

الكتاب: الحدائق الناضرة

المؤلف: المحقق البحراني

الجزء: ٢٤

الوفاء: ١١٨٦

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق:

الطبعة:

سنة الطبع: محرم الحرام ١٤٠٨

المطبعة:

الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

ردمك:

ملاحظات:

الحدائق الناضرة

في
أحكام العترة الطاهرة

تأليف

العالم البارع الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني قدس سره

المتوفى سنة ١١٨٦ هجرية

الجزء الرابع والعشرون

مؤسسة النشر الاسلامي (التابعة)

لجماعة المدرسين بقم المشرفة (إيران)

الكتاب الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة (ج ٢٤)
المؤلف: العالم البارع الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني (قدس سره)
الناشر: مؤسسة النشر الاسلامي لجماعة المدرسين بقم المشرفة
المطبوع: ٥٠٠ نسخة
التاريخ: محرم الحرام ١٤٠٨

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على خير خلقه وأفضل
بريته محمد وآله الطاهرين.
المطلب السادس: الكفر: وفيه بحوث: الأول: وفيه مسائل:
الأولى: لا خلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم كما نقله غير واحد من
محققيهم في أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتائية.
وأما الكتائية فقد اختلفوا فيها على أقوال المذكورة: التحريم مطلقا، وهو مذهب
المرتضى والشيخ
في أحد قولي، وهو أحد قولي الشيخ أيضا، وقواه ابن إدريس، وقال المرتضى:
مما انفردت به الإمامية حظر نكاح الكتائيات، وقال الشيخ في الخلاف: المحصلون
من أصحابنا يقولون: لا يحل نكاح من خالف الإسلام، لا اليهود ولا النصارى ولا
غيرهم، وقال قوم من أصحاب الحديث من أصحابنا: يجوز ذلك، واختار في
كتابي الأخبار التحريم أيضا مطلقا.
والثاني: الجواز مطلقا، وهو منقول عن الشيخ علي بن الحسين بن بابويه
وابنه، وابن أبي عقيل، قال الشيخ علي المذكور على ما نقله عنه في المختلف: وإن
تزوجت يهودية أو نصرانية فامنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، واعلم

أن عليك في دينك في تزويجك إياها غضاضة. ونحوه قال ابنه في المقنع، وزاد: وتزويج المجوسية حرام، ولكن إذا كان للرجل أمة مجوسية، فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ولا يطلب ولدها.

وقال ابن العقيل: وأما المشركات فقولته تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) (١) إلا ما استثناه من عفاف أهل الكتاب، فقال (والمحصنات من الذين أو توا الكتاب من قبلكم) (٢) ثم قال في موضع آخر، قال الله عز وجل (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن إلى قوله أولئك يدعون إلى النار) وذكر مشركي أهل الكتاب فقال (والمحصنات من الذين أو توا الكتاب من قبلكم إلى قوله + ولا متخذي أخدان)

وأهل الشرك عند آل الرسول صلى الله عليه وآله صنفان: صنف أهل الكتاب، وصنف مجوس وعبدة أو ثان وأصنام ونيران، فأما الصنف الذي بدأنا ذكره فقد حرم الله نساءهم حتى يسلموا، وأما أهل الكتاب فهم اليهود والنصارى فلا بأس بنكاح نسائهم متعة وإعلاناً، ولا يجمع في نكاح الاعلان منهن إلا أربع فما دون.

الثالث: جواز متعة اليهود والنصارى اختياراً والدوام اضطراراً، وهو مذهب الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن البراج، قال في النهاية: لا يجوز للرجل المسلم أن يعقد على المشركات على اختلاف أصنافهن يهودية كانت أو نصرانية، أو عابدة وثن، فإن اضطر إلى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية، وذلك جائز عند الضرورة، ولا بأس أن يعقد على هذين الجنسين عقد المتعة مع الاختيار. إنتهى، وعلى هذا النهج كلام الفاضلين الآخرين.

الرابع: عدم جواز العقد بحال، وجواز ملك اليمين، ونقل عن الشيخ في أحد قولييه.

أقول: وبهذا القول صرح الشيخ المفيد على ما نقله عنه في المختلف حيث قال: وقال المفيد: نكاح الكافرة محرم بسبب كفرها، سواء كانت عابدة وثن أو

(١) سورة البقرة - آية ٢٢١.

(٢) سورة المائدة - آية ٥

مجوسية أو يهودية أو نصرانية، قال الله عز وجل (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) وقال في باب العقد على الإماء: وتنكح بملك اليمين اليهودية والنصرانية ولا يجوز له ذلك بعقد نكاح ولا يجوز وطء المجوسية والصابئية والوثنية على حال. وقال في باب السراري: ولا بأس أن يطاء اليهودية والنصرانية بملك اليمين، ولا يجوز له وطء المجوسية على حال، وكذا الصابئيات والوثنيات حرام وطؤهن بالعقود وملك اليمين.

الخامس: جواز المتعة وملك اليمين، وتحريم الدوام، ونقل عن أبي الصلاح وسالار، وأنه اختيار المتأخرين.

أقول: وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط حيث قسم المشركين فيه إلى أقسام ثلاثة: من له كتاب، وهو اليهود والنصارى، أهل التوراة وأهل الإنجيل، قال: فهؤلاء عند المحصلين من أصحابنا لا يجوز أكل ذبائحهم ولا تزويج حرائرهم، بل يقرون على أديانهم إذا بذلوا الجزية، وفيه خلاف بين أصحابنا، وقال جميع الفقهاء: يجوز أكل ذبائحهم ونكاح حرائرهم.

فأما السامرة والصابئون فقد قيل: إن السامرة قوم من اليهود، والصابئون قوم من النصارى، فعلى هذا يحل جميع ذلك، والصحيح في الصابئة أنهم غير النصارى، لأنهم يعبدون الكواكب، فعلى هذا لا يحل جميع ذلك بلا خلاف، وأما غير هذين الكتائين من الكتب كصحف إبراهيم عليه السلام وزبور داود عليه السلام، فلا يحل

نكاح حرائر من كان من أهلها ولا أكل ذبائحهم.

ومن لا كتاب له ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان، فلا يحل نكاحهم، ولا أكل ذبائحهم ولا يقرون على أديانهم بلا خلاف.

ومن له شبهة كتاب، وهم المجوس قال قوم: هم أهل كتاب، وكان لهم كتاب ثم نسخ، ورفع من بين أظهرهم وقال آخرون: ما كان لهم كتاب أصلاً، وغلب التحريم، فقيل على القولين، ويحقن دماؤهم ببذل الجزية، وتحرم مناكحهم

وذبائهم بلا خلاف وقد اختار أصحابنا كلهم بالكتابية ووطأها بملك اليمين، ورووا رخصة في التمتع بالمجوسية. إنتهى.
السادس: تحريم نكاحهن مطلقا اختيارا، وتجويزه مطلقا اضطرارا، وتجويز الوطئ بملك اليمين، ونقل عن ابن الجنيد، قال في المختلف: وقال ابن الجنيد: واختار لمن وجد الغناء عن نكاح أهل الكتابين ترك مناكحتهن بالعقد في دار الاسلام، أما في دار حربهم فلا يجوز ذلك، فإن رغبت إلى ذلك ضرورة في دار الاسلام، ولا يحل نكاح من كان الأبكار منهن، وأن يمنعهن أكل وشرب ما هو محرم في دار الاسلام، ولا يحل نكاح من كان نصارى من بني تغلب وذميمة العرب ومشركيهن.

ومن لم يصح له كتاب من الصابئين وغيرهن واجتناب مناكحتهن أحب إلي، وأما السامرة فيجرون مجرى اليهود، وإن كانوا من بني إسرائيل، ولا بأس بوطئ من ملك من هذه الأصناف كلها بملك اليمين ولكن لا يطلب الولد من غير الكتابية، وقال في نكاح الحر للإمام: ولا يحل للمسلم التزويج على إماء أهل الكتاب. إنتهى.

ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف الأخبار كما أشرنا إليه آنفا، فإنها خرجت في هذا المقام على أنواع متعددة.
الأول: على الجواز مطلقا، وهي ما رواه المشايخ الثلاثة (١) رضوان الله عليهم عن معاوية بن وهب وغيره في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل المؤمن يتزوج النصرانية واليهودية، قال: إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية، فقلت: يكون له فيها الهوى، فقال: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير واعلم أن عليه في دينه في تزويجه إياها غضاضة).

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٧ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٢ ح ١.

وما رواه في الكافي (١) في الصحيح كما عن ابن رثاب عن أبي بصير وهو مشترك إلا أن الأظهر عندي عده في الصحيح كما تقدمت الإشارة إليه عن أبي جعفر عليه السلام (قال):

سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية؟ فقال: إن أهل الكتاب ممالك للإمام، وذلك موسع منا عليكم خاصة، فلا بأس أن يتزوج قلت: فإنه يتزوج عليها أمة؟ قال: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء، فإن تزوج عليهما حرة مسلمة ولم تعلم أن له امرأة نصرانية ويهودية ثم دخل بها فإن لها مما أخذت من المهر فإن شاءت أن تقيم بعد معه أقامت، وإن شاءت أن تذهب إلى أهلها ذهبت، وإذا حاضت ثلاثة حيض أو مرت لها ثلاثة أشهر حلت للأزواج، قلت فإن طلق عليها اليهودية والنصرانية قبل أن تنقضي عدة المسلمة، له عليها سبيل أن يردها إلى منزله؟ قال: نعم) (٢)

وما رواه في الكافي والتهذيب (٣) عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال):

سألته عن رجل تزوج ذمية على مسلمة، ولم يستأمرها، قال: ويفرق بينهما،

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ١١، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٩ ح ٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٠ ح ١.

(٢) أقول: ومما يدل على كونهم ممالك للإمام - عليه السلام - صحيحة زرارة عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عدة مثل عدة المسلمة؟ فقال: لا، لأن أهل الكتاب ممالك للإمام ألا ترى أنهم يؤدون الجزية

كما يؤدي العبد الضريبة ثم قال: قلت: فإن مات عنها وهي نصرانية وهو نصراني فأراد الرجل من المسلمين تزويجها، قال: لا يتزوجها المسلم حتى تعد من النصراني أربعة أشهر وعشرا (منه - قدس سره -). وما رواه - قدس سره - موجود في التهذيب ج ٧ ص ٤٧٨ ح ١٢٦

الكافي ج ٦ ص ١٧٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٧ ح ١
(٣) الكافي ج ٧ ص ٢٤١ ح ٨، التهذيب ج ١٠ ص ١٤٤ ح ٣، الوسائل ج ١٨ ص ٤١٥ ب ٤٩ ح ١.

قلت فعليه أدب؟ قال: نعم اثني عشر سوطا ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغر، قلت: فإن رضيت المرأة الحرة المسلمة بفعله بعد ما كان فعل؟ قال: لا يضرب ولا يفرق بينهما يبقيان على النكاح الأول)، أقول: في التهذيب (أمة) مكان (ذمية) وما رواه في الفقيه (١) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج ذمية على مسلمة قال: يفرق بينهما، ويضرب

ثمن الحد اثني عشر سوطا ونصفا، فإن رضيت المسلمة ضرب ثمن الحد ولم يفرق بينهما، قلت: كيف يضرب النصف؟ قال: يؤخذ بالسوط بالنصف فيضرب به) وما رواه الشيخ في التهذيب (٢) عن أبي مريم الأنصاري ن أبي جعفر عليه السلام (قال:

سألته عن طعام أهل الكتاب ونكاحهم حلال هو؟ قال: نعم قد كانت تحت طلحة يهودية)

وعن محمد بن مسلم (٣) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام (قال سألته عن نكاح اليهودية والنصرانية، فقال: لا بأس، أما علمت أنه كان تحت طلحة بن عبد الله يهودية على عهد النبي صلى الله عليه وآله وما رواه في الكافي (٤) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام هل للرجل أن يتزوج النصرانية على المسلمة، والأمة على الحرة؟ فقال: لا يتزوج

واحدة منهما على المسلمة، يتزوج المسلمة على الأمة والنصرانية، وللمسلمة الثثنان وللأمة والنصرانية الثلث)

وعن سماعة (٥) في الموثق (قال: سألته عن اليهودية والنصرانية أيتزوجها

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٤.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٦ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٣.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٢.

الرجل على المسلمة؟ قال: لا، ويتزوج المسلمة على اليهودية والنصرانية) وما في كتاب الفقه الرضوي (١) حيث قال عليه السلام: وإن تزوجت يهودية أو نصرانية فامنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، واعلم أن عليك في دينك في تزويجك إياها غضاضة، ولا يجوز تزويج المجوسية، ولا يجوز أن تزوج من أهل الكتاب ولا من الإماء إلا اثنتين) إلى آخره.

وكلام الشيخ علي بن بابويه المتقدم نقله عين صدر هذه العبارة، وقد تقدم التنبيه على أن أكثر عبارته وفتاويه في الرسالة مأخوذ من هذا الكتاب، وهذه الأخبار هي مستند قول الثاني.

والنوع الثاني: ما دل على التحريم مطلقا، ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب (٢) عن الحسن بن الجهم في الموثق (قال: قال لي أبو الحسن الرضا عليه السلام: يا أبا محمد ما

تقول في رجل يتزوج نصرانية على مسلمة؟ قلت: جعلت فداك، وما قولي بين يديك، قال: لتقولن فإن ذلك يعلم به قولي، قلت: لا يجوز تزويج النصرانية على مسلمة، ولا على غير مسلمة، قال: لم؟ قلت لقول الله عز وجل (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) (٣) قال: فما تقول في هذه الآية؟ (والمحصنات من الذين أو توا الكتاب من قبلكم) (٤) قلت فقلوله: (ولا تنكحوا المشركات) نسخت هذه الآية فتبسم ثم سكت)

وعن زرارة (٥) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: لا ينبغي نكاح أهل الكتاب، قلت

(١) فقه الرضا ص ٣١، مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤ ح ٢ مع اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٠ ح ٣.

(٣) سورة البقرة - آية ٢٢١.

(٤) سورة المائدة - آية ٥.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٧ ح ٢، الوسائل

ج ١٤ ص ٤١١ ح ٤.

جعلت فداك وأين تحريمه؟ قال: قوله (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) (١)
وعن زرارة في الصحيح أو الحسن (٢) (قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله سبحانه (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) فقال: هذه منسوخة بقوله (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)
وما رواه الثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره (٣) عن أبي جعفر عليه السلام في تفسير قوله (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) أن من كانت عنده امرأة كافرة يعني على غير ملة الاسلام وهو على ملة الاسلام فليعرض عليه الاسلام فإن قبلت فهي امرأته، وإلا فهي بريئة منه، فهي الله أن يمسك بعصمهم.
وما رواه الراوندي في نواته (٤) بإسناده عن موسى بن جعفر عن أبيه عليه السلام (قال: قال علي عليه السلام لا يجوز للمسلم التزويج بالأمة اليهودية ولا النصرانية، لأن الله تعالى قال: من فتياكم المؤمنات) الحديث.
وروى العياشي في تفسيره (٥) عن مسعدة بن صدقة، قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) قال: نسختها (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وهذه الأخبار أدلة القول الأول.
والنوع الثالث ما دل عليه الجواز للضرورة، ومنها ما رواه في الكافي (٦)

-
- (١) سورة الممتحنة - آية ١١٠.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٨ التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٣ الوسائل ج ١٤ ص ٤١٠ ح ١.
(٣) تفسير القمي ج ٢ ص ٣٦٣، الوسائل ج ١٤ ص ١٧ ح ٧.
(٤) نوات الراوندي ص ٤٨ البحار ج ١٠٣ ص ٣٨٠ ح ٢٠ طبعة الآخوندي
(٥) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٩٦ ح ٣٨ عن ابن سنان عن أبي عبد الله، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤ ح ١، عن مسعدة بن صدقة.
(٦) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٢ ح ٣.

عن يونس عنهم عليهما السلام (قال: لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمة إلا أن لا يجد حرة، فكذلك لا ينبغي له أن يتزوج امرأة من أهل الكتاب إلا في حال الضرورة، حيث لا يجد مسلمة حرة ولا أمه)

وعن محمد بن مسلم في الصحيح (١) وإن اشتمل على إرسال ابن أبي عمير لعدهم مراسلاته في الصحاح عن أبي جعفر عليه السلام (قال: لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهودية

ولا نصرانية وهو يجد مسلمة حرة أو أمة) والتقريب فيه بحمل (لا ينبغي) على التحريم كما هو ظاهر الخبر الأول.

والنوع الرابع: ما دل على الجواز على كراهة، ومنه صحيحة معاوية ابن وهب (٢) المتقدمة في صدر روايات الجواز.

وما رواه في الكافي (٣) في الصحيح أو الحسن عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (قال: وما أحب للرجل المسلم أن يتزوج اليهودية ولا النصرانية مخافة أن يتهود ولده أو يتنصر)

وما رواه في كتاب قرب الإسناد (٤) عن أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أنه كره مناكحة أهل الحرب) إلا أن هذا مبني على أن لفظ (لا أحب) ولفظ (كره) بمعنى المكروه المستعمل بين الناس، هو في الأخبار أعم من ذلك، فإنه قد ورد بمعنى التحريم كثيرا فهما من الألفاظ المتشابهة كما تقدم تحقيقه. والنوع الخامس: ما دل على تخصيص الجواز بالبله كما رواه في الكافي (٥) عن

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٩ التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٤
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٦ الفقيه ج ٣
ص ٢٥٧ ح ٧ الوسائل ج ١٤ ص ٤١٢ ح ١.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥١ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤١١ ح ٥.
(٤) قرب الإسناد ص ٦٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١١ ح ٦.
(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٩ ح مع اختلاف يسير
الوسائل ج ١٤ ص ٤١٤ ح ١.

زرارة (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهودية ولا نصرانية وإنما يحل منهن نكاح البله) ولفظ (لا يصلح) وإن كان ظاهرا في الكراهة باعتبار اصطلاح الناس، إلا أنه في الأخبار من الألفاظ المتشابهة المستعملة في التحريم أيضا، وقرينة التحريم هنا قوله (إنما يحل)

والنوع السادس: ما ورد في التمتع بهن، ومن ذلك ما رواه في التهذيب (١) عن الحسن بن علي بن فضال في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

لا بأس أن يتمتع الرجل باليهودية والنصرانية وعنده حرة) وعن زرارة (٢) (قال: سمعته يقول: لا بأس بأن يتزوج اليهودية والنصرانية متعة، وعنده امرأة)

وعن محمد بن سنان (٣) عن الرضا عليه السلام (قال: سألته عن نكاح اليهودية والنصرانية، فقال: فمجوسية، فقال: لا بأس به، يعني متعة) وأقول: قوله (يعني متعة) من كلام الراوي، وهو تفسير لكلامه عليه السلام وبيان لا جماله، لعلمه بذلك بقرينة الحال يومئذ، إلا أن هذا التفسير يمكن أن يكون للمجوسية خاصة، وأن نفي البأس عنها إنما هو بالنسبة إلى المتعة دون الدائم، وحينئذ فنفي البأس في اليهودية والنصرانية أعم من المتعة والدائم، وبهذا تكون هذا الرواية من روايات النوع الأول، وهذا هو الأقرب، ويحتمل أن يكون للجميع.

وعن منصور الصيقل (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا بأس بالرجل أن يتمتع

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٥ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٢٩ الوسائل ج ١٤ ص ٤١٥ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣١ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٤.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣٢ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٥.

بالمجوسية)

وعن إسماعيل بن سعد الأشعري (١) في الصحيح (قال: سألته عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية؟ قال: لا أرى بذلك بأساً، قال: قلت: بالمجوسية؟ قال: وأما المجوسية فلا) وحمل في التهذيبيين المنع عن المجوسية على الكراهة عند التمكن من غيرها، هذا ما ورد من الأخبار على ما عرفت من الاختلاف ومثلها الآيات القرآنية، فإنها مختلفة أيضاً.

فمما يدل على التحريم قوله عز وجل في سورة البقرة (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن)) إلى قوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) (٢) وقوله عز وجل في سورة الممتحنة (يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن إلى قوله ولا تمسكوا بعصم الكوافر) (٣)

ومما يدل على الجواز قوله عز وجل في سورة المائدة (والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتوهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان) (٤)

وأنت خبير بأن أكثر الأخبار دال على الجواز وإن كان على كراهة كما يفهم من الأخبار الأخر المتقدمة، ولا ينافي ذلك روايات المتعة إن لم تؤكد، لدلالاتها على الجواز في الجملة، ولهذا مال إلى الجواز شيخنا في المسالك وسببه السيد السند في شرح النافع.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣٠، السائل ج ١٤ ص ٤٦١ ح ١.

(٢) سورة البقرة - آية ٢٢١.

(٣) سورة الممتحنة - آية ١٠٠.

(٤) سورة المائدة - آية ٥.

ويؤيده ما رواه النعماني في تفسيره (١) عن علي عليه السلام وصرح به الثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره (٢) أيضا في بيان ما نصفه باق المائدة (اليوم أحل لكم الطيبات) إلى قوله والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم (٣) وقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) لم ينسخ إلى آخر كلامهما زيد في إكراههما، وحينئذ ربما يمكن القول بترجيح الجواز، إلا أن إجماع العامة على الجواز كما نقله الشيخ وغيره.

وقد تقرر في طرق الترجيح في مقام اختلاف الأخبار، عرض الأخبار على مذهبهم والأخذ بخلافه كما تضمنته مقبولة عمر بن حنظلة (٤)، ورواية زرارة وغيرها حتى ورد أنهم ليسوا من الحنيفية على شيء، وأن الرشد في خلافهم، وبلغ الأمر إلى أنهم أمروا شيعتهم بأنه متى أعوزهم الحكم الشرعي رجعوا إلى قضاة العامة، وأخذوا بخلاف ما يفتون به، وحينئذ فيشكل العمل بأخبار الجواز، لا مكان الحمل على التقية.

فإن قيل: إن من جملة القواعد أيضا، لكن الآيات كما عرفت مختلفة، والجمع بينها مشكل، إلا أنه يمكن أن يقال: إن مقتضى ما قدمنا نقله عن تفسير النعماني وعلي بن إبراهيم أن آية (ولا تنكحوا المشركات) (٥) الدالة على التحريم قد

(١) المحكم والمتشابه ص ٣٤ و ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٣ ح ٦.

(٢) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣.

(٣) سورة المائدة - آية ٥.

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٥ ح ٢ الوسائل ج ١٨ ص ٧٥ ح ١.

(٥) سورة البقرة - آية ٢٢١.

نسخت بآية (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) (١) الدالة على الجواز، ولهذا جعلنا ذلك مؤيدا للجواز.

ومقتضى ما دلت عليه حسنة زرارة أو صحيحته، وكذا روايته الأخرى المتقدمتين في النوع الثاني أن آية التحريم إنما هي (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) (٢) وأن هذه الآية قد نسخت آية (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) ويؤيد ذلك الروايات الواردة في تفسير (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) المتقدمة في الموضوع المذكور.

وأما آية (ولا تنكحوا المشركات) فالظاهر من إيراده في الاستدلال على التحريم في حسنة زرارة وروايته بآية (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) دونها، مع أنها أصرح في التحريم أنها قد نسخت بآية المائدة كما نقله الشيخان المتقدم ذكرهما في تفسيريهما، ولعله بعد ذلك نسخت آية المائدة بآية (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) كما صرحت به الروايتان المذكورتان.

وما يقال من أن المائدة آخر القرآن نزولا غير معلوم على إطلاقه، نعم بعض آياتها كذلك، فإن الظاهر من الأخبار أن السور لم تنزل دفعه واحدة بل القرآن كله إنما نزل نجوما بحسب الأحكام المتجددة والوقائع المتعددة، ولهذا صرحوا بأنه لم يتكامل في نزوله إلا بعد عشرين سنة، وحينئذ فيكون القرآن دليلا على التحريم بمعونة هذه الروايات، لأننا لا نفهم من القرآن إلا ما أفهمونا إياه، وأوقفونا عليه، سيما عند تشابهه عليه نا، ونسخ بعضه بعضا.

ومن ذلك يظهر ترجيح القول بالتحريم بالنظر إلى هاتين القاعدتين الواردتين في مقام الترجيح، لأن العرض على مذهب العامة والأخذ بخلافه لا يتم إلا على القول بالتحريم والعرض على الكتاب بالتقريب الذي أوضحناه

(١) سورة المائدة - آية ٥.

(٢) سورة الممتحنة - آية ١٠.

يقتضي القول بالتحريم، فإن هو المفهوم من الآيات بمعونة هذه الروايات. وأما ما ذكره شيخنا في المسالك من أن إثبات النسخ بهذه الرواية يعني حسنة زرارة مشكل، خصوصاً مع عدم صحة سندها محل نظر، فإن حسنها إنما هو بإبراهيم بن هشام الذي لا راد لروايته لما هو عليه من علو الشأن ورفعة المكان، حتى عد روايته في الصحيح جملة من محققي متأخري المتأخرين كالشيخ البهائي ووالده، وشيخنا المجلسي ووالده المولى محمد تقي وغيرهم. وهو قد اعترف في غير موضع، وكذا سبطه السيد السند بأنه لا راد لروايته، وإن نظمها في قسم الحسن، فالمناقشة في ذلك واهية على أنها كما عرفت قد عارضها رواية زرارة الثانية، ورواية تفسير الشيخ علي بن إبراهيم، وحينئذ فتحمل تلك الروايات الدالة على الجواز على التقية.

ويؤيده ما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى في مسألة اشتراط الكفاءة في في النكاح التي هي عبارة عن التساوي في الايمان كما هو المشهور أو الاسلام كما هو القول الآخر فإنه وإن كان المشهور اختصاص ذلك بجانب الزوج إلا أن الأظهر هو اشتراط ذلك من الجانبين، كما هو مذهب سائر، حيث قال: ومن الشرائط أن تكون مؤمنة أو مستضعفة، فإن كانت ذمية أو مجوسية أو معاندة لم يحل نكاحها قط، لأن الكفاءة في الدين مراعاة عندنا في صحة هذا العقد، فأما في عقد المتعة والإماء فجائز في الذميات خاصة، دون المجوسية، إنتهى. وأما ما ذكره السيد السند في شرح النافع وإليه أشار جده في المسالك من أن آية (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) (١) الدالة على الجواز لا ينافيها قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) (٢) لأن الأولى خاصة والعمل على الخاص مقدم.

(١) سورة المائدة - آية ٥.

(٢) سورة البقرة - آية ٢٢١.

ففيه أنه جيد لو لم تعارضه الرواية عنهم عليهما السلام فإن موثقة الحسين بن الجهم (١) دلت على أن آية (ولا تنكحوا المشركات) قد نسخت آية (والمحصنات) وهو إن وقع في كلام الراوي إلا أنه عليه السلام قد قرره على ذلك، لكن هذه الرواية معارضة بما قدمنا نقله عن تفسير النعماني.

وكلام الشيخ علي بن إبراهيم في تفسيره من أن آية (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) قد نسخت بقوله تعالى في سورة المائدة (اليوم أحل لكم الطيبات إلى قوله والمحصنات) (٢) وما ذكره من الجمع بين الآيتين بتخصيص إحداهما بالأخرى لا يتم على كل من الروایتين، بل الروایتان ظاهرتان في

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٠ ح ٣

(٢) أقول: وبذلك يظهر لك ما في قوله المسالك - من أنه لا وجه للنسخ بعد إمكان الجمع بين الآيتين بتخصيص عموم آية (ولا تنكحوا المشركات) بآية (والمحصنات) من الذين أوتوا الكتاب) فإن فيه أن الروايات قد صرحت بالنسخ وإن اختلفت في أن أيتها الناسخة وأيتها المنسوخة.

فقوله (لا وجه للنسخ فيه) نوع اعتراض على الإمام - عليه السلام - في حكمه بالنسخ وهو لا يخلو من سوء أدب نعم لو كان ذلك في مقابلة دعوى من ادعى ذلك بغير دليل اتجه ما ذكره.

وكذا قوله (وأما آية النهي عن التمسك بعصم الكوافر فليست صريحة في إرادة النكاح ولا فيما هو أعم منه) فإن فيه أنه وإن كان الأمر كذلك بالنظر إلى ظاهر الآية ولكن بعد ورود الروايات يكون (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ناسخة لآية (والمحصنات) ولكن بعد ورود تفسير الآية بالنكاح كما قدمنا نقله عن تفسير علي بن إبراهيم فلا وجه لهذا الكلام وهل هو إلا نوع رد على الإمام عليه السلام فيما فسر به الآية في المقام.

وبالجملة فإن كلامه هنا بعيد عن التحقيق، وسحيق في ذلك وأي سحيق (منه - قدس سره -).

في التعارض، وأنه لا مخرج من ذلك إلا بنسخ إحداهما للثانية، وإن وقع الاختلاف بينهما في أن أيتها النسخة وأيتها المنسوخة.
وكيف كان فالمسألة بمحل من الاشكال، لما عرفت من الاختلاف في الآيات والروايات، وإن كان ما ذكرناه هو الذي يترجح في النظر القاصر والذهن الفاتر، والله العالم.

تنبيهات

الأول: ظاهر الأصحاب أن المجوس ليسوا داخلين تحت إطلاق أهل الكتاب، وأن أهل الكتاب حقيقة إنما هم اليهود والنصارى، وهذا البحث المتقدم مخصوص بهم وإن ألحقوا بهم في بعض الأحكام.

قال شيخنا في المسالك بعد تمام البحث في اليهود والنصارى: بقي الكلام في المجوسية، فإن الظاهر عدم دخولها في أهل الكتاب، لقول النبي صلى الله عليه وآله (١) (سواهم سنة أهل الكتب) فإن فيه إيماء إلى أنهم ليسوا منهم ولذلك قيل: إنهم ممن لهم شبهة كتاب، وقد (٢) روي أنهم حرقوا كتابهم فرفعوا وأيضاً فلا يلزم أن يسن بهم سنتهم في جميع الأحكام، وظاهر الرواية كونه في الجزية، ويؤيده أنهم سبوا في جميع الأحكام، وظاهر الرواية كونه في الجزية، ويؤيده أنهم رووا فيها أيضاً غير ناكحي نسائهم ولا أكل ذبائحهم، فيضعف الاحتجاج ببعضها دون بعض، والرواية عامة، إنتهى.
أقول: المفهوم من بعض الأخبار كونهم من أهل الكتاب وأنه كان لهم نبي وكتاب، فروى في الكافي والتهذيب (٣) عن أبي يحيى الواسطي عن بعض أصحابنا

(١) الفقيه ج ٢ ص ٢٩ ح ١١ الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٥.

(٢) التهذيب ج ٦ ص ١٧٥ ح ٢٨، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٥.

(٣) الكافي ج ٣ ص ٥٦٧ ح ٤، التهذيب ج ٤ ص ١١٣ ح ١، الوسائل ج ١١

ص ٩٦ ح ١.

(قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس كان لهم نبي؟ فقال: نعم. أما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله إلى أهل مكة أن أسلموا وإلا نابذتكم بحرب، فكتبوا

إلى النبي صلى الله عليه وآله أن خذ منا الجزية ودعنا على عبادة الأصنام، فكتب إليهم النبي صلى الله عليه وآله: أني لم آخذ الجزية إلا من أهل الكتاب، فكتبوا إليه صلى الله عليه وآله

يريدون بذلك تكذيبه صلى الله عليه وآله: زعمت أنك لا تأخذ الجزية إلا من أهل الكتاب

ثم أخذت الجزية من مجوس هجر، فكتب إليهم النبي صلى الله عليه وآله: أن المجوس كان لهم نبي فقتلوه، وكتاب فأحرقوه، أتاهاهم نبيهم بكتابهم في اثني عشر ألف جلد ثور)

وما رواه في التهذيب (١) عن أبي يحيى الواسطي (قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس فقال: كان لهم نبي قتلوه وكتاب أحرقوه، أتاهاهم نبيهم بكتابهم في اثني عشر ألف جلد ثور..)

(وقال الصدوق في الفقيه: (٢) المجوس تؤخذ منهم الجزية، لأن النبي صلى الله عليه وآله قال: سنوا بهم سنة أهل الكتاب، وكان لهم نبي اسمه جاماست فقتلوه،

وكتاب يقال إنه كان يقع في اثني عشر ألف جلد ثور فحرقوه) وروى الصدوق في كتاب المجالس (٣) بسنده عن الأصبغ بن نباتة أن عليا عليه السلام قال على المنبر: سلوني قبل أن تفقدوني، فقام إليه الأشعث فقال: يا أمير المؤمنين عليه السلام كيف تؤخذ الجزية عن المجوس ولم ينزل عليهم كتاب ولم يبعث

إليهم نبي فقال: بلى يا أشعث قد أنزل الله عليهم كتابا وبعث إليهم نبيا) الحديث. وروى الشيخ الطوسي في كتاب مجالسه (٤) عن علي بن دعبل أخي

(١) التهذيب ج ٦ ص ١٧٥ ح ٢٨، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٣.
(٢) الفقيه ج ٢ ص ٢٩ ح ١١ الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٥، وفيهما اختلاف مع الأصل
(٣) المجالس ص ٢٠٦ ح ٥٥، الوسائل ج ١١ ص ٩٨ ح ٧.
(٤) مجالس ابن الشيخ ج ٢ ص ٣٧٥ المجلس / ١٣، الوسائل ج ١١ ص ٩٨ ح ٩.

دعبل بن علي عن علي بن موسى الرضا عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهما السلام عن علي بن الحسين عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: سنوا بهم سنة أهل الكتاب (يعني المجوس)

وروى الشيخ المفيد في المقنعة (١) عن أمير المؤمنين عليه السلام مرسلا أنه قال: المجوس إنما الحقوا باليهود والنصارى في الجزية والديات لأنه قد كان لهم في ما مضى كتاب)

أقول: الظاهر أنه حيث لم يشتهر نبي المجوس وكتابهم كشهرة كتابي اليهود والنصارى ونبيهما بل كانوا عند الناس أولا وآخرا أنهم ليسوا بأهل الكتاب ولا نبي وقع التعبير بأن يسن بهم سنة أهل الكتاب المشهورين ويلحقوا بهم. وظاهرا أكثر هذه الأخبار أن ذلك إنما هو بالنسبة إلى الجزية، وظاهر خبر الشيخ المفيد اللاحق في الديات أيضا، والظاهر أنه لهذا لم تجر عليهم أحكام أهل الكتاب المذكورة في هذا المقام بالنسبة إلى الكلام المتقدم نصا وفتوى، وإن كانت الأخبار مختلفة فيهم أيضا لكن لا على الوجه المذكور. ومن ذلك ما تقدم في النوع الأول من قول الرضا عليه السلام في كتاب الفقه (٢) (ولا يجوز تزويج المجوسية)

وما تقدم في النوع السادس من رواية محمد بن سنان (٣) عن الرضا - عليه السلام - (قال:

سألته عن نكاح يهودية والنصرانية فقال: لا بأس، فقلت: فمجوسية فقال: لا بأس، به يعني متعة) بالتقريب المذكور في ذيلها ثمة.

ورواية منصور الصيقل (٤) المتقدم نقلها ثمة أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمجوسية).

(١) المقنعة ص ٤٤، الوسائل ج ١١ ص ٩٨ ح ٨.

(٢) الفقه الرضوي ص ٢٣٥، مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣١ و ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٤ و ٥.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣١ و ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٤ و ٥.

وصحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري (١) المتقدمة ثمة أيضا (قال: سألته عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية: قال: لا أرى بذلك بأسا قال: قلت: بالمجوسية؟ قال: أما المجوسية فلا) وروى الشيخ في التهذيب (٢) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام

(قال: سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية؟ فقال: لا، ولكن إن كانت له أمة مجوسية فلا بأس يطأها ويعزل عنها ولا يطلب ولدها) قال في المسالك وليس في حكم المجوسية أوضح من هذه الرواية، وقد دلت على النهي عن تزويجها مطلقا الشامل للدوام والمتعة، ونفي البأس عن وطئها بملك اليمين، ويمكن أن يستنبط منها جواز المتعة، لما روي أن المتمتع بها بمنزلة الأمة، إلا أن يلحق بأهل الكتاب حقيقة أو حكما، وفيه نظر لأن الرواية عامة. إنتهى.

أقول: قد دلت صحيحة محمد بن مسلم وكلامه عليه السلام في الفقه الرضوي على تحريم التزويج بالمجوسية، وظاهرهما الاطلاق أعم من أن يكون دائمة أو متعة إلا أن غيرهما من هذه الأخبار قد اختلفت في المتعة، فمما يدل على الجواز رواية محمد بن سنان ومنصور الصيقل، ومما يدل على المنع صحيحة إسماعيل بن سعد. وحينئذ فمن يعمل بالأخبار كلها ضعيفها وصحيحها فوجه الجمع عنده هو حمل صحيحة إسماعيل على ما ذكره الشيخ من الكراهة عند التمكن من غير المجوسية، وتخصيص إطلاق كلامه عليه السلام في كتاب الفقه وصحيحة محمد بن مسلم بهذه الأخبار الدالة على جواز المتعة، فيحمل ذلك الاطلاق على الدائمة وهذا هو الأظهر.

ومن يعمل على الاصطلاح المحدث كشيخنا الشهيد الثاني في المسالك وغيره،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦١ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٢ ح ٦٣، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ٨ الوسائل ج ١٤ ص ٤١٨ ح ١.

فإنهم يقفون على إطلاق الصحيحة المذكورة ونحوها فيمنعون من التزويج بها مطلقاً، إلا أن فيه أنك قد عرفت الروايات المتقدمة أنها دالة على أن المجوس من جملة أهل الكتاب فيلحقهم في هذا المقام ما يلحق اليهود والنصارى من الأحكام ولا سيما التمتع الذي تكاثرت به الأخبار.

وقاله في المسالك: أن الرواية بكونهم ملحقين بأهل الكتاب عامية بناء على ما قدمناه نقله عنه من إيراد تلك الرواية العامة ضعيف لما عرفت من الروايات التي أوردناها من طرق أصحابنا رضوان الله عليهم وبالجملة فالأظهر هو المنع من تزويجها دواماً، وأنه يجوز تزويجها متعة وبملك اليمين.

وأما قوله في المسالك بعد ذكر صحيحة محمد بن مسلم أنه ليس في روايات المسألة أو ضح من هذه الرواية يعني باعتبار السند وصحته، ففيه أن صحيحة إسماعيل مثلها في الصحة لأنه نقلها في التهذيب عن أحمد بن محمد بن عيسى

عن إسماعيل، وطريقه إلى أحمد المذكور صحيح كما صرحوا به في الرجال، وهي في المعنى مؤكدة لظاهر إطلاق صحيحة محمد بن مسلم. الثاني: قد اختلف كلام الأصحاب في الصابئة ودينهم فقال الشيخ في المبسوط كما قدمنا نقله: فأما السامرة والصابئون فقد قيل: (١) إن السامرة قوم من اليهود، والصابئون قوم من النصارى، والصحيح في الصابئة أنهم غير النصارى، لأنهم يعبدون الكواكب.

وقال الفيومي في كتاب المصباح المنير (٢): وصبأ من دين إلى دين يصبأ مهموز

(١) أقول: وهذا القول حكاه أيضاً العلامة في القواعد فقال: وأما السامرة فقيل: أنهم من اليهود، والصابئون من النصارى، والأصل أنهم إن كانوا يخالفون القبليتين في فروع الدين فهم منهم، فإن خالفهم في أصله فهم ملاحدة لهم حكم الحريين، انتهى. (منه - رحمه الله).
(٢) المصباح المنير ج ١ ص ٤٥٤.

بفتحتين: خرج، فهو صابئ، ثم جعل هذا اللقب علما على طائفة من الكفار يقال أنهم تعبد الكواكب في الباطن، وتنسب إلى النصرانية في الظاهر، وهم الصابئة والصابئون ويدعون أنهم على دين صابئ بن شيث بن آدم، ويجوز التخفيف فيقال: الصابون.

وقال في القاموس (١) والصابئون يزعمون أنهم على دين نوح عليه السلام، وقبلتهم من مهب الشمال عند منتصف النهار.

وقال في الصحاح: هم جنس من أهل الكتاب. ونقل العلامة في التذكرة عن الشافعي أنهم مبتدعة النصارى كما أن السامرة مبتدعة اليهود.

أقول: والظاهر أن هذا هو القول الذي رده الشيخ في المبسوط.

وقال المحقق الشيخ علي في شرح القواعد: ويقال إن الصابئين فرقتان، فرقة توافق النصارى في أصول الدين، والأخرى تخالفهم فيعبدون الكواكب السبعة، وتضيف الآثار إليها وتنفي الصانع المختار.

قال: وكلام المفيد قريب من هذا، لأنه قال: إن جمهور الصابئين توحد الصانع في الأزل، ومنهم من يجعل معه هيولي في القدم صنع منها العالم، فكانت عندهم الأصل، ويعتقدون في الفلك وما فيه الحياة والنطق أنه المدبر لما في هذا العالم الدال عليه وعظموا الكواكب وعبدوها من دون الله، وسموها بعضهم ملائكة، وجعلها بعضهم آلهة وبنوا لها بيوتا للعبادات، إنتهى.

وفي كتاب تفسير الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمي (٢): الصابئون قوم لا مجوس ولا يهود ولا نصارى ولا مسلمون، ولكنهم يعبدون الكواكب والنجوم.

وفي التبيان (٣) للشيخ أبي جعفر الطوسي، ومجمع البيان (٤) لأبي علي الطبرسي:

(١) القاموس ج ١ ص ٢١.

(٢) تفسير علي بن إبراهيم القمي ج ١ ص ٤٨.

(٣) التبيان ج ١ ص ٢٨٣.

(٤) مجمع البيان ج ١ ص ١٢٦.

إنه لا يجوز عندنا أخذ الجزية عن الصابئة لأنهم ليسوا من أهل الكتاب. إلى غير ذلك من أقوال العلماء المختلفة فيهم، ولا سيما في كتاب الملل والنحل، فإنهم تكلم فيهم في مواضع وأطال. والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه الطائفة ما نقله الشيخ فخر الدين ابن طريح في كتاب مجمع البحرين (١) عن الصادق عليه السلام (قال سمي الصابئون لأنهم

صبوا إلى تعطيل الأنبياء؟ والرسل والشرايع، وقالوا كلما جاءوا به باطل، فجحذوا توحيد الله ونبوة الأنبياء؟ ورسالة المرسلين، ووصية الأوصياء، فهم بلا شريعة ولا كتاب ولا رسول) ومن هذا الخبر يظهر أنهم ملاحدة كفار، ولا مجرى لهم في هذا المضمار.

وأما السامرة فظاهر كلام من تعرض لذكرهم أنهم قوم من اليهود كما تقدم في عبارة الشيخ في المبسوط، والشيخ إنما أنكر ذلك في الصابئين، ولم يتعرض لذكر السامرة، وربما أشعر كلامه بالموافقة على ما ذكره.

قال في كتاب المصباح المنير (٢): فالسامرة فرقة من اليهود وتخالف في أكثر الأحكام. ونحو ذلك نقل العلامة أجزل الله إكرامه في القواعد، وحينئذ فالظاهر إجراء أحكام اليهود عليهم لصدق الاسم، ودوران الأحكام مداره، والله العالم. الثالث: قال في المسالك: واعلم أنه لا فرق في أهل الكتاب بين الحربي منهم والذمي لشمول الاسم لهما، ولكن تتأكد الكراهة في نكاح الحربية حذرا من أن يسترق وهي حامل منه، ولا يقبل قولها في أن حملها من مسلم.

أقول: الظاهر بعد ما ذكره. قدس سره من الشمول للحربي في هذا الحكم، فإنه وإن كان الأمر كذلك من حيث الاطلاق، إلا أن حكم الحربي لما كان إنما هو القتل أو الدخول في الاسلام كتابيا أو غير كتابي وجب تخصيص

(١) مجمع البحرين ج ١ ص ٢٥٩.

(٢) المصباح المنير ج ١ ص ٣٩٢.

الحكم بغير الحربي، وإلا لجاز نكاح الحربية من غير أهل الكتاب، لأن الجميع واحد من حيث الأحكام، مع أنه لا يقول به.

على أن بعض روايات المسألة تضمن التعبير بالذمية كرواية منصور بن حازم (١) ورواية هشام بن سالم (٢) المتقدمتين في النوع الأول، وحينئذ فيجب حمل ما عداهما من أخبار المسألة عليهما، ويصير الحكم مختصا بالذمية دون الحربية، وبالجملة فإن ما ذكره من العموم عندي محل إشكال.

ثم إنه قال في المسالك أيضا: وإنما اختص أهل الكتاب باليهود والنصارى دون غيرهم ممن يتمسكون بكتب الأنبياء كصحف شيت وإدريس وإبراهيم أو بالزبور، لأن تلك الكتب لم تنزل عليه بنظم تدرس وتتلّى، وإنما أوحى إليهم معانيها، وقيل: إنها كانت حكما ومواعظ لم تتضمن أحكاما وشرايع، ولذلك كان كل خطاب في القرآن لأهل الكتاب مختصا بهاتين الملتين، إنتهى.

والمسألة الثانية: في ارتداد أحد الزوجين أو إسلامه، والكلام هنا يقع في مواضع: الأول: قد صرح الأصحاب رضوان الله عليهم بأنه لو ارتد أحد الزوجين عن الإسلام قبل الدخول انفسخ العقد بينهما في الحال، ونسب ذلك إلى عامة أهل العلم من الأصحاب وغيرهم، وسواء كان الارتداد عن ملة أو عن فطرة، لأن الارتداد نوع من أنواع الكفر الذي لا يباح التناكح معه.

ثم إنه لا يخل إما يكون المرتد هو الزوجة أو الزوج، فإن كان الزوجة فإنه لا شيء لها لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول بها، ويمكن الاستدلال بفحوى ما يدل على أن النصرانية إذا أسلمت قبل الدخول انفسخ نكاحها ولا مهر لها، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج، فإن ذلك

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٤١ ح ٨ التهذيب ج ١٠ ص ١٤٤ ح ٣، الوسائل

ج ١٨ ص ٤١٥ ب ٤٩ ح ١.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٤.

يقتضي سقوط المهر هنا بطريق أولى (١). وإن كان المرتد الزوج فعليه نصف المهر المسمى إن كانت التسمية صحيحة، لأن الفسخ جاء من قبله فأشبهه الطلاق، وإن كانت التسمية فاسدة فنصف مهر المثل وإن لم يكن سمي شيئاً فالمتعة، كذا صرح جملة منهم. وقيل بثبوت جميع المهر في الصورة المذكورة، لأنه هو الثابت بالعقد، وتنصيفه يحتاج إلى دليل، وقيام الدليل على التنصيف بالطلاق أو بإضافة الموت على قول لا يوجب إلحاق ما لا دليل عليه إلا بطريق القياس المحظور في الشريعة. واختار هذا القول شيخنا في المسالك، وسبغه السيد السند في شرح النافع وقوته ظاهرة (٢) إلا أنه قد روي في الكافي والتهذيب (٣) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في مجوسية أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها فقال أمير المؤمنين عليه السلام لزوجها أسلم، فأبى زوجها أن يسلم، فقضى لها عليه نصف الصداق، قال: ولم يزلها الإسلام إلا عزاء) والظاهر أنه إنما قضى عليه السلام له بنصف المهر عليه، لأن الفسخ جاء من قبله بعدم إسلامه بعد تكلفيه له عليه السلام بذلك، فإنه لو أسلم لكانا على نكاحهما، فيكون من قبيل ما نحن فيه، وفيه إشكال يأتي التنبيه عليه، قالوا: ولو وقع الارتداد

(١) وجه الأولوية أنه إذا كان المهر يسقط بالإسلام فإنه يسقط بالكفر بطريق أولى (منه - قدس سره).

(٢) وبنحو ذلك صرح سبغه في شرح النافع فقال: إن كان الارتداد تعد الدخول وقف انفساخ العقد على انقضاء العدة إذا كان الارتداد من الزوجة وكان عن ملة فإن رجع المرتدة قبل انقضائها ثبت النكاح، وإلا تبين انفساخه من حين الارتداد من غير خلاف عندنا وعند أكثر العامة. انتهى، والرواية كما ترى بخلافه (منه قدس سره).

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٢ ح ٧.

منهما دفعة انفسخ النكاح إجماعاً، كذا نقل عن التذكرة، وهل يسقط المهر أم لا؟ وجهان، والأصل يقتضي العدم.

هذا فيما إذا كان الارتداد قبل الدخول، وأما بعد الدخول، فإن كانت المرتدة هي المرأة ملية كانت أو فطرية وقف انفساخ العقد على انقضاء العدة وهي عندهم عدة الطلاق، ولم أقف فيها على نص، فإن انقضت العدة ولم ترجع إلى الإسلام فقد بانة ولا يجوز له في ضمن العدة التزويج بأختها ولا بخامسة لأنها كالعدة الرجعية، حيث إنه يرجى رجوعها وعدوها في كل وقت، كذا ذكره، ولا يحضرني الآن نص في أنها هل تبين بمجرد الارتداد، أو يقف على انقضاء العدة كما ذكره.

وإن كان المرتد هو الزوج، فإن كان عن ملة وقف الفسخ على انقضاء العدة وهي كعدة الطلاق، فإن عاد قبل انقضاء عدتها فهو أملك بها، وإلا فقد بانة منه، كذا قالوا، وبه صرح في المسالك.

والذي حضرني من الأخبار المتعلقة بهذه الصورة حسنة أبي بكر الحضرمي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا ارتد الرجل المسلم عن الإسلام بانة منه امرأته كما

تبين المطلقة ثلاثاً وتعدت منه كما تعدت المطلقة، فإن رجع إلى الإسلام وتاب قبل أن يتزوج فهو خاطب من الخطاب، ولا عدة عليها منه، وإنما عليها العدة لغيره، فإن قتل أو مات قبل انقضاء العدة اعتدت منها عدة المتوفى عنها زوجها، وهي ترثه في العدة ولا يرثها إن ماتت، وهو مرتد عن الإسلام)

وهذه الرواية كما ترى دالة على أنه تبين منه بمجرد الارتداد كما تبين المطلقة ثلاثاً، وأنه لو تاب وهي في العدة فهو خاطب من الخطاب، وهو أيضاً صريح في البيونة بمجرد الارتداد، غاية الأمر أن له أن يتزوجها في العدة، حيث

(١) الكافي ج ٧ ص ١٥٣ ح ٣ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٩ ص ٣٧٣ ح ١ و ج ١٠ ص ١٤٢ ح ٢٤، الفقيه ج ٤ ص ٢٤٢ ب ١٦٩ ح ٢، الوسائل ج ١٧ ص ٣٨٦ ح ٤.

إنها عدته، وأما غيره فلا يتزوجها إلا بعد انقضاء العدة. ومورد الخبر هو الملي، لأن الفطري كما سيأتي الكلام فيه يجب قتله، ولا يتزوج ولا يقبل توبته بالنسبة إلى التزويج ونحوه، وهم قد ذكروا كما قدمنا نقله عنهم أنه يقف فسخ عقد النكاح على انقضاء عدة المرأة منه، وأنه إن عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة فهو أملك بها ولا يحتاج إلى عقد آخر، والرواية كما ترى على خلافه، وقد صرحوا بأنه لا يسقط من المهر هنا شيء لاستقراره بالدخول، وهو كذلك.

وإن كان ارتداد الزوج عن فطرة فآن زوجته تبين منه في الحال، وتعد عدة الوفاة لوجوب قتله توبته بالنسبة إلى الأحكام الدينوية من بينونة زوجته، وقسمة أمواله ووجوب قتله، وإن قبلت فيما بينه وبين الله عز وجل، كما تقدم تحقيقه في باب القضاء من كتاب الصلاة، والأخبار بما ذكرنا من حكم المرتد الفطري متظافرة.

منها ما رواه في الكافي (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام

عن المرتد، فقال: من رغب عن الإسلام وكفر بما أنزل الله على محمد صلى الله عليه وآله بعد إسلامه

فلا توبة له، وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، ويقسم ما ترك على ولده) وما رواه المشايخ الثلاثة (٢) عن عمار الساباطي في الموثق (قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام وجحد محمدا صلى الله عليه وآله نبوته

وكذبه، فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه، وامرأته بائنة منه يوم ارتد، فلا تقربه، ويقسم ماله على ورثته، وتعد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها، وعلى

(١) الكافي ج ٧ ص ١٥٣ ح ٤، التهذيب ج ١٠ ص ١٣٦ ح، الوسائل ج ١٨ ص ٥٤٤ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٥٧ ح ١١ التهذيب ج ١٠ ص ١٣٦ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٨٩ ح ١، الوسائل ج ١٨ ص ٥٤٤ ح ٣.

الإمام أن يقتله، ولا يستتبه) إلى غير ذلك من الأخبار، ويثبت المهر أيضا في هذه الصورة كما في سابقتها للعلة المتقدمة.

بقي هنا شيء، وهو أنهم قالوا: لو كان ارتداده عن فطرة وبانت منه فلو وطأها شبهة عليها فعليه مهر آخر لشبهة، والظاهر أنه مما لا إشكال فيه.

وإن كان ارتداده عن ملة وكان بعد الدخول بها فإنه يقف نكاحه على العدة كما تقدم فإن رجع إلى الاسلام فيه استمر على نكاحه الأول، وإن بقي على ارتداده تبين انفساخ النكاح من حيث الردة، وعلى هذا لو وطأها بشبهة على المرأة فإن رجع في العدة فلا شيء عليه، لأن إسلامه كشف عن كونها زوجته حال النكاح، ومن ثم إنه بنى على العقد الأول.

وإن بقي على كفر حتى مضت العدة، فهل عليه مهر لو وطأ الشبهة زائدا على الأول أم لا؟ قولان

أولهما للشيخ، قال: لأن عدم عوده إلى الاسلام كشف عن بطلان النكاح بالردة فكانت كالأجنبية.

وقيل (١): لا يلزمه لهذا الوطء مهر لأنها في حكم الزوجة وإن حرمت عليه ولهذا لو رجع لم يفتقر إلى عقد جديد، بل يبنى على الأول، فدل على بقاء حكمه وإن حصل التحريم، غاية أن يكون الردة كالطلاق الرجعي، وهو لا يوجب البينونة.

قال في المسالك: ولعل هذا أقوى، والظاهر أنه بناء على ما اختاره في المسالك من أنه لا حد عليه لو وطأها لأنه في حكم الزوجة وإن كان ممنوعا من وطئها)

وأما على مذهب الشيخ فيشكل ذلك بما ذكرنا، وما ذكره من كونها بحكم الأجنبية، إلا أن يحمل كلامه على أنها بحكم الأجنبية بالنسبة إلى المهر لوطئ

(١) هذا هو القول الثاني.

الشبهة خاصة.

قال في المسالك وجب العدة لهذا الوطئ، وهما عدتان من شخص واحد فهو بمثابة ما لو طلق امرأته ثم وطأها في العدة واجتماعهما في الاسلام بمثابة الرجعة هناك، إنتهى)

وأنت خبير بأن ظاهر كلام الأصحاب رضوان الله عليهم أن الأصل في مسألة المرتد هو ما تقدم في الكافر الغير الكتابي من عدم جواز مناكحته، بناء على الاشتراك في الكفر كما تقدمت الإشارة إليه صدر المسألة، فبنوا الأحكام في جميع شقوقها المذكورة على ذلك.

وأيدوه ببعض ما ورد في أحكام المرتد، ولنظر في ذلك مجال، فإن الأدلة الدالة على تحريم نكاح الكفار ذكورا وإناثا من الآيات والروايات إنما يتبادر منها المشرك الغير الكتابي مثل قوله عز وجل (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) (١) (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) (٢) ونحو ذلك الروايات أيضا وليس بعد ذلك إلا الأخبار الواردة في المرتد، وهي غير وافية بالأحكام المذكورة هنا، وحينئذ فيشكل الحكم في جملة منها كما أشرنا إليه آنفا سيما بما عرفته من كلامهم في حكم المرتد الملي إذا كان بعد الدخول، ودلالة الرواية على خلاف ما ذكروه.

الثاني: قالوا إذا أسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه سواء كان إسلامه قبل الدخول أو بعده، وهو موضع وفاق من العلماء المجوزين نكاح الكتابية والمانعين، ومحل الخلاف المتقدم إنما هو في ابتداء نكاح المسلم الكتابية دون استدامته، قالوا: ولا فرق في هذا الحكم بين أن يكون الزوج كتابيا أو غير كتابي من أصناف الكفار.

(١) سورة البقرة - آية ٢٢١.

(٢) سورة الممتحنة - آية ١٠.

أقول: يمكن الاستدلال على ذلك بما رواه في الكافي (١) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال: إن أهل الكتاب وجميع من له ذمة إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما) الخبر.

فإنه بإطلاقه شامل لما نحن فيه إلا أنه قد روى في الكافي (٢) أيضا عن منصور ابن حازم (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أو مشرك من غير أهل الكتاب كانت تحته امرأة فأسلم أو أسلمت قال: ننظر بذلك انقضاء عدتها وإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما على نكاحهما الأول، وإن هو لم يسلم حتى تنقضي العدة فقد بانت منه)

وما رواه في التهذيب (٣) عن أحمد بن محمد بن محمد أبي نصر في الصحيح (قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم، هل يحل لها أن تقيم معه؟ قل: إذا أسلمت لم تحل له، قلت: جعلت فداك فإن الزوج أسلم بعد ذلك أكونان على النكاح؟ قال لا، بتزويج جديد. (٤)

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٧، الوسائل
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٠١ ح ١٦ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٣.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ح ٥.
(٤) أقول قد وقع في رواية هذا الخبر اختلاف في النسخ، ففي بعضها بغير لفظ " لا " قال: بتزويج جديد، وفي بعض كما ذكرنا في الأصل قال: لا بتزوج جديد وفي بعضها بالتأنيب الفوقيتين مع لفظ لا وهو " لا تتزوج " وعلى هاتين النسختين فكلمة " لا " منفصلة، وعلى الأخرى يحتمل اتصالها وإن بعد، فيحمل قوله بعد ذلك على ما قبل انقضاء العدة جمعا بين الأخبار، كذا ذكره في الوافي.

أقول: ونحو هذا الخبر ما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد عن أحمد بن محمد ابن عيسى عن البنزطي " قال: سمعت رجلا يسأل أبا الحسن - عليه السلام - عن النصراني تسلم امرأته ثم يسلم زوجها، أكونان على النكاح الأول؟ قال: لا، يجددان نكاحا آخر " وهذا الخبر أيضا لا يخلو عن اشكال، لاحتمال أن يكون " لا " منفصلة، وبها حصل الجواب عن السؤال بمعنى أنهما لا يكونان على النكاح الأول، بل يجددان نكاحا وهذا هو الظاهر ويحتمل أن يكون متصلة دالة على النهي عن تجديد نكاح آخر، وحاصله أنهما يكونان على النكاح الأول ولا يجددان نكاحا آخر وعلى كل منهما فهو مشكل من حيث التفصيل دون الثاني. (منه قدس سره والرواية المذكورة في التعليقة في قرب الإسناد ص ١٦٧ والوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ذيل ح ٥.

قوله (فإن الزوج أسلم بعد ذلك) ينبغي حمله على انقضاء العدة، أي أسلم بعد انقضاء العدة كما دل عليه الخبر المتقدم، والمفهوم منهما أنه مع إسلام أحدهما فإنه يكون ثبوت النكاح واستمراره مشروطاً بإسلام الآخر قبل انقضاء العدة، وإطلاقهما شامل لما نحن فيه.

وعلى هذا يمكن تقييد خبر محمد بن مسلم المتقدم بمورده، وهو أهل الذمة خاصة بأن يكون الزوج والزوجة ذميين، ويكون من جملة الأخبار المتقدمة الدالة على جواز نكاحهن، إلا أنه يشكل بما يدل عليه على إطلاقه من جواز نكاح المسلمة، والأقرب تقييد بخبر منصور بن حازم بأن يكون معنى قوله (يكونان على نكاحهما) يعني إذا أسلم الآخر قبل انقضاء العدة.

وكيف كان فالظاهر أنه لا مستند لما ذكره من الحكم الذي قدمنا نقله عنهم إلا الاجماع المدعى في المقام، إذ لم أقف في الأخبار بعد الفحص على ما يدل على ذلك بخصوصه، والله العالم.

الثالث: إذا أسلمت زوجة الكافر فإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، لعدم العدة وامتناع كون الكافر زوجاً للمسلمة، ولا مهر لأن الفرقة جاءت من قبلها، ويدل على ذلك ما رواه ثقة الاسلام (١) في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٤ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٢ ح ٦.

عن أبي الحسن (في نصراني تزوج نصرانية فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال: قد انقطعت عصمتها منه ولا مهر لها ولا عدة عليها منه).

أقول: ما دل عليه الخبر من عدم المهر لها في هذه الصورة هو المعرف من مذهب الأصحاب كما صرحوا به، إلا أنه قد تقدم في رواية السكوني (١) المذكورة في صدر المسألة عن أمير المؤمنين عليه السلام (في مجوسية أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها فقضى عليه السلام أن لها عليه نصف الصداق).

ويمكن الجمع بين الروايتين: بأن رواية السكوني قد تضمنت أن أمير المؤمنين عليه السلام قد دعاه إلى الإسلام فلم يجب، ولو أجاب لكانا على نكاحهما، فلما لم يجب

كان الفسخ من قبله فيكون في حكم الطلاق، بخلاف صحيحة عبد الرحمن، فإنها لم تتضمن ذلك، فكان الفسخ من قبل الزوجة، ولعل قصر رواية السكوني على موردها، والعمل بما دلت عليه الصحيحة المذكورة أولى، سيما مع اعتضاها بفتوى الأصحاب (٢).

وإن كان بعد الدخول وقف انفساخ العقد على انقضاء العدة، وهي عدة الطلاق من حين إسلامها فإن انقضت العدة وهو على كفره تبين أنها قد بانت منه حين إسلامها، وإن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٦ التهذيب ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٤ مع اختلاف يسير
الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٢ ح ٧.

(٢) أقول: ومن هنا يظهر أن غير الكتابي محل اتفاق فيما ذكرناه من الحكم وأنه مع عدم الدخول يجب انفساخ العقد ومع الدخول يقف على انقضاء العدة فإنه إن كانت المسلمة هي الزوجة فلا سبيل للكافر عليها كما تقدم دلالة الآيات عليه ولا تحل له وإن كان هو الزوج فقد عرفت أن المسلم إنما يجوز له التزويج بالكتابية على الخلاف المتقدم هذا في الابتداء وأما الاستدامة فقد تقدم أن الجواز متفق عليه وأما غير الكتابية فلا دليل على جازه بل الآيات والأخبار دالة على المنع منه وبالجملة فالمسألة ليس محل اشكال. (منه رحمه الله)

ويدل على هذا رواية منصور بن حازم (١) المتقدمة في سابق هذا الموضوع، ونحوها ما رواه الشيخ في التهذيب (٢) عن السكوني (عن جعفر بن حمد عن أبيه عن علي عليهما السلام إن امرأة مجوسية أسلمت قبل زوجها، قال علي عليه السلام: أتسلم؟

قال لا، ففرق بينهما، ثم قال: إن أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك، وأن انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب) والمشهور بين الأصحاب أنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الزوج كتابيا أو غير كتابي، وذهب الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار إلى اختصاص الحكم المذكور بغير الكتابي، أما الكتابي، أما الكتابي فإنه ذهب فيه إلى بقاء النكاح وعدم انفساخه إذا كان

الزوج بشرائط الذمة، ولكنه لا يمكن من الدخول عليها ليلا، ولا من الخلوة بها نهارا.

واستدل على المشهور بما تقدم من أخبار المسألة، وصحيحة أحمد بن محمد بن أبي نصر (٣) المتقدمة في سابق هذا الموضوع.

ويدل على ما ذهب إليه الشيخ (٤) ما رواه عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام (أنه قال في اليهودي والنصراني والمجوسي إذا أسلمت امرأته ولم يسلم قال: هما على نكاحهما، ولا يفرق بينهما، ولا يترك أن يخرج بها من دار الاسلام إلى دار الكفر)).

وعن محمد بن مسلم (٥) في الحسن بإبراهيم بن هاشم مع إرسال ابن أبي عمير

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٣ التهذيب ج ٧ ص ٣٠١ ح ١٦ مع اختلاف يسير
الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٣.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠١ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ح ٥.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٠ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٠ ح ١.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٧ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٥.

الذي ينظمون مرسلاته في الصحاح عن أبي جعفر عليه السلام قال: إن أهل الكتاب وجميع من له ذمة إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له أو يخرجها من دار الاسلام إلى غيرها، ولا يبيت معها، ولكنه يأتيها بالنهار، وأما المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العدة، فإن أسلمت المرأة ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته، وإن لم يسام إلا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه ولا سبيل له عليها، وكذلك جميع من لا ذمة له (١).

وما رواه في الكافي (٢) عن يونس (قال: الذمي تكون له المرأة الذمية فتسلم امرأته، قال: هي امرأته يكون عندها بالنهار، ولا يكون عندها بالليل، قال: فإن أسلم الرجل ولم تسلم المرأة يكون الرجل عندها بالليل والنهار وطعن السيد السند في شرح النافع في الروايتين الأولتين بضعف السند من حيث إرسال الأولى مع اشتغال سندها على علي بن حديد، وإرسال الثانية، حيث إن ابن أبي عمير قد رواها عن بعض أصحابه وهو مشعر باعترافه بصراحة دلالة الخبرين، وحينئذ فمن لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث يتحتم عليه العمل بالروايتين المذكورتين سيما مع تصريحه هو وغيره بقبول مرسلات ابن أبي عمير، وأنها في حكم المسانيد عندهم.

وقال المحدث الكاشاني في الوافي بعد إيراد خبر محمد بن مسلم وما قبله ما لفظه: أفتى في التهذيبيين بهذا الخبر في حكم أهل الذمة، وأول المقيد من الأخبار بانقضاء العدة فيهم بما إذا أخلو بشرائط الذمة، وفيه بعد، بل هذا البخر وما قبله أولى بالتأويل مما تقمها لمخالفتها قوله عز وجل (ولن يجعل الله للكافرين على

(١) وروى الرضا - عليه السلام - في كتاب الفقه عن أبيه عن جعفر عن أبيه - عليهم السلام - في امرأة تسلم تحت نصراني قال: هي امرأته ما لم يخرجها من دار الهجرة وهذه الرواية في معنى مرسله جميل المذكورة في الأصل ورواية محمد بن مسلم (منه قدس سره)
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٧ ح ٨ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٢ ح ٨.

المؤمنين سبيلا) (١) إنتهى.
أقول: فيه (أولا) إن الأخبار المتضمنة للتقييد بانقضاء العدة بمعنى أنه لا يحكم بالبينونة إلا بعد انقضاء العدة ليست إلا رواية منصور بن حازم، ورواية السكوني، وليس في شيء منهما ما يدل على أن الزوج كان ذميا بل هما مطلقتان بل رواية منصور ظاهرة في كون الزوج ليس م أهل الذمة، ورواية محمد بن مسلم المذكورة قد فصلت حكم الذمي وغيره، ومقتضى القاعدة حمل المحمل على المفصل والمطلق على المقيد.

و (ثانيا) ما استند إليه في الاستدلال على ما اختاره من جعل التأويل في جانب هذه الروايات الثلاثة من الآية المذكورة تبعا للأصحاب فيما استدلوا به في جملة من الأبواب بهذه الآية، مع أنه روى في تفسيره الصافي (٢) عن الرضا عليه السلام

ما يدل على أن المراد من السبيل إنما هو من حيث الحجة والدليل لا الاستيلاء والغلبة، فإن استيلاء الكفرة والفراغنة على المؤمنين بل الأنبياء والأئمة المعصومين عليهما السلام بالقتل والإهانة أمر لا ينكر كما صرح به عليه السلام في الخبر وقد تقدم ذكرنا ذلك في غير موضع.

وبالجملة فإن قول الشيخ المذكور قوي لا أعرف له علة إلا ما يتخيل من ضعف أخباره، بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذي هو إلى الفساد أقرب منه إلى الصلاح، وروايات المسألة التي بها للقول المشهور مطلقة قابلة للتقييد بهذه الأخبار (٣)

(١) سورة النساء آية ١٤١.

(٢) تفسير الصافي ج ١ ص ٤٠٦.

(٣) أقول: وغاية ما استدل به العلامة للقول المشهور - الآية المذكورة المتضمنة لنفي السبيل من الكافرين على المؤمنين، وصحيفة البرنطي وأنت خبير بما في الاستدلال بالآية كما ذكرنا في الأصل.

وأما الرواية فإنما عبر فيها عن الزوج بالرجل، وهو أعم من كونه ذميا أو غيره فهو قابل في التقييد بما استدل به الشيخ من التفصيل ومثلها أيضا رواية السكوني التي استدل بها ثمة فإنها تضمنت لفظ " الزوج " وهو أعم أيضا.

وأما الرواية التي أشرنا إليها في تفسير الآية بأن المراد بالسبيل إنما هو من طريق الحجة والدليل فهي ما رواه الصدوق في كتاب عيون الأخبار (عيون أخبار الرضا - عليه السلام - ج ٢ ص ٢٠٤ ح ٥ طبع النجف الأشرف).

عن الرضا - عليه السلام -

في حديث قال فيه: وفيهم قوم يزعمون أم الحسين بن علي - عليهما السلام - لم يقتل، وأنه ألقى شبهه على حنظلة بن أسعد الشامي، وأنه رفع إلى السماء كما رفع عيسى بن مريم ويحتجون بهذه الآية " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " فقال: كذبوا، عليهم غضب الله ولعنته

- إلى أن قال - فأما قوله عز وجل " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " فإنه يقول لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجة، ولقد أخبر الله عن كفار قتلوا نبيين بغير الحق ومع قتلهم إياهم لن يجعل الله لهم على أنبيائه - عليهم السلام - سبيلا من طريق الحجة انتهى أقول: فإذا كان معنى الآية إنما هو ما ذكره - عليه السلام - فكيف يصح الاستدلال بها في أمثال هذه المقامات على هذه المقامات على هذه الأحكام لكن يمكن العذر لا صحابنا من حيث عدم الوقوف

على الخبر المذكور وأما مثل المحدث الكاشاني - رحمة الله عليه - الذي ذكره في تفسيره الصافي (تفسير الصافي ج ١ ص ٤٧٤ طبع بيروت نقلا عن العيون). فكيف يسوغ معه الاستدلال به هنا تبعا للأصحاب والله العالم (منه قدس سره)

قال السيد السند في شرح النافع: والجب أن الشيخ في الخلاف وافق الجماعة على انفساخ النكاح بخروجها من العدة محتجا بإجماع الفرقة، مع اختياره لهذا القول في النهاية وكتابي الأخبار.

أقول: من يعرف حال الشيخ وطريقته في دعوى الاجماع واختلاف أقواله وفتاويه في كتبه لا يتعجب منه، فإنه في بعض كتبه كالخلاف والمبسوط من رؤوس المجتهدين، وفي بعض آخر كالنهاية، وكتابي الأخبار من رؤوس الأخباريين وشتان ما بين الحالتين.

وقال في المسالك واعلم أنه على قول الشيخ بعدم بطلان النكاح في الذمي لا فرق بين كون إسلامها قبل الدخول وبعده لتناول الأدلة للحالتين، وربما فهم من عبارة بعض الأصحاب اختصاص الخلاف بما لو كان الإسلام بعد الدخول وليس كذلك.

إنتهى وهو جيد.

تذنيب

لو انتقلت زوجة الذمي من دين الكفر الذي كانت عليه إلى دين آخر من أديان الكفر أيضا قالوا: وقع الفسخ في الحال، وإن عادت بعد ذلك إلى دينها، وظاهره أن الدين الذي انتقلت إليه أعم من أن يقر أهله عليه أم لا، لعموم قوله تعالى (ومن يتبع غير الاسلام دينا فلن يقبل منه) (١) وقوله صلى الله عليه وآله (٢) (من بدل

دينه فاقتلوه) وحينئذ فيقع الفسخ بينهما في الحال لأنها لا تقرر على ذلك، وإنما الحكم فيها قبل، أو الدخول في الاسلام، وعلى التقديرين يفسخ النكاح بينها وبين الذمي.

وأورد عليه أنه محل نظر من وجهين: (أحدهما) إن حكمنا على الذمي بذلك غير لازم لجواز انتقالها إلى دين يصح فيه التناكح في دينهم، فلا يفسخ ما دامت حية، وعلى تقدير قتلها فالانفساخ من جهته لا من جهة الكفر. (الثاني) إنه على تقدير الاسلام لا ينبغي إطلاق الحكم بالانفساخ بل يجيء فيه التفصيل السابق حتى لو كان بعد الدخول فوقف الانفساخ على انقضاء العدة قبل إسلامه، ولو كان انتقالها إلى دين يقر أهله عليه كما لو انتقلت اليهودية إلى النصرانية، فيبني على أنها هي تقرر على ذلك أم لا؟ وعلى تقدير عدم إقرارها لو عادت إلى دينها هل تقرر على ذلك كما كانت تقرر ابتداء أم لا؟ خلاف، ذكر في بحث الجهاد. إنتهى.

أقول: وحيث كانت المسألة عارية من النص، فالكلام فيه مشكل، إلا أن هذا خلاصة ما ذكره في المقام.

(١) سورة آل عمران - آية ٨٥.

(٢) في هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ١٠١.

المسألة الثالثة: إذا أسلم الذمي على أكثر من أربع منكوحات بالعقد الدائم من الحرائر وأمتين وحررتين فارق ما زاد على العدد المذكور، ولو كان عبدا استدام حررتين أو حرة وأمتين وفارق ما زاد، واستدل عليه في المسالك (١) بأن النبي صلى الله عليه وآله قال لغيلان (أمسك أربعا وفارق سائرهن) حيث إنه أسلم وعنده

ثمان نسوة فقال له النبي صلى الله عليه وآله ذلك.

أقول: الظاهر أن الخبر المذكور من أخبار العامة فإني لم أقف عليه في كتب أخبارنا، والموجود فيها ما رواه في الكافي والتهذيب (٢) عن عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (في مجوسي أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه كيف يصنع؟ قال:

يمسك أربعا ويطلق ثلاثا " إلا أن مورد هذه الرواية خارج عما نحن فيه لكونها متضمنة لاسلامهن معه، ومحل البحث بقاء الزوجات على دينهن، نعم الرواية الأولى دالة بإطلاقها على ذلك، إلا أنك قد عرفت ما فيها، والظاهر أن قوله في الرواية المذكورة (يطلق) من الاطلاق من باب الأفعال، أو يحمل على التطبيق اللغوي بمعنى التخلية والترك، فإن المعلوم من كلام الأصحاب أنه يفسخ عقد الزائد على من يختاره من الأربع ولا يتوقف على طلاق، إلا أنني لم أقف لهم على نص فيه، والخروج عن ظاهر الخبر بغير معارض مشكل.

وكيف كان فلا بد من تقييد هذا الحكم المذكور في صدر المسألة بقيود، منها تقييد الزوجات بكونهن كتابيات مثله ليصح استدامة نكاح العدد المعبر لما تقدم في الموضوع الثاني من سابق هذه المسألة من أن الخلاف في نكاح المسلم الكتابية إنما هو في الابتداء دون الاستدامة، فإن الجواز فيها موضع وفاق، وحينئذ فيجب تخصيص الزوجات بالذميات، فلو كان كافرات غير ذميات فلا بد

(١) مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤ ب ٤ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٥ ح ٧٤ الوسائل

ج ١٤ ص ٤٠٤ ح ١

من مراعاة ما تقدم فيهن من أنه إن أسلمن معه في العدة إن كان بعد الدخول، أو مطلقاً إن كان قله، وإلا انفسخ نكاحهن بإسلامه لعدم جواز تزويج المسلم الكافرة الغير الكتابية.

ومنها أنه يجب تقيدهن بكونهن ممن يجوز نكاحهن في دين الاسلام كما نبه عليه بعض الأعلام وهو اوضح.

ومنها أن تخيير الحر أمتين وحرتين كما تقدم مبني على جواز نكاح الأمة بدون الشرطين، وحينئذ اعتبرنا الشرطين في جواز نكاح الأمة كما هو أحد القولين احتمال انفساخ النكاح ههنا إذا جمعت حرة لفوات الشرط، ويحتمل عدم الانفساخ بناء على أن اعتبار الشرطين إنما هو بالنسبة إلى ابتداء النكاح لا في استدامته، وإلى هذا مال في التذكرة ونسبه إلى علمائنا واستوجهه في المسالك، قالوا: ولا فرق في جواز اختياره لمن شاء منهن على تقدير زيادتهن على العدد الشرعي بين من ترتب عقدهن أو اقترن، ولا بين الأوائل والأواخر، ولا بين من دخل بهن وغيرهن.

وظاهر العلامة في التذكرة أن ذلك موضع وفاق بين علمائنا حيث إنه إنما نقل الخلاف في ذلك عن بعض العامة (١) واستدل على هذا الحكم بحديث غيلان المتقدم من حيث إن عدم الاستفصال فيه يفيد العموم. قال في شرح النافع: وفي السند والدلالة نظر، ولا فرق عندهم في هذا الحكم بين ما لو أسلم بعض تلك الزوجات

وعدمه، فإن التخيير باق حتى لو كان عنده ثمان فأسلم معه أربع منهن لم يمنع ذلك من اختيار الكتابيات، لأن الاسلام لا يمنع الاستمرار على نكاح الكتابية ولا يوجب تحته نكاح المسلمة. نعم الأولى والأفضل المسلمات لشرف المسلمة

(١) أقول: الخلاف المنقول عن بعض العلامة هنا هو أنه إذا تزوجهن في عقد واحد اندفع نكاح الجميع وإن كان في عقود مترتبة لزمه الربع الأوائل، أصحابنا لم يعتدوا به (منه قدس سره).

على الكافرة، إلا أنه قد تقدمت الإشارة إلى أنا لم نقف لهم على نص يدل على ما ذكره من هذه الدعوى، وليس إلا ما ينقل من اتفاقهم على ذلك كما تقدم في آخر الموضوع الثاني من سابق هذه المسألة، ثم إن من أراد فراقها لا يخلو إما أن يكون قد دخل بها أم لا، وعلى الثاني فلا مهر لها، وعلى الأول فالمسمى إن كان، على قول، وقواه في المسالك، وقيل يثبت لها مهر المثل لفساد نكاح ما زاد على العدد فيكون كوطئ الشبهة.

تذنيبان

الأول: روى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب (١) في الموثق عن عمار الساباطي (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة

حرة فتزوجها، ثم إن العبد أبق من مواليه فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد فقال: ليس لها على مولى العبد نفقة وقد بانت عصمتها منه، لأن إباق العبد طلاق امرأته، وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام، قلت: فإن هو رجع إلى مولاه أترجع امرأته إليه؟ قال: إن كانت انقضت عدتها منه ثم تزوجت زوجا غيره فلا سبيل له عليها، وإن كانت لم تتزوج (ولم تنقض العدة) فهي امرأته على النكاح الأول) هكذا في رواية الشيخ، الخبر.

وفي رواية الصدوق له هكذا (وإن كانت لم تتزوج فهي امرأته على النكاح الأول) ولفظ (ولم تنقض العدة) غير مذكور في أبين، وظاهر رواية الصدوق أنها من انقضاء العدة تبقى على نكاحها ما لم تتزوج، وأما على رواية الشيخ فهو مسكوت عنه، والقول بمضمون هذه الرواية منقول عن الشيخ في النهاية وابن حمزة إلا أن ابن حمزة قيده بكون الزوجة أمة غير سيده، وتزوجها بإذن السيد ثم

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٨ ح ١٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٧ ح ٣٧ مع اختلاف يسير
الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٢ ح ١.

أبق، وعلل الحكم مع الرواية بأن الارتداد خروج العبد عن طاعة السيد، وهذا المعنى حاصل في الإباق، فإنه كما يجب على المكلف الحر طاعة الله كذلك يجب على العبد طاعة سيده، فيتجه الحكم مع اتحاد علتة، ورد بأن طريق الرواية ضعيف، وفي التعليل فساد، لمنع كون الارتداد خروج العبد عن طاعة سيده مطلقا، بل خروجه عن طاعة الله معتقدا عدم وجوب الطاعة وما في معنى ذلك والإباق ليس كذلك، وإلا لزم قتل الآبق كما يقتل المرتد.

قال في المسالك بعد ذكر ذلك والحق بقاء الزوجية ووجوب النفقة على مولاه لعدم دليل صالح يخرجها عن الأصل، إنتهى. وقال سبطه السيد السند في شرح النافع بعد ذكر الرواية: " ونقل قول الشيخ وابن حمزة بذلك والمعتمد بقاء الزوجية إلى أن تقع البينونة بطلاق أو غيره، لأن هذه الرواية لا تبلغ حجة في إثبات هذا الحكم، إنتهى.

أقول والحكم في هذا المقام لا يخلو من شوب الاشكال لخروج هذه الرواية على خلاف القواعد المقررة والضوابط المعبرة المستفادة من الأخبار المتكاثرة، وإمكان تخصيص تلك القواعد بهذا الخبر والخل بمضمونه في هذا الفرد كما تقدم نظائر ذلك في مواضع عديدة، والله العالم.

الثاني: قد صرح جملة من الأصحاب رضوان الله عليه بأنه ليس للمسلم إجبار زوجته الذمية على الغسل من حيض كان أو جنابة، لأن ذلك حق الله عز وجل لا حق الزوج، والحال أنها قد أقرت على دينها شرعا فليس له اعتراضها أحد القولين أو جنبا عليها ذلك، فللزواج إجبارها على ذلك لتوقف الاستمتاع الذي هو حقه عليه، وإن كان الذي يجبر عليه إنما هو صورة الغسل مع النية، لأن الغسل وكذا غيره من العبادات لا يصح منها حال الكفر. قالوا: وله إجبارها أيضا على كل ما ينقض الاستمتاع بدون فعله، وإزالة

كل ما ينقصه بقاءه كالوسخ الكثير والنتن الغالب، وطوال الأظفار وشعر الإبط والعانة، وشرب الخمر المؤدي إلى الاسكار، لأن السكر مانع من تمام الاستمتاع، وكذا أكل لحم الخنزير ومباشرة النجاسات المنفرة للنفس، ولا فرق بين قليل السكر وكثيره، لاختلاف الناس في مقدار ما يسرك، فربما أسكر القليل منه فينافي المقصود، لكن قيل: بأنه يشكل هذا الاطلاق بنحو تناول القطرات اليسيرة التي يعلم قطعاً عدم إسكارها، وكذلك إطلاق منعها ن استعمال النجاسات إنما يتم على تقدير ايجابه نفرة، أو على القول بطهارة بدننها كما يعتبره العامة هنا، أما على قول أصحابنا من نجاستها بدونه، فلا يظهر وجه المنع من مباشرتها لها مطلقاً بل من حيث إنها تنافي الاستمتاع وتوجب نفرة الطبع، ومثل هذا لا يختص بالكافرة بل تشاركها فيه المسلمة، حتى أن له منعها من تناول كل ذي رائحة خبيثة توجب ذلك كالثوم البصل، وكذا له منعها من الخروج إلى البيع والكنائس وغيرها لمنافاته الاستمتاع الواجب عليها في كل وقت، كما له منع المسلمة من الخروج إلى المساجد ونحوها من بيوت الأقارب والجيران، فإن هذا الحكم يشترك بين الزوجات مطلقاً، ولا فرق بين الشابة والمسنة وإن كان المنع في حق الشابة أقوى خوفاً من الفتنة، والله العالم.

البحث الثاني: في كيفية الاختيار:

قالوا: وهو إما بالقول أو بالفعل، والأول إما بالتصريح أو الكتابة. أما (الأول) فهو كل ما دل من الألفاظ على الامسك للنكاح، مثل اخترت نكاحك، أو اخترت تقرير نكاحك، أو اخترت بقاءك على النكاح، ونحو ذلك، وفي اخترتك وأمسكتك مطلقاً إشكال من حيث عدم النكاح، وعده في الشرايع من الألفاظ الدالة على ذلك.

وأما (الثاني) وهو ما يدل بالكناية، فهو ما يدل عليه اللفظ بالالتزام كما

لو كان عنده ثمان نسوة فاختر أربعاً للفسخ فإنه يلزم نكاح الأربع الباقيات، وإن لم يتلفظ في حقهن بشيء، فإن الشارع قد جعل له الخيار في أن يفسخ عقد من شاء، فإذا اختار فسخ نكاح أربع ثبت عقد البواقي بدون لفظ يدل على الاختيار، بل لا مجال للاختيار هنا بعد خروج أولئك بالفسخ.

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك عد لفظ (اخترتك) و (أمسكتك) في هذا القسم لما قلناه من عدم التصريح بإرادة الإمساك للناكح والاختيار له. وأما (لثالث) وهو الاختيار بالفعل فمثل أن يطاء، فإن ظاهر ذلك أنه لا يطاء إلا من يختار نكاحها لدلالته على الرغبة فيها، عملاً بحمل أفعال المسلم على الصحة وصيانته عن الزنا، ولهذا عد ذلك رجوعاً في الطلاق، وفسخاً على تقدير الخيار للبايع، وعلى هذا لو وطأ أربعاً ثبت عقدهن، واندفع البواقي. ويظهر من جماعة من الأصحاب عدم الخلاف في ذلك عندنا.

أقول الأظهر أن يقال: إنه إن اقترن ذلك بالقصد إلى الاختيار فما ذكره في محله، وإلا فهو محل إشكال، لأن الاختيار الذي به يتحقق بقاء نكاح من يختار هن إنما هو عبارة عن القصد واللفظ، والفعل إنما جعل موجبا لذلك، لأنه دال عليه ومنبئ عنه، وحينئذ فإطلاق القول يكون مجرد الوطئ اختياراً بالفعل كما ذكره لا يخلو من إشكال.

ثم إنهم قالوا: لو لمس أو قبل بشهوة فإنه يمكن أن يكون اختياري، بتقريب ما ذكر في الوطئ من حيث الدلالة على الرغبة، وصيانة حال المسلم، فإنه قائم في الموضوعين، وحينئذ فيدلان على الاختيار، كما أنهما يدلان على الجرعة لا بطريق القياس عليها بل المراد تشبيه الاختيار بالرجعة لتقاربها في المعنى، ويمكن أن لا يكون ذلك اختياراً من حيث إنهما أضعف دلالة من الوطئ، والاحتمال فيهما يتطرق من حيث إنهما قد يوجدان في الأجنبية.

أقول: والأظهر أن يقال هنا ما قدمناه أيضاً من أنه إن اقترن ذلك بالقصد

إلى الاختيار، فالظاهر أنه موجب للاختيار، وإلا فهو محل إشكال.
تتمة

قد صرحوا بأن من جملة الألفاظ الدالة على الاختيار الطلاق، لو ائحة أو أزيد، لأن الطلاق موضوع لإزالة قيد النكاح، فلا تواجه به إلا الزوجة، فإذا خاطب واحدة منهم به كان ذلك دليلاً على اختيارها زوجة أولاً، ثم يقع بها الطلاق إن حصلت شرائطه، وينقطع نكاح الأربع المطلقات بالطلاق، ويندفع نكاح الباقيات بالشرع، والأصل في ذلك أن الاختيار ليس باللفظ، بل بالقصد، واللفظ وضع دالاً عليه، والطلاق يدل على إرادة النكاح كما قررناه. أما لفظ الظهار والايلاء فليس كذلك على المشهور، إذ لا دلالة فيهما على الاختيار، وهو وجه الفرق بينهما وبين الطلاق.

وتوضيحه: إن الظهار وصف بتحریم المرأة المواجهة به، والايلاء حلف على الامتناع من وطئها ولك منهما بالأجنبية أليق منه بالزوجة، غاية الأمر أن الظهار إذا خوطبت به الزوجة ترتب عليه أحكام مخصوصة، وإذا خوطبت به الأجنبية لم ترتب عليه الأحكام، وكان قولاً صحيحاً بالنسبة إليها، وفي الايلاء لو حلف على الامتناع من وطئ الأجنبية فتزوجها ووطأها كان عليه الكفارة، وكذلك بالزوجة مع زيادة أحكام أخرى.

والحاصل: إن نفس المخاطبة لا تسلتزم الزوجية، فلا يكون أحدهما اختياراً، بخلاف الطلاق فإنه رافع للنكاح، والنكاح جزء مفهومه، أو لازمه لزوماً بيناً، فإثباته يستلزم إثباته.

ونقل الشيخ إن كل واحد من الظهار والايلاء يكون تعييناً للنكاح كالطلاق، لأنهما تصرفان مخصوصان بالنكاح، فأشبهها لفظ الطلاق، كذا أفاده شيخنا قدس سره في المسالك، وعندني في أصل الحكم المذكور توقف لعدم

النص بما ذكروه، فإثبات الأحكام الشرعية بأمثال هذه التقريبات العقلية عندي محل إشكال.

ولم أقف في هذا الباب إلا على خبر عقبة بن خالد المتقدم (١)، وغاية ما يدل عليه أنه يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً، والمتبادر من الإمساك هو القصد إلى اختيار بقاء أربع معينات من تلك السبع والمفارقة للباقيين. على أنك قد عرفت دلالة ظاهر الخبر المذكور على توقف فسخ بالنكاح من لا يريد هـن على الطلاق، وإن كانوا لا يقولون به، إلا أن الخبر كما عرفت لا معارض له إلا مجرد شهرة الحكم بينهم بما قالوه. وبالجملة فالخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل، والخروج عن ظاهر الأخبار بذلك أشكل، والله العالم.

البحث الثالث في اللواحق:

هي مسائل مترتبة على اختلاف الدين: الأولى: إذا تزوج الكافر امرأة وبنتها ثم أسلم، فلا يخلو إما أن يكون قد دخل بهما معاً، أو لم يدخل بواحدة منهما، أو دخل بالأم دون البنت، أو بالعكس، فههنا صور أربع. الأولى: أن يكون قد دخل بهما، فيحرمان عليه معاً، أما الأم فللعقد على البنت فضلاً عن الدخول بها، وأما البنت فللدخول بالأم، وعلى هذا فيسقط الاختيار لتحريم كل منهما عليه كما عرفت.

الثانية: أن يدخل بالأم خاصة، وهو موجب لتحريمهما معاً أيضاً، أما البنت فللدخول بالأم، وأما الأم فللعقد على البنت كما عرفت في سابق هذه الصورة.

الثالثة: أن يدخل بالبنت خاصة، وحينئذ تحرم الأم خاصة للعقد على البنت فضلاً عن الدخول المفروض هنا، وأما البنت فنكاحها صحيح لا موجب لتحريمها

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٥ ح ٧٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٤ ح ١.

لأن مجرد العقد على الأم لا يحرمها، وإنما يحرمها الدخول مع ذلك.
الرابعة: أن لا يدخل بواحدة منهما، وفيها قولان:

(أحدهما) وهو المشهور بين المتأخرين أن هذه الصورة كسابقتها في أنها تحرم عليه الأم خاصة، ويبطل عقدها للعقد على البنت، فإنه موجب لتحريم الأم وإن لم يقترن به دخول، وأما البنت فيلزم نكاحها لعدم الموجب لبطلانه، لأن نكاح الكفر صحيح، ومن ثم يتخير أربعا لو أسلم على أزيد منهن، ويصح نكاحهن بغير تجديد عقد آخر.

و (ثانيهما) وهو المنقول عن الشيخ رحمه الله القول بأن له اختيار أيتهما شاء بناء على أن عقد المشرك لا يحكم بحصته إلا بانضمام الاختيار في حال الاسلام، وإلا فهو في حد ذاته باطل بدون ذلك، فإنه لو تزوج بعشر واختار منهن أربعا لم يكن للبواقي مهر ولا نفقة ولا متعة، بل هن بمنزلة من لم يقع عليهن عقد، ولأنه لو أسلم على أختين قد تزوجهما دفعة تخير أيتهما شاء، ولو كان العقد الذي صدر حال الكفر صحيحا لزم بطلانه كالمسلم، وليس له الاختيار، وعلى هذا فإن اختار نكاح البنت استقر نكاحها وحرمت الأم مؤبدا، وإن اختار نكاح الأم لم تحرم البنت بدون الدخول.

وأجيب بأن ما ذكر من سقوط المهر والنفقة لا يدل على بطلان العقد، بل الوجه فيه أنه فسخ جاء لا من قبل الزوج، ولأن العقد لو لم يكن صحيحا لم يكن لانضمام الاختيار أثر في صحته، كما في كل عقد باطل.
هذا ما ذكره نور الله تعالى مرقدهم في هذا المقام، ولم أقف على نص في ذلك عنهم عليهم السلام وأنت خبير بأن الظاهر أن الكلام في هذه المسألة مبني على

ما هو المشهور بينهم، وكذا بين العامة، بل الظاهر اتفاق الجميع عليه حيث لم ينقلوا الخلاف فيه إلا عن أبي حنيفة من أن الكافر مكلف بالفروع، والخطابات الشرعية متوجهة إليه كما تتوجه إلى المسلم، وإن كان قبول ذلك وصحته منه

موقوفا على الاسلام، وحينئذ فما دل من الأخبار على تحريم الأم بالعقد على البنت أو الدخول بها، وكذا ما دل على تحريم البنت بالدخول بالأم دون مجرد العقد عليها، ونحو ذلك شامل للكافر كالمسلم فيؤخذ به بعد الاسلام ويحكم عليه بذلك.

وأما على ما يظهر من جملة من الأخبار من أن الخطابات الشرعية والتكاليف الفرعية لا تتناول الكافر في حال كفره، بل هي حصة مختصة بالمسلم، وإنما يخاطب بها ويكلف بأحكامها بعد الاقرار بالاسلام، فمن الجائز أن يقال: إن جميع ما فعله في حال كفره من العقد والتزويج بكل من كان وكيف كان وعلى أي نحو كان لا يترتب عليه أثر ولا حكم بالنظر إلى شريعتنا، وإنما يترتب على أحكام شريعتهم وملتهم.

نعم متى دخل في الاسلام تعلقت به التكاليف الاسلامية، وتوجهت إليه الخطابات الشرعية، وحينئذ فإذا أسلم على امرأة وبنتها قد تزوجها في حال الكفر لم ينظر فيما فعله في حال الكفر من دخول أو عدمه أو نحو ذلك مما فرعوه وذكروه، بل الواجب التفريق بينه وبينها، حيث إن ذلك غير جائز في شريعة الاسلام.

بقي الكلام في جواز اختيار إحداهما وعدمه، والمسألة غير منصوصة كما عرفت، إلا أنه بالنظر إلى ما ورد في إسلام الكافر على أزيد من أربع أنه يختار أربعاً ويفارق الباقي (١) يمكن القول هنا بذلك، لأن الجميع من باب واحد فيختار إحداهما حينئذ، ويثبت نكاحها بالاختيار، وينفسخ نكاح الثانية. ومن الأخبار المشار إليها ما رواه ثقة الاسلام في الكافي (٢) في الصحيح عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٧، التهذيب ج ص ٢٩٥ ح ٧٤، الوسائل

ج ١٤ ص ٤٠٤ ح ١.

(٢) الكافي ج ١ ص ١٨٠ ح ٣.

زرارة " قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام أخبرني عن معرفة الإمام منكم واجبة على جميع الخلق؟ فقال: " إن الله عز وجل بعث محمدا صلى الله عليه وآله إلى الناس رسولا

وحجة لله على جميع خلقه في أرضه، فمن آمن بالله وبمحمد رسول الله صلى الله عليه وآله

واتبعه وصدقه، فإن معرفة الإمام منا واجبة عليه، ومن لم يؤمن بالله وبرسوله ولم يتبعه ولم يصدقه ويعرف حقهما، فكيف يجب عليه معرفة الإمام وهو لا يؤمن بالله ورسوله ويعرف حقهما " الحديث.

والحديث صحيح صريح في المدعى، والتقريب فيه أنه إذا لم يجب عليه معرفة الإمام الحامل للشريعة والمستودع أحكامها فبطريق الأولى لا يجب عليه القيام بتلك الأحكام ولا تعرفها ولا الفحص عنها التي هي لا تؤخذ إلا منه، وهذا بحمد الله سبحانه واضح لا خفاء عليه.

وما رواه الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمي في تفسيره (١) عن الصادق عليه السلام في تفسير قوله تعالى " وويل للمشركين، الذين لا يؤتون الزكاة وهم بالآخرة هم كافرون " (٢) قال عليه السلام: أترى أن الله تعالى طلب من المشركين زكاة أموالهم وهم

مشركون به، حيث قال: وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة وهو بالآخرة هو كافرون، إنما دعا إلى الإيمان، فإذا آمنوا بالله وبرسوله افترض عليهم الفرض " .

وما رواه في كتاب الإحتجاج (٣) في حديث الزنديق الذي جاء إلى أمير المؤمنين عليه السلام مستدلا بآي من القرآن على تناقضه واختلافه، حيث قال عليه السلام " فكان أول

ما قيدهم به الاقرار بالوحدانية والربوبية والشهادة أن لا إله إلا الله، فلما أقروا بذلك تلاه بالاقرار لنبية صلى الله عليه وآله بالنبوة، والشهادة بالرسالة، فلما انقادوا لذلك

(١) تفسير علي بن إبراهيم ج ٢ ص ٢٦٢.

(٢) سورة فصلت - آية ٧ و ٦.

(٣) الإحتجاج ص ١٢٨ طبعة سنة ١٣٠٢.

فرض عليهم الصلاة ثم الصوم ثم الحج " الحديث .
ولم أر من تنبه لما ذكرناه في هذا المقام ولا حام حوله من العلماء الأعلام
إلا المحدثين الأمين الاسترآبادي في كتابه الفوائد المدنية، والمحسن الكاشاني في
كتابه الوافي وتفسيره الصافي، فقال في الأول بعد نقل الخبر الأول: وفي هذا
الحديث دلالة على أن الكفار ليسوا مكلفين بشرايع الاسلام كما هو الحق
خلافاً لما اشتهر بين متأخري أصحابنا.
وقال في الثاني بعد نقل الخبر الثاني: هذا الحديث يدل على ما هو التحقيق
عندي من أن الكفار غير مكلفين بالأحكام الشرعية ما داموا باقين على الكفر، إنتهى .
ونحن قد بسطنا الكلام في هذا المقام بما لا يحوم حوله نقض ولا إبرام في
كتابنا الدرّة النجفية من الملتقطات اليوسفية، وتقدم نبذة منه في الجلد الأول من
كتاب الطهارة في باب غسل الجنابة (١) وأوردنا جملة من الأدلة العقلية والنقلية زيادة
على ما ذكرناه، وأبطلنا ما استدل به للقول المشهور بما هو واضح الظهور فليرجع
إليه من أحب الوقوف عليه.
وبالجملة فإنه لو قام لهم دليل في هذا المقام على ما ذكره من هذه الأحكام
من الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام لوجب علينا الانقياد، وجذب أعنة الأقلام من
هذا الكلام، وحيث لا دليل فالمانع مستظهر، كما هو ظاهر لذوي الأفهام وإن
كان هذا يكبر في صدور الألفين بتقليد المشهورات، ولا سيما إذا زخرفت
بالاجماع
والله الهادي لمن يشاء.
تذنيبات

الأول: قالوا بناء على ما تقدم: لو أسلم عن أمة وبنتها وهما مملوكتان
له، فإن كان قد وطأهما حرمتا معاً، وإن كان وطأ إحداهما حرمت الأخرى،

(١) ج ٣ ص ٣٩ .

وإن لم يكن وطئ واحدة منهما تخير، وعلل الحكم الأول بأن وطئ كل من الأم والبنت يحرم الأخرى سواء وقع بعقد أو ملك أو شبهة. وعلل الثاني بأنها أم امرأة مدخول بها أو بنتها، وكتاهما محرم، وأما المدخول بها أيتها كانت، فإنه يستقر حل وطئها إذ لا موجب لتحريمها. وعلل الثالث بما تقدم في المسلم إذا تزوج الأختين دفعة أو ملكهما فإنه يتخير لنكاح أيتها شاء، وقد تقدم الكلام في ذلك.

الثاني: قالوا: لو أسلم عن أختين تخير أيتها شاء وإن كان قد وطأهما، بخبر فيروز الديلمي (١) حيث أسلم عن أختين فخيره النبي صلى الله عليه وآله في إمساك أي

الأختين شاء، ووطئهما لا دخل له في التحريم هنا، إذ ليستا مثل الأم والبنت ويصير حكم غير المختارة حكم الزائد على العدد الشرعي.

الثالث: لو أسلم عن عمه وبنت أخيها، أو خالة وبنت أختها فإن رضيت العممة أو الخالة بالجمع بينها وبين بنت أخيها أو بنت أختها فلا بحث، وإن اختارتا عدم الجمع تخير بين العممة وبنت أخيها والخالة وبنت أختها فكل من اختارها صح نكاحها وبطل نكاح الأخرى كما في الأختين، ولو أسلم عن حرة وأمة، فإن رضيت الحرة بالجمع فلا إشكال، وإلا انفسخ عقد الأمة وبقيت الحرة وحدها، ثم إنه على تقدير رضي الحرة بالجمع فعند الأصحاب أنه لا يبنى على القول بجواز نكاح الأمة بدون الشرطين بل هو جار على القولين، لأن محل الخلاف كما تقدمت الإشارة إليه إنما هو في ابتداء نكاح الأمة لا في استدامته، ويجوز في الاستدامة ما لا يجوز في الابتداء، كما أنه ليس له العقد على الكتابية على القول به، وله استدامته على هذا القول، ولا فرق في رضي العممة أو الخالة أو الحرة بالجمع بين كونه في حال الكفر أو حال الإسلام، فلو رضين في حال الكفر فليس لهن الرجوع عنه بعد الإسلام تمسكا بالاستصحاب ولأن نكاح الكفر صحيح، فإذا

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٤.

وقع مستجمعا للأموال المعتبرة في شرع الاسلام كان لازما. هذا هو ما صرحوا به نور الله تعالى مراقدهم في المقام، وهو كما عرفت فيما تقدم خال عن الروايات الدالة على شئ من هذه الأحكام، ولا ريب أن هذه الفروع كلها ما ذكر وما يأتي، وكذا ما تقدم في الكتب السابقة كما تقدمت الإشارة إليه إنما أخذها الأصحاب من كتب المخالفين لعدم وجود أمثال هذه التفريعات في كتب أصحابنا المتقدمين حيث إنها مقصورة على مجرد نقل الأخبار. نعم ربما أمكن ارتباط بعضها بالأدلة العامة، وربما وجد نص في بعضها، وما ذكرناه من البحث سابقا يمكن تطرقه إلى بعض هذه المواضع أيضا. وبالجملة فالوقوف على جادة الاحتياط فيما لا دليل واضح عليه طريق السلامة وحيث كان بقية مسائل هذا البحث من هذا القبيل ضربنا صفحا عن ذكرها وطينا كشحا عن نشرها، لعدم الأدلة الواضحة فيما ذكرناه فيها من الأحكام سيما مع كونها مما لا وقوع لها بين الأنام في جملة من الأيام والأعوام، ورأينا التشاغل بغيرها مما هو أهم ونفعه أعم أولى بالمسارعة إليه لدى الملك العلام، والله العالم. مسائل من لواحق العقد قد حصلت الغفلة عن ذكرها ثمة، فذكرناها في آخر هذا الفصل.

الأولى: لا خلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في اشتراط الكفاءة في صحة النكاح، وهي لغة التساوي والمماثلة، من قولهم تكافؤا القوم أي تماثلوا وشرعا التساوي في الايمان على المشهور، وقيل: إنها عبارة عن التساوي في الاسلام وهو اختيار المحقق في كتابيه، والشهيد الثاني في المسالك، والمحدث الكاشاني في المفاتيح، ونقل في المسالك عن الشيخ المفيد وابن حمزة قال: للاجماع على اعتباره وعدم الدليل الصالح لاعتبار غيره، ثم قال: ووافقهم ابن الجنيدي في غيره من تحريم عليه الصدقة.

أقول: لا بد قبل الخوض في البحث من تقديم مقدمة في المقام، ليتضح بها

محل الخلاف، ويبتني عليها الكلام، فنقول قد عرفت فيما قد عرفت فيما تقدم أنه لا يجوز

للمسلم تزويج بالكافرة مطلقا، وهو موضع نص ووافق، ولا يجوز للمسلم التزويج بالكافرة أيضا إلا ما استثني من جواز نكاح الكنايية استدامة وابتداء على الخلاف المتقدم، والمراد من الاسلام هنا هو التصديق بالشهادتين وجميع ما جاء به النبي صلى الله عليه وآله عدا الإمامة، والايان عبارة عن الاعتقاد بالإمامة مع الاسلام المذكور،

ثم إنه على تقدير القول المشهور، وهو اعتبار الايمان، فمذهب الأكثر اعتباره في جانب الزوج دون الزوجة، بمعنى أنه لا يجوز للمؤمنة التزويج بالمخالف دون العكس، وهو تزويج المؤمن بالمخالفة، وحكى الشهيد الثاني في الروضة عن بعضهم أنه أدعي الاجماع على ذلك، وعلى هذا فالكفاءة إنما تشترط في جانب الزوج دون الزوجة.

وقد نقل في المختلف عن سلالر ما يشعر باشتراط الكفاءة من جانب الزوجة فإنه قال: وقال سلالر: ومن الشرائط أن تكون المرأة مؤمنة أو مستضعفة، وإن كانت ذمية أو مجوسية أو معاندة لم يحل نكاحها قط غبطة، لأن الكفاءة في الدين مراعاة عندنا في صحة هذا العقد، إنتهى وهو المؤيد بالأخبار الآتية في المقام فإنها صريحة في المنع إلا من المستضعفين والشكاك.

وبالجملة فالذي يظهر لي من الروايات اعتبار الكفاءة من الطرفين، نعم دلت على استثناء المستضعفة فيجوز تزويجها من حيث إسلامها على كلام يأتي في ذلك إن شاء الله.

والظاهر أن الحامل لأكثر المتأخرين على القول بجواز تزويج المخالفة وأن الكفاءة غير مشترطة في جانب المرأة هو الأخبار الدالة على جواز التزويج بالذمية فجعلوا المخالفة من قبيل ذلك، وفيه ما قدمنا تحقيقه من أن الروايات وإن اختلفت في ذلك إلا أن الأقرب حمل روايات الجواز على التقية. وكيف كان فمظهر الخلاف بين القولين المتقدمين عند أصحابنا هو المخالفون

أهل السنة والمستضعفون من الفريقين.
وأنت خير بأن هذا إنما يتمشى على مذهب المتأخرين القائلين بإسلام
المخالفين ووجوب إجراء أحكام الإسلام عليهم، وأما على مذهب المتقدمين القائلين
بكفر المخالفين ونصبهم وعدم جواز إجراء شيء من أحكام الإسلام عليهم إلا أن
يكون للتقية كما هو الظاهر من الأخبار الواضحة المنار الساطعة الأنوار كما
حقناه في كتاب "الشهاب الثاقب في بيان معنى الناصب" وما يترتب عليه من
المطالب، فلا يتم هذا الكلام، بل يجب الحكم بعدم صحة مناكحتهم كساير أفراد
الكفار، كما ستأتيك به الأخبار إن شاء الله في المقام، مكشوفة القناع لذوي
الأفهام، وعلى هذا فإنها مظهر الخلاف المستضعف خاصة.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن ما يدل من الأخبار على اشتراط الايمان، وجواز
النكاح في المستضعف والشاك خاصة ما رواه المشايخ الثلاثة (١) عطر الله مراقدهم
عن الحسين بن بشار "قال: كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن النكاح
فكتب

عليه السلام: من خطب إليكم فرضيتم دينه وأمانته " كائنا من كان " فزوجوه، إلا
تفعلوه

تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"، وقوله " كائنا من كان " في رواية الفقيه خاصة.
وما رواه في الكافي (٢) في الصحيح عن علي بن مهزيار " قال: كتب علي بن
أسباط 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، وأنت لا تجد أحدا مثلك، فلا تنظر في
ذلك

رحمك الله، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه
فزوجوه

إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير".

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٦ ح ٩، الفقيه ج ٣
ص ٢٤٨ ح ١ مع زيادة فيه، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ٣.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٦ ح ١٠، الوسائل
ج ١٤ ص ٥٠ ح ١.

وبهذا المضمون أخبار عديدة، والتقريب فيها إن غير المؤمن لا يرضى دينه، والخلق في هذه الرواية وغيرها بمعنى الدين كما صرح به أهل اللغة، لأنه وإن كان لغة بمعنى السجية والطبيعة أيضا فهو مستعمل في المعنيين.

قال في القاموس (١): والخلق بالضم وبضميتين: السجية والطبيعة والمروة والدين، وقال في كتاب مجمع البحرين (٢): إن هذا إلا خلق الأولين بسكون اللام يريد مذهبهم إلى أن قال: والخلق بالضم السجية لأنه لا قائل هنا باشتراط حسن الخلق والطبع في صحة النكاح، ولا ورد بذلك نص، فيتعين حمله على المعنى الثاني، وحينئذ فيكون من قبيل عطف المرادف.

وبذلك يظهر لك أن ما طعن به في المسالك على هذه الروايات من أن ذكر الخلق هنا وإضافته إلى الدين مع أن الخلق غير معتبر في الكفاءة إجماعا قرينة على أن اشتراط كل من الأمرين إنما قصد به الكمال، والأمر بتزويج من هو كذلك لكماله، فلا يلزم منه تحريم تزويج غيره، فإن فيه إنه إنما يتم ما ذكره لو انحصر معنى الخلق في السجية والطبيعة، وأما إذا كان بمعنى الدين كما صرحوا به أيضا فالواجب حمل اللفظ على دون المعنى الآخر لتأييده بالروايات المتكاثرة الدالة على اشتراط الايمان، وأيضا فإن الفتنة والفساد الكبير إنما يترتب على ترك تزويج من اتصف بالمعنى الذي ذكرناه، لا بالمعنى الذي ذهب، إليه ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب (٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

تزوجوا في الشكاك، ولا تزوجوهم لأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه^{١١}.

(١) ج ٣ ص ٢٢٩ فصل الخاء باب القاف.

(٢) ج ٥ ص ١٥٦.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٢٤.

ورواه في الفقيه (١) عن صفوان عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام مثله، وطريقه إلى صفوان حسن بإبراهيم بن هاشم فيكون الحديث كالصحيح.
وما رواه الشيخ (٢) عن زرارة في الصحيح " قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتزوج مرجئة أو حرورية قال: لا، عليك بالبله من النساء، قال زرارة: فقلت: والله ما هي إلا مؤمنة أو كافرة، فقال أبو عبد الله عليه السلام وأين أهل ثنوي الله عز وجل (٣)

قول الله عز وجل أصدق من قولك: إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا " (٤)
وما رواه في الكافي (٥) عن زرارة في الصحيح أو الحسن " قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: إني أخشى أن لا يحل لي أن أتزوج من لم تكن على أمري، فقال ما يمنعك

من البله من النساء؟ قلت: وما البله؟ قال: هن المستضعفات من اللاتي لا ينصبن ولا يعرفن ما أنتم عليه "

وعن حمran (٦) بن أعين قال: " كان بعض أهله يريد التزويج ولم يجد امرأة مسلمة موافقة فذكرت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال: أين أنت من البله الذين لا يعرفون شيئاً "

وما رواه في الفقيه (٧) عن حمran بن أعين في الحسن أو الموثق " وكان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأة يرضاها، فذكر ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال: أين

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ٢.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ١.
(٣) أي الذين استثناهم الله تعالى بقوله " إلا المستضعفين. إلى آخر الآية ".
(٤) سورة النساء - آية ١٠١.
(٥) الكافي ج ٣٤٩ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ٣.
(٦) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٠ ح ٧.
(٧) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٠ ح ٧ مع الاختلاف.

أنت من البلهاء واللواتي لا يعرفن شيئاً؟ قلت: إنا نقول: إن الناس على وجهين كافر ومؤمن، فقال: فأين الذين خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً؟ وأين المرجون لأمر الله؟ وأين عفو الله "

وما رواه في الكافي (١) عن زرارة في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام " قال: قلت: ما تقول في مناقحة الناس فإنني قد بلغت ما ترى وما تزوجت قط، قال: وما يمنعك من ذلك؟ قلت ما يمنعني إلا أنني أخشى أن لا يكون يحل لي مناقحتهم، فما تأمرني؟ قال: كيف تصنع وأنت شاب أتصير؟ ثم ساق الخبر إلى أن قال قلت أصلحك الله فما تأمرني أنطلق فأتزوج بأمرك؟ فقال إن كنت فاعلاً فعليك بالبلهاء من الله فما تأمرني أنطلق فأتزوج بأمرك؟ فقال: إن كنت فاعلاً فعليك بالبلهاء من النساء، قلت: ما البلهاء؟ قال: ذوات الخدور العفايف، قلت: من هو على دين سالم بن أبي حفصة؟ فقال: لا، فقلت: من هو على دين ربيعة الرأي؟ فقال: لا، ولكن العوايق اللاتي لا ينصبن ولا يعرفن ما تعرفون "

وما رواه في التهذيب (٢) في الصحيح عن زرارة " قال أبو جعفر عليه السلام عليك بالبله من النساء التي لا تنصب والمستضعفات " (٣)

أقول: قد دلت هذه الأخبار على أن زرارة ونحوه كانوا يعتقدون الناس يومئذ إما مؤمن أو كافر، وأنه لا تحل مناقحة الكافرة، والإمام عليه السلام قد أقره على الحكم بالكفر، وأن نكاحها لا يجوز لذلك بالكفر، وإنما رد عليه في حصره الناس في القسمين

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٠ ح ٩.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣١ ح ١٠.
(٣) أقول: روى العياشي في تفسيره عن سماعة قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام عن المستضعفين؟ قال: هم أهل الولاية قلت: أي ولاية تعني قال: ليست ولاية الدين ولكنها المناكحة والمواريث والمخالطة وهو ليسوا بالمؤمنين ولا الكفار ومنهم المرجون لأمر الله (منه قدس سره) والرواية في تفسير العياشي ج ١ ص ٢٥٧ ح ١٩٤، وليس فيه كلمة " الدين " لكن موجود في البحار نقلاً عنه، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٦ ب ٩ ح ٧.

المذكورين مع وجود قسم ثالث، ومنهم البله والمستضعفون الذين ليسوا بمؤمنين ولا كافرين، فإنهم من المسلمين. وقوله عليه السلام في هذه الأخبار " لا ينصبون " كناية عن المخالف الذي حكم أصحابنا بإسلامه، وظاهر هذه الأخبار كما ترى هو كفره، وقوله عليه السلام " ولا يعرفون "

كناية عن المؤمنين القائلين بإمامة الأئمة عليهما السلام، وهذا هو الموافق للأخبار المستفيضة (١) الدالة على أن الناس في زمانهم عليهما السلام على أقسام ثلاثة: مؤمن وكافر

وضال، والمراد بالضال الشكاك والمستضعفون، وقد نقلناها في كتابنا الشهاب الثاقب المتقدم ذكره وهي صريحة في كفر المخالفين كما عليه جل علمائنا المتقدمين حسبما أوضحناه في الكتاب المشار إليه. ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب (٢) عن الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام

" قال: لا تزوج المؤمن الناصبة المعروفة بذلك "

وما رواه في الكافي (٣) عن ربعي عن الفضيل بن يسار في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال له الفضيل: أتزوج الناصبة؟ قال: لا، ولا كرامة، قلت: جعلت فداك

والله إنني لأقول لك هذا، ولو جاءني بيت مآلآن دراهم ما فعلت " وعن الفضيل بن يسار (٤) " قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لامرأتي أختا عرافة على رأينا، وليس على رأينا، وليس على رأينا بالبصرة إلا قليل فأزوجها ممن لا يرى رأيتها؟

قال: لا، ولا نعمة ولا كرامة إن الله عز وجل يقول: " فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم، ولا هم يحلون لهن "

(١) الكافي ج ٢ ص ٣٨١ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٨، الوسائل

ج ١٤ ص ٤٢٣ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٣ ح ١.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٤.

وعن الفضيل بن يسار (١) في الموثق " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الناصب فقال: لا والله ما يحل، قال فضيل ثم سأله مرة أخرى فقلت: جعلت فداك ما تقول في نكاحهم؟ قال: والمرأة عارفة؟ قلت: عارفة، قال: إن العارفة لا توضع إلا عند عارف "

وما رواه في التهذيب (٢) عن فضيل بن يسار " قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرأة العارفة هل أزوجها الناصب؟ قال: لا، لأن الناصب كافر، قال: فأزوجها الرجل غير الناصب ولا العارف؟ فقال: غيره أحب إلي منه " أقول: أفعل التفضيل هنا ليس على بابه، بل هو بمعنى أصل الفعل كما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

وما رواه في الكافي (٣) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام " أنه

أتاه قوم من أهل خراسان من وراء النهر فقال لهم: تصافحون أهل بلادكم وتناكحونهم

أما إنكم إذا صافحتموهم انقطعت عروة من عرى الاسلام، وإذا ناكحتموهم انتهك الحجاب بينكم وبين الله عز وجل " وعن أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه " قال: تزوج اليهودية والنصرانية أفضل. أو قال خير من تزوج الناصب والناصبية "

وما رواه في الكافي والتهذيب (٥) عن عبد الله بن سنان في الصحيح " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الناصب الذي قد عرف نصبه وعداوته، هل نزوجه المؤمنة وهو

قادر على رده، وهو لا يعلم برده؟ قال: لا يزوج المؤمنة ولا يتزوج الناصب

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٥.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٣ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣١ ح ١١.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٦ ح ١٢.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥١ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٦ ح ١١.
(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٩ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٣.

المؤمنة، ولا يتزوج المستضعف مؤمنة " إلى غير ذلك من الأخبار البالغة حد التواتر المعنوي، والمفهوم من الأخبار أن الناصب حيثما يطلق إنما يراد به الخالف الغير المستضعف كما أشرنا إليه في ذيل روايات زرارة، لأن بعضا ورد بأنه عبارة عن المقدم للحبب والطاغوت وبعضا آخر ورد بأنه المبغض للشيعة من حيث التشيع، والمعنيان متلازمان كما هو المؤيد بالوجدان، وأصحابنا المتأخرون الحاكمون بإسلام المخالفين جعلوا الناصب هو المبغض لأهل البيت عليهم السلام أو المعلن ببغضهم فجعلوه أخص من المخالف، والحق، أن المستفاد من الأخبار هو حصول البغض لهم عليهم السلام من جميع

المخالفين، فإن مجردا لتقديم عليهم في الإمامة بغض لهم كما اعترف به شيخنا الشهيد الثاني الحاكم بإسلامهم هنا في كتاب روض الجنان (١) مضافا إلى استفاضة الأخبار بثبوت البغض لهم (٢) كما نقلناه في كتابنا المتقدم ذكره، وبذلك يظهر لك

(١) قال في باب السؤر من الكتاب المذكور ص ١٥٧ ونعم ما قال حيث ذكر المصنف سؤر الكافر والناصب ما هذا لفظه: والمراد به من نصب العداوة لأهل البيت - عليهم السلام - أو لأحدهم إلى أن قال: وروى الصدوق بن بابويه عن عبد الله بن مسكان عن الصادق - عليه السلام - قال: ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت لأنك لا تجد رجلا يقول أنا أبغض محمدا وآل محمد ويتظاهر به ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم أنكم تتولوننا وإنكم من شيعتنا. وفي بعض الأخبار كل من قدم الحبب والطاغوت فهو ناصب واختاره بعض الأصحاب إذ لا عداوة أعظم ممن قدم المنحط عن مراتب الكمال ويفضل المنحط في سلك الأغبياء والجهال على من تسنم أوج الجلال حتى شك في أنه الله المتعال. انتهى (منه قدس سره). والرواية في عقاب الأعمال ص ٢٤٧ ح ٣.

(٢) ومن ذلك ما رواه في الكافي (٣) عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: إياكم وذكر علي وفاطمة - عليهما السلام -. وعن إبراهيم بن أبي بشير (٤) قال: قال الصادق (٣) الكافي ج ٨ ص ١٥٩ ح ١٥٦.

(٤) الكافي ج ٨ ص ٨١ ح ٣٨ مع اختلاف في الراوي والرواية. عليه السلام -: أحببتمونا وأبغضنا الناس وصدقتمونا وكذبنا الناس ووصلتمونا وجفانا الناس.. الحديث. وفي الحديث عن إسماعيل الجعفي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام -: رجل يحب أمير المؤمنين - عليه السلام - ولا يتبرء من عدوه يقول: هو أحب إلي ممن خالفه فقال: هو مخلط هو عدو لا تصل خلفه ولا كرامة إلا أن تتقيه والأخبار في ذلك أكثر من أن يسع المقام ذكرها وقد أتينا إليها في كتابنا المشار إليه في الأصل ومنها أخبار عديدة في تفسير قوله عز وجل " ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه " (سورة الأحزاب - آية ٤). ففي بعضها (مجمع البيان ج ٨ ص ٣٣٦).

عن الصادق عليه السلام - ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه يحب بهذا قوما ويحب بهذا أعداءهم وفي أخرى (تفسير القمي ج ٢ ص ١٧١). عن أمير المؤمنين عليه السلام - قال: لا يجتمع حبا وحب عدونا

في خوف انسان إن الله لم يجعل لرجل من قلبين في جوفه فيحب بهذا ويبغض بهذا.
إلى غير ذلك من الأخبار. (منه قدس سره).

ضعف قوله في المسالك بعد الخلاف في أن الناصب هل هو المعلن بعداوة أهل البيت عليهم السلام أو لا يشترط الاعلان؟ وعلى التقديرين فهذا أمر عزيز في المسلمين الآن

لا يكاد يتفق إلا نادرا، فلا تغتر بمن يتوهم خلاف ذلك، إنتهى.
فإنه كلام باطل لا يلتفت إليه وعاطل لا يعرج عليه، وإنما نشأ من عدم التعمق في الأخبار وملاحظتها بعين الاعتبار، وذيل البحث في المقام واسع، ومن أراد الاستقصاء في ذلك فليرجع إلى كتابنا المذكور، وإلى كتاب الأنوار الخيرية والأقمار الدرية في أجوبة المسائل الأحمدية.
وبالجملة فالحكم بالكفر وتحريم المناكحة مما لا ريب فيه ولا شك يعتريه.
وبذلك يظهر لك ما في كلامه في المسالك من المجازفة حيث نقل بعض الروايات الضعيفة السند وردها بذلك، ونقل بعض روايات " إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه " ورده بما قدمنا نقله عنه، وقد عرفت جوابه، وقل من جملة ذلك

رواية أبي بصير المروية في الكافي (١) الدالة على النهي عن تزويج الشكاك معللا بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه، وردّها بضعف السند ثم طعن في متنها بأن النهي عن الشكاك لا يستلزم إلهي عن غيرهم، وقد عرفت أنها وإن كانت ضعيفة برواية صاحب الكافي إلا أن الصدوق رواها في الفقيه كما قدمناه عن صفوان عن زرارة وطريقه إلى صفوان حسن بإبراهيم بن هشام الذي هو في حكم الصحيح على المشهور، وصحيح على القول الآخر.

وأما طعنه في متنها فستعرف ما فيه إن شاء الله ثم، نقل صحيحة عبد الله بن سنان، (٢) وهي الأخيرة من الروايات التي قدمناها الدالة على أنه لا يتزوج المستضعف مؤمنة، ثم قال: وهي وإن كانت صحيحة إلا أن المستضعف يطلق على معان، منها ما هو أسوأ حالا من المخالف العارف، فلا يلزم من النهي عن نكاح المستضعف النهي عن نكاح غير المؤمن مطلقا، وإن كان في أفراد ما هو أحسن حالا من المخالف. إنتهى، ثم نقل موثقة الفضيل بن يسار (٣) الدالة على أن العارفة لا توضع إلا عند عراف، ثم طعن في سندها، ثم حمل النهي على الكراهة، واستدل برواية الفضيل الأخرى (٤) الدالة على أن (غيره أحب إلي منه) والعجب أنه بعد نقل هذه الروايات التي ذكرناها عنه قال: فهذه جملة الروايات للقول المشهور في هذا الباب ايدانا بأنه لا دليل للقول المشهور سواها، وهو غلط محض وسهو صرف ناش من عدم إعطاء التأمل حقه في تتبع الأخبار

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ١ الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ١١ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٨ التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٩ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٩ ح ٦.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٥.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٣ ح ٢١ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٧ ح ١٥

كما لا يخفى على من جاس خلال الديار، والموجود في الأخبار مما يدل على تحريم المناكحة ما يزيد على ما قدمناه أضعافاً مضاعفة، ثم إنه استدل على القول الذي اختاره بما قدمنا نقله عنه في صدر المسألة من الإجماع على اعتبار الإسلام، وعدم الدليل الصالح لاعتبار غيره، ثم قال في آخر البحث: وروى عبد الله بن سنان (١) في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام بم يكون الرجل مسلماً يحل

مناكحته وموارثته، وبم يحرم دمه؟ فقال: يحرم دمه بالإسلام إذا أظهر وتحل مناكحته وموارثته) وهو أصح ما في الباب سندا وأظهر دلالة، فقد ظهر بذلك قوة ما اختاره المصنف وإن كان الاحتياط في الفروج أولى، إنتهى. أقول ووجه النظر يتطرق إلى مواضع من هذا الكلام: الأول: ما قدمنا نقله من قوله في الجواب عن رواية أبي بصير المروية في الفقيه عن صفوا عن زرارة أن النهي عن الشكاك لا يستلزم النهي عن غيرهم فإن فيه منعا ظاهرا كيف وتعليه عليه السلام ذلك بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه، ينادي باستلزام النهي عن تزويج الشكاك النهي عن تزويج المخالفين الذين هم أسوء حالا وأثقل أحمالا وأسوأ عقيدة من الشكاك كما لا يخفى على من له أدنى ذوق وروية، وقد

ساعدنا على هذه المقالة سبطه السيد السند قدس سره. في شرح النافع، فقال بعد نقله الصحيحة المذكورة: ووجه الدلالة أن المنع من تزويج الشكاك يقتضي المنع من تزويج غيره من المعتقدين لمذهب أهل الخلاف بطريق أولى، ويؤيده التعليل المستفاد من قوله عليه السلام: لأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه، إنتهى.

الثاني: ما أجاب به عن صحيحة عبد الله بن سنان من قول: إن المستضعف يطلق إلى آخر ما قدمنا نقله عنه فإن فيه أن ما ذكره من هذا المعنى لم ينقله ناقل من علمائنا، ولا ورد به خبر من أخبارنا، والظاهر أنه ألجأته إليه ضرورة التعصب لهذا القول الضعيف والمذهب السخيف، فإن جملة من الأصحاب

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٣ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٧ ح ١٧.

فسروا المستضعف بتفسيرات متقاربة ومعان متناسبة، لا مدخل لهذا القول الذي تمحله فيما، وقد فسره ابن إدريس طاب ثراه بمن لا يعرف اختلاف الناس في المذاهب ولا يبغض أهل الحق على اعتقادهم. وعرف في الذكرى بأنه الذي لا يعرف الحق ولا يعاند عليه، ولا يوالي أحدا بعينه.

وعرفه الشيخ المفيد في المسائل الغرية بأنه لا يعرف بالولاء، ويتوقف عن البراءة، وهذه التعاريف كلها متقاربة في المعنى، وتعاريف الأصحاب كلها من هذا القبيل، كما صرحوا به في بحث الصلاة على الأموات، وأما الأخبار في تفسيره فمن هذا القبيل أيضا، وقد عقد له في الكافي بابا وسماه باب المستضعف (١) وأخباره كلها كما ذكرناه، ففي جملة منها أنه عبارة (عمن لا يستطيع أن يؤمن، ولا يستطيع أن يكفر) وفي بعضها هم النساء والأولاد، وفي بعضها من ل يعرف اختلاف الناس، وفي بعضها من لم ترفع له حجة، ومرجعها كلها إلى ضعف العقل، على أن ما ذكره من المعنى فاسد في حد ذاته، حيث إنه لا يفهم من الأسوأ حالا من المخالف العارف، وهو المعنى الذي فسره به المستضعف هنا إلا الأشد عنادا في مذهبه الباطل وتعصبا في دينه العاطل، وليس ذلك إلا بعداوة أهل البيت أو عداوة شيعتهم لا جلهم، لأننا لا نعقل من المخالف متى أطلق إلا المخالف في الإمامة، والمقدم فيها سيما مع وصفه بالعارف، وحينئذ فالأسوأ حالا منه إنما هو الناصب المجاهر بالعداوة، وقد عرفت أن الرواية تضمنت حكم الناصب أولا فلا معنى لذكره ثانيا. وبالجملة فإن كلامه هنا مختبط لا يظهر له وجه استقامة بالكلية.

الثالث: فيما استند إليه من رواية الفضيل بحمل قوله عليه السلام بعد قول السائل فأزوجها الغير الناصب ولا العارف: (وغيره أحب إلي منه) على إرادة التفضيل من هذه الصيغة، فإنه يقتضي كون تزويج الغير الناصب والعارف وهو المستضعف

(١) الكافي ج ٢ ص ٤٠٤ ح ١.

والشكاك محبوبا في الجملة، فإن فيه أنه يجب حمل أفعل التفضيل هنا على غير بابه جمعا بين هذا الخبر وغيره مما دل على اشتراط الايمان في الرجل فإن ذلك شايع ذايغ، ومن ذلك قوله عز وجل (ما عند الله خير من اللهو) (١) الآية، وقوله عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان (٢) وقد سأله أبوه عن نكاح اليهودية والنصرانية،

فقال عليه السلام (نكاحهم أحب إلي من نكاح الناصبية) فإنه بمقتضى ما قاله يدل على جواز نكاح الناصبية مع أنه حرام نصا وإجماعا. ونحوها رواية أبي بصير المتقدمة الدالة على أن تزوجي اليهودية والنصرانية أفضل، أو قال: خير من تزويج الناصب والناصبية.

وبذلك يظهر لك أن الاستدلال بهذه الرواية على إسلام المخلفين أشد بعدا، لأن موردها المستضعف، فإنه هو المراد من غير النصاب ولا العارف، والناصب هنا بقرينة المقابلة بالعارف إنما أريد به المخالف كما تقدم في أخبار زرارة من قوله عليه السلام (اللواتي لا يعرفن ولا ينصبن) فإن ذلك مبني على نصب المخالفين

وكفرهم، فلا يعبر عنهم إلا بهذا اللفظ.

وأما ما اشتهر بين المتأخرين من تخصيص الناصب بفرد آخر غير المخالف فهو باطل لا دليل عليه كما تقدمت الإشارة إليه.

الرابع: ما استدل به على ما اختاره من القول بالاسلام من الاجماع على اعتبار الاسلام، وعدم الدليل الصالح لاعتبار غيره فإنه باطل مردود بالأخبار الدالة على كفر القوم نصبهم وشركهم، وحل أموالهم ودمائهم، كما أوضحناه في كتابنا المتقدم ذكره بما لا يحوم حول شبهة للناظرين، والدليل الصالح لاعتبار الايمان قد عرفته ساطع البيان مشيد الأركان.

وأما صحيحة عبد الله بن سنان التي نوه بأنها أصح ما في الباب سنداً وأظهر

(١) سورة الجمعة - آية ١٠.

(٢) الكافي ج ٥ ٣٥١ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٦ ح ١٠.

دلالة، فأما ما ذكره من أنها أصح ما في الباب سنداً فهو جيد بالنسبة إلى ما أورده من الروايات التي ادعى أنها هي الروايات القول المشهور، وأنه ليس غيرها في الباب، وإلا فإن فيما قدمناه من الأخبار ما هو مثلها، وكذا ما لم ننقله من أخبار المسألة.

وأما ما ذكره من أنها أظهر دلالة على مدعاه، فهو على الضد والعكس مما قاله وادعاه، بل هي أخفى من السهوى الذي لا يكاد أحد يراه. وبيان ذلك أن السائل سأل عما به يحصل الإسلام لتجري عليه تلك الأحكام، لأنه قال: بم يكون الرجل مسلماً تحل مناكحته، والإمام عليه السلام لم يجبه عن سؤاله، وإنما ذكره له أن هذه الأحكام مترتبة على الإسلام، وهذا ليس من محل السؤال في شيء.

وبالجملة فإن السؤال عن معنى الإسلام وبيان حقيقته، نحن لا نخلف في أنه متى ثبت الإسلام لأحد فإنه يجب أن تجري عليه تلك الأحكام، والمدعى في المقام ثبوت الإسلام لأولئك المخالفين، وليس في الخبر دلالة عليه بوجه، لأنه عليه السلام لم يذكر أن الإسلام يحصل بكذا وكذا، وأن هذا الذي يحصل به الإسلام موجود في المخالفين ليحكم بإسلامهم لذلك، ولعل في عدول الإمام عليه السلام عن صريح الجواب إلى التعمية والابهام ما ينبئ عن تقية في المقام، فإن السائل سأل عن الإسلام بم يحصل ويتحقق حتى يحكم بإسلام المتصف به وإجراء أحكام الإسلام عليه، ولم يجب عن أصل السؤال، وهذا بحمد الله سبحانه واضح، ولما ذكره من الاستدلال بالرواية على مدعاه فاضح، والله العالم.

تنبيهات

الأول: حيث إن السيد السند صاحب المدارك في شرح النافع اختار عدم الحكم بمناكحة المخالفين مع قوله بإسلامهم أجاب عن صحيحة عبد الله بن سنان المذكورة، قال: الظاهر أن المراد من حل المناكحة والموارثة الحكم بصحة

نكاحهم وموارثتهم، لا جواز تزويجهم، انتهى. وأنت خير بما فيه من البعد، ولكنه لا مندوحة له عن ارتكابه حيث إنه ممن يحكم بإسلام أولئك المخالفين.

والتحقيق أن الرواية المذكورة بمعزل عن الدلالة على ما ذكره، فلا يحتاج إلى تأويل لما أوضحناه من الاشتباه فيها المؤدي إلى طرحها والاعراض عنها في هذا المقام، كما هو ظاهر لمن سرح بريد النظر فيما قدمناه من الكلام. الثاني: قد عرفت دلالة صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة على أنه لا يتزوج المستضعف المؤمنة، ونحوها صحيحة زرارة المروية في الفقيه الدالة على جواز التزويج في الشكك، وعدم جواز نكاحهم المؤمنة. المعلن بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه، وهو مشكل غاية الاشكال، حيث إنه لا خلاف ولا إشكال في كون الشكك والمستضعفين من أفراد المسلمين، وقد استفاضت الأخبار بأنه متى حكم بإسلام أحد وجب أن تجري عليه أحكامه من حل المناكحة والموارثة، وحقن المال والدم ونحوها، فكيف يتم المنع من مناكحته، وتؤيد الصحيحتين المذكورتين أيضا قول عليه السلام في بعض روايات الفضيل المتقدمة (العارفة)

لا توضع إلا عند عارف) وقوله في أخرى (غيره أحب إلي منه) أي غير المستضعف كما تقدم بيانه، ويؤكد أيضا الأخبار الكثيرة الدالة على أنه (إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه، وإلا تفعلون تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) فإن مفهومها أن من لا يرضى دينه لا يزوجه، والشكك والمستضعفين ممن لا يرضى دينه البتة فلا يزوجه، وحمل النهي على الكراهة وإن أمكن لكنه بعيد عن سياق نظامها مقتضى مقامها، والاحتياط لا يخفى.

الثالث: قد عرفت أن المشهور بين المتأخرين هو المنع من مناكحة المخالفين مع قولهم بإسلامهم، لا شراطهم، الايمان في صحة المناكحة، ولم يذهب منهم

إلى الاكتفاء بالاسلام إلا المحقق والشهيد الثاني والمحدث الكاشاني كما قدمنا ذكره.

وفيه (وأولاً) إن هذا القول بالنظر إلى الأخبار لا يخلو من تدافع وتناقض، فإن مقتضى الحكم بالاسلام جواز المناكحة وغيرها من الأحكام المترتبة على الاسلام كما عرفت آنفاً، ففي رواية حمران بن أعين (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (والإسلام ما ظهر

من قول أو فعل وهو الذي عليه جماعة الناس من الفرق كلها وبه حقنت الدماء وعليه جرت المواريث وجاز النكاح) الحديث. وفي رواية سماعة (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الاسلام شهادة أن لا إله إلا الله

والتصديق برسول الله صلى الله عليه وآله وبه حقنت الدماء وعليه جرت المناكح والمواريث وعلى ظاهره عامة الناس)

وفي حسنة الفضيل بن يسار (٣) (والإسلام ما عليه المناكح والمواريث وحقن الدماء) إلى غير ذلك زمن الروايات التي يقف عليها المتتبع. و (ثانياً) إنه من المعلوم في زمنه صلى الله عليه وآله وجواز مناكحة المنافقين المظهرين للاسلام مع العلم بنفاقهم، وأنه صلى الله عليه وآله قد نكح وأنكح بناء على ظاهر الاسلام،

وإن علم بالنفاق، وليس ذلك إلا باعتبار الاكتفاء بالاسلام في صحة المناكحة، وعدم اشتراط الايمان.

وبالجمله فالقول بالاسلام، والمنع من المناكحة مما لا يجتمعان، فالقائل بإسلامهم يتحتم على القول بجواز مناكحتهم كما هو أحد القولين، والقائل بالمنع من مناكحتهم لا يتم له إلا مع القول بكفرهم وعدم إسلامهم بالكلية كما هو القول الفضل، والمذهب الجزل، والمؤيد بتظافر الآيات والروايات، وهذه الأخبار المانعة من المناكحة إنما منعت من حيث الكفر، ولكن جل هؤلاء القائلين بالاسلام قد وقعوا لذلك في مضيق الالزام فاختلف نظامهم وانحل زمامهم،

(١) الكافي ج ٢ ص ٢٦ ح ٥ و ص ٢ ذ ح ١ و ص ٢٦ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٢ ص ٢٦ ح ٥ و ص ٢ ذ ح ١ و ص ٢٦ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٢ ص ٢٦ ح ٥ و ص ٢ ذ ح ١ و ص ٢٦ ح ٣.

وقد وقع لهم مثل هذا الخبط والخلط في مسألة غسل المخالفين كما تقدم في غسل الأموات من كتاب الطهارة، وكذا الصلاة على الأموات، حيث منعوا من الغسل والصلاة أو توقفوا مع حكمهم بالاسلام.

الرابع: روى الصدوق (١) عطر الله مرقده في الصحيح عن العلاء بن رزين (أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن جمهور الناس، فقال: هم اليوم أهل هدنة ترد ضالتهم وتؤدي أمانتهم ونجوز مناكتهم وموارثتهم في هذا الحال.

وهذه الروية بحسب ظاهرها منافية لما قدمناه، والأظهر عندي حملها على التقية، وإلى ذلك أشار صاحب الوسائل أيضا حيث قال: باب جواز مناكحة الناصب عند الضرورة والتقية، ثم أورد الرواية المذكورة وأورد فيها برواية تزويج عمر أم كلثوم (٢)، وظاهر السيد السند في شرح النافع حمل هذه الرواية على ما حمل عليه صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة من أن المراد بجواز مناكتهم منها دلالة على هذا المعنى ما رواه ابن بابويه في الصحيح عن العلاء بن رزين.. ثم ساق الروية إلى آخرها، وهو بعيد بل الأظهر إنما هو الحمل على التقية، ويؤيده ما رواه الشيخ (٣) عن محمد بن علي الحلبي (قال: استودعني رجل من بني مروان ألف دينار، فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير، فأتيت أبا عبد الله عليه السلام فذكرت

لك له، وقلت: أنت أحق بها، فقال: لا إن أبي عليه السلام كأن يقول: نحن فيهم بمنزلة هدنة تؤدي أمانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهادة لهم وعليهم، فإذا تفرق الأهواء لم يسمع أحد المقام)

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٠٢ ح ٣١ الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٣ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٦ ح ١ الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٣ ح ٢.
(٣) التهذيب ج ٦ ص ٣٥٠ ح ١١٠، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٤ ح ١٠.

وعن الحسين الشيباني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودماء هم، وإنه وقع لهم عنده ودیعة، فقال: أدوا الأمانات إلى أهلها وإن كان مجوسيا، فإن ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحل ويحرم)

المسألة الثانية: المشهور بين الأصحاب رضي الله عنهم أن التمكن من النفقة ليس شرطا في الكفاءة بل يحصل الكفاءة ويصح العقد وإن كان عاجزا عن ذلك، وقيل باشتراط ذلك، وظاهرهم أنه شرط في صحة النكاح وهو منقول عن الشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة، قال في المبسوط على ما نقله في المختلف: والكفاءة معتبرة في النكاح، وهي عندنا شيئان: الايمان وإمكان القيام بالنفقة واليسار المراعى ما يملك القيام بمؤونة المرأة وكفايتها لا أكثر من ذلك. وقيل وهو ظاهر ابن إدريس: إن ذلك ليس شرطا في حصة العقد وإنما للمرأة الخيار إذا تبين كونه غير مؤسر بنفقتها، ولا يكون العقد باطلا بل لها الخيار وليس كذلك خلاف الايمان الذي هو الكفر إذا بان كافرا فإن العقد باطل ولا يكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار، ثم أمر بأن بلحظ ذلك ويتأمل (٢). واستوجهه العلامة في المختلف، وقال: إن المرأة لو نكحت ابتداء بفقير

(١) الكافي ج ٥ ص ١٣٢ ح ٢ التهذيب ج ٦ ص ٣٥١ ح ١١٤ الوسائل
(٢) قال في السرائر: عندنا أن الكفاءة المعتبرة في النكاح أمران: الايمان واليسار بقدر ما يقوم بأمرها والانفاق عليها ولا يراعى ما وراء ذلك من الأنساب والصنایع والأولى أن يقال: إن اليسار ليس بشرط في صحة العقد وإنما للمرأة الخيار إذا لم يكن مؤسرا بنفقتها ولا يكون العقد باطلا بل الخيار إليها وليس كذلك خلاف الايمان الذي هو الكفر إذا بان كافرا فإن العقد باطل ولا يكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار ثم أمر أن يلحظ ذلك ويتأمل وما نقلناه في الأصل هو ملخص ذلك. (منه قدس سره)

عالمة بذلك صح نكاحها إجماعاً، ولو كانت الكفاءة شرطاً لم يصح، وإذا صح مع العلم وجب أن يصح مع الجهل، لوجود المقتضي السالم عن معارضة كون الفقر مانعاً. نعم أثبتنا إليها الخيار دفعا للضرر عنها، ودفعا للمشقة اللاحقة بها.

واستشكل السيد السند في شرح النافع في ثبوت هذا الخيار هنا، من جهة التمسك بلزوم العقد إلى أن يثبت ما يزيله، ومن لزوم الضرر ببقائها معه كذلك المنفي بالآية والرواية، قال: والمسألة محل تردد.

وقال الشيخ المفيد: المسلمون الأحرار يتكافؤون بالاسلام والحرية في النكاح وإن تفاضلوا في الشرف والنسب، كما يتكافؤون في الدماء والقصاص، فالمسلم إذا كان واجداً طويلاً للانفاق بحسب الحاجة إلى الأزواج مستطيعاً للنكاح مأموناً على الأنفس والأموال، ولم يلزمه آفة في عقله ولا سفه في رأيه، فهو كفو في النكاح.

وقال ابن الجنيد والإسلام جامع وأهلوه إخوة متكافؤ دماء هم إلا أن لمن حرمت عليه الصدقة فضلاً على غيرهم، فوجب ألا يتزوج فيهم إلا من هو منهم، لئلا يستحل بذلك الصدقة من حرمت عليه إذا كان الولد منسوباً إلى من يحل له الصدقة، إنتهى.

أقول: ومما يدل على القول المشهور (أولاً) إطلاق الأخبار الدالة على الاكتفاء في الكفاءة بمجرد الايمان كالأخبار المتقدمة الدالة على أنه (١) (إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ومنها زيادة على ما قدمناه ما رواه الكليني في الكافي (٢) مرسلاً عن الصادق عليه السلام

(قال إن الله عز وجل لم يترك شيئاً مما يحتاج إليه إلا علمه نبيه، فكان من تعليمه إياه أنه صعد المنبر ذات يوم فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أيها الناس

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١ و ٢ و ٣ والوسائل ج ١٤ ص ٥٠ ح ١ و ص ٥١ ح ٣ و ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٣٧ ح ٢ والوسائل ج ١٤ ص ٣٩ ح ٢.

إن جبرئيل أتاني عن اللطيف الخبير فقال: إن الأبكار بمنزلة الثمر على الشجر، إذا أدرك ثمره فلم يجتني أفسدته الشمس ونثرته الرياح، وكذلك الأبكار إذا أدركن ما يدرك النساء فليس لهن دواء إلا البعولة، وإلا لم يؤمن عليهن الفساد لأنهن بشر، قال: فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله صلى الله عليه وآله فمن نزوج؟ فقال

الأكفاء، فقال: يا رسول الله ومن الأكفاء؟ فقال: المؤمنون بعضهم أكفاء (بعض)

وروى الصدوق في كتاب علل الشرايع وعيون أخبار الرضا (١) بسنده عن أبي جون مولى الرضا عنه عليه السلام (قال: نزل جبرئيل على النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا محمد إن

ربك يقرؤك السلام، ويقول: إن الأبكار من النساء بمنزلة الثمر على الجش، فإذا أبيع الثمر فلا دواء له إلا اجتناؤه، وإلا أفسدته الشمس وغيرته الريح وإن الأبكار إذا أدركن ما تدرك النساء فلا دواء لهن إلا البعول، وإلا لم يؤمن عليهن الفتنة، فصعد رسول الله صلى الله عليه وآله المنبر فخطب الناس ثم أعلمهم ما أمر الله تعالى به،

فقالوا: ممن يا رسول الله؟ فقال: من الأكفاء، فقالوا: ومن الأكفاء؟ فقال: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض، ثم لم ينزل حتى زوج ضباعة المقداد بن الأسود، ثم قال: أيها الناس إنما زوجت ابنة عمي المقداد ليتضع النكاح (ثانيا) خصوص قوله عز وجل (إن يكونا فقراء يغنهم الله من فضله) (٢) وما رواه في الكافي (٣) في الصحيح عن أبي حمزة الشمالي (قال: كنت عند أبي جعفر عليه السلام إذا استأذن عليه رجل فأذن له فدخل عليه فسلم فرحب أبو جعفر عليه السلام وأدناه

وسأله، فقال الرجل: جعلت فداك إني خطبت إلى مولاك فلان ابن أبي رافع ابنته، فردني ورغب عني وازدرأني لدمامتي وحاجتي وغربتي، وقد دخلني من

(١) العلل ص ٥٧٨ ح ٤ العيون ج ١ ص ٢٢٥ ح ٣٧، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩ ح ٣.

(٢) سورة النور - آية ٣٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٣٩ ح ١ الوسائل ج ١٤ ص ٤٣ ح ١.

ذلك غضاضة هجمة غض لها قلبي تمنيت عندها الموت، فقال أبو جعفر عليه السلام
اذهب

فأنت رسولي إليه، وقل له: يقول لك محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب
عليهم السلام زوج منجح بن رباح مولاي ابنتك فلانة ولا ترده، قال أبو حمزة: فوثب
الرجل فرحا مسرعا برسالة أبي جعفر عليه السلام فلما أن توارى الرجل قال أبو جعفر
عليه السلام: إن رجلا كان من أهل اليمامة يقال له جويبر أتى رسول الله صلى الله عليه
وآله منتجعا

للاسلام (١)، فأسلم وحسن إسلامه وكان رجلا قصيرا دميما محتاجا عاريا ثم ساق
الخبر المشتمل على فقر جويبر وأنه من جملة أهل الصفة الذين كانوا يتعاهدهم
رسول الله صلى الله عليه وآله بالبر والتمر والشعير إلى أن قال: فقال له: يا جويبر لو
تزوجت

امرأة فعففت بها فرجك وأعانتك على دنياك وآخرتك، فقال له جويبر يا
رسول الله بأبي أنت وأمي من يرغب في؟ فوالله ما من حسب ولا نسب ولا مال ولا
جمال، فأية امرأة ترغب في؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: يا جويبر إن الله
قد وضع

بالاسلام من كان في الجاهلية شريفا، وشرف بالاسلام من كان في الجاهلية وضيعا،
وأعز بالاسلام من كان في الجاهلية ذليلا، وأذهب بالاسلام ما كان من نخوة الجاهلية
وتفاخرها بعشائرها، وباسق (٢) أنسابها إلى أن قال: ثم قال له انطلق يا
جويبر إلى زياد بن لبيد فإنه من أشرف بني بياضة حسبا فيهم فقل له: إني
رسول الله إليك، وهو يقول لك: زوج جويبرا ابنتك الذلفاء) ثم ساق الكلام بما
يتضمن تزويج جويبر المرأة المذكورة.

والخبر المذكور ظاهر بالنظر إلى صدره في المطلوب والمراد، وصريح
بالنظر إلى حكاية قصة جويبر بأوضح صراحة لا يعترىها الإيراد.
ومما يدل على ذلك قول الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٣) (إذا خطب

(١) انتجع القوم: إذا ذهبوا بطلب الكلاء، انتجع فلانا: طلب معروفه "النهاية"

(٢) الباسق: المرتفع في علوه. "النهاية".

(٣) الفقه الرضوي ص ٣١ مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٣٧ ب ٢٤ ح ٣.

إليك رجل رضيت دينه وخلقه فزوجه، ولا يمنعك فقره وفاقته، قال الله تعالى (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته) (١)، وقال (إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله، والله واسع عليم) (٢) وهو كما ترى أيضا صريح في المدعى، وتأييده الآيات والروايات الدالة على ضمان الله عز وجل الرزق لمن خلق وتكفله به. واستدل للقول الثاني بما رواه في الكافي (٣) في الصحيح عن أبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: الكفو أن يكون عفيفا وعنده يسار) ورواه الشيخ في التهذيب (٤) عن محمد بن الفضيل، عمن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام مثله.

وأجاب عنه في المختلف بالحمل على الأولوية والاستحباب، وهو جيد ويشير إليه اشتراط العفة التي هي عبارة عن التقوى، فإنه لم يشترطها أحد في الكفاءة وصحة النكاح، وإلا لبطل بدونه، وعلى هذا ينبغي حمل كلام الشيخ المفيد فيما قدمنا من عبارته.

وأما ما ذهب إليه ابن الجنيد فإنه استدل له في المختلف بما رواه في الكافي (٥) 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 في بني هشام؟ قال نعم، قال: عمن أخذت هذا؟ قال عن جعفر بن محمد عليه السلام سمعته يقول: أتتكافأ دماؤكم، ولا تتكافأ فروجكم؟

قال: فخرج الخارجي حتى أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال: إني لقيت هشاما فسألته

(١) سورة النساء آية ١٣٠. (٢) سورة النور آية ٣٢.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ٤.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٤ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢ ح ٥.
(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٤٥ ح ٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦ ح ٣.

عن كذا، فأخبرني بكذا، وذكر أنه سمعه منك، قال: نعم قد قلت ذلك، فقال الخارجي: فهذا أنا ذا قد جئتكم خاطباً، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إنك لكفو في دمك

وحسبك في قومك، ولكن الله عز وجل صاننا عن الصدقة، وهي أوساخ أيدي الناس فنكره أن نشرك فيما فضلنا الله به من لم يجعل الله مثل ما جعل الله لنا، فقام الخارجي وهو يقول: تالله ما رأيت رجلاً مثله قط ردني والله أقبح رد، وما خرج من قول صاحبه)

وحمله في المختلف على الأولوية أيضاً، ويحتمل أن هذا الكلام إنما خرج في مقام دفع الخارجي بما لا يستوحش منه من كفره وعدم جواز مناكحته، ولا يراد به ظاهره بالنسبة إلى غيره من الإمامية، فإنهم يتزوجون في بني هاشم من غير خلاف ولا كراهة، كما دل عليه صدر الخبر المذكور، وحديث تزويج النبي صلى الله عليه وآله ضباغة بنت الزبير بن عبد المطلب من المقداد بن الأسود، كما دلت

عليه جملة من الأخبار، منها الخبر المتقدم. ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب (١) عن أبي بكر الحضرمي (عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله زوج المقداد بن الأسود ضباغة بنت الزبير بن عبد المطلب

وإنما زوجه لتضع المناكح وليتأسوا برسول الله صلى الله عليه وآله وليعلموا أن أكرمهم عند الله أتقاهم)

ورواه في الكافي (٢) بسند آخر عن هشام بن سالم عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام

مثله، وزاد فيه (وكان الزبير أخا عبد الله وأبي طالب لأبيهما وأمهما) وروى في التهذيب (٣) عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٤ ح ١ التهذيب ج ٧ ص ٣٩٥ ح ٦ الوسائل ج ١٤ ص ٤٥ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٤ ح ٢ الوسائل ج ١٤ ص ٤٥ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٥ ح ٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٧ ح ٥.

رسول الله صلى الله عليه وآله زوج ضبيعة بنت الزبير بن عبد المطلب من مقداد بن الأسود،

فتكلمت في ذلك بنو هاشم فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: إني إنما أردت أن تصنع

المناكحة) وبالجملة فإن القول المذكور بمكان من الضعف والقصور. وأما ما ذهب إليه ابن إدريس والعلامة في المختلف من الخيار للمرأة لو ظهر كون الزوج فقيرا بعد عقده عليها، فلا أثر له في أخبار المسألة، وما استدلوا به من دفع الضرر عن المرأة مدفوع بما ذكرنا من الآيات والأخبار الدالة على أن الله سبحانه ضامن بالرزق ومتكفل به سواء أجراه على يد الزوج أو غيره، ألا ترى إلى قوله عز وجل (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سمعته) (١) فإن فيه إشارة إلى أن الفرق الموجب القطع إنفاق الزوج على المرأة أو استعانة الزوج بالمرأة على ذلك لا يكون موجبا لاحتياج كل منهما وفقره بالله سبحانه يغني كلا من سعته وكرمه وكذا قوله (إن يكونا فقراء يغنهم الله من فضله) (٢) فإن فيه إشارة إلى أنه لا ينبغي الرد عن التزويج لأجل الفقر، فإن الله عز وجل هو الرزاق لا الزوج، وقد ضمن ذلك في كتابه وهو لا يخلف الميعاد، فلا يمنعه التزوج لأجل فقره، والآية ظاهرة في الرد على هذا القائل بأوضح ظهور، الظاهر أنه إلى ما ذكرنا يشير كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٣) حيث استدل بهذه الآية والآية التي بعدها

على عدم منع الفقير من تزويج من رضي دينه، وبذلك يظهر قوة التمسك بلزوم العقد حتى يقوم دليل على جواز فسخه، ويظهر أيضا ضعف استشكال السيد السند في المسألة كما قدمنا نقله عنه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم قد صرحوا بأن هذا الشرط ليس على نهج ما قبله من شرط الايمان أو الاسلام للاتفاق هنا على جواز تزويج الفقير المؤمن،

(١) سورة النساء - آية ١٣٠.

(٢) سورة النور - آية ٣٢.

(٣) الفقه الرضوي ص ٢٣٧.

وإنما يظهر فائدة هذا الاشتراط هنا على تقدير القول به في الوكيل المطلق والولي، فإنه ليس لهما أن يزوجاها إلا من كفو، فإذا اعتبرنا اليسار في الكفاءة لم يصح لهما تزويجهما بالفقير، وإن زوجاها تخيرت في الفسخ كما تتخير في العيوب.

واختلف كلام العلامة في كتبه هذه المسألة ففي التذكرة اشترط في الكفاءة اليسار كما قدمنا نقله، عنه وجوز للولي أن يزوجها بالفقير، ولو كان الذي يزوجها السلطان لم يكن له أن يزوجها إلا بكفو في الدين واليسار، وهذا الكلام لا يخلو من تدافع كما عرفت، وفي المختلف لم يعتبر اليسار، واكتفى بالايمن لكنه حكم بأنها لو تزوجت الفقير جاهلة بفقره كان له الخيار إذا علمت، وهو قول ابن إدريس كما تقدم، وفي القواعد لم يجعل اليسار شرطاً ولا أثبت له الخيار. وكيف كان فالظاهر أن اليسار شرط في وجوب الإجابة عليها أو على الولي فلو لم يكن ذا يسار لم تجب إجابته، لأن الصبر على الفقر ضرر يدفع الوجوب، وإن ترجحت الإجابة مع كمال دينه كما في قضية جويير ونحوه، والمعتبر في اليسار من النفقة كونه مالكا له بالفعل أو القوة القرية منه، بأن يكون قادرا على تحصيلها بحرفة يحترفها أو تجارة يتجرها، ولا يشترط اليسار في المهر وإنما محل البحث والخلاف في النفقة خاصة، والله العالم.

والمسألة الثالثة: المشهور بين الأصحاب أنه لو تجدد عجز الزوج عن النفقة فليس للمرأة الفسخ، ونقل عن ابن الجنييد أنها تتخير بين الفسخ وعدمه، وقيل: بأن الحاكم بينهما، وهذا القول نقله السيد السند في شرح النافع، قال: نقل المحقق الشيخ فخر الدين عن المصنف أنه نقل عن بعض علمائنا قولاً بأن الحاكم بينهما.

حجة القول المشهور أن النكاح عقد لازم، فيستصحب، ولظاهر قوله تعالى

(وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) (١) وما رواه الشيخ في التهذيب (٢) عن السكوني (عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام أن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليه وكان زوجها معسرا، فأبى علي عليه السلام أن يحبسها، وقال: إن مع العسر يسرا) ولو كان لها الفسخ لعرفها به ليندفع عنها الضرر الذي استعدت لأجله، وحجة ما ذهب إليه ابن الجنيد ما رواه الصدوق (٣) في الصحيح عن ربعي والفضيل بن يسار (عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل (ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) قال إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، وإلا فرق بينهما) وما رواه في الفقيه (٤) أيضا عن عاصم بن حميد عن أبي بصير والظاهر أنه ليث الراوي فتكون الرواية صحيحة (قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الإمام أن يفرق بينهما) والظاهر أن هذه الرواية هي مستند القول الثالث، وإلى هذا القول بما نقل عن ابن الجنيد مال السيد السند في شرح النافع للصحيحين المذكورين، قال: 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) (٥) والعسر الزائد الذي هو غير مراد لله عز وجل. أقول: والرواية الأولى قد رواها في الكافي (٦) أيضا عن روح بن عبد الرحيم (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: قول الله عز وجل (ومن قدر عليه رزقه) الحديث كما تقدم.

(١) سورة البقرة - آية ٢٨٠.

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩ ح ٤٤ الوسائل ج ١٣ ص ١٤ * ح ٢.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٩ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٣ ح ٢.

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٩ ح ٥ التهذيب ج ٧ ص ٤٦٢ ح ٦١ مع اختلاف يسير

الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٣ ح ١.

(٥) سورة الحج - آية ٧٨.

(٦) الكافي ج ٥ ص ٥١٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٤ ح ٦.

ويقرب من هذين الخبرين ما رواه في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج (قال: لا يجبر الرجل إلا في نفقة الأبوين والولد، قال بن أبي عمير: قلت لجميل والمرأة؟ قال: قد روى عنبسة عن أبي عبد الله عليه السلام

قال: إذا كساها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه وإلا طلقها) الحديث، وحاصل معنى الخبر أنه في العمودين يجبر على النفقة، وأما في الزوجة فإنها ليست لازمة له لزوم العمودين، بل يجبر على النفقة أو الطلاق. ويعضد ذلك ما ورد في خبر رواه في أصول الكافي (٢) في باب سير تهم عليهم السلام

مع الناس إذا ظهر أمرهم (قال فيه: والرجل ليس له على عياله أمر ولا نهى إذا لم يجز عليهم النفقة) (٣) والعلامة في المختلف بعد أن نقل الاستدلال للقول المشهور باستصحاب لزوم العقد ورواية السكوني، ولا بن الجنيد بلزوم الضرر، والرواية عن الصادق عليه السلام وعارضها برواية السكوني قال في آخر كلامه: ونحن في المسألة من المتوقفين.

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٢ ح ٨ التهذيب ج ٦ ص ٢٩٣ ح ٢٢ و ص ٢٩٦ ح ٢٣ و ص ٣٤٨ ح ٩٨ الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٤ ح ٤.

(٢) أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦ ح ٦.

(٣) أقول والحديث المذكور مروى عن أبي عبد الله - عليه السلام - أن النبي صلى الله عليه وآله قال: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه وعلي أولى به من بعدي فقيل له: ما معنى ذلك؟ فقال: قول النبي صلى الله عليه وآله - من ترك ديناً أو ضياعاً فعلي ومن ترك مالا فلورثته فالرجل ليست له على نفسه ولاية إذا لم يكن له مال وليس له على عياله أمر ولا نهى إذا لم يجز عليهم النفقة والنبي وأمير المؤمنين عليهما السلام ومن بعدهما ألزمهم هذا فمن هناك صاروا أولى بهم من أنفسهم وما كان سبب اسلام عامة اليهود إلا من بعد هذا القول من رسول الله - صلى الله عليه وآله - وأنهم آمنوا على أنفسهم وعلى عيالاتهم. (منه - قدس سره -)

(٤) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩ ح ٤٤ الوسائل ج ١٣ ص ١٤٨ ح ٢.

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسلك التوقف أيضا حيث اقتصر على نقل الأقوال وأدلتها ولم يرجح شيئا في البين، إلا أن الظاهر أنه لم يقف على صحة الخبرين اللذين قدمناه هما دليلا لابن الجنيد، فإن إنما نقل رواية ربعي والفضيل عارية عن وصفها بالصحة، والظاهر أنه أخذها من التهذيب، فإنها فيه ضعيفة وإلا فهي في الفقيه صحيحة وأما صحيحة أبي بصير فلم يتعرض لها، والظاهر أنه لو وقف على صحة هاتين الروايتين لما عدل عنها بناء على عادته وطريقته كما علمته من سبطه في شرح النافع.

إذا عرفت هذا فاعلم أن الظاهر عندي في المقام النظر إلى هذه الأخبار بناء على قاعدتنا في العم بجميع الأخبار من غير التفات إلى هذا الاصطلاح المحدث أمر آخر غير ما ذكرناه، وذلك فإن صريح رواية السكوني كون الزوج معسرا، وأما صحيحة ربعي والفضيل وكذا صحيحة أبي بصير فإنهما مطلقتان، وحينئذ فيمكن حمل إطلاقهما على ما صرحت به رواية السكوني من التقيد، فينتج من ذلك أن الزوج متى كان معسرا وجب عليها الصبر، عملا باستصحاب لزوم العقد، ولا تتخير في فسخ عقدها، ولا يجوز أن يفرق بينهما، وأما إذا كان ذا يسار ولم ينفق عليها فإن الحكم فيه ما دلت عليه الصحيحتان من التفريق بينهما، ويؤيد ما ذكرناه ما هو المفهوم من رواية جميل بن دراج كما ذيلناها به من أنه يجبر على الانفاق عليه أو الطلاق، ومن الظاهر أن الخبر على الانفاق إنما هو مع إمكانه، وعلى ما ذكرناه لا تكون الصحيحتان من محل البحث في شيء لتخصيصهما بمن كان ذا يسار، ومحل البحث إنما هو العاجز عن الانفاق. وبالجملة فالأظهر عندي في الجمع بين الأخبار هو ما ذكرته، وبه يظهر قوة القول المشهور، وأنه هو المؤيد المنصور.

ثم إنه لا يخفى أن الذي ذكرناه هنا بناء على قول ابن الجنيد هو تخيير المرأة في فسخ العقد و عدمه، والذي دلت عليه الصحيحتان الفريق، وهو

أعم من ذلك لاحتمال أن يكون المراد به الطلاق بمعنى أنه يجبر على طلاقها، وإلا طلقها الحاكم الشرعي، ويؤيده ما قدمنا نقله من صحيحة جميل أو حسنته الظاهرة في الطلاق إن لم ينفق عليها، بمعنى أنه يجبر عليه مع عدم الانفاق عليها ونقل عن فخر المحققين أنه بني الخلاف في هذه المسألة على أن اليسار بالنفقة ليس شرطا في لزوم العقد فلو جعلناه شرطا تسلطت بتجدد العجز بغير إشكال، قال في المسالك: وهذا البناء ليس ببعيد، إلا أن عبارات الأصحاب مطلقة، بحيث يحتمل كون الخلاف هنا جاريا على القولين، إذا يحتمل على القول بأن اليسار جزء من الكفاءة أن يختص بالابتداء، ولا يلزم مثله في الاستدامة كما في العيوب الموجبة للخيار ابتداء، ولا يثبت مع تجدها كما سيأتي، وعلى كل حال فكلام فخر الدين موجه. إنتهى.

المسألة الرابعة: قالوا: لو خطب المؤمن القادر على النفقة وجبت إجابته على الولي، وإن كان أخفض نسبا، وإن منعه الولي كان عاصيا، وقيد بعضهم وجوب الإجابة بعدم قصد الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوة، فلو قصد الأعلى مع وجوده لم تجب الإجابة بل يتخير بينهما، وهل يعبر في وجوب الإجابة بلوغ المرأة أم يجب على الولي الإجابة وإن كانت صغيرة؟ احتمالان، من إطلاق الأمر وانتفاء الحاجة، وعلل تخصيص الأولياء بالحكم بأن الولي هو المجيب والمانع غالبا وإن لم يكن له ولاية شرعية، كما تشير إليه صحيحة علي ابن مهزيار (١) المتقدمة الدالة على أنه (كتب علي بن إسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته أنه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام ك فهمت ما ذكرت في أمر بناتك، وأنتك لا تجد أحدا مثلك، فلا تنظر في ذلك) الخبر.

والأصل في هذا الحكم من أصله الأخبار الكثيرة المتقدمة الدالة على قوله عليه السلام (٢) (إذا جاءكم من ترضون خلفه ودينه فزوجوه، وإلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) والتقريب فيها أن مقتضى الأمر الوجوب، وأن مخالفته معصية.

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١ و ٢ و ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ١ و ٢ و ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١ و ٢ و ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ١ و ٢ و ٣.

ويمكن أن يناقش في دلالة الأمر على الوجوب هنا حيث إن الظاهر من السياق كونه للإباحة، ولا ينافي ذلك (إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) إذ الظاهر أن المراد أنه إذا حصل الامتناع من الإجابة لكون المخاطب حقيرا في نسبه لا لغيره من الأغراض فإنه يترتب على ذلك الفساد أو الفتنة من نحو التفاخر بالعشائر والمباهاة بالتكاثر كما في زمن الجاهلية، وما يترتب على ذلك من القبائح الخارجة عن جادة الدين.

ويعضد ما ذكرناه ما صرح به ابن إدريس في كتابه حيث قال: وروي أنه إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته وكان عنده يسار بقدر نفقتها، وكان ممن يرضى فعاله وأمانته ولا يكون مرتكبا لشيء يدخل به في جملة الفساق وإن كان حقيرا في نسبه قليلا في ماله فلا يزوجه إياها كان عاصيا لله تعالى مخالفا لسنة نبيه صلى الله عليه وآله، ووجه الحديث في ذلك أنه إنما يكون عاصيا إذا رده ولم يزوجه لما هو

عليه من الفقر، والأنفة منه لذلك، واعتقاده أن ذلك ليس بكفو في الشرع، فأما إن رده ولم يزوجه لا لذلك بل لأمر آخر وغرض غير ذلك من مصالح دنياه فلا حرج عليه ولا يكون عاصيا، فهذا فقه الحديث. إنتهى كلامه زيد إكرامه وهو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبیه.

ومنه يعلم ما قدمناه ذكره من أن الولي لو ترك الإجابة لأجل العدول إلى الأعلى لا يكون عاصيا، وكذا لو ترك الإجابة لما هو عليه من الصفات الذميمة من فسق ونحوه، فإنه لا حرج عليه ولا يكون عاصيا، والظاهر من الروايات المذكورة أن الخطاب فيها والأمر بالتزويج والنهي عن الرد إنما توجه إلى الأولياء بالتقريب الذي قدمناه، وعلى هذا ففي تعلق الحكم بالثيب والبكر البالغ التي لا ولي لها ووجوب الإجابة عليها إن قلنا بالوجوب على الولي إشكال، من حيث إن ظاهر النصوص كما عرفت أن توجه الخطاب فيها إنما هو لخصوص الولي، فلا يتعلق بغيره، وإطلاق هذه الأخبار شامل لجواز مناكحة الأخفض نسبا والأدنى صنعه

وحرفة ونحو ذلك، لأن المدار فيها على المماثلة في الايمان أو الاسلام خاصة، وأنت خبير بأنها بإطلاقها شاملة للقادر على النفقة والعاجز عنها، وهم قد قيدوا وجوب الإجابة بالقدرة على النفقة، وكأنهم نظروا إلى أن في الصبر على الفقر ضررا عظيما فخصصوا إطلاق هذه الأخبار بذلك، وفيه ما لا يخفى كما تقدم الكلام عليه في شرط الكفاءة، ومقتضى الأخبار المذكورة أيضا تزويج الفاسق، ولا سيما شارب الخمر، إلا أنه قد ورد في النهي عنه أخبار عديدة حملها أكثر الأصحاب على الكراهة جمعا، ومنع منه بعض الأصحاب، لقوله تعالى (أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون) (١)

وفيه إن الظاهر من أكثر آيات القرآن أن إطلاق الفسق فيها إنما هو بمعنى الكفر، لا بمعنى المشهور الآن من الأمور المخلة بالعدالة، سيما ما ورد في تفسير هذه الآية من أن المؤمن أمير المؤمنين عليه السلام الفاسق الوليد أخو عثمان لأمه. (٢)

ومن الأخبار الواردة في النهي عن تزويج شارب الخمر ما رواه في الكافي (٣) عن أحمد بن محمد رفعه (قال: قال أبو عبد الله عليه السلام - من زوج كريمته من شارب

الخمر فقد قطع رحمها رسول الله.

وعن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال رسول الله

صلى الله عليه وآله: شارب الخمر لا يزوج إذا خطب) إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة، إلا

(١) سورة السجدة - آية ١٨.

(٢) تفسير علي بن إبراهيم ج ٢ ص ١٧٠.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١ التهذيب ج ٧ ص ٣٩٨ ح ١٤ الوسائل ج ١٤ ص ٥٣ ح ١.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ٢ التهذيب ج ٧ ص ٣٩٨ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٥٣ ح ٤.

أنها محمولة عند الأصحاب على الكراهة جمعا بينها وبين ما تقدم.
المسألة الخامسة: المشهور بين الأصحاب أنه إذا تزوج امرأة ثم علم أنه
كانت زنت فليس له الفسخ، ولا الرجوع على الولي بالمهر، وعلل الأول بأن ذلك
مقتضى العقد اللازم، وأما عدم الرجوع بالمهر فلأن ذلك مقتضى الأصل.
أقول: ويدل على الأول أيضا ما رواه الصدوق (١) في الصحيح عن الحلبي عن
أبي عبد الله عليه السلام (قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل)
وفي رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المرورية في التهذيب (٢) (قال وترد
المرأة من العفل والبرص والجذام والجنون وأما سوى ذلك فلا).
وذهب ابن بابويه في المقنع إلى أن يفرق بينهما ولا صداق لها، لأن الحديث
كان من قبلها، ويدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة (٣) عن السكوني عن أبي عبد الله
عليه السلام عن أبيه عليه السلام (قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في المرأة ذا زنت
قبل أن يدخل
بها الرجل يفرق بينهما ولا صداق لها لأن الحدث كان من قبلها)
ويدل عليه أيضا ما رواه في الفقيه (٤) عن الحسن بن محبوب عن الفضل بن
يونس في الموثق (قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلم
يدخل بها فزنت، قال: يفرق بينهما وتحل الحد ولا صداق لها)، ورد المتأخرون
هذه الروايات بضعف السند.

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦ الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٤ التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤
ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩ الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٥ ح ١٣.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٥ والتهذيب ج ٧ ص ٤٧٣ ح ١٠٥ الفقيه ج ٣
ص ٢٦٣ ح ٣٨ الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٣.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٩٠ ح ١٧٧. الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣ ح ٣٩ الوسائل
ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٢.

ونقل عن الشيخ المفيد وجماعة أن له الخيار في المحدودة (١)، قال في شرح النافع: ولم نقف لهم في ذلك على مستند سوى ما في الالتزام بها من الضرر، لاشتماله على العار، ويضعف بأنه قادر على طلاقه، وبه يندفع الضرر، ثم نقل صحيحة الحلبي التي قدمنا نقلها عن الصدوق، وعقبها بما رواه الكليني (٢) عن رفاعه بن موسى (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود والمحدودة، هل ترد من

النكاح؟ قال: لا)

أقول: ونحو هذا الرواية ما رواه الحسين بن سعيد في كتابه عن فضالة عن رفاعه بن موسى (٣) (قال: سألته عن المحدودة؟ قال: لا يفرق بينهما ولا يترادان النكاح) الحديث، وهو صحيح صريح، والظاهر أن المستند للشيخ المفيد فيما نقل عنه هو ما قدمناه من الأخبار الدالة على مذهب ابن بابويه، وإلا فلم نقف على غيرها.

وذهب الشيخ في النهاية إلى أنها لا ترد، وكذلك التي كانت زنت قبل العقد

(١) أقول: قال الشيخ المفيد - رحمه الله - : ترد المحدودة في الفجور وبه قال: سيار وابن البراج واختاره ابن الجنيد وأبو الصلاح وقطب الدين الكيدري وقال الشيخ في النهاية: المحدودة في الزنا ترد وأما التي قد زيت قبل العقد فليس للرجل ردها إلا أن له أن يرجع على وليها بالمهر وليس له فراقها إلا بالطلاق وقال ابن إدريس: الذي في نفسي أن المحدودة لا ترد بل يرجع على وليها بالمهر إذا كان عالما بدخيلة أمرها فإن أراد فراقها طلقها انتهى كذا نقله العلامة في المختلف ثم قال: والأقرب عندي عدم الرد للأصل وما رواه الحلبي في الصحيح ثم ساق الرواية كما ذكرنا في دليل القول الأول واحتج لما ذكره المفيد رحمه الله باشتماله على العار فكان موجبا للتسلط على الفسخ وقد عرفت ما فيه (منه قدس سره).

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩ الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ح ٢.

(٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣٦٥ ح ٢٢.

إلا أن له الرجوع على وليها بالمهر، وقريب منه قول ابن إدريس، إلا أنه قيل الرجوع عليه بعلمه بحالها.
أما عدم ردها وفسخ نكاحها فلما تقدم في القول المشهور.
وأما الرجوع على وليها فلما رواه الشيخ في التهذيب (١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها قد كانت زنت، قال: انشاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها، قال: وترد المرأة من العفل والبرص والجذام) إلى آخر ما تقدم في أدلة القول الأول.
وروى هذا الخبر الكليني في الكافي (٢) في الصحيح عن معاوية بن وهب بدون الزيادة التي في آخره، ومنه يظهر قوة القول بالرجوع إلى المهر لكن ينبغي تقييده بما ذكره ابن إدريس من علم الولي بالزنا، وعدم إخباره الزوج (٣) والظاهر أن مراد الشيخ ذلك وإن أطلق، ويؤيده عموم الأخبار الدالة على الرجوع على الولي إذا كان عالما بالعيب، والزنا من أظهر العيوب وأفحشها.
وخصوص ما رواه في الكافي (٤) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩ الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ ح ٤ الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤.
(٣) وإلى ما اخترناه من العمل بهذه الأخبار يميل كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث إنه بعد نقل صحيحة معاوية بن وهب التي في الكافي قال: ولو عمل به لم يكن به بأس وحمله على ما لو شرط للزوج كونها عفيفة - خلاف الظاهر وكون مقتضى النكاح أن المهر على الزوج وإنما يرجع به على الولي لكونه غره باخفاء أمر المرأة انتهى وهو جيد ويعضد كلامه الخير بكثرة الأخبار بكون المهر على الولي إذا علم بالعيب ولم يخبر الزوج بذلك والزنا من أفحش العيوب فلا اشكال (منه قدس سره).
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ب ٦ ح ١.

عليه السلام (قال: سألته عن المرأة تلد من الزنا ولا يعلم بذلك أحد إلا وليها، أيصلح له أن يزوجها ويسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبة أو معروفاً؟ فقال: إن لم يذكر ذلك لزوجها، ثم علم بعد ذلك، فشاء أن يأخذ صداقها من وليها مما دلس عليه، كان له ذلك على وليها، وكان الصداق الذي أخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحلت من فرجها، وإن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس)

ورواه الحسين بن سعيد في كتابه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي (١) (قال: سألته عن المرأة) الحديث، وهو صحيح، وبما ذكرنا يظهر ضعف ما تقدم في القول الأول من تعليل عدم الرجوع بالمهر، من أن ذلك مقتضى الأصل فإن فيه أنه وإن كان ذلك مقتضى الأصل لكن يجب الخروج عنه بالدليل وقد عرفته.

بقي الكلام في الروايات المتعارضة في الفسخ وعدمه، والظاهر ترجيح الروايات الدالة على عدمه، وقد تقدم الكلام في هذا المقام بالنسبة إلى الرد بالزنا وعدمه، في المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة في اللاحق الذي في آخر المقام الثاني في الزنا، وإنما ذكرناه هنا بالنسبة إلى ما يتعلق به من الرجوع بالمهر وعدمه ومما يؤيد أخبار عدم الرد أيضاً صحيحة رفاة المتقدمة ثمة، وإن كان موردها إنما هو زنا الزوج، إلا أن الصدوق قائل بالرد وفسخ العقد بالزنا، أعم من أن يكون من الزوج أو الزوجة كما تضمنته عبارة المقنع المتقدمة ثمة.

المسألة السادسة: قال الشيخ في النهاية: إذا ائتمن الرجل إلى قبيلة وتزوج، فوجد على خلاف ذلك بطل التزويج، واختاره ابن الجنيد وابن حمزة، وجعله ابن البراج في كتابيه معاً رواية. وقال الشيخ في المبسوط: إن كان الغرور بالنسب، فهل لها الخيار أم لا؟

(١) البحار ج ١٠٣ ص ٣٦٥ ح ٢٣ الطبع الجديد / طهران الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠
ب ٦ ح ١.

قولان، والأقوى أن الاختيار لها، وفي الناس من قال لها الخيار وقد روي (١) ذلك في أخبارنا، واختار ابن إدريس المنع، قال: وقد روي أن الرجل إذا انتسب إلى قبيلة فخرج من غيرها، سواء كان أرذل أو أعلى، يكون للمرأة الخيار في فسخ النكاح. والأظهر أنه لا يفسخ بذلك النكاح لقوله تعالى (أوفوا بالعقود) (٢) ونسب ما قاله الشيخ في النهاية إلى أنه خير واحد، ثم قال: إلا أن هذا وإن لم يكن عيباً، فإنه يرد به لأنه تدليس، فرددناه من حيث التدليس بالاشتراط، لا من حيث إنه عيب يرد به من غير اشتراط، لأن العيوب في الخلقة يرد بها النكاح وإن لم يشترط السلامة في حال العقد، بل بمجرد العقد يرد النكاح بعيب الخلقة، فأما التدليس فإنه إذا اشترط أنه حر فخرج عبداً أو انتسب إلى قبيلة فخرج بخلافها، سواء كان أعلى منها أو أدنى، وكذلك السواد والبياض إذا شرطه فخرج بخلافه، وما أشبه ذلك، فلا يرد به النكاح إلا إذا اشترط خلافه، وأما بمجرد العقد دون تقدم الشرط فلا يرد به النكاح، فهذا الفرق بين عيب الخلقة وبين التدليس.

وقال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال: والأقرب أنه إذا انتسب إلى قبيلة فبان أدنى منها بحيث لا يلائم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ، لما فيه من الفضاحة والنقص والتضرر بذلك.

وما رواه الحلبي (٣) في الصحيح (قال في رجل يتزوج المرأة، فيقول لها أنا من بني فلان، فلا يكون كذلك؟ قال: تفسخ النكاح أو قال: ترد النكاح) إنتهى. أقول: وهذا التفصيل صار قولاً ثالثاً في المسألة لأن المشهور فيها القولان المتقدمان خاصة من الخيار مطلقاً، أو عدمه مطلقاً، وأنت خبير بأن الرواية

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٥ الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ١.

(٢) سورة المائدة آية ١.

(٣) التهذيب ص ٤٣٢ ح ٣٥ الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ١.

مطلقة لا دلالة له على ما ذكره من الفصيل كما عرفت من كلام ابن إدريس. وإلى القول بعدم الخيار يميل كلام المحقق في كتابيه، وهو اختيار شيخنا في المسالك حيث قال: بعد نقل الصحيحة المذكورة ما لفظة: والرواية موقوفة لا تصلح للحجية على فسخ مثل هذا العقد اللازم المعتضد بقوله تعالى (أوفوا بالعقود) وأصالة بقاء النكاح، نعم لو شرط ذلك في متن العقد توجه التسلط على الفسخ بالاخلال بالشرط، وإن لم يرد في ذلك رواية عملا بالعموم. وفي المختلف وافق الشيخ على الفسخ بدون الشرط بزيادة قيد آخر، وهو ظهوره أدنى مما انتسب إليه بحيث لا يلائم شرف المرأة، والأقوى عدم الخيار بدون الشرط في متن العقد وهو قول الشيخ في المبسوط والأكثر، إنتهى. وظاهر السيد السند في شرح النافع الميل إلى العمل بالرواية المذكورة، فقال: مشيرا إلى الجواب عما طعن به جده على الرواية، ونعم ما قال: وهذه الرواية صحيحة السند، لكن ردها المتأخرون بالاضمار، حيث إن المسؤول فيها غير مذكور، وعندني أن ذلك غير قادح إذ من المعلوم أن الحلبي إنما يروي عن الإمام عليه السلام خاصة، والوجه في وقوع هذه الاضمار في روايات الأصحاب أن الحلبي وغيره من الرواة إذا أورد عدة أحاديث عن الإمام عليه السلام يصرح أو لا باسم المروي عنه ثم يرجع الضمير إليه، فيقول وسألته عن كذا إلى أن يستوفي الأحاديث التي رواها، فلما نقل من بعده تلك الروايات، وفرقها ذلك الناقل على مقتضى ما أراد، اتفق فيه مثل هذه الاضمار، وهو غير قادح قطعاً، إنتهى. أقول: وبمثل ذلك صرح المحقق الشيخ حسن في مقدمات منتقى الجمان وغيره من الأعيان. ثم قال السيد المذكور: ومقتضى الرواية تسلط المرأة على الفسخ إذا انتسب الرجل إلى قبيله، فبان بخلاف ذلك وكان الباعث على تزويجه ذلك الانتساب، والعمل بها متجه، ولو بشرط ذلك في متن العقد وظهر بخلافه تسلطت على الفسخ

بغير إشكال. إنتهى، وهو جيد.
ونقل في المختلف عن ابن الجنييد أنه قال: لو انتسب أحد الزوجين إلى
نسب أو صناعة ولم يكن كذلك كان النكاح منفسخا إن لم يرضه الآخر بعد علمه
به، فإن تأول تأويلا يكون به صادقا لم يبطل النكاح، وقد روي (أن رجلا تزوج
على أنه يبيع الدواب، فوجد بايعا للسنانير لم يفسخ أمير المؤمنين عليه السلام نكاحه،
وقال: السنانير دواب)

وقال في المختلف بعد ذلك: والبحث هنا يقع في مقامين:
الأول: هل حكم الصنعة حكم القبيلة؟ نص ابن الجنييد عليه في كلامه،
هذا وفي الرواية دلالة ما من حيث المفهوم عليه.

الثاني: هل الانتساب إلى القبيلة مشترك بين الرجل والمرأة، ونص ابن
الجنيد عليه، وهو ابن حمزة ولم يتعرض الشيخ في النهاية لانتساب المرأة إنتهى.
أقول: والرواية التي أشار إليها ابن الجنييد هي ما رواه الشيخ في التهذيب (١)
عن حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام (قال: خطب
رجل إلى قوم

فقالوا: ما تجارتك؟ فقال: أبيع الدواب، فزوجوه، فإذا هو يبيع السنانير،
فاختصموه إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأجاز نكاحه وقال: السنانير دواب) ويفهم
منها

أن إجازة النكاح إنما هو من حيث صدق الدواب على السنانير، فلو لم
يثبت صدقها عليها لم يجز النكاح، وحينئذ يكون حكم الصنعة حكم القبيلة
والله العالم.

المسألة السابعة: قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز التعريض بالخطبة لذات
العدة الرجعية لأنها زوجة، ويجوز للمطلقة ثلاثا من الزوج وغيره، ولا يجوز
التصريح لها منه ولا من غيره، أما المطلقة تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان فلا يجوز

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٣ ح ٣٩، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٥ ح ٢.

التعريض لها من الزوج ويجوز من غيره، ولا يجوز التصريح في العدة منه ولا من غيره. وأما المعتدة البائنة فيجوز التعريض من الزوج وغيره والتصريح من الزوج دون غيره.

أقول: التصريح هو الخطاب بما لا يحتمل إلا النكاح، مأخوذ من الصراحة وهو الخلوص، ومنه تسمية اللبن الخالص من المذق بالصريح مثل أن يقول: أتزوجك بعد العدة، ونحوه، والتعريض هو الخطاب بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، وإن كان في النكاح أقرب كما سيأتي في الأخبار إن شاء الله. وأما تحريم التعريض لذات العدة الرجعية فلما ذكروه من أنها زوجة، فيتعلق بها ما يتعلق بالزوجة، ومن ذلك تحريم خطبتها تعريضا وتصريحا بواسطة وغيرها من غير خلاف يعرف.

وأما جواز التعريض للمعتدة في العدة البائنة دون التصريح لها فقليل بأنه موضع وفاق، واستدل عليه بقول (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء، أو أكننتم في أنفسكم، علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معرفا)

(١) وبالجملة فالضابط عندهم في جميع ما ذكر أن التصريح بالخطبة للمعتدة حرام مطلقا، إلا من الزوج في العدة التي يجوز له نكاحها بعدها بحيث لا تكون محرمة عليه كالعدة الرجعية، وكذا إذا كانت بائنا إذا كانت تحل له في الحال، وإن توقف الحل على رجوعها في البذل كما في المختلعة، والتعريض جائز من كل من يجوز له تزويجها بعد العدة، ومن الزوج وإن لم يحزله تزويجها حينئذ كالمطلقة ثلاثا قبل المحلل ما لم تكن محرمة عليه مؤبدا.

(١) سورة البقرة - آية ٢٣٥.

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قول الله عز وجل

(ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا) قال: هو الرجل يقول للمرأة قبل أن تنقضي عدتها: أو عدك بيت آل فلان، ليعض لها بالخطبة، ويعني بقوله (إلا أن تقولوا قولا معروفا) التفريض بالخطبة (ولا يعزم عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله))

وعن عبد الله بن سنان (٢) في الصحيح ((قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله

عز وجل (ولكن لا تواعدوهن سرا) الآية، قال السر أن يقول الرجل موعداك بيت آل فلان ثم يطلب إليها أن لا تسبقه بنفسها إذا انقضت عدتها، فقلت. فقوله "إلا إن تقولوا قولا معروفا"؟ قال: هو طلب الحلال في غيره أن يعزم عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله".

وعن علي بن أبي حمزة (٣) "قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل

"ولكن لا تواعدوهن سرا" قال: يقول الرجل أو أعدك بيت آل فلان يعرض لها له ا بالرفث ويرفث ويقول الله عز وجل (إلا أن تقولوا قولا معروفا) والقول المعروف التعريض بالخطبة على وجهها وحلها (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) وعن عبد الرحمن (٤) بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل

(إلا أن تقولوا قولا معروفا) قال: يلقاها فيقول إني فيك لراغب وإني للنساء

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٤ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٣ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٤ ح ٢ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٣ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ ص ٤٧١ ح ٩٤ الوسائل

ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٤ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٤.

لمكرم، ولا تسبقيني بنفسك، والسر لا يخلو معها حيث وعدتها)
وعن عبد الرحمن بن سليمان عن خالته (١) (قالت: دخل علي أبو جعفر
محمد بن علي وأنا في عدتي، فقال: قد علمت قرابتي من رسول الله صلى الله عليه
وآله وحق
جدي علي وقدمي في الاسلام، فقلت له: غفر الله لك أتخطبني وأنا في عدتي، وأنت
يؤخذ عنك، فقال: أو قد فعلت؟ إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه
وآله
وموضعي، وقد دخل رسول الله صلى الله عليه وآله علي أم سلمة وكانت عند ابن عمها
أبي سلمة
فتوفي عنها فلم يزل يذكر لها منزلته من الله وهو متحامل علي يده حتى أثر
الحصير في يده من شدة تحامله عليه فما كانت تلك خطبة)
وروى أمين الاسلام الفضل بن الحسن الطبرسي في كتاب مجمع البيان (٢) عن
الصادق عليه السلام في قوله (لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو
أكنتم
في أنفسكم إلى قوله ولكن لا تواعدوهن سرا) قال: (لا تصر حواهن
بالنكاح والتزويج) قال: (ومن تفسيره (٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام
في قول الله
عز وجل (ولا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولاً معروفاً) قال (المرأة في عدتها
تقول لها قولاً جميلاً، ترغبها في نفسك: ولا تقول: إني أصنع كذا وأصنع كذا لقبيح
من الأمر في البضع وكل أمر قبيح)
وعن مسعد بن صدقة (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله: (إلا أن تقولوا
قولاً
معروفاً) قال: (يقول الرجل للمرأة وهي في عدتها: يا هذه ما أحب إلا ما أسرك
ولو قد مضى عدتك لا تفوتني إن شاء الله فلا تسبقيني بنفسك، وهذا كله من غير أن
يعزموا عقدة النكاح)

(١) مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨١.

(٢) مجمع البيان ج ١ ص ٣٣٩ ط صيدا الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٥.

(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٦ و ص ٣٨٥ ح ٧.

(٤) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٦ و ص ٣٨٥ ح ٧.

وقال الشيخ علي بن إبراهيم في تفسيره (١) وقوله: (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم) فهو أن يقول الرجل للمرأة في العدة إذا توفي عنها زوجها: لا تحدثي حدثا، ولا تصرح له بالنكاح والتزويج، فنهى الله عن ذلك، والسر في النكاح، فقال: (ولا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولاً معروفاً) قال: من السر أيضا أن يقول الرجل في عدة المرأة موعدك بيت آل فلان، إنتهى.

وأنت خيرر بأنه ليس في هذه الأخبار ما يفي بالتفصيل الذي ذكره في أفراد العدد من العدة الرجعية والبائنة بينونة مؤبدة، أو يمكن الرجوع فيها بعد المحلل من الزوج وغيره.

نعم ظاهر كلام الشيخ علي بن إبراهيم فرض ما ذكره في عدة الوفاة لكنه لا يفيد الاختصاص، وغاية ما يستفاد من هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض. هو أنه إذا خطبها لا يصرح لها بالنكاح، وإنما يعرض بها تعريضا، ولا يخلو بها، ويقول بها ما يستهجن من القول ترغيبا لها، مثل أنه عظيم الآلة أو أنني كثير المجامعة للنساء، ونحوه، وإليه يشير خبر علي بن أبي حمزة، وأصرح منه خبر العياشي وتفسير (السر) المواعدة في مكان كما في أكثر هذه الأخبار كأن فيه إشارة إلى أنهم في السابق هكذا كانوا يفعلون، بأن يواعدها في مكان وأن يخلو بها ويقول لها من تلك الأقوال القبيحة، فنهى في الآية عنه إلا أن يقولوا قولاً سديداً، وهو العريض الذي دلت الأخبار على جواز ه، فالنهي راجع إلى الخلوة بها على المذكور.

وبالجملة فإن ما ذكره من التفصيل، الظاهر أنه لا مستند له إلا اتفاقهم كما يظهر من بعض عباراتهم، ثم إن ما قدمنا نقله عنهم من جواز التعريض للمطلقة ثلاثا قبل المحلل للزوج وغيره دون التصريح ظاهر السيد السند في شرح

(١) تفسير القمي ج ١ ص ٧٧.

النافع المناقشة فيه بالنسبة إلى الزوج حيث قال: بعد نقل ذلك عنهم: والأجود
تحریمهما معا، لامتناع نكاحه لها قبل المحلل، وهو جيد بناء على ما يفهم من
كلامهم من أنه متى كانت المرأة محرمة مؤبداً، فإنه لا يجوز التصريح ولا التعريض
لها كالمطلقة تسعاً للعدة، وهذه قبل المحلل كذلك، إلا أنك قد عرفت ما في أصل
هذه الأحكام من عدم دليل واضح حتى بالنسبة إلى التعريض، بل التصريح في
العدة الرجعية حيث إنها زوجة، بل الزوجة فضلاً عن العدة، فأبي دليل دل
على التحريم فإني لم أقف على نص يقتضيه، والتحريم حكم شرعي يترتب
عليه المؤاخذه والعقاب من الله سبحانه، وثبوت الفسق مع المخالفة، والحكم
به من غير دليل مشكل.

ومن الممكن أن يقال: إنه لغوم القول لا أثر يترتب عليه. نعم يمكن
أن يقال: إن النهي في الآية عن الخلوة بها وهي في العدة وقول ما هو غير المعروف
من التصريح بالخطبة أو الكلام المستهجن يدل على النهي عن ذلك لذات الزوج
بطريق أولى.

وفيه ما فيه إذا يمكن منع الأولوية بأنه يجوز أن يكون للعدة خصوصية
في ذلك، نعم اتفاقهم على الحكم المذكور كما يظهر من كلامهم من أقوى
المؤيدات.

وبالجملة فباب المناقشة غير مسدود، وكيف كان فإنه لو صرح بالخطبة
في موضع المنع فالظاهر كما صرحوا به أيضاً أنه لا يفيد مزيد من الإثم فلو نكحها
بعد انقضاء العدة فنكاحه صحيح، ولا يؤثر فيه ما صنعه أو لا كما لو نظر إليها محرماً
ثم تزوجها، ولم ينقل الخلاف هنا إلا عن بعض العامة.

(١) وأما حديث الباقر - عليه السلام الدال على انكاره الخطبة حيث اعترضت
عليه المرأة بذلك فهو غير صريح في التحريم بل يمكن حمله على الكراهة. (منه قدس سره)

المسألة الثامنة: قالوا: إذا تزوجت المطلقة ثلاثا وشرطت في العقد أنه إذا حللها فلا نكاح بينهما بطل العقد، وربما قيل بلغو الشرط، فلو شرطت الطلاق قيل يصح النكاح ويبطل الشرط، وإن دخل بها فلها مهر المثل، وأما لو لم يصرح بالشرط في العقد، وكان ذلك في نيته أو نية الزوجة أو الولي لم يفسد، وكل موضع قيل يصح العقد فمع الدخول تحل للمطلق مع الفرقة وانقضاء العدة، وكل موضع قيل يفسد لا تحل له، لأنه لا يكفي الوطئ ما لم يكن عن عقد صحيح.

أقول: وتفصيل هذه الجملة وبيان ما اشتملت عليه من الأحكام يقع في مواضع:

الأول فيما إذا شرطت في العقد أنه بعد التحليل فلا نكاح بينهما، والظاهر أنه لا ريب في بطلان هذا الشرط لمنافاته لمقتضى العقد، إذا قضيته بقاء التزويج إلى أن يحصل ما يزيله شرعا من طلاق ونحوه بما علم من الشارع كونه مزيلا ورافعا للنكاح، ولم يثبت من الشارع أن شرط ارتفاعه من نفسه وإن كان على هذا الوجه المعين من جملة ذلك، فقضية الأصل بمعنى الاستصحاب الشرعي المتفق على صحة الحكم به بقاء النكاح وبطلان هذا الشرط.

بقي الكلام في صحة العقد على هذا التقدير وعدمه، والمشهور بين المتأخرين بطلانه، وعللوه بأن التراضي بالعقد إنما وقع على هذا الوجه المخصوص ولم يتم لهما، فلو لم يبطل النكاح لزم صحته بدون التراضي، وهو باطل، ومرجعه إلى أن العقود بالقصود، فلو قيل بالصحة للزم أن ما وقع غير مقصود، وما قصد غير واقع.

وذهب جمع من الأصحاب إلى صحة العقد وإن بطل الشرط، منهم الشيخ وابن الجنيدي وابن البراج وابن إدريس استنادا إلى ما دل على أن الأصل في العقد الصحة، وقال في المسالك بعد أن نقل أن القول بالبطلان الأكثر بل ادعى عليه

الشيخ الاجماع، ثم علله بما ذكرناه ما لفظه: والقول بصحة العقد دون الشرط لم يظهر قائله، وينسب إلى الشيخ وقد صرح بخلافه. نعم هو بابن إدريس أنسب لأنه صرح في غير موضع من النكاح وغيره أن فساد الشرط لا يفسد العقد محتجا عليه معموم (أوفوا بالعقود) ن، ولأنهما شيئان كل منهما منفك عن الآخر، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر.

وجوابه: أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من حصة وبطلان، سلمنا أن المراد به العمل بمضمونه لكنه مشروط بوقوعه صحيحا بالتراضي ولم يحصل هنا، وانفكك العقد عن الشرط في نفسه مسلم، لكنه في العقد المخصوص مرتبط به، لأن الراضي إنما وقع كذلك، والأقوى بطلان العقد أيضا. إنتهى، وفيه أن ما ذكره من أن القول بصحة العقد دون الشرط لم يظهر قائله إن أراد به في خصوص هذه المسألة فهو مكن، إلا أن ما ذكره بقول (وهو بابن إدريس أنسب) حيث إنه صرح في مواضع عديدة بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد يجري أيضا في غيره ممن قال بهذا القول: ومنهم الشيخ والجماعة الذين قدمنا ذكرهم، وقد تقدم في كتاب البيع في الفصل الثاني عشر في نكت متفرقة ذكر المسألة، وأنه لو اشتمل العقد على شرط فاسد، فهل يبطل الشرط خاصة مع صحة العقد أو يبطل العقد أيضا؟ وأن العلامة رحمه الله نقل في المختلف القول الأول عن الشيخ وابن الجنيد وابن الراج، وقد حققنا في الموضوع المذكور وكذا في مواضع أخر مما تقدم ولا سيما في مقدمات الكتاب في أول جلد كتاب الطهارة أن ما ذكره من هذا التعليل وإن كان المتسارع إلى الذهن صحته وقبوله، إلا أنه بالنظر إلى الروايات الواردة في ذلك واختلافها فيما هناك فالحكم لا يخلو من الاشكال، حيث إن جملة من الأخبار ظاهرة بل صريحة في القول بصحة العقد وفساد الشرط خاصة وبعضها دل على بطلان العقد من أصله.

ومن الأخبار الدالة على صحة العقد وفساد الشرط خاصة زيادة على ما

قدمناه ثمة من الأخبار ما رواه الشيخ في التهذيب (١) عن زرارة (قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهارية يشترط عليها عند عقدة النكاح أن يأتيها متى شاء كل شهر أو كل جمعة يوماً، ومن النفقة كذا وكذا؟ فليس ذلك الشرط بشيء، ومن تزوج امرأة فلها ما للمرأة من النفقة والقسمة) الحديث.

أقول: والنهارية على ما ذكره بعض محققي المحدثين هو أن الرجل يخاف من زوجته فيتزوج امرأة أخرى سترها عنها، ويشترط على الثانية إلا يأتيها ليلاً، وحاصل كلامه عليه السلام أن أصل العقد صحيح والشرط باطل، وأنه بعد تمام عقد النكاح تستحق المرأة القسمة والنفقة كغيرها من الزوجات، وهو صريح كما ترى في المدعى، ومنه يظهر أن جعل ذلك قاعدة كلية كما يظهر من كلامهم بالنظر إلى هذا التعليل الذي ذكره غير جيد، بل الواجب الوقوف على مقتضى الأدلة إن وجدت، وإلا فالتمسك بالاحتياط في هذا الموضوع وغيره، والمسألة عارية هنا من النص فيتحتم الاحتياط فيها.

وأما ما ذكره في معنى قوله عز وجل (أوفوا بالعقود) من أنه العمل بمقتضاه من صحة وبطلان فهو بعيد غاية البعد، بل المعنى فيه إنما هو ما سلمه من أن المراد العمل بمضمونه كما هو الظاهر لكل ناظر. نعم ما اعترضه به جيد في الظاهر إلا أنه بالرجوع إلا لي الأخبار يزول عنه الاعتبار كما ذكرناه، ومن أراد تحقيق المسألة رجع إلى أحد المواضع التي أشرنا إليها.

الثاني: فيما لو شرط الطلاق، والكلام يجري على نحو ما تقدم في سابقه قال في المسالك: وبطلان الشرط هنا متفق عليه، ثم إنه على القول بصحة العقد وبطلان الشط يطل المهر، لأن الشرط جزء من العقد ومحسوب منه وله قسط من المهر، فيتجهل المهر حيث فأت منه ما يجهل نسبته إلى المجموع فيطل،

(١) الكافي ج ٤٠٣ ص ٤٠٣ ح ٤ مع اختلاف يسير التهذيب ج ٧ ص ٣٧٢ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨ ح ٣ مع اختلاف يسير.

وحيثذ فيجب مع الدخول مهر المثل، وعلى القول ببطلان العقد من أصله، فإن كانت جاهلة بالتحريم ودخل بها صار نكاح شبهة والواجب فيه مهر المثل، وإلا فلا مهر لها لأنها بغي.

الثالث: ما لو لم يصرح بالشرط، وإن كان ذلك في نية أحدهما فإن النكاح صحيح، قال في المسالك: وهو موضع اتفاق، وهو الدليل مضافا إلى عموم الوفاء بالعقود، حيث لم يثبت المخصص، ونية الطلاق حيث العقد لم يثبت كونها مانعة من الصحة وإنما المانع اشتراطه في متن العقد.

أقول: ويؤيده ما ورد في بعض الأخبار من أنه إنما يحرم الكلام. الرابع: ما ذكره من أن كل موضع قيل فيه بصحة العقد.. إلى آخره، فإنه مما لا إشكال فيه، لأنه شرط التحليل التزويج، والدخول بالزوجة، وهذا لا يحصل إلا بصحة العقد مع الدخول بها، فلو قيل بفساد العقد كما هو أحد القولين في المسألة لم يترتب عليه التحليل وإن نكح، لأنه نكاح لا عن تزويج وعقد، وهو ظاهر.

المسألة التاسعة: قد صرح الأصحاب بأن نكاح الشغار باطل وهو بكسر الشين وفتحها ثم الغين المعجمتين، نكاح كان معمولا على في الجاهلية وهو أن يجعل بضع امرأة مهر الأخرى.

قال الجوهري: الشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية، وهو أن يقول الرجل لآخر: زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى.

وقريب منه في القاموس والمصباح المنير، وهو مأخوذ إما من شجر الكلب برجله ليبول أي رفعها، وشغرت المرأة رفعت رجلها للنكاح، ومنه قول زياد لبنت معاوية التي كانت عند ابنه عبيد الله بن زياد لما افتخرت عليه يوما وتناولت فشكاها إلى أبيه فدخل عليهما بالدرة ليضربها، وهو يقول: أشغرا وفخرا. أو

مأخوذ من شجر البلد إذا خلا من القاضي والسلطان، لخلوه من المهر، وهو باطل بإجماع العلماء والأخبار .)

ومنها ما رواه في الكافي (١) عن غياث بن إبراهيم (قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قال رسول الله عليه السلام: لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام، والشغار أن يزوج الرجل ابنته أو أخته، ويتزوج هو ابنة المتزوج أو أخته ولا يكون بينهما مهر غير تزوجي هذا من هذا وهذا من هذا) أقول: الظاهر أن هذا التفسير في الخبر من الإمام عليه السلام كلامه صلى الله عليه وآله، أما الجلب والجنب محركين فلهما معان.

منها: أن ينزل عامل الصدقات موضعا ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من امكانها ليأخذ صدقاتها، والجنب أيضا أن ينزل العامل بأقصى مواضع الصدقة ثم يأمر بالأموال أن تجنب إليه أي تحضر بين يديه.

ومنها: أن يجنب رب المال بماله، أي يبعده عن موضعه، حتى يحتاج العامل إلى الابعاد في طلبه.

ومنها: أن يجلب الرجل على فرسه في السباق حثا له على الجري، يقال: أجلب عليه إذا صاح به واستحسنه.

ومنها: أي يجنب فرسا في السياق إلى فرسه الذي يسابق عليه، فإذا عجز المركوب تحول إلى المجنوب، والظاهر أن المراد في الخبر إنما هو بالنسبة إلى عامل الصدقات في كل من اللفظين كما تقدم في كتاب الزكاة.

ومنها ما رواه في الكافي (٢) عن ابن جمهور عن أبيه رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن نكاح الشغار وهي الممانحة وهو أن يقول الرجل

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦١ ح ٢ التهذيب ج ٧ ص ٣٥٥ ح ٨ الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٩، ح ٢.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ ح ٣ الوسائل ج ١٤ ص ٣.

للرجل: زوجني ابنتك حتى أزوجك ابنتي على أن لا مهر بينهما) قال: في الوافي: الممانحة إنما بالنون من المنحة بمعنى العطية أو الياء التحتانية المثناة من الميخ، وهو إيلاء المعروف، وكلاهما موجودان في النسخ.
وما رواه (١) عن ابن بكير في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي جعفر عليه السلام أو أبي عبد الله صلى الله عليه وآله عليه السلام (قال: نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحدة منهما صداق إلا بضع صاحبتهما، وقال: لا يحل أن ينكح واحدة منهما إلا بصداق ونكاح المسلمين) ولم ينقل الخلاف في عدم صحته عند العامة، إلا عن أبي حنيفة فإنه قال: بصحته.

المسألة العاشرة: في جملة من مكروهات النكاح زيادة على ما تقدم، ومنها العقد على القابلة وبناتها، والمشهور بين الأصحاب الكراهة، وخص الشيخ والمحقق وجماعة الكراهة بالقابلة المربية، وظاهر الصدوق في المقنع التحريم حيث قال في الكتاب المذكور: ولا تحل القابلة للمولود ولا بنتها، وهي كبعض أمهاته، وفي حديث إن قبلت ومرت فالقوابل أكثر من ذلك، وإن قبلت وربت حرمت عليه، إنتهى

والذي وقفت على من الأخبار ما رواه في الكافي (٢) عن عمرو بن شمر عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: الرجل يتزوج قابله؟ قال: لا، ولا بنتها) وما رواه في التهذيب (٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا يتزوج المرأة التي قبلته ولا ابنتها)
وما رواه المشايخ الثلاثة (٤) عن جابر بن يزيد عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سألته

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٦١ ح ١ الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٩ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٤٧ ح ٢ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ٣.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٣٠ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٨.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٤٧ ح ٢ التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٣١ الفقيه ج ٣ ص ٢٥٩ ح ١٦ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ١.

عن القابلة أيحل للمولود أن ينكحها؟ فقال: لا، ولا ابنتها هي كبعض أمهاته).
أقول: وهذا الروايات ظاهرة الدلالات على ما ذهب إليه الصدوق.
وقال في الكافي وكذا في الفقيه (١) وفي رواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن قبلت ومررت بالقوابل أكثر من ذلك، وإن قبلت وربت حرمت عليه)، وهذه هي الرواية التي أشار إليها في المقنع بقوله (وفي حديث..) والظاهر أن المراد بقول (قبلت ومررت) أي تقدمت ومضت ولم تكفله ولم تربيته، والقوابل بهذا المعنى أكثر من أن يقال بتحريمهن، ونظيره ما ورد في رواية نجاسة أبوالدواب (٢)، بعد الحكم بنجاسة الأبوال، (وأما أرواثها فهي أكثر من ذلك) يعني أكثر من أن يحكم بنجاسة وهو كناية عن القول بطهارته.
ومنها ما رواه في الكافي (٣) عن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا استقبل الصبي القابلة بوجهه حرمت عليه وحرمت عليه ولدها)
أقول ك وهذا الرواية أيضا ينتظم في سلك تلك الروايات السابقة، والظاهر أن المراد باستقبال الصبي القبلة بوجهه يعني وقت الولادة وخروجه من بطن أمه، وهو ظاهر في التحريم بمجرد كونها قابله.
وما رواه في التهذيب (٤) عن إبراهيم بن عبد الحميد في الصحيح ((قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابلة تقبل الرجل، أله أن يتزوجها؟ فقال: إن كانت قبلته المرة والمرتين والثلاثة فلا بأس، وإن كانت قبلته وربته وكفلته فإني أنهي عنها

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ٢ الفقيه ج ٣ ص ٢٥٩ ح ١٧ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٣ ص ٥٧ ح ٥ التهذيب ج ١ ص ٢٦٥ ح ٦٢ الوسائل ج ٢ ص ١٠١١ ح ٨.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ٣ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٧.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٣٢ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٧.

نفسى وولدى) وفي خبر آخر (وصديقى) وأنت خبير بأنه لا يظهر لقوله (إن كان قبلته المرة والمرتين والثلاثة) وجه ظاهر، لأن القبالة بكسر القاف إنما هي عبارة عن تلقي القبالة الولد عند خروجه، ولا معنى للفظ غيره ما ذكرناه، وهذا لا يتكرر ولا يتعدد بحيث يكون مرتين وثلاثاً، إلا أن يراد بالقبالة ما هو أعم من التربية والكفالة، فيصير معنى الخبر إن كانت كفلته بعد الولادة في بعض من الزمان دفعات غير مستمرة ولا متصلة فلا بأس، وإن استمرت بعد القبلة على كفالته وتربيته فإنه قد نهى عنها، وهذا النهى محتمل لكونه نهى تحريم كما يدعه الصدوق أو نهى كراهة كما يدعيه الأصحاب حيث استدلووا بهذه الرواية على الكراهة.

وقد ورد في جملة من الأخبار (١) (قولهم عليهم السلام (أحلتها آية وحرمتها آية أخرى وأنا أنهى عنهما نفسى وولدى)) مع حكمهم بكون النهى هناك نهى تحريم كما تقدم في نكاح الأختين المملوكتين، وبالجملة فإنه ظاهر فيما ذهب إليه الصدوق.

(٢) ومنها ما رواه الشيخ في التهذيب (٣) عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح

(قال: قلت للرضا عليه السلام: يتزوج الرجل المرأة التي قبلته؟ فقال سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك))

وما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد (٤) عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٨٩ ح ٥١ الوسائل ج ١٤ ص ٣٧٢ ح ٣.

(٢) قال المحقق الشيخ على في شرح القواعد بعد نقل كلام الصدوق والاستدلال برواية جابر المتضمنة لأنها كعبض أمهاته، والجواب الطعن في السند أولاً ثم الحمل على الكراهة لما رواه إبراهيم بن عبد الحميد ثم ساق الرواية ثم قال فإنها ظاهرة في الكراهة. انتهى وفيه ما عرفت في الأصل (منه قدس سره).

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٢٩ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٦.

(٤) قرب الإسناد ص ١٧٠ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٥.

الصحيح عن الرضا عليه السلام (قال: سألته عن المرأة تقبلها القابلة فتلد الغلام، يحل للغلام أن يتزوج قابلة أمه قال: سبحانه الله وما يحرم عليه من ذلك) وهذان الخبران صريحان في الجواز وهما مستند القول المشهور، إلا أن الأصحاب لم ينقلوا في كتب الاستدلال إلا الرواية الأولى، والظاهر أنه بناء منهم على عدم الاعتماد إلا على أخبار الكتب الأربعة كما هو المشهور بينهم، والشيخ في كتابي الأخبار حمل النهي المطلق على المقيد بالتربية، ثم حمل الجميع على الكراهة جمعا، كما تقدم نقله عنه في صدر المسألة، ويمكن حمل الأخبار الدالة على التربية مثل صحيحة إبراهيم بن عبد الحميد، ورواية معاوية بن عمار، على ما إذا أرضعته بأن يكون العبير بالتربية والكفالة كناية عن الرضاع، فالتحريم إنما جاء من قبل الرضاع.

وبالجمله فالمسألة لا تخلو من نوع إشكال، وإن كان القول المشهور أقرب ولا يحضرنى الآن مذهب العامة في المسألة، فلعل بعض أخبارها خرج مخرج، التقية، والله العالم.

ومنها أن يزوج ابنه بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقتها، ولا بأس بتزويجه ابنتها التي ولدتها من زوج آخر قبله، والظاهر أن مستند الكراهة هنا هو الجميع بين ما دل على المنع والجواز

والذي وصل إلي من الأخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه الشيخ في التهذيب (١) عن أبي همام إسماعيل بن همام في الصحيح (قال: قال: أبو الحسن عليه السلام: قال: محمد

ابن علي عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويزوج بنتها ابنه فيفارقها، ويتزوجها آخر بعد فتلد منه بنتا، فكره أن يتزوجها أحد من ولده لأنها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزلة الأب، وكان قبل ذلك أبا لها) وعلى علي بن إدريس (٢) (قال: سألت الرضا عليه السلام عن جارية كانت في ملكي

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٠ و ٢١ الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٥ و ٦.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٠ و ٢١ الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٥ و ٦.

فوطأتها ثم خرجت من ملكي فولدت جارية، يحل لابني أن يتزوجها؟ قال:
نعم لا بأس به قبل الوطئ وبعد الوطئ واحد)
وما رواه في الكافي (١) عن العيص بن القاسم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه
السلام

(قال: سألته عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليه رجل بعده فولدت للآخر
هل يحل ولدها من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: نعم، قال: وسألته عن
رجل أعتق سرية له ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للآخر، هل يحل
ولدها لولد الذي أعتقها؟ قال: نعم)

وما رواه في الكافي والتهذيب (٢) عن شعيب العرقوفي (قال: سألت أبا عبد الله
عليه السلام عن الرجل يكون له الجارية يقع عليها يطلب ولدها فلم يرزق منها ولدا
فوهبها لأخيه أو باها فولدت له أولادا، أيزوج ولده من غيرها ولد أخيه منها؟
فقال: أعد علي، فأعدت عليه، فقال: لا بأس به).
وعن الحسين بن خالد الصيرفي (٣) (قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن هذه
المسألة،

فقال: كررها علي، قلت له: إنه كانت لي جارية فلم ترزق مني ولدا فبعتها،
فولدت من غيري ولدا، ولي ولد من غيرها، فأزوج ولدي من غيرها ولدها؟ قال:
تزوج ما كان لها من ولد قبلك يقول: قبل أن يكون لك)
وعن زيد بن الجهم الهلالي (٤) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٩ ح ١ التهذيب ج ٧ ص ٤٥١ ح ١٦ الوسائل ج ١٤
ص ٣٦٣ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٩ ح ١ التهذيب ج ٧ ص ٤٥٢ ح ١٧ الوسائل
ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٩ ح ٣ التهذيب ج ٧ ص ٤٥٢ ح ١٨ الوسائل
ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ٤ التهذيب ج ٧ ص ٤٥٢ ح ١٩ الوسائل
ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٤.

المرأة ويزوج ابنه ابنتها؟ فقال: إن كانت الابنة لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس) وما رواه في الفقيه (١) عن صفوان بن يحيى عن زيد بن الجهم الهلالي (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة ولها ابنة من غيره أيزوج ابنه ابنتها؟ قال: إن كانت من زوج قبل أن يتزوجها فلا بأس، وإن كانت من زوج بعد ما تزوجها فلا)

أقول: هذا ما حضرني من أخبار المسألة وقد اشتركت في الدلالة على جواز التزويج بين ولد الزوج وولد المرأة الذين كانوا لها قبل أن يتزوج به، وإنما اختلف في المناكحة بين أولاد الزوج وأولادها الذين تجددوا بعد مفارقة الزوج لها، وقد دلت رواية الحسن بن خالد الصيرفي ورواية زيد بن الجهم الأولى وكذا الثانية على المنع من ذلك، وقد حملها الشيخ ومن تأخر عنه على الكراهة جمعاً بينها وبين ما دل على الجواز واستدل على ذلك بصحيفة إسماعيل ابن همام (٢) لاشتمالها على الكراهة، وهو جيد وإن كان لفظ الكراهة في الأخبار أعم، إلا أن ظاهر التعليل المذكور في الرواية مؤذن بذلك، مضافاً إلى ما دل على الجواز.

ومن الأخبار المذكورة في هذا المقام ما رواه الشيخ في التهذيب (٣) عن الصفار عن محمد بن عيسى (قال: كتبت إليه خشف أم ولد عيسى بن علي بن يقطين في سنة ثلاث ومائتين تسأل عن تزويج ابنتها من الحسين بن عبيد: أخبرك يا سيدي فبعد ما أملكها ذكروا أن جدتها أم عيسى بن علي بن يقطين كانت لعبيد بن يقطين ثم صارت إلى علي بن يقطين فأولدها عيسى بن علي، فذكروا أن ابن عبيد

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٢ ح ٧٦، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٤.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٠ الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٦.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٦ ح ٣٤ الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٧.

قد صار عمها من قبل جدتها أم أبيها أنها كانت لعبيد بن يقطين، فرأيك يا سيدي ومولاي أن تمن علي مولاتك بتفسير منك، وتخبرني هل تحل له؟ فإن مولاتك يا سيدي في غم، الله به عليم: فوقع عليه السلام في هذا الموضوع بين السطرين: إذا صار عما لا تحل له، والعم والد وعم)

قال الشيخ: هذا الخبر يحتمل شيئين: (أحدهما ما تضمنه حديث زيد بن الجهم والحسين بن خالد الصيرفي أنه إذا كانت للرجل سرية وطأها ثم صارت إلى غيره فرزقت من الآخر أولادا لم يجز أن يتزوج أولاده من غيرها بأولادها من غيره، لمكان وطئه لها، وقد بينا أن ذلك محمول على ضرب من الكراهة، وأنه لا فرق بين أن يكون الولد قبل الوطئ أو بعده في أن ذلك ليس بمحذور. و (الوجه الآخر) هو أن يكون إنما صار عمها لأن جدتها لما كانت لعبيد ابن يقطين ولدت منه الحسين بن عبيد وليس في الخبر أن الحسين كان من غيرها، ثم لما أدخلت على علي بن يقطين ولدت منه أيضا عيسى، فصار أخوين من جهة الأم وابني عمين من جهة الأب، فإذا رزق عيسى بنتا كان أخوه الحسين بن عبيد من قبل أمها عمالها، فلم يجز أن يتزوجها، ولو كان الحسين بن عبيد مولودا من غيرها لم تحرم بنت عيسى عليه وعلى وجه، لأنه كأن يكون ابن عم له لا غير، وذلك غير محرم على حال، إنتهى.

أقول: لا يخفى أن الاحتمال الأول لا وجه له، لأن جواب الإمام عليه السلام صريح في أن التحريم إنما هو لصيرورته عمالها، والصواب الحق إنما هو الثاني. بقي هنا شئ وهو أن المحقق الشيخ علي في شرح القواعد والشهيد الثاني في المسالك بعد أن ذكرا من أدلة المسألة صحيحة إسماعيل بن همام وصحيحة العيص اعترضتا على عبارة المتن، بأنه لو أبدل الابن والبنت بالولد ليشمل الذكر والأنثى كما ورد في صحيحة العيص لكان أجود. وفيه أن مستند الكراهة في المسألة إنما هي صحيحة إسماعيل بن همام

وموردها إنما هو ابن الزوج وبنت المرأة لا مطلق الولد كما تضمنته الروايات الدالة على الجواز من صحيحة العيص وغيرها، وحينئذ فتلك الروايات الدالة على الجواز إنما يستثنى منها هذا الفرد خاصة، أما غيره فلا كراهة فيه، هذا بالنسبة إلى ما ذكره من الروايتين المتقدمتين حيث إنهما إنما اعتمدا عليهما لصحتهما.

وأما على ما نقلناه من الأخبار كملا فإن التعارض بينهما قد حصل في مطلق الولد، فإن كلا من روايات المنع وروايات الجواز عدا رواية أبي همام قد اشتملت على مطلق الولد، ووجه الجمع بينهما حمل المنع على الكراهة، وحينئذ فيتم ما ذكره إلا أنهم لا يرتضونه لعدم عملهم بالروايات المذكورة لضعفها باصطلاحهم، والله العالم.

(منها) أن يتزوج ضرة كانت لأمه مع غيره أبيه، ويدل على ذلك ما رواه الشيخ (١) في الصحيح عن زرارة (قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: ما أحب للرجل

المسلم أن يتزوج ضره كانت لأمه مع غير أبيه)

وخص المحقق في الشرايع الكراهة بمن كانت ضرة لأمه قبل أبيه، واعتراضه في المسالك بأن الرواية شاملة للمتقدمة والمتأخرة.

(ومنها) أن يتزوج الرجل أخت أخيه، لما رواه الشيخ (٢) عن إسحاق بن عمار (قال: سألت عن الرجل يتزوج أخت أخيه؟ قال: ما أحب له ذلك)

ويدل على الجواز ما رواه في الفقيه (٣) عن صفوان بن يحيى عن أبي جرير القمي (قال: سألت أبا الحسن عليه السلام أزواج أخيه من أمي أختي من أبي؟ فقال أبو الحسن عليه السلام زوج إياها إياه، أو زوج إياه إياها) وقد مر في الرضاع ما يدل على

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٢ ح ١٠٣ و ص ٤٨٩ ح ١٧٢ الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٩

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٢ ح ١٠١، الوسائل ج ١٤ ص ٢٨٠ ح ٤.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٠ الوسائل ج ١٤ ص ٢٧٩ ح ١.

الجواز على الكراهة في الأخوة الرضاعية.
(ومنها) التزويج بالزانية قبل التوبة عند أكثر الأصحاب، وقيل بالتحريم،
وقد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام في اللاحق المذكور ذيل المقام الثاني من
المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة.

(ومنها) نكاح المرأة المتولدة من الزنا بالعقد أو الملك، ويتأكد في استيلادها،
روى الكليني رحمة الله عليه عن عبد الله بن سنان (١) في الصحيح (قال: قلت
لأبي عبد الله عليه السلام ولد الزنا ينكح؟ قال: نعم، ولا يطلب ولدها)
وعن محمد بن مسلم (٢) في الصحيح (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام: الخبيثة
يتزوجها

الرجل؟ قال: لا، وقال: إن كان له أمة وطأها ولا يتخذها أم ولده)
وعن محمد بن مسلم (٣) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن
الخبيثة

أتزوجها، قال: لا)

وعن محمد بن مسلم (٤) في الصحيح عن أحدهما عليهم السلام (في الرجل يشتري
الجارية

أو يتزوجها لغير رشدة ويتخذها لنفسه، فقال: إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس)
وعن الحلبي (٥) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سئل عن الرجل يكون
له الخادم ولد زنا، عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، وإن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي)
وروى البرقي في المحاسن عن ثعلبة وعن عبد الله بن هلال (٦) عن أبي عبد الله

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ٣ الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ٤ الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ٢.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ٣.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ٤.
(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٨ ح ٥.
(٦) لم نعثر عليها في المحاسن بل وجدناها في التهذيب ج ٧ ص ٤٧٧ ح ١٢٥
الفقيه ج ٣ ص ٢٧١ ح ٧١ الوسائل ج ١٤ ح ٣٣٨ ح ٨.

عليه السلام (في الرجل يتزوج ولد الزنا؟ قال: لا بأس، إنما يكره ذلك مخافة العار وإنما

الولد للصلب وإنما المرأة وعاء،، قلت: الرجل يشتري خادما ولد زنا فيطأها
قال: لا بأس).

(ومنها) نكاح المجنونة، فروى في الكافي والتهذيب (١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل المسلم تعجبه المرأة الحسنة أ يصلح له أن يتزوجها وهي مجنونة؟ قال: لا، ولكن إن كانت عنده أمة مجنونة فلا بأس بأن يطأها ولا يطلب ولدها)

(ومنها) نكاح الحمقاء، فروى في الكافي والتهذيب (٢) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: إياكم وتزويج الحمقاء فإن صحبتها

بلاء وولدها ضياع "

وروى في الكافي (٣) في الصحيح عن أحمد بن أبي عبد الله عن أبيه عمن حدثه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: زوجوا الأحمق ولا تزوجوا الحمقاء، فإن الأحمق ينجب

والحمقاء لا تنجب)

(ومنها) تزويج شارب الخمر، وقد مر بعض الأخبار الدالة على المنع من تزويجه في المسألة الرابعة.

(ومنها) تزويج سيئ الخلق، ويدل عليه ما رواه الصدوق (٤) بطريقه إلى

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ ح ٣ التهذيب ج ٧ ص ٤٠٦ ح ٣٣ الوسائل ج ١٤ ص ٥٧ ب ٣٤ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ١ التهذيب ج ٧ ص ٤٠٦ ح ٣١ الوسائل ج ١٤ ص ٥٦ ب ٣٣ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٦ ح ٣٢ الوسائل ج ١٤ ص ٥٧ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٦٣ ح ٣٠ الفقيه ج ٣ ص ٢٥٩ ح ١٣ الوسائل ج ١٤ ص ٥٤ ح ١.

يعقوب بن يزيد عن الحسين بن بشار الواسطي (قال: كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: إن لي قرابة قد خطب إلي ابنتي وفي خلقه سوء، قال: لا تزوجه إن كان سيئ الخلق)

(ومنها) تزويج المخنث، فروى عبد الله بن جعفر الحميري في قرب الإسناد (١) عن عبد الله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن أخيه (قال: سألته أن أزوج ابنتي غلاما فيه لين وأبوه لا بأس به، قال: إذا لم يكن فاحشة فلا بأس به) يعني المخنث. ورواه علي بن جعفر في كتابه مثله.

(ومنها) تزويج الزنج والأكراد والخزر، فروى في الكافي والتهذيب (٢) عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام إياكم ونكاح

الزنج فإنه خلق مشوه) قيل: الزنجي بالفتح والكسر: صنف من السودان واحداهم زنجي.

وروى في الكافي (٣) عن أبي ربيع الشامي (قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام لا تشتتر

من السودان أحدا، فإن كان لا بد فممن النوبة، فإنهم من الذين قال الله عز وجل (ومن الذين قالوا إنا نصارى أخذنا ميثاقهم فنسوا حظا مما ذكروا به) (٤) أما إنهم سيدكرون ذلك الحظ، وسيخرج مع القائم عليه السلام منا عصابة منهم، ولا تنكحوا من

الأكراد أحدا فإنهم جنس من الجن كشف عنهم الغطاء)

(١) قرب الإسناد ص ١٠٨ بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٨٦ الوسائل ج ١٤ ص ٥٤ ح ٢ مع اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ١، وفيه "مسعدة بن زياد" التهذيب ج ٧ ص ٤٠٥ ح ٢٩ الوسائل ج ١٤ ص ٥٤ ب ٣١ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٥ ح ٣٠ الوسائل ج ١٤ ص ٥٦ ب ٣٢ ح ١. (٤) سورة المائدة - آية ١٤.

وروى في الكافي (١) عن علي بن داود الحداد عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا تناكحوا

الزنج والخزر (٢)، فإن لهم أرحاما تدل على غير الوفاء، قال: والهند والسند والقند ليس فيهم نجيب يعني القندهار.

قال: في الوافي: خوز: بالضم صنف من الناس، وفي بعض النسخ الخزر بالمعجمتين ثم المهملة وهو محركة ضيق العين وصفرها سمي به صنف من الناس هذه صفتهم.

(ومنها) تزويج الأعرابي بالمهاجرة، لما رواه في الفقيه (٣) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن العلاء (والخراز) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال:

لا يتزوج الأعرابي المهاجرة فيخرجها من دار الهجرة إلى الأعراب) ومن هذه الأخبار الدالة على كراهة تزويج شارب الخمر وسيئ الخلق ونحوهما من الأفراد المعدودة يعلم صحة ما ذكره ابن إدريس في معنى الحديث النبوي صلى الله عليه وآله كما تقدم نقله عنه في المسألة الرابعة من أن النهي عن رده متى كان

ممن مرضي خلقه ودينه وترتب الفتنة والفساد على الرد، وعدم التزويج إنما هو فيما إذا رده من حيث الفقر والمسكنة والحقارة في نسبه لا أن يكون رده لاتصافه بهذه الأوصاف المنهي عنهما شرعا، والله العالم.

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٣ الوسائل ج ١٤ ص ٥٥ ح ٢.

(٢) الخزر: هو ضيق العين وصفرها كأنه ينظر بمؤخرها، والخزر: جيل من الناس "الصحيح".

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٥ وفيه "وأبي أيوب عن محمد بن مسلم" الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٥ ب ١٤ ح ١.

الفصل الثالث

في نكاح المتعة

ويعبر عنها أيضا بالنكاح المنقطع لتحديده بأجل معين، وقد أجمع علماء الفريقين كافة على أن نكاح المتعة كان مشروعاً في صدر الإسلام، وفعله الصحابة في زمن النبي صلى الله عليه وآله وزمن أبي بكر وبرهة من زمن عمر، ثم نهى عنها وتوعد من

فعلها، ووافق بعض، وخالفه بعض، وسكت آخرون، وأجمع أهل البيت عليهم السلام وشيعتهم على بقاء شرعيتها وأنه لم ينسخ حكمها، ووافقهم على ذلك جماعة من الصحابة والتابعين.

والأخبار الواردة بها عن أهل البيت عليهم السلام قد بلغت حد التواتر المعنوي، ومن أخبارهم الدالة على إباحتها ما رواه الحميدي (١) في الجمع بين الصحيحين في مسند عبد الله بن عباس (قال: قال أبو نضرة: كان ابن عباس يأمر بالمتعة، وكان ابن الزبير ينهى عنها، قال: فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله فقال: على يدي دار الحديث تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله، فلما قام عمر قال: إن الله كان يحل لرسوله ما شاء بما

شاء، إن القرآن قد نزل منازل، فأتوا الحج والعمرة كما أمركم الله، وأبتوا نكاح هذه النساء فلن أوتي برجل نكح امرأة إلى أجل إلا رجمته بالحجارة) وروى الحميدي (٢) أيضاً في كتابه في مسند جابر بن عبد الله من طريق آخر (قال: كنا نتمتع بالقبضة من التمر والدقيق، الأيام على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله

وأبي بكر حتى نهى عنها عمر في شأن عمر بن حريث)

(١) صحيح مسلم ج ١ ص ٤٦٧، أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٧٨ راجع الغدير ج ٦ ص ٢١٠.

(٢) صحيح مسلم ج ٢ ص ١٠٠٢٣ ح ١٦ وفيه " نستمتع ".

وروى الترمذي في صحيحه (١) عن ابن عمر، وقد سأله رجل من أهل الشام عن متعة النساء، فقال: حلال، فقال: إن أباك قد نهى عنها، فقال ابن عمر: رأيت إن كان أبي قد نهى عنها وصنعها رسول الله صلى الله عليه وآله أنترك السنة وتبع أبي؟

وروى الحافظ أبو نعيم في كتاب الحلية وأحمد (٢) بن حنبل في المسند عن عمران بن حصين في متعة النساء، واللفظ له، قال: أنزلت آية المتعة في كتاب الله وعملائها وفعلنا مع النبي صلى الله عليه وآله ولم ينزل قرآن بحرمتها ولم ينه عنها حتى مات.

إلى غير ذلك من الأخبار التي يضيق عنها المقام، ثم إنهم لانحلال زمامهم واختلال نظامهم مع دلالة هذه الأخبار وأمثالها على استمرار الحل إلى زمان عمر، اعتذروا لعمر في نهيه عنها بأنه إنما نهى عنها لنسخها في زمنه صلى الله عليه وآله، وأن

معنى قول عمر في الخبر المشهور (٣) (متعان كانتا في عهد رسول الله صلى الله عليه وآله حلالا وأنا

أنهيه عنهما) يعني أخبركم بالنهي عنهما موافقة لنهي رسول الله صلى الله عليه وآله. هذا مع

اضطراب أخبارهم التي رووها له في النسخ وعدم إمكان الجمع بينها. فروى البخاري ومسلم في صحيحهما (٤) عن ابن مسعود (قال: كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وآله ليس معنا نساء فقلنا: ألا نستخصي إيفها نا عن ذلك، ثم رخص

لنا بعد أن نكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله (يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم) (٥)

وروى الترمذي عن ابن عباس (٦) رضي الله عنه قال: إنما كانت المتعة في

-
- (١) صحيح الترمذي ج ١ ص ١٥٧ تفسير القرطبي ج ٢ ص ٣٦٥.
(٢) صحيح البخاري ج ٧ ص ٢٤ كتاب التفسير سورة البقرة طبع سنة ١٢٧٧.
(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٤٢ و ٣٤٥ تفسير القرطبي ج ٢ ص ٣٧٠.
(٤) صحيح البخاري ج ٧ ص ٥ كتاب النكاح صحيح مسلم ج ١ ص ٣٥٤ الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٠ ح ٢٦ مع اختلاف يسير.
(٥) سورة المائدة - آية ٨٧.
(٦) صحيح الترمذي ج ٣ ص ٤٣٠.

صدر الاسلام كان الرجل يقدم البلد ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ متاعه وتصلح له شئيه حتى نزلت هذه الآية (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم)) (١) ورووا في الصحيحين (٢) (عن علي عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خبير). ورووا عن سلمة بن الأكوع (٣) (أنه قال: رخص لنا رسول الله عليه السلام في متعة النساء عام أوطاس ثلاثة أيام ثم نهى عنها) ورووا عن سيرة الجهنبي (٤) (أنه غزى مع النبي صلى الله عليه وآله في فتح مكة قال: فأقمنا فيها خمسة عشر فأذن لنا رسول الله صلى الله عليه وآله في متعة النساء ثم لم يخرج حتى نهى عنها) ورواه مسلم. وروى أبو داود وأحمد (٥) عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله في حجة الوداع نهى عنها.

أقول: انظر إلى هذه الأخبار في هذا المقام وما هي على من التناقض الذي لا يقبل الالتيام وهي بانضمام بعضها إلى بعض دالة على التحليل مرارا عديده والنسخ كذلك، مع أن غاية ما يدعونه كما نقل عن الشافعي إنما هو مرتان، فإنهم نقلوا عن الشافعي أنه قال: ما علمت شيئا حرم مرتين وأبيح مرتين إلا المتعة قال شيخنا في المسالك بعد نقل هذه الروايات التي في النسخ ونعم ما قال: تأمل هذا الاختلاف في رواية نسخها، وأين النهي عنها في خبير، والإذن فيها في أوطاس، ثم النهي عنها بعد ثلاثة أيام مع الحكم بأنها كانت سائغة في أول الاسلام

(١) سورة المؤمنون آية ٦.

(٢) صحيح البخاري ج ٧ ص ١٦ صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٧.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٨٢ صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٤.

(٤) صحيح الترمذي ج ٣ ص ٤٣٠.

(٥) صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٤.

إلى آخر ذلك الحديث لطول مدة شرعيتها، ثم الإذن فيها في فتح مكة وهي متأخرة عن الجميع، ثم النهي عنها ذلك الوقت، ثم في حجة الوداع وهي متأخرة عن الجميع، فيلزم على هذان أن تكون شرعت مرارا ونسخت كذلك. ومن اللطائف في هذا المقام ما نقله في المسالك عن بعض كتب الجمهور: أن رجلا كان يفعلها فقبل له: عمن أخذت حلها؟ فقال: عن عمر فقالوا: كيف ذلك وعمر هو الذي نهى عنها وعاقب على فعلها؟ فقال: لقوله (١) (متعنان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله أنا أحرمهما وأعاقب عليهما، متعة الحج ومتعة النساء) فأنا أقبل روايته في شرعيتها على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله، ولا أقبل نهيه من قبل نفسه.

والبحث معهم في أمثال هذه المسائل واسع، وقد استوفينا ذلك في مقدمات كتابنا. سلاسل الحديد في تقييد أن أبي الحديد) ولننقل هنا طوفا من الأخبار المروية عن أهل البيت عليهم السلام تيمنا كما هي عادتنا في الكتاب، ومنها ما يدل على إباحتها، ومنها ما يدل على فضلها واستحبابها مضافا إلى ما يأتي في أثناء مباحث الكتاب مما يدل على أحكامها. فروى في الكافي (٢) في الصحيح عن أبي بصير (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن المتعة، فقال: نزلت في القرآن: فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة) (٣) وعن عبد الله بن سليمان (٤) (قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كان علي عليه السلام يقول: لولا ما سبقني به بني الخطاب ما زنى إلا شقي) كذا في الرواية المنقولة في

(١) راجع الغدير ج ٦ ص ٢٠٥ - ٢١٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ١ الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٦ ح ١.

(٣) سورة النساء - آية ٢٤.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٦ ح ٢.

كتب الأصحاب (١).

وقال ابن إدريس في سرائره: روي في بعض كتب أصحابنا عن أمير المؤمنين عليه السلام لولا ما سبقني إليه بني (ابن) الخطاب ما زنى إلا شفي) بالشين المعجمة والفاء

ومعناه إلا قليل ولا دليل عليه حديث ابن عباس ذكره الهروي في الغريين ما كانت المتعة إلا رحمة، رحم الله بها أمة محمد صلى الله عليه وآله، ولولا نهيها عنها ما احتاج إلى

الزنا إلا شفاء. وقد أورده الهروي في باب الشين والفاء، لأن الشفاء عند أهل اللغة القليل بلا خلاف بينهم، وبعض أصحابنا ربما حرف ذلك وقال: وتكلم بالقاف والياء المشددة، وما ذكرناه هو وضع اللغة وإليه المرجع وعليهم المعول في أمثال ذلك، إنتهى.

أقول ويؤيده ما في النهاية الأثرية (٢) قال: وفي حديث ابن عباس: ما كانت المتعة إلا رحمة، رحم الله بها أمة محمد صلى الله عليه وآله لولا نهيها عنها ما احتاج إلى

الزنا إلا شفاء. أي القليل من الناس من قولهم غابت الشمس إلا قليلا من ضوئها عند غروبها.

وقال الأزهري: قوله إلا شفاء، إلا أن يشفي، يعني يشرف على الزنا ولا يواقع، وأقام الاسم وهو الشفاء مقام المصدر الحقيقي، وهو الاشفاء على الشئ. أقول: أنظر إلى روايتهم هذا الخبر في كتبهم الموافق لما قدمناه عنهم من الأخبار الدالة على استمرارها إلى زمان عمر، ودلائلها على أن عمر هو الناهي عنها مع أخبار النسخ التي قدمنا نقله عنهم، فأبي الخبرين أولى بالقبول عند ذوي القول، فإن أحدهما باطل البتة وكذب محض بلا ريب، ولا ريب أن الصحيح منها

(١) أقول: ومما يؤيد ما هو المذكور في لفظ الخبرين ما ورد في بعض الأخبار المنقولة في كتاب البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٥: لعن الله ابن الخطاب فلولا ما زنى إلا شقي أو شقية لأنه كان للمسلمين غناء في المتعة عن الزنا. (منه قدس سره)
(٢) النهاية ج ٢ ص ٤٨٨.

هو ما اتفق الفريقان، وهو خبر البقاء والاستمرار إلى ذلك الوقت، فتعين بذلك كذب أخبار النسخ وإن رووها في الصحاح بزعمهم. ومنها ما رواه في الكافي (١) عن ابن أبي عمير عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام (قال:

إنما نزلت (فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى فآتوهن أجورهن فريضة) أقول: وقد روي نحو هذا الخبر من طرقهم، رواه الثعلبي في تفسيره عن حبيب بن أبي ثابت قال: أعطاني عبد الله بن العباس مصحفاً وقال: هذا قراءة أبي ابن كعب، فرأيت في المصحف (فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة إن الله كان حكيماً عليماً)

ورواه الثعلبي أيضاً في تفسيره عن عبد الله بن جبير وأبي تضره. وعن علي النسائي (٢) (قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك إني كنت أتزوج المتعة فكرهتها فتشأمت بها فأعطيت الله عهداً بين الركن والمقام وجعلت علي في ذلك نذراً وصيماً أن لا أتزوجها، ثم إن ذلك شق علي وندمت علي يميني، ولم يكن بيدي من القوة ما أتزوج في العلانية، قال: فقال: عاهدت الله أن لا تطيعه، والله لئن لم تطعه لتعصينه)

وما رواه في الفقيه (٣) عن جميل بن صالح (قال: إن بعض أصحابنا قال لأبي عبد الله عليه السلام: إنه يدخلني من المتعة شيء فقد حلفت أن لا أتزوج متعة أبداً، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إنك إذا لم تطع الله فقد عصيته)

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٤٩ ح ٣ الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٦ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٠ ح ٧ التهذيب ج ٧ ص ٢٥١ ح ٨ ج ٨ ص ٣١٢

ح ٣٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٥ ح ٢.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٦ الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٥ ح ٢.

وعن جميل بن صالح (١) عن عقبة عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام (قال: قلت له: للمتمتع ثواب؟ قال: إن كان يريد بذلك وجه الله تعالى له بها حسنة، ولم يمد يده إليها إلا

كتب الله له بقدر ما مر من الماء على شعره، قلت: بعدد الشعر؟ قال: نعم بعدد الشعر) وعن بكر بن محمد (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن المتعة، فقال: إنني

لأكره للرجل المسلم أن يخرج عن الدنيا وقد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يصنعها)

وقال الصادق عليه السلام (٣) إنني لأكره للرجل أن يموت وقد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأتها، فقلت له: فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه وآله؟ قال: نعم،

وقرأ هذه الآية (وإذا أسرا النبي إلى بعض أزواج حديثا إلى قوله تعالى ثياب وأبكارا)

ونقل شيخنا المجلسي رحمة الله عليه في كتاب البحار (٤) عن رسالة الشيخ المفيد رحمة الله عليه في المتعة أخبارا عديدة في استحبابها، منها ما رواه بسنده في الرسالة إلى هشام بن سالم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: يستحب للرجل

أن يتزوج المتعة وما أحب للرجل منكم أن يخرج من الدنيا حتى يتزوج المتعة ولو مرة)

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٥ ح ١٨ وفيه " وروى صالح بن عقبة عن أبيه " الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٢ ح ٣.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٥ ح ٢٠ الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٢ ح ١ وفيهما " لم يقضها ".

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٣٣ الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٢ ح ٢.

(٤) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٣ ح ١٠.

وعن بكر (١) بن محمد (عن الصادق عليه السلام حيث سئل عن المتعة، فقال: أكره للرجل أن يخرج من الدنيا وقد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم نقض))

وعن محمد بن مسلم (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال: قال لي: تمتعت؟

قلت: لا، قال: لا تخرج من الدنيا حتى تحيي السنة)

وعن صالح بن عقبة (٣) عن أبيه عن الباقر عليه السلام (قال: قلت: للمتمتع ثواب؟) الحديث كما تقدم نقله عن الفقيه.

وبالاسناد المتقدم أولا عن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن محمد الهمداني (٤) عن رجل سماه عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: ما من رجل تمتع ثم اغتسل إلا خلق الله

من كل قطرة يقطر منه سبعين ملكا يستغفرون له إلى يوم القيامة، ويلعنون متجنبها إلى أن تقوم الساعة)

ثم نقل جملة من الأخبار إلى أن قال في الرسالة: هذا قليل من كثير في هذا المعنى.

وروى في الكافي (٥) عن علي. والمراد به علي بن إبراهيم الذي هو أحد مشايخه رفعه (قال: سألت أبا جعفر محمد بن النعمان صاحب الطاق فقال له: يا أبا جعفر ما تقول في المتعة أتزعم أنها حلال؟ قال: نعم، قال: فما يمنعك أن تأمر نساءك أن يتمتعن ويكتسبن عليك؟ فقال له أبو جعفر ليس كل الصنعات يرغب فيها وإن كانت حلالا وللناس أقدار ومراتب يرفعون أقدارهم، ولكن ما تقول يا أبا حنيفة في النبيذ أتزعم أنه حلال؟ فقال: نعم، قال: فما يمنعك

(١) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ ح ١٤ مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٨٧ ب ٢ ح ١.

(٢) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٣ ح ١١.

(٣) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٦ ح ١٩، المستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٨٨ ب ٢ ح ٣.

(٤) بحار الأنوار ج ١٠٣ ص ٣٠٧ ح ٢٢ الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٤ ح ١٥.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٠ ح ٨.

أن تقعد نساءك في الحوانيت نباذات فيكتسبن عليك؟ فقال أبو حنيفة: واحدة بواحدة وسهمك أنفذ، ثم قال له: يا أبا جعفر إن الآية التي في (سأل سائل) تنطق بتحريم المتعة والرواية عن النبي صلى الله عليه وآله قد جاءت بنسخها؟ فقال أبو جعفر: قد

ثبت النكاح بغير ميراث، قال أبو حنيفة: من أين قلت ذلك؟ فقال أبو جعفر: لو أن رجلا من المسلمين تزوج امرأة من أهل الكتاب ثم توفي عنها ما تقول فيها؟ قال لا تترث منه، قال فقد ثبت النكاح بغير ميراث ثم افترقا (١) أقول: كان أبو جعفر المذكور حديد النظر سريع الجواب بديهية، وكان له مع المخالفين إلتزامات، وهو عند الشيعة يلقب بمؤمن الطاق وشاه الطاق وصاحب الطاق، والمخالفون يلقبونه بشيطان الطاق لما يجرعهم في إلتزاماته لهم من المشاق. وله مع أبي حنيفة من هذا القبيل كثير، قال له أبو حنيفة لما بلغه موت الصادق عليه السلام شماتة: يا أبا جعفر مات إمامك، فقال له: وإمامك من المنظرين إلى يوم الوقت المعلوم.

وفي بعض الأخبار ما يدل على المنع من الإلحاح فيها ومداومتها متى أغناه الله بالأزواج، فروى في الكافي (٢) عن علي بن يقطين في الصحيح أو الحسن (قال:

سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن المتعة فقال: وما أنت وذاك فقد أغناك الله عنها،

قلت: إنما أردت أن أعلمها، فقال: هي في كتاب علي عليه السلام، فقلت: تزيدها وتزداد؟ فقال: وهل يطيبه إلا ذلك) والمراد (تزيدها) في المهر (وتزداد) في

(١) أقول: الظاهر أن عدول مؤمن الطاق إلى هذا الجواب مبني على التنزل والمماشاة وإلا فإن له أن يجيب بأن المتعة زوجة فتدخل تحت الآية وإن كان اطلاقها على الدائم أكثر استعمالا إلا أن الظاهر أنه تفرس في أبي حنيفة أنه لا يقبل هذا الجواب فعل عنه إلى ما ذكره مما لا يمكنه رده وانكاره (منه - قدس سره -).

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٢ ح ١ الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٩ ح ١.

الأجل، بأن يعقد عليها بعد انقضاء المدة وإن كانت في العدة بمهر جديد ومدة أخرى، وقوله (وهل يطيبه إلا ذاك) لعل المراد به أنها ليست مثل الدائمة متى تزوجها صارت كلا عليه، فإن هذه باعتبار المدة التي لها إن أعجبه جدد العقد عليها بعد المدة وزادها وزادته وإلا تركها.

وعن الفتح بن يزيد (١) قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة؟ فقال: هي حلال مباح مطلق لمن لم يغنه الله بالتزويج، فليستعفف بالمتعة، فإن استغنى عنها بالتزويج فهي مباح له إذا غاب عنها)

وعن ابن شمون (٢) قال: كتب أبو الحسن عليه السلام إلى بعض مواليه لا تلحوا على المتعة، إنما عليكم إقامة السنة، فلا تشتغلوا بها عن فرشكم وحرائركم فيكفرون ويتبرين ويدعين على الأمر بذلك ويلعنونا) إلى غير ذلك من الأخبار. إذا عرفت ذلك فالكلام هنا يقع في الأركان والأحكام فهنا مقامان: الأول في الأركان:

وهي عند الأصحاب أربعة: الصيغة، والمحل، والأجل، والمهر. وتفصيل الكلام فيها يقع في موارد:

الأول: في الصيغة، ولا خلاف في انعقاد نكاح المتعة بأحد هذه الألفاظ الثلاثة وهي: زوجتك وأنكحتك ومتعتك بأن تقول المرأة ذلك في الإيجاب، فيقبل الزوج بما يدل على ذلك من الألفاظ، وجوز أبو الصلاح وابن البراج في الإيجاب أن يقع من الرجل بقوله متعيني نفسك كذا فتقول المرأة قبلت أو رضيت. ونقل عن المرتضى أنه جعل تحليل الأمة عقد متعة، وعلى هذا فينعقد عنده بلفظ الإباحة والتحليل، قال في شرح النافع وهو جيد لو ثبت كونه كذلك، لكنه غير واضح كما ستقف عليه في محله والمشهور في كلام المتأخرين

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ ح ٢ و ٣ الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٩ ح ٢ و ص ٤٥٠ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ ح ٢ و ٣ الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٩ ح ٢ و ص ٤٥٠ ح ٤.

اعتبار اللفظ الماضي في عقد النكاح مطلقاً، لأنه صريح في الانشاء، بخلاف المستقبل المحتمل للوعد، وخالف جماعة فاعتفوا بلفظ المستقبل، وهذا هو المستفاد من الأخبار المتكاثرة.

منها ما رواه في الكافي (١) عن أبي بصير، (قال: لا بد من أن تقول في هذه الشروط: أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهما نكاحاً غير سفاح) الحديث، وظاهر أن هذه صيغة العقد كما تدل عليه جملة من الأخبار الآتية: وعن أبان بن تغلب (٢) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت

بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله لا وارثة ولا

موروثة كذا وكذا يوماً وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهما، وتسمي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قلت: نعم، فقد رضيت فهي امرأتك، وأنت أولى الناس بها) الحديث، وهو كما ترى ظاهر في مخالفة ما ذكره من وجوه:

منها اشتراط الماضي في الإيجاب وهو هنا بلفظ المستقبل.

ومنها كون الإيجاب من المرأة والقبول من الرجل، والإيجاب هنا من الرجل والقبول من المرأة عكس ما قالوه.

وفي رواية ثعلبة (٣) (أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله نكاحاً

غير سفاح..) إلى آخره.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٣، الوسائل

ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٢، الوسائل

ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ٢.

وفي رواية مؤمن الطاق (١) (يقول لها زوجيني نفسك على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله..) إلى آخره. إلى غير ذلك من الأخبار التي من هذا القبيل. وبالجملة فالظاهر من تتبع الروايات في هذا الباب وغيره أن المدار في صحة العقود كيف كانت على التراضي من الطرفين بالألفاظ الدالة على مقتضى ذلك العقد، كما تقدم ذكره في غير وضع من الكتب المتقدمة.

ويؤكده بالنسبة إلى ما نحن فيه ما رواه في الكافي (٢) عن نوح بن شعيب عن علي عن عمه عن أبي عبد الله عليه السلام قال جاءت امرأة إلى عمر فقالت: إني زنيت فظهرني، فأمر بها أن ترجم فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام فقال: كيف زنيت؟ فقالت: مررت بالبادية فأصابني عطش شديد فاستقيت أعرابيا، فأبى أن يسقيني إلا أن أمكنه من نفسي، فلم أجهدي العطش وخفت على نفسي سقاني فأمكنته من نفسي، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: تزويج ورب الكعبة) قال: في الوافي: إنما كان تزويجا لحصول الرضا من الطرفين ووقوع اللفظ الدال على النكاح والانكاح فيه، وذكر المهر وتعيينه، والمرة المستفادة من الاطلاق القائمة مقام ذكر الأجل، إنتهى.

أقول: ويؤيد ما ذكره رحمة الله على من حمل الخبر على التزويج المنقطع ذكر الكليني له في هذا الباب وجعله من قبيل أخبار العقد المنقطع، وكأنه فهم منه أنها زوجته نفسها بشربة من ماء. إلا أنه قد رويت هذه القصة بعينها في خبر آخر بما يدل على خلاف هذا الخبر، فروى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب (٣) عن محمد بن عمر وبن سعيد عن

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦١ الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٥.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨.

(٣) التهذيب ج ١٠ ص ٤٩ ح ١٨٦، الفقيه ج ٤ ص ٢٥ ح ٤٠، الوسائل ج ١٨ ص ٣٨٤ ح ٧.

بعض أصحابنا (قال: أتت امرأة إلى عمر فقالت: يا أمير المؤمنين إني فجرت فأقم في حد الله، فأمر برجمها وكان علي عليه السلام حاضرا قال: فقال له: سلها كيف فجرت؟

قالت: كنت في فلاة من الأرض فأصابني عطش شديد فرفعت لي خيمة فأتيته فأصبت فيه رجلا أعرايبا فسألته الماء فأبى علي أن يسقيني إلا أن أمكنه من نفسي فوليت منه هاربة فاشتد بي العطش حتى غارت عيناى وذهب لساني، فلما بلغ مني أتيته فسقاني ووقع علي، فقال له عليه السلام: هذه التي قال الله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) (١) هذه غير باغية ولا عادية إليه، فخلي سبيلها، فقال عمر لولا علي لهلك عمر)

ولم أقف على من تكلم في هذين الخبرين وما هما عليه من الاختلاف في البين إلا المحدث المحسن الكاشاني في الوافي، ولا بأس بنقل كلامه بطوله، وإن طال به زمام الكلام لجودة محصولة، قال في ذيل هذا الخبر بعد أن أورده في أبواب الحدود في باب من أتى ما يوجب الحد لجهالة أو لضرورة ما لفظه: (البغي الخيانة، الظلم والعدوان التجاوز عن الحد وإن قدر لضرورة، والمجرور في (إليه) راجع إلى الفجور، والظاهر من أمر عمر برجم المرأة بعد إقرارها بالفجور من اكتفائه بالمرة من دون سؤال عن كونها محصنة أو غير محصنة، وليس هذا من مثله ببعيد، ثم المستفاد من هذا الحديث جواز الزنا إذا اضطر الانسان إليه بحيث يخاف على نفسه التلف، إلا أن ستأتي هذه القصة بعينها في باب إثبات المتعة من كتاب النكاح باسناد آخر وعبارة أخرى (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام وليس في آخر قوله عليه السلام هذه التي قال الله تعالى.. إلى آخر الحديث، بل قال عليه السلام: فقال

أمير المؤمنين عليه السلام: تزويج ورب الكعبة، ومفاده أنه ليس ذلك بزنا ولا فجور مضطر إليه بل هو نكاح حلال وتزويج صحيح، وذلك لحصول شرايط النكاح فيه

(١) سورة البقرة - آية ١٧٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨.

من خلوها عن الزوج وعن ولاية أحد عليها، ورضاء الطرفين، ووقوع اللفظ الدال على النكاح والانكاح فيه، وذكر المهر وبعينه، فهو تزويج متعة ونكاح انقطاع، لا يحتاج إلى الطلاق، فإن قيل: يشترط في صحة المتعة ذكر الأجل، قلنا: قد ثبت أنه يغني عنه ذكر المرة والمرتين، والاطلاق يقتضي المرة فيقوم مقام ذكر الأجل، إن قيل: أنه لم تعتقد حلها وإنما زعمت أنها زنت، قلنا: لعل الحد إنما يجب على الانسان إذا زنى دون ما إذا زعم أنه زنى، مع أنها كانت مضطرة إلى ما فعلت، فكل من الأمرين جاز أن يكون مسقطا للحد عنها، ولعل هذا هو الوجه في ورود الاعتذار عنها تارة بأنه ليست بزانية، وأخرى بأنها كانت مضطرة للزنا، التحقيق هو الأول، ولعل الثاني إن صح وروده فإنما ورد على التقية والمماشاة مع عمر وأصحابه، وعلى هذا فلا دلالة فيه على جواز الزنا مع الاضطرار إليه، إن قيل: إن القصة واحدة يستبعد وقوعها مرتين فما وجه اختلاف الفتيا فيها من مفت واحد في مجلس واحد؟ قلنا: الاعتماد فيها إنما هو على رواية أبي عبد الله عليه السلام دون رواية غيره، مع أن الحكم الذي في روايته عليه السلام هو الصواب

في المسألة كما دريت، وإن أريد تصحيح الأخرى أيضا قيل: لعل أمير المؤمنين عليه السلام خاطب القوم فيها علانية على جهة التقية بما يناسب قدر عقولهم ومبلغ ما عندهم من العلم، وخاطب أصحابه سرا بما وافق الحل وبما هم أهلهم، فروى الثاني عنه أولاده عليه وعليهم السلام، والأول الأجانب والعلم عند الله) إنتهى عليه السلام كلامه زيد مقامه.

أقول: الأظهر في الجواب عن السؤال الثاني أن اعتقاد الحل وعدمه لا مدخل له في صحة العقد إذا وقع مستكملا لشرايط الصحة، والعقد هنا كذلك كما اختاره، ومن الجائر أن تكون المرأة جالة بحل نكاح المتعة لعدم اشتهاها يومئذ، أنها على مذهب عمر في تحريمها فاعتقدت كون ما وقع منها زنا يوجب الحد، فلذا اعترفت بذلك وطلبت إقامة الحد عليها، والإمام عليه السلام أسقط الحد

عنها لصحة النكاح كما في رواية الصادق عليه السلام، أو لمكان الضرورة كما في الرواية

الأخرى، وسقوطه لمكان الضرورة غير بعيد.

فإن جملة من الأخبار دلت على أنه ما من شيء حرمه الله إلا أباحه لمكان الضرورة، ففي موثقة سماعة (١) (قال: قال: إذا حلف الرجل تقية لم يضره إلى أن قال: وقال: ليس شيء مما حرم الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه) ونحوه غيره من الأخبار المؤيدة بالدليل العقلي أيضا.

بقي الكلام في اختلاف الخبرين في أن سقوط الحد هل هو لكونه نكاحا صحيحا كما في رواية الصادق عليه السلام (٢) أو لمكان الضرورة أنه كان زنا؟ وما ذكره رحمة الله عليه في الجمع بين فتواه عليه السلام في هذين الخبرين جيد، ويؤيده أنه عليه السلام خاطب بهذا الجواب الذي في هذا الخبر عمر وأصحابه، ومذهب عمر تحريم المتعة فلم يصرح له بأن عدم الحد لصحة النكاح متعة، وإنما صرح له بالاضطرار، وهو صحيح كما عرفت، فإن الضرورات تبيح المحظورات، وأما خبر الصادق عليه السلام فليس فيه دلالة على مخاطبة عمر بذلك، وغاية ما يدل عليه ا

أنه أخبر أمير المؤمنين عليه السلام بذلك فسألها، فلما أخبرته القضية قال: (تزويج ورب لكعبة) وليس في الخبر أنها حدث بعد ذلك أو لم تحد، وبلغ ذلك عمر أو لم يبلغه، بل الخبر مجمل في ذلك، فيحمد على إجماله، والله العالم.

الثاني: في المحل، وفيه مسائل:

الأولى قالوا، يشترط أن تكون مسلمة أو كتابية كاليهود والنصارى والمجوس على أشهر الروايتين، ويمنعها من شرب الخمر، وارتكاب المحرمات، أما المسلمة فلا تتمتع إلا بالمسلم خاصة، ولا يجوز بالوثنية والناصبية، ولا تتمتع أمة وعنده حرة إلا بإذنها، ولو فعل كان العقد باطلا، وكذا لا يدخل عليها بنت أخيها

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٩ طبعة طهران الجديدة، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٥ ح ١٨.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨.

ولا بنت أختها إلا مع الإذن، ولو فعل كان العقد باطلا.
أقول: قد تقدم الكلام في هذه المواضع، وكلما ثبت هناك من الجواز أو التحريم فهو يجري في هذا الموضوع أيضا من هذه المذكورات وغيرها، فلا وجه لإعادته.

الثانية: قالوا: يستحب أن تكون مؤمنة عفيفة، وأن يسألها عن حالها مع التهمة، وليس ذلك شرطا في الصحة، وهذا الكلام يتضمن جملة من الأحكام. (منها) يستحب أن تكون مؤمنة عفيفة ويدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة (١) في الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع (قال: سأل رجل أبا الحسن الرضا

عليه السلام إلى يأن قال: فقال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مؤمنة أو مسلمة، فإن الله عز وجل يقول: (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) (٢) وفي رواية الفقيه (إلا بما مؤنة) عوض (مؤمنة)

وفي حديث أبي سارة (٣) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عنها يعني المتعة قال لي: حلال ولا تتزوج إلا عفيفة، إن الله عز وجل يقول: (والذين هم لفرجهم حافظون) (٤) فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك) أقول: قد قيل في معنى هذا الخبر وجوه: (أحدها) إن من لا تأمنها على درهمك كيف تأمنها على فرجك، فلعلها تكون في عدة غيرك فيكون وطؤك

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥١ ح ٣.
(٢) سورة النور - آية ٣.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥١ ح ٢.
(٤) سورة المؤمنون - آية ٥.

له بشبهة، والاحتياط في تجنب الشبهات مطلوب.

(الثاني) إنها إذا لم تكن عفيفة كانت فاسقة، فهي ليست بمحل للأمانة، فربما تذهب بدراهمك ولا تفي بالأجل.

(الثالث) إنها لما لم تكن مؤتمنة على الدراهم فبالحري أن لا تؤمن على الفرج وايداع النطفة لديها فلعلها تزني وتخلط ماءك بماء غيرك.

وفي الحديث الحسن التفليسي (١) (قال: سألت الرضا عليه السلام أيتمتع من اليهودية والنصرانية؟ قال: يتمتع من المرأة المؤمنة أحب إلي وهي أعظم حرمة منهما) وفي رواية محمد بن الفيض (٢) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، فقال:

نعم إذا كانت عارفة، قلت: فإن لم تكن عارفة؟ قال: فأعرض عليها وقل لها فإن قبلت فتزوجها، وإن أبت أن ترضى بقولك فدعها) الحديث.

وأما ما رواه الشيخ (٣) عن الحسن بن علي عن بعض أصحابه يرفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا تمتع بالمؤمنة فتذلها) فقد قال الشيخ إنه يحتمل أن يكون المراد به إذا كانت المرأة من أهل بيت الشرف يلحق أهلها العار ويلحقها الذل ويكون ذلك مكروها، إنتهى.

و (منها) إنها متى كانت غير مأمونة فالأفضل له أن يسأل عن حالها، ويدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة (٤) رحمة الله عليهم عن أبي مريم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن المتعة فقال: إن المتعة اليوم ليس كما كانت قبل اليوم

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٧ ح ٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٢ ص ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٥ التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٢ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٢ ح ٤.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٥١ ح ٩ الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٣ الوسائل ج ١٤ ص ٤٥١ ح ١.

إنهن كن يومئذ يؤمن واليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن)
قال في الوافي: يؤمن إما بكسر الميم من الايمان، بمعنى إيمانهن بحل
المتعة، وإما بفتحها من الأمانة، بمعنى صيانة أنفسهن عن الفجور، أو عن الإذاعة
إلى المخالفين.

أقول: الظاهر هو الثاني، وفيه إشارة إلى شيوع الزنا وكثرته يومئذ
كما تدل عليه رواية علي بن يقطين (١) (قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: نساء
أهل

المدينة، قال: فواسق، قلت: فأتزوج منهن؟ قال: نعم) على أن الايمان بحل
المتعة والتصديق به لا معنى لترتب السؤال عليه، فإنه يجوز التمتع بغير المؤمنة
بذلك وظاهر الخبر هو السؤال من الغير عن حالها، وعبارات الأصحاب تضمنت
سؤالها عن أنه هل لها زوج أم لا؟ والرواية لا تدل عليه، إنما تدل على
ما ذكرناه

(ومنها) إنه يصح التمتع بها بغير سؤال، بل الأفضل ترك الفحص والسؤال
فإنها مصدقة في عدم الزوج والعدة، والأخبار بذلك متكاثرة.
فروى الكليني (٢) في الصحيح عن ميسر (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ألقى
المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد، فأقول لها: هل لك زوج؟ فتقول: لا، فأتزوجها؟
قال: نعم هي المصدقة على نفسها)
وروى الصدوق (٣) بإسناده عن يونس بن عبد الرحمن عن الرضا عليه السلام في
حديث

(قال: قلت: المرأة تتزوج متعة فينقضي شرطها، فتتزوج رجلاً آخر قبل أن
تنقضي عدتها، قال: وما عليك إنما إثم ذلك عليها).

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٥ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ٢ الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٦ ح ١.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٧ الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٦ ح ٢.

وروى في التهذيب (١) عن فضل مولى محمد بن راشد عن أبي عبد الله عليه السلام (قال:

قلت: إني تزوجت امرأة متعة فوقع في نفسي أن لها زوجا، ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجا، قال: ولم فتشت) وعن مهران بن محمد (٢) عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قيل له:

إن فلانا تزوج امرأة متعة، فقليل له: إن لها، وجاء، فسألها، فقال، أبو عبد الله عليه السلام: ولم سألها) وعن محمد بن عبد الله الأشعري (٣) (قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة

فيقع في قلبه أن لها زوجا، قال: ما عليه، أرايت لو سألها البينة كانت تجد من يشهد أن ليس لها زوج)

وفي رسالة المتعة للشيخ المفيد على ما نقله في البحار (٤) عن أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة الحسناء ترى في الطريق، ولا يعرف أن كون ذات

بعل أو عاهرة، فقال: ليس هذا عليك، إنما عليك أن تصدقها في نفسها) وعن جعفر بن محمد بن عبيد الأشعري (٥) عن أبيه (قال: سألت أبا الحسن عليه السلام

عن تزويج أمتعة وقلت: أن تهماها بأن لها زوج، يحل لي الدخول بها؟ قال: عليه السلام أرايت إن سألتها البينة على أن ليس لها زوج، هل تقدر على ذلك) وظاهر هذه الأخبار كما ترى كراهية السؤال وإنما كان مع التهمة، وهو خلاف ما دل عليه صحيح أبي مريم التقدم، ولا يخلو ذلك من الاشكال. الثالثة: المشهور بين الأصحاب كراهة المتمتع بالزانية، ونقل التحريم عن الصدوق في المقنع.

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٧ الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ٣.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٨ و ١٩ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ٤ و ٥.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٨ و ١٩ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ٤ و ٥.
(٤) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٠ ح ٤٩ و ٥٠، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٩ ح ١ و ٢.
(٥) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٠ ح ٤٩ و ٥٠، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٩ ح ١ و ٢.

وعن ابن البراج أنه لا يعقد على فاجرة إلا إذا منعها من الفجور، فإذا لم تمتنع من الفجور فلا يعقد عليها، وهو ظاهر الشيخ في النهاية أيضا (١). والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام منها رواية محمد بن الفيض (٢) المتقدم صدرها في المسألة الثانية، حيث قال عليه السلام فيها: (وإياكم والكواشف والدواعي والبغايا وذوات الأزواج، فقلت: ما الكواشف؟ قال: اللواتي كاشفن، وبيوتهن معلومة ويزنين، قلت: فالدواعي؟ قال: اللواتي يدعون إلى أنفسهن وقد عرفت بالفساد، قلت: والبغايا؟ قال: المعروفات بالزنا، قلت: فذوات الأزواج قال: المطلقات على غير السنة)

أقول: الظاهر أن هذه الرواية كملا ما تقدم من صدرها، وما ذكرناه هنا من تتمتها هي حجة الصدوق فيما نقل عنه، حيث إنه قال في الكتاب المذكور: ولا يتمتع إلا بعارفة، فإن لم تكن عارفة فأعرض عليها فإن قبلت.. إلى آخر الخبر كملا، ثم قال: واعلم أن من تمتع بزانية فهو زان، لأن الله يقول: (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة) (٣) إنتهى.

وما رواه المشايخ الثلاثة (٤) عن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح (قال: سألت رجلا أبا الحسن الرضا عليه السلام وأنا أسمع عن رجل تزوج المرأة متعة ويشترط عليها على أن لا يطلب ولدها، فتأتي بعد ذلك بولد، فشدد في إنكار الولد، وقال:

-
- (١) أقول: حيث قال: فإذا أراد الرجل أن يتمتع بامرأة فلتكن دينة مأمونة، فإنه لا يجوز التمتع بزانية أو غير مأمونة.. إلى آخره. (منه قدس سره)
- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ ح ١٣ الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٤ الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٤ ح ٣.
- (٣) سورة النور - آية ٣.
- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٣ التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢ الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٣ ح ١.

أيجحده إعظاما لذلك؟ فقال الرجل: فإن اتهمها؟ فقال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مؤمنة أو مسلمة، فإن الله عز وجل يقول: الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة) الحديث كما تقدم، والظاهر أن هذا الخبر مستند الصدوق فيما ذكره، من تنمة عبارته السابقة بحمل لفظ (لا ينبغي لك) على التحريم كما هو شائع ذائع في الأخبار. وما رواه الشيخ (١) عن زرارة (قال: سأله عمار وأنا عنده عن الرجل يتزوج الفاجرة متعة، قال: لا بأس، وإن كان التزويج الآخر فليحسن بأنه) وفيه دلالة على جواز التمتع بها وإن كان يعلم أنه تزني بخلاف الزوجة الدائمة، فإنه شرط عليه أن يمنعها عن الفجور.

وعن علي بن يقطين (٢) (قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: نساء أهل المدينة) الخبر وقد تقدم قريبا .)

وعن إسحاق بن جرير (٣) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن عندنا بالكوفة امرأة معرفة بالفجور، هل يحل لي أن أتزوجها متعة؟ فقال: رفعت راية؟ قلت: لا، لو رفعت راية لأخذها السلطان، قال: نعم تزوجها متعة، قال: ثم أصغى إلى بعض مواليه فأسر إليه شيئا، فلقيت مولاه فقلت له: ما قال لك؟ فقال: إنما قال: ولو رفعت راية ما كان عليه في تزويجها شيء، إنما يخرجها من حرام إلى حلال)

ومنها ما رواه في الكافي (٤) في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن أبي يعفور رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن المرأة ولا أدري ما حلها أيتزوجها الرجل

متعة؟ قال يتعرض لها فإن أجابته إلى الفجور فلا يفعل) ويمكن أن تكون هذه الرواية دليلا لا بن البراج فيما تقدم نقله عنه.

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٥ و ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٤ ح ١ و ص ٤٥٥ ح ٢.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٥ و ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٤ ح ١ و ص ٤٥٥ ح ٢.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٥ ح ١٥٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٥ ح ٣.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٣ ب ٨ ح ٢.

وعن يونس عن بعض رجاله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة أياما معلومة، فتجيؤه في بعض أيامها فتقول إني قد بغيت قبل مجيئي إليك بساعة أو يوم، هل له أن يطأها، وقد أقرت له ببغيها؟ قال: لا ينبغي له أن يطأها)

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (وروي لا تمتع بلصة ولا مشهورة بالفجور، وادع المرأة قبل المتعة إلى ما لا يحل، فإن أجابت فلا تمتع بها) ومن الأخبار المنقولة في كتاب البحار عن رسالة الشيخ المفيد المتقدم ذكرها ما رواه عن محمد بن فضيل (٢) عن أبي الحسن عليه السلام (في المرأة الحسنة الفاجرة هل يجوز للرجل أن يتمتع بها يوما أو أكثر؟ قال: إذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتع بها ولا ينكحها)

وعن ابن جرير (٣) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة تزني أتمتع بها؟ قال: رأيت ذلك؟ قلت: لا ولكنها ترمى به، قال: نعم يتمتع بها، على أنك تغادر وبغلق بابك)

وعن الحسن (٤) عن الصادق عليه السلام (في المرأة الفاجرة هل يحل تزويجها؟ قال: نعم

إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها)

وروي في كتاب كشف الغمة (٥) عن كتاب دلائل الحميري عن الحسن بن ظريف (قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام وقد تركت التمتع ثلاثين سنة، وقد نشطت

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥ ح ٢. الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٢ ب ٣٨ ح ١.
(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٩ ح ٤٠ وفيه " عن محمد بن فضيل " و ح ٤١ مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٧ ح ١ و ب ٨ ح ١.
(٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٩ ح ٤٠ وفيه " عن محمد بن فضيل " و ح ٤١ مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٧ ح ١ و ب ٨ ح ١.
(٤) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٩ ح ٤٢ مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٢٣ ب ٣٩ ح ٣.
(٥) كشف الغمة ج ٢ ص ٤٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٥ ح ٤.

لذلك، وكان في الحي امرأة وصفت لي بالجمال فمال إليها قلبي، وكانت عاهرا لا تمتنع يد لا مس فكرهتها، ثم قلت: قد قال الأئمة: تمتع بالفاجرة فإنك تخرجها من حرام إلى حلال، فكتبت إلى أبي محمد عليه السلام أشاوره في المتعة، وقلت:

أيجوز بعد هذه السنين أن أتمتع، فكتب: إنما تحيي سنة وتميت بدعة، ولا بأس، و إياك وجارتك المعروفة بالعهر وإن حدثتكَ نفسك، إن آبائي قالوا: تمتع بالفاجرة فإنك تخرجها من حرام إلى حلال، فهذه امرأة معروفة بالهتك، وهي جارتك، وأخاف عليك استفاضة الخبر. فتركتها ولم أتمتع بها، وتمتعها شاذان بن سعيد، رجل من إخواننا وجيراننا، فاشتهر بها حتى علاء أمره وصار إلى السلطان وغرم بسببها مالا نفيسا، أعاذني الله من ذلك ببركة سيدي) أقول: هذا ما حضرني من أخبار المسألة، وهي كما ترى ما بين ما يدل على الجواز كما هو المشهور، وما يدل على التحريم كما هو مذهب الصدوق، والأصحاب حملوا ما دل على المنع على الكراهة، جمعا بين الأخبار.

وأما على القول بالتحريم فاللازم طرح ما دل على الجواز، وهي مشكل، وبعض ما دل على الجواز وإن أمكن تقييده بما يرجع إلى القول بالتحريم، كأن يقيد بمنعها من الفجور، الممكنى عنه بأن يغلق بابه، أو بظهور التوبة، كما دلت عليه جملة من هذه الأخبار، إلا أن بعضا آخر كصحيحة زرارة، ورواية إسحاق ابن جرير، ورواية علي بن يقطين، ورواية كشف الغمة ظاهر في الجواز مع عدم القيد المذكورين، ولا يحضرني الآن مذهب العامة في المسألة فلعل أخبار أحد الطرفين إنما خرج مخرج التقية.

وبالجملة فإن المسألة غير خالية من شوب الاشكال، فإن جملة من أخبار المنع صريح في التحريم، والله العالم.

الرابعة: قد صرح جملة من الأصحاب بأنه يكره التمتع بيكر ليس لها أب فإن فعل فلا يفتضها وليس محرما.

أقول: الكلام هنا يقع في موضعين: (أحدهما) البكر التي له أب، هل يجوز التمتع بها دون الأب أم لا؟ وقد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسألة، في مسائل المقصد الثاني في الأولياء للعقد من الفصل الأول.

(الثاني) في البكر التي لا أب لها، ولم نقف فيها على نص بخصوص ما قالوه وإنما نصوص المسألة ما بين مطلق وما بين مصرح بوجود الأب.

والظاهر أن الأصحاب إنما استندوا فيما ذكروه إلى الاطلاق، ومن ذلك ما رواه في الكافي (١) عن زياد بن أبي الحلال في الصحيح (قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بأن يتمتع بالبكر ما لم يفيض إليها، مخافة كراهية العيب على أهلها) وما رواه المشايخ الثلاثة (٢) نور الله مراقدهم عن حفص بن البختري في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: في الرجل يتزوج البكر متعة، قال: يكره للعيب على أهلها)

وما رواه في الكافي (٣) عن محمد بن أبي حمزة عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام (في البكر يتزوجها الرجل متعة؟ قال: لا بأس ما لم يفتضها)

وعن جميل بن دراج (٤) في الصحيح أو الحسن (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع من الجارية البكر، قال لا بأس بذلك ما لم يستصغرها)

أقول: الظاهر أن المعنى في قوله (ما لم يستصغرها) أي: يعدها صغيرة لم تكمل التسع، فإنه لا يصح العقد عليها إلا من الولي، وقيل: إن معناه ما لم يفتضها، لأنه موجب لصغارها وذلكها عند أهلها، والأول أظهر.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ٢ الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٣ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٥

ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٩ ح ١٠.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٨ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٣ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٠ ح ١.

وما رواه في الفقيه (١) عن ابن أسباط عن محمد بن عذافر عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن التمتع بالأبكار، فقال: هل جعل ذلك إلا لهن، فليسترن به وليستغفن)

ومن كتاب الحسين بن سعيد على ما نقله في كتاب البحار (٢) بسنده فيه عن أبي بكر الحضرمي (قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: يا أبا بكر، إياكم والأبكار أن تزوجوهن متعة)

وعن عبد الملك بن عمرو (٣) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، فقال: إن

أمرها شديد، فاتقوا الأبكار) وإطلاق هذه الأخبار شامل لذات الأب وغيرها، خرجت منها ذات الأب باختلاف الأخبار فيها بجواز تمتعها بدون إذن الأب وعدمه كما تقدم الكلام فيه، وبقيت غير ذات الأب على مقتضى ما دلت عليه هذه الأخبار

والمستفاد منها بعد ضم بعضها إي بعض هو كراهة التمتع بها، وأشد كراهة الافضاء إليها بعد التمتع بها، وهو فتوى الأصحاب كما عرفت، والله العالم. والخامسة: قالوا: إذا أسلم المشرك وعنده كتابية بالعقد المنقطع كان عقدها ثابتا، وكذا لو كن أكثر ولو سبقت بالاسلام وقف على انقضاء العدة إن كان دخل بها، فإن انقضت ولم يسلم بطل العقد، وإن لحق بها قبل العدة فهو أحق بها ما دام أجله باقيا، عللت هذه الأحكام بأنه لما كان عقد المتعة صحيحا عندنا، فإذا أسلم المشرك على منكوحة يجوز استدامة نكاحها كالكتابية أقر عليه كما يقر على الدوام، وكذا لو كن أكثر من واحدة لما سلف من أنه لا تنحصر شرعا في عدد. ولو انعكس الفرض بأن أسلمت هي دونة توقف فسخ النكاح على العدة، لأن نكاح المسلمة لا يصح لكافر مطلقا، فإن انقضت العدة أو المدة التي جعلها أجلا للمتعة

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٢٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٨ ح ٤.
(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٦ ح ٢٧ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٠ ح ١٣.
(٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٨ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٠ ح ١٤.

ولم يسلم تبين انفساخ النكاح في حين الاسلام، أما مع انقضاء العدة فلانفساخ النكاح حينئذ، وأما مع انتهاء المدة فلاقتضائه البيونة، وإن أسلم في العدة وقد بقي من المدة شيء فهو أملك بها ما دامت المدة باقية، وعلى التقديرين يثبت المسمى لاستقراره بالدخول لأنه المفروض، فلو كان الاسلام قبل الدخول، فإن كان منه فالحكم بحاله، وإن كان منها انفسخ النكاح ولا مهر كما مر، لأن الفسخ من قبلها هذا كله إذا كانت المرأة كتابية، فلو كانت غير كتابية فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة وتبين منه بانقضاء الأجل أو خروج العدة، فأيهما حصل بعد الاسلام انفسخ به النكاح.

والوجه في ذلك أنه لما لم يجز نكاح غير الكتابية للمسلم دواما ومتعة ابتداء واستدامة وامتنع نكاح الكافر، وإن كان كتابيا للمسلم ابتداء واستدامة، وجب فيما إذا كانت الزوجة غير كتابية أعم من أن تكون وثنية أو غيرها من فرق الكفر الحكم بانفساخ النكاح إن كان قبل الدخول مطلقا، وتوقفه على انقضاء العدة أو المدة إن كان بعده، فأيهما حصل حكم بانفساخ النكاح أو انتهائه، ويثبت المسمى مع الدخول وبدونه إن كان المسلم الزوج كما مر، هكذا حققه شيخنا رحمه الله في المسالك، والله العالم.

الثالث: في الأجل، أجمع الأصحاب على أن ذكر الأجل شرط في صحة نكاح المتعة، فلو لم يذكره انعقد دائما، قالوا: ولا يتقدر في القلة والكثرة بقدر، بل بما تراضيا عليه، وإن بلغ في حد الكثرة إلى ما يقضي العادة بعد بلوغه إليه وفي جانب القلة إلى حد لا يمكن الجماع فيه، لأن غاية العقد لا ينحصر في ذلك. ونقل عن ابن حمزة أنه قدر الأجل بما بين طلوع الشمس ونصف النهار، قيل ولعله أراد التمثيل لا الحصر.

قالوا: ولا بد أن يكون محروسا من الزيادة والنقصان كغيره من الأجل. والواجب أولا نقل ما وصل إلينا من الأخبار في هذا المقام، ثم الكلام فيها

بتوفيق الملك العلام، وبيان ما يستفاد منها من الأحكام.
الأول: ما رواه في الكافي والتهذيب (١) عن زرارة في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا تكون متعة إلا بأمرين أجل مسمى وأجر مسمى)
الثاني: ما رواه في التهذيب (٢) عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، فقال: مهر معلوم إلى أجل معلوم)
الثالث: ما رواه في الكافي والتهذيب (٣) في الموثق عن أبي بصير (قال: لا بد من أن تقول فيه هذه الشروط: أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً، نكاحاً غير سفاح على كتاب الله عز وجل وسنة نبيه صلى الله عليه وآله وعلى أن لا ترتيني ولا

أرثك، وعلى أن تعتدي خمسة وأربعين يوماً، وقال بعضهم: حيضة)
أقول: الظاهر أنه لما كانت المتعة غير معهودة في تلك الأزمان فربما توهمت المرأة الزنا، فأمروا عليهم السلام بذكر هذه الشروط المذكورة التي لا مدخل لها في صحتها دفعا لتوهم الدوام وتوهم الزنا، ولهذا لم يقل أحد من أصحابنا باشتراط ما ذكر في هذا الخبر ونحوه في صحة العقد كما يظهر من هذا الخبر ونحوه، وقوله في آخر الخبر، (وقال بعضهم) الظاهر أنه من كلام أبي بصير، ويحتمل أن يكون من بعض الرواة، والضمير البارز الظاهر رجوعه إلى الأئمة عليهم السلام، واحتمال الرجوع إلى بعض الرواة الظاهر بعده.

الرابع: عن أبان بن تغلب (٤) (قال: قلت: لأبي عبد الله عليه السلام: كيف

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٥٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٥ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٦٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٥ ح ٣.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٤ وفيها اختلاف يسير مع ما نقله صاحب الحقائق - رحمه الله - .
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١.

أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله، لا وارثة ولا موروثه كذا وكذا يوما، وإنك شئت كذا وكذا سنة، بكذا

وكذا درهما، وتسمي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أم كثيرا، فإذا قالت نعم فقد رضيت، فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها، قلت: فإني أستحيي أن أذكره شرط الأيام، قال: هو أضر عليك، قلت: وكيف؟ قال: إنك إن لم تشتط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة في العدة وكانت وارثة ولم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة)

الخامس: ما رواه في الكافي (١) عن ثعلبة (قال: تعول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله نكاحا غير سفاح، وعلى أن لا ترثيني ولا أرثك كذا

وكذا يوما بكذا وكذا درهما وعلى أن عليك العدة) السادس: عن هشام بن سالم (٢) (قال: قلت: كيف يتزوج المتعة؟ قال: تقول يا أمة الله أتزوجك كذا وكذا يوما بكذا وكذا درهما، فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها، ولا عدة لها عليك)

السابع: ما رواه في التهذيب (٣) عن محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام

(قال: قلت له: الرجل يتزوج متعة سنة أو أقل أو أكثر؟ قال: إذا كان شيئا معلوما إلى أجل معلوم، قال: قلت: وتبين بغير طلاق؟ قال: نعم) الثامن: ما رواه أيضا زرارة (٤) في الموثق (قال: قلت له: هل يجوز أن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٩ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٦ ح ٧٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ب ٢٥ ح ١.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٩ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٦ ح ٧٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٩ ح ٢.

يتمتع الرجل من المرأة ساعة أو ساعتين؟ فقال: الساعة والساعتان لا يوقف على
حدهما، ولكن العرد والعردتين واليوم واليومين، والليلة وأشباه ذلك)
التاسع: ما رواه في الكافي (١) عن خلف بن حماد (قال: أرسلت إلى أبي الحسن
عليه السلام: كم أدنى أجل المتعة، هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مرة واحدة؟
قال: نعم) العشار: ما رواه أيضا عن القاسم بن محمد (٢) عن رجل سماه (قال: سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد، فقال: لا بأس، ولكن
إذا

فرغ فليحول وجهه ولا ينظر)

الحادي عشر: ما رواه في التهذيب (٣) عن هشام (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام
أتزوج المرأة متعة مرة مبهمة؟ قال: فقال: ذلك أشد عليك، ترثها وترثك، ولا
يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر وشاهدين، قلت: أصلحك الله فكيف أتزوجها؟
قال: أيام معدودة بشئ مسمى مقدار ما تراضيت به، فإذا مضت أيامها كان
طلاقها في شرطها، ولا نفقة ولا عدة لها عليك، قلت: ما أقول لها؟ قال: تقول
لها أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه، والله ولي ووليك كذا وكذا شهرا
بكذا وكذا درهما، على أن الله لي عليك كفيلا لتفين لي ولا أقسم لك، ولا أطلب
ولدك ولا عدة لك علي، فإذا مضى شرطك فلا تتزوجي حتى يمضي لك خمس
وأربعون ليلة، وإن حدث بك ولد فأعلميني)
الثاني عشر: وما رواه المشايخ الثلاثة (٤) رحمة الله عليهم عن بكار بن كردم

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٩ ح ٥.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٤ الوسائل ج ١٤
ص ٤٧٩ ح ٤.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٠ ح ٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧
ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٠ ح ١.

(قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يلقي المرأة فيقول لها: زوجيني نفسك شهرا،

ولا يسمي الشهر بعينه، ثم يمضي فيلقاها بعد سنين، قال: فقال: له شهره إن كان سماه وإن لم يكن سمي فلا سبيل له عليها)
الثالث عشر ك ما رواه في الكافي (١) عن ابن أبي عمير، عن عبد الله بن بكير في الموثق

في حديث (إن سمي الأجل فهو متعة، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات) أقول: هذه جملة ما وقفت عليه من الروايات المتعلقة بالأجل، والكلام فيها يقع في مواضع:

الأول: قد اتفقت هذه الأخبار في الدلالة على صحة ما ذكره الأصحاب من اشتراط الأجل في صحة عقد المتعة، وقضية ذلك بطلان العقد لو خلا منه، كما هو ظاهر جملة من الأصحاب ومذهب العلامة ووالده وجمع من الأصحاب منهم شيخنا في المسالك وسبطه السيد السند في شرح النافع. وقيل بأنه ينقلب العقد دائما وهو المشهور وعليه يدل الخبر الرابع والخبر الثالث عشر.

وقيل - وهو اختيار ابن إدريس: إنه إن كان الإيجاب بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائما، وإن كان بلفظ التمتع بطل العقد. احتج من قال بالأول، أما على البطلان فبأنه لم ينعقد متعة لفوات الشرط الذي هو ذكر الأجل، وهو موضع وفاق، وأما على عدم انعقاده دائما، فإن الدوام غير مقصود بل المقصود خلافه، العقود تابعة للقصود، وبالجملة فإنه مع الحكم بكونه يكون دائما يلزم أن ما وقع غير مقصود، وما قصد غير واقع. أقول: وهذا التعليل ربما يترأى صحته في بادي النظر، إلا أنك بالرجوع إلى الأخبار وتتبعها في جملة مواضع يظهر لك فساده، ومن ذلك الروايتان المذكورتان

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٩ ح ١.

هنا، فإنهما صريحتان في أنه ينقلب دائما، ونحوهما أيضا الرواية الحادية عشر، ومن ذلك ما تقدم في غير مقام من دلالة جملة من الأخبار على صحة العقد المشتمل على الشرط الفاسد، وبطلان الشرط خاصة مع أن القصد إنما تقلق بالجميع، فما وقع غير مقصود، وما قصد غير واقع، وبذلك يظهر منع تبعية العقد للقصد على إطلاقه، ويؤيده ما ذكره من الاجماع على أن عقد النكاح إذا تضمن شروطا فاسدة صحيح مع بطلان الشروط المقصودة، ذكر ذلك السيد السند في شرح النافع، وما أجاب به عنه حيث إنه ممن يختار هذا القول غير موجه. وبالجملة فإن الاعتماد على هذا التعليل في تأسيس الأحكام الشرعية في مقابلة هذه النصوص الواضحة الجلية لا يخرج عن مقابلة النصوص بالاجتهاد، وفيه خروج عن نهج السداد وطريق الرشاد.

ومما ذكرناه علم حجة القول الثاني، وإلا أنه في المسالك نقل الاحتجاج للقول المذكور قال: لأن لفظ الإيجاب صالح لكل منهما، وإنما يتمحص للمتعة بذكر الأجل وللدوام بعدمه، فإذا انتفى الأول ثبت الثاني، ولأن الأصل في العقد الصحة، والفساد على خلاف الأصل، ولموثقة عبد الله بن بكير، ثم نقل الخبر الثالث عشر، ثم قال: وفيه نظر، لأن المقصود إنما هو المتعة كما هو الفرض، والأجل شرط فيها، وفوات الشرط يستلزم فوات المشروط، وصلاحيّة العبارة غير كاف مع كون المقصد و خلاف ما يصلح له اللفظ، والمعبر اتفاق اللفظ والقصد على معنى واحد، وهو غير حاصل هنا، لأن المقصود هو المتعة، والمطابق للفظ هو الدائم، وذلك يقتضي البطلان لفوات شرط المقصود وقصد الملفوظ، والأصل إنما يكون حجة مع عدم الناقل، وهو موجود، والخبر مع قطع النظر عن سنده ليس فيه دلالة على أن من قصد المتعة ولم يذكر الأجل يكون دائما بل إنما دل أن الدوام لا يذكر فيه الأجل وهو كذلك لكنه غير المدعى، وحينئذ فالقول بالبطلان مطلقا أقوى، إنتهى.

أقول: قد عرفت في غير موضع مما تقدم أن الاعتماد عندنا في تأسيس الأحكام الشرعية إنما هو على الأدلة المعصومية دون التخريجات العقلية، وقد عرفت أن هذا التعليل الذي بنى عليه وإن كان مما يتسارع إلى الفهم قبوله، إلا أن الأخبار ترده كما عرفت، وحينئذ فمن الجائز أن يقال في الجواب عما ذكره أولاً إنه لما كان لفظ الإيجاب صالحاً لكل منهما، وامتنع حمله على المتعة وإن كانت هي المقصودة للاخلال بشرطها وهو ذكر الأجل إلا أنه لا مانع من حيث صلاحية اللفظ الدائم أن يحمل عليه، وينقلب العقد إليه وأن لم يكن مقصوداً وهو يرجع إلى بطلان ما ادعوه من اشتراط الحصة بالقصد هذا. وأما جوابه عن الخبر بعدم الدلالة، أن المعنى فيه ما ذكره فهو بعيد، إن لا يخفى على المتأمل أن الخبر ظاهر في أن المدار في الفرق بين كون العقد دائماً أو منقطعاً إنما هو على تسمية الأجل في العقد وعدمها، وفيه إشعار بأن القصد لا اعتبار به، وإنما الاعتبار بذكر الأجل وعدمه، فإن ذكر الأجل كان منقطعاً وإن قصد الدائم، وإن لم يذكره فهو دائم وإن قصد المنقطع، هذا ظاهره، وإن كان على خلاف مقتضى قاعدته التي بنى عليها، وضابطته التي استند إليها، وأظهر منه خبر أبان بن تغلب، وهو الخبر الرابع، فإنه صريح الدلالة، وهو الذي استدل به غيره، إلا أنه لم ينقله في المقام، ومثلهما كما عرفت الخبر الحادي عشر، فإنه ظاهر في عدم انعقاد العقد متعة إذا جل الأجل مرة مبهمة، ومقتضاه على ما يدعيه أن يكون العقد باطلاً مع أنه لم يحكم عليه السلام فيه بالبطلان، وإنما حكم بانقلابه دائماً فيكون من قبيل الخبرين الأولين، وهو ظاهر الدلالة في خلاف ما زعمه.

نعم، له الطعن في هذه الأخبار بضعف السند، إلا أنه عندنا وعند متقدمي أصحابنا غير مسموع ولا معتمد، ومن العجب أن سبطه في شرح النافع بعد أن ذكر الروايتين أجاب عنهما بما أجاب جده عن موثقة ابن بكير من أنه لا دلالة

فيهما على أنه إذا قصد المتعة ولم يذكر الشرط ينعقد دائما، وإنما المستفاد منهما أن الدوام لا يذكر فيه الأجل، وهو عجيب من مثل هذا الفحل المشهور، فإنه لا يخفى على أدنى ناظر في خبر أبان أن سياق الخبر ينادي بأفصح لسان، ويصرح بأوضح بيان، بأنه في صورة عقد المتعة المشتمل على شروطها المتكررة في الأخبار لو أخل بذكر هذا الشرط من بينها لمكان الاستحياء انقلب عقده دائما، إن اشتمل على تلك الشروط الأخر، فكيف يتم له دعوى أنه لم يقصد المتعة، وسياق الخبر كما ترى ونحوها فيما ذكرناه أيضا الخبر الحادي عشر بالتقريب المتقدم. وبالجملة فإن جوابهم عن هذه الأخبار لتشييد قاعدتهم التي بنوا عليها وضابطتهم التي استندوا إليها محض مجازفة لا تشفي العليل ولا يبرد الغليل، على أنك قد عرفت انتقاض هذه القاعدة وبطلان ما يترتب عليها من الفائدة بما دلت عليه الأخبار الدالة على صحة على صحة العقود المشتملة على الشروط الفاسدة، مع بطلان الشروط.

وأما ما ذهب إليه ابن إدريس من التفصيل المتقدم، فإنه علله بأن اللفظين الأولين صالحان لهما بخلاف الثالث، فإنه يختص بالمتعة، فإذا فات شرطها بطل. وأورد عليه بأن بطلان عقد المتعة كما حصل بفوات شرطه وهو الأجل، فكذلك الدوام بطل بفوات شرطه، وهو القصد إليه، وهو الركن الأعظم في صحة العقود، وهو جيد لو تم ما ذكره من شرطية القصد في حصة العقد كليا. ونقل هنا أيضا قول رابع وهو التفصيل بأنه إن وقع الإخلال بالأجل على وجه النسيان أو الجهل بطل، وإن وقع عمدا انقلب دائما. وفيه أنه لا دليل على هذا التفصيل العليل، قال في المسالك بعد نقل هذا القول: وقد ظهر ضعفه مما تقدم، فإنه مع التعمد قصد المتعة يكون قد أخل بركن من أركان عقدها عمدا، ولم يقصد غيرها، ثم قال: وبالجملة فالأصل في القول بالصحة والانقلاب دائما هو الرواية السابقة على أي وجه اعتبر وقد عرفت قصورها

عن تأسيس مثل هذا الحكم الخالف للأصل متنا وسندا، إنتهى.
أقول، وقد عرفت أن الدال على هذا الحكم الروايات الثلاث المتقدمة،
وأن ضعف السند غير مرضي عندنا ولا معتمد.
وأما الدلالة فقد أوضحناها بأوضح إيضاح فلا قصور فيها ولا حرج في القول
بها ولا جناح، والله العالم.

فرع

لو اختلف الزوجان بعد اتفاهما على وقوع العقد فادعى أحدهما أنه متعة
وادعى الآخر الدوام، فإن قلنا بأن إهمال الأجل مطلقا يقتضي الدوام كان القول
قول مدعي الدوام، لأن الآخر يدعي الزيادة وهي الآجل، والقول قول منكرها،
وإن قلنا أن الإهمال يقتضي الإبطال ما لم يقصد الدوام كما هو القول الآخر فالوجه
أنهما يتحالفان، وينفسخ النكاح، لأن كلا منهما مدع ومنكر، والقول قول
المنكر بيمينه، ولو اشتبه الحال لموت ونحوه لم يحكم بالتوارث ونحوه إلا مع
ثبوت الدوام، كذا صرح به السيد السند في شرح النافع.
وفيه أن تفريع المسألة المذكورة على الخلاف المتقدم هنا لا يخلو من الأشكال
فإن القائل بالإبطال في صورة إهمال الأجل إنما هو فيما إذا كان القصد إلى
المتعة وأهمل الأجل كما تقدم، والظاهر من أصل المسألة المفروضة أنهما متفقان
على وقوع عقد نكاح في الجملة، ولكن أحدهما يدعي أنه عقد نكاح منقطع مستكمل
لجميع شرائط المنقطع، والآخر يدعي أنه عقد نكاح دائم مستكمل لجميع شرائط
الدائم ومتى كان الفرض كذلك فإنه لا تعلق له بهذه المسألة المذكورة ولا تفرع
له عليها بوجه.

والذي يقتضيه النظر في قواعدهم في أمثال هذا المقام هو أقول بالتحالف
وانفساخ النكاح، لأن ضابطة التحالف هو أن يدعي كل منهما على صاحبه ما ينفيه

الآخر بحيث لا يتفقدان على أمر، وهو هنا كذلك، فإن كلا من العقدين مغائر للآخر في الأحكام وما يترتب عليه في المقام، فإذا ادعى أحدهما الدوام والآخر، المتعة، فكل منهما بدعي ما ينفيه صاحبه، كما إذا ادعى أنه باعه هذا الثوب، فقال الآخر إنما يعتني هذا الثوب إشارة إلى ثوب آخر، فإن الحكم التحالف، وأما ترتب ذلك على المسألة المتقدمة الخلاف فيها كما ذكره قدس سره وقبلة العلامة في المختلف أيضا فلا أعرف له وجهها.

قال: في المختلف: قال: ابن البراج: إذا اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على العقد، فادعى أحدهما أنه متعة، كان على مدعي المتعة البينة وعلى المنكر اليمين، لأن الزوج إن ادعى المتعة كان مدعيا لما يسقط عنه حقوقا من نفقة وميراث وغير ذلك، وإن ادعت المرأة ذلك كانت مدعية لم تملك نفسها معه بغير طلاق وما أشبهه، والمعتمد أن نقول إن كان إهمال الأجل يقتضي الدوام، فالقول قول مدعي الدوام لأن الآخر يدعي زيادة، فالقول قول من ينكرها، وإن كان الإهمال يقتضي الإبطال كما اخترناه نحن فالوجه أنهما يتحالفان ويفسخ النكاح، لأن كلا منهما مدع، فالقول قول المنكر بيمينه. إنتهى، وأنت خبير بما في كل من القولين بعد التأمل فيما قدمناه، والله العالم.

الثاني من الموضوع المتقدم ذكرها: قد عرفت أنه لا بد من اعتبار ضبط الأجل على وجه يكون محروسا من احتمال الزيادة والنقصان كقدوم المسافر وإدراك الثمرة كغيره من الآجال، ويشير إليه ما تقدم في بعض الأخبار المتقدمة إلى أجل معلوم، وقوله في الخبر الثامن (الساعة والساعتان لا يوقف على حدهما)) فإن الجميع ظاهر في أنه لا بد أن يكون الأجل محدودا وكذا لا تقدر له في جانب القلة والكثرة، فلو قدره بوقت لا يعيش إليه لم يضر، لأن الموت قبله غير قادح في صحته شرعا، وكذا في جانب القلة بما لا يمكن فيه الجماع لم يقدر في صحته لأنه لا ينحصر صحته في الجماع.

قال في المسالك: ولا يشترط أن يكون بقدر يمكن فيه الجماع، لأنه غير

معتبر فيه، وإنما هو بعض ما يترتب عليه، فلو جعلاه لحظة واحدة مضبوطة صح ويترتب عليه حكم العقد من إباحة النظر وتحريم المصاهرة كالأم ونحو ذلك مما يترتب على صحة العقد وإن كان المقصود ذلك، لأنه أحد الأغراض المقصودة من النكاح بالعقد إذ لا يعتبر في العقد قصد جميعها ولا أهمها في صحته، ولا فرق في ذلك بين كون الزوجة في محل الاستمتاع وعدمه. إنتهى، وهو جيد. وفيه رد على ما زعمه بعض الأفاضل المعاصرين من بطلان العقد لو وقع لمجرد التحليل وجواز النظر إلى ابنة المعقودة أو أمها ونحو ذلك، وقد بسطنا الكلام معه في ذلك في كتابنا الدرر النجفية.

وكذا قوله (في محل الاستمتاع وعدمه) فيه رد على المحقق الشيخ علي رحمه الله كما ذكرناه ثمة، ويجوز جعل المدة بعض يوم إذا كان مضبوطا إما بغاية معرفة كالزوال وغروب الشمس أو بمقدار معين كنصف يوم، ثم إن اتفق معرفتهما ذلك عملا بما علماه، وإلا رجعا فيه إلى أهل الخبرة العارفين بذلك وظاهرهم اشتراط العدالة في المخبر، وهل يشترط التعدد كالشهادة أولا، فيكون من باب الخبر؟ وجهان، قالوا: ولا يشترط ذكر وقت الابتداء ولا العلم به، حيث جعلاه إلى الزوال أو الغروب ونحو ذلك بل أوله وقت العقد كيفما اتفق. الثالث: المشهور في كلام الأصحاب (١) أنه يجوز أن يعين شهرا متصلا بالعقد ومتأخرا عنه، ولو أطلق اقتضى الاتصال، وقيل بعدم جواز الانفصال، واختاره السيد أسند في شرح النافع حيث قال في الكتاب المذكور: وهل يعتبر في المدة الاتصال أم يجوز جعلها منفصلة عن العقد؟ قولان، أظهرهما الأول، لأن

(١) أقول من فروع المسألة ما لو كانت المرأة ذات بعل مدة معينة وأراد الغير تزويجها شهرا معينا بعد انقضاء أجل الزوج الأول وعدتها منه فإنه يصح النكاح بمقتضى ظاهر الخبر كذا لو لم تكن ذات بعل وقت العقد، وأرادت التزويج في المدة التي بين وقت العقد وبين الشهر المعين بحيث تتم عدتها وأجلها قبل ذلك الشهر، فإنه يجوز بمقتضى ظاهر الخبر أيضا. (منه - قدس سره -).

الوظائف الشرعية إنما تثبت بالتوقيف، ولم ينقل تجويز ذلك، وإنما النقول ما تضمن اتصال المدة بالعقد، فيجب القول بنفي ما عداه إلى أن يثبت دليل الجواز. وقيل بالثاني لو جود المقتضي وهو العقد المشتمل على الأجل المضبوط وهو ضعيف. إنتهى، وهو جيد لولا ورود الخبر الثاني عشر (١) فإنه صريح في أنه متى سمي شرها وعليه وإن كان بعد مضي سنين بين العقد وذلك الشهر فإن له شهره وبه استدل الأصحاب القائلون بالجواز، إلا أن له أن يرد به بضعف السند بناء على تصلبه في العمل بهذا الاصطلاح المحدث، والظاهر أنه لم يفق على الخبر وإلا لأشار إليه وأجاب عنه.

والخلاف في هذا المقام وقع في موضعين:

أحدهما: ما ذكرناه من جواز الانفصال وعدمه، وقد عرفت دلالة الرواية على الجواز، إلا أنه قد قيل في وجه القول بالبطلان أيضا زيادة على ما ذكره السيد السند في شرح النافع حيث قال: إن صحة القدر توجب ترتب أثره، وأثره هنا هو تحقيق الزوجية، وذلك يمتنع مع تأخير الأجل فيكون فاسدا، لأننا لا نعني بالفاسد إلا ما لا يترتب أثره عليه، ولأنه لو صح العقد كذلك لزم كونها، زوجة للعاقدة، وخلية من الزوج في المدة، فيلزم جواز تزويجها لغيره خصوصا على تقدير وفاء المدة بالأجل والعدة، والرواية المذكورة وإن دلت بإطلاقها على الجواز لكنها ضعيفة السند مجهولة الراوي فلا تصلح للدلالة. وأجاب في المسالك عن ذلك فقال: ويمكن الجواب بأن الأثر مترتب على العقد، ومن ثم حكمنا بالزوجية في المدة، فلو كان غير مترتب لما صح في ذلك

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٥ الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٠ ح ١.

الوقت وتخلفه عن العقد بحسب مقتضى العقد وإنما يتم ما ذكره على تقدير اقتضائه الاتصال ثم لا يوجد الأثر.
أقول: فيه أن هذا الجواب غير تام لأن القائل بالبطلان هنا إنما قال به من حيث إن الوجاب عنده اتصال الأجل بالعقد وإنه لا يجوز جعله منفصلاً لما ذكره من قوله (إن صحة القد توجب ترتب أثره.. إلى آخره)، وحينئذ فقوله - قدس سره - في الجواب بأن الأثر مترتب على العقد بالنظر إلى الحكم بالزوجية في المدة المتأخرة لا يرد على هذا القائل، لأنه يمنع ذلك ويقول بالبطلان في المدة المتأخرة وغيرها، فإن استند فيه إلى الرواية فهو قد اعترف كما تقدم، وسيأتي في كلامه الآتي من أنه لم يستند إليها لضعفها، وإنما جعلها شاهدة على هذه الاعتبار.

وبالجملة فإن الحكم بما ادعاه من حصة الزوجية في المدة لا متأخرة حيث قال في آخره: وإنما يتم ما ذكره على تقدير اقتضائه الاتصال ثم لا يوجد الأثر. والعجب منه قدس سره أن صريح كلامه قبل هذا الكلام الذي نقلناه هو أن محل الخلاف ما قررناه من أنه هل يصح العقد مع انفصال الأجل عن العقد أم لا؟ وما نقلناه من الاحتجاج الذي أجاب عنه هو احتجاج القائلين بالعدم، وأن حصة العقد يقتضي الاتصال، ولو فصل الأجل بطل العقد، فكيف يقول: وهذا إنما يتم على تقدير اقتضائه الاتصال ثم لا يوجد؟ فإن فيه اعترافاً بصحة ما ذكره من الاحتجاج وبطلان ما ذكره من الجواب، حيث إن الأمر كذلك كما عرفت، فإن هذا المحتج بهذه الحجة إنما احتج بها لقوله بالاتصال، وأنه لا يجوز عنده الانفصال للزوم تخلف أثره عند العقد.

وبالجملة فإن كلامه رحمه الله هنا لا يخلو عن تشويش واضطراب، ثم إنه قال في تنمة الكلام المذكور عنه: وأما استلزام جواز العقد عليها فيمكن منع الملازمة أولاً من حيث إنها ذات بعل، العقد على ذات البعل لا يجوز،

ويمكن التزام الجواز لما ذكر ومنع كونها ذات بعل مطلقا (١) بل في المدة المعينة ويترتب على ذلك ثبوت المحرمية قبل المدة وثبوت المهر لو مات قبلها، فعلى الأول يمكن القول به، وعلى الثاني ينتفيان إلى أن قال: والرواية المذكورة جعلت شاهدا للاعتبار لا مستندا للحكم فلا يضر ضعفها، وكيف كان فالقول بجواز النكاح مع تأخر المدة عن العقد قوي، إنتهى.

أقول: أراد بالاعتبار الذي استند إلى وجعل الرواية شاهدا عليه هو ما قدمه أولا حيث قال: وإن عيناه منفصلا صح أيضا على الأقوى عملا بالأصل، ولوجود المقتضي للصحة وهو العقد المشتمل على الأجل المضبوط، وانتفاء المانع، وليس إلا تأخره عن العقد، ولم يثبت شرعا كون ذلك مانعا ويشهد له إطلاق رواية بكار بن كردم، ثم ساق الرواية

وفيه أولا ما عرفت فيما قدمنا نقله عن سبطه في شرح النافع، فإنه كلام جيد، مرجعه إلى أن الأصل عصمه الفروج حتى يقوم دليل على إباحتها، والذي علم من الأدلة بناء على طرح الرواية كما هو المفروض في كلامهم هو اتصال الأجل بالعقد، ومن ادعى سوى ذلك فعليه الدليل. وبذلك يظهر لك ضعف تمسكه بالأصل بمعنى أصالة صحة العقد، فإن الأصل الذي ذكرناه أقوى متمسكا، لأن مرجعه إلى أصالة العدم وهو بديهي لا نزاع فيه. وكيف كان فدليله بعد ما عرفت لا يخرج عن المصادرة لأن قوله لوجود

(١) أقول: الأقرب الثاني وهو منع كونها ذات بعل مطلقا بل إنما تتصف بذلك في المدة لأن أحكام ذات البعل لا يمكن اجراءها عليها إلا في تلك المدة فكيف يصدق عليها أنها ذات بعل وتدخل تحت أخبار تحريم التزويج بذات البعل، والحال أنه لا يترتب عليها شيء من أحكام ذات البعل، نعم يمكن أن يقال: إنها ذات بعل في الجملة باعتبار المدة المتأخرة وكيف كان فهذا الاشكال إنما يتفرع على القول بجواز الانفصال، وأما مع القول بوجوب الاتصال فلا ورود له بالكلية. (منه قدس سره).

المقتضي للصحة إلى آخره عين المدعي والخصم يمنعه من حيث انفصال الأجل حتى يقوم دليل على الصحة مع الانفصال، وقوله (ولم يثبت شرعا كون ذلك مانعا فيه) أن الأصل العدم، وهو يقتضي أن الأصل المنع حتى يقدم دليل الثبوت، وبالجملة فإن الخصم يدعي أن تأخير الأجل مانع لعدم ثبوت التعدية، والنواقل الشرعية من نكاح أو بيع أو نحوها موقوفة على السماع من صاحب الشريعة ولم يوجد دليل على أن هذا منها، وبذلك يظهر ضعف تقويته لما اختاره مع طرحه الرواية.

الموضع الثاني من الموضوعين المذكورين: فيما لو أطلق يعني شرط أجلا مطلقا لم يعينه بكونه مفصولا أو موصولا، فالمشهور صحة العقد، وأنه يحمل على الاتصال لأنه المتبادر عرفا، ويؤيده أن أثر العقد يجب أن يترتب عليه حين بوقوعه، إلا أن يمنع مانع كاشتراط التأخير أو نحوه، والمانع هنا منتف، ولأن المطلق يوجد في ضمن المتصل فيحصل به البراءة وظاهر الخبر المذكور في المسألة أيضا ذلك، فإن حكمه عليه السلام بنفي السبيل عليها مع عدم تسمية الشهر، بعد مضي الشهر المتصل بالعقد ظاهر في ذلك، وبه صرح الشيخ في النهاية تبعا لظاهر الخبر فقال: ومتى عقد عليها شهرا، ولم يذكر الشهر بعينه، ومضى عليه شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل. إنتهى، وهو مبني على حمل الاطلاق على الاتصال كما هو ظاهر.

وقال ابن إدريس: الصحيح ترك هذه الرواية لأن هذا أجل مجهول، إلا أن يقول شهرا من هذا الوقت فيصح لأنه معلوم، ورد بمنع المجهولية، لما عرفت من شهادة العرف بالاتصال، ومثله ما لو أحله إلى الخميس أو إلى الربيع فإنه يحمل على الأقرب مؤيدا بما قدمنا ذكره، والله العالم.

الرابع: قد دل الخبر الثامن على جواز جعل الأجل العرد والعردين، وهو على ما في أكثر النسخ بالعين والراء المهملتين.

قال في القاموس: العرد: الصلب الشديد المنتصب والذكر المنتشر المنتصب، وهو هنا كناية عن المرة والمرتين، وفي بعض نسخ التهذيب العود بالواو، ولا يعد أن يكون تصحيفا كما وقع التصريح بالمرة أيضا في الخبر التاسع، وفي الخبر العاشر على عرد واحد أي مرة واحدة، والذي ذكره الأصحاب رضوان الله عليهم هو أنه إذا اتفقا على اشتراط المرة والمرتين، فإما أن يقتصر على ذلك، أو يقيدا بزمان معين، بحيث يكون أجلا وظرفا للعمل، أو يقيده بزمان على أن يكون ظرفا خاصة، كرهة في هذا اليوم من غير أن يجعله آخره منتهى الأجل، فهنا أقسام ثلاثة:

(أحدها) أن يقتصر على ذكر العدد مرة أو مرتين أو أزيد على وجه مضبوط من غير تقييد بزمان كما هو ظاهر الأخبار المذكورة، وقد اختلف كلام الأصحاب فيه على قولين: أحدهما وعليه الأكثر البطان لقولهم عليهم السلام في جملة من الأخبار المتقدمة إلى أجل معلوم، والأجل الواقع على هذا الوجه غير معلوم، إذ يمكن وقوع المرة والمرات في الزمن الطويل والقصير، وظاهر الأخبار الثلاثة المتقدم ذكرها هو الجواز سيما الخبر العاشر، وقوله فيه (إذا فرغ فليحول وجهه) والجمع بين الأخبار هنا لا يخلو من الاشكال للمجهولية في هذه الصورة، وقد صر بذلك في الحديث الحادي عشر، فقال: مرة مبهمة، إلا أنه حكم فيه بالانقلاب إلى الدائم، وهو القول الثاني في المسألة، وبه صرح الشيخ في النهاية والتهذيب والمحقق في الشرايع استنادا إلى الخبر المذكور، يأتي فيه البحث المتقدم، فإن الأصحاب قد ردوه بما تقدم في مسألة بالاحلال بالأجل بالمرة من عدم القصد إلى الدائم، بل توجه القصد إلى المتعة، فلا ينصرف إلى الدائم بل يبطل من أصله، وقد تقدم الكلام معهم في ذلك ويأتي بناء على ما حققناه ثمة من عدم ثبوت هذه الضابطة التي بنوا عليها، وطرحوا الأخبار لأجلها، بل ظاهر الأخبار يدفعها، ويردها قوة ما ذهب إليه الشيخ.

وبالجمله فالتأخرون القائلون بهذه الاصطلاح المحدث لهم أن يردوا هذه الأخبار
كملا بضعف الاسناد، وبينوا على ما ذكره من القاعدة المذكورة ونحوها
وأما القائلون بالعمل بجميع الأخبار كما هي قاعدة متقدمي علمائنا الأبرار وجمله
من متأخري المتأخرين كما هو الحق العلي المنار، فيشكل الحكم لاختلاف هذه
الأخبار كما عرفت، وإن كان قول الشيخ في النهاية لا يخلو من قرب.
و (ثانيها) أن يشترط العدد في زمان معين بحيث يكون الزمان أجلا
مضبوطا كيوم وشهر ولكن ذكر العدد شرطا زائدا على ذلك، وهذا مما لا
إشكال فيه ولا ريب يعتريه، لاستجماع العقد لشرائط الصحة المتفق عليها، وليس
فيه زيادة على غيره من العقود المذكورة في الأخبار إلا اشتراط الجماع مرة أو
مرات، وهو من الشروط السائغة في هذا العقد، وعموم ما دل على وجوب الوفاء
بالشروط يشمله، ويظهر الفائدة في عدم جواز الزيادة على المرات المشترطة، ولا
تخرج عن الزوجية إلا بانقضاء المدة، ولا منافاة بين كونها زوجة وتحريم وطئها
بعد تمام العدد المشترط، ويجوز الاستمتاع بها في بقية المدة بغير الوطئ
، لأنها زوجة.

يقي الكلام في أنها لو أذنت بالوطئ بعد ذلك فهل يجوز أم لا؟ قال في
المسالك: وفي جواز الوطئ بإذنها وجه، لا أن ذلك حقها، فإذا أذنت جاز مع
كونها زوجته، ويحتمل المنع لأن العقد لم يتضمن سوى ذلك العدد، ولم
يتشخص إلا بما ذكر.

أقول: لا يخفى عليك ضعف هذا الاحتمال، وأن الوجه إنما هو الأول، لما
رواه الصدوق (١) عن إسحاق بن عمار، وطريقه إليه صحيح، وهو مشترك بين الثقة
والموثق عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق على أن
لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس). وهي الدليل الحق

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٨ ح ٣.

دون هذا الوجه الاعتباري الذي ذكره.

و (ثالثها) أن يشترطه في وقت معين بحيث يكون ظرفا له كاليوم مثلا، ولا مدخل له في التأجيل، والمراد أن لا يقع خارج ذلك اليوم منه شيء، وتبين بانتهاء العدد المشروط، كما أنها تبين بانقضاء ذلك الوقت، وإن لم يفعل. قال في المسالك، وفي صحته قولان: أصحهما البطلان لجهالة الأجل، إذ يحتمل الزيادة والنقصان حيث يكون مقيدا بانقضاء العدد.

ويظهر من الشيخ في النهاية الصحة، حيث قال: إن ذكر المرة والمرتين جاز إذا أسنده إلى يوم معلوم، فإن إسناده إلى اليوم أعم من جعله بمجموعه أجلا أو جعل اليوم ظرفا كما ذكرناه.

وهذا هو الذي فهمه منه العلامة في المختلف، فإنه قال بعد نقله لكلامه بصحة ذلك والبطلان مع إبهام المرة: والحق البطلان في الجميع، وعلل البطلان بأنه ذكر أجلا مجهولا، ويحیی على قول الشيخ بانعقاد الشرط بالعدد المبهم صحته دائما أن يصح هنا كذلك، لأن الأجل المجهول باطل، فيساوي غير المذكور وجوابه الفرق ومنع الأصل، إنتهى.

الخامس: ظاهر قوله عليه السلام في الخبر السابع كان طلاقها في شرطها ولا عدة لها عليك ومثله في الخبر الحادي عشر (أنه يجوز للزوج التزويج بأخت زوجته المتمتع بها بعد انقضاء مدتها و إن كانت في العدة) لأن المراد بأنه لا عدة لها على الزوج أنه لا يلزمه الصبر إلى انقضاء عدتها ليحل له ما حرم عليه بتزويجها

(١) أقول: وبما ذكرناه من معنى الخبر صرح المحدث الكاشاني في الوافي فقال: ولا عدة لها عليك أي ليس عليك أن تصبر إلى انقضاء عدتها إذا أردت أن تنكح أختها بعد حلول الأجل، أو ابنة أختها أو ابنة أخيها، أو نحو ذلك من الأمور كما تكون تصبر في عدة الدائم. انتهى وقيل: بأن المراد من العبارة المذكورة أن العدة بمعنى العدد أي لا يلزمك رعاية كونها من الأربع ولا يخفى بعده. (منه - قدس سره -).

من نكاح الأخت، والخامسة وابنة الأخ، وابنة الأخت، وهو موافق لما هو المشهور بين الأصحاب من جواز التزويج بهؤلاء المذكورين في عدة المتعة، لأنها بائنة ليس للزوج عليها رجعة كالعدة الرجعية، إلا أن بعض الأخبار قد دلت على تحريم التزويج بالأخت في هذه العدة، وهو مذهب الشيخ المفيد وجماعة تقدم ذكرهم، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسألة الثالثة من المقام الأول من المطلب الرابع في استيفاء العدد من الفصل الثاني فليراجع، والمسألة بسبب تأييد الأخبار السابقة الدالة على الجواز بهذين الخبرين لا يخلو من الاشكال، إلا أن الاحتياط سيما في الفرج مطلوب، وهو في العمل بأية التحريم، والله العالم.

الرابع من الموارد المتقدم ذكرها في المهر: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب رضي الله عنهم في أن ذكر المهر شرط في صحة هذا العقد، فيبطل بفواته بخلاف الدائم، وعليه تدل النصوص المتقدمة في سابق هذا المورد كقوله عليه السلام في الخبر الأول (لا يكون متعة إلا بأمرين أجل مسمى ومهر مسمى) وفي الثاني (مهر معلوم إلى أجل معلوم) ونحوهما غيرهما، والفارق بينه وبين العقد الدائم في ذلك النصوص باشتراطه هنا في صحة هذا العقد، وعدم الاشتراط ثمة، وعلل أيضا زيادة على ذلك، بأن الغرض الأصلي من نكاح المتعة هو الاستمتاع وإعفاف النفس، فاشتد شبهه بعقود المعاوضات بخلاف عقد الدوام، فإن الغرض الأصلي منه بقاء النسل وغيره من الأغراض المترتبة على التي لا تقصد من المتعة، فكان شبهه بالمعاوضات أقل، فمن ثم جاز تجريد العقد منه، ولم يكن ذكره شرطا. ولا يخفى ما فيه من تطرق المناقشة، إلا أن الأمر في ذلك سهل بعد دلالة النصوص على المراد.

وكيف كان ففي هذا المقام أحكام يجب التنبيه عليها لالغاء الضرورة والحاجة في أكثر الموارد إليها.

أحدها: قالوا: إنه يشترط في المهر أن يكون مملوكا معلوما بالكيل

أو الوزن أو المشاهدة أو الوصف، ويتقدر بالمرضاة قل أو كثر، وهذا الكلام يتضمن أحكاما ثلاثة:

(أحدها) أن يكون مملوكا والمراد به ما يشمل ما يصح تملكه كالخمر والخنزير، وما يختص تملكه بالعائد، فلا يجوز العقد على مال مغصوب غير مملوك للعائد، قالوا: فلو عقد على مال الغير لم يصح، لامتناع أن يملك البضع بمال غيره، إن رضي المالك بعد ذلك، بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات، فإن الإجازة تؤثر في نقله إلى ملك المالك، وهنا لا يتصور ذلك.

أقول: لا يظهر لي وجه حسن في الفرق بين الأمرين، بنا؟ على ما يدعونه من صحة الفضولي، وأما بناء على ما هو المختار من بطلان الفضولي فلا إشكال. و (ثانيها) العلم بمقداره، فإن كان مكيلا فبالكيل، وإن كان موزونا فبالوزن أو معدودا فبالعدد، قالوا: وتكفي المشادة في هذه الثلاثة عن الاعتبار بما ذكر كصبرة الحنطة لاندفاع الغرر المطلوب دفعه في هذه المعاوضة، وإن لم يندفع في غيرها لأنها ليست معاوضة محضة بحيث تبنى على المغابنة والمكايسة، بل يعتبر رفع الغرر في الجملة، لأن الركن الأظهر فيها الاستمتاع ولو أحقه، ومن ثم أطلق عليه اسم الصدقة والنحلة.

أقول: قد عرفت ما في البناء على أمثال هذه التعليقات في تأسيس الأحكام الشرعية من الاشكال، ولا يحضرني الآن نص في المسألة، وكيف كان فما ذكره من الاكتفاء بالمشاهدة مخصوص بما إذا كان حاضرا، فلو كان غائبا اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة فيبطل العقد بدونه، هكذا قالوا أيضا وقال السيد السند في شرح النافع بعد ذكر نحو ما ذكرنا فيما قطع به الأصحاب: وللنظر فيه مجال، والظاهر أنه إشارة إلى ما أشرنا إليه.

و (ثالثها) إنه لا تقدير له قلة وكثرة وإنما يتقدر بالمرضاة، وعلى ذلك تدل جملة من الأخبار.

منها ما رواه الكليني (١) عن الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن المهر ما هو؟ قال: ما تراضى عليه الناس).

وعن زرارة (٢) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: الصداق كل شيء تراضى الناس عليه قل أو كثر في متعة أو تزويج غير متعة)

وعن فضيل بن يسار (٣) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير فهذا الصداق)

وعن أبي بصير (٤) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أدنى مهر المتعة ما هو؟ قال:

كف من طعام، دقيق أو سويق أو تمر)

وما رواه ابن بابويه (٥) في الحسن عن محمد بن النعمان الأحول (أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام قال: أدنى ما يتزوج به الرجل متعة: قال: كفين من بر) ونقل عن ابن بابويه أنه قال: أدنى ما يجزي في المتعة درهم فما فوقه.

وربما كان مستنده ما رواه أبو بصير (٦) (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن متعه النساء؟ فقال حلال، وأنه يجزي فيه الدرهم فما فوقه)

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ١.
- (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٣ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٢ ح ٦.
- (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٥ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٣.
- (٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٥.
- (٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ ح ٢ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٥٠، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٢.
- (٦) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٥١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٠ ح ١.

وحمل الخبر جمعا بينه وبين ما عرفت من هذه الأخبار المتقدمة ونحوها على الأدنى في العادة وإن كانت الأدنى منه جائزا شرعا. وثانيها: قد صرح جملة من الأصحاب (١) بأنه يجب دفع المهر بالعقد، واستشكله آخرون. أما (أولا) فبأن المهر أحد العوضين الذي لا يجب تسليمه إلا بتسليم العوض الآخر، فلا بد من تسليمها نفسها. و (ثانيا) بما رواه في الكافي (١) في الصحيح عن عمر بن أبان عن عمر بن حنظلة (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة شهرا فتريد مني المهر كملا وأتخوف أن تخلفني، فقال: يجوز أن تجس ما قدرت عليه، فإن هي أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك) وهي ظاهرة كما ترى في عدم وجوب دفعه إليها كملا. وكيف كان فالمفهوم من الأخبار أنه لا يستقر ملكها للمهر إلا بالدخول ومضي المدة، فلو لم تف له المدة جاز له مقاصتها بالنسبة، ظاهرهم أنه موضع وفاق.

ومما يدل على ذلك الرواية المذكورة، ما رواه في الكافي والتهذيب (٣) في الصحيح إلى عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: أتزوج المرأة شهرا فأحبس عنها شيئا؟ قال: نعم، خذ منها بقدر ما تخلفك، إن كان نصف شهر فالنصف، وإن كان ثلثا فالثلث) وعن إسحاق بن عمار (٤) في الموثق (قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: الرجل

(١) منهم المحقق في الشرايع والعلامة في القواعد وغيرهما في غيرهما. (منه - رحمه الله -).

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ ح ١ وفيه " لا يجوز " الوسائل ج ١٤ ص ٤٨١ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٥٣ الوسائل ج ١٤ ص ٤٨١ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨١ ح ٣.

يتزوج المرأة متعة بشرط أن تأتيه كل يوم حتى توفيه شرطه، أو يشترط أياما معلومة تأتيه فتغدر به فلا تأتيه على ما شرط عليها، فهل يصلح أن يحاسبها على ما لم تأت من الأيام فيحبس عنها من مهرها بحساب ذلك؟ قال: نعم، فينظر ما قطعت من الشرط، فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ما خلا أيام الطمث فإنها لها، فلا يكون له إلا ما حل له فرجها)

وما رواه في الفقيه (١) عن صفوان بن يحيى عن عمر بن حنظلة (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة شهرا بشئ مسمى فتأتي بعض الشهر، ولا تفي ببعض؟ قال: تحبس عنها من صداقها بقدر ما أحبست عنك، إلا أيام حيضها فإنها لها)

أقول: ظاهر لفظ حسب بعض المهر في جملة من هذه الأخبار دال على ما قدمنا من عدم وجوب دفع المهر بمجرد العقد خلافا لما ذكروه، لأن حبسه عنها يقتضي بقاءه في ذمة الزوج وعدم دفعه لها، وبذلك يظهر ضعف ما تقدم نقله عنهم، والله العالم.

وثالثها: الظاهر لا خلاف بين الأصحاب في أنه لو وهب المتمتع زوجته المدة بعد الدخول بها فإنه لا يسقط شئ من المهر لاقتضاء العقد وجوب الجميع واستقراره بالدخول، فسقوط شئ منه يتوقف على دليل، وليس فليس، وسقوط بعض منه بالتوزيع كما تقدم لقيام دليل عليه لا يقتضي ذلك في غيره بغير دليل، وإن كان قبل الدخول وجب نصف المهر، وسقط النصف الآخر. وينبغي أن يعلم أولا أن مذهب الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه يصح لمن تمتع بامرأة يهبها جميع المدة وبعضها قبل الدخول وبعده، وعلى ذلك تدل جملة من الأخبار

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٤ الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٢ ح ٤.

منها ما رواه الصدوق (١) في الصحيح عن علي بن رئاب (قال: كتبت إليه أسأله عن رجل تمتع بامرأة ثم وهب لها أيامها قبل أن يفضي إليها، أو وهب لها أيامها بعد ما أفضى إليها، هل له أن يرجع فيما وهب من ذلك؟ فوقع عليه السلام لا يرجع)

وعن يونس بن عبد الرحمن (٢) (قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرأة متعة، فعلم بها أهلها، فزوجوها من رجل في العلانية، وهي امرأة صدق، قال: لا تمكن زوجها من نفسها حتى تنقضي عدتها وشرطها، قلت: إنه كان شرطها سنة، ولا يصبر زوجها، قال: فليترك الله زوجها وليتصدق عليها بما بقي) الحديث. ورواه في الكافي (٣) عن إسحاق بن عمار عن أبي الحسن موسى عليه السلام بأدنى تفاوت،

وفيه (فليترك الله زوجها الأول وليتصدق عليها بالأيام، فإنها قد ابتليت والدار دار هدنة، والمؤمنون في تقيّة) الحديث (٤).

وعن أبان بن تغلب (٥) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر، ثم إنها تقع في قبله فيجب أن يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيدا في أجرها ويزداد في الأيام قبل أن

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٣ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٣ ب ٢٩ ح ١.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٦ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٦ الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٣ ح ١.

(٤) وتاممه "قلت: فإنه تصدق عليها في أيامها وانقضت عدتها كيف تصنع؟ قال: إذا خلا الرجل بها فلتقل هي: يا هذا أن أهلي وثبوا على فزوجوني منك بغير أمري ولم يستأمروني وأني الآن قد رضيت فاستأنف أنت الآن فتزوجني تزويجا صحيحا فيما بيني وبينك". (منه - قدس سره).

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٨ ح ٧٨ الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ح ١.

تنقضي أيامه التي شرط عليها، فقال لا يجوز شرطان في شرط، قلت: كيف يصنع، قال: يتصدق عليها بما بقي من الأيام ثم يستأنف شرطا جديدا). وهذه الأخبار مع اتفاقها على ما ذكرناه من صحة الهبة بجميع المدة وبعضها قبل الدخول وبعده مؤيدة بظاهر اتفاق الأصحاب على الحكم المذكور، وبذلك يظهر ما في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث قال: وقد يشك في جواز هذه الهبة من حيث تجدده شيئا فشيئا، فالثابت في الذمة حلا البراءة ليس هو الحق للتجدد فإنه محض اجتهاد في مقابلة النصوص. إذا تقرر ذلك فاعلم أن ما قدمنا ذكره من أنه لو كان هبة المدة قبل الدخول وجب لها نصف المهر وسقط النصف الآخر كما في الطلاق قبل الدخول، الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بل ادعى عليه المحقق الشيخ علي الاجماع. ويدل عليه أيضا ما رواه الشيخ في التهذيب (١) بطريقتين أحدهما في الموثق عن سماعة (قال: سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم، إذا جعلته في حل فقد قبضته منه، فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق والتقريب فيها أنه لولا أن الحكم تنصيف المهر في الصورة المذكورة لكان الواجب أن لا ترد إليه شيئا أو ترد الجميع كما لا يخفى، وظاهره في المسالك التوقف في الحكم، ومنشأ المناقشة في ثبوت الاجماع المدعى، وأن الرواية مقطوعة يعني مضمرة، واعتمد في وجوب تمام المهر على اقتضاء العقد، لقصور الدلالة على المسقط، وظاهر السيد السند في شرح النافع العمل بالرواية، وإن كانت ضعيفة لجبرها باتفاق الأصحاب لعدم ظهور المخالف، بل دعوى الاجماع كما عرفت، وكل منهما قد خالف نفسه في غير موضع فيما ذكرناه هنا، والوجه فيه ما قدمنا ذكره من أن أصحاب هذا الاصطلاح لضيق الخناق لا يقفون على ضابطة

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦١ ح ٥٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٣ ح ١.

يعتمدون عليها ولا قاعدة يرجعون إليها، والحق هو القول المشهور، فإنه بعد ورود الخبر به لا يعتريه قصور ولا فتور وقد صرح غير واحد منهم كما تقدم قريبا بأن الاضمار غير مضر في الأخبار ولا موجب فيها لسقوط الاعتبار. ثم إنه ينبغي أن يعلم أن ما ذكر من التنصيف في النهبة قبل الدخول مما لا إشكال فيه، إذا وقعت الهبة بجميع المدة الباقية وقت الهبة كما هو ظاهر الخبر الذي هو مستند هذا الحكم، أم لو وهبها البعض خاصة قبل الدخول وقلنا بجوازها وانقضت المدة ولم يدخل فالأظهر أنه لا يسقط من المهر شيء اقتصار فيما خالف الأصل على مورد النص والوفاق، قيل: ويحتمل السقوط لصدق التفرق قبل الدخول ورد بأنه ضعيف.

والظاهر كما استظهره جملة من الأصحاب أن هذه الهبة في معنى الإبراء فلا يتوقف على القبول، وقال في المسالك: يصح هبه المدة جميعها. ورابعها: إذا تبين فساد عقد المتعة بأحد الوجوه الموجبة لذلك، كأن ظهر أن لها زوجا، أو أنها أخت زوجته، أو أمها أو نحو ذلك مما يوجب فسخ العقد فإن كان قبل الدخول فلا خلاف في أنه لا شيء لها من المهر، وإن أخذته استعاده منها، إنما الخلاف فيما إذا ظهر شيء من ذلك بعد الدخول، فللأصحاب فيه أقوال:

(أحدها) وهو مذهب الشيخين في المقنعة والنهاية أن لها ما أخذت ولا يلزمه أن يعطيها ما بقي، ولم يفصلا بين كونها عالمة أو جاهلة، واستدل عليه الشيخ في التهذيب (١) بما رواه في الحسن عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا

بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجا فما أخذته فلها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي عنده)

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦١ ح ٥٤ الوسائل ج ١٤، ص ٤٨٢ ح ١.

أقول: ونحو هذه الرواية ما رواه في الكافي (١) عن علي بن أحمد بن أشيم (قال: كتب إليه الريان بن شبيب يعني أبا الحسن عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة متعه بمهر إلى أجل معلوم وأعطها بعض مهرها وأخرته بالباقي ثم دخل بها وعلم بعد دخوله بها قبل أن يوفيه باقي مهرها إنما زوجته نفسها ولها زوج مقيم معها، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب عليه السلام: لا يعطيها شيئاً لأنها عصت الله عز وجل)

والرواية الأولى وإن دلت بإطلاقها على عدم الفرق بين العالمة بالزوج والجاهلة بأن تعتقد خلوها من الزوج بطلاق أو موت ثم يظهر خلافه، إلا أنه يجب حملها على الجاهلة بقريظة قوله عليه السلام في الخبر (فما أخذته فلها بما استحل من

فرجها) حيث إنه مع فرض كونها عالمة تكون بغيا ولا مهر لبغي، فكيف يكون ما أخذت ملكا لها بما استحل من فرجها!

ويؤيده قوله عليه السلام في الرواية الثانية المشتملة على العالمة (لا تعطها شيئاً فإنها عصت الله تعالى)، وظاهره جواز استرجاع ما أخذته، ولكن لما كان سؤال السائل إنما هو عن جواز حبس الباقي وعدمه أجابه بما ذكر في الخبر، فكأنه عليه السلام فهم منه الاعراض عما دفعه لها وعدم إرادته وإلا فإنه يستحق المطالبة به، لما عرفت من أنها بغية، فلا يستحق شيئاً. والظاهر أيضاً حمل كلام الشيخين على ذلك، ولا يحضرنى الآن صورة كلاميهما فإن كان وفق عبارة الخبر فالقريبة فيه ظاهرة أيضاً. وبالجملة فما ذكرنا هو الأوفق بالأصول القواعد، وقد عرفت أن الرواية لا تأباه إلا أن في ذلك إشكالا سيأتي التنبيه عليه.

بقي الكلام فيما لو لم يدفع إليها شيئاً بالكلية، أو دفع الجميع، فإن الرواية لا دلالة فيها على حكم شيء من هذين الفردين، ومقتضى القواعد في هذا الباب أنها إن كانت عاملة فإنه يسترجع ما دفع ويمنعها من الجميع إن لم يدفع،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٢ ح ٢.

وإن كانت جاهلة فإنه يكون نكاح شبهة يرجع فيه إلى مهر المثل، لكن هل يقسط على المدة كما إذا أخلفته ولم تف له بتمام المدة أو تستحق الجميع؟ إشكال، ولعل الأول أقرب والله العالم.

و (ثانيها) أنه إن كانت عالمه فلا شئ لها مطلقاً لأنها بغي، ولا مهر لبغي، وإن كانت جاهلة فلها مجموع المسمى، فإن قبضته وإلا أكمل لها، واختاره المحقق في الشرايع وجماعة، وأورد عليه بالنسبة إلى صورة الجهل، بأن المسمى إنما يلزم بالعقد الصحيح لا الفساد، والعقد هنا فاسد، ومجرد التراضي بالعقد لا يقتضي لزومه.

و (ثالثها) أنه لا شئ له مع العلم مطلقاً، ومع الجهل فلها مهر المثل مطلقاً لأن ذلك هو عرض البضع في وطئ الشبهة، والواقع هنا كذلك وهذا هو مختار المحقق في النافع وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك، قال السيد السند في شرح النافع: وهو جيد مع إطراح الرواية

أقول: لا ريب أن مقتضى القواعد بالنسبة إلى صورة الجهل هو وجوب مهر المثل مطلقاً، والرواية ولو على تقدير ما حملناها عليه من التخصيص بالجاهلة قد تضمنت حبس الباقي من المهر، والقول الثالث إنما يتم بطرحها، إلا أنه يمكن أن يقال بتخصيص القاعدة المذكورة بهذه الرواية، ويجب الوقوف فيها على مورد النص من عقد المتعة إذا ظهر أن لها زوجاً بعد أن أخذت بعضاً من المهر وبقي بعض.

وهل المراد بمهر المثل مهر أمثالها بحسب حالها لتلك المدة التي سلمت نفسها فيها متعة أو؟ مهر المثل للنكاح الدائم، لأن ذلك هو قيمة البضع عند وطئ الشبهة من غير اعتبار العقد المخصوص أو غيره؟ قولان، استظهر في شرح النافع الأول ونفى البعد في المالك عن الثاني لما ذكرناه من التعليل، وسيجئ الكلام في ذلك والمسألة محل إشكال.

و (رابعها) أنه لا شئ لها مع العلم، ومع الجهل يلزمه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل، لأن مهر المثل إن كان أقل فهو عوض البضع حيث تبين بطلان العقد، وإن كان المسمى هو الأقل فقد قدمت على أن لا يستحق غيره. وأورد عليه بأنه يشكل بأن المسمى إنما رضيت به على وجه مخصوص وهو كونها زوجة، فلا يلزم الرضا؟ به على تقدير فساد العقد، ثم إنه على تقدير صحة القول المذكور فلو كان في أثناء المدة فالمعتبر الأقل من قسطها من المسمى ومهر المثل بأحد الاختيارين.

قال في المسالك: ولا بأس بهذا القول لو قال به أحد يعتد به من الفقهاء بحيث لا يخرق الاجماع إن اعتبر في الأقوال الحادثة مثل هذا كما هو المشهور. واعترضه سبطه في شرح النافع فقال بعد نقل ذلك عنه: أقول: إن إحداث القول في المسألة إنما يمنع منه إذا كان انعقد الاجماع البسيط أو المركب على خلافه لاقتضائه الخروج عن قول الإمام عليه السلام لدخول قوله عليه السلام في أقوال المجمعين

كما هو المقدر، هذا إنما يتحقق إذا نقل الاجماع في المسألة، أما إذا وجد فيه ا منا قوله أو أقوال ولم ينقل عليها إجماع ولا ظهر المخالف فإن ذلك يكون إجماعا ولا يقتضي المنع من إحداث قول مخالف له، وإن لم يعلم وجد قائل ه. هذا كله بعد تسليم كون الاجماع المنقول في كتب الأصحاب هو الاجماع الذي عليهم فيه دخول قول المعصوم عليه السلام في أقوال المجمعين، ومن تتبع كلام الأصحاب

وما وقع لهم في نقل الاجماع من الاختلاف والاضطراب خصوصا ما وقع في كلام الشيخ والمرتضى من دعوى كل منهما الاجماع على نقيض ما ادعى عليه الآخر في عدة مسائل، ودعوى الشيخ في الخلاف الاجماع في مسائل كثيرة وإفتائه بخلاف ذلك في مواضع أخر علم أنهم لا يريدون بالاجماع ذلك المعنى، وإنما يريدون به المشهور بين الطائفة أو غير ذلك مما لم تثبت حجيته والله العالم، إنتهى وهو جيد. أقول: لا يخفى على من تتبع كلام شيخنا الشهيد الثاني. رحمه الله في

المسالك ما وقع من الاضطراب في هذا المقام، وقد قدمنا عنه في كتاب الوصايا في مسألة ما لو أوصى له بأبيه فقبل الوصية ما هو ظاهر بل صريح في إبطال هذا الكلام وأنه من أضعف الأوهام.

فإنه قال: ولا يقدح دعواه الاجماع في فتوى العلامة بخلافه، لأن الحق أن إجماع أصحابنا إنما يكون حجة مع تحقق دخول قول المعصوم عليه السلام في جملة أقوالهم، فإن حجيته إنما هي باعتبار قوله عندهم، ودخول قوله في أقوالهم في مثل هذه المسألة النظرية غير معلوم، وقد نبه المصنف في أوائل المعبر على ذلك فقال: إن حجية الاجماع لا تتحقق إلا مع العلم القطعي بدخول قول المعصوم عليه السلام

في قول المجمعين، ونهى عن الاغترار بمن يتحكم ويدعي خلاف ذلك، وهذا عند الانصاف عين الحق، فإن إدخال قول شخص غائب لا يعرف قوله في قول جماعة معرفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم تحكم بارد، وبهذا يظهر جواز مخالفة الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا فيها الاجماع إذا قام عنده الدليل على ما يقتضي خلافهم، وقد اتفق ذلك لهم كثيرا، لكن زلة المتقدم مسامحة عند الناس دون المتأخر. إنتهى، وهو جيد يستحق أن يكتب بالنور على وجنات الحور.

المقام الثاني في الأحكام واللواحق التابعة للمقام:

وفيه مسائل: الأولى: لا ريب ولا إشكال في صحة الاشتراط في العقود بما لا يخالف الكتاب والسنة، ووجوب الوفاء به لعموم الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بها، والمفهوم في كلام أكثر الأصحاب أن الشرط إنما يعتد به ويجب الوفاء إذا وقع بين الإيجاب والقبول ليكون من جملة العقد اللازم، فلو قدمه على العقد أو أخره عنه لم يقع معقدا به، ولأنه والحال هذه لا يكون محسوبا من العقد. وقال الشيخ في النهاية: كل شرط يشترطه الرجل على المرأة يكون له

تأثير بعد ذكر العقد، فإن ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كانت الشروط التي قدم ذكرها باطلة لا تأثير لها، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما شرط. وأنكر ابن إدريس ذلك وخص اللزوم بما اشتمل عليه العقد، وعليه كافة المتأخرين، وربما قيل بأن ما دل على الوفاء بالشرط كما يشمل الشرط الذي في العقد يشمل ما تقدم وما تأخر عنه أيضا، إلا أن يدعى منع صدق اسم الشرط على غير ما لم يذكر في العقد.

والذي وقفت من الأخبار في هذا المقام ما رواه في الكافي والتهذيب (١) عن محمد ابن مسلم في الموثق (قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا، وإنما الشرط بعد النكاح) وعن ابن بكير (٢) في الموثق أو الحسن (قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: ما كان من

شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز) الحديث. وما رواه في الكافي (٣) عن محمد بن مسلم (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله

عز وجل: (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة (٤) فقال: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها وبشيء يعطيها فترضى به)

وعن ابن بكير في الموثق (٥) (قال: قال: أبو عبد الله عليه السلام: إذا اشترطت على

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ٤ التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٩ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٨ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٩ ح ٣.

(٤) سورة النساء - آية ٢٤.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٨ ح ١.

المرأة شروط المتعة فرضيت به وأوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح، فإن أجازته فقد جاز، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح)

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (١) بعد أن ذكر أن وجوه النكاح الذي أمر الله عز وجل بها أربعة أوجه إلى أن قال: (والوجه الثاني نكاح بغير شهود ولا ميراث وهو نكاح المتعة بشروطها، وفي أن تسأل المرأة فارغة هي أم مشغولة بزواج أو بعدة أو بحمل، وإذا كانت خاليه من ذلك قال لها: تمتعيني نفسك على كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وآله نكاح غير سفاح كذا وكذا بكذا وكذا، وبين

المهر والأجل، على أن لا ترثيني ولا أرثك، وعلى أن الماء أضعه حيث أشاء، وعلى أن الأجل إذا انقضى كان عليك عدة خمسة وأربعين يوما، فإذا أتممت قلت لها: تمتعيني نفسك، وتعيد جميع الشروط عليها، لأن القول الأول خطبة وكل شرط قبل النكاح فاسد وإنما ينعقد الأمر بالقول الثاني، فإذا قالت في الثاني: نعم دفع إليها المهر أو ما حضر منه، وكان ما بقي دينا عليك، وقد حل لك وطؤها) إنتهى. ونقل شيخنا المجلسي في كتاب البحار (٢) عن خبر المفضل الوارد في الغيبة (قال: وفيه قال المفضل للصادق عليه السلام مولاي فالمتعة؟ قال: المتعة حلال طلق، والشهادة فيها قول الله عز وجل، ثم ساق كلاما طويلا إلى أن قال: قال المفضل: يا مولاي فما شرائط المتعة؟ قال: يا مفضل لها سبعون شرطا من خالف منها شرطا واحدا ظلم نفسه، قال: قلت: يا سيدي قد أمرتمونا أن لا نتمتع ببغية ولا مشهورة بفساد ولا مجنونة، وأن ندعوا المتعة إلى الفاحشة فإن أجابت فقد حرم الاستمتاع بها، وأن نسأل أفرغة أم مشغولة ببعل أو حمل أو عدة، فإن شغلت بواحدة من الثلاث فلا تحل، وإن خلت فيقول لها: تمتعيني نفسك على كتاب الله عز وجل

(١) فقه الرضا ص ٢٣٢، مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ١٤ ح ٢.
(٢) البحار ج ١٠٣ ح ١١، مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٩٢ ب ٣٢ ح ١.

وسنة نبية صلى الله عليه وآله نكاحا غير سفاح، أجلا معلوما بأجرة معلومة وهي ساعة أو يوم أو يومان أو شهر أو سنة أو ما دون ذلك أو أكثر والأجرة ما تراضيا عليه من حلقة خاتم أو شسع نعل أو شق تمرّة إلى فوق ذلك من الدراهم والدنانير أو عرض ترضى به. على أن لا ترثيني ولا أرثك، وعلى أن الماء لي أضعه منك حيث أشاء، عليك الاستبراء خمسة وأربعين يوما أو محيضا واحدا، فإذا قالت، نعم أعدت القول ثانية وعقدت النكاح، فإن أحببت وأحببت هي الاستزادة في الأجل زدتما) الحديث. أقول: هذه الأخبار قد اتفقت على بطلان الشرط المتقدم قبل العقد، والأصحاب قد فهموا من كلام الشيخ أن ذكر الشروط في أثناء العقد لا تلزم إلا أن تعاد بعده، وهو ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة، إلا أنهم حملوا لفظ النكاح في قوله عليه السلام: وما كان بعد النكاح فهو جائز على الإيجاب، وأنه عليه السلام سماه نكاحا

مجازا، وعلى ذلك أيضا حملوا عبارة الشيخ. وأنت إذا تأملت في كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي وكذا حديث المفضل ظهر لك صحة ذلك، فإن ظاهر الخبرين المذكورين هو ذكر الشروط مرتين (أما) المرة الأولى فهي للإعلام بها واستعلام رضا المرأة بذلك وعدمه، و (أما) الثانية فهي للعقد الذي يستبيح نكاحها كما هو صريح عبارة كتاب الفقه الرضوي، وكذا حديث المفضل حيث قال: فإذا قالت: نعم أعدت القول ثانية وعقدت النكاح، وهما ظاهران في أن عقد النكاح إنما هو بالقول الثاني، وحينئذ فيحمل قولهم عليه السلام في تلك الأخبار المجملة وما كان بعد النكاح، يعني بعد الإيجاب بقولها أنكحتك نفسي، أو خطابه لها في المرة الثانية بقوله أتمتعيني نفسك، ونحو ذلك من ألفاظ الإيجاب.

وبالجملة فإنه متى حكم على إجمال تلك الأخبار بهذين الخبرين، فإنه يرتفع بذلك الخلاف من البين، والله العالم.

الثانية: قد صرحوا بأنه يجوز للمتمتع العزل وإن لم ترض، وأن الولد

يلحق به وإن عزل، وأنه لو نفاه عن نفسه انتفى ولم يفتقر إلى لعان، وهذا الكلام يتضمن أحكاماً ثلاثة:

الأول: إنه يجوز للمتمتع العزل وإن لم تأذن، وقد نقل غير واحد من الأصحاب أنه موضع وفاق، ويؤيده ما تقدم في الفائدة الحادية عشر من الفوائد المتقدمة من أن الأظهر الأشهر جواز العزل عن الحرة على كراهية. ويؤيده أيضاً أن الواطئ لا يجب لهن إجماعاً، لأن الغرض الأصلي منهن الاستمتاع دون النسل، وقوله عليه السلام في رواية ابن أبي عمير (١) المرسلة: الماء ماء الرجل

يضعه حيث يشاء، إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره وشدد في انكار الولد، وبالجملة فالحكم مما لا خلاف ولا إشكال

الثاني: إن الولد يلحق به وإن عزل، وهذا الحكم لا يخص بالمتعة بل يجري في كل وطئ صحيح، والوجه فيه بعد النص الدال على أن (الولد للفراش (٢) وخصوص رواية ابن أبي عمير المتقدمة جواز سبق المني من حيث لا يشعر، ويعضد ذلك إطلاق صحيحة محمد بن مسلم (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة (قال:

قلت: أرأيت إن حملت؟ قال: هو ولده) فإن ترك الاستفصال دليل على العموم في المقال.

وفي صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع (٤) (قال: سأل رجل الرضا عليه السلام عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٠ الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٩ ح ٥.

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ ح ١، التهذيب ج ٩ ص ٣٤٦ ح ٢٦، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٦ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ح ١ وفيه "حبلت".

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ح ٢.

الرجل يتزوج المرأة متعة، ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها فتأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد، فشدد في ذلك، فقال: يجحد وكيف يجحد إعظاما لذلك، قال الرجل: فإن اتهمها؟ قال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأمونة) قوله (ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها) كناية عن العزل بمعنى أنه يشترط عليها العزل، وهو ظاهر في أنه ليس له بعد الوطئ نفي الولد وإن عزل، ولا بمجرد التهمة، بل لا بد من العلم بانتفائه.

وفي رواية الفتح بن يزيد (١) (قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الشروط في المتعة، فقال: الشروط فيه بكذا وكذا إلى كذا وكذا، فإن قالت نعم فذاك له جائز ولا تقول كما أنهى إلي أن أهل العراق يقولون: الماء مائي والأرض لك ولست أسقي أرضك الماء وإن نبت هناك نبت فهو لصحاب الأرض، فإن شرطين في شرط فاسد، فإن رزقت ولدا قبله، والأمر واضح، فمن شاء التلبيس على نفسه لبس)

قيل: المراد بالشرطين هما الافضاء إليها وعدم قبول الولد، إنما فسدا لتنافيهما شرعا، وقيل: المراد بأحد الشرطين شرط الله لقبول الولد، والآخر شرط الرجل لنفسه، والظاهر أن الأول أقرب، لأن ذلك هو الذي اشتمل عليه العقد. وكيف كان فالخبر دال على أنه متى جامعها فإن عزل فإنه يجب عليه قبول الولد متى رزقها الله تعالى إياه، ولا يجوز له نفيه بأن يلحقه بالأم، وهو المشار إليه بقول (وإن نبت هناك نبت فهو لصاحب الأرض) فإن المراد بالنبت الولد. الثالث: إنه لو نفاه عن نفسه، فإنه ينتفي ظاهرا، ولا يتوقف على اللعان، قال في المسالك: وهو موضع وفاق.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٩ ح ٦.

أقول: ويدل على ذلك ما رواه في الكافي (١) في الصحيح عن ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها) وما رواه في التهذيب (٢) عن ابن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال:

لا يلاعن الحر الأمة، ولا الذمية، ولا التي يتمتع بها) والتقريب فيها أن مقتضى سقوط اللعان مطلقا انتفاء الولد بغير لعان، وإلا لا نسد باب نفيه، ولزم كونه أقوى من ولد الزوجة الدائمة وهو معلوم البطلان فإن قيل: إن مقتضى ما تقدم من الأخبار هو أن الولد يلحق به، وإنه لا يجوز له نفيه إلا أن يعلم بانتفائه، ومقتضى ما ذكر هنا أن لو نفاه عن نفسه انتفى قلنا: ما ذكر هنا مبني على الظاهر كما أشير إليه آنفا، ومبني ما ذكر سابقا على ما بينه وبين الله عز وجل، فهو وإن قبل قوله ظاهرا في انتفائه إلا أنه لا يجوز له فيما بينه وبين الله عز وجل إلا مع العلم بانتفائه، لا بمجرد العزل ولا التهمة، إلا أن لقائل أن يقول: إن ما دل عليه الخبران المذكوران من أنه لا يلاعن الرجل المرأة المتمتع بها لا تصريح فيه بكون اللعان لنفي الولد، فيجوز أن يكون نفي اللعان إنما هو بالنسبة إلى القذف، فإنه أحد موضعي اللعان. وحينئذ فلا دليل على الحكم المذكور، إلا ما يدعونه من الاتفاق إن ثبت، فلو قيل بعد انتفائه بنفيه للأخبار الأولية الدالة على وجوب قبوله للولد وأنه لا يجوز نفيه لعدم التعويل على مثل هذه الاجتماعات لكان في غاية القوة إلا أن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل، وموافقهم من غير دليل واضح أشكل. تنبيه

قد طعن شيخنا الشهيد في صحيحة ابن سنان المذكورة هنا، بأن ابن سنان

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٧، التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٨، الوسائل ج ١٥

ص ٦٠٥ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ح ٤.

مشارك بين عبد الله وهو ثقة، محمد هو ضعيف، الاشتراك يمنع الوصف بالصحة. واعترضه سبطه في شرح النافع بأن ابن سنان الذي يروي عن أبي عبد الله عليه السلام هو عبد الله الثقة الجليل قطعاً، لأن محمد لم يروي عن الصادق عليه السلام أصلاً، وإنما يروي عن أصحابه، وقد روى محمد عن عبد الله، وذلك معلوم من كتب الرجل ، إنتهى.

أقول: ما ذكره جيد بالنسبة إلى محمد بن سنان الزاهري الضعيف، إلا أنه ينفي احتمال محمد بن سنان أخي عبد الله بن سنان، فإنه قد نقلت روايته عن الصادق عليه السلام في مواضع من كتاب طب الأئمة عليهم السلام، يمكن أن يقال: إنه وإن كان كذلك إلا أن الغالب المتكرر روايته هو عبد الله دون أخيه محمد، والحمل على الغالب أقوى دون الشاذ النادر.

الثالثة: لا خلاف نصاً وفتوى في أن المتعة لا يقع بها طلاق، بل تبين بانقضاء المدة، وقد تقدمت جملة من الأخبار دالة على ذلك. وقد عرفت أنه لا يقع بها لعان لنفي الولد اتفقاً، إلا أنك قد عرفت ما فيه، وأما اللعان للذف فالمشهور أنه لا يقع بها كما هو ظاهر الصحيحين المتقدمين. ونقل عن الشيخ المفيد والسيد المرتضى أنه يقع بها، لأنها زوجته فتدخل في عموم (والذين هم لفروجهم حافظون) (١) وأجيب عنه بأن عموم القرآن مخصص بالسنة وإن كانت آحاداً كما هو الأشهر الأظهر، والمشهور أيضاً أنه لا يقع بها إيلاء لقوله عز وجل في قصة الإيلاء (وإن عزموا الطلاق) (٢) الدال على قبول المولى منها الطلاق، والمتعة ليست كذلك، ولأن من لوازم الإيلاء المطالبة بالوطء وهو منتف فيها، وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم. ونقل عن المرتضى رضي الله تعالى عنه وقوع الإيلاء بها لعموم قوله

(١) سورة المؤمنين - آية ٥.

(٢) سورة البقرة - آية ٢٧٧.

تعالى (وللذين يؤلون من نسائهم) (١) فإنه جمع مضاف وهو من صيغ العموم. وأجيب عنه بأنه مخصوص بقوله تعالى (وإن عزموا الطلاق) فإن عود الضمير إلى بعض أفراد العام يخصه.

قال: في المسالك: وفيه نظر المسألة موضع خلاف بين الأصوليين، وقد ذهب جماعة من المحققين إلى أنه لا يخصص. أقول: والمسألة لعدم النص الظاهر لا تخلو من توقف وإن كان القول المشهور لا يخلو من قرب.

وهل يقع بها ظهار أم لا؟ قولان: المشهور الأول، لأن المتمتع بها زوجة، فتدخل في العمومات المتضمنة لظهار الزوجة، وذهب جماعة منهم ابن بابويه وابن إدريس إلى الثاني، لأصالة بقاء الحل، ولأن المظاهر يلزم بالفئة أو الطلاق ولا طلاق في المتعة ولا يجب الوطئ، فيلزم بالفئة، مع أن إيجابها وحدها لا دليل، إقامة هبه المدة مقام الطلاق قياس، ولأن أمره بأحد الأمرين موقوف على المرافقة المتوقفة على وجوب الوطئ.

قال: في المسالك مشيراً إلى الجواب عن ذلك قوله (ولأن المظاهر يلزم بالفئة أو الطلاق..) إلى آخره: والالزام بأحد الأمرين لا يوجب التخصيص، فجاز اختصاصه بمن يمكن معه أحد الأمرين وهو الدائم، وهكذا المرافقة، ويبقى أثر الظهار باقياً في يره كوجوب اعتزالها، وهذا هو الأقوى، إنتهى.

أقل: والمسألة أيضاً محل توقف، لعدم الدليل الواضح، وبالتردد في المسألة أيضاً صرح السيد السند في شرح النافع وهو في محله. الرابعة: اختلف الأصحاب في ثبوت التوارث بهذا العقد على أقوال: (أحدها) إنه يقتضي التوارث كالدائم حتى لو شرطاً سقوطه بطل الشرط، كما لو شرطاً عدمه في النكاح الدائم، ويعبر عنه بأن المقتضي للإرث هو العقد

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٦.

لا بشرط شئ وهذا القول لابن البراج واستند فيه إلى عموم الآية الدالة على توريث الزوجة (١)، وهذه زوجة، فترث كسائر الزوجات، ويدل على كونها زوجة آية (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) (٢) وملك اليمين منتف عنها قطعاً فلو لم تثبت كونها زوجة لزم تحريمها، وعدم حلها كما تدعيه العامة من الآية.

وفي هذا القول طرح للأخبار بجملتها، ولعله إما بناء من قائله على أنها قد تعارضت فتساقطت، أو كونها خبر واحد لا يخصص عموم القرآن، أو الطعن في السند بالضعف، إلا أن الثالث بعيد، لتفرعه على هذا الاصطلاح المحدث، وهو غير معول عليه عند أمثال هذا القائل من المتقدمين. قيل: ولقد كان هذا القول بالسيد المرتضى أنسب، وبأصوله أليق، لكنه رحمه الله عدل عنه لما ظنه من الاجماع على خلافه.

و (ثانيها) عكس القول لا مذكور، وهو أنه لا توارث فيه من الجانبين، سواء شرطاً التوارث أو عدمه، أو لم يشترط شيئاً منهما، ذهب إليه أبو الصلاح وابن إدريس والعلامة في أحد قوليه، وابنه فخر المحققين، والحق الشيخ علي، والظاهر أنه مذهب أكثر المتأخرين، وتمسكا بأصالة العدم، لأن الإرث حكم شرعي يتوقف ثبوته على الدليل ومطلق الزوجية لا يقتضي استحقاق الإرث، لأن من الزوجات من ترث، ومنهن من لا ترث، ولرواية سعيد بن يسار (٣) الآتية إن شاء الله تعالى ونحوها رواية عبد الله بن عمر (٤) الآتية أيضاً إن شاء الله تعالى

(١) سورة النساء - آية ١٢.

(٢) سورة المؤمنون آية ٦.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٧.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٨، وفيهما "عبد الله بن عمرو".

بالتقريب الآتي ذيلهما.

و (ثالثها) إن أصل العقد لا يقتضي التوارث بل اشتراطه، فإذا شرط ثبت تبعا للشرط، أما عدم اقتضائه الإرث بدون الشرط فللأدلة المتقدمة، وأما ثبوته مع الشرط فلعموم (المسلمون عند شروطهم) (١) اختاره الشيخ وأتباعه إلا القاضي ابن البراج، وبه قطع المحقق والشهيدان، وستأتي الأخبار الدالة عليه إن شاء الله تعالى. و (رابعها) عكسه، وهو أنهما يتوارثان ما لم يشترطا سقوطه، فيكون المتقضي للإرث هو العقد بشرط لا شيء، ولو اشتراطا ثبوته كان اشتراطا لما يقتضيه العقد، وإلى هذا القول ذهب المرتضى وابن أبي عقيل، أما ثبوت التوارث مع انتفاء شرط السقوط، فلعموم (٢) الآية، وأما السقوط مع الشرط، فلعموم (المؤمنون عند شروطهم) وقد استدل عليه أيضا بموثقة محمد بن مسلم (٣) الآتية إن شاء الله تعالى

والواجب نقل ما وصل إلينا من روايات المسألة، ثم الكلام فيها بما وفق الله سبحانه فهمه منها.

الأول: ما رواه في الكافي (٤) عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح أو الحسن عن

أبي الحسن الرضا عليه السلام (قال: تزويج المتعة نكاح بميراث، ونكاح بغير ميراث، إن

اشتطت كان، وإن لم يشترط لم يكن)

ورواه الحميري في قرب الإسناد (٥) عن أحمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، قال: في الكافي بعد نقل الخبر المزبور: وروى أيضا (ليس بينهما ميراث

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٨٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٩.

(٢) سورة النساء - آية ١٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٤.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٥ ح ١.

(٥) قرب الإسناد ص ١٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٥ ح ١.

اشترط أو لم يشترط)
الثاني: ما رواه في الكافي (١) أيضا في الموثق عن محمد بن مسلم (قال: سمعت
أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة: إنهما يتوارثان ما لم يشترطا،
وإنما الشرط بعد النكاح)

ورواه الحسين بن سعيد في كتابه عن صفوان بن يحيى بن بكير عن محمد بن
مسلم (٢) (قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:..) الحديث
ورواه ابن إدريس في مستطرفات السرائر نفلا من كتاب عبد الله بن بكير،
وحمله الشيخ على أنهما يتوارثان إذا لم يشترطا الأجل، وأيده بما تقدم في رواية
أبان بن تغلب (٣) إن لم يشترط كان تزويج مقام.
الثالث: من الكتاب المذكور عن أبي عمير (٤) في الصحيح أو الحسن عن
عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال: (فإن أحدث
به حدث

لم يكن لها ميراث)
الرابع: ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم (٥) (قال: سألت أبا عبد الله
عليه السلام: كم المهر؟ يعني في المتعة، فقال: ما تراضيا عليه إلى أن قال: وإن
اشترطا الميراث فهما على شرطهما)
ورواه الحسين بن سعيد في كتابه عن النضر عن عاصم عن محمد بن مسلم (قال:
سألت أبا عبد الله عليه السلام..) الحديث إلى آخره

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٩، الوسائل ج ١٤
ص ٤٨٦ ح ٢.
(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٥ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٢.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠، الوسائل ج ١٤
ص ٤٦٦ ح ١.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٣.
(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٦ وفيه "إن اشترطت"، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٥.

الخامس: ما رواه أيضا عن عمر بن حنظلة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال: (وليس بينهما ميراث)

السادس: وبإسناده عن سعيد بن يسار (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث؟ قال: ليس بينهما ميراث، اشترط أو لم يشترط (٣)

وحمله الشيخ على اشتراط سقوط الميراث وقال: وإنما يحتاج ثبوته إلى شرط، لا ارتفاعه، وأيده في الوافي بأنه لما كان المتعارف اشتراطه في هذا العقد نفي التوارث لا إثباته، كما مضى في عدة أخبار حمل قوله (اشترط أو لم يشترط) على ذلك السابع: ما رواه أيضا عن عبد الله بن عمر (٤) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، فقال: حلال من الله ورسوله، قلت: فما حدها؟ قال: من حدودها أن لا ترثها ولا تترك الحديث.

الثامن: ما رواه في الفقيه عن موسى بن بكير عن زرارة (٥) عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: (ولا ميراث بينهما في المتعة إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل)

ورواه الحسين بن سعيد في كتابه عن النضر عن موسى بن بكير عن زرارة (٦) عن أبي جعفر عليه السلام

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٧٠ ح ٨٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٦.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٦.
(٣) ورواه الحسين بن سعيد في كتابه عن النضر عن عاصم بن محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - إلى آخره. (منه قدس سره). الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٤.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح وفيهما "عبد الله بن عمرو".
(٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ١٠.
(٦) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٦ ح ٢٣، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩١ ب ٢٤ ح ١.

التاسع: ما صرح به الرضا عليه السلام في كتابه الفقه الرضوي (١) حيث قال: أعلم أن وجوه النكاح الذي أمر الله عز وجل بها أربعة أوجه منها نكاح بميراث، وهو بولي وشاهدين ومهر معلوم إلى أن قال: والوجه الثاني نكاح بغير شهود ولا ميراث، وهي نكاح المتعة بشروطها.. إلى آخر عبارته المتقدمة في المسألة الأولى إذا عرفت ذلك فاعلم أن مما يدل على القول الثاني الرواية السادسة والسابعة، التقريب في الثانية منهما أنه عليه السلام جعل نفي التوارث من حدود نكاح المتعة، بمعنى إن عقد المتعة لا يقتضي التوارث، إلا إن ما تدل عليه هو عدم التوارث بالعقد، ولا ينافيه ثبوت الإرث بالشرط الخارج عن العقد، وحينئذ فلا تكون هذه الرواية منافية لما دل على ثبوته بالشرط، كما هو القول الثالث. وأما ما قيل في وجه الاستدلال بالرواية المذكورة من أنه عليه السلام نفي التوارث من الجانبين وجعله من حدود المتعة ومقتضياتها، فوجب أن لا يثبت بها توارث إنما مع عدم الاشتراط بعدم فواضح، وأما مع شرط الإرث فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد على ما دل عليه الحديث، فوجب أن يكون باطلا. ففيه أنه في صورة شرط الإرث إنما يحصل المنافاة لمقتضى العقد لو كان العقد يقتضي عدم الإرث، وقد عرفت أن غاية ما يدل عليه الخبر هو عدم اقتضاء الإرث، لا اقتضاء عدمه، والمنافاة إنما تحصل بناء على الثاني لا الأول، إذ معنى قوله عليه السلام (من حدودها أن لا تورثها ولا تترك) هو أن من حدودها ومقتضياتها أن عقدها لا يقتضي الإرث، لا أنه يقتضي عدم التوارث، والفرق بين الأمرين ظاهر. ومما يدل على القول الثالث الرواية الأولى والرابعة، وهما مع صحة سنديهما ظاهرهما الدلالة على القول المذكور. ومما يدل على القول الرابع الرواية الثانية، وقد عرفت حمل الشيخ لها على أن المراد بالشرط اشتراط الأجل، بمعنى أنهما يتوارثان إذا لم يشترطا

(١) فقه الرضا ص ٢٣٢، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩١ ب ٢٣ ح ٥.

الأجل، فإن العقد بدون الأجل يصير دائما كما تقدم، ولا بأس به جمعا بين الأخبار، ولعل أقرب هذه الأقوال هو القول الثالث لما عرفت من قوة دليله سندا ومتنا، ولا ينافيه إلا الرواية السادسة، وإلا فالسابعة قد عرفت أنه لا منافاة فيها، والرواية الثانية بما ذكرناه من حملها على ما ذكره الشيخ يرتفع المنافاة منها، المذكور، وكذلك الرواية الخامسة فإن المعنى فيها أنه ليس بينهما توارث، يعني بمقتضى العقد، ولا ينافيه ثبوته بالشرط، وكذلك الرواية الثامنة والتاسعة، فإن مقتضى الجميع أنه لا توارث بمقتضى العقد كما في النكاح الدائم، وهو أحد جزئي المدعي وحينئذ فتتخلص المنافاة في الرواية السادسة، والشيخ رحمة الله عليه قد حملها على أن المراد اشتراط نفي الميراث ولم يشترط، وهو وإن كان لا يخلو من بعد إلا أنه في مقام الجمع بين الأخبار لا بأس به، لثلا ينافي ما دل على ثبوت الميراث مع الشرط.

وبما حررناه في المقام، يظهر أن أظهر الأقوال المذكورة بعد رد هذه الأخبار بعضها إلى بعض حسبما عرفت هو القول المزبور، إلا أنه ربما أشكل من وجه آخر، وهو أن الاشتراط ليس بسبب شرعي في ثبوت الإرث، وأسباب الإرث محصورة وليس هذا منها، وما ليس بسبب شرعي لا يمكن جعله سببا، ولا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجية، ولا يقتضي ميراث الزوجية إلا الآية، فإن اندرجت المتعة في الزوجية التي دلت الآية على ثبوت الإرث لها ورثت على كل حال وإن لم يشترط ثبوته، وبطل شرط نفيه، وإن لم تندرج في الزوجية التي في الآية لم يثبت بالشرط لأنه شرط توريث من ليس بوارث، وهو باطل قطعا، وربما حمل الخبران لأجل ما عرفت على إرادة الوصية باشتراط الإرث في عقد المتعة، فيكون كالإرث، لا إرثا حقيقيا. وأجيب عن الاشكال المذكور بأنه لما كان الخبران المذكوران مع اعتبار

سنديهما واضحا الدلالة على المدعي والمستفاد منهما كون اشتراط الميراث سايغا لازما فيثبت به، وإن كان أصل الزوجية لا يقتضيه، والواجب تخصيص الآيات الدالة على ميراث الزوجة بهما كما خصصت في الزوجة الذمية إذا أسلمت تحت كافر برواية أن الكافي لا يرث المسلم، ومن ذلك يعمل الجواب عن قوله (ولا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجية.. إلى آخره) فإنه مسلم إلا أنها بدون الشرط مخصوصة بالروايتين المذكورتين بمعنى أن الآيات وإن دلت على كونها زوجة، والزوجية تقتضي الميراث، إلا أن الخبرين دلا على تخصيص الميراث بالشرط، فيجب تخصيص الآيات بهما، فمع الاشتراط تدخل في عموم الآيات لعدم المقتضى للتخصيص، ومع العدم يجب اخراجهما من العموم بالخبرين، نعم هذا لحكم غيب لعدم النظر، إلا أن الجمع بين الأدلة يقتضيه، فلا بعد فيه، وليس بعده (١) إلا إطراح الخبرين مع ما هما عليه من جودة الاسناد والدلالة على المراد. وأما قوله (إن الاشتراط ليس بسبب شرعي في ثبوت الإرث.. إلى آخره) فإنه مردود بأنه بعد دلالة النص على ذلك لا وجه لهذا الكلام لما يتضمنه من الرد على الإمام عليه السلام حيث جعله سببا في ذلك، والأسباب لا تنحصر في دلالة الكتاب

فهو وإن لم يثبت بالكتاب إلا أنه ثبت بالسنة. وبالجملة فالنظر في أخبار المسألة بالتقريب الذي قدمناه في حمل بعضها على بعض يقتضي العمل بالقول المذكور. ومما يتفرع على القول المذكور أنهما لو اشترطا التوارث لأحدهما دون الآخر فإن مقتضى الخبرين العمل بشرطهما، وله نظائر في الأحكام كما في إرث المسلم الكافر دون العكس، وإرث الولد المنفي باللعان إذا اعترف به الأب بعد ذلك فإن الولد يرثه وهو لا يرث الولد، والله العالم. الخمسة: اختلف الأصحاب في عدة المتمتع بها متى دخل بها الزوج وانقضت

(١) الظاهر أن في العبارة سقط وهو أنه ليس بعده أزيد أو أبعد من اطراح الخبرين.

مدتها، أو وهبها إياها ولم تكن يائسة وكانت ممن تحيض على أقول: ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف الروايات في المسألة.

(فأحدها) وهو قول الشيخ في النهاية وجمع من الأصحاب مهم ابن البراج في كتابيه وسلار والمحقق في الشرايع والشهيد في اللمعة وغيرهم أنها حيضتان فإن كانت في سن من تحيض ولا تحيض فخمسة وأربعون يوما. ويدل على هذا القول ما رواه في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن عن إسماعيل ابن الفضل " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة، فقال: ألق عبد الملك بن جريح

فاسأله عنها، فإن عنده منها علما، فلقيته فأملى علي منها شيئا كثيرا في استحلالها فكان فيما روى لي بن جريح قال: ليس فيها وقت ولا عدد، إنما هي بمنزلة الإماء يتزوج منهن كم شاء وصاحب الأربع نسوة يتزوج منهن ماشا؟ بغير ولي ولا شهود، فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق، ويعطيها الشيء اليسير، وعدتها حيضتان، وإن كانت لا تحيض فخمسة وأربعون يوما. فخمسة وأربعون يوما. فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام

فعضت عليه، فقال: صدق وأقر به، قال ابن أذينة: وكان زرارة بن أعين يقول هذا ويحلف أنه الحق، إلا أنه كأن يقول: إن كانت تحيض فحيضة، وإن كانت لا تحيض فشهري ونصف)

ويدل على ذلك أيضا ما رواه العياشي في تفسيره (٢) عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام في المتعة إلى أن قال: (ولا تحل لغيرك حتى تنقضي عدتها، وعدتها حيضتان)

وما رواه الحسن بن سعيد في كتاب علي ما نقله في كتاب البحار (٣) عن النضر عن عاصم بن حميد عن أبي بصير (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن المتعة، فقال: نزلت

في القرآن إلى أن قال: فلا تحل لغيرك حتى تنقضي لها عدتها، وعدتها حيضتان).

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨.
(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٣٣ ح ٨٦ الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٧ ح ٦.
(٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٥ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٧ ح ٦.

ولم أقف على من استدل بهذه الأخبار لهذا القول، وإنما استدل له في المسالك والروضة برواية محمد بن الفضيل (١) عن أبي الحسن الماضي عليه السلام (قال: طلاق

الأمّة تطليقتان وعدتها حيضتان) قال: وروى زرارة (٢) في الصحيح عن الباقر عليه السلام

(أن على المتعة ما على الأمّة) ثم قال: فيجتمع من الروائين أن عدة المتعة حيضتان ولا يخفى ما فيه سيما مع اختلاف الروايات في الأمّة التي جعلوها أصلاً للمتعة، على أن صحيحة زرارة التي ذكرها وإن أو همت ما ذكره باعتبار ما نقله منها إلا أنه بملاحظة ما تقدم منها على هذه العارة غير دالة على ما أراده. فإن صورة الرواية هكذا: زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (قال: وعدة المطلقة ثلاثة أشهر، والأمّة عليها نصف ما على الحرة، وكذلك المتعة عليها مثل ما على الأمّة) وظاهر هذه الرواية أن المماثلة بين المتعة والأمّة إنما هو في الاعتداد بالأشهر لا الحيض، إذ لا تعرض فيها للحيض بالكلية كما هو ظاهر. و (ثانيها) إنها حيضة واحدة ذهب إليه ابن أبي عقيل، ويدل عليه من الأخبار ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن ابن أذينة عن زرارة عن أبي عبد الله

عليه السلام قال: (عدة المتعة إن كانت تحيض فحيضة، وإن كانت لا تحيض فشهري ونصف)

أقول: هكذا نقل الرواية في الوافي والذي في الكافي إنما هو بهذه الصورة عن زرارة (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (إن كانت تحيض فحيضة.. إلى آخر ما تقدم)

وبهذه الكيفية نقلها صاحب الوسائل، وينبه عليه أيضا ما ذكره السيد السند في شرح النافع بعد الرواية كما ذكرناه حيث قال: كذا في الوافي، وصدورها

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٠ ح ٥.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٥ الوسائل

ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٣ ح ١.

غير المذكور، لكنه أوردتها في أول باب عبدة المتعة. إنتهى، ومن ذلك ويعلم أن ما نقله في الوافي من الزيادة في أولها اجتهاد منه كما هي عادته غالباً. وكيف كان فإن صاحب الكافي لم يورد في هذا الباب من روايات الاعتداد بالحيض إلا هذه الرواية، ربما أشعر ذلك بأن مذهبه الاكتفاء بالحيضة الواحدة كما هو المنقول عن ابن أبي عقيل، وقد عرفت في عجز صحيحة إسماعيل بن الفضل (١)

أو حسنة ما نقله ابن أذينة عن زرارة من أن مذهبه في العدة بالحيض، القول بالحيضة الواحدة، والظاهر أن معتمد زرارة على هذه الرواية، والراوي لها عنه ابن أذينة كما عرفت، وفي جميع ذلك نوع تقوية لهذا القول كما لا يخفى. ومما يدل على هذا القول أيضاً ما رواه في الكافي (٢) عن عبد الله بن عمر (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة الحديث كما تقدم في سابق هذه المسألة، وهو

الحديث السابع، إلى أن قال في آخره قال: فقلت: فكم عدتها؟ فقال: خمسة وأربعون يوماً أو حيضة مستقيمة) وما رواه في كتاب قرب الإسناد (٣) عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن محمد

ابن أبي نصر عن الرضا عليه السلام (قال: سمعته يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: عدة المتعة

حيضة، وقال: خمسة وأربعون يوماً لبعض أصحابه) ويؤيده ما رواه في الكافي (٤) عن أبي بصير (قال: لا بد من أن تقول في هذه الشروط: أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهما نكاحاً غير سفاح على كتاب الله عز وجل وسنة نبيه صلى الله عليه وآله وعلى أن لا ترثيني ولا أرثك، وعلى أن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٨ الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٣ ح ٤.
(٣) قرب الإسناد ص ١٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٤ ح ٦.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٣ مع اختلاف يسير الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٤ مع اختلاف يسير.

تعتدي خمسة وأربعين يوما، وقال بعضهم: حيضة)
أقول: قوله (وقال بعضهم) إما من كلام صاحب الكافي أو من أحد الرواة للخبر.
وروى الطبرسي أبو منصور أحمد بن أبي طالب في كتاب الإحتجاج (١) عن محمد
ابن عبد الله بن جعفر الحميري عن صاحب الزمان صلوات الله عليه أنه كتب إليه في
رجل تزوج امرأة بشئ معلوم إلى وقت معلوم، وبقي له عليها وقت فجعلها في
حل مما بقي له عليها، قد كانت طمشت قبل أن يجعلها في حل من أيامها بثلاثة
أيام، أيجوز أن يتزوجها رجل آخر بشئ معلوم إلى وقت معلوم عند طهرها من
هذه الحيضة، أو يستقبل بها حيضة أخرى؟ فأجاب عليه السلام: يستقبل بها حيضة غير
تلك

الحيضة، لأن أقل العدة حيضة وطهرة تامة. وفي بعض النسخ ((وطهارة)
وهذه الرواية أيضا ظاهرة في هذا القول، والمعنى في قوله (لأن أقل العدة..
إلى آخره) أن العدة عبارة عن حيضة كاملة حتى تطهر منها.
و (ثالثها) أنها حيضة ونصف، وهو مذهب الصدوق في المقنع حيث قال: وإذا
تزوج الرجل امرأة متعة ثم مات عنها فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام،
إذا انقضت أيامها وهو حي فحيضة ونصف مثل ما يجب على الأمة، وإن مكثت
عنده أياما فعليها أن تحدد وإن كانت عنده يوما أو يومين أو ساعة من النهار فتعتد
ولا تحدد، إنتهى.

وهو مضمون ما رواه في الفقيه (٢) في الصحيح عن صفوا عن بعد الرحمن بن
الحجاج (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى
عنها

هل عليها العدة؟ قال: تعتد أربعة أشهر وعشرا، فإذا انقضت أيامها وهو حي
فحيضة ونصف مثل ما يجب على الأمة قال: قلت: فتحدد؟ قال: فقال: نعم إذا مكثت

(١) الإحتجاج ج ٢ ص ٣١١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٤ ح ٧.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٤، التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٣ وفيه " جبت العدة
كملا " الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٤ ح ٥.

عنده أياما فعليها العدة وتحده، وأما إذا كانت عنده يوما أو يومين أو ساعة من النهار فقد وجبت العدة ولا تحده (١) ورواه الشيخ في التهذيب عن محمد بن أحمد عن علي الميثمي عن صفوان إلى آخر ما تقدم.

و (رابعها) إنها طهران، وهو اختيار الشيخ المفيد وابن إدريس والعلامة في المختلف، وهو ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، ولم أقف بعد التتبع على خبر يدل على هذا القول، وإنما استدلل له في المختلف بما رواه الشيخ عن ليث المرادي (٢) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كم تعتد الأمة من ماء العبد؟ قال: (بحيضة)

قال في المختلف في تقرير الاستدلال بهذا الخبر: والاعتبار بالقرء الذي هو الطهر بحيضة واحدة يحصل قرءان القرء الذي طلقها فيه، والقرء الذي بعد الحيضة، والمتمتع بها كالأمة، إنتهى. ومرجعة إلى حمل المتمتع بها على الأمة، وعلى ذلك حمل الخبر في التهذيب أيضا واعترضه السيد السند في شرح النافع وقبله جده في المسالك بأن فيه نظرا، فإن الحيضة تتحقق بدون الطهرين معا فضلا عن أحدهما كما لو أتاها الحيض بعد انتهاء المدة بغير فصل، فإن الطهر السابق منتف، وإذا انتهت أيام الحيض تحققت الحيضة التامة وإن لم يتم الطهر، بل بمعنى لحظة منه، ومثل هذا لا يسمى طهرا في اعتبار العدة، وإن اكتفى به سابقا على الحيض، إنتهى. واستدل له في المسالك بحسنة زرارة (٣) عن الباقر عليه السلام وفيها (إن كان حر

(١) أقول: ما دل عليه هذا الخبر وإن أفتى به في المقنع من التفصيل في الحد ولا أعرف له وجها وبذلك صرح العلامة في المختلف فقال بعد نقل كلام ونقل الرواية المذكورة: وفي التفصيل اشكال وهو في محله (منه قدس سره).

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٠ ح ٦.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٣٤ ح ٦٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٩ ح ١.

تحتة أمة فطلاقها تطليقتان، وعدتها قرآن) مضافا إلى صحيحة زرارة المتقدمة (١) الدالة على (أن على المتمتعة ما على الأمة) قال: وهذه أوضح دلالة من الأولى. وأشار بالأولى إلى رواية محمد بن الفضيل التي قدمنا نقلها عنه دليلا على القول الأول، قال: لأنها حسنة، ومحمد بن الفضيل الذي يروى عن الكاظم عليه السلام ضعيف، وإن

كان العمل به أحوط لأن العدة بالحیضتين أزيد منها بالقرءين، إنتهى. وأنت خبير بما في هذا الاستدلال من الوهن والاختلال أما (أولا) فلأن حسنة زرارة التي استدلت بها إنما تضمنت القرءين، وهو كما يطلق على الطهرين يطلق على الحیضتين لغة وشرعا كما قد استفاض في الأخبار، وسيأتي تحقيقه في محله إن شاء الله.

ومع الاغماض عن ذلك فقد عرفت أن ما دلت عليه صحيحة زرارة من أن على المتمتعة ما على الأمة إنما هو بالنسبة إلى الاعتداد بالأشهر لا بالأقراء، حیضا كانت أو أطهارا.

وأما (ثانيا) فلأن الحمل على الأمة مع اختلاف الأخبار فيها أيضا بالطهرين أو الحیضتين، أو الحیضة ونصف كما سلف في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج التي بها أفتى الصدوق في المقنع واختلاف كلمة الأصحاب كذلك مما لا يجدي نفعاً، ولا يشمر ترجيحاً، والحیضتان في الأمة ليس مختصا برواية محمد بن الفضيل حتى أنه يرجح حسنة زرارة عليها بل هو مدلول صحيحة محمد بن مسلم وصحيحة زرارة كما سيأتي تحقيقه في تلك المسألة إن شاء الله تعالى.

وبالجملة فإن كلامه وغيره في هذا المقام مبني على حمل المتمتع بها على الأمة، وقد عرفت ما فيه، والقول الأول قد عرفت قوه مستنده، وصراحة الروايات مع صحتها به، والقول الثاني والثالث أيضا ظاهران من الأخبار التي قدمناها، ومن أجل ذلك حصل الاشكال إذ لا أعرف وجها للجمع بينها على وجه يشفي

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٥ ح ٢.

العليل ويبرد الغليل، والحمل على التقية هنا مغلق بابه ومسدل حجابه إلا أن يكون بالمعنى الآخر الذي تقدمت الإشارة إليه مرارا، لكنه غير معلوم في أي هذه الأقسام، وظاهر جملة من أفاضل متأخري المتأخرين كالسيد السند في شرح النافع والمحدث الكاشاني في المفاتيح والفاضل الخراساني في الكفاية التوقف في المسألة.

وربما جمع بين الأخبار (١) بحمل ما زاد على الحيضة على الاستحباب، وجعله السيد السند الأولى في الجمع بينهما، وجعل الاحتياط في الحيضتين، وهو جيد، وظاهر المحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي في الوسائل اختبار مذهب الشيخ المفيد تبعا للجماعة المتقدم ذكرهم استنادا إلى الأخبار الدالة على تفسير الأقراء المعتبرة في العدد بالأطهار، واتفاق الأصحاب على اعتبار الأطهار في العدة، وتفسير الأقراء التي تضمنتها الآية بها، وعدم عملهم على ما قابلها من روايات الحيض بل حملها على التقية كما ذكره الشيخ. وفيه (أولا) إنه وإن كان الأمر كما ذكره من حمل الروايات الدالة على تفسير الأقراء بالحيض على التقية وعدم عملهم عليه، إلا أن ذلك إنما وقع لهم في مسألة الزوجة التي يجب عليه العدة بثلاثة أقراء، والروايات إنما اختلفت في أنه هل المراد بالأقراء هنا هي الأطهار أو الحيض، إنما هو ثمة دون ما نحن فيه إنما صرنا إلى العمل بتلك الأخبار في تلك المسألة لا تفاق الأصحاب، واعتضاد تلك الأخبار به، وهذا مفقود فيما نحن فيه لما عرفت من الاختلاف في هذه المسألة، والحمل على التقية في هذه المسألة غير مسير لعدم قول

(١) وبه صرح شيخنا المجلسي - قدس سره - في حواشيه على التهذيب حديث قال بعد يقل الأقوال: وحمل الزائد على الحيضة على الاستحباب لا يخلو من قوة، والأحوط رعاية الحيضتين، وهو الذي صرح به السيد السند في شرح النافع كما عرفت في الأصل.

العامه بها، فرد تلك الأخبار المعارضة في تلك المسألة من هذه الحيثية لا يستلزم ردها مطلقا.

و (ثانيا) إنك قد عرفت دلالة جملة من الروايات الصحيحة الصريحة على الحيضتين، وجملة أخرى على الحيضة، وصحيحة عبد الرحمن على الحيضة والنصف، والعمل بهذا القول مع عدم الدليل الواضح عليه إلا مجرد هذا التخريج السحيق يستلزم طرح جملة تلك الأخبار، مع ما هي عليه من الصراحة وصحة أكثرها، وهذا لا يلتزمه محصل.

وبالجملة فإنني لا أعرف لهذا القول وجهها بمعتمد عليه، وكيف كان فالاحتياط بالعمل بأخبار الحيضتين عندي متعين، فإنه أحد المرجحات الشرعية في مقام اختلاف الأخبار، والله العالم.

السادسة: قد اختلف الأصحاب في عدة المتعة من الوفاة لو مات الزوج في المدة المعينة بينهما، والكلام هنا يقع في مقامين:

الأول: أن تكون الزوجة المتمتع بها حرة والمشهور أن عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملا، إلا فبأبعد الأجلين منها ومن وضع الحمل كالدائم وذهب جمع ن الأصحاب منهم المفيد والمرتضى وسالار وابن أبي عقيل إلى أن عدتها شهران وخمسة أيام.

احتج القائلون بالأول بعموم قله عز وجل (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا) (١) الآية والزوجة صادقه على المتمتع بها بلا خلاف ولا إشكال، وما تقدم في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج (٢) من قوله (سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها، هل عليها العدة؟ فقال تعتد

(١) سورة البقرة - آية ٢٣٤.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ص ١٤٣، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥

ص ٤٨٤ ح ١.

أربعة أشهر وعشرا) الحديث.

وما رواه في الفقيه (١) في الصحيح عن ابن أذينة عن زرارة (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام ما عدة المتعة إذا مات عنها الذي يتمتع بها؟ قال: أربعة أشهر وعشرا، قال: ثم قال: يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح منه متعة أو تزوجا أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشرا، وعدة المطلقة ثلاثة أشهر، والأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرة كذلك المتعة عليها ما على الأمة)

والذي يدل على القول الثاني ما رواه الشيخ (٢) عن علي بن حسن الطاطري عن علي بن عبد الله بن علي بن شعبة الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها، وما عدتها؟ قال: خمسة وستون يوما)

وردها المتأخرون بضعف الاسناد سيما بالطاطري، فإن الشيخ ذكر في الفهرست أنه كان واقفيا شديد العناد في مذهبه صعب العصية على من خالفه من الإمامية، وأجاب الشيخ عنها بالحمل على ما إذا كانت أمة، لما سيأتي إن شاء الله تعالى من أن عدة الأمة من الوفاة هذا القدر، ولا بأس به جمعا بين الأخبار. ففي من أخبار هذه المسألة ما رواه الشيخ (٣) عن علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام (قال: عدة المرأة إذا تمتع بها فمات عنها زوجها خمسة وأربعون يوما) وهذا الخبر لا ينطبق على شيء من القولين المذكورين، وحمله الشيخ على موت الزوج في العدة بعد انقضاء الأجل، هو جيد ويؤنس به، عطف الموت بالفاء

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٥، التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٤،

الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٨ ح ١٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٥ ح ٤.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٥٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ٣.

على المتمتع بها، فكأنه في معنى أن موته وقع على أثر تمام المتمتع بانقضاء الأجل. الثاني: أن تكون أمة، والمشهور أن عدتها شهران وخمسة أيام، نصف عدة الحرة إذا كانت حاملا، وتدل عليه الأخبار الكثيرة الدالة عليه أن عدة الأمة في الوفاة زوجة دائمة كانت أو متعة شهران وخمسة أيام ومن ذلك ما رواه الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام

(قال: الأمة إذا توفي عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام) وعن الحلبي (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: عدة الأمة إذا توفي عنها زوجها شهران وخمسة أيام، وعدة المطلقة التي لا تحيض شهر ونصف) وعن أبي بصير (٣) (قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: عدة الأمة التي يتوفى عنها زوجها

شهران وخمسة أيام، وعدة الأمة المطلقة شهر ونصف) وبهذا المضمون موثقة سماعة، وعلى هذه الروايات حمل الشيخ رواية ابن أبي شعبة المتقدمة فخصص المرأة بالأمة لمناسبتها لها في العدة. وذهب جمع من الأصحاب منهم ابن إدريس والعلامة في المتلف إلى أن عدة الأمة في الوفاة عدة الحرة مطلقا.

قال في المسالك: وفي صحيحة زرارة السابقة ما يدل عليه، ويشكل بمعارضتها بهذه الأخبار الكثيرة، وربما كانت أصح سندا وإن شاركها في وصف الصحة، زرارة كل النكاح إذا مات الزوج) إلى صحيحته المتقدمة في المقام الأول، وهو قوله (يا

زرارة كل النكاح إذا مات الزوج) إلى آخره، وفحوى كلامه يدل على أنه لا مستند لهذا القول إلا هذه الصحيحة مع أن الروايات الدالة على كثيرة.

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٩.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٨.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٦.

ومنها ما رواه في الكافي (١) في الصحيح عن سليمان بن خالد (قال: سألت أبا عبد الله

عليه السلام عن الأمة إذا طلقت ما عدتها؟ إلى أن قال: قلت: فإن توفي عنها زوجها؟ فقال: إن عليا عليه السلام قال: في أمهات الأولاد لا يتزوجن حتى يعتدن أربعة أشهر وعشرا وهن إماء).

وما رواه في الكافي والفقيه (٢) عن الحسن بن محبوب عن وهب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن رجل كانت له أم ولد، فزوجها من رجل فأولدها

غلاما، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها، أله أن يطأها؟ قال: تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم يطأها بالملك بغير نكاح) وطريق الصدوق إلى حسن بن محبوب صحيح، فتكون الرواية صحيحة. وما رواه في التهذيب (٣) عن سليمان بن خالد في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام " قال: عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ".

وبالجملة فالروايات في المقام مختلفة، والشيخ قد جمع بينها بحمل هذه الروايات الدالة على عدة الحرة على أمهات الأولاد، والأخبار الدالة على التنصيف على غيرها من الإماء، وهذا الحمل لا يجري في صحيحة وهب بن عبد ربه، وهو ظاهر، لكون العدة عن الرجل الذي زوجه السيد، ولا موثقه سليمان بن خالد المصرحة بأن المتوفى الزوج لا السيد، ودلالة الروايات من الطرفين إنما هو باعتبار إطلاق الأمة المتوفى عنها زوجها الشامل للزوجة الدائمة والمتمتع بها، وأم الولد بالنسبة إلى سيدها لا تدخل في ذلك، وبالجملة فالمسألة محل

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ ح ١٠، التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٣٠، الفقيه ج ٤ ص ٢٤٦ ح ٦ مع تفاوت يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٥.

توقف وإشكال.

قال في المسالك: ولو كانت الأمة حاملا اعتدت بأبعد الأجلين من المدة المذكورة ووضع الحمل، أما إذا كانت الأشهر الأبعد، فظاهر، للتحديد بها في الآية والرواية، وأما إذا كان الموضع أبعد فلا ممتناع الخروج عن العدة مع بقاء الحمل، لأنه أثر ماء الميت الذي يقصد بالعدة إزالته، والعموم قوله تعالى (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) (١) فلا بد من مراعاة المقامين، وذلك بأبعد الأجلين، إنتهى.

أقول: وسيأتي تحقيق المسألة إن شاء الله تعالى في محل اللائق به، والله العالم. السابعة: لا ريب في جواز تجديد العقد عليها بعد الأجل وإن كانت في العدة سواء أراد العقد عليها دواما أو متعة، وهذا مخصوص به، أما غيره فلا يجوز له العقد عليها إلا بعد تمام العدة.

ويدل على ذلك ما رواه في الكافي (٢) عن أبي بصير في الصحيح أو الموثق (قال: لا بأس بأن تزيدك وتزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما تقول لها: استحللتك بأجل آخر برضا منها، ولا يحل ذلك لغيرك حتى تنقضي عفتها) الخبر. ولا يصح قبل انقضاء أجلها، ولو أراد ذلك وهبها المدة الباقية من الأجل، واستأنف العقد متعة أو دواما، وعلى ذلك يدل مفهوم الشرط في الخبر المقدم. وما رواه في الكافي (٣) عن أبان بن تغلب ((قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت

فذاك الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر ثم إنها تقع في قلبه فيحب أن

(١) سورة الطلاق - آية ٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ ح ١١، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٨، ح ٧٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٥ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٨ ح ٧٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ح ١.

يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيد لها في أجرها، ويزداد في الأيام قبل أن تنقضي أيامه التي شرط عليها؟ فقال: لا، لا يجوز شرطان في شرط، قلت: فكيف يصنع؟ قال: يتصدق عليها بما بقي من الأيام ثم يستأنف شرطا جديداً قوله عليه السلام (لا يجوز شرطان في شرط) قيل في معناه وجوه: (منها) إن الشرطان الممدتان المتخالفتان والأجران المتباينان في شرط أي في عقد واحد، ذكره المحدث الكاشاني في الوافي.

و (منها) ما ذكره المحدث الأمين الاسترآبادي قال: أي أجلان في عقد واحد، فلذا لا يجوز عقد جديد قبل انفساخ العقد الأول.

و (منها) ما ذكره المجلسي في حواشيه على الكافي، قال: لعل المراد بالشرط ثانيا الزمان على طريقة مجاز المشاكلة، وبالشرطين العقدين، وأي لا يتعلق عقدان بزمان واحد.

ويحتمل أن يكون المفروض زيادة الأجل والمهر في أثناء المدة تعويلا على العقد السابق من غير تجديد، فيكون بمنزلة اشتراط أجلين ومهرين في عقد واحد. أقول: الظاهر من هذه الوجوه هو ما ذكره المحدث الكاشاني.

وربما بني الكلام هنا على الخلاف المتقدم في وجوب اتصال المدة بالعقد وعدمه، فإن قلنا بالأول امتنع حتى ينقضي أجلها، وإن قلنا بالثاني جاز العقد عليها قبل انقضاء الأجل، وهو جيد، إلا أن المحقق مع تصريحه في الشرايع بجواز انفصال الأجل عن وقت القعد صرح في النافع في هذه المسألة بأنه لا يصح القد قبل انقضاء الأجل، واحتمال رجوعه عما أفتى به في الشرايع بعيد.

وما ذكرناه من عدم جواز تجديد العقد عليها قبل انقضاء الأجل هو المشهور بين الأصحاب، ونقل في المختلف عن ابن حمزة أنه قال: (وإن أراد أن يزيد في الأجل جاز وزاد في المهر، وروي أنه يهب منها مدته ثم يستأنف، وأنه لا يصح ما ذكرناه أولا).

ونقل في المختلف أنه احتج بأصالة الجواز السالم عن معارضة شغلها بعقد

غيره، وكونها مشغولة بعقد لا يمنع من العقد عليها مدة أخرى كما لو كانت مشغولة بعده، ثم قال في المختلف. ولا بأس به عندي، ثم نقل عن ابن أبي عقيل أنه قال: لو نكح متعة إلى أيام مسماة، فإن أراد أن ينكحها نكاح الدائم قبل أن تنقضي أيامه منها لم يحز ذلك ما لم تملك نفسها، وهو أملك بها منها ما لم تنقض أيامها، فإذا انقضت أيامها فشاءت المرأة أن تنكحه من ساعته جاز، ولو وهب أيامه ثم نكحها نكاح إعلان جاز ذلك.

قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه: وهو يعضد قول ابن حمزة، إلا أنه قيد بالإعلان.

أقول: ما ذكره رحمه الله من الاحتجاج لا بن حمزة واختاره محض اجتهاد في مقابلة النصوص، وهو مما منعت منه الشريعة على العموم والخصوص، والخبران المتقدمان ظاهران في عدم جواز ذلك.

أما الأول فإنه يدل على ذلك بمفهوم الشرط الذي هو حجة عند محققي الأصولين، وعليه دلت جملة من الأخبار التي تقدمت الإشارة إليها مرارا. وأما الثاني فهو صريح في ذلك، وبها يجب الخروج عن الأصل الذي استند إليه، وقياسه العقد في الأجل على العقد في العدة قياس مع الفارق، فإنها في الأجل زوجة، وفي العدة تباين، قد خرجت عن الزوجية بالكلية، وإنما وجبت العدة عليها لأجل استبراء رحمها، ولو جدد العد عليها لم يضر ببالعلة في العدة، بخلاف غيره، ولو صح تجديد العقد عليها متعة في الأجل لصح ذلك دواما إذ لا فرق بينهما إذا المقتضي للحصة أمر واحد فيهما مع أنه لا يقول به.

وبالجملة فإن ما اختاره من القول المذكور الموجب لرد الخبرين المذكورين مع ظهور دالتهما وعدم المعارض لهما مما لا يلتزمه محصل، وكان الواجب عليه الجواب عنهما، وهو قد ذكر رواية أبان دليلا للقول المشهور، واختار ما ذكره ولم يتعرض للجواب عنها.

الثامنة: المشهور بين الأصحاب أنه لو اشترط المرأة المتمتع بها أن لا يطأها في الفرج لزم الشرط ولم يجزله الوطئ، ول وأذنت بعد ذلك جاز. قال: الشيخ في النهاية: إذا اشترط الرجل في حال العقد أن لا يطأها في فرجها لم يكن له وطؤها فيه، فإن رضيت بعد العقد بذلك كان ذلك جائزا، وجعله ابن إدريس رواية وهو مؤذن بتوقفه في ذلك.

وظاهر العلامة في المختلف عدم الجواز وإن رضيت، فإنه قال: . بعد نقل كلام الشيخ في النهاية ونقل نسبه ابن إدريس ذلك إلى الرواية ما لفظه: والشيخ عول على رواية عمار بن مروان (١) عن الصادق عليه السلام (قال: قلت: رجل جاء إلى

امرأة فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر أو التماس وتنال مني ما ينال الرجل من أهله، إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي وتتلذذ بما شئت فإنني أخاف الفضيحة قال: لا بأس، ليس له إلا ما اشترط) ثم قال: والجواب نحن نقول بموجب الرواية، وأنها لو اشترطت عليه عدم الاتيان في الفرج لزم، وتمنع تسويغه بعد ذلك بالإذن، إنتهى. أقول: فيه أن الشيخ لم يعول على هذه الرواية كما توهمه، فإنها غير وافية بالاستدلال على ما قال، بل دليله الذي اعتمد عليه إنما هو ما ذكره من الرواية مع ما رواه في التهذيب عن إسحاق بن عمار، رواه الصدوق في الفقيه (٢) بطريقه إلى إسحاق بن عمار أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق

على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس) وهي كما ترى ظاهرة بل صريحة في جواز الوطئ بعد الإذن، وطريق

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٢٧٠ ح ٨٥، الوسائل

ج ١٤ ص ٤٩١ ب ٣٦ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٩، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥

ص ٤٥ ب ٣٦ ح ٢.

الصدوق رحمه الله إلى إسحاق بن عمار صحيح، ولكن لما كان إسحاق المذكور مشتركا بين الصيرفي الإمامي الثقة، وبين الفطحي الثقة، فالخبر ن الموثق. وفي معنى خبر عمار بن مروان ما رواه سماعة (١) أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر والتماس وتنال مني ما ينال الرجل من أهله، إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي وتلذذ بما شئت، فإني أخاف الفضيحة، فقال: ليس له إلا ما اشترط)

والمفهوم من هذه الأخبار الثلاثة بعد ضم بعضها إلى بعض هو صحة الشرط المذكور، وعدم جواز الجماع إلا مع الإذن بعد ذلك فإنه يجوز. قال السيد السند في شرح النافع بعد ذكر روايات المسألة كملا: ويظهر من العلامة في المختلف عدم جواز مخالفة الشرط، وإن رضيت بذلك، وربما كان وجهه أن العقد لم يتشخص سوى ذلك بالشرط، فلا يكون خلافه مندرجا في العقد، والمسألة محل إشكال وإن كان الجواز لا يخلو ن رجحان، إنتهى. أقول ك الظاهر أن العلامة لم يقف في وقت ما كتبه هنا في الكتاب المذكور على رواية إسحاق بن عمار الدالة على مدعى الشيخ كما سمعت مما نقلناه عنه، وإنما استدل له بتلك الرواية الدالة على المنع م الوطئ بالشرط وهو مما لا ريب فيه، ولم يقف على ما دل على الجواز مع الإذن فهو معذور فيما ذهب إليه، وإلا فلو أنه وقف على الرواية و مع هذا اختار المنع لأجاب عن الرواية المذكورة.

بقي الكلام معه في هذا الوجه الذي استدل به على المنع، واستشكل لأجله مع نقله للخبر المذكور.

وفيه أنه لا ريب في كونها زوجة، وأن الوطئ حق لها، فمتى أذنت جاز

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٥٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ ب ٣٦ ح ١.

والاعتماد على تشخص العقد بذلك الشرط فلا يكون خلافه مندرجا في العقد قد هدمنا بنيانه، وزعزعا أركانها بالأخبار الكثيرة الصحيحة الصريحة في صحة العقود المشتملة على الشروط الفاسدة مع بطلان تكل الشروط كما تقدم في غير مقام.

هذا مع تسليم جواز الاعتماد على أمثال هذه التعليلات العلية في تأسيس الأحكام الشرعية مع عدم المعارض لها من الأخبار، وإلا فمع منعه سيما بعد وجود الخبر الصريح الصحيح بالاصطلاح القديم، فالحكم أظهر من أن يعتريه شائبة الاشكال.

ثم إنه لا يخفى أن مورد هذه الروايات الثلاث هو الزوجة مطلقا أعم من أن تكون دائمة أو متعة، والظاهر أن ه لا خلاف، ولا إشكال في حصة هذا الشرط في عقد المتعة لعموم ما دل على الوفاء بالشرط، وعدم ما يدل على المنافاة، وما ربما يقال من أن مقتضى العقد إباحة الاستمتاع في كل وقت فتخصيصه ببعض الأوقات ينافيه، ومدفوع بأن ذلك إنما يقتضيه العقد المطلق أي المجرد عن الشرط، لا مطلق العقد، على أن ذلك لو تم لاقتضى عدم جواز اشتراط انتفاع البائع بالمبيع مدة معينة وإسقاط الخيار وما شاكل ذلك، مما أجمع الأصحاب على صحة اشتراطه. ويعضده ما قدمنا تحقيقه في كتب المعاملات من أن الشروط كائنة ما كانت إنما هي بمنزلة الاستثناء الذي عرفوه بأنه اخراج ما لولاه لدخل، فالمنافاة لأجل العقد حاصلة البتة، ولا خصوصية له بهذا المكان كما يوهمه كلام هذا القائل. نعم يبقى الكلام والاشكال في صحة هذا الشرط وعدمه في النكاح الدائم، والقول بلزوم الشرط وجواز الوطء مع الإذن في المنقطع والدائم للشيخ والمحقق في كتابيه وجماعة.

قال في النافع: لو شرطت أن لا يفتضها صح ولو أذنت بعده جاز ومهم من خص الجواز بالمتعة، إنتهى.

والقول باختصاص صحة هذا الاشتراط بالمتعة، وبطلانه بل بطلان العقد في الدائم، للشيخ أيضا وجماعة منهم العلامة في المختلف وولده في الشرح، استدلوا على البطلان في الدائم بمنافاة هذا الشرط لمقتضى العقد، إذ من أهم مقتضياته حصول التناسل، هو يستدعي الوطئ، وإذا فسد الشرط فسد العقد، لعدم الرضاء به بدون الشرط.

أقول: لا يخفى أن الأخبار الثلاثة الواردة في المسألة شاملة بإطلاقها للنكاح الدائم والمنقطع، وبها أخذ من قال بالعموم، إلا أن الظاهر من روايتي عمار وسماعة الاختصاص بنكاح المتعة، فإن هو الذي يترتب على حصول الفضيحة، وسيجئ إن شاء الله الكلام في هذه المسألة بمزيد تحقيق في المقام، والله العالم. التاسعة: المشهور بين الأصحاب أنه لا يجوز التمتع بأمة المرأة بغير إذنها، وخالف في ذلك الشيخ في النهاية والتهذيب فجوز التمتع بها بغير إذن المرأة استنادا إلى روايات سيف بن عميرة (١) وقد تقدم تحقيق البحث في هذه المسألة مستوفى، كما

هو حقه في المسألة الثانية عشر من المقصد الثاني في الأولياء للعقد من الفصل الأول في العقد (٢)، والله العالم.

الفصل الرابع

في نكاح الإماء

هو إما بالملك للرقبة أو المنفعة أو العقد دوما أو متعة، وقد تقدم في الأبحاث السابقة ذكر كثير من أحكامهن وبقي الكلام هنا في مطالب ثلاثة:

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٧ و ٢٥٨ ح ٣٩ و ٤٠ و ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٣ ح ١ و ٢ و ٣.

(٢) أقول: من جملة ذلك في كتاب البيع سيما في باب الحيوان، وكذا في هذا الكتاب فيما يحرم جمعا أو عينا من المطلب الثالث في المصاهرة وغيرهما أيضا. (منه - قدس سره -)

الأول: في جملة من المسائل المتعلقة بالمقام.
الأولى: لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا على أنفسهما نكاحا إلا بإذن السيد، لأنهما ملك له، فليس لهما أن يتصرفا في ملكه بغير رضاه، ثم إنه لو تصرفا بغير إذنه كان ذلك من قبيل العقد الفضولي، وقد تقدم الكلام في عقد النكاح الفضولي، وأنه هل يكون صحيحا موقوفا على الإجازة أو باطلا، تقدم ذلك في المسألة السابقة من المقصد الثاني في الأولياء من الفصل الأول، وقد حققنا ثمة أن الأصح صحته، وإن قلنا بالبطلان في غير النكاح من العقود، كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع، ثم إن من قال بالبطلان في النكاح مطلقا فقد أبطله هنا.
ومن قال بالصحة وتوقفه على الإجازة، فقد اختلفوا هنا على أقوال، فمنهم من قال بالصحة و؟ جعله موقوفا على الإجازة، من أفراد النكاح وهو الأشهر عندهم.

ومنهم من جعل الإجازة كالعقد المستأنف وهو قول الشيخ في النهاية، فإنه قال: من عقد على أمة غيره بغير إذن مولاهما كان العقد باطلا، فإن رضي المولى بذلك كان رضاه كالعقد المستأنف، ويستباح به الفرج، وقد اختلفوا في تنزيل كلامه حيث إن ظاهره التناقض، لحكمه ببطلان العقد، ثم الاكتفاء عنه بالإجازة، وجعلها مبيحة للنكاح كالعقد، مع أن ما يقع باطلا في نفسه لا تثبت صحته بالإجازة على وجوه:

منها ما ذكره العلامة في المختلف من حمل كونه باطلا، على معنى أنه يؤول إلى البطلان وهو جيد، لأن إطلاق البطلان على الموقوف كثير شائع، وعلى هذا فيرجع إلى القول الأول.

ومنهم من قال بالبطلان وهو مذهب ابن إدريس مع أنه حكم بصحة نكاح الفضولي في غير المملوك محتجا بالنهي المقتضي للفساد.

ومنهم من فرق بين نكاح العبد والأمة، فيقف الأول ويطل الثاني، وهو قول ابن حمزة.

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بالمسألة جملة من الأخبار قد تقدمت في المسألة المشار إليها آنفاً، وهي صريحة في صحة ذلك، وتوقفه على الإجازة، إلا أن موردها كلها إنما هو نكاح المملوك يغير إذن سيده. ومنها حسنة زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سألت عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته، وإن شاء فرق بينهما، قلت: أصلحك الله إن الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون إن أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة أسيد له، فقال: أبو جعفر عليه السلام إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جائز) وأما نكاح الأمة فلم أقف في شيء من الأخبار على ما يدل على أن الحكم فيه ذلك بك ربما ظهر منه خلافه، وهو البطلان من رأس. ومنها ما رواه في التهذيب (٢) عن أبي بصير (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح

الأمة، قال: لا يصلح نكاح الأمة إلا بإذن مولاهما) وما رواه في الكافي (٣) عن أبي العباس (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوج بغير إذن أهلها؟ قال: يحرم ذلك عليها وهو الزنا) وما رواه في الفقيه والتهذيب (٤) عن أبي العباس البقباق (قال: قلت لأبي عبد الله

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ٧ ص ٣٥١ ح ٦٣ الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٤ الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ح ٤.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ح ٢.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ ح ٥٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٦ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ح ١.

عليه السلام: الرجل يتزوج الأمة بغير علم أهلها؟ قال: هو زنا، إن الله يقول
(فأنكحوهن
بإذن أهلهن)

وما رواه في الكافي (١) عن فضل بن عبد الملك (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام
عن

الأمة تتزوج بغير إذن مولاها؟ قال: يحرم ذلك عليها وهو زنا)
وفي رواية الوليد بن صبيح (٢) (عن الصادق عليه السلام: إن كان الذي زوجها إياه
من غير مواليها فالنكاح فاسد) (٣)

وفي رواية سيف بن عميره (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا بأس أن يتمتع
الرجل بأمة المرأة، فأما أمة الرجل فلا يتمتع إلا بأمره)

وفي رواية داود بن فرقد (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن الرجل
يتزوج بأمة بغير إذن مواليها؟ فقال: إن كانت لامرأة فنعم، وإن كانت لرجل فلا)
وأنت خبير بما في هذه الروايات ولو كان الحكم في الأمة كما في العبد لأجابوا في
هذه الأخبار بما أجابوا به في تلك، من أن ذلك للسيد، فإن شاء أجاز ه، وإن
شاء منعه، مع أنها دلت عليه كونه فاسدا وحراما، وأنه زنا.

وبالجملة فإن دلالتها على ما ذكرنا ظاهر، لا يقبل لا انكار، ومنه يظهر قوة

(١)

الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧، الوسائل ج ١٤
ص ٥٧٧ ح ١.

(٣) أقول: هذا الخبر هكذا: عن الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله - عليه السلام -
" في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها قال: إن كان الذي زوجها إياه
من غير مواليها فالنكاح فاسد " الخبر. (منه - قدس سره -)

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٨ ح ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٣ ب ١٤ ح ١.

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٨ ح ٤٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٣ ح ٣.

ما ذهب إليه ابن حمزة من الصحة في العبد وإن كان موقوفا، دون الأمة، فإنه باطل ومه أيضا يظهر قوة قول الشيخ في النهاية بالبطلان حيث خصه بالعقد على الأمة إلا أن ما ذكره من أن الإجازة كالعقد المستأنف محل إشكال، ويمكن أن يقال في دفع الاشكال أنه لما ثبت عنده بالاجماع أن إجازة المولى لعقد الفضولي ماضية في النكاح، جمع بين الأمرين بذلك فقال بالبطلان عملا بتلك الأخبار، وجعل الإجازة كالعقد المستأنف بناء على الاجماع المذكور.

ومن الأصحاب من حمل كلام الشيخ المتقدم على أن العقد يكون باطلا بدون الإذن كما ذكرناه، ولكن الإجازة تقوم مقام التحليل، فيكون الرضا عبارة عن التحليل، قال: ومن ثم فرضها في الأمة، لأن العبد لا يأتي فيه ذلك، وعلى هذا الوجه أيضا يرتفع الاشكال الذي ذكرناه أيضا إلا أنه في المسالك قد اعترض على هذا الوجه بأن التحليل منحصر في عبارات، وليس الرضا منها، فليس بتحليل ولا عقد.

أقول: إن كانت هذه العبارات التي ادعى انحصار التحليل فيها ما دلت عليه الأخبار، ودلت على انحصاره فيها، فما ذكره جيد وإن كانت من كلام الأصحاب من غير دليل يدل عليها في الباب، فكلامه لا يخلو من المناقشة، وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

ومما ذكرنا من الآلة الأخبار على بطلان عقد الأمة دون عقد العبد يظهر لك ضعف حمل العلامة لكلام الشيخ في النهاية على الحمل المتقدم ذكره. إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهره في المسالك أن ما استند إليه ابن حمزة من البطلان في الأمة إنما هو بعض الروايات العامية، وكذلك ابن إدريس في احتجاجه بالنهي، إنما أراد به النهي الوارد في الأخبار العامية، ولهذا اعترضه في الملاك بأنه لا يناسب أصول ابن إدريس، لأن طريقه عامي، وهو لا يكتفي به لو كان خاصيا.

أقول: والتحقيق ما عرفت من أن ما ذكره من الصحة وكونه فضولياً إنما يتم لهم في نكاح العبد خاصة دون الأمة، وأن المستند في بطلان عقد الأمة إنما هو الأخبار التي قدمناها، وبه يظهر ضعف القول المشهور من الصحة مطلقاً، وضعف قول ابن إدريس من البطلان مطلقاً، وقوة قول ابن حمزة من التفصيل المذكور، والمفهوم من جملة من الأخبار المتقدمة في المسألة المشار إليها آنفاً، أنه تكفي في الإجازة سكوت السيد بعد علمه بالنكاح وعدم إنكاره له، وبذلك صرح ابن الجنيد فقال: لو كان السيد علم بعقد العبد والأمة على نفسه فلم ينكر ذلك ولا فرق بينهما، جرى ذلك مجرى الرضا في الامضاء، واستقر به في المختلف وهو جيد للأخبار المشار إليها، إلا أن موردها نكاح العبد كما عرفت، والله العامل. تذييلات

الأول: المشهور بين الأصحاب أنه إذا أذن المولى لعبده في التزويج كان المهر ونفقة الزوجة على السيد، لأن النكح لما وقع صحيحاً لزمه الحكم بثبوت المهر والنفقة، ولا محل لهما إلا ذمة السيد، لأن العبد لا يملك. هكذا علل في المسالك.

ونقل الشيخ في المبسوط تعلق ذلك بكسب العبد، لأن المهر والنفقة من لوازم النكاح، وكسب العبد أقرب شئ إليه، فإن مصرف الكسب مؤونة الانسان وضروراته، ومن أهمها لوازم النكاح.

وأورد عليه بأن الدين لا بد له من ذمة يتعلق بها، وذمة العبد ليست أهلاً لذلك، فلا بد من تعلقه بذمة السيد، كذا ذكره السيد السند في شرح النافع. ثم اعترضه بأنه يمكن دفعه بمنع كون ذمة العبد ليست أهلاً للتعلق، ولها يتعلق بها عوض التلف إجماعاً، ولجواز تعلق المهر بالكسب كما يتعلق أرش الجناية برقبة الجاني، إذ لا مانع من ذلك عقلاً ولا شرعاً. ثم قال: واحتمل العلامة ثبوتها

في ذمته والمسألة قوية الاشكال لفقد النص فيها على أحد الوجوه، وأصالة براءة ذمة المولى من ذلك والأحوط أن يعين في العقد كون المهر في ذمة المولى أو في كسب العبد أو في ذمته، يتبع به بعد العتق واليسار، ولو قلنا: إن العبد يملك مطلقاً، أو على تعض الوجوه ثبت المهر والنفقة في ذمته من غير إشكال. إنتهى كلامه، زيد مقامه. أقول: قد تقدم الكلام في هذه المسألة في المسألة الرابعة عشر ن مسائل المقصد الثاني من الفصل الأول في العقد.

وقد ذكرنا ثمة روايتين يظهر منهما أن المهر على السيد (أولهما) رواية زرارة (١) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سأته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثم اطلع على ذلك مولاه، فقال: ذلك إلى مولاه، وإن شاء فرق بينهما (٢) وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهم الأول) الحديث. و (الثانية) رواية علي بن أبي حمزة (٣) عن أبي الحسن عليه السلام (في رجل يزوج مملوكاً

له امرأة حرة على مائة درهم، ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزلة دين استدانه بإذن سيده) وأما الأولى فإن القرينة فيها على كونه على السيد قوله (فللمرأة ما أصدقها إن لم يكن أصدقها صداقاً كثيراً) فإن الظاهر أن المراد بالصداق الكثير

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٣ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥١

ح ٦٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ ح ٢.

(٢) أقول: فيه أن ظاهر تفريقه بينهما يؤذن بعدم إجازة النكاح، ومقتضى كلام الأصحاب أنه مع عدم إجازة السيد ولا إذنه فإن المهر على العبد يتبع به العتق، ولكن ظاهر الخبر أنه على السيد بالتقريب المذكور في الأصل، ولا يخلو من من الاشكال. (منه - قدس سره -).

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢١٠ ح ٥١، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ١٩، الوسائل ج ١٤

ص ٥٨٥ ب ٧٨ ح ١.

هو الزائد على مهر المثل، والمعنى فيه أن الصداق على السيد بشرط أن لا يزيد على مهر المثل، ولو كان الصداق إنما على العبد في رقبته أو كسبه لكان هذا الشرط لغوا وإيجاب المهر كملا في الرواية الأولى ونصفه في الثانية من حيث تضمن الأولى الدخول والثانية عدم الدخول.

يوفي الثانية دلالة على تنصيف المهر بغير الطلاق كما هو أحد القولين، وفي الأولى دلالة على أنه مع الدخول قبل إذن المولى لا يعد زانيا يستوجب حد الزاني، وفي بعض الروايات المتقدمة ثمة ما يؤيده.

ثم إن الأظهر في تقرير حجة القول المشهور هو ما قدمنا نقله ثمة عن جده في المسال:، فإنه شاف واف بذلك، وتخرج الروايتان شاهدا عليه.

الثاني: قد صرحوا بأنه إذا أذن المولى لأمتة في التزويج أو زوجها هو كان المهر له دون الأمة، والظاهر أنه لا إشكال فيه، لأن الأمة ومنافعها مملوكة له، والمهر الذي هو في مقابلة البضع من جملة تلك المنافع المشار إليها، والله العالم.

الثالث: لا فرق في توقف نكاح المملوك على إذن مالك بين كون المالك متحدا أو متعددا لتحقق المالية لكل من الملاك، وقبح التصرف بغير إذن المالك عقلا ونقلا، والخلاف في كون النكاح موقوفا على الإجازة أو باطلا يجري هنا ك ما في المالك المتحد، وكذا القول في المهر والنفقة، ويوزع على كل واحد بمقدار ما يخصه من الملك والله العالم.

المسألة الثانية: لا خلاف ولا إشكال في أنه إذا كان الأبوان مملوكين يكون الولد مملوكا لمالكهما، فإنه نماؤهما وتابع لهما، فإن كانا لمالك واحد فالولد له، وإن كان كل واحد منهما لمالك فالولد نصفين بين المالكين عند الأصحاب لأنه نماء ملكهما ولا مزية لا حدهما على الآخر، بخلاف باقي الحيوانات، فإن الولد لمالك الأم، وفرقوا بينهم بأن النسب مقصود في الآدميين وهو تابع لهما فيه بخلاف غيره من الحيوانات فإن النسب فيه غير معتبر والنمو والتبعية فيه لاحق

بالأم خاصة، كذا ذكروا رضي الله عنهم ولم أقف في ذلك على نص.
قال في المسالك بعد نقله للفرق بين الانسان وغيره من الحيوانات في
التبعية فيه دونها: وفي الفرق خفاء إن لم يكن هنا إجماع، مع أن أبا الصلاح
ذهب إلى أنه يتبع الأم كغيره من الحيوانات، إنتهى.
وبالجملة فما ذكروه من الفرق لعدم الوقوف على نص فيه لا يخلو
من الاشكال

ويدل على الحكم الأول وهو ما إذا كان الأبوان ملكا لمالك واحد، فإن
الولد لمالك أبويه ما رواه في الكافي (١) عن أبي هارون المكفوف (قال: قال لي
أبو عبد الله عليه السلام: أيسرك أن يكون لك قائد يا أبا هارون؟ قال: قلت: نعم
جعلت

فذاك، قال: فأعطاني ثلاثين دينارا فقال: اشتر خادما كسوميا، فاشتراه، فلما
أن حج دخل عليه فقال له كيف رأيت قائدك يا أبا هارون؟ فقال: خيرا، فأعطاه
خمسة وعشرين دينارا فقال له: اشتر جارية شبانية فإن أولادهن قرّة، فاشترت
جارية شبانية فزوجتها منه، فأصبحت ثلاث بنات فأهديت واحدة منهن إلى بعض
ولد أبي عبد الله عليه السلام وأرجو أن يجعل ثوابي منها الجنة، وبقيت بنتان ما يسرني
بهن ألوف)

أقول: في القاموس، الكسوم: الماضي في الأمور، وفيه أيضا الشابين: الغلام
الناعم، وقد شبن، وشبانة قال: والشباني والاشباني بالضم الأحمر
الوجه والسبال.

نعم لو شرط أحدهم انفراده بالولد أو الزيادة على نصيبه منه فالظاهر صحة
الشرط، لعموم ما دل على وجوب الوفا؟ بالشروط (٢).
أما لو كان أحد الأبوين حرا والآخر مملوكا فالمشهور أن الولد يتبع الحر

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٠ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٧ ح ١.

(٢) سورة المائدة - آية ١.

منهما، فيكون حراً مطلقاً، وذهب ابن الجنيد إلى أن الولد رق وأنه تبع للرق
منهما إلا مع اشتراط الحرية.

ويدل على القول المشهور أخبار مستفيضة منها ما رواه في الكافي عن مؤمن
الطاق (١) عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن المملوك يتزوج الحرة،
ما

حال الولد؟ فقال: حر، فقلت: والحر يتزوج المملوكة؟ قال: يلحق الولد
بالحرية حيث كانت إن كانت، الأم حرة أعتق بأمه، وإن كان الأب حراً أعتق بأبيه)
وعن جميل وابن بكير (٢) (في الولد من الحر والمملوكة؟ قال: يذهب إلى
الحر منهما)

وعن جميل بن دراج (٣) (قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا تزوج العبد
الحرة فولده أحرار، إذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار)
وعن جميل بن دراج (٤) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج الأمة،
أو عبد يتزوج حرة، قال: فقال لي: ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً
إنه يلحق بالحر منهما أيهما كان، أبا كان أو أما)

وما رواه في الفقيه (٥) عن جميل بن دراج في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله
عليه السلام عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد، قال: يلحق الولد بأبيه، قلت: فعبد
يتزوج
بحرة؟ قال: يلحق الولد بأمه).

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ٧.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٥، الوسائل ج ١٤
ص ٥٢٩ ح ٦.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ٨.
(٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٩١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٢.

وما رواه في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن، وفي التهذيب في الصحيح عن عبد الله

ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: في العبد تكون تحته الحرة، قال: ولده أحرار، فإن

أعتق المملوك لحق بأبيه)

أقول: يعني في الحضانة والميراث، وأما أصل الحرية فإنما حصلت من تبعية الأم.

وما رواه في الكافي (٢) في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا، ورواه في الفقيه مرسلًا عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن الرجل الحر يتزوج بأمة

قوم، الولد ممالك أو أحرار؟ قال: إذا كان أحد أبويه حرا فالولد أحرار)

وما رواه في التهذيب (٣) عن إسحاق بن أبي عبد الله عليه السلام (في مملوك

يتزوج حرة، قال: الولد للحررة، وفي حر تزوج مملوكه؟ قال: الولد للأب)

هذه الجملة ما وقفت عليه من روايات القول المذكور.

وأما ما يدل على ما ذهب إليه ابن الجنيد، فجملة من الأخبار أيضا منها ما

رواه الشيخ في التهذيب (٤) عن أبي بصير (قال: لو أن رجلا دبر وفي الإستبصار رواها

عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لو أن رجلا دبر جارية ثم زوجها من

رجل فوطأها كانت جاريتته وولدها منها مدبرين، كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج

إليهم مملوكهم كان ما ولد لهم ممالك)

وما رواه الصدوق في الفقيه في الصحيح والشيخ في التهذيب (٥) في الصحيح أو

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٣ ح ٦، وأما في التهذيب نعث عليه فلم الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٣ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٩١

ح ٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٥.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ٩.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ١٠.

(٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٢، الفقيه ج ٣ ص ٦٨ ح ١٣ الوسائل ج ١٤

ص ٥٣١ ح ١٣.

الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل زوج أمته من رجل وشرط له أن

ما ولدت من ولد فهو حر، فطلقها زوجها أو مات عنها، فزوجها من آخر، ما منزلة ولدها؟ قال: منزلتها ما جعل ذلك إلا للأول، وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء أمسك)

وما رواه قي التهذيب (١) عن الحسن بن زياد (قال: قلت له: أمه كان مولاهما يقع عليها ثم بدا له فزوجها، ما منزلة ولدها؟ قال: بمنزلتها إلا أن يشترط زوجها) وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصري (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام " في

رجل يزوج جاريتيه رجلا، واشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر فطلقها زوجها ثم تزوجت آخر فولدت، قال: إن شاء أعتق وإن شاء لم يعتق) وعن أبان بن تغلب (٣) في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبر مملوكه، ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها، وترك الأولاد منها، فقال: أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذي دبر أمهم فهم أحرار، قلت له: أيجوز للذي دبرا منهم أن يردها في تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم قلت: أرأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحر، أيجوز لسيدها أن يبيع أولادها، ويرجع عليهم في التدبير؟ قال: لا، إنما كان له أن يرجع في تدبير أمهم إذا احتاج ورضيت هي بذلك)

وعن عبد الله بن سليمان (٤) في حديث (قال: سألته عن رجل يزوج وليدته من رجل وقال: أول ولد تلدينه فهو حر، فتوفي الرجل وتزوجها آخر، فولدت

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٤ ح ٦٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣١ ح ١٢.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٢ ح ٦٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ١١.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٥٩ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٧٨ ب ٧ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣١ ب ٣٠ ح ١٤.

له أولادا؟ فقال: أما من الأول فهو حر، وأما من الآخر فإن شاء استرقهم) هذه ما جملة حضرني من الأخبار الدالة على ما ذهب إليه ابن الجنيد، وأصحابنا لم ينقلوا لابن الجنيد من الأخبار سوى رواية أبي بصير كما في المختلف وشرح النافع للسيد السند، وزاد في المسالك الاستدلال له برواية الحسن بن زياد ثم طعنوا فيها بضعف الاسناد، والأخبار كما ترى فيها الصحيح باصطلاحهم بل هو أكثرها، إلا أن هذه قاعدتهم غالبا من عدم إعطاء التتبع حقه في روايات المسألة والشيخ رحمة الله عليه. في الإستبصار أجاب عن رواية أبي بصير بالحمل على ما إذا شرط عليه أن يكون الولد مماليك، فإنهم يكونون كذلك، وقال في التهذيب بعد ذكر هذا الحمل: وهذا الخبر وإن لم يكن فيه ذكر الشرط صريحا فنحن نعم أنه المراد بدلالة ما قدمناه من الأخبار، وأن الولد لاحق بالحرية فإذا ثبت ذلك فلا وجه لهذا الخبر إلا الوجه الذي ذكرناه. إنتهى، ولا يخفى ما فيه. وأجاب عن رواية الحسن بن زياد وصحيحة عبد الرحمن بالحمل على التقية، تارة، قال: لأن في العامة من يذهب إلى أن الولد يتبع الأم على كل حال، وتارة على ما إذا كان الزوج مملوكا للغير، قال: فإن الولد يكون لاحقا لها إلا أن يشترط مولى العبد.

أقول: والمسألة لتصادم هذه الأخبار وبعد ما ذكره من المحامل محل إشكال، إلا أنه يمكن أن يرجح الحمل على التقية، لشهرة القول الأول في الصدر الأول حيث لم ينقل المخلفة ثمة إلا عن ابن الجنيد سيما مع ما علم غالبا من جريه على مذهب العامة، وقوله بأقوالهم، وعمله بقياساتهم. هذا كله مع الاطلاق وعدم الشرط، وأما مع الاشتراط فإن كان الواقع هو اشتراط الحرية فلا خلاف ولا إشكال في حصة ذلك كما دلت عليه النصوص المتقدمة وإن كان الشرط هو الرقية فمحل خلاف وإشكال، والمشهور صحة الشرط لعموم وإن كان الشرط هو الرقية فمحل خلاف وإشكال، والمشهور صحة الشرط لعموم

قوله عز وجل (أوفوا بالعقود) (١) وعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢) وذهب جمع من المتأخرين إلى فساد هذا الشرط، وأنه إذا كان الولد محكوما بحريته مع الاطلاق، وعدم الشرط كما هو القول المشهور، فإنه لا يكون اشتراط رقيته مشروعاً، كما أنه لا يصح اشتراط رقية ولد الحرين.

ويعضده أن الولد ليس مملوكاً للحر من الأبوين ليصح اشتراطه للمولى، وإنما الحق فيه لله سبحانه، فلا يصح اشتراطه، وهو كلام جيد متين، ويزيده تأييداً أن أقصى ما دلت عليه الروايات الدالة على الرقية مع الاطلاق هو صحة شرط الحرية بناء على ذلك، أما على العكس وهو ما إذا حكم بالحرية كما هو مدلول أخبار القول المشهور، فإنه لم يتضمن شئ منها الدلالة على الرقية مع اشتراطها، بل ربما أفاد إطلاقها بأن أحد الأبوين إذا كان حراً فالولد حر الحكم بالحرية مطلقاً بتقريب أن ترك الاستفصال في جواب السؤال مع قيام الاحتمال يفيد العموم في المقال.

ومن ثم إن المحقق تردد في النافع، وفي الشرايع نسب لزوم الشرط هنا إلى قول المشهور مؤذناً بضعفه وعدم الدليل عليه، وإلى ما ذكرناه من القول الآخر مال في المسالك وسبطه في شرح النافع وهو كذلك لما عرفت، ثم إنه على تقدير بطلان الشرط فهل يبطل القدر، أم يختص البطلان بالشرط؟ قولان، قد تقدم الكلام فيهما في غير موضع، ومما يتفرع على ذلك ما لو وطأها بهذا العقد فأولدها، فإن قلنا بصحة العقد وبطلان الشرط خاصة فالولد حر كما لو لم يشترط بالكلية، وكذا إن قلنا بفساده مع الجهل بالفساد، لأنه نكاح شبهة يلحق بالصحيح، أما لو قلنا ببطلان العقد وكان عالماً فإنه يكون زانياً، والولد يكون رقاً تبعاً

(١) سورة المائدة - آية ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ذيل ح ٤ .

للأم من حيث الزنا لا من حيث الشرط وإن قلنا بصحة الشرط لزم ولم يسقط بالاسقاط، وإنما يعود إلى الحرية بسبب جديد، كملك الأب له ونحوه، والله العالم. المسألة الثالثة: إذا تزوج الحر أمة بدون إذن السيد، ودخل بها قبل رضا السيد وإجازته، فلا يخلو الحال من أن يكونا معا عالمين بالتحريم أو جاهلين أو أحدهما عالما والآخر جاهلا وبالعكس، فهنا صور أربع:

الأولى: أن يكونا عالمين بالتحريم، قد قطع الأصحاب بكون الوطئ زنا يثبت به الحد عليهما والولد رق لمولى الأمة، إنما اختلفوا في ثبوت المهر للمولى وعدمه.

أقول: أما الحكم بكونه زنا فقد تقدم ما يدل عليه من الأخبار المذكورة في صدر المسألة الأولى الدالة على أن نكاح الأمة من غير إذن المولى باطل، دخل بها أو لم يدخل، خلافا لما ذهب إليه أصحابنا من كونه فضوليا موقوفا على الإجازة، وقد صرح جملة من تلك الأخبار بكونه زنا كقوله عليه السلام في رواية أبي العباس (١) بعد السؤال عن الأمة تتزوج بغير إذن أهلها؟ قال: يحرم ذلك عليها وهو الزنا.

وفي رواية الثانية (٢) هو الزنا إن الله يقول: (فانكحوهن بإذن أهلهن) ونحوه في رواية الثالثة (٣).

وأما تزويج البعد بدون إذن سيده وإن كان خارجا عن موضع المسألة، فظاهر الأخبار التي تقدمت في المسألة السابعة من المقصد الثاني في الأولياء من الفصل الأول أنه موقوف على إذن السيد، وإن دخل بها كما صرح به في بعضها وإن ذلك ليس بزنا معللا في جملة منها بأنه لم يعص الله عز وجل، وإنما عصى

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ب ٢٩ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ ح ٥٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ب ٢٩ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ب ٢٩ ح ٣.

سيده وربما ظهر من كلام بعض الأصحاب أنه مع الدخول أيضا زنا يجب به الحد، وظاهر الأخبار المشار إليها يردده.

وأما الولد فإنه لا خلاف في كونه رقاً في صورة تسافح المملوكين أو زنا الحر بالأمة، وما هنا من قبيل الثاني وإن وقع بلفظ العقد، وقد علل بأن الولد نماء الأمة.

والأولى الاستدلال عليه بما رواه الشيخ (١) في الصحيح عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهم السلام (في رجل أقر على نفسه أنه غصب جارية رجل فولدت

الجارية من الغاصب، قال: ترد الجارية والولد على المغصوب منه إذا أقر بذلك الغاصب)

ورواه الكليني، كذلك والصدوق رحمة الله عليه عن الصادق عليه السلام مرسلًا، إلا أنه قال: فيه (إذا أقر بذلك أو كانت عليه بينة)

ولا إشكال ولا خلاف في كل من هذين الحكمين، إنما الإشكال والخلاف في المهر، فإن فيه قولين:

(أحدهما) وهو مختار المحقق في الشرايع لعدم لأنها زانية، فلا مهر لها، لقوله عليه السلام (لا مهر لبغي) ولأن البضع لا يثبت لمنافعه عوض إلا بعقد أو شبهه أو إكراه لها تخرج به عن كونها بغياً، والوجه أن مالية ليست على نهج الأموال الصرفة، ليكون مطلق الانتفاع بها موجبا للعوض وألا ترى أنه لو قبل أحد مملوكة الغير أو استمتع بها فيما دون الوطئ لم يكن عليه عوض، بخلاف ما لو استخدمها، والفرض عدم نقصانها بسببه، وحينئذ فالأصل عدم ثبوت كون البضع مضمونا على هذا الوجه، وإنما تضمن بأحد الوجوه الثلاثة المتقدمة. و (ثانيهما) ثبوت المهر للمولى، لأن البضع ملكه، فلا يؤثر علمها ورضاها

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٥٦ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٤ مع اختلاف يسير، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٦ ح ٥١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧١ ب ٦١ ح ١ وفيه "عن علي بن حديد" مع اختلاف يسير.

في سقوط حقه، وأجيب عن الخبر بعد تسليم صحته بأنه خارج عن محل البحث، وأن المراد به إنما هو الحرة لا الأمة وذلك ظاهر من وجهين. وأحدهما: إن لفظ المهر إنما يقال بالنسبة إلى الحرة وأما عوض بضع الأمة فإنما يطلق عليه اسم العقر أو العشر أو نصفه، وإن أطلق عليه المهر فهو مجاز، والأصل عدمه، ولهذا وقع التعبير عن الزوجة بابنه المهيرة في قولهم: لو زوجه بنت مهيرة وأدخل عليه بنت أمة. والثاني ك من جهة اللام الفيد للملك أو الاستحقاق أو الاختصاص، فإن المنفي في الخبر إنما هو ملك البغي له، واستحقاقها أو اختصاصها، والثالثة منفية عن الأمة هنا، لأن المالك له أو المختص أو المستحق إنما هو المولى دون الأمة، وذلك واضح، لما عرفت من أن البضع ملكه، فما جعل عوضا له إنما يكون للمولى لا للأمة، وبذلك يظهر لك أن الخبر المذكور لا جوه للاستدلال به هنا. نعم يبقى الاشكال بالنسبة إلى التعليل الثاني ولهذا أنه في المسالك قوى هذا القول، وجعل ثبوته متوقفا على إثبات كون البضع مضمونا حسبما قدمناه تحقيقه، إلى أن قال: والثابت على الزاني العقوبة الدنيوية أو الأخروية، وما سواه يحتاج إل دليل وهو حاصل مع العقد أو الشبهة. أقول: وقد عرفت أن الاكراه المخرج لها عن كونها بغيا ثابت لهذين الأمرين. قال: السيد السند في شرح النافع بعد ذكر القول الثاني والاستدلال له بأن البضع ملكه فلا يؤثر علمها في سقوط حقه: ويمكن الاستدلال عليه أيضا بصحيحه الفضيل بن يسار (١) عن أبي عبد الله عليه السلام، حيث قال فيها (قلت: أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضاها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل أيكون زانيا؟ قال: لا، ولكن يكون خائنا، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٤ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٧ ب ٣٥ ح ١.

إن كانت بكرا، وإن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها)
قال: فإن ثبوت العوض هنا يقتضي ثبوته في الزنا المحض بطريق أولى، إنتهى.
وفيه ما ذكره جده في المسالك حيث قال: بعد الكلام المتقدم: نعم لو كانت
بكرا لزمه أرش البكارة، لأنها خيانة، فلا دخل في المهر هنا، إن دخلت فيه
على بعض الوجوه، ولربما احتتمل كونها مهرا، لأن الشارع جعله تبعا للوطئ،
فيأتي فيه الخلاف السابق، والأصح الأول، لأن الخيانة على المال المملوك الموجبة
لنقص المالية مضمونة بغير إشكال، بخلاف المهر، إنتهى.

وهو ظاهر في كون وجوب العشر أو نصفه، وإنما وجب من حيث النقص
الحاصل بتصرفه في مال الغير بدون إذنه، ولا خصوصية له بالنكاح، فمنشؤه إنما
هو التصرف الموجب للنقص، لا ما يراد من المهر، وهو كونه في مقابلة الانتفاع
بالبضع، وحينئذ فحمله عليه لا يخرج عن القياس، وإن كان قياس أولوية.
وبالجملة فإن المسألة بما عرفت من القيل والقال وعدم وجود النص
لا تخلو من الاشكال، والله العالم.

الثانية: أن يكونا جاهلين بالتحريم ويتحقق ذلك إما بأن لا يكونا عالمين
بتحريم تزويج الأمة بغير إذن مالكها، أو كانا يعلمان ذلك ولكن عرضت شبهة
أو جبت لهما ذلك، بأن وجدها على فراشه فظنها زوجته أو أمته بعد أن عقد
عليها أولا، فإنك قد عرفت أن هذا العقد حيث لم يكن بإذن المالك لا ثمرة له،
ولا أثر يترتب عليه وظنت هي أنه مولاه، لا العاقد عليها، وحينئذ فنكاحه
لها والحال هذه من الطرفين نكاح شبهة، موجب لحرية الولد، وألحقوه بالأب،
ودارية للحد وموجب للمهر.

ولكن في المهر هنا أقوال ثلاثة: فقيل: بأنه المسمى في العقد، لأنه العوض
الذي تراضيا عليه بالعقد، العقد صحيح ظاهر للشبهة.
وقيل: مهر المثل لظهور فساد العقد في نفس الأمر، وأن مهر المثل هو

المحكوم به في نكاح الشبهة، وقواه في المسالك، وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في باب الرضاع، وأن الأظهر هو الثاني.

وقيل: بأنه العشر أو نصف العشر، واختاره السيد السند في شرح النافع، قال: وهذا أقوى، لصحيحه الفضيل المتقدمة، وقوله عليه السلام في صحيحة الوليد بن صبيح (١) إذا تزوج امرأة حرة فوجد لها أمة قد دلست نفسها (ولماليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحق من فرجها) وفيه ما عرفت آنفا أن مورد كل من الروائين صورة مخصوصة، والتعدي إلى غيرها كما في ما نحن فيه يحتاج إلى دليل، إلا فهو مجرد قياس، والأظهر الاقتصار في كل منهما على مورده.

ومما ذكرنا يظهر أن الأقرب إلى القواعد الشرعية هو القول بمهر المثل. قالوا: وإن أتت بولد كان حرا تابعا لأبيه، وعلى الأب قيمته للمولى لأنه نماء ملكه ويعتبر القيمة يوم سقوطه حيا، لأنه وقت الحكم عليه بالمالية لو كان رقا، والظاهر أنهم استندوا في وجوب القيمة على الأب للمولى إلى الأخبار الواردة في تدليس المرأة نفسها، أو تدليس من زوجها على أنها حرة، ثم ظهر كونها أمة، وسيأتي إن شاء الله بعد هذه المسألة.

الثالثة: أن يكون الحر عالما، والأمة جاهلة، قالوا: والحد عليه في هذه الصورة وينتفي عنه الولد لأنه عاهر، له الحجر، ويثبت عليه مهر المثل أو العشر أو نصفه للمولى، كما سبق ولولد رق، وهذه الأحكام كلها ظاهرة مما سبق الرابعة: العكس، بأن يكون الحر جاهلا وهي عالمة، وفي هذه الصورة يسقط عنه الحد، ويلحقه الولد، عليه فكه بالقيمة يوم سقوطه حيا كما تقدم وكذا وجوب المهر حسب ما تقدم جميع ذلك في الصورة الثانية وظاهره في المسالك

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧ و ص ٤٢٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧ ح ١.

التوقف هنا في وجوب المهر، حيث قال: والحكم بسقوط الحد ولحوق الولد به، ووجوب القيمة كالسابقة وكذا في وجوب المهر على ما أطلقه المصنف والجماعة بناء على أنه وطئ محترم من قبله من حيث الشبهة، فيثبت عوضه، وظاهرهم بل صريح بعضهم عدم الرفق بين علمها وجهلها في ذلك هنا لا يخلو من إشكال، لأنها مع العلم بغي، فينبغي مجيء الخلاف السابق، لكن لم يتعرضوا له هنا. إنتهى، وهو جيد، وأشار بذلك إلى الخلاف المذكور في هذه الصورة، قد عرفت الكلام فيه. قالوا: هذا كله إذا لم يجرز المولى العقد، إن أجازته قبل الوطئ فواضح، وإن كان بعده بنى على أن الإجازة هل هي كاشفه عن صحة العقد من حينه، أو مصححة له من حينها؟

فعلى الأول قال في المسالك وهو الأقوى: يحلق به الولد وإن كان عالماً حال الوطئ بالتحريم، وسقط عنه الحد وإن كان قد وطأ محرماً حالته، ويلزمه المهر لانكشاف كونها زوجة حال الوطئ، وإقدامه على المحرم يوجب التعزير لا الحد.

وعلى الثاني تبقى الأحكام السابقة بأسرها، لأنها حين الوطئ لم تكن زوجة ظاهراً ولا في نفس الأمر، وإنما كان قد حصل جزء السبب المبيح ولم يتم إلا بعد الوطئ، فكان كما لو لم يكن هناك عقد أصلاً. قال: في شرح النافع: والأصح الثاني أقول: فيه (أولاً) إنا لم نقف بعد التبع التام للأخبار على أثر يدل على شئ من هذين القولين، وليس إلا مجرد كلامهم في البين، سيما مع ما عرفت في كتاب البيع من عدم صحة البيع الفضولي الشذوي هو الأصل في اعتبار الإجازة، ولزوم العقد بها، بل بطلانه من رأس، إن صح في النكاح كما تقدم تحقيقه، وأما كون الإجازة له بعد وقوعه كاشفه أو ناقلة فلا أثر له في الأخبار سوى ما ذكره من هذا الاعتبار.

و (ثانياً) إنك قد عرفت مما قدمنا ذكره في المسألة الأولى دلالة الأخبار

على بطلان تزويج الأمة بغير إذن مولاها، لا أنه صحيح موقوف على الإجازة كما ادعوه، وما ذكروه هنا متفرع على ما وقع لهم ثمة من حكمهم بالصحة من غير فرق بين العبد والأمة لو تزوج كل منها بغير إذن السيد، الأخبار إنما دلت على ذلك بالنسبة إلى تزويج العبد كما قدمناها في المسألة المذكورة. وأما أخبار تزويج الأمة فإنها قد اتفقت على بطلانه وتحريمه، وأنه زنا محض، ولكنهم غفلوا عن ملاحظتها والتأمل فيما وقع فيها، فتأمل وأنصف، والله العالم.

المسألة الرابعة: إذا ادعت المرأة الحرية، فتزوجها الحر بناء على ذلك من غير علمه بفساد دعواها، وإلا كان زانيا، وكان لحكم فيه كما تقدم في الصورة الأولى من صور المسألة المتقدمة، ودعواها الحرية إما باعتبار أنها حرة الأصل ولم يكن الزوج عالما بحالها، أو ادعت العتق وظهر للزوج من قرائن الحال ما أثمر له الظن بصدقها، وتوهم الحقل بذلك.

أما لو كان عالما بفساد دعواها، أو بعد الالتفات إلى قولها بدون البينة أو الشيعاء أو نحو ذلك مما يفيد العلم، فإنه يكون زانيا، ويكون الحكم كما تقدم في الصورة المشار إليها، وحينئذ فمع العمل على دعواها بالتقريب المتقدم يكون من قبيل الشبهة، فيسقط عنه الحد ويلزمه المهر على الخلاف فيه من كونه المسمى أو مهر المثل أو العشر أو نصفه، وهل يكون الولد حرا أو رقاقا؟ قولان، وعلى كل منهما يجب على الأب فكه عند الأصحاب بدفع القيمة إلى مولى الجارية، الكلام هنا يقع في موضعين:

الأول: في المهر، وظاهرهم الاتفاق عليه وإن كانت الأمة عالمة بالتحريم، واحتمال العدم كما تقدمت الإشارة إليه ممكن، ثم إنهم اختلفوا في تقديره، فقيل: إنه المسمى لأنه عقد صحيح، قبض فيه أحد العوضين فيجب الآخر، وعروض الفسخ لا يوجب فساده من أصله. قال في المسالك. وهو ظاهر اختبار المصنف والأكثر، ثم تنظر فيه،

قال: لأنه واقع بغير إذن السيد ولا أثر لصحته ظاهرا إذا تبين فسادُه بعد ذلك، ودعوى كون الفسخ لا يفسده من أصله غير سديد. إنتهى، وهو جيد. وقد تقدم الكلام في ذلك، وأن الأظهر بطلان المسمى لظهور بطلان العقد الذي اشتمل عليه، ونعم يتم القول بالصحة لو أجاز السيد العقد، بناء على ما يدعونه من كون العقد فضوليا، وأن الإجازة كاشفة.

وقيل: مهر المثل، ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ونقله فخر المحققين عن ابن حمزة، كما نقل الأول عن القاضي ابن البراج، وغلطه الشهيد في شرح الإرشاد في كل من النقلين بأنهما قائلان بالقول الثالث. وقد علم وجه هذا القول مما تقدم في غير مقام من أن مرجعه إلى نكاح الشبهة، والواجب في نكاح الشبهة إنما هو مهر المثل، ووجهه هنا أنه لا ريب أن الجارية ملك للغير، والنكاح موقوف على رضاه، وحيث لم يرض بالنكاح باطل، إلا أنه قد حصل الوطئ المحرم بسبب الجهل، فصار نكاح شبهة فوجب مهر المثل، هذا عندهم إذا لم يجز المولى، وإلا فلو أجاز وقلنا بأن الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حينه لا من حينها، فإن الواجب حينئذ هو المسمى، إلا أنك قد عرفت ما فيه.

وقيل: بوجوب عشر قيمتها إن كانت بكرا ونضفه إن كانت ثيبا، وهو مذهب الشيخ في النهاية والقاضي ابن البراج وابن حمزة، ومستندهم في ذلك صحيحة الوليد بن صبيح (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة

قد دلست نفسها له، قال: إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: إن وجد ما أعطاها شيئا فليأخذه، وإن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها، وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرا،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧ و ص ٤٢٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١، وفيه اختلاف يسير.

وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجه، قال: وتعتد منه عدة الأمة، قلت: فإن جاءت بولد؟ أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى)

قال في المسالك: وينبغي أن يكن العمل بها لصحتها، وربما حملت على ما إذا طابق العشر أو نصفه لمهر المثل، وهو بعيد، ومن الجائز اختصاص الأمة بهذا الحكم وجعل مهر المثل للحرّة أو للأمة أيضا في غير موضع النص. إنتهى وهو جيد، فإن الرواية لا معارض لها في المقام إلا ما ذكره من تلك التعليقات مع إمكان الجمع بما ذكره رحمه الله وتخرج صحيحة الفضيل المتقدمة مؤيدا لذلك. الثاني: في حكم الولد، وقد تقدمت الإشارة إلى الخلاف فيه بالحرية والرقية، ونقل في المسالك القول بالرقية عن الشيخ وأتباعه واختار المحقق في الشرايع، مع أنه قد حكم في سابق هذه المسألة أن الولد مع الشبهة الجارية على الأب يكون حرا، وإن لزمه فكه بالقيمة، وما نحن فيه من قبيل ذلك، لأن المفروض اشتباه الحال عليه كما عرفت.

وبالثاني من القولين المذكورين صرح السيد السند في شرح النافع واستدل على القول بالرقية بحسنه زرارة (١) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أمة أبقت من

مواليها فأنت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرة فوثب عليها رجل فتزوجها، فظفر بها مواليها بعد ذلك وقد ولدت أولادا، فقال: إن أقام البينة الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها، وذهب القوم بأمّتهم، وإن لم يقم البينة أو جمع ظهره واسترق ولده)

وعد هذه الرواية في الحسن بناء على رواية الشيخ لها في التهذيب عن عبد الله بن يحيى ولكن الذي في الكافي إنما هو عبد الله بن بحر مكان عبد الله بن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٣.

يحيى، ولعله الأقرب فتكون الرواية ضعيفة بهذا الاصطلاح.
وموثقة سماعة (١) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوما فزعمت
أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولدا، ثم إن مولاهما أتاهم فأقام عندهم
البينة أنها مملوكة، وأقرت الجارية بذلك، فقال: تدفع إلى مولاهما هي وولدها،
وعلى مولاهما أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم تصير إليه، قلت: فإن لم يكن
لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده، قلت
فإن أبي الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال: فعلى الإمام أن يفتديه، ولا يملك ولد حر)
واستدل السيد في شرح النافع على الحرية كما قدمنا نقله عنه بصحيحه
الوليد بن صبيح (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام المتقدمة لقوله في آخرها (أولادها
منها

أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى) وعلى وجوب القيمة على الأب بصحيفة
محمد بن قيس (٣) عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل تزوج جارية على أنها حرة،
ثم جاء

رجل آخر فأقام البينة على أنه جاريته، قال: يأخذها ويأخذ قيمة ولدها)
ثم قال: وفي هذه الرواية دلالة على حرية والولد أيضا.
وأنت خير بأن صحيفة الوليد على أحد وجهين: أحدهما أن يكون قد شهد
شاهدان عنده أنها حرة، والثاني أن يكون الأب قد رد ثمنهم.
واحتمل بعضهم أن هذا الكلام منه عليه السلام على جهة الإنكار دون الأخبار

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٦٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٩ ح ٥.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧ و ص ٤٢٢ ح ١،
الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١، وما في المصادر اختلاف يسير مع ما ذكره - قدس سره - .
(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٠ ح ٨.

بقرينة الشرط، وهو قريب، بل الظاهر أنه أقرب من حملي الشيخ. ومن أخبار المسألة موثقة سماعة (١) (قال: سألته عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير قبيلتها، وأخبرتهم أنها حرة فتزوجها رجل منهم فولدت له، قال: ولده مملوك إلا أن يقيم البينة أنه شهد لها شاهدان أنها حرة، فلا تملك ولده ويكونون أحرارا)

وفي هذا الخبر دلالة على ما دلت عليه رواية زرارة (٢) المتقدمة من حرية الولد إن أقامت البينة على ما ادعت من الحرية، وتزوجها الرجل بناء على ذلك، وإلا فالولد رق، وهي مؤيدة للقول المشهور برقية الولد بناء على ظاهر الحل وهي بالنسبة إلى فك الولد بالقيمة مطلقة، فيحمل إطلاقها في ذلك على ما تضمنته موثقة سماعة (٣) المتقدمة، وكذا صحيحة محمد بن قيس من وجوب فك الأب له بالقيمة جمعا بين الأخبار.

ومنها موثقة محمد بن قيس (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قضى علي عليه السلام في

امرأة أتت قوما فأخبرتهم أنها حرة فتزوجها أحدهم وأصدقها صداق الحرة ثم جاء سيدها، فقال: ترد إليه وولدها عبيد)

وهذه الرواية أيضا صريحة في الرقية كما هو أقول المشهور، وأما بالنسبة إلى فكه بالقيمة فهي مطلقة، فيجب تقييد إطلاقها بما في الصحيحة المتقدمة الأدلة على أن المولى يأخذ قيمة الولد، وأخذ القيمة هو الأنسب بالرقية لا بالحرية

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٥٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٦٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٩ ح ٥.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٤.

كما توهمه السيد السند في شرح النافع فيما قدمنا نقله عنه حتى ادعى أنها دالة على حرية الولد.

وبالجملة فإنه. يحصل من الجمع بين روايتي محمد بن قيس المذكورتين باعتبار اشتمال الأولى على أنه يأخذ قيمة الولد أعم من أن يكون حراً أو رقاً، واعتبار اشتمال الثانية على أن ولدها عبيد من غير تعرض للقيمة، هو أنهم عبيد للسيد، ولكن يجب على الأب فكهم بالقيمة، وسند هذا الجمع موثقة سماعة الأولى الدالة على أنها تدفع هي وولدها إلى مولاها، وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الذي يظهر لي من تدبر هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض من غير فرق فيها بين ضعيف وصحيح هو أن الزوج إن كان قد تزوجها بعد ثبوت دعوى الحرية بالشاهدين فأولاده أحرار ولا يجب عليه فكهم بالثمن، لأنه إنما تزوج حرة باعتبار ظاهر الشرع فلا وجه للقيمة هنا بالكلية، وإن تزوجها على ظاهر الحرية بالتقريب الذي تقدم صدر المسألة، فالولد يكون رقاً، ويجب عليه فكه بالقيمة.

ويمكن توجيه ذلك بعد ورود النص به كما عرفت، فيكون بينا لوجه النص لا علة في الحكم بأن يقال: إنه لما كانت مملوكة ولم يأذن المالك في تزويجها ولم يكن التزويج على نحو الشاهدين الموجب للثبوت شرعاً كان فيه شائبة من الزنا الموجب لرقية الولد، ولما كان ذلك راجعاً إلى الشبهة الموجبة لحرية الولد كان الجمع بين الأمرين بالرقية مع الفك بالقيمة.

نعم صرح ابن إدريس بأن القيمة في صورة شهادة الشاهدين وإن لم يكن على الأب إلا أنها على الشاهدين كما سيأتي نقله إن شاء الله.

وفصل العلامة في المختلف فقال: إن رجعا لم يلتفت إلى رجوعهما وضمنا لمولاها قيمة الجارية والولد والمهر، وإن ثبت تزويرهما نقض الحكم وكان الولد

حرا، وعلى الأب دفع قيمته يوم سقط حيا.. إلى آخره أقول: لا يخفى أن أخبار المسألة هنا خالية عن العرض للقيمة في هذه الصورة، وإنما تضمنت القيمة في صورة التزويج على ظاهر الحال المحكوم فيه برقية الولد لا في صورة الشاهدين المحكوم فيها بالحرية، والظاهر أن ما ذكره ابن إدريس من أن القيمة على الشاهدين، وذكره هو بالنسبة إلى رجوعهما هو الأوفق بالقواعد الرعية كما نبهنا عليه، والفرق في ذلك بين رجوعهما وثبوت تزويرهما كما ذكره العلامة لا أعرف له وجها.

وأما ما ذهب إليه السيد السند من حرية الولد كما قدمنا نقله عنه استنادا إلى صحيحة الوليد بن صبيح، حيث إن سندها صحيح باصطلاحه، وهو ممن يتهافت على صحة السند فهو عندنا غير مرضي ولا معتمد، والروايات التي ذكرناها كما عرفت كلها دالة على الرقية، والصحيحة المذكورة يمكن تأويلها بما قدمنا ذكره والجمع بينها وبين باقي الأخبار يقتضيه.

وأما على ما ذكره واختاره فإنه يلزم طرح هذه الأخبار مع ما هي عليه من الصراحة وقوة الأسانيد أيضا.

وبما ذكرنا من الحرية مع البينة والرقية بدونها، صرح الشيخ في النهاية حيث قال: فإن عقد عليها على ظاهر الأمر بشهادة الشاهدين له بالحرية، ويرزق منها أولادا كان أولادها أحرارا، وإن عقد عليها على ظاهر الحال ولم يقم عنده بينة بحريتها ثم تبين أنها كانت رقا كان أولادها رقا لمولاهما، يجب على أن يعطيهم أباهم بالقيمة، وعلى الأب أن يعطيه قيمتهم، فإن لم يكن له مال استسعى في قيمتهم، فإن أبى كان على الإمام أن يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب، ولا يسترق ولد حز إنتهى، وإليه يرجع كلامه في كتابي الأخبار حيث حمل صحيحة الوليد بن صبيح على أحد الحملين المقدمين.

تذنيبات

الأول: لو دلسها عليه مدلس فزوجها منه على أنها حرة فظهرت أمة، فهل يحكم على الولد بالحرية أو الرقية؟ الذي صرح به جملة من الأصحاب مهم ابن حمزة وابن إدريس هو الأول.

قال ابن حمزة: إن تزوجها بغير إذن مولاهما فأقسامه خمسة:

(الأول) دلسها عليه أحد بالحرية، فيرجع بالمهر على المدلس، ويكون الولد حرا، وللسيد على عشر قيمتها إن كانت بكر أو نصف العشر إن كانت ثيبا، وأرش العيب إن عابت بالولادة، وإن دلسها مولاهما سقط المهر المسمى ولزم مهر المثل، ودفع بالمهر على سيدها وتحرر الولد.

(الثاني) شهد الشاهدان لها بالحرية، فيرجع بالمهر على الشاهدين، وباقي الأحكام على ما ذكر.

(الثالث) تزوجها بظاهر الحال على الحرية، فيكون النسب لاحقا والولد رقا وله الرجوع إليها بالمهر، وعليه للسيد ما ذكرناه من عشر القيمة أو نصفه، ويجب على السيد أن يبيع الولد من أبيه، ولزم الأب قيمته، فإن عجزا استسعى فيها، فإن لم يسع دفع الإمام عليه السلام قيمته للسيد من سهم الرقاب.. إلى آخره (١). وقال ابن إدريس: وإن عقد عليها على ظاهر الحال بشهادة الشاهدين لها بالحرية ورزق منها أولادا كانوا أحرارا، ويجب على الشاهدين ضمان المهر إن

(١) وتمايم عبارته هكذا: (الرابع) علم الرقية ولم يعلم التحريم، فيكون الولد

رقا، ويلزم المسمى، ويلتحق النسب، ويضمن أرش العيب والفرق.

(الخامس) أن يعلم الرق والتحريم، فيكون زانيا إن لم يرض السيد بالعقد، ويكون

الولد رقا، والنسب غير لاحق، والمهر غير لازم، والأرش مضمونا، وعشر القيمة إن

كانت بكرا، ونصف العشران كانت ثيبا، وإن رضي السيد بالعقد صح النكاح، انتهى.

(منه - رحمه الله).

كان الزوج سلمه إليها، وقيمة الأولاد يوم وضعهم أحياء، لأن الشهود الزور يضمنون ما يتلفون بشهاداتهم، بغير خلاف بيننا، والاجماع منعقد على ذلك. وإن عقد عليها على ظاهر الحال ولم يقم عنده سيئه بحريتها ثم تبين أنها كانت رقا كان أولادها رقا لمولاها، ويجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمة، وعلى الأب أن يعطيه قيمتهم، فإن لم يكن له مال استسعى في قيمتهم على ما روي في الأخبار إلى أن قال: وإذا عقد على امرأة بظن أنها حرة، والذي عقد عليها كان قد دلسها وكانت أمة، كان له الرجوع عليه بمهرها إن كان قد قبضته، فإن رزق منها أولادا كانوا أحرار.

وقال: أبو الصلاح: وإذا تزوج الحر بامرأة على أنها حرة فخر حبت أمة، فولدها لاحقون به، ويرجع بقيمة الولد والصداق على من تولى أمرها، وإن كانت هي التي عقدت على نفسها لم ترجع على أحد بشيء. أقول: اشتركت هذه العبارات في الحكم بحرية الولد في صورة التدليس، إلا أن كلام أبي الصلاح صريح في الرجوع بقيمة الولد على المدلس كما يرجع الزوج بالصداق إذا كان قد قبضته، وكلام ابن حمزة إنما تضمن الرجوع بالصداق خاصة، وهو بالنسبة إلى قيمة الولد، وكلام ابن إدريس مطلق بالنسبة إلى الأمرين أعني المهر وقيمة الولد.

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بالمقام ما رواه الشيخ في التهذيب (١) عن إسماعيل بن جابر أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت رجل كان يرى امرأة تدخل على قوم وتخرج فسأل عنها فقليل له إنها أمتهم واسمها فلانة، فقال لهم: زوجوني فلانة، فلما زوجه عرفوا على أنها أمة غيرهم، قال: هي وولدها لمولاها، قلت: فجاء إليهم فخطب إليهم أن يزوجه من أنفسهم فزوجه وهو يرى أنها من أنفسهم، فعرفوا بعد ما أولدها أنها أمة، وقال: الولد له وهم ضامنون لقيمة الولد

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٦ ح ١١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٩ ح ٧.

لمولى الجارية). وما رواه في الكافي (١) عن إسماعيل بن جابر أيضا (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه فعلم بعد أنها غير ابنته، وأنها أمه، فقال: يرد الوليدة على مولاها، واللد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه) وهما ظاهران في الحكم بحرية الولد، لأنه لا معنى لقوله في الأول الولد له، وفي الثاني والولد للرجل، إلا اللحق به في الحرية، وأنهم أحرار مثله وصريحان أيضا في وجوب القيمة على المدلس لمولى الجارية لأن الولد نماء ملكه وحينئذ فيجب حمل إطلاق عبارتي ابن إدريس وابن حمزة على ما دل عليه الخبران المذكوران من وجوب القيمة على المدلس كما صرح به أو الصلاح، وبما ذكر هنا وفيما تقدم تجب القيمة في صورة التدليس على المدلس مع الحكم بالحرية، وتجب أيضا في صورة التزويج على ظاهر الحال على الأب مع الحكم بالرقية على ما يستفاد من الأخبار في المقامين.

وإنما يبقى الكلام في صورة شهادة الشاهدين، من وجوب القيمة على الشاهدين كما ذكره ابن إدريس، أو التفصيل الذي تقدم نقله عن العلامة حيث إن الأخبار خاليه من التعرض لذلك، إلا أن الظاهر أن الأقرب ما ذكره ابن إدريس، والله العالم.

الثاني: قد صرح الشيخ فيما تقدم من عبارته المنقولة عن النهاية أن الأب إن أبى عن الاستسعاء في قيمة الولد كان على الإمام عليه السلام أن يعطي مولى الجارية

قيمتهم من سهم الرقاب.

وابن إدريس قد اعترضه هنا فقال: بعد نقل ذلك عنه: والذي يقتضيه

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٢ ح ١.

أصول المذهب أن الإمام لا يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب، ولا يجوز أن يشتروا من سهم الرقاب من الزكاة، لأن ذلك مخصوص بالعبيد والمكاتبين، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين بل أحرار في الأصل، وانعتقوا كذلك، ما مسهم رق أبداً، لأنه قال عليه السلام (ولا يستقر ولد حر) وصفه بأنه حر، فكيف يشتري الحر من سهم الرقاب، وإنما أثمانهم في ذمة أبيهم، لأن من حقهم أن يكونوا رقا لمولى أمهم، فلما حال الأب بينه وبينهم بالحرية وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء أحرارا، وهو وقت الحيلولة، إنتهى.

والعجب منه أنه قد وافق الشيخ في هذه الصورة أعني صورة التزويج بناء على ظاهر الحال، فقال: برقية الولد فيها كما قدمنا نقله عنه في عبارته السابقة وأوجب السعي على أبيه في قيمته، فكيف يوافق على رقية الولد ويمنع من إعطائه من سهم الرقاب، مدعيا حريرتهم وأنهم ما مسهم رق أبدا مستندا إلى جعل (حر) في الرواية (صفة ولد) ومع عدم تعيينه لذلك لاحتمال الإضافة بل هو أظهر مناقض لما صرح به من الرقية في المسألة.

وكيف كان فكلام الشيخ مبني على الرقية، وكلامه مبني على الحرية، فهذا الإنكار منه مصادرة لأن الشيخ لا يقول بالحرية حتى أنه يرد عليها ما ذكره. نعم قد ناقش بعض المتأخرين في جعل الشيخ ذلك من الزكاة من سهم الرقاب، مع أن الرواية ليس فيها (إلا أنه على الإمام أن يفديه) وهو أعم من كونه من سهم الرقاب أو غيره، ويجوز أن يكون من بيت المال لأنه معد للمصالح. وفيه أنه متى قيل بالرقية كما هو اختيار الشيخ فجعله من سهم الرقاب أوجه كما صرح به ونازع بعض المتأخرين أيضا في وجوب استسعاء الأب مع عجزه، وأوجب النظر إلى يساره، لضعف الرواية، لأنه من جملة الديون (وقد قال: الله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) (١) وحمل الرواية على الاستحباب

(١) سورة القرة - آية ٢٨٠.

أقول فيه: إن هذا إنما يتم بناء على القول بالحرية كما هو ظاهر كلام ابن إدريس المذكور هنا حيث صرح بالحرية، وأن أثمانهم في ذمة أبيهم، ونحوه كلام العلامة في المختلف (١).

وأما على القول بالرقية كما هو ظاهر الأخبار سيما موثقة سماعة، فإنه غير تام، إذ الولد رق للمولى، والواجب على الأب السعي لفك ابنه من الرقية بكل وجه تمكن منه، ولو تعذر وجب على الإمام عليه السلام فكه له، ولا يجب على المولى دعه إلى الأب إلا بالقيمة، لقوله عليه السلام في الرواية المذكورة (يدفع إلى مولاها هي وولدها، وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته) ولي هنا دين بالكيفية، ومما هو ظاهر في الرقية دون الحرية في الصورة المذكورة قوله عليه السلام في رواية زرارة المتقدمة، (وإن لم يقيم البينة أو جع ظهره واسترق ولده)، وقوله عليه السلام موثقة سماعة الثانية (وولده مملوكون إلا أن يقيم البينة) الحديث، وقوله في موثقة محمد بن قيس (وولدها عبيد) فأى دليل في الحكم بالرقية أصرح من هذه

(١) قال العلامة في المختلف: والتحقيق أن تقول: إذا شهد اثنان لها بالحرية فإن رجعا لم يلتفت إلى رجوعهما وضمنا لمولاها قيمة الجارية والولد والمهر، وإن ثبت تزويرهما نقض الحكم وكان الولد حرا، وعلى الأب دفع قيمته يوم سقط حيا، فإن عجز فالوجه الانظار به إلى اليسار، ولا يجب الاستسعاء ولا الأخذ من بيت المال، وإن كان جائزا، لكنه غير واجب، لأنه من المصالح، وكذا الحكم لو تزوجها على ظاهر الحال بالحرية من غير أن يشهد لها أحد به، لأنه مال ثبت في ذمته، وهو عاجز عنه، فينظر إذا به. ثم نقل عن الشيخ الاحتجاج بموثقة سماعة الأولية منهما فيما قدمنا نقله، ثم أجاب بالطعن في السند والحمل على الاستحباب.

وكلامه كما ترى مبني على الحكم بالحرية في كل صور تزوير الشاهدين، والصورة التي هي محل البحث وهو التزويج على ظاهر الحال، مع أنك قد عرفت مما في الأصل تصريح الأخبار في الصورة الثانية بالرقية، وأن وجوب القيمة على الأب إنما هو لذلك: لا أنه حر ويجب على الأب أن يدفع قيمته لو كان رقا. (منه - قدس سره -).

الأخبار كما لا يخفي على من جاس خلال الديار. وظاهر هذه الأخبار أن الأولاد لا يتصفون بالحرية إلا بعد دفع القيمة إلى المولى من الأب أو الإمام، وإلا فهم على الرق، لا أنهم قد ولدوا على الحرية كما ادعاه ابن إدريس فيما تقدم من كلامه، وهو ظاهر من كلام العلامة في المختلف أيضا.

قال في المسالك بعد ذكر القولين أعني الحرية والرقية: وتظهر فائدة القولين مع اتفاقهما على وجوب دفع القيمة وحرية بدفعها فيما لو لم يدفعها لفقر أو غيره، فعلى القول بحريته تبقى دينا في ذمته، ولولد حر، وعلى القول الآخر يتوقف على دفعها، وهو ظاهر فيما قلناه، وواضح فيما ادعينا. ثم قال أيضا على أثر هذا الكلام:

وأما الحكم باستسعاء الأب في الثمن فمبني على رواية سماعة، وسندها ضعيف، وهو من جملة الديون ولا يجب الاستسعاء بها بل ينظر إلى اليسار لعموم قوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) وهذا أقوى، ويمكن حمل الأمر بالاستسعاء على الاستحباب، إنتهى.

وفيه أنه قد صرح بأن القيمة يكون دينا في ذمته، وإنما هو على تقدير القول بالحرية، وأما على تقدير الرقية فلا دين بالكلية، وإنما غاية الأمر أن الحرية تتوقف على الشراء ودع القيمة، بمعنى أنه يجب عليه الشراء، وقبل وقوع الشراء. فالذمة غير مشغولة بالثمن، فلا وجه لتعلقها بالذمة على هذا القول وحينئذ فحق الكلام أن يقال: وأما حلكم باستسعاء الأب في الثمن فهو مبني على القول بالرقية، ورواية سماعة إنما صرحت بالاستسعاء لما تضمنته من القول بالرقية، وقد عرفت دلالة جملة من الأخبار على ذلك أيضا، فلا معنى لقصر الحكم على رواية سماعة والظعن فيها بالضعف، ولا معنى لجعله ذلك من الديون بناء على هذا القول، بل كونه من الديون إنما هو على القول بالحرية كما

اعترف به، وبالجملة فكلامهم هنا بمعزل عما دلت عليه روايات المسألة.
الثالث: ما تقدم كله بالنسبة إلى التدليس من جهة الزوجة بأن كانت أمة
قد دلست نفسها، أو دلسها آخر بأنها حرة.

أما العكس بأن تتزوج الحرة بالعبد الغير المأذون له في التزويج، قالوا:
فإن كانت عالمة بعد الإذن لم يكن لها مهر، ولا نفقه مع علمها بالتحريم، وكان
أولادها منه رقاقا، ولو كانت جاهله كانوا أحرارا ولا يجب عليها قيمتهم، وكان
مهرها لازما لذمه العبد إن دخل بها يتبع به إذا تحرر، وتفصيل هذه الجملة
يقع في مواضع:

الأول: إنه لا ريب أنه متى علمت بالتحريم فإنه لا مهر لها ولا نفقه، لأنها
بغى خصوصا مع علمها بحاله.

ويدل عليه مع كونه الأوفق بالقواعد الشرعية ما رواه الكليني
والصدوق (١) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قال رسول الله صلى
الله عليه وآله: أيما

امرأة حرة زوجت نفسها عبدا بغير إذن مواليه، فقد أباحت فرجها ولا صداق لها)
وهو محمول على علمها بالتحريم.

ثم إنه لو اتفق ولد والحال هذه فإنهم قالوا: إنه رق لمولى الأب لعدم
لحوقه بها، وإن كانت حرة حيث إنها بغى فلا وجه لحريته، قال في المسالك:
وهو نماء العبد، وفي بعض الروايات دليل عليه.

ولو جهلت التحريم، إما بجهلها برقية الزوج أو بجهلها بالحكم، فالنكاح
صحيح لموضع الجهل وحصول الشبهة.

والمشهور في كلام الأصحاب من غير نقل خلاف أن الولد حر، لأنه
لاحق بها فيتبعها في الحرية، لما تقدم في المسألة الثانية من الأخبار الدالة على

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٢ ح ٦٦، الفقيه ج ٣
ص ٢٨٥ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٤ ح ٣ و ٤.

تبعيته لأشرف أبويه، ولا قيمة عليها هنا لمولى الزوج، لأنه نماؤها حقيقة، وإنما حكم بالقيمة حيث ينسب إليها وهي أمة. أقول: والأظهر أن الفق بين الموضوعين إنما هو لوجود النص ثمة، وعدم وجوده فيما نحن فيه، ثم إن ما صرحوا به هنا من حرية الولد في صورة الجهل بناء على التعليل المذكور لا يخلو من إشكال، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، لما رواه الشيخ (١) بسند معتبر عن العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام (قال في رجل

دبر غلاماً فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم، ولم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد، وكسب مالا ومات مولاه الذي دبره، فجاء ورثة الميت الذي دبر العبد فطالبوا العبد، ما ترى فقال: العبد وولده لو ورثة الميت الذي دبر العبد العبد؟ قال:؟ إنه لما أبق هدم تدييره، ورجع رقا) وهي كما ترى صريحة في خلاف ما ذكوره. وهي مستندهم في الحكم ببطلان التدبير بالإباق، وظاهر الشيخين أيضا في المقنعة والتهديب القول بمضمونها.

قال في المقنعة: إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأولاده رق للسيد وإن كانت المرأة حرة.

والشيخ بعد أن أورد العبارة المذكورة في التهديب قال: وأما الذي يدل على أن الأولاد يكون رقا لمولاه ما رواه البيهقي، ثم ساق الرواية المذكورة، ولم أقف على من تصدى لنقلها في هذا المقام فضلا عن الجواب عنها، والمسألة لذلك محل إشكال، ولا يحضرني الآن وجه الجمع بين الأخبار إلا الوقوف على موضع النص وتخصيص الأخبار الدالة على تبعيته للحر من الطرفين بهذا الخبر، على أنه قد عارضها أيضا أخبار عديدة تقدم ذكرها في المسألة الثانية. والثاني: إنه على تقدير علمها بالتحريم وكونها بغيا فإن مقتضى القواعد الشرعية وجوب الحد عليها، إلا أنه لم يذكره أحد منهم في المقام، ربما

(١) التهديب ج ٧ ص ٣٥٣ ح ٦٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٦ ح ٢.

قيل بسقوطه عنها، لأن العقد الواقع عليها يعد شبهة بالنسبة إلى المرأة لضعف عقلها، وهو غير جيد، فإن مجرد العقد عليها مع علمها بفساده وتحريم الوطئ لا يعد شبهة قطعاً، والأقرب أن عدم ذكرهم للحد هنا لا يقتضي حكمهم بالعدم، لجواز أن يكونا قد اعتمدوا على القواعد المقررة الدالة على وجوب الحد على الزاني العالم بالتحريم وهو هنا كذلك.

الثالث كإنه على تقدير الجهل وصحة النكح فإن المهر يثبت في ذمة العبد لا أن الوطئ المحرم لا يكون إلا بمهر فيتبع به إذا أعتق، وهل هو المسمى أو مهر المثل يمتنى على الخلاف السابق؟ فلو أجاز المولى بعد ذلك فلا إشكال في كونه المسمى، ولو قلنا إن الإجازة كاشفه وحصلت بعد الوطئ مع العلم بالتحريم سقط الحد عنها ولحق الولد بها، لتبين أنها كانت زوجة حال الوطئ وإن لم يكن ذلك معلوماً لها، إلا أنك قد عرفت فيما قدمناه أنه لم يثبت بذلك دليل على ما ذكره من هذه القاعدة، وإن كانت متداولة في كلامهم. وأما النفقة فهي تابعة للزوم العقد بالإجازة، فإذا انتفت الإجازة انتفت النفقة لعدم الزوجية التي هي مناطها هنا، والله العالم.

والمسألة الخامسة: قال الشيخ في النهاية: إذا زوج الرجل جاريتة عبده، فعليه أن يعطيها شيئاً من ماله مهراً لها، وكان الفراق بينهما بيده، وليس للزوج طلاق على حال، فمتى شاء المولى أن يفرق بينهما أمره باعتزالها، ويقول قد فرقت بينكما، وتبعه ابن البراج وأبو الصلاح وابن حمزة.

وبالغ المفيد في ذلك فقال: إذا زوج الرجل عبده أمته كان المهر عليه في ماله دون العبد وينبغي أن يعطي عبده شيئاً قل أو كثر ليكون مهراً لأمة يتسلمه من العبد قبل العقد أو في حاله أو بعده ليحل له بذلك، ومتى كان العقد من السيد بين عبده وأمته كان الفراق بينهما بيده، أي وقت شاء أمرها باعتزاله، وأمره باعتزالها، ولم يكن لأحدهما خلافه فيما يأمر به من ذلك، فإن خالفاً سقط

خلافهما وكان تفريقه بينهما كافيا في التحريم، ونائبا مناب لفظ الطلاق الموجب للافتراق.

وقال ابن إدريس: الذي يقوى في نفسي أنه إذا زوج الرجل عبده أمته، فإن السيد لا يجب عليه أن يعطيها شيئا، وأن هذا الفعال من المولى إباحة للعبد جاريته، دون أن يكون عقد نكاح، وإن سمي تزويجا وعقدا، فعلى سبيل الاستعارة والمجاز، وكذا تفريق المولى بينهما بأمر العبد باعتزالها وأمرها باعتزاله سمي طلاقا مجازا، لأنه لو كان طلاقا حقيقيا لروعي فيه أحكام الطلاق وألفاظه وشروطه ولا كان يقع إلا أن يتلفظ به الزوج، لأن الرسول صلى الله عليه وآله قال: (١) (الطلاق

بيد من أخذ بالساق)، وهذا قد وقع ممن لم يأخذ بالساق، وهو المولى، وهذا أول دليل وأصدق قيل على أن هذا العقد والفعال من المولى إباحته للعبد وطئ جاريته، لأنه لو كان عقد نكاح لروعي فيه الإيجاب والقبول من موجب وقابل، وكان يراعي ألفاظ ما ينعقد به النكاح، ولأن العقد حكم شرعي، يحتاج إلى دليل شرعي، إنتهى.

وقال العلامة في المختلف بعد نقل هذه الأقوال: والتحقيق أن نقول: أما إعطاء الأمة فلا شك في استحبابه، لأنها ملك له، فلا تستحق على مالكها شيئا، وأما كون ذلك إباحة ففي مقام المنع، بل هو نكاح صريح، لأن العبد والأمة كلاهما محل قابل له.

ويؤيده ما رواه الشيخ في التهذيب (٢) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (في المملوك يكون لمولاه أو لمولاته أمة، فيريد أن يجمع بينهما، أينكحه

(١) كنوز الحقائق المطبوع في هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٩ عن الطبراني،

المستدرک ج ٣ ص ٨.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٠ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ٣.

نكاحاً؟ أو يجزيه أن يقول قد أنكحتك فلانة، ويعطي من قبله شيئاً أو من قبل العبد: قال: نعم ولو مدا، وقد رأيتُه يعطي الدارهم)

روى الصدوق في الفقيه (١) في الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سألتُه عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه، ولا بد من طعام أو درهم أو نحو ذلك، ولا بأس بأن يأذن له فيشتري من ماله إن كان له جارية أو جواري يطأهن)

وروى الشيخ في التهذيب (٢) قريباً من ذلك في الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام لا يقال: النكاح يفتقر إلى القبول، ولا يفتقر هذا إلى القبول، فلا يكون نكاحاً، لأننا نقول: القبول إنما يشترط في حق من يملكه، والعبد هنا لا يملك القبول، لأن للمولى إجباره على النكاح، فله هنا ولاية طرفي العقد.

ويدل على أنه ليس بإباحة، ما رواه علي بن يقطين (٣) عن أبي الحسن عليه السلام (أنه سئل عن المملوك يحل له أن يطاء الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: لا يحل له)

وأما تسمية هذا الفراق طلاقاً، فإنه على سبيل المجاز ز لكن الاجماع منا على أن الفراق هنا بيد السيد.

ويؤيده ما رواه محمد بن مسلم (٤) في الصحيح الباقر عليه السلام (قال: سألتُه عن

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٤ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٥ ح ٤٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ٢.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ٢.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ح ١.

قول الله عز وجل (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) (١) قال: هو أن يأمر الرجل عبده وتحتته أمته فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها) إنتهى.

أقول: في عده رواية محمد بن مسلم الأولى من الصحيح نظر، فإن في طريقها عبد الله بن محمد، وهو ابن أخو أحمد بن عيسى وليس بموثق. ثم إنه لا يخفى أن الكلام هنا يقع في مواضع: الأول: ما ذكر من الخلاف فيما تضمنته هذه الأخبار من دفع السيد شيئاً لأمته، متى زوجها عبده، هل هو على وجه الوجوب أو الاستحباب؟ المشهور بين المتأخرين الثاني، والظاهر أن المشهور بين المتقدمين الأول، وظاهر السيد السند في شرح النافع الميل إليه، حيث قال بعد إيراد صحيحة العلاء عن محمد بن مسلم المتقدمة، وحسنة الحلبي المشار إليها في كلام العلامة، وهي ما رواه (٢) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل كيف ينكح

عبده أمته؟ قال: يقول: قد أنكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه ولو مدا من طعام أو درهما أو نحو ذلك): ومقتضى الروايتين وجوب الاعطاء، وإليه ذهب الشيخان وأبو الصلاح وابن حمزة وابن البراج وحملها المصنف وبعض من تأخر عنه على الاستحباب، وهو مشكل الوجوب أقرب، إنتهى. وقال في المسالك: وذهب المصنف والأكثر إلى الاستحباب لعدم صراحة الرواية في الوجوب، ولما فيه من جبر قلبها مع أن المملوكة ملك للمولى، فلا وجه لوجوب صرف شيء من ملكه إلى وجه آخر من ملكه، وما يدفعه العبد هو من مال المولى أيضاً، لأن ما بيده من كسب أو غيره هو للمولى، إنتهى. أقول: كأنه أشار بعدم صراحة الرواية في الوجوب إلى كون الأمر هنا بالجملة الخبرية.

(١) سورة النساء - آية ٢٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٤٦ وفيه اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ٢.

وفيه أن الدليل الدال على كون الأمر حقيقة في الوجوب من الأدلة الأصولية، والأخبار المعصومية التي ذكرناها في المقدمات في صدر كتاب الطهارة (١) لا اختصاص

له بصيغة إفعال، بل كلما دل على الطلب بصيغة الأمر أو الخبر، وما ذكره من التأييد وفاقا لما تقدم في كلام العلامة أيضا من أن الأمة ملك للسيد فلا يستحق على مالها شيئا مردود بأنه من الجائز حمل الأمر على التعبد الشرعي بذلك، وإن كان الأمر كما ذكره.

وبالجملة فالأظهر الوقوف على ظواهر النصوص المذكورة، وعدم الالتفات إلى هذه التعليقات في مقابلتها، على أن قد قدمنا في كتاب المتاجر (٢) أن الظاهر من الأخبار هو ملك العبد وإن كان مهجور التصرف إلا بإذن السيد، فلا ورود لما أورده حينئذ.

الثاني: إن صريح كلام الشيخين المتقدم، وهو ظاهر من تبعهما أن المدفوع مهر، والأخبار المذكورة لا تنهض بالدلالة على ذلك بل ظاهرها أنه عطية محضة. وفي المسالك: واعلم أن الظاهر من حال هذا المدفوع أنه ليس على جهة كونه مهرا بل مجرد الصلة والبر وجبر خاطر المملوكين.

الثالث: ظاهر كلام المتقدمين أيضا أن ذلك نكاح لا إباحة كما ذكره ابن إدريس فإن قولهم إذا زوج الرجل عبده أمته صريح في إرادة النكاح، وهو ظاهر الأخبار المذكورة أيضا، وليس فيها ما ربما ينافي ذلك، إلا عدم ذكر القبول من الزوج.

والجواب عنه بما ذكره العلامة جيد، وربما قيل بتخصيص الوجوب بكونه عقدا لي كون مهرا، وهو ظاهر كلام المتقدمين المذكورين، فإن كلامهم ظاهر في الثلاثة أعني الوجوب، وكونه عقدا، وكون المدفوع مهرا، ولا يبعد حمل الأخبار عليه، وإن كانت غير ظاهرة في كون المدفوع مهرا. الرابع: وإن ما استدلل له العلامة على نفي كون المراد بالنكاح هنا إباحة،

(١) ج ١ ص ١١٢.

(٢) ج ١٩ ص ٣٩٥.

من رواية علي بن يقطين ربما أشعر بعدم جواز نكاح التحليل مطلقاً أو في هذه الصورة وليس الأمر كذلك. والتحقيق أن الرواية المذكورة لمصادمة الأخبار المستفيضة الدالة على صحة نكاح التحليل لحر كان أو عبد لها محمولة على التقية، لأن العامة لا يقولون بصحة نكاح التحليل كما ذكوره بعض الأصحاب وسيأتي إن شاء الله تحقيق

الكلام في المسألة كما هو حقه في بحث التحليل، ويكفي في رد ما ذهب إليه ابن إدريس من دعوى كون إباحة، دلالة الروايات على كونه نكاحاً وظهورها في ذلك، والمفهوم من رواية محمد بن مسلم التي عدها في المختلف صحيحة أن هذا النكاح ليس على حد النكاح المشهور في غير هذه الصورة المفتقر إلى الإيجاب من الزوجة، والقبول من الزوج، والشروط المقررة ثمة بل هو نوع خاص منه، لأن قوله (١) (أينكحه نكاحاً أو يجزيه أن يقول أنكحتك فلانة ويعطي منه من ماله شيئاً) الخبر، ظاهر فيما قلناه، والظاهر أن مرجع السؤال إلى أنه هل يشترط فيه القبول من العبد قول السيد ذلك أم لا؟ فأجاب بأنه لا يشترط ذلك بل يكفي يقول السيد ذلك.

الخامس: إن ما أطل به ابن إدريس من منع الطلاق هنا وعدم كونه طلاقاً حقيقة تطويل بغير طائل لأن أحداً من المتقدمين لم يدع ذلك، بل صريح كلام الشيخين المتقدم هو الحرمة بمجرد الأمر بالاعتزال والتفريق بينهما، ولعله أراد بهذا التطويل في نفي كون ذلك طلاقاً هو الدلالة على كونه حينئذ إباحة لا عقداً.

وفيه إنك قد عرفت أن المفهوم من الأخبار أنه وإن كان عقد إلا أنه لا كالعقود المشهورة المترتب عليها تلك الأحكام المذكورة بل هو نوع خاص منها وقوفاً على ظاهر الأخبار الواردة في المقام.

(١) نقله - رحمه الله - بالمعنى.

الحاق

قالوا: إذا تزوج عبد بأمة لغير مولاه، فإن أذنا الموليان فالولد لهما، وكذا لو لم يأذنا، ولو أذن أحدهما كان الولد لمن لم يأذن، ولو زنا بأمة غير مولاه كان الولد لمولى الأمة.

قال في المسالك بعد نقل ذلك: هذا التفصيل ذكره الأصحاب كذلك وظاهرهم الاتفاق عليه، ويظهر من بعضه أنه منصوب ولم نقف عليه.

أقول: قد تقدم شطر من الكلام في هذا المقام في صدر المسألة الثانية، وأشرنا ثمة إلى أنا لم نقف له على دليل سوى ما يدعونه من الاتفاق، مع أن أبا الصلاح جعل الولد لمولى الأمة خاصة كغيرها من الحيوانات إلا أن يشترط مولى العبد، فيكون له من حيث الشرط.

وبالجملة فإنني لم أقف على نص يدل على الاشتراك سواء كان مع الإذن منهما أو عدمه.

وأما لحوقه بمن لم يأذن إذا أذن أحدهما فعللوه بأن الإذن لمملوكه في التزويج مطلقا مقدم على قران الولد منه، لأنه قد يتزوج من ليس برق، فينقذ الولد حرا، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة.

ولا يخفى ما فيه، نعم يمكن أن يستأنس له بالأخبار المتقدمة الدالة على أن الأمة إذا تزوجت بدون إذن السيد بدعوى الحرية، فإن الولد يكون رقا كرواية زرارة وموثقة سماعة المتقدمتين في المسألة الرابعة، والتقريب فيها أنه حيث كان الزوج حرا فهو بمنزلة المأذون له في النكاح في كون نكاحه صحيحا، والزوجة حيث أن تزويجها بدعوى الحرية وهي مملوكة وقاعا فهو غير مأذون لها وقد ألحق الشارع هنا الولد بالأم الغير المأذونة دون الأب الذي هو في معنى المأذون. وأما في الزنا والحكم بالولد لمولى الجارية فيدل عليه مضافا إلى الاتفاق

المدعى ما قدمناه في الصورة الأولى من المسألة الثالثة من رواية جميل (١) عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه (في رجل أقر على نفسه أنه غصب جارية فولدت الجارية من الغاصب فقال: ترد الجارية والولد على المغضوب) الخبر.

المسألة السادسة: لو تزوج أمة بين شريكين ثم اشترى حصة أحدهما بطل العقد، وحرّم عليه وطؤها، ولو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الابتياح لم يصح، وقيل: يجوز له وطؤها بذلك، وهو ضعيف.

ولو حللها له قيل: يحل وهو مروى، وقيل: لا، لأن سبب الاستباحة لا يتبعض.

وكذا لو ملك نصفها وكان الباقي حراً لم يجز وطؤها بالملك، ولا بالعقد الدائم، فإنها باها على الزمان قيل: يجوز أن يعقد عليها متعة في الزمان المختص بها وهو مروى وفيه تردد لما ذكرنا من العلة كذا صرح به المحقق رحمة الله عليه وتفصيل الكلام في بيان هذه الأحكام يقع في مواضع:

الأول: وفي الحكم ببطان العقد في الصورة المذكورة بشراء حصة أحد الشريكين وعمله في المسالك بأن ملك الجزء يبطل عقده لامتناع أن يعقد الانسان لنفسه على أمته عقداً، وهو يستلزم بطلان الاستدامة ولا يمكن الحكم ببقاء العقد في الجزء الآخر، لأن العقد لا يتبعض ليبطل في بعضه ويصح في بعض آخر، فتعين بطلانه في الجمع.

قال: وأما تحريم وطئها فلاستلزامه التصرف في مال الغير بغير إذنه الممتنع عقلاً وشرعاً.

أقول: والأظهر الاستدلال على ذلك بما رواه الصدوق رحمة الله عليه (٢)

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٥٦ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٤، مع اختلاف يسير الوسائل ج ١٤ ص ٥٧١ ب ٦١ ح ١ وفيه "عن علي بي حديد" مع اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٤ ح ٢٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٥ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٦ ح ١.

بطريقه عن زرة عن سماعة (قال: سألته عن رجلين بينهما أمة فزواجهما من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين، قال: حرمت على باشرائه إياها وذلك أن بيعها طلاقها إلا أن يشتريها جميعاً) ورواه في الكافي (١) الموثق عن سماعة أيضاً مثله إلا أن فيه (إلا أن يشتريها من جميعهم)

وإذا ثبت بطلان العقد بالخبر المذكور حرم وطؤها لاستلزامه التصرف في مال الشريك بغير إذنه، وحينئذ فلا طريق إلى حلها إلا بشراء الجميع أو بيع الجميع، ثم تجديد النكاح بأحد الأسباب المبيحة له، وأشار بقوله: ولو أمضى الشريك الآخر العقد إلى الرد على الشيخ في النهاية حيث قال: إذا تزوج رجل جارية بين شريكين فاشترى نصيب أحدهما حرمت عليه، إلا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً، وتبعه ابن البراج. ورد بأنه إن كان عقد النكاح قد بطل بالشراء كما هو الظاهر فكيف يصير صحيحاً بمجرد الرضا، إن لم يبطل فلا وجه لاعتبار رضاه بعد العقد، لأن العقد المذكور وقع أولاً برضاه ولم يتجدد له ملك فلا يقف على إجازته. أقول: وقد عرفت دلالة الخبر على البطلان فتعين الحكم به، فتصحح به بعد ذلك بمجرد الرضا غير معقول، وتأول المحقق في نكت النهاية كلام الشيخ هنا فحمله على أن المراد بقوله أو يرضى مالك نصفها بالعقد عقد البيع على النصف الثاني، قال: فكأنه يقول: إلا أن يشتري النصف الآخر من بايع النصف الأول فضولاً، ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد، فتكون الإجازة كالعقد المستأنف، ويكون الألف في قوله (أو وقعت) سهواً من الناسخ أو يكون بمعنى الواو، وعلى هذا فيكون الطريق إلى حلها في كلام الشيخ أمراً واحداً، وهو شراء النصف الآخر. قال فخر المحققين بعد أن نقل هذا التأويل: وفيه تأسف وبعد، وقال في

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٤ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٦ ح ٢.

المسالك: وهذا التأويل وإن كان بعيدا إلا أن بناء حكم الشيخ رحمه الله - علي ظاهر أبعده.

أقول: إن الشيخ ليس بمعصوم من ذلك الاقدام، فكم له من هفوات الأقلام في الأحكام التي لا تقبل الاصلاح بين الأنام، والظاهر أن ما هنا من ذلك القبيل. الثاني: ما ذكره بقوله (ولو حللها له) إلى آخره، وتوضيحه أن الأمة إذا كانت مشتركة بين شريكين، فأحل أحد الشريكين للآخر وطئها، فهل تحل بذلك: الأكثر على العدم، قالوا: لاستلزامه تبعض سبب الإباحة، وبمعنى حصول النكاح بالملك والتحليل معا، مع أن الله عز وجل حصره في أمرين، العقد والملك بقوله (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) (١) والتفصيل قاطع الشركة، فلا يكون الملفق منهما سببا.

وذهب ابن إدريس إلى حلها بذلك، لأن المراد بالملك الذي هو أحد السببين المذكورين ما هو أعم من ملك الرقبة والمنفعة، والسبب الموجب للتحليل هنا هو الملك، وإن كان مركبا من ملك الرقبة في بعضها وملك المنفعة في البعض الآخر، فيكون السبب في حل جميعها واحد، وهو الملك.

ويدل عليه أيضا وإن كان ابن إدريس لا يستند إليه ما رواه الكليني والشيخ (٢) في باب السراري وملك الايمان في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن محمد بن قيس (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام ورواه الصدوق في

الصحيح أيضا عن الحسن بن محبوب عن ابن رئاب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن جارية بين رجلين دبراها جميعا ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه، قال: هي له حلال، فأيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرا من

(١) سورة المؤمنون - آية ٦.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٣، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠

ح ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٥ ح ١.

قبل الذي مات، ونصفها مدبرا، قلت: أرأيت إن أراد الثاني منهما أن يمسخها، أله ذلك؟ قال: لا، إلا أن يثبت عتقها ويتزوجها برضا منها متى ما أراد، قلت له: أليس قد صار نصفها حرا، وقد ملكت نصف رقبته والنصف الآخر الباقي منها؟ قال: بلى، قلت: فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها؟ قال: لا يجوز لها ذلك، قلت: لم لا يجوز لها ذلك وكيف أجزت للذي له نصفها حين أحلها فرجها لشريكه فيها؟ قال: لأن الحرة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحله، ولكن لها من نفسها يوم، وللذي دبرها يوم، فإن أحب أن يتزوجها متعة بشئ في ذلك اليوم الذي تملك فيه نفسها فليتمتع منها بشئ قل أو أكثر) وهذه الرواية قد رواها المشايخ الثلاثة بطرق صحيحة، إلا أن الشيخ في التهذيب (١) رواها في أول كتاب النكاح بطريق في ه علي بن الحسن بن فضال عن محمد

ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ومن تأخر عنه كالمحقق وغيره لم يقفوا إلا على هذا السند، وفرد الرواية لذلك بالضعف. قال المحقق في النافع: وبالتحليل رواية فيها ضعف، وفي الشرايع نسبه إلى الرواية كما قدمنا ذكره مؤذنا بضعفه وقال في المسالك بعد نقل قول ابن إدريس والاستدلال له بنحو ما قدمنا ذكره: ويؤيده رواية محمد بن مسلم أبي جعفر عليه السلام (في جارية بين رجلين دبراها جميعا ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه، قال: هو له حلال) وهذه الرواية تصلح شاهدا لغير ابن إدريس، فإن لا يستند إلى مثل هذه الأخبار مع صحتها، فيكف مع ضعفها، وكلام ابن إدريس متوجه وإن كان المنع أولى، إنتهى. والظاهر أنه لو وقف على هذه الأسانيد الصحيحة المتعددة لهذه الرواية عن محمد بن قيس وعن محمد بن مسلم عنه عليه السلام لما عدل عن مذهب ابن إدريس وبالجملة

فالظاهر هو ما ذهب إليه ابن إدريس لما عرفت.
الثالث: ما ذكره بقوله (وكذا لو ملك نصفها وكان الباقي حرا) بمعنى أنه

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٥ ح ١.

لا يجوز له وطؤها أيضا لو ملك بعضها وكان البعض الآخر حرا، وعلل بأن الجزء لحر لا يستباح بملك البعض قطعا، ولا بالعقد الدائم اتفاقا لتبعض السبب، ولا بالمنقطع لذلك، ولا بالتحليل، لأن المرأة ليس لها تحليل نفسها إجماعا وإنما يقع التحليل من المولى.

أقول: وقد صرحت بالحكم المذكور صحيحة محمد بن قيس المتقدمة، فإنه عليه السلام قد صرح بأنه متى مات أحد الشريكين الذي دبرها وصار نصفها حرا، فإنه لا يجوز للآخر من الشريكين وطؤها والحال هذه إلا أن يثبت عقها بمعنى أن تعتق كملا ويتزوجه تزويجا جديدا برضا منها واختيار، وبالجملة فالظاهر أن الحكم مما لا خلاف فيه.

بقي الكلام في العقد عليها متعة في أيامها وهو المشار إليه بقول (إن هياها على أزمان) فإن الرواية المذكورة قد دلت على جواز ذلك، والأكثر على المنع، لضعف الخبر عندهم كما عرفت، ومع ذلك عللوا المنع بأنها بالمهاياة لا تخرج عن كون المولى مالكا لذلك البعض، وهو يمنع من العقد، لاستحالة العقد على ملكه، وتعدد السبب، وهو المشار إليه بقوله (لما ذكرناه من العلة) وعلل أيضا بأن منافع البضع لا تدخل في المهاياة، وإلا لحل لها المتعة في أيامها وهو باطل اتفاقا، والشيخ في النهاية أفتى بالجواز للرواية المذكورة، وهو الظاهر، فإن الرواية المذكورة لنقل المشايخ الثلاثة لها بعدة أسانيد أكثرها صحيح مع عدم المعارض لها إلا هذه التعليقات العقلية التي عرفت ما فيها في غير مقام لا يمكن طرحها والاعراض عنها، ومن فالظاهر أيضا أن المتأخرين لو اطلعوا لها على سند صحيح لما عدلوا عنها إلى هذه التعليقات، وإلى ما ذكرنا من العمل بالرواية المذكورة يميل كلام السيد السند رحمة الله عليه في شرح النافع لاطلاعه على تلك الأسانيد الصحيحة، والله العالم.

المطلب الثاني في الطوارئ: (١)
وهي ثلاثة: العتق والبيع والطلاق، فتحقيق الكلام في هذا المطلب يقع في مقامات ثلاثة:

الأول: في العتق: وفيه مسائل:

الأولى: لا خلاف بين الأصحاب في أن الأمة لو أعتقت وكانت تحت عبد فإنها تتخير في فسخ نكاحها، والروايات بذلك متظافرة مستفيضة، إنما الخلاف فيما لو كانت تحت حر، فهل يثبت لها الخيار أيضا أم لا؟ فذهب الأكثر ومنهم الشيخ في النهاية والمحقق في النافع إلى ثبوته أيضا، وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف والمحقق في الشرايع إلى العدم والواجب أولا نقل ما وصل إلينا من روايات المسألة والكلام فيها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها.
فمن الأخبار المذكورة ما رواه ثقة الاسلام في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (٢)
(قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أمة كانت تحت عبد فأعتقت الأمة، قال: أمرها

بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، وإن شاءت نزعت نفسها منه، قال: وذكر أن بريره كانت عند زوج لها، وهي مملوكة، فاشتريتها عائشة، فأعتقتها،

(١) أقول: الوجه في تسمية هذه الأمور طوارئ هو أنها تطراً على عقد الأمة فيتغير حكمه الأول إلى حكم آخر لم يكن قبل ذلك، من التسلط على فسخ العقد وتحريمها في بعض الموارد كما سيحى ذكره إن شاء الله تعالى، وبعضهم أطلق عليها المبطلات للعقد، وفيه أنها لا تبطل العقد مطلقاً، بل قد تبطل العقد، وقد يؤول إلى البطلان فما ذكره الأكثر من المعنى الأول أظهر، قيل: وإنما خص الأمور الثلاثة بالتسمية مع أن طارئاً على نكاح المماليك غير منحصر فيها لكثرة مباحث هذه الثلاثة وتشتت أحكامها فتناسب تخصيصها بالذكر وذكر الباقي في ضمنها أو في محل آخر مناسب، انتهى. (منه قدس سره)
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٩ ح ٢.

فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله الحديث.
وما رواه في الكافي والتهذيب (١) عن سماعة الموثق (قال: ذكر أن بريرة
مولاة عائشة كان لها زوج عبد، فلما أعتقت قال لها رسول الله صلى الله عليه
وآله: اختاري،

إن شئت أقمت مع زوجك، وإن شئت فلا)
وما رواه في التهذيب (٢) عن عبد الله بن سنان في الموثق أبي جعفر عليه السلام
(أنه كان لبريرة زوج عبد فلما أعتقت قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: اختاري)
وعن محمد بن آدم (٣) عن الرضا عليه السلام (أنه قال: إذا أعتقت الأمة ولها زوج
خيرت إن كانت تحت عبد أو حر)
ورواه بسند آخر عن زيد الشحام (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا أعتقت
الأمة ولها زوج خيرت إن كانت تحت حر أو عبد)
وما رواه في الفقيه والتهذيب (٥) عن محمد بن مسلم في الصحيح (قال: سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن المملوكة تكون تحت العبد ثم تعتق؟ فقال: تخير فإن
شاءت

أقامت على زوجها، وإن شاءت فارقته)
وهذه الأخبار متفقة الدلالة على الحكم الأول مضافة إلى الاتفاق عليه.
وأما بالنسبة إلى ما إذا كان الزوج حرا فالذي وقفت عليه من الأخبار
المتعلقة بذلك رواية محمد بن آدم ورواية زيد الشحام الدالتان على تخيرها سواء

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤
ص ٥٦٠ ح ٦.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ٩.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١٢.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١٣.

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٣، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٢ ح ١٥، الوسائل
ج ١٤ ص ٥٦٠ ح ٧.

كان الزوج عبداً أو حراً كما هو المنقول عن الأكثر.
ومنها ما رواه الشيخ عن أبي الصباح الكناني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال:
أيما

امرأة أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت قامت معه، وإن شاءت فارقت) وهي دالة على ذلك أيضاً بإطلاقها، وهذه الرواية وصفها جملة من الأصحاب ومنهم شيخنا في المسالك بالصحة مع أن في طريقها محمد بن الفضيل، وهو مشترك بين الثقة والضعيف كما لا يخفى على من راجع سندها.
وعن عبد الله بن بكير (٢) في الموثق عن بعض أصحابنا أبي عبد الله عليه السلام في رجل حر نكح أمة مملوكة ثم أعتقت قبل أن يطلقها: قال: هي أملك ببضعها) وهذه الرواية أيضاً صريحة في القول المذكور، ولم أقف للقول الآخر على دليل، إلا أصالة لزوم العقد وأن إبطاله يحتاج إلى دليل، فإن هذه الأخبار حيث كانت ضعيفة الإسناد فهي لا تنهض دليلاً يخرج به عن مقتضى الأصل، وبذلك المذكورة: ويشكل بأن هذه الروايات كلها ضعيفة السند فلا تصلح لإثبات حكم مخالف للأصل، ثم نقل عن الشيخ في المبسوط والخلاف أنه ذهب إلى عدم ثبوت الخيار هنا، ثم قال: والمصير إليه متعين.

وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك لما وصف رواية الكناني بالصحة (٣) تمسك بها في الجواب، وجعلها موجبة للخروج عن حكم الأصل، وأيدها بالروايتين

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ٨.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١١.

(٣) حيث إنه بعد أن نقل عنهم الاستناد إلى أصالة لزوم العقد وأن حدوث الخيار يحتاج إلى دليل، قال: وجوابه أن الدليل موجود وهو الرواية الصحيحة السالفة الدالة بعمومها عليه، وخصوص الروايتين شاهد صريح وإن ضعف طريقها، انتهى. (منه قدس سره)

الأخيرتين وإن ضعف سندهما، وهو ظاهر في أنه مع ثبوت ضعف الرواية المذكورة كما أوضحناه فإنه لا يتمسك بها ويلتزم بالقول الثاني.

وبالجملة فإن من يعمل بهذا الاصطلاح المحدث يتعين عليه القول بما ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف، ومن لم يلتفت إليه ولا يعمل عليه فإنه يتحتم عليه القول بما هو المشهور، وهو عندنا المؤيد المنصور.
تنبيهات:

الأول: ظاهر الأصحاب الاتفاق على وجوب الفرية بهذا الخيار، ولم أقف له على دليل إلا على وجوه اعتبارية وكلمات عامة، وأخبار المسألة المتقدمة عارية عنه، والأصل عدمه إلا إن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل إن تم الاتفاق.

قال السيد السند في شرح النافع: وقد قطع الأصحاب بأن هذا الخيار على الفور، ولا بأس به اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الوفاق والضرورة. وكيف كان فالظاهر كما صحر به جملة منهم رضي الله عنهم أنه لو أخرجت الفسخ جهلاً بالعتق أو جهلاً بالخيار، فإنه لا يسقط خيارها فتعذر في عدم الفرية وهل تعذر مع الجهل بالفورية؟ احتمالان: العدم، لاندفاع الضرر مع العلم بالخيار، ولا شعاره بالرضا حيث علمت بالخيار وأخرجت والمعذورية لاحتمال كون التأخير لفائدة التروي ونحوه، حيث لا تعلم باشتراط الفورية، والتأخير لا يكون دليلاً على الرضا إلا مع العلم باشتراط الفورية، وإلا فلا (١).
الثاني: لا يخفى أن الحكم بالتخيير في الأخبار المتقدمة معلق على عتق جميع الأمة، وقضية ذلك أنه لو أعتق بعضها قيلاً كان أو كثيراً فلا خيار، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده، وبذلك صرح أيضاً جملة من الأصحاب من غير نقل خلاف.

(١) أي: حيث لا يعلم باشتراط الفورية لا يكون التأخير دليلاً على الرضا، وهو ظاهر. (منه - قدس سره -)

الثالث: لو كانت صغيرة أو مجنونة ثبت لها الخيار عند الكمال، قالوا: وليس للمولى هنا تولي الاختيار، لأنه منوط بالشهوة والميل القلبي، فلا يعتد بوقوعه من غيرها، وإذا أكملت كان الخيار لها على الفور بناء على ما تقدم من وجوب الفورية، وللزوج الوطئ قبل الاختيار لبقاء الزوجية وعدم انفساخها ما لم تفسخ وهكذا في وطئها وهي كاملة قبل اختيارها الفسخ، فإنه يجوز له الوطئ حيث لا ينافي الفورية.

الرابع: لا فرق في ثبوت الخيار بين أن يحدث العتق قبل الدخول أو بعده، فلو كان قبله سقط المهر، لأن الفسخ جاء من قبلها وهو موجب لسقوط المهر كما تقدم، وإن كان بعده فالمهر باق على حاله لاستقراره بالدخول، وهو ظاهر فيما لو كان العتق بعد الدخول، فإن العتق الذي هو سبب الخيار إنما وقع بعد استقرار المهر أما لو كان العتق قبل الدخول ثم حصل الدخول قبل الاختيار كما عرفت آنفاً من عدم المنافاة فهو مبني على أن الفسخ إنما يرفع النكاح من حينه، وإن كان سببه قد حصل قبل الدخول، وحينئذ فقد استقر المهر، وحيث يستقر باختيارها الزوج أو بالدخل وقبل الفسخ فهو للسيد، لوجوبه بالعقد على الأصح، وكونها حالة العقد مملوكة، هذا ملخص كلامهم.

الخامس: استثنى العلامة في القواعد من الحكم بتخيرها على الاطلاق صورة واحدة ما إذا كان لشخص جارية قيمتها مائة مثلاً، وهو يملك مائة أخرى فزوجها بمائة، ثم أعتقها في مرض الموت قبل الدخول، وبعبارة أخرى إذا كان قد زوجها بثلاث ماله وقيمتها ثلث أخرى وترك مالا بقدر قيمتها، ثم أعتقها في مرضه، أو أوصى بعتقها ووقع العتق قبل الدخول، إن تخيرها الفسخ يوجب سقوط المهر كما تقدم، فلا ينفذ العتق في جميعها، لانحصار التركة حينئذ في الجارية ومقدار قيمتها، فيبطل العتق فيما زاد على الثلث فيبطل خيارها، لاشتراطه بعتق جميعها كما سلف، فيؤدي ثبوته إلى عدم ثبوته، وهو دور، ولا فرق

في ذلك بين وقوع التزويج في مرضه وعدمه، لأن تزويجها لا يتضمن إتلافاً، بل اكتساباً للمهر، نعم يشترط وقوع العتق في أمرض إذا جعلنا منجزات المريض من الثلث، أو كونه بطريق الوصية كما مثلناه، ولو كان العتق في حال الصحة أو بعد الدخول، فالتخيير بحاله، وكذا حقه شيخنا في المسالك.

السادس: مور النص التي تقدمت أن الخيار لأمة لو أعتقت، حراً كان زوجها أو عبداً على الأشهر الأظهر، أما لو كان الزوج عبداً واعتق، فإنه لا خيار له لاختصاص النصوص بالأمة، ولأن الله سبحانه قد جعل بيده الطلاق، فله التخلص منها بالطلاق بخلف المرأة، ونقل عن بعض العامة أنه أثبت له الخيار قياساً على الزوجة، ونقل ذلك عن ابن الجنييد من علمائنا على ما ذكره في المختلف يحث قال: وقال ابن الجنييد: فإن أعتق العبد وبقيت الزوجة أمة كان له الخيار دونها فهي ما عرفت.

ونقل عن ابن حمزة أنه إن أعتق السيد عبده ولم يكرهه على النكاح لم يكن له الخيار، وإن أكرهه كان له ذلك.

وقال في المختلف بعد رد كلام ابن الجنييد بأنه قياس، والقياس عندنا باطل: أما لو أكرهه مولاه، فإن الوجه ثبوت الخيار له كالحرم المكره، وكما لا خيار له فلا خيار أيضاً لمولاه لعدم المقتضي في حقه، وكذا لا خيار للزوجة حرة: أنت أو أمة، لأنه رضيت به عبداً فأولى بأن ترضى به حراً.

وقد ورد هذا التعليل في رواية علي بن حنظلة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل زوج أم ولد له من عبده، فأعتق العبد بعدما دخل بها، هل يكون لها الخيار؟ قال: لا، قد تزوجته عبداً ورضيت به، فهو حين صار حراً أحق أن

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٢ ب ٥٤ ح ٢.

ترضى به) (١)
السابع: إذا زوج عبده أمته ثم أعتق الأمة أو أعتقهما معا، وكذا لو كانا لمالكين فاعتقاد دفعه، فإن الخيار للزوجة كما تقدم.
أما ثبوت الخيار لها في صورة عتقها خاصة فيدل عليه ما رواه الكليني والشيخ (٢) في الصحيح عن عبد الله بن سنان " قال: وسألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثم أعتقها، تخير فيه أم لا؟ قال: نعم تخير فيه إذا انعتقت)
وما رواه في التهذيب (٣) عن عبد الله بن سليمان (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نكح أمته عبده وأعتقها، هل تخير المرأة إذا أعتقت أو لا؟ قال: تخير) وأما في صورة عتقهما معا دفعة واحدة الظاهر أن تخير الأمة هنا مبني على ما تقدم من الخلاف فيما إذا كان الزوج حرا وذلك لأن عتقهما دفعة اقتضى كون الحكم بخيارها حال حرته. فلا يتم لها الخيار إلا على القول به. والمحقق في الشرايع قد جمع بين اختصاص التخيير بما إذا كان الزوج عبدا وبين ثبوت الخيار لها إذا اعتقاد دفعة، ومثله ما في التحرير وهو لا يخلو عن غفلة

(١) أقول: ويعضده ما رواه في الكافي [ج ٥ ص ٤٨٧ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٢ ب ٥٤ ح ١] عن أبي بصير - وهو ليث المرادي فيكون الخبر صحيحا - عن أبي عبد الله - عليه السلام - " في العبد يتزوج الحرة ثم يعتق فيصيب فاحشة، قال: فقال: لا يرجم حتى يواقع الحرة بعدما يعبق، قلت: فللحرة عليه الخيار إذا أعتق؟ قال: لا، قد رضيت به وهو مملوك فهو على نكاحه الأول."
قوله - عليه السلام - " لا يرجم حتى يواقع الحرة بعدما يعتق " فيه دلالة على أنه لا يستحق الرجم إلا أن يكون يحصنا، والاحصان لا يحصل إلا بعد موقعة الحرة معتقا، لأن الأمرين شرط في الاحصان الموجب للرجم كما قرر في محله.
(منه رحمه الله -)

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٦ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٩ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١٠.

لما عرفت من أن التخيير لها في صورة عتقهما معا دفع واحدة إنما يتم على القول المشهور من عدم الفرق بين كون الزوج حرا أو عبدا لا على القول الآخر الذي هو مذهبه في الشرايع كما تقدم.

والعلامة في القواعد قد تنبه لذلك، فرتب الحكم بتخييرها هنا على الخلاف المتقدم.

بقي هنا إشكال قل من تنبه له وهو أنه قد روى الكليني والشيخ (١) في الصحيح عن عبد الله بن سنان (قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا أعتقت مملوكيك

رجلا وامرأته فليس بينهما نكاح، وقال: إذا أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق) والمستفاد منه بطلان نكاح المملوكين بعتقهما معا، والمعروف من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف كما عرفت هو التخيير لا البطلان، والله العالم.

المسألة الثانية: لا خلاف بين أصحابنا في جواز تزويج الرجل أمته بأن يجعل عتقها صداقها، واعترف غير واحد منهم بأنه من الأصول المقررة أن تزويج الرجل أمته باطل إلا في هذه الصورة فإنه يجوز عند علمائنا أجمع للنصوص المستفيضة، بل ادعى بعضهم وصولها إلى حد التواتر.

وأورد المحقق في نكت النهاية على هذا الحكم بسبب مخالفته للأصول سؤالات (٢)، ثم تكلف الجواب عنها، وقال في آخر كلامه: إنه بتقدير منا فإنها الأصل يجب المصير إليها لتحقق مشروعيتها بالنقل المستفيض.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٦ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٢ ح ١.

(٢) أقول: ومجملها أنه كيف يجوز أن يزوج جاريته، وهي مملوكة البضع بغير التزويج، وكيف يتصور الإيجاب والقبول وهي مملوكة، ثم المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد ومع تقديم التزويج الذي هو مذهب الأكثر لا يكون محققا ثم يلوح منه الدور، فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذي هو والعتق لا يتحقق إلا بعد العقد.. إلى آخر كلامه زيد في اكرامه. (منه - قدس سره -).

وقريب منه كلام العلامة في المختلف حيث قال بعد كلام في المقام:
وبالجملة فلو كانت هذه المسألة منافية للأصول، لكن بعد ورود النقل فيه يجب
المصير إليه متابعة للنقل، وتصير أصلاً بنفسها، كما صارت الدية على العاقلة
أصلاً، إنتهى.

أقول: وفيه تأييد أكيد وتشديد سديد لما قدمناه في غير موضع من أن
الواجب الوقوف على ما وردت به الأخبار عنهم عليهم السلام وإن خالفت مقتضى
القواعد

المقررة بينهم وتخصيص تلك القواعد بها.

قال شيخنا في المالك: والأصل فيه أن النبي صلى الله عليه وآله اصطفى صفيه بنت حي
ابن أخطب من ولد هارون بن عمران عليه السلام في فتح خيبر وأعتقها، وتزوجها،
وجعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضة (١).

أقول: ولا بأس بنقل جملة من الأخبار الواردة بذلك، ومنها رواه في
الكافي (٢) عن عبيد بن زرارة في الحسن (أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا
قال

الرجل لأتمته: أعتقك وأتزوجك وأجعل مهرك عتقك، فهو جائز)
وعن سماعة بن مهران (٣) في الموثق (قال: سألته عن رجل له زوجة وسرية
يبدو له أن يعتق سريته ويتزوجها، فقال: إن شاء اشترط عليها، أن عتقها صداقها
فإن ذلك حلال، أو يشترط عليه، إن شاء قسم لها، وإن شاء
لم يقسم وإن شاء فضل الحرة عليها، فإن رضيت بذلك فلا بأس)
وعن الحلبي (٤) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن

(١) البحار ج ٢١ ص ٣٤ طبعة طهران الجديدة.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٣، الوسائل
ج ١٤ ص ٥٠٩ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ح ٣.

الرجل يعتق الأمة ويقول: مهرك عتقك؟ فقال: حسن)
وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل
تكون له الأمة فيريد أن يعتقها فيتزوجها، أي جعل عتقها مهرها، أو يعتقها ثم
يصدقها؟ وهل عليها منه عدة؟ وكم تعتد إن أعتقها؟ وهل يجوز له نكاحها بغير
مهر؟ وكم تعتد من غيره؟ فقال: يجعل عتقها صداقها إن شاء، وإن شاء أعتقها
ثم أصدقها، وإن كان عتقها صداقها فإنها تعتد ولا يجوز نكاحها إذا أعتقها إلا بمهر
ولا يطأ الرجل المرأة إذا تزوجها حتى يجعل له شيئاً وإن كان درهماً)
وعن عبيد بن زرارة (٢) في الصحيح أو الحسن بثعلبة وهو ابن ميمون (أنه
سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لأمته: أعتقك وأتزوجك وأجعل
مهرك عتقك، فهو جائز)
وما رواه الشيخ (٣) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال: أيما رجل
شاء

أن يعتق جاريتيه ويتزوجها ويجعل عتقها صداقها فعل)
وعن عبيد بن زرارة (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت: رجل قال لجاريتيه:
أعتقتك وجعلت عتقك مهرك؟ قال: فقال: جائز)
وما رواه الشيخ في الأمالي (٥) بسنده فيه عن صفيه (قال: أعتقني رسول الله صلى الله
عليه وآله وجعل عتقي صداقي)
إلى غير ذلك من الأخبار الآتية إن شاء الله تعالى في المقام.
وكيف كان فتحقيق البحث في هذه المسألة يستدعي بسط الكلام في مواضع:

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ ح ٤.
 - (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ ح ١.
 - (٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٢ وفيه "صداقها عتقها"، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ٥.
 - (٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ٦.
 - (٥) الأمالي ص ٢٥٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ٨.

الأول: اختلف الأصحاب في الصحيحة الموجبة لهذا الحكم من صحة التزويج وحصول العتق وكونه عوضاً عن المهر، فلا يجب عليه مهر بعد ذلك، فهل يشترط تقديم التزويج على العتق أو عكسه؟ أو يجوز الكل منهما؟ الأكثر منهم على الأول وذهب الشيخ في الخلاف وقبلة الشيخ المفيد رحمه الله إلى اشتراط تقديم العتق، اختاره العلامة في المختلف والارشاد، وإلى القول الثالث ذهب المحقق في الشرايع وجملة من المتأخرين منهم السيد السند في شرح النافع، وقبلة جده في المسالك، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

واستدل على القول الأول بما رواه الصدوق في الفقيه (١) عن علي بن جعفر في الصحيح عن أخيه موسى عليه السلام (قال: سألته عن رجل قال لأمته: أعتقتك وجعلت

عتقتك مهرك، فقال: أعتقت وهي بالخيار، وإن شاءت تزوجته، وإن شاءت فلا، فإن تزوجته فليعطها شيئاً، فإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقتك فإن النكاح واقع ولا يعطيها شيئاً) (٢).

روى هذه الرواية الشيخ في التهذيب مرسله عن علي بن جعفر، فلذا ردها في المسالك بالضعف بناء على رواية الشيخ لها، ولم يطاع على رواية الصدوق لها بالطريق الصحيح، ومن العجب أيضاً أنه في المالک نقل عجز الرواية بهذه الصورة (وإن قال: تزوجتك وجعلت مهرك عتقتك فإن النكاح باطل لا يعطيها شيئاً) فجعل محل قوله (واقع) في الرواية لفظ (باطل) وقال بعد ذلك في دفع دلالة الرواية على مطلوبهم: ويدل عليه تصريح بالبطلان في رواية علي بن جعفر مع

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٦١ ح ٢٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ١.

(٢) أقول وبهذه الرواية أفتى الصدوق في المقنع فقال: وإذا قال الرجل لأمته: أعتقتك وأجعل عتقتك ومهرك فقد عتقت، وهي بالخيار إن شاءت تزوجته، وإن شاءت لم تزوجه، وإن تزوجته فليعطها شيئاً، وإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقتك، فإن النكاح واجب ولا يعطيها شيئاً وقد عتقت، انتهى. (منه - قدس سره -).

تقديم التزويج الذي هو مطلوبهم، ولم ينقلها ناقل غيره بهذه الكيفية، لا في كتب الحديث، ولا في كتب الاستدلال. والتقريب في الاستدلال بالرواية المذكورة أنه عليه السلام حكم بالعتق دون التزويج في صورة تديم العتق، وحكم بالتزويج والعتق معا في صورة تقديم التزويج.

ورد بأنه يجوز أن يكون حكمه عليه السلام ببطان النكاح في الصورة الأولى إنما استند إلى عدم ذكر التزويج في هذه الصيغة، لا إلى تقديم العتق على التزويج، إذ لفظ التزويج غير مذكور في السؤال، وغاية ما ذكر فيها العتق والمهر فجاز أن يكون البطان إنما نشأ من الاخلال بهذا اللفظ، لا من تقدم العتق عليه. ونحو هذه الرواية رواية محمد بن آدم (١) عن الرضا عليه السلام (في الرجل يقول لجاريتته: قد أعتقتك وجعلت صداقك عتقك، قال: جاز العتق، الأمر إليها، إن شاءت زوجته نفسها، وإن شاءت لم تفعل، فإن زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئا)

والتقريب التقريب المتقدم، والجواب عن ذلك الجواب المتقدم، ويزيده أن القائل بالصحة على تقدير تقديم العتق يعتبر معه التصريح بالتزويج، وهو منتف في الروايتين المذكورتين.

أقول: ظاهر رواية عبيد بن زرارة المتقدم نقلها عن التهذيب صحة النكاح وحصول العتق بقوله (أعتقتك وجعلت عتقك مهرك) فإن قوله عليه السلام (جائز إنما هو بمعنى الصحيح لأنه لا وحجه للحمل على العقد المتزلزل هنا، بل هو إما صحيح أو باطل، وهو بظاهره مخالف لما دل عليه صحيح علي بن جعفر، ورواية محمد بن آدم

من عدم صحة النكاح، وإنما الثابت العتق خاصة إلا أن يحمل الجواز في كلامه عليه السلام على جواز العتق خاصة كما هو مدلول الخبرين المذكورين،

ويحتمل

أيضا

أن لفظ (التزويج) سقط من هذا الخبر بناء على رواية صاحب الكافي له بزيادة

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥١١ ح ٢.

لفظ (التزويج) كما سلف.
وبالجملة فإنه لا بد من ارتكاب التأويل فيه بما يخرج عن المخالفة للخبرين المذكورين، وفي المسالك أورد هذا الخبر دليلاً للقول بما ذهب إليه الشيخ في لخلاف من اشتراط تقديم العتق في صحة النكاح، ثم أطال فيما أورد على الاستدلال به والجواب عن ذلك والأظهر ما عرفت من أنه على ظاهره لا يخلو من الاشكال، فلا بد من ارتكاب التأويل فيه.

واحتج القائلون بالقول الثاني كما أشار إليه المحقق في الشرايع بأن بضع الأمة مباح لمالكها بدون العقد، فلا يستباح بالعقد، فلا بد من تقديم العتق ليقع العقد على الحرية.

ورد بأن اللام إنما يتم بآخره، ولولا ذلك لم يصح جعل العتق مهراً، لأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغة امتنع اعتباره في التزويج المأتي به بعد. أقول: ومن ذلك ظهر وجه القول الثلث، وهو الأظهر، ومرجعه إلى أنه لا فرق بين تقديم لفظاً لتزويج أو العتق لأن، الكلام جملة واحدة إنما يتم بآخره. ومما يدل على الصحة مع تقديم لفظ التزويج صحيحة علي بن جعفر المتقدمة.

ومما يدل على الصحة مع تقديم لفظ العتق صحيحة عبيد بن زرارة المتقدم نقلها عن الكافي، وفي معناها رواية محمد بن مسلم المتقدمة أيضاً، وعلى هذا يحمل إجمال باقي روايات المسألة مما قدمناه وغيره، فإن اشتمل الكلام على العتق والتزويج حكم بهما من غير نظر إلى تقدم خصوص واحد منهما، وإن اشتمل على العتق خاصة فإنما يحكم به خاصة.

الثاني: لو قال: تزوجتك وجعلت مهرك عتقك، فهل يكفي في العتق عن الاتيان بلفظ أعتقتك؟ الأشهر الأظهر الأول، وعليه يدل صحيحة علي بن جعفر المتقدمة.

قال في المختلف: ألفاظ علمائنا وما ورد في الأخبار يدل على الاكتفاء بقوله تزوجتك وجعلت مهرك عتقك، وإن لم يقل أعتقتك أو أنت حرة، بل يقع العتق بقوله وجعلت عتقك مهرك، كما لو أمهر امرأة ثوبا وقال لها: قد تزوجتك وجعلت مهرك هذا الثوب، فإذا قبلت ملكته بالقبول، فكذا لو جعل العتق مهرا فإنها تملك نفسها بالقبول، ولا حاجة إلى النطق بالعتق وغير ذلك، إنتهى وهو جيد. ونقل عن ظاهر المفيد وأبي الصلاح أنهما اعتبرا لفظ أعتقتك، لأن العتق لا يقع إلا بالصيغة الصريحة، وهو التحرير أو الاعتاق، فلا بد من التلفظ بأحدهما. ورد بعد تسليم انحصار العتق في هاتين الصيغتين بأن هذا العقد قد ثبت النصوص الصحيحة الصريحة التي لا سبيل إلى ردها، فلا يقدر فيه مخالفته للأصول المقررة سيما مع ما عرفت آنفا من أن أصل هذه المسألة إنما بني على خلاف الأصول المقررة القواعد المعتمدة، وظهره في المختلف اختيار ما ذهب إليه الشيخ المفيد وأبو الصلاح (١) بعد اعترافه بأن الأول هو الوارد في الأخبار، وتعليقه ذلك زيادة على دلالة الأخبار بما قدمنا نقله عنه، وهو لا يخلو من تعجب.

الثالث: الظاهر كما استظهره العلامة في المختلف وجمع من المتأخرين أنه لا حاجة إلى القبول هنا من المرأة، وذلك لأن مستند شرعية هذا العقد هو النصوص المستفيضة، وهي خالية من اعتبار ذلك إذ ليس في شيء منها ما يدل على ذلك، ولأنها حال الصيغة مملوكة، فلا اعتبار برضاها، لأن رضاها لو كان معتبرا لبطل ما وقع من المولى، لأنه قائم مقام القبول، حيث إنه وظيفته، ووظيفة الإيجاب من جهتها، ولأنه لا بد من كمال المتعاقدين حال الإيجاب والقبول، وهو منتف هنا، واحتمل جملة من الأصحاب اشتراط القبول كغيره من العقود

(١) فإنه بعد أن نقل عن أبي الصلاح أن صيغته مع تكامل الشروط أن يقول سيدها قد أعتقتك وتزوجتك وجعلت عتقك صداقك قال: وهو المعتمد وهو قول شيخنا المفيد في مقننته أيضا، انتهى. (منه - قدس سره -).

الشرعية، لأن العقد في عرف أهل الشرع هو المركب من الإيجاب والقبول، قالوا: ولا يقدر في ذلك كونها مملوكة، لأنها بمنزلة الحرة حيث تتحرر بتمام العقد، فرقيتها غير مستقرة، ولولا ذلك لامتنع تزويجها، الواقع منها منزل منزلة الإيجاب، وإن كان بلفظ القبول لحصول ما يعتبر في العقد في اللفظ الواقع من المولى فكان المعبر من جانبها مجرد الرضاء به، سواء سميناه إيجاباً أم قبولاً. أقول: العجب منهم رضوان الله عليهم أنهم يعترفون بأن أصل هذه المسألة إنما بنيت على خلاف القواعد الشرعية المقررة عندهم لدلالة النصوص المستفيضة على شرعية هذا العقد وصحته وإن كان على خلاف القواعد ويتكفون هنا لوجوب القبول بهذه التكاليف البعيدة مع خلو النصوص على كثرتها من ذلك حتى أنهم قالوا: إنه يعتبر وقوعه بالعربية وعلى الفور على نهج سائر العقود اللازمة.

والذي اختاره في المسالك ومثله سبطه السيد السند في شرح النافع هو الأول ولا ريب في ظهور قوته، وضعف ما عارضه، وهو يرجع إلى ما ورد في جملة من الأخبار من الأمر بالسكوت عما سكت الله عنه وإبهام ما أبهمه الله، والنهي عن القول في الأحكام الشرعية بغير سماع منهم.

والرابع: اختلف الأصحاب فيما إذا طلقها قبل الدخول، فقال الشيخ في النهاية: وإن طلق التي جعل عتقها مهرها قبل الدخول بها، رجع نصفها رقا، واستسعت في ذلك النصف، فإن لم تسع فيه كان له منها يوم، ولها من نفسها يوم في الخدمة، وإن كان لها ولد له مال ألزم أن يؤدي عنها النصف الباقي ويعتق حينئذ إنتهى. وتبعه ابن حمزة في ذلك، وبه قال العلامة في الإرشاد. وقال الصدوق في المقنع: وإذا أعتقها وجعل عتقها صادقاً ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقد مضى عتقها، ويرجع إليها سيدها بنصف قيمة ثمنها تسعى فيه، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج وابن إدريس والعلامة في المختلف.

والأصل في هذا الخلاف اختلاف الأخبار في المسألة، فمما يدل على القول الأول ما رواه الشيخ (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يعتق جاريته، ويقول لها: عتقك مهرک، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: يرجع نصفها مملوكا ويستسعيها في النصف الآخر) وعن يونس بن يعقوب (٢) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام ((في رجل أعتق أمة

له وجعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: يستسعيها في نصف قيمتها، فإن أبت كان لها يوم، وله يوم في الخدمة، فإن كان لها ولد وله مال أدى عنها نصف قيمتها وعتقت)

ورواه الصدوق في الفقيه بإسناده عن الحسن بن محبوب عن يونس بن يعقوب. وعن عباد بن كثير البصري (٣) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل أعتق أم ولد له وجعل عتقها صداقها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال: يعرض عليها أن تستسعي في نصف قيمتها، فإن أبت هي فنصفها رق ونصفها حر) وأما ما يدل على الثاني فهو ما رواه الشيخ (٤) في الصحيح عن عبد الله بن سنان (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق مملوكة له وجعل عتقها صداقها، ثم

طلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: قد مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمة ثمنها تسعى فيه ولا عدة عليها) ما رواه في الكافي (٥) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يعتق أمته

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ٣.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٦١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ٢.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ٤.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٦١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ١.
(٥) الكافي ج ٥ ص ١٠٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٦٤ ح ٣.

فيجعل عتقها مهرها، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: ترد عليها نصف قيمتها
تستسعي فيها)

والعلامة في المختلف قد احتج على ما اختاره من مذهب الصدوق بأنها
ملكنت نفسها بالاصداق وعتقت فلا ترجع مملوكة بعد العتق، قال: وكلام الشيخ
إنما يتم لو قلنا أن المرأة لا تملك جميع المهر بالعقد، بل تملك النصف به، والنصف
الآخر بالدخول، ثم أجاب عن الأخبار الثلاثة المقدمة بأنها ضعيفة السند، ثم
قال: والوجه أن يقال كما قال الصدوق: تستسعي في نصف قيمتها، لأن نصفها
يجري مجرى التالف من المهر المعين، أو تنتظر إلى أن يوسع الله تعالى عليها
ويؤيد برواية عبد الله بن سنان، ثم ساق الرواية كما قدمنا، وعده الرواية مؤيدا
دون أن يعدها دليلا، كأنه لعدم صحتها عده مع أنها كما عرفت صحيحة
السند ولأن الشيخ رواه عن الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان، وطريقه
إلى الحسن بن محبوب صحيح كما نبهوا عليه، وأنت خبير بأن المسألة محل
إشكال لتعارض هذه الأخبار، وعدم ظهور وجه للجمع بينها، وإن أمكن أن يقال
بتخير المولى بين الأمرين لأنه ملك نصفها بالطلاق، كما لو أصدقها زوجته (١)،
وملكها أنفسها بالعتق كما يشير إليه كلامه مع تسليمه فهو ملك متزلزل، إنما
يستقر بالدخول كما في غيره من المهور، وقوله: إن الحر لا يعود رقا مسلم بالنسبة
إلى من استقرب حرته لا مطلقا.
ولا يحضرنى الآن كلام الأحد من أصحابنا في المقام غير ما نقلته عن العلامة
في المختلف.

(١) بمعنى أنه تزوج امرأة وأصدقها أمة ثم طلق بلك المرأة قبل الدخول بها فيرجع
عليها بنصف الأمة التي هي المهر، ولا فرق بين المسألتين إلا أن الأمة جعلت مهرا لغيرها في المسألة
المفروضة ومرجع الأمرين إلى أمر
واحد. (منه - قدس سره -).

ثم إن ما ذكره الشيخ فيما قدمنا نقله عنه من أنه إن كان لها ولد له مال ألزم أن يؤدي عنها النصف الباقي قد اعترضه فيه جماعة منهم ابن إدريس والعلامة في المختلف، قالوا: لأصالة براءة ذمة الولد إلا أن يتبرع الولد بأداء ذلك، وبه صرح ابن الجنيد فقال: ولو طلقها قبل الدخول بها مضى عتقها، واستسعت في نصف قيمتها، وإن كان لها ولد فأدى نصف قيمتها عتقت، إنتهى. والظاهر أن الشيخ قد استند فيما ذكره إلى رواية يونس بن يعقوب المتقدمة، إلا أنها غير صريحة في إلزام الولد بذلك ووجوبه عليه، والله العالم. المسألة الثالثة: اختلف الأصحاب فيما إذا اشترى أمة نسية، فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها فحملت منه، ثم مات المولى ولم يترك ما يقوم بثمنها ف قيل: بأن العتق صحيح ولا سبيل عليها ولا على ولدها، بل يكونان حرين، وهو اختيار ابن إدريس والعلامة وولده وأكثر المتأخرين، وقيل، ببطلان العتق وعدوها رقا، وأن ولدها رق، وهو قول الشيخ يفي النهاية وابن الجنيد وابن البراج. والأصل في هذه المسألة ما رواه الكليني في الكافي (١) في الصحيح والحسن معا عن هشام بن سالم (قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من

رجل جارية بكذا إلى سنة فما قبضها المشتري أعتقها من الغد، وتزوجها وجعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال: أبو عبد الله عليه السلام: إن كان للذي اشتراها

إلى سنة مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبته، فإن عتقه ونكاحه جائزان، قال: وإن لم يكن للذي اشتراها فأعتقها وتزوجها مال ولا عقدة يوم مات تحيط بقضاء ما عليه من الدين برقبته، فإن عتقه ونكاحه باطلان لأنه أعتق ما لا يملك، وأرى أنها رق لمولاها الأول، قيل له: فإن كانت علقته أعني من المعتق لها المتزوج بها ما حال الذي في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمه كهيئتها)

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٢ ب ٧١ ح ١.

ورواه الشيخ في التهذيب (١) عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي بصير (قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام) الحديث، واضطربت آراء المتأخرين في هذه الرواية من حيث صحة سندها فلم يتجاسروا على ردها، ومن حيث مخالفتها لجملة من القواعد الشرعية والضوابط المرعية فلم يقدموا على القول بما دلت على بظاهرها كما قدم عليه الشيخ ومن تبعه.

ونقل عن المحقق في نكت النهاية أنه قال: إن سلم هذا النقل، فلا كلام في جواز استثناء هذا الحكم من جمع الأصول المنافية لعلة لا نعلمها، لكن عندي أن هذا خبر واحد لا عضده دليل، فالرجوع إلى الأصل أولى، وفي الشايح صرح بردها تبعا لابن إدريس لمخالفتها الأصول الشرعية، لأن العتق والتزويج صدرا من أهلها في محلها فوجب الحكم بصحتها وبحرية الرد لحرية أبويه، وحملها العلامة في المختلف على وقوع العتق والنكاح والشراء في مرض الموت، بناء على مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدين المستغرق، وحينئذ فترجع رقا ويتبين بطلان النكاح، واعترضه تلميذه السيد السند عميد الدين بأن الرواية اقتضت عودها وولدها رقا كهيتها، وتأويله لا يتم إلا في عودها إلى الرق لا في عود الولد، لأن غايته بطلان العتق في المرض فتبقى أمة، فإذا وطأ الحر أمته لا ينقلب ولده رقا، بل غايته أن أمه تباع في الدين (٢).

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٢ ب ٧١ ح ١.
(٢) أقول: ما نقلناه في الأصل من كلام السيد عميد الدين المذكور إنما نقلناه من كلام صاحب المسالك، والذي وقف عليه في شرح السيد المذكور على القواعد هذه صورته: والمصنف في المختلف حمل هذه الرواية على وقوع ذلك في مرض موته، فإن منجزات المريض تخرج عنده من ثلث تركته ما لم يكن عليه دين، أما مع وجود الدين فإنه يجب أن يبدأ باخراج الديون، فإذا كان مستغرقا بطل العتق، وترجع رقا إلى مولاه. وأقول: هذا التأويل لا يتم أيضا لأن الرواية اقتضت عود ولدين فإنه يجب أن يبدأ باخراج الديون، فإذا كان مستغرقا بطل العتق، وترجع رقا إلى مولاه. وأقول: هذا التأويل لا يتم أيضا لأن الرواية اقتضت عود ولدها رقا كهيتها وهو مناف لمذهب المصنف فإنه على تقدير أن يكون عتقها في مرض موته يكون العتق والنكاح باطلين، وأن أولاده لا يجوز استرقاقهم، غاية ما في الباب أنها تباع في الدين. انتهى، والظاهر أن شيخنا في المسالك نقل العبارة بالمعنى الواضح حيث إن كلامه غير خال من الاجمال فأوضحه - قدس سرهما - بأوضح بيان. (منه - قدس سره -).

وأجاب ابنه فخر المحققين انتصاراً لوالده عن ذلك بأنه ليس في الرواية ما يدل على رقية الولد إذ ليس فيما إلا قوله كهيئتها، وهو أعم من أن يكون كهيئتها في حال الحكم بحريتها قبل ظهور عجزه عن الثمن، فيكون حراً، أو بعد فيكون رقاً، ولا دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات.

ورده شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد بأن هذه الأم على النص فإن المفهوم من قوله كهيئتها ليس إلا أن حكمه حكمها في حال السؤال. وقد حكم قبل ذلك بأنها رق فيكون الولد رقاً، فهو دال على رقيته بالمطابقة، إذ هذه اللفظ موضوع لهذا المعنى، وتجويز مثل هذه التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص، وفي التزامه ما لا يخفى. إنتهى وهو جيد.

وبذلك يظهر أن حمل العلامة الرواية على ما ذكره مع تسليمه فإنه لا يتم في الولد مع أنه قد نوقش في أصل الحمل المذكور بأنه يشكل في الأم أيضاً من جهة أخرى، وهي أن الرواية دلت على عودها رقاً للبايع ومقتضى الحمل جواز بيعها في دينه، لا عودها إلى ملكه.

ونقل عن العلامة في التحرير الحمل على أنه انكشف فساد البيع ووطأ بعد علمه بذلك ومات، فعلى هذا يكون زانياً فيرق ولده.

واختار هذا الحمل الشيخ أحمد بن فهد الأحسائي في شرحه على الإرشاد، قال: والمختار ما أوله المصنف في التحرير، ثم ذكر العبارة المذكورة، وأورد عليه بأن الرواية قد تضمنت أنه إذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق والنكاح صحيحين جائزين، ومتى حمل على فساد البيع كما ذكره فإنه لا معنى

للكم بجواز هما سواء خلف شيئاً أو لم يخلف، وهو ظاهر. وحملها ثالث (١) على أنه فعل ذلك مضارة، والعق يشترط فيه القربة، ورد بأن بطلان العتق لا يقتضي عودها إلى مولاها الأول ولا رقية الولد، مع أن البطلان قد علل في الرواية بأنه أعتق ما لا يملك، وهو غير مناسب لهذا الحمل. وقال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد ذكر التأويلات المذكورة ما ملخصه: وأقول: أن الموجب لهذا الاعتناء والتكلف لهذه الرواية المخالفة للأصول هو ما اعتقدوه من صحة سندها، وقد صرح بصحتها جماعة من الأصحاب المعتمدين كالعلامة وتلميذه الفخر والعميد والشهيد وغيرهم، أو في صحتها عندي نظر من وجهين، ثم ذكر الوجه الأول بما ملخصه: إن أبا بصير الراوي مشترك بين ليث المرادي ويحيى بن القاسم الأسدي، والأول وإن كان ثقة إلا أن الثاني ضعيف مختلط، ولا قرينة هنا على تعيين الثقة منهما، ثم ذكر الوجه الثاني بما ملخصه: إن الرواية المذكورة رواها الشيخ في المواضع عديدة، وفي بعضها هشام بن سالم عن أبي بصير، وفي بعضها عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام، والكليني رواها عن

هشام عنه عليه السلام بغير واسطة، قال: وحينئذ تكون الرواية مضطربة الإسناد، والاضطراب في الإسناد يمنع الصحة كما قرر في علم الدراية، والفرض أن هذه الرواية ليس مقطوعة الصحة في سندها كما ذكره، فلا يصعب إطراحها حيث يخالف الأمور القطعية التي شهد لها الأصول الشرعية، إنتهى. أقول: أما كلامه في الوجه الأول فحيد، بناء على العمل بهذا الاصطلاح المحدث. وأما كلامه في الوجه الثاني ففيه أن عد ذلك من باب الاضطراب الذي ترد به الرواية منع ظاهر، كما تقدم الكلام فيه في غير موضع، فإنه من الجائز أن

(١) أقول: هذا الحمل الثالث نقله الشهيد في شرح الإرشاد عن الشيخ قومان بن أحمد العاملي المناري، وهذا الشيخ قد ذكرنا أحواله في إجازتنا الكبيرة.

يروى الراوي تارة مشافهة وتارة بواسطة، وأي مانع من ذلك. وبالجملة فالطعن في الرواية بضعف السند ليس في محله، نعم الطعن فيها بمخالفة الأصول والقواعد المتفق عليها نصا وفتوى يمكن، إلا أنه قد تقدم له نظائر لا تكاد تحصى كثرة، وما ذكره المحقق في نكت النهاية من أنه متى سلم هذا النقل فلا كلام في جواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافية لعله لا نعلمها جيد وإن كان قد رجع عنه، وكيف كان فالمسألة غير خالية من من شوب الاشكال لما عرفت، والله العالم بحقيقة الحال.

المسألة الرابعة: لا إشكال في أن أم الولد إنما تعتق بعد وفاة المولى من نصيب ولدها، لأن مجرد الاستيلاء لا يكون سببا في العتق وإنما غايته التشبث بواسطته بالحرية، ولا خلاف أيضا في أنه لو مات ولدها وأبوه حي عادت إلى محض الرقية وجاز بيعها، إنما الخلاف هنا في مواضع:

أحدها: ما نقله في المختلف عن ابن إدريس أنه نقل عن المرتضى أنه لا يجوز بيعها ما دام الولد باقيا لا في الثمن ولا في غيره، وهو ضعيف مردود بالأخبار الصحيحة الصريحة في جواز البيع في بعض المواضع، كما سيأتي بعض منها إن شاء الله تعالى في المقام، ويؤيده أنها لم تخرج بالاستيلاء عن الملك.

وثانيها: فيما لو عجز نصيب ابنها من التركة عن التخلف منها، بمعنى أنه إذا مات المولى والولد حي اعتقت بموت المولى لانتقالها أو بعضها إلى ولدها، فينتقل عليه ما يرثه منها، لأن ملك الولد لأحد أبويه يوجب عتقه عليه كما قدمنا تحقيقه ولو بقي منها شيء خارج عن ملكه سرى إليه العتق ن كان نصيبه من التركة يفي به، وإلا أعتق منها بقدره.

ولو عجز النصيب عن المتخلف وهذا هو محل اللام هنا فهل الحكم في ذلك أنه تسعى في التخلف، ولا يسري عليه لو كان له مال من غير التركة، ولا يلزمه السعي لو لم يكن له مال؟ أم يجب على الولد فكها من ماله؟ الأكثر على

الأول، لأن السراية من شروطه الملك الاختياري، والإرث ليس منه، وإنما قلنا بسرايته عليه في نصيبه من باقي التركة لا طلاق النصوص بأنها تعتق من نصيبه من التركة، وإلا فالأصل يقتضي أن لا تعتق عليه سوى نصيبه منها.

وذهب ابن حمزة والشيخ يفي المبسوط إلى أنه يجب على الولد فك باقيها، أما ابن حمزه فإنه نقل عنه أنه أوجب على الولد السعي في فك باقيها، وأما الشيخ في المبسوط فإنه أوجب على الولد فكها من ماله، ولم نقف لها على دليل، والأصل يقتضي العدم، لأصالة البراءة من وجوب السعي وعدم المقتضي للسراية عليه حتى يجب عليه فكها من بقيه ماله لعدم الاختيار في ملكها.

وثالثها: في بيعها في حياة المولى في ثمن رقبته، وتفصيل ذلك أنه لا خلاف في جواز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبته إذا مات مولاها ولم يخلف سواها، وإنما الخلاف فيما إذا كان كذلك مع حياة المولى، وبمعنى أنه هل يجوز بيعها في ثمن رقبته إذا كان مولاها حيا، وليس له من المال ما يفي بثمنها؟ ذب الأكثر إلى الجواز.

واستدل عليه في المسالك برواية عمر بن يزيد (١) عن أبي الحسن عليه السلام (قال: سألت عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبته)

وروى عمر بن يزيد (٢) في الصحيح (قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك؟ قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكك رقابهن

قلت: وكيف ذلك؟ فقال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يود ثمنها ولم يدع ن المال ما يؤدي عنه، أخذ ولدها منها، وبيعت فادي ثمنها، قلت:

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٢، الوسائل ج ١٣ ص ٥١ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٥، الوسائل ج ١٣ ص ٥١ ح ١.

فيعن فيما سوى ذلك من أبواب الدين ووجوهه؟ قال: لا) وعندي في الاستدلال بالصحيحة المذكورة نظر، إن قوله عليه السلام فيما (ولم يدع من المال ما يؤدي عنه) ظاهر في أن ذلك في صورة موت المولى لا حياته كما ادعاه، نعم الرواية الأولى مطلقة، لكن يمكن حمل إطلاقها على ما دلت عليه الصحيحة المذكورة من تخصيص ذلك بالموت، وحينئذ فيشكل الاستدلال بهما على الحكم المذكور وإن كان هو المشهور.

ومن ثم نقل عن ابن حمزة تخصيص الجواز بالموت والمنع مما سواه (١) وظاهر السيد السند في شرح النافع تقوية القول بالمنع أيضا حيث قال: والقول بالمنع نادر لكنه لا يخلو من قوة.

أقول: ويؤيده قوله عليه السلام في آخر الخبر بعد سؤال السائل (فيعن فيما سوى ذلك من دين؟) والتقريب فيه أنه حيث كان مورد الخبر كما ذكرناه إنما هو جواز البيع في فكاك رقابهن بعد موت المولى إذا لم يدع من المال ما يؤدي عنه، فإنه تدخل حينئذ هذه الصورة المفروضة وهو البيع حال الحياة فيما سوى ذلك، فلا يجوز البيع حينئذ.

فإذا دلت الرواية المذكورة مع صحة سندها عندهم الذي هو المدار عليه في الاستدلال بينهم على تخصيص الجواز بهذه الصورة الخاصة، وهي بعد الوفاة بالقيود المتقدمة، مع تصريحها بعدم الجواز فيما سوى ذلك، فإنه يتحتم حمل إطلاق رواية عمر بن يزيد المذكورة على هذه الصحيحة جمعا.

(١) ونقل عن ابن حمزة هنا أيضا التصريح بعود الولد رقا حيث قال على ما نقله في المختلف: فإن مات سيدها ولم يكن له مال سواها وكان ثمنها في ذمة سيدها عادت بولدها رقا، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه: وليس بجيد لأنه ولد حرا.

ورابعها: إن المشهور أنه لا يجوز بيعها في مطلق الدين، بل ثمن رقبتها على ما عرفت من الخلاف في التخصيص بالموت أو العموم لحال الحياة، ونقل عن ابن

حمزة جواز بيعها في دينه وإن لم يكن ثمنها لها مع موته واستغراق لا دين للتركة (١). واختاره الشهيد في اللمعة، ووجهه أن عتقها بعد موت مولاهما إنما هو من نصيب ولدها، والحال أنه لا نصيب له على تقدير استغراق الدين للتركة لقوله عز وجل (من بعد وصية يوصي بها أو دين) (٢) واحتج له أيضا برواية أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام حيث قال: في آخرها (فإن مات وعليه دين قومت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر، ثم يجبر على قيمتها)

قال: في المسالك بعد نقل ذلك: وجوابه أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقا، وإن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق لا دين فيعتق نصيب الولد منها، لما لو لم يكن دين، ويلزمه إذا مقدار قيمة النصيب من ماله، والرواية قاصرة سندا ودلالة، ومشملة من الأحكام على ما لا يوافق الأصول فلا اعتداد بها، إنتهى.

وظاهر العلامة في المختلف التوقف في هذه الصورة، حيث قال: المشهور أنه لا يجوز بيع أم الولد إلا في ثمن رقبتها إذا كان دينها على مولاهما، وليس له سواها. وقال ابن حمزة: وإن مات سيدها وعليه دين في غير ثمن رقبتها قومت على ولدها، فإذا بلغ أُلزم أداؤها، فإن لم يكن له مال استسعي فيه، فإن مات

(١) حيث قال في عد المواضع التي يباع فيها: وسابعها: إذا مات مولاهما ولم يخلف سواها وعليه دين مستغرق وإن لم يكن ثمنها لها، وعلة الشارح بما يرجع إلى ما ذكرناه في الصل، وقد عرفت ما فيه. (منه قدس سره)

(٢) سورة النساء آية ١١.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٨، الوسائل ج ١٣ ص ٥٢ ح ٥.

قبل البلوغ بيعت في الدين.
احتج الأولون بما رواه عمر بن يزيد (١) عن الكاظم عليه السلام، ثم أورد مضمون صحيحة عمر بن يزيد كما قدمنا ذكره، ثم قال:
احتج ابن حمزة بما رواه أبو بصير (٢) عن الصادق عليه السلام (قال: سألته عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولدا فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، وإن مات مولاهما وعليه دين قامت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها، فإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة) ولأنها مملوكة (٣) فيجب صرف ثمنها في الدين كما لو كان الدين ثمنها، ونحن في هذه المسألة من المتوقفين، إنتهى.

أقول: لا يخفى أن النقل عن ابن حمزة في هذا الموضوع مختلف، فإن مقتضى النقل الأول وبه صرح في المسالك إنما هو جواز بيعها في الدين وإن لم يكن ذلك الدين ثمنها إذا كان مستغرقا كما يدل عليه دليله المتقدم، وعلى هذا فرواية أبي بصير المذكورة لا تعلق لها بذلك، ولا دلالة فيها عليه بوجه، ولهذا ردها في المسالك بذلك.

ومقتضى ما نقله العلامة عنه في المختلف إنما هو تقويمها على ولدها، لا بيعها مطلقا كما هو النقل الأول، وهذا هو مدلول رواية أبي بصير المذكورة، فالاستدلال بها عليه في محله، إلا أنه لا يظهر لي هنا وجه وجيه في مخالفته للقول المشهور كما يعطيه كلام العلامة في المختلف، إذ مقتضى القول المشهور إنما هو

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٥، الوسائل ج ١٣ ص ٥١ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٨، الوسائل ج ١٣ ص ٥٢ ح ٤ و ٥.

(٣) قوله ولأنها مملوكة إلى آخره من كلام العلامة لا من الرواية كما ربما يسبق إلى الوهم. (منه قدس سره)

تحريم بيعها. إلا في ثمن رقبته. وغاية ما يدل عليه هذا القول بناء على هذا النقل، وكذا روايته هو أنها تنتقل إلى ولدها ويكون ضامنا لقيمتها، يجب عليه بعد البلوغ أداؤها، وليس فيها ما يدل على بيعه في غير ثمن رقبته، ليكون مخالفا، بل ما دلت على الرواية هو الأوفق بالقواعد الشرعية، لأن المفروض أن مولاها مديون ولا مال سواها، ولا وارث سوى ابنها، وقد تقرر أن التركة تنتقل إلى الوارث مع اختياره ضمان الدين، فالولد هنا قد ورثها بموت أبيه، فوجب اعتاقها عليه ووجب عليه أداء قيمتها في الدين، غاية الأمر أنه من حيث كونه صغيرا ينتظر باخراج الدين من قيمتها إلى بلوغه، وأبي منافاة على هذا التقدير، بين هذا القول وبين القول المشهور، نعم في قوله في آخر الرواية (فإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة) إشكال إلا أنه خارج عن موضع الاستدلال. وبالجملة فالرواية المذكورة لا تبلغ قوة المعارضة للصحيحة المتقدمة لو ثبت التعارض، فالعمل على الصحيحة المشار إليها لتأييدها زيادة على ما هي عليه بعمل الأصحاب وفتواهم بها.

هذا ولك أن تقول: إن الدين المذكور في رواية أبي بصير مطلق فيحمل على ثمن رقبته، ويكون الحكم فيه ما ذكر في الخبر، وعلى هذا يكون الجمع بينه وبين صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة التحيير فيما إذا مات المولى مشغول الذمة بقيمة الأمة، ولم يخلف سواها بين بيعها ودفع ثمنها في الدين، ما تدل عليه الصحيحة المذكورة، وبين التقويم على الولد كما دلت عليه رواية أبي بصير. وبما ذكرناه في معنى رواية أبي بصير صرح الشيخ رحمة الله عليه في النهاية حيث قال: فإن لم يخلف غيرها وكان ثمنها دينا على مولاها قومت على ولدها ويترك إلى أن يبلغ، فإذا بلغ أجبر على ثمنها، وإن مات قبل البلوغ بيعت في ثمنها وقضى به الدين، إنتهى.

أقول: وهذا هو ما دلت عليه رواية أبي بصير المذكورة، والشيخ فرضها في الذين الذي هو ثمن رقبته، حملا للرواية على ذلك، وحينئذ فلا إشكال في بيعها لو مات الولد قبل البلوغ، لأنه يجوز بيعها في حياته كما دلت على صححة عمر بن يزيد، فكيف بعد موته.

وابن إدريس قد اعترض على الشيخ فقال: هذا غير واضح لأننا نبيعها في ثمن رقبته في حياة مولاها، فكيف بعد موته، ولأي شيء يجبر الولد بعد بلوغه على ثمنها، ولأي شيء يؤخر الدين، إلا أن شيخنا رجع عن هذا في عدة مواضع، ولا شك أن هذا خبر واحد أورده هنا إيرادا إلا اعتقادا، إنتهى.

وكلام ابن إدريس هو الموافق للمشهور من جواز بيع أم الولد في ثمن رقبته حيا كان المولى أم ميتا، لما تقدم إلا أنك قد عرفت أن الدليل لا تنهض بالعموم لحال الحياة.

وكيف كان فمقتضى عمل الشيخ بهذه الرواية هنا موافقة لما تقدم نقله في المختلف عن ابن حمزة، والوجه في الجمع بين الرواية المذكورة وصححة عمر بن يزيد هو ما أشرنا إليه من التخيير، والله العالم.

المقام الثاني في البيع، وفيه مسائل:

الأولى: لا خلاف بين الأصحاب في أنه إذا بيعت الأمة ذات البعل، فإن بيعها طلاقها، ويتخير المشتري في الإجازة والفسخ والأصل في هذا الحكم الأخبار المستفيضة.

ومنها ما رواه في الكافي (١) في الصحيح إلى الحسن بن زياد وهو مشترك بين الثقة وغيره (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية يطؤها، فبلغه أن

لها زوجا، قال: يطؤها فإن بيعها طلاقها، وذلك أنهما لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا)

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٧ ح ٢.

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) في الصحيح أو الحسن (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تباع ولها زوج؟ فقال: صفقتها طلاقها) وعن بريد بن معاوية وبكير (٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر وأبا عبد الله عليهم السلام (قالا: من اشترى مملوكة لها زوج فإن بيعها طلاقها، فإن شاء المشتري فرق بينهما، وإن شاء تركهما على نكاحهما).

وما رواه في الكافي ومن لا يحضره الفقيه (٣) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهم السلام ((قال: طلاق الأمة بيعها، أو بيع زوجها، وقال في الرجل يزوج أمته رجل حراً ثم يبيعها، قال: هو فراق ما بينهما، إلا أن يشاء المشتري أن يدعهما)

وما رواه في الكافي (٤) عن عبيد بن زرارة في الموثق (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن الناس يروون أن علياً عليه السلام كتب إلى عامله بالمدائن أن يشتري له جارية

فاشترها وبعث بها إليه، وكب إليه أن لها زوجاً، فكتب إليه علي عليه السلام أن يشتري بضعها فاشترها، فقال: كذبوا على علي عليه السلام، أعلي عليه السلام يقول هذا)

وما رواه في التهذيب (٥) في الصحيح عن محمد بن مسلم (قال: قال أبو عبد الله عليه السلام طلاق الأمة بيعها).

وما رواه في من لا يحضره الفقيه (٦) عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٤ ب ٤٧ ح ٣.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٤ ب ٤٧ ح ٤.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١٣ الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ح ١.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٤ ب ٤٧ ح ٥.
(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٠ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٧.
(٦) الفقيه ج ٣ ص ٣٥١ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٥ ب ٤٨ ح ١.

عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا بيعت الأمة ولها زوج فالذي اشتراها بالخيار، إن شاء فرق بينهما. وإن شاء تركها معه فإن هو تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد ما رضي، قال وإن بيع العبد، فإن شاء مولاه الذي اشتراه أن يصنع مثل الذي صنع صاحب الجارية فذلك له، وإن هو سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم)

وأما ما رواه الشيخ في التهذيب (١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يبتاع الجارية ولها زوج؟ قال: لا تحل لأحد أن يمسه حتى يطلقها زوجها الحر) فحمله الشيخ على ما إذا كان المشتري قد أقر الزوج على عقده ورضي به.

إذا عرفت ذلك فالكلام هنا يقع في مواضع:
الأول: قال في المسالك: والأصل في الحكم بعد النص أن بقاء النكاح لازماً على هذه الحالة مظنة لضرر المالك، إذ قد لا يناسب بقاء النكاح فجعل له طريق إلى التخلص بالفسخ.

وأنت خير بما فيه كما لا يخفى على الموفق النبيه، إذ لا وجود لهذه العلة في الأخبار فيكون مستنبطاً. وإطلاق الأخبار المذكورة وكذا إطلاق كلام الأصحاب يقتضي عدم الفرق بين كون البيع قبل الدخول أو بعده، وكذا بين كون الزوج حراً أو مملوكاً، بل في صحيحة محمد بن مسلم تصريح بثبوت الخيار مع كونه حراً، وقد قطع الأصحاب بأن هذا الخيار على الفور، ويشير إليه قوله عليه السلام في رواية أبي الصباح الكناني: فإن هو تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد التراضي، فإنه ظاهر في أنه بعد علمه وعدم فسخه بل سكوته مثلاً فإنه رضا منه بذلك، وليس له التفريق بعد ذلك، فعلى هذا لو أصر كالجعل بأصل الخيار سقط خياره، وفي كون الجعل بفوريته عذراً وجهان، تقدم الإشارة إليهما.

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٩ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٥ ح ٧.

الثاني: لا خلاف في أن حكم العبد إذا بيع وتحتة أمة، حكم الأمة إذا بيعت ولها زوج، حرا كان أو عبدا، وعلى ذلك دلت صحيحة محمد بن مسلم وروية أبي الصباح الكناني، وإلا أنها مطلقة بالنسبة إلى زوجة العبد بخلاف الأولى، فإنها صريحة في كونها أمة.

وإنما الخلاف فيما لو كان العبد المبتاع تحتة حرة، فالأكثر كما نقله في المسالك على ثبوت الخيار للمشتري أيضا، فإن الحكم كما في الأمة لتساويهما في المعنى المقتضي له، وهو توقع الضرر ببقاء التزويج. ولرواية محمد بن علي (١) عن أبي الحسن عليه السلام (قال: إذا تزوج المملوك حرة فللمولى أن يفرق بينهما فإن زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما) والتقريب فيها أنه ليس له التفريق بغير البيع إجماعا فينحصر في البيع. وردوا المتأخرون بضعف السند والدلالة، فلا يسوغ التعلق بها في إثبات هذا الحكم، ولهذا جزم ابن إدريس وجمع ممن تأخر عنه بعد ثبوت الخيار هنا تمسكا بلزوم العقد، وعدم المخرج عنه لشذوذ الرواية، والحمل على بيع الأمة قياس باطل.

والعلامة في المختلف قد شنع على ابن إدريس في هذا المقام، قال: ونسبة كلام الشيخ إلى القياس جهل منه وقلة تأمل وسوء نظر في الأدلة واستخراجها، لأنه لو فقدت النصوص لكان الحكم مساويا للأمة، لأن الشارع لم يفرق بينهما في مثل هذه الأحكام كما لم يفرق في التقويم وعدمه. وردة جملة من المتأخرين منهم الشهيد الثاني في المسالك وسبطه في شرح النافع بأن الحكم بالمساواة يحتاج إلى دليل من نص أو إجماع، ومع انتفائه يجب التمسك بمقتضى العقد اللازم، وحكموا بأن الأصح ما اختاره ابن إدريس،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٤.

وقال في المالك: ونمنع من مساواة الحرة والأمة في هذا المعنى، لأن الحرة أشرف ولا يلزم مع ثبوت الحكم في الأدنى ثبوته في الأعلى، والرواية قد عرفت ضعفها، وبعدها عن الدلالة، إنتهى.

أقول: لا يخفى ما في تعليقه المذكور في المسالك من الضعف والوهن، وإنما الظاهر ما ذكرناه أولاً، إلا أنه يمكن أن يقال: إن إطلاق رواية أبي الصباح الكناني شامل لما لو كانت الزوجة حرة أو أمة، فإنه عليه السلام حم بأنه متى بيع العبد فلمشتره الخيار، كما في مشتري الجارية، ولم يفرق بين كون الزوجة حرة أو أمة، ولو كان الحكم كما يدعونه من تخصيص الخيار بما إذا كانت أمة لم يحسن هذا الاطلاق، إلا أن للمتأخرين الطعن بضعف سند الرواية، ومن لا يرى العمل بهذا الاصطلاح فإن له التمسك بالرواية المذكورة، إذ لا طعن فيها من جهة الدلالة، بل هي ظاهرة الدلالة فيما قلناه، وبه يظهر قوة القول المشهور، والله العالم.

الثالث: المستفاد من كلام جملة من الأصحاب، وهو صريح كلام ابن إدريس هو تخصيص الخيار بالمشتري في بيع العبد أو الأمة، بمعنى أنه لو زوج السيد أمته عبد غيره فباع السيد أمته أو العبد سيده فإن الخيار مخصوص بالمشتري في كل من الصورتين، وذهب الشيخ في النهاية إلى ثبوته أيضاً لمالك الآخر الذي لم يبيع، قال الشيخ في لا نهاية: ومتى عقد الرجل لعبد على أمة غيره جاز العقد، وكان الطلاق بيد العبد، وليس لمولاه أن يطلق، فإن باعه كان ذلك فراقاً بينه وبينها إلا أن يشاء المشتري إقراره على العقد، ويرضى بذلك مولى الجارية فإن أبى واحد منهما ذلك لم يثبت العقد على حال، وكذلك لو باع مولى الجارية جاريته كان ذلك فراقاً بينهما إلا أن يشاء الذي اشتراها إقرارها على العقد، ورضي بذلك مولى العبد، وإن أبى واحد منهما كان العقد مفسوخاً، وتبعه ابن البراج في ذلك.

والشيخ الفيد لم يذكر سوى المشتري ولم يذكر حكم الآخر، وكذا

ابن حمزة، وقال ابن إدريس: لا أرى لرضاء الذي لم يبع وجهها، لأن الخيار في إقرار العبد وفسخه للمشتري في جميع أصول هذا الباب، وإنما جعل الشارع لمن لم يحضر العقد ولا كان مالكا لأحدهما وإنما انتقل إليه الملك الخيار، لأنه لم يرض بشئ من ذلك الفعال، لا الإيجاب ولا القبول ولا كان له حكم فيها، والموجب والقابل أعني السيدين المالكين الأولين رضيا وأوجبا وقبلا، فمن جعل الخيار لهما أو لأحدهما يحتاج إلى دليل، لأنه حكم شرعي يحتاج مثبتته إلى دليل، وإنما أو جبنا الخيار للمشتري، لأنه انتقل الملك إليه، ولي هو واحدا منهما. وظاهر العلامة في المختلف الميل إلى ما ذهب إليه الشيخ حيث نفى عنه البعد عن الصواب، قال: لأن الذي لم يبع إنما رضي بالعقد مع المالك الأول، والأغراض تختلف باختلاف الملاك، وأيضا البايع أو وجد سبب الفسخ، وهو الخيار للمشتري، فيكون للآخر ذلك أيضا، لأنه مالك كالبايع مساو له في الحكم، فيثبت له ما يثبت له.

أقول: والظاهر هو ما ذهب إليه ابن إدريس، لأنه هو المستفاد من الأخبار المتقدمة، وما ادعوه زيادة على ذلك لا دليل عليه، وما ذكره العلامة من الدليلين المذكورين.

أما (الأول) فإنه يصلح لأن يكون وجهها للنص بعد وروده، لا دليلا مستقلا برأسه لما عرفت من أن الأحكام الشرعية إنما تبنى على الأدلة المنصوصة الواضحة الجلية، لا على هذه التعليلات العقلية.

وأما (الثاني) فإنه مع صحته لا يخرج عن القياس، والله العالم. الرابع: قالوا: لو كان كل واحد من العبد والأمة المزوجين لمالك واحد، فباعهما لاثنين، سواء باع أحدهما لواحد والآخر لآخر، أم باعهما معا لاثنين على وجه الاشتراك، فإن الخيار في الفسخ للمشتري المتعدد كما ثبت للواحد،

ولو باع أحدهما خاصة كان الخيار في فسخ العقد وإمضائه لكل من البائع والمشتري ، فظاهر مما تقدم، وأما البائع فلاطلاق النص السابق في كون البيع كالطلاق، ومعناه ثبوت التسلط على فسخ العقد المتناول لهما ولاشترأكهما في المعنى المقتضي لجواز الفسخ، فإن المشتري كما يتضرر بتزويج مملوكه لغير مملوكته كذلك البائع، وحينئذ فيتوقف عقدهما على رضا المتبايعين معا، كذا ذكره شيخنا في المسالك.

وأنت خير بأن ما ذكره من الحكم الأول جيد لا إشكال فيه، إذ الخيار الثابت للمشتري لا فرق فيه بين تعدد المشتري واتحاده، لاطلاق النصوص. وأما الثاني وهو ما ذكره بقوله: ولو باع أحدهما خاصة إلى آخره، ففيه أن إثبات الخيار فيه للبائع لا دليل عليه، وما احتج به من إطلاق النص في كون إليه كالطلاق بمعنى ثبوت التسلط على الفسخ التناول لهما. ففيه أن مقتضى قوله عليه السلام في حسنة بكير وبريد المتقدمة (فإن بيعها طلاقها فإن شاء المشتري فرق بينهما، وإن شاء تركهما على نكاحهما) هو تخصيص الخيار بالمشتري، والتشبيه بكونه طلاقا إنما هو باعتبار ذلك خاصة، ونحوها قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام هو فراق فيما بينهما إلا أن يشاء

المشتري أن يدعها، ما احتج به من اشترأكهما في المعنى المقتضي لجواز الفسخ) إلى آخره، ففيه ما أشرنا إليه سابقا من أن هذه العلة مستنبطة فلا تقوم حجة. وبالجملة فإنه لا فرق في اختصاص الخيار بالمشتري بين كون الزوجين لمالك واحد كما هو المفروض هنا، أو لمالكين متعددين كما تقدم في سابق هذا الموضوع، ويؤيد ذلك أيضا إطلاق رواية أبي الصباح الكناني المتقدمة عن أبي عبد الله عليه السلام

(قال إذا بيعت الأمة ولها زوج فالذي اشتراها بالخيار) الخبر إلى آخره، فإنه دال بإطلاقه على تخصيص الخيار بالمشتري أعم من أن يكون الزوجان لمالك واحد أو لما ليكن متعددين في كل من بيع الأمة أو الزوج، وهو ظاهر في الدلالة على المراد

أتم الظهور، لا يعتريه شائبة الفتور ولا القصور.
ثم إنه قال في المسالك علي أثر الكلام المتقدم: فإن اتفقا على إبقائه
لزم، وإن اتفقا على فسخه أو طلب أحدهما فسخه والآخر إمضاءه انفسخ، أما
الأول فظاهر، وأما لا ثاني فلأن رضاهما به يوجب تفرره من جانبه، ويبقى
من جانب الآخر متزلزلا، فإذا فسخه انفسخ كما لو لم يكن للآخر خيار، ومثلهما
لو اشترك الخيار بين البائع والمشتري، فاختر أحدهما الامضاء والآخر الفسخ.
إنتهى، وهو بالنسبة إلى ما نحن فيه جيد متى ثبت عموم الخيار للبائع والمشتري.
المسألة الثانية: إذا زوج الرجل أمتة من غيره بمهر مسمى فلا إشكال في
أن المهر للمولى، فإنه عوض البضع الذي هو ملكه، فإن باعها بعد الدخول بها
فقد استقر المهر، وثبت للمولى لما عرفت، ولا يسقط بالبيع لا واقع بعده سواء أجاز
المشتري أم لا، وسواء قبض البائع شيئا من المهر أم لا، والوجه فيه أن الدخول
موجب لاستقرار المهر في الحرة حتى لو طلق الزوج، والحال هذه لم يسقط من
المهر شيء، فالبيع أولى.
وبالجملة ف إنه قد ثبت واستقر بالأدلة المتكاثرة، وسقوطه بالبيع يحتاج
إلى دليل، وليس فليس.

وإن كان البيع قبل الدخول فظاهرهم سقوط المهر وعد استحقاق المولى له،
وقد تقد أن للمشتري الخيار، فإن أجاز لزم المهر فكان له، لأن الإجازة كالعقد
المستأنف، وإن فسخ سقط المهر، لأن الفرقة قبل الدخول إذا كانت من قبل المرأة
توجب سقوطه، وهي هنا من المالك للبضع، فيكون بمنزلة المرأة كما لو كان من
قبلها، وهذا هو المشهور بين المتأخرين من ابن إدريس فمن دونه.
وقال ابن إدريس رحمه الله: إذا زوج أمتة من غيره وسمى لها مهرا
معينا ثم باع المولى الجارية قبل الدخول بها لم يكن لها المطالبة بشيء من المهر،
لأن الفسخ جاء من قبل مولى الجارية وكل فسخ جاء من قبل النساء قبل

الدخول بهن فإنه يبطل مهورهن، وكذلك ليس لمن يشتريها أيضا المطالبة بالمهر إلا أن يرضى بالعقد، فإن رضي المشتري بالعقد كان رضاه كالعقد المستأنف وله حينئذ المطالبة بالمهر كاملا، فإن كان الزوج قد دخل بها قبل أن يبيعها مولاهما الأول فإن المهر للأول يستحقه جميعه، لأن بالدخول يستقر جميع المهر وله المطالبة به، فإن رضي المولى الثاني الذي هو المشتري بالعقد الأول لم يكن له مهر على الزوج وإن لم يرض بالعقد الأول انفسخ النكاح، وكان للمولى الأول المطالبة بكامل المهر إن لم يكن استوفاه ولا قبضه. إنتهى، وعلى هذه المقالة جرى من تأخر عنه.

وقال الشيخ في النهاية: وإذا زوج الرجل أمته من غيره وسمى لها مهرا معيناً، وقد الرجل من المهر شيئاً معنياً ثم باع الرجل الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر، ولا لم يشتريها إلا أن ترضى، وبعه ابن الراج في هذه المقالة. أقول: والشيخ قد عول فيما ذكره هنا على ما رواه في التهذيب (١) عن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام (في رجل زوج مملوكة له من رجل حر على أربعمائة درهم، فعجل له مائتي درهم وأخر عنه مائتي درهم فدخل بها زوجها، ثم إن سيدها باعها بعد من رجل، لمن تكون المائتان المؤخرتان على الزوج؟ قال: إن كان الزوج دخل بها وهي معه ولم يطالب السيد منه بقية المهر حتى باعها فلا شيء له عليه ولا لغيره، وإذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعرف هذا الأمر)

وهذا لرواية ردها المتأخرون بضعف الاسناد، قال في المسالك بعد نقل قول الشيخ المذكور: واستند في هذا التفصيل إلى رواية ضعيفة السند لا تصلح لا ثبات مثل هذا الحكم الذي لا يوافق الأصول. ونحو كلام سبطه في شرح النافع.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٤ ح ١٥٣، الفقيه ج ٣ ص ٢ م ٨ م ٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٠ ح ١.

ونقل عن الشيخ أنه أجاب عنها في كتابي الأخبار بحمل الدخول على الخلوة دون الايلاج، قال: وقوله (إن لم يكن أوفاهما بقية المهر) معناه إن لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفيه المهر ثم باعها لم يكن له شيء للفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول ولا لغيره إذا لم يجز العقد، وبذلك أجاب في المختلف أيضا، وبعده أظهر من أن يخفى.

ومن أجل ذلك اعتمدوا على ما ذهب إليه ابن إدريس إلا أن ظاهر شيخنا في المسالك الميل إلى أنه في صورة عدم الدخول، وإجازة العقد يكون المهر للأول لوجوبه وهي ملكه، وأو نصفه بناء على أن البيع بمنزلة الطلاق كما صرحت به النصوص المتقدمة، ولا ريب في تنصفه بالطلاق فينتصف هنا بالبيع أيضا. وقواه سبطه في شرح النافع بالنسبة إلى المهر كملا، قال: .: قدس سره: ويحتمل قويا القول بكون المهر للأول مع إجازة الثاني العقد لدخوله في ملكه بالعقد، والإجازة تقرير للعقد الأول، وليس عقدا مستأنفا، ويؤيده اتفاق الأصحاب ظاهرا على أن الأمة المزوجة إذا أعتقت قبل الدخول فأجازت العقد يكون المهر للسيد، الحكم في إجازة الأمة بعد العتق وإجازة المشتري واحد. وربما فرق بينهما بأن البيع معاوضة تقتضي تمليك المنافع تبعا للعين، فتصير منافع البضع مملوكة للمشتري بخلاف العتق فإنه لا يقتضي تمليكا، وإنما هو فك ملك، ففي الأمة المعتقة يكون المنافع كالمستثناة للسيد وفي البيع ينتقل إلى المشتري، وفي الفرق نظر يعلم مما حررناه، وانتهى.

أقول وبالله التوفيق: لا يخفى أن الرواية المذكورة قد رواها الشيخ بهذا النحو الذي قدمنا ذكره، ورواها الصدوق وكذا الشيخ أيضا مرة ثانية بنحو آخر يأتي ذكره إن شاء الله تعالى، وهي بناء على ما قدمنا ذكره موافقة لما صرح به ابن إدريس ومن تبعه من أنه مع الدخول قبل البيع فالمهر للمولى الأول وتوهم المنافاة فيها من حيث حكمه عليه السلام بعدم استحقاق المولى الأول وغيره باقي

المهر إذا دخل بها ولم يطلبه السيد بذلك مبني على مسألة أخرى: وهي أن الدخول هل يسقط الأجل أم لا؟ كما سيأتي إن شاء الله تعالى في باب المهور. ودلت جملة من الأخبار الصحيحة الصريحة في الزوجة الحرة على مثل ما دلت عليه هذه الرواية، ولكن المشهور بين الأصحاب الاعراض عن هذه الروايات لمخالفتها لمقتضى الأصول الشرعية، وحينئذ فلا طعن في هذه الرواية من هذه الجهة، فكل من عمل بتلك الروايات عمل بهذه الرواية أيضا، وكل من اطرحها أطرح هذه الرواية أيضا.

وروى هذه الرواية أيضا الصدوق في الفقيه (١) عن الحسن بن محبوب عن سعدان بن مسلم عن أبي بصير عن أحدهما عليهم السلام (في رجل زوج مملوكة له من

رجل حر على أربعمائة درهم فعجل له مائتي درهم، ثم أخرج عنه مائتي درهم فدخل بها زوجها، ثم إن سيدها باعها بعد من رجل، لمن تكون لا مائتان الموحرة عليه؟ فقال: إن لم يكن أوفأها بقية المهر حتى باعها فلا شيء له عليه ولا لغيره، وإذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعف هذا الأمر، وقد تقدم من ذلك على أن بيع الأمة طلاقها)

أقول ك والتقريب في هذه الرواية كما في السابقة، وإن كان في السابقة أصرح من حيث التصريح بعدم الدخول في الجواب، وقوله ولم يطلب السيد منه بقية المهر حتى باعها)

وبالجملة فالرواية على كل من النقلين ظاهره في ما ذكرناه من التقريب المذكور، وبذلك يظهر أنه لا موجب لردّها بالضعف، ولا ضرورة إلى ما ارتكبه الشيخ ومثله العلامة في المختلف من ذلك التأويل البعيد بقي الكلام فيما مال إليه في المسالك من تقوية احتمال المهر أو نصفه في صورة عدم الدخول.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٠ ح ١.

أقول: هذا الاحتمال بالنسبة إلى النصف ضعيف إذ التشبيه بالطلاق لا يقتضي أن يكون من كل وجه كما تقدم ذكره، بل إنما أريد من حيث تسلط المشتري على الفسخ كما تقدم ذكره، وأما بالنسبة إلى المهر كملا فإشكال، لعدم النص، إذ مورد الرواية المتقدمة إنما هو صورة الدخول، وليس غيرها في الباب، والتعليقات الاعتبارية مع كونها لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية متصادمة من الطرفين، ومتعارضة في البين، وفي المسألة أقوال ضعيفة ليس في العرض لها مريد فائدة، والله العالم.

فائدة

قوله عليه السلام في رواية الفقيه (وإذا باعه السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعرف هذا الأمر إلى آخره) الظاهر من هذا الكلام أن البيونة بالبيع مخصوص بالشيعة الإمامية وحينئذ فهذا الزوج متى كان منهم وهو عارف بمذهبهم فإنه قد قدم على ذلك، أو أنه قد تقدم له العلم بذلك، وهو يدل بمفهومه على أنه لو لم يكن إماميا فلا يلزمه ذلك ولا تبين بالبيع. ونظير ذلك ما ورد في صحيحة محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: قلت

له: الرجل يزوج أمته من رجل حر ثم يريد أن ينزعها منه ويأخذ منه نصف ينزعها منه ويأخذ منه نصف الصداق، لأنه قد تقدم من ذلك على معرفة أن ينزعها منه ويأخذ منه نصف الصداق، لأنه قد تقدم من ذلك على معرفة أن ذلك للمولى، وإن كان الزوج لا يعرف هذا، وهو من جمهور الناس يعامله المولى على ما يعامله به مثله، فقد تقدم على معرفة ذلك منه) ومورد هذا الخبر هو جواز تفريق السيد بين أمته وبين من زوجه بها حرا كان أو عبد الغيرة والمشهور هنا أن الطلاق بيد العبد، ولكن جملة من الأخبار

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٣ ب ٤٤ ح ٣.

ومنها هذا الخبر دلت على أن الأمر بيد السيد، ويظهر من هذا الخبر حمل تكل الأخبار الدالة على أن الطلاق بيد العبد على ألقه كما سيجيء ذكره إن شاء الله تعالى.

وحاصل المعنى في الخبر المذكور أنه إن كان الذي زوجه المولى إماميا عارفا بمذهب الإمامية في جواز نزع المولى أمته متى أراد، فللمولى نزعها منه وأخذ نصف الصداق، لأنه إنما تزوجها قادمًا على ذلك، وإن لم يكن إماميا عامله بمقتضى مذهبه من عدم جواز النزع، بل يكون الطلاق بيد العبد لا اختيار للمولى فيه، هذا حاصل المعنى فيه، ومنه يفهم حمل تلك الأخبار الدالة على ما هو المشهور من أن الطلاق بيد العبد على التقية إلا أنه لا قائل بذلك كما سيأتي تحقيق المسألة في محلها إن شاء الله تعالى، والله العالم.

المسألة الثالثة: قد تقدم في الموضوع الثاني من المسألة الأولى الكلام فيما لو زوج السيد عبده بحرة ثم باعه من أنه هل للمشتري الخيار في الفسخ كما هو المشهور أم لا، كما ذهب إليه ابن إدريس وجميع من تأخر عنه، وأوضحنا ما تقتضيه الأدلة في المسألة.

بقي هنا خلاف آخر في المهر، وتفصيل الكلام فيه أنه لا إشكال في أن السيد إذا زوج عبده لزمه المهر، إلا أنه متى باعه بعد الدخول فقد استقر المهر ولزم السيد كاملا، وإن باعه قبل الدخول فالذي صرح به الشيخ وجماعة هو تنصيف المهر، لما تقرر في نظيره من أن الفرقة قبل الدخول توجب تنصيف المهر كالطلاق.

ويؤيده تأكيدنا هنا رواية علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام (في رجل زوج مملوكا له امرأة حرة على مائة درهم ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٥ ح ١٥٨، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٥ ب ٧ ح ١.

فقال: يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو منزلة دين استدانه بأمر سيده) (١)

وأنكر ابن إدريس ذلك هنا كما أنكر ثبوت الخيار للمشتري لما علم من ثبوت المهر بالعقد، وتنصيفه بالطلاق قبل الدخول وقع على خلاف مقتضى الأدلة، فيقتصر فيه على مورده، وإلحاق غيره به قياس، والرواية المذكورة ضعيفة السند بعلي بن أبي حمزة.

أقول: وملخص الكلام هنا يرجع إلى أنه من يعمل على هذا الاصطلاح المحدث فلا شك في قوة قول ابن إدريس عنده ولهذا مال إليه جملة من المتأخرين منهم صاحب المسالك وغيره، ومن لا يرى العمل به فالدليل عنده موجود وهي الرواية المذكورة، وروايات أخر في موارد أخر أيضا.

منها ما تقدم في المورد الرابع في المهر من الفصل الثالث في المتعة من موثقة سماعة (٢) (قال: سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها، أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا، قال: نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الرجل نصف الصداق والتقريب فيما أنه لولا أن الحكم تنصيف المهر هنا لكان الواجب أن لا ترد إليه شيئا أو ترد الجميع كما لا يخفى، وفي رواية علي بن أبي حمزة المذكورة دلالة على أن المهر في الصورة المذكورة على السيد كما هو المشهور، لا أنه يتعلق بكسب العبد كما ذهب إليه الشيخ، وقد تقدم الكلام في ذلك في التذنيب الأول

(١) وقال في المسالك: وهذه الرواية ضعيفة بعلي بن أبي حمزة، وقول ابن إدريس وجيه في الموضوعين، والجماعة زعموا أن ضعف الرواية منجر بالشهرة فوافقوا الشيخ مراعاة لجانب الأصحاب، انتهى. (منه قرس سره).

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٤ ح ٧٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ب ٤١ ح ٢.

من المسألة الأولى من المطلب الأول من هذا الفصل، والله العالم.
المقام الثالث في الطلاق: لا خلاف نصا وفتوى فيما أعلم في أنه إذا زوج
السيد عبده أمتة، فإن الطلاق بيد السيد، وله أن يأمر به وأن يفرق بينهما بغير
لفظ الطلاق.

ومن الأخبار في ذلك ما رواه في الكافي (١) عن ليث المرادي (قال: سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه، فقال: إن كانت أمتك فلا، إن الله
عز وجل يقول: (عبدا مملوكا لا يقدر على شيء) (٢) وإن كانت أمة قوم آخرين أو
حرة جاز طلاقها)

وما رواه في الكافي والتهذيب (٣) عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه
السلام

(قال: إذا كان العبد وامرأته لرجل واحد، فإن المولى يأخذها إذا شاء وإذا شاء
ردها، وقال لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو وامرأته لرجل واحد إلا أن يكون
العبد لرجل والمرأة لرجل، وتزوجها بإذن مولاه وإذن مولاها، فإن طلق وهو
بهذه المنزلة فإن طلاقه جائز)

وما رواه الكافي (٤) عن علي بن يقطين في الموثق عن العبد الصالح عليه السلام في
حديث

(قال: وسألته عن رجل زوج غلامه جاريتة، فقال: الطلاق بيد المولى)
وما رواه في التهذيب (٥) عم محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام قال:
طلاق

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ج ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ ح ٥٤، الوسائل ج ١٤
ص ٥٧٧ ب ٦٦ ح ٤.

(٢) سورة النحل آية ٧٥.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ ح ١٦، الوسائل ج ١٤
ص ٥٥١ ب ٤٥ ح ٦.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ب ٤٣ ح ٤.

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ح ٥.

العبد إذا تزوج امرأة حرة، أو تزوج وليدة قوم آخرين إلى العبد، وإن تزوج وليدة مولاه كان هو الذي يفرق بينهما إن شاء، وإن شاء نزعها منه بغير طلاق) وما رواه في الكافي (١) عن عبد الله بن سنان في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سمعته يقول: إذا زوج الرجل عبداً، أمته ثم اشتهاها، قال له اعتزلها فلما طمشت وطأها، ثم يردّها عليه إذا شاء)

وما رواه في الكافي والتهذيب (٢) في الصحيح عن محمد بن مسلم (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل (المحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) قال (٣)

هو أن يأمر الرجل عبده وتحتة أمته فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسه، فإذا حاضت بعد مسه إباها ردها عليه بغير نكاح) وما رواه في الكافي (٤) عن عمار الساباطي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام (قال:

سألته عن الرجل يزوج جاريتة من عبده فيريد أن يفرق بينهما، فيفر العبد، كيف يصنع؟ قال: يقول لها: اعتزلي فقد فرقت بينكما، فاعتدي فتعتد خمسة وأربعين يوماً ثم يجامعها مولاه إن شاء، وإن لم يفر قال له مثل ذلك، قلت: فإن كان المملوك لم يجامعها؟ قال: يقول لها: اعزلي فقد فرقت بينكما ثم يجامعها مولاه من ساعته إن شاء ولا عدة عليها) وعن حفص بن البختری (٥) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا

كان للرجل أمة فزوجها مملوكه فرق بينهما إذا شاء وجمع بينهما إذا شاء).

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨١ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ب ٤٥ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨١ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤

ص ٥٥٠ ب ٤٥ ح ١.

(٣) سورة النساء آية ٢٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٨١ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ح ٣.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ح ٨.

وما رواه في التهذيب (١) عن محمد بن مسلم في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن رجل ينكح أمته من رجل أيفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول: (عبدا مملوكا لا يقدر على شيء) فليس للعبد شيء من الأمر وإن كان زوجها حرا فإن طلاقها صفتها) قوله عليه السلام (فإن طلاقها صفتها) أي الطلاق الذي بيد المولى في هذه الصورة إنما هو بيعها كما تقدم.

وأما ما رواه الشيخ (٢) عن علي بن سليمان (قال: كتبت إليه: جعلت فداك، رجل له غلام وجارية، زوج غلامه جاريته، ثم وقع عليه سيدها، هل يجب في ذلك شيء؟ قال: لا ينبغي له أن يمسه حتى يطلقها الغلام) فهو مع ضعف سنده شاذ لا يلتفت إليه بعد ما عرفت من هذه الأخبار المستفيضة، وقد حملة الشيخ على أن المعنى حتى نبين من الغلام وتعتد وتصير في حكم المطلقة، وذلك يكون بالتفريق الذي قدمناه، إنتهى.

وبالجملة فإن الحكم مما لا خلاف فيه كما عرفت، إنما الخلاف فيما لو لم تكن الزوجة أمة المولى بأن تكون حرة أو أمة لغيره، والمشهور بين الأصحاب أن الطلاق بيد العبد وليس للسيد إجباره على ذلك، ولا نهييه عنه، وذهب جمع منهم ابن أبي عقيل وابن الجنيد إلى نفي ملكية العبد للطلاق إلا بإذن السيد. والأصل في هذا الخلاف ما عليه الأخبار من الاختلاف، فمما يدل على القول المشور ما تقدم ن رواية ليث المرادي ورواية أبي الصباح ورواية محمد بن الفضيل، إلا أن الأخيرة أظهر دلالة، حيث دلت على أن أمر الطلاق إلى العبد، بخلاف الأولتين، فإن غاية ما دلنا عليه أن طلاق العبد جائز، وهو لا ينفي طلاق السيد إلا أن يقال: إنه لا قائل بالتشريك بينهما في الطلاق، فحيث دلنا على جواز

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٠ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٨.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٧ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ب ٤٤ ح ٣.

وقوعه منه مع عدم القول بالتشريك اقتضى ذلك اختصاصه به.
ومنها أيضا ما رواه في الكافي (١) عن أبي بصير (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن
الرجل يأذن لعبده أن يتزوج الحرة أو أمة قوم، الطلاق إلى السيد أو إلى العبد؟
قال: الطلاق إلى العبد)

وفي الموثق عن عبد الله بن سنان (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال سألته عن
رجل

تزوج علامه جارية حرة، فقال: الطلاق بيد الغلام فإن تزوجها بغير إذن مولاه
فالطلاق بيد المولى)

وعن علي بن يقطين (٣) في الموثق عن العبد الصالح عليه السلام (قال: سألته عن رجل
تزوج غلامه جارية حرة، فقال: الطلاق بيد الغلام، قال: سألته عن رجل
تزوج غلامه جارية حرة، فقال: الطلاق بيد الغلام، قال: وسألته عن رجل زوج
أمته رجلا حرا؟ فقال: الطلاق بيد الحر).

ويؤيده أيضا قوله عليه السلام (٤) (الطلاق بيد من أخذ بالساق))
ومما يدل على القول الثاني ما رواه الشيخ (٥) في لا صحيح عن بكير وبريد بن
معاوية عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهم السلام (أنهما قالوا في العبد المملوك: ليس له
طلاق

إلا بإذن مولاه)

وما رواه في الفقيه والتهذيب (٦) عن زرارة في الصحيح عن أبي جعفر وأبي عبد الله
عليهم السلام (قالا: المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده قلت: فإن كان
السيد

زوجه، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد (ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٣ و ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ب ٤٣ ح ٣ و ٥.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٣ و ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ب ٤٣ ح ٣ و ٥.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ح ٤ و ص ٣٤٢ ح ١.

(٤) المستدرک ج ٣ ص ٨.

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ب ٤٥ ح ٧.

(٦) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥٠، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥

ص ٣٤٣ ب ٤٥ ح ١.

على شئ الشئ الطلاق)

وما رواه في التهذيب (١) عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام (قال: سألته عن الرجل يزوج عبده أمته ثم يبدو له فينزعها منه بطيبة نفسه، أيكون ذلك طلاقاً من العبد؟ فقال: نعم، لأن طلاق المولى هو طلاقها، ولا طلاق للعبد إلا بإذن مولاه)

وعن شعيب العقر قوفي (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد، قال: ليس له طلاق ولا نكاح، وأما تسمع الله تعالى يقول (عبداً مملوكاً لا يقدر على شئ) قال: لا يقدر على طلاق ولا نكاح إلا بإذن مولاه)

وعن محمد بن علي عن (٣) عليه السلام (قال: إذا تزوج المملوك حرة ف للمولى أن يفرق بينهما، وإن زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما)

هذا ما حضرني من أخبار القولين، والشيخ حمل هذه الأخيرة من حيث إطلاقها على ما إذا كانت زوجة العبد أمة مولاه كما قيد به بعضها.

وأنت خبير بأن هذا وإن تم في بعضها إلا أنه لا يتم في بعض آخر، مثل قوله في صحيحة زرارة (قلت: وإن كان السيد زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد) فإن ظاهره كون الزوجة أجنبية غير أمته، وأظهر منه قوله في رواية محمد بن علي (وإن زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما)

وبالجملة فإن ظاهرها باعتبار ضم بعضها إلى بعض إنما هو بالنسبة إلى كون الزوجة غير أمة السيد.

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك هو الميل إلى القول الثاني لصحة أخباره، حيث إنه بعد أن ذكر حمل الشيخ المذكور رده بأن الجمع بين

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٦ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٦ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٤.

الأخبار بتقييد بعضها ببعض فرع حصول المعارضة، وتلك الأخبار لضعفها لا تبلغ قوة المعارضة لهذه الأخبار الصحيحة، إلا أن شيخنا المذكور لم ينقل للقول المشهور إلا الروايات الثلاث الأول، وهي رواية ليث وأبي الصباح ومحمد بن الفضيل وظاهر سبطه السيد السند في شرح النافع بعد الاشكال الميل إلى القول المشهور حيث إنه قد طعن في أدلة القول الثاني بأن غاية ما يدل عليه أكثرها وهو ما عدا صحيحة شعيب العقر قوفي توقف طلاق العبد على إذن مولاه، لا أن الطلاق بيد السيد، وحينئذ فهو غير واضح الدلالة (١) نعم صحيحة شعيب صريحة في المطلوب، قال: والجمع بينهما وبين الأخبار المتقدمة لا يخلو من الاشكال والمسألة

محل تردد، وإن كان القول المشهور لا يخلو من قرب، لاستفاضة الروايات به واعتبار أسانيد بعضها واعتضادها بعمل الأصحاب، إنتهى.
أقول: من العجب هنا خروج السيد المذكور توجه الله بتاج السرور عن مقتضى قاعدته في الدوران مدار الأسانيد صحة وضعفاً، ودوره مدار صحة السند وإن اشتمل متن الخبر على علل واضحه كما أوضحناه في غير موضع مما تقدم. وكيف كان فالمسألة عندي محل إشكال لما عرفت من تعارض أخبارها، وعدم استقامة ما ذكره الشيخ من الجمع، إلا أنه قد روى العياشي في تفسيره (٢) بسند فيه عن الحسين بن زيد بن علي، عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: كان علي بن أبي طالب

عليه السلام يقول: (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) (٣) ويقول:

(للعبد

لا طلاق ولا نكاح، ذلك إلى سيده والناس يرون خلاف ذلك إذا أذن السيد لعبده

(١) بمعنى أن الطلاق إنما هو للعبد وإن توقف على إذن مولاه على نحو ما قيل من أنه يملك، وإن توقف صحة تصرفه على إذن مولاه وهو لا يوجب استقلال السيد بولاية الطلاق. (منه قدس سره -).

(٢) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٦٦ ح ٥٤، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩٧ ب ١٧ ح ٣.

(٣) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٦٦ ح ٥٤، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩٧ ب ١٧ ح ٣.

لا يرون له أن يفرق بينهما)
ويفهم من هذا الخبر أن ما دل على القول المشهور من الأخبار إنما خرج
مخرج التقية، وأن الحكم الشرعي في المسألة إنما هو القول الثاني، وأنت
خبير بأن ظاهر الآية أيضا ليشهد لهذا القول كما ذكره عليه السلام هذا الخبر.
وحينئذ فيحصل الترجيح لأخبار القول الثاني بموافقه ظاهر القرآن الذي
هو أحد المرجحات المنصوصة ومخالفة العامة كما يفهم من هذا الخبر التي هي
أيضا أحد المرجحات المنصوصة مضافا ذلك إلى صحة أخباره، وبه يظهر قوة
القول به، وزوال ما ذكرنا آنفا من الاشكال، والله العالم.

تنبيهات

الأول: قد تقدم في المسألة الخامسة من المطلب الأول تحقيق الكلام في
أن نكاح السيد عبده أمته هل هو ضرب من ضروب النكاح كتزويج غيرها يفتقر
إلى العقد المشتمل على الإيجاب والقبول ونحوهما، فلا يكفي مجرد الإذن كما هو
ظاهر المشهور؟ أم يكفي مجرد الإذن والتحليل كما هو قول ابن إدريس؟ وقد
حققنا الكلام ثمة في المقام بما لا يحوم حوله نقض ولا إبرام، وبيننا أن الظاهر
من الأخبار هو كون ذلك نكاحا، إلا أنه ليس كغيره من العقود المفتقرة إلى تلك
الشرائط المقررة ولا سيما القبول، فإنه هنا غير مشروط، وإنما هو نوع خاص منه.
ومما يشير إلى ما قلناه من الروايات في هذه المسألة زيادة على ما تقدم ثمة
قوله في موثقة علي بن يقطين (وسألته عن رجل زوج غلامه جاريتها) وقوله
عليه السلام في رواية محمد بن الفضيل (وإن تزوج وليدة مولاه كان هو الذي يفرق
بينهما)

وقوله عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان (إذا زوج الرجل عبده أمته) ونحوها
موثقه عمار، والتزويج عبارة عن العقد.
وبالجملة فإن تحقيق الكلام قد مر مستوفى في الموضع المتقدم ذكره،

والذي يتلخص من اللام في المسألة كون الأقوال فيها ثلاثة:
(أحدها) وهو المشهور اشتراط وقوع النكاح بالايجاب والقبول.
و (ثانيها) الاكتفاء بالايجاب مع تسميته نكاحا، وهذا هو الذي اخترناه
ثمة، وبه صرح العلامة في المختلف، وإليه يميل كلام شيخنا في المسالك.
و (ثالثها) كون إباحة يكفي فيه كل ما دل على الإذن، وهو مذهب ابن إدريس،
الثاني: المفهوم من الروايات المتقدمة أنه يكفي في فسخ المولى لهذا
النكاح كل لفظ دل عليه من طلاق أو غيره حتى مجرد أمرهما بالتفريق واعتزال
أحدهما الآخر، وهو إن كان بالقول بالإباحة كما ذهب إليه بأن إدريس أنسب،
إلا أنك قد عرفت دلالة الأخبار على إطلاق التزويج والنكاح عليه الموجب لكونه
عقدا، وقد دلت أيضا على أنه رفع هذا العقد بيد السيد بأي نحو فعل، فلا بعد في
ارتفاعه بغير الطلاق كما يرتفع النكاح بالفسخ في مواضع عديدة.
والظاهر أنه إن وقع التفريق بالطلاق واستجمع شروط الطلاق من الشاهدين
وكونه في طهر لم يواقعها فيه ونحو ذلك سمي طلاقا، وإن لم يستجمع الشروط
فإنه يكون فسخا إذا لا يقصر عن غره من الألفاظ الدالة على الفسخ كالأمر بالاعتزال
ونحوه بل هو أظهر في ذلك.
وقيل: إن جميع ما يفسخ به النكاح يكون طلاقا، لإفادته فائدته كالخلع.
وقيل: إنه إن وقع بلفظ الطلاق كان طلاقا مطلقا، فإن اتفق خلل في
بعض شروطه وقع باطلاق لم يكن طلاقا، واختار في المسالك الأول من هذه
الأقوال الثلاثة.
الثالث: لو أمر المولى العبد بالطلاق ولم يباشره بنفسه، فهل يكون مجرد
الأمر للعبد بذلك فسخا من السيد أم لا؟ قيل فيه وجهان:

(أحدهما) نعم، لدلالته على كما دل عليه ما هو أضعف منه كالأمر بالاعتزال ونحوه.

و (ثانيهما) العدم لأن المفهوم إرادة إيجاده من العبد فلا يحصل قبله، ولأن الأمر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية إلى حين ايقاعه، فلو دل على الفسخ قبلها، لتنافي مدلول اللفظ، ولأنه لو دل على الفسخ لامتنع فعل مقتضاه، ووجه الملازمة أن الفسخ لو وقع لا تمتع الطلاق مع أنه مأمور به، فلا يكون ممتنعا. وأجيب عنه بأن دلالته على إيجاد الطلاق مطابقة، فلا تنافي لدلالته بالالتزام على كونه فسحا وهو المدعى، ونمنع كون الأمر الطلاق يستدعي بقاء؟ الزوجية إلى حينه، وإنما يستدعيه الطلاق الصحيح، والقائل بكونه فسحا لا يجعل الطلاق الواقع بعد صحيحا، وهو جواب الثالث، فإن الأمر إذا دل على الفسخ لا ينافيه امتناع فعل مقتضاه من حيث انفساخ النكاح به، فلا يتوقف على فسخ آخر. الرابع: لو طلق الزوج الأمة ثم باعها المالك فلا خلاف في وجوب عدة الطلاق عليها، وهل يجب على المشتري مع إكمالها العدة أن يستبرأها زيادة على العدة؟ قولان مبنيان على التداخل وعدمه.

ف قيل: بعد التداخل، وبه قال الشيخ رحمه الله وأتباعه وابن إدريس نظر إلى أن العدة والاستبراء حكمان مختلفان، ولكل منهما سبب يقتضيه، وتعدد الأسباب يقتضي تعدد المسببات إلا بدليل يوجب التداخل. وذهب جملة من المتأخرين ومنهم المحقق في الشرايع إلى القول بالتداخل واختاره في المسالك وعلله بوجود الدليل المقتضي، وهو أن الغرض من الاستبراء إنما هو العلم ببراءة الرحم كيف اتفق، ولهذا اكتفى باستبراء البائع، ويسقط لو كانت امرأة أو حيضا، والعدة أدل على ذلك، ولأنها بقضاء العدة مستبرأة، فلا يجب عليها استبراء آخر، لأن وجوب الاستبراء بالبائع إنما هو من احتمال وطئ البائع لغرض وطئ المشتري، وكلاهما ممتنع في صورة النزاع، وانتهى، وهو من

حيث الاعتبار جيد، إلا هذه العلة التي اعتمد عليها وهي براءة الرحم غيره مطردة لوجوب العدة في مواضع مع العلم براءة الرحم يقينيا كمن طلقها زوجها مع فراقه لها سنين عديدة، والمتوفى عنها زوجها وإن لم يدخل بها، ونحو ذلك. وبالجملة فإن علل الشرع ليست عللا حقيقية يدور المعلول معها وجودا وعدما كما تقدم تحقيقه في غير موضع، فاحتمال وجوب الاستبراء على المشتري قائم، والمسألة خالية من النص، فالاحتياط فيها مطلوب سيما مع كونها من مسائل الفروج المطلوب فيه الاحتياط زيادة على غيرها كما تكثرت به الأخبار. ثم رن ما فرضنا به المسألة تبعا لكلامهم من الترتيب بين الطلاق والبيع يطلق الزوج أولا ثم يبيع السيد الظاهر أنه متعين، بل لو باع السيد ثم طلق الزوج قبل فسخ المشتري فإن الحكم أيضا كما تقدم تذييبان

أحدهما: المشهور في كلام الأصحاب رضي الله عنهم من غير خلاف يعرف أنه إذا زوج السيد أمته لعبده فإنها تصير من مولاها بمنزلة الأجنبية لا تحل له منها إلا ما يحل له من أمة غيره كنظر الوجه والكفين بغير شهوة ويحرم عليه جميع وجوه الاستمتاع ونظر ما يحل منها بشهوة.

قال: في المسالك: والنصوص به كثيرة، والوجه في ذلك مع النص أن وجوه الاستمتاع صارت مملوكة للزوج فيحرم على غيره، لامتناع حل الاستمتاع بالمرأة لأزيد من واحد شرعا، إنتهى.

وظاهر سبطه السيد السند في شرح النافع المناقشة في هذا الحكم حيث قال: وأطلق العلامة في جملة كتبه أن الأمة المزوجة يحرم على مالكها ما يحرم على غير المالك، وهو غير واضح المأخذ.

والذي وقفت عليه في هذه المسألة من الأخبار ما رواه الكليني وابن بابويه (١) في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أتقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفا أو يراها على تلك الحال، فكره ذلك، وقال: قد منعتني أبي أن أزوج بعض خدمني غلامي لذلك) والظاهر أن المراد بالكراهة هنا التحريم.

وما رواه الشيخ (٢) في الموثق عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل

يزوج جاريتيه، وهل يبغى له أن ترى عورته؟ قال: لا)

ويستفاد من هاتين الروايتين تحريم النظر إلى العورة وما في معناها مطلقا ولا يبعد تحريم اللمس والنظر بشهوة أيضا كما ذكر المصنف، أما تحريم النظر إلى ما عدا العورة وما في معناه بغير شهره فمشكل، لانتفاء الدليل عليه، والأصل يقتضي العدم، إنتهى.

أقول: وروى الكليني في الكافي (٣) موثقة عبيد بن زرارة وزاد فيها على ما قدم برواية الشيخ (وأنا أتقي ذلك من مملوكتي إذا زوجتها) ومن الأخبار الواردة في المقام أيضا خبر مسمع (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشرة لا يحل نكاحهن ولا غشيانهن إلى أن قال: وأمتك

ولها زوج)

وفي حديث مسعدة بن زياد (٥) أبي عبد الله عليه السلام (تحريم من الإماء عشرة: لا تجمع بين الأم والبنت إلى أن قال: ولا أمتك ولها زوج).

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٠ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٩٩ ح ٤، الفقيه ج ٣

ص ٣٠٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ب ٤٤ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٨ ح ٤٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٤.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٥٥ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ب ٤٤ ح ٢.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ٢ و ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٦ و ٥.

(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ٢ و ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٦ و ٥.

وروى الحميري في كتاب قرب الإسناد (١) عن الحسن بن ظريف عن الحسين ابن علوان عن جعفر عن أبيه عليهم السلام (قال: إنه قال: إذا زوج الرجل أمته، فلا ينظر إلى عورتها، والعورة ما بين السرة الركبة)

وأنت خبير بأن ظاهر هذه الرواية هو تحريم النظر إلى ما بين السرة والركبة أعم من أن يكون بشهوة أم لا، وبها يتم الاستدلال للأصحاب فيما تقدم نقله عنهم. وبالجملة فالظاهر هو العمل بما قاله الأصحاب، وفي معنى الأمة المزوجة المحلل وطؤها للغير، أما لو حلل منها ما دون الوطء، فهل تحرم بذلك على المالك؟ إشكال.

وثانيهما: المفهوم من كلام الأصحاب أنه متى كان زوج الأمة حراً أو مملوكاً لغير سيد الأمة، فإن السيد لا يتسلط على الفسخ بل الطلاق للزوج حراً كان أو عبداً، أما لو كان الزوج مملوكاً للسيد، فإن للسيد التسلط على الفسخ كما تقدم مشروحا.

ويدل على الحكمين المذكورين هنا ما رواه الشيخ (٢) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا أنكح الرجل عبده أمته، فرق بينهما إذا شاء، قال:

وسألت عن رجل يزوج أمته من رجل حر أو عبد لقوم آخرين، أله أن ينزعها منه؟ قال: لا، إلا أن يبيعها، فإن باعها فشا؟ الذي اشتراها أن يفرق بينهما فرق بينهما)

وعن محمد بن مسلم (٣) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أيفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول: (عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) فليس للعبد شيء من الأمر، وإن

(١) قرب الإسناد ص ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٧.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٥ و ص ٥٥١ ح ٤.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٠ ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٨.

كان زوجها حرا فإن طلاقها صفتها)
أقول: يعني أن طلاق السيد وتسلمته على فسخ النكاح إنما يكون
ببيعه الأمة.

ومما يدل على الحكم الأول ما رواه الشيخ (١) في الموثق عن الحلبي عن أبي
عبد الله عليه السلام (في الرجل يزوج أمته من حر؟ قال: ليس له أن ينزعها)
وما رواه المشايخ الثلاثة (٢) عن أبي بصير (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن
رجل

أنكح أمته حرا أو عبد قوم آخرين، فقال: ليس له أن ينزعها، فإن باعها فشاء
الذي اشتراها أن ينزعها من زوجها فعل)

إلا أنه قد ورد هنا جملة من الأخبار ظاهرة في المنافاة لما ذكرناه
ومنها ما رواه الشيخ (٣) في الصحيح عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (قال: قلت
لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يزوج جاريته من رجل حر أو عبد، أله أن ينزعها بغير
طلاق؟ قال: نعم، هي جاريته ينزعها متى شاء)
والشيخ حمل هذا الخبر على أن له ذلك بأن يبيعها، فيكون بيعه تفريقا
بينهما، ولا يخفى ما فيه من البعد.

ومنها ما رواه الشيخ (٤) في الموثق عن إسحاق بن عمار بن أبي إبراهيم عليه السلام
(قال: سألته عن رجل كانت له جارية، فزوجها من رجل آخر، بيد من طلاقها؟
قال: بيد مولاه، وذلك لأنه تزوجها وهو يعلم أنه كذلك).
وهذا الخبر أيضا حملة الشيخ على ما حمل عليه سابقه، واحتمال أيضا حملة على
: كون المولى قد اشترط على الزوج عند العقد أن بيده الطلاق، كما دل عليه بعض

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ١.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ٧، التهذيب ج ٧، ص ٣٣٧ ح ١٠، الفقيه ج ٣
ص ٣٥٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٢ ح ٢.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٣.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٦.

أخبار المسألة، ولا يخفى بعد الجميع.
ومنها ما رواه في الكافي (١) في الصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام
(قال:

قلت له: الرجل يزوج أمته من رجل حر، ثم يريد أن ينزعها منه، ويأخذ منه
نصف الصداق، فقال: إن كان الذي زوجها منه يبصر ما أنتم عليه ويدين به، فله
أن ينزعها منه، ويأخذ منه نصف الصداق، لأنه قد تقدم من ذلك على معرفة أن
ذلك للمولى، وإن كان الزوج لا يعرف هذا، وهو من جمهور الناس يعامله المولى
على ما يعامل مثله، فقد تقدم على معرفة ذلك منها)
وهذا الخبر كما ترى ظاهر في أن ما ورد من الأخبار الدالة على أن
الطلاق يبدأ الزوج، وأن السيد ليس له انتزاعها إنما خرجت مخرج التقية
وأن الحكم الشرعي في المسألة إنما هو رجوع الاختيار إلى السيد، فله أن ينزعها.
وإلى ما تضمنه هذا الخبر يشير أيضا قوله في موثقة إسحاق بن عمار (لأنه
تزوجها وهو يعلم أنها كذلك) يعني يعلم أن للسيد انتزاعها، وأن طلاقها
بيده، وهو مثل قوله في الخبر. (لأنه قد تقدم من ذلك على معرفة أن ذلك للمولى)
وقد تقدم الكلام في بيان معنى هذا الخبر.

وبالجملة فإن حاصله الجمع بين الأخبار بحمل أخبار القول المشهور على
التقية، وهو جمع حسن بين الأخبار، إلا أن الاشكال فيه أنه لا قائل بذلك، بل
المشهور الذي لم يظهر فيه خلاف إنما هو العكس.
ومنها ما رواه العياشي في تفسيره (٢) على ما نقله عنه شيخنا المجلسي في كتاب
البحار، وروى عن محمد بن مسلم (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل
ينكح أمته
من رجل، قال: إن كان مملوكا فليفرق بينهما إذا شاء لأن الله يقول (عبدا مملوكا

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٢ ح ٣ وفيه اختلاف يسير.
(٢) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٦٤ ح ٤٨ وفيه " فإن طلاقها عتقها "، مستدرک الوسائل ج ٢
ص ٥٩٩ ب ٣٢ ح ٢.

لا يقدر على شيء) فليس للعبد من الأمر شيء، وإن كان زوجها حرا فإن طرقها
صفقتها)

وهذا الخبر كما ترى أغرب وأعجب حيث دل على الفرق بين الحر والعبد
فجعل الطلاق بيد الزوج إن كان حرا، وبيد السيد إذا كان عبدا.
ومنها ما رواه العياشي (١) أيضا عن أبي بصير (في الرجل ينكح أمته لرجل
أله أن يفرق بينهما إذا شاء؟ قال: إن كان مملوكا فليفرق بينهما إذا شاء؟ قال:
إن كان مملوكا فليفرق بينهما إذا شاء لأن الله يقول: (عبدا مملوكا لا يقدر
على شيء) فليس للعبد من الأمر شيء، وإن كان زوجها حرا فرق بينهما إذا
شاء المولى) ويشبه أن يكون قد وقع في هذا الخبر تحريف وتغيير لأن قضية
التفصيل المغايرة، مع أن مرجعهما إلى أمر واحد.
وبالجمله فالمسألة لما عرفت في غاية الاشكال، ونهاية الاعضال، ومن ذكر
هذه المسألة من الأصحاب لم يذكر من الأخبار المنافية للقول المشهور إلا صحيحة
عبد الرحمن بن أبي عبد الله، وأجاب عنها بما قدمناه نقله عن الشيخ، والله العالم
المطلب الثالث في الملك:

قد تقدم أن نكاح الإماء يقع بالعقد وبالملك، والأول قد تقدم الكلام فيه،
والكلام هنا في الثاني، وحيث كان الملك ينقسم إلى ملك الرقبة وملك المنفعة،
فلا بد من بيان أحكامه في مقامين:
الأول: في ملك الرقبة، والكلام فيه يقع في مواضع:
الأول: لا خلاف نصا وفتوى في عدم انحصار النكاح بملك اليمين في عدد،
بخلاف نكاحهن بالعقد.

(١) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٦٥ ح ٥١، الوسائل ج ٢ ص ٥٩٩ ب ٣٢ ح ٣.

ففي صحيحة ابن أذينة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت كم يحل من المتعة؟ قال: فقال: هن بمنزلة الإمام)
وفي حسنة إسماعيل بن الفضيل (٢) (عن أبي عبد الله عليه السلام فيما أخبر به ابن جريح في أحكام المتعة، قال: ليس فيها وقت ولا عدد، إنما هي بمنزلة الإمام)
وفي حديث أحمد بن محمد بن أبي نصر (٣) عن أبي الحسن عليه السلام في حديث المتعة

(حكى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: إنما هي مثل الإمام يتزوج ما شاء)
قال في المسالك: واعلم أن النص والاجماع متطابقان على جواز النكاح بملك اليمين، وعلى عدم انحصاره في عدد، وبخلاف نكاحهن بالعقد، ولعل الوجه فيه خفة حقوق المملوكة، وكون استحقاق منافع البضع بالمالية، فيكون كالتصرف في مطلق الأموال، فلا يتطرق إليه ما يتطرق إلى النكاح بالعقد من محذور الحيف والميل، إنتهى.
والحكم مختص بالرجال، أما النساء فإن الملك فيهن ليس طريقاً إلى حل الوطء.

وروى ابن بابويه (٤) في الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة أمكنت من نفسها عبدا لها أن يباع بصغر منها ومحرم على كل مسلم أن يبيعها عبدا مدركا بعد ذلك)
وروى الكليني (٥) الرواية المذكورة، وزاد فيها (تضرب مائة، ويضرب العبد خمسين).

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ ح ١ و ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨ و ٦.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ ح ١ و ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨ و ٦.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٩ ح ٤٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٨ ح ١١.
(٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٨ ب ٥١ ح ١.
(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٩٣ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٨ ب ٥١ ح ١.

الثاني: لا خلاف في جواز الجمع بين الأختين وبين الأم والبنت في الملك، ولا إشكال، إنما يحرم ذلك في العقد أو الوطء على التفصيل الذي تقدم في مسائل المقصد الثاني فيما يحرم جمعا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة، وكذا يجوز أن يملك موطوءة الأب كما يجوز للأب ملك موطوءة الابن، فإنه كما لا يمتنع أن ينتقل إلى الأب أو الابن مال الآخر كذلك لا يمتنع أن ينتقل إليه مملوكته، وإن كان قد وطأها المالك الأول، وإنما يحرم على كل واحد منهما وطء من وطأها الآخر لعموم قوله عز وجل ((ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) (١) وبالجملة فإن تحريم الوطء لا يقدر في صحة التملك كما لو تملك بعض من يحرم عليه بالنسب.

الثالث: إذا بيعت الأمة ولها زوج فإن أجاز المشتري النكاح لم يكن له فسخه بعد ذلك، لأن الذي له شرعا هو الخيار، فإذا أجاز سقط حقه، ولزم النكاح، وكذا لو علم وسكت ولم يعرض له، لما عرفت آنفا من أن الخيار فوري، فإذا أقرض بعد علمه بطل خياره، وإن لم يجز النكاح انفسخ العقد، وجاز للمشتري نكاحها، إلا أنه لا يحل له إلا بعد العدة، وهي قرءان، أو شهر ونصف على قول إن كانت لم تحض ومثلها تحيض، وقيل: يكفي الاستبراء بحيضة أو خمسة وأربعين يوما.

وجه الأول: إطلاق الطلاق على هذا البيع في كثير من الأخبار المتقدمة لكونه سببا في التسلط على الفسخ، فإذا حصل الفسخ كان طلاقا بطريق أولى، كذا ذكر في المسالك، وفيه ما عرفت آنفا من أن غاية ما تدل عليه هذه العبارة في الأخبار هو المشابهة للطلاق، ويكفي في ذلك مجرد التسلط به على الفسخ كما يشير إليه قوله في صحيحة يريد وبكبر المتقدمة (فإن بيعها طلاقها، فإن شاء المشتري فرق بينهما، وإن شاء تركهما على نكاحهما) وهو لا يستلزم كونه طلاقا لو وقع، بحيث يترتب على الطلاق من الأحكام التي من

(١) سورة النساء آية ٢٢.

جملتها وجوب العدة، وبذلك يظهر أن قوله (فإذا حصل الفسخ كان طلاقاً بطريق أولى) غير موجه.

ووجه الثاني: إطلاق النصوص الدالة على استبراء المشتري للأمة إذا اشتراها، وما نحن فيه من جملة ذلك، واستبائها كما سيأتي ذكره بحیضة أو خمسة وأربعين يوماً.

ومن العجب ما وقع له في المسالك في هذا المقام، فإنه نقل في المتن عن المصنف أنه لو لم يجر نكاحها لم يكن عليها عدة وكفى الاستبراء في جواز الوطء، ثم إنه قال في الشرح: وحيث يفسخ المشتري العقد لا تحل له حتى تنقضي عدتها من الفسخ كالطلاق بمعنى قرءين أو شهر ونصف إلى أن قال: وقيل: ويكفي استبائها بحیضة أو خمسة وأربعين يوماً، وهو الذي اختاره العلامة ولم غيره، والأقوى الأول، وهو الذي اختاره المصنف ولم ينقل غيره. إنتهى ملخصاً، وفيه أن المنصف إنما صرح بالاستبراء كما نقله عن العلامة مع تصريحه بنفي العدة فكيف ينسب إليه اختيار القول الأول، وهو القول بوجوب العدة. وأما ما ذكره من أن الأقوى القول بالعدة بناء على ما قدمنا نقله عنه في بيان وجهه ففيه ما عرفت.

الرابع: قد صرح الأصحاب من غير خلاف بعرف بأنه يجوز ابتیاع ذوات الأزواج من أهل الحرب ولو من أزواجهن، وكذا يجوز شراء بناتهم وأبنائهم ولو من الآباء، ويصيرون ملكاً للمشتري، ويترتب على هذا التملك أحكامه التي من جملتها وطء الجارية بملك اليمين، وعلى ذلك دلت جملة من النصوص، وقد تقدمت في كتاب البيع في الفصل التاسع في بيع الحيوان (١).
ومنها رواية عبد الله اللحام (٢) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري

(١) ج ١٩ ص ٤٦٢.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٤، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ح ٢.

من رجل من أهل الشرك ابنته، فيتخذها؟ قال: لا بأس) وبهذا الاسناد (١) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري امرأة رجل من أهل الشرك، يتخذها أم ولد؟ قال: فقال: لا بأس) وأشار بقوله يتخذها إلى الوطء.

وروى الشيخ في التهذيب (٢) عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سبي الأكراد إذا حاربوا من حارب من المشركين، هل يحل نكاحهم وشراءهم؟ قال: نعم) إلى غير ذلك من الأخبار المتقدمة ثمة.

وقد صرح جملة من الأصحاب منهم المحقق الشيخ علي في الشرح والشهيد الثاني في المسالك، بأن إطلاق البيع على ذلك يعني بالنسبة إلى الشراء من الزوج أو الأب، ونحوهما إنما هو بطريق المجاز، وباعتبار صورته، فهو بالاستنقاذ أشبه منه بالبيع، فإنهم فئ للمسلمين يملكون بمجرد الاستيلاء عليهم، فإذا حصل البيع كان أكد في ثبوت الملك وتحققه.

قال المحقق المذكور: نعم في صورة بيع القريب (٣) قريبه الذي حقه أن ينعق عليه إشكال.

وقال في المالك: والأقوى أنه لا يترتب عليه أحكامه من طرف المشتري، حتى لو كان المبيع قريبه الذي ينعق عليه عتق بمجرد البيع، وتسليطه عليه، لإفادة اليد الملك المقتضي للعتق.

أقول: قد تقدم الكلام في ذلك المسألة الحادية عشر من المقصد الثاني من الفصل التاسع في بيع الحيوان من كتاب البيع (٤) وكذا يجوز شراء ما يبيعه أهل

(١) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٣، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ح ٣.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٠ ح ٩، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥٠ ح ١.

(٣) مثل الابن والابنة، لا مثل الزوجة ونحوها. (منه رحمه الله).

الضلال من أهل الحرب وإن كان ذلك للإمام عليه السلام لحصول الإذن منهم عليهم السلام وفي

رواية الهاشمي المتقدمة ما يدل عليه، وتقدم أيضا في المسألة الأولى من المقصد الأول من الفصل التاسع في بيع الحيوان (١) من الأخبار ما يدل عليه. الخامس: قد صرح جل الأصحاب بأن كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك ببيع أو هبة أو إرث أو صلح أو قرض أو استرقاق أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه استبرؤها قبل الوطء.

وخص ابن إدريس ذلك بالبيع والشراء اقتصارا على مورد النص، فإنه هو الذي وردت النصوص فيه بالاستبراء دون غيره من الوجوه المذكورة، مستدلا على نفيه في غير البيع بالأصل وعموم (ما ملكت أيمانكم)) (٢) واحتج الأصحاب على ما ذهبوا إليه من العموم باشتراك هذه الوجوه في المقتضي لذلك، وهو العلم ببراءة الرحم من ماء الغير، والمحافظة على الأنساب من الاختلاط.

ونقل عن ابن إدريس أنه وافق الأصحاب أيضا في موضع آخر من كتابه، ثم إنهم صرحوا أيضا بسقوطه في مواضع.

أقول: وتحقيق المسألة بتفصيل هذا الاجمال بما يزيل عنه نقاب الاشكال قد تقدم في كتاب البيع في فصل بيع الحيوان فلا حاجة إلى إعادته، وإن كان جملة من أصحابنا قد كرروا الكلام عليه في هذا الموضع أيضا.

نعم هنا موضعان يسقط الاستبراء فيهما لم يتقدم ذكرهما:

(أحدهما) ما لو ملك أمة فأعتقها فإن له العقد عليها بعد العتق، وأن يطأها من غير استبراء، وإن كان الأفضل له الاستبراء.

قال في المسالك: وظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، أما غيره فقد أطلق جملة

(١) ح ١٩ ص ٣٧٢.

(٢) سورة النساء آية ٢٤.

من الأصحاب أن ليس له ذلك إلا بعد العدة، ويدل على الحكم الأول جملة من الأخبار:

منها ما رواه الشيخ (١) في لا صحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في)

الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: يستبرئ رحمها بحيضة، وإن وقع عليه فلا بأس)

وعن عبيد بن زرارة (٢) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الجارية ثم يعتقها ويتزوجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال:

يستبرئ رحمها بحيضة، وإن وقع عليها فلا بأس)

وعن أبي العباس البقباق (٣) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية فأعتقها ثم تزوجها ولم يستبرئ رحمها، قال: كان نوله أن يفعل، فإذا لم

يفعل فلا بأس).

وعن ابن أبي يعفور (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (.. وقال في رجل اشترى جارية ثم أعتقها ولم يستبرئ رحمها، قال: كان نوله أن يفعل، فإذا لم

يفعل فلا شيء عليه) قوله (نوله أن يفعل) أي ينبغي له أن يفعل.

واستدلوا على الحكم المذكور أيضا بأن الاستبراء إنما للمملوكة، وهذه

قد خرجت بالعتق عن كونها مملوكة، فإنها تصير بالعتق أجنبيه منه، نسبتها إليه وإلى غيره على السواء.

وفيه أن هذا إنما يصلح وجها للنص لا لتأسيس الحكم، لأن أدلة وجوب

الاستبراء على المشتري مطلقة أو عامة، فهي شاملة لمن أعتق ولم يعتق، إلا أنه

لما ورد النص باستثناء من أعتق وجب الوقوف على مورد النص، وبقي ما عداه

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٦ و ٣٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٤ ح ١ و ٢.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٦ و ٣٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٤ ح ١ و ٢.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٨ وفيه " كان له أن يفعل"، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٤ ح ٣.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧١ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٨ ح ٣.

داخلا تحت الاطلاق.

وكيف كان فإن هذه الأخبار كما أنها دالة على جواز الوطئ من غير استبراء فهي دالة على أفضلية الاستبراء، وإطلاق أكثر عبارات الأصحاب تقتضي عدم الفرق بين أن يعلم للأمة وطئ محرم أم لا، وقيد العلامة في جملة من كتبه بأن لا يعلم لها وطئ محرم، وإلا وجب الاستبراء، ولا ريب أنه أحوط. وأما الحكم الثاني وهو أنه لا يجوز لغيره وطؤها حتى تعتد كالحرّة، فهو مما لا ريب فيه ولا إشكال إذا كان المولى قد وطأها كما سيأتي الدلالة عليه في حسنة الحلبي وصحيحة زرارة الآتيتين في الموضوع الثاني. وأما لو لم يطأها المولى بإطلاق جملة من العبارات يقتضي وجوب العدة، وهو لا يخلو من إشكال، إذ لا يظهر هنا وجه للفرق بين الأجنبي والمولى، لأنها بالعتق صارت أجنبية للجميع، فوجوب العدة للأجنبي وسقوطها عن المولى لا يظهر له وجه والمفهوم من عبارته في الشرايع سقوط العدة في الموضوعين وهو صريح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث قال: وحاصل الحكم أن المولى إذا أعتق أمته فلا يخلو إما أن يكون بعد أن وطأها أو قبله، فإن كان قبل الوطئ جاز لغيره تزوجها بغير عدة ولا استبراء، وإن أمكن أن تكون موطوءة في ذلك الطهر لغير المعتق، بأن يكون المعتق اشتراها ثم أعتقها قبل أن تحيض عنده، ووجه جواز تزوجها لغيره بغير استبراء ما تقدم من، جواز تزويج مولاها لها من غير استبراء من حيث إنه مختص بالملك، وتابع لنقل الملك، وهو هنا منتف لأنها حرّة، إنتهى. أقول: ويمكن أن يقال على ما ذكره في وجه الجواز (١) إن الذي تقدم في كلامه في الاستدلال على جواز تزويج المولى من غير استبراء هو الاستدلال بالأخبار

(١) فإنه قال بعد ذكر الحكم في عبارة المصنف: ومستنده صحيحة محمد بن مسلم وأردفها برواية عبيد بن زرارة ورواية أبي العباس، ثم قال: ويدل عليه أيضا أن الاستبراء إنما يثبت وجوبه للمملوكة، إلى آخر ما ذكره من الدليل العقلي. (منه رحمه الله -).

الثلاثة الأول، ثم أردفها بالدليل العقلي الذي قدمنا ذكره عنهم، وقد عرفت ما فيه، وأنه لا يصلح لتأسيس حكم شرعي، وإن صلح لأن يكون وجها للنص، فلم يبق إلا الأخبار وموردها إنما هو المولى، وحينئذ يبقى غير المولى لا دليل عليه فيجب العدة بالنسبة إليه وبه نزول الاشكال الذي أشرنا إليه آنفا ويقوى الفرق بين المولى وغيره كما دل عليه إطلاق العبارات المشار إليها آنفا.

قال في المسالك: وأحلق بعضهم بالعتق تزويج المولى للأمة المبتاعة فإنه لا يجب على الزوج استبرأؤها ما لم يعلم سبق وطئ محرم في ذلك الطهر، وذلك لأن الاستبراء تابع لانتقال الملك، وهو منتف هنا، وعلى هذا فيمكن أن يجعل ذلك وسيلة إلى سقوط الاستبراء عن المولى أيضا بأن يزوجه من غيره، ثم يطلقها الزوج قبل الدخول، فيسقط الاستبراء بالتزويج، والعدة بالطلاق قبل المسيس، وإن وجد ما يظن كونه علة للاستبراء، وهو اعتبار براءة الرحم من ماء السابق، فإن العلة مستنبطة لا منصوصة، ومثله الحيلة على إسقاطه ببيعها مت امرأة ونحو ذلك، إنتهى.

أقول: مدار صحة هذا الكلام من أوله إلى آخره على ما ادعاه من أن العلة في الاستبراء هو طلب براءة الرحم إنما هي علة مستنبطة وإلا فإن ظاهر النصوص أن الأمر بالاستبراء إنما هو على جهة العبد شرعا بذلك. وفيه أنه قد روى الكليني (١) في الصحيح أو الحسن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى جارية إلى أن قال: قلت: جارية لم تحض، كيف يصنع بها؟ فقال: أمرها شديد، غير أنه إن أتاها فلا ينزل عليها حتى يستبين له إن كان بها حبل، قلت: وفي كم يستبين له؟ قال: في خمسة وأربعين ليلة) وهي ظاهرة كما ترى في أن العلة في الاستبراء هو اعتبار براءة الرحم من ماء لسابق، وحينئذ فإذا كانت العلة ذلك كما دل عليه النص فإنه لا يتم ما ادعاه

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢ ح ٢، الوسائل ص ٣٦ ح ١.

ذلك البعض الذي نقل عنه إلحاق تزويج المولى للأمة بالعتق، فإنه إذا كانت العلة في الاستبراء شرعا هو ما عرفت، فإنه لا يختص ذلك بالمشتري، بل يجري فيه وفي ذلك الرجل الذي زوجه الأمة، وتكاثر الأخبار بالنسبة إلى المشتري إنما هو من حيث كون شرائه لأجل الوطء، لا من حيث كونه مشتريا ومالكا كما توهموه.

و (ثانيهما) ما لو كانت الأمة سرية للمولى فأعتقها، فإنه يجوز له وطؤها بالعتق عليها من غير استبراء ولا عدة، وأما غيره فلا يجوز إلا بعد العدة. ويدل على ذلك ما رواه في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يعتق سرية، أيصلح له أن يتزوجها بغير عدة؟ قال: نعم، قلت: فغيره؟ قال: لا، حتى تعتد ثلاثة أشهر) الخبر. وما رواه في التهذيب (٢) عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألت عن رجل أعتق سرية، أله أن يتزوجها بغير عدة؟ قال: نعم، قلت: فغيره؟ قال: لا، حتى تعتد ثلاثة أشهر)

المقام الثاني: في ملك المنفعة الحاصل بالتحليل، والكلام في هذا المقام يقع في موارد:

الأول: المعروف من مذهب الأصحاب صحة تحليل المولى وطء أمته لغيره قال: ابن إدريس ك إنه جائز عند أكثر أصحابنا المحصلين، وبه تواترت الأخبار، وهو الأظهر بين الطائفة، والعمل عليه والفتوى به، ومنهم من منع منه، إنتهى. وحي الشيخ في المبسوط قولاً بالمنع منه، وهو الذي أشاره إليه ابن إدريس بقوله: ومنهم من منع.

ويدل على المشهور الأخبار المستفيضة المتكاثرة التي يضيق المقام عن الاتيان

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥١١ ب ١٣ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥١١ ب ١٣ ح ١.

عليها، ولك ن نقل شطرا منها.
ومنها ما رواه الكليني والشيخ (١) في الصحيح عن الفضيل بن يسار (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت:

إذا أحل الرجل لأخيه جاريتة فهي له حلال، فقال: نعم يا فضيل، قلت له: فما تقول في رجل عنده جاريتة نفيسة وهي بكر أحل لأخيه ما دون فرجها، أله أن يفتضها؟ قال: لا، ليس له إلا ما أحل له منها، ولو أحل له قبله منها لم يحل له سوى ذلك، قلت: أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل، أيكون زانيا؟ قال: لا، ولكن يكون خائنا، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها) وزاد في الكافي (وإن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها) الحديث.

وما رواه في الكافي (٢) في الصحيح عن ابن رئاب عن أبي بصير، وهو مشترك والأظهر عندي عد حديثهما معا في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة

أحلت لابنها فرج جاريتها، قال: هو له حلال، قلت: أفيحل له ثمنها؟ قال: لا، إنما يحل له ما أحلت له) الحديث.
وفي الصحيح عن ضريس بن عبد الملك (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يحل لأخيه جاريتة وفي تخرج في حوائجه؟ قال: هي له حلال)

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٤ ح ١٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ٢١ الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٤ ح ٢.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٦ ح ٢٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ١.

وفي الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع (١) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام

في امرأة أحلت لزوجها جاريتها، فقال: ذلك له، قال: فإن كانت تمزح؟ فقال:
وكيف له بما في قلبها، إذا علم أنها تمزح فلا)

وفي الحسن عن زرارة (٢) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحل جاريتها
لأخيه؟ قال: لا بأس، قال: قلت: فإنها جاءت بولد) الحديث، سيأتي تمامه إن
شاء الله قريبا.

وما رواه في الكافي والتهذيب (٣) عن عبد الكريم عن أبي جعفر عليه السلام (قال:
قلت

له: فر الرجل يحل لأخيه فرج جاريتها؟ قال: نعم، له ما أحل منها)
وعن أبي بكر الحضرمي (٤) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن امرأتي أحلت لي
جاريتها، فقال: أنكحها إن أردت، قلت: أبيعها؟ قال: لا، إنما حل لك منها
ما أحلت).

وعن الحسن بن عطية (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا أحل الرجل من
جاريتها قبله لم يجزله غيرها، فإن أحل له منها دون الفرج لم يحل له غيره،
وإن أحل له الفرج حل له جميعا).

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٦ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ١٠ و ص ٤٦٢
ح ٦٢ مع تفاوت يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٧ ح ٢ و ص ٥٣٤ ح ٣.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٦ التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠
ح ٢٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٣ و ٤ وما في المصادر " قلت لأبي جعفر عليه السلام ".
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ٩ وفيه " عن أبي عبد الله
عليه السلام "، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٨ ح ٣.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٩ ح ٢.
(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ ح ١٨، الوسائل ج ١٤
ص ٥٣٩ ح ١.

وفي الصحيح عن هشام بن سالم وحفص بن البختري (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (في)

الرجل يقول لامرأته: أحلي لي جاريتك، فإني أكره أن تراني منكشفاً، فتحلها له، قال: لا يحل له منها إلا ذلك، وليس له أن يمسه ولا أن يطأها) وزاد فيه هشام (له أن يأتيها؟ قال: لا يحل له إلا الذي قالت)

وعن محمد بن إسماعيل بن بزيع (٢) (قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة أحلت لي جاريتها؟ فقال: ذلك لك، قلت: فإن كانت تمزح؟ قال: كيف لك بما في قلبها، فإن علمت أنها تمزح فلا).

إلى غير ذلك من الأخبار، وسيأتي شطر منها إن شاء الله تعالى في الأبحاث الآتية. احتج المانعون على ما نقله في المختلف بقوله عز وجل (والذين هو لفرجهم حافظون. إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) (٣) وهذا خارج عن القسمين فيدخل تحت العدوان. وما رواه الحسين بن علي بن يقطين (٤) في الصحيح (قال: سألت عن الرجل يحل فرج جاريتها؟ قال: لا أحب ذلك).

وعن عمار الساباطي (٥) عن الصادق عليه السلام (في المرأة تقول لزوجها: جاريتي لك

قال: لا يحل له فرجها إلا أن تبعه أو تهب له).

وأجاب في المختلف عن الآية بأن المراد بالملك في الآية ما يشمل ملك المنفعة، فيكون نكاح التحليل مندرجا تحت الآية، وعن الحديث الأول بالحمل

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٨ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ١٠ وفيه "أحلت لزوجها"، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٤ ح ٣.

(٣) سورة المؤمنون آية ٥ و ٦ و ٧.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١١ و ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٣ ح ٥.

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١١ و ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٣ ح ٥.

على الاستحباب، قال والثاني ضعيف السيد، مع أن الصيغة وهي التحليل لم توجد، إنتهى.

والأظهر عندي حمل الخبرين على التقية، فإن العامة مطبقون على عدم صحة نكاح التحليل وهو من خواص الإمامية أنار الله برهانهم ويشير إلى ما ذكرنا كلام الشيخ في الجواب عن خبر الحسين بن علي بن يقطين حيث إنه قال: إن هذا الخبر ورد مورد الكراهة والوجه فيه أن هذا مما لا يراه غرنا، ومما يشنع علينا مخالفونا به، فالتنزه عنه أولى. إنتهى، وهو يرجع إلى الحمل على التقية كما ذكرناه.

ومن هذه الأخبار المتقدمة وأمثالها يعلم صحة ما صرح به الأصحاب من أنه يجب الاقتصار في التحليل على ما تناوله اللفظ، فلو أحل له قبله خاصة اقتصر عليها وحرّم ما زاد والنظر خاصة اختص الحل به، ولو أحل له الخدمة خاصة حرّم ما سواها، ولو أحل له الوطئ لم يحل له الاستخدام. نهم يحل له غيره من ضروب الاستمتاع لدلالته على الوطئ بالمطابقة، ودلالته على باقي وجوه الاستمتاع كالنظر واللمس والقبلة ونحوها بالالتزام، وبذلك صرحت رواية الحسن بن عطية.

الثاني: لا ريب في اعتبار صيغة لهذا النكاح، فإن مجرد التراضي لا يكفي حل الفرج إجماعاً، قد أجمعوا على الجواز بلفظ التحليل، لأنه هو الوارد في النصوص كما عرفت مما قدمناه من الأخبار وغيره على هذا المنوال أيضاً، فيصح بقوله: أحللت لك وطؤ فلانة، وأو: جعلتك في حل من وطئها، قاصداً به الانشاء.

واختلفوا في لفظ الإباحة، فالمشهور وهو قول الشيخ في النهاية وأتباعه والمرضى أنه لا يفيد الحل، ونقل عن العلامة في أحد قولييه وقوفاً على ظاهر النصوص، تمسكاً بالأصل، وذهب الشيخ في المبسوط وابن إدريس والمحقق والعلامة في القول الآخر وجماعة إلى الاكتفاء به لمشاركته للتحليل في المعنى، ويجوز إقامة كل من المترادفين مقام الآخر كما ذكر في الأصول.

ورد بمنع الاكتفاء بالمرادف، فإن في النكاح شائبة العبادة وكثير من أحكامه توقيفية، في معنى الإباحة أذنت لك في وطئها، وسوغت لك وملكتك ذلك، فمن جوز الإباحة اكتفى بهذه الألفاظ لأنها في معناها، ومن اقتصر على التحليل منع منها.

أقول: وروى الشيخ في التهذيب (١) عن هشام بن سالم (قال: أخبرنا محمد بن مضارب قال: قال لي أبو عبد الله عليه السلام: يا محمد خذ هذه الجارية تخدمك وتصيب منها

فإذا خرجت فاردها إلينا)

وفيه كما ترى دلالة على الاكتفاء بالكنايات، فبطريق الأولى الاكتفاء بالإباحة، وما في معناها من هذه الألفاظ المذكورة ونحوها. وأما لفظ العارية فظاهر المحقق في لا نافع أنه لا خلاف في المنع منه حيث نقل الاتفاق من الجميع على المنع.

ويدل عليه ما رواه في الكافي (٢) عن أبي العباس البقباق (قال: سألت رجل أبا عبد الله عليه السلام ونحن عنده عن عارية الفرج، فقال: حرم، ثم مكث قليلاً ثم قال: لكن لا بأس بأن يحل الرجل جاريته لأخيه)

إلا أنه نقل السيد السند في شرح النافع عن ظاهر ابن إدريس حصول التحليل به، ثم قال: ويدل عليه رواية الحسن العطار (٣) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج، قال: لا بأس به، قلت: فإن كان منه ولد؟ فقال: لصاحب الجارية إلا أن يشترط عليه)

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٢ ح ٦.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٤ ح ١٥، الوسائل ص ٥٣٦ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٦ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٢.

ثم قال: وهي ضعيفة بجهالة الراوي، فالأحوط الاقتصار على لفظ التحليل، لأنه المتفق وإن كان الاجتزاء بكل لفظ أفاد الإذن في الوطئ لا يخلو من قوة إنتهى أقول: أما ما ذكره من ضعف الرواية بجهالة الراوي فإنه يمكن المناقشة فيه بأن الحسن العطار هنا الظاهر أنه الحسن بن زياد العطار الضبي، وهو ثقة فتكون الرواية صحيحة.

وأما ما ذكره من الاحتياط أو الاقتصار على لفظ التحليل وإن كان الاجتزاء بكل لفظ أفاد الإذن في الوطئ لا يخول من قوة فهو جيد، ويؤيده ما تقدم في غير مقام من أن المدار في العقود مطلقا على الألفاظ الدالة على الرضاء بمقتضى ذلك العقد بأي لفظ كان، فهنا بطريق أولى حيث إنه في الحقيقة لا يخرج عن الإباحة كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى، والأمر فيها أوسع دائرة من العقود ويؤيده تأييدا رواية محمد بن مضارب المتقدمة.

بقي الكلام في تعارض رواية البقباق الدالة على عدم جواز النكاح بالعارية، ورواية الحسن العطار الدالة على جوازه، وأنه لا بأس به، وقد جمع بينهما في الوافي بحمل لا عارية في رواية الحسن على التحليل، وأنه قد أطلق عليه تجوزا، ولا بأس به في مقام الجمع، والله العالم.

الثالث: اختلف الأصحاب في أن التحليل هنا هل هو عقد أو إباحة وتمليك منفعة؟ فنقل عن السيد المرتضى أنه عقد متعة محتجا على ذلك بأنه ليس ملك يمين، لأن المفهوم من ملك اليمين ملك الرقبة، فيكون عقدا لانحصار سبب الإباحة في العقد والملك بنص القرآن، والمشهور أنه ملك منفعة، لأنه ليس عقد دوام، وإلا لم يرتفع إلا بالطلاق وهو باطل إجماعا، ولا عقد متعة، لأنه مشروط بذكر المهر والأجل وهما غير معتبرين في التحليل، وإذا انتفى كونه عقدا ثبت كونه تمليك منفعة، لأن الحل دائر مع العقد والملك على سبيل منع الخلو، وإذا انتفى الأول ثبت الثاني.

قال السيد السند في شرح النافع بعد ذكر ذلك وهو جيد: لو انحصر طريق الحل في المنفعة والملك ولكنه غير ثابت خصوصا مع استفادة الأخبار بل تواترها بأن التحليل طريق إلى حل الوطئ، إنتهى.

أقول: فيه أنه لا ريب في أن مقتضى قوله عز وجل (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) (١) هو انحصار الحل في العقد والملك، إلا أنه حيث ثبت بالأخبار حصول الحل بالتحليل فلا بد من إرجاع ذلك إلى أحد الفردين المذكورين في الآية لئلا يلزم طرح الأخبار المذكورة لخروجها على خلاف ما صرح به الكتاب العزيز حسب ما استفادت به أخبارهم عليهم السلام (أن كل خبر خالف القرآن يضرب به عرض الحائط (٢)).

وبالجمله فاللازم إما منع دلالة الآية على الحصر، والظاهر أنه لا يقول به لتصريحها بأن من ابتلى وراء ذلك فهو عاد، وأما طرح الأخبار المذكورة فالجمع بين الأدلة حيثما أمكن أولى من طرحها، وهو هنا ممكن على القول المشهور بحمل الملك في الآية على ما هو أعم من ملك الرقبة أو المنفعة. وكيف كان فالظاهر هو القول المشهور، إذ لا يخفى على من تأمل الأخبار المتقدمة وما اشتملت عليه من قوله عليه السلام (لو أحل له قبله لم يحل له سواها، وأنه لا يحل له إلا ما أحل) وقوله (يحل له ما دون الفرج) ونحو ذلك أنه لا مجال للحمل على العقد المدعى هنا ولا معنى له، بل ليس إلا مجرد الإباحة وتمليك تلك المنفعة الخاصة التي تعلق بها الإذن، وكذا ما تضمن أنه لو أحل له الفرج حل له جميع ذلك، لا معنى له إلا إباحة الفرج له، فإنه يستبيح به ما عداه من نظر ولمس وتقبيل ونحوها، ولا معنى للعقد هنا بوجه، فكلام السيد المزبور على غاية من القصور.

(١) سورة المؤمنون آية ٦ و ٧.

(٢) لم نعثر عليه بهذا اللفظ.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر الأصحاب وجوب القبول على كل من القولين، قال في المسالك: أما على العقد فظاهر، وأما التمليك فلأنه في معنى هبة المنفعة فيكون أيضا من قبيل العقود، وإنما نفينا عنه اسم عقد النكاح، لا مطلق العقود، فالتحقيق أنه عقد في الجملة على التقديرين، إنتهى.

وفيه أنه لا يخفى على من رجع الأخبار الواردة في المقام أنها على كثرتها وتعددتها لا إشارة فيها إلى اعتبار القبول كما عرفت من الأخبار المتقدمة ونحوها غيرها، فإنها كلها على هذا المنوال، بل هي بالدلالة عليها قدم أنسب وإليه أقرب، وقد اعترف بذلك أيضا سبطه السيد السند في شرح النافع، فقال بعد نقل ذلك عنهم: وليس في الروايات ما يدل عليه، بل الظاهر منها خلافه، إنتهى.

ثم إن المشهور بينهم أنه لا يفتقر إلى تعيين مدة، ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه يفتقر، ولم نقف له على دليل، ولروايات على كثرتها خالية من ذلك، والظاهر أنه لا يشترط فيه ما تقدم في نكاح الإماء من الاشتراط بفقدان الطول وخوف العنت لا طلاق أكثر الأخبار وخصوص صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدمة وهي الأولى منها ورواية أبي بكر الحضرمي المتقدمة أيضا.

الرابع: اختلف الأصحاب في تحليل السيد أتمه لعبده، فذهب جملة منهم الشيخ في النهاية والعلامة في المختلف وولده فخر المحققين إلى العدم لصحيحه علي بن يقطين (١) عن أبي الحسن عليه السلام (أنه سئل عن المملوك، أيحل له أن يطأ الأمة

من غير تزويج إذا أحل له مولاه؟ قال: لا يحل له) واستدلوا أيضا بأنه نوع تمليك، والعبد ليس أهلا له.

وذهب ابن إدريس والمحقق في الشرايع إلى الجواز، ويدل عليه ما رواه الشيخ في التهذيب (٢) عن فضيل مولى راشد (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: لمولاي في

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٨ ح ٦٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ١.

يدي مال، فسألته أن يحل لي مما أشتري من الجواري، فقال: إن كان يحل لك إن أحل لك فهو حلال، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال: إن أحل لك

جارية بعينها فهو لك حلال، وإن قال: اشتر منهن ما شئت، فلا تطأ منهن شيئاً إلا من يأمرك، إلا جارية يراها فيقول: هي لك جلال، وإن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدا لك)

وإلى هذه الرواية مع الرواية السابقة أشار المحقق في الشرايع بقوله: وفي تحليل أمته لمملوكه روايتان: إحداهما المنع، وظاهر شيخنا في المسالك أنه لم يقف على الرواية الثانية حيث قال: والرواية التي أشار المصنف إلى دلالتها على الجواز لم نقف عليها ولا ذكرها غيره، وإنما التجأ في تعليل هذا القول والاحتجاج له إلى الأدلة العقلية التي يتكلفونها في أمثال هذا الموضوع.

قال: واختار المصنف الحل لوجود المقتضي، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا كونه لا يملك ونفي ملكه مطلقاً ممنوع، سلمنا لكن المراد بالملك هنا الإباحة بمعنى استحقاق البضع وإباحته لا الملك بالمعنى المشهور لأن ملك البضع لا معنى له إلا الاستحقاق المذكور.

وأنت خبير بما فيه كما سلف الكلام في مثله في غير موضع، وقد اتفق لسببه في شرح النافع أيضاً ممن حيث عدم وقوفه على الرواية ارتكاب تكلف آخر أيضاً، فقال بعد قول المصنف: وفي تحليل أمته لمملوكه تردد، ومساواته للأجنبي أشبه ما هذا لفظه: منشأ التردد من إطلاقات الروايات المتضمنة لحل الأمة بالتحليل المتناولة للحر والعبد، ومن صحيحة علي بن يقطين المتضمنة للمنع من ذلك، ثم ساق الرواية.

وفيه أن ما ادعاه من إطلاق الروايات وتناوله للحر والعبد غير مسلم، إذ لا وجود له في الأخبار كما لا يخفى على من راجعها، وقد تقدم لك شطر منها، فإنه ليس فيها ما يتناول للملوك بوجه، إذ غاية ما دلت عليه وبه صرحت عباراتها

إنما هو الرجل يحل جاريتَه لأخيه، ومنها ما هو مخصوص بالمرأة تحل لزوجها أو المرأة لابنها ونحو ذلك، وليس فيها إشارة إلى الحل للمملوك بالكلية. وتردد المصنف إنما هو من تعارض الخبرين المذكورين، ولكنه لما لم يطلع على الخبر الدال على الجواز ارتكب هذا التكلف مع ما عرفت من بطلانه. وكيف كان فالظاهر هو حمل صحيحة علي بن يقطين على التقية، كما قدمنا ذكره في المورد الأول، لاعتضاد رواية الجواز المذكورة بجملته من الأخبار الدالة على جواز تسري العبد الجوّاري بإذن مولاه. ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب (١) عن زرارة عن أحدهما عليهم السلام (قال: سألته

عن المملوك كم يحل أن يتزوج؟ قال: حرتان أو أربع إماء، وقال: لا بأس إن كان في يده مال، وكان مأذونا له في التجارة أن يتسرى ما شاء من الجوّاري ويطأهن)

ورواه في الكافي (٢) عن إسحاق بن عمار (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك يأذن له مولاه أن يشتري من ماله الجارية والثنتين والثلاث ورقيقة له حلال؟ قال: يحد له حدا لا يجاوزه)

وما رواه في الكافي التهذيب عن زرارة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: إذا أذن الرجل لعبده أن يتسرى من ماله، فإنه يتسرى كم شاء بعد أن يكون قد أذن له وظاهره في المسالك أيضا حمل صحيحة علي بن يقطين على التقية، قال: لأن العامة يمنعون التحليل مطلقا، إلا أنه من حيث عدم اطلاعه على الرواية المعارضة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٢١٠ ح ٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٠ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ ح، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٧ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٦ ح ٧٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٧ ح ٣.

استشكل، فقال: ومع ذلك ففي تكلف الحمل مع عدم وجود المعارض إشكال، ثم قال: إنه لا فرق على القولين بين تحليل عبده لأمته أو عبد غيره إذا أذن سيده وإنما خص المصنف عبده لموضع النص.

وعندي فيه إشكال، لأن التحليل على خلاف الأصل وخرج عن مقتضى القواعد وظاهر القرآن، ولهذا أطبق العامة على عدم جوازه، ولكن لما تكاثرت به أخبارنا من غير معارض فيها أطبق الأصحاب على جوازه، إلا الشاذ النادر، وتكلفوا إدخاله في الآية كما تقدم، ولا ريب أن مورد الأخبار كما لا يخفى على من تتبعها إنما هو التحليل للحر خاصة، والتحليل للعبد إنما وقع في خبر فضيل مولى راشد، ومورده مختص بتحليل السيد أمته لعبده، وحينئذ فالحكم بتحليل السيد أمته لعبد غيره مع إذن مالك العبد مما لا دليل له في الأخبار، وحمله على ما نحن فيه من عبد السيد وأمته كما يفهم من كلامه لا يخرج عن القياس.

الخامس: قالوا: لو ملك بعض الأمة، وكان البعض الآخر حراً، فأحلت نفسها له، لم يحل له نكاحها، ولو كانت بين شريكين، فأحل أحد الشريكين حصته لشريكه فقولان: المشهور المنع.

أقول: قد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام بما يتعلق بكل من المسألتين المذكورتين في المسألة السادسة من المطلب الأول مفصلاً فليرجع إليه. السادس: إذا أحل السيد أمته لحر وحصل من التحليل ولد، فلا يخلو إما أن يشترط في صيغته التحليل كونه حراً أوقراً، أو لا يشترط شيء منهما. وعلى الأول فإنه يكون حراً، ولا قيمة على الأب إجماعاً.

وعلى الثاني يبنى على صحة هذا الشرط في نكاح الأمة وعدمه، وقد تقدم الكلام فيه في المسألة الثانية من المطلب الأول.

وعلى الثالث فالمسألة محل خلاف بين الأصحاب، فالمشهور بين المتأخرين وبه قال الشيخ في الخلاف والمرضى وابن إدريس أنه حر، ولا قيمة على أبيه،

وخالف في ذلك الشيخ في النهاية والمبسوط وكتابي الأخبار، فقال: بأنه رق، قال في النهاية: ومتى جعله في حل من وطئها، وأتت بولد كإن لمولاها وعلى أبيه أن يشتريه بماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال استسعى في ثمنه، وإن شرط أن يكون حرا كان على ما شرط ونحوه في المبسوط وكتابي الأخبار، ومنشأ هذا الخلاف اختلاف الأخبار والأنظار.

فمما يدل على القول المشهور رواه في الكافي (١) عن زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يحل جاريتَه لأخيه؟ فقال: لا بأس بذلك، قلت:

فإنه قد أولدها، قال: يضم إليه ولده، فترد الجارية على مولاها، قلت: فإنه لم يأذن له في ذلك، قال: إنه قد حلله منها فهو لا يأمن ذلك) وما رواه الشيخ (٢) في الموثق عن إسحاق بن عمار (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحل جاريتَه لأخيه؟ أو حرة حللت جاريتها لأخيها؟ قال: يحل له من

ذلك ما أحل له، قلت: فجاءت بولد، قال: يلحق بالحر من أبويه) وعن عبد الله بن محمد (٣) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لأخيه

جاريتي لك حلال، قال: قد حلت له، قلت: فإنها قد ولدت، قال: الولد له والأم للمولى، وإني لأحب للرجل إذا فعل بأخيه أن يمن عليه فيهبها له) أقول: يعني إذا جاءت بولد.

ومما يدل على القول الآخر ما رواه الصدوق رحمة الله عليه والشيخ (٤) عن ضريس بن عبد الملك في لا صحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل يحل لأخيه جاريتَه

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٤ وما في المصادر اختلاف يسير مع ما نقله قدس سره.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٣ و ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤١ ح ٧ و ٦.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٣ و ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤١ ح ٧ و ٦.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٨ ح ٢٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ١.

وهي تخرج في حوائجه، قالك هي له حلال، قلت: أرأيت إن جاءت بولد ما يصنع به؟ قال: هو لمولى الجارية، إلا أن يكون قد اشترط عليه حين أحلها له أنها إن جاءت بولد فهو حر، قال: إن كان فعل فهو حر، قتل: فيملك ولده؟ قال: إن كان له مال اشتراه بالقيمة)

وروى الشيخ هذه الرواية في التهذيب بسند آخر ضعيف، وهو الذي نقله الأصحاب في كتب الاستدلال، ولذا ردوا الرواية بذلك كما أشار إليه المحقق في الشرايع، وصرح به الشارح في المسالك، والعلامة في المختلف، ولم يقفوا على رواية الشيخ لها بالسند الآخر الصحيح ومثله الصدوق في الفقيه. ويدل على ذلك صحيحة الحسن العطار (١) وهو الحسن بن زياد العطار، وقد وثقة النجاشي (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج؟ قال: لا بأس به، قلت: فإن كان منه ولد، فقال: لصاحب الجارية إلا أن يشترط عليه) المراد بالعارية هنا التحليل كما تقدم ذكره.

وما رواه في التهذيب (٢) عن إبراهيم بن عبد الحميد أبي الحسن عليه السلام (في امرأة قالت لرجل: فرج جاريتي لك حلال، فوطأها فولدت ولدا، قال: يقوم الولد عليه بقيمته)

وقد رد المتأخرون هذه الروايات بضعف الاسناد، قال: في المسالك: وفي طريق الأولى علي بن فضال، والثانية مجهولة بالعطار، والثالثة بعبد الرحمن بن حماد. وأراد بالأولى صحيحة ضريس بناء على نقلها بذلك السند الضعيف كما عرفت، وأراد بالثانية صحيحة الحسن العطار، وبالثالثة رواية إبراهيم بن عبد الحميد، ومثله العلامة في المختلف كان الحامل لهم على الطعن في الحسن العطار هو ما في الفهرست من قول الشيخ: الحسن العطار له أصل يروي عنه ابن أبي عمير

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٦ ح ٢١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ب ٣٧ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٨ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤١ ح ٥.

وفيه أن الظاهر إن الرجل المذكور هو ما ذكره النجاشي بقوله الحسن بن زياد العطار مولى بني ضبة كوفي ثقة إلى أن قال: له كتاب يروي عنه ابن أبي عمير فإن الوصف بالعطار ورواية ابن أبي عمير عنه قد اتفقت عليه العبارتان، ولكن النجاشي زاد ذكر الأب والشيخ لم يتعرض له، وبالجملة فالمتمأمل في ذلك لا يخفى عليه أن الرجل واحد.

وأجاب الشيخ عن الروايات الأولى بالحمل على أحد وجهين: (الأول) الحمل عليه اشتراط الأب الحرية فإنها مجملة قابلة لذلك. (الثاني) الحمل على أن يكون ضم ولده إليه ولحوقه به بالقيمة كما هو صريح عبارته في النهاية المتقدمة ذكرها، ويعد الأول قوله عن أبي عبد الله عليه السلام في آخر حسنة

زرارة قد حلله منها وهو لا يأمن ذلك، ويرجح الثاني قوله عن أبي عبد الله عليه السلام في آخر رواية

إبراهيم بن عبد الحميد (يقوم الولد عليه بقيمته) وقوله في آخر صحيحة ضريس (قلت: فيملك ولده؟ قال: إن كان له مال اشتراه بالقيمة)

وقال الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه بعد أن أورد حسنة زرارة وصحيحة ضريس ما صورته: قال مصنف هذا الكتاب رحمة الله عليه: هذا ن الحديثان متفقان، وليسا بمختلفين وخبر حريز عن زرارة قال (يضم إليه ولده) يعني بالقيمة ما لم يقع الشرط بأنه حر. إنتهى، وهو جمع حسن بين الأخبار، وقد رجح السيد السند في شرح النافع فإنه قال بعد نقل كلام الصدوق: وما ذكره من الجمع جيد.

وأما ما احتج به بعض المتأخرين من عموم الأخبار المتقدمة في المسألة الثانية من المطلب الأول الدالة على أن ولد الحر لا يكون إلا حراً منظور فيه بأن الدليل هناك مورده التزويج، والتحليل أمر آخر، ولهذا أن الشيخ في المبسوط فرق بين ما إذا قلنا بأن التحليل عقد كما هو قول المرتضى أو بإباحة، فأوجب إلحاقه بالحر منهما على الأول وحكم بالرقية على الثاني، فقال على

وما نقه في المختلف: ويكون الولد لاحقا بأمه ويكون رقا إلا أن يشترط الحرية، ولو كان عقدا يعني التحليل الحق بالحرية على كل حال، لأن الولد عندنا يلحق بالحرية من أي جهة كان ذكر ذلك في معرض الاستدلال على أن التحليل نوع تملك لا عقد، على أنه قد دلت هناك جملة من الروايات على الرقية أيضا كما هو مذهب ابن الجنييد.

وبذلك يظهر لك رجحان ما ذهب إليه الشيخ عطر الله مرقداه والأصحاب لم ينقلوا الخلاف في هذا المقام إلا عن الشيخ وحده، مع أن عبارة الصدوق المذكورة صريحة في ذلك.

هذا وظاهر عبارة المحقق في كتابيه أنه لا خلاف في حرية الولد، وإنما الخلاف في وجوب فكه بالقيمة على الأب، قال: في الشرايع: ولد المحللة حر، ثم إن شرط الحرية مع لفظ الإباحة فالولد حر، ولا سبيل على الأب، وإن لم يشترط قيل: يجب على أبيه فكه بالقيمة، وقيل: لا يجب، وهو أصح الروايتين، وقال في النافع: ولد المحللة حر، فإن شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الأب وإن لم يشترط ففي إزامه قيمة الولد روايتان، أشبههما أنه لا يلزم. وأنت خبير بما فيه، فإن الخلاف كما عرفت إنما هو في الحرية والرقية، وقد صرح الشيخ في عبارته المتقدم نقلها عن المبسوط بالرقية، فقال: ويكون رقا إلا أن يشترط الحرية، وكذا عبارة النهاية، وقوله (كإن لمولاها) يعني ملكا لمولاها، والأخبار أيضا إنما تصادمت في ذلك، والقول بوجوب فكه بالقيمة إنما هو على تقدير الرقية كما عرفت من عبارة الشيخ في النهاية والصدوق في الفقيه، والقائل بالحرية لا يقول بلزوم القيمة للأب. أقول: وقد تقدم جملة من أحكام الإماء في كتاب البيع، وفي الفصول السابقة من هذا الكتاب.

ختام

يتضمن جملة من الأخبار كالنوادير لهذا الفصل.
فمنها ما رواه في الكافي (١) عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين والحرتين، وإنما نساءكم بمنزلة اللعب) وعن عبد الرحمن بن أبي نجران (٢) عن رواه عن أبي الحسن عليه السلام أنه كان ينام

بين جاريتين.

أقول: قد صرح الأصحاب هنا بأنه لا بأس بالنوم بين أمتين، ويكره بين الحرتين.

وأما الحكم الأول فاستدلوا عليه بالرواية الثانية، وعللوا الكراهة بما فيه من الامتihan كما ذكره في المسالك، ونحوه سبطه في شرح النافع حيث نقل عنهم ذلك، وقال: لا بأس به.

وفيه أن الخبر الأول كما ترى ظاهر في الجواز بالنسبة إلى الإمام والحرائر، معللا له بما ذكر مما يدل على حسنه وحصول اللذة به. وروى الشيخ (٣) في الصحيح عن عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام وبمضمون هذه الرواية صرح المحقق في النافع فقال: ولا بأس أن يطاء الأمة وفي البيت غيره.

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٠ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٦ ح ١٦١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٩ ب ٨٤ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٩ ح ٤٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٩ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٨ ح ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٤ ح ١.

أقول: قد روى في الكافي (١) عن ابن راشد عن أبيه (قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام قال: لا يجمع الرجل امرأته ولا جاريتها وفي البيت صبي، فإن ذلك مما يورث الزنا) وهو ظاهر في الكراهة كالحرة اللهم إلا أن يقال: إنه لا منافاة بين نفي البأس الدال على الجواز والكراهة وروى في الكافي (٢) عن عبد الرحمن بن أبي نجران عمن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا أتى الرجل جاريتها ثم أراد أن يأتي الأخرى توضأ) وفيه دلالة على استحباب الوضوء في هذا الحال.

وروى الراوندي سعيد بن هبة الله في كتاب الخرائج والجرايح (٣) عن الحسن ابن أبي العلاء (قال: دخل علي أبي عبد الله عليه السلام رجل من أهل خراسان فقال: إن فلانا بن فلان بعث معي بجارية وأمرني أن أدفعها إليك، قال: لا حاجة لي فيها إنا أهل بيت لا تدخل الدنس بيوتنا، قال: لقد أخبرني أنها ربيبة حجره، قال: لا خير فيها، فإنها قد أفسدت، قال: لا علم لي بهذا، قال: أعلم أنه كذا) وعن أبي عبد الله عليه السلام (٤) (أنه دخل عليه رجل من أهل خراسان، فقال: عن أبي عبد الله عليه السلام

ما فعل فلان؟ قال: لا علم لي به، قال: أنا أخبرك به، بعث معك بجارية لا حاجة فيها، قال: ولم؟ قال: لأنك لم تراقب الله فيها حيث عملت ما عملت ليله نهر بلخ، فسكت الرجل، وعلم أنه أعلم بأمر عرفه)

قال في الوسائل بعد نقل هذين الخبرين: وروى الراوندي والمفيد والطبرسي والصدوق وغيرهم أحاديث كبيرة في هذا المعنى، وأنه أرسل إليهم عليهم السلام بهدايا

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤١٤ ح ٢٧، الوسائل

ج ١٤ ص ٩٤ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٩ ح ٤٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٩ ب ٨٤ ح ٢ ولم نعثر عليه في الكافي.

(٣) الخرائج ص ٢٣٢ الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ١.

(٤) الخرائج ص ٢٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ١.

وجوار زنا بهن الرسل، فأخبروا بالحل، وردوا الجواري (١).
وظاهر صاحب الوسائل عموم هذا الحكم لغيرهم عليهم السلام أيضا فقال: باب
كراهة

وطئ الجارية الزانية بالملك وتملكها وقبول هبتها، والظاهر بعده، فإن ظاهر
الخبر الأول هو اختصاص هذا الحكم بهم عليهم السلام لقوله عليه السلام (إننا أهل بيت
لا تدخل

الدينس بيوتنا) لا أنه عام لغيرهم، مع ما عرفت من الأخبار المتكاثرة الدالة
على جواز تزويج الزانية، والمتعة بها، وإمساك امرأته التي يعلم أنها تزني،
وجواز في الحرة خصوصا الزوجة يقتضي ثبوته في الأمة بطريق أولى كما لا يخفى.
وروى في الكافي (٢) عن جعفر بن يحيى الخزاعي عن بعض أصحابنا عن
أحدهما عليهم السلام (قال: قلت له: اشتريت جارية من غير رشدة، فوقعت مني كل
موقع، فقال: سل عن أمها لمن كانت، فسله يحلل الفاعل بأمها ما فعل ليطيب الولد)
أقول: قد تقدم في باب الرضاع أخبرا عديدة نظير هذا الخبر في الاسترضاع
ممن ولادتها من الزنا.

ومنها رواية إسحاق بن عمار (٣) (قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن غلام لي
وثب على جارية لي فأحبها فولدت، واحتجنا إلى لبنها فإن أحللت لهما ما صنعا
أيطيب اللبن؟ قال: نعم)

وقد صرح جملة من الأصحاب بالاعراض عنها، وارتكبوا التأويل فيها بالحمل
على ما إذا كانت الأمة قد تزوجت بدون إذن مولاهما، فإن الأولى له إجازة العقد
ليطيب اللبن، مستندين إلى أن إحلال ما مضى من الزنا لا يرفع إثمه، ولا يرفع
حكمه، فكيف يطيب لبنه، وهذا المناقشة تجري في هذا الخبر أيضا إلا أنها

(١) الخرائج ص ٢٩٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٦٠ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٠ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٣ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ١٠٩ ح ١٨، الوسائل ج ١٥
ص ١٨٥ ح ٥.

غير ملتفت إليها، فإنه اجتهاد في مقابلة النصوص، واستبعاد محض بل جرأة على أهل الخصوص.

وروى الشيخ (١) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: أيما رجل وقع على وليدة قوم حراما ثم اشتراها فادعى ولدها، فإنه لا يورث منه، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: الولد للفراش وللعاهر الحجر، ولا يورث ولد الزنا إلا رجل يدعي

ابن وليدته) وهو محمول على كون الشراء وقع بعد تحقق الولد كما هو ظاهر الخبر المذكور.

وعن أبي بصير (٢) (قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله

أن يقال للإماء يا بنت كذا وكذا، وقال: لكل قوم نكاح).

أقول: فيه دلالة على عدم جواز قذف أصحاب الملل والأديان الطعن في أنسابهم بما خالف مقتضى شريعتنا إذا كان سائغا في شرايعهم، وعليه تدل جملة من الأخبار.

منها ما رواه في التهذيب (٣) عن عبد الله بن سنان في الحسن (قال: قذف رجل رجلا مجوسيا عند عن أبي عبد الله عليه السلام فقال: مه، فقال الرجل: إنه ينكح أمه وأمته، فقال: ذلك عندهم نكاح في دينهم)

وعن أبي بصير (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: كل قوم يعرفون النكاح من السفاح

فنكاحهم جائز) إلى غير ذلك من الأخبار.

(١) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٧ ح ٤٠، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٦ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٢ ح ٩٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٨ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٧٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٦ ح ١٦٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٨ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٥ ح ١١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٨ ح ٣.

وروى في الكافي (١) عن أبي شبل (قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل مسلم ابتلى ففجر بجارية أخيه، فما توبته؟ قال: يأتيه فيخبره ويسأله أن يجعله من ذلك في حل ولا يعود قال: قلت: فإن لم يجعله من ذلك في حل؟ قال: قد لقي الله وهو زان خائن) الحديث.

والأصحاب قد صرحوا في هذا الموضوع بأنه في صورة طلب التحليل والبراءة منه يعرض له ويكنى ولا يصرح، لم فيه من إثارة العداوة ومزيد الشحنة، والخبر كما ترى بخلافه.

وعن سليمان بن صالح (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سئل عن الرجل ينكح جارية امرأته، ثم يسألها أن تجعله في حل فتأبى، فيقول: إذا لأطلقنك ويجتنب فراشها فتجعله في حل، فقال: هذا غاصب، فأين هو من اللطف).

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٣) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل تصب عليه جارية امرأته إذا اغتسل وتمسحه بالدهن؟ قال: يستحل ذلك من مولاتها، قال: قلت: إذا أحلت له هل يحل له ما مضى؟ قال: نعم) الحديث القول: وهذا الخبر من قبيل ما تقدم من مرسلات الخزاعي وأخبار الرضاع.

وعن محمد بن مسلم (٤) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (في امرأة الرجل يكون

لها الخادم قد فجرت فتحتاج إلى لبنها؟ قال: مرها، فلتحللها يطيب اللبن).

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٩، الفقيه ج ٤ ص ٢٨ ح ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٢ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٠، الفقيه ج ٣ ص ٣٠٣ ح ٣٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٢ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٩ ح ٤٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٢ ح ٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٣ ح ١.

وعن جميل بن دراج (١) عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل كانت له مملوكة فولدت من فجور فكره مولاهما أن ترضع له مخافة أن لا يكون ذلك جائزا له، فقال: أبو عبد الله عليه السلام: فحلل خادمك من ذلك حتى يطيب اللبن).

أقول: وهذا الخبران من الأخبار المشار إليها آنفا في الدلالة على ما دلت عليه رواية إسحاق بن عمار المتقدمة.

وروى في الكافي (٢) عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه).

وعن منصور بن حازم (٣) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في مملوك تزوج بغير إذن مولاه، أعاص لله؟ قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعم أنه حرام، وقل له أن لا يفعل إلا بإذن مولاه).

وعن معاوية بن وهب (٤) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في رجل كاتب على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمة وتزوجها؟ قال: لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود) الحديث.

أقول: في هذه الأخبار دلالة على ما هو المختار كما قدمنا ذكره في كتاب البيع من القول بأن العبد يملك ولكن التصرف محجور عليه إلا بإذن المولى، وظاهر هذه الأخبار عبد ضم بعضها إلى بعض هو أن نكاحه بغير إذن المولى وإجازته باطل وإن لم يكن حراما يستحق عليه العقاب، ويشير إليه قول الباقر

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٣ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٢ ح ١.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٢ ح ٢.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٢ ح ٣.

عليه السلام في حسنة زرارة المتقدمة (١) في المسألة الأولى من المطلب الأول في الرد على

العامّة القائلين ببطلان النكاح وأنه لا يكون موقوفا على الإجازة، أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجازته فهو جائز.

وروى الشيخ (٢) عن مسعدة بن زياد (قال أبو عبد الله عليه السلام: تحرم من الإماء عشرة: لا تجمع بين الأم والبنت، ولا بين الأختين، ولا أمتك وهي حامل ولا أمتك وهي خالتك من الرضاعة، ولا أمتك وهي أختك من الرضاعة، ولا أمتك وهي ابنة أختك من الرضاعة، ولا أمتك وهي في عدة، ولا أمتك ولك فيها شريك) وعن مسمع كردين (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام:

عشرة لا يحل نكاحهن ولا غشيانهن: أمتك أمها أمتك، وأمتك أختها أم تك، وأمتك وهي عمتك من الرضاعة، أمتك وهي خالتك من الرضاعة، وأمتك وهي أختك من الرضاعة، وأمتك وقد أرضعتك، وأمتك وقد وطأت حتى تستبرئ بحیضة، وأمتك وهي حامل من غيرك، وأمتك وهي على سوم من مشتر، وأمتك ولها زوج وهي تحته)

وروى في كتاب مكارم الأخلاق (٤) عن الحسين بن المختار رفعه (إن سلمان تزوج امرأة غنية، فدخل فإذا البيت فيه الفراش، فقال: إن بيتكم لمحرّم، إذا قد تحولت فيه الكعبة، قال: فإذا جارية محتمة، فقال: لمن هذه؟

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥١ ح ٦٣، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٦ ح ٤، الخصال ج ٢ ص ٤٣٨ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٦ ح ١.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٧ ح ٢.
(٤) مكارم الأخلاق ص ٢٣٧، البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٢ ح ٢٢.

فقالوا: لفلانة امرأتك، قال: من اتخذ جارية لا يأتيها ثم أتت محرماً كان وزر ذلك عليه).

وعن الصادق عليه السلام (١) (من اتخذ جارية فليأتها في كل أربعين يوماً مرة).
وعنه عليه السلام (٢) (قال: إذا أتى الرجل جاريته ثم أراد أن يأتي الأخرى توضاً).

أقول: في الخبر الثاني دلالة على كراهة ترك الجارية بغير وطئ بعد الأربعين يوماً. ونقل في كتاب البحار (٣) عن نوادر الراوندي بإسناده عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام (قال: قال علي عليه السلام: إذا تزوج الرجل حرة وأمة في عقد واحد، فنكاحهما باطل).

وبهذا الإسناد (٤) (قال: قال علي عليه السلام إذا تزوج الحر أمة فإنها تخدم أهلها نهاراً، وتأتي زوجها ليلاً، وعليه النفقة إذا فعلوا ذلك، فإن حالوا بينه وبينها ليلاً فلا نفقه) والله أعلم بحقائق أحكامه.

-
- (١) مكارم الأخلاق ص ٢٣٧، البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٢ ح ٢٣ و ٢٤.
(٢) مكارم الأخلاق ص ٢٣٧، البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٢ ح ٢٣ و ٢٤.
(٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٤ ح ٣٤ و ٣٥.
(٤) البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٤ ح ٣٤ و ٣٥.

الفصل الخامس

فيما يلحق بالنكاح

وفيه مقاصد: الأول فيما يرد به النكاح، والكلام فيه يقع في مطالب ثلاثة:

الأول: في العيوب، وهي إما في الرجل أو المرأة، فهنا مقامان:

الأول: في عيوب الرجل، وهي على المشهور بين الأصحاب أربعة: الجنون،

والخصاء، والعنن، والجب، وتردد في الشرايع في الرابع ثم قال والأشبه

تسلطها على الفسخ، ونقل عن ابن البراج في المهذب أنه ذهب إلى اشتراك الرجل

المرأة في كون كل من الجنون والجذام والبرص والعمى موجب للخيار في النكاح

وكذلك ابن الجنييد وزاد العرج والزنا، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في

المسالك الميل إلى عد الجذام والبرص في عيوب الرجل حيث قال بعد نقل

قولي ابن البراج وابن الجنييد: ودليلهما في غير الجذام والبرص غير واضح، أما

فيهما ففي غاية الجودة، لصحيحه الحلبي، ثم ساق الراية، وسيأتي ذكرها نقل

كلامه الذي على أثرها، وبيان ما فيه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا بد من الكلام في كل واحد واحد من هذه

الأمور المذكورة.

(ومنها الجنون) قال في المسالك: لا خلاف في كون الجنون من عيوب

الرجل المجوزة لفسخ المرأة النكاح في الجملة، ثم إذا كان مقدما على العقد أو

مقارنا ثبت لها به الفسخ مطلقا سواء كان مطبقا أم دوارا، وسواء عقل أوقات

الصلاة أم لا، وإن كان متجددا بعد العقد سواء كان قد وطأ أم لا، فإن كان لا يعرف

أوقات الصلاة فلها الفسخ أيضا، إن عقل حينئذ فأكثر المتقدمين كالشيخ وأتباعه

على عدم الفسخ، والأقوى عدم اشتراطه لعدم وجود دليل يفيد التقييد وتناول

الجنون بإطلاقه لجميع أقسامه، فإن الجنون فنون، والجامع بينها فساد العقل كيف اتفق، إنتهى.

ونقل عن ابن حمزة أنه أطلق أن الجنون الموجب للخيار في الرجل والمرأة هو الذي لا يعقل معه أوقات الصلاة، وهو يشمل المتقدم منه المتجدد، والمشهور في كلام الأصحاب أنهم لم يقيدوا الجنون بهذا القيد إلا في المتجدد بعد العقد. قال في المسالك: وكيف كان فلا دليل على اعتبار ذلك، وإن كان مشهورا. أقول: والذي وقفت عليه من الأخبار هنا ما رواه المشايخ الثلاثة (١) عن علي ابن أبي حمزة (قال: سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن المرأة يكون لها زوج، وقد أصيب

في عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون، فقال لها: أن تنزع نفسها منه إن شاءت).

قال في الفقيه (٢) بعد أن أورد هذه الرواية: وروي في خبر آخر أنه (إن بلغ به الجنون مبلغا لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما، إن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه، فقد ابتليت)

قال السيد السند في شرح النافع بعد نقل ذلك: وكان هذه الرواية مستند ابن حمزة ومن قال بمقالته، لكنها مرسلة، ثم طعن في الرواية الأولى بأن راويها علي بن أبي حمزة، وهو أحد عمد الواقفية، فلا تنهض روايته حجة في إثبات الأحكام الشرعية.

أقول: الظاهر أن الرواية التي أشار إليها الصدوق إنما هي ما صرح به الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٣) حيث قال عليه السلام ك (إذا تزوج رجل فأصابه

بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغا لا يفرق أوقات الصلاة فرق بينهما، فإن عرف

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥١، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٩، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٣.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٤.

(٣) فقه الرضا ص ٢٣٧، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٧ ح ١ و ٣.

أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد ابتليت)
وقد عرفت مما تقدم سيما في كتب العبادات نقل الصدوق رحمة الله عليه
وأبيه في الرسالة عبارات هذا الكتاب والافتاء بها وإن كان نقله هنا إنما هو
بطريق الرواية، وأبوه في الرسالة قد أفتى بهذه العبارة بعينها، على ما نقله في
المختلف (١) ولم أقف في هاذ الحكم إلا على هذين الخبرين.
ويمكن الجمع بينهما بتقييد إطلاق رواية علي بن أبي حمزة (٣) بما ذكره عليه السلام
في كتاب الفقه.

ثم إن ظاهر كلامه عليه السلام في كتاب الفقه هو أن الجنون بعد أن
التفصيل بكونه إن كان لا يعقل أوقات الصلاة فلها الفسخ وإن عقل فلا فسخ إنما
هو في صورة ما إذا كان الجنون بعد العقد وطأ أم لا، وهو على هذا دليل لقول
الشيخ ومن تبعه، ولا يصلح لأن يكون دليلاً لابن حمزة، لأن كلامه عليه السلام أعم
من
المتقدم على العقد والمتأخر عنه، وإن كانت العبارة التي نقلها الصدوق رحمة الله عليه
(٣)

(١) حيث قال: وظاهر كلام علي بن بابويه ذلك، فإنه قال: إذا تزوج رجل
وأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما، وإن عرف أوقات
الصلاة فلتصبر المرأة معه، فقد ابتليت. انتهى، وهن عين عبارة كتاب الفقيه كما ترى.
(منه قدس سره).

(٢) فإنها مطلقة بالنسبة إلى عقل أوقات الصلاة وعدمه، وكلامه - عليه السلام في كتاب الفقه مفصل،
فيحمل إطلاق الخبر المذكور على التفصيل الذي في كلامه
عليه السلام كما هو القاعدة المقررة في أمثال ذلك. (منه قدس سره).

(٣) الظاهر أن الصدوق بنى في عبارته التي نقلها في الرواية على ما تضمنه الخبر
الذي قبلها من فرض الجنون بعدما تزوجها، فأطلق في نقلها الرواية اعتماداً على ذلك
فكأنه قال: وروى في خبر آخر أنه مع ظهور الجنون بعد التزويج إن بلغ به الجنون..
إلى آخره، واللفظ الذي نقله عنه لفظ الكتاب كلمة، وعبارة أبيه في الرسالة كما عرفت
بقيه من نقل المختلف إنما هي عبارة الكتاب من أولها إلى آخرها، وبالجملة فإنه لا ريب في
كون تلك الرواية هي كلامه - عليه السلام في كتاب الفقه. (منه قدس سره)
الفقه الرضوي ص ٢٣٧.

مطلقة ولهذا إن السيد في شرح النافع جعلها دليلا له، إلا أن الظاهر كما عرفت أن كلام الصدوق رحمة الله عليه إنما هو مأخوذ من كلامه عليه السلام في كتاب الفقه،

وإن أجمل في التعبير عنه، وعبارة الكتاب صريحة في المتأخر عن العقد كما عرفت وظاهر رواية علي بن أبي حمزة أيضا أن الجنون إنما هو بعد العقد لقول عليه السلام (وقد أصيب في عقله بعد ما تزوجها)

وعلى هذا فمورد روايات المسألة إنما هو المتجدد بعد العقد، والظاهر أن الوجه فيه هو عدم صحة النكاح لو فرض الجنون قبل العقد: إلا أن يكون الجنون أدوارا عقد في حال الصحة، أو قلنا بجواز تزويج الولي له. ويكف كان فإن ما ذكره الأصحاب من العموم أو الاطلاق في المسألة لما قبل العقد أو قارنه أو تأخر عنه لا دليل عليه، بل الموجود في الأدلة إنما هو المتأخر خاصة، والظاهر أن معتمد المتأخرين عبد الطعن في أخبار المسألة بالضعف إنما هو الاتفاق والاجماع إن ثبت.

وفي المسالك استدلال على الحكم المذكور بصحيحه الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام (قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل) قال: وهو شامل لما قبل العقد وبعده، ولما يعقل معه أوقات الصلاة وغيره، ثم نقل رواية علي بن أبي حمزة، ثم قال: وهي صريحة في المتجدد شاملة بإطلاقها لما قبل الدخول وبعده، ثم قال: لكن في طريقها ضعف، وعمدة الأمر على الاتفاق على كون الجنون عيبا مطلقا مع عدم وجود دليل مخصص، إنتهى.

أقول: ما ذكره من الاستدلال على هذا الحكم بصحيحه الحلبي محل نظر. أما (أولا) فلأن المتبادر من قوله (إنما يرد النكاح) إنما هو تسلط الزوج

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ب ١ ح ٦.

على الفسخ إذا ظهر بالزوجة أحد هذه العيوب الآن النكاح إنما يستند إلى الزوجة، فيكون رده من قبل الزوج. وأما (ثانيا) فلأن الكليني والصدوق رحمة الله عليهما قد رويَا هذه الرواية بالاشتمال على السؤال عن عيوب المرأة، والشيخ قد أسقط السؤال، واقتصر عليه مجرد الجواب.

وهذه صورة الرواية بنقل الشيخين المذكورين: عن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال: في رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء، ولم يبينوا له، قال: لا ترد إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل، قلت: أرأيت إن قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحلت من فرجها، ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها).

ونقلها شيخنا المجلسي في كتاب البحار (٢) عن الحسين بن سعيد في كتابه عن ابن أبي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في

الرجل: يتزوج إلى قوم) الحديث كما نقله الشيخان المذكوران. وبالجملة فإن من يقول بهذا الاصطلاح المحدث لا دليل عنده لهذا الحكم إلا ما يتشبهون به من الاجماع الذي قد عرفت في غير مقام ما فيه من الزاع، ولهذا إن السيد السند في شرح النافع قال: والمسألة قوية الاشكال، لانتفاء ما يعتمد عليه من النص فيها، فإن ثبت فيها إجماع على أن الجنون مطلقا أو على بعض الوجوه موجب للخيار: وجب المصير إليه، إلا فالأمر كما ترى. وأما من لا يقول به كما هو الحق الحقيقي بالاتباع، وإن كان في هذه الأزمان قليل الاتباع فالأمر واضح، والعمل على الروايتين المذكورتين، إلا

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣

ح ٤ الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٥.

(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٦٤ ح ١٨ مع اختلاف يسير.

أن موردهما كما عرفت إنما هو الجنون المتجدد بعد العقد أعم من أن يكون قد وطأ أم لا.

بقي شيء، وهو أنه هل يفتقر فسخ المرأة في التحدد إلى طلاق أم لا؟
ظاهر الشيخ في النهاية الأول حيث قال: فإن حدث بالرجل جنة يعقل معها أوقات الصلاة لم يكن لها اختيار، وإن لم يعقل أوقات الصلاة كان لها الخيار، فإن اختارت فراقه كان على وليه أن يطلقها، وكذا قال ابن البراج في المهذب وابن زهرة وابن إدريس لم يذكر الطلاق
قال في المختلف: والوجه أنه لا يفتقر إلى طلاق، سواء تجدد بعد الدخول أو قبله كغيره من العيوب، إنتهى.

أقول: أنت خبير بأن الروايتين الواردتين في المسألة لا دلالة فيهما على الطلاق بوجه، بل ظاهر رواية علي بن أبي حمزة وقوله فيها (لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت) إنما هو الفسخ خاصة وأن الاختيار لها، فأيهما اختارت مضى، وعبرة كتاب الفقه وإن كانت مجملة إلا أن الظاهر حملها على هذه الرواية لصراحتها في الفسخ، وبالجملة فالظاهر ضعف القول المذكور.
(ومنها الخصاء) وهو بكسر الخاء المعجمة: المرسل الأثنيين، وقاله الجوهري، وفي كتاب والمصباح لمنير للفيومي: خصيت العبد وأخصيته خصاء بالكسر والمد سللت خصيته، فهو فعيل بمعنى مفعول، قيل: والحق به الوجود، وهو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما.
وفي القاموس: أنه بمعنى الخصاء.
وقال في المسالك: والوجود بالكسر والمد أيضا هو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما، قبل: إنه من أفراد الخصاء، فيتناوله لفظه، إنتهى.
وعد الخصاء من عيوب الرجل هو المشهور بين الأصحاب، ويدل عليه

جملة من الأخبار.

منها ما رواه المشايخ الثلاثة (١) في الموثق عن عبد الله بن بكير عن أبيه عن أحدهما عليهم السلام (في خصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها، قال: فقال: يفرق بينهما إن شاءت المرأة، ويوجع رأسه، وإن رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به إن تاباه)

وما رواه في الكافي والتهذيب (٢) عن سماعة في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام (أن

خصيا دلس نفسه لامرأة، قال: يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صادقها، ويوجع ظهر كما دلس نفسه)

وما رواه في الكافي التهذيب (٣) عن بعد الله بن مسكان في الصحيح (قال: بعثت بمسألة

مع ابن أعين قلت: سله عن خصي دلس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصيا، وما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد (٤) عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (قال: سألته عن خصي دلس نفسه لامرأة، ما عليه؟ قال: يوجع ظهره، ز ويفرق بينهما وعليه المهر كاملا إن دخل بها وإن لم يدخل بها فعليه نصف المهر) وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٥) (وإن تزوجها خصي فدلس نفسه له، وهي لا تعلم فرق بينهما، ويوجع ظهره كما دلس نفسه، وعليه نصف الصداق ولا عدة عليها منه، فإن رضيت بذلك لم يفرق بينهما، وليس لها الخيار بعد ذلك)

- (١) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣١، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٨ ح ٥٩ وفيه اختلاف يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٢.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٣.
(٤) قرب الإسناد ص ١٠٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٩ ح ٥.
(٥) فقه الرضا ص ٢٣٧، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ، وفيه "لم يفرق ما بينهما".

وبهذه العبارة بعينها أفتى الشيخ علي بن بابويه في الرسالة على ما نقله عنه في المختلف (١).

وما رواه الكشي في كتاب الرجال عن ابن مسكان (٢) (أنه كتب إلى الصادق عليه السلام مع إبراهيم بن ميمون يسأله عن خصي دلس نفسه على امرأة، قال: يفرق بينهم ويوجع ظهره)

ونقل عن الشيخ في الخلاف والمبسوط أن الخصاء ليس بعيب، محتجا بأن الخصي يولج ويبالغ أكثر من الفحل، وإنما لا ينزل وعدم الانزال ليس بعيب. والعجب منه مع ورود هذه الأخبار، ونقله لجملة منها في كتب الأخبار كيف يطرحها في معارضة هذا التعليل ويرجحها عليها. وبالجملة فإن الحكم بعد ورود هذه الأخبار مما لا ريب فيه.

بقي الكلام في الوجود فإن ثبت أنه داخل تحت الخصاء، وإلا فالتمسك بأصالة صحة العقد أقوى مستند في المقام، وبما ذكرناه أيضا صرح السيد السند في شرح النافع.

(ومنها العنن) وقد عرفه المحقق في الشرايع بأنه مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز عن الإيلاج.

قال: في المسالك: والاسم العنة بالضم، ويقال للرجل إذا كان كذلك: عنين كسكين.

(١) قال في المختلف: وقال علي بن بابويه " وإن تزوجها خصي قد دلس نفسه لها وهي لا تعلم فرق بينهما ويوجع ظهره كما دلس نفسه، وعليه نصف الصداق ولا عدة عليهما منه " وكذا قال الصدوق في المقنع.
أقول: وهذه العبارة عين عبارة كتاب الفقه المذكورة في الأصل، وبه يعلم صحة ما كررناه في غير مقام من اعتماد الصدوقين على هذا الكتاب والافتاء بعبارة. (منه - قدس سره).

(٢) رجال الكشي ص ٢٤٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٩ ح ٧.

أقول: قال في القاموس: العين كسكين من لا يأتي النساء عجزاً، ولا يريد هن. وقال في كتاب مصباح المنير: رجل عين لا يقدر على إتيان النساء، ولا يشتهي النساء، وظاهره أنه لا بد في تحقق العن من أرين: أحدهما العجز عن إتيانهن لضعف العضو وعدم قدرته عن الانتشار، وثانيهما عدم إرادة القلبية بالكلية، وظاهر كلام الفقهاء إنما هو الأول خاصة كما عرفت من كلام المحقق. وكيف كان فإنه قد أجمع الأصحاب على أنه من العيوب الموجبة لتسلط المرأة على الفسخ، وعليه تدل جملة من الأخبار. منها ماروا الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال:

العين يتربص به سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت أقامت) وما رواه المشايخ الثلاثة (٢) عن عباد الضبي وفي الفقيه والتهذيبين غياث مكان عباد، عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: في العين: إذا علم أنه عين لا يأتي النساء فرق

بينهما، فإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما والرجل لا يرد من عيب) وما رواه في الكافي (٣) عن أبي بصير في الصحيح، وهو المرادي بقرينة ابن مسكان عنه (قال: نعم إن شاءت، قال ابن مسكان: وفي حديث آخر تنتظر سنة، فإن أتاها وإلا فارقت، فإن أحببت أن تقيم معه فلتقم) وما رواه في الكافي الفقيه (٤) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قال

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٥.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٥، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ٢.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ١.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٣، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٨ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٤.

أمير المؤمنين عليه السلام من أتى امرأته مرة واحدة ثم أخذ عنها فلا خيرا لها) قال في الفقيه: وفي خبر آخر (أنه متى أقامت المرأة مع زوجها بعدما علمت أنه عنين ورضيت به لم يكن لها خيرا بعد الرضا)

وما رواه في التهذيب (١) عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهم السلام (أن عليا عليه السلام كأن يقول: إذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها مرة ثم أعرض عنها فليس لها لا لخيار لتصبر فقد ابتليت).

وعن أبي الصباح الكناني (٢) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا، أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت) وعن الكناني (٣) بهذا الإسناد (قال: إذا تزوج الرجل المرأة وهو لا يقدر على النساء أجل سنة حتى يعالج نفسه)

وعن أبي البخترى (٤) عن أبي جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام (أن عليا عليه السلام كان

يقول: يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها، وإلا فرق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها).

وما رواه في كتاب قرب الإسناد (٥) عن الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام (أنه كان يقتضي في العنين أنه يؤجل سنة من يوم مرافعة المرأة).

وعن عبد الله بن (٦) الحسن عن علي بن جعفر عن أخيه موسى أبي جعفر عليه السلام (قال: سألته عن عنين دلس نفسه لامرأة، ما حاله؟ قال: عليه المهر، ويفرق

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٨.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٦.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٧ و ٩.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٧ و ٩.

(٥) قرب الإسناد ص ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٩.

(٦) قرب الإسناد ص ١٠٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ١٢.

بينهما إذا علم أنه لا يأتي النساء) وفي كتاب الفقه الرضوي (١) قال عليه السلام) فإن تزوجها عنين وهي لا تعلم، فإن علم أن فيه علة تصبر عليه حتى يعالج نفسه سنة، فإن صلح فهي امرأته على النكاح الأول، وإن لم يصلح فرق بينهما، ولها نصف الصداق، ولا عدة عليها منه، فإن رضيت بذلك لا يفرق بينهما، وليس لها خيار بعد ذلك) أقول: ويفهم من هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض بحمل مطلقها على مقيدتها ومجملها على مفصلها أمور:

الأول: إنه يجب تأجيله سنة بعد ظهور العنن، وأن مبدأ ذلك من وقت المرافعة إلى الحاكم الذي وقعت النزاع والدعوى بينهما، وقد نقل الشهيد الثاني وقبله المحقق الشيخ علي الاتفاق على وجوب التأجيل سنة، مع أن العلامة في المختلف نقل عن ابن الجنيد أنه إن كانت العنة متقدمة على العقد جاز للمرأة الفسخ في الحال، وإن كانت حادثة بعد العقد أجل سنة من حين الترافع. واحتج له في المختلف برواية الضبي ورواية أبي الصباح الكناني، والجواب عنهما بما ذكرناه من تقييد إطلاقهما بالأخبار الدالة على التأجيل، وحمل المطلق على المقيد.

وأجاب العلامة عنهما في المختلف بأن العلم إنما يحصل بعد السنة. قال: ولو قد حصوله قبلها فالأقوى ما قاله ابن الجنيد.

أقول: الظاهر من الأخبار التأجيل سنة ليس لأن العلم به لا يحصل إلا بعد السنة كما ذكره، بل إنما هو لاحتمال زواله بالمعالجة ونحوها، إلا فهو قد ثبت بأحد الأمور الآتية في ثبوته من العجز عن وطئ النساء، أو القيام في الماء البارد ونحوهما مما سيأتي، ولكن الشارع لأجل التوسعة عليه ضرب له هذه المدة للمعالجة كما تضمنه خبر الكناني الثاني، وسيأتي إن شاء الله ما يدل

(١) فقه الرضا ص ٢٣٧، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ، وفيه اختلاف يسير.

على ما ذكرناه.

الثاني: إنه له تجدد بعد وطئها ولو مرة واحدة فإنه لا فسخ لها، فلتصبر فإنها قد ابتليت، وهو أشهر القولين بين الأصحاب، وذهب الشيخ المفيد، جماعة إلى أن لها الفسخ أيضا للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس من الوطئ، وفيه طرح للأخبار المصرحة بالصبر لها وأنها قد ابتليت كرواية إسحاق بن عمار، ورواية الضبي ورواية السكوني.

وظاهره في المسال: الميل إلى القول الثاني لضعف الأخبار المذكورة، لأن الجمع بين الأخبار بحمل المطلق على المقيد فرع تحقق المعارضة، وهذه الأخبار تقصر عن معارضة الأخبار المطلقة التي فيها الصحيح كصحيحه محمد بن مسلم، قال: وتوقف في المختلف وله وجه، إنتهى.

وأقول: وسيأتي تنمة الكلام في هذا المقام في المطلب الآتي في أحكام العيوب إن شاء الله تعالى.

الثالث: لو رضيت المرأة بالزوج بعد العلم بالعن فإنه لا خيار لها، والظاهر أنه لا خلاف فيه.

الرابع: الظاهر من الأخبار المتقدمة أن العن الموجب للفسخ هو عدم إمكان إتيانه النساء، سواء كانت هي أو غيرها، فلو عجز عنها مع إمكان إتيانه غيرها لم يسم عنيانا، فإن قوله في رواية الضبي (إذا علم أنه لا يأتي النساء، فرق بينهما) وقوله في رواية أبي بصير (ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع) ظاهر فيما قلناه، ونحوهما غيرهما.

ويظهر من عبارة الشيخ المفيد المتقدمة أن المعتبر في صدق العن وعدمه إنما هو بالنسبة إلى الزوجة، ولا عبره بغيرها، ز حيث قال: فإن وصل إليها ولو مرة واحدة فهو أملك بها، وإن لم يصل إليها في السنة كان لها الخيار، ومفهومه

أنه لو لم يصل إليها وإن وصل إلى غيرها فإن لها الخيار، وهو مشكل (١) ويمكن حمل كلامه على التمثيل، بمعنى أنه إن أمكنه الوصول إلى من يريد نكاحها من تلك المرأة أو غيرها، والتعبير بها إنما وقع من حيث كونها هي الزوجة المراد الدخول بها.

والظاهر أنه لا وجه لهذا التقدير الذي بنى عليه الكلام من إمكان زوال العنن بالنسبة إلى امرأته دون أخرى، فإن العنن الذي هو عبارة عن المرض المذكور إن وجد فإنه مانع مطلقاً، وإن زال فهو يقدر على الجماع مطلقاً، والتعبير في الروايات إنما وقع بناء على ذلك فر بما عبر بالنساء مطلقاً، وربما عبر بالمرأة، وهكذا من العبارات الخارجة منخرج التمثيل دون الخصوصية بفرد دون آخر.

الخامس: ما تضمنته رواية عبد الله بن الحسن المروية في كتاب قرب الإسناد من وجوب المهر كاملاً، وكلامه في كتاب الفقه الرضوي من التخصيص بالنصف لا يخلو من إشكال، ومقتضى قواعد الأصحاب أنه إذا كان الفسخ من قبل المرأة وكان قبل الدخول فإنه يسقط المرة، إلا أنهم استثنوا العنن في هذا المقام، فقالوا: بأنه ينتصف المرة بالفسخ كما دل عليه كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي وعليه

تدل أيضاً صحيحة أبي حمزة (٢) (قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت زوجاً غيره، فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها إلى أن قال: فعلى الإمام أن يؤجله سنة، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما وأعطيت نصف الصداق، ولا عدة عليها) وهذه الرواية هي مستند الأصحاب

(١) أقول: قد ذكرنا هذه المسألة أيضاً في المطلب الثاني في أحكام العيوب
فليراجع. (منه قدس سره).

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ١.

في تنصيف المهر في هذا الصورة ونحوها كلامه عليه السلام في كتاب الفقه. وأما رواية قرب الإسناد الدالة على إعطاء المهر كملا فلا أعلم بها قائلًا، إلا أن المنقول عن ابن الجنيد أنه قال: إن المرأة إن اختارت الفسخ بعد تمكينها إياه من نفسها وجب المهر وإن لم يولج، ويمكن جعل هذه الرواية مستندا له، ولعلامة في المختلف قد جعل كلام ابن الجنيد بناء على أصله من قوله بوجوب المرة بالخلوة (١)، مع أن هذه الرواية كما ترى ظاهره فيه.

(ومنها الجب) والمشهور بين الأصحاب على وجه لم ينقل فيه أحد خلافا هو عد الجب من العيوب الموجبة للفسخ، وإن تردد فيه المحقق في الشرايع، والظاهر أن وجهه عمد ورود نص فيه بخصوصه، كغيره من العيوب المتقدمة، وإن مقتضى العقد لزوم النكاح، وفسخه يتوقف على دليل شرعي، وليس فليس، ويمكن الاستدلال عليه بفحوى ما دل على ثبوت الخيار بالخصاء والعن بخلاف المحبوب الذي لم يبق له ما يمكنه به الوطئ بالكلية، ويعضده إطلاق رواية أبي الصباح الكناني المقدمة.

قال في المسالك: ويمكن إثباته من النصوص الدالة على حكم الخصاص فإنه أقوى عيبا منه لقدرة الخصي على الجماع في الجملة، بل قيل: إنه يصير أقوى من

(١) قال العلامة في المختلف: المشهور أن العين يجب عليه يصف المهر مع فسخ المرأة النكاح، وقد نص عليه الصدوق في المقنع وأبوه والشيخ في النهاية وغيرهم وليس هنا فسخ من قبل الزوجة يستعقب شيئا من المهر سوى هذا، والأصل فيه اترافه على مخادمتها وخلوته بها سنة، وقال ابن الجنيد رحمة الله عليه: إذا اختارت الفرقة بعد تمكينها إياه من نفسها وجب المهر وإن لم يولج، وهو بناء على أصله من أن المهر يجب بالخلوة كما يجب بالدخول، انتهى. أقول: قد عرفت أن مستند القول بالتنصيف إنما هو صحيحة أبي حمزة، وأما مذهب ابن الجنيد فيمكن أن يكون مستنده رواية قرب الإسناد. (منه قدس سره).

الفحل بواسطة عدم خروج المنى منه، ومن ثم ذهب بعضهم إلى عدم كونه عيباً لذلك، بخلاف المجبوب، فإنه قد انتفى عنه القدرة على الجماع رأساً لعدم الآلة، وكذلك استفادته من العن لمشاركته له في المعنى وزيادة، لأن العن يمكن برؤه، والمجبوب يستحيل، ويمكن استفادته من عموم الأخبار كقوله في رواية أبي الصباح (١) في المرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع إلى آخره، فإنه يشمل بإطلاقه المجبوب لأنه لا يقدر على الجماع مضافاً إلى لزوم الضرر بالمرأة على تقدير عدم إثبات الخيار لها، وهو منفي، وحينئذ فالمذهب، كونه عيباً. إنتهى وهو جيد.

ويؤكد أنه الظاهر من جعل الشارع لها الخيار في المواضع المتقدمة إنما هو لرفع الضرر عنها، ولهذا لو رضيت سقط خيارها، ولا ريب في حصول الضرر في هذا الموضع، بل هو أشد ضرراً من غيره كما ذكره شيخنا المذكور، فيكون أولى بجعل الخيار له فيه، واشترط في الشرايع أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطئ ولو قدر الحشفة، وهو كذلك لأن الوطئ يصدق بذلك المقدار ويترتب عليه أحكامه من الغسل والمرة والحد ونحوها. وبالجملة فالظاهر أنه عيب يثبت به الفسخ اتفاقاً، هذا إذا كان ثابتاً قبل العقد. أما لو تجدد تعد العقد سواء كان قبل الوطئ أو بعده، فهل يكون الحكم فيه كذلك أم لا، قولان، وقد اضطرب هنا كلام الشيخ والعلامة في كتبهما، فذهب الشيخ في المبسوط وابن البراج وجماعة إلى ثبوت الخيار متى وجد. واستدل عليه في المبسوط بالاجماع، وعموم الأخبار، مع أنه في موضع آخر من الكتاب المذكور، قال: وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا الجنون الذي لا يعقل معه أوقات الصلاة، وقال الخالف: إذا حدث واحد من الأربعة: الجنون والجذام والبرص والحب فلها الخيار، وعندنا أنه لا خيار، إنتهى. وهو مشعر بدعوى الاجماع عليه مع ادعائه الاجماع في مقابله، وهذا من

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٦.

جملة ما تفق له في غير موضع من دعوى الاجماع على حكم ودعواه في موضع آخر على خلافه، وكذلك ذهب في الخلاف إلى عدم الخيار بالحادث، إليه ذهب ابن إدريس.

وأما العلامة فإنه في المختلف قوى جواز الفسخ بالجب والخصاء والعنه، وإن تجددت بعد الدخول، وفي الإرشاد قطع بعدم ثبوته بالمتجدد منها مطلقا، وكذا في التحرير، ثم في موضع آخر منه قرب جواز الفسخ بالمتجدد منه الجب بعد الوطئ وإبقاء الخصاء على الحكم الأول من عدم الفسخ بالمتجدد منه بعد العقد مطلقا، وفي العنة جوز بالمتجدد بعد العقد وقبل الدخول خاصة. وفي القواعد جزم بالجباء المتجدد منه بعد العقد وقبل الوطئ وتردد في التجدد بعد الوطئ وشر في الخصاء سبقة على العقد ونسب الحكم في المتجدد إلى قول، مشعرا بتررده فيه، وفي العنه شرط عدم الوطئ.

والتحقيق في هذا المقام أن يقال: إنك قد عرفت أنه ليس في الأخبار ما يدل على حكم الجب بالكلية، وإنما المرجع في حكمه إلى الأخبار المتقدمة في تلك الأفراد بالتقريب المتقدم، وقد عرفت أن الظاهر من تلك الأخبار باعتبار ضم بعضها إلى بعض، وحمل مطلقها على مقيدها، ومجملها على مفصلها من غير التفات الصحيح منها أو ضعيف هو أنه مع الدخول بها ولو مرة فلا فسخ، والفسخ إنما هو فيما عدا ذلك، وحينئذ فيكون الحكم في الجب أيضا كذلك، يأتي على القول الآخر المقدم ذكره ثمة جواز الفسخ مطلقا، ولعله من هنا نشأ هذا الخلاف في هذه الصورة أيضا.

(ومنها) الجذام والبرص والعمى وذهب إليه ابن البراج في المهذب، وجعله مشتركا بين المرأة والرجل، وقبله ابن الجنيد أيضا وزاد العرج والزنا. قال في المسالك: ودليلهما في غير الجذام البرص غير واضح، أما فيهما ففي

غاية الجودة، لصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (يرد النكاح من البرص والحذام والجنون والعفل) قال: وهو متناول بإطلاقه للرجل والمرأة، ولأن ثبوتها عيباً في المرأة مع أن للرجل وسيلة إلى التخلص منها بالطلاق يوجب كونها عيباً في الرجل بالنسبة إليها بطريق أولى، لعدم قدرتها على التخلص لولا الخيار، وحصول الضرر منه بالعدوى باتفاق الأطباء إلى أن قال: ويبقى الكلام في اعتبار سبقة على العقد والاكتفاء بالمتجدد منه مطلقاً أو قبل الدخول كما سبق في نظائره، بل العموم هنا أولى لا طلاق النص الصحيح المتناول لجميع الأقسام، إنتهى.

وفيه أن ما استند إليه هنا من النص المذكور قد تقدم الجواب عنه وإن هذا النص ليس من حل البحث في شيء، فإن مورد الخبر إنما هو عيوب السناء كما تقدم ذلك مشرحاً مبيناً في مسألة الفسخ بالجنون، ويؤيده ذكر العفل في جملة تلك العيوب، فإنه مخصوص بالمرأة، ومن نظر إلى روايتي الكليني والصدوق المشتملتين على السؤال عن عيوب المرأة، وهو عليه السلام قد أجابه بما هو مذكور هنا علم أن الشيخ قد أسقط السؤال واقتصر على إيراد الجواب، وهو معيب عند المحدثين كما ذكره جملة من المحققين، لعروض مثل هذا الاشتباه هنا، فإن هذا الجواب مبني على السؤال المذكور في صدر الخبر، وإقطاعه عنه يوجب ما وقع فيه هذا المستدل هنا، وكيف كان فإنه لا أقل أن يكون ما ذكرناه مساوياً لما قالوه للاحتمال، وبه يبطل الاستدلال. وأما الوجه العقلي الذي ذكره فقد عرفت في غير موضع مما تقدم أن هذه التعليقات العلية لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية لاستفاضة الآيات والروايات بالرجوع في الأحكام إلى الكتاب العزيز أو ما ورد عنهم عليهم السلام.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٥.

(ومنها) الزنا، المشهور أنه ليس بعيب يرد به النكاح، وقال ابن الجنيّد: الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح، فلو زنت المرأة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما، وكذلك إن كان الزاني رجلاً فلم ترض المرأة فرق بينهما، ووافقته الصدوق في المقنع في الزوجة، فقال في الكتاب المذكور: إذا زنت المرأة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما ولا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها، لقول علي عليه السلام (١) (إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها؟ قال: يفرق بينهما ولا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها)

أقول: لا ريب أن ما ذكره الصدوق وابن الجنيّد هنا قد دل عليه جملة من الأخبار المتقدمة في الإلحاق الذي بعد المقام الثاني في الزنا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة، إلا أنه قد دلت صحيحة رفاة المذكورة ثمة على خلاف ما دلت عليه تلك الروايات، وبهذه الصحيحة أفتى الصدوق في علل الشرايع (٢) مع أنه قد أفتى في المقنع كما عرفت بالأخبار الدالة على الفسخ، وهو غريب منه. وبالجملة فإن ظاهر الأصحاب الاعراض عن تلك الروايات وعدم العمل بها، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام في مواضع، منها في المسألة الخامسة من مسائل لو أحق المذكورة في آخر الفصل الثاني فليراجع ذلك من أحب. (ومنها) ما لو ظهر كون الزوج خنثى (٣) قيل: لها الفسخ، وهو قول الشيخ في المبسوط في موضعين منه، قال في أحدهما: ولو أصابته خنثى وقد ثبت أنه رجل فهل لها الخيار؟ على قولين: أحدهما أن لها الخيار وهو الأقوى،

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٥، التهذيب ج ٧ ص ٤٩٠ ح ١٧٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣ ح ٣٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٣.
(٢) الكافي ج ٧ ص ١٧٩ ح ٧، علل الشرايع ص ٥٠٢ ط النجف الأشرف، الوسائل ج ١٨ ص ٣٥٩ ح ٨،
(٣) أي المرأة وجدت الزوج خنثى. (منه قدس سره).

وفي موضع ثالث أنه ليس بعيد وإنما هو بمنزلة الإصبع الزائدة، وهذا هو الأقوى، وكذا لو ظهرت المرأة خنثى، لأن الزائد فيها كالإصبع الزائدة. أقول: والأظهر أن يقال: وبالنسبة إلى الرجل كالثقب الزائدة، لا كالإصبع كما ذكره، وإنما التشبيه بالإصبع لم نحكم بكونها امرأة. قال في المسالك ك وموضع الخلاف ما إذا كان محكوما له بالذكورية، أو الأنوثية، وأما لو كان مشكلا ت بين فساد النكاح، وبذلك صرح الشيخ في المبسوط

بأنه صرح بكون الخلاف في الخنثى الواضح، لأنه قال في الموضعين المشار إليهما آنفا: لو بان خنثى وحكم بأنه ذكر هل لها الخيار أم لا؟ واختار العلامة في المتلف عدم الخيار لما ذكره الشيخ من التعليل بأن هذه الزيادة كالإصبع الزائدة، قال: ولا وجه للخيار مع إمكان الوطئ وثبوت الرجولية، وقال في المسالك: ووجه الخيار مع وضوحه (١) وجود النفرة منه، وكون العلامات ظنية لا تدفع الشبهة، والانحراف الطبيعي.

أقول: وبمقتضى هذا التقرير أنه لو ظهر كون الزوج امرأة والزوجة رجلا بالعلامات التي يستعلم بها الواضح بطل العقد، وكذا لو ظهر كونه خنثى مشكلا بطل أيضا، ولم أقف في هذا المسألة على نص يدل على ما ذكره من ثبوت الخيار للمرأة لو ظهر كون زوجها خنثى وقد حكم بكونه رجلا شرعا، وللرجل لو ظهر كون زوجته خنثى قد حكم شرعا بكونها امرأة، إلا أن حديث دينار الخصي (٢) لا مشتمل على عد الأضلاع، وأن أمير المؤمنين عليه السلام الحق تلك الخنثى بالرجل لما كانت أضلاعها مثل أضلاع الرجال، يدل على بطلان النكاح لو ظهر كون الخنثى

(١) قوله " مع وضوحه " يعني فرض كونه خنثى واضحا لا خنثى مشكلا فإنه مع كونه مشكلا يبطل النكاح. (منه قدس سره).

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٥٤ ح ٥، الفقيه ج ٤ ص ٢٣٩ ح ٤، الوسائل ج ١٧ ص ٥٧٥ ح ٣.

التي كانت زوجة رجلا، ويأتي مثله في الزوج إذا كان خنثى، وظهر كونه امرأة بالعلامات المنصوبة من الشارع، وهو مما لا إشكال فيه كما صرح به الأصحاب ، وأما موضع البحث فلم أقف فيه على نص.

(ومنها) ما لو انتمى الرجل إلى قبيلة فزوجوه بناء على ذلك، فظهر خلاف ما ادعاه، فهل للمرأة الخيار أم لا؟ قولان: وقد تقدم الكلام في هذا المسألة في المسألة السادسة من مسائل لو أحق العقد المذكورة في آخر الفصل الثاني، فلا حاجة إلى إعادته.

المقام الثاني: وفي عيوب المرأة، وهي على المشهور في كلامهم سبعة: الجنون والجذام والبرص والقرن، والافضاء والعمى والاقعاد، وفي العرج أوال، يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى، وعد الصدوق في المقنع من عيوب المرأة الموجبة للفسخ ما إذا زنت المرأة قبل دخول الزوج بها، وعد ابن الجنيّد مطلق الزنا من الرجل والمرأة قبل العقد وبعده، وعد ابن الجنيّد مطلق الزنا من الرجل والمرأة قبل العقد وبعده، وعد المفيد وجماعة المحدودة في الزنا، بل الظاهر أنه المشهور بين المتقدمين على ما نقله في المسالك، والمشهور بين المتأخرين عمد عد ذلك، والواجب أولا نقل ما وصل إلينا من الأخبار المتعلقة بالمقام، ثم الكلام فيها بتوفيق الملك العلام وبركة أهل الذكر عليهم السلام.

الأول: ما رواه في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له، قال: يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل)

الثاني: ما رواه لشيخ والصدوق (٢) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦ و ص ٥٩٧ ح ٥.

أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له، قال: لا ترد، إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون العفل، قلت: رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحلت من فرجها، ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها)

الثالث: ما رواه الشيخ في التهذيب (١) عن الحبيبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل)

الرابع: ما رواه عن زيد الشحام (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: ترد البرصاء والمجنونة والمجدومة، قلت: العوراء؟ قال: لا)

الخامس: ما رواه في الكافي والتهذيب (٣) عن رفاعة (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود هل ترد من النكاح؟ قال: لا، قال رفاعة: وسألته عن البرصاء، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما تسحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوجها، وإنما صار المهر عليه لأنه دلها ولو أن رجلاً تزوج امرأة زوجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها) (٤)

السادس: عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قال في الرجل إذا

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ١٠.
- (٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ١١.
- (٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ح ٢.
- (٤) أقول: وروى ابن إدريس في مستطرفات السرائر الرواية من كتاب البنظي عن الحلبي " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن البرصاء، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليا " الحديث كما في الأصل. (منه قدس سره) (٥) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ٢.

تزوج المرأة فوجد بها قرنا وهو العفل أو بياضا أو جذاما أنه يردها ما لم يدخل بها) السابع: عن الحذاء (١) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها قال: فقال: إذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة وما كان بها من زمانة ظاهرة، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه، وترد إلى أهلها، قال: وإن أصاب الزوج شيئا مما أخذت منه فهو له، وإن لم يصب شيئا فلا شيء له، قال: وتعتد منه عدة المطلقة إن كان قد دخل بها، وإن لم يكن دخل بها فلا عدة ولا مهر) الثامن: ما رواه في الكافي (٢) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: المرأة ترد من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا) التاسع: ما رواه في الكافي والفقيه (٣) عن الحسن بن صالح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرنا، قال: هذه لا تحبل وينقبض زوجها عن مجامعتها ترد على أهلها، قلت: فإن كان دخل بها؟ قال: إن كان علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضي بها، وإن لم يعلم بها إلا بعدما جامعها، فإن شاء بعد أمسكها، وإن شاء سرحها إلى أهلها، ولها ما أخذت منه بما استحلت من فرجها).

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٦ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ ح ١.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٤ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٩ ح ٣.

العاشر: ما رواه في الكافي (١) عن أبي الصباح الكناني في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل زوج امرأة فوجد بها قرنا قال: فقال: هذه لا تحبل

ولا يقدر زوجها على مجامعتها، ويردها على أهلها صاغرة ولا مهر لها، قلت: فإن كان دخل بها: قال إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها يعني المجامعة ثم جامعها فقد رضي بها، وإن لم يعلم إلا بعدما جامعها، فإن شاء بعد أمسك وإن شاء طلق) والحادي عشر: ما رواه الشيخ (٢) في الصحيح عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: ترد على ووليها، ويكون لها المهر على وليها. فإن كان بها زمانة لا يراها الرجال أجزى شهادة النساء عليها)

الثاني عشر: ما رواه في التهذيب (٣) عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام (قال: ترد البرصاء والعمياء والعرجاء) وزاد في الفقيه: الجذماء. الثالث عشر: ما رواه في التهذيب (٤) عن غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (في رجل تزوج امرأة فوجدها برصاء أو جذماء، قال: إن كان لم يدخل بها ولم يبين له فإن شاء طلق، وإن شاء أمسك، ولا صداق لها وإذا دخل بها فهي امرأته)

الرابع عشر: ما رواه في التهذيب (٥) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (قال: سألت

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ٩.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ٧ و ١٢.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٥ ح ١٤.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩ و ص ٤٤٨ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤، وما في المصادر اختلاف يسير مع ما نقله قدس سره.

أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فعلم بعدما تزوجها أنها قد كانت زنت، قال:

إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها، ولها الصداق بما استحلت من فرجها، وإن شاء تركها، قال: وترد المرأة من العفل والبرص والجذام والجنون فأما ما سوى ذلك فلا).

الخامس عشر: ما رواه في التهذيب (١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر

عليه السلام (أنه قال: ي كتاب علي عليه السلام ك من تزوج امرأة فيها عيب دلسته ولم تبين

ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحلت من فرجها، ويكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوجها ولم يبين).

السادس عشر: ما ذكره الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٢) (قال: وإن تزوج رجل بامرأة فوجدها قرناء أو عفلاء أو برصاء أو مجنونة، إذا كان بها ظاهرا كان له أن يردها على أهلها بغير طلاق، ويرجع الزوج على وليها بما أصدقها إن كان أعطاها شيئا، فإن لم يكن أعطاها شيئا فلا شيء عليه إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مواضع.

الأول: لا خلاف نصا وفتوى في أن الجنون الذي هو عبارة عن فساد العقل من العيوب الموجبة للفسخ وإطلاق النصوص يقتضي الفسخ به متى تحقق، بأي سبب كان، وعلى أي وجه كان دائما أو أدوارا، عقل معه أوقات الصلوات أو لم يعقل، وكذا إطلاق فتاوى الأصحاب على ما صرح به غير واحد منهم رضي الله عنهم، نعم يشترط استقراره، فلا عبرة بعروض زوال العقل وقتا ثم يعود، لعدم صدق الجنون عرفا على من كان كذلك.

وكذا الجذام متفق عليه نصا وفتوى، إلا أنه لا نحكم به إلا بعد تحققه بتناثر اللحم وسقوط بعض الأطراف كالأنف، وذلك لأن الجذم الفتح بمعنى القطع،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٧
(٢) فقه الرضا ص ٢٣٧، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٢ ب ١ ح ٨.

وإنما سمي مجذوما لذلك.
قال في كتاب المصباح المنير (١) بعد أن ذكر أن الجذم مصدر من باب ضرب بمعنى القطع ما لفظه: ومنه يقال: جذم الانسان بالبناء للمفعول إذا أصابه الجذام، لأنه يقطع اللحم ويستقطه وهو مجذوم، إنتهى.
وأما مع ظهور علاماته قبل أن يتحقق من ضيق النفس وبحة الصوت وكمود العينين إلى حمرة ونحو ذلك، فإنه يرجع فيه إلى أهل الخبرة من الأطباء، قالوا: ويشترط فيهم العدالة والعدد والذكورة كغيرها من الشهادات أو الشياخ المتأخم للعلم، وبدون ذلك يتمسك بأصالة لزوم العقد.
وكذا لا خلاف في البرص نصا وفتوى، والذي ذكره جملة من الأصحاب، وبه صرح في القاموس (٢) أنه بياض يظهر في ظاهر البدن لفساد مزاج. وقال المحقق في الشرايع هو البياض الذي يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم.
وقال في المسالك: والبرص مرض معروف يحدث في البدن يغير لونه إلى السواد أو إلى البياض، لأن سببه فقد يكون غلبه السوداء فيحدث الأسود، وقد يكون غلبه البلغم فيحدث الأبيض.
وقال في كتاب مجمع البحرين (٣): البرص لو مختلط حمرة وبياضا أو غيرهما ولا يحصل إلا من فاسد المزاج وخلل الطبيعة.
أقول: والمفهوم من دعاء أمير المؤمنين عليه السلام على أنس لما لم يشهد بخبر الغدير فدعا عليه ببياض لا تواريه العمامة، أن البرص هو البياض.
وكيف كان فإنه لا يحكم به إلا بعد تحققه كالجذام.
قال في المسالك: فإنه يشتهر بالبهق في القسمين والسبيين، قال: والفرق

(١) المصباح المنير ص ١٣٠.

(٢) القاموس المحيط ج ٢ ص ٢٩٥.

(٣) مجمع البحرين ج ٤ ص ١٦٣.

بينهما أن البرص يكون غايصا في الجلد واللحم والبهق يكون في سطح الجلد خاصة ليس له غرز وقد يتميزان بأن يغرز وفيه الإبرة، فإن خرج منه دم فهو بهق، وإن خرج منه رطوبة بيضاء فهو برص، إنتهى.
وبالجملة فإنه مع اشتباه الحال يرجع فيه إلى أرباب الخبرة بذلك حسبما تقدم في الجذام.

الثاني: قد دل الحديث الأول على أن من جملة تلك العيوب العفل، وكذا في الخبر الثاني والثالث والسابع، والرابع عشر، وفي بعضها ذكر عوضه (القرن) كالخبر التاسع والعاشر والخامس عشر، وفي بعضها فسر أحدهما كما في الخبر السادس والثامن، وبه يزول الاشكال من البين، وكلام أهل اللغة قد اختلف في الاتحاد والتغاير، وباختلافه اختلف كلام الفقهاء أيضا.
قال في كتاب المصباح المنير (١): عفلت المرأة عفلا من باب تعب إذا خرج من فرجها شئ يشبه أدرة الرجل فهي عفلاء وزان حمراء، والاسم العفلة مثل قصبية. وقال ابن الأعرابي (٢): العفل لحم ينبت في قبل المرأة وهو القرن، قالوا: ولا يكون العفل في البكر، وإنما يصيب المرأة بعد الولادة، قيل: هي المتلاحمة أيضا، وقيل هو ورم يكون بين مسلكي المرأة فيقبض فرجها حتى يمنع الايلاج، إنتهى.
وقال في مادة قرن: والقرن مثل فلس أيضا العفلة، وهو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة، قد يكون عظاما، ثم نقل عن الأصمعي أنه سمي قرنا لأنه اقترن مع الذكر خارج الفرج، إنتهى.
وقال في القاموس (٣): العفل والعفلة محركتين شئ يخرج من قبل النساء وحياء الناقة كالأدرة للرجال ولم يذكر القرن.

(١) لم نعثر عليه في المصباح المنير.

(٢) تاج العروس ج ٨ ص ٢٤.

(٣) القاموس المحيط ج ٤ ص ١٨.

وقال في النهاية الأثيرية (١): القرن بسكون الراء شئ يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطئ يقال له العفل.
وقريب منه قال الجواهري (٢)، إلا أنه قال في موضع آخر: العفل شئ يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالأدرة التي للرجل.
ونقل عن ابن دريد في الجمهرة (٣) أن القرناء هي المرأة التي يخرج قرنه من رحمها، قال: والاسم القرن وضبطه محركا مفتوحا، وقال في العفل: إنه غلظ في الرحم.

أقول: وكلام أكثرهم يدل على اتحاد العفل والقرن ولكنه مختلف في أنه هل هو عبارة عن شئ يخرج من قبل المرأة إلى خارج القبل، ويكون كأدرة للرجال، والأدرة على ما ذكروه وزان غرفة انتفاخ الخصيتين، أو أنه عبارة عن عظم كالسن يكون في باطن القبل يمنع من الوطئ أو أنه لحم ينبت في باطن القبل، وعلى كل تقدير فإن النصوص قد دلت على أنه عيب يجوز الفسخ به، فبأي معنى كان من هذه المعاني فإن الفسخ به جائز، لدوران الحكم مدار هذا الاسم بأي معنى كان، والظاهر من جملة من الأخبار المتقدمة هو أنه لا يمنع الجماع وإن كان يعسر كالخبر الثاني لقوله (أرأيت إن كان قد دخل بها) إلى أن قال (لها المهر بما استحل من فرجها) مع عده العفل في جملة تلك العيوب وكذا مفهوم الخبر السادس لقوله (يرأها ما لم يدخل بها) صريح الخبر الثامن، وكذا التاسع، وعدم الرد مع الدخول بها محمول على الدخول مع العلم بالعيب، فإنه دال على الرضاء بها فليس له الفسخ حينئذ كما صرح به في الخبر التاسع ونحوه الخبر العاشر.

(١) النهاية الأثيرية ج ٤ ص ٥٤.

(٢) الصحاح ج ٥ ص ٧٦٩.

(٣) جمهرة اللغة ج ٢ ص ٤٠٨.

وهذه الأخبار كلها دالة على إمكان المجامعة مع عده عيبا يفسخ به، والأصحاب قد اختلفوا في ذلك بعد اتفاقهم على أن المانع عيب يتخير في الفسخ به. فالمشهور وهو الذي قطع به الشيخ عدم الخيار به لعدم المقتضي له، فإن الخيار إنما نشأ من حيث ائمنع من الوطئ الذي هو أهم المطالب من التزويج، وظاهر المحقق في الشرايع الميل إلى ثبوت الخيار به، وقوفا على ظاهر النصوص الدالة على عده عيب أعم من أن يمكن معه الوطئ أم لا، ولم أقف على قائل صريح بذلك، وعبرة المحقق بقوله (ولو قيل بالفسخ) تشعر بأنه لا قائل بذلك، قال في المسالك: وهذا القول قوي إن لم يكن الاجماع على خلافه إذ لا يظهر به قائل صريحا كما يظهر من عبارة المنصف، إنتهى.

أقول: العجب منهم رحمة الله عليهم في استنادهم في الخيار إلى إطلاق الأخبار مع أن ما ذكرنا من الأخبار مع كثرتها مطابقة للدلالة على إمكان النكاح معه مع عده عيبا يوجب الخيار.

وبالجملة فالظاهر من الأخبار هو ثبوت الخيار به، وإن أمكن الوطئ، وما ذكروه من الدليل العقلي بأن الخيار إنما نشأ من حيث المنع من الوطئ ممنوع، فإنها علة مستنبطة لا دلالة في شئ من الأخبار عليها، ولعل العلة إنما هو نفرة الزوج من ذلك أو عدم الحبل أو عسر مجامعتها كما يشير إليه الخبر التاسع والعاشر وكيف كان فإن هذا التعليل في مقابلة ما ذكرناه من الأخبار عليل لا يلتفت إليه.

الثالث أكثر الأخبار المتقدمة خالية من عد العرج في جملة عيوب المرأة، وإنما تضمنه الخبر الحادي عشر والثاني عشر مع تضمن جملة منها الحصر في الأربعة المشهور وهي: الجذام، والبرص والجنون والعفل، ويؤكده قوله في الخبر الرابع عشر بعد عد الأربعة المذكورة (فأما ما سوى ذلك فلا) ومن هنا اختلف كلمة الأصحاب في ذلك على أقوال عديدة:

(أحدها) عده مطلقا وهو قول الشيخين في الفقيه والتهذيب والمقنعة وابن الجنيدي وأبي الصلاح وأكثر الأصحاب للخبرين المذكورين. و (ثانيها) ثبوته بشرط كونه بينا، ذهب إليه العلامة في المختلف والتحرير، ونقله عن ابن إدريس، واستدل عليه بالروايتين المذكورتين. وأنت خبير بأنه لا دلالة فيهم على هذا القيد، والعجب أن العلامة نسب هذا القول إلى الشيخ في النهاية والتهذيب مع أن الشيخ لم يقيده بذلك، والمتبادر من لفظ البين ما كان ظاهرا في الحس وإن لم يبلغ حدا يمنع من التردد إلا بمشقة كثيرة، وهذا هو المتبادر من لفظ العرج، وحينئذ فيرجع القولان إلى قول واحد، وإن أريد هنا معنى آخر فلا أعرف له دليلا. و (ثالثها) تقييده ببلوغ حد الاقعاد وهو قول المحقق في الشرايع العلامة في القواعد والارشاد، وأنت خبير بما فيه، فإن هذا لا يسمى عرجا لغة ولا عرفا. قال في المسالك: وكأن الحامل لهم على هذا التقييد أمران: أحدهما: استبعاد كون مطلق العرج عيبا موجبا للخيار خصوصا مع وقوع الخلاف فيه، وحصول الشك في خروج العقد من اللزوم إلى الجواز، ومعارضة صحيحة الحلبي السابقة الدالة على عدم الرد بغير ما ذكر فيها من العيوب. والثاني: ورود كون الزمانة عيبا في صحيحة داود بن سرحان، فإن ظاهرها أن الرد منوط بالزمانة عملا بمفهوم الشرط وكذا رواية أبي عبيدة السالفة، فيجب حمل المطلق على المقيد، ثم قال: وفيه نظر، لأن مفهوم الزمانة أمر آخر غير المفهوم من العرج، ومقتضى النصوص كون كل واحد منهما عيبا برأسه، وليس ذلك من باب المطلق والمقيد في شيء، بل الظاهر أن الزمانة أمر خفي لا يطلع عليه الرجال، والعرج ليس كذلك، وسيأتي النفل عن الصدوق. رحمة الله عليه أنه جعلهما أمرين وأثبت الخيار بالزمانة دون العرج، واستبعاد كون العرج عيبا مطلقا غير مسموع بعد ورود النص الصحيح والشك في خروج

العقد من اللزوم منتف بعد ورود النص، وعمل أكثر الأصحاب،. إنتهى، وهو جيد، ومنه يعلم ضعف القول المذكور، وأنه بمحل من القصور.

و (رابعها) عدم عده عيبا مطلقا، وهو الظاهر من كلام الشيخ في المبسوط والخلاف حيث إنه لم يعده في عيوب المرأة، وكذا ابن الراج في المهذب، وهو ظاهر الصدوق في المقنع حيث إنه لم يعده في عيوب المرأة، وإنما نسبه إلى الرواية، فقال: واعلم أن النكاح لا يرد إلا من أربعة أشياء: من البرص والجذام والجنون والعفل، إلا أنه روي في الحديث أن العمياء والعرجاء ترد.

أقول: والمسألة عندي لا تخلو من الاشكال لدلالة الخبرين المذكورين على عده من العيوب، ومفهوم الحصر في تلك الأخبار الدال على العدم المؤكد بقوله في بعضها (وأما ما سوى ذلك فلا)

فإن قيل: هنا أشياء أخر خارجة عن الأربعة المذكورة قد وردت بها النصوص أيضا وقال بها جملة من الأصحاب، قلنا: ما ذكرناه في العرج يجري فيها أيضا.

وأما ما أجاب به في المسالك حيث نقل عن أصحاب هذا القول الاحتجاج بأصالة لزوم العقد وظاهر الحصر في صحيحة الحلبي في قوله عليه السلام (إنما يرد النكاح

من البرص والجذام والجنون والعفل) ثم قال: ولا يخفى ضعف الدليلين، فإن الأصل قد عدل عنه بما ثبت في النصوص الصحيحة من الخيار فيه، وفي غيره من العيوب والحصر في الرواية غير وارد، لخروج كثير من العيوب عنها، وإثبات الاختيار حينئذ بدليل خارجي ليشاركه العرج فيه، والكليني رواها عن الحلبي مجردة عن أداة الحصر وهو أضح، إنتهى.

ففيه أن الحصر ليس مخصوصا بالرواية التي ذكرها وهي الرواية الثالثة بل هو موجود في الرواية الثانية أيضا، وأظهر منها ما في الرواية الرابعة عشر من قوله عليه السلام بعد عد الأربعة المذكورة (وأما ما سوى ذلك فلا) وحينئذ فكيف

لا يكون الحصر مرادا في تلك الأخبار مع صراحة هذه الرواية في أنه لا ترد فيما سوى هذه الأربعة.

وبذلك يظهر لك بقاء الاشكال فيما ذكرناه بالنسبة إلى هذه الأربعة وما زيد عليها من عرج وغيره، فإن مقتضى هذه الروايات هو انحصار العيب في هذه الأربعة، ومقتضى ما ورد في غير هذه الأخبار موجودة في مواضع آخر. وكيف كان فالظاهر ترجيح ما ذكره من العمل بالأخبار في كل فرد فرد وردت به، إلا أنه بعد لا يخلو من نوع توقف، ولعل روايات أحد الطرفين إنما خرجت مخرج التقية.

الرابع: وقد تضمنت الرواية السابعة عد الافضاء في جملة عيوب المرأة وقد تقدم ذكر معناه، وهو أحد السبعة التي ذكرها الأصحاب كما تقدم ذكره وهو مما لا إشكال ولا خلاف فيه عندهم فيما أعلم مع أنه زائد على الأربعة المتقدمة، وتضمنت أيضا (من بها زمانة) وكذا الرواية الحادية عشر.

والزمانة على ما ذكره في القاموس (١) العاهة، وقال في كتاب المصباح المنير (٢): زمن الشخص زمانا وزمانة، فهو زمن من باب تعب، وهو مرض يدوم زمانا طويلا. ولم يعده الأصحاب هنا من عيوب المرأة سوى الصدوق في المقنع فإنه قال: من تزوج امرأة فوجدها قراء أو عفلاء أو برصاء أو مجنونة أو كان بها زمانة ظاهرة كان له أن يردها على أهلها بغير طلاق، وإنما ذكر أكثرهم الاقعاد، مع أنه لا وجود له في الأخبار، إلا أن جملة ممن تأخر استدلووا له بصدق الزمانه عليه، فإنها بكل من التفسيرين المذكورين صادقة على المقعد ويؤيده أنه قد تقدم دلالة الأخبار على عد العرج في العيوب، والاقعاد أسوء حالا منه فيكون عيبا البتة.

(١) القاموس المحيط ج ٤ ص ٢٣٢.

(٢) المصباح المنير ص ٣٤٨.

وبالجملة فالأقرب عده بالتقريب المذكور، وقد تقدم أنه أحد السبعة المشهورة في كلامهم.

الخامس: قد عدوا من جملة السبعة المشهورة العمى أيضا، ويدل عليه الخبر الحادي عشر والثاني عشر وربما ظهر من كلام الشيخ في المبسوط أنه ليس بعيب، فإنه عد عيوب المرأة ستة، ثم قال: وفي أصحابنا من ألحق بها العمى، وكونها محدودة في الزنا، والظاهر هو المشهور لما عرفت من دلالة الخبرين المذكورين عليه. السادس: قد عد بعضهم الرتق من جملة العيوب الموجبة للخيار، ونسبه المحقق في الشرايع إلى لفظ قيل مؤذنا، وبتمريضه لدم وجوده في النصوص، وإن كان الاعتبار بالنظر إلى ما تقدم في الأخبار يساعده ولهذا قال في الشرايع: وربما كان صوابا إن منع الوطئ أصلا، لفوات الاستمتاع. والرتق على ما ذكره أهل اللغة: التحام الفرج على وجه لا يمكن دخول الذكر فيه.

قال في كتاب المصباح المنير (١): رتقت المرأة رتقا من باب تعب فهي رتقاء، إذا انسد مدخل الذكر من فرجها ولا يستطاع جماعها. وفي القاموس (٢) امرأة رتقاء: بينة الرتق لا يستطاع جماعها، أو لا خرق لها إلا المبال خاصة. ونحو كلام الجوهري في الصحاح (٣). وفسره العلامة في القواعد بأنه عبارة عن كون الفرج ملتحما بحيث لا يكون فيه مدخل للذكر، وهذا هو الموافق لما ذكره أهل اللغة، ولكنه قال في السرائر: إن الرتق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر، وعلى هذا يكون مرادفا للعفل بأحد معاينة المتقدمة.

(١) المصباح المنير ص ٢٩٧.

(٢) القاموس المحيط ج ٣ ص ٢٣٥.

(٣) الصحاح ج ٤ ص ١٤٨٠.

والظاهر أنه إلى هذا أشار في المسالك بقول: وذكر بعضهم أن الرتق مرادف للقرن والعفل، وأن الثلاثة بمعنى واحد، فعلى هذا يكون داخلا في النص، ثم إنه على تقدير تفسيره بالمعنى المشهور بأنه وإن كان لم يرد به نص بخصوصه إلا أنه يمكن استفاده حكمه من الخبر التاسع والخبر العاشر وقوله فيهما (هذه لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها يردها على أهلها) فإنه بمنزلة التعليل لجواز الرد بالنسبة إلى المسؤول عنه في الروايتين فيتعدى إلى كل موضع وجدت فيه العلة المذكورة.

قال في المسالك: وما قيده به من كونه عيبا على تقدير منعه الوطئ أصلا هو المذهب، لأنه حينئذ يصيرا ولي بالحكم من القرن والعفل اللذين لا يوجبان انسداد المحل أصلا مع اشتراكهما في العلة الموجبة للفسخ وهو فوات الاستمتاع، فيجري مجرى فوات المنفعة فيما يطلب بالعقد منفعة. إنتهى وهو جيد.

السابع: عبد الشيخ المفيد في عيوب النساء المحدودة في الفجور، وبه قال سائر و ابن البراج وابن الجنيد وأبو الصلاح وقطب الدين الكيدري وعد الصدوق وفي المقنع المرأة إذا زنت قبل الدخول بها فإنه يفرق بينهما ولا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها.

وقال الشيخ في النهاية: المحدودة في الزنا لا ترد وكذلك التي كانت قد زنت قبل العقد، فليس للرجل ردها، إلا أن يرجع على وليها بالمهر وليس له فراقها إلا بالطلاق، وقال ابن إدريس: الذي يقوى في نفسي أن المحدودة لا ترد بل يرجع على وليها بالمهر إذا كان عالما بدخله أمرها، فإن أراد فراقها طاقها. إنتهى، وهو يرجع إلى كلام الشيخ في النهاية وهو المشهور بين المتأخرين. ونقل عن الشيخ المفيد أنه احتج باشماله على العار فكان موجبا للتسلط على الفسخ وبالرواية الرابعة شر والظاهر أن بناء الاستدلال بها على أن قوله

(إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها، ولها الصداق بما استحلت من فرجها) وهو كناية عن المفارقة بقريئة المقابلة بقوله (وإن شاء تركها) وحاصل الجواب أنه يتخير بين فراقها فياًخذ الصداق ممن زوجها، وبين إمساكها وتركها على حالها، والشيخ قد أجاب عن هذه الرواية فقال: إن هذا لا ينافي ما قدمناه من أنه ليس الرد بمجرد الفسق لأنه قال: إذا علم بها أنها كانت قد زنت كان له الرجوع على وليها بالصداق، ولم يقل أن له ردها، ولا يمنع أن يكون له استرجاع الصداق وإن لم يكن له رد العقد، لأن أحد الحكمين منفصل عن الآخر، وظاهر من تأخر عنه الجمود على هذا الجواب، ولا يخفى ما فيه، فإن ما ادعاه من إمساكها مع أخذ الصداق مما لا يوافق أصولهم وقواعدهم، وكأنه على هذا حمل قوله (وإن شاء تركها) على ترك أخذ المهر وإلا فلا معنى لهذا الكلام على تقدير حملة المذكور.

وبالجملة فالظاهر من الرواية إنما هو التخيير بين فراقها وإمساكها، لكنه عبر عن فراقها بلازمه الذي هو استرجاع المهر ممن زوجها ولا معنى لقوله (وإن شاء تركها) إلا على أنه قد اعترضه في المختلف في هذا الجواب أيضا فقال: إذا ثبت هذا ففي إيجاب المهر على الولي مع عدم كونه عيبا كما اختاره الشيخ وابن إدريس إشكال، ينشأ من أن التضمنين إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيبا كان له الفسخ، وإن لم يكن فلا، وحاصله أن وجوب الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فلو لم يكن عيبا فإنه لا ضمان، ومتى كان عيبا يوجب الضمان فإنه يوجب الفسخ أيضا. وبالجملة فإنه لا معنى للرواية إلا ما ذكرناه على أنه قد تقدم جملة من الأخبار الدالة على ما دل عليه هذا الخبر في اللاحق الذي بعد المقام الثاني في الزنا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة، وتقدم ما يعارضها، والأصحاب قد

أعر ضوا عن العمل بتلك الأخبار، ولمعارضتها بما هو أكثر عددا وأقوى سندا كما نقدم تحقيقه في الموضوع المذكور، مع أن هذه الرواية لا تنطبق على القول المذكور، لأن موردها المحدودة في الزنا لا مطلق الزانية، والرواية إنما اشتملت على الثاني دون الأول، والمنقول عن صحاب القول المذكور إنما هو التعليل العقلي، وهو الأول، والاستدلال لهم بالرواية إنما وقع من العلامة في المختلف بناء على قاعدته من تكلف الأدلة لما ينقله من الأقوال.

قال شيخنا في المسالك ونعم ما قال: ومنها المحدودة في الزنا، ذهب أكثر قدماء الأصحاب إلى أنه يجوز للزوج فسخ نكاحها لأن ذلك من الأمور الفاحشة التي يكرهها الأزواج، ونفور النفوس منه أقوى من نحو العمى والعرج، ولزوم العار العظيم به يقتضي كون تحمله ضررا عظيما، وللرواية السابقة، وفيها مع قصور الدلالة عن جواز الرد، وعدم دلالتها على محل النزاع، ومن ثم ذهب المتأخرون إلى أن ذلك كله ليس بعيب يجوز الفسخ، والطلاق بيد الزوج لجبر ما يشاء من الضرر، والمشقة بتحملها والشيخ قول آخر بعدم الفسخ، لكن يرجع الزوج بالمهر على وليها العالم بحالها، عملا بمدلول الرواية، ورده في المختلف بأن الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيبا أوجب الفسخ، وإلا لم يجب المهر. إنتهى وهو جيد وجيه.

وبالجملة فإنه لا دليل على ما نقله الشيخ المفيد ومن تبعه إلا هذا الوجه العقلي الاعتباري، فإن الروايات خالية منه، وما نقل عن الصدوق رحمة الله عليه. من مطلق الزنا، فقد تقدم الكلام فيه مشرحا في الموضوع المشار إليه آنفا.

المطلب الثاني: في أحكام العيوب، وفيه مسائل:

الأولى: عيوب المرأة المبيحة للفسخ إما أن تكون متقدمة على العقد أو أو متجددة بعده وقبل الدخول أو متأخرة عن الدخول، والظاهر أنه لا خلاف ولا إشكال في الفسخ في المتقدم على العقد وعدم الفسخ في المتأخر عن الدخول

أما الأول فلأنه مورد النصوص المتكاثرة المتقدمة.
وأما الثاني فإنه قال في المسالك: لا خيار في هذه الصورة اتفاقا على ما
يظهر من المصنف وغيره لجريان الدخول مجرى التصرف المانع من الرد بالعيب،
وسبق لزوم العقد فيستصحب والصحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) عن أبي عبد
الله

عليه السلام (قال: المرأة ترد من أربعة أشياء: من البرص والجذام والجنون والقرن
ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا) وهي شاملة بإطلاقها لوقوعه عليها قبل وجود
العيب وبعده، إنتهى.

وربما ظهر من كلام الشيخ في المبسوط أن العيب الحادث بعد الدخول
يثبت به الفسخ كما نقله عنه في المسالك، وبالجملة فالعمدة عندهم الاستدلال
على عدم الفسخ مع تأخر العيب عن الدخول هو الاجماع المدعى مع ظاهر إطلاق
الخبر المذكور.

أقول: والتمسك بأصالة لزوم العقد حتى يقوم دليل على تطرق الفسخ
إليه أقوى مستمسك في المقام، ومحل الخلاف في هذا المقام إنما هو تجدد العيب
بعد العقد وقبل الدخول، وفيه قولان:

(أحدهما) ثبوت الفسخ، ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف تمسكا
بإطلاق الأخبار المتقدمة الدالة على ثبوت الفسخ بهذه العيوب أعم من أن يكون
موجودة قبل العقد أو متجددة بعده.

و (ثانيهما) العدم، واختاره ابن إدريس والمحقق في الشرايع والعلامة
في جملة من كتبه، وهو المشهور بين المتأخرين، ومحتجين بأن العقد وقع لازما
فيستصحب، وبأن أمر النكاح بمبني على الاحتياط فلا يتسلط على فسخه بأي
سبب كان، وأجابوا عن الأخبار بأنها ليس صريحة في ذلك، بل ربما ظهر من

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ص ١٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣
ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ ح ١.

أكثرها تعلق بالحكم بالموجود قبل العقد فيجب التمسك فيما عداه بمقتضى العقد اللازم، قال في المسالك: ولا بأس بهذا القول وإن كان القول الآخر لا يخلو من قوة أيضا.

وظاهر سبطه في شرح النافع اختيار هذا القول حيث قال: بعد الاحتجاج عليه بنحو ما ذكرنا: وهذا أقوى.

أقول: لا يخفى أن أكثر الروايات المتقدمة المشتملة على الأسئلة ظاهرة في تقدم العيب على العقد مثل قوله في الخبر الأول والثاني (١) (قال: سألت عن رجل تزوج إلى قو فإذا امرأته عوراء) فإنه ظاهر في تقدم العور على العقد، لكن لما لم يكن العور من العيوب، قال عليه السلام (لا ترد ولكن ترد من البرص الجذام

والجنون والعفل) بمعنى أنها ترد لو كانت المرأة المسؤول عنها كذلك، والمسؤول عنها كما عرفت من كان العور متقدما فيها على العقد، وقوله في الخبر الخامس (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء) وهو ظاهر في تقدم

البرص على العقد، وقوله في الخبر السادس " في الرجل إذا تزوج المرأة فوجد بها قرنا " وهو أيضا ظاهر في التقدم، ومثله الخبر السابع بل هو أظهر باعتبار نسبة التدليس إلى المرأة أو الولي والتدليس إنما يكون باعتبار العقد عليها وهي معيبة، وإلا فلو عقد عليها وهي صحيحة سالمة من العيب وإنما حدث العيب بعد العقد فإنه لا ينسب التدليس إليها ولا إلى وليها وهو ظاهر، وفيها دلالة بالمفهوم الشرطي الذي هو حجة عند المحققين على أنه متى لم يحصل التدليس الذي هو كما عرفت عبارة عن تقدم العيب على العقد فإنها لا ترد على أهلها، وهو يصدق على من حدث بها العيب بعد العقد وقبل الدخول وأنها لا ترد لعدم التدليس فيها الموجب للرد، وهو بحمد الله سبحانه ظاهر ومثل ذلك الخبر

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦.

التاسع والعاشر وقوله (تزوج امرأة فوجد بها قرنا) وقوله في الخبر الحادي عشر (يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء) ومثله الخبر الثالث عشر والخامس عشر (وبالجملة فإن هذه الأخبار كما ترى ظاهرة في تقدم العيب على العقد، وما أجمل منها وهو الأقل يمكن حمله على ما دلت عليه هذه الأخبار من التقدم، وعلى هذا فتبقى أصالة لزوم العقد سالمة من لا معارض وبه يظهر قوة القول المشهور بين المتأخرين، إلا أنه بعد لا يخلو من نوع توقف، والمشهور في كتب الأصحاب انحصار الخلاف في هذه المسألة في القولين المذكورين، وربما يظهر من ابن الجنييد هنا قول ثالث على ما نقله في المسالك، وهو ثبوت الفسخ بالجنون المتجدد، وإن كان بعد الدخول كما تقدم في الرجل لأنه قال: ولو حدث ما يوجب الرد قبل العقد بعد الدخول لم يفرق بينهما إلا الجنون فقط، فجعل الجنون موجبا للخيار في كل من الزوجين وإن حدث بعد الدخول، لأنه كما تقدم نقله عنه أنفا شرك في العيوب التي ذكرها بين الرجل والمرأة، ومفهوم عبارته المذكورة أيضا ثبوت الخيار بباقي العيوب لو حدث قبل الدخول كقول الشيخ رحمة الله عليه.

المسألة الثانية: قد ذكر الأصحاب لخيار الفسخ هنا أحكاما: (منها) الفورية، والمشهور في كلامهم من غير خلاف يعرف أن الخيار المذكور هنا فوري للرجل كان أم للمرأة، فلو علم من له الخيار ولم يبادر بالفسخ لزم العقد، وعلل مع ذلك بأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالتسلط على الفسخ، وهو يحصل بذلك فيقتصر فيما خالف الأصل على مقدار ما يحصل به.

واعترف في المسالك بأنه ليس لهم نص في ذلك بالخصوص. وقال سبطه في شرح النافع: وفي بعض الروايات دلالة عليه، ثم إنه إن كان العيب ظاهرا متفقا عليه لا نزاع فيه بينهما فالفورية معتبرة في الفسخ، وإن توقف ثبوته على المرافعة إلى الحاكم فالفورية في المرافعة إلى الحاكم فإذا ثبت صار الفسخ فوريا. و (منها) أن الفسخ المذكور ليس بطلاق، لأن الطلاق يفتقر إلى لفظ خاص

وشروط مقررة لا دليل على اعتبارها هنا ولا قائل بها، فلا يعد من الثلاث المحرمة، ولا ينتصف به المهر كما ينتصف بالطلاق إلا في صورة خاصة خرجت بنص خاص، وهي الفسخ بالعنة كما تقدم.

و (منها أن المشهور أنه لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم، سواء كانت في المرأة أو الرجل، بل لكل من المرأة والزوج التفرد بالفسخ في موضع يجب له الخيار إلا في العنة، فإنه يفتقر لضرب الأجل، وغاية ما يفهم من النصوص أن الفسخ حق ثابت لكل من الزوجين في مورده، فمتى اختاره فسخ به. ومن الأخبار الدالة على كل من الحكمين الأخيرين رواية علي بن أبي حمزة (١) الواردة في الجنون، وفيها (لها أن تنزع نفسها متى شاءت) وفي روايات الخصاص (يفرق بينهما) وهو خطاب لمن له قوة يد في الأمر والنهي مطلقاً، وكناية عن انفساخ النكاح إذا لم ترض به، وفي بعض روايات العنن أنه بعد مضي السنة (إن شاءت تزوجت وإن شاءت أقامت) وفي بعض (تفارقه إن شاءت) وفي بعض (فإن أتاها في ضمن السنة وإلا فارقته) وفي بعض أخبار عيوب المرأة (ترد على أهلها من غير طلاق) وهو صريح في نفي الطلاق ومثله في كتاب الفقه الرضوي مما تقدم قوله (يردها إلى أهلها بغير طلاق) وفي جملة منها (يرد النكاح من البرص والجنون) ونحو ذلك مما ذكر في تلك الأخبار، والجميع كما ترى ظاهر في أنه ليس بطلاق ولا يفتقر إلى الحاكم الشرعي بوجه.

وأما ما اشتمل عليه بعض تلك الأخبار من قوله (إن شاء طلق وإن شاء أمسك) فالمراد بالطلاق هنا كما ذكره الشيخ رحمه الله الرد والسراح المذكوران في غير هذا الخبر.

وبالجملة فالحكم بالنسبة إلى النظر في الأخبار مما لا شك فيه ومما يدل

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥١ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٩، الفقيه ص ٣٣٨ ح ٣.

على المرافعة إلى الحاكم في العنة لضرب الأجل ما تقدم في حديث أبي البختری (١) من قوله (يؤخر العنين سنة من يوم مرافعة امرأته). ومثله حديث كتاب قرب الإسناد (٢) المتقدم أيضا.

وما ذكرناه من أنه لا يفتقر الفسخ إلى الرجوع إلى الحاكم في غير العنة هو المشهور في كلام الأصحاب، ونقل الخلاف هنا عن ابن الجنيد حيث قال: وإذا أريدت الفرقة لم يكن إلا عند من يجوز حكمه من والي المسلمين أو خليفته أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلد هدنة أو سلطان متغلب، إنتهى.

واضطرب كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام فقال: وإن اختار الفسخ أتى الحاكم بفسخ النكاح، وليس له أن ينفرد به لأنها مسألة خلاف، هذا عند المخالف ولا يمنع عندنا أن يفسخ الرجل ذلك بنفسه أو المرأة، لأن الأخبار مطلقة في هذا الباب، ثم قال بعد كلام طويل: فأما الفسخ فالى الحاكم لأنه مختلف فيه، ولو قلنا على مذهبنا أنه له الفسخ بنفسه كان قويا، والأول أحوط لقطع الخصومة، ثم قال بعد ذلك: لا يجوز أن تفسخ يعني امرأة العنين بغير حاكم لأنه مختلف فيه.

أقول: ظاهر كلامه وكذا ظاهر كلام ابن الجنيد أن اشتراط الفسخ بالحاكم مذهب المخالفين. أما كلام الشيخ فهو صريح في ذلك وأن مذهب الإمامية عدم اشتراطه، وأن هذا الاحتياط الذي صار إليه إنما هو بالنظر إلى خلاف العامة. وأما كلام ابن الجنيد فإنه يشير إلى ذلك بقوله إن كانا في بلد هدنة يعني تقية أو سلطان متغلب يعني سلاطين الجور

وبالجملة فإن القول المذكور كما عرفت مع شدوذه لا دليل عليه، وليس في هذا الكلام المنقول عنهما ما يدل على المخالفة لما عليه الأصحاب صريحا إن

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٩ وفيهما "ترافعه".

(٢) قرب الإسناد ص ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ١٢.

لم يكن أولى بالدلالة على الموافقة، فإن كلامهم يدور على أن ذلك إنما هو مذهب المخالفين، والقول به إنما هو على جهة التقية منهم، وهو ظاهر فيما قلناه ووضح فيما ادعيناه.

المسألة الثالثة: الظاهر أنه لا خلاف في أنه إذا فسخ الزوج قبل الدخول فإنه لا مهر لها، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به على المدلس، ويدل على الحكم المذكور جملة من الأخبار المتقدمة في المقال الثاني من سابق هذا المطلب مثل صحيحة أبي عبيدة (١) وهي الرواية السابعة من تلك الرويات، وقوله فيها (وترد على أهلها بغير طلاق، ويأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلسها، فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه، وترد إلى أهلها، قال: وإن أصاب الزوج شيئاً مما أخذت منه فهو له، وإن لم يصب شيئاً فلا شيء له، قال: وتعتد عدة المطلقة إن كان دخل بها، وإن لم يكن دخل بها فلا عدة ولا مهر) ورواية رفاة (٢) وهي الخامسة من الرويات المتقدمة، وقوله عليه السلام فيها (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها وأن المهر على الذي زوجها رجل لا يعرف دخيله أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها).

وصحيحة الحلبي أو حسنته (٣) وهي الثانية من تلك الرويات وفيها (قلت: رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحل من

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٤

ص ٥٩٦ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٨، الوسائل ج ١٤

ص ٦٠٠ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦.

فرجها، ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها). ونحو هذه الروايات أيضا رويها عبد الرحمن بن أبي عبد الله (١) وهي الرابعة عشر من تلك الروايات، وكذا صحيحة محمد بن مسلم (٢) وهي الخامسة عشر. وتمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على رسم مباحث:

الأول: إذا فسخ الزوج بعد الدخول استحقت الزوجة المسمى ومقتضى القواعد الشرعية أنه لا فرق في ذلك بين كون العيب الذي فسخ به كان قبل العقد أو حدث بعده، لأن النكاح صحيح وإن فسخ بالخيار وثبوت الخيار فرع على صحة العقد في نفسه، لأن الفسخ لا يبطله من أصله، ولهذا لا يرجع بالنفقة الماضية، وحينئذ فالواجب هو المسمى لصحة القدر.

وقال الشيخ في المبسوط: إن 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 مهرا لمثل، لأن الفسخ وإن كان في الحال إلا أنه مستند إلى حال حدوث العيب، فيكون كأنه وقع مفسوخا حين حدث العيب، فيصير كأنه وقع فاسدا، فيلحقه أحكام الفاسد، إن كان قبل الدخول فلا مهر ولا متعة، وإن كان عبده فلا نفقة للعدة ويجب مهر المثل.

قال في المسالك: ولا يخفى ضعفه لأن النكاح وقع صحيحا، والفسخ وإن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من أصله بل من حيث الفسخ ولا يزيل الأحكام التي سبقت عليه خصوصا إذا كان العيب حادثا بعد العقد، فإن دليله لا يخفى عليه. أقول: وفيه أيضا أن مقتضى كلامه أن ظهور العيب السابق على العقد أو على الدخول موجب لبطلان العقد، حيث إنه جعل العقد في قوة المفسوخ به. وفيه أنه قد ثبت له التخيير بين الفسخ والامضاء، واختياره الامضاء لا يجمع

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٧.

بطلانه بالعيب حين ظهوره.

وكيف كان فإن المعتمد في ذلك على الأخبار، وهي كما عرفت دالة على أنه متى فسخ فإن لها المسمى مع الدخول، أعم من أن يكون العيب متقدما على العقد أو متأخرا، بل ظاهر أكثرها كما قدمنا بيانه إنما هو تقدم العيب على العقد، وهو الذي حكم فيه بمهر المثل، والروايات صريحة في المسمى كما عرفت.

الثاني: قد دلت الأخبار وبه صرح الأصحاب على أنه متى فسخ الزوج بعد الدخول فإن لها المسمى، وأن الزوج يرجع به على وليها الذي دلستها، والمراد من التدليس هو عدم إخبار الزوج بالعيب المذكور، مع علم المتولي للتزويج به، ولا فرق في ذلك بين كون المدلس وليا شرعيا أو غيره، بل لو كان التدليس إنما وقع منها من غير واسطة في أبين فإنه يرجع عليها بالمهر متى قبضته، ولو لم يدفع إليها شيئا لم تستحق شيئا.

ويدل على ذلك فيما إذا كانت هي التي دلست نفسها ما تقدم في رواية رفاة (١) من قوله (ولو أن رجلا تزوج امرأة قد زوجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء، وكان المهر يأخذه منها) وحاصله أن التدليس لما لم يحصل من المتولي لتزويجها لعدم علمه، وإنما حصل منها لعدم إخبارها بالعيب مع علمها به، فإن للزوج الرجوع بالمهر عليها، ومقتضاه أنه لو لم يدفع إليها شيئا فإنه لا يجب عليه، إذ لا معنى لدفعه لها واسترجاعه منها، وبما ذكرنا صرح الأصحاب أيضا.

ويدل على ذلك أيضا ما رواه في الكافي (٢) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي أبي عبد الله عليه السلام (في رجل ولته امرأة أمرها أو ذات فقراة أو جار لها لا يعلم دخيله أمرها فوجدها قد دلست عيبا هو بها، قال: يؤخذ المهر منها ولا يكون

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٦ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٤.

على الذي زوجها شيء) قال في المسالك: إذا تقرر ذلك فمما غرم الزوج من المهر، وكان هناك مدلس رجع به عليه سواء كان وليا أم غيره، حتى لو كان المدلس هو المرأة رجع عليها أيضا بمعنى أنه لا يثبت عليه لها مهر، ولا وجه لا عطائها إياه ثم الرجوع عليها به.

بقي الكلام فيما لو انتفى التدليس بأن كان العيب خفيا لم تطلع عليه المرأة فضلا عن المتولي لتزويجها والظاهر أنه لا رجوع لانتفاء المقتضي لذلك، ثم إنهم ذكروا أنه لو كان الرجوع على غير الزوجة فلا ريب أنه يرجع لجميع ما غرمه، وإن كان الرجوع عليها فإن المشهور أنه لا يرجع بالجميع بل يجب أن يستثنى منه ما يكون مهرا، لأن الوطئ المحرم لا يخلو من مهر، وقيل إنه يرجع بالجميع تمسكا بالاطلاق، واستظهره السيد السند في شرح النافع. أقول: ويؤيده ما ذكرنا من رواية رفاعة، وقوله فيها (وكان المهر يأخذه منها) فإنه صريح في الرجوع بالمهر كاملا، وأصرح منها صحيحة الحلبي أو حسنته المذكورة.

وأما ما ذكروه من أن النكاح المحرم لا يخلو من مهر على إطلاقه ممنوع فإن الظاهر أن الرجوع عليها بالمهر هنا عقوبة لتدليسها كما في صورة الرجوع على المتولي لنكاحها إذا كان علما بالعيب مع أنه أجنبي. ثم إنه على تقدير القول المشهور من استثناء شيء يكون مهرا ففي تقديره قولان:

(أحدهما) ما ذهب إليه ابن الجنيدي من أنه أقل مهر مثلها، لأنه قد استوفى منفعة البضع فوجب عوضه، وهو مهر المثل. (وثانيها) وعليه الأكثر أنه أقل ما يكون مهرا وهو أقل ما يتمول في العادة، ووجهه ورد النص بالرجوع بالجميع، فيجب الاقتصار في المخالفة على موضع

اليقين، واعترف في المسالك بأن النصوص خالية من هذا الاستثناء. أقول: بل هي ظاهرة في رده لما عرفت من حيث رفاعه.
الثالث: قد دلت جملة من الأخبار المتقدمة في المقام الثاني في عيوب المرأة من المطلب الأول على جواز الفسخ بعد الدخول مثل الخبر الثاني والخامس والسابع (١)

ويستفاد منها أن الوطئ لا يمنع من الفسخ بالعيب لا سابق على العقد، ولكن قد دلت جملة منها أيضا على أن الدخول بها يمنع من الرد، كقوله عليه السلام في رواية

عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٢) وهي الرواية السادسة (أنه يردها ما لم يدخل بها) فإن مفهوم أنه متى دخل بها لا يردها، وفي صحيحته (٣) وهي الثامنة من تلك الروايات (ترد من أربعة أشياء. ما لم يعق عليها، فإذا وقع عليها فلا) وفي رواية غياث بن إبراهيم (٤) وهي الرواية الثالثة عشر (وإذا دخل بها فهي امرأته). والوجه الواضح المنار في الجمع بين هذه الأخبار هو أنه إن دخل بها مع علمه بالعيب فهو رضا منه بها، فليس له الفسخ حينئذ، وعليه تحليل الأخبار الأخيرة، وإن دخل بها جاهلا به فإن له الرد وعليه تحمل الأخبار الأولية، وقد دل عليه هذا التفصيل الخبر التاسع (٥) والخبر العاشر (٦) بأوضح دلالة.

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢ و ص ٤٢٤ ح ٨ و ص ٤٢٤ ح ٨ و ص ٤٢٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦ و ص ٦٠٠ ح ٢ و ص ٥٩٦ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ١.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ ح ١.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٥ ح ١٤.
(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٤ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٩ ح ٣.
(٦) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ١.

الرابع: إذا فسخت الزوجة بعيب في الزوج، فإن كان بعد الدخول فإن لها المسمى في العقد لأن المسمى يلزم بالعقد ويستقر بالدخول، وإن كان قبل الدخول فلا شيء لها لأن الفسخ جاء من قبلها، واستثني من ذلك الفسخ بالعنن فإن لها نصف المهر.

فأما ما يدل على أن الفسخ متى كان من قبل المرأة فإن مع عدم الدخول لا مهر لها فهو ما رواه المشايخ الثلاثة (١) عن السكني أبي عبد الله عليه السلام (قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها الرجل: يفرق بينهما الموجب للفسخ من قبلها فإنه لا مهر لها عملاً بالعلة المذكورة، وهذا الحكم من القواعد المتفق عليها عندهم والمسلمة بينهم كما صرحوا به في غير موضع من الأحكام.

وأما ما يدل على استثناء الفسخ بالعنن من هذه القاعدة فصحيح أبي حمزة (٢) (قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت

زوجاً غيره فرعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها إلى أن قال: فعلى الإمام أن يؤجله سية فإن وصل إليه أو إلا فرق بينهما وأعطيت نصف الصداق ولا عدة عليه) وقد تقدم الكلام في هذا المقام أيضاً.

الخامس: قد ذكر الشيخ وجملته من الأصحاب أنه لو فسخت المرأة بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعزر واستدلوا عليه بما رواه الشيخ (٣) في الصحيح عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٥، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٣ ح ١٠٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣ ح ٣٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٣.

ابن مسكان (قال: بعثت بمسألة مع ابن أعين قلت: سله عن خصي قد دلس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصيا، قال: يفرق بينهما ويوجع ظهره، ويكون لها المهر بدخوله عليه ا)

وعن سماعة (١) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام (أن خصيا دلس نفسه لامرأة قال: يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ويوجع ظهر كما دلس نفسه) وأنكر ابن إدريس هذا الحكم وقال: لا دليل على صحة هذه الرواية من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع، والأصل براءة الذمة وإن كان أورده شيخنا في نهايته إيرادا لا اعتقادا.

وقال العلامة في المختلف: إن الشيخ بنى ذلك على أصله من ثبوت المهر بالخلوة. قال السيد السند في شرح النافع بعد نقل ذلك عن العلامة: وفيه نظر فإن الشيخ إنما تسند في هذا الحكم إلى هذه الروايات، ولو صح سندها لوجب المصير إليه، وإذ لم يثبت ذلك الأصل فالمسألة محل تردد، إنتهى. أقول: ومن روايات المسألة ما رواه الثقة الجليل عبد الله بن جعفر الحميري في كتاب قرب الإسناد (٢) عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (قال: سألته عن

خصي دلس نفسه لامرأة ما عليه؟ قال: يوجع ظهره ويفرق بينهما وعليه المهر كاملا إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فعليه نصف المهر)) وما صحر به الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (٣) حيث قال (وإن تزوجها خصي فدلس نفسه لها وهي لا تعلم فرق بينهما ويوجع ظهره كما دلس نفسه، وعليه نصف الصداق ولا عدة عليه ا منه) ونقل في المختلف هذه العبارة بلفظها عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٢.

(٢) قرب الإسناد ص ١٠٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٩ ح ٥.

(٣) فقه الرضا ص ٢٣٧، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٤ ب ١٢ ح ٢.

الشيخ علي بن بابويه في الرسالة، وابنه في المقنع على وجه الافتاء بها وأنت خير بأن المستفاد من هذه الروايات بعد ضم بعضها إلى بعض هو أن الخصاء وإن كان عيباً إلا أنه يمكن الجماع معه كما ذكره الشيخ وغيره، ومن هذه الجهة لم يعده عيباً كما تقدم نقله عنه، قال: لأن غايته أنه لا ينزل، وإلا فإنه يبالغ في الإيلاج أكثر من الفحل، وعدم الانزال ليس بعيب، وحينئذ فنقول إنه متى دخل الخصي بها وجب المهر. وهو مما لا إشكال فيه، وبه صرح صحاح علي بن جعفر، وعليه يحمل صحاح ابن مسكان وموثقة سماعة، وإن لم يدخل بها فنصف المهر كما صرح به صحاح علي بن جعفر أيضاً وعليه يحمل كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي.

وبذلك يظهر لك أن ما ذكره هؤلاء الأجلاء في المقام فإنه نفخ في غير ضرام، ومبنى هذا الإشكال عندهم والاختلاف بينهم على دعوى دلالة صحاح ابن مسكان وموثقة سماعة على وجوب المهر بالخلوة، فمن ثم اتخذهما الشيخ دليلاً على ما ادعاه من وجوب المهر بالخلوة، وردهما ابن إدريس لذلك، وهكذا كلام العلامة والسيد المذكور.

وفيه أن غاية ما يدل عليه الخبران المذكوران هو أنه بتزويجه بها ودخول عليها يجب المهر، وهو مجمل بالنسبة إلى الوطئ وعدمه، ولكن صحاح علي بن جعفر قد فصلت الحكم بأنه إن كان قد دخل بها فلها المهر كاملاً، وإن لم يدخل فتصفه، والمجمل يحمل على المفصل كما هو القاعدة الكلية ويعضدها كلامه عليه السلام في كتاب الفقه، وحكمه بالتنصيف فإنه محمول عليه الفسخ مع عدم

الدخول، وهذا بكرامته سبحانه واضح لا سترة عليه، والله العالم.
المسألة الرابعة: قد ثبت بما قدمناه في المقام الأول من المطلب الأول أن العنن من جملة عيوب الرجل المتفق على جواز فسخ المرأة به، بقي الكلام هنا في مواضع من أحكامه:

الأول: إنك قد عرفت أن العنة عبارة عن ضعف الآلة عن الانتشار والولوج في الفرج، فهو أمر مخفي لا يطلع عليه غير من ابتلى به، فلا يمكن الاطلاع عليه بالشهادة حينئذ فلا طريق إلى الحكم به إلا بإقرار صاحبه على نفسه أو قيام بيعة بإقراره، فعلى هذا لو ادعت المرأة عليه بذلك وأنكر الرجل فالقول قوله يمينه عملاً بأصالة السلامة الرجعة إلى أصالة العدم، فإن حلف استقر النكاح، وإن نكل فإن قضينا بمجرد النكول ثبت العيب، وإلا ردت اليمين على المرأة، فإن حلفت ثبت العيب، إلا أنه لا بد في حلفها من حصول العلم لها به، وذلك يحصل بممارستها له مدة على وجه يحصل لها بتعاقد القرائن العلم بالعنة. ونقل الأصحاب عن الصدوق رحمة الله عليه أن الرجل المدعى عليه العنة يقيم في الماء البارد، فإن تقلص حكم بقوله، وإن بقي مسترخياً حكم لها. ونقل ذلك في المالک عن ابن حمزة أيضاً قال: ومعنى تقلص انضم وانزوى، ولفظ الصدوق (وإن تشنج) والمراد به تقبض الجلد، قال: وأنكر هذه العلامة المتأخرون، لعدم الوثوق بالانضباط وعدم الوقوف على مستند صالح، نعم هو قول الأطباء وكلامهم فيثمر الظن الغالب بالصحة، إلا أنه ليس طريقاً شرعياً، إنتهى. أقول: لا يخفى أن ما نقلوه عن الصدوق فإنه قد رواه في كتابه من لا يحضره الفقيه (١) عن الصادق عليه السلام مرسلًا وبه صرح الرضا عليه السلام في كتابه (٢) حيث قال (وإذا ادعت عليه أنه عنين وأنكر الرجل أن يكون كذلك، فإن الحكم فيه أن يجلس الرجل في ماء بارد فإن استرخى ذكره فهو عنين، وإن تشنج فليس بعنين) ولكن أصحابنا المتأخرين حيث لم يصل إليهم الكتاب المذكور ولا اطلعوا عليه لم يطلعوا على ما فيه من الأحكام.

(١) الفقيه ج ٣ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ٤.
(٢) فقه الرضا ص ٢٣٧، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٤ ب ١٤ ح ١.

وروى الصدوق في الفقيه (١) قال: وفي خبر آخر أنه يطعم السمك الطري ثلاثة أيام ثم يقال له: بل على الرماد، فإن ثقب بوله الرماد فليس بعنين، وإن لم يثقب بوله الرماد فهو عنين.

الثاني: إذا تحقق العنن للرجل فإما أن يثبت تقدمه على العقد أو تأخره عنه قبل الوطئ أو بعده، وإنما يحصل بعد الوطئ، ولا خلاف في الفسخ به في الصورة الأولى وعليه تدل الأخبار المتقدمة.

وأما عبد العقد وقبل الوطئ فالمشهور جواز الفسخ به أيضا، ربما ظهر من عبارة المبسوط عدمه، وأما المتجدد بعد الوطئ فأكثر الأصحاب على عدم الفسخ به.

وذهب الشيخ المفيد وجماعة إلى أن لها الفسخ به أيضا، قال الشيخ المذكور على ما نقله عنه في المختلف: وإن تزوجته على أنه سليم فظهر لها أنه عنين انتظرت به سنة، فإن وصل إليها فيها ولو مرة واحدة فهو أملك بها، وإن لم يصل إليها في مدة السنة كان لها الخيار، فإن اختارت المقام معه على أنه عنين لم يكن لها بعد ذلك خيار، وإن حدث بالرجل عنة بعد صحته كان الحكم في ذلك كما وصفناه ينتظر به سنة، فإن تعالج فيها وصلاح وإلا كانت المرأة بالخيار، إنتهى.

قال الشيخ في التهذيب بعد نقل ذلك عنه: فأما الذي ذكره رحمة الله عليه من التسوية بين العنة إذا حدثت بعد الدخول وبينها إذا كانت قبل الدخول إنما حمله على ذلك عموم الأخبار التي رويت في ذلك مثل ما رواه الحسين بن سعيد، ثم نقل صحيحة محمد بن مسلم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: العنين يتربص به سنة، ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت أقامت).

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ٥.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٥.

وعن أبي الصباح الكناني (١) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها

فلا يقدر على الجماع أبداً، أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت)
وعن أبي البخترى (٢) عن أبا جعفر عليهم السلام (أن عليها عليه السلام كأن يقول:
يؤخر العينين سنة من يوم ترافعه امرأته فإن خلص إليها وإلا فرق بينهما)
ثم قال: والأولى عندي الأخذ بالخبر الذي روينا عن إسحاق بن عمار (٣)
عن جعفر عن أبيه عليهم السلام (أن عليا عليه السلام كأن يقول: إذا تزوج الرجل امرأة
فوقع

عليها مرة ثم أعرض عنها فليس لها الخيار فلتصبر فقد ابتليت وليس لأمهات
الأولاد ولا الإمام ما لم يمسه من الدهر إلا مرة واحدة خيار)
وعن غياث الضبي (٤) عن الصادق عليه السلام (قال: في العينين: إذا علم أنه عينين
لا يأتي النساء فرق بينهما، وإذا وقع عليها دفعة واحدة لم يفرق بينهما، والرجل
لا يرد من عيب)

أقول: مرجع كلام الشيخ إلى أن الأخبار التي استدل إليه الشيخ المفيد
وإن دلت على ما ذكره بإطلاقها إلا أن هذه الروايات باعتبار ما اشتملت عليه
من أنه متى جامعها ولو مرة واحدة فإنه لا خيار لها خاصة صالحة لتقييد تلك الأخبار،
وقضية الجمع بينها تقييد ذلك الاطلاق بهذه الأخبار، وهو جيد، فإن
ذلك قاعدة كليه عندهم في الجمع بين الأخبار.

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٢١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٦.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٩.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٨.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٤ وفيه "عباد الضبي"، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٥،
الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٤ مع تفاوت يسير، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ٢.

وجملة من المتأخرين منهم صاحب المسالك وسبطه في شرح النافع (١) وغيرهما رجحوا مذهب الشيخ المفيد عملاً بذلك الاطلاق حيث إن في رواياته صحيحة محمد ابن مسلم، والأخبار المقيدة ضعيفة باصطلاحهم لا تصلح لمعارضة تلك الأخبار، والجمع بين الأخبار عندهم فرع حصول العارض، وموجب ذلك أن من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح كالمقدمين ومن تبعهم من متأخري المتأخرين فإنه يتحتم عندهم الجمع بين الأخبار بما ذكره الشيخ رحمة الله عليه قال في المختلف بعد نقل ما ذكرناه: والأشهر قول الشيخ عملاً بمقتضى العقد اللازم وبما تقدم في الرواية، وإن كان قول المفيد لا يخلو أيضاً من قوة، كما فيه من دفع الضرر بفوات فائدة النكاح، فنحن في ذلك من المتوقفين، إنتهى. وفيه أنه بعد ثبوت الحكم بالأخبار ودلالاتها على أنها قد ابتليت فلتصبر لا وجه لهذا الكلام، والأدلة العقلية في حد ذاتها غير مسموعة، فكيف في مقابلة الأخبار الصريحة في ردها.

والعجب من شيخنا المفيد أنه حكم في صورة العنن الأصلي بأنه متى أجل سنة ووصل إليها في تلك المدة ولو مرة فإنه يكون أملك بها يعني لا خيار لها وهو أعم من أن يعود العنن إليه بعد ذلك أم لا، فإنه لا خيار لها في هذه الصورة على كلا الاحتمالين، وحينئذ فلا بد من تقييد إطلاق الأخبار بغير هذه الصورة، لأن مقتضى إطلاق تلك الأخبار هو أن العنن موجب للخيار أعم من أن يكون أصلياً أو إنما عرض بعد التزويج والدخول، ومقتضى ما ذكره من أنه بعد ثبوت العنن وكونه أصلياً لو وصل إليها مرة فإنها لا خيار لها، وإن عاد العنن له بعد

(١) قال السيد السند في شرح النافع بعد رده الروايات المقيدة الاسناد: والمسألة محل تردد وإن كان المصير إلى ما عليه الأكثر من اشتراط حصول العنة قبل الوطئ أولى اقتصاراً في فسخ العقد اللازم على موضع الوفاق، وهو ظاهر في اختياره القول المشهور للتعليل المذكور. (منه قدس سره)

ذلك كما هو مقتضى إطلاق كلامه، الخروج عن مقتضى ذلك الإطلاق، فيجب تخصيصه بغيره هذه الصورة.

وأنت خبير بأنه لا فرق بين هذه الصورة ولا بين العنن العارض بعد الوطئ إذا الجميع من باب واحد، فلا معنى لاستثنائه هذه الصورة، وحكمه بالفسخ في تلك الصورة. وبالجملة فالمعتمد هو القول الأول وهو الذي عليه المعول.

الثالث: ظاهر جملة من الأصحاب أن العنن إنما يتحقق بالعجز عن وطئها قبلا ودبرا، والعجز عن وطئ غيرها (فلو عجز عنها مثلا وأمكن وطئ غيرها لم يكن عنينا، ولم يترتب عليه جواز الفسخ).

ويدل على ذلك قوله عليه السلام في رواية غياث الضبي (١) المتقدمة (إذا علم أنه لا يأتي النساء فرق بينهما) وقوله في رواية أبي بصير (٢) المتقدمة أيضا (ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع)

واستدل السيد السند في شرح النافع على هذا القول برواية عمار (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها، فقال: إن كان لا يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك، وإن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها).

ثم ردها مع رواية الضبي بضعف السند، وظني أن هذه الرواية ليس من روايات العنن، وإنما المراد بالأخذ فيها هو عمل شيء كالسحر يمنع من الجماع. قال في القاموس (٤): والأخذ بالضم رقية كالسحر، وعلى هذا المعنى حملة في الوافي

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٥، الوسائل ج ١٤

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٣.

(٤) ج ١ ص ٣٥٠.

أيضا وإن احتمل إرادة العنن أيضا.
وظاهر عبارة الشيخ المفيد المتقدمة في سابق هذا الموضوع، وقوله (انتظرت به سنة فإن وصل إليها فيها ولو مرة واحدة فهو أملك بها، وأن لم يصل إليها في مدة السنة كان لها الخيار)، فإن ظاهرها أن العنن يصدق بمجرد عدم الوصول إليها وإن أمكن الوصول إلى غيرها.
ويدل على ذلك قوله عليه السلام في صحيحة أبي حمزة الشمالي (١) وقد تقدمت (إذا ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنة فإن وصل إليه، وإلا فرق بينهما) فإن ظاهر هذا الكلام هو الاكتفاء في حصول العنن، وجواز الفسخ بعجزه عن وطئها وإن لم يعلم عجزه عن وطئ غيرها، ويعتبرني في هذا المقام إشكال، وهو أنه قد تقدم في كلام أهل اللغة في معنى العنن أنه الذي لا يقدر على إتيان النساء ولا يريد هن بالكلية، وفي كلام الفقهاء أنه مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو. وظاهر الكلام في الموضوعين أنه لا يختلف باختلاف النساء فيزول بالنسبة إلى بعض، ويحصل بالنسبة إلى أخرى، ففرض الأصحاب هذا الخلاف وجعله مسألة في البين ليس في محله، والروايات المذكورة لا دلالة فيها على ما ادعوه من الاختلاف بل هي بالنسبة إلى ما ندعيه أقرب وبما ذكرناه أنسب.
وأما رواية الضبي وكذا رواية أبي بصير فهما ظاهرتان في أن الغين من لا يقدر على مجامعة النساء من زوجته وغيرها وهو صريح فيما قلناه.
وأما صحيحة أبي حمزة فغاية ما تدل عليه أنه إن جامعها في هذه المدة فإنه يعلم زوال العنة عنه، وإن لم يمكنه جامعها علم أنه عنين لا يمكن جامعها ولا جماع غيرها، نعم رواية عمار ظاهرة فيما ذكرناه إلا أنك قد عرفت أنها ليست من محل البحث في شيء.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ١.

الرابع: أطلق الأكثر بأنه لو ادعى الوطئ وأنكرت فالقول قول يمينه، سواء كان بعد ثبوت العنن أو قبله، والمحقق في الشرايع فرض المسألة فيما لو ادعى الزوج الوطئ قبل ثبوت العنن، وحكم بأن القول قوله بيمينه، والحكم ظاهر فيما لو ادعى الزوج الوطئ قبل ثبوت العنن، فإن يقبل قوله بيمينه. قالوا: لأن دعوى الوطئ يتضمن إنكار العنن المؤيد بأصالة السلامة من العيب فيكون قوله مقبولا بيمينه، ويدل عليه ما رواه الشيخ (١) في الصحيح عن أبي حمزة (قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت زوجا غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها فإن القول في ذلك قول الرجل، وعليه أن يحلف بالله لقد جامعها، لأنها المدعية، قال: فإن تزوجه وهي بكر فزعمت أنه لم يصل إليها فإن مثل هذا تعرفه النساء فلينظر إليها من يوثق به منهن، فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنة، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما، وأعطيت نصف الصداق ولا عدة عليها) وقال في الفقه الرضوي (٢) (وإذا ادعت أنه لا يجامعها عينا كان أو غير عنين فيقول الرجل أنه قد جامعها، فعليه اليمين وعليها البينة لأنها المدعية) والخبران ظاهران في أن الدعوى المذكورة قبل ثبوت العنن. وإنما الاشكال فيما إذا كانت الدعوى بعد ثبوت العنن كما فرضه المحقق ونحوه العلامة في القواعد، ووجه الاشكال أنه مدع لزوال ما قد ثبت، فلا يكون قوله مقبولا، مع أنهم حكموا هنا بقبول قول يمينه. والمفهوم من كلام المحقق الشيخ علي في شرح القواعد أن الوجه فيما حكموا به من قبول قول يمينه في هذه الدعوى مع ثبوت العنن أحد أمرين:

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠، الوسائل ج ١٤

ص ٦١٣ ح ١.

(٢) فقه الرضا ص ٢٣٧، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٤ ب ١٤ ح ١.

إما لأن هذا الفعل لا يعلم إلا من قبله فيقبل قوله فيه، كدعوى المرأة انقضاء العدة بالأقراء، وأما لأن العنة لا تثبت قبل مضي السنة، وإلا لثبت الفسخ، وأما الثابت العجز الذي يمكن أن يكون عنة وأن يكون غيرها، ولهذا يجب أن يؤجل سنة لينظر فيها هل يقدر على الوطئ أم لا، فإن قدر فلا عنة وإلا تثبت وحكم بها، فيكون الزوج بدعواه الوطئ وإن كان بصورة المدعي إلا أنه في الحقيقة منكر للعنة والأصل الصحة وحصول العيب على خلاف الأصل، وإن كان بعد ثبوت العجز، وحينئذ فيقبل قوله فيه، واستدلوا أيضا بصحيفة أبي حمزة المذكورة بدعوى بأنها مطلقة فإن موردها اختلافهما في حصول الوطئ وعدمه المتناول لما إذا وقع ذلك قبل ثبوت العنة وبعده.

وفيه أن الظاهر بعده، لأنه بعد ثبوت العنة يثبت لها الخيار في لفسخ وعدمه، فلا وجه لما تضمنه الخبر حينئذ من الحكم الذكور فيه، ولا ضرورة تلجأ إليه.

وفي المسألة قول آخر أيضا صرح به الشيخ في الخلاف والصدوق في المقنع وجماعة من الأصحاب، وهو أن دعواه الوطئ إن كان في القبل، فإن كانت بكرا صدق بشهادة أربع نساء يشهدون بذهابها، وإن كانت ثيبا حشي قبلها خلوقا، ثم يؤمر بالوطئ فإن خرج الخلوق على ذكره كان القول قوله، وإلا فلا. واستدل عليه في الخلاف بإجماع الفرقة وأخبارهم. الذي ورد من الأخبار في ذلك أما بالنسبة إلى البكر فما تقدم في صحيفة أبي حمزة.

وأما بالنسبة إلى الثيب فهو ما رواه الشيخ في التهذيب والكليني في الكافي (١) عن عبد الله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشيخته (قال: قالت امرأة لأبي عبد الله

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢١، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ٢.

عليه السلام أو سأله رجل عن رجل تدعي عليه امرأته أنه عينين وينكر الرجل، قال: تحشوها القابلة بالخلوق ولا تعلم الرجل ويدخل عليها الرجل، فإن خرج وعلى ذكره الخلق صدق، وكذبت، وإلا صدقت وكذب)

ورواه الشيخ في التهذيب (١) عن عبد الملك بن الفضل الهاشمي أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له، أو سأله رجل عن رجل ادعت عليه امرأته) الحديث (٢). وما رواه في الكافي عن غياث بن إبراهيم (٣) أبي عبد الله عليه السلام (قال: ادعت امرأة على زوجها على عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا يجامعها، فأمرها أمير المؤمنين

عليه السلام أن تستدفر بالزعفران ثم يغسل ذكره فإن خرج الماء أصفر صدقه، وإلا أمره بطلاقها)

ورد المتأخرون الروايات المذكورة بضعف الاسناد، فلا يسوغ التعلق بها، ولا أظهر بناء على إطراح هذا الاصطلاح المحدث العمل بها كما عمل بها المشايخ المتقدمون.

(١) ما عثرنا على هذه الرواية بهذا السند في التهذيب نعم روى في الفقيه عن محمد ابن علي بن محبوب عن أحمد بن محمد عن أبيه عن عبد الله الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام إلى آخر الحديث.

(٢) أقول: الذي في الكافي عبد الله الفضل الهاشمي وهو ثقة في الرجال، إلا أن الحديث فيه ضعف باعتبار الارسال عن بعض مشيخته، وفي التهذيب عبر الملك بن الفضل الهاشمي وهو غير موجود في الرجال، ولا يبعد عندي أنه عبد الله المذكور في رواية الكافي وإنما حصل الغلط من قلم الشيخ ببداله له عبد الملك وله أمثال ذلك مما لا يخفى كثرة، فيكون الحديث صحيحاً لأنه رواه الحسن بن محبوب صحيح. (منه قدس سره).

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ ح ١١ وفيه اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٤، الوسائل ١٤ ص ٦١٤ ح ٣.

أما بالنسبة إلى البكر فحيث كان الخبر كما عرفت صحيحا باصطلاحهم، فإنهم حكموا بمضمونه، ثم إنه لو ادعى عود البكارة بعد ثبوتها بشهادة النساء وأنه قد وطأها، ولكن هذه البكارة التي شهدت بها النساء إنما تجددت بعد الوطئ فالقول قول المرأة بيمينها، إما بعدم الوطئ أو بأن هذه البكارة بكارة الأصل لا متجددة، فإن دعواها معتضة بأصالة بقاء البكارة، وأن الظاهر عدم العود، هذا كله فيما لو كانت الدعوى وطؤها قبلا.

أما لو ادعى وطئ غيرها من النساء أو وطئها دبرا فإن القول قوله بيمينه أيضا كما تقدم في سابق هذا الموضوع عملا بما تقدم في تينك المسألتين من أصالة الصحة وعدم العيب في إحداهما وتعذر إقامة البينة في الأخرى.

الخامس: قد تقدم أن العن يثبت بأحد الطرق المتقدمة من اعتراف الرجل بالعجز عن المجامعة، أو القيام في الماء البارد كما ذهب إليه الشيخ في الخلاف والصدوق في المقنع، أو أكل السمك طريا ثلاثة أيام والبول على الرماد كما روي، وحينئذ فإن صبرت المرأة مع علمها بأن لها الخيار ورضيت به فلا خيار لها بعد ذلك لأن الخيار فوري، وإن لم تصبر رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجله سنة من يوم المرافعة، فإن واقعها في ضمن تلك المدة فلا خيار لها، وإلا تخيرت وفسخت، ولها نصف المهر، وقد تقدمت جملة من الأخبار الدالة على هذه الأحكام.

وعلى التمديد بالسنة الواقع في الأخبار بأن تعذر الجماع ربما كان لعارض من خارج من حرارة، فيزول في فصل الشتاء، أو برودة فيزول في فصل الصيف، أو ييوسه فيزول في فصل الربيع، وأو رطوبة فيزول في الخريف، والمشهور أنه ليس لها الفتح قبل المرافعة ومضي المدة المذكورة.

وقد تقدم نقل خلاف ابن الجنييد وقوله: إن كانتا لعنة متقدمة على العقد جاز للمرأة الفسخ في الحال، وإنما كانت حادثة بعد العقد أجل سنة، ويدل

عليه خبر غياث الضبي وخبر أبي الصباح الكناني، إلا أنهما مطلقان فيحمل إطلاقهما على ما تضمنته الأخبار بذكر السنة. والمفهوم من الأخبار وكلام الأصحاب أن العجز عن إتيان النساء الذي فسر به العنن ليس باعتبار بعض دون بعض، لأنه مرض مخصوص يمنع من حركة العضو وانتشاره مطلقا، وهو لا يختلف باختلاف النسوة، فأما مع العجز عن امرأة مخصوصة فإنه قد يتفق ويكون لانحباس الشهوة عنها بسبب نفرة أو حياء أو نحو ذلك، ولا يكون بذلك عينا، وقد يكون له نوع اختصاص بالقدور على جماعها بالأنس بها والميل إليها وانتفاء ذلك من غيرها، ولا فرق في العنة عندهم بين كونها خلقية أو عارضة، ولا في العارضة بين كونها قبل العقد وبعده قبل الدخول، وأما بعد الدخول فقد تقدم أن الأشهر الأظهر عدم الخيار، وحيث يختار لها الفسخ فلها نصف المهر، وإن كان على خلاف القاعدة المقررة بينهم، لصحيحه أبي حمزة، وقد تقدمت وتقدم الكلام في ذلك والله العالم. المطلب الثالث في التدليس: تفعيل من الدلس هو الظلمة، قال في كتاب المصباح المنير (١): دلس البائع تدليسا كتم عيب السلعة من المشتري وأخفاه. وقال الخطابي وجماعة ويقال: دلس دلسا من باب ضرب، والتشديد أشهر في الاستعمال.

قال الأزهري: سمعت أعرابيا يقول: ليس لي الأمر دنس ولا دلس، أي لا خيانة ولا خديعة، والدلسة بالضم الخديعة أيضا. وقال ابن فارس: أصله من الدلسة وهي الظلمة، إنتهى.

أقول: ومنه يعلم أن لغة بمعنى الظلمة والخادعة وكأن المدلس لما أتى بالمعيب أو الناقص إلى المخدوع وقد كتم عليه عيبه ونقصانه أتاه به في الظلمة وخذعه.

قال في المسالك: والفرق بينه يعني التدليس وبين العيب أن التدليس لا يثبت إلا بسبب اشتراط صفة كمال، وهي غير موجودة أو ما هو في معنى الشرط،

(١) المصباح المنير ص ٢٧٠.

ولولاه لم يثبت لا خيار بخلاف العيب، فإن منشأه وجوده، وإن لم يشترط الكمال وما في معناه فمرجع التدليس إلى إظهار ما يوجب الكمال أو إخفاء ما يوجب النقص، ومنشأ الخيار فوات مقتضى الشرط أ والظاهر، إنتهى.

وظاهر هذا الكلام يقتضي أن للتدليس معنى أخص فيقابل العيب، ومعنى أعم يشمل به العيب، والفهوم من كلام أهل اللغة هو الثاني، إلا أنه سبب الخيار في العيب غيره بالنسبة إلى إظهار ما يوجب الكمال، وكيف كان فالأمر في ذلك سهل بعد وضوح المقصود.

وتحقيق الكلام في هذا المطلب يقع في مسائل:

الأولى: إذا تزوج امرأة على أنه حرة باشتراك ذلك في نفس العقد فبانت أمة، فللزواج فسخ النكاح إذا وقع النكاح بإذن المولى وكان ممن يجوز له نكاح الإماء، أما بدون ذلك فإنه يقع العقد باطلا في الثاني، وفي الأول موقوفا على الإجازة على المشهور، قيل: إنه باطل، وهو الأظهر، ولا فرق في جواز الفسخ في الصورة المذكورة بين الدخول بها وعدمه

أما ثبوت الفسخ فلأن ذلك قضية الشرط دخل أم لم يدخل، فإن التصرف لا يسقط خيار الشرط كما سبق في موضعه، أما لو وقع ذلك بغير شرط، بل أخبرته أو أخبره المتولي لنكاحها بالحرية فتزوجها لذلك على وجه حصل به التدليس بأن وقع الخبر في معرض التزويج، ففي إلحاقه بالشرط قولان ناشئان من تحقق التدليس وأصالة لزوم العقد، ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه صرح باختصاص الحكم بما لو شرط ذلك، وعن القواعد أنه صرح بمساواة الأمرين.

قال في المسالك: وعبارة المصنف وجماعة يحتمل إرادة القسمين، وكذلك الرواية التي هي مستند الحكم، وهي رواية الوليد بن صبيح (١) عن أبي عبد الله

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١.

عليه السلام (في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها) إلى آخره،
إنتهى.

وظاهر السيد السند في شرح النافع بمساواة الأمرين حيث قال: إذا تزوج امرأة على أنها حرة فظهرت أمة، سواء شرط ذلك في نفس العقد أو ذكر قبله وجرى العقد عليه، كان للزوج فسخ النكاح إلى أن قال: أما ثبوت الفسخ مع اشتراط ذلك في العقد فظاهر، لأن ذلك فائدة الشرط، وأما مع ذكره قبل العقد وجرى العقد عليه، فإن التراضي إنما وقع على هذا الوجه المخصوص، فإذا لم يبطل العقد بفواته فلا أقل من ثبوت الخيار، إنتهى.

أقول: لم أقف لما ذكره من الحكم بأن له الفسخ في الصورة المذكورة على نص واضح، إلا أنه في صورة الشرط الظاهر أنه لا إشكال فيه عملاً بقضية الشرط وهو موضع اتفاق، وأما مع عدمه فليس إلا ما ذكره السيد السند هنا، وظاهر جملة منهم الاستدلال على ذلك برواية الوليد بن صبيح التي أشار إليها في المسالك، وهي ما رواه عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها

قال: إن كان الذي زوجها إياه من غير موليها فالنكاح فساد، قلت: وكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها، وإن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرًا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، قال: وتعتد منه عدة الأمة، قلت: فإن جاءت منه بولد؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الولي (١) وأنت خبير بأن هذه الرواية لا دلالة فيها على المدعى، وإنما الظاهر

(١) أقول: ربما يتسارع إلى الوهم المغايرة بين لفظ الولي في الرواية والموالي وهو باطل، فإنه لا ولي للأمة إلا مولاها، فالولي بالنسبة إليها والمولى بمعنى واحد كما لا يخفى، ويؤيده قرينة المقابلة بينه وبين قوله في صدر الخبر "إن كان الذي زوجه إياها من غير موليها" فإنه ظاهر في كون الولي من موليها. (منه قدس سره).

منها أنه متى كان الذي زوجها من غير مواليها فالنكاح فاسد، وفيه در لما يدعونه من أنه موقوف على الإجازة كما تقدمت الإشارة إليه، ومتى كان المزوج لها من مواليها فإنه يرجع عليه بالمهر الذي أخذته منه، وهو ظاهر في بطلان النكاح، ولكن لمولاها عوض ما استحل من فرجها العشر أو نصف العشر، والمدعى هو أنه لو كان التزويج بإذن المولى والتدليس إنما وقع منه فإن الزوج يتخير بين الرضا بالعقد وفسخه، والرواية إنما تدل بظاهرها على البطلان، لقضية الرجوع على المولى بالمهر الذي دفعه، وحينئذ فالخبر بالدلالة على خلاف ما يدعونه أنسب، وإلى ما ذكرناه أقرب.

وأما ما اشتمل عليه صدر الخبر من أنه إذا كان الذي زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد، وأنه يرجع المهر عليه فيأخذ مما وجده دون أن يرجع على الذي زوجها فيجب حمله على عدم علم الذي زوجها، بالتدليس كما يشير إليه قوله (دلست نفسها) فإنه في هذه الحال إنما يرجع عليها، وأما لو كان المدلس هو الذي زوجها فالرجوع بالمهر إنما هو عليه دونها، كما تقدم تحقيقه. وبالجملة فالظاهر عندي من الخبر المذكور هو بطلان النكاح في الصورة التي ادعوا أن للزوج الفسخ، بمعنى التخيير بين الرضا بالعقد وبين فسخه، فليتأمل في المقام.

ثم إنه بناء على ما ذكره من تخيير الزوج في الفسخ لو فسخ قبل الدخول فإنه لا مهر، والظاهر أنه لا خلاف فيه كما سبق في العيوب، وإن فسخ بعده فحيث كان بإذن السيد كما هو المفروض يلزم المسمى، وأما لو لم يكن بإذنه فإنه بناء على ما قالوه، من أن العقد يقع موقوفاً على إذنه تأتي الأقوال الثلاثة المتقدمة في مثله من المسمى أو مهر المثل أو العشر ونصف العشر على التقديرين، إلا أنك قد عرفت أن الظاهر من الأخبار في هذه الصورة إنما هو البطلان. ومنها رواية الوليد المذكورة وقوله فيها (إن كان الذي زوجها من غير

مواليها فالنكاح فاسد) ونحوها غيرها مما تقدم في المسألة الأولى من الفصل الرابع في نكاح الإمام.

وأنت خبير بأن ما ذكره أيضا من لزوم المسمى بالدخول متى كان بإذن الولي مشكل بما ذكرناه، من أن المفهوم من رواية الوليد المذكورة هو أنه يرجع في الصورة المذكورة على وليها بالمهر الذي أخذته منه، ولكن الولي يرجع عليه بالعشر أو نصف العشر، فالواجب في هذه الحال إنما هو العشر أو نصف العشر، وفيه إشارة إلى بطلان المسمى في الصورة المذكورة والرجوع إلى العشر ونصف العشر.

هذا مقتضى الخبر، وهم رضوان الله عليهم قد نقلوا الخبر المذكور ولم يتكلموا في معناه وما اشتمل عليه من هذه الأحكام بشئ بالكلية، وما ذكرناه من بيان معناه وما اشتمل عليه من هذا التفصيل الذي ذكرناه ظاهر لمن تأمل بعين البصيرة، ونظر بمقابلة غير حسيرة، وتناوله بيد غير قصيرة.

ثم إنهم قالوا بناء على ما ذكره من أن للزوج الفسخ في الصورة المذكورة أنه لو فسخ بعد الدخول فلا كلام في وجوب المهر للمولى، وأنه لو فسخ بعد الدخول وغرم المهر وما في معناه وتبين بطلان العقد فإنه يرجع به على المدلس، وقد تقدم في أحكام العيوب ما يدل عليه.

ثم إنه لا يخلو إما أن يكون المدلس هو المرأة أو مولاهما أو أجنبيها، فإن كانت هي المدلسة لم يكن الرجوع عليها حال الرقية، لأنه يكون كالرجوع على المولى وهو باطل، بل إنما يرجع عليها بعد العتق واليسار، فإن لم يكن دفع المهر إليها غرمه المولى، لأنه له، ولكن يرجع به عليها كما عرفت على الوجه المتقدم، وإن كان قد دفعه إليها استعاده، لأنه باق على ملكه حيث إن قبضها إياه قبض فاسد إن كانت عينه باقية كلا أو بعضا، وتبعها بالباقي حسبما تقدم، وإن كان المدلس المولى قالوا: فإن أتى في لفظه بما يقتضي العتق، مثل

قوله هي حرة انشاء أو إخبارا حكم عليه بحريتها إعمالا للسبب بحسب مقتضاه،
وحيث فيصح العقد ويكون المهر لها دون السيد، لأنها قد تحررت، ويعتبر
في صحة النكاح حينئذ إذنها سابقا أو إجازتها لاحقا كغيرها من الحرائر.
وإن لم يتلفظ بما يقتضي العتق بل تكلم بكلام يحتمل الحرية وغيرها
فلا شيء للسيد، ولا للمملوكة، أما المملوكة فإنها لا تستحق من مهرها شيئا،
والسيد وإن استحقه بالدخول إلا أن للزوج الرجوع عليه لتدليس عليه وتغريه
إياه، ولا وجه لدفعه إليه ثم استرجاعه منها.

وهل يستثنى للسيد أقل ما يصح أن يجعل مهرا وهو أقل ما يتمل أو
أقل ما يكون مهرا لأمثالها كما ذهب إليه ابن الجنيدي: قيل: لا، وهو ظاهر اختيار
المحقق تمسكا بإطلاق ما دل على الرجوع على المدلس مما غرمه وإن كان هو
المولى. وقيل: نعم لأن الوطئ المحرم في غير صورة التحليل يمتنع خلوه من
العوض، وأجيب بأن العوض متحقق لكن يرجع به على المدلس.
أقول: قد تقدم الكلام في هذه المقام في المسألة الثالثة من المطلب الثاني، وقد
ذكرنا ثمة أن ما ادعوه من هذه القاعدة، وهو أن الوطئ المحرم يمتنع خلوه
من العوض على إطلاقه ممنوع، بظاهر الأخبار خلافا كما قدمنا بيانه وشيدنا بنيانه.
وإن كان المدلس أجنبيا رجع عليه بجميع المهر المسمى للمولى. قالوا:
ولو دفعه إليها في هذه الصورة؟ وتلف في يدها غرم مهرا آخر للسيد ورجع به
على المدلس، لأن دفعه لها غير شرعي، حيث إن المهر للمولى، فيجب عليه دفعه
مرة أخرى للمولى، ويرجع به على المدلس.

أقول: حيث إنه لم يرد في الأخبار ماله تعلق بهذه المسألة إلا رواية الوليد
ابن صبيح المتقدمة بالتقريب الذي ذكرناه فيها، فإنه يعسر الجمع بينها وبين
ما قرروه في هذا المقام في جملة من المواضع:

(منها) إنهم ذكروا في صورة ما إذا كانت هي المدلسة، أنه لو دفع إليها المهر استعادة إن كان موجودا كلاً أو بعضاً، وإن لم يكن يتبعها به العتق واليسار، وظاهر الرواية في هذه الصورة كما بيناه أنه إن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها. (ومنها) إن ما ذكروه في صورة تزويج المولى لها من التفصيل في الألفاظ التي حصل بسببها التدليس من حصول العتق بها في بعض وعدم حصوله في آخر يردده إطلاق الخبر المذكور فإنه غاية ما دل عليه أنه إذا زوجها الولي وهو إذ لذي عرفت أن المراد به المولى فإنه يرجع عليه بما أخذت منه أعم من أن يأتي بتلك الألفاظ المذكورة أو غيرها، ويؤيده أن الحكم بحصول العتق بمجرد تلك الألفاظ كما ذكروه من غير قصد إليه ولا سيما أن مشروط بالقربة ولم تحصل مشكل.

(ومنها) ما تقدم ذكره من أن مقتضى كلامهم أنه متى كان النكاح بغير إذن المولى فإنه يقع صحيحاً موقوفاً على إجازته، والخبر المذكور صريح في أن النكاح فاسد ويعضده في ذلك جملة من الأخبار التي قد تقدمت الإشارة إليها. (ومنها) ما تقدم الإشارة إليه أيضاً من أنهم صرحوا بأنه متى كان التزويج بإذن السيد فإن له المسمى مع الدخول، مع أن الرواية المذكورة تدل بناءً على ما شرحناه في معناها على أن الزوج يرجع على السيد بالمهر المسمى لتدليسه، ولكن للسيد عليه العشر أو نصف العشر بما استحل منها، وهو ظاهر في بطلان المسمى الذي حكموا به والانتقال عنه إلى العشر أو نصف العشر. وبالجملة فإن من تأمل الرواية المذكورة حق التأمل لا يخفى عليه صحة ما قلناه، ولم أر من تعرض للكلام على ما اشتملت عليه من هذه الأحكام، وقد تقدم الكلام في المسألة بالنسبة إلى المهر والولد في المسألة الرابعة من الفصل الرابع في نكاح الإماء.

المسألة الثانية: إذا تزوجت الحرة عبداً على أنه حر وإن كان بمجرد

إخباره قبل العقد بكونه حراً ثم ظهر كونه عبداً، فإن كان التزويج بغير إذن مولاه ولم يجر العقد بعد وقوعه كان العقد باطلاً، وإن كان بإذنه أو إجازته صح العقد وكان للمرأة الفسخ، ولا فرق في ذلك بين أن تتبين الحال قبل الدخول أو بعده إلا أنه إن فسخت قبل الدخول فلا مهر، وكذا لو تبين بطلان العقد لعدم إذن السيد قبل الدخول بها فإنه لا مهر لها أيضاً، وإن فسخت بعد الدخول فلها المهر، وإن وقع النكاح برضاء السيد كان لها عليه المسمى وإلا كان لها مهر المثل على المملوك يتبع به بعد العتق.

والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام ما رواه الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرة قد تزوجت مملوكاً على

أنه حر فعلمت بعد أنه مملوك، فقال: هي أملك بنفسها إن شاءت قرت معه، وإن شاءت فلا، فإن كان دخل بها عد ما علمت أنه مملوك وأقرت بذلك فهو أملك بها) ورواه الكليني والصدوق.

وما رواه في الكافي (٢) عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال: قضى أمير المؤمنين

عليه السلام في امرأة حرة دلس لها عبد فنكحها ولم تعلم إلا أنه حر، قال: يفرق بينهما إن شاءت المرأة)

والروايتان صريحتان في ثبوت الخيار لها بعد العلم وإطلاقها دال على أنه لا فرق في ذلك بين كون ذلك بعد الدخول أو قبله، وأما باقي الأحكام فهي معلومة مما سبق في غير مقام.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٢، التهذيب ج ٤٢٨٧ ح ١٨، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٧ ح ١٣ وفيها "سألت أبا جعفر"، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٥ ب ١١ ح ١، وما في المصادر اختلاف يسير مع ما نقله قدس سره -.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٦ ح ٢.

المسألة الثالثة: اختلف الأصحاب فيما لو عقد علي بنت رجل علي أنها بنت مهيرة فبانت بنت أمة، فقال: الشيخ في النهاية أن له ردها، فإن لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء وكان المهر على أبيها، وإن كان قد دخل بها كان المهر عليه بما استحل من فرجها، وقال ابن البراج: إذا تزوج من رجل علي ابنته أنها بنت مهيرة فوجدها بنت أمة كان مخيرا بين ردها وبين إقرارها على العقد، فإن ردها فعلى قسمين: إما أن يكون دخل بها فعليه المهر بما استحل من فرجها، وإن لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيء، وقد ذكر أن المهر يجب لها على أبيها إذا لم يدخل بها، والأولى أن ذلك لا يجب.

وقال الكيدري: إن لم يدخل بها فلا شيء عليه والمهر على أبيها على ما روي، والأصل أنه غير واجب.

وقال ابن إدريس: إن لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيء، وروي أن المهر على أبيها، وليس عليه دليل من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع، والأصل براءة الذمة، فمن شغل ذمة الأب بالمهر يحتاج إلى دليل، وإن دخل بها كان المهر عليه لها بما استحل من فرجها، ورجع على أبيها به، فإن رضي بعد ذلك بالعقد لم يكن له بعد رضاه لرجوع بالمهر ولا خيار الرد.

وقال المحقق في الشرايع: قيل: إذا عقد علي بنت رجل علي أنها بنت مهيرة فبانت بنت أمة كان له الفسخ، والوجه ثبوت الخيار مع الشرط لا مع إطلاق العقد، فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر، ولو فسخ بعده كان لها المهر ويرجع به على المدلس أبا كان أو غيره.

أقول: وقد اتضح بما ذكرناه أن الخلاف هنا في مواضع ثلاثة: (أحدها) إنه مع عدم الدخول بها هل يثبت لها المهر على أبيها أم لا؟ والأول قول الشيخ في النهاية خاصة والثاني هو المشهور. و (ثانيها) إنه هل الحكم في هذه الصورة هو ردها على أبيها كما ذكره

الشيخ، أو أنه يتخير بين الرد والقبول كما هو المشهور و (ثالثها) إنه على تقدير أن الحكم هو الخيار كما هو المشهور، هل الخيار مخصوص بما إذا شرط كونها بنت مهيبة في أصل العقد أو مطلقاً؟ عبارة المحقق المذكورة صريحة كما ترى في الأول، ومثله العلامة في المختلف حيث قال: والوجه عندي أنه لا خيار إلا مع الشرع، واختاره في المسالك فقال بعد أن نقل عن المحقق ذلك: وهذا هو الأقوى وظاهر الأكثر الثاني.

ثم إن الأصحاب ذكروا مسألة أخرى على أثر هذه المسألة، فقالوا: لو زوجه بنت مهيبة وأدخل عليه بنته من أمة فعليه ردها، ولها مهر المثل إن دخل بها، ويرجع به على من ساقها إليه ويرد عليه التي زوجها، وكذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظننها زوجته، قالوا: والفرق بين المسألتين أن العقد في السابقة علي بنت الأمة مع دخوله على أن تكون بنت الحرة، فلذا كان له الخيار لفوات شرطه، أو ما أقدم عليه، وفي هذه الصورة وقع علي بنت الحرة باتفاقهما، وإنما أدخل عليه بنت الأمة بغير عقد، والحكم بوجوب رد التي أدخلت عليه ظاهر، لأنها ليست هي المعقود عليها، ولها مهر المثل إذا دخل بها جاهلاً بالحال، لأنه وطؤ شبهة، ومهر المثل عوضه، ويرجع به على المدلس الذي ساقها إليه لغوره.

وقال الشيخ في النهاية (١): ومتى كان للرجل بنتان أحدهما بنت مهيبة والأخرى بنت أمة فعقد الرجل علي بنته من المهيبة، ثم أدخل عليه بنته من أمة كان له ردها، وإن كان قد دخل بها وأعطاه المهر كان المهر لها بما استحل من فرجها، وإن لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر، وعلى الأب أن يسوق إليه ابنته من المهيبة، وكان عليه المهر من ماله إذا كان المهر الأول قد وصل إلى

(١) النهاية ج ٢ ص ٤٨٥ طبعة قم.

ابنته الأولى، وإن لم يكن قد وصل إليها ولا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمة الزوج.

وقال ابن الراج: وإن كان الرجل قد دفع الصداق إلى الأولى لم يكن لهذه عليه شيء، ووجب على أبيها في ماله صداقها دون الزوج. أقول: والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام وما رواه في الكافي والتهذيب (١) في الموثق عين محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سألت عن رجل خطب إلى

رجل ابنة له من مهيرة، فلما كان ليله دخولها على زوجها أدخل عليه ابنة لم أخرى من أمة قال: ترد على أبيها وترد إليه امرأته، ويكون مهرها على أبيها) وهذه الرواية ظاهرة في المسألة بل صريحة في المسألة الثانية لدالتها على أن التي أدخلت على غير الابنة التي وقع العقد عليها، وقد حكم عليه السلام بأنه ترد الابنة التي أدخلت عليه إلى أبيها لأنها ليست هي الزوجة، ويرد إلى الرجل ابنته التي وقع عليها العقد لأنها زوجته، ومهرها على أبيها عوض تدليس، والمهر الذي دفعه أولاً للتي أدخلت عليه بناء على أنه دخل بها، والرواية وإن كان مجملة في ذلك إلا أنه هذا التفصيل معلوم مما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وما رواه في الكافي (٢) عن محمد بن مسلم في الصحيح أو الحسن (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخطب إلى الرجل انته من مهيرة فأتاه بغيرها، قال: ترد إليه التي سميت له بمهر آخر من عند أبيها، والمهر الأول للتي دخل بها) وهذه الرواية أيضا ظاهرة بل صريحة في المسألة الثانية، وأن التي أدخلت عليه غير زوجته المعقود بها، وقد كني عن العقد في الخبرين بالخطبة، وقد حكم

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٣ ح ٣، الوسائل ج ١٤

ص ٦٠٣ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٣ ح ٢، الوسائل ج ١٤

ص ٦٠٣ ح ١.

عليه السلام بأن ما ساقه الزوج من المهر يكون للتي أدخلت عليه لمكان دخوله بها مع جهله بالحال، وأن علي الأب أن يدفع لزوجته التي عقد بها عليه المهر من ماله. والروايتان المذكورتان كما ترى علي خلاف قواعدهم (١) من إيجاب مهر المثل للتي أدخلت عليه لأنه نكاح شبهة، وهو موضع مهر المثل، وأنه يرجع به علي الأب لتدليس، مع أن الروايتين ظاهرتان في أن إلها المهر الذي ساقه الزوج أولاً، ومقتضى قواعدهم أنه يجب للزوجة المهر الذي سمي في العقد، ويجب علي الزوج دفعه لها، مع أنه عليه السلام حكم في الخبرين بإيجابه علي الأب. ويعضد هذين الخبرين أيضاً ما رواه الثقة الجليل أحمد بن محمد بن عيسى في كتاب النوادر (٢) عن ابن أبي عمير عن حمد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال):

إن عليا عليه السلام قضى في رجل له ابنتان إحداهما مهيرة والأخرى أم ولد، فزوج ابنته المهيرة فلما كان ليله البناء أدخلت عليه ابنته أم ولد فوقع عليه، وقال: ترد عليه امرأته التي كانت تزوجها، وترد هذه علي أبيها، ويكون مهرها علي أبيها) ورواه الصدوق في المقنع (٣) مرسلًا (قال: قضى علي عليه السلام) الحديث. أقول: قوله (ويكون مهرها علي أبيها) راجع إلى التي كانت قد تزوجها

(١) قال السيد السند في شرح النافع: ما تضمنته الرواية من كون مهر الزوجة علي أبيها مخالف للأصل، ويمكن حملها علي أن المسمى مساو لمهر المثل، فإن ما أخذته التي دخل بها من المهر يكون للشبهة، ويرجع إلى أبيها إذا كان قد ساقها إليه ويدفع إلى ابنته الأخرى، ويكون ذلك معني كون المهر من عند أبيها، انتهى.
ولا يخفى ما فيه من التعسف الظاهر، وأي ضرورة تلجئ إلى ذلك، إذ من الجائز، بل هو الظاهر أن الحكم بذلك وإن كان علي خلاف القواعد إلا أنه وقع عقوبة ومؤاخذه
(٢) النوادر ص ٦٥، البحار ج ١٠٣ ص ٣٦٥ ح ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٣ ح ٣.
(٣) الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٣ ذيل ح ٢.

كما صرح به الخبر المتقدم.
ويؤكدده أيضا ما رواه ابن شهر آشوب في كتاب المناقب (١) عن إسماعيل بن موسى بإسناده (أن رجلا خطب إلى رجل ابنة له عربية فأنكحها إياه، ثم بعث إليه بابنة له أمها أعجمية فعلم بذلك بعد أن دخل بها، فأتى معاوية وقص عليه القصة فقال: معضلة لها أبو الحسن، فاستأذنه وأتى الكوفة وقص على أمير المؤمنين عليه السلام فقال: على أبي الجارية أن يجهز لابنة التي أنكحها إياه بمثل صداق التي ساق إليه فيها، ويكون صداق التي ساق منها لأختها بما أصاب من فرجها، وأمره أن لا يمس التي تزف إليه حتى تقضي عدتها، ويجلد أبوها نكالا لما فعل) (٢) وأنت خبير بأن هذه الأخبار بعد حمل مجملها على مفصلها قد اتفقت على أن الحكم في المسألة الثانية هو وجوب مهر الزوجة التي أخرج دخولها على أبيها، والمهر الذي ساق الزوج أولا يكون للتي أدخلت عليه لمكان الدخول بها، وإن كان ذلك على خلاف قواعدهم المشهورة إلا أنه صريح كلام الشيخ في النهاية كما قدمناه، وكذا كلام ابن البراج، والمشهور بين المتأخرين خلافه كما عرفت مما قدمنا نقله عنهم.

قال العلامة في المختلف بعد ذكر المسألة الثانية ونقل قول الشيخ في النهاية بنحو ما نقلناه آنفا وذكر رواية محمد بن مسلم الأولى: والحق أن نقول إن كانت الأولى عالمه بأنه ليست الزوجة ودخل بها على علمها بالتحريم لم يكن لها مهر لأنها زانية، وإن لم تكن عالمة أو جهلت التحريم كان لها مهر مثلها إلى أن

(١) المناقب ج ٢ ص ٣٧٦، البحار ج ١٠٣ ص ٣٦١ ح ٣.
(٢) قد تضمنت هذه الرواية زيادة على غيرها من روايات المسألة عدم جواز وطئ زوجته حتى تنقضي عدة التي أدخلت عليه، والوجه فيه ظاهر حيث إنها أختها، ونكاحها صحيح لأنه نكاح شبهة، والوطئ ما دامت في العدة يستلزم الجمع بين الأختين، وتضمنت جلده تأديبا جزاء لما فعله من التدليس وارتكاب أمر محرم شرعا. (منه قدس سره).

قال: وأما الأولى فلها مهرها على الزوج لأنه لا يسقط بدفع الزوج إلى الثانية، ثم الزوج يطالب الأب الرافع بما دفعه الزوج إلى الثانية لأنه غره، إنتهى. وفيه أنه وإن كان ذلك مقتضى قواعدهم المقررة لكن أفاق هذه الروايات ودلالاتها صريحا على ما ذكرناه يمنع من ردها وطرحها في مقابلة ما ذكره سيما مع ما عرفت في غير موضع مما تقدم من وقوع نحو ذلك في مواضع لا تحصى كثرة. وكيف كان فجملة هذه الأخبار إنما تضمنت حكم المسألة الثانية، وليس غيرها في الباب، وعلى هذا فالمسألة الأولى خالية من الدليل، وإن كثر فيها القول والقييل، وما ذكره فيها من الرواية بأن مهر تلك المرأة مع عدم الدخول بها على أبيها لم نقف عليه في خبر بالكلية، وكذا المواضع التي وقع فيها الخلاف كما قدمناه ذكره لم نقف فيها على خبر.

وبالجملة فإنه لم يصل إلينا خبر يتضمن تلك المسألة بالكلية، وإنما الذي وصل إلينا هذه الأخبار التي ذكرناها، وموضعها إنما هو المسألة الثانية، حينئذ فيشكل الكلام فيها وإن أمكن بالنظر إلى تقريباتهم العقلية في بعض المواضع منها، إلا أنها غير معمول عليها عندنا كما عرفت في غير موضع مما تقدم. والعلامة في المختلف بعد أن اختار فيها أنه لا خيار إلا مع الشرط كما قدمنا نقله عنه قال: والشيخ عول على رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ثم ساق الرواية الأولى من روايته، ثم قال: وإن كان ضامنا في هذه الصورة فكذا في المتنازع لعدم التفاوت، وفي إيجاب المهر على الأب إشكال، وانتهى. وأنت خبير بأن ظاهر كلامه أن الشيخ إنما قال بوجوب المهر على الأب في المسألة الأولى إلحاقا لها بالمسألة الثانية، حيث أوجب عليه الأب المهر للزوجة، ولا يخفى أنه مع كونها قياسا، فهو قياس مع الفارق لأن التي حكم بإيجاب المهر لها على الأب في المسألة الأولى ليست زوجة، لأن الشرط والتراضي إنما وقع على بنت المهيرة وهذه إنما هي مدلسة، ولذا حكم بردها على أبيها، ومن أجل

ذلك استشكل أيضا في إيجاب المهر على الأب، والتي حكم بإيجاب المهر لها في المسألة الثانية زوجة شرعية مستحقة للمهر لكن لما كان الأب سببا في فوات مهرها باستحقاق الأخت التي أدخلت عليه لدخوله بها، غرم المهر عقوبة لابنته التي أخرج إدخالها على زوجها.

وبالجمله فالمسألة حيث كانت عارية عن النص فالكلام فيها مشكل، وحبس الفكر عن الجولان في ميدانها أوفق بالامتنال لما أمروا به في أمثالها.

فوائد

الأولى: قد وقع التعبير بالمهيرة في الأخبار وكلام الأصحاب، وفي الحديث كان لداود عليه السلام (١) ثلاثمائة مهيرة، وسبعمائة سرية. وهي فعلية بمعنى مفعولة، والمراد بها على ما ذكره أهل اللغة الحرة كالجوهري وغيره، سميت بذلك لأنها لا ينكح إلا بمهر، بخلاف الأمة فإنها قد توطأ بالملك والتحليل. قال في القاموس (٢) المهيرة هي الحرة الغالية المهر. وفي الصحاح (٣): المهيرة هي الحرة.

الثانية: قال في المسالك واعلم أنه لا فرق في بنت المهيرة بين كون أمها حرة في الأصل، أو معتقه لما عرفت من أن المراد منها لغة الحرة، وهي شاملة لهما ويحتمل ضعيفا (٤) الفرق، بناء على أن المعتقة يصدق عليها أنها كانت أمة،

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٤ ص ١٨١ ح ٩، وما في المصدرين " كان لسليمان بن داود "

(٢) القاموس ج ٢ ص ١٣٧.

(٣) الصحاح ج ٢ ص ٨٢١.

(٤) أقول: أشار بهذا الاحتمال إلى ما ذكره جملة منهم السيد عميد الدين في شرح القواعد فإنه استشكل في المسألة لهذا الاحتمال، والمذكور فيها جوابه. (منه قدس سره)

إذ لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه، ولا يخفى ضعفه إذ لا اشتقاق هنا، بل الأمة اسم للرقية، وهو منتف بعد العتق، وتعريف أهل الله ينافيه، إنتهى الثالثة: لا يخفى أن ما صرحت به أخبار المسألة الثانية من ثبوت المهر لمن أدخلت عليه مبني على الدخول بها مع عدم علمها بالحال، وإلا فلو كانت عالمه بأنها ليست زوجته فإنه لا شيء لها لأنها زانية، ولو علم هو مع جهلها كان هو زانيا، ولكن لها مهر المثل عند الأصحاب لموضع الشبهة، والمهر الذي تضمنته الأخبار، هذا مع الدخول بها وإلا فلا شيء لها لا على الرجل الذي أدخلت عليه ولا غيره، ولأنها ليست معقودا عليها ولا موطوءة، والله أعلم.

المسألة الرابعة: إذا تزوج الرجل امرأة على أنها بكر فظهرت ثيبا فظاهر كلام جملة من الأصحاب التفصيل في ذلك بأنه إن كان شرط كونها بكرا وثبت سبق الثيبوبة على القدر فإنه يجوز له الفسخ لفوات الشرط المقتضي للتخيير كنظائره، وإلا فلا، لأن الثيبوبة في نفسها ليست عيبا بحيث ترد به المرأة، ولذلك لم يذكر في العيوب المتقدمة، وإنما جاز الفسخ من حيث الشرط.

ويثبت سبق الثيبوبة بإقرارها وبالبينة، أو بقرائن الأحوال المفيد للعلم، ولو تجددت الثيبوبة بعد العقد فلا خيار أيضا ولا رجوع لعدم المقتضي وما تجدد بعد العقد من جملة العوارض اللاحقة لها لا توجب شيئا، ولا يترتب عليها أثر، ولو اشتبه الحال بأن لم يعلم تقدم ذلك على العقد أو تأخره عنه، فلا خيار أيضا لأصالة عدم التقدم، ثم إنه متى فسخ فإنه كان قبل الدخول فلا شيء لها، وإن كان بعده فقد استقر المهر ويرجع به على المدلس، وإن كانت هي المدلسة للاشئ لها، إلا أنهم قالوا هنا جريا على ما تقدم من نظائر هذا الموضوع أنه يستثنى لها أقل ما يصلح لأن يكون مهرا كما هو أحد القولين.

والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام ما رواه ثقة الاسلام (١) في الصحيح

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٥ ب ١٠ ح ١.

عن محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام (في الرجل يتزوج امرأة
على
أنها بكر فيجدها ثيبا، يجوز له أن يقيم عليها: قال: فقال: قد تفتق البكر
من المركب ومن النزوة)
وما رواه في الكافي والتهذيب (١) في الصحيح عن محمد بن جرك (قال: كتبت
إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكرا فوجدها ثيبا، هل يجب
لها الصداق وافيأ أم ينتقص؟ قال: ينتقص)
وظاهر الخبر الأول يتناول من اشترط بكارتها في العقد أو ذكرت قبله
وجرى العقد عليها من غير اشتراط له في نفس العقد وأنه مع عدم العلم بالتقدم
على العقد يجوز تجرده بأحد الوجهين المذكورين فلا يوجب ذلك الخيار، وظاهر
الثانية هو أنه مع ظهور الثيبوبة ينقص شيء من المسمى، وسيأتي الكلام فيه
إن شاء الله تعالى، وأما باقي الأحكام في المقام فقد علم وجهها مما سبق.
بقي هنا شيء، وهو أنه حيث لا فسخ إما لعدم وجود موجهه، أو لاختياره
المقام معها وإن جاز له الفسخ، فهل للزوج أن ينقص شيئا من المهر لظهور الثيبوبة
التي هي على خلاف ما وقع عليه الاتفاق من البكارة أم لا؟ قولان، والثاني منقول
عن أبي الصلاح وابن البراج (٢) والأول هو المشهور.
قال أبو الصلاح علي ما نقل عنه في المختلف في بحث المهور: إذا تزوج
بكرا فوجدها ثيبا وأقرت للزوج بذلك حسب، أو قامت به البينة قليس يوجب
الرد ولا نقصانا في المهر.
وظاهر هذا الكلام عدم ثبوت الخيار، وإن تقدم حصول الثيبوبة على العقد

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٧، الوسائل

ج ١٤ ص ٦٠٤ ب ١٠ ح ٢.

(٢) وأما ابن البراج فإنه قال: إذا تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيبا جاز أن ينقص من مهرها شيئا، وليس
ذلك بواجب. انتهى، وربما أشعرت هذه العبارة بخلاف

ما نقل عنه. (منه قدس سره)

وشرط البكارة، هو خلاف ما يفه من كلام الأصحاب كما عرفت، ولهذا أن العلامة في المختلف قال: وأبو الصلاح إن الصلاح إن قصد التزويج بالبكر مع عدم شرط البكارة

فهو مسلم، وإن قصد ذلك مع اشتراط البكارة فهو ممنوع، ثم إنه على تقدير القول المشهور من جواز أن ينقص من المهر شيئاً فإنهم قد اختلفوا في قدر ذلك على أقوال:

(أحدها) أن ينقص شئ في الجملة، حيث قد ورد عن الشارع نقص شئ ولم يقدره كما تشعر به صحيحة محمد بن جرك المتقدمة، والتقريب فيها استلزام النقص تقدير

منقوص، والمناسب تقدير فلفظ شئ مبهم لاقتضاء المقام إياه وهذا القول للشيخ في النهاية.

و (ثانيها) إن الناقص الدس، ونقل عن القطب الراوندي في شرح مشكل النهاية محتجا بأن الشئ في عرف الشرع السدس، فلهذا حمل عليه في الوصية فكذا هنا، وغلطه المحقق فقال: بأن الشئ لم يذكر في الرواية وإنما وجب تقديره لاقتضاء اللفظ نقصان قدر مبهم، هو الشئ المنكر، لا الشئ المعين الذي هو السدس، ثم كون الشئ سدسا في الوصية لا يقتضيه في غيرها، لاقتضاء الدليل عليه مع كونه أعم، ورده العلامة أيضا في المختلف فقال: الجواب المنع من العرف الشرعي في ذلك ولهذا لا يحمل عليه في الاقرار وغيره، ولا يلزم من تقديره في الوصية تقديره في غيرها، وإذ ليس ليس في الرواية لفظ شئ.

و (. ثالثها) إنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر والثيب، وهو قول ابن إدريس حيث قال على ما نقله في المختلف: الصحيح أنه ينقص من المسمى مقدار مثل ما بين مهر البكر إلى مهر الثيب، وذلك يختلف باختلاف الجمال والسن والشرف وغير ذلك، فلأجل هذا قيل ينقص من مهرها شئ منكر غير معروف، واختاره في المختلف، وهو قول المحقق في الشرايع.

وقد اعترض على هذا القول السيد عميد الدين في شرحه على القواعد فقال: وأنا أو قول: إن كلام ابن إدريس ليس جيدا على إطلاقه، فإنه ربما

أدى إلى سقوط المهر بالكلية، وذلك لأننا لو فرضنا أن مهرها بكرًا خمسون وثيبًا أربعون كان له أن يسقط التفاوت وهو عشرة، ما قال ابن إدريس، فلو فرضنا أن المسمى كان عشرة لزم خلو البضع من المهر بإسقاط جميعه، بل ينبغي أن يقال أنه يسقط نسبه ما بين مهرها بكرًا وثيبًا، ففي هذا الصورة يسقط خمس ما وقع عليه العقد، وذلك ديناران. إنتهى وهو جيد، وقد تقدم نظيره في كتاب البيع. ونقل الشيخ ابن فهد في الموجز عن فخر المحققين أنه رده بأن قيمة المثل يعتبر في المعاوضات المحضة والنكاح ليس مها، وهو ظاهر في رد قول ابن إدريس. وظهره في المسالك (١) وسبغه في شرح النافع حمل كلام ابن إدريس على ما ذكره السيد عميد الدين من إرادة النسبة بين المهرين لا مجموع ما بينهما. ونسبه في المالك إلى العلامة في التحرير أيضا، وقال: ووجهه أن الرضاء بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكاره ولم تحصل إلا خالية من الوصف، فيلزم التفاوت كأرش ما بين المبيع صحيحا ومعيبا، قال: ويضعف بأن ذلك إنما ينم حيث يكون فواته قبل العقد، أما مع إمكان تجدده فلا، لعدم العلم بما يقتضي السقوط. إنتهى وهو جيد.

و (رابعها) ما نقله في المسالك عن المحقق أيضا وهو إحالة تقدير ذلك على نظر الحاكم، لانتفاء تقدير النص شرعا مع الحكم بأصله بالرواية الصحيحة فيرجع فيه إلى رأي الحاكم، قال: وهذا القول منسوب إلى المصنف أيضا وهو أوجه الأقوال، لثبوت النقص بالرواية الصحيحة وعدم تقديره لغة وشرعا، فلا

(١) حيث قال في ثالثها: أنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر والثيب أي بنسبة ما بينهما لا مجموع ما بينهما لئلا يلزم استيعاب المسمى في بعض الموارد بل الزيادة عليه، فلو فرض مهر مثل البكر مائة والثيب خمسين نقص من الفرض نصف المسمى، وهو قول ابن إدريس رحمه الله ورجحه المصنف رحمه الله عليه ولا علامة في التحرير.. إلى آخر ما ذكرناه في الأصل. (منه قدس سره).

شئ أنسب له من نظر الحاكم، وحينئذ فينظر في أصل المسألة برأيه، إنتهى.
أقول: الموجود من الأقوال في المسألة هو الثلاثة الأول كما ذكره في
المختلف، ومثله السيد عميد الدين في شرح القواعد، وهذا القول نقله الشيخ أحمد
ابن فهد عن المحقق في النكت (١).

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المسألة غير خالية من الاشكال، والظاهر عندي
ضعف القول الرابع بعد الثاني فإنه أضعف الأقوال، وما احتج في المسالك لهذا
القول من ثبوت النقص بالرواية وعدم تقديره لغة وشرعا يعني عدم تقدير الشئ،
فإنه لا يستلزم الرجوع إلى الحاكم بوجه من الوجوه، وكيف والحكم إنما
يجوز له الحكم بشئ بعد قيام دليل على عنده، ولم يرد من الشرع تفويض الأحكام
الشرعية أو تقدير المجهولات إليه يحكم فيها برأيه كما ادعاه من قوله، وينظر
في أصل المسألة برأيه، وأي دليل دل على تفويض ذلك إليه يحكم فيه برأيه،
مع أنه مأخوذ عليه آية ورواية أن لا يحكم إلا بما أنزل الله، وأقرب هذه الأقوال
القول الأول والثالث، بل يمكن إرجاعهما إلى قول واحد كما هو ظاهر العلامة
في المختلف حيث قال: بعد اختيار مذهب ابن إدريس وهو غير مناف لما قاله
الشيخ، والله العالم.

المسألة الخامسة: قد صرح جملة من الأصحاب بأنه إذا تزوج رجلان
بامراتين فأدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطأها، فلكل واحدة منهما
على واطئها مهر المثل، وترد كل واحدة على زوجها، وعليه مهرها المسمى،
وليس له وطؤها حتى تنقضي عدتها من وطئ الأول، ولو ماتتا في العدة أو مات
الزوجان ورث كل منهما زوجة نفسه وورثته.

(١) وظاهر السيد السند في شرح النافع الميل إلى هذا القول تبعا لجده قدس سرهما
حيث قال بعد ذكر الوجه الذي نقلناه عن جده: ولا بأس به. (منه قدس سره).

وقال الشيخ في النهاية (١) إذا عقد الرجلان على امرأتين فأدخلت امرأة هذا على هذا، والأخرى على الآخر ثم علم بعد ذلك فإن كانا قد دخلا بهما فإن كل واحدة منهما الصداق، فإن كان الولي تعمد ذلك، أغرم الصداق، ولا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها، فإن ماتتا قبل انقضاء العدة فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتها، ويرثانها الزوجان، وإن مات الرجلان وهما في العدة فإنهما يرثانها، ولهما المسمى.

وقال ابن إدريس: ولا صحيح من الأقوال أن يموت أحد الزوجين يستقر جميع المهر كاملاً، سواء دخل بها الرجل أولاً.

أقول: الأصل في هذه المسألة ما رواه في الكافي والتهذيب (٢) عن جميل بن صالح عن بعض أصحاب أبي عبد الله عليه السلام (في أختين هديتا إلى أخوين في ليلة، فأدخلت امرأة هذا على هذا، وأدخلت امرأة هذا على هذا، قال: لكل واحد منهما الصداق بالغشيان، وإن كان وليهما تعمد ذلك أغرم الصداق، ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة، فإذا انقضت العدة صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول، قيل له: فإن ماتتا قبل انقضاء العدة: قال: فليرجع الزوجان ينصف الصداق على ورثتهما، ويرثانها الرجلان، قيل: فإن مات الرجلان وهما في العدة؟ قال: ترثانها ولهما نصف المهر المسمى وعليهما العدة بعدما تفرغان من العدة الأولى تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها) وروى هذه الرواية الصدوق في الفقيه (٣) عن الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح أن أبا عبد الله عليه السلام (قال: في أختين أهديتا) الحديث، وهو صحيح لأن طريق

(١) النهاية ص ٤٨٨ ط قم مع إضافات فراجع.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١١، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٤ ح ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٦ ب ٤٩ ح ٢.

(٣) الفقيه ج ص ٢٦٧ ح ٥٤.

الصدوق إلى الحسن بن محبوب صحيح، وباقي رجاله ثقات، والأصحاب في كتب الاستدلال كالمختلف والمسالك وغيرهما إنما نقلوا الخبر برواية الكليني والشيخ، وردوه بضعف السند، لما رفت من الارسال، وطعن فيه المسالك باشماله على تنصيف المهر في موت كل منهما، ولا بأس بنقل كلامه، وإن طال به زمام الكلام ليظهر لك ما فيه من صحة أو سقام.

قال: رحمة الله عليه بعد الكلام في المسألة وذكر الرواية: وقد ظهر أن الرواية ضعيفة بالارسال والقطع معا، ومع ذلك فالشيخ لم يعمل بموجبها في الزوجين لتضمنها لثبوت نصف المهر بالموت في كل منهما، والشيخ خصه بموت الزوجة، وأوجب مع موت الزوج المسمى ولعل لفظ المسمى وقع سهواً، وكان حقه نصف المسمى كما في الرواية، لأنها هي مستند ذكره لها في النهاية، وقد ذكرها الصدوق في المقنع كما ذكرها في التهذيب، ولكن الصدوق لم يجعلها مقطوعة، بل قال: وسئل الصادق عليه السلام عن أختين أهديتا إلى أخوين.. إلى آخر الحديث، في المختلف اقتصر في نقل الرواية على ما تضمنه كلام الشيخ، وترك حكاية آخرها المتضمن لثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوج، فلم يحصل فيها مخالفة إلا في موضع واحد، وهو ثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوجة كما ذكره في النهاية، ثم حمل الرواية على أن المرأتين ليس لهما ولد، فيرجع الزوجان بالنصف فيما دفعاه مهراً على سبيل الميراث، ورضيه منها متأخرون، وهذا الحمل مع بعد يتم في جانب الزوج دون الزوجة لحكمه لها أيضاً بالنصف، مع أن أول الرواية تضمن حصول الغشيان ووجوب الصداق، وآخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت، وحملها على ما لوقع ذلك قبل الدخول خلاف ظاهرها، وعلى كل تقدير، فإطراح الرواية لما ذكر من وجه الضعف أولى من تكلف حملها على ما لا تدل عليه، إنتهى.

أقول بالله التوفيق ك إن ما طعن به من ضعف السند فقد عرفت جوابه،

وأنه مبني على نقله الرواية من التهذيب أو الكافي، وإلا فهي كما عرفت صحيحة في الفقيه، وعبارة المقنع التي حكاهها مبنية على ذلك.

وأما ما طعن به في متن الخبر من اشتماله على تنصيف المهر بموت الزوج والزوجة مع ذكر الغشيان الذي هو كناية عن الدخول في صدر الخبر، فالجواب عنه أنه لا يخفى أن الغشيان الذي وقع إنما هو من ذلك الرجل الأجنبي الذي أدخلت عليه المرأة بظن أنه زوجها فجامعها على أنها زوجته، والصدّاق المذكور الذي استحقه بالغشيان مراد به مهر المثل الذي ذكره الأصحاب، حيث إن النكاح هنا وقع نكاح شبهة يوجب مهر المثل، غاية الأمر أنه عبر عنه بالصدّاق، وهو غير بعيد ولا مستغرب.

وأما ما ذكره من السؤال في الرواية بقوله: فإن ماتنا قبل انقضاء العدة؟ قال: يرجع بنصف الصّدّاق. فالمراد بالصدّاق هنا إنما هو المسمى في العقد بين تلك المرأة وزوجها لا مهر المثل الذي تقدم في صدر الرواية. وبذلك على ذلك أن هذا السؤال إنما وقع على أثر قوله: ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة، فإذا انقضت العدة صارت كل امرأة منهما إلى زوجها، فإنه لما تضمن وجوب إرجاع كل واحدة منهما إلى زوجها الذي عقد عليها، بعد أن تقضي عدة نكاح الشبهة رجع السائل وسأل عن موت أحد الزوجين من المرأة أو الرجل في تلك العدة.

وحاصله يرجع إلى موت أحد الزوجين قبل الدخول وهي مسألة مشهورة سيأتي تحقيق الكلام فيها، وقد قيل بتنصيف المهر في الموضعين ودلت عليه جملة من الأخبار أيضاً، وهذا الخبر من جملتها، وإن عارضها غيرها من الأخبار. وبالجملة فإن كلا من المرأتين المذكورتين لها صدّاقان: أحدهما وهو مهر المثل على الواطئ لها، وهو المذكور في صدر الرواية، والمهر الآخر المسمى في العقد على الزوج، وهذا هو الذي وقع السؤال عن وجوبه كملاً أو

تنصيفه بالموت، وهي مسألة مشهورة، أخبارها من الطرفين مأثورة، وهذا الخبر من جملتها، وبذلك يظهر أنه لا طعن من هذه الجهة لوجود القائل، ودلالة الأخبار على تنصيف المهر في الموضعين، ولا ضرورة إلى ما تكلفه في المختلف ولا غيره، ولا إشكال بحمد الملك المتعال في هذا المجال كما لا يخفى على من عرف الرجال بالحق، لا الحق بالرجال.

ومن روايات المسألة أيضا وإن لم تشتمل على هذه الأحكام ما رواه في الفقيه (١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سألته عن رجلين نكحا

امرأتين، فأتى هذا بامرأة هذا، وهذا بامرأة هذا؟ قال: تعتد هذه من هذا،

وهذه من هذا، ثم ترجع كل واحدة إلى زوجها)

أقول: حكمه عليه السلام بالعدة هنا محمول على وقوع الدخول، إلا فمع عدمه

فإنه ترجع كل واحدة إلى زوجها من حين العلم بالحال، وبه صرح الأصحاب

أيضا، وقد صرحوا أيضا بأنه متى كان الرجل عاملا بالحال، هي جاهله فإنه

يكون زانيا فيحد لذلك، ولها المهر، وعليها العدة ولو علمت هي وجعل هو

كانت زانية لا مهر لها، ويجب عليها الحد وعليها العدة لو طئه المحرم، والعدة

تثبت مع احترام الوطئ من جهتها أو من جهته كما عرفت، ولو علما معا كانا زانيين

فلا مهر ولا عدة ولو فرض دخول أحدهما دون الآخر أو العلم من أحدهما دون

الآخر اختص كل بما يلزمه من الأحكام المذكورة، والله العالم.

المسألة السادسة: من القواعد المقررة بينهم أن كل موضع حكم فيه ببطان

العقد فللزوجة مع الوطئ مهر المثل لا المسمى وكل موضع حمم فيه بصحة

العقد فلها مع الوطئ المسمى وإن تعقبه الفسخ.

وعلل الأول بأن مهر المثل عوض البضع الحرم حيث لا عقد، ومع بطلان

العقد ينزل كعدمه فيكون كالوطئ لشبهة المجرد عن العقد.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٤ ص ٣٥٩ ب ٤٩ ح ١.

وعلل الثاني بأن المسمى تابع لصحة العقد، فمتى صح العقد وجب المسمى وإن تعقبه الفسخ لو جوبه بالعقد، الفسخ إنما يرفع العقد من حين الفسخ لا من أصل العقد، فلا يبطل المسمى الذي قد استقر بالدخول سواء كان الفسخ بعيب سابق له أو لاحق، وللشيخ في المبسوط قول بالتفصيل وهو أنه إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطئ لزم مهر المثل سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده، وقد تقم الكلام في ذلك المقصد الثاني في المهور

جمع مهر وهو على ما عرفه في الصحاح القاموس (١): الصداق، قالوا: والصداق بكسر الصاد وفتحها: المهر.

قال في المسالك: وهو مال يجب بوطئ غير زنا منهما ولا ملك يمين أو بعقد النكاح أو تفويت بضع قهرا على بعض الوجوه كإرضاع ورجوع شهود. قال سبطه في شرح النافع بعد نقل ذلك: وأورد عليه طردا عقر الأمة الزانية إن جعلنا العقر مهرا كما ذكره المعرف فإنه جعل من أسماء المهر العقر، وعكسا أرش البكارة، فإنه يجب بالوطئ المخصوص وليس مهرا والنفقة إن قلنا أنها تجب بالعقد، والنشوز مانع، ثم قال: والأمر في ذلك هين. ثم إنه قال في المسالك: وله أسماء كثيرة منها الصداق بفتح الصاد وكسرهما سمي به لاشعاره بصدق رغبه باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجابه، والصدقة بفتح أوله وضم ثانيه، النحلة والأجر، والفريضة، قد ورد بها القرآن، قال الله تعالى: (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) (٢) وقال (فما استمعتم به منهن فآتوهن أجورهن) (٣) وقال (وقد فرضتم لهن فريضة) (٤) والعليقة، العلائق، وقد روي (٥) أن النبي صلى الله عليه وآله قال: أدوا العلائق، قيل: وما العلائق؟ قال: ما ترض به الأهلون

(١) الصحاح ج ٤ ص ١٥٠٦، القاموس ج ٢ ص ١٣٦.

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٧.

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٧.

(٥) النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ٢٨٩.

والعقر بالضم، الحباء بالكسر، ويقال من الفظ الصداق والصدقة: صدقتها، من المهر: مهرتها، ولا يقال: أصدقتها وأمهرتها، ومنهم من جوزه، وقد استعمله المصنف وغيره من الفقهاء، إنتهى كلامه.

قال في كتاب المصباح المنير (١): ومهر المرأة مهرا من باب نفع أعطيتها المهر، وأمهرتها بالألف كذلك، والثاني لغة تميم وهي أكثر استعمالا، ومنهم من يقول مهرتها إذا زوجها من رجل على مهر فهي مهيرة، فعلى هذا يكون مهرت وأمهرت لاختلاف معنيين (إنتهى).

وقال أيضا في الكتاب المذكور: وصادق المرأة فيه لغات أكثرها فتح الصاد، والثانية كسرهما، والجمع صدق بضمين، الثالثة لغة الحجاز صدقة، ويجمع صدقات على لفظها، وفي التنزيل (وآتوا النساء صدقاتهن) والرابعة لغة تميم صدقة، الجمع صدقات، مثل غرفة وغرفات، وصدقة لغة خامسة وجمعها صدق مثل قرية وقرى، وأصدقتها بالألف أعطيتها صداقها، وأصدقتها تزوجتها على صداق، إنتهى. وكيف كان ففي هذا المقصد بحوث

الأول: فما يصح أن يكون. مهرا، وفيه مسائل:

الأولى: المفهوم من كلام الأصحاب الاتفاق على أن كل ما يملكه المسلم مما يعد ما لا يصح جعله مهرا للزوجة عينا كان أو دينا أو منفعة، والمراد بالمنفعة ما يشمل منفعة العقار والحيوان والغلام والأجير، وإنما وقع الخلاف في جعل المهر عملا من الزوج للزوجة أو وليها، فمنعها الشيخ في النهاية: والمشهور الجواز وهو قوله في الخلاف والمبسوط، إليه ذهب الشيخ المفيد وابن الجنيد وابن إدريس، وجملة من تأخر عنه.

قال في النهاية: يجوز العقد على تعليم آية من القرآن أو شئ من الحكم والآداب، لأن ذلك له أجر معين، وقيمة مقدرة، ولا يجوز العقد على إجارة،

(١) المصباح المنير ص ٨٠١.

وهو أن يعقد الرجل على امرأة على أن يعمل لها أو لوليها أياما معلومة، أو سنين معينة.

وظاهر كلامه في الخلاف أن القول بما ذهب إليه في النهاية كان موجودا قبله حيث قال: يجوز أن يكون منافع الحر مهرا مثل تعليم قرآن أو شعر مباح أو تعليم بنا؟ أو خياطة ثوب وغير ذلك مما له أجر، واستثنى أصحابنا من جملة ذلك الإجارة، وقالوا: لا يجوز، لأنه كان يختص بموسى عليه السلام ونحوه في المبسوط.

وابن البراج قد تبع الشيخ في النهاية في كتاب الكامل، ووافق المشهور في المذهب فقال: يجوز أن يكون منافع الحر مهرا، مثل أن يخدمها شهرا وعلى خياطة ثوب وعلى أن يخيطة له شرها، وكذلك البناء وما أشبهه، وكذلك تعليم القرآن، والمباح من الشعر، وروى أصحابنا أن الإجارة مدة لا تصلح أن تكون صداقا لأن ذلك مخصوص بموسى عليه السلام وقال ابن إدريس: يجوز أن يكون منافع الحر مهرا، مثل تعليم القرآن أو شعر مباح أو بناء أو خياطة ثوب وغير ذلك مما له أجر، لأن كل ذلك له أجر معين وقيمة مقدرة.

واستثنى بعض أصحابنا من جملة ذلك الإجارة إذا كانت معينة يعملها الزوج بنفسه، قال: لأن ذلك كان مخصوصا بموسى عليه السلام والوجه في ذلك أن الإجارة إذا كانت معينة لا تكون مضمونة، بل إذا مات المستأجر لا يؤخذ من تركته، ولا يستأجر التمام العمل، وإذا كانت في الذمة تؤخذ من تركته، ويستأجر لتمام العمل، قال: والذي أعتمده وأعمل عليه وأفتي به أن منافع الحر ينعقد بها عقود النكاح، وتصح الإجارة، والأجرة على ذلك، سواء كانت الإجارة في الذمة أو معينة العموم الأخبار، وما ذكره بعض أصحابنا من استثنائه الإجارة وأنها كانت مخصوصة بموسى عليه السلام فكلام في غير موضعه، واعتماد على خبر شاذ نادر.

فإذا تأمل حق التأمل بأن ووضح أن شعيبا عليه السلام استأجر موسى عليه السلام ليرعى له، لا ليرعى لبنته، وذلك كان في شرعه وملته أن المهر للأب دون البنت، وإذا كان كذلك فإنه لا يجوز في شرعنا ما جاز في شرع شعيب عليه السلام، فأما إذا عقد على

إجارة ليعمل لها فالعقد صحيح سواء كانت الإجارة معينة أو في الذمة. وقد أورد شيخنا في التهذيب (١) خبرا عن السكوني عن الصادق عليه السلام (قال: لا يحل النكاح اليوم في الاسلام بإجارة بأن يقول: أعمل عندك كذا سنة على أن تزوجني أختك أو بنتك، قال: حرام، لأنه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها) فهذا يدل على ما حررناه وبيناه، فمن استثنى أصحابنا الإجارة، إن أراد الإجارة التي فعلها شعيب عليه السلام مع موسى عليه السلام فصحيح وإن أراد غير ذلك

فباطل. إنتهى كلامه، وهو جيد للأخبار الدالة على ذلك عموما وخصوصا. ومنها وما رواه في الكافي (٢) عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال:

سألته عن المهر ما هو؟ قال: ما تراضى عليه الناس) وعن الفضيل بن يسار (٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام (قال: الصادق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير فهذا الصادق) وعن الحلبي (٤) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن المهر، فقال: ما تراضى عليه الناس) الحديث.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥١، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٨ ح ٥٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ١.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٤.

وعن زرارة بن أعين (١) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: الصداق كل شيء تراضى عليه الناس قل أو أكثر في متعة أو تزويج غير متعه) إلى غير ذلك من الأخبار التي بهذا المضمون.

وما رواه في الكافي (٢) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام (قال:

جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوجني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أهذه؟

فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله صلى الله عليه وآله زوجنيها، فقال: ما تعطيتها؟ فقال: ما لي

شيء، قال: لا، فأعادت، فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام، فلم يقد أحد غير الرجل

ثم أعاد فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وفي المرة الثالثة أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال:

نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه)

وما رواه في الكافي والتهذيب (٣) عن بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام (قال:

سألته عن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله عز وجل، فقال:

ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السورة ويعطيها شيئاً، قلت: أيجوز أن

يعطيها تمراً أو زبيبا؟ فقال: لا بأس بذلك إذا رضيت به كائناً ما كان) وهذه الأخبار

كما ترى ظاهرة في القول المشهور غاية الظهور، ولا سيما الخبرين الأخيرين.

هذا والذي وقفت عليه من الأخبار في قصة موسى عليه السلام وما رواه في الكافي (٤)

في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر (قال: قلت لأبي الحسن عليه

السلام: قول

شعيب عليه السلام إنني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني

حجج،

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢ ح ٦.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٣، الوسائل ج ١٥

ص ٣ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٥

ص ١٢ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ح ١.

فإن أتممت عشر فمن عندك أي الأجلين قضى؟ قال: الوفاء منهما أبعد هما عشر سنين، قلت: فدخل بها قبل أن ينقضي الشرط أو بعد انقضائه؟ قال: قبل أن ينقضي، قلت له: فالرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة شهرين، ويجوز ذلك؟ فقال: إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم له شرطه، فيكف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفى له، وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج المرأة على السورة من

القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبض من الحنطة) وروى الشيخ في التهذيب (١) عن أحمد بن محمد عن أبي الحسن عليه السلام (قال: سألته عن

الرجل يتزوج المرأة ويشترط إجارة شهرين، قال: إن موسى عليه السلام الحديث كما تقدم بأدنى تفاوت.

وروى الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمي في تفسيره (٢) عن محمد بن مسلم في حديث طويل (قال: قلت لأبي عبد الله عليه: أي الأجلين قضى؟ قال: أتمها عشر حجج، قلت له: فدخل بها قبل أن يقتضي الأجل أو بعده؟ قال: قبل، قال: قلت: فالرجل يتزوج المرأة، ويشترط لأبيها إجارة شهرين مثلاً، أيجوز ذلك؟ قال: إن موسى بن عمران عليه السلام علم أنه يتم له شرطه، فيكف لهذا أن يعلم أنه يبقى حتى يفى) الحديث.

وأجيب عن هذه الأخبار بأن الظاهر هو حمل النهي فيما على الكراهة لا التحريم، لأن ما اشتملت عليه جار في تعليم القرآن الذي قد دلت لأخبار كما عرفت على جواز جعله مهراً، بل كل مهر قبل تسليمه كذلك، لأنه لا وثوق له بالبقاء حتى يسلمه، مع أن ذلك غير قادح في الصحة إجماعاً. أقول: والظاهر عندي أن هذه الأخبار إنما خرجت مخرج المجازاة، والتسليم بمعنى أن العقد بهذه الصورة غير جائز، لأن المهر حق للزوجة لا للأب،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ب ٢٢ ح ١.

(٢) تفسير القمي ج ٢ ص ١٣٩، المستدرک ج ٢ ص ٦٠٨ ب ١٩ ح ٤.

ومع فرض جواز ذلك للأب فإنه كيف له بالعلم بالبقاء هذه المدة، وفعل موسى عليه السلام بناء على جواز في تلك الشريعة إنما كان لعلمه بالبقاء إلى أن يفى بالمدة وأما غيره ممن لا يعلم فلا ينبغي له ذلك، والنهي أيضا على هذا التقدير لا يخرج عن الكراهة على تقدير جواز التزويج، وإلا فهو غير جائز.

ويدل على عدم جواز التزويج بهذه الكيفية وما رواه في الكافي والتهذيب (١) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا يحل النكاح كذا في الكافي، وفي الكتابين

الأخيرين عن أبي عبد الله عليه السلام أن عليا عليه السلام قال: لا يحل النكاح اليوم في الإسلام

بإجارة، بأن يقول: أعمل عندك كذا وكذا سنة على أن تزوجني ابنتك أو أختك، قال: هو حرام، لأنه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها)

قال في الفقيه ذيل هذا الخبر: وفي حديث آخر (إنما كان ذلك لموسى بن عمران لأنه علم من طريق الوحي هل يموت قبل الوفاء أم لا، فوفى بأتم الأجلين) والتقريب في الخبر المذكور دلالة على أن المنع من هذه الصورة إنما هو من حيث جعل المهر للأب، وهو حق للمرأة، وثمر رقبتها لا من جهة الإجارة، فيه إشعار بأنه لو كانت الإجارة لها لأن يكون العمل لها فإنه صحيح لا مانع منه، وهو صريح في بطلان هذا العقد لو كان العمل لها فإنه صحيح لا مانع منه، وهو لا يظهر له وجه ارتباط بالخبر، بنا؟ على ما قلناه، لأن الخبر لم يتضمن المنع من حيث الإجارة، والتذييل المذكور إنما ينصب على ذلك، ليصير بمعنى التخصيص له، بل إنما تضمن بالمنع والبطلان من حيث إن هذا العمل الذي جعله مهرا لا يجوز جعله للأب لأنه مهر، والمهر حق الزوجة لا الأب. وبالجملة فالظاهر هو القول المشهور كما عرفت من ظهر الأخبار المتقدمة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥١ وفيه اختلاف يسير، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٨ ح ٥٦ وفيه فقط " أن عليا عليه السلام قال: " والتهذيب موافق للكافي، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ب ٢٢ ح ٢.

في ذلك، وعدم ظهور المنافاة من هذه الأخبار. والله العالم وأولياؤه الأخبار،
المسألة الثانية: لو عقد الذميان ونحوهما على ما لا يجوز العقد عليه في
شرعية الاسلام كالخمر والخنزير صح، لأن ذلك مما يملك في شريعتهم فيجوز
جعله مهرا، لكن لو أسلما معا أو أحدهما، فإن كان بعد التقابض فلا شئ للزوجة،
لبراءة ذمة الزوج بقبضها في شريعتهم، وإن كان قبل التقابض لم يجز دفع المعقود
عليه، أما مع إسلامهما معا فإنه يحرم القبض والاقباض في دين الاسلام، وأما
مع إسلام الزوج فإنه لا يجوز له إقباضه ولا دفعه، وأما مع إسلامها فإنه لا يجوز
لها قبضه، والعلة في هذه المواضع هو عدم صحة تملك هذه الأشياء في شريعة
الاسلام، وما لا يكون مملوكا لا يكون مهرا، وحينئذ فالواجب بناء على ما هو
المشهور هو القيمة عند مستحليه، لأن التسمية وقعت صحيحة، ولهذا لو كان قد
حصل التقابض قبل الاسلام برأ، ولكن حيث تعذر تسليم العين لما عرفت وجب
الانتقال إلى القيمة، وهذا القول هو المشهور، مثله ما لو جعلاه ثمنا لمبيع أو عوضا
لصلح أو إجارة أو نحوهما.

وقيل: إن الواجب مهر المثل تنزيلا لتعذر تسليم العين منزلة الفساد،
ورده السيد السند في شرح النافع بأنه ضعيف.

أقول: ويدل على ما هو المشهور من الرجوع إلى القيمة ما رواه المشايخ
الثلاثة (١) عن رومي بن زرارة عن عبيد بن زرارة (قال: قلت: لأبي عبد الله عليه
السلام

النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دنا من خير وثلاثين خنزيرا، ثم أسلما
بعد ذلك، ولم يكن دخل بها، قال: ينظر، كم قيمة الخمر وكم قيمة الخنازير
فيرسل بها إليها ثم يدخل عليها، وهما على نكاحهما الأول).

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٦ ح ١١، الفقيه ج ٣ ص ٢٩١
ب ١٤٢ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ح ٢.

وقد روى في الكافي والتهذيب (١) عن طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (قال:

سأله (٢) رجل عن رجلين من أهل الذمة أو من أهل الحرب يتزوج كل واحد منهما امرأة وأمهرها خمرا، وخنزير ثم أسلما، فقال: ذلك النكاح جائز حلال، لا يحرم من قبل الخمر، ولا من قبل الخنازير، قلت: فإن أسلما قبل أن يدفع إليها الخمر والخنزير؟ فقال: إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئا من ذلك، ولكن يعطيها صداقا)

وأنت خبير بأن هذه الرواية للدلالة على القول بمهر المثل، احتمال حملها على القيمة كما دلت عليه الرواية الأولى يحتاج إي تكلف بعيد. ولو كانا مسلمين أو أحدهما مسلما فعقدا على خمر أو خنزير أو نحوهما مما لا يصح تملكه، فلا ريب في بطلان المسمى، وهل يبطل العقد أو يصح؟ قولان وعلى تقدير الصحة ما لذي يجب عوض ذلك، فالكلام هنا في موضعين: (أحدهما) في صحة العقد وبطلانه، وقد اختلف الأصحاب في ذلك فذهب جمع منهم الشيخان في المقنعة والنهاية والقاضي وابن البراج والتقي أبو الصلاح إلى القول بالبطلان، وقيل: بالصحة وهو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف، وبه قال ابن حمزه وابن زهرة وابن إدريس والمحقق، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين. احتج الأولون بأن الرضا شرط في صحة القد، وهو إنما وقع على جعل الخمر في مقابلة البضع مع أنه باطل، فما وقع عليه الرضا غير صحيح، وما هو صحيح لم يقع عليه التراضي، ولأنه عقد معاوضة (٣) فيفسد بفساد العوض كالبيع،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٥ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ح ١.
(٢) في التهذيب " عن طلحة بن زيد قال: سألت الخ " والظاهر أنه من سهو قلم الشيخ رضي الله عنه. (منه قدس سره).

(٣) والذي يدل على كونه عقد معاوضة قوله سبحانه " فأتوا أجورهن " والأدلة الدالة على جواز النظر إليها متى أراد تزويجها من قولهم عليهم السلام أنه مسام، بقيه وأنه يشتريها بأغلى الثمن، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على المعاوضة، وأن المهر عوض البضع، ويظهر أيضا من قولهم زوجتك بكذا، فإن الباء للمعاوضة كما في قولك بعث كذا بكذا. (منه رحمه الله).

وقول الباقر عليه السلام (١) ((الصداق ما تراضيا عليه قل أو كثر) ويلزمه بطريق عكس النقيض

أن ما لم يتراضيا على لم يكن مهرا.

احتج الآخرون بوجود المقتضي للصحة وهو الإيجاب والقبول وعدم المانع إذ ليس إلا بطلان المهر، لكن بطلانه لا يؤثر في بطلان العقد، لصحة عرائه عنه، بل صحة العقد مع شرط عدمه، فلا يكون ذكر المهر الفاسد أعظم من اشتراط عدم المهر، ولأن المهر والعقد غير أن، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر، ويظهر الغيرية فيما لو عقد بغير مهر، فإنه يصح بلا خلاف.

وأجيب عن دليل الأولين بأن ما ادعوه من أن بطلان المسمى يوجب عدم الرضا بأصل القعد قياسا على سائر المعاوضات منقوض بما لو ظهر المهر مستحقا، فإن العقد صحيح بلا إشكال، مع أنه لو كان كذلك في المعاوضة المحضه فإنها تفسد بظهور استحقاق أحد العوضين، وبذلك يظهر أنه ليس النكاح كالمعاوضة المحضه، ومن ثم سماه الله تعالى نحله (٢) وهي العطية وركن العقد يقوم بالزوجين. وأما ما استندوا إليه من الخبر، ففيه أن الظاهر أن المراد من الصداق الذي تراضيا عليه هو المهر الذي يذكر في العقد لا مطلق المهر، لأن المهر الواجب مع عدم ذكره في العقد لم يتراضيا عليه، مع أنه صح أن يكون مهرا، وأيضا فالظاهر منه كون التراضي في جانب القلة والكثرة مع التعيين بقريئة قوله (قل أو كثر).

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ١ ب ١ ح ٣.
(٢) سورة النساء آية ٤.

وأجيب عن دليل الآخرين بالفرق بين عدم التسمية وتسمية الفاسد، لأنهما في الأول قد تراضيا على عدم المهر، فصح القعد للرضا به خاليا عن العوض، إلا أنه يثبت مهر المثل حينئذ، لأنه العوض شرعا في مثل ذلك، بخلاف الثاني، لأن التراضي لم يقع بالعقد خاليا عن العوض والمسمى باطل شرعا، وغيره غير مرضي به، فلا تصح للعوض، ولا يلزم من تغايرهم مع التعويض تغايرهما مع التسمية، لأن التراضي إنما وقع على العقد المشخص بالمهر المعين، فكانا أمرا واحدا مركبا، فيفوت بفوات أحد أجزائه.

أقول: والمسألة لخلوها عن النص محل إشكال، سيما مع تدافع هذه الأقوال، ولهذا توقف العلامة في المختلف، وكذا شيخنا الشهيد الثاني في المسالك وسببه في شرح النافع، إلا أنه في المسالك مع موافقته للعلامة في التوقف قال: إن كانت الصحة لا يخلو من رجحان وسببه قال بعد نقله التوقف عن العلامة: وهو في محله، وإن كان القول بالبطلان لا يخلو من رجحان، وقد عرفت في غير موضع مما تقدم عدم جواز الاعتماد في تأسيس الأحكام الشرعية على هذه التعليلات العقلية مع سلامتها من العارض، فيكف والحال كما رأيت. و (ثانيهما) أنه علي تقدير القول بالصحة كما هو المشهور بين المتأخرين، فما الذي يجب؟ قد اختلف الأصحاب القائلون بهذا القول على أقوال: الأول: إنه يجب مهر المثل مع الدخول كالمفوضة، ذهب إليه الشيخ في الخلاف وابن إدريس والمحقق، وعلل بأن عدم صلاحية المسمى لأن يكون صداقا اقتضى بطلان التسمية، فيصير العقد خاليا من المهر، ويلزم بالوطئ مهر المثل، لأنه قيمة البضع حيث لا تسميه، وقد اختلف كلام العلامة هنا، ففي الإرشاد قيد بالدخول كما ذكره هؤلاء المشار إليهم، في غيره أطلق مهر المثل، وظاهره وجوب مهر المثل وإن كان بمجرد العقد بدل المسمى حيث تعذر، وعلى هذا يكون هذا القول منقسما إلى قولين، قد نبه عليهما شيخنا الشهيد في شرح نكت الإرشاد،

ونقل القول بوجود مهر المثل بنفس العقد عن الشيخ، وعلل هذا القول بأن العقد وقع بالعوض، فلا يكون تفويضا، لكن لما تعذر العوض المعين،. وجب الانتقال إلى بدله، هو مهر المثل.

ورد بأن مهر المثل إنما ثبت كونه عوضا للوطئ حيث لا تسميه، لا أنه يكون بدلا عن المهر الفاسد، ولا يبعد أن يكون مراده رحمة الله عليه بما أطلقه هو التقييد بالدخول كما ذكره في الإرشاد، وإنما أطلق اعتمادا على ظهور ذلك من القواعد الشرعية، وكيف كان فإنه لو حمل على ظاهره ضعيف جدا لا ينبغي أن يلتفت إليه.

الثاني: إن الواجب قيمته عند مستحليه حتى لو كان المهر حرا قدر على تقدير رقيته: ونقل عن الشيخ في موضع من المبسوط، والوجه فيه أن قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذره، ولأنهما عقدا على شخص باعتبار ماليته، فمع تعذر الشخص يحب المصير إلى المال.

ورد الأول بأن الانتقال إلى القيمة فرع صحة العقد على ذي القيمة، لأن القيمة لم يقع التراضي عليه، ورد الثاني بأن تقدير المالية هنا ممتنع شرعا، فيجب أن تلغى كما ألغى التعيين.

أقول: ومع قطع النظر عن الرد بما ذكر في كل من الوجهين فإن إثبات الأحكام الشرعية بمثل هذه التعليقات العقلية مما منعت منه الآيات القرآنية والسنة النبوية على الصادع بها وآله أشرف صلاة وتحية.

الثالث: الفرق بين كون المهر الذي لا يملكه المسلم متقوما في الجملة كالخمر والخنزير فيعتبر قيمته وغير متقوم كالحر فيعتبر مهر المثل، وتوضيحه أن الحر ليس مالا بالكلية، فيكون ذكره كالعدم بخلاف الخمر، فإنه مضمون على المسلم للذمي المستتر

وكذا الذمي على مثله، فتكون المالية فيه ملحوظة في الجملة، فلا يكون العقد خاليا عن المهر أصلا بخلاف الحر، وضعف هذا القول بعلم ما سبق، فإنه مركب منهما.

قال في المسالك: واعلم أنه على القول الثاني يكون وجوب القيمة منوطا بمجرد العقد وإن لم يدخل بغير خلاف، بخلاف القول الأول فإن فيه وجهين، وكذا على الثالث، فإن الجهة التي توجب فيه القيمة تلحقه بالثاني، والذي توجب مهر المثل تلحقه بالأول، إنتهى.

وظاهر السيد السند في شرح النافع ترجيح الأول من هذه الأقوال الثلاثة حيث قال: وأجود الأقوال دليلا الأول، وهذا الترجيح مبني على القول بالصحة، بمعنى أنه لو قيل بالصحة لكان هذا القول أجود الأقوال المذكورة، وإلا فقد عرفت أننا قد رجح القول بالبطلان من بعد التوقف في المسألة، والله العالم. المسألة الثالثة: لا خلاف بين الأصحاب في أن المهر لا يتقدر بقدر في جانب القلة إلا بأقل ما يتمول، أي بعد مالا.

وأما في جانب الكثرة، فالمشهور بين المتقدمين وعلى كافة المتأخرين أنه لا تقدر بقدر بل بما شاء.

ونقل الخلاف هنا صريحا عن المرتضى عليه الرحمة في الإنتصار، فإنه قال: ومما انفردت به الإمامية أن لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جياذ قيمتها خمسون دينارا، فما زاد على ذلك رد إلى النسبة وهو ظاهر ابن الجنيد والصدوق في الفقيه، وكذا في الهداية (١) ورد ذلك بالآيات والروايات، قال الله عز وجل (وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) (٢).

(١) قال في الهداية، ومهر السنة خمسمائة درهم فمن زاد على السنة رد إلى السنة، فإن أعطاهما من الخمسمائة درهما واحدا أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء لها بعد ذلك إنما لها ما أخذت منه قبل أن يدخل.
أقول: وهو مضمون رواية المفضل المذكورة في الأصل، ونحو ذلك عبارة ابن الجنيد، فإنه ذكر رواية المفضل أيضا. (منه قدس سره) (٢) سورة النساء آية ٢٠.

والقنطار على ما في القاموس (١): بالكسر وزن أربعين أوقية من ذهب أو فضة أو ألف دينار أو ألف ومائتا أوقية، أو سبعون ألف دينار أو ثمانون ألف درهم أو مائة رطل من ذهب أو فضة أو ألف دينار أو ملاً مسك ثور ذهباً أو فضة. وقال عز وجل (فآتوهن أجورهن) (٢) وقال. (فنصف ما فرضتم) (٣) وهي عامة لكل ما وقع عليه التراضي وقد تقدمت جملة من الروايات في المسألة الأولى صريحة الدلالة بأن المهر ما وقع عليه التراضي قليلاً كان أو كثيراً. وفي حسنة الوشاء (٤) عن الرضا عليه السلام (لو أن رجلاً تزوج امرأة جعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً، والذي جعل لأبيها فاسداً) وروي في الكافي (٥) في الصحيح عن الفضيل (قالك سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

رجل تزوج امرأة بألف درهم، فأعطها عبداً أبقا وبردا حبره بألف درهم التي أصدقها، قال: إذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلا بأس إذا هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد) الحديث، إلى غير ذلك مما يضيق المقام عن نقله. احتج المرتضى على ما نقله عنه بإجماع الطائفة، وبأن المهر يتبعه أحكام شرعية، فإذا وقع العقد على مهر السنة فما دون ترتبت عليه الأحكام بالاجماع، وأما الزائد فليس عليه إجماع ولا دليل شرعي، فيجب نفيه. وأنت خبير بما فيه بعدما عرفت، وضعفه أظهر من أن يذكر.

(١) القاموس المحيط ج ٢ ص ١٢٢.

(٢) سورة النساء آية ٢٤.

(٣) سورة القرة آية ٢٣٧.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٨، الوسائل

ج ١٥ ص ١٩ ح ١.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٥

ص ٣٥ ب ٢٤ ح ١.

نعم ربما أمكن الاستدلال له بما رواه الشيخ (١) عن محمد بن سنان عن المفضل ابن عمر (قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي

لا يجوز للمؤمنين أن يجوزوه؟ قال: فقال: السنة المحمدية خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك رد إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من الخمسمائة درهم، فإن أعطاه من الخمسمائة درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه، قال: قلت: فإن طلقها بعدما دخل بها؟ قال: لا شيء له، إنما كان شرطها خمسمائة درهم، فلما أن دلخ بها قبل أن تستوفي صداقها هدم الصداق، فلا شيء لها، إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك في حياة منه أو بعد موته فلا شيء لها) إلا أنه لا يوافق مذهبه، في عدم العمل بالأخبار ولو كانت صحيحة فكيف إذا كانت ضعيفة.

وقد أجاب العلامة في المخلف عنها بالحمل على الاستحباب، قال: ومع الزيادة يستحب الرد بالابراء إلى مهر السنة، فإذا حصل الابراء لا يلزمه أكثر منه. إنتهى، ولا بأس به، فإنه ليس بعد ذلك إلا طرحه لمخالفته لما عرفت من الآيات القرآنية والسنة المستفيضة النبوية، وقد استفاضت الأخبار بعض الأخبار عليهما ورمي ما خلفهما، وهذا الخبر بظاهره مخالف لهما كما عرفت. قال في المسالك: واحتج المرتضى على مذهبه بإجماع الطائفة وهو عجيب، فإنه لا يعلم له موافق فضلا عن أن يكون مما يدعى فيه الاجماع، وقد اتفق له ذلك في الإنتصار في مسائل كثيرة ادعى فيها الاجماع، وليس له موافق، ذكرنا جملة منها في بعض الرسائل إلى أن قال بعد الطعن في سند الرواية بمحمد بن سنان والمفضل بن عمر والطعن في متنها بمخالفتها لعموم الكتاب والسنة ما لفظه: وبقي أنه قال بعد ذلك: فإن أعطاه من الخمسمائة إلى آخر ما تقدم، ثم قال:

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٤.

فنظر إلى هذه المخالفات العجيبة والأحكام الغربية في هذا المخالفات العجيبة والأحكام الغربية في هذا الخبر الواهي، وكيف يحسن بعد ذلك الاستناد إليه في حكم من هذه الأحكام مع مخالفة مدلوله في جميعها لما علماء الاسلام، بل مل هذا لا ينبغي إبداعه في كتب الحديث فضلا عن أن يجعل سند الحكم، إنتهى.

وفيه أن هذا الطعن ليس من خصوصيات هذا الخبر، بل هنا أخبار عديدة فيها الصحيح باصطلاحهم دالة عليه، وبها قال جملة من الأصحاب أيضا كما سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى عند ذكر المسألة المشار إليها، بل ظاهر عبارة الصدوق في الفقيه والهداية هو القول بمضمون هذه الرواية، وكذا عبارة ابن الجنيد القائل بذلك أيضا، ولكن شيخنا الحر رحمه الله على رد هذا الخبر ورميه من البين غفل عن ذلك، نعم هو بما يتضمنه صدره من عدم جواز الزيادة على الخمسمائة درهم مخالف لعمومات الكتاب والنسبة كما عرفت، والله العالم.

وكيف كان فإن الأفضل هو الاقتصار على الخمسمائة لاستفاضة الأخبار بأنه مهر السنة حتى وقعت المبالغة فيه بما تضمنه هذا الخبر مما يوزن بتعيينه. فمن الأخبار المشار إليه أما رواة ثقة الاسلام (١) في الصحيح عن معاوية بن وهب (قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ساق رسول الله صلى الله عليه وآله إلى أزواجه اثنتي

عشرة أوقية ونشأ، والأوقية أربعون درهما، والنش نصف الأوقية عشرون درهما، فكان ذلك خمسمائة درهم، قلت: بوزننا، قال: نعم).

وعن حماد بن عيسى (٢) في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سمعته يقول: قال: أبي: ما زوج رسول الله صلى الله عليه وآله شيئا من بناته، ولا يتزوج شيئا من نسائه على

أكثر من اثنتي عشرة أوقية ونش، والأوقية أربعون درهما والنش عشرون درهما)

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٥، قرب الإسناد ص ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦ ح ٤.

وعن عبيد بن زرارة (١) قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: مهر رسول الله صلى الله عليه وآله نساءه اثني عشر أوقية ونشا والأوقية أربعون درهما، والنش نصف الأوقية

وهو عشرون درهما)

أقول: وما دلت عليه هذه الأخبار من تفسير الأوقية والنش صرح به أهل اللغة أيضا، قال ابن إدريس في سرائره: النش بالنون المفتوحة والشين المعجمة المشددة وهو عشرون درهما وهو نصف الأوقية من الدراهم، لأن الأوقية عند أهل اللغة أربعون درهما، فإني سألت ابن القصار ببغداد وهو إمام أهل اللغة في عصره فأخبرني بذلك، إنتهى.

وقال في القاموس (٢): النش إلى أن قال: ونصف أوقية عشرون درهما

وقال الجوهري (٣): النش عشرون درهما وهو نصف أوقية لأنهم يسمون الأربعين درهما أوقية ويسمون العشرين نشا، ويسمون الخمسة نواتا.

وروى ثقة الاسلام (٤) عن الحسين بن خالد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنة كيف صار خمسمائة درهم؟ فقال: إن الله تبارك وتعالى أوجب على نفسه أن لا 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 إلا زوجة الله حوراء عيناء وجعل ذلك مهرها، ثم أوحى الله إلى نبيه صلى الله عليه وآله أن يسن مهر المؤمنات خمسمائة درهم ففعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وأيما

مؤمن خطب أخيه مؤمنة وبذل له خمسمائة درهم فلم يزوجه فقد عقه واستحق من الله أن لا يزوجه حوراء)

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٦ ح ٣.

(٢) القاموس المحيط ج ٢ ص ٢٩٠.

(٣) الصحاح ج ٣ ص ١٠٢١.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٧ وفيه " حوراء عين "، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٦ ح ١٤

مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥ ح ٢.

المسألة الرابعة: قد صرح الأصحاب بأن المهر إذا ذكر في العقد فلا بد من تعيينه ليخرج عن الجهالة إما بالإشارة كهذا الثوب وهذه الدابة وأو بالوصف الذي يحصل به التعيين.

وظاهرهم أنه يكفي فيه المشادة وإن كان مكيلا أو موزونا وأمكن استعلامه بها، بل صرح بذلك جملة مهم كالصبرة من الطعام والقطعة من الفضة أو الذهب، ومرجع ذلك إلى المعلوماتية في الجملة من غير استقصاء لجميع طرقها، قال: والوجه فيه أن النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقية، والركن الأعظم فيه الزوجان، والمهر دخيل فيه لم يعتبر فيه ما يعتبر في غيره من المعاوضات المحضة، أقول: ويدل على ذلك صحيح محمد بن مسلم (١) المتقدمة المتضمن لحكاية المرأة التي أتت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وطلبت منه أن يزوجه فإن المهر فيها قد

جعل ما يحسنه من القرآن ولم يسأل عن مقداره، وهو مجهول، فإذا جاز التزويج بالمهر الذي على هذا النحو، فبالمشاهدة من غير وزن ولا كيل بطريق أولى لحصول المعلوماتية في الجملة، بخلاف المهر في هذا الخبر.

ويؤيد ذلك أيضا ما تقدم في جملة من الأخبار (أن المهر ما تراضيا عليه) فإنه شامل بإطلاقه لما نحن فيه، وقد تقدم في جملة من أخبار المتعة كف من طعام دقيق أو سويق أو تمر.

وفي خبر (٢) عن الكاظم عليه السلام (كان الرجل يتزوج على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله

على القبضة من الحنطة) وفي الجميع دلالة واضحة على الاكتفاء بالمعلوماتية في الجملة بقي الكلام فيما لو قبضته والحال هذه فإنه إن لم يتوفق على العلم به أمر

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٣ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ح ١.

وحصل العلم لها بعد ذلك فلا إشكال، وإن استمر الأمر على المجهولية واحتج بعد ذلك إلى معلوميته لتلفه قبل التسليم أو بعده، وقد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه، والظاهر أنه لا بوجه للرجوع إلا بطريق الصلح إذ لا طريق للمعلومية لفواته على المجهولية، ونقل عن المحقق الشيخ علي أنه احتمال وجوب مهر المثل (١) ورده في المسالك ومثله سبطه في شرح النافع بأن ضمان المهر عندنا ضمان يد، لا ضمان معاوضة، من ثم كان التلف قبل القبض يوجب لا رجوع إلى القيمة، لا مهر المثل، وزاد في المسالك: نعم هو مذهب العامة.

المسألة الخامسة ك الظاهر أنه لا خلاف ولا إشكال في صحة النكاح لو تزوج امرأتين فصاعداً في عقد واحد بمهر واحد، وإنما الخلاف والاشكال في صحة المهر في هذه الصورة وبطلانه، وأنه على تقدير الصحة، فهل يقسط المهر على عد رؤوسهن بالسوية أو يسقط على مهر أمثالهن؟ وجهان، بل قولان، وتفصيل هذه الجملة يقع في مواضع ك

الأول: إن ما ذكر من صحة النكاح في هذه الصورة لم أقف فيه على نص بخصوص، إلا أن الظاهر دخول تحت العمومات، والأصحاب قد عللوا ذلك بوجود المقتضي للصحة وهو العقد الجامع لشرائطه، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا جمع المهر على شيء واحد وهو لا يصلح للمانعية، لأنه على تقدير صحة المهر يظهر حق كل واحدة بالتوزيع، وعلى تقرير البطلان لا يؤثر في العقد كما سيأتي بيانه وهو يرجع إلى ما ذكرناه.

الثاني: في صحة المهر وبطلانه، والمشهور هو الأول، حتى أن أكثرهم

(١) أقول: ظاهر كلام الشيخ علي قدس سره في شرح القواعد أن هذا الاحتمال إنما هو بالنسبة إلى تلف المهر قبل التسليم، دون ما إذا كان بعده وقد طلقها قبل الدخول، فإنه قال: لكن لو تلف قبل التسليم أو بعده وقد طلقها قبل الدخول أمكن وجوب مهر المثل في الأول إلى آخر ما ذكره. منه قدس سره).

لم ينقل هنا خلافاً، وإنما تعرضوا للخلاف في التقييد كما سنذكره في الموضوع الآتي، ومن حكم بالصحة كما هو المشهور قال: لأنه معلوم جملة، حصة كل واحدة يمكن علمها بعد ذلك كثن المبيعين في عقد واحد. ومن حكم بالبطلان قال: لأن المهر هنا متعدد في نفسه وإن كان مجتمعاً، حصة كل واحدة منها ليست معلومة عند العقد، علمها بعد ذلك لا يفيد الصحة كما لو كان مجهولاً منفرداً وعلم به بعد ذلك، ونمنع صحة البيع للملكين غير المشتركين بثن واحد كما هو مذهب الشيخ في الخلاف وغيره (١). أقول: ويؤيده ما تقدم في كتاب البيع من دلالة صحيحة محمد بن الحسن الصفار (٢) على أنه ((لو باع ماله ومال الغير بطل بالنسبة إلى مال الغير، وصح بالنسبة إلى ماله) ولا وجهان حكاهما الشيخ في المبسوط، ولم يتعرض الأكثر لذكر البطلان ولا لذكر وجهه. أقول: حيث كانت المسألة عارية من النص أشكل الكلام فيها سيما مع تدافع هذه التعليقات، وإن كانت لا تصلح لتأسيس حكم شرعي.

(١) وربما أجيب عن ذلك بأن المسمى هنا في مقابلة البضعين من حيث الاجتماع ولا يلزم من التقييد الحكمين التقييد اللفظي، وهو الموجب للجهالة في المهر دون التقييد الحكمي، وهو الجواب عن بيع الملكين أيضاً ولزوم كون الثمن مجهولاً بالتقييد الحكمي، وهو الجواز في البيع كما هو المنقول عن الشيخ في الخلاف فإنه يمكن أن يقال بالصحة هنا، لأن النكاح ليس على حد المعاوضات المحضة وإن أشبهها ولحق بها في بعض الأحكام فإنه يحتمل من الجهالة ما لا يحتمله غيره من عقود المعاوضات. وأنت خبير بما في هذا الكلام عن تطرق المناقشة وعدم صلوحه لتأسيس الأحكام لما عرفته في غير مقام، والأحكام الشرعية إنما تبنى على الأدلة الواضحة الجلية لا هذه التخريجات العقلية. (منه قدس سره).

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٥٠ ح ١٦، الوسائل ج ١٢ ص ٢٥٢ ح ١.

الثالث: إنه على تقدير القول بالصحة يقسط المسمى على كل واحدة ليعرف مقدار ما يخصها من المهر، وفيه وجهان، بل قولان: (أحدهما) وهو قول الشيخ في المبسوط وتبعه ابن البراج أنه يقسم بينهما بالتسوية، فيقسم على الزوجين أنصافا وعلى الثلاث أثلاثا وهكذا. وعلل بأنه الأصل في إطلاق الاستحقاق إذا قيل لفلان وفلان كذا والترجيح على خلاف الأصل.

و (الثاني) وهو اختيار المحقق والعلامة والأكثر ومنهم المحقق الشيخ علي والشهيد الثاني في المسالك وغيره التقييط على مهور أمثالهن، وتعطى كل واحدة ما يقتضيه التقييط كما لو باع عبده وعبده غيره بثمن واحد، أو جمع بين نكاح وبيع، وعلل بأن العرض المالي إذا قوبل بعوض متقوم كانت القيمة ملحوظة، ومن ثم يكون زيادة العوض ونقصانه ناشئا عن زيادتها ونقصانها غالبا، وقيمة البضع إنما هي مهر المثل فيكون قسط كل واحدة من المسمى بحسبه لا محالة ثم إنه ينبغي أن يعلم أنه على القول بفساد المهر، فالذي صرح به في المسالك أن لكل واحدة مهر مثلها كما لو أصدقها مجهولا يتعذر تقويمه كعبد ودابة وشيء، لأن الصداق وإن لم يكن عوضا في أصله إلا أنه إذا ذكر في العقد جرت عليه أحكام المعاوضات، والجهالة من موانع صحتها فيثبت مهر المثل، قال: ويحتمل الفرق وتوزيع، المسمى هنا على مهور أمثالهن، ولكل واحدة منه ما يقتضيه التوزيع ويكون الحاصل لهن على هذا القول كالحاصل إذا قلنا بصحة المسمى، والفرق بينه وبين المجهول المطلق تعذر تقويم ذلك وإمكان تقويم هذا أقول: هذا حاصل ما ذكره في المسألة، وقد عرفت أن المسألة خالية من النص بجميع شقوقها، وظاهر من ذهب إلى التقييط على مهور أمثالهن أن الوجه في ذلك عنده هو إلحاق النكاح بالبيع، وقياسه عليه للاشتراك في المعاوضة، حيث إن المهر عوض البضع كما أن الثمن عوض المثل، مع أن قد قدمنا في

كتاب البيع (أقول: قد تقدم ذلك في المسألة الرابعة من المقام الثاني في المتعاقدين من الفصل الأول) (١) أن هذا التقسيط على الوجه المذكور، والأخذ بالنسبة من الثمن لم نقف له على نص، وأن طريق الاحتياط فيه هو الصلح، وبذلك يظهر لك أن المسألة غير خالية من شوب الاشكال.

وكيف كان فإن الذي ذكره ثمة من التقسيط أو الأخذ من المسمى بالنسبة هو أنه يقوم المجموع أعني ما باعه من ومال غيره بقيمة عادلة، ثم إنه يقز أحدهما بانفراده وتنسب قيمته إلى قيمته المجموع ويؤخذ بهذه النسبة من المسمى في العقد، ومقتضى ذلك بالنسبة إلى ما نحن فيه أن ينظر إل مهور أمثال هؤلاء المعقود عليهن اثنتين أو أكثر، وإلى مهر مثل كل واحدة واحدة منهن فينسب إلى ذلك المجموع ويؤخذ من المسمى في العقد بتلك النسبة، مثلاً مهور أمثال هؤلاء المعقود عليهن مائة درهم، ومهر إحداهن خمسون درهماً، والثانية خمسة وعشرون والثالثة خمسة وعشرون، فيؤخذ من المسمى للأولى بالضعف، ولكل الثانية والثالثة بالربع، وعلى هذا فقس.

ثم إنه قال: في المسائل: واعلم أنه لزوج أمته من رجل على صداق واحد صح النكاح والصداق قولاً واحداً. لأن المستحق هنا واحد، فهو كما لو باع عبدين بثمن واحد، ولو كان له بنات وللآخر بنون، فزوجهن صفقة واحدة بمهر واحد، بأن قال: زوجت ابنتي فلانة من ابنك فلان، وفلانة من فلان إلى آخره بألف، ففي صحة الصداق كالسابقة وجهان، وأولى بالبطلان هنا لو قيل به، ثم لأن تعدد العقد هنا أظهر لتعدد من وقع له من الجانبين، إنتهى.

المسألة السادسة: لا خلاف بين الأصحاب كما ادعاه في المسالك وغيره في غيره في أنه إذا عقد على مهر مجهول بحيث لا يمكن استعماله في نفسه كعبد ودابة وشئ ونحو ذلك، فإنه يبطل المسمى ويثبت مهر المثل، ولامتناع تقويم

(١) ج ١٨ ص ٤٠٢.

المجهول على هذا الوجه.

أقول: والوجه فيه هو ما تقدم من أن المهر متى ذكر في العقد فإنه يشترط فيه التعيين بالإشارة أو الوصف الرافعين للجهالة، وقضية ذلك بطلان المسمى لو كان أحد هذه المذكورات أو بطلان العقد، إلا أنه نقل عن الشيخ وأتباعه وتبعه جمع من المتأخرين فيما لو تزوجها على خادم أو دار أو بيت فإنهم حكموا بصحة العقد والمهر وأن الواجب لها ما كان وسطا من هذه الأشياء، استنادا إلى أخبار وردت بذلك وهي:

وما رواه في الكافي والتهذيب (١) عن ابن أبي عمير عن علي بن أبي حمزة (قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: تزوج رجل امرأة على خادم، قال: فقال: لها وسط من الخدم قال: قلت: على بيت؟ قال: وسط من البيوت).

ما رواه في التهذيب (٢) في الصحيح عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي الحسن عليه السلام (في رجل تزوج امرأة على دار، قال: لها دار وسط).

وما رواه في الكافي (٣) عن علي بن أبي حمزة (قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل زوج ابنته ابن أخيه، وأمهرها بيتا وخداما، ثم مات الرجل، قال: يؤخذ المهر من وسط المال، قال: قلت فالبیت والخدام؟ قال: وسط من البيوت والخدام وسط من الخدم، قلت: ثلاثين أربعين ديناراً؟ والبیت نحو من ذلك، فقال: هذا سبعين ثمانين ديناراً، أو مائة نحو من ذلك)

وظاهر المحقق في الشرايع التوقف في هذا الحكم حيث نسبه إلى (قيل وكذا عبارة العلامة في القواعد، ويلوح عن ابن إدريس اختياره، حيث أورده

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ٧ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٨، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٥ ح ٨٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥ ح ١.

بصيغة (روي) ولم يرده.
وبالجمله فالظاهر من كلام المتأخرين الذين هم أصحاب هذا الاصطلاح
المحدث في الأخبار أنهم ما بين جازم ببطلان المسمى والرجوع إلى مهر المثل،
وما بين متوقف في المسألة وأما المتقدمون الذين لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم فإنهم
قائلون بهذه الأخبار، وقصرها على موردها لما عرفت من مخالفتها للقاعدة التي قرروها
في
المهر وهو الأظهر.

قال في المسالك بعد نقل رواية علي بن أبي حمزة الأولى ومرسلة ابن أبي عمير
ما لفظة: ولا يخفى ضعف الرواية الأولى بعلي المذكور، فإنه رأس الواقفية،
والثانية مرسلة، لكن مرسل ابن أبي عمير قبله الأصحاب، اعتماداً منهم على أنه
لا يرسل إلا عن الثقة، مع أنه راوي الرواية الأولى عن ابن أبي حمزة، فإن تم ما
قالوه فهو يتسامح في الرواية مع ذكر الموري عنه لا مع تركه، ولا بد لهذه
الدعوى من إثبات، الأقوى بطلان المهر كغيره، والرجوع إلى مهر المثل لما ذكر،
ولأن الوسط من هذه الأشياء لا ينضبط بل هو مختلف اختلافاً شديداً خصوصاً مع
عدم تعيين بلد الدار والبيت، انتهى. (١)

(١) وبنحو ما نقلناه عن المسالك صرح المحقق الثاني في شرح القواعد فقال بعد رد الروايتين
الأولتين بضعف السند: ومع ذلك لا يمكن العمل بهما، لأن الوسط من الدور والبيوت والخدام
ليس شيئاً معيناً مضبوطاً ولا هو مختلف اختلافاً يسيراً، بل هو في غاية البعد عن القسط،
قال الأعلى والأدنى من ذلك لا يكاد يوقف عليه، والوسط إن أريد به ما بين الطرفين فمعلوم
في التحديد. وإن أريد أوسط ما بين الطرفين فهو أبعد، ولأن هذا لا يكاد يوقف عليه، فالقول
بعدم الصحة والرجوع إلى مهر المثل لا يخلو من قوة، لأن الشارع أحكم من أن يضبط الأحكام
بما لا ينضبط، انتهى.

واقتهاه في هذا الكلام السيد في شرح النافع، وقد عرفت ما فيه وما استبعد به من
أن الشارع أحكم من أن يضبط الأحكام بما لا ينضبط مردود بأن الأمر على ما يفهم من
من ذلك كما تقدم في غير موضع من الكتب السالفة. (منه قدس سره).

أقول: لا يخفى أن ما جرى عليه المتقدمون من المعاصرين الأئمة إلى زمان المحقق والعلامة ومن عصرهم من أصحاب هذا الاصطلاح المحدث إنما هو صحة هذه الأخبار المنقولة في أصلهم المشهورة، الصحة والضعف عندهم ليس باعتبار الراوي، وتعليل العمل بمراسيل ابن أبي عمير بما ذكره إنما هو تخريج من المتأخرين بنا: على عملهم بهذا الاصطلاح وضيق الخناق فيه، فيعتذرون بهذه الأعذار الواهية ليتسع لهم المجال إلى العمل بالأخبار، ونحوه قولهم بجبر الخبر الضعيف بالشهرة إذ لا يخفى على المتأمل بالفكر الصائب أنه لو اقتصر في العمل بالأحكام الشرعية على الأخبار الصحيحة باصطلاحهم لبطلت هذه الشريعة من أصلها، واضمحت بكلها أصولاً وفروعاً، إذ ليس في هذا القسم من الأخبار ما يفي بأقل قليل من الأحكام كما لا يخفى على ذوي الأفهام، والمنقول عن ابن أبي عمير في إرساله الروايات إنما هو حيث ذهبت كتبه لما كان في حبس الرشيد خمس سنين، فقيل: إن أخته وضعتها في غرفه فذهبت بالمطر، وقيل: إنها دفنتها تلك المدة حتى ذهبت، فحدث لذلك من حفظه وأرسل الأخبار لذلك، ولكنهم لضيق الخناق في اصطلاحهم واحتياجهم إلى العمل بأخباره لفقوا لأنفسهم هذا الاعتذار الشارد. وبالجملة فالكلام في هذا الباب واسع ليس هذا مقامه، على أن لقائل أن يقول: إن ما ادعوه من القاعدة في المهر فإنه لا بد بعد ذكره في العقد من الإشارة إليه أو وصفه بما يحصل به التعيين لم نقف لهم فيه على نص يوجب الالتزام به، ورد ما خالفه إليه، وإنما هو مجرد اصطلاح منهم بزعم أن الجهالة فيه

تؤدي إلى النزاع: وقد عرفت ما في الاستناد إلى الأدلة العقلية في الأحكام الشرعية لورود الأخبار بخلافها في مواضع لا تحصى مما مر بك، وسيأتي أمثاله إن شاء الله، ويؤيده ما قلناه ما صرحوا به آنفا من اغتفار الجهالة في المهر، وجوازه بمثل قبضه من طعام ونحو ذلك على أن ما ذكروه من أن الوسط لا ينضبط بل هو مختلف اختلافًا شديدًا إن أريد به الانضباط على تقدير ما اختاروه مسلم، ولكن لا دليل عليه وإن أريد في الجملة، وإن حصل الاختلاق أيضًا في الجملة فهو غير ضائر ولا مانع من الصحة كما تشير إليه الرواية الثالثة، ولم يذكرها أحد منهم فإن ظاهرها أن الوسط الذي يؤخذ به في قيم هذه الأشياء هي هذه المقادير المذكورة في الخبر لصدق الوسط على كل منها عرفًا.

وبالجملة فإن الأمر بالنظر إلى الأخبار أوسع مما ضيقوا به في هذا الموضوع وغيره مما تقدم، وتقدم الكلام فيه.

وكيف كان فالأحوط الوقوف على ما ذكروه من القاعدة وما يترتب عليه من الفائدة، والوقوف على موارد هذه الأخبار جمعًا بين ما ذكروه، وبين ما دلت عليه الأخبار المذكورة والله العالم.

المسألة السابعة: لو تزوجها على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله ولم يسم مهرًا فالمشهور من غير خلاف يعرف، بل ظاهر المحقق الشيخ علي والشهيد الثاني في الروضة إن ذلك إجماع أن مهرها خمسمائة درهم لما عرفت من الأخبار المتقدمة أن مهر السنة هو هذا القدر.

ويدل على هذا الحكم بخصوصه ما رواه في التهذيب عن أسامة بن حفص، وكان قيما لأبي الحسن موسى عليه السلام (قال: قلت له: رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرًا وكان في الكلام أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها، فما لها من المهر؟ قال: مهر السنة، قال: قلت: يقولون أهلها

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٣ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ب ١٣ ح ١.

مهور نسائها، قال: فقال: هو مهر السنة، وكلما قلت له شيئاً قال: مهر السنة) وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في الروضة موافقة الأصحاب في الحكم المذكور من غير إشكال ولا مناقشة، قال بعد ذكر المصنف الحكم المذكور ما لفظه: للنص والاجماع، وبهما يندفع الاشكال مع جهل الزوجين أو أحدهما لما جرت به السنة منه، ولقبوله الغرر كما تقرر، العجب أنه خالف نفسه في المسالك فناقش أولاً في صدق كون ذلك على كتاب الله، حيث إنه ليس في الكتاب ما يدل على كون المهر، خمسمائة ثم التجأ إلى قوله (وما آتاكم الرسول فخذوه) (١) قال: ومما آتانا به كون السنة في المهر ذلك، ثم نقل رواية أسامة بن حفص المذكورة وطعن في سندها بالضعف، ثم قال: فإن كن على الحكم إجماع، وإلا فلا يخلو من إشكال، ولأن تزويجها على الكتاب والسنة أعم من جعل المهر مهر السنة، كما لا يخفى، إذ كل نكاح مندوب إليه بل جائز فهو على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله

ثم على تقدير إرادتهما بذلك كون المهر مهر السنة، ففي الاكتفاء بذلك عن ذكر القدر في العقد نظر، كما لو قال ك تزوجتك على المهر الذي تزوج به فلان، إنتهى.

أقول: أما المناقشة الأولى فإنها مدفوعة أولاً بالرواية المذكورة وثانياً بالأخبار المستفيضة الدالة على أنه لا حكم من الأحكام إلا وهو مذكور في القرآن حتى أرش الخدش والجلدة ونصف الجلدة، وفي جملة من الأخبار ما يدل على استنباطهم صلى الله عليه وآله لجملة من الأحكام المخصوصة من آيات القرآن ما لم تبلغه عقولنا

ولا تصل إليه أفهامنا، وحينئذ فعدم علمه ومعرفته رحمة الله عليه هو وغيره لهذا الحكم من القرآن لا يدل على العدم، كما لا يخفى.

وأما المناقشة الثانية فإنها مدفوعة بالخبر المذكور المنجبر بالشهرة، إذ لا مخالف في الحكم المذكور وهو ممن نقل الاجماع عليه في الروضة كما سمعت، وهذه قاعدة مسلمة بين أصحاب هذا الاصطلاح بالاتفاق، وإن كانت ناشئة عن

(١) سورة الحشر آية ٧.

ضنك المجال في هذا الاصطلاح وضيق الخناق كما تقدمت الإشارة إليه. ومما ذكرنا يعلم الجواب عن المناقشة الثالثة، فإنه متى ثبت المذكور وحب القبول لم اشتمل عليه من الأحكام، ومنها ما ذكره في هذا المقام. وبالجملة فإن الظاهر هو العمل بالخبر المذكور، وما تضمنته من الأحكام، ومنه يستفاد صحة العقد وإن كانا جاهلين بقدر مهر السنة كما أشار إليه في الروضة، ز أما مع علمهما بذلك فينبغي القطع بالصحة.

وكيف كان فهذا الخبر مؤيد لم قدمنا ذكره في المسألة السابقة من سعة الدائرة في صحة العقود، وأنها ليست على الوجه الذي ضيقوه واشترطوه من الشروط الموجبة للتعين والتشخيص على وجه لا يتطرق إليه الجهالة الموجبة للتخاصم والتنازع.

المسألة الثامنة: لو سمي لها مهرا ولأبيها أو غيره من الأولياء أو واسطه أو أجنبي شيئا فظاهر كلام جملة من الأصحاب كالمحقق في الشايخ والعلامة في في القواعد وغيرهما في غيرهما التفصيل في ذلك بين أن يكون المشروط لغيرها خارجا عن المهر ويكون جزء من المهر ناسبين الثاني إلى لفظ قيل، وحينئذ فتحقيق لكلام في هذا المقام في موضعين:

الأول: أن يكون المشروط لغيرها خارجا عن المهر بأن يجعل مهرها مثلا ألفا ويعقدان على ذلك، ويشترطان لأبيها أو غيره في العقد شيئا آخر زائدا لي الألف، وظاهر الأصحاب الاتفاق على صحة المهر الذي جعله للزوجة وبطلان ما سماه لغيرها، وبذلك صرح الشيخ في النهاية فقال: لو عقد على امرأة وسمى لها مهرا ولأبيها أيضا شيئا كان المهر لازما له وما سماه لأبيها لم يكن منه عليه شيء واستند الأصحاب فيما ذكروه هنا إلى حسنة الوشاء (١) عن الرضا عليه السلام (قال:

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٨، الوسائل ج ١٥ ص ١٩ ح ١.

لو أن رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفا وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزا، والذي جعله لأبيها فاسدا) وإطلاق الخبر يقتضي عدم الفرق بين كون المجمعول لأبيها تبرعا محضا، أو لأجل وساطة وعمل محلل، ولا بين كون المجمعول له مؤثرا في تقليل مهر الزوجة بسبب جعله في العقد، وقصدها إلزامه به وعدمه. ونقل عن ابن الجنييد أنه قال: ولا يلزم الزوج غير المهر من جعالة جعلها لولي أو واسطة، لو وفي الزوج بذلك تطوعا كان أحوط لقول النبي صلى الله عليه وآله (أحق الشروط ما نكحت به الفروج) فإن طلقها قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف الصداق دون غيره، فإن كان قد دفع ذلك، رجع عليها بنصف المهر، وكذلك الجعالة على الواسطة.

وقال في المختلف: والوجه أن نقول إن كان قد جعل للواسطة شيئا على فعل مباح، وفعله لزمه ولم يسقط منه شيء بالطلاق، لأنه جعالة على عمل محلل مطلوب في نظر العقلاء، وكان واجبا بالفعل كغيره، وإن لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره في العقد لم يكن عليه منه شيء سواء طلق أو لا.

واعترضه في المسلك بأن ما ذكره جيد إلا أنه خارج عن محل الفرض، لأن الكلام فيما يشترط في العقد ويلزم بمجردده، وكذلك كلام ابن الجنييد، وإنما جعل الوفاء به على وجه الاحتياط رعاية للحديث النبوي وإذا دفعه على هذا الوجه لا يملكه القابض بمجرد الدفع، فيجوز لرجوع فيه بعده سواء طلق أم لا، لكن فرضه مع الطلاق نظرا إلى فوات المطلوب من النكاح، فلم نجد في الرجوع مخالفة للحديث.

وما ذكره في المختلف إنما يلزم من حيث الجعالة، ولا من حيث ذكره في العقد بل ذكره في العقد بدون لفظ يقتضي الجعالة لغو، فهو خارج عن محل

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ١٢ وفيه " عن أمير المؤمنين عليه السلام " مع اختلاف يسير.

الفرض، وبتقدير وقوعه بالجعالة على عمل محلل لا إشكال في لزومه بالفعل وعدم الرجوع فيه بالطلاق حيث لا يكون له مدخل في ذلك، إنتهى وهو جيد. أقول: لا يخفى أن ما ذكره في فرض المسألة كما قدمنا ذكره وكذا ما يفهم من ظاهر الخبر من الاطلاق لا يخلو من الاشكال، والأنسب بالقواعد الشرعية ولا ضوابط المرعية هو أن يقال: إنه إذا تزوج المرأة وسمى لها مهرا، وسمى لأبيها أو غره شيئا بحيث يكون المجموع في مقابلة البضع فإنه يسقط ما سمي غيرها، فإن المهر إنما هو حق الزوجة في مقابلة البضع دون غيرها، وعلى ذلك يحمل إطلاق الخبر المذكور.

وبالجملة فإن سقوطه لا بد أن يكون من حيث استناده إلى عقد النكاح، وإلا فلو شرط له شيئا على جهة التبرع خارجا عن المهر وعن كونه جعالة فلا مانع من صحته، وقضية الأخبار الدالة عليه وجوب الوفاء بالشروط وجوب الوفاء به، ولا فرق في ذلك بين كون الاشتراط المذكور باستدعاء الزوجة أو بفعل الزوج ابتداء، وينبغي على تقرير صحة الشرط المذكور أن لا يؤثر الطلاق فيه كما هو ظاهر، وبما ذكرناه يظهر لك أيضا ما في قول العلامة في المختلف، وإن لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره في القد لم يكن عليه منه شيء، فإنه على إطلاقه ممنوع، فإنه لو وقع على جهة الشرط كما ذكرناه فما المانع من لزومه، بل ظواهر أخبار وجوب الوفاء بالشروط يقتضي وجوب الوفاء به، طلق أو لم يطلق. الثاني: أن يكون المشروط من جملة المهر، وظاهر كلام ابن الجنييد لزومه، حيث قال على أثر الكلام المتقدم نقله عنه: فإن كانت المرأة اشترطت رجوع عليها بنصف صداقها، ونصف ما أخذه من الذي شرطت له ذلك، لأن ذلك كله بعض الصداق الذي لم ترض بنكاحها إلا به، والمشهور بين الأصحاب على ما نقله في المسالك عدم الصحة نظرا إلى ما قدمنا ذكره من أن المهر حق للزوجة

فشرطه لغيرها مناف لمقتضى العقد، ومن ثم إن المحقق رحمه الله إنما نسب القول باللزوم (١) إلى لفظ قيل كما قدمت الإشارة إليه، وربما أيد كلام ابن الجنيد هنا بعموم الأخبار الدالة على أن (٢) (المؤمنين عند شروطهم)) ولأن عطيتها من مالها جائز، فاشترطه في العقد لا يخالف السنة، نقل عن الشهيد في شرح نكت الإرشاد الميل إليه، وكذلك المحقق الشيخ علي (٣) وهذا القدر المشروط هنا ينتصف بالطلاق لأنه من جملة المهر كما هو المفروض بأن شرط عليها بعد فرضه مهرها أن يدفع إلى أبيها منه شيء، فمتى طلقها رجع عليها بنصف المجموع، وبذلك صرح الشيخ علي فيما طويناها من كلامه وصریح عبارة ابن الجنيد المذكورة. المسألة التاسعة: قال في الشايخ: لا بد من تعيين المهر بما يرفع الجهالة، فلو أصدقها تعليم سورة وجب تعيينها ولو أبهم فسد المهر، وكان لها مع الدخول مهر المثل.

وقال في المسالك بعد ذكر ذلك: من جملة المفسد للمهر جهالته، فمتى عقد على مجهول كدابة وتعليم سورة غير معينة بطل المسمى، لأن الصداق وإن لم يكن عوضا في أصله، إلا أنه مع ذكره في العقد يجري عليه أحكام

(١) قال المحقق في الشرايع ولو سمي للمرأة مهرا ولأبيها شيئا معينا لزم ما سمي لها وسقط ما سمي لأبيها، ولو أمهرها مهرا وشرط أن تعطي أباهما منه شيئا قبل: يصح المهر والشرط بخلاف الأول. وفي معناها عبارة القواعد. (منه قدس سره).
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.
(٣) حيث قال في شرح القواعد: والذي يقتضيه النظر إلى أن قال: وإن كان قد سمي المجموع للزوجة مهرا وشرط عليها أن تدفع إلى أبيها منه شيئا على جهة التبرع منه والاحسان، فالفساد لا وجه له، لأن ذلك شرط لا يخالف الكتاب والسنة، فلا وجه لابطاله، وعلى هذا لو طلقها يرجع بنصف المجموع لأن جميعه هو المهر، انتهى وهو مؤيد لما ذكرناه. (منه قدس سره).

المعاوضات، والجهالة من موانع صحتها، فيثبت مهر المثل مع الدخول، والمتعة مع الطلاق، كالمفوضة، لا بمجرد العقد لأن فساد المهر باعتبار الجهل به الموجب التعذر تقويمه صير العقد كالخالي عن المهر، فلا يثبت مثل المهر بمجرد العقد كما صرح به المصنف وغيره، وفهم خلاف ذلك وهم، إنتهى.

أقول: قد عرفت مما قدمنا ذكره أن ما ذكره من اشتراط التعيين على الوجه الذي ذكره مما لم يقيم عليه دليل، بل ربما ظهر من الأدلة خلافه وصحيح محمد بن مسلم المتضمن لحكاية المرأة التي طلبت من النبي صلى الله عليه وآله أن

يزوجها ظاهر فيما قلناه، فإنه صلى الله عليه وآله قال في المرة الثالثة (أتحسن من القرآن

شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه) ومن الظاهر أن هذه صيغة العقد مع أن ما يحسنه غير معلوم ولا مضبوط بكونه سورة أو أقل أو أكثر، فأى جهلة أشد من هذه الجهالة، وهم قد أثبتوا الجهالة فيما لو أصدقها تعليم سورة، وهي أعم من الطويلة والقصيرة فلا بد من تعيينها، والخبر قد تضمن ما يحسن من القرآن، وهو أشد إجمالا وإبهاما، والرواية صحيحة باصطلاحهم، وقد تلقوها بالقبول في جملة من الأحكام التي اشتملت عليها، وهي ظاهرة في خلاف ما ذكره هنا.

وقد عرفت أيضا ورود الأخبار بصحة التزويج على الدار والبيت والخدام، وأن لها وسطا من هذه الأشياء، ومن الظاهر أن هذه الأشياء إنما خرجت مخرج التمثيل، فالحكم بالصحة غير مقصور عليها، لكنهم من حيث الالتزام بهذه القاعدة التي اتفقوا

(١) ويشير إلى ما ذكرناه ما صرح به السيد السند في شرح النافع حيث قال: وربما ظهر من صحيحة محمد بن مسلم المتضمنة لقصة بلك المرأة التي طبت من النبي صلى الله عليه وآله أن يزوجها جواز كون المهر مجهولا فإنه صلى الله عليه وآله زوجها على ما يحسن من القرآن من غير أن يسأله عما يحسن من ذلك، انتهى. (منه قدس سره).

عليها في المهر قصرها الحكم فيها على موارد هذه الأخبار، وإلا فالحق أن هذه القاعدة وإن اتفقوا ظاهرا عليها لكن لما كانت غير منصوصة ولا دليل عليها في الأخبار فإنه بالنظر إلى الأخبار الواردة في المقام مما ذكرناه وغيره لا مانع من صحة العقد فيما منعوا منه، ويؤيد ذلك الأخبار الدالة على أن المهر ما تراضيا عليه من قليل أو كثير، فإنه بإطلاقه شامل للمجهول الذي منعوا من العقد عليه، على أنهم قد صرحوا كما قدمنا نقله عنهم آنفا في المسألة الرابعة بالاكْتفاء بالمعلومية في الجملة، حتى أنهم حكموا في الموضوع الذي يحتاج فيه إلى تنصيف المهر بالرجوع إلى الصلح من حيث المجهولية، وعدم إمكان استعلام النصف. ويؤيد ذلك أيضا الأخبار المتفق على العمل بها الواردة بجعل المهر ما حكمت به الزوجة أو الزوج (١)، فإن العقد قد اشتمل على مهر مجهول، ومن شروط صحته أن يكون المهر المذكور في العقد معلوما، والاكْتفاء في الصحة بالمعلومية بعد العقد كما دلت عليه تلك الأخبار لا يوجب الصحة بمقتضى قواعدهم، فإنهم صرحوا بأنه لو عقد على مجهول بطل العقد، ولا يفيد العلم بعد ذلك صحة، وإليه بشير قوله في عبارة المسالك المذكورة إلا أنه مع ذكره في العقد تجري عليه أحكام المعاوضات، والجهالة من موانع صحتها. وما يؤيد ذلك أيضا ما رواه في التهذيب (٢) عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: ما أدنى ما يجزي من المهر؟ قال: تمثال من سكر) وحمله على تمثال مشاهد أو معلوم بأحد الوجوه خلاف ظاهر الخبر.

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣١ ٣٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٦، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٣، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٢.

ومن الأخبار الظاهرة في المسألة المذكورة ما رواه الشيخ (١) عن بريد بن معاوية أبا عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله عز وجل، فقال: ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السورة، ويعطيها شيئاً، قلت: أيجوز أن يعطيها تمراً أو زبيبا؟ فقال: لا بأس بذلك إذا رضيت به كائنا ما كان)

والخبر: ما ترى ظاهر في أن المهر تعليم سورة في الجملة وهو عليه السلام قد حكم بالصحة، ولم يشترط تعيينها وكونها سورة كذا كما هو ظاهر كلامهم، وليس في سند هذا الخبر مما ربما يتوقف في شأنه، إلا الحارث بن مؤمن الطاق، وهو وإن لم يوصف بمدح ولا توثيق، إلا أن من أصحاب الأصول. قال النجاشي (٢) بعد ذكره: روى عن الصادق عليه السلام، له كتاب يرويه عنه عدة من أصحابنا منهم الحسن بن محبوب.

وقال الشيخ في الفهرست (٣): له أصل عنه الحسن بن محبوب، والراوي عنه هنا هو الحسن بن محبوب، وهو مشعر بنوع مدح له، لأن رواية هؤلاء الأجلاء عنه والاعتماد على كتابه لا يقصر عن وصفه بالمدح الموجب لعد حديثه في الحسن، بناء على اصطلاحهم، وكيف كان فالخبر ظاهر في خلاف ما ذكروه من اشتراط التعيين، كما هو ظاهر للحاذق المكين.

المسألة العاشرة: قد صرحوا بأنه يجوز أن يجعل الصداق تعليم صنعة لا يحسنها بالفعل، أو تعليم سورة لا يعلمها ونحو ذلك، والوجه فيه أن المعتبر كونه معيناً في حد ذاته ومقدوراً عليه عادة ولا يشترط فيه وجوده بالفعل عنده،

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ٢.
(٢) النجاشي ص ١٠١.
(٣) الفهرست ص ٨٩.

بل لمكان تحصيله له بنفسه أو بمعاون، وغايته أنه يثبت في الذمة، ويجب وفاؤه عند المطالبة إن أمكن ذلك، ومع عدم إمكان حصوله فيما نحن فيه من تعليم الصنعة أو السورة فإنه يرجع إلى أجرة المثل، لأنه قيمة المهر حيث تتعذر عينه قال في المسالك: وهل يعتبر في المعلم لها غيره المحرمية؟ وجهان، من استلزامه سماع صوت الأجنبي المحرم ونظره كذلك، ومن تقيده بخوف الفتنة، واستثناء نظر يمكن معه التعليم، وقد تقدم بحثه في بابه خصوصا تعليم القرآن إذا كان واجبا فإنه يستثنى للضرورة ولا إشكال لو أمكن من وراء الحجاب، أقول: قد تقدم الكلام في أن ما ادعوه من تحريم سماع صوت المرأة وتحريمه بأكثر من خمس كلمات وإن كان هو المشهور، إلا أن الأدلة المعصومية في خلافه واضحة الظهور، وتحدث النساء في مجالس الأئمة وفاطمة صلوات الله عليها مع الصحابة، ولا سيما في مخاصمتها لطلب الميراث أمر غير منكور،

وتقدم أيضا في كتب العبادات وغيرها استثناء الوجه وظاهر الكفين والرجلين من المرأة، ولهذا يجوز كشفها في الصلاة وحينئذ فلا إشكال في جواز تعليم الأجنبي لها، نعم يبقى الإشكال لو فيما استلزم الفتنة فما ذكره من الكلام في المقام على إطلاقه غير موجه، ثم إنه إن شرط تعليمها بنفسه فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب تعلمه لتعليمها، وأما مع عدمه فإشكال من أنه تكسب لوفاء الدين، وهو غير واجب عليه، ومن توقف الواجب عليه.

المسألة الحادية عشر: إذا عقد على هذا الظرف على أنه خل في زعمها فبان خمرا، أو على شخص معين أنه عبد فبان حرا ونحو ذلك مما يظن صلاحيته لأن يكون مهرا فيظهر عدمها، فإنه لا خلاف في صحة القدر، لما عرفت من أن المهر ليس من أركان، ولا شرط في صحته ولا خلاف أيضا في فساد المعين بعد ظهوره على خلاف ما يصلح لأن يكون مهرا، وإنما الخلاف فيما يجب من المهر في هذه الحال، لأن العقد صحيح والبضع لا بد له من عوض، وفي ذلك أقوال:

(أحدها) هو اختيار ابن الجنيدي وابن إدريس والمحقق في الشرايع والعلامة في المختلف في مثل أحل في المثال المتقدم، وهكذا في باقي الأمثلة يرجع إلى مثل ذلك المظنون، وعلل بأن تراضيهما وقع على ذلك الجزئي المعين الذي ظنا كونه خلا، وهو يستلزم الرضا بالخل الكلي مهرا، لأن الجزئي يستلزم الكلي، فالرضاء به يستلزم الرضاء به، فإذا فات ذلك الجزئي لعدم صلاحيته للملك بقي الكلي، لأنه أحد الأمرين اللذين وقع التراضي بهما، ولأنه أقرب إلى المعقود عليه لأنه مثله، واعترضه المحقق الشيخ علي في شرح القواعد فقال: ولقائل أن يقول أن الكلي الذي وقع التراضي عليه بالعقد على الجزئي هو الكلي المقترن بالمشخصات الموجودة في ذهب المتعاقدين وهذا يمتنع بقاؤه، وإذا ارتفعت المشخصات، المحكوم بوجوبه غيره، أعني الكلي في ضمن شخص آخر وهذا لم يقع التراضي عليه أصلا أصالة ولا تبعا، فإيجابه بالعقد إيجاب لما لم يتراضيا عليه، وكونه أقرب إلى المعقود عليه مع تسليم صحته لا يستلزم وجوبه، لأن المهر الذي يجب بالعقد هو ما تراضيا عليه، ولا يلزم من التراضي على أحد المثليين التراضي على الآخر.

أجاب في المسالك عن ذلك بعد أن ذكره بلفظ إن قيل بما صورته: قلنا الجزئي الذي وقع التراضي عليه وإن لم يساوه غيره من أفراد الكلي، إلا أن الأمر لما دار بين وجوب مهر المثل وقيمة الخمر، ومثل الخل، كان اعتبار المثل أقرب الثلاثة، لأن العقد على الجزئي المعين اقتضى ثلاثة أشياء ذلك المعين بالمطابقة، وإرادة الخل الكلي بالالتزام، وكون المهر واجبا بالعقد بحيث لا تنفك المرأة عن استحقاقه حتى لو طلقها كان لها نصفه، أو مات أحدهما فجميعه، وإذا فات أحد الثلاثة، وهو الأول وجب المصير إلى بقاء الآخرين بحسب الامكان (١) (إذ

(١) رواه النراقي في الفوائد ص ٨٨ عن عوالي اللثالي عن علي عليه السلام.

لا يسقط الميسور بالمعسور) وعموم (١) (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) وهما لا يوجدان معا في ضمن وجوب مهر المثل، لأنه لا يجب إلا بالدخول عند القائل به، وإمكان وجودهما في ضمن قيمة الخمر يفسد بما سنيته من ضعف دليله له، فلم يبق إلا المثل، ولا شبهة في أن الرضا؟ بالخل المعين في الظرف يستلزم إرادة كون المهر خلا بخلاف القيمة ونحوها.

أقول: يقتضي هذا الكلام تسليم صحة ما أورده المحقق المذكور، بطلان الدليل الأول الذي قرره، وأن المعتمد إنما هو الدليل الذي قرره هنا. و (ثانيها) إن الواجب مهر المثل، اختاره العلامة في القواعد وفي أكثر كتبه مستدلا عليه بأن الكلي غير مرضي به إلا في ضمن الجزئي المشترك، فهو منفي بتغليب التشخيص عليه، والشخصي باطل لخروجه عن المالية، فيرجع الأمر في شرط عوض لم يسلم لها فينتقل إلى مهر المثل.

وظاهر المحقق الشيخ علي في شرح القواعد اختيار هذا القول، قال في المسالك: ويشكل بما مر، وبأن مهر المثل ربما كان زائدا عن قيمة الخل كثيرا، فلا يكون مقصودا للزوج أصلا، أو ناقصا كثيرا فلا يكون مقصودا للزوجة ولا مرضيا به، وقد قال عليه السلام (المهر ما تراضيا عليه الزوجان) ولا يرد مثله في وجوب مثل الخل، لأن ذلك أقرب إلى ما تراضيا عليه، بل ربما لم يخالف ما تراضيا عليه إلا بمشخصات لا دخل لها في المقصود ولا في المالية، فيلغو عند حصول مثل هذا العارض، إنتهى.

و (ثالثها) وجوب قيمة الخبر عند مستحليه، وإليه ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف، مستندا إلى أن قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذره ولأنهما عقدا على شخص باعتبار ماليته، فمع تعذره لظهور بطلان المعاوضة عليه يصار إلى القيمة

(١) رواه مسلم في صحيحه ج ١ ص ٥١٣، والنسائي ج ٢ ص ١.

قال في المسالك: وفيه منع بين لأن الخمر غير مقصود أصلا، ولا وقع عليه التراضي، فكيف ينتقل إلى قيمته، واعتبارها فرع صحة العقد على العين بخلاف ما لو عقد على الخمر عالمين به، فإنهما قد تراضيا على العين، فلا يمتنع الانتقال إلى القيمة لتعذر العين كما تقدم، وظاهر الحال أن قول المصنف أقرب الأقوال إلى مراد المتعاقدين فينبغي أن يكون العمل عليه.

ثم قال في المسالك أيضا: هذا كله في المثلي كالخمر. أما القيمي كالعبد إذا ظهر حرا فالانتقال إلى قيمته لقيامها مقام المثل في المثلين. ليس هذا كالقول الثالث، لأن ذلك يعتبر فيه قيمة العين بالوصف الواقع الذي امتنع صحته عليه بواسطته، وهنا اعتبرت القيمة باعتبار الوصف المقصود لهما، وعلى هذا فيسقط القول الثالث في القيمي لأن الحر لا قيمة له. نعم لو ظهر مستحقا كان اعتبار قيمته جاريا على القولين، وعلى هذا فالقول بالمثل متعذر في القيمي مطلقا، وبقيمة الواقع متعذر في الحر، فليس فيه إلا القول بقيمته أو مهر المثل، فإطلاقهم تشبيه الحكم في مسألة الحر بظرف الخمر لا يأتي على إطلاقه، بل يحتاج إلى تنقيح.

أقول: وحيث إن المسألة غير منصوطة فالاعتماد في الحكم فيها على هذه التعليلات سيما مع ما عرفت من تدافعها مشكل على طريقتنا، والاحتياط فيها واجب، والظاهر أنه يحصل بالتراضي على مهر المثل أو مثل الخل، والثاني أظهر لأنه الأقرب إلى ما ظناه وعقدا على تقديره، والله العالم.

المسألة الثانية عشر: لا خلاف بين الأصحاب في أن المهر مضمون في يد الزوج قبل تسليمه إلى الزوجة، وإنما الكلام في وجه الضمان في أنه هل يكون ضمانه كضمان المبيع في يد البائع والتمن في يد المشتري؟ أو كضمان المقبوض بالسوم وضمان العارية المضمونة؟ ويعبر عن الأول بضمان العقد وضمان المعاوضة، ويعبر عن الثاني بضمان اليد وعلى تقدير الأول فالمضمون مهر المثل كما سيأتي

تحقيقه، وعلى تقدير الثاني يكون المضمون مثل المهر إن كان مثليا، وقيمه إن كان قيميا.

وجه الأول على ما ذكره إنا لصداق مملوك بعقد معاوضة، فكان كالمبيع في البيع، ويظهر كونه معاوضة من قوله عز وجل (آتوهن أجورهن) (١) وقولهم (زوجتك بكذا) كما يقال (بعتك بكذا) ولأنها تتمكن من رده بالعيب كما في المبيع، وتحبس نفسها لتستوفيه بمعنى أنها تمنع عن الدخول بها حتى تقبضه كما سيأتي ذكره في محله إن شاء الله تعالى والحكمان الأخيران من أحكام المعاوضة. ووجه الثاني إنه ليس عوضا حقيقيا لجواز العقد وصحته بدونه وأن يكون عاريا منه وعدم انفساخ النكاح بتلفه، ولا يفسخ برده، ولا يفسد بفساده، ولا يتزلزل بتزلزه، ولا شيء من الأعراض الحقيقية كذلك، ويؤيده أيضا إطلاق اسم النحلة عليه في قوله سبحانه (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) (٢) ومن أجل ما ذكرناه في هذين الوجهين حصل الاشتباه في الضمان على أحد الأمرين المذكورين، إلا أن المشهور في كلام الأصحاب هو الثاني كما صرح به في المسالك، وإليه يشير كلام المحقق في الشرايع بقوله (والمهر مضمون على الزوج، فلو تلف قبل تسليمه كان ضامنا له بقيمة وقت تلفه على قول المشهور لنا) قال الشارح: ونبه بنسبته إلى القول على عدم تعيينه واحتمال القول الآخر. أقول: لا يبعد أن مراده بالنسبة إلى قول المشهور إنما هو الإشارة إلى عدم دليل من النصوص على الحكم المذكور، وليس إلا مجرد المشهرة كما هو الغالب في عباراته وعبارات غيره.

وبالجملة فإن المسألة كما عرفت عارية عن النص، وليس إلا هذان الوجهان الاعتباريان المتضادان، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر إلا بالشهرة المدعاة

(١) سورة النساء آية ٥٢ و ٤.

(٢) سورة النساء آية ٥٢ و ٤.

في الثاني، وفرعوا على الوجهين المذكورين فروعاً منها ما نحن فيه من تلف المهر في يد الزوج قبل تسليمه إذا كان التلف من جهته أو من جهة الله. فعلى الوجه الأول يجب مهر المثل لأنه يفسخ المهر فيرجع إلى مهر المثل، كما أنه إذا تلف أحد العوضين في البيع قبل القبض انفسخ البيع، وإنما جعل الانفساخ في البيع دون النكاح لأن العوضين من أركان البيع، بخلاف المهر، فإنه ليس بركن في عقد النكاح، فإنهما أركان الزوجان فلا يبطل النكاح بفواته قبل القبض، ومعنى كونه مضموناً عليه هو أن فواته من ماله فيكون في حكم ما لو لم يذكر بالكلية، ويرجع إلى مهر المثل، يكون هو الواجب كما لو لم يذكر المهر بالكلية.

وعلى الوجه الثاني يكون مضموناً على الزوج بالمثل إن كان مثلياً، أو القيمة إن كان قيمياً كغيره من الأموال المضمونة ضمان يد مما تقدم ذكره ونحوه، أكثر الأصحاب إنما ذكروا في هذا المقام الضمان على هذا الوجه من غير أن ينقلوا قولاً بوجوب مهر المثل أو يذكروه احتمالاً في المسألة. والظاهر أن القول بمهر المثل إنما هو للعامة، إن ذكره بعض متأخري أصحابنا وجهاً واحتمالاً في المسألة كما يشير إليه كلام الشيخ في المبسوط حيث قال: تعد نقل القولين عن العامة: والذي يقتضيه مذهبنا في كل مهر معين إذا تلف، فإنه تجب قيمته ولا يجب مهر المثل، لا يقال: إن ظاهر كلام العلامة ينافي ذلك، حيث إنه أوجب مهر المثل في مواضع نزل فيها المهر منزلة التالف، ومن جملتها ما لو تزوجها على ظرف خل فظهر حمراً، أو ما لو تزوج المسلم على خمر أو خنزير عالماً بالحل، فإن حكمه بمهر المثل هنا إنما يتم على تقدير ضمان المعاوضة لا ضمان اليد، من حيث إن هذا في حكم التلف، مع أنه لا يقول بضمان المعاوضة في التلف الحقيقي، لأننا نقول: إن موضع البحث في البناء على ضمان المعاوضة أو ضمناً اليد إنما هو بالنسبة إلى عروض التلف بعد الحكم بالصحة

كما في ما نحن فيه، لأنه بعد صحة المهر عرض له البطلان بالتلف، أما مع فساد المهر ابتداء من أول الأمر فلا إشكال في وجوب مهر المثل. والمواضع التي نقلناها عن العلامة إنما هي من قبيل الثاني، ولا الأول، وبذلك صرح الشيخ في المبسوط أيضا حيث قال: . عقيب ما تقدم نقله عنه: وأما المهر إذا كان فاسدا فإنه يوجب مهر المثل بلا شك، والعلامة إنما ذكر مهر المثل بناء على أن المهر المذكور فاسد من أصله، ولذلك ذكر مهر المثل. بقي الكلام في أنه على تقدير الضمان بالقيمة إذا كان قيما، فالاعتبار بأي القيم، هل هي قيمته وقت التلف؟ أو أعلى القيم من حين العقد إلى حين التلف؟ أو الأعلى من حين المطالبة إلى وقت التلف فيما إذا طالبته وامتنع من التسليم،؟ (١) أقوال:

للأول أن العين ما دامت موجودة لا تجب القيمة قطعا، وإنما ينتقل إليها مع تلف العين فيكون المعتبر فيها وقت الانتقال إليها، ولا ينافي ذلك كون العين مضمونة عليه حينئذ، لأن معنى ضمانها إنما هو بمعنى أنها لو تلفت لوجب الانتقال إلى البديل، وهذا القول هو الذي صرح به المحقق في الشرايع والعلامة في الإرشاد: قال في المسالك: وهو الأقوى. وفي القواعد اقتصر على القولين الأولين من غير ترجيح لشيء منها، والظاهر أنه هو المشهور كما تقدم في كتاب البيع. وعلل الثاني بأنه مضمون في جميع الأوقات، ومن جملتها ضمان علو القيمة

(١) وهذا القول للشيخ في المبسوط، وظاهر أنه مع عدم المطالبة فالقيمة يوم التلف، قال في الكتاب المذكور: إذا كان المثل الزوج أو أمرا سماويا، فإن كان مثليا كان لها مثله، وإن لم يكن له مثل فالقيمة، فإن كانت قد طالبت به فمنعها فعليه أكثر ما كانت له قيمة من يوم المطالبة إلى يوم التلف لأنه كالغاصب، وإن تلف في يده من غير مطالبة قيل: عليه قيمة يوم التلف، وهو الأقوى، وقيل: الأكثر، لأنه كالغاصب إلا في الإثم، انتهى. (منه قدس سره).

خصوصا مع مطالبتها بالتسليم وامتناعه، لأنه يصير حينئذ غاصبا فيؤخذ بأشق الأحوال وجوابه يعمل مما ذكر في تعليل القول الأول. وبيانه أن ما ذكره من كونه مضمونا في جميع الأوقات ليس ألا بمعنى أنه لو تلف لوجب الانتقال إلى البديل كما عرفت، والتعدي بالمنع بعد المطالبة، وعدم التسليم غاية ما يوجبه الإثم لا الزيادة في القدر الذي قام الدليل على ضمانه، ومنه يعلم الجواب عن الثالث أيضا.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المذكور في كلام غير واحد من الأصحاب هنا كما تقدمت الإشارة إليه إنما هو الضمان بالمثل أو القيمة من غير تعرض المهر المثل، ولا تفريع ذلك على مسألة أخرى، وما نقلناه من تفريع ذلك على تقسيم الضمان إلى ضمان يد و ضمان معاوضة لم أقف عليه إلا في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والمحقق الشيخ علي في شرح القواعد، وقد صرحا بأنه لو تلف المبيع في يد البائع أو الثمن في يد المشتري فإنه يفسخ البيع ويجب مثل المبيع أو قيمته في الأول، حيث إنه لا سبيل هنا إلى فسخ النكاح، لأن المهر ليس ركنا فيه، بخلاف البيع بالنسبة إلى المبيع والثمن، فإنهما ركنان فيه، وإنما يفسخ المهر خاصة، كان الواجب على هذا الوجه مهر المثل، قال في المسالك: وعلى الأول وأراد ضمان المعاوضة يجب مهر المثل، كما لو تلف أحد العوضين في البيع قبل القبض، فإن البيع يفسخ، ويجب مثال البيع أو قيمته، ونحو كلام المحقق الشيخ علي أيضا، ولا يخلو من الاشكال.

ووجه الاشكال أن ما صرحوا به هنا من الضمان لو تلف المبيع في يد البائع فإنه يفسخ العقد، ويجب عليه مثل المبيع أو قيمته ينافي ما صرحوا به في كتاب البيع من أنه في هذه الصورة يبطل البيع من أصله، ويرجع كل من المبيع والثمن إلى صاحبه الأول، ولا ضمان بالكلية. قال في المسالك بعد قول المصنف إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال

بايعه ما صورته: المراد أن يفسخ العقد بتلفه من حينه، ويرجع الثمن إلى المشتري إلى آخره، فإنه صريح في بطلان البيع من رأس، ولم يذكروا ثمة ضمانا ولو إشارة، ويؤكد أنه حكموا بأن بطلان البيع من رأس، زلم يذكروا ثمة ضمانا ولو إشارة، ويؤكد أنه حكموا بأن بطلان البيع إنما هو بعد دخول المبيع في ملك البايع بعد انتقاله آنا ما، وأن التلف كاشف عنه. وبالجملة فإن كلامهم ثمة ظاهر في أنه لا ضمان بالكلية، وبذلك يظهر لك أن الحكم هنا بالضمان وتسميته ضمان معاوضة، وتفريع النكاح عليه من هذه الجهة لا يخلو عندي من إشكال، ولعله لقصور فهمي الفاتر وجمود ذهني القاصر، فليتأمل.

المسألة الثالثة عشر: لو ظهر الصداق معيبا فلا يخلو (إما) أن يكون العيب كان قبل العقد ولكن لم تعلم به الزوجة، والحكم فيه عند الأصحاب أن لها رده بالعيب والرجوع إلى قيمته، ولها إمساكه بالأرث، لأن العقد إنما وقع على السليم، فالذي صرح به الشيخ في المبسوط على ما نقل عنه أنها تتخير بين أخذه بالأرث، ورده فتأخذ القيمة كما لو تلف، لأنه مضمون عليه وقد وقع العقد عليه سيما، فإذا تعيب كان لها رده، والمشهور في كلام المتأخرين أن الذي لها في هذه الصورة أرث النقصان من غير رد، لأنه عين حقها، ونقصه ينجبر بضمان أرشه، وضعفوا ما ذكره الشيخ بأن كونه مضمونا ضمان اليد يوجب بقاؤه على ملكها، ضمان الفاتر لا غير، كما لو عابت العين المغصوبة عند الغاصب، على أنه في موضع آخر من المبسوط قوى عدم الخيار وتعين أخذ الأرث.

أقول: لم أقف على نص في المقام وبذلك يشكل البحث فيها والكلام. المسألة الرابعة عشر: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في أنه يجوز للزوجة الغير المدخول بها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض إذا كان المهر

حالا والزوج موسرا، وإنما الخلاف فيما إذا كان معسرا وكذا الخلاف لو كانت المطالبة بعد الدخول، والكلام في هذا المقام يقع في مواضع:

الأول: فما إذا سمي لها مهرا وكان موسرا ولم يدخل بها والمهر حال، والمشهور بل ادعي عليه الاجماع هو جواز الامتناع لها، ولا أعرف لهم دليلا غير ما يدعونه من الاجماع، وأن النكاح من قبيل المعاوضات التي قد تقرر فيها أن لكل من المتعاضين الامتناع من تسليم ما في يده من العوض حتى يتسلم الآخر.

قال شيخنا الشهيد في المسالك بعد الكلام في المسألة وذكر مقدمات مهدها قبل الكلام في المسألة ما صورته: وخلاصة القول فيها أن الزوجة إن كانت كاملة صالحة للاستمتاع ولم يكن قد دخل بها الزوج والمهر حال وهو موسر، فلها الامتناع من التمكين حتى تقبض مهرها بتمامه اتفاقا، ولا بمعنى وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر أولا، بل إما كذلك، أو بتقابضهما معا، بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق في يد من يتفقان عليه أو يد عدل وتؤمر بالتمكين، فإذا مكنت سلم العدل الصداق إليها، وهذا في الحقيقة في معنى إقباض المهر أولا، إلا أن ما يخافه الزوج من فواته بوصوله إليها يستدرك بوضعه على يد العدل فيصير في معنى التقابض معا، حيث إن القابض نائب عنها، وإنما اعتبر ذلك لما تقرر في المقدمة الأولى أن في النكاح معنى المعاوضة، وفي الثانية أن لكل من المتعاضين الامتناع من الاقباض حتى يقبض الآخر وطريق الجمع ما ذكر، وفي المسألة وجهان آخران:

أحدهما: أنه يجبر الزوج على تسليم الصداق أولا، فإذا سلم سلمت نفسها، والفرق بينهما أن فائت المال يستدرك وفائت البضع لا يستدرك.

والثاني: لا يجبر واحد مهما، لكن إذا بادر أحدهما إلى التسليم أجبر الآخر على تسليم ما عنده، وأصحهما الأول لما فيه من الجمع بين الحقين، وبه

يصل الجواب عن الوجه الثاني.
وفي الثالث: أنه قد يؤدي إلى بقاء النزاع لعدم بدءة أحدهما ولا بد من
نصب طريق شرعي يحسم مادته، وهذا الوجه قد مضى نقلها في البيع، إنتهى
كلامه علت في الخلد أقدامه.

وقال سبطه السيد السند والعلامة الأوحد السيد محمد في شرح النافع بعد
ذكر ذلك، ونعم ما قال، فإنه الأصح من هذه الأقوال كما لا يخفى على من عرف
الرجال بالحق، لا الحق بالرجال ما صورته: إنا لم نقف في هذه المسألة على
نص، والذي يقتضيه النظر فيها أن تسليم الزوجة نفسها حق عليها، وتسليم المهر
إليها حق عليه، فيجب على كل منهما إيصال الحق إلى مستحقه، وإذا أخل
أحدهما بالواجب عصى، ولا يسقط بعصيانه حق الآخر، فإن تم الاجماع على أن
لها الامتناع من تسليم نفسها إلى أن تقبض المهر كما ذكره الأكثر أو إلى أن
يحصل التقابض من الطرفين فلا كلام، وإلا وجب المصير إلى ما ذكرناه. إنتهى وهو
جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبیه.

وما اعترضه به هنا بعض مشايخنا المعاصرين من المحدثين (١) حيث قال
بعد نقله ما صورته: وقد ظهر من كلامه أنه مخالف للأصحاب في المسألة، وإنما
خالفهم لعدم وقوفه في المسألة على نص، مع أن الذي ذكره أيضاً خال من النص:
فلا وجه لترجيحه على كلامهم، إنتهى ظاهر السقوط، وذلك لأن ما ذكره
السيد المزبور وإن كان خالياً من النص على الخصوص، إلا أنه الموافق للقواعد
الشرعية والضوابط المرعية، إذ لا يخفى أن قضية العقد أو جبت استحقاق الزوج
البضع، واستحقاق المرأة المهر فليس لأحدهما الإخلال بما وجب عليه في مقابلة
امتناع الآخر، وإخلاله بما وجب عليه، وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لكل ناظر.

(١) هو الشيخ المحدث الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحراني في جواب
المسائل الحسينية. (منه رحمة الله عليه).

وما ذكره السيد المشار إليه هنا قد سقه إليه أستاذه المحقق الأوحى المولى أحمد الأردبيلي رحمة الله عليه في كتاب البيع في شرحه على الإرشاد كما ذكره ثمة حيث قال: بعد نقل قول المصنف (ويجب على المتبايعين دفع العوضين من غير أولوية) إلى آخره ما صورته: أعلم أن الأكثر هكذا قالوا، وحاصله أنها يجب عليهما معا الدفع، أو بعد أخذ العوض، ويجوز لكل المنع حتى يقبض، وكأنهم نظروا إلى أن البيع معاوضة محضة، ولا يجب على كل منهما الدفع، لأن العوض مال الآخر، فما لم يأخذ العوض لا يجب إعطاء العوض، والمسألة مشكلة كسائرهما لعدم النص، وثبوت الانتقال بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كل واحد مهما عند طلب الآخر، وعدم جواز الحبس حتى يقبض، وجواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الآخر، إن أمكن له على أي وجه كان، لأن ذلك هو مقتضى الملك، ومنع أحدهما حق الآخر وظلمه لا يستلزم جواز الظلم للآخر، ومنعه من حقه فيجبرهما الحاكم معا على ذلك إن امتنعا، فيعطي من يد ويأخذ من أخرى، وأو يقبض لأحدهما، ويأمره بالإعطاء، إنتهى كلامه.

وقد تكلف بعض المجتهدين من مشايخنا المعاصرين (١) في الاستدلال للقول المشهور بأدلة لا يخلو من القصر حيث سئل عن هذه المسألة فأجاب رحمة الله عليه بأن لها الامتناع حتى تقبضه هي أو وكيلها وفاقا للمشهور، قال: لأن تقديم المهر أو بعضه هو المتعارف في جميع الأعصار وبه جرت السنة، فعند إطلاق العقد يكون بمنزلة ما شرط تقديمه، فلها الامتناع حتى تقبضه أو ترضى بشئ عملا لمقتضى الشرط، وما كان بمنزلته.

ويدل عليه ما رواه الشيخ (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا

(١) هو شيخنا الشيخ أحمد الجزائري المجاور بالنجف الأشرف حيا وميتا قدس الله سره. (منه قدس سره).

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ ح ١٥، الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ١.

تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً درهما فما فوقه
أو هدية من سويق أو غيره) والمعنى لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق
إليه مهرها أو شيئاً ترضى به، وأما إذا رضيت فهي حلال له، ولا تحرم بلا خلاف،
ويكون المهر ديناً على كما تدل عليه الأخبار.
ويدل عليه أيضاً قول أبي جعفر عليه السلام في صحيحة الفضيل بن يسار (١) (فالذي
أخذت ن الزوج قبل أن يدخل بها حل للزوج به فرجها قليلاً كان أو كثيراً
إذا هي قبضته منه وقبلت ودخلت عليه، ولا شيء لها بعد ذلك)
وقول أبي عبد الله عليه السلام في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج (٢) (إذا أهديت
إليه ودخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلا شيء لها) فإن فيه إشعاراً واضحاً بأن
لها الامتناع من الدخول حتى تقبض ما ترضى به، ويرشد إلى ذلك، أن فائت
المال يستدرك بإقامة مثله، وفائت البضع لا يستدرك، لعدم إمكان قيام مثله مقامه.
فينبغي أن يسلم المهر إليها أولاً ثم هي تسلم نفسها، فإذا أرادت مهرها، وبذلت
نفسها فعلى الحاكم أن يجبره على التسليم أولاً إذا امتنع، كما يجبره على الحقوق
فإن بذله لها مقدماً فعلى الحاكم أن يجبرها على تسليم نفسها إن امتنعت، وهذا
هو الموافق للعدل، والمأمور به من قوله (أوفوا بالعقود، والمفتى به عند الكل، إنتهى.
أقول: الظاهر عندي أن ما تكلفه من هذا الدليل، فإنه لا يشفي العليل،
ولا يبرد الغليل، ولا يفي بالهداية إلى ذلك السبيل.
أما (أولاً) فإن ما ذكره من أن تقديم المهر أو تبعضه لما كان هو المعارف
في جميع الأعصار، وبه جرت السنة، فهو كالشرط في إطلاق العقد، فلها الامتناع

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢، الوسائل
ج ١٥ ص ١٧ ح ١٣.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣، الوسائل
ج ١٥ ص ١٥ ح ٨.

حينئذ حتى تقبض المهر، لا يخفى ما فيه بعد تسليم ما ذكره على من راجع الآيات والأخبار الدالة على التشديد في الفتوى، فإنه لا بد من العلم واليقين فيما يحكم به ويفتي به، ووجوب الوقوف مع الاشتباه، وهي مستفيضة في الكافي وغيره

ومن ذلك ما رواه في الكافي (١) بإسناده إلى زرارة (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام: ما حق الله على العباد؟ فقال: أن يقولوا ما يعلمون، ويقفوا عندما لا يعلمون).

وعن هشام بن سالم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله وعن زياد بن أبي رجم عن أبي جعفر عليه السلام (قال: ما علمتم فقولوا وما لم تعلموا فقولوا: الله أعلم).

وعن إسحاق بن عبد الله (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إن الله خص عباده بآيتين من كتابه (أن لا يقولوا حتى يعلموا، ولا يردوا ما لم يعلموا، وقال الله تعالى (ألم يؤخذ عليهم ميثاق الكتاب أن لا يقولوا على الله إلا الحق) (٥)). وعن حمزة الطيار (٦) (قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: لا يسعكم فيما ينزل بكم مما لا تعلمون إلا الكف عنه، والتثبت والرد إلى أئمة الهدى حتى يحملوكم فيه على القصد) وفي حديث صاحب البريد المروي في الكافي (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام (أما إنه شر عليكم أن تقولوا بشئ ما لم تسمعه منها) إلى غير ذلك من الأخبار.

-
- (١) الكافي ج ١ ص ٤٣ ح ٧، الوسائل ج ١٨ ص ١١ ح ٩.
(٢) الكافي ج ١ ص ٥٠ ح ١٢، الوسائل ج ١٨ ص ١٢ ب ٤ ح ١٠.
(٣) الكافي ج ١ ص ٤٢ ح ٤، الوسائل ج ١٨ ص ١٠ ب ٤ ح ٥.
(٤) الكافي ج ١ ص ٤٣ ح ٨.
(٥) سورة الأعراف آية ١٦٩.
(٦) الكافي ج ١ ص ٥٠ ح ١٠، الوسائل ج ١٨ ص ٥٩ ح ٢٩.
(٧) الكافي ج ٢ ص ٤٠٢ ذيل ح ١ ط طهران، الوسائل ج ١٨ ص ٤٧ ب ٧ ح ٢٥.

وحينئذ فكيف يمكن التجاسر على الحكم لها بالامتناع من تسليم نفسها بعد ملك الزوج للبضع بالعقد، وأنه هو الناقل له، والمبيح للزوج التصرف فيه بمجرد هذا التخريج الشارد، والتكلف بالبارد، وغاية ما يمكن أن يقال فيه أنه محتمل لذلك، لا أنه دليل شرعي يصح تأسيس الأحكام الشرعية به وترتيبها عليها، ولو صح الاعتماد على مثل هذه التخريجات في الأحكام الشرعية لا تسع عليها، وعظم الاشكال، سيما مع ما عرفت من استفاضة الآيات والرويات بالنهي عن القول والفتوى بغير علم قطعي، ويقين شرعي كما عرفت.

وأما (ثانيا) فإن ما استند إليه من رواية أبي بصير وأن المعنى أنه لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق إليها مهرها أو شيئا ترضى به ففيه أن المراد من الرواية كما ذكره الأصحاب قديما وحديثا إنما هو كراهة الدخول بها قبل ذلك، وكيف لا، وهو قد استباح فرجها بالعقد، وملك بعضها بذلك، فيكف يتوقف حلها على دفع المهر أو شيء آخر مع اتفاق الأصحاب على أن المهر ليس ركنا في العقد ويملك البضع بدون ذكره بالكلية.

ويوضح ذلك بآتم إيضاح قيام غير المهر مقامه في ذلك، فإن الاتفاق قائم على أن حل الفرج لا يتوقف على ذلك بالكلية، فكيف يتوهم لفظ لا يحل هنا التحريم، والحال كما عرفت.

ومن الأخبار الظاهرة فيما ذكرناه صحيحة بريد العجلي (١) عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سألته عن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله، فقال: ما أحب أن يدخل حتى يعلمها السورة أو يعطيها شيئا، قلت: أيجوز، أن يعطيها تمرا أو زيبيا؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضيت به كائنا ما كان

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ٢.

وروى أحمد بن محمد بن عيسى (١) في كتاب النوادر عن أحمد بن محمد بن أبي نصر

(قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بنسية، فقال: إن أبي جعفر عليه السلام تزوج امرأة بنسية، ثم قال لأبي عبد الله عليه السلام: يا بني ليس عندي من صداقها

شيء أعطيتها إياه وأدخل عليها، فاعطني كساءك هذا فأعطاها إياه فأعطاها ثم دخل بها)

وفي موثقة أبي بصير (٢) (قال: تزوج أبو جعفر امرأة فزارها وأراد أن يجامعها، فألقى عليها كساءه ثم أتاها، قلت: أرأيت إذا أوفى مهرها أله أن يرتجع الكساء؟ قال: لا إنما استحل به فرجها)

وإنما حملنا هذه الأخبار على الكراهة، لما بإزائها من الأخبار الدالة على جواز الدخول بها من غير أن يعطيها شيئاً.

ومنها رواية عبد الحميد بن عواض (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام الدالة عليه أنه يصلح أن يواقعها ولم ينقدها من مهرها شيئاً.

وفي رواية أخرى (٤) له عنه عليه السلام (قال: قلت له: أتزوج المرأة وأدخل بها ولا أعطيها شيئاً؟ قال: نعم يكون ديناً لها عليك)

وفي الثالثة له (٥) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون

(١) الوسائل ج ١٥ ص ١٣ ح ٥.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ب ٣٣ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٧، الوسائل ج ١٥

ص ١٦ ب ٨ ح ١٠.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ ح ١٦، الوسائل ج ١٥

ص ١٦ ب ٨ ح ٩.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٩، الوسائل ج ١٥

ص ١٤ ب ٨ ح ٢.

عنده ما يعطيها فيدخل بها؟ قال: لا بأس، إنما هو دين لها عليه)
وما رواه أحمد بن محمد بن عيسى (١) في كتاب النوادر في الموثق عن زرارة (قال:
سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة أيحل له أن يدخل بها قبل أن
يعطيها
شيئا؟ قال: نعم)

ولو تم ما ذكره من أنه لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق إليها
مهرها أو شيئا ترضى به، للزم طرح هذه الأخبار، مع أنها هي المعتضدة بالاتفاق
على التحليل بالعقد وأنه هو المبيح لذلك لا غيره.
وأما ما اشتمل عليه خبر أبي بصير من أنه لا يرتجع الكساء، لأنه إنما
استحل فرجها به، فإنه محمول على تأكيد استحباب الدفع إليها شيئا قبل
الدخول، وذلك لأنه إنما استحل فرجها بالعقد لا بما دفعه أخيرا من مهر أو
هدية، وما استند إليه من لفظ (لا تحل) وأنه محمول على ظاهره من التحريم
فهو مما لا يتجسمه محصل، للاتفاق نصا وفتوى على التحليل بالعقد، فلا بد
من الحمل على المجاز كما ورد في قوله صلى الله عليه وآله (لا يحل لا امرأة تؤمن
بالله واليوم الآخر

أن تدع عانتها فوق عشرين يوما) رواه في الكافي (٢)، على أن ما اعتمده من هذه
الأخبار مدخول أيضا من وجهين:

أحدهما: إن مقتضى كلامه أن الأمر بدفع هذه الأشياء قبل الدخول إنما
هو ليرضيها، وإلا فلو رضيت من غير شيء فهي له حلال، المفهوم من الأخبار
التي تلونها أن دفع ذلك إنما هو من حيث إنه السنة في الدخول قبل دفع المهر،
فإنه يدفع لها ذلك وإن رضيت بالدخول، بغير شيء بالكلية إذ لا إشعار في شيء
منها بأن الدفع إنما هو لامتناع المرأة من الدخول، وأن الاعطاء إنما هو
لاسترضائها، وأخبار الكساء الذي ألقاه بالباقر عليه السلام على امرأته ثم أتاها ظاهرة

(١) الوسائل ج ١٥ ص ١٨ ح ١٧.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٠٦ ح ١١، الوسائل ج ١ ص ٤٣٩ ب ٨٦ ح ١.

فيما قلناه، وكذا غيرها.

وثانيهما: إن محل البحث ومطرح الكلام هو أن لها الامتناع حتى تقبض المهر، والذي دلت عليه هذه الأخبار هو الاكتفاء بدفع شيء على وجه الهدية، وأنه ليس لها الامتناع بعد ذلك، وأحدهما غير الآخر، وحينئذ فلا دلالة فيها على ما ادعوه.

وأما (ثالثاً) فإن ما تسند إليه من صحيحة الفضيل بن يسار وصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الدالتين على سقوط المهر بالدخول، فمع أنهما لا إشعار فيهما بما نحن فيه كما ادعاه وسبحل عليه بأنه إشعار واضح بالقول بما دلا عليه مرغوب عنه كما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى في محله.

وكيف كان فما ادعاه من إشعارهما بما ذكره لا أعرف له وجهاً، ولعل وجه الإشعار عنده بهذه العبارة التي نقلها من صحيحة الفضيل (١) وهي قوله: فالذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها، حل للزوج به فرجها من حيث الإشعار بتحريم الفرج على الزوج مع عدم الأخذ، وإذا كان الفرج حراماً بدون ذلك فلها الامتناع حينئذ قبل الأخذ، وفيه ما عرفت من أن حل الفرج هنا إنما حصل بالعقد، لا بدفع المهر كلاً أو بعضاً أو غيره من هدية ونحوها، وهذا الكلام في جملة هذه الأخبار إنما خرج مخرج التجوز في الكناية عن استحباب تقديم المهر أو بعضه أو غيره من هدية ونحوها لا أنه محمول على ظاهره فإنه باطل اتفاقاً إذ لا خلاف ولا إشكال في أن تحليل الفرج إنما حصل بالعقد، وتؤيده الأخبار المتقدمة الدالة على جواز الدخول بها وإن لم يدفع إليها شيئاً.

وأما (رابعاً) فإن ما ذكره من أنه يرشد إلى ذلك أن فائت المال يستدرك إلى آخره بمعنى أنه يجب تقديم المهر إليها أولاً لأنه لو امتنعت من تسليم

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٣.

البضع يمكن استرجاعه منها، بخلاف ما إذا قدمت البضع ودخل بها، فإنه لا يمكن استرداكه إذا لم يدفع المهر.

فيه أنه أول المسألة ومحل البحث، إن الخصم يمنع ذلك، ويقول: إن البضع هنا ليس بفاتت، بل هو تسليم للحق إلى مستحقه، دفع الزوج المهر أم لم يدفع، لأن الزوج قد ملك البضع بمجرد العقد، كما أنها قد ملكت المهر في الصورة المفروضة كذلك، وبما شرحناه وأوضحناه يظهر لك ما في قوله، هذا هو الموافق للعدل، والمأمور به من قوله (أوفوا بالعقود) (١) فإن فيه أن دعوى موافقته للعدل عدول عن المنهج الواضح، بل الموافقة للعدل إنما تحصل بالجري على ما اقتضاه العقد من انتقال كل م العوضين إلى الآخر، ووجوب تسليمه إليه من غير توقفه على شيء وهذا هو المأمور به في قوله عز وجل (أوفوا بالعقود) حيث إن قضية العقد انتقال البضع إلى الزوج والمهر إلى الزوجة، فيجب على كل منهما الوفاء بما اقتضاه العقد من الانتقال على الوجه المذكور من غير توقف لأحدهما على الآخر، وحينئذ الآية عليه لا له، وبالجملة فإن جميع ما لفته في هذا المقام وزعم أنه دليل واضح فهو من جملة الأوهام التي لا يعرج عليها في الأحكام.

الثاني: الصورة الأولى بحالها ولكن الزوج معسر، والمشهور أن الحكم فيها كما تقدم من جواز الامتناع لها حتى تقبض المهر، وإنما الفرق بين صورتين عندهم بالإثم وعدمه، فإنه مع اليسار ومطالبتها يَأثم الزوج بالمنع، وتستحق عنده النفقة، وإن لم تسلم نفسها إذا بذلت التمكين بشرط تسليم المهر، وأما مع إعساره فلا إثم عليه بالتأخير.

وفي استحقاق النفقة وجهان (٢) وذهب ابن إدريس إلى أنه ليس لها الامتناع

(١) سورة المائدة آية ١.

(٢) أحدهما: عدم لانتفاء التمكين حيث إنه معلق بأمر ممتنع عادة، وهو اختيار الشهيد في شرح الإرشاد، وثانيهما: أنها تستحق النفقة كما في الموسر لاشتراكهما في بذل التمكين بشرط تسليم المهر، وامتناع التسليم عادة، ولا دخل له في الفرق سيما أنه يمكن الاجتماع بالعرض ونحوه، وهو اختيار شيخنا الشهيد الثاني قدس سره في المسالك (منه قدس سره)

مع الاعسار لمنع مطالبته، فيبقى وجوب حقه بلا معارض، واختاره السيد السند في شرح النافع، وهو جيد واعترضه المحقق الشيخ علي ومثله الشهيد الثاني بأن مع المطالبة مع الاعسار لا يقتضي وجوب التسليم قبل دفع العوض، ولأن النكاح نوع معاوضة، فلا يجب تسليم أحد العوضين بدون الآخر، وإلى ما ذكره يميل كلام شيخنا المحدث المعاصر المتقدم ذكره (١) حيث قال: في رد كلام ابن إدريس بناء على ما ذكره في المسألة السابقة: إن الذي اقتضاه الدليل أمران، أحدهما جواز الامتناع قبله، والثاني جبره على تسليم المهر إليها إذا طلبته، والاعسار إنما رفع الثاني ولا يستلزم رفع الأول. وأنت خبير بعد الإحاطة بما أسلفناه ما في كلاميهما من النظر الظاهر، ومن ثم مال إلى ما اخترناه في هذه المسألة وفي السابقة المولى الفاضل ملا محمد باقر الخراساني في كتاب الكفاية.

قال السيد السند في شرح النافع بعد نقل كلام المحقق الشيخ علي المتقدم ما صورته: وهو مدفوع بعموم ما دل على أنه يجب للزوجة طاعة الزوج خرج من ذلك ما إذا امتنع من تسليم المهر إليها مع يسار، فيبقى ما عداه مندرجا في العموم، إنتهى.

واعترضه هنا أيضا شيخنا المحدث المذكور بأن فيه نظرا، لأن مقتضى هذا الدليل يتناول المعسر والموسر معا، وقد قرر سابقا أن مقتضى النظر أن ليس

(١) هو شيخنا المحدث الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحراني قدس سره وشيخنا المعاصر الآخر الذي قدمنا ذكره أيضا إنما هو من المجتهد بن، والإشارة بالمحدث قرينة إرادة الأول دون الآخر. (منه قدس سره).

لها الامتناع وإن عصى، لعدم النص على ذلك، وليس الاجماع عنده متحققا، فما باله يرد كلام الشيخ بحجة لم يتحقق عنده، فإما أن يقول الأصحاب مطلقا، أو يخالفهم مطلقا، فإن التفصيل مدخول، والدليل معلول. إنتهى، وظني أن ما اعترضه به رحمة الله عليه لا وجه له.

أما (أولا) فلأن كلام السيد رحمة الله عليه في المسألة الأولى ليس بصريح في الحزم والفتوى بما ذكره بل علق ذلك على ثبوت الاجماع وعدمه، فإن ثبت الاجماع على ما ادعوه كان الأمر على ما قالوه، وإلا وجب المصير إلى ما ذكره، ولم يصرح بأن الاجماع عنده متحقق أو غير متحقق، بل الاجماع عنده في مقام الاحتمال، فلذا جعل الحكم في قالب الاجمال.

و (ثانيا) إن كلامه هنا إنما جرى فيه على طريق المماشاة مع الأصحاب فبما ذكره في تلك المسألة فإنه على تقدير صحة كلامهم في المسألة السابقة لا يتم إلحاق هذه بها، وجعلها مثلها كما ادعوه لظهور الفرق بينهما بما ذكره من أن ما دل (١) على عموم إطاعة الزوجة للزوج وإن خصص في تلك المسألة بالاجماع المدعي على جواز امتناعها، إلا أنه لا مخصص هنا له، لعدم تحقق الاجماع في المسألة، وهو كلام صحيح لا غبار عليه، ولا يتطرق القدرح بوجه من الوجوه إليه، ثم إن شيخنا المحدث المذكور، قال بعد البحث في المسألة الذي من جملته ما نقلناه عنه ما صورته: وعندني في كلا الحكمين توقف، لعدم الظفر بشئ من النصوص من أهل العصمة عليهم السلام فيها وقد أرجيت حكمها إلى العالم من أهل بيت

محمد عجل الله فرجه ورددتها إلى الله ورسوله وإليه صلوات الله وسلامه عليه إنتهى كلامه.

أقول: ما ذكره من التوقف وإن كان لا يخلو من وجه لعدم النص في المسألة على الخصوص، إلا أن ما ذكره السيد السند المتقدم ذكره جريا على ما ذكره

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٣، الوسائل ج ١٤ ص ١١١ ب ٧٩.

شيخه المحقق الأردبيلي عطر الله مرقديهما في المقام لا يخلو من قرب تام لما ذكرناه من أن مقتضى العقد انتقال البضع إلى الزوج، وانتقال حق المهر في الصورة المفروضة إلى الزوجة، وأنه لا دليل على توقف دفع أحدهما على الآخر إلا ما يدعى من الاجماع، وقد عرفت ما فيه في غير موضع مما تقدم، ولا سيما في بحث صلاة الجمعة من كتب العبادات، وما يدعونه من أن النكاح من المعاوضات، وفيه ما عرفت أيضا ما عدم الدليل على الامتناع في المعاوضات، ومع تسليم الدليل في المعاوضات، فحمل النكاح عليها قياس لا يناسب أصول المذهب سيما مع اعترافهم بأنه ليس من المعاوضات الحقيقية كما تقدم ذكره، وإنما له شبه بها في بعض الموارد، ومجرد المشابهة لا يقتضي أن يكون من كل وجه، وللأدلة الدالة على وجوب قيامها بحقوق الزوجية الواجبة عليها، ووجوب إطاعته متى أرادها، خرج من ذلك ما قام الدليل على خروجه، وبقي الباقي وهذا منه، حيث إنه لم يبق هنا دليل شرعي على العذر لها في الامتناع.

الثالث: الصورة الأولى وأن يكن المهر مؤجلا، معسرا كان الزوج أو مؤسرا، وقد قطع الأصحاب بأنه ليس لها الامتناع، إذ لا يجب لها عليه شيء فيبقى وجوب حقه عليها بلا معارض، فيجب الوفاء بالعقد الواقع عن رضاها به، والحكم هنا لا إشكال فيه، وإنما الكلام فيما لو مضت المدة ولم يدخل بها لمانع من جهته كمرض أو غيبته أو نحوهما، أو مانع من جهتها شرعي كالحج والمرض المانع من جميع أنواع الاستمتاع، أو غير شرعي كما لو منعت نفسها عصيانا وأقدمت على فعل الحرام حتى انقضت المدة، قالوا: في جواز امتناعها إلى أن تقبضه تنزيلا له منزلة الحال ابتداء، وعدمه نظرا إلى استصحاب وجوب التمكين الثابت قبل الحلول وجهان: استجود السيد في شرح النافع الثاني، وجعل الأقوى في شرح المسالك، ونقله عن الشيخ في المبسوط قال: وتبعه عليه الأكثر.

أقول: والقول بجواز الامتناع منقول عن الشيخ في النهاية، حيث أطلق جواز امتناعها حتى قبض المهر الشامل لمحل النزاع، أما بخصوص المسألة فلا نعلم به قائلًا، ولا ذكره أحد ممن نعرض لنقل الأقوال على ما صرح به في المسالك، وإنما ذكره من ذكره وجها في المسألة واحتمالا.

ثم أقول: وعلى ما اخترناه وحققناه فلا وجه للوجه الأول، إذا لوجب عليها بذل الطاعة وعدم جواز الامتناع سواء كان المهر حالا أو مؤجلا كما عرفت. الرابع: الصورة الأولى، إلا أنه قد دخل بها، والمهشور أنه ليس لها الامتناع بعد ذلك، وبه صرح الشيخ في الخلاف والمرتضى وأبو الصلاح، واختار المحقق وجملة من المتأخرين، وقال في المسالك: وهو الأقوى عملا بمقتضى القواعد السابقة، فإن المهر قد استقر بالوطئ، وقد حصل تسليمها نفسها برضاها، ومتى سلم أحد المتعاضين الذي قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه، وقيل بجواز الامتناع لها وهو خيرة الشيخ في النهاية والمبسوط والشيخ المفيد والقاضي ابن البراج، وفرق ابن حمزة بين تسليم نفسها اختيارا، فحكم بسقوط حقها من الامتناع، وإكراهها، فجوز لها الامتناع لأنه بسبب الإكراه قبض فاسدا فلا يترتب عليه أثر القبض الصحيح، ولأصالة بقاء الحق الثابت إلى أن يثبت المزيل.

أقول: وهذا التفصيل مبني على ما ذكره في المسالك: من أنه هل يشترط في القبض وقوعه طوعا، أم يكتفي به مطلقا؟ وجهان، من حصول العرض وانتفاء الضمان به كيف اتفق، ومن تحريم القبض بدون الإذن، فلا يترتب عليه أثر الصحيح، قال: والحق أن بعض أحكام القبض متحققة كاستقرار المهر بالوطئ كغيرها، وبعضها غير متحقق قطعا كالنفقة، ويبقى التردد في موضع النزاع حيث يدخل بها كرها هل لها الامتناع بعده من الإقباض حتى قبض المهر أم لا؟ إنتهى. وأنت خبير بأنه علما حقه فإن الحكم بقي في قالب الاشتباه ثم لا يخفى

أن البحث هنا جار على ما مهدوه من الحكم بكون النكح من قبيل المعاوضات التي يشترط فيها التقابض من الطرفين، وأما على ما اخترناه فإنه لا ثمرة لهذا الخلاف لوجوب الطاعة عليها، وبذل نفسها له متى طلبها، سلم إليها المهر أو لم يسلمه، دخل بها أو لم يدخل، ثم إنه على تقدير تسليم ما ذكره من البناء على تلك القاعدة فإنه يمكن أن يقال في بطلان القول الثاني: إن مقتضى العمومات الدالة على وجوب التمكين متى طلبها وأرادها هو عدم جواز الامتناع، خرج منه ما قبل الدخول بالاجماع المدعى إن تم، فيبقى الباقي مندرجا تحت العمومات المذكورة. وأما ما ذكره ابن حمزة في صورة الاكراه من أنه قبض فاسد، فلا يترتب عليه أثر القبض الصحيح، ولأصالة بقاء الحق الثابت إلى أن يثبت المزيل يمكن دفعه بأن العقد لما اقتضى استحقاق الزوج للبضع وملكه له، ودلت الأخبار على وجوب إطاعة الزوجة لزوجها متى طلبها وأرادها مطلقا، مع ما عرفت من عدم الدليل على التوقف على المهر، وإنما ذكره من فساد القبض ممنوع، فإنه قبض حقه، والإذن فيها غير شرط بعد ثبوت استحقاقه، ووجوب الطاعة عليها، والحق الذي أو جبه لها وهو الامتناع حتى تقبض المهر ممنوع، لعدم الدليل عليه، هذا هو مقتضى التحقيق بالنظر إلى الأدلة الشرعية والقوانين المرعية، وما عداه فهو كما عرفت إنما تبنى على دعاوي عارية من الدليل، لا تشفي العليل ولا تبرد الغليل وإن اشتهرت بينهم جيلا بعد جيل.

البحث الثاني: في التفويض، هو لغة الرد إلى الغير، منه قوله (وأفوض أمري إلى الله) والاهمال، ومنه قوله شعرا: لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا
لا يصلح
قال في كتاب المصباح (١): وفوض إليه أمره تفويضا: أسلم أمره إليه،

(١) المصباح المنير ص ٦٦٢.

وفوضت المرأة نكاحها إلى الزوج حتى تزوجها من غير مهر، وقيل: فوضت أي أهملت حكم المهر، وهي مفوضة اسم فاعل، قيل: مفوضة اسم مفعول لأن الشرع فوض أمر المهر إليها في إثباته وإسقاطه (١)، وقوم فوضى إذا كانوا متساوين لا رئيس لهم، والمال فوضى بينهم أي مختلط من أراد منهم شيئاً أخذه، وكانت خبير فوضى أي مشتركة بين الصحابة غير مقسومة، إنتهى.

والتفويض شرعاً رد أمر المهر أو البضع إلى أحد الزوجين أو ثالث، أو إهمال المهر في العقد وعدم ذكره بالمرة، والأول منهما يسمى تفويض المهر، والثاني تفويض البضع، فالكلام هنا يقع في مطلبين:

الأول: في تفويض البضع، وهو أن لا يذكر في القعد مهر، مثل أن تقول هي زوجتك نفسي، أو يقول وليها أو وكيلها زوجتك فلانة، فيقول الزوج قبلت، تحقيق القول فيه يقع في موضعين:

الأول: لا خلاف بين الأصحاب في جواز إخلاء العقد من المهر، وادعى عليه جماعة الاجماع، وعليه تدل الآية والأخبار الكثيرة.

أما الآية فهي قوله عز وجل (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) (١) والتقريب فيها على ما ذكره بعض الأصحاب أن الظاهر أن المراد من الجناح المنفي هو المهر، ولأنه تعال نفى الجناح إلى إحدى الغائتين،

(١) أقول: لم أقف في الأخبار على هذه التسمية إلا في بعض أخبار تفويض المهر وهو ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير " قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يفوض إليه صداق امرأته فينقص عن صداق نساءها " الخبر وسيأتي إن شاء الله تعالى في المطلب الثاني، وأما أخبار تفويض البعض فلم أقف في شيء منها على هذه التسمية ولكن كلام أهل اللغة كما عرفت ظاهر فيه، والأمر في الأمر في ذلك سهل لا مضايقة فيه. (منه قدس سره)

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٦ و ٢٣٧.

وهي المسيس أو الفرض، والثابت عند أحد هذين الأمرين هو المهر، فإنه يجب بالجماع أو فرضه بعد إخلاء العقد منه.

أقول: ويشير إلى ذلك تنمة الآية من قوله سبحانه (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، متاعا بالمعروف حقا على المحسنين، وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة، فنصف ما فرضتم) الآية، فإنه تعالى حكم بالمتعة لتلك التي نفى الجناح عن طلاقها قبل المسيس والفرض، ولا متعة لمن طلقها قبل الدخول إلا التي لم يسم لها مهرا، ثم عقبها بالمطلقة قبل المسيس مع فرض المهر، وبين حكمها وهو ظاهر أيضا في أن الأولى لم يفرض لها مهر في العقد.

وأما الأخبار فمنها ما رواه في الكافي (١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ثم دخل بها قال:

لها صداق نسائها)

وعن عبد الرحمن المذكور (٢) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تزوج المرأة ولم يفرض لها صداقا فمات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها، ما لها عليه؟ قال: ليس لها صداق وهي ترثه ويرثها)

وما رواه الشيخ (٣) في الموثق عن منصور بن حازم (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا، قال: لا شيء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها)

وعن الحلبي (٤) في الصحيح (قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٣ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٧٨ ب ٥٩ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ب ١٢ ح ٢.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ب ١٢ ح ١.

ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها، فقال: لها مهر مثل مهور نساؤها ويمتعها)
وعن أبي بصير (١) (قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمي لها
صدقا حتى دخل بها، قال: السنة، والسنة خمسمائة درهم)
وعن أسامة بن حفص (٢) وكان قيما لأبي الحسن موسى عليه السلام (قال: قلت له:
رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا، وكان في الكلام أتزوجك على كتاب الله وسنة
نبيه صلى الله عليه وآله فمات عنها، أو أراد أن يدخل بها، فما لها من المهر؟ قال: مهر
السنة،

قال: قلت: يقول أهلها: مهور نساؤها، قال: فقال: هو مهر السنة) الحديث.
والوجه في صحة العقد مع خلوه عن ذكر المهر ما تقدم من أن المهر
ليس من أركان عقد النكاح كالعوضين في البيع ونحوه من عقود المعاوضات وإنما
الأركان فيه الزوجان خاصة وإن كان المهر لازما في الجملة، ويتحقق التفويض
بعد ذكر المهر في العقد سواء أطلق، أم شرط أن لا مهر عليه في الحال، أو أطلق،
بأن قال لا مهر عليه، فإن مرجع الجميع إلى أمر واحد، لأن عدم ذكره في
معنى نفيه في الحال، هو لا ينافي مقتضى التفويض ووجوبه في المآل. نعم لو صرح
بنفيه في الحال والمآل على وجه يشل ما بعد الدخول أو قال: قبل الدخول وبعده
فالظاهر كما صرح به الأصحاب بطلان العقد، لأن المعلوم من الأخبار أن وجوب
المهر من مقتضيات عقد النكاح إما بالعقد أو بالوطء أو بالفرض، فإذا شرط خلاف
ذلك فقد شرط خلاف مقتضى العقد فيبطل.

ويدل على ذلك ما رواه الشيخ (٣) عن زرارة في الصحيح (قال: سألته كم
أحل لرسول الله صلى الله عليه وآله من النساء؟ قال: ما شاء من شيء، قلت فأخبرني
عن قول

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ب ١٣ ح ٢
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٣ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ب ١٣ ح ١.
(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٤ ح ٤١، الوسائل ج ١٥
ص ٢٨ ب ١٩ ح ١.

الله عز وجل (وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي) (١) قال: لا تحل الهبة إلا لرسول الله صلى الله عليه وآله وأما غيره فلا يصلح له نكاح إلا بمهر) إذا عرفت ذلك فاعلم أن مجرد العقد في التفويض لا يجوب المهر ولا المتعة، بل إنما يجب المتعة بالطلاق قبل الدخول، ومهر المثل بالدخول، ويجب أيضا ما يفرضانه ويتفقان عليه بالفرض قبل الدخول، ولا فرق في وجوب مهر المثل بالدخول بين أن يطلقها أو لا يطلقها، لأنه قد استقر بالدخول.

وأما ما يفرض قبل الدخول بأنه لو طلقها والحال كذلك فلها نصف المفروض كما دلت عليه الآية (فنصف ما فرضتم) (٢).

ويدل على وجوب المتعة الآية المتقدمة، للأمر فيها وهو للوجوب، وحسنه الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه

نصف المهر إن كان فرض لها شيئا، وإن لم يكن فرض فليمتعها على نحو مما مثلها من النساء)

ولو مات أحد الزوجين قبل الدخول والطلاق، فإن كان الموت قبل المرض فلا شيء لها لانتفاء سبب الوجوب فإنه منحصر في الفرض والدخول وعليه تدل صحيحة الحلبي (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها: فإن لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر لها، وعليها العدة ولها الميراث) وهو يدل بمفهوم الشرط على ثبوت المهر المفروض إن كان فرضه.

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠.

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٧.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢ الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٧.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٤، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ب ٥٨ ح ٢٢.

وصحيحة زرارة (١) (قال: سألته عن المرأة تموت قبل أن يدخل بها، أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها، وإن لم يكن فرض لها فلا مهر لها) إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الجارية على هذا المنوال، وقد اشتركت في الدلالة على عدم المهر مع موتها أو أحدهما إذا لم يفرض المهر لا في العقد ولا بعده

، واختلفت في استحقاق الجميع أو النصف لو فرض المهر، وحصل الموت قبل الدخول،

وسيجئ تحقيق ذلك في موضوعة إن شاء الله تعالى، ثم إنه لا يخفى أن المفوضة وإن لم تستحق المهر بنفس العقد ولكنه حيث كان المهر لازماً للنكاح كما عرفت وأنها ملكت بالعقد أن تملك المهر كما ذكروه، فإن لها المطالبة بفرضه وتعيينه قبل الدخول لتعرف ما تستحق بالوطئ أو الموت وما تشتر بالطلاق قبل الدخول أو الفسخ على القول بالتنصيف به، ثم إن اتفقا على قدر معين صح ولزم ولم يكن لها غيره، ولا فرق بين كونه بقدر مهر المثل أو أقل منه أو أكثر، وليس لأحد منهما بعد الاتفاق الرجوع فيه مطلقاً، وإن اختلفا بأن فرض الزوج لها أقل مما ترضى به فإشكال، ولم أقف في المقام على نص، إلا أنهم ذكروا أنه إن كان مفروضة بقدر مهر السنة فصاعداً ففي لزومه من طرفها وجهها ينشأن من أنه لو فرض إليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه، وكذا الحاكم كما سيأتي، ومن أن البضع يقتضي مهر المثل، والخروج عنه في بعض المورد على خلاف الأصل فيقتصر عليه، وكون ذلك للحاكم ممنوع، وإن كان أقل منه لم يقع بغير رضاها اتفاقاً، فحينئذ إن ترفعاً إلى الحاكم فرض لها مهر المثل من غير زيادة ولا نقصان ما لم يتجاوز السنة فيرد إليها إن اعتبرنا ذلك في مهر المثل، إلا لم يتقيد بذلك قال في المسالك: وهو الأقوى. والمسألة لما عرفت محل توقف وإشكال.

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ١٤٨ ح ١٠٨، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ب ٥٨ ح ٧.

الموضع الثاني: قد صرح الأصحاب بأن المعتبر في مهر المثل بحال المرأة ، وفي المتعة بحال الزوج، فالكلام هنا أيضا في موضعين: (أحدهما) في مهر المثل، والمراد به ما يبذل عادة في مقابل نكاح أمثالها، والرماد بأمثالها من كان متصفا بمثل صفاتها وما هي عليه من الجمال والبركة والشرف والثروة والعقل والأدب وحسن التدبير في المنزل ونحو ذلك، أضداد هذه الأشياء لأن ذلك مما يختلف به المهر اختلافا ظاهرا. وفي الأخبار فسروا عليهم السلام مهر المثل هنا بمهور نسائها، كما تقدم في رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله الأولى (١)، وموثقة منصور بن حازم (٢) وصحيحة الحلبي (٣)،

وحيثما فيجب تقييد ما ذكره الأصحاب من مثلها، وأن المراد به من شأنها في أوصافها بمن كان من نسائها وأقاربها من الأب أو الأم للاطلاق (٤)، وهل يعتبر في أقاربها أن يكونا من أهل بلدها؟ قولان، قال السيد السند في شرح

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ٣.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ١.

(٤) أي اطلاق نسائها شامل لمن كان من جهة الأب أو الأم حسبما هو المشهور وقال ابن البراج: المعتبر من مهر المثل بنساء المرأة وهن من كان منهن من عصباتها كالأخت من جهة الأب والأم وبناتها والعمة وبناتها وما أشبه ذلك، وأما الأم وما هو من جهتها فلا يعتبر به في ذلك وقد كان الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي وغيره يعتبرون من ذلك والأقوى عندي ما ذكرته لأن المرأة أم الولد من عرض المسلمين تكون تحت الشريف النسب مثل الرجل من ولد الحسن والحسين عليهما السلام فيتزوج بالمرأة من العامة ليس لها نسب ولا حسب فالمعتبر في نسائها من كان من عصبتها لما ذكرناه. انتهى ولا يخفى ما فيه على الفطن النبیه. (منه قدس سره)

النافع أظهرهما ذكر، لأن المهر يختلف باختلاف البلدان اختلافا عظيما، وفيه بأمل. وقيد جملة من الأصحاب بل الظاهر أنه المشهور الحكم بلزوم مهر المثل بما إذا لم يتجاوز مهر السنة وهي خمسمائة درهم، إلا رد إليها، وادعى فعليه فخر المحققين الاجماع، مع أن والده في المختلف نقل الاختلاف في ذلك، وحكى القولين، ولم يرجح شيئا في البين قال بعد نقل جملة من الأقوال في المسألة: بقي هنا بحثان: (الأول) هل يعتبر البلد؟ قال بعض علمائنا به، ويحتمل العدم (الثاني) أكثر الأصحاب على أنه لا يزيد على مهر السنة وهو خمسمائة درهم، لما رواه أبو بصير (١) عن الصادق عليه السلام (قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن

أن يسمى صداقها) الخبر، وقد تقدم قريبا ثم قال: وهو غير دال صريحا على المطلوب، وقال بعض علمائنا: لا يتقدر بقدر، لما دلت الأخبار المطلقة عليه. إنتهى.

وربما أشعر ظاهره باختيار القول الأخير، حيث إنه طعن في رواية أبي بصير التي استند إليه الأكثر بأنها غير دالة صريحا على المطلوب ولم يطعن في دليل الآخر، وتوجيه ما أشار إليه في رد رواية أبي بصير وعمد دلالتها على القول المذكور، وما ذكره شيخنا في المسالك قال: بعد نقل الرواية: وفيها مع ضعف السند قصور الدلالة، لأن الكلام في المفوضة، ومورد الرواية ما إذا وهم أن يسمى صداقها، وهو يقتضي كونه أراد التسمية فنيها، وهذا ليس من التفويض في شيء، وإن كان العقد قد وقع بصورة التفويض، فجاز اختلاف الحكم لذلك، ومن ثم ذهب بعض علمائنا إلى أن مهر المثل لا يتقدر بقدر لا طلاق الأخبار في ذلك، ثم نقل رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، وموثقة منصور بن حازم وصحيحة الحلبي، إنتهى.

وبذلك يظهر لك أن الأظهر هو القول الآخر، وأن القول المشهور بمحل من القصور.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ح ٢.

ثم إنه لا يخفى أن مهر المثل قد حكموا به في مواضع عديدة غير هذا الموضوع، منها نكاح الشبهة، والوطئ في النكاح الفاسد والاكراه، والتسمية الفاسدة وإذا نكح عدة نساء بمهر واحد كما تقدم كل منها في موضعه. ولم يذكروا في شيء من هذه المواضع هذه التقييد إلا في مسألة التفويض، ووجه الشبهة في ذكره هنا دون تلك المواضع من حيث ذهاب معظم الأصحاب إلى التقييد وقصور دليله.

و (ثانيهما) في المتعة، ومستحقها هي المفوضة إذا أطلقها قبل الدخول وقبل أن يفرض لها فريضة، والاعتبار فيها بحال الزوج في يساره ء إيساره كما دلت عليه الآية (ومتعوهن عليه الموسع قدره وعلى المقتر قدره) (١) وعلى ذلك تدل الأخبار، ومنها ما رواه في الفقيه (٢) عن محمد بن الفضيل عن الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها قلها نصف مهرها، وإن لم يكن سمى لها مهرا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) الحديث. يكن سمى لها مهرا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) الحديث. وما رواه في الكافي (٣) عن أبي بصير (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها إلى أن قال: وإن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على مثل ما تمتع به مثلها من النساء) ما رواه في الكافي (٤) عن حفص بن البختري في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يطلق امرأته أيمتها؟ قال: نعم أما يحب أن يكون من المحسنين،

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٨.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٧

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٤٠ ح ٨٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٥.

أما يجب أن يكون من المتقين)
وما رواه في التهذيب (١) عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن بعض أصحابنا عن
أبي عبد الله عليه السلام (أن متعة المطلقة فريضة)
وما رواه في الفقيه (٢) قال: في رواية البرنطي (أن متعة المطلقة فريضة)
وماراه في الفقيه (٣) عن ابن رثاب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (قال: متعة
النساء واجبة، دخل بها أو لم يدخل، وتمتع قبل أن تطلق)
ما رواه في الكافي (٤) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز وجل
(وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) (٥) قال: متاعها بعدما تنقضي عدتها
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، وكيف يمتعها وفي في عدتها وجوه ويرجوها،
ويحدث الله بينهما ما يشاء، قال: إذا كان الرجل موسعا عليه يمتع امرأته
بالعبد والأمة، والمقتر يمتع بالحنطة والزبيب والثوب والدرهم، وإن الحسن
ابن علي عليهم السلام متع امرأة له بأمة، لم يطلق امرأة إلا متعها)
وما رواه في الكافي والتهذيب (٦) عن أبي بصير (قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام
أخبرني عن قول الله عز وجل (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين)
ما أدنى ذلك المتاع إذا كان معسرا لا يجد؟ قال: خمار وشبهه)

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٩، الوسائل ج ١٥
ص ٥٤ ح ٢.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٦ ح ٩.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ح ١.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ح ٢ و ٣.

(٥) سورة البقرة آية ٢٤١.

(٦) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ١٤٠ ح ٨٥ مع اختلاف يسير

الوسائل ج ١٥ ص ٥٧ ح ٢.

قال في الفقيه (١): وروي أن الغني بمتع بدار أو خادم والوسط يمتع بثوب، الفقير يمتع بدرهم أو خاتم، وروي أن أدناه خمار وشبهه. وما رواه في التهذيب (٢) عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سألته عن الرجل يريد أن يطلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يمتعها قبل أن يطلقها فإن الله تعالى قال: (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) (٣) وعن محمد بن مسلم (٤) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سألته عن الرجل يطلق امرأته، قال: يمتعها قبل أن يطلق، فإن الله تعالى يقول: ومتعوهن على الموسع قدره وعليه المقتر وقدره) وما رواه في كتاب قرب الإسناد (٥) عن ابن الوليد عن ابن بكير (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله الله عز وجل (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ما قدر الموسع والمقتر؟ قال: كان علي بن الحسين عليه السلام يمتع بالراحلة) وروى هذا الخبر العياشي في تفسيره (٦) وزاد (يعني حملها الذي عليها) وظاهر أن المتعة إنما هو الحمل لا أصل الراحلة، فهو على حذف مضاف مثل واسأل القرية. وفي كتاب الفقه الرضوي (٧) (كل من طلق امرأته من قبل أن يدخل بها

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٤ و ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٧ و ٥٨ ح ٣ و ٤.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ٤.
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٦.
(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ١.
(٥) قرب الإسناد ص ٨١.
(٦) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨ ح ٥.
(٧) فقيه الرضا ص ٢٤٢، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٠ ب ٣٣ ح ٥ و ص ٦١١ ب ٣٤ ح ٥.

فلا عدة عليها منه، فإن كان سمي لها صداقا فلها نصف الصداق، فإن لم يكن سمي لها صداقا فلا صداق لها ولكن يمتعها بشئ قل أم كثر على قدر يساره، فالموسع يمتع بخادم أو دابة، والوسط بثوب، الفقير بدرهم أو خاتم، كما قال الله تبارك وتعالى (ومتعوهن على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف) وتام الكلام في المقام يتوقف على بيان أمور:

الأول: المفهوم من ظاهر الآية وأكثر الأخبار هو انقسام حال الزوج إلى قسمين، اليسار والاعسار، والمشهور في كلام الأصحاب زيادة قسم ثالث وهو المتوسط،

وعليه يدل كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي، ومرسلة الصدوق المتقدمة،

والظاهر أنها من الكتاب فإنها عين عبارته، ولا ريب أنها منه حسب ما تقدم بيانه في غير مقام، سيما في كتب العبادات، والظاهر كما استظهره في المسالك أن مرجع الثلاثة الأقسام المذكورة إلى القسمين المذكورين، لأن القسم الثالث الذي هو الوسط بعض أفراد ما يلحق بالأعلى، وبعضها ما يلحق بالأسفل، فهو لا يخرج منهما، ومن ثم إنه عليه السلام في كتاب الفقه بعد أن ذكر الأقسام الثلاثة استدلل عليه بالآية التي ظاهرها إنما هو التقسيم إلى قسمين، وما ذاك إلا من حيث ما ذكرنا.

الثاني: قال المحقق في النافع: فالغني يمتع بالثوب المرتفع وعشرة دنانير وأزيد واعترضه السيد السند في شرحه بأنه لم يقف على مستنده، قال: وزاد في الشرايع الدابة أيضا، وهو كالذي قبله، ثم قال: والأجود ابتياع ما ورد به النقل، وهو أن الغني يمتع بالعبد أو الأمة أو الدار، الفقير بالحنطة والزبيب والخاتم والثوب والدرهم فما فوقه.

أقول: الظاهر أن ما ذكره في هذه الأخبار التي قدمناها من ذكر هذه الأشياء المعدودة إنما خرج مخرج التمثيل لا الحصر، وكلا الأصحاب في عد هذه الأشياء: الغير المنصوصة إنما هو بناء على ما ذكرناه، ويشير إلى ذلك قول

الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (١) المذكور (يتمتعها بشئ قل أم كثر على قدر يساره)) ويؤيده ذلك أيضا إطلاق الآية، وأما ما ذكره من أن المحقق في الشرايع ذكر الدابة وهي غير موجودة في النصوص فالجواب عن ذلك ما عرفت مع أنها مذكورة في كتاب الفقه الرضوي فلعله وإن لم يقف عليه الكتاب المذكور إلا أنه تبع من عد الدالة لورودها في هذا الكتاب كالشيخ علي بن بابويه والشيخ المفيد ونحوهم، والمحقق تبعهم في عدها.

الثالث: الظاهر أنه لا خلاف في وجوب المتعة هنا للآية والروايات المتقدمة ونحوها المشتملة على الأمر بها الذي هو حقيقة في الوجوب وفي بعضها أنه فريضة، وظاهر جملة من الأخبار المتقدمة أنها قبل الطلاق كرواية أبي حمزة (٢) وصحيفة محمد بن مسلم (٣) ورواية زرارة (٤) المنقولة في الفقيه، إلا أن رواية الحلبي (٥) المنقولة

في الكافي صريحة في أن المتعة إنما هي بعد أن تنقضي عدتها معللا ذلك بأنها في العدة ترجوه ويرجوها، والجمع بين هذه الأخبار لا يخلو من إشكال، ولا يحضرني الآن وجه يعتمد عليه في ذلك، هذا على تقدير ما دلت عليه الأخبار من ثبوت المتعة للمدخول بها، وأما على ما ذكره الأصحاب من تخصيصها بغير المدخول بها فالظاهر أنها قبل الطلاق، كما هو ظاهر هذه الأخبار، ولم أقف على من ذكر هذا الحكم من الأصحاب، بل ظاهرهم وجوب دفع ذلك وإن كان بعد الطلاق، ولعل مستندهم الاطلاق في أكثر الأخبار، إلا أن مقتضى القاعدة بعد ورود هذه

-
- (١) فقه الرضا ص ٢٤٢، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٠ ب ٣٣ ح ٥.
(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٨ و ص ١٤٢ ح ٩١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ٤ و ١.
(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٨ و ص ١٤٢ ح ٩١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ٤ و ١.
(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ب ٥٠ ح ١.
(٥) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٣٩ ح ٨٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ب ٥٠ ح ٢ و ٣.

الأخبار بالتقييد هو حمل المطلق على المقيد.
الرابع: قد عرفت مما قدمنا في صدر هذه المسألة أن مستحق المتعة هي المطلقة على الوجه المتقدم، فلو حصلت البيونة بينهما بغيره من فسخ أو موت أو لعان أو غير ذلك من قبله أو من قبلها أو منهما فلا مهر ولا متعة للأصل، وهذا هو المشهور، وقوى الشيخ في المبسوط ثبوتها بما يقع من قبله من طلاق أو فسخ أو من قبلهما، دون ما كان من قبلها خاصة، وقوى في المختلف، وجوبها في الجميع. قال في المبسوط: الفراق أربعة أضرب: إما أن يكون من جهته بطلاق أو لعان أو ردة أو إسلام، فإن كان بالطلاق فلها المتعة لعموم الآية، وإن كان باللعان أو بالارتداد أو الإسلام قال قوم: تجب المتعة، لأن الفراق من قبله، وهو الذي يقوى في نفسي، ولو قلنا لا يلزمه متعة لأنه لا دليل عليه لكان قويا. وإما من جهتها بالارتداد أو إسلام أو بعق تحت عبد فتختار نفسها، أو تجد به عيبا فتنسخ، وأو يجد بها عيبا فإنه وإن كان الفاسخ هو، فهي المدلسة، فالكل من جهتها ولا متعة، في ذلك كله، فأما امرأة العنين فلو شاءت أقامت معه، وقال قوم: لها متعة، وقال آخرون: لا متعة لها وهو الصحيح.
وأما إن جاءت الفرقة من جهتهما معا كالخلع وهو كالطلاق يجب المتعة. وأما من جهة أجنبي بأن ترضعها أمه فهو كالخلع المذهب فيه حكم الزوج، لأنه يعود إليه بها قبل الدخول بنصف المهر، فكأنه طلقها هو، فعليه المتعة. قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه وهذا الكلام يدل على ترده في إيجاب المتعة باللعان وشبهه، والوجه عندي الوجوب، كذا في زوجة العنين لما تقدم في الأول، ولو جوب نصف المهر في الثاني، إنتهى.
والشيخ في الخلاف قد وافق القول المشهور، فقال: كل فرقة تحصل بين الزوجين سواء كان من قبله أو من قبلها أو من قبل أجنبي أو من قبلهما فلا يجب بها المتعة إلا الطلاق فحسب، وبه قال ابن إدريس وجل من تأخر عنه وهو

الأظهر، لدلالة الآية والأخبار المتقدمة، على أن ذلك في الطلاق مع تأييدها بالأصل، وحمل غيره عليه بمجرد المشابهة قياس لا يوافق أصول المذهب.

الخامس: الظاهر من كلام الأصحاب هو اختصاص المتعة بغير المدخول بها كما قدمناه في عنوان المسألة، وعليه تدل أكثر أخبار المسألة المتقدمة، إلا أن جملة من الأخبار قد دلت على ثبوتها للمدخول بها أيضا كرواية زرارة (١) وقوله فيها (متعة النساء واجبة دخل بها أو لم يدخل) ورواية الحلبي (٢) لقوله فيها (متاعها بعد ما تنقضي عدتها، إلى أن قال: وكيف يمتعها وهي في عدة ترجوه ويرجوها) فإنه ظاهر في المدخول بها إذ لا عدة على غير المدخول بها إجماعا نصا وفتوى وصحيحة الحلبي (٣) (قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها، فقال: لها مهر مثل مهر نساءها ويمتعها) وهي صريحة في مجامعة المتعة للمهر.

والشيخ قد حمل هذه الأخبار على الاستحباب، وتبعه الجماعة، ولا يخفى بعده سيما مع قوله في رواية زرارة (واجبه دخل بها أو لم يدخل) والمسألة لا تخلو من توقف وإشكال والاحتياط فيها مطلوب على كل حال.

السادس: لا إشكال في صحة التفويض من البالغة الرشيدة الغير المولى عليها، لأن الحق في ذلك لها، وأمر نكاحها بيدها، تختار ما تريد من الوجوه الصحيحة، ومنها التفويض وإنما الكلام في المولى عليها بجميع أنواعها، فهل للولي أن يزوجها مفوضة أم لا؟ قولان: (أحدهما) صحة التفويض كغيرها، فعلى هذا ليس لها بعد الطلاق وقبل الفرض أو الدخول إلا المتعة.

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ب ٥٠ ح ١.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٣٩ ح ٨٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ب ٥٠ ح ٢ و ٣.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ١.

و (الثاني) صحة العقد، وأن الثابت لها مهر المثل بمجرد العقد ولا تفويض، وعلى هذا فبالطلاق ينتصف المهر.

وأنت خبير بأن إطلاق الأخبار المتقدمة الواردة في التفويض شامل للتفويض من الزوجة والولي، ومثل قولهم في تلك الأخبار (رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا) ونحو ذلك من العبارات، وحينئذ فإذا صح التفويض من الولي كما هو أحد القولين المذكورين ترتب عليه أحكام التفويض، والقائل بوجوب مهر المثل هنا إنما علله بأن تصرف الولي منوط بمهر المثل وثمان المثل، لأن النكاح يلحق بالمعاوضات فيجب مراعاة عوض البضع، فإذا فرض دون مهر المثل وقع فاسداً، فوجب مهر المثل كم لو فسد المهر بغيره

وفيه أنك قد عرفت ما في قياس النكاح على المعاوضات، وأنه متى كانت الأخبار شاملة لهذه الفرد، فالتفصيل الذي اشتملت عليه بأنه إن دخلها فلها مهر المثل أو فرض لها فرضاً فهو ما فرضه، وإلا فالمتعة إن وقع الطلاق بدون أحد الأمرين جار فيه. والله العالم بأحكامه ونوابه القائمون بمعالم حاله وحرامه

المطلب الثاني: في تفويض المهر، وهو كما تقدمت الإشارة إليه أن يذكر في العقد مجملاً ويفوض تعيينه إلى أحد الزوجين ولا خلاف بين أصحابنا في جوازها، وأخبارهم دالة عليه، وإنما خالف فيه العامة، فحكموا بأن المهر الواقع على هذه الكيفية فاسد، فيكون الكلام فيه على قياس المهر الفاسد من الرجوع إلى مهر المثل.

وتحقيق الكلام في هذا المطلب يتوقف على نقل الأخبار الواردة في المقام، ثم الكلام فيما دلت عليه من الأحكام. فمناها ما رواه في الكافي والتهذيب (١) في الحسن عن الحسن بن زرارة عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٥ ح ٤٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣١ ح ١.

أبيه (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على حكمها، قال: لا تجاوز بحكمها مهر نساء آل محمد صلى الله عليه وآله اثنتي عشرة أوقية ونش، وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة، قلت: أرأيت إن تزوجها على حكمه ورضيت بذلك؟ قال: ما حكم به من شيء فهي جائز عليهما قليلا كان أو كثيرا، قال: فقلت له: كيف لم تجز حكمها عليه وأجزت حكمه عليها؟ قال: فقال: لأن حكمها فلم يكن لها أن تجوز ما سن رسول الله صلى الله عليه وآله وتزوج على نساءه فرددتها إلى السنة، ولأنها هي حكمته وجعلت الأمر إليه في المهر ورضيت بحكمه في ذلك فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان أو كثيرا)

قال بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين بعد ذكر هذا الخبر: الحكم إجماعي والتفصيل والفرق غير واضح، ولعله يرجع إلى أنه لما حكمها فلو لم يقدر لها حد فيمكن أن تجحف وتحكم بما لا يطيق، فلذا حد لها، ولما كان خير الحدود ما حده رسول الله صلى الله عليه وآله جعل ذلك حده، إنتهى. ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة (١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه فماتت أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعة والميراث، ولا مهر لها، قلت: فإن طلقها وقد تزوجها على حكمها؟ قال: إذا طلقها وقد تزوجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة درهم فضة مهور نساء رسول الله صلى الله عليه وآله قوله (أكثر من

وزن خمسمائة درهم) هكذا في الكافي والفقيه، وفي التهذيبين (لم يتجاوز بحكمها على خمسمائة درهم) وهو الصواب. وما رواه في من لا يحضره الفقيه (٢) عن صفوان يحيى في الصحيح عن أبي جعفر

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٥ ح ٤٤، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٢ ح ٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢ ح ٢.
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٢ ح ٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢ ب ٢١ ح ٣.

يعني الأحوال قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل تزوج امرأة بحكمها ثم مات قبل أن تحكم، قال: ليس لها صداق وهي ترث) ورواه في الفقيه (١) أيضا عن البنزطي عن عبد الكريم بن عمر وعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام وما رواه في التهذيب (٢) عن أبي بصير (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل

يفوض إليه صداق امرأته، فينقص عن صداق نساءها، قال: يلحق بمهر نساءها) وحمله الشيخ في كتابي الأخبار على ما إذا فوض إليه على أن يجعله مثل مهر نساها. قال في الوافي: وبعده لا يخفى، والصواب حمله على ما هو الأولى وإن لم يلزمه أكثر مما أوفى. إنتهى وهو جيد. إذا عرفت ذلك فالكلام هنا يقع في مواضع:

الأول: الظاهر من الأخبار المذكورة هو اختصاص تفويض تقدير المهر بأحد الزوجين، وهو المتفق عليه، وقيل بجواز التفويض إليهما معا، واختاره في المسالك. وقيل بجوازه إلى أجنبي ورده في المسالك، قال رحمه الله في الكتاب المذكور: ويفوض تقديره إلى أحده الزوجين وعليه اقتصر المصنف أو إليهما معا ولا إشكال في جواز أيضا، وألحق بعضهم جعله للأجنبي غيرهما، لأنه وإن لم يكن منصوبا بخصوصه، إلا أنه في معنى التوكيل وقد تراضيا عليه، ولعموم قوله صلى الله عليه وآله (٣) (المؤمنون عند شروطهم) ووجه المنع أن المهر حق يتعلق

بالزوجين فلا يتعدى إلى غيرهما بغير إذن شرعي وهذا أجود، إنتهى. وفيه أن ما أورده على هذا القول وارد عليه فيما ذهب إليه من جعل الاختيار إليهما معا مع أن الوارد في النصوص إنما هو التفويض إلى أحدهما،

(١) الفقيه ج ٤ ص ٢٢) ح ٣، الوسائل ١٧ ص ٥٢٩ ح ٣.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢ ح ٤.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

فالخروج عنه إلى كل من الفردين الآخرين يكون بغير إذن شرعي، وهو قد منع من التعدي إلا بإذن شرعي، بل يمكن أن يدعى أن المنع هنا أظهر منه في الأجنبي، لأن التفويض إليهما معا مظنة النزاع والاختلاف، ثم إنه قال في المسالك بناء على ما اختاره من التفويض إليهما معا وتفويضه إلى الزوجين معا يتوقف على اتفاقهما معا عليه كاتفاقهما على فرضه في القسم الأول، فإن اختلفا قال الشيخ في المبسوط: وقف حتى يصطلحا. وتبعه العلامة، ولم يذكر الرجوع هنا إلى الحاكم، ولو قيل به كان حسنا، لو جود المقتضي فيهما مع اشتراكهما في عدم النص على الخصوص، إنتهى.

أقول: هذا ما أشرنا إليه آنفا من مفسدات هذا القول، فإنه لو لم يتفقا بالكلية يلزم الحرج والعسر المنفيين بالآية والرواية، وكلهما أدعي إليهما يكون باطلا، وما اختاره من الرجوع إلى الحاكم مجرد تخرص لا دليل عليه، نعم لو كان أصل الحكم مما ثبت بالدليل فلا بأس بما ذكره إلا أن الأصل غير ثابت كما اعترف به. وبالجملة فالأظهر هو الوقوف على مورد النصوص.

الثاني: المفهوم من الأخبار المذكورة أن المهر متى فوض تقديره إلى الزوج كان له الحكم بما شاء من قليل أو كثير، فلا تقدير له في طرف الكثرة، ومتى فوض إلى الزوجة لم يتقدر في طرف القلة، ويتقدر في طرف الكثرة بمهر السنة، فلا يمضي حكمها فيما زاد على، والظاهر أنه لا خلاف فيه بين الأصحاب أيضا، إذا لم ينقل في المسألة خلاف فيما أعلم، ويظهر من السيد السند في شرح النافع المناقشة في الدليل حيث إنه استدل على الحكم المذكور برواية الحسن بن زرارة، ثم طعن فيها من حيث السند باشماله على الحسن بن زرارة وهو مجهول، وأن ما تضمنه من تعليل الفرق غير واضح، فإنه فرق بنفس الدعوى.

وفيه أن الحسن بن زرارة وإن لم يذكر في كتب الرجال كما ذكره إلا أن مدح الصادق عليه السلام له ولأخيه الحسين في الحديث الصحيح الذي ورد في حق

أبيه كما رواه الكشي مما يوجب عد حديثه في الحسن، حيث قال عليه السلام: ولقد أدى إلي ابنك الحسن والحسين رسالتك أحاطهما الله وكلاهما ورعاهما وحفظهما بصلاح أبيهما.. إلى آخره، ولذا قال شيخنا المجلسي في رسالته الوجيزة في الرجال. وإنه مهمل على المشهور، ممدوح على الظاهر. وأما الطعن في المتن بما ذكره من عدم وضوح الفرق، فغير مضر بالمقصود من الاستدلال بالخبر.

الثالث: قد ذكر الأصحاب أنه لو طلقها قبل الدخول وقبل الحنم ألزم من إليه الحكم أن يحكم، وكان لها النصف مما حكم به، ولو كانت الحاكمة هي المرأة وحكمت ما يزيد على مهر السنة، فالواجب هو نصف مهر السنة لما تقدم من بطلان ما زاد عليه، ولو كان الحكم بعد الدخول فالواجب هو جميع ما يحكم به الحاكم لأنه مقتضى العقد، وقد استقر بالدخول ولا موجب لتصنيفه. ويشير إلى هذه الصورة قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة (فإن طلقها، وقد تزوجها على حكمها لم تتجاوز بحكمها على خمسمائة درهم) الحديث. والرواية وإن كان موردها كون الحاكم هو المرأة إلا أنه لا قائل بالفرق، الأصل بقاء الحكم حتى يحكم الحاكم أيهما كان، والحكم بالتنصيف بالطلاق وإن لم يتضمنه هنا روايات المسألة إلا أنه مستفاد من أدلة أخرى.

الرابع: اختلف الأصحاب فيما لو مات الحكم قبل الدخول، فالمشهور بينهم ومنهم الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة والصدوق في المقنع والعلامة في المختلف وولده في الشرح والشهيد في شرح الإرشاد أن لها المتعة. وعلى هذا القول تدل صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة، وربما قيل: إن الرواية غير صريحة الدلالة على المطلوب لأن قوله (فمات أو ماتت) محتمل لكون الميت هو الحاكم أو كونه المحكوم عليه، ومع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال. ورد بأنه لا ريب أن الظاهر منها كون الميت هو الحاكم، لأنه الأقرب

والمحدث عنه، ولأنه عليه السلام في آخر الحديث ذكر أن الحكم لا يسقط بالطلاق مع

بقاء الحكم، وإذا لم يسقط بالطلاق لم يسقط بالموت بطريق أولى. قال في المسالك في الجواب عن الاحتمال المذكور: لأنا نقول: لفظها وإن احتمل ذلك بمجردة إلا أن فيها ما ينفي كون الميت المحكوم عليه، لأنه ذكر فيها أن المحكوم عليه لو مات قبل الحكم لا يبطل الحكم، ويحكم الحاكم بعد ذلك، ويثبت ما يحكم به، وإذا كان الطلاق لا يسقط الحق مع بقاء الحاكم فلأن لا يسقط مع موت أحدهما مع بقاءه أولى، ووجه الأولوية بقاء حكم الزوجية بالموت دون الطلاق، ولا يضر اختلاف الحق حيث إنه هنا المتعة، وهناك المهر المحكوم به، لاشتراكهم في أصل الاستحقاق، وإن فرق النص بينهما في المقدار، وأيضا فموت المحكوم عليه خارج بالاجماع، على أنه لا أثر له في وجوب المتعة، فيبقى الآخر. إنتهى المقصود من كلامه، وفيه زيادة في إيضاح الحكم على ما نقلناه.

وذهب العلامة في القواعد إلى ثبوت مهر المثل، وعلله بأنه هو قيمة البضع حيث لم يتعين غيره، بأن المهر المذكور، غايته أنه مجهول، فإذا تعذرت معرفته وجب الرجوع إلى مهر المثل.

وردف الأول بأن الزوج لم يتحقق منه الدخول ليثبت عليه عوض البضع، والثاني بأنه نفس المدعى، فكيف يجعل دليلا عليه مع أنهما معارضان بالنص الصحيح المتقدم.

قال السيد السند في شرح النافع: وحكى الشيخ في المبسوط في هذه المسألة قولاً بلزوم مهر المثل وقواه واختاره العلامة في القواعد واستدل له ثم ذكر الدليل المتقدم.

أقول: إن كتاب المبسوط لا يحضرني الآن، ولكن الذي نقله العلامة عن المبسوط لا يساعد ما ذكره، بل هو عليه خلافه، حيث نقل عنه إنه قال: لو مات

أحدهما فقولان: أحدهما أن لها مهر مثلها، والثاني لا مهر لها، وهو الصحيح عندنا، وفيه خلاف، هذه صورة ما نقله في المختلف ما ذكرناه، وكذا عن الشهيد في

شرح

الإرشاد، اعترضهما بأن في هذا النقل نظرا لأن الشيخ إنما ذكر هذه العبارة والخلاف المذكور في مفوضة البضع وأما مفوضة المهر فلم يذكر حكم موت الحاكم فيها أصلا.

وذهب ابن إدريس إلى عدم ثبوت شيء مع موت الحاكم قبل الحكم قال:

لو مات الحاكم قبل الدخول، والمتعة إنما تجب بالطلاق، والأصل براءة الذمة: وإلحاق الموت بالطلاق قياس، وإلى هذا القول ذهب الشيخ في الخلاف وابن الجنيد أيضا، والخبر الصحيح حجة على من عدا ابن إدريس، فإنه بمقتضى أصوله الغير الأصلية لا يلزمه القول به، والله العالم.

البحث الثالث: في اللواحق وفيه مسائل:

الأولى: المشهور بين الأصحاب أن المهر كلا أو بعضا لا يسقط بالدخول

لو لو لم تقبضه بل يكون ديناً عليه، طالبت أم لم تطالب، ويدل

عليه ظاهر قوله عز وجل (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) (١)

ومن الأخبار الدالة على ذلك ما رواه في الكافي (٢) في الصحيح أو الحسن

عن أحمد بن محمد بن أبي نصر (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة على

الصداق المعلوم، فيدخل بها قبل أن يعطيها؟ فقال: يقدم إليها ما قل أو كثر إلا

أن يكون له وفاء من عرض إن حدث به حدث أدى عنه فلا بأس)

(١) سورة النساء آية ٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٨، الوسائل

ج ١٥ ص ١٣ ح ١.

وعن عبد الحميد بن عواض (١) في الموثق (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها؟ قال: لا بأس إنما هو دين عليه لها)

وعن غياث بن إبراهيم (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج بعاجل وآجل؟ قال: الأجل إلى موت أو فرقة)

وما رواه الشيخ في التهذيب (٣) عن عبد الحميد الطائي (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة وأدخلها ولا أعطيها شيئاً؟ قال: نعم يكون ديناً عليك) ورواه الكليني (٤) في الحسن عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن عبد الحميد وعن عبد الحميد بن عواض (٥) في الموثق (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام المرأة أتزوجها أ يصلح أن أوقعها ولم أنقدها من مهرها شيئاً؟ قال: نعم إنما هو دين عليك)

ورآه الكليني (٦) أيضاً مثله.

وعن عمر وبن خالد عن زيد بن علي (٧) عن آبائه عن علي عليه السلام (أن امرأة أخته ورجل قد تزوجها ودخل بها وسمى لها مهراً وسمى لمهرها أجلاً، فقال له علي عليه السلام: لا أجل لك في مهرها إذا دخلت بها فأد إليها حقها) (٨).

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٣.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ٩.
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ٩.
(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ١٠.
(٦) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ١١.
(٧) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ١١.
(٨) أقول: هذا الخبر على ظاهره لا أعلم به قائلًا. (منه قدس سره)

وعن عبد الخالق (١) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها قبل أن يعطيها شيئا، قال: هو دين عليه) ومما يؤيده ذلك تأييدا ظاهرا جملة من الروايات الدالة على أن من لم ينو إعطاء المهر فهو زان، ولا فرق بين عدم نيته سابقا أو لاحقا. ومنها ما رواه في الكافي (٢) عن الفضيل بن يسار في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام

(في الرجل يتزوج المرأة، ولا يجعل في نفسه أن يعطيها مهرها فهو زان) وعن حماد بن عثمان (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: من تزوج امرأة ولا يجعل في نفسه أن يعطيها مهرها فهو زنا) وعن السكوني (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إن الله

ليغفر كل ذنب يوم القيامة إلا مهر امرأة، ومن غصب أجيرا أجرته، ومن باع حرا) وما رواه الصدوق في الفقيه (٥) مرسلا (قال: قال الصادق عليه السلام من تزوج امرأة ولم ينو أن يوفيه صداقها فهو عند الله زان) (قال: (٦) وقال أمير المؤمنين عليه السلام: إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)

وروى في حديث المناهي عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد (٧) عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله (قال: من ظلم امرأة مهرها فهو عند الله

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٢.
 - (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢١ ح ١.
 - (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٣.
 - (٤) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٤.
 - (٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٦.
 - (٦) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٧.
 - (٧) الفقيه ج ٤ ص ٧ ضمن حديث مناهي النبي صلى الله عليه وآله، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٨.

زان، يقول الله عز وجل يوم القيامة: عبدي زوجتك أمتي على عهدي فلم توف بعهدي وظلمت أمتي، فيؤخذ من حسناته فيدفع إليها بقدر حقها، فإذا لم تبق له حسنة أمر به إلى النار، بنكته العهد إن العهد كان مسؤولاً) وروى الراوندي في كتاب النوادر (١) عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام (قال: قال علي عليه السلام في قوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة): أعطوهن الصداق الذي استحلتتم به فروجهن، فمن ظلم المرأة صداقها الذي استحلت به فرجها فقد استباح فرجها زناً) وما رواها لصدوق في كتابي العلل والعيون (٢) عن الرضا عليه السلام في علل محمد بن

سنان أنه كتب إليه أن (عليه المهر ووجوبه على الرجل، ولا يجب على النساء أن يعطين أزواجهن قال: لأن على الرجال مؤونة المرأة وهي بايعة نفسها، والرجل مشتر، ولا يكون البيع بلا ثمن، ولا الشراء بغير إعطاء الثمن) والتقريب في هذه الأخبار الأخيرة أن امرأة متى جاءت تطلب مهرها الذي وقع عليه العقد كلاً أو بعضاً ومنعها إياه من أجل رضاها بالدخول أو جبرها عليه، فقد دخل تحت مصداق هذه الأخبار، إذ النواقل الشرعية محصورة، ليس مجرد الدخول بالمأة منها، والأصل بقاء الحق الثابت أولاً حتى يظهر ما يجوب البراءة منه.

ونقل الشيخ في التهذيب عن بعض أصحابنا أنه إذا دخل بها هدم الصداق، وعليه تدل جملة من الأخبار أيضاً. ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب (٣) في الصحيح عن الفضيل عن أبي جعفر عليه السلام

(١) نوادر الراوندي ص ٣٧.

(٢) علل الشرايع ص ٥٠٠ ب ٢٦٢، عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ٢٤٥، الوسائل

ج ١٥ ص ٢٣ ح ٩.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥

ص ١٧ ح ١٣.

(في رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شيئا من صداقها على ورثة زوجها، فجاءت تطلبه منهم ويطلب الميراث، فقال: أما الميراث فلها أن تطلبه، وأما الصداق فالذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها، فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلا كان أو كثيرا إذا هي قبضته منه وقبلت ودخلت عليه به، ولا شيء لها بعد ذلك)

وما رواه في الكافي (١) عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل والمرأة يهلكان جميعا فيأتي ورثة المرأة فيدعون على ورثة

الرجل لصداق، فقال: وقد هلكا وقسم الميراث؟ فقال: نعم، فقال: ليس لهم شيء فقلت: وإن كانت المرأة حية فجاءت بعد موت زوجها تدعي صداقها؟ فقال: لا شيء لها وقد أقامت معه مقرة حتى هلك زوجها، فقلت: فإن ماتت وهو حي فجاءت ورثتها يطالبونه بصداقها؟ فقال: وقد أقامت معه حتى ماتت لا بطلبه؟ فقلت: نعم، فقال: لا شيء لهم، قلت: فإن طلقها فجاءت تطلب صداقها؟ قال: وقد أقامت لا تطلبه حتى طلقها لا شيء لها، قلت: فمتى حد ذلك الذي إذا طلبته كان لها؟ قال: إذا أهديت إليه ودخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلا شيء لها، إنه كثير لها أن تستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل ولا كثير)

وعن محمد بن مسلم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يتزوج المرأة ويدخل بها

ثم تدعي عليه مهرها، فقال: إذا دخل بها فقد هدم العاجل)

وعن عبيد بن زرارة (٣) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يدخل

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٨.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٠ ح ٢٥، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٦.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٤.

بالمرأة ثم تدعي عليه مهرها، فقال: إذا دخل بها فقد هدم العاجل)
وما رواه في التهذيب (١) عن الحسن بن علي بن كيسان (قال: كتبت إلى
الصادق عليه السلام أسأله عن رجل يطلق امرأته وطلبت منه المهر، وروى أصحابنا أنه
إذا دخل بها لم يكن لها مهر، فكتب: لا مهر لها)
وعن المفضل بن عمر (٢) (قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له:
أخبرني

مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمنين أن يجزوه قال: فقال: السنة المحمدية
خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك رد إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من الخمسمائة
درهم، فإن أعطاه من الخمسمائة درهم درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها
فلا شيء عليه، قال: قلت: فإن طلقها بعدما دخل بها؟ قال: لا شيء لها، إنما كان
شرطها خمسمائة درهم، فلما أن دخل بها قبل أن تستوفي صداقها هدم الصداق،
فلا شيء لها، إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك في
حياة منه أو بعد موته فلا شيء لها)

وأنت خير بأن هذه الأخبار على كثرتها وصحة جملة منه لم أقف على
قائل بما دلت عليه غير ذلك البعض الذي نقل عنه الشيخ، وإلا فالشيخ ومن تأخر
عنه كلهم قد صرحوا بخلاف ما دلت عليه وارتكبوا التأويل فيها، وهو لما عرفت
من وضوح أدلة القول المشهور وموافقتها لأصول المذهب، وخالفة هذه.
والشيخ حمل هذه الأخبار تارة على أنه ليس لها شيء بمجرد الدعوى من
دون بينة كما يدل عليه خبر الحسن بن زياد (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا
دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر، وقال الزوج: قد أعطيتك، فعليها البينة

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٦ ح ٨٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٨ ح ١٥.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٧، الوسائل ج ٧ ص ٣٦٠ ح ٢٦، الوسائل ج ١٥
ص ١٥ ح ٧.

وعليه اليمين) قال: ولو كان الأمر على ما ذهب إليه بعض أصحابنا من أنه إذا دخل بها هدم الصداق لم يكن لقوله عليه السلام (عليها البينة وعليه اليمين) معنى، لأن الدخول قد أسقط الحق، فلا وجه لإقامة البينة ولا اليمين. وتارة على ما إذا لم يسم لها مهرا، وقد ساق إليها شيئا كما نبه عليه خبر الفضيل (١).

وقد اعترضه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بالنسبة إلى الوجه الأول بعد أن نقل عنه الجمع بين الأخبار به فقال: وفي هذا الحمل نظر ولأن الخصم يستند إلى تلك الأخبار، وهي صريحة في إسقاط الدخول، ولا يضره هذا الخبر لأنها أصح منه سند مع أن في الخبر مع تسليم سنده إشكالا من حيث إن المهر إذا تعين في ذمة الزوج، فهو المدعي للايفاء، وهي المنكرة، فيكون البينة على لا عليها، نعم لو كان النزاع في التسمية وعدمها مع عدم الدخول أمكن توجيه ذلك، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى، إنتهى.

وأما التأويل الثاني فاعترضه فيه المحدث الكاشاني بأنه ليس في خبر الفضيل ما يدل على عدم التسمية، بل فيه ما يشير إلى التسمية، إنتهى.

أقول: لا يخفى أن الخبر غير صريح ولا ظاهر في شيء من الأمرين، ومع تسليم ظهوره فيما ذكره فهو لا ينافي ارتكاب التأويل فيه بما ذكره الشيخ رحمة الله عليه إذا التأويل إنما هو على خلاف الظاهر.

ثم إن المحدث المذكور قال: ويخطر بالبال أن يحمل مطلق هذه الأخبار على مقيدتها أعني يحمل سقوط مطلق الصداق على سقوط العاجل منه فإنهم كانوا يومئذ يجعلون بعض الصداق عاجلا وبعضه آجلا، كما مر التنبيه عليه في

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ب ٨ ح ١٣.

بعض ألفاظ خطب النكاح، وكان معنى العاجل ما كان دخول بها مشروطا على إعطائه إياها، فإذا دخل بها قبل الاعطاء فكأن المرأة أسقطت عنه حقها العاجل ورضيت بتركه، ولا سيما إذا كانت قد أخذت بعضه أو شيئا آخر كما دل عليه حديث الفضيل (١)، وأما الآجل فلما جعلته حين العقد دينا عليه فلا يسقط إلا بالأداء وعليه تحمل أخبار أول الباب. إنتهى، وأشار بأخبار أول الباب إلى أخبار القول المشهور.

أقول: ما ذكره من الحمل وإن كان وجيها في حد ذاته وعليه يدل خبر غياث بن إبراهيم (٢) المتقدم، إلا أن فيه أن خبر الفضيل ظاهر بل صريح في خلافه، فإنه ظاهر كالصريح في أن المهر وهو خمسمائة درهم إنما هي عاجلة لا تأجيل فيها، وأنها متى قبضت منها ولو درهما واحدا أو دخلت عليه سقط الباقي بمجرد دخول بها، وكذلك صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج (٣) فإنه عليه السلام

قد قرر فيها ضابطة كليه، وهي أنه متى عقد على مهر ثم دخلت عليه فليس لها المطالبة، وإنما لها المطالبة قبل الدخول، والذي يقرب في الفكر العليل أن يقال: إن هذه الأخبار قد خرجت على نوعين:

(أحدهما) إن الدخول يهدم العاجل مثل رواية محمد بن مسلم (٣) ورواية عبيد بن زرارة (٥) وهذه الأخبار ظاهرة في أن المهر آجل وعاجل، والمعنى فيها

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٨.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٢٥، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٦.

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٤.

ما ذكره في الوافي وبه تشهد رواية غياث المتقدمة، والأقرب عندي حملها على
التقية كما ذكره جملة من الأصحاب من تصريح جملة من العامة بذلك، وأن العاجل
عندهم يهدم بالدخول، وإلا فمجرد رضاها بالدخول بعد استقرار المهر في ذمته
وإن اشترط تقديمه على الدخول لا يوجب سقوطه بالدخول.
و (النوع الثاني) سقوط المهر مطلقا بالدخول وإن لم يكن ثمة حال
ولا مؤجل، وهذه محل الاشكال والداء العضال، فإن بعضها وإن أمكن حمله على
عدم التسمية كما احتمله الشيخ إلا أن خبر الفضيل صريح في التسمية، وعليه
يحمل إطلاق باقي الأخبار إلا أن قوله في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج (١)
(إنه كثير لها أن تستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل ولا كثير) صريح في
عدم الهدم، وإلا لم يكن لتحليفه على ذلك وجه، ثم إنه بالنظر إلى إطلاق تلك الأخبار
وعدم التسمية فيها وقطع النظر عن رواية الفضيل، وظاهر الأصحاب أن
الحكم فيها كما حملت عليه هذه الأخبار من أنه متى لم يسم مهرا وأعطها شيئا
ودخل بها مع رضاها بذلك فإنها لا تستحق سواه وليس لها مطالبة بشئ.
وقال شيخنا الشهيد الثاني: هذا القول هو المشهور بين الأصحاب خصوصا
المتقدمين منهم، ولاشتهاره وافقهم ابن إدريس عليه (٢) مستندا إلى الاجماع والموافق

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥
ص ١٥ ح ٨.

(٢) قال ابن إدريس في كتابه: ومن سمي المهر حال العقد ودخل بها كان في ذمته،
وإن لم يكن سمي مهرا وأعطها شيئا قبل دخوله بها ثم دخل بها بعد ذلك لم تستحق عليه
شيئا سوى ما أخذته منه قبل الدخول كان ذلك قليلا أو كثيرا على ما رواه أصحابنا وأجمعوا
عليه، فإن دليل هذه المسألة هو الاجماع المتقدم بغير خلاف، وفيه الحجة لا وجه لذلك
إلا الاجماع، وإن لم يعطها شيئا قبل الدخول بها، ولم يسم مهرا حال العقد ثم دخل بها لزمه مهر المثل،
انتهى. (منه قدس سره).

للأصول أنها إن رضيت به مهرا لم يكن لها غيره، وإلا فلها مع الدخول مهر المثل ويحسب ما وصل إليها منه إذا لم يكن على وجه التبرع، إنتهى.
أقول: ينبغي أن تحمل الأخبار المذكورة على الرضاء به عن المهر ليحسم مادة الاشكال.

وإنما يبقى الكلام في رواية المفضل، ولعلها لقصورها سندا وعددا لا يعارض بها الأخبار المذكورة سيما مع ما اشتملت عليه مما ظاهر الأصحاب على خلافه من عدم جواز الزيادة على مهر السنة كما تقدم الكلام فيه، فيجب إرجاعها إلى قائلها، ولا يبعد حملها على التقية أيضا، واحتمل العلامة في المختلف هنا وجهها آخر، وهو أن العادة كانت في الزمان السابق أن لا يدخل بالمرأة حتى يقدم المهر، والأخبار المذكورة إنما خرجت بهذا التقريب، قال: بقي هنا شيء، وهو أن تقول: قد كان في الزمن الأول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر، والعادة الآن بخلاف ذلك، فلعل منشأ الحكم العادة فنقول: إن كانت العادة في بعض الأزمان أو الأصقاع كالعادة القديمه كان الحكم ما تقدم وإن كانت العادة كالعادة الآن كان القول قولها إنتهى.

ومنه يظهر حمل الأخبار المذكور على ما جرت به العادة يومئذ من التقديم قبل الدخول، فيكون القول قول الزوج عملا بمقتضى العادة، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني رحمة الله عليه في المسالك التوقف في المسألة حيث اقتصر على نقل الخلاف في المسألة ونقل بعض الروايات المتعلقة بها ولم يرجح شيئا في البين، وسبطه السيد السند قد اختار القول المشهور وأشار إلى بعض ما في أدلة خلافه من القصور، والمعتمد هو القول المشهور، والله العالم.

تنبيه

قد عرفت مما تقدم أن المشهور بين الأصحاب أنه لو لم يسم لها مهرا وقد لها شيئا قبل الدخول كان ذلك مهرها، وأن ابن إدريس قد ادعى عليه الاجماع، ولم نقف له على دليل من الأخبار، والشيخ قد حمل رواية الفضيل المتقدمة

على ذلك، فقال: يدل على صحة التأويل قوله عليه السلام في رواية الفضيل الذي أخذته قبل أن يدخل بها فهو الذي حل له به فرجها، وليس بعد ذلك شيء. وأورد عليه أن سكوتها ورضاها بالدخول لا يدل على رضاها به مهرا، بل هو أعم منه، والعام لا يدل على الخاص، على أنه قد تقدم في مفوضة البضع أن المستفاد من أخبارها أنها تستحق بالدخول مهر المثل، وهذه من جملة أفرادها.

وأما ما نقل عن الشيخ المفيد من تعليل ذلك بأنها لو لم ترض به مهرا لما مكنته من نفسها حتى تستوفي تمامه أو توافقه على ذلك وتجعله ديناً عليه في ذمته. فرده في المسالك بأن منعه ظاهر، إذ لا يلزم من عدم رضاها عدم تمكينها لجواز اعتمادها في ذلك على ما يلزم شرعاً بالدخول وهو مهر المثل.

أقول: ومن ثم إن المحقق في الشرايع قال هنا: قيل: إذا لم يسم لها مهرا وقدم لها شيئاً ثم دخل كان ذلك مهرها، ولم يكن لها مطالبته بعد الدخول إلا أن تشارطه قبل الدخول، على أن المهر غيره، وهو تعويل على تأويل رواية واستناد إلى قول المشهور. إنتهى وهو جيد، وقد قدمنا أن الأظهر حمل رواية الفضيل على الرضا: بما قدمه مهر لئلا يلزم مخالفتها للقواعد الشرعية، والله العالم.

المسألة الثانية: لا خلاف بين الأصحاب في أن الوطئ الموجب للغسل موجب لاستقرار ملك جميع المهر المسمى في العقد وإنما الخلال في أنه هل يقوم غيره من مقدمات الوطئ كالخلوة ونحوها مما يأتي ذكره مقامه أم لا؟ الأشهر الأظهر الثاني، وذهب جمع من المتقدمين إلى أن الخلوة توجب المهر ظاهراً حيث لا يثبت شرعاً عدم الدخول، وأما باطنا فلا يستقر المهر جميعه إلا بالدخول، وأطلق الصدوق وجوبه بمجرد الخلوة وأضاف ابن الجنيد إلى الجماع إنزال الماء بغير إيلاج ولمس العورة والنظر إليها والقبلة متلذذاً بذلك، وإن لم يكن قد دخل ولا بأس بنقل جملة من عباراتهم فنقول:

قال الشيخ في النهاية: ومتى خلا الرجل بامرأته وأرخى الستر ثم طلقها

وجب عليه المهر على ظاهر الحال، وكان على الحاكم أن يحكم بذلك، وإن لم يكن بها، إلا أنه لا يحل للمرأة أن تأخذ أكثر من نصف المهر. وقال في الخلاف: إذا طلقها بعد أن خلا بها وقبل أن يمسهما مختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب، فذهبت طائفة إلى أن وجود هذه الخلوة وعدمها سواء، وترجع على نصف الصداق ولا عدة عليها، وهو الظاهر من روايات أصحابنا، وذهبت طائفة إلى أن الخلوة يستقر بنا المسمى وتجب لها العدة، وبه قال قوم من أصحابنا، ونحوه قال في المبسوط.

وقال ابن الجنيدي: الذي يوجب العقد من المهر المسمى النصف، والذي يوجب النصف الثاني من المهر بعد الذي وجب من العقد منه الوقاع أو ما قام مقامه من تسليم المرأة نفسها لذلك، فإن وقعت الخلوة بحيث لا مانع ظهر من علة ولا غيرها فالحكم بالأغلب يقع بوجوب المهر من الحاكم، ولا يحل للمرأة أخذه إذا علمت أنه لم يقع جماع ولا ما يقوم مقام ذلك من إنزال الماء من غير إيلاج أو لمس عورة أو نظر إليها أو قبله، فإن تلذذ بشيء من ذلك خصيا كان أو عينا أو فحلا لزمه المهر.

وقال ابن أبي العقيل: وقد اختلفت الأخبار عنهم عليهم السلام في الرجل يطلق المرأة قبل أن يجامعها وقد دخل بها ومس كل شيء منها إلا أنه لم يصبها، فروي عنهم في بعض الأخبار أنهم قالوا: إذا أغلق الباب وأرخيت الستور وجب لها المهر كاملا ووجبت العدة، وفي بعض الأخبار أن لها نصف المهر ولا عدة عليها، وهذا أدل الخبرين بدلالة الكتاب وأشبهه بقولهم، لأن الله عز وجل يقول (فإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم (١) فأخبر أنه إذا طلقها قل أن يجامعها أن لها نصف المهر. وقد جاء عنهم عليهم السلام ما يخص هذا في قضائهم في العن أن الرجل إذا تزوج

(١) سورة البقرة آية ٢٢٧.

المرأة فدخل بها فادعت المرأة أنه لم يصبها وخلا بها أجله الإمام سنة، فإذا مضت السنة ولم يصبها فرق بينهما وأعطيت نصف الصداق ولا عدة عليها منه، وفي هذا إبطال لرواية من روى عنهم عليهم السلام أنه إذا أغلق الباب وأرخت الستور وجب المهر

كاملاً، وهذا العين قد أغلق الباب وأرخت الستور وأقام معها سنة لا يجب عليه إلا نصف الصداق، والمسألتان واحدة لا فرق بينهما.

وابن البراج وقطب الدين الكيدري وافق الشيخ في النهاية. وقال الصدوق في المقنع: وإذا تزوج الرجل المرأة وأرخت الستور أغلق الباب ثم أنكرا جميعا المجامعة فلا يصدقان، لأنها ترفع عن نفسها العدة ويرفع عن نفسه المهر.

وقال ابن حمزة: وإذا دخل بها وأرخت الستر عليها وادعى الرجل أنه لم يواقعها وأمكته إقامة البينة وأقامها قبلت منه، وإن لم يمكنه كان له أن يستحلفها، فإن استحلفها وإلا لزمه المهر.

أقول: والواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة ثم الكلام في المقام بما رزق الله عز وجل فهما بمنها ببركة أهل الذكر عليهم السلام فمنها ما رواه في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي أبي عبد الله عليه السلام

(في رجل دخل بامرأته، قال: إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة) وعن حفص بن البختري (٢) في الصحيح أو الحسن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة والغسل) وعن داود بن سرحان (٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا أولج فقد وجب الغسل والجلد والرجم ووجب المهر).

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ٤.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ٥.

وعن يونس بن يعقوب (١) في الموثق (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأغلق بابا وأرخصى سترًا لمس وقبل ثم طلقها، أيوجب عليه الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق؟ لا الوقاع)

وعن عبد الله بن سنان (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سأله أبي وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه فلم يمسه ولم يصل إليها حتى طلقها، هل عليها عدة منه؟ فقال: إنما العدة من الماء، قيل له: وإن كان واقعها في الفرج ولم ينزل؟ قال: إذا أدخله وجب الغسل والمهر والعدة) وما رواه الشيخ في التهذيب عن يونس بن يعقوب (٣) الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سمعته يقول: لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج) وعن محمد بن مسلم (٤) في الموثق (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟

قال: إذا دخل بها)

وعن حفص بن البختري (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل دخل بامرأته، قال: إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة)

وعن يونس بن يعقوب (٦) في الحسن أو الموثق (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه فأغلق الباب وأرخصى الستر وقبل ولمس من غير أن يكون وصل إليها بعد، ثم طلقها على تلك الحال، قال: ليس عليه إلا نصف المهر)

أقول: وهذه الأخبار هي أدلة القول المشهور.

ويدل على القول الآخر ما رواه في الكافي عن الحلبي (٧) في الصحيح أو

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٦٧ ب ٥٥ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٧ و ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٦ و ٧.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٧ و ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٦ و ٧.

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٨.

(٦) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٧٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٨ ح ٥.

(٧) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٧ ح ٥.

الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن الرجل يطلق المرأة وقد مس كل شئ

منها إلا أنه لم يجامعها، ألها عدة؟ فقال: ابتلى أبو جعفر عليه السلام بذلك فقال له أبوه علي بن الحسين عليه السلام: إذا أغلق بابا وأرختي سترا وجب المهر والعدة). قال في الكافي: قال ابن أبي عمير، اختلف الحديث في أن لها المهر كاملا، وبعضهم قال: نصف المهر، إنما معنى ذلك أن الوالي إنما يحكم بالحكم الظاهر إذا أغلق الباب وأرختي الستر وجب المهر، وإنما هذا عليها إذا علمت أنه لم يمسه فليس له فيما بينهما وبين الله إلا نصف المهر.

وما رواه في التهذيب (١) عن زرارة عن أبا جعفر عليه السلام (قال: إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فأغلق عليها بابا أو أرختي سترا ثم طلقها فقد وجب الصداق، وخلاؤه بها دخول)

وعن السكوني (٢) عن جعفر عن أبيه عليهم السلام أن عليا عليه السلام كأن يقول: من أجاف من الرجال على أهله بابا وأرختي سترا ثم طلقها فقد وجب عليه الصداق).

والشيخ حمل هذين الخبرين على ما إذا كانا متهمين، يعني يريد الرجل أن يدفع المهر عن نفسه، والمرأة أن تدفع العدة عن نفسها.

واستدل عليه بما رواه في الكافي (٣) عن أبي بصير (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام

الرجل يتزوج المرأة فيرخي عليها وعليه الستر ويغلق الباب يطلقها، فتسأل

المرأة: هل أتاك؟ فتقول: ما أتاني ويسأل هو: هل أتيتها؟ فيقول: لم آتها،

فقال: لا يصدقان، وذلك أنها تريد أن تدفع العدة عن نفسها، ويريد هو أن يدفع المهر عن نفسه، يعني إذا كانا متهمين) قال: ومتى كانا صادقين أو كان هناك طريق

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٧١ و ٧٢ لكن عن إسحاق بن عمار، الوسائل

ج ١٥ ص ٦٧ ح ٤ و ٣.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٧١ و ٧٢ لكن عن إسحاق بن عمار، الوسائل

ج ١٥ ص ٦٧ ح ٤ و ٣.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٠ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٤٦٥ ح ٧٣، الوسائل ج ١٥

ص ٦٩ ح ١.

يمكن أن يعرف به صدقهما فلا يوجب المهر إلا المواقعة.
واستدل عليه برواية زرارة (١) الدالة على تنصيف المهر بالطلاق قبل الدخول،
ثم ذكر ما نقله في الكافي عن ابن أبي عمير: وهذا وجه حسن ولا ينافي ما
قدمناه، لأننا إنما أوجبنا نصف المهر مع العلم بعدم الدخول ومع التمكن من
معرفة ذلك، فأما مع ارتفاع العلم وارتفاع التمكن فالقول ما قاله ابن أبي عمير، إنتهى
ومنها ما رواه في التهذيب (٢) عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبا جعفر عليه
السلام

(قال: سألته عن المهر متى يجب؟ قال: إذا أرخيت الستور وأجيف الباب، وقال:
إني تزوجت امرأة في حياة أبي علي بن الحسين عليه السلام وإن نفسي تاقت إليها،
فذهبت

إليها فنهاني أبي فقال: لا تفعل يا بني، لا تأتها في هذه الساعة، وإني أبيت إلا أن
أفعل فلما دخلت عليها قذفت إليها بكساء: كان علي، وكرهتها وذهبت لأخرج،
فنامت مولاة لها فأرخت وأجافت الباب، فقلت: مه، قد وجب الذي تريدن).
وعن أبي بصير (٣) (قال: تزوج أبو جعفر عليه السلام امرأة فأغلق الباب، فقال:
افتحوا ولكم ما سألتكم، فلما فتحوا صالحهم)

وما رواه في الكافي (٤) عن إسحاق بن عمار في الموثق عن أبي الحسن عليه السلام
(قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها فيغلق بابا ويرخي سترها عليها
ويزعم أنه لم يمسه، وتصدقه هي بذلك، عليها عدة؟ قال: لا، قلت: فإنه شيء
دون شيء؟ قال: إن أخرج الماء اعتدت، يعني إذا كانا مأمونين صدقا)
وما رواه الصدوق عن كتاب العلل (٥) عن أبي عبيدة في الصحيح عن أبي عبد الله

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٥ ح ٧٤، الوسائل ج ١٥ ص ٧٠ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٦ ح ٧٥، الوسائل ج ١٥ ص ٦٨ ح ٦.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٧٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٩ ح ٨.
(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٠ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٦٩ ح ٢.
(٥) علل الشرايع ص ٥١٧ ب ٢٨٩ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٧٠ ح ٣.

عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة البكر أو الثيب ويرخي عليه وعليها الستر أو أغلق عليه وعليها الباب، ثم يطلقها فتقول: لم يمسنى، ويقول هو: لم أمسها، قال: لا يصد قان، فإنها تدفع عن نفسها العدة، ويدفع عن نفسه المهر. =
أقول: هذا ما حضرني من أخبار المسألة، والشيخ رحمة الله عليه فيما تقدم من كلامه قد جنح إلى ما ذكره ابن أبي عمير في الجمع بين هذه الأخبار الأخبار، وإلى هذا مال السيد السند في شرح النافع حيث قال بعد نقل كلام ابن أبي عمير: واستحسن الشيخ رحمه الله هذا الوجه من الجمع، ولا بأس به إنتهى. ومرجعه إلى حمل أخبار إرخاء الستر وإغلاق الباب على الكناية عن الدخول بها، وأن الظاهر من هذا العمل، وقوع الدخول لوجوب التستر به عن الناس، وحينئذ فترجع هذه الأخبار إلى الأخبار الأولية الدالة على وجوب المهر كمالا بالدخول، ويخطر بخاطري القاصر وذهني الفاتر بعد ما ذكره بل الذي يظهر من هذه الروايات بعد التأمل في مضامينها وعباراتها والنظر في مطاوي قرآينها وإشاراتها هو أن الموجب للمهر إنما هو إرخاء الستر وإغلاق الباب من حيث هو، لا من حيث إنه مظنة للوقوع وكاشف عن وقوعه، بل وإن علم عدم الوقوع فالواجب هو ذلك، وينبهك على ذلك قوله عليه السلام في رواية زرارة المتقدمة بعد أن حكم بوجوب الصداق بمجرد إغلاق الباب وإرخاء الستر (خلاؤه بها دخول) بجعل مجرد خلائه بها دخولا، والحمل على أنه إنما حكم بذلك من حيث كونه مظنة للدخول، خلاف الظاهر، وأوضح منه في ذلك أخبار تزويج الباقر عليه السلام وقد تضمن خبر محمد بن مسلم أنه عليه السلام بعد أن قذف عليها بالكساء ورآها كرهها فذهب ليخرج، فقامت مولاتها لما رأته عازما على الخروج وأرخت الستر وأجافت الباب، فقال: عليه السلام: (قد وجب الذي تريدن) يعني المهر كمالا، ومن الظاهر أنه لم يجامعها كما يدل عليه سياق الخبر وقد حكم عليه السلام له بوجوب المهر بمجرد ما فعلته مع عدم الجماع، وهو أظهر ظاهر فيما قلناه، وهو أيضا ظاهر

خبر أبي بصير وإن كان الخبر الأول أوضح، ويقرب عندي حمل هذه الأخبار بناء على ما ذكرناه على التقية.

أما (أولا) فلأنها هي الأصل في اختلاف الأخبار كما تقدم تحقيقه في مقدمات الكتاب من جلد كتاب الطهارة (١).

وأما (ثانيا) فلأنه بعد بطلان الحمل الذي ذكره بما عرفت فليس إلا رد الأخبار المذكورة، وقد تقدم أن حملت على التقية لا يشترط فيه وجود القائل به منهم، على أنه يمكن وجود القائل به، فإنه لا يحضرني الآن مذاهب العامة في هذه المسألة، وكيف كان فالظاهر الذي عليه العمل هو القول المشهور، وأما ما ذكره ابن الجنيد من تلك الأمور الزائدة على الخلوة فلم نظفر له في أخبارنا على أثر، وهذه أخبار المسألة كملا، والظاهر أن بتع في ذلك العامة كما هي عادته غالبا، والعجب من أصحابنا في نقل أقواله، والاعتداد بها مع ما يطعنون به عليه من اقتفاء العامة، ولا سيما في العمل بالقياس والاستحسان، هذا بالنسبة إلى ما عبدا رواية أبي بصير وصحيحة أبي عبيدة المنقولة من كتاب العلل وموثقة إسحاق ابن عمار، وأما هذه الأخبار الثلاثة فالمستفاد منها بعد ضم بعضها إلى بعض أنه إن كانا في اعترافهما بعد الدخول متهمين يجر كل منهما النفع إلى نفسه من جهة كما صرح به في خبري أبي بصير وصحيحة أبي عبيدة فإنها لا يقبل قولهما، ولو كانا مأمونين صدقا كما صرح به موثق إسحاق بن عمار، والظاهر حمل خبر أبي بصير وصحيحة أبي بصير وصحيحة أبي عبيدة على وقوع الدخول في الخلوة وظهور ذلك بقرائن

الحال، وأنهما إنما أنكرا ذلك للعلة المذكورة في كل منهما وموثقة إسحاق ابن عمار على عدم ظهور ذلك مع كونهما مأمونين، وحينئذ فلا ينافي ما قدمنا ذكره من أن ظاهر تلك الأخبار هو ترتب وجوب المهر على مجرد الخلوة وإن علم عدم الدخول، والله العالم.

(١) ج ١ ص ٤.

المسألة الثالثة: لا خلاف بين الأصحاب في أنه إذا طلق زوجته قبل الدخول وقد فرض لها مهرا فإنه يرجع بنصفه، فإن كان قد دفع المهر لها استعاد نصفه، وإلا أعطاها النصف خاصة، سواء قلنا بأنها تملك المهر جميعا بمجرد العقد أو نصفه خاصة.

ويدل على ذلك من الأخبار ما رواه في الفقيه (١) عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل

بها فلها نصف مهرها، وإن لم يكن سمي لها مهرا فمتاع بالمعروف) الحديث. وما رواه في الكافي (٢) عن أبي بصير (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق

امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئا) الحديث وما رواه في الكافي (٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا طلق الرجل

امرأته قبل أن يدخل بها فقد بانت منه وتزوج إن شاءت من ساعتها، وإن كان فرض لها مهرا فلها نصف المهر) الحديث.

وعن الحلبي (٤) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئا) الحديث. إلى غير ذلك من الأخبار الآتي جملة منها إن شاء الله تعالى في المقام، ثم إن في هذا المقام صورا عديدة:

الأولى: أن يكون المهر دينا في ذمته، ولا إشكال في أنه إذا طلقها قبل الدخول برئت ذمته من نصفه، ووجب عليه دفع النصف الآخر إليها.

-
- (١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٨.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ ح ١١ و ص ١٠٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦١ ح ٢.
(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٦١ ح ١.
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٧.

الثانية: أن يكون عينا إلا أنها باقية في يد الزوج، وحينئذ فإن كانت باقية إلى وقت الطلاق من غير زيادة ولا نقصان فلا إشكال في أنه يستحق نصفها ويكونان شريكين فيها، وإن زادت بزيادة من الله سبحانه فالزيادة لها بناء على ما هو الأشهر الأظهر من انتقال المهر كاملا إليها بالعد وأنها تملكته، وإن كان ملك أحد النصفين متزلزلا وإن كانت الزيادة بفعله فهو بمنزلة الغاصب بناء على القول بانتقال المهر إليها كاملا كما هو المعتمد فإنه كالأجنبي ويصير كالغاصب. وإن نقصت كان النقص مضمونا عليه وإن تلف رجعت عليه بالقيمة أو المثل.

الثالثة: أن يكون عينا إلا أنه قد سلمها إليها، فإن كان باقيا استعاد نصفه، إن وجده تالفا استعاد نصف مثله إن كان مثليا، ونصف قيمته إن كان قيميا، ثم إن إن اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلا إشكال، وإن اختلفت قالوا: يرجع بأقل القيم، لأن قيمته يوم العقد إن كانت هي الأكثر منها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضمونا عليه، فلا يضمنها ما هو في ضمانه، وإن كانت القيمة يوم القبض أكثر مما زاد بعد العقد لها، فلا يضمنها ما هو ملكها، قالوا: وفي حكم التلف ما لو انتقل عن ملكها انتقالا لازما كالبيع والعتق والهبة اللازمة.

الرابعة: كسابقتها إلا أنه وجد العين ناقصة، وكان النقص نقصان عين، كعور الدابة أو صفة كنسيان الصنعة، ففي كيفية الرجوع أقوال ثلاثة: (أحدها) وهو المنقول عن الشيخ في المبسوط أن الزوج يتخير بين الرجوع بنصف القيمة سليما، وبأخذ نصف العين من غير أرش. و (ثانيها) الرجوع بنصف العين ونصف الأرش لأن العين لا تخرج عن حقيقتها بالتعيب، ومستحقه إنما هو العين وتعييبها مجبور بالأرش، وظاهر في المسالك اختيار هذا القول.

و (ثالثها) التفصيل بأن النقص إن كان بفعالها أو فعل الله سبحانه تخير بين أخذه نصفه ناقصا وبين تضمينها نصف قيمته، وإن كان من قبل أجنبي لم يكن

له سبيل على المهر وصمنها نصف القيمة يوم قبضه، وهو قول ابن البراج.
الخامسة: الصورة بحالها إلا أنه وجد العين زائدة، وحينئذ فلا يخول إما
أن تكون الزيادة باعتبار القيمة السوقية، ولا إشكال في أنه يأخذ نصف العين كما
لو نقصت كذلك، وإن كانت الزيادة منفصلة كالولد واللبن وثمره الشجرة والكسب
فهي للمرأة بناء على ما هو الأشهر الأظهر من ملكها المهر كاملاً بمجرد العقد
وهذه الأشياء نماء ملكها سواء كانت العين في يدها أو في يده ويختص رجوعه
بنصف الأصل.

ويدل على خصوص هذا الحكم من الأخبار ما رواه في الكافي (١) عن عبيد
ابن زرارة في الموثق (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة على مائة
شاة، ثم ساق إليها الغنم، ثم طلقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم، قال:
إن كان الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف أولادها، وإن لم يكن الحمل عنده
رجع بنصفها ولم يرجع من الأولاد بشيء)

وما رواه الشيخ في التهذيب (٢) عن بعيد بن زرارة (قال: قلت لأبي عبد الله
عليه السلام: رجل تزوج امرأة ومهرها مهراً فساق إليها غنماً ورقيقاً فولدت عندها
فطلقها قل أن يدخل بها، قال: إن كان ساق إليها ما ساق وقد حملت عنده فله
نصفها ونصف ولدها، وإن كن حملت عندها فلا شيء له من الأولاد)
والتقريب فيها أن تلك الغنم والرقيق إذا حملت عنده فالمهر مجموع الأمهات
والأولاد، فمع الطلاق قبل الدخول يرجع بنصف كل منهما، وأما إذا حملت عندها
فإن المهر إنما هو للأمهات خاصة وقد فرضنا أنها تملك المهر بأجمعه بمجرد
العقد فيكون هذا النماء نماء ملكها، في الخبر دلالة واضحة على القول المشهور
من ملكها المهر بمجرد العقد خلافاً لابن الجنيد إذ لو كان كما يدعيه من ملكها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ح ١.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ح ١.

النصف خاصة بالعقد والنصف الآخر إنما تملك بالدخول لكن الرجوع عنها بنصف الأولاد إذا حملن عندها.

إلا أنه قد روى الصدوق في الفقيه (١) 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 فيعطيها نصفه ويعطيها نصف البستان إلا أن تغفو فتقبل منه ويصطلحا على شيء ترضى به منه فإنه أقرب للتقوى) وهو كما ترى ظاهر فيما ذهب إليه ابن الجنيد من أنها بالعقد لا تملك إلا النصف خاصة، ولهذا حكم بأن غلة البستان في تلك السنين التي بين العقد والطلاق تقسم أنصافا بينهما، ومن المعلوم أن الغلة تابعة للأصل.

وبذلك يظهر لك ما في كلام السيد السند في شرح النافع حيث قال: في الجواب عن دلالتها على مذهب ابن الجنيد ما صورته: وهذه الرواية غير دالة على المطلوب صريحا، إذ لا مانع من ثبوت هذا الحكم وإن قلنا إن المرأة تملك المهر بأجمعه بالعقد، فإن فيه إن من القواعد المقررة المتفق عليها نصا وفتوى أن النماء تابع للأصل، فإذا فرض أن المرأة تملك المهر كاملا بمجرد العقد، فكيف يحكم عليه السلام للزوج بنصفه؟ وما الوجه فيه؟ ومقتضى القواعد إنما هو كونه للمرأة،

والموافق للقاعدة إنما هو ما ذكرناه من كون نصف الأصل لها بمجرد العقد والنصف الآخر قبل الدخول للزوج، هذا كلامه في تلك المسألة أي مسألة ملك الكل أو النصف بالعقد. وأما في هذه المسألة فأقصى ما أجاب به عنها هو ضعف السند. وبالجملة فالمسألة غير خالية من شوب الاشكال في كل من الموضوعين لعدم ظهور محمل لرواية أبي بصير المذكورة، وليس في سندها ممن ربما يتوقف في شأنه إلا أبو بصير لا اشتراكه بين يحيى بن القاسم الضعيف باصطلاحهم والمرادي

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٢ ح ٧٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤١ ح ١.

الثقة، والحق عندي كما عليه جملة من أفاضل متأخري المتأخرين هو جلاله يحيى بن القاسم وعد حديثه في الصحيح، فإن الاستفادة من جملة من الأخبار أنه بالمحل الأعلى عندهم عليهم السلام، وحينئذ فتكون الرواية صحيحة معتبرة، وبذلك يعظم الاشكال هذا كله في الزيادة المنفصلة، أما لو كانت متصلة كالسمن وكبر الحيوان فإنه قطع جماعة من الأصحاب بأن للزوج نصف قيمته من دون الزيادة، وأن المرأة لا تجبر على دفع العين، لأن الزيادة ليست مما فرض فلا يكون للزوج الرجوع بها، علله في المسالك بأن لزيادة ملكها ولا يمكن فصلها ولا تجبر على بذلها مجاناً ولا بالعوض، لكنها تتخير حينئذ بين دفع نصف المشتمل على الزيادة وبين بذل نصف القيمة مجردة عنها، فإن سمحت ببذل العين أجبر على القبول، لأن النفع عائد إليه واصل حقه في العين عملاً بظاهر الآية، وإنما منع تعلق حقه بها الذي لا يمكن فصله، فإذا سمحت ببذله زال المانع، إنتهى.

أقول: روى الشيخ في التهذيب (١) عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام عن أبيه أن عليها عليه السلام ((قال: في الرجل يتزوج المرأة على وصف فكبر عندها فيريد أن يطلقها قبل أن يدخل بها قال: عليه نصف قيمته (٢) يوم دفعه إليها لا ينظر في زيادة ولا نقصان)

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤ ح ٢.

(٢) أقول: الذي رواه الشيخ في التهذيب " عليه نصف قيمته " إلى آخره، وقال السيد السند في شرح النافع ولعل المراد بقوله عليه نصف قيمة أنه يتعلق بالوصيف نصف القيمة لمولاه، إذ لا وجه لالزام المولى بدفع نصف قيمة الوصيف إلى المرأة، ولو كان بدل " عليه " " عليها، أوله " كان أوضح إنتهى.

أقول: الظاهر أن ما وقع من تذكير الضمير هنا إنما هو من سهو قلم الشيخ رحمه الله كما نبهنا عليه في مواضع لا يخفى سيما في كتب العبادات مما وقع له من التحريف بالتغيير والتبديل في متون الأخبار وأسانيدها بحيث إنه لا يكاد يسلم خبر من شيء من ذلك إلا نادراً، ولهذا أنه في الوافي إنما ذكر الخبر بلفظ " عليه " ومن عادته مراعاة أمثال هذا الغلط والتحريف في الأخبار فلا حاجة إلى ما تكلفه السيد السند قدس سره من الحمل، والله العالم. (منه قدس سره)

ويحتمل أن يكون من سهو النساخ لا من قلم الشيخ ولذا في الكافي " وعليه " .

ورواه الكليني (١) عن السكوني (عن أبي عبد الله عليه السلام) قال: أمير المؤمنين عليه السلام قال في المرأة: تزوج على الوصيف فيكبر عندها فتزيد أو ينقص ثم يطلقها قبل أن يدخل بها) الحديث كما تقدم، وهو كما ترى ظاهر بل صريح فيما ذكره الأصحاب من حكم المسألة، والشيخ في المبسوط بعد أن قوى تخيرها بين دفع نصف العين ونصف قيمتها من دون الزيادة كما قدمنا نقله عن المسالك قال: ويقوى في نفسي أن له الرجوع بنصفه مع الزيادة التي لا يتميز لقوله تعالى (فنصف ما ما فرضتم) (٢) وظاهر أنها تجبر على دفع نصف العين في صورة الزيادة التي لا يتميز، وأورد عليه في المسالك بأن الزيادة ليست مما فرق فلا تدخل في مدلول الآية. وأجاب سبطه السيد السند في شرح النافع فقال: ويمكن دفعه بأن العين مع الزيادة التي لا تتميز يصدق عليها عرفاً أنها المفروضة فتناوله الآية الشريفة وبالجملة فما قوى في نفس الشيخ لا يخلو من قوة، إنتهى.

أقول: لا يخفى أنه بعد دلالة الخبر المذكور على أن الحكم في المسألة هو دفع نصف القيمة لا ينظر في زيادة ولا نقصان، فما ذكره الشيخ وقواه بمكان من الضعف، وأن ظاهره كما عرفت أن الحكم الشرعي هو جبر المرأة على دفع نصف العين في الصورة المذكورة، ولهذا أن المحقق في الشرايع أشار إلى رده بقوله: ولا تجبر المرأة على الأظهر وهل هو إلا الاجتهاد في مقابلة النصوص، وبذلك يظهر لك ما في تقوية السيد السند لقول الشيخ هنا من النظر الظاهر، والله العالم.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ ح ١٣، وفيه "وعليها"، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤ ح ٢.

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٧.

تنبيهات

الأول: قالوا: لو أصدقها حيوانا حملا وحكمنا بدخول الحمل في الصداق إما بمجرد الاطلاق كما هو مذهب الشيخ وجماعة أو بالشرط كما هو القول الآخر صار الجميع مهرا، فإذا طلقها قبل الدخول رجع بنصف الجميع لأنه هو المهر. أقول: وقد تقدم ما يدل على ذلك من روايتي عبيد بن زرارة (١) وقوله عليه السلام في الأولى منهما (إن كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف أولادها) ونحوه في الثانية، وقد تقدم بيان الوجه فيه، وإطلاق الخبرين المذكورين شامل لما لو وقع الطلاق قبل وضع الحمل أو بعده فإنه يرجع بالنصف في كلتا الحالين، لأنه قد علق الرجوع بالنصف على حصول المحل عنده المستلزم لوقوع العقد بعد الحمل، وهو أعم من أن تضع قبل الطلاق أو بعده، وبذلك يظهر أن ما وقع لهم في هذا المقام من الاحتمالات والتفريعات والتكلفات كما نقله في المسالك حتى ذهب بعضهم في صورة الطلاق بعد الوضع إلى الرجوع بنصف الأم خاصة وأرشد نقصانها، قال: لأن الحمل زيادة ظهرت بالانفصال عن ملكها، وبعضهم جعله احتمالا في المسألة كله نفخ في غير ضرام وخروج عما جاء عنهم عليهم السلام، والظاهر

أنه لم تخطر لهم هذه الأخبار بالبال، وإنما بنوا على مجرد التخريجات العقلية كما هي عاداتهم غالبا.

الثاني: قالوا: لو أصدقها تعليم صناعة ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف أجرة تعلمها، ولو كان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الأجرة. وعلل الرجوع بنصف الأجرة في الموضوعين المذكورين بأنه (في الأول) يتعذر تعليمها نصف الصنعة خاصة، إذا ليس للنصف حد يوقف عليه أو لا نصف لها مطلقة فينزل ذلك منزلة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ح ١.

ما لو تلف الصداق في يده، فترجع بنصف الأجرة، ولأنه صار أجنبيا لا يصلح تعلمها منه لو فرض إمكان التوصل إلى الحق.

وأما (في الثاني) فلتعذر رجوعه بعين ما فرض، إذ لا يمكن تخليص نصف الصنعة منها فيكون المهر بمنزلة التالف في يدها، فيرجع بنصف الصنعة منها فيكون المهر بمنزلة التالف في يدها، فيرجع بنصف الأجرة. قالوا: والحكم في الموضوعين مما لا إشكال فيه.

قالوا: ولو كان الصداق تعليم سورة وطلقها قبل الدخول، فإن كان قد علمها رجع عليها بنصف الأجرة كالصنعة، وإن لم يكن علمها فليس الحكم فيها كالصنعة لأن تعليم نصف السورة أمر ممكن في نفسه، ولكن الزوج صار أجنبيا منها، فإن حرمها على الأجنبي سماع صوت المرأة أو جوزناه ولكن خيف الفتنة أو لم يمكن ذلك إلا بالخلوة المحرمة رجعت عليه بنصف الأجرة كالصنعة، لتعذر الرجوع إلى نصف المفروض بما نع شرعي، فيكون كالمانع العقلي، وإن أمكن ذلك من غير محذور قيل: جاز تعليمها النصف من وراء حجاب، لأنه موضع ضرورة كمعاملة الأجنبية، أو لأنه تعليم واجب، أو لأن مطلق سماع صوتها غير محرم، وهذا الوجه خيرة الشيخ في المبسوط، وقيل: ترجع عليه بنصف الأجرة مطلقا، لما ذكر من الموانع، ولأن النصف يعسر الوقوف عليه، ولاختلاف الآيات في سهولة التعليم وصعوبته، على الأول تقسم السورة بالحروف، لا بالآيات. أقول: لم أقف في هذا المقام على شيء من الأخبار إلا ما رواه في الكافي والتهذيب (١)

عن زرارة عن أبا جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأة على سورة من كتاب الله عز وجل

ثم طلقها من قبل أن يدخل بها، بما يرجع عليها؟ قال: ينصف ما يعلم به مثل تلك السورة) ومورد الرواية ما إذا علمها السورة، لأن الرجوع عليها دليل وصول المهر إليها وإلا لكانت هي التي ترجع عليه، ويبقى الإشكال فما لو لم يعلمها السورة، فهل الواجب عليه تعليمها النصف لأنه ممكن؟ وما ذكره من تحريم سماع

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٤ ح ٣٨، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧ ح ١.

الأجنبية على إطلاقه ممنوع كما نقدم قريبا، بل الأدلة الكثيرة صريحة في الجواز فيعلمها ولو من وراء حجاب أنها ترجع بنصف الأجرة؟ احتمالان، والظاهر أن الحكم في الصنعة إذا طلقها بعد أن علمها إياها كذلك، من وجوب الرجوع عليها بنصف أجرة مثلها كما ذكره عليه السلام في السورة، لاشتراك الجميع في التعليم الذي هو الموجب للأجرة، وحينئذ فكون حكم هذه الصورة مستفاد من النص المذكور، فلا حاجة إلى ما أطالوا به في تعليل ذلك مما تقدم نقله عنهم، من قولهم: وأما في الثاني فلتعذر رجوعه بعين ما فرض إلى آخره.

الثالث: المشهور بين الأصحاب أنه لو أبرأته من الصداق قبل الدخول بها ثم طلقها قبل الدخول أنه يرجع عليها نصف المهر الذي وقع عليه العقد، لأنه لا فرق بين تصرفها فيه يصرفه في مصالحها ولا بين تصرفها فيه بالابراء منه أو بهبته له أو لغيره، ومجملة أنها متى تصرفت فيه تصرفا ناقلا عن ملكها لا زما لا يمكن الرجوع فيه، فإنه يلزمها عرض النصف.

وحكى في القواعد وجها بعدم الرجوع، وقبله الشيخ في المبسوط، قال في المسالك: وهو قول لبعض العامة، واحتجوا عليه بأنها لم يأخذ منه مالا ولا نقلت إليه الصداق ولا أتلفته عليه، فلا تضمن.

ورد بأن ضعفه ظاهر، فإن المهر كان مستحقا لها في ذمة الزوج، فلما أبرأته منه انتقل عن ملكها إليه فتحقق النقل، أو يقال: بأنها اسقاط المهر من ذمته بعد أن كان ثابتا فيها قد أتلفته، إذ لا شبهة في أنه كان ملكها ثم خرج عنه فتغرم له البدل (١).

(١) قالوا: أما الأول فظاهر، وأما الثاني فلاشتماله أن يستحق الانسان في ذمة نفسه شيئا فلا يتحقق نقله إليه، وأما الثالث فلا لأنه لم يصدر منها إلا إزالة استحقاقها في ذمته وهو ليس باتلاف البتة، ورد هذه الوجوه في المسالك بكلام يطول ذكره ليس في نقله مزيد فائدة بعد ما عرفت في الأصل، ومن أحب القوف عليه فليرجع إلى الكتاب المذكور. (منه قدس سره).

أقول: والذي حضرني من الأخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه في الكافي والتهذيب (١) عن محمد بن مسلم في الموثق (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

تزوج امرأة فأمهرها ألف درهم ودفعها إليها فوهبت له خمسمائة درهم وردتها عليه ثم طلقها قبل أن يدخل بها قال: ترد عليه الخمسمائة درهم الباقية لأنها إنما كانت لها خمسمائة درهم فوهبتها له، وهبتها إليها له ولغيره سواء) وما رواه في التهذيب والفقيه (٢) عن شهاب بن عبد ربه في الصحيح (قل سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على ألف درهم، فبعث بها إليها فردتها

عليه ووهبتها له، وقالت: أنا فيك أرغب مني في هذه الألف هي لك، فقبلها منها ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قل: لا شيء لها وترد عليه خمسمائة درهم) وما رواه الشيخ (٣) في الموثق عن سماعة (قال: سألت عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل، أيجوز له أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه، فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق)

وبذلك يظهر لك ضعف ما احتمله الشيخ والعلامة من عدم الرجوع بناء على تلك التخرصات الباردة والتخريجات الشاردة ومنشأ ذلك الغفلة عن ملاحظة الأخبار وعدم إعطاء التأمل حقه في تتبع الآثار الواردة عن الأئمة عليهم الرابع: لو أعطها عوض المهر متاعاً أو عبداً أبقا أو شيئاً ثم طلق قبل الدخول رجع بنصف المسمى دون العوض والوجه في رجوعه بنصف المسمى دون

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤ ب ٣٥ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٧ ح ٨ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٤ ح ٧٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ٩ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٤ ح ٧٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ح ٢.

نصف العوض أن الذي يستحقه الزوج بالطلاق نصف المهر المفوض، وعوضه غيره، فلا يرجع به، وينبغي أن يعلم أن المراد برجوعه بنصف المسمى هنا إنما هو رجوعه بمثله أو قيمته، لأن المسمى بالمعاوضة ودفع العوض الذي هو أحد هذه المذكورات قد صار ملك الزوج، فالنصف المحكوم بعوده إليه قد انتقل عن ملكها بالمعاوضة المذكورة، فيرجع حينئذ إلى مثله أو قيمته، كما لو انتقل منها إلى غيره ولا فرق في ذلك بين انتقاله بعوض يساوي قيمته أو ينقص أو يزيد، ولا بين أنواع الأعواض لاشتراك الجميع في المقتضي وهو خروجه بذلك عن ملكها كما خرج بغير عوض كالهبة.

ويدل على أصل الحكم المذكور ما رواه الكليني (١) في الصحيح عن الفضيل ابن يسار (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطها

عبدًا له أبقا وبردا حبرة بألف درهم التي أصدقها، 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 ويكون العبد لها) الخامس: الظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف في أنه إذا دبر مملوكًا ذكرًا كان أو أنثى جاز لمن دبره أن يجعله مهرا لزوجته، لأنه بالتدبير لا يخرج عن ملكه، بل له التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات من بيع وغيره، وهو كالوصية بل هو في التحقيق وصية بالعتق، وحينئذ فلو طلقها قبل الدخول صار المدبر مشتركا بينهما لرجوع نصفه إلى الزوج، حيث إن المهر وحكمه الرجوع بنصفه في الطلاق، وهذا كله مما لا خلاف فيه. إنما الخلاف في أنه يجعله مهرا هل يبطل التدبير أو يبقى صحيحا: أكثر الأصحاب سيما المتأخرين على الأول، وهو مذهب ابن إدريس ومن تأخر عنه وذهب الشيخ في النهاية وبعض أتباعه

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٧، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥ ح ١.

إلى الثاني.

قال في النهاية: إذا عقد لها على جارية مدبرة له ورضيت المرأة به ثم طلقها قبل الدخول بها كان لها يوم من خدمتها، وله يوم، فإذا مات المدبر صارت حرة ولم يكن لها عليها سبيل، وإن ماتت المدبرة وكان لها مال كان نصفه للرجل ونصفه للمرأة. ونحو كلام ابن البراج في كتابيه المذهب والكمال.

وقال ابن إدريس: الذي يقتضيه أصول المذهب أن العقد على هذه المدبرة صحيح وتخرج عن كونها مدبرة وتستحقها المرأة لأن التدبير وصية، ولو أوصى ببعض أملاكه ثم أخرجه عن ملكه قبل موته بطلت وصيته، والمدبرة هنا قد أخرجها بجعلها مهرا إلى أن قال: اللهم إلا أن يكون التدبير والمذكور واجبا على وجه النذر لا رجوع لمدبر فيه، فيصح ما قاله شيخنا رحمه الله واعترضه العلامة في المختلف ببطان جعلها مهرا حينئذ، قيد بقاء التدبير بما لو شرط إبقاء التدبير فإنه يكون لازما لعموم (١) (المؤمنون عند شروطهم) ولأنه كشرط العتق في البيع ونحوه.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مستند الشيخ فيما ذهب إليه في النهاية هو ما رواه عن المعلي بن خنيس (٢) (قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوج

امراة على جارية له مدبرة قد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك وطلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأة نصف خدمة المدبرة، يكون للمرأة يوم في الخدمة، يكون لسيدها الذي كان دبرها يوم في الخدمة، قيل هل: فإن ماتت المدبرة قبل المرأة والسيد، لمن يكون الميراث؟ قال: يكون نصف ما تركت

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ذيل ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٤٩، الوسائل ج ١٥

ص ٣٤ ح ١.

للمرأة والنصف الآخر لسيدها الذي دبرها) (١)
قال في المسالك: وهذا الرواية مع ضعف سندها لا تدل على انعقادها بموت
السيد كما ادعاه الشيخ وإنما تضمنت صحة جعلها مهرا وعود نصفها إلى المولى،
وكونها مشتركة بينه وبين المرأة، وما تركته بينهما كذلك، وهذا كله
لا كلام فيه.

نعم يظهر منها رائحة البقاء على التدبير من قوله (وتقدمت على ذلك) وقوله
(فإن ماتت المدبرة) وشبه ذلك، ومثل هذا لا يكفي في إثبات الحكم المخالف للأصل.
إنتهى، وهو جيد.

أقول الأقرب في هذه الرواية وإرجاعها إلى ما عليه الأصحاب هو ما ذكره
في المختلف من الحمل على الشرط بمعنى أنه أمهرها المدبرة وشرط بقاء التدبير،
فإن الشرط سايع كما في شرط العتق في البيع، فيكون التدبير لازما لا يمكن
الرجوع فيه لوجوب الوفاء بالشرط، ويسير إليه قوله في الرواية وقد عرفت المرأة
وتقدمت على ذلك بمعنى أنها عرفت الشرط عليها بذلك ورضيت به، وعلى هذا
يرتفع منافاة الخبر للقواعد الشرعية وينطبق على ما قاله الأصحاب ولا ريب أنه
أقرب ما يمكن أن يقال.

المسألة الرابعة: المشهور في كلام الأصحاب أنه إذا اشترط في العقد ما يخالف
المشروع مثل أن لا يتزوج عليه أو لا يتسرى بطل الشرط وصح العقد والمهر،
وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل، فإن لم يسلمه كان العقد باطلا، لزم العقد
والمهر وبطل الشرط.

(١) أقول: في هذه الرواية ما يدل على ما اخترناه وقدمنا تحقيقه في كتاب البيع من
أن العبد يملك وإن كان في التصرف محجورا عليه إلا بإذن سيده، وما طعن به ابن إدريس
في هذه الرواية من هذه الجهة مردود بأن ما ذكرناه من ملك العبد مستفاد من جملة من
الأخبار كما تقدم في الكلام فيه ثمة. (منه قدس سره).

قال في المسالك: لا إشكال في فساد الشرط المخالف للمشروع لذلك، وإنما الكلام في صحة العد بدون الشرط من حيث إنهما لم يقصدا إلى العقد إلا مقيدا بالشرط المذكور، وقد سبق غير مرة أن فساد الشرط يوجب فساد العقد عند المصنف والأكثر، ولكن ظاهرهم هنا هو الاتفاق على صحة العقد، لأنهم لم ينقلوا فيه خلافا، إنتهى.

واعترضه سبطه السيد السند في شرح النافع فيما ذكره من أن ظاهرهم الاتفاق على صحة العقد وأنهم لم ينقلوا خلافا، فقال: هو غير جيد، فإن العلامة رحمة الله عليه حكى في المختلف عن الشيخ في المبسوط أنه قال: إن كان الشرط يعود بفساد العقد - مثل إن تشترط الزوجة عليه أن لا يطأها - فالنكاح باطل، لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد، ثم قال في المختلف: والوجه عندي ما قال الشيخ في المبسوط إلى آخره.

أقول: فيه أن الظاهر من كلام جده في المسالك ومثله المحقق في الشرايع أن مسألة اشتراط أن لا يطأها الزوج غير مسألة اشتراط أن لا يتزوج ولا يتسرى عليها، وأن الثانية منهما مما لا خلاف في كون الشرط مخالفا للمشروع بخلاف الأولى، فإن المحقق قد صرح بالمسألتين كل منهما في مقالة على حدة، فذكر مسألة اشتراط أن لا يتسرى ولا يتزوج بنحو ما قدمنا، ووصفه بأن شرط يخالف المشروع، وحكم فيها ببطان الشرط وصحة العقد، ثم ذكر بعدها بلا فصل مسألة اشتراط أن لا يطأها، واختار لزوم الشرط وحصه العقد ومثله الشارح في المسالك فإنه اختار ذلك أيضا، ونقل كلام الشيخ في المبسوط الذي اعترض به عليه في شرح هذه المقالة، وهو ظاهر في تغاير المسألتين واختلاف الحكمين، وأن الاتفاق الذي ادعاه إنما هو بالنسبة إلى الشروط المتفق على كونها مخالفة للمشروع، وشرط عدم الوطئ عنده، وعند من قال بجواز اشتراطه وهو مذهب الشيخ في لا نهاية وغيره كما سيأتي إن شاء الله غير مخالف للمشروع، وبذلك يظهر لك

أن إرادته عليه غير متوجه كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى تمام الظهور من الكلام في ثاني هذه المسألة، على أن جده نقل في شرح هذه المسألة أعني مسألة أن لا تشترط ما يخالف المشروع كعدم التزويج والتسري عن الشيخ في المبسوط أنه قال في هذه المسألة: ولا يفسد المهر عندنا. قال في المسالك: وهو ظاهر في الاتفاق عليه، وصحة المهر إنما يكون مع صحة العقد.

أقول: وفيه كما ترى دلالة واضحة على ما قلناه من تغاير المسألتين، وأن ظاهر كلام الشيخ في المبسوط في هذه المسألة الاتفاق على صحة العقد بالتقريب الذي أشار إليه جده، وفي مسألة اشتراط أن لا يطأها، ذكر ذلك الكلام الظاهر في بطلان العقد، كما عرفت، ويدل أيضا على اختلاف المسألتين اختلاف أخبارهما كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى (١).

والواجب هنا أولا نقل ما وصل إلينا من الأخبار في هذه المسألة، ثم الكلام بما يتعلق بها من نقض أو إبرام.

فمنها ما رواه الشيخ في التهذيب (٢) عن محمد بن قيس عن أبا جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأة وشرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليه سرية فهي طالق، فقضى في ذلك بأن شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفي لها بالشرط، وإن شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليه)

وعن ابن سنان (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل قال لا مرأته: إن نكحت عليك أو تسريت فهي طالق قال: ليس ذلك بشيء، إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من

اشترط شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه)

(١) فإن أخبار اشتراط أن لا يتزوج عليه ولا يتسرى قد أفقت على بطلان الشرط مع صحة العقد، وأخبار اشتراط أن لا يطأها قد اتفقت على صحة الشرط. (منه قدس سره).

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٠ ح ٦٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦ ب ٣٨ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧ ب ٣٩ ح ٢.

ما رواه في الكافي (١) عن زرارة (أن ضريسا كان تحته بنت حمران بن أعين، فجعل لها أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى أبدا في حياتها ولا بعد موتها على إن جعلت له هي أن لا تتزوج بعد وجعلا عليهما من الهدى والحج والبدن وكل ما لهما في المسكين إن لم يف كل واحد منهما لصاحبه، ثم إنه أتى أبا عبد الله عليه السلام فذكر ذلك له، فقال: إن لا بنت حمران لحقا، ولن يحملنا ذلك على أن لا نقول لك الحق، اذهب وتزوج وتسرى، فإن ذلك ليس بشيء، وليس شيء عليك ولا عليها وليس ذلك الذي صنعتما بشيء، فجاء فتسرى ووفد له بعد ذلك أولاد) ورواه في الفقيه (٢) عن موسى بن بكر عن زرارة (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن ضريسا كان تحته ابنة حمران) الحديث على تفاوت في ألفاظه وزيادة ونقصان

إلا أنه قد ورد بإزاء هذه الأخبار ما يدل أيضا على لزوم الشرط المذكور وهو ما رواه في الكافي (٣) عن ابن بزرج (قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام وأنا قائم: جعلني الله فداك إن شريكا لي كانت تحته امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها، وقالت المرأة: لا والله لا أتزوجك أبدا حتى تجعل الله عليك لي ألا تطلقني ولا تزوج علي، قال: وفعل؟ فقلت: نعم قد فعل، جعلني الله فداك، قال: بئس ما صنع وما كان يديره ما وقع في قبله في جوف الليل أو النهار، ثم قال له: أما لأن فقل له: فليتم للمرأة شرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: (المسلمون عند شروطهم) الحديث.

وما رواه في التهذيب (٤) عن بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال: قلت: إن رجلا

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٥ مع اختلاف يسير،

الوسائل ج ١٥ ص ٢٩ ح ٢.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ مع اختلاف.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبنت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاهما ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ قال: بئس ما صنع وما كان يدريه ما يقع في قبله بالليل والنهار، قل له فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: (المؤمنون)

عند شروطهم)

قال في التهذيب بعد ذكر الرواية الثانية: ليس بين هذه الرواية والرواية الأولى تضاد، لأن هذه الرواية محمولة على الاستحباب على أن هذه الرواية تضمنت أنه جعل الله عليه ذلك، وهذا نذر وجب عليه الوفاء، ما تقدم في الرواية الأولى جعلاً على أنفسهما ولم يقل لله فلم يكن ذلك نذراً يجب الوفاء به وفي الإستبصار جوز حمله على التقية، قال: لموافقته العامة.

أقول: وهذا هو الظاهر الذي يجب حمل الخبرين المذكورين عليه وإلا فالاستحباب قد عرفت ما فيه فيما تقدم، وأما الحمل على النذر، ففيه إشكال لأن الظاهر أنه يرجع إلى نذر المباح، في انعقاده خلاف، أظهره عدم الانعقاد كما تحقق في محله، والأخبار دلت على أن النذر ليس بشيء حتى يسمي لله شيئاً صدقة أو صلاة أو نحو ذلك من الطاعات الراجحة، ومجرد قوله لله مع كون المندور إنما هو أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها لا يخرج عن المباح. وبالجملة فالظاهر هو حمل الخبرين على التقية، ويكون العمل على تلك الأخبار المؤيدة باتفاق الأصحاب على الحكم المذكور ثم إن من الأخبار الدالة عليه صحة العقد مع بطلان الشرط خلافاً لما زعموه من أن متقضى القواعد بطلان العقد ببطلان الشرط من حيث عمد القصد إلى العقد إلا مقيداً بالشرط ما رواه الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يتزوج المرأة إلى أجل مسمى فإن جاء بصدقتها إلى أجل

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٠ ح ٦١ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦ ب ٣٨ ح ١.

مسمى فهي امرأته، وإن لم يأت بصداقها إلى الأجل فليس له عليه سبيل وذلك شرطهم بينهم حين أنكحوا ففوضى للرجل أن بيده بضع امرأته وأحبط شرطهم) ورواه الكليني (١) أيضا بسند فيه سهل.

وعن محمد بن قيس (٢) في الصحيح عن أبا جعفر عليه السلام (قال: قضى علي في رجل تزوج امرأة وأصدقها واشترطت في ذلك أن بيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنة، وولت الحق من ليس بأهله، قال: فقضى علي عليه السلام أن على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق وذلك السنة)

وفي معناها أخبار عديدة تقدمت في كتاب البيع، ومنها أخبار بريرة (٣) ومما يدل على ما هو المشهور هنا ما رواه في الكافي والتهذيب (٤) عن هارون ابن مسلم عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: ما تقول في رجل

جعل أمر امرأته بيدها؟ قال: فقال ولي الأمر من ليس أهله وخالف السنة ولم يجز النكاح)

أقول: ويمكن حمل إطلاق الخبر الأول على هذا الخبر: فإنه صريح في بطلان النكاح، والسابق لا ظهور له في ذلك، وإن استدل به أصحابنا على حصة العقد مع بطلان بالشرط، إلا أنه عندي غير ظاهر في حكم العقد من حصة أو بطلان، بل هو مطلق، والذي قدمناه من التحقيق في هذا المقام هو أنه لما كانت الأخبار مختلفة في ذلك فالواجب الوقوف على ما دلت عليه من غير أن يكون

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦ ب ٣٨ ح ١.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٧ وفيه " عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام " مع اختلاف، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٦٠، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦١ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠ ب ٢٩ ح ١ مع اختلاف يسير.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ٩.
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٣٧ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ٨٨ ح ٢٢٠ وفيه " مروان بن مسلم ". الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٦ ح ٥.

هنا قاعدة بينى عليها كما ذكره، وما لم يرد فيه خبر ينبغي التوقف في الحكم. وكيف كان فالعمل في المسألة على ما دلت عليه الأخبار المتقدمة من صحة العقد وبطلان الشرط في صورة اشتراط أن لا يتزوج ولا يتسرى، وكذا في صورة اشتراط تسليم المهر إلى أجل.

وقد صرح في المسالك بأن في المسألة وجها أو قولاً بصحة العقد دون المهر، ثم شرح ذلك بما هو مذكور ثمة (١) وهو اجتهاد في مقابلة النصوص، ومن ثم أعرضنا عن ذكره وطوينا الكلام دون نشره، فإن مقتضى النصوص المذكورة هو صحة العقد والمهر وبطلان الشرط خاصة، والله العالم.

المسألة الخامسة: اختلف الأصحاب فيما لو شرطت أن لا يفتضها على أقوال: (أحدها) ما ذهب إليه الشيخ في النهاية من لزوم الشروط وصحة العقد في الدائم والمنقطع، وبه قال جمع من الأصحاب منهم المحقق في الشرايع، والشارح في المسالك.

(١) قال قدس سره في تعليل ما نقلناه عنه: لأن اشتراط كالعوض المضاف إلى الصداق حيث يكون من المرأة، أو كجزء من المعوض، الصداق مبذول في مقابلة الجميع وبفساد الشرط يفوت بعض العوض والمعوض قيمته مجهولة، فلا يعلم قدر الصداق في الأول ولا نصيب الباقي في الثاني فيثبت مهر المثل وهو متجه لأنه في الأول قد رضي ببذله مع التزام ترك حق فمع انتفاء اللزوم يكون الرضاء به أولى، ولأنها في الثاني قد رضيت به مع ترك حق لها، فبدونه أولى به، انتهى.

وفيه ما عرفت من غير مقام من الكتاب من أن مقابلة النصوص بهذه التعليلات العقلية جراءة عليهم صلوات الله عليهم، رأيت أنهم عليهم السلام يطلقون الأحكام في النصوص، ولا يعلمون ما ذكره هو وغيره من هذه التعليلات المذكور ونحوها ولله در سبطه في شرح حصول الرضا بالعقد بدون الشرط اتجه الحكم بفساد العقد، وإن عول على الرواية وجب المصير إلى القول بالصحة في موارد، والله العالم. (منه قدس سره).

قال في النهاية: لو شرطت على في حال العقد أن لا يفتضها لم يكن له افتضاها فإن أذنت له بعد ذلك في الافتضاض جاز له ذلك. وقال المحقق في الشرايع: وإذا شرط أن لا يفتضها لزم الشرط، ولو أذنت بعد ذلك جاز عملاً بإطلاق الرواية وقيل: يختص لزوم هذه الشرط بالنكاح المنقطع وهو تحكم.

واستدلوا على ذلك بما تكرر من الحديث المستفيض (١) (المؤمنون عند شروطهم) وما رواه الشيخ (٢) عن سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجك نفسي على أن تلمس مني ما شئت من نظر والتماس، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي وتلذذ بما شئت فإنني أخاف الفضيحة، قال: ليس له منها إلا ما اشترط)

ورواه في الكافي (٣) عن عمار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام مثله وعن إسحاق بن عمار (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس) والرواية الأولى دالة على جواز اشترط عدم الوطئ مطلقاً، وإن لم يكن بطريق الافتضاض، وهما بإطلاقهما شاملتان للعقد الدائم والمنقطع. و (ثانيها) ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط من بطلان الشرط والعقد معافي الدائم وصحة الشرط في المنقطع، وهو مذهب العلامة في المختلف وولده في الشرح

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ذيل ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٨، أو سائل ج ١٥ ص ٤٥ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٢٧٠ ح ٨٥، أو سائل ج ١٤

ص ٤٩١ ب ٣٦ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٩ الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ ح ٢.

واختاره المحقق الشيخ علي في شرح القواعد (١) والسيد السند في شرح النافع قال في المبسوط: إذا كان الشرط يعود بفساد العقد مثل أن تشترط الزوجة عليه أن لا يطأها فالنكاح باطل، لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد، قال: وقد روى أصحابنا أن العقد صحيح والشرط صحيح ولا يكون له وطؤها فإن أذنت فيما بعد كان لذلك، قال: وعندي أن هذا يختص عقد المتعة دون عقد الدوام، ومثله قال القطب الكيدري.

قال في المختلف بعد نقل الأقوال في المسألة: والوجه عندي ما قاله الشيخ في المبسوط من بطلان العقد والشرط معا، أما الشرط فلأنه مناف لمقتضى العقد، ومن أهم مقتضياته حصول التناسل، وهو يستدعي الوطء، وأما العقد فلعدم الرضاء به بدون الشرط.

واحتجوا على الجواز في المنقطع بأن المقصود الأصلي من التمتع التلذذ وكسر الشهوة دون التولد والتناسل، وذلك لا يستدعي الوطء، وعليه نزلوا الروايتين المذكورتين.

قال في المسالك: وهذا لا يخلو من التحكم كما قاله المصنف، لأن النص مطلق، المقاصد في النكاح مطلقا مختلفة، جاز أن يكون المطلوب من الدائم ما ادعوه في المنقطع وبالعكس، ولا يعتبر في صحة العقد تتبع غايته، ولا رعاية مقاصده الغائية، بل يكفي قصد بعضها، وهو متحقق في المتنازع فيهما. انتهى، وهو جيد.

و (ثالثها) ما ذهب إليه ابن إدريس وجماعة من فساد الشرط في الدائم

(١) قال المحقق الشيخ علي رحمه الله وأما البطلان في الدوام فلأنه مناف لمقتضاه لأن المقصود الأصلي منه النسل، ومن أهم مقتضياته حصول التناسل وهو يستدعي الوطء فيكون الشرط فاسدا ويفسد به العقد للمنافاة وعدم الرضاء بالعقد إلا به، انتهى. (منه قدس سره).

والمنقطع، وصحة العقد، قال في كتاب السرائر: إن شرط ما يخالف الكتاب والسنة كان العقد صحيحا، والشرط باطلا، وروى أنه إن شرطت عليه في حال العقد أن لا يفتضها لم يكن له افتضاها، فإن أذنت له بعد ذلك في الافتضا جاز له ذلك، فأوردها شيخنا أبو جعفر في نهايته إيرادا لا اعتقادا، لأنه رجع عنه في مبسوطه، وقال: ينبغي أن يخص هذه الرواية بالنكاح المؤجل دون الدوام، لأن المقصود من ذلك الافتضا، والذي يقتضيه المذهب الأول، إذا الشرط باطل لأنه مخالف لموضوع الكتاب والسنة ولأن الأصل براءة الذمة من لزوم هذا الشرط، الاجماع غير منعقد عليه، بل ما يورد ذلك إلا في شواذ الأخبار، إنتهي. أقول: أما ما ذهب إلى بطلان العقد استنادا إلى تلك القاعدة التي قرروها، والضابطة التي اعتبروها فهو مردود بما قدمنا تحقيقه في غير موضع من أن أكثر الأخبار خرجت على خلاف هذه الضابطة وإن دل بعضها على اعتبارها، فهي حينئذ لا تصلح لأن تكون ضابطه كليه ترد في مقابلتها الأخبار، بل الواجب هو العمل عليه الأخبار في كل حكم وافقت تلك الضابطة أو خالفتها، ومع عدم وجود خبر فالتوقف في المسألة والرجوع إلى الاحتياط.

وأما من ذهب إلى فساد الشرط فهو أيضا مبني على ما ذكره وادعوه من أن الغرض من النكاح الدائم التوالد والتناسل الذي يتوقف على الجماع، وأنه بذلك يكون هذا الشرط مخالفا للكتاب والسنة.

وفيه ما ذكره شيخنا الشهيد الثاني فإنه كلام موجه، ويرجع ذلك إلى منع مخالفة الكتاب والسنة، فإنه حيث دل الخبر على صحة اشتراطه فلا مخالفة فيه وأنه شرط سائغ كغيره من الشروط السائغة، والغرض من النكاح غير منحصر في الجماع ولا طلب الولد فإن (١) كان هو أعظم غاياته.

يقي الكلام في الأخبار المذكورة، ولا ريب أن ظاهرها العموم للنكاح الدائم

(١) الصحيح " وإن " ولعله اشتباه وقع من النساخ.

والمنقطع، إلا أن احتمال الحمل على المنقطع قائم بقريظة ذكر خوف الفضيحة في الرواية الأولى.

و (رابعها) ما ذهب إليه ابن حمزه وهو كقول ابن إدريس في الدائم مع الحكم بصحتها في المنقطع، قال على ما نقله عنه في المختلف: الشرط الذي لا يقتضيه العقد ويخالف الكتاب والسنة يبطل الشرط، دون العقد، وهي تسعة: اشتراطها عليه أن لا يتزوج عليها في حياتها وبعد وفاتها ولا يتسرى ولا يجامعها إلا في نكاح المتعة.

أقول: ووجهه يعلم مما تقدم، وكيف كان فإن المسألة لما عرفت لا تخلو من شوب الاشكال، وإن كان الأقرب هو القول الأول (١) وينبغي التنبيه على أمرين: الأول: المذكور في كلام الأصحاب في هذا المقام هو اشتراط عدم الافتضاض، والظاهر جريان الحكم في الوطئ مطلقا كما تضمنه خبر سماعة، حينئذ فيجري فيه الكلام كما في الافتضاض، وهل اشتراط عدم التقبيل ونحوه ومن مقدمات الوطئ معه كذلك؟ قال في شرح القواعد: لم أف في شيء، إلحاقه باشتراط عدم الوطئ ليس ببعيد، وينبغي أن يستوي في ذلك الدوام والمتعة، إنتهى. وقال في المسالك: ولو اشترط ترك بعض مقدمات الوطئ ففي إلحاقه باشتراط تركه وجهان: من مساواته له في المقتضي، واختصاص الوطئ بالنص وفي الأول قوة، لضعف المخصص.

أقول: لا يخفى أن المقتضي لا اشتراط عدم الوطئ؟ هو خوف الفضيحة كما تضمنه الخبر الأول، وهذا لا يجري في مقدمات النكاح من تقبيل ونحوه، مورد النص هو الوطئ خاصة والخروج عنه إلى تلك الأمور قياس لا يوافق أصول المذهب،

(١) لاعتضادها بعموم الآية أعني قوله تعالى " أو فوا بالعقود " والخبر المستفيض المتقدم الدال على وجوب الوفاء بالشرط والخبرين المذكورين، وليس لذلك معارض إلا ما يدعون من منافاة الشرط المقصود بالنكاح، وقد عرفت ما فيه، ومن هنا استشكل العلامة في القواعد، وقد عرفت ضعف المعارض. (منه قدس سره).

وهو قد عمل بمقتضى النص، ووافق الشيخ في النهاية فما أفتى به عملا بالنص المذكور، وكيف يطعن فيه بالضعف هنا، وهو قد علل به في أصل المسألة؟ الثاني: قد عرفت أنه على القول بصحة شرط عدم الافتضاض فإنه يلزم ولا يجوز له الافتضاض، فإذا أذنت بعد ذلك ففي جوازه قولان: (أحدهما) الجواز، وبه قطع الشيخ والمحقق فيما تقدم من عبارتيهما، وعليه دل خبر إسحاق بن عمار، وعلل أيضا بأن المنع حق لها فيزول بإذنها إذ الزوجية متحققة.

و (ثانيهما) العدم، لأن الفروج لا تحل بالإذن بل بالعقد، ولما لم يكن العقد مثمرا للحل لم يكن للإذن اعتبار.

وأجيب عنه بأن السبب في الحل هو العقد، لا مجرد الإذن، غاية الأمر أن الشرط كان مانعا من عمل السبب عمله، وبالإذن يرتفع المانع، وظاهر المحقق الشيخ علي في شرح القواعد اختيار الثاني محتجا بما نقلناه، وأن الرواية ضعيفة، وفيه ما عرفت من الجواب عما احتج به، والطعن بضعف الرواية غير مسموع عنده.

ويقال في شرح النافع بعد ذكر دليل القول الثاني وجوابه: والمسألة محل تردد، وإن كان القول بالجواز لا يخلو من قرب، والظاهر أن منشأ التردد عنده ضعف الرواية الدالة على الجواز.

وبالجمله فالعمل على ما دل عليه الخبر، ولا يلتفت إلي هذه التعليقات في مقابله.

المسألة السادسة: اختلف الأصحاب فيما إذا اشترط أن لا يخرجها من بلدها، فقليل: يلزم الشرط، وهو قال الشيخ في النهاية، قال في الكتاب المذكور: ومتى شرط الرجل لا مرأته في حال العقد أن لا يخرجها من بلدها لم يكن له أن يخرجها إلا برضاها، وتبعه على ذلك جمع من الأصحاب منهم ابن حمزة وابن البراج

العلامة في المختلف والارشاد والشهيد في اللمعة وشرح نكت الإرشاد، وظاهر المحقق في الشرايع التوقف فيه، حيث قال: قيل: يلزم وهو المروي، فإن نسبته إلى قيل ثم إلى الرواية مما يؤذن بتمريضه والتوقف فيه، ونحو ذلك عبارة العلامة في القواعد أيضا.

ويدل عليه صريحا ما رواه الشيخ (١) في الصحيح عن أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها، قال: يفي له بذلك (أو قال:) يلزمه ذلك

وما رواه في التهذيب (٢) عن علي الميثمي عن ابن أبي عمير قال: قلت لجميل ابن دراج: رجل تزوج امرأة وشرط لها المقام بها في أهلها أو بلد معلوم، فقال: قد روى أصحابنا عنهم عليهم السلام أن ذلك له، وأنه لا يخرجها إذا شرط ذلك لها) ويدل عليه عموما أيضا ما رواه في التهذيب عن السكوني (٣) عن جعفر عن أبيه عليهم السلام أن عليا عليه السلام كأن يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فإن

المؤمنين عند شروطهم إلا شرط حرم حلا لا أو أحل حراما) ويؤكداه أيضا أن ذلك شرط مقصود للعقلاء والأغراض تتعلق باللبث في المنازل الاستيطان في البلدان التي حصل بها الأُنس، والنشوء بين الأهل ورعاية مصلحتها وذلك أمر مهم، فجاز اشتراطه لهذه الأغراض الصحيحة المترتبة عليه. وذهب ابن إدريس إلى بطلان الشرط وصحة العقد، وتبعه عليه جمع منهم المحقق الشيخ علي في شرح القواعد ونقل أيضا عن الشيخ في المبسوط والخلاف

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٢ ح ٦٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٨٠ لكن عن إسحاق بن عمار وفيه "المسلمين" بدل "المؤمنين"، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ح ٤.

قالوا: لأن الاستمتاع بالزوجة في جميع الأزمنة والأمكنة حق للزوج بأصل الشرع فإذا شرط ما يخالفه بطل.

وأجابوا عن الرواية الأولى حيث إنها هي المتداولة في كلامهم بالحمل على الاستحباب، وفيه أن الحمل على الاستحباب الذي هو خلاف الظاهر فرع وجود المعارض الأقوى، والمعارض هنا ليس إلا هذا التعليل، وضعفه ظاهر للمتأمل بعين الانصاف.

فإن فيه (أولا) إن ما ادعي من كون الاستمتاع في جميع الأزمنة والأمكنة حقا للزوج إن أريد مع عدم الشرط فهو مسلم ولا يضرننا، وإن أريد لو مع الشرط فهو محل البحث وعين المتنازع فيه، فالاستدلال به مصادرة محضة.

و (ثانيا) إنه لا تخفى أن الشروط إنما هي بمنزلة الاستثناء في الكلام الذي هو عبارة عن اخراج ما لولا الاستثناء لدخل بمعنى أن مقتضى العقد هو الدخول ولكن بالاشتراط يجب خروجه، ولو كان اشتراط ما يخالف الثابت العقد والشرع باطلا للزم بطلان جميع الشروط المخالفة لمقتضى العقد كاشتراط تأجيل المهر، وإسقاط الخيار في البيع، وانتفاع البائع بالمبيع مدة معينة، وكذا المشتري بالثمن مدة معينة، وهو معلوم البطلان، والمستفاد من الأخبار أن البطلان في الشروط إنما هو باعتبار المخالفة للكتاب والسنة، وهو المشار إليه بقولهم في تلك الأخبار، ومنهما الرواية التي قدمناها ما أحل حراما أو حرم حلالا، وبذلك يظهر لك ضعف القول المذكور وأنه بمحل من القصور سيما بعد دلالة الأخبار الواضحة على كما عرفت عموما وخصوصا وينبغي التنبيه على أمور: الأول: قد نقل جملة من الأصحاب منهم المحقق الشيخ علي كما تقدم موافقة مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف لما ذهب إليه ابن إدريس من بطلان الشرط، وحصاة العقد في صورة اشتراط أن لا يخرجها من بلدها، والموجود في عبارة الشيخ في الكتابين إنما هو اشتراط أن لا يسافر بها، ولهذا اعترضهم في المسالك بأن

عد الشيخ من جملة القائلين بالمن في المسألة كابن إدريس وغيره ليس كذلك، قال: لأن السفر أمر آخر غير الخروج من البلد كما لا يخفى والخروج من البلد قد يصدق من غير السفر، وانتهى.

أقول: الظاهر أن ما استدركه رحمه الله على الأصحاب ليس في محله لعدم خطور هذا التدقيقات التي جرى عليها هو وغيره من المتأخرين ببال الشيخ، وذكره عدم السفر إنما أراد به عدم الخروج تجوزا على الغالب من أن الخروج عن البلد لأجل الاستيطان إنما يكون بالسفر الثاني: قد صرح في المسالك وغيره في غيره بأنه على تقدير القول بصحة الشرط هنا، فهل يتعدى الحكم إلى شرط أن لا يخرجها من منزلها ومن محلها أم لا؟ وجهها، من مشاركتها النصوص في الحكمة الباعثة على الحكم وعموم الأدلة الأخرى، ومن عدم النص وبطلان القياس. وقطع الشهيد في اللمعة بالأول، واختاره السيد السند في شرح النافع، وقواه جده في المسالك. وبالثاني صرح المحقق الشيخ علي في شرح القواعد معللا له بأن اشتراط ذلك على خلاف الأصل لما قلناه من أن سلطنة إسكان الزوجة بيد الزوج، فيقتصر فيه على مورد النص، قال: الأصح عدم التعدي.

أقول: لا يخفى أن كلام كل من هذين القائلين وما اعتمد عليه في البين مبني على أنه ليس في المسألة إلا صحيحة أبي العباس المذكورة التي موردها الإخراج من البلد، فإنها هي المتداولة في كلامهم، والجارية في هذا المقام على رؤوس أقلامهم، وأما على ما نقلناه من الخبرين الأخيرين فإنه لا إشكال في صحة التعدي إلى ما ذكروه من هذه المواضع. فإن (الأولى) منهما دلت عليه أنه لو شرط لها المقام في أهلها أبلد معلوم وجب عليه الوفاء به، والأول منهما هو ما ذكروه من أنه شرط لها أن لا يخرجها من منزلها. و (الثانية) منهما قد دلت على أن من شرط لا مرآته شرطا فليف به،

وعلله بالخبر المستفيض، ولا ريب أن المفروض هنا من قبيل ذلك، وحينئذ فالواجب هو الاستدلال بما ذكرناه من الأخبار، ولا يحتاج إلى ما بنوه عليه، ووقعوا به بسببه في التردد من تلك الوجوه، إلا أنهم لعدم الاطلاع على هذه الأخبار في عذر مما أوردناه عليهم، ثم إنه مع قطع النظر عن هذين الخبرين والرجوع إلى ما ذكرناه من التعليقات، فالظاهر تعدي الحكم إلى هذه المذكورات عملاً بعموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالشروط إلا ما استثني، وليس هذا منه، وبه يندفع م قيل من أنه قياس، فإن العمل كما يجب بالأدلة الخاصة كذلك بالعمومات مع عدم التخصيص، وما استند إليه المحقق الشيخ علي من أن سلطنة إسكان الزوجة بيد الزوج قد عرفت الجواب عنه آنفاً.

الثالث: هل يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد؟ لا، لأن الذي يعقل سقوطه بالإسقاط هو الحق الثابت واستحقاق السكنى يتجدد بتجدد الزمان فلا يسقط بالإسقاط كالنفقة، ويحتمل السقوط كما في إسقاط الخيار، وهبة مدة المتمتع بها، وتوقف لذلك السيد السند في شرح النافع

أقول: لا ريب أن الشرط المذكور هو أن لا يخرجها من البلد، وإسقاطه هو الرضاء بالخروج، ولا ريب في أنه مع الرضاء بالخروج مع طلب الزوج ذلك، فإن الواجب شرعاً هو الخروج لوجوب طاعته بمقتضى الأدلة، ولا معارض لها هنا مع رضاها، ولو تم ما ذكرناه من عدم السقوط بإسقاطها الشرط المذكور لكان لها التخلف عن طاعته بغير عذر شرعي، وهو باطل، والظاهر أن ما ذكرناه من عدم السقوط بالإسقاط إنما هو بالنسبة إلى الحق المالي الذي يتجدد بتجدد الزمان كنفقة الزوجة مثلاً لا مطلق الحق، والحق الذي لها هنا هو عدم الخروج ومتابعته فيه لا السكنى كما ذكرناه، فإذا أسقطت حقها ورضيت بالخروج سقط ووجب عليها الخروج مع طلب الزوج ذلك.

المسألة السابعة: لو شرط لها مائة دينار إن خرجت معه، وخمسين إن

لم تخرج معه، فإن أخرجها إلى بلد الشرك يبطل شرطه ولزمته المائة، إن أخرجها إلى بلاد الاسلام لزم الشرط. والمستند في هذا الحكم ما رواه الكليني (١) في الحسن عن علي بن رئاب عن أبي الحسن موسى عليهم السلام (قال: سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة

دينار على أن تخرج معه إلى بلاده، فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون دينار، رأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده، فإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك، ولها مائة دينار التي أصدقها إياها، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها، أو ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له)

أقول: لا ريب أن هذه المسألة من فروع المسألة السابقة، فكل من منع من صحة هذا الشرط ثمة كابن إدريس ومن تبعه منع من الصحة هنا، وإن صح العقد.

ومن جوز الشط وقال بصحته ثمة، فبعض منهم قالوا بذلك هنا أيضا. وبعض توقف وتنظر هنا.

ومن الأولين الشيخ في النهاية وجماعة منهم العلامة في أكثر كتبه، والمحقق في النافع عملا بالخبر المذكور وعموم الأمر بالوفاء الشروط. ومن الآخرين المحقق في الشرايع فإنه حكم بالصحة في المسألة الأولى، وتردد في هذه المسألة.

ثم إن قوله عليه السلام في الجواب (إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك) إلى آخره معناه أن لما اشترط عليها أن يخرج إلى بلاده، وهو أعم أن يكون بلاد الاسلام أو بلاد الشرك أراد عليه السلام ايضاح الحكم بالنسبة إلى كل

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ٢.

من الفردين، فقال: إن كان بلاده التي شرط الخروج إليها بلاد الشرك فإنه لا شرط له عليها في ذلك، بمعنى أن شرطه باطل، والوجه فيه ظاهر، لما في الإقامة في بلاد الشرك من الضرر بالمسلم في دينه، فلا يجب عليها إطاعته، وكان لها مجموع المائة الدينار التي أصدقها إياها، وإن كان بلاده بلاد الإسلام فله ما اشترط عليها، بمعنى أنه يجب عليها متابعتها والوفاء بما شرطه عليه من الخروج إلى بلاده، لدخوله في الحديث المشهور (١) (المسلمون عند شروطهم) وبقي هنا شيء، وهو أنه قد طعن جملة من الأصحاب في متن هذه الرواية بمخالفتها لمقتضى الأصول في مواضع: (أحدها) مجهولية المهر وعدم تعيينه، حيث جعله مائة على تقدير، وخمسين على تقدير.

و (ثانيها) إنه أوجب فيها مائة دينار على تقدير إرادة الخروج بها إلى بلاد الشرك، وإنه لا شرط له عليها بمعنى أنه لا يجب عليها الخروج معه مع أنه خلاف الشرط الذي وقع العقد عليه، لأن استحقاق المائة إنما وقع على تقدير الخروج معه إلى بلاده كائنة ما كانت، فكيف تستحق المائة مع عدم الخروج؟ و (ثالثها) الحكم بعد جواز اخراجها إلى بلاده وإن كانت دار الإسلام إلا بعد أن يعطيها المهر الشامل لما لو كان ذلك قبل الدخول وبعده، مع أنه بعد الدخول لا يجوز لها الامتناع عند أكثر الأصحاب، كما تقدم على أنه لا يجب عليه إعطاء المهر مطلقاً من دون أن تطلبه، مع أنه قد حكم في الرواية بعدم جواز خروجه بها إلا بعد أن يؤدي صداقها، ولو لم تطلبه، وربما كان منشأ تردد المحقق كما قدمنا نقله عنه من هذه المخالفات التي اشتملت عليها الرواية، وظاهر المحقق الشيخ علي في شرح القواعد بناء على مذهبه في المسألة السابقة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٨ و ٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ٢.

من موافقة ابن إدريس في بطلان الشرط، ورد الرواية هنا بما اشتملت عليه من هذه المخالفات مضافا إلى ما اعتمد من المخالفات التي ذكرها في تلك المسألة. قال في المسالك: والذي يوافق الأصل بطلان الشرط لا مذكور لما ذكرناه، وبطلان المهر لكونه غير معين، وصحة العقد لعدم ارتباطه به كما سلف في نظائره، ولعدم القائل ببطلانه، وإن كان محتملا، وعلى هذا فيثبت لها مهر المثل لكونه مجهولا ابتداء، ثم أورد على نفسه جملة من الاشكالات في المقام. إلى أن قال: ولو عملنا بالرواية لجودة سندها كان حسنا، وسلمنا من هذا الاشكال، ثم ذكر الاعتذار عن تلك المخالفات.

وقال سبطه السيد السند في شرح النافع: والحق أن إن بلغت الرواية من حيث السند حدا يجب معه العمل بها، وجب المصير إلى ما تضمنته من الأحكام، إذ ليس فيها ما يخالف دليلا قطعيا وإلا وجب ردها والرجوع إلى مقتضى الأصول المقررة، وهو بطلان المسمى إن قدح فيه مثل هذه الجهالة، والرجوع إلى مهر المثل أو بطلان العقد من رأس، لعدم الرضاء به دون الشرط، إنتهى. أقول: وكلامه هنا كلام متردد ومتوقف، ولعله من حيث إن الرواية ليس من قسم الصحيح باصطلاحهم، إنما هي من الحسن، وكلامه فيه لا يخلو من اضطراب مع أن حسنها إنما هو بإبراهيم بن هاشم الذي لا راد لحديثه، بل عده في الصحيح جملة من أرابا هذا الاصطلاح. ثم إنه لا يخفى أنه قد تقدم في غير موضع من هذا الكتاب في كتب المعاملات مما لا يكاد يحصى كثره من ورود الأحاديث على خلاف قواعدهم المقررة، وضوابطهم

المعتبرة واضطراب كلامهم في ذلك، فما بين أن يعملوا بالأخبار في بعض تلك المواضع، ويغمضون النظر عن تلك القواعد، وما بين أن يردا والصوص وقوفا على تلك القواعد، وما بين أن يتكلفوا الجمع بين الجميع. والحق هو الوقوف عليه ما وردت به الأخبار كما قدمنا في غير موضع على

أن المخالفة الأولى مدفوعة بما تقدم في كتاب البيع (١) من الأخبار الدالة على صحة البيع مع التردد في الثمن بين كونه نسيئة بكذا وكذا ونقدا بكذا، وكذا وقد ذكرنا ثمة صحة ذلك كما دلت عليه الأخبار وإن كان خلاف قواعدهم، وقد صرحوا أيضا بالصحة فيما لو قال: إن خطته كذا فلك كذا، وإن خطته كذا فلك كذا، وهذا كله مما يؤيد الصحة هنا مع أنه قد تقدم النقل عنهم بالاكتفاء في المهر بالمشاهدة عن الكيل والوزن فيما يشترط فيه الكيل والوزن نظرا إلى أن مثل هذه الجهالة غير مؤثرة في بطلان المهر، لأنه ليس على حد المعاوضات المشترطة فيها المعلوماتية من كل وجه، وقد تقدم في المسألة الرابعة من البحث الأول من المقصد الثاني في المهور ما فيه مزيد تأييد لما ذكرناه وتأكيد لما سطرناه، وبالجملة فالعمل على ما دل عليه الخبر في المقام، وهكذا في غير هذا من الأحكام، والله العالم.

المسألة الثامنة: المشهور بين الأصحاب بطلان النكاح بشرط الخيار، وبه قطع الشيخ في المبسوط وغيره من المتأخرين، وعللوه بأن النكاح ليس من عقود المعاوضات القابلة لخيار الشرط، بل فيه شائبة العبادة، فالشرط يخرج عن وضعه، وحينئذ يبطل الشرط، وأما بطلان العقد فلأن التراضي لم يقع على العقد إلا مقترنا بالشرط المذكور، وإذا لم يتم الشرط لم يصح العقد مجردا لعدم القصد إليه كذلك، وصحة العقود مترتبة على القصد، فليس إلا الحكم ببطلانها معا وصحتها معا، لكن لا سبيل إلى الثاني، ولمنافاته وضع النكاح كما عرفت، فتعين الأول، قال في المسالك: وهذا هو الأقوى.

أقول: مبني هذا الاستدلال على ثبوت هذه القاعدة التي تكررت في كلامهم، وهي أن العقود بالقصد والقصد هنا إنما توجه للعقد المقرون بذلك الشرط، وحينئذ يبطل مع بطلان الشرط، ولعدم القصد المذكور، وفيه ما نبهنا

(١) ج ١٩ ص ١٢٢.

عليه في غير موضع مما تقدم من أن الأخبار الواردة في هذا المضممار تدفع هذه القاعدة، وتبطل ما يترتب عليها من الفائدة لتكاثرها بصحة العقد مع بطلان الشرط في غير موضع من الأحكام.

وبذلك يظهر لك قوة ما ذهب إليه ابن إدريس في هذه المسألة من صحة العقد وبطلان الشرط، ووجهه ما أشار إليه من وجود المقتضي لصحة العقد، وهو اجتماع شرائط الصحة فيه، لأنه الفرض، وانتفاع المانع إذ ليس إلا اشتراط الخيار فيه وإذا كان العقد غير قابل للخيار لنفي شرطه، وعمل بمقتضى العقد لأصالة الصحة، وعموم (أو فوا بالعقود) (١) كما لو اقترن بغيره من الشرائط الفاسدة، فإن كل واحد من العقد والشرط أمر منفك عن الآخر، وفلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر، وبالغ في ذلك فقال: إنه لا دليل على البطلان من كتاب ولا سنة ولا إجماع، بل الإجماع على الصحة لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا، وإنما هو تخريج المخالفين وفروعهم، اختاره الشيخ على عادته في الكتاب. إنتهى، وهو جيد لما عرفت.

وأما اشتراط الخيار في الصداق فالظاهر أنه لا مانع من حصته وقد تقدم تحقيق القول في هذه المسألة بكلا فرديها في المسألة السادسة من الفصل الأول في العقد.

المسألة التاسعة: المشهور بين الأصحاب أن المرأة تملك المهر بمجرد العقد، وإن كان الملك كاملاً لا يستقر إلا بالدخول، فلو طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه إن كان قد دفعه إليها، وخالف في ذلك ابن الجنيدي، فقال: الذي يوجبه العقد من المهر المسمى النصف والذي يوجب النصف الثاني من المهر بعد الذي وجب بالعقد منه هو الوقاع، أو ما قام مقامه من تسليم المرأة نفسها لذلك.

(١) سورة المائدة آية ١.

احتج من ذهب إلى الأول بقوله عز وجل (وآتوا الناس صدقاتهن نحلة) (١) حيث أضاف الصداق إليهن، ولم يفرق بين قبل الدخول وبعده، وأمر أيضا بإيتائهن ذلك، فثبت أن الكل لهن، وأن الصداق عوض البضع، فإذا ملك الزوج البضع بالعقد وجب أن تملك المرأة عوضه لأن ذلك مقتضى المعاوضة، وهذا الوجه من حيث الاعتبار جيد.

ويدل على ذلك أيضا موثقة عبيد بن زرارة المروية في الكافي (٢) وكذا موثقة المروية في التهذيب (٣) وقد تقدمنا في المسألة الثالثة، وتقد القول في تقريب الاستدلال بهما، ويدل على ذلك أيضا الأخبار الآتية إن شاء الله في مسألة موت أحد الزوجين قبل الدخول الدالة على أن الزوجة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول تستحق المهر كاملا.

ومنها صحيحة منصور بن حازم (٤) (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يدخل بها، قال: لها صداقها كاملا وترثه وتعتد أربعة أشهر وعشرا كعدة المتوفى عنها زوجها) والتقريب فيها أنه لو كان الأمر كما يدعيه ابن الجنيد من أنها لا تملك بالعقد إلا النصف، والنصف الآخر إنما تملكه بالدخول والتمكين لما حكم عليه السلام بأن الصداق بعد الموت لها كاملا، إلا أنه قد تقدم في المسألة المشار إليها دلالة رواية أبي بصير على ما ذهب ابن الجنيد بالتقريب الذي ذكرناه ثمة، ومن أجل ذلك بقي الاشكال في المسألة، والعلامة في المختلف احتج لابن الجنيد بأنه لو ملكت بالعقد لا ستقر ولم يزل عن ملكها إلا بسبب ناقل كبيع ونحوه.

(١) سورة النساء آية ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ١٤ ح ٤.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٤، الوسائل ج ١٤ ص ١٤ ح ٤.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٧، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٣.

وما رواه يونس بن يعقوب (١) عن الصادق عليه السلام (قال: لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج)
وعن محمد بن مسلم (٢) عن الباقر عليه السلام (قال: سألته متى يجب المهر؟ قالك إذا دخل بها)

قال: وهو يقتضي عدم الوجوب مع عدم الدخول، ثم رده بما ملخصه:
منع الملازمة في الأول، فإن الوجوب أعم من الاستقرار، ولأن المتبادر من الوجوب لزوم، والاستقرار وانتفاؤه قبل الدخول لا يقتضي انتفاء أصل الملك. وبالجملة فإن محل الاشكال إنما هو باعتبار دلالة ظاهر رواية أبي بصير المذكورة على ما ادعاه، وما أجيب به عنها قد عرفت ما فيه مما قدمناه في تلك المسألة، ولا يحضرني الآن وجه تحمل عليه.

ثم إن مم يتفرع على الخلاف المذكور جواز التصرف لها في المهر قبل القبض وعدمه، فمتى قلنا بملكها له بمجرد العقد فإنه يجوز لها التصرف فيه قبل القبض وبعد عملا بالخبر المشهور عنه صلى الله عليه وآله (٣) (الناس مسلطون على أموالهم وقضية التسلط جواز التصرف).

ونقل عن الشيخ في الخلاف أنه منع منه قبل القبض استنادا إلى ما روي عنه صلى الله عليه وآله (٤) (أنه نهى عن بيع ما لم يقبض) وبأن تصرفها بعد القبض جائز بالاجماع،

ولا دليل على جواز قبله، وضعفه أظهر من أن يخفى.
أما (أولا) فلأن النهي في الخبر على إطلاقه ممنوع، ومورد إنما هو النهي عن بيع ما اشترطه قبل قبضه لا مطلقا، سلمنا، لكن لا يلزم من النهي عن بيعه النهي عن مطلق التصرف الذي هو المدعى، لأن في الأخص لا يستلزم نفي الأعم. وأما (ثانيا) فإنه يمكن حمل النهي على الكراهة جمعا.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٧ و ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٦ و ٧.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٧ و ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٦ و ٧.

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١ ح ٢٦، الوسائل ج ١٢ ص ٣٨٢ ح ٦.

وأما (ثالثا) فلأن نفي الدلالة على جواز التصرف فيه قبل القبض ممنوع،
وسند المنع قد عرفته، والدليل لا ينحصر في الاجماع.

وأما (رابعا) فإنه قد اعترف قبل هذا الكلام في الكتاب المذكور كما
نقله عنه في المختلف بأن المرأة تملك الصداق بالعقد، وهو في ضمان الزوج
إن تلف قبل القبض، وهو ظاهر المناقضة لما ذكره، وبالجملة فإن كلامه هنا
عليل لا يلتفت إليه ولا يعول عليه.

المسألة العاشرة: قد عرفت أن الأظهر هو وجوب المهر كمالا بمجرد
العقد، إلا أنه لا يستقر إلا بالدخول، وأنه لا خلاف نصا وفتوى في استقراره
بالدخول. وعليه تدل الأخبار المستفيضة، وقد تقدم شرط منها في المسألة الثانية،
من هذه البحث، وأنه ينتصف بالطلاق قبل الدخول من غير خلاف، كما دلت عليه
الأخبار، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثالثة.

بقي الكلام هنا في حكم المهر مع موت أحد الزوجين قبل الدخول، وأنه
هل ينتصف المهر بذلك أم لا؟

والواجب أولا نقل ما وصل إلينا من كلامهم، ثم نقل الأخبار الواردة في
المقام، والكلام فيها بما يسر الله تعالى فهما ببركة أهل الذكر عليهم السلام
فنقول: قال الشيخ في النهاية: ومتى مات الرجل عن زوجته قبل الدخول
بها وجب على ورثته أن يعطوا المرأة المهر كاملا ويستحب لها أن تترك نصف المهر
فإن لم تفعل كان لها المرة كله. وإن ماتت المرأة قبل الدخول بها كان لأوليائها
نصف المهر، وتبعه ابن البراج في الكامل، وقال في المهذب: لورثتها المطالبة بالمهر،
وقطب الدين الكيدري تابع الشيخ أيضا، وقال ابن حمزة: يلزم المهر المعين بنفس
العقد، ويستقر بأحد ثلاثة أشياء بالدخول والموت وارتداد الزوج (١).

(١) أي ارتداده عن فطرة، وبنحو هذه العبارة عبر الشهيد الثاني في الروضة، فقال:
ويستقر بأحد أمور أربعة: الدخول اجماعا، وردة الزوج عن فطرة وموته في الأشهر.
انتهى، والظاهر أن الوجه في استقراره بالردة هو ثبوت المهر عليه بالعقد، فيجب الحكم
باستمراره إلى أن يعلم وجود المسقط، ولم يثبت أن الردة توجب السقوط.
(منه قدس سره)

وقال ابن إدريس: متى مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر جميع المهر كاملاً، لأن الموت عند محصلي أصحابنا يجري مجرى الدخول في استقرار المهر جميعه، وهو اختيار شيخنا المديد في أحكام النساء، وهو الصحيح لأننا قد بينا بغير خلاف بيننا أن بالعقد تستحق المرأة جميع المهر المسمى، ويسقط بالطلاق قبل الدخول نصفه، والطلاق غير حاصل إذا مات، فبقينا على ما كنا عليه من استحقاقه فمن ادعى سقوط شيء منه يحتاج إلى دليل، ولا دليل على ذلك من إجماع، لأن أصحابنا مختلفون في ذلك، وإلا من كتاب الله تعالى، ولا تواتر أخبار ولا دليل عقلي، بل الكتاب قاض بما قلناه، والعقل حاكم بما اخترناه، ثم نسب كلام الشيخ في النهاية إلى أنها أخبار آحاد أوردها إيرادا لا اعتقادا، فلا رجوع عن الأدلة القاهرة اللائحة، والبراهين الواضحة بأخبار الآحاد التي لا توجب علما ولا عملا. قال في لمختلف: وقول ابن إدريس قوي، ثم قال في المختلف: تذييب: لو مات الزوج قبل الدخول وجب لها المرة كملا كما نقلناه في صدر المسألة. وقال الصدوق في المقنع: وفي حديث كآخر إن لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهرا فلها نصفه، ولها الميراث، وعليها العدة، وهو الذي أعتمده وأفتي به، ولوجه الأول لما تقدم، إنتهى.

أقول: ظاهر كلامه أنه لا مخالف في وجوب المهر كملا بموت الزوج إلا الصدوق في المقنع، وقد اقتناه في نقل هذا القول من تأخر عنه والذي وقفت عليه في كتاب المقنع لا يساعد ما ذكره، بل ظاهر إنما هو موافقة القول المشهور. وهذه صورة عبارته في النسخة التي عندي والمتوفى عنها زوجها التي لم يدخل بها، إن كان فرض لها صداقا فلها صداقها الذي فرض لها، ولها الميراث وعدتها أربعة أشهر وعشرا، كعدة التي دخل بها. وإن لم يكن فرض لها مهرا

فلا مهر لها، عليها العدة ولها الميراث. وفي حديث آخر إن لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهرا فلها نصفه ولها الميراث وعليها العدة. هذه صورة ما في الكتاب والظاهر منه هو الفتوى بما ذكره أولا من وجوب المهر كاملا، والقول بالنصف إنما نسبه إلى الرواية مؤذنا بضعفه أو التوقف فيه، كما هو الجاري في عبائر غيره، فقوله (وهو الذي أعتمده وأفتي به) يعني القول بالتنصيف لا أعرف له وجهها، وهذه عبارته كما عرفت، ولا يحضرني الآن نسخة أخرى

من الكتاب المذكور، فليتأمل في ذلك.

هذا وأما روايات المسألة فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهم السلام (في الرجل يموت وتحتة امرأة لم يدخل بها، قال:

لها نصف المهر ولها الميراث كاملا وعليها العدة كاملة)

وما رواه في التهذيب (٢) عن عبيد بن زرارة في الوثق (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها، قال: إن هلك أو هلك أو طلقها ولم

يدخل بها فلها النصف وعليها العدة كاملا ولها الميراث) وما رواه في الكافي (٣) عن عبد الرحمن بن حجاج في الصحيح عن رجل عن علي بن الحسين عليه السلام (أنه قال في المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها: أن لها نصف الصداق ولها الميراث وعليها العدة)

وما رواه في الكافي والتهذيب (٤) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٨، الوسائل ج ١٥ ص ٧١ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٩، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٣ و ج ٧ ص ١٢٣ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ح ٥.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ١٠٠، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ح ٦.

عبد الله عليه السلام (قال: إن لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهرا فلها نصف ما فرض ولها الميراث وعليها العدة)

وعن زرارة (١) في الصحيح (قال: سألته عن المرأة تموت قبل أن يدخل بها أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها؟ فقال أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها، وإن لم يكن فرض لها، فلا مهر لها)

وما رواه في الكافي (٢) عن ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في امرأة توفيت قبل أن يدخل بها، ما لها من المهر؟ وكيف ميراثها؟ فقال: إذا كان قد فرض لها صداقا فلها نصف المهر، وهو يرثها، وإن لم يكن فرض لها صداقا فلا صداق لها. وقال في رجل توفي قبل أن يدخل بامرأته، قال: إن كان فرض لها مهرا فلها نصف المهر، وهي ترثه، وإن لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر لها) ورواه في التهذيب (٣) في الصحيح مثله إلى قوله (فلا صداق لها)

وما رواه في الكافي والتهذيب (٤) عن عبيد بن زرارة وأبي العباس (قالا: قلنا لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل تزوج امرأة ثم مات عنها وقد فرض لها الصداق؟

فقال: لها نصف الصداق وترثه من كل شيء وإن ماتت فهو كذلك)

وعن عبيد بن زرارة (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام (في المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها، قال: هي بمنزلة المطلقة التي لم يدخل بها، إن كان سمي لها مهرا فلها نصفه) الحديث.

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٨، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٧.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٨.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١٠٩، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٨.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٧، التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٩.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٧٤ ح ١١.

وعن الصيقل وأبي العباس (١) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة يموت

عنها زوجها قبل أن يدخل بها، قال: لها نصف المهر) الحديث.
وما رواه في الكافي والفقيه (٢) عن عبيد بن زرارة في الموثق (قال: سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة هلك زوجها ولم يدخل بها، قال: لها الميراث وعليها
العدة كاملة، وإن سمي لها مهرا فلها نصفه، وإن لم يكن سمي لها مهرا،
فلا شيء لها)

وما رواه في الفقيه (٣) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن العلا عن محمد بن
مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة ثم يموت قبل أن
يدخل بها، فقال: لها الميراث إلى أن قال: إن كان سمي لها مهرا يعني
صدقا فلها نصفه) الحديث.

وما رواه في التهذيب (٤) عن الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج
امرأة ولم يسم لها مهرا فمات قبل أن يدخل به، قال: هي بمنزلة المطلقة)
هذا ما وقفت عليه من أخبار التنصيف في موت الزوج.
وأما الأخبار الدالة على الجميع فمنها:

ما رواه في التهذيب (٥) عن سليمان بن خالد (قال: سألته عن المتوفى عنها زوجها
ولم يدخل بها، فقال: إن كان فرض لها مهرا فلها مهرها وعليها العدة ولها الميراث
وعدها أربعة أشهر وعشرا، وإن لم يكن قد فرض لها مهرا فليس لها مهر، ولها

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٧٤ ح ١٢.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ ح ١١، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٨، الوسائل ج ١٥
ص ٧٢ ح ٤.
(٣) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٩ ب ١٥٧ ح ١، الوسائل ج ١٧ ص ٥٢٩ ح ١.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٨ ح ٤٢، الوسائل ج ١٥ ص ٧٨ ح ٤.
(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٤٥ ح ١٠١ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٧٥ ح ٢٠.

الميراث وعليها العدة)
وعن الكناني (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا توفي الرجل عن امرأته ولم يدخل بها فلها المهر كله إن كان سمي لها مهرا وسهمها من الميراث، وإن لم يكن سمي لها مهرا لم يكن لها مهر وكان لها الميراث)
وعن الحلبي (٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال في المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها: إن كان فرض لها مهرا فلها مهرها الذي فرض لها ولها الميراث) الحديث.

ورواه بسند آخر عن زرارة مثله (٣).

وعن منصور بن حازم (٤) في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يدخل بها، قال: لها صداقها كاملا وترثه) الحديث.

وعن منصور بن حازم (٥) (قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة وسمى لها صداقا، ثم مات عنها ولم يدخل بها، قال: لها المهر كاملا ولها الميراث قلت: إنهم رويوا عنك أن لها نصف المهر، قال: لا يحفظون عني إنما ذلك في المطلقة)

أقول: هذا ما حضرني من أخبار المسألة، وهي كما ترى إنما اختلفت بالنسبة إلى موت الرجل وأكثرها قد دل على التنصيف.

وأما بالنسبة إلى موت المرأة فهي متفق على التنصيف، وليس في شيء منها

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٤٥ ح ١٠٢ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٢.
 - (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٤، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٢.
 - (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٥، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٢.
 - (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٧، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٣.
 - (٥) التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٧٧ ح ٢٤.

دلالة على استحقاق ورثتها لجميع المهر، وبذلك يظهر لك ضعف قول من ذهب إلى وجوب الجميع في هذه الصورة، ولا أعرف لهم مستندة في وجوب ذلك إلا وجوب المهر بأصل العقد كما هو ظاهر كلام ابن إدريس فيستصحب الحكم المذكور. وفيه أنهم قد خرجوا عن ذلك في الطلاق بورود الأخبار الدالة على التنصيف، والأخبار هنا أيضا اتفقت عليه التنصيف بغير معارض، فيجب الخروج بها من حكم الاستصحاب المذكور.

ولهذا قال الشيخ رحمه الله في التهذيب: على أن الذي أختاره وأفتي هون أن أقول: إذا مات الرجل عن زوجته قبل الدخول بها كان لها المهر كله، وإن ماتت هي كان لأوليائها نصف المهر، وإنما فصلت هذا التفصيل، لأن جميع الأخبار التي قدمناها في وجوب المهر فإنها تتضمن إذا مات الزوج، وليس في شيء منها أنها إذا ماتت هي كان لأوليائها المهر كاملا، وأنا لا أتعدى الأخبار. وأما ما عارضها من التسوية بين موت كل واحد منهما في وجوب نصف المهر فمحمول على الاستحباب

الذي قدمناه. وأما الأخبار التي تتضمن أنه إذا ماتت كان لأوليائها نصف المهر، فمحمولة على ظاهرها ولست أحتاج إلى تأويلها، وهذا المذهب أسلم لتأويل الأخبار إنتهى كلامه.

أقول: أما ما ذكره بالنسبة إلى موت الزوجة فحيد لما عرفته. وأما بالنسبة إلى موت الزوج من أن الواجب هو الجميع فمحل إشكال، وإن كان هو المشهور في كلامهم، إلا أن ظاهر صاحبي الكافي والفقيه هو القول بالتنصيف حيث إنهما اقتصرنا في نقل أخبار المسألة على أخبار التنصيف، ولم ينقلا شيئا من أخبار وجوب الجميع، وإلى هذا يميل كلام المحدثين الفاضل المحسن الكاشاني في الوافي والشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي في الوسائل وإلى ذلك أيضا يميل كلام السيد السند في شرح النافع بعد الاشكال في المقام، وهو الأقرب عندي. أما (أولا) فلتكاثر الأخبار بالتنصيف كما عرفت منها ما نقلناه، ومنها ما لم

ننقله مما ورد في مواضع من الأحكام.

منها ما رواه في الفقيه (١) عن الحسن بن محبوب عن جيل بن صالح في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (في أختين أهديتا إلى أخوين ثم ساق الحديث إلى أن قال:

فإن ماتتا؟ قال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، ويرثانهما الزوجان، قيل: فإن مات الزوجان؟ قال: ترثانهما ولهما نصف الصداق)

وعن عبد العزيز بن المهدي عن عبيد بن زرارة (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يزوج ابنه يتيمة في حجره، وابنه مدرك واليتيمة غير مدركة، قال: نكاح جائز على ابنه، فإن مات عزل ميراثها منه حتى تدرك، فإذا أدركت حلفت بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالنكاح، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر) الحديث.

وفي صحيح أبي عبيدة الحذاء (٣) وقد تقدم (قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين إلى أن قال: قلت: فإن الرجل أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذه الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر) الحديث.

وفي حديث زرارة (٤) عن أبي جعفر عليه السلام (في جارية لم تدرك لا يجمع مثلها أو رتقاء إلى أن قال: قلت فإن مات الزوج عنهن قبل أن يطلق؟ قال: لها

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١١، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٤ ح ٤١، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٧ ح ٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٦ ح ٢.

(٢) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٧ ح ٢ وفيه "عتد العزيز العبدى"، الوسائل ج ١٥ ص ٧٤ ح ١٤.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠١ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٧١ ح ٢ و ج ١٧ ص ٥٢٧ ح ١.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٧، ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٤٦٥ ح ٧٤ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٧٠ ح ١.

الميراث ونصف الصداق وعليهن العدة)
وفي حديث عبد الله بن بكير (١) عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل

أرسل يخطب عليه امرأة وهو غائب فأنكحوا الغائب، وفرضوا الصداق، ثم جاء خبره أنه توفي بعد ما سبق الصداق لها، قال: إن كان أملك بعد ما توفي فليس لها صداق ولا ميراث، وإن كان أملك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق وهي وارثة وعليه العدة)

ويؤيده مفهوم الروايات الكثيرة الدالة على أنه لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج، وإذا أدخله وجب الجلد والغسل والمهر، ونحو ذلك من العبارات. وأنت خيرير بأن أخبار المهر كملا وهي الأربع الروايات المتقدمة لا تبلغ قوة في معارضة هذه الأخبار المستفيضة في أحكام عديدة ومواضع متفرقة، فالواجب هو جعل التأويل في جانبها لقلتها ورجحان ما عارضها بالكثرة والاستفاضة وأما (ثانيا) فإنه قد نقل جملة من أصحابنا أن جمهور العامة على القول في هذه المسألة بوجوب المهر كملا.

ويؤيده ما نقله بعض أصحابنا عن كتاب ينابيع الأحكام في معرفة الحلال والحرام حيث قال: يتقرر المهر كله بالوطئ ولو حراما وموت أحدهما، لانتفاء العقد به، وهو كاستيفاء المعقود عليه به قبله. إنتهى، قالك وضابطه في الكتاب نقل مذاهبهم الأربعة، ومتفقة كانت أو مختلفة، إنتهى.

ويشير إلى ما ذكرناه من حمل أخبار المهر كملا على التقية، قوله في رواية منصور بن حازم الثانية (٢) (قلت: فإنهم رووا عنك أن لها نصف المهر، قال: لا يحفظون عني إنما ذلك في المطلقة في ويوضحه ما رواه الجليل سعد بن عبد الله في بصائر الدرجات عن محمد

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٢، الوسائل ج ١٥ ص ٧٥ ح ١٦.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٧٧ ح ٢٤.

ابن أبي عمير عن جميل بن صالح عن منصور بن حازم (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال):

أما أحد أجد أحدثه وإني لا حدث الرجل بالحديث، فيتحدث به فأوتي فأقول: إني لم أقله) فإن فيه إشعار بالشكاية من أصحابه في عدم كتمان ما يحدث عن غير أهله، وأنه إذا سئل بعد ذلك أنكر ما قاله أولاً تقيية، ولا يخفى أن الأمر هنا كذلك، فإن قوله عليه السلام بالتنصيف قد استفاض كما عرفت من هذه الأخبار التي

ذكرناها على وجه لا يقبل الإنكار، فإنكاره عليه السلام لذلك، وقوله (لا يحفظون عني)

بعد إفتائه بوجوب الجميع إنما خرج مخرج التقيية، وهو بحمد الله سبحانه واضح لكل ذي فكر وروية، حمل رواية التنصيف على الاستحباب كما زعمه الشيخ، بمعنى أنه يستحب للمرأة أخذ النصف خاصة أبعد بعيد لما عرفت من هذه الأخبار وتكاثرها في غير حكم من الأحكام مضافاً إلى ما عرفته في غير موضع مما تقدم مما في الحمل على الاستحباب، وإن اتخذوه قاعدة كلية في جميع الأبواب. وبالجملة فالظاهر عندي بالنظر إلى ما ذكرته من الأخبار هو القول بالتنصيف وحمل الأخبار المعارضة على التقيية التي هي في اختلاف الأخبار أصل كل بلية، إلا أن لقائل أن يقول: إن مرجع ما اخترعوه إلى ترجيح أخبار التنصيف باعتبار مخالفتها للعامة وأخبار الجميع موافقة لهم عملاً بالقاعدة المنصوصة من عرض الأخبار عهد الاختلاف على مذهب العامة والأخذ بخلافه، وهو جيد إلا أنه يمكن أن يقال أيضاً إن من القواعد عرضها عند الاختلاف على الكتاب العزيز والأخذ بما وافقه، وطرح ما خالفه، وأخبار الجميع موافقة له بقول عز وجل (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) (٢) الشامل بإطلاقه لحال الحياة والموت، وأخبار التنصيف مخالفة له، فيجب طرحها بمقتضى هذه القاعدة. ويمكن الجوب بأن الأمر وإن كان كذلك، إلا أنه هنا لا يمكن العمل

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٧٧ ح ٢٥ نقلاً عن مختصر البصائر ص ١٠٢.

(٢) سورة النساء آية ٤.

بهذه القاعدة لما عرفت من تكاثر الأخبار الدالة على التنصيف، وتعدّها في موارد عديدة بحيث لا يمكن طرحها، ولو جاز ردها على ما هي عليه من الاستفاضة وصحة الأسانيد ورواية الثقات لها في الأصول المعتمدة، لأشكال الحال أي إشكال وصار الداء عضالاً وأي عضال، والتأويلات التي ذكرها الشيخ بعيدة غاية البعد، لا وجه للقول بها فلم يبق إلا طرحها بل الواجب تخصيص الآية بها كما جرى عليه الأصحاب في غير موضع من نظائر هذه المسألة، حسبما قدمناه في غير موضع، ويبقى حمل تلك الأخبار على التقية كما قلناه، وهذا هو الأقرب، والله العالم.

المسألة الحادية عشر: قد عرفت أن الأشهر الأظهر هو أن المرأة تملك المهر بمجرد العقد إلا أنه متى طلقها قبل الدخول عاد نصفه إلى الزوج، وينبغي أن يعلم أن عود النصف إلى الزوج مقيد بأن لا تعفو عن النصف الباقي لها، فيصير الجميع للزوج حينئذ أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح، لقوله عز وجل (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) (١) إلا أن من له عقدة النكاح ليس له أن يعفو عن الجميع، وأما هي فإن لها العفو عن الجميع كما تدل عليه الأخبار.

بقي الكلام في من بيده عقدة النكاح أنه من هو؟ هل هو الولي الجبري الذي هو الأب أو الجد له؟ أو هو مع من توليه أمرها في النكاح كان من كان؟ والأول مذهب أكثر الأصحاب، ومنهم الشيخ في الخلاف مدعيًا عليه الاجماع، والثاني قوله في النهاية، وتلميذه القاضي.

والجواب أولاً نقل ما وصل إلينا من عباراتهم ثم عطف الكلام على نقل أخبار المسألة، ثم الكلام في المقام بما وفق الله سبحانه لفهمه منها ببركة أهل الذكر عليهم السلام.

فتقول: قال الشيخ في النهاية: الذي بيده عقده النكاح الأب أو الأخ إذا

(١) سورة البقرة آية ٢٢٧.

جعلت الأخت مهرها إليه، أو من وكلته في أمها، فأبي هؤلاء كان جاز له أن يعفو عن بعض المهر، وليس له أن يعفو عن جميعه. وقال في كتاب الخلاف: الذي بيده عقدة النكاح عندنا هو الولي الذي هو الأب أو الجد، إلا أن عندنا له أن يعفو عن بعضه، وليس له أن يعفو عن جميعه. وقال في كتاب التبيان: قوله تعالى (إلا أن يعفون) معناه من يصح عفوها من الحرائر البالغات غير المولى عليها لفساد عقلها، فيترك ما يجب لها من نصف الصداق. وقوله (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) قال مجاهد والحسن وعلقمة أنه الولي وهو المروي عن الباقر عليه السلام والصادق عليه السلام غير أنه لا ولاية لأحد عندنا إلا

الأب والجد على البكر غير البالغ، فأما من عداهم فلا ولاية له إلا بتوليها منها، وروي عن علي عليه السلام وسعيد بن المسيب وشريح أنه الزوج، وروي ذلك أيضا في

أخبارنا، غير أن الأول أظهر وهو المذهب، ومن جعل العفو للزوج قال: له أن يعفو عن جميع النصف، ومن جعله للولي قال أصحابنا: له أن يعفو عن بعضه، وليس له أن يعفو عن جيمه، وإن امتنعت المرأة من ذلك لم يكن لها ذلك إذا اقتضت المصلحة، ذلك عن أبي عبد الله عليه السلام واختار الجبائي أن يكون المراد به الزوج

لأنه ليس للولي أن يهب مال المرأة.

وقال ابن البراج: الذي بيده عقدة النكاح من الأب وغيره ممن تجعل المرأة إليه ذلك، توليه إياه يجوز له العفو عن بعض المهر، ولا يجوز له العفو عن جميعه.

وقال ابن إدريس: الذي يقوى في نفسي ويقتضيه أصول المذهب، ويشهد بصحته النظر والاعتبار والأدلة القاهرة والآثار، أنه الأب والجد من قبله مع حياته أو موته إذا عقدا على غير البالغ، فلهما أن يعفوا عما تستحقه من نصف المهر بعد الطلاق إذا رأيا ذلك مصلحة لها، يكون المرأة وقت عفوهما غير بالغ، فأما من عداهما أو هما مع بلوغها ورشدها فلا يجوز لهما العفو عن النصف، وصارا

كالا جانب، لأنهما لا ولاية لهما في هذه الحال، ولا يجوز لأحد التصرف في مالها بالهبة والعفو وغيره ذلك إلا عن إذنها للمنع من التصرف في مال الغير عقلا وسمعا إلا بإذنه، وليس في الآية متعلق سوى ما ذكرناه، لأنه تعالى قال: (إلا أن يعفون) فدل هذا القول أنهم ممن لهم العفو، وهن الحرائر البالغات الواليات على أنفسهن في العقد والعفو والبيع والشراء وغير ذلك، ثم قال: (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) معناه إن لم يكن بالغات، ولا واليات على أنفسهن، فعند هذه الحال لا يلي عليهن عندنا سوى الأب والجد بغير خلاف، فلهما العفو بعد الطلاق عما تستحقه، ولولا إجماع أصحابنا على أن الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والجد على غير البالغ لكان قول الجبائي قويا، مع أنه قد ورد في بعض أخبارنا أنه الزوج.

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال: والتحقيق أن نقول: لا زوجة إن كانت صغيرة كان ولي أمرها الأب والجد له، ولهما العفو عن جميع النصف وبعضه مع المصلحة في ذلك، وإن كانت بالغه رشيدة فالأمر لها.. إلى آخره. وأما الأخبار الواردة في المسألة فمنها ما رواه في الكافي (١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي في حديث قال: (وقال في قول الله عز وجل (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه، والرجل يجوز أمره في مال المرأة، فيبيع لها ويشترى لها فإذا عفى فقد جاز) وما رواه في الكافي والفقيه (٢) عن سماعة كما في الأول، وعن الحلبي وأبي بصير وسماعة كما في الثاني، والخبر في الموثق على الأول والصحيح على الثاني عن

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٢ ح ١.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٦٢ ح ١.

أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد

فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) قال: هو الأب أو الأخ أو الرجل يوصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها، فتجيز، فإذا عفا فقد جاز). وفي الفقيه عوض قوله (فتجيز) ويتجر وهو أظهر.

قال في القفيه (١): وفي خبر آخر (يأخذ بعضا ويدع بعضا وليس له أن يدع كله)

وما رواه في التهذيب (٢) في الصحيح عن ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (قال:

سألته عن الذي بيده عقدة النكاح، قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأى هؤلاء عفا فقد جاز) وما رواه العياشي في تفسيره (٣) عن أبي بصير أبي جعفر عليه السلام (في قول الله عز وجل (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه) الحديث كما هنا.

وعن أبي بصير محمد بن مسلم (٤) في الصحيح كلاهما أبي جعفر عليه السلام (في الذي بيده عقدة النكاح، فقال: الأب والأخ والموصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة من قرابتها فيبيع لها ويشترى، قال: فأى هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه).

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٣ ح ٤٩ وفيه "عن أبي بصير"، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٣ ح ٤.

(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٦ وفيه "والأخ والموصى إليه"، مستدرک

الوسائل ج ٢ ص ٦١١ ب ٣٧ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٤ ح ١٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٣ ح ٥.

وعن ابن أبي عمير (١) عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (في قوله تعالى (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) قال: يعني الأب والذي توكله المرأة وتليه أمرها من أخ أو قرابة أو غيرهما)

وعن عبد الله بن سنان (٢) في الصحيح (قال: الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها)

ورواه العياشي في تفسيره (٣) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام مثله وعن رفاعة (٤) في الصحيح (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذي بيده عقدة النكاح، قال: الولي الذي يأخذ بعضا ويترك بعضا، وليس له أن يدع كله) ورواه العياشي في تفسيره (٥) عن رفاعة مثله، إلا أن فيه (قال: هو الولي الذي يزوج، ويأخذ بعضا ويترك بعضا) إلى آخر ما هنا.

وما رواه العياشي في تفسيره (٦) عن زرارة وحمران ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهم السلام (في قوله (إلا أن يعفو أن يعفو الذي بيده عقدة النكاح) قال:

هو الولي والذين يعفون عن الصداق أ يحطون عنه بعضه أو كله)

وعن إسحاق بن عمار (٧) (قال: سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن قول الله (إلا أن يعفون) قال: المرأة تعفو عن نصف الصداق، فلت: (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح)) قال: أبوها إذا عفا جاز وأخوها إذا كان يقيم بها وهو القائم عليها فهو

(١) الفقيه ج ٣ ص ٥١ ذيل حديث ٧، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٠ ب ٧ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٢ ح ٤٦، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٢ ح ٢.

(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٤، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٦٤ ب ٧ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٢ ح ٤٨ الوسائل ج ١٤ ص ٢١٣ ح ٣.

(٥) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٧، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١١ ب ٣٧ ح ٣.

(٦) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٥، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٤.

(٧) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٦ ح ٤١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٥.

بمنزلة الأب يجوز له، وإذا كان الأخ لا يقيم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها أمره) وعن محمد بن مسلم (١) أبي جعفر عليه السلام (في قوله إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) قال: الذي يعفو عن الصداق أو يحط بعضه أو كله) وعن سماعة (٢) (عن أبي عبد الله عليه السلام (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) قال: هو الأب والأخ والرجل الذي يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأى هؤلاء عفا فقد جاز قلت: أرأيت إن قالت: لا أجيزها، ما يصنع؟ قال: ليس لها ذلك، أتجيز بيعه في مالها ولا تجيز هذا) وعن أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله (أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) قال: هو الأخ والأب والرجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال يتيمة، قلت: أرأيت إن قالت: لا أجيز، ما يصنع؟ قال: ليس ذلك لها أتجيز بيعه في مالها ولا تجيز هذا)

هذا ما حضرني من أخبار المسألة والكلام يقع في مواضع:
الأول: لا يخفى أن أكثر هذه الروايات إنما تدل على القول الثاني الذي هو خلاف المشهور بينهم، والأصحاب لم يذكروا دليلاً عليه إلا صحيحة أبي بصير ومحمد بن مسلم ورواية أبي بصير عارية عن الوصف بالصحة، والعلامة في المختلف يحث اختار القول المشهور رد رواية أبي بصير بأنها مرسلة. وبالجملة فإنهم لعدم إعطاء الوسع حقه في تتبع الأخبار يقعون في مثل هذه الاشكالات، وسوء الاختيار كما لا يخفى على من نظر ما نقلناه من أخبار المسألة هنا من الكتب الأربعة وغيرها، وليس فيها على تعددها ما تدل عليه المشهور

-
- (١) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٦ ح ٤١١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٣.
(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٦ ح ٤١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٣.
(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٨ وفيه "في ماله بقية مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٦.

إلا صحيحة عبد الله بن سنان وصحيحة رفاعة، مع أنهما غير صريحتين في الحصر في الولي، بل غايتهما أنهما بالنسبة إلى غيره مطلقات، وقضية الجمع بينهما وبين باقي الأخبار حمل إطلاقهما على ما فصلته الأخبار الباقية، سيما مع ما عرفت من صحة أسانيد كثيرة منها.)

وبالجملة فالظاهر بالنسبة إلى ما ذكرناه من الأخبار هو القول الثاني لما عرفت، وإلا فالعمل بما دلت عليه هاتان الروايتان وطرح باقي أخبار المسألة على كثرتها وصحة أكثرها مما لا يتجشمه محصل، على أنه متى كان جواز عفو مشروطا بكونه وكيلا من جهتها في ذلك، فإنه لا مانع حينئذ من ذلك كما سيأتي ذكره.

الثاني: لا يخفى أن ما ذكره جملة من أصحابنا كما عرفت من كلام الشيخ رحمه الله في التبيان وابن إدريس من رواد الرواية من طرقنا بتفسير (الذي بيده عقدة النكاح) بالزوج، لم نقف عليها فيما وصل إلينا من أخبار المسألة وهي هذه التي ذكرناها، ولو ثبت ورود خبر بذلك فالظاهر خرج مخرج التقية لاختصاص هذا القول بالعامه وروايتهم له عن علي عليه السلام كما تقدم في كلام الشيخ في التبيان،

على أن انطباق الآية على ذلك لا يخلو من تعسف، لأن العفو حقيقة إنما هو بمعنى الإسقاط، فمعنى عفو الزوجة عن النصف الباقي لها في ذمة الزوج بعد الطلاق يعني إسقاطه فيكون الجميع للزوج وليس للزوجة شيء بالكلية، وعفو الزوج ليس بهذه الكيفية، بل هو عبارة عن التزامه ما سقط بالطلاق ورده على الزوجية، فيكون المهر كاملا للزوجة، وهذا ليس بإسقاط، بل هو عكسه، على أن صدق من بيده عقدة النكاح على الزوج أيضا لا يخلو من تكلف، فإن الظاهر أن الذي بيده عقدة النكاح إنما هو الموجب له، وهو الذي يعقده كالمراة أو الولي دون القابل الذي هو الزوج.

وبالجملة فإن هذا القول وإن طال في المسالك الذب عنه فهو بمحل من

الضعف، لخلو أخبارنا عنه، وعدم قائل به فيما أعلم، فالاشتغال بغيره أهم. الثالث: لا يخفى أن ظاهر هذه الأخبار أن أحد أفراد من بيده عقدة النكاح الذي يقوم على المرأة ويبيع ويشترى لها قريبا كان كما تضمنه صحيح أبي بصير ومحمد بن مسلم، وغيره كما هو ظاهر الأخبار الباقية، والأصحاب حملوه على أن يكون وكيلا في النكاح أو العفو، إلا فمجرد قيامه بأمرها والبيع والشراء لها لا يسوغ له العفو عن مهرها، لعدم دخوله في من بيده عقدة النكاح، إذ لا يسوغ له تزوجها بمجرد ذلك، إلا أن الحمل على ذلك في غاية البعد عن ظواهر سياق أكثر الأخبار، مثل رواية إسحاق بن عمار المنقولة من تفسير العياشي وقوله في الأخ إن كان يقيم بها وهو القائم عليها (فهو بمنزلة الأب يجوز له، وإذا كان لا يقيم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها أمره) فجعل مناط صحة العفو إنما هو القيام بأمرها وعدمه، ولو كان الأمر منوطا بالتوكيل كما ذكره الأصحاب لما حسن هذا الترديد، ونحو ذلك قوله في روايتي سماعة وأبي بصير المنقولتين من تفسير العياشي أيضا (أرأيت إن قال: (١) لا أجيز) إلى آخره وتعليقه عليه السلام إن ذلك ليس لها بأنها تجيز بيعه في مالها ولا تجيز هذا، فإنه لو كان الأمر كما ذكره الأصحاب من أنه وكيل من جهتها في العقد والعفو أو في العفو خاصة لكان الظاهر الرد لما قالته إنما هو ليس لها ذلك لأنها وكلته وجعلته قائما مقامها في ذلك إلا أن مرسله ابن أبي عمير ظاهرة فيما ذكره الأصحاب وبالجملة فإن الأحوط هو ما ذكروه وإن كان انطباق أكثر الأخبار عليه في غاية البعد.

الرابع: أكثر الأخبار مطلق بالنسبة إلى عفو غيرها بأنه يعفو عن الكل أو البعض، وربما ظهر من بعضها جواز عفوه عن الكل أيضا، إلا أن صحیحة رفاعة صرحت بأنه ليس له العفو عن الكل، وعليها ظاهر كلام الأصحاب،

(١) الصحيح " قالت " ولعل اشتباه وقع من النساج.

بل ربما ظهر من المبسوط والبيان ومجمع البيان والراوندي في فقه القرآن دعوى
الاجماع عليه، وفي المختلف وفاقا للجامع أن المصلحة إن اقتضت العفو عن الكل
جاز ومورد الصحيحة المذكورة هو الولي الشرعي وإطلاقها يقتضي جواز عفو،
سواء كان فيه مصلحة المولى عليه أم لا، وأما هي فلها أن تعفو عن الجميع لأنه
مالها، ثم إن الظاهر من الآية وأكثر الأخبار أن عفوها من النصف الذي لها
إنما هو على جهة الفضل والاستحباب، وظاهر روايتي سماعة وأبي بصير المنقولتين
عن تفسير العياشي تحتم الإجازة عليها والرضاء اللهم إلا أن يحملا على الوكالة،
وأن الوكيل إذا تصرف بعد الوكالة فليس للموكل فسخه، بل يجب عليه إمضاؤه،
وربما قيد تحتم ذلك عليها بما إذا اقتضته المصلحة، قال في كتاب مجمع البيان:
فإن امتنعت المرأة عن ذلك لم يكن لها ذلك إذا اقتضته المصلحة عن أبي عبد الله عليه
السلام

أقول: وهذه الرواية لم تصل إلينا ولا وقفنا عليها، فإن هذه روايات
المسألة التي قدمناها، والروايتان الدالتان على ذلك خاليتان من هذا القيد.
وكيف كان فلا أعرف للزوم ذلك إلا الوجه الذي ذكرته، وهو أعم من
أن تقتضيه المصلحة أم لا، وربما أشعر ظاهر هذا الكلام الذي ذكره في مجمع
البيان بأن ذلك في صورة عفو الولي بالنسبة إلى الصغيرة، وأنه ليس لها بعد
البلوغ رده إذا اقتضته المصلحة، حيث إن فعل الولي منوط بها، إلا أن مورد
الأخبار كما عرفت إنما هو بالنسبة إلى البالغة، والقائم بأمرها في بيع وشراء
ونحوه كما عرفت.

الخامس: مقتضى إطلاق الآية والأخبار انتقال الجميع إلى الزوج بالعفو
عن النصف الباقي لها، أعم من أن يكون المهر دينا أو عينا، وبهذا صرح الشيخ
في المبسوط وأكثر الأصحاب وحمل على أن العفو بمعنى العطاء، فيتناول الأعيان،
قال في المسالك: وهو قوي لوروده بمعنى العطاء لغة كما سننبه عليه.
وقيل: إن العفو مختص بالدين، وأما العين فلا تنقل إلا بلفظ الهبة أو

التمليك أو نحوهما، لا بالعفو، لأنه لا مجال فيه للأعيان كلفظ الإبراء فلا يتناول إلا الدين.

وأجابوا عن الآية بأن المراد من العفو معناه لا لفظه، بمعنى إرادة حصول الملك للعفو عنه، بعبارة تقييد ذلك، ولو كان المراد لفظه لتعين في الموضوعين، وهو منفي بالاجماع، وسمي نقله منها عفوا تنبيها على حصول فضيلة العفو والمدح، فإن توقف النقل له على صيغه شرعية كما لو قال: ملكه هذا فإنه يريد نقل ملكه إليه بلفظ شرعي يفيد بأي لفظ أدي معناه وإن لم يكن بلفظ التمليك. أقول: الظاهر عندي قوة هذا القول، وإن كان خلاف ما عليه الأكثر، فإن الأول مبني على صحة كون العفو بمعنى الاعطاء وما ادعاه شيخنا المقدم ذكره من وروده بمعنى العطاء لغة لم أقف عليه في كلام أحد من أهل اللغة، والمذكور في كلامهم إنما هو الاسقاط.

قال في كتاب المصباح المنير (١) (وعفوت عن الحق: أسقطته) وغاية ما استند إليه رحمة الله عليه وهو الذي أشار إليه بقوله (كما سننبه عليه) هو ما ذكره أخيرا حيث قال: والعفو كما يطلق على الاسقاط، يطلق على الاعطاء كما أشرنا إليه سابقا، ومن الأول قوله تعالى (والعافين عن الناس) (٢) أي التاركين ما لهم عندهم من مظلمة. ومن الأول قوله تعالى (يسألونك ما ذا ينفقون قل العفو) (٣) أي الفضل من الأموال الذي يسهل إعطاؤه. وقوله تعالى "خذ العفو" (٤) أي خذ ما أعطاك الناس من ميسور أخلاقهم ولا تنقص عليهم، وغير ذلك فيصلح للأمرين. أقول: لا يخفى أن غاية ما تدل عليه الآيتان هو كون العفو هنا بمعنى الميسور.

(١) المصباح المنير ص ٥٧٢.

(٢) سورة آل عمران آية ١٣٤.

(٣) سورة البقرة آية ٢١٩.

(٤) سورة الأعراف آية ١٩٩.

وعن الصادق عليه السلام في تفسير الأولى قال: العفو الوسط من غير إسراف ولا اقتار.

وبالجملة فالمراد ما يسهل إعطاؤه، فأين هذا مما يدعيه من أن العفو بمعنى الاعطاء، والاعطاء إنما استفيد من لفظ آخر كقوله خذ في قوله (خذ العفو) وينفقون في قوله (ماذا ينفقون) لا من لفظ العفو.

وبالجملة فإن الاستدلال بذلك من مثله رحمه الله غريب عجيب كما لا يخفى على الأديب اللبيب والموافق المصيب، وحينئذ فالواجب على ما اخترناه أنه متى كان المهر دينا فإنه يصح بلفظ العفو والهبة والابراء، والترك والاسقاط والتمليك، لإفادة كل من هذه الألفاظ المعنى المراد من اسقاط حقها الذي في ذمته (١) وإن كان عينا وكان في يده بلفظ التمليك والهبة، ولا يصح بلفظ الابراء والاسقاط والترك لأن هذه الألفاظ ظاهرة عندهم في اسقاط ما في الذمة، وكذا لو كان في يدها فإنه يكفي التمليك والهبة بشرط القبض له من يدها كما تقدم في الهبة بدون التمليك، قالوا: ولا بد من القبول على التقديرين إذا كان عينا، والنصوص لا دلالة لها عليه.

السادس: قد صرحوا بأنه ليس لولي الزوج العفو من حقه كلاً أو بعضاً مع الطلاق، لأن العفو عن مال الغير بغير إذن المالك على خلاف الأصل، فيجب الاقتصار فيه على مورد الإذن والرخصة وهو ولي المرأة خاصة ولأنه لا غبطه للمولى عليه في ذلك، تصرف الولي منوط بالمصلحة، وإنما خرج عنها ولي المرأة بالنص الخاص، ومن ثم منع بعضهم من عفو ولي المرأة أيضاً لذلك، كما

(١) قال الشيخ في المبسوط: لو كان المهر دينا على الزوج فطلق قبل الدخول كان لها العفو عن الباقي بألفاظ منه العفو والتمليك والهبة والاسقاط والتبرأة والابراء، وهل يفتقر إلى قبوله؟ قال: فيه وجهان: الأول أن نقول يفتقر إلى قبوله، والوجه عندي عدم الافتقار، لأنه اسقاط وبراء فأشبهه الطلاق والعتاق، انتهى. (منه قدس سره -).

تقديم في كلام ابن إدريس، قالوا: ويتصور الولاية على الزوج مع وقوع طلاقه عن مولى عليه فيما إذا بلغ فاسد العقل، فإن للولي أن يطلق عنه مع المصلحة كما سيأتي بخلاف الصبي ولو فسرنا من بيده عقدة النكاح بما يشتمل الوكيل كما هو القول الآخر، وهو الذي قد عرفت دلالة جل الأخبار عليه وإن كان خلاف المشهور دخل وكيل الزوج في الحكم المذكور هنا كما يدخل عليه. السابع: ظاهر الآية والأخبار المتقدمة هو أن القدر المعفو عنه ينتقل بمجرد العفو إلى من عفي له من زوج أو زوجة، ولا يتوقف على أمر آخر، وهو لا يوافق ما فصله الأصحاب في هذا الباب مما تقدمت الإشارة إليه، وبسط جملة من الأصحاب الكلام عليه.

ونحن نذكر هنا ملخص ما ذكره شيخنا في المسالك الذي أوضح فيه طرق الأحكام لكل قاصد وسالك، قال: ليس المراد من العفو الموجب لبراءة كل من الزوجين من حق الآخر كونه سببا تاما بمجردة في نقل الملك أو بالبراءة منه، بل المراد كونه سببا في ذلك، أعم من أن يكون تاما أو ناقصا أو متوقفا على شرط آخر، وإن كان قد أطلق في الآية كون العفو موجبا لسقوط الحق أو نقله، لأن إطلاقه كذلك لا ينافي اعتبار أمر آخر.

إذا تقرر ذلك فنقول: المهر إما أن يكون عينا أو دينا، وعلى الأول إما أن يكون في يدها أو في يده، والثاني إما أن يكون في ذمتها بأن قبضته وتلف في يدها أو في ذمته، وعلى التقادير الأربعة إما أن يكون العافي الزوج أو أو الزوجة أو من يقوم مقامهما في معانها، فتحقق الملك وانتقاله وسقوطه عن الذمة يتم بثمان صور:

الأولى: أن يكون دينا في ذمة الزوج، والعافي المرأة، فتحصل براءة ذمته بمجرد عفوها، لأن العفو حينئذ بمنزلة الإبراء، فلا يشترط فيه سوى اللفظ الدال عليه وإن لم يقبل من عليه الحق على الأقوى، وقد تقدم تحقيقه في باب

الهبة، ويصح ذلك بلفظ العفو والابراء والاسقاط والترك والهبة والتمليك لاشتراك الجميع في الدلالة عليه.

الثانية: الصورة بحالها ويكون عينا في يده فلا يكفي مجرد العفو، لأن ذلك بمنزلة الهبة لغيره، بل لا بد من لفظ يدل عليه، كلفظ الهبة والتمليك أو العفو على قول قوي، لا الابراء والاسقاط وما شاكلهما، ويشترط أيضا قبول المتهد ولا يشترط قبض جديد، لأنه مقبوض بيده بالفعل، يلحقه حينئذ أحكام الهبة من لزوم والجواز على ما سبق تفصيله.

الثالثة: الصورة بحالها بأن كان عينا في يده لكن كان هو العافي عن حقه، فيشترط فيه ما اشترط في السابقة من الإيجاب والقبول، ويزيد اشتراط إقباضها إياه، لأنه خارج عن يدها.

الرابعة: الصورة بحالها بأن كان هو العافي، ولكن كان دينا في ذمته، ولا ينتقل الابراء وما في معناه قطعا لاختصاصه بالدين في ذمة المعفو عنه لا العافي، وينتقل بلفظ الهبة لكن بشرط التسليم.

الخامسة: أن يكون دينا في ذمتها وتكون هي العافية والحكم فيه كالسابقة، والأقوى افتقاره إلى العقد بعد التعيين فيهما لأن ذلك مقتضى الهبة، ولا وجه هنا سواها، وهذا هو الذي اختاره الشيخ في المبسوط. السادسة: الصورة بحالها وهو كونه دينا في ذمتها لكن العافي هو الزوج، وهنا ينزل منزلة الابراء كما مر في نظيره، ويصح بجميع الألفاظ الستة ولا يفتقر إلى القبول على الأقوى.

السابعة: أن يكون عينا في يدها، وهي العافية أيضا، ويشترط فيه ما يشترط في الهبة من العقد والاقباض.

الثامنة: الصورة بحالها، والعافي هو الزوج فيشترط فيه عقد الهبة، ولا يشترط تجديد الاقباض لحصوله في يدها، واشترط الشيخ مضي مدة يمكن فيها قبض من

هي في يده، والأقوى عدم اشتراطه، وقد تقدم البحث فيه في بابه، وانتهى ملخصا.
المسألة الثانية عشر: المشهور في كلام الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف
فيه، كما يفهم من المسالك ونقل عن التذكرة أنه استند إلى علمائنا مؤذنا بدعوى
الاجماع عليه أنه إن زوج الرجل ولده الصغير وللولد مال، فإن المهر في مال
الولد، وإن بلغ الولد وأيسر أو مات قبل ذلك.
والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المسألة ما رواه في الكافي (١) عن الفضل
ابن عبد الملك (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير؟
قال:

لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا، قلت: علي من الصداق؟ قال: علي
الأب إن كان ضمنه لهم، وإن لم يكن ضمنه فهو علي الغلام، وإلا أن يكون للغلام
مال فهو ضامن له، وإن لم يكن ضمن) الحديث.
هكذا صورة الخبر في الكافي علي ما نقله في الوفي وفيه إشكال، ونقله في
المسالك (إلا أن لا يكون للغلام مال) وهو الظاهر، وهذا الخبر وصفه في المسالك
بالصحة مع أن في طريقه عبد الله بن محمد عن علي بن الحكم وعبد الله بن محمد
هذا

هو المشهور بينان أخو أحمد بن محمد بن عيسى، هو مجهول في كتب الرجال.
وعن عبيد بن زرارة (٢) في الموثق (قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل
يزوج ابنه وهو صغير؟ قال: إن كان لابنه مال فعليه المهر، وإن لم يكن لابن
مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن).

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ١ وفيه "إلا أن لا يكون للغلام مال"، التهذيب ج ٧
ص ٣٨٩ ح ٣٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٩ ح ٣٤، الوسائل ج ١٥
ص ٣٩ ح ١.

وما رواه في الكافي والتهذيب (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما
عليهم السلام

(قال: سألته عن رجل له ولد فزوج منهم اثنين وفرض الصداق ثم مات، من أين
يحسب الصداق من جملة المال أو من حصتهما؟ قال: من جميع المال إنما هو
بمنزلة الدين)

ورواه الشيخ (٢) بطريق آخر في الموثق عن محمد بن مسلم أبي جعفر عليه السلام
(قال: سألته الحديث).

وفي آخر صحيحة أبي عبيدة الحذاء (٣) المتقدمة الواردة في تزويج الصغيرين
(قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج
الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية)

وما رواه في التهذيب (٤) عن محمد بن مسلم في الصحيح (قال سألت أبا جعفر
عليه السلام عن لصبي يتزوج الصبية؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوجها فما فنع
جائز،

ولكن لهما الخيار إذا أدركا، فإن رضيا بذلك، فإن المهر على الأب، قلت له:

فهل يجوز طلاق الأب عليه ابنه في صغره؟ قال: لا)

ولا يضر اشتغال الرواية على ما لا يقول به الأصحاب من ثبوت الخيار في
صورة تزويج الأبوين لهما، فإن طرح بعض الخبر لمعارض أقوى لا يستلزم
طرح ما لا معارض له.

وما رواه علي بن جعفر في كتابه (٥) عن أبيه موسى بن جعفر عليه السلام (قال:

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٩ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥
ص ٣٩ ح ٣.

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠١ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٨ ح ٣١ و ج ٩ ص ٣٨٢ ح ٢
الوسائل ج ١٧ ص ٥٢٧ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٢٠٨ ح ٨.

(٥) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٩٠ طبعة الآخوندي، الوسائل ج ١٥ ص ٤ (ح ٤).

سألته عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير، فدخل الابن بامرأته، على من المهر؟
على الأب أو على الابن؟ قال: المهر على الغلام، وإن لم يكن له شيء فعلى الأب،
ضمن ذلك على ابنه أو لم يضمن إذا كان هو أنكحه وهو صغير)
وما رواه أحمد بن محمد بن محمد بن عيسى (١) في النوادر عن صفوان عن محمد عن أحدهما
عليهم السلام (قال: قلت: الرجل يزوج ابنه وهو صغير، فيجوز طلاق أبيه؟ قال: لا،
قلت: فعلى من الصداق؟ قال: على أبيه إذا كان قد ضمنه لهم، فإن لم يكن ضمن
لهم فعلى الغلام، إلا أن لا يكون للغلام مال فعلى الأب، ضمن أو لم يضمن)
والمفهوم من هذين الخبرين الأخيرين أن المهر يكون على الأب وإن كان
للولد مال، وأما في حال فقر الولد فإنه عليه مشروط
بضمانه له، فلو لم يضمنه فإنه على الولد، ولهذا قال (فإن لم يكن ضمنه فهو
على الغلام) ثم استثنى منه (إلا أن لا يكون للغلام مال) بالكلية، فإن الأب ضامن
وإن لم يضمن، هذا على تقدير ما رواه في المسالك كما قدمنا ذكره، وأما على
ما نقله في الوافي وهو الموجود في الكافي (٢) فهو لا يخلو من الاشكال لعدم استقامة
المعنى، كما دلت عليه الروايات الأخرى.
وأما ما أطلق في بعض هذه الروايات من كون المهر على الأب فيجب حمله
على فقر الولد كما فصلته الأخبار الأخرى.
بقي الكلام هنا في مواضع:
الأول: نقل عن العلامة في التذكرة أنه استثنى من الحكم بضممان الأب

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٤٠ ح ٥.

(٢) لا يخفى أن الموجود في الكافي مطابق لنقل المسالك وكأن نقل الوافي من غلط
النسخة، والله العالم.

له على تقدير فقر الابن ما لو صرح الأب بنفي الضمان، فإنه لا يضمن، وحمل قوله في الرواية (أولم يضمن) على عدم اشتراط الضمان لا على اشتراط عدمه. واعترضه في المسالك بأنه لا يخلو من إشكال، قال: لأن النص والفتوى متناول لما استثناه، وحمله على غيره يحتاج إلى دليل نقلي يعارضه حتى يوجب حمله على ذلك، ولأن الصبي لا يحتاج إلى النكاح فلا حظ له في التزام المهر في ذمته مع الاعسار عنه، فتزويج الولي متوقف على وجود المصلحة، بل وانتفاء المفسدة، ولو قيد ذلك بما إذا كان في التزام الصبي بالمهر مصلحة بأن كانت الزوجة مناسبة له وخاف فوتها بدون ذلك، ونحوه قرب من الصواب، إلا أن تخصيص النصوص الصحيحة بذلك لا يخلو من إشكال، إنتهى.

قال سبطه السيد السند في شرح النافع بعد أن نقل عن جده أن النص والفتوى متناول لما استثناه ما لفظه: وهو كذلك، لكن لا يبعد المصير إلى ما ذكره في التذكرة لعموم قوله عليه السلام (١) (المؤمنون عند شروطهم) والرواية لا تنافيه صريحا ولا ظاهرا.

أقول: لا يخفى قوة ما ذكره شيخنا في المسالك فإن قوله عليه السلام (أو لم يضمن) شامل لكل من صورتي عدم الضمان واشتراط عدمه، والتخصيص بالأول يحتاج إلى مخصص، بذلك يظهر ما في قول سبطه (والرواية لا تنافيه صريحا ولا ظاهرا) ويكف لا تنافيه، وهي دالة بإطلاقها أو عمومها على الصورة المذكورة، فإنه يصدق على من اشترط عدم الضمان أنه لم يضمن وحديث (المؤمنون عند شروطهم) إنما يتم الاستدلال به لو لم يكن له معارض، والمعارض كما ذكرنا موجود، فإن مقتضى إطلاق الروايات المتقدمة أنه يضمن في هذه الصورة أعني صورة فقر الولد أعم من أن يشترط الضمان على نفسه أو لا يشترط بأن اشترط عدمه أو لم يشترط والعجب من قوله رحمة الله عليه (والرواية لا تنافيه صريحا ولا ظاهرا) بعد اعترافه أولا بأن النص متناول لما استثناه فإنه إذا كان متناولا لذلك الفرد

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤.

المستثنى فكيف لا تنافي استثناءؤه ولو ظاهرا.
الثاني: قالوا: لو كان الصبي مالكا لبعض المهر دون بعض لزمه بنسبة ما
بملكه، ولزم الأب الباقي، وهو جيد.

الثالث: إطلاق المال في الروايات الدالة على أنه متى كان للولد مال
فإن المهر على الأب شامل لما يؤخذ في الدين وما لا يؤخذ فيه، مثل دار السكنى
ودابة الركوب ونحوهما إلا أن ذلك لا يقتضي صرف الثاني من هذين الفردين
في أداء دين المهر لو تزوج والحال كذلك، فلو كان له دار سكنى وفرس ركوب
ونحوهما، فإن إطلاق النصوص والفتاوى يقتضي أن الخمر عليه دون الأب، ولكنه
متى تزوج كذلك كان المهر في ذمته، ولا يجب عليه صرف هذا الأشياء في أداء
دين المهر لو طلبته الزوجة، بل يبقى المهر ثابتا في ذمته إلى أن يتيسر له قضاؤه،
وقوفا على مقتضى الدليلين في كل من المقامين، فإن غاية ما يدل عليه الدليل
في هذه المسألة هو أنه متى كان له مال فالمهر عليه دون أبيه، بمعنى أن المهر يكون
في ذمته، والحكم بوجوب المهر في ذمته لا يقتضي وجوب صرف هذه الأشياء في
أدائه، بل يرجع في ذلك إلى تلك المسألة الأخرى، وهو استثناء هذه الأشياء من
الصرف في الدين، بل يبقى في ذمته إلى أن يقدر على الوفاء جمعا بين الأصلين
المذكورين.

الرابع: لا ريب أن كل موضع لا يضمن الأب المهر فيه لو أداه تبرعا
عنه فإنه لا رجوع له به، كما لو أداه الأجنبي، أما لو ضمنه صريحا، وانتقل إلى
ذمته بالضمان، فلو أدى بعد ذلك فهل يرجع به أم لا؟ اختلف كلام العلامة في
التذكرة في ذلك فقال في موضع منها بجواز رجوعه إذا قصد بالضمان الرجوع،
محتجا بأن قصد هنا يجري مجرى إذن المضمون عنه في الضمان، وفي
موضع آخر قطع بعد الرجوع محتجا بأنه أدى ما لا وجب عليه بأصل الشرع
وأورد عليه بأن في الفرق بين ضمانه لذلك، أدائه له ابتداء نظرا، لأنه
بالنظر إلى الطفل متبرع في الموضوعين، وبالنظر إلى كونه وليا منصوبا للنظر،

ورعاية المصلحة للابن ينبغي عدم الضمان في الموضوعين إذا أدى وضمن بطريق
الولاية على قصد الرجوع على الطفل.

ويتجه على هذا أن يقيد بكون ذلك مصلحة للطفل، فإن مطلق وفاء الدين
عن المعسر وانتقاله من مستحق إلى آخر لا يكون مصلحة مطلقاً، بل قد يكون،
كما لو كان المستحق الثاني أسهل من الأول، أرفق بالمديون، وقد ينعكس،
فإن انضم إلى كون الأداء والضمان مصلحة للطفل مع قصد الرجوع عليه اتجه
جواز، وإلا فلا.

الخامس: إذا دفع الأب عن ولده الصغير مع يسار الولد تبرعاً أو مع فقر
لكونه ضامناً له، ثم بلغ الولد وطلق قبل الدخول، فإنه يزول ملك المرأة عن
نصف الصداق، وهل يرجع في هذه الصورة إلى الأب أو الابن؟ الأقوى أنه يرجع
إلى الابن، وهو اختيار جمع من الأصحاب منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك،
وسببه السيد السند في شرح النافع، وتردد المحقق في الشرايع.
ووجه القوة فيما قويناه ما صرحوا به من أنه لا ريب أن المرأة قد ملكته
بقبضها إياه من الأب، سواء كان قد لزمه بالضمان أم دفعه تبرعاً، ومن ثم كان
النماء لها، وخرج النصف بالطلاق ثابت للزوج بالنص، وهو ملك جديد ثبت
له بعد ملك المرأة، لا إبطال لملك المرأة السابق، ليرجع إلى مالكه، ولأن دفع
الأب له كالهبة للابن التي لا يجوز لا رجوع فيها.

والأظهر الاستناد إلى عموم النصوص الدالة على رجوع النصف إلى الزوج
بالطلاق فإنه شامل لهذه الصورة، لأن ترك الاستفصال دليل على العموم في المقال.
وأما ما ذكره المحقق من التردد في الحكم فإن منشأه مما ذكرناه،
ومن أن المهر عوض البضع، والبضع ملك للولد قطعاً، فيكون عوضه عليه، ولزومه
للأب من حيث إلزامه ذمة الصغير الذي لا يحتاج إلى النكاح لا يوجب كون دفعه
هبة له، وإن نزل منزلتها، فلا يلزم مساواتها في جميع الأحكام، وإنما القصد منه

وفاء دين الولد، فإذا برئت ذمته من النصف بالطلاق ينبغي أن يعود إلى الأب. ورد بمنع استلزام ملك الولد البضع كون عوضه عليه، وانتقاضه ظاهر بالمتنازع، فإن العوض على الأب إجماعاً.

إنما الكلام في عوده بعد خروجه عن ملكه، ووجوب وفائه، ثم لا نقول: إن دفع الأب له هبة حتى يلزم ما ذكره، وإنما فرضناه منزلاً منزلة الهبة لما بينهما من المناسبة، وإلا فهو دين وفاه المستحق عليه وانتقاله من المستحق له بالطلاق ملك آخر فهي إلى الزوج، لا اختيار فيه لأحد.

أقول: والأظهر عندي ما تقدمت الإشارة إليه من أن الاعتماد في ذلك إنما هو على الأخبار الدالة على استحقاق الزوج للنصف بعد الطلاق قبل الدخول ورجوعه إليه، وفيها غنية عن هذه التكاليف ولا نزاع في كونها بإطلاقها أو عمومها شاملة لموضع البحث.

السادس: لو لم يدفع الأب المهر مع لزومه له وطلقها قبل الدخول فقد قطع الشيخ في المبسوط وتبعه العلامة في القواعد بأنه لا يستحقه الابن، وتبرء دمة الأب من النصف ويلزمه دفع النصف الآخر إلى الزوجة، وعللوا ذلك بأن دفع المهر بمنزلة الهبة للولد، فبعد قبضه لا رجوع فيها، وقبله غير متحققة فتبرء ذمته من النصف، فلا يملكه الولد لعدم القبض.

وفيه على تقدير تسليم الاعتماد على مثل هذه التعليلات العلية أن هذا إنما يتم فيما إذا كان الأب متبرعاً بالدفع عن الصغير، كما إذا كان الصغير موسراً أو معسراً وقد شرط الأب عدم الضمان على القول به، أما إذا لزمه ابتداءً، كما إذا كان الولد معسراً ولم يشترط عدم ضمانه، فإن المهر يلزمه بالعقد سواء كان قبضته الزوجة أو لا، حتى لو كان عينا ملكت نماؤها كما سلف، فلا يظهر الفرق بين قبضها، وعدمه هنا، والتعليل بالهبة لا يظهر إل مع التبرع به لا مع لزومه ابتداءً وهو جيد.

السابع: لو دفع الأب المهر عن الولد الكبير متبرعا، ثم طلق قبل الدخول، فهل يعود النصف إلى الدافع وهو الأب أو إلى الزوج وهو الابن؟ قولان، وبالثاني قطع العلامة في التذكرة على ما نقل عنه، وتردد فيه في الشرايع، واستشكله في القواعد، وفي التحرير قوى الأول، وجزم الشهيد الثاني في المسالك وسبطه في شرح النافع بالحكم برجوعه إلى الزوج، وهو الظاهر لعين ما تقدم من أن العين قد انتقلت إلى الزوجة وصارت ملكها بعد قبضها إياها، والعود إلى الولد إنما وقع بملك جيد، وفي معناه ما لو دفعه أجنبي تبرعا فإن الحكم فيه عد القبض كذلك. قالوا: ومن هنا ظهر الفرق بين دفع الأب المهر إلى الزوجة وعدمه، لأنه لما لم يكن المهر لازما له فهو متبرع بالوفاء فلا يخرج عن ملكه إلا بدفعه، فإن دفع الجميع كان الحكم كما سبق، وإن دفع النصف وطلق الولد قبل الدخول سقط النصف الآخر عن ذمة الزوج، ولم يجب على الأب دفعه إلى الولد بغير إشكال، لانتهاء ما يقتضيه.

ووجه تردد المحقق هنا واستشكال العلامة ما ذكروا من الأصل بقاء الملك على مالكة حيث لم يتحقق قصد التمليك، بل غايته إرادة إبراء ذمته من الدين، فإذا برئت الطلاق عاد المال إلى أصله، ودفعه في قضاء الدين عنه لا يستلزم أن يكون هبة، وحتى أنه يقال: إن الولد ملكه، ولا يصح للأب الرجوع في هبة الولد. ورد بما عرفت من أنه بالدفع إلى المرأة قد انتقل عن ملكه، وصار ملكا لها قطعا.

وأما الولد فلا دخل له في ذلك، ليقال إنه هبة أو إنه صار مملوكا للولد. بل الزوج إنما استحقه بملك جديد بعد أن صار للمرأة للأخبار الدالة على رجوع النصف له بالطلاق.

وقال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك: واعلم أن الشيخ في المبسوط قطع في المسألتين بعدم عود النصف المدفوع إلى الولد كما ذكر المصنف من غير تردد،

واتفق كلام العلامة في كتبه في أن الحكم في الصغير كذلك، واختلف كلامه في الكبير، ففي التذكرة والارشاد قطع بكون حكمه حكم الصغير في عود النصف إليه، وفي التحرير قوى رجوعه إلى الأب بعد أن حكم بكونه للولد، وفي القواعد استشكل بعد حكمه بكونه للولد أيضا.

وبالجملة فلم يتحقق في الصغير خلاف، وإنما هو ظاهر في الكبير، وإنما تردد المنصف نظرا إلى ما يظهر من عدم إفادة تعليلهم المدعى، فإن الشيخ وغيره إنما عللوه بكونه هبة، والهبة لا يرجع فيها بعد إقباضها للرحم، أو بعد التصرف فيها، ولا يخفى قصور التعليل، إنتهى.

البحث الرابع: في التنازع، وفيه مسائل:

الأولى: لو اختلفا في أصل المرة بأن ادعته المرأة وأنكر الزوج، فقال: لا مهر لك عندي، وما أشبهه، فإن كان ذلك قبل الدخول فالظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف في أن القول قول الزوج بيمينه، لأن مجرد العقد لا يستلزم المهر لانفكاكه عنه في صورة التفويض، ثم يمكن استمرار براءته إلى أن يموت أحدهما قبل الدخول.

وإن كان بعد الدخول فقد أطلق الأكثر أنه كذلك أيضا، وهو على إطلاقه مشكل، لأن العقد إن اشتمل على مهر فهو الواجب، والأصل بقاؤه، وإن لم يشتمل على مهر كان مهر المثل واجبا بالدخول، فالقول بأن القول قول الزوج بيمينه والحال كما عرفت مشكل.

وربما أجيب بالتمسك بالبراءة الأصلية، وتوضيحه أن العقد لا يستلزم وجوب المهر على الزوج وكذا الدخول لا يستلزمه بل هو أعم منه، العام لا يدل على الخاص، وبيان العموم أن الزوج قد يكون صغيرا معسرا زوجه أبوه، فإن المهر في ذمة الأب، وأو يكون عبدا زوجه مولاه، فكان المهر على المولى. وبذلك يظهر أن الدخول لا يستلزم ثبوت المهر في ذمة الزوج، ومنه يظهر

صحة التمسك بأصالة البراءة في مقام الاختلاف.
وفيه أنه لا خلاف نصا وفتوى في أن تفويض البضع موجب لمهر المثل
مع الدخول، وهذا هو الذي تمسكنا به، وما ذكر من هذين الموضوعين لا ينافي
ذلك، فإننا نقول بموجبهما، فإن ثبت هنا أن النكاح كان على أحد هذين الوجهين
فلا نزاع في أن القول قول الزوج يمينه، أما لو علم انتفاؤهما فهو محل الاشكال
فلا يتم ما ذكره كلياً.

وبالجملة فإن ما ذكره جيد إن ثبت انتفاء التفويض، إما باتفاقهما على
ذلك، أو قيام البينة وما في معناها على ذلك، لجواز أن يكون المهر المسمى
ديناً في ذمة المرأة أو عيناً في يدها، فلا يكون العقد المشتمل عليه التسمية بمجرد
مقتضياً لاشتغال ذمة الزوج بشئ من المهر.

ونقل عن العلامة في التحرير قول آخر في المسألة، وهو أنه إذا وقع
الاختلاف في أصل المهر بعد الدخول يستفسر، هل سمي أو لا؟ فإن ذكر تسميته
كان القول قوله مع اليمين، وإن ذكر عدمها لزم مهر المثل، وإن لم يجب بشئ
حبس حتى يبين. واعترضه في المسلك بوجوه، مخن أحب الوقوف عليها فليرجع
إلى الكتاب المذكور

وفي القواعد فصل تفصيلاً آخر، فقال: والتحقيق أنه إن أنكر التسمية
صدق باليمين، لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة، ومع الدخول
مهر المثل، والأقرب أن دعواها إن قصرت عنهما ثبت ما ادعته، ولو أنكر لاستحقاق
عقوب دعواها إياه أو دعواها التسمية، فإن اعترفا بالنكاح فالأقرب عدم سماعه.
قال في المسالك: وهو أقل إشكال من الأول. ثم أطال في الكلام عليه
وبيان ما اختاره في المسألة بتفصيل يقف عليه من أحب الرجوع إليه، والملخص
عندي ما قدمنا ذكره.

وأما ما أضيف إلى ذلك من التفريعات في المسألة فمحل إشكال، ولو كان

الاختلاف في القدر بأن ادعت الزوجة قدرا زائدا على ما أقر به الزوج، فلا إشكال ولا خلاف في أن القول قول الزوج يمينه، بمقتضى القاعدة الكلية المستفادة من النصوص المستفيضة، وخصوص صحيحه أبي عبيدة (١) عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل

تزوج امرأة فلم يدخل بها فادعت أن صداقها مائة دينار، وذكر الرجل أنه أقل مما قالت وليس لها بينة على ذلك؟ قال القول قول الزوج مع يمينه) إلا أنه ينبغي تقييد ذلك بما لو أطلق الدعوى أو ادعت هي تسمية هذا القدر في العقد، وادعى هو تسمية الأقل، والشيخ في المبسوط فرض المسألة في هذا القسم الأخير.

أما لو اتفقا على عدم التسمية فالواجب مهر المثل، والاختلاف يقع حينئذ فيه، فإن كان القدر الذي يعترف به الزوج أقل منه، فدعواه في قوة إيفاء الزائد أو التخلص منه بالبراء ونحوه، مثل هذا لا يقبل قوله فيه. وكذا مع اتفاقهما على التسمية، واعترف بأنها أكثر، ويدعى التخلص من الزائد بإبراء أو وفاء ونحوهما، على أن يمكن المناقشة أيضا فيما فرضه في المبسوط محلا للمسألة من الاختلاف في دعوى التسمية بأن يقال: إنه مع اختلافهما في قدر التسمية، يكون كل منهما منكرًا لما يدعيه الآخر، ومقتضى ذلك وجوب التحالف، والرجوع إلى مهر المثل، إلا أنه يشكل بأن إطلاق الرواية الصحيحة شامل لهذه الصورة كما فهمها الشيخ رحمة الله عليه على ما فيه مما عرفت من الحزازة، ومن هنا قال في القواعد: وليس بعيدا من الصواب تقديم قول من يدعي مهر المثل، فإن ادعى النقصان وادعت الزيادة تحالفا، ورد إليه، ولو كان الاختلاف في صفة المهر كالصحيح والمكسر، والجيد والردئ، فالقول قول الزوج يمينه، لأصالة براءة ذمته مما تدعيه المرأة من الوصف الزائد،

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٤ ح ٣٩ مع اختلاف
و ص ٣٧٦ ح ٨٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨ ب ١٨ ح ١.

ولا فرق في ذلك بين الدخول وعدمه، ولا بين ما لو كان ما تدعين مهر المثل أم أقل. وألحق به بعض الأصحاب الاختلاف في الحول والتأجيل، أو في تقدير الأجل، بل جعلها من أفراد الاختلاف في الصفة، واستشكله في المسالك بأن الأصل عدم التأجيل وعدم زيادة الأجل عما تدعيه، هي المنكرة وهو المدعي، فتقديم قوله فيهم ممنوع، قال: ولو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف في الصفة لأن كلامهما منكر ما يدعيه الآخر خصوصا مع تصريح كل مهما بكون ما يدعيه هو الذي وقع عليه العقد كان وجهها فيثبت مهر المثل، إلا أن يزيد على ما تدعيه المرأة أو ينقص عما يدعيه الزوج، إنتهى.

وألحق جماعة من الأصحاب منهم الشيخ في المبسوط وابن إدريس والعلامة في التحرير لاختلافهما في جنسه بالاختلاف في قدره، كما لو قالت: المهر مائة دينار فقال: بل مائة درهم، واستدلوا عليه بأن الزوج منكر، فيكون القول قوله. قال في المسالك: والاشكال فيه أقوى، ووجه التحالف فيه أولى، إلا أن الأصحاب أعرضوا عنه رأسا، وجماعة من العامة أثبتوه في أكثر هذه المسائل حتى في الاختلاف في أصل المهر، وما حققناه أظهر.

أقول: ما ذكره من اختيار القول بالتحالف في هذه المواضع يخالف ما قدمه في كتاب البيع في مسألة اختلاف المتبايعين فإنه قد جعل لذلك ضابطة، وهو ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر، وبحيث لا يتفقان على أمر، فلو اتفقا على أمر خرج ذلك عن مقتضى الضابطة المذكورة، وفي هذا الموضوع قد اتفقا على أمر، وإنما الاختلاف في الزيادة التي يدعيها المدعي والزيادة في الوصف أو الزيادة في الجنس، وقد تقدم منا تحقيق الكلام في ذلك في المسألة المذكورة في كتاب التجارة وتحقيق آخر أيضا في آخر أبواب الإجارة فليرجع إليه من أحب الوقوف عليه. وكيف كان فلاحتياط فيما عدا المنصوص من هذه المواضع بالصلح ونحوه أولى.

الثانية: لو أقر بالمهر وادعى تسليمه، وأنكر المرأة، فمقتضى القواعد الشرعية أن القول قولها يمينها، وبه صرح الأصحاب أيضا لثبوته في ذمته باعترافه وأصالة بقاءه وعدم تسليمه حتى يثبت ذلك بوجه شرعي وأما ما ورد في رواية الحسن بن زياد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت

المهر، وقال الزوج: قد أعطيتك، فعليها البينة، وعليه اليمين) فهي غير معمول عليها عند أصحابنا سيما مع ما في متنها من المخالفة للأصول، فإن المهر إذا تعين في ذمة الزوج فهو المدعي للايفاء، هي المنكرة، فتكون البينة عليه لا عليها، وأما ما ورد في معنى هذه الرواية من الأخبار التي دلت على سقوط المهر كلاً أو بعضاً بالدخول فقد تقدم الكلام فيها وأنه لا عامل بها منا، لمعارضتها بالأخبار الراجحة بعمل الأصحاب وموافقة الضوابط الشرعية، تقدم ذلك في المسألة الأولى من سابق هذا البحث، وعمل بمضمونها ابن الحنيد، فقال بتقديم قول الرجل في البراءة من المهر بعد الدخول، وقولها في ثبوتها قبله. قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه: والمذهب هو الأول، وأنه لا فرق بين وقوع الدعوى قبل الدخول وبعده.

أقول: لا يبعد حمل الأخبار المشار إليها على التقية كما تقدمت الإشارة إلى الثالثة: لو اختلفا في المدفوع بعد أو كان قدر مهرها فقالت: دفعته هبة، فقال: بل صداقا، فظاهر جملة من الأصحاب كالمحقق في الشريعة أن القول قوله لأن أبصر بنيته، وفصل شيخنا في المسالك في ذلك فقال: إن كان دعواها عليه أنه نوى بالدفع الهبة من غير أن يتلفظ بما يدل عليه فالقول قوله بغير يمين، لأنه لو اعترف لها بما تدعيه لم يتحقق الهبة إلا بانضمام لفظ يدل عليها، فلا يفتقر إلى اليمين، وإن ادعت تلفظه بما يدل على الهبة فالقول قوله مع اليمين، لأصالة

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٠ ح ٢٦ و ص ٣٧٦ ح ٨٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٧.

العدم، ولأنه منكر.
أقول: وبهذا التفصيل صرح في القواعد فقال: ولو دفع مساوي المهر فادعت دفعه هبة، قدم قوله مع اليمين إن ادعت تلفظه بالهبة، وإلا قبل من غير يمين، بأن تدعي أنه نوى بالدفع الهبة، لأنه لو نواه لم يصر هبة.
الرابعة: إذا خلا بها فادعت الواقعة، فلا يخلو إما أن تكن بكراً أو ثيباً، وعلى الأول فلا إشكال، ولا مكان استعمال الحال بنظر الثقة من النساء إلى ذلك وهو مستثنى لموضع الحاجة، كنظر الطيب ونحوه، إنما الأشكال والخلاف في الثاني، فقيل: القول قول الرجل عملاً بالأصل، لأن الأصل العدم حتى يثبت خلافه. وقيل: إن القول قولها عملاً بالظاهر من حال الصحيح في خلوته بالحلال مع عدم الموانع وحصول الدواعي، وتؤيده الأخبار المتقدمة بأن إرخاء الستر يوجب المهر، وقد تقدم الكلام في هذه الأخبار، وأن الظاهر عدم العمل عليها. وبالجملة فمرجع الكلام هنا إلى تعارض الأصل والظاهر، فمن عمل بظاهر تلك الأخبار فقد رجح البناء على الظاهر، ويكون الحكم هنا عنده هو تقديم قول المرأة بيمينها، وأما مع عدم العمل بها فالظاهر هو ترجيح الأصل، وبه صرح في المسالك، فقال: لكن الأقوى تقديم الأصل، لأن وجود القدرة والدواعي وانتفاء الصارف مظنون لا معلوم، ومعها لا بد لفعل القادر من ترجيح، والأصل عدمه.
الخامسة: إذا اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع عقد ناح بينهما في وقتين، فادعى الزوج التكرار المحض إما على وجه الاحتياط في تصحيحه أو لقصد اشتهاره أولاً كذلك وادعت المرأة أن كلا منهما عقد شرعي مستقبل لا مجرد تكرار، وإن لم تذكر سبب الفرقة من العقد الأول، لأن الدعوى تدل عليه، فظاهر كلام الأصحاب أن القول قوله، علل بأن العقد حقيقة شرعية في السبب المبيع للبضع، واستعماله في مجرد الإيجاب والقبول المجردين عن ذلك الأثر مجاز يحسب الصورة كتسمية الصورة المنقوشة على الجدار فرساً.

بقي الكلام في أنه مع تقديم قولها فما الواجب من المهر في هذا الصورة؟ قال الشيخ في المبسوط: لو أقامت بينة لعقدين في وقتين فادعى الزوج التكرار وادعت صحة العقدين وتعدد النكاح قدم قولها باليمين، والأولى أن يقول: أن يلزمه المهر أن معا، وقال بعضهم يلزمه مهر ونصف لأنه يقول: طلقتها بعد الأول قبل الدخول فعلي نصف المهر، ثم تزوجت بها ثانيا، وهذا أقوى. قال في المختلف وهو يدل على ترده في ذلك، قال: وكان الذي رحمة الله عليه يقوي الثاني، وشيخنا أبو القاسم جعفر بن سعيد رحمه الله يقوي الأول وهو الأقوى عندي لاعتراف الزوج بثبوت الأول في ذمته، وقيام البينة عليه بالثاني، وتعليل الشيخ ليس بحيد، لأن دعواه الطلاق المتخلل بين العقد ينافي دعوى التكرار، ولو ادعى بحيد، لأن دعواه الطلاق كان القول قوله مع اليمين. إنتهى. أقول: وهنا قول ثالث: ولم يتعرض إليه في المختلف وهو وجوب مهرا واحد وقد نقله في المسالك ثالثا للقولين المذكورين، وعلل القول بوجوب المهرين بأن كل عقد له سبب تام في وجوب المهر والأصل استمراره، ولأنه لا ينتصف إلا بالطلاق، وسماع دعواه الطلاق الموجب للتنصيف ينافي دعواه التكرار كما عرفت من كلامه في المختلف، وعلل القول الثاني بأن الفرقة متحققة ليصح فرض العقد الثاني، الوطؤ غير معلوم مع أن الأصل عدمه، فيجب النصف بالعقد الأول والمهر كاملا بالعقد الثاني. وعلل القول الثالث بأن من أسباب الفرقة ما لا يوجب مهرا ولا نصفها كردها وإسلامها، فسحبه بعيها قبل الدخول، وفسحها بعيب غير العنة قبله، أيضا فإنه يجوز أن تكون الفرقة الموجبة لتعدد العقد من أحد هذه المذكورات، فلا توجب شيئا بالكلية، ويبقى المهر بالعقد الثاني، على أنه يمكن أيضا كونه مهرا واحدا بالطلاق في الأول قبل الدخول، وفي الثاني كذلك، فإن كل واحد من الطلاقين موجب للنصف، ومن المجموع يحصل مهر واحد. وظاهر في المسالك اختيار القول الأول على تردد قال: والأقوى وجوب

المهرين لأصالة بقائهما في ذمته حيث يحصل المزيل وهو غير معلوم، ومجرد
الفرقة أعم من كونها مسقطه وعدمه، إلا أن يدعي عدم الإصابة والطلاق، فيلزم
مهر ونصف، أو يدعي الطلاق في الثاني أيضا قبل الدخول فمهر واحد يجتمع
منهما، أو يدعي الفسخ بأحد الأسباب الموجبة لعدم المهر مع إمكان، فيجب المهر
الثاني خاصة أو يدعي الطلاق قبل الدخول في الثاني فنصفه لا غير، لكن يشكل
قبول دعواه الفسخ بالغيب، لأصالة عدمه، ويظهر من الشهيد في شرح الإرشاد
قبوله محتجا بأن تجويزه ينفي القطع بالزيادة على المهر الثاني، وهذا بخلاف
دعوى الطلاق، فإنه بفعله، ويرجع فيه إليه، وأما الدخول فبالأصل عدمه، كما
أن الأصل استصحاب المهر كاملا إلا إن يدعي المزيل، فلو سكت عن الدعوى ثبت
المهران على الأقوى، وهذا كما يقال: إن المستودع بعد ثبوت الايداع مطالب
بها، ومحبوس عليها ما دام ساكتا، فإن ادعى تلفا أو ردا صدق بيمينه، وانقطعت
المطالبة، إنتهى.

هذا ملخص كلامهم في المقام، قد أوردناه لتطلع على ما وقع لهم فيه من
النقض والابرام، والمسألة لخلوها عن النص القاطع لمادة القيل والقال لا تخلو من
الاشكال، ولهذا كثر فيها الاحتمال وتعددت الأقوال.

المقصد الثالث في القسم والنشوز والشقاق:

فهنا مقالتان، والأولى في القسم: وهو بفتح القاف مصدر قسم يقسم،
بالكسر: الحظ والنصيب، قال: في كتاب المصباح المنير (١): قسمته قسما من
باب ضرب فرزته أجزاء فانقسم، والموضع مقسم مثل مسجد، والفاعل قاسم،
وقسام مبالغة، والاسم القسم بالكسر، ثم أطلق على الحصاة والنصيب، فيقال: هذا
قسامي، والجمع أقسام مثل حمل وأحمل.

(١) المصباح المنير ص ٦٩٠.

وعرفه في المسالك بأنه حق واجب لمن يجب الانفاق عليه من الزوجات وأورد عليه سبطه في شرح النافع بأنه ينتقض طردا بوطئ الزوجة الواجب في أربعة أشهر، فإن العريف صادق عليه، وعكسا بمن لا يجب عليه الانفاق من الأزواج، كالمعسر والصغير، فإن القسم يجب عليه مع أن النفقة غير واجبة، قال: ويمكن دفعها بتكلف، والأمر في ذلك هين. إنتهى، والكلام هنا يقع في موارد الأول: لا خلاف ولا إشكال في أن لكل من الزوجين على الآخر حقوقا واجبة ومستحبة، ومن الواجب على الزوج النفقة والكسوة والاسكان ومن الواجب عليه التمكين من الاستماع، وإلى ما ذكرنا يشير قوله عز وجل (قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم) (١) وقوله عز وجل (وعاشروهن بالمعروف) (٢) وقال (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) (٣) والمراد تشبيه أصل الحقو بالحقوق لا في الكيفية والكمية لاختلافهما. وأما الأخبار الواردة في هذا المقام الدالة على حقوق كل منهما على الآخر فهي مستفيضة متكاثرة، وقد تقدم جملة منها في الفائدة السادسة عشر من فوائد المقدمة.

ومحمل حقوق الزوج عليه كما دلت عليه الأخبار المشار إليها أن تطيعه ولا تعصيه ولا تصدق من بيته إلا بإذنه، ولا تصوم تطوعا إلا بإذنه، ولا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب، ولا بتخرج من بيته إلا بإذنه، وعليها أن تطيب وتزين له بأطيب طيبها وأزين زينتها، وأن لا تبيت ليلة وهو عليها ساخط وإن كان ظالما لها. وقال صلى الله عليه وآله (٤): (لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠.

(٢) سورة النساء آية ١٩.

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٨.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٠٧ ح ٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٢٧ ح ٣، الوسائل ج ١٤

ص ١١٥ ب ٨١ ح ١.

لزوجها) وفي خبر آخر (١) عنه صلى الله عليه وآله (وأكثر من ذلك حقوقه عليها) ومجمل حقوقها عليه أن يكسوها ويشبعها، وإن جهلت غفر لها، وفي خبر عنه (٢) صلى الله عليه وآله (فقلت: فليس لها عليه شيء غير هذا؟ قال صلى الله عليه وآله: لا، قالت: لا والله لا تزوجت أبدا)

وفي خبر آخر (٣) (يسد جوعها ويستر عورتها ولا يقبح لها وجهها، وإذا فعل ذلك فقد والله أدى إليها حقوقها) إذا تقرر ذلك فالواجب على كل منهما القيام بالحق الواجب عليه من غير أن يخرج صاحبه إلى طلبه له والاستعانة بالغير على ذلك. الثاني: لا خلاف بين الأصحاب في وجوب القسمة بين الزوجات لما فيه من العدل والمعروف وحسن المعاشرة المشار إليه بقوله عز وجل (وعاشروهن بالمعروف) (٤) والتأسي به صلى الله عليه وآله (٥) فإنه كان يقسم بين زوجاته، حتى أنه كان

في مرضه يطاف به بينهن، وكان يقول: هذا قسمي فيما أملك، وأنت أعلم بما لا أملك) يعني المودة والميل القلبي. وروي (٦) (أن عليا عليه السلام كان له امرأتان، فكان إذا كان يوم واحدة لا يتوضأ في بيت الأخرى) وروي في كتاب عقاب الأعمال (٧) عنه صلى الله عليه وآله (أنه قال: ومن كانت له امرأتان

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٠٨ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ١١٢ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥١١ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥١١ ح ٥ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٦ ح ١.

(٤) سورة النساء آية ١٩.

(٥) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٤ ح ٢.

(٦) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣.

(٧) عقاب الأعمال ص ٣٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٨٤ ب ٤ ح ١.

فلم يعدل بينهما في القسم من نفسه وماله جاء يوم القيامة مغلولاً مائلاً شقته حتى يدخل النار)

وينبغي أن يعلم أن وجوب العدل في القسم إنما هو باعتبار المساواة فيما تقدم ذكره من الأمور الواجبة عليه من النفقة والكسوة والاسكان والمبيت والإقامة عندها في يومها وليلتها لا بالنسبة إلى المودة التي هي أمر قلبي، لقوله عز وجل (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) الآية (١) وإليه يشير الحديث النبوي المتقدم.

وروي في الكافي في الصحيح أو الحسن عن نوح بن شعيب ومحمد بن الحسن (٢) (قال: سألت ابن أبي العوجاء هشام بن الحكم فقال له: أليس الله حكيمًا؟ قال: بل هو أحكم الحاكمين، قال: فأخبرني عن قول الله عز وجل (فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة) (٣) أليس هذا فرض؟ قال: بلى، قال: فأخبرني عن قول الله عز وجل (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) أي حكيم يتكلم بهذا؟ فلم يكن عنده جواب، فرحل إلى المدينة إلى أبي عبد الله عليه السلام

فقال: يا هشام في غير وقت حج ولا عمرة؟ قال: نعم جعلت فداك لأمر أهمني، إن ابن أبي العوجاء سألتني عن مسألة لم يكن عندي فيها شيء، قال: وما هي؟ قال: فأخبره بالقصة فقال: له أبو عبد الله عليه السلام: أما قوله عز وجل (فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة) يعني في النفقة، وأما قوله: (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) يعني في المودة، قال: فلما قدم عليه هشام بهذا

(١) سورة النساء آية ١٢٩.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٦٣ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٦ ح ١.

(٣) سورة النساء آية ٣.

الجواب وأخبره قال: والله ما هذا من عندك (١). وبالجملة فإنه لا خلاف في ووجوب القسمة إنما الخلاف في أنه هل تجب بنفس العقد والتمكين، أم يتوقف على الشروع؟ قولان، المشهور على ما نقله في المختلف الأول، ومبنى هذا الخلاف على أن القسمة هل هي حق للزوج خاصة أو مشتركة بينه وبين الزوجة؟ وقال الشيخ في المبسوط: لا يجب عليه القسمة ابتداء، لكن الذي يجب عليه النفقة والكسوة والمهر والسكنى، فمتى تكفل بهذا لا يلزمه القسم، لأنه حق له، فإذا أسقطه لا يجبر عليه، ويجوز له تركه، وأن يبيت في المساجد وعند أصدقائه، فأما إذا أراد أن يبتدئ بواحدة منهن فيجب عليه القسمة، لأنهن ليس واحدة منهن أولى بالتقدم من الأخرى، إنتهى. واعترضه في المختلف بأنا نمنع أنه حقه المختص به بحيث يكون له تركه، فإنه حق مشترك، فللمرأة المطالبة بحقها منه، والأخبار وردت مطلقة بالأمر بالقسمة، فإن الباقر عليه السلام قسم للحررة الثلثين من ماله ونفسه، وللأمة الثلث من ماله ونفسه وإلى القول بما ذهب إليه الشيخ في المبسوط ذهب المحقق في الشرايع والعلامة في التحرير، واختاره السيد السند في شرح النافع، قال رحمه الله

(١) أقول: روى هذه القصة علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي جعفر الأحول وأنه سأله رجل من الزنا دقة فقال: أخبرني عن قول الله " فانكحوا ما طاب لكم من النساء إلى قوله فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة " وقال في آخر السورة " ولن يستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل " فبين القولين فرق، فقال أبو جعفر الأحول: فلم يكن عندي في ذلك جواب فقدمت المدينة فدخلت إلى أبي عبد الله عليه السلام فسألته عن الآيتين، فقال: أما قوله " فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة " فإنما عنى في النفقة، وأما قوله " ولن يستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم " فإنما عنى في المودة، فإنه لا يقدر أحد أن يعدل بين امرأتين في المودة. فرجع أبو جعفر إلى الرجل فأخبره فقال: هذا شيء حملته إلا بل من الحجاز، انتهى. (منه رحمه الله) تفسير القمي ج ١ ص ١٥٥ طبع النجف.

بعد نقل ذلك عن هؤلاء المذكورين: وهو المعتمد تمسكا بمقتضى الأصل السالم عما يصلح للمعارضة، فإن الأخبار الواردة في هذا الباب قليلة جدا وليس فيها ما يدل على وجوب القسم ابتداء بخصوصه أو اطلاقه كما يظهر للمتتبع، وكذا الكلام في التأسّي، فإنه لم يثبت أن النبي صلى الله عليه وآله قسم بين نسائه ابتداء على وجه

الوجوب ليجب التأسّي به في ذلك، على أن المشهور بين الخاصة والعامة أن القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وآله، إنتهى.

أقول: والحق، أنه لا دليل في الأخبار على شيء من القولين، إلا أن ما ذهب إليه الشيخ ومن تبعه مؤيد بالأصل كما ذكره السيد السند، فلا يبعد ترجيحه لذلك، وأدلة القول المشهور كلها مدخولة كما بسط عليه الكلام في المسالك.

الثالث: ينبغي أن يعلم أن مما يتفرع على الخلاف المتقدم كما صرح به الأصحاب أيضا أنه لو لم يكن له إلا زوجة واحدة فعلى المشهور من وجوب القسم ابتداء، فإن لها ليلة من أربع ليال يبيت فيها عندها، وثلاث له يضعها حيث يشاء لأن الله تعالى أباح له أن ينكح أربع نساء لا أزيد، فللواحدة من الأربع ليلة، فإذا انقضت الأربع؟ وجب أن يبيت عندها ليلة، ثم له ثلاث يضعها حيث يشاء وهكذا ومن كان له زوجتان فلكل واحدة ليلة من الأربع، واثنان من الدور له يضعها حيث يشاء، ومن كان له ثلاث زوجات يبقى له من الدور ليلة يضعها حيث يشاء، ومن كان له أربع فقد كل الدور لهن فليس له شيء زائد، ولم يكن له الاخلال بالمبيت عند صاحبة الليلة أبدا مع الاختيار، وعمد الإذن، وكل ما فرغ الدور استأنف الدور على الترتيب الذي فعل في الدور الأول وله أن يخص بعض الزوجات بالليلة التي له، إلا أن الفضل المساواة بينهن.

وأما على القول الآخر من عدم الوجوب إلا إذا ابتداء، فلو لم يكن عنده إلا زوجة واحدة لم يجب القسم لها مطلقا، بل له أن يبيت عندها متى شاء، ويعتزلها متى شاء، ومن كانت عنده زوجتان فإنه لا يجب عليه القسم لها ابتداء

بل له أن يبيت حيث يشاء، فإن بات عند واحدة منهن ليلة وجب عليه أن يبيت عند الأخرى، مراعاة للعدل بينهما، وعملا بالأمر بالمعاشرة بالمعروف. ونحو ذلك من الأدلة الدالة على وجوب العدل كما تقدم، فإذا ساوى بينهما في المبيت كما ذكرنا جاز له اعتزالهما وترك القسمة إلى أن يبيت عند واحدة منهما فيلزمه المبيت عند الأخرى لما تقدم، وهكذا، ومثله يأتي فيما لو كان عنده ثلاث أو أربع، فإنه بعد كمال دوره عليهن والمساواة بينهما في ذلك الدور له الاعراض عنهن كما في الابتداء.

ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه الشيخ في التهذيب (١) عن الحسن ابن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن الرجل يكون له المرأتان وإحداهما

أحب إليه من الأخرى، أله أن يفضلها بشيء؟ قال: نعم له أن يأتيها ثلاث ليال، والأخرى ليلة، لأن له أن يتزوج أربع نسوة، فليلته يجعلهما حيث يشاء إلى أن قال: وللرجل أن يفضل نساءه بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً). وما رواه في الفقيه (٢) في الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم (قال: سألته عن الرجل يكون عنده امرأتان إحداهما أحب إليه من الأخرى؟ قال: له أن يأتيها ثلاث ليال والأخرى ليلة، فإن شاء أن يتزوج أربع نسوة كان لكل امرأة ليلة، ولذلك كان له أن يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً). وما رواه في التهذيب (٣) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سئل عن الرجل يكون عنده امرأتان إحداهما أحب إليه من الأخرى، أله أن يفضل إحداهما على الأخرى؟ قال: نعم يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً).

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤١٩ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٠ ح ٢.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٨١ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٨٠ ح ١.

وما رواه في كتاب قرب الإسناد (١) عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (قال: سألته عن رجل له امرأتان هل له أن يفضل إحداهما على الأخرى؟ قال: له أربع، فليجعل لواحدة ليلة، وللأخرى ثلاث ليال، قال: وسألته عن رجل له ثلاث نسوة، هل له أن يفضل إحداهن؟ قال: له أربع ليال فليجعل لواحدة أن أحب ليلتين، وللأخرتين لكل واحدة ليلة، وفي الكسوة والنفقة مثل ذلك) وغاية ما تدل عليه هذه الأخبار ونحوها هو أنه يجوز له التفضيل بماله من ليالي الدور بمن شاء من نسائه ما لم يكن أربعاً.

وأما ما نحن فيه من الخلاف فلا دلالة ولا إشارة في هذه الأخبار إليه، وقد عرفت أنه على المشهور يجب عليه استئناف الدور كلما فرغ وعلى القول الآخر لا يجب عليه بل له أن يبيت حيث شاء إلى أن يبيت عند واحدة منهن، وفيجب عليه المبيت عند الأخرى متحدة أو متعددة.

ومما يتفرع على القولين أنه لو كان عنده منكوحات لا يجب لهن قسمة، فعلى الأول بعد تمام الدور لا يجوز له المبيت عند واحدة منهن إلا بإذن مستحقة، تلك الليلة، وعلى الثاني يجوز له المبيت عند كل من لا يستحق قسمته إلى أن يبيت عند واحدة من ذوي القسم فيجب عليه إتمام الدور، وله بعد تمام الدور أن يعدل إلى من لا يستحق قسمة، وذلك واضح والله العالم.

الرابع: لا خلاف ولا إشكال في أن أقل أفراد القسم لو تعددت الزوجة ليله ليلة فإنه هو المستفاد من الأخبار ومن سيرة النبي صلى الله عليه وآله والأئمة الأبرار عليهم السلام

وإنما الخلاف والاشكال في الزيادة.

فقليل: يجوز أن يجعلها أزيد من ليلة، ونقل عن الشيخ في المبسوط وجمع من الأصحاب، للأصل وحصول الغرض حيث تحصل التسوية بينهن في الزمان، ولأن الحق له، فتقديره إليه، وحقهن إنما هو في العدل والتسوية وهو متحقق.

(١) قرب الإسناد ص ١٠٨ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٨٨ ب ٩ ح ١ و ٢.

وقيل: لا يجوز الزيادة على ليله وهو اختيار المحقق في الشرايع وغيره،
والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين تأسيساً بالنبي صلى الله عليه وآله، ولما فيه من
الاضرار

والتضير، إذ قد يحصل لبعضهن القسم، ويلحقه ما يقطعه عن القسم للباقيات،
ولا يخفى ما في هذه التعليقات العليّة من الضعف والقصور لو جوزنا بناء الأحكام
الشرعية على مثلها، وقد أوضحه شيخنا في المسالك.

وبالجملة فإنه بالنظر إلى تعليلاتهم في المقام، فالأول هو الأقرب، وقد
اختلفوا أيضاً في أنه على تقدير جواز الزيادة فهل لها قدر محدود؟ ففي المبسوط
قدرها بثلاث ليال، واعتبر في الزائد عنها رضاهن.

ونقل عن ظاهر ابن الجنيد جواز جعلها سبعا، والظاهر كما أشرنا إليه
في غير موضع مما تقدم سيما في كتب المعاملات أن هذه التفرعات ونحوها
الأصل فيها العامة، والشيخ حذا حذوهم كما هي عادته في المبسوط، ومن تأخر
عن الشيخ أخذ ذلك عنه، وهي بمعزل عن الأخبار، والكلام فيها بمثل هذه
التخرصات والتخريجات مشكل، وطريق الاحتياط يقتضي الوقوف على القسمة
ليلة ليله، من غير زيادة ولا نقصان، فإنه هو المعلوم من سيرته صلى الله عليه وآله
وسيرة أبنائه

الطاهرين عليهم السلام وشيعتهم الماضين.

الخامس: إذا أراد القسمة سواء قلنا بوجوبها ابتداءً أو بعد الاختيار،
فقد اختلف الأصحاب في كيفية البداية، فهل له أن يبدأ بمن شاء منهم، ثم
يختار ثانياً وثالثاً إلى أن يتم الدور على العدد الذي عنده، ولا يتوقف ذلك على
القرعة؟ أو أنه يجب الرجوع إلى القرعة؟ قولان، المشهور الأول، وهو اختيار
المحقق في الشرايع والشارح في المسالك، وعلى الثاني فمن خرج اسمها بدأ بها،
فإن كانتا اثنتين اكتفى بالقرعة مرة واحدة، لأن الثانية تعينت ثانياً، وإن كان
ثلاثاً أقرع بين الباقيين في الليلة الثانية، وإن كن أربعة أقرع بين الثلاث ثانياً
ثم بين الاثنين ثالثاً تحرزاً عن التفضيل والترجيح، ولأنه ليس واحدة منهم أولى

بالتقديم من الأخرى، فالتقديم بالقرعة عدل، ولأن تقديم واحدة بغير قرعة يقتضي الميل إليها فيدخل في الوعيد السابق من الخبر النبوي ولأن النبي صلى الله عليه وآله كان

يقرع بين نسائه إذا أراد سفرا ويصحب من أخرجتها القرعة، ومن هذا الكلام علم أدلة القول الثاني.

وأما الأول فاستدل عليه في المسالك بالأصل، ولأنه على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمة، بسبيل من الاعراض عنهن جميعا، ولما لم يبت عند بعضهن لا يلزم شئ للباقيات، فلا يحتاج إلى القرعة ابتداء، قال: وهذا أقوى، وهو الذي اختاره المصنف الأكثر.

أقول: والكلام في هذا الفرع كغيره مما تقدم مما لا نص فيه ولا دليل عليه، ولهم فيه تفرعات ليس في التطويل بها مزيد فائدة بعدما عرفت من عدم ثبوت الأصل.

السادس: قد صرح الأصحاب بأن الواجب في القسمة هو المضاجعة ليلا دون المجامعة، والمراد بالمضاجعة النوم معها على فراش واحد قريبا منها عادة بحيث لا يعد هاجرا وإن لم يتلاصقا، قالوا: ويدل عليه التأسي، وظاهر قوله تعالى (وعاشروهن بالمعروف)

أقول: ويشير إليه أيضا قوله عز وجل (وجعلنا الليل لباسا) الآية، وروى الصدوق رحمة الله عليه في كتاب علل الشرايع (١) بإسناد إلى عبد الله بن زيد بن سلام (أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: أخبرني لم سمي الليل ليلا؟ قال: لأنه

يلتئيل الرجال من النساء جعله الله عز وجل ألفة ولباسا، وذلك قو الله عز وجل وجعلنا الليل لباسا وجعلنا النهار معاشا) (٢) فقال: صدقت يا محمد صلى الله عليه وآله الحديث.

وأما المواقعة فلا تجب عند الأصحاب إلا في كل أربعة أشهر مرة وقد تقدم

(١) علل الشرايع ص ٤٧٠ ح ٣٣ ط النجف الأشرف.

(٢) سورة النبا آية ١٠ و ١١.

أن مورد الخبر إنما هو المرأة الشابة لا مطلقاً. وأما النهار فالمشهور أنه لا قسمة فيه، ووجوب القسمة مختص بالليل لقوله سبحانه (وجعلنا النهار معاشاً) أي لتحصيل المعاش، وهو وقت التردد والانتشار في الحوائج.

وربما ظهر من كلام الشيخ في المبسوط وجوب الكون مع صاحبه الليلة، نهاراً، فإنه قال: قد بينا أن القسم يكون ليلاً، وكل امرأة قسم لها ليلاً فإن لها نهار تلك الليلة، فإن أراد أن يتبدأ بالنهار جاز وإن أراد أن يتبدأ بالليل جاز، لكن المستحب أن يتبدأ بالليل.

وقريب منه كلام العلامة في التحرير، ولكنه جعل النهار تابعاً ليلته الماضية فقال: النهار تابع ليلته الماضية فلصاحبته نهار تلك الليلة، لكن له أن يدخل فيه إلى غيرها لحاجة كعبادة أو دفع نفقة أو زيارتها أو استعمال حالها، وأو لغير حاجة، وليس له الإطالة، والأقرب جواز الجماع ولو استوعب النهار قضاء لصاحبة الليلة، إنتهى.

ونقل عن ابن الجنيدي أنه أضاف إلى الليلة القيلولة، ولم نقف له على مستند بالخصوص.

أقول: والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بالمقام ما رواه المشايخ الثلاثة (١) عن إبراهيم الكرخي (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة، فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن، فإذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها، فهل عليه في هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها صبيحتها، وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك) وظاهر هذه الرواية تخصيص المقام عندها نهاراً بصبيحة تلك الليلة، وهي

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٤ ح ٣٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ١١، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٨٤ ب ٥ ح ١.

عبارة عن أول النهار، ويحتمل على بعد كون هذا التعبير كناية عن مجموع النهار أيضا.

وكيف كان فإنه يظهر ضعف قول من استدل بهذه الرواية لا بن الحنيد، والأصحاب لضعف الرواية بالراوي المذكور حملوها على الاستحباب، فإنه لا قائل بها على ظاهرها، وقد تقدمت الرواية عن علي عليه السلام (١) (إنه كان له امرأتان

فكان إذا كان يوم واحدة لا يتوضأ في بيت الأخرى) ولعله محمول على الفضل والاستحباب، ثم إن ما تقدم ذكره من تخصيص القسم بالليل ليس المراد به أنه يجب المقام عندها من أول الليل إلى آخره بل يجب الرجوع إلى ما جرت به العادة من كون ذلك بعد قضاء الحوائج كالصلاة في المسجد ومجالسه الضيف ونحو ذلك. نعم ليس له الدخول في تلك الليلة عند ضررتها إلا للضرورة فيما قطع به الأصحاب، ومن الضرورة عيادتها إذا كانت مريضة، وقيده في المبسوط بما إذا كان المرض ثقيلا، وإلا لم يصح، فإنه مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعد إقامة عرقا، فيأثم خاصة، قيل: هذا كله فيمن لا يكون كسبه ليلا كالحارس وشبهه، وإلا فعماد القسمة في حقهم النهار، وحكم الليل عندهم كنهاريهم، والنهار كالليل عند غيرهم في جميع ما ذكر.

السابع: إذا اجتمع عنده حرة وأمة بالعقد فالمشهور أن اللامة ليلة وللحرة ليلتين، وهو مبني على جواز الجمع بينهما كما تقدم تحقيقه في موضعه، فكل موضع يجوز الجمع بينهما فإن للحرة الثلثين، وللأمة الثلث على المشهور، ونقل عن الشيخ الفيد (٢) رحمة الله عليه أن الأمة لا قسمة لها، والأخبار تردده.

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣.

(٢) أقول: صورة كلامه على ما نقله في المختلف أنه قال: وهذا الحكم يعني القسمة في حرائر النساء، فأما الإماء وملك اليمين منهن فله أن يقسم بينهن كيف شاء ويقوم عند كل واحدة منهن ما شاء، وليس للأخرى عليه اعتراض في ذلك بحال. قال في المختلف: وهذا يوهم أنه لا حق للأمة المزوجة في القسم، فإن قصد شيخنا المفيد عدم القسمة صارت المسألة خلافية وإلا فلا، انتهى. (منه قدس سره)

ومنها ما رواه الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهم السلام (قال:

سألته عن الرجل يتزوج المملوكة على الحرة؟ قال: لا، فإذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم للمملوكة) وعن محمد بن قيس (٢) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام (قال: قضى في رجل نكح

أمة ثم وجد طولاً يعني استغناء ولم يشته أن يطلق الأمة نفسه فيها، فقضى أن الحرة تنكح على الأمة، ولا تنكح الأمة على الحرة إذا كانت الحرة أولهما عنده، وإذا كانت الأمة عنده قبل نكاح الحرة على الأمة، قسم للحرة الثلثين من ماله ونفسه يعني نفقته وللأمة الثلث من ماله ونفسه)

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عليه السلام (٣) (قال: سألته عن الرجل يتزوج الأمة على الحرة؟ قال: لا يتزوج الأمة على الحرة ويتزوج الحرة على الأمة، وللحرة لیتان وللأمة ليلة)

وما رواه في الكافي (٤) والتهذيب (٥) عن أبي بصير (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن نكاح الأمة، قال: يتزوج الحرة على الأمة إلى أن قال: وإن اجتمعت عندك حرة وأمة فللحرة يومان وللأمة يوم) الحديث.

وما رواه الصدوق في الفقيه (٦) مراسلاً (قال: قال أبو جعفر عليه السلام: تزوج

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ١.
 - (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ٢.
 - (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ٣.
 - (٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٢ ح ٢.
 - (٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ح ٤.
 - (٦) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٦٩، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٣ ح ٧.

الأمة على الأمة ولا تزوج الأمة على الحرة، وتزوج الحرة على الأمة، فإن تزوجت الحرة على الأمة فللحرة ثلثان وللأمة الثلث، وليلتان وليلة) وما رواه في الكافي (١) في الصحيح عن ابن مسكان عن أبي بصير في حديث (قال: ولا بأس أن يتزوج الحرة على الأمة، فإن تزوج الحرة على الأمة فللحرة يومان وللأمة يوم)

وفي رواية محمد بن الفضيل (٢) عن أبي الحسن عليه السلام فالقسم للحرة يومان وللأمة يوم) إلى غير ذلك من الأخبار الجارية في هذا المضمار. قال في المسالك: والمشهور أن للأمة نصف حق الحرة، ولما كانت القسمة لا تصح من دون ليلة كاملة جعل للحرة ليلتان، وللأمة ليلة وليكن ذلك من ثمان جمعا بين حقهما وحق الزوج، فيكون الذي له منها خمس ليال ولهما ثلاث، هكذا ذكره جماعة من المتأخرين، ولا يخلو من نظر لأن تنصيف الليلة في القسمة يجوز لعوارض كما سيأتي، فإن لم يجز ابتداء فلا مانع من كونه هنا كذلك، ولما كان الأصل في دور القسمة أربع ليال فالعدول إلى جعل من ثمان بمجرد ذلك مشكل.

أقول: الظاهر أن نشأ هذا الكلام هو الاجمال الذي في بعض هذه الروايات كما في صحيحة محمد بن مسلم (٣) وهي التي أوردوها في هذا المقام من قوله (قسم للحرة مثلي ما قسم للمملوكة) ونحوها موثقة محمد بن قيس (٤) المشتملة أيضا على الثلثين والثلث، فإن ذلك يمكن بجعل نصف ليلة للأمة، وليلة كاملة للحرة فيكون الدور من أربع، ولا يتوقف صحة القسمة على جعل ليلة كاملة للأمة

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٣ ح ٣.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٤ ح ٤٠، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٣ ح ٤.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ١.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ٢.

وليلتين للحررة كما ذكروه، ولما فيه من أنه يلزم الخروج عن الدور الأول بجعل ثمان ليال.

وفيه أنه لا يخفى أن جملة من أخبار المسألة قد خرجت مجملة كما حكيناها، وجملة قد اشتملت على التفصيل، وتعيين القسمة بكونها ليلتين وليلة، ويومين ويوما، فإذا حمل مجملها على مفصلها ومبهمها على مبينها ظهر أن القسمة إنما هي على ما ذكره الأصحاب لا ما ذكره هو، وإيراده بأن الدور يلزم أن يكون من ثمان لا خير فيه، بعد اقتضاء ما تضمنته الأخبار له، وحينئذ فالعمدة فيما ذكره الأصحاب من جعل القسمة ليله وليلتين إنما هو الأخبار، والظاهر أنها لا تصح بدون ذلك، وإلا لوقعت الإشارة إليه فيها، ولعل الوجه في ذلك دون أن يكون ينصف ليلة وليلة كاملة كما ذكر أن في ذلك رفعا للاستئناس وتنقيصا للعيش مضافا إلى تعسر ضبط النصف غالبا، فلا يصح أن يكون مناطا للأحكام الشرعية، وبذلك يتضح لك ما في قوله ((فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل) فإن العدول إنما وقع لاقتضاء الأخبار الدالة على القسمة بالليلة والليلتين ذلك، واتفاقها على ذلك بعد حمل مجملها على مبينها لا بمجرد ما توهم.

قيل: ويجب تفريق ليلتي الحررة في الثمان الذي هو الدور، بأن يكون واحدة في الأربع الأولى، والثانية في الأربع الثانية ليقع لها من كل أربع واحدة إن لم ترض بغيره.

وفيه أن إطلاق الأخبار المكذورة يدفعه، والله العالم. هذا ولو اجتمع عنده حررة وزوجة كتابية، فالمشهور بين الأصحاب من غيره خلاف يعرف أن للكتابية مثل ما للأمة في هذه الصورة، فلها ليلة وللحررة المسلمة ليلتان.

والمستند في ذلك ما رواه في الكافي (١) عبد الرحمن بن أبي عبد الله (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: هل للرجل أن يتزوج النصرانية على المسلمة والأمة على الحرة؟ فقال: لا يتزوج واحدة منهما على المسلمة ويتزوج المسلمة على الأمة والنصرانية، وللمسلمة الثثنان، وللأمة والنصرانية الثلث)

وبذلك يظهر ما في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك من إنكار النص في هذه المسألة حيث قال: مساواة الحرة الكتابية للأمة في القسمة لا نص عليه ظاهراً، لكنه مشهور بين الأصحاب، وذكر ابن إدريس أنه مروى، وبما استدل له باقتضاء الاسلام أن يعلو على غيره، ولا يعلى عليه، فلو ساوت المسلمة لزم عدم العلو، وفيه نظر، لأن مثل ذلك لا يقاوم الأدلة العامة المتناولة لها إلى آخره. والعجب أيضاً من سببه السيد السند في شرح النافع حيث قال: بعد أن أورد الرواية المذكورة مستندا للحكم المذكور ما لفظه: وسندها معتبر إذ ليس فيه من يتوقف في حاله سوى عبد الله بن محمد بن عيسى الأشعري، فإنه غير موثق، لكن كثيراً ما يصف الأصحاب روايته بالصحة مع أن عدم ظهور الخلاف في المسألة كاف في إثبات هذا الحكم، إنتهى.

أقول: لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه من الوهن والتستر بما هو أوهن من بيت العنكبوت وإنه لأوهن البيوت، ولكن هذا عادة أصحاب هذا الاصطلاح المحدث إذا ضاق عليهم الخناق واضطروا إلى العمل بالرواية الضعيفة باصطلاحهم لستروا بأمثال هذه الأعذار السخيفة، وهو أظهر دليل على ضعف اصطلاحهم كما تقدم تحقيقه في غير موضع.

وكذا قوله (مع أن عدم ظهور الخلاف في استمالة كاف في إثبات الحكم) فإن فيه أن غاية ما يستندون إليه مع فقد النص الاجماع، وهو هنا مما لم يدعه أحد، ومجرد عدم ظهور الخلاف لا يدل على العدم والأحكام الشرعية مطلوب فيها وجود الأدلة الشرعية وإلا كان قولاً على الله بغير علم، فيدخل قائله تحت

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٣.

ذم الآيات والروايات المتضمنة لذلك.
وبالجملة فإن كلامه رحمة الله عليه هنا بمحل من الضعف والقصور.
قالوا: ولو كانت الزوجة أمة كتابية، فالظاهر أنها تستحق من القسم
نصف ما تستحقه الأمة المسلمة فيكون لها مع الحرة المسلمة ربع القسم، فتصير
القسم من ستة عشر ليلة للأمة الكتابية منها ليلة وللحرة المسلمة أربع والباقي
للزوج، حيث لا يكون له غيرهما، ولا يخفى أن اجتماع المختلفات يتشعب إلى
صور كثيرة تعرف أحكامها بالمقايسة إلى ما ذكرناه.
الثامن: المشهور بين الأصحاب أن البكر تختص عند الدخول بسبع،
والثيب بثلاث، وبه صرح المحقق في الشرايع، ولا في النافع: وتختص البكر
عند الدخول بثلاث إلى سبع، والثيب بثلاث. ونقل عن الشيخ في النهاية وكتابي
الأخبار أن اختصاص البكر بالسبع على وجه الاستحباب، وأما الواجب لها
ثلاث، الظاهر أن عبارة النافع مبنية على هذا القول.
وقال ابن الجنيد: إذا دخل ببكر وعنده ثيب واحدة فله أن يقيم عند البكر
أول ما يدخل بها سبعا ثم يقسم وإن كان عنده ثلاث ثيب أقام عند البكر ثلاثا
حق الدخول، فإن شاء أن يسلفها من يوم إلى أربعة تنمة سبعة ويقيم عند كل
واحدة من نسائه مثل ذلك ثم يقسم لهن جاز والثيب إذا تزوجها فله أن يقيم
عندها ثلاثا حق الدخول، ثم يقسم لها ولمن عنده واحدة كانت أو ثلاثا قسمة
متساوية، إنتهى.
والأصل في ذلك الأخبار واختلافها، واختلفت هذه الأقوال في مقال الجمع
بينها، فالواجب أولا نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة، ثم الكلام بما وفق
سبحانه لفهمه منها ببركة أهل الذكر عليهم السلام.
فمنها ما رواه في الكافي (١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه
السلام

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٤.

(في الرجل تكون عنده المرأة فيتزوج أخرى، كم يجعل للتي يدخل بها؟ قال: ثلاثة أيام، ثم يقسم) وهذه الرواية كما ترى مطلقة، وليس فيها دلالة على خصوص شيء من الفردين اللذين هما محل البحث. وما رواه في الكافي (١) عن هشام بن سالم في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام

عليه السلام (في الرجل يتزوج البكر، قال: يقيم عندها سبعة أيام) وما رواه الشيخ في التهذيب (٢) عن الحضرمي عن محمد بن مسلم (قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل تزوج امرأة وعنده امرأة؟ فقال: إن كانت بكرا فليبيت عندها سبعا، وإن كانت ثيبا فثلاثا)

وعن ابن أبي عمير عن غير واحد عن محمد بن مسلم (٣)، (قال: قلت: الرجل يكون عنده المرأة يتزوج الأخرى، أله أن يفضلها؟ قال: نعم، إن كانت بكرا فسبعة أيام، وإن كانت ثيبا فثلاثة أيام) وهذا الرواية رواها الصدوق في كتابه عن ابن أبي عمير، وطريقه إليه صحيح، فتكون الرواية صحيحة، ولا يضر الإرسال إن لم يكن مؤكدا للصحة، لأن الرواية عن غير واحدة مما يؤذن بالاستفاضة، وهي أظهر في الصحة عن الرواية عن الثقة المتحد وهذه روايات السبع. وما رواه الشيخ (٤) في التهذيب عن الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قد تقدم قريبا، قال فيه: (قلت: فيكون عنده المرأة فيتزوج جارية بكرا؟ قال: فليفضلها حيث يدخل بها بثلاث ليال) الخبر.

وعن سماعة (٥) في الموثق (قال: سألته عن رجل كانت له امرأة فيتزوج عليها، هل يحل له أن يفضل واحدة على الأخرى؟ قال: يفضل للمحدثة حدثان

-
- (١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٣.
(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٥.
(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٤ بتفاوت في السند والمتن، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٨١ ح ١.
(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤١٩ ح ١ و ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٧ و ٨.
(٥) التهذيب ج ٧ ص ٤١٩ ح ١ و ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٧ و ٨.

عرسها بثلاثة أيام إذا كان بكرا ثم يسوي بينهما بطيبة نفس إحداهما للأخرى) وعن الحلبي (١) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث تقدم، قال فيه: (وقال: إذا تزوج الرجل بكرا وعنده ثيب فله أن يفضل البكر ثلاثة أيام) وهذا روايات الثلاث.

هذا ما وقفت عليه من الأخبار في المسألة، والشيخ قد جمع بينها بحمل أخبار السبع على الجواز، الثلاث على الأفضل، قال: لأن الأفضل أن لا يفضل البكر أكثر من ثلاث ليال عندنا في عرسها.

أقول: ظاهر حسنة محمد بن مسلم وجوب السبع للبكر والثلاث للثيب، لقوله فيها (فليت) وهو أمر باللام وإلا أنه يعارضها في ذلك لفظ الأمر أيضا بالتفضيل بثلاث في رواية الحسن بن زياد، والظاهر أنه لا مندوحة عما ذكره الشيخ من الجمع المذكور، وأن البكر أكثر ما تفضل به السبع، وأقله الثلاث، والثيب بالثلاث خاصة.

إنما يبقى الكلام في الوجوب، وأكثر أخبار المسألة ظاهر في الجواز مثل قوله (وله أن يفضل) ويحمل الأمر في الروايتين اللتين ذكرناهما على على الاستحباب، وأن أقل مراتبه الثلاث وأكثرها السبع، ولم أقف على مصرح بالوجوب صريحا في كلامهم.

بقي الكلام هنا في مواضع: الأول: ظاهر النص والفتوى أنه لا فرق في الزوجة بين الحرة والأمة، ولا في الثيب بين من ذهب بكارتها بجماع أو غيره، ونقل عن العلامة في النهاية أنه استقرب تخصيص الأمة بنصف ما تختص به، لو كانت حرة ورجح في القواعد المساواة والروايات كما ترى مطلقة.

الثاني: قال في المسالك: يجب التوالي في الثلاث والسبع، لأن الغرض لا يتم إلا به، ويتحقق بعدم خرجه في الليل إلى عند واحدة من نسائه مطلقا

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٦.

على حد ما يعتبر في القسمة، ولا إلى غيرها لغير ضرورة أو طاعة كصلاة جماعة ونحوها مما لا يطول زمانه، وإن كان طاعة لأن المقام عندها واجب فهو أفضل من المندوب.

أقول: ظاهر هذا الكلام وجوب السبع والثلاث، وهو مشكل لعدم الدليل الواضح عليه من الأخبار، وجملة منه إنما دلت على أن له أن يفضل، وظاهر هذا العبارة إنما هو الجواز، وأما بعض الأخبار الدالة على ذلك بلفظ الأمر فقد عرفت ما فيه من تعارض الخبرين بالثلاثة في أحدهما والسبعة في الآخر، ولا طريق في الجمع بينهما إلا بحمل الأمر على الاستحباب والترتيب فيه بمعنى أن أقل أفراد الفضل ثلاثة وأكثرها سبعة.

وبالجملة فالقول بالوجوب يحتاج إلى دليل من النصوص واضح الدلالة صريح المقالة، وظاهر كلامه أن مستنده في الوجوب إنما هو الغرض المترتب على ذلك، وهو إشارة منه إلى ما قدمه في صدر البحث حيث قال: بعد ذكر تخصيص البكر بسبع، والثيب بثلاث ما لفظه: والمقصود منه أن ترتفع الحشمة وتحصل الألفة والأنس، وخصت البكر بزيادة، لأن حياءها أكثر. إنتهى، وفيه أن هذا العلة غير منصوصة بل هي مستنبطة فلا يكون حجة. وبالجملة فإني لا أعرف على الوجوب دليلاً واضحاً، وأصالة براءة الذمة أقوى مستمسك حتى يقوم دليل واضح على ما يوجب شغلها. نعم ما ذكره من التوالي هو المتبادر من ظواهر الأخبار المذكورة، وأما كونه على جهة الوجوب فغير واضح.

ووجه استفادة التوالي منها كما ذكرنا هو قوله عليه السلام في رواية عبد الرحمن ابن أبي عبد الله (ثلاثة أيام ثم يقسم) وفي موثقه سماعة (ثلاثة أيام ثم يسوي بينهما) فإن ظاهرهما هو التوالي الثلاثة ثم القسمة الشرعية بعد ذلك، على أنهم صرحوا في مسألة ثلاثة أيام التي هي أقل الحيض وعشرة أيام الإقامة بأن المتبادر

من ذلك هو التوالي، والظاهر أنه هنا كذلك.
ويعضده أن التوالي هو المعمول عليه في جميع الأعصار والأمصار من زمن
النبي صلى الله عليه وآله إلى يومنا هذا، وإطلاق الأخبار إنما يحمل على الأفراد
المتعارفة

المتكررة دون الفروض النادرة التي ربما لا توجد، وإنما تذكر فرضا كما هنا.
الثالث: روى الصدوق في كتاب علل الشرايع (١) عن محمد بن الحسن عن الصفار
عن أحمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن الحسين بن علوان عن الأعمش عن عباية
الأسدي عن عبد الله بن عباس في حديث (أن رسول الله صلى الله عليه وآله تزوج
زينب بنت

جحش فأولم وأطعم الناس إلى أن قال: ولبت سبعة أيام بلياليهن عند زينب ثم
تحول إلى بيت أم سلمة وكان ليلتها وصبيحة يومها من رسول الله صلى الله عليه وآله
وأقول: ما دل عليه هذا الخبر من إقامته صلى الله عليه وآله سبعة أيام عند زينب مع
كونها ثيبا، ظاهر المخالفة لما تقدم من الأخبار المتفقة على أن الثيب ليس
لها إلا ثلاثة أيام، والأخبار إنما اختلفت في الكبر دون الثيب، إلا أن الخبر
سنده غير نقى كما عرفت، فإن صحر وجب قصره على مورده وتخصيصه صلى الله
عليه وآله بذلك،

وأن مورد تلك الأخبار ما عداه صلى الله عليه وآله وظاهر الخبر المذكور أن الدخول
بزينب
كان في ليلة أم سلمة وهي حقها من القسم وأنه صلى الله عليه وآله بعد إقامة السبعة
عند

زينب تحول إلى بيت أم سلمة حيث كان الدخول بزينب في ليلتها، والظاهر أنه
صلى الله عليه وآله استمر على القسم بعد ذلك كما كان أولا.
وظاهره في المسالك أنه لو كان التزويج في أثناء القسم ظلم على من بقي
بتأخير حقها بعد حضوره، وأنه يجب التخلص بما ذكره في سابق هذا الكلام،
مما لا أعرف له وجه استقامة في المقام، فليراجع إليه من أحب الوقوف عليه.
الرابع: ظاهر أكثر الأصحاب أنه لا فرق هنا في الزوجة بين الأمة والحرّة
عملا بعموم الأدلة.

(١) علل الشرايع ص ٦٥ ط النجف الأشرف، الوسائل ج ١٥ ص ٨١ ح ٢.

ونقل عن العلامة في التحرير أنه استقرب تخصيص الأمة بنصف ما يختص به لو كانت حرة كالقسم في دوام النكاح، فكما أنها في القسم إنما لها نصف الحرة فكذا هنا، وفي القواعد رجع المساواة.

ثم إنه على القول بالتشطير كما قربه في التحرير ففي كفيته وجهان: (أحدهما) أن يكمل المنكسر فيثبت للبكر أربع ليال، وللثيب ليلتان. و (ثانيهما) وهو أصحهما على ما ذكره في المسالك أن للبكر ثلاث ليال ونصفا، وللثيب ليلة ونصفا، قال: لأن المدة قابلة للتصنيف، فيخرج عند انتصاف الليل إلى بيت منفردا ومتحدا، ثم قال: وتعتبر الحرية والرؤية بحال الزفاف، فلو نكحها وهي أمة وزفت إليه وهي حرة فلها حق الحرائر، إنتهى. التاسع: المفهوم من كلام جملة من الأصحاب سقوط القسمة بالسفر، بمعنى أنه متى أراد سفرا وأحب أن يصحب بعض نسائه دون بعض فإنه له ذلك، ولا يجب عليه القضاء لمن خلفهن بعد الرجوع.

واحتجوا على ذلك بأن النبي صلى الله عليه وآله كان يفعل ذلك، ولم ينقل عنه القضاء، ولو وقع لنقل، وقيد بعضهم عدم القضاء بما إذا صحب من أراده بالقرعة، ولو صحبها بمجرد الميل القلبي قضى، لأن النبي صلى الله عليه وآله ما كان يخرج معه واحدة

إلا بالقرعة، ولهذا أنه لم يقض، وصحبتها دون غيرها بمجرد الميل القلبي من غير قرعة لا يخلو من الظلم لغيرها والميل على الباقيين، ومن أطلق نظر إلى أن السفر لا حق للنساء فيه، ومن ثم جاز انفراده به. وأورد عليه بالفرق بين الأمرين، فإن جواز ذلك له منفردا له منفردا لا يستلزم جواز صحبة من أراد بمجرد الميل إليها.

ثم إنه مع الاطلاق أو التقييد بالقرعة هل يعم الحكم لكل سفر النقلة والإقامة كإرادة الانتقال إلى بلد والتوطن فيها، وسفر الغيبة الذي يريد الرجوع بعد قضاء غرضه إلى بلده كسفره للتجارة ونحوها؟ قولان:

(أحدهما) العموم، معللاً بأن السفر لا حق لهن فيه، ولا مزية لسفر على سفر ولأن الاشتغال بمشقة السفر وعناؤه يمنع من حقوق القسمة وخلوص الصحبة والتفرد بالخلوة التي هي غاية القسمة.

و (ثانيهما) الاختصاص بسفر الغيبة فيقضى في سفر النقلة، قالوا: والقرق بينهما أن سفر النقلة لا يختص ببعضهن، بل يحتاج إلى نقلهن جميعاً، فلا يخصص واحدة بالاستصحاب كما في الحضر، فإن صحب بعضهن قضى للباقيين، بخلاف السفر الآخر، وإذا لا حق لهن فيه.

قالوا: وفي حكم سفر النقلة الإقامة في سفر الغيبة بحيث يخرج عن اسم المسافر بالتمام أو ما في معناه: لأنه بالإقامة على ذلك الوجه يصير كالحضر في التمتع بالزوجة، والخروج عن مشقة السفر.

أقول: ولم أقف بعد التتبع على نص في هذا المقام بحيث يمكن الرجوع إليه في استنباط شيء من هذه الأحكام. نعم من المشهورات الذايغات بين الخاصة والعامّة صحبته صلى الله عليه وآله لبعض نسائه في السفر، وأن ذلك بالقرعة، حتى أن أبا حنيفة

فيما نقله عنه العامّة والخاصة قد رد على رسول الله صلى الله عليه وآله في مواضع منها هذا الموضوع، فقال: إنه كان يصحب بعض نسائه بالقرعة، والقرعة عندي قمار، والظاهر أن جميع ما ذكره الأصحاب هنا تبعاً للشيخ في المبسوط وغيره إنما هو من تفرّعات العامّة على ما عرفت في غير مقام مما تقدم، والاعتماد في تأسيس الأحكام على مجرد هذه التعليلات العقلية لا يوافق أصول مذهبنا المبنية على الكتاب والسنة، وأن ما عداهما مما تكاثرت الآيات والأخبار بالمنع من الاعتماد عليه والرجوع في الأحكام الشرعية إليه، والواجب الرجوع فيما لم ترد به النصوص إلى الاحتياط والوقوف فيه على سواء ذلك الصراط كما وردت به أخبارهم عليهم السلام.

العاشر: من المستحبات عند الأصحاب في هذا المقام أن يقرع بينهن إذا

أراد أن يصحب بعضهن في السفر معه تأسيا بالنبي صلى الله عليه وآله فإنه كان يقرع بينهن

لذلك كما تقدم، كيفية القرعة هنا أن يكتب أسماء النسوة في رقاع بعد دهن، ويدرجها في بنادق متساوية، ويضعها على وجه لا يتميز ويخرج منها واحدة على السفر، فمن خرج منها صاحبها، وإن أراد استصحاب اثنتين معه أخرج رقعة أخرى، وهكذا. وإن شاء أثبت الحضر في ثلاث رقاع والسفر في واحدة وأدرجها ثم يخرج رقعة على اسم واحدة فإن خرجت رقعة السفر صاحبها، وإن خرجت من رقاع الحضر أخرج رقعة أخرى على اسم أخرى. وهكذا حتى يبقى رقعة السفر، فيتعين المتخلفة، وإذا أراد السفر باثنتين أثبت السفر في رقتين والحضر في رقتين، ثم إنه بعد خروج القرعة، على من تخرج عليه من واحدة أو أكثر لا يكون ذلك موجبا لاستصحابها بل يجوز له أن يجعلها مع المتخلفات، لكن هل يجوز له مع تركها أن يستصحب غيرها؟ منع منه الشيخ في المبسوط وإلا لانتفت فائدة القرعة. وقيل كيجوز ذلك لأنها ليست من الملزمات، فإن الاستصحاب تبرع، حيث إن زمان السفر لا يستحق الزوجات فيه القسم، وإنما فائدة القرعة دفع المشقة، والشحناء عن قلوب المتخلفات حيث لم يصحبهن وصحب من يريد بمجرد الميل والهوى وإذا كان صاحبها بالقرعة التي هي من الله عز وجل ارتفع ذلك من قلوبهن، والفرق بين تركها مع المتخلفات وعدم أخذ غيرها، وبين تركها وأخذ غيرها حيث جاز الأول بلا خلاف دون الثاني أن القرعة لا يوجب الصحة وإنما تعين من يستحق التقدم على تقدير إرادته، وكيف كان فالأولى مراعاة القرعة. ومنها استحباب التسوية بين الزوجات في الانفاق وحسن المعاشرة وطلاقه الوجه والجماع ونحو ذلك، لما في ذلك من رعاية العدل والانصاف. ومن الأخبار الجارية في هذا المضمار ما رواه الصدوق (١) مرسلا (قال: قال

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨١ ح ١٣ و ١٤ و ص ٣٦٢ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ١٢٢ ح ٥ و ٨ و ٩.

الصادق عليه السلام: رحم الله عبدا أحسن فيما بينه وبين زوجته، فإن الله تعالى قد ملكه

ناصرتها وجعله القيم عليها قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: خيركم خيركم لنسائه،

وأنا خيركم لنسائي. قال: وقال رسول الله صلى الله عليه وآله عيال الرجل أسراؤه، أحب

العباد إلى الله تعالى أحسنهم صنعا إلى أسرائه)

وروى الشيخ في التهذيب (١) عن عبد الملك بن عتبة إلها شمي (قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون له امرأتان يريد أن يؤثر إحداهما بالكسوة والعطية، أيصلح ذلك؟ قال: قال: لا بأس بذلك واجتهد في العدل بينهما) وعن معمر بن خلاد (٢) (قال: سألت أبا الحسن عليه السلام هل يفضل الرجل نساؤه بعضهن على بعض؟ قال: لا، ولكن لا بأس به في الإماماء)) والنهي في هذا الخبر محمول على الكراهة جمعا بينه وبين ما تقدمه، وقد تقدمت الرواية عن علي (٣) أنه إذا كان يوم واحدة، ولا يتوضأ في بيت الأخرى.

ومنها أن يكون صبيحة ذلك اليوم عند صاحبة الليلة لما تقدم في المورد الخامس من رواية إبراهيم الكرخي الدالة على أنه إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها، ويظل عندها صبيحتها، وقد تقدم أن الحمل على الاستحباب إنما ه ومن حيث ضعف سند الرواية، ولا فلو كانت صحيحة لحكم بالوجوب، وحيث فم لا يرى العمل بهذا الاصطلاح فالحكم عنده الوجوب كما هو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط المتقدم ذكره ثمة.

ومنها أنه يستحب له أن يأذن لها في عيادة مرض أبيها وأمها وحضور موتها ونحوهما من أقاربها أيضا، وله منعها عن ذلك، كذا ذكره الأصحاب. وعللوا الأول بما في عدم ذلك من التأدية إلى الوحشة وقطيعة الرحم.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ٩ و ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٨٣ ح ١ و ٢.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ٩ و ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٨٣ ح ١ و ٢.

(٣) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣.

وأما الثاني فيدل عليه ما رواه الكليني (١) عن عبد الله بن سنان أبي عبد الله عليه السلام (قال: إن رجلا من الأنصار على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله خرج في بعض حوائجه

فعهد إلى امرأته عهدا أن لا تخرج من بيتها حتى يقدم قال: وإن أباهما مرض فبعثت المرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت: إن زوجي خرج وعهد إلي أن لا أخرج

من بيتي حتى يقدم، فإن أبي قد مرض، فتأمرني أن أعوده؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله

لا اجلسي في بيتك وأطيعي زوجك، قال: فثقل فأرسلت إليه ثانيا بذلك، فقالت، فتأمرني أن أعوده؟ فقال: اجلسي في بيتك وأطيعي زوجك، قال: فمات أبوها فبعثت إليه أن أبي قد مات فتأمرني أن أصلي عليه، فقال: لا اجلسي في بيتك وأطيعي زوجك، قال: فدفن الرجل فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه وآله إن الله قد غفر

لك ولأبيك بطاعتك لزوجك)

أقول: ما عللوا به الحكم الأول عليل لا يصلح للاستدلال، فإن الاستحباب حكم شرعي كالوجوب والتحريم لا يثبت إلا بدليل من الكتاب والسنة أو الاجماع عند من يرى حجيته، ولا يمثل هذه المناسبات والتقريبات العقلية. وبالجملة فإنني لم أقف على نص يدل على استحباب ذلك له مع عدم صراحة الرواية المذكورة في أن له المنع من ذلك.

الحادي عشر: لو وهبت إحدى الزوجات حقها من القسم للزوج أو لبعض نسائه جاز، لكن لا يجب على الزوج القبول لأن الاستمتاع بها حق له في الجملة، فإن رضي بذلك جاز.

ويدل على جواز ذلك ما رواه الشيخ (٢) عن علي بن جعفر عن أخيه موسى ابن جعفر عليه السلام (قال: سألته عن رجل له امرأتان، قالت إحداهما. ليلتي ويومي

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٣ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٠ ح ٨، الوسائل ج ١٤، ص ١٢٥ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٤ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٢.

لك يوماً أو شهراً أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس) وظاهر الخبر حصول المعاوضة عن الهبة المذكورة والتعبير بالشراء والبيع مجاز، لأن البيع والشراء متعلقه بالأعيان المالية، وإن كان للشيخ قول كما تقدم في كتاب البيع بتعلقه بالمنافع ونحوها. وكيف كان فالظاهر أن المراد المعاوضة عليه في الجملة.

هذا بالنسبة إلى هبته للزوج، وفي معنى هذا الخبر أخبار أخر تأتي إن شاء الله تعالى في النشوز.

وأما الهبة لبعض الزوجات فيدل عليه ما نقله في المسالك من رواية سودة بنت زمعة زوجة النبي صلى الله عليه وآله، قال بعد ذكر الحكم المذكور: والأصل في ذلك

ما روي (١) أن سودة بنت زمعة لما كبرت وهبت ليلتها لعائشة وكان النبي صلى الله عليه وآله

يقسم لها يوماً يوم سودة.

أقول: الظاهر أن هذا الرواية من روايات العامة فإنني لم أقف بعد التتبع عليها في شيء من كتب أخبارنا، وعلى هذا فلو كانت الهبة لبعض الزوجات، فإن كانت ليلة الواهبة متصلة بليلة الموهوبة بات عند الموهوبة ليلتين متواليين، وإن كانت منفصلة فالأظهر أنه تبقى على ما كان سابقاً، بمعنى أنه يبيت عند الموهوبة فيها من غير أن يجوز له تقديمها وجعلها متصلة بليلة الموهوبة، لأن من الجائز رجوع الواهبة في تلك الأيام للمتوسطة، وبالتقديم يفوت حق الرجوع ولو كانت الهبة للزوج فهو مخير في وضعها حيث شاؤ؟، لكن الظاهر أنه ليس بتقديمها على وقتها، فينظر مع ذلك في ليلة التي يريد تخصيصها بها، فإن كانتا متواليين فلا إشكال، وإلا أحر المبيت بها عندها إلى ذلك الوقت، لعين ما تقدم، وإن وهبتها لجميع نسوته كان القسم كما لو لم تكن، واختص القسم بمن عداها. بقي الكلام هنا في سيئين (أحدهما) أنه ينبغي أن يعلم أنه لما كانت الهبة

(١) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٣٤ ب ٤٨ ح ١٩٧٢، سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٤٣ ح ٢١٣٥.

مشروطة برضاء الزوج كما تقدم، وكانت هذه الهبة في معنى الاسقاط للحق والمسامحة

به، فلزومها إنما يمكن باعتبار الزمان الماضي بمعنى أنه لو رجعت فيما مضى لم يجب قضاؤه لخروجه عن ملكها بالهبة والقبض وانتقاله إلى الموهب، وأما المستقبل فلا يلزم الهبة فيه، بل لها الرجوع كما عرفت، لأنه متجدد لا يمكن قبضه وإنما هو بمعنى الاسقاط لا هبة حقيقية، حتى أنها لو رجعت في أثناء الليل وجب على الزوج الانتقال والخروج مع العلم من عند الموهوبة إليها، وما مضى فلا تأثير للرجوع فيه لجريان الهبة فيه.

و (ثانيهما) أنه لو طلبت عوضاً من هذه الهبة فأجابها الزوج والضرات. فهل يكون العوض المذكور لازماً أم لا؟ نقل عن الشيخ في المبسوط الثاني محتجاً بأن العوض إنما يكون في مقابلة عين أو منفعة وهذا الحق ليس عينا ولا منفعة، وإنما هو مأوى ومسكن فلا تصح المعاوضة عليه بالمال.

والمحقق في الشرايع نقل هذا القول بلفظ (قيل) مؤذنا بتمريضه وتضعيفه أو تردده فيه، ووجهه في المسالك بمنع انحصار المعاوضة في الأمرين المذكورين، قال: لجواز المعاوضة بالصلح على حق الشفعة والتحجير وغيرهما من الحقوق.

أقول: قد عرفت من ظاهر رواية علي بن جعفر المتقدمة صحة ذلك، وإن عبر عنه بالشراء مجازاً أو المراد النكاح عن المعاوضة عليه، وبذلك يظهر قوة القول الأول.

الثاني عشر: لا قسمه للصغيرة ولا الناشئة عند الأصحاب، وعلل بأن القسمة كالنفقة التي هي من جملة الحقوق الواجبة، فمن لا يستحق النفقة لصغر أو نشوز لا تستحق القسمة.

وأما المجنونة فإن كان جنونها أدواراً فظاهرهم أن لها نصيب من القسمة، وإن كان مطبقاً فظاهر جمع منهم إطلاق عدم القسمة لها، وإن استحققت النفقة، إذ لا عقل لها حتى يدعوها إلى الأنس بالزوج والتمتع به، وفصل آخرون فخصوا عدم القسمة بما إذا كان يخاف أذاها ولم يكن لها شعور بالأنس به، وإلا قسم لها.

وأما المسافرة فإن كان سفرها بغير إذنه في غير واجب فهي ناشزة لا تستحق
قسمة، وإن كان واجبا مضيقا كالحج الواجب بالأصل والنذر المعين فظاهرهم
أنه لا يسقط حقها بل يجب القضاء لها بعد الرجوع، ولو كان السفر بإذنه في غرض
لها غير الواجب أو الواجب الموسع فهل تستحق قسمة أم لا؟ قولان: أولهما للعلامة
في التحرير، وثانيهما له في القواعد. ووجه الأول أنه بالإذن لها وإن فات حقه،
إلا أن حقها باق فيجب القسم لها، ووجه الثاني فوات التمكين، والاستمتاع
المستحق عليها لأجل مصلحتها، والإذن إنما يؤثر في سقوط الإثم عنها، وفوات
التسليم المستحق عليها، وإن كان بسبب غير مأثوم فيه، لكنه يوجب سقوط
ما يقابله وهو القسم، كما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب تعذر التسليم
فيه، فإنه يسقط تسليم الثمن، وحيث يحكم بالوجوب في هذه المواضع أو عدم
الوجوب، فالمراد وجوب القضاء وعدم وجوبه، وظاهره في المسالك والتوقف هنا
حيث اقتصر على نقل القولين المذكورين والوجه فيهما ولم يرجح شيئا، ولم
أقف في هذا الموضع على شيء من النصوص إلا أن جملة من الأحكام المذكورة
في لمقام مما تقتضيه القواعد الشرعية والضوابط المرعية.

المقالة الثانية في النشوز والشقاق، والكلام فيها يقع في مقامين:
الأول في النشوز: وهو لغة الارتفاع، وشرعا الخروج عن الطاعة، يقال:
نشز الرجل ينشز نشزا، إذا كان قاعدا فنهض قائما، ومنه قوله عز وجل (إذا
قيل انشزوا فانشزوا) (١) أي انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى.
قالوا: وسمي خروج أحد الزوجين عن طاعة الآخر نشوزا، لأنه بمعصيته
قد ارتفع وتعالى عما أو جب الله عليه من ذلك، لذلك خص النشوز بما إذا كان
الخروج من أحدهما، لأن الخارج ارتفع على الآخر، فلم يبق بحقه أو عن

(١) سورة المجادلة آية ١١.

الحق، ولو كان الخروج منهما معا خص باسم الشقاق كما سيأتي لا النشوز، لاستوائهما معا في الارتفاع فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الآخر. أقول: في كتاب المصباح المنير (١): نشزت المرأة من زوجها نشوزا من بابي قعد وضرب عصت زوجها وامتنعت عليه، ونشز الرجل من امرأته نشوزا أو إعراضا (٢) وأصله الارتفاع، يقال: نشز من مكانه نشوزا بالوجهين إذا ارتفع عنه. إنتهى، ومقتضى هذا الكلام إطلاق النشوز لغة على المعنى الشرعي. ونحو هذه العبارة فيما ذكرناه عبارة القاموس (٣)، وحينئذ فما ذكره الأصحاب من أنه لغة بمعنى الارتفاع وشرعا بمعنى الخروج عن الطاعة غير جيد، لما عرفت من أنه يطلق لغة على المعنيين المذكورين.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن النشوز قد يكون من الزوجة، وقد يكون من الزوج، وإلى الأول يشير قوله عز وجل (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن) وإلى الثاني يشير قوله عز وجل (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما الآية، فالكلام هنا يقع في موضعين:

الأول: في نشوز المرأة، والأصل في هذا المقام الآية المتقدمة، وهي قوله تعالى (واللاتي تخافون نشوزهن) الآية، إلا أنه قد يقع الكلام فيها في مواضع: الأول إنه هل تثبت هذه الأمور المذكورة في الآية مع تحقق النشوز أو ظهور أماراته قبل وقوعه أو معهما؟ فقيل: إن المراد بخوف النشوز توقعه،

(١) المصباح المنير ص ٨٣١.

(٢) سورة النساء آية ١٢٨.

(٣) القاموس المحيط ج ٢ ص ١٩٤.

(٤) سورة النساء آية ٣٤.

وقال الفراء على ما نقله في كتاب مجمع البيان (١) تعلمون نشوزهن، قال: وقد يكون الخوف بمعنى العلم، وهو ظاهر جملة من الأصحاب كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى.

الثاني: إن هذه الأمور الثلاثة المذكورة في الآية على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الأخف إلى الأثقل، وهو جل شأنه قد ذكر الثلاثة متعاطفة بالواو، والمفيدة للجمع وقد ذهب ابن الجنيدي إلى الجمع في هذه الأمور الثلاثة كما هو ظاهر الواو وجعلها مترتبة على النشوز بالفعل، ولم يتعرض للحكم مع ظهور أماراته، وكأنه حمل الخوف على معنى العلم كما تقدم نقله عن الفراء، وأبقى الواو على ظاهرها من إفادة الجمع، وذهب جمع منهم المحقق في النافع إلى أن هذه الأمور الثلاثة مترتبة، لكن المحقق اعتبر في الوعظ ظهور أمارة العصيان، وفي الهجر عدم إفادة الوعظ وفي الضرب عدم إفادة الهجر. وأنت خبير بأنه إذا لم يفد الوعظ يكون النشوز متحققا بالفعل. والعلامة في الإرشاد جعل الأمور الثلاثة مترتبة على النشوز بالفعل مع كونها في نفسها مرتبة وهو ظاهر كلام الثقة الجليل علي بن إبراهيم الآتي إن شاء الله تعالى.

وظاهر جماعة منهم المحقق في الشرايع والعلامة في القواعد جعل الأمور الثلاثة منزلة على الحالين أعني ظهور أمارات النشوز، وتحققه بالفعل فإنهم جعلوا الوعظ والهجر معلقا على ظهور أماراته، والضرب منوطا بحصوله بالفعل، والعلامة في التحرير وقوله جمع من الأصحاب فصلوا في المسألة تفصيلا آخر فجعلوا الأمور الثلاثة مترتبة على مراتب ثلاثة من حالها، فمع ظهور أمارات النشوز يقتصر على الوعظ، ومع تحققه قبل الاصرار ينتقل إلى الهجر، فإن لم ينجح وأصررت انتقل إلى الضرب، واستقر به السيد السند في شرح النافع قال: فيكون معنى الآية (واللاتي تخافون نشوزهن) فعضوهن، فإن نشزن فاهجروهن

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٣.

في المضاجع فإن أصررن فاضربوهن، إنتهى.

وقال الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمي في تفسيره (١): (واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) (٢) وذلك إذا نشزت المرأة عن فراش زوجها، قال زوجها، إتقي الله وارجعي إلى فراشك، فهذه الموعظة، فإن أطاعته فسبيل ذلك، وإلا سبها وهو الهجر، فإن رجعت إلى فراشها فذلك، وإلا ضربها ضربا غير مبرح، فإن رجعت وأطاعت فضاجعته، يقول الله (فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) يقول: لا تكلفوهن الحب، فإنما جعل الموعظة والسب والضرب لهن في المضجع (إن الله كان عليا كبيرا) إنتهى وظاهره كما ترى ترتب هذه الأمور على النشوز بالفعل لا خوفه، وهو محمول على ما تقدم عن الفراء من أن الخوف بمعنى العلم.

الثالث: فيما هو المراد من هذا الأمور الثلاثة المذكورة في الآية، (أما) الوعظ فظاهر، وهو تخويفها بالله سبحانه وذكر ما ورد من حقوق الزوج على المرأة في الأخبار عن النبي صلى الله عليه وآله وأبنائه الأطهار.

و (أما) الهجر فقد اختلف فيه كلامهم، وظاهر كلام الشيخ علي بن إبراهيم المتقدم، تفسيره بالسب وهو غريب، ولم يذكره غيره فيما أعلم ولا ريب أنه أحد معاني الهجر لكنه هنا بعيد، بل المراد إنما هو ما يؤذن بالصد والاعراض والقطيعة، وقيل: هو أن يحول ظهره إليها في المضجع وبه قال ابن بابويه (٣)، ورواه

(١) تفسير القمي ج ١ ص ١٣٧.

(٢) سورة النساء آية ٣٤.

(٣) قال في المختلف: قال الشيخ في المبسوط: الهجران في المضجع أن يترك قربها، وقال الشيخ علي بن بابويه في رسالته وابنه في مقنعه وابن البراج: أن يجعل إليها ظهره، وابن إدريس قال بالأول، وجعل الثاني رواية، وكلامهما عندي جائز، وتختلف ذلك باختلاف الحال في السهولة والطاعة وعدمها، انتهى. (منه قدس سره).

أقول: صورة العبارة هكذا: وأما النشوز فقد يكون من الرجل، وقد يكون من المرأة. أما الذي من الرجل فهو أنه يريد طلاقها فيقول: أمسكني ولك ما عليك وقد وهبت ليلتي لك ويصطلحان على هذا، فإذا نشزت المرأة عن كنشوز الرجل فهو الخلع إذا كان من المرأة وحدها فهو أن لا تطيعه، وهو ما قال الله تبارك وتعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن" فالهجران إلى آخر ما في الأصل. (منه قدس سره).

الطبرسي في كتاب مجمع البيان (١) عن الباقر عليه السلام، ونسبه في الشرايع إلى الرواية.

وفي كتاب الفقه الرضوي (٢): وأما النشوز إلى أن قال: والهجران هو أن يحول إليها ظهره في المضجع والضرب بالسواك وشبهه ضربا رفيقا، إنتهى. وقيل: أن يعتزل فراشها ويبيت على فراش آخر، اختاره الشيخ في المبسوط وابن إدريس، وقيل: إنه كناية عن ترك الجماع.

وأما الضرب فقد تقدم في كلام علي بن إبراهيم أنه يضربها ضربا غير مبرح، وبه صرح غيره أيضا، والرماد من غير المبرح ما لا يدمي لحما، ولا يهشم عظما، ويكون كضرب الصبيان للتأديب بحيث يتألم منه المضروب ولا يوجب ضررا في بدنه. وفي تفسير مجمع البيان (٣) عن الباقر عليه السلام (أنه الضرب بالسواك) ومثل ما عرفت من كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي.

قال في المسالك ونعم ما قال: وفي بعض الأخبار أنه يضربها بالسواك، ولعل حكمته توهمها إرادة المداعبة، وإلا فهذا الفعل بعيد عن التأديب والاصلاح، إنتهى وهو جيد.

وقيل: إن الضرب يكون بمنديل ملفوف، أو درة، ولا يكون بسياط ولا خشب،

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤.

(٢) فقه الرضا ص ٢٤٥.

(٣) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤.

نقله الشيخ في المبسوط عن قوم، وأظهر هذه الأقوال الأول فإنه هو الذي يرجى به الرجوع إلى الطاعة. ولو حصل بالضرب تلف، قيل: وجب عليه الغرم لأنه قد تبين بذلك أنه إتلاف لا إصلاح بخلاف الولي إذا أدب الطفل، وفرق بينهما بأن تأديب المرأة لحظ نفسها والولد لحظة لا لحظ الولي. وأورد عليه بأن في الفرق نظرا، قال في شرح النافع: وينبغي القطع بعدم غرمه لأنه بتأديب الطفل محسن، ما على المحسنين من سبيل، ولا يبعد إلحاق الزوج به في ذلك، خصوصا إن كان المقصود من الضرب تأديبها على فعل محرم إنتهى.

أقول: يمكن أن يقال: إنه إن كان الضرب المذكور ليس مما يترتب على التلف بحسب العادة، وإنما اتفق التلف بعده اتفاقا فهذا لا يترتب عليه ضمان، وإن كان مما يمكن ترتب التلف عليه فلا يبعد وجوب الضمان. الثاني: في نشوز الزوج، وهو المشار إليه بقوله عز وجل (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا) (١) والآية: قالوا: وهو عبارة عن أن يتعدى الزوج عليها ويمنعها بعض حقوقها الواجبة من نفقة أو كسوة أو قسم أو نحو ذلك أو أنه يضربها ويؤذيها بغير سبب مبيح له ذلك، وحينئذ فترفع أمرها إلى الحاكم، فإن ثبت عندهما ادعته بيينة أو اعتراف أو نحو ذلك عزره بما يراه، وأجرى عليها النفقة من ماله ولو ببيع عقاره عليه، وإلا نصب بينهما ثقة يستعلم صدق ما ادعته، ويكون الحكم كما تقدم، ولو لم يكن يؤذيها ولا يمنعها شيئا من حقوقها الواجبة إلا أنه يكرهها لكبر أو مرض أو غيرهما فلا يدعوها إلى فراشه ويهم بطلاقها، فلها أن تسترضيه بإسقاط بعض حقوقها من القسم أو النفقة أو نحوهما ويحل له ذلك، وهذا هو الصلح الذي أشارت إليه الآية بقوله (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا).

(١) سورة النساء آية ١٢٨.

وعلى ذلك تدل جملة من الأخبار، منها ما رواه في الكافي (١) الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن قول الله عز وجل (وإن

امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا) فقال: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إني أريد أن أطلقك، فتقول له: لا تفعل إني أكره أن تشمت بي، ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شئ فهو لك، ودعني على حالتي، فهو قوله تبارك وتعالى (فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا) وهذا هو الصلح)

وعن علي بن أبي حمزة (٢) (قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا) فقال: إذا كان كذلك فهم بطلاقها قالت له: أمسكني وأدع لك بعض ما عليك وأحللك من يومي وليتي، حل له ذلك ولا جناح عليهما)

وعن أبي بصير (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألته عن قول الله عز وجل (وإن

امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا) قال: هذا تكون عنده المرأة لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له: أمسكني ولا تطلقني وأدع لك ما على ظهرك، وأعطيك من مالي وأحللك من يومي وليتي، فقد طاب ذلك له كله). ما رواه في الفقيه (٤) عن المفضل بن صالح عن زيد الشحام عن أبي عبد الله

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ٩٠ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ١، العياشي ج ١ ص ٢٧٨ ح ٢٨٢ وفيه "عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته "مع فرق يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٩٠ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ٣ وفيه "هذا كله"، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٨ وفيه "الحسن بن هاشم"، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٣.

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٦ ب ١٦٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٤.

عليه السلام (قال: النشوز قد يكون من الرجل والمرأة جميعا، فأما الذي من الرجل فهو ما قال الله عز وجل في كتابه (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير) (١) وهو أن تكون المرأة عند الرجل لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له: أمسكني ولا تطلقني وأدع لك ما على ظهرك، وأحل لك يومي وليتي، فقد طاب له ذلك) وما رواه العياشي (٢) في تفسيره عن أحمد بن محمد عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (في

قول الله عز وجل (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا) فقال: النشوز: الرجل يهيم بطلاق امرأته، فتقول له: أدع ما على ظهرك، وأعطيك كذا وكذا، وأحللك من يومي وليتي على ما اصطلحا، فهو جائز)

وعن زرارة (٣) (قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهارية إلى أن قال: ولكنه إن تزوج امرأة فخافت منه نشوزا أو خافت أن يتزوج عليها أو يطلقها فصالحته من حقها على شيء من نفقتها أو قسمتها، فإن ذلك جائز لا بأس به).

أقول: وهذا الأخبار بعد حمل مطلقها على مقيدها ومجملها على مبينها ظاهرة الاتفاق في تخصيص صحة الصلح وبراءة ذمة الزوج مما أسقطته عنه المرأة بما كرهها أو أراد التزويج عليها أو نحو ذلك مما لا يتضمن إخلالا بواجب أو ارتكاب محرم.

وبذلك يظهر ضعف قول من قال: إنه لو أحل الزوج بحقوقها الواجبة أو بعضها فتركت له بعض الحقوق جاز ذلك وبرئت ذمته، وإن كان آثما في نشوزها،

(١) سورة النساء آية ١٢٨.

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٧٨ ح ٢٨١، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٦.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٤، وفيه "المهارية" و "إذا تزوج"، التهذيب ج ٧

ص ٣٧٢ ح ٦٨، تفسير العياشي ج ١ ص ٢٧٨ ح ٢٨٣ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥

ص ٩١ ح ٧ و ص ٤٨ ح ٣.

لأن الآية بمقتضى الروايات التي وردت بتفسيرها أكثرها صريح في تخصيص ذلك بكرهته لها نحو ذلك دون الإخلال بالحقوق الواجبة عليه لها، وما أطلق فقرائن ألفاظه ظاهر في ذلك أيضا.

وبالجملة فإن المستفاد من الآية والأخبار بتقريب ما قلناه أن النشوز الموجب لصحة الصلح بإسقاط بعض الحقوق هو ما لم يتحقق إخلال الزوج بشئ من الحقوق الواجبة عليه، على أنه متى كان القسم والنفقة من الأمور الواجبة عليه، فتركت له النفقة مثلا لأجل القسم، فإنه يكون هذا الترك لا في مقابلة عوض لأن القسم واجب عليه تركت النفقة أم لم تتركها، فيكون إسقاط النفقة من غير سبب يوجهه قبيحا، ولو قهرها على بذل ما تركت فلا ريب في عدم حله. لأنه إكراه بغير حق شرعي.

المقام الثاني في الشقاق: وهو أن يكره كل واحد من الزوجين صاحبه، فيكون كل واحد منهما بكرهته للآخر في شق عنه أي ناحية والحكم في ذلك، بعث كل واحد منهما حكما من أهله حسبما يأتي تفصيله. والأصل في هذا المقام الآية أعني قوله عز وجل (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدان إصلاحا يوفق الله بينهما) (١) والأخبار ومنها ما رواه في الكافي (٢) عن علي بن أبي حمزة (قال: سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عز وجل: وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله

وحكما من أهلها) فقال: يشترط الحكمان إن شاء فرقا وإن شاء جمعا، ففرقا أو جمعا جاز)

وعن سماعة (٣) في الموثق (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل

(١) سورة النساء آية ٣٥.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٩ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٠٤ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ ح ١.

(فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) أرأيت إن استأذن الحكمان فقالا للرجل والمرأة: أليس قد جعلتما أمركما إلينا في الإصلاح والتفريق؟ فقال: الرجل والمرأة: نعم، فأشهدا بذلك شهودا عليهما أيجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم، ولكن لا يكون إلا على طهر من المرأة من غير جماع من الزوج، قيل له: أرأيت إن قال أحد الحكمين: قد فرقت بينهما، وقال الآخر: لم أفرق بينهما، فقال: لا يكون تفريقا حتى يجتمعا جميعا على التفريق، فإذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما).

وعن محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليهما السلام (قال: سألته عن قول الله عز وجل (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها)؟ قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرا)

وما رواه المشايخ الثلاثة (٢) عن الحلبي في الصحيح، وفي آخر في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سأته عن قول الله عز وجل: (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرا الرجل والمرأة، ويشترطا عليهما إن شئنا جمعنا وإن شئنا فرقنا فإن جمعنا فجائز وإن فرقا فجائز). وماراه في الكافي (٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز وجل

(فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) قال: الحكمان يشترطا إن شاء فرقا وإن شاء جمعنا، فإن جمعنا فجائز، وإن فرقا فجائز) وفي كتاب الفقه الرضوي (وأما الشقاق فيكون من الزوج والمرأة جمعنا وإن شئنا فرقنا فإن جمعنا فجائز، وإن فرقا فجائز) وفي كتاب الفقه الرضوي (٤) (وأما الشقاق فيكون من الزوج والمرأة جميعا كما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٧ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ١.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٩، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٩ ح ١.
(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ٢.
(٤) فقه الرضا ص ٢٤٥، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١.

قال الله تعالى (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) ويختار الرجل رجلا والمرأة تختار رجلا فيجتمعان على فرقة أو على صلح، فإن أراد إصلاحا أصلا من غير أن يستأمر، وإن أراد التفريق بينهما فليس لها إلا بعد أن يستأمر الزوج والمرأة) إنتهى.

وفي تفسير العياشي (١) عن محمد بن سيرين عن عبيدة (قال: أتى علي بن أبي طالب عليه السلام رجل وامرأة، ومع كل واحد منهما فئام من الناس فقال عليه السلام: ابعثوا

حكما من أهله وحكما من أهلها، ثم قال للحكمين: هل تدرين ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن يجمعكما جمعتهما، أو إن رأيتما أن يفرقا فرقتما، فقالت: المرأة: رضيت بكتاب الله علي ولي، فقال الرجل: أما في الفرقة فلا، فقال: علي عليه السلام: ما تبرح حتى تقر بما أقرت به)

روى في الكتاب المذكور عن زيد الشحام (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام (في قوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأة) قال: وفي خبر آخر عن الحلبي عنه عليه السلام (ويشترط عليهما إن شاء جمعا وإن شاء فرقا) فإن جمعا فجائز، فإن فرقا جائز، قال: وفي رواية فضالة (فإن رضيا وقلداهما الفرقة ففرق فهو جائز) إنتهى.

هذا ما حضرني من أخبار المسألة، وقال الشيخ علي بن إبراهيم في تفسيره (٣) (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) فما حكم به الحكمان فهو جائز، يقول الله: (إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما) يعني الحكمان، فإذا كان الحكمان عدلين دخل حكم المرأة على المرأة فيقول: أخبرني ما في نفسك فإنني لا أحب أن أقطع شيئا دونك، فإن كانت هي الناشزة قالت:

(١) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ٩٤ ح ٦.
(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٤ و ١٢٦، الوسائل ج ٢ ص ٩٣ و ٩٤ ح ٣ و ٥.
(٣) تفسير القمي ج ١ ص ١٣٧ مع اختلاف يسير، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٤ ب ١١ ح ١.

أعطه من مالي ما شاء و فرق بيني وبينه، وإن لم تكن ناشزة قالت: أنشدك الله أن لا تفرق بيني وبينه، ولكن استزد لي في نفقتي، فإنه إلي مسيء، ويخلو حكم الرجل بالرجل، فيقول: أخبرني بما في نفسك، فإني لا أحب أن أقطع شيئاً دونك، فإن كان هو الناشز قال: خذلي منها ما استطعت و فرق بيني وبينها فلا حاجة لي فيها، وإن لم يكن ناشزا قال: أنشدك الله أن لا تفرق بيني وبينها فإنها أحب الناس إلي، فأرضها من مالي بما شئت، ثم يلتقي الحكمان وقد علم كل واحد منهما ما أوصى به إليه صاحبه، فأخذ كل واحد منهما على صاحبه عهد الله وميثاقه لتصدقني ولأصدقنك وذلك حين يريد الله أن يوفق بينهما، فإذا فعلا وحدث كل واحد منهما صاحبه بما أفضى إليه عرفا من الناشز، فإن كانت المرأة هي الناشزة قالاً: أنت عدوة الله الناشزة العاصية لزوجك ليس لك عليه نفقة ولا كرامة لك وهو أحق أن يبغضك أبدا حتى ترجعين إلى أمر الله وإن كان الرجل هو الناشز قالاً له: يا عدو الله أنت العاصي لأمر الله المبغض لا مرأته فعليك نفقتها ولا تدخل لها بيتا ولا ترى لها وجهاً أبدا حتى ترجع إلى أمر الله عز وجل وكتابه. وقال: وأتى علي بن أبي طالب عليه السلام رجل وامرأة على هذه الحال فبعث حكما من أهله وحكما من أهلها وقال للحكيمين: هل تدريان ما تحكمان؟ أحكما، إن شئتما فرقتما، وإن شئتما جمعتما، فقال: الزوج: لا أرضى بحكم فرقة ولا أطلقها، فأوجب عليه نفقتها، ومنعه أن يدخل عليها، وإن مات على ذلك الحال الزوج ورثته، وإن ماتت لم يرثها إذا رضيت منه بحكم الحكيمين وكره الزوج، فإن رضي الزوج وكرهت المرأة أنزلت هذه المنزلة إن كرهت ولم يكن لها عليه نفقة وإن مات لم ترثه، وإن ماتت ورثها حتى ترجع إلى حكم الحكيمين، إنتهى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام في المقام يقع في مواضع:
الأول: هل المراد من خوف الشقاق في الآية هو خشية الشقاق كما هو ظاهر اللفظ، أو العلم به؟ قولان وإلى الأول يميل كلام أمين الإسلام الطبرسي

في كتاب مجمع البيان حيث قال: (فإن خفتهم) أي خشيتهم، وقيل، علمتم، والأول أصلح، لأنه لو علم الشقاق يقينا لما احتيج إلى الحكمين.

وإلى الثاني يميل كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، حيث حمل الآية أولا على المعنى الظاهر من اللفظ مع تقدير الاستمرار بمعنى أنه إن خشيتهم استمرار الشقاق، لأن ظهور النشوز منها موجب لحصول الشقاق.

أقول: فالمراد حينئذ خوف استمراره، ثم قال: يجوز أن يراد من خشية الشقاق العلم به كما سلف، وهو أولى من إضمار الاستمرار، وكلام سبطه في شرح النافع يميل إلى الأول حيث قال: والظاهر أن المراد والله أعلم (إن خفتهم استمرار الشقاق بينهما) أو يقال: إن الشقاق إنما يتحقق مع تمام الكراهة بينهما، فيكون المراد أنه إذ حصلت كراهة كل منهما لصاحبه وخفت حصول الشقاق بينهما (فابعثوا حكما) وقيل: معنى خفتهم علمتم.

أقول: الظاهر أن المراد من قول شيخنا الطبرسي (لأنه لو علم الشقاق يقينا لما احتيج إلى الحكمين) هو أن الغرض من بعث الحكمين هو الإصلاح بينهما باجتماع أو فرقة، ومتى كان الشقاق معلوما علم أنه لا يمكن الإصلاح بالاجتماع، فموضع إرسالهما إنما هو في مقام يرجو فيه الاجتماع بأن يظهر الكراهة من كل منهما لصاحبه في الجملة إلا أنه يرجى الاجتماع حينئذ، وهو يرجع إلى المعنى الثاني الذي ذكره في شرح النافع، والظاهر قربه.

الثاني: اختلف المفسرون والفقهاء في المخاطب في الآية بإنفاذ الحكمين هل هو الحاكم الشرعي؟ أو الزوجان؟ أو أهل الزوجين؟ على أقوال، وبالأول قطع المحقق في الشرايع والعلامة في القواعد، ونسبه في المسالك إلى الأكثر، قال: وجعلوا ضمير فابعثوا في الآية راجعا إلى الحكام.

والثاني اختيار ابن بابويه في الفقيه والمقنع وأبيه في الرسالة والمحقق في الشرايع، إلا أنه في النافع قال: إذا امتنعا بعثتهما الحاكم.

قال في كتاب مجمع البيان (١): (واختلف في المخاطب بإنفاذ الحكمين من هو؟ فقيل: السلطان الذي ترفع الزوجان إليه، عن سعيد بن جبير والضحاك وأكثر الفقهاء وهو الظاهر في الأخبار عن الصادقين عليهم السلام وقيل إنه الزوجان أو أهل الزوجين عن السيد واختلفوا في الحكمين هل لهما أن يفرقا بالطلاق إن رأيا أم لا؟ والذي في روايات أصحابنا عنهم عليهم السلام أنه ليس لهما ذلك إلا بعد

أن يستأمرهما ويرضيا بذلك، وقيل: إن لهما ذلك، وعن سعيد بن جبير والشعبي والسدي وإبراهيم، وروده عن علي عليه السلام ومن ذهب إلى هذا القول قال: إن الحكمين وكيلان، إنتهى.

وأنت خبير بأن ليس في الأخبار المتقدمة ما يدل على ما نحن فيه إلا كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه، فإنه صريح في أن البعث من الزوجين، وإنما نسب هذا القول إلى الصدوق في الفقيه (٢) لأنه قد عبر بهذه العبارة حيث قال: الشقاق قد يكون من المرأة والرجل جميعا وهو ما قال الله تعالى (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) (٣) فيختار الرجل رجلا وتختار المرأة رجلا، فيجتمعان على فرقة أو صلح، فإن أراد الاصلاح أصلحا من غير أن يستأمر، وإن أراد أن يفرقا فليس لهما أن يفرقا إلا بعد أن يستأمر الزوج والمرأة، إنتهى (٤).

والظاهر أن عبارة أبيه في الرسالة كذلك أيضا وأما عبارة المقنع فهي

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٧.

(٣) سورة النساء آية ٣٤.

(٤) ثم قال في تمام هذا الكلام: وهو المناسب بمقام البعث والتحكيم واللايق يقطع التنازع والمروي. ثم ذكر القولين الآخرين وضعفهما، وكلامه ظاهر في اختيار هذا القول ب (منه قرس سره).

مثل عبارته في الفقيه، وهو نظير ما قدمنا في غير موضع من إفتاء الصدوق وأبيه في الرسالة إليه بعبارات هذا الكتاب، ومن أجل ذلك اعتمدنا عليه فيما تضمنه من الأحكام وظاهر الرواية المرسلة المذكورة في كلام علي بن إبراهيم، هو أن المرسل هو الإمام عليه السلام حيث تضمنت أنه بعد أن أتاه الرجل والمرأة على هذه الحالة بعث حكما من أهله وحكما من أهلها.

وأما رواية عبيدة المنقولة من تفسير العياشي فهي محتملة لكون خطابه عليه السلام للزوجين، وإن كان الخطاب بضمير الجمع فإنه غير غريب في الكلام، ويحتمل أن يكون لأهلها، ولعله الأقرب.

وظاهر موثقة سماعة هو أن البعث من الزوجين أيضا كما دل عليه كلامه عليه السلام في كتاب الفقه حيث قال الراوي بعد ذكر الآية: رأيت إن استأذن الحكمان

فقالا للرجل والمرأة: أليس قد جعلتما أمر كما إلينا في الاصلاح والتفريق إلى آخره، فإنه ظاهر في كون البعث منهما كما لا يخفى بل هو ظاهر الروايات الدالة على اشتراط الحكمين على الزوجين قبول ما يحكمان به، فإنه لو كان البعث إنما هو من الإمام من غير تعلق بالزوجين بالكلية كما هو ظاهر القول المشهور، لما كان لهذا الاشتراط هنا وجه كما لا يخفى (١).

ونقل عن ابن الجنيد أن الإمام يأمر الزوجين أن يبعثا فيكون هذا قولاً ثالثاً، ويدل عليه ظاهر رواية عبيدة المنقولة من تفسير العياشي بجعل الخطاب فيها للزوجين كما قدمنا ذكره.

وأما ما ذكره في كتاب مجمع البيان من أن القول بأن البعث من السلطان يعني الإمام (هو الظاهر في الأخبار عن الصادقين) فلا أعرف له وجهاً، وهذه

(١) فإن ظاهر هذه الأخبار أن البعث موقوف على رضاها ومن قال بأن البعث من الحاكم فإنه يجعله مستقلاً لا يتوقف على مراجعتها، رضاها بما بذلك أولاً. (منه قدس سره).

أخبار المسألة كملا الموجودة في الكتب الأربعة وغيرها، وليس الأربعة وغيرها، وليس فيها ما يدل على ذلك إلا المرسل المذكورة في كلام علي بن إبراهيم، مع معارضتها بما عرفت من ظاهر موثقة سماعة، وصريح كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي، وظواهر تلك الأخبار المشار إليها، اللهم إلا أن يكون قد وصلت إليه أخبار لم تصل إلينا. وكيف كان فالظاهر أن وجه الجمع بين الأخبار المذكورة هو كون البعث من الزوجين، فإن أخلا به بعث الحاكم كما قدمنا نقله عن المحقق في النافع، والظاهر أنه جعله وجه جمع بين الأخبار ولعله إلى ذلك يشير خبر عبدة المنقولة عن تفسير العياشي حيث أمر عليه السلام غيره بأن يبعث، وهو كما عرفت متحمل لأن يكون الزوجان أو أهلهما، ويحتمل أيضا أن يكون البعث إنما هو من الإمام، ولكن مع تعذره فالزوجان، وهذا أنسب بالقول المشهور من أن الباعث إنما هو الإمام، ولكن رواية عبدة المذكورة منافرة لهذا الحمل.

الثالث: المشهور بين الأصحاب القائلين بأن الباعث هو الإمام أن ذلك على جهة التحكيم، لا التوكيل، بأن يكون الإمام قد نصبهما وكيلين عن الزوج والزوجة، لأن البضع حق للزوج، والمال حق للزوجة، وهما بالغان رشيدان، فلا يكون لأحد ولاية عليهما، فلا يكونا إلا وكيلين.

واعترض عليه بأن حكم الشارع قد يجري على غير المحجور عليه كالمماطل ويأصرار الزوجين على الشقاق قد صارا ممتنعين عن قبول الحق، فجاز الحكم عليهما. والقول بكونه توكيلا لا بن البراج في الكامل، إلا أنه عد عنه في المهذب ووافق المشهور، قال في كتاب المهذب: وقد ذكرنا في كتابنا الكامل في الفقه في هذا الموضوع أنه على طريق التوكيل والصحيح أنه على طريق التحكيم، لأنه لو كان توكيلا لكان ذلك تابعا للوكالة وبحسب شرطها، إنتهى.

وقال الشيخ في المبسوط: الذي يقتضيه مذهبنا أن ذلك حكم لأنهم رويوا أن لهما الاصلاح من غير استئذان، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره إلا بعد

أن يستأذناهما، ولو كان توكيلا لكان ذلك تابعا للوكالة وبحسب شرطها، وبه قال ابن إدريس، والعلامة وغيرهما.
وظاهر الأصحاب الاتفاق على أنه متى كان البعث من الزوجين فلا يكون إلا توكيلا، قال في المسالك: ولو جعلنا بعثهما من الزوجين فلا شبهة في كونه توكيلا، لأنهما ليس من أهل التفويض في الحكم الكلي وإن كان متعلقه جزئيا. أقول وبالله الثقة لا دراك كل مأمول: إنه لا يخفى على من راجع الأخبار التي قدمناها وهي أخبار المسألة التي وصلت إلينا أنها متفق على كون ذلك تحكيما، سواء كان الباعث الإمام أو الزوجين، والذي يدل على كونه تحكيما لا توكيلا مع بعث الزوجين كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي (١) وهو مذهب

الصدوقين أيضا حيث عبرا بعبارته حسبما عرفت آنفا، فإنه عليه السلام ذكر أن الحكمين

بعد بعث الزوجين لهما يجتمعان على فرقة أو إصلاح، فإن اجتمعا على الإصلاح لم يحتج إلى مراجعة، وإن اجتمعا على الفرقة فلا بد لهما أن يستأمر الزوج والزوجة، وهذا هو الذي دلت عليه رواية محمد بن مسلم وحسنة الحلبي فإنهما دلتا على الاستئمار في الفرقة دون الإصلاح، ولو كان ما يدعونه من أنه إذا كان البعث من الزوجين فإنه لا يكون إلا توكيلا كما سمعته من كلامه في المسالك لكان الواجب في كلامه عليه السلام في كتاب الفقه أن يجعل الحكم منوطا بما يأمران به

ويعينانه لهما كما في سائر أفراد الوكالة، لا أنه يجعل ذلك مفوضا لهما، وأظهر من ذلك أنه عليه السلام قد جعل كلامه تفسيرا للآية، الصريحة في التحكيم دون الوكالة.

وبالجملة فإنه لا شك في دلالة كلامه عليه السلام على أنه في صورة بعث الزوجين تحكيم لا توكيل، كما ادعوه، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، وقد عرفت أيضا أن ظاهر موثقة سماعة هو كون الباعث الزوجين، وقد اعترف بذلك أيضا في المسالك، فقال بعد إيراد الرواية: ويمكن أن يستدل بها على أن المرسل الزوجان،

(١) فقه الرضا ص ٢٤٥، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١.

مع أنه لا ريب في أن ما اشتملت عليه تحكيم بلا إشكال لا توكيل. وبالجملة فإن ما ذكره ابن البراج في الكامل من كونه توكيلا مع كون الباعث الإمام، وما ذكره من أنه أيضا توكيل مع كون الباعث الزوجين، لا دليل عليه سوى هذه الوجوه الاعتبارية التي لفقوها، والأخبار: ما ترى على خلافها (١) الرابع: المفهوم من كلام الأصحاب أنه لا إشكال في أن الحكمين لو رأيا الصلح واجتمعا عليه، فإنه لا يتوقف على الاستئذان من الزوجين، إنما الخلاف فيما لو رأيا الفرقة بخلع أو طلاق فهل لهما الاستقلال بذلك أم يتوقف على الاستئذان؟ قولان، قال في المسالك بعد كلام في المقام: ثم إن رأيا الاصلاح هو الأصل فعلاه، وإن رأيا الأصلح لهما الفراق فهل يجوز لهما الاستبداد به فيباشر حكمه الطلاق وحكمها بذل عوض الخلع إن رأيا الخلع هو الصلاح؟ أم يختص بحكهما بالاصلاح دون الفراق؟ قولان مرتبان على كونهما وكيلين أو حكمين، فعلى الأول لا إشكال في وجوب مراعاة الوكالة، فإن تناولت الفراق فعلاه وإلا فلا. وعلى الثاني ففي جواز الفراق أيضا قولان مبنيان على أن مقتضى التحكيم على الاطلاق تسويغهما فعل ما يريانه صلاحا، فيتناول الطلاق والبذل حيث يكون صلاحا، وبأن أمر طلاق المكلف إلى الزوج لقوله صلى الله عليه وآله (٢) (الطلاق بيد

من

أخذ بالساق) وهذا هو الأشهر.

أقول: لا يخفى أن ما يكررونه في هذا المقام من احتمال التوكيل ويفرعون

(١) قال السيد السند في شرح النافع: الأقرب أن المرسل لهما إن كان هو الحاكم كان بعثهما تحكيما، وليس لهما التفريق قطعا، وإن كان الزوجان كان توكيلا، فيجوز لهما التصرف فيما تعلق به الوكالة. من صلح أو طلاق أو بذل صداق أو غير ذلك، وليس لهما تجاوز عما تعلق به الوكالة. انتهى، وظاهر كلامهم كلها على هذا المنوال، وفيه ما عرفت في الأصل. (منه قدس سره).

(٢) في هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٩ عن الطبراني ط القاهرة ١٣٧٣ هـ.

عليه فروعا مثل ما ذكره هنا قد عرفت ما فيه، وليس في أخبار المسألة ما يشير إليه فضلا عن الدلالة عليه، بل هوي ظاهرة في خلافه حيث إنهم قد ادعوا أنه متى كان البعث من الزوجين فإنه لا يكون إلا توكيلا، مع أننا بينا دلالة كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي، ونحوه موثقة سماعة على خلافه بل هو ظاهر تلك الأخبار التي أشرنا إليه آنفا، وبذلك يظهر لك أن ما ذكره من البناء؟ في الخلاف الأول على كونهما وكيلين أو حكمين لا وجه له بالكلية، والتحقيق إنما هو ما ذكره ثانيا من أن القولين المذكورين إنما هما على تقدير كونهما حكمين، وهذا هو الذي دلت عليه الأخبار المتقدمة، فإن بعضها قد دل على الاستئذان متى اختارا الفراق، وبعضها قد دل بظاهره على العدم.

ومن هنا علم دليل كل من القولين، إلا أن المفهوم منها بعد التأمل في مضامينها إنه إن شرط الحكمان على الزوجين الرضاء بكل ما علاه، وقبول كل ما رأياه من فرقة أو اجتماع فإن تفريقيهما جائز لا يتوقف على المراجعة متى رأيا ذلك صلاحا وإن لم يشترطا فإن يجب عليهما الاستئذان في الفراق متى رأيا المصلحة فيه، وعلى الأول من هذين الأمرين تدل رواية علي بن أبي حمزة (١) وموثقة سماعة (٢) ورواية أبي بصير (٣) فإنها قد اشتركت في أنه متى وقع الاشتراط كان ما فعلاه من أي الأمرين جائزا وإن لم يحصل الاستئذان، ألا ترى أنه في موثقة سماعة لم يستثن بعد الاشتراط إلا كونها على طهر لو أراد الطلاق أو الخلع، وأظهر من ذلك مرسله فضالة المنقولة في آخر كلام العياشي، وقوله فيها (فإن رضيا وقلداهما الفراق ففرقا فهو جائز)

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٩٠ ح ٢.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٠٤ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ ح ١.
(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ٢.

وعلى الثاني تدل رواية محمد بن مسلم (١) وصدر حسنة الحلبي (٢) ورواية زيد الشحام المنقولة من تفسير العياشي (٣)، وعبارة كتاب الفقه الرضوي (٤) والظاهر أن حسنة الحلبي قد جمعت الأمرين باعتبار صدرها وعجزها، وأن العطف بالواو في قوله (وإن يشترطا) وقع سهوا من النساخ، وإنما هو (بأو) المخيرة، ويكون حاصل المعنى أنه ليس لهما أن يفرقا حتى يستأمرأ، أو أنهما يشترطان إن شاء جمعا وإن شاء فرقا، فلا يتوقف التفريق على الاستئذان، بل إن جمعا فجائز وإن فرقا فجائز وعلى تقدير العطف بالواو كما هو الموجود فيم حضرنى من سنخ الخبر لا يخلو معنى الخبر من إشكال، لما عرفت من الأخبار الأخرى. وبما ذكرنا يظهر أنه لا معنى للخلاف المذكور، بل الحكم هو ما صرحت به هذه الأخبار بالتقريب الذي ذكرناه وعليه تجتمع الأخبار.

وأما ما علله في المسالك من بناء القولين المذكورين على ما ذكره من العلتين فكلام قشري ناش عن عدم تتبع الأخبار والتأمل فيما دلت عليه. أما ما ذكره من تعليل جواز الفراق بغير استئذان بأن مقتضى التحكيم على الاطلاق تسويغها، ففيه إن جملة من الأخبار قد صرحت بوجود الاستئذان مع إرادة الفراق، وحينئذ فيجب تقييد هذا الاطلاق بها فلا معنى للاستدلال به. وأما ما ذكره من تعليل عدم الجواز بأن الطلاق بيد الزوج للخبر النبوي، ففيه أنه لا عام إلا وقد خص، على أن ما نحن فيه لا ينافي الخبر حقيقة لأن الطلاق إنما وقع عن إذنه، حيث إنه جعل اختباره إلى من حكمه، وقد شرط

- (١) الكافي ج ٦ ص ١٤٧ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ١.
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٩، فيهما " إن شئنا جمعنا وإن الخ"، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٩ ح ١.
(٣) العياشي ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ ح ٣.
(٤) فقه الرضا ص ٢٤٥، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١.

عليه الحكم الذي عينه قبول الفراق إن رأيا المصلحة فيه فرضي وقبل بذلك كما أشارت إليه الأخبار المتقدمة سيما مرسله فضالة.

وبالجملة فإن الظاهر عندي من الأخبار هو ما ذكرته (١) وافق كلامهم أو خالفه.

الخامس: المشهور بينهم أنه لا يتعين كون الحكمين من أهل الزوجين، بأن يكون المبعوث من قبلا الزوج من أهله والمبعوث من قبل الزوجة من أهلها، وهو قول الشيخ في المبسوط وابن البراج وتبعهما الأكثر، وإن دل ظاهر الآية على ذلك، لحصول الغرض بهما وإن كانا أجنبيين، وأجابوا عن الآية بأنها مسوقة للارشاد، فلا يدل الأمر فيها على الوجوب، بل هي من قبيل (وأشهدوا إذا تبايعتم) (٢)

(١) أقول: ما اخترناه نقله في المختلف عن ابن حمزة، قال: المشهور أنه ليس للحكمين التفريق إلا بإذن الزوجين، وقال ابن حمزة، يبعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها لتدبير الأمر، فإن جعل إليهما الاصلاح والطلاق أنفذا ما رأياه صلاحا من غير مراجعة، وأن لهما القول وحضر كل الزوجين ولم يكن أحدهما مغلوبا على عقله وإن كان ما رأياهما الاصلاح أصلحا من غير مراجعة، فإن رأيا التفريق بينهما بطلاق أو خلع لم يمضيا إلا بعد المراجعة فإن رضيا فذاك وإن أيبأ أزمهما الحاكم القيام بالواجب. لنا ما رواه الحلبي في الخبر ثم أورد حسنة الحلبي ثم قال: احتج ابن حمزة بما رواه سماعة، ثم ذكر موثقه سماعة ثم أجاب عنها بمنع صحة السند. أقول: قد عرفت أن المفهوم من الأخبار أن الوجه في عدم الاستئذان في الفراق إنما هو من حيث اشتراط الحكمين على الزوجين الرضا بكل ما حكما به، وقبول الزوجين ذلك لا من حيث اطلاق أمر الإمام لهما كما ذكره ابن حمزة، وبالجملة فإن كلامهم في المقام على غاية من البعد عن ظواهر الأخبار كما أوضحناه في الأصل. (منه قدس سره).

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢.

وقيل: بوجوب كونهما من أهلها، وقوفا على ظاهر الآية، وهو مذهب ابن إدريس، وقواه العلامة في المختلف فلا يتحقق الامتثال بدونه، وأيد بأن الأهل أعرف بالمصلحة من الأجانب.
أقول: لا يخفى أن المسألة لا يخلو من نوع إشكال، والاحتياط فيها مطلوب على كل حال.

ويمكن تأييد القول الثاني بأن المأمور به وجوبا أو استحبابا إنما هو من كان من الأهل، فإجزاء غيره يتوقف على دليل، ومجرد ما ذكر من الاحتمال لا ينهض قوة بالاستدلال، وإلى ما ذكرنا يميل كلام السيد السند في شرح النافع حيث قال: وهل يجوز كونه أجنبيا؟ قيل: نعم، وبه قطع المصنف في الشرايع لحصول الغرض بهما.

وقيل: يعتبر كونهما من أهلها لدلالة الآية عليه، ولأن الأهل أعرف بالمصلحة من الأجانب، وهو جيد خصوصا بعد حمل الأمر على الوجوب، ثم نقل عن جده في المسالك أنه قال: ولو تعذر الأهل فلا كلام في جواز الأجانب، ثم قال: وقد يناقش فيه بعدم تعلق الأمر بذلك، إنتهى وهو جيد.

السادس: قد وقع الخلاف أيضا في أن بعث الحكمين هل هو واجب أو مستحب؟ فقيل بالأول نظرا إلى ظاهر الأمر في الآية الذي هو حقيقة في الوجوب، وقيل الثاني نظرا إلى أن الغرض منه مصلحة دينوية فيكون الأمر للارشاد كما في قوله (وأشهدوا إذا تبايعتم)

أقول: يمكن أن يستدل عليا لوجوب بما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى من أن الإمام يجبر المختلف عن حكم الحكمين بعد التحكيم على القبول، ويعاقبه، فإنه لو كان البعث مستحبا لما حيت ترتب هذا التكليف عليه.

وربما علل الوجوب بأن الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين أو أحدهما في المحرم فيجب تخليصهما منه حسبة، وعلل العدم بإمكان الاصلاح

بدون ذلك فلا يكون واجبا، وإن كان راجحا نظرا إلى ظاهر الآية، وفي الأول منهما نظر (١)

قال في المسالك: والوجه بناء على أن البعث من وظائف الحاكم الوجوب، ولو جعلنا متعلق الأمر الزوجين فالاستحباب أوجه، لامكان رجوعهما إلى الحق بدون الحكمين. نعم لو توقف الرجوع إلى الحق عليهما وجب بعثهما مطلقا من باب المتقدمة، إنتهى.

السابع: المفهوم من خبر عبدة المنقول عن العياشي (٢) وكذا الخبر المرسل المنقول في كلام الشيخ الجليل علي بن إبراهيم (٣) أن الإمام يجبر الزوجين على الرضا بما حكم به الحكمان، أعم من أن يكونا مبعوثين من الإمام أو الزوجين أما الأول فلأنه لما رضيت المرأة بما حكم به الحكمان لها أو عليها بعني من اجتماع أو فرقة، وامتنع الزوج من الرضاء بالفراق فقال له عليه السلام: لا تبرح حتى تقر ما أقرت به، أي ترضى بما رضيت به، وظاهر الحبس حتى يرضى بذلك. وأما الثاني فإنه لما علم عليه السلام الحكمين الحكم بأنكما إن شئتما فرقتما وإن شئتما اجتماعا، امتنع الزوج من الحكم بالفراق فأوجب عليه نفقتها، ومنعها الدخول عليها وأنه إن مات الزوج على تلك الحال ورثته المرأة، وإن ماتت لم يرثها، وهكذا لو كان الامتناع من جهة المرأة وهو ظاهر في أن الحكم الشرعي فيما لو امتنع أحدهما هو حصول الفرقة من جانب الممتنع بحيث إنه لا يرث من صاحبه لو مات، وصاحبه يرثه، ولم أقف على ذلك في غير الكتاب المذكور والشيخ المذكور من الثقات المعتمدين، وكتاب مشهور معمول عليه، ومن الأصول

(١) وجه النظر أن الوجوب إنما يترتب على تحقق الوقوع في المحرم لا على خوف الوقوع فيه، لامكان عدم الوقوع كما في الثاني. (منه قدس سره).

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٧.

(٣) تفسير علي بن إبراهيم ج ١ ص ١٣٧ وفيه " جمعتما ".

المعتمدة وهو ظاهر في كون ذلك مذهبه في هذه المسألة، ولم أقف في كلام أحد من الأصحاب على من عرض للكلام في هذه الصورة إلا ما يظهر من كلام ابن الجنيد حيث أو جب على الزوجين إنفاذ ما حكم به الحكمان من فرقة أو اجتماع من غير استئذان متى اشترط الحكمان عليهما ذلك، فإنه يشعر بأنه مع إخلال أحدهما بهذا الواجب فعلى الإمام أن يجبره على القيام به، بل صرح بذلك في كلامه كما سيأتي نقله إن شاء الله تعالى قريبا.

والعجب أنه مع حرص أصحابنا على نقل الأقوال وبيان الخلاف في جميع المسائل كيف غفلوا عن نقل ذلك والتنبيه عليه وبيان ما فيه من صحة أو بطلان، مع أن الشيخ المذكور من أساطين الفرقة الناجية، وكتابه مشهور متداول بينهم، ومثل ذلك أيضا ما اشتمل عليه صدر كلامه الذي جعله تفسيرا للآية فإنه لا خلاف بين الأصحاب في أن الشقاق عبارة عن النشوز من كل من الزوجين عن الآخر والبعض من كل منهما لصاحبه، وهو صريح كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه (١)

كما قدمنا، وهذا الكلام الذي ذكره رحمه الله يرجع إلى أن النشوز إنما هو من أحدهما، وأيضا مقتضى ما دلت عليه الأخبار وصرح به الأصحاب أن الحكمين بعد أن يجتمعا و يتفقا على الحكم فهو إما صلح وجمع بينهما، وإما فرقة وطلاق، ظاهر كلامه رحمة الله عليه هنا أنه بعد اجتماعهما وظهور الناشز منهما وأنه الزوج أو الزوجة فإنهما ينكران على الناشز منهما، وأن الحكم الشرعي فيه إن كان الناشز هو الزوج أن تجب عليه النفقة وحقوق الزوجة ولا يمكن من المرأة، وإن كانت الزوجة فإنها لا تستحق عليه نفقة ولا يجب لها شيء من الحقوق، وأيد ذلك بما رواه عن علي عليه السلام كما قدمنا أيضا، ومن ذلك تفسيره الهجر في المضاجع بالسب كما قدمنا ذكره بالجملة فإن جميع ما ذكره في هذا المقام من الأحكام الغريبة التي لم نقف

(١) فقه الرضا ص ٢٤٥، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١.

عليها في كلام غيره، والشيخ المذكور كما عرفت على غاية من الجلالة وهو من أرباب النصوص ومن معاصري الأئمة عليهم السلام ومن الظاهر أنه لا يفتي بذلك إلا عن خبر وصل إليه.

الثامن: قال ابن الجنيدي على ما نقله العلامة في المختلف عنه: وإن كان النشوز منهما ولم يرجعا بالوعظ من الوالي ولا الذي يتحاكمان إليه أمر الرجل بأن يختار من أهله من لا يتهم على المرأة ولا عليه، وكذلك تؤمر المرأة بأن تختار من أهلها ويشترط الولي أو المرتضى بحكمه على الزوجين أن للمختارين جميعاً أن يفرقا بينهم أو يجمعا إن رأيا ذلك صواباً، وكذلك إن رأيا إيقاع شروط بينهم لا يردها كتاب ولا سنة ولا إجماع، وعلى كل واحد من الزوجين إنفاذ ذلك والرضاء به، وأنهما قد وكلاهما في كذلك، ومهما فعلاه فهو جائز عليهما، ثم يخلو كل واحد من المختارين بصاحبه، فيعلم ذات نفسه ويشير عليه بالصواب ثم يجتمعان فيحكما على الولي إن كان التحاكم إلى غيره أن يأخذ الزوجين بالعمل بذلك، إلا أن يكون المختاران أو أحدهما قد تجاوز شيئاً رسماه أو رسمه صاحبه له.

قال: العلامة بعد نقله: وهذا الكلام يعطي أنه توكيل، وأن لهما أن يفرقا. أقول: الظاهر أن قوله (وأنهما وكلاهما في ذلك) إنما خرج منخرج التجوز بمعنى أنه في حكم الوكالة وإلا فصدر الكلام ظاهر بل صريح في أنه تحكيم، ثم إن في هذا الكلام دلالة على ما قدمنا ذكره في وجه الجمع بين أخبار المسألة، ومن أنه متى شرط الحكمان على الزوجين الرضا؟ بما حكما به، فلهما أن يفرقا بينهما من غير استئذان، وهو جيد كما عرفت، وإن كان خلاف المشهور بينهم، وأما قوله (وكذلك إن رأيا إيقاع شروط بينهما لا يردها كتاب ولا سنة) فهو مما صرح به غيره أيضاً، كما إذا شرطاً على الزوج أن يسكنها في البلد الفلاني، أو المسكن الفلاني، أو لا يسكن معها ضرة في دار واحدة أو

نحو ذلك، أو شرطا على الزوجة أن يؤجل عليه الحال من المهر إلى أجل، أو ترد عليه ما قبضته منه قرضا أو نحو ذلك، لعموم الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشروط، ويلزم الزوج الزوجة القيام بذلك حسبما اشترطا عليهما أولا.

وأما الشروط المخالفة للمشروع كعدم التزويج والتسري ونحو ذلك مما تقدم الكلام فيه، أو ترك بعض حقوقها من القسم أو النفقة أو المهر أو نحو ذلك، فهو غير لازم إجماعا.

وأما قوله (ثم يخلو كل واحد.. إلى آخره) فإن ظاهر الأصحاب أن هذا من مستحبات التحكيم.

قال في المسالك: وينبغي أن يخلو حكم الرجل بالرجل وحكم المرأة بالمرأة خلوة غير محرمة ليعرفا ما عندهما، وما فيه رغبتهما وإذا اجتمعا لم يخف أحدهما على الآخر ليتمكننا من الرأي الصواب. إنتهى، والظاهر أن الأصل في ذلك ما قدمنا نقله عن الثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره.

التاسع: من المستحبات عندهم أيضا في هذا المقام ما ذكره شيخنا في المسالك: قال: وينبغي للحكمين إخلاص النية في السعي وقصد الاصلاح، فمن حسنت نيته فيما يتحراه أصلح الله مسعاه، وكان ذلك سببا لحصول مبتغاه كما

ينبه عليه قوله تعالى (إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما) (١) ومفهوم الشرط أن عدم التوفيق بين الزوجين يدل على فساد قصد الحكمين، وأنهما لم يجتمعا على قصد الاصلاح بل في نية أحدهما أو هما فساد، فلذا لم يبلغ المراد، إنتهى.

أقول: ومما يزيد ما ذكره تأييدا ويعليه تشييدا ما رواه الصدوق في الفقيه في هذا الباب عن ابن أبي عمير عن هشام بن الحكم (٢) أنه تناظر هو بعض الخالفين في الحكمين بصفين عمرو بن العاص وأبي موسى الأشعري، فقال: المخالف: إن الحكمين لقبولهما الحكم كانا مرادين الاصلاح بين الطائفتين، فقال هشام: بل

(١) سورة النساء آية ٣٥.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٢.

كانا غير مرادين للإصلاح بينهما، قال المخالف: من أين قلت هذا؟ قال هشام: من قول الله في الحكمين (إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما) فلما اختلفا ولم يكن اتفاق على أمر واحد ولم يوفق الله بينهما، علمنا أنهما لم يريدوا الإصلاح العاشر: لو غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين فهل ينفذ حكمهما أم لا؟ صرح الشيخ في المبسوط بالثاني، فقال: لا يجوز الحكم مع غيبة أحدهما لأن الحكم حينئذ مشروط ببقاء الشقاق والخصومة بينهما، ومع الغيبة لا يعرف بقاء ذلك، لأن كل واحد منهما محكوم له وعليه، ولا يجوز القضاء للغائب وإنما يجوز عليه.

وجوز المحقق والمتأخرون الحكم مع الغيبة، لأنه مقصور على الإصلاح وهو غير متوقف على الحضور، وأجابوا عن دليل الشيخ بأن الأصل بقاء الشقاق استصحابا لما كان قبل الغيبة.

قال في المسالك: وفيه نظر، لجواز أن يشمل الحكم مع الإصلاح على شرط لأحدهما، فيكون حكما للغائب وإن حصل معه الإصلاح. أقول: لا يخفى أن كلام المجوزين مبني على ما تقدم نقله عنهم من أنه لا يجوز للحكمين الحكم بالفرقة إلا بعد الاستئذان فلذا خصوا الجواز بالإصلاح. والتحقيق أنك قد عرفت أن أخبار المسألة قد خرجت على نوعين (أحدهما) ما إذا اشترط الحكمان على الزوجين قبول ما يحكمان به، وأنه ليس في هذه الصورة مراجعة، لا في فرقة ولا إصلاح، كما دلت عليه الأخبار المذكورة وقضية ذلك جواز الحكم مع الغيبة، لأنه بالاشتراط عليهما وقبولهما الشرط لزم قبولهما لما يحكمان به، حضرا أو غابا كما اعترفوا به في صورة الإصلاح، اشتمل الحكم على شروط ألم يشتمل، والفرق بين الحكم له وعليه لا أعرف له دليلا واضحا، فإن قضية التحكيم قبول ما يحكم به الحكمان كيف كان، وبأي صورة كان، هذا مقتضى ظاهر الأخبار المذكورة.

و (ثانيهما) إذا لم يشترط وأنه لا بد في هذا الصورة من المراجعة في إرادة التفريق كما دلت عليه الأخبار المذكورة وقضية ذلك الجواز مع الغيبة بالنسبة إلى الصلح خاصة دون التفريق.

هذا ما يظهر لي من الأخبار حسبما أدى إليه الفهم السقيم. الحادي عشر: قد صرح جملة من الأصحاب بأنه لو منعها شيئاً من حقوقها الواجبة كالنفقة و القسم مثلاً، فبذلت له مالا للخلع لم يكن ذلك إكراها وإن كان محرماً، وإنما يمكن ذلك إكراها لأنه أمر منك عن طلب الخلع ، فإنه قد يفعل ذلك مع إرادته المقام معها، وإنما منعها لحصره على المال، وقلة ديانته وضعف دينه أو ميله إلى ضررتها، وكذا لو بذلت له مالا للخلع، حيث إنه أغارها وتزوج عليها وهو أولى بعدم ترتب الاكراه عليه، فإن التزويج جائز بل مستحب.

وما ذكرنا من أصل الحكم المذكور صرح به الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرايع وغيرهما، والظاهر أنه المشهور، واختلف كلام العلامة في ذلك، ففي الإرشاد وافق الشيخ وأفتى بما ذكره، وفي التحرير نسب القول المذكور إلى الشيخ ساكتا عليه، وهو يؤذن بتردده فيه أو ضعفه عنده، وفي القواعد قيد حقوقها بالمستحبة، ومفهومه أنه لو منعها الحقوق الواجبة كان ذلك إكراها، وهذا القول نقله الشيخ في المبسوط أولاً عن بعض العامة، ثم قال: الذي يقتضي مذهبنا أن هذا ليس بإكراه وهو المعتمد.

وكيف كان فإن مقتضى ما ذكره الشيخ ومن تبعه أنه لا يشترط في الكراهة الموجبة للخلع أن تكون ذاتية كما هو المعمول عليه في بلادنا البحرين، وحضرناه مع جملة من مشايخنا المعاصرين بل تكفي الكراهة العارضة بسبب ترك القسم أو النفقة ونحوهما، وسيأتي تحقيق الكلام في باب الخلع إن شاء الله تعالى.

إلى هنا تم الجزء الرابع والعشرون حسب تجزئتنا بحمد الله ومنه،
وقد بذلنا الجهد غاية في تصحيحه ومقابلته مع النسخ المطبوعة
واستخراج أحاديثه. وسيليه الجزء الخامس والعشرون
في بقية كتاب النكاح وأول كتاب الطلاق بمشيئة
الباري عز اسمه