

نهاية المرام الجزء الاول

صاحب المدارك السيد العالمي

في تتميم مجمع الفائدة والبرهان

تأليف

المولى احمد المقدس الاردبيلي رحمته الله

هذا الكتاب

نشر إلكترونيًا وأخرج فنيًا برعاية وإشراف

شبكة الإمامين الحسنين عليه السلام للتراث والفكر الإسلامي

بانتظار أن يوفقنا الله تعالى لتصحيح نصه وتقديمه بصورة أفضل في فرصة أخرى

قريبة إنشاء الله تعالى.

مقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بقلم: المحققين

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله وآله المنتجبين. وبعد، لا يخفى أن هذا الجزء (من كتاب النكاح) والذي يليه (من كتاب الطلاق إلى النذور والعهود) هو من تأليف صاحب (المدارك) السيد السند محمد بن علي الموسوي العاملي رضوان الله تعالى عليه، شرح فيه متن (المختصر النافع) وكتبه تكميماً لكتاب استاذة المحقق الاردبيلي رحمته الله (مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الاذهان). وتوضيح ذلك هو أن (مجمع الفائدة) المطبوع أولاً بالطبع الحجري ليس فيه (من أول كتاب النكاح إلى أول كتاب الصيد والذبابة) ولم نثر عليها في الكتب المخطوطة التي بأيدينا وهي نسخ عديدة.

وبعد التصفح والتتبع التام ظهر لنا أن المحقق الاردبيلي رحمته الله إما أنه لم يشرحها أو شرحها ولم تكن قابلة للانتفاع منها لرداءة الخط أو لغير ذلك، فأمر رحمته الله تلميذه صاحب المدارك أن يشرحها من الارشاد، لكنه رحمته الله شرحها من المختصر النافع لامن الارشاد احتراماً وتأديباً لاستاذة. وإليك بعض كلمات العلماء في ذلك:

(١) في ظهر نسخة مخطوطة من مكتبة مدرسة الفيضية المباركة ببلدة قم صانها الله من التهاجم والتصادم ما هذا لفظه:

ووجه تخصيص ذلك الموضوع بالشرح على ما سمعنا من بعض مشايخنا أنه لما كتب الاردبيلي رحمته الله شرحه المشهور على الارشاد وفرق أجزائه على تلامذته ليخرجوه إلى البياض من السواد وكان بعضها ردي الخط، فاتفق وقوع تلك المواضع التي شرحها السيد من النافع في خطه، فلم ينتفع به من سوء خطه، وكان الشارح قد قضى نحبه، فالتمس بعضهم من السيد تحديد المواضع التالفة ليكمل شرح استاذة، فقبل رحمته الله، لكن عدل عن الارشاد إلى النافع، هضما وأدبا من أن يعد شرحه متمما لشرح استاذة (انتهى ما في ظهر النسخة المذكورة).

وهو بعينه موجود في الروضات في أواسط ترجمة صاحب المدارك رحمته الله، فلاحظ^(١).

(٢) ذكر العلامة المتتبع سماحة الحاج الشيخ آغا بزرك الطهراني رحمة الله عليه في (الذريعة) ما هذا لفظه: (غاية المرام في شرح مختصر شرائع الاسلام) خرج منه مجلدات، ثالثها التي هي من أول النكاح إلى تمام ثلاثة عشر كتابا آخرها النذر، فرغ منها نهار الخميس التاسع عشر من رجب ١٠٠٧ لصاحب (مدارك الاحكام) السيد محمد بن علي بن الحسين بن أبي الحسن الموسوي العاملي.

والمجلد المذكور بخط بعض تلامذة المصنف، وهو الشيخ عبد علي بن محمد بن عز الدين العاملي.

كان السيد يكتب الاجزاء ويعطيها للتلميذ فيخرجها إلى البياض، ففرغ السيد من الاصل ضحى نهار الخميس التاسع عشر من شهر رجب في سبع وألف، وفرغ التلميذ يوم الجمعة العشرين من رجب من السنة يعني بعد فراغ المصنف بيوم نسخة عزيزة عليها خط السيد المصنف بالبلاغ عند القراءة، وفي آخره، أنه تم من (نهایة المرام في شرح مختصر شرائع الاسلام) المجلد الثالث.

والظاهر أن هذا هو الصحيح، فلذا نذكره بعنوان (النهاية) أيضا، موجودة عند سيدنا أبي محمد الحسن صدر الدين.

وتوفي صاحب (المدارك) في التاسعة بعد الالف.

(١) الروضات: ص ٦٠٢ الطبعة الثانية.

وقيل: إن شرح إرشاد المقدس الاردبيلي الموسوم (مجمع الفائدة) كانت أبواب نكاحه إلى الصيد والذباحة ردي الخط، فلم تستنسخ حتى ضاعت، فسأل عن تلميذه صاحب (المدارك) أن يتممه فامتنع احتراماً لاستاذة، ولكن عمد إلى شرح (المختصر النافع) من تلك الابواب التي ضاعت من شرح المقدس الاردبيلي، أول هذا المجلد: الحمد لله رب العالمين حمدا كثيرا يليق بحاله...^(١).

(٣) ذكر العلامة المذكور في الذريعة ما هذا لفظه: (نهایة المرام في شرح مختصر شرائع الاسلام) مر (شرائع الاسلام) في...

والشارح هذا هو السيد محمد بن علي صاحب (مدراك الاحكام) والنهایة اسم آخر ل (غاية المرام)، وقد ذكرنا هناك نسخة (الصدر) التي سمى الكتاب في آخرها (نهایة المرام) وأنه هو الاصح، لان الكاتب تلميذه، كتبه عن نسخة الاصل وعليها بلاغات بخط صاحب (المدارك) عند القراءة عليه.

ورأيت نسخة من المجلد الثالث أيضا في كتب حفيد اليزدي، تاريخها ١١٢٩ وعليها: تملك المير محمد حسين الخاتون آبادي ١١٣٠.

ذكر الكاتب أنه كتبها عن نسخة خط الشيخ محمد سبط الشهيد، وكانت عليها إجازة المؤلف بخطه في ١٠٠٨، ونسخة اخرى عند الشيخ هادي كاشف الغطاء عليها: تملك السيد نصر الله الحائري.

ثم عد نسخا عديدة إلى أن قال: وقد يسمى (هداية الطالبين) أيضا، واخرى عند محمد علي الروضاني، فرغ منه مؤلفه ١٩ رجب ١٠٠٦، ولم اظفر حتى اليوم بالمجلدين ١ و ٢ منه^(٢). وكيف كان فقد وفقنا الله تعالى أن نضم إلى مجلدات مجمع الفائدة قبل الوصول إلى كتاب الصيد والذباحة (رعاية لترتيب الكتب التي في الارشاد).

نعم النسخة التي شرحها صاحب المدارك فيها ما يلي من الكتب:
(١) كتاب النكاح.

(١) الذريعة: ج ١٦ ص ٢٠.

(٢) الذريعة: ج ٢٤ ص ٤٠٦.

(٢) كتاب الطلاق.

(٣) كتاب الخلع والمباراة.

(٤) كتاب الظهار.

(٥) كتاب الايلاء.

(٦) كتاب الكفارات.

(٧) كتاب اللعان.

(٨) كتاب الاقرار، وهذا الكتاب موجود في المجمع ج ٩، ولذا لم نلحقه في هذا الكتاب.

(٩) كتاب العتق.

(١٠) كتاب التدبير، والمكاتبة، والاستيلاء.

(١١) كتاب الايمان، والنذور والعهود.

بقي من الكتب كتاب الوقف والسكنى والعمرى والرقبي، وكتاب الوصايا، ولم نقف عليها لا في مجمع الفائدة ولا في ما شرحه صاحب (المدارك).

فنلتمس من الاخوان المحققين اذا وقفوا عليها أو على بعضها أن ينبهونا ويذكرونا (فذكر فإن الذكرى تنفع المؤمنين)^(١) أما بقية الكتب أي من كتاب الصيد والذبابة إلى آخر الديات فموجودة في (مجمع الفائدة والبرهان).

ثم إنه لابد من إراءة نموذج من كل نسخة من نسخ هذا التتميم ليتم بصيرة الناظرين ويكون ذخرا لأصحاب النسخ في يوم لا ينفع مال ولا بنون.

وقبل ذلك لابد من ذكر خصوصيات تلك النسخ ونعرف صفحة أو صفحتين منها إن شاء الله تعالى.

(١) نسخة شريفة عليها بعض الحواشي وعلائم القراءة بخط مؤلفه الشريف إلا الصفحة الاولى من أول كتاب النكاح إلى آخر النذور والعهود،

(١) الذاريات: ٥٥.

وهذه النسخة قد اهديت إلينا من بيت آية الله العظمى الحاج سيد أحمد الخوانساري رحمته الله، وفي آخرها: تم المجلد الثالث من كتاب (نهایة المرام في شرح مختصر شرائع الاسلام) ضحى نهار الخميس التاسع عشر من شهر رجب الاصب شهر الله الحرام من شهور سنة ست بعد الالف من الهجرة الطاهرة على مشرفها السلام، وكتب مؤلفه العبد المفتقر إلى عفو الله تعالى محمد بن علي بن أبي الحسن الحسيني حامدا مصليا مسلما مستغفرا.

(٢) نسخة اخرى في مكتبة المدرسة الفيضية المباركة بقم، وفي آخرها: كان الفراغ من تبييض هذه النسخة بعد صلاة الجمعة رابع وعشرين من شهر ربيع آخر عام سنة ١٠٥١ بخط الفقير الحقير السيد عبدالهادي ابن السيد أحمد بن حسن الرفاعي بمكة المشرفة، والحمد لله رب العالمين.. الخ.

(٣) نسخة اخرى أيضا بها، أصلها من مكتبة سماحة الآية السيد مصطفى الخوانساري.

(٤) نسخة شريفة عليها بعض الحواشي وبعض علائم المقابلة والتصحيح من مكتبة المرحوم آية الله العظمى السيد شهاب الدين المرعشي رحمة الله عليه، وفي آخرها مثل ما في النسخة التي بخط مؤلفه إلا أن فيها (غاية المرام) بدل (نهایة المرام).

(٥) نسخة عليها جملة من الحواشي والتعليقات وفي مواضع منها علائم التصحيح، وقد وقفنا عليها من مكتبة مجلس الشورى الاسلامي، وكتب في ظهرها ما هذا لفظه: هذا الكتاب بخط العالم الرباني الشيخ عبد علي بن أحمد بن إبراهيم البحراني من آل عصفور صاحب كتاب (أخبار الشريعة) في الفقه وغيره.

(٦) نسخة شريفة جيدة الخط عليها بعض الحواشي وعلائم المقابلة والتصحيح، وفي آخرها عين ما في النسخة التي بخط مؤلفه الشريف، ثم ذكر بعده ما هذا لفظه: نقله كاتب هذه الاسطر الجديدة محمد بن علي محمد بن هاشم الموسوي الروضاتي من نسخة مكتوبة في سنة ١٢٤٠ وذلك في ذي قعدة سنة ١٣٦٩.

كتاب النكاح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين الحمد لله رب العالمين حمدا كثيرا يليق بجلاله، والصلاة على سيدنا مُحَمَّد وآله.
قوله: (كتاب النكاح) قال الجوهرى: النكاح الوطاء، وقد يقال: للعقد.
وذكر بعض اهل اللغة: ان النكاح في كلام العرب، الوطاء، وقيل للتزويج نكاح لانه سبب
الوطاء.

ومقتضى ذلك أن النكاح في اللغة حقيقة في الوطى مجاز في العقد.
وادعى العلامة في المختلف على ذلك الاجماع.
ونص الشيخ وغيره على ان النكاح في عرف الشرع حقيقة في العقد مجاز في الوطاء.
وقال ابن ادریس: انه لا خلاف في ذلك أيضا.
والظاهر أن مرادهم بعرف الشرع عرف الشارع، لانهم ذكروا ذلك في مقام حمل الخطاب
الشرعي على هذا المعنى.
ولا يخفى ان ذلك يتوقف على ثبوت هذا الوضع من الشارع، أو كثرة استعماله النكاح في هذا
المعنى بحيث يفهم منه من غير قرينة، واثبات ذلك مشكل

وأقسامه ثلاثة:

الاول: في الدائم

وهو يستدعي فصولا:

الاول: في صيغة العقد وأحكامه وآدابه

أما في عرف الفقهاء: فالظاهر انه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، للتبادر وصحة السلب في قولهم: هذا سفاح وليس بنكاح.

وقيل: انه حقيقة في الوطء، لكونه كذلك لغة، والاصل عدم النقل.

وجوابه ان الاصل يخرج عنه للدليل، وقد بيناه، وفائدة هذا الخلاف نادرة.

قوله: (وأقسامه ثلاثة) هذه الاقسام الثلاثة ثابتة بالكتاب^(١) والسنة والاجماع.

ويدل على هذا التقسيم صريحا ما رواه الشيخ عن الحسن بن زيد قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: يحل الفرج (تحل الفروج ثل) بثلاث: نكاح بميراث، ونكاح بلا ميراث، ونكاح بملك اليمين^(٢).

قال الشيخ رحمه الله في التهذيب: وليس يخرج عن هذه الاقسام الثلاثة

(١) قال تعالى: (ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمن ماملكت ايما نكح) سورة النساء ٢٥. وقال تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) سورة النساء ٣ وقال تعالى: (فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن) سورة النساء / ٢٤.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٢٣) باب ضروب النكاح، ص ٢٤١ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٣٥ من ابواب مقدمات النكاح الحديث ١.

[أما الصيغة: فالإيجاب والقبول، ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة: زوجتك، وانكحتك، ومتعتك والقبول هو الرضا بالإيجاب].

ما روي من تحليل الرجل جاريته لآخيه، لأن هذا داخل في جملة الملك، لأنه متى أحل جاريته له فقد ملكه وطئها، فهو مستبيح للفرج بالتمليك (الملك خ ل) حسب ما قدمناه^(١) هذا كلامه رحمته الله، وفيما ذكره من دخول التحليل في الملك نظر، وسيجيئ تمام تحقيق المسألة في محله إن شاء الله.

ويتوجه على هذا التقسيم اشكال: وهو انه قد سبق أن النكاح إما العقد أو الوطئ، وكل منها لا ينقسم إلى الاقسام الثلاثة.

أما العقد فظاهر، لأن نفس ملك اليمين لا يعد عقداً، وسببه وهو البيع أو الارث وما شابهما لا يعد نكاحاً بواحد من المعنيين.

وأما الوطئ: فانه بنفسه لا يكون دائماً ومنقطعاً وملك يمين، نعم يكون وطئاً عن عقد دائم، ووطئاً عن عقد منقطع، ووطئاً عن ملك يمين.

ويمكن تنزيل العبارة على ذلك بتكلف، والامر في ذلك هين.

قوله: (أما الصيغة فالإيجاب والقبول، ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة: زوجتك، وانكحتك ومتعتك).

أجمع العلماء كافة على توقف النكاح على الإيجاب والقبول اللفظيين.

واتفقوا أيضاً على أن الإيجاب في العقد الدائم يقع بلفظ زوجتك وانكحتك، وقد ورد بهما القرآن في قوله تعالى: (زوجناكها)^(٢) وقوله عز وجل: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء)^(٣).

(١) التهذيب: ج ٧ (٢٣) باب ضروب النكاح، ص ٢٤١ قال بعد نقل حديث ٣ مالفظه (قال محمد بن الحسن المصنف لهذا الكتاب الخ).

(٢) سورة الاحزاب / ٣٧.

(٣) سورة النساء / ٢٢.

واختلفوا في لفظ (متعنتك) فذهب المصنف وجماعة إلى ان النكاح ينعقد به ايضا، لان المعتبر من الالفاظ في العقود ما دل على المقصود، ولفظ المتعة من الالفاظ الدالة على هذا المعنى، فينعقد به النكاح كما انعقد بالصيغتين الاوليين (الاولتين خ ل).

ويؤيده عدم ورود لفظ مخصوص منقول في ذلك من الشارع مع عموم البلوى بهذا الحكم وشدة الحاجة اليه، بل المستفاد من الروايات إتساع الدائرة في هذا الباب، كما ستقف عليه ان شاء الله.

وأيد ذلك أيضا بحكم الاصحاب تبعا للرواية^(١): بانه لو تزوج متعة واخل بذكر الاجل انقلب دائما، وذلك فرع صلاحية الصيغة له.

وهو جيد (وهو حسن خ ل) لو ثبت هذا الحكم، لكنه محل اشكال: وقيل: انه لا ينعقد واختاره العلامة في جملة من كتبه^(٢)، لان لفظ المتعة حقيقه في النكاح المنقطع، مجاز في الدائم، والعقود اللازمة لا تنعقد بالالفاظ المجازية.

ولان الاصل تحريم الفرج فيستصحب إلى أن يثبت سبب الحل. واجيب عن الاول: بمنع كون اللفظ المذكور حقيقة في العقد المنقطع، لان أصل اللفظ صالح للنوعين، فيكون حقيقة في القدر المشترك بينهما، ويتميزان بذكر الاجل وعدمه. سلمنا انه مجاز في الدائم، لكن لا نسلم عدم انعقاد العقد بالالفاظ المجازية، خصوصا اذا كان المجاز مشهورا، ولذا حكم الاكثر بانعقاد البيع الحال بلفظ السلم،

(١) لاحظ الوسائل، ج ١٤ ص ٤٦٩.

(٢) لاحظ المختلف، ص ٨٥ والتحرير ص ٤ والتذكرة، ج ٢ ص ٥٨١.

[وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ بلفظ الماضي؟ الاحوط نعم، لانه صريح في الانشاء.
ولو أتى بلفظ الامر، كقوله للولي: زوجنيها، فقال: زوجتك، قيل: يصح، كما في قصة سهل
الساعدي].

وعن الثاني: بأن السببية ثابتة بما ذكرناه من الادلة.
وقد ظهر بذلك ان القول الاول لا يخلو من (قوة خ ل) رجحان، وان كان الثاني أحوط.
قوله: (وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ بلفظ الماضي؟ الاحوط، نعم، لانه صريح في الانشاء).
قد تكرر هذا التعليل في كلام الاصحاب، وهو غير مستقيم، فان الاصل في الماضي ان يكون
إخباراً، لا انشاءً، وانما التزموا بجعله انشاء بطريق النقل، فاللفظ بمجرد احتمل الاخبار والانشاء،
وانما يتعين لاحدهما بقرينة خارجية، فلا يكون صريحاً في الانشاء، ومع اقتران القرينة يمكن ذلك في
غيره من صيغة الامر والاستقبال والجملة الاسمية، كما في الطلاق، وقد ورد في عدة أخبار انعقاد
النكاح باللفظ المستقبل^(١)، واختاره المصنف في الشرائع، وسيجئ الكلام فيه ان شاء الله.
قوله: (ولو أتى بلفظ الامر، كقوله للولي: زوجنيها، فقال: زوجتك، قيل: يصح، كما في قضية
سهل الساعدي).

القول بالصحة للشيخ رحمته الله في المبسوط، وادعى أنه لا خلاف في ذلك، واستدل بخبر سهل
الساعدي، وذكر جدي رحمته الله في المسالك: أن خبر سهل الساعدي مشهور بين العامة والخاصة،
ورواه

(١) لاحظ الوسائل، ج ١٤ كتاب النكاح، ص ١٩٤ باب ١ اعتبار الصيغة وكيفية الايجاب والقبول، وباب ١٨ من
ابواب المتعة، ص ٤٦٦.

كل منهما في الصحيح، قال: وهو ان امرأة أتت رسول الله ﷺ ، وقالت يا رسول الله وهبت نفسي لك، وقامت قياما طويلا، فقام رجل، وقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة، فقال رسول الله ﷺ هل عندك من شيء تصدقها اياه؟ فقال: ما عندي الا إزاري هذا، فقال رسول الله ﷺ : إن أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك، التمس ولو خاتما من حديد، فلم يجد شيئا، فقال رسول الله ﷺ : هل معك من القرآن شيء؟ قال: نعم، سورة كذا، وسورة كذا، لسور سماها، فقال رسول الله ﷺ زوجتك بما معك من القرآن^(١).

قلت: ان هذه الرواية بهذا المتن لم اقف عليها في كتب روايات الاصحاب.

نعم، روى الكليني والشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، ما يقرب من مضمون هذا الخبر، قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ ، فقالت: زوجني؟ فقال رسول الله ﷺ : من لهذه؟ فقام رجل وقال: انا يا رسول الله، زوجنيها، فقال: ما تعطيتها؟ فقال: مالي شيء، فقال: لا، قال: فأعادت، فأعاد رسول الله ﷺ (الكلام كمثل) فلم يقم احد غير الرجل، ثم اعادت، فقال رسول الله في المرة الثالثة: أتحسن شيئا من القرآن؟ فقال: نعم فقال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن تعلمها اياه^{(٢)(٣)}.

(١) رواه الترمذي مفصلا كما في المتن (كتاب النكاح باب ٢٣ ما جاء في مهر النساء ص ٤٢١ الحديث ١١١٤) ورواه البخاري كتاب النكاح باب تزويج المعسر، الحديث ١١٥٠.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٥٤ الحديث ٧.

(٣) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب نوادر في المهر ص ٣٨٠ الحديث ٥ وفي الوسائل، ج ١٥ ص ٣ من ابواب المهور الحديث ١.

[ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله: أتزوجك، قيل: يجوز كما في خبر أبان عن الصادق عليه السلام في المتعة: أتزوجك، فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك].

واجاب شيخنا الشهيد في شرح الارشاد عن الرواية بدفع الدلالة، لجواز ان يكون الواقع من النبي صلى الله عليه وآله الايجاب والقبول لثبوت الولاية المستفادة من قوله تعالى (النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم)^(١) وجواز ان يكون ملحقا بقبول الزوج، وان لم ينقل.

والجواب الاول لا يخلو من بعد.

اما الثاني فمحتمل، لكنه خلاف الظاهر: ولا ريب أن اعتبار القبول بعد الايجاب أولى وأحوط.

قوله: (ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله: أتزوجك قيل: يجوز كما في خبر أبان عن الصادق عليه السلام في المتعة أتزوجك، فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك).

القول بالجواز منقول من ابن أبي عقيل واختاره المصنف في الشرائع، لان صيغة المستقبل إذا اقترنت بقصد الانشاء تصير كالماضي في الدلالة على المطلوب.

والرواية التي ذكرها المصنف، رواها الكليني رحمته الله: عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن عمرو بن عثمان، عن ابراهيم بن الفضل، عن أبان بن تغلب قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها اذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله، لا وارثة ولا مورثة، كذا وكذا يوماً، وان شئت كذا وكذا سنة، بكذا وكذا درهما، وتسمى من الاجر (من الاجل خ ل) ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا، فإذا قالت: نعم، فقد

(١) سورة الاحزاب / ٦ .

رضيت، فهي (وهي خ ل) امرأتك، وأنت أولى الناس بها، قلت: فإني أستحيي أن أذكر شرط الأيام؟ قال: هو اضر عليك، قلت: وكيف؟ قال: انك (ان خ ل) لم تشتط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة في العدة، وكانت وارثة، ولم تقدر على ان تطلقها إلا طلاق السنة^(١).

وهذه الرواية معتبرة الاسناد، اذ ليس في طريقها من يتوقف في حاله سوى ابراهيم بن الفضل فانه مجهول الحال، لكن الراوي عنه عمرو بن عثمان، وقال النجاشي: انه كان ثقة، نقي الحديث، صحيح الحكايات.

وربما كان في ذلك نوع مدح لابراهيم^(٢). ومضمونها مطابق للعمومات والاطلاقات. وفي معناها ايضا ما رواه الكليني في الحسن، عن ابن أبي نصر، عن ثعلبة قال: تقول: اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ نكاحا غير سفاح، وعلى ان لا ترثيني ولا ارثك، كذا وكذا يوما، بكذا وكذا درهما، وعلى ان عليك العدة^(٣). وعن هشام بن سالم قال: قلت: كيف يتزوج المتعة؟ قال: تقول: (ياأمة الله كا) اتزوجك كذا وكذا يوما، بكذا وكذا درهما^(٤).

(١) الكافي، ج ٥، باب شروط المتعة، ص ٤٥٥ الحديث ٣ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ١٨ من ابواب المتعة ص ٤٦٦ الحديث ١ وقطعة منه في باب ٢٠ الحديث ٢.

(٢) لاحظ رجال النجاشي، ج ٢ ص ١٣٢ تحت رقم (٧٦٤) طبع دار الاصول بيروت.

(٣) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب شروط المتعة، ص ٤٥٥ الحديث ٤ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ١٨ من ابواب المتعة ص ٤٦٦ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥، كتاب النكاح، باب شروط المتعة، ص ٤٥٥ الحديث ٥ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ١٨ من ابواب المتعة ص ٤٦٦ الحديث ٣.

[ولو قال: زوجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم، فقال الزوج: قبلت، صح، لانه يتضمن السؤال. ولا يشترط تقديم الايجاب].

وقد ظهر من ذلك: ان انعقاد النكاح بلفظ المستقبل لا يخلو عن قوة، وان كان الاقتصار على المتفق عليه اولى.

قوله: (ولو قال: زوجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم، فقال الزوج: قبلت، صح لانه يتضمن السؤال).

ما اختاره المصنف رحمه الله من انعقاد العقد بذلك، احد القولين في المسألة، لما اشار إليه المصنف رحمه الله من أن (نعم) يتضمن السؤال، لانها من الفاظ الجواب، تحذف بعدها الجملة، وتقوم (نعم) مقامها على ما نص عليه اهل اللغة، فاذا قصد بها الانشاء، فقد اوجب، لانه في قوة: نعم زوجت بنتي من فلان، فاذا قبل الزوج تم العقد، ويعضده رواية أبان المتقدمة.

وقيل: ان العقد لا ينعقد بذلك، لان جزء العقد غير مذكور وان وجد ما يدل عليه، فان الثابت كون احد اللفظين، أو الالفاظ الثلاثة سببا في النكاح، فيجب الاقتصار عليه. وهو أولى، وان كان الاول لا يخلو من قرب.

قوله: (ولا يشترط تقديم الايجاب).

هذا هو المشهور بين الاصحاب، بل ادعى عليه الشيخ الاجماع.

لحصول المقتضي، وهو العقد الملتأم من الايجاب والقبول، ولم يثبت اعتبار الترتيب بينهما ويدل عليه ايضا الاخبار الكثيرة الدالة على جواز تقديم القبول صريحا، وقد اوردنا طرفا منها فيما سبق^(١).

وعلل ايضا: بأن الايجاب من المرأة، وهي تستحي غالبا من الابتداء به،

(١) الوسائل: ج ١٤، الباب ١٨ من ابواب المتعة ص ٤٦٦ فراجع.

[ولا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق وتجزي مع العذر كالأعجم].

فاغتفر هنا وان خولف في غيره.

واحتمل بعض الاصحاب اعتبار تقديم الايجاب، لان حقيقة القبول الرضا بالايجاب، فاذا وجد قبله، لم يكن قبولاً. وضعفه ظاهر. وحيث يتقدم يعتبر كونه بغير لفظ قبلت، كتزوجت، ونكحت، أو اتزوجك، ونحو ذلك وهو حينئذ في معنى الايجاب.

قوله: (ولا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق، وتجزي مع العذر كالأعجم) كالأعجمي خ (ل).

أما انه لا تجزي ترجمة العقد بالفارسية ونحوها مع القدرة على العربية، فهو المشهور بين الاصحاب ونقل عن الشيخ رحمته الله دعوى الاجماع على ذلك.

واستدل عليه: بان العقود أسباب شرعية، فيجب الاقتصار فيها على ما علم كونه سبباً، والذي علم وقوعه من جانب الشارع صلوات الله عليه هو العقد بلفظ العربية، فلا ينعقد بغيرها.

وقال ابن حمزة: وان قدر المتعاقدان على القبول والايجاب بغير العربية، عقد بها استحباباً، وهو يقتضي جواز العقد بغير العربية مع القدرة على النطق بها.

وربما كان مستنده: ان المقصود من الالفاظ، الدلالة على الرضا الباطني، فكلما دل عليه كفى، وان غير العربية اذا دل على المعنى المطلوب منها فيكون (يكون خ) كالمترادف الذي يجوز اقامته مقام مرادفه.

ويؤيده اتفاق الاصحاب ظاهراً على أجزاء الترجمة ممن لا يحسن العربية، وانه لا يجب عليه التوكيل في العقد، ولو لا ثبوت كون العقد الواقع بغير العربية سبباً في الحل، لما أجزء ذلك، والفرق بين القادر على العربية وغيره، غير مستفاد من النقل، والمسألة محل اشكال.

[وكذا الاشارة للاخرس].

وكيف كان فينبغي القطع باجزاء العقد بغير العربية مع المشقة اللازمة من تعلم العربية، او فوات بعض الاغراض المقصودة بذلك، لاتفاق الاصحاب، وورود الاخبار بالاكْتفاء باشارة الاخرس في عقودهم وايقاعاته^(١) وانه لا يجب عليه التوكيل، واذا اكتفى في ذلك بالاشارة مع العجز، اكتفى بغير اللفظ العربي بطريق أولى.

ويؤيده عدم ورود الامر بتعلم اللفظ العربي في العقد، ولو كان ذلك معتبرا، لورد في روايات الاصحاب، لعموم البلوى وشدة الحاجة اليه.

ثم لا يخفى ان من جوز التعبير بغير العربية، جوز اللحن في اللفظ العربي، ومن اشترط العربية، فظاهر دليله يعطي اشتراط كونه عربيا بمادته وصورته، وبه صرح المحقق الشيخ علي، ولا ريب انه أولى.

قوله: (وكذا الاشارة للاخرس) لا فرق في ذلك بين كون الخرس أصليا، أو عارزيا، وحينئذ تكفي الاشارة المفهمة للمراد كما تكفي في سائر التصرفات القولية. قال المحقق الشيخ علي: وكأنه لا خلاف في ذلك، ولم أقف في نكاح الاخرس بخصوصه بالاشارة على رواية يعتد بها، نعم ورد في طلاقه عدة روايات.

(منها) ما رواه الكليني في الحسن عن احمد بن محمد بن أبي نصر، قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة ثم يصمت فلا يتكلم، قال: يكون أخرس؟ قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامراته وكرهته لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: لا يكتب ولا يسمع، كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف به من فعالة، مثل ما ذكرت من كراهته

(١) الوسائل: ج ١٥ ص ٢٩٩ الباب ١٩ من ابواب مقدمات الطلاق فراجع.

[وأما الحكم (وأما الاحكام خ) فمسائل: (الاولى) لا حكم لعبارة الصبي، ولا المجنون، ولا السكران.

وفي رواية اذا زوجت السكرى نفسها، ثم افاقت فرضيت به، او دخل بها واقترته كان ماضيا].
وبغضه لها^(١).

والظاهر ان الحكم في الطلاق والنكاح واحد.

قوله: ((الاولى) لا حكم لعبارة الصبي ولا المجنون ولا السكران، وفي رواية اذا زوجت السكرى نفسها ثم افاقت فرضيت به، او دخل بها واقترته كان ماضيا).
لا ريب ان العاقد سواء كان زوجا او زوجة، او ولي أحدهما او وكيله، يشترط فيه البلوغ والعقل.

ولو عقد الصبي لنفسه او لغيره لم يعتد بعبارته، وان اجاز وليه، وكذا الصبية، وكذا من به جنون ذكر اكان او انثى، وفي حكمه المغمى عليه والسكران.

ولو افاق السكران فاجاز العقد الواقع في السكر، فالمشهور انه لا يصح وان كان بعد الدخول، لان الاجازة لا تصحح ما وقع باطلا من أصله.

وقال الشيخ في النهاية: واذا عقدت المرأة على نفسها وهي سكرى، كان العقد باطلا، فان افاقت ورضيت بفعلها كان العقد ماضيا، وان دخل بها الرجل في حال السكر ثم افاقت الجارية، فأقرته على ذلك، كان ذلك ماضيا^(٢) وتبعه على ذلك ابن البراج.

(١) الكافي: ج ٦، باب طلاق الاخرس، ص ١٢٨ الحديث ١ وفي الوسائل، ج ١٥، كتاب الطلاق، الباب ١٩ من ابواب مقدماته وشرائطه، ص ٢٩٩ الحديث ١.

(٢) إلى هنا كلام الشيخ في النهاية، كتاب النكاح، باب من يتولى العقد على النساء ص ٤٦٨ س ٥.

[الـثانية) لا يشترط حضور شاهدين، ولا ولي اذا كانت الزوجة] والمستند فيه ما رواه في الصحيح، عن محمد بن اسماعيل بن بزيـع، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت، فزوجت نفسها رجلا في سكرها، ثم افاقت فانكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها، ففزعته منه، فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هولها؟ أم التزويج فاسد لمكان السكر، ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعد ما افاقت، فهو رضا منها، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم^(١).

وهذه الرواية مروية في كتاب من لا يحضره الفقيه بطريق صحيح أيضا^(٢).
وليس فيها ما يخالف الأدلة القطعية، فيتجه العمل بها.

قال في المختلف: والتحقيق ان نقول: ان بلغ السكر بها إلى حد عدم التحصيل، كان العقد باطلا، ولا يتقرر باقرارها، لان مناط صحة العقد وهو العقل منفي هنا، وان لم يبلغ السكر إلى ذلك الحد صح العقد مع تقريرها اياه، وعليه تحمل الرواية^(٣).
ويشكل ما حمل عليه الرواية: بانها ان كانت وقت العقد جائزة التصرف، لزمها العقد، ولم يكن لها بعد ذلك رده، والا لم يصح على ما ذكرناه، فالجمع بين صحة عقدها، واعتبار رضاها بعد ذلك غير مستقيم.

قوله: ((الـثانية) لا يشترط حضور شاهدين، ولا ولي اذا كانت

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح، ص ٣٩٢ الحديث ٤٧ وفي الوسائل، ج ١٤ ص ٢٢١ الحديث ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٢٤) باب ما احل الله عزوجل من النكاح ص ٢٥٩ الحديث ١٥ وفيه (فورعت منه).

(٣) لاحظ للمختلف، كتاب النكاح، ص ٩٠ س ٢١.

[بالغة رشيدة على الاصح].

الزوجة بالغة رشيدة على الاصح).

أما عدم اشتراط الولي في الثيب ومن لا اب لها، فهو موضع وفاق بين الاصحاب، واخبارهم به مستفيضة^(١).

وانما الخلاف في البكر البالغ اذا كان لها اب، وسيجيء تحقيق المسألة عند ذكر المصنف لها، وكان يغني ذكرها ثمة مع نقل الخلاف والاقوال عن ذكرها هنا.

وأما عدم اشتراط الاشهاد على العقد، فهو مذهب الاصحاب، ونقل فيه المرتضى: الاجماع. ويدل عليه، مضافا إلى الاصل والاطلاقات، روايات.

منها ما رواه الكليني، في الحسن، عن حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج بغير بينة؟ قال: لا بأس^(٢).

وفي الحسن، عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: انما جعلت البيّنات للنسب والموارث.

قال الكليني: وفي رواية اخرى: والحدود^(٣).

وفي الحسن: عن زرارة بن اعين قال: سئل ابو عبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة بغير شهود؟ فقال: لا بأس بتزويج البتة^(٤) فيما بينه وبين الله،

(١) لاحظ الوسائل: ج ١٤، ابواب عقد النكاح واولياء العقد، ص ٢٠١ ٢٠٦ الباب ٣ و ٤.

(٢) الكافي: ج ٥، باب التزويج بغير بينة، ص ٣٨٧ الحديث ٣ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٤٣ من ابواب مقدماته، ص ٦٧ الحديث ٤.

(٣) الكافي: ج ٥، باب التزويج بغير بينة، ص ٣٨٧ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٤٣ من ابواب مقدماته ص ٦٧ الحديث ١ ٢.

(٤) في الحديث: الرجل يتزوج المرأة متعة يحل ان يتزوج ابنتها بتاتا؟ يعنى دائما (مجمع البحرين لغة بت).

[الثالثة) لو ادعى زوجية امرأة، وادعت (فادعت خ ل) اختها زوجيته، فالحكم لبينة الرجل الا ان يكون مع المرأة ترجيح من دخول (أو تقدم خ ل) تاريخ].

انما جعل الشهود في تزويج البتة من أجل الولد، لولا ذلك لم يكن به بأس^(١).

ونقل عن ابن أبي عقيل: انه اشترط في نكاح الغبطة^(٢) الاشهاد.

وربما كان مستنده: ما رواه الشيخ عن المهلب الدلال انه كتب إلى ابي الحسن عليه السلام: ان امرأة كانت معي في الدار، ثم انها زوجتني نفسها وأشهدت الله وملائكته على ذلك، ثم ان اباهها زوجها من رجل آخر، فما تقول؟ فكتب عليه السلام التزويج الدائم لا يكون الا بولي وشاهدين، ولا يكون تزويج متعة بذكر، استر على نفسك واكتم رحمك الله^(٣).

وهذه الرواية ضعيفة السند جدا باشتماله على عدة من المجاهيل^(٤).

ولا ريب في ضعف هذا القول.

قوله: ((الثالثة) لو ادعى زوجية امرأة، وادعت اختها زوجيته، فالحكم لبينة الرجل (لبينة خ ل) إلا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول، او تقدم (تقديم خ ل) تاريخ).

الاصل في هذه المسألة ما رواه الشيخ في التهذيب باسناده إلى الزهري عن علي بن الحسين

عليه السلام في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها بولي

(١) الكافي: ج ٥، باب التزويج بغير بينة ص ٣٨٧ الحديث ١ وفي الوسائل ج ١٤ ص ٦٧ الباب ٤٤ من ابواب مقدماته وآدابه الحديث ٣.

(٢) كتب في هامش بعض النسخ المخطوطة: أي الدائم اللازم وفي لسان العرب ج ٧ ص ٣٦١ لغة غبط ما لفظه (وفي حديث مرضه الذي قبض فيه صلى الله عليه وآله وسلم انه اغبطت عليه الحمى، أي لزمته).

(٣) التهذيب: ج ٧ (٢٤) باب تفصيل احكام النكاح ص ٢٥٥ الحديث ٢٦ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١ من ابواب المتعة، ص ٤٥٩ الحديث ١١.

(٤) سند الحديث كما في التهذيب هكذا محمد بن احمد بن يحيى، عن محمد بن عيسى، عن الفضل بن كثير المدائني عن المهلب الدلال انه كتب الخ.

وشهود، وانكرت المرأة ذلك، واقامت اخت هذه المرأة على الرجل البينة انه تزوجها بولي وشهود، ولم توقت (ولم توقتا) وقتا، (فكتب ثل) إن البينة بينة الزوج ولا تقبل بينة المرأة، لان الزوج قد استحق بضع هذه المرأة، وتريد اختها فساد النكاح فلا تصدق ولا تقبل بينتها الا بوقت قبل وقتها، او دخول بها^(١). وهذه الرواية ضعيفة السند جدا باشتماله على عدة من الضعفا^(٢) وربما ادعى على العمل بمضمونها الاجماع.

وتفصيل المسألة ان يقال: اذا وقع النزاع على هذا الوجه، فإما ان يقيم كل من المدعين بينة، او لا يقيما، او يقيم احدهما دون الاخر، وهو إما الرجل او المرأة، فالصور أربع. ثم على تقدير اقامتهما البينة، إما ان تكون البينتان مطلقتين، او مؤرختين، أو تكون احدهما مؤرخة، والاخرى مطلقة، إما بينة الرجل، او بينة المرأة. والمؤرختان: إما بتاريخ واحد، او مختلفتان، مع تقدم تاريخ الرجل او المرأة فهذه تسع صور. وعلى جميع التقادير، إما أن يكون الرجل دخل بالمرأة المدعية، أولا. فالصور ثمان عشرة. ويجب الرجوع فيما عدا موضع النص: وهو ما اذا أقام كل منهما بينة إلى القواعد الشرعية، فمع عدم البينة يكون القول قول الزوج في انكار زوجية المدعية، لانه منكر، ودعواه زوجية اختها يرجع فيه إلى قواعد الدعوى بينه وبين الاخت،

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٨) باب التدليس في النكاح وما يرد منه وما لا يرد، ص ٤٣٣ الحديث ٤٠ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٢٢ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٢٥ الحديث ١.

(٢) سند الحديث كما في التهذيب هكذا (محمد بن علي بن محبوب، عن علي بن محمد، عن القاسم بن محمد، عن سليمان بن داود المنقري، عن عيسى بن يونس، عن الازاعي، عن الزهري).

سواء انكرت كما في الرواية، او اعترفت.
هذا اذا لم يكن دخل بالمدعية، اما لو دخل بها، ففي الاكتفاء بيمينه، لانه منكر، او ترجع إلى
يمينها، لان فعله مكذب لدعواه، وجهان.
وان اقام احدهما خاصة البينة، قضى له، الا اذا كانت البينة للرجل وقد دخل بالمدعية،
فالوجهان.

والاقرب توجه اليمين على ذي البينة، لجواز صدق البينة الشاهدة للاخت المدعية بالعقد مع
تقدم عقده على من ادعاها والبينة لم تطلع عليه، وجواز صدق بينة الزوج بالعقد مع تقدم عقد
اختها عليه، والبينة لا تعلم بالحال، لكن الاخت المدعية تحلف على نفي العلم بسبق عقد اختها،
لان اليمين ترجع إلى نفي فعل الغير، والزواج يحلف على القطع، لانه حلف على نفي فعله.
وان اقام كل منهما بينته مطلقة، او كانت احدهما مطلقة والاخرى مؤرخة، فالترجيح لبينته
على مقتضى النص الا مع الدخول، لسقوط بينته حينئذ بتكذيبه اياها، فيحكم لبينتها.
وان أرختا معا وتقدم تاريخ بينتها، فلا اشكال في تقديمها، لثبوت سبق نكاحها في وقت لا
تعارضها الاخرى فيه.

ومع تساوي التاريخين، او تقدم تاريخ بينته، تقدم بينته ان لم يكن دخل بها، عملا بالنص.
قال جدي رحمته الله في المسالك: ولو قطعنا النظر عن النص، لكان التقديم لبينتها عند التعارض
مطلقا، ووجه ذلك في اول كلامه: بان الزوج منكر يقدم قوله مع عدم البينة، ومن كان القول
قوله، فالبينة بينة صاحبه.

أقول: ان ما ذكره من تقديم بينة الاخت المدعية، لو قطعنا النظر عن النص، مشكل، لان كلا
من الاخت والزواج مدع، فلا وجه لتقديم بينتها على بينته،

[ولو عقد على امرأة، وادعى (فادعى خ ل) آخر زوجيتها لم يلتفت إلى دعواه الا مع البينة].
والحق: ان البينتين اما ان تتعارضا وتتكاذبا، أولا، فان لم تتعارضا وامكن صدقهما فان كانا مؤرختين واتحد تاريخهما، بأن نفرض وقوع العقدين مع الزوج ووكيله في وقت واحد، بطل العقدان، وان تقدم تاريخ احدهما على الاخر، حكم بصحة العقد السابق وبطلان اللاحق، ومع الاشتباه يرجع إلى القرعة، كما اذا ادعى اثنان شراء عين، واقام كل منهما بينته بدعواه، وان تعارضت البيتان، بان تشهد بينة الزوج والاخت بوقوع العقدين مع الزوج في وقت واحد، رجع إلى القرعة ايضا كما قرره الاصحاب في تعارض البينتين، والله تعالى اعلم.

قوله: (ولو عقد على امرة وادعى آخر زوجيتها، لم يلتفت إلى دعواه الا مع البينة).
يستفاد من حكم المصنف بعدم الالتفات إلى دعواه، عدم سماعها أصلا بحيث لا يترتب على المرأة اليمين وان كانت منكرة.

والوجه فيه: ان اليمين انما يتوجه على المنكر اذا كان بحيث لو اعترف لزم الحق، والامر هنا ليس كذلك، فان المرأة لو صدقت^(١) (صادقت خ) المدعي على دعواه، لم يثبت الزوجية، لانه اقرار في حق الغير، وهو الزوج.

وكذا لا يتوجه بتوجه الدعوى امكان رد اليمين على المدعي، لان اليمين المردودة، ان كانت كالقرار فقد عرفت حكمه، وان كانت كالبينة، فانما تفيد بالنسبة إلى المتداعيين دون غيرها.
ويشهد لذلك ما رواه ابن بابويه في الصحيح، عن ابراهيم بن هاشم، عن

(١) في النسخة التي بخط المؤلف رحمه الله (صادقت) ولكن في بعض النسخ صدقت.

عبدالعزیز بن المهتدي (وهو ثقة) قال: سألت الرضا عليه السلام فقلت له: جعلت فداك: ان اخي مات وتزوجت امرأته فجاء عمي فادعى انه كان تزوجها سرا، فسألته عن ذلك؟ فانكرت أشد الانكار، وقالت ما كان بيني وبينه شيء قط، فقال: يلزمك اقرارها ويلزمه انكارها^(١).

ولو توجه عليها اليمين بذلك، لذكر في مقام البيان. وربما قيل بسماع الدعوى وتوجه اليمين والرد هنا، وان لم تسمع في حق الزوج. وفائدته مع الاقرار ثبوت مهر المثل عليها للزوج المدعي، لحيلولتها بينه وبين البضع بالعقد الثاني. ومبنى ذلك على ان منافع البضع يضمن بالتفويت، وهو موضع خلاف بين الاصحاب، والحكم بالتضمنين غير واضح. ولو وقعت الدعوى بالزوجة على غير المعقود عليها، سمعت الدعوى قطعاً، وترتب عليها لزوم العقد مع الاقرار، وترتب اليمين مع الانكار.

وفي جواز العقد على المنكرة لغير المدعي قبل انهاء الدعوى، وجهان، اظهرهما الجواز، كما يجوز تصرف المنكر في كل ما يدعيه عليه غيره قبل ثبوته، استصحاباً للحكم السابق المحكوم به شرعاً، ولاستلزام المنع من ذلك الحرج في بعض الموارد، كما اذا تراخى الاول في الدعوى، او سكت عنها، فان المدعي اذا علم بعدم اقدام احد عليها، امكن تاخير التحليف، ليتوجه على المرأة الضرر بترك التزويج.

ويحتمل استقلال الحاكم بتحليفها، لانه قائم مقام المالك مع امتناعه مما

(١) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ (١٤٤) باب النوادر، ص ٣٠٣ الحديث ٣٥ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٢٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد، الحديث ١.

[الرابعة) لو كان لرجل (إذا خ ل) عدة بنات فزوج واحدة، ولم يسمها، ثم اختلفا في المعقود عليها، فالقول قول الأب، وعليه ان يسلم اليه التي قصدها في العقد. ان كان الزوج رآهن، وان لم يكن رآهن فالعقد باطل]. يلزمه شرعا والله أعلم.

قوله: (الرابعة اذا كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة الخ). أجمع الاصحاب على انه يشترط في كل من الزوجين ان يكون معيناً، ليتعلق العقد به، ويقع التراضي عليه.

ويحصل التعيين، بالاسم، او الوصف، أو الإشارة إلى معين، أو بقصدهما إليه. وعلى هذا: اذا كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة منهن ولم يسمها عند العقد، فان لم يقصدا معينة بطل العقد، وكذا اذا قصد احدهما غير ما قصده الآخر، وان قصدا معينة، صح. ولو لم يعرف كل منهما ما قصد الآخر، بطل. ولو قصد الزوج قبول نكاح من قصدها الأب وان لم يعرفها بعينها فالأظهر الصحة. وفاقاً للتذكرة.

ولو اختلفا بعد العقد في المعقود عليها، فمقتضى القواعد المقررة: انه ان ادعى كل منهما انه قصد غير ما قصده الآخر، بطل العقد، وان اتفقا على معينة واختلفا في تلك المعينة، تحالفاً، وبطل العقد ايضاً.

وفصل المصنف رحمته الله تبعاً للشيخ وجماعة، فقال: ان كان الزوج رآهن، فالقول قول الأب، وعليه ان يسلم التي قصدها في العقد، وان لم يكن رآهن كان العقد باطلاً. ومستندهم في ذلك ما رواه الكليني (في الصحيح) عن أبي عبيدة قال:

وأما الآداب فقسمان :

(الاول) آداب العقد

ويستحب أن يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة [الاصل]
سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كانت له ثلاث بنات ابكار، فزوج واحدة منهن (احديهن
ثل) رجلا ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقها، فلما بلغ ادخالها
على الزوج، بلغ الرجل (الزوج ثل) انها الكبرى من الثلاثة، فقال الزوج لابيها: انما تزوجت منك
الصغرى (الصغيرة ثل) من بناتك، قال: فقال ابو جعفر عليه السلام : ان كان الزوج رآهن كلهن، ولم يسم
له واحدة منهن، فالقول في ذلك قول الاب، وعلى الاب فيما بينه وبين الله ان يدفع إلى الزوج
الجارية التي كان نوى ان يزوجه اياه عند عقدة النكاح، وان كان الزوج لم يرهن كلهن، ولم يسم
(له ثل) واحدة عند عقدة النكاح، فالنكاح باطل^(١).

ونزل المصنف الرواية: على ان الزوج اذا كان قد رآهن، وقبل نكاح من اوجب عليها الاب،
يكون قد رضى بالعقد على البنت التي عينها الاب، فيرجع اليه فيه، لانه انما يعلم من قبله، وان لم
يكن الزوج رآهن لم يكن مفوضا إلى الاب، ولا قصد إلى معينة، فيبطل العقد.
ولا بأس بهذا التنزيل، جمعا بين الرواية والادلة على الاحكام المتقدمة.

قوله: (الاول: آداب العقد، ويستحب ان يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة [الاصل]).
اما استحباب اختيار البكر، فيدل عليه ما رواه

(١) الكافي: ج ٥ كتاب النكاح، باب نادر، ص ٤١٢ الحديث ١ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١٥ من ابواب عقد
النكاح واولياء العقد، ص ٢٢٢ الحديث ١.

[وان يقصد السنة، لا الجمال والمال، فربما حرهما].

الكليني (في الصحيح) عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: تزوجوا بكرة ولودا، ولا تزوجوا حسناء جميلة عاقرا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة^(١).

واما استحباب اختيار العفيفة: فيدل عليه ما رواه الكليني (في الصحيح) عن ابي حمزة قال: سمعت جابر بن عبد الله يقول: كنا عند النبي صلى الله عليه وآله فقال: ان خير نسائكم الولود، الودود، العفيفة، العزيزة في أهلها، الذليلة مع بعلها، المترجة مع زوجها، الحصان على غيره، التي تسمع قوله وتطيع أمره، واذا خلا بها بذلت له ما يريد منها، ولم تبذل (ولم تبذل ثل) كتبذل^(٢) الرجل^(٣). وأما استحباب اختيار كريمة الاصل: فيمكن ان يستدل عليه بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: ايها الناس، اياكم وخضراء الدمن، قيل: يارسول الله وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء^(٤).

وفسر كرم الاصل: بان يكون ابواها مسلمين، او مؤمنين، او صالحين، او لا يكون اصلها من زنا.

قوله: (وان يقصد السنة، لا الجمال والمال، وربما حرهما).

يدل على

(١) الكافي: ج ٥ كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العاقر، ص ٣٣٣ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه، الحديث ١.

(٢) في الحديث (ولم تبذل له الخ) أي تتصاون في الجملة ولم تترك التصاون (مجمع البحرين لغة بذل).

(٣) النكاح: ج ٥، باب خير النساء ص ٣٢٤ الحديث ١ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه ص ١٤ الحديث ٢.

(٤) الكافي: ج ٥، باب اختيار الزوجة ص ٣٣٢ الحديث ٤ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ١٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه ص ٢٩ الحديث ٤ وفيه ما قام النبي صلى الله عليه وآله، فقال: ايها الناس الخ.

[وَيُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ، وَيَسْأَلُ اللَّهَ تَعَالَى أَنْ يَرْزُقَهُ مِنَ النِّسَاءِ أَعْفَهْنَ، وَاحْفَظْهُنَّ، وَأَوْسِعْهُنَّ رِزْقًا
وَاعْظَمْهُنَّ بَرَكَهً وَيَسْتَحِبُّ الْأَشْهَادَ وَالْإِعْلَانَ].

ذلك روايات.

منها ما رواه الكليني (في الصحيح) عن هشام بن الحكم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا تزوج
الرجل المرأة لجمالها أو لمالها (أو مالها ك)، وكل إلى ذلك، وإذا تزوجها لدينها رزقه الله المال
والجمال^(١).

وفي صحيحة أخرى لهشام: عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل المرأة لمالها أو جمالها، لم
يرزق ذلك، فإن تزوجها لدينها رزقه الله جمالها ومالها^(٢).

قوله: (ويصلي ركعتين ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن إلى آخره).
الظاهر أن محل هذه الصلاة بعد إرادة التزويج وقبل تعيين امرأة مخصوصة أو بعده قبل العقد.
وقد روى ذلك الكليني: عن أبي بصير قال: قال لي أبو جعفر عليه السلام: إذا تزوج أحدكم كيف
يصنع؟ قلت: لا أدري، قال: إذا هم بذلك فليصل ركعتين، ويحمد (وليحمد ك) الله عز وجل، ثم
يقول: اللهم اني أريد أن أتزوج فقدر لي من النساء أعفهن فرجا، واحفظهن لي في نفسها ومالي،
وأوسعهن رزقا، واعظمهن بركة، وقدر لي ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا في حياتي وبعد موتي^(٣).
قوله: (ويستحب الأشهاد والإعلان).

أما استحباب الأشهاد في العقد

(١) الكافي: ج ٥، باب فضل من تزوج ذات دين وكراهة من تزوج للمال ص ٣٣٣ الحديث ٣ وفي الوسائل ج ١٤،
الباب ١٤ من أبواب مقدمات النكاح ص ٣٠ الحديث ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٢٤٨ (١١٣) باب تزويج المرأة لمالها وجمالها، أو لدينها الحديث ١ ولم يردها في
الوسائل.

(٣) الكافي: ج ٥ باب القول عند دخول الرجل بآله، ص ٥٠١ قطعة من حديث ٣ وفي الوسائل ج ١٤ ص ٧٩
الباب ٥٣ من أبواب مقدمات النكاح آدابه، قطعة من حديث ١ وفيه قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام.

[والخطبة أمام العقد].

الدائم، فلا خلاف فيه، بل قيل بوجوبه، وقد تقدم الكلام فيه.
وأما الاعلان: فالمراد به اظهار العقد وإيقاعه بمجمع من الناس.
وانما كان مستحبا؟ لانه انقى للتهمة، وابتعد عن الخصومة.
ويدل عليه ما روي عن النبي ﷺ: انه كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف ويقال:
اتيناكم اتيناكم، فحيونا نحيكم^(١).

قوله: (والخطبة امام العقد).

الخطبة بضم الخاء، ما اشتمل على حمد الله سبحانه، والثناء عليه، والشهادتين، والصلاة على
النبي ﷺ، والوعظ، والوصية بتقوى الله، كذا فسرهما في التذكرة.
وفي رواية عبد الله بن ميمون القداح عن الصادق عليه السلام: ان علي بن الحسين عليه السلام قال: اذا
حمد الله فقد خطب^(٢).

وانما كانت الخطبة قبل العقد مستحبة؟ للتأسي بالنبي ﷺ والائمة عليهم السلام^(٣).
واوجبها بعض العامة.

وذكر في التذكرة: ان من خطب امرأة يستحب ان يقدم بين يدي خطبته، خطبة، وانه
يستحب للولي ايضا، الخطبة ثم الجواب، وفي الاخبار دلالة عليه^(٤).

(١) مسند أحمد بن حنبل، ج ٤ ص ٧٨ س ١.

(٢) الكافي: ج ٥ باب التزويج بغير خطبة، ص ٣٦٨ قطعة من حديث ٢ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٤١ من ابواب
مقدمات النكاح وآدابه، ص ٦٦ قطعة من حديث ٢.

(٣) لاحظ الوسائل، ج ١٤ ص ٦٦، الباب ٤٢ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه، والكافي، ج ٥ ص ٣٦٩ باب
خطب النكاح.

(٤) راجع الكافي باب خطب النكاح الرواية ٩ ج ٥ ص ٣٧٤.

[وايقاعه ليلا. ويكره (العقد خ ل) والقمر في العقرب، وان يتزوج العقيم].

قوله: (وايقاعه ليلا).

لقول أبي الحسن الرضا عليه السلام: من السنة التزويج بالليل، لان الله تعالى جعل الليل سكنا، والنساء انما هن سكن ^(١).

قوله: (ويكره والقمر في العقرب).

المستند في ذلك ما رواه ابن بابويه، عن محمد بن حمران، عن ابيه، عن ابي الحسن عليه السلام قال: من تزوج والقمر في العقرب لم ير الحسن ^(٢).

قال ابن بابويه رحمته الله: وروي انه يكره التزويج في محاق الشهر ^(٣).

قوله: (وان يتزوج العقيم). يدل على ذلك روايات.

منها ما رواه الكليني (في الصحيح) عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا نبي الله ان لي ابنة عم قد رضيت جمالها وحسنها ودينها، ولكنها عاقر فقال: لا تزوجها، ان يوسف بن يعقوب لقي اخاه، فقال: يا اخي كيف استطعت ان تزوج النساء بعدي؟ فقال: ان أبي أمرني، قال: ان استطعت ان يكون لك ذرية تثقل الارض بالتسييح، فافعل، قال: وجاء رجل من الغد إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال له مثل ذلك: فقال له: تزوج سوءا ولودا، فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة، قال: فقلت لابي عبدالله عليه السلام ما السوءاء؟ قال: القبيحة ^(٤).

(١) الكافي: ج ٥، باب ما يستحب من التزويج بالليل، ص ٣٦٦ الحديث ١ وفي الوسائل، ١٤، الباب ٣٧ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه ص ٦٢ الحديث ٣.

(٢) التهذيب: ج ٧ (٣٥) باب الاستخارة للنكاح والدعاء قبله، ص ٤٠٧ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٥٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه ص ٨٠ مثل الحديث ١.

(٣) الفقيه: ج ٣ (١١٦) باب الوقت الذي يكره فيه التزويج ص ٢٥٠ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٥٤ من ابواب مقدمات النكاح، ص ٨٠ الحديث ٢.

(القسم الثاني) في آداب الخلوة

يستحب صلاة ركعتين اذا اراد الدخول، والدعاء، وان يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال، وان يجعل يده على ناصيتها، ويكونا على طهر، ويقول: اللهم على كتابك تزوجتها، إلى اخر الدعاء]. وفي الصحيح: عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: تزوجوا بكرا ولودا ولا تزوجوا حسناء جميلة عاقرا، فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة^(٢).

قوله: (القسم الثاني في آداب الخلوة يستحب صلاة ركعتين اذا اراد الدخول والدعاء الخ). المستند في ذلك ما رواه الشيخ عن الحسن بن محبوب، عن جميل بن صالح، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال: اذا دخلت عليك ان شاء الله، فمرها قبل ان تصل اليك ان تكون متوضئة، ثم لا تصل اليها انت حتى توضحاً، وتصلي ركعتين، ثم مرهم يأمرها ان تصلي ايضاً ركعتين، ثم تحمد الله تعالى وتصلي على محمد وآله ثم ادع الله ومر من معها ان يؤمنوا على دعائك، ثم ادع الله وقل: اللهم ارزقني الفها وودها ورضاها (بي يب) وارضي بها، واجمع بيننا باحسن اجتماع وانفس (وانس خ ل) ائتلاف، فانك تحب الحلال وتكره الحرام^(١).

(١) الكافي: ج ٥ باب كراهية تزويج العاقر ص ٣٣٣ الحديث ١ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه، ص ٣٢ الحديث ١.

(٢) الكافي: ج ٥ باب كراهية تزويج العاقر ص ٣٣٣ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ١٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه ص ١٣٣ الحديث ١.

وان يكون الدخول ليلا.

وما رواه الكليني عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: اذا دخلت بأهلك فخذ بناصيتها واستقبل القبلة، وقل: اللهم بامانتك اخذتها وبكلماتك استحلتها فان قضيت لي منها ولدا فاجعله مباركا تقيا من شيعة آل محمد، ولا تجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيبا^(٢).

وفي رواية اخرى لأبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال: فاذا دخلت عليه، فيضع يده على ناصيتها، وليقل: اللهم على كتابك تزوجتها، وفي امانتك اخذتها، وبكلماتك استحلك رحمها، فان قضيت في رحمها شيئا فاجعله مسلما سويا، ولا تجعله شرك شيطان^(٣).

قوله: (وأن يكون الدخول ليلا) لما رواه ابن بابويه عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: زفوا عرائسكم ليلا واطعموا ضحى^(٤). ويكره الدخول ليلة الاربعاء.

لما رواه الكليني عن عبيد بن زرارة وإبي العباس قالوا: قال أبو عبد الله عليه السلام: ليس للرجل أن يدخل بامرأته ليلة الاربعاء^(٥).

(١) التهذيب، ج ٧، (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع، ص ٤٠٩ قطعة من حديث ٨ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٥٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه، ص ٨ الحديث ١.

(٢) الكافي، ج ٥ باب القول عند دخول الرجل، باهله، ص ٥٠٠ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٥٥ من ابواب مقدماته وآدابه ص ٨١ الحديث ٢.

(٣) التهذيب، ج ٧ (٣٥) باب الاستخارة للنكاح والدعاء قبله، ص ٤٠٧ قطعة من حديث ١ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٥٢ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه، ص ٧٩ قطعة من حديث ١ وفيهما: فرجها بدل رحمها.

(٤) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع ص ٤١٨ لحديث ٤٨ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٣٧ من ابواب مقدماته النكاح وآدابه ص ٦٢ الحديث ٢.

(٥) النكاح، ج ٥ باب الوقت الذي يكره فيه التزويج ص ٣٦٦ الحديث ٣ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٣٩ من ابواب مقدماته وآدابه ص ٦٤ الحديث ١.

[ويسمى عند الجماع. ويسأل الله تعالى ان يرزقه ولدا ذكرا. ويكره الجماع ليلة (وقت خ ل) الخسوف، ويوم الكسوف، وعند الزوال، وعند الغروب حتى يذهب الشفق].
 قوله: (ويسمى عند الجماع) لما رواه الكليني عن الحلبي قال: قال ابو عبد الله عليه السلام في الرجل اذا أتى أهله فخشى ان يشاركه الشيطان قال: يقول: بسم الله ويتعوذ بالله من الشيطان^(١).
 قوله: (ويسأل الله تعالى أن يرزقه ولدا ذكرا) لما رواه الشيخ (بسند لا يبعد صحته) عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: اذا اردت الجماع فقل: اللهم ارزقني ولدا ذكرا واجعله تقيا ذكيا، ليس في خلقه زيادة ولا نقصان، واجعل عاقبته إلى خير^(٢).
 قوله: (ويكره الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف، وعند الزوال، وعند الغروب حتى يذهب الشفق).

المستند في ذلك: ما رواه ابن بابويه (في الصحيح) عن الحسن بن محبوب، عن أبي أيوب الخزاز، عن عمرو بن عثمان، عن أبي جعفر قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام أيكراه الجماع في ساعة من الساعات؟ قال: نعم، يكره في ليلة ينخسف فيها القمر، واليوم الذي تنكسف فيه الشمس، وفيما بين غروب الشمس إلى ان يغيب الشفق، ومن طلوع الفجر إلى طلوع

(١) الكافي: ج ٥ باب القول عند الباه وما يعصم من مشاركة الشيطان، ص ٥٠٢ الحديث ١ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٦٨ من ابواب مقدمات النكاح وادابه ص ٩٦ الحديث ١.
 (٢) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع، ص ٤١١ الحديث ١٣ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٥٥ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ٨٢ الحديث ٥ وليس في التهذيب والوسائل لفظة ذكرا.

[وفي المحاق، وبعد الفجر حتى تطلع الشمس^(١)، وفي أول ليلة من كل شهر الا شهر رمضان، وفي ليلة النصف].

الشمس، وفي الريح السوداء او الحمراء، او الصفراء، والزلزلة، ثم قال عليه السلام في اخر الرواية: وايم الله لا يجامع احد في هذه الساعات التي وصفت، فيرزق من جماعه ولدا، وقد سمع هذا الحديث، فيرى ما يحب^(٢).

وأما كراهة الجماع عند الزوال، فاطلقه المصنف وجماعة، واستثنى بعضهم من ذلك يوم الخميس، ولم اقف على مستنده، نعم ورد كراهة التزويج في الساعة الحارة عند نصف النهار^(٣). قوله: (وفي المحاق) قال في القاموس: (المحاق مثلثة، آخر الشهر، او ثلاث ليال من آخره، او ان يستتر القمر، فلا يرى غدوة ولا عشية، لانه طلع مع الشمس فمحقه).

ويدل على كراهة الجماع في المحاق، ما رواه ابن بابويه عن سليمان بن جعفر الجعفري عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: من أتى أهله في محاق الشهر، فليسلم لسقط الولد^(٤).

قوله: (وفي أول ليلة من كل شهر الا شهر رمضان وفي ليلة النصف) أما كراهة الجماع في أول ليلة من كل شهر، وفي ليلة النصف منه،

(١) لا يخفى ان الشارح رحمته الله لم يتعرض شرح هذه الجملة ولعله سقط من قلمه الشريف سهوا فراجع الوسائل، باب ٦٢ من ابواب مقدمات النكاح، ج ١٤ ص ٨٨.

(٢) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع، ص ٤١١ الحديث ١٤ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٦٢ من ابواب مقدمات النكاح وادابه ص ٩٠ الحديث ٢ وفي التهذيب والوسائل: في الليلة التي ينخسف الخ.

(٣) راجع الوسائل، الباب ٣٨ من ابواب مقدمات النكاح، ج ١٤، ص ٦٣.

(٤) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع ص ٤١١ الحديث ١٥ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٦٣ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ٩٠ الحديث ١ وفي الوسائل نقلا من الكافي كما في نسخ الكتاب (لسقط).

[وفي السفر اذا لم يكن معه ماء للغسل. وعند الزلزلة والريح الصفراء والسوداء].
 فيدل عليه ما روي بعدة طرق عن الصادق عليه السلام انه قال: لا تجامع في اول الشهر، ولا في وسطه، ولا في اخره، فانه من فعل ذلك فليسلم لسقط الولد، ثم قال: وأوشك ان يكون مجنوناً، ألا ترى ان المجنون اكثر ما يصرع ففي اول الشهر ووسطه واخره^(١).
 وأما استثناء اول ليلة من شهر رمضان من ذلك. فيدل عليه ما رواه ابن بابويه مرسلًا عن امير المؤمنين عليه السلام، انه كان يقول: يستحب للرجل أن يأتي أهله اول ليلة من شهر رمضان لقول الله عزوجل: (احل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم)^(٢).
 قوله: (وفي السفر اذا لم يكن معه ماء للغسل) المستند في ذلك ما رواه الشيخ عن اسحاق بن عمار قال: قلت لابي ابراهيم عليه السلام: الرجل يكون معه اهله في السفر، ولا يجد الماء، أيأتي أهله؟ قال: ما احب ان يفعل ذلك الا ان يخاف على نفسه^(٣). وفي السند ضعف^(٤).
 ولو كان الماء موجودا عنده لكن منع من استعماله، فالظاهر عدم تعدي الكراهة اليه.
 قوله: (وعند الزلزلة والريح الصفراء والسوداء).

(١) لاحظ الوسائل، ج ١٤ الباب ٦٤ من ابواب مقدمات النكاح وادابه.

(٢) سورة البقرة / ١٨٧.

(٣) من لا يحضره الفقيه ج ٣ (١٤٤) باب النوادر، ص ٣٠٣ الحديث ٣٨ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٦٤ من ابواب مقدمات النكاح وادابه ص ٩١ الحديث ٤ وتماه (الرفث المجامعة).

(٤) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع، ص ٤١٨ الحديث ٤٩ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٥٠ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، الحديث ١ بطريق الشيخ.

(٥) سند الحديث كما في التهذيب: احمد بن محمد بن عيسى، عن ابن أبي عمير، عن اسحاق بن عمار قال: قلت لابي ابراهيم عليه السلام الحديث.

[ومستقبل القبلة ومستدبرها، وفي السفينة، وعاريا، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء]، يدل على ذلك رواية عمرو بن عثمان المتقدمة^(١).

وما رواه الكليني عن عبدالرحمان بن سالم عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: هل يكره الجماع في وقت من الاوقات، وان كان حالاً؟ قال: نعم، ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، ومن مغيب الشمس إلى مغيب الشفق، وفي اليوم الذي ينكشف فيه الشمس، وفي الليلة التي ينخسف فيها القمر، وفي الليلة وفي اليوم الذين يكون فيهما الريح السوداء، و (أو ثل) الريح الحمراء والريح الصفراء، (أو ثل) اليوم والليلة الذين يكون فيهما الزلزلة^(٢).

ومقتضى هذه الرواية: كراهة الجماع في مجموع اليوم والليلة الذين يقع فيهما الريح المذكور أو الزلزلة.

قوله: (ومستقبل القبلة، ومستدبرها، وفي السفينة، وعاريا، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء) يدل على ذلك ما رواه الشيخ مرسلاً عن محمد بن العيص (الفيض خ ثل) انه سأل أبا عبدالله عليه السلام فقال: اجامع وأنا عريان؟ قال: لا، ولا مستقبل القبلة ولا مستدبرها^(٣). وقال عليه السلام: لا تجامع في السفينة^(٤).

وقال رسول الله ﷺ: يكره ان يغشى الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رآه، فان فعل وخرج الولد مجنوناً فلا يلومن الا نفسه^(٥).

(١) الوسائل، الباب ٦٢ من ابواب مقدمات النكاح، الرواية ٢.

(٢) الكافي: ج ٥ باب الاوقات التي يكره فيها الباه، ص ٤٩٨ قطعة من حديث ١ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٦٢ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، قطعة من حديث ١.

(٣) و(٤) و(٥) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء وآداب الخلوة والجماع، ص ١٢ الحديث ١٨.

وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٥٨ من ابواب مقدمات النكاح وادابه ص ٨٤ الحديث ٢ والباب ٦٩ من تلك الابواب ص ٩٨ الحديث ٢ والباب ٧٠ من تلك الابواب ص ٩٩ الحديث ١.

[والجماع وعنده من ينظر اليه. والنظر إلى فرج المرأة، (إلى الفرج خ ل)].

وليس في الرواية تعرض لزوال الكراهة بالوضوء.

قوله: (والجماع وعنده من ينظر اليه) المستند في ذلك ما رواه الكليني عن ابن راشد عن أبيه، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا يجمع الرجل امرأته ولا جاريتها وفي البيت صبي، فان ذلك مما يورث الزنا^(١).

وعن زيد عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: والذي نفسي بيده لو ان رجلا غشى امرأته وفي البيت صبي مستيقظ يراها ويسمع كلامهما وتنفسهما، ما أفلح ابدا، ان كان غلاما كان زانيا، او جارية كانت زانية^(٢).

وهل يختص الحكم بالميمز، او يتناول الجميع؟ وجهان، وجزم المحقق الشيخ علي بالاول، ولا بأس به.

قوله: (والنظر في فرج المرأة) لما رواه الشيخ عن سماعة قال: سألت عن الرجل ينظر في فرج المرأة وهو يجمعها؟ قال: لا بأس به، الا انه يورث العماء^(٣). وفي الطريق ضعف^(٤). ونقل عن ابن حمزة انه عد ذلك في المحرمات، ولا ريب في ضعفه.

(١) و(٢) الكافي ج ٥ باب كراهية ان يواقع الرجل اهله وفي البيت صبي، ص ٤٩٩ الحديث ٢١ وفي الوسائل، ج ١٤ الباب ٦٧ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ٩٤ الحديث ٢١ وفيه (عبد الله بن الحسين بن زيد).
(٣) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع، ص ٤١٤ وفيه (يورث العمى في الولد) وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٥٩ من ابواب مقدمات النكاح وادابه ص ٨٥ الحديث ٣.
(٤) سند الحديث كما في التهذيب الحسين بن سعيد، عن الحسن، عن زرعة، عن سماعة.

[والكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى. مسائل (الاولى) يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها. وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها].

قوله: (والكلام عند الجماع بغير ذكر الله) لما رواه الشيخ عن عبدالله بن سنان قال: قال ابو عبدالله عليه السلام: اتقوا الكلام عند التقاء الختانين، فانه يورث الخرس^(١). وفي الطريق ضعف^(٢). قوله: ((الاولى) يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها.

وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها) اجمع العلماء كافة على ان من اراد نكاح امرأة يجوز له النظر اليها في الجملة، بل صرح كثير منهم باستحبابه. واطبقوا ايضا على جواز النظر إلى وجهها وكفيها من مفصل الزند. واختلفوا فيما عدا ذلك. وقد ورد بجواز النظر اليها روايات كثيرة. منها ما رواه الكليني (في الحسن) عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد ان يتزوج المرأة ينظر اليها؟ قال نعم: انما يشتريها بأغلى الثمن^(٣).

(١) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع، ص ٤١٣ الحديث ٢٥ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٦٠ من ابواب مقدماته النكاح وادابه، ص ٨٦ الحديث ١ وفيه (عند ملتقى الختانين).
(٢) سند الحديث كما في التهذيب (محمد بن يعقوب، عن علي بن محمد، عن ابن بندار، عن احمد بن أبي عبدالله، عن ابيه، عن عبدالله بن القاسم، عن عبدالله بن سنان).
(٣) الكافي، ج ٥ باب النظر لمن اراد التزويج، ص ٣٦٥ الحديث ١ وفي الوسائل، ج ١٤ الباب ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ٥٩ الحديث ١.

وفي الحسن: عن هشام بن سالم، وحماد بن عثمان، وحفص بن البختري كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس بان ينظر إلى وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها^(١). ويستفاد من هذه الرواية جواز النظر إلى المعاصم أيضا. والمعصم كمنبر موضع السوار من اليد قاله في القاموس. واما الرواية التي وردت بجواز النظر إلى شعرها ومحاسنها، فرواها الكليني عن عدة من اصحابه عن احمد بن محمد بن خالد، عن ابيه، عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: أينظر الرجل يريد تزويجها ينظر إلى شعرها ومحاسنها؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذا^(٢). وهذه الرواية ضعيفة بالارسال، لكنها موافقة لمقتضى الاصل، ومؤيدة بالروايتين المتقدمتين، فيتجه العمل بها. ويعضدها أيضا اطلاق صحيحة الحسن بن السرى عن أبي عبد الله عليه السلام انه سأل عن الرجل ينظر إلى المرأة قبل ان يتزوجها؟ قال: نعم، فلم يعطي ماله؟^(٣). ويدل على جواز النظر إلى الشعر صريحا ما رواه ابن بابويه (في الصحيح)

-
- (١) الكافي، ج ٥ باب النظر لمن اراد التزويج، ص ٣٦٥ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٣٦ من ابواب مقدماته وادابه، ص ٥٩ الحديث ٢.
- (٢) الكافي، ج ٥، باب النظر لمن اراد التزويج، ص ٣٦٥ الحديث ٥ وفيه بعد كلمة (عن ابيه) (عن عبد الله بن الفضل عن ابيه) وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ٥٩ الحديث ٥.
- (٣) الكافي، ج ٥، باب النظر لمن اراد التزويج ص ٣٦٥ الحديث ٤ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح وادابه ص ٥٩ الحديث ٤.

[وكذا إلى امة يريد شرائها].

عن عبدالله بن سنان، انه سأل ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يريد ان يتزوج المرأة أينظر إلى شعرها؟ قال: نعم، انما يريد ان يشتريها بأغلى الثمن^(١).

ويشترط في جواز النظر اليها، العلم بصلاحياتها للتزويج، بخلوها عن البعل، والعدة، والتحريم، واحتمال اجابتها، وان لا يكون لريبة، والمراد بها خوف الوقوع بها في محرم.

قيل: ولا لتلذذ وشرط بعضهم ايضا أن يستفيد بالنظر فائدة، فلو كان عالما بحالها قبله، لم يصح، والنص مطلق، وان كان في التعليل اشعار بهذا القيد.

وان يكون الباعث على النظر ارادة التزويج دون العكس، والمستفاد من النصوص، الاكتفاء بقصد التزويج قبل النظر كيف كان.

قوله: (وكذا إلى امة يريد شرائها) أي يجوز النظر إلى وجهها وكفيها، وجزم المصنف في الشرائع: بجواز النظر إلى شعرها ومحاسنها ايضا، وهو حسن.

ولا يشترط فيه اذن المولى صريحا، بل يكفي عرضها على البيع، لان ذلك قرينة الاذن. وصرح في التذكرة: بجواز النظر إلى باقي جسدها عدا العورة، لدعاء الحاجة إلى النظر إلى ذلك لئلا يكون بها عيب، فيحتاج إلى الاطلاع عليه.

وقيده في الدروس: بتحليل المولى، وهو اولى، حيث لا يعلم المشتري رضا المولى بذلك، ومع التحليل يجوز النظر إلى جميع جسدها حتى العورة. ويجوز للمشتري لمس ما تدعو الحاجة اليه.

وفي رواية أبي بصير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعرض

(١) الفقيه، ج ٣ (١٢٤) باب ما احل الله عزوجل من النكاح وما حرم منه، ص ٢٦٠ الحديث ٢٤ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٣٦ من ابواب مقدماته وآدابه ص ٦٠ الحديث ٧.

[والى اهل الذمة لانهم بمنزلة الاماء ما لم يكن لتلذذ].

(يعترض خ ل) الامة ليشتريها؟ قال: لا بأس بان ينظر إلى محاسنها ويمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر اليه^(١).

قوله: (والى اهل الذمة لانهم بمنزلة الاماء ما لم يكن لتلذذ) ما اختاره المصنف من جواز النظر إلى اهل الذمة من غير تلذذ، بذلك، اشهر القولين في المسألة، ذهب اليه المفيد في المقنعة، والشيخ في النهاية واتباعهما.

ويدل عليه ما رواه الكليني عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا حرمة لنساء أهل الذمة ان ينظر إلى شعورهن وايديهن^(٢).

وما رواه ابن بابويه (في الصحيح) عن الحسن بن محبوب، عن عباد بن صهيب قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بالنظر إلى نساء اهل تامة، والاعراب، واهل البوادي من اهل الذمة، والعلاج لانهم لا ينتهين اذا نهن^(٣).

ومنع ابن ادريس من النظر إلى نساء اهل الذمة تمسكا بقوله تعالى: (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم)^(٤) واستقر به العلامة في المختلف، وهو أحوط، وان كان القول بالجواز متجها لمطابقته لمقتضى الاصل السالم من المعارض صريحا، فان الآية الشريفة غير صريحة في العموم، بل ربما اشعر لفظة (من) التبعية بخلافه.

(١) الوسائل، ج ١٤ الباب ٢٠ من ابواب بيع الحيوان، ص ٤٧ الحديث ١.

(٢) الكافي، ج ٥، باب النظر إلى نساء اهل الذمة، ص ٥٢٤ الحديث ١ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ١١٢ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ١٤٩، الحديث ١.

(٣) من لا يحضره الفقيه، ج ٣ (١٤٤) باب النوادر، ص ٣٠٠ الحديث ٢١ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ١١٣ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ١٤٩ نحو الحديث ١.

(٤) سورة النور / ٣٠.

[وينظر إلى جسد زوجته باطنا وظاهرا].

هذا كله مع عدم التلذذ بالنظر وعدم الريبة، والاحرم اجماعا.

وقول المصنف: (لأنهن بمنزلة الاماء) يريد به إماء غيرة.

والوجه في ذلك: ما رواه زرارة (في الحسن) عن أبي جعفر عليه السلام انه قال: ان اهل الكتاب ممالك الامام، ألا ترى انهم يؤدون الجزية كما يؤدي العبد، الضريبة إلى مواليه^(١).

ويفهم من هذا التعليل: ان المصنف يرى جواز النظر إلى امة الغير، كذلك قال جدي عليه السلام في المسالك، وهو المشهور مقيدا بكون النظر إلى وجهها وكفيها وشعرها خاصة.

ولم اقف على رواية تدل على ذلك صريحا، والاحتياط طريق السلامة.

قوله: (وينظر إلى جسد زوجته ظاهرا وباطنا) لا ريب في جواز نظر كل من الزوجين إلى الآخر مطلقا، والفرج من جملة ذلك، وقد تقدم الخلاف في النظر اليه حال الجماع، وان الاصح الجواز. والمملوكة التي يجوز نكاحها في حكم الزوجة، ومن لا يجوز نكاحها في حكم امة الغير على ما قطع به الاصحاب.

وفي صحيحة عبدالرحمان بن الحجاج قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يزوج مملوكته عبده، اتقوم عليه كما كانت تقوم، فتراه منكشفا، او يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك، وقال قد معنى أبي ان ازوج بعض خدمني غلماي لذلك^(٢). وسيجئ تمام الكلام في ذلك.

(١) لم نعثر عليه بهذا الاسناد وروى صدره الكليني في الكافي ح ١١ ج ٥ ص ٣٥٨.

(٢) الكافي، ج ٥ باب الرجل يزوج عبده امته، ص ٤٨٠ الحديث ٣ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٤٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ص ٥٤٨ الحديث ١.

[والى محارمه ما خلا العورة].

قوله: (والى محارمه ما خلا العورة) المراد بالمحارم من حرم نكاحه مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهرة.

وقد قطع الاصحاب بجواز النظر إلى بدنهن كله الا العورة، اذا لم يكن هناك ريبة، من غير فرق فيما عدا العورة بين الوجه والكفين والثدي حال الارضاع وسائر البدن للاتصل، ولقوله تعالى: (ولا يبدین زینتھن الا لبعولتھن) الآية^(١).

ومنع بعض العامة من النظر إلى ماعد الوجه والكفين من المحارم، واستثنى بعض اخر النظر إلى الثدي حال الارضاع لشدة الحاجة، وهو ضعيف.

ولم يذكر المصنف في هذا الكتاب حكم النظر إلى الاجنبية التي لا يريد نكاحها، ولا ضرورة إلى النظر اليها.

ولا خلاف بين الاصحاب ظاهرا في تحريم النظر منها إلى ما عدا الوجه والكفين.

واما الوجه والكفان فيحرم النظر اليهما بتلذذ، او خوف فتنة اجماعا.

وان لم يتلذذ بذلك ولم يخاف الفتنة، قال الشيخ: يكره ولا يحرم، لقوله تعالى (ولا يبدین زینتھن الا ما ظھر منها)^(٢) وهو مفسر بالوجه والكفين.

وما رواه الكليني عن مروق بن عبيد، عن بعض اصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له، ما يحل للرجل أن يرى من المرأة اذا لم يكن محرما؟ قال: الوجه والكفان والقدمان^(٣).

وفي الصحيح عن علي بن سويد قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: اني

(١) و(٢) سورة النور / ٣١.

(٣) الكافي، ج ٥ باب يحل النظر اليه من المرأة، ص ٥٢١ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ١٤٦ الحديث ٢.

مبتلى بالنظر إلى المرأة الجميلة فيعجبني النظر إليها؟ فقال: يا علي لا بأس اذا عرف الله من نيتك الصدق، واياك والزنا فانه يحق البركة، ويهلك الدين^(١).

ويؤيده اطباق الناس في كل عصر على خروج النساء على وجه يحصل معه بدو ذلك من غير نكير.

وقيل: يحرم، واختاره العلامة في التذكرة، لعموم قوله تعالى: (ولا يبدین زینتهن الا لبعولتهن)^(٢) ولاتفاق المسلمين على منع النساء من ان يخرجن سافرات، ولو حل النظر لنزلن منزلة الرجال، ولان النظر اليهن مظنة الفتنة، واللائق بمحاسن الشرع حسم الباب، والاعراض عن تفاصيل الاحوال كاخلوة بالاجنبية. وفي هذه الدلائل نظر. لان الوجه والكفين مستثنيان بقوله تعالى: (الا ما ظهر منها)^(٣)، وما ادعى من الاتفاق على منع النساء من ان يخرجن سافرات، لا يدل على المطلوب، اذ ربما كان وجهه: ان الاحتجاب من الناظر بشهوة لا يتحقق الا بالاحتجاب مطلقا. مع ان هذا الاتفاق معارض بما نقلناه من الاتفاق على خروج النساء على وجه يحصل معه بدو الوجه والكفين من غير نكير.

واما الدليل الثالث: فانما يصلح توجيهها للحكم، لا دليلا مستقلا عليه. وقال المصنف في الشرائع والعلامة في جملة من كتبه: يجوز النظر إلى الوجه والكفين مرة واحدة، من غير معاودة في الوقت الواحد عرفا، لان المعاودة مظنة الفتنة. ولا ريب ان اجتناب النظر إلى الاجنبية مطلقا طريق السلامة، وان

(١) الكافي، ج ٥ باب الزاني ص ٥٤٢ الحديث ٦ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ١ من ابواب النكاح المحرم، ص ٢٣١ الحديث ٣.

(٢) و(٣) سورة النور / ٣١.

[الثانية) الوطاء في الدبر، فيه روايتان، أشهرهما (اشبههما خ) الجواز على كراهة (كراهية خ ل)] كانت ادلة التحريم غير ناهضة.

قوله: ((الثانية) الوطاء في الدبر، فيه روايتان، أشهرهما (اشبههما خ) الجواز على كراهة) القول بالجواز مذهب الاكثر كالشيخين والمرضى واتباعهم.

ويدل عليه مضافا إلى الاصل، واطلاق الآية الشريفة^(١) روايات كثيرة.

منها ما رواه الكليني: عن مُجَدِّ بن يحيى، عن احمد بن مُجَدِّ، عن علي بن الحكم، قال: سمعت صفوان بن يحيى يقول: قلت للرضا صلوات الله عليه: ان رجلا من مواليك أمرني ان اسألك عن مسألة هابك واستحيي منك أن يسألك عنها، قال: ماهو؟ (هي خ) قال: قلت: الرجل يأتي امرأته في دبرها؟ قال: ذلك له، قال: قلت: فأنت تفعل؟ (ذلك ثل) قال: انا لا نفعل ذلك^(٢).

وهذه الرواية صحيحة السند، لان علي بن الحكم الواقع في طريقها، هو الكوفي الثقة الجليل بقرينة رواية أحمد بن مُجَدِّ بن عيسى عنه، وباقي رجالها ثقة.

فما ذكره جدي عليه السلام في الشرح من الطعن في الرواية: باشتراك علي بن الحكم بين الثقة وغيره غير جيد^(٣). ويدل على هذا القول ايضا ما رواه الشيخ: عن احمد بن مُجَدِّ بن عيسى،

(١) سورة البقرة / ٢٢٣ قال الله تعالى: نساؤكم حرث لكم، فاتوا حرثكم أنى شئتم.

(٢) الكافي، ج ٥ باب محاش النساء، ص ٥٤٠ الحديث ٢ وفي الوسائل، ج ١٤ الباب ٧٣ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ١٠٢ الحديث ١.

(٣) قال في المسالك ج ١ ص ٤٣٨ ما لفظه: واما الرواية الثانية فان علي بن الحكم مشترك بين ثلاثة رجال، أحدهم علي بن الحكم الكوفي، وهو ثقة، والثاني علي بن الحكم تلميذ ابن أبي عمير ذكره الكشي ولم يذكر له مدحا ولا ذما، والثالث علي بن الحكم بن زبير النخعي ذكره الشيخ في كتاب الرجال ولم يتعرض له بمدح ولا ذم ايضا. والرجل المذكور في الرواية يحتمل كونه كل واحد من هؤلاء، فلا تكون الرواية صحيحة إلى ان قال: ومجرد الظن بانه الاول من حيث ان احمد بن مُجَدِّ يروي عنه كثيرا غير كاف في الحكم به.

[الثالثة) العزل عن الحرة بغير اذنها، قيل: يحرم (محرم خ ل)، وتجب به دية النطفة عشرة دنانير، وقيل: مكروه، وهو أشبه، ورخص في الاماء].

عن معاوية بن حكيم، عن احمد بن محمد، عن حماد بن عثمان، عن عبدالله بن أبي يعفور قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها؟ قال: لا بأس به^(١).

وقد وصف العلامة في التذكرة والمختلف هذه الرواية بالصحة، وهو غير بعيد، اذ ليس في طريقها من يتوقف في حاله سوى معاوية بن حكيم، وقال النجاشي: انه ثقة جليل في اصحاب الرضا عليه السلام ولم يطعن فيه بشئ، لكن نقل العلامة في الخلاصة عن الكشي انه قال: انه فطحي، وهو عدل عالم.

وعلى هذا فيكون روايته من قسم الموثق لو ثبت القدح، لكنه محل التوقف، وكيف كان فهذه الرواية لا تقصر عن الصحيح.

ونقل عن ابن بابويه وابن حمزة القول بالتحريم، استنادا إلى اخبار ضعيفة^(٢). ولو صح سندها لوجب حملها على التقية، لان اكثر العامة منعوا ذلك، مع ان مالكا نقل عنه انه قال: ما ادركت احدا اقتدى به في ديني يشك في ان وطء المرأة في دبرها حلال، ثم قرأ (نساؤكم حرث لكم)^(٣).

ويمكن حمل النهي على الكراهة أيضا، توفيقا بين الادلة.

قوله: (الثالثة، العزل عن الحرة بغير اذنها، قيل: يحرم، ويجب به دية النطفة عشرة دنانير، وقيل: مكروه، وهو أشبه، ورخص في الاماء) يختلف

(١) التهذيب: ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع ص ٤١٥ الحديث ٣٤ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٧٣ من أبواب مقدمات النكاح وادابه، ص ١٠٣ الحديث ٥.
(٢) الوسائل، ج ١٤، الباب ٧٢ من ابواب مقدماته وادابه ص ١٠٠ فلاحظ.
(٣) سورة البقرة / ٢٢٣.

الاصحاب في جواز العزل عن الزوجة الحرة الدائمة بغير اذنها، بعد اتفاقهم على جواز العزل عن الامة والمستمتع بها والدائمة مع الاذن، فذهب الاكثر ومنهم الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس إلى الكراهة، ونقل عن ابن حمزة انه عد ذلك في المحرمات، وهو ظاهر اختيار شيخنا المفيد رحمته الله.

والمعتمد الاول: لنا التمسك بمقتضى الاصل، وما رواه الشيخ (في الصحيح) عن محمد بن مسلم قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن العزل؟ فقال: ذلك إلى الرجل يصرفه حيث شاء^(١). وفي الصحيح عن محمد بن مسلم ايضا عن احدهما عليهما السلام انه سئل عن العزل، فقال: أما الامة فلا بأس، وأما الحرة فإني أكره ذلك الا ان يشترط عليها حين يتزوجها^(٢). وروى أيضا في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام مثل ذلك^(٣). قال الشيخ رحمته الله: وقال في حديثه: الا ان ترضى، او يشترط ذلك عليها حين يتزوجها. احتج المانعون: بان حكمة النكاح الاستيلاد، ولا يحصل غالبا مع العزل، فيكون منافيا لغرض الشارع.

-
- (١) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع، ص ٤١٧ الحديث ٤١ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٧٥ من مقدمات النكاح وادابه، ص ١٠٥ الحديث ١.
- (٢) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع ص ٤١٧ الحديث ٤٣ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٧٦ من مقدمات النكاح وادابه، ص ١٠٦ الحديث ١.
- (٣) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء واداب الخلوة والجماع ص ٤١٧ الحديث ٤٠ وفي الوسائل، ج ١٤ الباب ٧٥ من ابواب مقدمات النكاح وادابه ص ١٠٥ الحديث ٤.

[(الرابعة) لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين، ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الاصح].

وبما روي عن النبي ﷺ : انه نهي ان يعزل عن الحرة الا باذن^(١).

والجواب عن الاول: منع انحصار الغرض فيما ذكره.

وعن الرواية: بأنها غير ثابتة من طرق الاصحاب، ولو اتضح سندها لوجب حملها على الكراهة، توفيقا بين الأدلة.

ثم لو قلنا بالتحريم، فالأظهر انه لا يجب على الزوج بذلك للمرأة شيء، لأصالة البراءة، وقيل: تجب عليه دية النطفة عشرة دنانير، ولم نقف له على مستنده سوى ما روي عن علي عليه السلام : من وجوبها على من آفرغ مجامعا، فانزل^(٢).

وهو مع تسليمه، استدلال في غير موضع النزاع.

والعجب ان المصنف رحمته الله في الشرائع حكم بكراهة العزل، ومع ذلك أفتى بوجوب الدية وهو بعيد جدا.

قوله: (الرابعة) لا يدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين، ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الاصح) لا خلاف في تحريم وطء الانثى قبل ان تبلغ تسعا، وقد ورد بذلك روايات. منها: ما رواه الكليني (في الصحيح) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال: اذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى تمضي لها تسع سنين^(٣).

(١) مسند احمد بن حنبل، ج ١، ص ٣١ س ٣٠.

(٢) الكافي، ج ٧ باب دية الجنين ص ٣٤٣ س ٨ قطعة من حديث ١ وفي الوسائل ج ١٩، الباب ١٩ من ابواب ديات الاعضاء ص ٢٣٨ س ٣ قطعة من حديث ١.

(٣) الكافي، ج ٥ باب الحد الذي يدخل بالمرأة فيه ص ٣٩٨ الحديث ٢ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٤٥ من ابواب مقدماته وادابه ص ٧٠ الحديث ١.

[الخامسة) لا يجوز للرجل ترك وطء المرأة أكثر من أربعة أشهر]. ولو دخل بها قبل التسع لم تحرم الا مع الافضاء، فانها تحرم مؤبدا.

أما التحريم مع الافضاء قال في المسالك: انه لا خلاف فيه، وسيجيء الكلام فيه. وأما انها لا تحرم بدون الافضاء فيدل عليه التمسك بمقتضى الاصل السالم عما يصلح للمعارضة.

وذهب الشيخان إلى انها تحرم مؤبدا بذلك. واستدل عليه في التهذيب بما رواه عن يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: اذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له ابدا^(١).

وهذه الرواية ضعيفة مرسله فلا يمكن التعلق بها في اثبات حكم مخالف للاصل. والمراد بالافضاء تصيير مسلك البول والحيض واحد باذهاب الحاجز بينهما. قوله: ((الخامسة) لا يجوز للرجل ترك وطء المرأة أكثر من أربعة أشهر) هذا هو المعروف من مذهب الاصحاب (وخ) قال في المسالك انه موضع وفاق.

ويدل عليه ما رواه ابن بابويه (في الحسن) عن صفوان بن يحيى، انه سأل ابا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة الشابة، فيمسك عنها الاشهر والسنة لا يقربها، ليس يريد الاضرار بها، يكون لهم مصيبة، يكون في ذلك

(١) التهذيب، ج ٧ (٢٦) باب من يحرم نكاحهن بالاسباب دون الانساب ص ٣١١ الحديث ٥٠ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٣٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ص ٣٨١ الحديث ٢.

[(السادسة) يكره للمسافر ان يطرق اهله ليلا.

(السابعة) اذا دخل بالصبيبة التي لم تبلغ تسعا، فأفضاها حرم عليه وطؤها مؤبدا، ولم تخرج عن حبالته، ولو لم يفضها لم يحرم على الاصح.

الفصل الثاني: في أولياء العقد لا ولاية في النكاح لغير الاب، والجد للاب وان علا، والوصي، والمولى، والحاكم]. آثما؟ قال: اذا تركها اربعة اشهر كان آثما بعد ذلك^(١). وهل يختص هذا الحكم بالدائم، او يعم المستمتع بها؟ وجهان.

قوله: ((السادسة) يكره للمسافر ان يطرق اهله ليلا) أي يدخل عليهم من السفر ليلا، بل ينبغي ان ينام في الخارج ثم يدخل نهارا.

والمستند في ذلك قوله عَلَيْهِ السَّلَام: يكره للرجل اذا قدم من سفره ان يطرق اهله ليلا حتى يصبح^(٢). واطلاق الخبر يشمل جميع الليل، قال في القاموس: الطرق الاتيان بالليل. ويحتمل اختصاصه بما بعد المبيت.

الفصل الثاني: في أولياء العقد

قوله: (لا ولاية في النكاح لغير الاب، والجد للاب وان علا، والوصي والمولى والحاكم) رد بهذا الحصر على ابن الجنيد على ما نقل عنه، حيث

(١) التهذيب، ج ٧ (٣٦) باب السنة في عقود النكاح وزفاف النساء، ص ٤١٢ الحديث ١٩ وص ٤١٩ الحديث ٥٠ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٧١ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ١٠٠ الحديث ١.
(٢) الوسائل، ج ١٤ الباب ٦٥ من ابواب مقدمات النكاح وادابه، ص ٩٣ الحديث ١.

[وولاية الاب والجد ثابتة على الصغيرة، ولو ذهبت بكارتها بزنا او غيرهه.
ولا يشترك في ولاية الجد بقاء الاب، وقيل: يشترط، وفي المستند ضعف].
ذهب إلى ان الام وأباها يقومون مقام الاب والجد له في ولاية النكاح، وعلى جماعة من العامة
حيث اثبتوا الولاية للعصبة والمعتق، والابن بالنسبة إلى الام، وذلك باطل، وسيجئ الكلام في ولاية
الام.

قوله: (وولاية الاب والجد ثابتة على الصغيرة ولو ذهبت بكارتها بزنا او غيرهه) المعروف من
مذهب الاصحاب ثبوت ولاية الاب والجد له على الصغير والصغيرة سواء كانت بكرا او ثيبا،
وادعى عليه في التذكرة الاجماع، ونقل عن ظاهر ابن أبي عقيل نفى ولاية الجد فانه قال: الولي
الذي هو اولى بنكاحهن هو الاب دون غيره من الاولياء، والاخبار الصحيحة المستفيضة حجة
عليه^(١).

قوله: (ولا يشترط في ولاية الجد بقاء الاب، وقيل: يشترط، وفي المستند ضعف) اختلف
الاصحاب في اشتراط بقاء الاب في ولاية الجد، فذهب المفيد والمرتضى وسالار في ظاهر كلامهم
إلى عدم اعتبار هذا الشرط، حيث اطلقوا الولاية للجد، وبه قطع ابن ادريس ومن تأخر عنه
تمسكا باستصحاب ولايته قبل موت الاب، وبقوله عائلا في صحيحة ابن سنان، الذي بيده
عقدة النكاح هو ولي أمرها^(٢).

قال في المختلف: ولا خلاف في ان الجد ولي امر الصغيرة.
وبأن (ان خ) ولاية الجد اقوى من ولاية الاب لتقديم مختار الجد على

(١) لاحظ الوسائل، ج ١٤ الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد.

(٢) الوسائل، ج ١٤ الباب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢١٢ الحديث ٢.

[ولا خيار للصبيبة مع البلوغ، وفي الصبي قولان، اظهرهما: انه كذلك].
الاب عند التعارض، فلا تؤثر فيها موت الاضعف. وفي هذا الاستدلال نظر.
وقال الشيخ في النهاية: والصدوق فيمن لا يحضره الفقيه: وجماعة ان حياة الاب شرط في ولاية الجد.

واستدل عليه في التهذيب بما رواه عن الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حيا، وكان الجد مرضيا، جاز، قلت: فان هوى ابوالجارية هوا، وهوى الجد هوى، وهما سواء في العدل والرضا؟ قال: احب إلى ان ترضى بقول الجد^(١).
وفي السند ضعف باشماله على جماعة من الواقفة، فلا يسوغ التعلق به^(٢).
ورد ايضا: بان دلالة المفهوم الوصفي، وهو غير معتبر عند المحققين. وهو مدفوع: بأن هذا المفهوم مفهوم شرط، وهو متجه عندهم. لكن يمكن ان يقال: ان حجة المفهوم انما تثبت اذا لم يظهر للتقييد وجه سوى نفي الحكم عن المسكوت عنه، وربما كان الوجه في هذا التقييد، التنبيه على الفرد الاخفى، وهو جاز عقد الجد مع وجود الاب، وكيف كان فهذه الرواية قاصرة عن اثبات هذا الشرط.

قوله: (ولا خيار للصبيبة مع البلوغ، وفي الصبي قولان اظهرهما انه كذلك) ظاهر العبارة اختصاص الخلاف بالصبي، وانه لا خلاف في سقوط خيار

(١) التهذيب، ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح واولياء الصبيبة، ص ٣٩١ الحديث ٤٠ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢١٨ الحديث ٤.
(٢) سند الحديث كما في التهذيب (مُجَّد بن يعقوب، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن مُجَّد، عن جعفر بن سماعة، عن ابان، عن الفضل بن عبد الملك).

الصبيبة مع البلوغ.

وقد ورد بسقوط خيارها روايات كثيرة.

كصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيق قال: سألت الرضا عليه السلام عن الصبيبة يزوجه أبوها، ثم يموت وهي صغيرة، ثم تكبر قبل ان يدخل بها زوجها، أيجوز عليها التزويج أم الامر إليها؟ قال: يجوز عليها تزويج ابيها^(١).

وصحيحة علي بن يقطين قال: سألت ابا الحسن عليه السلام: اتزوج الجارية وهي بنت ثلاث سنين، أو ازوج الغلام وهو ابن ثلاث سنين، وما ادنى حد ذلك الذي يزوجان فيه؟ وإذا بلغت الجارية فلم ترض به، فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك اذا رضي ابوها او وليها^(٢).

وصحيحة عبدالله بن الصلت قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجه ابوها، ألها امر اذا بلغت؟ قال: لا^(٣).

واما الصبي اذا زوجه الولي قبل البلوغ فذهب الاكثر إلى مساواته للصبيبة في لزوم العقد الواقع من وليه، وعدم ثبوت الخيار له بعد البلوغ، لان عقد الولي عقد صدر من اهله في محله، فكان لازما كسائر عقوده المالية.

وقال الشيخ في النهاية: ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ،

(١) الكافي، ج ٥، كتاب النكاح باب استيمار البكر، ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٤ الحديث ٩ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٧ الحديث ١.

(٢) التهذيب، ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح واولياء الصبيبة واحقهم بالعقد عليها ص ٣٨١ الحديث ١٨ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٨ الحديث ٧.

(٣) الكافي، ج ٥ باب استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن يجب ص ٣٩٤ الحديث ٦ وهكذا ايضا في التهذيب وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٧ الحديث ٣ وفيه (عبد الملك خ ل) بعد قوله (عبد الله) وايضا (سألت ابا عبدالله) بدل (ابا الحسن) وتام الحديث (ليس لها مع ابيها امر).

كان له الخيار اذا بلغ وحكى ذلك العلامة في المختلف عن ابن ادريس وابن البراج وابن حمزة. ومستنده ما رواه الشيخ (في الصحيح) عن محمد بن مسلم قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن الصبي يزوج للصبية؟ قال: ان كان أبواهما اللذان زوجها، فنعم جائز، ولكن لهما الخيار اذا أدركا، فان رضيا بعد ذلك فان المهر على الاب، قلت له: فهل يجوز طلاق الاب على ابنه في صغره؟ قال: لا^(١).

ومقتضى هذه الرواية ثبوت الخيار للصبي والصبية بعد البلوغ، وهي معارضة بما تلوناه من الاخبار المتضمنة لسقوط خيار الصبية بعد البلوغ. وصحيحة أبي عبيدة الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام، حيث قال في آخرها: قلت: فان كان ابوها هو الذي زوجها قبل ان تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الاب، ويجوز على الغلام، والمهر على الاب للجارية^(٢).

واجاب الشيخ في التهذيب عن رواية محمد بن مسلم فقال: ليس في هذا الخبر ما ينافي ما قدمناه، لان قوله عليه اسلام: (لكن لهما الخيار اذا ادركا) يجوز ان يكون اراد: ان لهما ذلك بفسخ العقد، إما بالطلاق من جهة الزوج واختياره، او مطالبة المرأة له بالطلاق، وما يجري مجرى ذلك مما يفسخ العقد، ولم يرد بالخيار هاهنا امضاء العقد وان العقد موقوف على خيارهما، قال: والذي يكشف عما ذكرناه قوله في الخبر: (ان كان ابوها اللذان زوجها فنعم جائز) فلو كان العقد موقوفا على رضاها لم يكن بين الابوين وغيرها في ذلك فرق، وكان ذلك ايضا

(١) التهذيب، ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح واولياء الصبية ص ٣٨٢ الحديث ١٩ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٨ الحديث ٨.

(٢) الكافي، ج ٥ باب تزويج الصبيان، ص ٤٠١ الحديث ٤ وفي الوسائل الباب ١١ من ابواب ميراث الازواج الرواية ١ ج ١٧ ص ٥٢٧ قطعة من الرواية.

[ولو زوجها فالعقد للسابق، فان اقترنا ثبت عقد الجد].

جائزا لغير الابوين، وقد ثبت به فرق بين الموضعين، فعلمنا ان المراد ما ذكرناه^(١) هذا كلامه

رحمته الله.

ولا يخفى ما في هذا التأويل من البعد وشدة المخالفة للظاهر، وما جعله كاشفا عن ذلك لا يكشف عنه، فان الفرق بين عقد الولي وغيره على هذا التقدير يتحقق ايضا، لان عقد غير الولي يتوقف على الاجازة، وعقد الولي لا يتوقف على الاجازة للصبي، وانما يجوز للصغير فسخه على هذا التقدير، واحدهما غير الاخر، والسألة محل اشكال، وطريق الاحتياط واضح.

واعلم ان جدي عليه السلام قال في المسالك: ان هذا الحكم، وهو انتفاء خيار الصغيرين بعد البلوغ، لا يظهر فيه مخالف، وانما ورد رواية تخالف ذلك.

وهو عجيب، فان الخلاف في المسألة متحقق، وقد ذكره هو عليه السلام بعد هذه المسألة بشئ يسير. قوله: (ولو زوجها فالعقد للسابق، فان اقترنا ثبت عقد الجد) قد عرفت ان الاب والجد مشتركان في الولاية على الصغير والصغيرة، فلو بادر كل منهما وعقد على شخص غير الاخر من غير علم صاحبه، او مع علمه، قدم عقد السابق منهما، سواء كان هو الاب او الجد حتى لو كان السابق الاب وعلم ان الجد مخالف له وقصد سبقه بالعقد، فقد ترك الاولى وصح عقده.

وان اتفق العقدان في وقت واحد، بأن اقترن قبولهما معا، قدم عقد الجد.

ويدل على الحكمين ما رواه الكليني (في الصحيح) عن هشام بن الحكم، ومحمد بن حكيم عن

أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا زوج الاب والجد كان

(١) التهذيب: ج ٧ ص ٣٨٢ س ٩.

التزويج للاول، فاذا كان (فان كانا خ) جميعا في حال واحدة، فالجد أولى^(١).

وفي الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: اذا زوج الرجل ابنة ابنه، فهو جائز على ابنه، ولابنه ايضا ان يزوجه، قلت: فان هوى ابوها رجلا، وجدها رجلا فقال: الجد أولى بنكاحها^(٢).

وفي الموثق عن عبيد بن زرارة قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد ابوها ان يزوجه من رجل، ويريد جدّها ان يزوجه من رجل آخر، فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا، ان لم يكن الاب يزوجه قبله، ويجوز عليها تزويج الاب والجد^(٣).

وعلى هذه الرواية اقتصر جدي عليه السلام في الاستدلال في الروضة على هذا الحكم وكتب بخطه رحمته الله على حاشية الكتاب: ان هذه الرواية من الموثق.

فيشكل اثبات الحكم بمجردهما، الا انها من المشاهير، ان لم يكن حكمها اجماعيا. وقد عرفت ان في المسألة من الاخبار ما هو اصح طريقا واظهر دلالة، والله تعالى اعلم.

(١) الكافي، ج ٥ باب الرجل يريد ان يزوج ابنته ويريد ابوه ان يزوجه رجلا آخر، ص ٣٩٥ الحديث ٤ وفيه وفي التهذيب والوسائل (عن هشام بن سالم) بدل (عن هشام بن الحكم) وفي النسخة المعتمدة، كما اثبتناه، وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢١٨ الحديث ٣.

(٢) الكافي، ج ٥ باب الرجل يريد ان يزوج ابنته ويريد ابوه ان يزوجه رجلا آخر، ص ٣٩٥ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢١٧ الحديث ١.

(٣) الكافي، ج ٥ باب الرجل يريد ان يزوج ابنته ويريد ابوه ان يزوجه رجلا اخر ص ٣٩٥ الحديث ١ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢١٨ الحديث ٢.

[وتثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكرا كان او انثى، ولا خيار له لو افاق. والثيب تزوج نفسها، ولا ولاية عليها الاب ولا لغيره. ولو زوجها من غير اذنها وقف على اجازتها].
قوله: (وتثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكرا كان او انثى، ولا خيار لها لو افاق) لا خلاف في ثبوت ولايتهما على المجنون ذكرا كان او انثى، لكن الظاهر اختصاص الحكم بما اذا كان الجنون متصلا بالصغر، فلو طرأ بعد البلوغ والرشد لم يكن لهما عليه ولاية، لزوال ولايتهما بالبلوغ والرشد، فعودها يحتاج إلى دليل.

وربما قيل: بولايتهما على المجنون مطلقا، وهو المستفاد من اطلاق العبارة.
قال جدي رحمته الله في المسالك: وحيث تثبت الولاية على المجنون فلا خيار له بعد الافاقة اجماعا.
قوله: (والثيب تزوج نفسها ولا ولاية عليها لاب ولا غيره الخ) هذا مذهب الاصحاب لا نعلم فيه خلافا سوى ما نقل عن ظاهر الحسن بن أبي عقيل من ثبوت الولاية على الثيب كالبكر، ولا ريب في ضعفه.

لنا ما رواه الكليني (في الصحيح) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في المرأة الثيب تخطب إلى نفسها: قال: هي أملك بنفسها، تولى أمرها من شاءت إذا كان كفوا، بعد ان تكون قد نكحت قبله^(١). وفي الصحيح عن احمد بن محمد بن أبي نصر قال: قال ابو الحسن

(١) الكافي، ج ٥ باب التزويج بغير ولي ص ٣٩٢ الحديث ٥ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٣ من ابواب قد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٢ الحديث ٤.

[وأما البكر البالغة الرشيدة، فأمرها بيدها، ولو كان أبوها حيا قيل: لها الانفراد بالعقد، دائما كان أو منقطعا، وقيل: العقد مشترك بينها وبين الأب، فلا ينفرد أحدهما به، وقيل: أمرها إلى الأب، وليس لها معه أمر.

ومن الاصحاب من اذن لها في المتعة دون الدائم، ومنهم من عكس، والاول اولى].

عائشة: في المرأة البكر اذنها صماتها، والثيب أمرها اليها^(١).

وما رواه الشيخ (في الصحيح) عن عبدالله بن سنان قال: سألت ابا عبدالله ع^{عليه السلام} عن المرأة الثيب تخطب إلى نفسها؟ قال: نعم، هي أملك بنفسها، تولى نفسها من شاءت، اذا كان كفوا بعد ان تكون قد نكحت زوجا قبل ذلك^(٢).

والاخبار الواردة بذلك كثيرة جدا، ولم نقف لابن أبي عقيل في اثبات الولاية على الثيب على مستند.

ويستفاد من هذه الروايات: ان انتفاء الولاية عن الثيب مشروط بما اذا كانت البكارة قد زالت بوطء مستند إلى تزويج، فلو زالت بغيره كانت بمنزلة البكر.

قوله: (واما البكر البالغة (البالغ خ ل) الرشيدة، فأمرها بيدها، إلى قوله: اولى).

(١) الكافي، ج ٥ باب استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٤ الحديث ٨ في الوسائل ج ١٤، الباب ٥ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد، ص ٢٠٦ الحديث ١.

(٢) التهذيب، ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح واولياء الصبية واحقهم بالعقد عليها ص ٣٨٥ الحديث ٢٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠١ الحديث ٢ ورواه عن الفقيه باسناده عن عبد الحميد بن عواض عن عبد الخالق فراجع.

اجمع الاصحاب على جواز انفرد البالغة الرشيدة بالعقد اذا لم يكن لها اب، او كان ولم يكن بشرائط الولاية. وانما الخلاف مع وجود الاب الجامع لشرائط الولاية.

وقد نقل المصنف وغيره في المسألة اقوالاً خمسة، واطنب المتأخرون في الاستدلال لهذه الاقوال، وجمعوا منها الغث والسمين والقوي والضعيف، مع ان في الاخبار المعتمدة ما يغني عن تكلف ما عداها من التمسك بآية لا تدل على المطلوب، او التعويل على اعتبار قاصر، او خبر ضعيف. ولنقتصر في هذا التعليق على ما يمكن الاستدلال به لكل من هذه الاقوال من الاخبار المعتمدة الداخلة في قسمي الصحيح والحسن.

فنقول: احتج القائلون بان لها الانفرد بالعقد بروايتين.

(الاولى) رواها الكليني والشيخ في الحسن، وابن بابويه في الصحيح عن الفضيل بن يسار، ومُحَمَّد بن مسلم، ووزارة، وبريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام قال: المرأة التي قد ملكت نفسها، غير السفينة، ولا المولى عليها، تزويجها بغير ولي جائز ^{(١)(٢)(٣)}.

(١) الكافي، ج ٥، باب التزويج بغير ولي ص ٣٩١ الحديث ١.

(٢) التهذيب، ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح، واولياء الصبية واحقهم بالعقد عليها ص ٣٧٧ الحديث ١. وسند الحديث في الكافي والتهذيب هكذا (علي بن ابراهيم، عن ابيه، عن ابن أبي عمير، عن عمر بن اذينة، عن الفضيل بن يسار، ومُحَمَّد بن مسلم، ووزارة بن اعين، وبريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام).

(٣) من لا يحضره الفقيه، ج ٣ (١١٧) باب الولي والشهود والخطبة والصدوق ص ٢٥١ الحديث ٨. وسند الحديث كما في الفقيه هكذا (وروى الفضيل بن يسار، ومُحَمَّد بن مسلم، ووزارة وبريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام).

وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠١ الحديث ١.

ويتوجه على الاستدلال بهذه الرواية: ان الحكم فيها بسقوط الولاية وقع منوطاً بمن ملكت نفسها، فادخال البكر فيها عين المتنازع فيه، وهكذا قوله (غير المولى عليها) فان الخصم يدعي كون البكر مولى عليها، فكيف يستدل به على زوال الولاية.

وما قيل: من ان البكر الرشيدة لما كانت غير مولى عليها في المال، صدق سلب الولاية عليها في الجملة، فيصدق عليها انها غير مولى عليها.

فضعيف، لان الولاية في المال اخص من مطلق الولاية، ونفي الاخص لا يستلزم نفي الاعم.

والذي يظهر لي: ان المراد بالمالكة نفسها غير المولى عليها، البكر التي لا أب لها والثيب كما يدل عليه قوله عليه السلام في رواية أبي مريم: الجارية البكر التي لها أب (الاب ثل) لا تتزوج الا بإذن أبيها، وقال: اذا كانت مالكة أمرها تزوجت متى (ما خ) شاءت^(١).

وفي صحيحة الحلبي: في المرأة الثيب تخطب إلى نفسها، هي أملك بنفسها^(٢).

وعلى هذا فلا دلالة في هذه الرواية على المطلوب، وانما المراد منها الرد على ما تقوله العامة من ان من لا اب لها يزوجه الحاكم، لان عبارتها مسلوقة في النكاح.

(الثانية) صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

(١) الكافي، ج ٥ باب التزويج بغير ولي ص ٣٩١ الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٣ من ابواب قد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٢ الحديث ٧.

(٢) الكافي، ج ٥ باب التزويج بغير ولي ص ٣٩٢ الحديث ٥ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٢ الحديث ٤.

تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح الا بأمرها^(١).

وهذه الرواية صحيحة السند، لأن الشيخ رواها: عن محمد بن علي بن محبوب، عن العباس، عن صفوان، عن منصور بن حازم، والعباس هذا هو ابن معروف، وصفوان هو ابن يحيى، والجميع ثقات.

لكن أقصى ما يدل عليه عدم استقلال الاب بالولاية، لا جواز انفرادها بالعقد، فلا ينفي اشتراك الولاية بينهما كما هو أحد الأقوال في المسألة. احتج القائلون بأنه ليس لها الانفرد بالعقد بروايات.

(الاولى) صحيحة عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تنكح ذوات الآباء من الابكار الا بإذن آبائهن^(٢).

واعترضها جدي عليه السلام في المسالك من حيث السند: بأن في طريقها علي بن الحكم وهو مشترك بين الثقة وغيره^(٣)، وذلك يمنع من الحكم بصحته.

ومن حيث الدلالة، فإن قوله: (لا تزوج ذوات الآباء من الابكار الا بإذن آبائهن) كما يمكن حمل (من) على البيانية، فتعم الصغيرة والكبيرة، يمكن حملها على التبعية، فلا تدل على موضع النزاع، لأن بعض الابكار من الصغار لا تزوج الا بإذن أبيها اجماعاً. والجواب عن الاول: ما بيناه غير مرة، من أن علي بن الحكم وإن كان

(١) التهذيب، ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح واولياء الصبية واحقهم بالعقد عليها ص ٣٨٠ الحديث ١١ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٣ الحديث ١٠.

(٢) الكافي، ج ٥ ص ٣٩٣ باب استئثار البكر ومن يجب عليه استئثارها ومن لا يجب عليه، الحديث ١ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد، ص ٢٠٨ الحديث ٥.

(٣) سند الحديث كما في الكافي هكذا (محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن علي بن الحكم، عن علاء بن زرير، عن ابن أبي يعفور).

مشتركا بين الثقة وغيره، إلا أن الواقع في طريق الرواية في الكافي والتهذيب هو الكوفي الثقة الجليل بقرينة رواية احمد بن محمد بن عيسى عنه، مع أن ابن بابويه عليه السلام قد اوردها في كتابه من لا يحضره الفقيه عن العلا عن ابن أبي يعفور، وله إلى العلا عدة طرق صحيحة، وبعضها غير مشتمل على علي بن الحكم ^{(١)(٢)}.

وعن الثاني: ان حمل (من) على التبعية بعيد جدا، مع ان ذلك يقتضي عدم الفائدة في التقييد بالابكار اصلا، لان الصغيرة الثيب حكمها كذلك.

(الثانية) صحيحة عبدالله بن الصلت قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجه ابوها، لها أمر اذا بلغت؟ قال: لا، وسألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمر؟ فقال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب ^(٣).

(الثالثة) صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: لا تستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها، ليس لها مع الاب أمر، وقال: يستأمرها كل احد ما عدى الاب ^(٤). والظاهر ان المراد: يستأمر الجارية كل أحد الا اذا كان لها اب، فانها لا تستأمر، كما يدل عليه أول الخبر.

(١) من لا يحضره الفقيه ج ٣ (١١٧) باب الولي والشهود والخطبة والصدوق ص ٣٥٠ الحديث ١.

(٢) لاحظ من لا يحضره الفقيه، ج ٤ ص ٥٧ س ٦ وراجع مشيخة الفقيه تحت رقم ١٣٧.

(٣) الكافي، ج ٥ ص ٣٩٤ باب استئمار البكر ومن يجب عليه استئمارها ومن لا يجب عليه الحديث ٦ وفيه ابا الحسن الرضا عليه السلام كما اثبتناه، وفيه ايضا بعد قوله: (قال: لا) (ليس لها مع ابوها أمر) وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٧ الحديث ٣ وفيه (سألت ابا عبدالله عليه السلام) مع اختلاف يسير ايضا.

(٤) الكافي، ج ٥ ص ٣٩٣ باب استئمار البكر ومن يجب عليه استئمارها ومن لا يجب الحديث ٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٤ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٥ الحديث ٣.

(الرابعة) صحيحة زرارة بن اعين قال: سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: لا ينقض النكاح الا الاب^(١).

وهذه الرواية رواها الكليني بطريق صحيح، لانه رواها عن احمد بن محمد بن عيسى، عن ابن محبوب، عن علي بن رثاب، عن زرارة بن اعين، فلا يقدر ضعفها في التهذيب^(٢). ولو كان للبكر الاستقلال بالعقد لما كان للاب نقضه.

(الخامسة) حسنة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الجارية يزوجه أبوها بغير رضا منها، قال: ليس لها مع أبيها أمر، اذا انكحها جاز نكاحه، وان كانت كارهة، قال: وسئل عن رجل يريد ان يزوج اخته؟ قال: يؤامرها، فان سكنت فهو اقرارها، وان أبت لا يزوجه^(٣).

وهذه الرواية وان كانت حسنة لكنها لا تقصر عن الصحيح، لان دخولها في قسم الحسن بابراهيم بن هاشم حيث لم يوثق صريحاً، لكن مدحه لا يقصر عن التوثيق^(٤). (السادسة) صحيحة أبي مريم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: العذراء

(١) الكافي، ج ٥ ص ٣٩٢ باب التزويج بغير ولي الحديث ٨ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٤ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٥ الحديث ٥.

(٢) سند الحديث كما في التهذيب (ج ٧ ص ٣٧٩ الحديث ٩) هكذا (علي بن الحسن بن فضال، عن محمد بن علي عن الحسن بن محبوب، عن علي بن رثاب، عن زرارة).

(٣) الكافي، ج ٥ باب استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه، ص ٣٩٣ الحديث ٤ وفي الوسائل اورد قطعة منه في باب ٨ ص ٢١٥ الحديث ٧ وقطعة منه في باب ٤ ص ٢٠٥ الحديث ٤ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد.

(٤) سند الحديث كما في الكافي هكذا (علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حماد بن عثمان، عن الحلبي).

التي لها اب لا تزوج متعة الا باذن ابيها^(١).

وهذه الرواية رواها ابن بابويه في كتابه عن أبان عن أبي مريم، وأبان هذا هو ابن عثمان، وقد نقل الكشي: الاجماع على تصحيح ما يصح عنه^(٢) وفي ذلك توثيق وزيادة. وما قيل: من أنه ناووسي، فغير ثابت، لانه لم يرو الا من علي بن الحسين بن فضال، وحاله معلوم، وطريق ابن بابويه إلى أبان صحيح^(٣). وربما كانت هذه الرواية مستند القائلين بثبوت الولاية عليها في المنقطع دون الدائم لكنها لا تنفي ثبوت الولاية في الدائم. هذا أقصى ما وقفت عليه من الاخبار المعتبرة في هذه المسألة، وهي مع استفادتها وسلامة اسانيدھا دالة على انه ليس لها الانفراد بالعقد، وأكثرها دال على استقلال الاب بالولاية على البكر، وانھا ليس لها معه أمر، وهو ينفي استقلالها بالعقد والتشريك. لكن تبقى المعارضة بينها وبين صحيحة منصور بن حازم الدالة بظاهرها على وجوب استيمار البكر.

واجاب الشيخ عنها في التهذيب: بالحمل على الافضل فيما يختص الاب من

(١) التهذيب، ج ٧ (٢٤) باب تفصيل احكام النكاح، ص ٢٥٤ الحديث ٢٤ وفي الوسائل ج ١٤ ص ٣٥٩ الباب ١١ من ابواب المتعة، الحديث ١٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه ج ٣ (١٤٣) باب المتعة، ص ٢٩٣ الحديث ١١ وسند الحديث (روى ابان عن أبي مريم).

(٣) طريق ابن بابويه إلى ابان كما في المشيخة، ج ٤ ص ٨٣ هكذا (وما كان فيه عن ابان بن عثمان فقد رويته عن محمد بن الحسن عليه السلام)، عن محمد بن الحسن الصفار، عن يعقوب بن يزيد وايوب بن نوح وابراهيم بن هاشم ومحمد بن عبد الجبار كلهم عن محمد بن أبي عمير وصفوان بن يحيى عن ابان بن عثمان الاحمر).

[ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه اجماعاً].

أمر البكر، قال: وما يختص غيره محمول على ظاهره من الوجوب، وأنه لا يجوز العقد عليها إلا بأمرها^(١). وهو حسن لأن القول بالتشريك لا يتحقق معه الجمع، للتصريح في صحيحة محمد بن مسلم بعد استيमारها^(٢). وفي حسنة الحلبي بجواز النكاح (نكاح خ) الأب لها وإن كانت كارهة^(٣). ويمكن حملها أيضاً على البكر التي لا أب لها. وقد ظهر من ذلك: أن القول باستقلال الأب بالولاية قوي متين. والجمع بين اذنها واذن الأب طريق الاحتياط، والله تعالى أعلم بحقائق أحكامه. قوله: (ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه اجماعاً) العزل لغة المنع، والمراد به هنا منعها من التزويج من كفو مع رغبتها في ذلك.

وفي معناه الغيبة المنقطعة التي يحصل معها المشقة الشديدة من اعتبار استيذان الولي، على ما ذكره الشيخ في الخلاف.

وقد نقل المصنف وغيره الإجماع على أن البكر إذا عضلها الولي سقط اعتبار رضاه، وكان لها الاستقلال بالتزويج من غير مراجعة الحاكم، (ولأبأس به خ).

(١) التهذيب، ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية وأحقهم بالعقد عليها ص ٣٨٠ س ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٤، الباب ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ص ٢٠٥ الحديث ٣.

(٣) الوسائل، ج ١٤، أورد قطعة منه في باب ٩ ص ٢١٥ وقطعة منه في باب ٤ ص ٢٠٥ الحديث ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

[ولو زوج الصغيرة غير الاب والجد، وقف على رضاها عند البلوغ، وكذا الصغير. وللمولى ان يزوج المملوكة، صغيرة او كبيرة، بكرا او ثيبا، عاقلة او مجنونة، ولا خيرة لها، وكذا العبد].

ولا فرق في تحقق العضل اذا منع الولي تزويجها من الكفو بين ان يكون النكاح بمهر المثل ام لا، لان المهر حقها، فلا اعتراض عليها فيه. ولو فرض ارادتها زوجا، واراد (ارادة خ) الولي غيره، ففي تقديم مختارها اذا كان كفوا، او مختار الولي وجهان. ولو منع الولي من غير الكفو لم يكن عضلا.

قوله: (ولو زوج الصغيرة غير الاب والجد، وقف على رضاها عند البلوغ، وكذا الصغير).

هذه المسألة جزئية من جزئيات عقد الفضولي وسيجيئ الكلام فيه ان شاء الله.

قوله: (وللمولى ان يزوج المملوكة الخ).

لا خلاف في جواز تزويج المولى أمتة، وأن له اجبارها على النكاح مطلقا، لان منافعها مملوكة له، والناس مسيطون على اموالهم^(١). وكذا العبد صغيرا كان او كبيرا.

وقال بعض العامة: ان المولى لا يملك اجبار الكبير، وهو باطل.

ولا فرق بين تولى مولى الصبيغة عن المملوك، والزامه بها، ولا يقدر فيه الاكراه، لانه بحق.

(١) لاحظ عوالي اللئالي، ج ١ ص ٢٢٢ الحديث ٩٩ وص ٤٥٧ الحديث ١٩٨ وج ٢ وص ١٣٨ الحديث ٣٨٣ وج ٣ ص ٢٠٨ الحديث ٤٩.

[ولا يزوج الوصي الا من بلغ فاسد العقل، مع اعتبار المصلحة].

ولو تحرر بعض العبد او الامة انتفى الاجبار قطعاً، لان البعض غير مملوك له فلا يتسلط عليه.
قوله: (ولا يزوج الوصي الا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة) اختلف كلام الاصحاب في ان وصي الاب والجد هل تثبت له ولاية التزويج؟ فنقل عن الشيخ في موضع من المبسوط انه قال: لا يستفاد ولاية النكاح بالوصية، لاصالة العدم وللتهمة.

وجزم في موضع آخر منه: بان للوصي ولاية النكاح على الصغيرة.
وقال في الخلاف: اذا أوصى إلى غيره بان يزوج بنته الصغيرة، صحت الوصية، وكان له تزويجها، واختاره العلامة في المختلف.

وقال في التذكرة: انما تثبت ولاية الوصي في صورة واحدة عند بعض علمائنا، وهي ان يبلغ الصبي فاسد العقل، ويكون له حاجة إلى النكاح وضرورة اليه، وهو اختيار المصنف رحمته الله.
والاقرب ثبوت ولايته على الصغير والصغيرة، ومن بلغ فاسد العقل، لان الحاجة قد تدعو إلى ذلك، ولعموم (فمن بدله)^(١).

ولما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي بصير ومحمد بن مسلم كلاهما عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الذي بيده عقدة النكاح، فقال: هو الاب والاخ والموصى اليه^(٢).
وفي رواية اخرى لابي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن

(١) سورة البقرة / ١٨١.

(٢) التهذيب، ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٨٤ قطعة من حديث ١٥٤ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢١٣ الحديث ٥.

[وكذا الحاكم].

الذي بيده عقدة النكاح؟ قال: هو الاب والاخ والرجل يوصى اليه^(١).
واعترض في المختلف: بان الاخ لولاية له عندنا، ثم اجاب بالحمل على ماذا اوصى اليه وهو بعيد.

ويمكن حمله على ما اذا كان وكيلا للاخت. ولم نقف للقائلين باختصاص ولايته بمن بلغ فاسد العقل على مستند. والمتجه إما ثبوت ولايته على الجميع، او نفيها رأسا.
وعلى القول بثبوت ولايته، فهل يثبت بتعميم الوصية، ام لا بد من التصريح بالوصية في النكاح؟ الاظهر الثاني، لان النكاح ليس من التصرفات التي ينتقل اليها الذهن عند الاطلاق، فيتوقف على التصريح به.

وفي كلام القائلين بثبوت ولاية الوصي دلالة عليه، حيث فرضوا المسألة فيما اذا اوصى اليه بان يزوج بنته، او ولده الصغير.

قوله: (وكذا الحاكم) أي ليس له ولاية الا على من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة.
والمراد بالحاكم عندنا، الامام العادل، او من اذن له الامام، ويدخل فيه الفقيه الجامع لشرائط الافتاء والحكم.

وهذا الحكم: اعني اختصاص ولايته بمن بلغ فاسد العقل، هو المعروف من مذهب الاصحاب، ولم نقف لهم في هذا التفصيل على مستند.

والحق: انه ان اعتبرت الاطلاقات، والعمومات المتضمنة لثبوت ولاية الحاكم، وجب القول بثبوت ولايته في النكاح على الصغير والمجنون مطلقا، كما في

(١) التهذيب، ج ٧ (٤١) باب من الزيادات في فقه النكاح ص ٤٨٤ قطعة من حديث ١٥٤ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢١٣ الحديث ٤.

[يلحق بهذا الباب مسائل .. (الاولى) الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه]

ولاية المال والا وجب نفيها كذلك.
أما التفصيل فلا وجه له، ولعلمهم نظروا في ذلك إلى ان الصغير لا حاجة له إلى النكاح، بخلاف من بلغ فاسد العقل.
وهو غير واضح، فان الحاجة إلى الكبير^(١) وان كانت اوضح لكنها ليست منتفية في حق الصغير، خصوصا الانثى.
والمسألة محل اشكال، وللنظر فيها مجال.
ويستفاد من نفي ولاية الحاكم في النكاح على غير من بلغ فاسد العقل، ان البكر البالغة الرشيدة لو لم يكن لها اب كان امرها بيدها، ولا حاجة إلى استيذان الحاكم، وقد نبه على ذلك الاصحاب فيما لو عضلها الولي، حيث حكموا بتوليبتها (بتوليها خ) حينئذ العقد من غير توقف على امر الحاكم.
قوله: ((الاولى) الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه) مقتضى العبارة أنه ليس لوكيل المرأة في النكاح أن يزوجه من نفسه سواء أطلقت الاذن، أو عممته على وجه يتناوله العموم، لان المتبادر من توكيله في تزويج كون الزوج غيره.
واحتمل في التذكرة جواز تزويجها من نفسه مع الاطلاق، معللا باطلاق الاذن ومساواته لغيره.
وقيل: انه يجوز له تزويجها من نفسه مع التعميم، دون الاطلاق، لان العموم ماض على جزئياته بخلاف المطلق.

(١) هكذا في النسخ، ولعل الصواب في الكبير.

[ولو اذنت في ذلك فالاشبه الجواز، وقيل: لا، وهي رواية عمار.

(الثانية) النكاح يقف على الاجازة في الحر والعبد]

والفرق غير واضح لتناول المطلق لكل واحد من افراده، وان كان تناول العام أقوى. ولو دلت القرائن مع الاطلاق او التعميم على تناول الوكيل، جاز له تزويجها من نفسه من هذه الجهة قطعاً، بل يحتمل قويا الجواز اذا لم تدل القرائن على خروجه من اللفظ. قوله: (ولو اذنت في ذلك فالاشبه الجواز، وقيل: لا، وهي رواية عمار الاظهر جواز تزويجها من نفسه حيثئذ). ولو قلنا بالمنع من تولى الطرفين، وكل غيره في الايجاب، ان كانت الوكالة متناولة كذلك او في القبول.

والرواية التي اشار اليها المنصف، رواها الشيخ عن عمار الساباطي قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في اهل بيت، فتكره ان يعلم بها اهل بيتها، أيجل لها ان توكل رجلا يريد ان يتزوجها؟ تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجي، قال: لا، قلت له: جعلت فداك وان كانت أيما؟ قال: وان كانت أيما، قلت: فان وكلت غيره يزوجه (فتزويجها ثل) منه؟ قال: نعم^(١) والرواية ضعيفة السند، قاصرة الدلالة، لجواز ان يكون المنفي هو قوله: (وكلتك فاشهد) فإن مجرد الاشهاد غير كاف.

قوله: ((الثانية) النكاح يقف على الاجازة في الحر والعبد) هذا هو المشهور بين الاصحاب، وادعى عليه المرتضى رحمته الله الاجماع، وقال ابن

(١) التهذيب، ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح واولياء الصبية واحقهم بالعقد عليها ص ٣٧٨ الحديث ٥ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١٠ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢١٧ الحديث ٤.

ادريس في سرائره: انه لا خلاف في ان النكاح يقف على الاجازة الا في العبد والامة، فان بعضهم يوقف العقد على اجازة المولين وبعضهم يبطله.

وقال الشيخ في الخلاف: ان العقد الواقع من الفضولي يقع باطلا.

والمعتمد الاول لنا ما رواه الشيخ في الحسن عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده؟ فقال: ذلك (ذاك ثل) إلى سيده ان شاء اجازته وان شاء فرق بينهما، فقلت: إصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي واصحابهم (بهما خ ل) يقولون: ان أصل النكاح باطل، فلا يحل اجازة السيد له، فقال ابو جعفر عليه السلام: انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجازته فهو له جائز^(١).

وفي الصحيح عن أبي عبيدة الحذاء قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين؟ قال: فقال: النكاح جائز، وايهما ادرك كان له الخيار، ثم قال في اخر الرواية: قلت: فان كان ابوها هو الذي زوجها قبل ان تدرك، قال: يجوز عليها تزويج الاب، ويجوز على الغلام والمهر على الاب للجارية^(٢).

ويستفاد من قوله (قلت: فان كان ابوها هو الذي زوجها): ان المراد بالولين الذين زوجا الغلام والجارية، غير الاب والجد، كالاخ والعم، فان كلا

(١) التهذيب، ج ٧ (٣٠) باب العقود على الاماء وما يحل من النكاح بملك اليمين، ص ٣٥١ الحديث ٦٣. وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ص ٥٢٣ الحديث ١.

(٢) الكافي، ج ٥ باب تزويج الصبيان ص ٤٠١ قطعة من حديث ٤ وفي التهذيب ج ٧ (٣٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح واولياء الصبية واحقهم بالعقد عليها ص ٣٨٨ قطعة من حديث ٣١ وفي الوسائل ج ١٧ الباب ١١ من ابواب ميراث الازواج ص ٥٢٧ قطعة من حديث ١.

[ويكفي في الاجازة سكوت البكر، ويعتبر في الثيب النطق].

منهما يطلق عليه اسم الولي.

وفي بعض عبارات الشيخ في المبسوط: البكر ان كان لها ولي الاجبار مثل الاب والجد لا يفتقر نكاحها إلى اذنها، وان لم يكن له الاجبار كالاخ وابن الاخ والعم فلا بد من اذنها فاطلق الولي على من ذكره من الاقارب، وان لم يكن له ولاية النكاح.

وكان هذا الاطلاق متعارف وعلى هذا فتكون الرواية صريحة في المطلوب.

ويشهد لهذا القول ايضا ما رواه الشيخ عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام انه سألته عن رجل زوجته امه وهو غائب؟ قال: النكاح جائز، ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك الحديث^(١). احتج القائلون بالبطلان بوجوه.

اقواها: ان العقود الشرعية تتوقف على الادلة الشرعية، ولا دليل على صحة هذا العقد مع الاجازة.

والجواب: ان الدليل على الصحة قائم، كما بيناه.

قوله: (ويكفي في الاجازة سكوت البكر ويعتبر في الثيب النطق) المشهور بين الاصحاب: انه يكفي في اذن البكر سكوتها، ولا يعتبر النطق، بل لا نعلم فيه مخالفا سوى ابن ادریس، فانه قال: السكوت لا يدل في موضع من المواضع على الرضا.

لنا ما رواه الكليني (في الصحيح) عن احمد بن محمد بن أبي نصر قال: قال ابوالحسن عليه السلام في المرأة البكر: اذنها صماتها^(٢).

(١) التهذيب، ج ٧ (٣١) باب المهور والاجور وما ينعقد من النكاح من ذلك وما لا ينعقد ص ٣٧٦ قطعة من حديث

٨٦ وفي الوسائل ج ١٤ الباب ٧ من ابواب عقد النكاح ص ٢١١ الحديث ٣.

(٢) الكافي، ج ٥ باب استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٤٩ الحديث ٨ وفي الوسائل

ج ١٤ الباب ٥ من ابواب عقد النكاح ص ٢٠٦ الحديث ١.

وفي الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: وسئل عن رجل يريد ان يزوج اخته، قال: يؤامرهما فان سكنت فهو اقرارها، وان أبت لا يزوجه^(١).

وعن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يريد ان يزوج اخته؟ قال: يؤامرهما، فان سكنت فهو اقرارها^(٢).

دلت الروايات على الاكتفاء في اذن البكر بالسكوت، ومتى ثبت الاكتفاء بالسكوت في الاذن كفى في الاجازة، لانها في معنى الاذن. ولا يخفى ان الاكتفاء بالسكوت انما يتم حيث لا يكون معه قرينة دالة على عدم الرضا، والا لم تقد الاذن قطعاً. ولو ضحكت عند استيذانها فهو اذن، لانه ادل على الرضا من السكوت، ونقل عن ابن البراج: انه ألحق بالسكوت والضحك، البكاء، وهو مشكل، لانه ربما كان قرينة الكراهة. هذا كله في البكر. اما الثيب فيعتبر نطقها بلا خلاف.

ويتحقق الثيبوبة بزوال البكارة بوطء او غيره، وألحق العلامة في التذكرة بالبكر من زالت بكارتها بطفرة أو وثبة أو سقطة ونحو ذلك، لان حكم الابكار انما يزول بمخالطة الرجال ولم يتحصل. وهو غير بعيد، وان كان الاولى اعتبار النطق في غير البكر مطلقاً.

(١) الكافي، ج ٥ باب استيمار البكر ومن يجب عليه استيمارها ومن لا يجب عليه ص ٣٩٤ قطعة من حديث ٤ ورواه في حديث ٣ عن داود بن سرحان فلاحظ، وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٤ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٠٥ الحديث ٤.

(٢) الوسائل، ج ١٤ من ابواب عقد النكاح، ص ٢٠١ الحديث ٣.

[الثالثة) لا تنكح الامة الا باذن المولى]

رجلا كان المولى او امرأة، وفي رواية سيف: يجوز نكاح امة المرأة من غير اذنها متعة، وهي منافية للاصل].

قوله: ((الثالثة) لا تنكح الامة الا باذن المولى، رجلا كان أو امرأة، وفي رواية سيف: يجوز نكاح أمة المرأة من غير اذنها متعة، وهي منافية للاصل) اجمع العلماء كافة على توقف نكاح الامة على اذن مالکها اذا كان ذكرا.

واختلفوا في حكم امة المرأة، فذهب الاكثر إلى انها كأمة الرجل، بل قال ابن ادریس: انه لا خلاف في ذلك الا رواية شاذة رواها سيف بن عميرة اوردها شيخنا في نهايته^(١) ورجع عنها في جواب المسائل الحائريات.

ويدل على ذلك: ان وطء الامة تصرف في مال الغير، فيتوقف على اذن المالك، كسائر التصرفات.

وما رواه الكليني (في الحسن) عن ابن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: لا يتمتع بالامة الا باذن أهلها^(٢).

وما رواه الشيخ عن إبي بصير قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن نكاح الامة؟ قال: لا يصلح نكاح الامة الا باذن مولاه^(٣).

وعن أبي العباس قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يتزوج الامة بغير (يتزوج الرجل بالامة ثل) اذن أهلها؟ قال: هو زنا، ان الله تعالى يقول:

(١) النهاية، باب المتعة واحكامها، ص ٤٩٠ س ١٧ وفي السرائر، باب العقد على الاماء والعبيد وما في ذلك من الاحكام، ص ٣٠٤ س ٣٥ ورواية سيف بن عميرة تأتي عن قريب.

(٢) الكافي، ج ٥، باب تزويج الاماء ص ٤٦٣ الحديث ١ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ٥ من ابواب المتعة ص ٤٦٣ الحديث ١.

(٣) التهذيب، ج ٧ (٣٠) باب العقود على الاماء وما يحل من النكاح بملك اليمين، ص ٣٣٥ الحديث ٤ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٢٩ من ابواب نكاح العبيد ص ٥٢٨ الحديث ٤.

(فانكحوهن باذن اهلهن)^{(١)(٢)}.

وقال الشيخ في النهاية والتهذيب: يجوز التمتع بامة المرأة من غير اذنها.
واستدل بما رواه سيف بن عميرة، عن علي بن المغيرة قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتمتع بامة المرأة بغير اذنها؟ قال: لا بأس^(٣).
وعن سيف بن عميرة عن داود بن فرقد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج بامة بغير اذن مواليها؟ فقال: ان كانت لامرأة فنعم، وان كانت لرجل فلا^(٤).
وعن سيف بن عميرة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا بأس بان يتمتع الرجل بامة المرأة، فأما أمة الرجل فلا يتمتع بها الا بأمره^(٥).
واجاب جدي عليه السلام عن الرواية: بأنها ضعيفة باضطراب السند، فان سيف بن عميرة تارة يرويها عن الصادق عليه السلام بغير واسطة، وتارة بواسطة علي بن المغيرة، وتارة بواسطة داود بن فرقد، قال: واضطراب السند مما يضعف الرواية.
واقول: ان في تسمية الاختلاف الواقع في السند على هذا الوجه اضطرابا نظرا، لكن الاصل في هذه الروايات سيف بن عميرة، ولا يبلغ روايته حجة في تخصيص الادلة المعلومة، فان الشهيد رحمته الله حكى عن بعض تضعيفه، وان اختار هو توثيقه، ووثقه الشيخ ايضا.

(١) سورة النساء / ٢٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه، ج ٣ (١٣٤) باب احكام المماليك والاماء، ص ٢٨٦ الحديث ٥ وفي الوسائل، ج ١٤، الباب ٢٩ من ابواب نكاح العبيد والاماء ص ٥٢٧ الحديث ١.
(٣) و(٤) و(٥) التهذيب، ج ٧ (٢٤) باب تفصيل احكام النكاح، ص ٢٥٧ الحديث ٣٩ و ٤٠ و ٤١ وفي الوسائل، ج ١٤ الباب ١٤ من ابواب المتعة الحديث ٢ و ٣ و ١.

[الرابعة) اذا زوج الابوان الصغيرين صح وتوارثا ولا خيار لاحدهما عند البلوغ]

وذكر المصنف ان هذه الرواية مخالفة للاصل.

والظاهر ان المراد به القاعدة الكلية من تحريم التصرف في مال الغير بغير اذنه. ويمكن حمل الرواية الاولى والثالثة على ان المراد بالتمتع بامة المرأة بغير اذنها، الانتفاع بها بالوطء بعد انتقالها اليه من المرأة من غير توقف على اخبار المرأة باستيرائها، ويكون ذلك هو المراد من الاذن.

واما الرواية الثانية فمتروكة الظاهر، لاقتضاءها جواز التزويج بها مطلقا، ولاقائل به. وكيف كان فلا يمكن الخروج عن الادلة المعلومة بهذه الرواية الواحدة، والله اعلم. قوله: ((الرابعة) اذا زوج الابوان الصغيرين صح وتوارثا، ولاخيار لاحدهما عند البلوغ) اما صحة عقد الصغيرين اذا وقع من الابوين، وتوارثهما، فالظاهر انه لا خلاف فيه بين الاصحاب. ويدل عليه مضافا إلى ما سبق ما رواه الشيخ (في الصحيح) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ قال: اذا كان ابواهما اللذان زوجها، فنعم، قلت: فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا^(١).

واما انه لا خيار لاحدهما بعد البلوغ، فهو قول معظم الاصحاب، وخالف فيه جماعة فاثبتوا الخيار للصبي اذا بلغ، وقد تقدم الكلام في ذلك.

(١) التهذيب، ج ٧ (٢) باب عقد المرأة على نفسها النكاح واولياء الصبية واحقهم بالعقد عليها، ص ٣٨٨ الحديث ٣٢ وفي الوسائل ج ١٤، الباب ١٢ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد ص ٢٢٠ الحديث ١.

ولم يعتبر المصنف في هذا الكتاب في صحة عقد الصغيرة وقوعه بمهر المثل، وقد اعتبره جماعة، منهم العلامة في جملة من كتبه، والشهيد في اللمعة.

وقال المصنف في الشرائع: اذا زوجها الولي بدون مهر المثل، هل لها أن تعترض؟ فيه تردد، والظاهر أن لها الاعتراض، هذا كلامه رحمته الله، وهو محتمل للاعتراض في المهر خاصة، او في العقد، وصرح العلامة في التحرير: بان الولي ليس له ان يزوج الصغيرة بدون مهر المثل، ثم قال: فان فعل كان لها فسخ (المهر خ ل) المسمى، وهل لها فسخ النكاح؟ فيه نظر.

والمعتمد: انه ان زوجها بدون مهر المثل مع المصلحة، بان وجد لها كفوا صالحا، ولم يبذل مقدار مهر المثل، وخاف من فواته عدم حصول مثله فلا اعتراض لها اصلا، والا كان لها فسخ النكاح، لان العقد الذي جرى عليه التراضي، هو المشتمل على المسمى، وقد وقع على خلاف المصلحة، فلا يكون لازما، بل يحتمل قويا بطلانه من رأس، لانه عقد جرى على خلاف المصلحة، فلا يكون صحيحا، لان تصرف الولي منوط بالمصلحة.

وقيل: لها الخيار في المهر خاصة، لعدم مدخلية المهر في صحة العقد وفساده.

وقيل: ليس لها خيار مطلقا، لان العقد على ما دون مهر المثل اولى من العفو، وهو جائز للذي بيده عقدة النكاح فيما قطع به الاصحاب، واذا لم يكن لها خيار في المهر ففي العقد اولى. وهما ضعيفان.

وعلى القول بتخيرها في المهر يثبت لها مهر المثل، وفي ثبوته بمجرد العقد، او توقفه على الدخول؟ وجهان.

وهل يثبت للزوج الخيار لو فسخت المسمى؟ يحتمل قويا ذلك، لدخوله

[ولو زوجهما غير الابوين، وقف على اجازتهما.

فلو ماتا او مات احدهما بطل العقد.

ولو بلغ احدهما فاجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي، فاذا بلغ (واجاز خ)، احلف انه لم يجز للرجعة، واعطى نصيبه].

على المهر القليل، فلا يلزمه الرضا بالزائد جبرا، ويحتمل العدم، لالتزامه بحكم العقد وهذا من جملة احكامه.

والمعتمد ما اخترناه اولاً.

قوله: (ولو زوجهما غير الابوين، وقف على اجازتهما، فلو ماتا او مات احدهما بطل العقد الخ) اذا عقد على الصغيرين غير ابويهما كان فضوليا، فيقف على الاجازة، فان لم يكن هناك ولي، او كان ولم يجزه ولم يرده، وقف على اجازتهما بعد البلوغ، فان ماتا او احدهما قبله، فلا ارث لبطلان العقد بتعذر الاجازة، وان بلغ احدهما مع كون الآخر حيا، فاجاز العقد لزم من جهته وبقي من جهته الآخر موقوفا على اجازته اذا بلغ، فان اتفق بلوغه والآخر حي، واجاز العقد، لزم وان فرض موت المجيز اولاً قبل ان يبلغ الآخر، او بعد بلوغه وقبل اجازته، فاجاز بعد ذلك، احلف انه لم يجز طمعا في الميراث، بل لو كان الآخر حيا لرضي بتزويجه، وورث حصته منه.

والاصل في هذه المسألة ما رواه الكليني (في الصحيح) عن أبي عبيدة الحذاء، قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين، قال: فقال: النكاح جائز، ايهما ادرك كان له الخيار، فان ماتا قبل ان يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، الا ان يكونا قد أدركا ورضيا قلت: فان ادرك احدهما قبل الآخر، قال: يجوز ذلك عليه ان هو رضى، قلت: فان كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية، ورضى النكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية، أثره؟

قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى اخذ الميراث الا رضاها بالتزويج، ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر، قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا، لان لها الخيار اذا ادركت، قلت: فان كان ابوها هو الذي زوجها قبل ان تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الاب، ويجوز على الغلام، والمهر على الاب للجارية^(١).

ومقتضى الرواية تنصيف المهر بالموت، وقد وردت بذلك عدة روايات^(٢) وافتي بمضمونها جمع من الاصحاب، وسيجيء الكلام فيه.

وربما حملت الرواية على ما اذا كان قد دفع النصف قبل الدخول، وهو بعيد. ومورد الرواية تزويج الولي الذي هو الفضولي الصغيرين، فلو كان كاملين فزوجهما الفضولي ففي انسحاب الحكم فيهما وجهان: من المساوات في المعنى، وهو كون العقد الواقع عنهما، عقد فضولي، ومن ان الحكم بصحة العقد اذا مات احد المعقود عليهما بعد اجازته وقبل اجازة الاخر مخالف للاصل فيقتصر فيه على مورد النص.

وهذا اجود، فيحكم ببطلان العقد، خصوصا ان قلنا ان الاجازة جزء السبب، كما هو الظاهر، لان موت احد المتعاقدين قبل تحقق العقد الذي ترتب عليه اثره، يبطله، كما لو مات احد المتعاقدين قبل القبول.

ولو تغير مورد النص بان كان العاقد على الصغيرين احدهما الولي والاخر

(١) الكافي، ج ٧ كتاب المواريث باب ميراث الغلام والجارية يزوجان وهما غير مدركين ص ١٣١ الحديث ١.

(٢) الوسائل، ج ١٧، الباب ١١ من ابواب ميراث الازواج ص ٥٢٧ الحديث ١.

(٣) لاحظ الوسائل، ج ١٥ ص ٧١ الباب ٥٨ من ابواب المهور.

(الخامسة) اذا زوجها الاخوان برجلين

فان تبرعا اختارت ايهما شاءت وان كان وكيلين وسبق احدهما فالعقد له:

الفضولي، فهل يتعدى اليه الحكم؟ فيه نظر: من انه خلاف مورد النص، ومن انه لم يخرج عن مورد النص الا بلزوم احد الطرفين، واذا كان العقد الجائز من الطرفين لا يبطل بموت احد المتعاقدين على ذلك الوجه فاللازم من احدهما اولى.

وجزم جدي رحمته الله بالثاني، وهو يتوقف على ثبوت التعليل.

ولو عرض للمجيز الثاني مانع عن اليمين، كالجنون والسفر الضروري، عزل نصيبه إلى ان يحلف.

ولو نكل عن اليمين فالاقوى انه لا يرث، لان ثبوت الارث بالنص والفتوى موقوف على الاجازة واليمين معا، فينتفي بانتهاء احدهما.

وهل يثبت عليه المهر لو كان هو الزوج بمجرد الاجازة من دون اليمين؟ وجهان، من انه مترتب على ثبوت النكاح ولم يثبت بدونهما، ومن ان اجازته كالاقرار في حق نفسه بالنسبة إلى ما يتعلق به كالمهر، وانما يتوقف الارث على اليمين لقيام التهمة، فيثبت ما يعود عليه، دون ماله، والمسألة محل تردد.

قوله: ((الخامسة) اذا زوجها الاخوان برجلين، فان تبرعا اختارت ايهما شاءت) المراد بتبرعهما ان لا يكونا وكيلين، واذا لم يكونا كذلك كان العقدان فضولين، فيتخير في اجازة ما شاءت منهما، وابطال الآخر، او ابطاهما، سواء سبق احد العقدتين او اقترنا.

وينبغي لها اختيار عقد الاكبر مع تساوي مختارهما في الكمال، او رجحان مختار الاكبر ولو ترجح مختار الاصغر كان الاولى لها اختياره.

قوله: (وان كانا وكيلين وسبق احدهما فالعقد له الخ).

اما صحة عقد السابق وبطلان المتأخر فلا ريب فيه، سواء دخل بها الثاني ام لم يدخل، الان

[ولو دخلت بالاخير لحق به الولد واعيدت إلى الاول بعد قضاء (انقضاء - خ ل) العدة، ولها المهر للشبهة.

وان اتفقا بطلا، وقيل: يصح عقد الاكبر].

العقد الاول وقع صحيحا جامعا لشرائطه، والثاني وقع وقد صارت في عصمة الاول، وكان باطلا.

ثم ان لم يدخل بها الثاني سلمت إلى الاول، وان دخل بها الثاني، فان كانا عالمين بالحال، فهما زانيان وان علمت المرأة فلا مهر لها، لانها بغية، ولحق الولد بالواطي، وان علم هو خاصة لم يلحق به الولد لانه زان، ولها المهر، وان كانا جاهلين لحق به الولد، ولها المهر، وتعتد من الثاني مع تحقق الجهل ولو من احدهما، لتحقيق وطء الشبهة الموجب للعدة، فتعتد عدة الطلاق، ثم ترد إلى الاول. ولو جهل السابق او نسي احتمال القرعة لانه امر مشكل للعلم بثبوت نكاح احدهما ولا طريق إلى استعماله.

والترتبص إلى التذكر مع عدم العلم بمحصله فيه، اضرار بالمرأة، فاذا اقرع بينهما فمن اخرجته القرعة امر بتجديد النكاح ويؤمر الآخر بالطلاق.

ويحتمل اجبار كل منهما على الطلاق لدفع الضرر عن المرأة.

ويحتمل فسخ الحاكم بالنسبة إلى كل منهما، لان فيه دفع الضرر مع السلامة من ارتكاب الاجبار على الطلاق ومن القرعة التي لا مجال لها في الامور التي هي مناط الاحتياط التام، وهي الانكحة التي يتعلق بها الانساب والارث والمحرمية.

وقوى العلامة في القواعد هذا الاحتمال، ونفى عنه الشارح البأس والله تعالى أعلم.

قوله: (وان اتفقا بطلا الخ).

يتحقق اتفاق العقدين بافتراضهما في القبول وانما بطل العقدان، لامتناع الحكم بصحةهما لتنافيهما، وبصحة احدهما دون

[السادسة) لا ولاية للام]

الاخر، لانه ترجيح من غير مرجح.

والقول بصحة عقد الاكبر للشيخ وأتباعه، واستدل بما رواه عن الوليد ببيع الاسفاط^(١)، قال سئل ابو عبد الله عليه السلام وانا عنده عن جارية كان لها اخوان، زوجها الاكبر بالكوفة، وزوجها الاصغر بأرض أخرى؟ قال: الاول (أحق بها)^(٢) الا أن يكون الآخر قد دخل بها، فإن دخل بها فهي امرأته^(٣).

والرواية ضعيفة السند باشتراك راويها بين الثقة وغيره، قاصرة عن إفادة المطلوب. ويمكن حملها على ما إذا كان فضولين، ويكون معنى قوله: (الاول أحق بها) أنه يستحب لها اجازة العقد الاكبر الذي هو الاول الا أن يكون الآخر دخل بها، فان الدخول يكون إجازة لعقده.

قوله: (السادسة: لا ولاية للام (إلى قوله) عنه) الخلاف في هذه المسألة وقع في مقامين (احدهما) في ولاية الام وقد نقل جدي^(٤) في المسالك اتفاق الاصحاب عدا ابن الجنيد على ان الام لا ولاية لها على الولد مطلقا وقال ابن الجنيد: فاما الصبية غير البالغة^(٥) فإذا عقد عليها ابوها فبلغت لم يكن لها اختيار، وليس ذلك لغير الاب وآبائه في حياته، والام وابوها يقومان مقام الاب وآبائه في ذلك، لان رسول الله ﷺ أمر نعيم بن الحجاج أن يستأمر ام ابنته

(١) السفت محركة واحد الاسفاط التي يحى فيه ونحوه النكاح (مجمع البحرين).

(٢) هكذا في النسخ وفي التهذيب والوسائل: الاول بها قوله أولى وزاد في آخره: ونكاحه جائز.

(٣) الوسائل، باب ٧ حديث ٤ من ابواب عقد النكاح، ج ١٤ ص ٢١١.

(٤) يعني جده الامي فان ابا صاحب المدارك وهو علي بن الحسين بن أبي الحسن الموسوي قد تزوج ابنة الشهيد الثاني فولدت منه صاحب المدارك السيد محمد ﷺ.

(٥) هكذا في النسخ والصواب (غير البالغة).

[فلو زوجت الولد فاجاز صح، ولو انكر بطل.
وقيل يلزمها المهر ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه].
في أمرها، وقال: وأمروهن في بناتهن^(١).
ومقتضى كلامه ثبوت الولاية للام وأبيها مع فقد الاب وآبائه لأمع وجودهم.
وهو ضعيف وحجته قاصرة ويدفعه صريحا، قوله عائشة في صحيحة زرارة: (لا ينقض النكاح الا
الاب)^(٢).
وفي صحيحة محمد بن مسلم وقد سأل عن الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ ان كان ابوها اللذان
زوجاهما فنعم^(٣) إلى غير ذلك من الاخبار الكثيرة^(٤).
(الثاني) لو زوجت الام الولد بغير اذنه توقف على اجازته، سواء كان قبل البلوغ ام بعده، فان
اجاز لزمه العقد والمهر، وان رد بطل العقد وتبعه المهر.
وقال الشيخ: يلزمها مع رده المهر، تحويلا على رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عائشة انه
سأله عن رجل زوجته امه وهو غائب؟ قال: النكاح جائز، ان شاء المتزوج قبل، وان شاء ترك،
فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه^(٥).
والرواية، ضعيفة السند مخالفة لمقتضى الأدلة الشرعية لتضمنها لزوم الام المهر مع فساد
التزويج.

(١) لم نعثر عليها في كتب العامة.

(٢) الوسائل، باب ٤ حديث ١ من ابواب عقد النكاح، ج ١٤ ص ٢٠٥.

(٣) الوسائل، باب ٦ قطعة من حديث ٨ من ابواب عقد النكاح، ج ١٤ ص ٢٠٨ وفيه: نعم جائز.

(٤) راجع باب ٨ المتقدم.

(٥) الوسائل، باب ٧ حديث ٣ من ابواب عقد النكاح، ج ١٤ ص ٢١١.

[ويستحب للمرأة أن تستأذن أبها بكرة (كانت خ) أو ثيبا.
وان توكل أخاها اذا لم يكن لها أب ولا جد].
وحملها المصنف على ما لو ادعت الوكالة ولم تثبت، فانها تضمن المهر لانها فوتت البضع على
الزوجة وغرتها بدعوى الوكالة، فضمنت عوضه.
وهو مشكل، فان ضمان البضع بالتفويت ممنوع، وانما تضمن بالاستيفاء على بعض الوجوه لا
مطلقا.
والاصح عدم لزوم المهر لمدعي الوكالة مطلق الا مع ضمانه فيلزم بما ضمنه من الجميع أو
البعض لا عترافه بلزوم ما ضمنه للزوجة في ذمته.
وفي قول المصنف^(١): (ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه) مناقشة، لان ظاهره أن الحمل لهذا
القول، وليس بجيد، اذ لا ضرورة إلى حمل القول على خلاف ظاهره، بل قد لا يمكن ذلك مع
تصريح القائل بخلافه.
ولعل المراد حمل مستند هذا القول على ذلك، لكن العبارة لا تساعد عليه.
قوله: (ويستحب للمرأة (إلى قوله) ثيبا) اما استيذان البكر فقد تقدم الكلام فيه.
وأما استحباب استيذان الثيب فعلة بأن الاب في الاغلب اخير بالانسب من الرجال واعرف
باحواله فكان الوقوف مع اذنه أولى، ولا بأس به.
قوله: (وان توكل أخاها اذا لم يكن لها أب ولا جد) وذلك لانه اخير بالمناسب غالبا من
الازواج وتلحقه غضاضة^(٢) بتقصيرها في الاختيار.
وفي رواية إبي بصير: ان الاخ من جملة من بيده عقدة النكاح^(٣).

(١) يعني في المتن فلاحظ.

(٢) قولهم: ليس عليك في هذا الامر غضاضة أي ذلة ومنقصة (مجمع البحرين).

(٣) راجع الوسائل، باب ٨ حديث ٤ من ابواب عقد النكاح ج ١٤ ص ٢١٣ نقلا بالمعني.

[وان تتحول على الأكبر، وان تختار خيرته من الأزواج.

الفصل الثالث: في أسباب التحريم

وهي ستة: أولاً: النسب وتحرم به سبع، الأم وان علت، والبنت وان سفلت، والاخت وبناتها وان سفلن، والعمة وان ارتفعت، وكذا الخالة، وبنات الاخ وان هبطن].
قوله: (وان تعول على الأكبر وان تختار خيرته من الأزواج) هذا اذا كان الزوجان متساويين في الكمال أو كان مختار الأكبر أرجح، اما لو كان مختار الاصغر اكمل فينبغي لها اختياره.

الفصل الثالث في أسباب التحريم

وهي ستة.
قوله: (الاول: النسب (إلى قوله) وان هبطن) هذه المحرمات السبع هن المذكورات في قوله تعالى: حرمت عليكم امهاتكم (إلى قوله) وبنات الاخت^(١) وهي الأم، وضابطها كل امرأة ولدته او انتهى نسبه اليها من العلو بالولادة لاب كانت او لام.
والبنت، وهي التي ينتهي اليه نسبها بالتولد ولو بوسائط.
والاخت وبناتها وان سفلن، وهن كل امرأة ولدها ابواه او احدهما او انتهى نسبها اليها بالتولد.

(١) النساء / ٢٣.

[الثاني: الرضاع ويحرم منه ما يحرم من النسب]

والعمة وان ارتفعت، وهى كل انثى هي اخت ذكر ولده بواسطة او غيرها من جهة الاب او الام او منهما. والخالة وان علت، وهي كل انثى هي اخت انثى ولدته بواسطة أو غيرها من جهة الاب أو الام أو منهما.

فالمراد بالارتفاع في العمة والخالة، عمة الاب والام وخالتهما، وعمة الجد والجدة وخالتهما، وهكذا لا عمة العمة وخالة الخالة، فانهما قد لا تكونان محرمتين، اذا كان لرجل عمة هي اخت ابيه عن امه ولها عمة هي اخت ابيها، فان هذه لا تحرم على ذلك الرجل وان كانت عمة لعمته. وبنات الاخ لاب كان او لام أو لهما. وبنات أولاده وان نزلوا. وقد ضبطت المحرمات بعبارة أخصر من ذلك، وهي انه يحرم على الرجل أصوله وفروعه وفروع أول أصوله، وأول فرع من كل أصل وان علا.

وأخصر من ذلك أن يقال: إنه يحرم على الانسان كل قريب عدا أولاد العمومة والخولة. قوله: (الثاني: الرضاع ويحرم منه ما يحرم من النسب) هذا الحكم مجمع عليه بين علماء الاسلام مروي من الطرفين.

فروى العامة عن النبي ﷺ انه قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب^(١).

وروى الشيخ في الصحيح عن ابن سنان، قال: سئل ابو عبد الله ﷺ

(١) عوالي اللئالي، ج ١ ص ٤٤ ولاحظ ذيله.

وانا حاضر عن امرأة ارضعت غلاما مملوكا لها، من لبنها حتى فطمته هل يحل لها بيعه (أن تبيعه ثل)؟ قال: فقال: لا، هو ابنها من الرضاع (عة ثل كا) حرم عليها بيعه وأكل ثمنه.

ثم قال: اليس قد قال رسول الله ﷺ (١): يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (٢) وما رواه الكليني في الحسن عن عبدالله بن سنان، عن إبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة (٣).

وعن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الرضاع، فقال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (٤). ويستفاد من هذه العبارة ان كل موضع يثبت فيه المحرمية بالنسب يثبت المحرمية بمثل تلك القرابة من الرضاع. فالام من الرضاع تحرم كالام من النسب، وكذا البنت، والاخت، والعمة، والخالة، وبنات الاخ، وبنات الاخت. فامك من الرضاعة هي كل امرأة ارضعتك أو رجع نسب من ارضعتك أو صاحب اللبن، اليها أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو انثى وان علا كمرضعة أحد ابويك أو اجدادك أو جداتك. واختها خالتك من الرضاعة، وأخوها خالك، وأبوها جدك، كما ان ابن مرضعتك اخ، وبناتها اخت إلى آخر أحكام النسب. والبنات من الرضاع كل انثى رضعت من لبنك أو لبن من ولدته أو

(١) ليس رسول الله ﷺ قال كا.

(٢) الوسائل، باب ١٧ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٠٧.

(٣) الوسائل، باب ١ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨١.

(٤) الوسائل، باب ١ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨١.

[وشروطه أربعة (الاول) أن يكون اللبن عن نكاح فلو در أو كان عن زنا لم ينشر]

أرضعتها امرأة ولدتها، وكذا بناتها من النسب والرضاع.
والاخت هي كل امرأة أرضعتها امك بلبن أبيك، وكذا كل امرأة ولدتها المرضعة او الفحل أو
أرضعت باللبن الذي للفحل الذي أرضعت بلبنه.
والعمات والخالات أخوات الفحل والمرضعة، وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع.
وكذا كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك أو أرضعت بلبن واحد من أجدادك من النسب
والرضاع.

وبنات الاخ وبنات الاخت، بنات أولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب.
وكذا كل انثى أرضعتها اختك وبنت اختك، وبنات كل ذكر أرضعته امك او ارتضع بلبن
أبيك.

قوله: (الاول ان يكون اللبن عن نكاح فلو در أو كان عن زنا لم ينشر) هذا لشروط مجمع عليه
بن الاصحاب نقله جماعة منهم جدي رحمته الله في المسالك.

ويدل عليه ان ذلك هو المتعارف من الرضاع فينصرف اليه اللفظ عند الاطلاق.
وما رواه الكليني في الصحيح عن عبدالله بن سنان، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن لبن
الفحل، قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة اخرى فهو حرام^(١).

(١) الوسائل، باب ٦ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٤.

[الثاني) الكمية وهي ما أنبت اللحم وشد العظم]

وعن يونس بن يعقوب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن امرأة در لبنها من غير ولادة، فارضعت جارية وغلاما بذلك (من ذلك ثل) اللبن هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال: لا^(١).

المراد بالنكاح في عبارة المصنف، الوطاء الصحيح فيندرج فيه الوطاء بالعقد الدائم والمنقطع وملك اليمين. هل يلحق به وطاء الشبهة؟ قيل: نعم، وإليه ذهب الأكثر، لان قوله تعالى: ومهاتكم اللآتي ارضعنكم^(٢)، يتناوليه، ولانه كالصحيح في النسب واللبن ابعد له. وقيل: لا، وإليه ذهب ابن ادريس، فانه قال: وطاء الشبهة لا ينشر حرمة ثم قوى بعد ذلك التحريم، وقال: لي في ذلك نظر وتامل.

وكأن وجهه أن ذلك نادر فلا يحمل عليه الاطلاق، وللتوقف في ذلك مجال ومعنى كون اللبن عن نكاح ان يحصل من النكاح وان يصدر بسببه اللبن فلا يكفي مجرد الوطاء الصحيح لو فرض درور اللبن من غير ولد وهل يعتبر انفصال الولد؟ صرح في القواعد بعدمه، ومال اليه في المسالك، وجزم في التحرير باعتبار انفصاله حيث قال: (ولا من در لبنها من غير ولادة) ومال اليه في التذكرة. وهو قوي اقتصارا فيما خالف الاصل على موضع اليقين وحمل للرضاع المحرم على ما هو المتعارف منه اعني ما بعد الولادة، ولان الحمل لا يصدق عليه اسم الولد.

قوله: (الثاني الكمية وهي ما انبت اللحم وشد العظم).

اتفق الاصحاب على ان مطلق الرضاع ومسماه غير كاف في نشر الحرمة بل لابد معه من

(١) الوسائل، باب ٩ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٠١.

(٢) النساء / ٢٣.

مقدار معين زائد. وقدره بالاثَر، وبالزمان، وبالعدد.

اما الاول فهو ما أنبت اللحم وشد العظم، وذكر جدي عليه السلام في المسالك أنه لا خلاف في أن ذلك ناشر للحرمة.

ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح، عن علي بن رثاب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم وشد العظم، قلت: فيحرم عشر رضعات؟ قال: لا، لأنها لا تنبت اللحم ولا تشد العظم^(١).

وما رواه الكليني، عن عبد الله بن سنان قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم وشد العظم^(٢).

وعن عبد الله بن سنان، عن أبي الحسن صلوات الله عليه، قال: قلت له: يحرم من الرضاع الرضعة والرضعتان والثلاثة؟ قال: لا إلا ما اشتد عليه العظم ونبت (عليه خ) اللحم^(٣).

وفي الصحيح، عن عبيد بن زرارَةَ انه قال لابي عبد الله عليه السلام: ما الذي يحرم من الرضاع؟ فقال: ما أنبت اللحم والدم، فقلت: وما الذي ينبت اللحم والدم؟ فقال: كأن يقال: عشر رضعات، قلت: فهل يحرم عشر رضعات؟ قال: دع ذا، وقال: ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع^(٤). وفي الحسن، عن حماد بن عثمان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

(١) الوسائل، باب ٢ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع، ج ١٤ ص ٢٨٣ وفيه بعد قوله: ولا تشد العظم زاد قوله عليه السلام: (عشر رضعات).

(٢) الوسائل باب ٣، حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٩.

(٣) الوسائل باب ٢ حديث ٢٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع، ج ١٤ ص ٢٨٨.

(٤) الوسائل باب ٢ قطعة من حديث ١٨ من ابواب ما يحرم بالرضاع، ج ١٤ ص ٢٨٧.

[أو رضاع يوم وليلة].

لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم^(١).

والاخبار الواردة بذلك كثيرة جدا^(٢)، لكن وقع في بعضها التقدير بما أنبت اللحم وشد

العظم^(٣)، وفي بعضها بما انبت اللحم والدم^(٤).

والظاهر حصول التلازم بين ما ينبت اللحم ويشد العظم، ومن ثم اكتفى جمع من الاصحاب بأحد الأمرين، والمرجع في ذلك إلى قول أهل الخبرة.

ويشترط التعدد والعدالة ليثبت به التحريم، ولا يكفي فيه اخبار الواحد بذلك قطعاً، بخلاف المرض المبيح للفطر او التيمم حيث اكتفى فيه بالواحد، لان المرجع فيه إلى الظن، وهو قد يحصل باخبار الواحد وان كان فاسقاً.

قوله: (أو رضاع يوم وليلة) هذا هو التقدير بالزمان، والمشهور بين الاصحاب، الاكتفاء فيه برضاع يوم وليلة.

والمستند في ذلك ما رواه الشيخ، عن زياد بن سوفة، قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال: لا يجزم من الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهم رضعة امرأة غيرها^(٥).

وهذه الرواية معتبرة الاسناد، اذ ليس في طريقها مطعون فيه سوى عمار الساباطي^(٦) فانه قيل: انه كان فطحياً، لكنه ثقة، وقال الشيخ: ان كتابه جيد

(١) الوسائل باب ٣ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع، ج ١٤ ص ٢٨٩.

(٢) لاحظ الوسائل باب ٣ ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٩.

(٣) كرواية عبدالله بن سنان المتقدمة.

(٤) كرواية عبيد بن زرارة وحماد بن عثمان المتقدمين وغيرهما.

(٥) الوسائل باب ٢ حديث ١ من ابواب يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٣.

(٦) سنده كما في التهذيب هكذا محمد بن احمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن الحسين بن محبوب، عن هشام بن سالم، عن عمار بن موسى الساباطي، عن جميل بن صالح عن زياد بن وقعة.

معتمد.

لكنها لا تبلغ حجة في اثبات هذا الحكم، ولعل اشتهاها بين الطائفة وعملهم بمضمونها يجير
وهنا.

وقال الصدوق في المقنع: لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم، قال: وروي انه لا
يحرم من الرضاع إلا رضاع خمسة عشرة يوما ولياليهن ليس بينهن رضاع، وبه كان يفتي شيخنا محمد
بن الحسن عليه السلام تعالى.

ثم قال: وروي انه لا يحرم من الرضاع الا ما كان حولين كاملين وروي انه لا يحرم من الرضاع
الا ما ارتضع من ثدي واحد^(١) هذا كلامه عليه السلام.

وقد روى رواية الحولين في كتابه: من لا يحضره الفقيه، عن عبيد بن زرارة، عن زرارة، عن أبي
عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الرضاع، فقال: لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدي واحد
حولين كاملين^(٢).

وفي الصحيح، عن عبيد بن زرارة، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لا يحرم من الرضاع
الا ما كان حولين كاملين^(٣).

واجاب الشيخ، عن الرواية الاولى بالحمل على ان قوله: (حولين كاملين) يكون ظرفا للرضاع،
فكأنه قال: لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدي واحد في حولين كاملين.
وهو تأويل بعيد، مع أن وصف الحولين بالكمال على هذا التقدير لا معنى له.

(١) المقنع والهداية ص ١١٠، وراجع الوسائل باب ٢ حديث ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٦.

(٢) الوسائل باب ٥ حديث ٨ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٢.

(٣) الوسائل باب ٥ حديث - ١٠ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٢.

[ولا حكم لما دون العشر].

وأما رواية السنة فقد رواها أيضا فيمن لا يحضره الفقيه بطريق صحيح عن العلا وهو ابن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن الرضاع فقال: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدي واحد سنة^(١).

وأجاب عنها الشيخ في التهذيب بأنه خبر نادر مخالف للاحاديث كلها، وما هذا سبيله لا يعترض به الاخبار الكثيرة. والمسألة قوية الاشكال. وعلى القول بالاكْتفاء باليوم والليلة يعتبر ارضاعه فيها كلما طلبه أو احتاج إليه عادة وإن لم يتم العدد ولم يحصل الوصف السابق. ولا فرق بين اليوم الطويل وغيره، وهل يكفي الملقق منهما لو ابتدأ في اثناء احدهما؟ وجهان من الشك في صدق الشرط، وتحقق المعنى.

قوله: (ولا حكم لما دون العشر) هذا هو المعروف من مذهب الاصحاب، ويدل عليه مضافا إلى ما سبق روايات كثيرة.

(منها) ما رواه الكليني في الصحيح عن صفوان بن يحيى، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرضاع ما يحرم منه؟ فقال: سألت رجل أبي عنه، فقال: واحدة ليس بها بأس وثنان حتى يبلغ (بلغ ثل) خمس رضعات، قلت: متواليات أو مصة بعد مصة؟ قال: هكذا قال له^(٢). وفي الصحيح، عن معاوية بن عمار عن صباح بن سيابة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس بالرضعة والرضعتين والثلاث^(٣)، إلى غير ذلك من

(١) الوسائل باب ٢ حديث ١٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٦.

(٢) الوسائل باب ٢ حديث ٢٤ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٨ وزاد فيه: وسأله آخر عنه، فأنتهى به إلى الشيخ وقال: ما أكثر ما أسأل عن الرضاع.

(٣) الوسائل باب ٢ حديث ٢٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع.

[وفي العشر روايتان، اشهرهما انهما لا تنشر، ولو رضع خمس عشرة رضعة تنشر].
الاخبار الكثيرة.

وقال ابن الجنيد: اختلفت الرواية من الوجهين جميعا في قدر الرضاع المحرم الا ان الذي أوجبه الفقه عندي واحتياط المرء لنفسه، ان كلما وقع عليه اسم الرضعة وهو (هي خ) ماملات بطن الصبي إما بالمص او بالوجور^(١)، تحرم النكاح.

واستدل له في المختلف بما رواه الشيخ في الصحيح عن علي بن مهزيار، عن أبي الحسن عليه السلام انه كتب اليه يسأله عما يحرم من الرضاع؟ فكتب عليه السلام: قليله وكثيره حرام^(٢).

وهذه الرواية لا تناسب الاحتجاج بها لابن الجنيد، لانها لا تدل على ما اعتبره، من الرضعة التامة ولا نعلم بمضمونها قائلًا مع ان الاخبار الواردة بخلاف ما تضمنه تكاد ان تبلغ حد التواتر المعنوي. والاجود حملها على التقية لموافقتها لمذهب كثير من العامة فقد اكتفى فيه بعضهم بمسماه وقدره بعضهم بمقدار ما يفطر الصائم وادعى عليه اجماع اهل العلم. ويمكن حملها ايضا على ان المراد ان الرضاع بعد الفطام محرم قليله وكثيره. وكيف كان فلا ريب في ضعف ما ذهب إليه ابن الجنيد.

قوله: (وفي العشر روايتان اشهرهما انهما لا تنشر، ولو رضع خمس عشرة رضعة تنشر) اختلف الاصحاب في نشر الحرمة بالعشر فذهب الاكثر كالمفيد،

(١) الوجور دواء يوجر في وسط الفم وقد جاء في الحديث وجور الصبي اللبن بمنزلة الرضاع وربما كان من باب القلب أي وجور اللبن في فم الصبي (مجمع البحرين).

(٢) الوسائل، باب ٢ حديث ١٠ عن ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٥.

وسلار، وابن البراج، وأبي الصلاح، وابن حمزة، والعلامة في المختلف، وولده في الشرح والشهيد في اللعة، إلى أنها تنشر.

وذهب الشيخ والمصنف وجماعة إلى اعتبار خمسة عشرة وعدم الاكتفاء بالعشر والقولان لابن ادريس.

احتج الاولون بما رواه الشيخ، عن الفضل بن يسار، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: لا يحرم من الرضاع الا المجبورة (المخبورة ثل) أو خادم أو ظئر^(١) فيرضع عشر رضعات يروي الصبي وينام^(٢). وقد وصف العلامة هذه الرواية في المختلف بالصحة مع ان في طريقها محمد بن سنان^(٣) وقد ضعفه النجاشي، وقال الشيخ في موضع من الاستبصار انه ضعيف جدا وما يختص بروايته لا يعمل عليه.

وقال العلامة في المختلف لما اورد ذلك على نفسه: ان قد بينا رجحان العمل برواية محمد بن سنان في كتاب الرجال، والذي اختار في الخلاصة، التوقف فيما يرويه لا رجحان العمل بقوله. مع ان الصدوق رحمته الله اورد هذه الرواية في من لا يحضره الفقيه بطريق صحيح عن حريز^(٤)، عن الفضل بن يسار، وهي خالية من ذكر العدد.

(١) في هامش بعض النسخ: الظئر المرضعة غير ولدها الذكر والانثى ومنه حديث سيف الصبي، فانه ظئر ابراهيم بن النبي زوج مرضعته (انتهى) وفي هامشه: والاصل في الظئر العطف ومنه ناقة مظئورة اذا عطفت على غير ولدها فسميت المظئورة لانها تعطف على الرضيع وجمع الظئر اظئار كحمل واحمال (انتهى).

(٢) الوسائل باب ٢ حديث ١١ من أبواب ما يحرم بالرضاع، ج ١٤ ص ٢٨٥.

(٣) وسندها كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب، عن محمد بن الحسين، عن محمد بن سنان، عن حريز عن الفضيل بن يسار.

(٤) طريق الصدوق إلى حريز كما في المشيخة هكذا: وما كان فيه عن حريز بن عبدالله فقد رويته عن أبي عليه السلام عن عبدالله بن جعفر الحميري، عن محمد بن عيسى بن عبيد والحسن بن ظريف وعلي بن اسماعيل بن عيسى كلهم عن حماد بن عيسى عن حريز بن بدالله.

فانه روى، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: لا يحرم من الرضاع الا ما كان مجبوراً، قال: قلت: وما المجبور؟ قال: ام تربي او ظئر تستأجر أو أمة (خادم ثل) تشتري^(١).

واستدلوا على هذا القول ايضاً بان الرضاع الذي ينبت اللحم محرم والعشر، تنبت اللحم. اما الاولى فمسلمة واما الثانية: فلما رواه الشيخ في الصحيح عن عبيد بن زرارة، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: انا اهل بيت كبير فرمما كان الفرح والحزن (الذي ثل) يجتمع فيه الرجال والنساء فرمما استحييت (استخفت خ ثل) المرأة ان تكشف رأسها عند الرجال الذي بينها وبينه الرضاع (رضاع ثل)، وربما استخف الرجل ان ينظر إلى ذلك، فما الذي يحرم من الرضاع؟ فقال: ما انبت اللحم والدم، فقلت: وما الذي ينبت اللحم والدم؟ فقال كأن يقال: عشر رضعات، قلت: فهل يحرم بعشر (تحرم عشر ثل) رضعات؟ فقال: دع ذا، وقال: ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع^(٢).

وهذه الرواية غير دالة على المدعى، بل هي بالدلالة على نقيضه اشبه، فانه عليه السلام نسب الحكم بكون العشر تنبت اللحم الي غيره، ولما فهم منه السائل ذلك سأله عما عنده في ذلك، فاعرض عليه عن الجواب، وقال له: (دع ذا) وأتى عليه السلام بكلام آخر لا دخل له في الجواب.

(١) الوسائل باب ٢ مثل حديث ٧ بطريق الصدوق عليه السلام من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٤.

(٢) الوسائل باب ٢ مثل حديث ١٨ بطريق الصدوق عليه السلام من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٥.

ويدل على عدم النشر بال عشر صريحا صحيحة على بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام حيث قال فيها: قلت: فتحرم عشر رضعات؟ قال: لا، لأنها لا تنبت اللحم ولا تشد العظم عشر رضعات^(١).

وموثقة عبيد بن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سمعته يقول: عشر رضعات لا تحرم^(٢).
وموثقة عبدالله بن بكير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سمعته يقول: عشر رضعات لا تحرم^(٣).
وقد ظهر مما قررنا ضعف هذا القول.

احتج الشيخ واتباعه على اعتبار الخمس عشرة بما رواه، عن زياد بن سوفة، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال: لا يحرم من الرضاع اقل من يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة الحديث^(٤).
وقد أوردناه سابقا وبينا أن في طريقه عمار الساباطي، وقيل انه كان فطحيا مع ان هذه الرواية معارضة بما رواه الشيخ، عن عمر بن يزيد، قال سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول: خمس عشرة رضعة لا تحرم^(٥).

واجاب الشيخ رحمته الله عن هذه الرواية بالحمل على ما اذا كانت الرضعات متفرقة.

-
- (١) الوسائل باب ٢ قطعة من ح ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع، ج ١٤ ص ٢٨٣ وصدده وأجاب قال: قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم وشد العظم قلت الخ.
(٢) الوسائل باب ٢ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٣.
(٣) الوسائل باب ٢ حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٣.
(٤) الوسائل باب ٢ قطعة من حديث ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٣.
(٥) الوسائل باب ٢ حديث ٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٣.

*

[ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة، كمال الرضعة. وامتصاصها من الثدي].

وبالجملة فالأخبار من الطرفين لا تخلو من قصور من حيث السند.

لكن ذكر جدي عليه السلام في المسالك أنه إذا اسقط اعتبار ما دل على الاكتفاء بالعشر، تعين القول بالخمس عشرة وإن لم تعتبر أدلته، إذ لا قائل بما فوقه، ولا بما بينه وبين العشر، ويبقى ما دل على الخمس عشرة شاهداً.

فإن تم ما ذكره فذاك والا فليلتوقف في ذلك مجال، والله تعالى أعلم بحقائق أحكامه.

قوله: (ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة، كمال الرضعة) المراد بالرضعات العشر أو الخمس عشرة، المحرمة، ولا ريب في اعتبار هذا القيد، لأن المتبادر من الرضعة، الكاملة، والمرجع في كمالتها إلى العرف فإنه المحكم فيما لم يتعين له الشارع حداً مضبوطاً، وقيل: حده أن يروى الولد ويصدر من قبل نفسه، والتفسيران متقاربان وفي رواية ابن أبي عمير، عن بعض أصحابه، عن أبي عبد الله عليه السلام: الرضاع الذي ينبت اللحم والدم، هو الذي يرضع حتى يتضلع ويتملا وينتهي من نفسه^(١). وهل يعتبر صحة مزاج الولد؟ وجهان أظهرهما ذلك حملاً على المعهود، ويحتمل العدم لإطلاق النصب.

قوله: (وامتصاص من الثدي) هذا قول معظم الأصحاب ويدل عليه أن الرضاع (الارضاع خ) والارتضاع إنما يتحقق عرفاً بامتصاص اللبن من الثدي، فإن من شرب لبن حيوان من أناء مثلاً لا يقال: إنه ارتضع منه ويقال لمن التقم

(١) الوسائل باب ٤ حديث ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٠، والاضطلاع من الضلعة وهي القوة واصطلح بهذا الأمر أي قدر كأنه قويته عليه ضلوعه (مجمع البحرين).

[وان لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة].

الثدي وتناول اللبن منه: إنه ارتضع.

وخالف في ذلك ابن الجنييد فلم يعتبر المص من الثدي واكتفى بوجور اللبن في الحلق.

ولعل مستنده ما رواه ابن بابويه مرسلًا عن الصادق عليه السلام انه قال: وجور الصبي اللبن بمنزلة

الرضاع^(١). وارسال هذه الرواية يمنع من العمل بها.

واحتج له في المختلف بما رواه جميل بن دراج في الصحيح عن الصادق عليه السلام، قال: اذا رضع

الرجل من لبن امرأة حرم عليه كل شيء من ولدها^(٢)، قال: وهو يصدق مع الوجور. ثم اجاب عنه

بالمنع من صدق الرضاع معه، وهو كذلك. وكما يعتبر هذا الشرط في الرضعات المحرمة، يعتبر في

مطلق الرضاع المحرم، فلا وجه لادراجه في الشروط المختصة بها.

قوله: (وان لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة) هذا الشرط مقطوع به في كلام

الاصحاب، بل ذكر جدي عليه السلام في المسالك: انه لا خلاف فيه.

ويدل عليه قوله عليه السلام في رواية زياد بن سوفة: او خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة

من لبن فحل واحد لم يفصل بينها برضعة امرأة غيرها^(٣).

وهل يتحقق الفصل بمسمى الرضاع أو لا يتحقق الا بالرضعة التامة؟

(١) الوسائل باب ٧ قطعة حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٨ الا انه ليس في لفظة (اللبن).

(٢) الوسائل باب ١٥ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٠٦.

(٣) الوسائل باب ٢ قطعة من حديث ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٣.

(الثالث) ان يكون في الحولين، وهو يراعي في المرتضع دون ولد المرضعة على الاصح

قولان اختار اولهما العلامة في القواعد، لاطلاق الخبر، والثاني في التذكرة حملا للرضعة على الكاملة. ولا عبرة بتخلل غير الرضاع من المأكول والمشروب، وشرب اللبن من غير الثدي ونحوه. وكما يقدر الفصل بالرضعة في توالى العدد المعتبر، كذا يقدر في رضاع اليوم واللييلة، بل يقدر هنا تناول المأكول والمشروب ايضا بخلاف العدد. واما التقدير بالاثار فالمعتبر حصوله كيف كان. قوله: (الثالث أن يكون في الحولين الخ).

اجمع الاصحاب على ان من شرائط الرضاع المحرم وقوعه قبل ان يستكمل المرتضع الحولين، حكى ذلك العلامة في التذكرة، وحكاها ايضا عن اكثر اهل العلم. ويدل عليه ما رواه الكليني في الصحيح عن الفضل بن عبد الملك، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الرضاع قبل الحولين قبل ان يفطم^(١).

وفي الحسن، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا رضاع بعد فطام^(٢). وعن حماد بن عثمان، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا رضاع بعد فطام، (قال خ): قلت: جعلت فداك وما الفطام؟ قال: الحولين الذي (الذين يب) قال الله عز وجل^(٣).

(١) الوسائل، باب ٥ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩١.

(٢) الوسائل، باب ٥ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩١.

(٣) الوسائل، باب ٥ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩١.

ومقتضى اعتبار كون الرضاع في الحولين، انه لا عبرة برضاعه بعدهما وان كان جائزا كالشهر والشهرين معهما، وأنه لو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما حصل التحريم. ونقل عن ابن الجنيد انه خالف في الحكم الاول وحكم بالتحريم إذا وقع الرضاع بعد الحولين ولم يتوسط بين الرضاعين فطام.

ويدل عليه ما رواه الشيخ، عن داود بن الحصين، عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال: الرضاع بعد الحولين قبل ان يفطم محرم^(١) (يحرم خ).

لكنها ضعيفة السند، فان راويها قال الشيخ: انه واقفي، وقال في التهذيب: ان هذا الخبر نادر مخالف للاحاديث كلها، وما هذا سبيله لا يعترض به الاخبار الكثيرة.

وضعف الشهيد رحمته الله في الشرح قول ابن الجنيد، وأنه مسبوق بالاجماع وملحق به. واما الحكم الثاني وهو حصول التحريم لو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما فالخلاف فيه غير متحقق، لكن نقل عن ابن أبي عقيل انه قال: الرضاع الذي يحرم، عشر رضعات قبل الفطام. وربما اشعرت هذه العبارة بأن من فطم قبل الحولين ثم ارتضع لا يكون رضاعه محرما. واستدل له في المختلف برواية الفضل المتقدمة حيث قال فيها: (الرضاع قبل الحولين قبل ان يفطم)^(٢) ثم اجاب عنه بأن المراد بالفطام، الشرعي، أي قبل

(١) الوسائل، باب ٥ حديث ٧ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٢.

(٢) الوسائل، باب ٥ حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩١.

[ولو حصل الشك في بلوغ النصاب او في وصول اللبن إلى الجوف في بعض المرات لم تثبت الحرمة]. ان يستحق الفطام. وهو حسن، ولعل ذلك مراد ابن أبي عقيل فيرتفع الخلاف كما ذكره في المختلف هذا كله في المرتضع.

واما ولد المرضعة - وهو الذي حصل اللبن من ولادته فهل يشترط كونه في الحولين حين الارتضاع بحيث لا يقع شيء من الارتضاع بعد تجاوزه اياهما؟ فيه قولان (احدهما) الاشتراط فلا يحرم الرضاع لو وقع بشيء منه بعد استكمال حولين وهو قول أبي الصلاح وابن حمزة وابن زهرة تمسكا بظاهر قوله عليه السلام: لا رضاع بعد فطام^(١) فانه يتناول ولد المرضعة كما يتناول المرتضع. ويشكل بان المتبادر من هذا اللفظ فطام المرتضع دون ولد المرضعة.

(والثاني) عدم الاشتراط، وهو اختيار ابن ادريس وجماعة منهم المصنف، لعموم قوله تعالى: وأمهاكم اللاتي ارضعنكم^(٢)، ونحوه من العمومات السالمة من المخصص، وهذا أقوى. قوله: (لو حصل الشك في بلوغ النصاب الخ)^(٣) لان الاصل عدم الحرمة، ولو حصل الشك في وقوع الرضاع في الحولين تعارض أصالة البقاء واصالة عدم تقدم الرضاع، فان التقدم يقتضي تحقق الرضاع في زمان متقدم والاصل عدمه، ومع تعارض الاصلين تبقى اصالة الاباحة سالمة من المعارض.

وأیضا فان شرط التحريم وقوع الرضاع في الحولين والجهل بالشرط جهل بالمشروط.

(١) الوسائل، باب ٥ حديث ١ ٥ ١١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٠ ٢٩٣.

(٢) النساء / ٢٣.

(٣) هذا المتن غير موجود في اصل نسخ المتن مطبوعة ومخطوطة ولم ينقل ايضا في الرياض وكشف الرموز وانما هو منقول في الشروح كلها حتى في النسخة التي هي بخط الشارح قده التي هي عندنا.

*

[الرابع) أن يكون اللبن لفحل واحد

فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد، ولو اختلفت المرضعتان، ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن حل وان اتحدت]

قوله: (الرابع ان يكون اللبن لفحل واحد الخ).

الكلام في هذه المسألة يتوقف على بيان مقدمة، وهي ان الرضاع المحرم يعتبر حصوله من مرضعة واحدة من لبن فحل واحد. فلو رضع الصبي بعض العدد من امرأة واكملته من اخرى لم ينشر الحرمة وان اتحد الفحل وادعى العلامة في التذكرة على ذلك الاجماع. وكذا لو أرضعته امرأة واحدة، الرضاع المعتبر من لبن فحلين بان أرضعته بلبن واحد بعض الرضعات ثم فارقها الزوج وتزوجت بغيره واكملت العدد بلبنه، فان ذلك لا ينشر الحرمة بين الولد والمرضعة. ويتصور فرض ما ذكر من المثال، بأن يستقل الولد بالمأكل في المدة المتخللة بين الرضاعين، بحيث لا يفصل بينهما برضاع أجنبية ثم تكمل العدد فان ذلك لا يقدح في حصول التحريم بالرضعات كما عرفته سابقا.

وادعى العلامة الاجماع على هذا الحكم ايضا.

ويدل عليه وعلى الذي قبله أصالة عدم التحريم بدون الشرط المذكور.

وان الظاهر من النصوص المتضمنة للتحريم بالرضاع كونه من امرأة واحدة من لبن فحل واحد.

وقوله عليه السلام في رواية زياد بن سوفة: (أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد)^(١).

إذا تقرر ذلك فنقول: المشهور بين الاصحاب أنه يشترط اتحاد الفحل في

(١) الوسائل، باب ٢ قطعة من حديث ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٣.

التحريم بين رضيعين فصاعدا بمعنى أنه لا بد في تحريم أحد الرضيعين على الآخر مع اجتماع الشروط السابقة من كون الفحل وهو صاحب اللبن الذي رضعاً منه واحداً، فلو ارتضع أحد الصغيرين من امرأة من لبن فحل والآخر منها من لبن آخر، لم يثبت التحريم بينهما، ولو ارتضع مائة من لبن فحل واحد حرم بعضهم على بعض وإن تعددت المرضعات. وعلى هذا فيكفي الأخوة في الرضاع من جهة الأب وحده، ولا يكفي من جهة الأم وحدها وهو معنى قولهم: اللبن للفحل.

وإدعى بعض الأصحاب على هذا الشرط الإجماع واستدلوا عليه بقوله عليه السلام في رواية زياد بن سودة: (لا يحرم من الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد)^(١). ولا دلالة لها على المدعى بوجه.

وما رواه الشيخ، عن الحسن بن محبوب، عن هشام بن سالم، عن عمار الساباطي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام رضع (ارضع يب) من امرأة أيحل له أن يتزوج اختها لا يبيها من الرضاعة؟ قال: فقال: لا، قد رضعاً جميعاً من لبن فحل واحد من امرأة واحدة (خ ل) و (يب ثل) قال: قلت: فيتزوج اختها لامها من الرضاعة؟ قال: (فقال كما ثل) لا بأس بذلك إن اختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا بأس^(٢).

وعن ابن محبوب، عن أبي أيوب (الخنزاز ثل)، عن ابن مسكان، عن الحلبي، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام،

(١) الوسائل، باب ٢ قطعة من حديث ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٣.

(٢) الوسائل، باب ٦ حديث ٢ من أبواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٤.

أجل له أن يتزوج اختها لامها من الرضاعة؟ فقال: ان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا تحل، وان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس بذلك^(١).

ويشهد له ايضا ما رواه الصدوق في الصحيح عن الحسن بن محبوب، عن مالك بن عطية، عن أبي عبدالله عليه السلام، في الرجل يتزوج المرأة فتلد منه ثم ترضع من لبنها (لبنه ثل) جارية يصلح لولدها من غيرها ان يتزوج تلك الجارية التي ارضعتها؟ قال: لا هي بمنزلة الاخت من الرضاعة، لان اللبن لفحل واحد^(٢).

وذهب الشيخ ابو علي الطبرسي رحمه الله صاحب التفسير فيه إلى عدم اشتراط اتحاد الفحل بل يكفي اتحاد المرضعة لانه يكون بينهم اخوة الام وان تعدد الفحل، فيدخل في عموم قوله تعالى: وأخواتكم من الرضاعة^(٣) لان الاخوة من الام تحرم التناكح بالنسب، والرضاع يحرم منه ما يحرم بالنسب.

وذكر المصنف في الشرائع أن بعدم اعتبار الفحل رواية مهجورة. ولعله اشار بذلك إلى ما رواه الشيخ، عن محمد بن عبيد (عبدالله خ ل) الهمداني، عن الرضا عليه السلام حيث قال في آخرها: فقال لي ابوالحسن عليه السلام: فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الامهات، وانما حرم الله الرضاع من قبل الامهات وان كان لبن الفحل ايضا يحرم^(٤).

(١) الوسائل، باب ٦ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٤.

(٢) الوسائل، باب ٦ حديث ١٤ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٧.

(٣) النساء / ٢٣.

(٤) الوسائل باب ٦ قطعة من حديث ٩ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٩٦ وصدرها هكذا، ال: قال الرضا عليه السلام: ما يقول اصحابك في الرضاع؟ قال: قلت: كانوا يقولون: اللبن للفحل حتى جائتهم الرواية * =

[ويستحب ان يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة، العفيفة، العاقلة].

وهذه الرواية ضعيفة بجهالة الراوي قاصرة الدلالة.

اما الدليل الاول فجيد لولا ورود الروايات المخصصة لقوله ﷺ : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب^(١).

بقي هنا شيء وهوانه لا يخفى ان هذا الشرط ليس على نهج ما قبله من الشرائط، لان التحريم لا يثبت في حال من الاحوال بدون الشرائط المتقدمة، بخلاف هذا الشرط، فان احد الصغيرين لو ارتضع من امرأة من لبن فحل، والآخر منها من لبن فحل آخر يثبت التحريم بين الولد والمرضعة، وبينه وبين الفحل، وان لم يثبت بين الولدين فيكون هذا الشرط معتبرا في تحريم احد الرضيعين على الآخر لا في ثبوت اصل التحريم بين الولد وبين المرضعة، وبينه وبين الفحل كما لا يخفى.

قوله: (ويستحب ان يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة).

يدل على ذلك روايات، منها ما رواه الشيخ في الحسن، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر ﷺ، قال: قال رسول الله ﷺ: لا تسترضعوا الحمقى، فان لبنها يعدى وان الغلام ينزع إلى اللبن يعني إلى الظئر في الرعونة والحمق^(٢).

= عنك انك (انه كا) تحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فرجعوا إلى قولك، قال: فقال لي ان امير المؤمنين (يعني المأمون) سألتني عنها البارحة فقال لي: اشرح لي اللبن الذي للفحل وأنا اكره الكلام فقال لي كما انت حتى اسالك عنها، ما قلت في رجل كانت له امهات أولاد شتى فارضعت واحدة منهن بلبنها غلاما غريبا اليس كل شيء من ولد ذلك الرجل من امهات الاولاد الشتى محرما على ذلك الغلام؟ قال: قلت: بلى قال: فقال ابو الحسن الخ.

(١) راجع الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٠.

(٢) الوسائل باب ٧٨ حديث ٢ من ابواب أحكام الاولاد ج ١٥ ص ١٨٨.

*

[ولو اضطر إلى الكافرة استرضع الذمية، ومنعها من شرب الخمر ولحم الخنزير].
وفي الصحيح، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: عليكم بالوضاء من الظئورة، فإن اللبن يعدى^(١).

وعن محمد بن مروان، قال: قال لي ابو جعفر عليه السلام: استرضع لولدك بلبن الحسان واياك والقبايح (القبايح ثل) فان اللبن يعدى^(٢).

قوله: (ولو اضطر إلى الكافرة الخ).

وربما لاح من العبارة تحريم استرضاع الكافرة اختيارا، لكن سيحى في كلامه التصريح بكراهة استرضاع المجوسية فتكون الذمية أولى بالجواز.

وقد ورد في عدة روايات الاذن في استرضاع الذمية كصحيفة سعيد بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يسترضع (ضعوا خ ل) للصبي المجوسية ويسترضع (استرضع خ ل) اليهودية والنصرانية ولا يشربن الخمر، يمنع من ذلك^(٣).

وصحيفة الحلبي، قال: سألته عن رجل دفع ولده إلى ظئر يهودية او نصرانية او مجوسية، ترضعه في بيتها أو ترضعه في بيته؟ قال: ترضعه لك اليهودية والنصرانية في بيتك وتمنعها من شرب الخمر وما لا يحل مثل لحم الخنزير ولا يذهب بولدك إلى ييوتهن، والزانية لا ترضع ولدك فانه لا يحل لك والمجوسية لا ترضع لك ولدك الا ان تضطر اليها^(٤).

وقد تضمنت الروايتان انها تمنع من شرب الخمر، وتضمنت صحيفة

(١) الوسائل، باب ٧٩ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٨٩.

(٢) الوسائل، باب ٧٩ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٨٩.

(٣) الوسائل، باب ٧٦ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٦ ص ١٨٥.

(٤) الوسائل، باب ٧٦ حديث ٦ من ابواب احكام الاولاد ج ١٦ ص ١٨٦.

[ويكره تمكينها من حمل الولد إلى منزلها. ويكره استرضاع المجوسية. ومن لبنها عن زنا، وفي رواية إذا احلها مولاهما طاب لبنها].

الحلبي أنها تمنع من أكل لحم الخنزير وما في معناه، وهل هو على سبيل الوجوب أو الاستصحاب؟ وجهان.

قوله: (ويكره تمكينها من حمل الولد إلى منزلها) لا ريب في ذلك للنهي عنه في صحيحة الحلبي المتقدمة، ولأنها ليست مأمونة عليه وفي تسليمه إليها ركون^(١) إلى الظالمين فيكون منهيًا عنه.

قوله: (ويكره استرضاع المجوسية) للنهي عنه في عدة روايات كصحيحة الحلبي المتقدمة وغيرها، لكن ظاهر النهي، التحريم، وحمله على الكراهة يتوقف على وجود المعارض.

قوله: (ومن لبنها من زنا الخ) قد تقدم ما يدل على كراهة استرضاع من لبنها عن زنا. وفي صحيحة علي بن جعفر أنه سأل أخاه موسى عليه السلام عن امرأة زنت هل يصلح أن تسترضع؟ قال لا يصلح، ولا لبن ابنتها التي ولدت من الزنا^(٢).

والرواية التي أشار إليها مروية بعدة طرق، فروى الكليني في الحسن عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: لبن اليهودية والنصرانية والمجوسية أحب إلي من ولد الزنا وكان لا يرى بأسًا بولد الزنا إذا جعل مولى الجارية، الذي فجر بالمرأة في حل^(٣).

(١) إشارة إلى الاستدلال بقوله تعالى: (ولا تتركوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار).

هود / ١١٣.

(٢) الوسائل، باب ٧٥ حديث ١ من ابواب أحكام الاولاد ج ١٥ ص ١٨٤.

(٣) الوسائل، باب ٧٥ حديث ٢ من ابواب أحكام الاولاد ج ١٥ ص ١٨٤.

*

مسائل

(الاولى) إذا اكملت (كملت خ) الشرائط صارت المرضعة أما وصاحب اللبن أبا واختها خالة، وبنتها اختا، ويحرم اولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا على المرتضع وأولاد المرضعة ولادة لا رضاعا].

وفي الحسن، عن هشام بن سالم وجميل بن دراج، وسعد بن أبي خلف، عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة يكون لها الخادم قد فجرت يحتاج إلى لبنها قال: مرها فلتحللها يطيب اللبن^(١). وعن اسحاق بن عمار، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن غلام لى وثب على جارية لي فاحبلها فولدت واحتجنا إلى لبنها، فان احللت لهما ما صنعا أيطيب لبنها؟ قال: نعم^(٢). ولا يخلو معنى التحليل من نظر، وحملها بعض الاصحاب على ما اذا كانت الامة قد تزوجت بدون اذن مولاهما، فان الاولى له اجازة العقد ليطيب اللبن وهو بعيد.

قوله: (وهنا مسائل الاولى اذا كملت الشرائط الخ) الوجه في ذلك أن المرضعة لما صارت اما للرضيع (للمرتضع خ) والفحل أبا صار آبائهما وامهاتهما أجدادا وجدات وصار اخوة المرضعة واخواتها أخوالا وخالات، وأولاد صاحب اللبن اخوه واخوات، وكذا اولاد المرضعة ولادة لا رضاعا الا على قول الطبرسي رحمته الله، وكذا الكلام في باقي المحارم، وهذا موضع وفاق بين الاصحاب. ويدل عليه ما استفاض وصح في الاخبار من قول النبي صلى الله عليه وآله:

(١) الوسائل، باب ٧٥ حديث ٣ من ابواب أحكام الاولاد ج ١٥ ص ١٨٤.

(٢) الوسائل، باب ٧٥ حديث ٥ من ابواب أحكام الاولاد ج ١٥ ص ١٨٤.

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب^(١).

وأعلم أن العلامة رحمته الله قال في التذكرة^(٢): يحرم من النسب أربع نسوة قد يحرم في الرضاع وقد لا يحرم (الاولى) ام الاخ والاخت في النسب حرام، لأنها إما ام او زوجة اب، وأما في الرضاع، فان كانت كذلك حرمت أيضا وان لم تكن كذلك لم تحرم كما لو ارضعت اجنبية، أخاك أو اختك لم تحرم^(٣).

وفي هذا الاستثناء نظر، لان ام الاخ والاخت ليست احدى المحرمات السبع من النسب لأنها ان كانت أما فهي محرمة لذلك لا لكونها ام الاخ وان كانت زوجة اب فهي محرمة لذلك لا لكونها ام اخ. مع ان هذا التحريم من جهة المصاهرة لا النسب فاذا ارضعت اجنبية، أخاك أو اختك لم تحرم عليك، لأنها ليست احدى المحرمات السبع وإنما المحرمة، الام وهذه ليست اما ومنكوحة الاب وهذه ليست كذلك.

قال: (الثانية) ام ولد الولد حرام، لأنها اما بنته أو زوجة ابنه، وفي الرضاع قد لا يكون احدها مثل ان ترضع الاجنبية ابن الابن فانها ام ولد الولد وليست حراما^(٤).

والكلام في هذه الصورة واستثنائها من القاعدة كالسابقة، فان ام ولد الولد ليست من المحرمات السبع بالنسب، بل على تقدير كونها بنتا من حيث أنها بنت وعلى تقدير كونها زوجة ابن، فمن تلك الحيثية ايضا مع ان تحريم زوجة الابن من جهة المصاهرة لا النسب.

قال: (الثالثة) جدة الولد في النسب حرام لأنها إما امك او ام زوجتك،

(١) راجع الوسائل باب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٢٨٠.

(٢) أورده العلامة رحمته الله في التذكرة في كتاب النكاح الفصل الثاني في الرضاع ج ٢.

(٣) و(٤) إلى هنا عبارة التذكرة.

وفي الرضاع قد لا يكون كذلك كما اذا أرضعت اجنبية ولدك فان امها جدته وليست بامك ولا ام زوجتك^(١).

والكلام في هذه كالتى قبلها، فان جدة الولد ليست احدى السبع، وان اتفق كونها اما فتحريمها من تلك الحيثية، لا من حيث كونها جدة الولد.

ومن هذه الصورة يظهر أيضا حكم ما لو أرضعت زوجتك ولد ولدها ذكرا كان الولد ام انثى، فان هذا الرضيع يصير ولدك، بالرضاع بعد ان كان ولد ولدك بالنسب فتصير زوجتك المرضعة جدة ولدك (لولدك خ)، وجدة الولد محرمة عليك كما مر: فقد قيل بالتحريم هنا كذلك، وهو ضعيف جدا لان تحريم جدة الولد ليس لكونها جدة ولا منحصرة في النسب.

وكذا القول لو أرضعت ولد ولدها من غيرك، فان الرضيع يصير ولدك بالرضاع وان لم يكن له اليك انتساب قبله وتصير زوجتك جدة ولدك ولا يحرم أيضا لما قرناه.

قال: (الرابعة) اخت ولدك في النسب حرام عليك، لانها إما بنتك او ريبتك، وإذا أرضعت اجنبية ولدك فبنتها اخت ولدك وليست ببنت ولا ريبة^(٢).

والكلام في استثناء هذه أيضا كما مر، فان اخت الولد ليست احدى المحرمات السبع ومشتركة بين المحرمة بالنسب والمصاهرة. وفي هذه الصورة كلام يأتي.

وقد ظهر من ذلك ان هذه الاربعة النسوة ليست محرمات بالنسب ولا بالمصاهرة وانما هي (هن خ ل) موافقات للمحرم بهما وأن استثناءها من القاعدة

(١) و(٢) إلى هنا عبارة التذكرة.

[الثانية) لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا، لأنهم في حكم ولده].

غير جيد لأنها لم تدخل فيها أصلا، والله أعلم.

قوله: (الثانية لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن الخ) قد عرفت أن المحرم من الرضاع ما حرم من النسب، ومقتضى ذلك أن المرضعة لا تحرم على أب المرتضع، إذ لا مقتضى لذلك، فإن أم الولد من النسب ليست حراما فأولى أن لا تحرم بالرضاع.

وكذا لا تحرم بالرضاع على أخ المرتضع، لأن أم الأخ من النسب إنما حرمت على الأخ لكونها منكوحة الأب، وهذا المعنى منتف هنا.

وأما أولاد صاحب اللبن فمقتضى القاعدة عدم تحريمهم على أب المرتضع لأنهم إنما صاروا أخوة لأولاده، واخت الولد ليست إحدى المحرمات السبع، وإنما حرمت في النسب لكونها بنتا أو بنت الزوجة المدخول بها، وهذا المعنى منتف هنا ومن ثم ذهب الشيخ في المبسوط وجماعة إلى عدم التحريم تمسكا باصالة الاباحة.

وقال في الخلاف بالتحريم، وتبعه ابن ادريس والمصنف وأكثر المتأخرين تمسكا بما رواه الكليني في الصحيح عن علي بن مهزيار، قال: سأل عيسى بن جعفر بن عيسى أبا جعفر الثاني عليه السلام إن امرأة أرضعت لي صبيا فهل يحل لي أن أتزوج ابنة زوجها؟ فقال لي: ما أجود ما سألت من هنا يؤتى أن يقول الناس: حرمت عليه ابنته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لا غيره، فقلت له: إن الجارية ليست ابنة المرأة التي أرضعت لي، هي ابنة غيرها، فقال: لو كن عشرة متفرقات ما حل لك منهن شيء وكن في موضع بناتك^(١).

(١) الوسائل باب ٦ حديث ١٠ من ابواب احكام الاولاد ج ١٤ ص ٢٩٦ وفيه كما في الكافي والتهذيب (امراته) بدل (ابنته).

حكم عائشة في هذه الرواية بتحريم اخت الابن من الرضاع وجعلها في منزلة البنت، والبنت تحرم من النسب، فكذا من يتنزل منزلتها.

قال العلامة في المختلف: وقول الشيخ يعني في المبسوط في غاية القوة فلولا (ولولا خ) هذه الرواية الصحيحة لاعتمدت عليه.

ويدل على هذا القول ايضا ما رواه الكليني وابن بابويه في الصحيح عن عبدالله بن جعفر، قال: كتبت إلى أبي محمد عائشة: امرأة ارضعت ولد الرجل هل يحل لذلك الرجل ان يتزوج ابنة هذه المرضعة ام لا؟ فوقع عائشة: لا تحل له^(١).

وما رواه الشيخ وابن بابويه في الصحيح عن أيوب بن نوح، قال: كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عائشة: امرأة ارضعت بعض ولدي، هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب: لا يجوز ذلك لك لان ولدها صار بمنزلة ولدك^(٢).

حكم عائشة في هاتين الروايتين بتحريم أولاد المرضعة، واذا حرم أولاد المرضعة حرم أولاد صاحب اللبن بطريق أولى.

ولم يذكر المصنف في هذا الكتاب حكم أولاد المرضعة.

وقد نص القائلون بتحريم أولاد صاحب اللبن على تحريمهن ايضا، والروايتان الصحيحتان دالتان عليه.

أما اولادها رضاعا فلا يحرم على اب المرتضع، اذ لا اخوة بينهم وبين المرتضع.
وعلى قول الطبرسي يحرم الجميع، لانهم بمنزلة اخوة أولاده من الام وقد

(١) الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٠٧.

(٢) الوسائل باب ١٦ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٠٧.

[وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا، في أولاد هذه (المرضعة وأولاد فحلها)؟ قال في الخلاف: لا، والوجه الجواز]. تقدم الكلام في ذلك.

ويترتب على ذلك تحريم زوجة اب المرتضع عليه لو أرضعته جدته لأمه، سواء كان بلبن جده ام غيره، لان الزوجة حينئذ من جملة أولاد صاحب اللبن ان كان جدا، ومن جملة أولاد المرضعة نسباً ان لم يكن، فلا يجوز لاب المرتضع نكاحها لاحقاً كما لا يجوز سابقاً بمعنى انه يمنع سابقاً، ويبطله لاحقاً.

وكذا لو أرضعت الولد بعض نساء جده لأمه بلبنه وان لم تكن جدة الرضيع، لان زوجة اب الرضيع (المرتضع خ ل) حينئذ من جملة أولاد صاحب اللبن فينبغي التنبيه (التنبيه خ ل) لذلك فانه مما يعقل عنه.

قوله: (وهل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا الخ) اختلف الاصحاب في أن أخا المرتضع واخوته من النسب هل يحل نكاحهما لأولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً وأولاد المرضعة نسباً والحال ان الاخ والاخت لم يرتضعا من لبن هذا الفحل؟ فقال الشيخ في الخلاف: لا يجوز، لدلالة تعليل التحريم على اب المرتضع في المسألة السابقة بانحن بمنزلة ولده، عليه، فانه يقتضي صيرورة أولاد الفحل والمرضعة اخوة لأولاده فتنتشر الحرمة. ولان اخت الاخ من النسب محرمة، فكذا من الرضاع. واجيب عن الاول بأن تعدية العلة مشروط بوجودها في المعدى اليه وهنا ليس كذلك، لان كونهن بمنزلة ولد الاب ليس موجوداً في محل النزاع.

ويشكل بانه متى ثبت كون أولاد صاحب اللبن بمنزلة أولاد اب المرتضع صاروا بمنزلة الاخوة لأولاده الا ان تمنع الملازمة بين الامرين.

أما الدليل الثاني فضعيف جداً لان اخت الاخ من حيث كونها اختاً له لا تحرم على الاخ وانما تحرم من حيث كونها اختاً له، لان الانسان لو كان له اخ

[الثالثة) لو تزوج رضیعة فارضعتها امرأته حرمتا ان كان دخل بالمرضعة والا حرمت المرضعة حسب].

من ابيه واخت من امه جاز لاخته المذكور نكاح اخته، اذ لا نسب بينهما محرم، وانما تحرم اخت الاخ اذا كانت اختا لمن يحرم عليه من الاب أو من الام ومن ثم ذهب الاكثر إلى عدم التحريم استضعافا لدليل التحريم.

قال في المختلف: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين، وهو في محله. قوله: (الثالثة لو تزوج رضیعة الخ) إذا كان لرجل زوجتان احدهما كبيرة والاخرى صغيرة، فارضعت الكبيرة الصغيرة الرضاع المحرم انفسخ نكاحهما لامتناع الجمع في النكاح بين الام والبنت.

ويدل على التحريم في الجملة ما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي وعبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوج جارية صغيرة فأرضعتها امرأته وام ولده، قال: تحرم عليه^(١). ثم ان كان الرضاع بلبن الزوج حرمتا مؤبدا لصيرورة الصغيرة بنتا له والكبيرة اما لزوجته وام الزوجة تحرم بالعقد على البنت عند الاكثر وسيجئ الكلام فيه.

وان كان الرضاع بلبن غيره، فان كان دخل بالكبيرة حرمتا ايضا، لان الكبيرة ام الزوجة والصغيرة بنت المدخول بها، وعلى القول باعتبار الدخول بالبنت في تحريم الام لا تحرم الكبيرة وربما كان في رواية الحلبي وابن سنان المتقدمة^(٢) دلالة عليه.

(١) الظاهر ان الشارح رحمه الله لفق بينهما فاورد رواية الحلبي في الوسائل باب ١٠ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٠٣.
(٢) قبيل ذلك.

[ولو كان له زوجتان فارضعتها واحدة حرمتا مع الدخول، ولو ارضعتها الاخرى فقولان شبههما أنها تحرم ايضا].

وان لم يكن دخل بالكبيرة لم تحرم الصغيرة مؤبدا، لانها ربيبة لم يدخل بامها وان انفسخ النكاح فيجدده ان شاء أما الكبيرة فتحرم بناء على تحريم ام الزوجة مطلقا.

وهذه المصاهرة يتعلق بها التحريم من الرضاع، لانها ترجع إلى النسب فان ام الزوجة من النسب حرام فكذا من الرضاع، وكذا بنت الزوجة من النسب فانها حرام، فكذا تحرم بنتها من الرضاع. وكذا القول في زوجة الاب والابن من الرضاع.

وما ذكره من المصاهرة التي لا يتعدى اليها التحريم بالرضاع، هي المصاهرة الحاصلة بالرضاع، نظير المصاهرة الحاصلة بالنكاح، مثل كون المرأة اما للزوجة، فان هذا الوصف يتحقق بنكاح بنت امرأة فيثبت فيه التحريم.

واذا ارتضع طفل عن امرأة رضاعا محرما صارت المرضعة بمنزلة الزوجة لابن المرتضع فامها بمنزلة ام الزوجة، واختها بمنزلة اخت الزوجة وهكذا.

ومثل هذا لا يتعدى اليه التحريم الا ما استثنى سابقا بالنص بخلاف المصاهرة في الاولى (الاول خ) فانها ليست ناشئة عن الرضاع، بل عن النكاح الصحيح وانما الناشئ عن الرضاع هو البنوة مثلا، فلما تحققت لزم الحكم الناشئ عن النكاح وهو كون منكوحته حليلة الابن وهكذا.

قال المحقق الشيخ علي رحمته الله في شرح القواعد بعد أن ذكر نحو ذلك: وهذه الاحكام لا خلاف فيها بين اهل الاسلام على ما يشهد به كلام القوم، والخاصة والعامة (الخاص والعام خ) وظواهر الكتاب والسنة تتناول ذلك.

قوله: (ولو كان له زوجتان فارضعتها واحدة الخ) أما تحريم الصغيرة والمرضعة الاولى فقد تقدم الكلام فيه.

وانما الكلام في تحريم المرضعة الاخرى، فقال ابن ادریس والمصنف في

[ولو تزوج رضيعتين فارضعتها امرأته حرمت كلهن ان كان دخل بالمرضعة والا حرمت المرضعة].

هذا الكتاب واكثر من تأخر عنه بالتحريم ايضا لانها يصدق عليها أنها ام زوجته وان كان عقدها قد انفسخ لانه لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى، فيدخل تحت قوله: (وامهات نسائكم)^(١).

وقال ابن الجنيد والشيخ في النهاية: لا تحرم لخروج الصغيرة من الزوجية إلى البنتية، فان عقد الصغيرة يفسخ بارضاع الاولى وتصير بنتا، ولا يصدق عليها وقت الرضاع الثانية أنها زوجة عرفا ولا شرعا.

ويعضده اصالة الاباحة، وما رواه الكليني، عن علي بن مهزيار، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سئل لو ان رجلا تزوج جارية صغيرة فارضعتها امرأته ثم ارضعتها امرأة له اخرى فقال ابن شبرمة: حرمت عليه الجارية وامراتاه فقال ابو جعفر عليه السلام: اخطأ ابن شبرمة، حرمت عليه الجارية وامراته التي ارضعتها أولا، فأما الاخيرة فلم تحرم عليه^(٢).

وهذه الرواية، وان كانت ضعيفة السند^(٣)، لكنها مطابقة لمقتضى الاصل السالم من المعارض صريحا فيترجح العمل بمضمونها، والله تعالى أعلم.

قوله: (ولو تزوج رضيعتين الخ) انما حرمت المرضعة والرضيعتان مع الدخول بالكبيرة لصيرورة المرضعة ام زوجته والرضيعتين بنتي زوجته المدخول بها فيحرمن جمع.

واطلاق كلام المصنف وغيره يقتضي عدم الفرق بين كون رضاعهما دفعة

(١) النساء / ٢٣.

(٢) الوسائل باب ١٤ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٠٥ الا ان أولها هكذا: عن أبي جعفر عليه السلام قال: قيل له: ان رجلا تزوج الخ وزاد في آخرها: كأنها (لا تخليب) ارضعت ابنته (ابنتها خ).

(٣) فان سندها كما في الكافي هكذا: علي بن محمد، عن صالح بن حماد عن علي بن مهزيار.

*

السبب الثالث: في المصاهرة والنظر في: الوطئ، والنظر، واللمس

أما الأول: فمن وطأ امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه أم الموطوءة وإن علت وبناتها وإن سفلن، سواء كن قبل الوطء أو بعده، وحرمت الموطوءة على أب الواطئ وإن علا، وأولاده وإن نزلوا^(١).

أو على التعاقب، لأن الكبيرة وإن خرجت عن الزوجية بارتضاع الأولى مع التعاقب إلا أن الثانية قد صارت بنت من كانت زوجته.

وإن لم يكن دخل بالمرضعة، فإن ارتضعا جملة بأن أعطت في الرضعة كل واحدة ثديا وارتويا جملة، انفسخ عقد الجميع لتحقيق الجمع بين الأم وبناتها بالعقد واختص التحريم بالكبيرة، لأنها أم زوجته، وله تجديد العقد على من شاء من الاختين، وإن أرضعتهما على التعاقب انفسخ نكاح الكبيرة والأولى خاصة لتحقيق الجمع المحرم، ويبقى نكاح الثانية، لأن الكبيرة لم تصر لها أما حتى انفسخ عقدها، ويبقى حل الصغيرة الأولى موقوفا على مفارقة الثانية كما في كل اخت للزوجة. قوله: (السبب الثالث: في المصاهرة إلى قوله: وإن نزلوا) هذه الأحكام مجمع عليها بين المسلمين فلا حاجة إلى التشاغل بأدلتها.

ولا فرق في الموطوءة بالعقد بين أن يكون دائما أو منقطعاً، والتحليل داخل في العقد أو الملك كما سيجيء بيانه.

وكما تحرم الموطوءة على أب الواطئ وإن علا وأولاده وإن نزلوا، كذا تحرم مع العقد المجرد عن الوطء^(٢) لقوله تعالى: (وحلائل أبنائكم)^(٣) فإنها تتناول

(١) في هامش بعض النسخ هكذا: استدلل الشيخ في التهذيب على هذا الحكم بروايتين تضمنتا التي مع مع الدخول لا بمجرد العقد منه ﷺ.

(٢) النساء / ٢٣.

*

[ولو تجرد العقد عن الوطاء حرمت امها عليه عينا على الاصح].

المدخول بمن وغيرهن وقوله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم)^(١) والنكاح حقيقة في العقد على ما سبق.

قال في المسالك: ولو قيل: انه حقيقة في الوطاء أو مشترك فالآية الاولى كافية، اذ لا قائل بالفرق.

وهو حسن وقد نقل جمع من المفسرين الاتفاق على هذا الحكم.

قوله: (ولو تجرد العقد عن الوطاء حرمت امها عليه)^(٢) على الاصح هذا قول معظم الاصحاب ويدل عليه قوله تعالى: (وأمهات نسائكم)^(٣) فان الجمع المضاف يفيد العموم فيتناول المدخول بمن وغيرهن.

والوصف الواقع بعده أعنى قوله تعالى: (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن)^(٤) يتعلق بالجملة الاخيرة^(٥) كالاستثناء، بل قيل بامتناع عوده هنا إلى الجميع من جهة أن (من) تكون مع الاولى بيانية، ومع الثانية ابتدائية، والمشارك لا يستعمل في معنييه معا.

وما رواه الشيخ، عن اسحاق بن عمار، عن جعفر عن ابيه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان يقول: الرائب عليكم حرام مع (من خ) الامهات اللاتي قد دخلتم بهن، هن في الحجور وغير الحجور سواء، والامهات مبهمات دخل بالبنات او لم

(٣) النساء / ٢٢.

(٤) هكذا في النسخة المطبوعة من متن الكتاب والنص الصحيح ولكن في النسخ التي عندنا من الشرح: حرمت على الواطئ وسيأتي في آخر هذه المسألة التصريح به من الشارح أيضا، والله العالم.

(١) و(٤) النساء / ٢٣.

(٢) يعني ان قوله تعالى (من نسائكم اللاتي دخلتم) متعلق بقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) المتصل بالوصف لا بقوله تعالى (وامهات نسائكم) المنفصل عنه كما قرر في الاستثناء الواقع عقيب الجمل المتعددة حيث ان المتيقن رجوعه إلى الاخيرة.

*

يدخل بمن فحرموا وإجموا ما بهم الله^(١).

وعن غياث بن ابراهيم، عن جعفر، عن ابيه علي بن ابي طالب ان عليا عليه السلام قال: اذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها اذا دخل بالام، فاذا لم يدخل بالام فلا بأس ان يتزوج بالابنة، واذا تزوج بالابنة قد دخل بها او لم يدخل بها فقد حرمت عليه الام^(٢).

والروايتان واضحتا الدلالة، لكنهما قاصرتان من حيث السند.

وقال ابن أبي عقيل: لا تحرم الامهات الا مع الدخول بيناتهن كالبنات ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح، عن جميل بن دراج وحماد بن عثمان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: الام والبنت سواء إذا لم يدخل بها يعني اذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها، فانه ان شاء تزوج امها، وان شاء ابنتها^(٣).

وفي الصحيح، عن منصور بن حازم، قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل ان يدخل بها أيتزوج بأمرها؟ فقال ابو عبد الله عليه السلام: قد فعله رجل منا فلم نر به بأسا، فقلت: جعلت فداك ما تفخر الشيعة الا بقضاء علي عليه السلام في هذه الشميخة (الشميخة يب) (السجية خ) التي افتاها بن مسعود انه لا بأس بذلك ثم اتى عليا عليه السلام فسأله فقال له علي عليه السلام: من اين أخذتها؟ قال: من قول الله عزوجل: (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) فقال علي عليه السلام: ان هذه مستثناة، وهذه مرسله

(١) الوسائل اورد صدره في باب ١٨ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٥١ وذيله في باب ٣ حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ١٨ حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٥١.

(٣) الوسائل باب ٢٠ حديث ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٥٥.

(وامهات نسائكم) فقال ابو عبد الله عليه السلام للرجل اما تسمع ما يروي هذا عن علي عليه السلام ، فلما قمت ندمت وقلت: أي شيء صنعت؟ يقول هو: قد فعله رجل منا فلم نر به بأسا واقول انا: قضى علي عليه السلام فيها فلقيته بعد ذلك، فقلت: جعلت فداك مسألة الرجل انما كان الذي كنت تقول كان زلة مني فما تقول فيها؟ فقال: يا شيخ تخبرني ان عليا عليه السلام قضى فيها وتسألني ما تقول فيها؟^(١).

وفي الصحيح، عن محمد بن اسحاق بن عمار، قال: قلت له: رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت أيحل له ان يتزوج امها؟ فقال: سبحان الله كيف يحل له امها وقد دخل بها؟ قال: قلت له: فرجل تزوج امرأة فهلكت قبل ان يدخل بها تحل له امها؟ قال: وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بها؟^(٢).

ولا قذح في هذه الرواية بالاضمار، اذ من المعلوم ان هذا الراوي الذي هو من ثقة اصحابنا واعيانهم على ما ذكره النجاشي^(٣) لا يروي عن غير الامام عليه السلام.

وهذه الروايات أصح طرقا من الاخبار المحرمة، والمسألة قوية الاشكال.

قال العلامة في المختلف بعد ان اورد روايتي جميل بن دراج ومنصور بن حازم: وهذان الحديثان قويان لا يبعد عندي العمل بهما، ثم قال: وبالجملية فنحن في هذه المسألة من المتوقفين الا ان الترجيح للتحريم بالاحتياط وبفتوى اكثر اصحاب.

(١) الوسائل باب ٢٠ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٥٤ ولاحظ ذيله أيضا.

(٢) الوسائل باب ٢٠ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٥٦.

(٣) محمد بن اسحاق بن عمار بن حبان التغلبي الصيرفي ثقة عين روى عن أبي الحسن موسى عليه السلام له كتاب كثير الرواة رجال النجاشي ص ٢٥٦ طبع بمبئي.

[وبنتها جمعا لاعينا، فلو فارق الام حلت البنت. ولا تحرم مملوكة الابن على الاب بالملك وتحرم بالوطء، وكذا مملوكة الاب]. ولا يخفى ما فيه.

واعلم ان قول المصنف: حرمت امها على الواطئ غير جيد، اذ المفروض تجرد العقد عن الوطء وكان الانسب أن يقول: حرمت أمها على العاقد.

قوله: (وبنتها جمعا لا عينا فلو فارق الام حلت البنت) هذا الحكم موضع وفاق والقرآن الكريم ناطق بذلك، قال الله عزوجل: وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم^(١).

و (الربائب) جمع ربيبة، وهي بنت امرأة الرجل من غيره، ومعناه مربوبة، لان الرجل مربيها، (والحجور) جمع حجر بالفتح والكسر فيقال: نشأ في حجره أي في حفظه وستره.

وهذا الوصف خرج مخرج الاعم الاغلب، فان الربيبة اذا دخل بامها تحرم عليه، سواء كانت في حجره او لم تكن، عند علمائنا اجمع، وبه قال اكثر اهل العلم وهو مروي في عدة روايات، وربما دل عليه قوله تعالى: (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم)^(٢) حيث علق رفع الجناح، بمجرد عدم الدخول، فانه يدل بظاهره على ان السبب لحصول الجناح هو مجرد الدخول.

قوله: (ولا تحرم مملوكة الابن الخ) هذان الحكمان اجماعيان منصوصان في عدة روايات، بل ورد في كثير منها حصول التحريم بالمباشرة التي هي قرينة من الجماع.

(١) و(٢) النساء / ٢٣.

[ولا يجوز لاحدهما ان يطأ مملوكة الآخر ما لم يكن عقد أو تحليل. نعم يجوز ان يقوم الاب مملوكة ابنه الصغير على نفسه ثم يطأها].

كصحيحة عبدالرحمان بن الحجاج وحفص بن البخاري وعلي بن يقين، قالوا: سمعنا ابا عبدالله عليه السلام يقول: في الرجل تكون له الجارية افتحل لابنه؟ فقال: ما لم يكن جماع او مباشرة كالجماع فلا بأس^(١).

وصحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه^(٢).

وصحيحة محمد بن اسماعيل، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية، فيقبلها، هل تحل لولده؟ قال: بشهوة؟ قلت: نعم، قال: ما ترك منها اذا قبلها بشهوة، ثم قال ابتداء منه: اذا جردها ونظر اليها بشهوة حرمت على ابنه وابيه، قلت: اذا نظر إلى جسدها؟ فقال: اذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه^(٣). وسيجيئ تمام الكلام في هذه المسألة ان شاء الله. قوله: (ولا يجوز لاحدهما ان يطأ الخ) أما انه لا يجوز لاحدهما أن يطأ مملوكة الآخر بغير عقد او تحليل، فظاهر لتحريم التصرف في مال الغير بغير اذنه.

ويدل عليه ما رواه الكليني في الصحيح عن محمد بن اسماعيل، قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في جارية لابن لي صغير أيجوز لي ان أطأها؟ فكتب: لا حتى تخلصها^(٤). واما انه يجوز للاب أن يقوم مملوكة ولده الصغير على نفسه بان ينقلها إلى

(١) الوسائل باب ٥ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢١.

(٢) الوسائل باب ٣ حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣١٧.

(٣) الوسائل باب ٣ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣١٧.

(٤) الوسائل باب ٤٠ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٣.

[ومن توابع هذا الفصل تحريم اخت الزوجة جمعا لا عينا].

ملكه بعقد شرعي مملك ثم يطأها فيدل عليه ما رواه الكليني في الصحيح عن أبي الصباح، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون ببعض ولده جارية وولده صغار هل يصلح أن يطأها؟ فقال: يقومها قيمة عدل ثم يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها^(١).

وفي الحسن عن عبدالرحمان بن الحجاج، عن أبي الحسن موسى عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يكون لابنه جارية أله أن يطأها؟ فقال: يقومها على نفسه قيمة ويشهد على نفسه بثنمنها، أحب الي^(٢).

وذكر جمع من الاصحاب أنه لا يشترط في ذلك وجود المصلحة للطفل، بل يكفي انتفاء المفسدة وانه لا فرق بين كون الاب مليا وعدمه، ولا يتعدى ذلك إلى الجد، ولا إلى غيره من الاولياء.

قوله: (ومن توابع هذا الفصل تحريم اخت الزوجة جمعا لا عينا) هذا قول علماء الاسلام كافة والاصل فيه قوله تعالى: (وان تجمعوا بين الاختين إلا ما قد سلف)^(٣) أي حرمت عليكم الجمع بينهما، والتأنيث^(٤) للتغليب، أو بتاويل الخصلة، أو يقال: إن الواو^(٥) نائب عن الفعل من غير اعتبار تذكيره وتأنيثه.

وقوله: (إلا ما قد سلف) قيل: معناه أن ما مضى مغفور لكم بدليل قوله

(١) الوسائل باب ٤٠ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٣.

(٢) الوسائل باب ٤٠ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٣.

(٣) النساء / ٢٣.

(٤) يعني أن قوله تعالى في أول الآية (حرمت عليكم امهاتكم الخ) قد أتى بالتأنيث ولا زمه كون (وان تجمعوا) الاول بالمصدر اعني (الجمع بين الاختين) أيضا مؤنثا مع انه مذكر بعد التأويل والجواب أنه لما كان أكثر المذكورات في الآية مؤنثا فقد غلب التأنيث في المذكورات على التذكير.

(٥) يعني أن الواو في قوله تعالى: وان تجمعوا الخ نائب عن تكرار أصل الفعل من غير اعتبار التذكير والتأنيث، أو يؤول بإضمار لفظة (الخصلة).

[وكذا بنت اخت الزوجة وبنت أخيها، فإن اذنت احدهما صح].

تعالى: (ان الله كان غفورا رحيمًا)^(١).

وقيل: ان المراد به، المبالغة في التحريم يعنى ان امكنكم ان تجمعوا بين الاختين فيما سلف فاجمعوا، فانه لا يحل لكم غيره.

قوله: (وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها الخ) الضمير في احدهما يرجع إلى الزوجة التي هي عمّة، والزوجة التي هي خالة، والمراد انه لو اذنت العمّة أو الخالة صح وهذا هو المعروف من مذهب الامامية، وادعى عليه السيد المرتضى رحمته الله في الانتصار والشيخ في الخلاف اجماع الفرق، وكذلك العلامة في التذكرة ونقله جدي رحمته الله في الروضة أيضا وادعى تظافر الاخبار بذلك.

وقال ابن أبي عقيل لما عد المحرمات في الآية فهذه جملة النساء اللاتي حرم الله عزوجل نكاحهن وأحل نكاح ما سواهن ألا تسمعه يقول بعد هذه الاصناف الستة^(٢): وأحل لكم ما وراء ذلكم، فمن ادعى^(٣) ان رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم حرم غيره هذه الاصناف^(٤) وهو يسمع الله يقول: وأحل ما وراء

(١) النساء / ٢٣.

(٢) هكذا في النسخ والمنقول في المختلف أيضا والصواب (السبعة) بدل (السنة) لان المحرمات النسبية في الآية الشريفة سبعة لا ستة، وان اريد جميع المحرمات المذكورة في الآية الشريفة فهي اربعة عشر صنفا فلاحظ سورة النساء الآية ٢٣.

(٣) في الطبقات الكبرى لابن سعد مسندا عن عائشة أن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم قال في مرضه الذي توفي فيه: أيها الناس لا تعلقوا علي بواحدة، ما أحللت إلا ما أحل الله وما حرمت إلا ما حرم الله. وعن سويد بن عمير قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم في مرضه الذي توفي فيه: أيها الناس والله لا تمسكون علي بشئ إني لا أحل الخ، ح ٢ ص ٢٥٦.

(٤) في عدة نسخ هكذا: فمن ادعى بعد رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم انه حرم عليه غير هذه الاصناف الخ.

*

ذلكم فقد اعظم القول على رسول الله ﷺ وقد قال: الا لا يتعرضن (يتعلقن خ) على احد بشئ، فاني لا احل الا ما احل الله ولا احرم الا ما حرم الله في كتابه وكيف اقول ما يخالف القرآن وبه هداي الله عزوجل^(١) قد روي عن علي بن جعفر قال: سألت أخي موسى عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عمتها أو خالتها، قال: لا بأس إن الله عزوجل قال: (واحل لكم ما وراء ذلكم)^(٢).

وقريب من ذلك كلام ابن الجنيد، فانه قال: ان النهي الذي روي عن الجمع بين العمة وابنة الاخ، والخالة وابنة الاخت، نهي احتياط لا نهي تحريم. وقال ابن بابويه في المقنع: ولا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، ولا على ابنة اخيها، ولا على بنت اختها، ولم يفصل. لكن الظاهر ان مراده، مع عدم الاذن، لانه عليه السلام في من لا يحضره الفقيه اورد الروايات المتضمنة للجواز مع اذن العمة والخالة ولم يورد ما يخالفها. والمعتمد ما عليه اكثر الاصحاب.

(لنا) على الجواز مع الاذن، التمسك بعموم قوله تعالى - بعد ذكر المحرمات: وأحل لكم ما وراء ذلكم، السالم عما يصلح للتخصيص في موضع النزاع. ويدل على الحكمين صريحاً، ما رواه الكليني، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر صلوات الله عليه، قال: لا يتزوج (تزوج خ) ابنة الاخ، ولا ابنة الاخت، على العمة والخالة الا بإذنها وتزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير

(١) راجع الطبقات الكبرى لابن سعد ج ٢ ص ٢٥٦.

(٢) الوسائل باب ٢٠ حديث ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤، ص ٣٧٧.

*

اذنهما^(١).

وهذه الرواية معتبرة الاسناد^(٢)، اذ ليس في طريقها مطعون فيه سوى الحسن بن علي بن فضال، فقد قيل: انه كان فطحيا.

لكن قال الشيخ انه كان جليل القدر عظيم المنزلة زاهدا ورعا ثقة في رواياته، وعبدالله بن بكير، فقد قيل: انه فطحى أيضا.

وقال الكليني: انه ممن اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه واقرؤا له بالفقه وقد وصف العلامة في المختلف وجدي عليه السلام في المسالك، هذه الرواية بالصحة، ولا ريب في اعتبار سندها، لكن وصفها بالصحة خلاف الاصطلاح.

وروى الصدوق في من لا يحضره الفقيه عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام نحو ذلك فانه قال: لا تنكح ابنة الاخ وابنة الاخت على عمتها، ولا على خالتها الا باذنهما وتنكح العممة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير اذنهما^(٣).

ولنا أيضا ما رواه الكليني، عن أبي عبيدة الحذاء، قال: سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها الا باذن العممة والخالة^(٤).

وما رواه الشيخ بسند معتبر عن علي بن جعفر، عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: سألته عن المرأة تزوج على عمتها وخالتها؟ قال: لا بأس، وقال: تزوج العممة والخالة على ابنة الاخ وبنت الاخت، ولا تزوج بنت الاخ

(١) الوسائل باب ٣٠ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٥.

(٢) فان سندها كما في الكافي هكذا: محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن علي بن فضال، عن ابن بكير، عن محمد بن مسلم.

(٣) الوسائل باب ٣٠ نحو حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٥.

(٤) الوسائل باب ٣٠ نحو حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٥.

والاخذت على العمة والخالة الا برضا منهما، فمن فعل فنكاحه باطل^(١).
وبالجمل فبالروايات الواردة بذلك مستفيضة، وطرقها معتبرة، بل يكاد ان يحصل العلم بصحة
مضمونها.

ولا ينافي ذلك ما رواه الشيخ بسند لا يبعد صحته^(٢) عن أبي عبيدة الخذاء قال: سمعت أبا
عبدالله عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على اختها من الرضاعة^(٣).
وعن^(٤) أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا يحل للرجال ان يجمع بين المرأة
وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها. لانا نجيب عنهما مع الطعن في سند الثاني باشتراك محمد بن
الفضيل الواقع في طريقه بين الثقة والضعيف، بالحمل على ما إذا لم تأذن العمة والخالة كما تضمنته
الاخبار المفصلة. ويمكن حملها على التقية، لان ذلك مذهب العامة^(٥). وكيف كان فهاتان
الروايتان المطلقتان لا يصلحان لتخصيص الكتاب العزيز قطعاً مع كونهما معارضتين بالاخبار
المستفيضة المطابقة لظاهر القرآن المعتضدة

(١) الوسائل باب ٣٠ نحو حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٥.

(٢) فان سنده كما في التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد، عن الحسن بن محبوب، عن علي بن رثاب عن أبي عبيدة
والسند إلى أبي الصباح هكذا: عنه، عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني وفي هامش بعض النسخ هكذا: في
طريق هذه الرواية ابن رثاب ولم يوثقه النجاشي ولكن وثقه الشيخ رحمه الله عنه رحمه الله.

(٣) الوسائل باب ٣ حديث ٨ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٧٦.

(٤) الوسائل باب ٣ حديث ٧ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٧٦.

(٥) في هامش بعض النسخ هكذا: العلامة في التذكرة عن العامة بأسرهم الا الخواص وانهم حرموا الجمع بين العمة وبننت
اخيها، والخالة وبننت اختها مطلقاً، لما رواه ابوهريرة، قال: قال رسول الله ﷺ لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة
وخالتها، وحال أبي هريرة معلوم منه رحمه الله.

[ولا كذا لو ادخلت العمّة والخالة على بنت الاخ والاخت].

بعمل متقدمي الاصحاب ومتأخريهم واجماعهم المنقول من جماعة والله تعالى أعلم بحقائق أحكامه قوله: (ولا كذا لو ادخلت العمّة والخالة على بنت الاخ والاخت) المراد انه يجوز ادخال العمّة والخالة على بنت الاخ والاخت من غير اعتبار اذنهما.

وهذا مذهب الاصحاب لا نعلم فيه مخالفا سوى ما أوهمه ظاهر عبارة ابن بابويه في المقنع^(١)، مع انه روى في من لا يحضره الفقيه جواز ذلك ولم يورد حديثا يخالفه، ويدل على جواز ذلك مضافا إلى ما سبق ما رواه ابن بابويه في الصحيح، عن الحسن بن محبوب، عن مالك من عطية، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لا تزوج المرأة على خالتها، وتزوج الخالة على ابنة اختها^(٢). ولا قائل بالفرق بين الخالة والعمّة.

ويستفاد من اطلاق النص وكلام الاصحاب، انه لا يعتبر في ادخال العمّة والخالة على بنت الاخ والاخت، رضا المدخول عليهما، وهو كذلك.

ولكن هل يشترط علم الداخلة بكون المدخول عليها بنت أخ أو بنت اخت؟ اطلق الاكثر الجواز ولم يشترطوا ذلك، وجزم العلامة في جملة من كتبه باعتبار هذا الشرط، ومستنده غير واضح. ثم ان قلنا باعتباره فلو ادخلت العمّة او الخالة على بنت الاخ او الاخت جاهلا بالحال فهل يقع عقدها باطلا ام يتوقف عقد الداخلة على رضاها ام عقدها وعقد المدخول عليها؟ أوجه، أوجهها الاول، لان إلحاق ذلك بعقد الفضولي لا يخرج (جه خ ل) عن القياس.

(١) حيث قال في عبارته المتقدمة: لا تنكح المرأة على عمّتها الخ. فانه يوهّم جواز العكس.

(٢) الوسائل باب ٣٠ حديث ٩ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٧٧.

[ولو كان عنده العمة او الخالة فبادر بالعقد على بنت الاخ او الاخت كان العقد باطلا]. وهل يختص هذا الحكم بالجمع بينهما بالزوجية فلا يحرم الجمع بالوطء بملك اليمين ام يعم التحريم؟ وجهان اظهرهما الاول، لان اكثر الروايات انما وردت بلفظ التزويج، وبعضها وان ورد بلفظ النكاح لكن الظاهر منه ارادة العقد، لان المملوكة ليست اهلا للاذن، ولا للسلطة^(١) في النكاح فلا يكون استيذانها معتبرا.

ويحتمل اعتبار استيذان العمة والخالة اذا كانت حرة وادخل عليها بنت الاخ او بنت الاخت بالملك، لان توقف ادخال الحرة على الاذن يقتضي التوقف لو كانت كانت أمة بطريق أولى. لكن في ثبوت الاولوية نظر من حيث عدم استحقاق الامة للاستمتاع وطريق الاحتياط واضح.

قوله: (ولو كان عنده العمة او الخالة الخ) إذا كانت العمة او الخالة عنده فعقد على بنت الاخ او بنت الاخت، فان كان العقد باذن العمة او الخالة صح وقد تقدم الكلام فيه. وان كان بغير اذنها فللاصحاب أقوال: (احدها) بطلان عقد الداخلة من غير أن يتأثر عقد الاولى، وهذا هو الذي اختاره المصنف رحمته الله.

اما بقاء عقدها على اللزوم، فلانعقاده لازما يتسمر إلى ان يثبت وقوع ما يقتضي تنزله. وأما بطلان عقد الداخلة فلتعلق النهي به، ولقول الكاظم عليه السلام في الرواية علي بن جعفر: (فمن فعل فنكاحها باطل)^(٢).

(١) في هامش بعض النسخ هكذا: السلاطة القهر وقد تسلطه الله فتسلط عليهم والاسم السلطنة بالضم.

(٢) الوسائل باب ٣٠ قطعة من حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٥.

لا يقال: النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد كما حقق في الاصول والرواية المتضمنة للبطلان قاصرة من حيث السند باشماله على (بنان بن مُجَدٍّ)^(١) وهو غير موثق فلا يمكن التعلق بها.

(لانا نقول): النهي وان لم يقتض (لم يقتضى خ ل) الفساد في المعاملات، لكن الحكم بصحة العقد الذي تعلق به النهي يحتاج إلى دليل يدل عليه بخصوصه او عموميه، وبدونه يجب الحكم بالفساد وليس على صحة العقد الذي تعلق به النهي دليل من نص او اجماع فيجب القول بعدم ترتب الاثر عليه، لان ذلك مقتضى الاصل.

(وثانيها) تنزل العقد الطارئ خاصة بحيث يقع موقوفا على رضا العمدة والخالة مع بقاء عقدها لازما اختاره العلامة في جملة من كتبه وجمع من الاصحاب ونقل عن المصنف رحمته الله، والموجود في كتابيه الجزم بالبطلان الا ان يريد بالبطلان وقوفه على الاجازة، وهو غير معلوم. اما لزوم عقدهما، فلما سبق.

واما تنزل العقد الطارئ فلانه عقد صدر بدون رضا من يعتبر رضاه فكان كالفضولي وقد تقدم صحة عقد الفضولي مع الاجازة فهذا أولى، لان المدخول عليها ليس لها مباشرة العقد بل الرضا به بخلاف الزوجة المعقود عليها فضولا، فان بيدها مباشرة العقد والرضا به، فاذا صح في الاقوى لزم مثله في الاضعف بطريق أولى.

وهو جيد لو ثبتت الاولوية، لكنها محل نظر، لعدم ثبوت التعليل.

والمستفاد من قوله عليه السلام: (لا تزوج ابنة الاخت على خالتها الا باذنها)^(٢)

(١) سندها كما في التهذيب هكذا: مُجَدُّ بن أحمد بن يحيى، عن بنان بن مُجَدٍّ، عن موسى بن القاسم، عن علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام.

(٢) الوسائل باب ٣٠ حديث ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٦.

[وقيل تتخير العمة أو الخالة بين الفسخ والامضاء أو فسخ عقدها. وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد أشبهه أنه لا يحرم].

ونحوه اعتبار سبق الاذن، سواء جعلت الباء للمصاحبة أو السببية. (وثالثها) تزلزل العقدين السابق والطارئ، وهذا هو الذي حكاه المصنف قولاً، واقتصر عليه، واليه ذهب الشيخان واتباعهما، واستدل له في المختلف بأن العقد الطارئ صحيح في نفسه لصدوره من أهله في محله جامعاً لشرائطه وإذا وقع صحيحاً تساوت نسبته ونسبة عقد المدخول عليها، فكما كان لها فسخ عقد الداخلة، كان لها فسخ عقدها. وضعف هذا الاستدلال معلوم مما قرناه.

وفي المسألة قول رابع، وهو بطلان العقد الطارئ من رأس وتزلزل عقد المدخول عليها فلها أن تفسخ عقد نفسها، وهو قول ابن ادریس. ولا ريب في ضعفه لأن العقد الطارئ إذا وقع فاسداً لم يكن لتخيرها في عقد نفسها وجه، لأن المقتضى للفسخ الجمع بين العمة وبنت أخيها أو الخالة وبنت اختها، ومع وقوع العقد فاسداً، لم تحقق الجمع.

قوله: (وفي تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد أشبهه أنه لا يحرم) المراد بوطء الشبهة ما ليس بمستحق منه مع عدم العلم بتحريمه كالوطء في نكاح فاسد وشراء فاسد ولم يعلم فسادهما أو إذا ظن اجنبية زوجته أو امته فوطأها وامثال ذلك. وقد اختلف الأصحاب في نشر الحرمة. فقال الشيخ في النهاية أنه ينشر الحرمة كالوطء الصحيح لمساواته للصحيح في حقوق النسب وثبوت المهر والعدة، وهي معلولة للوطء الصحيح كما أن نشر الحرمة معلولة الآخر، وثبوت أحد المعلولين يستلزم ثبوت الآخر.

*

[واما الزنا فلا يحرم الزانية].

واورد عليه أن المحرمية لم توجد، وهي من أحكام الوطء الصحيح.
واجيب عنه بان المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء، لانها اباحة، وبأن الموطوءة بالشبهة لم يستبح الواطئ النظر اليها، فأن يتقرب بها أولى.

وقال ابن ادريس والمصنف: إنه لا ينشر الحرمة لعدم النص واصالة بقاء الحل.
والاصح انه ينشر الحرمة مع سبقه، لما سيجي ان شاء الله تعالى من ثبوت ذلك في الزنا بالنص الصحيح مع تحريمه فيكون في الشبهة أولى لانه وطء محترم شرعا فيكون ثبوت حكم المصاهرة به أولى.

قوله: (اما الزنا فلا يحرم الزانية) المراد أنه لا يحرم تزويج الزانية، وهذا احد الاقوال في المسألة ذهب اليه الشيخ في الخلاف والاستبصار وجمع من الاصحاب، وقال المفيد والشيخ في النهاية: من فجر بامرأة وهي غير ذات بعل لم يكن له العقد عليها الا اذا ظهر منها التوبة والاقلاع. وعد ابوالصلاح في المحرمات، الزانية حتى تتوب واطلق. والمعتمد عدم التحريم الا إذا كانت مشهورة بالزنا قبل التوبة.

(لنا) على الجواز في غير المشهورة بذلك الاصل، وما رواه الكليني في الحسن، عن عبيد الله بن علي الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ايما رجل فجر بامرأة ثم بداله أن يتزوجها حلالا، فان أوله سفاح وآخره نكاح، ومثله مثل النخلة اصاب الرجل من ثمرها حراما ثم اشتراها بعد فكانت له حلالا^(١).

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته، عن رجل فجر بامرأة ثم بداله ان يتزوجها، فقال: حلال، اوله سفاح وآخره نكاح، اوله حرام

(١) الوسائل باب ١١ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالنكاح ج ١٤ ص ٣٣١.

وآخره حلال^(١).

ويدل على تحريم المشهورة بالزنا قبل التوبة، ما رواه الشيخ في الصحيح، عن الحلبي قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: لا تتزوج المرأة المعلنة بالزنا ولا يزوج (يتزوج خ ل) المعلن بالزنا الا بعد ان يعرف منهما التوبة^(٢).

وما رواه ابن بابويه في الصحيح، عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن قول الله عز وجل: الزاني لا ينكح إلا زانية او مشركة، والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك^(٣)، قال: هن نساء مشهورات بالزنا ورجال مشهورون بالزنا قد شهروا بالزنا وعرفوا به، والناس اليوم بتلك المنزلة (بذلك المنزل ثل يب)، من اقيم عليه حد الزنا او شهر بالزنا لم ينبغ لاحد ان يناكحه حتى يعرف منه توبته^(٤).

احتج الشيخان واتباعهما بما رواه ابوبصير، قال: سألته عن رجل فجر بامرأة ثم اراد بعد ان يتزوجها، فقال: اذا تابت خل له نكاحها، قلت: كيف تعرف توبتها؟ قال: يدعوها إلى ما كانا عليه من الحرام، فان امتنعت فاستغفرت ربها عرف توبتها^(٥).
واجاب العلامة في المختلف عن الرواية، بان في طريقها ضعفا^(٦) مع ان ابا بصير لم يسندها إلى امام.

(١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٣٠.

(٢) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٣٥.

(٣) النور / ٣.

(٤) الوسائل باب ١٣ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٣٥.

(٥) الوسائل باب ١١ حديث ٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٣٢.

(٦) طريقها في التهذيب هكذا: احمد بن محمد بن عيسى، عن أبي المعز عن أبي بصير قال: سألته الخ.

[ولا الزوجة وان اصرت على الاشهر. وهل ينشر حرمة المصاهرة؟ قيل: نعم ان كان سابقا ولا تنشر ان كان لاحقا، والوجه انه لا ينشر].

وبالحمل على الكراهة، قال: مع ان في مضمونها اشكالا.

ولعل وجه الاشكال من حيث ان دعاءه اياها إلى الحرام يتضمن اغراءها بالقبيح وهو محرم. قوله: (ولا الزوجة وان اصرت على الاشبه) هذا قول معظم الاصحاب، ويدل عليه قوله عليه السلام في عدة روايات صحيحة: (إن الحرام لا يفسد الحلال)^(١).

وقال المفيد وسالار: إنها تحرم مع الاصرار.

واستدل العلامة لهذا القول في المختلف بأن أعظم فوائد النكاح، التناسل واباحة نكاح المصرة على الزنا تستلزم اختلاط الانساب، وهو محذور^(٢) شرعا ثم اجاب عنه بأنه لا نسب للزاني، وهو كذلك.

قوله: (وهل ينشر حرمة المصاهرة الخ).

اتفق الاصحاب على أن الزنا اللاحق للعقد الصحيح لا ينشر حرمة المصاهرة سواء في ذلك، الزنا بالعمة او الخالة وغيرها.

والاخبار الواردة بذلك مستفيضة جدا (منها) ما رواه الكليني في الصحيح، عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام انه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة (بامرأة ثل) أيتزوج ابنتها؟ قال: لا، ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامرأها او ابنتها او اختها لم تحرم عليه امرأته ان الحرام لا يفسد الحلال^(٣).

(١) تأتي عن قريب ان شاء الله.

(٢) هكذا في النسخ ولعل الصواب (محذور) كما لا يخفى.

(٣) الوسائل باب ٨ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٦.

وفي الحسن عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج جارية فدخل بها ثم ابتلى بها تفجر بامها أتحرم عليه امرأته؟ فقال: لا، انه لا يحرم الحلال الحرام^(١) وفي الحسن، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في رجل زنا بأم امرأته او بابنتها او باختها، فقال: لا يحرم ذلك وعليه امرأته ثم قال: ما حرم حرام قط حلالاً^(٢).

واطلاق النص وكلام الاصحاب يقتضي عدم الفرق في الزوجة بين المدخول بها وغيرها. ومقتضى رواية أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام، فانه قال: اذا فجر الرجل بالمرأة لم تحل له ابنتها ابداً وان كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه، وان هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بامها بعدما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بامها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها، وهو قوله عليه السلام: لا يفسد الحرام الحلال اذا كان هكذا^(٣). لكن لا أعلم بمضمون هذه الرواية قائلاً، وفي طريقها محمد بن الفضيل^(٤) وهو مشترك بين الثقة والضعيف.

واختلف الاصحاب في ان الزنا المتقدم على العقد هل ينشر حرمة المصاهرة كالصحيح بمعنى تحريم ما حرمه الصحيح من الام والبنت وتحريم موطوءة الابن على الاب وبالعكس فذهب الاكثر إلى انه ينشر حرمة المصاهرة كالعقد الصحيح.

(١) الوسائل باب ٨ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٦.

(٢) الوسائل باب ٨ صدر حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٦.

(٣) الوسائل باب ٨ حديث ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٦.

(٤) وسندها كما في التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد، عن محمد بن الفضيل، عن أبي الصباح.

*

وقال المفيد والمرتضى وابن ادریس: لا ينشر واختاره المصنف رحمته الله، والمعتمد الاول.

(لنا) الاخبار المستفیضة، وقد آوردنا طرفا، ومنها ما رواه الكليني في الصحيح، عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور، هل يتزوج ابنتها؟ قال: ان كان من قبله او شبهها فليتزوج ابنتها، وان كان جماع فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها (هي صا) ^(١).

وفي الصحيح، عن عيص بن القاسم قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام، عن رجل باشر امرأة وقبل غير أنه لم يفيض إليها ثم تزوج ابنتها، فقال: اذا (ان خ) لم يكن افضى إلى الام فلا بأس، وان كان افضى إليها فلا يتزوج ابنتها ^(٢).

وما رواه الشيخ، عن علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام، قال: سألت عن رجل زنا بامرأة هل يحل لابنه ان يتزوجها؟ قال: لا ^(٣).

ويدل عليه ايضا أن ام المزي بها وبنتها من الرضاة تحرم بذلك، فمن النسب اولى.

اما الثانية فظاهرة، واما الاولى، فلما رواه الكليني في الصحيح، عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: سألت عن رجل فجر بامرأة أيتزوج امها من الرضاة او بنتها؟ قال: لا ^(٤).

احتج القائلون بعدم التحريم بقوله تعالى: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ^(٥).

(١) الوسائل باب ٦ حديث ٣ ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٣.

(٢) الوسائل باب ٦ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٣.

(٣) الوسائل باب ٩ حديث ٢ ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٨.

(٤) الوسائل باب ٧ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٥.

(٥) النساء / ٢٤.

*

[ولو زنى بالعمة أو الخالة حرمت عليه بناتهما (بنتهما خ)].
وما رواه الشيخ، عن هشام بن المثنى، قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام جالسا فدخل عليه رجل فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراما أيتزوجها؟ قال: نعم وامها وابنتها^(١).
وقريب منها روى حنان بن سدير عن الصادق عليه السلام^(٢).
والجواب ان عموم الآية مخصوص باخبار التحريم، والروايتان ضعيفتا السند^(٣) فلا يصلحان لمعارضة الاخبار الصحيحة السند، الواضحة الدلالة.
قوله: (ولو زنا بالعمة أو الخالة حرمت عليه بناتهما (بنتهما خ) هذا الحكم مقطوع به في كلام الاصحاب وجعلوه مستثنى من الحكم بعدم التحريم بالزنا السابق.
واستدلوا عليه بما رواه الكليني في الحسن عن محمد بن مسلم، قال: سألت رجلا ابا عبدالله عليه السلام وانا جالس، عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع أيتزوج ابنتها؟ فقال: لا، قال: (قلت لئلا كذا) انه لم يكن أفضى اليها إنما كان شئ دون ذلك (شئ خ ل)، قال: لا يصدق ولا كرامة^(٤) كذا في الكافي.
وقد روى الشيخ في التهذيب هذه الرواية بطريق فيه علي بن الحسن الطاطري^(٥)، وقال في آخر الرواية، قال: انه لم يكن افضى اليها إنما كان شئ

-
- (١) الوسائل باب ٦ حديث ٧ من ابواب ما يحرم بالرضاع ج ١٤ ص ٣٢٤.
(٢) راجع الوسائل باب ٦ حديث ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ص ٣٢٥.
(٣) سند الاولى هكذا كما في التهذيب الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد (حميد خ) عن هشام بن المثنى وسند الثانية هكذا: الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن حنان بن سدير.
(٤) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٩.
(٥) فان سندها كما في التهذيب هكذا: علي بن الحسن (الحسين خ ل) الطاطري قال: حدثني محمد بن أبي حمزة ومحمد بن زياد، عن أبي ايوب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله محمد بن مسلم وأنا جالس.

*

دون ذلك، قال: كذب^(١).

ومتن الرواية لا تخلو من تحافت، ومع ذلك فانما تضمنت حكم الخالة خاصة فالحاق العمة بها يحتاج إلى دليل. لكن الامر في ذلك هين بعد ثبوت كون الزنا السابق ينشر حرمة المصاهرة مطلقا. ونزع ابن ادريس في السرائر في هذا الحكم فقال: وقد روي ان من فجر بعمته او خالته لم تحل ابنتاهما أبدا اورد ذلك شيخنا ابوجعفر في نهايته، وشيخنا المفيد في مقنعته، والسيد المرتضى في انتصاره، فان كان على المسألة اجماع فهو الدليل عليها ونحن قائلون وعاملون بذلك وان لم يكن اجماع فلا دليل على تحريم البنتين المذكورتين من كتاب وسنة ولا دليل عقلي، وليس دليلا الاجماع في قول رجلين ولا ثلاثة، ولا من عرف اسمه ونسبه، لان وجه كون الاجماع عندنا حجة دخول قول معصوم من الخطأ، في جملة القائلين بذلك^(٢).

قال العلامة في المختلف قعد أن أورد كلامه وهذا يشعر بعدم جزمه بالتحريم وتوقفه فيه، ولا بأس بالتوقف في هذه المسألة، فان عموم قوله تعالى: (واحل لكم ما وراء ذلكم)^(٣) يقتضي الاباحة هذا كلامه رحمته الله.

ولا يخلو عن غرابة لانه رحمته الله ذهب في ذلك الكتاب إلى ان الزنا السابق ينشر حرمة المصاهرة مطلقا، فكيف يتوقف في كون الزنا بالعمة أو الخالة ناشرا للحرمة، وانما يحسن التوقف ممن لا يقول بكون الزنا ناشرا للحرمة كما هو واضح.

(١) الوسائل باب ١٠ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٩.

(٢) إلى هنا عبارة ابن إدريس في السرائر.

(٣) النساء / ٢٤.

[وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك، فمنهم من نشر به الحرمة على اب اللامس والناظر وولده. ومنهم من خص التحريم بمنظورة الاب، والوجه الكراهية في ذلك كله].

قوله: (وأما اللمس والنظر بما لا يجوز الخ).

المراد بالمالك هنا مالك الامة ويندرج في النظر بما لا يجوز لغير المالك، النظر لما عدا الوجه والكفين مطلقا والنظر إليهما بشهوة.

والقول بان ذلك ناشر للحرمة على ابن اللامس والناظر وولده، للشيخ في النهاية، لكنه خص الحكم بالنظر والتقبيل بشهوة.

والقول باختصاص التحريم بمنظورة الاب دون الابن، لشيخنا المفيد وأبي الصلاح.

وقال ابن ادريس: لا يحرم على احدهما لو نظر الآخر أو قبل وان كان بشهوة، بل المقتضي للتحريم الوطئ، والى هذا القول ذهب المصنف والعلامة في جملة من كتبه.

والاصح، الاول (لنا) ما رواه ابن بابويه والشيخ في الصحيح، عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون عنده الجارية يجردها وينظر إلى جسمها نظر شهوة، هل تحل لايه؟ وإن فعل ابوه هل تحل لابنه؟ قال: اذا نظر اليها نظرا بشهوة (نظرة بشهوه خ ل) ونظر منها إلى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه، وان فعل ذلك الابن، لم تحل للاب^(١).

وما رواه الشيخ في الصحيح، عن محمد بن اسماعيل، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده؟ فقال:

(١) الوسائل باب ٣ حديث ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣١٨.

بشهوة؟ قلت: نعم، فقال: ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة، ثم قال ابتداء منه، ان جردها فنظر اليها بشهوة حرمت على ابنه وابيه، قلت: اذا نظر إلى جسدها؟ فقال: اذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه^(١). والروايتان صحيحتا السند واضحتا الدلالة.

لكن مقتضى الاولى اناطة التحريم بالنظر إلى ما يحرم على غيره بشهوة، والظاهر ان المراد بالنظر إلى ما يحرم على غيره، النظر إلى ماعدا الوجه والكفين.

ومقتضى الثانية حصول التحريم بتقبيلها بشهوة وتجردها والنظر إليها بشهوة والنظر إلى الفرج، فينبغي قصر التحريم على ذلك، وعلى هذا.

فلو نظر إلى وجهها وكفيها بشهوة او إلى جسدها بغير شهوة لم ينشر حرمة وان كان النظر محرماً على غيره.

ومقتضى الروايتين تعلق التحريم بالاب والابن فقصر المفيد التحريم على منظورة الاب، غير واضح.

ولا حجة له فيما رواه محمد بن مسلم - في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: اذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحل لابنه^(٢).

لان تحريمها على الابن لا يقتضي اختصاص التحريم به فلا ينافي ما دل على تعلق التحريم بهما كما هو واضح.

احتج القائلون بعدم التحريم، بالاصل وعموم قوله تعالى: (واحل لكم ما وراء ذلكم)^(٣) ورواية علي بن يقطين عن الكاظم (العبد الصالح ثب ثل) عليه السلام في الرجل يقبل الجارية ويباشرها من غير جماع داخل او خارج أتحل

(١) الوسائل باب ٣ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣١٧.

(٢) الوسائل باب ٣ حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣١٧.

(٣) النساء / ٢٤.

[ولا يتعدى التحريم إلى ام الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما].

لابنه أو لانيه؟ قال: لا بأس^(١). واجابوا عن الاخبار المتقدمة بحمل النهي على الكراهة. وهو غير جيد، لان صرف اللفظ عن حقيقته، يحتاج إلى القرينة، وهي منتفية هنا لخلو النهي عن المعارض، والآية الشريفة لا تنافيه، لان الخاص مقدم واما الرواية فضعيفة السند باشماله على عدة من الواقفية^(٢).

ويمكن حملها على ما إذا باشرها ومسها من غير شهوة كما ذكره الشيخ في الاستبصار. قوله: (ولا يتعدى التحريم إلى ام المنظورة والملموسة ولا بنتيهما) ما اختاره المصنف رحمته الله من عدم تعدى التحريم إلى ام المنظورة والملموسة وبنتيهما أحد القولين في المسألة وظهرهما تمسكا بمتقضى الاصل والعمومات.

وقال الشيخ في الخلاف: يتعدى التحريم إلى الام وان علت، والبنت وان نزلت واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ولم نقف على ما ادعاه من الاخبار.

واستدل له في المختلف، بما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام، قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فنظر إلى رأسها، وإلى بعض جسدها أبتزج أبتزجها؟ قال: لا، اذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له ان يتزوج أبتزجها^(٣) وهو احتجاج ضعيف، فان مورد الرواية، الزوجة وهو خلاف محل النزاع، ومع ذلك فيجب حملها على الكراهة جمعا بينها وبين صحيحة العيص بن القاسم، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام، عن رجل باشر امرأة وقبل غير أنه لم يفض إليها

(١) الوسائل باب ٧٧ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٨٥.

(٢) وسندها كما في التهذيب هكذا: وعنه ينحى البرزوقي، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن سماعة، عن محمد بن أبي حمزة، عن علي بن يقطين عن العبد الصالح من الرجل الخ.

(٣) الوسائل باب ١٩ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٥٣.

[ويلحق بهذا (الفصل خ ل) الباب مسائل: (الاولى) لو ملك اختين فوطاً واحدة حرمت الاخرى، ولو وطأ الثانية اثم ولم تحرم الاولى واضطربت الرواية. ففي بعضها تحرم الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه لا للعود وفي اخرى ان كان جاهلاً لم تحرم وان كان عالماً حرمتا عليه].

ثم تزوج ابنتها، قال: ان لم يكن أفضى إلى الام فلا بأس، وان كان أفضى فلا يتزوج ابنتها^(١). واعلم ان المحقق الشيخ فخر الدين ذكر في شرح القواعد أن القائلين بان الزنا ينشر حرمة المصاهرة، اختلفوا في أن النظر المحرم إلى الاجنبية واللمس هل ينشر الحرمة فتحرم به الام وان علت والبنت وان نزلت ام لا؟^(٢) هذا كلامه رحمه الله ولم نقف على القائل بالتحريم، وعلى مستنده ولا نقله غيره، وكيف كان فلا ريب في ضعف هذا القول.

قوله: (الاولى لو ملك اختين الخ).

لا خلاف في جواز الجمع بين الاختين في الملك وعدم جواز الجمع بينهما في الوطء، فاذا ملك الاختين كان له نكاح أيهما شاء فاذا وطأ احديهما حرم عليه وطء الاخرى حتى يخرج الاولى عن ملكه، فاذا فعل ذلك فعل حراماً.

وفي تحريم الاولى او الثانية أو تحريمهما على بعض الوجوه اقوال منتشرة.

(١) الوسائل باب ٦ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٣.

(٢) عبارة شرح القواعد وهكذا: المسألة الرابعة النظر المحرم إلى الاجنبية هل يحرم الام والبنت؟ من قال: لا يحرم الوطء بالزنا قال: لا يحرم هنا، واختلف القائلون بالتحريم بالوطء، بالزنا، في تحريمه هنا على قولين، والاقوى عندي عدم التحريم به للاصل وانتهى كلامه رفع مقامه ايضاح الفوائد ج ٣ ص ٦٦ طبع المطبعة العلمية قم.

والذي اختاره المصنف رحمه الله، وقبله الشيخ وابن اديس، ان الاولى تبقى على الحل، والثانية على التحريم، سواء اخرج الثانية عن ملكه أملا، وسواء كان جاهلا بتحريم وطء الثانية ام علما وصرحوا بانه متى اخرج الاولى عن ملكه حلت الثانية سواء اخرجها لاجل العود إلى الثانية أم لا. اما تحريم الثانية وبقاء الاولى على الحل فلان التحريم انما تعلق بوطء الثانية والحرام لا يحرم الحلال، واما حل كل منهما باخراج الاخرى عن ملكه فلانه متى أخرج احديهما عن ملكه انتفى الجمع بين الاختين المحرم. وهذا القول متجه لو لا ورود الروايات الكثيرة بخلافه.

والرواية الاولى التي اشار اليها المصنف رواها الكليني في الحسن، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: وسئل عن رجل كان عنده اثنان مملوكتان فوطأ احديهما ثم وطأ الاخرى، قال: (فقال ثل) اذا وطأ الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى، قلت: رأيت ان باعها تحل له الاولى؟ قال: ان كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الاخرى شيء فلا أرى بذلك بأسا وان كان انما يبيعها ليرجع إلى الاولى فلا ولا كرامة^(١).

وقد روى نحو ذلك ابن بابويه في الصحيح عن العلاء، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألت عن رجل كان عنده مملوكتان فوطأ احديهما ثم وطأ الاخرى، قال: اذا وطأ الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى، قلت: رأيت ان باعها تحل له الاولى؟ قال: ان كان باعها (يبيعها ثل) لحاجة ولا يخطر على باله منها شيء فلا أرى بذلك بأسا وإن كان يبيعها ليرجع إلى الاولى فلا ولا كرامة^(٢).

(١) الوسائل باب ٢٩ نحو خير ٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٣.

(٢) الوسائل باب ٢٩ مثل حديث ٩ بطريق الصدوق ج ١٤ ص ٣٧٣.

والرواية الأخرى رواها ابن بابويه في الصحيح عن علي بن رثاب، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يشتري الاختين فيطأ أحديهما ثم يطأ الأخرى بجهالة، قال: إذا وطأ الأخرى بجهالة لم تحرم عليه الأولى، وإن وطأ الأخيرة (الأخرى كما) يعلم أنها تحرم عليه حرمتا جميعاً^(١).

والجمع بين هذه الروايات لا يخلو من إشكال، فلذلك حكم المصنف باضطراب الرواية، وذلك لأن ظاهر رواية الحلبي الأولى، ورواية ابن مسلم تحريم الأولى خاصة إلى أن تموت الثانية أو يخرجها عن ملكه لا للعود، فإن حملتا على ما إذا وقع الوطء بجهالة وقع التنافي بينهما وبين رواية الحلبي الأخيرة صريحاً للتصريح فيها بعدم تحريم الأولى مع الجهالة، وإن حملتا على حالة العلم بالتحريم وقع التنافي بينهما أيضاً، إذ المستفاد منهما تحريم الأولى خاصة، ومن رواية الحلبي الأخيرة تحريمهما معاً. ويمكن الجمع بينهما بحمل الروايتين الأولتين على حالة العلم وحكمه عليه السلام فيها بتحريم الأولى، لا يقتضي حل الثانية.

وربما كان الوجه في تخصيص الأولى بالذكر أن تحريم الثانية ظاهر حيث أن وطئها محرم فيستمر تحريمه إلى أن يزول المقتضى له وهو الجمع بين الاختين وأما الأولى فلما كان وطئها مباحاً احتج إلى ذكر حكمها بعد وطء الثانية وهو تحريمها إلى أن تخرج الثانية عن ملكه لا للعود. والمسألة لا تخلو من إشكال، لكن تحريم الأولى مع العلم بتحريم وطء الثانية إلى أن تخرج الثانية عن ملكه على الوجه المتقدم، مقطوع به لدلالة الاخبار بأسرها على ذلك، وإنما الإشكال في حل الأولى مع الجهل وتحريم الثانية مع العلم مع بقائهما في ملكه، ولا يبعد المصير إليه، والاحتياط يقتضي اجتنابهما إلى أن تخرج

(١) الوسائل باب ٢٩ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٢.

[الـثانية) يكره أن يعقد الحر على الامة، وقيل: يحرم الا ان يعدم الطول ويخشى العنت].

احديهما عن ملكه على الوجه المتقدم.

وفي المسألة أقوال منتشرة ليس في التعرض لها كثير فائدة لضعف مستندها، والله تعالى أعلم.
قوله: (الثانية يكره ان يعقد الحر الخ) اجمع العلماء كافة على جواز نكاح الامة بالعقد لمن فقد طول الحرة وخشي العنت.

واختلفوا في الجواز اذا انتفى أحد الامرين، فذهب أكثر المتقدمين كالشيخ في المبسوط والخلاف، وابن الجنيد، وابن البراج، وابن أبي عقيل إلى أنه غير جائز، وربما ظهر من عبارة ابن أبي عقيل دعوى الاجماع على ذلك، فانه قال: لا يحل للحر المسلم عند آل الرسول ﷺ أن يتزوج الامة متعة ولا نكاح اعلان الا عند الضرورة، وهو اذا لم يجد مهر حرة وضرت به العزبة، وخاف على نفسه منها الفجور، فاذا كان كذلك حل له نكاح الامة، ثم قال: وقد اجاز قوم من العامة تزويج الاماء في حال الضرورة وغير الضرورة لواجد الطول، ولغير واجد الطول، وكفى بكتاب الله عزوجل ردا عليهم دون ما سواه.

وذهب الشيخ في النهاية إلى الجواز على كراهية، وتبعه ابن حمزة، وابن إدريس، والمصنف وأكثر من تأخر عنه.

احتج المانعون بقوله تعالى: ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيما نكم من فتيا نكم المؤمنات.. ذلك لم خشى العنت منكم^(١).
وجه الاستدلال انه تعالى شرط في نكاح الامة عدم الطول، لان (من)

(١) النساء / ٢٥.

*

للشروط وشرط خوف العنت بقوله عزوجل: ذلك لمن خشى العنت منكم والمشروط عدم عند عدم شرطه.

وبالاخبار الدالة على ذلك، كصحيحة محمد وهو ابن مسلم عن احدهما عليه السلام قال: وسألته عن الرجل يتزوج المملوكة؟ قال (فقال خ ل): لا بأس اذا اضطر اليه^(١). وفي رواية أخرى لابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام انه سأل (سئل خ) عن الرجل يتزوج المملوكة؟ قال: إذا اضطر اليها فلا بأس^(٢).

دلت الرواية على ثبوت البأس في تزويج الامة مع انتفاء الضرورة وهو تقتضي التحريم، والمراد بالضرورة ما ذكر في الآية.

ورواية زرارة بن اعين، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألت عن الرجل يتزوج الامة؟ قال: لا الا ان يضطر إلى ذلك^(٣).

ورواية أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام في الحر يتزوج الامة؟ قال: لا بأس إذا اضطر اليها^(٤)، وتقريب الاستدلال ما سبق.

احتج الآخرون بأن الاصل، الاباحة، وبعمومات الكتاب مثل قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم^(٥)، وهو شامل للمتنازع وقوله عزوجل: واحل لكم ما وراء ذلكم^(٦)، وقوله تعالى: ولا مة مؤمنة خير من مشركة^(٧).

(١) الوسائل باب ٨ حديث ١ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٧.

(٢) الوسائل باب ٤٥ حديث ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٩٢.

(٣) الوسائل باب ٤٥ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٩١.

(٤) الوسائل باب ٤٥ حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٩١.

(٥) المؤمنون / ٥ والمعارج / ٢٩.

(٦) النساء / ٢٤.

(٧) البقرة / ٢٢١.

*

وما رواه الكليني، عن ابن بكير، عن بعض اصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا ينبغي (بأس خ ل ثل) أن يتزوج الرجل الحر، المملوكة اليوم، انما كان ذلك حيث قال الله عزوجل: (ومن لم يستطع منكم طولا)، والطول المهر ومهر الحرة اليوم مهر الامة او اقل^(١) وأجاب العلامة في المختلف عن حجة المانعين بأن الآية تدل من حيث المفهوم، واذا عارضه المنطوق خرج عن الدلالة، قال: على ان المعلق، الامر بالنكاح إما ايجابا او استحبابا، فاذا انتفى الامر المعلق عليه انتفى الوصف الزائد على الجواز، وايضا فانه خرج مخرج الاغلب فلا يدل على نفي الحكم عما عداه، وكذا الجواب عن الخبر (الاول خ).

ولي في هذا الجواب نظر، فان المفهوم الواقع في الآية الشريفة مفهوم الشرط وهو حجة عند المحققين ومنهم العلامة، ودلالة قوله تعالى: ذلك يعني نكاح الاماء لمن خشي العنت منكم مفهوم حصر وهو لا يقصر عن المنطوق وقوله: (واذا عارضه المنطوق خرج عن الدلالة) يريد به الادلة العامة وهو غير جيد، لعدم تحقق التعارض، فان الخاص مقدم والمفروض انه حجة. وقوله: (ان المعلق، الامر بالنكاح اما ايجابا او استحبابا) غير واضح، اذ المتبادر من سوق الآية كون الامر هنا للاباحة كما في قوله تعالى: (واذا حللتم فاصطادوا)^(٢) ولانها مسوقة لبيان الحل والحرمة، لا لبيان الواجب من الوطء والمندوب، مع ان تقدير الامر غير متعين، لجواز ان يكون المقدر (فنكاحه مما ملكت ايمانكم) ونحو ذلك.

وقوله: (ان التعليق في الآية والخبر خرج مخرج الاغلب) غير ظاهر.

(١) الوسائل باب ٤٥ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٢٩١.

(٢) المائدة / ٢.

*

وقد ظهر من ذلك ان القول بالتحريم لا يخلو من قوة.
قال في الكشف: (فان قلت): لم كان نكاح الامة منحطا عن نكاح الحرة؟ (قلت) لما فيه من اتباع الولد الام في الرق، ولثبوت حق المولى فيها وفي استخدامها، ولانها ممتنه^(١) مبتذلة^(٢) خراجة^(٣)، ولاجة، وذلك كله نقصان راجع إلى التناكح ومهانة، والعزة من صفات المؤمن، هذا كلامه وهو حسن.

لكن لا يخفى ان التعليل الاول غير مستقيم عندنا، لان الولد يتبع أشرف الطرفين.
وفي المسألة قول ثالث وهو تحريم الامة لمن عنده حرة خاصة.
ويدل على تحريم الامة والحال هذه صريحا ما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: تزوج الحرة على الامة، ولا تزوج الامة على الحرة، ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل^(٤).

إذا تقرر ذلك فاعلم ان الطول في اللغة، الفضل يقال: لفلان على فلان طول إلى زيادة وفضل، ومنه الطول في الجسم، لانه زيادة فيه.
والمراد به هنا، المهر والنفقة كما ذكره المصنف في الشرائع، ويكفي في القدرة على النفقة وجود المال بالقوة القريبة كما في علة الملك وكسب ذي الحرفة.
واما العنت، فقال في القاموس: انه محركة الفساد والاثم، والهلاك، ودخول المشقة على الانسان، ولقاء الشدة، والزنا، والوهن، والانكسار، واكتساب

(١) وامتنه وامتهنته ابتذلتها وامتهنته استخدمه (مجمع البحرين).

(٢) وبذل الثوب وابتذله لبسه في اوقات الخدمة (مجمع البحرين).

(٣) رجل خراج ولاج، كثير الظرف والاحتيايل (القاموس) وفي الحديث فحابة ولاجة اي كثيرة الدخول والخروج (مجمع البحرين).

(٤) الوسائل باب ٤٦ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٩٢.

الاثم.

والظاهر ان المراد به هنا، الاثم الذي يؤدي اليه غلبة الشهوة.
قال في الكشف: واصل العنت انكسار العظم بعد الجبر، فاستعير لكل مشقة وضرر، ولا
ضرر اعظم من موافقة المأثم (الاثم خ) ويتحقق خوف العنت بقوة الشهوة وضعف التقوى.
وذكر المصنف في الشرائع أن العنت، المشقة من الترك، فيتناول خوف الضرر الشديد من الترك
وان توصيف التقوى بحيث منعت من الزنا.

وهو جيد لو ثبت اطلاق العنت على مطلق المشقة حقيقة، لكنه غير ثابت.
واعلم ان اطلاق عبارات الاصحاب يقتضي انه لا فرق في المنع من العقد على القول به بين
النكاح الدائم والمنقطع.
وبهذا التعميم جزم في المسالك ثم قال: واما التحليل فان جعلناه عقدا امتنع أيضا، وان جعلناه
اباحة فلا كما لا يمتنع وطؤها بملك اليمين.
وفي هذا التعميم نظر، والاجود قصر الحكم على العقد الدائم، لانه المتبادر من اللفظ عند
الاطلاق.

ويدل عليه ايضا ما رواه الكليني في الصحيح عن محمد بن اسماعيل، قال: سألت ابا الحسن
عليه السلام هل للرجل ان يتمتع من المملوكة باذن اهلها وله امرأة حرة؟ قال: نعم اذا رضيت الحرة،
قلت: فان اذنت الحرة يتمتع منها؟ قال: نعم^(١).
وما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن اسماعيل بن بزيع أيضا، قال: سألت الرضا عليه السلام عن
امرأة احلت لزوجها جاريتها، فقال: ذلك له، قلت:

(١) الوسائل باب ١٦ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٤.

[الثالثة) لا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من حرتين، او حرة وامتين، او اربع إماء.

(الرابعة) لا يجوز نكاح الامة على الحرية الا باذنها].

فان خاف ان تكون تمزح؟ قال: وكيف له بما في قلبها، فان علم انها تمزح فلا^(١).

قوله: ((الثالثة) لا يجوز للعبد ان يتزوج الخ) اطبق علمائنا على ان العبد يجوز له ان ينكح بالعقد الدائم حرتين، أو حرة وأمتين، أو أربع إماء، وليس له أن يعقد على حرتين وأمة، ولا على ثلاث إماء وحرّة، لان الحرية في حقه بمنزلة أمتين.

ويدل على ذلك مضافا إلى الاجماع المنقول روايات: (منها) ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن المملوك يتزوج اربع حرائر؟ قال: لا يتزوج الا حرتين ان شاء أو أربع إماء^(٢).

وذكر جمع من الاصحاب ان للمملوك ان يعقد ما شاء متعة على الحرائر والاماء كالحرة، وكذا التحليل، سواء كان عنده العدد الذي يجوز له دواما ام لا.

ويدل عليه مضافا إلى الاطلاقات وعدم ظهور تناول الاخبار المانعة لما عدا الدائم ما رواه الشيخ، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا اذن الرجل لعبده ان يتسرى في (من خ) ماله فانه يتسرى كم شاء بعد ان يكون قد اذن له في ذلك^(٣).

قوله: ((الرابعة) لا يجوز نكاح الامة على الحرية الا باذنها) بل الاصح انه لا يجوز نكاح الامة على الحرية بالعقد الدائم مطلقا، لما رواه الشيخ في الحسن، عن

(١) الوسائل باب ٣٢ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٤.

(٢) الوسائل، باب ٨ حديث ١ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد ج ١٤ ص ٤٥.

(٣) الوسائل باب ٩ حديث ٣ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد ج ١٤ ص ٤٠٧.

[ولو بادر كان العقد باطلا].

الحلي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة، ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل^(١).

وفي الصحيح، عن الحسن بن زياد، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة، ولا النصرانية، ولا اليهودية على المسلمة، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل^(٢).

وما رواه ابن بابويه في الصحيح عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: وقضى امير المؤمنين عليه السلام ان ينكح الحرة على الامة ولا ينكح الامة على الحرة^(٣).

وهذه الروايات كما ترى مطلقة في المنع من تزويج الامة على الحرة، ومتناولة الحالة الاذن وعدمها، فلا وجه لقصرها على ما اذا لم تأذن الحرة من غير دليل.

قوله: (ولو بادر كان العقد باطلا الخ) الاصح ما اختاره المصنف والاكثر من بطلان عقد الامة للتصريح بالبطلان في روايتي الحلبي والحسن بن زياد^(٤).

واجاب عنهما في المختلف بالحمل على انه آئل إلى البطلان بتقدير اعتراض الحرة.

وهو حمل بعيد، مع انه لا ضرورة تلجئ اليه لانتفاء المعارض.

ثم قال في المختلف: ان القول بالبطلان ليس ببعيد من الصواب، وهو

(١) الوسائل باب ٤٦ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٩٢.

(٢) الوسائل باب ٤٦ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٩٣.

(٣) الوسائل باب ٤٦ حديث ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٩٣.

(٤) تقدمنا قبيل هذا.

[وقيل: كان للحرّة الخيرة (الخيار خ) بين اجازته وفسخه، وفي رواية: لها ان تفسخ عقد نفسها وفي الرواية ضعف. ولو ادخل الحرّة على الامة جاز. وللحرّة الخيار ان لم تعلم ان كانت الامة زوجة].

كذلك والقول بان للحرّة الخيرة بين اجازته وفسخه منقول عن الشيخ وابن البراج وابن حمزة، لانه عقد صدر بدون رضا من يعتبر رضاه، فوجب أن يقف على رضاه كالفضولي.

وهو قياس محض، ومع ذلك فهو مدفوع بالنص الصحيح.

والرواية التي اشار اليها المصنف، رواها الشيخ، عن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج أمة على حرّة فقال: ان شاءت الحرّة أن تقيم مع الامة اقامت وان شاءت ذهبت إلى أهلها^(١) (الحديث).

وبمضمون هذه الرواية أفق الشيخان، وابن البراج، وابن حمزة، وهي قاصرة من حيث السند^(٢) عن اثبات هذا الحكم.

قوله: (ولو ادخل الحرّة على الامة جاز) أما جواز ادخال الحرّة على الامة فلا خلاف فيه، وقد تقدم من النص ما يدل عليه.

واما ان للحرّة الخيار بين فسخ عقدها وامضائه اذا لم تعلم بسبق عقد الامة، فمقطوع به في كلام الاصحاب، وادعى عليه الشيخ في الخلاف الاجماع.

والمستند فيه ما رواه الشيخ في الصحيح عن يحيى الأزرق، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له امرأة وليدة فتزوج حرّة ولم يعلمها بان له امرأة وليدة، فقال: ان شاءت الحرّة أقامت، وان شاءت لم تقم، قلت: قد اخذت

(١) الوسائل باب ٤٧ صدر حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٩٤.

(٢) فان سندها هكذا كما في التهذيب: الحسن بن محبوب، عن يحيى اللحام، عن سماعة.

[ولو جمع بينهما في عقد واحد صح عقد الحرة دون الامة].

المهر أفتذهب؟ قال: نعم بما استحلت من فرجها^(١).

ونقل عن الشيخ في التبيان انه حكم بتخييرها بين فسخ عقدها وفسخ عقد الامة. وهو ضعيف، فان عقد الامة الواقع قبل عقد الحرة عقد لازم فلا نتسلط الحرة على فسخه بغير دليل.

قوله: (ولو جمع بينهما في عقد واحد صح عقد الحرة دون الامة) المراد أن عقد الحرة يقع صحيحا لازما دون عقد الامة، فانه يقع باطلا.

وقيل: إن عقد الامة يقع موقوفا على رضا الحرة، فان اجازته لزم، والا انفسخ. والاصح البطلان لصحيحة أبي عبيدة الحذاء، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سئل ابو جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة حرة وأمتين مملوكتين في عقد واحد، قال: أما الحرة فنكاحها جائز، وان كان سمى لها مهرا فهو لها، واما المملوكتان فانكاحهما في عقد مع الحرة باطل، يفرق بينه وبينهما^(٢)، وهي نص في المطلوب.

وفي المسألة قول ثالث وهو تخيير الحرة بين فسخ عقدها وعقد الامة اختاره العلامة في المختلف واحتج عليه بان العقد واحد، وهو منزل ولا اولوية.

وهو مدفوع بالنص الصحيح الدال على صحة احدهما وبطلان الآخر، ويتحقق الجمع بينهما في العقد الواحد، بان يزوج رجل وابنته وأمته لآخر في عقد واحد أو يزوج ابنته وامة غيره بالوكالة كذلك أو بالعكس أو يزوجهما بالوكالة فيهما ونحو ذلك.

(١) الوسائل باب ٤٧ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٢ ص ٣٩٤.

(٢) الوسائل باب ٤٨ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٢ ص ٣٩٥.

[الخامسة) لا يحل العقد على ذات البعل ولا تحرم به].

قوله: ((الخامسة) لا يحل العقد على ذات البعل ولا تحرم به) اما انه لا يحل العقد على ذات البعل، فلا ريب فيه، لما سيجيئ من تحريم التعريض بالخطبة في العدة الرجعية، فتحریم العقد على ذات البعل أولى.

واما انها لا تحرم به فللاصل السالم من المعارض.

وفي المسألة وجه بالتحريم مع العلم بكونها ذات بعل لتحريم المعتدة بمجرد العقد عليها مع العلم بانها في العدة فذات البعل أولى، لان علاقة الزوجية أقوى من علاقة الاعتداد. ويشكل بان الاولوية انما تثبت اذا ثبت التعليل وهو غير ثابت هنا، اذ من الجائز اختصاص المعتدة بمزية اقتضت ذلك، وبالجمله فالحاق ذات البعل بالمعتدة في هذا الحكم لا يخرج عن القياس، هذا كله مع عدم الدخول.

اما مع الدخول فان كان عالما بالتحريم فهو زان محض، وسيجيئ أن الزنا بذات البعل يقتضي تحريمها مؤبدا، وان كان جاهلا، قيل: تحرم كالمعتدة، بل هذه أولى بالتحريم لشدة العلاقة، ويتوجه عليه ماسبق.

نعم يمكن الاستدلال عليه بموثقة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها او نعي اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال: تعتد منهما جميعا ثلاثة أشهر عدة واحدة وليس للآخر ان يتزوجها ابدا^(١).

وموثقة أديم بن الحر، عن أبي عبد الله عليه السلام: التي تزوج ولها زوج، يفرق بينهما ثم لا يعاودان (يتعاودان خ) ابدا^(٢).

(١) الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤١.

(٢) الوسائل باب ١٦ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤١ وفيه قال: قال ابو عبد الله عليه السلام التي الخ.

[نعم لو زنى بها حرمت، وكذا في الرجعية (خاصة خ)].

وقيل: لا تحرم بذلك تمسكا بمقتضى الاصل واستضعافا لدليل التحريم والمسألة محل تردد.

قوله: (نعم لو زنى بها حرمت، وكذا في الرجعية) هذا الحكم مقطوع به في كلام الاصحاب، مدعى (وادعى خ ل) عليه الاجماع^(١).

واستدل عليه في التهذيب، بما رواه، عن أحمد بن محمد رفعه ان الرجل اذا تزوج المرأة (امرأة خ) وعلم ان لها زوجا، فرق بينهما ولم تحل له ابدا^(٢).

وفي الموثق، عن أديم بن الحر، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: التي تتزوج ولها زوج يفرق بينهما ثم لا يتعاودان أبدا^(٣).

وفي الروايتين ضعف من حيث السند، وقصور في الدلالة، ومن ثم نسب المصنف في الشرائع إلى قول مشهور^(٤) مؤذنا بتوقفه فيه، وهو في محله.

وذات العدة الرجعية زوجة بخلاف البائن، فلو زنا بذات العدة البائن لم تحرم عليه للاصل واختصاص النص بمن تزوج المرأة في العدة.

وقال العلامة في التحرير: لو زنى بذات عدة بائن او عدة وفات، فالوجه انها لا تحرم عليه عملا بالاصل، وليس لاصحابنا في ذلك نص، وعلى ما قلناه من التنبيه (التشبيه خ) يحتمل التحريم مع العلم لانا قد بينا ثبوته مع العقد، فمع التجرد أولى وهو الاقرب هذا كلامه رحمته الله. وفي الاولوية نظر تقدم تقريره غير مرة.

(١) في هامش بعض النسخ: المدعى المحقق الشيخ علي في شرح القواعد وجدي رحمته الله في الروضة منه.

(٢) الوسائل باب ١٦ حديث ١٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٣.

(٣) الوسائل باب ١٦ حديث ١٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤١.

(٤) وعن الشرائع: ولو زنى بذات بعل او في عدة رجعية حرمت عليه ابدا في قول مشهور.

[(السادسة) من تزوج امرأة في عدتها جاهلا فالعقد فاسد ولو (ان خ) دخل حرمت ابدا].
ولو زني بتمتع بها في المدة فهي ذات بعل وبعدها في العدة فكما في عدة البائن.
ولا تلحق بذات البعل الموطوءة بالشبهة.
وفي الحاق الموطوءة بالملك بذات البعل وجهان، من اشتراكهما في المعنى المقتضى التحريم
وخروج الامة عن مورد النص، والاصح العدم.
قوله: ((السادسة) من تزوج امرأة في عدتها الخ) اذا تزوج الرجل امرأة في عدتها فالعقد فاسد
قطعا ثم ان كان عالما بالعدة والتحريم حرمت بمجرد العقد، وان كان جاهلا بالعدة او التحريم لم
تحرم الا بالدخول.
ويدل على هذه الاحكام روايات: (منها) ما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله
عليه السلام، قال: اذا تزوج الرجل بالمرأة في عدتها ودخل بها لم تحل له ابدا عالما كان أو جاهلا، وان لم
يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر^(١).
وعن زرارة بن اعين وداود بن سرحان، عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال: والذي تزوج المرأة في
عدتها وهو يعلم.
لا تحل له ابدا^(٢).
وفي الصحيح، عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي إبراهيم عليه السلام، قال: سألت عن الرجل يتزوج
المرأة في عدتها بجهالة أهى ممن لا تحل له أبدا؟ فقال: لا اما اذا كانت بجهالة فليتزوجها بعد ما
تنقضي عدتها وقد يعذر الناس في الجهالة

(١) الوسائل باب ١٧ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٥.

(٢) الوسائل باب ١٧ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٤ وفيه كما عن الكافي بعد قوله عن أبي
عبد الله: وعن عبد الله بن بكير عن اديم بياع الهروي عن أبي عبد الله عليه السلام.

[ولحق به الولد، ولها المهر بوطء الشبهة].

بما هو اعظم من ذلك، فقلت: باي الجهالتين أعذر (يعذر خ) بجهالته أن ذلك محرم عليه ام بجهالته أنها في عدة؟ فقال: احدى الجهالتين أهون من الاخرى، الجهالة بأن الله حرم ذلك عليه، وذلك بانه لا يقدر على الاحتياط معها، فقلت: فهو في الاخرى معذور؟ قال: نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور في ان يتزوجها فقلت: فان كان احدهما متعمدا والاخر بجهالة (يجهل خ)، فقال: الذي تعمد لا يحل له ان يرجع إلى صاحبه ابدا^(١).

وفي معنى هذه لرواية أخبار كثيرة.

وبالجملة فلا اشكال في هذه الاحكام، لانها موضع نص ووافق.

وفي الحاق مدة (عدة خ) الاستبراء بالعدة وجهان اظهرهما العدم.

وكذا الوجهان لوتزوج المرأة مع الوفاة المجهولة قبل العدة، والمتجه عدم التحريم المؤبد بذلك، سواء كان عالما او جاهلا دخل أولا، لانتفاء المقتضى للتحريم، وهو كونها زوجة أو معتدة، لان المفروض وقوع الوطء بعد وفاة الزوج والعدة انما تكون بعد العلم بالوفاة او ما في معناه، والاصل، الحل فيتمسك به إلى ان يحصل الناقل. ويحتمل التحريم المؤبد، لانه لو تزوجها بعد هذا الزمان في زمان العدة لاقتضى التحريم ففيه أولى، لانه اقرب إلى زمان الزوجية. والكلام في تحقق الاولوية كما سبق. ومتى حصل الدخول في صورة الجهل وأتت بولد ستة أشهر فصاعدا من حين الوطء كان لاحقا بالعاقدة ويجب المهر اذا كانت جاهلة بالتحريم.

وصرح المصنف في الشرائع بان المراد به المسمى وهو قول الشيخ رحمته الله

(١) الوسائل باب ١٧ حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٥.

[وتتم العدة للاول وتستأنف اخرى للشاني. وقيل: تجزى (عدة خ) واحدة، ولو كان عالما حرمت بالعقد].

نظرا إلى ان المسمى هو الذي وقع عليه التراضي في العقد عوضا للبضع. والظاهر لزوم مهر المثل، لانه عوض للبضع حيث لا يكون هناك مقدر، والعقد وقع باطلا فيبطل ما تضمنه من التراضي على المسمى الذي وقع عليه العقد. وهل يجب عليها استئناف عدة لوطء الشبهة بعد اكمال الاولى؟ قيل: نعم واختاره الاكثر لتعدد السبب المقتضى لتعدد المسبب.

ولحسنه الحلبي، عن بي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن يمضى لها أربعة أشهر وعشرا، فقال: اذا كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدا واعتدت ما بقي عليها من الاول واستقبلت عدة اخرى من الآخر ثلاثة قروء وان لم يكن دخل بها فمرت بينهما واعتدت بما بقي عليها من الاول وهو خاطب من الخطاب^(١) ونحوه روى الشيخ في الموثق عن محمد بن مسلم^(٢).

وقيل: يجزى عدة واحدة (وخ) حكاه المصنف رحمته الله ولم نعرف قائله. ويدل عليه روايات كثيرة كصحيفة زارة، عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل ان تنقضي عدتها؟ قال: يفرق بينهما وتعد عدة واحدة منهما جميعا^(٣). ورواية أبي العباس، عن أبي عبدالله عليه السلام في المرأة تزوج في عدتها، قال: يفرق بينهما وتعد عدة واحدة منهما جميعا^(٤).

(١) و(٢) الوسائل باب ١٧ حديث ٩٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٦.

(٣) الوسائل باب ١٧ حديث ١١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٦.

(٤) الوسائل باب ١٧ حديث ١٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٧ *

[ولو تزوج محرما عالما حرمت وان لم يدخل، وان كان جاهلا فسد ولا (لم خ) تحرم ولو دخل].
واجاب عنها الشيخ في التهذيب بالحمل على ما اذا لم يكن الثاني قد دخل بها.
وهو بعيد، لان قوله عليه السلام : (وتعتد عدة واحدة منهما جميعا) يقتضي دخول الثاني قطعاً، اذ لا عدة له مع عدم الدخول اجماعاً، نعم يمكن حمل الامر بالاستئناف على الاستحباب.
قوله: (ولو تزوج محرما عالما الخ) اما انها لا تحرم مع الجهل ولو دخل بالزوجة، فلا ريب فيه للاصل السالم من المعارض.

واما التحريم مع العلم فاستدلوا عليه بما رواه الكليني، عن زرارة بن اعين وداود بن سرحان، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: والمحرم اذا تزوج وهو يعلم انه حرام عليه لم تحل لها ابدا^(١).
وفي الرواية قصور من حيث السند باشماله على المثني^(٢) وهو مشترك بين جماعة غير موثقين فيشكل التعلق في اثبات هذا الحكم ان لم يكن اجماعياً.
ولو كانت الزوجة محرمة والزوج محلاً، فالاصل يقتضي عدم التحريم ولا نص هنا.
وربما قيل بالتسوية الامرين، وهو يحتاج إلى الدليل.
وانما يحصل التحريم بالعقد مع صحته لولا الاحرام فلا عبرة بالفاسد، سواء علم بفساده ام لا، واستقرب العلامة في التحرير الحاقه بالصحيح اذا اعتقد صحته، وهو بعيد.

(١) الوسائل باب ٣١ ذيل حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٨.

(٢) سنده كما في الكافي هكذا: عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد وعنه بن يحيى عن احمد بن محمد جميعاً عن أحمد بن محمد أبي نصر عن المثني، عن زرارة بن اعين وداود بن سرحان.

[(السابعة) من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه ام الغلام وبنته واخته].

قوله: ((السابعة) من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه ام الغلام وبنته واخته) هذا الحكم مقطوع به في كلام الاصحاب، وظاهرهم انه موضع وفاق.

والمستند فيه ما رواه الشيخ، عن ابن أبي عمير، عن رجل، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعيث بالغلام، قال: إذا أوقب حرمت عليه اخته وابنته ^(١).

وعن إبراهيم بن عمر، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يعيث (لعب خ) بغلام هل تحل له امه؟ قال: ان كان ثقب فلا ^(٢).

وما رواه الكليني، عن حماد بن عثمان، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: رجل اتى غلاما أتحل له اخته؟ قال: فقال: ان كان ثقب فلا ^(٣).

وهذه الطرق غير سليمة لكنها مؤيدة بفتوى الاصحاب بمضمونها بل باجماعهم المنقول على العمل بها.

وانما تحرم المذكورات مع سبق الفعل على العقد عليهن، فلو سبق العقد على الفعل فلا تحريم للاصل، وقوله عليه السلام: (لا يحرم الحرام الحلال) ^(٤).

ولو فارق من سبق عقدها بعد الفعل، فالظاهر انه يجوز له تجديد نكاحها بعده، مع احتمال عدمه لصدق سبق الفعل بالنسبة إلى العقد الجديد.

ولا يحرم على المفعول بسببه شيء، ونقل عن بعض الاصحاب تعلق التحريم به كالفاعل وهو ضعيف.

(١) الوسائل باب ١٥ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٠.

(٢) الوسائل باب ١٥ حديث ٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٠.

(٣) الوسائل باب ١٥ حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٤٠.

(٤) راجع الوسائل باب ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٢٦.

*

[السبب الرابع: في استيفاء العدد اذا استكمل الحر اربعا بالغبطة حرم عليه ما زاد. ويحرم عليه من الاماء ما زاد على اثنتين. واذا استكمل العبد حرتين أو أربعا من الاماء غبطة حرم عليه ما زاد].

السبب الرابع: في استيفاء العدد قوله: (إذا استكمل الحر اربعا الخ) أما انه لا يجوز للحر ما زاد على (عن خ) أربع حرائر بالعقد الدائم، فهو قول علماء الاسلام كافة والقرآن الكريم ناطق بذلك قال الله تعالى: فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع^(١) والواو للتخيير لا للجمع، والا لجاز نكاح ثماني عشرة، لان معنى مثنى، اثنان اثنان، وثلاث، ثلاث ثلاث، ورباع، أربع أربع، والاخبار الواردة بذلك مستفيضة^(٢).

ونقل عن بعض الزيدية انه جوز العقد على تسع، وهم الهاشمية، قال الشيخ رحمه الله: هذه حكاية الفقهاء عنهم ولم اجد احدا من الزيدية يعترف بذلك.

واما انه يحرم على الحر بالعقد الدائم من الاماء ما زاد على اثنتين، فهو قول علمائنا اجمع، والاثنتان من جملة الاربع فتحل له حرتان وأمتان ولا تحل له اربع اماء، ولا ثلاث مع حرة وبدونها، ولا اثنتان (اثنان خ) مع ثلاث حرائر وهذا انما هو اذا جوزنا نكاح الامة اختيارا.

فاما من يعتبر في جوازه وجود الشرطين فيقيد بمصولهما كما هو ظاهر.

والمراد بالغبطة، الدوام يقال: أغبطت السماء اذا ادام مطرها.

قوله: (وإذا استكمل العبد حرتين او أربعا من الاماء الخ) هنا عندنا

(١) النساء / ٣.

(٢) راجع الوسائل باب ٢ و ٦ من ابواب استيفاء العدد ج ١٤ ص ٣٩٩ و ٤٠٤.

*

[ولكل منهما ان يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع وملك اليمين ما شاء].
موضع وفاق أيضا وخالف فيه العامة، فذهب بعضهم إلى أنه لا يتجاوز اثنتين مطلقا، وذهب آخرون إلى أن له أربع كذلك.

ويدل على ما ذهب اليه الاصحاب ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته، عن المملوك يتزوج أربع حرائر؟ قال: لا يتزوج الا حرتين، وان شاء أربع اماء^(١).

قوله: (ولكل منهما ان يضيف إلى ذلك الخ) اما انه لا حصر في ملك اليمين فمجمع عليه بين المسلمين، ويدل عليه عموم قوله تعالى: (أو ما ملكت إيمانكم)^(٢).

ولا يخفى ان جواز ذلك للعبد مبني على القول بانه يملك مثل ذلك، وسيجئ الكلام فيه. وفي معنى ملك اليمين، التحليل، وبه جزم في التحرير.
وأما انه لا حصر للمنكوحات بالعقد المنقطع فهو قول المعظم وادعى عليه ابن ادريس الاجماع، ونقل عن ابن البراج انه حرم الزيادة فيه على الأربع، والمنقول من عبارته^(٣) لا يدل على ذلك صريحا.

والمعتمد الاول.

(لنا) ما رواه الكليني، عن الحسين بن محمد، عن أحمد بن اسحاق الاشعري عن بكر بن محمد الازدي، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام

(١) الوسائل باب ٨ نحو حديث ١ من ابواب استيفاء ج ١٤ ص ٤٠٥.

(٢) النساء / ٣.

(٣) قال في السرائر في باب النكاح المؤجل: ويجوز الجمع بغير خلاف بين اصحابنا في هذا النكاح بين أكثر من أربع.

*

عن المتعة هي من الاربع؟ فقال: لا^(١).

وهذه الرواية صحيحة السند، لان الحسين بن محمد هو الاشعري القمي، وهو ثقة، وأحمد بن اسحاق قد وثقه الشيخ في كتاب الرجال، وقال النجاشي: انه كان من خاص أبي محمد عليه السلام، وانه شيخ القميين ووافدهم (واحدهم خ) وفي ذلك توثيق له وزيادة وبكير (بكر خ) بن محمد الازدي وثقه النجاشي أيضا.

وهي مع صحة سندها صريحة في المطلوب وفي الحسن، عن عمر بن اذينة، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قلت (له خ): لم تحل من المتعة؟ قال: هي (هن خ ل) بمنزلة الاماء^(٢). وإنما دخلت هذه الرواية في قسم الحسن لابراهيم بن هشام^(٣)، وقد بينا غير مرة ان خبره لا يقصر عن الصحيح.

وفي الصحيح، عن زرارة بن اعين، قال: قلت: ما يحل من المتعة؟ قال: كم شئت^(٤). ولا قدح فيها من حيث الاضمار لظهور ان زرارة لا يروي عن غير الامام عليه السلام. وفي الحسن، عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن المتعة، فقال: إلق عبد الملك بن جريح فاسأله عنها، فان عنده منها علما فلقيته فأملى علي منها شيئا كثيرا في استحلالها، فكان فيما روى لي فيها ابن

(١) الوسائل باب ٤ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٤٦. لانحن بمنزلة الاماء عندنا (انتهى).

(٢) الوسائل باب ٤ حديث ٦ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٤٦.

(٣) وسندها كما في الكافي هكذا: على بن إبراهيم، عن ابيه، عن ابن أبي عمير، عن عمر بن اذينة.

(٤) الوسائل باب ٤ حديث ٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٤٦.

*

جريح قال: ليس لها وقت ولا عدد انما هي بمنزلة الاماء يتزوج منهن كم شاء^(١) ثم قال في آخر الرواية: فاتيت بالكتاب ابا عبد الله عليه السلام فقال: صدق واقر به^(٢).

وهذه الاخبار كلها سليمة الطريق (الطرق خ)، واضحة الدلالة، وفي معناه اخبار كثيرة^(٣). فما ذكره جدي عليه السلام من أن الاخبار الواردة في هذا الباب كلها ضعيفة او مجلولة السند أو مقطوعة، غير جيد.

احتج ابن البراج على ما نقل عنه بعموم الآية^(٤) وما رواه الشيخ، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن الرجل تكون عنده المرأة يحل له ان يتزوج باختها متعة؟ قال: لا، قلت: حكى زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام: انما هي بمنزلة الاماء يتزوج ما شاء، قال: لا هي من الاربع^(٥).

والجواب عن الآية بعد تسليم دلالتها على تحريم الزائد بالحمل على الدائم جمعا بين الادلة. وعن الرواية بحمل النهي فيها على الكراهة وحمل قوله: (هي من الاربع) على الاستحباب كما يدل رواية احمد بن محمد بن أبي نصر أيضا عن أبي الحسن

(١) وتام الرواية هكذا، وصاحب الاربع نسوة يتزوج منهم ما شاء بغير ولي ولا شهود، فاذا انقضى الاجل بانته منه بغير طلاق ويعطيها الشيء اليسير وعدتها حيضتان، وان كانت لا تحيض فخمسة واربعون يوما قال: فاتيت بالكتاب الخ قال في آخره قال ابن اذينة: وكان زرارة يقول هذا ويحلف انه الحق الا انه كان يقول: ان كانت تحيض فحيضة وان كانت لا تحيض فشهر ونصف.

(٢) الوسائل باب ٤ حديث ٨ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٤٧.

(٣) راجع باب ٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٤٦.

(٤) يعني قوله تعالى: فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع = النساء / ٣.

(٥) الوسائل باب ٢ حديث ١١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٤٨.

*

[وإذا طلق واحدة من الاربع حرم عليه ما زاد غبطة حتى تخرج من العدة أو تكون المطلقة بائنة].
الرضا عليه السلام قال: قال ابو جعفر عليه السلام: هن من الاربع، فقال صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟
قال: نعم ^(١).

واعلم ان العلامة رحمته الله ومن تأخر عنه وصفوا روايتي احمد بن محمد بن أبي نصر بالصحة مع أن الشيخ رحمته الله في كتاب الاخبار أوردهما عنه مرسلتين بغير اسناد، وذكر الشيخ في الفهرست أن لابن أبي نصر كتاب الجامع، وكتاب النوادر، وطريقه إلى كتاب الجامع صحيح دون كتاب النوادر فيشكل الحكم بصحة الروايتين، لكن اسنادهما واحد فتصلح (لتصحيح خ ل) احديهما قرينة للآخرى.

قوله: (وإذا طلق واحدة من الاربع الخ) إذا تزوج الرجل الحر بالعقد الدائم أربع حرائر حرم عليه الزائد حتى تموت واحدة منهن أو تنقضي عدتها إذا طلقها زوجها طلاقاً رجعياً، لان الرجعية بحكم الزوجة.

ويدل عليه ما رواه الشيخ في الحسن، عن زرارة ومحمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: اذا جمع الرجل أربعاً فطلق احداً منهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق، وقال: لا يجمع مائه في خمس ^(٢).

وفي معنى هذه الرواية روايات آخر.

ولو طلقها بائناً فقد قطع الاكثر بانه يجوز له العقد على اخرى في الحال لكن قال المصنف في الشرائع: ان ذلك على كراهية.

واستدل على الجواز بخروجها مع البينة عن عصمة النكاح فصارت كالاجنبية.

(١) الوسائل باب ٤ حديث ٩ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٤٨.

(٢) الوسائل باب ٢ حديث ١ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد ج ١٤ ص ٣٩٩.

[وكذا لو طلق امرأة واراد نكاح اختها].

وباستفاضة الروايات بجواز نكاح الاخت مع بينونة الاخت الاخرى قبل انقضاء عدتها^(١) فالخامسة أولى. واطلق المفيد في المقنعة عدم جواز العقد على الخامسة حتى تنقضي عدة المطلقة. ولعل وجهه اطلاق الروايات الواردة بذلك كحسنة زارة وابن مسلم المتقدمة، لكن لا يبعد حملها على الطلاق الرجعي بقريظة قوله عليه السلام: (لا يجمع ماءه في خمس) فان الطلاق البائن لا يتحقق معه جمع الماء في الخمس وان بقيت العدة، لانها بالخروج عن عصمة النكاح تصير كالاجنبية والمسألة محل اشكال وان كان القول بالجواز مع البينونة لا يخلو من قوة. واما كراهة العقد على الخامسة مادامت المطلقة بائنا في العدة فاستدل عليه بتحريمها (تحريمها خ) بجمرة النكاح، وباطلاق النهي عن تزويج قبل انقضاء العدة (لى خ) في الدليلين نظر، والاحتياط يقتضي عدم تزويج الخامسة الا مع انقضاء العدة مطلقا. قوله: (وكذا لو طلق امرأة واراد نكاح اختها) أي ليس له تزويج الاخت حتى تخرج الاولى من العدة أو يكون الطلاق بائنا، وهذا مما لا خلاف فيه بين علمائنا واخبارهم به مستفيضة. فمن ذلك ما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام عن (في خ) رجل طلق امرأته او اختلعت أو بانث أله أن يتزوج آختها (باختها خ)؟ قال: فقال: إذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعة فله ان يخطب

(١) راجع الوسائل باب ٢٨ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد ج ١٤ ص ٣٧٠ وباب ٤٨ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٨٠.

[ولو تزوجهما في عقد (عقدة خ) بطل، وقيل: ويتخير، والرواية به مقطوعة]. اختها^(١).

ونحوه روى، عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢).

قال المفيد رحمته الله في المقنعة: فاما المتعة فقد روي فيها انه اذا انقضى أجلها فلا يجوز العقد على اختها الا بعد انقضاء عدتها.

وأورد الشيخ رحمته الله في ذلك روايتين أوضحهما سنداً ما رواه في الصحيح، عن الحسين بن سعيد، قال: قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: جعلت فداك، الرجل يتزوج المرأة متعة إلى أجل مسمى فينقضي الأجل بينهما، (يجل خ) له ان ينكح اختها من قبل ان تنقضي عدتها؟ فكتب: لا يجل له أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها^(٣).

والعمل بهذه الرواية متجه لصحة سندها وسلامتها من المعارض.

قوله: (ولو تزوجهما في عقد واحد بطل الخ) إذا تزوج الرجل اختين، فاما ان يتزوجهما في عقد واحد، أو على التعاقب فهنا مسئلتان: (إحداهما) ان يتزوجهما في عقد واحد وقد ذهب الأكثر إلى بطلان نكاحهما لثبوت النهي من ذلك المقتضى للفساد بالتقريب الذي قررناه فيما سبق. ولأن العقد على كل منهما مانع من العقد على الأخرى ومبطل له ونسبة العقد اليهما واحدة من غير ترجيح فيتعين البطلان.

وقال الشيخ في النهاية: يتخير فمن اختارها بطل نكاح الأخرى، وإلى هذا

(١) الوسائل باب ٤٨ حديث ٢ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٨٠.

(٢) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ص ٤٧٠.

(٣) الوسائل باب ٢٧ حديث ١ بالسند الرابع من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٠.

القول ذهب ابن الجنيّد، وابن البراج واختاره العلامة في المختلف.

واستدل عليه بما رواه الشيخ، عن مُجَدِّ بن علي بن محبوب، عن علي بن السندي، عن ابن أبي عمير، عن جميل بن دراج، عن بعض اصحابنا (به خ)، عن أحدهما عليهما السلام في رجل تزوج أختين في عقد واحد، قال: هو بالخيار أن يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الأخرى^(١). وبأن ضميمة العقد على أحديهما إلى العقد على الأخرى، لا ينافي صحة العقد كما لو جمع في العقدین محللة ومحرمّة. وجوابه ان الرواية مرسلة في الكافي والتهذيب فلا تنهض حجة في اثبات هذا الحكم، وجعلها المصنف مقطوعة، وهو خلاف الاصطلاح.

وفي طريقها في التهذيب، علي بن السندي^(٢) وهو مجهول.

وأيضاً فان متنها غير واضح الدلالة لجواز ان يكون المراد من إمساك أيتهما امساكها بعقد جديد لا بذلك العقد.

واما الدليل الثاني فضعيف جداً، لان الفرق بين ما نحن فيه وبين العقد على المحللة والمحرمّة ظاهر، فإن المقتضى بصحة العقد في المحللة دون المحرمّة قائم فيثبت المرجح بخلاف محل النزاع. واعلم ان الصدوق رحمته الله أورد في من لا يحضره الفقيه رواية جميل بن دراج، عن أبي عبد الله عليه السلام بغير ارسال، وطريقه إليه صحيح^(٣) فينتفي الطعن فيها

(١) الوسائل باب ٢٥ حديث ٢ بالسند الثاني من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٦٧ وفيه: وفي عقدة واحدة.

(٢) قد نقلها الشارح رحمته الله مع سندها فلا حاجة إلى ذكره فلاحظ.

(٣) طريق الصدوق إلى جميل كما في مشيخة الفقيه هكذا وما كان فيه عن مُجَدِّ بن حمران وجميل بن دراج، فقد رويته عن أبي عليه السلام عن سعد بن عبد الله، عن يعقوب بن يزيد، عن مُجَدِّ بن أبي عمير، عن حمران وجميل بن دراج.

من حيث السند، لكن يبقى القدح فيها من حيث الدلالة بحاله.

وهنا بحث، وهو أن العلامة رحمته الله قال في المختلف: واعلم ان الرواية في طريقها علي بن السندی ولا يحضرنى الآن حاله غير ان طريق الشيخ إلى أبي عمير جيد، وهو الراوي ولا يضر الارسال، لان مراسيل ابن أبي عمير معمول عليها هذا كلامه رحمته الله.

وهو غير جيد، لان جودة طريق الشيخ إلى ابن أبي عمير انما تنفع اذا أخبر الشيخ بكونها من رواياته أما إذا رواها عنه بطريق ضعيف فلا يعلم كونها من رواياته ليندرج فيما رواه عنه بذلك الطريق كما هو واضح.

وقوله: ان مراسيل ابن أبي عمير معمول عليها غير واضح، اذ لم يثبت توثيق من ارسل عنه، ولو ثبت ذلك لا شكل التعويل عليه كما حقق في دراية الحديث، وقد صرح المصنف في مواضع من المعتبر برد مراسيل ابن أبي عمير، وهو متجه، على ان الارسال هنا انما وقع من جميل^(١)، لامن ابن أبي عمير، كما هو واضح.

(المسألة الثانية) أن يتزوجهما على التعاقب، فيصح العقد السابق ويبتل اللاحق اتفاقا لسبق صحة الاول وانعقاده وانحصار المنع في الثاني.

ولا فرق في ذلك بين ان يدخل بالثانية وعدمه.

وهل له وطء زوجته في عدة الثانية حيث تجب بأن يكون دخل بالثانية جاهلا بكونها اخت زوجته؟ قيل: نعم وبه قطع ابن ادریس تمسكا بمقتضى الاصل.

وقيل: لا، واختاره الشيخ في النهاية، وهو الاظهر، لما رواه الكليني، عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن الحسن بن محبوب، عن ابن بكير، وعلي بن رثاب، عن زرارة بن أعين، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج

(١) على ان الارسال الواقع في الرواية من جميل الخ هكذا في عدة نسخ.

بالعراق امرأة ثم خرج إلى الشام فتزوج امرأة أخرى، فإذا هي اخت امرأته التي بالعراق، قال: يفرق بينه وبين المرأة التي تزوجها (وبين التي تزوجها خ) بالشام، ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة الشامية^(١).

وهذه الرواية صحيحة السند وقد رواها ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه بطريق صحيح أيضا عن علي بن رثاب، عن أبي جعفر عليه السلام والمتن واحد، لكن قال في آخرها: ولا يقرب العراقية حتى تنقضي عدة الشامية، وهو أوضح مما في الكافي.

وأما الشيخ في التهذيب، فانه رواها عن الحسن بن محبوب، عن ابن بكير، عن علي بن رثاب، فيكون من الموثق.

والظاهر انه وهم، فان الحسن بن محبوب يروي، عن علي بن رثاب بغير واسطة^(٢). واجيب عن هذه الرواية بالحمل على الكراهة، وهو يتوقف على وجود المعارض. ولو اشتبه السابق من عقدي الاختين، قيل: وجب عليه اجتنابهما، ويحتمل القرعة. وعلى الاول قيل: يلزم الزوج بطلاقهما بأن يجبره الحاكم على ذلك واستقر به في القواعد، ويحتمل تسلط المرأتين على الفسخ، قال المحقق الشيخ علي: وليس يبعد من الصواب الزامه بالطلاق، فان امتنع فسخت هي أو الحاكم.

(١) الوسائل باب ٢٦ صدر حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٦٨، وللحديث ذيل فلاحظ.

(٢) لكن يظهر من تنقيح المقال للمحقق المتبع المامقاني (ره) نقلا عن جامع الرواة للمولى محمد المحقق المتبع الاردبيلي صاحب الرجال ان عبدالله بن بكير ايضا يروي عن علي بن رثاب راجع التنقيح ج ٢ ص ٢٨٩.

[ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين في عقد، فإن سبق بإحدهما صح دون اللاحقة وإن قرن بينهما بطل فيهما، وقيل يتخير (في خ) أيتهما شاء. وفي رواية جميل: لو تزوج خمسا في عقد تخير أربعاً ويخلي باقيهن].

قوله: (ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين الخ) الكلام في هذه المسألة كما تقدم في تزويج الاختين، والرواية التي ذكرها المصنف رواها الكليني في الحسن وابن بابويه في الصحيح، عن جميل بن دراج، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج خمسا في عقد (عقدة خ) قال: يخلي سبيل أيتهن شاء ويمسك الأربع^(١).

وكان المصنف رحمته الله نقلها بالمعنى، وقد عرفت أن الإمساك لا يتعين كونه بالعقد الأول، لأن من جدد العقد على امرأة يصدق (صدق خ) عليه أنه أمسكها.

واعلم أن الذي ذكره المصنف في الشرائع أنه إذا طلق إحدى الأربع بئنا وتزوج اثنتين، فإن سبقت إحدهما كان العقد لها، وإن اتفقا في حالة بطل العقدان، وذكر العلامة رحمته الله في كتبه نحو ذلك، وكان الأولى إسقاط قوله: (في عقد) ليصح تقسيم المسألة إلى حالتي السبق والاقتران.

ويمكن تصوير السبق مع اتحاد العقد بأن يكون نكاح أحدهما فضولياً والآخرى بالوكالة عنها أو يكون نكاح كل منهما بالوكالة عنها لكن يكون العقد بالنسبة إلى إحدهما فضولياً في حق الزوج ونحو ذلك.

لكن هذا إنما يتم إذا قلنا: إن الإجازة في عقد الفضولي جزء السبب، ولو قلنا:

(١) الوسائل باب ٤ حديث ١ من أبواب ما يحرم استيفاء العدد ج ١٤ ص ٤٠٣.

[وإذا استكملت الحرة طلاقات ثلاثا حرمت حتى تنكح زوجا غيره ولو كانت تحت عبد. وإذا استكملت الامة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجا غيره ولو كانت تحت حر]. انها كاشفة لم يتحقق السبق.

وروى ابن بابويه في الصحيح عن محمد بن أبي عمير، عن عنبسة بن مصعب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له ثلاث نسوة فتزوج عليهن (عليها خ) امرأتين في عقد (عقدة كا) واحد فدخل بواحدة منهما ثم مات، قال: ان كان دخل بالمرأة التي بدأ باسمها وذكرها عند عقدة النكاح فان نكاحه جائز وعليها العدة ولها الميراث وان كان دخل بالمرأة التي سميت وذكرت بعد ذكر المرأة الاولى، فان نكاحها باطل ولا ميراث لها، وعليها العدة^(١).

ومقتضى هذه الرواية صحة عقد من بدأ بذكرها، لكن راويها، وهو عنبسة بن مصعب غير معلوم الحال، فلا تعويل على روايته.

قوله: (وإذا استكملت الحرة طلاقات الخ) مذهب الاصحاب ان كل امرأة حرة استكملت الطلاق ثلاثا حرمت حتى تنكح زوجا غير المطلق، سواء كانت مدخولا بها أو لم يكن، راجعها أو تركها، وسواء كان زوجها حرا أو عبدا.

وكل امة استكملت طلقتين حرمت حتى تنكح زوجا غير المطلق، حرا كان زوجها ام عبدا. وجعل العامة الاعتبار بحال الزوج، فالحر لا يحرم عليه زوجته الا بثلاث طلاقات وان كانت امة، والعبد تحرم عليه زوجته بطلقتين وان كانت حرة.

وحجة الاصحاب فيما ذهبوا اليه، الاخبار المستفيضة بذلك عن ائمة

(١) الوسائل باب ٥ حديث ١ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد ج ١٤ ص ٤٠٣.

[والمطلقة تسعا للعدة تحرم على المطلق أبدا]. الهدى صلوات الله عليهم.

فروى الكليني في الصحيح عن عيص بن القاسم قال: ان ابن شبرمة قال الطلاق للرجل فقال (ابوعبدالله عليه السلام): الطلاق للنساء، وتبين ذلك أن العبد تكون تحته الحرة فيكون تطليقها ثلاثا، ويكون الحر تحته الامة فيكون طلاقها تطليقين^(١) وفي الحسن، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألت عن حر تحته أمة أو عبد تحته حرة كم طلاقها؟ وكم عدتها؟ فقال: السنة في النساء، في الطلاق، فان كانت حرة فطلاقها ثلاثا ثلاث وعدها ثلاثة اقراء وان كان حر تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قران^(٢).

وروى ابن بابويه في الصحيح عن حماد بن عثمان، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: طلاق الحرة إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، وطلاق الامة اذا كانت تحت الحر تطليقتان^(٣). قوله: (والمطلقة تسعا للعدة تحرم على المطلق أبدا) المراد بطلاقها تسعا للعدة ان يطلقها بالشرائط ثم يراجع في العدة ويوطأ ثم يطلق في العدة ويراجع في العدة ويوطأ ثم يطلق الثالثة فينكحها بعد عدتها زوج آخر ثم يفارقها بعد ان يوطأها فيتزوج (ويزوجها خ ل) الاول بعد العدة ويفعل كما فعل أولا إلى ان يكمل لها تسع كذلك يتخلل بينهما نكاح رجلين فتحرم في التاسعة مؤبدا، كذا ذكره الاصحاب وادعوا عليه الاجماع، وسيجيء تمام الكلام في ذلك في كتاب الطلاق ان شاء الله.

لكن لا يخفى أن اطلاق كون التسع للعدة على هذا الوجه مجاز لامتناع كونها

(١) الوسائل باب ٢٤ حديث ١ من ابواب اقسام الطلاق ج ١٥ ص ٣٩١.

(٢) الوسائل باب ٢٤ حديث ٢ من ابواب اقسام الطلاق ج ١٥ ص ٣٩١.

(٣) الوسائل باب ٢٥ حديث ٤ من ابواب اقسام الطلاق ج ١٥ ص ٣٩٣.

السبب الخامس: اللعان ويثبت به التحريم المؤبد وكذا قذف الزوج امرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب للعان

للعدة حقيقة اذا تخللها نكاح رجلين فقط، لان الثالثة من كل ثلاث ليست للعدة، وهذا الاطلاق المجازي يحتمل ان يكون علاقته المجاورة او تسمية الكل باسم اكثر اجزاءه. وتظهر فائدة الاعتبارين فيما لو طلق الاولى للعدة والثانية للسنة، فان المعنيين ينتفيان عن الثالثة ويصدق على الثانية اسم العدية بالاعتبار الاول دون الثاني. وفيما لو كانت الثانية للعدة والاولى للسنة، فعل الاول يصدق الاسم على الطرفين بمحاورتها (هما خ ل) وعلى الثاني يختص بها الاسم. وفي التحريم يمثل ذلك اشكال لكن المستفاد من الروايات تحريم المطلقة تسعا مطلقا، وسيجيئ تمام الكلام في ذلك.

قوله: (السبب الخامس: اللعان الخ) هذا الحكم موضع نص ووافق، وسيجيئ الكلام فيه مفصلا في كتاب اللعان ان شاء الله.

قوله: (وكذا قذف الزوج امرأته الصماء والخرساء بما يوجب اللعان) هذا الحكم مقطوع به في كلام الاصحاب وظاهرهم أنه موضع وفاق، والمستند فيه ما رواه الكليني في الصحيح عن هشام بن سالم، عن أبي بصير، قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صماء لا تسمع ما قال، قال: ان كان لها بينة تشهد (شهدت خ) عند الامام جلد الحد وفرق بينه وبينها و (ثم خ) لا تحل له أبدا، وان لم يكن لها بينة فهي حرام عليه

ما اقام (قام ح) معها ولا اثم عليها منه^(١) واكتفى الاكثر ومنهم المفيد في المقنعه، والشيخ والمصنف بأحد الامرين.

واستدل عليه في التهذيب برواية أبي بصير المتقدمة، وأوردها بزيادة لفظ (أو) بين (خرساء) و (صماء) ثم أوردها في كتاب اللعان بحذف (أو)^(٢) كما في الكافي.

وهذه الرواية معتبرة الاسناد وان كان فيها نوع توقف باشتراك أبي بصير بين الثقة وغيره. وكيف كان فينبغي القطع بالاكْتفاء بالخرس وحده ان امكن انفكاكه عن الصمم لما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي ومُحَمَّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قذف امرأته وهي خرساء، قال: يفرق بينهما^(٣).

وعن مُحَمَّد بن مروان، عن أبي عبدالله عليه السلام في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها؟ قال: يفرق بينهما ولا تحل له ابدا^(٤).

ويستفاد من قول المصنف: (بما يوجب اللعان) أن التحريم انما يثبت اذا رماها بالزنا مع دعوى المشاهدة وعدم البينة، فلو لم يدع المشاهدة حد ولم تحرم، ولو اقام بينة بما قذفها به سقط الحد عنه والتحريم كما يسقط اللعان.

والاخبار مطلقة في ترتب الحكم على مجرد القذف، لكن لا بأس بالمصير إلى ما ذكره قصرًا لما خالف الاصل على موضع الوفاق:

(١) الوسائل باب ٨ حديث ٢ من كتاب اللعان ج ١٥ ص ٦٠٣.

(٢) اورد ما اشتمل على لفظه (او) في التهذيب في باب من يحرم نكاحهن بالاسباب دون الانساب حديث ٤٦ واورد ما اسقط فيها لفظه (او) في كتاب اللعان حديث ٣٤.

(٣) الوسائل باب ٨ حديث ١ من كتاب اللعان ج ١٥ ص ٦٠٢.

(٤) الوسائل باب ٨ حديث ٤ من كتاب اللعان ج ١٥ ص ٦٠٢ بالسند الثاني.

*

[السبب السادس: الكفر لا يجوز للمسلم ان ينكح غير الكتابية اجماعا وفي الكتابية قولان اظهرهما انه لا يجوز غبطة، ويجوز متعة وبالمملك في ليهودية والنصرانية] ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا بها وعدمه لا طلاق النص.

ومتى حرمت قبل الدخول او بعده ثبت لها المهر استصحابا لما وجب بالعقد وتنصيفه على خلاف الاصل فيقتصر فيه على مورد النص.

ولو انعكس الفرض بان قذفت السليمة، الاصم او الاخرس، ففي الحاقه بقذفه لها، نظر اقربه العدم قصرا لما خالف الاصل على مورد النص.

وقيل: بالمساواة، وهو ظاهر اختيار ابن بابويه رحمته الله.

ويدل عليه ما رواه الكليني، عن ابن محبوب، عن بعض اصحابه، عن أبي عبدالله عليه السلام في امرأة قذفت زوجها وهو أصم، قال: يفرق بينها وبينه ولا تحل له ابدا^(١).

وارسال هذه الرواية يمنع من العمل بها.

قوله: (السبب السادس الكفر الخ) أجمع علماؤنا كافة على انه لا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابية من أصناف الكفار على ما نقله جماعة، واختلفوا في الكتابية على اقوال ستة.

(الاول) التحريم مطلقا، اختاره المرتضى والشيخ في أحد قوليه، وهو احد قولي المفيد وقواه ابن ادریس.

واستدلوا عليه بقوله تعالى: ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن^(٢)، واهل

(١) الوسائل باب ٨ حديث ٣ من كتاب اللعان ج ١٥ ص ٦٠٣.

(٢) البقرة / ٢٢١.

*

الكتاب مشركون كما يدل عليه قوله تعالى: وقالت اليهود عزيز بن الله، وقالت النصارى المسيح ابن الله (إلى قوله) سبحانه وتعالى: سبحانه عما يشركون^(١)، وقوله تعالى: ولا تمسكوا بعصم الكوافر^(٢) وبين الزوجين عصمة فيندرج تحت النهي.

وما رواه الشيخ، عن زرارة بن اعين، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: لا ينبغي نكاح أهل الكتاب، قلت: جعلت فداك وابن تحريمه؟ قال: قوله تعالى: ولا تمسكوا بعصم الكوافر^(٣).

وروى زرارة أيضا في الحسن قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل: والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم^(٤)، فقال: هي منسوخة بقوله: ولا تمسكوا بعصم الكوافر^(٥).

(الثاني) جواز متعة اليهود والنصارى اختيارا، والدوام اضطرارا، وهو اختيار الشيخ في النهاية، وابن حمزة، وابن البراج.

(الثالث) عدم جواز العقد بحال وجواز ملك اليمين، وهو أحد أقوال الشيخ رحمته الله.

(الرابع) جواز المتعة وملك اليمين لليهودية والنصرانية، وتحريم الدوام، وهو اختيار أبي الصلاح وسلاح وأكثر المتأخرين.

(الخامس) تحريم نكاحهن مطلقا اختيارا وتجويزه مطلقا اضطرارا، وتجويز الوطء بملك اليمين، وهو اختيار ابن الجنيد.

(١) التوبة / ٣٠.

(٢) الممتحنة / ١٠.

(٣) الوسائل باب ١ حديث ٤ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤١١.

(٤) المائدة / ٥.

(٥) الوسائل باب ١ حديث ١ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤١٠.

*

(السادس) التجويز مطلقا، وهو اختيار ابن بابويه، وابن أبي عقيل.
ويدل عليه قوله تعالى: واحل لكم ما وراء ذلكم^(١)، وقوله عز وجل: والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم^(٢).

ودعوى نسخها بقوله تعالى: ولا تمسكوا بعصم الكوافر لم يثبت، فان النسخ، لا يثبت بخبر الواحد.

ويدل عليه ايضا ما رواه الكليني في الصحيح عن معاوية بن وهب وغيره، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل المؤمن يتزوج اليهودية والنصرانية، قال: اذا اصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية، فقلت له: يكون له فيها الهوى، فقال: ان فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير واعلم ان عليه في دينه غضاضة^(٣).

ومقتضى هذه الرواية جواز نكاح اليهودية والنصرانية على كراهة وفي الحسن، عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سأله أبي وأنا اسمع، عن نكاح اليهودية والنصرانية، فقال: نكاحهما أحب الي من نكاح الناصبية، وما احب للرجل المسلم ان يتزوج اليهودية والنصرانية مخافة ان يتهود الولد او يتنصر^(٤).

ولفظ (ما أحب) ظاهر في الكراهة، وكذا التعليل المستفاد من قوله: (مخافة ان يتهود الولد أو يتنصر).

(١) النساء / ٢٤.

(٢) المائدة / ٥.

(٣) الوسائل باب ٢ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤١٢.

(٤) اورد صدره في الوسائل باب ١٠ حديث ١٠ وذيله في باب ١ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٤ و ٤١١.

*

[وفي المجوسية قولان اشبههما الجواز].

وفي الصحيح، عن مُجَدِّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: لا يتزوج اليهودية والنصرانية على المسلمة^(١).

خص النهي بتزويجهما على المسلمة، ولو حرم تزويجهما مطلقا لكان التخصيص لغوا. وفي الصحيح، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألتَه عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عدة مثل عدة المسلمة؟ فقال: لا، لأن أهل الكتاب (بين خ يـب) ممالك الامام (للامام خ) ألا ترى انهم يؤدون الجزية كما يؤدي العبد الضريبة ثم قال: قلت: فان مات عنها وهي نصرانية وهو نصراني فاراد رجل من المسلمين تزويجها (ان يتزوجها خ)؟ قال: لا يتزوجها المسلم حتى تعتد من النصراني اربعة اشهر وعشرا الحديث^(٢).

وبالجملة فالروايات الواردة بالجواز مستفيضة، وهي مطابقة للاصل، وقوله تعالى: والمحصنات من الذين اتوا الكتاب من قبلكم^(٣)، ولا ينافيها قوله تعالى: ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن^(٤)، فان الخاص مقدم، وتخصيص هذه الروايات بالمتعة أو بحال الضرورة يحتاج إلى دليل. وقد ظهر من ذلك ان القول بالجواز مطلقا لا يخلو من رجحان وان كان الاولى والاحوط التنزه عنه.

قوله: (وفي المجوسية قولان اشبههما الجواز) بل الاجود تحريم نكاحها بالعقد دون الملك، لما رواه ابن بابويه في الصحيح عن مُجَدِّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألتَه عن الرجل يتزوج المجوسية؟ فقال: لا، ولكن ان

(١) الوسائل باب ٧ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤١٨.

(٢) الوسائل باب ٤٥ حديث ١ من ابواب العدد من كتاب الطلاق ج ١٥ ص ٤٧٧.

(٣) المائدة / ٥.

(٤) البقرة / ٢٢١.

*

[ولو ارتد احد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال. ولو كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة].

(إذا خ) كانت له أمة مجوسية فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ولا يطلب ولدها^(١). ويمكن ان يستخرج من هذه الرواية جواز التمتع بالمجوسية، لما روى من ان المتمتع بها بمنزلة الامة^(٢)، ولان المتبادر من التزويج الذي تعلق به النهي، الدوام فيبقى ما عداه على الاصل. قوله: (ولو ارتد احد الزوجين قبل الدخول الخ) إذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام، فان كان قبل الدخول انفسخ العقد في الحال عند عامة اهل العلم، سواء كان الارتداد عن ملة او عن فطرة، ثم ان كان المرتد هو الزوجة فلا شئ لها، لانه فسخ جاء من قبلها قبل الدخول بها. ويدل عليه فحوى ما دل على ان النصرانية إذا أسلمت قبل الدخول ينفسخ نكاحها ولا مهر لها^(٣)، فان ذلك يقتضي سقوط المهر هنا بطريق أولى.

وان كان المرتد هو الرجل، قيل: وجب عليه نصف المهر ان كانت التسمية صحيحة، لان الفسخ جاء من قبله، فاشبه الطلاق، وقيل: يلزمه جميع المهر، لوجوبه بالعقد ولم يثبت تشطيره الا بالطلاق أو الموت على قول، وهو اقوى.

ولو وقع الارتداد منهما دفعة انفسخ النكاح اجماعا قاله في التذكرة، وفي سقوط المهر وجهان والاصل يقتضى العدم.

وان كان الارتداد بعد الدخول وقف انفساخ النكاح على انقضاء العدة إذا كان الارتداد من الزوجة مطلقا او من الزوج وكان عن ملة، فان رجع المرتد قبل

(١) الوسائل باب ٦ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤١٨.

(٢) لم نعثر في الروايات على خبر يدل على ان التمتع بالمجوسية بمنزلة الاماء، نعم قد وردت روايات في حكم التمتع بالكتانية فراجع الوسائل باب ١٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦١.

(٣) راجع الوسائل باب ٩ حديث ٦ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٢.

*

[الا ان يكون الزوج مولودا على الفطرة فانه لا يقبل عوده وتعتد زوجته عدة الوفاة. واذا اسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه، سواء كان قبل الدخول أو بعده] انقضاءها ثبت النكاح والا تبين انفساخه من حين الارتداد بغير خلاف في ذلك عندنا وعند اكثر العامة، وقال بعضهم: يفسخ العقد في الحال قبل الدخول وبعده وهو ضعيف، ولا يسقط من المهر والحال هذه شئ، لاستقراره بالدخول.

ولو كان ارتداده عن فطرة بانث الزوجة في الحال فانه لا تقبل توبته بل يقتل وتخرج عنه أمواله بنفس الارتداد، وتبين زوجته منه، وتعتد عدة الوفاة.

وقد ورد بحكم المرتد عن فطرة روايات: (منها) ما رواه الكليني في الصحيح، عن محمد بن مسلم، قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن المرتد، فقال: من رغب عن الاسلام وكفر بما انزل على محمد صلى الله عليه وآله بعد اسلامه فلا توبة له وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، ويقسم ما ترك على ولده^(١).

وفي معنى هذه الرواية روايات كثيرة^(٢).

قوله: (واذا اسلم زوج الكتابية الخ) هذا موضع وفاق من العلماء المجوزين نكاح الكتابية والمانعين، والخلاف انما وقع في ابتداء نكاح المسلم، الكتابية لا في استدامته، ولا فرق في هذا الحكم بين أن يكون الزوج كتابيا أو وثنيا.

(١) الوسائل باب ١ حديث ٢ من ابواب حد المرتد ج ١٨ ص ٥٤٤.

(٢) لاحظ بقية اخبار الباب المذكور.

[ولو اسلمت زوجته دونه، انفسخ في الحال ان كان قبل الدخول. ووقف على انقضاء العدة ان كان بعده].

قوله: (ولو اسلمت زوجته^(١) دونه انفسخ في الحال الخ) إذا اسلمت زوجة الكافر دونه فان كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، لعدم العدة وامتناع كون الكافر زوجا للمسلمة ولا مهر، لان الفرقة جاءت من قبلها.

ويدل عليه ما رواه الكليني في الصحيح عن عبدالرحمان بن الحجاج، عن أبي الحسن عليه السلام في نصراني تزوج نصرانية فاسلمت قبل أن يدخل بها، قال: قد انقطعت عصمتها منه ولا مهر لها ولا عدة عليها منه^(٢).

وإن كان بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة وهي عدة الطلاق من حين اسلامها، فان انقضت وهو على كفره تبين انها بانت منه حين الاسلام.

وان أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح، ويدل عليه ما رواه الكليني، عن منصور بن حازم، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل مجوسي أو مشرك من غير أهل الكتاب كان تحت امرأة، فأسلم أو أسلمت، قال: ينتظر بذلك انقضاء عدتها، فان هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما على نكاحهما الاول، وان هو لم يسلم حتى تنقضي العدة فقد بانت منه^(٣).

ولا فرق في ذلك بين ان يكون الزوج كتابيا او وثنيا، اما اذا كان وثنيا فهو موضع وفاق، واما اذا كان كتابيا، فهو اشهر القولين في المسألة واجودهما.

(١) كذا في المتن ولكن في النسخ التي عندنا من الشرح: ولو اسلمت هي الخ.

(٢) الوسائل باب ٩ حديث ٦ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٢.

(٣) الوسائل باب ٩ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالكفر بالسند الثاني ص ٤٢١ وفي هامش بعض النسخ ما هذه عبارته: هذه الرواية محمولة على ما اذا اسلمت قبل الدخول او بعده ولم يسلم الزوج قبل انقضاء العدة (منه).

[وقيل: ان كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقيا، ولا يمكن من الدخول عليها ليلا ولا من الخلوة بها نهارا].

ويدل عليه مضافا إلى ما سبق ما رواه الشيخ في الصحيح عن احمد بن محمد بن أبي نصر قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحل لها ان تقيم معه؟ قال: اذا اسلمت لم تحل له، قلت: جعلت فداك فان الزوج اسلم بعد ذلك أ يكونان على النكاح؟ قال: لا، يتزوج بتزويج جديد^(١).

والقول ببقاء النكاح اذا كان الزوج بشرائط الذمة وانه لا يمكن من الدخول عليها ليلا ولا من الخلوة بها نهارا للشيخ في النهاية وكتابي الاخبار.

واستدل بما رواه، عن جميل بن دراج، عن بعض اصحابنا، عن احدهما عليه السلام انه قال في اليهودي والنصراني، والمجوسي اذا اسلمت امرأته ولم يسلم قال: هما على نكاحهما ولا يفرق بينهما ولا يترك ان يخرج بها من دار الاسلام إلى دار الهجرة^(٢).

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: ان أهل الكتاب وجميع من له ذمة اذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له ان يخرجها من دار الاسلام إلى غيرها، ولا يبيت معها، ولكنه يأتيها بالنهار^(٣).

وفي الروایتين ضعف من حيث السند، اما الاولى فبالارسال واشتمال سندها على علي بن حديد^(٤) وهو مطعون فيه.

(١) الوسائل باب ٥ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤١٧.

(٢) الوسائل باب ٩ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٠.

(٣) الوسائل باب ٩ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢١. وللحديث ذيل فلاحظ.

(٤) وسندها كما في التهذيب هكذا: محمد بن علي بن محبوب، عن احمد بن محمد، عن علي بن حديد، عن جميل بن دراج.

[وغير الكتابيين يقف على انقضاء العدة باسلام ايهما اتفق. ولو اسلم الذمي وعنده اربع فما دون لم يتخير. ولو كان عنده اكثر من اربع تخير أربعا].

واما الثانية فبالارسال ايضا، فان ابن أبي عمير رواها، عن بعض اصحابه عن محمد بن مسلم، وارسال الرواية يمنع من العمل بها خصوصا مع وجود المعارض.

والعجب ان الشيخ رحمته الله في الخلاف وافق الجماعة على انفساخ النكاح بخروجها من العدة محتجا باجماع الفرقة مع اختياره لهذا القول في النهاية وكتابي الاخبار.

قوله: (وغير الكتابيين يقف على انقضاء العدة باسلام أيهما اتفق) الوجه في ذلك ان المسلم ان كان هي الزوجة فلا سبيل للكافر عليها مطلقا، وان كان هو الزوج فانما يجوز له نكاح الكتابية ابتداء واستدامة، اما غيرها فلا يجوز اجماعا.

ولو انتفت العدة بان أسلم احدهما قبل الدخول انفسخ العقد في الحال. والمراد بقول المصنف: (وغير الكتابيين) ما إذا كان معا غير كتابيين، اما إذا كان احدهما كتابيا والآخر غير كتابي، فلا يتم الحكم فيه، لان النكاح يبقى المسلم (للمسلم خ) على الكتابية على تقدير كون الزوج وثنيا، والزوجة كتابية.

ولو كانت الزوجة وثنية والزوج كتابيا واسلمت الزوجة جاء فيها الخلاف المتقدم. قوله: (وإذا اسلم الذمي الخ) لابد من تقييد الزوجات بكونهن كتابيات مثله ليصح استدامة حكم نكاح العدد المعتبر، فلو كن كافرات غير كتابيات انفسخ نكاحهن باسلامه إذا لم يسلمن معه في العدة ان كان بعد الدخول، ومطلقا ان كان قبله.

ويجب تقييدهن ايضا بكونهن ممن يجوز نكاحهن في دين الاسلام كما هو

واضح.

وفي حكم الكتابي، الوثني إذا كان نسائه كتابيات او وثنيات واسلمن معه. ويجب تقييد الحكم المذكور ايضا بما إذا كان الكتابي حرا وكن حرائر، والا لم يتم اطلاق التخيير، إذ ليس للحر اختيار ما زاد على الامتين ولا للعبد اختيار ما زاد على الحرتين. ولو شرطنا في جواز نكاح الامة الشرطين احتمال انفساخ نكاحها هنا إذا جمعت حرة لفوات الشرط، وعدمه، لان ذلك انما يعتبر ابتداء لاستدامة. ولا فرق في جواز اختياره لمن شاء منهن على تقدير زيادتهن على العدد الشرعي بين من ترتب عقدهن واقترن، ولا بين الاوائل والاواخر، ولا بين من دخل بهن وغيرهن.

وظاهر العلامة في التذكرة أن ذلك موضع وفاق بين علمائنا، فانه انما نقل الخلاف في ذلك عن بعض العامة. واستدل على هذا الحكم بان النبي ﷺ قال لغيلان: أمسك أربعاً وفارق سائرهن^(١)، من غير استفصال وهو يفيد العموم. وفي السند والدلالة نظر. ولو أسلم مع الكتابي أربع من ثمان، قيل: جاز له اختيار الكتابيات، لانه الاسلام لا يمنع الاستمرار على نكاح الكتابية ولا يوجب نكاح المسلمة، ويحتمل تعيين المسلمات للاختيار لشرف المسلمة على الكفارة، فلا يناسب ذلك اختيار

(١) مسند احمد بن حنبل ج ٢ ص ٨٣ مسندا عن ابن عمر قال: اسلم غيلان بن سلمة الثقفي وتحتة عشر نسوة في الجاهلية واسلمن معه فأمر النبي ﷺ ان يختار منهن اربعاً.

[وروى عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام: أن إباق العبد بمنزلة الارتداد، فإن رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها. وإن خرجت من العدة فلا سبيل له عليها، وفي الرواية ضعف.

مسائل سبع: (الاولى) التساوي في الاسلام شرط في صحة العقد

الكتايبات على المسلمات، ولا ريب ان اختيار المسلمات أولى. قوله: (وروى عمار عن أبي عبد الله عليه السلام) هذه الرواية رواها ابن بابويه في الحسن (الصحيح خ ل) عن حكم الاعمى وهشام بن سالم، عن عمار الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل أذن لغلّامه (لعبد خ) في (تزويج خ) امرأة فتزوجها ثم ان العبد أبق من مواليه فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد فقال: ليس لها على مولى العبد نفقة وقد بانت عصمتها منه، لان إباق العبد طلاق امرأته وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام، قلت: فان هو رجع إلى مولاه أترجع امرأته اليه؟ قال: ان كان (قد خ) انقضت عدتها منه ثم تزوجت زوجا غيره فلا سبيل له عليها وان كانت لم تتزوج (ولم تنقض العدة خ) فهي امرأته على النكاح الاول^(١).

والمضمون هذه الرواية اُفتى الشيخ في النهاية وتبعه ابن حمزة الا انه خص الحكم بكون العبد قد تزوج بأمة غير سيده.

والمعتمد بقاء الزوجية إلى ان تقع البينونة بطلاق أو غيره، لان هذه الرواية لا تبلغ حجة في اثبات هذا الحكم.

قوله: (مسائل سبع (الاولى) الخ) أما انه لا يجوز للمسلمة، التزويج

(١) الوسائل باب ٣٥ حديث ١ من ابواب اقسام الطلاق ج ١٥ ص ٤٠٢.

[وهل يشترط التساوي في الايمان؟ الاظهر: لا، لكنه يستحب ويتأكد في المؤمنة].

بالكافر مطلقا، فهو موضع نص ووفاق.

واما انه لا يجوز للمسلم، التزويج بالكافرة فقد تقدم الكلام فيه، وانه يجوز نكاح الكتابية استدامة اجماعا، وابتداء على ما سبق من الخلاف.

واما اعتبار الايمان بالمعنى الاخص وهو الاسلام مع الاقرار بإمامة الائمة الاثني عشر عليهم السلام، فذهب الاكثر إلى اعتباره في جانب الزوج دون الزوجة بمعنى أنه لا يجوز للمؤمنة التزويج بالمخالف دون العكس.

وحكى جدي رحمته الله في الروضة عن بعضهم انه ادعى الاجماع على ذلك.

وذهب المصنف وقبله ابن حمزة إلى الاكتفاء بالاسلام مطلقا.

واطلق ابن ادريس في موضع من السرائر أن المؤمن ليس له ان يتزوج مخالفة في الاعتقاد.

والمعتمد الاول، (لنا) الاخبار المستفيضة الدالة على ذلك كصححة زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهم، لان المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه^(١).

وجه الدلالة ان المنع من تزويج الشكاك يقتضي المنع من تزويج غيرهم من المعتقدين لمذهب اهل الخلاف بطريق أولى.

ويؤيده (يوكده خ ل) التعليل المستفاد من قوله عليه السلام^(٢): المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه.

(١) الوسائل باب ١١ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٨.

(٢) يعني في صححة زرارة المذكورة]

وصحيحة عبدالله بن سنان، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الناصب الذي عرف نصبه وعداوته هل يزوجه المؤمن وهو قادر على رده وهو لا يعلم برده قال: لا يتزوج المؤمن الناصبية (الناصبية خ ل)، ولا يتزوج الناصب مؤمنة (المؤمنة خ ل) ولا يتزوج المستضعف مؤمنة^(١).

ورواية الفضيل بن يسار، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام ان لامرأتي اختا عارفة على رأينا وليس على رأينا بالبصرة الا قليل فازوجها ممن لا يرى رأينا؟ قال: لا ولا نعمة ان الله عزوجل يقول: فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن^(٢).

وفي رواية اخرى للفضيل انه سأل ابا عبدالله عليه السلام عن نكاح الناصبية (الناصبية خ ل) فقال: لا والله لا يحل، قال فضيل: ثم سألته مرة أخرى فقلت: جعلت فداك، ما تقول في نكاحهم والمرأة عارفة؟ قال: ان العارفة لا توضع الا عند عارف^(٣).

ورواية أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهم لان المرأة تأخذ من دين زوجها ويقهرها على دينه^(٤).

وحسنة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام انه اتاه قوم من أهل خراسان من وراء النهر فقال لهم: تصافحون أهل بلادكم وتناكحونهم أما إنكم إذا صافحتموهم انقطعت عروة من عرى الاسلام، وإذا ناكحتموهم ائتمت الحجاب

(١) الوسائل باب ١٠ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٤.

(٢) الوسائل باب ١٠ حديث ٤ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٤.

(٣) الوسائل باب ١٠ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٤ وفيه: كما في الكافي ايضا عن نكاح الناصب.

(٤) الوسائل باب ١١ مثل حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٨.

بينكم وبين الله عزوجل^(١). وفي معنى هذه الروايات اخرى^(٢).

ووجه الدلالة أنها تضمنت النهي عن تزويج المستضعف والمخالف والنهي حقيقة في التحريم. والظاهر فساد العقد مع النهي وان لم يدل النهي بمجردة على الفساد لانتفاء ما يدل على صحة العقد الذي تعلق به النهي من نص أو اجماع.

ويدل على جواز نكاح المؤمن للمخالفة مضافا إلى فحوى ما دل على جواز نكاح الكتانية^(٣) صحيحة زرارة، قال: قال ابو جعفر عليه السلام: عليك بالبله من النساء اللاتي لا ينصبن (التي لا تنصب خ ل) والمستضعفات^(٤).

ورواية أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهم لان المرأة تأخذ من ادب زوجها ويقهرها على دينه^(٥).

وما رواه الشيخ في الصحيح عن عبدالله بن سنان، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام: بم يكون الرجل مسلما تحل مناكحته وموارثته وبم يحرم دمه؟ فقال: يحرم دمه بالاسلام إذا اظهر ويحل مناكحته وموارثته^(٦).

والجواب عن الاول أنا قد بينا الدليل على اعتبار الايمان، وهو الاخبار الكثيرة المعتضدة بعمل الاصحاب، بل باجماعهم المنقول على ذلك.

(١) الوسائل باب ١٠ حديث ١٢ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٦.

(٢) راجع باب ١٠ و ١١ و ١٢ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤.

(٣) راجع باب ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٧ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤.

(٤) الوسائل باب ١١ حديث ١٠ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٣١.

(٥) الوسائل باب ١١ مثل حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٨.

(٦) الوسائل باب ١٠ حديث ١٧ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٧.

[نعم لا يصح نكاح الناصب، ولا الناصبة بالعداوة لاهل البيت عليهم السلام.
ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة].

وعن الرواية بمنع الدلالة، إذا الظاهر ان المراد من حل المناكحة والموارثة، الحكم بصحة نكاحهم وموارثتهم، لا جواز تزويجهم.

وأوضح منها دلالة على هذا المعنى ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن العلا بن رزين أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن جمهور الناس؟ فقال: هم اليوم اهل هدنة يرد ضالتهم وتؤدي أمانتهم وتحقق دمائهم وتجوز مناكتهم وموارثتهم في هذه الحالة^(١).

قوله: (نعم لا يصح نكاح الناصب الخ) هذا الحكم لا شبهة فيه، لان الناصب كافر، بل ورد أنه شر من عبدة الاوثان، فيكون نكاحه محرماً كسائر الكفار، وقد تقدم من الاخبار ما يدل على ذلك.

ويزيده بيانا ما رواه الكليني في الصحيح عن فضيل بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يتزوج المؤمن الناصبة (الناصبية خ ل) المعروفة بذلك^(٢).

وفي الصحيح، عن ربعي عن الفضيل بن يسار أيضاً، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال له الفضيل: أزوج الناصب؟ قال: لا، ولا كرامة، قلت: جعلت فداك والله إني لأقول لك هذا، ولو جائي بيت ملآن دراهم ما فعلت^(٣).

قوله: (ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة) أي لا يشترط في صحة

(١) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٣٣.

(٢) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٣ وفيه (الناصبية).

(٣) الوسائل باب ١٠ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالكفر ج ١٤ ص ٤٢٣ وفيه (الناصبية).

العقد تمكن الزوج من النفقة على الزوجة، وحكى المصنف في الشرائع قولاً باشتراط ذلك، وظاهره أنه شرط في صحة النكاح^(١).

وربما افهمه ظاهر عبارة الشيخ في المبسوط، فانه قال: الكفائة معتبرة في النكاح، وهي عندنا شيئان، الايمن وامكان القيام بالنفقة واليسار المراعي، ما يمكنه القيام بمؤنة المرأة وكفائتها، لا اكثر من ذلك.

وهذا القول ان أخذ على ظاهره كان بعيداً جداً.

وقال ابن ادريس في سرائره: الاولى ان يقال: ان اليسار ليس شرطاً في صحة العقد وانما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسراً بنفقتها ولا يكون العقد باطلاً، بل لها الخيار وليس كذلك خلاف الايمان الذي هو الكفر إذا بان كافراً، فان العقد باطل ولا يكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار، ثم أمر بأن يلحظ ذلك ويتأمل.

واستوجه كلامه العلامة في المختلف، وقال: ان المرأة لو نكحت ابتداءً بفقير عالمة بذلك صح نكاحها اجماعاً، ولو كانت الكفائة شرطاً لم يصح، واذا صح مع العلم وجب ان يصح مع الجهل لوجود المقتضى السالم عن معارضة كون الفقر مانعاً، نعم اثبتنا لها الخيار دفعا للضرر عنها، ورفعاً للمشقة اللاحقة بها (لها خ) هذا كلامه رحمته الله.

وما ذكره من صحة النكاح الواقع على هذا الوجه جيد، ويدل عليه قوله تعالى: ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله^(٢).

اما ثبوت الخيار فمشكل، ومنشأ الاشكال، من التمسك بلزوم العقد إلى ان

(١) قال في الشرائع: الكفائة شرط في صحة النكاح (إلى ان قال): وهل يشترط تمكنه من النفقة؟ قيل: نعم، وقيل: لا وهو الاشبه (انتهى) وجه الظهور انه عليه السلام ذكره في سياق شرط صحة النكاح.

(٢) النور / ٣٢.

[ولا يتخير الزوجة لو تجدد العجز عن الانفاق].

يثبت ما يزيله، ومن لزوم الضرر ببقائها معه كذلك، المنفي بالآية^(١) والرواية^(٢)، والمسألة محل تردد.

نعم الظاهر اشتراط ذلك في وجوب الاجابة منها او من وليها وان رجحت مع كمال دينه كما أمر به النبي ﷺ في نكاح جوير^(٣) وغيره.

قوله: (ولا تتخير الزوجة لو تجدد العجز عن الانفاق) هذا احد القولين في المسألة وأشهرهما، لان النكاح عقد لازم فيستصحب، وظاهر قوله تعالى: وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة^(٤). ونقل عن ابن الجنيد انه اثبت لها الخيار بذلك، وحكى المحقق الشيخ فخر الدين عن المصنف انه نقل عن بعض علمائنا قولاً بأن الحاكم يبينها.

وربما كان مستنده ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن ربعي بن عبدالله والفضيل بن يسار، عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى: ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله؟^(٥) قال: ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة والا فرق بينهما^(٦).

(١) يمكن ارادة قوله تعالى: لا تضار والدته بولدها البقرة / ٢٣٣ وقوله تعالى: ولا يضار كاتب ولا شهيد البقرة / ٢٨٢ وقوله تعالى: ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن الطلاق / ٦ وقوله تعالى: ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا البقرة / ٢٣١ وقوله تعالى: من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار النساء / ١٢.

(٢) اشاره إلى قوله ﷺ: لا ضرر ولا اضرار (او) ولا ضرار في الاسلام وقد رواها الفريقان ونحن نشير اجمالاً إلى بعض مواضعه فراجع عوالي اللآلي ج ١ ص ٣٨٣ وج ٢ ص ٧٤ وج ٣ ص ٢١٠ وج ١ ايضاً ص ٢٢٠ فراجع ما علق على العوالي وقد جمع أكثر أخبار هذه القاعدة الشيخ الشريعة الاصبهاني رحمه الله في رسالة مستقلة فراجع.

(٣) حديث جوير حديث طويل راجع فروع الكافي كتاب النكاح باب ٢١ ان المؤمن كفوا المؤمنة. والوسائل باب ٢٥ من ابواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ٤٣.

(٤) البقرة / ٢٨٠.

(٥) الطلاق / ٧.

(٦) الوسائل باب ١ حديث ١ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٢٣.

*

[ويجوز نكاح الحرة للعبد والهاشمية لغير (غير خ) الهاشمي، والعربية للعجمي (العجمي خ) وبالعكس].

وفي الصحيح، عن عاصم بن حميد، عن أبي بصير والظاهر انه ليث المرادي قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها، كان حقا على الامام أن يفرق بينهما^(١).

والروايتان صحيحتا السند فيتجه العمل بهما، مضافا إلى ما يلزم في كثير من الموارد من الحرج العظيم المنفي بقوله تعالى: وما جعل عليكم في الدين من حرج^(٢) والعسر الزائد الذي هو غير مراد لله عز وجل^(٣)، والله تعالى اعلم بحقائق احكامه.

قوله: (ويجوز انكاح (نكاح خ) الحرة الخ) يدل على ذلك ما روي في الصحيح، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا جائكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه الا تفعلوه تكن فتنه في الارض وفساد كبير^(٤).

وما رواه الكليني في الصحيح، عن هشام بن سالم، عن رجل، عن أبي عبد الله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله زوج المقداد بن الاسود ضباعة بنت الزبير بن عبدالمطلب، ثم قال: انما زوجها المقداد لتتضع المناكح وليتأسوا برسول الله صلى الله عليه وآله، ولتعلموا أن اكرمكم عند الله اتقاكم، وكان الزبير اخا عبد الله وأبي طالب لابيها وامهما^(٥).

(١) الوسائل باب ١ حديث ٢ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٣٢٣.

(٢) الحج / ٧٨.

(٣) في هامش بعض النسخ ما لفظه: ذكر فخر المحققين ان الخلاف هنا مبني على ان اليسار بالنفقة ليس شرطا في لزوم العقد، إذ لو جعلناه شرطا لسلطت بتجدد العجز بغير اشكال، وهو غير واضح، اذ من المحتمل أنه يخص اعتبار اليسار بابتداء النكاح دون استدامته منه (انتهى).

(٤) الوسائل باب ٢٨ حديث ٢ من ابواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ٥١ وللحديث صدر فلاحظ.

(٥) الوسائل باب ٢٦ حديث ٢ من ابواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ٤٥.

[وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب اجابته وان كان] ونقل عن ابن الجنيد انه اعتبر فيمن يحرم عليهم الصدقة الا يتزوج فيهم الا منهم، لئلا يستحل بذلك الصدقة من حرمت عليه إذا كان الولد منسوباً إلى من تحل له الصدقة. ولا يخفى ضعف هذا التعليل.

وروى الكليني بسند مشتمل على عدة من الضعفاء، والمجهولين عن علي بن بلال، قال: لقي هشام بن الحكم بعض الخوارج، فقال: يا هشام ما تقول في العجم يجوز أن يتزوجوا في العرب؟ قال: نعم، قال: فالعرب يتزوجوا من قريش؟ قال: نعم، قال: فقريش يتزوج من بني هاشم؟ قال: نعم، قال: عمن أخذت هذا؟ قال: عن جعفر بن محمد، سمعته يقول: أتتكم دماءكم ولا تتكافؤ فروجكم؟ قال: فخرج الخارجي حتى أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال: اني لقيت هشاماً فسألته عن كذا فآخبرني بكذا، وذكر انه سمعه منك، قال: نعم قد قلت ذلك، فقال الخارجي: فهذا انا قد جئتكم خاطباً فقال له ابو عبد الله عليه السلام: انك لكفو في دمك وحسبك في قومك، ولكن الله عزوجل صاننا عن الصدقة، وهي أوساخ أيدي الناس فنكره ان يشرك فيما فضلنا الله به من لم يجعل الله له مثل ما جعل لنا، فقام الخارجي وهو يقول: تالله ما رأيت رجلاً قط ردني والله أقبح رد وما خرج من قول صاحبه^(١).

ونقل عن ابن الجنيد انه احتج بهذه الرواية وهي دالة على خلاف ما ذكره، مع ان التعليل الذي رد به الامام عليه السلام الخارجي غير ما ذكره ابن الجنيد، وكيف كان فلا ريب في ضعف هذا القول.

قوله: (وإذا خطب المؤمن القادر الخ) هذا الحكم مشهور بين

(١) الوسائل باب ٢٦ حديث ٣ من ابواب مقدمات النكاح إلى قوله فروجكم واورد باقي الحديث في ذيل الباب فلاحظ.

[أخفض نسبا وإن منعه الولي كان عاصيا].

الاصحاب، ومستنده ما رواه الكليني في الصحيح عن علي بن مهزيار، قال: كتب علي بن اسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته وأنه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وإنك لا تجد أحدا مثلك فلا ننظر (في ثل كا) ذلك رحمك الله، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا جائكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ^(١).

ونحوه روى الكليني أيضا في الصحيح عن إبراهيم بن محمد الهمداني، عن أبي جعفر عليه السلام ^(٢). ويمكن أن يناقش في دلالة الأمر هنا على الوجوب، فإن الظاهر من السياق كونه للإباحة ولا ينافي ذلك قوله: (إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) إذ الظاهر أن المراد منه أنه إذا حصل الامتناع من الإجابة لكون الخاطب حقيرا في نسبه لا لغيره من الأغراض، يترتب على ذلك، الفساد والفتنة من نحو التفاخر والمباهاة وما يترتب عليهما من الأفعال القبيحة. ولقد أحسن ابن ادريس في سرائره، حيث قال: وروي أنه إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته وكان عنده يسار بقدر نفقتها وكان ممن يرضى فعالة وأمانته ولا يكون مرتكبا لشيء يدخل به في جملة الفساق وإن كان حقيرا في نسبه قليل المال فلا يزوجه إياها، كان عاصيا لله تعالى مخالفا لسنة نبيه صلى الله عليه وآله ^(٣) ووجه الحديث في ذلك أنه إنما يكون عاصيا إذا رده ولم يزوجه وغرض غير ذلك من

(١) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من ابواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ٥٠.

(٢) الوسائل باب ٢٨ حديث ٢ من ابواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ٥٠.

(٣) فكانه صلى الله عليه وآله جمع بين أحاديث هذا الباب لا أن العبارة بعينها رواية فراجع باب ٢٨ المذكور.

[ويكره ان يزوج (يتزوج خ) الفاسق، ويتأكد في شارب الخمر. وان يتزوج المؤمنة المخالف، ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لا يعرف بعناد]. مصالح دنياه، فلا حرج عليه ولا يكون عاصيا، فهذا فقه الحديث (انتهى كلامه ﷺ)، وهو في محله.

ومن هنا يعلم ابن الولي لو ترك الاجابة قاصدا العدول إلى الاعلى لا يكون عاصيا. ولو لم يتعلق الحكم بالولي بان كانت المخطوبة ثيبا او بكرا لا اب لها ففي وجوب الاجابة عليها ان قلنا بوجوبها على الولي نظر، لاختصاص الامر بالولي فلا يتعلق الوجوب بغيره. قوله: (ويكره أن يزوج الفاسق ويتأكد في شارب الخمر) لا ريب في كراهة تزويج الفاسق ويدل عليه مفهوم قول النبي ﷺ: إذا جئكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه^(١).

واما تاكد الكراهة في شارب الخمر، فيدل عليه ما رواه الكليني في الحسن عن ابن أبي عمير، عن بعض أصحابه، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال قال رسول الله ﷺ: شارب الخمر لا يزوج إذا خطب^(٢) واقل مراتب النهي الكراهة.

قوله: (وان يزوج المؤمنة المخالف الخ) قد تقدم الكلام في ذلك وأن الاظهر انه لا يجوز تزويج المؤمنة المخالف، ولا للمستضعف، اما المرأة المستضعفة فيجوز للمؤمن تزويجها وكذا المخالفة.

(١) لاحظ الوسائل باب ٢٨ حديث ٣٢١ من ابواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ٥١.

(٢) الوسائل باب ٢٩ حديث ٢ من ابواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ٥٣.

(الثانية) اذا انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها،

ففي رواية الحلبي تفسخ (ينفسخ خ ل) النكاح] قوله: (الثانية إذا انتسب إلى قبيلة الخ) اختلف الاصحاب في حكم هذه المسألة، فقال الشيخ في النهاية، إذا انتهى الرجل إلى قبيلة وتزوج فبان على خلاف ذلك بطل التزويج واختاره ابن الجنييد، وابن حمزة.

وقال في المبسوط: الاقوى انه لا خيار لها، ومن الناس من قال: لها الخيار، وقد ورد ذلك في اخبارنا، واختار ابن ادريس أن لها الخيار إذا شرط ذلك في نفس العقد وخرج بخلافه. وقال في المختلف: إذا انتسب إلى قبيلة فبان من أدنى منها بحيث لا يلائم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ.

والاصل في هذه المسألة ما رواه الشيخ في الصحيح، عن الحلبي، قال: سألت عن رجلين نكحا امرأتين فأتى هذا بامرأة ذا واوتي هذا بامرأة ذا، قال: تعتد هذه من هذا، وهذه من هذا، ثم ترجع كل واحدة منهما إلى زوجها، قال: وفي رجل يتزوج المرأة فيقول لها: أنا من بني فلان، فلا يكون كذلك؟ قال: تفسخ النكاح أو قال: ترد^(١).

كذا فيما وقفت عليه من نسخ التهذيب، وقد نقله كذلك العلامة وغيره، والمصنف نقله بلفظ (ينفسخ) ولا يخفى ما بينهما من الفرق.

وهذه الرواية صحيحة السند، ولكن ردها المتأخرون بالاضمار حيث ان المسؤول فيها غير مذكور.

(١) اورد صدره في الوسائل في باب ٩ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٥ وذيله في باب ١٦ حديث ١ منها ص ٦١٤ واوردها في اواخر باب التدليس في النكاح من كتاب النكاح وفيه: يفسخ النكاح او قال: ترد النكاح.

(الثالثة) اذا تزوج امرأة ثم علم انها كانت زنت فليس له الفسخ ولا الرجوع على الولي بالمهر

وعندي ان ذلك غير قاذح، اذ من المعلوم ان الحلبي انما يروي عن الامام عليه السلام خاصة. والوجه في وقوع هذا الاضمار في روايات الاصحاب أن الحلبي وغيره من الرواة كان إذا اورد عدة احاديث عن الامام عليه السلام يصرح أولاً باسم المروي عنه ثم يرجع الضمير اليه فيقول: وسألته عن كذا، وسألته عن كذا إلى ان يستوفي الاحاديث التي رواها، فلما نقل من بعده تلك الروايات وفرقها ذلك الناقل على مقتضى ما أراد اتفق فيها مثل هذا الاضمار، وهو غير قاذح قطعاً. ومقتضى الرواية تسلط المرأة على الفسخ إذا انتسب الزوج إلى قبيلة وبان بخلاف ذلك، وكان الباعث على تزويجه ذلك الانتساب، والعمل بها متجه.

ولو شرط ذلك في نفس العقد وظهر بخلافه تسلطت على الفسخ بغير إشكال. قوله: (الثالثة إذا تزوج امرأة ثم علم الخ) إذا تزوج امرأة ثم علم انها كانت زنت او ثبت ذلك شرعاً فللاصحاب أقوال.

(احدها) انه يفرق بينهما ولا صداق لها، وهو قول الصدوق في المقتنع. واستدل عليه بقول علي عليه السلام في المرأة إذا زنت قبل ان يدخل بها زوجها قال: يفرق بينهما ولا صداق لها، لان الحدث كان من قبلها^(١) وفي السند ضعف^(٢).

(١) الوسائل باب ٦ حديث ٣ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠١.

(٢) والسند كما في الكافي هكذا: علي بن إبراهيم، عن ابيه عن النوفلي، عن السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين.

[وفي رواية، لها الصداق بما استحل من فرجها ويرجع به على الولي، وإن شاء تركها].
(وثانيها) أن له الخيار في المحدودة خاصة، اختاره المفيد وجماعة.
ولم نقف لهم في ذلك على مستند سوى ما في الالتزام بها من الضرر باشتماله على العار.
ويضعف بانه قادر على الطلاق، وبه يندفع الضرر، مع ان ابن بابويه روى في الصحيح، عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل^(١).
وروى الكليني، عن رفاعه بن موسى، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المحدود والمحدودة هل يرد من النكاح؟ قال: لا^(٢).
(وثالثها) انه ليس له الفسخ، ولا الرجوع على الولي بالمهر، اما عدم الفسخ فلان ذلك مقتضى العقد اللازم، واما عدم الرجوع بالمهر فلان ذلك مقتضى الاصل.
(ورابعها) جواز الرجوع من غير فسخ، اما انتفاء الفسخ، فلما سبق.
واما الرجوع على الولي بالمهر، فلما رواه الشيخ في الصحيح عن معاوية بن وهب، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها انها كانت قد زنت، قال: ان شاء زوجها يأخذ (أخذ ثل) الصداق ممن زوجها، ولها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها^(٣).

ونحوه روى أيضا، عن عبدالرحمان بن أبي عبدالله، عن أبي عبدالله

(١) الوسائل باب ١ ذيل حديث ٦ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٤.

(٢) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٠.

(٣) الوسائل باب ٦ مثل حديث ٤ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١٢.

(الرابعة) لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية، ويجوز في غيرها ويحرم التصريح في الحالين

عليه السلام^(١).

والظاهر ان المراد من تركها إبقاءها على حالها من غير طلاق، ويحتمل ان يكون المراد به طلاقها وفسخ نكاحها.

وفي الروايتين تصريح بأن للزوج الرجوع على الولي بالمهر ولا بأس بالمصير إلى ذلك إذا كان عالماً بزناها، لانه يكون قد غره باخفاء عيب عظيم يوجب تحمله الضرر ويشهد لهذا القول أيضاً ما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: سألته عن المرأة تلد من الزنا ولا يعلم بذلك أحد، الا وليها أ يصلح له أن يزوجه ويسكت على ذلك إذا كان قد رأى منه توبة أو معروفاً؟ فقال: ان لم يذكر ذلك لزوجهها ثم علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليها بما دلس عليه، كان له ذلك على وليها وكان الصداق الذي اخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحل من فرجها، وان شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس^(٢).

قوله: ((الرابعة) لا يجوز التعريض الخ) اما انه لا يجوز التعريف بالخطبة لذات العدة الرجعية من غير الزوج، فظاهر، لان المعتدة رجعية زوجة فيتعلق بها ما يتعلق بالزوجة، ومن جملة ذلك تحريم خطبتها تعريضاً وتصريحاً بواسطة وغيرها من غير خلاف في ذلك بين العلماء. واما جواز التعريض للمعتدة في العدة البائنة دون التصريح لها بذلك فقليل: إنه موضع وفاق أيضاً.

(١) الوسائل باب ٦ حديث ٤ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠١.

(٢) الوسائل باب ٦ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٠.

ويدل عليه قوله تعالى: ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكروهن، ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولاً معروفاً^(١).
وتقدير الكلام: علم الله أنكم ستذكروهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا والسر وقع كناية عن الوطء، لأنه مما يسر به ومعناه لا تواعدوهن جماعاً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً، والقول المعروف هو التعريض كما ورد في أخبارنا.

والتعريض هو الاتيان بلفظ يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، مثل أن يقول لها: أنك الجميلة، أو من غرضي أن أتزوج، أو عسى الله أن ييسر لي امرأة صالحة ونحو ذلك من الكلام الموهوم أنه يريد نكاحها حتى تحبس نفسها عليه أن رغبت فيه ولا يصرح بالنكاح.

والفرق بينه وبين الكناية أن الكناية عبارة عن أن يذكر الشيء بغير لفظ الموضوع له كقولك طويل النجاد لطويل القامة، وكثير الرماد للمضياف، والتعريض أن يذكر شيئاً يدل به على شيء لم يذكره كقول المحتاج للمحتاج إليه: جئتك لا سلم عليك.

وروى عبدالرحمان بن سليمان، عن خالته، قالت دخل علي أبو جعفر محمد بن علي عليه السلام وأنا في عدتي فقال: قد علمت قرابتي من رسول الله ﷺ وحق جدي علي وقدمي في الاسلام، فقلت له غفر الله لك اتخطبني في عدتي وأنت يؤخذ عنك؟ فقال: أو قد فعلت، إنما اخبرتك بقرابتي من رسول الله ﷺ وموضعي قد دخل رسول الله ﷺ على أم سلمة وكانت عند ابن عمها أبي سلمة فتوفي عنها فلم يزل يذكر لها منزلته من الله وهو

(١) البقرة / ٢٣٥.

[الخامسة) اذا خطب فاجابت (اجابته خ) كره لغيره خطبتها ولا تحرم].

متحامل على يده حتى أثر الحصر في يده من شدة تحامله عليها، فما كانت تلك خطبة^(١). ولم يذكر المصنف في هذا الكتاب حكم خطبة الزوج لزوجته المطلقة، وقد ذكر الاصحاب انها كانت معتدة عدة رجعية جاز له التعريض لها بذلك والتصريح، وكذا إذا كانت بائنا إذا كانت تحل له في الحال، وان توقف الحل على رجوعها في البذل كما في المختلعة وان توقف حلها على المحلل قيل: حرم التصريح لها دون التعريض. والاجود تحريمهما معا لامتناع نكاحه لها قبل المحلل، وان حرمت الزوجة مؤبدا كالمطلقة تسعا حرم التعريض لها والتصريح قطعا.

قوله: (الخامسة إذا خطب فاجابت كره لغيره خطبتها ولا يحرم) هذا احد القولين في المسألة واستدل عليه بما روي عن النبي ﷺ انه قال: لا يخطب الرجل على خطبة اخيه^(٢). وانما حمل النهي على الكراهة لقصوره من حيث السند عن اثبات التحريم.

وللشيخ رحمه الله قول بالتحريم أخذا بظاهر النهي، وربما امكن المصير اليه نظرا إلى ما في ذلك من ايداء المؤمن وكسر خاطره وإثارة الشحناء والبغضاء بينهما، ولا ريب انه احوط.

وموضع الخلاف ما إذا اجابت المرأة او اجاب وليها في موضع تثبت له الولاية، فلو حصل الرد انتفت الكراهة والتحريم اجماعا.

(١) ونقلها في الحقائق عن الكافي ولم نعثر عليها فيه إلى الآن فتبع.

(٢) سنن أبي داود ج ٢ باب في كراهية ان يخطب الرجل على خطبة اخيه حديث ٢١ من كتاب النكاح وعوالي الآلي ج ٢ ص ٢٧٤ رقم ٣٩ وفي الخبر الثاني منه لا يخطب احدكم الخ.

(السادسة) نكاح الشغار باطل، وهو ان تتزوج امرأتان برجلين، على أن مهر كل واحدة نكاح الآخرى

وكذا لو لم يوجد اجابة ولا رد مع احتمال الكراهة او التحريم هنا لتناول النهي الوارد عن الخطبة بعد الخطبة لهذه الصورة.

ولو اقدم ذلك الغير على الخطبة في موضع النهي وعقد صح العقد لعدم تعلق النهي به لو ثبت اقتضاؤه الفساد.

قوله: ((السادسة) نكاح الشغار باطل الخ) قال الجوهري: الشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية، وهو ان يقول الرجل لآخر: زوجني ابنتك او اختك على ان ازوجك اختي او ابنتي على أن صدق كل واحدة منهما بضع الاخرى، وقريب منه في القاموس.

قيل: وهو مأخوذ من الشجر وهو رفع احدى الرجلين إما لان النكاح يفضي إلى ذلك ومنه قوله زياد لبنت معاوية التي كانت عند ابنه فافتخرت يوما عليه وتناولت فشكاها إلى ابيه فدخل عليها بالدرة ويضربها ويقول لها: أشغرا وفخرا أو لانه يتضمن رفع المهر، او من قوله: شجر البلد، اذا خلا من القاضي والسلطان، خلوه من المهر.

وهذا النكاح باطل باجماع العلماء، والاخبار الواردة بطلانه مستفيضة.

(منها) ما رواه الكليني، عن غياث (عمار يب) بن إبراهيم، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا جلب ولا جنب، ولا شغار في الاسلام، والشغار ان يزوج الرجل ابنته أو اخته ويتزوج هو ابنة المتزوج أو اخته ولا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا بهذا وهذا بهذا^(١).

والجلب محرمة له معان، منها ان ينزل العامل موضعاً ثم يرسل من يجلب

(١) الوسائل باب ٢٧ حديث ٢ من ابواب عقد النكاح ج ١٤ ص ٢٢٩.

(السابعة) يكره العقد على القابلة المربية وبناتها

وان يزوج ابنه بنت زوجته اذا ولدتها يعمد مفارقتها لها، لا اليه الاموال من أماكنها ليأخذ صدقتها.

والجنب محرمة له معان، أيضا، منها ان ينزل العامل بأقصى مواضع الصدقة ثم يأمر بالاموال أن تجنب اليه او ان يجنب رب المال بماله أي يبعد عن موضعه حتى يحتاج العامل إلى الابعاد في طلبه. قوله: (السابعة يكره العقد على القابلة المربية وبناتها) هذا هو المشهور بين الاصحاب، وقال الصدوق في المقنع: لا تحل القابلة للمولود ولا ابنتها، وهو ضعيف (لنا) على الجواز ما رواه الشيخ في الصحيح، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، قال: قلت للرضا عليه السلام: يتزوج الرجل المرأة التي قبلته؟ فقال: سبحانه الله ما حرم الله عليه من ذلك؟^(١).

وعلى الكراهة، ما رواه الشيخ، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا يتزوج المرأة التي قبلته ولا ابنتها^(٢).

ومقتضى الرواية كراهة تزويج القابلة وان لم ترب، لكن خصها الشيخ والمصنف وجماعة بـ (المربية) لموثقة إبراهيم بن عبد الحميد، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابلة تقبل الرجل أله أن يتزوجها؟ فقال: ان كانت قد قبلته المرة والمرتين والثلاث فلا بأس، وإن كانت قبلته وربته وكفلته فاني أنهي نفسي عنها وولدي، قال الشيخ: وفي خبر آخر: وصديقي^(٣). وهذه الرواية صريحة في الكراهة.

قوله: (وان يزوج ابنه بنت زوجته الخ) المستند في ذلك ما رواه الشيخ

(١) الوسائل باب ٣٩ حديث ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٨٧.

(٢) الوسائل باب ٣٩ حديث ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٨٧.

(٣) الوسائل باب ٣٩ حديث ٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٨٧.

[بأس بمن ولدتها قبل ذلك. وان يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه].

في الصحيح عن أبي همام، قال: قال أبو الحسن عليه السلام: قال محمد بن علي عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويتزوج ابنتها ابنه فيفارقها، ويتزوجها آخر بعده فتلد منه بنتا، فكره ان يتزوجها احد من ولده، لانها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزلة الاب وكان قبل ذلك أبا لها^(١).

وقد روى الشيخ جواز ذلك صريحا بما رواه في الصحيح عن عيص بن القاسم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن الرجل يطلق المرأة ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولده للآخر، هل يحل ولدها من الآخر لولد الاول من غيرها؟ قال: نعم، قال: وسألت عن رجل اعتق سرية ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للآخر هل يحل ولدها لولد الذي اعتقها؟ قال: نعم^(٢).

وانما خص المصنف الكراهة بتزويج الابن لبنت الزوجة اذا ولدتها بعد مفارقتها دون بنت الامة، ودون تزويج بنته لابن الزوجة، لاختصاص الرواية المتضمنة للكراهة بذلك.

فما ذكره جدي رحمه الله في المسالك من ان المصنف لو ابدل الزوجة بالمنكوحه ليشمل الامة، وأبدل الابن والبنت بالولد ليشمل الذكر والانثى كما ورد في الخبر (وعنى به صحيحة بن القاسم) كان أجود غير جيد، لان هذه الرواية انما تضمنت الاباحة، والكراهة انما وردت في رواية أبي همام فيجب قصرها على موردها.

قوله: (وان يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه) يدل على ذلك

(١) الوسائل باب ٢٣ حديث ٥ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٦٥.

(٢) الوسائل باب ٢٣ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٦٣.

[وتكره الزانية قبل ان تتوب].

ما رواه الشيخ في الصحيح عن زرارة، قال: سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: ما احب للرجل المسلم أن يتزوج ضرة كانت لامه مع غير ابيه^(١).

وخص المصنف في الشرائع الكراهة بمن كانت ضرة لامه قبل ابيه^(٢) ولا وجه له، فان الرواية شاملة للمتقدمة والمتأخرة.

قوله: (وتكره الزانية قبل ان تتوب) هذا هو المشهور بين الاصحاب.

واستدلوا عليه بما رواه ابن بابويه في الصحيح عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن قول الله عزوجل: الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة، والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك؟ قال هن نساء مشهورات بالزنا، ورجال مشهورون بالزنا قد شهروا بالزنا وعرفوا به، والناس اليوم بتلك المنزلة، من أقيم عليه حد الزنا أو شهر بالزنا لم ينبغ لاحد ان يناكحه حتى تعرف منه توبة^(٣).

ولفظ (لم ينبغ) ظاهر في الكراهة.

واورد عليه ان لفظ (لم ينبغ) وان كان ظاهرا في الكراهة، لكن قوله تعالى: وحرم ذلك على المؤمنين^(٤) صريح في التحريم فيجب حمل (لم ينبغ) عليه.

ويمكن دفعه بمنع الصراحة فان المشار إليه (ذلك) يحتمل كونه الزنا لا النكاح.

(١) الوسائل باب ٤٢ حديث ١ من ابواب ما يحرم المصاهرة ج ١٤ ص ٣٨٩.

(٢) ففي الشرائع في اواخر المقصد الثاني: السابعة يكره العقد على القابلة (إلى ان قال): وان يتزوج ابنه بنت زوجته (إلى ان قال): وان يتزوج بمن كانت ضرة لامه قبل ابيه، بالزانية قبل ان تتوب (الشرائع وآخر المقصد الثالث من القسم الاول من النكاح).

(٣) الوسائل باب ١٣ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٣٥ والآية في سورة النور / ٣ وفي الوسائل نقلا من الكافي والتهذيب: بذلك المنزل.

(٤) ذيل الآية المذكورة.

سلمنا انه النكاح، لكنه انما يدل على تحريم نكاح المشهورة بالزنا كما تضمنته الرواية لا مطلق الزانية.

ويدل على تحريم نكاح المشهورة بذلك ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن الحلبي قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: لا تزوج المرأة المستعلنة بالزنا، ولا يزوج الرجل (المستعلن الفقيه) بالزنا الا ان يعرف منهما التوبة^(١).

(١) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٣٥ وفيه: المعلن والمعلن بدل المستعلنة والمستعلن.

*

[القسم الثاني في النكاح المنقطع والنظر في أركانه وأحكامه]

قوله: (القسم الثاني في النكاح المنقطع الخ) اجمع العلماء كافة على ان النكاح المنقطع وهو نكاح المتعة كان مشروعاً في صدر الاسلام، واتفق أهل البيت عليهم السلام وشيعتهم والامامية على بقاء شرعيته، وانه لم ينسخ. واليه ذهب جماعة من الصحابة والتابعين. والايخبار الواردة بذلك عن ائمة الهدى صلوات الله عليهم، بالغة حد التواتر. قال الشيخ في التهذيب^(١): والعلم حاصل لكل من سمع الاخبار أن من دين ائمتنا عليهم السلام اباحة المتعة فلا يحتاج إلى الاطناب فيه. وزعم الجمهور انه منسوخ، واضطرب رواياتهم في نسخه، فانهم رووا عن علي عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن متعة النساء يوم خيبر^(٢).

(١) لم نعثر إلى الآن على هذه العبارة في التهذيب، نعم ما وجدناه هكذا، الذي يدل على اباحة المتعة اجماع المسلمين على أن النبي صلى الله عليه وآله كان قد اباحها في وقت ولم يبق دليل قاطع على حصره لها به ذلك فينبغي أن تكون مباحة على ما كانت حتى يقوم دليل، ولا دليل في الشرع يدل على ذلك (انتهى).

(٢) صحيح مسلم، ج ٤ باب نكاح المتعة الخ حديث ٢١ ٢٥ ص ١٣٤ وص ١٣٥.

*

وروي أن النبي ﷺ أمر بها في حجة الوداع^(١).

واللازم من ذلك ان تكون قد نسخت مرتين، ولا قائل به.

وروي مسلم في صحيحه باسناده إلى عطاء، قال قدم جابر بن عبد الله معتمرا فجنناه في منزله فسأله القوم عن أشياء ثم ذكروا المتعة، فقال: نعم استمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، وعمر^(٢).

وهو صريح في بقاء شرعيتها بعد موت النبي ﷺ من غير نسخ.

ويؤيده الرواية المشهورة، عن عمر بين الفريقين انه قال: متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ حالاً أنا أنهى عنهما وعاقب عليهما^(٣).

ولو كان النبي ﷺ نهي عنهما لكان استناد النهي إليه أولى وأبلغ في الزجر.

وفي صحيح الترمذي: ان رجلاً من اهل الشام سأل ابن عمر، عن متعة النساء فقال: هي حلال، فقال: ان أباك قد نهي عنها، فقال ابن عمر: رأيته ان كان أبي نهي عنها وصنعها (فعلها خ ل) رسول الله ﷺ افتترك السنة وتبع قول أبي؟^(٤) وروي شعبة، عن الحكم بن عتيبة (عينة خ ل) وهو من

(١) صحيح مسلم ج ٤ باب نكاح المتعة حديث ١١ و ١٢ و ١٥ و ١٦ لكن الروايات مشتملة على حل المتعة عام الفتح لا حجة الوداع ولم نعثر على ما اشتمل على حجة الوداع ص ١٣١ و ١٣٢.

(٢) صحيح مسلم باب نكاح المتعة الخ حديث ٦ ج ٤ ص ١٣١ طبع مصر.

(٣) وفي ج ٤ ص ٩٨ من شرح ابن أبي الحديد لنهج البلاغة، نقلاً عن أبي عثمان بن الحافظ: إن عمر قال على منبره: متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ متعة النساء ومتعة الحج أنا أنهى وعاقب عليهما.

(٤) صحيح ترمذي باب ما جاء في التمتع من كتاب الحج ج ٣ ومتم الحديث هكذا: مسنداً عن سالم بن عبد الله حدثه انه سمع رجلاً من اهل الشام وهو يسأل عبد الله بن عمر عن التمتع بالعمرة إلى الحج فقال: عبد الله الخ.

[وأركانها أربعة (الاول) الصيغة، وهو ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة خاصة]

أكابرهم، قال: سألته عن هذه الآية (فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن) أمنسوخة هي؟ قال: لا، قال الحكم، قال علي بن أبي طالب: لولا أن عمر نهي عن المتعة مازنى إلا شقي^(١)، كذا في الرواية المنقولة في كتب الاصحاب.

وقال ابن ادريس في سرائره: قال مُجَدِّد بن إدريس: يروي (روى خ ل) في بعض كتب (اخبارنا خ ل) أصحابنا في ابواب المتعة، عن أمير المؤمنين عليه السلام: لولا ما سبقني اليه ابن (بني خ ل) الخطاب مازنا الاشقي (شفا خ)^(٢) بالشين المعجمة والفاء ومعناه الا قليل، والدليل عليه حديث ابن عباس ذكره الهروي في الغريين^(٣): ما كانت المتعة الا رحمة رحم الله بها امة مُجَدِّد صلى الله عليه وسلم، ولو لا نهي (نما خ ل) عنها ما احتاج إلى الزنا الا شفا (شقي خ) وقد أورده الهروي في باب الشين والفاء، لان الشفا عند أهل اللغة، القليل بلا خلاف بينهم، وبعض أصحابنا ربما صحف ذلك، وقاله وتكلم به بالقاف والياء المشددة وما ذكرناه هو وضع اهل اللغة، واليه المرجع، وعليهم المعول في امثال ذلك^(٤).

قوله: (وأركانها أربعة الاول الصيغة الخ) المراد بالالفاظ الثلاثة

(١) عوالي اللغالي: ج ٢ ص ١٢٥ ح ٣٤٦ ولاحظ ذيله.

(٢) الوسائل باب ١ حديث ٢ ج ١٤ ص ٤٣٦، عن عبدالله بن سليمان قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كان علي عليه السلام يقول الخ.

(٣) ابوعبيد أحمد بن مُجَدِّد بن مُجَدِّد بن أبي عبدالله العبدي المؤدب الهروي القاشاني صاحب كتاب الغريين، كان من العلماء الاكابر، وكان يصحب ابا منصور الازهري اللغوي وعليه اشتغل وبه انتفع وتخرج، وكتابه المذكور جمع فيه بين تفسير غريب القرآن والحديث النبوي وسار في الافاق توفي سنة ٤٠١ (الكنى والالقب للمحدث القمي ج ٣ ص ٢٤٢).

(٤) السرائر باب النكاح المؤجل ص ٣١٢ ٣١٣ من الطبعة الاولى.

*

[وقال علم الهدى: ينعقد في الاماء بلفظ الاباحة والتحليل. (الثاني) الزوجة، ويشترط أن تكون (كونها خ) مسلمة او كتابية. ولا يصح بالمشركة والناصبية].

زوجتك، وانكحتك، ومتعتك، ولا خلاف في انعقاده بكل من هذه الالفاظ الثلاثة. والاظهر انعقاده بلفظ المستقبل اذا قصد به الانشاء وجعل السيد المرتضى رحمته الله تحليل الامة عقد متعة، فيكون منعقدا عنده بلفظ الاباحة والتحليل وهو جيد لو ثبت كونه كذلك، لكنه غير واضح كما ستقف عليه في محله.

قوله: (الثاني: الزوجة ويشترط ان تكون مسلمة او كتابية) الاصح ما اختاره المصنف رحمته الله من جواز التمتع بالكتابية، بل قد بينا فيما سبق بان (ان خ) القول بجواز تزويجها مطلقا لا يخلو من رجحان.

ويدل على جواز التمتع بها مضافا إلى ما سبق ما رواه الشيخ في الصحيح، عن اسماعيل بن سعد الاشعري، قال: سألته عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية؟ قال: لا أرى بذلك بأسا، قال: قلت: فالمجوسية؟ قال: اما المجوسية فلا^(١) وعن زرارة، قال: سمعته يقول: لا بأس بأن (ان خ) يتزوج اليهودية والنصرانية متعة وعنده امرأة^(٢).

قوله: (ولا يصح بالمشركة والناصبية) لا ريب في ذلك، لان الناصبية كفرة فيتعلق بها ما يتعلق بالكفار ومن جملة ذلك تحريم التناكح بينهم وبين المسلمين، والخارج من أقسام النواصب، اما المستضعفة والمخالفة غير الناصبية

(١) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦١.

(٢) الوسائل باب ١٣ حديث ٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٢.

[ويستحب اختيار المؤمنة العفيفة].

فيجوز للمؤمن التمتع بها لما بيناه فيما سبق من جواز تزويجهن بالعقد الدائم، فالمنقطع أولى. قوله: (ويستحب اختيار المؤمنة العفيفة) اما استحباب اختيار المؤمنة فيدل عليه قول أبي الحسن الرضا عليه السلام: المؤمنة أحب الي ^(١).

واما استحباب كونها عفيفة، فيدل عليه ما رواه الشيخ، عن أبي سارة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عنها يعني المتعة، فقال لي: حلال، ولا تتزوج الا عفيفة، ان الله تعالى يقول: والذين هم لفروجهم حافظون فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك ^(٢).

قال المفيد رحمته الله: وقد رويت رخصة في التمتع بالفاجرة الا انه يمنعها من الفجور. واورد الشيخ في ذلك روايتين روى أحدهما عن زرارة بطريق فيه علي بن حديد ^(٣)، قال: سأله عمار وأنا عنده عن الرجل يتزوج الفاجرة متعة، قال: لا بأس وان كان التزويج الآخر فليحصن بابه ^(٤).

والاخرى عن علي بن يقطين بطريق فيه سعدان ^(٥) وهو غير موثق، قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: نساء اهل المدينة؟ قال: فواسق، قلت: فاتزوج منهن؟ قال: نعم ^(٦).

(١) الوسائل باب ٧ قطعة من حديث ٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٢.

(٢) الوسائل باب ٦ حديث ٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥١.

(٣) سندها كما في التهذيب هكذا: مُحَمَّد بن أحمد بن يحيى، عن أحمد بن مُحَمَّد، عن علي بن حديد، عن جمال عن زرارة قال: سأله عمار الخ.

(٤) الوسائل باب ٩ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٤.

(٥) سندها هكذا كما في التهذيب: مُحَمَّد بن أحمد بن يحيى، عن سعدان، عن علي بن يقطين.

(٦) الوسائل باب ٩ حديث ٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٥.

*

[وان يسألها عن حالها مع التهمة وليس شرطاً].

قوله: (وان يسألها عن حالها مع التهمة وليس شرطاً) اما استحباب سؤالها عن حالها، فيدل عليه ما رواه الكليني في الصحيح عن أبي مريم، عن أبي جعفر عليه السلام انه سئل عن المتعة، فقال: ان المتعة، اليوم ليست كما كانت قبل اليوم انهن كن يؤمذن يؤمن، واليوم لا يؤمن، فاسألوا عن حالها^(١) وقد تضمنت الرواية الامر بالسؤال عنهن، وهو غير سؤالهن فكان التعبير بذلك أولى.

واما ان ذلك ليس شرطاً فيدل عليه روايات: (منها) ما رواه الشيخ في الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، ومحمد بن الحسن الأشعري، عن محمد بن عبد الله الأشعري وهو مشترك قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة فيقع في قلبه ان لها زوجا، قال: وما عليه؟ رأيته لو سألتها البينة كان يجد من يشهد بان (ان خ) ليس لها زوج؟^(٢).

ويدل على ان المرأة مصدقة على نفسها، ما رواه الكليني في الصحيح عن فضالة، عن ميسر، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: القى المرأة بالفلاة التي ليس فيها احد، فاقول لها: ألك زوج؟ فتقول: لا، فاتزوجها؟ قال: نعم هي المصدقة على نفسها^(٣).

وعن ابان بن تغلب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اني اكون في بعض الطرقات فارى المرأة الحسناء ولا آمن ان تكون ذات بعل او من العواهر قال: ليس هذا عليك وانما عليك ان تصدقها في نفسها^(٤).

(١) الوسائل باب ٦ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥١.

(٢) الوسائل باب ١٠ حديث ٥ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٧.

(٣) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٦ وباب ٢٥ حديث ٢ من ابواب عقد النكاح ص ٢٢٨.

(٤) الوسائل باب ١٠ مثل حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٦. ولاحظ ذيل الباب أيضا فانه نقل متن الحديث في ذيل الباب.

[ويكره بالزانية وليس شرطاً].

قوله: (ويكره بالزانية وليس شرطاً) ما اختاره المصنف رحمه الله من كراهة التمتع بالزانية أشهر القولين في المسألة وأظهرهما.

ومنع الصدوق في المقنع من التمتع بها، وقال ابن البراج: ولا يعقد على فاجرة إلا إذا منعها من الفجور، والاصح الأول.

وتشتد الكراهة في المشهورة بالزنا، بل قد تقدم أن الأقرب تحريمه في الدائم.

وروى محمد بن الفضيل، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المرأة الحسناء الفاجرة هل تحب للرجل أن يتمتع (يستمتع) بها (منها خ) يوماً أو أكثر؟ فقال: إذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتع بها (منها خ ل) ولا ينكحها^(١).

وهي ضعيفة السند باشتراك راويها بين الثقة وغيره^(٢).

وفي مقابلها رواية أخرى دالة على خلاف ذلك، رواها الشيخ في زيادات التهذيب عن الحسن بن محبوب، عن اسحاق بن جرير وقال النجاشي إنه ثقة، وجعله الشيخ في الفهرست من أصحاب الأصول، لكن قال العلامة في الخلاصة إنه كان واقفياً قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن عندنا بالكوفة امرأة معروفة بالفجور (أ خ) أيحل أن تزوجها متعة؟ قال: فقال: رفعت راية؟ قلت: لا، لو رفعت راية أخذها السلطان، قال: فقال: نعم تزوجها متعة، قال: ثم أصغى إلى بعض مواليه فأسر إليه شيئاً فدخل قلبي من ذلك شيء، قال: فلقيت مولاه فقلت له: أي شيء كان قال لك أبو عبد الله عليه السلام؟ قال: فقال لي ليس هو شيء تكرهه، فقلت: فأخبرني به، قال: فقال: إنما قال لي: ولو رفعت راية ما كان

(١) الوسائل باب ٨ من حديث ٤ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٤.

(٢) فان محمد بن الفضيل بن غزوان الضبي موثق ومحمد بن الفضيل بن كثير الأزدي الكوفي الصيرفي لم يوثقوه.

[وان يستمتع ببكر ليس لها أب].

عليه في تزويجها شيء انما يخرجها من حرام إلى حلال^(١).

وقول المصنف: (وليس ذلك شرطا) يمكن ان يكون المراد به أنه ليس خلوها من الزنا شرطا، وهو بعيد.

وقال في الشرائع: ويكره ان تكون زانية، فان فعل فليمنعها من الفجور وليس شرطا. والظاهر أن ذلك مراد المصنف هنا وان العبارة سقط منها شيء. ولا ريب في وجوب منعها من الفجور من باب النهي عن المنكر، لكن ليس ذلك شرطا في جوائز تزويجها ولا وطئها، للاصل والاطلاقات. قوله: (وإن يستمتع ببكر الخ) ربما ظهر من تخصيص البكر بمن ليس لها أب، عدم الكراهة إذا كان لها أب، مع ان الرواية الواردة بالكراهة مطلقة.

وهي صحيحة^(٢) حفص بن البختري، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج البكر متعة؟ قال: يكره، للعب على أهلها^(٣).

والاجود اعتبار اذن الاب في التمتع بالبكر، لصحيحة أبي مريم، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: العذراء التي لها اب لا تتزوج متعة الا بإذن أبيها^(٤).

وصحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن الرضا عليه السلام، قال: البكر لا تتزوج متعة الا بإذن أبيها^(٥).

(١) الوسائل باب ٩ حديث ٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٥ لكن لخصها واصلها في زيادات التهذيب من كتاب النكاح حديث ١٥٤ فراجع.

(٢) في هامش بعض النسخ: هذه الرواية حسنة في التهذيب والكافي وصحيحة في الفقيه منه.

(٣) الوسائل باب ١١ حديث ١٠ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٩.

(٤) الوسائل باب ١١ حديث ١٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٩.

(٥) الوسائل باب ١١ حديث ٥ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٨ وهامش بعض النسخ هكذا: هذه الرواية رواه عبدالله بن جعفر الحميري ي كتابه قرب الاسناد منه.

[فان فعل فلا يفتضها وليس محرما. ولا حصر في عدددهن. ويحرم أن يستمتع أمة على حرة الا بإذنها].

والنهي حقيقة في التحريم، وحمله على الكراهة يتوقف على وجود المعارض وهو منتف. نعم روى الشيخ وابن بابويه، عن محمد بن مسلم، قال: سألته عن الجارية تمتع منها (بها خ) الرجل؟ قال: نعم الا ان تكون صبية تخدع، قلت: اصلحك الله وكم الحد الذي إذا بلغته لم تخدع، قال: ابنة (بنت خ ل) عشر سنين^(١).

وهي مع ضعف سندها محمولة على غير ذات الاب، جمعا بين الاخبار. واما كراهة اقتضاؤ البكر اذا تمتع لها، فيدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن زياد بن أبي الحلال، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بان يتمتع بالبكر ما لم يفض اليها كراهة (كراهية ثل) العيب على أهلها^(٢).

قوله: (ولا حصر في عدددهن) هذا هو المعروف من مذهب الاصحاب، وعليه دلت الاخبار وقد تقدم الكلام في ذلك.

قوله: (ويحرم ان يستمتع امة على حرة الا بإذنها) هذا هو المعتمد ويدل عليه صريحا، ما رواه الكليني في الصحيح عن محمد بن إسماعيل، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام هل للرجل ان يتمتع من المملوكة بإذن أهلها وله امرأة حرة؟

(١) الوسائل باب ١٢ حديث ٤ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦١.

(٢) الوسائل باب ١١ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٧.

[وإن يدخل على المرأة بنت أخيها أو أختها ما لم تأذن. (الثالثة) المهر وذكره شرط].

قال: نعم إذا رضيت الحرة، قلت: فإن اذنت الحرة يتمتع منها؟ قال: نعم^(١).

وفي المسألة قول بالمنع من التمتع بالامة على الحرة مطلق، وهو ضعيف.

واطلاق النص وكلام الاصحاب يقتضي عدم الفرق في الحرة بين ان تكون منكوحة بالعقد الدائم او المنقطع.

قوله: (وإن يدخل على المرأة بنت أخيها الخ) هذا الحكم مقطوع في كلام الاصحاب ويدل عليه اطلاق قوله عليه السلام: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها الا برضاء العممة والخالة^(٢)، فانه يتناول الدائم والمنقطع.

ولو بادر إلى العقد بدون اذنهما، ففي بطلانه من رأس أو وقوفه على اجازتهما، القولان المذكوران سابقا، والاصح هنا ما هو الاصح هناك.

قوله: (الثالثة، المهر وذكره شرط) أي في صحة عقد المتعة، فلو أخل بذكره عمدا أو نسيانا بطل العقد، وهذا الحكم^(٣) متفق عليه بين الاصحاب.

ويدل عليه ما رواه الكليني في الصحيح عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يكون متعة إلا بأمرين اجل مسمى واجر معلوم^(٤) وفي الصحيح عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، فقال: مهر معلوم إلى اجل معلوم^(٥).

(١) الوسائل باب ١٦ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٤.

(٢) الوسائل باب ٣٠ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٧٥، وفيه الا بإذن العممة الخ. ولاحظ سائر اخبار هذا الباب.

(٣) يعني اشتراط ذكر المهر لابطال العقد مطلقا فلا تغفل.

(٤) الوسائل باب ١٧ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٥.

(٥) الوسائل باب ١٧ حديث ٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٥.

*

[ويكفي فيه المشاهدة، ويتقدر بالتراضي ولو بكف من بر].

والفارق بين نكاح المتعة والدائم حيث اعتبر ذكر المهر في الاول دون الثاني النص^(١)، ووجه بعده بان الغرض الاصلي من نكاح المتعة هو الاستمتاع واعفاف النفس فاشتد شبهه بعقود المعاوضات، بخلاف عقد الدوام، فان الغرض الاصلي منه بقاء النسل، وغيره من الاغراض المترتبة عليه التي لا تقصد من المتعة فكان شبهه بالمعاوضات اقل، فمن ثم جاز تجريد العقد عنه، ولم يكن ذكره شرطاً.

قوله: (ويكفي فيه المشاهدة الخ) هنا مسألتان (الاول) انه يشترط في صحة العقد، العلم بالمهر، ويكفي فيه المشاهدة مطلقاً حتى في المكيل والموزون ولا حاجة إلى اعتبارها بالكيل او الوزن، فلو عقدا على الصبرة^(٢) من طعام مشاهد صح لاندفاع معظم الغرر بالمشاهدة، واصالة عدم اعتبار ما زاد على ذلك.

هذا إذا كان المهر حاضراً.

ولو كان غائباً اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة فيما قطع به الاصحاب وللنظر فيه مجال.

(الثانية) انه لا تقدير للمهر قلة وكثرة الا بما وقع عليه التراضي فيجوز العقد على كل ما يعد مالا في العادة كما يصح جعله عوضاً في البيع والاجارة.

ويدل عليه ما رواه الكليني، عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: كم المهر يعني

في المتعة؟ قال: ما تراضيا عليه إلى ما شاء من الاجل^(٣).

وعن أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ادنى مهر المتعة

(١) راجع الوسائل باب ١٢ و ٥٩ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢٤ ٧٨.

(٢) الصبرة واحدة صبر، الطعام يقال: اشترت الشيء صبرة أي بلا وزن وكيل، كذا في هامش بعض النسخ.

(٣) الوسائل باب ٢١ حديث ٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧١.

*

[ولو لم يدخل ووهبها المدة فلها النصف ويرجع بالنصف (عليها خ) لو كان دفع المهر].
ماهو؟ قال: كف من طعام دقيق، او سويق او تمر^(١).
وما رواه ابن بابويه في الحسن عن محمد بن النعمان الاحول انه سأل أبا عبدالله عليه السلام فقال:
أدنى ما يتزوج به الرجل متعة؟ قال: كفين (كفان خ ل) من بر^(٢).
وقال ابن بابويه أدنى ما يجزي في المتعة درهم فما فوقه.
وربما كان مستنده رواية أبي بصير، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن متعة النساء؟ قال: حلال
وانه (انما خ ل) يجزي الدرهم فما فوقه^(٣).
وهي مع ضعف سندها معارضة بما دل على الاجتزاء بكف من طعام.
ويمكن حملها على ان الأدنى في العادة ذلك وان كان الأدنى منه جائزا شرعا.
قوله: (ولو لم يدخل ووهبها المدة الخ) مذهب الاصحاب انه يصح للمتمتع أن يهب الزوجة
جميع المدة وبعضها، قبل الدخول وبعده.
ويدل عليه روايات كثيرة: (منها) ما رواه ابن بابويه في الصحيح، عن علي بن رثاب قال:
كتبت اليه اسأله: عن رجل تمتع بامرأة ثم وهب لها أيامها قبل ان يفضي اليها او وهب لها أيامها
بعد ما افضى اليها، هل له ان يرجع فيما وهب لها من ذلك؟ فوقع عليه السلام: لا يرجع^(٤).
وعن يونس بن عبدالرحمان، قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل

(١) الوسائل باب ٢١ حديث ٥ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧١.

(٢) الوسائل باب ٢١ حديث ٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧١.

(٣) الوسائل باب ٢١ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٠.

(٤) الوسائل باب ٢٩ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٣.

تزوج امرأة متعة فعلم (وثب ثل كا) بما أهلها فزوجها من رجل في العلانية وهي امرأة صدق، قال: لا تمكن زوجها من نفسها حتى تنقضي عدتها وشرطها، قلت: ان كان شرطها سنة ولا يصبر لها زوجها؟ قال: فليتنق الله زوجها وليتصدق عليها بما يقوله الحديث^(١).

وقد روى الكليني نحو ذلك عن اسحاق بن عمار، عن أبي الحسن موسى عليه السلام^(٢). وروى أيضا، عن ابان بن تغلب، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك، الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر، ثم انما تقع في قلبه، فيحب أن يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيدا في أجراها، ويزداد في الايام قبل ان تنقضي أيامه التي شرط عليها؟ فقال: لا يجوز شرطان في شرط، قلت: كيف يصنع قال: يتصدق عليها بما بقي من الايام ثم يستأنف شرطا جديدا^(٣).

وهذه الروايات مع استفاضتها^(٤)، واعتبار أسانيدها وسلامتها من المعارض مؤيدة بعلم الاصحاب بمضمونها، بل باجماعهم المنقول على ذلك فيتعين العمل بها. وبذلك يندفع ما ذكره الشارح رحمته الله من أنه قد يشك في جواز هذه الهبة من حيث تجدد الحق شيئا فشيئا، والثابت في الذمة حال البراءة ليس هو الحق المتجدد.

(١) الوسائل باب ٤١ نحو حديث ١ بالسند الثاني من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٩٤ وللحديث ذيل فراجع.

(٢) الوسائل باب ٤١ نحو حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٩٣.

(٣) الوسائل باب ٢٤ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٨.

(٤) فانه قد رواها الكليني بسندين عن أبان بن تغلب فلاحظ باب ١٨ من ابواب المتعة من الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ باب ١٨ الحديث ١.

فان ذلك اجتهاد، في مقابلة النص، غير مسموع.

ثم ان كانت الهبة بعد الدخول صح، ولا يسقط من المهر شيء لاقتضاء العقد وجود الجميع، وسقوط شيء منه بذلك يتوقف على الدليل ولم يثبت.

وان كان قبل الدخول وجب لها نصف المهر وسقط النصف الآخر كما لو طلق الزوجة الدائمة قبل الدخول فيما قطع به الاصحاب، وادعى عليه المحقق الشيخ علي، الاجماع.

واستدل عليه الشيخ في التهذيب بما رواه، عن سماعة بطريقين احدهما ضعيف^(١) والآخر موثق^(٢) قال: سألته عن رجل تزوج جارية او تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها، يجوز ان يدخل بها قبل ان يعطيها شيئاً؟ قال: نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه، وإن خلاها قبل ان يدخل به ردت المرأة على الرجل نصف الصداق^(٣).

وجه الدلالة انه لولا تنصف (تنصيف خ ل) المهر بذلك لوجب أن ترد الجميع أولاً ترد اليه شيئاً كما هو واضح. لكن الرواية قاصرة من حيث السند، ولعل الاجماع المنقول على هذا الحكم وعدم الظفر فيه بمخالف، جابر لو هنها. هذا إذا تعلق الهبة بجميع المدة الباقية وقت الهبة. اما لو وهبها البعض خاصة ان قلنا بجوازه وانقضت المدة ولم يدخل،

(١) والسند كما في باب تفصيل أحكام النكاح من التهذيب هكذا: مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ ابْنِ سَنَانَ (في الوسائل مُحَمَّدُ بْنُ سَنَانَ) عَنْ زُرْعَةَ، عَنْ سَمَاعَةَ.

(٢) والسند كما في زيادات التهذيب من كتاب النكاح ١١٦ هكذا: الحسين بن سعيد، عن الحسن عن زرعة، عن سماعة.

(٣) الوسائل باب ٣٠ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٣.

[وإذا دخل استقر المهر، ولو اخلت بشئ من المدة قاصها].
فالأظهر أنه لا يسقط من المهرشئ اقتصارا فيما خالف الأصل على مورد النص والوفاق.
ويحتمل السقوط لصدق التفرق قبل الدخول، وهو ضعيف.
والظاهر ان هذه الهبة في معنى الابرء فلا يتوقف على القبول.
قوله: (وإذا دخل استقر المهر ولو أخلت بشئ من المدة قاصها) انما يستقر المهر بالدخول بشرط الوفاء بالمدة كما ذكره في الشرائع، وهو مستفاد من قوله: (ولو اخلت بشئ من المدة قاصها) والمراد انما إذا اخلت بشئ من المدة وضع عنه من المهر بنسبة ما اخلت به من المدة إلى مجموعها، فان كان نصفها فنصف المهر، او ربعها فربعه، وهكذا فان كان الزوج قد وضع اليها المهر أجمع استعاد منها ذلك، وإن لم يكن قد دفعه اليها اسقط ذلك منه.
واطلق عليه المصنف لفظ المقاصة، لان المرأة لما منعت الزوج حقه، كان له أن ياخذ في مقابلة حقه ما قابله من العوض الذي استحقه بالعقد وذلك معنى المقاصة.
فما ذكره المحقق الشيخ علي، من ان ذلك لا يعتد مقاصة، غير واضح، وهذا الحكم مقطوع به في كلام الاصحاب، وظاهرهم انه موضع وفاق.
ويدل عليه روايات: (منها) ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن صفوان بن يحيى عن عمر بن حنظلة، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: أتزوج المرأة شهرا بشئ مسمى، فتأتي ببعض الشهر ولا تفني ببعض، قال: تحبس عنها من صداقها بقدر ما احتبست عنك الا ايام حيضها فانها لها^(١).
وما رواه الكليني في الصحيح عن عمر بن ابان عن عمر بن حنظلة،

(١) الوسائل باب ٢٧ حديث ٤ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٢.

[ولو بان فساد العقد فلا مهر ان لم يدخل. ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع ما بقي].

قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: اتزوج المرأة شهرا فتريد مني المهر كملا وأتخوف ان تخلفني، فقال: يجوز ان تحبس ما قدرت عليه، فان هي اخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك^(١).

وفي الموثق، عن إسحاق بن عمار، قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة متعة فتشترط له ان تأتيه كل يوم حتى توفيته شرطه، او تشترط اياما معلومة تأتيه فيها فتعذر به فلا تأتيه على ما شرطه عليها، فهل يصلح له ان يحاسبها على ما لم تأت منه من الايام فيحبس عنها من مهرها بحساب ذلك؟ قال: نعم ينظر ما قطعت من الشرط فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له به ما خلا أيام الطمث فانها لها ولا يكون عليها الا ما حل لزوجها^(٢) (ما احل له فرجها ثل كا) ويستفاد من روايتي عمر بن حنظلة وإسحاق بن عمار استثناء ايام الطمث.

وفي استثناء غيرها من ايام الاعذار كأيام المرض والحبس وجهان من المشاركة في المعنى، وكون ذلك على خلاف الاصل فيقتصر فيه على مورد النص، اما الموت فلا يسقط بسببه شيء.

قوله: (ولو بان فساد العقد فلا مهر الخ) إذا تبين فساد عقد المتعة، فان كان قبل الدخول فلا شيء لها، فان كان قد دفع اليها المهر او بعضه استعاده منها، وهذا موضع وفاق.

وان كان بعد الدخول فقد اختلف الاصحاب في حكمه على أقوال.

(احدها) أن لها ما أخذت ولا يلزمه ان يعطيها ما بقي، اختاره المفيد في المقنعة

(١) الوسائل باب ٢٧ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨١.

(٢) الوسائل باب ٢٧ حديث ٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨١.

[والوجه انها تستوفي مع جهالتها، ويستعاد منها مع علمها].

والشيخ في النهاية ولم يفرق بين ان تكون عالمة أو جاهلة.

واستدل عليه في التهذيب بما رواه في الحسن عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا بقي عليه شيء من المهر وعلم ان لها زوجا، فما أخذته فلها بما استحلت من فرجها ويحبس عنها (عليها ثل) ما بقي عنده^(١).

واطلاق الرواية يقتضي عدم الفرق بين ان تكون المرأة عالمة أو جاهلة بان تعتقد خلوها من الزوج بطلاق أو موت ثم يظهر خلافه، ولا بين ان يكون المدفوع اليها قليلا أو كثيرا، بقدر ما مضى من المدة أو أقل وأكثر.

ويشكل بانها إذا كانت عالمة تكون بغيا، ولا مهر لبغي^(٢).

وفي رواية علي بن أحمد بن اشيم، قال: كتب إليه الريان بن شبيب يعني ابا الحسن عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة متعة بمهر إلى أجل معلوم واعطاها بعض مهرها وأخرته بالباقي ثم دخل بها وعلم بعد دخوله بها قبل ان يوفيهها باقي مهرها أنها (انما كا) زوجته نفسها ولها زوج مقيم معها أيجوز له حبس باقي مهرها ام لا يجوز؟ فكتب: لا يعطيها شيئا لانها عصت الله عز وجل^(٣).

والاجود حمل الرواية الاولى على حالة الجهل ويرجع في غير مورد الرواية إلى القواعد المقررة، ومقتضاها عدم إستحقاق شيء مع العلم واستحقاق مهر المثل مع الجهل، ولو أطرحت الرواية لعدم وصولها إلى حد الصحة لتعين المصير إلى ذلك مطلق.

(وثانيها) انها ان كانت عالمة فلا شيء لها، وان كانت جاهلة فلها مجموع المسمى اختاره المصنف وجماعة.

(١) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٢.

(٢) راجع الجواهر ج ٤١ ص ٢٦٧ مع ذيله، والخلاف م ٣٦ روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهي عن مهر البغي.

(٣) الوسائل باب ٢٨ حديث ٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٢.

[ولو قيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسناً].

ويشكل بان المسمى انما يلزم بالعقد الصحيح لا بالفاسد، ومجرد التراضي بذلك لا يقتضي لزومه.

(وثالثها) أنه لا شئ لها مع العلم ولها مهر المثل مع الجهل، وهو جيد بتقدير إطراح الرواية. وهل المراد بمهر المثل مهر المثل لتلك المدة أو مهر المثل لنكاح الدائم؟ قولان اظهرهما الاول، وقيل بالثاني لان ذلك قيمة البضع عند وطء الشبهة، وسيجئ الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى. (ورابعها) انه لا شئ لها مع العلم، ومع الجهل يلزمه اقل الامرين من المسمى ومهر المثل، لان مهر المثل ان كان اقل فهو عوض البضع حيث تبين بطلان العقد وان كان المسمى هو الاقل فقد قدمت على ان تستحق غيره.

ويشكل بان المسمى انما رضيت به على وجه مخصوص وهو كونها زوجة فلا يلزم الرضا به على تقدير فساد العقد.

قال جدي رحمته الله في المسالك: ولا بأس بهذا القول لو قال به احد ممن يعتد به من الفقهاء بحيث لا يخرق الاجماع ان اعتبر في الاقوال الحادثة مثل هذا كما هو المشهور.

واقول: إن إحداث القول في المسألة انما يمنع منه إذا كان قد انعقد الاجماع البسيط او المركب على خلافه لاقتضائه الخروج عن قول الامام عليه السلام لدخول قوله في اقوال المجمعين كما هو المقرر، وهذا انما يتحقق اذا نقل الاجماع في المسألة.

اما اذا وجد منا فيها قول او أقوال ولم ينقل عليها الاجماع، ولا ظهر المخالف، فان ذلك لا يكون اجماعا ولا يقتضي المنع من إحداث قول مخالف له وان لم يعلم وجود قائل به.

هذا كله بعد تسليم كون الاجماع المنقول في كتب الاصحاب، هو الاجماع

[الرابع) الاجل وهو شرط في العقد يتقدر بتراضيهما كالיום والسنة والشهر ولا بد من تعيينه]

الذي علم فيه دخول قول المعصوم عليه السلام في اقوال المجمعين. ومن تتبع كلام الاصحاب وما وقع لهم في نقل الاجماع من الاختلاف والاضطراب خصوصا ما وقع في كلام الشيخ والمرتضى من دعوى كل منهما للاجماع على نقيض ما ادعاه عليه الآخر في عدة مسائل، ودعوى الشيخ الاجماع في مسائل كثيرة وافتائه بخلاف ذلك في موضع آخر، ظهر له انهم لا يريدون بالاجماع ذلك المعنى، وانما يريدون به المشهور بين الطائفة او غير ذلك مما لم تثبت حجيته، والله أعلم.

قوله: (الرابع، الاجل وهو شرط في العقد) اجمع الاصحاب على أن ذكر الاجل شرط في صحة نكاح المتعة، وقد تقدم من الاخبار ما يدل عليه^(١). ولا يتقدر في القلة والكثرة بقدر، بل بما تراضيا عليه وان بلغ في جانب الكثرة إلى حد يقضي العادة بعدم بلوغها اليه وفي جانب القلة إلى حد لا يمكن الجماع فيه، لان غاية العقد لا تنحصر في ذلك.

ونقل عن ابن حمزة انه قدر الاقل بما بين طلوع الشمس ونصف النهار. ولعله اراد التمثيل لا الحصر.

ولا بد ان يكون محروسا من الزيادة والنقصان كغيره من الاجل (الاجال خ) ويدل عليه ما رواه الكليني في الصحيح عن محمد بن اسماعيل، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأة متعة سنة أو اقل وأكثر؟ قال: إذا كان شيء معلوم (شيئا معلوما ثل) إلى اجل معلوم، قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: نعم^(٢).

(١) راجع الوسائل باب ١٨ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٦.

(٢) الوسائل باب ٢٥ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٨.

[ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر].

ويجوز جعل المدة بعض يوم إذا كان مضبوطا إما بغاية معروفة كالزوال او بمقدار معين كنصف يوم.

ثم ان اتفق معرفتهما بذلك عملا بما يعملانه، والا رجعا فيه إلى اهل الخبرة به. وهل يعتبر في المدة، الاتصال ام يجوز جعلهما منفصلة عن العقد؟ قولان اظهرهما الاول، لان الوظائف الشرعية انما تثبت بالتوقيف ولم ينقل تجويز ذلك، وانما المنقول ما تضمن اتصال المدة بالعقد فيجب القول بنفي ما عداه إلى ان يثبت دليل الجواز.

وقيل بالثاني لوجود المقتضى، وهو العقد المشتمل على الاجل المضبوط، وهو ضعيف. ثم ان قلنا بالصحة فهل يجوز العقد عليها في المدة المتخللة بين العقد ومبدء المدة المشروطة؟ قيل: لا، لانه يصدق عليها انها زوجة وذات بعل، لانعقاد النكاح من حين العقد وان امتنع (انتفى خ ل) الاستمتاع حينئذ لتأخر المدة المشروطة، ومتى صدق عليها ذلك امتنع العقد عليها لاندراجها في اطلاقات النصوص المانعة من العقد على ذات البعل.

ويحتمل الجواز إذا وقت المدة المتخللة بين العقد والاجل، بالاجل المعقود عليه ثانيا والعدة، لانها بالنسبة إلى تلك المدة خلية، اذ لا حق له عليها في ذلك الوقت، وعلى ما اخترناه من اعتبار الاتصال يسقط هذا التفريع.

قوله: (ولا يصح ذكر المرة والمرات الخ) ما اختاره المصنف من عدم جواز التأجيل بذكر المرة والمرات مجردة عن الزمان المقدر، مذهب الاكثر، وهو الاظهر لقوله عائلا^(١): (إلى اجل معلوم) والاجل الواقع على هذا الوجه غير

(١) يعني في الصحيح عن محمد بن اسماعيل المتقدم انفا.

[وفيه رواية بالجواز، فيها ضعف].

معلوم، اذ يمكن وقوع المرة والمرات في الزمن الطويل والقصير.

وقال الشيخ في النهاية والتهذيب: يصح العقد الواقع على هذا الوجه وينقلب دائما واستدل عليه في التهذيب بما رواه، عن هشام بن سالم الجواليقي، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: أتزوج المرأة متعة مرة مبهمة؟ قال: فقال: ذلك أشد عليك، ترثها وترثك ولا يجوز لك ان تطلقها الا على طهر وشاهدين، قلت: اصلحك الله فكيف اتزوجها؟ فقال: اياما معدودة بشئ مسمى مقدار ما تراضيتم به الحديث^(١) وهذه الرواية ضعيفة السند^(٢)، باشماله على موسى بن سعدان، وعبدالله بن القاسم وهما ضعيفان.

ويمكن حملها على ان المراد بالمرة المبهمة، العقد عليها من غير ذكر الاجل فانه يكون عقد دوام بحسب الظاهر.

والرواية التي اشار اليها المصنف رواها الشيخ بسند^(٣) مشتمل على عدة من الفطحية عن زرارة، قال: قلت له: هل يجوز ان يتمتع الرجل من المرأة ساعة او ساعتين؟ فقال: الساعة والساعتان لا توقف على حدهما، ولكن العرد والعردين^(٤) واليوم واليومين، واللييلة، واشباه ذلك^(٥).

(١) الوسائل باب ٢٠ حديث ٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٠.

(٢) والسند كما في التهذيب هكذا: محمد بن احمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن موسى بن سعدان، عن عبدالله بن القاسم عن هشام بن سالم الجواليقي.

(٣) السند كما في الكافي هكذا: محمد بن يحيى، عن احمد، عن ابن فضال، عن ابن بكير، عن زرارة، فان احمد وابن فضال وابن بكير فطحيون.

(٤) في الحديث: الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد؟ قال: لا بأس. المراد بالعرد المرة الواحدة من الواقعة (بجمع البحرين).

(٥) الوسائل باب ٢٥ حديث ٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٩.

وأما الاحكام فمسائل

(الاولى) الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد.

وفي معنى هذه الرواية ما رواه الشيخ بسند^(١) مشتمل على عدة من الضعفاء عن القاسم بن مُجَدٍّ، عن رجل سماه، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد، قال: لا بأس ولكن إذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر^(٢). وضعف هاتين الروایتين يمنع من التمسك بها. نعم لو ذكرت المرة والمرات مع تعيين الاجل صح، لعموم (المؤمنون عند شروطهم)^(٣) فلا يجوز له الزيادة عن العدد المشروط بغير اذنها، ولا يتعين عليه فعل المشروط، اذ الوطء غير واجب، ولا يخرج عن الزوجية الا بانقضاء المدة فيجوز له الاستمتاع منها بعد فعل المشروط بغير الوطء، لانها زوجة.

وهل يجوز له الوطء باذنها؟ قيل: نعم، لان ذلك حقها، فاذا اذنت جاز، لانها زوجة، وقيل: لا، لان العقد لم يتضمن سوى ذلك العدد وله يتشخص الا بذلك، ولعل الاول أقرب.

وأما الاحكام فمسائل

قوله: (الاولى الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل الخ) اما بطلان العقد إذا ذكر الاجل وأخل بذكر المهر، فقال العلامة في المختلف والشهيد

(١) والسند كما في الكافي هكذا: عدة من اصحابنا، عن سهل، عن ابن فضال، عن القاسم بن مُجَدٍّ، عن رجل سماه.

(٢) الوسائل باب ٢٥ حديث ٤ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٩.

(٣) الوسائل باب ٢٠ حديث ٤ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٠.

*

[وذكر المهر من دون الاجل يقلبه دائما].

في الشرح: انه موضع وفاق، وقد تقدم من الاخبار ما يدل عليه^(١).

وأما اذا قصدا المتعة وذكر المهر وأخلا بذكر الاجل ففيه أقوال.

(أحدها) انه ذهب الأكثر أنه ينقلب دائما، لان لفظ الايجاب صالح لكل منهما، وانما يتمحض للمتعة بذكر الاجل، وللدوام بعده، وبما رواه الكليني، عن عبدالله بن بكير، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: ان سمي الاجل فهو متعة، وان لم يسم الاجل فهو نكاح بات^(٢).

وعن ابان بن تغلب، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قلت له: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ (إلى ان قال): قلت: فاني استحي ان أذكر شرط الايام، قال: هو اضر عليك، قلت: وكيف؟ قال: انك ان لم تشتترط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة والعدة وكانت وارثه (وارثا خ) ولم تقدر على ان تطلقها الاطلاق السنة^(٣).

ويشكل بان المقصود انما هو المتعة، وقد أخل بشرطه وهو الاجل وفوات الشرط يستلزم فوات المشروط، وصلاحيّة العبارة للعقد الدائم، غير كاف في انعقاده مع مخالفة القصد له فان المعتمد توافقهما على امر واحد.

واما الروايتان فمع قصورهما من حيث السند^(٤) لا دلالة لهما على انهما إذا

(١) راجع الوسائل باب ١٧ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٥.

(٢) الوسائل باب ٢٠ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٩.

(٣) اورد قطعة منها في باب ١٨ حديث ١ وقطعة منها في باب ٢٠ حديث ٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٦ و ص ٤٧٠.

(٤) فان السند الاول كما في الكافي هكذا: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عبدالله بن بكر والثانية: علي بن إبراهيم عن أبيه عن عمرو بن عثمان، عن ابراهيم بن الفضل، عن ابان بن تغلب علي بن محمد، عن سهل بن زياد عن اسماعيل بن مهران ومحمد بن اسلم عن ابراهيم بن الفضل عن ابان بن تغلب.

قصد المتعة ولم يذكر الاجل ينعقد دائماً، وانما المستفاد منهما أن الدوام لا يذكر فيه الاجل، وهو كذلك. ويمكن أن يكون المراد انه إذا ذكر العقد معرى عن قيد الاجل ينعقد دائماً بحسب الظاهر ولا يقبل قول الزوج في ارادة المتعة.

(وثانيها) أن ذلك مبطل للعقد، فلا ينعقد متعة ولا دواماً، اختاره العلامة (ووالده خ) وولده وجمع من الاصحاب، وهو الاظهر.

وأما انه لا ينعقد متعة فلفوات شرطه الذي هو ذكر الاجل وهو موضع وفاق.

واما انه لا ينعقد دائماً فلان الدوام غير مقصود، بل المقصود خلافه، والعقود تابعة للمقصود. وأورد عليه منع تبعية العقد للمقصد، والسند اجماعنا على أن عقد النكاح إذا تضمن شروطاً فاسدة، صحيح مع بطلان الشروط المقصودة.

ومنع كون الدائم غير مقصود، فان قصد المنقطع يستلزم قصده لمطلق النكاح الصالح للدائم. والجواب عن الاول ان كون العقود تابعة للمقصود مسلم عند الجميع، فكأنه من قبيل المجمع عليه.

على ان الحكم بصحة العقد إذا لم يكن مقصوداً أو كان المقصود خلاف ما تضمنه اللفظ، يحتاج إلى الدليل، وهو منتف، بل الدليل قائم على خلافه.

وما ذكر من صحة العقد المشتمل على الشرط الفاسد في محل النظر ان لم يقيم على الصحة دليل ينهض حجة على اثبات الحكم، ومع قيام الدليل عليه لا يلحق به غيره، لانه قياس. وعن الثاني ان قصد المنقطع لا يستلزم قصد مطلق النكاح قطعاً، إذ الموجود

في ضمن المقيّد حصّة من المطلق مقومة له، لاتمام الماهية.

ثم ان اللازم مما ذكره، أن من وكل غيره في شراء عبد ابيض مثلاً يجوز للوكيل شراء غيره كالاسود، لان الاذن في شراء العبد الابيض يقتضي الاذن في شراء مطلق العبد، وهو معلوم البطلان.

(وثالثها) وهو اختيار ابن ادريس انه ان كان الايجاب بلفظ التزوج (التزويج خ ل) او النكاح انقلب دائماً، وان كان بلفظ التمتع بطل العقد لان اللفظين الاولين صالحان لهما، بخلاف الثالث فانه يختص بالمتعة فاذا فات شرطها بطل.

وفيه ان عقد المتعة كما بطل لفوات شرطه وهو الاجل، فكذلك الدوام يبطل لفوات شرطه، وهو القصد اليه وان وجد اللفظ الصالح له.

(ورابعها) ان الاخلال بالاجل ان وقع على وجه الجهل او النسيان بطل، وان وقع عمداً انقلب دائماً.

وضعه معلوم بما سبق فانه مع التعمد وقصد المتعة يكون قد أحل بركن من أركان عقدها عمداً ولم يقصد غيرها.

والاصح البطلان مع قصد التمتع مطلقاً.

فرع لو اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع العقد فادعى احدهما انه متعة وادعى الآخر الدوام، فان قلنا: إن اهما بالاجل مطلقاً يقتضي الدوام كان القول قول مدعي الدوام، لان الآخر يدعي زيادة والقول قول منكرها، وان قلنا إن الاهمال يقتضي الابطال مالم يقصد الدوام كما اخترناه، فالوجه أنهما يتحالفان وينفسخ النكاح لان كلا منهما مدع والقول قول المنكر مع يمينه.

[الثانية) لا حكم للشروط قبل العقد، ويلزم لو ذكرت فيه].

ولو اشتبه الحال بموت (لموت خ) ونحوه لم يحكم بالتوارث ونحوه الا مع ثبوت الدوام.

قوله: (الثانية لا حكم للشروط قبل العقد وتلزم لو ذكرت فيه) اتفق علمائنا على ان كل شرط من الشروط السائغة وهي التي لا تخالف الكتاب والسنة يجوز اشتراطه في عقد النكاح لقوله عليه السلام في صحيحة ابن سنان وغيرها: المؤمنون عند شروطهم^(١)، وقد قطع الاصحاب بان الشرط انما يعتد به ويلزم الوفاء به إذا وقع بين الايجاب والقبول ليكون من جملة العقد اللازم، فلو تقدم على العقد أو تاخر عنه لم يقع معتدا به، لانه والحال هذه لا يكون محسوبا من جملة العقد.

ويشكل بأن ما دل على لزوم الوفاء بالشرط يتناول الشرط المذكور في العقد وقبله وبعده، اللهم الا ان يمنع صدق اسم الشرط على غير المذكور في العقد.

وفي رواية عبدالله بن بكير، عن الصادق عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز^(٢).

ومقتضى الرواية عدم اعتبار ما وقع قبل النكاح من الشروط لكنها ضعيفة السند.

والظاهر ان المراد بقوله فيها: (وما كان بعد النكاح فهو جائز) ما وقع بعد الايجاب سماه نكاحا مجازا^(٣).

(١) لم نعثر على صحيحة عبدالله بن سنان المشتملة على قوله: (المؤمنون) وانما فيها: المسلمون الخ لاحظ الوسائل باب ٦ حديث ١ و ٢ من ابواب الخيار ج ١٢ ص ٣٥٣ نعم في خبر منصور بروج عن عبد صالح عليه السلام المؤمنون لاحظ الوسائل باب ٢٠ حديث ٤ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٠.

(٢) الوسائل باب ١٩ حديث ٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٨.

(٣) يعني تسميته بعد الايجاب وقيل القبول نكاح مجاز، فان حقيقة النكاح هو ما أن تحقق الايجاب والقبول معا.

[الثالثة) يجوز اشتراط اتيانها ليلا أو نهارا وأن لا يطأها في الفرج].

والظاهر أن ذلك مراد الشيخ في النهاية حيث اعتبر فيها وقوع الشرط بعد العقد، فلا يتحقق الخلاف في المسألة.

ولو اتفق المتعاقدان على شئ من الشروط قبل العقد ثم عقدا ولم يذكرهما لاعتقادهما ان ذكره سابقا كاف عن اعادته في العقد فالمتجه بطلان العقد ان لم نقل بلزوم الشرط المتقدم لعدم القصد إلى العقد الخالي من الشرط.

ولو كان ترك الشرط المتفق عليه قبل العقد في نفس العقد، وقع على وجه النسيان، فاشكال، اقره الصحة لتعلق القصد في حال العقد إلى ايقاع العقد الخالي من الشرط وان كان المطلوب لهما او لا خلاف ذلك.

قوله: (الثالثة يجوز اشتراط اتيانها ليلا الخ) لا خلاف في جواز اشتراط ذلك في عقد المتعة، لانه شرط لم يرد فيه نهي من الشارع فيتناوله قوله عنه: (المؤمنون عند شروطهم)^(١).

وما يقال من ان مقتضى العقد اباحة الاستمتاع في كل وقت فتخصيصه ببعض الاوقات ينافيه، يندفع بان ذلك انما يقتضيه العقد المطلق أي المجرد عن الشرط لا مطلق العقد، على ان ذلك لو تم لاقتضى عدم جواز اشتراط انتفاع البائع بالمبيع مدة معينة واسقاط الخيار وما شاكل ذلك مما اجمع الاصحاب على صحة اشتراطه.

ويدل على جواز اشتراط ذلك على الخصوص ما رواه الشيخ في الحسن عن عمار بن مروان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: رجل جاء إلى امرأة فسألها ان تزوجه نفسها (متعة)^(٢)، فقالت: ازوجك نفسي على أن تلتمس

(١) تقدم آنفا موضع ذكره.

(٢) هكذا في النسخ كلها ولكن ليس في الكافي والتهذيب والوسائل لفظة متعة.

[ولو رضيت به بعد العقد جاز. والعزل من دون إذنها].

مني ما شئت من نظر والتماس وتنال مني ما ينال الرجل من اهله الا أنك لا تدخل فرجك في فرجي وتتلذذ بما شئت، فاني أخاف الفضيحة، قال: (لا بأس يب) ليس له الا ما اشترط^(١).

نحوه روى سماعة بن مهران عن الصادق عليه السلام^(٢).

وقد قطع المصنف بانها لو رضيت بعد العقد بفعل ما اشترطت خلافه، جاز للزوج فعله. ووجهه بان وجوب القيام بالشرط انما كان لحق الزوجة، فاذا اسقطته جاز الاستمتاع بها مطلقا لانها زوجة.

ويؤيده ما رواه الشيخ، عن اسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق على ان لا يفتضها ثم أذنت له بعد ذلك؟ قال: إذا اذنت له فلا بأس^(٣).

ويظهر من العلامة في المختلف عدم جواز مخالفة الشرط وان رضيت بذلك. وربما كان وجهه أن العقد لم يتضمن سوا ذلك المشروط فلا يكون خلافه مندرجا في العدة والمسألة محل اشكال وان كان الجواز لا يخلو من رجحان.

قوله: (والعزل من دون إذنها الخ) اما جواز العزل عن المرأة المستمتع بها وان لم تأذن في ذلك فهو موضع وفاق، بل قد تقدم أن الاصح جواز العزل عن الزوجة الدائمة ايضا على كراهة.

(١) الوسائل باب ٣٦ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٩١.

(٢) لم نعثر إلى الآن عليه فتتبع.

(٣) الوسائل باب ١١ حديث ٣ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٥٨.

[ويلحق به الولد وان عزل، لكن لو نفاه لم يحتج إلى اللعان.

(الرابعة) لا يقع بالمتعة طلاق اجماعاً].

واما ان الولد يلحق به وان عزل، فلا ريب فيه ايضاً، ولا يختص هذا الحكم بالمتعة بل يتعلق بكل وطء صحيح فليس للوطئ كذلك نفي الولد بمجرد العزل ولا التهمة، بل مع العلم بانتفائه عنه.

لكن لو نفى الولد هنا انتفى ظاهراً ولم يتوقف على اللعان بخلاف الدوام (الدائم خ). وذكر جدي عليه السلام في المسالك ان هذا الحكم موضع وفاق، ويدل عليه صحيحة ابن سنان المتضمنة^(١) لان المستمتع (المتمتع خ) بها لا يقع بها لعان، إذ مقتضى سقوط اللعان مطلقاً انتفاء الولد بغير لعان، والا لا نسد باب نفيه، ولزم كونه اقوى من ولد الزوجة الدائمة، وهو معلوم البطلان.

قوله: (الرابعة لا يقع بالمتعة طلاق الخ) تضمنت هذه العبارة مسائل (الاولى) ان المتعة لا يقع بها طلاق اجماعاً ويدل عليه صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام حيث قال فيها: قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: نعم^(٢).

وفي حسنة اسماعيل بن الفضل: فاذا انقضى الاجل بانته منه بغير طلاق^(٣). وكما تبين بانقضاء الاجل، كذا تبين بهمة الزوج لها المدة كما تقدم.

(١) تأتي عن قريب ان شاء الله.

(٢) الوسائل باب ٢٥ قطعة من حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٩.

(٣) الوسائل باب ٤٣ قطعة حديث ٢ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٩٥ وورد تمامها في باب ٤ حديث ٨ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٣٤٧ والصحيح كما في الكافي عمر بن اذينة عن اسماعيل بن الفضل كما نبه له من ذيل باب ٣٤ في الوسائل.

[ولا لعان على الاظهر].

(الثانية) انها لا يقع بها لعان، أما لنفي الولد، فظاهر، لانه ينتفي بغير لعان، قال جدي رحمه الله: وهو موضع وفاق.

واما مع القذف، فهو قول الاكثر ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح، عن عبدالله بن أبي يعفور، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع بها (منها خ)^(١). وفي الصحيح، عن ابن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لا يلاعن الحر الامة، ولا الذمية، ولا التي يتمتع بها^(٢).

وناقش جدي رحمه الله في المسالك في صحة هذه الرواية، بان ابن سنان مشترك بين عبدالله وهو ثقة، ومُجَّد وهو ضعيف، والاشتراك يمنع الوصف بالصحة. وهو مدفوع بان ابن سنان الذي يروي عن أبي عبدالله عليه السلام، هو عبدالله الثقة الجليل قطعاً، لان مُجَّد لم يرو عن الصادق عليه السلام اصلاً^(٣)، وانما يروي عن اصحابه، وقد يروي مُجَّد عن عبدالله وذلك معلوم من كتاب الرجال.

وقال المفيد والمرتضى: يقع اللعان بالمتعة، لانها زوجة، فتدخل في عموم: والذين يرمون أزواجهم^(٤).

وجوابه أن ما أورده من الاحاديث يصلح مخصصاً لعموم القرآن، لكن

(١) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من كتاب اللعان ج ١٥ ص ٦٠٥.

(٢) الوسائل باب ١٠ حديث ٢ من كتاب اللعان ج ١٥ ص ٦٠٥.

(٣) في تنقيح المقال للمتبع المحقق الممقاني رحمه الله ج ٣ ص ١٢٩ ما لفظه: ان له (يعني مُجَّد بن سنان) روايتين عن أبي عبدالله عليه السلام، في باب تلقين المختصر، وباب القضاء في الديات والقصاص من التهذيب، واستظهر في جامع الرواة ارسالهما قال: لبعد زمانه عن زمانه عليه السلام (انتهى موضع الحاجة).

(٤) النور / ٦.

[ويقع الظهار على تردد.

(الخامسة) لا يثبت بالمتعة ميراث (بين الزوجين خ).

المرتضى رحمته الله لا يوافق على ذلك، لانه يعتبر خبر الواحد في نفسه، فأولى ان لا يعتبره في تخصيص القرآن.

(الثالثة) انه يقع بها الظهار على تردد عند المصنف رحمته الله، وهو قول الاكثر، لان المستمتع بها زوجة فتندرج في العمومات المتضمنة لحكم ظهار الزوجة.

فقال ابن بابويه، وابن ادريس: لا يقع، لاصالة^(١) بقاء الحل، ولان المظاهر يلزم بالفئة او الطلاق، ولا طلاق في المتعة، والالزام بالفئة وحدها بعيد، واقامة هبة المدة مقام الطلاق ما يحتاج إلى دليل، ولان المستمتع بها لا حق لها في الوطاء فلا يقع منها المرافعة، والمسألة محل تردد، وسيجيء تمام الكلام في ذلك في كتاب الظهار ان شاء الله تعالى.

قوله: (الخامسة لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين في الخ) اختلف الاصحاب في ثبوت التوارث بين الزوجين في نكاح المتعة على اقوال: (احدها) انه تقتضي التوارث كالدائم حتى لو شر سقوطه بطل الشرط كما لو شرط عدمه في الدائم، ذهب اليه القاضي ابن البراج، ومستنده عموم الآية^(٢)، فان المستمتع بها زوجة، والا لم تحل للحصر^(٣) فترث كسائر الزوجات.

وفي ذلك^(٤) اعراض عن الاخبار جملة، ولقد كان هذا القول بالسيد المرتضى انسب وباصوله أليق، ولكنه رحمته الله عدل عنه لما ظنه من الاجماع على خلافه.

(١) في هامش بعض النسخ: فيه عمل ابن بابويه بالاصل (انتهى).

(٢) يريد عموم آية الارث في حق الزوجين.

(٣) يعني الحصر المستفاد من قوله تعالى: والذين لهم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين المؤمنون / ٥ ٦.

(٤) يعني في الاستدلال بعموم الآية.

*

(وثانيها) عكسه، وهو انه لا توارث فيه من الجانبين، سواء شرطا في العقد، التوارث او عدمه، او لم يشترط شيئا منهما، ذهب اليه جماعة منهم ابوالصلاح، والعلامة، واكثر المتأخرين تمسكا بأصالة عدمه.

وبما رواه الشيخ، عن سعيد بن يسار، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث، قال: ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط^(١). وعن عبدالله بن عمرو، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن المتعة فقلت: ماحدها؟ فقال: من حدودها ان لا ترثك ولا ترثها^(٢).

فجعل عليه السلام نفي التوارث من حدود المتعة ومقتضياتها فوجب ان لا يحصل بها توارث مطلقا. ويتوجه على هذا الاستدلال أن الاصل يخرج عنه لدليل (للدليل خ)، وسيجيء ما فيه. والروايتان قاصرتا السند، اما الثانية، فبأن راويها وهو عبدالله بن عمرو غير مذكور في كتب الرجال، وانما الموجود فيها عبدالله بن عمر الخياط (الحناط خ)، وقال النجاشي: انه كوفي ثقة، ولعله هو الراوي فتكون الرواية صحيحة، لان طريقها^(٣) إلى عبدالله بن عمر وصحيح. ويبقى فيها من حيث المتن أن اقصى ما يدل عليه سقوط التوارث مع الاطلاق او اشتراط عدمه، لا مع اشتراط ثبوته، فلا يعارض ما دل على ثبوت

(١) الوسائل باب ٣٢ حديث ٧ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٧.

(٢) الوسائل باب ٣٢ قطعة من حديث ٨ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٧.

(٣) طريقها كما في التهذيب هكذا: محمد بن احمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن جعفر بن بشير، عن حماد بن عثمان، عن جميل بن صالح، عن عبدالله بن عمرو.

[وقال المرتضى: يثبت ما لم يشترط السقوط]. الارث بذلك.

واما الرواية الاولى، فذكر جدي عليه السلام أنها أجود ما في الباب، ولكن في طريقها^(١) البرقي، وهو مشترك بين ثلاثة، محمد بن خالد، وأخوه الحسن، وابنه أحمد والكل ثقات على قول الشيخ، لكن النجاشي ضعف محمدًا.

وأقول: إن البرقي وإن كان مشتركًا، لكن الظاهر أن المراد به هنا محمد بن خالد بقرينة كون الراوي عنه أحمد بن محمد بن عيسى وقد وثقه الشيخ عليه السلام صريحًا وكلام النجاشي لا يقتضي الطعن فيه نفسه فانه قال: انه كان ضعيفا في الحديث، والظاهر ان المراد من ذلك كونه يروي عن الضعفاء فلا يكون ذلك معارضا لتوثيق الشيخ عليه السلام فينتفي الطعن عن الرواية من هذه الجهة.

لكن في طريقها، الحسن بن موسى، وهو مشترك بين الحسن بن موسى الخشاب، وهو ممدوح، والحسن بن موسى بن سالم الخياط، وهو غير موثق ايضا، فلا تكون الرواية داخلية في قسم الصحيح.

واجاب عنها الشيخ في كتابي الاخبار بالحمل على ان المراد اشترط نفى الميراث او لم يشترط، فانها لا ترث لثلاثا ينافي ما دل على ثبوت التوارث مع اشتراط الميراث، ولا بأس بهذا الحمل فانه (لانه خ) طريق الجمع.

(وثالثها) انهما يتوارثان ما لم يشترطا سقوطه، فيكون المقتضى للارث هو العقد بشرط لا شيء، ولو اشترطا ثبوته كان اشتراطا لما يقتضيه العقد عند هذا القائل والى هذا القول ذهب المرتضى عليه السلام وابن أبي عقيل.

اما ثبوت التوارث مع انتفاء شرط السقوط، فلعموم الآية^(٢).

(١) طريقها كما في التهذيب هكذا: محمد بن احمد بن يحيى عن احمد بن محمد، عن البرقي، عن الحسن بن الجهم، عن

الحسن بن موسى، عن سعيد بن يسار.

(٢) يعني عموم آية الارث في الزوجين.

*

[نعم لو شرط الميراث لزم].

واما السقوط مع الشرط فلعوم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم^(١).
واستدل عليه أيضا بما رواه الكليني في الموثق عن محمد بن مسلم، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: في الرجل يتزوج المرأة متعة، انهما يتوارثان إذا لم يشترطا وانما الشرط بعد النكاح^(٢).
وأجاب الشيخ عن هذه الرواية بأن المراد به اشتراط الاجل، أي اذا لم يشترطا الاجل توارثا.
وهو غير بعيد، وقد بينا فيما سبق أن الظاهر أن المراد بقوله عليه السلام: (وانما الشرط بعد النكاح)^(٣) انه لا بد ان يقع بعد الايجاب، واطلق على الايجاب اسم النكاح مجازا.
(ورابعها) أن اصل العقد لا يقتضي التوارث، بل اشتراطه، فاذا شرطت تبعا للشرط، اختاره الشيخ واتباعه الا القاضي، وبه قطع المصنف والشهيدان ويدل عليه ما رواه الشيخ في الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: تزويج المتعة نكاح بميراث، ونكاح بغير ميراث ان اشترطت الميراث كان وان لم تشترط لم يكن^(٤).
وقد روى هذه الرواية، عبدالله بن جعفر الحميري في كتاب قرب الاسناد بطريق صحيح، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن

(١) الوسائل باب ٢٠ قطعة من حديث ٤ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٠.

(٢) الوسائل باب ١٩ حديث ٤ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٩.

(٣) الوسائل باب ١٩ حديث ٤ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٦٩ وباب ٣٢ ذيل حديث ٢ منها ص ٤٨٦.

(٤) الوسائل باب ٣٢ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٥.

*

(السادسة) اذا انقضى أجلها

فالعدة حيضتان على الاشهر ان كانت ممن تحيض ولم تحض فخمسة واربعون يوما

الرضا عليه السلام ^(١).

ويدل على هذا القول أيضا ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: كم المهر يعني في المتعة؟ فقال: ما تراضيا عليه إلى ما شاء من الاجل إلى أن قال: وإن اشترطا الميراث فهما على شرطهما ^(٢).

وهاتان الروايتان صحيحتا السند واضحتا الدلالة وليس لهما معارض يعتد به سوى رواية سعيد بن يسار ^(٣)، وقد بينا أنها لا تصلح للمعارضة لقصورها سنداً وممتناً، وقد ظهر بذلك رجحان هذا القول.

ويتفرع عليهما أنهما لو اشترطا التوارث لاحدهما دون الآخر فمقتضى الروايتين اتباع شرطهما، وقد وقع نظيره في ارث المسلم الكافر دون العكس وإرث الولد المنفي باللعان إذا اعترف به الزوج بعد ذلك، فإن الولد يرثه وهو لا يرث الولد.

قوله: (السادسة) إذا انقضى أجلها فالعدة حيضتان الخ) إذا دخل الزوج بالمرأة المتمتع بها وانقضت مدتها أو وهبها إياها لزمها الاعتداد ان لم تكن يائسة.

وقد اختلف في تقديرها على أقوال: (احدها) أنها حيضتان، فإن كانت في سن من تحيض ولا تحيض فخمسة واربعون يوما، اختاره الشيخ في النهاية وجمع من الاصحاب.

واستدل عليه بصحيح زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: وعدة المطلقة ثلاثة أشهر، والامة المطلقة، عليها نصف ما على الحرة، وكذلك المتعة عليها مثل

(١) الوسائل باب ٣٢ مثل حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٥.

(٢) الوسائل باب ٣٢ حديث ٥ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٦.

(٣) الوسائل باب ٣٢ حديث ٧ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٨٧.

ما على الامة^(١).

تضمنت الرواية أن عدة المتعة عدة الامة، وعدة الامة حيضتان كما يدل عليه صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: عدة الامة حيضتان وقال: إذا لم تكن تحيض فنصف عدة الحرة^(٢).

ويشكل بان ظاهر صحيحة زرارة أن المماثلة بين المتعة والامة في الاعتداد بالاشهر، لا بالحيض فلا دلالة لها على اعتبار الحيضتين.

والاجود الاستدلال على ذلك بحسنة اسماعيل الفضل الهاشمي، عن أبي عبدالله عليه السلام، حيث قال فيها: وإذا انقضى الاجل بانته منه بغير طلاق ويعطيها الشئ اليسير، وعدتها حيضتان، وان كانت لا تحيض فخمسة واربعون يوما^(٣).

وهي نص في المطلوب وسندها لا يقصر عن الصحيح.

(وثانيها) أنها حيضة واحدة اختاره ابن أبي عقيل، ويدل عليه ما رواه الكليني في الحسن عن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: ان كانت تحيض فحيضة وان كانت لا تحيض فشهر ونصف^(٤) كذا في الكافي، وصدرها غير مذكور^(٥)، لكن أوردها في أول باب عدة المتعة.

وما رواه الشيخ في الصحيح عن جميل بن صالح، عن عبدالله بن عمرو،

(١) الوسائل باب ٥٢ قطعة من حديث ٢ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٨٤.

(٢) الوسائل باب ٤٠ حديث ٣ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٦٩.

(٣) الوسائل باب ٤ قطعة من حديث ٨ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٤٧.

(٤) الوسائل باب ٢٢ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٣.

(٥) يعني ان صاحب الكافي لم ينقل صدرها وذلك لمعلومية ان لها صدرا هذا ولكن في أواخر باب عدة النساء من التهذيب نقلا من الكافي هكذا: عن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: عدة المتعة (المتمتعة - خ ل) ان كانت تحيض الخ.

عن أبي عبد الله عليه السلام حيث قال فيها: قلت: فكم عدتها؟ فقال: خمسة وأربعون يوما أو حيضة مستقيمة^(١).

(وثالثها) أنها حيضة ونصف اختاره الصدوق في المقنع.

ومستنده ما رواه في كتابه من لا يحضره الفقيه في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها زوجها هل عليها العدة (عدة خ ل)؟ قال: تعتد أربعة أشهر وعشرا، وإذا انقضت (انقضت خ ل) أيامها وهو حي فحيضة ونصف مثل ما يجب على الامة، قال: قلت: فتحد؟ قال: فقال: نعم^(٢).

(ورابعها) أنها طهران اختاره المفيد، وابن ادریس، والعلامة في المختلف.

واستدل عليه برواية ليث المرادي عن الصادق عليه السلام انه قال: كم تعتد الامة من ماء العبد؟ قال: حيضة^(٣) قال: والاعتبار بالقروء الذي هو الطهر فحيضة واحدة يحصل قراءان، القراء الذي طلقها فيه، والقراء الذي بعد الحيضة، والمتمتع بها كالامة.

وفي الاستدلال نظر فان الحيضة تتحقق بدون الطهرين معا فضلا عن احدهما كما لو أتاها الحيض بعد انتهاء المدة بغير فصل وبانتهاء ايام الحيض تتحقق الحيضة التامة وان لم يتم الطهر، بل بمضي لحظة منه، ومثل هذا لا يسمى طهرا في اعتبار العدة وان اكتفى به إذا كان سابقا على الحيض.

والاجود، الاستدلال على هذا القول بحسنة زرارة، عن أبي جعفر

(١) الوسائل باب ٢٢ حديث ٤ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٣.

(٢) الوسائل باب ٥٢ حديث ١ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٨٤ وتماه: إذا مكثت عنده إماما فعليها العدة وتحد وإذا كانت عنده يوما أو يومين أو ساعة من النهار فقد وجبت العدة كملا ولا تحد.

(٣) الوسائل باب ٢٤ ذيل حديث ٢ من ابواب الطلاق ج ١٥ ص ٣٩١.

*

[ولو مات عنها ففي العدة روايتان اشبهما اربعة اشهر وعشرة أيام].
 عليه السلام، قال: وإن كان حر تحتته أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرءان^(١) مع قوله عليه السلام في صحيحة زرارة: وكذلك المتعة، عليها مثل ما على الأمة. والقرء الطهر، كما سيجيء بيانه في محله. والمسألة محل اشكال لتعارض النصوص فيها ظاهرا.
 والاولى في الجمع بينها حمل، تضمن الزائد على (عن خ ل) الحيضة على الاستحباب، ولا ريب ان اعتبار الحيضتين طريق الاحتياط.
 قوله: (ولو مات عنها ففي العدة روايتان أشبهما أربعة اشهر وعشرة أيام) هذه الرواية رواها ابن بابويه في الصحيح، عن صفوان بن يحيى، عن عبدالرحمان بن الحجاج انه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها زوجها هل عليها العدة (عقدة خ ل)؟ قال: تعتد اربعة أشهر وعشرا^(٢).
 وفي الصحيح، عن عمر بن اذنية، عن زرارة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام: ما عدة المتعة إذا مات الذي يتمتع بها؟ قال: اربعة اشهر وعشرا^(٣). وبمضمون هاتين الروايتين افتى الاكثر.
 وفي مقابلتهما رواية اخرى متضمنة لان عدتها شهران وخمسة أيام رواها الشيخ، عن علي بن الحسن الطاطري وقال الشيخ في الفهرست: إنه كان واقفيا شديد العناد في مذهبه صعب العصبية على من خالفه من الامامية قال: حدثني عبيد الله بن علي بن أبي شعبة الحلبي، عن أبيه عن رجل، عن أبي عبدالله

(١) الوسائل باب ٥٢ ذيل حديث ٢ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٨٤.

(٢) الوسائل باب ٥٢ حديث ١ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٨٤ وللحديث ذيل لاحظته.

(٣) الوسائل باب ٥٢ حديث ٢ من ابواب العدد ج ١٥ وله ايضا ذيل لاحظته.

[السابعة) لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل، ولو اراد وهبها ما بقي من المدة واستأنف]

عائشة، قال: سألته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسة وستون يوما^(١).

وبمضمونها أفق المفيد، والمرضى، وضعفها يمنع عن العمل بها. واجاب الشيخ عنها بالحمل على ما إذا كانت المتمتع بها أمة، وهو جيد. ويدل على الاكتفاء بذلك في الامة، ما رواه الشيخ في الصحيح، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: الامة اذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام^(٢). وقيل: ان عدة الامة من الوفاة كعدة الحرة وله شواهد من الاخبار، وسيجيئ تمام الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى.

قوله: (السابعة لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل الخ) لا ريب في عدم جواز تجديد العقد قبل انقضاء الاجل ان اشترطنا اتصال المدة بالعقد كما هو الظاهر، اما على القول بجواز انفصال المدة فيتجه جواز العقد عليها قبل انقضاء الاجل، لكن المصنف هنا جزم هنا بالمنع مع تصريحه في الشرائع^(٣) بجواز تعيين الشهر المتصل بالعقد والمتأخر عنه.

ويدل على عدم جواز تجديد العقد قبل انقضاء الاجل صريحا، ما رواه الكليني، عن ابان بن تغلب، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: جعلت فداك، الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر، ثم انها تقع في قلبه، فيحب أن يكون

(١) الوسائل باب ٥٢ حديث ٤ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٢٨٥ لكن في التهذيب كما في الوسائل عبيد الله ولكن أيضا في النسخ التي عندنا كما اثبتنا كما في الاستبصار.

(٢) الوسائل باب ٢٢ حديث ٦ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٢٧٣.

(٣) قال في الشرائع: ويجوز ان يعين شهرا متصلا بالعقد ومتأخرا عنه (انتهى).

شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيد لها في أجرها ويزداد في الايام قبل ان تنقضي أيامه التي شرط عليها؟ فقال: لا يجوز شرطان في شرط، قلت: فكيف يصنع؟ قال: يتصدق عليها بما بقي من الايام ثم يستأنف شرطا جديدا^(١).

وفي رواية أبي بصير: لا بأس ان تزيدك وتزيد لها إذا انقطع الاجل فيما بينكما^(٢) وهو يدل بمفهومه على انتفاء الجواز قبل انقطاع الاجل.

(١) الوسائل باب ٢٤ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤ ص ٤٧٨.

(٢) الوسائل باب ٢٦ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٢٥.

*

القسم الثالث: في نكاح الاماء والنظر إما في العقد وإما في الملك

اما العقد فليس للعبد ولا للامة ان يعقدا لانفسهما نكاحا ما لم يأذن المولى ولو بادر احدهما ففي وقوفه على الاجازة قولان، ووقوفه على الاجازة اشبه].

القسم الثالث في نكاح الاماء

قوله: (اما العقد فليس للعبد ولا للامة ان يعقدا لانفسهما الخ) الاصح ما اختاره المصنف رحمته الله من وقوفه على الاجازة، وقد تقدم الكلام في ذلك. ويكفي في الاجازة كل لفظ دل على الرضا. وقال ابن الجنييد: لو كان السيد علم بعقد العبد والامة على نفسه فلم ينكر ذلك، ولا فرق بينهما، جرى ذلك مجرى الرضا به والامضاء، واستقر به في المختلف.

ويدل عليه روايات: (منها) ما رواه الكليني في الصحيح عن معاوية بن وهب، قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: اني كنت مملوكا لقوم واني تزوجت امرأة حرة بغير اذن مولاي ثم اعتقوني بعد ذلك، فاجدد نكاحي اياها حين اعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا (علمين كا) أنك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يعيروا (يعيروا يب ثل) علي، قال: فقال (له يب): سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم أثبت على نكاحك الاول^(١).

وفي الصحيح، عن معاوية بن وهب أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال: في رجل كاتب على نفسه إلى أن قال: قيل: فان سيده علم بنكاحه ولم يقل شيئا، فقال: اذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقر.

وما رواه ابن بابويه في الصحيح، عن ابان بن عثمان ان رجلا يقال له: ابن زياد الطائي، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اني كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني الله بعد ما جدد النكاح؟ فقال: كانوا علموا انك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا وسكتوا ولم يقولوا لي شيئا فقال: ذاك اقرار منهم، انت على مكانك الاول^(٢).

والمراد بابن زياد الطائي، الحسن بن زياد كما وقع التصريح به في التهذيب فانه روى عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن ابان، عن الحسن بن زياد الطائي، ونقل الحديث. والظاهر ان الحسن زياد هذا هو العطار وهو ثقة، فتكون الرواية صحيحة بالطريقين، وقد ظهر بذلك رجحان هذا القول.

(١) الوسائل باب ٢٦ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٢٥ ونماه: قبل: فان المكاتب عتق أفتري يجدد نكاحه ام يمضى على النكاح الاول؟ قال: يمضى على نكاحه.

(٢) الوسائل باب ٢٦ نحو حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٢٦.

[وان اذن المولى ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة].

قوله: (واذا أذن له المولى ثبت في ذمة مولى العبد الخ) إذا اذن المولى لعبده في النكاح صح وكان المهر ونفقة الزوجة في ذمة السيد عند الشيخ في احد قولييه وأكثر الاصحاب، لان النكاح لما وقع صحيحا لزمه الحكم بثبوت المهر والنفقة ولا متعلق لهما الا ذمة السيد لان العبد لا يملك. وحكى المصنف في الشرائع^(١) قولاً بثبوتهما في كسب العبد، وهو منقول عن الشيخ في المبسوط، واستدل عليه بان المهر والنفقة من لوازم النكاح وكسب العبد اقرب شئ اليهما فان مصرف الكسب مؤنة الانسان وضروراته، ومن أهمهما لوازم النكاح. واورد عليه ان الدين لا بد له من ذمة يتعلق بها وذمة العبد ليست أهلاً لذلك فلا بد من تعلقه بذمة المولى.

ويمكن دفعه بمنع كون ذمة العبد ليس أهلاً للتعلق، وبهذا يتعلق بها عوض المتلف اجماعاً، ويجوز تعلق المهر بالسبب كما يتعلق ارش الجناية برقبة الجاني، اذ لا مانع من ذلك عقلاً ولا شرعاً. واحتمل العلامة في القواعد ثبوتهما في رقبته. والمسألة قوية الاشكال لفقد النص فيها على احد الوجوه، واصالة براءة ذمة المولى عن ذلك. والاحوط أن يعين في العقد كون المهر في ذمة المولى او في كسب العبد او في ذمته يتبع به بعد العتق واليسار. ولو قلنا أن العبد يملك مطلقاً، او على بعض الوجوه، يثبت المهر والنفقة في ذمته من غير إشكال.

(١) قال في اللواحق من فصل أولياء العقد من الشرائع: التاسعة إذا اذن المولى لعبده في ايقاع العقد صح (إلى ان قال): ويكون مهر المثل على مولاه، وقيل في كسبه والاول أظهر وكذا القول في نفقتها (انتهى).

[ويثبت لمولى الامة المهر. ولو لم يأذنا فالولد لهما، ولو اذن احدهما كان الولد للآخر، وولد المملوكين رق لمولاهما، ولو كانا لاثنتين، فالولد بينهما بالسوية ما لم يشترطه احدهما].

قوله: (ويثبت لمولى الامة المهر) المراد ان مولى الامة إذا اذن لها في التزويج فتزوجت او زوجها المولى، كان المهر له دون الامة، ولا ريب في ذلك، لان الامة ومنافعها مملوكة له فيكون المهر الذي هو في مقابل البضع، له أيضا.

قوله: (ولو لم يأذنا فالولد لهما الخ) المراد أنه إذا تزوج عبد بامة لغير مولاه، بغير اذن المولين فالولد بينهما نصفان، لانه نماء ملكهما، ولا مزيد لاحدهما على الآخر كما إذا كان التزويج باذنهما، كذا اطلقه المصنف وغيره.

ويجب تقييده بما إذا كانا جاهلين بفساد العقد ليكون وطء شبهة ويتعلق به حكم الوطء الصحيح.

اما إذا كانا عالمين بذلك فان الوطء يكون زنا محضاً، وسيجئ في كلام المصنف التصريح بانه اذا تسافح المملوكان يكون الولد رقاً لمولى الامة وقد قطع المصنف وغيره بانه إذا اذن احد المولين لمملوكه (مملوكه خ) في التزويج ولم يأذن الآخر، يكون الولد لمن لم يأذن، وادعى بعضهم ورود نص^(١) بذلك ولم نقف عليه.

وعلل بان من أطلق للمملوكة الاذن في التزويج فقد أقدم على فوات الولد منه فانه قد تزوج من ليس برقيق فيتعقد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة. ويشكل الفرق إذا انحصرت الاذن في وطء المملوكة فان الاذن لم يقدم

(١) لم تعثر عليه.

[وإذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر]. على فوات الولد على هذا التقدير. ويشكل الحكم أيضاً لو اشترك أحدهما بين اثنين فأذن مولى المختص وأحد المشتركين دون الآخر أو تعدد كل منهما، فانه خارج عن محل الفتوى والنص المدعى فيحتمل كونه كذلك فيختص الولد بمن لم يأذن أحد أم تعدد، ويحتمل اشتراكه بين الجميع حيث لانص. ونقل عن أبي الصلاح انه جعل الولد لمولى الامة مطلقا الا ان يشترطه مولى العبد او بعضه فيكون له بحسب شرطه.

والمسألة قوية الاشكال، فانا لم نقف فيها على نص وارد، والاجماع مفقود، والله تعالى أعلم بحقائق الحال.

ومما حررناه يعلم ان قول المصنف: (وولد المملوكين رق لمولاهما) انما يتم إذا كان مأذونين في النكاح او وقع بغير إذنهما وكان الاولى ذكر حكم ما إذا تزوجا بإذن الموليين أولا ثم يتبعها بحكم ما اذا تزوجا بغير إذنهما كما فعل في الشرائع.

فانه قال: إذا تزوج عبد بامة لغير مولاه، فان اذن الموليان فالولد لهما كان لو لم يأذنا، ولو اذن أحدهما كان الولد لمن يأذن، ولو زنا بامة غير مولاه كان الولد لمولى الامة. وهذه العبارة جيدة وانما الكلام في دليل هذه الاحكام.

قوله: (وإذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر) إذا كان أحد الزوجين حراً والآخر مملوكا فالمشهور بين الاصحاب ان الولد يكون حراً تبعا للحر من الأبوين، سواء كان الحر، الاب أم الام، لان الاصل في الانساب الحرية الا ما خرج بدليل.

ويدل عليه روايات: منها ما رواه ابن بابويه في الصحيح، عن جميل بن

دراج، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل ^(١) تزوج بأمة فجاءت بولد؟ قال: يلحق الولد بأبيه، قلت: فعبد تزوج بجرة؟ قال: يلحق الولد بأمه ^(٢).

وما رواه الكليني في الحسن، عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في العبد يكون تحتة الحرة، قال: ولده أحرار، فان اعتق المملوك لحق بأبيه ^(٣).

وفي الحسن، عن ابن أبي عمير، عن بعض اصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل الحر يتزوج بأمة قوم، الولد ممالك او أحرار؟ قال: إذا كان احد أبويه حرا فالولد احرار ^(٤).

وخالف في ذلك ابن الجنيد على ما نقل عنه فجعل الولد رقا تبعا للمملوك من أبويه الا مع اشتراط حرته.

مع ان العلامة نقل عنه في المختلف انه قال: أن العبد إذا تزوج بجرة كان والده احرارا، واستدل لقول ابن الجنيد المنقول عنه أولا، بما رواه الشيخ عن أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لو ان رجلا دبر جارية ثم زوجها من رجل فوطئها ^(٥) كانت جاريته وولدها منه مدبرين كما لو ان رجلا اتى قوما فتزوج اليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم ممالك ^(٦).

وهذه الرواية ضعيفة السند باشتراك روايها بين الثقة وغيره، وبان في

(١) في هامش بعض النسخ: صوابه رجل حر (منه عليه السلام).

(٢) الوسائل باب ٣٠ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٢٩.

(٣) الوسائل باب ٣٠ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٢٩.

(٤) الوسائل باب ٣٠ حديث ٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٢٩.

(٥) هكذا في كتب الاحاديث التهذيب، الوسائل ولكن في النسخ التي عندنا (وسماها).

(٦) الوسائل باب ٣٠ حديث ١٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٠.

[الا ان يشترط المولى رقيته على تردد].

طريقها^(١) أبي سعيد، وهو مشترك، بين ضعيفين، فلا يصلح لمعارضة الاخبار الكثيرة السليمة السند.

وأجاب عنها الشيخ في التهذيب بالحمل على ما اذا اشترط رقيته الولد، قال: وهذا الخبر وان لم يكن فيه ذكر الشرط صريحا، فنحن نعلم انه مراد بدلالة ما قدمناه من الاخبار، وان الولد لا حق بالحرية، وإذا ثبت ذلك فلا وجه لهذا الخبر الا الشرط الذي ذكرناه.

قوله: (الا ان يشترط المولى رقيته على تردد) إذا اشترط المولى رقية الولد حيث يكون أحد الابوين حرا فقد ذهب الاكثر إلى لزوم هذا الشرط.

وتردد فيه المصنف في هذا الكتاب، ونسبه في الشرائع إلى قول مشهور^(٢) مؤذنا بتوقفه فيه. واستدل عليه برواية أبي بصير المتقدمة، فانها محمولة على ما إذا شرط رقية الولد كما ذكره الشيخ في التهذيب.

ومورد الرواية وان كان مخصوصا بما إذا كانت الام رقا الا أنه لا قائل بالفصل.

ويقوله ^(٣) (المؤمنون عند شروطهم) فانها متناولة لهذا الشرط.

ولا يخفى ضعف هذا الاستدلال، لما بيناه من ضعف رواية أبي بصير، وعدم

(١) طريقها كما في التهذيب هكذا: محمد بن الحسن الصفار، عن إبراهيم بن هاشم عن أبي جعفر عن أبي سعيد، عن أبي بصير.

(٢) قال في الشرائع: ولو كان احد الزوجين حرا الحق به الولد سواء كان الحر هو الاب او الام الا ان يشترط المولى رق الولد، فان شرط لزوم الشرط على قول مشهور (انتهى).

(٣) الوسائل باب ٣٠ حديث ٤ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٠ ولاحظ الذيل ايضا.

[ولو تزوج الحر أمة من غير إذن مالكتها، فإن وطأها قبل الإجازة علما فهو زان والولد رق للمولى، وعليه الحد والمهر، ويسقط الحد لو كان جاهلا دون المهر ويلحقه الولد، وعلى قيمته يوم سقط حيا].

دلالتها على ذكر الشرط في العقد فيكون المصير اليه تحكما.
وقوله **إِذَا**: (المؤمنون عند شروطهم) انما يتناول الشرط المشروع، وإذا كان الولد محكوما بحريته بدون الشرط فلا يكون اشتراط رقيقته مشروعا كما لو شرط رقية ولد الحرين.
ولان الولد ليس ملكا للحر من الابوين ليصح اشتراطه للمولى، وانما الحق فيه لله تعالى فلا يسوغ اشتراط رقيقته.

وقد ظهر من ذلك ان الاصح عدم صحة هذا الشرط.
ويؤيده عموم الاخبار المتقدمة المتضمنة، لان احد الابوين إذا كان حرا، يكون الولد حرا، فان ترك الاستفصال في جواب السؤال مع قيام الاحتمال، يفيد العموم.
ثم على تقدير فساد الشرط ينبغي ان يتبعه فساد العقد، لان الشرط لم يحصل ولم يتعلق القصد والرضا بالعقد الخالي من الشرط.

ويحتمل الصحة، لان عقد النكاح قد يصح بدون الشرط الفاسد عند الاصحاب.
وضعه ظاهرا فان صحته في بعض المواضع ان تمت فهو بدليل من خارج وذلك لا يقتضي الصحة في جميع موارد.

ويتفرع على ذلك أنه لو دخل مع فساد الشرط وحكمنا بفساد العقد كان زانيا مع علمه بالفساد وانعقد الولد رقا كنظائره، نعم لو جهل الفساد كان حرا، للشبهة.
قوله: (ولو تزوج الحر أمة من غير إذن مالكتها الخ) إذا تزوج الحر أمة من غير إذن مالكتها ثم وطأها قبل الإجازة فلا يخلو إما ان يكونا عالمين بالتحريم او

جاهلين او بالتفريق فالصور اربع.

(الاولى) ان يكونا عالمين بالتحريم فالوطء زنا، فيثبت عليهما الحد ويكون الولد رقاً لمولى الامة، وفي ثبوت المهر للمولى قولان: (احدهما) وبه قطع المصنف في الشرائع^(١) عدمه لانها زانية فتكون بغيا وقد روى عن النبي ﷺ انه قال: لا مهر لبغي^(٢). وفي السند والدلالة نظر.

والاجود الاستدلال عليه بالاصل وعدم ثبوت كون البضع مضمونا على هذا الوجه، فان ماليته ليست على نهج الاموال الصرفة ليكون مطلق الانتفاع به موجبا للعرض، وانما يستحق العرض به على وجه مخصوص كما في الوطء مع الشبهة.

وإذا لم يثبت كون الوطء هذا مما يوجب العرض كان منقيا بالاصل (والثاني) ثبوت المهر للمولى، وهو الذي يقتضيه اطلاق عبارة الكتاب لان البضع ملكه فلا يؤثر علمها في سقوط حقه.

ويمكن الاستدلال عليه أيضا بصحيفة الفضيل بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام حيث قال فيها: قلت: أرأيت ان احل له ما دون الفرج فغلبته لشهوة فافتضاها (فاقتضاها ثل)؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فان فعل أيكون زانيا؟ قال: لا ولكن يكون خائنا ويغرم لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكرا وان لم تكن فنصف عشر قيمتها^(٣).

(١) قال في الشرائع: اذا تزوج الحر امة من غير اذن المالك ثم وطأها قبل الرضا عالما بالتحريم كان زانيا وعليه الحد ولا مهر ان كانت عاتمة مطاوعة (انتهى).

(٢) راجع الجواهر ج ٤١ ص ٢٦٧ مع حاشيته وفي الخالف م ٣٦ من كتاب الحدود عن النبي ﷺ انه نهى عن مهر البغي واما جملة (لا مهر لبغي) فلم نعثر عليه إلى الآن في الكتب الحديثية.

(٣) الوسائل باب ٣٥ قطعة من حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٧.

فان ثبوت العوض هنا يقتضي ثبوته في الزنا المحض بطريق أولى.
(الثانية) ان يكونا جاهلين بالتحريم فلا حد على احدهما للشبهة وعليه المهر وهو اما المسمى أو مهر المثل او العشر او نصفه. وهذا اقوى لصحیحة الفضیل المتقدمة.
وقوله عائشة في صحیحة الولید بن الصبیح في الرجل اذا تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له: فلمواليها عليه عشر قيمتها ان كانت بكرا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها^(١).

وان اتت بولد كان حرا تابعا لابيها، وعلى الاب قيمته للمولى لانه نماء مكله.
ويعتبر القيمة يوم سقوطه حيا، لانه وقت الحكم عليه بالمالية لو كان رقا، ولو سقط ميتا فلا شئ له، لانه لا قيمة للميت وفي حال كونه جنينا لا ينفرد بالتقويم.
(الثالثة) ان يكون الحر عالما والامة جاهلة، فالحد عليه ويتنفي عنه الولد، لانه عاهر له الحجر^(٢) ويثبت عليه مهر المثل، والعقر لمولاها كما سبق، والولد رق له.
(الرابعة) عكسه بان يكون الحر جاهلا والامة عالمة فيسقط عنه الحد دون العقر.
واحتمل بعضهم سقوطه أيضا، لانها مع العلم بغى ولا مهر لبغى^(٣).
وقد عرفت ضعفه ويلحقه الولد وعليه قيمته يوم سقط حيا كما تقدم.

(١) الوسائل باب ٤٧ قطعة من حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٧.

(٢) اشارة إلى قوله عائشة: الولد للفراش وللعاهر الحجر.

(٣) تقدم آنفا.

[وكذا لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك وفي رواية يلزمه بالوطء عشر القيمة ان كانت بكرا، ونصف العشر ان كانت ثيبا].

هذا كله إذا لم يجز المولى العقد، ولو اجازه عبد الوطاء بني على أن الاجازة هل هي كاشفة عن صحة العقد من حينه أم مصححة له من حينها؟ فعلى الاول يلحق به الولد وان كان عالما حال الوطاء بالتحريم ويسقط عنه الحد وان كان الوطاء محرما لانكشاف كونها زوجة حال الوطاء ويلزمه المسمى.

وعلى الثاني تنتفي الاحكام السابقة، لانها حين الوطاء لم تكن زوجة ظاهرا، ولا في نفس الامر، وانما كان قد حصل جزء السبب المبيع ولم يتم الا بعد الوطاء فكان كما لو لم يكن هناك عقد، أصلا، والاصح الثاني وقد تقدم الكلام في ذلك.

قوله: (وكذا لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك الخ) المراد أن الامة إذا ادعت الحرية فتزوجها رجل على انها حرة سقط عن الزوج، الحد دون المهر ولحق به الولد وكان عليه قيمته يوم سقط حيا، وانما يتم ذلك إذا ادعت كونها حرة الاصل ولم يكن الزوج عالما بحالها او ادعت العتق فظهر للزوج قرائن اثرت الظن بصدقها فتوهم الحل بذلك او توهم الحل بمجرد دعواها الحرية.

أما إذا كان عالما بفساد دعواها أو بعدم الالتفات إلى قولها بدون البينة أو الشيعاء أو الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم كما هو الظاهر، فانه يكون زانيا ويثبت عليه الحد وينتفى عنه الولد. وبالجمللة، فما تقدم من التفصيل في المسألة السابقة آت هنا بعينه، وانما افردنا الاصحاب بالذكر لورود بعض النصوص بحكمها على الخصوص كما ستقف عليه.

وظاهر الاصحاب، القطع بلزوم المهر هنا وإن كانت الامة عالمة بالتحريم، واحتمال العدم قائم هنا كما سبق.

واختلفوا في تقديره، فقليل: انه المسمى، لان العقد صحيح ظاهرا فيلزم ما تضمنه.
وهو ضعيف جدا، للقطع بفساد العقد المقتضى لفساد ما تضمنه من التراضي، نعم لو اجاز
السيد العقد اتجه ذلك خصوصا ان قلنا: إن الاجازة كاشفة.

وقيل: انه مهر المثل، لانه عوض البضع.

وقيل: انه عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف العشر ان كانت ثيبا، وهو الاصح للرواية التي
اشار اليها المصنف، وهي صحيحة الوليد بن صبيح، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة
حرة فوجدها امة قد دلست نفسها له، قال: ان كان الذي زوجها اياه من غير مواليتها فالنكاح
فاسد، قلت: كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: ان وجد مما اعطاها شيئا فليأخذ، وإن
لم يجد شيئا فلا شيء له عليها، وإن كان زوجها اياه ولي لها ارتجع على وليها بما اخذت منه،
ولماليها عليه عشر قيمتها (ثمها خ) ان كان بكرا، وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما
استحل من فرجها قال: وتعدد منه عدة الامة، قلت: فان جائت منه بولد؟ قال: أولادها منه
احرار إذا كان النكاح بغير اذن المولي^(١).

وهذه الرواية صحيحة السند واضحة الدلالة، فيتجه العمل بها.

ويعضدها صحيحة الفضيل بن يسار المتقدمة، عن الصادق عليه السلام حيث قال: فيها (ويغرم
لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكرا، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها)^(٢).

(١) الوسائل باب ٦٧ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٧.

(٢) الوسائل باب ٣٥ قطعة من حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٧.

[ولو اولدها فكهم بالقيمة].

وربما نزلت الرواية الاولى على انه كان العشر ونصف العشر في المسؤول عنها مطابقا لمهر المثل، فتكون حجة للقول الثاني، وهو بعيد جدا مع انه لا ضرورة تلجئ اليه لانتفاء المعارض.

قوله: (ولو اولدها فكهم بالقيمة) قد تقدم في كلام المصنف ان الولد مع الشبهة الجارية على الاب يكون حرا وان لزم الاب فكه بالقيمة، وما نحن فيه من هذا القبيل، لان المفروض اشتباه الحال على الزوج، ومن ثم لحق به الولد وقد وقع التصريح بحريته في صحيحة الوليد المتقدمة، وحكم المصنف في الشرائع تبعا للشيخ رحمته الله بان الولد يكون رقا.

واستدل له الشارح رحمته الله بموثقة سماعة، قال: سألته عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير قبيلتها، واخبرتهم أنها حرة فتزوجها رجل منهم فولدت له قال: ولده مملوكون الا ان يقيم البينة انه شهد لها شاهدان أنها حرة فلا يملك ولده ويكونون أحرارا^(١).

ورواية زرارة، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: أمة أبقت من موالها فأتت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرة فوثب عليها حينئذ رجل فتزوجها فظفر بها مولها بعد ذلك، وقد ولدت أولادا، فقال: ان أقام البينة الزوج على انه تزوجها على أنها حرة اعتق ولدها وذهب القوم بأماتهم، وان لم يقيم البينة أوجع ظهره واسترق ولده^(٢).

وليس في هاتين الروايتين دلالة على رقية الولد مع الشبهة كما هو محل النزاع، بل الظاهر منهما (فيهما خ) الحكم برقية الولد إذا تزوجها بمجرد دعواها

(١) الوسائل باب ٦٧ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٨.

(٢) الوسائل باب ٦٧ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٨.

[ولو عجز سعى في قيمتهم، ولو أبي عن السعي قيل: يفديهم الامام، وفي المستند ضعف]. الحرية، ولا ريب في ذلك أن يكون وطؤها والحال هذه زنا محصنا مع العلم بالتحريم. مع ان الروايتين ضعيفتا السند، اما الاولى فبالاضمار، واشتماله على عدة من الواقعة^(١). واما الثانية فبأن في طريقها في الكافي عبدالله بن بحر^(٢)، وهو ضعيف وفي التهذيب بدل (عبدالله بن بحر) (عبدالله بن يحيى)، وباعتبار ذلك جعلها الشارح حسنة، والظاهر ان ما وقع في التهذيب تصحيف وان الصواب عبدالله بن بحر كما في الكافي فتكون الرواية ضعيفة. وكيف كان فالاصح حرية الولد تمسكا بمقتضى الاصل. وصحيحة الوليد بن صبيح المتقدمة^(٣)، فانها صريحة في ذلك. ويدل على ان الاب يلزمه فك الولد بالقيمة، ما رواه ابن بابويه في الصحيح، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج جارية رجل على انها حرة، ثم جاء رجل فاقام البينة على انها جاريته، قال: يأخذها ويأخذ قيمة ولدها^(٤). وفي هذه الرواية دلالة على حرية الولد أيضا. قوله: (ولو عجز سعى في قيمتهم الخ) ما اختاره المصنف رحمته الله من

(١) سندها كما في التهذيب هكذا: البيزوفري، عن أحمد، عن الحسين بن سعيد، عن اخيه الحسن، عن زرعة، عن سماعة.

(٢) وسندها كما في الكافي هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد عن عبدالله بن بحر عن حريز عن زرارة، وفي التهذيب: الحسين بن سعيد، عن عبدالله بن يحيى، عن حريز عن زرارة.

(٣) الوسائل باب ٦٧ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٧.

(٤) الوسائل باب ٦٧ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٨٠.

وجوب السعي على الاب في قيمة الاولاد إذا كان معسرا، مذهب الشيخ وجماعة ولم نقف له على مستند سوى رواية سماعة المتضمنة لهذا الحكم، ولأنه إذا أبى يفديهم الامام وقد جزم المصنف بالحكم الاول، واسند الثاني إلى قائله، وحكم بضعف مستنده. وهو غير جيد.

والرواية المذكورة رواها الشيخ، عن سماعة، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوما وزعمت انها حرة فتزوجها رجل منهم، فأولدها (وأولدها خ) ولدا، ثم ان مولاهما أتاهم فاقام عندهم البينة أنها مملوكته واقرت الجارية بذلك، فقال: تدفع إلى مولاهما هي وولدها، وعلى مولاهما ان يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير اليه، قلت: فان لم يكن لابييه ما يأخذ ابنه به؟ قال: يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده، قلت: فان أبى الاب ان يسعى في ثمن ابنه؟ قال: فعلى الامام ان يفتيه ولا يملك ولد حر^(١).

قال ابن ادريس في سرائره: ويجب قراءة (حر) بالرفع والتنوين على انه صفة الولد، وقال: إن قراءته بالجر وهم.

وما ذكره عليه السلام موقوف على ورود النقل، والا فالرواية محتملة الوجهين. وضعف هذه الرواية يمنع من العمل بها.

والاصح كون الولد حرا، ولزوم قيمته لابييه يؤخذ منه مع يساره وينظر بها مع اعساره كسائر الديون، ولا يجب ادائه من بيت المال وان جاز ذلك لانه من المصالح. وذكر الشيخ عليه السلام ان فكه يكون من سهم الرقاب، وليس في الرواية

(١) الوسائل باب ٦٧ حديث ٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٩.

[ولو لم يدخل بها فلا مهر. ولو تزوجت الحرة عبدا مع العلم فلا مهر وولدها رق، ومع الجهل يكون الولد حرا ولا يلزمها قيمته]. دلالة عليه.

وبالغ ابن ادريس في انكاره، وقال: إن الولد على ما وقع التصريح به في الرواية فكيف يشتري من سهم الرقاب. ولا يخفى عدم ورود ذلك على الشيخ، فانه لا يقول بحرية الولد ولا يسلم ما ذكره ابن ادريس في ضبط قوله: (ولا يملك ولد حر) من أن (حر) بالرفع صفة للولد (الولد خ)، بل على قول الشيخ يكون (حر) مضافا إلى (الولد).

وكيف كان فلا وجه لتخصيص الفك بكونه من سهم الرقاب مع كون الرواية مطلقة. قوله: (ولو لم يدخل بها فلا مهر) لا ريب في ذلك لفساد العقد المقتضى لسقوط المسمى وانتفاء الدخول المقتضى للزوم عوضه كما هو ظاهر.

قوله: (ولو تزوجت الحرة عبدا مع العلم فلا مهر الخ) هذه المسألة عكس للسابقة، فان ما سبق حكم تزويج الحر بالامة بغير اذن مولاه وهذا حكم تزويج العبد بحرة بغير اذن مولاه. وتحقيقه أن العبد اذا تزوج بحرة من دون اذن مولاه، فإما أن تكون عاملة بانه رق أولا، وعلى تقدير علمها برقيته إما أن تعلم تحريم نكاحه والحال هذه أو لا.

فان علمت بالتحريم فلا مهر لها لانها بغي ولا يلحق بها الولد، بل يكون رقا لمولى العبد. ولم يذكر المصنف وغيره أن عليها الحد مع العلم وربما كان وجهه احالة

[ويلزم العبد مهرها ان لم يكن مأذونا ويتبع به اذا تحرر. ولو تسافح المملوكان فلا مهر والولد رق لمولى الامة، وكذا لو زنى بها الحر].

المسألة على القواعد المقررة من ثبوت الحد على الزاني وهو صادق عليها مع العلم. وربما قيل بسقوط الحد عنها، لان العقد الواقع عليها يعد شبهة بالنسبة إلى المرأة لضعف عقلها.

وهو بعيد جدا فان مجرد العقد الواقع عليها مع علمها بفساده وتحريم الوطء لا يعد شبهة قطعاً.

ولو جهلت بالتحريم إما بجهلها بالرق او بالحكم فالولد حر، لانه لاحق بها ولا قيمة على الام قطعاً.

والفرق بينها وبين الاب، ورود النص^(١) ثم وانتفاؤه هنا. واما المهر فانه مع الجهل، ثبت في ذمة العبد، لان الوطء المحترم لا يخلو من عوض، فيتبع به اذا اعتق.

والمراد به مهر المثل، ولو اجاز المولى العقد لزم المسمى. ولو قلنا: إن الاجازة كاشفة وحصلت بعد الوطء مع العلم بالتحريم، اتجه سقوط الحد عنها ولحوق الولد بها لتبين انها كانت زوجة حال الوطء وان لم يكن ذلك معلوما لها. ولو قلنا: إنها جزء السبب كما هو الظاهر فالحكم كما لو يجز لوقوع الوطء قبل حصول السبب المقتضى للاباحة.

قوله: (ولو تسافح المملوكان فلا مهر الخ) اما ان الولد رق لمولى الامة في الصورتين، فمقطوع به في كلام الاصحاب، وظاهرهم انه لا خلاف فيه.

(١) تقدم آنفا في المسألة السابقة عن سماعة.

*

[ولو اشترى الحر نصيب احد الشريكين من زوجته بطل عقده].

واستدل عليه بأن الولد نماء الامة، وبروايتي زرارة وسماعة^(١) المتضمنتين لان من تزوج أمة قوم بمجرد دعواها الحرية يكون ولده رقا لمولاهها، فان ذلك انما اقتضى ثبوت الحكم إذا كان الزاني عبدا بطريق أولى.

لكن الروايتين (الروايتان خ) ضعيفتا السند^{(٢)(٣)}.

واما انه لا مهر لها، فهو مشكل وقد مضى (سبق خ) في كلام المصنف بالتصريح بثبوت المهر إذا تزوج الحر أمة من غير اذن مالکها ووطأها قبل الاجازة عالما وبينا هناك أن المتجه ثبوت العقر. قوله: (ولو اشترى الحر نصيب احد الشريكين الخ) إذا تزوج الحر امة مشتركة بين اثنين بإذنهما ثم اشترى الزوج نصيب احد الشريكين من زوجته، بطل العقد، لامتناع ان يعقد الانسان لنفسه على أخته عقد او يلزم منه بطلان الاستدامة.

وإذا بطل العقد في ذلك الجزء بطل في الجميع لان العقد لا يتبعض.

ويدل عليه ما رواه ابن بابويه، عن زرعة، عن سماعة، قال: سألت عن رجلين بينهما أمة فزواجهما من رجل، ثم ان الرجل اشترى بعض السهمين، قال: حرمت عليه باشرائه اياها، وذلك ان بيعها طلاقها الا ان يشتريها جميعا^(٤).

وإذا ثبت بطلان العقد حرم وطؤها لاستلزامه التصرف في مال الشريك

(١) راجع الوسائل باب ٦٧ حديث ٣٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٩ وقد تقدم نقلهما من الشارح رحمته الله عن الحسين بن سعيد، عن اخيه الحسن عن زرعة عن سماعة.

(٢) فان سند رواية سماعة كما في الكافي هكذا: محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن اخيه الحسن عن زرعة عن سماعة.

(٣) وسند خبر زرارة هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد عن عبد الله بن بحر، عن حريز عن زرارة.

(٤) الوسائل باب ٤٦ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٣ بالطريق الثالث.

*

[ولو امضى الشريك العقد لم يحل وطؤها].

بغير اذنه، وحينئذ فلا طريق إلى حلها له الا شراء الجميع او بيع الجميع ثم تجديد النكاح بأحد الاسباب المبيحة له.

ورد المصنف بقوله: ولو امضى الشريك العقد لم تحل على الشيخ في النهاية حيث قال: حرمت عليه الا ان يشتري النصف الآخر أو يرضى مالك نصفها بالعقد فيكون عقدا مستأنفا. واورد عليه^(١) أن العقد ان كان قد بطل بالشراء كما هو الظاهر فكيف يصير صحيحا بمجرد الرضا، وان لم يبطل فلا وجه لاعتبار رضاه بعد العقد، لانه وقع اولا برضاه ولم يتجدد له ملك فلا يقف على اجازته. وهو ايراد متوجه.

وتأول المصنف في نكت النهاية كلام الشيخ، فحمله على ان المراد بقوله: (او يرضى مالك نصفها بالعقد) عقد البيع على النصف الثاني، قال: فكأنه يقول: الا ان يشتري النصف الآخر من بائع النصف الاول فضولا ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد، فيكون الاجازة كالعقد المستأنف ويكون الالف^(٢) في قوله: (أو وقعت) سهوا من الناسخ، او تكون معنى الواو، وعلى هذا فتكون الطريق إلى حلها في كلام الشيخ امرا واحدا، وهو شراء النصف الآخر. قال فخر المحققين بعد أن أورد هذا التأويل: وفيه تعسف وبعد واعتراف بانه لا يمكن وطء احد الشريكين الامة المشتركة حال اشتراكها. وهو كذلك لكن ابقاء عبارة الشيخ على ظاهرها أشد بعدا، والامر في العبارة هين بعد وضوح الحكم.

(١) يعنى على الشيخ في النهاية.

(٢) يعنى ألف (او).

*

[وبالتحليل رواية فيها ضعف].

قوله: (وبالتحليل رواية فيها ضعف) اختلف الاصحاب في جواز وطء الامة المشتركة في السيد وغيره بتحليل الشريك، فذهب الاكثر إلى عدم حلها بذلك، لاستلزامه تبعض سبب الاباحة بمعنى حصوله بالتحليل والملك معا، مع ان الله تعالى حصره في أمرين، العقد، والملك بقوله تعالى: الا على ازواجهم او ما ملكت أيمانهم^(١)، والتفصيل قاطع للشركة، فلا يكون الملفق منهما.

(لا يقال): لا دلالة في الآية على المطلوب، لاحتمال ان يكون المراد بالمنفصلة منع الخلو خاصة، والدلالة انما تتحقق بارادة منع الجمع.

(لانا نقول): احتمال كون المنفصلة لمنع الجمع كاف في الدلالة، اذ مع احتمال ذلك يحصل الشك في الاباحة فيرجع إلى اصل المنع.

وتحقيقه ان اباحة الوطاء تتوقف على سبب شرعي، والذي ثبت كونه سببا، الزوجية أو ملك اليمين، اما الملفق منهما فلم يثبت كونه سببا لاحتمال ان تكون القضية مانعة الجمع، وإذا لم يثبت السبب المقتضى للاباحة تكون منفية.

لكن يتوجه على هذا الاستدلال أنه انما يتم اذا جعلنا التحليل عقدا، وهو غير واضح كما سنبينه.

وذهب ابن ادريس إلى جواز وطئها بالتحليل، لان التحليل تمليك للمنفعة، فيكون السبب في حل جميعها واحدا، وهو الملك وإن كان السبب في حل البعض ملك الرقة والبض الآخر ملك المنفعة، لاندراج الجميع في الملك.

ويدل عليه ما رواه الكليني والشيخ في باب السراري وملك الايمان عن الحسن بن محبوب، عن علي بن رثاب، عن محمد بن قيس، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام، عن جارية بين رجلين دبرها جميعا ثم أحل احدهما فرجها لشريكه،

(١) المؤمنون / ٥.

*

قال: هو له حلال، وأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من قبل الذي مات، ونصفها مدبرا، قلت: أرايت ان أراد الباقي منهما أن يمسخها أله ذلك؟ قال: لا الا انه يثبت عتقها ويتزوجها برضا منها متى ما اراد، قلت له: اليس قد صار نصفها حرا وقد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر للباقي منهما؟ قال: بلى، قلت: فان هي جعلت مولاهما في حل من فرجها وقد احلت له ذلك؟ قال: لا يجوز ذلك له، قلت: لم لا يجوز لها ذلك كما أجزت للذي كان له نصفها حين احل فرجها لشريكه فيها (منها كائلا)؟ قال: لان الحرة لا تحب فرجها ولا تعيره ولا تحله (ولا تحلله يب)، ولكن لها من نفسها يوم، وللذي دبرها يوم، فان أحب ان يتزوجها متعه بشئ في ذلك اليوم تملك فيه نفسها فليتمتع منها بشئ، قل أو كثر^(١).

وهذه الرواية صحيحة الاسناد وقد رواها ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه بطريق صحيح^(٢) أيضا، عن الحسن بن محبوب، عن علي بن رثاب، عن محمد بن مسلم، ورواه الشيخ في اول كتاب النكاح، عن محمد بن مسلم بطريق فيه علي بن الحسن بن فضال^(٣).
وكأن المصنف ومن تأخر عنه راعوا هذا السند خاصة فوصفوها بالضعف وقد عرفت انها صحيحة في الكتب الثلاثة، وليس لها معارض صريحا فينتجه العمل بها

(١) الوسائل باب ٤١ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٥.

(٢) فان طريق الصدوق إلى الحسن محبوب كما في المشيخة هكذا: وما كان فيه عن الحسن بن محبوب فقد رويته، عن محمد بن موسى بن المتوكل عليه السلام عن عبدالله بن جعفر الحميري وسعد بن عبدالله عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن محبوب.

(٣) سنده كما في اوائل كتاب النكاح حديث ١٩ هكذا: علي بن الحسن بن فضال، عن عمرو بن عثمان، عن الحسن بن محبوب، عن علي بن رثاب، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام.
وفي باب السراي وملك الايمان حديث ٢٣ هكذا: الحسن بن محبوب، عن علي بن رثاب، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام.

[وكذا لو كان بعضها حرا. ولو هياها مولاها على الزمان ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردد أشبهه المنع].

وعلى الجواز أيضا بان الامة كانت قبل التحليل محرمة وانما حلت به فالسبب واحد في الحقيقة. وهو تعليل ضعيف، فان التحليل يكون والحال هذه تمام السبب لا السبب التمام في الاباحة ضرورة ان التحليل مختص بحصة الشريك لا بالجميع ووجود المسبب عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الاخير منه سببا تاما كما هو واضح.

قوله: (وكذا لو كان بعضها حرا) المراد انه إذا ملك بعض أمة وكان بعضها حرا لم يجز له وطؤها مادامت كذلك، لان الجزء الحر لا يستباح بملك البعض قطعاً ولا بالعقد الدائم اتفاقاً لتبعض السبب ولا بالمنقطع لذلك، ولا بالتحليل، لان المرأة ليس لها تحليل نفسها اجماعاً وانما يقع التحليل من المولى.

والظاهر انه لا خلاف في ذلك، وقد وقع التصريح بعدم استباحتها بالتحليل في رواية محمد بن قيس المتقدمة.

وربما ظهر من التشبيه الواقع في عبارة المصنف أن يجاوز وطئها بالتحليل رواية كما في الامة المشتركة وليس كذلك.

قوله: (ولو هياها مولاها على الزمان ففي جواز العقد الخ) منشأ التردد من قوله عنه في رواية محمد بن قيس المتقدمة: (ولكن لها من نفسها يوم وللذي دبرها يوم فان احب ان يتزوجها متعة في ذلك اليوم الذي تملك فيه نفسها فليتمتع منها بشئ قل او كثر)^(١).

ومن لزوم تبعض السبب فانها لم تخرج بالمهاياة عن كون المولى مالكا

(١) الوسائل باب ٤١ قطعة من حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٥.

[ويستحب لمن زوج عبده أُمته أن يعطيها شيئاً].

للبعض على أن منافع البضع لا يتعلق بها المهايأة، والا حل لها المتعة بغيره في أيامها وظاهرهم الاتفاق على المنع عنه.

لكن قد عرفت أن الرواية صحيحة السند، فيتجه العمل بها وإن كان الاجتناب طريق الاحتياط.

وربما ظهر من إطلاق عبارة المصنف أن التردد في العقد عليها متعة في زمن المهايأة، لا يختص بالمولى، بل يعمه وغيره، لكن الرواية التي استند إليها القائلون بالجواز إنما تضمنت جواز التمتع بها في مدة المهايأة، للمولى خاصة، فيجب قصر الحكم عليه للشك في حصول الاباحة لغيره بذلك. قوله: (ولا يستحب لمن زوج عبده أُمته أن يعطيها شيئاً) المستند في ذلك ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن العلاء، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألت عن الرجل كيف ينكح عبده أُمته؟ قال: يجزيه يقول: قد انكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله (ومن قبل) (أو من خ) مولاه ولو مدا من طعام أو درهما أو نحو ذلك^(١).

وما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل كيف ينكح عبده أُمته؟ قال: يقول: قد انكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله ومن قبل مولاه ولو مدا من طعام أو درهما أو نحو ذلك^(٢).

ومقتضى الروايتين وجوب الاعطاء، وإليه ذهب الشيخان وأبو الصلاح، وابن البراج، وابن حمزة، وحملهما المصنف وبعض من تأخر عنه على الاستحباب، وهو مشكل، والوجوب أقرب.

(١) الوسائل باب ٤٣ حديث ١ من أبواب نكاح العبيد والاماء، ج ١٤ ص ٥٤٨ وفيه: لا بد من طعام أو درهم كما في الفقيه أيضاً.

(٢) الوسائل باب ٤٣ حديث ٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٨.

[ولو مات المولى كان للورثة الخيار في الاجازة والفسخ، ولا خيار للامة. ثم الطوارئ ثلاثة: العتق، والبيع، والطلاق اما العتق: فإذا اعتقت الامة تخيرت في فسخ نكاحها وان كان الزوج حرا على الاظهر].

ثم ان قلنا: إن المملوك يملك مطلقا او على بعض الوجوه كان ما يدفعه المولى إلى الامة ملكا لها والا كان اباحة لبعض ماله للامة تنتفع به بإذنه.

ولا بعد في وجوب ذلك بعد ورود النص به.

وما قيل: من ان مهر المملوكة ملك للمولى فلا وجه لوجوب صرف شيء من ملكه إلى وجه آخر من ملكه، فضعيف، لانه لا يعارض النص الصحيح المؤيد بعمل الاصحاب مع انه لا دلالة في الروايتين على كون المدفوع مهرا بل الظاهر منهما انه عطية محضة.

ويستفاد من هاتين الروايتين أنه يكفي في انكاح الانسان عبده لامته مجرد اللفظ الدال على ذلك.

وانه لا يشترط قبول العبد ولا المولى لفظا، وقيل: يعتبر القبول من العبد، وهو أحوط لكنه غير لازم.

قوله: (ولو مات المولى كان للورثة الخيار الخ) اما ثبوت الخيار فلانتقال المملوكين اليه فيكون امرها بيده كما كان بيد المورث، ولان ذلك ثابت لكل من يتلقى الملك وان لم يكن وارثا فالوارث أولى.

واما انه لا خيار للامة فلا ريب فيه لانتفاء المقتضى، والظاهر انه لا خلاف في ذلك.

قوله: (فإذا اعتقت الامة تخيرت الخ) اجمع العلماء كافة على ان الامة

المزوجة بعبد إذا اعتقت، يثبت لها الخيار في فسخ النكاح، والاخبار الواردة بذلك من الطريقين^(١) مستفيضة.

منها ما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن أمة كان تحت عبد فاعتقت الامة، قال: أمرها بيدها ان شاءت تركت نفسها مع زوجها، وان شاءت نزعت نفسها منه، وذكر ان بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة فاعتقتها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وقال: ان شاءت ان تفر عند زوجها وان شاءت فارقت^(٢).

وقد ورد في عدة اخبار، منها صحيحة بريد بن معاوية، عن أبي عبدالله عليه السلام أن زوج بريرة كان عبدا^(٣).

واختلف الاصحاب في ثبوت الخيار لها إذا كان الزوج حرا، فذهب الاكثر ومنهم الشيخ في النهاية والمصنف في هذا الكتاب إلى ثبوته ايضا.

واستدلوا عليه برواية أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إما امرأة اعتقت فأمرها بيدها ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقت^(٤).

ورواية محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام، انه قال: إذا اعتقت الامة ولها زوج خيرت ان كانت تحت عبد أو حر^(٥).

ورواية زيد الشحام، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: إذا أعتقت الامة

(١) اما طريق العامة فراجع سنن ابن ماجه ج ١ كتاب الطلاق باب ٢٩ اخبار الامة إذا اعتقت، ص ٦٧٠.

(٢) الوسائل باب ٥٢ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٩.

(٣) الوسائل باب ٥٢ حديث ٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٠.

(٤) الوسائل باب ٥٢ حديث ٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦١.

(٥) الوسائل باب ٥٢ حديث ١٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦١.

*

ولها زوج خيرت ان كانت تحت حر او عبد^(١).

ويشكل بان هذه الروايات كلها ضعيفة السند حتى الاولى وان وصفها الاصحاب بالصحة لان في طريقها^(٢) محمد بن الفضيل (الفضل خ)، وهو مشترك بين الثقة والضعيف فلا تصلح لاثبات حكم مخالف للاصل.

وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى عدم ثبوت الخيار هنا، واختاره المصنف في الشرائع، والمصير إليه متعين تمسكا بلزوم العقد إلى ان يثبت دليل الجواز.

وقد قطع الاصحاب ان هذا الخيار على الفور، ولا بأس به اقتصارا فيما خالف الاصل على موضع الوفاق والضرورة.

وتعذر مع جهلها بالعتق وأصل الخيار.

وهل تعذر مع الجهل بالفورية؟ فيه اشكال (من) اندفاع الضرر مع العلم بالخيار واشعار اقرارها بالرضا (ومن) احتمال كون التأخير لفائدة التروي بحيث لا يعلم باشتراط الفورية.

وانما يثبت الخيار للامة إذا اعتق مجموعها، فلو اعتق بعضها فلا خيار لها.

ولو كانت صغيرة او مجنونة ثبت لها الخيار عند الكمال ولا خيار للمولى.

ولا فرق في ثبوت الخيار بين ان يحدث العتق قبل الدخول وبعده.

واستثنى العلامة في القواعد من الحكم بتخييرها صورة واحدة، وهي ما إذا كان لشخص جارية قيمتها مائة مثلاً وهو يملك مائة اخرى فزوجهها بمائة ثم اعتقها في فرض الموت قبل الدخول، فانه حينئذ لا يثبت لها خيار الفسخ، إذ لو

(١) الوسائل باب ٥٢ حديث ١٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦١.

(٢) وطريقه كما في التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد، عن محمد بن الفضيل، عن أبي الصباح الكناني.

*

[ولا خيرة للعبد لو (إذا خ ل) اعتق ولا لزوجه وان كانت حرة. وكذا تتخير الامة لو كانا لمالك فاعتقا أو اعتقت]. ثبت لادى ثبوته إلى عدم ثبوته.

وذلك، لانه لو ثبت ففسخت لسقط المهر، فان الفسخ من جانب الزوجة قبل الدخول مسقط للمهر، وإذا سقط المهر انحصرت التركة في الجارية والمائة فلم ينفذ العتق في جميعها، بل يطل فيما زاد على ثلث التركة، وحينئذ يطل خيارها، لان الخيار انما يثبت إذا اعتق جميعها فيكون ثبوت مؤديا إلى عدم ثبوته، وهو دور فيتعين قطعة بالحكم بانتفاء الخيار، وهو حسن.

قوله: (ولا خيرة للعبد إذا اعتق الخ) انما لم يكن له الخيار كالامة لوجود النص^(١) على ثبوت الخيار لها دونه، ولان له طريقا إلى التخلص منها بالطلاق بخلافها.

واما انه لا خيار لزوجه ولو كانت حرة فلا انتفاء المقتضي، ولانها قد رضيت عبا، فأولى ان ترضى به حرا، وقد ورد هذا التعليل في رواية علي بن حنظلة عن الصادق عليه السلام^(٢).

قوله: (وكذا تتخير الامة لو كانا لمالك فاعتقا أو اعتقت) وذلك لان عتق الامة يقتضي ثبوت الخيار لها كيف كان.

ويدل على ذلك صريحا مارواه الكليني في الصحيح عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: وسألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثم اعتقها (يعتقها خ ل) تخير فيه ام لا؟ قال: نعم تخير فيه إذا اعتقت^(٣).

(١) وقد تقدم آنفا فراجع باب ٥٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٩.

(٢) راجع الوسائل باب ٥٤ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٢.

(٣) الوسائل باب ٥٢ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٩.

[ويجوز ان يتزوجها ويجعل العتق صداقها].

فلا يخفى أن ثبوت الخيار للامة إذا اعتقا دفعة مبني على القول بتخيرها إذا كانت تحت حر، لانهما إذا اعتقا دفعة يكون الحكم بتخيرها واقعا في حال حرية الزوج وقد جمع المصنف في الشرائع بين اختصاص التخير بما إذا كان الزوج عبدا وثبوت الخيار لها إذا اعتقا دفعة وتبعه العلامة في التحرير، وهو غير جيد.

وقد نبه العلامة في القواعد على ترتب الحكم بتخيرها حينئذ، على الخلاف، وهو كذلك. ولكن قد يحصل التوقف في صحة نكاح المملوكين اذا كانا لملك واحد فاعتقا لما رواه الكليني في الصحيح عن عبدالله بن سنان قال: سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول: إذا اعتقت مملوكيك رجلا وامرأته فليس بينهما نكاح، وقال: ان أحببت (أحببت ثل) ان يكون زوجها كان ذلك بصداق^(١). إذ الاستفادة من هذه الرواية بطلان نكاح المملوكين بعتقهما ولا أعلم بمضمونها قائلا. قوله: (ويجوز ان يتزوجها ويجعل العتق صداقها الخ) من الاصول المقررة ان تزويج الرجل بأمته باطل الا اذا جعل مهرها عتقها، فانه يجوز عند علمائنا للنصوص المستفيضة الواردة بذلك عن ائمة الهدى عليهم السلام^(٢) وادعى بعض الاصحاب وصولها إلى حد التواتر. وأورد المصنف رحمته الله في نكت النهاية على هذا الحكم بسبب مخالفته للاصول سؤالات^(٣) ثم تكلف الجواب عنها، وقال في آخر كلامه انه بتقدير

(١) الوسائل باب ٥٣ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٢.

(٢) راجع الوسائل باب ١١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤.

(٣) يعني هذه قال: (كيف) يجوز ان يتزوج جاريته؟ (وكيف) يتحقق الايجاب والقبول وهي مملوكته؟ (ثم) المهر يجب ان يكون متحققا قبل العقد وإذا قدم التزويج لم يكن متحققا، (ثم) يلوح منه دور وهو انه *

[ويشترط تقدم لفظ (التزويج) في العقد، وقيل: يشترط تقديم العتق].

منافاتها للأصل يجب المصير اليها لتحقيق مشروعيتها بالنقل المستفيض.

وقريب من ذلك، كلام العلامة في المختلف، فانه قال: لو كانت هذه المسألة منافية للأصول لكن بعد ورود النقل فيه يجب المصير اليها متابعة للنقل وتصير أصلاً بنفسها كما صار (صرت خ) الدية على العاقلة أصلاً. والبحث عن هذه المسألة يقع في مواضع.

(الاول) اختلف الاصحاب في اشتراط تقديم التزويج على العتق وعكسه وجواز كل منهما، فذهب الاكثر ومنهم المصنف رحمته الله في هذا الكتاب إلى اشتراط تقديم التزويج.

واستدل عليه بما رواه ابن بابويه في الصحيح عن علي بن جعفر، عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجل قال لامته: اعتقتك وجعلت عتقك مهر، قال (فقال لئلا): عتقت، وهي بالخيار ان شاءت تزوجته وان شاءت فلا، فان تزوجته فليعطها شيئاً، فان قال: قد تزوجتك وجعلت مهر

= لا يتحقق العقد الا بالمهر الذي هو العتق والعتق لا يتحقق الا بعد العقد (وقوله) في المثال: تزوجتك وجعلت مهر عتقك والعتق لم يوقعه، وقد قدم انه ينبغي ان يقدم لفظ التزويج على لفظ العتق والعتق له بوقعه وكان ينبغي ان يقول: تزوجتك واعتقتك وجعلت مهر عتقك، (وقولهم): فان طلق التي جعل عتقها مهرها قبل الدخول بها رجع نصفها رقا (كيف) هذا؟ وبالعقد تملك نفسها والحر لا يعود رقا، ولو قال: رجع بنصف قيمتها كان حسناً (وقوله) وان كان لها ولد الزم ان يؤدي عنها النصف من اين يجب؟ (وقوله): وان لم يترك المولى مالا غيرها كان العتق والعقد فاسدين يقال: حال العتق وحال العقد اما ان يكونا ماضيين او صحيحين وكيف كان لا يؤثر الاعسار بعد ذلك فيه والولد اما انعقد حراً وأما لا، وايهما كان يلزم ان لا يتغير عن صفة ثم قال: (الجواب) قوله: كيف يجوز ان يتزوج أمته؟ قلنا: إذا كان العتق يحصل مع العقد لم يمنع منه وانما يمنع لو كانت الرقية باقية (إلى ان قال): ولو سلمنا ان الأصل ينافيه لتمكن المصير اليه وان كان على خلاف الأصل متابعة للمنقول (انتهى).

نكت النهاية للمحقق (باب السراري وملك الايمان).

*

عتقك فان النكاح واقع (بينهما خ) ولا يعطها شيئا^(١).

وقد روى هذه الرواية، الشيخ في التهذيب والاستبصار مرسلا عن علي بن جعفر بهذا المتن.
لكن جدي عليه السلام في المسالك أوردها على غير هذا الوجه، فانه قال فيها: وان قال: قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك، فان النكاح باطل ولا يعطيها شيئا.
ولم اقف على هذه الرواية في شيء من كتب الحديث، ولا في كتب الاستدلال، ولا يبعد ان تكون موهومة وما اوردها اولا صحيح السند، ومقتضاه انعقاد النكاح إذا قال: تزوجتك جعلت مهرك عتقك.

لكنه لا يدل على البطلان مع تقديم العتق على التزويج، إذ لفظ التزويج غير مذكور في السؤال، فجاز ان يكون البطلان مستندا إلى الاخلال بهذا اللفظ، لا إلى تقديم العتق عليه.
وذهب المفيد والشيخ في الخلاف إلى اشتراط تقديم العتق واختاره العلامة في المختلف نظرا إلى ان نكاح الامة باطل.

ولا يخفى ان ذلك وارد مع تقديم العتق ايضا، لان الكلام انما يتم بآخره.
والاصح عدم الفرق بين تقديم التزويج على العتق وتأخيره كما اختاره المصنف في الشرائع وجمع من المتأخرين، لان الكلام جملة واحدة لا يتم الا بآخره، فلا فرق بين تقديم احد اللفظين وتأخيره.
ويدل على جواز تقديم التزويج صريحا صحيحة علي بن جعفر المتقدمة وعلى جواز تقديم العتق ما رواه الكليني في الصحيح عن عبيد بن زرارة انه سمع

(١) الوسائل: باب ١٢ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥١١.

ابا عبدالله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لامته: اعتقتك وأتزوجك واجعل مهرك عتقك فهو جائز^(١).
 (الثاني) هل يكفي قوله: تزوجتك وجعلت مهرك عتقك، عن قوله: اعتقتك؟ قال في
 المختلف: الفاظ علمائنا وما ورد من الاخبار تدل على الاكتفاء بذلك.
 وهو كذلك ويدل عليه صريحا قوله عليه السلام في صحيحة علي بن جعفر: فان قال: قد تزوجتك
 وجعلت مهرك عتقك فان النكاح واقع بينهما^(٢).
 ويؤيده انه لو أمهر امرأة ثوبا فقال لها: تزوجتك وجعلت مهرك هذا الثوب فانها تملكه بتمام
 العقد من غير احتياج إلى صيغة تملك، فكذا اذا جعل العتق مهرا فانها تملك نفسها لا حاجة إلى
 صيغة اخرى للعتق.
 ولا يخفى أن قولهم: (تملك نفسها) مجاز من حيث حصول غاية الملك فلا يرد عليه أن الملك
 إضافة فلا بد لها من تغاير المضافين بالذات.
 ونقل عن ظاهر المفيد وأبي الصلاح أنهما اعتبرا لفظ اعتقتك، لان العتق لا يقع الا بالصيغة
 الصريحة وهو التحرير والاعتاق فلا بد من التلفظ باحدهما.
 وجوابه بعد تسليم انحصار العتق في هاتين الصيغتين، ان هذا العقد ثابت بالنصوص الصحيحة
 التي لا سبيل إلى ردها فلا يقدر فيه مخالفته للاصول المقررة كما تقدم.
 (الثالث) هل يفتقر هذا النكاح إلى القبول من المرأة؟ يحتمل ذلك لانه عقد نكاح فاشترط فيه
 القبول كسائر العقود اللازمة، ولان العقد في عرف اهل

(١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٠٩.

(٢) الوسائل باب ١٢ قطعة من حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥١١.

[وام الولد رق وان كان ولدها باقيا، ولو مات جاز بيعها، وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها، ولو عجز النصيب سعت في المتخلف].

الشرع هو المركب من الايجاب والقبول، ولا يقدح في ذلك كونها مملوكة لانها بمنزلة الحرة حيث تتحرر بتمام العقد فرقيتها غير مستقرة، ولولا ذلك لا ممتنع تزويجها.

ويحتمل العدم، واختاره العلامة في المختلف وجمع من المتأخرين، لان المستند في شرعية هذا العقد، النقل المستفيض، وليس في شئ منه مايدل على اعتبار القبول، ولانها حال الصبيغة مملوكة، فلا اعتبار برضاها، ولان رضاها لو كان معتبرا لبطل ماوقع من المولى، لانه قائم مقام القبول حيث انه وظيفته ووظيفة الايجاب من جهتها، ولانه لا بد من كمال المتعاقدين حال الايجاب والقبول وهو منتف هنا.

ولا ريب في قوة هذا الوجه وان كان الاحوط اعتبار القبول عملا بالمتيقن ليعتبر وقوعه بالعربية على الفور، على نهج سائر العقود اللازمة.

وحيث قد عرفت أن هذا الحكم مخالف للاصول المقررة فيجب الاقتصار فيه على موضع النص والوفاق، وهو ما إذا تزوج أمته وجعل مهرها عتقها فلا يجوز جعل عتق بعض مملوكته مهرا، ولا جعل نصيبه من المبيعة ونحو ذلك من الصور الخارجة عن موضع النص.

قوله: (وام الولد رق وان كان ولدها باقيا الخ) لا ريب ان مجرد الاستيلاد ليس سببا في العتق، لكن تشبث بالحرية، فان مات الولد وأبوه حي عادت إلى محو الرق وجاز بيعها اجماعا، وان مات مولاه والولد حي انعتقت بموت المولى لانتقالها او بعضها إلى ولدها فينعتق عليه مايرثه منها، لان ملك الولد لاحد أبويه يوجب عتقه عليه ولو بقي منها شئ خارج عن ملكه سرى اليه العتق ان كان

[ولا يلزم الولد السعي على الاشبه. وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبتها ان لم يكن غيرها].

نصيبه من التركة يفي به والا اعتق منها بقدره.

ولو عجز النصيب عن المتخلف منها سعت هي في المتخلف ولا يسري عليه لو كان له مال من غير التركة ولا يلزمه السعي لو لم يكن له مال عند اكثر الاصحاب. ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه أوجب على الولد فكها من ماله، وعن ابن حمزة انه أوجب على الولد السعي في فك باقيها. ولم نقف لهما على مستند، والاصل براءة الذمة من هذا التكليف.

وهذه المسألة محلها باب الاستيلاد، وسيذكرها المصنف فيه مرة اخرى، وانما ذكرها هنا ليفرح عليها ما سيجي من قوله: (ولو اشترى الامة نسيئة الخ) فانه من مسائل النكاح، وسيجي الكلام عليه في مسائل الاستيلاد مفصلا في محله ان شاء الله تعالى.

قوله: (وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبتها إذا لم يكن غيرها) لا خلاف في جواز بيعها في ثمن رقبتها إذا مات مولاهما ولم يخلف سواها والمستند فيه، ما رواه الكليني في الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: قلت لابي إبراهيم عليه السلام: أسألك؟ قال: سل، قلت: لم باع امير المؤمنين عليه السلام امهات الاولاد؟ قال: في فكاك رقابهن، قلت: وكيف ذلك؟ قال: ايما رجل اشترى جارية فاولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه اخذ ولدها منها وبيعت فأدي ثمنها، قلت: فيبعن (فتباع خ) فيما سوى ذلك من دين (الدين ثل)؟ قال: لا^(١).

واختلف الاصحاب في جواز بيعها في ثمن رقبتها إذا كان مولاهما حيا ولم

(١) الوسائل باب ٢ حديث ٢ من ابواب الاستيلاء ج ١٦ ص ٢٤ *

[ولو اشترى الامة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها فحملت ثم مات ولم يترك ما يقوم بثمانها فالاشبه أن العتق لا يبطل ولا يرق الولد.

وقيل: تباع في ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بن سالم].

يكن له من المال ما يوفي ثمنها منه، وذهب الاكثر إلى الجواز، وبه قطع جدي عليه السلام في المسالك.

واستدل برواية عمر بن يزيد، قال: فانها شاملة لموت المولى وعدمه.

ويشكل بان قوله فيها: (ولم يدع من المال ما يؤدي عنه) ظاهر في ان البيع بعد موت المولى، فلا يتم الاستدلال بما على الجواز مطلقا.

والقول بالمنع نادر لكنه لا يخلو من قوة، وسيجيئ تمام الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى.

قوله: (ولو اشترى الامة نسيئة فأعتقها الخ) ما اختاره المصنف هو الاقوى، وبه قطع ابن ادريس واكثر المتأخرين، لان العتق والتزويج صدرا من اهلها في محلها، فوجب الحكم بصحتها وبحرية الولد لحرية (بحرية خ ل) أبويه.

والقول ببطلان العتق وعودها رقا لمولاهما الاول وان ولدها رق للشيخ في النهاية وابن الجنييد، وابن البراج.

والمستند فيه ما رواه الكليني في الصحيح عن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام وانا حاضر، عن رجل باع من رجل، جارية بكرا إلى سنة، فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال ابو عبد الله عليه السلام: ان كان للذي اشتراها إلى سنة مال او عقدة تحيط بقضاء ماعليه من الدين في رقبتها، فان

عتقه ونكاحه جائزان قال: وان لم يملك مالا او عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته
كان عتقه ونكاحه باطلان لانه اعتق ما لا يملك، وأرى أنها رق لمولاها الاول، قيل له: فان كانت
علقت (اعني من المعتق لها المتزوج بها كا) (من الذي اعتقها) وتزوجها ما حال الذي في بطنها؟
قال: الذي في بطنها مع أمه، كهيئتها^(١).

وهذه الرواية مشتملة على ما ينافي جملة من الاحكام المقطوع بها، قال المصنف في النكت: ان
سلم هذا النقل فلا كلام، لجواز استثناء هذا الحكم من جميع الاصول المنافية، لعله لا نتعلها لكن
عندي ان هذا خبر واحد لا يعضده دليل فالرجوع إلى الاصل اولى.

وهو حسن، مع أن الشيخ رحمته الله اورد هذه الرواية في التهذيب (تارة)، عن هشام بن سالم، عن
أبي عبدالله عليه السلام^(٢) كما في الكافي (وتارة) عن هشام بن سالم، عن أبي بصير، عن أبي عبدالله
عليه السلام^(٣)، وابوبصير مشترك بين الشقة والضعيف، واختلاف السند على هذا الوجه مما يضعفه عند
اصحابنا.

واختلف كلام العلامة ومن تأخر عنه في حمل الرواية لاعتنائهم بها لصحة سندها فحملها
العلامة في القواعد على وقوع العتق والنكاح في مرض الموت بناء على مذهبه من بطلان التصرف
المنجز مع وجود الدين المستغرق فيرجع رقا ويتبين

(١) الوسائل باب ٢٥ حديث ١ من كتاب العتق ج ١٦ ص ٣٥ وفيه قال: وان لم يكن للذي اشتراها واعتقها
وتزوجها، مال ولا عقدة يوم مات تحيط بقضاء ما عليه من الدين برقبته فان عتقه ونكاحه باطلان الخ.
(٢) اوردته في كتاب السراري والايمان والعتق حديث ٦٩ هكذا: مُحَمَّد بن يعقوب عن مُحَمَّد بن يحيى عن مُحَمَّد بن احمد،
وعلي بن إبراهيم، عن أبيه جمعا، عن ابن محبوب، عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام.
(٣) اوردته في باب السراري ومملك الايمان من كتاب الطلاق حديث ٦٦ هكذا: الحسن بن محبوب، عن هشام بن سالم،
عن أبي بصير قال سئل ابوعبدالله عليه السلام وانا حاضر الخ مع اختلاف في الفاظه.

بطلان النكاح.

واعترض عليه بأن هذا الحمل انما يقتضي جواز بيعها في دين المشتري لاعودها رقا للبائع.
وأيضاً فان بطلان العتق والنكاح انما يقتضي رقية الام لا رقية الولد كما تضمنت الرواية.
واعتذر المحقق الشيخ فخر الدين عن الثاني بأن الرواية لا تدل على رقية الولد، بشئ من الدلالات لانه صادف حال حرية أمه ظاهراً، والحر المسلم لا يصير رقا.
ورده الشهيد في شرح الارشاد بأن المفهوم من قوله: (كهيتها) ليس الا ان حكمه حكمها في حال السؤال وقد حكم قبل ذلك بانها رق فيكون الولد رقا فهو دال على رقية الولد بالمطابقة، قال: وتجويز مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص.
وحملها بعضهم على فساد البيع مع كون المشتري عالماً بالفساد، فان وطئه يكون زنا وولده رقا.
ورد بان في الرواية انه إذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق والنكاح صحيحين، ولو كان البيع فاسداً لما صح ذلك.

وحملها الشيخ طومان بن أحمد العاملي المناري^(١)، على ان المشتري فعل

(١) لقبه الشيخ الحر بـ (نجم الدين) فقال: انه كان فاضلاً عالماً محققاً روى عن الشيخ شمس الدين بن محمد بن صالح، عن السيد فخار بن معد الموسوي وغيره من مشايخه، وذكر الشيخ حسن بن الشهيد الثاني في اجازته ان عنده بخط الشيخ شمس الدين محمد بن صالح، اجازة للشيخ الفاضل نجم الدين طومان بن احمد العاملي (إلى ان قال): وذكر انه قرء على السيد رضي الدين علي بن موسى بن طاووس واجاز له سنة اربع وثلاثين وستمائة وفيها توفي.
قال: وذكر الشهيد رحمته الله في بعض اجازاته ان والده جمال الدين ابا محمد المكي * =

[أما البيع: فإذا بيعت ذات البعل تخير المشتري في الاجارة والفسخ تخيرا على الفور].
 ذلك مضارة والعتق يشترط فيه القرية حكاه عنه الشهيد في شرح الارشاد.
 ويضعف بان بطلان العتق لا يقتضي عودها رقا إلى مولاهما الاول ولا رقية الولد مع أن
 البطلان قد علل في الرواية بانه (اعتق ما لا يملك) وهو غير مناسب لهذا الحمل.
 وحملها بعض مشايخنا المعاصرين^(١) على أن المراد بقوله: (وان لم يملك مالا) كونه سفيها فيكون
 شراؤه وعتقه ونكاحه فاسدا، ووطؤه مع العلم بالفساد زنا، قال: وهذا التنزيل لا يرد عليه شيء مما
 تقدم غير انه بعيد، لكنه أولى من اطراح الرواية، ولا ريب في شدة بعده، والمسألة محل اشكال،
 والمتجه رد الرواية لمنافاتها لاصول المذهب خصوصا في رقية الولد.
 قوله: (وأما البيع فإذا بيعت الخ) اطبق الاصحاب على ان بيع الامة المزوجة يقتضي تسلط
 المشتري على فسخ العقد وامضائه.
 والاصل فيه، الاخبار المستفيضة الواردة بذلك كصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه
 قال: في الرجل يزوج امته رجلا حرا ثم يبيعها، قال:

= عليه السلام من تلامذة الشيخ العلامة الفاضل نجم الدين طومان والمترددين اليه إلى حين سفره إلى الحجاز الشريف ووفاته
 بطيبة في نحو سنة ٧٢٨ وما قاربها انتهى يعني ما نقله عن الشيخ الحر (انتهى) ما نقلناه من تنقيح لمقال للمنتبغ المامقاني
عليه السلام ج ٢ ص ١١٠ نقول: يظهر من كلمات الاصحاب انه مسمى ب (طومان) تارة وب (طمان) اخرى فراجع في
 معجم الرجال للمرجع الديني الخوئي مد ظله ج ٩ ص ١٦٩.

(١) في هامش بعض النسخ: هو المرحوم المبرور السيد علي بن المرحوم السيد حسين بن صالح (الصائغ خ) عليه السلام (منه).

*

هو فراق ما بينها الا ان يشاء المشتري ان يدعهما^(١).

وصحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا انكح الرجل عبده أمته فرق بينهما إذا شاء
قال: وسألته عن رجل تزوج أمته من رجل حر او عبد لقوم آخرين أله ان ينزعها منه؟ قال: لا الا
ان يبيعها فان باعها فشاء الذي اشتراها ان يفرق بينهما فرق بينهما^(٢).

وصحيحة محمد بن مسلم، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: طلاق الامة يبيعها^(٣).
وحسنة بكير بن اعين وريد بن معاوية، عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام قال (قالا تل): من
اشتري مملوكة لها زوج، فان يبيعها طلاقها، فان شاء المشتري فرق بينهما وان شاء تركهما على
نكاحهما^(٤).

واطلاق النص وكلام الاصحاب يقتضي عدم الفرق بين كون البيع قبل الدخول او بعده، ولا
بين كون الزوج خرا او مملوكا، وفي صحيحة محمد بن مسلم تصريح بثبوت الخيار إذا كان الزوج حرا.
وقد قطع المصنف وغيره بان هذا الخيار على الفور.
ويدل عليه مضافا إلى قصر ما خالف الاصل على موضع الضرورة والوفاق (منه خ) رواية أبي
الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا بيعت

(١) الوسائل باب ٤٧ قطعة من حديث ١ من أبواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٣.

(٢) الوسائل باب ٤٥ حديث ٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥١ وذيله في باب ٦٤ حديث ٥ منها
ص ٥٧٤.

(٣) الوسائل باب ٦٤ حديث ٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٥.

(٤) الوسائل باب ٤٧ حديث ٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٤.

*

[وكذا لو بيع العبد وتحتته أمة، وكذا قيل: لو كان تحتته حرة لرواية فيها ضعف].
الامة ولها زوج فالذي اشتراها بالخيار ان شاء فرق بينهما وإن شاء تركها، فان تركها معه فليس له ان يفرق بينهما بعد التراضي الحديث^(١).
وعلى هذا فلو آخر لا لعذر سقط خياره، ومن العذر، الجهل بأصل الخيار وفي كون الجهل بفوريته عذرا وجهان أقواهما (اقربهما خ) العدم.
قوله: (وكذا لو بيع العبد وتحتته أمة الخ) اما ثبوت الخيار لمشتري العبد إذا كان تحتته أمة، فالظاهر انه لا خلاف فيه.
ويدل عليه رواية الكليني في الصحيح عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام، قال: طلاق الامة بيعها او بيع زوجها^(٢).
وانما الخلاف في ثبوت الخيار للمشتري إذا كان تحت العبد حرة، فقال الشيخ في النهاية، وابن البراج، وابن حمزة، بثبوته ايضا لتساويهما في المعنى المقتضى له، وهو توقع الضرر ببقاء التزويج. ولرواية محمد بن علي، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: اذا تزوج المملوك حرة فللمولى ان يفرق بينهما، فان زوجه المولى حرة فله ان يفرق بينهما^(٣).
قيل: وليس له التفريق بغير البيع اجماعا فيكون بالبيع.
وهذه الرواية ضعيفة السند^(٤) قاصرة المتن فلا يسوغ التعلق بها في اثبات هذا الحكم.
ومن ثم جزم ابن ادريس ومن تأخر عنه بعموم ثبوت الخيار هنا، وجعل

(١) الوسائل باب ٤٨ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٥.

(٢) الوسائل باب ٤٧ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٣.

(٣) الوسائل باب ٦٤ حديث ٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٤.

(٤) والسند هكذا كما في التهذيب: الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن موسى بن بكر، عن محمد بن لي.

الرواية الواردة به شاذة، وقياسه على بيع الامة باطل.

وشنع عليه العلامة في المختلف فقال: ونسبة ابن ادريس كلام الشيخ إلى القياس جهل منه وقلة تأمل وسوء نظر في الأدلة واستخراجها، فانه لو فقدت النصوص لكان الحكم في العبد مساويا للامة لان الشارع لم يفرق بينهما في مثل هذه الاحكام كما لم يفرق لتقويم وغيره هذا كلامه رحمه الله.

ولا يخفى ما فيه فان الحكم بالمساواة يحتاج إلى دليل من نص أو اجماع، ومع انتفائه يجب التمسك بمقتضى العقد اللازم. والاصح ما اختاره ابن ادريس.

وربما ظهر من تخصيص المصنف ثبوت الخيار للمشتري عدم ثبوته لمولى الآخر وهو احد القولين في المسألة، وبه قطع ابن ادريس في سرائره فقال: لا ارى لرضا الذي لم يبع وجهها، لان الخيار في اقرار العقد وفسخه للمشتري في جميع اصول هذا الباب، وانما جعل الشارع لمن لم يحضر العقد ولا كان مالكا لاحدهما وانما انتقل اليه الملك بالخيار، لانه ما يرض بشئ من ذلك الفعال لا الايجاب ولا القبول، ولا كان له حكم فيهما والموجب والقابل اعنى السيدين المالكين الاولين رضيا وواجبا وقبلهما فمن جعل الخيار لهما يحتاج إلى دليل.

وقال الشيخ في النهاية: إذا باع العبد والامة يثبت الخيار للمشتري ولمولى الآخر.

ونفى العلامة عنه في المختلف البعد من الصواب، قال: لان الذي لم يبع انما رضي بالعقد مع المالك الاول والاعراض تختلف باختلاف الملاك، وأيضا البائع أوجد سبب الفسخ وهو الخيار للمشتري فيكون للآخر ذلك أيضا لانه مالك كالبائع مساو له في الحكم فيثبت له ما ثبت له.

وضعف هذين الدليلين ظاهر، فان الاول انما يصلح توجيهها للنص

[ولو كانا لملك فباعهما لاثنتين فلكل منهما الخيار. وكذا لو باع احدهما لم يثبت العقد ما لم يرض كل واحد منهما].

بعد وروده، لا دليلا مستقلا على اثبات الحكم، والثاني مع صحته لا يخرج عن القياس. والاصح ما اختاره ابن ادريس هنا أيضا. قوله: (ولو كانا لملك فباعهما لاثنتين فلكل منهما الخيار) لا فرق في ذلك بين ان يبيع احدهما لواحد والآخر لآخر او يبيعهما معا لاثنتين على وجه الاشتراك.

والوجه في ذلك اطلاق ما تضمن ثبوت الخيار للمشتري فانه متناول لجميع هذه الصور. قوله: (وكذا لو باع احدهما الخ) المراد أنهما إذا كانا لملك واحد فباع احدهما خاصة كان الخيار في فسخ العقد وامضائه لكل من البائع والمشتري. اما ثبوته للمشتري فمعلوم مما سبق. واما ثبوته للبائع فاستدل عليه باطلاق النص بان البيع طلاق، وباشتراك البائع والمشتري في المعنى المقتضى لجواز الفسخ، فان المشتري كما يتضرر بتزويج مملوكه بغير مملوكه، فكذا البائع. ويتوجه على الاول ان مقتضى حسنة بكير بن اعين وبريد بن معاوية، ان معنى كون البيع طلاقا أن المشتري ان شاء فرق بينهما، وان شاء تركهما على حالهما فانه ^(١) قال: (من اشترى مملوكة لها زوج فان بيعها طلاقها فان شاء المشتري فرق بينهما، وان شاء تركهما على نكاحهما)^(٢).

وفي معنى هذه الرواية غيرها من الاخبار^(٣)، وعلى هذا فلا دلالة لكون

(١) الوسائل باب ٤٧ حديث ٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٤.

(٢) راجع باب ٤٧ المذكور.

*

[وَيَمْلِكُ الْمَوْلَى الْمَهْرَ بِالْعَقْدِ، فَإِنْ دَخَلَ الزَّوْجُ اسْتَقَرَّ، وَلَا يَسْقُطُ لَوْ بَاعَ. أَمَّا لَوْ بَاعَ قَبْلَ الدَّخُولِ سَقَطَ، فَإِنْ أَجَازَ الْمُشْتَرِي كَانَ الْمَهْرُ لَهُ، لِأَنَّ الْأَجَازَةَ كَالْعَقْدِ]. الْبَيْعُ طَلَاقًا عَلَى جَوَازِ الْفَسْخِ لِلْبَائِعِ.

وعلى الثاني أن هذه العلة مستنبطة فلا اعتبار بها. وظاهر كلام المصنف يقتضي الفرق بين ما لو كان مالك الآخر الذي لم يبيع البائع وغيره فإن الخيار يثبت في الأول دون الثاني، وبه صرح جدي رحمته الله، في المسالك والأظهر عدم ثبوته في الموضعين.

ويستفاد من قول المصنف: (لم يثبت العقد ما لم يرض كل واحد منهما) أنه لو فسخ أحدهما انفسخ العقد وإن التزم به الآخر، وهو كذلك.

ومثله ما لو اشترك الخيار بين البائع والمشتري فاختار أحدهما الأمضاء والآخر الفسخ. قوله: (وَيَمْلِكُ الْمَوْلَى الْمَهْرَ بِالْعَقْدِ الْخ) أما إن المولى يملك المهر بالعقد فلأنه عوض البضع الذي هو ملك المولى وقد تقدم الكلام فيه.

وأما استقراره بالدخول وعدم سقوطه بالبيع الواقع بعده سواء أجاز المشتري أم لا فلأن الدخول موجب لاستقرار المهر في الحرية والامة لحصول مقصود المعاوضة، حتى لو طلق الزوج والحال هذه لم يسقط من المهر شيء، فالبيع أولى.

وأما أنه إذا باع الامة قبل الدخول يسقط المهر، فإن أجاز المشتري كان المهر له، فقد علله المصنف بأن الاجازة كالعقد المستأنف.

وربما كان وجهه ما ورد في كثير من الروايات من أن البيع طلاق لكن فيه ما عرفت من أن الظاهر أن المراد به افادته تخيير المشتري بين فسخ العقد وأمضائه

خاصة.

مع ان اللازم من هذا الدليل تنصف (تنصيف خ) المهر بالبيع كالطلاق لا سقوط الجميع. وعلل أيضا بان البضع قد انتقل إلى المشتري وتعذر تسليمه على البائع فانتفى المعوض من قبله، وإذا انتفى المعوض من قبله وجب ان يسقط استحقاقه للعوض ويصير للثاني إذا اجاز العقد، لان المعوض صار حقا له. ويتوجه عليه ان انتفاء المعوض انما يتحقق بفسخ المشتري العقد، ومعه لا ريب في سقوط المهر، لانه فرقة جائت من قبل مالك البضع قبل الدخول اما مع اجازته وتسليم صاحب العوض للمعوض بالفعل فلا. ويحتمل قويا القول بكون المهر للاول مع اجازة الثاني العقد لدخوله في ملكه بالعقد، والاجازة تقرير للعقد الاول وليست عقدا مستأنفا. ويؤيده اتفاق الاصحاب ظاهرا على ان الامة المزوجة إذا اعتقت قبل الدخول، فاجازت العقد يكون المهر للسيد.

والحكم في اجازة الامة بعد العتق واجازة المشتري واحد.

وربما فرق بينهما بان البيع معاوضة تقتضي تمليك المنافع تبعا للعين فيصير منافع البضع مملوكة للمشتري، بخلاف العتق فانه لا يقتضي تمليكا وإنما هو فك بملك ففي الامة المعتقة يكون المنافع كالمستثناة للسيد وفي البيع ينتقل إلى المشتري. وفي الفرق نظر يعلم مما قررناه.

وفي المسألة اقوال اخر ضعيفة ولم تصل إلينا في هذه المسألة رواية سوى ما رواه الشيخ، عن سعدان بن مسلم، عن أبي بصير، عن احدهما عليه السلام في رجل زوج مملوكته (مملوكة له ثل) من رجل على اربعمائة درهم فجعل له مائتي درهم وأخر عنه مائتي درهم، فدخل بها زوجها ثم ان سيدها باعها بعد من رجل لمن تكون

[واما الطلاق: فإذا كانت زوجة العبد حرة أو أمة لغير مولاه فالطلاق بيده وليس لمولاه اجباره].

المأتان المؤخرة عنه (على الزوج ثل)؟ فقال: ان كان الزوج دخل بها وهي معه ولم يطلب السيد منه بقية المهر حتى باعها فلا شيء له عليه ولا لغيره^(١).

وهي ضعيفة السند، واجاب عنها في المختلف بحمل الدخول على الخلوة دون الايلاج، قال: وقوله: (ان لم يكن أوفاهها بقية المهر) معناه، ان لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفيهها المهر ثم باعها، لم يكن له شيء، للفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول، ولا لغيره إذا لم يجر العقد. ولا يخفى ما في هذا التأويل من البعد.

قوله: (واما الطلاق فإذا كانت زوجة العبد الخ) ما اختاره المصنف رحمته الله من أن العبد إذا تزوج باذن مولاه حرة أو أمة لغير مولاه كان الطلاق بيده وأنه ليس له اجباره عليه، قول معظم الاصحاب وقال ابن أبي عقيل: إذا زوج السيد عبده فالطلاق إلى السيد دون العبد، متى ما شاء السيد فرق بينهما.

وهو بإطلاقه يتناول ما إذا كانت الزوجة حرة أو أمة لغير مولاه وقال ابن الجنيدي: طلاق العبد إلى مولاه سواء كانت زوجته أمة مولاه أو أمة غيره أو حرة. قال في المختلف بعد نقل ذلك: وقول ابن أبي عقيل وابن الجنيدي ليس عندي بعيدا من الصواب.

وقال ابوالصلاح: لسيدته ان يجبره على الطلاق.

(١) الوسائل باب ٨٧ حديث ١ من ابوب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٩٠ وما نقلناه موافق لما في الوسائل ولكن في النسخ هكذا: فقال: إن لم يكن أوفاهها بقية المهر الخ.

احتج الاولون بما رواه الكليني في الصحيح عن جميل بن صالح عن أبي بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يأذن لعبده ان يتزوج الحرة او امة قوم، الطلاق إلى السيد أو إلى العبد؟ قال: الطلاق إلى العبد^(١).

وفي الموثق، عن علي بن يقطين، عن العبد الصالح عليه السلام قال: سألته عن رجل يزوج غلامه جارية حرة (جاريته ثل)، فقال: الطلاق بيد الغلام (المولى ثل)^(٢).

وفي الموثق ايضا، عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن رجل تزوج غلامه جارية حرة، فقال: الطلاق بيد الغلام^(٣).

وعن ليث المرادي، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: ان كانت أمتك فلا: ان الله عزوجل يقول: (عبدا مملوكا لا يقدر على شيء) وان كانت امة قوم آخرين أو حرة جاز طلاقه^(٤).

وما رواه ابن بابويه، عن محمد بن الفضيل (الفضل خ)، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: طلاق العبد إذا تزوج امرأة حرة أو تزوج وليدة قوم آخرين، إلى العبد، وان تزوج وليدة مولاه كان هو الذي (له ان) يفرق بينهما (او يجمع بينهما) (الفقيه) ان شاء، وان شاء نزعها منه بغير طلاق^(٥) وهذه الروايات كما ترى مستفيضة، لكنها مشتركة في قصور السند.

احتج ابن الجنيد وابن أبي عقيل بما رواه الشيخ في الصحيح عن زراة،

(١) الوسائل باب ٤٣ حديث ٣ من ابواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٤١ وفيه: سألت ابا عبدالله عليه السلام.

(٢) الوسائل باب ٤٣ قطعة من حديث ٤ من ابواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٤١.

(٣) الوسائل باب ٤٣ قطعة من حديث ٥ من ابواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٤١.

(٤) الوسائل باب ٤٣ حديث ٢ من ابواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٤١.

(٥) الوسائل باب ٤٤ مثل حديث ٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥١ مع اختلاف في لفاظه فراجع.

عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام ، قالوا: المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه الا بإذن سيده، قلت: فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء، فشيء الطلاق^(١).

وفي الصحيح، عن شعيب بن يعقوب العرقوفي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سئل وأنا عنده أسمع، عن طلاق العبد، قال: ليس له طلاق ولا نكاح اما تسمع (قول - خ) الله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شيء؟ قال: لا يقدر على طلاق ولا نكاح الا بإذن مولاه^(٢).

وفي الصحيح، عن بكير بن اعين وبريد بن معاوية، عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام انهما قالوا في العبد المملوك: ليس له طلاق الا بإذن مولاه^(٣).

واجاب عنها الشيخ في كتابي الاخبار بالحمل على ما إذا تزوج العبد بامة مولاه جمعا بينها وبين ما تقدم من الاخبار المفصلة فان المفصل يحكم على المجمل. ويشكل بان الاخبار المفصلة قاصرة من حيث السند فلا يتم الخروج بها عن ظاهر الاخبار الصحيحة.

لكن لا يخفى ان ما عدا الرواية الاولى غير واضح الدلالة على المطلوب، إذ أقصى ما تدل عليه، توقف طلاق العبد على اذن سيده، لا ان الطلاق بيد السيد. اما الرواية الاولى فصرحة في المطلوب، والجمع بينها وبين الاخبار المتقدمة لا يخلو من اشكال، والمسألة محل تردد وان كان القول المشهور لا يخلو من قرب لاستفاضة الروايات به واعتبار أسانيد بعضها واعتضادها بعمل الاصحاب.

(١) الوسائل باب ٤٥ حديث ١ من ابواب مقدمات الطلاق ج ١٥ ص ٣٤٣.

(٢) الوسائل باب ٦٦ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٦.

(٣) الوسائل باب ٤٥ حديث ٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥١.

[ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق إلى المولى. ولا يشترط لفظ الطلاق].

قوله: (ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق إلى المولى ولا يشترط لفظ الطلاق) هذا الحكم مقطوع به في كلام الاصحاب، وظاهرهم أنه موضع وفاق، والخبار الواردة به مستفيضة جدا. (منها) ما رواه الشيخ في الصحيح، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا انكح الرجل عبده أمته فرق بينهما إذا شاء^(١).

وفي الصحيح، عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح مملوكته (أمته خ) من رجل أيفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إذا (ان خ) كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، ان الله تعالى يقول: عبدا مملوكا لا يقدر على شيء^(٢).

وفي الصحيح، عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل: والمحصنات من النساء الا ما ملكت إيمانكم؟ قال: هو ان يأمر الرجل عبده وتحتة أمته فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها، فاذا حاضت بعد مسه اياها ردها عليه بغير نكاح^(٣).

وما رواه الكليني في الحسن عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: إذا زوج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها قال له: اعتزلها فإذا طمشت وطأها ثم يردها عليه ان شاء^(٤). وفي الحسن عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

(١) الوسائل باب ٤٥ حديث ٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥١.

(٢) الوسائل باب ٦٤ حديث ٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٥.

(٣) الوسائل باب ٤٥ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٠.

(٤) الوسائل باب ٤٥ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥٠.

[النظر الثاني: في الملك وهو نوعان: (الاول) ملك الرقبة ولا حصر في النكاح به].
إذا كان للرجل أمة فزوجها مملوكه فرق بينهما إذا شاء، وجمع بينهما إذا شاء^(١).
وقد ظهر من هذه الروايات انه يكفي في فسخ المولى لهذا النكاح كل لفظ دل عليه من الامر بالاعتزال والافتراق وفسخ العقد.
ولا يشترط لفظ الطلاق، ولو أتى بلفظه، انفسخ النكاح لدلالته على ارادة التفريق بينهما، لكنه لا يعد طلاقا شرعيا ولا يلحقه احكام الطلاق.
وقيل: ان الفسخ الواقع من المولى طلاق مطلق فيعتبر فيه شروط الطلاق، ويعد من الطلقات.
وقيل: انه ان وقع بلفظ الطلاق كان طلاقا، فان أحل بأحد شرائطه وقع باطلا، وان وقع بغير لفظ الطلاق كان فسخا لا طلاقا.
وهما ضعيفان، إذ المستفاد من الاخبار، الاكتفاء في تحقق الفراق في هذا النكاح بالامر بالاعتزال وما في معناه، والحكم بجران الطلاق فيه واثبات لوازمه، يحتاج إلى دليل.
قوله: (الاول ملك الرقبة ولا حصر في النكاح به) قد سبق احكام العقد على الاماء، وهذا النظر معقود لبيان الوطاء بالملك.
وهو نوعان: ملك الرقبة، وملك المنفعة، وابتدأ بذكر ملك الرقبة، لانه الاصل في الباب، وقد تطابقت الادلة من الكتاب^(٢)، والسنة، والاجماع على جواز

(١) الوسائل باب ٤٥ حديث ٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٥١.

(٢) كقوله تعالى: والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايماهم فانهم غير ملومين.

[وإذا زوج أمته حرمت عليه وطأ ولمسا ونظرا بشهوة مادامت في العقد].
النكاح بملك اليمين وأن الموطوءات بالملك لا ينحصرون في عدد.
ولا يخفى أن ذلك إنما هو في الرجال، أما النساء، فإن ملك اليمين فيهن ليس طريقا إلى حل
الوطء.

وروى ابن بابويه في الصحيح عن العلا (بن رزين ثل)، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر
عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة مكنت من نفسها عبدا لها فنكحها، ويبيع بصغر
منها (قال خ) ويحرم على كل مسلم أن يبيعها عبدا مدركا بعد ذلك وروى الكليني هذه الرواية
بعينها، وزاد فيها: أنها تضرب مائة ويضرب العبد خمسين جلدة^(١).
قوله: (وإذا زوج أمته حرمت عليه وطأ الخ) ربما يظهر من تخصيص التحريم بالوطء واللمس
والنظر بشهوة، اباحة النظر إلى جميع جسدها بغير شهوة حتى العورة وليس كذلك.
واطلق العلامة في جملة من كتبه، أن الأمة المزوجة يحرم على مالکها منها ما يحرم على غير
المالك، وهو غير واضح المأخذ.

والذي وقفت عليه في هذه المسألة من الاخبار، ما رواه الكليني، وابن بابويه في الصحيح عن
عبد الرحمن بن الحجاج، وقال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده أتقوم عليه
كما كانت تقوم فتراه منكشفا أو يراها على تلك الحال؟ فكره عليه السلام ذلك، وقال: قد منعي (أبي
يب) أن أزوج بعض غلماي أمي لذلك^(٢) والظاهر أن المراد بالكراهة هنا التحريم.

(١) راجع الوسائل باب ٥١ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء بالطريق الثالث ج ١٤ ص ٥٥٩.
(٢) الوسائل باب ٤٤ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٨ وفيه: أن أزوج بعض خدمي غلامي
بذلك.

[وليس للمولى انتزاعها منه ولو باعها تخير المشتري دونه].

وما رواه الشيخ في الموثق عن عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يزوج جاريته هل ينبغي له ان ترى عورته؟ قال: لا^(١).

ويستفاد من هاتين الروايتين تحريم النظر إلى العورة وما في معناها مطلقا. ولا يبعد تحريم اللمس والنظر بشهوة أيضا كما ذكره المصنف، اما تحريم النظر إلى غير العورة وما في معناها بغير شهوة، فمشكل، لانتفاء الدليل عليه والاصل يقتضي العدم وفي معنى الامة المزوجة، المحلل وطؤها للغير، ولو حلل منها ما دون الوطء ففي تحريمها بذلك على المالك نظر. وغاية التحريم في الامة المزوجة والمحللة، خروجها من النكاح والعدة، سواء كانت بائنة ام رجعية.

قوله: (وليس للمولى انتزاعها منه ولو باعها تخير المشتري دونه) لا يخفى ان ذلك انما يستقيم إذا كان الزوج حرا أو مملوكا لغير سيدها اما لو كان مملوكا للسيد، كان الفسخ بيد مولاه كما تقدم بيانه.

ويدل على هذين الحكمين ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: إذا انكح الرجل عبده أمتة فرق بينهما إذا شاء، قال: وسألته عن رجل يزوج أمتة من رجل حر أو عبد لقوم آخرين أله ان ينزعها منه؟ قال: لا الا ان يبيعها، فان باعها فشاء الذي اشتراها ان يفرق بينهما فرق بينهما^(٢).

ولا ينافي ذلك ما رواه الشيخ في الصحيح عن عبدالرحمان بن أبي عبدالله، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: الرجل يزوج جاريته من رجل حر او عبد أله

(١) الوسائل باب ٤٤ حديث ٢ منها وزاد: وانا اتقى ذلك من مملوكتي إذا زوجتها.

(٢) اورد صدره في الوسائل باب ٤٥ حديث ٤ ص ٥٥١ وذيله في باب ٦٤ حديث ٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٥.

[ولا يحل لاحد الشريكين وطء المشتركة.

ويجوز ابتياع ذوات الازواج من أهل الحرب وابنائهم وبناتهم].

ان ينزعها بغير طلاق؟ قال: نعم هي جاريتها ينزعها متى شاء^(١).

لانا نجيب عنها بالحمل على أن للمولى ان ينزعها بغير الطلاق، بان يبيعها فيكون بيعه سببا في التفريق بينهما إذا أراد المشتري ذلك كما ذكره الشيخ في التهذيب.

قوله: (ولا يحل لاحد الشريكين وطء المشتركة) لا ريب في تحريم وطء الامة المشتركة بغير إذن الشريك، لتحريم التصرف في مال الغير بغير اذنه.

وكذا يحرم وطؤها بالعقد، لان سبب الحل لا يتبعض.

وفي جواز وطؤها إذا حللها الشريك قولان تقدم الكلام فيهما.

قوله: (ويجوز ابتياع ذوات الازواج من أهل الحرب وابنائهم) لا خلاف في جواز شراء نساء اهل الحرب وان كن ذوات ازواج وابنائهم ممن ملكهم بالاستيلاء، سواء كان مسلما او كافرا ولو كان حربيا، لانهم فئ للمسلمين فيجوز التوصل إلى اخذهم بكل وجه من ابتياع او غيره، ومتى حصل الاستيلاء عليهم بتوسط البيع او بدونه ويصيرون ملكا للمستولى عليهم.

ويترتب على هذا الملك احكامه التي من جملتها حل الوطء، وهو المقصود في هذا الباب.

ويدل على ذلك مضافا إلى العمومات ما رواه الشيخ في الصحيح عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن سبي الاكراد إذا حاربوا ومن حارب من المشركين، هل يحل نكاحهم وشراؤهم؟ قال: نعم^(٢) ويستفاد من هذه الرواية وغيرها، انه يجوز شراء ما يسيبه أهل الضلال من

(١) الوسائل باب ٦٤ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٤.

(٢) الوسائل باب ٦٩ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٨١.

[ولو ملك الامة فاعتقها حل له وطؤها بالعقد وان لم يستبرئها، ولا تحل لغيره حتى تعتد كالحرة].

اهل الحرب.

وقد قطع الاصحاب بانه لا خمس فيه للامام عليه السلام، ولا لفريقه، لالاذن في ذلك من ائمة الهدى صلوات الله عليهم اجمعين، لشيعتهم.

ولو قلنا: ان المغنوم بغير إذن الامام عليه السلام، يكون له خاصة، جاز لنا تملكه، لاذنهم عليهم السلام في ذلك.

واما غيرنا فتقر (فتثبت خ) يده عليه، ولا يؤخذ بغير رضاه، جريا معهم في أحكامهم، للتقية. لكن الاظهر ملك المغنوم لاربابه مطلقا، ويجب فيه الخمس، ويجوز للامامي شراؤه ولا يكلف اخراج الخمس كما يدل عليه الاخبار الواردة في حل المناكح^(١).

قوله: (ولو ملك الامة فاعتقها حل له الخ) هنا مسألتان: (احدهما) ان من ملك أمة فاعتقها، جاز له وطؤها بالعقد، وان لم يستبرئها، قال في المسالك: فظاهر الاصحاب الاتفاق عليه.

ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها، هل يقع عليها قبل ان يستبرئ رحمها؟ قال: يستبرئ رحمها بحيضة، قلت: فان وقع عليها؟ قال: لا بأس^(٢)، وعن عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية ثم يعتقها ويتزوجها هل يقع عليها قبل ان يستبرئ رحمها؟ قال: يستبرئ رحمها

(١) راجع الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال ج ٦ ص ٣٧٨.

(٢) الوسائل باب ١٦ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥١٤.

بحيضة، وان وقع عليها فلا بأس^(١).

وعن أبي العباس القصاص، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام، عن رجل اشترى جارية فيعقها (فاعتقها ثل) ثم تزوجها ولم يستبرئ رحمها، قال: كان له ان يفعل وإن لم يفعل فلا بأس^(٢). واستدل عليه أيضا بأن الاستبراء انما يجب للمملوكة وقد خرجت بالعتق عن كونها مملوكة فانها تصير أجنبية فيه، نسبتها إليه وإلى غيره سواء. واطلاق عبارة المصنف واكثر الاصحاب، يقتضي عدم الفرق بين أن يعلم للامة وطء محترم أولا..

وقيد العلامة في جملة من كتبه، الحكم بان لا يعلم لها وطء محترم والا وجب الاستبراء بحيضة، وهو أحوط.

ولو كانت الامة سرية للمولى فاعتقها، جاز له وطؤها بالعقد من غير عدة اجماعا. ويدل عليه ما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل يعتق سريته أ يصلح له أن يتزوجها بغير عدة؟ قال: نعم، قلت: فغيره؟ قال: لا حتى تعتد ثلاثة أشهر^(٣). وما رواه الشيخ في الصحيح عن زرارة، قال: سألته يعني ابا عبدالله عليه السلام عن رجل أعتق سريته أله ان يتزوجها بغير عدة؟ قال: نعم، قلت: فغيره؟ قال: لا حتى تعتد ثلاثة اشهر^(٤).

(١) الوسائل باب ١٦ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥١٤.

(٢) الوسائل باب ١٦ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥١٤.

(٣) الوسائل باب ٤٣ صدر حديث ٤ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٧٥.

(٤) الوسائل باب ١٣ مثل حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥١٢.

*

[ويملك الاب موطوءة ابنه وان حرم عليه وطؤها، وكذا الابن.

(النوع الثاني) ملك المنفعة].

(الثانية) أن من ملك أمة فاعتقها لا تحل لغيره حتى تعتد كالحرة، ولا ريب في ذلك إذا كان

المولى قد وطأها، وروايتا الحلبي ووزارة المتقدمتان مصرحتان به.

اما بدونه، فإطلاق العبارة يقتضي اعتبار العدة أيضا.

وظاهر عبارة الشرائع وصريح الشرح جواز تزويجها بغير المولى من غير اعتداد كما يجوز للمولى،

ولا بأس به.

ومع اشتباه الحال في الوطء وعدمه، فالأظهر (فالظاهر خ) وجوب العدة عليها أيضا تمسكا

بالإطلاق.

قوله: (ويملك الاب موطوءة ابنه الخ) قد اوردنا فيما سبق من الاخبار ما يعلم منه هذا الحكم،

والظاهر انه موضع وفاق.

قوله: (النوع الثاني ملك المنفعة) أي النوع الثاني من نوعي النكاح بالملك، النكاح بملك

المنفعة، وذلك بتحليل المولى وطء أخته لغيره.

والمعروف من مذهب الاصحاب حل ذلك، والاخبار الواردة به مستفيضة جدا، بل الظاهر

أنها متواترة كما ذكره ابن ادریس، وحكى الشيخ في المبسوط قولاً نادراً بالمنع منه وهو ضعيف.

(لنا) ما رواه الشيخ في الصحيح عن الفضيل بن يسار، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: جعلت

فداك ان بعض أصحابنا قد روى عنك انك قلت: إذا احل الرجل لاخته جاريته فهي له حلال؟

قال: نعم يا فضيل^(١).

وفي الصحيح، عن ضريس بن عبد الملك، عن أبي عبدالله عليه السلام في

(١) الوسائل باب ٣١ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٢.

الرجل يحل لآخيه جاريته وهي تخرج في حوائجه، قال: هي له حلال^(١).
وفي الصحيح، عن محمد بن اسماعيل بن بزيع، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة أحلت لي جاريته، فقال: ذلك لك، قلت: فإن كانت تمزج، فقال: كيف لك بما في قلبها؟ قال علمت أنها تمزج فلا^(٢).

وفي الصحيح، عن ابن رثاب، عن أبي بصير (يعني المرادي ثل)، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أحلت لابنها (لايها خ ل) فرج جاريته، قال: هو له حلال، قلت: أفيحل له ثمنها؟ قال: لا إنما يحل له ما أحلته له منها^(٣).

وفي الحسن، عن زرارة، قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يحل جاريته لآخيه، فقال: لا بأس، قال: قلت: فأنما جاءت منه بولد قال: نعم يضم إليه ولده وترد الجارية على صاحبها، قلت له: انه لم يأذن له في ذلك، قال: انه قد اذن له وهو لا يأمن ان يكون ذلك^(٤).
والاخبار الواردة بذلك أكثر من ان تحصى وربما احتج المانع بقوله تعالى: فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون^(٥)، وهذا خارج عن قسمي الأزواج والمملوكات، فيدخل تحت العدوان.
وبما رواه الشيخ في الصحيح عن الحسين بن علي بن يقطين عن علي بن يقطين، قال: سألته عن الرجل يحل فرج جاريته؟ قال: لا احب ذلك^(٦).

(١) الوسائل باب ٣٧ صدر رواية ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٠.

(٢) الوسائل باب ٣٢ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٤.

(٣) الوسائل باب ٣٢ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٤.

(٤) الوسائل اورد صدره في باب ٣١ حديث ٣ وذيله في باب ٣٧ حديث ٤ منها بالطريق الثاني.

(٥) المؤمنون / ٧.

(٦) الوسائل باب ٣١ حديث ٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٣.

*

[وصيغته ان يقول: احللت لك وطئها أو جعلتك في حل من وطئها ولم يتعهدهما الشيخ.
واتسع آخرون بلفظ الاباحة. ومنع الجميع لفظ العارية].
والجواب اما عن الآية (أولا) فبدخول المتنازع في العقد أو ملك اليمين على ما سيجيء بيانه
فلم يدخل تحت العدوان (وثانيا) بان العام مخصوص بالاخبار المستفيضة، بل المتواترة المتضمنة لحل
الامة بالتحليل ولا محذور في ذلك.
واما الرواية فأقصى ما يدل عليه الكراهة، قال الشيخ في التهذيب: والوجه في كراهة ذلك ان
هذا مما لا يراه غيرنا وبما شنع به مخالفونا علينا، فالتنزه بما هذا سبيله أولى.
قوله: (وصيغته ان يقول: احللت لك وطئها الخ) لا خلاف بين الاصحاب في اعتبار الصيغة
في التحليل، لان الفروج لا تحل بمجرد التراضي.
وقد اجمعوا على اعتبار لفظ التحليل، وهو مورد النصوص فيقول: احللت لك وطء فلانة او
جعلتك في حل من وطئها، ولو قال: انت في حل من وطئها قاصدا به الانشاء فالظاهر (الظاهر
خ) الاكتفاء به.
واختلفوا في لفظ الاباحة، فذهب الاكثر ومنهم الشيخ في النهاية والمرتضى إلى أنه لا يفيد
الحل، وقوفا مع ظاهر النصوص، وتمسكا باصالة المنع.
وذهب الشيخ في المبسوط، وابن ادريس، والمصنف في الشرائع إلى الاجتزاء بلفظ الاباحة
لمساواتها للفظ التحليل في المعنى.
وفي معنى الاباحة: اذنت لك في وطئها أو سوغت لك.
وذكر المصنف ان الجميع منعوا لفظ العارية.
وربما ظهر من كلام ابن ادريس حصول التحليل بلفظ العارية أيضا ويدل

[وهل هو اباحة او عقد؟ قال علم الهدى: هو عقد متعة].

عليه رواية الحسين العطار، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج؟ قال: لا بأس به، قلت: فان كان منه ولد؟ قال (فقال ثل): لصاحب الجارية الا ان يشترط عليه^(١).

وهي ضعيفة بجهالة الراوي، والاحوط، الاقتصار على لفظ التحليل، لانه المتيقن وإن كان الاجتزاء بكل لفظ أفاد الاذن في الوطاء، لا يخلو من قوة.

قوله: (وهل هو اباحة او عقد؟ قال علم الهدى: هو عقد متعة) اختلف الاصحاب في ان التحليل، هل هو عقد أو تمليك منفعة؟ فذهب المرتضى علم الهدى رضوان الله عليه إلى انه عقد، لانه ليس ملك يمين، لان المفهوم من ملك اليمين ملك الرقبة فيكون عقدا، لانحصار سبب الاباحة في العقد والملك بنص القرآن.

وذهب الاكثر ومنهم المصنف في الشرائع إلى انه تمليك منفعة، لانه ليس عقد دوام والا لم يرتفع الا بالطلاق وهو باطل اجماعا، ولا عقد متعة لانه مشروط بذكر المهر والاجل وهما غير معتبرين في التحليل، وإذا انتفى كونه عقدا بقسميه ثبت كونه تمليك منفعة، لان الحل دائر مع العقد والملك على سبيل منع الخلو فاذا انتفى الاول ثبت الثاني.

وهو جيد لو انحصر طريق الحل في العقد والملك، لكنه غير ثابت خصوصا مع استفادة الاخبار بل تواترها^(٢) بان التحليل طريق إلى حل الوطاء.

واعلم أن مقتضى العبارة ان القول المقابل لكون التحليل عقدا، هو كونه اباحة مجردة وهو جيد، لكن الخلاف على هذا الوجه غير مذكور في كتب الاصحاب وانما الموجود فيها الخلاف في انه عقد أو تمليك منفعة كما ذكره المصنف في الشرائع

(١) الوسائل باب ٣٧ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٠.

(٢) راجع الوسائل باب ٣٧٠.٣١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣١. ص ٥٣٩.

[وفي تحليل أمته لمملوكه تردد، ومساواته بالاجنبي اشبه]. وغيره.

وهل يتوقف التحليل على القبول من المحلل له؟ المشهور بين الاصحاب اعتبار ذلك، سواء قلنا: إنه عقد أو تمليك، وليس في الروايات ما يدل عليه، بل الظاهر منها خلافه^(١) ولا ريب ان المصير إلى مذكروه أحوط.

ولا يفتقر التحليل إلى تعيين المدة، وقال الشيخ في المبسوط: يفتقر.

وهو مدفوع بالاخبار الكثيرة الدالة على عدم اعتبار ذلك^(٢).

ولا يعتبر فيه فقدان الطول وخوف العنت كما يدل عليه اطلاق الاخبار المتقدمة وصحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع انه سأل الرضا عليه السلام عن امرأة أحلت لزوجها جاريته فقال: ذلك له^(٣)، وفي معناها روايات كثيرة.

قوله: (وفي تحليل أمته لمملوكه تردد ومساواته للاجنبي اشبه) منشأ التردد من إطلاق الروايات المتضمنة لحل الامة بالتحليل المتناولة للحر والعبد.

ومن صحيحة علي بن يقطين المتضمنة للمنع من ذلك فانه روى، عن أبي الحسن الماضي عليه السلام انه سئل عن المملوك، يحل له ايضا ان يطأ الامة من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: لا يحل له^(٤).

وبالمنع افق الشيخ في النهاية، والعلامة في المختلف وجماعة تمسكا بهذه الرواية.

وقطع ابن ادريس بالحل مستدلا عليه بانه لا مانع منه، من كتاب ولا سنة

(١) الظاهر ارادة اطلاقات اخبار التحليل لا انه قد ورد بالخصوص ما يدل على عدم اعتباره.

(٢) لاحظ اخبار باب ٣١ ٣٢ ٣٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء من السوائل ج ١٤.

(٣) الوسائل باب ٣٢ قطعة من حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٤ ولاحظ باقي احاديث هذا الباب.

(٤) الوسائل باب ٣٣ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٦.

[ولو ملك بعض الامة فأحلتها نفسها لم يصح. وفي تحليل الشريك تردد، والوجه المنع. ويستبيح ما يتناوله اللفظ، فلو حل التقبيل اقتصر عليه، وكذا اللمس].

ولا إجماع. واعترضه العلامة في المختلف بوجود المانع، وهو الخبر الصحيح. وهو غير جيد، لان هذا الخبر ليس حجة عنده^(١)، ويمكن حمل هذه الرواية على التقية كما في رواية الحسين بن يقطين^(٢) الواردة في مطلق التحليل.

مع أنها غير صريحة في المنع في موضع النزاع، إذ لا صراحة فيها بكون الامة ملكا للمولى. والمسألة محل اشكال، ولا ريب ان الاقتصار في إنكاح المولى عبده لامتته على قوله: انكحتك فلانة ويعطيها شيئا كما تضمنه الاخبار الصحيحة^(٣) طريق الاحتياط.

قوله: (ولو ملك بعض الامة فأحلتها نفسها لم يصح الخ) المراد انه إذا ملك بعض الامة وكان بعضها حرا فأحلتها نفسها لم يصح، ولا ريب في ذلك، لان التحليل انما يقع من مولى الامة لا من الحرة لنفسها.

ومنشأ التردد في تحليل الشريك، من تبعض سبب الحل، ومن ورود الرواية بانها تحل بذلك، وهي صحيحة السند فينتجه العمل بها، وقد تقدم الكلام في ذلك.

قوله: (ويستبيح ما يتناوله اللفظ الخ) لما كان الانتفاع بأمة الغير بدون

(١) لان ابن ادريس لا يرى حجية الخبر الواحد ولو كان صحيحا سنداً.

(٢) قد تقدمت آنفاً فلاحظ والمراد رواية الحسين عن أبيه علي بن يقطين.

(٣) الوسائل: باب ٤٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٧١.

*

[لكن لو احل الوطء حل له مادونه، ولو احل الخدمة لم يتعرض للوطء].

وكذا لا يستبيح الخدمة بتحليل الوطء.

اذنه محرما، وجب الاقتصار فيه على ما يتناوله اللفظ المتضمن للاذن عرفا، فاذا أحل له النظر لم يتناول غيره من ضروب الاستمتاع، ولو احل له التقبيل اقتصر عليه، وكذا اللمس. ولو احل له الوطء احل له ما دونه من مقدمات الاستمتاع من النظر واللمس لاقتضائه اياها غالبا، ولان تحليل الاقوى يدل على تحليل مادونه بطريق أولى ولو احل الخدمة لم يحل الوطء لانتفاء المقتضى، وكذا لا يستبيح الخدمة بتحليل الوطء، لان الخدمة منفعة لا يتناولها عقد التحليل، ولا يقتضيها فيبقى على حكم المنع منها استصحابا لما كان.

ويدل على ذلك مضافا إلى ما ذكرناه صحيحة فضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له: ما تقول في رجل عنده جارية نفيسة وهي بكر أحل لاخته مادون فرجها أله ان يفتضها (يقتضها تل)؟ قال: لا، ليس له الا ما أحل له منها، ولو احل له قبله منها لم يحل له ما سوى ذلك^(١).

وصحيحة هشام بن سالم وحفص بن البختري، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يقول لامرأته: أحلي لي جاريتك فاني أكره أن تراني منكشفا فاحلتها له، فقال: لا تحل له منها الا ذاك وليس له ان يمسه، ولا ان يطأها وزاد فيه هشام: أله ان يأتيها؟ قال: لا يحل الا الذي قالت^(٢). ورواية الحسن بن عطية، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا أحل

(١) الوسائل باب ٣٥ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٧ وله صدر وذيل فلاحظ.

(٢) الوسائل باب ٣٥ حديث ٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٣٨.

[وولد المحللة حر، فان شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الاب، وان لم يشترط ففي الزامه قيمة الولد روايتان اشبههما أنها لا تلزم].

الرجل للرجل من جاريته قبله لم يحل له غيرها، فان حل لها منها دون الفرج لم يحل له غيره، وان احل له الفرج حل له جميعها^(١).

قوله: (وولد المحللة حر الخ) إذا حصل من تحليل الوطاء ولد، فان شرط الاب على المولى، الحرية في عقد التحليل، كان حراً، ولا قيمة على الاب اجماعاً.

وان أطلقا العقد، ففيه للاصحاب قولان: (احدهما) انه رق اختاره الشيخ في النهاية وهذه عبارته: ومتى جعله في حل من وطئها وأتت بولد كان لمولاهها، وعلى أبيه ان يشتريه بماله ان كان له مال، وان لم يكن له مال استسعي في ثمنه وان شرط ان يكون الولد حراً كان على ما شرط، ونحوه قال في المبسوط.

والمستند فيه ما رواه ابن باويه في الصحيح عن ضريس بن عبد الملك، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يحل لاخته جاريته وهي تخرج في حوائجه قال: هي له حلال، قلت: أ رأيت ان جاءت بولد ما يصنع فيه؟ قال: هو لمولى الجارية الا ان يكون اشترط عليه حين احلها له انها ان جاءت بولد مني فهو حر، فان كان فعل فهو حر، قلت: فيملك ولده؟ قال: ان كان له مال، اشتراه بالقيمة^(٢).

وهذه الرواية مع صحتها صريحة في المطلوب وقد رواها الشيخ بطريقين أحدهما ضعيف^(٣) والآخر صحيح^(٤)، وحكم الأكثر بضعفها نظراً إلى الطريق

(١) الوسائل باب ٣٦ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد ج ١٤ ص ٥٣٩.

(٢) الوسائل باب ٣٧ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٠.

(٣) أورده في الاستبصار ج ٣ ص ١٣٨ طبع الاخوندي والسند هكذا: علي بن الحسن بن فضال، عن محمد بن علي، عن الحسن بن محبوب، عن أبان بن عثمان، عن ضريس بن عبد الملك.

(٤) أورده في أواخر باب ضروب النكاح من التهذيب والسند هكذا: الحسين بن سعيد، عن الحسن بن محبوب، عن جميل بن صالح، عن ضريس بن عبد الملك.

[ولا بأس ان يطأ الامة وفي البيت غيره ويكره في الحرائر].

الاول.

(وثانيهما) انه حر ذهب اليه المرتضى، والشيخ في الخلاف، وابن ادریس، والمصنف، وجمع من المتأخرين.

والمستند فيه، ما رواه الكليني في الحسن وابن بابويه في الصحيح عن زرارة، قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: الرجل يحل لاخته جاريته، قال: لا بأس به، قال: قلت: فانها جاءت بولد، قال: فليضم اليه ولده وترد الجارية على صاحبها، قال: قلت: أنه لم يأذن له في ذلك، قال: انه قد اذن له وهو لا يأمن ان يكون ذلك^(١).

قال ابن بابويه فيمن لا يحضره الفقيه بعد ان اورد هذه الرواية ورواية ضريس: قال مصنف هذا الكتاب، الحديثان متفقان وليسا مختلفين وخبر حريز عن زرارة قال: (ليضم اليه ولده) يعني بالقيمة ما لم يقع الشرط فانه حر.

وما ذكره عليه السلام من الجمع جيد.

واعلم أن مقتضى عبارة المصنف هنا وفي الشرائع انه لا خلاف في حرية الحاصل من وطء التحليل وانما الخلاف في التزام الاب بقيمته مع عدم الشرط. وهو غير جيد فان القائل بحرية الولد لا يقول بلزوم قيمته للاب، وانما يقول بلزوم القيمة، من قال برفقته كما ذكره الشيخ في النهاية والمبسوط.

قوله: (ولا بأس بأن يطأ الامة وفي البيت غيره) يدل على ذلك ما رواه الشيخ في الصحيح عن عبدالله بن أبي يعفور، عن أبي عبدالله عليه السلام في

(١) الوسائل باب ٣٧ نحو حديث ٣ و ٤ من ابوابنكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٤٠.

[وان ينام بين أمتين، ويكره في الحرائر. وكذا يكره وطء الفاجرة. ومن ولدت من الزنا].
الرجل ينكح الجارية من جواريه ومعه في البيت من يرى ذلك ويسمعه، قال: لا بأس^(١).
والمصنف رحمه الله تعالى تبع متن الرواية في البأس، ولا يبعد اثبات الكراهية لبعض الاعتبارات، ونفي
البأس لا ينافيه.

قوله: (وان ينام بين أمتين (اثنتين خ) ويكره في الحرائر) اما الحكم الاول فيدل عليه ما رواه
الشيخ، عن عبدالرحمان بن أبي نجران، عمن ذكره أن ابا الحسن عليه السلام كان ينام بين جارتين^(٢).
واما الحكم الثاني فعلى بان في النوم بين الحرتين امتهانا لا يليق بالحرائر، ولا بأس به.
قوله: (وكذا يكره وطء الفاجرة) المراد بالفاجرة هنا الزانية، والمراد انه يكره وطء الزانية بالملك
كما يكره بالعقد، وعلى بما فيه من العار وخوف اختلاف الانساب وروى الكليني في الصحيح
عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الخبيثة يتزوجها الرجل؟ قال: لا، وقال: ان
كان له امة، وطأها ولا يتخذها ام ولده^(٣).
قوله: (ومن ولدت من الزنا) يدل على ذلك ما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي، عن أبي
عبدالله عليه السلام، قال: سئل عن الرجل يكون له الخادم

(١) الوسائل باب ٧٥ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٨٤.

(٢) الوسائل باب ٨٤ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٨٩.

(٣) الوسائل باب ٦٠ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٠.

[ويلحق بالنكاح النظر في امور خمسة: الاول: في العيوب والبحث في اقسامها وأحكامها. عيوب الرجل أربعة: الجنون]، ولد زنا، هل عليه جناح ان يطأها؟ قال: لا، وان تنزه عن ذلك فهو احب الي^(١).

وروى أيضا في الصحيح، عن عبدالله بن سنان، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام ولد الزنا ينكح؟ قال: نعم ولا تطلب ولدها^(٢).

قوله: (عيوب الرجل أربعة: الجنون) المعروف من مذهب الاصحاب كون الجنون من عيوب الرجل، المجوزة لفسخ النكاح في الجملة، بل قال في المسالك انه لا خلاف فيه ونص المصنف في الشرائع^(٣) على أنه لا فرق بين الدائم والادوار، ولا بين المتقدم على العقد والمتجدد بعده، قبل الوطء وبعده، وحكى قولاً في المسألة بانه يشترط في المتجدد ان لا يعقل اوقات الصلاة، قال: وهو في موضع التردد.

ونقل عن ابن حمزة انه اطلق أن الجنون الموجب للخيار في الرجل والمرأة، هو الذي لا يعقل معه اوقات الصلوات، وهو يشمل المتقدم منه والمتجدد.

والاصل في هذا الحكم ما رواه الكليني، وابن بابويه، والشيخ، عن علي بن أبي حمزة، قال: سئل أبوإبراهيم عليه السلام عن المرأة (امرأة ثل) يكون لها زوج وقد اصيب في عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون، فقال: لها ان تنزع نفسها منه

(١) الوسائل باب ٦٠ حديث ٣ نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٠.

(٢) الوسائل باب ١٤ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٣٣٧.

(٣) في الشرائع: فالجنون سبب لتسلط الزوجة على الفسخ، دائماً كان او ادواراً، وكذا المتجدد بعد العقد وقيل الوطء، او بعد العقد والوطء، وقيل: يشترط في المتجدد ان لا يعقل اوقات الصلاة، وهو في موضع التردد (انتهى).

ان شاءت^(١).

قال ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه بعد ان أورد هذا الرواية - : وروى في خبر آخر: انه ان بلغ به الجنون مبلغا لا يعرف أوقات الصلاة (الصلوات - خ) فرق بينهما، فان عرف أوقات الصلوات فلتصبر المرأة معه فقد ابتليت (بليت - ثل)^(٢).

وكأن هذه الرواية مستند ابن حمزة، ومن قال بمقالته لكنها مرسلة.

اما الرواية الاولى فطريقها في الكافي إلى علي بن أبي حمزة صحيح^(٣)، لكن علي بن أبي حمزة مطعون فيه، وقال النجاشي: انه كان احد عمد الواقفية فلا تنهض روايته حجة في اثبات الاحكام الشرعية.

واستدل على هذا الحكم ايضا بصحيفة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: انما يرد النكاح من الجذام والبرص والجنون والعفل^(٤).

وهو استدلال ضعيف، لان المتبادر من رد النكاح فسخه من قبل الزوج إذا ظهر في الزوجة احد هذه العيوب، وينبه عليه ذكر (العفل) من جملتها الذي هو من عيوب المرأة.

مع ان هذه الرواية غير صحيحة في التهذيب^(٥) لكن ابن بابويه رواها بطريق صحيح مع زيادة في صدرها وعجزها يؤكد ما ذكرناه.

فإنه روى في الصحيح، عن حماد، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: في الرجل يتزوج إلى قوم، فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له، قال: لا ترد

(١) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٧.

(٢) الوسائل باب ١٢ حديث ٣ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٧.

(٣) طريقه اليه هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحكم، عن علي بن أبي حمزة.

(٤) الوسائل باب ١ حديث ١٠ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٤.

(٥) سند التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد، عن علي بن اسماعيل عن ابن أبي عمير، عن حماد عن الحلبي.

[والخصي]، وقال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام، والجنون، والعفل، قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: المهر لها بما استحل من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق اليها.

وقد روى هذه الرواية، الكليني في الحسن عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام ^(١). والمسألة قوية الاشكال لانتفاء ما يعتمد عليه من النص فيها، فان ثبت فيها اجماع على ان الجنون مطلقا او على بعض الوجوه، موجب للخيار وجب المصير اليه، والا فالامر كما ترى، والله أعلم بحقائق أحكامه.

قوله: (والخصاء) هو بكسر الخاء والمد، سل الانثيين، قاله الجوهري والحق به الوجاء، وهو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما، وقال في القاموس: انه بمعنى الخصاء. والقول بكون الخصاء عيبا، هو المشهور بين الاصحاب.

والمستند فيه ما رواه الشيخ في الموثق عن ابن بكير، عن ابيه، عن احدهما عليهما السلام في خصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها، فقال: يفرق بينهما ان شاءت المرأة، ويوجع رأسه، وان رضيت به واقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه ^(٢).

وفي الموثق، عن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام: ان خصيا دلس نفسه لامرأة فقال: يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها، ويوجع ظهره، كما دلس

(١) اورد صدره في الوسائل باب ١ حديث ٦ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٣ وذيله في باب ٢ حديث ٥ منها ص ٥٩٧.

(٢) الوسائل باب ١٣ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٨ وفيه: عن بكير وفي النسخة ابن بكير، عن أبيه.

[والعنن]، نفسه^(١).

وفي الصحيح، عن ابن مسكان، قال: بعثت بمسألة مع ابن أعين، قلت: سله عن خصي دلس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصيا، قال: يفرق بينهما ويوجع ظهره ويكون لها المهر بدخوله عليها^(٢).

وهذه الروايات وإن كانت لا تخلو من قصور من حيث السند، لكنها مستفيضة مويدة بعمل الاصحاب وسالمة عن المعارض فيتجه العمل بها.

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف ان الخصاء ليس بعيب مطلقا، محتجا بأن الخصي يولج ويبالغ أكثر من الفحل، وانما لا ينزل، وعدم الانزال ليس بعيب.

وهو مدفوع بما أورده من الروايات، والعجب انه عليه السلام، من طريقته، العمل بالخبر الواحد الضعيف فكيف يطرح هذه الاخبار الكثيرة السالمة من المعارض اعتمادا على ما ذكره من التعليل. هذا كله في الخصاء الذي هو سل الانثيين.

اما الوجاء فان كان من افراد الخصاء تناولته الروايات المتضمنة لحكمه والا وجب التمسك فيه بمقتضى لزوم العقد إلى ان يثبت دليل الجواز.

قوله: (والعنن) عرفه المصنف في الشرائع بانه مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز عن الايلاج، وقال في القاموس: العنين كسكين من لا يأتي النساء عجزا، ولا يريدن.

ومقتضاه ان العنن انما يتحقق بالعجز عن اتيان النساء مع عدم ارادتهن.

وقد اجمع الاصحاب على ان العنن عيب يقتضي تسلط المرأة به على فسخ

(١) الوسائل باب ١٣ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٨.

(٢) الوسائل باب ١٣ حديث ٣ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٨.

[والجب].

النكاح ويدل عليه روايات: (منها) ما رواه الشيخ - في الصحيح - عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: العنين يتربص به سنة ثم ان شاءت امرأته تزوجت وان شاءت اقامت^(١). وما رواه الكليني في الصحيح عن أبي حمزة، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت زوجا غيره فزعمت انه لم يقربها منذ دخل بها، فان القول في ذلك قول الرجل وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها، لانها المدعية، قال: فان تزوجت وهي بكر فزعمت انه لم يصل اليها، فان مثل هذا يعرف النساء فلينظر اليها من يوثق به منهن، فإذا اذكرت (ذكرت خ) أنها عذراء، فعلى الامام ان يؤجله سنة فان وصل اليها، والا فرق بينهما واعطيت نصف الصداق ولا عدة عليها^(٢) وفي معنى هاتين الروايتين اخبار كثيرة^(٣).

قوله: (والجب) المشهور بين الاصحاب ان الجب من جملة عيب الرجل التي تقتضي تسلط المرأة على الفسخ على الخصوص، ثم قال: ان الاشبه تسلطها على الفسخ لتحقيق. العجز عن الوطء بشرط ان لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشفة، وهو حسن. ويمكن الاستدلال على جواز الفسخ فيما ذكره بفحوى ما دل على ثبوت الخيار بالخصاء والعنن، فانه أقوى عيبا منهما لقدرة الخصي على الجماع في الجملة وامكان براء العنين، بخلاف المجهوب الذي لم يبق له ما يمكنه به الوطء وربما دل عليه اطلاق رواية أبي الصباح الكناني، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

(١) الوسائل باب ١٤ حديث ٥ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١١.

(٢) الوسائل باب ١٥ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١٣.

(٣) لاحظ باب ١٤ - ١٥ من ابواب العيوب والتدليس.

امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتفارقه؟ قال: نعم ان شاءت^(١).
واعلم ان المشهور بين الاصحاب ان الزوج لا يرد بعيب غير هذه العيوب الاربعة، ونقل عن
ابن البراج في المهذب أنه اضاف إلى ذلك، الجذام والبرص، والعمى، وكذلك ابن الجنييد، وزاد،
العرج والزنا.

قال في المسالك: ودليلهما في غير الجذام والبرص غير واضح، اما فيهما ففي غاية الجودة
لصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: يرد النكاح من البرص، والجذام، والجنون، العفل^(٢)، وهو
يتناوله باطلاقه للرجل والمرأة، ولان ثبوتهما عيباً في المرأة، مع ان للرجل وسيلة إلى التخلص منها
بالطلاق، يوجب كونهما عيباً في الرجل بالنسبة اليها بطريق أولى، ثم قال: ويبقى الكلام في اعتبار
سبقه على العقد أو الاكتفاء بالمتجدد منه مطلقاً أو قبل الدخول كما سبق في نظائره، بل العموم
هنا أولى لاطلاق النص الصحيح المتناول لجميع الاقسام.

وأقول: ان فيما استدل به عليه السلام على جواز فسخ المرأة بذلك نظر، لان الدليل الثاني موقوف
على ثبوت التعليل في الاصل لتحقيق الاولوية وهو غير ثابت هنا.

واما الرواية فقد تقدم الكلام فيها وبيننا ان المتبادر من قوله عليه السلام: (إنما يرد النكاح) تسلط
الزوج على الفسخ إذا ظهر بالزوجة احد هذه العيوب، لان النكاح انما يستند إلى الزوجة فيكون
رده من قبل الزوج خصوصاً مع كون الجواب مبني على السؤال عن عيوب المرأة على ما هو
مذكور في الكافي وفي من لا يحضره الفقيه.

(١) الوسائل باب ١٤ حديث ٦ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١١.

(٢) الوسائل باب ١ مثل ذيل حديث ٦ بالسند الاول ج ١٤ ص ٥٩٤.

[وعيوب المرأة سبعة: الجنون، والجذام، والبرص، والقرن]، وكأن الشيخ رحمته الله اسقط السؤال^(١) واقتصر على ايراد الجواب.

مع ان في طريقه في التهذيب علي بن اسماعيل بن الحسين بن سعيد^(٢)، وابن أبي عمير وهو مشترك بين ممدوحين فلا يكون السند صحيحا.

وفي الاستبصار^(٣) اسقط (علي بن اسماعيل) من البين، وذكر جدي عليه السلام في فوائد علي التهذيب أن ذلك اضطراب في السند، وفيه تأمل.

لكن قد عرفت ان الرواية مروية فيمن لا يحضره الفقيه بطريق صحيح^(٤) وفي الكافي بطريق حسن فيرتفع الطعن عنها من حيث السند ويبقى المناقشة فيها من حيث المتن مما ذكرناه.

قوله: (وعيوب المرأة سبعة: الجنون والجذام والبرص والقرن) لا خلاف في كون هذه الامراض الاربعة عيوباً في المرأة.

ويدل عليه صحيحة الحلبي المتقدمة^(٥).

وصحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: المرأة ترد من اربعة اشياء، من البرص، والجذام، والجنون، والقرن وهو العفل ما لم

(١) والصواب ان يقول في طريقه في التهذيب: الحسين بن سعيد، عن علي بن اسماعيل وابن أبي عمير فان سنده كما في باب التدليس في النكاح الخ منه هكذا: الحسين بن سعيد، عن علي بن اسماعيل، عن ابن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي.

(٢) يعني صدر صحيح الحلبي وهو قوله في الرجل يتزوج (إلى قوله) لا ترد واقتصر على نقل الجواب وهو قوله عليه السلام: انما يرد الخ.

(٣) في النسخة التي عندنا من الاستبصار ج ٣ ص ٢٤٦ طبع الاخوندي كما في التهذيب.

(٤) اورده في الفقيه باب ما يرد به النكاح حديث ٥، عن حماد، عن الحلبي وطريقه إلى الحلبي أيضاً صحيح كما في مشيخة الفقيه فانه قال: وما كان فيه عن حماد بن عيسى فقد رويته، عن أبي عليه السلام، عن سعد بن عبدالله، عن ابراهيم بن هاشم، ويعقوب بن يزيد، عن حماد بن عيسى الجهني.

(٥) راجع الوسائل باب ١ حديث ٦ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٤.

*

يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا^(١).

إذا تقرر ذلك، فنقول: الجنون هو فساد العقل، فمتى تحقق فساد العقل بأي سبب اتفق وعلى أي وجه كان، دائماً أو أوداراً، تحقق معه الحكم.

والجذام والبرص مرضان معروفان فمتى تحقق أحدهما في الزوجة تسلط الزوج بذلك على فسخ النكاح، ومع اشتباه الحال يرجع فيه إلى طبييين عدلين أو إخبار جماعة يفيد قولهم العلم، وبدون ذلك يتمسك بأصل اللزوم.

وأما القرن، فقليل: أنه العفل، وبه صرح ابن الأثير في نهايته، فانه قال: القرن بسكون الراء شيء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطء، ويقال له العفلة.

وربما ظهر من كلام ابن دريد في الجمهرة تغايرهما، فانه قال: ان القرناء هي التي يخرج قرنة رحمها، قال: والاسم، القرن.

وضبطها^(٢) محركة مفتوحة، وقال في العفل انه غلظ في الرحم، وقال في القاموس: العفل والعفلة محركتين شيء يخرج من قبل النساء (المرأة خ)، وحياء الناقة كالادرة من الرجال.

ولم أقف في كلامه على ذكر القرن، والاصح انهما واحد كما تضمنته صحيحة عبدالرحمان بن أبي عبدالله^(٣).

والظاهر ان المراد منهما ان يكون في الفرج شيء من عظم او لحم يمنع من الوطء. وفي صحيحة أبي الصباح، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام، عن رجل

(١) الوسائل باب ١ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٣.

(٢) يعني ضبط ابن دريد القرن بحركات للقف والراء.

(٣) لاحظ الوسائل باب ١ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٣.

[والافضاء، والعمى والافعاد].

تزوج امرأة فوجد بها قرنا، قال: هذا لا تحبل ولا تقدر زوجها على مجامعتها يردها على اهلها صاغرة، ولا مهر لها، قلت: فان كان دخل بها؟ قال: ان كان علم بذلك قبل ان ينكحها يعني المجامعة ثم جامعها فقد رضي بها، وان لم يعلم الا بعد ما جامعها، فان شاء بعد أمسك، وان شاء طلق^(١).

ويستفاد من هذه الرواية أن القرن إذا لم يكن مانعا من الوطء، بأن كان يمكن حصوله بعسر، يجوز معه الفسخ وهو ظاهر اختيار المصنف في الشرائع ويؤيده تعليق الحكم في الاخبار على وجود الاسم المذكور الشامل لما يمكن معه الوطء وما لا يمكن.

وقيل: لا يجوز الفسخ بالقرن الا إذا كان مانعا من الوطء، واليه ذهب الاكثر، ولعله أحوط. قوله: (والافضاء والعمى والافعاد) اما الافضاء، فالمراد به ذهاب الحاجز بين مخرج البول والحيض، فلا خلاف بين الاصحاب في انه عيب ترد به المرأة.

ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي عبيدة، عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، قال: فقال: إذا دلست العفلاء (نفسها خيب)، والبرصاء، والمجنونة، والمفضاة، ومن كان بها زمانة ظاهرة، فانها ترد على اهلها من غير طلاق^(٢). واما العمى، فالمشهور بين الاصحاب كونه كذلك نص عليه الشيخ في النهاية، والمفيد، والمرضى، وابن الجنيد، وابن ادریس، وغيرهم.

(١) الوسائل باب ٣ حديث ١ من ابواب العيوب بالتدليس ج ١٤ ص ٥٩٨.

(٢) الوسائل باب ٢ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٦.

[وفي الرق تردد، أشبه ثبوته عيباً، لأنه يمنع الوطء].

وربما ظهر من كلام الشيخ في المبسوط والخلاف أنه ليس بعيب، فانه عد عيوب المرأة ستة ثم قال: وفي اصحابنا من ألحق العمى وكونها محدودة في الزنا.

والاصح انه عيب مطلقا سواء كانت العين صحيحة ام لا، وسواء كانت مفتوحة ام لا. لصحيحة داود بن سرحان، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: ترد على وليها، ويكون لها المهر على وليها وإن كان بها زمانة لا يراها الرجال، اجيز بشهادة النساء عليها^(١).

واما الاقعد فقد صرح الاكثر بكونه عيباً ولم يذكر بعضهم. والمعتمد انه عيب لصحيحتي أبي عبيدة وداود بن سرحان^(٢) المتضمنتين لجواز الفسخ بالزمانة الظاهرة، ولا ريب ان الاقعد زمانة، وقال في القاموس: الزمانة العاهة، والعاهة تتناول الاقعد أيضا.

بل مقتضى صحيحة داود بن سرحان جواز الفسخ بمطلق العرج، وسيجئ الكلام فيه. قوله: (وفي الرق تردد الخ) قال الجوهرى^(٣): الرق بالتحريك مصدر قولك: امرأة رتقاء بينة الرق لا يستطيع جماعها لارتفاق ذلك الموضع منها، وقريب

(١) الوسائل باب ٢ حديث ٦ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٧.

(٢) تقدمتا آنفاً.

(٣) ابونصر اسماعيل بن حماد الفارابي كان من أذكى العالم واعاجيب الدنيا لانه كان من الفاراب احدى بلاد الشرك من عشيرة تركية، ولع باللغة العربية وأسرارها وأخذ يطوف من مظان وجودها أخذ عن السيرافي والفارسي (إلى ان قال): وصنف كتابا في العروض ومقدمة في النحو والصحاح في اللغة بأيدي الناس اليوم وعليه اعتمادهم، احسن تصنيفه وجود تأليفه (إلى ان قال): واختلف في سنة وفاته، ولعل الأشهر انها سنة ٣٩٣، وقيل: انه يغير عقله وعمل دفتين وشدها كالجناحين، وقال: أريد ان أطيّر وقفز به من علو فهلك والله تعالى العالم الكنى ج ٢ ص ١٤٤ طبع صيدا.

*

[ولا ترد بالعور، ولا بالزنا ولو حدث فيه].

منه في القاموس. وفتره العلامة في القواعد بأنه عبارة عن كون الفرج ملتصقا بحيث لا يكون فيه مدخل للذكر. وقال في التحرير: إن الرثق لحم ينبت في الفرج يمنع من دخول الذكر وعلى هذا يكون مرادفا للعفل، وقد عرفت حكمه. ولا خلاف في كون الرثق عيبا ترد به المرأة، وادعى عليه المحقق الشيخ علي، الاجماع ويدل قوله عليه السلام في صحيحة أبي الصباح في القرناء: هذه لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها يردها على أهلها. فان ذلك بمنزلة التعليل لجواز الرد فيتعدى إلى كل موضع وجدت فيه العلة. وانما يثبت الخيار بالرثق إذا لم يمكن ازالة المانع بفتق الموضع أو امكن وامتنعت منه، فلو امكن ورضيت فلا خيار، وليس للزوج اجبارها على ذلك، للاصل، ولما في الالتزام بتحمل الصبر على الجرح من العسر والضرر المنفيين بالآية^(١) والرواية^(٢).

قوله: (ولا ترد بالعور ولا بالزنا ولو حدث فيه) اما انها لا ترد بالعور،

(١) مثل قوله تعالى: وما جعل عليكم من الدين من حرج، به تقدمت آنفا الحج / ٧٨.

وقوله تعالى: يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر البقرة / ١٨٥.

وقوله تعالى: ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم المائدة / ٦.

وقوله تعالى: لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده البقرة / ٢٣٣.

وقوله تعالى: ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن الطلاق / ٦.

وقوله تعالى: ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا البقرة / ٢٣١ وقوله تعالى: من بعد وصية يوصي بها او دين غير مضار النساء /

١٢.

(٢) الكافي باب الضرر من كتاب المعيشة ج ٥ ص ٢٩٢.

*

[ولا بالعرج على الاشبه].

فيدل عليه مضافا إلى الاصل ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال في الرجل يتزوج إلى قوم فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له، قال: لا ترد^(١).
واما انها لا ترد بالزنا وان حدث فهو أحد الاقوال في المسألة، وقال الصدوق في المقنع: إذا زنت المرأة قبل دخول الزوج بها كان له رده بذلك وقال المفيد: ترد المحدودة في الفجور، وبه قال سائر، وابن البراج، وابن الجنيد وابوالصلاح.
والاصح أنها لا ترد مطلقا لقوله عليه السلام في صحيحة الحلبي: انما يرد النكاح من البرص، والجذام، والجنون، والعفل^(٢).

ولما رواه الكليني، عن رفاعه بن موسى قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المحدود والمحدودة هل ترد من النكاح؟ قال: لا^(٣).
وفي رواية ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: واما المحدودة فليس للرجل ردها^(٤).
قوله: (ولا بالعرج على الاشبه) اختلف الاصحاب في العرج، فذهب الاكثر إلى انه عيب ترد به المرأة لصحيحة داود بن سرحان، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء او برصاء او عرجاء، قال: ترد على وليها^(٥).

ورواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: ترد البرصاء،

(١) الوسائل باب ٥ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٠.

(٢) الوسائل باب ٢ حديث ٥ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٧.

(٣) الوسائل باب ٥ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٠.

(٤) التهذيب باب التدليس في النكاح حديث ٧ من كتاب النكاح ولم نعثر عليه في الوسائل.

(٥) الوسائل باب ٢ حديث ٦ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٧.

[واما الاحكام فمسائل]

(الاولى) لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول، وفي العيب المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن].

والعمياء والعرجاء، واما المحدودة فليس للرجل ردها^(١).

وقيده العلامة في المختلف والتحريز ؛ (البين) ونقله عن ابن ادريس، واستدل عليه بهذه الرواية.

وهي خالية من هذا القيد، ولعله يريد ؛ (البين) ما كان ظاهرا في الحس.

واعتبر المصنف في الشرائع والعلامة في القواعد والارشاد في العرج بلوغه حد الاقعاد.

ولا وجه لهذا التقييد الا تعليق الحكم على الزمانة في صحيحة أبي عبيدة^(٢)، فحملوا المطلق على المقيد.

وليس بين الروايتين منافاة تقتضي تعين هذا الجمع، مع ان مقتضى العرف ان الاقعاد لا يسمى عرجا.

وأطلق الشيخ في المبسوط أن العرج ليس بعيب، والمسألة محل تردد وان كان القول الاول لا يخلو من رجحان.

قوله: (الاولى لا يفسخ النكاح بالعيب الخ) العيب الحاصل في الرجل والمرأة اما ان يكون موجودا قبل العقد أو بعده، قبل الدخول او بعده.

ففي الاول يثبت به الفسخ اجماعا.

وفي الاخير لا يثبت به الفسخ كما قطع به المصنف وغيره، بل قال في

(١) التهذيب باب التدليس في النكاح حديث ٧ من كتاب النكاح واورد صدره فقط في الوسائل باب ١ حديث ١٢ ج ١٤ ص ٥٩٤ من ابواب العيوب والتدليس.

(٢) راجع الوسائل باب ١ حديث ٥٧ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٣.

*

[وقيل: تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدد].

المسالك: إنه لا خيار في هذه الصورة اتفاقاً على ما يظهر من المصنف وغيره. ويدل عليه مضافاً إلى الأصل قوله عليه السلام في صحيحة عبدالرحمان بن أبي عبدالله: المرأة ترد من أربعة أشياء، من البرص والجذام، والجنون، والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا^(١).

دلت الرواية على سقوط الرد بعد الواقعة، فيسقط مع تجدد العيب بعدها قطعاً. وفي الثاني قولان: (أحدهما) الثبوت، ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف تمسكاً باطلاق الروايات المتضمنة لثبوت الفسخ بهذه العيوب، فإنها متناولة باطلاقها للموجود قبل العقد المتجدد بعده.

(والثاني) العدم اختاره ابن ادریس، والمصنف في الشرائع، والعلامة في جملة من كتبه، لعدم صراحة الروايات في جواز الفسخ بالعيب المتجدد بعد العقد بل الظاهر من أكثرها تعلق الحكم بالموجود قبل العقد، فيجب التمسك فيما عداه بمقتضى العقد اللازم، وهذا أقوى. وقول المصنف: (عدا العنن) استثناء من التردد، إذ المشهور بين الأصحاب ثبوت الفسخ به وإن تجدد بعد العقد إذا كان قبل الدخول وسيجيئ تمام الكلام في ذلك.

قوله: (وقيل: تفسخ المرأة بجنون الرجل الخ) القول للشيخ رحمته الله وجماعة ومستنده رواية علي بن أبي حمزة^(٢)، وهي صريحة في جواز فسخ المرأة بجنون

(١) الوسائل باب ١ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٣.

(٢) روى الشيخ في التهذيب في باب التدليس في النكاح الخ، ما هذا لفظه: روى محمد بن علي بن *

[الثنائية) الخيار فيه على الفور وكذا في التدليس.

(الثالثة) الفسخ فيه ليس طلاقا فلا يطرد معه تنصيف المهر].

الزوج المتجدد، لكنها خالية من التقييد بكونه مستغرقا لأوقات الصلاة وقد بينا فيما سبق أن الرواية ضعيفة السند، وأن العمدة في اثبات كون الجنون عيبا، على الإجماع فينبغي قصره على مودعه، وهو الجنون المستغرق المتقدم على العقد ان تم ذلك، والتمسك فيما عداه بمقتضى العقد اللازم.

قوله: (الثنائية الخيار فيه على الفور وكذا في التدليس) هذا الحكم مقطوع به في كلام الأصحاب، وظاهرهم الاتفاق عليه ولا بأس به اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع الوفاق وما يندفع به الضرر وفي بعض الروايات^(١) دلالة عليه، فلو علم الرجل والمرأة بالعيب أو التدليس فلم يبادر بالفسخ لزم العقد، ويعذر جاهل أصل الخيار، وفي جاهل الفورية وجهان.

قوله: (الثالثة الفسخ فيه ليس طلاقا الخ) لا ريب أن هذا الفسخ ليس بطلاق، لأن الطلاق يفتقر إلى لفظ خاص وشروطه مخصوصة، وهذا الفسخ لا يعتبر فيه شيء من ذلك، وعلى هذا فلا تعد في الثلاث المحرمة ولا يطرد معه تنصيف المهر إذا وقع قبل الدخول كالطلاق. وإنما قال المصنف: (فلا يطرد معه تنصيف المهر) دون أن يقول: (ولا يتنصف) للتنبيه على أنه قد يتنصف به المهر في بعض الموارد كما سيأتي في العنة، فالمنفي إطراد التنصيف، لا ثبوته في الجملة.

= محبوب، عن أحمد، عن الحسين، عن القاسم بن محمد، عن علي بن أبي حمزة قال: سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعد تزوجها (تزوج بها خ ل) أو عرض له جنون؟ قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت.

الوسائل باب ١٢ حديث ١ من أبواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٧.

(١) يمكن كون المراد ما دل على جواز الفسخ ما لم يجامعها راجع الوسائل باب ١ حديث ١ و ٤ وباب ٢ حديث ١ من أبواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٣ و ٥٩٨.

*

[الرابعة) لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم. ويفتقر في العن لضرب الاجل.

(الخامسة) اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر].

قوله: (الرابعة لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم الخ) المعروف من مذهب الاصحاب عدم افتقار الفسخ بالعيوب إلى مراجعة الحاكم، لاطلاق الروايات المتضمنة لجواز الفسخ بذلك من غير تقييد باعتبار مراجعة الحاكم.

واضطراب كلام الشيخ في المبسوط في هذه المسألة (فتارة) جوز لهما الاستقلال بالفسخ لان الاخبار مطلقة (وتارة) اعتبر مراجعة الحاكم (وتارة) جعله احوط لقطع الخصومة. واستثنى المصنف وغيره من هذا الحكم، العن، فانه يفتقر إلى الحاكم لضرب الاجل على ما سيجي فاذا ضرب الاجل ومضت المدة استقلت المرأة بالفسخ.

قوله: (الخامسة إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر الخ) الظاهر ان هذه الاحكام متفق عليها بين الاصحاب وقد ورد بها روايات.

(منها) ما رواه الكليني في الصحيح عن أبي عبيدة، عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها؟ قال: فقال: إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة، والمفضاة، ومن كان بها زمانة ظاهرة، فانها ترد على اهلها من غير طلاق، ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فان لم يكن وليها علم بشئ من ذلك فلا شئ عليه وترد على اهلها، قال: وان اصاب الزوج شيئا مما اخذت منه فهو له، وان لم يصب شيئا فلا شئ له، قال: وتعتد منه عدة المطلقة ان كان دخل بها، وان لم يكن دخل بها فلاعدة عليها ولا مهر لها^(١).

(١) الوسائل باب ٢ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٦.

[ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس].

وعن رفاعه بن موسى، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: وسألته عن البرصاء فقال: قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحلت من فرجها، وإن المهر على الذي زوجها وإنما صار المهر عليه، لأنه دلسها، ولو أن رجلاً تزوج امرأة أو زوجها رجل (أو زوجه إياه رجل ثل) لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها^(١).

وما رواه الشيخ في الصحيح، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال في كتاب علي عليه السلام: من زوج امرأة فيها عيب (دلسه ولم يبين) (دلسته ولم تبين ييب) ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحلت من فرجها ويكون الذي ساق الرجل إليها، على الذي زوجها ولم يبين^(٢).

وهنا مباحث (الاول) إذا وقع الفسخ من الزوج بعد الدخول استحقت الزوجة المسمى لأن النكاح صحيح، فان ثبوت الخيار فرع صحة العقد في نفسه.

وقال الشيخ في المبسوط: ان كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول، فالواجب المسمى لأن الفسخ إنما يستند إلى العيب الطارئ بعد استقراره، وإن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل، لأن الفسخ وإن كان في الحال إلا أنه مستند إلى حال حدوث العيب، فكأنه وقع منسوخاً حال حدوث العيب فيصير كأنه وقع فاسداً فيتعلق به أحكام الفاسد إن كان قبل الدخول، فلا مهر ولا متعة وإن كان بعده، فلا نفقة للعدة ويجب مهر المثل.

(١) أورد صدره في الوسائل باب ٢ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٦.

(٢) الوسائل باب ٢ حديث ٧ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٧ *

ولا يخفى ضعف هذا القول، لان النكاح وقع صحيحا وظهور العيب لا يطله من أصله وان كان سابقا على العقد والا لم يثبت التخيير بين الفسخ والامضاء كما هو واضح.

(الثاني) قد عرفت ان الزوج إذا فسخ العقد بعد الدخول استحقت الزوجة المسمى وقد حكم المصنف وغيره بان الزوج يرجع به على المدلس، والمراد بالتدليس هنا، السكوت عن العيب مع العلم به.

واطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق في المدلس بين ان يكون وليا او غيره حتى لو كان المدلس هو المرأة رجع عليها أيضا ولو لم يكن دفع اليها المهر سقط وجوب الدفع، اذ لا وجه لاعطائها اياه ثم الرجوع عليها به.

ولو انتفى التدليس بأن كان العيب خفيا لم تطلع عليه المرأة ولا من زوجها، فلا رجوع لانتفاء المقتضى.

ولو ادعت المرأة الجهل به وامكن ذلك صدقت بيمينها.

ولو كان المتولي لتزويجها جماعة فالرجوع عليهم بأن يوزع على جميعهم بالسوية.

ثم إن كان الرجوع بالمهر على غير الزوجة فلا بحث في انه يرجع بجميع ما غرم وان كان الرجوع عليها، ففي الرجوع بجميع المهر وجهان احدهما، وهو الاظهر أنه يرجع بالجميع تمسكا بالاطلاق (والثاني) أنه يجب ان يستثنى منه ما يكون مهرا، لان الوطاء المحرم لا يخلو من مهر، والى هذا ذهب الاكثر.

وفي تقديره قولان (احدهما) ما ذهب اليه ابن الجنييد وهو اقل مهر مثلها، لانه قد استوفى منفعة البضع فوجب عوضه وهو مهر المثل (والثاني) واليه ذهب الاكثر أنه قل ما يمكن أن يكون مهرا وهو اقل ما يتحول في العادة، ووجهه ورود النص بالرجوع بالجميع، فيجب الاقتصار في المخالفة على موضع اليقين، وهذا

[وإذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر الا في العنن، وان كان بعده فلها المسمى]. أجود.
(الثالث) يستفاد من الحكم بجواز الفسخ بعد الدخول ان الوطء لا يمنع من الفسخ بالعيب السابق على العقد، ويجب تقييده بما اذا لم يقع الوطء بعد العلم بالعيب اما لو وقع بعده، فانه يسقط به الخيار لدلالته على الرضا.

ويدل على هذا التفصيل ما رواه الكليني في الصحيح عن أبي الصباح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرنا، قال: فقال: هذه لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها، يردها على أهلها صاغرة ولا مهر لها، قلت: فان كان دخل بها؟ قال: إن كان علم بذلك قبل ان ينكحها يعني المجامعة ثم جامعها فقد رضي بها وان لم يعلم الا بعد ما جامعها، فان شاء بعد أمسك وان شاء طلق^(١). والظاهر أن المراد من الطلاق هنا، الفسخ.
ولا ينافي ذلك قوله عليه السلام في صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة ترد من اربعة اشياء، من البرص والجذام، والجنون، والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها، فاذا وقع عليها فلا^(٢).

لانه محمول على ما اذا وقع عليها بعد العلم بالعيب كما دلت عليه الرواية المفصلة.
قوله: (وإذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر الخ) اما ان لها المسمى اذا وقع الفسخ بعد الدخول، فظاهر للزوم المسمى بالعقد واستقراره

(١) الوسائل باب ٣ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٨.

(٢) الوسائل باب ١ حديث ١ من ابواب والتدليس ج ١٤ ص ٥٩٢.

[ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعزر.

(السادسة) لو ادعت عننه فانكر فالقول قوله مع يمينه].

بالدخول واما سقوطه اذا فسخت الزوجة قبل الدخول في غير العنن، فلان الفسخ اذا وقع من جانب الزوجة قبل الدخول اقتضى سقوط المهر واستثني من ذلك فسخها بعنته (بعنت خ ل) قبل الدخول فانه يوجب تنصيف المهر كما سيجي بيانه.

قوله: (ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعزر) هذا الحكم ذكره الشيخ وجمع من الاصحاب.

واستدلوا عليه بما رواه الشيخ في الصحيح عن ابن مسكان، قال: بعثت بمسألة مع ابن اعين، قلت: سله عن خصي دلس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصيا؟ قال: يفرق بينهما ويوجع ظهره ويكون لها المهر بدخوله عليها^(١).

وفي الموثق، عن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام ان خصيا دلس نفسه لامرأة فقال: يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه^(٢).

وانكر ابن ادريس هذا الحكم، وقال: لا دليل على صحة هذه الرواية من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا اجماع، والاصل براءة الذمة وان كان قد اورد شيخنا في نهايته ذلك ايرادا لا اعتقادا.

وقال العلامة في المختلف: ان الشيخ بنى ذلك على اصله من ثبوت المهر بالخلوة.

وفيه نظر، فان الشيخ عليه السلام انما استند في هذا الحكم إلى هذه الروايات ولو صح سندها لوجب المصير اليه وان لم يثبت ذلك الاصل والمسألة محل تردد.

قوله: (السادسة) لو ادعت عنته فانكر فالقول قوله مع يمينه) لما

(١) الوسائل باب ١٣ حديث ٣ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٨.

(٢) الوسائل باب ١٣ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٨.

[ومع ثبوته يثبت لها الخيار ولو كان متجددا].

كانت العنة من الامور الخفية.

التي لا يطلع عليها الغير على وجه يمكنه الشهادة بها كان الطريق إلى اثباتها اقرار الرجل بها أو البينة على اقراره، فان انتفيا وادعتها المرأة فالقول قوله في عدمها عملا بأصالة السلامة، فان حلف استقر النكاح.

وان نكل عن اليمين، فان قضينا بالنكول ثبت العيب، والا ردت اليمين على المرأة، فاذا حلفت ثبت العيب، سواء قلنا: ان اليمين المردودة كالبينة من المدعي او كالاقرار من المنكر، اذ المراد تنزيلها منزلة البينة المسموعة.

ولا يخفى أن حلفها يتوقف على علمها بوجود العيب بممارستها له على وجه يحصل لها بتعاقد القرائن، العلم بالعنة وذهب ابن بابويه إلى ان الرجل المدعى عليه العنة يقام في الماء البارد، فان تقلص^(١) حكم بقوله، وان بقي مسترخيا حكم لها.

ولم نقف له على مستند، وقيل: ان ذلك قول الاطباء، ولم يثبت بحيث يصير طريقا شرعيا إلى ثبوت هذا المرض.

قوله: (ومع ثبوته يثبت لها الخيار ولو كان متجددا الخ) اذا ثبت العنن، فاما ان يثبت تقدمه على العقد، أو تجدد بعد الوطء أو بعده.

فان ثبت تقدمه على العقد ثبت لها الخيار اجماعا.

وان تجدد بعد العقد وقبل الوطء فالمشهور جواز الفسخ به ايضا.

وربما لاح من كلام الشيخ في المبسوط عدمه.

وكذا الخلاف لو تجدد بعد الوطء لكن الاكثر هنا على عدم ثبوت الفسخ به.

وذهب المفيد وجماعة إلى ان لها الفسخ ايضا، وهو الذي يقتضيه اطلاق عبارة المصنف وقواه

في المختلف، ثم قال بعد ذلك: ونحن في ذلك من المتوقفين.

(١) بمعنى انزوى وانضم (مجمع البحرين).

احتج القائلون بثبوت الخيار به مطلقا وان تجدد بعد الدخول، بصحيفة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: العنين يتربص به سنة ثم ان شاءت امرأته تزوجت وان شاءت اقامت^(١).
ورواية أبي الصباح الكناني، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أتفارقه؟ قال: نعم ان شاءت^(٢).

احتج القائلون بانتفاء الخيار اذا تجدد بعد الدخول بما رواه الشيخ، عن غياث الضبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: في العنين اذا علم انه عنين لا يأتي النساء، فرق بينهما، واذا وقع عليها دفعة واحدة لا (لم خ) يفرق بينهما، والرجل لا يرد من عيب^(٣).

وعن اسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان يقول: اذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها مرة (وقعة واحدة - خ ئل) ثم اعرض عنها فليس لها الخيار، لتصبر، فقد ابتليت^(٤) واجابوا عن الاخبار المطلقة بالحمل على ما اذا حصلت العنة قبل الدخول كما تضمنته هاتان الروايتان المفصلتان.

وهو جيد لو تكافأ السندان، لكن رواية ابن مسلم المطلقة صحيحة ورواية أبي الصباح معتبرة الاسناد ايضا.

وما تضمن التفصيل ضعيف بجهالة الراوي في الاولى، واشتمال سند الثانية على اسحاق بن عمار وهو فطحي، وغياث بن كلوب^(٥) وهو غير موثق.

(١) الوسائل باب ١٤ حديث ٥ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١١.

(٢) الوسائل باب ١٤ حديث ٦ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١١.

(٣) الوسائل باب ١٤ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١٠.

(٤) الوسائل باب ١٤ حديث ٨ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١٢.

(٥) وسندها كما في التهذيب هكذا: محمد بن أحمد بن يحيى، عن الحسن بن موسى الخشاب عن غياث بن كلوب عن اسحاق بن عمار.

[إذا عجز عن وطئها قبلا ودبرا وعن وطء غيرها. ولو ادعى الوطء فانكرت، فالقول قوله مع يمينه].

والمسألة محل تردد وان كان المصير إلى ما عليه الأكثر من اشتراط حصول العنة قبل الوطء أولى، اقتصارا في فسخ العقد اللازم على موضع الوفاق. وقول المصنف (إذا عجز عن وطئها قبلا ودبرا وعن وطئ غيرها) يقتضي ان العنن لا يتحقق بالعجز عن وطئها خاصة.

واستدل عليه بقول الصادق عليه السلام في رواية غياث الضبي في العنين اذا علم انه عنين لا يأتي النساء فرق بينهما^(١).

وفي رواية عمار الساباطي: ان (اذا ثل) كان لا يقدر على اتيان غيرها من النساء فلا يمسكها الا برضاها بذلك، وان كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها^(٢).

وفي الروايتين قصور من حيث السند، مع ان العجز عن وطء الغير في مجموع السنة قد لا يعلم، لعدم تمكن الزوج من ذلك.

ويظهر من عبارة المفيد رحمه الله ان (المعتبر خ) العنن عجزه عنها وان قدر على وطء غيرها. وفي صحيحة أبي حمزة: فاذا ذكرت انها عذراء فعلى الامام ان يؤجله سنة، فان وصل اليها والا فرق بينهما^(٣).

ومقتضى ذلك، الاكتفاء في جواز الفسخ بعجزه عن وطئها وان لم يعلم عجزه عن وطء غيرها، والمصير اليه غير بعيد.

قول: (ولو ادعى الوطء فانكرت فالقول قوله مع يمينه) دعوى الزوج

(١) تقدم بيان موضعها آنفا.

(٢) راجع الوسائل باب ١٤ حديث ٣ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١١.

(٣) الوسائل باب ١٥ حديث ١ من ابواب العيوب ج ١٤ ص ٦١٣.

*

الوطء تقع بعد ثبوت العنن وقبله، وفرض المصنف في الشرائع المسألة فيما اذا ادعى الزوج الوطء بعد ثبوت العنن وحكم بأن القول قوله مع يمينه، واطلق الاكثر كما اطلقه المصنف هنا. اما قبول قول الزوج بيمينه لو ادعى الوطء قبل ثبوت العنن فظاهر، لانه بدعوى الوطء يكون منكرا للعنن فيقبل قوله فيه بيمينه.

ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي حمزة، قال سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: اذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت زوجا غيره فزعمت انه لم يقربها مذ (مند خ ئل) دخل بها، فان القول في ذلك قول الرجل، وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها، لانها المدعية، قال: فان تزوجها وهي بكر فزعمت انه لم يصل اليها، فان مثل هذا تعرف النساء فلينتظر اليها من يوثق به منهن فاذا ذكرن (ت خ ل) انها عذراء فعلى الامام ان يؤجله سنة، فان وصل اليها وإلا فرق بينهما واعطيت نصف الصداق ولا عدة عليها^(١).

واما قبول قوله لو ادعى الوطء بعد ثبوت العنن فمشكل، لانه مدع لزوال ما كان قد ثبت فلا يكون قوله مقبولا.

لكن المصنف في الشرائع والعلامة في القواعد صرحا بقبول قوله في ذلك اما لان هذا الفعل لا يعلم إلا من قبله فيقبل قوله فيه كدعوى المرأة انقضاء عدتها بالاقرار، واما لان العنة لم تثبت قبل مضي السنة وانما الثابت، العجز الذي يمكن ان يكون عنة ويمكن انه يكون غيرها، ولهذا يؤجل سنة لينظر أيقدر على الوطء ام لا، فان قدر فلا عنة، والا يثبت فيكون الزوج بدعواه الوطء منكرا للعنة وان كان بعد ثبوت العجز يقبل فيه قوله بيمينه.

(١) الوسائل باب ١٥ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١٣.

وربما احتج عليه باطلاق رواية أبي حمزة^(١) حيث ان موردها اختلافهما في حصول الوطاء وعدمه، المتناول لما إذا وقع ذلك قبل ثبوت العنة وبعده.

وفي المسألة قول آخر، ذهب اليه الشيخ في الخلاف، والصدوق في المقنع وجماعة، وهو أن دعواه الوطاء ان كان في القبل، فان كانت بكرا صدق مع شهادة اربع من النساء بذهابها، وان كانت ثيبا حشي قبلها خلوقا^(٢) ثم يؤمر بالوطء، فان خرج الخلوق على ذكره صدق والا فلا. واستدل عليه في الخلاف باجماع الفرقة واخبارهم.

وكأنه اراد بالاخبار ما رواه في التهذيب، عن عبدالله بن الفضل الهاشمي، عن بعض مشيخته، قال: قالت امرأة لابي عبدالله عليه السلام، أو سألته رجل، عن رجل تدعي عليه امرأته انه عنين وينكر الرجل، قال: تحشوها القابلة بالخلوق ولا يعلم الرجل ويدخل عليها الرجل، فان خرج وعلى ذكره الخلوق صدق وكذبت والا صدقت وكذب^(٣).

وروى أيضا، عن غياث بن إبراهيم، عن أبي عبدالله عليه السلام نحو ذلك^(٤).

والروايتان ضعيفتا السند، فلا يسوغ التعلق بهما.

اما الحكم بتصديقه اذا كانت بكرا مع شهادة اربع من النساء بذهاب بكارتها، فيدل عليه صحيحة أبي حمزة المتقدمة^(٥).

(١) المتقدمة آنفا فلاحظ.

(٢) الخلوق، هو كرسول على ما قيل: طيب مركب يتخذ من الزعفران وغيره من انواع الطيب والغالب عليه الصفرة والحمرة ومنه الحديث وتحشوها القابلة بالخلوق (مجمع البحرين).

(٣) الوسائل باب ١٥ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١٣.

(٤) الوسائل باب ١٥ حديث ٣ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١٤.

(٥) تقدم ذكر موضعها آنفا فلاحظ.

*

[(السابعة) ان صبرت مع العنن فلا بحث، وان رفعت امرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع فإن عجز عنها، وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر].

ولو كذب الزوج لم يسمع منه.

وان ادعى عود البكارة بعد الوطء قدم قولها مع اليمين إما بعدم الوطء او بأن هذه بكارة الاصل، فان جانبها معتضد بأصالة بقاء البكارة، وان الظاهر عدم العود بعد الزوال، ولو نكلت حلف وسقط خيارها.

قوله: (السابعة ان صبرت مع العنن فلا بحث الخ) اذا ثبت العنة بإحدى الطرق السابقة، فان صبرت المرأة مع علمها بالخيار فلا بحث في حكمها، لان الحق لها، فاذا لم تطالب به لا تعترض. ويمكن ان يكون المراد أنها اذا صبرت فلا بحث في لزوم العقد، لان الواقعة فورية كالفسخ على ما صرح به الشيخ في المبسوط، وان لم تصبر رفعت امرها إلى الحاكم.

فاذا رفعته اليه أجله سنة من حين المرافعة، فان عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ وكان لها نصف المهر وان واقعها او غيرها فلا فسخ.

وهذا الحكم اعني التأجيل سنة قول معظم الاصحاب.

ويدل عليه قوله عَلَيْهَا في صحيحة أبي حمزة: فاذا ذكرن (ت خ ل) انها عذراء، فعلى الامام ان يؤجله سنة، فان وصل اليها، وإلا فرق بينهما واعطيت نصف الصداق ولا عدة عليها^(١).

وصحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عَلَيْهَا قال: العنن يتربص به سنة ثم ان شاءت امرأته تزوجت وان شاءت اقامت^(٢).

(١) الوسائل باب ١٥ حديث ١ من ابواب العيوب التدليس ج ١٤ ص ٦١٣.

(٢) الوسائل باب ١٤ حديث ٥ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١١.

وفي المسألة قولان آخران (أحدهما) ان العنة ان كانت متقدمة على العقد جاز للمرأة الفسخ في الحال، وان كانت حادثة بعد العقد أجل سنة من حين الترافع، ذهب إليه ابن الجنيد. واحتج له في المختلف بقوله عليه السلام في رواية غياث الضبي: (إذا علم انه عنين لا يأتي النساء فرق بينهما)^(١).

وبرواية أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتفارقه؟ قال: نعم ان شاءت^(٢). والجواب بعد تسليم السند انهما مطلقتان وما تضمن اعتبار التأجيل مفصل، والمفصل يحكم على المجل.

واجاب عنهما في المختلف بان العلم إنما يحصل بعد السنة، قال: ولو قدر حصوله قبلها، فالأقوى ما قاله ابن الجنيد.

والعجب ان المحقق الشيخ علي وجدي رحمته الله نقلاً عن الاتفاق على اعتبار التأجيل مع ان العلامة في المختلف نقل فيه الخلاف واختار ما ذكرناه (وثانيهما) ان المرأة اذا اختارت الفسخ بعد تمكينها اياه من نفسها وجب لها المهر، وان لم يولج، ذهب اليه ابن الجنيد أيضاً.

قال في المختلف: وهو بناء على اصله، من أن المهر يجب كملاً بالخلوة كما يجب بالدخول. ويدفعه صحيحة أبي حمزة^(٣)، الدالة على انها مع الفسخ تستحق نصف الصداق خاصة والله تعالى أعلم.

(١) الوسائل باب ١٤ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١١.

(٢) الوسائل باب ١٤ حديث ٦ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١١.

(٣) لاحظ الوسائل باب ١٥ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦١٣ *

[تتمة) لو تزوج على أنها حرة فبانت أمة، فله الفسخ، فلا مهر لو لم يدخل، ولو دخل فلها المهر على الاشبه ويرجع به على المدلس.

وقيل: لمولاهما العشر أو نصف العشر ان لم يكن مدلسا].

قوله: (تتمة) هذه التتمة ذكر فيها احكام التدليس، وهو تفعيل من المدالسة وهو المخادعة، والمدلس محركة، الظلمة كأن المدلس لما أتى المخدوع بما حصل فيه التدليس أتاه به في الظلمة.

ويتحقق التدليس بالسكوت عن العيب مع العلم به ودعوى صفة كمال مع عدمها من الزوجة او وليها لاجل التزويج اذا كان الاخبار للزوج او من يقوم مقامه، وكذا من الزوج او من ينوب منابه والمراد بالتدليس هنا المعنى الثاني، لان المعنى الاول، وهو كتمان العيب تقدم الكلام فيه.

قوله: (لو تزوج على أنها حرة فانت أمة الخ) إذا تزوج امرأة على أنها حرة فظهرت أمة، سواء شرط ذلك في نفس العقد او ذكر قبله وجرى العقد عليه، كان للزوج فسخ النكاح اذا وقع باذن المولى وكان الزوج ممن يجوز له نكاح الامة، اما بدون ذلك فانه يقع باطلا في الثاني وموقوفا على الاجازة في الاول.

اما ثبوت الفسخ مع اشتراط ذلك في العقد فظاهر، لان ذلك فائدة الشرط واما مع ذكره قبل العقد وجريان العقد عليه، فلان التراضي انما وقع على هذا الوجه المخصوص فاذا لم يبطل العقد بفواته فلا اقل من ثبوت الخيار.

واستدل على ثبوت الخيار في صورتين، بصحيفة الوليد بن صبيح، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها له قال: ان كان الذي زوجها اياه من غير مواليتها، فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: ان وجد مما اعطاها شيئا فليأخذه وان لم يجد شيئا

فلا شئ له عليها، وان كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولموالها عليه عشر قيمتها (ثمنا خ ل ثل) ان كانت بكرا وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها^(١).

وهذه الرواية غير دالة على المطلوب، وانما تدل على بطلان العقد اذا وقع بغير اذن المولى. ومتى صح العقد وثبت للزوج الفسخ، فان فسخ قبل الدخول فلا شئ لها، وان كان بعده وجب المسمى لثبوته بالعقد الصحيح الواقع باذن الولي او اجازته واستقراره بالدخول. ولو لم يأذن مولى الامة في العقد ولا اجازة بعد وقوعه، وقع فاسدا من اصله، ويلزم الزوج مع الدخول العشر ان كانت بكرا ونصفه ان كانت ثيبا على الاصح عملا برواية الوليد المتقدمة وما في معناها.

وقيل يلزمه مهر المثل وهو ضعيف.

وفي اشتراط عدم علم الامة بالتحريم قولان تقدم الكلام فيهما.

اذا تقرر ذلك، فاعلم ان الزوج اذا فسخ العقد بعد الدخول وعدم المهر او تبين بطلان العقد بعد الدخول، ولزمه العشر او نصفه، فانه يرجع به على المدلس ثم لا يخلو اما ان يكون المدلس، المرأة، او المولى، او اجنبيا، فان كانت هي المدلسة لم يمكن الرجوع عليها حال الرقية، لانه رجوع على المولى، وهو باطل وانما يرجع عليها بعد العتق واليسار، فان لم يكن دفع المهر اليها غرمه للمولى ويرجع به، وان كان قد دفعه اليها رجع به ان كانت عينه باقية أو بالبعض ان كان كذلك ويدفعها بالباقي، وان كان المدلس المولى فان كان قد تلفظ بما يقتضي العتق حكم

(١) الوسائل باب ٦٧ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٧٧ وللحديث ذيل فلاحظ.

[وكذا تفسخ هي لو بان زوجها مملوكا، ولا مهر قبل الدخول، ولها المهر بعده].
عليه بحريتها، سواء كان ذلك اللفظ انشاء ام اخبارا فيصح العقد ويكون المهر لها دون السيد.
ويعتبر في صحة النكاح اذنها سابقا او اجازتها لاحقا كغيرها من الحرائر، وان لم يكن قد تلفظ
بما يقتضي العتق فلا شيء له، ولا للمملوكة، لان المملوكة لا تستحق من مهرها شيئا والسيد وان
استحق المهر بالدخول إلا ان للزوج، الرجوع عليه به لتغريه اياه وتدليسه، ولا وجه لدفعه اليه
وارتجاعه منه.

وهل يستثنى للسيد اقل ما يصح ان يجعل مهرا، وهو اقل ما يتمول على ما اخترناه فيما سبق
أو أقل ما يكون مهرا لامثالها على قول ابن الجنيدي؟ قيل: لا، وهو ظاهر اختيار المصنف تمسكا
باطلاق ما تضمن رجوع الزوج على المدلس بما غرم.

وقيل: نعم لان الوطاء المحرم بغير التحليل يتمتع خلوة من العوض.

وجوابه أن العوض متحقق لكن يرجع به على المدلس.

ولو كان الزوج قد دفع المهر اليها مع تدليس المولى وعدم تلفظه بما يقتضي العتق أخذه منها
ان كانت عينه باقية وان تلفت في يدها احتمل قويا رجوعه به على المولى لمكان الغرور فتضعف
المباشرة ويكون السبب أقوى كما اذا قدم طعاما إلى مالكه فأكله وهو لا يعلم به.

ويحتمل ضمنا المهر في كسبها او تبعيتها به بعد العتق.

ولو كان المدلس اجنبيا رجع عليه بجميع المهر المستحق للمولى، ولو دفعه اليها في هذه الحالة

فتلف في يدها غرم مهرا آخر للسيد ورجع به على المدلس.

وان قلنا بالرجوع على السيد بما تلف في يدها اذا كان هو المدلس، رجع الزوج على المدلس

هنا بكل من المهرين.

قوله: (وكذا تفسخ (هي خ) لو بان زوجها مملوكا الخ) اذا تزوجت

[ولو اشترط كونها بنت مهيّرة فبانّت بنت أمة، فله الفسخ ولا مهر ويثبت لو دخل].
المرأة زوجا على انه حر فبان عبدا، فان كان بغير اذن مولاه ولم يجز العقد وقع باطلا، وان كان بإذنه او اجازته صح العقد وكان للمرأة الفسخ، سواء شرطت حريته في نفس العقد او عولت على إخباره قبل العقد بكونه حرا.

ولا فرق في ذلك بين ان يتبين الحال قبل الدخول وبعده، لكن ان فسخت قبل الدخول او تبين بطلان العقد كذلك، فلا مهر لها وان فسخت بعده ثبت لها المهر، لان الوطاء المحرم لا يخلو من عوض فان كان النكاح برضا السيد كان لها المسمى، عليه والا كان لها مهر المثل على المملوك فيتبع به اذا اعتق.

ويدل على هذه الاحكام ما رواه الشيخ - في الصحيح - عن محمد بن مسلم، قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن امرأة حرة تزوجت مملوكا على أنه حر فعلمت بعد أنه مملوك، فقال: هي أملك بنفسها ان شاءت اقرت (قرت - كا) معه، وان شاءت فلا، فان كان دخل بها فلها الصداق، وان لم يكن دخل بها فليس لها شيء، وان هو دخل بها بعد ما علمت انه مملوك واقرت بذلك فهو املك بها^(١).

قوله: (ولو اشترط كونها بنت مهيّرة فبانّت بنت أمة الخ) قال في القاموس: المهيّرة هي الحرة الغالية المهر، وقال الجوهرى: المهيّرة هي الحرة.

وكأنهم لحظوا في الاشتقاق أنها لا توطأ الا بمهر، بخلاف الامّة، فانها قد توطأ بالملك.
وقد قطع الاصحاب بأن من تزوج امرأة واشترط كونها بنت مهيّرة فبانّت بنت أمة كان له الفسخ، ولا ريب في ذلك مع الشرط لقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم^(٢).

(١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من ابواب العبيد والاماء ج ١٢ ص ٦٠٥.

(٢) الوسائل باب ٢٠ ذيل حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٠.

[ولو تزوج بنت المهيرة (مهيرة خ - ل) فادخلت عليه بنت الامة ردها ولها مع الوطاء للشبهة ويرجع به على من ساقها، وله زوجته].

وجه الاستدلال أنه يدل على استحقاق المشروط، فإذا انتفى فقد انتفى بعض المعقود عليه، فإذا لم يطل العقد بذلك، فلا أقل من ثبوت الخيار.

ثم إن كان الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها على ما سبق، وإن كان بعده استحققت المسمى لاستقراره بالدخول ويرجع به الزوج على من دلسها أبا كان أم غيره حتى لو كانت هي المدلسة فلا شيء لها.

وقيل: أنها تستحق أقل ما يصلح أن يكون مهرا وهو أقل ما يتمول، وقد تقدم الكلام في ذلك.

قوله: (ولو تزوج بنت المهيرة فادخلت عليه بنت الامة الخ) الفرق بين هذه المسألة وبين السابقة أن العقد وقع في السابقة على بنت الامة مع اشتراطه في العقد أن تكون بنت حرة، ولهذا كان له الخيار لفوات الشرط، وهنا وقع العقد على بنت الحرة باتفاقهما، وإنما ادخلت عليه بنت الامة بغير عقد.

والحكم بردها واضح، لأنها ليست زوجته، ولها مهر المثل إن كان دخل بها وهي جاهلة، سواء كان هو عالماً أم لا، لتحقق الشبهة من طرفها الموجبة لثبوت المهر ويرجع به على المدلس الذي ساقها إليه لاجل الغرور ولو لم يكن دخل بها فلا شيء لها، لأنها ليست معقوداً عليها ولا موطوءة.

وأما الزوجة فإنها على نكاحها فيجب تسليمها إلى الزوج وتستحق عليه ما سمي لها في العقد. وهذا الحكم لا يختص بهذا الفرض بل يأتي في كل من ادخلت عليه غير زوجته وإنما فرضها الأصحاب في هذه الصورة، لورود الرواية بحكمها وهي: ما رواه الكليني - في الحسن - عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيرة فأتاه بغيرها، قال: تزف (ترد - خ ل) إليه

[ولو تزوج اثنان فادخلت امرأة كل منهما على الآخر كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطئ للشبهة، وعليها العدة وتعاد إلى زوجها وعليه مهرها الاصل].

التي سميت له بمهر آخر من عند ابيها والمهر الاول للتي دخل بها^(١).

لكن ما تضمنته الرواية من كون مهر الزوجة على ابيها، مخالف للاصل.

ويمكن حملها على ان المسمى مساو لمهر المثل وانما اخذته التي دخل بها من المهر، يكون لها للشبهة وترجع به على ابيها اذا كان قد ساقها اليه ويدفع إلى ابنته الاخرى ويكون ذلك معنى كون المهر من عند ابيها.

قوله: (ولو تزوج اثنان فادخلت امرأة كل منهما على الآخر الخ) ما ذكر المصنف من حكم هذه المسألة موافق للقواعد الشرعية، فان وطئ المرأة الاجنبية شبهة منها يوجب لها على الواطئ مهر المثل، ويلزمها بذلك العدة فاذا وطأ كل من الزوجين زوجة الآخر بشبهة من قبلها كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطئ، وعليها العدة منه ويعاد كل من الزوجتين إلى زوجها وعليه مهرها المسمى في العقد.

ولو مات احد الزوجين ورثه الآخر، سواء كانت المرأة في عدة الشبهة ام لا.

والاصل في هذه المسألة ما رواه ابن بابويه - في الصحيح - عن الحسن بن محبوب، عن جميل بن صالح ان ابا عبدالله عليه السلام، قال: في اختين اهديتا لاختوين فادخلت امرأة هذا على هذا وامرأة هذا على هذا، قال: لكل واحدة منهما، الصداق بالغشيان وان كان وليهما تعمد ذلك اغرم الصداق، ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة، فاذا انقضت العدة صارت كل امرأة منهما، إلى زوجها

(١) الوسائل باب ٨ حديث ١ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٣.

[ولو تزوجها بكرا فوجدها ثيبا فلا رد. وفي رواية ينقض مهرها].

الاول بالنكاح الاول، قيل له: فان ماتت قبل انقضاء العدة؟ قال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما فيرثانهما الرجلان قيل: فإن مات الزوجان وهما في العدة؟ قال ترثانها ولهما نصف المهر، وعليهما العدة بعد ما يفرغان من العدة الاولى تعتدان عدة المتوفي عنها زوجها^(١). وهذه الرواية صحيحة السند مطابقة للاصول، وما تضمنته من تنصيف المهر بالموت، قول جمع من الاصحاب، وبه روايات صحيحة، وفي مقابلها أخبار آخر^(٢) دالة على خلاف ذلك، وسيجيئ تحقيق المسألة ان شاء الله تعالى.

قوله: (ولو تزوجها بكرا فوجدها ثيبا فلا رد الخ) الاصح أنها لا ترد الا اذا شرط كونها بكرا وثبت سبق الثبوبة (الثبوبة خ) على العقد، فانه يجوز له الفسخ لفوات الشرط المقتضى للتخيير كنظائره.

ثم ان فسخ قبل الدخول فلا شيء لها، وان كان بعده استقر المهر ورجع به، على المدلس، فان كان التدليس من المرأة فلا شيء لها الا اقل ما يصلح ان يكون مهرا كما قيل في نظائره. والرواية التي اشار اليها، المصنف، رواها الشيخ في الصحيح عن محمد بن حزم، قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكرا فيجدها (فوجدها ثل) ثيبا، هل يجب لها الصداق وافيا ام ينقص؟ قال: ينقص^(٣).

(١) الوسائل باب ٤٩ حديث ٢ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ج ١٤ ص ٣٩٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٢٢٢ ح ٤٤٦٩.

(٣) الوسائل باب ١٠ حديث ٢ من ابواب العيوب والتدليس ج ١٤ ص ٦٠٥.

[النظر الثاني: في المهور وفيه اطراف:] واختلف الاصحاب في قدر النقص، ف قيل: انه ينقص منه شئ من غير تعيين، اختاره الشيخ في النهاية، وقيل: انه ينقص السدس، ذكره القطب الراوندي في شرح النهاية، لان الشئ في عرف الشرع، السدس كما ورد في الوصية. وغلطة المصنف في ذلك، لان لفظ الشئ لم يذكر في الرواية، ولو ذكر لم يتعين كونه السدس، وكونه كذلك في الوصية لا يقتضي كون هذا اللفظ موضوعا لذلك لغة او عرفا.

وقيل: انه ينقص منه بنسبة ما بين مهر البكر والثيب اختاره ابن ادريس وجماعة، فاذا كان المسمى مائة وقيل: ان مهر مثلها بكرا مائة وثيبا خمسون، نقص منه النصف، ولو قيل إن مهرها بكرا مائتان وثيبا مائة نقص من المسمى خمسون، لانها نسبة ما بينهما لا مجموع تفاوت ما بينهما لئلا يسقط جميع المسمى.

ووجه هذا القول ان الرضا بالمهر المعين إنما وقع على تقدير اتصافها بالبكارة ولم يحصل إلا خالية عن الوصف، فيلزمها رد التفاوت كأرش ما بين كون المبيع صحيحا ومعيبا.

وقيل: انه يرجع في تقدير النقص إلى رأي الحاكم، وهو منسوب إلى المصنف رحمته الله لثبوت النقص بالرواية الصحيحة وعدم تقديره لغة وشرعا فيرجع فيه إلى رأي الحاكم، ولا بأس به.

ومورد الرواية من تزوج امرأة بكرا فوجدتها ثيبا، وهو يتناول من اشترط بكارتها في العقد او ذكرت قبله وجرى العقد على ذلك من غير اشتراط له في نفس العقد.

قوله: (النظر الثاني في المهور وفيه اطراف) المهور جمع مهر، وعرفه صاحب الصحاح والقاموس بانه الصداق وعرفا الصداق بكسر الصاد وفتحها

الطرف الاول

كل ما يملكه المسلم يصح ان يكون مهرا، عينا كان أو دينا أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة، ويستوي فيه الزوج والاجنبي.

اما لو جعلت المهر استتجاره مدة فقولان: أشبههما، الجواز].
بانه مهر المرأة.

قال في المسالك: وهو مال يجب بوطء غير زنا منها، ولا بملك يمين أو بعقد النكاح أو تفويت بضع قهرا على بعض الوجوه كارضاع ورجوع شهود.

وأورد عليه، طردا عقر الامة الزانية ان جعلنا العقر مهرا كما ذكره المعرف، فانه جعل من اسماء المهر العقر، وعكسا أرش البكارة فانه مال يجب بالوطء المخصوص وليس مهرا، والنفقة ان قلنا: انها تحب بالعقد والنشوز مانع، والامر في ذلك هين.

ومن هذا التعريف يظهر وجه تعبير المصنف بصيغة الجمع، وللمهر اسماء كثيرة، الصداق لاشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح، والصدقة بفتح أوله وضم ثانيه، والنحلة، والاجر، والفريضة، والعليقة، والعلائق، والحباء، والعقر.

قوله: (الاول كل ما يملكه المسلم يصح ان يكون مهرا الخ) اجمع الاصحاب وغيرهم على ان كل ما يملكه المسلم مما يعد مالا يصح جعله مهرا للزوجة عينا كان، أو دينا، أو منفعة، ويندرج في المنفعة منفعة العقار، والحيوان، والغلام، والاجير، والزوج.

لكن منع الشيخ في النهاية من جعل المهر عملا من الزوج لها أو لوليها واجازه في المبسوط، والخلاف، واليه ذهب المفيد رحمته الله، وابن الجنيد، وابن ادريس، والمصنف، ومن تأخر عنه، وهو الاصح.

(لنا) ما رواه الكليني في الحسن عن الفضيل بن يسار، عن أبي جعفر عليه السلام

قال: الصداق ما تراضيا عليه من قليل وكثير فهذا الصداق^(١).

وفي الحسن عن جميل بن دراج، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: المهر ما تراضى عليه الناس أو اثنتا عشرة أوقية^(٢) ونش^(٣) أو خمسمائة درهم^(٤).

وعن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن المهر ما هو؟ قال: ما تراضى عليه الناس^(٥).

وفي الصحيح، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوجني فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لهذه فقام رجل، فقال: انا يا رسول الله زوجنيها فقال: ما تعطيها؟ فقال: مالى شئ، فقال: لا، فأعادت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقم احد غير الرجل ثم اعادت، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة: تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم فقال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها اياه^(٦).

(١) الوسائل باب ١ حديث ٣ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢.

(٢) والواقية بضم فسكون وياء مشددة أربعون درهما، قال الجوهري: وكذلك كان فيما مضى فاما اليوم فيما يتعارفه الناس ويقدر الاطباء وزن عشر دراهم وخمسة اسباع درهم وهو استار وثلثا استار والجمع الاواقي، وفي المغرب نقلا عنه: الاوقية هي افعولة من الوقاية لانها تقي صاحبها من الضرر وقيل: فعلية من الاوق، الثقل والجمع الاواقي بالتشديد والتخفيف، والواقية عند الاطباء وزن عشرة مثاقيل وخمسة اسباع درهم وهو استار وثلثا استار مجمع البحرين).

(٣) النش بالفتح والشين المشددة عشرون درهما نصف اوقية قاله الجوهري وغيره (مجمع البحرين).

(٤) الوسائل باب ١ حديث ٥ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢ وفيه عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام الخ.

(٥) الوسائل باب ١ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١.

(٦) الوسائل باب ٢ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣.

*

وفي معنى هذه الروايات اخبار كثيرة^(١).

ولم نقف للشيخ واتباعه في المنع من العقد على منفعة الزوج، على دليل يعتد به. وربما كان مستنده ما رواه الشيخ في الحسن عن أحمد بن محمد، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألت عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط (لا يبيها يب) اجارة شهرين فقال: ان موسى عليه السلام (قد يب) علم انه سيتم له شرطه فكيف لهذا بان يعلم أنه سيبقى حتى يفى وقد كان الرجل على عهد رسول الله ﷺ يتزوج المرأة على السورة من القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبضة من الخنطة^(٢).

وهذه الرواية مع تسليم سندها لا تدل على المنع صريحا، ولعل المراد منها انه لا ينبغي التعرض لتحمل مالا يثق بالوفاء به على سبيل الكراهة لا المنع، لان ذلك قد جاز في تعليم السورة التي قد قضت الرواية جواز جعله مهرا، صريحا، بل في كل مهر قبل تسليمه، فانه لا وثوق بالبقاء إلى وقت تسليمه، مع ان ذلك غير قادح في الصحة اجماعا.

واعلم ان المراد بالعين في عبارة المصنف رحمه الله، ما قابل الدين والمنفعة لذكرها في مقابلتهما. وقوله: (اما لو جعلت المهر استيجاره مدة) فيه تجوز فإن موضع الخلاف جعل المهر عمل الزوج الذي من شأنه ان يستأجر عليه لا (نفس) الاستيجار.

ولا وجه لتخصيص مورد الخلاف باستيجار المدة، فان المانع منع من جعل

(١) راجع باب ١ و ٢ من ابواب المهور.

(٢) الوسائل باب ٢٢ بنحو حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٣.

[ولا تقدير للمهر في القلة ولا في الكثرة على الاشبه، بل يتقدر بالتراضي].

منفعة الزوج مهرا، سواء ضبطت بالمدة او بالعمل كبناء جدار ونحوه. ويعلم من ذلك أن المهر لو جعل منفعة في ذمة الزوج بحيث يكون له الاتيان بها بنفسه وبغيره، جاز بغير خلاف.

قوله: (ولا تقدير في المهر في القلة ولا في الكثرة الخ) اجمع الاصحاب على ان المهر لا يتقدر قلة الا بأقل ما يملك.

واما الكثرة فذهب الاكثر إلى عدم تقديرها فيصح العقد على ما شاء من غير تقدير، ذهب اليه الشيخان، وابن أبي عقيل، وسالار، وابن البراج، وابن ادريس، والمصنف، وعامة المتأخرين. وقال السيد المرتضى رحمته الله فالانتصار: ومما انفردت به الامامية أنه لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جيادا قيمتها خمسون دينارا، فما زاد على ذلك رد إلى هذه السنة.

والمعتمد الاول (لنا) قوله تعالى: وآتيتهم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا^(١)، والقنطار، المال العظيم من قولهم: قنطرت الشيء اذا رفعته ومنه القنطرة.

وفي القاموس: القنطار بالكسر وزن اربعين اوقية من ذهب أو فضة، أو الف دينار، أو الف ومائتا اوقية، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائة رطل من ذهب أو فضة، أو ألف دينار، أو ملاء مسك ثور ذهباً أو فضة.

وقوله تعالى: فنصف ما فرضتم^(٢).

وقوله عليه السلام في عدة روايات معتبرة الاسناد: المهر ما تراضى عليه

(١) النساء: ٢٠.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

*

الناس^(١).

وفي رواية زرارة: الصداق ما تراضيا عليه قل أو أكثر^(٢).

وقول الرضا عليه السلام في صحيحة الوشاء: لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفا وجعل لاييها عشرة آلاف كان المهر جائزا والذي جعل (جعله ثل) لاييها فاسدا^(٣).

وحكى الشيخ في المبسوط: ان الحسن بن علي عليه السلام أصدق امرأة من نسائه مائة جارية مع كل جارية ألف درهم^(٤).

وان عمر أصدق بنت امير المؤمنين عليه السلام أربعين ألف درهم^(٥).

وذكر^(٦) أن جماعة من الصحابة والتابعين أصدقوا نحو ذلك مما يزيد على مهر السنة.

واحتج المرتضى رضى الله عنه باجماع الطائفة، وبأن المهر يتبعه احكام شرعية، فاذا وقع العقد على مهر السنة فما دون، ترتبت عليه الاحكام بالاجماع واما الزائد فليس عليه اجماع ولا دليل شرعي فيجب نفيه.

وربما استدلل له مما رواه محمد بن سنان، عن المفضل بن عمر، قال: دخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة، الذي لا يجوز للمؤمن ان يجوزه؟ قال: فقال: السنة المحمدية خمسمائة درهم، فمن زاد على ذلك رد

(١) راجع الوسائل باب ١ حديث ١ ٢ ٣ ٤ ٥ ٦ ١٠، من ابواب المهور: ج ١٥ ص ١ ٣.

(٢) الوسائل باب ١ حديث ٩ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣.

(٣) الوسائل باب ٩ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٩.

(٤) الوسائل باب ٩ حديث ٣ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٩.

(٥) الوسائل باب ٩ حديث ٢ وذيل حديث ٥ من ابواب المهور: ج ١٥ ص ١٩ و ٢٠.

(٦) يعني الشيخ رحمه الله في المبسوط.

إلى السنة ولا شئ عليه أكثر من الخمسمائة درهم^(١).

والجواب، اما الاجماع فلا نعلمه وكيف ينعقد مع مخالفة أعيان الاصحاب في ذلك؟ واحتمال وجود المشارك لهم في الفتوى.

واما قوله: (ان الزائد عن مهر السنة ليس عليه اجماع ولا دليل شرعي فيجب نفيه) فجوابه ان الدلائل الشرعية الدالة على جواز العقد على المهر مطلقا المتناول للزائد على مهر السنة كثيرة موجودة في الكتاب والسنة^(٢).

واما رواية المفضل بن عمر، فهي ضعيفة جدا فلا يمكن التعلق بها في اثبات حكم مخالف للدلالة الشرعية من الكتاب والسنة.

مع أن المرتضى رحمته الله لا يعمل بالخبر الصحيح المشهور فكيف يحتج له بهذا الخبر الضعيف النادر.

واجاب عنها العلامة في المختلف بالحمل على الاستحباب، قال: ومع الزيادة يستحب الرد بالابراء، إلى مهر السنة، واذا حصل الابراء لم يلزم أكثر منه وهو حسن ومع ذلك فلاحتياط يقتضي عدم الزيادة على مهر السنة للاجماع المنقول من المرتضى رحمته الله والتأسي بالنبي صلی الله علیه وآله، وأهل بيته عليهم السلام.

وقد استفاضت الروايات بأن مهر السنة خمسمائة درهم، فروى الكليني في الصحيح عن معاوية بن وهب، قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: ساق رسول الله صلی الله علیه وآله اثنتي عشرة أوقية ونشا، والاقية اربعون درهما والنش نصف الاوقية عشرون درهما وكان ذلك خمسمائة درهم، قلت: بوزننا؟ قال:

(١) الوسائل باب ٨ حديث ١٤ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٧.

(٢) قد تقدم بياهما من الشارح رحمته الله آنفا فلاحظ.

نعم^(١).

وفي الحسن، عن حماد بن عيسى، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سمعته يقول: قال أبي: ما زوج رسول الله صلى الله عليه وآله ^(٢) شيئا من بناته ولا تزوج شيئا من نسائه على أكثر من اثنتي عشر، أوقية ونش، الاوقية أربعون درهما، والنش عشرون درهما^(٣).

قال ابن ادريس في سرائره: النش بالنون المفتوحة والشين المعجمة المشددة، وهو عشرون درهما، وهو نصف الاوقية من الدراهم، لان الاوقية عند اهل اللغة أربعون درهما فإني سألت ابن^(٤) القصار ببغداد وهو امام اللغة في عصره فاخبرني بذلك.

قلت: وقد صرح بذلك صاحب القاموس وغيره قال في القاموس: النش، السوق، والرقيق، والخلط، ونصف اوقية عشرون درهما.

وقال الجوهري: النش عشرون درهما، وهو نصف أوقية، لانهم يسمون الاربعين درهما أوقية، ويسمون العشرين نشا، ويسمون الخمسة نواتا.

(فائدة روى الكليني رحمته الله، عن الحسين بن خالد، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام، عن مهر السنة كيف صار خمسمائة؟ فقال: ان الله تبارك

(١) الوسائل باب ٤ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٥.

(٢) (سائر بناته كا).

(٣) الوسائل باب ٤ حديث ٤ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦.

(٤) مهذب الدين أبوالحسن علي بن عبد الرحيم بن الحسن البغدادي كان من الادباء المشاهير (إلى ان قال): توفي ببغداد سنة ٥٧٦ ودفن بمقره الشونيزي (الكنى ج ١ ص ٣٧٧ طبع صيدا).

*

[ولابد من تعيينه بالوصف أو الإشارة، ويكفي المشاهدة عن كيله ووزنه].

وتعالى أوجب على نفسه ألا يكبره مؤمن مائة تكبيرة، ويسبحه مائة تسبيحة، ويحمده مائة تحميدة ويهلله مائة تهليلة ويصلي على محمد وآله مائة مرة ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين الا زوجة الله حوراء عينا وجعل ذلك مهرها ثم أوحى الله عزوجل إلى نبيه ﷺ ان ليسن (سن خ) مهور المؤمنات خمسمائة درهم ففعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله، وإما مؤمن خطب إلى اخيه حرمة فبذل خمسمائة درهم فلم يزوجه فقد عقه واستحق من الله عزوجل الا يزوجه حوراء^(١). قوله: (ولابد من تعيينه بالوصف أو الإشارة الخ) المراد ان المهر اذا ذكر في العقد فلا بد من تعيينه ليخرج عن الجهالة إما بالإشارة كهذا الثوب وهذه الدابة مثلا، أو بالوصف الذي يحصل به التعيين، ولا يعتبر فيه استقصاء الاوصاف المعتبرة في السلم^(٢).

وقد قطع الاصحاب بانه لا بد ان يكون معلوما في الجملة، ويكفي فيه المشاهدة وان كان مكيلا أو موزونا كالصبرة من الطعام، والقطعة من الذهب، لان النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقية، ولهذا لم يعتبر في صحة العقد، العلم بالزوجة اجماعا.

بل ربما ظهر من صحيحة ابن مسلم^(٣) المتضمنة لقضية تلك التي طلبت من النبي ﷺ التزويج، جواز كون المهر مجهولا فانه عاشيا زوجها على ما يحسن من القرآن من غير سؤال عما يحسنه من ذلك.

(١) الوسائل باب ٤ حدث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٥.

(٢) ذكر المحقق الشيخ علي: انه يعتبر فيه استقصاء الصفات المعتبرة في السلم وهو غير واضح منه هكذا في هامش بعض النسخ.

(٣) لاحظ الوسائل باب ٢ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣.

*

[ولو تزوجها على خادم فلم يتعين، فلها وسطه، وكذا لو قال: دار او بيت].
ثم ان قبضت الزوجة المهر ولم يتوقف الامر على العلم بقدره او علماه بعد ذلك فلا كلام، وان
استمر مجهولا واحتيج إلى معرفته لتلفه قبل التسليم او بعده وقد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه،
فالوجه الرجوع إلى الصلح.

واحتمل المحقق الشيخ علي، وجوب مهر المثل في الاول، وهو غير جيد، لان ضمان المهر
عندنا ضمان يد لا ضمان معاوضة، ومن ثم كان التلف قبل القبض يوجب الرجوع إلى القيمة، لا
إلى مهر المثل.

قوله: (ولو تزوجها على خادم ولم يتعين فلها وسطه الخ) قد عرفت ان المهر اذا ذكر في العقد
اعتبر تعيينه بالاشارة، او الوصف.

ومقتضى ذلك أنه اذا وقع على مجهول، يبطل المسمى، او العقد، وقيل: انه لا خلاف فيه.
ولكن استثنى الشيخ واتباعه ما ذكره المصنف من الخادم والبيت، والدار استنادا في الاولين إلى
رواية علي بن أبي حمزة، قال: قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: رجل تزوج امرأة على خادم، قال:
فقال: (لي لها خ) وسط) من الخدم، قال: قلت: علي بيت؟ قال: وسط من البيوت^(١).
وفي الاخير إلى رواية ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي الحسن عليه السلام في رجل تزوج امرأة
على داره قال: لها دار وسط^(٢).

فيظهر من المصنف في الشرائع التوقف في هذا الحكم حيث حكاها بلفظ

(١) الوسائل باب ٢٥ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٦.

(٢) الوسائل باب ٢٥ حديث ٣ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٦ وفيه موسى بن عمر عن بعض اصحابنا عن أبي
الحسن عليه السلام.

[ولو قال: على السنة كان خمسمائة].

(قيل) وأسنده إلى رواية.

وهو في محله فان الرواية الثانية ضعيفة بالارسال والاولى بأن راويها وهو علي بن أبي حمزة قال النجاشي: انه كان رأس الواقعة.

ومع ذلك فالعمل بهما مشكل، لان الوسط من هذه الاشياء غير منضبط خصوصا مع عدم تعيين بلد الدار والبيت، وفي ذلك إثارة للتنازع والتخاصم وإيقاع للحاكم في الحيرة. والاقرب مساواة هذه الاشياء لغيرها في بطلان التسمية والرجوع إلى مهر المثل أو بطلان العقد، لان الشارع أحكم من ان ينيط (يضبط خ) الاحكام بما لاينضبط. قوله: (ولو قال على السنة كان خمسمائة درهم) هذا الحكم مروى عن الكاظم عليه السلام بطريق ضعيف^(١).

لكن دللته (استدل له خ) جدي عليه السلام في الروضة بالنص والاجماع ثم قال: وبهما يندفع الاشكال مع جهل الزوجين أو احدهما بما جرت به السنة منه. وقال في المسالك بعد ان ضعف النص الوارد بذلك: فان كان على الحكم اجماع، والا فلا يخلو من اشكال.

وهذا الاستشكال مناف لما قطع به في الروضة.

وينبغي القطع بالصحة اذا كانا عالمين بان مهر السنة خمسمائة درهم، وانما يقع الاشكال مع جهلهما أو جهل احدهما بذلك ولا تبعد الصحة ايضا اذا قصدا بذلك مهر السنة الذي تزوج عليه النبي صلى الله عليه وآله له نسائه فانه معلوم في

(١) سنده كما في التهذيب هكذا: محمد بن الحسن الصقار، عن محمد بن عيسى، عن عثمان بن عيسى عن اسامة بن حفص وكان قيما لابي الحسن موسى عليه السلام قال: قلت له الخ راجع الوسائل باب ٣١ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢٨.

[ولو سمي لها مهر ولايها شيئا سقط ما سمي به].

نفسه منضبط وان كانا جاهلين به وقت العقد، فان مثل هذه الجهالة لم يثبت كونها قاذحة في صحة المهر.

قوله: (ولو سمي لها مهر ولايها شيئا سقط ما سمي له) المراد انه اذا تزوج امرأة وسمى لها مهرًا وسمى لايبها شيئا بحيث يكون المجموع في مقابلة البضع، لزم ما سمي لها وسقط ما سمي له لان المهر انما تستحقه الزوجة دون غيرها.

ويدل على ذلك صريحاً ما رواه الكليني في الصحيح عن الوشا عن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: لو ان رجلاً تزوج امرأة (المرأة ثل) وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لايبها عشرة آلاف، كان المهر جائزاً والذي جعل (جعله خ ثل) لايبها فاسداً^(١).

ويستفاد من هذه الرواية عدم فساد العقد باشتماله على هذا الشرط الفاسد. وقد يشكل الحكم بلزوم المسمى في بعض فروض المسألة كما لو شرطت لايبها شيئا وكان الشرط باعثاً على تقليل المهر واعتقدت لزوم الشرط، فان الشرط حينئذ يكون كالجزء من المهر، فاذا لم يتم لها الشرط يشكل تعيين المسمى لها من المهر خاصة. لكن الرواية مطلقة، ويمكن حملها على ما اذا لم ينقص المرأة من مهرها باعتبار هذا الشرط شيئاً، فان المطلق لا يأبى هذا الحمل. ولو كان الشرط أن يعطى أباهاً شيئاً أو تعطيه الزوجة من مهرها شيئاً رضاها فلا مانع من صحته (صحة الشرط خ) ولا فرق بين الاب وغيره في ذلك.

(١) الوسائل باب ٩ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٩.

[ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح، ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة، عينا أو مضمونا].

قوله: (ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح الخ) اذا عقد الذميان او من جرى مجراها على مالا يملك في شرعنا كالخمر والخنزير، صح لانهما يملكانه، فان اسلما أو أسلم احدهما قبل التقابض لم يجوز دفع المعقود عليه لخروجه عن ملك المسلم.

ثم ما الذي يجب؟ الاصح انه يجب القيمة عند مستحليه لان التسمية وقعت صحيحة، ولهذا لو كان قد اقبضها المسمى قبل الاسلام برئ لكن لما تعذر تسليم العين وجب المصير إلى القيمة لانها اقرب شئ اليها.

ومثلها لو جعلاه ثمنا لمبيع (لبيع خ ل) او عوضا لصلح او اجارة أو غيرهما. ويشهد له ايضا ما رواه الشيخ، عن رومي بن زرارة، (عن اخيه) عبيد بن زرارة، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دنا خمر أو ثلاثين خنزيرا ثم اسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها، قال: ينظر كم قيمة الخنازير؟ وكم قيمة الخمر؟ ويرسل به اليها ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الاول^(١).

وربما قيل بوجوب مهر المثل تنزيلا لتعذر تسليم العين منزلة الفساد وهو ضعيف. ورد المصنف بقوله: (عينا كان أو مضمونا) على بعض العامة حيث فرق بينهما وحكم في العين أنها لا تستحق غيره دون المضمون فانها تستحق معه مهر

(١) الوسائل باب ٣ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤ وفي التهذيب والوسائل رومي بن زرارة عن عبيد بن زرارة وفي الكافي رومي بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام.

[ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح، ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل: يبطل].
المثل، ولا ريب في بطلانه.

قوله: (ولا يجوز عقد المسلم على الخمر الخ) اذا عقد المسلم على ما لا يصح تملكه كالخمر
والخنزير بطل المسمى اجماعا لعدم صلاحيته لذلك.

وفي بطلان العقد من اصله؟ قولان (احدهما) واختاره الشيخ في النهاية، والمفيد في المقنعة، وابن
البراج، وابوالصلاح أنه يبطل لان الرضا بالنكاح شرط في صحته، وانما وقع على وجه مخصوص،
وهو جعل المهر خمرا مثلا في مقابلة البضع وذلك باطل، فما وقع عليه الرضا لم يصح، وما هو
صحيح لم يتراضا عليه، ولانه عقد معاوضة فيفسد بفساد العوض كالبيع.

والثاني واختاره الشيخ في المبسوط والخلاف، وابن زهرة، وابن حمزة، وابن ادريس، والمصنف،
ومن تأخر عنه الصحة، لان المهر ليس ركنا في العقد، وانما الركن فيه الزوجان، ولهذا يصح اخلاؤه
عن المهر، بل اشتراط عدمه فيه، وليس ذكر المهر الفاسد بأعظم من اشتراط عدمه، ولان النكاح
والصداق غير ان (متغايران خ ل) لا يقتضي فساد احدهما فساد الآخر.

واجيب عن الاول بالفرق بين عدم التسمية وتسمية الفاسد لانهما في الاول قد تراضيا على
عدم المهر فيصح العقد للرضا به كذلك ويثبت مهر المثل، لانه عوض البضع شرعا حيث لا
تسمية: بخلاف الثاني لان التراضي لم يقع بالعقد خاليا عن العوض وانما وقع بالعقد المشتمل على
ذلك العوض، وهو باطل وغيره لم يتعلق به القصد ولا حصل به الرضا فلا يصلح لكونه عوضا.

وعن الثاني بانه لا يلزم من تغايرهما مع التعويض تغايرهما مع التسمية، لان التراضي انما وقع
على العقد المشخص (المتشخص خ ل) بالمهر المعين فكان

امرا واحدا، فاذا بطل، بطل العقد من اصله.

وتوقف العلامة في ترجيح احد القولين، وهو في محله وان كان القول بالبطلان لا يخلو من رجحان والله أعلم.

ثم ان قلنا بالصحة فما الذي يجب فيه؟ للاصحاب فيه اقوال، (احدها) انه يجب مهر المثل مع الدخول كالمفوضة، ذهب اليه الشيخ في الخلاف، وابن ادريس والمصنف رحمهم الله، لن عدم صلاحية المسمى لان يكون صداقا، اقتضى بطلان التسمية فيصير العقد خاليا من المهر ويجب بالوطء مهر المثل، لانه قيمة البضع حيث لا تسمية.

واطلق العلامة في جملة من كتبه لزوم مهر المثل هنا ولم يقيده بالدخول، فان اراد الاطلاق كان قولنا ثانيا في المسألة.

ووجه بأن العقد وقع بالعوض فلا يكون تفويضا، لك لما تعذر العوض المعين انتقل إلى بدله، وهو مهر المثل.

ويضعف بأن مهر المثل انما ثبت كونه عوضا للوطء حيث لا تسمية الا بدلا عن المهر الفاسد. والظاهر ان مراده رحمهم الله وجوب مهر المثل مع الدخول كما ذكره في الارشاد، وانما اطلق في غيرها اعتمادا على الظهور.

(وثانيها) ان الواجب قيمته عند مستحليه حتى لو كان المهر حرا قدر على تقدير عبوديته، اختاره الشيخ في موضع من المبسوط، لان قيمة الشيء اقرب إليه عند تعذره، ولانهما عقدا على شخص (شخصي خ ل) باعتبار ماليته، فمع تعذر الشخصي يجب المصير إلى المالية. ويتوجه على الاول أن الانتقال إلى القيمة فرع صحة العقد على ذي القيمة، لان القيمة لم يقع التراضي عليها.

الطرف الثاني

في التفويض لا يشترط في الصحة ذكر المهر، فلو اغفله أو شرط ألا مهر لها فالعقد صحيح]. وعلى الثاني أن تقدير المالية هنا ممتنع شرعا فيجب ان يلغى كما الغي التعيين. (وثالثها) الفرق بين كون المهر الذي لا يملكه المسلم متوقفا في الجملة كالخمر والخنزير وغير متقوم كالحر فيعتبر قيمة الاول، ومهر المثل في الثاني وأجود الاقوال دليلا، الاول. قوله: (الطرف الثاني في التفويض) قال الجوهري: فوض اليه الامر رده إليه، والتفويض في النكاح، التزويج بلا مهر، وقريب منه في القاموس. والتفويض قسمان: تفويض البضع، وتفويض المهر. اما الاول فهو ان لا يذكر في العقد مهرا أصلا مثل ان تقول المرأة: زوجتك نفسي فيقول الزوج: قبلت. واما الثاني وهو تفويض المهر فهو ان يذكر على الجملة ويفوض تقديره إلى احد الزوجين او اليهما كما سيجئ بيانه. قوله: (لا يشترط في الصحة ذكر المهر الخ) لا خلاف بين الاصحاب في جواز اخلاء العقد عن المهر، وادعى جماعة عليه الاجماع. ويدل عليه ظاهر قوله تعالى: لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة^(١).

اذا الظاهر ان المراد بالجناح المنفي، المهر، لانه تعالى نفى الجناح إلى غاية

(١) البقرة: ٢٣٦.

هي اما المسيس او الفرض، والجناح الذي يثبت عند احد هذين الامرين، لزوم المهر، وانما ينتفي المهر بالطلاق قبل المسيس اذا لم يذكر في العقد، ولم يفرض بعده.

وأيضاً فإنه تعالى قال: ومتعهن على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره^(١).

ولا متعة لمن طلقها قبل الدخول الا للتي لم يسم لها مهرا.

والاخبار الواردة بجواز اخلاء العقد عن المهر كثيرة جدا.

(منها) ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم

يفرض (لم يسم خ ل يب) لها مهرا، ثم طلقها فقال: لها مثل مهر نساءها ويمتعها^(٢).

وفي الصحيح ايضا، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال في المتوفي عنها زوجها: اذا لم

يدخل بها وان لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر لها وعليها العدة ولها الميراث^(٣).

وفي الموثق، عن منصور بن حازم، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض

لها صداقا، قال: لا شيء لها من الصداق، فان كان دخل بها فلها مهر نساءها^(٤).

ويتحقق التفويض بعدم ذكر المهر في العقد، سواء سكنت عنه او شرطت أن لا مهر في

الحال، أو مطلقا.

اما لو قالت: على ان لا مهر عليك قبل الدخول وبعده او ما أدى هذا المعنى، فالظاهر فساد

العقد من رأس، لان من مقتضيات عقد النكاح وجوب المهر

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الوسائل باب ١٢ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢٤.

(٣) الوسائل باب ٥٨ ذيل حديث ٢٢ من أبواب المهور ج ١٥ ص ٧٦.

(٤) الوسائل باب ١٢ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢٤.

*

[ولو طلق فلها المتعة قبل الدخول، وبعده لها مهر المثل].

في الجملة اما بالعقد او الفرض أو الوطء فاذا شرط خلاف ذلك فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فيبطل. ويحتمل الصحة، لأنها اذا نفت المهر مطلقا صح، وهذا بمعناه، لان المنفي نكرة في سياق النفي فتفيد العموم. وهو ضعيف، فإن ظاهر العموم لا يأبى التخصيص بلزوم المهر في ثاني الحال بخلاف ما وقع فيه التخصيص على نفي المهر في الحالين، فإنه يمنع تخصيصه.

قوله: (ولو طلق فلها المتعة قبل الدخول، وبعده لها مهر المثل) المراد ان العقد المذكور بمجرد لا يوجب مهرا ولا متعة، لان المتعة إنما يجب بالطلاق قبل المسيس والفرض، ومهر المثل إنما يجب بالدخول.

وقول المصنف: (ولو طلق فلها المتعة قبل الدخول وبعده لها مهر المثل) ربما أوهم ان للطلاق مدخلا في لزوم مهر المثل، وليس كذلك، فان الموجب له، الدخول، سواء طلق ام لا، وقد تقدم من الاخبار ما يدل على انها تستحق بالدخول مهر المثل. واما انه اذا طلقها قبل الدخول فلها المتعة، فيدل عليه قوله تعالى: (ومتعوهن)^(١) والامر للوجوب. وما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها، قال: عليه نصف المهر ان فرض لها شيئا، وان لم يكن فرض فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء^(٢). ولو مات أحد الزوجين قبل الدخول والطلاق، فان كان الموت قبل

(١) البقرة: ٢٣٦.

(٢) الوسائل باب ١ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦١.

*

[ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف والجمال] الفرض فلا شيء لها لانتفاء سبب الوجوب فإنه منحصر في الفرض والدخول.

ويدل عليه صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المتوفي عنها زوجها إذا لم يدخل بها^(١)، فإن لم يفرض لها مهرا، فلا مهر لها، وعليها العدة، ولها الميراث^(٢).

وصحيحة زرارة، قال: سألته عن المرأة تموت قبل أن يدخل بها أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها، قال: أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها، وإن لم يكن فرض لها فلا مهر لها^(٣).

ويستفاد من هذه الرواية أنه إذا مات أحد الزوجين بعد الفرض وقبل الدخول استحقت الزوجة نصف المفروض، وهو أحد قولي الأصحاب، وقيل: أنها تستحق المفروض بتمامه، وسيجيء تمام الكلام في ذلك.

قوله: (ويعتبر في مهر المثل حالها في الشرف) مهر المثل هو قيمة المثل بالنسبة إلى البضع، والمراد به ما يبدل عادة في مقابل نكاح أمثالها. وقد ورد في عدة روايات معتبرة أن المعتبر مهر نسائها.

والظاهر أن المراد (نسائها) نساء أهلها اللاتي هن في مثل صفاتها اللاتي يزيد المهر وينقص باعتبارها من الجمال والبكارة والعقل والادب، ومعرفتها بتدبير المنزل وما جرى هذا المجرى واضداد ذلك، لأن المهر يختلف بجميع ذلك اختلافا بينا. واطلاق النساء يتناول أقارب الأب والام.

(١) الوسائل باب ٥٨ صدر حديث ٣٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٧٦.

(٢) في التهذيب كما في الوسائل يضا بعد قوله: بها هكذا: ان كان فرض لها مهرا (إلى قوله): فإن لم يكن فرض لها الخ.

(٣) الوسائل باب ٥٨ حديث ٧ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٧٣.

[وفي المتعة حاله، فالغني يتمتع (تمتع خ ل) بالثوب المرتفع او عشرة دنانير فازيد، والفقير بالخاتم او الدرهم، والمتوسط بينهما].

وهل يعتبر في اقاربها ان يكونوا من اهل بلدها؟ قولان أظهرهما ذلك، لان المهر يختلف باختلاف البلدان اختلافا عظيما.

وقيد المصنف في الشرائع واكثر الاصحاب، الحكم بلزوم مهر المثل، بما اذا لم يتجاوز مهر السنة وهو خمسمائة درهم، فان تجاوزها رد اليها.

وادعى عليه فخر المحققين، الاجماع مع أن والده صرح بالخلاف في المختلف وحكى القولين ولم يرجح شيئا.

واستدلوا عليه بما رواه الشيخ، عن أبي بصير، قال: سألته من رجل تزوج امرأة فوهم ان يسمى صداقها حتى دخل بها، قال: السنة، والسنة خمسمائة درهم^(١) وهي مع ضعف سندها باشتراك روايها بين الثقة غيره، غير دالة على المطلوب، فان موردها ما إذا وهم ان يسمى صداقها أي نسي ذلك، وهو خلاف المدعى أو أخص منه.

والاصح أن مهر المثل لا يتقدر بقدر كما اطلقه المصنف، لاطلاق الروايات المتضمنة لان المفوضة تستحق بالدخول مهر نسائها الخالي من التقييد.

قوله: (وفي المتعة حاله فالغني يتمتع (يتمتع خ) بالثوب الخ) قد سبق أن المفوضة اذا طلقت قبل الدخول وجب لها المتعة لا غير، وهو موضع نص ووافق.

وقد ذكر المصنف وغيره أن المعتبر في المتعة حال الزوج بالنظر إلى يساره وإعساره.

ويدل عليه قوله تعالى: (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره)^(٢).

وقيل: إن الاعتبار بهما معا، وهو ضعيف.

(١) الوسائل باب ١٣ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢٥.

(٢) البقرة: ٢٣٦.

*

[ولو جعل الحكم لاحدهما في تقدير المهر صح، ويحكم الزوج بما شاء وان قل، وان حكمت المرأة لم يتجاوز مهر السنة].

وقد قسم الاصحاب حال الزوج إلى ثلاثة أقسام: اليسار، والاعسار، والتوسط، ورواه ابن بابويه مرسلًا فقال: وروى: ان الغني يتمتع بدار او خادم والوسط (يمتع خ ثل) بثوب، والفقير بدرهم او خاتم^(١).

والمستفاد من الآية الشريفة انقسام حاله إلى اليسار والاقتار خاصة. وكذا موثقة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، فانه قال: اذا كان الرجل موسعا عليه متع امرأته بالعبد والامة، والمقتر يتمتع بالحنطة، والزيب والثوب والدرهم، وان الحسن بن علي عليه السلام متع امرأة له بأمة ولم يطلق امرأة الا متعها^(٢).

وما ذكره المصنف من ان الغني يتمتع بالثوب المرتفع او عشرة دنانير، لم اقف على مستنده، وزاد في الشرائع الدابة ايضا، وهو كالذي قبله.

والاجود اتباع ما ورد به النقل، وهو ان الغني يتمتع بالعبد والامة او الدار والمقتر بالحنطة والزيب والخاتم والثوب والدرهم، فما فوقه.

وفي رواية أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت: ما ادنى ذلك المتاع اذا كان الرجل معسرا لا يجد؟ قال: الخمار وشبهه^(٣).

قوله: (ولو جعل الحكم لاحدهما في تقدير المهر صح الخ) هذا هو

(١) الوسائل باب ٤٩ حديث ٣ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٥٧.

(٢) الوسائل باب ٤٩ حديث ١ وصدرها هكذا، عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى: وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين (إلى ان قال): اذا كان الرجل موسعا عليه الخ ج ١٥ ص ٥٧.

(٣) الوسائل باب ٤٩ حديث ٢ وصدرها هكذا: عن أبي بصير قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: اخبرني عن قول الله عزوجل: وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ما ادنى الخ ج ١٥ ص ٥٧ وفيه (أو شبهه) بدل (وشبهه).

القسم الثاني من قسمي التفويض، وهو المسمى تفويض المهر، وهو ان يذكر المهر في العقد اجمالا ويفوض تقديره إلى أحد الزوجين.

وقد اطبق الاصحاب على جوازه، وخالف فيه العامة، فجعلوا المهر الواقع على هذا الوجه من قبيل المهر الفاسد وأوجبوا به مهر المثل.

والاصح إنه لا يصح تفويض التقدير إلى الزوجين معا، ولا إلى اجنبي غيرهما لاختصاص النقل بتحكيم احد الزوجين فتعديته إلى ما عدا ذلك يحتاج إلى دليل.

وجزم في المسالك بجواز تفويض التقدير اليهما معا ورجح عدم جواز تفويضه إلى الاجنبي، والفرق غير واضح، بل ربما كان المنع من التفويض اليهما معا أولى لانه مظنة التنازع والاختلاف.

وقد اطبق الاصحاب على ان المهر اذا فوض تقديره إلى الزوج كان له الحكم فيه بما شاء من غير تقدير في طرف القلة ولا الكثرة وان فوض إلى الزوجة لم يتقدر في ظرف القلة ويتقدر في طرف الكثرة بمهر السنة ولا يمضى حكمها فيما زاد عليه.

والمستند في ذلك ما رواه الشيخ، عن الحسن بن زرارة، عن أبيه قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على حكمها، قال: لا يتجاوز بحكمها مهر نساء آل محمد، اثنتي عشرة أوقية ونش، وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة، قلت: أ رأيت ان تزوجها على حكمه ورضيت بذلك وحكمته؟ (قال كائل) فقال: ما حكم به من شئ فهو جائز لها (عليها كائل) قليلا كان أو كثيرا، قال: قلت (له كا): كيف لم تجز حكمها عليه وأجزت حكمه عليها؟ قال: قال: لانه حكمها فلم يكن لها ان تجوز ما سن رسول الله صلى الله عليه وآله وتزوج عليه نساءه فرددتها إلى السنة، ولانها هي حكمته وجعلت الامر في المهر إليه رضيت بحكمه في ذلك،

[ولو مات الحاكم^(١) قبل الدخول وقبل الحكم فالمروي لها المتعة].

فعليها ان تقبل حكمه قليلا كان او كثيرا^(٢).

وهذه الرواية قاصرة من حيث السند باشتماله على الحسن بن زرارة^(٣) وهو مجهول ما تضمنته من تعليل الفرق، غير واضح، لانه فرق بنفس الدعوى.

ويدل على بعض هذه الاحكام ايضا ما رواه الكليني وابن بابويه في الصحيح والشيخ في الحسن، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه فمات او ماتت قبل ان يدخل بها؟ قال: لها المتعة والميراث، ولا مهر لها، قال (قلت كا): وان طلقها وقد تزوجها على حكمها قال اذا طلقها وقد تزوجها على حكمها لم يتجاوز حكمها عليه اكثر من وزن خمسمائة درهم فضة مهوور نساء رسول الله صلى الله عليه وآله ^(٤).

دلت الرواية على جواز تفويض تقدير المهر إلى كل من الزوجين وانه اذا فوض اليها لم يتجاوز بحكمها عليه اكثر من مهر السنة لم يبق من الاحكام المذكورة الا انه اذا فوض التقدير إلى الزوج، كان له الحكم بما شاء، ويكفي فيه أن ذلك مقتضى اللفظ الذي قد ثبت انعقاد النكاح به، فيجب المصير اليه اذا لم يقم دليل على خلافه.

قوله: (ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم، فالمروي: لها المتعة) هذه الرواية هي رواية محمد بن مسلم المتقدمة^(٥)، وبمضمونها افق الشيخ

(١) يعني من جعل له الحكم لا الحاكم الشرعي.

(٢) الوسائل باب ٢١ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣١.

(٣) وسندها كما في التهذيب هكذا: الحسين (الحسن خ ل) بن سعيد عن الحسن بن محبوب، عن هشام بن سالم، عن الحسن بن زرارة، عن أبيه.

(٤) الوسائل باب ٢١ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٢.

(٥) الوسائل باب ٢١ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٢.

*

في النهاية واتباعه، والصدوق في المنقح.

والرواية صحيحة السند^(١) لكن قيل: إنها غير صريحة في المطلوب، لأن قوله: (فمات أو ماتت) يحتمل كون الميت هو الحاكم، وكونه المحكوم عليه، ومع قيام الاحتمال يسقط الاستدلال. وهو غير جيد، فإن قيام مطلق الاحتمال لا ينافي الظهور، ولا ريب أن الظاهر منها كون الميت هو الحاكم، لأنه الأقرب والمحدث عنه، ولأنه عليه السلام ذكر في آخر الحديث^(٢): أن الحكم لا يسقط بالطلاق مع بقاء الحاكم، وإذا لم يسقط بالطلاق لم يسقط بالموت بطريق أولى. وقال ابن إدريس: لو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم لم يثبت للزوجة مهر ولا متعة كمفوضة البضع، لأن مهر المثل إنما يجب بالدخول، والمتعة إنما تجب بالطلاق والاصل براءة الذمة، والحق الموت بالطلاق، قياس.

وإلى هذا القول ذهب الشيخ في الخلاف وابن الجنيد، وهما محجوجان بالخبر الصحيح^(٣) الدال على لزوم المتعة.

لكن ابن إدريس لا يتوجه عليه ذلك، لأنه لا يعمل بخبر الواحد. وحكى الشيخ في المبسوط في هذه المسألة قولاً بلزوم مهر المثل وقواه، واختاره العلامة في القواعد.

واستدل له بأن مهر المثل (المهر خ ل)، هو قيمة البضع حيث لم يتعين

(١) فان سندها كما في الكافي هكذا عدة من اصحابنا عن سهل بن زاد، ومُجَدِّد بن يحيى، عن أحمد بن مُجَدِّد بن عيسى، عن الحسن بن محبوب، عن أبي ايوب، عن مُجَدِّد بن مسلم.

(٢) حيث قال: قلت: فإن طلقها وقد تزوجها على حكمها؟ قال: اذا طلقها وقد تزوجها على حكمها لا يجاوز حكمها عليه الخ.

(٣) وهو صحيح مُجَدِّد بن مسلم المتقدم آنفاً.

*

الطرف الثالث: في الاحكام وهي عشرة

(الاول) تملك المرأة المهر بالعقد، وينتصف بالطلاق، ويستقر بالدخول وهو الوطاء قبلا أو دبرا[.

غيره، وبان المهر مذكور، غايته أنه مجهول، فاذا تعذرت معرفته وجب الرجوع إلى مهر المثل. ويضعف الاول بان الزوج لم يتحقق منه الدخول ليثبت عليه عوض البضع، والثاني بانه نفس المدعى فكيف يجعل دليلا عليه.

مع انهما معارضان بالنص الصحيح^(١) الدال على سقوط المهر صريحا. ولا فرق مع موت الحاكم بين موت المحكوم عليه معه، وعدمه لاطلاق النص. ولو مات المحكوم عليه وحده كان للحاكم الحكم، فيما قطع به الاصحاب، لان التفويض إليه قد ثبت بالعقد، فلا يبطل بموت المحكوم عليه.

ويشكل بما رواه ابن بابويه في الصحيح عن صفوان بن يحيى عن أبي جعفر قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: رجل تزوج امرأة بحكمها ثم مات قبل ان تحكم عليه؟ قال: ليس لها صداق، وهي ترث^(٢).

لكن في سندها^(٣) نظر يحتاج إلى المراجعة.

قوله: (الاول تملك المرأة المهر بالعقد الخ) تضمنت هذه العبارة

(١) وهو صحيح مُجَّد بن مسلم المتقدم آنفا.

(٢) الوسائل باب ٢١ حديث ٣ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٢.

(٣) سندها كما في الفقيه هكذا: صفوان بن يحيى عن أبي جعفر (ع) وفي الوسائل يعني الاحول وطريقه إلى صفوان بن يحيى كما في مشيخة الفقيه هكذا: ما كان فيه عن صفوان بن يحيى فقد رويته عن أبي عليه السلام، عن علي بن إبراهيم بن هاشم، عن أبيه، عن صفوان بن يحيى ونقول: لعل تنظر الشارح رحمته اجل أبي جعفر المشترك بين الثقة وغيره لكن بناء على ما في الوسائل لا اشكال.

*

مسائل (الاولى) أن المهر تملكه المرأة بالعقد وان لم يستقر الملك قبل الدخول، وهو المعروف من مذهب الاصحاب.

وقال ابن الجنييد: الذي يوجبه العقد من المهر المسمى، النصف، والذي يوجب النصف والثاني من المهر بعد الذي وجب بالعقد منه، هو الوقاع أو ما قام مقامه من تسليم المرأة نفسها لذلك. ويظهر من المصنف في الشرائع، التوقف في هذه المسألة حيث اسند القول الاول إلى اشهر الروايتين^(١).

حجة القول الاول قوله تعالى: وآتوا النساء صدقاتهن نحلة^(٢) الشامل لما قبل الدخول وبعده. والروايات المنضمة لان المتوفي عنها زوجها قبل الدخول تستحق جميع المهر وسنوردها فيما بعد.

وان الصداق عوض البضع، فاذا ملك الزوج البضع بالعقد وجب ان تملك المرأة عوضه، لان ذلك مقتضى المعاوضة، وأن المرأة إن ملكت نماء الصداق بنفس العقد وجب أن تملك الصداق به، لان النماء تابع للاصل فتملكه (ملكه خ ل) يستلزم ملك الاصل.

ويدل على حقية المتقدم، ما رواه الكليني في الموثق عن عبيد بن زرارة، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: رجل تزوج امرأة على مائة شاة ثم ساق اليها الغنم ثم طلقها قبل ان يدخل بها وقد ولدت الغنم، قال: ان كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف أولادها، وان لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من

(١) قال في الشرائع: الثالثة عشر الصداق بملك بالعقد على اشهر الروايتين ولها التصرف فيه قبل القبض على الاشبه (انتهى).

(٢) النساء: ٤.

الأولاد بشئ^(١).

وسند هذه الرواية معتبر^(٢)، اذ ليس في طريقها مطعون فيه سوى عبدالله بن بكير، فانه فطحي المذهب على ما ذكره الشيخ^(٣) وغيره.

لكن قال الكشي^(٤) انه ممن اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه وأقروا له بالفقه. احتج العلامة في المختلف لابن الجنيد، بانها لو ملكته بالعقد لاستقر ولم يزل عن ملكها الا بسبب ناقل كبيع وغيره.

وما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج^(٥).

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، قال: سألته متى يجب المهر؟ قال: اذا دخل بها^(٦). وهو يقتضي عدم الوجوب مع عدم الدخول. ولا يخفى ضعف هذا الاحتجاج لمنع الملازمة في الاول، ولان المتبادر من الوجوب، اللزوم والاستقرار، وانتفاؤه قبل الدخول لا يقتضي انتفاء اصل الملك.

(١) الوسائل باب ٣٤ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤٣.

(٢) سندها كما في الكافي هكذا: علي بن إبراهيم، عن ابيه، عن ابن أبي عمير، عن ابن بكير، عن عبيد بن زرارة.

(٣) ابوجعفر محمد بن الحسن الطوسي رحمه الله المتوفى سنة ٤٦٠.

(٤) ابوعمر محمد بن عمر بن عبدالعزيز الكشي رحمه الله ويظهر من معجم الرجال للآية الخوئي في طبقة الكليني واضرا به قال: وقيل ان الكشي ايضا روى عن جعفر بن محمد بن قولويه ولكن لم نظفر بذلك راجع معجم الرجال ج ١٧ ص ٦٤.

(٥) الوسائل باب ٥٤ حديث ٦ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٦.

(٦) الوسائل باب ٥٤ حديث ٧ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٦.

*

[ولا يسقط معه لو لم يقبض].

نعم يمكن ان يحتج له بما رواه ابن بابويه في الصحيح عن الحسن بن محبوب، عن حماد الناب، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن رجل تزوج امرأة على بستان له معروف وله غلة كثيرة، ثم مكث سنين لم يدخل بها ثم طلقها، قال: ينظر إلى ما صار إليه من غلة البستان من يوم تزوجها فيعطيه نصفه ويعطيها نصف البستان الا ان تغفو فتقبل منه ويصطلحا على شيء ترضى به منه فانه (فهو خ ل) اقرب للتقوى^(١).

وهذه الرواية غير دالة على المطلوب صريحا، اذ لا مانع من ثبوت هذا الحكم، وان قلنا: إن المرأة تملك المهر بأجمعه بالعقد.

ومع ذلك فهي ضعيفة السند باشتراك راويها بين الثقة وغيره.

ومعارضة بموثقة عبد الله بن بكير المتقدمة.

ثم ان قلنا إنها تملكه بالعقد جاز لها التصرف فيه قبل القبض وبعده، لان الناس مسلطون على اموالهم^(٢).

ونقل عن الشيخ في الخلاف انه منع من التصرف فيه قبل القبض، استنادا إلى ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهي عن بيع ما لم يقبض^(٣).

ولان تصرفها بعد القبض جائز بالاجماع، ولا دليل على جوازه قبله.

وضعف هذا الاحتجاج ظاهر، ويكفي في الدلالة على جواز التصرف، الاصل السالم من المعارض.

(الثانية) انه ينتصف بالطلاق قبل الدخول، وهو موضع وفاق.

(١) الوسائل باب ٣٠ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤١.

(٢) اشارة إلى الحديث النبوي المعروف راجع عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ و ٢٥٧ وج ٢ ص ١٣٨ وج ٣ ص ٢٠٨ طبع مطبعة سيد الشهداء.

(٣) راجع الوسائل باب ١٠ حديث ٦ من ابواب احكام العقود ج ١٢ ص ٣٨٢.

[ولا يستقر بمجرد الخلوة على الاشهر].

ويدل عليه قوله تعالى: وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم^(١).

والاخبار الكثيرة كحسنة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها، قال: عليه نصف المهر ان كان فرض لها شيئاً وان لم يكن فرض (لها كائل) فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء^(٢).

ورواية أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا طلق الرجل امرأته قبل ان يدخل بها فقد بانت وتزوج إن شاءت من ساعتها، وان فرض لها مهراً فلها نصف المهر، وان لم يكن فرض لها مهراً فليمتعها^(٣)، إلى غير ذلك من الاخبار الكثيرة.

(الثالثة) ان المهر يستقر بالدخول، وهو الوطاء قبلاً او دبراً، وهو مقطوع به في كلام الاصحاب، بل قال العلامة في التحرير: إنه لا خلاف فيه.

ويدل عليه روايات: (منها) ما رواه الكليني في الصحيح عن عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سأله أبي وأنا حاضر، عن رجل تزوج امرأة فادخلت عليه فلم يمسه ولم يصل اليها حتى طلقها هل عليها عدة منه؟ فقال: إنما العدة من الاماء، قيل له: فان كان واقعها في الفرج ولم ينزل؟ فقال: اذا أدخله وجب الغسل، والمهر، والعدة^(٤).

وفي الحسن، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل دخل بامرأة قال: اذا التقى الختانان وجب المهر والعدة^(٥).

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) الوسائل باب ٥١ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦١.

(٣) الوسائل باب ٥١ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦١.

(٤) الوسائل باب ٥٤ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٥.

(٥) الوسائل باب ٥٤ حديث ٣ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٥.

*

وفي الحسن، عن داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: إذا أُولِجَه فقد وجب الغسل، والجلد، والرجم، ووجب المهر^(١).

والظاهر تحقق الايلاج بالوطء في الدبر، وكذا الادخال الذي علق عليه وجوب المهر في صحيحة ابن سنان^(٢).

وقد الحق بالدخول في استقرار المهر به، مورد (منها) ردة الزوج عن فطرة، فان الاظهر وجوب جميع المهر عليه لثبوته بالعقد، فيجب الحكم باستمراره إلى ان يعلم المسقط. (ومنها) موت الزوج، فقد ذهب الاكثر ومنهن الشيخ في النهاية، وابن البراج، وابن حمزة، وابن ادريس، إلى استقرار المهر بذلك.

وقال الصدوق في المقنع: وفي حديث آخر: ان لم يكن قد دخل بها وقد فرض لها مهرا فلها نصفه ولها الميراث وعليها العدة، وهو الذي اعتمده وافق به^(٣).

احتج الاولون، بما رواه الشيخ في الصحيح، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام: انه قال في المتوفى عنها زوجها اذا لم يدخل بها: ان كان فرض لها مهرا فلها مهرها الذي فرض لها، ولها الميراث، وعدتها اربعة اشهر وعشرا كعدة التي دخل بها، وان لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر لها وعليها العدة ولها الميراث^(٤).

وفي الصحيح، عن منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل ان يدخل بها؟ قال: لها صداقها كاملا

(١) الوسائل باب ٥٤ حديث ٥ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٥.

(٢) لاحظ الوسائل باب ٥٤ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٥.

(٣) لم نعثر عليه في الوسائل واورده في المقنع في أواخر باب الطلاق طبع المطبعة الاسلامية ص ١٣١.

نعم نقله في الوسائل عن الكليني في باب ٥٨ حديث ٦ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٧٢ فراجع.

(٤) الوسائل باب ٥٨ حديث ٢٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٧٦.

*

وترثه وتعتد أربعة أشهر وعشرا كعدة المتوفى عنها زوجها^(١).
وفي معنى هاتين الروایتين روايات أخر لكنها غير صحيحة السند^(٢).
وفي مقابلها اخبار كثيرة دالة على تنصيف المهر بذلك.
(منها) ما رواه الكليني في الصحيح عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام في الرجل يموت وتحتة امرأة لم يدخل بها، قال: لها نصف المهر، ولها الميراث كاملا وعليها العدة كاملة^(٣).
وفي الحسن، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: ان لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهرا، فلها نصف ما فرض لها، ولها الميراث وعليها العدة^(٤).
وفي الحسن، عن زرارة، قال: سألته، عن المرأة تموت قبل ان يدخل بها او يموت الزوج قبل ان يدخل بها، قال: ايهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها وان لم يكن فرض فلا مهر لها^(٥).
وفي الصحيح، عن عبدالرحمان بن الحجاج، عن رجل، عن علي بن الحسين عليه السلام، قال: المتوفى عنها زوجها ولم يكن دخل (ولم يدخل بها ثل)، ان لها نصف الصداق ولها الميراث وعليها العدة^(٦).
وفي الصحيح، عن الحسن الصبقل وأبي العباس، عن أبي عبدالله عليه السلام في المرأة يموت عنها زوجها قبل ان يدخل بها، قال: لها نصف المهر، ولها

(١) الوسائل باب ٥٨ حديث ٢٣ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٧٦.

(٢) راجع الوسائل الباب المذكور حديث ٢٠ ٢١ ٢٤ ص ٧٦ و ٧٧.

(٣) راجع الوسائل الباب المذكور حديث ١ ص ٧١.

(٤) راجع الوسائل الباب المذكور حديث ٦ ص ٧٢.

(٥) راجع الوسائل الباب المذكور حديث ٧ ص ٧٣.

(٦) الوسائل باب ٥٨ حديث ٥ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٧٢.

الميراث وعليها العدة^(١).

وأورد الكليني في معنى هذه الرواية روايات أخرى غير صحيحة^(٢) السند، ولم يورد في هذا الباب رواية واحدة تدل على خلاف ما تضمنته هذه الروايات.

ويدل على ذلك أيضا ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن عبدالله بن زرارة انه سأل ابا عبدالله عليه السلام عن امرأة هلك زوجها ولم يدخل بها، قال: لها الميراث، وعليها العدة كاملة، وان سمى لها مهرا فلها نصفه وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لها^(٣).

واجاب الشيخ في التهذيب عن هذه الرواية بأنه لا يجوز العدول اليها عن الاخبار المتقدمة، لانها مطابقة لظاهر عموم القرآن، وهذه مخصصة له.

وبأنه يحتمل ان يكون عليه السلام انما قال ذلك في المطلقة التي لم يدخل بها، فوهم الراوي وظن أنه قال في المتوفى عنها.

قال: مع أنها لو سلمت من ذلك لجاز لنا ان نحملها على انه يستحب للمرأة اذا توفى عنها زوجها، ولوليائها اذا توفيت، ان يتركوا نصف المهر استحبابا دون الوجوب، هذا كلامه عليه السلام.

ولا يخفى ما في الاحتمال والحمل، المذكورين من البعد وشدة المخالفة للظاهر. والمسألة قوية الاشكال، لصحة الروايات من الجانبين، وتعارضها ظاهرا، لكن اخبار التنصيف مستفيضة جدا فلا يبعد ترجيحها لذلك.

ويمكن حمل ما تضمن لزوم المهر كله بذلك، على التقية، فان ذلك قول اكثر

(١) الوسائل باب ٥٨ حديث ١٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٧٤.

(٢) راجع الباب المذكور حديث ٢ ٣ ٤ ٨ ١١ ١٤ ١٦.

(٣) راجع الباب المذكور حديث ٤ ص ٧٢ وفيه عبيد بن زرارة.

العامّة، والله أعلم.

(ومنها) ان تموت الزوجة، وقد ذهب المفيد رحمته الله، على ما نقل عنه وابن ادريس، وجماعة إلى استقرار المهر بذلك.

فقال الشيخ في النهاية: وان ماتت المرأة قبل الدخول بها كان لاوليائها نصف المهر وتبعه ابن البراج والكيدري^(١).

ويدل على التنصيف بذلك مضافا إلى ما سبق ما رواه الشيخ في الصحيح عن ابن أبي يعفور، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: في امرأة توفيت قبل ان يدخل بها زوجها، مالها من المهر؟ وكيف ميراثها؟ قال: اذا كان قد مهرها صداقها فلها نصف المهر، وهو يرثها، وان لم يكن فرض لها مهرها صداقا فلا صداق لها^(٢).

وفي الحسن عن عبيد بن زرارة، والفضل أبي العباس، قالوا: قلنا لابي عبدالله عليه السلام: ما تقول في رجل تزوج امرأة ثم مات عنها وقد فرض لها الصداق؟ قال: لها نصف الصداق وترثه فمن كل شيء، وان ماتت، فهي كذلك^(٣).

قال الشيخ رحمته الله في التهذيب: على أن الذي اختاره وافق به هو أن أقول: اذا مات الرجل عن زوجته قبل الدخول بها كان لها المهر كله، وان ماتت هي كان لاوليائها نصف المهر، وانما فصلت هذا التفصيل، لان جميع الاخبار التي

(١) ابوالحسن محمد بن الحسين بن الحسن البيهقي النيسابوري الامامي الشيخ الفقيه (إلى إنما قال): وكان معاصرا للقطب الراوندي، وتلميذا لابن حمزة الطوسي فرغ من شرحه على النهج سنة ٥٧٦ (انتهى) الكنى لمحدث القمي ج ٣ ص ٦٠ طبع صيد.

(٢) الوسائل باب ٥٨ حديث ٨ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٧٣ وفيه نقلا من الكافي قد فرض لها صداق بذلك.

(٣) الوسائل باب ٥٨ حديث ٩ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٧٣.

*

قدمناها في وجوب جميع المهر، فانها تتضمن اذا مات الزوج وليس في شيء منها اذا ماتت هي كان لاوليائها المهر كاملا وأنا لا أتعدي الاخبار، فاما ما عارضها من الاخبار في التسوية بين موت كل واحد منهما في وجوب نصف المهر، فمحمول على الاستحباب الذي قدمناه واما الاخبار التي تتضمن انه اذا تلف كان لاوليائها نصف المهر، فمحمول على ظاهرها ولست احتاج إلى تأويلها، وهذا المذهب اسلم لتأويل الاخبار، والله الموفق (انتهى كلامه رحمته). وما ذكره من تنصيف المهر بموت الزوجة جيد لاستفاضة الروايات بذلك وسلامتها من العارض.

اما حمل ما تضمن بالتنصيف بموت الزوج على الاستحباب فقد تقدم الكلام فيه وانه بعيد جدا، والله تعالى أعلم بحقائق احكامه. (الرابعة) ان المهر لا يسقط بالدخول لو لم تقبضه، بل يكون دينا عليه سواء طالت المدة ام قصرت، طالبت به ام لم تطالب وهذا قول معظم الاصحاب. ويدل عليه قوله تعالى: وآتوا النساء صدقاتهن نحلة^(١).

وما رواه الكليني في الحسن، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، قال: قلت لابي الحسن عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة على الصداق المعلوم فيدخل بها قبل ان يعطيها، قال: يقدم اليها ما قل أو كثر إلا ان يكون له وفاء من عرض ان حدث به حدث ادى عنه، فلا بأس^(٢). وفي الموثق، عن عبد الحميد بن عواض، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة أيسلح لي أن أواقعها ولم انقدها من مهرها شيئا؟ قال:

(١) النساء: ٤.

(٢) الوسائل باب ٨ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٤.

*

نعم انما هو دين عليك^(١).

وحكى الشيخ في التهذيب عن بعض الاصحاب قولاً بأن الدخول بالمرأة يهدم الصداق. واستدل له بما رواه الكليني، عن عبيد بن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: دخول الرجل على المرأة يهدم العاجل^(٢).

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويدخل بها ثم تدعي عليه مهرها، قال: اذا دخل عليها فقد هدم العاجل^(٣).

وفي الصحيح، عن الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال: في رجل تزوج امرأة ودخل بها وأولدها ثم مات عنها فادعت شيئاً من صداقها على ورثة الزوج (زوجها خ ل) فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث، قال: فقال: اما الميراث فلها ان تطلبه واما الصداق فان الذي أخذت من الزوج قبل ان يدخل بها فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلاً كان أو كثيراً اذا هي قبضته منه وقبلته ودخلت عليه ولا (فلا خ يب) شيء بعد ذلك^(٤).

وفي الصحيح، عن عبدالرحمان بن الحجاج قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل والمرأة يهلكان جميعاً فتأتي ورثة المرأة فيدعون على ورثة الرجل الصداق، فقال: وقد هلكا وقسم الميراث؟ فقلت: نعم، فقال: ليس لهم شيء (إلى ان قال)، قلت: فان طلقها فجاءت تطلب صداقها؟ قال: وقد اقامت لا تطلبه حتى طلقها، قال: لا شيء لها، قلت: ومتى حد ذلك الذي اذا طلبته لم

(١) الوسائل باب ٨ حديث ١٠ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٦.

(٢) الوسائل باب ٨ حديث ٤ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٤.

(٣) الوسائل باب ٨ حديث ٦ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٤.

(٤) الوسائل باب ٨ حديث ١٣ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٧.

*

يكن لها؟ قال: اذا اهديت اليه ودخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلا شئ لها، انه كثير لها ان يستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل ولا كثير^(١).

والجواب، ان الروايتين الاولتين ضعيفتا السند، ومقتضاهما ان الدخول يهدم العاجل خاصة. ويمكن حملهما على التقية، فان العاجل عند العامة، يقدم قبل الدخول. واما الرواية الثالثة فمقتضاها ان الزوجة اذا قبضت من الزوج قبل الدخول شيئا وقبلت به ودخلت عليه على ان يكون هو المهر المستحق لها لم يكن لها مطالبتة بعد ذلك بشئ، وربما يكون (كان خ) وجهه ان رضاها بالمقبوض على هذا الوجه في قوة إبرائه من الزائد.

واما الرواية الاخيرة فاقصى ما تدل عليه، ان الزوجة لا تسمع دعواها بعد الدخول في المهر بغير بينة، والاصحاب قائلون بذلك، وقوله عليه السلام فيها: (انه كثير هلا ان يستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل ولا كثير^(٢)) صريح في عدم الهدم والا لم يكن لتحليفه على ذلك وجه.

(الخامسة) ان المهر لا يستقر بمجرد الخلوة، وهو اشهر القولين في المسألة وأظهرهما وحكى الشيخ في المبسوط، عن بعض اصحابنا قولاً بأن الخلوة كالدخول يستقر بها المسمى ويجب لها العدة.

والاصح الاول، (لنا) قوله عليه السلام في حسنتي الحلبي وحفص بن البختري: (اذ التقى الختانان وجب المهر والعدة)^(٣) والمشروط عدم عند عدم شرطه. وصحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سأله أبي

(١) الوسائل باب ٨ حديث ٨ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٥.

(٢) الوسائل باب ٨ قطعة من حديث ٨ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٦.

(٣) راجع الوسائل باب ٥٤ حديث ٣ ٤ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٥.

[الثاني) قيل: اذا لم يسم مهرا وقدم شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهرها ما لم يشترط غيره].
وانا حاضر على رجل تزوج امرأة فادخلت عليه فلم يمسه ولم يصل اليها حتى طلقها، هل عليها عدة منه؟ فقال: انما العدة من الماء، قيل له: فان كان واقعها في الفرج ولم ينزل؟ فقال: اذا ادخله وجب الغسل والمهر والعدة^(١).

وموثقة يونس بن يعقوب، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأغلق بابا، وأرخی سترا ولمس وقبل ثم طلقها أيوجب عليه الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلا الوقاع^(٢).
وفي مقابل هذه الروايات اخبار آخر دالة على استقرار المهر بالخلوة كحسنة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يطلق المرأة وقد مس كل شيء منها الا انه لم يجامعها أها عدة، فقال: ابتلى أبوجعفر عليه السلام بذلك، فقال له أبوه علي بن الحسين عليه السلام: اذا أغلق بابا وأرخی سترا وجب المهر والعدة^(٣).

ونقل الكليني والطوسي رحمهما الله ما، عن ابن أبي عمير رحمهما الله أنه كان يقول: إن الاحاديث قد اختلفت في ذلك، والوجه في الجمع بينها أن على الحاكم ان يحكم بالظاهر، ويلزم الرجل المهر كله اذا أرخی الستر غير ان المرأة لا يحل لها فيما بينها وبين الله عزوجل ان تأخذ الا نصف المهر واستحسن الشيخ رحمهما الله هذا الوجه من الجمع، ولا بأس به.
قوله: (الثاني قيل: اذا لم يسم مهرا وقدم شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهرها ما لم يشترط غيره)
هذا القول مشهور بين الاصحاب حتى قال ابن

(١) الوسائل باب ٥٤ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٥.
(٢) الوسائل باب ٥٥ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٧.
(٣) الوسائل باب ٥٥ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٦٧.

[الـثالث) اذا طلق قبل الدخول رجع (يرجع خ ل) بالنصف ان كان اقبضها او طالبت بالنصف اذا لم يكن اقبضها].

إدريس في سرائره: ومن سمي المهر حال العقد ودخل بها كان في ذمته وان لم يكن سمي مهرا واعطاها شيئا قبل دخوله بها (عليها خ ل) ثم دخل بها بعد ذلك لم تستحق عليه شيئا سوى ما أخذته منه قبل الدخول، سواء كان ذلك قليلا أو كثيرا على ما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه، فان دليل هذه المسألة، هو الاجماع المنعقد منهم بغير خلاف وفيه الحجة، لا وجه لذلك الا لاجماع. واستدل الشيخ في التهذيب على هذا القول، برواية الفضيل بن يسار المتقدمة^(١) في المسألة السابقة، فانه حملها على ما اذا لم يكن قد سمي مهرا معيناً وساق اليها شيئا ودخل ولم تعرض فيكون ذلك مهرها.

وقد بينا أن الرواية انما تدل على أن الزوجة اذا قبضت من الزوج شيئا قبل الدخول وقبلت به ودخلت عليه على ان يكون ذلك هو المهر المستحق لها خاصة، فليس لها مطالبتة بعد ذلك بشيء، لان ذلك في قوة ابرائه من الزائد.

وعلى هذا فلا دلالة لها على المطلوب.

والاجماع الذي ادعاه ابن ادريس بمجرد غير كاف في اثبات الحكم.

والمستفاد من الاخبار الصحيحة^(٢) أن المفوضة تستحق بالدخول مهر المثل فما قدم اليها قبل الدخول من المهر يحسب منه ويبقى الباقي في ذمته.

قوله: (الثالث اذا طلق قبل الدخول رجع (يرجع خ ل) بالنصف الخ) قد عرفت ان الزوج اذا طلق زوجته قبل الدخول وكان قد سمي لها مهرا يرجع إليه نصف المهر فان لم يكن دفع اليها شيئا من المهر دفع اليها النصف.

(١) راجع الوسائل باب ٧ حديث ١٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ١٧.

(٢) راجع الوسائل باب ١٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢٤.

*

[ولا يستعيد الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق، متصلا كان كاللبن أو منفصلا كالولد].

وان كان قد دفع اليها الجميع، رجع عليها بنصفه وأخذ بهينه ان وجده باقيا على ملكها، وان وجده تالفا أو منتقلا عن ملكها، فنصف مثله أو قيمته.

وان وجده معيبا رجع بنصف العين مع الارش.

ولو نقصت القيمة للسوق، فله نصف العين خاصة، وكذا لو زادت، اذ لا التفات إلى القيمة مع بقاء العين.

وليس للزوج ان يستعيد ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق اذا كان منفصلا كالولد وثمره الشجرة، لانه نماء ملكها بناء على ان المرأة تملك المهر بأجمعه بالعقد.

ويدل عليه موثقة عبيد الله بن زرارة، عن الصادق عليه السلام ^(١) و مقتضى رواية أبي بصير ^(٢)، انه يرجع بنصف النماء أيضا، لكنها ضعيفة السند.

ولو كانت الزيادة متصلة كالسمن، وكبر الحيوان، فقد قطع المصنف وجماعة بأنه يكون للزوج نصف قيمته من دون الزيادة.

وان المرأة لا تجبر على دفع العين، لان الزيادة ليست مما فرض، فلا يكون للزوج الرجوع فيها. ولما رواه الشيخ عن علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر، عن أبيه ان عليا عليه السلام قال في الرجل يتزوج المرأة على وصيف فيكبر عندها ويريد أن يطلقها قبل ان يدخل بها؟ قال: عليها (عليه خ ل يب) نصف قيمته يوم دفعه اليها

(١) الوسائل باب ٣٤ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤٣.

(٢) يمكن أن يكون نظر الشارح رحمته الله إلى ما رواه في الوسائل باب ٣٠ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤١.

[ولو كان النماء موجودا وقت (حال خ ل) العقد رجع بنصفه كالحمل].

لا ينظر في زيادة ولا نقصان^(١)، كذا في التهذيب.

ولعل المراد بقوله: (عليه نصف قيمته) انه يتعلق بالوصيف نصف القيمة لمولاه، اذ لا وجه لالزام المولى بدفع نصف قيمة الوصيف إلى المرأة، ولو كان بدل (عليه) (عليها) او (له) كان اوضح ولو ارادت المرأة دفع نصف العين اجبر الزوج على القبول، لان حقه في العين، وانما منع من ذلك تعلق حق المرأة، الذي لا يمكن فصله بها، فاذا سمحت ببذله زال المانع.

وقال الشيخ في المبسوط بعد ان قوى تخيرها بين دفع نصف العين ونصف قيمتها من دون الزيادة: ويقوى في نفسي أن له الرجوع بنصفه من الزيادة التي لا تتميز، لقوله تعالى: فنصف ما فرضتم^(٢).

وأورد عليه ان الزيادة ليست مما فرض فلا تدخل في مدلول الآية.

ويمكن دفعه بان العين مع الزيادة التي لا تتميز يصدق عليها عرفا انها المهر المفروض فتتناوله الآية الشريفة، وبالجملة فما قوى في نفس الشيخ عليه السلام لا يخلو من قوة.

قوله: (ولو كان النماء موجودا وقت (حال خ ل) العقد رجع بنصفه كالحمل) لا ريب في رجوعه بنصفه على هذا التقدير، لانه من جملة الصداق، فيتناوله قوله تعالى: فنصف ما فرضتم، وقول الصادق عليه السلام في موثقة عبيد بن زرارة: (ان كان ساق اليها ما ساق) وقد حملت عنده فله نصفها ونصف ولدها،

(١) الوسائل باب ٣٤ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤٤.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

*

[ولو كان تعليم صنعة أو علم، فعلمها رجع بنصف أجرته. ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه].

وان حملته (حملت خ ل) عندها فلا شيء له من الأولاد^(١).

قوله: (ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته) أي ولو كان المهر تعليم صنعة أو علم فعلمها ذلك ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف اجرة التعليم لتعذر رجوعه بعين ما فرض، فيكون المهر بمنزلة التالف في يدها، فيرجع عليها بنصف أجرته المثلية.

ولو كان الطلاق قبل التعليم فالأصح أنه يعلمها نصف السورة إن أمكن ويكون لها نصف اجرة تعليم الصنعة لتعذر تعليم نصفها، إذ ليس للنصف حد يوقف عليه فينزل ذلك منزلة ماله تلف الصداق في يده فترجع عليه بنصف الاجرة.

ولو لم يمكن تعليم نصف السورة لاستلزامه الخلوة المحرمة أو نحو ذلك رجعت عليه بنصف الاجرة كالصنعة، لتعذر الرجوع إلى نصف المفروض بمانع شرعي فكان كالمانع العقلي.

قوله: (ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه) المراد أن المرأة إذا أبرأت الزوج من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه. وذلك لأن الزوجة قد تصرف في المهر قبل الطلاق تصرفاً ناقلاً له عن ملكها بوجه لازم، فيلزمها عوض النصف كما لو أوهبته لغيره أو أتلفتة. وفي معنى الإبراء هبته له إذا كان عيناً أو تعين بالقبض. وهذا الحكم مقطوع به في كلام الأصحاب. ويدل عليه مضافاً إلى ما ذكرناه ما رواه الشيخ في الصحيح عن شهاب

(١) راجع الوسائل باب ٣٤ حديث ١ من أبواب المهور ج ١٥ ص ٤٣ نقلاً بالعمى فراجع الوسائل والكافي والتهذيب.

[الرابع) لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين].

بن عبد ربه، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على ألف درهم فبعث بها إليها فردتها عليه (ووهبتها له كإيب) وقالت: أنا فيك أرغب مني في هذه الألف هي لك فقبلها (تقبلها خ ل) منها ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: لا شيء لها وترد عليه خمسمائة درهم^(١). وفي الموثق، عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأمهرها ألف درهم ودفعها إليها فوهبت له خمسمائة درهم وردتها عليه (ثم خ ل) فطلقها قبل أن يدخل بها، قال: ترد عليه الخمسمائة الباقية، لأنها لما كانت لها خمسمائة درهم فوهبتها له، وهبتها له أياها ولغيره سواء^(٢).

ونحوه روى الشيخ في الموثق، عن سماعة أيضا^(٣).

وحكى العلامة في القواعد وقبله الشيخ في المبسوط وجهها بعدم الرجوع، وهو قول لبعض العامة، لأنها لم تأخذ منه مالا ولا نقلت إليه الصداق ولا اتلفت عليه فلا تضمن. وضعفه ظاهر فإن المهر كان مستحقا لها في ذمة الزوج، فلما أبرأته منه انتقل عن ملكها إليه فيتحقق النقل. أو يقال: إنها بإسقاط المهر من ذمته بعد أن كان ثابتا فيها قد اتلفتته، إذ لا شبهة في أنه كان ملكها ثم خرج عنه فتغرم له البدل.

قوله: (الرابع) لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين (الخ) إذا دبر مملوكا، ذكرنا أن أو انثى، جاز لمن دبره أن يجعله مهرا لزوجته كما يجوز له

(١) الوسائل باب ٤١ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٥٠.

(٢) الوسائل باب ٣٥ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤٤.

(٣) راجع الوسائل باب ٤١ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٥٠ وباب ٣٠ حديث ١ من ابواب المتعة ج ١٤

ص ٤٨٣.

*

[وقيل يبطل التدبير بجعلها مهرا وهو اشبه].

التصرف فيه بغير ذلك لان التدبير يجوز للمولى، الرجوع فيه متى شاء كالوصية، بل الظاهر انه وصية بالعتق كما سيجي بيانه. ولو طلقها قبل الدخول صار ذلك المدبر بينهما نصفين لتتصف المهر مطلقا بالطلاق، ولا خلاف في ذلك كله. وإنما الخلاف في بطلان التدبير بجعله مهرا، فذهب الاكثر ومنهم ابن إدريس والمصنف إلى انه يبطل، وهو الاظهر.

قال ابن إدريس: الذي يقتضيه اصول المذهب أن العقد على هذه المدبرة صحيح وتخرج عن كونها مدبرة وتستحقها المرأة، لان التدبير وصية، ولو أوصى ببعض أملاكه ثم أخرجه عن ملكه قبل موته بطلت وصيته، والمدبرة ههنا قد اخرجها بجعلها مهرا.

وقال الشيخ في النهاية: اذا عقد لها على جارية له مدبرة ورضيت المرأة به ثم طلقها قبل الدخول بها، كان لها يوم من خدمتها وله يوم، فاذا مات المدبر صارت حرة ولم يكن لها عليها سبيل.

واستدل بما رواه عن المعلى بن خنيس، قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على جارية له مدبرة قد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك و (ثم خ) طلقها قبل ان يدخل بها؟ قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمة المدبرة، يكون للمرأة (المدبرة خ ل) يوم في (من خ ل) الخدمة، ويكون لسيدها الذي كان دبرها يوم في الخدمة، قيل: فان ماتت المدبرة قبل المرأة والسيد، لمن يكون الميراث؟ قال: يكون نصف ما تركت للمرأة والنصف الآخر لسيدها الذي دبرها^(١) وهذه الرواية ضعيفة جدا باشتمال سندها على عدة من الضعفاء^(٢).

(١) الوسائل باب ٢٣ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٤.

(٢) سندها كما في التهذيب هكذا: الحسن بن محبوب، عن أبي جميلة، عن معلى بن خنيس اورده في

(الخامس) لو أعطاها عوض المهر متاعا أو عبدا آبقا أو شيئا غيره ثم طلق

رجع بنصف المسمى دون العوض ومع ذلك فهي غير صريحة في المطلوب وإن كانت دالة بظاهرها على ذلك.

واعلم أن تعبير المصنف بالمديرة تبع فيه الرواية، والا فلا فرق بين المديرة والمدير. وكان الأولى التصريح في القول الأول بعدم بطلان التدبير بذلك كما فعل في الشرائع^(١) ليحسن مقابله بالقول بالبطلان.

قوله: (الخامس لو أعطاها عوض المهر متاعا أو عبدا آبقا الخ) الوجه في ذلك أن الزوج إنما يستحق بالطلاق نصف المفروض لا غيره وعوض المسمى خلافه فلم يكن له الرجوع به. ويدل على ذلك صريحا ما رواه الكليني في الصحيح عن الفضيل، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطاها عبدا له آبقا، وبردا حبرة بألف درهم التي اصدقها؟ قال: إذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلا بأس إذا هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد، قلت: فإن طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال: لا مهر لها وترد عليه خمسمائة درهم ويكون العبد لها^(٢). ولا يخفى أن المهر ينتقل إلى الزوج بدفع عوضه إلى الزوجة فيكون له الرجوع بنصف المثل أو قيمته لا بنصف المسمى كما لو وجده قد انتقل عنها إلى غيره.

= التهذيب باب المهور والاجور الخ حديث ٤٩ ولا يخفى عدم اشتغالها إلا على أبي جميلة المجهول وأما الحسن بن محبوب فهو من أصحاب الإجماع وأما المعلى فقد وثقه جمع وضعفه آخرون فراجع تنقيح المقال ج ٣ ص ٢٣٠ للمحقق المامقاني (ره).

(١) في الشرائع: السادسة إذا أمهرها مديرة (إلى أن قال): وقيل يبطل التدبير يجعلها مهرا كما لو كانت موصى بها وهو أشبه (انتهى)

(٢) الوسائل باب ٢٤ حديث ١ من أبواب المهور ج ١٥ ص ٣٥.

[(السادس) اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط دون العقد والمهر]

كما لو شرطت أن لا يتزوج أو لا يتسرى، وكذا لو شرطت تسليم المهر في أجل، فان تأخر عنه فلا عقد].

ولا فرق في ذلك بين انتقاله بعوض يساوي قيمته او ينقص أو يزيد، لاشتراك الجميع في المقتضي.

قوله: (والسادس اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط الخ) لا إشكال في فساد الشرط المخالف للمشروع، وانما الكلام في صحة العقد بدون الشرط، فقال جدي عليه السلام في المسالك: ان ظاهر الاصحاب هنا الاتفاق على صحة العقد، لانهم لم ينقلوا فيه خلافا. وهو غير جيد فانه العلامة عليه السلام حكى في المختلف عن الشيخ في المبسوط انه قال: ان كان الشرط يعود بفساد العقد، مثل ان تشترط الزوجة عليه ان لا يطأها فان النكاح باطل، لانه شرط يمنع المقصود بالعقد.

ثم قال في المختلف: والوجه عندي ما قاله الشيخ في المبسوط من بطلان العقد والشرط معا، اما الشرط فلانه مناف لمقتضى العقد، واما العقد فلعدم الرضا به بدون الشرط.

وما ذكره عليه السلام متجه كما في غير النكاح من العقود المتضمنة للشروط الفاسدة.

لكن ورد في هذا الباب روايات تتضمن صحة النكاح المشتتل على بعض الشروط الفاسدة كصحيحة محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة وأصدقها واشترطت أن بيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنة فوليت الحق من ليس بأهله، قال: فقضى أن على الرجل، النفقة وبيده الجماع والطلاق وذلك السنة^(١).

(١) الوسائل باب ٢٩ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤١.

وروى مُحَمَّد بن قيس أيضا في الصحيح، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: (قضى علي عليه السلام)^(١) في رجل تزوج المرأة إلى اجل مسمى، فان جاء بصداقها إلى اجل مسمى، فهي امرأته وان لم يجرى بالصداق فليس له عليها سبيل شرطوا بينهم حيث أنكحوا فقضى أن بيد الرجل بضع امرأته وأحبط شرطهم^(٢).

وطعن جدي عليه السلام في المسالك في الروايتين بضعف السند، وكأنه باشتراك مُحَمَّد بن قيس بين الثقة والضعيف.

وهو مدفوع بأن المستفاد من كتب الرجال أن مُحَمَّد بن قيس هذا هو البجلي الثقة بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه.

لكن مرجع الروايتين إلى رواية واحدة، وهو خير مُحَمَّد بن قيس، وفي صلاحيته بمجرد، لاثبات الحكم نظر.

ولو ثبت العمل به لوجب قصر الحكم بالصحة على مورد الرواية، والحكم في غيره بالبطلان لما ذكر من الدليل.

وفي المسألة وجه بصحة العقد دون المهر، لان الشرط كالجزم من احد العوضين، وبفساده يفوت بعض العوض او المعوض وقيمتة مجهولة فيجهل الصداق ويثبت مهر المثل الا ان يزيد المسمى عنه والشرط لها، او ينقص والشرط عليها فيجب المسمى، لانه في الاول رضى ببذله مع الزام حق، فمع انتفاء الزوم وكون الرضا به أولى، وفي الثاني قد رضيت به مع ترك حق لها فبدونه أولى.

وهذا الاحتمال لا يخلو من ضعف، لانه ان اعتبر عدم حصول الرضا بالعقد بدون الشرط اتجه الحكم بفساد العقد وان عول على الرواية وجب المصير إلى القول

(١) ليس لفظة (علي) في الفقيه.

(٢) الوسائل باب ١٠ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢٠.

وفي الكافي: وذلك شرطهم بينهم حيث أنكحوا فقضى للرجل ان بيده بضع إلى آخره.

*

[اما لو شرطت ان لا يفتضها صح].

بالصحة في موردها، والله أعلم.

قوله: (اما لو شرطت ان لا يفتضها صح الخ) القول باختصاص لزوم الشرط بالنكاح المنقطع وبطلان العقد لو كان دائما، للشيخ في المبسوط وجماعة منهم العلامة في المختلف وولده في الشرح، وهو المعتمد.

(اما الجواز) في المتعة، فلما رواه الشيخ في الحسن عن عمار بن مروان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: رجل جاء إلى امرأة فسألها ان تزوجه نفسها متعة فقالت أزوجك نفسي على ان تلتمس مني ما شئت من نظر والتماس وتنال مني ما ينال الرجل من أهله الا أنك (انه خ ل) لا تدخل فرجك في فرجي وتتلذذ بما شئت فاني اخاف الفضيحة، قال: (لا بأس يب) ليس له إلا ما اشترط^(١).

دلت الرواية على جواز اشتراط عدم الوطء، واذا جاز ذلك، جاز اشتراط عدم الافتضاض بطريق أولى.

ويعضده عموم قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم^(٢)، وان المقصود الاصيلي من التمتع، التلذذ وكسر الشهوة دون التولد والتناسل المقصود من الدائم، وذلك لا يستدعي الوطء. (واما البطلان) في الدائم، فلمنافاة هذا الشرط لمقتضى العقد، اذ من أهم مقتضياته حصول التناسل، وهو يستدعي الوطء، واذا فسد الشرط فسد العقد لعدم الرضا به بدون الشرط. ومما قررناه يظهر أن ما ذكره المصنف في الشرائع من نسبة هذا القول إلى

(١) الوسائل باب ٣٦ حديث ١ من أبواب المتعة ج ١٤ ص ٤٩١.

(٢) الوسائل باب ٢٠ حديث ٥ من أبواب المهور ج ١٥ ص ٣٠.

*

[ولو أذنت بعده جاز، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة].

التحكم، غير جيد.

والقول بلزوم الشرط وصحة العقد في الدائم والمنقطع، للشيخ وجماعة منهم المصنف رحمته الله.
واستدلوا عليه بما رواه الشيخ، عن إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا يفتضاها (يقتضاها خ) ثم أذنت له بعد ذلك، قال: اذا اذنت له فلا بأس ^(١).

والعاتق الجارية أول ما ادركت، قاله في القاموس.

وعن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: رجل جاء إلى امرأة فسألها ان تزوجه نفسها، فقال: أزوجك نفسي على ان تلتمس مني ما شئت من نظر والتماس وتنال مني ما ينال الرجل من أهله الا انك لا تدخل فرجك في فرجي وتتلذذ بما شئت فاني اخاف الفضيحة، فقال: ليس له منها الا ما اشترط ^(٢).

وهاتان الروايتان مع ضعف سندهما وان كان موردهما مطلق التزويج الا أن الظاهر منه إرادة المتعة، فإنه الذي يحصل معه خوف الفضيحة المقتضية لاشتراط هذا الشرط غالباً.
اذا عرفت ذلك فاعلم انها اذا اشترطت عدم الافتضاخ حيث يصح الشرط لزم ولم يجوز له فعله، فاذا اذنت بعد ذلك، ففي جوازه قولان (احدهما) الجواز، وبه قطع المصنف رحمته الله، لان المنع حق لها فيزول بإذنها، اذ الزوجية متحققة ولرواية اسحاق بن عمار المتقدمة.
والثاني، العدم، لان الفروج لا تحل بالاذن بل بالعقد، ولما لم يكن العقد.

(١) الوسائل باب ٣٦ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤٥.

(٢) الوسائل باب ٣٦ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤٥.

[السابع) لو شرط ان لا يخرجها من بلدها لزم]

مثمرا للحل لم يكن للاذن اعتبار.

وجوابه ان السبب في الحل، للعقد المتقدم لا مجرد الاذن، غاية الامر أن الشرط كان مانعا من عمل السبب عمله وبالاذن يرتفع المانع.

والمسألة محل تردد وان كان القول بالجواز لا يخلو من قرب.

قوله: (السابع لو شرط ان لا يخرجها من بلدها لزم) ما اختاره المصنف من هذا الشرط اشهر القولين في المسألة.

فذهب اليه الشيخ في النهاية، وابن البراج، وابن حمزة، والعلامة في المختلف والارشاد، والشهيد في اللمعة والشرح، لانه شرط لا يخالف المشروع، لان خصوصيات البلدان امر مطلوب للعقلاء بواسطة الاهل والانس والنشو وغيرها فجاز شرطه توصلا إلى الغرض الصحيح.

ويدل عليه صريحا ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي العباس، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها ألا يخرجها من بلدها، قال: يفي لها بذلك أو قال: يلزمه ذلك^(١).

وصرح ابن ادریس ببطالان الشرط مع صحة العقد وتبعه جماعة من المتأخرين وهو ظاهر اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف، لان الاستمتاع بالزوجة في جميع الازمنة والامكنة حق للزوج بأصل الشرع، فاذا شرط ما يخالفه وجب ان يكون باطلا.

واجابوا عن الرواية بالحمل على الاستحباب.

ويتوجه على هذا الاستدلال (أولا) منع كون الاستمتاع بالزوجة في جميع الامكنة حقا للزوج مطلقا، فان ذلك انما هو مع دم الشرط، اما معه فلا، فانه عين المتنازع.

(١) الوسائل باب ٤٠ من أبواب المهر حديث ١ ج ١٥ ص ٤٩.

[ولو شرط لها مائة إن خرجت معه وخمسين ان لم تخرج، فان أخرجها إلى بلد الشرك فلا شرط له ولزمته المائة، وان أرادها إلى بلاد الاسلام فله الشرط].

(وثانيا) ان اشتراط ما يخالف الثابت بأصل الشرع لو كان باطلا للزم بطلان جميع الشروط التي لا تكون من مقتضيات العقد كتأجيل المهر واسقاط الخيار في البيع، وانتفاع البائع بالمبيع، والمشتري بالثمن مدة معينة، وهو معلوم البطلان.

والحق أن الشرط انما يبطل إذا كان مخالفا للكتاب او السنة، اما بدون ذلك فيجب الحكم بلزومه عملا بالعموم.

وحيث ثبت جواز اشتراط هذا الشرط، فهل يتعدى الجواز إلى اشتراط ان لا يخرجها من محلها أو من منزلها؟ وجهان (اجودهما) ذلك عملا بالعموم، وبه قطع الشهيد في اللمعة.

وهل يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد؟ قيل: لا، لان الذي يعقل سقوطه هو الحق الثابت واستحقاق السكنى يتجدد بتجدد الزمان فلا يسقط بالاسقاط كالنفقة.

ويحتمل السقوط كما في اسقاط الخيار وهبة المدة للمستمتع بها، والمسألة محل توقف.

قوله: (ولو شرط لها مائة) ان خرجت معه وخمسين ان لم تخرج الخ) الاصل في هذه المسألة ما رواه الكليني في الحسن عن علي بن رثاب، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سئل وانا حاضر، عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على ان تخرج معه إلى بلاده، فان لم تخرج معه فمهرها (فان خ ئل) خمسون دينارا، ان أبت ان تخرج معه إلى بلاده؟ قال: فقال: ان اراد ان يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا

شرط له عليها في ذلك، ولها مائة دينار التي اصدقها اياها، وان اراد ان يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترط عليها، والمسلمون عند شروطهم وليس له ان يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي اليها صداقها او ترضى منه من ذلك بما رضيت وهو جائز له^(١).

والظاهر أن المراد بقوله: (ان اراد ان يخرج بها إلى بلاد الشرك) أن بلاده كانت بلاد الشرك ولا يجب عليها اتباعه في ذلك لما في الإقامة في بلاد الشرك من الضرر في الدين.

وبقوله: (وان اراد ان يخرج بها إلى بلاد المسلمين) ان بلاده كانت بلاد الاسلام وطلبها إلى بلاده لا إلى مطلق بلاد الاسلام بقرينة قوله: (فله ما اشترط عليها) لانه لم يشترط عليها الا الخروج إلى بلاده لا إلى مطلق بلاد الاسلام.

وفي هذه الرواية مخالفة لاصول المذهب من وجوه: (احدها) ان الصداق غير معين، فإنه خمسون على تقدير، ومائة على تقدير آخر.

(وثانيها) وجوب المائة دينار على تقدير ارادة الخروج بها إلى بلاد الشرك، وانه لا شرط له عليه، وذلك خلاف الشرط، لان استحقاقها للمائة انما هو على تقدير الخروج بها إلى بلاده على ما عين في العقد.

(وثالثها) الحكم بعدم جواز اخراجها إلى بلاده مع كونها دار الاسلام الا بعد ان يعطيها مهرها الشامل لما لو كان ذلك قبل الدخول وبعده، مع أنها بعد الدخول لا يجوز لها الامتناع عند أكثر الاصحاب.

والحق انه ان بلغت الرواية من حيث السند حداً يجب معه العمل بها، وجب المصير إلى ما تضمنته من الاحكام، اذ ليس فيها ما يخالف دليلاً قطعياً، والا

(١) الوسائل باب ٤٠ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٤٩.

[الثامن) لو اختلفا في أصل المهر، فالقول قول الزوج مع يمينه (بيمينه خ ل) ولو كان بعد الدخول].

وجب ردها والرجوع إلى مقتضى الأصول المقررة، وهو بطلان المسمى ان قدح فيه مثل هذه الجهالة، والرجوع إلى مهر المثل او بطلان العقد من رأس، لعدم الرضا به بدون الشرط. قوله: (الثامن لو اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج الخ) اذا اختلف الزوج والزوجة في أصل المهر بأن ادعته المرأة وأنكر الزوج، فان كان قبل الدخول فالقول قول الزوج بيمينه، لانه منكر لما تدعيه المرأة، والعقد بمجرد لا يقتضي اشتغال ذمة الزوج بالصداق، لاحتمال تجرده عن ذكر المهر او تسميته ما لم يثبت في ذمة الزوج.

وان كان بعد الدخول فقد اطلق المصنف والاكثر أن القول قول الزوج أيضا. وهو جيد ان ثبت انتفاء التفويض إما باتفاقهما على ذلك او بالبينه او ما في معناها، لجواز ان يكون المهر المسمى ديناً في ذمة المرأة او عينا في يدها فلا يكون العقد المشتمل على التسمية بمجرد مقتضيا لاشتغاله ذمة الزوج بشئ من المهر.

ولو اعترف بكون المهر شيئاً يسيراً وادعت تسمية ما زاد عليه كان القول قوله في نفي الزائد (مازاد خ ل) من غير اشكال، وترجع المسألة إلى الاختلاف في القدر.

ويدل على ان القول قول الزوج في نفي الزائد مضافاً إلى ما ذكرناه ما رواه الشيخ في الصحيح، عن أبي عبيدة، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها فادعت ان صداقها مائة دينار، وذكر الرجل (الزوج ثل) انه اقل مما قالت وليس لها بينة على ذلك؟ قال: القول قول الزوج مع يمينه^(١).

(١) الوسائل باب ١٨ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٢٨ وفيه: وذكر الزوج ان صداقها خمسون ديناراً.

[وكذا لو خلا فادعت الواقعة].

هذا كله مع انتفاء التفويض، اما مع احتماله واطلاق الدعوى بالمهر فيمكن القول بثبوت مهر المثل بعد الدخول لاصالة عدم التسمية فيحكم بكونها مفوضة ويجب لها بالدخول مهر المثل. لكن هذه الاصالة معارضة بأصالة براءة الذمة من ثبوت مهر المثل الامع تيقن السبب المقتضي له، وهو الوطاء بعقد غير مشتمل على التسمية. ولا يبعد ترجيح التمسك بأصالة البراءة، فانه أقوى من التمسك باستصحاب عدم التسمية، فيكون القول قول الزوج مع احتمال التفويض أيضا. ولو اتفقا على التفويض ترتب عليه حكمه، من ثبوت مهر المثل مع الدخول والمتعة مع الطلاق من غير اشكال.

ولو ادعى احد الزوجين التفويض، والآخر التسمية، فالأظهر ان القول قول مدعي التفويض لاصالة عدم التسمية، لكن ليس للمرأة، المطالبة بزيادة على ما تدعيه من مهر المثل او التسمية. ولو ثبت تسمية قدر معين إما بإقراره او بالبينة او الشيعاء او ما في معناه مما يفيد العلم ثم ادعى تسليمه ولا بينة، فالقول قول الزوجة مع يمينها، لانه يدعي التسليم وهي منكرة فيقدم قولها فيه. وفي المسألة اقوال منتشرة وذكرها مع ما يتوجه عليها من الكلام لا يحتمله هذا التعليق، والملخص ما حررناه، والله تعالى أعلم بحقائق احكامه. قوله: (وكذا لو خلا فادعت الواقعة) أي يكون القول قول الزوج في عدم الواقعة، لانه منكر لما تدعيه المرأة.

وقيل: ان القول قول المرأة عملا بظاهر حال الصحيح في خلوته بالحليلة، وعليه ننزل الاخبار الدالة على استقرار المهر بالخلوة التامة وقد تقدم الكلام في ذلك.

[التاسع) يضمن الاب مهر ولده الصغير ان لم يكن له مال وقت العقد، ولو كان له مال كان على الولد]

قوله: (التاسع، يضمن الاب مهر ولده الصغير ان لم يكن له مال الخ) هذا مذهب الاصحاب لا نعلم فيه مخالفاً، واسنده في التذكرة إلى علمائنا مؤذنا بدعوى الاتفاق عليه. والمستند فيه ما رواه الكليني والشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليه السلام، قال: سألته عن رجل كان له ولد فزوج منهم اثنين وفرض الصداق ثم مات من أين يحسب الصداق؟ من جملة المال أو من حصتهما؟ قال: من جميع المال، انما هو بمنزلة الدين^(١). وفي الموثق، عن عبيد بن زرارة، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه، وهو صغير، قال: ان كان لابنه مال فعليه المهر، وان لم يكن للابن مال، فالاب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن^(٢).

وعن الفضل بن عبد الملك، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير؟ قال: لا بأس، قتل: يجوز طلاق الاب؟ قال: لا، قلت على من الصداق؟ قال: على الاب ان كان ضمنه له وان لم يكن ضمنه فهو على الغلام الا ان يكون للغلام مال فهو ضامن له وان لم يكن ضمن^(٣).

كذا فيما وقفت عليه من نسخ الكافي والتهذيب، ومعناه غير متضح وقد نقله في المسالك هكذا: (الا ان لا يكون للغلام مال)^(٤) والمعنى على ذلك واضح.

(١) الوسائل باب ٢٨ حديث ٣ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٩.

(٢) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٩.

(٣) الوسائل باب ٢٨ حديث ٢ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٩. وفي آخره وقال: اذا زوج الرجل ابنته فذاك إلى ابنه وان زوج الابنة جاز.

(٤) وكذلك في الوسائل نقلاً من الكافي والتهذيب.

وقد وصف جدي عليه السلام في المسالك هذه الرواية بالصحة، وهو غير جيد لان في طريقها عبدالله بن محمد بين عيسى^(١)، وهو غير موثق.

واستثنى العلامة في التذكرة من الحكم بضمن الاب له على تقدير فقر الابن، ما لو صرح الاب بنفي الضمان عنه، فإنه لا يضمن، وحمل قوله في الرواية: (او لم يضمن) على عدم اشتراط الضمان لا على اشتراط عدمه.

واستشكله في المسالك بان النص والفتوى متناول لما استثناءه، وهو كذلك.

ولا يبعد المصير إلى ما ذكره في التذكرة لعموم قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم^(٢). والرواية لا تنافيه صريحا، بل ولا ظاهرا.

ولو كان الصبي مالكا لمقدار بعض المهر خاصة لزمه بنسبة ما يملكه ولزم الاب الباقي. ولو بلغ الصبي بعد دفع الاب المهر فطلق قبل الدخول، كان النصف المستعاد له لا للاب، لان دفع الاب له كالهبة للابن وملك الابن له باطلاق ملك جديد، لا ابطال الملك المرأة السابق ليرجع إلى مالكة.

وكذا لو طلق قبل ان يدفع الاب المهر عنه مع لزومه له، لان المرأة ملكته بالعقد وان لم تقبضه. وقطع في القواعد هنا بسقوط النصف عن الاب، وأن الابن لا يستحق

(١) طريقها كما في الكافي هكذا: محمد بن يحيى، عن عبدالله بن محمد، عن علي بن الحكم، عن ابان بن عثمان عن الفضل بن عبد الملك وذكر في جامع الرواة عن الرواة عن علي بن الحكم، عبدالله بن محمد بن عيسى.

(٢) الوسائل باب ٢٠ حديث ٥ من ابواب المهور ج ١٥ ص ٣٠.

[العاشر) للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها]

مطالبته بشيء، والفرق غير واضح.

ولو دفع الاب عن الولد الكبير من المهر تبرعا ثم طلق قبل الدخول ففي عود النصف إلى الدافع أو إلى الزوج قولان اظهرهما الثاني، وبه قطع العلامة في التذكرة وتردد فيه المصنف في الشرائع، واستشكله في القواعد وقوى في التحرير الاول.

قوله: (العاشر للمرأة ان تمتنع حتى تقبض مهرها) هذا الحكم اعني جواز الامتناع للزوجة من تسليم نفسها إلى الزوج قبل الدخول حتى تقبض مهرها اذا كان المهر حالا وكان الزوج موسرا مشهور بين الاصحاب، بل قيل: انه موضع وفاق.

وذكر جدي رحمته الله في المسالك: انه ليس المراد من ذلك وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر أولا، بل إما كذلك أو تقابضهما معا بان يؤمر الزوج بوضع الصداق في يد من يتفقان عليه أو يد عدل وتؤمر بالتمكين، فاذا مكنت سلم العدل الصداق إليها.

وذكر في المسألة وجهان آخران واحدهما ان يجبر الزوج على تسليم الصداق أولا، فاذا سلم سلمت نفسها، لان فائت المال يستدرك، وفائت البضع لا يستدرك.

والثاني انه لا يجبر واحد منهما لكن اذا بادر احدهما بالتسليم أجبر الآخر على تسليم ماعنده. ولم نقف في هذه المسألة على نص، والذي يقتضيه النظر فيها ان تسليم الزوجة لنفسها حق عليها، وتسليم المهر اليها حق عليه، فيجب على كل منهما ايصال الحق إلى مستحقه، واذا اخل احدهما بالواجب عصي ولا يسقط بعصيانه حق الآخر، فان تم الاجماع على ان لها الامتناع من تسليم نفسها إلى ان تقبض المهر كما ذكره الاكثر، او إلى ان يحصل التقابض من الطرفين، فلا كلام، والا وجب

المصير إلى ما ذكرناه.

وهل يختلف هذا الحكم باعسار الزوج ويساره؟ الأكثر على عدمه ويظهر من كلام ابن ادريس أنه ليس لها الامتناع مع اعسار الزوج، وهو حسن، اذ لا يجب لها عليه مع اعساره شيء فيبقى وجوب حقه عليها بغير معارض.

وضعفه المحقق الشيخ علي رحمته الله بأن منع المطالبة مع الاعسار لا يقتضي وجوب التسليم قبل دفع العوض.

وهو مدفوع بعموم ما دل على انه يجب على الزوجة طاعة الزوج، خرج من ذلك ما اذا امتنع من تسليم المهر اليها مع يساره، فيبقى ما عداه مندرجا في العموم، وقد قطع الاصحاب بان المهر اذ كان مؤجلا فليس لها الامتناع قبل حلوله.

واستدل عليه في المسالك بانه لا يجب لها عليه شيء قبل الحلول فيبقى وجوب حقه عليها بغير معارض.

وهو حسن لكن ذلك بعينه آت مع الحلول واعسار الزوج.

ولو أقدمت المرأة على فعل المحرم وامتنعت إلى أن حل الاجل، ففي جواز امتناعها حينئذ إلى ان تقبضه تنزيلا له منزلة الحال ابتداء او عدمه، نظرا إلى استصحاب وجوب التمكين الثابت قبل الحلول؟ وجهان اجودهما الثاني.

ولو كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للجماع وطلب الولي المهر، فهل يلزمه التسليم قبل كمالها؟ وجهان أظهرهما الوجوب، لانه حق ثابت حال طلبه^(١) من له حق الطلب فوجب دفعه كغيره من الحقوق الثابتة.

ولو طلب الزوج تسليمها اليه لما عدا الوطاء من الاستمتاع، ففي وجوب اجابته إلى ذلك وجهان أقربهما العدم.

(١) الظاهر ان اضافة لفظة (طلبه) اضافة إلى المفعول وقوله (ره): من له الخ فاعل لقوله: طلبه.

[وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان أشبههما انه ليس لها ذلك.

النظر الثالث: في القسم والنشوز والشقاق] ولو كانا معا صغيرين، فطلب وليها المهر من وليه، فالوجهان في الكبير مع الصغيرة، وأولى بعدم الوجوب لو قيل به ثم، وكذا الوجهان لو كانت كبيرة والزوج صغيرا.

قوله: (وهل لها ذلك بعد الدخول؟ فيه قولان أشبههما انه ليس لها) اختلف الاصحاب في ان المرأة اذا سلمت نفسها للزوج فدخل بها، هل لها الامتناع منه بعد ذلك إلى ان تقبض المهر؟ فقال المفيد رحمته الله: لها ذلك، وقواه في المبسوط.

وقال السيد المرتضى رحمته الله في الانتصار والشيخ في الخلاف: ليس لها الامتناع بعد الدخول. وهو المعتمد تمسكا بمقتضى العمومات الدالة على وجوب التمكين، خرج منه ما قبل الدخول بالاجماع ان تم فيبقى الباقي مندرجا في العموم.

ونقل عن ابن حمزة انه فرق بين تسليمها نفسها اختيارا واكراها، وحكم بسقوط حقها من الامتناع في الاول دون الثاني، لانه قبض فاسد فلا يترتب عليه اثر الصحيح، ولاصاله بقاء الحق الثابت إلى ان يثبت المزيل.

ولعل المنع من الامتناع بعد التسليم مطلق، أولى.

قوله: (النظر الثالث في القسم والنشوز والشقاق) القسم يفتح القاف، مصدر قسم يقسم وبالكسر الحظ والنصيب، وعرفه في المسالك بانه حق واجب لمن يجب الانفاق عليه من الزوجات.

وينتقص طردا بوطء الزوجة الواجب في أربعة أشهر، فان التعريف صادق عليه، وعسكا بمن لا يجب عليه الاتفاق من الأزواج كالمعسر والصغير، فان القسم يجب عليه، مع ان النفقة غير واجبة. ويمكن دفعهما بتكلف، والامر في ذلك هين.

وقد نقل جمع من الاصحاب، الاتفاق على وجوب القسم في الجملة، واختلف الاصحاب في ان القسم هل يجب على الزوج ابتداء وان لم يبتدئ به ام يتوقف على الشروع فيه؟ المشهور، الاول نظرا إلى اطلاق كلام الاصحاب على ما ذكره في المختلف.

وقال الشيخ في المبسوط: لا يجب عليه القسمة ابتداء لكن الذي يجب عليه، النفقة، والكسوة، والمهر، والسكنى، فمتى تكفل بهذا فلا يلزمه القسم لانه حق له، فاذا اسقط لا يجبر عليه ويجوز له تركه، وان يبيت في المساجد وعند أصدقائه.

فاما ان اراد ان يبتدئ بواحدة منهن فيجب عليه القسم، لانه ليس واحدة منهن أولى بالتقديم من الاخرى، والى هذا القول ذهب المصنف في الشرائع والعلامة في التحرير.

وهو المعتمد، تمسكا بمقتضى الاصل السالم عما يصلح للمعارضة، فان الاخبار الواردة في هذا الباب قليلة جدا^(١)، وليس فيها ما يدل على وجوب القسم ابتداء بخصوصه او اطلاقه كما يظهر للمتتبع.

وكذا الكلام في التأسي، فانه لم يثبت أن النبي ﷺ قسم بين نسائه ابتداء على وجه الوجوب ليجب التأسي به في ذلك.

(١) يمكن ان يكون شارة إلى حديث ٧ من باب ٣ وحديث ١ من باب ٤ وحديث ١ من باب ٧ من ابواب القسم ج ١٥ ص ٨٥ ٨٦.

[أما القسم: فللزوجة الواحدة ليلة، وللاثنتين ليلتان، وللثلاث ثلاث، والفاضل من الأربع، له ان يضمه حيث شاء. ولو كن اربعا فلكل واحدة ليلة].

على ان المشهور بين الخاصة والعامة ان القسم لم يكن عليه ﷺ .

ومما استدل به على الوجوب ابتداء قوله تعالى: وعاشروهن بالمعروف^(١).

وهو غير واضح الدلالة، فان المعاشرة بالمعروف تتحقق بالانكاح بمن والافتاق عليهن، وتحسين الخلق معهن، والاستمتاع بهن، فلا يعتبر ما زاد على ذلك.

وتسقط القسمة بالنشوز إلى ان ترجع إلى الطاعة، وبسفره اذا استصحب احديهن فلا يقضى للمتخلفات وان لم يقرع للخارجة، وقيل: مع القرعة، والاقضى.

قوله: (فللزوجة الواحدة ليلة وللاثنتين ليلتان الخ) قد عرفت ان الاظهر أن القسمة لا تجب على الزوج الا اذا أبتدأ بها.

وعلى هذا فلا يجب القسم للزوجة الواحدة مطلقا، بل له ان يبيت عندها متى شاء ويعتزلها متى شاء، وان كان له اثنتان جاز له ترك القسمة بينهما ابتداء بحيث لا يبيت عند واحدة منهما، بل يبيت معتزلا لهما، فان بات عند واحدة منهما ليلة وجب عليه ان يبيت عند الاخرى ليلة.

وعلى القول بوجوبها ابتداء يجب القسم للزوجة الواحدة فيما قطع به الاصحاب ويكون لها ليلة من الأربع لان الله تعالى أباح له ان ينكح اربع نساء ثم ان لم يكن له غيرها بقي له من الدور ثلاث ليال بينها حيث يشاء فاذا انقضت الأربع وجب ان يبيت عندها ليلة ثم يفعل في ليايله الثلاث ماشاء.

(١) النساء: ١٩.

*

[والواجب المضاجعة لا الواقعة].

ومن كان له زوجتان فلكل واحدة ليلة فيبقى له من الدور ليلتان يضعهما حيث يشاء، وله تخصيص واحدة منهما بهما.

ويدل على ذلك صريحاً، ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن العلاء، عن محمد بن مسلم، قال: سألت عن الرجل تكون عنده امرأتان واحديهما أحب إليه من الأخرى، قال: لها أن يأتيها ثلاث ليل، وللأخرى ليلة، فإن شاء أن يتزوج أربع نسوة كان لكل امرأة ليلة، فلذلك كان له أن يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً^(١).

ونحوه روى الشيخ في الصحيح عن الحسن بن زياد، عن أبي عبد الله عليه السلام^(٢). وعلى هذا، فمن كان له ثلاث يبقى له من الدور ليلة واحدة، ومن كان له أربع كمل الدور لمن ولم يكن له المبيت عند غير صاحبة الليلة مع الاختيار وعدم الاذن. ثم إن قلنا بوجوب القسمة ابتداءً، فيجب عليها استيناف الدور كلما فرغ منه. ولو كان لصاحب الأربع منكوحات لاقسمة لمن لم يكن له أن يبيت عندهن إلا باذن صاحبة الليلة.

وعلى ما اخترناه يجوز أن يبيت ابتداءً عند من لا يجب لها القسمة ويستمر على ذلك إلى أن يبيت مع مستحقة القسمة ليلة، فيلزمه المبيت عند الباقيات من ذوات القسمة، وله أن يعدل بعد ذلك إلى من لا يستحق القسمة إلى أن يرجع إلى ذات القسمة، وذلك واضح. قوله: (والواجب المضاجعة لا الواقعة) أما عدم وجوب الواقعة فلا ريب فيه، لما سبق من أنها لا تجب إلا في كل أربعة أشهر، مرة.

(١) الوسائل باب ١ حديث ٣ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨١.

(٢) الوسائل باب ١ حديث ٢ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٠ وفيه الحسين بن زياد.

*

[ويختص الوجوب بالليل دون النهار.

وفي رواية الكرخي: انما عليه ان يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها].

واما وجوب المضاجعة فيدل عليه التأسي، وظاهر قوله تعالى: وعاشروهن بالمعروف^(١).

والمراد بالمضاجعة ان ينام معها على الفراش قريبا منها عادة بحيث لا يعد هاجرا لها وان لم يتلاصق الجسمان، ولا يعتبر المضاجعة في جميع الليل، بل يكفي قدر ما يتحقق معه المعاشرة بالمعروف.

قوله: (ويختص الوجوب بالليل الخ) المشهور بين الاصحاب اختصاص وجوب القسم بالليل. والظاهر انه لا يجب الكون عندها في مجموع الليل، بل فيما يعتاد الكون فيه بعد قضاء الوطر من الصلاة في المسجد، ومجالسة الضيف ونحو ذلك.

نعم ليس له الدخول في تلك الليلة التي عند ضربتها الا لضرورة فيما قطع به الاصحاب، ومن الضرورة عيادتها اذا كانت مريضة، وقيده في المبسوط بكون المرض ثقيلًا والا لم يصح، فان مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعد اقامة عرفا فيأثم خاصة.

والرواية التي اشار اليها المصنف، ما رواها الشيخ، عن إبراهيم الكرخي قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له اربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في ليلتهن ويمسهن، فاذا اقام (بات ثل) عند الرابعة في ليلتها لم يمسه، فهل عليه في هذا إثم؟ قال: انما عليه ان يكون (يبيت ثل) عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها وليس عليه ان يجامعها اذا لم يرد ذلك^(٢).

(١) النساء: ١٩.

(٢) الوسائل باب ٥ حديث ١ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٤.

*

[واذا اجتمعت مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان، وللأمة ليلة].
وهذه الرواية ضعيفة بجهالة الراوي، لكن العمل بمضمونها أحوط.
ونقل عن ابن الجنييد انه أضاف إلى الليل، القيلولة.
ولم نقف له في ذلك على مستند، على الخصوص.
وربما ظهر من كلام الشيخ في المبسوط وجوب الكون مع صاحبة الليلة نهارا، فانه قال: قد بينا
ان القسم يكون ليلا، وكل امرأة قسم لها ليلا، فان لها نهار تلك الليلة.
فان اراد ان يبتدئ بالنهار جاز، وان اراد أن يبتدئ بالليل جاز، لكن المستحب ان يبتدئ
بالليل.

وقريب منه كلام العلامة في التحرير لكنه جعل النهار تابعا لليلة الماضية، فقال: النهار تابع
لليلة الماضية، فلصاحبيتها نهار تلك الليلة، لكن له ان يدخل فيه إلى غيرها لحاجة كعبادة أو دفع
نفقة أو زيادتها أو استعلام حالها أو لغير حاجته وليس له الاطالة، والاقترب جواز الجماع ولو
استوعب النهار قضاه لصاحبة الليلة، هذا كلامه رحمته الله.
ودليله غير واضح على الخصوص وان كان المصير إلى ما ذكره مقتضى العدل والانصاف والله
الموفق.

قوله: (واذا اجتمعت مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان وللأمة ليلة) هذا هو المشهور بين
الاصحاب، ونقل عن المفيد رحمته الله أنه قال: إن الأمة لا قسمة لها مطلقا، والاصح الاول لما رواه
الشيخ في الصحيح، عن محمد بن مسلم، عن احدهما عليهما السلام، قال: سألته عن الرجل يتزوج المملوكة
على الحرة؟ قال: لا، فاذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم
للمملوكة^(١).

(١) الوسائل باب ٨ حديث ١ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٧.

[والكتابية كالامة].

وربما كانت في قوله: (قسم للحره مثلي ما يقسم للمملوكه) اشارة إلى أن القسمة لا تصح من دون ليلة كاملة، فاذا قسم للامة ليلة كان للحره ليلتان وليس له ان يقسم للامة نصف ليلة. وربما كان وجهه أن في ذلك تنقيصا (تنقيصا خ ل)^(١) للعيش ورفعاً للاستيناس، وان اجزاء الليل يعسر ضبطها غالبا، فلا يكون مناطا للاحكام. وحيث لا يكون القسمة اقل من ليلة، فاذا كان عنده حرة وامة كان للامة ليلة من ثمان وللحره ليلتان وله خمس.

قيل: ويجب تفريق ليلتي الحره ليقع لها من كل اربع واحدة ان لم ترض بغيره. وانما يستحق الامة القسم اذا استحققت النفقة بان كانت مسلمة نفسها للزوج ليلا ونهارا كالحره.

قوله: (والكتابية كالامة) هذا مذهب الاصحاب، والمستند فيه ما رواه الكليني، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام هل للرجل ان يتزوج النصرانية على المسلمة، والامة على الحره؟ فقال: لا يتزوج (لا يتزوج ثل) واحدة منهما على المسلمة ويتزوج (تزوج ثل) المسلمة على الامة والنصرانية، وللمسلمة الثلثان، وللامة والنصرانية، الثلث^(٢). وتوقف جدي عليه السلام في المسالك في هذا الحكم، لعدم وقوفه على نص في ذلك. وكأنه لم يقف على هذه الرواية، وقد أوردها الكليني في باب الحر يتزوج

(١) يقال: نغص عليه العيش تنقيصا كدره (مجمع البحرين).

(٢) الوسائل باب ٧ حديث ٣ من ابواب ما يحرم بالكفر ونحوه ج ١٤ ص ٤١٩.

[ولا قسمة للموطوء بالملك. ويختص البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع، والثيب بثلاث].
الامة وسندها^(١) معتبر، اذ ليس فيه من يتوقف في حاله سوى عبدالله بن محمد بن عيسى اخي
أحمد بن محمد بن عيسى الاشعري، فانه غير موثق، لكن كثيرا ما يصف الاصحاب رواياته
بالصحة.

ومثل هذه الرواية مع عدم ظهور الخلاف في المسألة كاف في اثبات هذا الحكم.
ولو كانت الزوجة أمة كتابية، فالظاهر انها تسحق من القسم على نصف ما تستحقه الامة
المسلمة، فيكون لها مع الحرة المسلمة ربع القسم فتصير القسمة من ست عشرة ليلة، للامة
الكتابية، منها ليلة، وللحرة المسلمة اربع، والباقي للزوج حيث لا يكون له غيرها.
ولا يخفى ان اجتماع المختلفات يتشعب إلى صور كثيرة، وقد عرفت اصولها فلا يخفى عليك
حكم الفروع.

قوله: (ولا قسمة للموطوء بالملك) هذا الحكم موضع وفاق، وفي حكم الموطوء بالملك الموطوءة
بالعقد المنقطع والتحليل.

قوله: (ويختص البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع والثيب بثلاث) هذا الحكم مقطوع به في
كلام الاصحاب، وظاهرهم انه موضع وفاق.
والاخبار الواردة في ذلك مختلفة، فروى الشيخ في الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبدالله
عليه السلام انه قال: اذا تزوج الرجل بكرا وعنده ثيب فله ان يفضل البكر بثلاثة ايام^(٢).

(١) وسندها كما في الكافي هكذا: محمد بن يحيى، عن عبدالله بن محمد، عن علي بن الحكم عن ابان بن عثمان، عن
عبدالرحمان بن أبي عبدالله.

(٢) الوسائل باب ٢ حديث ٦ من أبواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٢.

وفي الصحيح، عن الحسن بن زياد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت: فيكون عنده المرأة فيتزوج جارية بكرا؟ قال فليفضلها حين يدخل بها ثلاثة أيام^(١).

ومقتضى هاتين الروایتين تفضيل البكر بثلاث لكن موردهما: من كان له زوجة واحدة ثم تزوج بكرا، ومن كان كذلك كان له من الدور ثلاث ليال فليصرفها إلى البكر وغيرها.

وأیضا، فان مقتضى الرواية الاولى ان هذا التفضيل على وجه الجواز لا اللزوم.

وروى الشيخ ایضا، عن محمد بن مسلم، قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل تزوج امرأة وعنده امرأة، فقال: ان كانت بكرا فليبيت عندها سبعا، وان كانت ثيبا فثلاثا^(٢).

ومقتضى هذه الرواية وجوب المبيت عند البكر سبعا، والثيب ثلاثا لكنها ضعيفة السند^(٣) باشماله على الحضرمي والطاهر انه ابوبكر، وهو غير موثق، بل ولا ممدوح مدحا يعتد به.

وجمع الشيخ في كتابي^(٤) الاخبار بين هذه الرواية وبين الخبرين الاولين، فحمل هذه الرواية على الجواز، والخبرين الاولين على الفضل، قال: لان الفضل ان لا تفضل البكر بأكثر من ثلاث ليال حدثان عرسها.

(١) الوسائل باب ٢ حديث ٧ من أبواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٢ وهو قطعة من حديث.

(٢) الوسائل باب ٢ حديث ٥ من أبواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٢.

(٣) سندها كما في التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد، عن النصر بن سويد، عن محمد بن أبي حمزة، عن الحضرمي، عن محمد بن مسلم.

(٤) يعني التهذيب والاستبصار.

[ويستحب التسوية بين الزوجات في الانفاق، وإطلاق الوجه والجماع].
وهو جيد لو تكافأت الاخبار من حيث السند لكن الامر ليس كذلك.
وقد روى ابن بابويه في الصحيح عن ابن أبي عمير، عن غير واحد، عن محمد بن مسلم، قال:
قلت: الرجل تكون عنده المرأة يتزوج اخرى، أله ان يفضلها؟ قال: نعم ان كانت بكرا فسبعة أيام،
وان كانت ثيبا فثلاثة أيام^(١).
وهذا السند معتبر، لان ابن أبي عمير قد رواها، عن غير واحد، عن محمد بن مسلم، وربما كان
ذلك اقوى من الرواية عن الثقة الواحد فيتجه العمل بها.
لكنها تدل على جواز التفضيل بذلك، لا على الوجوب وانما الكلام في الوجوب.
وقد ظهر من ذلك انه لا اشكال في جواز تفضيل البكر بسبع والثيب بثلاث.
وإطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق في الزوجة بين الحرة والامة، ولا في الثيب بين من
ذهبت بكارتها بجماع أو غيره.
واستقرب العلامة في التحرير تخصيص الامة بنصف ما تخص به لو كانت حرة والرواية مطلقة،
ورجح في القواعد المساواة.
قوله: (ويستحب التسوية بين الزوجات الخ) لا ريب في استحباب ذلك، لما فيه من رعاية
العدل وتمام الانصاف.
ولما رواه الشيخ في الصحيح، عن عبد الملك بن عتبة الهاشمي، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن
الرجل تكون له امرأتان، يريد أن يؤثر احديهما بالكسوة والعطية أيصلح ذلك؟ قال: لا بأس
بذلك واجهد في العدل بينهما^(٢).

(١) الوسائل باب ٢ حديث ١ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨١.

(٢) الوسائل باب ٣ حديث ١ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٣.

[وان يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبته].

وأما النشوز: فهو ارتفاع احد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له.

فمتى ظهر من المرأة اشارة العصيان وعظها، فان لم ينجح هجرها في المضجع، وصورتها أن يوليها ظهره في الفراش، فان لم تنجح ضربها مقتصرًا على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحاً].

قوله: (وان يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبته) يدل على ذلك قوله عليه السلام في رواية ابراهيم الكرخي: اما عليه ان يكون (يبين خ ل) عندها في ليلتها ويظل عندها صبيحتها^(١).

وحملت على الاستحباب لقصورها من حيث السند عن اثبات الوجوب.

قوله: (واما النشوز فهو ارتفاع احد الزوجين الخ) قال في القاموس: النشز المكان المرتفع، ثم

قال: والمرأة تنشز، وتنشز نشوزا استصعبت على زوجها وابغضته، وبعلمها، ضرها وجفائها.

ومقتضى ذلك اطلاق النشوز لغة على معناه الشرعي.

واحترز المصنف بقوله: (فيما يجب له) عن ترك الطاعة في غير الواجب، فانه لا يعد نشوزا.

قوله: (فمتى ظهر من المرأة اشارة العصيان وعظها الخ) اختلف العلماء في تنزيل هذه الامور

الثلاثة على التخيير، أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الاخف إلى الاثقل وانما هل تثبت مع تحقق

النشوز او ظهور أماراته قبل وقوعه او معها؟

(١) لاحظ الوسائل باب ٥ حديث ١ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٤.

والاصل في هذه المسألة قوله تعالى: واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن^(١).

ف قيل: إن المراد بخوف النشوز توقعه.

وقال الفراء: تعلمون نشوزهن، قال: وقد يكون الخوف بمعنى العلم ثم انه تعالى ذكر الثلاثة متعاطفة بالواو المفيدة للجمع.

والى ذلك ذهب ابن الجنيد وجعلها مترتبة على النشوز بالفعل، ولم يذكر الحكم عند ظهور أماراته.

وكأنه حمل الخوف على معنى العلم وأبقى الواو المفيدة للجمع، على ظاهرها. وجعل المصنف في هذا الكتاب هذه الامور الثلاثة مترتبة لكنه اعتبر في الوعظ ظهور أماراة العصيان، وفي الهجر عدم افادة الوعظ، وفي الضرب عدم افادة الهجر. والظاهر انه اذا لم يفد الوعظ يكون النشوز بالفعل متحققا.

وجعل العلامة في الارشاد^(٢) الامور الثلاثة مرتبة على النشوز بالفعل مع كونها في نفسها مترتبة. ومنهم من جعلها منزلة على الحالتين اعني ظهور امارات النشوز وتحقيقه بالفعل كالمصنف في الشرائع، والعلامة في القواعد، فانهم جعلوا الوعظ والهجر معلقا على ظهور اماراته، والضرب منوطا بحصوله بالفعل.

وجعل العلامة في التحرير الامور الثلاثة مرتبة على مراتب ثلاثة من حالها، فمع ظهور امارات النشوز يقتصر على الوعظ، ومع تحقيقه قبل الاصرار ينتقل إلى الهجر، فان لم ينجح واصرت انتقل إلى الضرب فيكون معنى الآية: واللاتي تخافون

(١) النساء: ٣٤.

(٢) قال: فان نشزت وعظها، فان اجابت والا هجرها في المضجع بان يحول ظهره في الفراش، فان افاد، والا ضربها غير مبرح الارشاد ج ٢ ص ٣٣ طبع مطبعة مؤسسة النشر الاسلامي مؤرخ ١٤١٠.

*

نشوزهن فعظوهن، فان نشزن فاهجروهن في المضاجع، فان اصررن فاضربوهن، ولعل هذا اقرب.
اذا تقرر ذلك فاعلم ان المراد بالوعظ ان يخوفها الله تعالى ويذكر لها ما ورد من حقوق الزوج
على الزوجة في الاخبار والآثار المروية عن النبي واهل بيته صلوات الله عليهم اجمعين.
واما الهجران في المضاجع فقليل: إن المراد منه ان يحول اليها ظهره في الفراش، ذهب اليه ابن
بابويه، وجعله المصنف في الشرائع مرويا.

وقيل: ان يعتزل فراشها ويبيت على فراش آخر اختاره الشيخ وابن ادریس.
وقيل: إن المعنى اهجروهن في بيوتهن التي يبتن فيها اي لا تبايتوهن.
وقيل: انه كناية عن ترك الجماع، قال في الكشف وقيل: معناه اكرهوهن على الجماع
واربطوهن، من هجر البعير اذا شده بالهजार، قال: وهذا من تفسير الثقلاء (الثغلاء) (العقلاء خ).
(واما الضرب) فهو ضرب تأديب كما يضرب الصبيان على الذنب ويجب ان لا يكون مدميا
ولا شديدا مبرحا^(١).

ونقل الشيخ في المبسوط ان الضرب يكون بمنديل ملفوف او درة^(٢)، ولا يكون بسياط ولا
خشب، وفي بعض الروايات، انه يضربها بالسواك^(٣) ولعل حكمته ان ذلك يوهمها ارادة الملاعبة،
والا فهذا الفعل بعيد عن التأديب.

(١) والبرح بالفتح والسكون، الشدة تقول: لقيت منه برحا والتبريح المشقة والشدة وضرب مبرح بكسر الراء أي شاق
(مجمع البحرين).

(٢) والدرّة بالكسر التي يضرب بها والجمع درر مثل سدرّة وسدر ومنه الحديث: كان مع علي در، لها سبابتان أي
طرفان (مجمع البحرين).

(٣) رواه في مجمع البيان عن أبي جعفر عليه السلام راجع ج ٣ ص ٦٩ طبع دار المعرفة لبنان وافق بهذا المضمون في الفقيه
فراجع ج ٣ طبع الاخوندي باب الشقاق.

[ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها، ولو تركت بعض ما يجب أو كله استمالة جاز له القبول].

ولو حصل بالضرب تلف، قيل: وجب عليه الغرم، لأنه تبين بذلك أنه اتلاف لا إصلاح، بخلاف الولي إذا أدب الطفل.

وفرق بينهما بأن تأديب المرأة لحظ نفسه، الولد لحظه لا لحظ الولي. وفي الفرق نظر، وينبغي القطع بعدم غرامة الولي لأنه بتأديب الطفل محسن وما على المحسنين من سبيل^(١).

ولا يبعد الحاق الزوج به في ذلك، خصوصا إذا كان المقصود من الضرب تأديبها على فعل المحرم.

قوله: (ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها الخ) هذا هو القسم الثاني من النشوز وهو أن يتعدى الزوج ويمنعها بعض حقوقها الواجبة من نفقة وقسمة وغير ذلك.

ولا ريب أن لها مطالبته بما أدخل به من الحقوق بنفسها، فإن أصر على الامتناع رفعت أمرها إلى الحاكم الشرعي ليجبره على ذلك.

ولو امتنع من الانفاق مع قدرته عليه جاز للحاكم أن ينفق عليها من ماله ولو ببيع شيء من عقاره إذا توقف عليه.

ولو كان الزوج لا يمنعها شيئا من حقوقها ولا يؤذيها بضرب ولا كلام لكنه يكره صحبتها لمرض أو كبر أو غير ذلك أو بهم بطلاقها، فلا شيء عليه ولها أن تستميلة بترك بعض ما يجب لها من النفقة والقسم أو كله لقوله تعالى: وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا^(٢).

(١) التوبة ٩١.

(٢) النساء: ١٢٨.

*

[وأما الشقاق: فهو أن يكره كل منهما صاحبه].

وقد روى الكليني في الحسن، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال.

سألته عن قول الله تبارك وتعالى: وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً؟ فقال: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إنني أريد أن أطلقك فتقول له: لا تفعل إنني أكره أن يشمت بي، ولكن انظر في ليلتي فاصنع بما ماشئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعني على حالتي^(١).

ونحوه روى أيضاً، عن علي بن أبي حمزة، عن أبي الحسن عليه السلام، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام.

ولو اخل الزوج بحقوقها الواجبة أو بعضها فتركت له بعض الحقوق، قيل: جاز له قبول ذلك وإن كان آثماً في نشوزه، وربما شمله إطلاق عبارة المصنف واستدل عليه بظاهر الآية الشريفة. وهو مشكل، لأن الآية مفسرة في السنة بما إذا لم يتحقق اخلال الزوج بشيء من الحقوق الواجبة عليه^(٢).

ولأن الزوج إذا كان مكلفاً بالقسم والنفقة فتركت له النفقة مثلاً لاجل القسم يكون المتروك لا في مقابله عوض، لأن القسم واجب عليه، سواء تركت النفقة أم لا، فيكون إسقاط النفقة بغير سبب مبيح.

ولو قهرها على بذل ما تركته، فلا شبهة في عدم حله لأنه أكره بغير حق. قوله: (وأما الشقاق فهو أن يكره كل واحد منهما صاحبه الخ) الشقاق فعال من الشق، لأن الزوجين كل واحد منهما لصاحبه يصيران كأن كل واحد منهما في شق، قال الله تعالى: وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله

(١) الوسائل باب ١١ حديث ١ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٩٠ وتماه: فهو قوله تعالى فلا جناح عليها أن يصلحا بينهما صلحا، وهذا هو الصلح.

(٢) راجع الوسائل باب ١ حديث ٣ من ابواب القسم والنشوز كما في الرواية المتقدمة آنفا.

[فاذا خشي الاستمرار بعث كل منهما حكما من اهله. ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم، ويجوز ان يكونا اجنبيين].

وحكما من اهلها ان يريد اصلاحا يوفق الله بينهما^(١).

والظاهر أن المراد والله اعلم ان خفتم استمرار الشقاق بينهما أو يقال: ان الشقاق انما يتحقق مع تمام الكراهة بينهما، فيكون المراد انه اذا حصلت كراهة كل واحد منهما لصاحبه وخفتم حصول الشقاق بينهما فابعثوا، وقيل: معنى خفتم علمتم.

واختلف المفسرون والفقهاء في المخاطب بانفاذ الحكم، فقيل: انه الحاكم وبه قطع المصنف في شرائعه^(٢).

وقيل: انه الزوجان واختاره ابن بابويه فيمن لا يحضره الفقيه والمصنف في هذا الكتاب لكنه قال: ان الزوجين اذا امتنعا من ذلك بعثهما الحاكم.

وقيل: ان المخاطب بذلك اهل الزوجين، وفي الاخبار دلالة على انه الزوجان.

وهل بعث الحاكم واجب او مندوب؟ قولان من ظاهر الامر المقتضى للوجوب ومن ان متعلقه مصلحة دنيوية فيكون للارشاد كما في قوله تعالى: واشهدوا اذا تباعدتم^(٣).

وهل يجوز كونهما اجنبيين؟ قيل: نعم وقطع المصنف في الشرائع^(٤) لحصول الغرض بهما.

وقيل: يعتبر كونهما من اهلها الدلالة الآية عليه، ولان الاهل اعرف بالمصلحة

(١) النساء: ٣٥.

(٢) قال في الشرائع: فاذا كان النشوز منهما وخشي الشقاق بعث الحاكم حكما من اهل الزوج وآخر من اهل المرأة على الاول (انتهى).

(٣) البقرة: ٢٨٢.

(٤) قال في الشرائع: ولو كان من غير اهلها او كان احدهما جاز ايضا (انتهى).

*

[وبعثهما تحكيم لا توكيل فيصلحان ان اتفقا ولا يفرقان الا مع اذن الزوج في الطلاق، والمرأة في البذل. ولو اختلف الحكماء لم يمض لهما حكم]. من الاجانب.

وهو جيد خصوصا بعد حمل الامر على الوجوب قال في المسالك: ولو تعذر الاهل فلا كلام في جواز الاجانب. وقد يناقش فيه بعدم تعلق الامر بذلك.

قوله: (وبعثهما تحكيم لا توكيل الخ) الاقرب ان المرسل لهما ان كان هو الحاكم كان بعثهما تحكيما محضا فليس لهما التفريق قطعا، وان كان الزوجان كان توكيلا، فيجوز لهما التصرف فيما تعلقت به الوكالة من صلح أو طلاق أو بذل صداق أو غير ذلك، وليس لهما تجاوز ما تعلقت به الوكالة.

ويدل على ذلك ما رواه ابن بابويه في الصحيح، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قول الله عزوجل: فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها؟ قال: ليس للحكمين ان يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأة ويشترطان عليهما ان شاءا جمعا وان شاءا فرقا، فان جمعا فجائز، وان فرقا فجائز^(١).

وينبغي للحكمين اخلاص النية في السعي وقصد الاصلاح، فمن حسنت نيته حصلت بغيته كما نبه عليه قوله تعالى: ان يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما^(٢).

قوله: (ولو اختلف الحكماء لم يمض لهما حكم) قد عرفت ان التفريق بين الزوجين وبذل المهر من جهة الزوجة يتوقف على الاذن فيتقيد نفوذ الحكم في ذلك بفعل المأذون فيه، ويبطل مع المخالفة.

(١) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من ابواب القسم والنشوز ج ١٥ ص ٨٩.

(٢) النساء: ٣٥.

[النظر الرابع: في أحكام الاولاد ولد الزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضي ستة أشهر من حين الوطء ووضعه لمدة الحمل أو أقل، وهي تسعة أشهر، وقيل عشرة أشهر، وهو حسن، وقيل: سنة وهو متروك.]

فلو اعتزلها او غاب عنها عشرة اشهر فولدت بعدها لم يلحق به]. قوله: (النظر الرابع في أحكام الاولاد وكذا الزوجة الدائمة الخ) أجمع الاصحاب على أن ولد الزوجة الدائمة يلحق بالزوج بشروط ثلاثة: (احدها) الدخول، فلو لم يدخل بالزوجة لم يلحق به الولد، ويتحقق الدخول الموجب للاحاق الولد، بغيوبة الحشفة او قدرها من مقطوعها في القبل وان لم ينزل، أو كان قد عزل عن الزوجة، لامكان أن يسبقه شئ من الماء من غير ان يشعر به. وقد يقع الاشكال مع العلم بعدم نزول الماء.

وذكر المصنف في الشرائع وغيره أن الوطء في الدبر على هذا الوجه يساوي الوطء في القبل في هذا الحكم، وهو اشد اشكالا. وربما ظهر من كلام ابن ادريس في السرائر، والعلامة في التحرير، انه لا عبرة بالوطء في الدبر، وهو متجه.

ولا بد ان يكون الزوج ممن يمكن التولد منه من جهة السن، فلو كان صغيرا لا يمكن حصول التولد منه لم يلحق به الولد.

واكتفى العلامة في الارشاد^(١) فيه بلوغ العشر، والاولى الرجوع فيه إلى العادة.

(١) قال: من بلغ عشرين فما زاد وان كان خصيا او مجنونا ثم ولد له ولد بالعقد الدائم بعد الدخول قبل او دبرا ومضى ستة شهور من حين الوطء إلى عشرة لحق به ولم يجز له نفيه ولا ينتفي عنه الا باللعان (الارشاد ج ٢ ص ٣٨ مطبعة مؤسسة النشر الاسلامي).

(وثانيها) مضي اقل مدة الحمل، وهى ستة أشهر من حين الوطاء، وهو موضع وفاق. ويدل عليه قوله تعالى: وحمله وفصاله ثلاثون شهرا^(١)، مع قوله تعالى: وفصاله في عامين^(٢). واذا كان زمان الفصال عامين، كان مدة الحمل ستة أشهر وليست الستة اقصاه بالاجماع والوجدان فتكون أقل مدته.

وقد ورد بذلك اخبار كثيرة سيجيء طرف منها في اثناء هذا الباب. والظاهر الاكتفاء بالاشهر الهلالية والعددية لصدق الشهر على كل منهما. (وثالثها) الا يتجاوز اقصى مدة الحمل، وهو موضع وفاق ايضا. واختلف العلماء في قدره فاطبق اصحابنا على انه لا يزيد عن سنة، ثم اختلفوا فذهب الاكثر إلى انه تسعة أشهر استنادا إلى أخبار يردها، الضعف والوجدان. وقيل: عشرة اشهر، اختاره الشيخ في موضع من المبسوط، واستحسنه المصنف رحمته الله، وقال في الشرائع أن الوجدان يعضده. وقيل انه سنة، اختاره المرتضى في الانتصار مدعيا عليه الاجماع ونفى عنه البأس في المختلف، واختاره جدي رحمته الله، وهو المعتمد لا تتفاء ما يدل على تحديده بما دون ذلك فيجب التمسك بقوله سئل الله تعالى: الولد للفراش، وللعاهر الحجر^(٣).

(١) الاحقاف: ١٥.

(٢) لقمان: ١٤.

(٣) الوسائل باب ٥٦ ذيل حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٥ *

ويدل عليه ايضا ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: وسمعتة يقول: اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظرت تسعة اشهر، فان ولدت، والا اعتدت ثلاثة اشهر ثم قد بانته منه^(١).

وما رواه الكليني، عن محمد بن حكيم، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: قلت: فانها ادعت الحبل بعد تسعة اشهر؟ قال: انما الحبل (الحمل ثل) تسعة اشهر، قلت: تتزوج (تزوج كائل)؟ قال: تحتاط بثلاثة اشهر، قلت: فانها ادعت (الحبل خ) بعد ثلاثة اشهر، قال: لا رية عليها تتزوج (تزوج كائل) ان شاءت^(٢).

والظاهر أن المراد بقوله عليه السلام: (انما الحبل تسعة اشهر) أن الغالب فيه ذلك، ثم أمرها بالاحتياط ثلاثة اشهر وذلك مجموع السنة.

وفي رواية اخرى لابن حكيم، عن أبي إبراهيم عليه السلام وابنه (او ابنيه كا) عليه السلام انه قال في المطلقة يطلقها زوجها فتقول: انا حبلى فتمكث سنة، قال: ان جائت به لاكثر من سنة لم تصدق ولو بساعة واحدة في دعواها^(٣).

وذكر جدي عليه السلام انه وقع في زمانه في بعض النساء تأخر حملهن سنة وحكي لنا في هذه الزمان انه وقع ذلك أيضا في بعض نساء بلدنا. ولا ريب ان اعتبار ذلك وان كان نادرا اولى من الحكم بنفي النسب عن أهله.

(١) الوسائل باب ٢٥ حديث ١ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٤٢.

(٢) الوسائل باب ٢٥ ذيل حديث ٢ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٤٢.

(٣) الوسائل باب ٢٥ حديث ٣ من ابواب العدد ج ١٥ ص ٤٤٢ وفيه (وابنه) بدل وابنه.

[ولو انكر الدخول فالقول قوله مع يمينه، ولو اعترف به ثم أنكر الولد لم ينتف عنه الا باللعان. ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه ويلحق به الولد، ولو نفاه لم ينتف إلا باللعان.

وكذا لو اختلفا في مدة الولادة].

قوله: (ولو انكر الدخول فالقول قوله مع يمينه الخ) اذا اختلفا في الدخول فادعته المرأة ليلحق به الولد وانكره الزوج كان القول قوله مع يمينه لاصالة عدم الدخول. ولو اعترف بالدخول وحصلت الولادة بعد مضي اقل مدة الحمل من حين الوطاء وقيل مضي اقصاه، لحق به الولد شرعا ويلزمه الاقرار به، ولو انكره والحال هذه لم ينتف الا باللعان، وهذا موضع وفاق.

قوله: (ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه الخ) لاختلاف بين الاصحاب في هذا الحكم.

ويدل عليه قوله ﷺ: الولد للفراش وللعاهر الحجر^(١).

ولا فرق في ذلك بين كون الولد مشبها للزاني وعدمه، عملا بالاطلاق. ولو وطئت الزوجة بشبهة، وامكن تولد الولد من الزوج وذلك الواطئ أقرع بينهما والحق الولد بمن وقعت عليه القرعة، لانها فراش لهما، وسواء وقع الوطئان في طهر واحد أو في طهرين. ولو انتفى عن احدهما لحق بالآخر من غير قرعة.

قوله: (وكذا لو اختلفا في مدة الولادة) أي وكذا يلحق الولد بالاب

(١) الوسائل باب ٥٦ ذيل حديث ١ من ابواب نكاح العبيد ج ١٤ ص ٥٦٥.

[ولو زنى بامرأة فاحبلها لم يجز الحاقه به وان تزوج بها، وكذا لو احبل امة غيره بزنا ثم ملكها].
ولا ينتفي الا باللعان.

لو اختلفا الزوجان في مدة الحمل من حين الوطء فادعى الاب ولادته لدون ستة أشهر أو لزيد من اقصى الحمل، وادعت الزوجة ولادته بعد مضي اقل مدته وقبل مضي اقصاه، فلا ريب أن القول قول المرأة اذا ادعى الزوج ولادته بعد مضي اقصى الحمل، لاصالة عدم مضي تلك المدة واصالة عدم تقدم الوطء على الوقت الذي تعترف به المرأة.

اما اذا ادعى ولادته قبل مضي اقل مدة الحمل وادعت المرأة مضي تلك المدة فيشكل القول بتقديم قولها في ذلك، لان الاصل عدم مضي تلك المدة وعدم تقدم الوطء عن الوقت الذي يعترف به الزوج.

والمتجه هنا تقديم قول الزوج في ذلك، ومن ثم فسر بعض الاصحاب الاختلاف في المدة بالمعنى الاول لنتجه الحكم بتقديم قول المرأة فيه، وهو حسن.

ومتى قلنا: بتقديم قول المرأة فالظاهر ان عليها اليمين كما صرح به الشهيد وجماعة، وربما ظهر من كلام بعض الاصحاب تقديم قولها من غير يمين، وهو بعيد.

قوله: (ولو زنى بامرأة فاحبلها لم يجز الحاقه به وان تزوج بها الخ) انما لم يجز له الحاق الولد به، لان النسب لا يثبت بالزنا، وتحدد الفراش لا يقتضي الحاق ما حكم بانتفائه.

ويدل على ذلك صريحاً ما رواه الشيخ في الصحيح عن علي بن مهزيار عن محمد بن الحسن القمي، قال: كتب بعض اصحابنا على يدي إلى أبي جعفر عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في رجل فجر بامرأة فحملت منه ثم انه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد، وهو اشبه خلق الله به، فكتب عليه السلام بخطه

[ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره، وأتت بولد لدون ستة أشهر فهو للاول، ولو كان لستة فصاعدا فهو للاخير. ولو لم تتزوج فهو للاول ما لم يتجاوز اقصى الحمل].
وخاتمه: الولد لغية^(١) لا يورث^(٢).

وفي الصحيح، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إما رجل وقع على وليدة قوم حراما ثم اشتراها فادعى ولدها، فانه لا يرث منه شيئا، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: الولد للفراش وللعاهر الحجر^(٣).

قوله: (ولو طلق زوجته واعتدت وتزوجت فأنت بولد الخ) اما أن الولد يكون للاول اذا أتت به لدون ستة أشهر من وطء الثاني، فظاهر، لانتفائه عن الثاني بعدم مضي أقل مدة الحمل من وطئه. وكذا اذا أتت به قبل تجاوز الاقصى من وطء الاول ولم تتزوج، لانها فراشه ولم يلحقها فراش آخر يشاركه في الولد. ولو أتت به لستة أشهر فصاعدا من وطء الثاني، فان كان بعد مضي اقصى مدة الحمل من وطء الولد، فهو للثاني من غير اشكال. وان كان قبل مضي الاقصى، امكن ان يكون من الاول، لعدم تجاوز اقصى مدة الحمل من وطئه، ومن الثاني لمضي أقل مدة الحمل من وطئه.

وقد قطع المصنف، وقبله الشيخ في النهاية وجماعة بالحاقه بالثاني.

وقال الشيخ في المبسوط: يعتبر القرعة، لامكان ان يكون من الاول، ومن

(١) قال بعض الافاضل: يحتمل ان يكون بضم اللام واسكان الغين المعجمة وفتح الياء المثناة إلى ملغى والظاهر ان المراد به المخلوق من الزنا (مجمع البحرين).

(٢) الوسائل باب ١٠١ حديث ١ من ابواب احام الاولاد ج ١٥ ص ٢١٤.

(٣) الوسائل باب ٦ صدر حديث ١ من ابواب ميراث ولد الملاءنة ج ١٧ ص ٥٦٤ لاحظ ذيل الصفحة وروي نحوه ايضا في باب ٨ حديث ٤ منها عن يحيى ص ٥٦٧ فلاحظ.

[وكذا الحكم في الامة لو باعها بعد الوطاء. وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الاقرار به].

الثاني، والام فراش لكل واحد منهما حال وطئه فلا يرجح الا بالقرعة. والاصح، الاول، لما رواه ابن بابويه في الصحيح عن جميل بن دراج في المرأة تتزوج في عدتها، قال: يفرق بينهما وتعدد عدة واحدة منهما، فان جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للاخير، وان جاءت بولد في أقل من ستة أشهر فهو للاول^(١).

وما رواه الكليني في الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: اذا كان للرجل منكم، الجارية يطأها فيعتقها، فاعتدت ونكحت، فان وضعت خمسة أشهر، فانه من مولاهما الذي اعتقها، وان وضعت بعد ما تزوجت، لستة أشهر فانه لزوجها الاخير^(٢).

قوله: (وكذا الحكم في الامة لو باعها بعد الوطاء) الكلام في هذه المسألة كالتى قبلها، لكن على تقدير ولادة الامة لدون ستة اشهر من وطء الثاني والحكم بلحوقه بالبائع، يتبين فساد البيع، لانها أم ولد.

قوله: (وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الاقرار به الخ) تضمنت هذه العبارة مسائل (احدهما) ان ولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الاقرار به اذا لم يعلم انتفاؤه عنه. ويدل عليه بعد اتفاق الاصحاب على ذلك ما رواه الكليني في الصحيح، عن سعيد بن يسار، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق، قال: يتهمها الرجل او يتهمها اهله؟ قلت: اما ظاهرة فلا، قال اذا لزمه الولد^(٣).

(١) الوسائل باب ١٧ حديث ١٣ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١١٧ وفيه جميل بن صالح.

(٢) الوسائل باب ٥٨ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٨.

(٣) الوسائل باب ٥٦ حديث ٢ من ابواب انكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٥ وفيه: عن الرجل تكون له الجارية

الخ.

*

[لكن لو نفاه انتفى ظاهرا ولا يثبت بينهما لعان. ولو اعترف به بعد النفي الحق به. وفي حكمه ولد المتعة].

وما رواه الشيخ في الصحيح عن يعقوب بن يزيد، قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في هذا العصر: رجل وقع على جاريتته ثم شك في ولده، فكتب عليه السلام: ان كان فيه مشابة منه فهو ولده^(١).

ومقتضى الروایتين عدم لحوقه به مع التهمة، وسيجيء الكلام فيه.
(الثانية) اذا علم انتفاؤه مه جاز له نفيه، وينتفي ظاهرا من غير لعان، وهو مجمع عليه بين الاصحاب نقله المحقق الشيخ فخر الدين في شرح القواعد وجدي رحمته الله في الروضة والمسالك.
اما سقوط اللعان فظاهر، لانه مختص بالزوجين كما سيجيء بيانه.
واما انتفاؤه ظاهرا بمجرد النفي، فيدل عليه مضافا إلى الاجماع المنقول ان ذلك لا يعرف الا من قبله، فلو لم ينتف بنفيه والحال انه لا ينتفي باللعان لزم كون ولد الامة اقوى من ولد الحرة، لان ولد الحرة ينتفي باللعان، وهذا لا يمكن نفيه اصلا على هذا التقرير، وذلك معلوم البطلان.
(الثالثة) ان المولى اذا اعترف بالولد بعد النفي الحق به.

ويدل عليه عموم اقراره العقلاء على انفهسم جائز^(٢)، وان الولد اذا انتفى باللعان ثم اكذب الملاعن نفسه ألحق به كما سيجيء بيانه في كتاب اللعان واذا ثبت ذلك كان الحاقه به مع اعترافه به بعد النفي بغير لعان أولى.

قوله: (وفي حكمه ولد المتعة) أي وفي حكم ولد الامة، ولد المتعة في

(١) الوسائل باب ٥٥ حديث ٥ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٤.

(٢) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٣ وج ٢ ص ٢٥٧ وج ٣ ص ٢٤٢ طبع مطبعة سيد الشهداء قم.

[وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه].

لحوقه بالمتمتع ولزوم الاعتراف به اذا لم يعلم انتفاؤه عنه، وانه اذا نفاه ينتفي ظاهرا من غير لعان، واذا اعترف به بعد النفي الحق به.

وقد نقل جدي رحمته الله في باب المتعة من الروضة والمسالك الاتفاق على ان ولد المتعة ينتفي بغير لعان، مع انه قال في هذا الباب من الروضة: ان انتفاء ولد المتعة بمجرد النفي هو المشهور وحكى عن المرتضى رحمته الله قولاً بالحاقها بالدائمة في توقف انتفاء ولدها على اللعان.

وكيف كان فالاصح ما ذهب اليه الاكثر، من انتفائه بغير لعان بصحبة عبدالله بن أبي يعفور، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع بها^(١) (منها ئل). وصحبة ابن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: لا يلاعن الحر الامة، ولا الذمية، ولا التي يتمتع بها^(٢).

واذا ثبت عدم وقوع اللعان بها وجب القول بانتفاء ولدها بغير لعان كما تقدم في ولد الامة. قوله: (وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه) هذا الحكم متفق عليه بين الاصحاب، ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: وايماء رجل أقر بولده ثم انتفى منه فليس له ذلك ولا كرامة يلحق به ولده اذا كان من امرأته او وليدته^(٣). وفي الصحيح عن الحلبي ايضا، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: اذا أقر

(١) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من كتاب اللعان ج ١٥ ص ٦٠٥.

(٢) الوسائل باب ١٠ حديث ٢ من كتاب اللعان ج ١٥ ص ٦٠٥.

(٣) الوسائل باب ٦ حديث ١ من ابواب ميراث ولد الملاءنة، ج ١٧ ص ٥٦٤.

[ولو وطأها المولى واجنبي حكم به للمولى، فان حصل فيه امارة يغلب معها الظن انه ليس منه لم يجوز له إلحاقه ولا نفيه. بل يستحب ان يوصى له بشئ ولا يورثه ميراث الاولاد. الرجل بولد ثم نفاه لزمه^(١).

قوله: (ولو وطأها المولى وأجنبي حكم به للمولى الخ) المراد أنه اذا وطأ الامة مولاهما واجنبي فجورا وجاءت بولد يمكن تولده من كل منهما فانه يحكم به للمولى لقول النبي ﷺ: الولد للفراش وللعاهر الحجر^(٢).

وفي صحيحة سعيد الاعرج، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذي عنده لقول رسول الله ﷺ: الولد للفراش، وللعاهر الحجر^(٣).

لكن قال الشيخ رحمه الله في النهاية: إنه اذا حصل في الولد امارة يغلب معها الظن انه ليس من المولى، لم يجوز له إلحاقه به، ولا نفيه عنه.

وينبغي ان يوصى له بشئ ولا يورثه ميراث الاولاد، وتبعه على ذلك جماعة من الاصحاب منهم المصنف في هذا الكتاب، وحكاة في الشرائع بلفظ قيل ثم تردد فيه. والمستند في الحكم ما رواه الكليني في الصحيح عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ان رجلا من الانصار أتى أبي عبد الله فقال: اني ابتليت بأمر عظيم، ان لي جارية كنت أطأها فوطأتها يوما وخرجت في حاجة لي

(١) الوسائل باب ٥٦ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٢ ص ٤٦٥.

(٢) راجع الوسائل باب ٥٨ حديث من ابواب نكاح العبيد والاماء، ميراث ولد الملاعنة ج ١٧ ص ٥٦٤.

(٣) الوسائل باب ٥٨ حديث ٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٨.

[ولو وطأها البائع والمشتري فالولد للمشتري الا ان يقصر الزمان عن ستة اشهر.

بعدها اغتسلت منها ونسيت نفقة لي فرجعت إلى المنزل لآخذها فوجدت غلامي على بطنها فعددت لها من يومي ذلك تسعة اشهر فولدت جارية، قال: فقال له أبي ^(١) : لا ينبغي لك ان تقر بها ولا تنفيها (ولا ان تبعها لئلا) ولكن انفق عليها من مالك مادمت حيا ثم اوصي عند موتك ان ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجاً ^(٢) وفي معنى هذه الرواية روايات ^(٣) اخر لكنها ضعيفة السند.

ولا يخفى ان هذه الروايات منافية للقاعدة المقررة، من ان الولد للفراس وللعاقر الحجر. وايضا فان الولد المذكور ان كان لاحقا به فهو حر وارث، والا فهو رق فجعل قسما آخر، مشكل.

ويستفاد من الحكم بكون الولد يملك الوصية وانه لا يملكه المولى ولا الوارث، انه محكوم بحريته، لا ان ذلك لا يجامع الحكم بعدم توريثه وعذر المصنف في العمل بهذه الروايات واضح، لصحة بعضها واعتضادها ببعض الآخر وعمل الاصحاب بها، ومع ذلك فالمسألة محل اشكال والله تعالى اعلم بحقيقة الحال.

قوله: (ولو وطأها البائع والمشتري فالولد للمشتري الخ) انما كان الولد للمشتري اذا ولدت لسته أشهر فصاعدا من وطئه، لانه صاحب الفراش بالفعل.

ولو قصر الزمان عن ستة أشهر، انتفى عن المشتري وحكم بكونه للبائع الا

(١) الوسائل باب ٥٥ حديث ١ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٣.

(٢) لاحظ اكثر احاديث الباب المذكور.

*

[ولو وطأها المشتركون فولدت وتداعوه اقرع بينهم، والحق بمن يخرج اسمه ويغرم حصص الباقيين].

ان يتجاوز اقصى الحمل من وطء البائع فينتفي عنه أيضا.
ويدل على ان الولد للمشتري اذا امكن تولده منه مضافا إلى فحوى الاخبار المتضمنة لثبوت ذلك في الزوج ما رواه الكليني في الصحيح عن الصيقل، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: وسمعتة يقول: وسئل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل ان يستبرئ رحمها، قال: بئس ما صنع، يستغفر الله ولا يعود، قلت: فانه باعها من آخر ولم يستبرئ رحمها ثم باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها، فاستبان حملها عند الثالث، فقال ابو عبد الله عليه السلام: الولد للفراش وللعاهر الحجر^(١).

قال الشيخ في التهذيب بعد ان أورد هذه الرواية: محمد بن الصفار، عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب، عن جعفر بن بشير، عن الحسن الصيقل، قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام، وذكر مثله الا انه قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: الولد للذي عند الجارية، وليصبر لقول رسول الله صلى الله عليه وآله: الولد للفراش وللعاهر الحجر^(٢).

وهذا السند صحيح ايضا، وهي اوضح دلالة من السابقة على المطلوب.
قوله: (ولو وطأها المشتركون فولدت وتداعوه اقرع بينهم الخ) الامة المشتركة لا يجوز لاحد من الشركاء وطؤها لتعلق حق غيره بها، لكن لو وطأها بغير إذن لم يكن زانيا، بل عاصيا يستحق التعزير، ويلحق به الولد ويقوم عليه الامة والولد يوم سقط حيا، وهذا كله لا اشكال فيه.

(١) الوسائل باب ٥٨ حديث ٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٨ وفيه الحسن الصيقل.

(٢) الوسائل باب ٥٨ حديث ٣ من ابواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٨.

[ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل، ولا مع التهمة بالزنا].

ولو فرض وطء الجميع لها في طهر واحد فعلوا محرماً ولحق بهم الولد، لكن لا يمكن التحاقه بالجميع، بل بواحد منهم بالقرعة، فمن خرجت له القرعة الحق به وغرم حصص الباقين. واستدل عليه بما رواه الشيخ في الصحيح عن معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا وطأ رجلان أو ثلاثة، جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعاً، أقرع الوالي بينهم، فمن قرع كان الولد ولده ويرد قيمة الولد على صاحب الجارية^(١).

وفي الصحيح، عن سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قضى علي عليه السلام في ثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الإسلام فأقرع بينهم فجعل الولد لمن (للذي ثل) قرع، وجعل عليه ثلثي الدية للآخرين، فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجذه، قال: وقال: ما أعلم فيها شيئاً إلا ما قضى علي عليه السلام^(٢).

قوله: (ولا يجوز نفي الولد لمكان العزل الخ) هذا الحكم مقطوع به في كلام الأصحاب وعلل مع إطلاق ما دل على أن الولد للفراس فيمكن أن يسبقه المنى ولم يشعر به.

وهو جيد مع قيام هذا الاحتمال أما مع العلم بعدمه فمشكل.

وذكر المصنف في الشرائع ما هو ابلغ من ذلك، فقال: إن الزوج لو وطأ امرأته دبراً فحملت الحق به الولد، لا يمكن استرسال المنى في الفرج، وإن كان الوطء في غيره.

(١) الوسائل باب ٥٧ حديث ١ من أبواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٦.

(٢) الوسائل باب ٥٧ حديث ٢ من أبواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ ص ٥٦٦.

[والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطئ. ولو تزوج امرأة لظنه خلوها من بعل فبانة محصنة ردت على الاول بعد الاعتداد من الثاني وكانت الاولاد للواطئ مع الشرائط].
واشكل منه قول بعض الاصحاب بلحوق الولد مع الوطء في الدبر والعزل ايضا.
ولو قيل: بجواز نصف الولد اذا علم انتفاؤه عنه مطلقا لم يكن بعيدا من الصواب.
قوله: (والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطئ) هذا الحكم مجمع عليه بين الاصحاب منصوص في عدة روايات.

كصحيحة جميل بن دراج في المرأة تزوج في عدتها، قال: يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما، فان جاءت بولد لستة اشهر أو أكثر فهو للاخير، وان جاءت لولد في أقل (لاقل ثل) من ستة أشهر فهو للاول^(١).

وصحيحة زارة بن اعين، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت: فان تزوج امرأة ثم تزوج امها وهو لا يعلم أنها امها؟ قال: قد وضع الله عنه بجهالته بذلك، ثم قال: اذا علم انها امها فلا يقربها، ولا يقرب الابنة حتى تنقضي عدة الام عنه، فاذا انقضت عدة الام منه حل له نكاح الابنة، قلت: فان جاءت الام بولد؟ قال: هو ولده ويكون ابنه واخا امرأته^(٢)، إلى غير ذلك من الاخبار الكثيرة.

قوله: (ولو تزوج امرأة لظنه خلوها فبانة محصنة ردت إلى (إلى قوله) مع الشرائط) أي شرائط اللاحق، من ولادة الولد بعد مضي اقل مدة الحمل وقبل مضي أقصاه.

(١) الوسائل باب ١٧ نحو حديث ١٣ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١١٨.

(٢) الوسائل باب ٢٦ قطعة من حديث ١ من ابواب ما يحرم المصاهرة ج ١٤ ص ٣٦٨ وللحديث صدر *

[ويلحق بذلك احكام الولادة وسننها استبداد النساء بالمرأة وجوبا الا مع عدمهن. ولا بأس بالزوج وان وجدن. ويستحب غسل المولود].

ويجب تقييد الحكم المذكور بما اذا اعتقد الزوج جواز التعويل على ذلك الظن ليصير الوطء وطء شبهة، فلو كان الظن مما لا يجوز التعويل عليه وعلمنا بذلك، فان الوطء يكون زنا، وينتفي الولد عن الواطئ كما هو واضح.

قوله: (ويلحق بذلك احكام الولادة، وسننها استبداد النساء الخ) المراد بالسنن هنا ما يتناول الواجب والندب، وانما وجب استبداد^(١) النساء بالمرأة، لان تعاطي ذلك يوجب سماع صوتها غالبا والاطلاع منها على ما يحرم على الاجانب.

اما الزوج فيجوز له الاستبداد بذلك مطلقا، وفي معناه المحرم حيث لا يستلزم ذلك، النظر إلى ما يحرم عليه، بل لو فرض عدم استلزام تعاطي الاجنبي لذلك للوقوع في محرم فالظاهر جوازه ايضا. ومع الضرورة يجوز تعاطي ذلك للاجنبي قطعاً، لان الضرورة تبيح من نظر المرأة سماع صوتها مثل ذلك كنظر الطبيب ولمسه في وقت الحاجة ولو إلى العورة.

والجواب هنا كفاي، فيجب على من بلغه حالها من النساء مباشرة ذلك إلى ان يحصل من فيه الكفاءة فيسقط عن الباقي، وكذا حكم الرجال اذا تعلق بهم الوجوب. قوله: (ويستحب غسل المولود) لقول الصادق عليه السلام في رواية

(١) أي انفرادهن بها وقت الولادة.

[والاذان في اذنه اليمنى والاقامة في اليسرى. وتحنيكه بترية الحسين عليه السلام. وبماء الفرات. ومع عدمه بماء فرات].

سماعة: وغسل النفساء واجب، وغسل المولود وغسل الميت واجب^(١).
وقيل: بالوجوب أخذًا بظاهر اللفظ، وضعف الرواية يمنع من العمل بها.
وقيل: إن وقت الغسل حين الولادة، والرواية مطلقة.
والظاهر ان المخاطب بذلك الابوان مباشرة واستنابة.

قوله: (والاذان في اذنه اليمنى والاقامة في اليسرى) يدل على ذلك ما رواه الكليني عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من ولد له مولود فليؤذن في اذنه اليمنى باذان الصلاة، وليقم في اذنه اليسرى، فانها عصمة من الشيطان الرجيم^(٢).
قوله: (وتحنيكه بترية الحسين عليه السلام وبماء الفرات الخ) المراد بالتحنيك ادخال ذلك إلى حنكه وهو اعلى داخل الفم، وبالفرات المضاف^(٣) إلى الماء، النهر المعروف، (وبفرات) الواقع صفة، الماء العذب، وهو خلاف المالح.

اما استحباب تحنيكه بماء الفرات، فيدل عليه ما رواه الكليني، عن يونس، عن بعض اصحابه، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: يحنك المولود بماء الفرات، ويقام في اذنه^(٤).
واما استحباب تحنيكه بترية الحسين عليه السلام فيدل عليه ما رواه الكليني

(١) الوسائل باب ١ قطعة من حديث ٣ من ابواب الاغسال المسنونة ج ٢ ص ٩٣٧.

(٢) الوسائل باب ٣٥ حديث ١ من ابواب أحكام الاولاد ج ١٥ ص ١٣٦.

(٣) يريد بالمضاف ومن الانتساب لا الاضافة المصطلحة.

(٤) الوسائل باب ٣٦ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٣٨.

*

[ولو لم يوجد الا ماء ملح خلط بالعسل او التمر. ويستحب تسميته الاسماء المستحسنة].

مرسلا فانه قال بعد انه اورد مرسله يونس: وفي رواية اخرى حنكوا اولادكم بماء الفرات، وبترية قبر الحسين عليه السلام، فان لم يكن، فبماء السماء^(١).

واما انه اذا لم يوجد الاماء ملح خلط بالعسل او التمر، فلم اقف فيه على رواية نعم روى الكليني، عن أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: حنكوا اولادكم بالتمر فكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وآله بالحسن والحسين عليهما السلام^(٢).

قوله: (ويستحب تسميته الاسماء المستحسنة) يدل على ذلك ما رواه الكليني، عن موسى بن بكر، عن أبي الحسن عليه السلام قال: اول ما يبر الرجل ولده ان يسميه باسم حسن فليحسن احدكم اسم ولده^(٣).

وفي رواية اخرى عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: استحسنا اسماءكم فانكم تدعون بها يوم القيامة قم يا فلان بن فلان إلى نورك، قم يا فلان بن فلان لا نور لك^(٤).

وقد روى عن أبي جعفر عليه السلام انه قال: اصدق الاسماء ما يسمى بالعبودية وافضلها أسماء الانبياء^(٥).

وعن أبي الحسن عليه السلام انه قال: لا يدخل الفقر بيتا فيه اسم محمد أو احمد أو علي، أو الحسن، أو الحسين، أو جعفر، أو طالب أو عبدالله أو فاطمة من

(١) الوسائل باب ٣٦ حديث ٣ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٣٨.

(٢) الوسائل باب ٣٦ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٣٨.

(٣) الوسائل باب ٢٢ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٢٢.

(٤) الوسائل باب ٢٢ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٢٢.

(٥) الوسائل باب ٢٣ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٢٤.

[وان يكنيه. ويكره ان يكني مُحَمَّدًا بـ (أبي القاسم). وان يسمي حكما أو حكيما أو خالدا أو حارثا أو مالكا أو ضرارا].

النساء^(١).

قوله: (وان يكنيه) الكنية بضم الكاف من الاعلام ماصدر بـ (اب) أو (ام)، قال الباقر عليه السلام: انا لنكني اولادنا في صغرهم مخافة النبز^(٢) ان يلحق به^(٣).

قوله: (ويكره ان يكني مُحَمَّدًا بابي القاسم) لما رواه الكليني عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: ان رسول الله صلى الله عليه وآله له نهي عن اربع كنى عن أبي عيسى، وعن أبي الحكم، وعن أبي مالك، وعن أبي القاسم اذا كان الاسم مُحَمَّدًا^(٤).

قوله: (وان يسمي حكما أو حكيما أو خالدا الخ) يدل على ذلك ما رواه الكليني في الحسن عن حماد بن عثمان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: ان رسول الله صلى الله عليه وآله دعا بصحيفة حين حضره الموت يريد ان ينهى عن اسماء يتسمى بها، فقبض ولم يسمها، منها: الحكم وحكيم وخالد ومالك وذكر انها ستة او سبعة مما لا يجوز ان يتسمى بها^(٥).

(١) الوسائل باب ٢٦ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٢٨.

(٢) تيزه نيزا من باب ضرب لقبه، والنبز، اللقب تسمية بالمصدر والتلقب المنهي عنه ما يدخل به المدعو كراهة لكونه ذما له (مجمع البحرين).

(٣) الوسائل باب ٢٧ ذيل حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٢٩.

(٤) الوسائل باب ٢٩ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٣١.

(٥) الوسائل باب ٢٨ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٣٠.

[ويستحب حلق رأسه يوم السابع مقدما على العقيقة].

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: ان ابغض الاسماء إلى الله حارث، ومالك، وخالد^(١).

ولم اقف على حديث يتضمن النهي عن التسمية ؛ (ضرار)^(٢) لكنه من الاسماء المنكرة، وقيل: انه من اسماء ابليس، فلا يعد كراهة التسمية به لذلك.

قوله: (ويستحب حلق رأسه يوم السابع مقدما على العقيقة) اما استحباب حلق رأسه يوم السابع، فيدل عليه روايات كثيرة، منها ما رواه الكليني، عن أبي الصباح الكناني، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصبي المولود متى يذبح عنه ويحلق رأسه ويتصدق بوزن شعره ويسمى؟ فقال: كل ذلك في اليوم السابع^(٣).

ولو مضى السابع ولم يحلق رأسه سقط استحباب الحلق، لما رواه الكليني في الصحيح، عن علي بن جعفر، عن اخيه موسى عليه السلام، قال: سألت عن مولود لم يحلق رأسه يوم السابع فقال: اذا مضى سبعة أيام فليس عليه حلق^(٤).

وان حلق الرأس يكون مقدما على العقيقة، فيدل عليه ظاهر حسنة جميل بن دراج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العقيقة والحلق والتسمية بايها يبدأ؟ قال: يصنع ذلك كله في ساعة واحدة يحلق ويذبح ويسمى ثم ذكر

(١) الوسائل باب ٢٨ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٣٠.

(٢) في حديث جابر عن ابن جعفر عليه السلام، قال: قال رسول الله ﷺ على منبره: الا ان خير الاسماء عبد الله وعبدالرحمان وحارثة وهمام وشر الاسماء ضرار ومرة وحرب وظالم، تل باب ٢٨ دي٥ منها.

(٣) الوسائل باب ٤٤ حديث ٣ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٠.

(٤) الوسائل باب ٦٠ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٦٩ وفيه: يحلق، باسقاط (لم) كما في الكافي والتهذيب أيضا وفي الكافي والتهذيب يحلق رأسه بعد اليوم السابع.

[والتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضة. ويكره القنازع].

ما صنعت فاطمة بولدها ﷺ، ثم قال: يوزن الشعر ويتصدق بوزنه فضة^(١).

قوله: (والتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضة) يدل على ذلك مضافاً إلى ما سبق ما رواه الكليني، عن سماعة، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام: الصبي يعق عنه ويحلق رأسه وهو ابن سبعة ايام ويوزن شعره ويتصدق عنه بوزن شعره ذهباً أو فضة^(٢).

قوله: (ويكره القنازع) القنازع جمع قنزعة يضم القاف والزاي وفتحهما وكسرهما، وهي الخصلة من الشعر تترك على رأس الصبي قاله في القاموس، وعرف المصنف في الشرائع القنازع، بأنها ترك موضع من الرأس بغير حلق وحلق الباقي، وهو موافق للمعنى اللغوي.

ويدل على كراهة القنازع وتفسيرها ما رواه الكليني عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال امير المؤمنين: لا تحلقوا للصبيان القنز، والقنز ان يحلق موضعاً ويدع موضعاً^(٣).

وعن السكوني ايضاً، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: أتى النبي ﷺ بولد (بصبي ثل كاه) يدعو له وله قنازع فأبى ان يدعو له وأمر ان يحلق رأسه^(٤).

وعن ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام انه (كره) (يكره كاه)

(١) الوسائل باب ٤٤ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٤٩.

(٢) الوسائل باب ٤٤ حديث ٦ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٠.

(٣) الوسائل باب ٦٦ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٣.

(٤) الوسائل باب ٦٦ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٤ وزاد: وأمر رسول الله ﷺ بحلق شعر

البطن.

*

[ويستحب ثقب أذنه].

(القرع) في رأسه الصبيان، وذكر ان القرع ان يحلق الرأس الا قليلا وسط الرأس ويسمى القرعة^(١) (القرعة ثل).

قوله: (ويستحب ثقب اذنه) هذا الحكم متفق عليه بين الاصحاب منصوص في عدة روايات كصحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ثقب اذن الغلام، من السنة، وختان الغلام من السنة^(٢) ورواية الحسين بن خالد ولعله الحسن بن خالد فانه المذكور في كتب الرجال وهو ثقة فتكون الرواية حسنة - قال: سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن التهنئة بالولد متى هي؟ قال: انه لما ولد الحسن بن علي عليه السلام، هبط جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وآله بالتهنئة في اليوم السابع وأمره أن يسميه ويكنيه ويحلق رأسه ويعق عنه ويثقب أذنه، وكذلك حين ولد الحسين عليه السلام أتاه في اليوم السابع، فأمره بمثل ذلك، قال: وكان لهما ذؤابتان في القرن الايسر وكان الثقب في الاذن اليمنى في شحمة الاذن، وفي اليسرى في اعلا الاذن والقرط في اليمنى، والشنف^(٣) في اليسرى^(٤).

ونقل عن بعض العامة انه حرم ثقب الاذن نظرا إلى انه تأليم للولد وأذى لم يؤذن فيه شرعا. وهو باطل لتحقيق الاذن بما اوردناه من الروايات وما في معناها واطباق الناس عليه عصرا بعد عصر من غير نكير.

(١) الوسائل باب ٦٦ حديث ٣ من ابواب أحكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٤.

(٢) الوسائل باب ٥١ حديث ٣ من ابواب أحكام الاولاد ج ١٥ ص ١٦٠.

(٣) والشنف من حلي الاذن وقيل: ما يعلق في اعلاها والجمع شنوف كفلس وفلوس، وقيل: الشنف ما يعلق في اليسرى والقرط في اليمنى (مجمع البحرين).

(٤) الوسائل باب حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٩.

[وختانه فيه، ولو آخر جاز. ولو بلغ وجب عليه الختان].

قوله: (وختانه فيه ولو آخر جاز) المستند في هذين الحكمين ما رواه الكليني في الصحيح عن علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن ختان الصبي لسبعة أيام من السنة هو أو يؤخر فأيهما افضل؟ قال: لسبعة أيام من السنة، وإن آخر فلا بأس ^(١).

وفي الصحيح، عن عبد الله عليه السلام بن جعفر انه كتب إلى أبي محمد عليه السلام انه روى عن الصادق عليه السلام أن اختنوا أولادكم يوم السابع يطهروا، فإن الأرض تضج إلى الله عز وجل من بول الأغلف وليس جعلني الله فداك لحجامي بلدنا حذق بذلك ولا يختنونه يوم السابع وعندنا حجامو اليهود، فهل يجوز لليهود أن يختنوا أولاد المسلمين أم لا؟ إن شاء الله، فوقع عليه السلام: السنة يوم السابع فلا تخالفوا السنن إن شاء الله ^(٢).

قوله: (ولو بلغ وجب عليه الختان) لا خلاف بين علماء الإسلام في وجوب الختان بعد البلوغ، وإنما الخلاف في أول وقت وجوبه، فذهب الأكثر إلى أنه لا يجب إلا بعد البلوغ كغيره من التكليف، لاصالة براءة ذمة الولي من هذا التكليف.

وقال العلامة في التحرير: ولا يجوز تأخيرها إلى البلوغ.

وربما كان مستنده إطلاق الروايات المتضمنة لأمر الولي بذلك.

وهو ضعيف للتصريح في صحيحة ابن يقطين بأنه لا بأس بالتأخير.

وإنما يجب الختان أو يستحب إذا ولد الولد، وهو مستور الحشفة كما هو

(١) الوسائل باب ٥٤ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٦٥.

(٢) الوسائل باب ٥٢ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٦٠.

[وخفض الجوارى مستحب. وان يعق عنه فيه أيضا].

الغالب، فلو ولد محتونا خلقه سقط الفرض.

وذكر جمع من الاصحاب أن الختان شرط في صحة الصلاة ونحوها من العبادات المشروطة بالطهارة واستدل عليه بعضهم بنجاسة الجلدة الساترة فانها لوجوب قطعها في حكم الميتة، وضعفه ظاهر.

ولو اسلم الكافر وهو غير محتون وجب عليه الختان وان طعن في السن.

وفي رواية عبدالله بن المغيرة، ذكر، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه: اذا اسلم الرجل اختن ولو بلغ ثمانين سنة^(١).

قوله: (وخفض الجوارى مستحب) لما رواه الكليني، عن مسعدة بن صدقة، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: خفض النساء مكرمة وليس من السنة ولا شيئا واجبا، وأي شيء افضل من المكرمة^(٢). وفي صحيحة عبدالله بن سنان، قال: ختان الغلام من السنة، وخفض الجارية ليس من السنة^(٣).

قوله: (وان يعق عنه فيه ايضا) لاختلاف بين الاصحاب ان وقت العقيقة يوم السابع، والاختبار الواردة به مستفيضة، وقد اوردنا طرفا منها فيما سبق.

واختلف الاصحاب في حكم العقيقة، فقال السيد المرتضى، وابن الجنيد إنها واجبة، وادعى عليه السيد المرتضى في الانتصار اجماع الامامية.

واستدل له بظاهر الاوامر الواردة بذلك فانها حقيقة في الوجوب.

(١) الوسائل باب ٥٥ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٦٦ وفيه: السكوني كما في الكافي والتهذيب ايضا عن أبي عبدالله عليه السلام.

(٢) الوسائل باب ٥٦ حديث ٣ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٦٧.

(٣) الوسائل باب ٥٦ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٦٧.

وبرواية علي بن أبي حمزة، عن العبد الصالح عليه السلام، قال: العقيقة واجبة اذا ولد للرجل ولد، فان أحب ان يسميه من يومه فعل^(١).

ورواية أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن العقيقة أواجبة هي؟ قال: نعم واجبة^(٢).

ورواية عمار الساباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: العقيقة لازمة لمن كان غنيا، ومن كان فقيرا اذا أيسر فعل^(٣).

وذهب الشيخ ومن تأخر عنه إلى الاستحباب استضعافا لدليل الوجوب. اما الاجماع، فلعدم تحققه، واما الاواخر، فلان الظاهر من سياق الروايات المتضمنة لذلك أنها للندب حيث ذكرت في ضمن ذكر المستحبات.

واما الروايات المتضمنة للوجوب فكلها ضعيفة السند. ومع ذلك فانما يتم الاستدلال بها اذا ثبت كون الوجوب حقيقة شرعية او عرفية في اصطلاحهم، في المعنى المتعارف الآن عند الفقهاء وهو غير معلوم.

ويمكن ان يستدل على انتفاء الوجوب ايضا، بما رواه ابن بابويه - في الصحيح -، عن عمر بن يزيد، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سمعته يقول: كل امرئ مرتحن يوم القيامة بعقيقته، والعقيقة أوجب من الاضحية^(٤). فان الاضحية مستحبة عند اكثر علمائنا.

والمسألة محل اشكال، والاحتياط يقتضي عدم الاخلال بها بحال، والله تعالى اعلم بحقائق احكامه.

(١) الوسائل باب ٣٨ حديث ٥ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٤٤.

(٢) الوسائل باب ٣٨ حديث ٤ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٤٤.

(٣) الوسائل باب ٤٣ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٤٨ وللحديث ذيل فلاحظ.

(٤) الوسائل باب ٣٨ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٤٣.

*

[ولا تجزي الصدقة بثلثها، ولو عجز توقع المكنة. ويستحب فيها شروط الاضحية].
قوله: (ولا تجزي الصدقة بثلثها ولو عجز توقع المكنة) الوجه في ذلك ان الامر يتعلق بالذبح فلا يحصل الامتثال بدونه.

ويدل عليه صريحا ما رواه الكليني في الحسن عن محمد بن مسلم، قال: ولد لابي جعفر عليه السلام غلامان، فأمر زيد بن علي ان يشتري له جزورين للعقيقة وكان زمن غلاء فاشترى له واحدة وعسرت عليه الاخرى، فقال لابي جعفر عليه السلام قد عسرت علي الاخرى فتصدق ^(١) بثلثها؟ فقال: لا، اطلبها حتى تقدر عليه، فان الله يحب اهرق الدماء واطعام الطعام ^(٢).

قوله: (ويستحب فيها شروط الاضحية) ولم اقف على رواية تدل على ذلك صريحا، مع ان الكليني رحمته الله قال في كتابه الكافي: (باب ان العقيقة ليست بمنزلة الاضحية) وأورد في ذلك روايتين.

احديهما في الصحيح عن عبدالرحمان بن الحجاج، عن منهل القمطاط، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: ان اصحابنا يطلبون العقيقة اذا كان ابان يقدم الاعراب فيجدون الفحول، واذا كان غير ذلك الابان، لم يوجد فتعز (فتعسر ثل) عليهم، فقال: انما هي شاة لحم ليست بمنزلة الاضحية يجزي فيها كل شيء ^(٣).

والاخرى رواها، عن مرازم، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: العقيقة ليست بمنزلة الهدي، خيرها أسمىها ^(٤).

(١) فاتصدق ثل فلتتصدق خ ل، كا.

(٢) الوسائل باب ٤٠ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٤٦.

(٣) الوسائل باب ٤٥ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٣.

(٤) الوسائل باب ٤٥ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٤.

*

[وان يخص القابلة بالرجل والورك. ولو كانت ذمية اعطيت ثمن الربع].

وذكر جمع من الاصحاب منهم المصنف في الشرائع انه يستحب ان يعق عن الذكر ذكرا وعن الانثى انثى، ورواه الكليني مرسلا، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال: اذا كان يوم السابع وقد ولد لاحدكم غلام أو جارية فليعق عنه كبشا عن الذكر ذكرا، وعن الانثى مثل ذلك^(١). وهي ضعيفة السند قاصرة المتن.

وقال الكليني في كتابه الكافي: (باب ان عقيقة الانثى والذكر سواء) واورد في ذلك عدة روايات منها ما رواه في الصحيح، عن منصور بن حازم، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: العقيقة في الغلام والجارية سواء^(٢).

قوله: (وان يخص القابلة بالرجل والورك الخ) اما استحباب تخصيص القابلة بالرجل والورك، فيدل عليه ما رواه الكليني، عن حفص الكناسي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال: الصبي اذا ولد، عق عنه وحلق رأسه وتصدق بوزن شعره ورقا واهدي إلى القابلة الرجل مع الورك ويدعى نفر من المسلمين فيأكلون ويدعون للغلام ويسمى يوم السابع^(٣). وفي رواية أبي بصير: ويطعم قابله ربع الشاة^(٤).

واما القابلة اذا كانت ذمية لا تأكل من ذبيحة المسلم، تعطى ثمن الربع، فيدل عليه موثقة عمار الساباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: وان كانت

(١) الوسائل باب ٤٤ حديث ١١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥١ نقل بالمعنى مع التقطيع فلاحظ.

(٢) الوسائل باب ٤٢ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٤٧.

(٣) الوسائل باب ٤٤ حديث ١٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٢.

(٤) الوسائل باب ٤٤ ذيل حديث ١٠ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥١.

[ولو لم تكن قابلة تصدقت. ولو لم يعق الوالد استحب للولد اذا بلغ. ولو مات الصبي في السابع قبل الزوال سقطت ولو مات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب].

القابلة يهودية لا تأكل ذبيحة المسلمين اعطيت قيمة ربع قيمة الكبش^(١).

قوله: (ولو لم تكن قابلة تصدقت به الام) لقوله عليه السلام في موثقة عمار: تعطى القابلة ربعها، وان لم تكن قابلة فلامه تعطيها من شاءت^(٢).

ويستفاد من قوله عليه السلام: (تعطيها من شاءت) أن السنة تتأدى باعطاء ذلك للغني والفقير.

قوله: (ولو لم يعق الوالد استحب للولد اذا بلغ) أي يستحب للولد أن يعق عن نفسه اذا بلغ ويبقى في عهدها مادام حيا إلى ان يحصل الامتثال.

وكذا يستحب له ان يعق عن نفسه اذا شك هل عق عنه أبوه ام لا، لما رواه ابن بابويه في الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: والله ما ادري كان أبي عق عني ام لا؟ قال: فأمرني أبو عبدالله عليه السلام فعققت عن نفسي وانا شيخ كبير^(٣).

قوله: (ولو مات الصبي في السابع قبل الزوال سقطت الخ) المستند في هذا التفصيل ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن ادريس بن عبدالله القمي انه سأل ابا عبدالله عليه السلام عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعق عنه؟ فقال: ان مات قبل الظهر لم يعق عنه، وان مات بعد الظهر عق عنه^(٤).

(١) الوسائل باب ٤٤ حديث ٤ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٠.

(٢) الوسائل باب ٤٤ قطعة من حديث ٤ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٠.

(٣) الوسائل باب ٣٩ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٤٥ وفيه: اني والله الخ.

(٤) الوسائل باب ٦١ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٠.

[ويكره ان يأكل منها الوالدان. وان يكسر شئ من عظامها، بل يفصل مفاصل. ومن التوابع: الرضاع والحضانة].

قوله: (ويكره ان يأكل منها الوالدان) لما رواه الكليني، عن أبي خديجة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: لا يأكل هو، ولا احد من عياله من العقيقة^(١).

وتأكد الكراهة في الام لقوله عليه السلام في آخر هذه الرواية: (يأكل من العقيقة كل احد الا الام). وفي رواية الكاهلي: لا يطعم الام منها شيئا^(٢).

قوله: (وان يكسر شيئا من عظامها، بل يفصل مفاصل) لقوله عليه السلام في رواية الكاهلي: (ولا يكسر العظام)^(٣).

وفي رواية أبي خديجة: (وتجعل اعضاء ثم يطبخها ويقسمها)^(٤).

ويستفاد من هذه الرواية استحباب طبخها بالماء وتتأدى السنة بذلك.

ولو اضاف اليها شيئا من الحبوب كان قد زاد خيرا.

ويستحب أن يدعى لها المؤمنون، واقلهم عشرة، وفي رواية عمار: (وتطعم عشرة من المسلمين،

فان زاد فهو افضل)^(٥).

قوله: (ومن التوابع الرضاع والحضانة) الرضاع بكسر الراء وفتحها مصدر رضع كسمع وضرب

كالرضاعة بكسر الراء وفتحها أيضا، وهو امتصاص الثدي.

(١) الوسائل باب ٤٧ صدر حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٠ ويأتي ذيله أيضا.

(٢) الوسائل باب ٤٧ ذيل حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٠.

(٣) الوسائل باب ٤٧ ذيل حديث ٥ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٦.

(٤) الوسائل باب ٤٧ قطعة من حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٦.

(٥) الوسائل باب ٤٤ قطعة من حديث ٤ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٥٠.

[وافضل ما رضع لبن امه].

والحضانة لغة، الضم والتربية، قال في القاموس: حضن الصبي حضنا وحضانة بالكسر جعله في حضنه أو رباه كاحتضنه وقال الجوهري: حضن الطائر بيضه يحضنه، اذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها، وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته، والمراد بها هنا ولاية على الطفل لتربيته وما يتعلق بها.

قوله: (وافضل ما رضع لبن امه) وذلك لانه أوفق بمزاجه وانسب بطبعه لتغذيته منه في بطن امه، ولقول امير المؤمنين عليه السلام: مامن لبن رضع به الصبي اعظم بركة عليه من لبن امه^(١). وقد قطع المصنف وغيره بأن الام لا يجب عليها ارضاع الولد. ويدل عليه مضافا إلى الاصل قوله تعالى: فإن أرضعن لكم فاتوهن اجورهن^(٢) وقوله تعالى: وإن تعاسرتم فسترضع له اخرى^(٣).

ولا ينافي ذلك قوله تعالى: والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين^(٤)، لان الامر المستفاد من الجملة الخبرية، محمول على الاستحباب توفيقا بين الادلة. ويمكن ان يكون الامر للوجوب ويختص (يخص خ ل) الحكم بما اذا لم يوجد للولد مرضعة سوى الام، أو بما اذا لم يكن الاب موجودا ولم يكن للولد مال، فان الرضاع يجب على الام في هاتين الصورتين واطلاق العبارة يقتضي انه لا فرق في ذلك بين اللبأ وغيره. وجزم العلامة في القواعد بان الام تحبر على ارضاع الولد اللبأ، وهو اول ما يحلب عند الولادة على مانص عليه اهل اللغة محتجا بان الولد لا يعيش بدونه

(١) الوسائل باب ٦٨ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٥.

(٢) و(٣) الطلاق: ٦.

(٤) البقرة: ٢٣٣.

*

[ولا تجبر الحرة على إرضاع ولدها وتجب الامة مولاهما. وللحرة الاجرة على الاب ان اختارت إرضاعه، وكذا لو أرضعته خادمتها].

والوجدان يشهد بخلاف ما ذكره.

ثم لو قلنا بالوجوب، فهل تستحق الام اجرة عليه على الاب، او على الولد إن كان له مال؟ قيل: نعم، وهو خيرة الاكثر لاطلاق قوله تعالى: فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن^(١).

وقيل: لا، وبه قطع المقداد في الكنز، لان الفعل الواجب لا يجوز أخذ الاجرة عليه.

وجوابه ان الممتنع أخذ الاجرة على نفس العمل، لا اخذ عوض ما يجب بذله كدفع المال إلى المضطر، واللبأ من قبيل الثاني لا الاول.

قوله: (ولا تجبر الحرة على ارضاع ولدها الخ) اما ان للمولى اجبار أمته على الرضاع فلا ريب فيه، لانها مملوكة للمولى، ومنافعها اجمع مستحقة له واما ان الحرة لا تجبر على ذلك، فلما عرفت من ان الرضاع لا يجب على الام.

ويجب ان يستثنى من ذلك ما اذا لم يكن الاب موجودا ولم يكن للولد مال، فان الام يجب عليها ارضاعه والحال هذه كما يجب عليها الانفاق عليه.

وكذا اذا لم توجد للولد مرضعة سوى الام، ومتى وجب عليها الارضاع وامتنعت منها اجبرت عليه.

قوله: (وللحرة الاجرة على الاب ان اختارت ارضاعه الخ) اما ان للام الحرة الاجرة على ارضاع الولدين اختارت ارضاعه فلا اشكال فيه.

ويدل عليه قوله تعالى: (فإن أرضعن لكم فآتوهن اجورهن^(٢)).

(١) و(٢) الطلاق: ٦.

[ولو كان الاب ميتا فمن مال الرضيع. ومدة الرضاع حولان. ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهرا لا أقل].

لكن قوى الشيخ في المبسوط المنع من استئجارها اذا كانت في حبال الزوج، وهو قول لبعض العامة ولا ريب في ضعفه.

ثم ان تعلقت الاجارة بارضاعها بنفسها لم يكن لها ارضاعه من غيرها فان فعلت فلا اجرة لها، وان تعلقت بتحصيل الرضاع منها او من غيرها جاز الامران.

ومع الاطلاق اشكال اقربه الانصراف إلى ارضاعها بنفسها، لانه المفهوم من اللفظ، والاجرة من مال الولد إن كان له مال، والا فعلى الاب.

وروى الصدوق فيمن لا يحضره الفقيه ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل توفي وترك صبيا فاسترضع له، أن أجر رضاع الصبي مما يرث من ابيه وامه^(١).

وتخصيص المصنف الحكم بكون الاجرة من مال الرضيع، بما اذا كان الاب ميتا غير جيد، اذ من الجائز ان يكون له مال مع حياة أبويه وقد وقع في بعض النسخ الضرب على هذه الجملة، وهو انسب لكن تبقى العبارة مطلقة في لزوم الاجرة للاب، وهو غير جيد ايضا.

قوله: (ومدة الرضاع حولان، الخ) اما ان مدة الرضاع حولان فيدل عليه قوله تعالى: والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة^(٢).

واما جواز الاقتصار على أحد وعشرين شهرا لا اقل، فيدل عليه ما رواه

(١) الوسائل باب ٧١ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٩.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

*

[والزيادة بشهر او شهرين لا اكثر].

الكليني وابن بابويه، عن سماعة بن مهران، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: الرضاع واحد وعشرون شهرا فما نقص فهو جور على الصبي^(١).

وما تضمنت الرواية من جواز الاقتصار على احد وعشرين شهرا، مطابق لمقتضى الاصل، وظاهر قوله تعالى: فان ارادا فصلا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما^(٢).

اما المنع من الاقتصار على الاقل من احد وعشرين شهرا، فمشكل، ولو قيل بجوازه اذا اقتضت مصلحة الولد ذلك وتراضى عليه الابوان لم يكن بعيدا.

ويدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس للمرأة ان تأخذ في رضاع ولدها اكثر من حولين كاملين، فان اراد الفصل قبل ذلك عن تراض منهما فهو حسن^(٣).

هذا كله مع الاختيار، اما مع الضرورة فيجوز النقصان عن الحولين مطلقا. قوله: (والزيادة بشهر وشهرين لا اكثر) هذا الحكم مشهور بين الاصحاب وقيل: انه مروي ولم نقف على الرواية.

نعم روى الكليني وابن بابويه في الصحيح، عن سعد بن سعد الاشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، قال: سألته عن الصبي هل يرضع اكثر من سنتين؟ فقال عامين، فقلت: فان زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شيء؟ قال: لا^(٤).

(١) الوسائل باب ٧٠ حديث ٥ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٧.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) الوسائل باب ٧٠ حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٦ وزاد: والفصال والفطام، ونحوها رواية ٢ من هذا الباب فلاحظ.

(٤) الوسائل باب ٧٠ حديث ٤ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٦.

*

[ولا يلزم الوالد اجرة ما زاد عن حولين. والام أحق بإرضاعه اذا تطوعت (تبرعت خ ل) أو قنعت بما يطلب غيرها. ولو طلبت زيادة عن ما قنع غيرها فللاب نزعها واسترضاع غيرها]. ويستفاد من هذه الرواية جواز الزيادة على الحولين مطلقا، وربما لاح ذلك من رواية الحلبي^(١) ايضا، وهو مطابق لمقتضى الاصل السليم عن المعارض فان الامر بارضاع الحولين لا يقتضي منع الزائد.

قوله: (ولا يلزم الوالد اجرة ما زاد عن حولين) يدل على ذلك قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في صحيحة الحلبي: (ليس للمرأة ان تأخذ في رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين)^(٢). ولو اضطر الولد إلى الرضاعة بعد الحولين لمرض ونحوه، فالأقرب وجوب اجرتها على الاب، لان ذلك بمنزلة النفقة الضرورية.

قوله: (والام أحق بارضاعه اذا تطوعت (تبرعت خ ل) الخ) اما ان الام احق بارضاع الولد اذا تبرعت بذلك أو قنعت بما يطلب غيرها، فيدل عليه قوله تعالى: فإن أرضعن لكم فآتوهن اجورهن^(٣) وهو شامل لها تين الصورتين، اذ الامر للوجوب. واما ان للاب نزعها واسترضاع غيرها اذا امتنعت من ارضاعه او طلبت زيادة عما يقنع به غيرها، فيدل عليه قوله عزوجل: وإن تعاسرتم فسترضع له

(١) التي هي قبل هذه الرواية وقد قدمنا ذكر موضعها.

(٢) الوسائل باب ٧٠ قطعة من حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٧٦.

(٣) الطلاق: ٦.

*

[واما الحضانة فالام أحق بالولد بمدة الرضاع اذا كانت حرة مسلمة] أخرى^(١).
ويدل على الحكمين صريحا ما رواه الشيخ، عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام،
قال: اذا طلق الرجل المرأة وهي حبلى انفق عليها حتى تضع حملها، فاذا وضعت أعطاهما أجرهما ولا
يضارها الا ان يجد من هو أرخص اجرا منها، فان هي رضيت بذلك الاجر فهي أحق بابنها حتى
تفطمه^(٢).

وعن أبي العباس، عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال: فان قالت المرأة لزوجها الذي طلقها: أنا
أرضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه، فهي أحق به^(٣).
وحكى الشيخ في الخلاف قولاً بان الام أحق بالولد متى طلبت اجرة المثل وان وجد الاب من
يأخذ أقل أو يتبرع تمسكا بإطلاق قوله تعالى: فإن أرضعن لكم فآتوهن اجورهن^(٤)، وله وجه إلا
ان الاخبار على خلافه.

قوله: (واما الحضانة فالام احق بالولد مدة الرضاع الخ) تضمنت العبارة مسألتين (احدهما) ان
الام أحق بالولد مدة الرضاع.

وقال جدي رحمه الله في المسالك: انه لا خلاف فيه اذا كانت متبرعة او رضيت بما يأخذ غيرها
من الاجرة، وقد تقدم من الاخبار ما يدل عليه.

لكن قال ابن فهد في المهذب إن الاجماع واقع على اشتراك الحضانة بين الابوين مدة الحولين.
وربما دل عليه قوله عليه السلام في رواية داود بن الحصين: (مادام الولد في

(١) الطلاق: ٦.

(٢) الوسائل باب ٨١ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٩١.

(٣) الوسائل باب ٨١ قطعة من حديث ٣ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٩١.

(٤) الطلاق: ٦.

*

[وإذا فصل فالحرة أحق بالبنث إلى سبع سنين، قيل: إلى تسع سنين والاب أحق بالابن].
الرضاع، فهو بين الابوين بالسوية^(١).

وهو ضعيف، لان الاجماع ممنوع، والرواية الواردة بذلك ضعيفة.
وكيف كان، فيجب القطع بأن الام أحق بالولد مدة الرضاع اذا ارضعت الولد، وانما الاشكال
اذا سقط حقها من الرضاعة واسترضع الاب غيرها، فقال ابن ادريس: لا يسقط حقها من
الحضانة، لانهما حقان متغايران فلا يلزم من سقوط احدهما سقوط الآخر.
وقال المصنف في الشرائع: انه يسقط حقها من الحضانة ايضا، ويدل عليه قوله عليه السلام في رواية
داود بن الحصين: (فان وجد الاب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الام: لا أرضعه الا بخمسة
دراهم فان له ان ينزعه منها)^(٢).

وهذه الرواية وان كانت ضعيفة السند لكنها مطابقة لمقتضى الاصل وظاهر روايتي أبي الصباح
وأبي العباس وغيرهما^(٣) فيترجح العمل بما مضافا إلى ما يلزم في تردد المراجعة إلى الام في كل وقت
يحتاج فيه الولد إلى الارضاع، من العسر والضرر المنفيين بالآية والرواية.
(الثانية) ان الولد اذا فصل كانت الام أحق بالبنث إلى سبع سنين، والاب أحق بالابن، وهو
أحد الاقوال في المسألة ذهب اليه الشيخ في النهاية، وابن البراج، وابن حمزة، وابن ادريس، واختاره
المصنف رحمته الله.

والمستند فيه ما رواه ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه في الصحيح عن عبدالله بن جعفر، عن
أيوب بن نوح، قال: كتب اليه بعض اصحابنا انه كانت لي

(١) و(٢) الوسائل باب ٨١ قطعة من حديث ١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٩١.

(٣) راجع باب ٨١ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٩٠.

*

[ولو تزوجت الام سقطت حضانتها].

امرأة ولي منها ولد وخليت سبيلها فكتب عليه السلام: المرأة أحق بالولد إلى ان يبلغ سبع سنين^(١). وهذه الرواية أصح ما بلغنا في هذا الباب، ومقتضاها ان الام أحق بالولد مطلقا إلى سبع سنين من غير فوق بين الذكر والانثى والعمل بها متجه.

وفي المسألة أقوال منها، ان الام احق بالولد ما لم تتزوج ذهب اليه الصدوق في المقنع. ويدل عليه ما رواه في من لا يحضره الفقيه عن سليمان بن داود المنقري، عن حفص بن غياث او غيره، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وبينهما ولد أيهما أحق به (بالولد فقيهه)؟ قال: المرأة ما لم تتزوج^(٢) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال وضعف المرسل. (ومنها) ان الام احق بالبنت ما لم تتزوج، وبالصبي إلى سبع سنين اختاره ابن الجنيد والشيخ في الخلاف محتجا باجماع الفرقة واخبارهم.

وبالغ ابن ادريس في سرائره، في انكار هذا القول، فقال: ما ذكره شيخنا في مسائل خلافه قول بعض المخالفين، وما اخترناه هو الصحيح، لانه لاخلاف أن الاب أحق بالولد في جميع الاحوال، وهو الوالي عليه والقيم بأمره فاخرجنا بالاجماع الحولين في الذكر وفي الانثى السبع سنين، فمن ادعى اكثر من ذلك يحتاج إلى دليل قاطع، وهو مذهب شيخنا في نхайته، والعجب قوله في آخر المسألة: دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم وهذا مما يضحك الثكلى، من اجمع منهم معه؟ وأي أخبار لهم في ذلك؟ بل اخبارنا بخلافه واردة، واجماعنا بضد ما قاله عليه السلام.

(١) الوسائل باب ٨١ حديث ٦ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٩٢ وفيه الا ان تشأ المرأة.

(٢) الوسائل باب ٨١ نحو حديث ٤ بالسند الاول ج ١٥ ص ١٩١ وفي الكافي المرأة احق بالولد ما لم تتزوج.

ورده العلامة في المختلف وبالع في الازراء عليه بجرأته على الشيخ.
وهو في محله، ولقد كان الانسب، الاقتصار على بيان المسألة وترك ما زاد على ذلك.
(ومنها) ان الام احق بالذكر مدة الحولين، وبالاتى إلى تسع سنين، وهو قول المفيد رحمته الله ولم
نقف على مأخذه.
والذي يقتضيه الوقوف مع الرواية الصحيحة، ان الام أحق بالولد إلى ان يبلغ سبع سنين
مطلقا.

إذا تقرر ذلك فحضانة الام حيث تثبت مشروطة بامور: (الاول) ان تكون مسلمة اذا كان
الولد مسلما، فلا حضانة للكافر على الولد المسلم بإسلام أبيه، لان الحضانة ولاية ولا ولاية
لكافر على المسلم، ولو كان الولد كافرا فحضانته لامة على ما فصل اذا ترافعوا اليها.
(الثاني) ان تكون حرة فلا حضانة للامة، لان منفعتها للسيد وهي مشغولة بخدمته غير متفرغة
لحضانة الولد، ولان الحضانة ولاية والمملوك ليس أهلا لها، ثم ان كان الولد حرا فحضانته لمن له
الحضانة بعد الام من الاب وغيره، وان كان رقا فحضانته على السيد.
(الثالث) ان تكون عاقلة فلا حضانة للمجنونة، لان المجنون يحتاج إلى من يحضنه، فلا يعقل
أن يكون حاضنا لغيره ولم يعتبر المصنف هذا الشرط وكأنه تركه لظهوره.
وهل يلحق بالجنون، المرض المزمن الذي يشغل الام (أله خ) عن كفالة الولد وتدير امره؟
وجهان من اشتراكهما في المعنى المانع من مباشرة الحفظ، ومن امكان التوصل إلى مقتضى الولاية
بالاستنابة، ولعل هذا أرجح تمسكا بأصالة عدم سقوط الولاية بذلك.

ولو كان المرض مما يعدي كالجدام والبرص، فالأظهر سقوط حضانتها بذلك تحرزا من تعدي الضرر إلى الولد.

(الرابع) ان تكون امينة فلا حضانة لمن لا امانة لها، وهذا الشرط لم يذكره المصنف، وقد اعتبره الشيخ في المبسوط وجماعة، منهم الشهيد في قواعده، ولا بأس به، لان من لا امانة لها ربما خانت في حفظ الولد.

ولان في التكليف بتسليم الولد إلى غير المأمنة عسرا وحرصا فكان منفيًا.
(الخامس) ان تكون مقيمة، فلو انتقلت إلى محل تقصر فيه الصلاة سقط حقها من الحضانة عند الشيخ في المبسوط.

ثم نقل عن قوم انه ان كان المنتقل هو الاب فالام أحق به، وان انتقلت الام، فان كان انتقالها من قرية إلى بلد فهي أحق به، وان كان من بلد إلى قرية فالاب احق به لان في السواد يقل تعلمه وتخرجه، وقال بعد نقل ذلك: انه قوي.

وحكى الشهيد في قواعده قولاً بان الاب لو سافر جاز له استصحاب الولد وسقطت حضانة الام فيكون شرطاً آخر، لكن دليل هذين الشرطين^(١)، غير واضح.

(السادس) ان تكون غير مزوجة، فلو تزوجت بغير الاب سقطت حضانتها، ونقل جدي عليه السلام في الروضة على هذا الشرط، الاجماع.

ويدل عليه ما رواه ابن بابويه، عن سليمان بن داود المنقري عن حفص بن غياث أو غيره قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وبينهما ولد أيهما احق به؟ قال: المرأة ما لم تتزوج^(٢).

(١) يعني الشرط الرابع والخامس.

(٢) الوسائل باب ٨١ نحو حديث ٤ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٩١ وقد قدمنا ان في الكافي: المرأة احق بالولد ما لم تتزوج.

[ولو مات الأب فالأم أحق به من الوصي. وكذا لو كان الأب مملوكا أو كافرا كانت الأم الحرة أحق به ولو تزوجت، فإن اعتق فالحضانة له].

وفي السند ضعف، وإطلاق النص وكلام الأصحاب يقتضي أنه لا فرق في سقوط حقها بالتزويج بين دخول الزوج بها وعدمه.

ويحتمل اختصاص السقوط بحالة الدخول لاشتغالها والحال هذه بحقوق الزوج عن تربية الولد.

ولو طلقت الأم قيل: عادت إليها الحضانة لزوال المانع، وهو التزويج.

وقيل: لا تعود لخروجها بالنكاح عن الاستحقاق، فلا تعود إلا بدليل، والاول أقرب.

وانما تعود بمجرد الطلاق إذا كان بائنا، والا فبعد العدة.

ولو لم يكن الأب موجودا لم تسقط حضانتها بالتزويج مطلقا.

قوله: (ولو مات الأب فالأم أحق به من الوصي) المراد أنه إذا مات أب الولد وقد صارت الحضانة له بأن كان الولد ذكرا بعد الحولين أو أنثى بعد السبع فالأم أحق به من الوصي المنصوب من قبل الأب إلى أن يكمل الولد.

أما الذكر في الحولين، والأنثى في السبع، فلا ريب أن الأم أحق بهما من الوصي، لأنها أحق من الأب فتكون أحق من نائبه بطريق أولى.

وإطلاق العبارة وغيرها يقتضي عدم الفرق في ذلك بين أن تكون الأم مزوجة أم لا، وبهذا التعميم صرح العلامة في الإرشاد، فقال: ولو مات الأب لم يسقط به يعني بالتزويج واستحقت الحضانة إلى وقت البلوغ.

قوله: (وكذا لو كان الأب مملوكا أو كافرا الخ) إنما كانت الأم الحرة أحق بالحضانة من الأب المملوك أو الكافر لعدم صلاحيتهما بذلك للحضانة فيكون وجودهما كعدمهما.

ويدل عليه أيضا ما رواه الشيخ بسند صحيح إلى داود الرقي واما داود فقال الشيخ: انه ثقة، وقال النجاشي: انه ضعيف جدا قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرة نكحت عبدا فاولدها أولادا ثم انه طلقها فلم تقم مع ولدها وتزوجت، فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد ان يأخذ منها ولده، وقال: انا احق بهم منك اذ (ان كا في) تزوجت، فقال: ليس للعبء أن يأخذ منها ولدها وان تزوجت حتى يعتق، هي احق بولدها منه مادام مملوكا فاذا اعتق فهو احق بهم منها^(١).

دلت الرواية على ان الام وان تزوجت فهي احق من الاب المملوك ويلزم من ذلك كونها أولى من الاب الكافر ايضا، لان الكافر أبعد عن الولاية من المملوك.

واعلم أن المصنف لم يتعرض في هذا الكتاب لحكم الحضانة اذا فقد الابوان، وكأن وجهه عدم ورود نص في ذلك على الخصوص.

فقد اختلف الاصحاب في ذلك اختلافا كثيرا، والاشهر بينهم تعدي الحكم إلى باقي الاقارب، وترتيبهم على ترتيب الارث تمسكا بظاهر قوله تعالى: وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله^(٢) فان الاولوية تشمل الارث والحضانة وغيرهما، وبأن الولد يفتقر إلى التربية والحضانة فلا بد في الحكمة من نصب قيم لذلك، والقريب أولى بها من البعيد.

والى هذا القول ذهب جدي عليه السلام في المسالك ثم قال: وعلى هذا فمع فقد الابوين ينظر في الموجود من الاقارب ويقدر لو كان وارثا ويحكم له بحق الحضانة.

(١) الوسائل باب ٧٣ حديث ٢ من ابواب احكام الاولاد ج ١٥ ص ١٨١.

(٢) الانفال: ٧٥.

*

[النظر الخامس: في النفقات واسبابها ثلاثة: الزوجية، والقرباء، والملك].

ثم ان اتحد اختص وان تعددوا يقرع بينهم لما في الاشتراك من الاضرار بالولد.

وهو جيد لو ثبت عموم الولاية الواقعة في الآية الشريفة، لكنه غير ثابت.

وقال ابن ادريس في سرائره بعد ان نقل عن الشيخ في الخلاف كلاما طويلا في تعدي ولاية الحضانة إلى باقي الوراث وتقديم بعضهم على بعض: ما ذكره الشيخ في الخلاف، من تخرجات المخالفين ومعظمه قول الشافعي، وبنائهم، على القول بالعصبة، وذلك عندنا باطل ولا حضانة عندنا الا للام نفسها أو للاب فأما غيرهما فليس لاحد عليه ولاية سوى الجد من قبل الاب خاصة.

ويظهر من المصنف في الشرائع الميل^(١) إلى هذا القول، ولا يخفى وجاهته.

وانما قلنا بثبوت الولاية للجد من قبل الاب، لان له ولاية المال والنكاح فيكون له ولاية التربية بطريق أولى وانما كانت الام أولى منه بالنص، فمع عدمها وعدم من هو أولى منه ثبتت له الولاية. وعلى هذا فلو فقد الابوان والجد، فان كان للولد مال استأجر الحاكم عليه من يريه من ماله، وان لم يكن له مال كان حكم تربيته حكم الانفاق عليه، فيجب على المؤمنين كفائة، والله تعالى أعلم بحقائق احكامه.

قوله: (النظر الخامس في النفقات واسبابها ثلاثة الخ) لا خلاف بين علماء الاسلام في وجوب النفقة بهذه الاسباب الثلاثة.

والاصل في وجوب نفقة الزوجة، الكتاب والسنة.

(١) فانه قال: فان فقد الابوان فالحضانة لابي الاب، فان عدم قيل: كانت الحضانة للاقارب وترتبوا ترتب الارث نظرا إلى الآية وفيه تردد (انتهى) فان في هذه العبارة ميلا إلى هذا القول.

اما الكتاب فقوله تعالى: لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله^(١)، وقوله عزوجل: وعاشروهن بالمعروف^(٢) أي بما يتعارف الناس، وقوله تعالى: الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم^(٣).

واما السنة فمستفيضة جدا: (منها) ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن ربعي بن عبد الله والفضيل بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله عزوجل: ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله، قال: ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، والا فرق بينهما^(٤).

وفي الصحيح، عن عاصم بن حميد، عن أبي بصير، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما^(٥).

وفي الموثق، عن إسحاق بن عمار انه سأل ابا عبد الله عليه السلام عن حق المرأة على زوجها؟ قال: يشبع بطنها ويكسو جثتها، فان جهلت غفر لها.

ان إبراهيم خليل الرحمان شكى إلى الله عزوجل من سوء خلق سارة فأوحى الله عزوجل اليه: انما مثل المرأة مثل الضلع المعوج ان اقمته انكسر (كسرتة ثل) وان تركته استمعت به اصبر عليها، قلت: من قال هذا؟ فغضب، ثم قال: هذا والله قول رسول الله صلى الله عليه وآله^(٦).

(١) الطلاق: ٧.

(٢) النساء: ١٩.

(٣) النساء: ٣٤.

(٤) الوسائل باب ١ حديث ١ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٢٣.

(٥) الوسائل باب ١ حديث ٢ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٢٣.

(٦) الوسائل باب ١ حديث ٣ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٢٣ (صدرا) وأورد ذيله مستقلا في باب ٩٠ حديث: من ابواب مقدمات النكاح ج ١٤ ص ١٢٤ فلاحظ.

*

[اما الزوجة فيشترط في وجوب نفقتها شرطان، العقد الدائم، فلا نفقة لمتمتع بها (لمستمتع بها (خ).

والتمكين الكامل، فلا نفقة لناشزة].

قوله: (اما الزوجة فيشترط في وجوب نفقتها شرطان الخ) اشترط الاصحاب في وجوب نفقة الزوجة أمرين: (احدهما) دوام العقد، فلا نفقة لمتمتع بها، وقد اجمع الاصحاب على اعتبار هذا الشرط.

ويدل عليه مضافا إلى التمسك بمقتضى الاصل السالم من المعارض قول الصادق عليه السلام في رواية زرارة: تزوج منهن ألفاهن مستأجرات^(١) والاجير لا يجب له النفقة. (وثانيهما) التمكين الكامل، وعرفه المصنف في الشرائع بانه التخلية بينها وبينه بحيث لا يختص موضعا ولا وقتا.

والظاهر تحقق التخلية بأن تكون باذلة له نفسها في كل زمان ومكان يريد فيه الاستمتاع ولا حاجة إلى اللفظ من قبل المرأة.

وقال العلامة في التحرير: ان التمكين ان تقول له: قد سلمت نفسي اليك في أي مكان شئت، وفي افتقار التمكين إلى ذلك مع حصول التخلية نظر وقد اختلف الاصحاب في اعتبار هذا الشرط، فذهب الاكثر إلى اعتباره وان العقد بمجرد لا يوجب النفقة، وانما يجب بالتمكين إما بجعله تمام السبب او سببا تاما أو شرطا في الوجوب.

وربما قيل بوجوب النفقة بالعقد كالمهر لكنها تسقط بالنشوز.

والمعتمد، الاول اقتصارا فيما خالف الاصل على موضع الوفاق وليس فيما وصل اليه من الادلة النقلية ما ينافي ذلك صريحا ولا ظاهرا.

(١) الوسائل باب ٤ ح ٢ من أبواب المتعة ج ١٤ ص ٤٤٦.

وتظهر فائدة الخلاف في مواضع: (منها) ما لو اختلفا في التمكين بأن ادعته المرأة وانكره الزوج، فان قلنا: إن التمكين شرط أو سبب فالقول قول الزوج، وعلى المرأة البينة، لأنها تدعي ما يخالف الاصل وان قلنا: إنها تجب بالعقد، والنشوز مانع كان القول قولها، لان الاصل استمرار ما ثبت بالعقد وهو يدعي السقوط بالنشوز فعليه البينة.

(ومنها) ما لو لم يطالبها الزوج بالزفاف ولم تمتنع منه ولا عرضت نفسها عليه ومضت على ذلك مدة، فان اعتبرنا التمكين فلا نفقة لها، لانه لم يحصل من جانبها تمكين قولي ولا فعلي كما هو المقدر لها وان قلنا: انها تجب بالعقد وتسقط بالنشوز وجب النفقة، اذ المفروض انه لم يقع من جانبها امتناع يتحقق به النشوز.

(وهنا مباحث) (الاول) لو كانت الزوجة صغيرة لا يجامع مثلها، فقد قطع الاكثر بانه لا نفقة لها لعدم تحقق التمكين من جانبها لعدم صلاحيتها لذلك عادة.

وقال ابن ادریس: اذا كانت الزوجة صغيرة والزوج كبيرا وجب عليه نفقتها لعموم وجوب النفقة على الزوجة ودخوله مع العلم بحالها وهذه ليست ناشزا والاجماع منعقد على وجوب النفقة على الزوجات.

وفي ثبوت ما ادعاه من العموم نظر، وفي الاجماع منع، مع انه عليه السلام يعتبر في وجوب النفقة التمكين لا انتفاء النشوز، والتمكين لا يتحقق مع الصغر.

(الثاني) لو كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيرا، قال الشيخ: لا نفقة لها، واستشكله المصنف في الشرائع لتحقق التمكين من طرفها، ثم قال: ان الاشبه وجوب الانفاق، وهو مشكل. وقول الشيخ متجه لانه الاصل ولا يخرج عنه.

[ولو امتنعت لعذر شرعي لم تسقط كالمرض والحيض وفعل الواجب].

(الثالث) اذا غاب الزوج عن المرأة فان كانت غيبته بعد ان حصل التمكين من الزوجة وجب عليه النفقة واستمرت عليه مدة غيبته.

وان كانت غيبته قبل التمكين، فان اكتفينا بالعقد وجعلنا النشوز مانعا فالحكم كذلك اذ لم يثبت النشوز.

وان اعتبرنا التمكين في الوجوب شرطا او سببا، فلا نفقة لها، فان حضرت عند الحاكم وبذلت له التسليم والطاعة، أعلمه بذلك، فان وصل اليها وجبت النفقة حينئذ وان لم يفعل، فاذا مضى زمان يمكنه الوصول فيه اليها عادة، فرض لها الحاكم النفقة في ماله لان الامتناع منه.

ولو نشزت المرأة مع حضور الزوج فغاب عنها وهي كذلك ثم عادت إلى الطاعة لم تجب نفقتها إلى ان يعلم بعودها ويمضى زمان تمكنه الوصول اليها، لخروجها بالنشوز عن استحقاق النفقة فلا يعود الا مع تحقق التمكين.

قوله: (ولو امتنعت لعذر شرعي لم تسقط، كالمرض والحيض وفعل الواجب) المراد ان الزوجة اذا امتنعت من الوطاء لعذر شرعي كالحيض وفعل الواجب، او عقلي كالمرض لم يسقط وجوب الانفاق عليها بذلك، ولا اشكال في هذا الحكم.

لكن يعتبر في وجوب النفقة ان تكون ممكنة فيما لا عذر لها فيه من انواع الاستمتاع كما هو ظاهر.

والاقرّب انه لا فرق في الواجب بين المضيق والموسع كقضاء رمضان مع توسع (توسعه خ) وقته، والنذر المطلق ونحوهما، فلها المبادرة إلى فعل الواجب بغير إذنه صوما كان أو صلاة، لاصالة عدم ثبوت سلطنته عليها في فعل الواجب.

واعتبر الشيخ، والعلامة في القواعد في جواز مبادرتها إلى الواجب الموسع من

[أما المندوب، فإن منعها منه فاستمرت سقطت نفقتها. وتستحق الزوجة النفقة ولو كانت ذمية أو أمة].

الصوم، اذن الزوج.

ونقل عن الشيخ في موضع من المبسوط انه اعتبر ذلك في قضاء الفريضة أيضا. واتفق الجميع على جواز مبادرتها إلى الصلاة الواجبة في أول الوقت بغير إذنه وفرقوا بينهما بما لا يخلو من نظر، وعلى ما اخترناه يسقط البحث عن تكلف الفرق. قوله: (أما المندوب فإن منعها منه فاستمرت سقطت نفقتها) الفعل المندوب ان كان مما يتوقف على إذن الزوج كالصوم والحج، فإذا فعلت بدون إذنه كان فاسدا، ولا يسقط بمجرد النفقة، لانه غير مانع من التمكين الا ان تمتنع من الاستمتاع فيسقط لذلك لا لاجل التلبس بذلك الفعل.

واطلق الشيخ رحمته الله سقوط النفقة مع امتناعها من الافطار. وهو مشكل على اطلاقه، فان النشوز لا يتحقق بترك غير الاستمتاع الا ان يقال: إن ترك الافطار يقتضي الامتناع من الوطء وان كان الفعل مما لا يتوقف على اذن الزوج جاز لها فعله بغير إذنه وليس له منعها منه الا ان يطلب منها الاستمتاع في ذلك الوقت فيجب عليها طاعته لان المندوب لا يعارض الواجب.

ولو استمرت والحال هذه قيل: بطلت النافلة للنهي عنها. وهو كذلك ان قلنا باقتضاء الامر بالشئ النهي عن ضده الخاص وتسقط نفقتها إلى ان تعود إلى الطاعة.

قوله: (وتستحق الزوجة النفقة اذا كانت ذمية أو أمة) لا خلاف في ذلك، لاشتراك الجميع في المقتضي.

لكن يعتبر في الأمة ان يسلمها مولاهما إلى الزوج ليلا ونهارا كالحرة والا لم

[وكذا تستحقها المطلقة الرجعية. دون البائن والمتوفى عنها زوجها].

يجب نفقتها كما لو سلمت الحرة نفسها في وقت دون وقت ولا يجب على المولى تسليمها كذلك، بل له استخدامها نهارا وتسليمها إلى زوجها ليلا، ولو أراد التخلص من النفقة سلمها تسليما تاما.

قوله: (وكذا تستحقها المطلقة الرجعية (رجعية خ ل)) هذا الحكم موضع نص ووافق، لكن استثنى بعضهم من النفقة آلة التنظيف، لان الزوج لا ينتفع بذلك، والاطلاق أجود فلعل الله يحدث بعد ذلك أمرا.

ولا تسقط نفقة المعتدة الا بما تسقط به نفقة الزوجة ويستمر إلى انقضاء العدة. ولو ظهر بالمرأة أمارات الحمل بعد الطلاق فعلى الزوج الانفاق عليها إلى ان تضع، ولو انفق عليها ثم بان أنه لم يكن حمل قيل: يسترد المدفوع اليها بعد انقضاء العدة، وهو محل تردد. قوله: (دون البائن والمتوفى عنها الخ) اما سقوط النفقة للمطلقة البائن والمتوفى عنها اذا لم تكن حاملا، فالظاهر انه لا خلاف فيه بين الاصحاب. ويدل على سقوط نفقة المتوفى عنها مع انتفاء الحمل، فحوى الروايات المتضمنة لسقوطها مع الحمل^(١).

وعلى سقوطها في المطلقة البائن روايات كثيرة: (منها) رواية زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: إن المطلقة ثلاثا ليس لها نفقة على زوجها، انما هي للتي لزوجها عليها رجعة^(٢).

(١) راجع الوسائل باب ٩ من أبواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٤.

(٢) الوسائل باب ٨ حديث ٢ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٢ وفيه (انما ذلك) بدل انما هي.

*

[إلا أن تكون حاملا فتثبت نفقتها في الطلاق على الزوج حتى تضع].

ورواية عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن المطلقة ثلاثا على السنة هل لها سكنى ونفقة؟ قال: لا^(١).

ورواية رفاعه، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: المختلعة لا سكنى لها ولا نفقة^(٢).
وأما ثبوتها للمطلقة البائن إذا كانت حاملا، فموضع وفاق، والاصل فيه قوله تعالى: وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن^(٣) الشامل بعمومه للرجعيات والبائنات.
ويدل عليه روايات كثيرة (منها) ما رواه الكليني في الحسن عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: الحامل أجلها أن تضع حملها وعليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها^(٤).
وفي الحسن، عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: الحبل المطلق ينفق عليها حتى تضع حملها^(٥).

واختلف الأصحاب في أن النفقة للحمل، أو للحامل لاجله، فذهب الأكثر إلى أنها للحمل، لدوران النفقة معه وجودا أو عدما.
وقيل: أنها للحامل، وهو الأصح، لانه المستفاد من الآية، فإن الضمير في (عليهن) يرجع إلى الحامل بغير اشكال.

(١) الوسائل باب ٨ حديث ٥ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٣.

(٢) الوسائل باب ٨ حديث ٩ من ابواب النفقات ج ١٥ نقل بالمعنى فلاحظ فيه رفاعه بن موسى.

(٣) الطلاق: ٦.

(٤) الوسائل باب ٧ حديث ٣ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣١.

(٥) الوسائل باب ٩ حديث ١ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٤.

*

ويدل عليه أيضا ان النفقة لو كانت للولد، لسقطت بيساره كما لو ورث أخاه لاييه وكان أبوه قاتلا لا يرث ولا وارث له غير الحمل، ولوجبت على الجد مع فقر الاب والتالي فيهما باطل بالاجماع.

وبأن سقوط النفقة عن المطلق مع يسار الولد خلاف مدلول الآية، وإيجابها على الجد مع فقر الاب لا دليل عليه، فيكون المقدم كذلك.

وتظهر فائدة القولين في مواضع: (منها) اذا تزوج الحر أمة وشرط مولاهما رق الولد وجوزناه. وفي العبد اذا تزوج أمة أو حرة وشرط مولاه الانفراد برقية الولد، فان جعلناها للحمل فلا نفقة على الزوج.

اما في الاول^(١) فلانه ملك لغيره واما في الثاني فلان العبد لا يجب عليه نفقة أقاربه. وان جعلناها للحامل وجبت ويكون في الثاني في ذمة مولاه او في كسب العبد. (ومنها) لو لم ينفق عليها حتى مضت مدة، فمن قال بوجوبها للحمل لا يجب على قوله القضاء لان نفقة الاقارب لا تقضى ومن قال انها للحامل اوجب لها القضاء لما سيجي من وجوب قضاء نفقة الزوجة.

(ومنها) لو ارتدت بعد الطلاق فتسقط نفقتها على الثاني دون الاول. (ومنها) لو ائلفها متلف بعد ان قبضتها الزوجة ولم تفرط، فان قلنا: إنها للحمل وجب بدلها، وان قلنا إنها للحامل لم يجب، إلى غير ذلك من الفوائد المترتبة على القولين.

(١) يعني بالاول قوله ﷺ: اذا تزوج الحر الخ وبالثاني قوله ﷺ: وفي العبد اذا تزوج الخ.

[وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الروایتين].

قوله: (وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الروایتين) هذه الرواية رواها الكليني وابن بابويه في من لا يحضره الفقيه، عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: المرأة (الحبلى ثل) المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها^(١).

وبمضمون هذه الرواية افق ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه والشيخ في النهاية، وجمع من الاصحاب ووصفوها بالصحة.

وهو منظور فيه، فان في طريقها^(٢) محمد بن الفضيل وهو مشترك بين الثقة والضعيف، ولعلمهم اطلعوا على قرائن افادت أنه الثقة.

واحتج الشيخ رحمته الله على هذا القول ايضا بما رواه في الصحيح، عن محمد بن مسلم، عن احدهما عليه السلام قال: المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله^(٣).

قال في الاستبصار: قوله عليه السلام (ينفق عليها من ماله) محمول على انه ينفق عليها من مال الولد اذا كانت حاملا والولد وان لم يجر له ذكر، جاز لنا ان نقدره لقيام الدليل كما فعلناه في مواضع كثيرة من القرآن^(٤).

وفي مقابل هاتين الروایتين أخبار كثيرة متضمنة لان الحامل المتوفى عنها لا نفقة لها (منها) ما رواه الكليني في الحسن عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال في الحبلى المتوفى عنها زوجها: انه لا نفقة لها^(٥).

(١) الوسائل باب ١٠ حديث ١ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٦.

(٢) فان طريقها كما في الكافي هكذا: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن محمد بن إسماعيل بن بزيع، عن محمد بن الفضيل، عن أبي الصباح الكناني.

(٣) الوسائل باب ٩ حديث ٤ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٥.

(٤) لعله اشارة إلى قوله تعالى: ولا يوه لكل واحد منهما السدس، وقوله تعالى: اعدلوا هو أقرب للتقوى.

(٥) الوسائل باب ٩ حديث ١ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٤.

*

وعن أبي الصباح الكناني في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا^(١).
وعن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا^(٢).
وبمضمون هذه الروايات أفق المفيد، وابن ادريس وجماعة.
واجاب عنها الشيخ في الاستبصار، بالحمل على ان المراد انه لا ينفق عليها من مال الميت وان كان ينفق عليها من مال الحمل.
ولا بأس بهذا الجمع لو تكافأت الروايات في السند والدلالة، لكنه محل نظر.
ونقل عن المفيد عليه السلام في كتاب التمهيد أنه انكر هذا الحكم اعني الانفاق على الحامل من مال الحمل، وقال: ان الولد انما يكون له مال عند خروجه إلى الارض حيا فأما وهو جنين ولا يعرف له موت من حياة، فلا ميراث له ولا مال على الانفاق فكيف ينفق عليها من مال من لا مال له لو لا السهو في الرواية والاذهال فيها.
ويمكن دفعه بان المراد أنه يجب الانفاق على الحامل من مال الميت فإن ولد الولد حيا جعلت النفقة من نصيب الحمل والا ذهبت على الجميع، لان التصرف في المال على هذا الوجه وقع بإذن الشارع فلا يستعقب الضمان.
وقال العلامة في المختلف، والتحقيق ان نقول: ان جعلنا النفقة للحمل فالحق ما قاله الشيخ واثار بذلك إلى ما قاله الشيخ في النهاية من ان الحامل ينفق

(١) الوسائل باب ٩ حديث ٢ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٤.

(٢) الوسائل باب ٩ حديث ٣ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٣٤.

[ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب].

عليها من نصيب ولدها، وان جعلناها للحامل فالحق ما قاله المفيد.
وما ذكره رحمته الله بعيد عن التحقيق، اذ ليس في الروايات المتضمنة لهذا الحكم دلالة على ان النفقة للحمل بوجه، وانما الاستفادة منها انه ينفق على الحامل من نصيب الحمل، فان وجب العمل بها تعين المصير إلى هذا الحكم مطلقا.

وان ترجح ردها اما لقصورها من حيث السند والدلالة او لما ذكره المفيد رحمته الله من ان الحمل لا مال له وجب نفي هذا الحكم رأسا كما ذكره المفيد رحمته الله، وان إدريس، اما التفصيل فلا وجه له.
قوله: (ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب) هذا الحكم مقطوع به في كلام الاصحاب، وظاهرهم انه موضع وفاق.

ويدل عليه أن نفقة الزوجة وجبت على وجه المعاوضة في مقابل الاستمتاع بخلاف نفقة القريب، فانها انما وجبت لمجرد المواساة، وما كان وجوبه على وجه المعاوضة اقوى مما وجب على وجه المواساة، ولهذا لم تسقط نفقة الزوجة بغناها ولا بمضي الزمان بخلاف نفقة القريب.
والمراد بنفقة الزوجة المقدمة على نفقة القريب، نفقة اليوم الحاضر وسكنائها وكسوتها اللائقة بحالها في ذلك الفصل التي هي فيه وما تضطر اليه من الآلات والامتعة ونفقة الخادم.
وكما ان نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب، فكذا نفقة الزوج على نفسه مقدمة على نفقة الزوجة.

واما نفقة المملوك، والدابة، فما تدعو الضرورة إليه من ذلك تقدم نفقته على نفقة القريب والزوجة ايضا، لانها من توابع نفقته على نفسه.
اما غير المضطر اليه من ذلك فيقدم نفقة الزوجة والقريب عليه قطعا ويجب بيعهما مع الحاجة إلى ذلك.

[وتقضى لو فانت. واما القرابة فالنفقة على الابوين والاولاد لازمة. وفي من علا من الآباء والامهات تردد أشبهه اللزوم].

قوله: (وتقضى لو فانت) هذا مذهب الاصحاب لا اعلم فيه مخالفا. ووجه بأن نفقة الزوجة حق وجب في مقابلة الاستمتاع فكان كالعوض اللازم في المعاوضة، فلا يحصل البراءة منه إلا بإيصاله إلى مستحقة بخلاف نفقة الاقارب، فانها انما وجبت بمجرد المواساة فلا يستقر في الذمة ولا يجب قضاؤها كما لو اخل بقضاء حاجة المحتاج الذي يجب إعانته. ولا بأس به، ولكن لو أمر الحاكم القريب بالاستدانة على قريبه لغيبته او امتناعه من الانفاق فاستدان له، استقر الدين في ذمته ووجب قضاؤها كسائر ديونه. قوله: (واما القرابة فالنفقة على الابوين والاولاد لازمة الخ) اجمع العلماء كافة على وجوب النفقة على الابوين والاولاد.

ويدل عليه صريحا ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: من الذي أجبر على نفقته؟ قال: الوالدان، والولد، والزوجة، والوارث الصغير^(١). ومقتضى الرواية وجوب النفقة على الوارث الصغير، لكن لا أعلم به قائلا. وهل يتعدى الوجوب إلى من علا من الآباء والامهات او سفل من الاولاد؟ المشهور بين الاصحاب ذلك، بل لم اقف فيه على مخالف صريحا ولا متردد، سوى المصنف رحمته الله. وكأن منشأ التردد من الشك في صدق الآباء والاولاد على من علا او

(١) الوسائل باب ١٠ ج ٩ في ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٢٥.

[ولا تجب على غيرهم من الأقارب، بل تستحب. وتتأكد في الوارث. ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب. ولا تقدير للنفقة، بل يجب بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن].

سفل منهم بطريق الحقيقة، وهو في محله وان كان الأقرب وجوب (لزوم خ) النفقة على الجميع. قوله: (ولا تجب على غيرهم من الأقارب الخ) لا ريب في استحباب النفقة على الأقارب، وتأكيدها في الوارث.

وحكى العلامة في القواعد قولاً بوجوب النفقة على الوارث، واسنده الشراح إلى الشيخ مع انه قطع في المبسوط باختصاصها بالعمودين، واسند وجوبها على الوارث إلى رواية وحملها على الاستحباب ولم نقف على هذه الرواية.

نعم مقتضى صحيحة الحلبي^(١) وجوب النفقة على الوارث الصغير، والعمل بما متجه لصحتها ووضوح دلالتها.

قوله: (ويشترط في الوجوب، الفقر والعجز عن الاكتساب) يعتبر في الكسب كونه لا ثقا بحاله عادة، ولو امكن المرأة الكسب بالتزويج لمن يليق بها تزويجه عادة فهي قادرة بالقوة. وهل يشترط عدم تمكن القريب من أخذ نفقته من الزكاة ونحوها من الحقوق؟ احتمالان اظهرهما، العدم تمسكا بالاطلاق.

قوله: (ولا تقدير للنفقة الخ) الظاهر تعلق هذا الحكم بنفقة الزوجة والقريب، وقد قطع الاصحاب بانه لا تقدير في نفقة القريب، بل الواجب قدر

(١) راجع الوسائل باب ١ ح ٩ من ابواب النفقات ج ١٥ ص ٢٢٥.

الكفاية من الاطعام، والكسوة، والمسكن، ولو احتاج إلى الخدمة وجب مؤنة الخادم ايضا.

اما نفقة الزوجة فقد اختلف الاصحاب في انها مقدرة ام لا؟ فقال الشيخ في الخلاف: نفقة الزوجات (الزوجة خ) مقدرة، وهي مد قدره رطلان وربع واستدل باجماع الفرقة واخبارهم.

والاصح انها غير مقدرة كما اختاره ابن ادريس في سرائره، فانه قال: نفقات الزوجات عندنا غير مقدرة بلا خلاف الا من شيخنا أبي جعفر في مسائل خلافه، فإنه ذهب إلى انها مقدرة، ومبلغها مد قدره رطلان وربع واستدل باجماع الفرقة واخبارهم، وهذا عجيب منه رحمته الله، والسير^(١) بيننا وبينه، فان اخبارنا لم يرد فيها خبر بتقدير نفقة، وأما اصحابنا المصنفون فلا يوجد لاحد منهم في تصنيف له تقدير النفقة الا من قلده وتابعه والدليل على اصل المسألة قوله تعالى: وعاشروهن بالمعروف^(٢) أي بما يتعارف الناس والاصل براءة الذمة من التقدير، فمن ادعى شيئا بعينه، فانه يحتاج إلى دليل عليه من كتاب ولاسنة ولا اجماع والاصل براءة الذمة.

قال العلامة في المختلف: وقول ابن ادريس وان كان جيدا لكن نسبة الشيخ إلى قول ما ليس بحق في غاية الجهل والحمق.

وحيث قد عرفت أن نفقة الزوجة غير مقدرة فالواجب فيها القيام بما تحتاج اليه المرأة من الطعام، وادم (ادام خ ل) وكسوة، واسكان، واخدم، وآلة التنظيف، والصابون، والدهن، والمشط، والمرجع في ذلك كله إلى عادة امثال المرأة، حملا

(١) سبرت القوم من باب قتل وفي لغة من باب ضرب اذا تأملتهم واحدا بعد واحد (مجمع البحرين).

(٢) النساء: ١٩.

*

[ونفقة الولد على الأب. ومع عدمه أو فقره فعلى أب الأب وإن علا مرتباً].

للإطلاق على ما هو المتعارف.

واعلم أن المعتبر في نفقة الزوجة من المسكن، الامتناع اتفاقاً، ومن المؤنة التملك، لكن الواجب دفع نفقة كل يوم في صبيحته وإنما يستقر ملكها عليه إذا بقيت ممكنة إلى آخره، فلو نشزت في اثنا عشر استحققت بالنسبة.

وفي الكسوة قولان أجودهما أنها امتناع، فليس لها بيعها ولا التصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات ولا لبسها زيادة على المعتاد كيفية وكمية، وله إبدالها بغيرها مطلقاً، وتحصيلها بالاعارة والاستيجار وغيرهما.

ولو طلقها أو ماتت استحق ما يجده منها مطلقاً، وما يحتاج إليه من الفرش والآلات في حكم الكسوة.

والظاهر أن نفقة القريب كذلك.

قوله: (ونفقة الولد على الأب الخ) أراد بذلك بيان من يجب عليه الإنفاق وقد اجمع الأصحاب وغيرهم على أن نفقة الولد تجب على أبيه دون أمه لقوله تعالى: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن^(١) أوجب أجر الرضاع على الأب فكذا غيرها من النفقات، إذ لا قائل بالفصل. وقد حكم الأصحاب بأن الأب لو فقد أو كان فقيراً وجبت النفقة على آبائه وإن علوا مقدماً في الوجوب، الأقرب فالأقرب.

واستدلوا عليه بأن أب الأب أب فيتناول ما دل على وجوب النفقة على الأب.

وانت خبير بأن هذا الاستدلال لو تم لاقتضى مساواة الجد وإن علا

(١) الطلاق: ٦.

[ومع عدمهم تجب على الام وآبائها، الاقرب فالاقرب. ولا^(١) تقضى نفقة الاقارب لو فانت].
للأب، لا تقديم الأب عليه.

لكن ظاهر الاصحاب، الاتفاق على هذا الحكم، ولعله الحجة.
ومع عدم الآباء والاجداد او فقرهم تجب النفقة على الام، ومع عدمها أو فقرها، فعلى آباء
الام وامهاتها وان علوا مقدما في الوجوب، الاقرب فالاقرب.

ولم يتعرض المصنف رحمه الله لحكم الآباء والامهات من قبل ام الأب وان علا.
وقد نص الشيخ رحمه الله عليه ان حكمهم حكم آباء الام من الطرفين يشاركونهم مع التساوي في
الدرجة ويختص الاقرب إلى المحتاج من الجانبين بوجود الانفاق، فلو كان له أب ام، وام أب وجب
عليهما على السوية وكذا ام الام وام الأب.

وكذا لو اجتمع أب أم أب، وأم أب أم أو أب أب أم، وأم أم أب.
(وينبغي التنبيه على امور) (الاول) لو كان الأب والام معسرين ولا يجد الولد سوى نفقة
احدهما، كانا فيه سواء، لعدم الترجيح، وكذا أحد الابوين مع الولد ذكرا كان او انثى.
اما لو كان له أب وجد معسران وعجز عن نفقتهم قدم الاقرب، وكذا الجد وجد الأب،
والابن وابن الابن.

(الثاني) لو كان للمحتاج، أب وابن موسران، كانت نفقته عليهما بالسوية لتساويهما في
المرتبة.

(١) قد تقدم من الشارح بيان وجه عدم القضاء عند شرح قول المصنف: وتقضى لو فانت فلاحظ.

[واما المملوك فنفقته واجبة على المولى، وكذا الامة. ويرجع في قدر النفقة إلى عادة ممالك أمثال المولى].

ولو كان له اب وجد فنفقته على ابيه دون جده، وكذا القول في الاب مع ولد الولد، فان الاب أولى بالوجوب لانه اقرب.

(الثالث) لو كان له ام وابن ففي تساويهما في وجوب الانفاق أو تقديم الولد على الام وجهان منشأهما اتحاد المرتبة، وكون الولد مقدما على الجد المقدم عليهما، فيكون أولى بالتقديم.

(الرابع) لو كان له ولدان ولم يقدر الا على نفقة احدهما وله اب، وجب على الاب نفقة الآخر.

فان اختلفا في قدر النفقة وكان مال الاب يسع احدهما بعينه اختص به ووجبت نفقة الآخر على جده.

وان تساويا في النفقة واتفقا على الانفاق بالشركة او على ان يختص كل واحد منها بواحد فذاك، وان اختلفا رجعا إلى القرعة.

قوله (واما المملوك فنفقته واجبة على مولاه وكذا الامة) لا خلاف بين علماء الاسلام في وجوب نفقة المملوك على مولاه اذا لم يكن له مال.

ولا فرق فيه بين الذكر والانثى، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين الكسوب وغيره لكن في الكسوب يتخير المولى بين الانفاق عليه من ماله واخذ كسبه، وبين جعل نفقته من الكسب، فان لم يف بنفقته وجب الباقي على السيد.

ولو تعدد المالك وزعت النفقة على الجميع بحسب الملك.

قوله: (ويرجع في قدر النفقة إلى عادة ممالك امثال المولى) لا ريب في ذلك، لان النفقة غير مقدرة في الشرع فيجب الرجوع فيها إلى العادة ومقتضاها اعتبار قدر كفاية المملوك من طعام وادام وكسوة ويرجع في الكيفية إلى عادة ممالك امثال السيد من اهل بلاده ولو كان السيد يتنعم في الطعام والادام

[ويجوز مخارجة المملوك على شئ فما فضل يكون له، فان كفاه والا اتمه المولى].
والكسوة، استحب له التوسعة كذلك على المملوك ولا يجب اذا اقتضت العادة، الاقتصار على ما دوله.

قوله: (ويجوز مخارجة المملوك على شئ الخ) المخارجة ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤديه كل يوم أو كل مدة مما يكتسبه فما فضل يكون له والاظهر انه ليس للسيد اجبار عبده على ذلك ورجح في التحرير الجواز اذا لم يتجاوز بذل المجهود.

وقد ورد بجواز المخارجة روايات (منها) ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن الحسن عن محبوب، عن عمر بن يزيد قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل اراد ان يعتق مملوكا له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة ورضى (فرضى ثل كا) بذلك، المولى فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطي مولاه من الضريبة، فقال: اذا ادى إلى سيده ما كان فرض عليه، فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك، قال: ثم قال ابو عبدالله عليه السلام أليس قد فرض الله عزوجل على العباد فرائض، فاذا أدوها اليه لم يسألهم عما سواها؟ قلت له: فللمملوك ان يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي يؤديها إلى سيده؟ قال: نعم، وأجر ذلك له قلت: فان اعتق مملوكا مما (كان خ ل) مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء العتق؟ فقال: يذهب فيتولى إلى من أحب، فاذا ضمن جريته وعقله كان مولاه وورثه، قلت له: أليس قال رسول الله صلى الله عليه وآله الولاء لمن اعتق؟ فقال: هذا سائبة لا يكون ولاءه لعبده مثله، قلت: فان ضمن العبد الذي اعتقه، جريته وحدثه يلزمه ذلك ويكون مولاه ويرثه؟ فقال: لا يجوز ذلك لا يرث عبد حرا^(١).

(١) الوسائل باب ٩ حديث ١ من ابواب بيع الحيوان ج ١٣ ص ٣٤.

[وتجب النفقة على البهائم المملوكة. فان امتنع المالك اجبر على بيعها أو ذبحها ان كانت مقصودة بالذبح].

وانما نقلنا هذه الرواية بطولها لكثرة ما فيها من الفوائد ومقتضاها ملك العبد لفاضل الضريبة وبه قطع المصنف في كتاب التجارة من هذا الكتاب.

ومتى ملك شيئا كانت النفقة اللازمة له منه، فان كفاه والا اتمه المولى.

وان قلنا: انه لا يملك، كان الفاضل من الضريبة مبرة من السيد إلى عبده فله صرفه في الانفاق ولو لم يف بذلك اتمه المولى وذلك واضح.

قوله: (وتجب النفقة على البهائم المملوكة الخ) لا خلاف في وجوب النفقة على البهائم المملوكة سواء كانت مأكولة أو لا. والواجب القيام بما يحتاج إليه من العلف والآلات التي يفتقر إليها في الاستعمال ودفع البرد. ولو امتنع المالك من القيام بما وجب عليه، اجبره الحاكم على بيعها أو القيام بكفائتها أو ذبحها ان كانت مما تقصد بالذبح لاكل اللحم أو الانتفاع بالجلد وان لم ينتفع بها بالذبح اجبر على القيام بالكفاة أو البيع. فان اصر على الامتناع قام الحاكم مقامه في ذلك. ودود القز من هذا القبيل فعلى مالكة القيام بكفائته وحفظه من التلف وان عز الورق. وهو كذلك، نعم يجوز له تخفيف جوزها في الشمس وان هلكت تحصيلًا للغرض المطلوب منها، وعليه عمل الناس كافة عصرا بعد عصر من غير تكثير فكان اجماعا. ويدل عليه ظاهر قوله تعالى: خلق لكم ما في الارض جميعا^(١) اي لاجل انتفاعكم به في دنياكم ودينكم، والله تعالى اعلم بحقائق احكامه.

تم المجلد والحمد لله

(١) البقرة: ٢٩ والآية الشريفة هكذا: هو الذي خلق لكم الخ.

الفهرس

٣	مقدمة.....
٨	كتاب النكاح.....
٩	الاول: في الدائم.....
٢٨	(الاول) آداب العقد.....
٣٣	(القسم الثاني) في آداب الخلوة.....
٥٢	الفصل الثاني: في أولياء العقد.....
٧١	[يلحق بهذا الباب مسائل .. (الاولى) الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه].....
٧٢	(الثانية) النكاح يقف على الاجازة في الحر والعبد].....
٧٦	[(الثالثة) لا تنكح الامة الا باذن المولى.....
٧٨	(الرابعة) اذا زوج الابوان الصغيرين صح وتوارثا ولا خيار لاحدهما عند البلوغ].....
٨٢	(الخامسة) اذا زوجها الاخوان برجلين.....
٨٤	[(السادسة) لا ولاية للام].....
٨٧	الفصل الثالث: في أسباب التحريم.....
٨٨	[الثاني: الرضاع ويحرم منه ما يحرم من النسب].....
٩٠	[وشروطه أربعة (الاول) أن يكون اللبن عن نكاح فلو در أو كان عن زنا لم ينشر].....
٩١	[(الثاني) الكمية وهي ما أنبت اللحم وشد العظم].....
١٠٢	(الثالث) ان يكون في الحولين، وهو يراعي في المرتضع دون ولد المرضعة على الاصح.
١٠٥	[(الرابع) أن يكون اللبن لفحل واحد.....
١١١	مسائل.....
١٢٠	السبب الثالث: في المصاهرة والنظر في: الوطئ، والنظر، واللمس.....
	السبب الخامس: اللعان ويثبت به التحريم المؤبد وكذا قذف الزوج امرأته الصماء أو الخرساء
١٧٧	بما يوجب للعان.....

مسائل سبع: (الاولى) التساوي في الاسلام شرط في صحة العقد	١٨٩
(الثانية) اذا انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها،	٢٠٠
(الثالثة) اذا تزوج امرأة ثم علم انها كانت زنت فليس له الفسخ ولا الرجوع على الولي بالمهر	٢٠١
(الرابعة) لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية، ويجوز في غيرها ويحرم التصريح في الحالين.....	٢٠٣
(الخامسة) اذا خطب فاجابت (اجابته خ) كره لغيره خطبتها ولا تحرم].....	٢٠٥
(السادسة) نكاح الشغار باطل، وهو ان تتزوج امرأتان برجلين، على أن مهر كل واحدة نكاح الاخرى	٢٠٦
(السابعة) يكره العقد على القابلة المربية وبناتها	٢٠٧
[القسم الثاني في النكاح المنقطع والنظر في أركانه وأحكامه]	٢١١
[وأركانه أربعة (الاول) الصيغة، وهو ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة خاصة]	٢١٣
[الرابع) الاجل وهو شرط في العقد يتقدر بتراضيهما كالיום والسنة والشهر ولا بد من تعيينه].....	٢٢٩
وأما الاحكام فمسائل.....	٢٣٢
(السادسة) اذا انقضى أجلها.....	٢٤٥
[(السابعة) لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل، ولو اراد وهبها ما بقي من المدة واستأنف].....	٢٤٩
القسم الثالث: في نكاح الاماء والنظر إما في العقد وإما في الملك	٢٥١
[واما الاحكام فمسائل.....	٣٢٦
الطرف الاول.....	٣٤٩
الطرف الثاني.....	٣٦٣
الطرف الثالث: في الاحكام وهي عشرة.....	٣٧٢
(الخامس) لو أعطاهها عوض المهر متاعا او عبدا آبقا او شيئا غيره ثم طلق.....	٣٩١
[(السادس) اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط دون العقد والمهر	٣٩٢

- [السابع) لو شرط ان لا يخرجها من بلدها لزم] ٣٩٦
- [الثامن) لو اختلفا في أصل المهر، فالقول قول الزوج مع يمينه (بيمينه خ ل) ولو كان بعد الدخول] ٣٩٩
- [التاسع) يضمن الاب مهر ولده الصغير ان لم يكن له مال وقت العقد، ولو كان له مال كان على الولد] ٤٠١
- [العاشر) للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها] ٤٠٣
- الفهرس ٤٨٢