى الكافى حسنه عبد الله بن ميمون القداح عن الصادق (عليه السلام) عن آبائه (عليهم السلام) عن النبى صلى الله عليه وآله : ما استفاد امرء مسلم فائده بعد الاسلام افضل من الزوجه مسلمه تسره اذا نظر اليها، وتطيعه اذا امرأها وتحفظه اذا غاب عنها فى نفسها وماله (1).

ص: ٣٤٢

١- (١) الكافى: ج ٥ ص ٣٢٧. الوسائل: أبواب مقدمات النكاح، باب ٩ ح ١٠.

وأما الروايات فهي على طوائف:

الطوائف الأولى: الداله على أنّ احق الناس بالمرأه هو زوجها أى أنّه ولي لها، وأنّه اولى بها من أيها، كمعتبره أبى بصير عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: «سألته عن المرأه تموت، من احق ان يصلّى عليها؟ قال: الزوج، قلت: الزوج احق من الاب والابن والولد؟ قال: نعم» (١). ومثلها روايه اسحاق ابن عمار» (٢).

ومنها ما مفاده مصرح بالامر بطاعتها له كصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «جاءت امرأه الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله ما حق الزوج على المرأه، فقال لها: أن تطيعه ولا تعصيه... قالت: يا رسول الله من أعظم الناس حقاً على الرجل قال: والده، قالت: من أعظم الناس حقاً على المرأه، قال: زوجها، قالت: فما لى عليه من الحق قال: لا ولا من كل مائه واحده، قال: فقالت: والذي بعثك بالحق نبياً لا يملكك رقبتى رجل أبداً» (٣) والذيل مناسب للطائفة الأولى.

وفى صحيحه أبى الصباح الكنانى عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا صلّت المرأه خمساً وصامت شهراً (وحجّت بيت ربها) واطاعت زوجها وعرفت حق على (عليه السلام) فلتدخل من أى أبواب الجنه شاءت» (٤).

ص: ٣٦٣

-
- ١- (١) أبواب صلاه الجنازه، باب ٢٤ ح ١.
 - ٢- (٢) أبواب الجنازه، باب ٢٤ ح ٣.
 - ٣- (٣) أبواب مقدمات النكاح، الباب ٧٩ ح ١.
 - ٤- (٤) أبواب مقدمات النكاح، الباب ٧٩ ح ٤، الكافى: ج ٥ ص ٥٥٥.

وصحيح سليمان بن خالد (الأقطع) عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «ان قوماً اتوا رسول الله صلى الله عليه وآله فقالوا: يا رسول الله: أنارأينا اناساً يسجد بعضهم لبعض فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: لو أمرت أحداً ان يسجد لاحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها» (١).

ومعتبره موسى بن بكير عن أبي ابراهيم (عليه السلام) قال: جهاد المرأة حسن التبعل (٢). والتبعل فى اللغه اطاعه الزوج، والسجود فى الصحيحه السابقه رمز لشده الطاعه. والحديث دال على ان طاعه الزوجه للزوج اوجب من طاعه الولد للابوين كما مرّ.

الطائفه الثانيه: ومنها ما كان بلسان حرمه اسخاط المرأة زوجها كمعتبره موسى بن بكر عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: ثلاثه لا يرفع لهم عمل، عبد آبق، وامراه زوجها عليها ساخط والمسبل ازراه خيلاء (٣).

وفى روايه سعد بن عمرو الجلاب قال: «قال أبو عبد الله (عليه السلام): أى ما امرأه باتت وزوجها عليها ساخط فى حق لم يتقبل منها صلاه حتى يرضى عنها» (٤).

وموثق السكونى عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «انما

ص: ٣٦٤

- ١- (١) أبواب مقدمات النكاح، الباب ٨١ ح ١.
- ٢- (٢) أبواب مقدمات النكاح، الباب ٨١ ح ٢.
- ٣- (٣) أبواب مقدمات النكاح، الباب ٨٠ ح ٢.
- ٤- (٤) أبواب مقدمات النكاح، الباب ٨٠ ح ١.

المرأه لعبه من اتخذها فلا يضيعها»(١).

ومفاد هذا الموثق من اللسان الاوّل حيث له دلالة اجمالية على ولايه الزوج على المرأه، وموثق سماعه عن أبي عبدالله(عليه السلام) قال: «اتقوا الله في الضعيفين يعني بذلك اليتيم والنساء»(٢)، ومفادها ان المرأه تحت ولايه الرجل كما ان اليتيم تحت ولايه القيم.

الطائفة الثالثة: ما في صحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله(عليه السلام) قال: ليس للمرأه امر مع زوجها في عتق ولا صدقه ولا تدبير ولا هبه ولا نذر في مالها الا باذن زوجها الا في زكاه أو بر والديها أو صلته قرابتها(٣).

وكذا الصحيح الى جميل بن دراج عن بعض أصحابنا «في المرأه تهب من مالها شيئاً بغير اذن زوجها، قال: ليس لها»(٤).

وفي صحيح معاوية بن وهب قال: قلت لأبي عبدالله(عليه السلام) امرأه لها زوج فأبى ان يأذن لها في الحج ولم تحج حجه الاسلام فغاب عنها زوجها وقد نهاها ان تحج فقال: لا طاعه له عليها في حجه الاسلام ولا كرامه، لتحج ان شاءت(٥).

ومثلها صحيح محمد بن مسلم(٦)، وقريب منه صحيح زراره(٧).

ص: ٣٦٥

- ١- (١) أبواب مقدمات النكاح، الباب ٨٦ ح ٢.
- ٢- (٢) أبواب مقدمات النكاح، الباب ٨٦ ح ٣.
- ٣- (٣) أبواب النفقات، الباب ٥ ح ١.
- ٤- (٤) أبواب النفقات، الباب ٥ ح ٢.
- ٥- (٥) أبواب وجوب الحج، باب ٥٩ ح ٣.
- ٦- (٦) أبواب وجوب الحج، باب ٥٩ ح ١.
- ٧- (٧) أبواب وجوب الحج، باب ٥٩ ح ٤ و ٥.

وصحيح عبدالرحمان بن أبى عبدالله (١)، وصحيح معاويه بن عمار (٢).

وفى موق اسحاق بن عمار عن أبى الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن المرأه الموسره قد حجت حجه الاسلام تقول لزوجهها احجنى من مالى أله ان يمنعه من ذلك قال: نعم ويقول لها: حقى عليك أعظم من حقك على فى هذا (٣).

وفى طريق الصدوق تقول لزوجهها (احجنى مره اخرى) نعم فى مقابل هذه الروايات قد يستدل بما ينافيها فى صحيح الحلبي عن أبى عبدالله (عليه السلام) ان اباه حدثه ان أمامه بنت أبى العاص بن الربيع وأمها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وآله فتزوجها بعد على (عليه السلام) المغيره بن نوفل أنها وجعت وجعا شديداً حتى اعتقل لسانها، فاتاها الحسن والحسين وهى لاتستطيع الكلام، فجعل يقولان -والمغيره كاره لما يقولان - : اعتقت فلان واهله؟ فتشير برأسها: ان نعم، وكذا وكذا، فتشير برأسها: نعم أم لا، قلت: فجازا ذلك لها؟ قالا: نعم (٤).

وهذه الطائفة رغم اختلاف الاقوال بين الأصحاب فيها من أنّ مفادها هل هو شرطيه اذن الزوج فى هذه الأبواب الخمسه أو مانعيه منعه ورفضه، أو ان له خيار الفسخ، أو أنّ كراهه الزوج وممانعته يوجب

ص: ٣٦٦

- ١- (١) أبواب وجوب الحج، باب ٥٩ ح ٤ و ٥.
- ٢- (٢) أبواب وجوب الحج، باب ٥٨ ح ٤.
- ٣- (٣) أبواب وجوب الحج، باب ٥٩ ح ٢.
- ٤- (٤) أبواب العتق، باب ٤٤ ح ١ وأبواب الوصايا باب ٤٩ ح ١.

مرجوحيه متعلق النذر فلا ينعقد. وكذا ما يعتبر فيه الرجحان في المتعلق كالصدقه والعتق والتدبير؟ ولعله هذا الأخير هو الأقوى ولا سيما وان لسان هذه الطائفة من الروايات وسياقها هو سياق طاعة الزوج من جهة الزوجيه وأنه قوام على شؤون المرأه، ومن ثمّ اردف هذا اللسان في بعض الروايات مع نفى النذر للولد مع والده، والمملوك مع مولاه، ففي صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يمين لولد مع والده ولا لمملوك مع مولاه ولا للمرأه مع زوجها ولا نذر في معصيه ولا يمين في قطيعه (١) الحديث.

ومن ثم يحمل صحيح الحلبي من نفوذ العتق على كون موردها أمّا الوصيه في الثلث، وفي مورده لانفوذ طاعة الزوج أو نحو ذلك، ويعضد هذا الاستظهار أنّ مشهور المتقدمين والمتأخرين من الطبقة الثالثه لم يمنعوا صحه هبه المرأه من مالها وانما اشترطوا اذن الزوج في اليمين والنذر، ويعضده أيضاً ظاهر صحيحه منصور حيث أنّ في ذيلها قرينه على كون النفي في المقام لماهيه اليمين من جهة مرجوحيه المتعلق، ومن ثمّ قدّر الجماعه لفظه النهي، أي مع نهى زوجها.

وقد يشكل على دلالة الطوائف السابقه:

اولاً: ان عنوان احقيه الزوج من غيره على المرأه ليس بناص على الوجوب، بل مفاده ينسجم مع الحقوق الراجحه المستحبه.

ثانياً: ان عنوان طاعة الزوجه للزوج مبهم غير مفسّر فلا اطلاق له

ص: ٣٦٧

فى غير مانص عليه بالخصوص من الحقوق اللازمه.

ثالثاً: ان طاعه الاب كما هو محرر فى محله ليست واجبه على اطلاقها وانما المقدار اللازم منها هو حرمة العقوق، وبعبارة اخرى ان طاعه الاب على حذو طاعه الام، وطاعه الام ليست ولايه لها، وانما هو بر وحسن معامله.

رابعاً: لازم دعوى لزوم عموم الطاعه استحقاق الزوج لافعال ومنافع المرأه وصيرورتها بمنزله الأمه، وان استثنينا الشؤون المختصه بالمرأه وقصرناها على الشؤون المشتركه بينهما فلاحد فاصل يمكن أن يعول عليه فى التمييز بين القسمين.

والجواب ان المدعى ليس اثبات حقوق خاصه للزوج وراء الحقوق المنصوصه، وانما المراد ان هناك بين الزوجين عشره مشتركه وهذه العشره والحياه بين الطرفين لابد فيها من تدبير وتوزيع للاعباء والمسؤوليات بين الطرفين بمقتضى كينونه المعيشه، فتوزيع المسؤوليات بنمط عادل لابد منه لا بنحو مجحف لطرف على الطرف الآخر، كما ان القيمومه على هذا التدبير أيضاً أمر لابد منه، وإلا فلا تحصل عشره بين الطرفين، وحينئذ فلامحاله تكون قواميه بحسب الادله للزوج كما ان اللازم عليه هو التدبير بالعدل بينه وبين امرأته، فاذا لم تكن الزوجه موافقه له عصيه عليه فى التدبير متمرده على قواميته، فهذا هو النشوز الذى سيأتى تعريفه وبحثه، وان كلام المشهور فى تعريفه هو فى مقابل الطاعه ولم يقصروه على خصوص الحقوق المنصوصه، وليس مدار الطاعه على كونه مالكا لجميع منافع افعالها كما هو الحال فى الأمه، بل هو فى خضوعها وانقيادها له بدرجة قيموميته على تدبير

الامور المعيشيه فيما بينهما، كما ورد من تناصف اعمال واعباء العشره المشتركه بين علي وفاطمه بتنصيب من النبي صلى الله عليه وآله ، فليس كل رغبات الزوج الاقتراحيه هي اوامر واجبه الطاعه على الزوجه، وانما في دائره ما يرتبط بالتدبير والتوزيع والتناصف العادل في المسؤوليات وضروريات العشره المشتركه، فليس معنى قواميه الزوج وحق طاعته هو تشدده واجحافه بالمرأه، كما أنه ليس معنى تخصيص حقوق الزوج بالتمكين والقسم ونحوهما بمعنى ان تكون المرأه مشاكسه غير موافقه للزوج في نظم المعيشه، بل اللازم على الزوجه وراء الحقوق المنصوصه بالخصوص له ان لا تكون المرأه منافره لزوجها ومفارقة له في تدبيره وقيمومته للمعيشه المشتركه بينهما، كما ان الزوجه لا تختص حقوقها بالحقوق المنصوصه فقط، بل اللازم على الزوج أيضاً هو ان ينصفها وينصفها ولا يشق عليها امرها كما ورد في النصوص العديده، وهذا الحق هو مفاد ما قدمناه في صدر بحث حقوق الزوجين من وجوب حسن العشره على كل طرف على الطرف الآخر، نظير ماورد في صله الرحم ان الواجب على الطرفين المحافظه على هذه الصله وان قطعها الآخر، وان الله يعاقب الذي اسىء إليه وظلم اذا عامل رحمه بالمثل، وقطع الصله من طرفه، ومن ثم ورد في روايه أبي بصير المتقدمه ان المرأه اذا اسخطت زوجها فعليها الوزر وان كان ظالماً(١).

وهذا ليس بمعنى اقرار الظالم على ظلمه وتغريه على التماذي، بل

ص: ٣٦٩

١- (١) أبواب مقدمات النكاح، باب ٧٩ ح ٣.

بمعنى لزوم المحافظه على صله الحياه الزوجيه كما هو الحال فيما ورد فى الزوج أيضاً حيث روى الصدوق فى عقاب الاعمال عن النبى صلى الله عليه وآله «انَّ المرأه المؤذيه لزوجها لا يقبل الله اعمالها ومعادها النار، وكذلك الرجل اذا كان مؤذياً ظالماً لها وانَّ من صبر على سوء خلق امرأته واحتسبه اعطاه الله من الثواب العظيم»(١).

ومن ثم يتبين ان العشره بين الزوجين فيها حق الهى وحدود الله تعالى كما ورد فى قوله تعالى: فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله تلك حدود الله بينها لقوم يعلمون(٢)، وقوله تعالى: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ٣.

ومن ثم يظهر ان العشره بين الزوجين حق مشترك كالقسمه، وحق إلهى أيضاً، غايه الامر ان هذه العشره المشتركه لا بد أن تكون بتدبير الزوج المنصف بين الطرفين، وهذا هو ملخص تفسير حق الطاعه العام فى غير الحقوق الخاصه، وبذلك يتبين تفسير النشوز من طرف واحد أو من الطرفين وهو الشقاق.

ص: ٣٧٠

١- (١) أبواب مقدمات النكاح، باب ٨٢ ح ١.

٢- (٢) البقره: ٢٣٠.

الحق الثالث: حق العشرة بالمعروف بين الزوجين:

وسياتى ذكر هذا الحق مبسوطاً فى المقام الثانى من القاعده، والذى هو فى حد ذاته بمثابة قاعده فقهيه مسقله.

وسيتبين لاحقاً أنّ وجوب العشره بالمعروف فى جمله من المصاديق المنصوصه بالخصوص وإن كانت واجبه، كالفقه، والمواقعه والسكنى، والقسم، وتمكين الزوجه للزوج، وأن لا تخرج من البيت الا باذنه، ونحوها من الموارد المنصوصه. الا أنه تبقى الموارد الاخرى العاديه غير المنصوصه تابعه الى بناء العرف فى آلياته، والعشره بالمعروف وان كانت من العناوين المتفاوته شده وضعفاً، وكيفيه وكماً، كصله الرحم، الا أنّ المقدار اللازم هو ادنى المراتب بحيث يلزم من تركها القطيعه والهجران والتدابير، فما يظهر من كلمات متأخرى الاعصار من حصر العشره بالموارد المنصوصه غير تام، ومن ثم جعل المشهور سوء الخلق وشكاسته من موارد النشوز، وكذلك لو تغيرت عاده احدهما فى القول أو الفعل، وقد تقدم أيضاً ان اداره العشره بقيمومه الزوج على الزوجه.

ومما يدل على هذه السعه من العشره بالمعروف الاعم من الحقوق الخاصه قوله تعالى: **وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۗ** وهى وان فسرت عند البعض بعدم مضارتهن بالسكنى والتضييق عليهن ليلجأن الى الخروج بقرينه الأمر قبل ذلك باسكانهن اسكنوهن الا ان الظاهر هو النهى عن مطلق المضاره والمضايقه كما فى قوله تعالى: **وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ**

ص: ٣٧١

ما آتَيْتُمُوهُنَّ ۱ إِلَّا- أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا^٢.

الحق الرابع : حق التمكين والاستيلاء:

ويقتضيه ماهيه عقد النكاح من تملك الزوج منافع الاستمتاع الجنسي بالزوجه، ومن المنافع المتعارفه التي تملكك اتخاذها حرثاً للاستيلاء، وكذلك تملكك تدبير شؤون معيشه المرأه، وهذا موضع ثالث لتملك الزوج كما مرّ في طاعه الزوجه للزوج. ويدل على الاول قوله تعالى: فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ^٣.

وقوله تعالى: نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنْى شِئْتُمْ^٤.

والإتيان فى الآيه ليس مجرد الجواز، بل بيان لاستحقاق الزوج، وتوصيف النساء بالحرث فى الآيه الثانيه كناية عن الاستيلاء وانبات الجنين فى ارحامهن فعن الصادق(عليه السلام) «فالحرث الزرع فى الفرج فى موضع الولد»^(١).

وقوله تعالى: هُنَّ لِيَابِسٌ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِيَابِسٌ لَهُنَّ ٦ أى يستعفف كل بالآخر ويقضى وطره به فيعفّ ويكون بمثابة الساتر له عن ارتكاب

ص: ٣٧٢

الفواحش، وبدو القبائح من حاجيات العوره.

وكذا قوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ... ١ وقد تقدم شرح الآيه مفصلاً فى حق الطاعه.

وكذلك قوله تعالى: وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنِينَ وَحَفَدَةً ٢ ومفادها كآيه الحرث، وصدورها يفيد تملك الاستمتاع.

وقوله تعالى على لسان لوط (عليه السلام) أتأتون الذكران من العالمين وتذرون ما خلق لكم ربكم من أزواجكم بل أنتم قوم عادون (١) ومفادها تملك الأزواج الاستمتاع بالزوجات، وغيرها من الآيات الداله على شعب تملك الزوج.

وأما الروايات:

ففى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام) عن النبى صلى الله عليه و آله الوارد فى حقوق الزوج: «... ولا-تصوم تطوعا الا باذنه ولا تمنعه نفسها وان كانت على ظهر قتب» (٢).

وفى روايه العزرمى عن أبى عبدالله (عليه السلام) عن النبى صلى الله عليه و آله فى حقوق الزوج «.. وعليها ان تطيب بأطيب طيبها وتلبس أحسن ثيابها وتزین

ص: ٣٧٣

١- (٣) الشعراء: ١٦٦.

٢- (٤) أبواب مقدمات النكاح، باب ٧٩ ح ١.

بأحسن زينتها وتعرض نفسها عليه غدوه وعشيه»(١) ومثله روايه أبى بصير(٢)، وصحيح على بن جعفر(٣).

وقد وردت جمله من الروايات ناهيه عن اسخاط المرأة زوجها كما فى صحيحه على بن جعفر فى كتابه عن أخيه(عليه السلام) قال: سألته عن المرأة المغاضبه زوجها هل لها صلاه أو ما حالها؟ قال: لا تزال عاصيه حتى يرضى عنها(٤).

وفى صحيح جميل بن دراج... أنها لو قالت له مارأيت قط من وجهك خيراً فقد حبط عملها(٥)، وغيرها من الروايات(٦).

وفى بعضها شدة العقوبه على ذلك(٧)، وفى جمله أخرى النهى عن تأخير الاجابه(٨).

وهذه الروايات وان كان يستفاد منها ما مرّ من لزوم حسن العشره والانقياد، الا أنها أيضاً داله على المقام من جهه ان سوء العشره منافی ومنفر للتمكين.

وهناك جمله من الروايات المتضمنه للتوصيه بصفات معينه فى المرأة

ص: ٣٧٤

- ١- (١) أبواب مقدمات النكاح، باب ٧٩ ح ٢.
- ٢- (٢) أبواب مقدمات النكاح، باب ٧٩ ح ٣.
- ٣- (٣) أبواب مقدمات النكاح، باب ٧٩ ح ٥.
- ٤- (٤) أبواب مقدمات النكاح، باب ٨٠ ح ٨.
- ٥- (٥) أبواب مقدمات النكاح، باب ٨٠ ح ٧.
- ٦- (٦) أبواب مقدمات النكاح، باب ٨٠.
- ٧- (٧) أبواب مقدمات النكاح، باب ٨٢.
- ٨- (٨) أبواب مقدمات النكاح، باب ٨٣.

التي تتخذ أمًا لولده، أى يستولدها(١).

وهذه الروايات متضمنه للدلالة على الحقوق السابقة كحق الطاعة للزوج والتمكين والاستيلاء.

الحق الخامس : حق المواقع للزوجه:

ويظهر من كلمات الاصحاح فى باب الظهار والايلاء أنّ هذا الحق للمرأة محدد بأربعة أشهر، وقد مال عدّه من المعاصرين إلى ان مقتضى حسن العشره من الزوج تلبية حاجه المرأة من المواقع بحسب غلمتها.

ويدل عليه قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ٢.

حيث أنّ الايلاء عباره عن الحلف على ترك وطى الزوجه الدائمه زياده على الاربعه أشهر للاضرار بها، ومقتضاه استحقاق المرأة للوطى كل أربعه أشهر لأنّ المراد من (فىء) فى الآيه جماع الرجل ووطيه للمرأة، وحصر الآيه للرجل بالشقين الفىء أو الطلاق، نظير الحصر فى فَمَسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ، كما هو مطرد هذا الحصر فى حقوق المرأة كما حرّر بيانه(٢) ويحرر تكملته فى النشوز والشقاق(٣).

ص: ٣٧٥

١- (١) أبواب مقدمات النكاح، باب ٦، ٧، ٨، ٩، ١٣، ١٤، ١٥، ١٦ وغيرها من الأبواب.

٢- (٣) وفى شرطيه الكفاهه فى العقد، كما حرر فى سند العروه الوثقى، كتاب النكاح ج ٣.

٣- (٤) فى نشوز الزوج.

وأما الروايات فيدل عليها صحيحه صفوان بن يحيى عن أبي الحسن الرضا(عليه السلام) أنه سأله عن الرجل تكون عنده المرأة الشابه فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الاضرار بها، يكون لهم مصيبه، يكون في ذلك آثما؟ قال: اذا تركها أربعة أشهر كان آثما بعد ذلك(١).

وفى طريق آخر للشيخ زاد «إلا أن يكون باذنها».

وتوصيف المرأة بالشابه مشعر بحاجتها للغلمه اذ الشبب اشتعال النمو والشهوه، كما أنّ التعبير بالاضرار هو الآخر يفيد أنّ ذلك بحسب حاجتها الملحه، وهذا كما يفيد أنّ ذلك استحقاق لها يفيد أيضاً ان الحدّ غير مقدّر بالاربعه اشهر وانما ذلك سقف اعلى، وبيان آخر ان تحديده(عليه السلام) بأربعه أشهر انما هو في مورد عدم اراده الاضرار بالمرأه، وان الرجل مبتلى بمانع، وهو كالعذر، والا فمقتضى امساكه لها بالمعروف لا بالاضرار هو ان يأتيها عند شده حاجتها وان كان دون الأربعة اشهر، وبعبارة ثالثه أنّ المرتكز لدى الراوى بنحو مقدر في كلامه ان ترك مواقع المرأة اذا اوجب اضرارها محرم، ويستفاد من جوابه(عليه السلام) تقرير ذلك الارتكاز فلو افترض ان امرأه لم تكن مغتلمه ولم تلح عليها الحاجه والشهوه فانها تستحق أيضاً المواقعه كل أربعة أشهر وان لم يضرب بها.

وصحيح الحلبي قال: سألت أبا عبدالله(عليه السلام) عن الرجل يهجر امرأته من غير طلاق ولايمين سنه فلايأتي فراشه قال: ليأتي أهله، وقال(عليه السلام): «أيما رجل آلى من امرأته - والايلاء أن يقول والله لا اجامعك كذا وكذا، والله

ص: ٣٧٤

لا غيظَتيك ثم يغاضبها، فإنه يتربص به أربعة أشهر ثم يأخذ بعد الأربعة أشهر فيوقف فان فاء - والايفاء ان يصلح أهله»(١) الحديث، وغيرها من الروايات المستفيضه في باب الايلاء المحدده لمدته الامهال للمؤلى بذلك، وأنه بعد تلك المده لها الحق ان تستعدى عليه كما في صحيح البخارى(٢).

وفى صحيح بريد بن معاويه عن أبى جعفر وأبى عبدالله انهما قالوا: اذا آلى الرجل ان لا يقرب امرأته فليس لها قول ولا حق فى الأربعة أشهر ولا اثم عليه فى كفه عنها فى الأربعة أشهر فإن مضت الأربعة أشهر قبل أن يمسها فسكتت ورضيت فهو فى حل وسعه، فان رفعت امرها قيل له اما ان تفىء فتمسها واما ان تطلق»(٣) الحديث.

ومفاد الصحيح صريح فى مطابقه قول المشهور من ان حقها فى المواقع هو فى كل أربعة أشهر وان الفىء بمعنى المس.

وفى صحيح ابن أبى نصر «... اما ان تطلق وأما أن تمسك»(٤).

وفى روايه العياشى عن الرضا(عليه السلام) «والامساك الميسس»(٥).

هذا ويحتمل قريباً ان التحديد بالأربعة أشهر ليس لنفس حق المواقع وانما هو لحق استعداد الزوج على الزوج، واستحقاق الزوجه لإجبار

ص: ٣٧٧

- ١- (١) أبواب الايلاء، باب ١ ح ١.
- ٢- (٢) أبواب الايلاء، باب ١ ح ٢.
- ٣- (٣) أبواب الايلاء، باب ٢ ح ١.
- ٤- (٤) أبواب الايلاء، باب ٨ ح ٥.
- ٥- (٥) أبواب الايلاء، باب ٨ ح ٧.

الحاكم الزوج على اداء حقها، وان حق المواقعه يدور مدار عدم الاضرار بها وذلك لجمله من القرائن.

الاولى: نظير موارد امساك الزوج لها بغير المعروف، كعدم الانفاق عليها أو مضارتها وايدائها، فانه لاتستحق الزوجه اجباره والاستعداد عليه عند الحاكم بمجرد صدور ذلك منه مره أو مرات، ما لم يكن ذلك فعلاً مستمراً منه وعاده متصله، مع ان اصل حق الانفاق والعشره بالمعروف غير محدد بالاستمرار بمدّه العاده والاعتیاد، فروايات الايلاء لا تصلح مستنداً للمشهور.

الثانيه: صحيح صفوان بن يحيى فقد مرّ الوجه في مفادها بل مرّ ان في دلالته شواهد على هذا الاحتمال.

الثالثه: يعضد هذا الاحتمال ان التربص في الايلاء اربعه أشهر قد بنى عند كثيرين مبدأه من حين رفع المرأه امرها الى الحاكم مع ان آخر وطيه لها قد يكون متقدماً بمدّه فاصله قبل الايلاء فضلاً عن وقت رفعها الامر الى الحاكم، فيعلم من ذلك ان المدّه المضروبه اربعه أشهر لاصله لها بحق مدّه المواقعه وانما هي مدّه حق الاستعداد واجبار الزوج، وهذا التقريب بعينه يتأتى على القول الآخر من ان مبدأ الأربعة أشهر من حين الايلاء، فانه على هذا القول أيضاً قد يفرض وقوع الفاصل في المدّه بين آخر وطى لها مع الايلاء.

الرابعه: ما مرّ في العيوب ان صاحب العنّه يؤجل سنه اذا رفعت امرها الى الحاكم، مما يدل على ان السنه المضروبه ليست مدّه لحق المواقعه، وانما هي مدّه للاستعداد والاستقضاء على زوجها، واجباره على اداء حقها.

الخامسه والسادسه: مذكروه فى باب الظهار من ان المظاهره اذا رفعت أمرها الى الحاكم اجله ثلاثه اشهر من حين المرافعه كما فى صحيح أبى بصير قال: سألت أبى عبدالله (عليه السلام) عن رجل ظاهر امرأته قال: إن أتاه فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكيناً وإلا ترك ثلاثه أشهر، فان فاء وإلا أوقف حتى يسأل هل لك فى امرأتك حاجه أو تطلقها؟ فان فاء فليس عليه شيء، وهى امرأته، وان طلق واحده فهو املك برجعتها(1).

وذيلها بضميمه صدر الجواب ظاهر فى كون الفىء بمعنى الوطى، كما أن مسأله الزوج بعد ثلاثه أشهر بحاجته لامرأته أو يطلقها، كنىت فى لفظ الروايه بالحاجه عن الرغبه والعشره، والتحديد بثلاثه أشهر يغير الاربعه فى الايلاء كما يغير السنه فى العنن، كما أن التعبير بالفىء بعد الثلاثه أشهر والذى هو بمعنى الرجوع مقتضاه ان الوضع الطبيعى فى النكاح المقاربه والمواقع كماورد هذا التعبير أيضاً فى الايلاء كما مرّ، وفى الكافى للحلبى قال: «فان فاء الى أمر الله تعالى والا ضيق عليه فى المطعم والمشرب حتى يفىء الى امر الله سبحانه من طلاق أو رجوع اليها وتكفير».

ومن ثم فقد حكى عن المسالك الاشكال فى التحديد بثلاثه أشهر فيما اذا رافعته عقيب الظهار بغير فصل، بحيث لا يفوت الواجب لها من الوطى بعد مضى المدّه المضروبه، فان الواجب وطؤها فى كل أربعه أشهر مرّه وغيره من الحقوق لا يفوت بالظهار.

ص: ٣٧٩

ومن ثم تكلف كشف اللثام في حلّ الاشكال بأنّ المراد من الفئه الندم وإلتزام الكفاره ثم الوطى، لا- الوطى نفسه كى لا يرد الاشكال المزبور.

أقول: والاشكال انما يرد على قول المشهور بأنّ مده حق المواقعه أربعه أشهر.

السابعه: ويظهر هذا الاحتمال من كلام السيورى فى كنز العرفان (المراد بالفئته هو الجماع ان كان قادراً عليه، ولا مانع منه شرعاً ولا- عرفاً، فلو عجز أو حصل المانع الشرعى أو العرفى، ففئته اظهار العزم على ذلك، وتعقيب ذلك بالغفران والرحمه، لما فى ذلك من الاثم بقصد اضرار الزوجه)(1).

أقول: يظهر منه تقريب كون حق المرأه فى المواقعه هو دون الاربعه أشهر وانما حقها يدور مدار اضرارها وتضررها - أى حاجتها الملحه - .

لكن فى الخلاف انّ الله تعالى قال: فَإِنْ فَاؤُ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ ... فوصف نفسه بالغفران اذا هو فاء، وهو وان لم يكن مأثوماً بالفئته فهو فى صورته من يفتقر الى غفران لانه حنث، وهتك حرمة الاسم فلما كان فى صورته من يغفر له وصف الله نفسه بالغفران له.

وقد يشكل على تلك القرائن:

(1) بان صريح صحيح بريد

«فليس لها قول ولاحق فى أربعه أشهر ولا اثم عليه فى كفّه عنها فى أربعه أشهر» فنفى الاثم ونفى الحق صريح فى

ص: ٣٨٠

١- (١) كنز العرفان: ج ٢ ص ٢٩٣.

تحديد المشهور، ومثله صحيح حفص بن البختري عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «إذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين أربعة أشهر استعدت عليه فإما ان يفىء وإما ان يطلق. فان تركها من غير مغاضبه أو يمين فليس بمؤل»^(١).

(٢) ما فى مصحح زراره عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قلت له: رجل آلى أن لا يقرب امرأته ثلاثة أشهر، فقال: لا يكون إيلاء حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر^(٢).

بتقريب أنه لو آلى دون الأربعة اشهر لم يكن لها حق تطالب به، وأن الحلف عندهم نافذ وان لم تترتب عليه آثار الإيلاء، ولذلك علل نفي كونه إيلاء فيما لو حلف دون الأربعة بعدم تحقق قصد المضاره.

(٣) ما فى روايه محمد بن سليمان عن أبي جعفر الثانى (عليه السلام).... «... فان الله عزّوجلّ شرط للنساء شرطاً وشرط عليهن شرطاً، فلم يحابهن فيما شرط لهن ولم يجر فيما شرط عليهنّ، فأمّا ما شرط لهن فى الإيلاء أربعة أشهر أنّ الله عزّوجلّ يقول: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَلَمْ يَجْزِ لِأَحَدٍ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فِى الْإِيلَاءِ لَعَلَّمَهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَنَّهُ غَايَةُ صَبْرِ الْمَرْأَةِ مِنَ الرَّجُلِ... وَعَلِمَ أَنَّ غَايَةَ صَبْرِ الْمَرْأَةِ الْأَرْبَعَةَ أَشْهُرَ فِى تَرْكِ الْجَمَاعِ وَمَنْ تَمَّ أَوْجِبَهُ لَهَا وَعَلَيْهَا»^(٣).

ص: ٣٨١

١- (١) أبواب الإيلاء، باب ١ ح ٢.

٢- (٢) أبواب الإيلاء، باب ٥ ح ٢.

٣- (٣) الكافي: ج ٦ ص ١١٣.

انّ نفى القول والحق لها في الأربعة أشهر محمول على حق الاستعداد كما صرح به في صحيح البخارى وغيره، وإلزامه بالفىء أو الطلاق، وأما نفى الاثم عليه في كفه عنها في الأربعة أشهر، فقد مرّ في القرينه السابعه وهو قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ .

حيث انّ الظاهر ان الغفران هو بالفىء، فهو سبب الغفران وهو توبه وأوبه، ويناسبه عنوان الفىء.

وأمّا احتمال الشيخ في الخلاف بانّ الغفران هو لحنه لليمين فظاهره في التبيان العدول عن ذلك، وانّ غفرانه تعالى لما ارتكبه المؤلى.

ومما يشهد لكون ذلك هو متعلق الغفران اجبار الزوج بعد الاربعه أشهر وردعه عما هو عليه من جعل المرأه كالمعلقه ومن ثمّ عبر عن مصالحتة لأهله بالفىء.

الثامنه: ومما يشهد أيضاً ما في صحيح أبى بصير: «عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: الايلاء: هوان يحلف الرجل على امرأته ان لا يجمعها فان صبرت عليه فلها أن تصبر وان رفعتة الى الامام انظره أربعه أشهر ثم يقول له بعد ذلك اما ان ترجع الى المناكحه وأما ان تطلق فان ابى حبسه ابدأ»(1).

حيث دلّ قوله (عليه السلام): «فان صبرت عليه» - أى على ان لا يجمعها - انّ

ذلك هضم لحقها والآ- شكته ورفعت امرها الى الامام، ومن ثم فإنّ الانظار أربعه أشهر انما هو لما مرّ من استحقاقها لإجباره ومراعاة للقسم وللحلف الذي أتى به.

ومفاد هذا الصحيح ان الأربعة مبدأها من حين المرافعه، لامن حين تركه لوطيها، وهذا من القرائن التي مرت على المطلوب.

التاسعه: ومما يشهد للمطلوب أنّ المرأه تستحق الشكايه على الزوج المولى منذ أوّل إيلاءه وان لم تمض اربعه أشهر، ولو كان المواقعه مقيده بالمدّه المزبوره فكيف تستحق المرافعه والشكايه على الزوج قبل مجيء أوّان الحق، ومن ثمّ مرّ في صحيح البخري أنّ لها حق رفع امرها اذا غاضبها فلم يقربها من غير يمين.

فالأربعة أشهر بعد الانظار انما هي مدّه لاجباره على الطلاق أو الفء، أي بهذه المدّه تستحق اجباره على الطلاق لا أنّ هذه المدّه هي مدّه لحق المواقعه.

العاشره: ومما يشهد أيضاً أنّ الحلف على ترك وطى الزوجه لا ينعقد لانه حلف على امر مرجوح، وان بنى على قول المشهور من ان حق المواقعه مرّه في الأربعة أشهر، فان وطيه لها صدقه واحسان كما في الروايات، ومن ثمّ فأنّه يسوغ له في الايلاء ان يكفر ويطأ وان لم تمض مدّه، والكفاره انما يلزم بها في الايلاء حرمه للاسم الالهى ولكونه طلاقاً في الجاهليه، وإلا فالكفاره مستحبه تحلّه لليمين المرجوحه.

ولك ان تقول ان ما ذكره في الجواهر أنّ الايلاء كان طلاقاً في

الجاهلية كالظهار فغير الشارع حكمه وجعل له احكاما خاصه ان جمع شرائطه، وإلا فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر في اليمين، وحينئذ فكل موضع لا ينعقد ايلاء مع اجتماع شرائط اليمين يكون يمينا كما ذكره غير واحد، بل ارسلوه ارسال المسلمات (١).

وقال أيضاً: الذى ذكروه فى الفرق بينه وبين اليمين مع اشتراكه فى اصل الحلف والكفاره الخاصه جواز مخالفته فى الايلاء، بل وجوبها على وجه ولو تخييراً مع الكفاره دون اليمين المطلقه وعدم اشتراط انعقاده مع تعلقه بالمباح لأولويته ديناً أو دنياً أو تساوى الطرفين، بخلاف مطلق اليمين (٢).

والحاصل: انّ مدّه الأربعة أشهر بمثابة العدّه، لكنها تقرب من عدّه الوفاء، بخلاف الظهار فهو وإن كان طلاقاً جاهلياً قد غير الشارع من احكامه الا انّ المدّه فيه جعلها ثلاثه أشهر، فكأنّ الشارع لم يبلغ هذين الطلاقين من رأس، ولم يَمْضِهما، وانما جعل لهما مدّه تربص شبيهه بمدّه العدّه فى الطلاق، وكما فى نهايه مدّه عدّه الطلاق يخيّر الرجل فى قوله تعالى: فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ٣.

غايه الامر انّ فى نهايه مدّه كل من الظهار والايلاء يخيّر بين اجراء الطلاق الشرعى أو الرجوع.

ص: ٣٨٤

١- (١) الجواهر: ج ٣٣ ص ٢٩٧.

٢- (٢) نفس المصدر: ٢٩٨.

ومن ذلك يتضح الجواب عن الاستدلال للمشهور بروايه محمد بن سليمان، حيث أنّ المدّه هي بمثابة عدّه الطلاق لا التقدير لأصل حق المواقعه مضافاً الى أنّ التعبير في الروايه أنّ ذلك غايه صبر المرأه ونهايته: أي أنّ ما قبله من مدّه اقل هو أيضاً مما تجترعه المرأه بالصبر.

وأما مصحح زراره فظهر جواب الاستدلال به أيضاً من أنّ التحديد بمدّه ما يزيد على الأربعة أشهر في الايلاء أو اطلاق المدّه في الظهار، أو المدّه الطويله فيه، فانما هي قيود في ترتيب الشارع الآثار على الايلاء والظهار بمثابة طلاقين لا أنّ هذه القيود لأصل حق المرأه.

الحادي عشر: روايه أبي العباس الكوفي عن محمد بن جعفر عن بعض رجاله عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «من جمع من النساء ما لا ينكح فرنا منهن شيء فالاثم عليه» (١).

وطريق الروايه وان كان صورته مشوشه في الكافي والوسائل كما يعلم ذلك من الطبقات، إلا أنّها تصلح للتأييد، وتقريب الدلاله أنّ كتابه الاثم على الرجل لا يتقرر إلا مع مسؤوليته عن تلبيه حاجتهن في النكاح، وفي طريق الدعائم زياده في الذيل وقد قال الله عزّوجلّ: فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ ٢.

ومقتضى تطبيق الآيه على الجماع أنّه حق للمرأه بحسب حاجتها الملحه.

ص: ٣٨٥

١- (١) أبواب مقدمات النكاح، باب ٧١ ح ٢.

هذا ولا يخفى أنه مما ذكرناه في القرينه العاشره يظهر أنّ ارتكاز المشهور هو موافق للمختار، إلا أنّ ماصرحوا به لا ينطبق مع ارتكازهم، فالحاصل أنّ المدار في حق المواقعه هو على الحاجه الملحه للمرأة، وإن لم تكن الحاجه ملحه فالمدار على الأربعة أشهر.

الثانيه عشر: ماورد من النهى عن مضاره الوالده بولدها من قوله تعالى: لاتضار والده بولدها ولا مولود له بولده(١).

حيث فسرت في صحيح أبى الصباح الكنانى عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال: سألت عن قول الله عزّوجلّ: لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ فقال: كانت المراضع مما تدفع احداهن الرجل اذا أراد الجماع، فتقول: لا ادعك انى اخاف ان احبل فاقتل ولدى هذا الذى ارضعه، وكان الرجل تدعوه المرأة فيقول: انى اخاف ان اجامعك فاقتل ولدى فيدفعها فلا يجمعها فنهى الله عزّوجلّ عن ذلك ان يضار الرجل المرأة، والمرأه الرجل(٢).

وتقريب الدلاله أنّ الصحيحه ساوت بين اراده الرجل للجماع و اراده المرأة للجماع، وأنّ منع أحدهما الآخر مضاره به منهى عنه وحرام، وهناك موضع آخر فى الدلاله وهو التعبير ب- (تدعوه المرأة) الذى جعل متعلق وموضوع لحرمة المضاره، فان عنوان دعوتها له ظاهر بقوه فى غير التحديد بأربعة أشهر، بل كلما احتاجت الى ذلك.

ص: ٣٨٦

١- (١) البقره: ٢٣٣.

٢- (٢) أبواب احكام الاولاد، باب ٧٢ ح ١.

ومثله صحيح الحلبي(١)، وفي طريق القمي الصحيح في تفسيره عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله(عليه السلام): «لا ينبغي للرجل أن يمتنع من جماع المرأة فيضار بها إذا كان لها ولد مرضع، ويقول لها لا اقربك، انى اخاف عليك الحبل فتغلي(٢) ولدى، وكذلك المرأة لا يحل لها أن تمتنع على الرجل فتقول: انى اخاف أن احبل فاغيل (فاقتل) ولدى، وهذه المضاره فى الجماع على الرجل والمرأة(٣). وغيرها من الروايات المتعدده بهذا المضمون أوردها العياشى فى تفسيره أيضاً.

الحق السابع: حق خدمه البيت:

وظاهر جملة من المتقدمين كالحلبي فى الكافي، وابن زهره فى الغنيه، واللمعه، والمسالك، وجلّ متأخرى الاعصار أنّ الحقوق منحصره فى التمكين وملازمه البيت، حيث حصروا الطاعه فى ذلك، بينما ظاهر اكثر المتقدمين تعميم لزوم الطاعه، وكذا بعض المتأخرين، كما مرّ فى حق الطاعه ويذكر فى الأقوال فى النشوز موضوعاً، وحكى فى كنز العرفان عن أبى حنيفه ان الزوج يملك كل منافع الزوجه ومن ثمّ أوجب عليها الارضاع مجاناً بخلاف الشافعى(٤).

ولكن فى التذكرة حكى موافقه الشافعى لأبى حنيفه واصحاب الرأى وانه مروى عن ابن حنبل، واستدلوا على ذلك بأنه استحق حبسها

ص: ٣٨٧

١- (١) أبواب أحكام الاولاد، باب ٧٢ ذيل الحديث الاول.

٢- (٢) وفى نسخه (فتغيلين) وفى المصدر (فتقتلين).

٣- (٣) أبواب أحكام الاولاد، باب ٧٢ ح ٢.

٤- (٤) كنز العرفان: ج ٢ ص ٢٣٤.

لأنها اخذت منه عوضا في مقابل الاستمتاع، وعوضا في مقابل التمكين والحبس فلا يلزمه عوض آخر، ولا يمتنع أن يصح مع غيره، ولا يصح معه، كما يجوز أن يزوج أمته من غيره فلا يتزوجها مع ملكها، ونقض عليه في التذكرة باستئجارها لسائر الاعمال، وكما لو استأجرها للطبخ والكس ونحوهما، وحكى عن أبي حنيفة انه لا يجوز استئجارها للطبخ وما اشبهه، لانه مستحق عليها في العاده. ورده في التذكرة بأنه باطل عندنا وأن استحقاقها عوض للحبس، والاستمتاع يغير الحضانه واستحقاق منفعه من جهة لا يمنع استحقاق منفعه سواها بعوض آخر.

ومقتضى القول بتعميم الطاعه هو لزوم العشره بالمعروف بينهما، مع جعل التدبير للامور بيد الزوج، كما ان مقتضى الزوجيه والاقتران هو التعاشر بينهما والمشاركه في المعيشه، ومسؤولياتها واعبائها في كل ترابط اجتماعي، ولا بد له من توزيع وتشاطر المسؤوليات، وعبء الخدمات، واما تخلى كل طرف عن المساهمه والمشاطره في تحمل المسؤوليات فإن ذلك يوجب انفصام الحياه، وعدم اجتماع الزوجين في المعيشه، ويشير اليه قوله تعالى: (سكن لكم) وقوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ أَي فِي الْعَشْرَةِ وَتَدْبِيرِ الْأُمُورِ كَمَا مَرَّ فِي جَمَلِهِ مِنَ الدَّلَالَاتِ لِلآيَاتِ.

ومما يشير الى ضروره توزيع الخدمات والمسؤوليات بين الطرفين قوله تعالى: وَ أْتَمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسْتَزْضِعْ لَهُ أُخْرَى الْوَارِدِ فِي اسْتِرْضَاعِ الرِّضِيعِ، وهو شأن مشترك بينهما، وكذا الحال في الامور المشتركه الاخرى، فالائتمار بينهما في مقابل التعاسر هي عبارته عن تنظيم امور المعيشه بينهما ومطالبه كل من الآخر القيام بدوره ومسؤوليته

بعد التوزيع بينهما، والأ- فسيكون حال اعسار كل منهما على الآخر، فالعشره ضروريه بينهما كى لاتكون الزوجيه معلقه، وهى تتوقف على التدبير المشترك بينهما، ولو بمقدار وحدّ تتأدى به الضروره اللازمه، وأمّا تفصيل ذلك فهو راجع الى التدبير بالمعروف المتعارف بحسب الاعراف كى لا يكون بينهما نشوز احدهما على الآخر، أو سوء العشره، فالمقدار اللازم هى هذه العناوين.

وأما التفاصيل فاتخاذها بحسب ما يعتاد تعارفه بحسب الاعراف التى تكون عرفا معروفا، فليست الخدمه واجبه بعنوانها الأولى، وانما هى باقتضاء مجريات العادات فى الاعراف فى بناء العشره، ومن ثم لا يختص ذلك بخدمه الزوجه داخل البيت، بل يشمل خدمه الزوج خارج البيت، كما ورد ذلك فى تقسيم النبى صلى الله عليه و آله الاعمال بين الصديقته (عليها السلام) وأمير المؤمنين (عليه السلام) وبالتالي فلا يكون ترك هذه الأفعال نشوزاً بذاته وانما بحسب ما يؤدى الى التعاسر فى العشره بالمعروف.

وأما محاوله تخريج لزوم خدمه كل منهما الآخر فيما يتعارف بانه من باب الشرط الارتكازى (الشروط المتباني عليها الضمنيه) فقريب وجهه مما ذكرناه، فإنّ دعوى وجود هذا الارتكاز عبارته اخرى عن بناء المألوف فى كيفيه العشره عند العرف، وهو المحقق الى هيئته وشاكله العشره بالمعروف ووجود هذا الارتكاز مبين لكيفيه التعاشر عند العرف.

وفى الجعفریات باسناده عن على (عليه السلام) قال: يجبر الرجل على النفقه على امرأته، فان لم يفعل حبس وتجبر المرأه على ان ترضع ولدها وتجبر على ان

تخبز له، وتخدمه داخل بيتها(١).

وقد يستشكل في مفادها:

أولاً: من جهة ان الرضاع ليس واجباً مجاناً فلا ينافى وجوبه استحقاقها للاجره، فعلى القول بوجوب الخدمه - لابعنوانه الاولى، بل بعنوان العشره وتقسيم المسؤوليه - لا بد من القول باستحقاقها للاجره أيضاً.

ثانياً: ان اجبارها على الرضاع لا قائل به.

وفيه أمّا الأوّل: ان الوجوب لا ينافى استحقاق الاجره ولا يستلزم مجانيته، الا ان ما يقوم به الزوج هو الآخر من افعال ليست واجبه بعنوانها الأولى، وانما بمقتضى العشره وليست من النفقه حتى تكون بمثابة العوض عرفاً عما تقوم به المرأة، هذا بحسب ما هو جارى من ارتكاز العرف لكن لها ان تشارط الزوج على غير ذلك بنحو لا ينجر الى التعاسر كما اشارت اليه الآية ... فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وان تعاسرتم فسترضع له اخرى(٢).

مع ان نفي وجوب الارضاع عن الزوجه بما هي ام في الادله وكلمات الاصحاب لا بما هي زوجة يعينها تدبير المعيشه المشتركه بينها وبين الزوج، كما يشير الى ذلك في قوله تعالى في آيه الرضاع: وَ أْتَمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَالَّذِي فُسِّرَ بِمَعْنَى تَشَاوَرُوا بَيْنَكُمْ، والتشاور بين الزوج والزوجه في

ص: ٣٩٠

١- (١) جامع أحاديث الشيعة، أبواب النفقات، باب ١ ح ٧.

٢- (٢) الطلاق: ٦.

الرضاع انما هو لاجل انه امرٌ يتصل بشأن كل منهما.

ومن ثم عبّر أيضاً في الآيه إِنَّ تَعَايَرْتُمْ فَسْتَزْعُ لَه أُخْرَى أَى إِن لَم يَحْصَل التَّرَاضَى بَيْنَهُمَا فِيمَا هُوَ مِنْ شَأْنَهُمَا، فَاللَّازِمَ عَلَيْهِمَا تَدْبِيرَ ذَلِكَ وَلَوْ بَاسْتِثْجَارِ أُخْرَى لِتَرْضَع لَه، مَعَ أَنَّهُم التَّزَمُوا بِوَجُوبِ الْارْضَاعِ عَلَى الْإِمِّ مِنْ حَيْثُ هِيَ أُمٌّ فِي أَرْبَعِ حَالَاتٍ:

الاولى: فى اللباء وهو بدايه الارضاع.

الثانيه: فيما اذا لم يكن للولد ولى أب ولا جدّ.

الثالثه: فيما اذا كان معسراً.

الرابعه: فيما اذا لم تحصل مرضعه اخرى، أو اذا لم يستجب لها.

وان لم يكن الوجوب فى هذه الموارد مجاناً.

ص: ٣٩١

قاعده: شرطيه الإسلام فى الولاية

اشاره

ص: ٣٩٣

من القواعد العامه: شرطيه الإسلام فى الولايه

اشاره

وهى قاعده متولده من قاعده فى نفى السبيل المعروفه.

وكلامنا فى القاعده يقع فى نقطتين:

مفاد القاعده:

مفاد القاعده شرطيه الاسلام فى الولى إذا كان المولى عليه مسلماً ، فاذا كان الولى كافراً فلا ولايه له على المسلم والمسلمه.

أدله القاعده:

الدليل الاول: الايات الكريمه:

استدل للقاعده بعده ايات منها:

قوله تعالى: **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ۱.**

وقوله تعالى: **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۲** وقوله

ص: ٣٩٥

تعالى: وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۗ۱

الدليل الثانى الروايات:

منها مرسل الصدوق عن النبى صلى الله عليه و آله

«الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه»(١).

و قد تمسك بها الصدوق لإرث المسلم من الكافر دون العكس.

و فى صحيح هشام التعليل لذلك

«بأن الإسلام لم يزد فى حقه إلّا شدة»(٢)وفى معتبره عبد الرحمن بن أعين التعليل بذلك

«أن الله عز وجل لم يزدنا بالإسلام إلّا عزّاً»(٣).

و فى روايه أبى الأسود الدؤلى تعليل ذلك

«بأن الإسلام يزيد ولا ينقص»(٤).

فيظهر من جملة هذه الروايات أن علو الإسلام وعزته أصل تشريعى يشرع منه جملة من التشريعات الأخرى فى الأبواب، فالمسلم يرث الكافر ويتولى عليه دون العكس، لا سيما وأن الإرث هو صغرى من عموم آيه أولى الأرحام بعضهم أولى ببعض؛ فإن نفيه بهذا التعليل يفيد نفي عموم ذوى الأرحام من جهة الكافر مع المسلم لا العكس، ونظير ذلك ورد فى

ص: ٣٩٤

١- (٢) من لا يحضره الفقيه، للشيخ الأقدم الصدوق، ج ٤، ص ٣٣٤، ورواه الوسائل، ج ٢٦، ص ١٤، وغيرهما

٢- (٣) الكافى، ج ٧، ص ١٤٢، الوسائل، ج ٢٦، ص ١٥، باب (١) من أبواب الإرث، ح ١٤.

٣- (٤) الفقيه، ج ٤، ص ٣٣٤، الوسائل، ج ٢٦، ص ١٢، باب ١، من أبواب الإرث، ح ٤.

٤- (٥) الفقيه، ج ٤، ص ٣٣٤.

نفى تجهيز المسلم للكافر، مع أن ذلك من حقوق الرحم الميت على رحمه، وإن هذا التشريع انشعب لذلك الأصل التشريعي وتنزيل له.

ومنه يظهر تماميه آيه نفى السبيل، وإن كان سياق الآيه فى مقام الاحتجاج والاحتكام يوم القيامة؛ فإن ذلك من قبيل المورد الذى لا يخصص الوارد.

أما نقض الشيخ ب- «الكافر يستأجر المسلم» فهو غير وارد؛ لافتراق مورد النقض عن المقام، ومثله ما قيل من أن الولاية فى نفع المولى عليه فلا تكون سبباً منفياً، حيث إن ولاية الولي تتضمن معنى الاستعلاء أيضاً.

وقد يחדش فى الاستدلال بالآيه الثانيه أنها فى مقام ولاية التوادد والتناصر لا فى الولاية الواقعيه المبحوثه فى المقام، نظير قوله تعالى لا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ١.

وقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا، لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ٢، وَإِنَّ الظَّالِمِينَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُتَّقِينَ ٣.

وقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِمْ ٤.

وقيل: معنى الولاية معنى عام شامل لهذه المعانى وهى متلازمه

مقاربه، فنفى العنوان هو نفى لها بقول مطلق. ومن ثم اختلفت الإجاره للكافر من المسلم عن ملكيه الكافر للعبد المسلم؛ مع أنه فى كليهما ملك المنفعه إلّا أن فى الثانى (ملكه الكافر) امتدت الملكيه بمقدار يساوق الولايه والاستعلاء بخلاف الإجاره الاعتياديه.

ثم إنه حيث كان السبيل المنفى تشكيكياً ونفيه بقول مطلق يستلزم نفى حتى مثل ملكيه المنفعه لإجاره الكافر للمسلم، بل المداينه وتسلب الكافر على ذمه المسلم فى العقود والعهود، إلّا أن المتبع فى العناوين التشكيكيه، أن القدر المتيقن منها عزمه وإلزامى، وباقى الدرجات تكون اقتضائيه غير إلزاميه، نظير الأمر بطاعه الوالدين، فإن القدر المتيقن الملزم منه ما يستلزم العقوبه، والباقى راجح، وكما هو الحال فى صله الأرحام المأمور بها فإنها ذات درجات والقدر المتيقن منها ما يوجب قطع الرحم.

وغيرها من الموارد التى يكون فيها متعلق الحكم عنواناً ذو مراتب تشكيكيه.

وقد يستدل بانصراف أدله ولايه الأب والجد ونحوهما من الأولياء عن الكافر على المولى عليه المسلم، صغيراً كان أو مجنوناً أو رحماً، وقد يفصل بتماميته فيما ورد بعنوان الاستئذان بخلاف ما ورد بعنوان ولايه الأب والجد. والصحيح أن الانصراف لا بد له من شاهد، وهو تام ومنشؤه الأدله المشار إليها فى ارتكاز المشرعه من كون ولايه الأب والجد رعايه وصول وصله الرحم، وأما التفصيل بين ما اشتمل على الاستئذان وما لم يشتمل فهو اعتراف بأن الولايه نوع استعلاء واستيمار وهى منفيه للكافر على المسلم.

وقد استدل أيضاً بقاعده الإلزام بتقريب عدم الولاية عندهم للأب والجد على الصغير أو المجنون والأبكار، إلا أن الشأن في ثبوت الصغرى.

والحمد لله رب العالمين.

ص: ٣٩٩

قاعده: في عموم قاعده ولايه الأرحام

اشاره

ص: ٤٠١

وفى القاعده عده مباحث:

المبحث الأوّل: الأقوال فى القاعده:

القول الأوّل: مع موت أحد الابوين تنتقل الحضانه للآخر، حكى على ذلك الاتفاق ولو مع وجود الجد وباقي أقاربه، وعن الأكثر أنّه مع فقد الأبوين تصل النوبه الى أب الأب (الجد) دون بقيه الأقارب لكونه ولياً مع الاب مقدم على الأقارب، واذا فقدوا ترتبوا بحسب طبقات الارث، وقيل بتقديم وصى الأب والجد على الأقارب لكونهما يقومان مقامهما.

القول الثانى: أنها بعد الأبوين للجد من الأب، وإلا فتكون على الناس كفايه كما هو الحكم فى الانفاق.

القول الثالث: أنها للأجداد مطلقاً من الأب أو الام دون غيرهم من الأرحام، وإلا فللأرحام على الترتيب، حكى ذلك عن المفيد والارشاد.

القول الرابع: أنّ قرابه الأم أحق من قرابه الأب وهو المحكى عن أبى على وفى المختلف حكى عن ابن الجنيّد أنّ قرابه الأم أحق بالانثى من قرابه

الأب، وفي السرائر قال: ولا حضانه عندنا إلاّ للام نفسها وللاب فاما غيرهما فليس لأحد ولايه عليه سوى الجدّ من قبل الأب خاصه.

ولو دار الأمر بين أخت الأب واخت الام فعن الشيخ تقديم أخت الأب لكثرة نصيبها في الارث واستشكل في ذلك صاحب الشرائع، بل استشكل في أصل الاستحقاق أيضاً، وعن المبسوط أنّه يقرع بينهما.

وعن الشيخ ان الورثه في الطبقة الواحده لهم الحضانه بحسب نصيبهم.

وفي التذكره ان الولي أولى من الوالى عند علمائنا وهو قول الشافعى في الجديد لقوله تعالى: **وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ** .. ولقول الصادق (عليه السلام):

«يصلى على الجنازه أولى الناس بها»^(١).

ولأنها ولايه يعتبر فيها ترتيب العصبات فيقدم فيها الولي على الوالى كولايه النكاح^(٢).

ويستفاد من كلام الشيخ السابق وكلام العلامة ان قاعده ولايه اولي الأرحام ساريه في جملة الابواب كما هو الحال في تقدم ولايه الولي على الوالى في النكاح، وأن من كان في الطبقة الواحد في الارث من الارحام وكان له نصيب اكثر فهو مقدم ولايه.

ص: ٤٠٤

١- (١) التذكره: ج ٢ ص ٣٩ مسأله ١٨٩.

٢- (٢) نفس المصدر السابق.

ويشهد للعموم فى الأبواب، أولاً: ان قوله تعالى: **وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ۝١**

وهى غير خاصه بالإرث فى المال، بل ولا بالارث بعد الموت، بل تشمل كل مورد يقصر فيه ذو الرحم عن التصرفات لجنون أو اغماء أو نحوها ومن ثم استدل بعموم الآيه لولايه الارحام فى شؤون تجهيز الميت.

وكذا قوله تعالى: **ذُرِّيَّةً بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ۝٢**.

بتقريب ان ظاهر الآيه لبيان الوراثه من بعضهم لبعض والتولى فيما بينهم بسبب علقه الولاده والرحم.

فبمقتضى عموم القاعده بمفاد الآيه الاولى وضميمه الثانيه واعتضاذاها بها يتقرر أنّ للرحم أولويه برحمه فى كل مورد يقصر فيها الرحم ويضطر فيه الى ولى يرعاه ويدبر شؤونه، الا- ما اخرجه الدليل واستثناه، وعلى ذلك ما قرر عند المتأخرين من ان البالغ الرشيد الذى انقطعت ولايه الاب والام عليه اذا طرأ عليه قصور من جنون أو اغماء فان الحاكم الشرعى هو وليه لا- يخلو من اشكال، ومما يعضد عموم القاعده ادراجهم للولايه على الميت وشؤونه تحت عموم هذه القاعده، كما ان تقرر الارث فى الاموال كذلك، وهذا يفيد أنّ ذا الرحم قبل بلوغه ابتداء وحتى موته انتهاء هو تحت رعايه الارحام فى موارد قصوره تمسكا بعموم الآيه.

الثانى: ما تقرر من ثبوت ديه الخطأ على العصبه فيتقرر لها الولايه فى الجملة من باب من عليه الغرم له الغنم، كما ان من يجب عليه النفقه كالأب وله نحو عيلوله فله نحو ولايه ورعايه على المنفق عليه، اذ العيلوله نحو رعايه ومسؤوليه وولايه، كما يستفاد ذلك أيضاً من قوله تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) ١.

وظاهر الباء يفيد السببيه والتقابل، ويعضد ذلك ان جماعه ذهبوا الى ان العاقله الاقرب فيها يتحمل الديه، دون الأبعد، أى بحسب طبقات ولايه الارحام، أى بمقتضى عموم قاعده أولوا الأرحام بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ وهو مفاد موثقه أبى بصير(١)، وصحيح ابن أبى نصر(٢).

وأما الروايات فيستدل بجملة وردت:

١) صحيح عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله(عليه السلام) فى رجل مات وترك امرأه ومعها منه ولد فالقته على خادم لها فارضته ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصى فقال: لها اجر مثلها وليس للوصى ان يخرجها من حجرها حتى يدرك ويدفع إليه ماله(٣).

ومفاد هذه الروايه دال على ولايه الام على الغلام عند موت الاب، ويدل على هذا المفاد أيضاً ما تقدم من الروايات(٤) الوارده فى مورد رقيه

ص: ٤٠٦

- ١- (٢) أبواب العاقله، باب ٤ ح ١.
- ٢- (٣) نفس المصدر: ح ٣.
- ٣- (٤) أبواب أحكام الأولاد، باب ٧١ ح ١.
- ٤- (٥) أبواب أحكام الاولاد، باب ٧٣.

أحد الأبوين وان الحضانه وولايه الطفل تكون للآخر الحرّ.

وكذلك الروايات(١) التي وردت في تحديد المدّة في أحقيّة الام بالحضانه ومن بعدها احقيه الاب، فانها أيضاً داله على أنّ الولد بين الأبوين، وان تقدم حق أحدهما عند التزاحم والتدافع على الآخر بتفصيل المدّة المزبوره، فمع عدم احدهما أو فقده للشرائط يتعين الحق للآخر وهو مطابق لمفاد عموم آيه أولوا الأرحام .

والصحيح دال على ان حق الحضانه لا يكون من نصيب وصى الاب بل من نصيب الام وهو شاهد على المختار من ان حق الحضانه والكفاله في حجرها لا ينتفى عن الام الى بلوغ الطفل، وانما يقدم حق الاب في القيمومه على حق الام بعد السنتين أو السبع، لدلاله الصحيحه على ان وصى الاب انما يتصرف في أموال الصبي ويرعى القيمومه على الصبي دون الحضانه والحجر، مع ان الوصى صلاحياته امتداد وبقاء لصلاحيات الموصى وهو الاب.

(٢) روايه عبيدالله بن على عن الرضا عن آباءه عن على(عليهم السلام) ان النبي صلّى الله عليه وآله قضى بأبنه حمزه لخالتها وقال: الخاله والده.

وقد يستدل بمفاد هذه الروايه على ما نسب الى أبي على ان قرابه الأم احق من قرابه الاب مع فقد الوالدين.

وقد يستدل لذلك أيضاً بما فى موثق ابن الحصين المتقدم من قوله

ص:٤٠٧

عليه السلام: فاذا مات الاب فالام احق به من العصبه (١).

وفى معتبره أبى خديجه عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى حديث قول النبى صلى الله عليه وآله لذلك الرجل ألك أم حيه قال: لا، قال: فلك خاله حيه قال: نعم، فقال: فابرها فانها بمنزله الام يكفر عنك ما صنعت (٢) الحديث.

هذا، ويخشد فى الاستدلال بالروايات ان روايه (بنت حمزه) غايه مفادها ان الاصلح للبت خالتها من بنى اعمامها وعماتها وهذا هو المقدار المستفاد من معتبره أبى خديجه.

وأما موثقه داود فغايه دلالتها هو ان الام احق بالولد مع فقد الاب ومقدمه على الطبقات اللاحقه للارث من العصبه وغيرها، لا ان قرابه الام مقدمون على قرابه الاب مطلقاً.

والحاصل ان الحضانه عند الدوران بين الوراث فى كل طبقه يرجح فيما بينهم بما هو اصلح للولد، اذ الحضانه حق للولد أيضاً.

المبحث الثالث: تنبيهات:

اشاره

وينبغى التنبيه على أمور:

القيموه فى الأموال والتأديب واستيفاء الحقوق وولاية الجد:

التنبيه الأول: ان الجد كما هو المشهور بل ادعى عليه الاجماع بل ضروره الفقه له ولاية على قيموه الولد كالأب فى امواله وغيره، ويدل عليه:

ص: ٤٠٨

١- (١) أبواب أحكام الأولاد، باب ٨١ ح ١.

٢- (٢) أبواب مقدمات النكاح باب ١٠٣ ح ١.

الوجه الأول: ان عنوان الوالد والاب وكذا عنوان الرجل المضاف اليه عنوان الولد شامل لكل من الاب المباشر والجد الوارد في الروايات (١)، سواء الروايات الواردة في ولايه المال أو الروايات الواردة في التأديب والتربيته.

ونظير قوله صلى الله عليه و آله : «أنت ومالك لابيك» كما في صحيح أبي حمزه بل في معتبره محمد بن سنان عن الرضا(عليه السلام) «الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: يهب لمن يشاء اناثاً ويهب لمن يشاء الذكور اشاره الى ان هذا يجعل اصله جعل الهى تكوينى، وقوله تعالى: رَبِّ إِنِّي نَدَرْتُ لِمَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا ۚ الدال على ولايه الابوين على المولود في مثل ذلك في الشرائع السابقه، وكذا قوله تعالى: يَا بُنَيَّ إِنِّي أَرَى فِي الْمَنَامِ أَنِّي أَذْبَحُكَ ۚ حيث تفيد ولايه الاب على مثل ذلك وان كان الفعل خاصاً بنظير نذر عبدالمطلب، حيث ان ذلك من تقديم الولد كقربان وصدقه.

ونظير هذا المفاد في قوله تعالى: وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ ٤.

وكذا قوله تعالى: فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى ٥.

وهذا وجه ثان في الآيات.

ص: ٤٠٩

١- (١) أبواب ما يكتسب به باب ٧٨، ٧٩، وأبواب نكاح العبيد باب ٤٠.

الوجه الثالث: ماورد فى النكاح(١) من تقديم ولايه الجد على ولايه الاب عند عقدهما على البنت وان الجد اولى بنكاحها، بل فى مصحح عبيد بن زرارہ تعليل تقديم ولايه الجد على الاب بخطاب النبى صلى الله عليه و آله انت ومالك لايبك(٢)، وفى مصحح على بن جعفر «لانها (الجاريه) واباها للجد»(٣).

وهذا المفاد دال على ان منشأ جعل ولايه الجد فى باب النكاح وتقديمها على ولايه الأب هو الجعل التكويني الالهى من كون الولد موهوب للاب.

الوجه الرابع: ماورد فى متفرقات الأبواب كصحيح سعيد بن يسار عن أبى عبدالله(عليه السلام) من قوله(عليه السلام): اذا كان الجد هو الذى أعطاه وهو الذى أخذه(٤)الحديث.

وما ورد فى ولاء العتق ان ولاء الولد لمن اعتق الاب شامل للجد(٥).

وعلى ضوء ذلك يتبين ان الجد وان كان من طبقه متأخره على الاب الا انه يستوى مع الاب فى ولايه القيمومه على الولد، ولايبعد أن يكون عنوان الاب الوارد فى روايات الحضانه شامل للجد.

ص: ٤١٠

- ١- (١) أبواب عقد النكاح باب ١١ وباب ١٤.
- ٢- (٢) أبواب عقد النكاح باب ١١ ح ٥.
- ٣- (٣) أبواب عقد النكاح، باب ١١ ح ٨.
- ٤- (٤) أبواب الوصايا، باب ١٨ ح ٥.
- ٥- (٥) أبواب العتق، باب ٣٨.

نعم على تفسير حق الحضانه للاب بغير القيمومه بل بالمعنى الثابت للام وهو الكفاله والحجر فتكون رتبه الجده بعد فقد الابوين كما صرح به فى الشرائع وابن ادريس والفاضل وغيرهم.

وفى المقنعه: وان مات الاب قامت الام مقامه فى كفاله الولد، فان لم تكن له ام وكان له اب الأب قام مقامه فى ذلك، فان لم يكن له اب ولا ام كانت الام التى هى الجده أحق به من البعداء.

وفى التذكرة فى باب الوصيه: الوصيه بالولاية انما تصح من الأب والجده للاب وان علا ولا ولاية لغيرهم من اخ أو عم أو خال أو جد لأم لان هؤلاء لا يكون امر الاطفال إليهم فكيف تثبت لهم ولاية، فان الوصى نائب عن الموصى، فاذا كان الموصى لا ولاية له فالموصى إليه اولى بذلك، وأما الام فلا ولاية لها عندنا أيضاً لأنه لامدخل لها فى ولاية النكاح فلا تلى المال كالعبد.

وقال فى القواعد: ولا يجوز له (الأب) نصب وصى على ولده الصغير أو المجنون مع الجده للاب، بل الولاية للجده، وفى بطلانها مطلقا اشكال.

وقريب من عبارته التذكرة ما فى الشرائع فى باب الوصيه.

وقال فى كشف اللثام: انكر ابن ادريس ثبوت الحضانه لغير الابوين والجده للاب وهو قوى للاصل وخلق النصوص عندنا عن غير الابوين واما الجده للاب فله الولاية بالاصاله، وشدد عليه النكير فى المختلف وقال: ان الحاجه ماسه الى تربيته وحضانه فلو لم يكن القريب اولى بكفالتة لزم تضييعه وولاية الجده للاب فى المال لا يستلزم اوليته فى الحضانه فإنه لو

اعتبر ولاية المال كان الأب احق من الام، والجد مع عدم الاب اولى منها، وليس كذلك بالاجماع.

أقول: ما اشكله فى المختلف متدافع مع ما قاله فى التذكرة والقواعد، وحمل الحضانه على الكفاله والحجر بخلاف عباره التذكرة والقواعد غير رافع للتدافع بعد كون الفرض فى الوصيه للقيومه فى الأموال والكفاله والرعايه أيضاً، وظاهر كلماتهم فى باب الوصيه على الاولاد القصر من قبل الاب والجد هو كون الوصى قيم وكافل لهم من دون تخصيص ذلك بالاموال، فما ذكره ابن ادریس متین لاسيما على المختار من ان ولايه الاب هي الرعايه من حيث القيمومه وأما الكفاله والحجر هي للأم، والمدّه المضروبه انما هي للفصل عند تدافع الحقين فى التقديم والترجيح، ومن ثمّ كانت نفقه الولد على الجد مقدما على الام، وكذلك الحال فى اجره الرضاع للام على الجد مع فقد الاب، ومن ثم لو طالبت الام بأجره زائده كان للجد ان يسترضع غيرها بعد شمول الروايات السابقه له بعنوان الاب أيضاً.

وقد تقدم فى معتبره داود بن الحصين قوله (عليه السلام): مادام الولد فى الرضاع فهو بين الابوين بالسويه (١).

وتفسير استوائهما فى مده الرضاع بتخالف متعلق حق وولايه كل منهما، وهذا المعنى شامل للجد.

وعن صاحب المدارك فى شرح النافع (وانما قلنا بثبوت الولايه للجد من قبل الاب لان له ولايه المال والنكاح فيكون له ولايه التريه بطريق

ص: ٤١٢

اولى، وانما كانت الام اولى منه بالنص فمع عدمها وعدم من هو اولى منه تثبت الولاية).

أقول: وما ذكره يردّ اشكال المختلف على ابن ادریس من ان لازم الاستدلال بولاية الجد لحضانه تقديمه على حضانه الام.

وقال فى الرياض: فان فقد الابوان فقیل ان الحضانه لابی الأب لأنه اب فى الجملة فىكون اولى من غیره من الاقارب، ولأنه اولى بالمال، فىكون اولى بالحضانه، وبهذا جزم فى القواعد، ثم اشکل بما مرّ فى المختلف وقد عرفت اندفاعه. وقد تقدم فى صدر البحث نقل جملة من الأقوال الداله على عموم ولاية اولوا الأرحام فى مطلق شؤون الرحم القاصر فى الأبواب الفقهيّه.

هذا ولاسيما وان ولاية التأديب خاصه بالاب والجد دون الام كما مرّ وسيأتى، أى ليست داخله فى الحضانه وكفاله الحجر، فما مرّ من كلام المختلف وغيره من تخصيص ولاية الجد بالمال فى غير محله.

هذا وقد تقرر فى مسائل أحكام الأولاد ولاية الاب على تأديب وتربيه الولد، ومما مرّ هنا أنّ عنوان الاب شامل للجد، وأنّ ولاية الجد ليست منحصره بولاية المال، بل هى شامله للولاية على النفس وشؤونها كالتربيه والتأديب والحفظ والتعليم واستيفاء الحقوق والنكاح، وان ذلك باطلاق عنوان الاب الوارد فى الروايات من دون الحاجه الى التمسك بالأولويه، ومن ثم يندفع الاشكال فى كلام المختلف وغيره من أنّ ولاية الجد على المال لا تستلزم الولاية على بقية شؤون الصبى.

ويتحصل من ذلك ان ولاية الجد قرينه ولاية الاب على الصبى

وحالها حال ولاية الأب بالنسبة الى ولاية الام.

وفى روايه محمد بن مروان عن أبى عبدالله(عليه السلام) «وان امراك أن تخرج من أهلك ومالك فافعل فإن ذلك من الايمان»(١) الحديث.

ولفظ الاهل شامل للاولاد وان اريد به الزوجه هنا أيضاً.

التنبيه الثانى: هل للام قيمومه على الاطفال بعد فقد الاب والجد، فعن ابن الجنيد: (الاب الرشيد اولى بأمر ولده الاطفال من كل احد، وكذا الام الرشيد بعدة) وفى الحدائق: وكلامه ظاهر فى ان لها الولايه كالأب اذا كانت رشيده، ورده الاصحاب بالضعف والشذوذ)، وقال فى القواعد فى كتاب الحجر: وولى الصبى أبوه أو جده لايه وان علا ويشتركان فى الولايه فان فقدا فالوصى فان فقد فالحاكم ولا ولاية للام ولا لغيرها من الاخوه والاعمام وغيرهم عدا ما ذكرناهم، ونظير هذه العبارة فى الشرائع والتحرير.

وقال فى التذكرة فى كتاب الحجر الولايه فى مال المجنون والطفل للأب والجد له وان علا ولا ولاية للام اجماعاً إلا من بعض الشافعيه بل اذا فقد الاب والجد وان علا كانت الولايه لوصى أحدهما فان لم يوجد كانت الولايه للحاكم ولا ولاية لغير الاب والجد من الانساب وقد روى ان للأم ولاية الارحام بالصبى.

واستدل فى موضع آخر فى كتاب النكاح لعدم ولاية الام باصالة

ص: ٤١٤

١- (١) أبواب أحكام الاولاد، باب ٩٢ ح ٤.

عدم الولاية ولان المرأه عند أكثر الفقهاء لاتلى تزويج نفسها فأولى أن لاتلى نكاح غيرها، وروايه محمد بن مسلم عن الباقر(عليه السلام) انه سأله عن رجل زوّجته أمه وهو غائب قال: النكاح جائز، ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه(١).

أقول: اما استدلاله باصالة عدم الولاية فيندفع بعموم ولاية أولوا الأرحام واما عدم ولاية الام على تزويج الصغار فللنصوص الواردة نظير أيضاً صحيح محمد بن مسلم(٢) فغايه مفاد ذلك تخصيص عموم ولاية أولوا الأرحام ومن ثم استندوا الى عموم الآيه في عدّه من الأبواب كتجهيز الميت، وقد مرّت عبارته التذكرة في ذلك في صدر البحث.

وقد تكرر تعبير الاصحاب في باب الوصيه (ولا- ولاية للام على الاطفال فلو نصبت عليهم ولياً لغي) وهذه العبارة وان كان المترائي الاولى منها عدم ولاية الام من رأس، ولكن يمكن ان يستظهر منها ارادتهم نفى ولايتها على المال لا- على كفاله وحضانه الاطفال، كيف وقد صرحوا باستحقاقها للحضانه بعد فقد الاب الى بلوغ الاطفال مقدماً على الجدّ، وكفالتها ورعايتها لهم نحو ولاية في جهه أخرى.

ويمكن الاستدلال لولاية الام مع فقد الاب والجد.

أولاً: بعموم أولوا الأرحام وهي مقدمه في الرتبة على بقية الارحام، اذ هي الاقرب.

ص: ٤١٥

١- (١) أبواب عقد النكاح، باب ٧ ح ٣.

٢- (٢) أبواب عقد النكاح، باب ٦ و ٨.

ثانياً: عدّه من الروايات منها: موثق داود بن الحصين عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ قَالَ: مادام الولد في الرضاع فهو بين الابوين بالسويه، فاذا فطم فالاب احق به من الام، فاذا مات الاب فالام احق به من العصبه(١) الحديث.

ومنها: المعتبره الى سليمان بن داود المنقرى عن من ذكر أو عن حفص بن غياث قال: سئل أبو عبدالله (عليه السلام) عن الرجل يطلق امرأته وبينهما ولد أيهما أحق بالولد قال: المرأه احق بالولد ما لم تتزوج(٢).

ومنها: صحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام) في رجل مات وترك امرأه ومعها منه ولد فالقته على خادم لها فارضعته ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصى فقال لها: اجر مثلها وليس للوصى ان يخرجها من حجرها حتى يدرك ويدفع إليه ماله(٣).

هذا وقد يخدم في الاستدلال بقوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بتقريب استفاده سلب ولايه القوامه على النساء، ولعل هذا الذي اراده العلامة في استدلاله السابق حيث قال: «أنها لاتلى تزويج نفسها فاولى ان لاتلى نكاح غيرها» معتضدا بماورد في صحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: ليس للمرأة مع زوجها أمر في عتق ولا صدقه ولا تدبير ولا هبه ولا نذر في مالها إلا باذن زوجها الا في حج أو زكاه أو بر والديها أو

ص: ٤١٤

- ١- (١) أبواب أحكام الاولاد، باب ٨١ ح ١.
- ٢- (٢) أبواب أحكام الاولاد، باب ٨١ ح ٤.
- ٣- (٣) أبواب أحكام الاولاد، باب ٧١ ح ١.

صله رحمها(١).

وكذا ماورد ان المرأه ريحانه وليست بقهرمانه(٢)، وأنها لاتستشار(٣) وأنها لا تملك من الامر ما يتجاوز نفسها(٤)، وأنها كاليتيم في الضعف(٥).

وغيرها من الادله الوارده في عدم ولايه المرأه، ومن ثم ذهب الاصحاب في تجهيز الميت إلى تقديم ولايه الرجال من الارحام على النساء، ولا يخفى ان هذه الادله ليست حاجبه للام عن الولايه فقط، بل هي تحجب عموم الاناث من ذوى الأرحام.

نعم ما تقدم من الادله في صدر التنبيه وفي المسائل المشار إليها من أحكام الأولاد يفيد ان كفاله الولد هي في حجر أمه مع عدم الاب الى بلوغه، كما انه تقدم ان الحجر والكفاله للارحام ثابتة كما في الخاله وغيرها مع عدم الطبقة الاولى.

التنبيه الثالث: وصى الاب والجد مع الام، والمعروف لديهم تقدم الوصى من قبل الاب والجد على الام، لكن قد تقدم مفصلاً بيان مفاد صحيحه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله(عليه السلام) في رجل مات وترك امرأه ومعها منه ولد، فألقته على خادم لها فارضته ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصى، فقال: لها اجر مثلها وليس للوصى ان يخرجها من

ص: ٤١٧

- ١- (١) أبواب النذر، باب ١٥ ح ١.
- ٢- (٢) باب مقدمات النكاح، باب ٨٧.
- ٣- (٣) أبواب مقدمات النكاح، باب ٩٦.
- ٤- (٤) باب مقدمات النكاح، باب ٨٧.
- ٥- (٥) باب مقدمات النكاح، باب ٨٦ و٨٨ و٩٠.

حجرها حتى يدرك ويدفع إليه ماله (١)، وانه دال على ما مرّ اختياره من ان ولاية الاب هي في القيمومه والتأديب والاموال دون الكفاله والحجر، بل هما متعلق حق الام حتى بلوغ الصبي، غاية الامر انه عند التدافع كما في بعض موارد الطلاق يقدم حق الاب بعد السنين أو السبع، فمن ثم يكون الوصى له ما للأب في مجال القيمومه والأموال دون الكفاله والحجر كما هو مفاد هذا الصحيح.

وقد تقدم أيضاً ان مفاد قوله تعالى: **وَ عَلَى الْمَوْلودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ٢.**

هو ما تقدم من ان ولاية الاب في القيمومه وكذا الوارث له، واما الكفاله والحجر فهي من نصيب الام.

ويدل على نفوذ الوصيه فيما للاب والجد من ولاية ماورد من روايات مستفيضه في أبواب الوصايا (٢) والحجر (٣) وغيرها من الأبواب.

التنبیه الرابع: ولاية طبقات ذوی الأرحام على مطلق شؤون الولد مع فقد الأبوين والجد:

وعن الشيخ واتباعه صحه عقد الاخ الاكبر لو زوج رجلا من اخته.

وقال السيد المرتضى في الناصريات في مسأله لايجوز نكاح الصغار

ص: ٤١٨

١- (١) أبواب أحكام الأولاد، باب ٧١ ح ١.

٢- (٣) أبواب عقد النكاح وأوليائه، باب ٧.

٣- (٤) أبواب عقد النكاح وأوليائه، باب ٦.

إلا بالأبء عندنا انه يجوز ان ينكح الصغار الأبء والاجداد من قبل الأبء فان عقد عليهن غير من ذكرناه كان العقد موقوفا على رضاهن بعد البلوغ. وقال الشافعي: الأب والجد يملكان الاجبار على النكاح ومن عداهما من الاقارب لا يجوز. وقال أبو حنيفة: يجوز للاخ وابن الاخ والعم وابن العم ان يزوجوا الصغار ورووا عنه ان كل من ورث بالتعصيب ملك الاجبار وفي روايه اخرى عنه ان كل من ورث عنه ملك الاجبار عصبه كان أو غير عصبه وقال ابن أبي ليلى واحمد بن حنبل: الأب يجبر دون الجد، وقال مالك: الأب يجبر البكر الكبيره والصغيره والجد يجبر الصغيره دون الكبيره، دليلنا على صحه ما ذهبنا اليه بعد الاجماع المتقدم ثم ذكر روايات عاميه رووها في عدم اجبار العم الصغيره على الزواج (١).

وفي المراسم ذهب الى ولايه الأب والجد في العقد على الصغار وان لا خيار لهن بعد البلوغ، ولو عقد عليهن غيرهما كان موقوفا على رضاهن عند البلوغ.

وفي الخلاف استدل في جملة من المسائل على ثبوت الحضانه للارحام بعد فقد الابوين والجد بحسب طبقاتهم من الارث وتقديم الاولى بالميراث استنادا الى عموم وَ أُولُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي رَهْنِ الْمَبْسُوطِ: من يلى أمر الصبي والمجنون خمساه: الأب والجد، ووصى الأب والجد والامام ومن يأمره الامام.

ص: ٤١٩

وقال فى موضع آخر (١) من المبسوط: الذى له الاجبار على النكاح الاب والجدّ مع وجود الاب وإن علا وليس لغيرهما ذلك من سائر العصبوبات الذين يرثون المال.

وقال فى النهاية (٢): ومتى عقد على صبيه لم تبلغ غير الاب أو الجد مع وجود الاب كان لها الخيار، اذا بلغت سواء كان ذلك العاقد جد - مع عدم الاب - أو الاخ أو العم أو الام.

وفى الحدائق عن الدروس عن ابن الجنيد ان للأم الرشيدة الولاية بعد الأب، ثم ردّه بأنه شاذ.

ويستدل لولايه ذوى الأرحام بعموم قوله تعالى: **وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ لِّكُنْ قَدْ عَرَفْتَ فِي التَّنْبِيهِ الثَّانِي ان المراه من اولى الأرحام محجوبه عن الولاية بما دلّ على حجب عموم المراه عن الولاية، فتخصص تلك الادله عموم ولاية أولوا الأرحام، وأما الروايات فهى على طائفتين:**

الطائفة المثبتة: ما يستدل لثبوت ولاية ذوى الأرحام بجمله من الروايات:

(١) صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى امرأه انكحها اخوها رجلاً، ثم انكحها أمها بعد ذلك رجلاً وخالها أو اخ لها صغير، فدخل بها، فحبلت فاحتكما فيها، فأقام الأول الشهود فالحقها بالاول وجعل لها الصداقين جميعاً، ومنع زوجها

ص: ٤٢٠

١- (١) المبسوط: ج ٣ ص ٣٩١.

٢- (٢) النهاية: ج ٢ ص ٣١٦.

الذى حَقَّتْ له أن يدخل بها حتى تضع حملها ثم الحق الولد بأبيه(١).

وعن الشيخ حملها على كون عقد عليها برضاها، لاسيما بعد كون مورد الروايه فى المرأه لا فى الجاربه.

(٢) والصحيح الى ابن مسكان عن وليد ببيع الاسفاط قال: سئل أبو عبدالله(عليه السلام) وأنا عنده عن جاربه كان لها اخوان زوّجها الا-كبر بالكوفه، وزوّجها الاصغر بأرض اخرى قال: الاّول بها أولى إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهى امرأته ونكاحه جائز(٢).

وعن الشيخ حملها على جعل الجاربه أمرها الى أخويها معاً فالأول أولى بالعقد مالم يدخل الذى عقد عليه الاخ الصغير.

(٣) صحيحه أبى بصير ومحمد بن مسلم عن أبى جعفر(عليه السلام) قال: سألت أبا جعفر(عليه السلام) عن الذى بيده عقده النكاح قال: هو الاب والايخ والموصى إليه والذى يجوز امره فى مال المرأه من قرابتها فيبيع لها ويشترى قال: فأى هؤلاء عفى فعفوه جائز فى المهر اذا عفا عنه(٣).

ونظيرهما معتبره أبى بصير(٤) وعن المسالك اتفق الاصحاب ان الذى بيده عقده النكاح له ان يعفو عن المهر فى الجملة واختلفوا فيه من هو، فذهب أصحابنا وجماعه من العامه الى انه ولى المرأه كالأب والجدّ له،

ص: ٤٢١

١- (١) أبواب عقد النكاح باب ٧ ح ٢.

٢- (٢) أبواب عقد النكاح، باب ٧ ح ٤.

٣- (٣) أبواب عقد النكاح، باب ٨ ح ٥، والتهذيب: ج ٧ ص ٤٧٤ ح ١٩٤٦.

٤- (٤) أبواب عقد النكاح، باب ٨ ح ٤.

وذهب آخرون الى انه الزوج، والاول اصح، والمشهور انه الاب والجد، وقيل يشمل من توليه المرأه عقدها، ذهب اليه الشيخ في النهايه وتلميذه القاضى ابن البراج، ويدل عليه صحيحه محمد بن مسلم وأبى بصير، وادخال الاخ فى الروايه محمول على كونه وكيلًا كما حملة الشيخ أو وصيا، والاقْتصار فى العفو المخالف للاصل على الأب والجد أولى.

(٤) روايه الحسن بن على عن بعض أصحابنا عن الرضا(عليه السلام) قال: الأخ الأكبر بمنزله الأب(١).

وحمله الشيخ على استحباب توكيلها اياه أو على التقية.

أقول: وفى موثق أبى بصير وسماعه جميعاً عن أبى عبدالله(عليه السلام) فى قول الله عزّوجلّ: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ، قال: هو الاب أو الاخ أو الرجل يوصى إليه والذي يجوز أمره فى مال المرأه فيبتاع لها (ويتجر) [فتجيز] فاذا عفى فقد جاز(٢).

وفى صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله(عليه السلام) فى رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: عليه نصف المهر ان كان فرض لها شيئاً، وان لم يكن فرض لها فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها فى النساء قال: وقال فى قول الله عزّوجلّ: أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه والرجل يجوز امره فى مال المرأه، فيبيع لها ويشترى لها فاذا عفى

ص: ٤٢٢

١- (١) أبواب عقد النكاح، باب ٨ ح ٦.

٢- (٢) أبواب المهور، باب ٥٢ ح ١.

هذا وقد مرّ حكاية المسالك عن الأكثر أنّهم حملوا الاخ على كونه وكيلا أو وصيا وهو يعطى ان هناك جماعه فى مقابل الأكثر قد ذهبوا الى ولايه الأـخ وان لم يكن وصيا ولا وكيلا، والحمل المزبور خلاف الظاهر لان الوكيل المفوض قد ذكر فى القسم الرابع، والوصى قد ذكر كقسم ثالث، والظاهر من الأـخ كقسم رابع المقابله معهما، لا من عطف العام على الخاص.

بل قد يستظهر من عنوان الاخ اراده الرحم القيم كما ان فى عنوان الاب يراد منه اب الاب أيضاً، وكما يظهر من موضوع الروايه ان المرأه المأخوذه فى الروايه اعم من كونها صغيره أو بالغه رشيده، والظاهر من الاقسام الثلاثه الاولى وهو الاب والاخ والوصى هو فى الصغيره والقسم الرابع وهو الوكيل المفوض هو فى الكبيره.

ومنه يظهر ضعف حمل الشيخ لعنوان الاخ على ما لو كان موكلا، ويظهر من هذه الروايات أيضاً، ان الوصى اذا شملت وصيته للنكاح فينفذ تزويجه للصغير مع المصلحه.

الطوائف النافيه:

مايستدل لمنع ثبوت ولايه ذوى الأرحام بجمله من الروايات أيضاً:

١- مصححه محمد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض بنى عمى

ص: ٤٢٣

الى أبى جعفر الثانى (عليه السلام) ما تقول فى صبيه زوّجها عمها، فلما كبرت أبت التزويج، فكتب لى لا تكره على ذلك والأمر أمرها (١).

وفيه: ان غايه دلالتها على تخيير الصبيه بعد البلوغ، نظير ما لو زوجها أبوها وجدها فإنّ لها الخيار اذا كبرت، فلا دلالة للروايه على نفى ولايه العم عند فقد الأب والجد، بل لعلّ دلالتها على ثبوت الولايه أظهر.

(٢) ماورد من حصر ولايه زواج الصغيرين بالأب وكذلك الحال فى البكر، منها صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام) فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان؟ فقال: اذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم (٢) الحديث.

ومنها صحيح زراره قال: سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: لا ينقض النكاح إلا الأب (٣).

ومثلها موثقه محمد بن مسلم (٤).

ومنها صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهم السلام) قال: لا تستأمر الجاريه اذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر، وقال: يستأمرها كل احد ما عدا الأب (٥).

ومنها صحيحه الحلبي عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى الجاريه يزوجه أبوها

ص: ٤٢٤

١- (١) أبواب عقد النكاح، باب ٦ ح ٢.

٢- (٢) أبواب عقد النكاح، باب ١٢ ح ١.

٣- (٣) أبواب عقد النكاح، باب ٤ ح ١.

٤- (٤) أبواب عقد النكاح، باب ٤ ح ٥.

٥- (٥) نفس الباب، ح ٣.

بغير رضا منها، قال: ليس لها مع أبيها امرٌ اذا أنكحها جاز نكاحه وان كانت كارهه، قال: وسئل عن رجل يريد أن يزوج اخته قال: يؤامرها فان سكتت فهو اقرارها وان أبت لم يزوجها(١).

وغايه دلالة هذه الروايات انما هو حصر الولاية استبعاداً أو استقلالاً بعقد النكاح بالاب في الباكر والصغيره لانفى اصل ولاية ذوى الأرحام فى النكاح معيه، فضلاً عن نفى ولايتهم فى سائر الأبواب لاسيما وان الشأن فى النكاح شديد دون بقيه شؤون الشخص القاصر فيقتصر على حدود دلالة الروايات من دون التعدى الى غيرها، ولكن قد يلوح من كلام غير واحد من الأصحاب الاستدلال بها على نفى ولاية الارحام على شؤون القاصر مطلقاً ما عدا الأب.

(٣) ماورد فى ولاية الحاكم مع فقد الأب والجد ووصيهما وهى وإن ترائى منها ابتداء ولاية الحاكم فى الجملة الا أنه بالالتفات الى تقييدها بعدم الاب والجد يستفاد منها نفى ولاية الارحام فى الاموال فيما لو فقد الاب والجد.

منها صحيحه ابن بزيع قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع امره الى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله وكان الرجل خلف ورثه صغاراً ومتاعاً وجوارى فباع عبد الحميد المتاع، فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن، اذ لم يكن الميِّت صير اليه وصيته، وكان قيامه بهذا بأمر القاضى، لانهن فروج قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر فقلت له: يموت

ص: ٤٢٥

الرجل من أصحابنا ولا يوصى لاحد ويخلف الجوارى فيقيم القاضى رجلا منّا فيبيعهن قال يقوم بذلك رجلا منا فيضعف قلبه لانهن فروج فما ترى فى ذلك؟ فقال: اذا كان القِيم به مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس (١).

وتقريب الدلاله انه لم يقيد - ولايه عدول المؤمنين فى الروايه بعد عدم بسط يد الحاكم الشرعى - بانتفاء وجود الرحم، مع ان الغالب وجود فرد من طبقات الرحم المتعدده، نعم قول الراوى

(أو يقوم بذلك رجل منا) قد يظهر منها انتفاء الرحم لانه لا يقوم بأمر الصغار رجل أجنبى الا بعد انتفاء الرحم فى الغالب.

ومنها: صحيحه اسماعيل بن سعد عن الرجل يموت بغير وصيه وله ورثه صغار وكبار أيحل شراء خدمه ومتاعه من غير ان يتولى القاضى بيع ذلك؛ فان تولاه قاضى قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفه أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: اذا كان الاكابر من ولده فى البيع فلا بأس به اذا رضى الورثه بالبيع وقام عدل فى ذلك (٢).

بتقريب أنه لم يشترط (عليه السلام) فى صحه البيع اسناد البيع الى مجرد الاكابر من ورثته بل اشترط وجود العدل أيضاً، فلو كانت الولايه للارحام لأكتفى باسناد البيع الى مجرد الاكابر من ورثته بل لَمَّا صحَّ اسناده الى غيره من العدل، بل الظاهر من قوله (عليه السلام)

(وقام عدل بذلك) ان القِيم هو العدل وانما اشترط (عليه السلام) مشاركه الأكابر لانهم يملكون من التركه فلا بد من

ص: ٤٢٦

١- (١) أبواب عقد البيع، باب ١٦ ح ٢.

٢- (٢) أبواب عقد البيع، باب ١٦ ح ١.

رضاهم فيما يباع من المال المشترك بينهم وبين الصغار.

ومنها موثقه سماعه قال: سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيه وله خدام ومماليك وعُقَد، كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ قال: ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس (١).

وتقريب الدلاله ان اشترطه (عليه السلام) لتقسيم التركة وتعيين حصص الصغار بوجود رجل ثقه مع عدم الاكتفاء بالاخوه الكبار دال على عدم استقلالهم بالولاية على الصغار.

وصحيحه ابن رثاب قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل بينى وبينه قرابه مات وترك اولاداً صغاراً وترك مماليك غلمانا وجوارى ولم يوص فما ترى فى من يشتري منهم الجاربه فيتخذها ام ولد؟ وما ترى فى بيعهم؟ قال: فقال: ان كان لهم ولى يقوم بامرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم، قلت: فما ترى فى من يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد قال: لا بأس بذلك اذا باع عليهم القِيم لهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم ان يرجعوا فيما صنع القيم لهم والناظر لهم فيما يصلحهم (٢).

وتقريب الدلاله ان تعبيره (عليه السلام) عن الولي على الصغار ب-

(القيم لهم الناظر) بدل من التعبير بالقريب وذو الرحم مع ان الراوى قد ذكر القرابه بينه وبين الصغار يومئذ بقوه ان الولي على الصغار بعد الاب والجد هو

ص: ٤٢٧

١- (١) أبواب الوصايا، باب ٨٨ ح ٢.

٢- (٢) أبواب الوصايا، باب ٨٨ ح ١.

ومنها ما فى صحيحه اسماعيل بن سعد المتقدمه أيضاً عن الرضا(عليه السلام) ... وعن الرجل يصحب الرجل فى سفر فيحدث به حدث الموت ولا يدرك الوصيه كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار وكبار، أيجوز ان يدفع متاعه ودوابه الى ولده الأكبر أو الى القاضي؟ وإن كان فى بلده ليس فيها قاضى كيف يصنع؟ وإن كان دفع المتاع الى الأكبر ولم يعلم فذهب فلا يقدر على رده كيف يصنع؟ قال: اذا ادرك الصغار وطلبوا لم يجد بدا من اخراجه الا أن يكون بأمر السلطان(١) الحديث.

وظاهر الروايه كالصريح فى عدم ولايه الاخوه الكبار على اموال الصغار، وانه لا بد من نظاره الحاكم أو عدول المؤمنين كما يدل على ذلك ذيل الصحيحه فى الفقره التى تقدم نقلها أولاً.

هذا، وقد يقال بان غايه ما نقلناه من طوائف الروايات انما هو عدم ولايه الارحام فى النكاح والأموال فيبقى الباقي من شؤون القاصر - لصغر أو لجنون أو اغماء وغيرها - مندرجاً فى عموم ولايه أولوا الأرحام بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ، ويعضد ذلك ما مرّ فى التنبهات السابقه من أنّ حضانه الصغير للام مع عدم الاب والجد الى أن يبلغ، مع ان الام لا ولايه لها فى الاموال ولا فى النكاح، ويعضد ذلك عموم ما حررناه فى ولايه التأديب من قوله تعالى: قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ مضافا الى انه مقتضى ضمان العاقله لديّه الخطأ، فان غرامتهم للديّه وان كانت فى مقابل غنم

ص: ٤٢٨

الإرث لكنها نحو من المسؤوليه على الأرحام تجاه رحمهم، فالأوفق في غير الأموال والنكاح بين الوجوه هو مراعاة مباشره الأرحام ونظاره الحاكم أو عدول المؤمنين، وقد تقدم ان الحضانه من حق الأرحام بحسب الطبقات كما ذهب اليه المشهور أو الأكثر.

وهو مما يشير الى ان المستثنى من ولاية الأرحام بعضهم ببعض هي في أموال الصغير والقاصر ونكاحه، ويعضد ذلك أيضاً ذهاب المشهور في تجهيز الميت الى ولاية طبقات ذوى الأوحام لرعايه شؤونه.

ومما يدل على عدم استقلال الأرحام فى الولاية على القاصرين من الأرحام ما ورد فى قسمه الميراث بين الكبار والصغار، أنه مع عدم الحاكم الشرعى يقوم الثقة العادل مقامه، كما فى موثق سماعه قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيه وله خدام ومماليك وعقد (١) كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا (٢) بأس.

وقد تقدم صحيح على بن رثاب وغيره (٣).

نعم فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبدالله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل لابنه مال فيحتاج الأب إليه قال: يأكل منه، فأما الام فلا تأكل منه الا

ص: ٤٢٩

١- (١) العقد جمع عقده وهى البستان.

٢- (٢) وسائل الشيعة (آل البيت) ج ٢٦، أبواب موجبات الإرث، الباب ٤ ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعة (آل البيت) ج ١٩، أبواب الوصايا احاديث، الباب ٨٨، ج ١٧- أبواب عقد البيع احاديث الباب ١٦.

قرضا على نفسها»(١) ومثلها روايه ابن أبى يعفور(٢) قد يستظهر منها ولايه الأم فى التصرف فى مال الابن ولكن الأظهر دلالة الروايه على الفرق بين الأب والأم.

وفى معتبره محمد بن سنان أن الرضا(عليه السلام) كتب إليه فى ما كتب من جواب مسائله: وعله تحليل مال الولد لوالده بغير اذنه ... ولقول النبي صلى الله عليه و آله : أنت ومالك لأبيك، وليس للوالده مثل ذلك، لاتأخذ من ماله شيئاً الا باذنه أو باذن الأب، ولأن الوالد مأخوذ بنفقه الولده ولا تؤخذ المرأه بنفقه ولدها»(٣).

وفى صحيح أبى خالد القمط قال: قلت لأبى عبد الله(عليه السلام):

«الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: ولم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن ان طلق هو أن يقول هذا: لم أطلق أو لا يحسن ان يطلق قال: ما أرى وليه الا بمنزله السلطان»(٤)ومثله معتبر شهاب بن عبد ربه.

فرع:

قال بعض الاساطين من الفقهاء: تنتهى الحضانه ببلوغ الولد رشيدا فاذا بلغ الرشد ليس لاحد حق الحضانه عليه، حتى الابوين فضلا عن غيرهما، بل هو مالك لنفسه وكان له الخيار فى الانضمام الى من شاء

ص: ٤٣٠

١- (١) أبواب ما يكتسب به الباب ٧٨ ح ٥.

٢- (٢) أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨ ح ٧.

٣- (٣) أبواب ما يكتسب به، الباب ٧٨ ح ٩.

٤- (٤) أبواب مقدمات الطلاق، ب ٣٥.

منهما، أو من غيرهما ذكراً كان أو أنثى.

قال الشيخ فى المبسوط: فان كان الولد بالغاً رشيداً فلاحق لآحد الوالدين فيه، والخيار اليه فى المقام عند من شاء منهما، والانتقال عنهما ذكراً كان أو أنثى، غير أنه يكره للبنت ان تفارق امها حتى تتزوج، وقال بعضهم: ليس لها ان تفارق امها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج (١).

ونظير ذلك فى الشرائع والقواعد والمسالك وكذا عن ابن حمزه وغيره.

والظاهر ان تحديدهم أمد الحضانه بالرشد دون مجرد البلوغ الوجه فيه عدم استقلال غير الرشيد فى التصرفات الماليه فلا يمكنه رعايه نفسه، وتعبير المبسوط والشرائع بولاية الأبوين دون خصوص الحضانه اشمل لمطلق الرعايه لاسيما بعد ما مرّ من أن لكل من الأبوين نمط من الولاية يختلف عن الآخر. فلايب ولاية القيمومه والتأديب وللام ولاية الحضانه والاكتناف، فكما تستمر حاجه البالغ غير الرشيد الى ولاية الاب فى تدبير المال، فكذلك تستمر حاجته فى الكفاله والايواء، بل انّ جعل ولاية الاب على الباكر البالغه الرشيد فى الزواج بيان لاستمرار الحاجه فى الرعايه لقله التجربه وضعف الباكر حياء عن الجرأه فى خوض ذلك المجال.

ثم أنه يدل على استمرار ولاية الأبوين الى الرشد بعد البلوغ مادلاً على الحجر على الصبى وعدم استقلاله بالولاية حتى يبلغ ويرشد، وكذا عدم مجازاته بالحدود قبل البلوغ كما فى قوله تعالى: **وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا**

ص: ٤٣١

بَلَّغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَكذَا الروايات المستفيضه (١) الواردة في انقطاع اليتيم بحيض الجاربه أو بلوغها التسعه وباحتلام الصبي أو بلوغه خمسه عشره سنه وأنه حين ذاك تكتب عليه السيئات وتقام عليه الحدود، كما فصل الحال في مسأله أحكام الصبي في المعاملات.

لكنّ الظاهر أنّ رعايه ومسؤوليه الصّدّ عن المنكر والأمر بالمعروف والتي هي نمط من التّأديب تكون ألصق وواجب ما تكون على الاب لعموم قوله تعالى: قُوا أَنْفُسَكُمْ وَ أَهْلِيكُمْ كما ان استحقاق الاب للتصرف في أموال الولد البالغ الرشيد عند حاجه الاب وحرمه عقوق الولد لأبيه هي جمله من الأحكام التي تبقى صله للرحم في نطاق ونمط ولايه اولى الأرحام بعضهم لبعض، فهي وان لم تكن ولايه قيمومه الا أنها ولايه تكافل وتناصر وتآزر بين اولى الأرحام ومن هذا الباب وجوب النفقه على العمودين كما هو مقرر في بحث النفقات.

ص: ٤٣٢

١- (٢) أبواب مقدمات العبادات، باب ٤ وأبواب الحجر، الباب ٢.

قاعده: في حرمه وقوع الفتنة الشهويه

اشاره

ص: ٤٣٣

إشاره

و موردها إما النظر أو اللمس أو السمع أو الشم ومطلق الخلطه والمباشره ولو البعيده.

وقبل عرض ادله القاعده نبين معنى الريبه.

معنى الريبه:

كلمات اهل اللغة:

قال في مجمع البحرين في ماده ريب: الريبه قلق النفس واضطرابها^(١)، وقال في اللسان: فتن. يقول أهل الحجاز: فتنته المرأه إذا ولّهته وأحبها، وفتن إلى النساء فتوناً وفتن إليهن: أراد الفجور بهن، والفتنه إعجابك بالشىء، فتن الرجل يفتن فتوناً إذا أراد الفجور ... وقولهم: فتن فلانه فلاناً: أمالته عن القصد ... والفتنه الفضيحه، وجاء في الروايه: ما تركت فتنه أضر على الرجال من النساء، يقول: أخاف أن يعجبوا بهن، فيشتغلوا عن الآخره والعمل لها^(٢) كلمات الفقهاء

في كشف اللثام: الريبه ما يخطر بالبال من النظر دون التلذذ به ، أو

ص: ٤٣٥

١- (١) مجمع البحرين، ج ٢.

٢- (٢) لسان العرب، ابن منظور، ماده فتن.

خوف افتتان، ويمكن تعميم الريبه للافتتان، لأنها من (راب) إذا وقع في الاضطراب(١).

وقال صاحب الجواهر: إن المراد من الريبه خوف الوقوع معها في محرم، ولعله هو المعبر عنه بخوف الفتنة(٢).

وقال في المستند: كل ما ذكر فيه جواز النظر فقد قيده الأكثر بعدم التلذذ والريبه، المفسر تاره بما يخطر بالبال من المفسد، وأخرى بخوف الوقوع في المحرم، وثالثه بخوف الفتنة والفساد والوقوع في موضع التهمه(٣).

وفي دلائل الإمامه للطبري: «بقى يلح النظر إليها، فقلت: يا سيدي، هل لك فيها من حاجه؟ فقال: إنا معاشر الأوصياء لسنا ننظر نظر ريبه ولكننا ننظر تعجباً، أن المولود الكريم على الله يكون منها(٤).

و استدل صاحب الجواهر والمستند على حرمه النظر بريبه بالإجماع، وتسالم الأصحاب وبأنه القدر المتيقن من إشعار الروايات الواردة في النظر، بل صريح بعضها:

كما ورد في نظر المملوك إلى سيده، قال(عليه السلام): «لا بأس أن ينظر إلى شعرها إذا كان مأموناً(٥).

ص: ٤٣٦

١- (١) كشف اللثام، للفاضل الهندي، ج ٧، ص ٢٣.

٢- (٢) جواهر الكلام، ج ٢٩، ص ٧٠.

٣- (٣) مستند الشيعة للمحقق النراقي، ج ١٦، ص ٦٠.

٤- (٤) دلائل الإمامه للطبري، ص ٤٩٠.

٥- (٥) وسائل الشيعة، أبواب مقدمات النكاح، باب ١٢٤، ح ٢.

وفى حسنه ربيعى: أن الإمام على (عليه السلام) كان يكره أن يسلم على الشابه من النساء، وقال: «أتخوف أن يعجبني صوتها، فيدخل من الإثم على أكثر مما طلبت من الأجر»^(١).

و كذا صحيحه ابنى عمار ويعقوب: «لا يحل للمرأة أن ينظر عبدها إلى شىء من جسدها، إلّا إلى شعرها غير متعمّد لذلك»^(٢).

وكذا من الروايات الوارده فى الريبه وممنوعيتها روايه الفضل عن أبيه^(٣).

وفى الروايات أيضاً، أن النظره من سهام إبليس، وأن النظره بعد النظره تزرع فى القلب الشهوه وكفى بصاحبها فتنه^(٤).

ثم إن المحصل من الكلمات المتقدمه فى تعريف الريبه ثلاثه تعاريف:

المعنى الأول: خوف الوقوع فى الحرام:

وهذا التعريف يشمل بإطلاقه ما لو كان الحرام هو النظر بتلذذ، فابتداء النظر وإن لم يكن بتلذذ إلّا أن خوف الوقوع فى التلذذ بقاءً يشمل التعريف، وإن كان يستظهر من هذا التعريف خصوص الأفعال الأخرى من التقبيل واللمس والزنا، لكن إطلاق عنوان الحرام شامل لذلك، وعلى ضوء ذلك، فيكون غالب النظر ولو ابتداءً تتحقق فيه الريبه، فيوافق قول المشهور فى حرمه النظر مطلقاً، عدا ما كان ابتداءً عفويّاً.

ص: ٤٣٧

١- (١) المصدر، باب (٣) ح ٢.

٢- (٢) المصدر، باب ١٢٤، ح ١.

٣- (٣) المصدر، باب ٣٦، ح ٥.

٤- (٤) المصدر، باب ١٠٤، ح ٦.

المعنى الثانى: ما يخطر بالبال من النظر دون التلذذ به:

وقد يعبر عنه ما يخطر فى البال عند النظر من الميل إلى الوقوع فى الحرام مع المنظور إليه من تقبيل ونحوه، فالأخذ بإطلاقه أيضاً يقرب من المحصل من التعريف الأوّل، حيث إن مطلق الميل يقارب ويساور ويصدق على بدايات الشوق للالتذاذ بالنظر وإن لم يقع الالتذاذ، وإذا جعلنا محور التعريف ما يخطر بالبال بسبب النظر من الخواطر الباعثة للتلذذ، فدائره الرية تقرب أيضاً مما تقدّم، لا سيما مع إطلاق عنوان الحرام فى التعبير الآخر على القول الثانى الشامل للتلذذ.

المعنى الثالث: خوف الافتتان:

وهو خوف الافتتان، فقد مرّ فى تعريف اللغويين أنه تاره بمعنى الوله وشوق النفس الشديد، وأخرى بمعنى الإعجاب، وثالثه بمعنى الإمالة، ورابعه ما يخاف أن لو اطلع عليه غيره يقبحه ويذمه.

وقد ذكر بعض أعلام العصر أن النظر بريه هو الميل النفسانى للوقوع بمحرم مع المنظور إليه، وإن لم يصل إلى درجة الخوف من الوقوع فيه، وأن التلذذ أن يحس فى قلبه بوجود لذه محرمه، سواء من النظر أو السماع أو الشم أو غيرها، فهو يتشهاها ويطلب المزيد منها، وهى مختلفه المراتب بخلاف اللذه المحلله.

ويستدل للتقييد بالريه بالإضافه إلى ما تقدّم بروايه الفقه الرضوى(١)

ص: ٤٣٨

١- (١) مستدرک الوسائل، المحدث النورى، أبواب مقدمات العبادات، باب ٨١، ح ٧.

المرويه عند العامه أيضاً، حيث جعل الرسول صلى الله عليه وآله يده على وجه الفضل بن عباس يستره من النظر إلى أخت الأعرابي، وعلل ذلك في طرق العامه للروايه ب «أخاف أن يدخل الشيطان بينهما».

أدله القاعده :

اولا : الآيات الكريمه:

قوله تعالى: وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ .

وبهذه الدرجه من الافتتان يكون مندرجاً في الالتذاذ، وبالتالي فالفتنه الجنسيه تدرج في عموم تحريم الآيه، وبالتالي فقاعده حرمه الفتنه في الشهوه تدرج في عموم حرمه الآيه.

واستدل أيضاً بطائفه من الآيات الوارده في الأحكام، كقوله تعالى: فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ ۗ ١.

والآيه تتعرض إلى ما يثير الفتنه من جهه كيفيه الصوت أو من جهه ماده الكلام ومضمونه، نظير ما قيل في الغناء أنه لا ينحصر بالكيفيه، بل يعم المضمون أيضاً.

وكذا قوله تعالى: وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ ٢. وقوله تعالى: وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَسَيُؤْتُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ٣.

ص: ٤٣٩

وكذا قوله تعالى: وَ لَكِنَّ لَا تُوعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ۗ۱.

ثانياً: الروايات .

منها:

١ - صحيح الكاهلي قال أبو عبد الله (عليه السلام): «النظره بعد النظره تزرع في القلب الشهوه وكفى بها لصاحبها فتنه» (١) والفتنه تكون تعليل التحريم.

فيثبت أن النظره الثانيه حرام، وهذه الروايات بصدد بيان موضوع الحرمة، ولو بقرائن خارجيه، وبيان النظره المحرمه والتعليل لشيء محرم، فيظهر من الصحيح التعليل لمورد التحريم في النظر بأنه في معرض توليد الشهوه الذي هو مصداق الفتنه، فهذا التعليل نص بإطار عنوان القاعده.

٢ - ونظير ذلك ما في روايه الأربعمائه المشهوره عن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال:

«لكم أول نظره إلى المرأه فلا تتبعوها نظره أخرى واحذروا الفتنه» (٢).

٣ - وفي المستدرک قال أمير المؤمنين (عليه السلام):

«ذهب النظر خير من النظر إلى ما يوجب الفتنه» (٣).

وفيه أيضاً:

«اللحظ رائد الفتن» (٤).

ص: ٤٤٠

١- (٢) مستدرک الوسائل، المحدث النورى، أبواب مقدمات العبادات، باب ٨١، ح ٧.

٢- (٣) وسائل الشيعه، أبواب مقدمات النكاح، باب ١٠٤، ح ١٥.

٣- (٤) مستدرک الوسائل، النورى، أبواب مقدمات العبادات، باب ٨١، ح ١٢.

٤- (٥) المصدر، باب ٨١، ح ١٣.

وفسّرت الرية والفتنه في باب التشيب الذى ذكره في المكاسب المحرمه بما يوجب ولو بعيداً تهيج القوى الشهويه من غير الحليل .

٤ - واستدلوا على تلك القاعده أيضاً مضافاً إلى ما تقدّم في باب التشيب بموثقه السكونى عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «سئل أمير المؤمنين (عليه السلام) عن الصبى يحجم المرأة، قال: إذا كان يحسن يصف فلا» (١).

٥ - وكذا بصحيح حفص بن البخرى عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا- ينبغي للمرأة أن تنكشف بين يدي اليهوديه والنصرانيه، فإنهن يصفن لأزواجهن» (٢).

٦ - وبما ورد من التعليل فى المنع عن الخلوه بالأجنبيه، حيث جاء فى بعضها قوله (عليه السلام): «تحول منه فإن الرجل والمرأه إذا خليا فى بيت كان ثالثهما الشيطان» (٣).

وهناك روايات أخرى فى أبواب مقدمات النكاح، كصحيح أو معتبره مسمع بن أبى سيار (٤) وهكذا أبواب الأمر بالمعروف (٥)، بل قد ورد من الأحكام ما يشير إلى بيان العزله بين الطرفين ولو من بعد، كما فى كراهه جلوس الرجل فى مكان المرأة حتى يبرد المكان كما فى موثقه السكونى (٦)،

ص: ٤٤١

- ١- (١) وسائل الشيعه، أبواب مقدمات النكاح، ب ١٣٠، ح ٢.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه، أبواب مقدمات النكاح، باب ٨، ح ٦.
- ٣- (٣) المصدر، أبواب أحكام الإجاره، باب ٣١.
- ٤- (٤) المصدر، أبواب مقدمات النكاح، باب ٩٩.
- ٥- (٥) المصدر، أبواب الأمر بالمعروف، ب ٣٨، ح ٢٢.
- ٦- (٦) المصدر أبواب مقدمات النكاح باب ١٤٥ ح ١.

وفى صحيحه ابن أبي يعفور قال: «قلت لأبي عبدالله (عليه السلام): بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم، فقال: أن تعرفوه بالستر والعفاف وكف البطن والفرج واليد واللسان»^(١)، فغير العفيف يخل بالعداله، وما يخل بالعداله وجوبى، فما يؤخذ فى حد العداله لا بد أن يكون حكماً إزامياً.

وقد أفتى الأصحاب بأن خضوع المرأه فى الصوت بتغنج يحرم، وكذلك مفاكهه الرجل للمرأه، وما قد يعبر عنه بالرفث فى الكلام بين الأجنبى والأجنبىه.

ومجمل هذه الأحكام أعزهاها الأصحاب إلى أنها منحدره من أصل تشريعى فوقى، وهو ما دل على حرمه الفحشاء ولزوم العفاف بين المؤمنين، كقوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ وَقوله تعالى: إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ۚ.

هذا تمام الكلام فى قاعده الفتنة، وهى من أدله حرمه النظر المبحوثه فى محلها من كتاب النكاح.

ص: ٤٤٢

قاعده: عدم بطلان الإحرام ببطلان النسك

اشاره

ص: ٤٤٣

الكلام فى القاعده يقع فى مقامين :

المقام الأول: مقتضى القاعده:

مقتضى القاعده فى المقام يحزّر تاره على القول بشرطيه الاحرام فى النسك، وأخرى بناءً على جزئيه.

فعلى الأول لا- يفسد الاحرام بفساد النسك، لأن ذات الشرط عباده مستقلة فى نفسه وصالح أن ينضم إلى أى نوع من أنواع النسك.

و عن المبسوط والوسيله والمهذب والتذكره فى مسأله تعيين النسك فى التيه للاحرام أنه يجوز انشاء الاحرام من دون تعيين، ثم صرفه إلى نسك معين لأنه شرط، ووافقهم على ذلك فى كشف اللثام.

مضافاً إلى ما سنذكره من وجه لصحة الاحرام على القول بالجزئيه أيضاً ومن ثم ورد فى موارد عديده التحلل بالعمره من فساد الحج وبعضه منصوص، والآختر التزم به المشهور من دون نص ولعله لبنائهم على ما ذكرنا بل انّ النصوص فى الموارد المزبوره صالحه لأن تخرج وجهاً ثالثاً لعدم فساد الاحرام بفساد النسك، وقد ذكرنا فى بحث الحج انّ الأصح كون

الاحرام شرطاً^(١)، والبحث في المقام جار في موارد الخلل المبطل للنسك.

أما على القول بالجزئية فمقتضى القاعدة الفساد لفساد الجزء الارتباطى لعدم تعقبه ببقية الاجزاء.

ولكن قد يقال:

بأن قصد النسك ان كان بنحو الداعى فلا يبطل الاحرام لكون قصده متعلقاً بالأمر الواقعى، فيكون من باب الاشتباه فى التطبيق، بخلاف ما إذا نوى بنحو التقييد إلا أنه قليل الوقوع.

فانه يقال:

انّ قصد النسك وان كان متصور بكل من القسمين، إلا انّ فرض ذلك من الملتفت إلى تباين أنواع النسك ممتنع، مضافاً إلى انّ الأمر الواقعى قد يكون مردداً بين أنواع متعدده من النسك نعم فى خصوص فرض المقام وموارد الخلل الكثيره هو متعين فى العمره المفرده.

فالحاصل انّ هذا الوجه تام فى الجملة فى الموارد المتوفره على القيود التى أشرنا إليها.

المقام الثانى: مقتضى الروايات:

أما بحسب الروايات:

١ - قد استدل بمعتبره أبى جعفر الأحول عن أبى عبدالله (عليه السلام) فى رجل

ص: ٤٤٦

١- (١) سند العروه الوثقى - كتاب الحج: ج ١، ص ٦٥ - ٦٨.

فرض الحج في غير أشهر الحج قال:

«يجعلها عمره»^(١).

وقد يחדش فيها تاره بالسند بأن طريق الصدوق مشتمل على محمد بن علي بن ماجيلويه وهو لم يوثق.

وفيه: أنه من مشايخ الصدوق وقد ترصّى عنه واعتمده في المشيخه في العديد من الطرق إلى الكتب، وقد صحح العلامة بعضها مضافاً إلى كونه من القميين ولهم مصاهره مع بيت البرقي ولم يرو فيه طعن منهم كل ذلك مما يدل على صلاح الحال ولا أقل من حسن الظاهر.

و أخرى بالدلاله بأن الروايه ليست صريحه في انشاءه للاحرام اذ قول الراوى «رجل فرض الحج» محتمل لإرادته نيه الحج التي اطلق عليها في الروايات لفظه فرض الحج، ومن ثم يكون معنى جعلها عمره يعنى انشاء الاحرام لها.

واشكلاً أيضاً:

بأن موردها انشاء الحج لا انشاء عمره التمتع فلا يتعدى منه إلى غيره.

وفيه:

انّ كلمه «فرض» فعل ماضى ظاهر فى التحقق وانشاء الحج نظير قوله تعالى الْحِجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحِجَّ ۚ وَقد استعمل الفرض فى الروايات بمعنى التلبيه بالاشعار والتقليد فى صحيح معاويه

ص: ٤٤٧

١- (١) الوسائل باب ١١ من أبواب أقسام الحج ح ٧.

«فأى ذلك فعل فقد فرض الحج ولا يفرض الحج إلا فى هذه الشهور»^(١).

وأما اختصاص موردها بالحج فالعنوان مطلق لم يقيد بحج الافراد أو القران فهو شامل للتمتع، مضافاً إلى فهم عدم الخصوصيه لو سلّمنا اختصاص موردها لأنه من جهة فساد النسك لعدم صلاح الظرف له وهو مشترك بين انواع الحج مع الارتهان بالاحرام، فجعلها عمره لأجل التحلل لا لكونها بدل أو عقوبه أو كفاره عن النسك الفاسد، ولأجل ذلك يستفاد من الروايات الواردة فى التحلل بالعمره فى موارد الخلل المبطل للحج عدم بطلان الاحرام ببطلان النسك وان الأمر بالعمره لأجل التحلل منه.

ثمّ أنّه لا يخفى أنّ التعبير (يجعلها) ظاهر فى تبديل ما قد فرضه وهو قرينه ثانيه لكون مورد سؤال الراوى هو عن الحكم بعد انشاء الاحرام.

٢ - واستدلّ بمعتبره سعيد الأعرج قال أبو عبدالله (عليه السلام):

«من تمتع فى أشهر الحج ثمّ أقام بمكّه حتى يحضر الحج من قابل فعليه شاه، ومن تمتع فى غير أشهر الحج ثمّ جاور حتى يحضر الحج فليس عليه دم أنّما هى حجّه مفرده. وأنّما الاضحى على أهل الأمصار»^(٢).

واشکل على سنده:

باشتماله على محمد بن سنان والحال فيه معروف فلا يضر باعتبار السند.

ص: ٤٤٨

١- (١) الوسائل باب ١١ من أبواب أقسام الحج ح ٢.

٢- (٢) وسائل باب ١١ من أبواب أقسام الحج ح ١.

وأشكل على الدلالة: بأنها غير متعرضه لصحة العمره، وأنها في المجاور ولا يتعدى إلى غيره.

وفيه: أنّ الروايه وإن لم تصرح بحكم العمره التي أقامها بعنوان التمتع في غير أشهر الحج، إلا أنّ حكمه (عليه السلام) بنفى الهدى وإن حجته مفردة دال على أن ما أوقعه من العمره غير مرتبط بالحج أي مفردة قد استحل بها دخول مكة، ومن ثمّ فرض فيها الجوار والمراد من الجوار هنا كما في روايات أخرى أيضاً هو مطلق من أقام بمكة قبل أشهر الحج ولو بشهر أو أيام ثمّ تدخل عليه أشهر الحج فالروايه لا تخلو من دلالة فوق حدّ الأشعار.

فأئده:

ان المدار في شهر العمره على المجموع:

ثمّ أنّه ظاهر الروايتين في هذه المسأله وكذا الروايات التي ذكرناها في سند العروه كتاب الحج الدالّه على لزوم ظرفيه الحج في الأشهر الثلاثه كون انشاء الاحرام لعمره التمتع أو الحج الافراد لا بد من وقوعه في شوال وما بعد ومقتضاه أنّ احتساب شهر العمره بايقاع مجموع العمره فيه لا- مجرّد الاحلال ولا مجرّد الاحرام ولا بمعظم العمل بل قول رابع وهو بمجموعه وإلا لصحّ أن ينشأ احرام عمره التمتع في آخر شهر رمضان ويأتى بأعمال العمره في شوال مع أن الروايات المزبوره قاضيه بالبطلان.

ص: ٤٤٩

قاعده: في تقوّم مشروعيه التمتع بالإحرام من بُعد

إشاره

ص: ٤٥١

و يتم الكلام في تحريرها مضافاً إلى الاحاطه بما ذكرنا في سند العروه (كتاب الحج) فصل اقسام الحج.

وتنقيح الكلام فيها يقع مستهلاً بما ذكره السيد الفقيه اليزدي في العروه الوثقى كتاب الحج :

فقال في مساله (٤) من اقسام الحج: (المقيم في مكه إذا وجب عليه التمتع كما إذا كانت استطاعته في بلده أو استطاع قبل انقلاب فرضه فالواجب عليه الخروج إلى الميقات لاحرام عمره التمتع، واختلفوا في تعيين ميقاته على أقوال:

أحدها: أنه مهلّ أرضه، ذهب إليه جماعه، بل ربما يسند إلى المشهور كما في الحدائق، لخبر سماعه عن أبي الحسن (عليه السلام) سألته عن المجاور أله أن يتمتع بالعمرة إلى الحج؟ قال (عليه السلام): نعم يخرج إلى سهل أرضه فليلبّ إن شاء. المعتضد بجمله من الأخبار الواردة في الجاهل والناسي الدالّ على ذلك بدعوى عدم خصوصيه للجهل والنسيان، وأنّ ذلك لكونه مقتضى حكم التمتع. وبالأخبار الواردة في توقيت المواقيت، وتخصيص كلّ قطر بواحد منها أو من مرّ عليها، بعد دعوى أنّ الرجوع إلى الميقات غير المرور عليه.

ثانيها: أنه أحد المواقيت المخصوصه مخيراً بينها، وإليه ذهب جماعه

اخرى، لجمله اخرى من الأخبار مؤيده بأخبار المواقيت، بدعوى عدم استفاده خصوصيه كل بقطر معين.

ثالثها: أنه أدنى الحلّ، نقل عن الحلبي، وتبعه بعض متأخري المتأخرين لجمله ثالثه من الأخبار، والأحوط الأول وان كان الأقوى الثاني، لعدم فهم الخصوصية من خبر سماعه، وأخبار الجاهل والناسي، وأن ذكر المهلّ من باب أحد الافراد، ومنع خصوصيه للمرور في الأخبار العامه الداله على المواقيت وأما أخبار القول الثالث فمع ندره العامل بها مقيده بأخبار المواقيت، أو محموله على صورته التعذر، ثم الظاهر أنّ ما ذكرنا حكم كل من كان في مكّه واراد الاتيان بالتمتع ولو مستحباً هذا كله مع امكان الرجوع إلى المواقيت، وأما إذا تعذر فيكفي الرجوع إلى أدنى الحلّ، بل الاحوط الرجوع إلى ما يتمكن من خارج الحرم ممّا هو دون الميقات وان لم يتمكن من الخروج إلى أدنى الحلّ أحرم من موضعه، والأحوط الخروج إلى ما يتمكن (1) انتهى كلامه (رحمه الله).

الأقوال في القاعده:

ذهب إلى القول الأول الشيخ وأبو صلاح ويحيى بن سعيد والمحقق في النافع والفاضل في جملة كتبه، وذهب إلى القول الثاني المحقق في ظاهر الشرائع والنهايه والمقنع والمبسوط والارشاد والقواعد بمقتضى ظاهر اطلاقهم، وعن الدروس التصريح بذلك وكذا المسالك والروضة.

ص: ٤٥٤

وذهب للقول الثالث الحلبي في الكافي قال: وميقات المجاور ميقات بلده ويجوز له أن يحرم من جعرانه وإن ضاق عليه الوقت فمن خارج الحرم (١).

ونسب أيضاً إلى المقدس الأردبيلي، وقواه في المدارك، واستحسنه في الكفايه.

أدله الأقوال:

إشاره

و استدلل للقول الأول:

أولاً: بالروايات الواردة في المواقيت الدالّه على أنّ لكل قطر ميقات.

وفيه: أنّ ظاهر تلك الروايات في الخارج عن محدوده المواقيت لا في المقيم في مكه وإن كان من أهالي ذلك القطر والبلد.

نعم غايه ما يمكن أن يدعى مشروعيه ميقات أهل بلده لو ذهب إليه لا أنّه ملزم بالذهاب إليه بمفاد تلك الروايات والكلام في الثاني.

ثانياً: بأنه مقتضى أصاله الاحتياط عند الدوران بين التعيين والتخير.

وفيه: إنّما تصل النوبه إليه بعد عدم دلاله الأخبار على غيره، مع اننا ذكرنا في بحث المواقيت من سند العروه (كتاب الحج) عدم كون مقتضى الأصل التعيين عند الدوران مطلقاً.

وثالثاً: بالروايات الخاصّه:

ص: ٤٥٥

١- (١) الكافي: ص ٢٠٢.

مثل موثق سماعه عن أبي الحسن (عليه السلام) قال: «سألته عن المجاور أله أن يتمتع بالعمرة إلى الحج قال: نعم يخرج إلى مهل أرضه فيلبي، إن شاء»^(١).

و أشكل على طريقها بضعف معلى بن محمد بتضعيف النجاشي له، ولكنه صاحب كتاب وقد روى الأصحاب عنه كثيراً وطعن النجاشي لا- ينافي الوثاقه، واشكل على الدلاله تاره بوجود لفظه «إن شاء» بأنه من التعليق على المشيئه فيكون مورد من الحج المستحب.

و فيه: إنه لا فرق ظاهر بين شرائط الماهيه للواجب والمستحب. وأخرى أن «إن شاء» تعليق لخروجه للميقات فلا يدل على تعيين ميقات مهل أرضه، وهذا وإن كان محتملاً إلا- أنّ الأظهر رجوعه لأصل الحج لأنه محور سؤال السائل وجواب الامام (عليه السلام).

و استدلل أيضاً بالروايات الواردة في الناسى والجاهل^(٢) بدعوى أنها تشير إلى مقتضى القاعده.

و فيه: أنه حرر في المواقيت من سند الحج أنّ مقتضى القاعده هو الاحرام من أى ميقات وأنّ المدار على المرور، وأنما ورد في الجاهل والناسى فيحتمل بل ظاهر فى خصوصيه حصول المرور على الميقات، هذا مع أنّ المجاور ليس المفترض فيه المرور على المواقيت من غير احرام بل فيمن دخل باحرام ونسك ثم أقام.

و استدلل للقول الثانى:

ص: ٤٥٦

١- (١) الوسائل، باب ٨، من أقسام الحج، ح ١.

٢- (٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب المواقيت.

بموثق سماعه بن مهرا ن عن أبي عبد الله (عليه السلام) فى حدِيث قال:

«وان اعتمر فى شهر رمضان أو قبله وأقام إلى الحج فليس بتمتع وأنما هو مجاور أفرد العمره، فإن هو أحب أن يتمتع فى أشهر الحج بالعمره إلى الحج فليخرج منها حتى يجاور ذات عرق أو يجاوز عسفان فيدخل متمتعاً بالعمره إلى الحج، فإن هو أحب أن يفرد الحج فليخرج إلى الجعرانه فيلبى منها» (١).

و الصحيح إلى حريز عمّن أخبره عن أبي جعفر (عليه السلام) قال:

«من دخل مكة بحجّه عن غيره ثم أقام سنه فهو مكى فإذا أراد أن يحج عن نفسه أو أراد أن يعتمر بعد ما انصرف من عرفه فليس له أن يحرم من مكة ولكن يخرج إلى الوقت، وكل ما حول (حوله) رجع إلى الوقت» (٢).

و خبر إسحاق بن عبد الله قال:

«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن المعتمر [المقيم] يجرد الحج أو يتمتع مره أخرى، فقال: يتمتع أحبّ إلى وليكن إحرامه من مسيره ليله أو ليلتين» (٣).

و اشكل على دلالة الأولى باشمالها على عسفان التى هى ليست من المواقيت. وعلى الثانية بضعف السند، وعلى الثالثة بضعف السند واضطراب الدلالة حيث أنّ أقرب المواقيت لا تطوى بلبه مع أنّ المناسب بالترديد

ص: ٤٥٧

١- (١) الوسائل، باب ١٠، من أبواب أقسام الحج ح ٢.

٢- (٢) الوسائل باب ٩ من أبواب أقسام الحج ح ٩.

٣- (٣) الوسائل، باب ٤ من أبواب أقسام الحج ح ٢٠.

ذكر ما يزيد على الليلتين للمواقيت البعيده.

وفيه: أنّ عسفان على بعد مرحلتين من مكه أى بقدر أقرب المواقيت لمكه كذات عرق وقرن المنازل ويللمم، وأنّ من لم يمر على ميقات يسوغ له الاحرام بمحاذاه أحدها وإن لم تكن محاذاه يمين أو يسار بل محاذاه بمعنى تساوى البعد فيحرم بقدر بعد أقرب ميقات إلى مكه لأنه معنى المحاذاه عندنا كما حررناه فى محله ، ومن ثمّ يسوغ لمن يذهب إلى مكه عن طريق جده أن يحرم منها لأنها بقدر ذلك كما حرر فى بحث المواقيت مفصلاً، وفى مرسل الصدوق قال:

«وأنّ رسول الله صلى الله عليه و آله اعتمر ثلاث عمر متفرقات كلّها فى ذى القعده عمره أهلّ فيها من عسفان وهى عمره الحديبيه...»(١).

ويشهد لذلك أيضاً تحديد النائي بكل من ذات عرق وعسفان فيشرع لمن دويرته منها وما وراءها التمتع والاحرام منها، وأمّا الروايه الثانيه فليس الارسال فيها بذلك الضعف لا سيّما وأنّ ظاهر الارسال ليس من حريز وأنّما نسيان من روى عن حريز بقيه السند، لا سيّما وأنّ حريز بتلك المنزله وأكثر رواياته عن الكبار.

وأما الروايه الثالثه: فتصلح معاضده، وأمّا دلالتها فتأمّه اذ الليله تكون كناية عن المسير مقدار ليل ونهار وهى فى سير القوافل يطوى بها مرحلتان كما فى صلاه المسافر فضلاً عمّا كان على دابّه سريعه، ومن ثمّ تكون الليلتان كناية عن الجحفه التى هى على أربع مراحل.

وثانياً: بمقتضى القاعده

نظراً للروايات الدالّه على توقيت رسول

ص: ٤٥٨

الله صلى الله عليه و آله لأهل كل قطر ومن يليهم ميقات و ظاهرها تعيين ذلك الميقات، و غايه الأمر يرفع اليد عن لزوم خصوص ذلك الميقات بالتخير بينه وبين المواقيت البعيده بالروايات الوارده على أنّ من مرّ على أحد تلك المواقيت جاز له الاحرام منها.

وفيه: أنّ ظاهر تلك الروايات فى الخارج عن محدوده المواقيت، وأجيب بصدق المرور عليها لمن يقصد الحج من مكه، وهو ضعيف اذ ليس الكلام فى مشروعيه الاحرام منها أو وجوبه بعد الخروج اليها، أنّما الكلام فى الالزام بالخروج اليها وتعينها على المقيم قبل خروجه، فالأولى تقرير مقتضى القاعده بالآيه الكريمة المشرّعه لمتعه النائي دون الحاضر، وذلك بعد تفسير النائي بالذى يبعد عن مكه بمرحلتين أى بمقدار بعد أقرب المواقيت البعيده، وإن كان مكياً كما ذكرنا فى المسأله الثانيه من فصل المواقيت ، والحاضر بمن دون تلك المسافه وإن كان آفاقياً بعد السنتين كما ذكرنا فى المسأله الثالثه من فصل المواقيت أى أنّ مقتضى الروايات المفصله فى المجاور قبل السنتين وبعدها ادراج المجاور قبلها فى النائي، والنائي بحسب كبرى الآيه هو الذى يشرع له التمتع، وقد ذكرنا فى المسأله الثالثه الانفه الذكر تفسير أنّ نفي مشروعيه المتعه لأهل مكه هو نفي مشروعيتها من قرب أى من أدنى الحلّ أو من مكه وأنها مشروعيه لهم إذا ابتعدوا.

ويستدل للقول الثالث: بالروايات الخاصه:

كصحيحه أبى الفضل - وهو سالم الحنّاط بقريته روايه صفوان عنه - قال:

«كنت مجاوراً بمكه فسألت أبا عبدالله صلى الله عليه و آله : من أين أحرم بالحج؟ فقال: من حيث أحرم رسول الله صلى الله عليه و آله من الجعرانه أتاه فى ذلك المكان فتوح، فتح الطائف وفتح خيبر والفتح فقلت: متى أخرج؟ قال: إن كنت صروره

فاذا مضى من ذى الحجه يوم، فإذا كنت قد حججت قبل ذلك فاذا مضى من الشهر خمس».

و حسنه - كالمعتبره - حمّاد قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن أهل مكه، أ يتمتعون؟ قال: ليس لهم متعه، قلت: فالقاطن بها، قال: إذا أقام بها سنه أو سنتين صنع صنع أهل مكه، قلت: فإن مكث الشهر قال: يتمتع، قلت: من أين [يحرم]؟ قال: يخرج من الحرم، قلت: من أين يهّل بالحج؟ قال: من مكه نحواً مما يقول الناس» (١).

و صحيح الحلبي قال: «سألت أبا عبدالله (عليه السلام): لأهل مكه أن يتمتعوا؟ فقال: لا ليس لأهل مكه أن يتمتعوا، قال: قلت فالقاطنين بها قال: إذا أقاموا سنه أو سنتين، صنعوا كما يصنع أهل مكه، فاذا أقاموا شهراً فإن لهم ان يتمتعوا قلت من أين قال يخرجون من الحرم، قلت: من أين يهّلون بالحج؟ فقال: من مكه نحواً مما يقول الناس» (٢).

و موثق سماعه عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «المجاور بمكه إذا دخلها بعمره في غير أشهر الحج في رجب أو شعبان أو شهر رمضان أو غير ذلك من الشهور الا أشهر الحج فإن أشهر الحج شوال وذى القعدة وذى الحجه، من دخلها بعمره في غير أشهر الحج، ثم أراد أن يحرم فليخرج إلى الجعرانه فيحرم منها، ثم يأتى مكه ولا- يقطع التلبيه حتى ينظر إلى البيت ثم يطوف بالبيت ويصلّى ركعتين عند مقام ابراهيم (عليه السلام) ثم يخرج إلى الصفا

ص: ٤٦٠

١- (١) الوسائل، باب ٩، من أبواب أقسام الحج ح ٦.

٢- (٢) الوسائل، باب ٩، من أبواب أقسام الحج ح ٧.

والمروه فيطوف بينهما، ثم يقصر ويحلّ ثم يعقد التلبيه يوم الترويه»^(١).

أما روايه حمّاد فيشكل على دلالتها بأن قوله (عليه السلام)

«يخرج من الحرم» مطلق فيقيد بما سبق بخروجه إلى الوقت في قبال ذيل الروايه حيث جعل الالهلال بالحج من مكه وكذلك الحال في صحيحه الحلبي.

و أما موثق سماعه فهو مطلق من حيث الاضطرار وعدمه فيمكن تقيده بالاضطرار لأن الروايات المتقدمه الدالّه على الوقت مخصصه بغير الاضطرار لما ورد بأن المضطر^(٢) يحرم من حيث أمكنه فتتقلب نسبتها معها.

و بعباره أخرى: يكون من قبيل انقلاب النسبه بتوسط روايات الاضطرار، وحمل الروايات المطلقه على الاضطرار غير عزيز لا سيما في باب الحج نظير الروايات المطلقه الوارده في تأخير الاحرام إلى الجحفه المحموله عليه، وكذلك الروايات المطلقه بتقديم المتمتع طوافه وسعيه على الوقوف، مضافاً لاعتضاد الروايات المتقدمه بمفاد الآيه المبين لاشتراط التمتع بالبعد، كما ذكرنا في صدر فصل المواقيت من أنها في صدد تحديد مشروعيه التمتع بالاحرام من الموضع النائي والحاضر ليس له إلا الافراد أعم من المندوب والواجب، ويساعده التعبير فيها «فمن تمتع» كالتعليق على ارادته ومطلق المشروعيه أعم منها، ويشهد لذلك أيضاً نفى مشروعيه التمتع مطلقاً لأهل مكه أى من قرب سواء الواجب أو المندوب، ويشهد

ص: ٤٦١

١- (١) وسائل باب ٨، من أقسام الحج، ح ٢.

٢- (٢) وسائل باب ١٤، و ١٥، و ١٦، من أبواب المواقيت.

له أيضاً مشروعيه التمتع لأهل مكة عند خروجهم إلى الموضع النائي كما في (المسألة ٢ من المواقيت) (١) سواء اختصت رواياتها بالمندوب أو الواجب والاعم، ويشهد له أيضاً ما ورد في تحديد النائي والحاضر تفسير الآيه بالثمانيه والاربعين وهي حد أدنى المواقيت البعيده.

هذا ولكن قد يجاب عن هذا الحمل بأن ما ورد في المسألة الثالثه من المواقيت من التفصيل في المجاور بين تمام السنتين وقبلها. بأن حكمه بعد السنتين حكم أهل مكة وقبل السنتين تجوز له المتعه فإن الجواز المزبور إن كان من على بعد فلم يفترق حال المجاور قبل السنتين وبعدها، لأن أهل مكة أيضاً يجوز لهم التمتع من بعد كما ذكرنا في المسألة الثانيه في هذا المواقيت، فالتفصيل لا- محاله يكون بلحاظ جواز ايقاع التمتع من قرب قبل المده بخلافه بعدها، ولعل ذلك تخفيف من الشارع على المجاور اذ قد يكون آت بنسك سابق من المواقيت البعيده من زمن قريب، أو يكون للتفصيل بلحاظ وجوب التمتع قبل السنتين من المواقيت البعيده وجوباً تعينياً عليه أما بعد السنتين فيتعين عليه الافراد ما دام حاضراً لدى المسجد الحرام، نعم، إذا ابتعد ونأى يتبدل لديه الموضوع فيكون المكي مخيراً كما في المسألة المتقدمه. والجواب الثاني هو العمده.

ثم ان السيد اليزدي ذكر ان هذا حكم من كان في مكة وأراد الاتيان بالتمتع ولو مستحباً وما أفاده واضح بحسب الروايات المتقدمه حيث ان عدّه من الروايات التي وردت لم تاخذ عنوان المجاور والمقيم في الموضوع

ص: ٤٤٢

١- (١) سند العروه الوثقى ج ٢، ص ١٦٩ كتاب الحج.

بل عنوان من دخل بنسك ثم أراد أن يتمتع مضافاً إلى ما عرفت أنّ ذلك مقتضى القاعده في ماهيه التمتع فأنها متقومه بالاحرام من أحد المواقيت البعيده ولا أقل من أقربها وهو حدّ النائي كما هو مقتضى الآيه.

و أما أهل مكه إذا أرادوا التمتع استحباباً فكذلك لما عرفت من أن مفاد الآيه في تحديد ماهيه التمتع للاحرام من بعد، مضافاً إلى ضميمة ما ذكرنا من الروايات في المسأله الثانيه في المكى إذا خرج إلى بعض الأمصار.

هذا وإن كان احرام أهل مكه من أدنى الحلّ كما سيأتى كما في صحيح أبي الفضل (١) وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج (٢) وغيرهما من الروايات، إلا أنّها اما خاصه في حج الافراد أو عامه تعمّ العمره المفرده فلا اطلاق فيها للتمتع وهكذا صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبدالله (عليه السلام) «قال: من أراد أن يخرج من مكه ليعتمر، أحرّم من الجعرانه أو الحديبيه أو ما أشبهها» (٣).

و لو سلم اطلاقها لعمره التمتع فقد عرفت أنّ الروايات الوارده في المسأله الثانيه في المكى إذا خرج أنّها شامله للحجّ الندبي وان فيها تقرير لارتكاز السائل بعدم المشروعيه من قرب، مضافاً لما عرفت من عموم مفاد الآيه في تحديد ماهيه التمتع بالاحرام من بعد ونسبتها من وجه مع الروايات الدالّه لأدنى الحلّ لو سلم اطلاقها لحجّ التمتع.

ثم إنّ هذا كلّ مع امكان الرجوع للمواقيت البعيده أما مع التعذر

ص: ٤٦٣

- ١- (١) الوسائل، باب ٩، من أبواب أقسام الحجّ ح ٦.
- ٢- (٢) الوسائل، باب ٩، من أبواب أقسام الحجّ ح ٢.
- ٣- (٣) الوسائل، باب ٢٢، من أبواب المواقيت، ح ١.

فيكفي الرجوع لأدنى الحلّ لما عرفت من روايات القول الثالث المحمّوله على الاضطرار ولما حرر في المواقيت من أنّه مقتضى القاعدة عند التعذر، كذا في حكم الابتعاد عن أدنى الحلّ بقدر ما يمكنه وإن لم يتمكن فمن موضعه وان هذا هل يعم التمتع الندبي كما هو الصحيح أم يخص الواجب.

ص: ٤٦٤

قاعده: في صحه النسك مع الخلل غير العمدي في الطواف والسعي

اشاره

ص: ٤٦٥

الأقوال:

حكى الاجماع على البطالين مع الترك عمداً وإن كان عن جهاله واستدل له بالروايتين الآتيتين إلّا أنه أشكل دلالتهما المحقق الاردبيلي وحمل الاعاده على اعاده الطواف لا الحج ومال في الحدائق إلى حمل الروايه على إعادة الطواف وأن عمده الدليل في العامد في إعادة الحج هو الاجماع فلم يلتزم بإعادة الحج في غير العامد وتمسك بنفى البدنه والاعاده بدليل الرفع.

الأدله:

اما الروايتان:

١ - فصحيحه على بن يقطين

«قال سألت ابا الحسن عن رجل جهل أن يطوف بالبيت طواف الفريضة، قال: إن كان على وجه جهاله في الحج أعاد وعليه بدنه»^(١).

٢ - وروايه على بن أبي حمزه قال: سئل عن رجل جهل ان يطوف

ص: ٤٦٧

١- (١) الوسائل، باب ٥٦، من أبواب الطواف ح ١.

بالبیت حتی رجع إلى أهله قال: «إذا كان على وجه جهاله أعاد الحج وعليه بدنه»^(١).

ثم أن في طريق الصدوق قال

(سها أن يطوف)^(٢) فالرواية على الصورة الثانية محمولة على الاستحباب لما دل على صحه الحج مع السهو والنسيان ولا كفاره عليه إلا أن يواقع أهله لما دل على لزوم بعث الهدى في الناسى للطواف إذا واقع أهله ومفهومها عدم الكفاره مع عدم الجماع.

وفي موثقه اسحاق بن عمار

«في المرأة تطوف وهي حائض وتقضى النسك ثم واقعها زوجها» فقال «عليها سوق بدنه والحج من قابل»^(٣) الحديث.

إلا أنها في تعمد ترك الطواف، وعلى أى تقدير فصحيحه على بن يقطين في الجهل بالحكم مع تعمد ترك الموضوع وليست في الجهل في الموضوع وكذلك روايه على ابن أبى حمزه في طريق الشيخ مع أن دلالة روايه على بن يقطين بدرجة الظهور لا الصراحة لأن الاعاده تستعمل في الخلل في العبادات بقضاء الجزء المتروك بلحاظ أن محله قد فات الذى ينبغى أن يؤتى به فيه وأما روايه على بن أبى حمزه فصورتها مختلفه كما عرفت.

والحاصل: ان اطلاقات ادله جزئيه الطواف وان اقتضت الركنيه إلما أن المقابله بين ما ورد في الروايتين في الناسى للطواف من صحه حجه ولزوم قضاء الطواف عليه خاصه لا يبعد الاستفاده منه عموم صحه الحج

ص: ٤٤٨

١- (١) الوسائل، باب ٥٦، من أبواب الطواف ح ٢.

٢- (٢) من لا يحضره الفقيه ح ٢ ص ٢٥٦ ح ١٢٤٠.

٣- (٣) الوسائل، باب ١٩ من أبواب كفارات الاستمتاع.

لتارك الطواف عن غير عمد للنسيان أو للغفلة أو الجهل بالموضوع أو الجهل بتحقيق الشروط خارجاً. أى ان هذا البحث مطرد فى كل شرائط الطواف بل السعى أيضاً من أن الخلل تاره من جهه الجهل بالحكم وأخرى من جهه الجهل بالموضوع وانه هل يطرد ما ورد فى صحه النسك مع نسيانها فى مطلق الخلل من جهه الموضوع أى غير العمد أو لا؟

وظاهر كلمات المشهور هى على اعاده الحج فى خصوص العمد حتى انه قد استظهر من تقييدهم بالعمد خصوص العالم واحتيج فى تعديته إلى الجاهل إلى الاستدلال بالروايه المتقدمه أو تصريح بعضهم كالشيخ، فلا يظهر من كلماتهم فى المقام بطلان النسك بالترك غير العمدى وان كان بسبب الجهل بالموضوع كجهله بوجود الحاجب على اعضاء الوضوء فطاف بغير طهاره.

وقال الشيخ فى الخلاف لو طاف على غير وضوء وعاد إلى بلده رجع وأعاد الطواف مع الامكان فإن لم يمكنه استناب من يطوف عنه- إلى أن قال- دليلنا اجماع الفرقه واخبارهم وطريقه الاحتياط.

و ذكر المحقق الاردبيلى فى مسأله الطواف فى الحجر انه بمنزله تركه وان البطلان مخصوص بالعمد دون غيره .

وقال علامه فى التذكره فى ذيل مسأله الشك فى الطواف «تذنيب ولو تحلل من إحرام العمره ثم أحرم بالحج وطاف وسعى له ثم ذكر انه طاف محدثاً أحد الطوافين ولم يعلم انه طواف عمره التمتع أو طواف الحج قيل يطوف للحج ويسعى له ثم يعتمر بعد ذلك عمره مفرده، ويصير حجه مفرده، لاحتمال أن يكون فى طواف العمره فيبطل وقد فات وقتها،

وأن يكون للحج، فيعيدته فلهذا اوجبتنا عليه إعادته طواف الحج وسعيه والأتیان بعمره بعد الحج، لبطلان متعته، قال بعض العامه والوجه: انه يعيد الطوافين، ولان العمره لا تبطل بفوات الطواف .

و ذكر المحقق الاردبيلى أيضاً فى مسأله الشاك فى الطواف حيث يبطل طوافه ولا يستأنف للجهل بالحكم.

قال: ثم اعلم انه على تقدير وجوب الاعاده فالظاهر من الادله أن ذلك مع الامكان وعدم الخروج من مكه والمشقه فى العود ... إلى أن قال: فلو وقع لشخص وخرج ولم يلتفت لا- يمكن الحكم ببطلان طوافه ثم الحكم ببطلان حجه لأنه جاهل، والجاهل كالعامد فيكون حجه باطلاً لترك الطواف الموجب لذلك فيكون باقياً على احرامه ويجب عليه اجتناب محرمات الاحرام والذهاب لإعادته الحج- بمجرد ما رأى فى بعض المواضع أن الجاهل كالعامد وأن من شك يجب اعاده طوافه خصوصاً إذا بنى على الأقل وأكمل لما مرّ فتأمل .

و ممن ذهب إلى ذلك فى مسأله الشك فى الطواف صاحب المدارك والمجلسى فى البحار وصاحب الحدائق، والمسأله كما ترى خلل فى الطواف حكمى، أى من ناحيه الجهل بالحكم فضلاً عن الخلل فى الموضوع الذى ارسل فى كلام العلامه فى التذكره ارسال المسلمات أنه لا يوجب البطلان.

و ذكرنا فى مسأله الشك من سند العروه (الحج) الروايات الداله على ذلك وانها طائفه ثانيه داله على صحه النسك مع الخلل فى صحه الطواف والسعى سواء كان حكماً أو موضوعياً إذا لم يكن ترك الطواف والسعى عمدياً.

وقال الشهيد فى الدروس فى أحكام الطواف، الأؤل: كل طواف واجب ركن إلاً طواف النساء فلو تركه عمدأ تبطل نسكه وإن كان جاهلاً .. إلى أن قال: ولو تركه ناسياً عاد له فإن تعذر استناب فيه .

ويظهر من عبارته أن مقابل النسيان والعمد، أى أن ما يقابل النسيان مطلق الخلل العمدى.

ص: ٤٧١

قاعدہ: بطلان إدخال نسک فی نسک

اشارہ

ص: ۴۷۳

و قد يعبر عنه بإقحام نسك في نسك , و قد يتصور في بحث الاقتران بين النسكين، و نظير هذا البحث قد عنون في باب الصلاه في ادخال صلاه في صلاه و إن ورد فيها استثناء بعض الموارد كإدخال صلاه الآيات في الفريضة عند ضيق وقتها.

فيقع البحث في مقامين :

الأول: في موضوع القاعده .

الثاني: في الحكم و المحمول .

أما البحث في الموضوع فإنه يتصور على نحوين:

فتاره ادخال و إقحام و أخرى اقتران.

ولا- ريب أن الكلام إنما هو في العملين المتجانسين المتشابهين و لو في بعض الاجزاء فإن التشابه و التجانس هو الذي يوجب ارتباط المماثل بالمماثل كما ورد في النهي عن قراءه العزائم في الصلاه حيث انه يوجب السجده الواجبه و بالتالي فيأتي بعمل مشابه لبعض اجزاء الصلاه و قد علل النهي بأنه زياده في المكتوبه مع أن الآتى بسجده العزيمه لا يقصد بها التضمين في الصلاه و الإدخال و نظير ما لو قرأ في الصلاه القرآن أو ذكر

ذكرًا عباديا و ان لم يقصد الجزئية و التضمنين فإنه يحسب جزءاً مستحباً في الصلاة.

ونظير ذلك ما ورد في النهي عن الطواف المستحب قبل الطواف للنسك الواجب و موارد أخرى كثيرة يجدها المتتبع في ماهيات العبادات الدال على هذا الأصل السیال فيها، و من ثم يتأمل في تصور الشق الثاني في موضوع البحث من أن الاقتران لا محال يكون إدخال و اقحام و لو حصل بجزء واحد كما لو كبر للظهر ثم كبر للعصر ثم أتى بأربع ركعات للظهر و سلم ثم أتى بأربع ركعات للعصر و سلم فإن الاقتران بين التكبيرات و إن لم يكن باقتحام بقيه الركعات في الصلاة الأولى الا أن تكبيره العصر قد ادخلت في الظهر للتجانس بين التكبيرتين و كذا الحال في إهلالی النسكين و الاحرامين فالاقتران يستلزم الاقتحام في الجملة لا محاله.

هذا كله بحسب موضوع القاعده.

إما محمول القاعده:

فيستدل على البطلان بعده وجوه: بعضها مشترك مع ما حرر في باب الصلاة.

الأول: أن اقحام النسك في النسك أو العمل العبادي في الآخر يوجب محو الصورة المعهودة المقرره في الادله الشرعيه وهذا الوجه اجمالاً في الجملة تام مع ما سيأتي في الوجه الثاني.

الثاني: ما اشار إليه صاحب الجواهر من أن ظاهر الادله هو الاهلال بالحج بعد التقصير المحلل لإحرام العمرة. ونظيره ايضاً في الادله اتيان العمرة المفردة بعد التحلل من حج وكذلك ما في ادله العمرة المفردة من

ص: ٤٧٤

بيان الفصل بين افرادها اما بشهر أو عشره ايام أو نحو ذلك. فظاهر هذه الأدله مباينه ايقاع النسك عن بعضها البعض.

الثالث: ما اشار إليه صاحب الجواهر من الأمر باتمام الحج أو العمره حيث مقتضاه عدم قطعها بنسك آخر بل مواصله اجزائهما بما لهما من هيئه اتصاليه مجموعيه ولا يخفى أن هذا الوجه يرجع إليه ما ذكر في الوجه الأول.

الرابع: جمله من النصوص كصحيحه زراره قال جاء رجل إلى أبي جعفر وهو خلف المقام قال إنى قرنت بين حجه وعمره فقال له هل طفت بالبيت فقال نعم، قال هل سقت الهدى فقال لا فأخذ أبو جعفر بشعره وقال

«أحلت والله»^(١)وهى نص فى المطلوب حيث ذهب العامه إلى أن الاقتران^(٢) بمعنى قرن العمره والحج فى اهلال واحد وهو نمط من ادخال نسك فى نسك.

و أما قوله

«أحلت والله» أى إنما اتى به يقع متعه مع أن السائل لم ينشأ خصوص المتعه فوجهه ما تقدم من أن الاهلال يمكن أن يتعلق بالطبيعى ويتعين بما يأتى به المحرم لاحقاً كما مر فى جواز العدول من الافراد إلى التمتع، وما مر من انقلاب المتعه افراداً لو لبي قبل التقصير، ومثلها صحيحه يعقوب بن شعيب قال قلت لأبى عبدالله الرجل يحرم لحجه وعمره وينشئ العمره، أ يتمتع؟ قال:

«نعم»^(٣).

بتقريب أن يحرم أى ينوى وإن انشأ قولاً خصوص العمره والمدار

ص: ٤٧٧

١- (١) وسائل باب ١٨، من أبواب أقسام الحج ح ١.

٢- (٢) المغنى لابن قدامه ج ٣، ص ٢٤٧.

٣- (٣) وسائل، باب ١٨، من أبواب أقسام الحج، ح ٢.

وإن كان على النية إلا- أنه حيث لا- يصح القرن بين النسكين فيقع ما انشاء عمره التمتع خاصه وإن احتمل ان السؤال وقع عن العدول من الافراد إلى التمتع وفي موثق اسحاق بن عمار قال قلت لأبي عبد الله رجل يفرد الحج فيطوف بالبيت وسعى بين الصفا والمروه ثم يبدو له أن يجعلها عمره قال إن كان لبي بعد ما سعى قبل أن يقصر فلا متعه له(١).

وتقريب الدلاله فيها ان نفيه لا- مكان المتعه له باطلاقه شامل لما لو أراد إقحام عمره التمتع فيما بيده من نسك وليس النفي خاص بقلب ما بيده إلى التمتع، وبهذا التقريب يظهر جهه الاستدلال بالنصوص المتقدمه الداله على أن من لبي متعمداً في عمره قبل التقصير ينقلب نسكه إلى الافراد وتبطل متعته كمصحح العلاء بن فضيل وموثق اسحاق بن عمار الآخر(٢) وغيرهما مما ذكرناه في المسأله (٣٥٤) من تقريرات بحث الحج(٣) فإن بطلان المتعه وامتناع المجيء بها يقتضى امتناع إدخال النسك في النسك وإلا فما كان للامتناع مجال.

ومنها صحيحه حماد بن عيسى عن أبي عبد الله قال:

«من دخل مكه متمتعاً في أشهر الحج لم يكن له أن يخرج حتى يقضى الحج، فإن عرضت له حاجه إلى عسفان أو إلى الطائف أو إلى ذات عرق خرج محرماً ودخل ملبياً بالحج فلا- يزال على إحرامه فإن رجع إلى مكه رجع محرماً ولم يقرب البيت حتى يخرج مع الناس إلى منى على إحرامه، وإن شاء وجهه ذلك إلى منى، قلت: فإن جهل فخرج إلى المدينه أو إلى نحوها بغير إحرام ثم رجع في ابان

ص: ٤٧٨

١- (١) وسائل باب ١٩، من أبواب أقسام الحج، ح ١.

٢- (٢) سند العروه الوثقى ح ٤، ص ٣٩.

٣- (٣) وسائل باب ٢٢ من أبواب أقسام الحج ح ٦.

الحج في أشهر الحج يريد الحج فيدخلها محرماً أو بغير إحرام؟ قال: إن رجع في شهره دخل بغير إحرام وإن دخل في غير الشهر دخل محرماً، قلت: فأى الاحرامين والمتعتين متعته الأولى أو الأخيره؟ الخ ... الحديث».

و الروايه نص في عدم جواز اقحام نسك في نسك حيث علل عدم كون العمره الأولى هي المتعه بأنها غير موصوله بالحج، مما يقضى بأن إقحام نسك آخر بينها وبين الحج يقطعها عنه مع أن عمره التمتع والحج ليسا في إحرام واحد وإنما هما مشروطان ببعضهما فهذا مما يقضى بأن معنى اتمام النسك هو عدم قطعه بنسك آخر وان الاتمام بمعنى الهيئه الاتصاليه. ومما يؤيد المنع المزبور ما ورد في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج وصحيح معاويه بن عمار، قال في الثاني عن أبي عبد الله قال سألته عن المفرد للحج هل يطوف بالبيت بعد طواف الفريضة قال: نعم، ما شاء، ويجدد التلبيه بعد الركعتين، والقارن بتلك المنزله يعقدان ما أحلا من الطواف بالتلبيه .

و تقريب دلالتها أن الطواف المندوب مع أنه لم يأت به بقصد الجزئيه إلا- أنه مسانخ لبعض أجزاء النسك- فهذا مما يوجب التحامه به تلقائياً، وان لم يقصده الناسك وبالتالي فاحتاج إلى عقد احرامه تأكيداً بالتلبيه الأخرى، كل ذلك بسبب التجانس الموجود بين الافعال.

هذا كله بحسب القاعده الأولى والنصوص الوارده وكذلك هناك جملة من الروايات الأمره بالتلبيه بعد الطواف المستحب أو الناهيه عنه في العمره ذكرناها اجمالاً في مسأله (٣٦٣) من سند العروه (كتاب الحج) (١).

ص: ٤٧٩

التمه الأولى : (عموم القاعدة):

إشاره

فهل تشمل العامد وغيره، وهل تشمل ما لو بقى بعض أجزاء النسك السابق كما لو نسي الطواف والسعى أو بقى عليه طواف النساء.

ففى المقام أمور:

الأول: فى شمول القاعدة لغير العامد:

و الظاهر عمومها له بمقتضى الأدله السابقه فيما لو كان الاقتحام من البدء أو فى الأثناء قبل إتمام بقيه الأجزاء لعموم الوجوه المتقدمه، وأما لو بقى عليه بعض الأجزاء بسبب الخلل غير العمدى فالظاهر عدم شمول القاعدة لما يأتى من الإشاره فى الأمور اللاحقه، بل كذلك الحال فى خصوص طواف النساء ولو عمدًا.

الثانى: الظاهر عدم عموم القاعدة

لموارد بقاء بعض الأجزاء بسبب الخلل غير العمدى؛ لما ورد من النصوص فى الخلل فى الطوافين غير العمدى أنه يقضيها ولو دخل فى نسك آخر، كما لو نسيها فى عمره التمتع ثم أهل بحج التمتع فإنه يقضيها قبل أن يأتى بطوافى الحج، مع أنه لا زال باقياً على إحرام العمره ما بقى وجوب قضاء الطوافين لها فى ذمته، وهذا مما يدل على أن إدخال النسك فى النسك بهذا المقدار غير ضار كما ورد فى باب الصلاه من إقحام صلاه الفريضة فى صلاه الآيات عند ضيق الوقت.

و هذا الكلام مطّرد أيضاً فيما لو فرض الخلل فى طوافى العمره وقد دخل فى عمره أخرى، ومن ذلك يتضح الحال فى طواف النساء لو نسيه

وأتى بعمرات متكرره فإنها تصح منه ويلزم عليه قضاء طواف النساء بعددها، وإن بنى على أن طواف النساء جزء من النسك.

التمه الثانيه :

فائده: فى أن طواف النساء ليس جزءاً من النسك.

فى شمول القاعده لما لو ترك طواف النساء عمداً وأهلّ بنسك آخر فقد قيل بالصحه استناداً إلى القول بعدم جزئيه نظراً إلى ورود النصوص الصحاح المتعدده، كصحيح الحلبي وصحيح معاويه بن عمار ، ويؤيد بخلو عمره التمتع من طواف النساء مع أنها متحدته الطبيعه مع العمره المفرده، فعلى ذلك لا يكون عند الإهلال لنسك جديد من إدخال نسك فى نسك ولا يندرج تحت موضوع القاعده، بل غايه الأمر يكون مطالباً به لأجل التحلل من الإحرام السابق، لا أنه باقياً فى ظرف نسك سابق بل حصل الخروج منه وإنما هو مرتبط ببعض آثاره، وأما لو بنى على الجزئيه فيشكل الحال مع تعمد الترك فى إدخال نسك جديد، لأنه بناءً على الجزئيه يكون متصلماً لما قبله وإدخال النسك يوجب قطع الهيئه الاتصاليه إلا أن الأظهر القول بعدم الجزئيه.

ص: ٤٨١

قاعده: لزوم الحج من قابل بفساد الحج

اشاره

ص: ٤٨٣

تحرير البحث:

فهل يجب قضاء الحج لمن أفسد حجه أو بطل أو فسد بفوت الموقفين أو بغير ذلك بعد تلبسه بالإحرام؟ سوء كان حجه واجباً أو مستحباً، وسواء كان الترك في واجبات المتعه أو حج التمتع أو الأفراد. يظهر ذلك من كلمات جماعه وفي بعض المقامات، ويظهر الخلاف من كلمات أخرى.

الكلام في مقامين:

الأول: مقتضى القاعده:

مقتضى القاعده أن من فسد حجه إما عامداً أو غيره، اما الأول اما أن يقع في حج واجب أو مستحب، أما إفساد العالم العامد لحجه في الحج الواجب فيستقر الحج في ذمته لتركه أداء الواجب مع حصول الاستطاعه فيستقر في ذمته.

وأما لو كان مستحباً فمقتضى القاعده عدم لزوم القضاء للأصل النافي، غايه الأمر عصيانه لوجوب إتيان واتمام الحج، كما أن ما دلّ على فوات الحج بفوت الموقفين ونحوهما دالاً على سقوط الأمر باتمام الحج

بالفساد وأنه يتحلل بعمره.

أما غير العامد فاما أن يفرض مقصِّراً ملتفتاً أو غير، فأما الأول فالظاهر أنه بحكم العامد، وأما الثاني فالأقوى فيه استقرار الحج أيضاً لما ذكرنا في بحث الاستطاعه من سند العروه كتاب الحج(١).

نعم لو كان ضيق الوقت لا بسبب من المكلف ولا توانى منه ولو عذرى لما تحققت الاستطاعه حينئذ ولا يستقر عليه الحج. هذا كله بحسب القاعده.

المقام الثانى : الروايات:

أما بحسب النصوص الواردة فقد يستدل بقضاء الحج مطلقاً بما ورد فيمن أفسد حجه بالجماع قبل الموقفين حيث ورد «من فسد حجه فعليه الحج من قابل»(٢).

و كذلك ورد الأمر بالحج من قابل فيمن فاته الموقفين، وكذا ورد فى روايه النعمانى فى تفسيره، و

«أما حدود الحج فأربعة وهى الإحرام والطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروه والوقوف فى الموقفين وما يتبعها ويتصل بهما، ضمن ترك هذه الحدود وجب عليه الكفاره والاعاده»(٣).

وفيه: أن الأصح فى المورد الأول كون ما يأتى به فى القابل عقوبه لصحيح زواره الدال على ذلك فى تلك المسأله، مضافاً إلى أن التعبير بالفساد استعمل فى الجماع بعد الموقفين أيضاً، فالمراد منه نقص حجه بذلك

ص: ٤٨٦

١- (١) سند العروه الوثقى، ج ١، ص ٢٤، وص ١٥١.

٢- (٢) وسائل، باب ٣، من أبواب الاستمتاع.

٣- (٣) وسائل، باب ٣٣، ٢٣، ٢٧، من أبواب الوقوف بالمشعر.

واحتياجه للجبر بالكفاره.

و أما المورد الثانى فقد ذهب الأصحاب كاهـ كما فى كتب الفاضلين والدروس وصاحب كشف اللثام والحدائق والجواهر وغيرهمـ إلى استحباب الحج من قابل فيما إذا كان مستحباً، ووجوبه فيما إذا كان واجباً مستقراً عليه، أو بقيت الاستطاعه إلى القابل.

ووجه ما ذهب إليه الأصحاب هو ما فى صحيح داود الرقى قال:

«كنت مع أبى عبد الله بمنى إذ دخل عليه رجل فقال: قدم اليوم قومٌ قد فاتهم الحج، فقال: نسأل الله العافيه، قال: أرى عليهم أن يهريق كل واحد منهم دم شاه ويحلون وعليهم الحج من قابل إن انصرفوا إلى بلادهم، وإن أقاموا حتى تمضى أيام التشريق بمكه ثم خرجوا إلى بعض مواقيت أهل مكه فأحرموا منه واعتمروا فليس عليهم الحج من قابل»^(١).

حيث فصل بين من يعتمر بعد إحلاله من المواقيت البعيده فلا حج عليه من قابل، وهو يناسب الاستحباب.

ومثله صحيح ضريس بن أعين قال: سألت أبا جعفر عن رجل خرج متمتعاً بالعمره إلى الحج فلم يبلغ مكه إلا يوم النحر فقال: يقيم على إحرامه ويقطع التلبيه حتى يدخل مكه فيطوف ويسعى من الصفا والمروه ويحلق رأسه وينصرف إلى أهله إن شاء. وقال: هذا لمن اشترط على ربّه عند إحرامه، فإن لم يكن اشترط فإن عليه الحج من قابل»^(٢).

ص: ٤٨٧

١- (١) وسائل، باب ٢، من أقسام الحج ح ٣١.

٢- (٢) وسائل، أبواب الوقوف بالمشعر، باب ٢٧، ح ٢.

حيث فصل بين من اشترط في إحرامه وبين من لم يشترط، فإنه يناسب الاستحباب لا الوجوب، وتقرير هذا المفاد بملاحظه ما ورد من أن الاشتراط في المستحب أيضاً يسقط الحج في القابل، بخلاف الاشتراط في الواجب فإنه لا يسقطه، كما هو مقتضى الجمع بين صحيح أبي بصير وأبي الصباح الكناني من جهة ففى الأولى قال:

«سألت أبا عبد الله عن الرجل يشترط في الحج أن حلني حيث حبستني، عليه الحج من قابل؟ قال: نعم» (١). وصحيح ذريح المحاربي قال:

«سألت أبا عبد الله رجل تمتع بالعمرة إلى الحج وأحصر بعد ما أحرم كيف يصنع؟ قال: فقال: أو ما اشترط على ربه قبل أن يحرم أن يحله من إحرامه عند عارض عرض له من امر الله؟ فقلت: بلى قد اشترط ذلك. قال: «فليرجع إلى أهله حلًا لا إحرام عليه فإن الله أحق من وفى بما اشترط عليه. قال: فقلت: أفعليه الحج من قابل. قال: لا» (٢).

حيث حملة الشيخ على حج التطوع. ومن هذا الصحيح يظهر أن الحكم في المصدود والمحصور مع المقام واحد.

ففى مصححه حمزه بن حمران أنه سأل أبا عبد الله

«عن الذى يقول حلني حيث حبستني. فقال: هو حل حيث حبسه قال أو لم يقل، ولا يسقط الاشتراط عنه الحج من قابل» (٣).

المحمول على مورد الحج الواجب حيث لا يسقط الاشتراط الحج الواجب فى نفسه.

ص: ٤٨٨

١- (١) وسائل، أبواب الإحرام، باب ٢٤، ح ١.

٢- (٢) وسائل أبواب الإحرام، باب ٢٤، ح ٣.

٣- (٣) وسائل، باب ٨، من أبواب الاحصار والصد، ح ٣.

و أما روايه النعماني فمع ضعف السند لسانها لسان روايات المورد الثاني الذي قد عرفت الحال فيه.
فتحصل: أن في الحج المندوب يستحب قضاؤه عن قابل، بخلاف ما إذا كان الحج واجباً كحجّه الاسلام.

ص: ٤٨٩

قاعده:تباين أو وحده أنواع الحج في كون الأفراد والقران وظيفه الحاضر

اشاره

ص:٤٩١

من قواعد باب الحج: تباين أو وحده أنواع الحج في كون الأفراد والقران وظيفه الحاضر

لم يذكر خلاف في ذلك إلا عن الشيخ و ابن سعيد، قال في المبسوط: «فان تمتع من قلناه- الحاضر- من أصحابنا من قال أنه لا يجزيه، و فيهم من قال يجزيه، و هو الصحيح لأن من تمتع قد اتى بالحج و بجميع افعاله، و انما أضاف اليه أفعال العمره قبل ذلك، و لا ينافي ذلك ما يأتي به من أفعال الحج في المستقبل، و من الناس من قال المكي لا يصح منه التمتع أصلاً، و فيهم من قال يصح ذلك منه غير أنه لا يلزمه دم المتعه و هو الصحيح، لقوله تعالى ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ۗ يعني الهدى الذى تقدم ذكره قبل هذا الكلام بلا فصل»(١).

لكنه فى النهايه(٢) منع الاجزاء عن التمتع ، و اشكل عليه فى كشف اللثام أنه يتم فى أهل مكه دون غيرهم من الحاضرين، فإن عليهم الاحرام بالحج من الميقات أو منازلهم و المتمتع يحرم به من مكه، و استدلال الشيخ

ص: ٤٩٣

١- (٢) المبسوط، ج ١، ص ٣٠٤.

٢- (٣) النهايه، ج ١، ص ٤٦٢.

فى المبسوط ىرجع الى وجهين:

الأول: كون التمتع فى حقيقه الافراد و زياده.

الثانى: رجوع اسم الاشاره فى الآيه الى الهدى فىكون صدر الآيه عاماً للحاضر.

وتنقيح الحال فى الوجه الأول: فقد تقرب دعوى الشيخ بأن ما ورد من تقسيم الحج فى الروايات الى المفرد و القارن و المتمتع كصحيحه معاويه بن عمّار قال: «سمعت أبا عبدالله(عليه السلام) يقول: الحج ثلاث أصناف حج مفرد و قران و تمتع بالعمره الى الحج و بها أمر رسول الله صلى الله عليه و آله ... الحديث(1) ان التقسيم عرض و ليس فى نوع الماهيه، فالمقسم هو النوع و الاقسام هى الاصناف، وان الافراد هو الطبيعه النوعيه للحج لا بشرط، بخلاف التمتع و القران فهو الطبيعه بشرط شىء نظير ما قيل فى صلاتى الفرادى و الجماعه، و يظهر من اشكال كاشف اللثام على الشيخ بالتفصيل ارتضاءه لذلك، و يمكن أن يستشهد له بأن القران كيفيه لعقد الاحرام بديله عن التلبيه كما هو مفاد صحيح معاويه بن عمّار عن أبى عبدالله(عليه السلام) قال:

«يوجب الاحرام ثلاثه اشياء: التلبيه و الاشعار و التقليد، فاذا فعل شيئاً من هذه الثلاثه فقد احرم»(2).

وفى صحيح حريز عن أبى عبدالله(عليه السلام) فى حديث قال(عليه السلام):

«فأنه اذا

ص: ٤٩٤

١- (١) وسائل باب ١ من أبواب أقسام الحج ح ١.

٢- (٢) وسائل باب ١٢ من أبواب أقسام الحج ح ٢٠.

اشعرها وقلدها وجب عليه الاحرام وهو بمنزله التلبيه»(١).

فيكون الخلاف بين الافراد والقران هو فى كيفية عقد الاحرام، ومن المعلوم ان الاحرام خارج عن حقيقه النسك، غايه الامر يترتب على كيفية الاحرام أحكام من قبيل عدم امكان تبديل الافراد الى تمتع ونحو ذلك. وحيث يكون التقسيم اليها عرضى لا تنويعى فلا محاله يكون التقسيم اليهما وإلى التمتع عرضى أيضاً بكون التمتع تسبقه العمره الخارجه عن ماهيه الحج النوعيه، غايه الأمر مرتبطه بالحج، وهذا الارتباط وإن كان وضعياً إلا أنه لصحه التمتع الذى هو ماهيته صنفه لا لأجل صحه أصل ماهيه الحج النوعيه.

ثانياً: يستشهد له أيضاً بما ذهب اليه المشهور- كما سيأتى- من جواز التمتع للحاضر اذا خرج ومّرّ فى رجوعه بأحد المواقيت فإن ذلك يعنى تخيره مطلقاً بين القسمين لأن المتمتع اذا أراد أن يأتى به لا بد أن يأتى به من المواقيت البعيده.

ثالثاً: ما فى صحيح عبد الله بن زراره من اطلاق حج الافراد على حج التمتع بعد عمرته قال(عليه السلام):

«ثم استأنف الاهلال بالحج مفرداً الى منى»(٢).

ويشكل عليه:

أولاً: بأن التغيرات العرضى لا يعنى عدم التباين فى الاعراض، وعلى

ص: ٤٩٥

١- (١) وسائل باب ١٢ من أبواب أقسام الحج ح ١٩.

٢- (٢) وسائل باب ٥ من أبواب أقسام الحج ح ١١.

تقدير كونها بنحو لا بشرط وبشرط شيء فقد يتعين في ذمه المكلف صنف دون صنف آخر واللازم على الشيخ اثبات الافراد بنحو الماهيه لا بشرط.

ثانياً: ما ذكره كاشف اللثام من أن غير أهل مكة من الحاضرين ميقات حج الافراد لهم دويريه أهلهم وليس داخل مكة بخلاف احرام حج التمتع.

ثالثاً: انّ غايه ما يستشهد به للشيخ هو مشروعيه التمتع للحاضرين من المواقيت البعيده لا مشروعيه لهم من مواقيتهم القريبه.

نعم بناءً على الالتزام بمشروعيه التمتع للحاضرين من المواقيت البعيده لا بد من حمل الروايات الآتيه الدالّه على أن الحاضرين لا متعه لهم جمعاً بينها وبين ما دلّ على ذلك، حملها على أنّ المتعه غير مشروعيه من قرب وان قوام المتعه على الاحرام من المواقيت البعيده كما انّ قوامها في تقدم العمره على حجها في اشهر الحج من دون فصل نسك آخر وان ميقات احرام الحج فيه مكة.

رابعاً: انّ القران ليس بسبب لعقد الاحرام مطلقاً وإن كان هو ظاهر عدّه روايات إلا انّ المستفيضه الوارده كصحيح معاويه عن أبي عبدالله(عليه السلام) أنّه قال في القارن

«لا يكون قران إلا بسياق الهدى وعليه طواف بالبيت ... وطواف بعد الحج»(١).

ومثله صحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبدالله(عليه السلام) قال قال

«الذي

ص: ٤٩٤

١- (١) وسائل الحج، باب ٢، من أبواب أقسام الحج ح ١.

يسوق الهدى عليه طوافان بالبيت وسعى واحد بين الصفا والمروه وينبغي له أن يشترط على ربه إن لم تكن حجّه فعمره»(١).

ومثلها كثير من الروايات، وهذا اللسان في صدد شرح نفس القران ولم يؤخذ كوصف للحج بل أخذ الحج كأثر مترتب على ايجاده وهذا وجه حصر المشهور له في الحج وتتمه ذلك يأتي في الاحرام.

فتحصل أنّ الاتحاد بين الافراد والتمتع ليس بقول مطلق كما ذكره الشيخ اذ بينهما اختلاف في المواقيت في الجملة. وفي صحيح عبد الله بن زرارته قال(عليه السلام):

«والقارن لا يحل حتى يبلغ الهدى محله النحر بمنى»(٢).

أما الوجه الثاني: فظاهر اسم الاشاره رجوعه الى المفاد الأصلي الى صدر الآيه وهو مشروع التمتع.

نعم على التقريب الذي ذكرنا للآيه من أنّ المشروعه بمعنى التعيين يصلح أن يكون المشار اليه هو تعيين التمتع، لكن بالالتفات الى وجود اللام بعد اسم الاشاره ينحصر المشار اليه في مشروعيه التمتع لا الهدى ولا تعيينه التمتع، كما هو صريح الروايات الآتية. غايه الأمر أنّ نفى المشهور مطلق سواء من ميقاتهم أو من المواقيت البعيده فتقيد على القول بجوازها لهم من بعد.

هذا واستدل المشهور مضافاً لظهور الآيه بصحيح الفضلاء عن أبي عبدالله(عليه السلام) قال:

«ليس لأهل مكة، ولا لأهل مر، ولا لأهل سرف، متعه،

ص: ٤٩٧

١- (١) وسائل الحج، باب ٢، من أبواب أقسام الحج ح ٢.

٢- (٢) وسائل، باب ٥، من أبواب أقسام الحج ح ١١.

وذلك لقول الله عز وجل ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ «١».

وفى صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام):

«لأهل مكة أن يتمتعوا بالعمرة الى الحج؟ فقال: لا يصلح أن يتمتعوا».

لكن فى صحيح زراره فسر (عليه السلام) الآية قال:

«يعنى أهل مكة ليس عليهم متعه، كل من ...» (١).

لكن فى أغلب الصحاح

«ليس لهم متعه» (٢).

وفى صحيح زراره الآخر

«ليس لهم متعه ولا عليهم عمره» (٣).

و الوجه فى التعبير باللام تاره و (على) اخرى ان التحلل فى الأثناء فى التمتع يطلق عليه متعه فمن ثم عبر فى نفيها باللام.

و أما العمرة فى التمتع فهو كلفه فعبر عن نفيها ب(على).

ص: ٤٩٨

١- (٢) وسائل، باب ٦، من أبواب أقسام الحج، ح ٢.

٢- (٣) وسائل، باب ٦، من أبواب أقسام الحج، ح ٣.

٣- (٤) وسائل، باب ٦، من أبواب أقسام الحج، ح ٣.

قاعده: قاعدتا المصلحه و دفع الأفسد بالفسد

اشاره

ص: ٤٩٩

معنى قاعده الفاسد:

إنّ المعنى الفاسد لهذه القاعدة هو جواز ارتكاب الفاسد- ولو من الكبائر- لدفع الأفسد الأكبر.

وهذا المعنى لا يبني عليه فقهاء الإماميه ، وما ورد من أنّ التقيه في كلّ شى حتى تبلغ الدماء، فإذا بلغت الدماء فلا تقيه(1)؛ ليس إشاره للتقيه فقط، بل اشاره لكلّ العناوين الثانويه.

وأنّ العناوين الثانويه تجرى مالم تبلغ إلى درجه معينه ، مثلاً:

الإضطرار المسوغ للكذب أو للتصرف في مال الغير وغير ذلك ولكن إذا وصلت إلى الدماء أو إلى ملاكات كبيره فحينئذ لا تسوغ.

مثل ثان: إنّ عنصراً مخابراتياً قد يرتكب الزنا واللواط والفحشاء والقتل وغير ذلك لأجل أن يسترقّ معلومات خطيره مثلاً عن الكيان الصهيوني هذا لا يسوغ والغايه التي يروجها لا تبرر الوسيله.

ص: ٥٠١

١- (١) تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ١٧٣، ومن تلك الروايات ما رواه الثمالي عن أبي عبدالله(عليه السلام): «... إنّما جعلت التقيه ليحققن بها الدم فإذا بلغت الدم فلا تقيه».

وقد ورد عن أمير المؤمنين (عليه السلام):

«اترونى لا أعلم ما يصلحكم , بلى ولكنى اكره ان اصلحكم بفساد نفسى»^(١).

فلو فتحنا باب العمل بقاعده دفع الأفسد بالفساد، لكان فتحاً للفساد على مصراعيه تحت احتمالات الأفسد، وبالتالي يصبح الفاسد هو الأفسد أى يودى الو ارتكابه بدرجه الافسد او تفوقه ؛ لذلك ترى المشهور يذهبون الى ان الإكراه على قتل (٢) الغير بالتوعد من الظالم بالقتل لا يسوغ قتل الغير , فلو أكرهت على أن تقتل زيدا، أو يقتلك الظالم، لا يجوز لك أن تقتل زيدا.

وقد خالف السيد الخوئي (رحمه الله) المشهور وقال: أنه مخير، ولكن المشهور يفتون بالحرمة، فإن حفظ النفس وان كان واجبا ولكن لا بدرجه أن نخلد فى الأرض بكل الوسائل؟

بل ، حفظ النفس إلى حد الإمكان و بالوسائل المباحه، أما بالوسائل غير المباحه فلا مسوغ يوجب علينا حفظ النفس؟

فالأصل الأولى فى الحدود الإلهيه أن يتقيّد بها، وارتكاب المحذور يجب أن يكون بمسوّغ دقيق مضبوط مقنن، و هذه قواعد صعبه التطبيق، وجمله من المحققين لديهم نقد و ابرام حادّ لاجل صعوبه التطبيق فيها ولا سيما مع جهاله غير المعصوم و عدم إمامه بالدقه بدرجات الكبائر و لك ان تمثل مدى رعايه الحدود و تداعيات لوازم الأمور والافعال فى دوله الحضاره

ص: ٥٠٢

١- (١) بحار الأنوار، ج ٤١، ص ١١٠.

٢- (٢) الغير بالتوعد من الظالم بالقتل لا يسوغ قتل الغير.

للمعصومين، بهذا المثال:

كيف لو رمى الإنسان حجراً في حوض تتداعى لك الأمواج إلى نهايه الحوض، المعصوم عندما يرتكب فعلاً يعلم بتموج هذا الفعل و هذه السيره إلى آخر أمواج الأجيال البشريه، يعنى يعلم عندما يرتكب هذا الفعل أنه سوف تأتى أجيال إما ستسترفد منه ايجابياً أو سلبياً وعلى ضوء هذه المحاسبه التى لا- يمكن رعايتها الا بالعلم اللدنى تتم افعال وخطى وسيره المعصومين (عليهم السلام). هذا هو عظمه الإعجاز فى التدبير الإلهى و ضروره حاكميته الله سياسياً عبر المعصوم.

فالقانون الإلهى لا يكفى فيه العصمه فى التنظير، بل يجب أن يكون هناك عصمه فى التطبيق أيضاً كى لا يطبق القانون بشكل مناقض لأهدافه.

ص: ٥٠٣

اشاره

هل المصلحه فى النظام الإسلامى تسوّغ ارتكاب المحرّمات الأوليه بقاعده حكومه مصلحه النظام الإسلامى على الأحكام الأوليه او لا؟

سواء فسّرت او طبقت القاعده على مقدمات يراد التوصل بها لاقامه النظام الاسلامى او طبقت القاعده لاجل المحافظه عليه، تسوّغ ارتكاب المحرّمات الأوليه بقاعده حكومه مصلحه النظام الإسلامى على الأحكام الأوليه أو لا؟

و نسلط الضوء على هذه القاعده وذلك القانون فى جهات ثلاث:

١. تفسير قاعده المصلحه.

٢. معانى المصلحه.

٣. أدلّه القائلين بمشروعيه المصلحه.

الجهه الأولى: قاعده مشروعيه المصلحه و تفسيرها:

ولهذه القاعده فى نظام الحكم السياسى تفسيران:

الأول: إنّه لأجل الوصول إلى الحكم و القدره أو المحافظه على بقائها يُسوّغ ارتكاب المحظورات تحت ذريعه أنّ وصول أهل الصلاح و العدل إلى سدّه القدره و بقائهم فيها يوجب الخير الكثير فى مقابل الشر و المفسده الأقل.

الثانى: إنّ الحاكم يُسوّغ له ارتكاب المحظورات فى موارد دفع الأفسد بالفسد.

الجهه الثانيه: معانى المصلحه:

الأول: حرمة النفس والعرض والمال ورعايتها وسلامه الأنفس والأعراض و الأموال، سواء فى الجهه الفرديه أم المجموعيه.

الثانى: سلامه النظام المدنى الإجتماعى الضرورى للمعيشه، سواء على صعيد الضروره الأوليه أم الكمال الثانوى. ولعلّه إلى هذا يشير قول أمير المؤمنين (عليه السلام):

«لابد للناس من أمير برّ أو فاجر، يعمل فى إمرته المؤمن ويستمتع فيها الكافر ويبلغ الله فيها الأجل ويجمع به الفئ ويقا تل به العدو وتأمّن به السبل ويؤخذ به للضعيف من القوى حتى يستريح برّ ويستراح من فاجر» (١).

والظاهر من قوله (عليه السلام):

«يعمل فى إمرته المؤمن، هو أدنى درجات إقامة البرنامج الدينى».

و قوله (عليه السلام):

«يستمتع فيها الكافر، أى حصول الكمالات المعيشيه».

و قوله (عليه السلام):

«ويبلغ الله فيها الأجل، أى تقديرات الأمور وبلوغ ما يمكن بلوغه من الأمور إلى غايته».

و قوله (عليه السلام):

«ويجمع بالفئ، تنظيم النظام المالى فى النظام الإجتماعى».

وقوله (عليه السلام): ويقا تل به ...» إلى آخره.

فالمراد به الأمن الداخلى والخارجى والأمن القضائى ويتمّ به أدنى درجات العدل النظامى ويؤدع المتخلف عن ذلك.

ص: ٥٠٥

الثالث: حفظ معالم الدين الأصليه والأساسيه وهما قد يسمّى ببيضه الدين و هو كلّ مَشَعْرٍ وَمَعْلَمٍ ركنى أمر الشارع بإقامته فى بناء الدين سواء على صعيد الإعتقاد أو التشريع التنظيرى أو التطبيق العملى والسنن السائره.

الرابع: كلّ ما كان مقدّمه لأداء واجب أو ترك حرام.

الخامس: التزاحم والورود والتوارد؛ أى مراعاة الأهم ومراعاة ذى الرتبه المقدّمه.

السادس: تبرير الهدف والغايه للوسيله.

السابع: ملاكات الأحكام وجهات الحسن والقبح وهو الذى يطلق عليه المصالح والمفاسد والكمال والنقص. ويشير إليه قوله (عليه السلام)

«إنّ دين الله لا يصاب بالعقول»^(١) والمعبر لدينا فى الأصول بحكمه المجعول وعلل الجعل.

الثامن: أخذ العلم بتحقيق الموضوعات أو العلم بجعل الحكم أيضاً قيدياً فى موضوعات الأحكام وهذا يلزم منه التصويب فى التكوين أيضاً مضافاً إلى التشريع. والغريب من القائل تفسير ذلك بأنّه قيد التنجيز مع أنّه قيد الفعلية؛ والمعدوريه فى مقام التنجيز لا يغنى ولا يسمن من جوع فى بحث المقام.

التاسع: حفظ قدره الحاكم والحكوميه وبقاؤهما فى الحكومه الدينيه.

الجهه الثالثه: أدله القائلين بمشروعيه المصلحه:

اشاره

قد يبرّر إرتكاب الوسيله المحرّمه لأجل الوصول إلى الهدف والغايه

ص: ٥٠٦

١- (١) مستدرک الوسائل، ج ١٧، ص ٢٦٢، بحار الأنوار، ج ٢ ص ٣٠٣.

المهمه تحت ذريعه وجوه كالتالى:

١. قاعده سدّ الذرائع.
٢. قاعده المصالح المرسله.
٣. قاعده العناوين الثانويه.
٤. قاعده التراحم.
٥. قاعده لا ضرر و لا حرج.
٦. حكم العقل بتقديم الأهم.
٧. قاعده دفع الأفسد بالفسد.
٨. منطق الفراع.
٩. قاعده الشروط الإلزاميه.
١٠. دور الزمان و المكان فى الإجتهد.
١١. قصه داود عليه السلام.
١٢. الحكم الولائى.

وندرس تلك الوجوه فى ما يلى:

الوجه الأول والثانى: قاعده: سدّ الذرائع والمصالح المرسله:

و يرد عليهما ما هو محرّر فى علم الأصول من الخدشه فى صحتها لا سيّما مع بيان النقاط الآتية.

ص: ٥٠٧

مع أنّ المصالح المرسله ليست قاعده لتشريع الأحكام بل هي - على القول بها في التدبير السياسى فى موارد المباحات- فكيف يتصور رفع اليد بها عن الأحكام الأوليه من دون وجود تراحم أو ورود أو عنوان آخر من عناوين معالجه الحكم فى ما لو كانت هذه المصلحه تؤول إلى إقامه أغراض شرعيه ملزمه.

و القول بتخصيص عمومات الكتاب والسنة بالمصالح المرسله خلط بين مقام التشريع ومقام التطبيق.

الوجه الثالث : العناوين الثانويه:

فيرد على التمسك بها:

أولاً: إنّ العنوان الثانوى لا يسوغ التمسك به بنحو الدوام وإلّا لانقلب الثانوى إلى أولى والأولى إلى ثانوى.

ثانياً: إنّ العنوان الثانوى يرجع فى المآل إلى قاعده التراحم كما حُرّر فى علم الأصول.

الوجه الرابع : قاعده التراحم:

فيرد على التمسك بها بنحو دائم كثير:

أولاً: إنّ الحاكم السياسى أو الشرعى يجب عليه أن يتحفّظ على الملاكات والأحكام الشرعيه وإقامتها بقدر الوسع المستطاع بتدبير يتكفل مراعاتها أجمع مع ما أمكن إلى ذلك سبيلاً.

أى يجب عليه الممانعه عن التفريط بأى منها وعدم التشبث بذريعه

أهميه بعضها للتفريط بالمهم، فيجب عليه الممانعه عن وقوع التزاحم أو المسير في مسار يُؤدّي إلى الاضطراب أو إلى التمسك بالعناوين الثانويه ونحو ذلك؛ لأنّ كلّ هذه الحالات هي خلاف الغرض الاصلى من الحكم التنفيذى وإجراء الأحكام الذى هو إقامه جميع الأحكام، بل لو قُدمَ وفرض وقوع التزاحم أو حالات الاضطراب اتفاقاً فاللازم عليه التحرى سبيل عدا موضوع التزاحم و الاضطراب أولاً، لا المسارعه فى التثبت بمقتضى التزاحم و الاضطراب.

وبعبارة أخرى: هدف الإسلام أن يغير الظروف الإجتماعيه المريضه إلى المرام الصالح لا أن يتأثر منه وإلّا إنّ النظام الرأسمالى أو النظام الشيوعى ضروره عصريه. فالضروره عنوان فضاى لا بدّ أن يحدّد إن كان يرجع إلى بديهيات عقليه وإن كان يرجع إلى نظريات علميه ويصادم الأحكام الشرعيه الأوليه فلا يعول عليه.

وعلى ضوء هذا الأصل - أى لزوم تحفّظ الحاكم على الأغراض الشرعيه والأحكام الأوليه - كان اللازم الفحص فى الشبهه الموضوعيه على الحاكم؛ لأنّ إقامه الأحكام وأداء الأغراض الشرعيه لا يتمّ إلّا بذلك؛ لا أن يعالج هذه الموضوعات العامه بعفويّه وبالإدراك السطحى الظاهرى لها، بل عليه أن يفحص جوانبها وجهاتها درءاً عن التدافع بين الأحكام فضلاً عن التطبيق الخاطئ لها.

ومن ثمّ ذكرنا فى بحث الربا(1) أنّ التوسّل بالحيل الشرعيه الثانويه أو

ص: ٥٠٩

١- (١) راجع فقه المصارف والنقود، للشيخ الأستاذ السند دام توفيقه.

تسويغ ارتكاب بعض محرمات الربا في النظام المصرفي والمالي تحت ذريعه الإضطرار غير سائغه، بل اللازم على الحاكم هو تعبئه أهل الخبرة في الموضوعات المختلفه لتكييفها وبنائها على صورته الشرعيه للأحكام لا- تكييف وعطف الحكم على وجودات الموضوعات بحسب بنائها القائم الراهن.

فالمسئوليه تقع على أهل الخبرة والإختصاص في كلّ مجال لصياغه وبناء بُنى النظام المدني على هيئته الأحكام الشرعيه لا عطف الأحكام على صورته الموضوعات والبُنى كيف ما كانت كمنع عمر عن زواج المتعه، فإنّه بدل عن أن يحافظ على أصل التشريع ويسعى لتنظيم طرق الإجراء، منع عن أصل الحكم الإلهي.

وبعبارة أخرى: إنّ اللازم في الحكومه السياسيّه هو المهارة في تطبيق الأحكام وأصولها على الموضوعات المختلفه، كما أنّ اللازم في الظروف المستجدّه والموضوعات المختلفه المتولّده هو فطنه الفقيه في الوصول إلى الأصل التشريعي المناسب في التطبيق واستكشاف المنطبق منها على تلك الموضوعات لا تجميدها- وهو تحكيم صيغه المصلحه عليها- هذا أوّلاً.

ثانياً: إنّ لا يسوغ إجراء قواعد التزاحم، لا سيما في النظام السياسي الحاكم في الأموال والأعراض والنفوس فضلاً عن إقامه معالم الدين، بمجرد احتمال التدافع لا سيّما بين موضوع فعليّ قائم وموضوع مستقبليّ محتمل؛ فإنّ بمجرد الإحتمال لا يجوز رفع اليد عن الملا-ك الملزم الحاضر وهذا الميزان جارٍ حتى بالإضافة إلى الحكم ذي الملا-ك الأهمّ مع فرض مجرد احتمال تحقّق موضوع مستقبليّ.

وعلى ضوء هذا الميزان وهذه الضابطه يتضح الجواب عن سابقه ولاحقه وتولدت عدّه قواعد فى التشريع الإسلامى من تلك الضابطه:

نظير:

لا- عقوبه قبل الجنايه ولا- حدّ قبل ارتكاب الموجب ونظير ما عُرّف من سيره أمير المؤمنين (عليه السلام) مع مُناوئيه من قبيل الخوارج أو بغاه الجمل إنّه لم يُقم عليهم الردع السياسى ما لم يتورّطوا بارتكاب المواجهه المسلحه.

ونظيره ما جرى من اعتراضات النبى موسى (عليه السلام) على خضر (عليه السلام) فإنّه- وان بين الخضر وجه الحكمه بتوسيط العلم اللدننى الذى أعطاه الله إيّاه الذى هو ليس ميزان عملٍ للتشريع العامّ فى النظام المدنى البشرى ولا النظام الفردى عدا المعصوم- فإنّه دالّ على أنّ الميزان العامّ فى الشريعة والتشريع هو على لزوم التحقّق والعلم به من الطرق المعتمده لدى الشارع لا بمجرد الظن السياسى والحدس النفسى لدى الحاكم السياسى فضلاً عن التعويل على الكهّنه والمنجمين ونحو ذلك.

ومن تلك القواعد التى نشأت من هذه الضابطه، ما عُرّف لدى الإماميه من ردّ قاعده المصالح المرسله، فإنّ عمده ما أشكل به على قاعده المصالح المرسله هو أنّها إقامه لباب التزاحم فى المورد المحتمل غير المحقّق.

وفى سيره أمير المؤمنين موارد عديده رفض (عليه السلام) منها التدرّع بقاعده التزاحم للوصول إلى الحفاظ على جملة من الأغراض والأهداف الشرعيه بالتفريط فى جملة أخرى كما فى قوله المشهور:

«أتأمرؤتى أن أطلب النصر بالجور فى من وُلّيت عليه لا والله لا يكون

ص: ٥١١

ذلك ما سَمَرَ سمير وما رايت في السماء نجماً»(١).

بل إنّ في سيرته شواهد على ما تقدّم في الجواب الأول من أنّ وظيفه الحاكم رفع موضوع التراحم.

ومن تلك القواعد التي نشأت من ردّ التدّرع بقاعده التراحم ما عرف في البحث القانوني الإسلامي من أنّ الأهداف لا تبرّر الوسيله.

ثالثاً: إنّ تحديد ومعرفة درجات الأهميه في الملاكات وموازنتها بعضها مع البعض وموازنه درجة التدافع بينها لا سيما بحسب اختلاف أفراد موضوعات كلّ منهما لا يتيسّر إلّاللمعصوم وأمّا غيره فليس له حظّ من ذلك إلّافي موارد محدوده؛ وعلى ذلك فلا يسوغ له الخوض في أعمالها بالتّظنّي والتحدّس.

بيان ذلك: أنّه قد استفاض عنهم(عليهم السلام)

«إنّ دين الله لا- يصاب بالعقول»(٢)، أي أنّ علل التشريع الإلهي وحكمه لا- تحيط بها العقول المحدوده فضلاً عن أن تحيط بتفاصيل ملاكات ودرجاتها ولأجل ذلك كانت الضروره والحاجه من البشر إلى بعثه الرسل وهدايه الله بإبلاغ الشرائع».

هذا مع أنّ الحال في الأحكام الشرعيه بحسب مجموع المجتمع البشري ونظامه أكثر تعقيداً منه بحسب الحال الفرديه لا سيما بالإضافة إلى تعدّد شعب النظام الإجتماعي ومرافقه.

ص: ٥١٢

١- (١) وسائل الشيعه، ج ١٥، ص ١٠٥.

٢- (٢) بحار الأنوار، ج ٢، ص ٣٠٣.

رابعاً: إنّ التزاحم والعناوين الثانويه كما حُرّر في محلّه لا توجب رفع الحكم الفعلى فضلاً عن الملاك، بل غايه ما توجب هو رفع التنجيز وكذلك الحال في موارد التقيه، فإنّ غايه ما تقتضيه العذر دون تبدل الواقع عمّا هو عليه وفي موارد أجزاء العمل بالتقيه يكون من قبيل أجزاء الأبدال الإضراريه عن الوظيفه الأوليه من دون تبدل الأمر الأولى عمّا هو عليه.

ومن ذلك يتبين قاعده شريفه في الأحكام الشرعيه وهي ثباتها ودوامها في كافه الأحوال، غايه الأمر طرؤ المعذوريه أو جعل البديل في مقام الإمتثال؛ وعلى ذلك فالتشريعات لا تتبدل عمّا هي عليه في مختلف الظروف والأحوال؛ ومن ثمّ تحدّد ولايه الولاه بعدم مخالفه التشريعات الأوليه كما في قوله صلى الله عليه وآله :

«لا طاعه لمخلوق في معصيه الخالق»(١).

وقوله صلى الله عليه وآله :

«المؤمنون عند شروطهم إلّا شرط خالف الكتاب والسنة»(٢).

و أمّا التدافع بين التشريعات في مقام التحقّق والموضوع الخارجى والإمتثال فقد مرّ أنّ وظيفه الوالى هي التجنّب عن وقوع ذلك والسعى إلى التحفّظ على مراعاة ملاكاتهما بقدر الوسع.

خامساً: إنّ فتح الباب للموازنات الظنيه و الإحتماليه بعنوان تشخيص المصلحه سوف يؤدّى إلى تغيير معالم الأحكام الشرعيه إلى معالم الأحكام الوضعيه البشريه؛ لأنّ رسم بقاء الأحكام لن يكون الحاله الغالبه فيه الثبات، بل ستكون الحاله الغالبه

ص: ٥١٣

١- (١) وسائل الشيعه، ج ١١، ص ١٥٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه، ج ٢١، ص ٢٧٦، وأكثر الروايات عبّرت «المسلمون» بدل «المؤمنون».

فيه التغير أو بنحو المختلط بين ثبات بعضها وتغير واختلاف جملة وافره أخرى؛ لا- سيّما وأنّ مجريات الحال في الموضوعات الخارجيه إذا بنى على الإنقهار والإنفعال عنها سوف تكون قاهره بدل أن تكون مقهوره وسوف توجب تكييف الأحكام معها بدل أن تتكيف هي على وفق الأحكام وهذه عين الجدليه القائمه بين المدرسه العلمانيه والمدرسه الدينيه.

سادساً: إنّ مقتضى تقديم وترجيح الحكومه السياسيه الظاهره وولايه الحكم السياسى على كلّ الفروع هو موضوعيته الذاتيه فى قبال تلك الأحكام فلا يصحّ حينئذٍ تعليل أهميتها وثبوتها بأنه يتوصّل بها إلى إقامه الأحكام ولحفظ بيضه الدين، لأنّ هذا التعليل يقتضى أهميه الغايه على ذى الغايه لا- العكس، مع أنّ مقتضى القول بأهميه الحكومه على كلّ فروع الدين هو كون الحكومه وولايه الحكم غايه بنفسهما لا أنّهما وسيله للأحكام الشرعيه. فبين هذه الدعوى ودليلها تدافع بين الا اذا رجع الى ترجيح مجموع اكثر الاحكام او مجموع غالب الاحكام على بعض من الاحكام أى الترجيح من باب التراحم .

وكيف يحتمل أن تكون الحكومه السياسيه لغير المعصوم أهمّ من الحكومه السياسيه للمعصوم التى وصفت فى الأدلّه الشرعيه بأنّهما وسيله لإقامه الحق فى قوله (عليه السلام) فى نهج البلاغه:

«والله لهى أحبّ إلى من إمرتكم إلّا أن أقيم حقّاً أو أدفع باطلاً»^(١).

ص: ٥١٤

ولا- يصحّ مقايسه ولا-يه غير المعصوم في الحكومه السياسيه بأصل ولا-يه أهل البيت(عليهم السلام) وذلك لما أتضح من أنّ الحكومه السياسيه للمعصوم هي أحد شئون ولايته لا كلّ ولايته وأنّ الحكومه السياسيه الظاهره للمعصوم ليست في حدّ ودرجه أصل ولايه المعصوم، فكيف بالحكومه السياسيه الظاهره لغير المعصوم.

والغريب التفسير للمصلحه الدينيه بنفس الحكومه السياسيه وبقائها ثمّ الإستدلال على ذلك بفعل أمير المؤمنين(عليه السلام) في الخمسه وعشرين سنه، حيث غصّ الطرف عن المواجهه المسلّحه مع حكومه السقيفه لأجل عدم التفريط بمصالح الدين.

وجه الغرابه: أنّ معالم الدين إذا كانت أهمّ من الحكومه السياسيه الظاهره للمعصوم، فكيف يكون هذا دليلاً على أهميه الحكومه السياسيه الظاهره لغير المعصوم على معالم الدين وإذا فشرت المصلحه بالأحكام الأوليه ومعالم الدين فكيف تفسّر تارةً أخرى بالحكومه السياسيه الظاهره. مع أنّ الحكومه التي هي الضروره هي آليه لإقامه الأحكام الأوليه فإذا فقدت حيثه الآليه مسخت وتبدّلت ماهيه الحكومه!

ثمّ إنّ هذا الإستدلال المتدافع ينطوى على مغالطه أخرى أيضاً وهي تصوير أنّ حفظ معالم الدين والأحكام الأوليه لا يتمّ إلّا بالحكومه السياسيه الظاهره الدينيه مع أنّ التجربه التاريخيه للمسلمين تكذّب هذه الدعوى، فإنّ الحكومات السياسيه المتعاقبه على المسلمين قروناً عديده لم تكن دينيه حقيقه وإنّ تقيّمص جملته منهما باسم الدين ومع ذلك تمّ المحافظه على جملته مهمّه من معالم الدين.

كُلّ ذلك لما بيّناه سابقاً من أنّ أنواع الحكومه للمجتمع لا ينحصر بالحكومه السياسيه الظاهريه، بل هناك أنواع عديده كثيره من أشكال الحكم والحكومه غير الظاهريه نظير القدره والسلطه الثقافيه والعقائديه وإداره نظام الطائفه بالنحو التقليدي عبر القنوات التقليديه غير الرسميه وكذلك قدره الملكوت الخفي النازل وقدره التحكم فى الشرائح المختلفه للمجتمع بتوسط المال أو التعليم أو الإعلام أو الطقوس التربويه الدينيه وغيرها من أشكال وقنوات وسلطات التحكم.

وبعبارة أخرى: أنّ هناك أنظمه متعدده و مختلفه:

منها: النظام المعرفى والعقائدى.

منها: نظام السنن والآداب الإجتماعيه.

ومنها: نظام الأسره.

ومنها: النظام الثقافى والمالى والإقتصادى والنظام السياسى وغيرها من الأنظمه.

ولكلّ نظام حكومه أو حكومات وقدره أو قدرات تتحكّم فيه وليس النظام السياسى وحكومته هو المتصرّف الوحيد فى الأنظمه الأخرى لآ- سيما وأنّ الحكومه والقدره فى النظام العقائدى- التى هى من أهمّ أنظمه الدين ومعالمه وبيضته- ليست القدره والحكومه فيه هى الحكومه السياسيه، بل المرجعيه الدينيه الشرعيه هى صاحبه القدره والنفوذ فيه.

ثمّ إنّ هنا مغالطه ثالثه أيضاً وهى أنّه لا يعقل أهميه الحكومه السياسيه الظاهريه لغير المعصوم على الحكومه السياسيه الظاهريه للمعصوم وإذا ساغ

تأخير الحكومه الثانيه فكيف لا يسوغ فرض تعطيل الحكومه الأولى وأنهما فرع لذلك الأصل.

فتحصّل:

إنّ تفسير المصلحه الدينيه بنفس الحكومه السياسيه الظاهريه وولايه شئون الأمور العامه ثمّ الإستدلال لذلك بقاعده التراحم ونحوها وأهميه بيضه الدين ومعالّم الأحكام تدافع واضح.

سابعاً: إنّ المراد بالمصلحه وتحديد دائرتها إن كان في ضمن حدود موقته زَمَتِيّه وفي حدود جيل معيّن أو فئه معيّن من دون لحاظ المصلحه في جميع الأزمان وجميع الأجيال فسوف يكون في ذلك إجحافاً ببقية الأجيال، بل بنفس الجيل بلحاظ الفترات الزمنيه الأخرى.

ومن ثمّ بنى مذهب الإماميه على أنّه لا يحيط بالمصلحه بتمام دوائرها وبنحو منسجم متناسب في جميع الأزمان وجميع الأجيال إلّامّن وهبه الله تعالى العلم اللدني.

هذا مضافاً إلى ما مرّ من أنّ الإحاطه بالموضوعات بتفاصيلها وشئونها وعلائق التأثير بين بعضها مع البعض لا يتمكّن منها بنحو الأتمّ إلّماذو العلم اللدني من المعصوم ومن ثمّ قُرّر في علوم الإدارة والتدبير في الآكاديميات الحديثه أنّ علم الإحصاء ونُظْم المعلومات من العلوم الخطيره الهامّه ببالغ الدرجه في رسم الإدارة السياسيه الناجحه ورسم التشريعات واللوائح البّناءه.

ومن ثمّ أيضاً أقّر- من قال بالعمل على المصلحه المظنونه والمحتمله

ص: ٥١٧

وتحكيمها على الأحكام الأوليه- بلزوم الرجوع إلى الخبراء والمتخصصين في جملة من الموضوعات كى يرسم صورته واضحه عن واقع الموضوعات المختلفه.

ثامناً: إنّ جعل المصلحه مداراً ومحوراً تُعطَفُ عليها الأحكام هو بمعنى جعل المصلحه الماديه والقدره والقوه السياسيه الماديه أعلى شأنًا من الغايات الشرعيه المعنويه والأخرويه وبالتالي سوف يكون القدره والقوه والغلبه السياسيه هى مصدر الحق والتشريع لا الكمال المعنوى والأخروى وبدل أن تكون الدنيا ممراً والآخره مقراً، تكون النظره إلى الدنيا فى أصول التشريع مقراً.

نعم هناك توازن بين الطريقيه ومقدّميه المصالح الماديه والدينيوه مع غائيه المصالح الأخرويه من أنّ الغايه ليست بنحو تُعدم الوسيله ولا بنحو يؤول إلى جعل الوسيله الغايه، بل لابدّ من حفظ التوازن بينهما لا سيما على صعيد التناسب بين الجبهه الفرديه والمجموعيه لمجموع المجتمع من جانب ومن جانب آخر التناسب بين معالم الدين والمصالح المعيشيه.

تاسعاً: إنّ تعيين المصلحه إمّا يبيد المتخصصين فى الموضوعات المختلفه، فهذا يؤول إلى عدم حاكميه المرجعيه الدينيه وإمّا أن يكون بضميمه نظر الفقيه باعتبار أنّ له الولايه النيابيه ومن ثمّ تتعنون وتتنسب المصلحه بالحيثيه الشرعيه فيبقى السؤال على حاله: من أنّ الحيثيه الشرعيه للمصلحه الآتية من حاكميه الفقيه لابدّ وأن تكون من جهه معرفته بالأحكام الشرعيه وفقهه للدين وبالتالي فسوف يكون مدار الشرعيه للمصلحه هى نفس الأحكام الأوليه وهذا كَرَّ على ما فرَّ منه القائل

بمداريه المصلحه فى الحكم.

عاشراً: إنه قد وقع الكلام والبحث حول صلاحية التشريع بنحو محدود للرسول صلى الله عليه وآله بعد الفراغ عن أنّ المشرّع الأوّل هو الله تعالى وكذلك الكلام فى صلاحية عترته من بعده للتشريع فى دائره أضيق مما كانت للنبي صلى الله عليه وآله ، فبيّن مُثبِتٌ لذلك وبين نافٍ وإن كان الأصحّ هو ثبوت ذلك بنحو التبعية للتشريع الإلهى وتبعيه تشريع الأئمة (عليهم السلام) لتشريعات البارى تعالى وتشريعات النبي صلى الله عليه وآله ولم يذهب ذاهب بالضروره إلى ثبوت هذه الصلاحيه لغير المعصومين سواء تعويلاً على ميزان المصلحه أو على أى ميزان آخر، فإنّ جملة هذه الموازين لا تُعطى ولا تُخَوّل الفقيه صلاحية التشريع ومن ثمّ افترق حقيقه الاجتهاد عند الإماميه عن معناه لدى المذاهب الأخرى حيث إنّ عند الإماميه عبارته عن الإستنباط والفهم والكشف عن الحكم الشرعى وتنزلاته لا إنشاء الحكم بالرأى كما هو لدى المذاهب الأخرى.

الوجه الخامس: قاعده لا ضرر:

أمّا التمسك بقاعده لا ضرر أو لا حرج، فالصحيح أنّ قاعده لا ضرر- كما ذهب إليه مشهور الفقهاء- تؤول إلى التراحم، أى بين حفظ النفس من الحياه والبدن والصحه والسلامه وحفظ العرض من الفروج والسّمعه والعفّه والشرف وحفظ الأموال والمنافع أو فى مقام التراحم مع ملاكات الأحكام الأوليه، فحقيقتها ترجع إلى التراحم إذن، ومن ثمّ لا يقدمون الضرر بأى درجه كانت ولو بدرجه خفيفه أو متوسطه فى مقابل الحكم الالزامى البالغ الأهميه، فلم يتوهم أن ترفع حرمه الفاحشه تحت ذريعه تسويغ الضرر الصحى من حبس الماء، كما هو الحال فى قاعده الحرج

أيضاً فإنه لا يرفع بها بالحرص المتوسط عزمه الأحكام الهامة الإلزامية.

وعلى ذلك فكلّ ما تقدّم تسجيله من أحكام قاعده التراحم وبالتالي التحفظات التي تسجل على قاعده الغايه تبرّر الوسيله ومشرعيه المصلحه تسجل على التمسك بذيل قاعده لا ضرر للتدليل على قاعده مشرعيه المصلحه.

الوجه السادس: حكم العقل بتقديم الأهم:

و ممّا استدللّ به لرعايه المصلحه إنّه من باب مراعاة الأهمّ قبال المهمّ والذي هو حكم عقلي، فحكم الحاكم النائب وإن خالف جملة من مصالح الأحكام الأوليه إلّا أنّه يكون رعايه لما هو أهمّ.

وفيه:

أولاً: إنّ الأهمّ إن أريد منه حفظ قدره والسلطه في الحكم بما هي هي، فهذه ليست غايه مشروعه، بل هي غايه الفراعنه.

وإن كان المراد من الأهمّ بقيه مصالح الأحكام الأوليه، فهذا يندرج في بحث التراحم الإصطلاحى إلّا أنّ اللازم على الحاكم المدبّر الفطن هو الممانعه عن تدافع المصالح الأوليه وعلى فرض وقوعها فاللازم ايجاد التدبير الحكيم لرفع استمرار ذلك التدافع.

ثانياً: ان التفريط بسلسله المهمّات تحت طائله الأهمّ الواحد سوف يقلب معادله التراحم ويكون التفريط بسلسله المهم هو التفريط بالأهمّ المتعاقب الشديد في مقابل حفظ الأهمّ الموقّت.

ثالثاً: إنّ ارتكاب المحظور ومخالفه الحدود الإلهيه بنفسه يجدر سنّه

المخالفة كسَنه باطله فى النظام الإجماعى، حىث أن عامه طبقات المجمع على دىن ملوكهم، أى تَسْتَنُّ فى منهاجها بسنن النظام الحاكم.

وهذا من أخطر محاذير ارتكاب المحظورات وعدم حفظ الحدود الإلهيه ولو تحت ذريعه التزاحم أو الأهمّ والمهم أو العناوين الثانويه أو غيرها من القواعد العذريه.

رابعاً: إنّ فرض تدافع الأهمّ والمهم إنّما هو من الجهل و الاغفال عن حلول موضوعيه والىّ اللتجاء إلىّ الحلول الحُكميه مع أنّ العكس هو المتعين؛ إذ إنّ اللازم تكييف البيئات الموضوعيه على طبق التشريع وهو هدف التشريع لا تكييف التشريع على طبق البيئات الموضوعيه المرضيه فى الحقول المختلفه.

خامساً: إنّ فرض التزاحم والتدافع والتنافى بين إقامه الأهمّ والمهم إنّما هو لتصوير فرض خاطئ مبتنٍ على أنّ وسيله إقامه الأهمّ منحصره بشكل الحكومه الرسميه، مع أنّ هناك أشكالاً مختلفه أخرى غير صيغه الحكومه الرسميه أى عبر أشكال القدره الإجماعيه المختلفه يمكن إقامه الأحكام بلا تدافع بينهما.

الوجه السابع : دفع الأفسد بالفساد:

وهذه القاعده فى الغالب تستعمل ويستدلّ بها لارتكاب المحظورات فى دفع ما هو أشدّ حرمة وأكثر ضرراً وفساداً وهى مع التأمل الدقيق ترجع إلىّ تطبيق قاعده التزاحم والأهمّ والمهم فى مورد المحرّمات.

فيرد عليها ما تقدّم من التمسك بذييل القاعدتين.

مضافاً إلىّ اختصاصها ببعض آخر:

أولاً: إنّ دفع الأفسد ليس من المسئولية والتكليف الشرعى إلّا ضمن الحدود المشروعه و أمّا ما وراء ذلك فليس هو من المسئولية الواقعه على عاتق المكلف إلّا فى ما أذن الشرع فيه بالخصوص ومن ثمّ تسالم فقهاء الإماميه على أنّ التقيه فى كلّ شىء وأما إذا بلغت الدماء فلا تقيه. فلو دار الأمر بسبب الإكراه أن يقتل مجنوناً مسلماً غير بالغ فى قبال أن يحفظ دم نفسه، فإنّ التقيه لا تجوز ذلك، أى إنّ الأدلّه العذريه برمتها لا تجوز له ارتكاب ذلك المحظور ومن ثمّ استفاد الفقهاء من قاعده لا تقيه فى الدماء أنّ النفى هنا بمعنى النهى يفيد الحرمة ممّا يدلّل على أنّه لا- يسوغ ارتكاب المحرم لأجل التوصل إلى دفع المفسده إلّا فى المورد الذى ورد الترخيص الشرعى فيه بالخصوص، كمثّل قتل المسلمين المتّبرّس بهم فى الحرب مع الكفّار وما ورد من تحريم التداوى بالخمر و أنّه لم يجعل الله الشفاء فى الخمر ونظيره ما قاله عده من الاعلام من أنّه لا يسوغ تشريح جثث الميت لأجل معالجه مرضى الأحياء بتركيب الأعضاء فإنّ الواجب فى انقاذ حياه الأحياء ليس واجباً مطلقاً بل ما بلغ، بل إنّما اللازم هو اتخاذ الوسائل المشروعه وكم له نظير فى الفقه.

ثانياً: إنّ فرض اطلاق وجوب دفع الأفسد بلغ ما بلغ يبتنى على فلسفه اصل فى التشريع وهى أنّ مسئوليّه إصلاح النظام الإجماعى مفوضه تماماً إلى الإراده الإختياريه البشريه لا- إلى الإراده التشريعيه، مع أنّ هذه النظرية هى إفراط فى مقابل نظريه المرجئه والقدرية التى تفترض الجبريه وتتباها فى المسرح النظام الإجماعى السياسى، أى اعطاء المساحه والدور إلى الإراده التكوينيّه الإلهيه فقط مع إلغاء دور الإراده الإختياريه البشريه فى ظل الإراده التشريعيه بخلاف النظرية الوسطيه التى هى الأمر

بين الأمرين، فإنها لا تتبنى رؤيه اليأس كما فى النظرية الثانية كما أنها لا تتبنى رؤيه الإستقلال التفويضى كما فى النظرية الأولى وهذا معنى لزوم تقيد الإرادة الإختيارية فى ظل دائره التشريع والتكليف وقد قال تعالى:

وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ۗ ۱ إِنْ تَتَّقُوا اللَّهَ يَجْعَلْ لَكُمْ فُوقَنَا ۗ ۲.

فالتقيد بالحدود الإلهيه هو سبيل المخرج، ففى ظل الصراع السياسى والإقتصادى والفكرى والإعتقادى أو المالى والتجارى أو العسكرى والأمنى، التقيد بالحدود الإلهيه وَ الْحَافِظُونَ لِحُدُودِ اللَّهِ ۙ ۳ هو السبيل والمخرج من المأزق لا ارتكاب المحظورات كما هو سبيل الإنتهازيين وعصابات المرتزقه السياسيه.

ثالثاً: إنَّ العقل لَمَّا يحكم بمؤدى هذه القاعده لا بمعنى ارتكاب الفساد

وايجاد العاقل المختار لذلك الفساد بيده، فإنَّ قبح الفساد لا يزول بذريعه المزاحمه وإنما بمعنى أنه إذا اضطرَّ المختار إلى أحد الخيارين بحيث يكون ما فيهما من الفساد هو من قبل الغير إلا أنَّ أحد الطرفين أكثر من الآخر؛ فالعقل يحكم بأنَّ تحمّل أحد الضررين أهون من تحمّل الضرر الآخر فمورد القاعده ما إذا كان الفساد حاصلًا من قبل الغير واضطرَّ المختار إلى سلوك أحد الطرفين أو الموردين الذين فيهما ذلك الفساد.

وأما ما ذكره الفقهاء فى تولّى ولايه الجائر وغيرها من الموارد من

جواز توليها إذا خاف على نفسه ولو استلزم إلحاق الضرر بمؤمن إذا كان الضرر الذي يتهدده أشد من الضرر القليل على الغير
تمسكاً منهم بمشروعته التقيه إلا إذا بلغت الدم، فكلامهم هذا ناظر إلى ما لو كان دوران الأمر بين الضرر المزبور وبعض الموارد
القليله عدداً لا ما إذا دار الأمر بين ذلك الضرر على نفسه وبين الإضرار بنوع المؤمنين في جملة عديده من الموارد بسبب طبيعه
ذلك العمل.

هذا مع أنّ في الفرد الأوّل أيضاً لم ينفوا الضمان الوضعي ولا مبعوضيه الفعل بل غايته معذوريه الفاعل وبالجملة فتطبيق قاعده
دفع الأفسد بالفساد وتزاحم الأفسد مع الفاسد إذا طبقت بنحو مستمر متكرّر وكسّنه عمليه متصله فسيؤول الأمر إلى إرتكاب
مجموعه موارد الفاسد وهي أكثر فساداً من الأفسد الواحد.

و بعبارة أخرى، فاللازم هو تحمّل الأفسد الذي يرتكبه الغير في مقابل ارتكاب الفاسد بنحو المستديم. ومثل ذلك ما لو فرض
أنّ عامه المؤمنين يرتكب الفاسد دفعاً للأفسد كسّنه منتشره شائعه بينهم بنحو يؤدّي إلى زوال محذوريه الفاسد في العاده لعمليه
لديهم أو يستلزم ذلك منهم ارتكاب البقيه للفساد في صورته عدم المدافعه مع الأفسد ونحو ذلك من الصور والفروع. فإنّ في
مثل هذه الموارد لا يكون من دفع الأفسد بالفساد إلّا صورياً وهو في الحقيقه من دفع الأفسد بما هو أفسد منه في اللبّ وحقيقه
المال ولأجل ذلك يشدّد كقاعده خطيره في الفقه السياسي وباب الولايات على أصحاب الولايات والمناصب في النظام
الإجتماعي السياسي من ارتكاب الأعذار، فإنّ أفعالهم حيث تكون متصله بسلسله حلقات

النظام فلأجل ذلك يصعب احراز دائره اطراف التزاحم والتدافع وتدايعات كل طرف أى لوازمه ومستلزماته ولا يمكن قصر النظر على خصوص المتدافعين مباشره ومن ثم لا- يحيطوا بتدايعات وتلازمات الموضوعات والحالات فى أنظمه النظام الإجماعى والسياسى بنحو لا يشدّ عن الحيطه والإحاطه شىء إلّا من لديه علم لدنّى وهو المعصوم الذى يتنزّل عليه كلّ أمر فى ليله القدر بخلاف غيره، فإنّ اللازم عليهم التحفّظ على الحدود الأوليه وعدم المبادره لارتكاب مخالفتها بذريعه التدافع.

هذا، مضافاً إلى ما مرّ عن مجمل الأجوبه عن قاعده التزاحم والعناوين الثانويه كلزوم تكييف الموضوع مع التشريع لا التشريع مع الموضوع.

الوجه الثامن: منطقه الفراغ:

ومما استدلّ به على مراعاة المصلحه وشرعيّتها ومداريّتها فى نظام تدبير السياسى وجود منطقه الفراغ فى التشريع الإسلامى وهى منطقه المباحات؛ فإنّ فلسفه وجود مثل هذه المنطقه وهذه المساحه من الفراغ هو لأجل مواكبه التشريع وملائمته من للأدوار البشريه المختلفه والظروف البيئيه المتغيّره وهى نحو مرونة فى التشريع الإسلامى مع الجانب المتغير فى الحياه البشريّه.

وقد يصاغ هذا الدليل بتقريب آخر وهو أنّ التشريع الإسلامى لم يتعرّض إلى تفاصيل النظام السياسى أو النظام الإقتصادى أو المالى أو القضائى أو الأمنى أو العسكرى أو الثقافى أو الصحّى والبيئى أو غيرها من الأنظمه المختلفه وإنّما تعرّض إلى أسس فوقيه كليّه والحكمه فى ذلك

هي دوام بقاء التشريع وأهداف ضمن الظروف البشرية المختلفه والتكيف معهما في إطار المحافظه على الأغراض والمصالح الشرعيه الأساسيه من دون نظر إلى التفاصيل الجزئيه المتناوبه.

و يرد عليه:

أولاً: إنه قد استفاضت الدلالات الشرعيه على عدم خلوّ أى واقع عن حكم الله تعالى مثل قوله تعالى: وَ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَمِيمًا
لِكُلِّ شَيْءٍ ۱

وقوله تعالى: مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ۲

وغيرها من الآيات الداله على أنّ كلّ صغيره وكبيره وكلّ شىء مستطر في الكتاب المبين مضافاً إلى الروايات المستفيضه والمتواتره على أنّ ما من واقع إلا والله فيه حكم (١).

فالتعبير بالفراغ في الشريعه الإسلاميه لا يخلو عن مسامحه واضحه وإرادته منطق المباحات من ذلك لا يصح إطلاق هذه التسميه عليهما.

ثانياً: إنّ حصول المصالح الملزمه وتصادقها مع المباحات في جملة من

ص: ٥٢٦

١- (٣) هذا المضمون «ما من واقعه إلّا والله فيها حكم» شاع في كلمات الفقهاء، وهو ليس بروايه وإنما هو متصيد من مجموع روايات بلغت حدّ الاستفاضه، قال صاحب الحقائق «استفاضه الأخبار بأنّ الله في كل واقعه حكماً شرعياً مخزوناً عند أهله حتّى إرش الخدش...».

الموارد ليس له معنى محصّل ولا تفسير صحيح إلّا بإرادته انطباق العناوين الأولىه الإلزاميّة على الموضوعات المباحه وإلّا فمن أين يتصور الإلزام من دون أن يكون قد شرّع في الأحكام الأولىه ومن ثمّ أشكل على العامّه في اعتمادهم على المصالح المرسله وسدّ الذرائع مع أنّ كلتا القاعدتين عندهم هي بلحاظ الأحكام الإلزاميه الأولىه والحيطه عليها والحفاظ عليها إلّا أنهم جعلوا التّأديه إلى التفريط بهما ولو احتمالاً أو ظناً لازم الرعايه.

وقد يقرب بأنّ للفقيه ملاً منطقه الفراغ، فإنّ في التشريع الإسلامى قسماً ثابتاً وهو ما قد يعبر عنه في الأثر الشريف

«حلال محمد حلال إلى يوم القيامة وحرامه حرام إلى يوم القيامة»(1).

وهناك قسم غير ثابت متغير حسب الظروف المختلفه لكنه مشروط ومتأطر بعناوين القسم الأول ويطلق عليه منطقه الفراغ وملاً هذا القسم المتغير هو من العارف بأحكام القسم الأول هو الخبير باستنباط أحكام القسم الثانى بنحو لا يتعارض مع أحكام القسم الأول ولا يتمكن من ذلك إلّا الفقيه.

هذا وقد ذكر عده من الضوابط المرعيه فى ملاً منطقه الفراغ:

الأولى: وهى الأهداف والعلل المنصوصه للأحكام الثابته كما فى تعليل جعل الفىء لله وللرسول ولذى القربى كى لا يكون دوله بين الأغنياء منكم أى لا تتكدّس الأموال بين الأغنياء، بل يكون لصالح الدوله والأمّه. فهذه العله كضابطه حدّدته الآيه وبإستطاعه الفقيه تشريع

ص: ٥٢٧

بعض القوانين الممانعه من تكدّس الأموال عند الأغنياء كفرض الضرائب على أموالهم ونحو ذلك لتحقيق الهدف المنصوص عليه في الآيه.

ونظيره ما عُلل في روايات الزكاه من أنّ غايتها إلحاق الفقير بالمستوى المعتاد في المعيشه، كما في معتبره أبى بصير عن الصادق (عليه السلام):

«وما أخذ من الزكاه فَضَّه على عياله حتى يلحقهم بالناس»^(١).

ونظيره ما ورد أيضاً من ان من له جاريه ودار وغلام وجمل له أنّ يأخذ من الزكاه.

فهذا التعليل يفيد أنّ من حق الوالى إذا عجزت أموال الزكاه عن هذا الهدف أن يشرّع المزيد من الزكاه لأجل ذلك.

ومثلها الأهداف المستنبطه من مجموعه أحكام كقاعده «لا ربح بلا عمل من جمله من الأحكام الأخرى كعدم تملك الأرض من دون إحياء وعدم ملكيه المعدن إلّا بمقدار ما استخراج وعدم مشاركته الربح إذا كان صاحب رأس المال ماله مضموناً والمستأجر لا يؤجر بأزيد من أجرته إلّا إذا أحدث حدثاً».

الثانيه: القيم الإجتماعيه التى أكّدت عليها النصوص كالعداله والمساواه والأخوه فى قوله تعالى:

يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۚ

ص: ٥٢٨

وقوله تعالى:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ ۚ

وقوله تعالى:

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ

فاللزام على الحاكم سنَّ إقامه النُّظم والقوانين المؤدِّيه إلى ذلك.

الثالثة: المَيز في الأحكام المستفاده من النصوص بين الأحكام الثابته والأحكام التديريه المتغيره كما في جملة من الموارد من النواهي في الأرضين وباب الإجاره والشروات المشتركة الطبيعیه فإنها عَلَّلَ بعدم الضرر والضرار، كالنهى عن الإحتكار في البيوعات.

الرابعة: الغايات التي حدّدت للحاكم أن ينجزها كمسئوليّه تقع على عاتقه.

ويلاحظ في تعديل هذا الوجه:

أولاً: ما مرّ من عدم خلو أيّ واقعه من الحكم الشرعي وهذا ليس من الفراغ في التشريع بقدر ما هو تطبيق للثابت التشريعي على المتغير الموضوعي في الحقول المختلفه.

ثانياً: إنّ الأصول التشريعيه - وهو ما قد يعبر عنه بأصول القانون أو

ص: ٥٢٩

فقه المقاصد أو روح الشريعة ومذاقها على حسب اختلاف النظريات الثلاث المعالجه لأسس التشريع - وإن كانت تشريعات أوليه فوقيه لا- سيما على وفق النظرية الأولى إلما أنّ ذلك لا- يعنى رفع اليد عن التشريعات النبويه الأخرى التى هى فى طول تلك الأصول التشريعيه وهى نحو من التنزيل لها. وكذلك التشريعات أو البيانات التشريعيه من الأئمه عليهم السلام هى فى طول التشريعات النبويه أيضاً فى المراتب اللاحقه ولا معنى لرفع اليد عن مدارج التشريع النازله تحت ذريعه أنّها أحكام تديريه متغيره غير ثابتة، فإنّ البناء على ذلك بنحو العموم بدعوى إقتضاء الأصول التشريعيه الفوقيه لذلك، لازمه التخلّى عن التسليم بولايه الرسول والأئمه عليهم السلام وعدم التبعية لهم و بالتالى القفز على ذلك و تخطيه هو مروق و انفساخ عن ولايتهم وعن التأسي بهم وعن الطاعه و الانقياد لهم؛ فمقتضى ولايتهم و طاعتهم و التسليم لهم فى طول ولايه الله و أحكامه هو اقتضاء ذلك الثبات على التشريعات النبويه و الأحكام المبينه من قبلهم عليهم السلام إلما نصّ عليه الدليل الخاص كما فى جملة من الموارد الدالّه على أن حكمهم هو من التدبير الخاص بذلك المورد.

ثالثاً: إنّ مقتضى هذا التقريب هو بيان الأصول القانونيه للتشريع وذلك لا يقتضى ثبوت صلاحيه التشريع للفقيه على مصراعيه، بل اللازم حينئذٍ مراعاة قواعد أصول الحكم والقانون المسمى بالمبادئ الاحكاميه وضوابطها وهى تشمل على موازين عديده قد طفح وبرز تنقيحها فى التحقيقات الأخيره فى علم أصول الفقه.

الوجه التاسع: جعل الشروط الإلزامية:

واستدلّ بإمكان تعاقده الدولة والنظام مع أفراد الأئمة والمؤسّسات الخاصّة بإنشاء عقود وعهود مشروطه تلزمهم بالمصلحه الّتى تشخّص وذلك بازاء ما تقوم به الدولة من توفير خدمات وامكانيات ماديه لهم؛ فعبر نظام العقود والشروط تتمكّن الدولة من إقامه الأنظمه المختلفه المقترحه المتوفّره على المصلحه المدركه، سواء النظام الإقتصادي أو نظام العمل أو نظام التجاره ونظام الأحوال الشخصيه والأسره ونظام البلديه والعمران ونظام الزراعه وغيرها من الأنظمه الأخرى. فتتوصّل عبر نظام العقد والشروط إلى الوصول إلى عمليه التغيير المطلوبه فى أنظمه النظام الإجتماعى السياسى فى الموارد الّتى تضطر الأئمه والشعب فى سدّ حاجتها إلى خدمات وظائف الدولة. فالعقد والشروط صياغه قانونيه لتنفيذ السياسات العامه للإلزام أو للحظر فى الموارد المختلفه وللرخصه وللمنع.

ويتحفظ على هذا الوجه:

أولاً: إنّ الشروط إنّما تشرع إذا لم يستلزم منهما تغيير الأحكام الأوليه لا سيما إذا فرضت تغيير ماهية الأنظمه الّتى قرّرتها الشريعه والّتى هى مجموعه أحكام أساسيه أصليه.

ثانياً: إنّّه قد تقرّر أنّ ما هو واجب لا- يصح اتخاذ الأ-جره عليه والعوض لا- سيّما الوالى لاعتبار الشارع ذلك الوجوب كون المكلف مقهوراً عليه فلا- يكون متوقفاً على طيب نفسه ولا- تكون له حرمة ويكون أكّماً للمال بالباطل ولعلّ وجهه فى الوالى وغيره أنّ تلك الأفعال لم يجعلها الشارع مصدراً ومنبعاً للمال لكن الصحيح امكان اخذ الاجره على

الواجب الا ما اعتبره الشارع واجبا مجانيا.

نعم، قد ورد فى أراضى الأنفال أنه للإمام (عج) أن يأخذ العوض عليها.

وقد يفهم من ذلك جواز أخذه (عليه السلام) على مطلق ما كان فيئاً ونفلاً لا سيمًا أنه قد علل فى الروايه جواز أخذه ذلك بأن الأرض كلها لهم، أى تحت ولايتهم.

ولكن ذلك لا- يعنى أخذ الشروط والتعاقد بهما بنحو يخالف الكتاب أو السنه أو يحرم حلالاً أو يحل حراماً كما مرّ فى الملاحظه الأولى مضافاً إلى ما مرّ ذكره من الملاحظات الكثيره على الوجوه المزعومه لمشروعيه المصلحه على نحو الاطلاق.

الوجه العاشر: دور الزمان والمكان فى الإجتهد:

واستدلّ بأنّ الزمان والمكان لهما تأثير ملحوظ فى الأحكام الشرعيه واستنباطها واجتهاد الفقهاء ممّا يتبّه على أنّ الجانب المتغير فى البيئه المحيطة للبشر لها واضح التأثير فى تحديد الأحكام المنطبقه عليها أو المتعلقه بها؛ فكما أنّ فى الشريعه جانب ثبات هناك جانب تغير أيضاً.

و لذلك قيل بأنّ كلّ ما له تأثير فى حفظ النظام الإسلامى، أى إنّ عدم مراعاته يوجب اختلاله والتفريط به يوجب الفساد أو الحرج فاللازم مراعاته ما دام ذلك الموضوع بهذا الوصف.

ويلاحظ فى دراسه هذا الوجه:

إنّهُ إن أريد انطباق كليات العناوين الأولى على المصاديق هو بنحو متغير فهذا متّجه ولكن لا صلّه له بتصوير المصلحه المزعومه وراء الأحكام الأولى.

وبعبارة أخرى: إنّ نظام الموضوع ودرجات وجوداته ومصاديقه يتصوّر فيه عدم الثبات فى المراتب التحتانية فقد يكون مصداقاً جزئياً ينطبق عليه عنواناً موضوعياً ما ثمّ يؤول الأمر إلى انتفاء ذلك العنوان وانطباق عنوان آخر عليه وهكذا تتوارد عليه عناوين وتزول اخرى وهذا ما يعبر عنه بالطرء الثانوى فى الجانب الموضوعى وهو يغير حاله الأحكام الثانويه فإنّ الثانويه، فيها هى بلحاظ الحكم وقد مضى أنّ اللازم على الوالى مراعاة عدم وقوع التدافع بين الأحكام لا التشبث المستمر بتكييف الأحكام على البيئات الموضوعيه، بل تكييف الموضوعات على نهج الأحكام وإلّا لعاد الحكم الثانوى أولياً.

الوجه الحادى عشر: قصه داود(عليه السلام):

وقد يستدلّ لمشرعيه المصلحه بما قصّه الله عزّ وجلّ من فعل الملائكه فى قوله تعالى:

وَ هِيلَ أَتَاكَ نَبِيًّا الْخَضَمِ إِذْ تَسَيَّرُوا الْمِحْرَابَ * إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصِمَانِ بَعِيَ بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَ أَهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ * إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَ تِسْعُونَ نَعَجَةً وَ لِي نَعَجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَ عَزَّنِي فِي الْخِطَابِ * قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَى نَعَاجِهِ وَ إِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَ عَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَ قَلِيلٌ مَا هُمْ وَ ظَنَّ دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَ خَرَّ رَاكِعًا وَ أَنَابَ ۗ ۱.

حيث إنّ الخصومه التي حكاها الملكان لم يكن لها تحقّق في الواقع وإنّما قاما بحكايتها إمتحاناً من الله تعالى لداود(عليه السلام)، فالمصلحه اقتضت الإمتحان وإن كانت بحكاية غير مطابقه للواقع فلم تقع الوقعه ولا كان هناك متخاصمان في الحقيقه ولا نعجه ولا نعاج في البين؛ فالمصلحه تقتضى حينئذٍ انتهاج ما هو محظور بطبعه الأولى.

ويلاحظ على هذا الوجه:

إنّه لو سلّم بأنّ المتخاصمين ملكان- لا رجلاّن- فإنّ ذلك ليس من المجيء في عالم المحسوس المادى، بل قد يكون من باب التمثّل كما في قوله تعالى: فَتَمَثَّلَ لَهَا بَشَرًا سَوِيًّا ۗ۱.

وكان رسم الحكم من داود المعلق في ظرف التمثّل كما لو كان رآه في ما يرى النائم. فصوره الحدث كالصوره في عالم الرؤيه وهى تعكس الميول الباطنه في النفس الإنسانيه فهى إمّا من التمثّل المنفصل أو المتصل وهى الرؤيا لا من الحدث في الحس المادى فهو من الخلط حينئذ بين عالم التقدير الالهى وعالم الوقوع المادى الدنيوى الذى هو مجال تطبيق التشريع.

الوجه الثانى عشر: الحكم الولائى:

ويستدلّ أيضاً على مشرعيه المصلحه بأنّ حكم الحاكم هو بنفسه من الأحكام الأولى في قبال بقيه الأحكام ولا ضروره لانطباقه على الأحكام الأولى الأخرى، فعندما يرى الحاكم المصلحه في موردٍ ما ويُلزَم الآخرين

ص: ٥٣٤

بمراعاتها هو بنفسه حكم أولي؛ فالمصلحة لو خليت ونفسها لا توجب تشريع الحكم ولكن بطرو عنوان حكم الحاكم وأمره بها أصبحت مُلزِمة ومما يدل على أن حكم الحاكم من الأحكام الأوليه قوله تعالى:

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ۗ ١.

وهي تشير إلى أن الغايه من التشريع هي إقامة الحكم.

كما يستدل بذلك بقوله تعالى:

أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ ۗ ٢.

بتقريب أن طاعة الأحكام التشريعيه تدرج في طاعة الله وعندما يأمر الرسول صلى الله عليه وآله أو ولاة الأمر بحكم من أحكام الله تعالى فالطاعة في الحقيقه لله تعالى لا للرسول ولا لأولى الأمر، بل لو فرض أنه صلى أو صام وقصده إطاعة الرسول أو الإمام لبطلت صلاته وفسد صومه؛ فلا محاله تكون طاعة الرسول وطاعة أولى الأمر هي من جهة الولاية.

و يشير إلى ذلك أيضاً تكرار كلمه أطيعوا مما يشير إلى اختلاف سنخ الطاعة. مضافاً إلى أن الأمر يستعمل في ما هو في الشأن العام مما يقتضى أن الطاعة لولي الأمر إنما هي في الحكم والتدبير في الأمور العامه.

و في ردّ الخوارج لا حكم إلا الله قال (عليه السلام):

«لابدّ للناس من أمير برّ أو فاجر يعمل في إمرته المؤمن ويستمتع فيها الكافر و يبلغ الله فيها الأجل و يجمع به الفىء و يقاتل به العدو و تأمن به السبل»(١).

يشير(عليه السلام) إلى حكم العقل الضرورى بإقامه النظم والتدبير فى الإجتماع السياسى البشرى فهذا الحكم ممّا يقضى به العقل بديهةً.

ويلاحظ على هذا الوجه:

إنّ هذا خلط بين ضروره الحكومه وإقامه النظام وبين تفاصيل جزئيات التدبير وتصرفات الحاكم. فإنّ ضروره الحكومه وفعل النظم والتنسيق فى التدبير والأمر لا يعنى ضروره آحاد وجزئيات كلّ تدبير، بل إنّ مقتضى ذلك هو ضروره التدبير فى الجملة ممّا يحفظ النظم وأتساق الأمور وهو لا يتوقّف على مخالفه الأحكام الأوليه، بل الأحكام الأوليه المفروض إنّها تشريع سماوى يُقيم النظم لا أنّه يشيع الفوضى؛ غايه الأمر قد يقع التراحم بين موضوعات التشريعات الأوليه أو الورود ونحو ذلك فكيف يتصوّر أن تكون هناك مصلحه مُدرّكه لم يعلمها الشارع الأقدس ويُدرّكها البشر بعد فرض عدم كون الأمر الذى تعلق بذلك الفعل منحدرًا ومنشعبًا عن أصول تشريعيه أوليه وأن الفرض كونه فى عرضها.

هذا أوّلاً.

وأما ثانياً: فلأدّن ماهية الحكومه فى علم القانون والعلوم السياسيه والإداريه والعلوم الإنسانيه ليست إلّا تدبيراً لتطبيق الأحكام والقوانين

ص: ٥٣٦

الكليّة؛ فمثلاً في الحكومة الوضعيه، الحكومة التنفيذيه تُجرى وتنفّذ وتطبق القوانين والمواد الدستوريه أو القوانين للمجالس النيابيه وهي تنزل وتطبق للمواد القانونيه الدستوريه ولا معنى للقول بأنّ تدبير الحكومة في عرض المواد الدستوريه، بل العرضيه تعنى عدم تقيّد الحكومة التنفيذيه بالدستور، بل لازم عدم تقيّد الحكومات بالقوانين هو حكومه شرع الغاب أو استبداد الهوى وإلّا فاللازم تحكيم الأحكام المقرّره المشرّعه من دون تجاوز حدود التشريعات.

وثالثاً: إنّ طاعه الرسول لا تنفكّ عن طاعه الله، كما أنّ طاعه الله تعالى لا تنفكّ عن طاعه الرسول.

وبعبارة أخرى: إنّ كلّ فعل طاعه يصدق عليه طاعه الله، فإنّه يصدق عليه طاعه الرسول أيضاً وكذلك العكس.

والوجه في ذلك: أنّ المبلّغ عن الله في أحكامه هو الرسول صلى الله عليه وآله في ما بلغه وكذلك طاعه الرسول في ما يأمر به وينهى عنه هو طاعه لله تعالى، حيث أمر بطاعه الرسول صلى الله عليه وآله كما في الآيه المتقدّمه وكما في قوله تعالى: ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ١١.

نعم هناك من التشريعات القرآنيه ونحوها ما يطلق عليه تشريعات الله تعالى وأحكامه، كما أنّ هناك سنن النبي صلى الله عليه وآله وتشريعاته التي هي منشعبه ومنحدره عن أصول تشريع الله تعالى كما في الصلاة؛ فإنّ الركعتين الأولى من الفرائض اليوميّه هي من فرائض الله تعالى و أمّا الركعتين

الاخريتين فيها، فإنها من تشريع النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما روى ذلك الفريقان.

فمن الغريب دعوى بطلان الصلاة إذا أتى بها طاعةً للنبي صلى الله عليه وآله فإن الذي أمر بالركعتين الأخريتين هو النبي صلى الله عليه وآله كما أنّ في جملة من تشريعات العبادات كالإمساك عن بعض الأمور في الصوم وتحديد مواقيت الإحرام وغيرها من أجزاء وشروط العبادات هي من تشريعات النبي صلى الله عليه وآله والإتيان بها طاعة لله تعالى كما هي طاعة للنبي صلى الله عليه وآله ومآل طاعة النبي هي إطاعة الله تعالى وكأنّ تلك الدعوى قد افترض فيها أنّ طاعة الرسول في عرض طاعة الله لا في طول طاعة الله تعالى ومن ثمّ توهم فيها الإنفكاك.

وبذلك يظهر أنّ طاعة الرسول صلى الله عليه وآله لا تنحصر بحكومته السياسيّة، بل كذلك في تشريعاته وبقية شؤون مقاماته وأنّ الوجه في تكرار كلمه أطيعوا وتعدّد الطاعة في السنخ هو بلحاظ أنّ التشريعات على نمطين ومن ثمّ اسندت الطاعة للرسول صلى الله عليه وآله لمقام رسالته لا لخصوص ولايته للأمر، بل الحال في أولى الأمر كذلك أيضاً بناء على ما هو الصحيح من صلاحيتهم في التشريع في طول تشريعات الله ورسوله، أي التابعه لأصول تشريعيه إلهيه ونبويه لا في عرض تشريعات الله ورسوله، كما ورد في وضع أمير المؤمنين (عليه السلام) الزكاه على الخيل وفي كثير من أحكام الحدود والديات وأحكام البغاه وغيرها ممّا يجده المتتبع بل اغلب تفاصيل الاحكام لا اسسها من الموانع والشروط في الابواب هي من تشريعاتهم (عليهم السلام) المنحدره من اسس الفرائض الالهيه والسنن النبويه.

فطاعة أولى الأمر ليست منحصره في الشأن العام وتدبير الحكم

والسبب في هذا الوهم والخيوط هو تفسير الأمر بالشأن العام، مع أنّ لفظ الأمر قد ورد في رواياتهم (عليهم السلام) تفسيره بنحو
بين بمعنى «روح القدس و «الروح الأمرى الابداعى» كما في قوله تعالى:

تَنْزِلُ الْمَلَائِكَةُ وَالرُّوحُ فِيهَا بِإِذْنِ رَبِّهِمْ مِنْ كُلِّ أَمْرٍ ۱.

وقوله تعالى:

إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ ۲.

وقوله:

وَكَذَلِكَ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ رُوحًا مِنْ أَمْرِنَا مَا كُنْتَ تَدْرِي مَا الْكِتَابُ وَلَا الْإِيمَانُ ۳.

رابعاً: إنّ طاعة الرسول صلى الله عليه وآله والأئمة (عليهم السلام) كما مرّ ليست منافيه لطاعه الله في العبادات فحسب، بل هي
لابد منها في صحّه و قبول العبادات؛ فإنّ عباده إبليس الرجيم لم تقبل ولم تصحّ وكانت هباءً منثوراً لأنّه أبى الخضوع لآدم خليفه
الله، فلم يعبد الله من الباب الذى أمره به، فؤدّت عليه عبادته، بل كانت عبادته عباده لأنانيه النفس.

خامساً: إنّ تصوير المصلحه فى حكم الوالى النائب بنحو تكون فى قبال وعرض المصالح للأحكام الأوليه يستلزم فرض نقص
التشريع

ص: ٥٣٩

الإلهى عن استيفاء كافه المصالح والمفاسد.

وإن كانت فى طولها بنحو يكون متشعبه عنها وتترزلاً لها فى الموارد فهذا لا يعقل فى غير المعصوم إلاً بنحو التطبيق والتنفيذ فهو ليس مصلحه وراء المصالح الأوليه.

وبعباره أخرى: ليس الوالى غير المعصوم مُرَوِّدٌ بعلم يتميز به عن غيره بنحو يُدرِك ما لا يُدرِكه غيره.

وعلى ضوء هذا فلا مجال لتوهم التمسك بإطلاقات أدله النيابة لعموم نفوذ ولايه النائب فى غير ما كان تدبيره رعايه للمصالح للأحكام الأوليه.

تقريب ثان للوجه :

قيل: «أن ولايه ولى الأمر (المراد من ولى الأمر فى هذه العبارة هو الفقيه) تشمل موارد القطع بخطئه، لأن الولايه ليست حكماً ظاهرياً كى تقيّد بعدم العلم بالخطأ وإنما هى حكم واقعى وعندئذ يصبح المقياس للمولى عليه هو رأى الولى حتى لو اعتقد المولى عليه بأن الولى قد أخطأ فى تقديره للمصالح والمفاسد وغير هذا ليس بولايه، بل اماره وحكم ظاهرى. وإن شئت قلت: إن الخطأ فى الحكم لا معنى له لأن حكم الحاكم واقعه هو هذا الحكم وليس كاشفاً عن حكم الشريعه لأن المفروض هو أن الشريعه لم تأت بحكم فى مورد حكم الحاكم ولو أتت الشريعه بحكم فى هكذا مورد لما احتجنا حكمه، فحكمه يعنى أن الشريعه قد فوّضت الأمر إليه».

ص: ٥٤٠

فإن كانت الشريعة قد فوّضت أمر الحكم إليه، فحقيقه الأمر وواقع الحكم الذى يريد الله هو نفس حكم هذا الحاكم وإن أخطأ فى تقديراته وحينئذٍ لا- معنى لافتراض الخطأ فى حكم ولى الأمر وعليه يجب أتباعه؛ ومن هنا يتبين أن نفوذ حكم الحاكم لا يختص بمن لا يعلم خطأه، بل يشمل عموم المكلفين ؛ نعم إذا افترضنا أن أخطاء الحاكم قد كثرت إلى الحد الذى أسقطه عن الكفاءة فحينئذٍ سيخرج هذا الحاكم عن كونه ولياً لفقدان الكفاءة.

ويلاحظ على هذا التقريب الثانى:

أولاً: إن هذا القائل قد افترض وقرّر أن الشريعة الإسلامية لا تعمّ كلّ الوقائع والحوادث التى يتلى بها الإنسان وأن أصول التشريع فى الدين غير شامله لكل موارد الحياه والمعاش وهذا يناقض قوله تعالى: وَ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ ءِ وَ هُدًى وَ رَحْمَةً وَ بُشْرَى لِّلْمُسْلِمِينَ ۱.

وقوله تعالى: مَا فَزَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ۲.

وقوله تعالى: وَ لَقَدْ جِئْنَاكُمْ بِكِتَابٍ فَصَّلْنَا عَلَىٰ عِلْمٍ هُدًى وَ رَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ۳.

وقوله تعالى: وَ مَا يَعْزُبُ عَنْ رَبِّكَ مِنْ مِثْقَالِ ذَرَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَ لَا فِي

السَّمَاءِ وَلَا أَصْغَرَ مِنْ ذَلِكَ وَلَا أَكْبَرَ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ ١.

وقوله تعالى: كِتَابٌ أُحْكِمَتْ آيَاتُهُ ثُمَّ فُصِّلَتْ مِنْ لَدُنْ حَكِيمٍ خَبِيرٍ ٢.

وقوله تعالى: وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ٣.

وقوله تعالى: «لَا يَعْزُبُ عَنْهُ مِثْقَالُ ذَرَّةٍ فِي السَّمَاوَاتِ وَلَا فِي الْأَرْضِ وَلَا أَصْغَرَ مِنْ ذَلِكَ وَلَا أَكْبَرَ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ ٤.

وقوله تعالى: مَا كَانَ حَدِيثًا يُفْتَرَىٰ وَلَكِنْ تَصَدِيقَ الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ وَتَفْصِيلَ كُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ٥.

وقوله تعالى: إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ٦.

وقوله تعالى: الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ ٧.

ثانياً: إنّ هذا التقرير لولايه الفقيه وأنها فوق النقد وأنّ الولي فوق أن يناقش لا يتم إلّامع فرض أن صلاحيته في عرض صلاحية الله ورسوله والمعصومين، مع أنّ صلاحية الرسول والمعصومين ليست في عرض

صلاحية الله بل في طوله كما أنّ صلاحية الأئمة المعصومين ليست في عرض صلاحية الرسول، بل في طولها وتابعه لها. فهل يكون صلاحية الفقيه في عرض صلاحية المعصوم أو في طولها؟ فإن كانت في طول هذه المراتب فلا بدّ من تحكيم حكم الله ورسوله والأئمة المعصومين عليهم السلام عليه والإحتكام إلى تلك التشريعات لأنها فوقه إلّا أن يفرض أنّها في عرضها وهذا ممّا لا يمكن التفوّه به أو يفرض عصمه الفقيه في تبعيته إلى أحكام الله وأحكام رسوله والأئمة المعصومين عليهم السلام فلا يمكن فرض خطئه في التبعيه وهذا ما لم يدع أحد أيضاً فلا محالة يكون مسلك التخطئه هو المحكّم لا التصويب.

ومن ثمّ عرّف عن مسلك الإماميه بلحاظ المجتهد والفقيه بأنّه مسلك التخطئه لا مسلك التصويب الذي هو مسلك العامة العمياء المبتنى على نقص الشريعة وعلى عدم وجود امام معصوم من عتره النبي صلى الله عليه وآله هو المبيّن لأحكام الكتاب التي أشكلت على الناس الوصول إليها وعجزت قدرتهم عن الإهتداء إلى مظانها كما قال تعالى: **وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَ الرّٰسِخُونَ فِي الْعِلْمِ ۗ**

وقال تعالى: **بَلْ هُوَ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ فِي صُدُورِ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ ۗ**

والضمير فيه عائد إلى القرآن.

وقد وردت الروايات المتواتره «ما من شيء إلا وفيه كتاب أو سنه» [\(١\)](#).

ص: ٥٤٣

١- (٣) الكافي: ج ١، ص ٥٩.

ثالثاً: قوله: «إِنَّ الشَّرِيعَةَ قَدْ فَوِّضَتْ أَمْرَ الْحَكْمِ إِلَيْهِ».

إمّا يريد تفويض التشريع أو تفويض التدبير. أمّا تفويض التشريع فالخلاف قد وقع في الولاية التشريعية للرسول صلى الله عليه و آله وللأئمة المعصومين (عليهم السلام) فكيف بغيرهم؟ مع أنّ مَنْ قال بذلك في الرسول والأئمة (عليهم السلام) قد قال بذلك في الرسول في طول تشريعات الباري تعالى بحيث يكون الرسول تابعاً مطيعاً لأحكام الله تعالى ويكون الأئمة المعصومون (عليهم السلام) تابعين مطيعين في تشريعهم لأحكام الله ورسوله صلى الله عليه و آله فكيف يفرض في غيرهم صلاحية التشريع مع عدم القول بالعصمة فيه، فضلاً عن أن لا يكون تابعاً لأحكام الله ورسوله والأئمة المعصومين (عليهم السلام)، حتى إنّه قد وردت روايات مستفيضه

«عرض الحديث المنقول عنهم (عليهم السلام) على الكتاب والسنة القطعية وهذا التحكيم وإن لم يكن من قبيل تحكيم غير المعصوم على المعصوم بل هو من تحكيم الكتاب المعصوم وسنة المعصوم القطعية على نقل الرواه غير المعصومين لأحاديث المعصومين (عليهم السلام)».

رابعاً: ما قاله في ذيل كلامه من أنّه «إذا كثر الخطأ إلى الحدّ الذي يسقطه عن الكفاءة، يخلّ بشرائط الحاكم والولى يناقض كلامه السابق، إذ مع عدم فرض واقع في نفس الأمر يطابقه حكم الحاكم وإنّما حكمه هو متن الواقع ولا واقع وراءه فأى خطأ يمكن فرضه بنحو متكرّر؟!»

ففرض الخطأ في كلّ مورد مورد إلى أن يكثر يناقض الدعوى السابقة وهو نوع من تحكيم الواقع والإعتراف بوجوده، أصابه من يصيبه وأخطأه

مَنْ يخطئه، مِمَّا يستلزم أن غير المعصوم لا- يتعقّل اطلاق حاكميته وولايته، بل الحاكم غير المعصوم محكوم بالكتاب وسنه المعصومين، وهو ما يعبر عنه بالواقع، وهذا بخلاف المعصوم فإنه يُجسّم الواقع. بل إنّ في المعصومين (عليهم السلام) حيث تتفاضل مقاماتهم بلحاظ الكمالات الواقعيه نرى الأئمة (عليهم السلام) تابعون لسيد الأنبياء صلى الله عليه وآله والرسول صلى الله عليه وآله تابع لولايه الله تعالى.

تقريب ثالث:

وقد يستدلّ لكون حكم الحاكم هو نفسه من الأحكام الأوليه- بغضّ النظر عن الأحكام الأوليه الأخرى وبغضّ النظر عن وجود واقع وراء التدبير- بأنّ الحكومه والحاكميه كفعل ونظم، فالتدبير والقياده والحكم والحكومه بنفسه فعل راجح ذو مصلحه ملزمه، كما ذكر ذلك في استدلال الحكماء على ضروره النظام الإجتماعى، حيث قالوا بأنّ الإنسان مدنى بالطبع لا يتمّ وصوله إلى كمالاته وسعادته إلّا بالتكافل الإجتماعى وتبادل الخدمات والصناعات والمهارات مع بنى جنسه ولا يتمّ ذلك إلّا بالنظم والنظام الإجتماعى وإقامه السنن والقوانين وتطبيقها واجرائها لحصول النظم.

ويتضح من هذا الدليل الذى صاغوه أن النظم بنفسه فعل راجح وكمال مطلوب ولعله إليه الإشاره فى قوله عليه السلام:

وإنّه لا بدّ للناس من أمير برّ أو فاجر، يعمل فى أمرته المؤمن ويستمتع فيها الكافر ويبلغ الله فيها الأجل ويجمع به الفىء ويقاتل به العدو وتأمّن به السبل ويؤخذ به للضعيف من القوى حتى يستريح بر ويستراح من فاجر.

وقال (عليه السلام): أمّا الإمرة البرّه فيعمل فيها التقى وأمّا الإمرة الفاجره

ص: ٥٤٥

فيتمتع فيها الشقى إلى أن تنقطع مدّته تدركه منيته.

فهذا التقريب يقضى بأنّ الحكم والحكومه والتدبير فعل مطلوب لذاته وأنه من المهامّ الكبرى في مصالح الإجماع البشرى، بل لا يقاس بأهميته شيء، كما في صحيح زراره عن أبي جعفر (عليه السلام) قال:

«بُنِيَ الإسلام على خمسة أشياء: على الصلاة والزكاة والحج والصوم والولاية».

قال زراره: قلت: وأى شيء من ذلك أفضل؟ فقال:

«الولاية أفضل لأنها مفتاحهنّ والوالى هو الدليل عليهنّ».

فجعلت الولاية - بمعنى الحكومه - مفتاحاً، أى عله لإقامه تلك الأركان من الدين والوالى والحاكم هو المقيم لهنّ.

ومن ذلك يتبين أنّ الحكم والحكومه والتدبير الحكومى هو من الواجبات الأوليه الركنيه فى الدين ولا يعدلها بقيه الأركان فهى حكم أولى بنفسها وعلى درجه من الأهميه مقدمه على الأحكام الأوليه الأخرى.

ويلاحظ على هذا التقريب:

أولاً: إنّ التدبير والنظم إنّما يتحقّق ويرسو بتطبيق القوانين والحدود لا بتضييعها، فالحكومه والتدبير ليس إلّا إجراءً وتنفيذاً للأحكام والتشريعات الكلّيه وهو غايه الحكم والحكومه، فكيف يُفَرِّط بالغايه فى سبيل المقدمه؟ ولا يكون ذلك إلّا نقضاً للغرض كالتى نَقَضَتْ غَزَلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةِ أَنْكَاثًا ۱.

ثانياً: إنّ التدبير والحكومه إذا كان بنفسه ميزاناً وواقعياً، فهذا يقضى إما بصحّه وكمال كلّ أنواع الحكومات البشريه بأنّ الفرض أنّ كلّها تحكّم وتملك القدره! وإما باستصواب بعضها والحكم بفساد الأخرى ولا يكون ذلك إلّا بفرض موازين واقعيه حاكمه على النهج الحكومى وفعل السلطه، فإذا روعيت تلك الموازين أصبحت الحكومه صائبه وإلّا تكون إفساداً فى الأرض.

و أمّا ما فى كلامه (عليه السلام) من بيان ضروره الحكومه بالعلل الغائيه التى بينها (عليه السلام) والتى هى ضرورات أوليه فى النظام الإجتماعى، فهذا يُعزّز أنّ الحكومه والحكم وسيله لتحقيق غايات أخرى فى النظام الإجتماعى وأنّ بعض تلك الغايات ضروريه فى أصل حياه المجتمع البشرى لا- يمكن بقاؤه إلّا بها، فمن ثمّ تكون أصل الحكومه- بمختلف درجاتها وأنماطها من الصالحه والفساده- ضروريه لأنّ جملتها تُلبى جملته من الضرورات ذات الأهميه بالدرجه القصوى لأصل حياه المجتمع الإنسانى والنسل البشرى.

ومن ثمّ عَقِبَ (عليه السلام) ببيان جهه الإختلاف بين أنماط الحكومات، فإنّها وإن اشتركت فى تحقيق وتلبيه ايجاد بعض الضرورات القصوى لمجتمع البشرى وهى الجانب لمصالح مدنيه إلّا أنّها تختلف فى جملته أخرى من النتائج؛ حيث إنّ فى الحكومه الصالحه تتحقّق فيها النتائج الصالحه الأخرى كالعداله والهدايه والسداد بينما فى الحكومات الفاسده تُضَيّع فيها تلك الغايات إلى نقائصها وأبدالها، فمن ذلك يتبين أنّ صلاح وفساد الحكومه بلحاظ إقامه الحدود والموازين العادله.

نعم قد يحصل التزاحم والمدافعه بين الضرورات الأوليه فى النظام الإجماعى وغايات الحكومه وبين الضرورات الكماليه اللاحقه المطلوبه فى التشريع الإلهى لتأمين السعادتين الدنيويه والأخرويّه للبشر وهنا ليس من دوران الأمر بين تلك الغايات الدينيه التشريعيه من الحدود الإلهيه والحكومه بما هى هى كما قد يصوّر، بل إنّما هو دوران بين الضرورات المعيشيه المدنيه والغايات التشريعيه وهذا التدافع ليس بطبيعته الأشياء الأوليه، بل هو طارئ بسبب سوء التدبير فى النظام السياسى الإجماعى المدنى وبسبب الأعراف والعادات الفاسده المنتشره فى الظواهر الإجماعيه. فمع اصلاح التدبير واصلاح الأعراف والعادات بتوسط سلسله من العوامل والمناشئ يعود الوثام والتناسب بين ضرورات المعاش المدنى وبين غايات التشريع، بل إنّ طبيعته الإجماع البشرى الأوليه تقتضى بفطرتها المسير نحو تلك الغايات اذا اريد لها الكمال والتكامل .

ثالثاً: إنّ المراد من الولايه فى الأحاديث المستفيضه التى بنى عليها الإسلام ليس خصوص الحكومه السياسيه الرسميه المعلنه من قبل المعصوم فضلاً عن الحكومه السياسيه الرسميه من قبل غيره، بل ليس المراد يقتصر على أشكال الحكومه الأخرى كحكومه ودوله الظلّ - وهو ما يعبّر عنه بتيّار المعارضه - ولا الحكومه الخفيه - والمعبر عنها بالحكومه الأمنيه المخبراتيّه - والحكومه المذهبيه - والمعبر عنها بالطوائف والتيارات الأديان الإعتقاديّه والثقافيه - وغيرها من أشكال القدره والسلطه والحكومه فى المجتمعات البشريه المعلنه وغير المعلنه، بل لا يقتصر على الهدايه الملكوتيه للأرواح لإيصالها إلى المنازل والكمالات المعنويه، بل هى

تشمل كل ذلك وبالذات يراد منها مقام الاعتقاد والمعرفه بإمامتهم ومن ثم عَظُمَت الولاية على بقيه أركان الدين، بل فى بعض الروايات ذكر أن المراد منها ولاية الله ورسوله والأئمة عليهم السلام ممّا يعنى إرادته التسليم للتوحيد والمعاد والنبوه والإمامه وانعكاس ذلك التسليم والتولى على بقيه مقامات الافعال الانسانيه والشئون البشريه ومن ثم تقدّمت الولاية على الصلاه مع أن الغالب فيها البعد الروحى الفردى لا يتّصل بعلاقات الأفراد فى نظام التعايش الإجتماعى بالذات وإن كان تنعكس آثار الصلاه بالتبع لاحقاً عليه لكنها بالدرجه الأولى مرتبطه بعروج الروح للمؤمن والقرب الإلهى ومع ذلك فإنّ هذا السلوك الروحى الفردى لا يقدر له أن يتحقّق وينجز إلباب الولاية لله ورسوله والأئمة عليهم السلام وكذلك الحال فى الصوم والجانب المهمّ من الحج أيضاً.

ومن ثمّ ورد فى الروايات المستفيضه أنّ الولاية فى كلّ النشئات من عالم الذرّ والميثاق والأشباح والأظله والآخره والبرزخ. وكانت الولاية حتماً على عهدہ الإنسان وإن كان وحيداً فريداً لا يعيش فى ظلّ اجتماع بشرى، فإنّ صلاته وصومه وحجّه وبقيه أعماله لا يتم لها الصّحّه والقبول إلبالولاية.

إنّ القائلين بحصر ولاية الأئمة المعصومين فى التشريع فى دائره الحكومه والقوانين التنفيذيه والإجرائيه غفلوا عن أقسام الحكومه، فإنّ الحكومه وقدره تدبير المجتمعات البشريه وسياسه العباد لا تنحصر فى الحكومه السياسيه العلنيه المؤقته، بل تعمّ الإشكال والأنماط الأخرى من الحكومه كالحكومه الخفيه وكذلك دوله الظلّ وكذلك قدره النفوذ فى

التيارات الإجتماعيه والثقافيه فضلاً عن قدره بناء الحضارات التمدنيه، فإنّ هذه نمط من الحكومه على المجتمعات لا تحدّ بسنين قصيره، بل تتناول قرونًا مديده قد تبلغ محاذاه طول عمر البشر.

وهذا النمط بخصوصه من الحكومه الذي يؤسسه الأنبياء والرسل والأوصياء تكون القوانين المشرعه فيهما بمنزله القوانين التشريعيه الثابته التي لا تتغير وبالتالي فصلاحيه التشريع لديهم تندرج في إطار الأحكام التشريعيه الثابته وهذا وجه اختلاف ولايه وحكومه المعصومين عن الحكومه وصلاحيه الفقهاء حيث أنّ قدره غير المعصوم من ناحيه العلم والمعلومات والإحاطه بالبيئات المختلفه وقدره التدبير لا تصل إلى علم وإحاطه وتدبير المعصوم، فإنّ إحاطه المعصوم ثاقبه للأدوار الزمانيه المتباعده المتطاوله ومن ثمّ امتنع تماثل صلاحيه غير المعصوم لصلاحيه ولايه المعصوم.

ص: ٥٥٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
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

