

جَامِعُ الْمَذَاهِبِ

فِي

شَرْحِ الْمُخْتَصَرِ النَّافِعِ

لِسَيِّدِ الْحَرَمَيْنِ أَيْمَنُ اللَّهِ

أَحْمَدُ الشَّيْخُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ النَّسَائِيُّ

قَدْ تَمَّتْ

مَوْجِدَةً أَيْمَنُ اللَّهِ

لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ فِي الْمَدِينَةِ

سَنَةِ ١٢٤٥ هـ

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY



32101 010315255

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

DUE JUN 15 1992

- * نام کتاب : جامع المدارك فى شرح المختصر النافع
- * نویسنده : مرحوم آية الله العظمى حاج سيد احمد خوانسارى (قدس س)
- * ناشر : مؤلف
- * تیراژ : ۳۰۰۰ دوره ، در ۶ مجلد
- * نوبت چاپ : دوم
- * تاریخ انتشار : ۱۳۶۴ هـ ۰ ش - ۱۴۰۵ هـ ۰ ق

جامع المذاريك

في

شرح المختصر النافع

لمؤلفنا الفقيه

سید محمد الحجة بن محمد الحج السیاحی الخوانساری

«فدسره»

مجلد اول علی اکبر الغفاری

الناشر

مکتبہ الصبیحون

طهران - بازار سرای اردو بیست

جنب مسجد سلطانی تلفن ۵۳۶۵۱۳

۱۴۰۵ هـ ق

الطبعة الثانية

الجزء الرابع

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: اسماعیلیان - قم

2271
3553
756
1985
Juz' 4

كِتَابُ الْوُقُوفِ وَالصَّدَقَاتِ وَالْهَبَاتِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، الصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين
﴿ أما الوقف فهو تحجيس الأصل وإطلاق المنفعة ولفظه الصريح «وقفت» وما عداه
يفتقر إلى القرينة الدالة على التأييد ، ويعتبر فيه القبض ولو كان لمصلحة كالتقاطر أو
موضع عبادة كالمسجد قبضه الناظر فيها ، ولو كان على طفل قبضه الولي كالأب والجد
للأب أو الوصي . ولو وقف عليه الأب أو الجد صح لأنه مقبوض بيده ﴾ .
حقيقة الوقف تحجيس الأصل وتسييل المنفعة أو الثمرة ، وليس المراد من المنفعة
ما يقابل العين ، فإن مياه القنوات أعيان ومع ذلك تعد منافع ويصح الوقف باعتبار
تسييلها ، ولعل التعبير بالتسييل أولى من الإطلاق حيث أن التسييل المراد منه جعل
الشيء في سبيل الله وهو المناسب بجعل الوقف من الصدقات المعتبر فيها قصد القرية ،
وظاهر كلماتهم قد استأسرارهم اعتبار اللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه مما كان مقروناً
بالقرينة الدالة على التأييد وتقريب هذا بأن العين الموقوفة لا بد من خروجها عن
ملك الواقف ، فكل ما يحتمل مدخليته في تحقق الوقف لا بد من إحرازه .
ويمكن أن يقال بعد صدق الصدقة مع عدم اللفظ كما لو بنا مسجداً بقصد المسجدية

أو بنا قنطرة لعبور المسلمين أو بنا مدرسة لطلاب العلوم الدينية يكون ماصدق عليه مشمولاً لمادلاً على ترتب المثوبة وهو لازم الصحة ومع فرض كون الوقف عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول يكون مشمولاً لعموم «أوفوا بالعقود» بل لعموم «المؤمنون عند شروطهم» بناء على صدق الشرط على الالتزام، ولو لم يكن في ضمن التزام آخر، هذا مضافاً إلى سيرة المسلمين حيث يعاملون معاملة الوقفية بالنسبة إلى المساجد والمدارس والمشاهد الشريفة وما يصرف في عمارتها بمجرد البناء والعمارة بقصد الوقفية مع عدم الانشاء اللفظي الصريح أو ما يقوم مقامه.

وأمّا التأيد في الحبس فالظاهر أنه يجمع عليه ولولا الإجماع لأشكل إثبات لزومه بما استدلل به من الأخبار المتضمنة لأوقاف الأئمة صلوات الله عليهم لا يمكن أن يكون التأيد المذكور فيها قيداً من دون المدخلية في حقيقة الوقف كما أن التأيد غير مأخوذ في حقيقة الوقف المفسر بالتحبيس.

وهل يكون الوقف من العقود يعتبر فيه القبول مطلقاً أو لا يعتبر فيه مطلقاً فيكون من الإيقاعات أو يفصل بين الوقف على الجهات العامة كالمساجد والمقابر ونحوهما، و الوقف على العناوين الكلية كالوقف على الفقراء وبين الوقف الخاص كالوقف على الذرية؟ يمكن أن يقال: إن احتمال مدخلية القبول في حقيقة الوقف فلا مجال للتفصيل بل لا بد في الوقف من اعتبار القبول لأنه مع فرض وجود إطلاق يدل على محبوبية الوقف لا بد من إحراز الوقفية، وإن لم يحتمل المدخلية في حقيقته فمع وجود الإطلاق يرفع اعتباره مطلقاً، ومع عدم الإطلاق لا بد من الاحتياط بناء على ما هو المعروف من أصالة الفساد في المعاملات، نعم بناء على جريان أصالة عدم الاعتبار تمسكاً بحديث الرقع في أمثال المقام ينفي الاعتبار ويبعد اعتبار القبول أن القبول لا بد أن يكون من طرف العقد أو من يقوم مقامه، و الطرف في الوقف على الجهات العامة، والعناوين الكلية لا يكون قابلاً لأن يتحقق منه القبول وما هو المعروف من قبول الحاكم أو الناظر للوقف لم يظهر وجهه فإن الناظر ليس طرفاً للعقد ولا ولياً له، والحاكم لم يثبت ولايته بحيث تعم مثل المقام وإن قلنا بالولاية العامة له، ألا ترى أنه لو هب شيئاً

للموجودين في البلد الرّجال و النساء و الولدان هل يصحّ قبول الحاكم حتى يتحقق الهبة بدون قبول الموهوب لهم أو قبول وكيلهم أو أوليائهم ، و في الوقف الخاص المعروف كفاية قبول الموجودين بأنفسهم أو وكيلهم أو أوليائهم مع أنّ الطرف ليس خصوص الموجودين و لا ولاية للموجودين على الطبقة اللاحقة المعدومين ، ولا يبعد قيام السيرة على معاملة الوقفية على المساجد و المقابر و المدارس مع عدم تحقق القبول بل لا يبعد الاستفادة عدم الاعتبار من الأخبار الواردة في أوقاف الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين و الاحتياط لا ينبغي تركه .

و أمّا اعتبار القبض فالظاهر أنّه لا خلاف فيه و استدللّ عليه بما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن صفوان بن يحيى عن أبي الحسن عليه السلام قال : « سألت عن الرّجل يقف الضيعة ، ثمّ يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً ؟ فقال : إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع فيها و إن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها ، و إن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنّهم لا يحوزونها عنه و قد بلغوا » (١) .

و ما رواه الصدوق في كتاب كمال الدّين و تمام النعمة بسنده إلى محمد بن جعفر الأسديّ ، عن محمد بن عثمان ، عن صاحب الزّمان عليه السلام ، و رواه الطبرسيّ في الاحتجاج (٢) عن أبي الحسين محمد بن جعفر الأسديّ ، عن محمد بن عثمان ، عن صاحب الزّمان عليه السلام قال : « وأمّا ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه فكلّ ما لم يسلم فصاحبه بالخيار و كلّ ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أولم يحتج ، افتقر إليه أو استغنى - إلى أن قال : - وأمّا ما سألت من أمر الرّجل الكذي يجعل لناحيتنا ضيعة يسلمها لمن يقوم فيها و يعمرها و يؤدّي من دخلها خراجها و مؤوتتها و يجعل ما بقي من الدّخل لناحيتنا فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٥٢ كتاب الوقوف والصدقات ب ٤ ح ٤ .

(٢) راجع الوسائل ص ٦٥٣ تحت رقم ٨ .

الضيعة قيماً عليها إنما لا يجوز ذلك لغيره .

و يمكن الاستدلال بخبر عبيد بن زرارة ، عن أمي عبدالله عليه السلام في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا ؟ قال : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ، فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن الوالد هو الذي يلي أمره ، وقال عليه السلام : لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله ^(١) .

و تقريب الاستدلال بأن الصدقة في لسان الأخبار تطلق على الوقف فإذا كان السؤال عن التصدق القابل لأن يكون المراد منه الوقف فالجواب باشتراط القبض من دون السؤال عما أريد من المتصدق يشمل صورة الوقف ، فلا يرد ما عن المسالك من احتمال الاختصاص بالصدقة غير الوقف ولا حاجة إلى التمسك بفهم الأصحاب (قدس الله أسرارهم) حتى يشكك بأنه مع عدم وجود قرينة على ما ذكروا كيف يؤخذ به ، و ما ذكر في المسالك مؤيداً للحمل على الصدقة غير الوقف مما ذكر في آخر الحديث . و قال : « لا يرجع في الصدقة - الخ » حيث أن الحكم من خواص الصدقة الخاصة لا الوقف يشكك من جهة منع كون هذا الحكم من خواص الصدقة الخاصة .

نعم قد يستشكل في اعتبار القبض في الوقف على الجهات العامة من جهة اختصاص الأخبار المذكورة بغيره ولا يبعد التمسك بما في بعضها من التعليل فإن قوله عليه السلام على المحكى في الصحيح عن الصفوان « لأنهم لا يجوزونها وقد بلغوا » لعله يستظهر منه أن الحيابة معتبرة في تمامية الوقف من دون الاختصاص بخصوص المورد ، وعلى هذا يشكك الاكتفاء في الوقف على الجهات العامة بقبض الناظر إذا كان خارجاً عن العنوان ، ففي مثل المدارس يتحقق القبض بتصرف الطلبة ، و في مثل القناطر يتحقق بعبور المار بين فمع كون الناظر خارجاً كيف يكتفى بقبضه ، نعم لو وقف أرضاً مثلاً على أن يصرف منافعها لجهة المسجد بأن تصرف للماء اللازم للوضوء و السراج و الخادم مثلاً فالظاهر كفاية قبض المتوكلي للمسجد و مع عدم المتوكلي يتصدى الحاكم أو عدول المؤمنين ، ولو كان الوقف على الطفل بقبض وليه من الأب و الجد و الوصي و المراد منه الذي جعله

الأب الولي أو الجد للأب قيماً على الطفل ، والدليل على كفاية قبض الولي صحيح صفوان وخبر عبيد بن زرارة ، وعلى كفاية قبض القيم ما دل على كونه قائماً مقام الولي الشرعي . ولو وقف الأب أو الجد للأب كفى كون العين الموقوفة بيده في القبض لكن الظاهر اعتبار قصد كونها بيده بعنوان كونها راجعة إلى المولى عليه فمع الغفلة وعدم توجهه يشكل الكفاية ، وهذا بملاحظة التعليل المذكور في بعض الأخبار بأنه يلي أمره .

﴿ والنظر إما في الشروط أو اللواحق . والشروط أربعة أقسام الأول في الوقف ويشترط فيه التنجيز ، والدوام ، والإقباض ، وإخراجه عن نفسه ، فلو كان إلى أمد كان حسباً ، ولو جعله لمن ينقرض غالباً صح . ويرجع بعد موت الموقوف عليه إلى ورثة الواقف طلقاً ، وقيل ينتقل إلى ورثة الموقوف عليه ، والأول مروى ، ولو شرط عوده عند الحاجة فقولان أشبههما البطلان ﴾ .

أما اشتراط التنجيز فهو المشهور بل ادعى الإجماع عليه فإن تم وإلا فلا دليل عليه من الأخبار وفي الحقائق لم أقف عليه في جملة من كتب المتقدمين وقد يقال ظاهر ما دل على تسبب الأسباب ترتب آثارها حال وقوعها . ويشكل من جهة أن المراد من الأثر إن كان هو ما للاحالة منتظرة معه فمن المعلوم أن الإيجاب قبل مجيء القبول وكذا القبول قبل تحقق القبض فيما يعتبر فيه القبض لا يترتب عليهما الأثر بهذا المعنى حال وقوعهما ، وإن كان المراد ما يترتب عليهما من حيث الجزئية فالأثر بهذا المعنى غير متخلف كما في الوجوب المشروط ، فالعمدة الإجماع إن تم كما في سائر العقود والإيقاعات ولا يخفى أن نظرهم إلى اعتبار عدم التعليق على غير ما هو معلق عليه شرعاً وعند العقلاء فلو علق البيع على الملكية والوقف على الملكية فالظاهر عدم الإشكال فيه كما لو علق الطلاق على الزوجية لأن التعليق في أمثال هذه محقق .

وأما اشتراط الدوام فقد سبق الكلام فيه .

وأما اعتبار الإقباض الظاهر في كونه بائناً الواقف فلا يكفي بالقبض بدون الإذن فهو المشهور وقد يستدل عليه بما ورد عن صاحب الزمان أرواحنا له الفداء وفيه

« فكل ما لم يسلم فصاحبه بالخيار ، و كل ما سلم فلاخيار » لكن في صحيح صفوان « فله أن يرجع فيها لأنهم لا يحوزونها » و ظاهره كفاية الحيازة ، ولو لم يكن بالذن الواقف ، ومع التعارض لا يبعد التمسك بعموم ما دل على ترتب المثوبة على الصدقة الجارية حيث أن ترتبها فرع الصحة فتأمل .

و قد يعلل لزوم الإذن بأنه بدون الإذن تصرف في مال الغير بدون إذنه و هو حرام ، و يرد عليه أولاً أنه أخص من المدعى لا يمكن أن يكون العين الموقوفة بيد الموقوف عليه بعنوان العارية أو الوديعة أو يكون الموقوف عليه وكيلاً مجازاً في التصرف . والإذن في ضمن العارية أو الوديعة أو الوكالة غير مربوط بالإذن بعنوان الوقفية ، و ثانياً أنه مع فرض الحرمة التكليفية نقول لا منافاة بين هذه الحرمة وبين صحة الوقف وضماً و قد سبق نظير هذا الكلام في القبض المعتبر في الرهن في كتاب الرهن .

وأما اعتبار إخراجها عن نفسه فالظاهر عدم الخلاف فيه إلا ما حكى عن ابن الجنيدي و استدلل عليه بمكاتبة علي بن سليمان إلى أبي الحسن عليه السلام « جعلت فداك ليس لي ولدولي ضياع ورثتها عن أبي وبعضها استفدتها و لا آمن الحدان ، فإن لم يكن لي ولد و حدث بي حدث فماترى جعلت فداك لي أن أفق بعضا على فقراء إخواني والمستضعفين أو أبيعها و أتصدق بثمانها عليهم في حياتي فإني أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي ، فإن وقتتها في حياتي فلي أن آكل منها أيام حياتي أم لا ؟ فكتب عليه السلام فهمت كتابك في أمر ضياعك فليس لك أن تأكل منها من الصدقة فإن أنت أكلت منها لم تنفذ إن كان لك ورثة فبيع و تصدق ببعض ثمنها في حياتك ، وإن تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك مثل ما صنع أمير المؤمنين عليه السلام ^(١) .

و خبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه « إن رجلاً تصدق بدارله و هو ساكن فيها فقال عليه السلام : الحين اخرج منها ^(٢) . »

و نوقش بأن الخبرين مع عدم و فائهما بجميع صور المسألة يمكن الخدشة في

دلالتهما ، أما الخبر فواضح إذ ليس مقتضاه إلا وجوب الخروج عن الدار بعد أن وقفها على غيره ولا دلالة فيه على عدم جواز الوقف على نفسه ، وأما المكتبة فالظاهر أنه أيضاً كذلك فالمراد أنه إذا وقف على الفقراء لا يجوز أن يأكل مادام حياته ، ولا دلالة فيها على عدم جواز أن يجعل شيئاً من الوقف لنفسه مدّة حياته ، و يمكن أن يقال : لعلّ نظر المستدلّ بالخبر المذكور إلى أنه مع صدق العنوان الموقوف عليه على الواقف ليس له أن تسكن فيها فإنّه مع كون الوقف على الغير لا شبهة في كون الواقف أجنبياً ليس له التصرف ولا أقلّ من شمول مورد السؤال إن كان سؤال في البين لما ذكر من صدق العنوان على نفس الواقف فإذا لم يجزله التصرف في هذه الصورة فلعلّ صورة الوقف على نفسه بالاستقلال لا تصحّ بطريق أولى . وأما المكتبة فلعلّ نظر المكاتب إلى أنه مع الوقف على المستضعفين وكون نفسه منهم يجوز له أن يأكل منه أم لا ، فأجيب بعدم الجواز وإلا فالوقف على الإخوان كيف يجوز للواقف الخارج أن يأكل منه حتّى يحتاج إلى السؤال ولا أقلّ من احتمال كون نظر السائل إلى ما ذكر فالجواب بالمنع مع هذا الاحتمال يشمل هذه الصورة وإلا للزم السؤال عن مراد السائل ، ثمّ إنّه بعد الفراق عن اعتبار التأييد في الوقف فلو جعله إلى أمد كان حبساً ولا يكون باطلاً كما قيل لكفاية قصد حقيقة الحبس وهو متحقق وتخيّل أنه وقف يترتب عليه آثار الوقفية لا يضرّ ولم يؤخذ في مفهوم الوقف التأييد حتّى يقال مع قصد الوقف في الإنشاء كيف يتحقق ما هو مبين له ، ولا مجال أيضاً لدعوى التباين من جهة أن مقتضى الوقف الخروج عن ملك الواقف والدخول في ملك الموقوف عليه ، ومقتضى الحبس عدم الخروج عن ملك الحابس لأنّ الخروج عن ملك الواقف في الوقف من جهة التأييد هو منتف .

و يمكن أن يقال ما ذكر من أنه إذا جعله إلى أمد يكون حبساً في ما يكون قابلاً للبقاء ، وأما ما لا يكون قابلاً للبقاء و زامنفة فلامانع من كونه إلى أمد يكون منتهى ماليته وكونه زامنفة فلامانع من كونه وفقاً مع ذكر الأمد و خروجه عن ملك الواقف حيث انه كما أن الحبس الأبدى لا يلائم مع بقاء الملكيّة و الماليّة للواقف عند العقلاء كذلك لو حبس ما لعمره أمد إلى آخر عمره لا يلائم حبسه كذلك مع بقائه

على الملكية والمالية للحابس ، نعم لو وقف مثل بستان أو دار و نحوهما مما له عنوان خاص ينتفع به مع بقاء العنوان فزال العنوان كأن صار البستان عرصةً وانهدمت الدار و صارت عرصة لا يخرج الأرض في مثل الدار و البستان بل و الأشجار اليابسة عن المالية مع حفظ الدوام .

و أما لو جعله لمن ينقرض غالباً فالمشهور أنه صح وقفاً و مقتضى القاعدة بقائه على ملك الحابس ومع موته قبل الانقراض يرجع إلى من يرثه عند الموت ولم يظهر فرق بين الوقف بهذا النحو و الحبس كما ذكر قولاً آخر به ، نعم من التزم بأن العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليه و تخرج عن ملك الواقف يفرق بين الوقف و الحبس في المقام حيث إنه على الوقف يخرج عن ملك الواقف بخلاف القول بكونه حبساً لكن مع ذلك إن قلنا بأنه بعد الانقراض ينتقل إلى ملك ورثة الواقف حين موته لا تظهر ثمرة ، و إن قلنا بالانتقال إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه تظهر الثمرة لكن الحق أنه لا دليل على انتقال العين الموقوفة إلى الموقوف عليه ، غاية الأمر في الوقف المؤبد حيث إنه لا أمد له لا يعتبر العقلاء الملكية للواقف ولا يوجب هذا كون العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم أول الجبهة ولا مانع من كونها بلا مالك ، و ما ذكر لا يجري في الوقف المنقطع ، واستدل على الصحة و إن كان حبساً في الواقع بصحيح ابن مهزيار « قلت له : روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام إن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة و كل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام ؟ فكتب عليهم السلام هو كذلك عندي ،^(١) .

وقد يقال : إن المراد من التوقيت وعدمه فيه هو ذكر الموقوف عليه وعدمه بقريئة صحيح الصفار « كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو ، فقد روي أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة ، و إذا كان موقتاً فهو صحيح مضمي ، و قال قوم : إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها ، قال :

(١) الوسائل ج ٢٢ ص ٦٥٥ ب ٧ تحت رقم ١ :

وقال آخرون : هو موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا ، ولم يذكر في آخره الفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، و الذي هو غير موقت أن يقول : هذا وقفٌ ولم يذكر أحداً فما الذي يصحُّ من ذلك و الذي يبطل ؟ فوقع عَلَيْهِ السَّلَامُ : الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله ^(١) .

و أورد على هذا القائل أوّلاً أن كلاً منهما يعني الخبرين خبر مستقل ولا وجه لجعل أحدهما قرينة على الآخر بل اللازم الأخذ بمفاد كل منهما ، و ثانياً أنه يمكن حمل الثاني أيضاً على إرادة المدة من التوقيت فيه و يكون ذكر الموقوف عليه على الوجه المذكور لبيان المدة و حاصل السؤال أن الموقت فسّر بوجهين أحدهما مع التأييد و الآخر بدونه فأيتهما الصحيح ، و مقتضى قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «الوقوف - إلى آخره» صحة كل منهما .

و يمكن أن يقال : إن ما ذكر من الإيراد أوّلاً على قول القائل يشكّل من جهة أنه يظهر أن الوقف الموقت والغير الموقت كانا معروفين و يريد السائل السؤال عن المراد بعد معلومية اختلاف حكمهما ، فالظاهر أن الوقف الموقت بكلا المعنيين صحيح وإن كان ما لم يذكر فيه التأييد حسباً حقيقة في مقابل الوقف المؤبد .

و أما شرط العود إلى نفسه عند الحاجة فالمحكى عن الأكثر صحته وعن جماعة البطلان و استدللّ للقول بالبطلان بخبر إسماعيل بن الفضل عن أبي عبدالله عَلَيْهِ السَّلَامُ «عن الرّجل يتصدّق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير و قال : إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحقُّ به ، ترى ذلك له ؟ وقد جعله لله يكون له في حياته فأذا هلك الرّجل يرجع ميراثاً أو يمضى صدقة ؟ قال عَلَيْهِ السَّلَامُ : يرجع ميراثاً على أهله » ^(٢) .

و نقله في المسالك و قال : « إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلته فأني أحقُّ به أله ذلك و قد جعله لله ؟ و كيف يكون حاله إذا هلك الرّجل أيرجع ميراثاً - إلى آخره - » .

(١) المصدر ب ٧ تحت رقم ٢ .

(٢) المصدر ب ٣ تحت رقم ٣ .

و خبره الآخر عنه عليه السلام أيضاً « من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحقُّ بها ، ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث » فإن حكمه عليه السلام بالرُّجوع إلى الميراث بعد السؤال عن صحة هذا الشرط وعدمها وعن رجوعه ميراثاً وعدمه إذا شرط هذا الشرط في الخبر الأوَّل والرُّجوع إليه في الخبر الثاني بقول مطلق من غير سبق سؤال ظاهر في بطلانه .

و يمكن أن يقال : إنَّ الخبر الأوَّل ظاهر في أنَّ المتصدِّق هل له أن يشترط الشرط المذكور مع أنه جعله لله فكانَّ صحَّة التصدِّق مفروغٌ عنها والسؤال عن صحَّة الشرط وفسادها فأجيب ظاهراً بصحَّة الشرط المذكور وقرَّر على صحَّة التصدِّق فالخبر دليل على الصحَّة لا على الفساد ، والخبر الثاني لولم يكن فيه ما ذكر فيه «فانها ترجع إلى الميراث» لكان ظاهراً في البطلان ، لكن معه لا ظهور له ولا أقلَّ من الإجمال . معه لا مجال لرفع اليد عن ظهور الخبر الأوَّل في الصحَّة .

﴿ الثاني في الموقوف و يشترط أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها انتفاعاً محللاً و يصحُّ إقباضها مشاعة كانت أو مقسومة ﴾ .

إذا كان حقيقة الوقف تحببب الأصل وتسهيل المنفعة كما يظهر من بعض الأخبار فلا بدَّ أن يكون الموقوفة عين لها منفعة و اعتبار المملوكية بمعنى كونها تحت سلطنة الواقف لأنَّه مع عدم السلطنة ليس للواقف التحبببب والتسهيل فما كان الانتفاع به بائناً فلا يصحُّ وقفه ، وعلى هذا فلا مانع من وقف الدين والكلية في الذمة مع القابلية للبقاء والانتفاع بالمنافع لكن ادعى الإجماع على عدم الصحَّة ، فإنَّ تمَّ الإجماع وإلا فلا مانع حيث يصحُّ الإقباض و بقاء العين والانتفاع بالمنفعة ، والظاهر أنَّ الإجماع في خصوص الكلية في الذمة لا الكلية في المعين فإنَّ الظاهر أنَّ حاله حال المشاع الذي لا إشكال في صحَّة وقفه ، وما يقال من أنَّ المستفاد من قوله عليه السلام «حبس الأصل سبب الثمرة» وما وقع من وقوف المعصومين اعتبار فعلية التهيؤ للمنفعة في الأصل الذي يراد حبسه ولا ريب في انعدام التهيؤ فعلاً للكلية المسلم فيه مثلاً ممنوع . وأما اعتبار كون المنفعة المقصودة محللة فلا شبهة فيه حيث إنَّ الشارع لم يجوز

الانتفاع بالمنافع الغير المحللة فكيف يمضي الوقف الذي يكون النظر فيه إلى المنافع المحرمة كوقف الدابة لحمل الخمر مثلاً مضافاً إلى التعبير بالصدقة في لسان الأخبار، و بعد اعتبار الاقباض لابد من صحة الاقباض فلا يصح وقف الطير في الهواء ولا وقف العبد الآبق ولو مع الضميمة مع اليأس عن العصور عليه نعم لو قد الموقوف عليه على القبض مع إذن الواقف فالظاهر الصحة ، بل لا يبعد الصحة مع احتمال التمكّن إذا حصل التمكّن ، ولا إشكال ولا خلاف في صحة وقف العين المشاعة وقبضها كقبض العين المبيعة .

﴿ الثالث في الواقف ويشترط فيه البلوغ ، و كمال العقل ، و جواز التصرف ، و في وقف من بلغ عشرأ تردّد ، المروي جواز صدقته ، و الأولى المنع ، و يجوز أن يجعل الواقف النظر لنفسه على الأشبه ، و إن أطلق فالنظر لأرباب الوقف ﴾ .

لا إشكال في عدم صحة تصرفات غير البالغ بالاستقلال، و مع إجازة الولي المشهور عدم الصحة ، و إثباته بحسب الأدلة مشكل ، و قد مرّ الكلام فيه في كتاب البيع ، و أمّا البالغ عشر سنين فقد اختلفوا في صحة وقفه ، و المشهور عدم صحته لعموم ما دلّ على عدم صحة تصرفات غير البالغ ، و عن المفيد (قدس سره) صحة وقفه و لعله للأخبار الواردة في جواز صدقته بناءً على أن المراد منها ما يشمل الوقف أيضاً ففي خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حدّ معروف و حق فهو جائز » (١) .

و في موثقة جميل بن درّاج عن أحدهما عليهما السلام « يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل ، و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم » (٢) و في موثقة الحلبي ، و محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام « سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم ؟ قال عليه السلام : نعم إذا وضعها في موضع الصدقة » (٣) و قد يستشكل بأنه يمكن أن يقال إن المراد من الصدقة في هذه الأخبار الصدقات الجزئية الصادرة منه لا مثل الوقف ، و لا أقل من الشكّ فالأقوى عدم الصحة ، و لم يظهر وجه للإشكال إلا دعوى الانصراف و هي ممنوعة خصوصاً مع

ذكر العتق والوصية و على أي تقدير الظاهر عدم الإشكال في صحة وصيته للأخبار المأمول بها فإن أوصى بالوقف صح عنه وقف الوصي .

وأما اشتراط كمال العقل وجواز التصرف فإن كان النظر فيه إلى إخراج المجنون فوجهه واضح وإن كان النظر إلى إخراج السفيه فمن جهة ممنوعيته بالنسبة إلى أمواله ، وأما تصرفاته بالنسبة إلى مال الغير كما لو ركبه الغير أو كان وصياً فلا مانع له .

وأما جواز جعل النظر لنفسه فالظاهر عدم الإشكال فيه واستدل عليه بمادل على وجوب الوفاء بالشروط إلا ما أحل حراماً أو حرّم حلالاً ولا يبعد التمسك بما في التوقيع الخارج من الناحية المقدسة « وأما ما سألت من أمر الرجل الذي يجعل لنا حيتنا ضيعة يسلمها من قد يقوم بها و يعمرها ويؤدّي من دخلها خراجها و مؤوتنها و يجعل ما يبقى من الدخّل لنا حيتنا فإن ذلك لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها إنما لا يجوز ذلك لغيره - الحديث »^(١) بملاحظة ذيله « فإن ذلك لمن جعله الخ » فإنه يشمل نفسه إلا أن يقال : لم يعلم كون الضيعة وقفاً ولعلها كانت حبساً فلم يخرج عن ملك الحابس و من المعلوم أن الاختيار للمالك .

وأما التمسك بما دل على وجوب الوفاء بالشروط فلا يخلو عن الإشكال لأنه إن كان الشرط خصوصاً ما كان في ضمن العقد كالبيع والإجارة فشموله للمقام مبني على كون الوقف من العقود ، وفيه إشكال ، ثم إن ظاهر مادل على وجوب الوفاء أن ما شرط على نفسه يجب الوفاء به وليس كون النظر لنفسه أو لغيره مما شرط على نفسه حتى يجب الوفاء ، نعم إن كان مفاد الأدلة لزوم كل شرط كزوم العقد أمكن الاستدلال به مع قطع النظر عما ذكر ، ويمكن التمسك لصحة جعل التولية للغير بحكاية صدقة الكاظم عليه السلام ^(٢) بأرضه وقد جعل على المحكيّ الولاية فيها إلى الرضا عليه السلام وابنه إبراهيم ثم على من بعدهم على الترتيب المذكور في الخبر ، وأما التمسك بما ورد من «أن الوقوف

(١) تقدم من ٤ .

(٢) راجع الوسائل ج ٢ ص ٦٥٥ -

على ما يوقفها أهلها، فلا يخلو عن الاشكال لأن تعيين الناظر ليس من كيفية الوقف ولا أقل من الشك. هذا مع التعيين وأمام عدم التعيين ففيه أقوال فنقول : لا مجال لاحتمال كونه للواقف سواء قلنا بخروج الموقوفة عن ملكه كما في الوقف المؤبد أم لا كما في الوقف المنقطع الآخر إن قلنا بكونه وفقاً لاجسأ لكون الواقف في الصورة الأولى أجنبياً و كذا في الصورة الثانية لأن الملكية بهذا النحو لا توجب حقاً للمالك بالنسبة إلى زمان الحبس أو الوقف ألا ترى أن المورج لاحق له بالنسبة إلى المنافع الرجعة إلى المستأجر وقد يدفع احتمال كون التولية راجعة إلى الموقوف عليهم بأنهم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة لأجنبيون ويشكل بأن هذا يوجب سلب سلطنتهم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة دون الطبقة الموجودة و إذا كان منافع العين الموقوفة راجعة إلى صنف خاص بنحو التشريك كالوقف على الأولاد ففي الحقيقة تكون المنفعة مشتركة بين أشخاص وهم مسلطون على أموالهم فلا حاجة إلى تولي غيرهم من الحاكم أو عدول المؤمنين إلا مع قصورهم كما لو كانوا صغاراً أو مجانين أو سفهاء ، ومع عدم التشريك كما لو كانوا الموقوف عليهم غير محصورين فلا مانع من كون الموقوف عليهم حالهم حال من أبيع لهم الأقال حيث لا يكون تصرفهم محتاجاً إلى إذن الغير و تعيينه كوقف المعابر والقناطر والمقابر . و مما ذكر ظهر أنه على فرض عدم الملكية للموقوف عليهم و كونهم مصرفاً أيضاً لا إشكال ، و مما ذكر يظهر حال الوقف على الجهات العامة و الحاصل أنه لم يظهر وجه للزوم مداخلة الحاكم أو عدول المؤمنين من جهة تصرف الموقوف عليهم أو تصرف الناس في الوقف على الجهات ، نعم إذا احتاج العين الموقوفة إلى الإصلاح و العمارة يتولى الحاكم أو عدول المؤمنين أو غيرهم .

❦ الرابع في الموقوف عليه و يشترط وجوده و تعيينه ، و أن يكون ممن يملك و أن لا يكون الوقف عليه محرماً ما فلو وقف على من سيوجد لم يصح ، ولو وقف على موجود و بعده على من يوجد صح ، و الوقف على البر يصر على الفقراء و وجوه القرب ، ولا يصح وقف المسلم على البيع و الكنائس ، ولو وقف على ذلك الكافر صح . و فيه وجه آخر . ولا يقف المسلم على الحرابي و لو كان رجماً ، و يقف على الذمي

و لو كان أجنبياً ❊ .

أما اشتراط وجود الموقوف عليه ففي الجملة لا إشكال فيه ، فمع عدم القابلية للوجود بعد ذلك كما لو وقف داراً لسكنى زيد فتبين موته فلا إشكال في بطلانه لعدم اعتبار العقلاء و أما صورة القابلية للوجود كالوقف على من سيوجد ويوجد بعد الوقف فادعى الإجماع على بطلانه و عكلاً بأن الملكية صفة وجودية تستدعي محلاً موجوداً فإن تم الإجماع و إلا فالوجه المذكور لا يثبت المدعى لأنه من المسلم صحة الوقف على الطبقة الموجودة و الطبقة اللاحقة المعدومة في زمان الطبقة الموجودة ، و القواعد العقلية غير قابلة للتخصيص و يرد النقص بتملك الثمرة المعدومة ، و الظاهر عدم الإشكال في صحة الوقف على الحجاج والزوار و إمام مسجد خاص مع عدم وجودهم بالعناوين المذكورة في الوقف ، و أما لزوم تعيين الموقوف عليه فالظاهر عدم الخلاف فيه فلا يصح مع عدم التعيين فإن تم الإجماع عليه و إلا فالوجه العقلي و إن الملكية صفة وجودية تحتاج إلى محل معين لا يتم كما في طرف المملوك حيث يصح الوصية بأحد العبدین .

و أما اشتراط القابلية للتملك فهو مبني على كون منافع العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم و يتفرع عليه عدم صحة الوقف على المملوك على القول بعدم أهليته للتملك و لا على الحربي على القول بعدم تملكه لما في يده حيث إن ماله فيء للمسلمين و لا على المرتد الفطري حيث إن أمواله لورثته ، و يشكل بمنع كون الوقف بقول مطلق تملكاً للمنفعة .

و ثانياً لا نسلم عدم التملك للمذكورين فإن الحق أن العبد يملك غاية الأمر أنه محجور و لا نسلم عدم تملك الحربي ، و المرتد الفطري يقسم أمواله المملوكة في زمان إسلامه بين ورثته و أما أمواله التي حصلت له بعد الارتداد فلا يستفاد من الأدلة إنتقالها إلى ورثته .

و أما اشتراط أن لا يكون الوقف عليه محرماً ما كعمونة الزناة و الشاربين للخمر و شراء الكتب المحرقة من التوراة و الإنجيل فالظاهر عدم الخلاف فيه و عكلاً بأنه إعانة

على المحرم فمع اعتبار قصد القرية في الوقف لا إشكال ومع عدم اعتباره أيضاً يمكن أن يقال: إذا كان منهيّاً عنه فهو غير ممضى شرعاً، كما يظهر مما ورد في نكاح العبد بغير إذن المولى من أنه ما عصى الله وإنما عصى سيدها فما كان معصية لله تبارك وتعالى لا يصح ولا ينافي هذا صحة وقف الكفار البيع والكنائس لأنهم مرقون على مذاهبهم مع تحقق الشرائط كصحة بيع الخمر والخنزير بينهم .

وأما الوقف على من سيوجد فادعى الإجماع على بطلانه وقد سبق الإشكال فيه لولا الإجماع ، وأما الوقف على موجود وبعده على من يوجد فلا إشكال في صحته .
والوقف على البرّ يصرف على الفقراء ووجه القرب .

وقد ظهر مما ذكر عدم جواز الوقف على البيع والكنائس للمسلم وإن جاز للكافر من جهة كونه مرقاً على مذهبه .

وأما وقف المسلم للحربيّ ففيه أقوال والظاهر عدم الأشكال لما دلّ على جواز الصدقة عليه وللآية الشريفة « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤوهم وتقسطوا إليهم » وأما قوله تعالى « لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم » فلا يظهر منه المنع لعدم الملازمة بين التصدق على الكافر والإحسان إليهم بين الموادّة فإنّ الآية الشريفة آية عن التخصيص والإشكال في جواز إكرام الضيف الكافر والإحسان إليه كما حكى من عيادة اليهوديّ المريض وقد يقال: المنع المستفاد من الآية إنّما هو عن الموادّة من حيث كونها محادّة لا مطلقاً فلا تدلّ على المنع في المقام ، ويشكل من جهة أنّه إذا قال المولى لعبده : لا تعاشر الفاسق فلا يستفاد منه النهي عن معاشرّة الفاسق من حيث فسقه بل يظهر منه النهي عن المعاشرّة مطلقاً . نعم الظاهر من الآية السابقة « لا ينهاكم الله - إلى آخره » التقييد بعدم كون الكافر ممّن يقاتل في الدين و ممّن يخرج المسلمين من ديارهم فيشكل الوقف على من يقاتل في الدين ويخرج المسلمين من ديارهم .

ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف إلى فقراء المسلمين ، ولو كان كافراً انصرف إلى فقراء نحلته والمسلمون من صلى إلى القبلة ، والمؤمنون الاثنى عشرية وهم الإمامية

وقيل مجتنبوا الكبائر خاصة . والشيعية : الإمامية والجارودية . والزيدية : من قال بإمامة زيد . والفتحية : من قال بالأفطح . والإسماعيلية : من قال بإسماعيل بن جعفر عليه السلام . والناوسية : من وقف على جعفر بن محمد عليه السلام . والواقفية : من وقف على موسى بن جعفر عليه السلام . والكيسانية : من قال بإمامة محمد بن الحنفية . ولو وصفهم بنسبة إلى عالم كان بمن دان بمقاتله كالحنفية ، ولو نسبهم إلى أب كان لمن اتسب بالأبناء دون البنات على الخلاف كالعلوية والهاشمية ، ويتساوى فيه الذكور والإناث . وقومه أهل لغته ، وعشيرة الأدنون في نسبه . ويرجع بالجيران إلى العرف وقيل بمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً . وقيل إلى أربعين داراً وهو مطرح ✽ .

دعوى الانصراف في الفقهاء لا تخلو عن الاشكال خصوصاً إذا كان الواقف ممن لا يفرق بين الفقهاء ويكون نظره إلى إعانة الضعيف كائناً من كان ، و على فرض التسليم لا يبعد الانصراف إلى أهل مذهبه وما ذكر في تفسير بعض العناوين يشكل الأخذ به بنحو الاطلاق لاختلاف الأعصار فلا بد من ملاحظة عرف الواقف ففي عرفنا لا يختص المؤمن بمجتنبي الكبائر ولعل الشيعية خصوص الاثنى عشرية ولا أقل من الانصراف ، ولا يراد من القوم أهل اللّغة بل العشيرة الأدنون وإن اختلف اللّغة .

وقد اختلف الأخبار في تفسير المؤمن فيستفاد من بعضها أن الإيمان مركب من الإقرار باللسان والاعتقاد بالجنان والعمل بالأركان ، ويستفاد من بعضها أنه الإقرار باللسان والتصديق بالجنان ، وقد يجمع بحمل المطلق على المقيّد ولا يخفى الإشكال فيه فإن مقام التحديد والتعريف لا يناسب الإطلاق و ضرب القانون حتى يقيّد ، :الاولى حمل مادل على مدخلية العمل بالأركان على المرتبة الكاملة ويؤيد ما ذكر ما روي في مقاتلة أصحاب أمير المؤمنين صلوات الله عليه مع أصحاب معاوية من ذكر الآية الشريفة « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا - الآية » و على فرض التسليم الحمل على المعنى المذكور في الأخبار مبني على توجه الواقف إلى ذلك المعنى ولذا لو وقف غير الشيعية الاثنى عشرية من فرق المسلمين لا ينصرف إلى معنى المذكور بل يحتمل

على المعروف بينهم .

وَأَمَّا الجيران فالمرجع فيهم العرف كما عن جماعة ، و عن المشهور الحمل على من يلي داره إلى أربعين ذراعاً ، واختار صاحب الحدائق الحمل على من يلي داره إلى أربعين داراً و استدلل بأخبار منها الصحيح أو الحسن عن جميل ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « حدُّ الجوار أربعين داراً من كلِّ جانب من بين يديه ومن خلفه و عن يمينه و عن شماله » (١) .

و منها الخبر عن عمرو بن عكرمة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : كلُّ أربعين داراً جيران من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله » (٢) .
و الأخبار محمولة على ترتب الآثار الشرعية مثل تأكّد استحباب حضور المسجد لجاره و استحباب حسن الجوار و لا توجب حمل كلام الناس عليه كما لو أمر السيد عبده بإضافة جيرانه .

و أمّا الوقف على من انتسب إلى أب فالمشهور الاختصاص بأولاد الأبناء كما ذكر في كتاب الخمس ، و من قال هناك بعدم الاختصاص يقول به في المقام .

﴿ لو وقف على مصلحة فبطلت قيل : يصرّف إلى البرّ ، و إذا شرط إدخال من يوجد مع الموجود صحّ ، و لو أطلق الوقف و أقبض لم يصرّف إدخال غيرهم معهم ، أولاداً كانوا أو أجانِب و هل له ذلك مع أصغر ولده ؟ فيه خلاف و الجواز مروى ، أمّا النقل عنهم فغير جائز ﴾ .

لو وقف على مصلحة فبطلت ، حكى عن الشيخ و جماعة أنّه يصرّف في وجوه البرّ و علل بأنّ الملك خرج عن ملك الواقف بالوقف الصحيح أوّلاً فلا يعود إليه و القربة الخاصة وإن تعذرت فإنّه يصرّف إلى غيرها من القرب لاشتراك الجميع في أصل القربة . و يرد عليه ما ذكره في المسالك من أنّه لا يلزم من قصده القربة الخاصة قصداً للقربة المطلقة ، و قد يقال : إنّ المسئلة وإن كانت غير منصوصة إلا أنّ لها نظائر في الشرع قد ورد الحكم فيها بما ذكره الأصحاب و يرجع الجميع إلى أنّه مع تعذّر ما عينه

المالك من وصية أو نذر أو نحو ذلك مما يجب إنفاذه شرعاً فإنه مع تعذر المصرف المخصوص يصرف في وجوه البر ، ولا يرجع إلى الورثة ، فمن ذلك ما أوصى بأبواب عديدة من الموصي فنسى الوصي باباً أو أبواباً فإنه يصرف في وجوه البر كما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن ريان أنه « كتب إلى أبي الحسن محمد بن علي عليه السلام يسأله عن إنسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع عليه السلام الأبواب الباقية اجعلها في البر ^(١) » ، ومن ذلك ما رووه عن علي بن مزيد صاحب السابري عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث طويل يتضمن أنه « أوصى رجل بتركته إلى علي المذكور وأمره أن يحج بها عنه ، قال : فنظرت فإذا هوشىء يسير لا يكفي للحج فسألت الفقهاء من أهل الكوفة ، فقالوا تصدق بهاءنه فتصدق به ، ثم لقي بعد ذلك أبا عبدالله عليه السلام فسأله فأخبره بما فعل فقال إن كان لا يبلغ أن يحج به من مكة فليس عليك ضمان وإن كان يبلغ ما يحج به فأنت ضامن ^(٢) » ، والتقريب أنه قرره على الصدقة إذا لم يبلغ الحج به من مكة ولم يحكم بكونه ميراثاً .

ويمكن أن يقال : مع بطلان المصلحة لا يتحقق الوقف المؤبد ومع عدم التحقق لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف و ليس هذا رجوعاً عن الوقفية إلى الملكية بل من أوّل الأمر ما خرج من ملكه نظير إجارة الدار مدة معينة مع عدم قابلية الدار بحيث تنهدم قبل بلوغ المدّة حيث يقال يبطلان الإجارة من أوّل الأمر بالنسبة إلى بعض المدّة فالمقام من قبيل الوقف على ما ينقرض فسواء سمي وقفاً منقطع الآخر أو حسباً لوجه لخروج الملك عن ملك الواقف وبعد موته يرجع إلى ورثته ، ولا وجه لتنظير المقام بباب الوصية مع نسيان الوصي المصرف لصحة الوصية وخروج الملك عن الصلوح للورثة فمع النسيان يصرف بحكم الشرع في وجوه البر ، نعم رواية علي بن مزيد المذكورة إن تمّ سندها تؤيد مقالة المشهور إن حصل القطع بعدم الفرق بين الوصية والوقف وقد يقال : إنه إن كان يظهر من حال الواقف الإعراض عن المال الذي وقفه

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٦ ب ٦١ من كتاب الوصايا .

(٢) الوسائل كتاب الوصايا ب ٨٧ تحت رقم ١ .

أبدأ وبالمرأة بحيث لو سئل إذا لم يمكن الصرف في كذا كيف يصنع به يقول: يصرف في سائر الخيريّات فالحكم هو الصرف في وجوه البرّ الأقرب إلى ذلك فالأقرب وإن لم يظهر من حاله ذلك بطل ورجع إلى الواقف أو وارثه .

ويمكن أن يقال: محلّ الكلام ما لو وقف على مصلحة واتفق بطلانها مع القابلية لعدم البطلان ففي هذا النظر لإعراض عن المال، نعم يتصور الإعراض التقديري بحيث لو سئل عن صورة بطلان المصلحة يقول كذا وكفاية الإعراض على تقدير محلّ إشكال، ثمّ إنّ لوجه مع الإعراض للصرف في وجوه البرّ الأقرب فالأقرب بل حاله حال سائر الأموال المعرض عنها يتصرف من أراد .

وأما شرط إدخال من يوجد مع الموجود فالظاهر عدم الإشكال فيه إذا رجع الشرط إلى دخول من يوجد بخلاف شرط الإدخال، بمعنى أن يكون الدخول بفعل الواقف أو المتوكلي للوقف بحيث لو لم يدخل لم يكن داخلياً فإنّ الثاني تغيير للوقف وقد يتمسك بعموم «الوقف-الخ» ويشكل من جهة أنّ الظاهر أنّه ليس في مقام مشروعية الوقف بأيّ نحو أراد الواقف حيث إنّ لازمه جواز شرط الخيار وشرط إخراج الموقوف عليهم وإدخال غيرهم مقامهم، وبيان آخر هذه الرواية وإن وردت بعد السؤال عن الوقف الموقت وغير الموقت وعن صحة الوقف لكنّه يشكل استفادة الإطلاق نظير مالوسئل العبد عن بيع شيء من زيد أو عمرو فأجاب المولى أنت مختار فهل يكون مختاراً في البيع من كلّ أحد أو يكون مختاراً بالنسبة إلى مسائل فتدبر و أضيف أيضاً خبر أبي طاهر البلاليّ المرويّ عن كمال الدين قال: كتب جعفر بن حمدان «استحللت بجارية-إلى أن قال- ولي ضيعة قد كنت قبل أن تصير إليّ هذه المرأة سبيلتها على وصاياي وعلى سائر ولدي على أنّ الأمر في الزيادة والنقصان منه إليّ أيام حياتي وقد أتت هذه بهذا الولد فلم ألحقه في الوقف المتقدّم المؤبد، وأوصيت إن حدث بي حدث الموت أن يجري عليه مادام صغيراً فإن كبر اعطيت من هذه الضيعة جملة مائتي دينار غير مؤبد، ولا يكون له ولا لعقبه بعد إعطائه ذلك في الوقف شيء فأريك أعزّك الله تعالى؟ فورد جوابها (يعني عن صاحب الزمان) أمّا الرّجل الذي استحلّ بالجارية - إلى أن

قال - و أما إعطاؤه المائتي دينار و إخراجة من الوقف فالمال ماله فعل فيه ما أراد^(١) و هذه الرواية ليست ظاهرة في كون الضيقة بتمامها موقوفة بل لعل بعضها موقوف و بعضها متعلق الوصية و متعلق الوصية يكون اختياره بيد الموصي مادام الحياة فان الوقف منجز قبل الموت و الوصية معلقة على الموت هذا مضافاً إلى أنه لم يظهر تصحيح أو توثيق من جهة السند ، و مما ذكر ظهر حال ما لو أطلق الوقف و تحقق القبض فلا يصح إدخال غير الموقوف عليه لأن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها .

و عن الشيخ في النهاية أنه إذا وقف على أولاده الأصغر جاز أن يشترط معهم من يتجدد له من الأولاد و إن لم يشترط ذلك في العقد ، و عن القاضي موافقة الشيخ بشرط عدم تصريحه بارادة الاختصاص بالسابقين و استدلل على ما ذهب إليه الشيخ بجملة من الأخبار منها صحيح علي بن يقطين ، عن أبي الحسن عليه السلام « عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده ؟ قال عليه السلام : لا بأس بذلك »^(٢) و منها خبر محمد بن سهل عن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه ؟ قال عليه السلام : لا بأس »^(٣) .

ومنها صحيح ابن الحجّاج عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يجعل لبعض ولده شيء وهم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده ؟ قال عليه السلام : لا بأس »^(٤) . و منها خبر علي بن جعفر عليه السلام « عن رجل تصدق على ولده بصدقة ، ثم بداله أن يدخل معه غيره فيه مع ولده أيسح ذلك ؟ قال : نعم يصنع الوالد بما لولده ما أحب و الهبة من الوالد بمنزلة الصدقة من غيره »^(٥) .

و المشهور منعوا ذلك و أعرضوا عن العمل بهذه الأخبار عملاً بمقتضى القاعدة ، و لصحيح آخر لا بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام « عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده و يبيئه لهم أنه أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة ؟ قال

(١) كمال الدين ص ٢٧٥ .

(٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل الباب الخامس من كتاب الوقوف والصدقات .

عَلَيْهِ السَّلَامُ : ليس له ذلك إلا أن يشترط أنه من ولد له فهو مثل من تصدَّق عليه فذلك له « المؤيد بن خنيس بن جميل » قلت لأبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ : الرَّجُلُ يَتَصَدَّقُ عَلَى وَلَدِهِ بِصَدَقَةٍ وَهُوَ صَفَرٌ أَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ؟ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : لَا الصَّدَقَةُ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ « (١) .

و قد يقوَّى ما هو المشهور من جهة أن الأخبار المذكورة بعضها ضعيف السند مع عدم الجابر و بعضها ضعيف الدلالة كصحيح ابن الحجَّاج حيث إنَّه ليس فيه أنه من باب الوقف و الصدقة و مع إعراض المشهور لا تقاوم الصحيح الثاني لابن يقطين مع إمكان حملهما على صورة إرادة التصدُّق أو على صورة عدم تحقُّق القبض .

و يمكن أن يقال : أمَّا ضعف الدلالة في صحيح ابن الحجَّاج فيشكل من جهة ترك الاستفصال بل الفرد الغالب الوقف و بذلك يستشكل في الحمل على صورة عدم تحقُّق القبض ، و أمَّا الحمل على مجرد العزم و الإرادة فلا مجال له أصلاً ، و أمَّا عدم عمل المشهور فلم يحرز أنه من جهة الإعراض أو من جهة الأخذ بالطرف الآخر ترجيحاً أو تخييراً و لا يبعد أن يقال بعد معارضة الأخبار المذكورة مع الصحيح الثاني لابن يقطين يرجع إلى عموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» من جهة كونه مرجحاً . و أمَّا النقل إلى غير الموقوف عليهم فلا وجه لجوازه لعموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» لكن هذا على تقدير حمل هذا الخبر على عدم جواز التغيير ، و أمَّا على حمل الخبر على صحة الوقف فهو غير مرتبط بهذا .

﴿ و أما اللواحق فمسائل الأولى إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى القرب كالحجَّ و الجهاد و العمرة و بناء المساجد ، الثانية إذا وقف على مواليه دخل الأعلون و الأذنون ، الثالثة إذا وقف على أولاده اشترك أولاده البنون و البنات الذكور و الإناث بالسوية ﴾ .

إذا وقف في سبيل الله يصرف في كل ما يكون وصلة إلى الثواب والقول بالاختصاص بالجهاد كما عن ابن حمزة ، أو بقسمته أثلاثاً : ثلث للفقراء و ثلث للحجَّ و ثلث للعمرة كما عن الشيخ لم يظهر عليه دليل و المراد انصراف منافع الموقوفة في القرب بمعنى

صرفها فيها و يدل على ما ذكر ما رواه علي بن إبراهيم في تفسيره^(١) عن العالم المذكور في كتاب الزكاة وقال : « في سبيل الله قوم يخرجون إلى الجهاد وليس عندهم ما ينفقون ، أو قوم من المؤمنين ليس عندهم ما يحجون به ، و في جميع سبل الخير فعلى الإمام أن يعطيهم من مال الصدقات حتى يقووا على الحج و الجهاد »^(٢) وإذا وقف على مواليه و لفظ المولى مشترك بين مولى عتاقه أي المولى من الأعلى وهو المعتق له ، و مولى نعمة و هو عتيقه و كان له الصنفان و لم تقم قرينة على إرادة أحد الصنفين ، ففي بطلان الوقف أو صحته و الصرف عليهما أو صحته لأحدهما و كذا الكلام لو أتى بالمفرد ، و قد يفصل بين الايتان بلفظ الجمع و بين الايتان بلفظ المفرد أقوال مبنية على أن لفظ المولى مشترك معنوي كما يظهر من المحكي عن الشيخ - قدس سره - حيث جعله كلفظ الأخ الصادق على الأخ من الأبوين و من الأب و من الأم أو مشترك لفظي ، و على الثاني هل يجوز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً أو يجوز في الجمع دون المفرد أو لا يجوز مطلقاً فعلى الأول و ل يصرف عليهما و كذا على الثاني و كذا على الثالث إذا كان بلفظ الجمع دون المفرد فيبطل للاجمال أو يصح في أحدهما ، و على الرابع أيضاً يبطل أو يصح في أحدهما ، و قد يقال : الظاهر أن المولى مشترك لفظي و ليس كلفظ الأخ إذ لا جامع بين القسمين ، و الأقوى عدم جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً و مع ذلك يصح بالنسبة إلى أحدهما و يعين بالقرعة أو يقسم بينهما على وجه الصلح القهري .

ثم المناط في صحة الاستعمال و عدمها مذهب الواقف لا الحاكم و المفتي ، و يمكن أن يقال : على فرض كون الاشتراك لفظياً لا مانع من جواز الاستعمال في أكثر من معنى مع صحته عند أهل اللسان و ما ذكر من وجه الاستحالة محل إشكال لكن الظاهر أنه خلاف الظاهر يحتاج إلى القرينة وهذا كاف في عدم الحمل على الصنفين ، و مع فرض الاستحالة يتصور الجامع بين الصنفين بأن يراد المسمى باسم المولى كما قيل في لفظ

(١) المصدر ص ٢٧٥ ،

(٢) في المصدر و حتى ينفقوا به على الحج و الجهاد .

الزيدين يراد فردان من المسمى بلفظ زيد لكنته خلاف الظاهر في المقام ، فجواز الحمل وعدم جوازه ليس مبنياً على صحة الاستعمال وعدمها ومع عدم القرينة والاجمال يشكل القرعة ، الأثرى أنه لو علم بدين عليه إما لزيد أو لعمر و هل يعين بالقرعة ، و أما ما ذكر من أن المناط في صحة الاستعمال وعدمها مذهب الواقف - النخ فيشكل بأن مجرد الصحة لا يوجب الظهور ، وثانياً مع عدم صحة الاستعمال بنظر المفتي أو الحاكم يخرج اللفظ عن سنخ الألفاظ المستعملة في المحاورات فمع الحاجة إلى اللفظ المستعمل بالنحو الصحيح كيف يصح الوقف .

و أما صورة الوقف على الأولاد بدون التفرقة فالظاهر عدم الاشكال في التساوي وعدم الفرق بين الذكور و الاناث .

﴿ الرابعة إذا وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد و من يحضره و كذا كل قبيل متبداً كالعلوية و الهاشمية و التميمية ، ولا يجب تتبع من لم يحضره ﴾ .

المعروف أنه مع كون الموقوف عليهم محصورين لا بد من توزيع منافع العين الموقوفة عليهم و تشريكهم و مع عدم الحصر تصرف في البعض من دون توزيع إلا أن يكون مع عدم الحصر انصراف و الفقراء غير محصورين ، و دعوى انصرافهم إلى فقراء بلد الوقف مشكلة ، نعم قد يستظهر من مكاتبة علي بن محمد بن سليمان النوفلي قال : « كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدي علي المحتاجين من واد فلان بن فلان و هم كثيرون متفرقون في البلاد ؟ فأجاب عليه السلام ذكرت الأرض التي وقفها جديك علي فقراء ولد فلان بن فلان و هي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف ، وليس لك أن تتبع من كان غائباً ^(١) الانصراف إلى من كان في بلد الوقف ، و قد تحمل على صورة كون الوقف على الجهة و كون أولاد فلان مصرفاً له و لا ينافيه قوله عليه السلام « و هي لمن حضر البلد » بدعوى ظهوره في وجوب استيعابهم ، ولو كان من الوقف على الجهة لم يجب ذلك لا مكان منع ظهوره في ذلك و إن المراد أن المصرف من حضر لأنه يجب الدفع إلى كل من حضر .

و يمكن أن يقال: مع عدم القرينة يشكل فهم المراد من جهة أن ظاهر الجمع المحلى باللام الاستيعاب، ومن جهة عدم الحصر لامجال للحمل على الاستيعاب، فيدور الأمر بين الحمل على الحاضرين في بلد الوقف مع الاستيعاب و التشريك و بين الحمل على كونهم مصرفاً كالفقراء في باب الزكاة و لا ترجيح، و المكاتب المذكورة يشكل الأخذ بها من جهة ضعف السند و لم يظهر اجبارها و مع الأخذ بها يشكل التعدي من موردها هذا، و ما ذكر أولاً من أنه مع الحصر يوزع المنافع على المحصورين يشكل من جهة أنه قد يكون المنفعة قليلة و لا يصل إلى الأفراد المحصورين إلا مالا يكون قابلاً للتوجه كما أنه لو وقف على المحصورين نسلًا بعد نسل فانحصار طبقة أو طبقتين مثلاً لا يوجب التوزيع مع عدم الانحصار في الطبقات المتأخرة وإن أمكن استحقاقهم كما لو اشتغل نعمة إنسان بالدين بالنسبة إلى الآلاف من الدائنين و مات و لم يترك إلا قليلاً من المال كما أنه مع عدم الحصر في الطبقة الأولى و كون المنفعة كثيرة يشكل صرفها إلى واحد منهم.

والغامسة لا يجوز إخراج الوقف عن شرطه ولا يبعه إلا أن يقع خلف يؤدي إلى فساده على تردد^١ أما عدم الإخراج عن الشرط الذي شرط في الوقف مع جوازه فهو مقتضى لزوم الوقف و الشرط و قد سبق بعض الأخبار الدالة عليه في صدر الكتاب فلاحظ الصحيح عن صفوان بن يحيى وهو الدليل على عدم جواز بيعه، و ادعى عليه الإجماع و قد يقال عدم جواز البيع و سائر النواقل و ما في معرض النقل كالرهن داخل في حقيقة الوقف إن هو تحبير الأصل و تسهيل المنفعة، و يمكن أن يقال: هذا مسلم لكن لا بد من لزوم التحبير و إلا فمثل الهبة الغير اللازمة حقيقتها النقل إلى الغير. و استدلل على عدم الجواز أيضاً بجملته من الأخبار منها قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها^(١)» و منها قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الفلّة في ملكك^(٢)» و منها قوله عليه السلام في جملة من الأخبار: «صدقة لاتباع ولا توهب

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٧ .

(٢) راجع الوسائل ج ٢ ص ٦٥٢ كتاب الوقوف و الصدقات ب ٦ .

ولاتورث ،^(١) بدعوى أن الظاهر منها أن عدم جواز البيع داخل في حقيقته ، و قد يناقش في استفادة عدم جواز النقل مما ذكر .

أما الخبر الأول فلأن الاستدال به مبني على أن يكون المراد أنه يجب إبقائها وليس كذلك إذ من المحتمل بل الظاهر أن يكون المراد أن الوقف يجب العمل به على الكيفية التي قرره الواقف من القيود والشروط ، بل هو يكون دليلاً على الجواز في ما لو شرط ما يوجب ذلك .

وأما الخبر الثاني فهو ظاهر في عدم جواز الشراء على نحو الملك المطلق ، وكذا سائر الأخبار ولا ينافي جواز البيع بإرادة شراء ملك آخر بدله .

ويمكن أن يقال في الخبر الأول : لامانع من الجمع بين اللزوم والصحة كما يستفاد من « أوفوا بالعقود » اللزوم والصحة ، وعلى فرض أن يكون المراد منه ما ذكر قد سبق الإشكال في استفاده ما ذكر على الإطلاق بل لا يبعد أن يكون النظر إلى خصوص الموقت والغير الموقت المذكورين في كلام الراوي .

والخبر الثاني لامانع من الأخذ بإطلاقه وتكفي في المقام رواية صفوان بن يحيى المذكورة في صدر الكتاب حيث أنها فيها قول السائل « ثم يبدوله أن يحدث في ذلك شيئاً » ولعله يشمل ما لو بدأ للواقف بتعديل العين الموقوفة فتدبر .

وأما بيع الوقف فبعد الفراغ عن عدم جوازه في الجملة لما ذكر استثنى موارد أحدها مالوزال عنوان لاحظته الواقف في وقفه ، كما إذا وقف بستاناً ملاحظة في وقفه البستانيّة أو الدار ملاحظاً فيها الدارية فمع الخروج عن العنوان بطل كونها وقفاً ، واستشكل في البطلان بأنه إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله « وقفت هذا البستان » فلا شك في أنه كقوله بعث هذا البستان أو وهبت وإن أريد به شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم ، وأجيب بالفرق بين أن يجعل البستان مورداً للوقف أو عنواناً وهو في قوله بعث هذا البستان بمنزلة بعث هذا الشيء ، بخلاف ما إذا جعل عنواناً كما هو المفروض .

(١) راجع الوسائل ج ٢ ص ٦٥٢ كتاب الوقوف والصدقات ب ٦ .

ويمكن أن يقال : ما ذكر في الجواب يشكل من جهة أن المبيع والموهوب على ما ذكر البستان بما هو شيء من الأشياء لا بما هو بستان حيث إنّه جعل مورداً للبيع والهبة ولازم هذا أنه لو باع حيواناً بما هو عبد حبشيّ فإن سماراً وحشياً لزم صحة البيع لأنّ البيع وقع على الموجود الخارجي بما هو شيء لا بعنوان كونه عبداً ومثله لو باع الحنطة فبانت شعيراً ، ولا أظنّ أن يلتزم به ، ويمكن الفرق بين باب البيع والهبة وبين باب الوقف مع اشتراك الأوباب في مدخليّة العنوان بانتقال مجموع المادة والصورة إلى المشتريّ والموهوب له وبعد ارتفاع صورة النوعيّة تكون المادة وما بمنزلتها بحالها السابقة باقية بملك المشتري والموهوب له بخلاف العين الموقوفة فإنّها محبوسة مادامت قابلة للانتفاع بها فمع ارتفاع القابليّة تبطل الوقفيّة ولا معنى لوقفيّة العين التي انسلخت منها الصورة التي بها تكون قابلة للانتفاع الموقوف عليه بها .

ومما ذكر ظهر الاشكال فيما لو أتلف متلف العين الموقوفة وكانت قيمية فإنّ القيمة المأخوذة من المتلف كيف تلتزم بوقفيّتها مع أنّها لا منفعة لها ، وما الدليل على لزوم صرفها في مثل تلك العين الموقوفة وفي المقام أيضاً القائل بجواز البيع يلتزم ببيع أرض البستان مثلاً واشتراء بستان آخر ويطلب باقامة الدليل ، نعم لو قلنا بأنّ العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليهم بنحو الملكيّة الموقّنة حيث إنّها تنتقل إلى الطبقة المتأخّرة في مثل الوقف على الأولاد نسلاً بعد نسل صحّ ما ذكر ، لكن أنّى لنا إثبات هذا .

وأمّا صورة وقوع الخلف المؤدّي إلى الفساد فاستدلّ على جواز البيع فيها بخبر عليّ بن مهزيار قال : « كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام إنّ فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس وسأل عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفة ؟ فكتب إليّ أعلم فلانا أنّي أمره ببيع حصّتي من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إليّ » وأنّ ذلك رأيي إن شاء الله ، أو يقوّمها على نفسه إن كان ذلك أرفق له . قال : و كتبت إليه أنّ رجلاً ذكر أنّ بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً وأنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف

ويدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته ؟ فكتب إلى بخطه و أعلمه أن رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأُنفُس و الأُمُوال ، (١) .

و استشكل أولاً لاحتمال كون المراد تلف مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم لا مطلق الأُمُوال و مطلق النفوس فينطبق على صورة أخرى وهي أداء بقاء الوقف إلى خرابه علماً أو ظناً على وجه لا يمكن الانتفاع به أصلاً أو كانت منفعته قليلة ملحقة بالعدم ، سواء كان لأجل الاختلاف بين أربابه أو لغيره فإن الأقوى جواز بيعه وشراء عوضه بعوضه لانصراف أدلة المنع فإن إبقاء مناف لغرض الواقف و أيضاً إذا دار الأمر بين سقوط الانتفاع به أصلاً و بين سقوط الانتفاع بشخصه مع بقاء نوعه كان الأولى الثاني مع أن بقاءه تضييع للمال ، و اللازم تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء و ثانياً لعدم ظهوره في الوقف المؤبد الذي هو محل البحث لعدم ذكر الأُعقاب فيه ، و ثالثاً لاحتمال أن يكون مورد السؤال قبل تمامية الوقف لعدم الإقباض ، و يؤيده كون البايع هو الواقف ولو كان بعد تماميته كان الأمر إلى الناظر ، و كون الناظر هو الواقف غير معلوم من الخبر ، و حمله عليه ينافيه ترك الاستفصال ، و رابعاً أن الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين مع أنه مناف لحق البطون اللاحقة ولقول المجوزين فإنهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه .

ويمكن أن يقال : أما ما استشكل أولاً فيشكل من جهة عدم انطباق ما في الخبر مع الصورة المذكورة من جهة عدم ارتباط ما ذكر مع تلف الضيعة الموقوفة و سقوطها عن حيز الانتفاع ، بل الظاهر أن المراد تلف مال آخر خصوصاً مع ملاحظة أن الأرض غير قابلة للتلف و التعبير عن تلف الضيعة بتلف الأُمُوال لا يناسب و على فرض إتلاف الضيعة بمعنى سقوطها عن حيز الانتفاع مستنداً إلى بعض الموقوف عليهم أو كلهم يكون المقام داخلاً فيما لو أتلف متلف العين الموقوفة فإن قلنا هناك بالتغريم و الضمان نقول في المقام بالضمان بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة ، و لا مجال للاكتفاء بثمن العين الساقطة

عن حيز الانتفاع إلا أن يكون بحيث لا يمكن أخذ الغرامة و ثانياً لم يظهر وجه لجواز البيع في الصورة المذكورة إلا من جهة الإحسان و لازمه جواز بيع مال الغائب إذا بلغ هذا الحد ، نعم قد يستظهر من بعض الأخبار المتعرض لمن وجد سفرة فيها لحم وغيره جواز التقويم و التصرف و كذا من وجد الشاة في الفلاة ، ثم إنه مع الخروج عن الانتفاع بالنسبة إلى الموقوف عليهم لادليل على بقاء الوقفية و لا معنى لبقاء القيمة على الوقفية فإن الأثمان لا منفعة لها مع بقائها ، ولولا شبهة الاجماع لا يمكن القول بالبقاء على ملكية الواقف كحسب العين مدّة قابلة للانتفاع بها ، فالأظهر حمل الرواية على صورة عدم تمامية الوقف والشاهد عليه أمر الإمام عليه السلام على ما في الرواية ببيع حصته أو التقويم على نفسه إلا أنه يشكل من جهة أنه مع عدم تمامية الوقف لم يخرج عن ملك الواقف بمجرد إنشاء الوقف و عدم القبض فكيف يؤمر ببيع الحصّة أو التقويم على نفسه هذا مع أن حصّة الإمام عليه السلام كيف جوز بيعه مع أنها من الوقف فلا يبعد أن يكون أمر الإمام عليه السلام بالبيع و تقسيم الثمن بين الموقوف عليهم بعنوان الولاية المخصوصة به عليه السلام فتحصل الإشكال في الأخذ بظاهر الرواية مع حفظ الأصول و القواعد ولعله لما ذكر تردد قدس سره - في المتن .

❖ السادسة إطلاق الوقف يقتضي التسوية فإن فضل لزم ، العاوية إذا وقف على الفقراء و كان منهم جاز أن يشركهم ❖ .

لا إشكال في أن الإطلاق مع عدم ما يوجب خلافه يقتضي التسوية لكنه قد يتفق أنه مع إطلاق اللفظ لا يفهم التسوية كما لو قال المولى لعمري : أكرم جيرانى . و الجيران بعضهم نوالشرف و الفضيلة ، فإطلاق اللفظ لا يقتضي التسوية في كيفية الإكرام و كذا الكلام في المقام ، ومع تفضيل بعض الموقوف عليهم على البعض الآخر لزم التفضيل لأن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها .

و أما الوقف على الفقراء فإن كان بنحو التشريك كما لو وقف على فقراء البلد المحصورين فالظاهر عدم جواز شركته معهم إن كان منهم أو دخل فيهم لصدق الوقف على نفسه الممنوع شرعاً ، و أما لو لم يكن كذلك كالوقف على غير المحصورين فقد يقرب

الجواز بأن الموقوف عليه هو العنوان كما لو وقف على الفقراء والمملووظ جهة الفقر والقياس على الزكاة التي للفقراء ولا يجوز للفقير أن يأكل زكاة نفسه لوجه له إذ فيها يجب الإيعطاء ومع أكله نفسه لا يصدق إيتاء الزكاة فلا يدخل تحت عنوان الوقف على النفس .

ويمكن أن يقال : لازم ما ذكر جواز دخول الواقف لو وقف على فقراء البلد مع كونهم محصورين وكونه منهم ومجرد كون الوقف على العنوان مع كون الواقف مشمولاً له لا يوجب عدم صدق الوقف على النفس ، وما ذكر في باب الزكاة من أن الزكاة يجب إعطاؤها يتم على فرض إفادة الحصر ووجوب الإيعطاء في كل زكاة فلا يبعد المنع كما حكى عن ابن إدريس والعلامة - رحمهما الله - في المختلف والتذكرة وإن حكى عن المشهور الجواز .

وإما الأوقاف العامة مثل المساجد والقناطر والخانات للزوار والحجاج فالظاهر عدم الإشكال في جواز انتفاء الواقف بها لقيام السيرة .

✽ من اللواحق مسائل السكنى والعمرى وهي تفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض ، وفائدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرئاً مع بقاء المالك للمالك . وتلزم لو عين المدّة وإن مات المالك . وكذا لو قال له : عمرك ، لم تبطل بموت المالك ، وتبطل بموت الساكن . ولو قال : حياة المالك لم تبطل بموت الساكن وانتقل ما كان له إلى ورثته ، وإن أطلق ولم يعين مدّة ولا عمراً تخير المالك في إخراجه مطلقاً ✽ .

لاشبهة في مشروعية السكنى والعمرى والرقيب ويدل عليه الأخبار الكثيرة منها ما رواه المشايخ الثلاثة - قدس الله تعالى أرواحهم - عن سمران قال : سألت عن السكنى والعمرى فقال : إن الناس فيه عند شروطهم إن كان شرطه حياته وإن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ، ثم يرد إلى صاحب الدار ^(١) .

ومنها ما رواه في الكافي والتهديب عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سئل عن السكنى والعمرى فقال : إن كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط

وإن كان جعلها له و لعقبه من بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا ،
ثم ترجع الدار إلى صاحبها الأوّل ،^(١) .

و منها ما رواه المشايخ الثلاثة عن أحمد بن عمر الحلبي ، عن أبيه في الموثق عن
أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل أسكن رجلا داره حياته قال : يجوز له وليس
له أن يخرجها ، قلت : فله و لعقبه ؟ قال : يجوز ، وسألته عن رجل أسكن رجلا و لم
يوقت له شيئا ؟ قال : يخرجها صاحب الدار إذا شاء »^(٢) .

و ما رواه في الكافي و التهذيب عن الحلبي في الصحيح أو الحسن ، عن أبي عبدالله
عليه السلام في الرجل يسكن الرجل داره و من بعده قال : يجوز لهم و ليس لهم أن يبيعوا
ولا أن يورثوا ، قلت : فرجل أسكن رجلا داره حياته قال : يجوز ذلك ، قلت فرجل
أسكن رجلا داره و لم يوقت ؟ قال : جائز وله أن يخرجها إذا شاء »^(٣) ولا يخفى أنه
لا يستفاد منها اعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين بل ما يصدق عليه الجعل و لو بالفعل
كما أنه لا يستفاد منها اعتبار القبض و لامدرك لاعتبار القبض إلا الإجماع إلا أن يقال : يفهم
من قوله أسكن أو يسكن الإقباض و اختلف في أنه معتبر في الصحة أو في اللزوم و القدر المتيقن
اعتباره في اللزوم و إن كان الظاهر من خبر حرمان المذكور اللزوم من جهة الشرط حيث ذكر فيه
« أن الناس عند شروطهم » و هذا نظير خبر المعروف « المؤمنون عند شروطهم » و قد فصل في
بعض الأخبار بين صورة التوقيت و صورة عدمه ففي الأولى حكم باللزوم و في الثانية
حكم بعدم اللزوم و يقع الإشكال من جهة أنه بعد ما كانت الفائدة التسليط على الانتفاع
تبرعا من دون اعتبار قصد القرية ، ولذا يجوز إخراج الساكن مع عدم التوقيت لا نجد
فرقا بين المقام و بين العارية مع أنه لاشبهة في أنه للمعير الرجوع و استرداد
العين المستعارة من المستعير من غير فرق بين صورة التوقيت و غيرها و لا يبعد التفرقة

(١) المصدر ب ٣ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٤ و التهذيب ج ٢ ص ٣٧٣ و الفقيه ص ٥٤٣ و اللفظ له .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٣٤ و التهذيب ج ٢ ص ٣٧٣ .

بين المقامين بإباحة منافع العين المستعارة في العارية من دون حصول الملكية للمستعير بخلاف المقام ، فلا يبعد القول بحصول الملكية للمعمر والساكن فمع اللزوم مع التوقيت لا يعتبر العقلاء لمالك العين ملكية المنفعة ولا ينافي هذا مع عدم استحقاق المعمر والمسكن غير ما عيّن له فإنّ الحال حال من استأجر عيناً وعيّن له استيفاء منفعة خاصة بنحو خاص^٢ ولازم ما ذكر أنّه لو نصب الفاصب كان ضامناً للمعمر والمسكن بالنسبة إلى المنافع دون المالك ولا يبعد ما ذكر في صورة عدم التوقيت كالهيئة الجائزة وقد يستظهر ما ذكر من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكيّ في خبر أبي الصباح الكناني « ثمّ ترجع الدّار إلى صاحبها الأوّل » ، وكذا خبر حمران المذكورين وفيه تأمل .

وأما بقاء الملك محلّ السكنى على ملك مالكة فوجهه واضح لعدم ما يوجب زوال الملكية إلاّ أنّه قد تكون المدّة طويلة بحيث لا قابلية للمعمر كما لو أمره داراً تكون نباتها ملكاً للمعمر - بالكسر - دون الأرض ولا يكون البناء قابلاً للبقاء بعد انقضاء المدّة نظير إجارة بعض الأعيان مدّة يكون انقضائها مساوياً لاضمحلال العين المستأجرة فاعتبار الملكية للعين مشكلاً إلاّ أن يقال : يكفي في الاعتبار أنّه لو أتلّف متلف العين يكون ضامناً لكنّه لا يخلو عن الإشكال حيث إنّ المتلف إن كان ضامناً لمالك المنفعة كيف يضمن قيمة العين مع زيادة قيمة المنفعة لقيمة العين أو تساويهما ، وأما اللزوم مع تعيين المدّة وإن مات المالك وكذا لو عيّن بغير المعمر - بالفتح - فلما ذكر في الاخبار المذكورة وإنّ الناس عند شروطهم وفي الصورة الثانية بموت المعمر الساكن ينقض كما أنّه لو عيّن بجهة المالك لا ينقض بموت الساكن لبقاء المدّة ، لكنّه يشكل إذا عيّن بسكوت شخص خاصّ كيف ينتقل إلى وارثه ، نعم ادّعى عدم الخلاف فيه وقد يتمسك بخبر عجم بن قيس الصحيح عن أبي جعفر عَلَيْهِ السَّلَامُ عن أمير المؤمنين عَلَيْهِ السَّلَامُ أنّه قضى في العمري أنّها جائزة لمن أمرها فمن أمر شيئاً مادام حياً فأنّه لورثته إذا توفي^(١) ، ولا ينفى أنّه مع احتمال رجوع الضمير إلى المعمر - بالكسر - لو لم يكن ظاهراً فيه لا مجال للاستدلال به ، وثنا ذكر يقال بعدم توريث الخيار المشروط في العقد لطرف العقد

(١) الوسائل كتاب السكنى و العمري ب ٨ ح ٢ .

بلسانه وقد خالف المشهور المحقق (قدس سره) في نكت النهاية و التعبير بالبطلان و عدم البطلان لا يخلو عن مسامحة ألا ترى أنه لو انقض مدّة الإجارة لا يقال : بطلت الإجارة .

و أما صورة عدم تعيين المدّة و لا عمر أحدهما فالمالك مخير فيها بين إخراج الساكن و إبقائه كما دل عليه صحيح العليّ أو حسنه المذكور .

ولومات المالك و الحال هذه كان المسكن ميراثاً لورثته و بطلت السكنى و يسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد و الزوجة و الخادم و ليس له أن يسكن معه غيره إلا باذن المالك و لو باع المالك الأصل لم تبطل السكنى إن وقتت بأمداد عمره ، و يجوز حبس الفرس و البعير في سبيل الله و الغلام و الجارية في خدمة بيوت العبادة ، و يلزم ذلك مادامت العين باقية .

أما انتقال المسكن إلى ورثته فهو على القاعدة لكونه ملكاً لمورثهم ، و أما بطلان السكنى فلا يخلو عن الأشكال لأنه مع احتمال حصول الملكية للساكن ماوجه البطلان ، غاية الأمر كون الورثة مثل المورث يكون لهم أن يخرجوا الساكن متى شاؤوا ، نعم إن كانت السكنى بمنزلة العارية تمّ ما ذكر لأن المنفعة ملك الورثة فلا بدّ من إذن جديد ، و التفرقة بين الموقت و المطلق بتحقيق الملكية في الأوّل دون الثاني مشكّل جدّاً ، و أما جواز إسكان الساكن معه من جرت العادة به فلانفهامه من الاطلاق بحيث لو لم يرد المسكن لكان عليه البيان و التخصيص لا بمعنى حصول الملكية للساكن و من يتعلّق به ، بل بمعنى كون من يتعلّق به من توابعه كما لودعا شخصاً له أصحاب و خدم للضيافة و تظهر الثمرة لو لم يسكن من جعل له السكنى كما أنه في صورة الدعوة للضيافة يشكّل ورود الأتباع مع عدم ورود المدعو .

و أما عدم جواز إسكان الغير بدون إذن المالك فلعدم الشمول و ليس المقام كباب الاجارة مع الاطلاق و مع إذن المالك لا مانع ، و أما عدم بطلان السكنى ببيع المالك الأصل في صورة اللزوم و عدم جواز إخراج الساكن فوجهه واضح لأنه باع شيئاً يكون مسلوب المنفعة مدّة كما لو باع العين المستأجرة ، نعم يعتبر أن يكون للعين مالية بعد

انقضاء المدّة ويتأتى الاشكال في صورة الاطلاق و عدم التوقيت فهل تبطل السكنى كما قيل في صورة موت المسكن و وراثة الورثة أولا تبطل ويكون إخراج الساكن بيد المشتري أو يبطل البيع على القول بالملكيّة للغرر لعدم تعيين المدّة بوجه من الوجوه و إن أمكن الصلح عنه لعدم إضرار الجهل به .

و أما جواز حبس الفرس والبعير في سبيل الله تعالى و الغلام و الجارية في خدمة بيوت العبادة و لزوم ذلك ما دامت العين باقية فالظاهر عدم الخلاف فيه و ظاهر كلماتهم الخروج عن ملك المالك و إن كانت عبارة المتن توهم خلاف هذا ، و لعله من جهة عدم اعتبار الملكيّة بالنسبة إلى العين مع عدم جواز التصرف فيه بوجه لا من جهة كونه صدقة و ملاحظة الأخبار الواردة الدالة على عدم جواز الرجوع في كل ما يعطى لله تعالى شأنه العزيز لعدم اعتبار قصد القرية والظاهر أن حال الحبس حال الوقف فلا حاجة فيه إلى الإيجاب و القبول اللفظيين بل يكفي بالفعل للسيرة ، و لعله من هذا القبيل ثوب الكعبة المعظمة الذي قد تضمنت النصوص بجواز أخذ القطع منه عند انتهاء عمره للتبرك و قد ذكر في المقام صحيح ابن اُذينة قال : « كنت مشاهد ابن أبي ليلى قضى لرجل جعل لبعض قرابته غلّة داره ولم يوقت وقتاً فمات الرجل فحضر ورتته عند أبي ليلى وحضر قرابته التي جعل لها غلّة الدار ، فقال ابن أبي ليلى : أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها فقال له محمد بن مسلم الثقفيّ : أما إن عليّ بن أبي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال : وما علمك فقال : سمعت أبا جعفر محمد بن عليّ عليه السلام يقول : قضى عليّ بن أبي طالب عليه السلام بردّ الحبس و إنفاذ المواريث فقال ابن أبي ليلى : هذا عندك في كتاب ، قال نعم ، قال : فأرسل إليه و ائتمني به فقال محمد بن مسلم : على أن لا تنظر في الكتاب إلا في ذلك الحديث فقال لك ذلك فأحضر الكتاب و أراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام فردّ قضيته ^(١) و خبر عبد الرحمن الخشعي ^(٢) قال : « كنت أختلف إلى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسمها وكان فيها حبيس وكان يدافعني فلما طال شكوته إلى أبي عبدالله عليه السلام فقال : أو ما علم أن رسول الله صلى الله عليه وآله أمر بردّ الحبس

وإنفاذ المواريث قال : فأتيته ففعل كما يفعل ، فقلت : شكوتك إلى جعفر بن محمد عليه السلام فقال لي : كيت كيت قال : فحلقتني ابن أبي ليلى أنه قد قال ذلك فحلقت له فقضى لي بذلك .

ومكاتبه علي بن معبد^(١) قال : كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم في سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأله عن رجل مات و خلف امرأة و بنين و بنات و خلف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين ثم هو حرٌ بعد العشر سنين ، فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك ؟ فكتب لا يبيعهوه إلى ميقات شرطه إلا أن يكونوا مضطربين إلى ذلك فهو جائز لهم ^(٢) بناء على إرادة الحبس من الوقف فيه ، وكذا خبر محمد بن مسلم « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها ؟ قال : هي لها على النحو الذي قال ^(٣) .

و خر يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام سأله عن الرجل له الخادم تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة فتأبى الأمة قبل أن يموت بخمس سنين أو ست ، ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها قدما أبقته قال : إذا مات الرجل فقد عتقت ^(٤) ولا يخفى أن مقتضى هذه الأخبار عدم خروج المحبوس عن الملكية فيشكل ما يظهر من كلمات الفقهاء من الخروج عن الملكية و التفصيل بين الحبس لرجل مثلاً أو لقرابته و بين مثل حبس الفرس أو البعير في سبيل الله و الغلام و الجارية في خدمة بيوت العبادة مشكلاً من جهة الإطلاق في صحيح ابن أذينة و الإطلاق في خبر عبد الرحمن المذكورين ، ويشكل أيضاً ما في المتن من عدم جواز التغيير مادام العين باقية فإنه بعدد المحبوس يتصرف فيه فالوجه الذي ذكر من عدم اعتبار الملكية

(١) وعلى بن معبد من أصحاب الهادي عليه السلام .

(٢) الفقيه ص ٥٤١ تحت رقم ١٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٣٤ .

مع عدم التغير والتصرف بوجه لا يتم ، و أيضاً لا يظهر على ما ذكر فرق بين الوقف والحبس .

﴿ و أما الصدقة فهي التطوع بتملك العين بغير عوض ، ولا حكم لها ما لم تقبض باذن المالك . و تلزم بعد القبض وإن لم يعوض عنها . و مفروضها محرم على بني هاشم إلا صدقة أمثالهم أو مع الضرورة ولا بأس بالمندوبة ﴾ .

الصدقة تملك بلا عوض مع قصد القرية و بهذا القيد تمتاز عن الهبة و الهدية هذا هو المعروف ، و يشكل من جهة صدق الصدقة على العين الموقوفة باعتبار الوقف مع أن الواقف لا يقصد تملك الموقوف عليهم بل قصده التحبيس و التسييل و من قال بحصول الملكية الموقوفة بالنسبة إلى كل طبقة لا يستند إلى قصد الواقف ، بل الظاهر أن النظر إلى أن الملك لا بد له من المالك و كيف كان لا بد من الإبقاء ولو بالفعل كالمعاطاة في البيع ، و أما عدم صحتها بدون القبض فادعى عليه الإجماع ، و قد يستدل على اعتباره ببعض الأخبار الواردة في الوقف ، و لا يخفى أن ما دل على اعتبار القبض في الوقف لا مجال للاستدلال به في المقام باعتبار صدق الصدقة على الوقف ، نعم لا يبعد التمسك بخبر عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا قال : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن الوالد هو الذي يلي أمره » (١) و قال عليه السلام : « لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله عز وجل » (٢) .

و الظاهر أن القائلين باعتبار القبض نظرهم إلى اعتباره في الصحة و هو الظاهر من قوله - قدس سره - في المتن و لا حكم لها و إن كان قوله : « و تلزم بعد القبض » يؤمى إلى مدخليته في اللزوم دون الصحة .

و أما حرمة مفروضها على بني هاشم فيدل عليها الأخبار في الجملة منها قول الصادق عليه السلام على المحكي في صحيح العيص قال فيه : « إن أُناساً من بني هاشم أتوا رسول الله صلى الله عليه وآله فسألوه أن يستعملهم على صدقات المواشي وقالوا : يكون لنا هذا السهم

الذي جعله الله عز وجل للعاملين عليها فنحن أولى به ، فقال رسول الله ﷺ : يا بني عبدالمطلب إن الصدقة لاتحل لي ولا لكم ولكن قد وعدت الشفاعة - الخ «^(١) ويظهر من بعض الأخبار اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة كما عن أبي أسامة زيد الشحام عن أبي عبد الله ﷺ قال : « سألته عن الصدقة التي حرمت عليهم فقال : هي الزكاة المفروضة ولم يحرم علينا صدقة بعضنا على بعض »^(٢) وما عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي قال : « سألت أبا عبد الله ﷺ عن الصدقة التي حرمت على بني هاشم فقال هي الزكاة قلت : أفتحل صدقة بعضهم على بعض قال : نعم »^(٣) ورواه الصدوق مرسلًا في المقنع .

٩ في قبال ما ذكر بعض الأخبار كما نقل الشيخ - قدس سره - بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار ، عن أحمد بن محمد ، عن بعض أصحابنا رفع الحديث قال : « فالنصف له - يعني نصف الخمس للإمام ﷺ - خاصة ، والنصف لليتامى والمساكين وأبناء السبيل من آل محمد الذين لاتحل لهم الصدقة ولا الزكاة عوضهم الله تعالى مكان ذلك بالخمس فهو يعطيهم على قدر كفايتهم - الخ »^(٤) ومرسلة أحمد المضمرة قال : فيها « فالنصف له خاصة والنصف لليتامى والمساكين وأبناء السبيل من آل محمد ﷺ الذين لاتحل لهم الصدقة ولا الزكاة عوضهم الله تعالى مكان ذلك بالخمس »^(٥) المنجبرة بفتوى الأصحاب ولا يبعد كونهما رواية واحدة ، وكيف كان لولا هذه المرسلة تعين اختصاص الحرمة بالزكاة المفروضة لحكومة ما دل على الاختصاص بالزكاة المفروضة على الأخبار المطلقة ، لكنه يشكل من جهة ما في المرسلة من عطف الزكاة على

(١) الكافي ج ٤ ص ٥٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٦٥ ، وفي الوسائل كتاب الزكاة أبواب المستحقين ب ٣١

. ج ٤

(٣) الكافي ج ٤ ص ٥٩ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٦٦ .

(٥) المصدر ج ٢ ص ٣٨٨ .

الصدقة إن لم يكن إشكال فيما دلّ على إختصاص من جهة السند ، ومع التعارض لا يبعد الأخذ بعموم ما دلّ على التحريم لمرجيئته أو مرجعيته فتأمل .

و أما الحليّة في المعطاة من أمثالهم أو مع الضرورة فقد سبق الكلام فيه في كتاب الزكاة ويدلّ عليها في خصوص المعطاة من أمثالهم ما عن حماد بن عيسى ، عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام في حديث طويل قال : « و إنما جعل الله هذا الخمس خاصة لهم (يعني بني عبد المطلب) عوضاً لهم من صدقات الناس تنزيهاً من الله لهم ولا بأس بصدقات بعضهم على بعض ،^(١) وقد سبق أيضاً حليّة الصدقات المنذوبة ويدلّ عليها ما في خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام ، أنه قال : « لو حرمت علينا الصدقة لم يحلّ أن نخرج إلى مكّة لأنّ كلّ ما بين مكّة والمدينة فهو صدقة »^(٢) .

والصدقة سرّاً أفضل منها جهراً إلا أن يتسّم ، و أما الهبة فهي تملك العين تبرّعاً مجرداً عن القرية ولا بدّ فيها من الإيجاب والقبول والقبض ، و يشترط إذن الواهب في القبض ،

أما أفضليّة الصدقة سرّاً فيدلّ عليها ما روى محمد بن محمد بن النعمان في المقنعة قال : قال عليه السلام في قوله تعالى « إن تبدوا الصدقات فنعما هي » قال ؟ فنزلت في الفريضة « و إن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » قال : ذلك في النافلة . قال : وقال أبو عبد الله عليه السلام : صدقة السرّ تطفيء غضب الرّبّ و تمحو الذنّب العظيم ، وتهون الحساب ، و صدقة النهار تزيد في العمر وتبني المال « وعن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « لو أن رجلاً حمل الزكاة فأعطاها علانية لم يكن عليه في ذلك عيب »^(٣) .

ولا يبعد أن يقال : لا يستفاد من هذا الخبر أفضليّة الجهر في الزكاة الواجبة فإنّه لا يقال في الوصف الموجب للكمال لا عيب فيه فيصحّ الاطلاق في المتن أخذاً باطلاق قوله عليه السلام على المحكيّ في الخبر المذكور « صدقة السرّ تطفيء غضب الرّبّ » إلا أنه روي

(١) و (٢) الوسائل كتاب الزكاة أبواب المستحقين ب ٣١ ح ٣ و ب ٣٠ ح ١ .

(٣) الوسائل كتاب الزكاة أبواب الصدقة ب ١٤ .

في الحسن «كل» ما فرض الله تعالى عليك فإعلانه أفضل من إسراره ، وكل ما كان تطوعاً فأسراره أفضل من إعلانه فلو أن رجلاً حمل زكاة ماله على عاتقه علانيته كان ذلك حسناً جميلاً (١) .

و أما لو كان المتصدق معرضاً للاتهام بالإسرار فالمعروف حسن الإعلان و لعله لما هو المعروف من حسن الانتقاء من مواضع التهم أو كراهة الوقوع فيها و على فرض استفادة الكراهة الشرعية لا الإرشاد تقع المزاخمة بين الحكيمين ولا موجب لنفي الأفضلية فتأمل .

و أما الهبة فهي تمليك العين بلا عوض مقابل للعين مجرداً عن قصد القرابة و بهذا تمتاز عن الصدقة ، و لا مجال لدعوى صدق ما ذكر على الوقف لعدم حصول الملكية للموقوف عليهم كما مر في كتاب الوقف و على فرض التسليم و القول بالملكية الموقوفة لكل طبقة من الموقوف عليهم تمتاز بعدم التمامية و عدم جواز التصرف في العين بغير منفعتها بخلاف الملكية في المقام ، و قد عبر بعض الأعلام عنها بتمليك مال طلقاً منجزاً من غير عوض في مقابل الموهوب من غير اشتراط بالقرابة ، و على هذا فلا اختصاص بالعين ، بل يشمل المنافع و الحقوق التي لها مالية ، و يؤيد هذا التعبير بالهبة فيما لو وهب الزوج ما استحق على الزوجة المنكوحه بالنكاح المنقطع و على هذا فلا حاجة إلى القبول بل يكفي في هبة ما في الذمة الانشاء من طرف الواهب و تيجته براءة الذمة من طرف الموهوب له و يشهد لهذا ما في بعض الأخبار و هو ما رواه في الكافي و التهذيب عن سماعة في الموثق قال : سألته عن رجل ضرب ابنته و هي حبلى فاسقطه سقطاً ميتاً فاستعدى زوج المرأة عليه فقالت لزوجها إن كان لهذا السقط دية و لي فيه ميراث فإن ميراثي منه لأبي ؟ قال : يجوز لأبيها ما وهبت له (٢) و كيف كان تحتاج في العين إلى إنشاء من طرف الواهب و القبول من طرف المتبهب سواء كان الانشاء و القبول بالقول أو بالفعل كالمعاطات في البيع حيث إن سيرة العقلاء في المقام قائمة كباب البيع و بعد

(١)

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٤٦ .

صدق الهبة بالمعاطاة يترتب عليها الآثار .

ومن العجب دعوى الإجماع على الاحتياج إلى الإنشاء القولي وقد اضطرب كلمات الأعلام في المقام ، وقد يقال : لازم القول بالملكبة الجائزة في صورة تحقق الهبة بالمعاطاة و عدم تحقق اللزوم إلا بالتصرف جواز رجوع الواهب حتى لو كانت لذى رحم أو معوضة مادام لم تلزم بالتصرف ، و يشكل القول بالجواز مع ملاحظة ما دل على اللزوم في صورتين و التمسك بالإجماع في أمثال المقام كما ترى وقد سبق الكلام فيه في كتاب البيع ، ثم إن الموهوب قد يكون عيناً شخصية وقد يكون جزءاً مشاعاً من عين وقد يكون كلياً في المعين كساع من صبرة معينة وقد يكون كلياً في نمة الواهب ولا يبعد صحة الهبة في جميع هذه لبناء العقلاء و عدم الردع بل لا يبعد التمسك بمثل ما دل على لزومها في صورة كون المتبهب ذا رحم أو كانت معوضة ولا إشكال في إمكان القبض و القبض في العين الشخصية و الجزء المشاع والكلي في المعين يتحقق بتسليط الواهب و استيلاء المتبهب على الموهوب ، و في الكلي في النمة لا حاجة إلى شيء بل يتحقق بالنسبة إلى من عليه الدين لأن ما عليه بمنزلة المقبوض ، و أما لو كان الهبة راجعة إلى غير من عليه الدين فالمشهور عدم صحتها لأنه كلي لا وجود له في الخارج فلا يمكن قبضه . و أجيب بأن قبض الكلي بقبض أحد أفراده لأن الكلي عين الأفراد فاذا أذن له الواهب في قبضه فقبضه صحته و كذا لو قبضه الواهب ثم أقبضه أو أذن له في القبض ثم القبض لنفسه .

و يمكن الاستدلال عليه بصحيفة صفوان عن الرضا عليه السلام «عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه فقال : إنه ليس فيه عليك شيء في الدنيا والآخرة يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له قال عليه السلام : نعم يكون وهبه ثم تزعه فجعله لهذا» ^(١) حيث إن الظاهر أن المال الذي على الرجل دين فإنه لو كان عيناً يعبر بلفظ «عنده» لا «عليه» ولا أقل من ترك الاستفصال ، و يظهر من كلام الإمام عليه السلام على المحكي «نعم يكون وهبه ثم تزعه» أنه لولا النزاع كانت

الهيئة صحيحة ، ولا مجال للاشكال من جهة أن الهيئة لذي رحم لازمة لا يجوز الرجوع فيها لعدم حصول القبض .

و أما لزوم القبض و اشتراطه في صحة الهيئة فهو المشهور المدعى عليه الاجماع ، و عن جماعة كونه شرطاً في اللزوم دون الصحة .

ويدل على اشتراطه في الصحة خبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام الهيئة لا تكون أبداً هيئة حتى يقبضها و الصدقة جائزة عليه ، (١) .

و موثقة داود بن الحصين عنه أيضاً « النحلة و الهيئة مالم يقبض حتى يموت صاحبها ؟ قال عليه السلام : هي ميراث ، فان كان لصبي في حجره و أشهد عليه فهو جائز » (٢) ، حيث إن نفي الصحة أقرب إلى نفي الماهية من نفي اللزوم لا يقال: مجرد الأقرينة لا يكفي لأنه إذا كان المتكلم الحكيم في مقام البيان لا يلقي على المخاطب كلاماً يحتمل معنيين أحدهما أقرب وهو يريد المعنى الأبعد إلا أن يكون قرينة معينة و وجه دلالة الموثق المذكور أنه لو كانت الهيئة صحيحة غير لازمة كان الوارث بالخيار و لم يتعين كون المال الموهوب ميراثاً ، واستدل للقول الثاني بصحيفة أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام « الهيئة جائزة قبضت أو لم تقبض ، قسمت أو لم تقسم ، و النحل لا تجوز حتى تقبض و إنما أراد الناس ذلك فأخطأوا » (٣) .

و خبر عبد الرحمن بن سيابة عنه عليه السلام أيضاً « إذا تصدق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أولم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزة » (٤) و أوجب بأن هذين الخبرين لا يقاومان ما دل على اشتراط القبض في الصحة للاعتناء بعمل المشهور و لأن مقتضاهما عدم شرطية القبض أصلاً لا كونه شرطاً في اللزوم و ظاهرهم الاجماع على الشرطية في الجملة ، و على تقدير المقاومة و المعارضة اللازم الرجوع إلى الأصل و مقتضاه عدم حصول الملكية إلا بعد القبض و دعوى أن مقتضى العمومات حصولها مدفوعة بأن مقتضاها

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ و الاستبصار ج ٤ ص ١٠٧ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٣١ .

(٤) التهذيب ج ٣ ص ٣٧٧ . و الكافي ج ٧ ص ٣٣ .

حصول الملكية اللازمة والمفروض الاجماع على عدمها قبل القبض .
 ويمكن أن يقال: إن مجرد عمل المشهور لا يوجب الوهن إلا أن يظهر إعراضهم
 عن العمل و لم يظهر لامكان أن يكون الآخذ من جهة التخيير والخبران المذكوران
 لا ينافيان شرطية القبض في اللزوم في بعض الموارد كالهبة المعوضة و الهبة لذى رحم
 بل لعله لا يستفاد منهما إلا الجواز بمعنى الصحة في مقابل عدم الجواز بمعنى البطلان
 مضافاً إلى أن تحصيل الاجماع في مثل المقام مشكل جداً ، و ما ذكر من أن مقتضى
 الأصل عدم حصول الملكية يشكل من جهة الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات
 الحكمية مضافاً إلى أنه لا يبعد التمسك بحديث الرّفع في رفع شرطية القبض في
 الصحة و مع هذا لا مجال لجريان الاستصحاب و إلى أن العمومات لا مانع من الآخذ
 بها و لم يظهر منها اللزوم إلا مثل « أوفوا بالعقود » و الظاهر خروج الهبة عنها و في
 غيره غنى وكفاية ، هذا مضافاً إلى أنه بعد تعارض الأخبار يكون العام مرجحاً أو مرجعاً
 ومن المطلقات مارواه الشيخ عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله ، و عبدالله بن سليمان في الصحيح
 قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء أم لا ؟ فقال:
 تجوز الهبة لذوي القرابة و الذي يثاب عن هبته و يرجع في غير ذلك إن شاء » (١)
 ثم إنه ربما يظهر من بعض الأخبار عدم الحاجة في الهبة للصبي إلى القبض
 و هو ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبان ، عن أخبره عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « النحل
 و الهبة مالم تقبض حتى يموت صاحبها ، قال : هي بمنزلة الميراث و إن كانت لصبي في
 حجره و أشهد عليه فهو جائز قال : سألته هل لأحد أن يرجع في صدقته و هبته ؟ قال:
 إذا تصدقت لله فلا ، و أما النحل و الهبة فيرجع فيها سزاها أولم يحزها ، و إن كان لذى
 قرابة » (٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ .

(٢) جاءت هذه الرواية في التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ . وفي الامتصاص ج ٤ ص ١٠٦

و ١٠٧ عن علي بن الحسن بن فضال عن العباس بن عامر عن داود بن الحصين عن أبي
 عبدالله عليه السلام .

و يمكن أن يكون النظر إلى أنه يلي أمره فكأنه مقبوض للصبي لكنه ليس كل صبي في حجر إنسان موكل عليه للإنسان و الظاهر أنه لا بد للولي من قصد أن يكون ما بيده بعنوان المقبوضة للموكل عليه و ظاهر الرواية عدم الحاجة إلى القبض في النحل و الهبة للصبي الذي في حجره .

و أما اشتراط كون القبض باذن الواهب فهو المشهور، و عن المسالك أنه لا خلاف فيه و في الجواهر أن عليه الاجماع لأصالة عدم ترتب الأثر و عدم الانتقال مع عدم إطلاق يوثق به مع احتمال أن يقرأ يقبض من باب الأفعال فيكون ظاهراً في اعتبار الأذن ، و استشكل فيه بوجود الإطلاق و منع عدم الوثوق و أصالة عدم شرطية الأذن و القدر المتيقن اعتبار وصول المال إلى يدا المتهب و لذا لو كان بيده كفى .

و استدلل أيضاً على اشتراط الأذن بأن المفروض أن المال بعد باق على ملكية الواهب و لا يجب عليه إقباضه فيحرم قبضه من دون إذنه ، و اورد عليه أن الحرمة مطلقاً ممنوعة مع أنها لا يوجب فساد القبض ، و يمكن أن يقال : لا إشكال في إطلاق المطلقات فإن بنينا على الأخذ بما دل على اعتبار القبض فلا بد من تقييدها و القدر المتيقن اعتبار نفس القبض لأنه مع احتمال قراءة يقبض من باب الأفعال يصير بمنزلة المجمل المراد بين الأقل و الأكثر و المعروف أنه مع الإجمال بهذا النحو يرجع إلى العام أو المطلق لأنه لا يرفع اليد عن الحجّة إلا بالحجّة و المقيّد مع الإجمال ليس حجّة في الجهة الزائدة ، و مع التشكيك في الإطلاق يرجع إلى الأصل و المعروف عند الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - أن مقتضى الأصل الفساد لا استصحاب عدم حصول الملكية و إن بنينا على اعتبار القبض في اللزوم فمقتضى الأصل عندهم استصحاب عدم اللزوم و قد سبق أن الاستصحاب في الشبهات الحكمية محل إشكال و مع قطع النظر عن هذا لا مانع من الرجوع إلى حديث الرّفع في الشك في الشرطية ، و معه لا مجال للرجوع إلى الاستصحاب و إن بنينا على حجّيته في الشبهات الحكمية .

و أما ما ذكر من حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه ففيه أنه لا مانع من ترتب الحكم الوضعي على ما يكون حراماً بالحرمة التكليفية ، و يؤيده أن المشهور

كفاية كون الموهوب في يد المتبهب من دون حاجة إلى قبض جديد بالاسترداد ، ثم القبض سواء كان اليديد أمانة أو ضمان حتى لو كانت يد غصب و قد مرّ نظير هذا في كتاب الرهن ، هذا كله و لكن مخالفة المشهور مشكلة .

✽ و لو وهب الأب أو الجد للولد الصغير لزم لآته مقبوض بيد الولي ، و هبة المشاع جائزة كالمقسوم ، و لا يرجع في الهبة لأحد الوالدين بعد القبض ، و في غيرهما من ذوي الرحم على الخلاف ✽ .

أما عدم الحاجة في هبة الأب أو الجد للأب للصغير المولى عليه إلى القبض الجديد فيدل عليه الصحيح المتقدم ، عن أبان ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، وموثق داود ابن الحصين عنه عليه السلام أيضاً « النحلة و الهبة مالم تقبض حتى تموت صاحبها ، قال عليه السلام هي ميراث فإن كانت لسبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز » (١) .

و يمكن الاستدلال برواية محمد بن مسلم « و إن صدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، فإن والده هو الذي يلي أمره » . (٢) فإن مقتضى التعليل فيها أن من يلي الأمر قبضه كاف فالقبض اللازم في الهبة حصل بقبض الولي و لازم هذا قصد الولي لأن مجرد كون الموهوب بيد الولي ليس قبضاً للمولى عليه و حمل هذه الأخبار على التنزيل بأن يقال كون الموهوب أو الصدقة بيد الولي بلا قصد بمنزلة القبض بعيد و لا يناسب التعليل المذكور و لا بد من الاقتصار على ما كان الموهوب بيد الواهب ، و لا مجال للأخذ بإطلاق الخبرين لمعارضتهما مع ما دل على اعتبار القبض وهو ما رواه الشيخ - قدس سره - في التهذيب في القوي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال : « الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه » (٣) إلا أن يستشكل من جهة ضعف السند مع انصراف الخبرين عن صورة خروج الموهوب عن يد الولي فتأمل .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ و الاستبصار ج ٤ ص ١٠١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ و الاستبصار ج ٤ ص ١٠٧ .

و أما جواز هبة المشاع فالظاهر أنه لا خلاف فيه و يدل عليه ما رواه في الكافي عن أحمد بن عمر الحلبي ، عن أبيه قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ؟ قال : يجوز ، قلت أرأيت إن كانت هبة ؟ قال : يجوز ، ^(١) و يقع الكلام في كيفية قبضه ففي ما يكتفي فيه من جهة القبض بالتخلية لا حاجة إلى إذن الشريك إذ هي لاستلزام التصرف في العين المشتركة ، و أما في ما يحتاج قبضه إلى النقل و التحويل فلا يجوز بدون إذن الشريك فإن أذن فهو و إن امتنع منه فللمتسبب توكيله في القبض عنه و إن امتنع منه يرفع الأمر إلى الحاكم و مع عدم التمكّن من الرجوع إليه يرجع إلى عدول المؤمنين و مع عدمهم قيل : إنه يكفي التخلية .

و استشكل بعدم صدق القبض بمجرد التخلية فلا يتحقق القبض و يمكن أن يقال : فيما يكتفي فيه بمجرد التخلية كيف يكتفي بتخلية الواهب مع عدم تخلية الشريك فيحتاج إلى المراجعة إلى الشريك وذلك لأنه إذا كان مثل الدار مشتركة بين شخصين فإذا كانا متصرفين كأن يكونا ساكنين فيها فهي بأيديهما ، وإن كان أحدهما ساكناً فيها مع خروج الآخر فهي بيده و مجرد خروج أحدهما ليس قبضاً بالنسبة إلى الثالث إلا أن يسكن الثالث مقامه أو يخرج الشريك و يخلى الدار للثالث ، و أما ما لا يكتفي فيه بالتخلية فمع امتناع الشريك فبأي نحو يجوز للواهب أعمال السلطنة في سهمه ولو بمراجعة الحاكم و القسمة الإجبارية يجوز إقباض الموهوب له سهمه .

و أما عدم الرجوع في الهبة لأحد الوالدين فيدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « الهبة و النحلة يرجع فيهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلا لذي رحم » ^(٢) .

و صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله و عبد الله بن سليمان ، عن أبي عبد الله عليه السلام « عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا فقال عليه السلام : تجوز الهبة لذوي القرابة

(١) المصدر ج ٧ ص ٣٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ . والامتياز ج ٤ ص ١٠٨ .

و الذي يثاب من هبته ، ويرجع في غير ذلك إن شاء » (١) .

و ربما تختلج بالبال الخدشة من جهة انصراف ذي رحم إلى من هو أبعد من الوالدين ، ألا ترى أنه لو أوصى بشيء للأقارب و الأرحام يشكل شموله للأبوين أو الأولاد إلا أن يقال : مقتضى المناسبة بين الحكم والموضوع الشمول و ادعى الإجماع و كذا في هبة الأبوين للأولاد هنا و مقتضى الصحيحين عدم جواز الرجوع بالنسبة إلى غير الأبوين و الأولاد من الأرحام ، ولكن عن جماعة جواز الرجوع فيهم لمرسلة أبان عن أبي عبدالله عليه السلام « هل لأحد أن يرجع في صدقته و هبته ؟ قال عليه السلام : إذا صدقت لله فلا ، و أما النحل فيرجع فيها حازها أو لم تحزها و إن كان لذي قرابة » (٢) .

و أوجب بعدم مقاومة المرسلة و احتمال أن يكون قوله عليه السلام على المحكي « و إن كان النخ قيداً لقوله عليه السلام أولم تحزها ، و يمكن أن يقال : إن كان عدم المقاومة من جهة الإرسال فبعد أخذ الفقهاء بها يشكل الاشكال من جهة السند ، و أما من جهة الدلالة بما ذكر فالظاهر أن الضمير في كان راجع إلى الإيعاء أو ما يرادفه المسئول عن حكمه سابقاً فيبعد رجوعه إلى ما يعلم من خصوص لم تحزها ، فمع بعده كيف يحمل عليه كلام الحكيم مع كونه في مقام البيان ، ألا ترى أنه لا مجال لحمل إلا لذي رحم في صحيحة محمد بن مسلم المذكورة استثناءً من خصوص أولم تحز ، و لا يخفى أن هذا كله على المشهور من جواز الرجوع في الهبة ، و قد اختلفت الأخبار فيه فالأخبار الدالة على الجواز منها الصحيحتان المذكورتان و المرسلة المذكورة ، و منها صحيح زرارة « و لا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه ، و ما لم يعط لله و في الله فإنه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أولم تحز و لا يرجع الرجل فيما وهب لامرأته » (٣) إلى غير ما ذكر .

و في قبالتها ما يظهر منه عدم الجواز منها خبر إبراهيم بن عبد الحميد ، عن أبي عبدالله عليه السلام « أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك فإذا خرجت إلى صاحبها فليس

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ و الاستبصار ج ٤ ص ١٠٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٧ .

(٣) الاستبصار ج ٤ ص ١١٠ .

لك أن ترجع فيها ، قال رسول الله ﷺ : من رجع في هبته فهو كالرّاجع في قيئه ، (١) .
ومنها خبر أبي بصير « عن الرّجل يشتري المبيع فيوهب له الشيء و كان الذي
اشترى لؤلؤاً فوهب له لؤلؤاً فرأى المشتري أن يردّ » ، أيرد ما وهب له ؟ قال ﷺ :
الهبّة ليس فيها رجعة وقد قبضها إنّما سبيله على البيع فإنّ ردّ المبتاع المبيع لم يردّ
معه الهبة » (٢) .

ومنها خبر محمد بن عيسى « كتبت إلى عليّ بن محمد بن عبد الله رجل جعل لك - جعلني
الله فداك - شيئاً من ماله ثم احتاج إليه يأخذه لنفسه أو يبعث به إليك ؟ قال : هو
بالخيار في ذلك مالم يخرجه عن يده ولو وصل إينا رأينا أن نواسيه وقد احتاج
إليه » (٣) .

ومنها خبر الجراح المدائني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ
« من رجع في هبته كالرّاجع في قيئه » (٤) .

وقد يقال : إنّ هذه الأخبار لا تقاوم ما تقدّم من الأخبار لأصحتها وأكثريتها
وأظهرتها دلالة . ويمكن أن يقال : إذا كان النظر إلى الترجيح بما ذكر لا إلى الإشكال
في الحجية مع قطع النظر عن المعارضة يشكل ما ذكر من جهة عموم « أوفوا بالعقود »
فهو مرجح أو مرجع ، ومهل الأخبار المذكورة على الكراهة بعيد جداً ، والتعبير
بأنه كالرّاجع في قيئه لا يؤيد الكراهة لأنّه يمكن أن يكون من جهة خبث القبيء
الموجب للحرمة لامن جهة تنفر الطبع لكن مع ذلك لا مجال لمخالفة المشهور .

ولو وهب أحد الزّوجين الآخر ففي الرجوع تردّد ، أشبهه الكراهية ويرجع
في هبة الأجنبي مادامت العين باقية مالم يعوّض عنها ، وفي الرجوع مع التصرف قولان
أشبههما الجواز .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٣٧٨ .

(٣) الوسائل كتاب الهبات ب ٤ ج ٨ .

(٤) الاستبصار ج ٤ ص ١٠٩ .

أما رجوع أحد الزوجين فيما وهب للآخر فمقتضى صحيح زرارة المذكورة عدم جوازه و يدل عليه أيضاً صحيحة زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام « إن الصدقة محدثة إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله ينحلون و يهبون ، و لا ينبغي لمن أعطى لله عز و جل شيئاً أن يرجع فيه ، قال : و ما لم يعط لله و في الله فإنه يرجع فيه نحلة كانت أوهبة ، حيزت أو لم تحز و لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته و لا المرأة فيما تهب لزوجها حيز أولم يحز ، أليس الله تبارك و تعالى يقول : « و لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً » و قال : « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » و هذا يدخل فيه الصدقة و الهبة » (١) .

و المشهور على الجواز مع الكراهة لصحيح محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل « عن رجل كانت له الجارية فأذته امرأته . فيها ، فقال : هي عليك صدقة ، فقال : إن كان قال : ذلك لله فليمضها و إن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها » (٢) .

و استشكل في الاستدلال به باحتمال كون المراد أنه إذا قصد الصدقة و لم يقل لله فله الرجوع حيث أنها مشروطة بقصد القرية ، مع أن الصحيحة موافقة للكتاب بناء على أن المراد بما آتيتموهن « أعم » من الصدقة و الهبة لقوله عليه السلام في آخره .

و يمكن أن يقال : إذا قصد الصدقة التي أخذ فيها قصد القرية فلا حاجة إلى قوله فيظهر من الرواية أنه ما قصد حيث لم يقل فالإعطاء بقصد القرية يجوز الرجوع فيه و بدون الإعطاء لا يصدق الرجوع و الإعطاء بلا قصد القرية هبة فبقريته ذكر الرجوع يفهم تحقق الإعطاء ، و يمكن الاستدلال للمشهور بصحيفة عبد الرحمن بن - أبي عبدالله ، و عبدالله بن سليمان ، عن أبي عبدالله عليه السلام « عن الرجل يهب الهبة يرجع فيها إن شاء أم لا ؟ فقال عليه السلام : تجوز الهبة لذوي القرابة و الذي يثاب من هبته و يرجع في غير ذلك » (٣) فيدور الأمر بين تخصيص و يرجع في غير ذلك و حفظ ما ظهر منه عدم

(١) الكافي ج ٧ ص ١١٠ و الاستبصار ج ٤ ص ١١٠ . وفيه « حيزاً أولم يحازاً » .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ .

(٣) تقدم ص .

الجواز على ظهوره و بين حفظ هذا الظهور و حمل ما ذكر على الكراهة الزائدة على كراهة مطلق الرجوع في الهبة قد يقوَّى التخصيص بملاحظة الذكر مع الصدقة التي لارجوع فيها لكنه ذكر الواجب والمستحب و كذا الحرام و المكروه ليس بعزيز ، و المسئلة لا تغلو عن الأشكال و الاحتياط بعدم الرجوع .

و أما الرجوع في الهبة للأجنبي في الجملة فقد سبق الكلام فيه .
و أما صورة التعويض فادعى الإجماع فيها على اللزوم و عدم الرجوع و يدل عليه ما رواه الشيخ ، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الصحيح المتقدم ، و ما روي في الصحيح أو الحسن ، عن عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع » (١) .

و قد يقال بجواز التعويض بنفس ما وهب كلاً أو جزءاً كأن يقول الواهب : وهبتك بشرط أن تهبني إياه بعد شهر أو سنة ، و يشكل لا من جهة عدم صدق العوض على نفس الشيء لعدم المعاوضة في الموهوب بل المعاوضة بين التمليكين هبة وهبة أخرى عوضها بل من جهة الانصراف و عدم صدق الهبة للذي يثاب من هبته كما في الصحيح الأوّل و ما يقال من أنه لا بد أن يكون برضى الواهب مع قصد العوضيّة مشكل لا إطلاق الدليل ، و لا مانع من جواز الهبة أولاً و بعد إعطاء العوض تبدل الجواز باللزوم .

و أما صورة التصرف في العين الموهوبة للأجنبي ففيه أقوال : أحدها سقوط الجواز و عدم جواز الرجوع مطلقاً ، الثاني عدم السقوط مطلقاً ، الثالث التفصيل بين مثل البيع و الصلح و الهبة من التصرفات الناقلة للملك و مثل الاستيلاء المانع للردّ و مثل الطحن و النجر و الخياطة و نحوها مما يكون مغيراً للصورة و بين ما لا يكون كذلك كالسكنى و ركوب الدابة و تليفيها و لبس الثوب و نحوها مما لا يكون مغيراً للصورة .
و المدرك في المسئلة ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي ،

وجميل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له ^(١) » .

وقيام العين بعينها أمر عرفي كساير المفاهيم العرفية وقد يحصل الشك فمع مثل البيع والصلح والهبة مع لزومها الظاهر أنه عند العرف ليست العين قائمة بعينها لكنّه مع حصول الإقالة أو الفسخ يشكك صدق عدم القيام بعينها لأنها بنظر العرف من قبيل إعادة المعدوم ، ومثل الاستيلاء ليس عند العرف موجبا لعدم القيام بعينها بل المنع من قبل الشرع فلعلّه من باب تراحم الحكمين ، والظاهر أن ما يكون مغيراً للصورة كالطحن والنجر ونحوهما مناف للقيام بعينها دون مثل السكنى والرّكوب والتعليق ، وقد يقع الشك كحصول وصف كمال لها من دون حصول نقصان في أوصافها السابقة ، فمع الشك المرجح عموم أو إطلاق أدلة جواز الرجوع في غير الموارد المستثناة لما هو المقرّر في الأصول من الرجوع إلى العامّ أو المطلق عند إجمال المخصّص أو المقيّد والدوران بين الأقلّ والأكثر .

فالحق في المسئلة التفصيل ، ومع الإطلاق أو العموم لا مجال في موارد الشك للرجوع إلى الاستصحاب كما لا يخفى وإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكيمية .



﴿ كتاب الوصايا ﴾

﴿ وهي تستدعى فصولاً ﴾

﴿ الأوّل الوصية تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة ويفتقر إلى الإيجاب والقبول ﴾ .

الوصية إما تمليكية أو عهديّة ، ولا إشكال في عدم الحاجة في العهديّة إلى القبول وإن كان يظهر من عبارة المتن اشتراطه مطلقاً ، وقد يقال بعدم الحاجة إلى القبول في التمليكية أيضاً ، غاية الأمر ردّ الموصى له مانع ، ولازم هذا أنه لو لم يقبل الموصى له ولم يردّ كان الموصى به ملكاً له ، ويكون نفاؤه المتصلة والمنفصلة له ، ولا يلتزمون به ، بل ظاهر كلماتهم أنه مع عدم القبول والردّ والامتناع يجبر ملاحظة حال الورثة والإصاف أنه لا دليل على اعتبار القبول بملاحظة الأخبار بل الظاهر من بعضها حصول الملكيّة بمجرد الوصية فلاحظ صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأخواله ، فقال : لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث ^(١) » .

وما في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة قالت لا مّها : إن كنت بعدي فجاريتي لك ، ففرضي أن ذلك جائز ، وإن ماتت الابنة بعدها فهي جاريتها ^(٢) » .

إلا أن يقال في الصحيحة : لعلّ نظر السائل إلى كيفية تقسيم الموصى به بين الأعمام والأخوال بعد الفراغ عن تمامية الوصية ولا تعرض لها لنحو تمامية الوصية ، وهذا نظير سؤال السائل : رجل باع داره من دون ذكر لقبول المشتري . ولا يبعد التمسك بما رواه العباس بن عامر في الصحيح قال : « سألت عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً ، قال : أطلب له وارثاً أو مولى نعمة فادفعها إليه ، قلت :

(١) الفقيه ص ٥٣٠ تحت رقم ١ .

(٢) المصدر ج ٢ باب الوصية للموارث تحت رقم ٨ .

فإن لم أعلم له ولياً؟ قال : أجهد على أن تقدر له علي ولياً ، فإن لم تجده و علم الله منك الجدة فتصدق بها (١) ، حيث لم يستفصل في الجواب أن الموصى له قبل أولم يقبل ، فلو كان القبول لازماً في الصحة لزم حسب القاعدة أن يرجع الموصى به إلى وارث الموصى .

و المحكى عن المختلف بعد نقل الأقوال : والمعتمد أن نقول : الوصية إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم كبنني هاشم أو على مصلحة كمسجد أو فنطرة أو حج أو مدرسة أو غير ذلك لم يقتصر إلى القبول و لزمتم بمجرد الموت لتعذر اعتبار القبول من جميعهم فسقط اعتباره كالوقف عليهم . وإن كانت لمعين افتقرت إلى القبول ، ولا يحصل الملك قبله لأن القبول معتبر فتحصيل الملك له قبل قبوله لاوجه له مع اعتباره ولأنه تملك عين لمعين ، فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ، ولأن الموصى له لو رد الوصية بطلت ، ولو كان قد ملك بمجرد الإيضاء لم ينزل الملك بالرّد كما بعد القبول ، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل لامتناع تقدّم المشروط على شرطه .

و يمكن أن يقال : إن كانت الوصية التمليلية عقداً و كل عقد يحتاج إلى الإيجاب و القبول بخلاف الإيقاع فكيف يقال في الوصية لغير معين أو على المصلحة لاجابة إلى القبول و مجرد تعذر القبول لا يصحح ، وإن منعنا كون الوصية عقداً فلا نجد الفرق بين الوصية لمعين و بين غيرها .

و مما يؤيد عدم كونها عقداً أن القائلين باعتبار القبول يكتفون بقبول وارث الموصى له مع موت الموصى له قبل القبول و من المعلوم أن الوارث ليس طرف للعقد و ليس القبول من الحقوق الموروثة ، فيكون من قبيل موت طرف العقد قبل القبول . و أما ما ذكر من امتناع تقدّم المشروط على شرطه ، فيمكن الجواب عنه بأن الرّد كاشف عن عدم تحقق الملكية من الأوّل فالمقام نظير عزل مقدار من تركة الميت

(١) الفقيه ص ٥٣٠ تحت رقم ٤ . و الاستبصار ج ٤ ص ١٣٨ : و التهذيب ج ٢

بملاحظة الحمل فإن ولد حياً يرث سهمه من التركة وإلا فهو ميراث للورثة ، و
الحاصل أنه إن تحقق الإجماع على الحاجة إلى القبول فهو وإلا فالمرجع عموم أو
إطلاق أدلة صحة الوصية و نفوذها و مع الخدشة المرجع الأصل ، فإن بنينا على أن
الأصل في أمثال المقام الفساد من جهة استصحاب عدم تحقق الملكية بدون القبول
يحكم بالفساد ، و إن قلنا بأن حديث الرّفع لا مانع من جريانه في أمثال المقام يحكم
بالصحة ، و لا يخفى أنه إن كان الأصل الفساد من جهة عدم العموم و الإطلاق فمجرد
ما ذكر لعدم لزوم القبول في الوصية لغير المعين و للمصلحة لا يوجب الصحة ، بل
لابد من تحقق القبول ولو من بعض ككفاية قبض البعض في الوقف على عنوان كعنوان
الفقراء أو الحاكم إن قلنا بولايته في أمثال المقام ، و مع عدم الدليل على الولاية بهذا
النحو يشكل الحكم بالصحة لعدم تمامية الوصية حتى يقال : إنفاذ الوصية لازم
فيدور الأمر بين أن يكون بيد كل أحد أو خصوص الحاكم فالقدر المتيقن هو الحاكم ،
فعدول المؤمنين ، فسأقهم . فليس المقام من قبيل الوصية العهدية مع عدم تعيين الوصي
أو موته ، لكن الظاهر تسالمهم على عدم الحاجة إلى القبول .

و قد يقال : إن الوصية في هذه الصورة ليست تمليلية بل هي عهدية فليست
عقداً يحتاج إلى القبول ، و يشكل من جهة أنه إذا لم يعمل الوصي بالوصية فكيف
يملك الموصى له الموصى به لأن الوصي هو الذي يملك دون الموصى فلم يحصل الملك
و هذا خلاف ما تسالموا عليه ، و قد علل كونها عهدية بعدم صحة تملك الغير المعين
أو الجهة . و لا يخفى الاشكال فيه .

✽ و تكفي الإشارة الدالة على القصد ، و لا تكفي الكتابة ما لم تنضم القرينة
الدالة على الارادة ، و لا يجب العمل بما يوجد بخط الميت و قيل : إن عمل الورثة
ببعضها لزوم العمل بجميعها ، و هو ضعيف . و لا تصح الوصية بمعية كمساعدة الظالم
وكذا وصية المسلم للبيعة و الكنيسة . ✽

أما كفاية الإشارة الدالة على القصد في الجملة فالظاهر عدم الخلاف فيها ،
واستدل بصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «إن أباه حدثه عن أبيه أن أمانة

بنت أبي العاص بن الربيع و أمها زينب بنت رسول الله ﷺ كانت تحت علي صلوات الله عليه بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد علي عليه السلام المغيرة بن النوفل فذكر أنها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها وأتاها الحسن والحسين ابنا علي عليهم الصلاة والسلام وهي لا تستطيع الكلام فجعلوا يقولان لها - والمغيرة كاره لما يقولان - : اعتقت فلاناً وأهله فجعلت تشير برأسها : لا ، كذا وكذا ^(١) فجعلت تشير برأسها : نعم ، لا تفصح بالكلام فأجازا ذلك لها . و خبر علي بن جعفر ، عن أخيه المروي عن قرب الاسناد « سأته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهلها يسألها : يا سائلة فلاناً و فلاناً ؟ فيؤمي برأسه أو تؤمي برأسها في بعض : نعم ، و في بعض : لا ، و في الصدقة مثل ذلك أيجوز ذلك ؟ قال : نعم هو جائز ، ^(٢) .

و لا يخفى عدم ظهور الرأيتين في الوصية بل يمكن أن يكون الإشارة من المريض راجعة إلى الاعتاق عند الموت أو التصديق عنده أو الاقرار بهما ، والمعروف أنه يكفي بالإشارة مع العجز عن النطق و لا يبعد اعتبارها حتى مع التمكن لاكتفاء العقلاء في مقاصدهم بالإشارة ، و لم يبق دليل على لزوم التلفظ بوجوب الردع إلا أن المشهور عدم اعتبارها مع التمكن فان تم الاجماع و إلا فلا وجه له و لعله لهذا صرح في المتن بالكفاية من دون تقييد العجز وكذا الكتابة مع قصد الانشاء بهما و في خبر سدير عن أبي جعفر عليه السلام قال : « دخلت على محمد بن الحنفية وقد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية فلم يجب فأمرت بطست فجعل فيه الرامل فوضع فقلت : خطاً بيدك ، فخط وصيته بيده في الرامل و نسخه أنا في صحيفة » ^(٣) .

و لم يظهر من هذا الخبر مدخلية العجز في اعتبارها بل لعل العدول إلى الكتابة بعد العجز عن النطق من جهة أسهلية النطق .

(١) الفقيه ص ٥٢٦ و التهذيب آخر كتاب العتق و أحكامه و فيه « فشير برأسها نعم

كذا وكذا ، و كذا في الاستبصار و موضع آخر من التهذيب ص ٤٠٠ .

(٢) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٤ كتاب الوصية ب ٤٩ ح ٢٢ .

(٣) الفقيه ص ٥٢٦ تحت رقم ١ .

و أما ما كتب الميِّت بخطه فظاهر المتن عدم وجوب العمل به و لم يظهر وجهه مع كفاية الكتابة في الوصية و بناء العقلاء على العمل في مقاصدهم و اكتفاء المأمورين إذا صد من أمرائهم أو امرهم في الامور الخطيرة ، بل بناء الفقهاء في الأحاديث بما كتب في الكتب ، و النصوص الناهية عن أن يبيت الانسان إلا و وصيته تحت رأسه ، و من المعلوم أن الغرض العمل بها إذا مات و لعل نظر المانعين إلى صورة عدم حصول القطع أو الاطمينان بأنه خط الميِّت أو إرادة الوصية .

و أما عدم صحة الوصية بمعصية بمعنى صرف المال في المعصية فلا إشكال فيقولوا خلاف و لا يمكن تنفيذها و يدل عليه الخبر « عن قول الله تعالى : « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية » قال : نسختها التي بعدها « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمياً » قال : يعني الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى [في ثلثه] فيما أوصى به إليه مما لا يرضى الله تعالى من خلاف الحق فلا إثم على الموصى إليه أن يبدّله إلى الحق و إلى ما يرضى الله تعالى به من سبيل الخير » (١) .

و نحو المرسل المضمر عنه أنه تعالى أطلق للموصى إليه أن يغير الوصية إذا لم تكن بالمعروف و كان فيها جنفاً و يردّه إلى المعروف لقوله تعالى « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمياً فأصلح بينهم فلا إثم عليه » (٢) .

و لعل المراد من النسخ في الخبر الأوّل التخصيص لعدم إمكان الحمل على النسخ بمعناه المعروف و لعل المراد من التبديل عدم العمل بها لا التبديل بمعناه الظاهر كما لو أوصى بصرف ثلثه في البيع و الكنائس فبدّل الوصي في عمارة المسجد لعدم الدليل عليه غير الخبرين وإثبات مثل هذا الحكم بهما مشكل .

﴿ الثاني في الموصى و يعتبر فيه كمال العقل و الحرّية ، و في وصية من بلغ عشرأ في البرّ تردّد ، و المرويّ الجواز ، و لو جرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل ، ولو أوصى ثم جرح قبلت ، و للموصى الرجوع في الوصية متى شاء ﴾ .

(١) الكافي ج ٧ ص ٢١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٠ .

أما اعتبار كمال العقل بمعنى عدم كون الموصى مجنوناً أو سكران لا يعقل أو سفيهاً فلعدم نفوذ تصرفاته مع هذه الأوصاف .

وأما اعتبار الحرّية فوجهه أن العبد محجورٌ في تصرفاته وإن قلنا بأنه يملك .
وأما وصية من بلغ عشر سنين وإن كان مقتضى القاعدة عدم نفوذها لكونه محجوراً في تصرفاته لكنه ورد أخبار تدل على صحتها في وجوه المعروف . منها ما رواه الصدوق في الصحيح عن ابن أبي عمير ، عن أبان ، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال :
« قال أبو عبد الله عليه السلام : إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته » (١) .

وما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما أعتق أو صدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز » (٢) .

وما رواه الشيخ في التهذيب في الموثق ، عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته ، عن وصية الغلام هل يجوز ؟ قال : إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته » (٣) .

وعن أبي بصير و أبي أيوب في الموثق ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في الغلام ابن عشر سنين يوصى قال : إذا أصاب موضع الوصية جازت » (٤) .

وما رواه المشايخ الثلاثة - عطر الله مراقدهم - في الصحيح ، عن محمد بن مسلم قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إن الغلام إذا حضر الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لأولى الأرحام ولم تجز للفرعاء » (٥) .

وعن أبي بصير في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلك ماله في حق جازت وصيته ، وإن كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته » (٦) .

(١) الفقيه ص ٥٢٦ .

(٢) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٣ كتاب الوصايا أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ ح ٤ .

(٣) الى (٦) الوسائل أبواب أحكام الوصايا ب ٤٤ .

والمستفاد من هذه الاخبار نفوذ وصية البالغ عشر سنين في الحق والمعروف بعد تقييد ما هو مطلق بالمقيّد ، بل نفوذ وصية ابن سبع سنين في اليسير من ماله في حق ، ثم إن هذا في الوصية بالاستقلال بدون المراجعة إلى الولي ، وأما إن قلنا بنفوذ تصرفات الغير البالغ بإجازة الولي فلا مانع من التصرف بالوصية وهذا الكلام في وصية السفيه والعبد إن قلنا بملكيتّه يجري .

وأما لو جرح نفسه بما فيه هلاكها فالمصريح به في كلمات الفقهاء - قدس الله أسرارهم - عدم قبول وصيته وبدل عليه صحيحة أبي ولاد المروية بطرق المشايخ الثلاثة - قدس أسرارهم - قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها ، قيل له : أ رأيت إن كان أوصى بوصية ، ثم قتل نفسه متعمداً من ساعته تنفذ وصيته ؟ قال : فقال : إن كان أوصى قبل أن يحدث حدث في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت أجزت وصيته في الثلث ، وإن كان أوصى بوصية بعدما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته ،^(١)

ولا مانع في الآخذ بهذه الصحيحة إلا ما قد يستشكل من لزوم تخصيص الكتاب الكريم ولا إشكال فيه كما في كثير من أبواب المعاملات .

وأما جواز رجوع الموصي عن وصيته متى شاء فالظاهر أنه لا خلاف فيه وبدل عليه الاخبار منها مرواه المشايخ الثلاثة - قدس الله أسرارهم - عن عبيد بن زرارة قال : « قد سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : للموصي أن يرجع في وصيته إن كان في صحة أو مرض ،^(٢)

و عن يزيد بن معاوية في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحدث في وصيته ما دام حياً ،^(٣)

و عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « المدبر من الثلث وقال : للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحة أو مرض ،^(٤) إلى غيرها من الاخبار .

(١) الوسائل كتاب الوصايا أبواب أحكام الوصايا ب ٥٢ ح ١ .

(٢) و (٣) د د د ب ١٨ ح ٣ و ٤ .

(٤) الكافي ج ٢ ص ٢٢ .

الثالث في الموصى له ويشترط وجوده فلا تصح لمعدوم ولا لمن ظن بقاؤه وقت الوصية فإن ميتاً ، وتصح الوصية للوارث كما تصح للأجنبي ، وللحمل بشرط وقوعه حياً ، و للذمي ولو كان أجنبياً وفيه أقوال .

أما اشتراط وجود الموصى له حال الوصية فالظاهر عدم الخلاف فيه وقد ذكر في وجه عدم الصحة أن الموصى به إما عين أو منفعة والمعدوم غير قابل لأن يملك العين أو المنفعة وأورد عليه بالنقض بالوقف حيث أنه يصح الوقف على المعدوم يتبع الموجود وكذا يصح بيع الثمرة مع أنها معدومة حال البيع ، ولا فرق بين تملك المعدوم وتمليك المعدوم ، ولا يخفى أن الصحة وعدم الصحة في الامور الاعتبارية يدوران مدار اعتبار العقلاء ولا شك في صحة الاعتبار مضافاً إلى أن الملكية تتحقق بعد الموت لا بمجرد الوصية فالعمدة الإجماع إن تم .

وقد يستدل على عدم الصحة بعدم شمول الأدلة ، والظاهر عدم الإشكال في الإطلاق ولذا يؤخذ به في الامور التي لا تعرض في الأخبار لها ، فإن الوصية للحمل حتى قبل ولوج الروح المعروف صحتها ، والظاهر عدم نص بالخصوص فيها فلا بد من التمسك بالإطلاقات . وأما صحة الوصية للوارث فالظاهر عدم الخلاف فيها خلافاً للجمهور حيث أن أكثرهم على عدم جوازها للوارث ، ورووا في ذلك عنه عليه السلام أنه قال : «لا وصية لوارث» (١) .

و يدل على ما ذكره الأصحاب قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين» (٢) وقيل هذه الآية منسوخة بآية الفرائض وقد روى العياشي في تفسيره عن ابن مسكان عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين» قال : هي منسوخة نسختها آية الفرائض التي هي الموارث (٣) .

(١) أخرجه أبو داود في السنن ج ٢ ص ١٠٣ ، وابن ماجه في السنن ج ٢ ص ٩٠٥ .

(٢) البقرة : ١٨٠ .

(٣) المصدر ج ١ ص ٧٧ .

وجملة من الأصحاب حملوا هذه الرواية على التقيّة ، واحتمل حمل النسخ فيها على نسخ الوجوب وهذا الاحتمال قريب من جهة أن الإرث بعد الوصية والنسخ مع عدم إمكان الجمع .

ويدلّ على مذهب الأصحاب أخبار منها ما رواه في الكافي عن أبي بصير قال :
« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوصية للوارث ، فقال : تجوز ، ^(١) .

وما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن أبي ولّاد الحنّاط قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الميت يوصي للوارث بشيء ؟ قال : نعم - أو قال جائز له ، ^(٢) .
وما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح ، عن أبي جعفر عليه السلام قال :
« الوصية للوارث لا بأس بها ، ^(٣) إلى غير ما ذكر .

وأما الوصية للحمل فالظاهر عدم الخلاف في صحتها بشرط وقوعه حياً وإن لم تحلّه الحياة واستدلّ عليها بعموم ما دلّ على جوازها مع عدم العثور بنصّ دالّ على الصحة في خصوص الحمل لكن لا تستقرّ إلا بانفصاله حياً كالإرث بمعنى أنه إذا انفصل حياً ينكشف صحة الوصية فلو وضعته ميتاً انكشف بطلان الوصية وإن كان قد حلته الحياة في بطن أمّه ولازم ما ذكر أنه إذا مات الموصى اتقل الموصى به إلى الحمل وإن لم تحلّه الحياة وكان النماء المتخلّل يتبع العين في ذلك و ظاهرهم عدم اعتبار القبول لتعذّره حيث لم يعلم ولاية الأب والجدّ بالنسبة إليه كما قيل بسقوط اعتبار القبول في الوصية للجهات العامّة .

وأما جواز الوصية للذمّي فهو مختار جماعة واستدلّ عليه بقوله عزّ وجلّ :
« لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدّين - إلى قوله تعالى : - أن تبرؤهم ، و الوصية برّ .

وما رواه المشايخ الثلاثة - قدّس الله تعالى أرواحهم - عن محمد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله فقال : أعطه لمن أوصى به وإن كان يهودياً أو نصرانياً إن الله تبارك وتعالى يقول : « فمن بدّله بعدما سمعه

فإنما إنمه على الذين يبدؤونه» (١) .

وما رواه في الكافي و التهذيب بسند صحيح عن محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام مثله بأدنى تفاوت .

وما رواه المشايخ الثلاثة ، عن يونس بن يعقوب « إن رجلاً كان بهمدان ذكر أن أباه مات و كان لا يعرف هذا الأمر فأوصى بوصية عند الموت و أوصى أن يعطى في سبيل الله ، فسئل عنه أبو عبد الله عليه السلام كيف يفعل به فأخبرناه أنه كان لا يعرف هذا الأمر ، فقال : لو أن رجلاً أوصى أنني أضع في يهودي أو نصراني لوضعته فيهما ، إن الله عز وجل يقول : « فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدؤونه » فانظروا إلى من يخرج إلى هذا الوجه - يعني بعض الثغور - ، فابعثوا به إليه» (٢) .

و قيل بعدم الصحة من جهة استلزام الوصية المودعة و هي محرمة بالنسبة إلى الكافر لقوله تعالى : « لا تجد قوماً يؤمنون بالله و اليوم الآخر يوادون من حاد الله و رسوله و لو كان آباءهم أو أبناءهم » و هي متناولة للأرحام و غيرهم ، و أوجب بمعارضته بقوله تعالى : « لا ينهاكم الله - الآية » و بما تقدم من الاخبار و بقوله عليه السلام « في كل كبد حرى أجر» (٣) و بالنقض بجواز هبته و إطعامه و منع كون مطلق الوصية مادة لأن الظاهر أن المراد منها مادة المحاد لله من حيث هو محاد لله بقرينة ما ذكر من جواز صلته و أورد عليه بأن الأخبار المذكورة لا دلالة فيها على مزيد من وجوب تنفيذ الوصية كما أوصى به الموصي و هو لا يستلزم جواز ذلك بل من الممكن أن يكون ما فعله محرماً ياثم عليه و إن وجب تنفيذه على الوصي و ذكر أخبار في قبالة الخبر النبوي « في كل كبد حرى أجر » منها ما روى ثقة الإسلام في الكافي عن أبي يحيى عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من أشبع مؤمناً و جبت له الجنة ، و من أشبع كافراً كان حقاً

(١) الكافي ج ٧ ص ١٤ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٩٧ .

(٢) الوسائل ص ٤٧٠ كتاب الوصايا أبواب أحكام الوصايا ب ٣٣ ح ٢ .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده من حديث سراقه بن مالك .

على الله أن يملأ جوفه من الزقوم مؤمناً كان أو كافراً» (١).

وروى الصدوق - قدس سره - في كتاب معاني الأخبار بسنده فيه عن النهيكي رفعه إلى أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : « من مثل مثلاً أو اقتنى كلباً فقد خرج من الإسلام ، فقلت : هلك إذاً كثير من الناس ، فقال : ليس حيث ذهبتم ، إنما عنيت بقولي من مثل مثلاً ، من نصب ديناً غير دين الله ، ودعا الناس إليه ، وبقولي « من اقتنى كلباً » عنيت مبغضاً لنا أهل البيت اقتناه فأطعمه و سقاه ، من فعل ذلك فقد خرج عن الإسلام » (٢). وعن معلى بن خنيس عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : « من أشبع عدواً لنا فقد قتل ولياً لنا » (٣) ، ففي وصيته عليه السلام المنقولة في كتاب مجالس الشيخ : « يا أباذر لا يأكل طعامك إلا تقياً - إلى أن قال - أطعم طعامك من يحب في الله و كل طعام من يحبك في الله » (٤).

وروى في التهذيب عن عمر بن يزيد قال : « سألته عن الصدقة على النصاب و على الزيدية ، فقال : لا تصدق عليهم بشيء ، ولا تسقمهم من الماء إن استطعت و قال : الزيدية هم النصاب » (٥) ، إلى غير ذلك من الأخبار .

و يمكن أن يقال : لا يخفى إباء هذه الأخبار عن التقييد والتخصيص فكيف يجوز للوصي العمل بالوصية مع أنه المباشر للعمل ، و ما في هذه الأخبار مناف لما هو المعروف من معاملة المعصومين مع أعدائهم ، بل مع معاملة النبي عليه السلام مع الكفار ، و مناف مع الآية الشريفة « لا ينهاكم الله عن الذين - الآية » فلا بد من رد العلم بها إلى أهله ، و منعه كون الوصية والعمل بها للوصي مادة من غير حاجة إلى صرف النهي عن المادة إلى المادة لمن حاد الله ورسوله من جهة محادثته .

❖ ولا تصح للحربي ولا للمملوك غير الموصي ولو كان مديراً أو أم ولد ، نعم لو أوصى

(١) الكافي ج ٢ ص ٢٠٠

(٢) المصدر ص ١٨١ .

(٣) و (٤) الوسائل كتاب الاطعمة أبواب آداب العائدة ب ١٩ ج ٣ ص ٣٠ .

(٥) المصدر باب مستحق الزكاة تحت رقم ١٢ .

لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية في قدر نصيبه من الحرية . وتصح لعبد الموصى ومدبره ومكاتبه وأُمّ ولده ، و يعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث ، فان كان بقدر قيمته أعتق ، وكان الموصى به للورثة ، وإن زاد أعطى العبد الزائد وإن نقص عن قيمته سعى في الباقي ، وقيل : إن كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفي المستند ضعف . أما عدم صحة الوصية للحربي فهو مبني على كون الوصية مادة للحربي المحاد لله تعالى ورسوله ﷺ ، وقد عرفت المنع ودلالة الأخبار المذكورة على لزوم إنفاذ الوصية حتى بالنسبة إلى اليهودي والنصراني مع كون النصاري غالباً حربيين في عصر صدور الأخبار المذكورة ، وعدم عمل الأصحاب بالأخبار الدالة على حرمة إشباع الأعداء وإطعامهم وسقيهم .

وقد يتمسك بعدم قابلية الحربي للتملك ولا يخفى منعه ، وما ورد من أنهم وما لهم فيء للمسلمين يؤيد تملكهم وإلا لزم عدم جواز تملك ما أخذوا من المسلمين بالبيع والاشتراء .

وأما عدم صحة الوصية لمملوك غير الموصى ولو كان مدبراً أو أمّ ولد فهو المشهور لا من جهة عدم القابلية للتملك لما سبق في كتاب البيع من القابلية والتملك غاية الأمر أنه يكون محجوراً عليه ، ولارواية عبدالرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليه السلام قال : « لا وصية لمملوك ^(١) » لأن هذا الخبر كما يحتمل نفي الوصية من الغير له يحتمل نفي أن يوصى المملوك للغير . بل من جهة ما رواه المشايخ الثلاثة - قدس الله تعالى أرواحهم - في الصحيح عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في مكاتب قال : « قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في مكاتب كانت تحته امرأة حرّة فأوصت له عند موتها بوصية فقال أهل الميراث : لا نجيز وصيتها له إنه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه ، وقضى في مكاتب أوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فأجاز له نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصية فأجاز ربع الوصية ، وقال في رجل حرّ أوصى لمكاتبه وقد قضت

سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما اعتق منها ،^(١) .
 وأما صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين صاوات الله عليه
 في مكاتب قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه ، وقضى في
 مكاتب قضى نصف ما عليه فأوصى بوصية فأجاز نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى
 ثلث ما عليه وأوصى بوصية فأجاز ثلث الوصية ،^(٢) وغيرها فهي راجعة إلى وصية
 المملوك ، ولا دلالة لها لما نحن فيه ، وجه الاستدلال بالصحيحة المذكورة تقرير المعصوم
 أهل الميراث عدم جواز الوصية له من جهة أنه لم يعتق وإختصاص الإرث و جواز
 الوصية له بحساب ما أعتق منه .

و نوقش في السند من جهة اشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره و دفع المناقشة
 بمنع الاشتراك في الراوي للقضايا مع أن الراوي عنه هنا عاصم بن حميد و هو قرينة
 على كونه البجلي الثقة ولا يخفى الأشكال في الاعتماد على القرائن الموجبة للظن فالعمدة
 تلقى الرواية بالقبول مع نقلها في الكتب المذكورة ، وبهذه الرواية تستدل على مضي
 الوصية بالنسبة إلى المكاتب المحرر بعضه بقدر ما تحرر .

وأما صحة الوصية لعبد الموصى ومدبره و مكاتبه و أم ولد فادعى الإجماع
 عليها واستدل عليها بالصحيحين في أحدهما « رجل أوصى بثلث ماله لمواليه و لموالياته
 الذكر والأنثى فيه سواء أو للذكر مثل حظ الأنثيين من الوصية ، فوقع جائز للميت
 ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله ،^(٣) .

و في الثاني « رجل أوصى لمواليه و موالى أبيه بثلث ماله فلم يبلغ ذلك ؟ قال :
 المال لمواليه و سقط موالى أبيه ،^(٤) .

و نوقش في الاستدلال بهما باشتراك لفظ المولى بين العبد وغيره و لعله المراد

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٨ والفتاوى ص ٥٣٢ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٥ .

(٣) الفتاوى ص ٥٣٠ .

(٤) التهذيب ج ٢ كتاب الوصايا أبواب الزيادات تحت رقم ٣١ .

دون الأول بل لعل القرينة على إرادة الغير للظهور في إعطاء الثلث للموصى له بأن يسلم إليه دون أن يعتقد منه بحسابه ، وقد يستظهر إرادة العبد من المولى بقرينة إسقاط الوصية في الثاني لموالي أبيه ، ويمكن أن يقال : لعل إسقاط الوصية لموالي أبيه في الصحيح الثاني من جهة عدم بلوغ الثلث و صرف الثلث في ما قدم في الوصية .
وأما المناقشة باشتراك لفظ المولى فيمكن أن تدفع بأن الامام عليه السلام لم يسئل ما المراد من المولى فيشمل الجواب ما لو أراد العبد أو غيره بل لمانع من التمسك بعموم أو إطلاق أدلة الوصية والخارج بالدليل مملوك غير الموصى فتدبر ، وأما ما ذكر من « أن القرينة على إرادة الغير - الخ » فيمكن منعه بمنع عدم تملك العبد أو لا ومنع ظهور اللام في التسليم إلى العبد .

وأما اعتبار كون ما يوصى به بعد خروجه من الثلث فلما هو المسلم من خروج الوصية من الثلث و عدم نفوذ الوصية في الزائد عليه إلا مع إضاء الورثة .
و أما ما ذكر من إعتاق المملوك إن كان الموصى به بقدر الثلث و كون الموصى به للورثة - الخ ، فاستدل له بخبر الحسن بن الصالح عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله قال : فقال يقوّم المملوك بقيمة عادلة ، ثم ينظر ما بلغ ثلث الميتم فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع قيمته ، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد اعتق و دفع إليه ما يفضل من الثلث بعد القيمة » (١) .
و ما في الفقه الرضوي « وإن أوصى لمملوكه بثلث ماله قوم المملوك قيمة عادلة فإن كانت قيمته أكثر من الثلث ، والمتيقن من الخبر المذكور الوصية بالثلث المشاع و أما الوصية بالمعين فقد يقال بطلانها إن قلنا بعدم تملك العبد ، وإن قلنا بتملكه فاعتاقه والاستسعاء خلاف الوصية . و نسب هذا التفصيل إلى جماعة ، و لا يبعد الأخذ بإطلاق الخبر ، ألا ترى أن الأخبار المتعوضة لمقدار ما ينفذ فيه الوصية تكون بنحو التعبير المذكور في هذا الخبر و لا اختصاص لها بالجزء المشاع ، و كذا ما دل على أن الوصية بما دون الثلث أفضل حتى أنها بالربع أفضل من الثلث ، وبالخمس أفضل من

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ ، والاستبصار ج ٢ ص ١٢٠ .

الرُّبْع ، و يبعد الجمود ، والقول بأن الاستسعاء مخصوص بخصوص ما في الخبر من كون الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لأن الظاهر أن الإمام عليه السلام بصدد بيان جميع الصور ولذا تعرض صورة كون الثلث أكثر من قيمة العبد ، فالظاهر أن ذكر الرُّبْع من باب المثال ففي صورة تساوي الثلث مع قيمة العبد يكون الموصى به للورثة لمقابلته مع العبد المملوك لهم بمقتضى الارث وإن زاد تكون الزيادة للعبد حسب الوصية ومع النقصان يستسعى العبد ويكون ما بقي من قيمته للورثة ، وعلى ما ذكر لا فرق بين كون القيمة ضعف الوصية أو أقل أو أكثر .

والقائلون ببطان الوصية مع كون القيمة ضعف الوصية يجعلون ما في الخبر مثلاً لما لم يبلغ النصف من الأقل ولعله لأصالة بطلان الوصية للعبد ولا شعار بعض الاخبار الوارد فيمن أعتق عبده و كان عليه دين المشتمل على التعليل بتهمة الموصى على الورثة و عدمها مع بلوغ الثلث النصف و عدمه .

أما الأصل المذكور فالاطلاقات على خلافه بعد الفراغ عن قابلية المملوك للتملك و أما الاشعار المذكور فسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

❖ ولو أعتقه عند موته و ليس غيره و عليه دين ، فإن كان قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق و إلا بطل ، و فيه وجه آخر ضعيف و لو أوصى لأم ولد صح ، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب الولد ؟ قولان : فإن اعتقت من نصيب الولد كان لها الوصية ، و في رواية أخرى تعتق من الثلث ولها الوصية ❖ .

اللازم ذكر ما ورد من الاخبار فمن ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن عبد الرحمن ابن الحجاج في الصحيح قال : « سألتني أبو عبد الله عليه السلام هل يختلف ابن أبي ليلى و ابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه ديناً كثيراً وترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألتهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة : أرى أن يستسعيهم في قيمتهم فيدفعها إلى الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته فقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته و عليه دين يحيط بهم ، و هذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده و عليه دين

كثير فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير ، فرجع ابن شبرمة يده إلى السماء فقال سبحان الله يا بن أبي ليلى متى قلت بهذا القول ؟ والله ما قلته إلا طلب خلافي . فقال أبو عبد الله عليه السلام : فمن رأي أيتهما خرج الرجل قال : قلت : بلغني أنه أخذ برأي ابن أبي ليلى و كان له هوى في ذلك ^(١) فباعهم وقضى دينه قال : فمع أيتهما من قبلكم ؟ قلت له : مع ابن شبرمة وقد رجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك فقال : أما والله إن الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى و إن كان قد رجع فيه ، قلت : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايستي ، فقلت أنا أفايسك ؟ فقال : لتقولن بأشد ما يدخل فيه من القياس .

فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره و قيمة العبد ستمائة درهم و دينه خمسمائة درهم ، فأعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد و يأخذ الغرماء خمسمائة درهم و يأخذ الورثة مائة درهم فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى ، قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء ؟ قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه ؟ فقال : إن العبد لا وصية له ، إنما ماله لمواليه ، فقلت له : فإذا كانت قيمة العبد ستمائة درهم و دينه أربعمائة درهم ؟ قال : كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ، و يأخذ الورثة مائتين ، فلا يكون للعبد شيء ، قلت له : فإن قيمة العبد ستمائة درهم و دينه ثلاثمائة درهم فضحك ، وقال : من ههنا أمتي أصحابك فجعلوا الأشياء شيئاً واحداً و لم يعلموا السنة إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة ، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته وأجيزت وصيته على وجهها فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ، و يكون له السدس ^(٢) .

و ما رواه في الكافي عن زرارة في الحسن أو الصحيح ، عن أحدهما عليهما السلام في رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين قال : إن كان قيمته مثل الدين الذي عليه و مثله

(١) أي كان ليعسى ميل في العمل بفتوى ابن أبي ليلى .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٤٠ .

جاز عقته وإلا لم يجز^(١). ورواه الشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن زرارة الحديث متطوِّعاً^(٢).

وما رواه في الاستبصار عن حفص بن البختري في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا ملك المملوك سدسه استسعى وأُجيز^(٣) ، وما رواه في الاستبصار أيضاً عن زرارة في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا ترك الذي عليه مثله أعتق المملوك واستسعى^(٤) » وما رواه في الكافي عن الحسن الجهم في الموثق قال : « سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكاً له و قد حضره الموت وأشهد له بذلك و قيمته ستمائة درهم ، و عليه دين ثلاثمائة درهم ، ولم يترك شيئاً غيره ؟ قال : يعتق منه سدسه لأنه إنما له منه ثلاثمائة درهم و يقضى منه ثلاثمائة درهم فله من الثلاثمائة درهم ثلثها وهو السدس من الجميع^(٥) » .

و ما رواه في الفقيه والتهذيب عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل يقول إن مت فعبدي حرٌّ و على الرجل دين قال : ثم إنه توفي و عليه دين قد أحاط بثمان العبد بيع العبد و إن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه و هو حرٌّ إذا وفاه^(٦) ، ثم إنه لا شبهة في إشتراط عتق العبد بكون قيمته مثلي الدين أو أكثر بحسب الأخبار المذكورة مع تقييد بعضها المطلق ، و يظهر من التعليل المذكور في صحيح عبد الرحمن المذكور إن منشأ الحكم المذكور أنه مع استواء مال الغرماء و مال الورثة أو أكثرية مال الورثة لم يتهم الموصي في وصيته و التصرف المنجز كالمعتق ، فمن هذه الجهة قال جماعة باشتراط هذا في الوصية للعبد ، و يظهر أيضاً من التعليل المذكور في رواية الحسن بن الجهم أنه ليس له إلا الثلث كما أنه يستفاد عدم

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٧ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٣١٣ .

(٣) المصدر ج ٤ ص ٨ .

(٤) المصدر ج ٤ ص ٨ .

(٥) المصدر ج ٧ ص ٢٧ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٣١٣ و الفقيه ص ٣٤٤ باب النق و أحكامه .

سلطنة المالك بالنسبة إلى ما يقابل دينه ، وهذا خلاف ما هو المعروف من عدم سلب السلطنة بدون حجر الحاكم فيقع التعارض بين هذا الصحيح والموثق المذكور والاختبار الدالة على خروج التصرفات المنجزة من الاصل دون الثلث ، فمن أخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الأصل ترجيحاً أو تخيراً ليس له العمل بهذا الصحيح والموثق المذكور بل لعلمه يشكل العمل بسائر أخبار الباب حيث إنه يستفاد من الصحيح المذكور والموثق أن علة الحكم ما ذكر ، إلا أن يقال غاية الأمر ترك العمل بالصحيح المذكور ، والموثق فلا موجب لعدم العمل بسائر الأخبار إلا أن يقال عدم العمل من جهة لا يوجب ترك العمل من جهة أخرى أعني كون تشابه الحكم المذكور في المطلق ما ذكر فيشكل العمل بما لم يذكر فيه علة الحكم .

و أما الوصية لأمّ ولده فالظاهر عدم الخلاف في صحتها ويدل عليها ما رواه المشايخ الثلاثة - رحمهم الله تعالى - في الصحيح عن أبي عبيدة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أمٌ ولد وله منها غلامٌ ، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو بأكثر ، للورثة أن يسترقوها ؟ قال : فقال : لا بل تعتق من ثلث الميِّت وتعطي ما أوصى لها به ^(١) » و زاد في الكافي و التهذيب ، و في كتاب العباس « تعتق من نصيب ابنها و تعطي من ثلثه ما أوصى لها به » .

و روى الشهيد في شرح الارشاد عن الشيخ في التهذيب عن أحمد بن محمد ، عن عليّ ابن محبوب عن جميل بن صالح عن أبي عبيدة عن أبي الحسن عليه السلام « في رجل أوصى لأمّ ولد بألفي درهم ، فقال : تعتق من ثلث الميِّت و يعطي ما أوصى لها » و في كتاب العباس - الخ .

و نحوهما ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال « نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن عليه السلام فلان مولاك توفيّ ابن أخ له و ترك أمّ ولد له ليس لها ولد ، فأوصى لها بألف هل تجوز الوصية ؟ وهل يقع عليها عتق ؟ وما حالها

رأيتك فدتك نفسي في ذلك؟ فكتب عَلَيْكَ تعتق من الثلث وإيا الوصية « (١) .
وإنما الكلام في أنها هل تعتق من الوصية إذا وفقت بقيمتها أو من نصيب ولدها
أو على التخيير أو من ثلث الميِّت غير ما أوصى به؟ قد يقوَّى العتق من نصيب الولد
لعموم ما دلَّ من النصِّ وغيره مضافاً إلى قاعدة انعقاد الأبوين بحصول سبب ملك الولد
لهما .

ويمكن أن يقال : لا مانع من الأخذ بالعموم والقاعدة المذكورين والأخبار
المذكورة كما في نظائره فمع سبق أحد الموجبين يكون المسبب مستنداً إليه ، وفي المقام
الوصية مقدّمة لما في الآية الشريفة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » و ما نقل من
كتاب العباس بمجرّد وجوده في الكتاب المذكور لامجال للاستدلال به كما قال في المسالك
وبعد وجود النصِّ لا مجال للاشكال بأن العتق من الثلث هنا لا يظهر له وجه نعم يتوجّه
الاشكال إن كان المراد من الثلث غير الوصية حتى يصير زائداً على الثلث مع أنه من
المسلم عدم نفوذ الوصية مع الزيادة على الثلث إلاّ بامضاء الورثة ، ولعلّ ما ذكر في
كلماتهم من إعراض الأصحاب عن العمل بأخبار الباب مبنيٌّ على هذا ولكن مخالفة
الأصحاب مع إعراضهم مشكّلة ولا مجال لحمل النصِّ على ما أوصى بعتقها أو على
ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث وإن أبيت ومنعت سبق علّة موجبة للعتق، قلنا نأخذ
بالنصِّ وقلنا بتخصيص العموم الدالّ على انعقاد الأمّ من نصيب الولد .

وعلى ما ذكر لا إشكال في إعطائها الوصية وأما على القول بانعقادها من نصيب
الولد فلا يستفاد ممّا ذكر إعطاؤها الوصية ، بل في صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المذكور
نفي الوصية للعبد إلاّ أن يقوم الإجماع .

﴿ وإطلاق الوصية تقتضي التسوية ما لم ينصّ على التفضيل ، وفي الوصية لأخواله
وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث والأشبه التسوية ، وإذا أوصى لقرابته فهم المعروفون
بنسبه ، وقيل لمن يتقرّب إليه بأخر أب في الإسلام ، ولو أوصى لأهل بيته دخل الأولاد
والآباء ، والقول في العشيرة والجيران والسبيل والبرّ والفقراء كما مرّ في الوقف .﴾

إن كان الموصي في مقام البيان و أوصى لجماعة محصورين فلا إشكال في التسوية و إن لم يكن في مقام البيان بل الإهمال من هذه الجهة فالتسوية مشكلة ، بل تكون الوصية مبهمه فما يقال من التسوية حتى مع عدم قصد الموصي مشكل لعدم العثور على ما يدل على التسوية تعبداً ، هذا مع عدم ذكر ما يدل على التفضيل و معه لا إشكال في العمل بنحو الوصية ، و يكفي في التفضيل ظهور الكلام ولو لم يكن بالصراحة لحجية الظهور كما أنه مع عدم الحصر في الموصي له لا بد من الصرف كما في صرف الزكاة في الفقير .

و أما الوصية للأخوال و الأعمام فإن الشيخ - رحمه الله - و جماعة ذهبوا إلى أن للأعمام الثلثين و للأخوال الثلث إستناداً إلى ما رواه المشايخ الثلاثة بأسانيدهم و فيها الصحيح و الحسن و الموثق عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى بثلاث ماله في أعمامه و أخواله فقال: لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث » ^(١) و قد يؤيد الخبر المذكور ما روي عن سهل عن أبي محمد عليه السلام في حديث قال : و كتبت إليه « رجل له ولد ذكور و إناث و أقر لهم بضئعة أنها لولده ولم يذكر أنها بينهم على سهام الله عز و جل و فرائضه ، الذكر و الأنثى فيه سواء ؟ فوقع عليه السلام ينفذون فيها وصية أبيهم على ماسمى فان لم يكن سمى شيئاً ردوها إلى كتاب الله عز و جل إن شاء الله تعالى » ^(٢) .

ويمكن أن يقال : يستبعد جد أكون الموصي في مقام البيان ولم يذكر التفرقة و التفضيل و مع ذلك فضل بعض على بعض تعبداً ، بل لولا النص بعد هذا من تبديل الوصية فلا بد من حمل الرواية على صورة الإهمال فيكون هذا نظير الحكم بصرف الوصية في وجوه البر عند نسيان الوصي مصرف الوصية ولعل رواية سهل التي رواها المشايخ الثلاثة المذكورة ناظرة إلى ما ذكر .

و أما الوصية للقراة فهي للمعروفين بنسبه : قال أحمد بن محمد بن محمد بن أبي نصر : « نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه السلام رجل أوصى لقرايته بألف درهم وله قراة من قبل أبيه و أمه يعطي من كان بينه وبينه قراة أولها حد ينتهي إليه فأريك - فدتك نفسي -

فكتب ﷺ : إن لم يسمَّ اعطاها قرابته ، ^(١) وكذا عن الحميريّ إلا أنه قال : « أعطى أهل بيت قرابته من غير فرق بين الوارث وغيره و المسلم و الكافر و الذكّر و الأنثى » و حكى عن الشيخ - قدّس سرّه - « إن الموصى به لمن يتقرّب إليه إلى آخر أب وأمّ له في الإسلام ولا يرتقى إلى آباء الشرك و إن عرفوا بقرابته عرفاً ، واستدلّ عليه بقوله ﷺ « قطع الإسلام أرحام الجاهليّة » و قوله تعالى لنوح عن ابنه « إنّه ليس من أهلك » و الجواب أنّه تنزيل لادليل على شموله لمثل المقام و الشاهد عليه قوله تعالى : « لا تجد قوماً يؤمنون بالله يوادّون من حادّ الله - الآية » حيث نهى عن المودة مع حفظ الأبوّة و البنوّة و لازم ما ذكر عدم القرابة لمن يكون مسلماً و قرابته بوساطة كافر و هو كما ترى .

و أمّا الوصيّة لأهل بيته فيدخل فيهم الآباء والأولاد و إن نزلوا والأجداد و إن علوا و حكى عن تغلب أنّه أهل البيت عند العرب آباء الرّجال و أولادهم كالأجداد و الأعمام و أولادهم و يستوي الذكور و الإناث و لعلّه عليه جرى قوله ﷺ « أنا أهل البيت لا تحلّ لنا الصدقة » . و القول في العشيّة - الخ كما مر في الموقف .

✽ و إذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان إلى ورثته ما لم يرجع الموصى على الأشهر و لو لم يخلف وارثاً رجعت إلى ورثة الموصى ، و إذا قال : أعطو فلاناً دفع إليه يصنع به ما شاء ، و يستحبّ الوصيّة لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره ✽ .

المشهور بينهم أنّه إذا مات الموصى له قبل الموصى يقوم الوارث مقام الموصى له فمع اعتبار القبول في الوصيّة التمليكيّة يقبل ويملك بعدموت الموصى ومع عدم الاعتبار يملك بعدموته و استدللّ عليه بما رواه المشايخ الثلاثة - قدّس الله أسرارهم - في الصحيح عن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر ﷺ قال : « قضى أمير المؤمنين ﷺ في رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب فتوفّي الذي أوصى له قبل الموصى ؟ قال : الوصيّة لو ارث الذي أوصى له قال : و من أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفّي الموصى له قبل الموصى ،

فالوصية لو ارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته ، (١) .
 و لا مجال للخدشة في السند من جهة اشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره لأخذ
 الأصحاب بالخبر مضافاً إلى الظنّ بكونه الثقة بقريظة رواية عاصم بن حميد عنه (٢) .
 و في قبالة صحيحة أبي بصير و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سئل
 عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي قال : ليس بشيء » (٣) .
 و في الموثق ، عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن رجل
 أوصى لرجل بوصية إن حدث به حدث فمات الموصى له قبل موت الموصي قال : ليس
 بشيء » (٤) .

و نوقش في دلالتهما على بطلان الوصية باجمالهما لاحتمال أن يكون المراد أن
 موت الموصى له قبل موت الموصي ليس بشيء يوجب البطلان لا أن الوصية ليست بشيء
 يعتد بها فتكون باطلة معه .

ويمكن أن يقال : الاحتمال الأول والظاهر أنه مرجوح والحكيم إذا كان في مقام
 البيان لا يلقي الكلام على السائل و هو يريد المرجوح ، و لا يبعد حملهما على التقيّة لما
 حكى أن القول بالبطلان مذهب أكثر العامة ، و أمالولم يكن وارث سوى الامام عليه السلام
 مع غيبته فإن قلنا بلزوم القبول في الوصية فالظاهر أن يرجع الموصى به إلى ورثة الموصي
 لعدم الطريق إلى قبوله عليه السلام في زمان الغيبة وإن قلنا بعدم اعتبار القبول بل الردّ مبطل
 لها فلا وجه للبطلان و الرجوع إلى ورثة الموصي ، و قد يحتمل وجوب التصدّق بها
 لصحيحة العباس بن العامر قال : « سألت عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها
 ولم يترك عبداً ؟ قال : اطلب له وارثاً أو مولياً فادفعها إليه ، قلت : فإن لم أعلم له ولياً ؟
 قال : اجهد على أن تقدر له على ولي فإن لم تجده و علم الله منك الجداء فتصدّق بها » (٥) .

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣ و الفقيه ص ٥٣٠ .

(٢) الفقيه ص ٥٣٠ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٧ و الاستبصار ج ٤ ص ١٣٨ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ١٣ .

ويشكل من جهة أن مورد السؤال قابل لأن يكون بعد قبول الموصى لمولاشبهة في حصول الملكية له في هذه الصورة ، والامام وارث من لا وارث له فلعل الأمر بالتصدق في الصحيحة من جهة بعد عدم وارث له غير الامام عليه السلام وعلى تقدير عدم وارث غيره أذن في الصدقة من ماله فالوارث الذي من شأنه القبول والرّد هو الامام عليه السلام .
 وأما إذا قال : اعطوا فلاناً فحيث لا صراحة فيه في التملك وأمكن أن يكون نظر الموصى في الموصى به إلى التملك وأن يكون نظره إلى كون الفلان المعطى مختاراً في أمر الموصى به يتملك أو يتصدق به أو يهب لغيره تعرض المصنف - قدس سره - لحكمه وإلا فلو كان صريحاً في تملك الموصى به لم يكن وجه لتعرضه وكان نظير أن يقال للمشتري : لك أن تصرف في الثمن تصنع ما شئت ، و يكون من قبيل توضيح الواضح .

وأما استحباب الوصية لذوي القرابة فلما رواه الكليني بأسناده عن ابن أبي عمير عن إبراهيم بن عبد الحميد ، عن سائلة مولاة أبي عبد الله عليه السلام قال : « كنت عند أبي عبد الله عليه السلام حين حضرته الوفاة فأغمى عليه ، فلما أفاق قال : اعطوا الحسن بن علي ابن الحسين - وهو الأفتس - سبعين ديناراً وأعطوا فلاناً كذا وكذا وفلاناً كذا وكذا ، فقلت : أتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة ، فقال : ويحك أما تقرئين القرآن ؟ قلت : بلى ، قال : أما سمعت قول الله عز وجل « الَّذِينَ يَصْلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ » (١) .

وروى الشيخ والصدوق بأسنادهما عن محمد بن أبي عمير مثله .
 وما رواه الشيخ بأسناده ، عن السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عليه السلام « من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية » (٢) .
 ﴿الرابع في الأوصياء ويعتبر التكليف والإسلام وفي اعتبار العدالة تردّد أشبهه أنّها لا تعتبر أمّا لو أوصى إلى عدل ففسق بطلت وصيته ، ولا يوصى إلى المملوك إلا بأذن

(١) المصدر ج ٧ ص ٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٢ .

مولاه ، و تصحُّ إلى الصبي منضمًّا إلى كامل لا منفرداً ، و يتصرَّف الكامل حتى يبلغ الصبي ، ثمَّ يشتركان وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه .

الظاهر أنَّ المراد الاحتراز عن وصاية الصبيِّ والمجنون لعدم التكليف ، فمع قطع النظر عن التسلم عندهم يشكّل اشتراطه لأنَّ ما دلَّ على عدم نفوذ تصرُّفات الصبيِّ يكون ناظرًا إلى عدم استقلاله ، و أمَّا مع إذن الوليِّ فلا ، فحاله حال المملوك حيث جوزوا وصايته مع إذن سيِّده ، هذا مضافاً إلى أنَّ اللزوم نفوذ تصرُّف بعدموت الموصي لانفوذ وقت الوصية ، فلو أوصى إلى صبيِّ يبلغ بعد موت الموصي فلامجال للاستدلال فيه بعدم نفوذ تصرُّفاته و كذا المجنون بعد إفاقة ، ويمكن الاستدلال للمنع بماوردهم جواز انضمامه مع البالغ العاقل قال عليُّ بن يقطين : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأة وأشرك في الوصية معها صبياً ، فقال : يجوز ذلك وتمضى المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبيِّ ، فإذا بلغ الصبيُّ فليس له ألا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير ، فإنَّ له أن يردَّه إلى ما أوصى به الميت » (١).

و قال الصفار : كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام « رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صحَّ على الميت شهودٌ عدولٌ قبل أن يدرك الأوصياء الصغار ؟ فوقع عليه السلام : نعم على الأكبر من الولدان أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك » (٢) .

وجه الاستدلال أنَّه لو جاز تصرُّف الصبيِّ في الرواية الأولى والأولاد الصغار في جواب الكتاب لما وقع التعبير بالانتظار والحبس فانَّ ممنوعية الصغير والصبيِّ مفروغ عنها ، لكنَّ المفروغ عنه تصرُّف بالاستقلال لا ما كان بنظر الوليِّ كالمملوك ، و أمَّا المجنون فمع إفاقة لمانع من وصايته كالتكليف المتوجهة إليه ، و لا دليل على بطلان الوصاية من جهة طرود الجنون بعد شمول الاطلاقات كما أنَّه لإمانع من التمسك بها لو أوصى إلى الصبيِّ ، و قلنا بعدم نفوذ تصرُّفاته قبل البلوغ لا بالاستقلال و لا باجازه الوليِّ ، والقول بنفوذ تصرُّفاته بعد البلوغ من دون انضمام الكبير حال الإيلاء .

وَأَمَّا اعتبار الاسلام فالظاهر عدم الخلاف فيه في الوصايه للمسلم واستدلّ عليه بقصوره عن منصب الولاية على المسلم إذ المؤمنون بعضهم أولياء بعض قال الله تعالى : « لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين » وقال جلّ شأنه « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » ، و لولا شبهة الاجماع لأمكن الخدشة في الاستدلال بما ذكر لأننا لا نجد الفرق بين الوصاية والوكالة فلو وكل المسلم الكافر في أخذ ماله على الكافر المدين و صرفه في مصرف معين فهل يمكن منع صحة الوكالة لما في الآيات الشريفة ، فلو لم يكن في الوصاية أزيد مما ذكر كيف يمكن منعها لما ذكر فغاية الأمر منع قيمومة الكافر ، وأمّا الوصاية بالنسبة إلى غيرها فلا مجال للاستدلال على منعها بما ذكر و لا مجال أيضاً للاستدلال بما يذكر لاعتبار العدالة لعدم تماميته إلا أن يكون الاجماع في المسئلة .

وَأَمَّا اعتبار العدالة فهو المشهور واستدلّ عليه بأنّ الفاسق لا أمانة له لوجوب الثبوت عند خبره و أنّه ظالم لا يركن إليه و أنّ الوصاية قد تكون ولاية على الطفل أو على أداء حقّ واجب أو نحو ذلك مما لا ينبغي فيه ائتمان غير العدل و أنّ الوصاية إثبات الولاية بعد الموت الذي به ترتفع ولاية الموصي و يصير التصرف متعلقاً لحقّ غير المستنيب من طفل أو مجنون أو فقير وغيرهم فتكون اولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل و وكيل الحاكم على مثل هذه المصالح ، ومن هنا كان رضا الموصي بالفاسق غير معتد به كما أنّ منه يعلم الفرق بين الوصاية والوكالة والاستيداع المتعلقة لحقّ الموكل والمودع المسلطين شرعاً على إتلاف مالهما فضلاً عن تسليط غير العدل عليه والموصي إنّما يسلط على حقّ الغير لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً مع أنّنا نمنع عدم اشتراط العدالة في الودعي والوكيل إذا كانا على مثل ذلك .

و يمكن أن يقال : لازم ما ذكر اعتبار العدالة في الأب والجدّ للأب بالنسبة إلى اولادهما الصغار وأموالهم ، فنقول : لادليل على اعتبار الأمانة في الوصيّ وقد يكون أميناً مع فسقه ، و وجوب الثبوت في خبره لا يوجب منع وصايته مع أنّ الفاسق إذا كان ثقة في إخباره يقبل قوله كما قرّر في محله ، والنهي عن الركون إلى الذين ظلموا

لا يشمل المقام لعدم كون الايضاء إلى الفاسق ركوناً و ليس كل فاسق ظالماً بالظلم المراد من الآية الشريفة ، و نمنع كون الوصاية ولاية بالنسبة إلى ما ذكر .

و أما القيمومة فلا دليل على اعتبار العدالة فيها مطلقاً للانتفاض بولاية الأب والجد و ما ذكر من خروج المال عن ملك الموصى بموته ممنوع فانه وإن لم يعتبر للميت الملكية نحو ملكية الأحياء لكنه لا مانع من الملكية نحو ملكية الجهة لاعتبار العقلاء كيف وإلا لزم أن لا يكون للثالث الموصى به مالك لو أوصى بصرفه في مثل الصدقات وهو كما ترى .

و أما لو أوصى إلى عدل ففسق فتارة يكون وصف العدالة مأخوذاً في الوصى كما لو قال : أعط هذا هذا الشخص العادل ففسق الشخص قبل الاعطاء فلا إشكال في خروجه عن الوصاية ، و أخرى ليس مأخوذاً فيه كما لو أوصى إلى الشخص و هو معتقد عدالته فلاوجه لخروجه عن الوصاية و لذا يقولون في صورة الاقتداء تارة يقتدي بزيد و يعتقد أن هذا المصلي زيد فبان عمراً فلا يصح الاقتداء ، و أخرى يقتدي بهذا المصلي و يعتقد أنه زيد فيصح اقتداؤه ، إنما الاشكال في أنه في الصورة الأولى ما وجه بطلان وصايته بالمرأة بحيث لو عار وصف العدالة لم يكن له التصدي لأمر الوصاية فان هذا كما لو وقف على إمام المسجد وكان شخص إماماً ثم خرج عن وصف الامامة ، ثم عاد وصف الامامة فهل يلتزم بعدم كونه موقوفاً عليه .

و أما وصاية المملوك فالظاهر عدم الخلاف في عدم جوازها في الجملة بدون إذن مولاه و استدلل عليه بممنوعية المملوك عن التصرفات بدون إذن المولى ، و يمكن أن يقال : لا دليل على الحجر بنحو يكون أقواله و أفعاله كأن لم تكن ، كيف و قد دلل الدليل على صحة نكاحه كالعقد الفضولي المصحح بالاخازة ، بل لعله يستفاد من بعض الأخبار كفاية سكوت المولى و لا دليل على عدم جواز تصرفاته حتى الأقوال بحيث لو سأل سائل أين الطريق إلى دار زيد كان اللازم عليه الاستيذان من المولى في الهداية فلو أوصى إلى المملوك بوقف داره المكتفي فيه «وقف دارزيد» مثلاً وقلنا بعدم الحاجة في الوقف على الجهات العامة إلى أزيد من الوقف والقبض يشكل القول بالبطلان لممنوعية

المملوك و نظير هذا توكيله في إجراء صيغة النكاح أو الطلاق ، هذا مضافاً إلى أن تمكّن المملوك وقت تنفيذ الوصية لا وقت الإيصال إليه لازم ، و على المنع لا نجد الفرق بين إيصال الغير إياه و بين إيصال السيد لأن المملوك في زمان حياة المولى لا عمل له و بعد الموت يكون ملكاً للورثة إلا أن يجعل السيد المملوك ثلثاً لنفسه بحيث لم يكن اختيار للورثة بالنسبة إليه ، و قد يتمسك لنفي القابلية بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي في صحيح ابن الحجاج «لاوصية لمملوك» ولا يخفى أنه لا جامع قريب بين عدم الوصية للمملوك بمعنى عدم تملكه ما أوصى له به و عدم قابليته لأن يوصى إليه بالوصية العهدية ، و ذلك لأن الوصية التملكية و العهدية و إن أمكن جمع بينهما إذا كانا بمعنى الوصل أو بمعنى العهد إلا أن التملكية تعدى باللام و العهدية بالي فلا مجال لكون اللام بمعناها و بمعنى إلى ، و في بعض الأخبار المذكورة نفي ملكيته للموصى به فالقدر المتيقن عدم تملكه لو لم يعارضه ما دل على صحة تملكه ، غاية الأمر يكون محجوراً و للمولى أن يتصرف في ماله بل في بعض الموارد ، ليس للمولى أخذ ماله كما ورد فيما لو أعطاه شيئاً ليرضى عنه به من جهة إيدائه إياه ، ثم إنه لا إشكال في جواز الإيصال إلى المملوك مع إذن المولى لنفوذ تصرفاته مع الأذن .

و أما جواز وصاية الصبي منضمّاً إلى الكبير و نفوذ تصرفاته بعد البلوغ و عدم جواز نقضه لما فعل الكبير فالدليل عليه الخبر المذكور و المكاتبة المذكورة .

﴿ و لا تصح الوصية من المسلم إلى الكافر و تصح من مثله ، و تصح الوصية إلى المرأة ، و لو أوصى إلى اثنين و أطلق أو شرط الاجتماع فليس لأحدهما الانفراد ، و لو تشاحا لم يمض إلا ما لا بد منه لمؤونة اليتيم ، و للحاكم جبرهما على الاجتماع ، فان تعذر جاز الاستبدال ، و لو التمس القسمة لم يجز ، و لو عجز أحدهما ضم إليه . أما لو شرط لهما الانفراد تصرف كل واحد منهما ، و إن انفرد و يجوز أن يقتسما ﴾ .

قد مرّ الكلام في اعتبار الإسلام في الوصي و أما صحة الوصية للكافر إلى مثله فان كان المدرك في عدم صحة وصية المسلم إلى الكافر الاجتماع فلا إشكال في المقام لعدم الاجتماع ، و إن كان المدرك غيره مما ذكر فالفرق بين المقامين مشكّل ، نعم لو كان المدرك

للمنع ما ذكر من الآيات الشريفة يحصل الفرق .
وأما صحة الوصية إلى المرأة فلا تطلق أدلة الوصية وخصوص خبر علي بن يقطين
المذكور .

وأما لو أوصى إلى اثنين وأطلق أو شرط الاجتماع فلا إشكال في الصحة لاطلاق
الأدلة كما لا إشكال في لزوم الاجتماع مع الشرط في نفوذ التصرفات ، وأما مع الاطلاق
فالمشهور عدم النفوذ إلا مع الاجتماع أخذاً بالمتيقن و استدلالاً أيضاً بظاهر الصحيح في
رجل مات وأوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟
فوقع عَلَيْهِ السَّلَامُ لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت ويعملان على حسب ما أمرهما إن شاء الله (١) ،
المؤيد بالرضوي « وإذا أوصى رجل إلى رجلين فليس لهما أن ينفرد كل منهما بنصف
التركة ، وعليهما إنفاذ الوصية على ما أوصى الميت » (٢) .

وبخبر الصفوان بن يحيى « سألت أبا الحسن عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك
وله وصيان فهل يجوز أن يدفع المال إلى أحد الوصيين؟ فقال : لا يستقيم إلا أن يكون
السلطان قد قسم المال ، فوضع على يدهذا النصف وعلى يدهذا النصف أو يجتمعان بأمر
السلطان » بناء على أن المراد سلطان العدل والامجال للمناقشة في دلالة الصحيح المذكور
من جهة لفظ لا ينبغي لأن مخالفة الميت لا يجوز بلا إشكال لأنه تبديل الوصية ولا
ينافي الصحيح الموثق « أن رجلاً مات وأوصى إلى رجلين فقال أحدهما لصاحبه خذ نصف ما
ترك وأعطني نصف ماترك فإني عليه الآخر فسلنا أبا عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ عن ذلك فقال ذلك
له » (٣) وجه عدم المنافة إجمال هذا الموثق لأن التنافي في صورة رجوع الإشارة إلى
القسمة والضمير المجرور إلى الطالب و يحتمل رجوع الإشارة إلى الإبقاء عن القسمة و
الضمير إلى المطلوب ، ويقال : هذا أولى لقرب مرجع الإشارة ، وقديماً على أولوية العكس

(١) الفقيه ص ٥٢٨ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٨٥ و الاستبصار ج ٤ ص ١١٨ و الكافي

ج ٧ ص ٤٦ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧ . والاستبصار ج ٤ ص ١١٩ و الكافي ج ٧ ص ٤٧ .

لوضع «ذلك» للإشارة إلى البعيد ، وقد تدفع بعدم وجود اللام في نسخة الكافي نعم في نسخة الشيخ موجودة ويمكن أن يقال: يبعد جد أن يكون وجوب الاجتماع مع الاطلاق حكماً تبعدياً على خلاف قصد الموصي بل يستظهر من الصحيح المذكور أنه لا ينبغي من جهة مخالفة الميت ، وعلى هذا فلانجد الفرق بين الايلاء إلى الاثنين وبين توكيل اثنين فتارة يستظهر استقلال كل واحد كما لو أوصى إلى كل واحد في مجلسين وهذا كما لو وكل أحد في بيع داره ، ثم في مجلس آخر وكل غيره حيث إن الظاهر توكيل كل منهما مستقلاً فمع تصرف أحدهما لا يبقى موضوع لفعل آخر ، وأخرى يستظهر اجتماعهما كما كانا حاضرين في مجلس واحد فقال افعل بعد وفاتي كذا ، كما لو وكل الاثنين في مجلس واحد في بيع داره وإن كان في هذه الصورة أيضاً يحتمل أن يكون نظره إلى استقلال كل واحد فمع الشك وعدم الظهور لا بد من الاجتماع لأن التصرف في الأموال والأموال الرجعة إلى الغير محتاج إلى الاجازة والقدر المتيقن صورة الاجتماع ومن الممكن أن يكون النظر في الصحيح المذكور إلى المخالفة من جهة كون الايلاء راجعاً إلى مجموع التركة لا إلى النصف كما لو أوصى إلى رجل في جميع أموره فتجافى الوصي بالنسبة إلى بعضها فقد خالف الميت ، وعلى هذا فلا نظر إلى الاستقلال والانضمام أما خبر صفوان المذكور ففيه الاحتمال المذكور مع أنه يشكل الأخذ بظاهره لأن السلطان المذكور في لسان الأخبار يشمل الأشخاص المنصوبين فان كان منصوباً من قبل الجائر فحاله معلوم وإن كان منصوباً من قبل المعصوم صلوات الله عليه فمع كون التقسيم مخالفة وتديلاً للوصية كيف يقسم .

وأما صورة تشاح الوصيين مع لزوم اجتماعهما فلم يمض فيها عمل أحدهما للزوم كون العمل بنظرهما واستثناء ما لا بد منه كمؤونة اليتيم لم يظهر وجهه بل الظاهر مراجعة الحاكم حيث أن أحد الوصيين بدون الانضمام لا اختيار له فيرجع إلى الحاكم ويستأذن منه وتصرف الحاكم بدون نظر أحدهما أيضاً مشكك ومع التعذر يرجع إلى عدول المؤمنين بل لا يبعد عدم لزوم الترتيب وقد سبق الكلام في هذا في بعض الكتب .
وأما جبر الحاكم إياهما على التوافق فيشكل من جهة أنه إذا رأي كل منهما

المصلحة في جهة لم يكن مخالفة للآخر منكروه حتى يجب النهي عنها ، و على فرض النكارة النهي لا يختص بالحاكم ، و ليس المقام من باب المرافعة حتى يرجع إلى الحاكم لرفع الخصومة و إن كان من هذا الباب لا يجبرهما الحاكم على الاجتماع بل يحكم بما هو رأيه ، بل يشكل الحكم برأيه لأنه ليس راجعاً إلى الشبهة الحكيمية حيث يحكم الحاكم بحكمه و إن كان على خلاف ما يكون حجة بنظر المحكوم عليه و من المحتمل سقوط الانضمام لعدم الامكان فيكون كما لومات أحدهما فيكون كما لو تعذر حيث يجوزون الاستبدال للزوم العمل بالوصية ، و اللازم حينئذ الاستبدال أو يعمل بنظر الحاكم ومع التعذر عدول المؤمنين ومع التعذر فساقهم لأنه أمر لا بد منه ولا يرضى الشارع بتركه كحفظ مال اليتيم ، و على أي تقدير لو أرادا القسمة و تصرف كل بالاستقلال في قسم لم يجز كما دل عليه الصحيح المذكور .

و أما صورة عجز أحد الوصيين ففي المتن ضم الغير إليه و لم يظهر وجهه فان العجز تازة من جهة عدم التمكّن من مباشرة العمل و أخرى من ضعف الرأى والنظر و سخافة العقل ففي الصورة الأولى ما المانع في التوكيل لأن القاعدة في باب الوكالة صحة التوكيل في كل ما لم يقيد فيه المباشرة بل الإيضاء إلى من يكون في معرض العجز أو إلى من له رخصة الشأن يقتضى عدم المباشرة إن كان العجز من الجهة الثانية فلا يبعد الرجوع إلى الحاكم لقصوره عن العمل بالوصية كما لومات الوصي ، و لا دليل على ضم الغير لأنه بمنزلة جعل الوصي و لا دليل على صحته .

و أما صورة قصد الموصي استقلال كل منهما فلا إشكال في تصرف كل بالاستقلال إنما الاشكال في التقسيم إن كان بمعنى أنه بعد التقسيم لا يجوز لأحد منهما التصرف في ما يكون راجعاً إلى الآخر ، و إن كان بمعنى الرخصة فلا إشكال حيث لم يخالف نظر الموصي و لعل النظر إلى الثاني .

و للموصي تغيير الأوصياء ، و للموصي إليه رد الوصية ، و يصح إن بلغ الرّد ، و لو مات الموصي قبل بلوغه لزم الوصية ، و إذا ظهر من الوصي خيانة استبدل به ، و الوصي أمين لا يضمن إلا مع تعد أو تفریط ، و يجوز أن يستوفي دينه ممّاني يده

و أن يقوّم مال اليتيم على نفسه وأن يقترضه إذا كان ملياً ﴿١﴾ .
 أما تغيير الأوصياء فالظاهر عدم الخلاف في جوازه للموصي لأن الوصية سواء
 كانت عقداً أو إيقاعاً بالنسبة إلى الموصي جائز ، ويدل على الجواز الأخبار منها ما رواه
 علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن ابن بكير ، عن عبيد بن زرارة ،
 قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : للموصي أن يرجع في وصيته إن كان في صحة أو
 مرض » (١) .

وما روي عن بريد المعلى ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لصاحب الوصية أن يرجع
 فيها ويحدث في وصيته مادام حياً » (٢) .
 و أخبار الباب و إن لم يتعرض لتغيير الوصي إلا أنه يستفاد منها جواز التغيير
 بأي نحو كان .

و أما الموصى إليه فله رد الوصية و يصح أن بلغ الرد إلى الموصي بلا خلاف
 ظاهراً في الجملة ، واستدل عليه بما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن مسلم في الصحيح ،
 عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن أوصى إلى رجل وهو غائب فليس له أن يرد وصيته ،
 فإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل » (٣) .

وما رواه في الكافي والفتية ، عن فضيل بن يسار في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام
 « في رجل يوصى إليه قال : إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها - الحديث » (٤) .
 و عن منصور بن حازم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا أوصى الرجل إلى
 أخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب
 غيره » (٥) .

فنقول : مقتضى إطلاق صحيح محمد بن مسلم عدم جواز الرد مع غيبته و إن بلغ

(١) و (٢) الكافي ج ٧ ص ١٢ .

(٣) الفقيه ص ٥٢٥ والكافي ج ٧ ص ٦ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٦ والفتية ص ٥٢٥ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ . والكافي ج ٧ ص ٦ .

ردّه إلى الموصي ، وجواز الردّ مع حضوره في البلد وإن لم يبلغ الردّ إلى الموصي ، والمستفاد من ذيل الرواية منصور أن المدار تمكّن الموصي من طلب الغير للوصاية . وعلى هذا فلو بلغ الردّ إلى الموصي ولم يتمكن من طلب الغير لمفاجأة الموت قبلاً فلا أثر للردّ بل وجب القبول ، والقيام بأمر الوصاية كما أنه لو تمكّن الموصي من طلب الغير ولو لم يكن الموصي إليه في البلد وكان غائباً وكان الموصي يشك في ردّ الغائب وقبوله جاز له الردّ ولو لم يبلغ الخبر إلى الموصي في حال حياته ولا يلتزم المشهور بهذا التفصيل بل لعله يستفاد من صحيح ابن يسار عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل يوصى إليه فقال : إذا بعث إليه من بلده ليس له ردّها وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه »^(١) حيث يستفاد منه أن المدار تمكّن الموصي من الإيصال إلى الغير وربما يشهد له الصحيح أو الحسن عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يوصى إلى الرجل بوصية فأبى أن يقبلها فقال أبو عبدالله عليه السلام : لا يخذ له على هذه الحال^(٢) ، حيث حمل الخبر على وجوب القبول .

وقد يقال بعدم جواز الردّ إذا كان الموصي أباً للموصي إليه ملكة عليّ بن- الرّيان إلى أبي الحسن عليه السلام « رجل دعاه والده إلى قبول وصيته هل له أن يمتنع من قبول وصيته ؟ فوقع عليه السلام : ليس له أن يمتنع »^(٣) ومقتضى القاعدة عدم جواز الردّ في خصوصه وإن أمكن إبلاغ الردّ ، واستشكل بأنه لا يقاوم المطلقات الدالة على جواز الردّ مع الإبلاغ ، ويمكن أن يقال : المطلقات لا يشمل هذه الصورة غاية الأمر لو لم يكن هذه المكاتبه أمكن دعوى القطع بعدم الفرق ، وأمكن الأخذ باطلاق صحيح فضيل بن يسار المذكور .

وأما صحيح محمد بن مسلم حيث قال فيه « إن أوصى إلى رجل » وكذا خبر منصور ابن حازم حيث قال : فيه « أوصى الرجل إلى أخيه ، فلا يشملان هذه الصورة ، وثانياً

(١) تقدم عن الفقيه وغيره .

(٢) الفقيه ص ٥٢٥ ، والكافي ج ٧ ص ٦ و اللفظ له .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٧ و الفقيه ص ٥٢٥ .

نقول : مقتضى القاعدة التقييد وإن كان المقيّد واحداً إلا أن يكون المطلقات بحيث يبعد تقييدها . « و لو مات الموصى قبل بلوغ الرّدّ لزمت الوصيّة » بلا خلاف ظاهراً فإن كان المدرك ما ذكر من الأخبار فقد عرفت الإشكال في صورة تمكّن الموصى من الإيضاء إلى الغير بمقتضى التعليل المذكور .

وأما استبدال الوصي مع الخيانة فلا يخلو عن الإشكال لأنّ اللازم العمل بالوصيّة كما أوصى الموصى فإن كان التكليف متوجّهاً إلى خصوص الوصيّ فاللازم نهيها كما في سائر التكليف والنهي لا ينحصر بالحاكم بل التكليف بالنهي متوجه إلى جميع المكلفين وإن كان العمل واجباً لا على خصوص الوصي فاللازم العمل لا عزل الوصيّ وجعل شخص آخر مقامه ، ويمكن استظهار بقاء وصايته من الصحيح الآتي ذكره .

وأما كون الوصيّ أميناً لا يضمن إلا مع التعديّ أو التفريط فالظاهر عدم الخلاف فيه ، فإن كان المدار في الأمانة الإذن الشرعيّ و المالكى فلا إشكال لا اجتماعهما في الوصاية وإن كان المدار مراعاة مصلحة المؤمن كما في الوديعة فلا بدّ من أن يكون قبول الوصيّة لمصلحة الموصى ، وأما لو كان لمصلحة الوصي كما لو قبل الوصيّة لاستيفاء دينه أو للاستقراض إذا كان جائزاً فيشكل ، ألا ترى أن كثيراً من الفقهاء قائلون بضمان المقبوض بالسوم مع حصول الإذن من المالك ، وأما مع التعديّ والتفريط فلا إشكال في الضمان كما في سائر الأمانات . ويدلّ عليه الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام سئل « عن رجل أوصى إلى رجل وأمر أن يعتق عنه نسمة بستمائة درهم من ثلثه فانطلق الوصيّ فاعطى الستمائة درهم رجلاً يحجّ بها عنه فقال : أرى أن يغرم الوصيّ من ماله ستمائة درهم ويجعل الستمائة فيما أوصى به الميّت من نسمة ^(١) » وربما كان فيه إيحاء إلى عدم انزال الوصيّ مع التعديّ حيث إنّه لو كان الوصيّ منزهلاً لما كان جعل الستمائة فيما أوصى به الموصى مربوطاً به ، بل كان هو أجنبيّاً ليس له القيام بأمر الوصاية .

و أما جواز استيفاء دينه مما في يده فنقول : إن أريد الجواز بينه وبين ربه وقد أوصى الموصي بتأدية ديونه ، فلا إشكال فيه ، وأما لو أريد الجواز بمعنى أنه ليس حال هذا الدائن الوصي حال غير الوصي الذي يدعى الدائن على الميِّت حيث إنّه لا بدّ له من إقامة البيّنة والحلف فلا بدّ من قيام الدليل عليه ، وتخصيص الدليل الدالّ على لزوم إقامة البيّنة على المدّعى والحلف ، و طرف الدّعوى في هذا المقام الورثة و غاية ما يقرب لعدم الحاجة إلى البيّنة واليمين و بعبارة أخرى عدم الحاجة إلى الحجّة أن الحجّة لا حتمال الكذب بالنسبة إلى المدّعى ، المفروض عدمه كما أن المفروض وصايته على الوفاء على وجه له التخيير في جهات القضاء فلم يكن إشكال في استيفائه ضرورة أولويته مما حكى الاتفاق عليه من جواز إيفائه ما يعلمه من دين الاجنبي كذلك ولا يشكل بالأصل وموثقة بريد بن معاوية عن أمي عبدالله عليه السلام قلت له : « إن رجلاً أوصى إليّ فسألته أن يشرك معي ذاً قرابة له ففعل وذكر الذي أوصى إليّ أن له قبل الذي أشركه في الوصية خمسين و مائة درهم و عنده رهن بها جام من فضة ، فلما هلك الرجل أنشأ الوصي يدعى أن له قبله أكرار حنطة ؟ قال : إن أقام البيّنة و إلا فلا شيء له ، قال : قلت له : أيحلّ له أن يأخذ مما في يده شيئاً ؟ قال : لا يحلّ له ، قلت : أرايت لو أن رجلاً عدى عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان ذلك له ؟ قال : إن هذا ليس مثل هذا ، ^(١) لا تقطع الأصل بما عرفت و خروج الموثق عن الغرض باعتبار الاشتراك في الوصية على وجه ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرف من دون إذن الآخر الذي ليس له إجازة هذا الأخذ من دون إثبات مع أنه لم يعلم الوصاية فيه على وفاء الدائن .

ويمكن أن يقال : تارة أوصى الموصي إلى أحد تصرف في ثلث مالي مثلاً وأدّ ديوني منه و إذا زاد الثلث اصرفه في مصرف كذا مثلاً بحيث لا يربط لهذا الثلث بالورثة سواء كان دين على الميِّت أولم يكن فلا إشكال في التقريب المذكور ، و تارة أخرى يوصى له بأداء دينه و ما زاد يرجع إلى الورثة ففي هذه الصورة للورثة إنكار الدائن الذي لم

(١) الكافي ج ٧ ص ٥٧ و الفقيه ص ٥٣٩ .

يعلم ثبوته لغير الوصي لأنه بزيادة الدين و نقصانه يتحقق الزيادة و النقصان في الإرث و لعل جهة الفرق المذكور في الخبر ليس منحصراً فيما ذكر من الاشتراك في الوصاية بل كان هذه الجهة أيضاً فارقة ، نعم قد يرتفع المنع من الجهتين كما لو كان الشريك في الوصاية عالماً بثبوت الدين أو كان الوصي الواحد بدون الشريك في الوصاية قيساً على الورثة الصغار ، و الظاهر أن مورد الوثيقة غير ما ذكر ، و أما جواز تقويم الوصي مال اليتيم على نفسه و اقتراضه مع كونه ملياً فقد يقرب جواز التقويم و الإشتراء لنفسه بأنه ولي على المال الذي يريد شراءه بالوصاية و لآمانع إلا من جهة اتحاد الموجب و القابل و لا إشكال من هذه الجهة لكفاية المغايرة الاعتبارية كما في تزويج الجد للأب بنت ابنه لابن الابن الآخر مضافاً إلى إمكان التوكيل و إلى الخبر المنجبر قصوره بعمل الأكثر وفيه « هل للوصي أن يشتري مال الميت إذا بيع فيمن زاد يزيد و يأخذ لنفسه ؟ فقال : يجوز إذا اشترى صحيحاً ^(١) » .

و يمكن أن يقال إن تم الخبر من جهة السند باعتماد الأكثر و العمل به فلا إشكال في خصوص شراء مال الميت ، و كلامنا في مال اليتيم إلا أن يدعى القطع بعدم الفرق و مع قطع النظر عن الخبر لعل المقام نظير التوكيل في بيع داره أو صرف ماله في الفقراء مثلاً مع كونه من الفقراء هل يشمل الإطلاق البيع من نفسه أعني الوكيل أو صرف المال في نفسه أو ينصرف إلى الغير إلا أن ينص بالتعميم ، و لعل الفرق بين المقام و الوكالة بافتراق الولاية عن الوكالة لا يوجب الفرق لأن الولاية محدودة بالحد الذي عين الموصي ، نعم لو كان الوصي منصوباً من قبل الموصي في ما يرى فيه المصلحة بالنسبة إلى اليتيم و في التقويم مصلحة له فلا مانع من التقويم و بيع ماله من نفسه ، و مما ذكر ظهر حال الاقتراض و أنه لآمانع منه إذا كان حاله حال التقويم و يكون مشمولاً للآية الشريفة « و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن » .

و تختص ولاية الوصي بما عين له الموصي عموماً كان أو خصوصاً ، و يأخذ الوصي أجره المثل ، و قيل : قدر الكفاية ، هذا مع الحاجة و إذا أذن له في الوصية

جاز ، و لو لم يؤذن فقولان أشبههما أنه لا يصح ، و من لا وصي له فالحاكم وصي تركته .

أما اختصاص الولاية بما عين الموصي فوجهه واضح لأن اختياره لتحقيق بالوصاية ولا معنى لتحقيق الاختيار بالنسبة إلى غير ما عين كالوكيل مضافاً إلى قوله تعالى : «من بدله بعد ماسمعه - الآية » في بعض الصور .

و أما جواز أخذ أجرة المثل أو قدر الكفاية أو أقل الأمرين فقد وقع الخلاف فيه و اللازم ذكر الأخبار الواردة في المقام فمنها صحيح هشام بن الحكم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن توكلي مال اليتيم ماله أن يأكل منه ؟ قال : ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك ^(١) .

و منها موثق سماعة في تفسير الآية الشريفة « فليأكل بالمعروف » عن أبي عبدالله عليه السلام : « من كان يلي شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم و يقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر و لا يسرف ، فان كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه فلا يرزأن من أموالهم شيئاً ^(٢) .

و منها صحيح عبدالله بن سنان عنه عليه السلام أيضاً « أنه سئل و أنا حاضر عن القيسم لليتامى و الشراء و البيع في ما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم ؟ فقال : لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف كما قال الله عز وجل : « فليأكل بالمعروف » و هو القوت ^(٣) .

و منها خبر أبي الصباح عنه عليه السلام أيضاً فيها « فان ذلك الرجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم فان كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً ^(٤) . و نحوه خبر سماعة و خبر أبي أسامة المرويتان عن تفسير العياشي

(١) الوسائل ج ٥ ص ٥٥٨ كتاب التجارة أبواب ما يكتسب به ب ١٠١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٢٩ . و في القاموس : رزأاله أصاب منه شيئاً .

(٣) و(٤) الوسائل ص ٥٥٨ تحت رقم ٣٠١ .

عنه ^(١) عَلَيْهِ السَّلَامُ أَيْضاً .

و منها خبر أبي بصير عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أَيْضاً المروي في التفسير المزبور فيها « قال : هذا رجلٌ يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشية ، و يشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف و ليس له ذلك في الدنانير و الدرهم التي عنده موضوعة » ^(٢) .

ثم إنه قد يقال بجواز أخذ أجرة المثل من غير فرق بين الغني و الفقير و بين الوصي و الحاكم و أمينه و عدول المؤمنين ما لم يوجد المتبرع الجامع للشرائط لأنه المعروف و لعله إلى ذلك أو ما صحيح هشام المذكور ، و يمكن أن يقال : أما التقييد بعدم وجود من يتبرع فيشكل لاطلاق قوله تعالى : « فليأكل بالمعروف » أما الأخذ باطلاق قوله تعالى و الصحيح المذكور مضافاً إلى قاعدة احترام عمل المسلم فقد يخالفه ما في موثقة السماع من التقييد باحتياج من يلي الأمر و فقده لما يقيمه ، و ما في خبر أبي الصباح المذكور « فان كان قليلاً فلا يأكل منه شيئاً » وكذا خبر سماعه و خبر أبي بصير كما أن القاعدة تنافي ظاهر الآية الشريفة حيث يظهر منها وجوب الاستعفاف مع الغنى ، و لا يبعد أن يكون الأكل مع قلة المال أو الغنى مكروهاً لباء قاعدة الاحترام عن التخصيص و أقوائية ظهور ما في الاخبار من التعليل لكن بشرط أن يكون له عمل له قيمة و لعل ما في ذيل موثقة سماعه من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ على المحكي « و إن كان الخ » ناظر إلى هذه الجهة و لا يخفى أن وجوب التصدي لأموال اليتيم من جهة وجوب تنفيذ الوصية لا ينافي جواز الأكل بالمعروف لأن الواجب الجامع بين ما يؤخذ من جهة الأجرة و ما لا يؤخذ ، فظهر مما ذكر أن المجوز أجرة المثل من غير فرق بين كون المتوكلي محتاجاً أو غير محتاج .

و أما لو أذن الموصي للوصي أن يوصي فالظاهر عدم الخلاف في أن للوصي أن يوصي فإذا قال الموصي للوصي أوص عند وفاتك للغير فالظاهر لزوم الإيضاء على الوصي للزوم تنفيذ الوصية ففي التعبير بالجواز مسامحة إلا أن يكون المراد أنه جعل

(١) التفسير ج ١ ص ٢٢١ .

(٢) المصدر ج ١ ص ٢٢٢ .

الوصي مختاراً في الإيلاء إلى الغير فله ترك الإيلاء وقد يستدل على صحة الإيلاء بقوله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية » ويشكل من جهة عدم صدق التبديل على ترك أمر أوصى به بل ظاهر التبديل غير ذلك فالأولى الاستدلال له بأنه مما أوصى به وإن أمكن الأشكال بأن « ما دلّ على جواز الوصية و لزوم تنفيذها لا يدلّ على مشروعيتها كلّ ما يوصى به إلا ما خرج .

إلا أنه ربما يظهر من بعض الأخبار استفادة المشروعية من قوله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه - الآية » ومكانة الصغار في الصحيح إلى أبي عبد الله عليه السلام « رجل كان وصي رجل فمات فأوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيته؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله » ^(١) و « الحق » في الجواب فسر بحقّ الإيمان على معنى أنه يلزمه الوفاء بحقه إن كان مؤمناً فإن الله قد عقد الأخوة بين المؤمنين وهو مقضى إعانة المؤمن وقضاء حوائجه فضلاً عن إنفاذ وصيته ، ويحتمل أن يكون المراد حقّ الوصية إلى الوصي الأوّل بمعنى أن الوصية تلزم الوصي الثاني بحقّ الأوّل إن كان للأوّل قبله يعني قبل الوصي الأوّل حقّ بأن يكون قد أوصى إليه و أذن له أن يوصى فقد صار له قبله حقّ الوصية فإنا أوصى بها لزمت الثاني ، وعلى كلا الاحتمالين يصحّ مع الأذن إيلاء الوصي إلى وصي آخر و أما مع عدم الأذن فالأكثر على المنع لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك بل قيل : إن المتبادر من استنابته مباشرة بنفسه أو بوكيله دون الإيلاء إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته الذي يكفي في عدم جوازه عدم ثبوت الأذن من الموصي الأوّل خلافاً للشيوخ وابني الجنيّد والبرّاج فجوزوا الإيلاء إليه له لأنّ الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حيّاً بالعموم كما يملكها بالخصوص ، ولأنّ الموصي أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما يثبت له ، ولما كتبه الصغار المذكورة ، ويشكل بمنع كون الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حيّاً بالعموم و منع إقامة الموصي إياه مقامه في كلّ

ما يثبت له ، و أما المكاتبه فهي مجمله فمع أرجحية الاحتمال الغير المناسب للمقام أو التساوي لا مجال للاستدلال بها .

و يمكن أن يقال : ان استفدنا من بعض الأخبار أنه مع الشك في مشروعية وصية يجوز التمسك بقوله تعالى « فمن بدله بعد ما سمعه - الآية » لمشروعيتها فما المانع من التمسك به في المقام و لذا قد يستدل على صحة الإيلاء للوصي مع إذن الموصي الأوّل بها فلاحظ ما رواه الكليني - قدس سره - عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه عن الرّيان بن شبيب قال : « أوصت ماردة لقوم نصارى فرأشين بوصية ، فقال أصحابنا اقم هذا في فقراء المؤمنين من أصحابك . فسألت الرضا عليه السلام فقلت : إن أختي أوصت بوصية لقوم نصارى و أردت أن أسرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين ، فقال : امض الوصية على ما أوصت به قال الله تعالى « فانما إنمه على الذين يبدّلونه » (١) .

و المنقول من كتاب الحسين بن سعيد بسنده إلى محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله ؟ قال : أعطه لمن أوصى له و إن كان يهودياً أو نصرانياً إن الله تعالى يقول : « فمن بدله بعد ما سمعه فانما إنمه على الذين يبدّلونه » (٢) .

و عن الحسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عليه السلام قال : « قال : لو أن رجلاً أوصى إليّ أن أضع في يهودي أو نصرانيّ لوضعت فيهم ، إن الله يقول : « فمن بدله بعد ما سمعه الآية » (٣) .

فنقول : الظاهر في الرواية الأولى أن السائل كان شاكاً في صحة الوصية بالنحو المذكور فبين الإمام على المحكي صحته و ذكر قوله تعالى استشهاداً ، و كذا يستفاد من الخبرين الآخرين ، فمع هذا لو أوصى الوصي إلى شخص آخر بدون إذن الموصي الأوّل فما المانع من التمسك بقوله تعالى « فمن بدله بعد ما سمعه الآية »

(١) المصدر ج ٧ ص ١٦ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٧ ص ١٤ و ١٥ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩٠ و الفقيه

لنفوذ وصيته ، و لعلك تقول : يستفاد من بعض الأخبار تخصيص قول الله تعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه » بقوله عزّ وجلّ : « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمأ فأصلح بينهم فلا إثم عليه » فلاحظ ما رواه عمّ بن يعقوب - قدس سرّه - باسناده عن عمّ بن سوقة قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله تبارك وتعالى « فمن بدّله بعد ما سمعه فانما إثمه على الذين بيّد لونه » قال : نسختها الآية التي بعدها قوله عزّ وجلّ : « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمأ فأصلح بينهم فلا إثم عليه » قال : يعنى الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى فيما أوصى به إليه ممّا لا يرضى الله عزّ ذكره من خلاف الحقّ « فلا إثم عليه » أي على الموصى إليه أن يردّه إلى الحقّ وإلى ما يرضى الله عزّ وجلّ فيه من سبيل الخير ^(١).

و الظاهر أنّ المراد من النسخ التخصيص فبعد التخصيص يشكّ في المقام أنّه داخل في العامّ أو في المخصّص لكنّه على مسلك من يتمسكّ في أمثال المقام - كالشكّ في مخالفة الشرط للكتاب أو السنّة - بالاستصحاب يتمسكّ في المقام أيضاً ، وعلى الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكميّة يشكّل ، لا يقال : إذا لم يكن جنفاً ولا إثمأ ، من جهة أنّ الاثم منوط بالبيان ومع عدم البيان لا إثم فيبقى تحت العامّ لأنّه يقال : فسّر كلام الله بما لا يرضى به الله عزّ وجلّ فمع الشكّ في أنّه ممّا لا يرضى الله به كيف يتمسكّ بالعامّ إلّا أن يقال : الظاهر أن يكون المراد كون الموصى به لا يرضى الله به وفي المقام ليس الموصى به كذلك ولذا يقال : يقوم بأمر الوصاية الحاكم أو عدول المؤمنين فتأمل فمقتضى الاحتياط أن يقوم بأمر الوصاية الوصي الثاني الموصى إليه بغير إذن الموصى الأوّل بإذن الحاكم و عدول المؤمنين .

و أمّا كون الحاكم وصي من لا وصي له في تركته ففي صورة الحاجة كما لو كان للميت أطفال صغار أو مجانين الظاهر عدم الخلاف في أنّ النظر للحاكم الشرعيّ وقع الخلاف لولم يكن ثمة حاكم فهل لعدول المؤمنين تولى ذلك أم لا ؟ فالأكثر على الأوّل وقال ابن إدريس بالثاني ، ويمكن أن يقال : إن كان النظر في صورة التمكن من

المراجعة إلى الحاكم في لزوم الرجوع إليه بالخصوص من جهة الولاية العامة فمع التأمل في ثبوتها له لا نسلم تعيين الرجوع إليه نعم مع الشك في تعيينه في الوصية أو التخيير بينه و بين عدول المؤمنين يكون هو المتيقن و اللازم ذكر الأخبار الواردة في المقام .

فمنها ما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال :
 « مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبدالحميد ابن سالم القيم بماله و كان الرجل خلف ورثة صغاراً و متاعاً و جوارى فباع عبد الحميد المتاع ، فلماً أراد بيع الجوارى ضعف قلبه في بيعهن إذ لم يكن الميّت صيّر إليه وصيته و كان قيامه بهذا بأمر القاضي لا نهن فزوج قال : فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام فقلت له : يموت رجل من أصحابنا و لم يوص إلى أحد و يخلف الجوارى فيقيم القاضي رجل منّا لبيعهن أو قال : يقوم رجل منّا فيضعف قلبه لا نهن فزوج ، فما ترى في ذلك القيم ؟ قال : فقال : إذا كان القيم مثلك و مثل عبدالحميد فلا بأس ^(١) »

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّست أسرارهم - عن علي بن رئاب في الصحيح في بعض طرقه قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني و بينه قرابة مات و ترك أولاداً صغاراً و ترك ممالك و غلمان و جوارى و لم يوص فماترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أمّ و لد و ماترى في بيعهن ؟ قال : فقال : إن كان لهم و لى يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم كان ما جوراً فيهم ، قلت : فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أمّ و لد ؟ قال : لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم الناظر لهم فيما يصلحهم ، و ليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم و الناظر فيما يصلحهم ^(٢) . »

و ما رواه في الكافي و التهذيب عن إسماعيل بن سعد الأشعري في الصحيح قال :
 « سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية و ترك أولاداً ذكراً و غلماناً صغاراً و ترك جوارى و ممالك هل يستقيم أن تباع الجوارى ؟ قال : نعم . و عن الرجل يصحب

(١) التهذيب أبواب الزيادات الحديث الخامسة و العشرون .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦٧ و الفقيه ص ٥٣٣ و التهذيب ج ٢ ص ٤٠٠ .

الرجل في سفره فيحدث به حدث الموت ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صفار أو كبار أيجوز أن يدفع متاعه و دوابه إلى ولده الأكبر أو إلى القاضي ، فإن كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع ؟ و إن كان دفع المال إلى ولده الأكبر و لم يعلم به فذهب و لم يقدر على رده كيف يصنع ؟ قال : إذا أدرك الصفار و طلبوا فلم يجدوا من إخراجهم إلا أن يكون بأمر السلطان . وعن الرجل يموت بغير وصية وله ورثة صفار وكبار أيجوز شراء خدمه و متاعه من غير أن يتوكل القاضي ببيع ذلك ، فإن تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ فقال : إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس به إذا رضى الورثة بالبيع ، و قام عدل في ذلك ، (١)

و ما رواه المشايخ الثلاثة عن سماعة في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل مات وله بنون وبنات صفار وكبار من غير وصية وله خدم و ممالك و عقد (٢) كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال : إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس ، (٣)

فنقول : لا مجال لحمل ما في هذه الأخبار على الإذن الحاصل من الإمام عليه الصلاة و السلام في الموارد الخاصة لأنه كثيراً ما سأل السائل من دون نظر إلى واقعة خاصة بل نظره إلى فرض الصورة ، فالجواب يشمل صورتين وعلى فرض كونه إذناً من باب الولاية يكون شاملاً للصور المفروضة ، بل الظاهر أنه لبيان الحكم الشرعي و استفاد من بعضها جواز التصدي للعدل و للثقة من بعض الآخر فلا يبقى الإشكال في صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع من جهة عدم معلومية المماثلة من جهة الاهلية للحكومة الشرعية أو العدالة أو الوثاقة ، فاللازم تحقق أحد الوصفين من العدالة و الوثاقة ، و الوثاقة إن كان المراد منها الوثاقة في الدين تكون ملازمة للعدالة وعلى هذا فالرجوع

(١) الكافي ج ٧ ص ٦٦ و التهذيب ج ٢ ص ٤٠٠ .

(٢) المقدم بمعنى الضيقة .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٦٦ و التهذيب ج ٢ ص ٤٠٠ و الفقيه ص ٥٣٣ .

إلى عدول المؤمنين ليس متأخراً عن الرجوع إلى الحاكم الشرعيّ لكنّه مخالف للمشهور ، ثمّ إنّّه قد يلزم القيام بأمر ولا طريق إلى الحاكم ولا إلى العدول كحفظ اليتيم والمجنون والمريض القاصرين مع توقّف حفظهم على التصرف في أموالهم فلا إشكال في جواز تصرف غيرهم .

الخامس في الموصى به وفيه أطراف : الأوّل في متعلق الوصية و يعتبر فيه الملك فلا تصحّ بالخمر ولا بآلات اللهو ، و يوصى بالثلث فما نقص ، و لو أوصى بزيادة عن الثلث صحّ في الثلث وبطل الزائد ، فإنّ أجاز الورثة بعد الوفاة صحّ وإن أجاز بعض صحّ في حصته ، وإن أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان ، المروريّ اللزوم . ويملك الموصى به بعد الموت .

المعروف في كلماتهم اعتبار الملكية فإن كان المراد الملكية الفعلية فيشكل من جهة صحّة الوصية بشمرة البستان مع أنّها ليست بملك قبل تحققها وصحة الوصية بالثلث مع كون الثلث الموجود زمان الموت لا الموجود حال الوصية وإن كان المراد ما يقبل الملكية ولو بعد حين فلا إشكال لكنّه لا يناسب الاستدلال بكون الوصية من العقود المملّكة فإنّ ما يملكه العاقد بعد حين لا يقع متعلق العقد ، مضافاً إلى منع كون الوصية التملّكية عقداً لمنع الحاجة إلى القبول ، فالمعتبر كون الموصى به قابلاً للنقل إلى الغير ولو بعد حين عيناً كان أو منفعة أَوْحَقاً ، ووجهه أنّه لو لم يكن كذلك لما صحّ تملكه للموصى له .

وأما اعتبار عدم كونه زائداً عن الثلث في نفوذه بلا حاجة إلى إمضاء الورثة فيدلّ عليه أخبار كثيرة منها ما رواه في التهذيب عن عليّ بن عقبة ، عن أمي عبد الله عليه السلام « عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء ؟ قال : لا يعتق منه إلاّ ثلثه ، و سائر ذلك الورثة أحقّ بذلك ولهم ما بقي ^(١) .

وهذا الخبر وإن لم يكن راجعاً إلى الوصية لكنّه يستفاد من ذيله أحقيّة

الورثة بالنسبة إلى ما سوى الثلث وكون ما بقي لهم ، فلا تجتمع مع نفوذ الوصية فيما زاد .

و منها ما عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه ؟ فقال : إن كان أكثر من الثلث ردَّ إلى الثلث و جاز العتق » (١) .

وما عن السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه عليه السلام ، عن علي عليه السلام قال : « إن رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره ؟ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : يستسعى في ثلثي قيمته للورثة » (٢) .

و دلالة هذا الخبر مبنية على اتحاد منجزات المريض مع معلقاته في الحكم ، ويمكن أن يقال : مع ثبوت الحكم في المنجز فالمعلق أولى ، وفيه تأمل .

و عن الحسين بن محمد الرّازي قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام « الرّجل يموت فيوصي بماله كله في أبواب البرِّ و بأكثر من الثلث ، هل يجوز ذلك له و كيف يصنع الوصي ؟ فكتب عليه السلام : تجاز وصيته ما لم يتعد الثلث » (٣) إلى غير ما ذكر من الأخبار ، و حكى عن علي بن بابويه جواز الوصية بأكثر من الثلث حتى الجميع ، و احتج في ذلك برواية عمار الساباطي ، عن الصادق عليه السلام قال : « الرّجل أحقُّ بماله مادام فيه الرّوح إن أوصى به كله فهو جائز له » (٤) و أُجيب بضعف الرّواية و معارضة الرّوايات الكثيرة لها و إمكان حملها على ما لا يخالف تلك الأخبار فإنّ الانسان أحقُّ بماله مادام فيه الرّوح فإن أوصى بجميع ماله يراعى فإن أجاز الورثة تكون الوصية نافذة و مع عدم الامضاء تردُّ إلى الثلث .

و أمّا الجواز مع إمضاء الورثة فيدلُّ عليه ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٤ . والكافي ج ٧ ص ١٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣١٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٨ .

(٤) النقيه ص ٥٢٧ .

عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل أوصى بوصية و ورثته شهود فأجازوا ذلك فلمّا مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به ؟ قال : ليس لهم ذلك ، الوصية جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته » (١) .

وهذه الرواية لا ذكر فيها للزيادة على الثلث إلا أنه لما كان النفوذ بملاحظة إقرارهم السابق تكون محمولة على صورة الزيادة على الثلث فإن الوصية بالثلث فما نقص لا تحتاج إلى إجازتهم . وما رواه الشيخ عن ابن رباط عن منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث و ورثته شهود فأجازوا ذلك له ، قال : جائز » . وقال ابن رباط : وهذا عندي على أنهم رضوا بذلك في حياته و أقرّوا به (٢) .

وروى المشايخ الثلاثة (٣) في الصحيح عن منصور بن حازم مثل ما عن محمد بن مسلم في الصحيح المذكور ، ولو أجاز بعض الورثة فالمعروف أن الوصية نافذة في الزيادة على الثلث بمقدار حصّة المجيز في الزيادة فالمقام كالعقد الفضولي الواقع على المال المشترك مع إجازة بعض الشركاء دون بعض آخر ، ويمكن أن يقال : إذا كانت الاجازة بعد موت الموصي فلا إشكال و أمّا الاجازة في حياة الموصي وموته بعد مدّة فلا يخلو عن الاشكال من جهة أن المعروف اعتبار الثلث حال الموت لا حال الوصية ، فربما يتملك الموصي أموالاً في خلال المدّة الواسطة بين الوصية والموت فحال الوصية والاجازة من الوارث لا تملك بالنسبة إلى تلك الاموال لا للموصي ولا للورثة ، فكيف يتصور سهم للوارث حتى يقال : إجازة بعض الورثة نافذة بالنسبة إلى سهمه ، غاية الأمر دلّ الدليل على أنه لو أوصى الموصي بالوصية التمليلية بمثل تلك الأموال و أجاز الورثة الوصية نفذت الوصية بالنسبة إلى الموصي به الزائد على الثلث ومع عدم الاجازة لا تنفذ إلا مقدار الثلث فالتمليك من الموصي

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧ . و الفقيه ص ٥٢٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧ .

(٣) الوسائل ج ٢ ص ٦٦٤ أبواب أحكام الوصايا باب ١٣ .

تنزيل^١ ولولا التنزيل لم تعتبر العقلاء تمليك مالم يملك المملك بعد فاجازة جميع الورثة نافذة بحسب الاخبار واما اجازة البعض و نفوذها بالنسبة إلى ما يتصور سهماً له لا يشملها الأخبار ، واما حصول الملك للموصى له بعد الموت فلا إشكال فيه لأن المال الموصى به قبل موت الموصى ملك له وباختياره له ، أن يتصرف فيه كيف شاء .

﴿وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصغر ، ولو أوصى بواجب وغيره أخرج الواجب من الأصل والباقي من الثلث ، ولو حصل الجميع بالثلث بديء بالواجب ، ولو أوصى بأشياء تطوعاً فإن رتبته بديء بالأوّل فالأوّل حتى يستوفى الثلث وبطل ما زاد ، وإن جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص ، وإذا أوصى بعق مالم يملكه دخل في ذلك المنفرز والمشارك ﴾ .

أما صحة الوصية بالمضاربة بمال ولده الصغار فيدل عليها ما رواه في الكافي ، عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام « أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال بأن يكون بينه وبينهم ، فقال : لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي » ، ^(١) .

و عن خالد بن بكر الطويل قال : « دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال : يا بني اقبض مال إخوتك الصغار وامل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف و ليس عليك ضمان فقد متني أمٌ و ولد لأبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت له : إن هذا يأكل أموال ولدي ، قال : فقصت عليه ما أمرني به أبي ، فقال ابن أبي ليلى : إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ، ثم أشهد علي ابن أبي ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن ، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصت عليه قصتي ، ثم قلت ماترى ؟ فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده ، وأما في ما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان » . ^(٢)

و يمكن أن يقال : يستفاد من الروايتين جواز المضاربة بغير الذهب والفضة وهو خلاف المشهور ، ويمكن المناقشة في دلالة الرواية الأولى من جهة أنه عكس عم

البأس بأذن الأب و هوحى ، و هذا التعبير أنسب بالولاية الشرعية بالنسبة إلى الصغير فكأنه أوصى و أذن في المضاربة بمال الصغير وربما يظهر منه أن الأذن في ماله الفعلي قبل موت الأب لا الوصية بالمضاربة بما يصير مالا له بعد الموت ، و نوقش في سند الرواية الثانية من جهة أن خالد بن بكير المذكور مجهول الحال و دفعت المناقشة في السند بأن في السند ابن أبي عمير و هو ممن أجمع على تصحيح ما يصح عنه فلا يضر جهالة من بعده ، ثم إنه حكى عن جماعة صحة الوصية بالمضاربة من غير فرق بين مال الصغار والكبار و بين أن يكون الربح المجهول للعامل بقدر أجرة المثل أو أزيد بقدر الثلث أو أزيد ، و وجهه باطلاق ما دل على تنفيذ الوصية المقيّد بالثلث إذا كانت مفوتة للمال على الوارث أو بالأعم من ذلك و مما فيه ضرر عليه أما إذا لم يكن كذلك بل كانت الوصية تصرفاً في المال على وجه لا تفوت فيه للمال على الوارث ولا ضرر فيه عليه فليس في الأدلة ما يدل على تخصيص العمومات المعتضدة بظاهر قوله تعالى « فمن بدّله بعدما سمعه » و عموم تسلط الناس و معلومية كون الوصية بعد الموت كالتنجيز في حال المرض بالنسبة إلى الممنوع منها و الجائر ، بل الدليل فيهما متحد ولا ريب في صحة المضاربة بأزيد من الثلث في حال المرض و لو بحصة قليلة من الربح كما لا ريب في صحة بيع التركة بثمن المثل حال المرض .

ويمكن أن يقال : أما الخبران فلا إطلاق فيهما بالنسبة إلى أموال الكبار فإن رواية محمد بن مسلم السؤال فيها عن رجل أوصى إلى رجل بولده و هذا التعبير مناسب لجعله قيماً على الصغار ، ثم التعليل بالأذن لا يناسب بالنسبة إلى الكبار ، و أما الرواية الثانية فمورد السؤال فيها الصغار ، و أما بالنظر إلى عمومات الوصية فمع تخصيصها بكون الموصى به مما يرضى به الله يشكل التمسك بها فإن منع المالك عن التصرف في ملكه و تضرر المالك كيف يجوزان ، و فرق واضح بين الوصية بالثلث بأن يصرف في الأمور الواجبة المربوطة بالموصى وفي المستحبات المربوطة به و بين المداخلة في أموال الغير بنحو يكون ممنوعاً من التصرفات أو يكون متضرراً حيث إن المضاربة وإن كانت من العقود الجائزة لكن لازم صحة الوصية بها لزومها و تصرف الولي في مال المولى عليه منوط بالمصلحة

أولاً أقلّ من عدم المفسدة فإنّ الله لا يحبّ الفساد ، ووجه ذلك أنّ الأوتل ليس تصرفاً في مال الغير حيث إنّ الإرث بعد الوصية بخلاف الثاني ، غاية ما في الباب في خصوص مال الصغار بمقتضى الرّأيتين مع تمامية دلالتها نقول بصحة الوصية وإطلاقها لصورة كون الرّبح المجعول للعامل أكثر من أجرة المثل معارض بمادلّ على عدم جواز مافيه الفساد ، وفي هذه الصورة أعني الوصاية بالمضاربة بمال الصغير ليس مخالفة لقاعدة السلطنة لأنّ الصغير محجور والولاية للأب والجدّ ، ولم يظهر لما ذكر من عموم تسلط النّاس وجه لتصحيح ما ذكر في المقام فإنّ الموصي في حال حياته غير حال مرض الموت مسلط على أمواله يتصرّف كيف شاء وفي مرض الموت كذلك إن قلنا بأنّ المنجزات يخرج من الأصل وإن قلنا بخروجها من الثلث فحالها حال الوصية ، لكن لاسلطنة على مال الغير وفي المقام يراد إثباتها على مال الغير أعني الورثة الكبار .

ولو أوصى بواجب وغيره يجب خروج الواجب المالي سواء كان مشوباً بالبدني كالحجّ أو لم يكن مشوباً كالزكاة والكفارات من أصل المال أوصى به أو لم يوص بلاخلاف ظاهراً والأخبار بوجود إخراج الواجب المالي من الأصل متكاثرة ذكرت في كتاب الحجّ والزكاة والخمس وكتاب الديون .

فمنها ما رواه الشيخ بإسناده ، عن موسى بن القاسم ، عن صفوان ، عن معاوية ابن عمّار قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات فأوصى أن يحجّ عنه قال : إن كان ضرورة فمن جميع المال وإن كان تطوعاً فمن ثلثه» (١) .

ومنها ما روى عمّه بن يعقوب ، عن عليّ بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن معاوية بن عمّار ، عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل توفي وأوصى أن يحجّ عنه قال : إن كان ضرورة فمن جميع المال إنّه بمنزلة الدّين الواجب وإن كان قد حجّ فمن ثلثه ، و من مات ولم يحجّ حجّة الاسلام ولم يترك إلّا قدر نفقة الحمولة ولمورثة فهم أحقّ بما ترك ، فإن شاؤوا أكلوا وإن شاؤوا حجّوا عنه» (٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٧ باب وصية الانسان لبعده ح ٤٥ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ٣٠٥ .

و منها ما رواه الشيخ باسناده ، عن موسى بن القاسم ، عن صفوان ، عن معاوية ابن عمار قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ولم يحجَّ حجة الاسلام و يترك مالا ، قال : عليه أن يحجَّ من ماله رجلاً ضرورة لامال له » (١) .

و منها ما رواه الشيخ باسناده ، عن علي بن الحسن ، عن عمر و بن عثمان ، عن الحسن بن محبوب ، عن عباد بن صهيب ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل فرط في إخراج زكاته في حياته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما فرط فيه مما لزمه من الزكاة ثم أوصى أن يخرج ذلك فيدفع إلى من تجب له ، قال : فقال : جائز ، يخرج ذلك من جميع المال إنتما هو بمنزلة الدين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدي ما أوصى به من الزكاة ، قيل له : فان كان أوصى بحجة الاسلام ؟ قال : جائز يحجُّ عنه من جميع المال » (٢) .

و أما الواجب البدني كالصلاة والصوم فظاهر المتن خروجه أيضاً من الأصل و لو لم يوص به ، و يشكل من جهة أن الدليل على خروج الدين من أصل التركة و شموله لمثل الصلاة و إن أطلق الدين عليها في لسان الأخبار مشكلاً و إن وجب على من اشتغل ذمته بالواجب الوصية بقضائه في صورة التقصير بل مع عدم التقصير كمن فات صلاته للغفلة أو النوم و لم يتمكن من قضائها ، لكن يتمكن من القضاء بتوسط النائب بعدموته .

و أما غير الواجب فيخرج من الثلث و لا محذور في زيادة المجموع على الثلث لأن الواجب يخرج من الأصل أوصى به أو لم يوص به ، و غير الواجب لا يزيد على الثلث و لو حصر الجميع في الثلث بدء بالواجب ثم بغير الواجب الأوّل فالأوّل و الواجب يبدأ به و إن كان متأخراً في الإيلاء به و لعل وجه أهمية الواجب من جهة أن المجموع من جهة الوصية و لزوم تنفيذها يجب قضائها و الواجب يكون مقدماً في مقام التراحم لمزية فيه من جهة وجوبه في نفسه مع قطع النظر عن الوصية ، و قد يستدل

(١) المصدر ج ١ ص ٥٦٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨١ .

عليه بصحيح معاوية بن عمار قال : « امرأة من أهلي ماتت و أوصت إليّ بثلك مالها و أمرت أن يعتق و يتصدق و يحجّ عنها فنظرت فيه فلم يبلغ ، فقال : ابدء بالحجّ فانه فريضة من فرائض الله سبحانه و يجعل ما بقي طائفة في العتق و طائفة في الصدقة (١) ، فانه يستفاد من التعليل المذكور تقدّم الواجب ، و لا يخفى أن مورد الوصية عدم الترتيب في الموصى به فلامجال للاستدلال بها في صورة الترتيب ، و لا يخفى الاشكال فيما ذكر لتقديم الواجب ولو كان مؤخراً في الايصاء حيث إن الوصية بالأوّل نافذة و كذا بالثاني و هكذا حتى يبلغ الثلث فبعد البلوغ إلى الثلث لا محلّ للوصية حتى يجب تنفيذها و يكون مقدّماً ، نعم لو كان من قبيل الديون يجب قضائه أوصى به أولم يوص و لو أوصى بأشياء تطوعاً بدء بالأوّل فالأوّل حتى يبلغ الثلث إن كانت مرتبة و بعد البلوغ إلى الثلث تبقى مراعاة فان أمضى الورثة و إلا بطلت ، و وجه التقديم ما ذكر ، و يدلّ عليه خبر عمران ، عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل أوصى عند موته و قال : اعتقوا فلاناً و فلاناً حتى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعقوبهم ؟ قال : ينظر الذين سماهم و بدء بعقوبهم فيقومون و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شيء ذكر ، ثمّ الثاني ، ثمّ الثالث ، ثمّ الرابع ، ثمّ الخامس ، و إن عجز الثلث كان ذلك في الذي سمى أخيراً لأنّه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك » (٢) .

بل لولا النصّ كان الوجه المذكور كافياً ، و يمكن أن يقال : مقتضى القاعدة الفرق بين كون المفعول بهم مع التعدّد واحداً كأن يقول : فلاناً و فلاناً و فلاناً أعتق و بين كون المفعول بهم كثيراً ، ففي الصورة الأولى تعلقت الوصية بالمجموع في مرتبة واحدة ، و إن كان الافراد بينها ترتيب لفظي بخلاف الصورة الثانية ، و نظير هذا ما يقال في النحو الحروف المشبهة بالفعل : « إنّ و أنّ - إلخ » فالخبر ليس كل واحد من الحروف المذكورة بل الخبر المجموع ، و لعلّ الرواية المذكورة ناظرة إلى الصورة الثانية لا الأولى ، و حكى عن الشيخ و الاسكافي - قدس سرهما - تقديم العتق و إن

. (١) الفقيه ص ٥٣١ .

. (٢) الفقيه ص ٥٣١ .

تأخّر للموثق عن أمي عبد الله عليه السلام « سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصية وكان أكثر من الثلث ؟ قال : يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي ^(١) ، و أوجب بظهوره في التنجيز المتقدم على الوصية بلاخلاف و لا إشكال لا الوصية التي هي محل البحث ، و حكى عن ابن حمزة جعل الوصية المتأخرة المتباعدة زمانها عن الأولى ناسخة لها للضعيف « إن أمي أوصى بثلاث وصايا فبأيهن آخذ ؟ فقال : خذ بأخريهن » ، قلت : فانها أقل ؟ قال : و إن قلت « ^(٢) و أوجب بضعف الرواية ، و لا بأس بحمله على صورة الوصايا المتضادة ، و يمكن أن يقال : أما ما ذكر في جواب الشيخ من تقديم المنجز على الوصية بلاخلاف و لا إشكال لم يظهر وجهه ، فان قلنا بخروج التصرفات المنجزّة في مرض الموت من مثل الهبة والصلح الهبائي و العتق من الثلث فما الفرق بينها و بين الوصية إلا أن يكون في المقام نص أو إجماع و النص في خصوص العتق ، و لم نعر عليه في غير العتق من المنجزات .

و أما ما ذكر في الجواب عن ابن حمزة فلاشكال من جهة ضعف الرواية في محله لكن يبقى السؤال عن الفرق بين الوصايا المتضادة و مقامنا فان التضاد تارة بالصراحة كما لو قال : أعطوا زيدا ثلث مالي ، ثم قال : أعطوا ثلث مالي عمراً ، و تارة بنحو آخر كأن يقول : أعطو زيدا كذا درهماً ، و عمراً كذا إلى أن تجاوز الثلث . فان الوصية للأخير إذا تجاوز عن الثلث تضاد الوصية لزيد فالأولى المراجعة إلى القرائن فقد يستكشف عدم عدول الموصي عن الوصية الأولى و توهم كفاية ثلث ماله لمن أوصى له و أخرى يستكشف عدوله كمن توجه بمقدار ثلث ماله وأنه لا يجوز الوصية بأزيد من الثلث و مع ذلك قال : أعطوا فلاناً كذا و فلاناً كذا و هكذا و تجاوز عن الثلث ففي هذه الصورة كيف لا يحكم بالعدول و صرف النظر عن السابقة فمع قطع النظر عن الرواية يستظهر العدول و إن لم يكن تضاداً بالصراحة ، و قد يقال : إن موضوع هذه المسئلة التي يبده بالأوّل فالأوّل فيها تعدد الوصايا مع عدم التضاد بينها و إن امتنع

(١) الكافي ج ٧ ص ١٧ و الفقيه ص ٥٣١ واللفظ له .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٧ .

العمل بها جميعاً لقصور الثلث أو المال بخلاف المسئلة الأخرى التي يقال فيها بأن تعدد الوصايا يكون رجوعاً فإن موضوعها تضاد الوصايا بحيث لا يمكن جمعها في الخارج في حدود نواتها للقصور، ثم بعد كلام يستقرب ما وقع للمحقق الكركي قدس سره في المقام من أن الأصل في الوصية أن تكون نافذة فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب الامكان وإنما تكون الثانية نافذة إذا كان متعلقها الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به فيجب حملها عليه كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه حملاً للبيع على معناه الحقيقي وحينئذ فيتحقق التضاد في مثل ما لو قال : أوصيت بثلث لزيد و بثلث لعمر ، فيكون الثاني ناسخاً للأول فيقدم وأولى منه ما لو قال ثم مالي ، ثم فرغ عليه أنه لو أوصى لزيد بثلث و لعمر و بربع و لخالد بسدس و انتفت القرائن أن تكون الوصية الأخيرة رافعة للأولى مع اعترافه بأنه مخالف لما صرح به الأصحاب .

ويورد على كلام المحقق بأن الإطلاق في الوصية وغيرها من العقود إنما يقتضي إرادة ما تعلق به العقد لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه نفذ لوجود المقتضى و ارتفاع المانع و إن لم يصادف ذلك كان عقداً موصوفاً بالصحة القابلة للنفوذ وعدمه بسبب رفع المانع أو تحقق الشرط الشرعي و عدمهما ففي البيع إذا علقه على النصف من غير تعرض لكون المستحق له أو المشاع بينه و بين شريكه اقتضى نقل النصف في نفسه و له محلّ ينفذ فيه باعتبار استحقاق العاقد المخاطب بالوفاء بعقده نصفاً فينفذ و ينزل عليه تنزيلاً شرعياً لا قسدياً بمعنى كون العاقد قد قصد ذلك و كذا ما نحن فيه فإن الموصي إذا أوصى لزيد بثلث لم يقصد إلا تمليك الثلث في نفسه إلا أنه لما كان يمكن تنفيذه باعتبار استحقاق الموصي ثلثاً نفذت الوصية به ، فإذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضاً لم يصادف ذلك محلاً ينفذ فيه لسبق السبب الأول ، وإنما صادف محلاً ينفذ فيه مع الاجازة فيتعلق حينئذ كذلك على حسب ما صادف ولا يسمى مثله باطلاً بل هو صحيح خصوصاً بعد بناء الأصحاب في المقام من كون الاجازة تنفيذاً لا ابتداء عطية فتصرف الموصي يقع في ماله فلا دلالة في الوصية الثانية على الرجوع عن الأولى لعدم التضاد بخلاف ما لو علقها بما علق الأولى فانه يحصل التضاد فليس إلا

النسخ و يكون الثاني كالوارد على الأول فينسخه كالدليل الوارد على الأصل .
ويمكن أن يقال: ما ذكر من أن بيع نصف الدار مثلاً لا يقيّد بنصفه المختص بل هو باق باطلاقه، ولكن لما صادف محلاً قابلاً للنفوذ وقع البيع على نصفه المستحق دون نصف الشريك لامن جهة قصده بل بحكم الشرع، لانسلمه بل بملاحظة أن البائع يريد وقوع البيع بنحو يترتب عليه الأثر بلا توقع أمر آخر من إجازة الشريك يقع البيع بحسب القصد على نصفه المملوك له من جهة الانصراف فإن إطلاق كل من الفعل والمتعلق قد يقيّد بالآخر، ولذا يقال: إذا قال: لا تضرب أحداً إن إطلاق أحد يقيّد بظهور الضرب في المولم فيتعلق بمن يتألم دون غيره فيصح ما في كلام المحقق من أن الأصل في الوصية أن تكون نافذة فنفوذ الثانية يكون إذا كان متعلقها الثلث الذي يصح للموصي أن يوصي به فيتحقق التضاد خصوصاً إذا كان الموصي قاطعاً بعدم إجازة الورثة للتالي فيه فيدور الأمر بين كون الوصية لغواً محضاً أو يكون ناسخة للأولى وقائل أن يقول: إن كان قابلية المحل ملحوظة فيقع العقد أو الوصية على المحل القابل فبعد الوصية الأولى بالنسبة إلى الثلث المطلق ما المانع في تعلق الوصية الثانية بالثلث المطلق وهو قابل لنفوذ الوصية الثانية فيه بنسخ الوصية الأولى كما تقولون في صورة التضاد، وكيف يقال: بأن التقييد ليس بحسب القصد بل بحكم الشرع، والحال أن حكم الشرع المقدس إمضاء لما قصد.

وأما صورة الجمع وعدم الترتيب فالمعروف فيها الأخذ بالوصية بالنسبة إلى المجموع والتوزيع من جهة النقص، ويمكن استفادته مما رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن أبي عمير، عن معاوية بن عمار قال: أوصت إلى امرأة من أهل بيتي بثلث مالها وأمرت أن يعتق عنها ويحجّ ويتصدق فلم يبلغ ذلك، فسألت أبا حنيفة فقال: يجعل ذلك أثلاثاً ثلثاً في الحجّ وثلثاً في العتق وثلثاً في الصدقة، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له: إن امرأة من أهلي ماتت وأوصت إلي بثلث مالها وأمرت أن يعتق عنها ويحجّ ويتصدق فنظرت فيه فلم يبلغ؟ فقال: ابدء بالحجّ فإنه فريضة من فرائض الله عزّ وجلّ واجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة، فأخبرت أبا حنيفة

بقول أبي عبدالله عليه السلام فرجع عن قوله و قال بقول أبي عبدالله عليه السلام « (١) » .

ورواه الكليني عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير مثله .
وعن معاوية بن عمار ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « في امرأة أوصت بمال في
عتق و حج و صدقة فلم يبلغ ، قال : ابدء بالحج فإنه مفروض فان بقي شيء فاجعل
في الصدقة طائفة و في العتق طائفة » (٢) .

والمستفاد مما ذكر تقديم الحج معللاً بأنه فريضة فيحتمل أن يكون الحج المذكور
في الوصية حجة الاسلام بالخصوص لكن يبعد أن السائل لم يذكر الخصوصية
فكيف يحمل الجواب على الخاص ، ويحتمل أن يكون الحج أعم من حجة الاسلام
و المندوب و رجه التقديم أن الحج في الأصل فريضة من فرائض الله تعالى ولعل هذا
أقرب ، و على هذا فالقول بالتوزيع حتى في صورة كون الحج المندوب جزء مصرف
الثالث مشكلاً .

و لو أوصى بعتق مماليكه دخل في ذلك المنفرد و المشترك على ما في المتن فان
كان في المقام نص فلا إشكال و إلا فيشكل من جهة أن المملوك المشترك لا ينسب
إلى أحد الشريكين بالخصوص بل ينسب إليهما و لا أقل من الشك في شمول الوصية
للمملوك المشترك خصوصاً مع نقصان سهم الموصي عن سهم الآخر ، و لعل في المقام
رواية وهي « عن الرجل تجلسه الوفاة و له ممالك لخاصة نفسه و ممالك في شركة
رجل آخر فيوصي في وصية مماليكه أحرار ما حال مماليكه الذين في الشركة ؟ فقال :
يقومون عليه إن كان ماله يحتمل ثم هم أحرار » (٣) و يمكن أن يقال : حمل الرواية على
التعبئد بالحكم بشمول كلامه للذين هم في الشركة و لو لم يكن لكلامه ظهور في الشمول
بيد جداً و إن كان النظر إلى الاستظهار من كلامه فمع عدم الاستظهار في العرف كيف

(١) الفقيه ص ٥٣٠ و ٥٣١ و في بعض نسخه « امرأة من اهلي » . كما في الكافي

ج ٧ ص ١٩ . و في بعض النسخ « بمالها » .

(٢) الفقيه ص ٥٣١ .

(٣) الفقيه ص ٥٣١ .

يحكم بالحريّة ، ويمكن أن يكون نظر السائل إلى الفراغ عن الشمول ولو بالقرينة وكيفية حريّتهم مع الشركة وقد ضعف الرواية من جهة السند .

﴿ الثاني في المبهمة من أوصى بجزء من ماله ، كان العشر ، وفي رواية السبع ، وفي أخرى سبع الثلث . ولو أوصى بسهم كان ثمناً ، ولو كان بشيء كان سدساً ، ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً صرف في البرّ ، و قيل : يرجع ميراثاً . ولو أوصى بسيف و هو في جفن و عليه حلية دخل الجميع في الوصيّة على رواية يجبر ضعفها الشهرة . ولو أوصى بصندوق و فيه مال دخل المال في الوصيّة ، و كذا قيل : لو أوصى بسفينة و فيها طعام استناداً إلى فحوى رواية . ولا يجوز إخراج الولد من الارث ولو أوصى الأب ، و فيه رواية مطرحة ﴾ .

أما الوصيّة بجزء فقد ورد أخبار فيها منها ما رواه في الكافي و التهذيب في الحسن أو الصحيح في الأوّل و الصحيح في الثاني عن عبد الرحمن بن سيابة و هو مجهول ، قال : « إن امرأة أوصت إليّ » و قالت : ثلثي تقضى به ديني و جزء منه لفلانة فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى فقال : لأرى لها شيئاً ما أدري ما الجزء . فسألت عنه أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك و خبرته كيف قالت المرأة و ما قال ابن أبي ليلى ، قال : كذب ابن أبي ليلى لها عشر الثلث إن الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام فقال « اجعل على كلّ جبل منهنّ جزءاً » وكانت الجبال يومئذٍ عشرة و الجزء هو العشر من الشيء ، ^(١) .

و منها ما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق أو الحسن الكندي لا يقصر عن الصحيح عن معاوية بن عمار قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ؟ قال : جزء من عشرة ، قال الله تعالى « ثمّ اجعل على كلّ جبل منهنّ جزءاً » وكانت الجبال عشرة ، ^(٢) .

و منها ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح أو الحسن ، عن أبان بن تغلب قال :

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٩ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) الفقيه ص ٥٢٩ و الكافي ج ٧ ص ٤٠ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

« قال أبو جعفر عليه السلام : الجزء واحد من عشرة لأنّ الجبال كانت عشرة » (١).

و في قبالها ما يظهر منه التفسير بالسبع فمنه ما رواه في الصحيح عن البرنطيّ قال : « سألت أبا لحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ؟ فقال : واحد من سبعة إنّ الله تعالى يقول « لها سبعة أبواب لكلّ باب منهم جزء مقسوم » قلت : رجل أوصى بسهم من ماله فقال : السهم واحد من ثمانية ، ثمّ قرأ « إنّما الصدقات للفقراء والمساكين - إلى آخر الآية » (٢).

و عن إسماعيل بن همام الكنديّ ، عن الرضا عليه السلام « في الرّجل أوصى بجزء من ماله و لم يعيّنّه فاختلف الوارث بعده في ذلك ففضى عليهم باخراج السبع من ماله و تلا قوله تعالى « لها سبعة أبواب لكلّ باب منهم جزء مقسوم » (٣) إلى غير ما ذكر . ثمّ إنّّه يقع الاشكال في إنّ مثل الجزء و السهم لا إجمال في مفهومهما فمقتضى القاعدة الاكتفاء بما يصدق عليه الكلّي غاية الأمر أنّه لا يكتفى بكلّ ما يصدق عليه الكلّي للانصراف إلى ما يكون قابلاً للتوجه ، فلعلّ التعيين في كلام المعصوم صلوات الله عليه من جهة أنّ المرتبة المنصرفه إليها لها عرض عريض يقع الخلاف من جهته بين الورثة و الموصي له ، و ربّما يؤيد هذا ما رواه الصدوق في معاني الأخبار في الصحيح ، عن صفوان . و المفيد في الارشاد قال « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى بسهم من ماله و لم يبيّنّه فاختلف الورثة في معناه ففضى بينهم باخراج الثمن من ماله و تلا عليهم « إنّما الصدقات للفقراء و المساكين - الآية » (٤) لكنّ ببعدهذا أنّ لسان الأخبار لسان الفتوى لا الحكومة مع أنّ الحكومة في الشبهات الحكميّة ترجع إلى الفتوى غاية الأمر

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٠ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ .

(٣) في التهذيب ج ٢ ص ٣٩١ و الاستبصار ج ٤ ص ١٣٢ نحوه . و في الوسائل

كما في المتن ج ٢ ص ٦٧٥ .

(٤) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٥ و المعاني ص ٢١٦ . و الارشاد باب قضايا أمير المؤمنين

عليه السلام .

يكون المحكوم عليه ملزماً بقبولها ولو كان نظر الحاكم مخالفاً لنظره كما لو كان الاختلاف بين الورثة وغيرهم في منجزات المريض وقلنا فيها بالتخيير الأصولي من جهة تعارض الأخبار فاختار الورثة الأخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الثلث والآخر أخذ بالأخبار الدالة على الخروج من الأصل ، و الحاكم أخذ بإحدى الطائفتين من الأخبار لرفع الخصومة بين الطرفين كما أنه في الحكومة في الموضوعات لا بد للمحكوم عليه من قبول الحكم إذا حكم الحاكم بحسب الموازين المقررة وإن كان قاطعاً بخلافه إلا في بعض الموارد كما لو حكم الحاكم بزوجة المرأة لرجل وكانت المرأة قاطعة بعدم زوجيتها له ، وقد يحمل الأخبار على صورة العلم بعدم إرادة الموصي المكلف مسمى الجزء لكون الوصية سفهية كما أنه لا حد معلوم في العرف لقل ما يصدق به في امثال الوصية فكشفه كما كشف أقل مسمى الركوع ، ويمكن أن يقال بعد انصراف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجه يخرج الوصية عن كونها سفهية كما لو قال السيد لعبد: اعط زيدا جزءاً من هذا المال أو سهماً فيصرف الجزء إلى ما يكون قابلاً للتوجه وكذلك السهم ولا يقاس بمثل الركوع فإنه جزء عبادي لا بد أن يعين من قبل الشارع ولو كان الانصراف في الجزء والسهم بحسب القرائن إلى ما زاد عما عيّن في الأخبار يشكّل الرد إلى ما عيّن من جهة تبديل الوصية فلا بد من قبول ما وصل إلينا من الأخبار مع قطع النظر عن الاشكال الأخير فنقول : لا يبعد في المقام التخيير أعني التخيير الفقهي لا الأصولي غاية الأمر ظهور الأخبار في التعيين يرفع من جهة النص في الاجزاء ، ويشهد لهذا أن ظاهر الأخبار أن الحكم من جهة قول الله تبارك وتعالى والمفروض ذكر الجزء في الآيتين ، وإن أبيت فلا يبعد التخيير أعني التخيير الأصولي لا الفقهي و يقع التعارض .

ولو أوصى بسهم كان ثمناً عند الأكثر ويبدل عليه صحيح البنظي «سئل أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال : السهم واحد من ثمانية ثم قرأ «إنما الصدقات» (١) .

وكذا حسن صفوان و موثق السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام و عن إرشاد المفيد نسبة ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين صلوات الله عليه .

و في قبال ما ذكر خبر طلحة بن زيد ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، عن أبيه « من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة » ^(١) و ما أرسله الصدوق من « أن السهم واحد من ستة » ^(٢) و الظاهر أن الصدوقين و الشيخ و ابن زهرة عملوا بالمرسل المذكور . و أما خبر طلحة فقد عدت من الشواذ ، و أما المرسل فمع عمل مثل الصدوقين و الشيخ - قدس الله أسرارهم - يشكل ترك العمل به فلا بد من الترجيح أو التخيير .

ولو أوصى بشيء كان سدماً لخبر أبان ، عن علي بن الحسين عليهما السلام أنه « سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله فقال: الشيء في كتاب علي من ستة » ^(٣) و الكلام السابق يجيء في المقام فإنه إذا كان شيء بحسب العرف أو القرائن منصرفاً إلى ما يزيد عما عيّن في الاخبار يشكل الأخذ بمضمون الأخبار لشبهة تبديل الوصية .

ولو أوصى بوجوه فنتسى الوصي وجهاً منها فالاكثر أنه يصرف في وجوه البر لخبر محمد بن ريثان قال : « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً كيف يصنع بالباقي ؟ فوقع عليه السلام : الأبواب الباقية اجعلها في البر » ^(٤) .

و الظاهر أن مستند المشهور هذا الخبر لا بعض الوجوه القابل للخذشة مثل ما قيل: إن المال خرج عن الوارث بالوصية النافذة أولاً لأنه المفروض فعوده إلى ملك الوارث يحتاج إلى دليل وجهالة مصرفه تصيره بمنزلة المال المجهول المستحق فيصرف في وجوه البر ، و إنّه لو رجع إلى الوارث لزم تبديل الوصية بخلاف البر لأنه عمل بمقتضاها غاية جهالة المصرف فيصرف فيما يصرف فيه المال المجهول المالك وإن الموصي

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ .

(٢) الفقيه ص ٥٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٢ .

(٤) الفقيه ص ٥٣٣ .

ربما أراد بوصيته القربة مخصوصة ، فإذا فات الخصوص بالنسيان بقي العموم فيكون أقرب إلى مراد الموصي .

ويمكن أن يقال : إن انجبر ضعف سند الرواية بعمل المشهور بأن كان مستند فتواهم هذا الخبر فلا كلام وإلا فيشكل ، نعم لو كان الموصي له إنساناً مردداً بين أشخاص غير محصورين أمكن القول بالتصدق كما لو علم المكلف باشتغال نعتة لرجل مرددين أفراد غير محصورين بناءً على ما سبق من عدم لزوم قبول الموصي له في الوصية التمليلية فيكون مشمولاً لما دلّ على التصديق في المال المجهول المالك ولو كان الأفراد محصورين فلا يبعد التقسيم بينهم أو القرعة ، ولو كان طرف الشبهة مصرفاً آخر كبناء المسجد أو المدرسة أو القنطرة لعبور المسلمين فلا يكون مشمولاً لما ذكر ولا يبعد مع الاشكال في العمل بالرواية القرعة ، وقد يؤيد الخبر المذكور بأخبار واردة في بعض الوصايا كما ورد في جملة منها « أن من أوصى للكعبة بمال أو غلام أو جارية أو أهدى لها نحو ذلك فإنه يصرف المال وبيع الغلام والجارية ويصرف ثمنها في المنقطعين من الحاج » معللاً بأن الكعبة لا تأكل ولا تشرب وما أهدى لها فهو لزوارها ومن ذلك ما روى المشايخ الثلاثة - نوّر الله تعالى ضرائحهم - ، عن عليّ بن فرقد صاحب السابري ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل يتضمن أنه « أوصى رجل بتركته إلى عليّ المذكور فأمره أن يحجّ عنه و كان التركة لا تبلغ ذلك فئسّل الفقهاء فأفتوه بالصدقة بها فتصدق بها ثمّ لقي أبا عبد الله عليه السلام فسأله وأخبره بما فعل فقال : إن كان لا يبلغ أن يحجّ به من مكة فليس عليك ضمان وإلا فأنت ضامن ، ^(١) وقد قرّره عليه السلام على الصدقة مع عدم بلوغ الحجّ به من مكة ولم يحكم ببطالان الوصية والرّجوع ميراثاً . ومن ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة - قدّس أسرارهم - عن مثنى قال : « سألته عن رجل أوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً قال : اطلب لها وارثاً أو مولى فادفعها إليه ، قلت فان لم أعلم له وارثاً ؟ قال : اجهد عليّ أن تقدر له عليّ وليّ فان لم تجده وعلم الله

منك الجهد فتصدق بها» (١). ومما ذكر ضعف القول بالرُّجوع ميراثاً .
ولوأوصى بسيف وهو في جفن فأنه يدخل الجفن والحلية في الوصية ويدلُّ عليه
ما رواه في الكافي والتهذيب ، عن أبي جميلة قال : « كتبت إلى أبا الحسن عليه السلام أسأله
عن رجل أوصى لرجل بسيف فقال الورثة : إنَّما لك الحديدية و ليس لك الحلية ليس
غير الحديدية ، فكتب إليَّ السيف له والحلية » (٢).

وما رواه المشايخ الثلاثة ، عن أبي جميلة ، عن الرضا عليه السلام قال : « سألته عن
رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن و عليه حلية ، فقال له الورثة : إنَّما لك النصل
وليس لك المال ، قال : فقال : لا بل السيف بما فيه له ، قال : فقلت : رجل أوصى لرجل
بصندوق وكان فيه مال ؟ فقال الورثة : إنَّما لك الصندوق وليس لك المال ؟ قال : فقال
أبو الحسن عليه السلام : الصندوق بما فيه له » (٣).

ومن هذه الرواية استفاد حكم الوصية بالصندوق ويدلُّ عليه أيضاً ما رواه في
التهذيب ، عن علي بن عقبة ، عن أبيه قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى
لرجل بصندوق وكان في الصندوق مالٌ فقال الورثة : إنَّما لك الصندوق وليس لك ما فيه ؟
فقال : الصندوق بما فيه له » (٤).

وعن عقبة بن خالد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل قال : هذه السفينة
لفلان ولم يسمَّ ما فيها وفيها طعامٌ أيعطيها الرجل وما فيها ؟ قال : هي للذي أوصى لها
إلا أن يكون صاحبها متهماً وليس للورثة شيء » (٥) ورواه الصدوق إلا أنه قال : « إلا
أن يكون صاحبها استثنى ما فيها » (٦) .

و من هذه الرواية ظهر حكم الوصية بالصندوق ، ثم يقع الشبهة من جهة أنه

(١) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٠ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٤ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٤٤ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ والنقيه ص ٥٣٢ .

(٤) الكافي ج ٧ ص ٤٤ والتهذيب ج ٢ ص ٣٩٢ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٤٤ .

(٦) النقيه ص ٥٣٢ .

قد يحمل هذه الروايات على التعبد بمعنى أنه لو أوصى بهذه الأشياء يدخل في الوصية ما ذكر بالتبع ولو لم يرد الموصي الوصية بها وهذا الحمل بعيد فإنَّ لازمَه أنه يدخل في الوصية ولو صرَّح بإرادة خصوص السيف والصدوق والسفينة ولا أظنُّ أن يلتزم به ويشهد له ما في رواية الصدوق من قوله « إلا أن يكون الخ » وإن حملت على الاستظهار فمع عدم الاستظهار في مثل الصدوق والسفينة يشكل الأمر وإن كان الظاهر في السيف تبعية جفنه ، ويمكن أن يكون ذلك بحسب العرف السابق فمع عدم مساعدة غير العرف السابق يشكل .

ولو أوصى العبد باخراج الولد من الارث لم يصحَّ وفاقاً للمشهور لأنَّ الوصية مخالفة للكتاب والسنة ولأنَّه من الحيف في الوصية الذي ورد فيه : أنه من الكبائر ولقوله عليه السلام « ما أبالي أضررت بورتتي أو سرتهم ذلك المال » ^(١) .

وأما الرواية المشار إليها فهي رواية علي بن السري قال : « قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام إنَّ علي بن السري توفي فأوصى إلي فقال : رحمه الله ، قلت : وإنَّ ابنه جعفر أوقع علي أم ولد له فأمرني بأن أخرجته عن الميراث ، قال : فقال « أخرجوه وإن كنت صادقاً فسيصيبه خبل ، قال : فرجعت فقد مني إلى أبي يوسف القاضي فقال له : أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي أبي فمره فليدفع إلي ميراثي من أبي ، فقال لي أبو يوسف القاضي : ما تقول ؟ قلت : هذا جعفر بن علي السري وأنا وصي علي بن السري قال : فادفع إليه ماله ، فقلت : أريد أن أكلمك فأذن لي فدنوت حيث لا يسمع أحدٌ كلامي فقلت : هذا وقع علي أم ولد لأبيه فأمرني أبوه وأوصى إلي أن أخرجته من الميراث ، ولا أوردته شيئاً فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرني أن أخرجته عن الميراث ولا أوردته شيئاً ، فقال : الله إنَّ أبا الحسن أمرك ؟ قال : فقلت : نعم فاستحلقتني ثلاثاً ثم قال لي أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه السلام به فالقول قوله ، ^(٢) .

(١) الفقيه ص ٥٢١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٦١ و التهذيب ج ٢ ص ٣٩٨ . و الفقيه ص ٥٣٣ .

ويقع الاشكال من جهة قذف الولد وليس في الرواية نهي الامام عليه السلام عنه وكان للراوي السؤال بنحو الفرض من دون رمي شخص خاص ، وحكي عن الصدوقين والشيخ العمل بها في موردها فمع العمل بمضمونها يقتصر على موردها الولد الذي أحدث ذلك الحدث .

﴿ الطرف الثالث في أحكام الوصية وفيه مسائل الأولى إذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضاد لها عمل بالاخيرة، ولو لم يضادها عمل بالجميع ﴾ .

لا إشكال في نسخ الوصية الثانية الأولى مع الالتفات كما لو أوصى لزيد بعين ثم أوصى بها لعمرو ، و أما مع عدم الالتفات إلى الوصية السابقة فظاهر كلماتهم وإن كان النسخ للسابقة لكنه لا يخلو عن الاشكال كما يلاحظ في سائر الموارد، مثلاً لو وعد في الساعة المعينة زيارة زيد وغفل عن الوعد ووعد زيارة عمرو في تلك الساعة مع التضاد بين الزيارتين فمثل هذا الشخص إذا التفت إلى وعده السابق ربما يرجع عن الوعد اللاحق و ظاهر أن هذا لم ينصرف عن الوعد السابق وهذا كماله وعد إعطاء عين معينة زيدا ثم غفل وبنى على إعطائها عمراً ، ثم التفت إلى وعده السابق فربما يعتذر من ترك الاعطاء لما سبق من وعده فكيف يقال : انصرف عن الوعد السابق وقد سبق الكلام في أنه كثيراً ما تكون الوصية اللاحقة مضادة ولو لم تكن بالصراحة وإن كان ظاهر كلماتهم الأخذ بالأوّل فالأوّل حتى تبلغ إلى ما لا تجوز الوصية ، وقد ظهر الحال مما ذكر في قوله :

﴿ فان قصر الثلث بدء بالأوّل فالأوّل حتى يستوفي الثلث .

﴿ الثانية تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين و بشهادة أربع نساء ، و بشهادة الواحدة في الربع ، وفي ثبوتها بشاهد و يمين تردّد ، أما الولاية فلا يثبت إلا بشهادة رجلين ﴾ .

أما ثبوت الوصية بالمال بشهادة رجلين عدلين فالظاهر عدم الخلاف فيه واستدل عليه بعموم ما دلّ على حجيتها ، و روى الشيخ عن أحمد بن محمد ، عن محمد بن إسماعيل ، عن محمد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن

قول الله عز وجل: « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان نوا عدل منكم أو آخران من غيركم » قال: هما كافران، قلت نوا عدل منكم قال: مسلمان»^(١).

و رواه الصدوق باسناده، عن محمد بن الفضيل مثله^(٢).

و أما الثبوت بشهادة أربع نساء فلا خلاف فيه من غير فرق بين مقام الوصية و غيرها في ما يتعلق بالمال و اختص الوصية بثبوت الربع بشهادة واحدة منهن و يدل عليه الأخبار، منها قول الصادق عليه السلام - على المحكي - في خبر ربعي « في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي، ليس معها رجل، فقال: يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها »^(٣).

و منها قول أبي جعفر عليه السلام - على المحكي « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وصية لم يشهدا إلا امرأة أن تجوز شهادتها في ربع الوصية إذا كانت مسلمة غير مريبة »^(٤). و في قبال ما ذكر خبر عبدالرحمن « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء في العذرة و المنفوس و قال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل »^(٥).

و مضمر عبدالله « سألت عن امرأة حضرها الموت و ليس عندها إلا امرأة أتجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلا في المنفوس و العذرة »^(٦).

و مكتوبة أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه السلام « امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدا غيرها و في الورثة من يصدقها و منهم من يتهمها فكتب: لا إلا أن يكون رجلاً و امرأتان و ليس بواجب أن تنفذ شهادتها »^(٧).

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٤ .

(٢) الفقيه ص ٥٢٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٨١ و ص ٣٨٤ و الفقيه ص ٥٢٤ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٨٤ .

(٥) و (٦) التهذيب ج ٢ ص ٨٢ .

(٧) التهذيب ج ٢ ص ٨١ .

لكنّ الأصحاب لم يعملوا بهذه الأخبار فلا حاجة إلى بعض التوجيهات .
وأما ثبوت الوصية بالمال بشاهد و يمين فقد نسب المنع فيه إلى قطع الأصحاب
ولعله من جهة عدم الدليل في المقام وانحصار قبولهما بحسب الأدلة في الحقوق المالية
إلا أن يدعى القطع بعدم الفرق في دعوى الاستحقاق بين كون وجه الاستحقاق غير
الوصية أو الوصية فلا بدّ من ملاحظة دليل الثبوت في غير مقام الوصية .
وأما ولاية الوصي على التصرفات فلا تثبت إلاّ بشهادة رجلين عدلين لعدم الدليل
على ثبوتها غيرها و عدم الدليل كاف في عدم الحجية ، وقد يناقش بأنّ الولاية قد
تتضمن المال كما إذا أراد الوصي أخذ الأجرة والأكل بالمعروف و بأنّ الولاية و
إن لم تكن مالاً لكنّها متعلّقة به كبيعته وإجارته ولا يخفى أنّ مجرد ما ذكر لا يكفي في
شمول الدليل .

﴿ الثالثة لو أشهد عبيدين له على أنّ حمل المملوكة منه ، ثمّ ورثهما غير الحمل
فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوة صحّ وحكم له ، ويكره له تملكهما . الرابعة لا تقبل شهادة
الوصي فيما هو وصيّ فيه وتقبل للموصي في غير ذلك ﴾ .

أمّا ما ذكر في الثالثة فيدلّ عليه الصحيح « في رجل مات وترك جارية ومملوكين
فورثهما أخ له فأعتق العبيدين وولدت الجارية غلاماً ، فشهدا بعد العتق أنّ مولاها كان
أشهدهما أنّه كان يقع على الجارية و أنّ الحمل منه قال : يجوز شهادتهما و يردان
عبيدين كما كانا (١) » .

و الموثق « عن رجل كان في سفر و معه جارية و له غلامان مملوكان فقال لهما :
أنتما حرّان لوجه الله ، واشهدا أنّ ماني بطن جاريتي هذه منّي ، فولدت غلاماً فلمّا
قدموا على الورثة أنكروا ذلك واسترقّوهم ثمّ إنّ الغلامين اعتقا بعد ذلك فشهدا بعدما
اعتقا أنّ مولاها الأوّل أشهدهما على أنّ ما في بطن جاريتي منه ، قال : قال : تجوز
شهادتهما للغلام ولا يسترقّهما الغلام الذي شهدا له لأنّهما اثبتانسيه » (٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٧٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٥ .

ثم إنّه لم يظهر كون الخصوصيات المذكورة في الخبرين من كلام الامام عليه السلام حتى يقال لها مدخلية في الحكم المذكور فانه كثيراً ما يسأل السائل و يذكر في سؤاله خصوصيات لامدخلية لها في الحكم وعلى هذا فلا ينافي الخبران قبول شهادة العبد وإن لم يعتق و كذلك قبول شهادة و إن لم يوص إليه السيد بالشهادة و لعل ذكر الفقهاء الخصوصيات للتبعية لمضمون الخبرين و إن كان المذكور في كلمات بعضهم مدخلية بعض الخصوصيات ، و أما كراهة استرقاقهما فربما يستفاد من التعليل المذكور حيث إنّ المناسب لاحسانهما عدم استرقاق الغلام المشهود له بالاتساق و إن كان ظاهر الكلام الحرمة و لم يظهر مراد القائل بالحرمة هل هو اعتاقها عليه قهراً أو وجوب اعتاق الغلام إياهما بحيث لولم يعتقهما كانا باقين على الرقبة .

و أما عدم قبول شهادة الوصي في ما هو وصي فيه وهو المشهور بين الأصحاب ومقتضى المكتابة الصحيحة الصريحة قبولها وهي المكتابة المروية في الفقيه في باب شهادة الوصي للميت وعليه بدين وفيها « كتب إليه (يعني الصفار) : أيجوز للوصي أن يشهد لو ارث الميت صغيراً أو كبيراً بحق له على الميت أو على غيره وهو القابض للوارث الصغير و ليس الكبير بقابض ؟ فوقع عليه السلام : نعم ، و ينبغي للوصي أن يشهد بالحق و لا يكتم شهادته ، ^(١) و ظاهر الصدوق العمل بها .

واستشكل في العمل بهامن جهة أنه يرجع إلى كونه مدعياً باعتبار ثبوت حق له فيما شهد به فهو كشهادة المرتهن على المال المرهون أنه ملك للرائهن مثلاً وكشهادة الشريك لشريكه ، وغرماء المفلس بمال له ، و أما المكتابة فمع إعراض المعظم ، لا يعمل بها . و يمكن أن يقال : لانسلم كون الوصاية حقاً للوصي ألا ترى أن عدول المؤمنين يتصدون أمور صغار الميت مع عدم الوصي له ولا يثبت لهم حق بل ولا يتهم نظير ولاية الحاكم فالوصي مكلف بانفاذ وصية الموصي والقيام بأمور صغاره مع قيمومته من قبل الموصي نظير تكليف عدول المؤمنين و عدم العمل بالمكتابة إن كان بملاحظة هذه الجهة

لا يضر بحجيتها بل مع قطع النظر عن المكاتبه يكفي عموم ما دل على قبول شهادة العدل بل لعله تجب الشهادة لاحقاق الحق .

الخامسة إذا أوصى بعق عبده أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواء اعتق ثلثه، ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال أعتق الباقي من ثلثه، ولو أعتق مملكه عند الوفاة أو أوصى بعقهم ولأمال سواهم أعتق ثلثهم بالقرعة، ولورتبهم أعتق الأول فالأول حتى يستوفي الثلث وبطل ما زاد .

إذا أوصى بعق عبده و ليس له غيره اعتق ثلثه لعدم نفوذ الوصية في الزائد عن الثلث إلا مع إمضاء الورثة، وأما صورة الاعتاق عند الوفاة و عدم ماسوى العبد فاعتاق خصوص الثلث مبنئ على خروج منجزات المريض من الثلث، وأما على الخروج من الأصل فيعتق الكل .

ولو أعتق ثلثه وله مال أعتق الباقي من ثلثه للسرابة التي هو اعنى العتق كان سببها ولو أعتق مملكه عند الوفاة أو أوصى بعقهم و لا مال سواهم ففي صورة الوصية ينعق ثلثهم بالقرعة، وكذلك لو أعتقهم منجزاً بناء على خروج المنجزات من الثلث ويخرج الثلث بالقرعة و يدل عليه المرسل، عن النبي ﷺ « في ستة عبيد أعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم فجزأهم أثلاثاً ثم أفرع بينهم » (١) .

و الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعق ثلثهم؟ قال : كان علياً عليه السلام يسهم بينهم ، (٢) .

والخبر الذي رواه المشايخ الثلاثة عن موسى بن جعفر عليه السلام قال : « إن أبي ترك ستين مملوكاً وأعتق ثلثهم فأفرعت بينهم و أخرجت عشرين و أعتقهم » (٣) ولو استلزمت التعديل التجزية في العبد أعتق ذلك الجزء و السعي في الباقي ولولا النص كان مقتضى

(١) سنن أبي داود ج ٢ ص ٣٥٣ كتاب العتق .

(٢) الفقيه ص ٣٣٧ .

(٣) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٨ .

القاعدة تعلق الوصية بثلك كل منهم وكذلك العتق المنجز بناء على خروج المنجز من الثلث وذلك كما لو أوصى بثلك ماله بلا تعيين لكن المتعين حصول العتق بالنحو المذكور في الأخبار، ويمكن أن يقال: لا يستفاد من الأخبار المذكورة التعيين، غاية الأمر الرخصة في العمل بالنحو المذكور في الأخبار فما الوجه في رفع اليد عن مقتضى القاعدة إلا أن يقال: عتق المملوك ظاهر في عتق كله فمع حفظ هذا الظهور لا بد من تعيين الثلث بالقرعة، وهذا كما لو قال المولى لعبده: أضف أو أطعم ثلث هؤلاء فإنه لا بد من تعيين الثلث بالاختيار أو القرعة وإن كان فرق بين المقام والمثال لكن المقصود الاستظهار.

وأما صورة الترتيب فالمعروف الابتداء بالأوّل فالأوّل حتّى يبلغ الثلث لما سبق و لخصوص النصّ في رجل أوصى عند موته أعتق فلاناً و فلاناً و فلاناً و فلاناً و فلاناً فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم فيقومون وينظرون إلى ثلثه فيعتق أوّل شيء، ثمّ الثاني، ثمّ الثالث، ثمّ الرابع، ثمّ الخامس فان عجز الثلث كان الذي سمى أخيراً لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك،^(١) فان كان النظر إلى مقتضى القاعدة فقد سبق الأشكال فيه فانّ الترتيب تارة يكون في الوصية بأن يوصى أوّلاً بكذا ثمّ يوصى بغيره وكذا في العتق المنجز كان يعتق أوّلاً عبداً، ثمّ عبداً آخر وهكذا وأخرى بالنحو المذكور في النصّ المذكور بالترتيب اللفظي مع الواو مع أنّ المعروف أنّ الواو لمطلق الجمع ففي الصورة الأولى لا كلام فيها، وأمّا في الصورة الثانية فانّ تمّ النصّ سنداً وقلنا بلزوم الأخذ بتعبداً فلا كلام أيضاً ومع عدم تمامية السند ولم يعلم استناد المشهور إليه واستبعاد كون الحكم تعبدياً من دون استظهار من كلام الموصي يشكّل ما ذكر.

السادة إذا أوصى بعتق رقبة أجزاء الذكر والأنثى الصغير والكبير ولو قال: مؤمنة لزم، فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب. ولو ظنها مؤمنة فأعتقها،

(١) التهذيب ج ١ ص ٣٩٤ و الكافي ج ٧ ص ١٩ .

ثمّ بات بخلافه أجزاء. السابعة إنّ أوصى بعقورقبة بثمان معين ، فإن لم يجد توقع وإن وجد باقل اعتقها و دفع إليها الفاضل .

أمّا أجزاء الذّكر و الأُنثى و الصغير و الكبير فللاطلاق المتبّع عند العقلاء مضافاً إلى خبر الحضرمي « قلت له (أي لأبي عبد الله عليه السلام) : إنّ علقمة بن محمد أوصاني أن أعتق عنه رقبة فأعتقت امرأة أفجزيه أو أعتق عنه من مالي ؟ قال : يجزيه ، ثمّ قال : إنّ فاطمة أمّ ابني أوصت أن أعتق عنها رقبة فأعتقت عنها امرأة » (١) .

وأمّا صورة التقييد بالإيمان فلا بدّ فيها من امتثال ما أوصى به ، و أمّا أجزاء عتق من لا يعرف بنصب مع عدم وجدان المؤمن فلخبر عليّ بن أبي حمزة المنجبر ضعفه بالشهرة قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال : يشتري من الناس فيعتق » (٢) .

و ما رواه ثقه الاسلام في الكافي عن عليّ بن أبي حمزة قال : « سألت عبداً صالحاً عن رجل هلك فأوصى بعقو نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً فلم توجد له بالذي سمى قال : ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمى ، قلت : فإن لم يجدوا ؟ قال : يشترون من عرض الناس ما لم يكن ناصباً » (٣) .

و ما رواه المشايخ الثلاثة إلى عليّ بن أبي حمزة قال : سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال : يشتري من الناس فيعتق » (٤) .

و لا يخفى أنّ خبر عليّ بن أبي حمزة واحداً كان أو أزيد بناء على حجّيته من جهة الانجبار بالشهرة يستفاد منه عدم كونه ناصبياً لا عدم المعروفة بالنصب كما في المتن فلا بدّ من الإحراز إلّا أن يقال : يحرز بالأصل حيث أنّ النصب صفة عارضة و مقتضى الأصل عدمه .

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٩٤ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٨ .

(٤) الوسائل ج ٢ ص ٦٧٨ .

وأما صورة الظنّ بالإيمان مع تبيين الخلاف فاستدلّ على الأجزاء فيها بقاعدة الأجزاء والصحيح « عن رجل أوصى بنسمة مؤمنة عارفة فلما أعتقناه بان أنّها لغير رشدة ، فقال : قد أجزء عنه ، إنّما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحيةً على أنّها سميئة فوجدها مهزولة » (١).

و يمكن أن يقال : أما قاعدة الأجزاء فلا يخفى أنّها لا تنطبق على ما نحن فيه وأما الرواية فلعلّ المراد من قول القائل « فبان - الخ » تبيين عدم طهارة المولد فلا مجال للاستدلال به على مقامنا .

وأما الوصية بتعق رقبة بثمان معين فمع عدم الوجدان بالثمان المعين لا بدّ من التوقع ، ومع الوجدان بأقلّ فالمعروف أنّه يشترى بأقلّ من الثمن الذي أوصى به و يدفع الباقي إليها ، واستدلّ عليه بموثق سماعه « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم ، فاشترى الوصيُّ بأقلّ من خمسمائة درهم وفضلت فضلة فما ترى في الفضلة ؟ قال : تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق ، ثمّ تعتق عن الميت » (٤).

ولا يخفى أنّ تعيين القيمة في كلام الموصي أو الموكل ليس بمعنى عدم الإجازة في الاشتراء بأقلّ حتّى يقال في المقام بأنّ الرواية محمولة على صورة التعذّر ومع عدمه يكون تبديلاً للوصية ، نعم إذا كان نظر الموصي لغرض إلى خصوص الثمن المعين فلا بدّ من الصبر و توقع ما أوصى به .

﴿ الثامنة تصرّفات المريض إن كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث وإن كانت منجزّة و كان فيها محاباة أو عطيةً محضّة فقولان : أشبههما أنّها من الثلث ﴾ .

تصرّف المريض إن كان بنحو الوصية فلا إشكال في نفوذه من الثلث و قد سبق الكلام فيه ، و ألحق بها التديير والنذر المؤجّل بالموت و ادّعى الإجماع عليه . و أما

(١) الفقيه ص ٥٣٨ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٩ .

التصرُّفات المنجزة ففي حال الصحة لا إشكال فيها .

وأما ما وقع منها في مرض الموت من قبيل الصلح الجبائي أو عطية محضة أو عتق و نحوها مما يوجب نقصان التركة و تضرُّر الورثة ففيها الخلاف ، و قد سبق الكلام فيها في كتاب الحجر .

﴿ أما الاقرار للاجنبي فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث و إلا فهو من الأصل و للوارث من الثلث على التقديرين ، و منهم من سوى بين القسمين . التاسعة أرش الجراح و دية النفس يتعلق بهما الديون و الوصايا كسائر أموال الميت ﴾ .

أما الاقرار فمقتضى القاعدة فيه نفوذه مطلقاً بالنسبة إلى الأجنبي و الوارث لكن ورد في المقام أخبار لا بد من الجمع بينها وبين عموم « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » منها صحيحة منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً ؟ فقال : إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له » (١) .

ومنها موثقة أبي أيوب ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً ؟ فقال : إن كان الميت مرضياً فأعطه الذي أوصى له » (٢) .

ومنها صحيحة ابن مسكان ، عن العلاء بن يساع السابري قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالا فلما حضرها الموت قالت له : إن المال الذي أودعته إياك لفلانة ، و ماتت المرأة و أتى أولياؤها الرجل فقالوا له : إنه كان لصاحبتنا مالاً و لا نراه إلا عندك فاحلف لنا مالنا قبلك شيء . أيحلف لهم ؟ فقال : إن كانت مأمونة فيحلف لهم و إن كانت متهمه فلا يحلف و يضع الأمر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه » (٣) .

و منها صحيحة إسماعيل بن جابر قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له - وهو مريض - بدين ، قال : يجوز عليه إذا أقر به دون الثلث » .

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ ، و الكافي ج ٧ ص ٤١ و ٤٢ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٤٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .

فنقول : قد يجمع بين هذه الصحيحة وبين صحيحة منصور والموثقة بتقييدها بصورة التهمة ، وفيه إشكال حيث إن صورة التهمة نادرة أو يكون غير غالبية فكيف يحمل المطلق الوارد في مقام البيان بنحو القانون على النادر أو غير الغالبة وإن قيدت صحيحة منصور والموثقة بهذه الصحيحة لزم عدم نفوذ الاقرار بالنسبة إلى الوارث في صورة عدم كون المقر مرضياً لا بالنسبة إلى الأصل ولا بالنسبة إلى الثلث ، وهذا مناف لما رواه في الكافي والشيخ في التهذيب في الصحيح عن أبي ولاد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه ؟ قال : يجوز له ذلك قلت : فإن أوصى لوارث بشيء ؟ قال : جائز ^(١) فإن عومل في صحيحة إسماعيل بن جابر وصحيحة منصور والموثقة معاملة المتعارضين يكون المقيّد لصحيحة أبي ولاد أحد المتعارضين المأخوذ به ويكون هو المقيّد لصحيحة أبي ولاد فالمقيّد لها إما صحيحة منصور بن حازم و الموثقة أو صحيحة إسماعيل بن جابر ، إلا أن يقال : القيد المذكور في صحيحة منصور والموثقة كون المقر مرضياً وهذا غير كونه متهماً ، فلا مانع من أن يقال جمعاً بين الطرفين : إذا كان مرضياً بمعنى كونه عدلاً أو ما يقرب منه يعطى المقر به وإن زاد عن الثلث وإن كان غير مرضي ، ولعله الغالب يعطى ما لا يزيد عن الثلث بناء على تفسير دون الثلث بهذا فلا يلزم المحذور المذكور على تقدير إرادة غير المتهم من المرضي و لا مانع من تقييد صحيحة أبي ولاد في صورة عدم كون المقر مرضياً بالثلث هذا في صورة الاقرار للوارث ، وأما صورة الاقرار للاجنبي فمقتضى صحيحة ابن مسكان المذكورة التفصيل بين المأمونة والمتهمة فإن كانت الموصية مأمونة بمعنى عدم إرادة الاضرار بالورثة فأقرارها نافذ في المقر به وإن كانت زائدة عن ثلثها ، وإن كانت متهمة فالظاهر من آخر الرواية نفوذه في الثلث حيث إنه لا يكون باختيارها إلا ثلث متروكاتها و أما تعلق الدثيون و الوصايا بأرش الجراح و دية النفس فيدل عليه ما رواه محمد بن يعقوب عن أبي علي الأشعري ، عن محمد بن عبد الجبار ، عن صفوان بن يحيى ، عن يحيى

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٧٨ .

الازرق ، عن أبي الحسن عليه السلام في رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالاً ، فأخذ أهله الدية من قاتله عليهم أن يقضوا دينه ؟ قال : نعم ، قلت : وهو لم يترك شيئاً؟ قال : إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه ،^(١).

و ما رواه الشيخ باسناده ، عن الصفار ، عن يعقوب بن يزيد ، عن غياث بن -كلوب ، عن إسحاق بن عمار ، عن جعفر عليه السلام « أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : إذا قبلت دية العمد فصارت مالاً فهي ميراث كسائر الأموال ،^(٢) و المستفاد من الرواية أن من يأخذ الدية عليه أن يقضى الدين و حيث إن الدين مقدّم على الارث يكون القضاء مقدّمًا ، و المستفاد من الثانية أن الدية كسائر الأموال المتروكة فيكون الدين و الوصية مقدّمين على الارث من غير فرق بين دية الجراح أو القتل .

كتاب النكاح

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، الصلاة و السلام على محمد وآله الطاهرين
 كتاب النكاح و أقسامه ثلاثة الأوّل في الدائم وهو يستدعى فصولاً : الأوّل
 في صيغة العقد و أحكامه و آدابه . أمّا الصيغة فالإيجاب و القبول و يشترط النطق بأحد
 ألفاظ ثلاثة « زوّجتك » و « أنكحتك » و « متعتك » . و القبول وهو الرضا بالإيجاب
 وهل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي ؟ الأحوط نعم ، لأنّه صريح في الانشاء .
 ولو أتى بلفظ الأمر كقوله للوليّ زوّجنيها ، فقال : زوّجتك ، قيل : يصح كما في قصة
 سهل الساعدي ، ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله أتزوّجك ، قيل : يجوز كما في خبر أبان
 عن الصادق عليه السلام في المتعة أتزوّجك ، فإذا قالت : نعم فهي امرأتك ، ولو قال : زوّجت
 بنتك من فلان ، فقال : نعم ، فقال الزوّج ، قبلت ، صح لأنّه يتضمّن السؤال . ولا

يشترط تقديم الايجاب ولا تجزي الترجمة مع القدرة على النطق ، و تجزي مع العذر كالأعجم وكذا الاشارة للأخرس * .

النكاح الدائم حاله حال سائر المعاملات المتعارفة بين الناس ففي مقام الانشاء ما تعارف الانشاء به و لم يردع الشارع عنه يحكم بالصحة شرعاً ، و على هذا فالقيود المحتملة اعتبارها في مقام الانشاء إن كانت معتبرة عند العرف فلا بد من اعتبارها شرعاً فلا بد من ملاحظة العرف وما يتعارف بينهم ، و لعلمهم لا يكتفون في النكاح الدائم بغير أنكحت و زوجت في عرف العرب . و أما لفظ متعت فيشكل الاكتفاء به مع أن المتعة موضوعة لما هو غير متعارف بين الناس وإتما تشريعها من قبل الشارع ، و ربما يستدل على الصحة بلفظ متعت بما ورد في الأخبار من أنه إذا أخل بذكر الأجل ينقلب دائماً ويشكل بأنه لم يظهر في خبر أبان كون الانشاء بلفظ متعت ولعله كان بلفظ أنكحت أو زوجت ومقتضى الاحتياط عدم الاكتفاء بلفظ الأمر وبقبول نعم ، و تقديم الايجاب على القبول والقبول بلفظ قبلت لا بلفظ رضيت للزوم الاحتياط في أمر الفروج والقصة المشار إليها ما روي بطرق من الخاصة والعامة في الصحيح وهو أن «امرأة أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله إني وهبت لك نفسي وقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله ﷺ : هل عندك من شيء تصدقها إياه ، فقال : ما عندي إلا إزارى هذا ، فقال : إن أعطيتها إزارك جلست بلا إزار التمس ولو خاتماً من حديد فلم يجد شيئاً فقال رسول الله ﷺ : هل معك من القرآن شيء قال : نعم سورة كذا و سورة كذا سور سماها فقال رسول الله ﷺ : زوجتك بما معك من القرآن » (١) .

فلا يخفى أن مثل زوجني عند العرف لا يعد قبولاً بل هو طلب للعقد ، والرأية حكاية ما وقع في الجملة ولم يظهر كونها حكاية لجميع الخصوصيات ، و أما خبر أبان فلا إشكال فيه من جهة الانقلاب وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله .

(١) سنن أبي داود ج ١ ص ٤٨٦ و نحوه في الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ والتهذيب ج ٢

وَأَمَّا مَا ذَكَرَ مِنَ الْاِقْتِصَارِ عَلَى اللَّفْظِ الصَّرِيحِ دُونَ غَيْرِهِ فَلَمْ يَعْلَمْ وَجْهَهُ حَيْثُ إِنَّ الْعُقُلَاءَ لَا يَفْرُقُونَ بَيْنَ الْأَخْبَارِ وَالْإِنْشَاءِ وَكَمَا لَا يُعْتَبَرُ فِي الْأَخْبَارِ الصَّرَاحَةُ كَذَلِكَ فِي الْإِنْشَاءِ هَذَا غَايَةٌ مَا يُمْكِنُ تَقْرِيْبُهُ لِلْاِقْتِصَارِ بِالْأَلْفَاظِ الْمَخْصُوصَةِ هَذَا لِلنَّظَرِ فِي مَا ذَكَرَ مَجَالَ حَيْثُ إِنَّهُ مَعَ وُجُودِ الْإِطْلَاقِ مَا وَجَّهَ التَّقْيِيدَ بِكُونَ الْإِنْشَاءِ بِالنَّحْوِ الْمُتَعَارَفِ وَكَذَلِكَ التَّقْيِيدَ بِصَّرَاحَةِ اللَّفْظِ كَمَا فِي كَلَامِهِمْ ، وَأَمَّا الْعَرِيَّةُ فِي الصِّيغَةِ فَلَوْلَا شَبْهَةُ الْإِجْمَاعِ عَلَى اعْتِبَارِهَا لِأَمْكِنَ الْقَوْلَ بِعَدَمِ اعْتِبَارِهَا مَعَ أَنَّ الْمَعْرُوفَ أَنَّ لِكُلِّ قَوْمٍ نِكَاحًا مَعَ أَنَّ غَيْرَ الْعَرَبِ كَانُوا يَنْشَأُونَ نِكَاحَهُمْ بِلُغَاتِهِمُ الْمَخْتَلِفَةَ ، وَبِنَاءِ الشَّرْعِ عَلَى إِمضَاءِ نِكَاحِهِمْ إِلَّا مَا لَا يَجُوزُ شَرْعًا ، وَالْمَتَسَالِمَ عَلَيْهِ عِنْدَهُمْ جَوَازُ الْإِنْشَاءِ بِغَيْرِ اللَّغَةِ الْعَرِيَّةِ مَعَ الْعَجْزِ وَلزُومِ النِّكَاحِ وَ لَمْ يَظْهَرِ وَجْهَ الْجَوَازِ مَعَ لزُومِ الْعَرِيَّةِ إِلَّا أَنَّ يَقُومُ الْإِجْمَاعُ عَلَى الصَّحَّةِ كَمَا ادَّعَى الْإِجْمَاعُ عَلَى كِفَايَةِ إِشَارَةِ الْأُخْرَى .

﴿ وَأَمَّا الْحَكْمُ فَمَسَائِلُ : الْأُولَى لِاحْكَمَ لِعِبَارَةِ الْعَبِيِّ وَلَا الْمَجْنُونِ وَلَا السَّكَرَانَ وَفِي رَوَايَةٍ إِذَا زَوَّجْتَ السَّكَرَى نَفْسَهَا ثُمَّ أَفَاقَتْ فَرَضِيَّتَ بِهِ أَوْ دَخَلَ بِهَا وَأَقْرَبَتْهُ كَانَ مَا ضِيًّا ﴾ .

أَمَّا الْعَبِيُّ فَالْمَعْرُوفُ عَدَمُ الْاِعْتِبَارِ بِعِبَارَتِهِ لِنَفْسِهِ وَلِغَيْرِهِ فَان تَمَّ الْإِجْمَاعُ وَالْإِفْشَاكُ لِأَنَّ غَايَةَ مَا يَسْتَفَادُ مِنَ الْأَدَلَّةِ عَدَمُ جَوَازِ أَمْرِهِ بِالِاسْتِقْلَالِ ، وَأَمَّا مَعَ إِجَازَةِ الْوَلِيِّ فَلَا مَانِعَ بَلْ بِحَسَبِ بَعْضِ الْأَخْبَارِ يَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِالِاسْتِقْلَالِ . وَقَدْ مَرَّ الْكَلَامُ فِيهِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . وَأَمَّا الْمَجْنُونُ فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّهُ لِاحْكَمَ لِعِبَارَتِهِ . وَأَمَّا السَّكَرَانُ فَإِنْ كَانَ مِثْلَ الْمَجْنُونِ فَالظَّاهِرُ أَنَّ حَالَهُ حَالُ الْمَجْنُونِ ، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ تِلْكَ الْمَرْتَبَةَ فَيَشْكَلُ الْحَكْمُ بِعَدَمِ صَحَّةِ عِبَارَتِهِ ، وَفِي رَوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيْعٍ فِي الصَّحِيحِ قَالَ : « سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ امْرَأَةٍ ابْتَلَيْتَ بِشَرِبِ النَّيْذِ فَسَكِرَتْ فَرَوَّجْتَ نَفْسَهَا رَجُلًا فِي سَكْرَتِهَا ، ثُمَّ أَفَاقَتْ فَأَنْكَرْتَ ذَلِكَ ، ثُمَّ ظَنَنْتَ أَنَّهُ يَلْزَمُهَا فَفَزَعْتَ مِنْهَا فَأَقَامَتْ مَعَ الرَّجُلِ عَلَى ذَلِكَ التَّرْوِيجِ أَحْلَالَ هَوْلِهَا أَمْ التَّرْوِيجِ فَاسِدٌ ؟ لِمَكَانِ السَّكَرِ وَلَا سَبِيلَ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا ؟ قَالَ : إِذَا

اقامت معه بعد ما افقت فهو رضى منها ، قلت : و يجوز ذلك التزويج عليها ؟ قال :
نعم ، (١) .

و عن الشيخ في النهاية : و من طبعه العمل بها وحكي ، عن الصدوق بل مال إليه
غير واحد من متأخري المتأخرين ولا مانع من العمل بالرّواية مع عدم بلوغ السكر
إلى حد الجنون فإنّ المجنون لا ينسب إليه التزويج غاية الأمر أنّ حالة السكر حالة
لا يميّز الصّلاح و الفساد معها فمن هذه الجهة لا يحكم بمضيّ أمره فبعد صحوه وإمضائه
يحكم بمضيّ أمره فلا يرد أنّه إن صحّ لا يحتاج إلى الامضاء و مع عدم الصّحة كيف
يصحح بالامضاء ، لكن الامضاء تارة يكون باختياره وأخرى من جهة زعم أنّه ملزم به
وبحسب القاعدة يشكل الحكم بالصّحة في هذه الصورة ولعلّ الرّواية لا تشمل هذه الصورة
ولا أقلّ من الإجمال فتأمل .

﴿ الثانية لا يشترط حضور شاهدين ولا وليّ إذا كانت الزّوجة بالغة رشيدة على
الأصحّ ﴾ .

أما عدم اشتراط حضور شاهدين فلا إشكال فيه و يكفي الاطلاقات مضافاً إلى ما
رواه الشيخ ، عن عدّة من أصحابنا ، عن سهل بن زياد ، عن داود النهديّ ، عن ابن-
أبي نجران ، عن محمد بن الفضيل قال : قال أبو الحسن موسى عليه السلام لأبي يوسف القاضي :
« إن الله أمر في كتابه بالطلاق و أكّد فيه بشاهدين ولم يرض بهما إلا عدلين و أمر في
كتابه بالتزويج فأهمله بلا شهود ، فأثبتتم شاهدين في ما أهمل و أبطلتم الشاهدين في ما
أكّد ، (٢) .

و إلى ما رواه الصدوق بإسناده ، عن حنان بن سدير ، عن مسلم بن بشير ، عن
أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن رجل تزوّج امرأة ولم يشهد فقال : أمّا في ما بينه و
بين الله فليس عليه شيء ، و لكن إن أخذه سلطان جائر عاقبه » (٣) .

(١) الوسائل ج ٣ ص ٣٧ أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب ١٤٣ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٧ .

(٣) الفقيه ص ٤١٣ .

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ حُضُورِ الْوَالِيِّ فَسَيَجِيءُ الْكَلَامُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .
 ﴿الثالثة لو ادعى زوجية امرأة وادعت أختها زوجيته فالحكم لبينة الرجل
 إلا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول أو تقديم تاريخ ، ولو عقد على امرأة وادعى
 آخر زوجيتها لم يلتفت إلى دعواه إلا مع البينة﴾ .

مقتضى القاعدة في الفرض الأول الحكم لبينة كل منهما فان الرجل المدعى
 لزوجية امرأة مدّع لزوجيتها وقوله مخالف للأصل فعليه البينة والمرأة منكرة فعليها
 اليمين مع عدم البينة وكذلك أخت المرأة مدّعية والرجل منكر فعليها البينة و على
 الرجل مع عدم البينة الحلف ، لكن في المقام خبرٌ مخالف لما ذكر وهو خبر الزهري ،
 عن علي بن الحسين عليه السلام « في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها بولي وشهود وأنكرت
 المرأة ذلك وأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة أنه تزوجها بولي و
 شهود ولم يوقتاً وقتاً ، فكتبان البينة بيئته الرجل ولا تقبل بيئته المرأة لأن الزوج
 قد استحق بضع هذه المرأة وتريد أختها فساد هذا النكاح فلا تصدق ولا تقبل بيئتها إلا
 بوقت قبل وقتها أو بدخولها ،^(١) .

والمناقشة فيه بضعف السند يدفعها عمل الأصحاب به من غير خلاف يعرف ، ويمكن
 أن يقال : بارة قرائن الأحوال تشهد بمضمون الرّواية أعني إرادة الأخت فساد نكاح
 الرجل بالنسبة إلى أخت المدّعية فلا إشكال و أمّا لو لم تشهد القرائن فيشكل العمل
 بمضمون الخبر لأن الحكم في الخبر معكّل والحمل على التبعّد بأن يقال : كلما
 ادّعت أخت المرأة الزوجية تكون دعويها غير مسموعة للتبعّد بكون دعويها لارادة
 فساد نكاح أختها إلا في صورة سبق تاريخ العقد أو الدخول بها بعيد جداً مضافاً إلى
 بعد تعليل الحكم بأمر تبعّدي ، وقد يقال في مقام التوجيه إن الأخت إما أن تعتقد في
 نفسها أن الرجل عقد عليها أو لا تعتقد سواء اعتقدت العدم أو تردّدت و على الثاني و
 الثالث فالدّعي كاذبة كاشفة عن العناد ، وعلى الأول فهي لا تعلم صحة العقد الواقع

(١) الوسائل ج ٣ ص ١٣٨ أبواب عقد النكاح ب ٢٢ ج ١ .

عليها إلا بمجرد عدم الاطلاع على فساد، ومع إنكار الرجل لزوجيتها يمكنها الجمع بين معتقدها وبين إنكار الرجل بالحمل على سبق نكاح أختها فلا وجه غالباً لتكذيب الرجل مع عدم علمها بكذبها إلا إرادة الفساد، نعم لو كان بينة الأخت مؤرخة لعقدتها بزمان أسبق من زمان العقد على أختها توجه الحكم بتقديم بينتها وكذا لو ثبت الدخول ويمكن أن يقال: لانسلم غلبة عدم العلم وكون منشأ اعتقاد الأخت صحة عقدتها عدم الاطلاع على فسادها كما لا يخفى وعلى فرض الغلبة لا وجه لا اعتبارها إلا التبعيد، ولازم ما ذكر عدم سماع البينة على ملكية شيء لمن أقامها لأن شهادتهما مبنية على عدم إطلاعها بما يوجب ملكية الطرف والصور المتصورة في إقامة البينتين اثنا عشرة لأنهما إما أن تكونا مطلقتين أو مؤرختين أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة، وعلى تقدير كونهما مؤرختين إما أن يتفق التاريخان أو يتقدم تاريخ بينة الرجل أو تاريخ بينة المرأة وعلى التقادير الستة إما أن يكون قد دخل بالمدعية أولاً، فيقال بتقديم قولها في سبع منها وهي الست المجامعة للدخول مطلقاً باعتبار ظهوره في الزوجية وإن كان قد يمنع ظهوره في ذلك إلا أن يفرض اقترانه بما يفيد ذلك وواحدة من الست الخالية عنه وهي ما لو تقدم تاريخها وبقدم قوله في الخمس الباقية كما ظهر لك أن الصور في غير الحال المفروض ست هي عدم إقامة أحد منهما البينة أو إقامة الرجل دونها أو بالعكس، والثلاثة مع الدخول وعدمه وقد عرفت الحكم فيها جميعاً فتكون الصور ثمان عشرة، ويمكن أن يقال: أما ما ذكر من تقديم قولها في الصور السبع من جهة الدخول فإن كان التقديم لامن جهة الخبر المذكور فمنع ظهور الدخول في الزوجية في محله لأن أصل الصحة في فعل المسلم لا يثبت الزوجية وإن كان من جهة النص فلا وجه لمنع الترجيح ولا حاجة للاستظهار، وفرض اقترانه بما يوجب الظهور بل الترجيح تعبدية لكنه يقع الاشكال من جهة أن المرجح للبينة أمران سبق التاريخ والدخول فمع سبق تاريخ بينة الرجل كيف يقدم بينة المرأة إلا أن يقال: مرجحية سبق التاريخ من جهة التبعيد وهي مخصوصة ببينة المرأة دون الرجل وهو بعيد ولولا الخبر لا يمكن أن يقال في صورة سبق تاريخ البينة بمعنى تاريخ العقد الذي قامت البينة عليه يحتاج إثبات

الزَّوْجِيَّةُ إِلَى حَالِ الدَّعْوَى إِلَى اسْتِصْحَابِ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ السَّابِقَةِ وَعَدَمِ قَطْعِهَا بِالطَّلَاقِ أَوْ الْفَسْخِ أَوْ الْإِنْفَاسِخِ وَمَعَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ الْفَعْلِيَّةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأُخْتِ لَا مَجَالَ لِلِاسْتِصْحَابِ لِتَقْدُّمِ الْأَمَارَةِ عَلَى الْأَصْلِ نَعَمْ سَبَقَ التَّارِيخُ مُوجِبٌ لِلتَّقْدُّمِ لَوْ قَطَعْنَا بِأَنَّهُ مَعَ وَقُوعِ الْعَقْدِ سَابِقًا انْقَطَعَ الزَّوْجِيَّةُ بِمِثْلِ الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ . ثُمَّ "إِنْ" فِي الْمَقَامِ إِشْكَالًا آخَرَ وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ اسْتَظْهَرَ مِنَ الرَّوَايَةِ عَدَمَ سَمَاعِ دَعْوَى أُخْتِ الزَّوْجِيَّةِ فِي غَيْرِ صُورَةِ الدُّخُولِ وَ سَبَقَ تَارِيخَ بَيِّنَتِهَا فَلَا إِشْكَالَ وَأَمَّا إِنْ كَانَ دَعْوَاهَا مَسْمُوعَةً فَلَا بَدَّ مِنَ الْفَصْلِ وَفَصْلِهَا بَيِّنَتِهَا لَا يَتَحَقَّقُ لِدَلَالَةِ الْخَبَرِ عَلَى عَدَمِ الْإِعْتِبَارِ بِبَيِّنَتِهَا فَلَا بَدَّ مِنَ الْفَصْلِ بِيَمِينِ الرَّجُلِ لِأَنَّهُ الْمُنْكَرُ فَلِوَرْدِ الْيَمِينِ وَحَلْفَتِ الْمَرْأَةِ يَحْكُمُ بِزَوْجِيَّتِهَا وَكَيْفَ تَجْتَمِعُ زَوْجِيَّتُهَا مَعَ زَوْجِيَّةِ أُخْتِهَا إِنْ أَقَامَ الرَّجُلُ الْبَيِّنَةَ عَلَى زَوْجِيَّةِ أُخْتِهَا ، وَأَمَّا لَوْ عَقِدَ عَلَى امْرَأَةٍ وَأَدْعَى الْآخَرَ زَوْجِيَّتِهَا لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى دَعْوَاهِ إِلَّا مَعَ الْبَيِّنَةِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَيْهِ خَبَرُ يُونُسَ قَالَ : « سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي بَلَدٍ مِنَ الْبُلْدَانِ فَسَأَلَهَا أَلْكَ زَوْجٌ ؟ فَقَالَتْ : لَا ، فَتَزَوَّجَهَا ، ثُمَّ "إِنْ" رَجُلًا أَنَا فَقَالَ : هِيَ امْرَأَتِي فَأَنْكَرْتَ الْمَرْأَةَ ذَلِكَ مَا يَلْزِمُ الزَّوْجَ ؟ قَالَ : هِيَ امْرَأَتِي إِلَّا أَنْ يَقِيمَ الْبَيِّنَةَ » ^(١) وَنَحْوَهُ مَكَاتِبَةُ الْحُسَيْنِ ابْنِ سَعِيدٍ وَفِي خَبَرِ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ الْمُهْتَدِيِّ « سَأَلْتُ الرَّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قُلْتُ لَهُ : إِنْ أَخِي مَاتَ فَتَزَوَّجْتَ امْرَأَتَهُ فَجَاءَ عَمِّي فَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ زَوْجَهَا فَسَأَلْتُهَا عَنْ ذَلِكَ ، فَأَنْكَرْتَ أَشَدَّ الْإِنْكَارِ وَقَالَتْ مَا كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَهُ شَيْءٌ قَطُّ ، فَقَالَ : يَلْزِمُكَ إِقْرَارُهَا وَ يَلْزِمُهُ إِنْكَارُهَا » ^(٢) وَيُظْهِرُ مِنْ مَضْمُونِ سَمَاعَةِ تَصْدِيقِ الرَّجُلِ الْمَدَّعَى إِنْ كَانَ ثِقَّةً قَالَ : « سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً أَوْ تَمَتَّعَ بِهَا فَحَدَّثَهُ رَجُلٌ ثِقَّةً أَوْ غَيْرَ ثِقَّةً فَقَالَ إِنْ هَذِهِ امْرَأَتِي وَ لَيْسَتْ لِي بَيِّنَةٌ ؟ فَقَالَ : إِنْ كَانَ ثِقَّةً فَلَا يَقْرَبُهَا وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ثِقَّةً فَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ » ^(٣) وَقَدْ يُقَالُ : إِنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ لِلِاحْتِيَاظِ إِذْ لَمْ نَجِدْ عَامِلًا بِهِ وَلَا يَخْفَى أَنَّ الْإِحْتِيَاظَ لَا يَتَحَقَّقُ بِمَجْرَدِ عَدَمِ الْقُرْبِ بَلْ لَا بَدَّ مِنَ الطَّلَاقِ أَوْ هَبَةِ الْمَدَّةِ وَلَا تَعْرُضُ فِي الرَّوَايَةِ لِشَيْءٍ مِنْهُمَا ، وَ لَوْلَا الْإِشْكَالُ مِنْ جِهَةِ السَّنَدِ لَمْ يَبْعُدَ الْأَخْذُ بِمَضْمُونِهِ مِنْ جِهَةِ اعْتِبَارِ

(١) و(٢) و(٣) الوسائل ج ٣ ص ٣٨ كتاب النكاح أبواب عقد النكاح ب ٢٢ و ٢٣ .

قول الثقة كماورد الأخبار في كثير من الموارد باعتباره في الموضوعات ، ثم إن ظاهر كلماتهم أنه مع عدم البيّنة للمدعى كانت دعواه باطلة لا يتوجه لها عليها يمين وإن كانت منكروه ، ويمكن أن يقال : فرق بين ترتيب الأثر في غير مقام فصل الخصومة و بين مقام فصل الخصومة ألا ترى أن اليد حجة وأمانة للملكية و يترتب عليها جواز البيع و الاثراء ، لكنه لا يفصل بها الخصومة في مقام الدّعى ففي المقام لا يترتب على دعوى الزوجية أثر ويعامل الرجل الزوج مع المرأة معاملة الزوجية مالم يتم الآخر البيّنة ولا ينافي هذا سماع الدّعى من الآخر ، فالزوجة إما تقرأ بالزوجية له أو تنكر ، ومع الانكار يتوجه عليها اليمين أو يرد فيحلف الآخر ، غاية الأمر لا يوجب إقرارها خروجها عن زوجية الزوج الفعلي لكون الإقرار في حق الغير و الظاهر أنه إذا طلقها الزوج أو مات تكون محكومة بزوجة الآخر ، وكذلك لو ردت اليمين و حلف الآخر . وقد يقال : إن من لوازم الإقرار وما في حكمه ثبوت مهر المثل على الزوجة للمدعى لحيلولتها بينه و بين البضع بالعقد الثاني كما لو باع شيئاً على أنه له ثم أقر به لزيد فإنه يغم للمقر له عوضه مثلاً أو قيمة و يشكل من جهة أنه لا دليل على زمان البضع بقول مطلق كيف و لازمه أنه لو حبس زوجة حرّة لأحد كان الحابس ضامناً ولاأظن أن يلتزم به ، وما ذكر من أنه لو أقر لزيد بعد البيع يغم فتارة لم يقر للمشتري بالملكية له وإنما وقع البيع و الأخرى أقر للمشتري بالملكية له ففي الصورة الاولى لم يبعد الغرامة حيث إنه لا ينفذ إقراره في حق المشتري و في الثانية و إن اشتهر في أمثاله ما ذكر من أنه يعطى المقر به المقر له أولاً و يعطى المثل أو القيمة المقر له ثانياً لكنه مشكل للقطع بكذب أحد الاقراءين فكيف يكون كل منهما نافذاً و تنزيل المقام بالحكم بطهارة واجدي المنى في الثوب المشترك كما في كلمات بعض الاعلام غير مسلم حيث إن الحاكم يريد أن يحكم بلزوم الغرامة مع القطع بكذب أحد الاقراءين ، وللتكلم فيه مقام آخر .

الرابعة لو كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها ، ثم اختلفا في المعقود عليها فالقول قول الأب و عليه أن يسلم إليه التي قصدتها في العقد إن كان الزوج

رَأَهْنَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَأَهْنَ فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ ﴿١﴾ .

والأصل في ما ذكر صحيح أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام « سألته عن رجل كانت له ثلاث بنات أبكار فزوّج إحديهن رجلاً ولم يسم التي زوّج للزّوج ولا للشهود ، وقد كان الزّوج فرض لها صداقها فلما بلغ أن يدخل بها على الرجل بلغ الرجل أنها الكبرى من الثلاثة فقال الزّوج لأبيها : إنما تزوّجت منك الصغرى من بناتك قال : فقال أبو جعفر عليه السلام : إن كان الزّوج رأهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول في ذلك قول الأب وعلى الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع إلى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوّجها إياه عند عقدة النكاح ، وإن كان الزّوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة [منهن] عند عقدة النكاح فالنكاح باطل» ^(١) وعن الشيخ وأتباعه العمل بهذه الرواية ، واستشكل بأن الخبر يدل على أن الرؤية كافية في الصحة والرجوع إلى قول الأب وإن خالف ما نواه الزّوج وعدمها كاف في البطلان وإن توافقت أن الرؤية لا تدخل لها في صحة العقد وعدمها ولا تنفيذ التعيين ولا عدمها ينافيه ولا تنفيذ تفويض الأمر إلى الأب لأن التفويض إلى الأب إن كفى مع تولية القبول من غير أن يقصد معينة فلا فرق بين الرؤية وعدمها فيلزم الصحة على التقديرين ، وإن لم يكف بطل على التقديرين ولا دلالة في الرؤية ولا عدمها على شيء من الأمرين .

ويمكن أن يقال : مع مخالفة مانوى الأب مع مانوى الزّوج لا عقد للزوم ورود القبول على ما ورد عليه الإيجاب في صدق العقد ولا حاجة مع توافق الإيجاب والقبول إلى تفويض الأمر إلى الأب ولم يظهر من الرواية فرض التفويض ، نعم يتوجه الأشكال لأننا لانفهم وجه مدخلية الرؤية في الصحة وعدمها في البطلان ومن الممكن أن يكون الحكم بالبطلان في المقام نظير الحكم بالبطلان إذا تداعيا في العقد الواقع وتحالفا مع عدم البيئنة فيحكم بالبطلان مع القطع بوقوع العقد الصحيح في البين .

﴿ وأما آداب قسمان الأول آداب العقد ويستحب له أن يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة الأصل ، وأن يقصد السنة لا الجمال والمال وربما حرهما ، و

يصلّي ركعتين ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن وأحفظهن وأوسعهن رزقاً وأعظمهن بركة، ويستحبّ الأَشهاد والاعلان والخطبة أمام العقد، وإيقاعه ليلاً، ويكره والقمر في العقب، وأن يتزوَّج العقيم ❦ .

أما استحباب تخيير البكر فلما رواه محمد بن يعقوب عن عدّة من أصحابنا، عن سهل بن زياد بوسائط، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «ترّ وجوا الأَبكار فانهنّ أطيب شيء أفواهاً قال: ففي حديث آخر وأنشفه أرحاماً وأدرّ شيء أخلاقاً وأفتح شيء أرحاماً، أما علمتم أنّي أباهي بكم الأمّ يوم القيامة حتّى بالسقط يظلّ محببناً^(١) على باب الجنّة فيقول الله عزوجل: أدخل، فيقول: لأدخل حتّى يدخل أبواي قبلي، فيقول الله تبارك وتعالى ملك من الملائكة ايتني بأبويه فيأمر بهما إلى الجنّة، فيقول: هذا بفضل رحمتي لك»^(٢).

وأما استحباب اختيار العفيفة فلما رواه في الكافي عن أبي حمزة قال: سمعت جابر ابن عبد الله يقول: «كنّا عند النبي صلى الله عليه وآله فقال: إن خير نساءكم الولود الودود والعفيفة، العزيزة في أهلها، الذليلة مع بعليها، المتبرّجة مع زوجها، الحصان على غيره، التي تسمع قوله وتطيع أمره، إذا خلى بها بذلت له ما يريد منها، ولم تبذل كتبذل الرجل. ثم قال: ألا أخبركم بشرار نساءكم الذليلة في أهلها، العزيزة مع بعليها، العقيم الحقود التي لا تورّع عن قببح، المتبرّجة إذا غاب عنها بعليها، الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله ولا تطيع أمره، وإذا خلا بها بعليها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عن ركوبها، لا تقبل لها عنراً ولا تغفر له ذنباً^(٣)».

وأما استحباب اختيار الكريمة الأصل المفسرة بأن لا تكون من زنا أو حيز أو شبهة أو ممن تنال أحداً من آباؤها وأمهاتها الألسن فللخبر عن سيّد البشر صلى الله عليه وآله

(١) بالحاء المهملة والطاء وتقديم الباء على النون بالهمز وتغيرها - المتغضب الممتلى.

غيباً، المستبطن للشئ، وقيل هو الممتنع امتناع طلبه لامتناع آباء.

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣٣٤ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٣٢٤ و ٣٢٥ .

«إيتاكم وخضراء الدن من قيل : يارسول الله ﷺ ، وما خضراء الدن من؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء» (١) وقيل : المراد من كريم الأصل من لم يكن مس آباءها رقاً، وقيل بأن يكون أبواها صالحين .

و أما استحباب أن يقصد السنة لا الجمال ولا المال فلقول الصادق عليه السلام على المحكي : «من تزوج امرأة يريد مالها ألباه إلى ذلك المال» (٢) .

وقال أيضاً على المحكي : «إذا تزوج الرجل المرأة لجمالها أو مالها و كل إلى ذلك وإذا تزوجها لدينها رزقه الله الجمال والمال» (٣) .

و عن أبي جعفر عليه السلام عن رسول الله ﷺ «من تزوج امرأة لا يتزوجها إلا لجمالها لم يرفها ما يحب ، ومن تزوجها لمالها لا يتزوجها إلا له وكله الله إليه فعليكم بذات الدين» (٤) .

و عنه عليه السلام أيضاً «من تزوج امرأة لمالها وكله الله تعالى إليه ، ومن تزوجها لجمالها رأى فيها ما يكره ، ومن تزوجها لدينها جمع الله له ذلك» (٥) .

وأما استحباب صلاة ركعتين فلقول الصادق عليه السلام على المحكي : «إذا هم أحدكم بالتزويج فليصل ركعتيه ويحمد الله ويقول : اللهم إني أريد أن أتزوج اللهم فقد ر لي من النساء أعفهن فرجاً وأحفظهن لي في نفسها وفي مالي وأوسعهن رزقاً وأعظمن بركة وأقدر لي منها ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي و بعد موتي» (٦) .

و أما استحباب الأشهاد في الدائم فلقول أبي الحسن عليه السلام على المحكي في مكتبة المهلب الدلال : «التزويج الدائم لا يكون إلا بولي وشاهدين» (٧) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٣٢ .

(٢) و(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٣٣ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٦) نحوه في الكافي ج ٥ ص ٥٠١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ والفتاوى ص ٤١٢ .

(٧) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٦ .

والمعروف بين الشيعة عدم الوجوب بل الوجوب مذهب العامة ومذهب ابن أبي عقيل من الخاصة، والخبر محمول على التقيّة وقد سبق بعض الأخبار الدالة على عدم الوجوب، ويظهر من بعض الأخبار «إنما جعلت البيّنة في النكاح من أجل الموارث (١)» .

وأما استحباب الإعلان فلا أمر به في النبويّ فعنه عليه السلام «اعلنوا لهذا النكاح» (٢). ولما روي «أن النبيّ صلى الله عليه وآله كان يكره نكاح السرّ حتى يضرب بدفّ، ويقال: أتييناكم أتييناكم فحيونا نحييكم» (٣) .

وأما استحباب الخطبة فللنّاسي بالنبيّ والأئمة عليهم الصلاة والسلام، وخطبهم منقولة في ذلك مشهورة .

وأما استحباب إيقاع العقد ليلاً فللنبويّ «أمسوا بالأملك فانه أعظم للبركة» (٤). وقول الرضا عليه السلام على المحكي: «من السنة التزويج بالليل إن شاء الله تعالى جعل الليل سكناً، والنساء إنما هنّ سكن» (٥) .

وأما كراهه إيقاعه في العقرب فلقول الصادق عليه السلام على المحكي «من تزوّج والقمر في العقرب لم ير الحسنى» (٦) وحملت الرّواية على إرادة البرج من العقرب لا المنازل المنسوبة إليه وهي الزُّبانا والاكليل والقلب والشولة لأنّ القمر تحلّ في البروج الاثنى عشر في كلّ شهر مرّةً وجملة المنازل التي هذه الأربع بعضها ثمانية و عشرون

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ و اللفظ له .

(٢) أخرجه ابن ماجه تحت رقم ١٨٩٥ و الترمذي ص ١٧٥ باب ماجاء في اعلان

النكاح .

(٣) أخرجه ابن ماجه تحت ١٩٠٠ .

(٤)

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٦٦ و التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ و ٢٣٢ .

مقسومة على البروج الاثني عشر فيخص كل برج منها منزلتان فللعقرب من هذه الأربيع ماغيره ، قال في المسالك : و الذي بينه و بين أهل هذه الشأن أن للعقرب من المنازل القلب و ثلثا الاكليل و ثلثا الشولة ، و ذلك منزلتان و ثلث ، و أما الزبانا و ثلثا الاكليل فهو من برج الميزان كما أن ثلث شولة الأخير من برج القوس - إلى أن قال : ولا كراهة في منزلة الزبانا مطلقاً و أما المنزلتان المنتظرتان فان أمكن حفظهما و إلا فينبغي اجتنابه و القمر فيهما حذراً من الوقوع فيما كره فيهما .

و في كشف اللثام و المبسوط أن لفظ الخبر معوّل على عرف أهل النجوم و لا يريدون بمثله إلا الكون في البرج بالمعنى المعروف عندهم مع الأصل فيما زاد الثلث بل الظاهر أن الخبر معوّل على ما يرى عند عامة الناس من كون القمر في العقرب لاعلى ما يقرّره أهل النجوم من الدرجات و الدقائق و نحو ذلك مما هو جار على مصطلحاتهم و لكن الاحتياط لا يبغي تركه .

و أما كراهة تزويج العقيم فلما في الخبر الرجوع إلى استحباب اختيار العفيفة المذكور ، و لما في بعض الأخبار « الحصر في ناحية البيت خير من امرأة لاند » . و يمكن أن يقال : استفادة الاستحباب الشرعي أو الكراهة لا تخلو عن الاشكال بالنسبة إلى بعض الأخبار الواردة بل الظاهر أنه من قبيل الارشاد كواامر الطبيب و نواهيه .

القسم الثاني في آداب الخلوة ، يستحب صلاة ركعتين إذا أراد الدخول و الدعاء و أن يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال ، و أن يجعل يده على ناصيتها و يكونا على طهر ، و يقول : اللهم على كتابك تزوجتها - إلى آخر الدعاء - ، و أن يكون الدخول ليلاً ، و يسمى عند الجماع ، و أن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً .

أما استحباب الصلاة ركعتين و الدعاء بعدهما و أمرها بمثل ذلك عند الانتقال فلصحيح أبي بصير قال : « سمعت رجلاً يقول لأبي جعفر عليه السلام : جعلت فداك إنني رجل قد أسننت و قد تزوجت امرأة بكر أصغيرة و لم أدخل بها ، و أنا أخاف أنها إذا دخلت عليّ فرأتني أن تكرهني لخضامي و كبري ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إذا دخلت عليك فمرهم قبل

أن تصل إليك أن تكون متوضئة ثم أنت لا تصل إليها حتى تتوضأ وتصلي ركعتين ، ثم مرهم يأمرها أن تصلي أيضاً ركعتين ثم تحمد الله تعالى وتصلي على محمد وآله ثم ادع الله ، و مرمن معها أن يؤمنوا على دعائك ، ثم ادع الله وقل « اللهم ارزقني إلفها وودها ورضاها بي ، وارضني بها واجمع بيننا بأحسن اجتماع وآنس ابتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام » (١) .

و أما استحباب جعل يده على ناصيتها فلخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام فليضع يده على ناصيتها إذا دخلت عليه و يقول : « اللهم على كتابك تزوجتها و في أمانتك أخذتها و بكلماتك استحلتت فرجها فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله ذكراً مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان » قلت : وكيف يكون شرك شيطان؟ فقال : إن الرجل إذا دنا من المرأة و جلس مجلسه حضره الشيطان فان هو ذكر الله فقد تنحى الشيطان و إن فعل فلم يسم أدخل الشيطان ذكره فكان الحمل منهما جميعاً ، والنطفة واحدة (٢) .

و في خبر أبي بصير الآخر أيضاً « إذا دخلت بأهلك فخذ بناصيتها واستقبل القبلة وقل : اللهم بأمانتك أخذتها و بكلماتك استحلتها فان قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقياً من شيعه آل محمد ولا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً » (٣) .

و في خبره الثالث ما يستفاد منه استحباب هذا الدعاء كلما أتى أهله قال : قال لي أبو عبد الله عليه السلام : « يا أبا محمد إذا أتيت أهلك فأبشئ بشيء تقول ؟ قال : قلت : جعلت فداك وأطيع أن أقول شيئاً ؟ قال : بلى قل : اللهم بكلماتك استحلتت فرجها ، وبأمانتك أخذتها ، فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله تقياً ذكياً ، ولا تجعل فيه شركاً للشيطان - الحديث » (٤) .

أما استحباب كون الدخول ليلاً فلقوله عليه السلام « زفوا عرايسكم

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٠١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٠١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٠٠ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٠٣ .

ليلاً وأطعموا ضحى ، (١) .

و أما استحباب التسمية عند الجماع فلما ذكر في الخبر المتعرج لوضع اليد على الناصية .

وأما استحباب أن يسأل الله - الخ ، فلقول الباقر عليه السلام على المحكمي : « إذا أردت الجماع فقل : اللهم ارزقني ولداً واجعله تقياً ذكياً مباركاً ليس في خلقه زيادة ولا نقصان واجعل عاقبته إلى خير » (٢) .

✽ ويكره الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف، وعند الزوال ، وعند الغروب حتى يذهب الشفق ، و في المحاق ، و بعد الفجر حتى تطلع الشمس ، و في أوّل ليلة من كل شهر إلا شهر رمضان ، و في ليلة النصف ، و في السفر إذا لم يكن معه ماء للغسل ، و عند الزلزلة و الرّيح الصفراء و السوداء ، و مستقبل القبلة و مستدبرها ، و في السفينة ، و عارياً ، و عقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء ، و الجماع و عنده من ينظر إليه ، و النظر إلى فرج المرأة ، و الكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى ✽ .

أما كراهة الجماع في الأوقات المذكورة فلخبر سالم عن أمي جعفر عليه السلام قلت : وهل يكره الجماع في وقت من الأوقات وإن كان حلالاً ؟ قال : نعم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، و من مغيب الشمس إلى مغيب الشفق ، و في اليوم الذي تنكس فيه الشمس و في الليلة التي ينخسف فيها القمر ، و في الليلة و في اليوم اللذين يكون فيهما الرّيح السوداء و الرّيح الحمراء و الرّيح الصفراء ، و اليوم و الليلة اللذين تكون فيهما الزلزلة ، و قد بات رسول الله صلى الله عليه وآله عند بعض أزواجه في ليلة انكسف فيه القمر فلم يكن منه في تلك الليلة ما كان يكون منه في غيرها حتى أصبح فقالت له : يا رسول الله ألبغض كان هذا منك في هذه الليلة ؟ قال : لا و لكن هذه الاية ظهرت في هذه الليلة فكرهت أن أتلدّذ و ألهو فيها ، و قد عيّر الله تعالى أقواماً فقال عزّ و جلّ في كتابه « وإن يروا كسفاً من السماء ساقطاً يقولوا سحاب مرحوم فذرهم حتى يلاقوا يومهم

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

الذي فيه يصعقون ، ثم قال أبو جعفر عليه السلام و أيم الله لا يجامع أحدٌ في هذه الأوقات التي نهى رسول الله عليه السلام عنها وقد انتهى إليه الخبر فيرزق الله ولداً فيرى في ولده ذلك ما يحب ، (١) .

و ما عن محمد بن خالد البرقي ، عن أبيه عمّن ذكره ، عن أبي الحسن موسى ، عن أبيه ، عن جده عليه السلام قال : « كان في ما أوصى به رسول الله عليه السلام صلوات الله عليهما قال : يا علي لا تجامع أهلك في أوّل ليلة من الهلال ، ولا في ليلة النصف ، ولا في آخر ليلة فانه يتخوف على ولد من يفعل ذلك الخبل ، فقال علي عليه السلام : ولم ذاك يا رسول الله ؟ فقال : إن الجنّ يكثرّون غشيان نساءهم في أوّل ليلة من الهلال و ليلة النصف و في آخر ليلة ، أما رأيت المجنون يصرع في أوّل الشهر وفي آخره وفي وسطه ، (٢) .

و ما عن سليمان بن جعفر الجعفري عن أبي الحسن موسى عليه السلام « من أتى أهله في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد » (٣) .

و روى في الكافي ، عن ضريس ، عن عبد الملك قال : « بلغ أبو جعفر عليه السلام أن رجلاً تزوّج في ساعة حارّة عند نصف النهار ، فقال أبو جعفر : ما أراهما يتفقان ، فافترقا ، (٤) .

و عن زراره في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام « أنه أراد أن يتزوّد امرأة فكره ذلك أبوه ، قال : فمضيت فتزوّدتها حتى إذا كان بعد ذلك زرتها فنظرت فلم أرما يعجبني ، فممت أنصرف فبادرتني القسيمة معها إلى الباب لتقلقه علي ، فقلت : لا تقلقيه لك الذي تريد ، فلما رجعت إلى أبي أخبرته بالأمر كيف كان ، فقال لي : يا بني إنه ليس عليك إلا نصف المهر ، وقال : أنت تزوّجتها في ساعة حارّة ، (٥) .

قال في الحقائق الظاهر أن المراد بالتزويج هنا الدخول و يحتمل العقد أيضاً

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٩ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٤) و (٥) المصدر ج ٥ ص ٣٦٦ .

على بعد . ولقائل أن يقول : لم نعرف وجهاً للظهور خصوصاً مع ما فيه أنه ليس عليك إلا نصف المهر .

و روي الشيخ في التهذيب ، عن محمد بن العيص أنه « سأل أبا عبدالله عليه السلام فقال : « أجامع وأنا عريان ؟ قال : لا ، ولا مستقبل القبلة ، ولا مستدبرها ، قال : وقال عليه السلام : لا تجامع في السفينة » (١) .

و روى الصدوق عن الحسين بن زيد ، عن جعفر بن محمد ، عن آبائه عليهم السلام قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يجامع الرجل أهله مستقبل القبلة ، وعلى ظهر طريق عامر فمن فعل ذلك فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس أجمعين » (٢) .

و روى الصدوق في الفقيه و الشيخ مرسلًا ، وفي العلل مسندًا قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : يكره أن يغشى الرجل المرأة وقد احتلم حتى يقتسل من احتلامه الذي رأى فان فعل فخرج الولد مجنوناً فلا يلومن إلا نفسه » (٣) .

و روي عن ابن [أمي خل] راشد ، عن أبيه قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا يجامع الرجل امرأته و لا جاريتها و في البيت صبي » ، فإن ذلك مما يورث الزنا » (٤) .

و عن عبدالله بن الحسين بن زيد ، عن أبيه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : و الذي نفسي بيده لو أن رجلاً غشى امرأته و في البيت صبي مستيقظ يراهما و يسمع كلامهما و نفسهما ما أفلح أبداً ، إن كان غلاماً كان زانياً أو جارية كانت زانية » (٥) .

و روى الشيخ عن سماعة في الموثق قال : « سألته عن الرجل ينظر إلى فرج المرأة وهو

(١) المصدر ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٢) المصدر في مناهي النبي (ص) ص ٤٢٦ .

(٣) المصدر ص ٤١٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٤) و (٥) الكافي ح ٥٥ ص ٥٠٠ .

بجامعها قال : لا بأس به إلا أنه يورث العمى» (١).

و بإسناده إلى أبي سعيد الخدري في وصية النبي ﷺ لعلّي صلوات الله عليه
«قال : ولا ينظر أحدكم إلى فرج امرأته و ليغض بصره عند الجماع فإن النظر إلى
الفرج يورث العمى في الولد» (٢).

وروى في الكافي و التهذيب عن عبدالله بن سنان قال : «قال أبو عبدالله ﷺ :
اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فإنه يورث الخرس» (٣).

وفي حديث المناهي المذكور في آخر كتاب الفقيه قال : «نهى رسول الله ﷺ أن
يكثر الكلام عند المجامعة وقال : يكون منه خرس الولد» (٤).

وروى في الكافي عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : «سألت أبا عبدالله ﷺ عن الرجل
يكون أهله معه في سفر لا يجد الماء يأتي أهله؟ قال : ما أحب إلا أن يخاف على نفسه،
قلت : فطلب بذلك اللذة أو يكون شبقاً إلى النساء؟ فقال : إن الشبق يخاف على نفسه.
قال : قلت : يطلب بذلك اللذة؟ قال : هو حلال ، قلت : فإنه يروى عن النبي ﷺ
أن أبا نذر سأله عن هذا فقال : ائت أهلك توجر ، فقال : يا رسول الله آتيتهم وأوجر
فقال : رسول الله ﷺ كما أنك إذا آتيت الحرام أذرت كذلك إذا آتيت الحلال أوجرت
فقال أبو عبدالله ﷺ : ألا ترى أنه إذا خاف على نفسه فأتى الحلال أوجر» (٥).

و أما استثناء هلال شهر رمضان فلما روي و اشتهر عند الأصحاب من استحباب
المجامعة في تلك الليلة ، فروى الصدوق مرسلًا قال : قال ﷺ : «يستحب أن يأتي
الرجل أهله أوّل ليلة من شهر رمضان لقول الله عزّ و جلّ : «أحلّ لكم ليلة الصيام

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ و الكافي ج ٥ ص ٤٩٨ .

(٤) الفقيه ص ٤٦٦ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٩٥ .

الرِّقَّةُ إِلَى نَسَائِكُمْ» وَ الرَّقَّةُ الْمَجَامِعَةُ ^(١).

مسائل: الأولى يجوز النظر إلى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيتها . وفي رواية إلى شعرها ومحاسنها ، وكذا إلى أمة يريد شراءها ، وإلى أهل الذمة لأنهن بمنزلة الإماء مالم يكن لتلذذ ، و ينظر إلى جسد زوجته باطناً وظاهراً ، وإلى محارمه ما خلا العورة .

لا إشكال في جواز النظر إلى امرأة يريد نكاحها في الجملة للأخبار الكثيرة في المقام فإن قيل بحرمة النظر إلى الأجنبية يكون استثناء مورد هذه الأخبار تخصيصاً لأدلة الحرمة وإن قيل بالجواز مع الكراهة يكون تخصيصاً أيضاً لأن الظاهر من أخبار الباب عدم الكراهة بل الرُّجْحَانُ ، وقد يقال : إن وجه التخصيص مع القول بالجواز من دون قصد النكاح في الجملة عدم انفكك النظر في المقام عن التلذُّذ المحرَّم في النظر إلى الأجنبية بدون قصد النكاح ، ويشكل هذا مع أنه قيد في بعض أخبار المسئلة بعدم التلذُّذ ففي مرسل عبدالله بن الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام «قلت له: أينظر الرَّجُلُ إِلَى الْمَرْأَةِ يَرِيدُ تَرْوِجَهَا فَيَنْظُرُ إِلَى شَعْرِهَا وَمَحَاسِنِهَا؟ قَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ مَالِمَ يَكُنْ مُتَلَذِّذًا» ^(٢).

وما ذكر من عدم الانفكك والتلذُّذ غالباً قهريٌّ ممنوع فإن من يتوجه إلى ممنوعة شيء شرعاً كيف يتلذُّذ وإلا لزم جواز التلذُّذ بالنظر إلى المحارم والمجوه الحسان مع أنه من المسلم بينهم عدم الجواز إلا أن يفرق بين التلذُّذ الحاصل للزوج بالنسبة إلى زوجته والتلذُّذ الحاصل لرؤية مثل الخضراء والأوراد فلا بد من ملاحظة الأخبار الواردة في المقام فمنها حسنة محمد بن مسلم بإبراهيم بن هاشم قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرَّجُلِ يَرِيدُ أَنْ يَتَرَوَّجَ الْمَرْأَةَ أَيْنَظُرُ إِلَيْهَا؟ قَالَ: نَعَمْ إِنَّمَا يَشْتَرِيهَا بِأَعْلَى الثَّمَنِ» ^(٢).

ومنها حسنة هشام وحماد وحفص ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا بأس بأن

(١) الوسائل كتاب النكاح أبواب مقدماته وآدابه ب ٦٤ تحت رقم ٤ .

(٢) والكافي ج ٥ ص ٣٦٥ .

ينظر إلى وجهها و معاصمها إذا أراد أن يتزوجها ،^(١)
 ومنها رواية الحسن بن السري قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد
 أن يتزوج المرأة يتأملها و ينظر إلى خلفها و إلى وجهها ؟ قال : لا بأس بأن ينظر
 الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها ينظر إلى خلفها و إلى وجهها ،^(٢)
 و منها ما رواه في التهذيب عن غياث بن إبراهيم ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن
 علي عليه السلام : « في رجل ينظر إلى محاسن المرأة يريد أن يتزوجها ؟ قال : لا بأس إنما
 هو مستام فإن يقض أمر يكون ،^(٣) .

و رواه الحميري في قرب الاسناد وفيه « و إن يقض أمر يكن »^(٤) .
 و منها ما عن يونس بن يعقوب قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يريد
 أن يتزوج بالمرأة و أحب أن ينظر إليها ؟ قال : تحتجز ثم لتعقد و ليدخل فلينظر ،
 قال : قلت : يقوم حتى ينظر إليها ؟ قال : نعم ، قلت : فتمشي بين يديه ؟ قال : لا أحب
 أن تفعل ،^(٥) .

و منها ما رواه الصدوق في العلل عن يونس بن يعقوب في الموثق قال : « قلت
 لأبي عبدالله عليه السلام : « الرجل يريد أن يتزوج المرأة يجوز أن ينظر إليها ؟ قال : نعم ،
 و يرقق الثياب لأنه يريد أن يشتريها بأعلى الثمن »^(٦) .
 و منها خبر عبدالله بن الفضل المذكور .

ثم إنه قد يقال بوقوع المعارضة بين الأخبار المذكورة من وجهين أحدهما ذكر
 الخاص فإن ظاهر ما دل على جواز النظر إلى الوجه بدون المعاصم يعارض ما دل

(١) و (٢) الكافي ج ٥ ص ٣٦٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٥ .

(٤) المصدر ص ٧٤ و فيه « مستامر فيما يقضى أمر يكن » .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٦) المصدر ص ١٧٠ .

على جواز النظر إلى المعاصم ، وثانيهما اقتضاء الشرطية بحيث علق النظر إلى الخلف والوجه على إرادة التزويج فمقتضى القضية الشرطية عدم جواز النظر إلى غير ما ذكر ، وذلك لعدم صحة تعليل الخاص بما يكون علة للعام ، و بعد التعارض يكون المرجع عموم مادلاً على حرمة النظر إلى الأجنبية ، ثم بعد التقريب المذكور جمع بين الأخبار برفع اليد عن ظهور كل نص آخر فإن مادلاً على الاقتصار بالوجه و الخلف نص في الجواز و ظاهر في الاختصاص ، و مادلاً على جواز النظر إلى المعاصم نص في جواز النظر إلى المعاصم نص على الجواز فهذا النص يرفع اليد عن ظهور الخبر في الاختصاص بالوجه و الخلف فلا بد من الاقتصار على ما ذكر في الأخبار و نتيجة هذا الجمع هو الحكم بجواز النظر إلى كل ما كانت المقيّدات صريحة في جواز النظر إليه من الوجه و الكفّين و المعاصم و الخلف و الشعر و المحاسن .

و يمكن أن يقال : أما الاختصاص بالذكر فلا يستفاد منه اختصاص الحكم فقول المولى لعبده أكرم زيداً لا يستفاد منه نفي وجوب إكرام عمرو مثلاً ، نعم إذا كان من قبيل الموصوف بصفة يستفاد منه مدخلية الوصف و ليس المقام من هذا القبيل .
و أما ما ذكر من اقتضاء القضية الشرطية فمثل أكرم زيداً إن جاءك القائل بالمفهوم يقول : العلة المنحصرة لإكرام زيد مجيئه و المنكر يقول : للمجيب مدخلية في وجوب إكرامه و ليست العلة منحصرة بمعنى أن لا يستفاد من الكلام المذكور العلية المنحصرة و إن أمكنت ، و أما اختصاص الحكم المذكور بزيد فلا يستفاد من القضية الشرطية و لا ينافي هذا الكلام مع قوله أكرم عمراً إن جاءك بل لا بد من فهم الاختصاص من دليل الآخر .

و أما ما ذكر من عدم صحة تعليل الخاص بما يكون علة للعام فلم يظهر وجهه ألا ترى صحة قول الطيب : إن كان الرثمان حامضاً فلا تأكله ، و إن كان زيد عالماً فأكرمه ، و لا ينافي ما ذكر مع عدم جواز أكل ما كان حامضاً و وجوب إكرام كل من كان عالماً .

و أما ما ذكر من الاقتصار بما تكون المقيّدات صريحة في جواز النظر إليه فربما

يتأمل فيه من جهة أن أخبار الباب بعضها صحيح أو حسن كالصحيح و بعضها موثقة و بعضها غير نقيّ السند، ولم يحرز عمل الفقهاء به فمثل خبر عبدالله بن الفضل المتعرض للشعر لعله من هذا القبيل، نعم لا يبعد الاستفادة من موثقة يونس بن يعقوب حيث علل الحكم فيها بالاشترء بأعلى الثمن أزيد مما صرح به في الأخبار .

و أما جواز النظر إلى أمة يريد اشترائها فيدل عليه ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها قال : لا بأس أن ينظر إلى محاسنها و يمستها مالم ينظر إلى مالا ينبغي النظر إليه »^(١) . و ما رواه في التهذيب، عن حبيب بن معلى الخثعمي ، قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : إنني اعترضت جواري المدينة فأمذيت ، قال : أما لمن يريد الشراء فليس به بأس و أما لمن لا يريد أن يشتري فإني أكرهه »^(٢) .

وعن الحارث بن عمران الجعفري ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا أحب للرجل أن يقلب الجارية إلا جارية يريد شراءها »^(٣) .

و ما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد عن الحسين بن علوان عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام أنه كان : « إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر إليها » .

و قد يستظهر من بعضها جواز النظر إلى جميع بدنها سوى العورة حيث استثنى النظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه ، و المراد منه ما يقبح النظر إليها عرفاً ، و ليس هو خصوصاً في الإماء إلا العورة كيف ولو كان المراد منه ما يحرم النظر فيه شرعاً لزم الإجمال في مقام الجواب عن السؤال و الحوالة على المجهول الموجب لازدياد التحير ، و هو مناف لمقصود السائل و غرضه من استعمال حكم المسئلة المبتلى بها فعلاً .

و يمكن أن يقال : الأخبار المذكورة لم يذكر في كلمات الفقهاء تصحيحها و

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٥٢٤ .

توثيقها بل ذكر في الحدائق ضعف السند غاية الأمر أخذهم بها في الجملة و لم يظهر أخذهم بخصوص الخبر المذكور و على فرض الأخذ بهم ما ذكر لولم يكن مسبوفاً بقوله عليه السلام على المحكي : « لا بأس أن ينظر إلى محاسنها و يمسه » .

وقد سبق في كلامه قدس سره - استظهار الخصوصية في جواز النظر إلى المرأة التي يريد تزويجها ، و الحاصل أنه مع الإجمال إن سلمناه يكون المرجع عموم مادلاً على حرمة النظر في غير ما هو المتيقن خروجه، و أما جواز النظر إلى نساء أهل الذمة فهو المشهور و الأخبار الواردة في المقام منه ما رواه في الكافي ، عن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن و أيدهن » .^(١)

و منها ما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد عن أبي البخري ، عن جعفر ابن محمد ، عن أبيه ، عن علي بن أبي طالب صلوات الله عليهم قال : « لا بأس بالنظر إلى رؤوس النساء من أهل الذمة ، و قال : ينزل المسلمون على أهل الذمة في أسفارهم و حاجاتهم و لا ينزل المسلم على المسلم إلا بإذنه » .^(٢)

و ربما يعترض بما رواه في الكافي عن عباد بن صهيب قال : « سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا بأس بالنظر إلى رؤوس نساء أهل تهامة و الأعراب و أهل السواد و العلوج لأنهم إذا نهوا لا ينتهون »^(٣) . قال : و المجنون و المغلوبة على عقلها لا بأس بالنظر إلى شعرها و جسد ما لم يتعمد ذلك »^(٤) و رواه في الفقيه إلا أنه قال : « و أهل البوادي من أهل الذمة » مكان « أهل السواد و العلوج » و فسر قوله عليه السلام على

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٢٤ .

(٢) المصدر ص ٤٢ ،

(٣) في الفقيه و اللؤلؤ « إذا نهين لا ينتهين » و قال العلامة المجلسي : في المرأة لعل

ارجاع ضمير المذكر للتعجوز او التغليب . أو المراد أن رجالهن اذا نهوا عن كشفهن وأمروا بسترهن لا ينتهون و لا يأترون .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٢٤ و الفقيه ص ٤٣٣ .

المحكي « مالم يتعمد » على وجه التلذذ و الميل إليه والأخبار المذكورة وإن لم تكن صحيحة و لا موثقة لكن المشهور عملوا بها في الجملة و لا بد من الاقتصار على القدر المتيقن لعموم ما دل على حرمة النظر إلى الأجنبية .

و أما جواز النظر إلى جسد زوجته باطناً و ظاهراً فلا كلام فيه ، و ما ورد من النهي عن النظر إلى الفرج محمول على الكراهة .

و أما بالنسبة إلى المحارم ما خلا العورة فلا خلاف فيه إلا أنه قيد بعدم التلذذ و استشكل بعض الأعلام في حرمة التلذذ الذي يكون من قبيل التلذذ و بالنظر إلى البناء الحسن و نحوه بالنسبة إلى الوجوه الحسان و لعله من جهة استبعاد حرمة مثل نظر الوالدين إلى أولادهما مع التلذذ مع حسن الخلقة و الخلق فيهم وإن كان كلمات الفقهاء مطلقة .

الثانية الوطي في الدبر فيه روايتان أشهرهما الجواز على الكراهة . الثالثة العزل عن الحرمة بغير إذنها ، قيل : يحرم و يجب به دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل : مكروه و هو أشبه و رخص في الإماء .

المشهور بين الأصحاب - رضوان الله تعالى عليهم - جواز الوطي في دبر المرأة المحللة و طيها قبلاً على الكراهة ، ويدل عليه ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن علي بن الحكم قال : سمعت صفوان بن يحيى يقول قلت للرضا عليه السلام « إن رجلاً من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة هابك و استحيى منك أن يسألك ، قال : و ماهي ؟ قلت : الرجل يأتي امرأته في دبرها ؟ قال : نعم ذلك له ، قلت له : فأنت تفعل ذلك ، فقال : إننا لانفعل ذلك ^(١) . »

وما رواه في التهذيب عن ابن أبي يعفور قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها ، قال : لا بأس إذا رضيت ، قلت : فأين قول الله عز وجل : « فأتوهن من حيث أمركم الله » ؟ قال : هذا في طلب الولد فاطلب الولد من حيث أمركم الله

إنَّ الله تعالى يقول : « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » (١) .
وعن موسى بن عبد الملك ، عن الحسين بن علي بن يقطين ؛ وعن موسى بن عبد الملك
عن رجل قال : « سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن إتيان الرجل المرأة من خلفها
قال : أحلها آية من كتاب الله قول لوط « هؤلاء بناتي هن » أظهر لكم ، وقد علم أنهم
لا يريدون الفرج ، (٢) .

وعن حماد بن عثمان في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام وأخبرني من سأله
عن الرجل يأتى المرأة في ذلك الموضع وفي البيت جماعة ؟ - فقال لي - وقد رفع صوته - :
قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من كلف مملوكه ما لا يطيق فليعنه ، ثم نظر في وجه أهل البيت
ثم ألقى إلي فقال : لا بأس (٣) .

ويمكن منع ظهور هذا الخبر ولعلَّ نظر السائل إلى الإتيان مع أن في البيت
جماعة و الوقاع لا يناسب في ذلك الموضع .

وعن ابن أبي يعفور في الموثق قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام . ورواه عنه بسند آخر
عن البرقي رفعه ، عن ابن أبي يعفور قال : « سألت عن إتيان النساء في أعجازهن » فقال :
ليس به بأس ، وما أحبُّ أن يفعل » (٤) .

وفي قبالة ما ذكر أخبار يظهر منها الحرمة منها ما رواه في الفقيه قال : قال النبي صلى الله عليه وآله
محاش نساء أمتي على رجال أمتي حرام ، (٥) و اقتصر الصدوق في كتابه على
هذه الرواية ولهذا نسب القول بالتحريم إليه .

و منها ما رواه في التهذيب عن سدير قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : قال
رسول الله صلى الله عليه وآله : محاش النساء على أمتي حرام » (٦) .

و منها ما رواه العياشي في تفسيره ، عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

(١) و (٢) و (٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٥) الفقيه ص ٤٣٢ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

«سألته عن الرجل يأتي أهله في دبرها؟ فكره ذلك و قال : إيتاكم ومحاش النساء و قال إنمّا معنى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » أي ساعة شئتم» (١) .

و عن زيد بن ثابت قال : سأل رجلُ أمير المؤمنين صلوات الله عليه أتوتى النساء في أذارهن؟ فقال : سفلت سفل الله بك أما سمعت الله يقول : أتأتون الفاحشة ماسبقكم بها من أحدمن العالمين (٢) .

و قد يحمل هذه الأخبار على الكراهة جمعاً بينها و بين الأخبار السابقة و لا يخفى بعد هذا الجمع مع ملاحظة التعبير بالحرمة و الاستشهاد بالآية الشريفة ، و قد تحمل على التقيّة لموافقتها مع أكثر العامّة ، وهذا الحمل أيضاً بعيد لعدم المناسبة بين الحكم الصادر تقيّة مع الاستشهاد بقول النبي ﷺ و بالآية الشريفة ، و قد يجاب بضعف السند ، وهذا أيضاً مشككٌ من جهة زهاب جماعة إلى الحرمة ففي المسالك نقل القول بالحرمة عن جماعة من علمائنا منهم القميّون وابن حمزة ، والظاهر أن اختيارهم القول بالحرمة من جهة هذه الأخبار فلا يبعد التخيير - التخيير الأصولي - .

و أما العزل عن الحرّة ، فالمشهور جوازه على كراهة و يدلّ عليه ما رواه في الكافي في الموثق عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله البصريّ قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العزل قال : ذلك إلى الرجل » (٣) .

و عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا بأس بالعزل عن المرأة الحرّة إن أحبّ صاحبها وإن كرهت ، وليس لها من الأمر شيء » (٤) .

و ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العزل فقال : ذلك إلى الرجل يصرفه حيث يشاء » (٥) .

(١) تفسير العياشي ج ١ ص ١١١ .

(٢) التفسير ج ١ ص ١١١ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٥٠٤ .

(٤) و (٥) المصدر ج ٥ ص ٥٠٤ .

و ما رواه في الكافي عن عبد الرحمن الحدّاء عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كان عليّ ابن الحسين عليه السلام لا يرى بال عزل بأساً يقرء هذه الآية « و إذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذرّيتهم و أشهد هم على أنفسهم ألسنت بربكم قالوا بلى ، فكلّ شيء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج و إن كان على صخرة صماء ^(١) »

و عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام « أنه سئل عن العزل فقال : أما الأمة فلا بأس و أما الحرّة فإني أكره ذلك إلا أن يشترط عليها حين يزوّجها ^(٢) » .
و عن يعقوب الجعفي قال : « سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول : « لا بأس بالعزل في ستّة وجوه : المرأة التي أيقنت أنها لا تلد ، والمسنة ، والمرأة السليطة ، والبذية ، والمرأة التي لا ترضع ولدها ، والأمة ^(٣) » ورواه في عيون الأخبار وكذا في الخصال .
والكراهة في لسان الأخبار و إن كانت لا تنافي الحرمة ، إلا أنه تحمل في المقام على غير الحرمة بقرينة الأخبار المطلقة .

و أما الدية فالرّواية الواردة فيها موردها غير ما نحن فيه بل موردها من أفرع في حال الجماع فعزل لذلك فعلى المفزع دية النطفة عشر دنائير روي ذلك صحيحاً عن عليّ عليه السلام والفزع الموجب للعزل غير موجود في روايات مقامنا هذا ، و ظهر من بعض أخبار الباب الترخيص بالنسبة إلى الإماء .

الرابعة لا يدخل بالمرأة حتّى يمضي لها تسع سنين ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الأصحّ . الخامسة لا يجوز للرجل ترك وطئ المرأة أكثر من أربعة أشهر ، السادسة يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً .

أما عدم جواز الدخول حتّى يمضي لها تسع سنين فلا شبهة فيه ولا خلاف ، و يدلّ عليه ما رواه في الكافي عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا يدخل بالجارية حتّى يأتي لها تسع أو عشر سنين أو عشر سبعين ^(٤) » .

(١) المصدر ج ٥ ص ٥٠٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٣) الفقيه ص ٢٢٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٩٨ .

و عن الحلبي في الصحيح قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام : إذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين ^(١) . »
 و ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين ، أو عشر سنين » ^(٢) قال بعض المحدثين : لعل المراد بالترديد لاختلافهن في كبر الجثة و صغرها و قوة البنية و ضعفها .

ولا تعرض في هذه الأخبار لحصول الحرمة مع الدخول قبل مضي التسع ، نعم يظهر مما رواه في الكافي عن العدة ، عن سهل ، عن يعقوب بن يزيد ، عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن يبلغ سبع سنين فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً » ^(٣) ثم إن المراد من قوله عليه السلام على المحكي في هذه الرواية « فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً » إن كان خروجها عن الزوجية يعارضها ما دلّ على بقاء الزوجية مع الإفضاء قبل التسع كصحيحة حران عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سئل عن رجل تزوج جارية بكرأ لم تدرك فلما دخل بها افتضها فأفضاها فقال عليه السلام : إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه ، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقلّ من ذلك بقليل حين دخل بها فافتضها فإنه قد أفسدها و عطّلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه دينها ، و إن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه ^(٤) . »

و رواية بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل افتض جارية - يعني امرأته - فأفضاها ، قال عليه السلام : عليه الدية إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين ، فإن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه و إن كان دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه إن شاء أمسك و إن شاء طلق ، ^(٥) . »

قد يقال : يرفع اليد عن رواية سهل ، عن يعقوب بن يزيد ، بعد تسليم ظهورها

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٨ . (٢) الوسائل ج ٣ ص ١٣ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٢٢٩ . (٤) الفقيه : ٢٢١ .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٣١٤ .

أو صراحتها في ارتفاع الزَّوْجِيَّة من جهة ضعف الرِّوَاية سنداً من جهة سهل ومخالفة المشهور فمع تسليم التكافؤ يكون المرجع حينئذ استصحاب بقاء الزَّوْجِيَّة و من هنا ظهر ضعف القول بسبب الوطى قبل التسع للحرمة الأبدية ولو مع عدم الإيفاء إن لامدرك لهذا القول إلا المرسله وهي لضعفها لا تنهض حجة في رفع اليد عن مقتضى الأصول القطعية كأصالتى بقاء الزَّوْجِيَّة و حلية الوطى ، هذا مضافاً إلى إمكان حملها على ما هو الغالب من استلزام الدُّخول قبل التسع للإيفاء فيكون النظر إلى حرمة الوطى لا ارتفاع الزَّوْجِيَّة و حرمة الوطى في صورة الإيفاء مسلّمة ، و يمكن أن يقال: رواية سهل مأمور بها والأمر في سهل مع نقل مثل الكليني - قدس سره - كثيراً عنه و قد عمل برواية الشيخ قدس سره في المقام ، ومع تسليم التكافؤ مقتضى القاعدة التخيير للمراجعة إلى الاستصحاب ، و إن سلمنا حجة الاستصحاب في الشبهات الحكمية و حمل الرِّوَاية على الغالب من استلزام الدُّخول الإيفاء لم يظهر وجهه لمنع الغلبة و المعارضة باقية مع الحمل أيضاً .

وأما عدم جواز ترك الوطى أكثر من أربعة أشهر فالظاهر أنه موضع وفاق بين الأصحاب ، و يدل عليه ما رواه في الفقيه و التهذيب في الحسن برواية الفقيه ، عن صفوان بن يحيى عن الرضا عليه السلام أنه سأله « عن رجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الإضرار بها يكون لهم مصيبة أي يكون في ذلك آثماً ؟ قال : إذا تركها أربعة أشهر كان آثماً بعد ذلك ^(١) » .

ورواه الشيخ بطريق آخر عن صفوان أيضاً مثله وزاد « إلا أن يكون بائناً ، ولا يخفى أن مورد الرِّوَاية خصوص الشابة فلا تشمل غيرها ولا مجال للقطع بعدم الفرق كما لا يخفى إلا أن يتمسك بالاجماع إن لم يكن مسند المجمعين الخبر المذكور .

و أما كراهة أن يطرق المسافر أهله ليلاً فيدل عليها ما روى في الكافي عن عبدالله ابن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « يكره للرجل إذا قدم من سفر أن يطرق أهله

ليلاً حتى يصبح ، (١) .

وإطلاق الخبر يقتضي عدم الفرق في الكراهة بين أن يعلمهم بذلك قبل الليل و عدمه .

﴿ السابعة إذا دخل بالصبية لم تبلغ تسعاً فأفضاها حرم عليه وطئها مؤبداً ولم تخرج عن حبالته ولو لم يفضها لم يحرم على الأصح ﴾ .
 أما حرمة الوطي بالدخول بها فيدلُّ عليها رسالة يعقوب بن يزيد المتقدمة وليس فيه قيد الإفضاء وتكون ظاهرة أوصريحة في ارتفاع الزوجية ولم يلتزم المشهور به ، فينحصر الدليل في الإجماع أن تم .

و أما عدم الخروج عن حباله الزوج فلصحيحة حمران ورواية بريد بن معاوية المتقدمين حيث ذكر فيهما الإمساك والتطليق مع الإفضاء ، ولا معنى للتطليق مع ارتفاع الزوجية .

و أما عدم حرمة الوطي مؤبداً مع عدم الإفضاء فلعدم دليل عليه إلا رواية سهل المذكورة مع عدم العمل بها و قد عرفت الإشكال فيه .

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في أولياء العقد ، لا ولاية في النكاح لغير الأب و الجد للأب وإن علا و الوصي والمولى والحاكم ، وولاية الأب و الجد ثابتة على الصغيرة ولونزعت بكارتها بزنا أو غيره ﴾ .

أما عدم ولاية غير المذكورين فادعى الإجماع عليه في غير الأم و آباؤها ففي المرسل عن النبي ﷺ أنه أبطل تزويج قدامة بن مظعون بنت أخيه عثمان (٢) .
 و في صحيح محمد بن الحسن الأشعري كتب بعض بني عمي إلى أبي جعفر الثاني

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٩٩ .

(٢) أخرج حديثه ابن ماجه في السنن تحت رقم ١٨٧٨ .

عليه السلام: « ما تقول في صبية تزوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج؟ فكتب عليه السلام بخطه: لا تكره على ذلك والأمر أمرها (١) . »

وحكى عن ابن جنيد أن الأم وأباها يقومان مقام الأب في ذلك لأن رسول الله ﷺ أمر نعيم بن نجاح أن يستأمر أم ابنته في أمرها وقال: وآمرهن في بناتهن، والخبر ضعيف .

والأخبار المتعلقة بالمقام منها صحيحة عبدالله بن الصلت المروية في الكافي و التهذيب قال: « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجها أبوها ألبها أمر إذا بلغت؟ قال: لا، وزاد في الكافي « ليس لها مع أيها أمر » (٢) .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: « سألت أمي الحسن الرضا عليه السلام عن الصبية يزوجها أبوها ثم يموت وهي صغيرة، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها أيجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال: أيجوز عليها تزويج أيها » (٣) .

ومنها ما رواه الشيخ (ره) عن الحلبي قال: « قلت لأمي عبدالله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أما التزويج فصحيح فينبغي أنه تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه قد طلق فإن أقر بذلك وأمضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب وأن أنكر ذلك وأمى أن يمضي فهي امرأته » (٤) .

وعن محمد بن مسلم في الصحيح، عن أمي جعفر عليه السلام « في الصبي يزوج الصبية يتوارثان؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم، قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ و الفقيه ص ٤١٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص

قال : لا (١) .

وروى الشيخ (ره) عن الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن الجد إذا تزوج ابنة ابنه و كان أبوها حياً و كان الجد مرضياً جاز ، قلنا : وإن هوى أبو- الجارية هوى و هوى الجد هوى وهما سواء في العدل والرّضا ؟ قال : أحب إلي أن ترضى بقول الجد » (٢) .

و منها موثّق عبيد قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل ، و يريد جدّها أن يزوّجها من رجل ؟ فقال : الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوّجها قبله ، ويجوز عليها تزويج الأب والجد » (٣) .
و أمّا ولاية الوصي والمولى والحاكم فسيجيء الكلام فيها إن شاء الله تعالى .
و أمّا ثبوت ولاية الأب والجد على الصغيرة و إن ذهبت بكارتها فلا ن المدار في ولايتهما الصغر لا البكارة ، و مقتضى الاطلاق ثبوتها لهما و إن ذهبت بالبكارة بزنا أو غيره .

ولا يشترط في ولاية الجد بقاء العقد و قيل يشترط ، وفي المستند ضعف ، ولا خيار للصبيّة مع البلوغ ، و في الصبي قولان أنظرهما أنه كذلك ، ولو زوّجها فالعقد للسابق ، فإن اقترنا ثبت عقد الجد ، و يثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكراً كان أو أنثى ، ولا خيار له لو أفاق ، والثيب تزوّج نفسها ولا ولاية عليها لأب ولا لغيره ولو زوّجها من غير إذنها وقف على إجازتها .

مقتضى رواية عبد الله بن سنان الصحيحة عن الصادق عليه السلام قال : « الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها » (٤) ولا خلاف في أن الجد ولي أمر الصغيرة سواء كان الأب

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٦ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٤ .

(٣) الكافي ج ٢ ص ٣٩٥ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٤ .

حيًا أوميًا . واستدلّ للقول بالاشتراط برواية الفضل بن عبد الملك المتقدّم واستشكل في العمل بها تارة من جهة ضعف السند ، وأخرى من جهة ضعف الدلالة حيث إنها بالمفهوم الوصفي وهو غير معتبر عند المحققين ، وأجيب بأنّه من باب مفهوم الشرط وهو معتبر .

وأما من جهة ضعف السند فالظاهر أنّ الرّواية موثقة وحمل القيد على بيان الفرد الأخرى وهو جواز عقد الجدد مع وجود الأب ، ويمكن أن يقال بعدما كان الأصل في القيود الاحترازية فاللازم مدخلة حياة الأب في ولاية الجدد وليس في قبالة إلا الاطلاق القابل للتقييد ، نعم استبعاد مدخلة حياة الأب في ولاية الجدد مع أولوية نظره عند المعارضة مع الأب مع عدم المدخلة في تصرفات الجدد في أمور الصغيرة غير نكاحها يوجب التوقف وحيث إنّ مجرد الاستبعاد لا يرفع الإشكال لابدء من الاحتياط .
وأما التمسك بالاستصحاب في بعض الأفراد كما لو كان الأب حيًا فمات والجدة حيّة فيستصحب ولايته ، أو التمسك بأصالة عدم الاشتراط فلا يخفى الإشكال فيهما لأنّه بعد وجود الدليل الاجتهادي لا مجال للاستصحاب وإن قلنا بحجّة الاستصحاب في الشبهات الحكمية ، كما أنّه معه لا مجال للأصل .

وأما عدم الخيار للصبيّة مع البلوغ فلرواية عبدالله بن الصلت الصحيحة ورواية محمد بن إسماعيل بن بزيع الصحيحة المتقدّمتين ومثلهما صحيح ابن يقطين^(١) .
وفي قبالة هذه الأخبار ما روى محمد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يزوّج الصبيّة؟ قال : إن كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعمة جائز ، ولكن لهما الخيار إذا أدركا ، فإن رضيا بذلك فإنّ المهر على الأب . قلت : فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال : لا ،^(٢) .

والظاهر عدم العمل به بل قيل : لأبأس بالوصف بالشذوذ الذي أمرنا بالاعراض عن أمثاله .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٤٤ .

و أما عدم الخيار لخصوص الصبي فلم نجد ما يدل على نفي الخيار له وما دل على صحة تزويج الصغير والصغيرة مع صدور التزويج من الولي لا ينفى الخيار ، وقد يتمسك بالاستصحاب وآية «أوفوا بالعقود» ويشكل من جهة الاشكال في حجية الاستصحاب في الشبهات الحكيمية مضافاً إلى وجود الدليل الاجتهادي في قبالة وهو صحيح محمد بن مسلم المذكور و عدم العمل بمضمونه بالنسبة إلى الصغيرة لعله لا يوجب طرح الرواية أصلاً حتى بالنسبة إلى الصبي .

وأما التمسك بآية «أوفوا بالعقود» فيشكل من جهة أن الظاهر أن المخاطبين العاقدون والصبي ليس عاقداً ، وجه ذلك أن الوفاء بالعهد و عدم نقضه بالنسبة إلى من عاهد و عقد ، و الصغير ليس طرف المعاهدة حتى يكون فسخه خلاف الوفاء، مضافاً إلى أنه عام قابل للتخصيص .

و خالف في المقام الشيخ في النهاية وبنو البراءج و حمزة وابن إدريس - قدس الله تعالى أسرارهم - واستدل لهم بخبر الكناسي ، عن الباقر عليه السلام «أن الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك أو بلغ خمسة عشر سنة ^(١) ، و استدل أيضاً بتطرق الضرر على الغلام مع عدم الخيار باعتبار إثبات المهر في ذمته و النفقة من غير ضرورة تقضي ذلك ، و أجيب بضعف الرواية سنداً ، و ما ذكر من تطرق الضرر - الخ . مجرد اعتبار يدفعه منع عدم المصلحة في ذلك و بالجملة المسألة لا تخلو عن شوب الاشكال خصوصاً مع أن ابن إدريس لا يعمل إلا بالقطعيات من الأخبار فإن كان استناده إلى خبر المذكور يكون الخبر منها .

و أما ثبوت العقد السابق و لغوية العقد اللاحق فوجهه واضح حيث إنه مع صحة العقد السابق لا مجال لصحة العقد اللاحق .

و أما ثبوت عقد الجدة مع اقتران عقده مع عقد الأب فلقول الصادق عليه السلام على المحكي في صحيح هشام بن سالم و محمد بن حكيم «إذا زوج الأب و الجدة كان التزويج

للاب فان كانا جميعاً في حال واحد فالجدُّ أولى» (١).

وأما ثبوت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكراً كان أو أنثى فقيل: إنه موضع وفاق، واستدل بالاستصحاب المؤيد باستبعاد عزلهما عن ولاية النكاح خاصة ضرورة بقاء ولايتهما على المال المشروط انقطاعها بإيناس الرشد، مضافاً إلى خبر أبي بصير في تفسير «من بيده عقدة النكاح» ويمكن أن يقال: أما الاستصحاب فيشكل التمسك به في الشبهات الحكمية مضافاً إلى الإشكال من جهة أن الولاية على الصغير والصغيرة بعنوان صغرهما، فبعد ارتفاع الصغر كيف تستصحاب.

وأما بقاء ولايتهما في أموالهما فإن كان من جهة الآية الشريفة «فإن آنستم - الآية» فاستفادتها منها مشكلة لأن عدم جواز دفع المال مع عدم إيناس الرشد لا يثبت الولاية فإن غير الولي أيضاً لا يدفع مال المجنون إليه وإن كانت الولاية باقية بدليل آخر فلا مانع من استفادة بقاء الولاية من جهة الخبر المذكور، ومع ثبوت الولاية فالظاهر عدم الخيار لو وقع الولي للاستصحاب بل من جهة ما دل على عدم الخيار في النكاح إلا ما ورد النص فيه من العيوب.

وأما عدم الولاية على الثيب وكون أمرها بيدها فلا إشكال فيه ويدل عليه الأخبار منها ما رواه ثقة الإسلام في الصحيح، عن عبد الله بن الصلت قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة زوجها أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال: لا، ليس لها مع أيها أمر، قال: وسألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أيها أمر؟ قال: ليس لها مع أيها أمر ما لم تتيب» (٢).

ومنها ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي، عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أيها أمر؟ قال: ليس لها مع أيها أمر ما لم تتيب» (٣).

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٤. والتهذيب ج ٢ ص ٢٢١.

(٣) الوسائل أبواب عقد النكاح وأولياء القربى ج ٣ ص ١١.

و منها ما رواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى قال : « سألت عن الرجل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها ؟ قال : نعم ، ليس يكون للولد مع الوالد أمر إلا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر ، ^(١) .

و بعد ما كان الاختيار لها فلو تزوجها غيره بغير إذنها وقف على إجازتها ويكون من النكاح الفضولي وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

﴿ أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها ولو كان أبوها حياً قيل : لها الانفرد دائماً كان أو منقطعاً . وقيل : العقد مشترك بينها وبين الأب فلا ينفرد أحدهما به . وقيل : أمرها إلى الأب وليس لها معه أمر ، ومن الأصحاب من أذن لها في المتعة دون الدائم ومنهم من عكس والأول أولى ﴾ .

اختلف الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - في ثبوت الولاية للأب على البكرة الرشيدة البالغة في خصوص أمر تزويجها وعدمه على أقوال أشار إليها في المتن فاستدل للقول بثبوتها مضافاً إلى أصالة بقاء الولاية قبل بلوغها بأخبار منها صحيحة عبد الله بن الصلت ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : « سألت عن الجارية إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمر قال : لا ، ^(٢) ونحوها صحيحة محمد بن مسلم بزيادة قوله عليه السلام « يستأمرها كل أحد ماعدا الأب » ^(٣) .

و رواية أمي مريم المرورية في الكافي عن الصادق عليه السلام قال : « الجارية البكر التي لها أب لا تزوج إلا بأذن أبيها » ^(٤) .

و موثقة عبيد بن زرارة « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل ويريد جدّها أن يزوجها من رجل ؟ فقال عليه السلام : الجد أولى بذلك

(١) الوسائل أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٤ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٢ .

(٤) المصدر ج ٥ ص ٣٩١ و ٣٩٢ .

مالم يكن مضاراً، إن لم يكن الأب بزواجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب بالجد^(١).
 و في قبالها أخبار أخر منها صحيحة منصور بن حازم، عن الصادق عليه السلام «تستأمر
 البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها»^(٢).

ومنها صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «المرأة التي ملكت
 نفسها غير السفينة ولا المولى عليها إن تزويجها بغير ولي جائز»^(٣).
 حيث إن الظاهر أن المراد من التي ملكت نفسها المالكة بالنسبة إلى الأمور
 الرجعة إلى نظام معاشها من العقود والإيقاعات وغيرها لا المالكة حتى بالنسبة إلى
 التزويج كما لا يخفى.

إن قيل: ظهور هذه الأخبار في استقلالها مسلم إلا أنها لا تصلح للمعارضة مع تلك
 الأخبار لصراحة تلك في أن البكرة البالغة لا مدخلة لها في تزويجها بخلاف هذه
 الأخبار لأن شمولها بالإطلاق والظهور لا يعارض النص الصريح، أوجب عنه بمنع
 صراحة تلك الأخبار في ولاية الأب على أمر تزويجها مطلقاً وعدم مدخلة فيها أصلاً
 إذن المحتمل أن يكون المراد من قوله عليه السلام «على المحكمي» «ليس لها مع أبيها أمر»
 أنه ليس لها مع إقدام أبيها على تزويجها الرد والإجازة فيدل على عدم مدخلة لها في
 أمر تزويجها في خصوص ما إذا تزوجها أبوها من زوج لا مطلقاً كما هو المدعى، وهذا
 الاحتمال وإن كان بعيداً إلا أنه تكفي في منع صراحتها وإن سلم صراحة تلك الأخبار
 ففي الأخبار المعارضة أيضاً ما هو صريح ففي رواية سعدان بن مسلم، عن الصادق عليه السلام
 «ولا بأس بتزويج البكر إذا رضيت من غير إذن أبيها»^(٤) فيقع التعارض بين الطائفتين،
 ويمكن الجمع بحمل ما دل على عدم مدخلة لها في أمر تزويجها مطلقاً على ما إذا أقدم
 أبوها على تزويجها، ويكون المراد من قوله عليه السلام «ليس لها مع أبيها أمر» أنه ليس لها
 مع تزويج أبيها إتيانها الرد والإجازة. وحمل ما دل على استقلالها في أمرها على غير

(١) المصدر ج ٥ ص ٣٩٥ . (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٦ .

هذه الصورة ، ويؤيد هذا الجمع صدر صحيحة عبدالله بن الصلت حيث سئل عنه عليه السلام عن الجارية التي زوجها أبوها قبل بلوغها هل لها أمرٌ بعد بلوغها ورشدها أم لأفاجاب لا أمر لها مع أبيها ، ^(١) فإن المراد من قوله « لا أمر لها مع أبيها » ليس إنه لا خيار لها مع وجود أبيها ضرورة أنها لا خيار لها بعد البلوغ مطلقاً سواء كان لها أب أو لا اتفاقاً ، فيكون تقييده بما إذا كان لها أب لغواً بل المراد أن مع إقدام الأب في تزويجها لا خيار لها ، و يكون تزويج الأب نافذاً .

ويمكن أن يقال : حمل المطلقات على الفرد الغير الغالب مشكلاً لأن ما ذكر بنحو القانون لا بد أن يكون الباقي تحته أزيد من الخارج لا المساوي ولا الغير الغالب .
وأما ما ذكر من التأييد بصحيحة عبد الله بن الصلت فهو مبني على حمل المطلق أعني قوله عليه السلام على المحكي « لا أمر لها » على القدر المتيقن في مقام التخاطب وهو ممنوع فمع منعه يكون كسائر المطلقات الدالة على أنه لا أمر لها مع وجود الأب مطلقاً لا الخيار ولا التزويج بالاستقلال ، وقد يقال : الأخبار الدالة على استقلال البكر في تزويجها المعتبر منها غير آب عن التقييد بغير من له أب والآبي عن التقييد غير معتبر فيوهن التمسك بهاعلى كثرتها ، ويشكل من جهة ما ذكر من لزوم كون الباقي تحت المطلق غالباً وكيف يدعى أن البكر بحسب الغالب لا أب لها وثانياً يشكل طرح ما ليس فيه تصحيح وتوثيق مع النقل في الكافي والفقيه والتهذيب ، ثم إنه مع عدم إمكان الجمع العرفي وعدم الترجيح لامن جهة السند لوجود الأخبار الصحيحة في كلتا الطائفتين ولامن جهة الصدور لاختلاف العامة أيضاً قدر ترجيح الأخبار الدالة على استقلال البكر لموافقته لعموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود » واستشكل بعدم صدق العقد المفسر في الأخبار بالعهد على التزويج ، وفيه إشكال لصدق المعاهدة بين الزوج والزوجة كصدقها في البيع والصلح والإجارة ، ومنع صدق العهد في بعض مصاديقها لا يضر ، نعم يمكن الأشكال بأنه مع الشك في الأهلية للعقد لا يمكن التمسك به وقد ترجح بمادل من الأخبار على أن الصبي إذا بلغ أشده واحتمل يكون مالكا لا أمره إن لاشبهة في أن المراد

من الصبي أعم من الصغير و الصغيرة من جهة التغليب كما في قوله تعالى « كتب عليكم الصيام » وغيره من آيات الأحكام.

و استشكل بأن الترجيح بالموافقة لهذه الأخبار إنما يتم لو كانت متواترة كاشفة عن السنة القطعية وإلا فالمتعين جعلها مرجعاً بناءً على القول بتساقط المتعارضين من الأخبار. ويمكن أن يقال : كون المراد من الصبي الأعم يحتاج إلى الدليل لأن التغليب صحيح لكنه خلاف الظاهر يحتاج إلى القرينة .

و أما جعل تلك الأخبار مرجعاً بعد تعارض الأدلة فلم يظهر وجهه فإن العام ليس حاله حال الأصل حتى يقال بعد تعارض الدليلين وتساقطهما نرجع إليه بل هو معارض لأحدى الطائفتين في عرض معارضة الطائفة المعارضة ، غاية الأمر لولا الطائفة الموافقة له كانت الطائفة المخالفة مقدمة عليه للأظهرية أو لكونها الناصة ، وعلى هذا فمع التعارض وعدم الترجيح يجيء التخيير .

ثم إن ظاهر الأخبار المذكوره اختصاص الحكم نفيًا وإثباتًا بالأب ولا تعرض للجد فالتعميم لا بد له من الدليل إما من جهة صدق الأب على الجد ولو بنحو المجاز وإما من جهة أقوائية ولاية الجد على الأب من جهة أنه مع اختلاف نظرهما يقدم نظر الجد ، لكن إثبات الحكم للجد بملاحظة ما ذكر لا يخلو عن الإشكال و في المتن لم يذكر الجد ، و أما القول بالتشريك فالأخبار المذكورة تدفعه حيث يظهر من طائفة استقلال البكر في أمرها و من طائفة أخرى استقلال الأب ، وربما يستظهر التشريك من موثقة صفوان قال : « استشار عبدالرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه ، فقال : إفعل و يكون ذلك برضاها ، فإن لها في نفسها نصيباً . قال : و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي بن جعفر ، فقال : أفعل و يكون ذلك برضاها ، فإن لها في نفسها حظاً » (١) وقد يجاب بأن هذه الموثقة مطلقة في كون الابنة بكرًا أو ثيبًا و كلامنا في البكر فأية الطائفتين أخذنا بها تقيّد المطلق و توجب تخصيصها بالثيب .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢١ .

ويمكن أن يقال : لا إشكال ولا خلاف في أن الثيب مستقلة في أمر نكاحها ولا مدخلة للأب ولا للجد في نكاحها ، وظاهر الموثقة يخالف الاستقلال فإنه لا يقال : للمستقلة في أمرها أن لها في نفسها نصيباً ، هذا مضافاً إلى أن الموثقة واردة في مورد خاص ولعل البنت كانت بكرأ والضمير راجع إليها فكيف يحكم بالإطلاق والتقييد فمع مقاومة الموثقة للأخبار المتقدمة تكون طرف المعارضة للطائفتين فلا بد من الترجيح أو التخيير .

و أما القول بثبوت الولاية على البكر في الدائم دون المنقطع فالظاهر أنه للجمع بين الأخبار الدالة على ثبوت الولاية و بين ما ورد في خصوص المنقطع كرواية أبي سعيد القمط عمّن رواه قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جارية بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها أفأفعل ذلك ؟ قال : نعم و اتق موضع الفرج ، قال : قلت : وإن رضيت ؟ قال : و إن رضيت فإنه عار على الأبكار » ^(١) .

و رواية الحلبي قال : « سألته عن التمتع بالبكر إذا كانت بين أبويها بلا إذن من أبويها ؟ قال : لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتعقّف بذلك » ^(٢) .

ورواية أبي سعيد قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن التمتع من الأبكار اللواتي بين الأبوين ؟ فقال : لا بأس ، ولا أقول كما يقول هذه الأقباب » ^(٣) .

و يعارضها الأخبار السابقة الدالة على أنه لا أمر لها مع أبيها و تلك الأخبار وإن كان الظاهر ورودها في النكاح الدائم لانصراف التزويج والنكاح عند الإطلاق إلى الدائم و في لسان الأخبار إذا أريد المنقطع بقيد بلفظ المتعة أو التمتع إلا أن التعبير بأنه لا أمر لها مع أبيها يعم فتأمل ، وما دلّ بالخصوص على عدم الجواز بدون إذن الأب صحيحة أبي مريم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « العذراء التي لها أب لا تزوّج متعةً إلا بأذن أبيها » ^(٤) .

(١) و (٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ و الاستبصار ج ٣ ص ١٤٥ .

وصحيحة البنظي عن الرضا عليه السلام قال : « البكر لا تزوج متعة إلا باذن أبيها » (١).

وقديحمل الصحيحتان على التقيّة أو على الكراهة ، ويشكل حملهما على التقيّة لشدة إنكار العامة للمتعة من غير فرق بين صورة إذن الأب وغيرها ، ومقتضى القاعدة تقديم الصحيحين على ما يعارضهما بالخصوص من جهة صحة السند وتخصيصهما لماسبق من ظهور اختصاص تلك الأخبار بالنكاح الدائم فإن أخذنا بالأخبار الدالة على استقلال البكر في تزويجها تكون الصحيحتان مخصصتين لتلك الأخبار إن استفيد منها الاستقلال في التزويج مطلقاً حتى بالنسبة إلى النكاح المنقطع وإن لم يكن لها إطلاق فخرج المتعة من باب التخصص إلا أن تحملا على الكراهة لما أشير إليه في ما دلّ على الجواز .

✽ ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه إجماعاً و لو زوج الصغيرة غير الأب و الجدّ وقف على رضاها عند البلوغ و كذا الصغير ، و للمولى أن يزوج المملوكة ، صغيرةً وكبيرةً ، بكرًا وثيبًا ، عاقلةً ومجنونةً ، ولا خيار لها وكذا العبد ، ولا يزوج الوصي إلا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة وكذا الحاكم .

لو منع الولي تزويج البكر مع الكفو مع أنها طالبة فلا خلاف ظاهراً في عدم اعتبار رضى الولي إن قلنا بعدم استقلال البكر في أمر التزويج وهذا ظاهراً من المسائل المعجم عليها حيث لانسّ في البين ، وقد يتمسك بقاعدة نفي الضرر وقاعدة نفي الحرج وسعة الشريعة السمحة السهلة .

ويشكل الأمر على من لا يتوجه إلى الإجماعات حيث إن القاعدتين انطباقهما على هذه الصورة منوط بالضرر الشخصي و الحرج الشخصي ولا يثبت الحكم بقول مطلق وقد يتمسك بقوله تعالى «ولا تعضلوهن» أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف» بناء على دخول بعض أفراد المقام فيه ، كما لو زوجها الولي وطلّقت قبل الدخول و كون المراد نهى الناس أجمع ومنهم الأولياء . ويشكل من جهة احتمال أن تكون المراد

نهى الأزواج السابقين عن عضل النساء أن يتزوّجن ولوزوج الصغيرة غير الأب والجدّ وقف على رضاها عند البلوغ إن لم يكن لها الأب والجدّ أو كان ، وقلنا باستقلالها في أمرها بناء على صحّة الفضوليّ حتى مع عدم من له الإجازة حال العقد و كذا الصغير .

وللمولى تزويج المملوكة بنحو الإطلاق بلاخلاف ظاهر أقوله تعالى «فانكحوهنّ باذن أهلهنّ» وقوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين - الآية » .
ويمكن منع الظهور فيه من جهة ذكر الأيامى حيث إنّها لا ولاية عليها وبدلّ عليه حسن زرارة عن الباقر عليه السلام « سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ، فقال : ذلك إلى سيّده إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما » (١) .

وقد يتمسك بقاعدة السلطنة وقد يتأمل فيه من جهة عدم تعرّض القاعدة لأنحاء السلطنة ، وقد يقال بعدم الولاية للكافر على المملوك المسلم لقوله تعالى : « لن يجعل الله - الآية » .

و يشكل ولاية الحاكم لعدم كونه مولى عليه على كلّ حال كالصغير والمجنون بل المملوك مولى عليه للمالك من حيث الماليّة وقد فرض عدم ولاية له للكفر، ويمكن أن يقال : إن كان جواز التزويج للمالك من شئون الملكيّة ما لم يخرج عن الملكيّة كما لو آجر المالك عبده قبل أن يخرج من ملكه فلا يستفاد من قوله تعالى « لن يجعل الله - الآية » نفيه وإلا لزم خروج المملوك عن الملكيّة وليس كذلك بل ظاهر ما دلّ على بيعه من المسلمين بقاءه مادام لم يبيع على الملكيّة وإذا صحّ تزويج المولى مملوكه فلا خيار له حيث إنّ مملوك لا يقدر على شيء ، خرج الطلاق بالدليل ، وأيضاً بناء النكاح على اللزوم خرج ما خرج بالدليل .

وأما تزويج الوصيّ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة فمقضى عدم مادلّ على نفي الولاية لغير الأب كصحيفة أبي عبيدة الحدّاء المروية في الكافي قال : « سألت أبا جعفر

عَلَيْهِمَا عَنْ غَلامٍ وَجاريةٍ زَوْجَهما وَلِيَّانِ لهما وَهما غيرَ مدرَكين فقال : النكاح جائزٌ وَ
أَيُّهما أدركَ كانَ على الخِيارِ وَإِنِ ماتا قَبْلَ أن يَدركا فَلَما يَرثُ بينهما وَلامهرٍ إِلاَّ أن يَكونا
قد أدركا وَرضيا - إلى أن قال - قلت : فَإِن كانَ أبوها هو الَّذي زَوَّجَها قَبْلَ أن تَدرك
قال : يَجوزُ عليها تزويجُ الاب ، وَيجوزُ على الغَلامِ وَالمهرِ على الأبِ لِلجاريةِ ، (١) .
وَالمرادُ بِالوَلِيِّينَ في الصَدْرِ غيرَ الأبِ مِنَ الوَلِيِّ العَرَفِيِّ عَدمَ الوِلايةِ لِلوَصِيِّ ،
وَأمَّا الصَّحيحُ المذکورُ فَمَحْمولٌ في غيرِ الأبِ على الوَلِيِّ العَرَفِيِّ بِقَرينةِ صَحيحةِ الحَدِّثِ
فَإِن كانَ جَوازُهُ لِقولِهِ تَعالَى « فَمَن بَدَّلَهُ بَعَدَما سَمِعَهُ » حيثُ يَسْتَفادُ مِنَ الأَخْبارِ في
بابِ الوَصِيَّةِ أَنَّ الوَصِيَّةَ نافِذةٌ يَجِبُ إنْفازُها مَطلقاً ، فَلَواجِبُ التَّقْييدِ بِصورةِ فسادِ العَقلِ
وَاعتبارِ المَصْلَحَةِ ، وَكذا إِذا تَمَسَّكَ بِصَحيحِ ابنِ مَسلَمٍ وَأبي بَصيرٍ عَنِ أَميرِ جَعْفَرِ عَلَيْهِ السَّلَامُ
« سَأَلْتُهُ عَنِ الَّذي يَيدُهُ عَقْدَةُ النِكاكِحِ ، قالَ : هُوَ الأَبُ وَالإِخُ وَالوَصِيُّ إِلَيْهِ » (٢) لَكِنَّهُ
يَشْكَلُ التَّمَسُّكُ بِقولِهِ تَعالَى « فَمَن بَدَّلَهُ بَعَدَما سَمِعَهُ » لِتَخْصيصِهِ بِكَوْنِ الوَصِيِّ بِهِ
مَما يَرْضَى بِهِ اللهُ تَعالَى كَما سَبَقَ في كِتابِ الوَصايا وَلم يَحْرَزْ كَوْنَ الوَصِيَّةِ بِتَزْويجِ الصَّغِيرِ
الصَّغِيرَةِ مَما يَرْضَى بِهِ اللهُ تَعالَى .

وَ في قَبالِ الصَّحيحِ المذکورِ المَضْمَرُ « سَأَلَهُ رَجُلٌ عَنِ رَجُلٍ ماتَ وَتَرَكَ أَخْوَينَ وَ
بِنْتاً وَالبنتُ صَغيرةٌ فَعَمَدَ أَحَدُ الأَخْوَينَ الوَصِيَّ فَزَوَّجَ الابنَةَ مِنَ ابْنِهِ ، ثُمَّ ماتَ أَبُو
الابنِ المَزْوَجِ ، فَلَمَّا ماتَ قالَ الأَخرُ : أَخِي لَمْ يَزْوَجْ ابْنَهُ فَزَوَّجَ الجاريةَ مِنَ ابْنِهِ
فَقِيلَ لِلجاريةِ : أَيُّ الزَّوَجِينَ أَحَبُّ إِلَيْكَ الأَوَّلُ أَوِ الأَخيرُ ؟ قالَتَ : الأَخيرُ ، ثُمَّ
إِنَّ الأَخِ الثَّانِيَّ ماتَ وَالأَخُ الأَوَّلُ ابْنُ أَكْبَرَ مِنَ الابنِ المَزْوَجِ فقالَ لِلجاريةِ : ااخْتاري
أَيُّهما أَحَبُّ إِلَيْكَ الزَّوَجِ الأَوَّلُ أَوِ الزَّوَجِ الأَخيرُ ، فقالَ : الرِّوايةُ فِيها أَنَّها
لِلزَّوَجِ الأَخيرِ وَذلكَ أَنَّها قد كانتَ أدركتُ حينَ زَوَّجَها وَليسَ لَها أن تَنقُضَ ما عَقَدتَهُ
بَعْدَ إدراكِها ، (٣) .

(١) المَصدِرُ ج ٥ ص ٣٠١ وَالتَهْذِيبُ ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) التَهْذِيبُ ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٧ وَالتَهْذِيبُ ج ٢ ص ٢٢٣ .

وقد يقال بعدم معارضة هذا الخبير للصحيح المذكور لكونه مضماً في الكافي و التهذيب وعدم ثبوت كون الأخ وصياً على نكاح البنت و إنكار أخ الثاني ما فعله الأوّل ، ونسبة ذلك إلى الرواية المشعرة بالتقية لو فرض كونه من الإمام عليه السلام مع التعليل العليل .

و يمكن أن يقال : بعد أن كان مانسب إلى المشهور أو الأشهر عدم الولاية للوصي^١ وإن نصّ الموصي على النكاح ، فأمّا من جهة الأخذ بالمضمر المذكور في قبالة الصحيح المذكور ويكون المضمر معتبراً ومستظهِراً من حيث السندكون المسئول الإمام عليه السلام ، و أمّا إن يكون من جهة عدم العمل بالصحيح المذكور ، و يحتمل أن يكون من جهة عموم مادّة على عدم ولاية غير الأب و على هذا فلا مانع من حجّيته إلاّ أنّه يشكل من جهة أنّه مع أخصّيته كيف لم يعملوا به ، ولعلّ وجه عدم العمل ضعف الدلالة من جهة الحمل على الولي العرفي^٢ بقرينة ساير الأخبار ، فلا يكون حجّة .

و ما ذكر من عدم ثبوت كون الأخ وصياً على نكاح البنت يمكن أن يجاب عنه بكفاية ترك الاستفصال .

و ما ذكر من أنّ نسبة ذلك إلى الرواية مشعرة بالتقية فيه أنّها لاتدلّ على التقية لأنّ في الروايات الواردة عنهم عليهم السلام النسبة إلى الرواية .

ويمكن أن يكون النظر في التعليل المذكور فيها إلى أنّ العقد السابق لما لم يكن صادراً ممّن له الولاية ولم يكن ممضى بعد البلوغ لم يعتبر و العقد اللاحق حيث كان ممضى ليس لها نقضه وإن كان نسبة العقد إليها بمجرد الإمضاء بنحو المجاز .

وأمّا ولاية الحاكم فالمشهور أيضاً عدمه بالنسبة إلى من لم يبلغ ذكراً كان أو أنثى للأصل و في المتن ثبوتها بالنسبة إلى فاسد العقل وقد يقال بثبوتها للعموم ولاية الحاكم المستفادة من نحو قوله : «السلطان وليّ من لا وليّ له»^(١) وغيره المراد منه أنّه قائم مقام الولي^٢

(١) خبير عامي ولم أجدّه الا في كتب الفقه كالمختلف وفي سنن ابن ماجه في باب لانكاح

الابولي باسناده عن عائشة قالت قال رسول الله (ص) : أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل فان أصابها فلها مهرها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له . ج ١ ص

حيث لاولي غير مضافاً إلى خبر أبي بصير الوارد في تفسير «من يده عقدة النكاح» بل في صحيح ابن سنان الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها (١).

ويمكن أن يقال: السلطان في قوله: «السلطان ولي من لاولي له» يطلق على المنصوب بالخصوص من قبل المعصوم كالمنصوب في ز من النبي والأمر عليه السلام وأما الفقهاء فإثبات الولاية العامة نحو ولاية المنصوبين لهم بالخصوص فمحل إشكال وقد سبق الكلام فيه في كتاب البيع فيشكل التمسك به، وأما التمسك بما ورد في تفسير «من يده عقدة النكاح» فله وجه حيث إن الحاكم ولي بالنسبة إلى الصبي لكن هذه الولاية من جهة لزوم قضاء حوائجه من باب الحسبة ويكون الحاكم متيقناً لأن الشارع لا يرضى باختلال أمور القاصر لصغر أوجون أو مرض فيدور بين الحاكم وغيره وهو المتيقن لكنها ثابتة لعدول المؤمنين مع تعذر الرجوع إلى الحاكم ويحتمل ثبوتها حتى مع التمكن من الرجوع إليه بل ثابتة لغير عدول المؤمنين مع عدم التمكن من الرجوع إليهم ولازم هذا ثبوت الولاية لغير الحاكم أيضاً، والظاهر عدم التزامهم به فيقع الإشكال من جهة عدم كون التزويج من الأمور التي يجب قضائها.

و يلحق بهذا الباب مسائل: الأولى الوكيل في النكاح لا يزوجه من نفسه ولو أذنت في ذلك فالأشبه الجواز، وقيل: لا، وهي رواية عمار، الثانية النكاح يقف على الإجازة في الحر والعبد، ويكفي في الإجازة سكوت البكر، ويعتبر في الثيب النطق، الثالثة لا ينكح الأمة إلا بإذن المولى رجلاً كان المولى أو امرأة، وفي رواية سيف يجوز نكاح أمة المرأة من غير إذنها متعة وهي منافية للأصل.

وجه منع تزويج الوكيل من نفسه بأن الظاهر إرادة تزويجها من غيره، أو لا ظهور في تزويجها من نفسه ويكفي عدم الظهور، وما ذكر لا يخلو عن الإشكال وقد يدعى نفي الخلاف في المسئلة ومع احتمال أن يكون مدرك المجمعين ما ذكر كيف يتمسك به، نعم مع التعميم لا إشكال إلا أن يمنع من جهة الخبر الآتي ذكره ولو أذنت جاز تزويجها من نفسه بحسب القواعد فهو بما هو وكيل عن المرأة يوجب ويقبل، لا باعتبار

أنه وكيل ويكفي المغايرة الاعتبارية في الإيجاب والقبول كتزويج الجد بنت ابنه لابن ابنه ، ويجوز للرجل أن يوكل شخصاً آخر عن نفسه فيوجب عن المرأة ويقبل الوكيل من طرفه له .

وفي المقام رواية عمّار الساباطي يستفاد منها عدم الجواز ، قال : « سألت أبي - الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها يحل لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها تقول له : قد وكتلتك فاشهد علي تزويجي قال : لا - إلى أن قال : - قلت : فإن وكتلت غيره بتزويجها أيزو جهامنه ، قال : نعم ، ^(١) .

وهذه الرواية من حيث السند معتبرة من جهة أن عمّار ثقة عند علماء الرجال لكن المشهور لم يعملوا بها ، والظاهر أن التزوج فيها الدائم فإن النكاح المنقطع في لسان الأخبار يحتاج إلى القيد وأما النكاح الواقع من غير مباشرة الزوج والزوجة أومع المباشرة وعدم الاختيار شرعاً فالمشهور صحته بالإجازة إن يكن بإذن الولي ويبدل عليه الأخبار .

منها خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « سألت عن رجل زوجته أمه وهو غائب قال : النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل ، وإن شاء ترك - الحديث ^(٢) .

ومنها حسن زرارة « سألت عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال : ذلك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما ، قلت : أصلحك الله إن حكم بن عتيبة وأصحابه يقولون : إن أصل النكاح باطل فلا تحل إجازة السيد ، فقال عليه السلام : إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز فهو جائز ، ^(٣) .

ومنها خبره الآخر « سألت عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثم أطلع على ذلك مولاه فقال عليه السلام : ذلك إلى مولاه إن شاء فرق بينهما - إلى أن قال : - فقلت له : إنه في أصل النكاح كان عاصياً ، فقال عليه السلام : إنه إنما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص الله وإنما عصى سيده ^(٤) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠١ .

(٣) و(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢١٣ والكافي ج ٥ ص ٢٧٨ .

و منها صحيح الحدباء « سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدرّكين فقال : النكاح جائز وأيّهما أدرك كان له الخيار » ^(١) بناء على إرادة الوليّ العربيّ و إلا لم يكن لهما الخيار ولقوله في آخره « فإن كان أبوها الذي زوّجها قبل أن تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام » .

و منها صحيح ابن وهب جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال : إنني كنت مملوكاً لقوم و إنني تزوّجت امرأة حرةً بغير إذن مواليّ ، ثمّ اعتقوني بعد ذلك ، فأجدّد نكاحي إياها حين اعتقت ؟ فقال : أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنت مملوكٌ لهم ؟ فقال : نعم ، وسكتوا عنّي ولم يعيروا عليّ ، فقال : سكتهم عنك بعد علمهم إقرارهم أنّهم أثبت على نكاحك الأوّل ، ^(٢) .

فلا يبعد أن يقال : نكاح العبد بغير إذن مولاه ليس من قبيل النكاح الفضوليّ و ذلك لأنّه ذكر في بعض هذه الأخبار أنّ العبد دخل بالمرأة و الإمام عليه السلام لم ينكر عليه ، والعقد الفضوليّ ليس كذلك فإنّ المشتري في البيع الفضوليّ لا يجوز له التصرف في المبيع قبل الإجازة ، وأيضاً في البيع الفضوليّ الظاهر عدم كفاية الرضا بل لا بدّ من الإيحاء ، وأيضاً عبّر في بعضها « فرق بينهما » و في الفضوليّ لم يقع نكاح حتّى يتحقق التفريق .

وأما كفاية سكوت البكر في الإجازة وهي المشهورة بين الأصحاب لصحيح ابن أبي نصر قال : « قال لي أبو الحسن عليه السلام في المرأة البكر : إنّها صامتة والثيب أمرها إليها » ^(٣) .

و حسن الحلبيّ « و سئل عن رجل يريد أن يزوّج أخته قال : يؤاشرها فإن سكتت فهو إقرارها وإن أبت لم يزوّجها » ^(٤) .

(١) تقدم آنفاً .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ و التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٤ .

(٤) المصدر أيضاً ج ٥ ص ٣٩٣ و ٣٩٤ .

وخبر داود بن سرحان « في رجل يريد أن يزوّج أخته يؤامرها فإن سكت فهو إقرارها ، وإن أبت لم يزوّجها (١) » .

و المناقشة فيها بأنّها في الإذن السابقة و المناط غير منفتح دفعت بعدم الخلاف في عدم الفرق و باطلاق الصحيح الأوّل . ويمكن أن يقال : لإطلاق في الصحيح لا مكان أن يقال : لا يصدق الإذن في الإجازة اللاحقة .

و أمّا الثيب فلا يكفي في إذنها بالسكوت لأنّ الاكتفاء بالسكوت خلاف الأصل واكتفى في البكر من جهة الدليل ولعله يستفاد الفرق من قوله على المحكمي في صحيح ابن أبي نصر « والثيب أمرها إليها » إلا أن يقال : ترك الاستفصال في حسن الحلبي و خبر داود بن سرحان يوجب التعميم حيث لم يذكر حال الأخت من جهة البكارة و الثيبوبة ومع عدم كفاية السكوت في الثيب بشكل اعتبار النطق بالخصوص فإنه يتحقق الإذن والتوكيل بالكتابة .

و أمّا عدم جواز نكاح الأمة إلا بإذن مولها ففي صورة كون المولى ذكراً لا إشكال فيه ولا خلاف و إنما الخلاف في التمتع بأمة المرأة فذهب الأكثر إلى أنها كأمة الرجل لا يجوز بغير إذنها ، وذهب الشيخ في النهاية و التهذيب إلى جواز التمتع بها بدون إذنها و يمكن الاستدلال به للجواز ما رواه ثقة الإسلام عن سيف بن عميرة ، عن داود بن فرقد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا بأس بأن يتمتع بأمة المرأة بغير إذنها ، فأما أمة الرجل فلا يتمتع بها إلا بأمره » (٢) .

و ما رواه التهذيب في الصحيح ، عن سيف بن عميرة ، عن داود بن فرقد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن الرجل يتزوّج بأمة بغير إذن موالها؟ فقال : إن كانت لامرأة فنعم ، وإن كانت لرجل فلا » (٣) .

و بهذا الإسناد ، عن سيف بن عميرة ، عن علي بن المغيرة قال : « سألت أبا عبد الله

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ الرَّجُلِ يَتَمَتَّعُ بِأَمَةِ امْرَأَةٍ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ بِهِ ، (١) .

وهذه لا يوجب الاختلاف في سندها إشكالاً إنما الاشكال مخالفتها للماعد من أصول المذهب وهو قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه ، مضافاً إلى مخالفته لما دل على عدم الجواز إلا بإذن أهلها ، وإن أمكن التخصيص من هذه الجهة .

ويمكن أن يقال : مع الإذن من طرف الشارع لا يبقى سلطنة للمالك كالإذن في قلع النخلة في قصة سمرة بن جندب والإذن في التصرف في جوائز السلطان ، والإذن في التصرف في ما يتعلق به الخمس إذا انتقل من قبل من لا يعتقد بوجود الخمس ، والإذن في أكل المارئة من الثمرة المتعلقة بالغير .

﴿ الرابعة إذا زوج الأبوان الصغيرين صح و توارثا ولا خيار لا أحدهما عند البلوغ ، ولو زوجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما ، فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد ولو بلغ أحدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي ، فإذا بلغ وأجاز أحلف أنه لم يجز للرغبة (٢) وأعطى نصيبه ﴾ .

أما صورة تزويج الأبوين الصغيرين فلا إشكال فيها في الصحة مع ملاحظة المصلحة أو عدم المفسدة بناء على لزوم المراعاة لولاية الأبوين كما مر ولا خيار لهما ، أما بالنسبة إلى الصغيرة فالظاهر عدم الخلاف فيه ، وأما بالنسبة إلى الصغير فعلى الأصح كما مر .

وأما صورة تزويج غير الأبوين ممن لا ولاية له فيكون العقد فيها فضولياً يحتاج إلى الإجازة بعد البلوغ إن قلنا بصحة الفضولي ولو مع عدم المجيز في من لم يكن ولياً أو كان ولياً ولم يجز ، فإن ماتا أو مات أحدهما بطل العقد لعدم تحقق الإجازة وإن أجاز أحدهما بعد البلوغ ، ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي فإذا بلغ أحلف وأعطى نصيبه ، والدليل على ما ذكر صحيح الحداء قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

(٢) أمى في الميراث .

عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدرّكين ، فقال : النكاح جائز وأيّهما أدرك كان له الخيار وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن يكون قد أدركا ورضيا ، قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر ؟ قال : يجوز ذلك عليه إن هو رضى ، قلت : فإن كان الرّجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ، ثمّ مات قبل أن تدرك الجارية أترثه ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتّى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلاّ رضاها بالتزويج ثمّ يدفع إليه الميراث و نصف المهر . قلت : فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الرّوج المدرك ؟ قال : لا لأنّها لها الخيار إذا أدركت ، قلت : فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك ؟ قال : يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية ، (١) .

والمراد من وليّين في صدر الرّواية بقرينة ذيلها غير الأب والجدّ من الوليّ العرفيّ كالأخ و العمّ و قد يقال : إنّ اشتمال الرّواية على تنصيف المهر لو قلنا بتمام المهر مع الفرقة بالموت لا يضرّ لاحتمال تقديم نصفه الآخر قبل النكاح ، ولا يخفى بعده لعدم تعرّض في السؤال لتقديم نصف المهر قبل النكاح ، و ترك الاستفصال كاف ، بل يكون هذا الخبر من أدلّة القائلين بالتنصيف مع تحقّق الفرقة بالموت ، و قد ذكر هناك أخبار كثيرة دالّة على التنصيف بالموت و يقال : أيضاً مقتضى الصحیحة أنّه لو بلغ أحدهما و أجاز لزم العقد من جهته فيترتب عليه في حقّه إن كان زوجاً آثار الرّوجية المعقود عليها من تحريم أختها و أمّها والخامسة ، ولو أدركت الرّوجة و ردّت الأب انفسخ من حينه لا من حين الرّدّ قبلاً للاجازه على أحد الوجهين ، و يترتب عليه أنّه هل يجوز نكاح أمّها أم لا ؟ وجهان من أنّ النكاح في حقّ الرّوج كان ثابتاً فارتفع بفسخ الرّوجة فتحرم لأنّها أمّ المعقودة بالعقد الصحيح اللازم من طرف الرّوج و من أنّ العقد إتماميّ بالطرفين فإذا لم تجز المرأة العقد فكأنّه لم يقع ، وهذا الوجه أقوى لأنّ ما دلّ على تحريم أمّ المعقود منصرف إلى عقد ثبت صحته بينهما في آن ما فيحمل قوله في الصحیحة

« يجوز ذلك عليه إن هورضي » على أنه يصير صحيحاً لازماً من طرفه ولا يجوز له فسخه لا ، أنه يترتب عليه الأحكام المترتبة على تحقق عقد صحيح بينهما التي من جملتها تحريم أم المعقودة ، و بعبارة أخرى دلت الصحيحة على لزوم العقد من طرفه لاثبوت الزوجة وهو العلاقة المتحققة بين الزوجين في حقه وجريان أحكام المصاهرة في حقه قبل فسخها من حيث إنه مخاطب بوجوب الوفاء بالعقد كما يدل قوله في الصحيحة « يجوز ذلك عليه » .

و من جملة آثار هذا العقد التي يجب ترتيبها هو عدم التزوج بأختها و أمها والخامسة ، وليس جريان أحكام المصاهرة من جهة دخول المعقود عليها في أفراد الزوجة حتى يقال : إنها منصرفه إلى غيرها ، بل من جهة حكم « أوفوا بالعقود » و تعرض فقرة المذكورة في الصحيحة .

و يمكن أن يقال : ما وقع عقد بين الطرفين أعني الزوج والزوجة بعد ، كما أنه في البيع الفضولي ما وقع عقد بعد بين البائع والمشتري حتى يجب الوفاء به مضافاً إلى أن وجوب الوفاء يرجع إلى طرف المعاهدة و بمجرد الإجازة لا يكون المجيز طرف المعاهدة والإجازة على التحقيق شأنه النقل غاية الأمر بعد تحققها يحكم بوجوب ترتيب الآثار من قبل ، فقبل تحقق الإجازة تقطع بعدم تحقق الزوجة فما معنى حرمة تزوج الأخت و حرمة الخامسة ، و جواز النظر إلى الأم و ما معنى الانصراف المذكور فإن المنصرف عنه مصداق حقيقة ولا ازدواج في البين لا ظاهراً ولا واقعاً كما أنه في البيع الفضولي لا يبيع حقيقة لا ظاهراً ولا واقعاً ، و بعد الإجازة يحكم بالكشف الحكمي بمعنى أن يعامل معاملة الزوجة والملكية من قبل ، و ما يقال من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد وجوب ما عليه ولو لم يصل إليه ماله لا نسلم بل المعاهدة في مثل البيع على الإعطاء والأخذ لا الإعطاء مجرداً عن الأخذ .

و كذلك في النكاح فالظاهر أن حال الإجازة من أحد الطرفين حال الإيجاب قبل مجيء القبول لا إشكال في جوازها بمعنى صحتها القابلة لأن يلحقها الإجازة من الطرف و يترتب الآثار ، ولا يستفاد من جوازها نفوذها بالنسبة إلى المجيز بمعنى

وجوب ترتيب الآثار عليها .

ثم إنه إذا بلغ أحدهما وأجاز ثم مات فالباقي بعده إذا بلغ وأجاز وحلف على أن الداعي له إلى الإجازة ما كان رغبة في المال أخذ الميراث المعزول والظاهر أنه يجري عليه أحكام المصاهرة وإن مات الباقي قبل الإجازة فلا شيء وإن مات بعد الإجازة وقبل اليمين فالأقوى عدم الإرث لأن اليمين من مكملات العقد بحسب النص ، ثم إنه إذا كانت المرأة باقية بعد إجازة الرجل وموته وأجازت ونكلت عن اليمين فمقتضى النص حرمانها عن الإرث والمهر ، وإن كان الباقي الزوج فأجاز ولم يحلف فقد يقال بتعلق المهر بذمته لأجل إقراره في ضمن إجازته وإنما يحرم بنكوله عن اليمين عن الإرث مع أن اعتبار اليمين المخالف للأصل ثبت في طرف الزوجة إذا بقيت بعد الزوج ، وعلى ثبوت المهر فهل يرث الزوج منه ؟ الأقوى نعم لاستلزام إجازته استحقاقه مقدار نصيبه من المهر على كل تقدير لأنه إن كان صادقاً في إجازته فارثة ثابتة وإن كان كاذباً فجميع المهر له بخلاف غير المهر فإنه لا يستحق نصيبه منها على تقدير كذبه في إجازته ، ويمكن أن يقال : إن كان اعتبار النكاح بعد موت أحد الزوجين بحسب العقد بعد الإجازة مطابقاً للقواعد بحيث لولا ورود النص كان صحيحاً غاية الأمر اعتبر من قبل الشرع اليمين فلا بد من الاقتصار على مورد النص وهو اعتبار حلف خصوص الزوجة إذا بقيت بعد موت الزوج وأجازت .

وأما من طرف الزوج الباقي بعد الإجازة فلا دليل على اعتبار الحلف فلا بد من ترتيب جميع الآثار من ثبوت المهر والإرث وأحكام المصاهرة بدون الحلف وإن كان اعتبار النكاح من طرف الشارع فقط على خلاف الأصل ، وقطعنا بعدم الفرق بين موت الزوج والزوجة فمع نكول الزوج عن الحلف لا وجه لثبوت المهر عليه حتى يتكلم في أنه هل يستحق منه شيئاً من جهة الإرث والإجازة بدون الحلف لا أثر لها حتى يتمسك بإقراره في ضمن الإجازة .

الخامسة إذا زوجها الأخوان برجلين فإن تبرعاً اختارت أيهما شاءت وإن كانا وكيابن وسبق أحدهما فالعقد له . ولو دخلت بالآخر لحق به الولد وأعيدت إلى

الأوّل بعد قضاء العدة ، ولها المهر للشبهة وإن اتّفقا بطلا ، وقيل : يصحُّ عقد الأكبر .
 إن تبرّع الأخوان يكون العقد فضولياً فالاختيار للأخت وإن كانا وكيلين و
 سبق أحدهما فالعقد له ويكون عقد الآخر باطلاً ، ومع الدخول مع الشبهة أعيدت
 إلى الأوّل ولحق به الولد للشبهة ، ولها المهر ، وعليها العدة . ومع تقارن العقدين
 المشهور بطلانها لأنّ الحكم بصحة أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح .

و يمكن النقص بمالو الزوج وله خمس زوجات حيث يحكم باختيار أربع
 منهنّ فالاحتياط بتطليقها لا الحكم ببطان النكاح وعدم الحاجة إلى الطلاق ، وأما
 القول بصحة عقد الأكبر فهو مختار الشيخ في كتابي الاخبار والعلامة في المختلف إلا أن
 يدخل بها الآخر والأصل في ذلك خبر الوليد بن يسّاع الاسقاط « سئل أبو عبد الله عليه السلام و
 أنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجها الأكبر بالكوفة وزوجها الأصغر بأرض
 أخرى ، قال : الأوّل أحقُّ بها إلا أن يكون قد دخل بها ، فإن دخل بها فهي امرأته
 ونكاحه جائز ^(١) » المحمول على صورته الاقتران بمقتضى الأصول كالمحكى من عبارة
 النهاية .

و استشكل في العمل بالرواية من جهة ضعف السند وعدم الجابر ، ويمكن أن
 يقال : المحمل على المقارنة بعيد لغلبة عدم المقارنة مع ترك الاستفصال مضافاً إلى أنه
 كيف يمكن العلم بالمقارنة مع وقوع العقدين في أرضين حيث إنّ المقارنة تتحقق بمقارنة
 الحرف الأخير من القبول مع مثله فالأولى حمل العقدين على الفضوليين فالأولى أن
 يجيز الأخت عقد أكبر الأخوين ومع الدخول بها قد اختارت الدّاخِل بها ولا
 محذور فيه .

﴿ السادسة لا ولاية للأُمّ ، فلو زوجت الولد فأجاز صحّ ، ولو أنكر بطلت
 وقيل : يلزمها المهر ويمكن حمله على دعوى الوكالة ويستحبُّ للمرأة أن تستأذن أبها
 بكر أو نيباً وأن توكل أخاها إذا لم يكن لها أب ولا جدُّ وأن تموت على الأكبر

وإن تختار خيرته من الأزواج ﴿ .

أما عدم ولاية الأمّ فلما دلّ على عدم الولاية لغير من ثبت بالأدلة ولايته كصحيح ابن مسلم «في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان قال : إذا كان أبواهما اللذان زوجاً جاهما فنعم» (١) وصحيفة الحدباء المتقدمة الدالة على أنه إذا تزوج الصغير غير الأبوقف التوارث بعد موت أحدهما على بلوغ الباقي وإجازته للنكاح والمخالف الاسكافي وقد حكى عن رسول الله ﷺ أنه أمر نعيم بن نجاح أن يستأمر أمّ ابنته في أمرها وقال: «اعتمروهن في بناتهن». والخبر ضعيف السند فعدم الولاية لو تزوجت الولد يكون العقد فضولياً يحتاج إلى الإجازة ولو أنكر بطل العقد، وعن الشيخ أنه إن ردّ لزومها المهر واستدلّ عليه بخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام «أنه سأله عن رجل تزوجته أمّه وهو غائب قال : النكاح جائز إن شاء الزوج قبل وإن شاء ترك فإن ترك الزوج تزويجه فالمهر لازم لأمّه» (٢).

وعن الشيخ في النهاية الفتوى به لكنّ الرواية ضعيف السند (٣) والمشهور لم يعملوا بها وربما حملت على صورة دعوى الوكالة من الأمّ ولم تثبت لأنها حينئذٍ قد فوّتت البضع على المرأة، واستشكل بأنّ ضمان البضع بالتفويت مطلقاً ممنوع وإنّما المعلوم ضمانه بالاستيفاء على بعض الوجوه لا مطلقاً، نعم ذكر في باب الوكالة أخبار وفيها الصحيح دالة على الضمان بدعوى الوكالة بنصف المهر، والتعليل بأنه يضيع حقه بترك الإشهاد وهو خلاف ما يظهر من هذه الرواية من ضمان تمام المهر.

وأما استحباب استيذان المرأة أباًها فلا أخبار التي سبق ذكرها الظاهرة في أنّ أمرها بيد الأب المحمولة على تأكّد أن يجعل أمرها إليه وهي وإن كان غالبها مختصة بالبكر لكن في بعضها إطلاق يشمل الثيب فلاحظ ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال : «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها ليس

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) تقدم عن الكافي ج ٥ ص ٤٠١ و ٤٠٢ .

(٣) لأن فيه اسماعيل بن سهل الدهقان قال النجاشي والعلامة : ضعفه أصحابنا .

لها مع أيها أمر، فقال: يستأمرها كل أحد ما عدى الأب» (١).

هذا ولكن يشكل استفادة الاستحباب من تلك الأخبار، بل هي معارضة مع ما دل على استقلال البكر، وأما الثيب فلا إشكال في استقلالها للأخبار فمع الأخذ بالأخبار الدالة على الاستقلال وحمل ما يعارضها على الاستحباب يتم ما ذكر لكنته مشكل للإباء عن هذا الحمل.

وأما استحباب توكيل الأخ إن لم يكن لها أب أو جد والتعويل على الأكبر فلمرسل الحسن بن علي، عن الرضا عليه السلام «الأخ الأكبر بمنزلة الأب» (٢) ويستفاد منه التعويل على الأكبر ولعله يستفاد مما دل على أن من بيده عقدة النكاح الأخ استحباب توكيل الأخ مطلقاً فتأمل.

﴿ الفصل الثالث في أسباب التحريم وهي ستة النسب ويحرم به سبع الأم وإن علت وال بنت وإن سفلت والاخت و بناتها وإن سفلن والعممة وإن ارتفعت وكذا الخالة و بنات الأخ وإن هبطن ﴾ .

السبع المذكورة هي التي تضمنها الآية الشريفة «حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم و بنات الأخ و بنات الأخت»، والمراد بالأم هنا وإن علت هي كل امرأة ولدتك أو انتهى نسبك إليها من العلوة بالولادة لأب كان أو لأم، والمراد بالبنت كل من ينتهي إليك نسبها بالتولد ولو بوسائط والمراد بالأخت و ابنتها كل امرأة ولدها أبواك أو أحدهما أو انتهى نسبها إليهما أو إلى أحدهما بالتولد، ونحوها بنت الأخ.

والمراد بالعممة فصاعداً هي كل انثى هي أخت ذكر ولدك بواسطة أو غير واسطة من جهة الأب أو الأم أو منهما.

و المراد بالخالة فصاعداً كل انثى هي أخت انثى ولدتك بواسطة أو غير واسطة والمراد بقولنا «فصاعداً» في العممة والخالة لتدخل عممة الأب والأم وخالتهما وعممة

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٣ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢١ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٥ .

الجدَّة والجدَّة وخالتها، وهكذا العمَّة العمَّة وخالة الخالة فانَّهما قد لا تكونان محرَّمتين وقد تكونان محرَّمتين، فأما بالنسبة إلى العمَّة فإنَّ عمَّة العمَّة قد تكون محرَّمة كما إذا كانت العمَّة القريبة عمته لأبيه وأمه أو لأبيه، فعمَّة هذه العمَّة تكون أخت جدِّه لأبيه فتكون عمته تحرم عليه مثل عمته القريبة وقد لا تكون محرَّمة، كما لو كانت عمته القريبة عمَّة لأمِّ بمعنى أنها أخت أبيه من الأمِّ فعمتها حينئذٍ تكون أخت زوج جدِّته أمِّ أبيه، وأخت زوج الأمِّ لا تحرم فأخت زوج الجدَّة أولى. وأما بالنسبة إلى الخالة الخالة فإنَّ الخالة القريبة قد تكون خالة لأب وأمِّ أو لأمِّ بمعنى أنها أخت أمِّه من الأبوين أو من الأمِّ فخالتها على هذا تحرم عليه لأنها أخت جدِّته لأمِّه.

أما لو كانت خالته لأب خاصة بمعنى أنها أخت أمِّه من الأب خاصة فإنَّها لا تحرم عليه لأنَّ أمِّ خالته القريبة تكون امرأة جدِّه لا أمِّ أختها فأختها تكون أخت امرأة الجدِّ، وأخت امرأة الجدِّ لا تحرم عليه.

ثمَّ لا يخفى أنَّ ما تضمنته الآية الشريفة من التحريم على الرَّجُل مستلزم للتحريم على النساء فكما يحرم على الرَّجُل أمُّه يحرم على الأمِّ ابنها.

﴿الثاني الرِّضَاع﴾ ويحرم منه من النسب وشروطه أربعة: الأوَّل أن يكون اللَّبَن عن نكاح فلودرَّ أو كان عن زنا لم ينشُر، الثاني الكميَّة وهي ما أنبت اللَّحْم وشدَّ العظم، أو رضاع يوم وليلة، ولا حكم لمادون العشر، وفي العشر روايتان أشهرهما أنَّها لا ينشُر، و لو رضع خمس عشرة رضعة تنشُر. ﴿

الرِّضَاع من الأسباب الموجبة لحرمة النكاح في الجملة، و يدلُّ عليه كتاب العزيز والنصوص الكثيرة، وقبل التعرُّش لما يعتبر في نشر الحرمة لا بدَّ من ذكر أمور أحدها أنَّه قد ذهب بعض الأعلام من المتأخِّرين إلى أنَّه يحرم من جهة الرِّضَاع ما يحرم من النسب، سواء كان الحرمة من النسب لذاته كالأمِّ أو للملازمة مع ذلك كالأمِّ الأخ من الأبوين الملازمة لكونها أمًّا له.

وقد ذكر لعدم تماميَّة هذا القول بعد تمهيد مقدِّمة وهي أنَّه كما أنَّ القرابة

تكون عند العرف منشأ لاتزاع عناوين خاصة كالأبوة و الامومة والأخوة من العناوين النسبية كذلك الرضاع الذي هو عبارة عرفاً بل لغة عن امتصاص الطفل ثدي المرأة لشرب اللبن يكون عندهم بمنزلة النسب في كونه منشأ لتلك العناوين الخاصة ، فإذا أرضعت امرأة من لبن فحلبها طفلاً يكون ذلك الطفل عندهم بمنزلة ابنتها و يكونان بمنزلة أباويه و يكون ابنيهما النسبي بمنزلة أخيه أنه ليس المراد من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ^(١) أن نفس ما يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع بل المراد أن كل عنوان من العناوين النسبية المحرمة شرعاً إذا حصل نظيره بسبب الرضاع يكون حكمه حكمه ، وإنما عبر عن هذا المعنى بتلك العبارة للتنبية على اعتبار اتحاد ما يحصل بالرضاع من العنوان صنفاً مع ما يحصل بالنسب من العنوان المحرم ، فالنبوي ناظر إلى أدلة تحريم العناوين النسبية و يكون في مقام تنزيل العناوين الحاصلة بالرضاع منزلة العناوين الحاصلة بالنسب في الحكم ، فيكون المراد من الموصول العناوين الخاصة النسبية التي تعلق بها التحريم في موارد النصوص و معاهد الاجماع كالأم و الأخت دون الأعم منها و من العناوين الملازمة لهما كأم الأخ والأخت من الأبوين الملازم لعنوان الأم ، سلكنا عدم ظهوره في خصوص المتصنف بالحرمة ذاتاً لكن ظهوره في الأعم ممنوع جداً ففي غير المتيقن يرجع إلى الأصول العملية .

ويمكن أن يقال : ما ذكر في المقدمة من إيكال ما ذكر إلى العرف يشكل فإنه ربما يشك في صدق الأمومة بامتصاص الصبي ثدي المرأة للشرب عشر مرات أو خمس عشرة مرة فلا بد من الرجوع إلى الشرع فيؤخذ بحكم الشرع تبعداً كما يؤخذ بحكم الشرع بحصول العادة للعائض برؤية الدم مرتين في شهرين بنحو واحد و ما ذكر بعد تمهيد المقدمة يشكل لأنه لا نجد الفرق بين ما نحن فيه و بين ما قام البيئنة عليه أو أخبر العدل أو الثقة به حيث يلتزمون بترتيب الأثر على ما يكون ملازماً لما قامت البيئنة عليه وما أخبر به العدل أو الثقة مع أن الدليل لا يدل إلا على تصديق البيئنة أو العدل فيما قامت عليه البيئنة أو أخبر به العدل و كذلك في باب الإقرار فإن دليل

نفوذ الإقرار لا يدل إلا على نفوذه فيما أقر به لا لوازم المقرّبة مع أنهم يأخذون باللوازم .

ثم إنه ذكر في ردّ ما تمسك به لعموم المنزلة من أنه لا شك في أن أم ولد البنت من النسب بنت وكل بنت محرمة من جهة النسب فينتج أن أم ولد البنت محرمة من جهة النسب وتجعل هذه النتيجة صغرى لكبرى أخرى ، ويقال : كل ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع فينتج أن أم ولد البنت تحرم من الرضاع إن جعل نتيجة القياس الأول صغرى للقياس الثاني لا يصح لما عرفت من أن المراد من الموصول خصوص العناوين المحرّمة المذكورة في الكتاب والسنة وليس عنوان أم ولد البنت منها بل لا يصح التمسك لعموم المنزلة ولو على كون المراد الأعم من العناوين المحرّمة في لسان الشارع ومن العناوين الملازمة لها وذلك لأن العناوين الملازمة إنما تحرم في النسب لأجل ملازمتها للعناوين المحرّمة بالذات و يقيد اتصافها بها ضرورة أن أم ولد بنت الشخص مثلاً إنما تكون محرّمة عليه من جهة النسب بعنوان كونها بنتاً له لا بعنوان كونها أم ولد بنته إذ لا نسب بينها وبين الشخص من جهة هذا العنوان فالمحرّم في النسب هي أم ولد البنت المقيّدة بكونها بنتاً وأخت الأخت المقيّدة بكونها أختاً وهكذا ومن المعلوم عدم حصول هذه العناوين المقيّدة بالرضاع كي تحرم من جهته كما تحرم من جهة النسب ، ويمكن أن يقال : إذا اتحد مفهوم البنت على أم ولد البنت فتكون أم ولد البنت منسوبة إلى الشخص بمقتضى الحمل الشائع ولا إشكال في أن الموضوع في هذه القضية ما صدق عليه أم ولد البنت فقط لا أم ولد البنت المقيّدة بكونها بنتاً فإذا قيل : العالم متغيّر فمفهوم المتغيّر محمول على ما صدق عليه العالم لا بقيد أنه متغيّر حتى يصير العالم المتغيّر متغيّر ، فإذا كانت أم ولد البنت منسوبة من جهة اتحاد مفهوم البنت عليها فأولاد البنت في الرضاع تحرم أخذاً بالنبوي المشهور بناء على كون المراد الأعم .

ثم إنه ذكر أنه يمكن الاستدلال لعموم المنزلة بما ورد من تعليل النهي عن تزويج أب المرتفع ببعض أولاد المرضعة و أولاد صاحب اللبن بأن ولدها صارت بمنزلة

ولده فإن مقتضى تنزيل أولادها أولاداً له هو تحريم كل من كان حراماً عليه أو على أولاده وإخوانه وأخواته لو كان أولاد المرصعة أولاداً له حقيقة لأنه كما تحرم عليه بناتها لأنهن صرن بناتاً له ، كذلك يحرم على جميع أولاده لأنهن صرن أخوات لهم ويحرم على إخوانه لأنهم صاروا أعماماً لهم .

وأجيب بما حاصله نفي الإطلاق في التنزيل بلحاظ جميع الآثار تارة من جهة الانصراف إلى خصوص مورد السؤال وأخرى من جهة عدم الظهور فيؤخذ بالقدر المتيقن . ويمكن أن يقال : لعل العرف لا يساعد على ما ذكر فإذا سئل العبد عن إكرام زيد فأجاب المولى بقوله أكرمه لأنه عالم يستفاد منه وجوب إكرام كل عالم لا خصوص زيد وفي باب الاستصحاب مورد السؤال في خبر زرارة الشبهة الموضوعية ومع هذا يأخذ القائلون بحجية الاستصحاب في الشبهات الحكيمة بالإطلاق مع وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب والحاصل أنه إذا كان المتكلم في مقام البيان كما هو مقتضى الأصل فلا بد من بيان ماله دخل في الحكم ووجود القدر المتيقن ليس بياناً والانصراف لا بد أن يكون واضحاً حتى يكون بمنزلة التقييد .

الثاني من الأمور أن العناوين المحرمة منها ما يكون تحريمه مستنداً إلى النسب وحده فيكون النسب كالعلة التامة للتحريم كالأم والبنت والأخت ، ومنها ما يكون تحريمه مستنداً إلى العنوان المتحصّل من النسب ومن غيره فيكون النسب كجزء العلة كأم الزوجة التي يكون تحريمها مستنداً إلى عنوان المصاهرة المتحصلة من ثبوت الزوجية بين الرجل والمرأة وثبوت النسب بين الزوجة وامرأة أخرى لا إشكال في سببية الرضاع لنشر الحرمة فيما لو كان العنوان المتحصّل به من قبيل القسم الأوّل وإنما وقع الإشكال في سببته للشرف فيما إذا كان العنوان المتحقق به من قبيل القسم الثاني ، ومن هنا استشكل غير واحد في حرمة أم الزوجة وأختها الرضاعيتين وقد يقال : إن الحق سببته للنشر في هذا القسم أيضاً وذلك لصحة استناد تحريم أم الزوجة وأختها على الزوج إلى النسب وإذا صح استناد التحريم إلى النسب يعم إطلاق قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وتوهم أن المراد بالنسب في

النبويّ هو النسب المتحقّق بين المحرّم والمحرّم عليه يدفعه إطلاق لفظ النسب الموجب للتحريم سواء كان بين المحرّم والمحرّم عليه أم بين أحدهما وزوج الآخر ، ومن هنا يصحّ الأخذ بالنبويّ في تحريم مرضعة الغلام الموقّب وأخته وبنته الرضاعيتين على الموقّب بالكسر و تحريم أمّ الزوجة وإن كان من جهة المصاهرة لا النسب إلاّ أنّهما كانت المصاهرة قائمة بأمرين ثبوت الزوجيّة وثبوت القرابة والنسب بين الزوجة وامرأة يكون التحريم مستنداً أيضاً ويكفي في صحّة التنزيل الجريئة للموضوع مع إحراز الجزء الآخر بالوجدان .

و يمكن أن يقال : لإشكال في صحّة استناد التحريم مع عدم كون النسب بمنزلة العلة التامة و كونه جزء العلة لكن مع التشكيك في الأمر السابق والأخذ بالمتيقّن أو دعوى الانصراف كيف يؤخذ بالإطلاق هنا فلنأخذ أن يقول : إذا نسب التحريم إلى النسب فالقدر المنصرف إليه أو المتيقّن هو صورة كون النسب بمنزلة العلة التامة لاجزاء العلة و مجرد صحّة الاستناد لا يكفي .

الامر الثالث إذا شكّ في اعتبار جزء في نشر الحرمة بالرضاع فهل مقتضى الأصول اللفظيّة والعملية هو نشرها بهمع عدم تحقّق ذلك القيد المشكوك أو العدم ؟ قديقوي العدم لأصالة عدم وجود سبب التحريم المانع عن تأثير عقد النكاح حدوثاً وبقاءً ، ولا مجال للتمسك بالإطلاقات والنبويّ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » لكونها مسوقة لبيان أن الرضاع كالنسب في السببية ، وأما إن السبب ما هو فليس بصدد بيانها ، ويدلّ عليه كثرة التقييدات .

و يمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من أصالة عدم وجود سبب التحريم فيشكل من جهة عدم الشكّ في الخارج وهذا نظير الشكّ في تحقّق المغرب باستتار القرص أو ذهاب الحمرة المشرقيّة فيقال بعد تحقّق الاستتار الموجب لوجوب صلاة المغرب إن كان الاستتار فقد تحقّق وإن كان ذهاب الحمرة فلم يتحقّق فأين الشكّ ، نعم يحصل في الموجب لكنّه ليس ذا أثر بل الوجوب مترتب على أحد الأمرين وليس واحد منهما مورداً للشكّ ففي المقام بعد تحقّق العشر لوشكّ في أن الناشئ عشر رضعات أو خمس عشرة رضعة

مثلاً لا شك في الخارج لأن العشر تحقق قطعاً وخمس عشرة لم تتحقق قطعاً .
و أما ما ذكر من عدم الإطلاق فإن كان مجرد الاحتمال أعني احتمال عدم كون
المتكلم في مقام البيان كافي في عدم الإطلاق أشكل الأمر في كثير من المطلقات الفاقدة
لذكر القيود أو الاستثناء الموجبة للعلم بكونه في مقام البيان وإن كان الأصل كونه في
مقام البيان إلا أن يحرز من الخارج خلافه فليس في مقامنا ما يظهر منه عدم كونه في مقام
البيان ، هذا مع أن هذا لا يجتمع مع القول بعدم الحاجة إلى مقدمات الحكمة و
إحراز كون المتكلم في مقام البيان ، بل يقال : الأصل يقتضي تعلق الحكم بمتعلقه
بالذات لا بالعرض والمجاز فإذا قال المولى لعبده : أكرم العالم وشك في اعتبار العدالة
تقول لو كان للعدالة مدخلة لكان تعلق الوجوب بإكرامه بالعرض والمجاز لأن المتعلق
بالمركب تعلقه بالجزء ليس بالذات بل بالعرض وإن كان ما ذكر محل تأمل ، هذا مع
أن إنكار الإطلاق هنا كيف يجتمع مع الأخذ بالإطلاق من جهة تمام السبب و جزء
السبب للتحريم .

و أما ما ذكر من الاستدلال بكثرة التقييد على عدم كونه في مقام البيان فالظاهر
أنها لا تضر بالإطلاق مع كون الباقي أكثر مما خرج ، نعم قد سبق أنه إذا كان اللازم
حصول مماثل العناوين الحاصلة بالنسب بالرضاع كالأمومة والأخوة والبنوة فكثيراً
يحصل الشك في حصولها بالرضاع ، فلا مجال للأخذ بالإطلاق .

وأما الشروط : فمنها أن يكون اللبن عن نكاح فلا عبرة بما إذا در لا عن وطئ
أو عن وطئ بالزنا ، واستدل عليه بالأخبار .

منها صحيحة عبدالله سنان و حسنه باين هاشم قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن
لبن الفحل قال عليه السلام : هو ما أرضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة أخرى وهو
حرام ، ^(١) .

ومنها صحيحة بريد العجلي عن الصادق عليه السلام « كل امرأة أرضعت من لبن
فحلها ولد امرأة أخرى من غلام أو جارية فذلك الرضاع الذي قال رسول الله ﷺ »

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (١).

ورواية يونس بن يعقوب، عن امرأة درّ لبنها من غير ولادة فأرضعت ذكراً و
وإنثاءً أيحرم بذلك ما يحرم من النسب؟ فقال عليه السلام: لا، (٢).

والظاهر أنه لا بدّ أن يكون اللبن عن حمل فإن اللبن المضاف إلى الفحل
والولد ما تكون بعد الوطى والعلوق والحمل وتخلق الولد. والأصل في القيود الاحترازية
ولا يبعد عدم اعتبار خصوص الوطى وكفاية حصول الولد من ماء الرّجل بدون الوطى
كما لو سبق ماؤه بالملاعبة مع المرأة فحملت لأنّ المناط إضافة اللبن إلى الفحل
والولد.

وهل يعتبر في النشر انفصال الولد أو يكفى الحمل؟ قولان قد يقوي الثاني لا
من جهة إطلاق الأدلة بل لقوله عليه السلام على المحكمي في صحيحة بريد المتقدمة «كل
أمرأة أرضعت من لبن فحلها - الخ».

وصحيحة ابن سنان المتقدمة «ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك» و
يشكل من جهة الشكّ في صدق الولد على الحمل. ودفع هذا الاشكال بأنّ عدم صدق
الولد على الحمل عرفاً لا يقتضي عدم صدق لبن الولد على اللبن الموجود حال الحمل
مشكلاً فإنّه كيف يضاف اللبن الموجود إلى ما يتولد بعد مدّة ولا أقلّ من الشكّ
مضافاً إلى رواية يونس بن يعقوب المتقدمة، والاشكال فيها بضعف السند مشكلاً فإنّ هذه
الرّواية رواها في الكافي ورواه الصدوق بإسناده، عن ابن أبي عمير، عن يونس بن يعقوب
وروى الشيخ، عن يعقوب بن شعيب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: امرأة درّ لبنها من
غير ولادة فأرضعت ذكراً و إنثاءً أيحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع فقال لي
لا، (٣).

(١) الفقيه باب الرضاع رقم ٥.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦.

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٦ والفقيه باب الرضاع تحت رقم ٢٢. والكافي ج ٥

و بهذا الخبر استدلّ العلامة في التذكرة على أن لبن الأجدال لا حرمة له ، وقد يحمل رواية يونس على ما إذا درّ اللبن لا عن حمل ، ويقال في جواب من يتوهم أنه لا وجه لهذا الحمل مع كون الرواية أخصّ بل لا بدّ من تخصيص المطلقات أن الصحيحين المتقدمين حيث تكونان في مقام التفسير والبيان تكونان كالنصّ الصريح في الإطلاق فلا محيص عن الأخذ باطلاقهما بماله من الحدود والقيود إلا فيما قام دليل قطعي على الخلاف كما في المملوكة والمحلّلة حيث لا خلاف في شمول الوطي الصحيح للوطي بملك اليمين والتحليل أيضاً مع عدم صدق لبن فعلها ولبن امرأتك .

ويمكن أن يقال : الصحيحتان ليستا كذلك ألا ترى أن ظاهرهما كفاية مجرد الإرضاع بدون تعيين الكميّة والمقدار مع اعتبار الكميّة بحسب الأدلة ، ثمّ إنّه لا إشكال في نشر الحرمة بالارتضاع من المملوكة والمحلّلة ، وإنّما الإشكال في الوطي بالشبهة من جهة عدم شمول الصحيحتين مع أن المشهور إلحاقه بالوطي الصحيح ولعلّ نظرهم إلى المطلقات فمع الإشكال في إطلاقها من جهة عدم كونها في مقام البيان يشكّل نشر الحرمة إلا أن يدلّ دليل على ترتّب جميع ما يترتب على الوطي الصحيح على الوطي بالشبهة .

ثمّ إنّه هل يعتبر في انتشار الحرمة شرب اللبن على نحو الامتصاص من الثدي أولاً؟ قولان قد يقوي الأوّل لاختصاص الارتضاع عرفاً ولغة به وعدم صدقه على الشرب بالوجور^(١) ولأقلّ من الشكّ فيرجع إلى الأصل ، وقيل : بالاكْتفاء بالوجور وشرب المحلوب منه و لعله إمّا لدعوى صدق الارتضاع وإمّا لدعوى تنقيح المناط وإنّ علة الموجبة للتحريم هي إنبات اللحم و شدّ العظم كما يظهر من غير واحد من الأخبار و أمّا لصريح المرسل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « وجور الصبي اللبن بمنزلة الرضاع »^(٢) .

و استشكل بمنع صدق الارتضاع ، و على فرض التسليم لا يجدى مع الانصراف

(١) الوجور : السب في الحلق .

(٢) الفقيه باب الرضاع : ٢٣ .

إلى خصوص الامتصاص ومنع كون العلة مطلق الإنبات والشدة بل العلة الإنبات والشدة
الحاصلان بالامتصاص ، و ضعف المرسل المذكور مع عدم الجابر بل وجود الموهن
لاعراض المشهور ، وأورد على المرسل بمعارضتها برواية زرارة عن الصادق عليه السلام «لا يحرم
من الرضاع إلا ما ارتفع من ثدي واحد حولين كاملين»^(١) حيث إنَّها صريحة في اعتبار
الارتضاع ، وأجيب بأنَّ المرسل ناظره إلى ما هو الموضوع للحكم في الرّواية المزبورة
فتكون حاكمة ، و ثانياً بأنَّ ما تضمنته الرّواية من تحديد مقدار الرضاع بالحولين
خلاف الإجماع وضعف الجواب بأنَّ المرسل إنَّما دلَّت على أنَّ الوجور بمنزلة الرضاع
لأنَّه بمنزلة الارتضاع و إمكان أن يكون التقييد بالحولين في الرّواية للدلالة
على إعتبار كون الرضاع قبل الفطام فيكون الحولان ظرفاً لآصل الرضاع لامتداده
و يشكل التضعيف المذكور حيث إنَّ الرضاع والارتضاع مثل الكسر والانكسار ، فإذا
دلَّ الدليل على أنَّ الوجور بمنزلة الرضاع كفى في الحكمة ، و حمل الحولين على
ما ذكر بعيد لا يصار إليه ، ثمَّ أورد على الرّواية المذكورة بأنَّ ما تضمنته من اعتبار اتحاد
المرضعة في نشر الحرمة بين المرتضعين وعدم كفاية اتحاد الفحل خلاف الإجماع المدعى
في كلام بعض و ملادل على كفاية اتحاد الفحل ، ثمَّ وجهت الرّواية بأنَّ يقال : إنَّ
لفظة « واحد » ليست صفة للثدي بل صفة للرجل المحذوف ، والمعنى إلا ما ارتضعا من
ثدي يكون مختصاً برجل واحد .

و لقائل أن يقول : هذا التوجيه لا يناسب مع وصف الثدي بالواحد بل يناسب
مع الإضافة و حيث لم يعلم كيفية الصدور من الإمام عليه السلام بأيِّ نحو كانت لا مجال
للاستدلال بها ، ثمَّ إنَّه يعتبر في اللبن أن يكون من امرأة واحدة ومن فحل واحد فلو اتفئ
أحد الأمرين فلا نشر ، و يدلُّ على ذلك قوله عليه السلام في موثقة زياد بن سوسة الآتية
لا يحرم الرضاع أقلَّ من رضاع يوم و ليلة أو خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة
واحدة من لبن فحل واحد . وقوله عليه السلام في صحيحة بريد العجلي المتقدمة «كلُّ امرأة أرضعت
من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من جارية أو غلام فذلك هو الرضاع الذي قال رسول

الله ﷻ : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .
 والمراد من فحلها الشخصي لا النوعي بقريته قوله بعد ذلك «وكل امرأة أرضعت
 من لبن فحلين كانا لها واحداً بعد واحد فإن ذلك الرضاع ليس بالرضاع الذي قال
 رسول الله ﷻ : ولا يعارض ما ذكر بعض الأخبار المطلقة لعدم التعارض بين المطلق
 والمقيد .

ومن شروط النشر الكمية و بلوغ الرضاع حداً خاصاً فلا يكفي مسمى
 الرضاع . ويدل على اعتبارها الأخبار والأصحاب تبعاً لأخبار الباب قد رواه بتقديرات
 ثلاث أحدها التقدير بالأثر وهو ما أنبت اللحم و شدّ العظم ، و يدل عليه الأخبار
 المستفيضة منها صحيحة علي بن رثاب ، عن أبي عبدالله عليه السلام قلت : ما يحرم من
 الرضاع ؟ قال : ما أنبت اللحم و شدّ العظم ، قلت : يحرم عشر رضعات ؟ فقال : لا ،
 لأنها لا تنبت اللحم ولا تشدّ العظم ، (١) .

ويظهر من بعض الأخبار التحديد بما أنبت اللحم والدم كخبر حماد بن عثمان
 في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت
 اللحم والدم » (٢) .

وقد يقال في دفع المعارضة بإمكان أن تكون بين إنبات اللحم والدم وبين
 اشتداد العظم ملازمة وجوداً و عدماً ومعها لا علم بالمعارضة و عليه فلو علم بانبات اللحم
 والدم تعين الحكم بالنشر ولو لم يعلم باشتداد العظم و ذلك لإطلاق ما دل على النشر
 به السالم عما يعارضه عدى أصالة عدم الاشتداد وهي لاتصلح لمعارضة الإطلاق .

و يمكن أن يقال : مع التحديد بالحدّ الخاص لا بدّ في ترتيب الأثر من إحراز
 الحدّ ، و مجرد احتمال كون حدّ خاص آخر ملازماً مع الحدّ لا يوجب ترتيب الأثر
 ولا مجال لأن يقال : لا مانع من الأخذ بكلا الحدّين كما في حدّ الترخّص

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٢)

للمسافر للتعبير بأنه : لا يحرم إلا ما أنبت - إلخ . والحمل على الحصر الإضافي بعيد ، وما يقال من إمكان إحراز حصول الاشتداد بذلك الاطلاق ينافي ما هو المعروف من أن أصالة العموم والاطلاق يؤخذ بها مع الشك في المراد لا فيما كان المراد معلوماً ، ولا مجال لجعل أحدهما طريقاً إلى الآخر لعدم أعرافية أحدهما من الآخر ، مضافاً إلى أنه لم يظهر طريقته أحدهما المعين والطريق لا بد من معرفته والذي يسهل الخطب الرجوع إلى عدد الرضعات أو الإرضاع يوماً و ليلة .

الثاني من التقديرات التقدير بالزمان والمعروف أنه يوم و ليلة ، ويدل عليه موثقة زياد بن سوقة قال : « قلت لأبي جعفر عليه السلام هل للرضاع حد يؤخذ به ؟ فقال : لا يحرم الرضاع أقل من رضاع يوم و ليلة أو خمس عشر رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد ولم يفصل بينها رضعة امرأة غير ها - الخبر » (١) .

ولامجال للخذشة في السند من جهة عمارة بعد كونها معمولاً بها ، واشتمال السند على ابن محبوب الذي هو مما أجمع الأصحاب على تصحيح ما يصح عنه ، ومقتضى إطلاقها الاكتفاء بما هو المتعارف من الرضاع في اليوم والليله فلا يعتبر إكمال الرضعة في كل مرة بل يكفي الإكمال بمرّة اخرى ولاتوالي فلو تخلل بين رضعاته يسير من الطعام بحيث لا يغني عن شرب ما اعتاده من اللبن ينشر الحرمة ولا ينافي في ذلك قوله : « متواليات » لظهور كونه قيداً للتقدير الثاني ولو منع ذلك وقيل بالاجمال لاحتمال رجوعه إلى التقديرين يرجع إلى إطلاق صحيحة بريد العجلي المتقدم .

ويمكن أن يقال : لا إطلاق للصحيحة لأن مقتضى إطلاقه الاكتفاء بالمسمى ، ويمكن أن يكون الدليل متعرّضاً للتحديد من جهة دون جهة أخرى فاذا بني على التشكيك في أمثال المقام أمكن التشكيك فيه إلا أن الرجوع إلى تقدير الأوّل لعله لا يطابق القواعد العربية لعدم ذكر العدديه حتى يصح وصفه بالجمع . وقد يقال : تكفي في صدق يوم و ليلة التلفيق ولو شك في ذلك ترجع إلى إطلاق الصحيحة ووجه الصدق أنه يفهم من التعبير بيوم و ليلة مقدارهما بحسب الزمان ألا ترى أنه يقال : سافرت يوماً

و ليلة ولو مع عدم وقوع ابتداء المسافرة في ابتداء اليوم ولازم ذلك كفاية إرضاع أربع وعشرين ساعة تقريباً ولو كان تمام المدّة ليلاً أو نهاراً كما في البلاد القريبة من القطب والأخذ باطلاق الصحيحة الكلام فيه ما ذكر آنفاً .

الثالث من التقديرات التقدير بالعدد وقد اختلف فيه الأصحاب لاختلاف أخبار الباب فالمحكى^١ عن ابن جنيد كفاية رضعة واحدة كاملة مستنداً في ذلك إلى عموم الكتاب والسنة وخصوص غير واحد من الروايات كمكاتبة علي بن مهزيار^٢ «عما يحرم من الرضاع قال : عَلَيْهِ السَّلَامُ إذا ارتضع حتى تملأ بطنه فإن ذلك ينبت اللحم والدّم وذلك الذي يحرم»^(١) . ورواية السكوني والنبوي^٣ «يحرم بالرضعة ما يحرم الحولان»^(٢) . والعلوي^٤ «الرضعة الواحدة كالمائة رضعة»^(٣) .

وهذا القول ضعيف جداً لمعارضة ما استدلّ به عليه من الأخبار مضافاً إلى ضعفها سنداً بالكتابة والإضمار والإرسال و موافقة العامة بالنصوص الدالة على عدم النشر بما دون العشر كرواية الفضيل الموصوفة بالصحة في كلام بعض عن الباقر عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : « لا يحرم من الرضاع إلا ما كان مجبوراً ، قلت : وما المجبور ؟ قال عَلَيْهِ السَّلَامُ : أمّ تربتي أو ظئر تستأجر أو أمة تشتري ، ثمّ ترضع عشر رضعات يروى الصبي و ينام »^(٤) .
و بالنصوص الدالة على عدم النشر بمادون خمس عشرة رضعة كصحيحة علي بن رثاب و موثقة زياد بن سوقة المتقدمين ، و موثقة عبيد بن زرارة ، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : «سمعتة يقول عشر رضعات لا يحرم شيئاً ولا ينبغي الإشكال في ترجيح هذه النصوص على تلك الأخبار لما في هذه من الصحة سنداً والقوة دلالة و استناد المشهور إليها عملاً بخلاف تلك .

و لقائل أن يقول : مقتضى صحيحة عبد الله بن سنان أو حسنه بابن هاشم و صحيحة يزيد العجلي^٥ المتقدمين إن قلنا : بأنهما في مقام البيان من جميع الجهات تؤيد قول ابن الجنيد وليس فيهما ضعف بحسب السند أو الإضمار أو الكتابة ، و إن

(١) و (٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٤) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٢ .

قلنا: بأنهما ليستا في مقام البيان مع جميع الجهات فلا مجال للأخذ بإطلاقهما في محل الشك كما سبق نعم المعارضة باقية على تقدير الإطلاق والمحكي عن أكثر المتقدمين هو التحديد بالعرض مستنداً في ذلك إلى بعض النصوص الدالة على نشر الحرمة بالعرض إذا كانت متوالية. كرواية الفصيل المتقدم، وموثقة عمر بن يزيد قال: «سألت الصادق عليه السلام عن الغلام يرضع الرضعة والرضعتين فقال: لا يحرم فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات، فقال عليه السلام: إذا كانت متفرقة فلا» (١).

ورواية هارون بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يحرم من الرضاع إلا ما شد العظم وأنبت اللحم، وأما الرضعة والرضعتان والثلاث حتى بلغ عشرًا إذا كن متفرقات فلا بأس - الخبر (٢)» .

والمحكي عن أكثر المتأخرين هو التحديد بالخمس عشرة رضعة واستدل عليه بصحيفة علي بن رثاب وموثقة زياد بن سوقة المتقدمين، وفي مقام المعارضة مع ما دل على كفاية العشر يجاب بتقديم ما دل على عدم كفاية العشر لكونهما أصح سنداً وأقوى دلالة منها، فمع تسليم مقاومة ما دل على كفاية العشر سنداً ودلالة من جهة ذهاب القدماء إلى الكفاية يقال: إن المرجع هو الأصل القاضي بالتحليل لإطلاقات الأدلة الدالة على سببية الرضاع للتحريم من الكتاب والسنة للمنع عن كونها إلا في مقام أصل التشريع، ولو سلم الإطلاق فلا مجال أيضاً لأن التمسك بها في المقام من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية لما سبق من أن المراد من قوله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» هو تنزيل ما يحصل بالرضاع من العناوين منزلة ما يحصل منها بالنسب في الحكم. ومن المعلوم أن مجرد تحقق مسمى الرضاع لا يكون عند العرف موجباً لحصول تلك العناوين بل لابد من حصولها بها عرفاً من بلوغه إلى مقدار كثير فمع الشك في كفاية عشر رضعات لا مجال للتمسك.

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٩ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٣٩ و ٢٤٠ .

و يمكن أن يقال : ما ذكر في تفسير النبويّ يشكل من جهة أن حصول مثل الأمومة والأخوة والبنوّة بنظر العرف كيف يتحقق برضاع ليلة و يوم و خمس عشرة رضعة إلا بالتنزيل وكيف يكون الحكم مرتباً على ما لا يتحقق إلا بالتنزيل ، ويمكن أن يكون المراد أن العناوين الحاصلة بالنسب الموجبة للحرمة يتحقق بالرضاع بدون اعتبار تحققها بنظر العرف فالرضاع في مدّة يوم و ليلة يوجب الحرمة بالنسبة إلى الفحل لأنّه صاحب اللبن و بمنزلة الأب كما في الأب النسبي و يوجب الحرمة بالنسبة إلى المرضعة لأنها بمنزلة الأمّ النسبيّة و بالنسبة إلى أولادها النسبيّة لأنهم بمنزلة الأخوة النسبيّة فليس إحراز العناوين الخاصّة على المكلف حتى يقال : إنّه مع الشكّ في حصولها لاجمال للتمسك بالدليل للشبهة المصداقيّة ومع تعارض الأخبار لا يبعد حمل ما يدلّ على كفاية عشر رضعات على التقيّة من جهة بعض أخبار الباب وهو ما رواه عبيد بن زرارة^(١) في الصحيح - إلى أن قال - فقلت : « وما الذي ينبت اللحم و الدّم ؟ فقال : كان يقال عشر رضعات » وإن كان يشكل هذا من جهة اختلاف أقوال العامة لأنّ المنقول من الشافعيّ و أحمد بن حنبل الاكتفاء بخمس رضعات ، و فيهم من قال بثلاث ، و اكتفى مالك و أبو حنيفة بالرضعة الواحدة و نقل العامة في صحاحهم عن عائشة أنّه كان في القرآن عشر رضعات محرّمات فنسخت تلاوته و في رواية أخرى عنها قالت : كان في ما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّم من ، ثمّ نسخ بخمس معلومات^(٢) ، فكيف يحمل الأخبار الدالّة على العشر على التقيّة مع أن مشاهير علمائهم لا يقولون به مضافاً إلى الشهرة بين القدماء فلا بدّ من التخيير و الأخذ بأحد الطرفين و لا تصل النوبة إلى الأصل ولا الأخذ بالأخبار الدالّة على الخمس عشرة رضعات .

ثمّ إنّه ذكر في المقام إشكال و تنبيه على ما يمكن أن يتفصي به أمّا الاشكال فحاصله هو أن أخبار التقديرات الثلاث حيث تكون في مقام البيان و إناطة التحريم بما ذكر فيها من التقديرات على وجه يدور مدارها وجوداً و عندما ينحلّ كل واحد منها إلى

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٢) ابن ماجة تحت رقم ١٩٤٢ و أبو داود ج ١ ص ٤٧٦ .

قضيتين موجبة دالة على انتشار الحرمة بما ذكر فيه من التقدير و سالبة دالة على عدم الانتشار عند عدم تحقق ذلك التقدير فيقع بينها التنافي والتعارض .

وأما ما قيل في التفصي فوجوه منها أن التنافي بينها إنما يلزم إذا لم تكن بين التقادير ملازمة وعدم الملازمة غير معلوم ومعه لا علم بالتنافي ولازم هذا الوجه هو الحكم بنشر الحرمة عند حصول أحد الحدود ، وفيه أن الانفكاك بين التقدير بالزمان والعدد في غاية الظهور ، ويمكن الانفكاك أحياناً بين التقدير باحدهما والتقدير بالآخر لا يمكن أن لا يحصل بشيء من الإرضاع في يوم وليلة وخمس عشرة رضعة الأثر أعني نبات اللحم وشد العظم لأجل وجود مانع من حصوله بأن كان المرضع مريضاً .

ومنها ما عن الفاضل الهندي من أن التنافي بين الأخبار إنما يلزم لو كان التقديرات في عرض واحد وليست كذلك بل التقدير بالأثر هو الأصل وإنما جعل التقديران الآخران طريقاً إليه ، ويؤيده بل يدل عليه قوله عليه السلام في صحيحة علي بن رثاب المتقدمة في جواب قول السائل يحرم عشر رضعات لا لأنها لا تنبت اللحم ولا تشد العظم ، ولازم هذا الوجه انتشار الحرمة بالارتضاع في يوم وليلة وبخمس عشرة رضعة فيما إذا احتمل حصول الأثر بهما لامع العلم بعدم حصوله .

ويمكن إن يقال : ما ذكر في الإشكال من التنافي بين التقادير على وجه يدور مدارها وجوداً وعدمياً والإحلال إلى قضيتين - الخ ، ممنوع فإن التقدير با نبات اللحم وشد العظم أو إنبات اللحم والدم كما في بعض الأخبار فيه الحصر حيث قال عليه السلام على المحكمي « لا يحرم من الرضاع إلا ما اشتد عليه العظم وأنبت اللحم في حسنة ابن أبي عمير ^(١) .

و أما التقديران الآخران فلا حصر فيهما معاً فلاحظ موثقة زياد بن سودة حيث قال عليه السلام على المحكمي « لا يحرم الرضاع أقل من رضاع ليوم وليلة أو خمس عشرة رضعة ^(٢) فلو اتفق رضاع يوم وليلة ولم تكمل خمس عشرة رضعة نشر الحرمة ولو اتفق خمس عشرة رضعة ولم يكمل رضاع يوم وليلة نشرت الحرمة وبعدكونهما طريقين إلى

التقدير ولم يظهر مخالفة الطريق للواقع فلا إشكال نعم يظهر الحصر في رواية الفضيل عن الباقر عليه السلام حيث قال على المحكي : « لا يحرم من الرضاع إلا المجبور - الخ » فهذه الرواية على فرض الأخذ بها في قبال ما دل على عدم كفاية العشر لا يؤخذ بها من جهة الحصر للاتفاق على عدم لزوم ما ذكر فيها من كون المرضعة أمّاً أو طئراً أو أمة .

وتعتبر في الرضعات قيود ثلاثة: كمال الرضعة ، وامتصاصها من الثدي وأن لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة ، الثالث أن يكون في الحولين وهو يراعى في المرتضع دون ولد المرضعة .

أما كمال الرضعة فاستدل على اعتباره بما رواه الشيخ عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الرضاع الذي ينبت اللحم والدم هو الذي يرتضع حتى يتضلع ويمتلئ وينتهي بنفسه » (١) .

وعن ابن أبي يعفور قال : « سألته عما يحرم من الرضاع قال : إذا رضع حتى يمتلئ بطنه فإن ذلك ينبت اللحم والدم وذلك الذي يحرم » (٢) .

وفي حديث الفضيل بن يسار ثم يرتضع عشر رضعات يروي الصبي وينام » (٣) .
و بأنه المتبادر عند الإطلاق فلو لا مخالفة المشهور لأمكن أن يقال : أما رواية الفضيل فمع عدم العمل بمضمونه من الاكتفاء بالعشر مشتملة على اعتبار النوم ولا يعتبر فكيف يؤخذ بها في اعتبار القيد المذكور .

وأما ما رواه الشيخ عن ابن أبي عمير وما عن ابن أبي يعفور فظاهرهما كفاية الرضعة الواحدة بالوصف المذكور، وهذا خلاف المشهور فكيف يؤخذ بهما وأما التبادر فيمكن منعه ألا ترى أنه لو نهى السيد عبده عن شرب ما يع فهل يتبادر النهي عن الشرب الكامل بحيث لو كان ناقصاً ما خالف السيد ، وكذا لو نهى الوالد عن شرب ما يع . ويشهد لما ذكر قول العلامة - قدس سره - في القواعد في الشرط الآتي لا يشترط عدم تخلل

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٤ .

(٢) المصدر الصفحة والاستبصار ج ٣ ص ١٩٥ .

المأكول والمشروب بين الرضعات بل عدم تخلل رضاع وإن كان أقل من رضعة إنزع التبادر لا يضر تخلل الرضاع المذكور ، وما يقال من أن يجعل تقييد الفصل المنفي بالرضعة وارداً مورد الغالب حيث إن الفصل إذا اتفق لا يكون بأقل من رضعة كاملة لم يظهر وجهه ، لكن لا مجال لمخالفة المشهور .

و أما اعتبار الامتصاص من الثدي فقد مر الكلام فيه .

و أما اعتبار عدم الفصل برضاع غير المرضعة فيدل عليه قوله عليه السلام في موثقة زياد بن سوقة المتقدمة « أو خمس عشرة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد ، لم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها - الخ » .

و أما اعتبار كون الرضاع في الحولين فيدل عليه النبوي المعروف « لا رضاع بعد فطام » ^(١) وفسر الفطام في بعض النصوص بالحولين كرواية حماد بن عثمان عن أبي- عبدالله عليه السلام « لا رضاع بعد فطام قلت : جعلت فداك وما الفطام ؟ قال : الحولان اللذان قال الله عز وجل » ^(٢) فالمراد من فطام هو زمان الفطام وعليه فلا بد أن يكون قوله عليه السلام قبل الفطام في رواية عبد الملك « الرضاع قبل الحولين قبل الفطام » عطف بيان لقوله قبل الحولين لاخبراً بعد خبر كي يكون دليلاً لا اعتباراً كلا الأمرين ، وقد يقال الحمل على العطف التفسيري وإن كان خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا أنه لا ينعف ابقاؤه على ظاهره لأن غاية الأمر وقوع التعارض بين الظهورين ظهور رواية حماد في أن المراد بالفطام هو الحولان وظهور رواية عبد الملك في أن المراد بالفطام نفسه فيجب الرجوع إلى إطلاق صحيحة بريد المتقدمة القاضي بنفي اعتبار الفطام بنفسه .

ويمكن أن يقال على فرض تسليم إطلاق صحيحة بريد من جميع الجهات إن كان النظر إلى مرجعيته فمع لزوم كون المرجح سنة قطعية كيف تكون مرجحة مع عدم قطعيتها وإن كان النظر إلى مرجعيته فلا يكون المطلق كالاصل ليس في مرتبة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٣ والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ .

دليل اجتهادي بل هو طرف المعارضة غاية الأمر مع عدم خاص موافق له يقدم الأخص المخالف له للأظهرية ومع وجوده يقع التعارض بين العام والخاص الموافق وبين الخاص المخالف ، لكن الذي يسهل الخطب أن الخبر المفسر للفظام ليس ظاهراً بل هو نص فمع حجتيه لاوجه لرفع اليد عنه مع قابلية الخبر الآخر للحمل على العطف التفسيري ، ثم إن المعروف رعاية الحولين بالنسبة إلى المرتضع بأن يكون ارتضاعه قبل تمام الحولين من ولادته لا بالنسبة إلى ولد المرضعة الذي يكون اللبن من ولادته واستدل بظهور الخبر الدال على اعتبار كون الرضاع قبل الفطام بالنسبة إلى المرتضع ولا أقل من عدم ظهوره بالنسبة إلى ولد المرضعة فنرجع إلى الإطلاقات أو أصالة تحقق عدم ناسر الحرمة ، ولعل دعوى الظهور بالنسبة إلى المرتضع من جهة أن الرضاع متعلق بالمرتضع لا بولد المرضعة فللمجال لصرف الفطام إلى خصوص ولد المرضعة فيكون مخصوصاً بالمرتضع أو مطلقاً فنأخذ بالقدر المتيقن واستدل على هذا بماورد من أنه سئل عنه عن امرأة أرضعت جارية لها أكثر من سنتين لتحرم على زوجها أفسد ذلك بينهما ؟ فقال عنه : لا لأنه رضاع بعد الحولين ،^(١)

فإن كان إرادة حولي رضاعه من الحولين قدراً متيقناً يحتاج إرادة حولي رضاع ولد المرضعة منه أيضاً إلى لحاظين لحاظ ابتداء حولي رضاع المرتضع ولحاظ ابتداء حولي رضاع ولد المرضعة إذ لا جامع بينهما ، ويمكن أن يقال كما يتصور الجامع بين أفراد الحولين بالنسبة إلى المرتضعين كذلك لا مانع من تصوُّره بين ولد المرضعة والمرتضع ولا حاجة إلى لحاظين فهل وجود قدر المتيقن مانع عن الأخذ بالإطلاق كما في كلام بعض الأعلام في الأصول أو لا يمنع كما في كلام بعض آخر منهم .

الرابع أن يكون اللبن لفحل واحد فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولو اختلف المرضعتان ، ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فحل آخر وإن اتحدت المرضعة .

المشهور أنه يعتبر في نشر الحرمة بين المرتضعين من مرضعة واحدة إتحد الفحل

الذي ترضعان من لبنه فمع عدم الاتحاد لا تحرم المزوجة بينهما فالعبرة بالاخوة من جهة الأب في نشر الحرمة دون الأم^١ و يدل^٢ على ذلك صحيحة الحلبي^٣ قال : « سألت أبا عبد الله عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام أيحل له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاعة فقال : إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل^٤ وإن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس » (١).

و موثقة عمار الساباطي^٥ ، عن ابن محبوب بواسطة هشام بن سالم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام رضع من امرأة أيحل له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاعة قال : فقال : لا ، فقد رضعتا جميعاً من لبن فحل واحد من امرأة واحدة ، قال : قلت : فيتزوج أختها لأمها من الرضاعة ؟ فقال : لا بأس بذلك إن أختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا بأس - الخبر » (٢).

والمخالف في المسئلة أبو علي^٦ الطبرسي صاحب التفسير - قدس سره - وصاحب الوافي و لعله لعموم قوله تعالى « وأخواتكم من الرضاعة » و عموم قوله عليه السلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » و عموم قول الرضا عليه السلام على المحكي^٧ في حديث محمد بن عبيدة الهمداني « فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل ولا يحرم من قبل الأمهات^٨ » و أوجب بأن العمومات يجب تخصيصها بالأخبار الخاصة ، و أما معارضتها مع الخبر المذكور و ترجيحه عليها بمخالفتها للكتاب و احتمال حملها على التقيّة لا يصح^٩ مع ترجيحها عليه سنداً و دلالة و جهة لتعدد ما وصحة بعضها و وثاقه الآخر بخلافه حيث إنه ضعيف السند ولم يعمل به المشهور ، و موافق للعامة على ما حكى من مذهبيهم .

و أما ترجيحه من جهة موافقة الكتاب و السنة و مخالفتها فهو فرع الإطلاق فنقول : لا إطلاق لهما ، و يمكن أن يقال : أما الإشكال من جهة ضعف السند فلهوجه و كذلك من جهة موافقة العامة .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ . و الكافي ج ٥ ص ٤٢٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ .

و أما من حيث الدلالة فالظاهر إباؤه عن التخصيص و الإشكال في إطلاق قوله تعالى «وأخواتكم من الرضاة» وقوله ﷺ على المحكمي «يحرم من الرضاة-النح» مشكلاً فإن فتح هذا الباب يوجب سقوط نوع المطلقات عن الحجية بحسب إطلاقها وقد تمسك في أوائل مبحث الرضاة في مسألة شمول النبوي بإطلاق النسب الذي يتحقق به المصاهرة إلى أن هذا الكلام كيف يجتمع مع القول بعدم الحاجة إلى مقدمات الحكمة كما سبق هذا الكلام .

❦ ويستحب أن يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة ، ولو اضطر إلى الكافرة استرضع الذميمة و يمنعها من شرب الخمر ولحم الخنزير ، ويكره تمكينها من حمل الولد إلى منزلها ، ويكره استرضاع المجوسية و من لبنها عن زنى و في رواية إذا أحلها مولاها طاب لبنها ❦ .

الظاهر من كلماتهم استحباب اختيار المرأة الموصوفة بالأوصاف المذكورة من مثل قول الباقر عليه السلام على المحكمي قال رسول الله ﷺ «لا ترضع الحمقاء والعمشاء فإن اللبن يعدي وإن الغلام ينزع إلى اللبن- يعني إلى ظئري الرعونة والحمق^(١)» . و ما عن الصادق عليه السلام «كان أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام يقول: لا ترضع الحمقاء فإن اللبن يغلب الطباع ، وقال رسول الله ﷺ : لا ترضع الحمقاء فإن الولد يشب عليه^(٢)» .

وقال أيضا : قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه : «أنظروا من ترضع أولادكم فإن الولد يشب عليه»^(٣) .

و ما عن الهيثم عن محمد بن مروان قال: «قال لي أبو جعفر عليه السلام : أترضع لولدك بلبن الحسان ، وإيّاك والقباح فإن اللبن قد يعدي»^(٤) .

(١) الفقيه باب الرضاة تحت رقم ١٩ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٣ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٢٤ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ٢٤ .

وما في خبر زرارة « عليكم بالوضاء ^(١) من الظؤرة فإن اللبن يعدي ^(٢) » .
وما عن الباقر عليه السلام في حسن ابن مسلم « لبن اليهودية والنصرانية والمجوسية
أحب إلي من لبن ولد الزنا - الخبر » ^(٣) .

ويمكن أن يقال : المستفاد من الأخبار المذكورة الإرشاد إلى التجنب عن
المذكورات من جهة سراية الأوصاف الخلقية إلى الرضيع لا مثل التهود والتنصر و
الشرك الخارج عن الخلقة لا الكراهة كالنهي عن استعمال الماء المشمس في الطهارة
من جهة إراث البرص ، ولا الاستحباب الشرعيين ، ولا يبعد استفادة كراهة استرضاع
ولد الزنا ، و جواز استرضاع اليهودية والنصرانية والمشركة من حسن ابن مسلم
المذكور ، وخبر عبد الرحمن بن أبي عبدالله « سئل الصادق عليه السلام هل يصلح للرجل
أن ترضع له اليهودية والنصرانية والمشركة ؟ قال : لا بأس وقال : ممنوعون من
شرب الخمر » ^(٤) .

وقال الحلبي : « سئله عن رجل دفع ولده إلى ظئر يهودية أو نصرانية أو مجوسية
ترضعه في بيتها أو ترضعه في بيته ؟ قال : ترضعه تلك اليهودية والنصرانية في بيتك و
تمنعها من شرب الخمر وما لا يحل مثل لحم الخنزير ولا يذهبن بولدك إلى بيوتهن ،
والزانية لا ترضع ولدك فإنه لا يحل لك ، والمجوسية لا ترضع ولدك إلا أن تضطر
إليها » ^(٥) .

و يظهر من هذه الأخبار جواز استرضاع الكافرة اختيأراً وهذا لا يجتمع مع ما
هو المعروف من عدم جواز تمكين غير المكلفين من شرب الأعيان النجسة مع
ما هو المسلم من نجاسة فضلات الكفار ولعله لذا قيّد في المتن الجواز بالاضطرار .

(١) الوضوء : الحسن والنظافة (القاموس) .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٤ والفتية باب الرضاع تحت رقم ١٧ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٤٣ .

(٥) الفتية باب الرضاع تحت رقم ٢٠ .

وَأَمَّا كراهة استرضاع المجوسية فلما روى في الكافي عن سعيد بن يسار في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا تسترضع الصبي المجوسية وتسترضع اليهودية والنصرانية ولا يشربن الخمر يمنعن عن ذلك ». ^(١) وظاهره الحرمة ، و كذلك لبن الزانية يستفاد من صحيح الحلبي المذكور حرمة استرضاعها والمعروف الكراهة .

وَأما الرِّايات الدَّالة على طيب لبنها إذا أحلمها مولاها فمنها ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لبن اليهودية والنصرانية والمجوسية أحبُّ إليَّ من ولد الزَّنا ، و كان لا يرى بأساً بولد الزَّنا إذا جعل مولى الجارية الذي فجر بالجارية في حل ^(٢) » .

و منها ما رواه الصدوق باسناده ، عن حريز ، عن محمد بن مسلم وغيره في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام « في المرأة يكون لها الخادم قد فجرت يحتاج إلى لبنها قال : مرها فلتحللها يطيب اللبن » ^(٣) .

✽ و هنا مسائل : الأولى إذا أكملت الشرائط صارت المرضعة أمّاً و صاحب اللبن أباً و أختها خالة و بنتها أختاً ، و يحرم أولاد صاحب اللبن ولادة و رضاعاً على المرضع و أولاد المرضعة ولادة لارضاعاً ✽ .

قد يقال في ضابطة التحريم في الرِّضاع : إنَّ المستفاد من قوله عليه السلام « يحرم من الرِّضاع ما يحرم من النسب » أن كلَّ عنوان قد حمل عليه الشارع التحريم من جهة علاقة نسبية فهذا العنوان يحرم من جهة نظير تلك العلاقة من الرِّضاع فالمراد بـ « ما » الموصولة في الحديث هو عنوان كلي مشترك بين ما يحصل بالنسب وبين ما يحصل بالرِّضاع تعلق التحريم به من جهة النسبية باعتبار بعض أفرادهِ وهو الحاصل بالنسب ، وتعلق التحريم به باعتبار بعض أفرادهِ من جهة الرِّضاع وهو الحاصل بالرِّضاع ، ولا يقدر في هذا كون استعمال لفظ ذلك العنوان في الحاصل بالرِّضاع مجازياً إن لم يقع في الكلام لفظ أحد تلك

(١) المصدر ج ٦ ص ٤٤ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٣ . والفقيه باب الرضاع تحت رقم ٢١

(٣) لم أجد في الفقيه وفي التهذيب ج ٢ ص ٧٩ والكافي ج ٥ ص ٤٣ .

العناوين حتى يقال : إن المراد به خصوص الحاصل بعلاقة النسب بل نقول : إنه اعتبر مثلاً قدر مشترك بين الأم الرضاعية والنسبية وأريد من الموصول وإن أبيت إلا عن أن المراد بالموصول خصوص العنوانات النسبية فلا بد في الكلام من تقدير بأن يراد أنه يحرم من الرضاع نظير كل عنوان من العنوانات النسبية التي يحرم من جهة النسب و هذا القدر هو الذي ارتكبه جمع كثير من الفقهاء المتأخرين في تفسير الحديث .

ثم إن العنوان الذي يحرم من جهة النسب ليس إلا أحد العنوانات المتعلقة بها التحريم في لسان الشارع كالأم والبنت والأخت وغيرهن من المحرمات المذكورة في الكتاب والسنة ، وأما العنوان المستلزم لأحدهن كأخ الأبوين المستلزمة لكونها أمًا ، أو كأم السبط المستلزمة لكونها بنتًا ، وكأخت الأخ للأبوين المستلزمة لكونها أختًا فليس شيء منهن يحرم من جهة النسب إذ لا نسب بينهن من حيث هذا العنوان وبين المحرم عليه فإن أم أخ الشخص من حيث أنها أم أخ ليس نسبة له بل نسبة لأخيه ، والنسب الحاصل بين الشخص وبين نسبه لم يثبت كونه جهة للتحريم ، والشاهد على ذلك أدلة المحرمات فإن منها يستفاد جهة تحريم المحرمات إذ لا يستفاد من قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم » إلا أن جهة التحريم أمومة الأم للشخص وأما أمومتها لأخيه أو بنوتها لجدّه أو أخواتها الخالية فلم يستفد من دليل كونهما جهة للتحريم .

و يمكن أن يقال : ظاهر ما ذكر لزوم حصول نظير العنوان الحاصل من جهة النسب لدى العرف ، فكل عنوان تعلق به الحرمة من جهة النسب تعلق به الحرمة من جهة الرضاع أو حصول بعض أفراد العنوان الكلي الجامع بين النسبي والرضاعي وقد سبق الإشكال فيه فكيف يعتبر العرف الأمومة والأخوة مثلاً بمجرد إرضاع الولد يوماً و ليلة أو خمس عشرة رضعة ، ولا أقل من الشك .

و ثانياً نقول : ما تعلق الحرمة في النسب بالعناوين كالأُمومة والأخوة والبنوة مثلاً بل تعلق الحرمة بالمعنونات بالعناوين كالأُمهات والأخوات مثلاً فمع اتحاد أحد

المعنونات مع المعنونة بعنوان آخر بحيث أمكن ترتيب قياس كأن يقال : كلُّ أمٍّ أمٌّ أخٌ للأبوين مثلاً أمٌّ في النسب ، وكلُّ أمٍّ محرمةٌ من جهة النسب ، فكلُّ أمٍّ الأخُّ للأبوين محرمةٌ في النسب . فكذا نظيرتها في الرضاع وقد سبق في صدر البحث وهذا خلاف المشهور والمقصود أن القول بعموم المنزلة في الرضاع ليس واضح البطلان إلا أن يقال في وجه بطلان هذا القول إنه يلزم منه ما لا يلتزم به وما هو مخالف لصريح القرآن حيث إن لازم هذا القول حرمة بنات عم رسول الله ﷺ بسبب رضاعه ﷺ مع عمه حمزة عند امرأة واحدة بلبن فحل واحد فإنه بذلك صار أخاً له واستلزم بذلك أخوة النبي ﷺ بجميع إخوة حمزة فلا يجوز له نكاح أحد من بنات عمه وهو مخالف لصريح قوله تعالى : «إنا أحللتناك أزواجك - إلى قوله - وبنات عمك وبنات عماتك» ومخالف لصريح موثق يونس بن يعقوب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أرضعتني وأرضعت صبياً معي ولذلك الصبي أخٌ من أبيه وأمةٌ فيحلُّ لي أن أتزوج إبنته؟ قال : لا بأس ،^(١) إلا أن يقال : لا مانع من التخصيص كما يلتزم المنكرون لهذا القول بالتخصيص مثل « لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن » ، وما ذكر من الإشكال الأوّل يمكن الجواب عنه بعدم لزوم حصول عنوان نظير عنوان المذكور في النسب بنظر العرف بل يكفي حكم الشرع بحصول ذلك العنوان ولذا يتمسك في موارد الشكّ في نشر الحرمة بالأخبار الخاصة .

، وأما حرمة أولاد صاحب اللبن نسباً ورضاعاً على المرتضع بخلاف أولاد المرضعة فإنها يحرم الأولاد النسبية دون الرضاعية ، فلأن أولاد صاحب اللبن إخوة له أو أولاد إخوة ، هذا في الأولاد النسبية واضح وفي الأولاد الرضاعية يدل عليه صحيحة الحلبي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة وهو غلام أيحلُّ له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاعة ؟ فقال عليه السلام : إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحلُّ ، وإن كانت المرأتان رضعتا من

امرأة واحده من لبن فحلين فلا بأس^(١) . وموثق عمار السابطي* وقد تقدم الكلام .
ومما ذكر ظهر الفرق بين الأولاد الرضاعية من طرف الأب وبين الأولاد الرضاعية
من طرف الأم ، وخالف في المسئلة الشيخ الطبرسي* - قدس سره - والمحدث الكاشاني* .

﴿ الثانية لا ينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً لأنهم في
حكم ولده ، و هل ينكح أولاده الذين لم يرتضعوا في أولاد هذه المرصعة و أولاد فحلها
قال في الخلاف : لا ، والوجه الجواز ﴾ .

أما حرمة نكاح أب المرتضع فيما ذكر فيدل عليها صحيح ابن مهزيار قال : سألت
عيسى بن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة أرضعت لي صبياً فهل يحل لي أن
أتزوج ابنة زوجها؟ فقال : ما أجود ما سألت من ههنا يؤتى أن يقول الناس : حرمت
عليه امرأته من قبل لبن الفحل لا غير ، فقلت له : إن الجارية ليست ابنة المرأة التي
أرضعت لي هي ابنة غيرها ، فقال : لو كن عشرًا متفرقات ما حل لك منهن شيء وكن
في موضع بناتك^(٢) .

وصحيح الحميري قال : كتبت إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام
امرأة أرضعت ولد الرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه المرصعة أم لا؟
فوقع عليه السلام : لا تحل له^(٣) .

وصحيح أيوب بن نوح قال : « كتب علي بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام
امرأة أرضعت بعض ولدي أيجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب عليه السلام : لا يجوز ذلك
لأن ولدها صار بمنزلة ولدك^(٤) » ويستفاد من قوله عليه السلام على المحكي* « من ههنا
تؤتى أن يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل ، كفاية . لبن الفحل في

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٥ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٠٥ . والكافي ج ٦ ص ٤٤٢ .

(٣) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ٩ .

(٤) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ٨ .

الحرمة ولولم يكن ولادة نسيبة .

وأما نكاح أولاد أب المرتضع الذين لم يرتضوا في أولاد هذه المرضعة وأولاد فحلها فعن الشيخ في الخلاف المنع والمشهور الجواز . وجه الجواز أن أولاد المرضعة وأولاد فحلها صاروا إخوة للمرتضع والمعمرم في النسب نكاح الإخوة لانكاح إخوة الإخوة إلا على القول بعموم المنزلة الذي لا يلتزم به المشهور ، ومستند المنع أن أولاد المرضعة إذا صاروا بمنزلة ولد أب المرتضع فهم إخوة لأولاد أب المرتضع ، وقد يقال : التنزيل المذكور لا يلازم تنزيل أولاد المرضعة منزلة الإخوة لأولاد أب المرتضع لجواز التفكيك بين المتلازمين بحسب الخارج .

إن قلت : سلمنا عدم الملازمة لكن مقتضى كون أولادها بمنزلة ولد الأب كونهم بمنزلتهم في جميع الآثار التي منها حرمة أولاد الأب عليهم .
قلت : استفادة ذلك من النصوص ممنوعة لأن تحريم أولاد الأب على ولده إنما هو من حيث إختوتهم لولده لامن ولديتهم للأب فلا يكفي التنزيل من الحيثية الثانية في ترتيب ما للحيثية الأولى من الآثار .

إن قلت : إن الأخوة ليس مفهومها عرفاً بل حقيقة إلا كون شخصين ولداً الواحد فكون شخص ولداً لأب الشخص أو لأمه عين كونه أخاً له ، لا أنه عنوان آخر ملازم كي يقال بإمكان التفكيك .

قلت : أولاً كون مفهوم الأخوة ما ذكر ممنوع لأن الأخوة إضافة بين الولدين والولدية إضافة بين الابن والأب فالأخوة نسبة مغايرة لذلك المعنى ، ناشئة عنه لآعنه وثانياً سلمنا ذلك لكن التفكيك بين المتلازمين في مقام التنزيل في غاية الإمكان ودعوى الملازمة العرفية بين التنزيلين ممنوعة ، وثالثاً سلمنا لكن نقول : إن الظاهر بقرينة كون السؤال عن جواز تزويج الأب في أولاد المرضعة هو كون الخبر في مقام التنزيل بلحاظ خصوص ما بين الأولاد والأب لا بلحاظ جميع الآثار .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من أن الأخوة إضافة ناشئة من الولادة من طرف الأب أو الأم مغايرة للإضافة الولدية ، فهو قابل للمنع لأننا لا نرى إضافة بين الشخصين

الأخوين إلا كونهما من أب واحد أو أم واحدة .

و أما ما ذكر من الأخذ بالقدر المتيقن في مقام التنزيل فلعله خلاف مسلك كثير في الأصول و بناء على مسلك من يقول بعدم الحاجة إلى مقدمات الحكمة التي عدتها منها عدم وجود قدر المتيقن في مقام التخاطب بنظر بعض الأعلام لا يتم .

الثالثة لو تزوج رضية فأرضعتها امرأته حرمتا إن كان دخل بالمرضة و إلا حرمت المرضة حسب ، ولو كان لها زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول ، ولو أرضعتها الأخرى فقولان : أشبههما أنها تحرم أيضاً . و لو تزوج رضيعتين فأرضعتها امرأته حرمن كلهن إن كان دخل بالمرضة و إلا حرمت المرضة .

لاخلاف ظاهراً في أن الرضاع مع الشرائط كما يوجب مع سبقه حرمة النكاح كذلك يوجب لحوقه حرمة النكاح وفساده بقاء ويدر عليه النبوي « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » و خصوص بعض النصوص كحسنة الحلبي بآبن هاشم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لو أن رجلاً تزوج جارية فأرضعتها امرأته فسد نكاحه » (١) . و نحوها حسنة الأخرى و المحكي عن الفقيه أنه رواها بسند صحيح .

و يمكن أن يقال : لعله يشكل الأمر على من لا يقول بإطلاق النبوي و الرّوايتان لا يثبتان الحكم بقول مطلق لاختصاصهما بمورد خاص فمع احتمال أن يكون عدم الخلاف من جهة الأخذ بإطلاق النبوي و أمثاله كيف يثبت المدعى مع إنكار الإطلاق .

ويتفرع على سببية الرضاع لفساد النكاح السابق أنه لو تزوج بصغيرة فأرضعتها زوجته الكبيرة بطل نكاح الصغيرة مطلقاً كان بلبنه أو لبلن غيره ، وكانت الكبيرة مدخولاً بها أم لا لصورورتها بالرضاع بنتاً للكبيرة فيبطل نكاحها لعدم اجتماع الأم و البنت في الزوجية في زمان واحد و حرمت عليه مؤبداً لو كانت الكبيرة مدخولاً بها لكونها أما بنتاً أو ربيبة فلا تحرم عليه مؤبداً لو كانت الكبيرة غير مدخول بها ، وكان الرضاع بلبن غيره ، وقد حكى عن بعض المشايخ - قدس سره - في هذه الصورة بعد حكمه بحرمة

(١) الفقيه باب الرضاع تحت رقم ١٠ و الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ واللفظ له .

الكبيرة مؤبداً بصيرورتها بإرضاع الصغيرة أم الزوجة بحرمة الصغيرة جمعاً بمعنى بطلان نكاحها مع جواز تجديد العقد ، ثم عكس بطلان نكاحها بعدم جواز الحكم بصحة نكاحها ، وصحة نكاح إحداهما ترجيح بلا مرجح .

و أورد عليه بأن الحكم بحرمة الكبيرة بناء على ما هو الحق والمختار عنده - قدس سره - من اعتبار بقاء التلبس بالمبدء في صدق المشتق حقيقة في غاية الإشكال لأن الكبيرة لا تصير أم الزوجة كي يحكم بحرمتها مؤبداً لأن ارتفاع زوجية الصغيرة في مرتبة صيرورة الكبيرة أملاً لأنهما مستندان في عرض واحد إلى علة نالته وهو الرضاع ولو سلم نمنع شمول أدلة حرمة أم الزوجة لمثل ما كانت الأمية للزوجة آنية .

ويمكن أن يقال : على ما ذكر يشكل الحكم بحرمة الصغيرة أيضاً لعدم كونها ربيبة بمقارنته كونها ربيبة مع ارتفاع زوجية المرضعة ثم إنه يمكن الفرق بين تزويج الأم و البنات ابتداءً فالمعروف بطلانه لأن الحكم بصحتهما لا يمكن وصحة نكاح إحداهما ترجيح بلا مرجح ، و أما النكاح المتحقق فكيف يحكم ببطلانه بالنسبة إلى كليهما مع أن المحرم الجمع ولم لا يكون المقام كصورة إسلام الكافر على خمس زوجات فتأمل .

و أما صورة إرضاع الزوجة الكبيرة الأخرى بعد إرضاع الكبيرة فقليل فيها بحرمة الثانية أيضاً و قيل بعدم الحرمة ، و الحق الثاني ، لعدم صدق المشتق حقيقة مع انقضاء المبدء ، وقد يقال بالفرق بين إرضاع الكبيرة الأولى و إرضاع الثانية بالحرمة في الإرضاع الأولى لصدق العرفي وإن كان فيها الإشكال المذكور آنفاً ، و يشكل هذا من جهة أن صدق العرفي لا يفيد مع الإشكال بحسب الدقة إلا أن يتمسك بما رواه في الكافي بسند ضعيف عن علي بن مهزيار ورواه عن أبي جعفر عليه السلام قيل له : إن رجلاً تزوج بجارية صغيرة فأرضعته امرأته ، ثم أرضعتها امرأة له أخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية وامرأته ، فقال أبو جعفر عليه السلام : أخطأ ابن شبرمة حرمت عليه الجارية التي أرضعتها أولاً فأما الأخيرة فلا تحرم عليه نكاحها لأنها أرضعت

ابنتها ، (١) .

و مما ذكر ظهر حكم ما لو تزوج رضيعتين فأرضعتها امرأته .

السبب الثالث في المصاهرة و النظر في الوطء و اللمس ، أما الأول فمن وطئ امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه أم الموطوءة وإن علت ، وبناتها وإن سفلن سواء كن قبل الوطء أو بعده ، وحرمت الموطوءة على أب الواطي و إن علا و أولاده و إن تزوا ، ولو تجرد العقد عن الوطء حرمت أمها عليه عيناً على الأصح و بنتها جمعاً لا عيناً ، فلو فارق الأم حلت البنت .

من وطأ امرأة بالعقد أو الملك حرمت عليه أم الموطوءة وإن علت و بنتها و إن سفلن سواء كن قبل الوطء أو بعده بلا خلاف ظاهراً و يدل عليه قوله تعالى « و أمهات نسائكم و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » و لو منع عن صدق النساء على الإماء لدعوى الإجماع على عدم الفرق كما أنه لا بد من دعوى الإجماع من جهة إمكان منع صدق الأمهات على الجدات بنحو الحقيقة و التعبير بالأمهات من باب تلاقي الجمع بالجمع مثل « اغسلوا وجوهكم » قال صاحب المدارك في شرح النافع : هذه الأحكام مجمع عليها بين المسلمين فلا حاجة إلى التشاغل بأدلتها كما أن التقييد بالحجور لا مدخلية له في الحكم لقول علي صلوات الله عليه على المحكمي في خبر غياث بن إبراهيم « الرائب عليكم حرام كن في الحجر أم لم يكن » (١) .

وفي رواية إسحاق بن عمار عنه عليه السلام « الرائب عليكم حرام من الأمهات التي دخلتم بهن في الحجور و غير الحجور » (٢) .

و في صحيح ابن مسلم « في رجل كانت له جارية فأعتقت فتزوجت فولدت أياً من مولايها الأول أن يتزوج ابنته ؟ قال : لا هي حرام وهي ابنته و الحرّة و المملوكة في هذا سواء » (٣) .

وفي مرسل جميل في رجل له جارية فوطئها ثم اشترى أمها أو بنتها قال : لا تحل

(١) المصدر ج ١ ص ٤٤٦ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ١ ص ١٩٢ .

له أبدأ ولا تعارض ببعض النصوص الشاذة كرواية رزين « قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل كانت له جارية فوطئها فبانها ^(١) أومات ، ثم وجد أمها أبطأها ؟ قال : إنما حرّم الله هذا من الحرائر وأما الإماء فلا بأس » ^(٢) .

و خبير الفضيل بن يسار « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له مملوكة يوطئها فماتت ثم يصيب بعده ابنتها ؟ قال : لا بأس ليست بمنزلة الحرّة ^(٣) » .

وأما حرمة الموطوءة على أب الواطئ وإن علا وأولاده وإن نزلوا فيدل عليه قوله تعالى و « حلائل أبنائكم » الشامل لمن كانت مدخول بها وغيرها وقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم » و صرّحوا بأن النكاح حقيقة في العقد أو مشترك بينه وبين الوطئ وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن زرارة والفضيل عن أبي جعفر عليه السلام في حديث العامرية والكندية قال أبو جعفر عليه السلام : « لو سألتهم عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها أتحل لابنه ؟ قالوا : لا ، فرسول الله أعظم حرمة من آبائهم » ^(٤) و لو تجرّد العبد عن الوطئ حرمت أمها عليه عيناً على المشهور خلافاً للمحكي عن العماني من اشتراط الدخول ويدل على المشهور قوله تعالى « وأمهات نساءكم » والخدشة في دلالتها باحتمال كون القيد في قوله تعالى « من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » راجعاً إلى الجملتين ومع هذا الاحتمال لا يبقى ظهور في الإطلاق دفعت بأن إرجاع القيد إلى الجملتين مستلزم لا ارتكاب أمر غير جائز أو خلاف الظاهر لأن كلمة « من » بالنسبة إلى قوله تعالى « وربائبكم » نشوية وبالنسبة إلى قوله تعالى « وأمهات نسائكم » بيانية فلو أريد كل من المعنيين مستقلاً لزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى وهو غير جائز ، وإن أريد الجامع بينهما كمطلق الاتصال لزم خلاف الظاهر لأن الظاهر كونها نشوية .

ويمكن أن يقال : لآمانع من كون « من » ابتدائية والتعبير بالابتدائية أحسن

(١) في التهذيب واستبصار « فباعها » .

(٢) و(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٤ و الاستبصار ج ٣ ص ١٦١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٢١ .

من التعبير بالنشوية مع كون الموصول أعني « اللاتي » في المعنى صفة للنسائين مع القطع عن النعتية لأن يرد عليه الإشكال بأنه مع اختلاف العامل لا يجوز لأن يكون نعتاً للنسائين فلا يتوجه إشكال إلا أنه شرط في صحة القطع كون السامع عالماً بما يعلم المتكلم من اتصاف الموصوف بالصفة لأنه مع عدم العلم يحتاج الموصوف إلى الصفة و مع الحاجة لا يصح القطع وهذا الشرط ذكره بعض المحققين و ليس مذكوراً في سائر الكتب ، وما ذكر من أن استعمال اللفظ المشترك في معنيين لا يجوز غير مسلم ، نعم لا مانع من القول بأنه خلاف الظاهر ، واستدل أيضاً بما هو المحكي عن تفسير العياشي عن أبي حمزة من أنه « سئل مولانا الباقر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة و طلقها قبل أن يدخل بها أتحل له ابنتها ؟ فقال عليه السلام قد قضى في ذلك أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس به إن الله يقول : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ولكنه لو تزوج الابنة ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها ، قال : قلت : أليس هماسواء ؟ قال : فقال : لا ليس هذه مثل هذه ، إن الله عز وجل يقول : « وأمهات نسائكم » لم يستثن في هذه كما اشترط في تلك ، هذه ههنا مبهمة وتلك ليس فيها شرط ^(١) .

و برواية إسحاق بن عمار ، عن جعفر ، عن أبيه عليه السلام « أن علياً عليه السلام كان يقول : الربائب عليكم حرام مع الأمهات اللاتي قد دخلتم بهن في الحجور و غير الحجور سواء ، و الأمهات مبهمات دخل بالبنات أو لم يدخل فحرموا و أبهموا ما أبهم الله » ^(٢) .

و بموثقة أبي بصير قال : « سألت عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها ؟ فقال : تحل له ابنتها ولا تحل له أمها » ^(٣) .

وفي قبال هذه الأخبار أخبار أخر تدل على خلاف المشهور منها صحيحة منصور ابن حازم المروية في الكافي قال : « كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فأتاه رجل فسأله عن

(١) و(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٣٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٢٩ .

رجل تزوج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها أيتزوج بأمرها فقال أبو عبد الله عليه السلام : قد فعله رجل منّا فلم نر به بأساً ، فقلت : جعلت فداك ما تفخر الشيعة إلا بقضاء علي عليه السلام في هذه الشمخية ^(١) التي أفتاها ابن مسعود أنه لا بأس بذلك ، ثم أتى علياً عليه السلام فسأله فقال له علي عليه السلام : من أين أخذتها ؟ فقال : من قول الله عزّ وجلّ : « و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلنهم بهنّ فإن لم تكونوا دخلتم بهنّ فلا جناح عليكم » فقال عليه السلام : إن هذه مستثناة وهذه مرسله وأمهات نسائكم ، فقال للرجل : أما تسمع ما يروي هذا عن علي عليه السلام ، فلما قمت ندمت وقلت : أي شيء صنعت يقول : هو قد فعله رجل منّا فلم نر به بأساً وأقول : قضى علي عليه السلام فيها فلقيته بعد ذلك فقلت له : جعلت فداك مسألة الرجل إنما كان الذي قلت زلة مني فما تقول فيها ؟ فقال : يا شيخ تخبرني أن علياً عليه السلام أفتى فيها وتسلني ما تقول فيها ^(٢) .
ومنها صحيحة جميل وحماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الأم والابنة سواء . إذا لم يدخل بها - يعني إذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فإنّه إن شاء تزوج أمها وإن شاء تزوج ابنتها - » ^(٣) ولم يظهر كون ذيله من كلام المعصوم .

(١) يحتمل أن يكون تسميتها بها لأنها صارت سبباً لا فتخار الشيعة على العامة . و قيل إنما وسمت المسألة بالشمخية بالنسبة إلى ابن مسعود فإنه عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمع . أو لتكبر ابن مسعود فيها عن متابعة أمير المؤمنين عليه السلام من شمع بأنفه .
(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ . والتهذيب ج ٢ ص ١٩٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٢١ . والاستبصار ج ٣ ص ١٥٧ . التهذيب ج ٢ ص ١٩٢ .
قال صاحب الوسائل في أبواب ما يحرم بالمصاهرة ب ٢٠ تحت رقم ٣ . بعد نقله و نقل كلام للشيخ - رحمه الله - : التفسير ليس من الإمام بل من بعض الرواة فليس بحجة - إلى أن قال - المراد أنه إذا ملك أمة و أمها فله وطى أيتها شاء قبل وطى الأخرى . ويفهم هذا من نوادر أحمد بن محمد بن عيسى حيث أورد الحديث بين أحاديث هذه المسألة وترك تفسيره . انتهى .

و منها معلقة محمد بن إسحاق بن عمار قال : « قلت له : رجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحل له أمها ؟ قال : وما الكذي يحرم عليه منها ، و لم يدخل بها » (١) .

والمعروف بين الفقهاء الأخذ بالأخبار السابقة وعدم العمل بهذه الأخبار ولعلها محولة على التقيّة ، وعليه يتحقق الفرق بين تزويج البنت وبين تزويج الأمّ و في صورة تزويج البنت مجرداً عن الوطى تحرم الأمّ عيناً بمعنى تحقق الحرمة الأبدية ، و في صورة تزويج الأمّ تحرم البنت جمعاً فمع التجرد عن الوطى لو طلقها جاز نكاح البنت .

❖ و لا تحرم مملوكة الابن على الأب بالملك وتحرم بالوطى ، وكذا مملوكة الأب ولا يجوز لأحدهما أن يطأ مملوكة الآخر ما لم يكن عقد أو تحليل ، نعم يجوز أن يقوم الأب بمملوكة ابنه الصغير على نفسه ، ثمّ يطأها . و من توابع هذا الفصل تحريم أخت الزوجة جمعاً لا عيناً ، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها ، فإن أذنت إحداهما صحّ ❖ .

أما عدم حرمة مملوكة الابن على الأب وعدم حرمة مملوكة الأب على الابن فلعدم ما يوجب الحرمة وشمول قوله تعالى « و أحلّ لكم ما وراء ذلكم » و لاخلاف في ما ذكر وأما حصول التحريم بالوطى فيدلّ عليه رواية زرارة المروية في الكافي (٢) قال أبو جعفر عليه السلام في حديث « إذا أتى الجارية وهي حلال فلا تحلّ تلك الجارية أبداً لأبيه ولا لابنه » و الحكم اتفاقاً لاخلاف فيه .

ولا يجوز لكلّ من الأب والابن أن يطأ مملوكة الآخر إلا بعقد أو ملك أو تحليل ، ويدلّ عليه قوله تعالى « و من ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » .

و أما جواز تقويم الأب بمملوكة ابنه الصغير فيدلّ عليه الأخبار .

منها ما رواه الكافي عن داود بن سرحان قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٣ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣١٩ .

يكون لبعض ولده جارية وولده صغار فقال : لا يصلح أن يطأها حتى يقوّمها قيمة عدل ثم يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها (١) »

و عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح أو الحسن قال : « قلت له : الرجل يكون لابنه جارية أله أن يطأها فقال : يقوّمها على نفسه قيمة ويشهد على نفسه بثمنها أحب إليّ (٢) »

و إطلاقه محمول على الابن الصغير لعدم الولاية له على الكبير .

و عن محمد بن إسماعيل - واستظهر كونه ابن بزيع فيكون الخبر صحيحاً - قال : « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في جارية لابن لي صغير أيجوز لي أن أطأها؟ فكتب لاحتى تخلصها (٣) » .

و الظاهر أن المراد بقوله «حتى تخلصها» إخراجها عن ملكه إلى ملك نفسه و الظاهر أن المراد من التقويم المذكور في الأخبار تمليك نفسه بالقيمة نظير القرض في القيميات أو البيع من نفسه و لعلّ الأنا نسب بقوله عليه السلام على المحكمي في رواية داود بن سرحان « حتى يقوّمها قيمة عدل » البيع من نفسه حيث أن قرض القيميات لا يحتاج إلى تعيين القيمة والحاصل أنه بدون التملك لا يحلّ إلا أن يقال : حيث إنه يكون للأب الولاية الشرعية فلما نعت من تحليل الجارية المملوكة للمولى عليه لنفسه أو تزويجها لنفسه مع مراعاة المصلحة أو عدم المفسدة و حمل الأخبار المذكورة على بيان بعض موارد الجواز والحصر المستفاد من بعض الأخبار المذكورة حصر إضافي في قبيل الجواز بدون وجود أحد الأسباب المجوزة بتوهم أنه حيث تكون الجارية لولده يجوز للأب وطبها كمملوكة نفسه .

وأما حرمة أخت الزوجة جمعاً لا عيناً فلا خلاف ولا إشكال فيها بالكتاب والسنة والإجماع ، من غير فرق بين الدائمة والمنقطعة و كذا ملك اليمين ، و كذا مع بقاء علاقة الزوجية ولو بجواز الرجوع في المطلقة الرجعية ، و من الأخبار الرجعة إلى المقام ما عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن رجل اختلعت منه امرأته

أتحلُّ له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضي عدَّة المختلعة؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه وليس له عليها رجعة» (١).

وعن الحلبيِّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل طلق امرأته أو اختلعت أو بارأت أله أن يتزوج بأختها؟ قال فقال: إذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أختها، قال: وسئل عن رجل كانت عنده أختان مملوكتان فوطيء إحديهما ثم وطيء الأخرى؟ قال: إذا وطيء الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى، قال: أرأيت إن باعها أتحلُّ له الأولى؟ قال: إن كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا ولا كرامة» (٢).

وعن زرارة في الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل طلق امرأته وهي حبلى أتزوج أختها قبل أن تضع؟ قال: لا يتزوجها حتى يخلو أجلاها» (٣).

وما رواه الشيخ عن الحسين بن سعيد في الصحيح قال: «قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة إلى أجل مسمى فينقضي الأجل بينهما، هل له أن ينكح أختها قبل أن تنقضي عدتها، فكتب: لا يحلُّ له أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها» (٤).

وأما حرمة بنت أخت الزوجة وحرمة بنت أخيها فيدلُّ عليها أخبار منها ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الموثق، عن أبي جعفر عليه السلام «قال: لا تتزوج ابنة الأخ، ولا ابنة الأخت على العمَّة ولا على الخالة إلا بأذنهما، وتزوج العمَّة والخالة

(١) من حديث أبي بصير الكافي ج ٦ ص ١٤٤، ونحوه عن أبي الصباح الكناني في

التهذيب ج ٢ ص ١٩٦. والكافي ج ٥ ص ٤٣٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٢ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٧.

(٣)

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٩٦.

على ابنة الأخ و ابنة الأخت بغير إذنهما ^(١) .

و رواه الصدوق عن محمد بن مسلم عنه عليه السلام مثله إلا أنه قال: لا تنكح وتنكح .
و عن عبيدة الحداء قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : لا تنكح المرأة على
عمتها ولا على خالتها إلا باذن العمّة والخالة » ^(٢) .
وما رواه الشيخ عن عليّ بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال :
« سألته عن امرأة تزوج على عمّتها وخالتها ؟ قال : لا بأس ، وقال : تزوج العمّة والخالة
على ابنة الأخ و ابنة الأخت ولا تزوج بنت الأخ والأخت على العمّة والخالة إلا برضى
منهما فمن فعل فنكاحه باطل » ^(٣) .

و ظاهر هذه الرواية أنه لو تزوج وقع النكاح باطلاً و ليس كالعقد الفضولي
الواقع مراعاةً بلحوق الإجازة ، بل لا يبعد استفادة البطلان من سائر الأخبار لظهورها
في النهي الوضعي نظير النهي عن بيع الغرر ، ولولا الأدلة الخاصة في البيع على صحة
الفضولي لقلنا بالبطلان بمقتضى قوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا
أن تكون تجارة عن تراض » .

❖ ولا كذا لو أدخل العمّة أو الخالة على بنت الأخ والأخت ، ولو كان عنده
العمّة أو الخالة فبادر بالعقد على بنت الأخ أو الأخت كان العقد باطلاً ، وقيل : بتخيّر
العمّة أو الخالة بين الفسخ والامضاء أو فسخ عقدها ❖ .
أما جواز إدخال العمّة أو الخالة على بنت الأخ والأخت فلا إشكال فيه كما
صرّح به في الأخبار .

و أما بطلان العقد مع المبادرة بالعقد بدون الإذن السابق فقد عرفت وجهه .
و أما تخيّر العمّة أو الخالة بين الفسخ والامضاء كالعقود الخيارية فلا نعرف له
وجهاً من الأخبار .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٤ والفتاوى باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٢٣ .

(٢)

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ والاستبصار ج ٣ ص ١٧٧ .

وَأَمَّا التَّخْيِيرُ فَحَوْزُ تَخْيِيرِ الْمَالِكِ فِي الْبَيْعِ الْفُضُولِيِّ بَيْنَ الرَّدِّ وَالْإِمْضَاءِ ، فَمَبْنِيٌّ عَلَى كَوْنِ الْعَقْدِ الْمَذْكُورِ نَظِيرَ الْفُضُولِيِّ وَقَدْ عُرِفَتْ الْإِشْكَالُ فِيهِ .
وَأَمَّا تَخْيِيرُ الْعَمَّةِ أَوْ الْخَالَةِ فِي فُسْخِ عَقْدِهِمَا فَلَا وَجْهَ لَهُ وَعَدٌّ مِنَ الْمُسْتَعْرَبِ التَّعَرُّضُ لَهُ .

❖ وَفِي تَحْرِيمِ الْمَصَاهِرَةِ بَوَاطِي الشَّبَهَةِ تَرَدُّدٌ ، أَشْبَهَهُ أَنَّهُ لَا يَحْرَمُ ، وَأَمَّا الزَّوْجَةُ فَلَا تَحْرَمُ الزَّوْجِيَّةَ وَلَا الزَّوْجَةَ وَإِنْ أَصْرَتْ عَلَى الْأَشْهُرِ ، وَهَلْ تَنْشُرُ حَرَمَةَ الْمَصَاهِرَةِ ؟ قِيلَ : نَعَمْ إِنْ كَانَ سَابِقًا ، وَلَا تَنْشُرُ إِنْ كَانَ لَاحِقًا ، وَالْوَجْهُ أَنَّهُ لَا يَنْشُرُ ، وَلَوْ زَانَا بِالْعَمَّةِ أَوْ الْخَالَةِ حَرَمَتْ عَلَيْهِ بِنَاتِهِمَا ❖ .

الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِالْوَطِيِّ الصَّحِيحِ الْوَطِيُّ بِالشَّبَهَةِ فَلَا تَنْشُرُ بِهِ الْحَرَمَةَ سِوَاءِ كَانَ سَابِقًا عَلَى الْعَقْدِ أَوْ لَاحِقًا ، فَلَوْ وَطِيَءَ الْأَبُ زَوْجَةَ الْإِبْنِ ، أَوْ الْإِبْنُ زَوْجَةَ الْأَبِ لَمْ تَحْرَمْ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى « وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ » وَعُمُومِ الْخَبَرِ الْمَعْرُوفِ « الْحَرَامُ لَا يَحْرَمُ الْحَلَالَ » (١) .

وَأَمَّا التَّمَسُّكُ بِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى « وَلَا تَنْكَحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ » فَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى كَوْنِ الْمُرَادِ مِنَ النِّكَاحِ الْوَطِيِّ وَلَا شَاهِدَ عَلَيْهِ كَمَا أَنَّهُ لَا وَجْهَ لِلتَّمَسُّكِ بِأَنَّ الْوَطِيَّ بِالشَّبَهَةِ مَلْحَقٌ بِالْوَطِيِّ الصَّحِيحِ فِي جُمْلَةٍ مِنَ الْأَحْكَامِ فَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ مَلْحَقًا بِهِ فِي التَّحْرِيمِ أَيْضًا لِأَنَّ وُجُودَ بَعْضِ الْمَعْلُولَاتِ يَسْتَلْزِمُ وُجُودَ الْآخَرِ ، لِأَنَّ الْإِنْفِكَاحَ بَيْنَ الْمُتَلَازِمِينَ إِذَا كَانَا شَرْعِيَيْنِ وَاقِعٌ كَثِيرًا ، لَا يَقَالُ مَعَ احْتِمَالِ كُلِّ مِنَ الْمَعْنِيِّينَ لِلنِّكَاحِ فَلَا بَدَّ مِنَ الْإِحْتِيَاطِ لِلْعِلْمِ الْإِجْمَالِيِّ لِأَنَّهُ يَقَالُ : هَذَا الْعِلْمُ لَا يُوَثِّرُ بَعْدَ الْفَرَاغِ عَنْ كَوْنِ الْعَقْدِ مَجْرَدًا عَنِ الْوَطِيِّ مُوجِبًا لِلْحَرَمَةِ مِنْ جِهَةِ دَلِيلِ آخَرَ ، وَبَعْدَ وُجُودِ الْعُمُومِ لِاحْتِيَاجِهِ إِلَى التَّمَسُّكِ بِاسْتِصْحَابِ الْحَلِيَّةِ ، بَلْ لَا مَجَالَ لَهُ لِتَقْدُّمِ الدَّلِيلِ الْاجْتِهَادِيِّ عَلَى الْأَصْلِ الْعَمَلِيِّ إِنْ كَانَ أَصْلُ فِي الْبَيْنِ ، وَقَدْ مَرَّ غَيْرَ مَرَّةٍ الْإِشْكَالُ فِي حُجِّيَّةِ الْإِسْتِصْحَابِ فِي الشَّبَهَاتِ الْحَكِيمِيَّةِ .

وَأَمَّا الزَّوْجَةُ بِالْمَرْأَةِ فَلَا يُوْجِبُ حَرَمَتَهَا عَلَى الزَّوْجَانِي وَلَا يُوْجِبُ زِنَا الْمَرْأَةِ الْمَرْزُوجَةَ

حرمتها على الزوج ، أما الثاني فللخبر المعروف « الحرام لا يحرم الحلال » وهذا الخبر معمول به يستدل به في بعض المسائل الآتية مضافاً إلى خبر عبّاد بن صهيب عن جعفر بن محمد عليه السلام « لا بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزني وإن لم يقم عليه الحدّ فليس عليه من إثمها شيء » (١) .

وأما ما ورد من لزوم التفريق بين الزوجة وزوجها إذا زنت قبل أن يدخل بها كخبر فضل بن يونس « سألت أبي الحسن موسى عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فلم يدخل بها فزنت قال عليه السلام : يفرق بينهما و تحدّد الحدّ ولا صداق لها » (٢) .

و خبر السكوني ، عن أبي عبدالله ، عن أبيه عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه في امرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها الرجل يفرق بينهما ولا صداق لها إن الحدّ كان من قبلها » (٣) .

إلى غير ذلك من الأخبار فمحمول على ضرب من الندب ونحوه لا عراض الأصحاب وعدم العمل بمضمونها .

وأما الزنا السابق فالمشهور أنه يجوز نكاح من ارتكبه وتدلّ عليه أخبار كثيرة منها رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « سئل عن رجل أعجبت امرأة فسأل عنها فإذا النساء تنبئ عليها بالفجور (٤) فقال عليه السلام : لا بأس أن يتزوّجها ويحصنها » (٥) .

ورواية عليّ بن يقطين قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : نساء أهل المدينة ؟ قال عليه السلام : فواسق ، قلت : أتزوّج منهن ؟ قال : نعم » (٦) .

ورواية زرارة أيضاً قال « سأله عمار وأنا حاضر عن الرجل يتزوّج الفاجرة متعة ، قال عليه السلام : لا بأس وإن كان التزويج الآخر فليحصن بابه » (٧) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ .

(٣٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٤) كذا وفي المصدر « النشاء عليها بالفجور » والنشاء في الكلام يطلق على التبيع و

الحسن وفي حديث أبي ذر « فجاء خالنا فنثى علينا » .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨ والاستبصار ج ٣ ص ١٦٨ .

(٧٥٦) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٣ .

وصحيح علي بن رثاب قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسلم ؟ قال عليه السلام : نعم وما يمنعه و لكن إذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد » (١) .

خلافاً للمحكي عن الصدوق وأبي الصلاح من الحرمة تمسكاً بقوله تعالى « الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك و حرّم ذلك على المؤمنين » .
والجواب أنه لا يمكن الأخذ بما يظهر منه لأنه يلزم جواز نكاح المشركة للمسلم الزاني و نكاح المشرك للمسلمة الزانية مع أن التكافؤ في الإسلام شرط في جواز النكاح .

و قد يحمل الحرمة على غير الحرمة الشرعية بل بمعنى أن المؤمنين لمكان بينوتهم و عدم سنخيتهم مع الزواني يمتنعون من نكاحهن ، كما أنه الظاهر في قوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك » .

و قد يقال : إن النهي في المقام و إن تعلق بعنوان التزويج لكن لا يستفاد منه إلا مجرد حرمة التكليفية دون الوضعية بمعنى بطلانه إن النهي المتعلق بعنوان المعاملة يدل على الفساد إذا كان نفسياً ناشئاً عن مفسدة فيها ، وأما إذا كان لأجل مراعاة حرام آخر كما في النهي عن الجمع بين الفاطميتين في التزويج حيث إنه لأجل مراعاة حرام آخر وهو إيذاء فاطمة صلوات الله عليها بالجمع بينهما كما دل عليه بعض الأخبار فلا دلالة له إلا على مجرد الحرمة التكليفية .

و يمكن أن يقال : لا نجد فرقاً بين تحريم الزانية و تحريم النساء المحرمة بعناوين مختلفة فما وجه كون تحريم الزانية تكليفية لا وضعية و تحريم تلك النساء وضعية ، و لا شاهد على ما ذكر ، وثانياً مع كون النكاح محرماً بالحرمة التكليفية كيف رخص في الأخبار التزويج ، ثم إن مقتضى إطلاق الأخبار المجوزة عدم الفرق بين المشهورة بالزنا وغيرها ، و يظهر من بعض الأخبار الواردة في تفسير الآية عدم

تجويزها . منها خبر زرارة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى «الزانية - الخ» قال : هن نساء مشهورات بالزنا ، ورجال مشهورون بالزنا شهر وابه وعرفوا به ، و الناس اليوم بذلك المنزل ، فمن أقيم عليه حد الزنا أو شهر بالزنا لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه توبة » (١) .

وخبر محمد ، عن أبي جعفر عليه السلام « في قول الله عز وجل «الزانية» وهم رجال و نساء كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله مشهورين بالزنا فنهى الله عز وجل عن أولئك الرجال والنساء و الناس اليوم على تلك المنزلة من اشتهر بشيء من ذلك أو أقيم عليه الحد فلا تزوجوه حتى يعرف توبته » (٢) .

وخبر حكيم بن حكيم في قوله تعالى عن أبي عبد الله عليه السلام « إنما ذلك في الجهر ثم قال : لو أن إنساناً زنى ، ثم تاب تزوج حيث شاء » (٣) .

ويمكن حمل هذه الأخبار على الكراهة جمعاً بينها وبين الأخبار السابقة ألا ترى أن رواية زرارة المذكورة لم يستفصل فيها أن المرأة كانت مشهورة أو غير مشهورة ، و رواية علي بن يقطين مع تعبير الإمام عليه السلام على المحكي بقوله « فواسق » جوز فيها التزويج فلامجال للتقييد .

وأما نشر الزنا حرمة المصاهرة فالظاهر عدم الخلاف في عدم النشر إن كان متأخراً عن العقد الصحيح لقولهم عليه السلام على المحكي : « لا يحرم الحرام الحلال » وإنما الخلاف في الزنا المتقدم فالأشهر النشر ، ومما يدل على الحكمين المذكورين ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما « أنه سئل عن رجل يفجر بامرأة أيتزوج ابنتها ؟ قال : لا ، ولكن إذا كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو ابنتها أو أختها لم تحرم عليه امرأته إن الحرام لا يفسد الحلال » (٤) .

وما رواه في التهذيب ، عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

(١) و(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ و ٣٥٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣١٥ .

«إذا فجر الرجل بالمرأة لم تحل له ابنتها وإن كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه وإن هو تزوج ابنتها ودخل بها، ثم فجر بأُمها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأُمها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها وهو قوله «لا يفسد الحرام الحلال» إذا كان هكذا» (١).

ومما يدل على الحكم الأول ما رواه في الكافي في الحسن أو الصحيح، عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل تزوج جارية فدخل بها، ثم ابتلى ففجر بأُمها أنحرم عليه امرأته فقال: لا لأنه لا يحرم الحرام الحلال» (٢).

و عن زرارة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل زنا بأُم امرأته أو بابنتها أو بأختها، فقال: لا يحرم ذلك عليه امرأته لأن الحرام لا يفسد الحلال» (٣).

ونقل ابن إدريس عن الشيخ المفيد والسيد المرتضى عدم التحريم بالزنا السابق واختاره المصنف - قدس سره - في المتن ويدل عليه من الأخبار ما رواه الشيخ عن سعيد بن يسار في الصحيح قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل فجر بامرأة يتزوج ابنتها؟ قال: نعم يا سعيد إن الحرام لا يفسد الحلال» (٤).

و عن هشام بن المنثري قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام جالساً فدخل عليه رجل فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها؟ قال: نعم وأُمها وبنتها» (٥).

و عن حنان بن سدير في الموثق قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام إذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحاً هل تحل له ابنتها؟ قال: نعم إن الحرام لا يحرم الحلال» (٦).

و عن زرارة قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٧.

(٢) والكافي ج ٥ ص ٤١٥ و ٤١٦.

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨.

(٤) و(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٧.

يتزوج ابنتها؟ قال: ما حرام حراماً حلالاً قط،^(١).

و عن صفوان في الصحيح قال: «سأله المرزبان عن الرجل يفجر بالمرأة وهي جارية قوم آخرين، ثم اشترى ابنتها أيحل له ذلك؟ قال: لا يحرم الحرام الحلال. ورجل فجر بامرأة حراماً أيتزوج بابنتها؟ قال: لا يحرم الحرام الحلال»^(٢).

ولا يخفى أنه لا يمكن الجمع بين الطائفتين من الأخبار فلا بد من الترجيح أو التخيير، وربما يرجح الطائفة الأولى من جهة مخالفة العامة، ويحمل الطائفة الثانية على التقيّة، وقد يقال مع تسليم ذلك بدعوى أن المشهور بينهم الحل لا توجب الموافقة الترجيح بعد موافقة الطائفة الثانية لعموم قوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم» بل يمكن أن يقال بترجيح الموافق للكتاب على المخالف للعامة إماماً بناءً على الاقتصار على المرجحات المنصوصة وملاحظة الترتيب بينهما فواضح ضرورة أن الموافقة للكتاب مقدّمة بحسب الترتيب في الأخبار العلاجية على المخالفة للعامة، وأمّا بناءً على التعدّي أو على الاقتصار مع عدم رعاية الترتيب فلما أفاده الشيخ الأنصاري قدّس سرّه من أن المستفاد من الأخبار التي أطلق فيه الترجيح بموافقة الكتاب ولو بقرينة لزوم قلة المورد لها بل عدمه لو قلنا بتقديم سائر المرجحات هو أن الخبر المتعدد بظاهر الكتاب لا يعارضه الخبر الآخر وإن كان مما لو انفرد لكان مخصّصاً أو مقيّداً، سلمنا عدم تقدّم موافقة الكتاب في مقام الترجيح على مخالفة العامة فلا أقلّ من التساوي فيكون المرجع الأصل وهو استصحاب صحة العقد.

ويمكن أن يقال بعد فرض التساوي يكون المرجع التخيير بين الأخذ بالطائفة الأولى والطائفة الثانية لا الأصل وإلا لزم عدم التخيير في الأخبار، ومن البعيد إجازة الإمام عليه السلام في مقام التقيّة التزويج مع كونه حراماً وعدم الاكتفاء بالفتوى بل مع التعليل، وفي رواية هشام المذكورة سأل «السائل عن تزويج المرأة المأتمّة ما اكتفى بحليتها بدأضيف حليّة الأمّ والبنت، نعم يشكل الأخذ بمضمون خبر زرارة المذكور فإنّ ما فيه على

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٠٨. والكافي ج ٥ ص ٤١٦.

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٨. والكافي ج ٥ ص ٤١٥.

المحكي « ما حرّم حراماً حلالاً قط » آب عن التخصيص مع أن مثل ما لوفجر بفلام يكون حرمة أمّ و بنته و أخته مسلمة ، ثم إن الأخبار الدالة على عدم الحرمة مع سبق العقد يظهر من بعض الأخبار تقييدها بصورة الدخول بها و المشهور لا يلتزمون به وهو خلاف الخبر المعروف « الحرام لا يحرّم الحلال » أو « لا يفسد الحلال » .

وأمّا لوزنا بالعمّة أو الخالة فقد يقال : إن قلنا بحرمة بنت المزنيّ بها يكون حرمة ابنتيهما على وفق القاعدة فلا حاجة إلى التمسك بأخبار خاصة ، وأمّا إن قلنا بعدم تحريم بنت المزنيّ بها فلا يجدي التمسك بالأخبار الخاصة إلا في تحريم بنت الخالة المزنيّ بها خاصة لا اختصاص الخبر بها و يدلّ على الحرمة ما رواه ثقة الإسلام في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن أبي أيّوب ، عن محمد بن مسلم قال : « سألت رجلاً من رجالنا عن رجل نال من خالته في شبابه ، ثم ارتدع أيتزوج ابنتها ؟ قال : لا ، فقال : إنه لم يكن أفضى إليها إنّما كان شيء دون شيء ؟ فقال : لا يصدق ولاكرامة » (١) .

و يمكن أن يقال : إن الزنا بالعمّة و الخالة وإن كان أشدّ حرمة من الزنا بالغير إلا أن الأخبار السابقة لا تشمل الزنا بهما فعلى القول بالحرمة هناك لا مجال للقطع بعدم الفرق و شمول الأخبار للمقام ، نعم مقتضى الخبر المذكور في تلك المسئلة أعني قوله ﷺ على المحكي « إن الحرام لا يحرّم الحلال » أو « لا يحرّم الحرام الحلال » يشمل المقام لكنّه قابل للتخصيص بالخبر المذكور ، والخبر المذكور مخصوص بالخالة إلا أنّه حكى عن ابن إدريس أنّه قال : وقد روى أن « من فجر بعمته أو خالته لم يجز له ابنتاهما » وأورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته و شيخنا المفيد في مقننته والسيد المرتضى في انتصاره انتهى .

و يظهر من كلامه وجود الخبر بالنسبة إلى العمّة أيضاً لكنّه لم ينقل عن كتب الأكاير المذكورين الخبر المذكور بالنحو الذي ذكره ، فلا مجال للتعدّي عن الخالة .

﴿ وأما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشره الحرمة على أب اللامس والناظر وولده ، ومنهم من خصَّ التحريم بمنظورة الأب ، ووجه الكراهية في ذلك كله ، ولا يتعدى التحريم إلى أم الملموسة والمنظورة ولا بنتيهما ﴾ .
في المقام قولان منشأؤهما اختلاف الأخبار ، فمما يدلُّ على نشر الحرمة صحيحة محمد بن إسماعيل « سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحلُّ لولده ؟ فقال عليه السلام : بشهوة ؟ قلت : نعم ، قال عليه السلام : ما ترك شيئاً إذا قبلها بشهوة ، ثم قال عليه السلام ابتداء منه : إن جرَّدها ونظر إليها بشهوة حرمت على أبيه وابنه ، قلت : إذا نظر إلى جسدها ؟ فقال : إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه ^(١) .

وصحيحة ابن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل تكون عنده الجارية يجرَّدها وينظر إلى جسدها نظر شهوة هل تحلُّ لأبيه وإن فعل أبوه هل تحلُّ لابنه ؟ قال عليه السلام : إذا نظر إليها بشهوة ونظر منها إلى ما يحرم على غيره لم تحلُّ لابنه ، وإن فعل ذلك الابن لم تحلُّ للأب ^(٢) .

وخبر يونس ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن أدنى ما إذا فعله الرجل بالمرأة لم تحلُّ لابنه ولا لأبيه ، فقال عليه السلام : الحد فيه المباشرة ظاهرة أو باطنة مما يشبه مسَّ الفرجين ^(٣) .

وغير ذلك من الأخبار ويستفاد من مجموع هذه الأخبار أن كلاً من النظر إلى جسد الجارية ولمسه بشهوة والنظر إلى فرجها ولمسه ولولا عن شهوة يكون موجباً لنشر الحرمة ، ولا يبعد تقييد النظر إلى الفرج بالشهوة لوجود القيد في كلام الإمام عليه السلام على المحكي .

وأما ما استدلَّ به على عدم النشر فروايتان إحداهما موثقة علي بن يقطين عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٦ و الاستبصار ج ٣ ص ٢١٢ .

(٣) الاستبصار ج ٣ ص ٢١٢ .

العبد الصالح عليه السلام « عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج
أتحل لابنه أو لأبيه؟ قال عليه السلام : لا بأس ، (١) .

و الثانية رواية الكاهلي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل تكون له
جارية فيضع أبوه يده عليها من غير شهوة أو ينظر منها إلى محرّم من شهوة ، فكره عليه السلام
أن يمسه ابنه » (٢) .

وقد يستشكل في دلالة الثانية حيث إن المراد من قول الراوي « فكره » ليس
هو الفتوى بالكراهة بل المراد منه إظهاره عليه السلام التنفر و الاتزجار و هو لازم أعم
للكراهة .

ويمكن أن يقال : بعد السؤال عن وضع اليد على الجارية من غير شهوة لابد أن
يكون إظهار التنفر و الاتزجار منه عليه السلام راجعاً إلى كلتا صورتين من وضع اليد
بغير شهوة و النظر من شهوة فإذا فرغنا من عدم نشر الحرمة في الصورة الأولى فكذلك
في الصورة الثانية لوحدة ما يقوم مقام الجواب .

وقد يقال في دفع الخدشة في الموثقة من حيث الدلالة باحتمال كون تقييد الجارية
لا عن شهوة إن الظاهر من قوله : « يباشرها من غير جماع » أنه يتلذذ بها بأنواع
التلذذ غير الجماع ، ويمكن أن يقال : لا ظهور فيه ألا ترى أنه في صحيحة محمد بن-
إسماعيل المذكورة بعد السؤال عن تقييد الجارية قال عليه السلام على المحكمي « شهوة »
فمع الظهور لا حاجة إلى الاستفصال ، نعم ترك الاستفصال كاف في المقام فإن كان ترك
الاستفصال بمنزلة الإطلاق أمكن الجمع بين الأخبار السابقة و الموثقة بالإطلاق و
التقييد ، وإن قلنا إنه أقوى من الإطلاق لأن الإطلاق بمنزلة ضرب القانون بخلاف
ترك الاستفصال فالمعارضة باقية ، و كذلك بالنسبة إلى رواية الكاهلي فمع عدم إمكان
الجمع الدلالي تصل النوبة إلى الترجيح السندي .

فقد يقال : إن قلنا بأن المستفاد من تعليلهم عليهم السلام في الأخبار العلاجية الأخذ

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢١٩ .

بالخبر الموافق للمشهور بأن المجمع عليه لا ريب فيه بعد العلم بأن المراد ليس نفي الريب عنه حقيقة بل بالإضافة هو أن الملاك في الترجيح كون أحد الخبرين بالإضافة إلى الآخر أقرب إلى الواقع وأقل احتمالاً لمخالفة الواقع فلا إشكال حينئذ في تقديم تلك الأخبار فإنها لكثرتها واشتمالها على الصحاح يكون احتمال مخالفتها للواقع أقل وأضعف من احتمال مخالفة الموثقة له .

و أمّا بناءً على ما أشرنا إليه سابقاً من تقديم الترجيح بموافقة الكتاب على جميع ما سواها من المرجحات لأن المستفاد من الأخبار الدالة على تقديم الخبر الموافق للكتاب هو أن المخالف للكتاب ليس بحجة في مقام التعارض فهي تكون في مقام تعيين الحجة عن اللاحجة ، ومعها يرتفع موضوع سائر المرجحات فلا يخلو تقديم تلك الأخبار على الموثقة الموافقة لعموم الكتاب وهو قوله تعالى « وأحلّ لكم ما وراء ذلكم » عن الأشكال .

و يمكن أن يقال على فرض تسليم استفادة ما ذكر من الأخبار الدالة على الأخذ بالخبر الموافق للكتاب وطرح المخالف يشكل ما ذكر من جهة استفادة مرجحية الكتاب من بعض الأخبار الواردة في الأخذ بموافق الكتاب لتمييز الحجة عن اللاحجة ومع ذلك يشكل تقديم الموثقة .

و هل يتعدى الحكم إلى أم المنظورة والملموسة و بنتها فيه خلاف ناش عن اختلاف الأخبار فما يدل على التحريم النبوي صلى الله عليه وآله « من كشف فناع امرأة حرم عليه أمها و بنتها » و في نبوي آخر « لا ينظر الله تعالى إلى رجل نظر إلى فرج امرأة و ابنتها » .

وصحيح ابن مسلم « من تزوج امرأة فنظر إلى رأسها وإلى بعض جسدها أبتزوج ابنتها » قال : لا إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها ^(١) .

ومما يدل على عدم التحريم صحيح العيص « سأل الصادق عليه السلام عن رجل باشر امرأة و قبل غير إنه لم يفض إليها ، ثم تزوج بنتها ؟ فقال عليه السلام : إذا لم يكن أفضى

إلى الأمّ فلا بأس وإن كان أفضى إليها فلا يتزوّج انبتها (١) ، وحيث إنّ الجمع الدلّالي غير ممكن فالترجيح بحسب السند ، وما دلّ على الجواز موافق لعموم قوله تعالى «وأحلّ لكم - الآية » .

✽ و يلحق بهذا الباب مسائل : الأولى لو ملك أختين فوطيء واحدة حرمت الأخرى ولو وطيء الثانية أثمّ ولم تحرم الأولى و اضطربت الرّواية ففي بعضها تحرم الأولى حتى تخرج الثانية عن الملك للعود . و في أخرى إن كان جاهلاً لم تحرم وإن كان عالماً حرمتا عليه ✽ .

لا خلاف ولا إشكال في جواز الجمع بين الأختين في الملك ولا خلاف ولا إشكال في عدم جواز الجمع بينهما في الوطيء بملك اليمين فلو وطيء إحديهما حرم عليه وطى الأخرى لأنّه يتحقق الجمع المحرّم به و حينئذ لو عصى و وطىء الأخرى فهل يختصّ التحريم بالثانية أيضاً أو بالأولى أوحرمتا جميعاً مطلقاً أو مع العلم بالموضوع والحكم وجوه بل أقوال قد يقال أفواها : بحسب القواعد الأوّل و بحسب الأدلة الخاصة الأخير .

أمّا أقوائية الأوّل بحسب القواعد فلأنّ وطى الأولى ثانياً بعد وطى الأخرى وإن كان مصداقاً للجمع فيكون مقتضى إطلاق ما دلّ على النهي عن الجمع تحريمه أيضاً إلاّ أنّ مصداقية الجمع لما كانت مسببة عن وطى الأخرى المحرّم فيكون مقتضى إطلاق ما دلّ على أنّ الحرام لا يحرمّ الحلال عدم تحريمه و النسبة بينهما عموم من وجه فيتساقتان ويرجع إلى الأصل ، ومقتضى الاستصحاب حليّة الأولى وحرمة الثانية . وأمّا أقوائية الأخير بحسب الأدلة الخاصة فلأنّ الأخبار وإن كانت مختلفة فبعضها يدلّ على حرمة الأولى و بعضها على حرمة كليهما مطلقاً و بعضها على حرمة كليتهما مع العلم بالموضوع والحكم و بعضها على حرمة كليتهما و لو مع الجهل إلاّ أنّه يمكن الجمع بينها بأن يقال : إنّ تخصيص الحرمة في الطائفة الأولى بالأولى من جهة أنّ حرمة الثانية مفروغ عنها فلا تنافي بينها و بين الطائفة الثانية الدالة على

حرمة كليهما ، ومقتضى قاعدة حمل المطلق على المقيّد تقييد الطائفة الثانية بالطائفة الثالثة الدّالة على تخصيص الحكم بحرمة الجميع بصورة العلم وانه لو وطىء الأخرى بجهالة لم تحرم عليه الأولى ولا يعارضها الطائفة الرابعة الدّالة على حرمة الجميع ولو مع الجهل كخبر عبد الغفار الطائي ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل كانت له أختان فوطىء إحديهما ، ثم أراد أن يظأ الأخرى ، قال : يخرجها من ملكه قلت : إلى من؟ قال : إلى بعض أهله ، قلت : فإن جهل ذلك حتى وطئها؟ قال عليه السلام : حرمتا عليه كلتاهما (١) .

وذلك لاحتمال أن يكون المراد من قول السائل « فإن جهل ذلك » هو الجهل بما علمه الإمام من الحيلة الشرعية في جواز وطئ الثانية بعد وطئ الأولى بقونه عليه السلام يخرجها من ملكه لا الجهل بالموضوع أو الحكم فتدبر .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من الرجوع إلى الاستصحاب بعد التعارض فيشكل لأنه مع قطع النظر عن عدم حجّية الاستصحاب في الشبهات الحكمية .

نقول بعد صدق عنوان الجمع على وطئ الأولى بعد وطئ الثانية ما بقي الموضوع للحليّة حتى يستصحب ، والذي يسهل الخطب أنه مع وجود الأخبار لا تصل النوبة إلى ما ذكر .

وأما ما ذكر من أن الطائفة الدّالة على حرمة الأولى لاتعارض الطائفة الثانية لأن حرمة الثانية مفروغ عنها ، ففيه إشكال لأنه لم يظهر من أخبار الباب كون حرمة الثانية مفروغاً عنها فمنها ما رواه في الكافي في الحسن أو الصحيح عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : « وسئل عن رجل كان عنده أختان مملوكتان فوطىء إحديهما ثم وطىء الأخرى قال : إذا وطىء الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى ، فقلت : أرايت إن باعها أتحل له الأولى؟ قال : إن كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً ، وإن كان إنما يبيعها ليرجع

إلى الأولى فلا ولا كرامة» (١).

و عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل عنده
أختان مملوكتان فوطيء إحديهما ثم وطيء الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى
تموت الأخرى ، قلت : أرأيت إن باعها ؟ فقال : إن كان إنتما يبيعها ولا يخطر على
باله من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأساً وإن كان إنتما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا» (٢) .
ورواه الصدوق بإسناده ، عن العلاء ، عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام
مشله .

و عن علي بن أبي حمزة ، عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « سألته عن رجل ملك
أختين أيطأهما جميعاً فقال : يطأ إحديهما فإذا وطئ الثانية حرمت عليه الأولى التي
وطئها حتى تموت الثانية أو يفارقها وليس له أن يبيع الثانية من أجل الأولى ليرجع
إليها إلا أن يبيع لحاجة أو يتصدق بها أو تموت (٣) » .

و ما رواه المشايخ الثلاثة - نور الله تعالى مرا قد هم - عن الحلبي في الصحيح
بروايتي الشيخين المتقدمين عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له : الرجل يشترى
الأختين فيطأ إحديهما ثم يطأ الأخرى بجهالة قال : إذا وطئ الأخرى بجهالة لم
تحرم عليه الأولى وإن وطئ الأخيرة وهو يعلم أنها محرمة عليه حرمتا عليه
جميعاً » (٤) .

و ما رواه في التهذيب عن عبد الغفار الطائي (٥) ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في
رجل كان له أختان فوطيء إحديهما - الخ » فلاحظ رواية علي بن أبي حمزة يسأل
عن وطئ الأختين ، ورواية الحلبي ورواية أبي الصباح ومحمد بن مسلم لم يظهر منها

(١) والكافي ج ٥ ص ٤٣٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٣٣ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٧ والفقهاء باب الجمع بين الأختين

المملوكتين تحت رقم ٢ .

(٥) تقدم آنفاً .

كون حرمة الثانية مفروغاً عنها وإن كان المراد أنه حيث إن وطىء الأمتين جمعاً من المحرمات في الإسلام والجمع يتحقق بوطنى الثانية فلا بد من أن يكون وطىء الأولى أيضاً مفروغاً عن حرمة لتحقق الجمع به بعد وطىء الثانية فكيف في الروايات تعرض لحرمة .

و أما ما ذكر في خبر الطائفي من احتمال أن يكون المراد من قول السائل - الخ ، فيشكل من جهة أنه مع قطع النظر عن بعده لو كان كلام السائل قابلاً للمعنيين واجيب بجواب واحد من دون تعرض لمراد السائل وأنه ما مراده يلزم أن يكون الجواب واحداً على التقديرين نظير ترك الاستفصال فمع الاشكل في الجمع الدلالي لا بد من الترجيح أو التخيير .

﴿ الثانية يكره أن يعقد الحرّ على الأمة ، وقيل : يحرم إلا أن يعدم الطول ويخشى العنت . الثالثة لا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من حرتين أو حرّة و أمتين أو أربع إماء ، الرابعة لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة إلا بإذنها ، و لو بادر كان العقد باطلاً ، وقيل : كان للحرّة الخيرة بين إجازته وفسخه ، و في رواية : لها أن تفسخ عقد نفسها ، و في الرواية ضعف . ولو أدخل الحرّة على الأمة جاز ، و للحرّة الخيار إن لم تعلم ، إن كانت الأمة زوجة ﴾ .

اختلف في جواز تزويج الحرّ الأمة مطلقاً وعدم جوازه إلا بشرطين عدم الطول بمعنى عدم التمكّن من المهر و النفقة و خشية العنت بمعنى خوف المشقة المؤدبة إلى الوقوع في الإثم من ترك التزوج على قولين . و استدللّ المجوّزون بعموم قوله تعالى « أو فوا بالعقود » و بقوله تعالى « أحلّ لكم ما وراء ذلكم » و قوله تعالى « وأنكحوا الأيامي منكم » و خصوص قوله ﷺ على المحكمي في مرسل ابن بكير « لا ينبغي أن يتزوج الرجل الحرّ المملوكة ^(١) » و قوله ﷺ على المحكمي في خبر أبي بصير « لا ينبغي للحرّ أن يتزوج الأمة و هو يقدر على الحرّة ^(٢) » حيث إن التعبير « بلا ينبغي » مشعرٌ بالكراهة .

وقد يناقش في ما ذكر في مقام الاستدلال أما عموم «أوفوا بالعقود» فلمدم جواز التمسك به في باب المعاملات إذ المراد بالعقد على ما يظهر من بعض الروايات و كلام بعض أهل اللغة هو العهد ولا يصدق العهد على المعاملات ، وأما قوله تعالى «أحل لكم ما وراء ذلكم» فلمنع الإطلاق له من حيث الأسباب ضرورة أنه في مقام بيان مجرد قابلية غير المحرمات بالذات كالأم والبنت وغيرهما ، وأما إنها به يصرن محللة فعلاً فليست في مقام بيانها .

و أما قوله تعالى « وأنكحوا الأيامى » فلأن النكاح ليس له حقيقة واحدة كي يصح التمسك بإطلاقه لصحة كل ما صدق النكاح ضرورة اختلاف النكاح حقيقة بحسب اختلاف الملل والنحل فإن لكل ملّة و قوم نكاحاً خاصاً فتدبر ، هذا مضافاً إلى أن هذه عمومات وإطلاقات يجب تخصيصها وتقييدها بأدلة المانعين .

و يمكن أن يقال : ما ذكر من منع صدق العهد على المعاملات مشكلاً فإن المتبايعين يتعاقدان على كون المبيع للمشتري والثمن للبائع ، والزّوج والزّوجة كذلك و كذا سائر المعاملات كالصّح والإجارة وغيرهما ، نعم لو شك في القابلية للنكاح فلامجال للتمسك بهذا العموم لاثبات القابلية للنكاح .

و أما ما ذكر في الاستدلال بقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » فلم يظهر وجهه فإن سبب النكاح ليس إلا الإيجاب و القبول في ما يحل ، فإذا دلّ الدليل على الحليّة فلا يبقى شك بعد تحقق الإيجاب و القبول و كيف وقد استدلّ به في الشك في نشر الحرمة بالزّنا كما سبق وجعل موافقة الكتاب موجبة للأخذ بالأخبار الموافقة . واستدلّ المانعون بمفهوم قوله تعالى : «ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيما نكح من فتياتكم المؤمنات و الله أعلم بايمانكم بعضكم من بعض فأنكحوهن باذن أهلهن » وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخذان فإذا أحسن فإن أتبن بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ، ذلك لمن خشي العنت منكم وأن تصبروا خير لكم والله غفور رحيم^(١) .

وصحيح ابن مسلم « سئل أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يتزوج المملوكة قال :
إذا اضطرَّ إليها لا بأس ^(١) » ونحوه خبر أبي بصير وصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام
« سأله عن الرجل يتزوج الأمة قال : لا إلا أن يضطرَّ إلى ذلك ^(٢) » .
وخبر يونس عنهم عليهم السلام « لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمة إلا أن لا يجد
حرَّة ^(٣) » . ومرسل ابن بكير وخبر أبي بصير المتقدمين .

وتقريب الاستدلال بالآية الشريفة هو أن كلمة « من » في قوله تعالى « ومن
لم يستطع » إما شرطية ويكون قوله تعالى « فمن ماملكت » جواباً لها ، وإماموصولة
ويكون قوله تعالى « فمن ما ملكت » خبراً لها ، وعلى الثاني دخول الفاء على الخبر
يدلُّ على تضمين الموصول معنى الشرط على ما صرح به أهل العربية . وعلى كلا
التقديرين يستفاد اشتراط الجواز بالشرط المذكور ، ولا مجال لاحتمال أن يكون
الرجحان مشروطاً لأن معنى قوله تعالى « فمن ماملكت » فلينكح ماملكت والأمر
للرجحان فبانقضاء الشرط ينتفي الرجحان لا الجواز كما هو المدعى لأن سوق الآية
الشريفة لوقوعها عقيب بيان ما يحرم من النساء وما يحلُّ يكون قرينة على بيان الحكم
من جهة الحليَّة والحرمه مضافاً إلى ما في ذيلها من قوله تعالى « وأن تصبروا خير لكم »
ونوقش بأنه لم يحرزكون الآية الشريفة في مقام بيان الحليَّة والحرمه لاحتمال
كونها جملة مستقلة غير مرتبطة بما قبلها وليس وقوعها عقيب السابقة قرينة على ما ذكر
ولابنا في هذا مع قوله تعالى « وأن تصبروا خير لكم » حيث إنه يستلزم رجحان الفعل
أعني النكاح مع تحقق الشرط ورجحان الترك أيضاً وهو غير معقول لأن المراد من
الصبر ليس هو الصبر على ترك النكاح مع وجود الشرطين أعني عدم الاستطاعة وخوف
العنت المفسر بخوف الإثم الذي يؤدي إليه توقان الشهوة وكثرتها كي يلزم المحذور
المذكور ، بل المراد منه توطين النفس على تحمُّل المشقة بالتقوى وشدة الورع بحيث

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) والكافي ج ٥ ص ٣٥٩ و ٣٦٠ .

يزول عنه الخوف و يطمئن بعدم الوقوع في المحرم و يخرج عن موضوع هذا الحكم الاضطراري و لا منافاة بين الحكم برجحان إتيان فعل على مكلف خاص مع الحكم برجحان إزالة ذلك المكلف تلك الخصوصية عن نفسه ليخرج عن موضوع ذلك الحكم. و يمكن أن يقال : حمل قوله تعالى « و أن تصبروا - الخ » على ما ذكر خلاف الظاهر لا يصار إليه حيث إنَّ تحصيل التقوى و شدة الورع بتلك المرتبة يحتاج إلى مدّة يروض فيها نفسه بذلك و لعلَّ المتعین الحمل على المعنى الأوَّل كما أنه يظهر من صحيح زرارة المذكور عدم الجواز بدون الاضطرار ، و لا مجال للخدشة في دلالة و إن أمكن الخدشة في دلالة صحيح ابن مسلم و خبر أبي بصير بأنَّ البأس المذكور فيهما يجتمع مع الكراهة فلا ظهور في الحرمة ، و لا يخفى أنَّ مقتضى صحيح زرارة كفاية الاضطرار ولو مع الاستطاعة فلا يبعد عدم كون الاستطاعة شرطاً شرعياً لجواز النكاح بل إرشاداً إلى ما هو أسهل لمريد النكاح .

ثمَّ إنَّه قد يقال مع عدم تمامية أدلة المجوزين و المانعين نرجع إلى الأصول العمليّة و مقتضاها هو الحرمة و الفساد لأنَّ الشكَّ إنَّ كان في مجرد التكليف و أنَّ تزويج الأمة حرام تكليفاً أو لافمقتضى الأصل حيث إنَّ الباب باب الفروج هو الاحتياط و إنَّ كان الشكُّ في الوضع و إنَّ العقد عليها فاسد أو لافمقتضى الأصل حيث إنَّ الباب باب الأسباب و المسببات هو الفساد إلاَّ أنَّه يمكن التمسك للمجوزين بالنصوص الناهية عن تزويج الأمة على الحرّة بتقريب أن يقال : لاشكَّ في ظهور تلك النصوص في أنَّ النهي عن تزويج الأمة على الحرّة إنَّما هو لكونه على الحرّة و إنَّ لهذا العنوان موضوعيّة لالكون هذا العنوان ملازماً غالباً لفقد شرط صحّة العقد على الأمة و هو خوف العنت المنتفي غالباً فلو كان للشرطين مدخليّة لكان الأولى التعليل بفقدان الشرط لا بوجود المانع ، ولكن الحقُّ مع ذلك عدم جواز التزويج إلاَّ مع وجود الشرطين لأخبار خاصّة صريحة في ذلك موجبة لحمل أخبار النهي عن تزويج الأمة على الحرّة على الحكم الحيثي و أنَّها في مقام بيان اعتبار إذن الحرّة أيضاً في جواز النكاح عليها مضافاً إلى اعتبار الشرطين لأنَّ المراد كفاية الإذن و لو مع فقد الشرطين مثل ما رواه

في غوالي اللثالي من أنه « يحرم أن يتزوج المملوكة وإن فعل ذلك فرق بينهما و عزّر » و مثل ما رواه في الحدائق المشتمل على تعداد ما حرّم من الفروج في القرآن و ما حرّم منها في السنّة و قد عدّ من المحرّم منها في السنّة تزويج الأمة لمن يقدر على الحرّة .

و يمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من الأصل مع عدم تماميّة أدلّة المجوّزين و المانع فيشكل من جهة أن القائل بالحرمة نظره إلى الحرمة الوضيّة و لا أظن أن يكون نظراً للقائل بالحرمة إلى الحرمة التكليفيّة إلا أن يقال بالحرمة التشريعيّة وهي خارجة عن محلّ الكلام ، و ما ذكر من الاحتياط في باب الفروج إن تمّ يكون راجعاً إلى الزّواج و معاملة الزّوجيّة و لا يوجب حرمة العقد من دون معاملة الزّوجيّة ، و مع أنه لا دليل عليه بل في الشبهات الموضوعيّة مقتضى رواية مسعدة بن صدقة خلافه .

و أمّا الحرمة الوضيّة فتقريبها أن مقتضى الاستصحاب إن تمّ في الشبهات الحكميّة عدم تحقق المسبب أعني الحلّيّة لكنّه إذا شكّ في شرطية شيء للحلّيّة فللقائل أن يتمسك بحديث الرّفّع في رفعها لأنّ المحصّل إذا كان بيانه راجعاً إلى الشارع فلا مانع من رفع الشرطيّة فيه و معه لا مجال للاستصحاب .

و أمّا ما ذكر في الجواب عن الاستدلال بالأخبار الدّالة على عدم جواز نكاح الأمة على الحرّة على عدم لزوم الشرطين فلا مانع منه إلا أنه يلزم حمل الأخبار على صورة نادرة الوقوع فالأولى في المقام التمسك بصحيح ابن مسلم و التفصيل بين صورة الاضطرار العربيّ لا الاضطرار الموجب لرفع الحرمة وغيرها .

و أمّا عدم جواز أن يتزوج العبد أكثر من حرّتين أو حرّة و أمّتين أو أربع إماء فالظاهر عدم الخلاف فيه و يدلّ عليه النصوص منها صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام « سأله عن العبد يتزوج أربع حرائر قال عليه السلام : لا ، ولكن يتزوج حرّتين وإن شاء أربع إماء » ^(١) .

و منها خبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن المملوك ما يحل له من النساء ؟ فقال : حرّتان أو أربع إماء » (١) .

ومنها خبر زرارة عن أحدهما عليه السلام « سألته عن المملوك كم يحل له أن يتزوَّج قال عليه السلام : حرّتان أو أربع إماء » (٢) .

ولا يخفى أنه لا تعرض في هذه الأخبار لجواز أن يتزوَّج العبد حرّة و أمّتين لكنّه ادّعى الإجماع عليه وفي الفقيه (٣) بعد أن روى عن حماد بن عيسى أنه « سئل أبا عبد الله عليه السلام كم يتزوَّج العبد قال : قال أبي عليه السلام : قال علي عليه السلام : لا يزيد على امرأتين » قال : و في حديث آخر « يتزوَّج العبد حرّتين أو أربع إماء أو أمّتين و حرّة » .

و أما عدم جواز نكاح الأّمه على الحرّة إلا باذنها فلا خلاف فيه مع عدم الإذن و مع الإذن فيه خلاف و يظهر من حكاية الشيخ عن قوم من أصحابنا عدم الجواز حتّى مع الإذن ، و يدل على الجواز مع الإذن ما عن ابن بزيع في الصحيح « سألت أبا الحسن عليه السلام هل للرجل أن يتمتّع المملوكة باذن أهلها و له امرأة حرّة ؟ قال : نعم ، إذا رضيت الحرّة ، قلت : فإن رضيت الحرّة يتمتّع منها ؟ قال : نعم » (٤) .

ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « تزوّج الحرّة على الأّمه و لا تزوّج الأّمه على الحرّة و من تزوّج أمة على حرّة فنكاحه باطل » (٥) .

ومنها ما رواه في الفقيه في الصحيح عن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام « أنه

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٥ و الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ .

(٣) باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٧٤ . و نقله الشيخ في التهذيب ج ٢

ص ٣٠٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٣ .

(٥) المصدر ج ٥ ص ٣٥٩ .

قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن ينكح الحرّة على الأمة ولا ينكح الأمة على الحرّة - الحديث (١) .

وما رواه في الفقيه مرسلًا قال : قال أبو جعفر عليه السلام : « تزوج الأمة على الأمة ولا تزوج الأمة على الحرّة ، و تزوج الحرّة على الأمة ، فإن تزوجت الحرّة على الأمة فللحرّة ثلثان وللأمة الثلث ، ليلتان وليلة » (٢) .

وما رواه في التهذيب ، عن محمد بن الفضيل قال : لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة ، ويجوز نكاح الحرّة على الأمة - الحديث (٣) .

و عن حذيفة بن منصور قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج أمة على حرّة لم يستأذنها ؟ قال : يفرق بينهما ، قلت : عليه أدب ؟ قال : نعم اثنا عشر سوطاً و نصف ثمن حدّ الزّاني فهو صاغر (٤) » .

ولا يخفى أنّه لا مخصص للإطلاقات المذكورة إلا رواية ابن بزيع المذكورة ، و رواية حذيفة حيث سئل عن التزوُّج بلا استئذان ، ورواية ابن بزيع مخصوصة بالتمتع مع الإذن . والقيد المذكور في رواية حذيفة في كلام السائل لا يستفاد منه التقييد بالإمن جهة التقرير ولا يخلو عن الإشكال .

ومما ذكر ظهر الإشكال في إطلاق القول بالمنع حتى في النكاح المنقطع فإنّ الأخبار الواردة بشكل إطلاقها بالنسبة إلى النكاح المنقطع وإنّ الظاهر أنّه في النكاح المنقطع يعتبر بالتمتع أو يقيّد بها فكيف يؤخذ باطلاقها حتى بالنسبة إليه وعلى القول بالصحة مع الإذن لو بادر فمقتضى بعض أخبار الباب بطلان النكاح كما في رواية الحلبيّ فليس من قبيل الفضولي المرعى صحته بتعقب الإجازة .

وأما ما ذكر من كون الحرّة مختارة في فسخ عقد نفسها فاستدلّ عليه برواية سماعه

(١) المصدر باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٦٣ .

(٢) د د د د د (٢) ٦٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل تزوج أمة على حرّة فقال : إن شاءت الحرّة أن تقيم مع الأمة أقامت وإن شاءت ذهبت إلى أهلها » (١) .

والمحكى في شرح النافع لصاحب المدارك عن الشيخين وابن حمزة وابن البرّاج أنهم أفتوا بمضمون هذه الرواية فإن كانت الرواية مجبورة من جهة السند يكون معارضة مع الأخبار المذكورة الدالة على المنع والمحكى في المختلف كون الحرّة مختارة في فسخ عقد الأمة وإمضائه والترجيح مع تلك الأخبار .

وأمّا جواز إدخال الحرّة على الأمة فقد ظهر من الأخبار المذكورة . و أمّا الثبوت الخيار لها مع الجهل بكون الأمة زوجة فيدل عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن يحيى الأزرق عن الصادق عليه السلام قال : « سألته عن رجل كانت له امرأة وليدة فتزوج حرّة ولم يعلمها أن له امرأة وليدة ، فقال : إن شاءت الحرّة أقامت وإن شاءت لم تقيم ، قلت : قد أخذت المهر فتذهب به ؟ قال : نعم بما استحلّ من فرجها » (٢) .

✽ ولو جمع بينهما في عقد صحّ عقد الحرّة دون الأمة . الخامسة لا يحلّ العقد على ذات البعل ولا تحرم به ، نعم لو زنا بها حرمت ، وكذا في الرّجعية خاصة . السادسة من تزوج امرأة في عدتها جاهلاً فالعقد فاسد ، ولو دخل حرمت أبداً ، و لحقّ به الولد ، وله المهر بوطنى الشبهة ، وتتمّ العدة للأوّل وتستأنف أخرى للثاني وقيل : تجزى عدّة واحدة ، ولو كان عالماً حرمت بالعقد ، ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وإن لم يدخل ولو كان جاهلاً فسد ولم تحرم ولو دخل . السابعة من لا طبغلام فأوقبه حرمت عليه أمّ الغلام وبنته وأخته ✽ .

أمّا لو عقد على الحرّة والأمة بعقد واحد فيمكن أن يقال : الأدلة المانعة من إدخال الأمة على الحرّة لا يشملها لأنّها ظاهرة في صورة سبق نكاح الحرّة إلا أن يتمسك بصحيح الحدّاء عن أبي جعفر عليه السلام « أنه سئل عن رجل تزوج امرأة حرّة وأمتين مملوكتين في عقد واحد ؟ قال : أمّا الحرّة فنكاحها صحيح وإن كان سمى لها مهراً

فهولها ، وأما المملوكتان فإن نكاحهما في عقد مع الحرّة باطلٌ يفرق بينه وبينها^(١) .
و من قال بالصحة مع الإذن يقول بها في المقام إلا أن يستشكل من جهة عدم
صحة نكاح الأمة من جهة فقدان شرط الصحة فلا يفيد الإذن .

و أما عدم حليّة العقد على ذات البعل فلعله من ضروريات الدين .
و أما عدم لزوم الحرمة الأبدية فمحل الكلام فالظاهر أنه مع الجهل وعدم
الدخول لا إشكال في عدم لزوم الحرمة الأبدية لعدم تحقق الموجب لها فمقتضى
العمومات والاطلاقات الحليّة .

و أمام العلم بالحكم والموضوع فمع الدخول يكون زنا والمشهور أنه موجب
للحرمة الأبدية ويدل عليه مرفوعة أحمد بن محمد المروية في الكافي عدّة من أصحابنا
عن أحمد بن محمد رفعه : « إن الرجل إذا تزوّج امرأة وعلم أن لها زوجاً فرّق بينهما ولم
تحلّ له أبداً »^(٢) وإن كان جاهلاً فإنها تحرم مع الدخول لموثقة زرارة عن أبي جعفر
عليه السلام « في امرأة فقد زوجها أو نعى إليها فتزوّجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها فقال :
تعدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة وليس للآخر أن يتزوّجها أبداً »^(٣) .

وهذه الرواية وإن لم يذكر فيها دخول الثاني بها إلا أنه حيث ذكر في الجواب
« تعدّ منهما » يظهر أنها مدخولٌ بها للثاني ، و أما مع الجهل وعدم الدخول فمجرد
العقد لا يوجب الحرمة الأبدية ، و أما الزنا بدون العقد فادعى الإجماع على إيجابه
الحرمة الأبدية وليس نصٌّ بأيدينا إلا ما في الفقه المنسوب إلى الرضا صلوات الله
عليه و نسب المحقق - قدس سره - إلى المشهور فمقتضى الاحتياط الاجتناب للزّاني و
مع وقوع العقد بعد الزّنا الاحتياط بالطلاق لاتجوز إزدواجها مع الغير بدون الطلاق
وكذا الكلام في المطالبة الرجعية لأنّها في حكم الزّوجة .

و أما التزوّج في العدّة فمع الجهل وعدم الدخول لا إشكال في أنه لا يوجب

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٢٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ والاستبصار ج ٣ ص ١٨٨ .

الحرمة الأبدية ويدل عليه ما رواه في الكافي في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة أهي ممن لا تحل له أبداً ؟ فقال : لا أما إذا كان بجهالة فليتزوجها بعد ما تنقضي عدتها وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو أعظم من ذلك ، فقلت : بأي الجهالتين أعذر بجهالته أن يعلم أن ذلك محرّم عليه ؟ أم بجهالته أنها في عدّة ؟ فقال : إحدى الجهالتين أهون من الآخر الجهالة بأن الله حرّم ذلك عليه وذلك بأنه لا يقدر على الاحتياط معها ، فقلت : فهو في الأخرى معذور ؟ قال : نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها ، فقلت : فإن كان أحدهما متعمداً و الآخر يجهل ، فقال : الذي تعمّد لا يحل له أن يرجع إلى صاحبه أبداً ^(١) . »

و ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : « بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له أبداً ، فقال : هذا إذا كان عالماً فإذا كان جاهلاً فارقها و تعدّ ثم يتزوجها نكاحاً جديداً ^(٢) . »

و مع العلم تحرم أبداً كما ظهر من هذين الخبرين ، و كذلك مع الدخول و يدل عليه ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن الحلبي في الحسن أو الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن المرأة الحبلية يموت زوجها فتضع و تزوج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر و عشرأ ، فقال : إن كان دخل بها فرّق بينهما ، ثم لم تحل له أبداً واعتدت بما بقي عليها من الأوّل و استقبلت عدّة أخرى من الآخر ثلاثة قروء ، و إن لم يكن دخل بها فرّق بينهما واعتدت بما بقي عليها من الأوّل و هو خاطب من الخطاب ^(٣) . »

و عن محمد بن مسلم في الموثق ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن الرجل تزوج المرأة في عدتها ؟ قال : إن كان دخل بها فرّق بينهما و لم تحل له أبداً و أتمت

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٠١ و اللفظ له .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٩ و التهذيب ج ٢ ص ٢٠١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٠١ .

عدتها من الأوّل و عدّة أخرى من الآخر ، و إن لم يكن دخل بها فرّق بينهما و أتمت عدتها من الأوّل و كان خاطباً من الخطاب ، (١) .

ثم إنه استشكل على فقه صحيحة ابن الحجاج و ذكر إشكالان أحدهما أن المراد بالجهالة المفروضة فيها إن كان هو الشك ، فحكمه بالتام بالمعذورية لا ينطبق على القواعد ضرورة أن الشك إن كان في الحكم الشرعي الكلي وهو حرمة التزويج في العدّة فالشك فيه لا يكون معذوراً إلا بعد الفحص عن الدليل و اليأس عنه ، و إن حملنا الصحيحة على ما بعد الفحص فيشكل بأنه كيف يمكن أن يكون شاكاً بعد الفحص مع وضوح هذا الحكم بين المسلمين و إن كان الشك في الموضوع و أنها في العدّة أم لا فتارة يكون الشك فيه من جهة الشك في أصل مقدار العدّة بحسب جعل الشرع و أخرى من جهة الشك في انقضائها مع العلم بمقدارها شرعاً ، و على كل تقدير يكون الحكم بالمعذورية على خلاف القاعدة إذ مقتضى استصحاب الحكم في الأوّل و استصحاب الموضوع في الثاني عدم المعذورية و إن كان المراد بالجهالة هي الغفلة و الجهل المركّب بالحكم أو الموضوع أو كليهما أو الجهل البسيطة بأصل الموضوع و أنها ذات عدّة أصلاً أم لا ، فالحكم بالمعذورية و إن كان مطابقاً للقواعد إلا أن مقتضاه تخصيص الحكم بالغافل مطلقاً و الشاك في أصل تحقق الموضوع و هو مخالف لا إطلاق سائر الأخبار و إطلاق كلمات الأصحاب .

و يمكن أن يقال : الحرمة التكليفية غير معلوم بل الظاهر كون الحرمة وضعيّة بمعنى فساد العقد ، و لعل المراد بالمعذورية في العقد عليها ثانياً بمعنى أن العقد الأوّل لا يصير سبباً للحرمة الأبديّة فهو معذور ، و يجوز له العقد ثانياً كما يشعر بذلك قوله بالتام على المحكي « إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها » و كذلك حرمة خطبتها لا تدل على حرمة العقد ، و لسا بصدد إثبات الإباحة بل نقول : استفادة الحرمة من تلك الأخبار التي بأيدينا مشكلة فالمعذورية في المقام غير المعذورية في الأحكام التكليفية حتى يرد ما ذكر من أن المعذورية بعد الفحص .

وَأَمَّا مَا ذَكَرَ مِنْ أَنَّ الشُّكَّ فِي الْمَوْضُوعِ تَارَةٌ يَكُونُ مِنْ جِهَةِ الشُّكِّ فِي مَقْدَارِهِ
 شَرْعاً فَيَتَوَجَّهَ عَلَيْهِ أَنَّ هَذَا دَاخِلٌ فِي الشَّبَهَاتِ الْحَكْمِيَّةِ وَلَيْسَ مَجْرَى لِالِاسْتِصْحَابِ إِلَّا
 بَعْدَ الْفَحْصِ وَالْيَأْسِ ، وَأَمَّا صُورَةُ الشُّكِّ فِي الْمَوْضُوعِ مِنْ جِهَةِ الشُّكِّ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ
 فَالشُّكُّ فِيهَا إِنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ الشُّكِّ فِي مَبْدئِهَا كَمَا إِذَا شُكَّ فِي أَنَّ الطَّلَاقَ وَقَعَ فِي
 أَوَّلِ حَرَمٍ حَتَّى تَكُونَ الْعِدَّةُ مَنْقُضِيَّةً أَوْ فِي أَوَّلِ صَفَرٍ حَتَّى تَكُونَ غَيْرَ مَنْقُضِيَّةً فَالظَّاهِرُ
 عَدَمُ جَرِيَانِ الِاسْتِصْحَابِ فِيهِ ، لِأَنَّ مَعْنَى الِاسْتِصْحَابِ هُوَ التَّمْدِيدُ ، وَالْمَقْرُوضُ أَنَّ
 الشُّكَّ فِي مَبْدئِ الْمَدَّةِ ، نَعْمَ يَسْتِصْحَبُ عَدَمَ جَوَازِ النِّكَاحِ .

وَالِإِشْكَالُ الثَّانِي أَنَّ تَعْلِيلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى الْمُحْكَمِ أَهْوَيْتُهُ الْجِهَالَةَ بِالْحُكْمِ وَإِنَّ
 اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَيْهِ ذَلِكَ مِنَ الْجِهَالَةِ بِالْمَوْضُوعِ وَأَنَّهَا فِي الْعِدَّةِ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ « لَأَنَّهُ
 لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْتِيَاطِ مَعَهَا » بِنَاءً عَلَى كَوْنِ الْجِهَالَةِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ بِمَعْنَى وَاحِدٍ لَأَنَّهَا إِنْ
 كَانَتْ بِمَعْنَى الْغَفْلَةِ فَلَا إِشْكَالَ فِي عَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَى الْإِحْتِيَاطِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، وَإِنْ كَانَتْ
 بِمَعْنَى الشُّكِّ فَلَا إِشْكَالَ فِي قُدْرَتِهِ عَلَى الْإِحْتِيَاطِ مَعَهُ فِي كِلَيْهِمَا ، وَالتَّفْكِيكُ بَيْنَ الْجِهَالَتَيْنِ
 بِحَسَبِ الْمَعْنَى بَأَنَّ يَجْعَلُ الْجِهَالَةَ بِالْحُكْمِ بِمَعْنَى الْغَفْلَةِ ، وَالْجِهَالَةَ بِالْمَوْضُوعِ بِمَعْنَى
 الشُّكِّ وَإِنْ كَانَ يَسْتَقِيمُ مَعَهُ التَّعْلِيلُ إِلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ .

وَأَجِيبُ عَنْهُ بِأَنَّ وَجْهَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْإِحْتِيَاطِ فِي الثَّانِي وَعَدَمِهِ فِي الْأَوَّلِ هُوَ أَنَّهُ
 يَتِمَكَّنُ فِي الثَّانِي بَعْدَ الِاتِّفَاتِ إِلَى الْحُكْمِ الْوَضْعِيِّ مِنْ رَفْعِ الْيَدِ عَنِ الْمَرْأَةِ ، وَهَذَا
 بِخِلَافِ الْأَوَّلِ فَإِنَّهُ عَمَلُ غَفْلَةٍ بِالْفِعْلِ الْمَحْرَمِ شَرْعاً ، وَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ تَدَارُكِهِ بَعْدَ
 الِاتِّفَاتِ ، نَعْمَ لَوْ اتَّفَقَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لَا يَجُوزُ لَهُ قَبْلَ انْقِضَائِهَا تَجْدِيدُ الْعَقْدِ
 عَلَيْهَا فَتَدْبُرُ .

وَفِيهِ إِشْكَالٌ لِأَنَّ مَا ذَكَرَ مَبْنِيٌّ عَلَى ثُبُوتِ الْحَرَمَةِ التَّكْلِيفِيَّةِ لِنَفْسِ الْعَقْدِ بَدُونَ
 الدُّخُولِ وَإِبْتَاهِ مَشْكَالٌ وَرَبَّمَا يَتِمَسَّكُ بِأَنَّ الْخَطْبَةَ حَرَامٌ فَالنِّكَاحُ بِطَرِيقِ أَوْلَى وَلَا
 يَتِمُّ لِعَدَمِ الْعِلْمِ بِالْمَنَاطِ وَعَلَى تَقْدِيرِ الْحَرَمَةِ وَحَمَلِ الْجِهَالَةَ عَلَى الْغَفْلَةِ لِالشُّكِّ مَعَ الِاتِّفَاتِ
 فَحَالُ الْغَفْلَةِ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْتِيَاطِ ، وَبَعْدَ الِاتِّفَاتِ يَتِمَكَّنُ مِنَ الْإِحْتِيَاطِ سِوَاءَ كَوْنِ الشُّكِّ
 مِنْ جِهَةِ الْحُكْمِ أَوْ مِنْ جِهَةِ الْمَوْضُوعِ بِرَفْعِ الْيَدِ عَنِ الْمَرْأَةِ فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ فِي نَفْسِهِ

محرماً مع عدم الدخول كما هو المفروض فلا تمكّن له من تداركه، فلا بدّ من ردّ علمه إلى أهله .

وما ذكر مبنيّ على حمل الجبالة على الغفلة وظاهر الكلمات شمولها لصورة الشكّ كما لعلمه الظاهر من الأخبار ولا أقلّ من قابليّة السؤال لكلا المعنيين وعدم التعرّض لمراوده من كلامه فلا يكون المرأة زانية وتستحقّ المهر ويكون الولد مع الدخول ولد شبهة ، وتمّ العدّة للزوج الأوّل وتستأنف عدّة أخرى لمن تزوّج بها ، هذا هو مقتضى القاعدة المقرّرة في الاصول من أنّ تعدّد الاسباب موجب لتعدّد المسببات وهو المشهور بين الأصحاب ويدلّ عليه الحسن كالصحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام الذي رواه الحلبيّ ، و موثق محمد بن مسلم المنتقد مان ولا يعارضهما موثقة زرارة المتقدمة عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها أو نعى إليها فتزوّجت ثمّ قدم زوجها بعد ذلك فطلقها ؟ قال عليه السلام : تعدّت منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة ، وليس للآخر أن يتزوّجها (١) .

وصحيحته عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة تزوّجت قبل أن تنقضى عدّةها ، قال عليه السلام : يفرّق بينهما و تعدّت عدّة واحدة منهما جميعاً (٢) ، لاعتضاد رواية الحلبيّ و موثق محمد بن مسلم وغيرهما ممّا يطابقهما بالشهرة و الإجماع فاللازم طرحهما أو حملهما على أنّ المراد من الواحدة فيهما هو الاتحاد في المقدار و مع تسليم التكافؤ لموافقة تلك الأخبار للعامة فالمرجع استصحاب الحرمة لا العدّة بعد كون الشكّ في أصل مقدارها بحسب جعل الشرع إنلامجال لجريان الاستصحاب فيها ، هكذا قيل .

ويمكن أن يقال : مع احتمال أن يكون أخذ المشهور من باب الترجيح أو التخيير يشكل ترك الرّوايتين ، و ما ذكر من حمل الرّوايتين على ما ذكر لامجال له فإنّ الحكيم إذا كان في مقام البيان لا يريد من كلامه غير الظاهر منه كما لا يخفى .
و أمّا ما ذكر من أنّه مع التكافؤ يرجع إلى الاستصحاب فلم يظهر وجهه مع أنّ

القاعدة التخيير مع التكافؤ ، هذا مضافاً إلى الإشكال في الاستصحاب في الشبهات الحكيمية وكيف كان لا إشكال ولا خلاف في أن لها مهرها على الزوج الأول للعقد والوطني الصحيحين ولا تستحق على الثاني مع علمها بالتحريم إلا مهر لبغي .
وأما مع جهلها بالتحريم وعدم الدخول فلا شيء لها عليه لفساد العقد وعدم استحلال الفرج . وأما مع الدخول فالمعروف أنه لا إشكال في استحقاقها للمهر بما استحل من فرجها .

ويمكن أن يقال : أما مع الجهل بنحو تكون معذورة كصورة الغفلة أو الجهل المرتب بحيث تعتقد أنه لا إشكال في تزويجها فلا إشكال ، وأما مع الشك واحتمال الحرمة فيقع الإشكال لأن الشاك الملتفت غير معذور وهو في حكم العاقد ، ثم مع استحقاق المهر من جهة استحلال الفرج يقع الإشكال في أن المستحق المهر المسمى في العقد الفاسد أو مهر المثل ، منشأ الإشكال والاختلاف أن الأم الداخلة على المهر في قولهم عَلَيْهَا على المحكي «فلها المهر بما استحل من فرجها» هل هي للعهد كي يكون المراد ما هو المعهود بينهما من المهر المسمى ، أو يكون المراد ما هو المعهود في الشرع من المسمى مع التعيين والمثل مع عدمه ، أو أنها للجنس كي يكون المراد أنها تستحق مهر أو ليست كالزانية في عدم استحقاقها أصلاً ، وقد يقال : إن الظاهر أنها للعهد والمراد ما هو المعهود بينهما من المسمى كما لا يخفى على من راجع الأخبار . وفيه تأمل حيث إن العلة ظاهراً استحلال الفرج لا التسمية في العقد الفاسد والاستحلال يناسب مع الجنس لا مع الخاص المسمى في العقد الفاسد .

وأما نكاح المحرم فلا إشكال في فساده وبطلانه وإنما الخلاف في أنه يوجب تحريم المرأة عليه أبداً مطلقاً علم بالحرمة أو لم يعلم ، دخل بها أولم يدخل ، أو أنه لا يوجب التحريم الأبدي إلا مع العلم وإن لم يدخل بها أو مع الدخول وإن لم يعلم بالحرمة ، ومنشأ الخلاف اختلاف ما ورد في المسئلة من الأخبار .

فمنها ما دل على أنها يوجب التحريم أبداً مطلقاً كخبر أديم بن الحر الخزاعي عن الصادق عليه السلام «إن المحرم إذا تزوج وهو محرم فرق بينهما ولا

يتعاونان أبداً» (١).

وخبر الحكم بن عتيبة « سألت أبا جعفر عليه السلام المحرم تزوج امرأة في عدتها قال عليه السلام : يفرق بينهما ولا تحل له أبداً » (٢).

وخبر إبراهيم بن الحسن ، عن أبي عبد الله عليه السلام « إن المحرم إذا تزوج وهو محرم فرّق بينهما ثم لا يتعاونان أبداً » (٣).

ومنها ما دلّ على أنه فاسد ولكن لا يوجب التحريم الأبدى مطلقاً كخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل ملك بضع امرأة وهو محرم قبل أن يحل ؟ فقضى عليه السلام أن يخلّي سبيلها ولم يجعل نكاحها شيئاً حتى يحلّ فإذا أحلّ خطبها إن شاء فإن شاء أهلها زوّجوه وإن شاؤوا لم يزوّجوه » (٤).

ومنها ما دلّ على أنه يوجب الحرمة الأبدية إذا كان عالماً بالحكم كخبر زرارة وداود بن سرحان ، عن أبي عبد الله عليه السلام وخبر أديم بياع الهروي عنه عليه السلام أيضاً أنه قال : « والمحرم إذا تزوّج وهو يعلم أنه حرام عليه لم تحلّ له أبداً » (٥).

فقد يقال : إن مقتضى القاعدة وإن كان هو الجمع بينهما بتقييد الطائفة الأولى الدالة على التحريم أبداً مطلقاً بمفهوم الطائفة الثالثة الدالة على عدم التحريم مع الجهل وتقييد الطائفة الثانية الدالة على عدم التحريم مطلقاً بمنطوق الطائفة الثالثة الدالة على التحريم مع العلم وتصير النتيجة هو التحريم مع العلم دخل بها أم لا ، وعدم التحريم مع الجهل دخل بها أم لا ، إلا أن تقييد الطائفة الأولى بمفهوم الطائفة الثالثة حيث يوجب حملها على الفرد التادر لندرة إقدام المحرم الذي هو في مقام إتيان ما هو من أفضل

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٥ .

(٣) الكافي ج ٢ ص ٣٧٢ .

(٤) التهذيب ج ١ ص ٥٤١ حسبما رقمناه ٣٩٩ حسبما رقم فيه .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٢٦ .

الأعمال على النكاح مع علمه بالحرمة والفساد فتكون الطائفة الأولى بهذه الملاحظة كالنص في الإطلاق فيقع المعارضة بينها وبين مفهوم الطائفة الثالثة فيرجع في مورد التعارض وهو التزويج مع الجهل إلى عموم « و أحل لكم ما وراء ذلكم » .

و يمكن الجمع بأن يحمل الطائفة الأولى بقريظة قوله عَلَيْكُمْ على المحكمي « فرّق بينهما » التحريم مع الدخول لا التفريق الاعتباري بمعنى ارتفاع الزوجة لأنه حاصل بنفس فساد العقد من دون حاجة إلى أمر الحاكم أو عدول المؤمنين ، بل المراد التفريق الخارجي من جهة الاجتماع في الفرائض الغير المنفك غالباً عن الدخول وحينئذ يرتفع التعارض بينها وبين الطائفة الثانية لأن هذه مقيدة والطائفة الثانية مطلقة ، وكذا يرتفع التعارض بينها وبين الطائفة الثالثة لأن النسبة بينها وبين المفهوم وإن كانت عموماً من وجه إلا أن المفهوم لا يصلح للمعارضة مع المنطوق من جهة أن دلالة التعليق على الشرط على المفهوم إنما هي من جهة ظهور التعليق عليه في كونه علة منحصرة وظهوره في ذلك ليس بمثابة يعارض مع ظهور المنطوق .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من الجمع بينهما بتقييد الطائفة الأولى - الخ . فهو لا يرفع التنافي بين الاطلاقين . نعم يمكن الجمع بين أحدا الاطلاقين و بين ما دل على التقييد ، و ثانياً نقول : فرق بين الإطلاق وترك الاستفصال وخبر الحكم ترك الاستفصال فيه فهو أقوى من الاطلاق لأنه ليس تركه من قبيل ضرب القانون .

وأما ما ذكر من أنه يمكن الجمع بأن يحمل الخ فيشكل لمنع الظهور في ما ذكر ونظير هذا التعبير أعني قوله عَلَيْكُمْ على المحكمي « فرّق بينهما » ذكر في الأخبار السابقة ولم يحمل على ما ذكر والفعل المبني للمفعول لم يذكر فاعله ، و يصح بأن يفرق الزوج والزوجة أنفسهما لا الحاكم ولا عدول المؤمنين فمع الترجيح بموافقة الكتاب يؤخذ بالموافق له ولو لا الترجيح كان مقتضى ما دل على التخيير التخيير .

و أما حرمة أم الغلام و بنته و أخته على المرتكب فيدل عليه صحيح ابن أبي عمير ، عن رجل من أصحابه ، عن أبي عبد الله عَلَيْكُمْ « في الرجل يعيث بالغلام قال : إذا

أوقب حرمت عليه بنته وأخته ، (١) .

و خبر اليماني عنه عليه السلام أيضاً « في الرجل يعبت بغلام هل تحل له أمه ؟ فقال عليه السلام : إن كان ثقب فلا » (٢) .

و خبر حماد بن عثمان « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : رجل أتى غلاماً أتحل له أخته ؟ فقال عليه السلام : إن كان ثقب فلا » (٣) إلى غير ذلك من النصوص .

و هل يشمل الأخبار صورة تحقق الوطى بالشبهة ؟ قد يستشكل من جهة منع الإطلاق من جهة الوقوع عن شبهة ، وأجيب بأن ندرة الوجود تمنع الحمل على الإطلاق بناء على ما ذهب إليه السلطان من توقف الحمل عليه على . مقدّمات سماها بمقدّمات الحكمة ، و أمّا بناء على ما هو الحق من عدم الاحتياج إلى تلك المقدّمات و إن إسناد الحكم إلى الطبيعة مهملة بنفسه ظاهر في كونها تمام الموضوع للحكم وأن الحكم متعلق بها بالأصالة لا بالعرض و تبعاً للفرد و المقيّد من جهة تحققها بتحقيقه فلا يمنع ندرة الوجود عن الحمل على الإطلاق كما لا يوجب ندرته انصراف الإطلاق عن النادر إلى غيره .

ويمكن أن يقال : نمنع تعلق الحكم في صورة تقييد الموضوع بقيد تبعاً فإذا قال المولى : أكرم العالم العادل . ليس تعلق بنفس العالم تبعياً للعالم العادل لأن العالم العادل ليس إلا العالم والمقيّد بالعدالة فيلزم أن يكون تعلق الوجوب بإكرام نفس العالم تبعاً لتعلقه بإكرام نفس العالم المنضم بقيد العدالة و هو كما ترى ، فتأمل .

ثم إن ظاهر الأخبار ما لو وقع الوطى من الرجل فلا يشمل وقوعه من غير البالغ والقطع بعدم الفرق مشكل ، والمسئلة محل الخلاف و إن اشتهر عدم الفرق فمقتضى الاحتياط عدم التزويج و إن وقع فلا بد من الاحتياط بالطلاق لرفع الشبهة .

السبب الرابع في استيفاء العدد إذا استكمل الحر أربعاً بالقبطة حرم عليه

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٧ .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ .

ما زاد ، و يحرم عليه من الإماء ما زاد على اثنتين وإذا استكمل العبد حرتين أو أربعاً من الإماء غبطة حرم عليه ما زاد ، و لكلّ منهما أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع و بملك اليمين ما شاء * .

أما عدم جواز العقد الدائم للحرّ على أزيد من أربع حرائر فهو مجمع عليه بين المسلمين و يدلّ عليه الأخبار منها حسنة زرارة و محمد بن مسلم « إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحديهنّ فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدّة المرأة التي طلق » (١) .
و قول الصادق عليه السلام على المحكمي في صحيحة زرارة « لا يجمع ماءه في خمس » (٢) .

و كذا يحرم ما زاد على أمتين في النكاح الدائم ، و ادّعى عليه الإجماع و استدلت عليه بقول أبي جعفر عليه السلام على المحكمي في رواية أبي بصير « لا يصلح أن يتزوج ثلاث إماء » (٣) و لو لا الإجماع لكان استفادة الحرمة من هذه الرواية مشكلة .
و أما عدم جواز العقد الدائم على أزيد من أربع إماء للعبد أو حرتين فالظاهر عدم الخلاف فيه ، و يدلّ عليه النصوص منها صحيحة محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام « سألت عن العبد يتزوج أربع حرائر ؟ قال : لا ، ولكن يتزوج حرتين و إن شاء - تزوج أربع إماء » (٤) .

و منها خبر الصيقل ، عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن المملوك ما يحلّ له من النساء ؟ فقال عليه السلام : حرتان أو أربع إماء » (٥) .
و منها خبر زرارة ، عن أحدهما عليهما السلام « سألت عن المملوك كم يحلّ له أن

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٣) د ج ٢ ص ١٩٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٧٧ و التهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

يتزوج؟ قال عليه السلام : حرّتان أو أربع إماء» (١) .

وفي خبره الآخر ، عن أبي جعفر عليه السلام « لا يجمع من النساء أكثر من حرّتين » (٢) .

و أما جواز أن يضيف كل من الحرّ والعبد بالعقد المنقطع ما شاء فهو المشهور وعن ابن البرّاج تحريم الزيادة على الأربع ويدل عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي عن زرارة في الصحيح « قال : قلت : ما تحل من المتعة؟ قال : كم شئت » (٣) .

وعن عمر بن أذينة في الصحيح أو الحسن ، عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : قلت له : كم تحل من المتعة؟ قال : فقال : هن بمنزلة الإماء » (٤) .

وروى في الفقيه عن الفضيل بن يسار « أنه سأله عن المتعة فقال : هي كبعض إمائك » (٥) .

وما رواه في الكافي والتهذيب ، عن بكر بن محمد الأزدي في الصحيح « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة هي من الأربع؟ فقال : لا » (٦) .

وما رواه المشايخ الثلاثة - نور الله تعالى مراقدهم - عن أبي بصير « قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام عن المتعة أهي من الأربع؟ قال : لا ولا من السبعين » (٧) .

وما رواه في الكافي والتهذيب ، عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « في المتعة قال : ليست من الأربع لأنّها لا تطلق ولا ترث ، وإنما هي مستأجرة » (٨) .

وما رواه في الكافي عن إسماعيل بن فضل في الصحيح أو الحسن « قال : سألت

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٨ والكافي ج ٥ ص ٤٧٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ والتهذيب ج ٢ ص ٣٠٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٤) باب المتعة تحت رقم ١٣ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٨ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٧ و

١٤٨ و الفقيه باب المتعة تحت رقم ١٢ .

أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال : ألق عبد الملك بن جريج فاسئله عنها فإن عنده منها علماً فأنتبه فأملى عليّ شيئاً كثيراً في استحلالها ، فكان فيما روى لي ابن جريج قال : ليس فيها وقت ولا عدد إنما هي بمنزلة الإماء يتزوج منهنّ كم شاء ، وصاحب الأربع نسوة يتزوج منهنّ ما شاء بغير وليّ ولا شهود فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق ، ويعطيهما الشيء اليسير وعدتها حيضتان فإن كانت لا تحيض فخمسة و أربعون يوماً ، فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فعرضت عليه فقال : صدق وأقرّ به ، قال ابن أذينة و كان زرارة بن أعين يقول : هذا و يحلف أنه الحق إلا أنه يقول : إن كانت تحيض فحيضة و إن كانت لا تحيض فشهري و نصف ^(١) .

و احتجّ ابن البرّاج عليّ ما نقل عنه بعموم « فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية » و ما رواه الشيخ عن أحمد بن محمد بن أبي نصر ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون عنده المرأة ، أيحلّ له أن يتزوج بأختها متعة ؟ قال : لا ، قلت : حكى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام إنما هي مثل الإماء يتزوج ما شاء ، قال : لا هي من الأربع ^(٢) .

و يدلّ عليّ ذلك أيضاً ما رواه الشيخ في التهذيب عن عمّار الساباطي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « عن المتعة قال : هي إحدى الأربع » ^(٣) .

و أوجب عن الآية بعد تسليم دلالتها على تحريم الزوائد بالحمل على النكاح الدائم جمعاً بينها و بين الأخبار المتقدمة ، و عن الرواية بحمل النهي على الكراهة ، و حمل قوله « من الأربع » على الاستحباب كما يدلّ عليه رواية البرنظي الأخرى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « قال أبو جعفر عليه السلام : اجعلوهنّ من الأربع ، فقال له صفوان بن يحيى على الاحتياط ؟ قال : نعم » ^(٤) حيث إنّ الإمام عليه السلام ليس شأنه الاحتياط في الحكم بل معمول على الاحتياط من جهة تشنيع العامة لأنّه إذا جعله من الأربع أمكنه دعوى كونها دائمة لا متعة بخلاف ما لو زادت على الأربع .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٢) (٤١٣ و ٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ و الامتصاص ج ٣ ص ١٢٧ .

و أما جواز إضافة ملك اليمين ماشاء فلا إشكال فيه و يدل عليه ما رواه في كتاب قرب الإسناد ، عن الحسين بن علوان ، عن جعفر ، عن أبيه ، أن علياً عليه السلام كان يقول : لا يتزوج العبد أكثر من امرأتين ^(١) .

و لكل من الحر والعبد أن يضيف إلى ذلك بالعقد المنقطع و ملك اليمين ما ماشاء ، و في خصوص العبد ما رواه في الكافي عن الحسن بن زياد ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « لا بأس أن يأذن له يعني المملوك مولاه فيشتري من ماله إن كان له جارية أو جوارى يطوهن و رقيقة له حلال » ^(٢) .

و عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك يأذن له مولاه أن يشتري من ماله الجارية و الثنتين و الثلاث و رقيقة له حلال ؟ قال : يحد له حداً لا يتجاوزه » ^(٣) .

و عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا أذن لعبده أن يتسرى من ماله فإنه يشتري كم شاء بعد أن يكون قد أذن له » ^(٤) .

و ما رواه الشيخ عن محمد بن الفضيل قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن المملوك كم يحل له من النساء ؟ قال : لا يحل له إلا ثنتان و يتسرى ما شاء » ^(٥) .

❖ و إذا طلق واحدة من الأربع حرم عليه ما زاد غبطة حتى يخرج من العدة أو تكون المطلقة بائنة ، و كذا لو طلق امرأة و أراد نكاح أختها ، ولو تزوجها في عقد بطل ، و قيل : بتخيير المرأة و راية مقطوعة ❖ .

إذا طلق واحدة من الأربع فإن كان الطلاق رجعياً فالظاهر أنه لا خلاف في عدم جواز نكاح الخامسة و لا أخت المطلقة لعدم خروج المطلقة عن حكم الزوجة مادامت في العدة و إن كانت المطلقة بالطلاق البائن فالمشهور جواز نكاح الخامسة لخروجها

(١) قرب الإسناد ص ٥٠ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٧٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٥ . والاستبصار ج ٣ ص ٢١٣ .

عن حكم الزوجة خلافاً لما حكى عن بعض الفقهاء من وجوب الصبر إلى انقضاء العدة لإطلاق جملة من الأخبار كصحيحة زرارة عن الصادق عليه السلام : « إذا جمع الرجل أربعاً فطلق إحديهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق ، ^(١) »
و أورد بأنه وإن كانت الأخبار مطلقة شاملة لما إذا كان الطلاق بائناً إلا أنه لا بد من رفع اليد عن إطلاقها بما ورد في جواز نكاح أخت المطلقة البائنة قبل انقضاء عدتها من التعليل بقوله عليه السلام على المحكمي : « إذا أبرء عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أختها ، ^(٢) الدال على أن المدار انقطاع العصمة .
و أورد عليه بأنه لم يعلم كون ما ذكر من العلة المنصوصة كي يتعدى عن موردها إلى غيره إذ لعل الخصوصية المورد دخلاً في الحكم فالأولى في الجواب منع الإطلاق بأن يقال : الظاهر من التعبير بالطلاق على نحو الإطلاق من غير تقييد بالخلع أو المبارات أو البائن هو إرادة صرف الوجود من الرجعي لا الأعم منه .
و يمكن أن يقال : قد يستفاد من مناسبة الحكم والموضوع عدم مدخلية الخصوصية ، ولذا لو قيل : لا تشرب الخمر لإسكارها . يتعدى إلى كل مسكر ، ولا مجال لاحتمال دخل خصوص الخمر ، و كذلك يشكل في المقام احتمال دخل خصوص الأخت .

و أما ما ذكر من عدم الإطلاق في الطلاق يشكل من جهة أن ما ذكر إن سلم في قبال الخلع والمبارات فهو غير مسلم في البائن ، ولذا يذكر الخلع والمبارات في الفقه بالاستقلال دون البائن ، فالإطلاق يشمل البائن ولا بد في القول بعدم الحاجة إلى انقضاء العدة في البائن ، فمثل التمسك بما ذكر لا يمنع الإطلاق ، ويشهد لما ذكر ما رواه الصدوق بطريقه إلى الحسن بن محبوب ، عن سعد بن أبي خلف ، عن سنان بن طريف ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سئل عن رجل كن له ثلاث نساء ، ثم تزوج امرأة فلم يدخل بها ، ثم أراد أن يعتق أمة ويتزوجها قال : إن هو طلق التي لم يدخل

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٣١ .

بها فلا بأس أن يتزوج أخرى من يومه ذلك ، وإن طلق من الثلاث النسوة اللاتي دخل بهن واحدة لم يكن له أن يتزوج امرأة أخرى حتى تنقضي عدّة المطلقة « (١) .
ففي هذه الرواية عبّر بالطلاق من غير تقييد الطلاق بالبائن .

والروايات الواردة في خصوص الأخت منها ما رواه في الكافي ، عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل طلق امرأته وهي حبلى أيتزوج أختها قبل أن تضع ؟ قال : لا يتزوجها حتى يخلو أجلها » (٢) .

و عن علي بن أبي حمزة عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته أيتزوج أختها ؟ قال : لا حتى ينقضي عدتها » (٣) إلى غير ذلك من الأخبار .

وأما بالنسبة إلى الطلاق البائن وأنه يجوز له التزوج ولا يتوقف على انقضاء العدّة فما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح إلى أبي بصير وهو مشترك وإن استظهر عدّ حديث الضير في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحل أن يخطب أختها من قبل أن تنقضي عدّة المختلعة ؟ قال : نعم قد برئت عصمتها وليس له عليها رجعة » (٤) .

وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل طلق امرأته أو اختلعت منه أو بارئت أله أن يتزوج بأختها ؟ قال : فقال : إذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أختها - الحديث » (٥) .

وما رواه الحسين بن سعيد في كتابه بسنده عن أبي بصير والمفضل بن صالح وأبي أسامة جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المختلعة إذا اختلعت من زوجها ولم يكن له عليها رجعة حلّ له أن يتزوج أختها في عدتها » (٦) .

(١) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٢٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٢٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٤ و قدم تقدم .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٢٢ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٥) الوسائل كتاب الطلاق أبواب العدد ب ٣٨ ح ٥ .

ولو تزوّج الأختين في العقد الواحد بطل نكاحهما على الأشهر لامتناع صحّة نكاحهما وصحّة نكاح إحديهما ترجيح بلا مرجح وإحداهما لا بعينها لا تكون موضوعاً للصحة ، و قيل : يتخير إحديهما ويخلى سبيل الأخرى ، وبه رواية مرسلّة في التهذيب والكافي ومروية في الفقيه في الصحيح « في رجل تزوّج أختين في عقد واحد ؟ قال عليه السلام : هو بالخيار يمسك أيتهما شاء ويخلى سبيل الأخرى » ^(١) والمشهور لم يعملوا بظاهره .

ولو كان معه ثلاث فتزوّج اثنتين في عقد فإن سبق بإحديهما صحّ دون الأخرى وإن قرن بينهما بطل فيهما . وقيل : يتخير أيتهما شاء . وفي رواية جميل لوتزوّج خمساً في عقد واحد يتخير أربعاً ويخلى باقيهن .

ولو تزوّج اثنتين وله ثلاث فإن سبق عقد إحديهما ولو كان تزوّجهما بعقد واحد لكن كان ذكر إحديهما في الإيجاب والقبول سابقاً على ذكر الأخرى صحّ عقد السابقة دون الأخرى وإن اتفقا بطل العقدان على المشهور ، وذلك لامتناع صحّة نكاح كليهما وصحّة نكاح إحديهما بعينها ترجيح بلا مرجح وإحداهما لا بعينها لا تكون موضوعاً للصحة لعدم تعلق العقد بهذا العنوان .

وقيل : يتخير في تعيين أيتهما ولعله لحسنة جميل أو صحيحته المروية في الكافي والفقيه والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل تزوّج خمساً في عقدة ؟ قال عليه السلام : يخلى سبيل أيتهن شاء ويمسك الأربع » ^(٢) لعدم القول بالفرق بين المسألتين .

وقد ظهر وجه البطلان والحق أنه لا مانع من صحّة البعض وبطلان البعض كما التزموا في مالو أسلم الزّوج على خمس زوجات ، ولا مانع من العمل بالرّوايتين المذكورتين لولا مخالفة المشهور ومخالفتهم مشكلة .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣١ . والتهذيب ج ٢ ص ١٩٥ . وفي الفقيه باب ما أحل الله

من النكاح تحت رقم ٤٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٠ . والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ . وفي الفقيه باب ما أحل الله من النكاح

تحت رقم ٤٥ .

﴿ وإذا استكملت الحرّة طلاقات ثلاثاً حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت عبد ، وإذا استكملت الأمة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت حرّاً . والمطلقة تسعاً للعدّة تحرم على المطلق أبداً ﴾ .

لو طلق امرأته الحرّة ثلاث طلاقات بينها رجعتان أو باستيناف عقد أو بنحو التركيب من الرجوع حرمت عليه حتى ينكحها زوج آخر من غير فرق بين كون الطلاق طلاق سنة أو طلاق عدّة بلاخلاف في ذلك إلا من ابن بكير حيث خص ذلك بالطلاق العددي مستنداً إلى بعض النصوص الشاذة المعارضة بالنصوص المستفيضة الموافقة للكتاب والسنة واستدلّ عليه بقوله تعالى «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن طلقها فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا - الآية .»

ووجه دلالتها على أن «الطلاق المحرّم» هو الثالث تعقيب قوله تعالى «فإن طلقها فلا تحلّ له» لقوله تعالى «الطلاق مرتان» فإنه يدلّ على أن «الطلاق المحرّم» هو الطلاق الواقع بعد المرتين ، وفسرّ التسريح بإحسان بأن يطلقها التطليقة الثالثة ، والمروي أنه قيل للنبي ﷺ : الطلاق مرتان فأين الثالثة ؟ قال عليه السلام : «فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» ويدلّ عليه أيضاً خبر أبي بصير المروي عن تفسير العياشي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المرأة التي لا تحلّ لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره التي تطلق ثمّ تراجع ، ثمّ تطلق ثمّ تراجع ، ثمّ تطلق الثالثة فلا تحلّ حتى - إلى آخرها - إن الله تعالى يقول : «الطلاق مرتان - الخ» والتسريح بإحسان هي التطليقة الثالثة (١) .»

و عنه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام «إن الله يقول : «الطلاق - الخ» والتسريح بإحسان هو التطليقة الثالثة (٢) .»

و عن سماعة بن مهران «سألته عن المرأة التي لا تحلّ حتى تنكح زوجاً غيره و تذوق عسيلته و يذوق عسيلتها و هو قول الله عزّ و جلّ : «الطلاق - الخ» قال عليه السلام : التسريح بإحسان التطليقة الثالثة (٣) .»

ثم إن مقتضى إطلاق الآية الشريفة حرمة النكاح من غير فرق بين النكاح الدائم والمتعة ولا يكفي في الحليلة أن ينكحها رجل آخر متعة ففي خبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت : رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فيتزوجها رجل متعةً أتحل للأول ؟ قال عليه السلام : لا ، لأن الله تعالى يقول : « فان طلقها لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها » والمتعة ليس فيها طلاق ^(١) .

ولا فرق في حرمة الحرمة المطلقة بالطلاق الثالث بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً وبدل عليه الأخبار منها ما عن زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألت عن حرمة تحت أمة أو عبد تحت حرمة كم طلقها وكم عدتها فقال : السنة في النساء في الطلاق فإن كانت حرمة فطلاقها ثلاث وعدتها ثلاثة أقراء ، وإن كان حراً تحت أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرآن ^(٢) . »

و عن عبد الله بن سنان في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق المملوك للحرمة ثلاث تطليقات و طلاق الحر للأمة تطليقتان ^(٣) ، إلى غير ذلك من الأخبار . ومما ذكر ظهر أنه مع استكمال الأمة طلقين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره وإن كانت تحت حرمة . »

ثم إنه لإشكال ولا خلاف في أنه لو طلق امرأته تسعاً للعدة ينكحها بينهارجلان بأن طلقها ثلاثاً بينها رجعتان في العدة مع الوطي ، ثم تزوجها المحلل ثم بعد فراقها تزوجها الأول فطلقها ثلاثاً بينها رجعتان في العدة مع الوطي ، ثم تزوجها المحلل ثم بعد فراقها تزوجها الأول فطلقها ثلاثاً بينها رجعتان في العدة مع الوطي حرمت عليه المطلقة في التاسعة أبداً .

و تفسير الطلاق العدي في مقابل السنّي ما في صحيحة زرارة قال : « قلت

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٣٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ .

لأبي جعفر عليه السلام : فسّر لي طلاق السنة و طلاق العدة ، فقال عليه السلام : أما طلاق السنة فإذا أراد الرجل أن يطلق امرأته فلينتظر بها حتى تطمئ وتطهر ، فإذا خرجت من طمئها طلقها تطليقة من غير جماع ، و يشهد شاهدين على ذلك ، ثم يدعها حتى تطمئ طمئتين فنقضى عدتها بثلاث حيض و قد بانت منه ويكون خاطباً من الخطاب إن شاءت تزوجته وإن شاءت لم تزوجه وعليه نفقتها والسكنى مادامت في عدتها وهما يتوارثان حتى تنقضى العدة . قال عليه السلام : وأما طلاق العدة الذي قال الله تعالى « فطلقوهن » - الخ . فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العدة فلينتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها ، ثم يطلقها تطليقة من غير جماع و يشهد شاهدين عدلين و يراجعها في يومه ذلك إن أحب أو بعد ذلك بأيام قبل أن تحيض و يشهد على رجعتها و يواقعها حتى تحيض فإذا حاضت و خرجت من حيضها طلقها تطليقة أخرى من غير جماع ، و يشهد على ذلك ، ثم يراجعها أيضاً متى شاء قبل أن تحيض ، و يشهد على رجعتها و يواقعها و تكون معه إلى الحيض أي الحيضة الثالثة فإذا خرجت من حيضها الثالثة طلقها التطليقة الثالثة بغير جماع ، و يشهد على ذلك ، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره - الخبر ^(١) .

وقد يقال : إن الظاهر من أخبار الباب هو اعتبار أمرين في الطلقات التسع المحرمة إحداهما تواليها والثاني وقوع نكاح رجلين خاصة بينها وعليه فلو طلقها تسعاً للعدة حقيقة مع التفريق بأن طلقها خمسة وعشرين مرة وكان لكل ثلاثة منها واحدة عدية من أوّل الدور لا يوجب تحريمها عليه مؤبداً لانقضاء الشرطين فما في المسالك من الحكم بالتحريم المؤبد في هذه الصورة تمسكاً بإطلاق ما دل على التحريم لا وجه له . ويمكن أن يقال : عمدة ما يمكن أن يستدل به لاعتبار كون الطلقات للعدة المروي في الخصال الآتي ولم يذكر الشرطان في الموثق الآتي و ليس فيه الشرطان المذكوران وهو مما ذكر مع سائر الأخبار فمع الأخذ به في مقام المعارضة لا يبقى دليل على اعتبار

الشرطين نعم ذكر في الفقه الرضوي لكن المشهور يستشكلون من جهة عدم إحراز اتساق ما فيه إلى الرضا عليه السلام ، ثم إنه وقع الإشكال والخلاف في أنه هل يعتبر في الطلقات التسع المحرمة أن تكون للعدة كما نسب إلى المشهور أو يكفي كونها للسنة ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار فمنها ما دل على الاكتفاء بالسنة وعدم اعتبار العدي كالموثق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الملاعنة إذا لاعنها زوجها لم تحل له أبداً والذي يتزوج امرأة في عدتها وهو يعلم لا تحل له أبداً ، والذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرّات لا تحل له أبداً» (١) .

ومنها ما دل على انحصار الطلقات التسع المحرمة أبداً بما إذا كانت الثلاثة الأخيرة للسنة كرواية أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « وسألته عن الذي يطلق ثم يراجع ، ثم يطلق ، ثم يراجع ، ثم يطلق ؟ قال عليه السلام لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فيتزوجها رجل آخر ويطلقها على السنة ، ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث تطليقات تنكح زوجاً غيره فيطلقها ، ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث مرّات على السنة ، ثم تنكح فتلك التي لا تحل له أبداً (٢) » فإن كان المراد من السنة في هذه الرواية المقابلة للبدعة تطابق مع الرواية السابقة في كفاية الأعم وإن كان المراد السنة بالمعنى الأخصّ المقابل للعدة تخالفها حيث أن مقتضاها لزوم كون الثلاثة الأخيرة للسنة .

ومنها ما دل على اعتبار كون الطلقات التسع للعدة كما في المروي عن الخصال في تعداد المحرّمات من الأزواج من قول الصادق عليه السلام على المحكمي : « و تزويج الرجل امرأة طلقها للعدة تسع تطليقات وكما في المحكمي عن الفقه الرضوي - على الرضا السلام - من قوله عليه السلام على المحكمي : « وأما طلاق العدة فهو أن يطلق الرجل امرأته على طهر من غير جماع ، ثم يراجعها من يومه أو من غد ومتى يريد

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٨ .

من قبل أن تستوفى قرءها و أدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق فيكون إنكار الطلاق مراجعة فإذا أراد أن يطلقها ثانية لم يجز ذلك إلا بعد الدخول بها وإذا أراد طلاقها تربص بها حتى تحيض و تطهر ثم يطلقها فإن أراد مراجعتها راجعها فإن طلقها الثالثة فقد بانت منه ساعة طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فإذا انقضت عدتها منه فتزوجها ثم رجل آخر فطلقها أو مات عنها و أراد الأول أن يتزوجها فعل - إلى أن قال عنه - فإن طلقها ثلاث تطليقات على ما وصفته لك واحدة بعد واحدة فقد بانت منه ولا تحل له بعد تسع تطليقات أبداً ، و اعلم أن كل من طلق تسع تطليقات على ما وصفته لم تحل له أبداً .

ثم إنه بعد معارضة الأخبار ذكر في الجمع بينها وجوه منها أن التعارض بين ما دل على كفاية تسع تطليقات بأي نحو كانت وما دل على لزوم كون الثلاثة . الأخيرة للسنة و ما دل على لزوم كون الطلقات عدية و إن كان بالاطلاق والتقيد إلا أن المقيدين حيث يكونان متعارضين يكون المطلق سليماً عما يقيده لسقوط المتعارضين عن الحجية .

و أورد عليه بأن التعارض بينهما إنما أو جب سقوطهما بالنسبة إلى ما تعارضا فيه ، و أما بالنسبة إلى نفي الثالث فلا مانع من الأخذ بهما و معه لا مجال للرجوع إلى المطلق .

و يمكن أن يقال : لا نسلم حجية المتعارضين في نفي الثالث لأن النفي إن كان من جهة أنه مدلول التزامي و مع عدم حجية المدلول المطابقي لا مانع من الأخذ بالمدلول الالتزامي لعدم التعارض فيه ، ففيه أن لازم ماذكر أنه لو كان لا حدى الحجتين المتعارضتين لازم يختص بها فاللازم الأخذ به و إن كانت الحجية الملزومة ساقطة عن الحجية من جهة المعارضة و لا أظن أن يلتزم به فلاحظ بناء العقلاء ، و إن كان نفي الثالث من جهة حجية أحد المتعارضين لا بعينه فهو أيضاً مشكك مع سقوط كل من المتعارضين عن الحجية فتأمل .

و منها حمل السنة فيما دل على اعتبار طلاق السنة على السنني بالمعنى الأعم

المقابل للبدعي فينطبق على ما دل على كفاية المطلق وحينئذ لا بد من التقييد بما دل على اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة أبدأ للعدّة ، وأورد عليه بأنه كما يمكن حمل السنّة على ما ذكر كذلك يمكن حمل العدّة على الطلاق في طهر لم يواقعها فيه الذي هو ابتداء على نحو قوله تعالى : « فطلّقوهنّ لعدّتهنّ » كي تنطبق على كفاية المطلق و يقيدان بما دل على اعتبار طلاق السنّة ، وثانياً أن حمل السنّة على السنّة بالمعنى الأعمّ المقابل للبدعي ثمّ تقييدها بما دل على اعتبار كون الطلقات للعدّة مستلزم لحمل المطلق على الفرد النادر فلا بد من معاملة المتباينين ، وقد يقال : إن ما دل على كفاية مطلق الطلقات التسع بضميمة القطع بأن الطلاق الذي لا تحل له معه حتى تنكح زوجاً غيره مطلق الطلقات الثلاث عديّة كانت أم غيرها تكون كالصريح في الاكتفاء في الطلاق المحرّم لها أبدأ بمطلق الطلقات التسع فيبقى المعارضة بينها وبين ما دل على اعتبار طلاق العدّة . وأما ما دل على اعتبار طلاق السنّة فلا مانع من حمله السنّة في مقابل البدعي ثمّ تقييد المطلق بالمقيّد بعيد لما ذكر من لزوم حمل المطلق على الفرد النادر لكنه لا مجال للرجوع إلى المرجّحات السنيّة لعدم التنافي بتمام المدلول بل لا بد من الأخذ بالقدر المتيقّن وهو كون التسع للعدّة .

ويمكن أن يقال : بعد صدق التعارض لا مانع من الأخذ بالمرجّحات إن قلنا بلزومه و كان في البين ترجيح أو التخيير مع عدم الترجيح أو عدم لزوم الأخذ به .

السبب الخامس اللعان ويثبت به التحريم المؤبد ، وكذا لو قذف الزوج امرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان . السبب السادس الكفر ولا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتابيّة إجماعاً وفي الكتابيّة قولان أظهرهما أنه لا يجوز غبطة ويجوز متعة وبالملك في اليهوديّة والنصرانيّة ، وفي المجوسيّة قولان أشبههما الجواز .

لا خلاف ولا إشكال في أنه إذا اجتمع شرائط اللعان بين رمي الرجل امرأته بالزنا و يدعى المشاهدة ولا بيّنة أو ينفي ولدها الجامع لشرائط الإلحاق و تنكره ذلك فتلزّمها حينئذ الملاعنة و يأمرهما الحاكم بها فإذا تلاعنا سقط عنه حد القذف و سقط عنها حد الزنا و انتهى عنه الولد و حرمت عليه مؤبداً .

ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه محمد بن الحسين بإسناده^(١)، عن الحسن بن محبوب، عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: «إن عبّاد البصري سأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة؟ فقال: «إن رجلاً من المسلمين أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول أرايت لو أن رجلاً دخل منزله فرأى على امرأته رجلاً يجامعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله ﷺ فانصرف الرجل وكان ذلك الرجل هو الذي ابتلي بذلك من امرأته، قال: فنزل عليه الوحي من الله عز وجل بالحكم فيها. قال: فأرسل رسول الله ﷺ إلى ذلك الرجل فدعاه فقال له: أنت الذي رأيت مع امرأتك رجلاً؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فأتني بامرأتك فإن الله عز وجل قد أنزل الحكم فيك وفيها، قال: فأحضرها زوجها فوقفها رسول الله ﷺ وقال للزوج: أشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين فيما رميتها به، قال: فشهد ثم قال رسول الله ﷺ أمسك ووعده ثم قال: اتق الله فإن لعنة الله شديدة، ثم قال: أشهد الخامسة أن لعنة الله عليك إن كنت من الكاذبين، قال: فشهد فأمر به فنحى، ثم قال رسول الله ﷺ للمرأة أشهدي أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين في ما رماك به، قال: فشهدت ثم قال لها: أمسكي فوعظها، ثم قال لها: اتقي الله فإن غضب الله شديد، ثم قال لها: أشهدي الخامسة أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به، قال: فشهدت، قال: ففرق بينهما، وقال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبداً بعد ما تلا عنتما»^(١).

و رواه الشيخ بإسناده، عن الحسن بن محبوب نحوه، و رواه الكليني عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن محبوب مثله.

وكذا يوجب الحرمة الأبدية قذف الزوجة الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان لو لم تكن كذلك، وإن لم يكن لعان بينهما لاتقاء شرطه من سلامة المرأة عن الوصفين المذكورين بلاخلاف ظاهراً.

(١) الفقه في اللعان تحت رقم ٩ وفي الكافي ج ٦ ص ١٦٣ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٨.

ويدل عليه صحيح أبي بصير أو موثقه « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صماء لاتسمع ما قال ؟ فقال : إن كان لها بيئنة تشهد لها عند الإمام جلده الحد و فرّق بينهما ، ثم لاتحل له أبداً ، وإن لم تكن لها البيئنة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إنم عليها منه » (١) .

و حسن الحلبي^٣ ، و محمد بن مسلم عنه عليه السلام « في رجل قذف امرأته وهي خرساء قال : يفرّق بينهما » (٢)

و خبر محمد بن مروان عنه عليه السلام « في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها ؟ قال : يفرّق بينهما ولا تحل له أبداً » (٣)

و ظاهر الخبرين الأخيرين الاكتفاء بالخرس وحده بل ظاهر الأوّل أيضاً بناء على رواية الشيخ له هنا بآو ، ولكن رواء في باب اللعان بدونها كالكليني^٤ ، و المعروف أنه أضبط من الشيخ فلا إشكال في ثبوت الحكم بالنسبة إلى الخرساء .

ويشكل ثبوته بالنسبة إلى الصماء مع عدم كونها خرساء لأنه لم يشب لفظ «أو» في الرواية ، فعمل المدخلة لخصوص الخرس دون الصمم ، و ذكره في كلام السائل لا يوجب المدخلة فلا دليل على ثبوت الحكم بالنسبة إلى الصماء .

و أما سبب الكفر للحرمة فبيانها أنه لا إشكال ولا خلاف في أن الكفاءة بمعنى التساوي في الإسلام شرط في صحة النكاح فيما كانت الزوجة مسلمة فلا يجوز للمسلمة نكاح غير المسلم ، كما لا خلاف في عدم اشتراط التساوي فيما كان الزوج اثني عشرياً فيجوز له نكاح المسلمة من سائر الفرق .

و وقع الخلاف و الاشكال فيما كانت الزوجة اثني عشرية فذهب جماعة إلى عدم جواز نكاحها للغير من سائر الفرق الإسلامية واستدل عليه بنصوص :

(١) الفقيه في حد القذف تحت رقم ١١ . والكافي ج ٦ ص ١٦٦ . و التهذيب ج ٢

ص ٣٠٠ واللفظ له .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٤ ، و التهذيب ج ٢ ص ٣٠٠ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ . و التهذيب ج ٢ ص ٣٠١ .

منها ما رواه الكليني^(١) من « أن النبي ﷺ صعد المنبر ذات يوم و أمر بتزويج الأبكار إذا أدركن فقام إليه رجل و قال : يا رسول الله فمن تزوج ؟ فقال : ﷺ الأكفاء ؟ فقال : من الأكفاء ؟ فقال : المؤمنون بعضهم أكفاء بعض ، المؤمنون بعضهم أكفاء بعض . »

و منها ما دل على الأمر باختيار المرأة و أهلها الزوج الذي ترضى خلقه و دينه و أماته كرواية علي بن مهزيار^(٢) قال : كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته و أنه لا يجد أحداً مثله ، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام : فهمت ما ذكرت من أمر بناتك و أنك لا تجد أحداً مثلك فلا تنظر في ذلك رحمك الله ، فإن رسول الله ﷺ قال : إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير^(٣) .

و رواية سهل بن زياد ، عن الحسين بن بشار الواسطي^(٤) قال : كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام أسأله عن النكاح ، فكتب إلي من خطب إليكم فريضتم دينه و أماته فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير^(٥) .

و منها ما دل على النهي عن وضع العارفة إلا عند العارف كرواية أبان ، عن الفضيل بن يسار^(٦) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الناصب ، فقال : لا والله ما يحل^(٧) قال فضيل : ثم سأله مرة أخرى ، فقلت : جعلت فداك ما تقول في نكاحهم ؟ قال عليه السلام والمرأة عارفة ؟ قلت : عارفة ، فقال : إن العارفة لا توضع إلا عند العارف^(٨) .

و يمكن أن يقال : أما الرواية الأولى فالظاهر أن المراد من قوله ﷺ على المحكي فيها « و المؤمنون بعضهم أكفاء بعض » المسلمون لعدم الاختلاف في ذلك العصر . و أما الأخبار الأخر غير الخبر الأخير فلا يمكن حملها على عدم جواز تزويج غير الموصوف بما ذكر و إلا لزم عدم جواز تزويج الفاسق و مثل شارب الخمر .

(١) المصدر ج ٥ ص ٣٣٧ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ .

و أما الخبر الأخير وإن كان ظاهره عدم الجواز لكنّه لا مجال للحمل على عدم الجواز وضماً بمعنى كون نكاح الغير العارف باطلاً ، فهل ترى نكاح سكينه بنت الحسين صلوات الله عليه باطلاً مع أن مصعب بن زبير حاله معلومه .

ولا إشكال ولا خلاف في عدم جواز نكاح غير الكتابية والمجوسية .

وأما نكاح الكتابية فقد اختلف فيه و منشأ الاختلاف اختلاف الأخبار فمنها ما يدل على الجواز مطلقاً وهو ما رواه المشايخ الثلاثة - رضوان الله تعالى عليهم - عن معاوية بن وهب وغيره - في الصحيح - عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يتزوج النصرانية واليهودية؟ قال : إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية؟ فقلت له : يكون له فيها الهوى فقال : إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير ، و اعلم أن عليه في دينه (في تزويجه إياها «الفتية») غضاضة ،^(١) .

وما رواه في الكافي في الصحيح عن ابن رثاب ، عن أبي بصير وهو مشترك إلا أن الأظهر عند صاحب الحدائق عدّها في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألت عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية؟ فقال : إن أهل الكتاب ممالك للإمام ، و ذلك موسّع منّا عليكم خاصة ، فلا بأس أن يتزوج ، قلت : فإنه يتزوج عليها أمة ، قال : لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء فإن تزوج عليهما حرّة مسلمة و لم تعلم أن له امرأة نصرانية و يهودية ، ثم دخل بها فإن لها ما أخذت من المهر وإن شاعت أن تقيم بعد معه أقامت و إن شاعت أن تذهب إلى أهلها ذهبت و إن حاضت ثلاثة حيض أو مرّت لها ثلاثة أشهر حلت للأزواج ، قلت : فإن طلق عنها اليهودية و النصرانية قبل أن تنقض عدّة المسلمة له عليها سبيل أن يردّها إلى منزله قال : نعم »^(٢) .

وما رواه في الكافي و التهذيب ، عن منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألت عن رجل تزوج ذميّة على مسلمة ولم يستأمرها ، قال : يفرّق بينهما ، قلت :

(١) الوسائل أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه ب ٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ .

فعلية أدب؟ قال: نعم اثني عشر سوطاً ونصفاً ثمن حدّ الزّاني وهو صاغر، قلت: فإن رضيت امرأته الحرّة المسلمة بفعله بعد ما كان فعل؟ قال: لا يضرب ولا يفرّق بينهما ببقيان على النكاح الأوّل» (١) وفي التهذيب «أمة» مكان «ذميّة».

ومنها ما يدلّ على التحريم مطلقاً منها مارواه في الكافي والتهذيب، عن الحسن ابن الجهم في الموثق «قال: قال لي أبو الحسن الرضا عليه السلام: يا أبا محمد ما تقول فيمن يتزوّج النصرانيّة على المسلمة، قلت: جعلت فداك وما قولي بين يديك قال: لتقولنّ فإنّ ذلك تعلم به قولي، قلت: لا يجوز تزويج النصرانيّة على مسلمة ولا على غير المسلمة، قال: ولم؟ قلت: لقول الله عزّ وجلّ: «ولا تنكح المشركت حتى يؤمن» قال: فما تقول في هذه الآية «والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم» قلت: فقوله «ولا تنكح المشركت» نسخ هذه الآية فتبسّم، ثمّ سكت» (٢).

و عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام «قال: لا ينبغي نكاح أهل الكتاب، قلت: جعلت فداك فأين تحريمه؟ قال قوله «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» (٣).
و عن زرارة في الصحيح أو الحسن قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله سبحانه: «والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم» قال: هذه منسوخة بقوله «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» (٤).

وما رواه الثقة الجليل عليّ بن إبراهيم في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام في تفسير قوله «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» إنّ من كانت عنده امرأة كافرة على غير ملة الإسلام وهو على ملة الإسلام فليعرض عليها الإسلام فإن قبلت فهي امرأته وإلا برئت منه فهي الله أن يمسك بعصمهم» (٥).

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٤١. و التهذيب ج ٢ ص ...

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩٩ و الكافي ج ٥ ص ٣٥٧.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨. و التهذيب ج ٢ ص ١٩٩.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٧.

(٥) التفسير ص ٦٧٥. وفيه «فنهاه الله».

وما رواه الرّواوندي في نوادره بإسناده ، عن موسى بن جعفر عن أبيه عليه السلام قال علي عليه السلام : لا يجوز للمسلم التزويج بالأمة اليهودية ولا النصرانية لأن الله تعالى قال : من فتياكم المؤمنات - الحديث .

وروى العياشي في تفسيره عن مسعدة بن صدقة قال : سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله « و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » قال نسختها « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » .

ومنها ما دلّ على الجواز عند الضرورة فمنها ما رواه في الكافي ، عن يونس عنهم عليهم السلام قال : لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمة إلا أن لا يجد حرّة وكذلك لا ينبغي له أن يتزوج امرأة من أهل الكتاب إلا في حال الضرورة حيث لا يجد مسلمة حرّة أو أمة ، (١) .

وعن محمد بن مسلم في الصحيح - وإن اشتمل على إرسال ابن أبي عمير لعدّهم مراسلاته في الصحاح - عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهوديّة ولا نصرانيّة وهو يجد مسلمة حرّة أو أمة » (٢) .

والتقريب فيه بحمل «لا ينبغي» على التحريم كما هو ظاهر الخبر الأوّل . ومنها ما دلّ على الجواز على كراهة ومنه صحيحة معاوية بن وهب المتقدّمة في صدر آيات الجواز ، وما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن عبد الله بن سنان ، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال : « وما أحبُّ للرّجل أن يتزوج اليهوديّة ولا النصرانيّة مخافة أن يتهود ولده أو يتنصر » (٣) .

وما رواه في كتاب قرب الاسناد عن أبي البخترى ، عن جعفر ، عن أبيه عليه السلام « أنه كره مناكحة أهل الحرب » إلا أن هذا مبني على أن لفظ « لا أحبُّ » و لفظ

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣٥٨ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٣٥١ .

«كره» بمعنى المكروه المستعملين بين الناس وهو في الأخبار أعم من ذلك فإنه قد ورد في الأخبار بمعنى التحريم كثيراً .

ومنها ما دل على تخصيص الجواز بالبله كما رواه في الكافي عن زرارة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهودية والنصرانية، فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهودية ولا نصرانية إنما يحل منهن نكاح البله» ^(١) ولفظ «لا يصلح» وإن كان ظاهراً في الكراهة باعتبار اصطلاح الناس إلا أنه في الأخبار من الألفاظ المتشابهة المستعملة في التحريم أيضاً وقرينة التحريم قوله عليه السلام «إنما يحل» .

و منها ما ورد في التمتع بهن ومن ذلك ما رواه في التهذيب عن الحسن بن علي ابن فضال في الموثق ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لابأس أن يتمتع الرجل باليهودية والنصرانية وعنده حرمة» ^(٢) .

وعن زرارة قال : «سمعت يقول : لابأس أن يتزوج اليهودية والنصرانية متعة وعنده امرأة» ^(٣) .

و عن محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام قال : «سألته عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال : لابأس ، فقلت : المجوسية ؟ فقال : لابأس به يعني متعة» ^(٤) .

و خبر الأشعري «سألته عليه السلام عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية فقال : لأرى بذلك بأساً - الحديث» ^(٥) .

و خبر الحسن التفليسي «سألت الرضا عليه السلام أن يتمتع من اليهودية والنصرانية ؟ فقال : يتمتع من الحرمة المؤمنة أحب إلي وهي أعظم حرمة منها» ^(٦) .

إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك . هذه أخبار الباب وأكثرها دالة على الجواز ولو على كراهة ويؤيده ما رواه النعماني في تفسيره عن علي صلوات الله عليه و صرح به علي بن إبراهيم في تفسيره أيضاً في بيان ما نصفه منسوخ و نصفه باق من الآيات

(١) المصدر ج ٥ ص ٣٥٦ .

(٢) و(٣) و(٤) و(٥) و(٦) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

من أن قوله تعالى « ولا تنكح المشركات حتى يؤمنن » قد نسخ بقوله تعالى في سورة المائدة « اليوم أحل لكم الطيبات - إلى قوله - والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » وقوله « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » لم ينسخ إلى آخر كلامهما . وقد يقال في مقام الترجيح بتقدم أخبار المنع لموافقة أخبار الجواز مذهب العامة . و أما ترجيح أخبار الجواز بموافقة الكتاب فلا يتم لأن مقتضى بعض الأخبار المذكورة أن قوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » نسخ آية « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب - النخ » .

وماورد من أن سورة المائدة غير منسوخة لم يحرز منه كون جميعها غير منسوخة ويشكل من جهة أنه كيف يقال رخص الإمام في نكاح أهل الكتاب في الأخبار الكثيرة وفاقاً للعامة تقيّة مع حرمة نكاحهن في الواقع مضافاً إلى أن ما دلّ على الجواز متعة مخالف للتيّة ، وإلى أن صحيح أبي بصير المتقدم المجوز للتزويج والتعبير فيه بأن أهل الكتاب ممالك للإمام إلخ لا يناسب التقيّة ، وإلى أن المخصوصين من أصحاب الأئمة صلوات الله عليهم كانوا يعرفون مواضع التقيّة وكانوا يعبرون بقولهم أعطانا من جراب النورة^(١) .

ومع قطع النظر عمّا ذكر الأخبار المانعة لا تشمل المتعة لأن التزويج والنكاح عند الإطلاق منصرفاً إلى الدائم وما دلّ على جواز المتعة لامعارض له ولاوجه لحملها على التقيّة .

وأما جواز الوطى والاستمتاع بالملكيّة فهو خارج لا يشمل الأدلة المجوزة والمانعة إلا أن يقال: بناء على الأخذ بقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وكونه ناسخاً لقوله تعالى « والمحصنات - النخ » يستفاد منه حرمة وطى الأئمة اليهوديّة والنصرانيّة لكنّه مشكّل لانه خارج عن الامسك بالعصمة فلا يبعد التمسك للجواز بقوله تعالى : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين » و بخبر أبي بصير المتقدم حيث عبر فيه بأن أهل الكتاب ممالك للإمام عليه السلام فإنه وإن كان من باب

(١) مثل للمرب راجع مجمع البحرين مادة « نور » .

التنزيل لكنه يستفاد منه أن حكم المنزل عليه الجواز ولا ينافي هذا عدم جواز الاستمتاع بغير أهل الكتاب من الإماء . وأما نكاح المجوسية فقد يقال فيه بالحرمة إذا كان دائماً و بالجواز إذا كان متمعاً أو كان بملك يمين جمعاً بين صحيح ابن مسلم « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل المسلم أيتزوج المجوسية قال : لا ، ولكن إن كانت له أمة مجوسية فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ولا يطلب ولدها ^(١) . وما دلّ من الكتاب على عدم جواز نكاح المشركت والكوافر ، وبين خبر منصور الصيقل ، عن أبي عبدالله عليه السلام : « لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمجوسية » .

ونحوه خبر محمد بن سنان وحماد بن عيسى ، عن أبي عبدالله عليه السلام وابنه والرضا عليه السلام ^(٢) مضافاً إلى أن المفهوم من بعض الأخبار كونهم من أهل الكتاب فروى في الكافي والتهذيب عن أبي يحيى الواسطي ، عن بعض أصحابنا قال : « سئل أبو عبدالله عليه السلام عن المجوس كان لهم نبي قال : نعم أما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله إلى أهل مكة أسلموا وإلا نابذتكم بحرب فكتبوا إلى النبي صلى الله عليه وآله أن خذنا جزية ودعنا إلى عبادة الأصنام فكتب إليهم النبي صلى الله عليه وآله إني لم آخذ الجزية إلا من أهل الكتاب ، فكتبوا إليه يريدون بذلك تكذيبه زعمت أنك لا تأخذ الجزية إلا من أهل الكتاب ، ثم أخذت الجزية من مجوس هجر فكتب إليهم إن المجوس كان لهم نبي ^(٣) .

ونوقش بأن مقتضى الآية الدالة على عدم جواز نكاح المشركت والكوافر و الصحيح المذكور عدم جواز نكاح المجوسي مطلقاً والأخبار المذكورة الدالة على جواز النكاح متمعاً ضعيفة بحسب السند و لا جابر لها وما دلّ على أنهم كفايتون فاقد للحجية مع أن في الخبر الآخري « غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » فيراد بالنسبة إلى غير ما نحن فيه فالذي يقوى في النظر حرمة نكاحهم إلا بملك اليمين ، و يمكن أن يقال : الصحيح المذكور بشكل شموله للنكاح المنقطع حيث أنه لوحظ الأخبار كلما عبر عن التزويج و أريد النكاح المنقطع قيّد بالتمتع فلهذا بشكل شمول الصحيح

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٦ .

(٢) راجع الوسائل ابواب المتعة ب ١٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٥٢ . و الكافي ج ٣ ص ٥٦٧ .

المذكور للمنقطع فيبقى سائر الأدلة ، ومقتضى رواية زرارة المذكورة في آخر أخبار الباب جواز النكاح متعة إن لم يكن إشكال من جهة السند وكذلك ما دل على كون المجوس أهل الكتاب بانضمام ما دل على جواز نكاح أهل الكتاب متعة .

وقد عرفت أن ما ذكر من الحمل على التقيّة في نكاح اليهوديّة والنصرانيّة لا يتأتى في المتعة . وأما الاستمتاع بالمجوسيّة بملك اليمين فقد صرح في ذيل الصحيحة المذكورة بجوازها وإن ذكر فيه العزل وعدم طلب الولد .

❦ ولو ارتدّ أحد الزّوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال ولو كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة إلا أن يكون الزّوج مولوداً على الفطرة فإنّه لا يقبل عوده وتعدّد زوجته عدّة الوفاة ، وإذا أسلم زوج الكتائيّة فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول أو بعده ولو أسلمت زوجته دونه انفسخ في الحال إن كان قبل الدخول ووقف على انقضاء العدة إن كان بعده ، وقيل : إن كان بشرائط الذمّة كان نكاحه باقياً ولا يمكن من الدخول عليها ليلاً ولا من الخلوة بها نهائياً وغير الكتائيين يقف على انقضاء العدة بإسلام أيّهما اتفق ❦ .

أما حصول الفسخ بارتداد أحد الزّوجين عن الإسلام قبل الدخول فالظاهر عدم الخلاف فيه سواء كان الارتداد عن فطرة أو مملّة وقد يعلّق بعدم جواز نكاح المسلم والمسلمة كافرة وكافراً ابتداءً واستدامةً ولو كتائباً لعدم إقرارهم عليه إذا كان ارتداداً .

ويمكن الاستدلال أيضاً بالأخبار منها حسنة أبي بكر الحضرمي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا ارتدّ الرّجل المسلم عن الإسلام بانّت منه امرأته كما تبين المطلقة ثلاثاً وتعدّد منه كما تعدّد المطلقة فإن رجع إلى الإسلام وتاب قبل أن يتزوج فهو خاطب من الخطاب ولا عدّة عليها منه وإنما عليها العدة فإن قتل أو مات قبل انقضاء العدة اعتدّت منه عدّة المتوفى عنها زوجها وهي ترثه في العدة ولا يرثها إن ماتت وهو مرتدّ عن الإسلام » (١) .

و ما رواه في الكافي في الصحيح عن محمد بن مسلم ، قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد . فقال : من رغب عن الإسلام و كفر بما أنزل الله على محمد صلى الله عليه وآله بعد إسلامه فلا توبة له وقد وجب قتله و بانت منه امرأته و يقسم ما ترك على ولده» (١) .
و ما رواه المشائخ الثلاثة عن عمار الساباطي في الموثق قال : «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و وجد محمداً صلى الله عليه وآله نبوته و كذب به فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه و امرأته بائنة منه يوم ارتد فلا تقربه ، و يقسم ماله على ورثته ، و تعتد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها ، و على الإمام أن يقتله ولا يستيبة» (٢) .

ويمكن أن يقال : أما ما ذكر في التعليل فيشكل إطلاقه في صورة ارتداد الزوجة عن الإسلام و رجوعها إلى التهود و التنصر فمع جواز نكاح المسلم اليهودية و النصرانية كيف تبين من زوجها لولا الاجماع أو عدم الخلاف ، وما ذكر من عدم كون أهل الكتاب مقرين على مذهبهم مع الارتداد يشكل من جهة أن لكل قوم نكاحاً سواء كانوا مقرين أولم يكونوا مقرين بل مع عدم الجواز ابتداء حيث إن القائلين بعدم الجواز ابتداء للمسلم يقولون : لو أسلم الكتابي يكون نكاحه للكتابية باقياً ، و لو قلنا بمنع نكاحها للمسلم ابتداء .

و أما الرواية المذكورة فهي مختصة بارتداد الزوج لا الزوجة مضافاً إلى أن موردها حصول الارتداد بعد الدخول بقرينة ذكر العدة إلا أن يقال : إنها متعوضة لأمرين أحدهما حصول البيئونة و الآخر الاعتداد في خصوص صورة الدخول لكنته في هذه الصورة يقع التعارض بينها و بين ما دل على عدم البيئونة و التوقف على انقضاء العدة و حصول الانفاخ إذا لم يسلم إلى انقضاء العدة فالعمدة الاجماع المدعى في الكلمات ، و أما لو كان الارتداد بعد الدخول و كان الارتداد عن ملة وقف الانفاخ على

(١) الكافي ج ٢ ص ٢٥٦ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٥٨ . والنهيب ج ٢ ص ٢٨٢ .

انقضاء العدة فإن رجع الزوج المرتد إلى الإسلام في العدة يكون نكاحه باقياً، هذا هو المعروف .

وقد يستدل عليه بالأخبار الواردة في نكاح الكفار إذا أسلموا والخبر في الملقى المرتد تعزل عنه امرأته ولا تؤكل ذبيحته ويستتاب ثلاثة أيام فإن تاب وإلا قتل، (١) فالأخبار الواردة في نكاح الكفار إذا أسلموا .

منها : حسن ابن أبي عمير ، عن بعض أصحابه ، عن ابن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام : « إن أهل الكتاب وجميع من له ذمة إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها ولا يبيت معها ولكنها يأتيها بالنهار ، وأما المشركون من مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العدة فإن أسلمت المرأة ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته وإن لم يسلم إلا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه ولا سبيل له عليه ، وكذلك جميع من لآذمة له ، » (٢) .

وروى في الكافي ، عن منصور بن حازم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مجوسي أو مشرك من غير أهل الكتاب كانت تحته امرأة فأسلم أو أسلمت ؟ قال : تنظر بذلك انقضاء عدتها فإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما على نكاحهما الأول وإن هو لم يسلم حتى تنقضي العدة فقد بانت منه ، » (٣) .

ولا يخفى أن دعوى القطع بعدم الفرق بين الكافر وبين المرتد الملقى والكافرة وبين المرتدة سواء كانت مرتدة ملبسة أو فطرية مشكلة ، والخبر المذكور الوارد في الملقى المرتد مجمل ولم يعلم استناد المشهور إليه حتى يكون السند مجبوراً ، بل مقتضى حسنة أبي بكر المتقدمه وغيرها حصول الانسحاق لما فيها إن رجع إلى الإسلام وتاب قبل أن تزوج فهو خاطب من الخطاب .

وفيها أيضاً بانت منه امرأته كما تبين المطلقة ثلاثاً وأما لو كان المرتد فطرياً

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٥٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٠ ، والاستبصار ج ٣ ص ١٨٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ .

فالظاهر عدم الخلاف في البيئونة وإن كان الارتداد بعد الدخول ، ويدل عليه صحيح محمد بن مسلم وموثق عمار المذكورين ، وهذا الصحيح وإن لم يذكر فيه كون الارتداد عن فطرة لكنه محمول على صورة الارتداد عن فطرة بقرينة حصول البيئونة وعدم قبول التوبة وإن كان عدم قبول التوبة بالنسبة إلى خصوص الأمور الثلاثة المذكورة دون سائر الأمور حيث إنّه لا يمكن الالتزام بعدم كونه مكلفاً بالأمور المشروطة بالإسلام والإيمان كالصلاة والصوم والحجّ ومع عدم قبول الإسلام منه كيف يكون مكلفاً والكلام في هذا مذكور في الصلاة مفصلاً . و الموثق المذكور ظاهراً في الارتداد الفطري للتعبير بقوله ﷺ على المحكي « كل مسلم بين مسلمين - النخ » وفيه تعدد عدّة المتوقفي عنها زوجها .

و أما بقاء النكاح إذا أسلم زوج الكتائية فالظاهر أنّه موضع وفاق ، فعلى القول بجواز نكاحها للمسلم ابتداءً فلا إشكال ومع القول بعدم الجواز ابتداءً يستدل في المقام بحسن ابن أبي عمير المذكور وما في صحيح ابن سنان ، عن أبي عبد الله ﷺ « سألته عن رجل هاجر وترك امرأته في المشركين ثم لحقت به بعد أيمسكها بالنكاح الأول أو تنقطع عصمتها منه ؟ قال : يمسكها وهي امرأته » (١) .

و في خصوص ما لو أسلم المجوسى وتحتة امرأة على دينه يدل خبر منصور بن حازم المذكور .

هذا ويمكن أن يقال : أما حسن ابن أبي عمير المذكور ففيه إذا أسلم أحد الزوجين ولا يلتزم ببقاء النكاح مع إسلام الزوجة قبل إسلام الزوج .

و أما صحيح ابن سنان فليس فيه إلا المهاجرة ولا ظهور فيه في إسلام الزوج المهاجر بعد كفره ولم يذكر كونه من أهل الكتاب ولو أسلمت الكتائية دون زوجها الكتائية قبل الدخول انفسخ النكاح لحرمة تزويجها بالكافر ولو استدامة ، ولصحيح ابن سنان عن الصادق ﷺ « إذا أسلمت امرأة وزوجها على غير الإسلام فرق بينهما - الحديث (٢) » ، وإن كان إسلامها بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدّة على المشهور .

وقد يقال : يمكن الاستدلال له بحسن ابن أبي عمير المذكور ، ولا يخفى أنه لا يستفاد منه ما ذكر وذيله راجع إلى غير أهل الكتاب ، نعم يمكن الاستدلال بخبر منصور بن حازم المذكور في خصوص المجوسي أو المشرك من غير أهل الكتاب ، وقد يستفاد خلاف ما ذكر مما رواه في التهذيب عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح قال : « سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحل لها أن تقيم معه ؟ قال : إذا أسلمت لم تحل له ، قلت : جعلت فداك فإن الزوجة أسلم بعد ذلك أيكوان بعد نكاح الأول ؟ قال : لا بتزويج جديد » (١) .

وما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد ، عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن البنظلي قال : « سمعت رجلاً يسأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن نصراني تسلم امرأته ثم يسلم زوجها أيكوان على نكاح الأول ؟ قال : لا يجدان نكاحاً آخر » (٢) .

بناء على كون «لا» منفصلاً عما بعد و الاحتياج إلى النكاح الجديد ، ومقتضى الإطلاق عدم الفرق بين أن يكون إسلام الزوج قبل انقضاء العدة أو بعده ، ويحتمل أن يكون لفظ «لا» متصلاً بما بعده في الخبرين وعلى هذا إطلاقهما يشمل قبل انقضاء العدة و بعده فإثبات ما هو المشهور من الأخبار مشكك ، وذهب الشيخ - قدس سره - في النهاية و كتابي الأخبار إلى اختصاص الحكم المذكور بغير الكتابي ، أما الكتابي فإنه ذهب فيه إلى بقاء النكاح و عدم انفساخه إذا كان الزوج بشرائط الذمة و لكنّه لا يمكن الدخول عليها ليلاً و لا من الخلوة بها نهاراً .

و يدل على ما ذهب إليه ما رواه عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام أنه قال « في اليهودي و النصراني و المجوسي إذا أسلمت امرأته و لم يسلم قال : هما على نكاحهما ولا يفرق بينهما ولا يترك أن يخرج بها من دار الإسلام إلى دار الكفر » (٣) .

(١) المصدر ج ٢ ص ٢٠٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٨١ .

(٢) المصدر ص ١٦٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٩ .

و حسن ابن أبي عمير المذكور سابقاً .

وما رواه في الكافي ، عن يونس قال : « الذي تكون له المرأة الذميمة فتسلم امرأته ؟ قال : هي امرأته يكون عندها بالنهار ، ولا يكون عندها بالليل ، فإن أسلم الرجل ولم تسلم المرأة يكون الرجل عندها بالليل والنهار ، ^(١) .
و المشهور لم يعملوا بالأخبار المذكورة بل الشيخ رجح عنه في المحكي عن خلافه و مبسوطه .

و أما غير الكتابيين فيقف انفساخ نكاحهما على انقضاء العدة إن كان بعد الدخول ويدل عليه خبر منصور بن حازم المذكور وإن كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال لعدم العدة و امتناع كون الكافر زوجاً للمسلمة ، و يدل عليه ما رواه ثقة الاسلام في الصحيح ، عن عبدالرحمن بن الحجاج ، عن أبي الحسن عليه السلام في نصراني تزوج نصرانية فأسلمت قبل أن يدخل بها ؟ قال : قد انقطعت عصمتها منه و لا مهر لها و لا عدة عليها منه ، ^(٢) و إن كانت هذه الرواية في خصوص النصراني والنصرانية .
ولو أسلم الذممي و عنده أربع فما دون لم يتخير و لو كان عنده أكثر من أربع يتخير أربعاً ، و روى عمار عن أبي عبدالله عليه السلام أن إباق العبيد بمنزلة الارتداد فإن رجع و الزوجة في العدة فهو أحق بها و إن خرجت من العدة فلا سبيل له عليها ، و في الرواية ضعف .

أما عدم التخيير في صورة إسلام الذممي و إسلام الذميات أوبقائهن على دينهن فوجه واضح حيث جاز نكاحهن استدامة و مع الزيادة يتخير حيث إنه لا يجوز للمسلم الحر نكاح أزيد من أربع حرائر و استدلل عليه بأن النبي صلى الله عليه وآله قال لغيلان : أمسك و فارق سائرهن حيث إنه أسلم و عنده ثمان نسوة ، و الظاهر أن الرواية من طرق العامة و الموجود في أخبارنا ما رواه في الكافي و التهذيب ، عن عقبة بن خالد ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٧ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٣٦ .

عن أبي عبدالله عليه السلام في مجوسي أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه كيف يصنع؟ قال :
 يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً، ^(١) إلا أن مورد هذه الرواية إسلام النسوة معه لابقاؤهن
 على دينهن، نعم الرواية الأولى مطلقة و لفظ يطلق في الرواية ولم يظهر أن لفظ
 يطلق بالتخفيف من باب الأفعال أو بالتشديد، والمراد تطليق الزائد إلا أن الظاهر
 أخذ الفقهاء بمضمون النبوي المذكور، وحيث إنه ورد في مورد شخص فلا يكون له
 إطلاق فقد يقال يجب الاقتصار في الحكم على المتيقن وهو ما إذا كان الأكثر كتابيات
 ولم تكن من العناوين المحرمة عيناً أو جمعاً وحينئذ فيشكل الحكم في غير المتيقن.
 ويمكن أن يقال : لم يظهر وجه كون المتيقن خصوص الكتابيات ومن المحتمل
 كونهن وثنيات، وعلى هذا فلا يكون في البين متيقن يؤخذ به .

وأما الخبر فلم يعلم اعتماد المشهور عليه من جهة السند وعلى فرض الاعتماد و
 الحجية يشكل الأخذ به من جهة الترديد في لفظ «يطلق» لا يقال: لا بد في القبول من
 الحمل على الكتابيات لعدم جواز نكاح غير الكتابية للمسلم فهذه الصورة متيقنة
 بل لا مجال لشمول النبوي لغير هذه الصورة لأنه يقال لعل غيلان المذكور أسلمن
 نساؤه والقضية الشخصية لا تطلع على خصوصياتها، وقد يقال : يمكن استفادة التخيير
 فيما لوكن وثنيات و أسلمن في العدة مما ورد من الحكم بالتخيير فيما لو أسلم و عنده
 أكثر من أربع وثنيات منكوحات بالعقد الدائم وأسلمن معه فإن في السؤال عن حكم
 الأكثر من الأربع مع فرض إسلامهن معه دلالة على أن السائل كان بصدد السؤال
 عما إذا لم يكن هناك مانع من صحة النكاح إلا زيادة العدد فيستفاد من الحكم
 بالتخيير في الجواب كبرى كلية وهي أنه كلما لم تكن هناك مانع عن صحة النكاح
 إلا زيادة العدد فلزوج التخيير في إمساك الأربع وفراق ما زاد فيدل على التخيير في
 المسئلة أيضاً إذ بعد إسلام الوثنيات في العدة لا مانع عن صحة نكاحهن إلا زيادة
 في العدد .

و يمكن أن يقال من المعلوم أن مورد السؤال الفراغ من الصحة من الجهات الاخر
إلا من جهة الزيادة في العدد لكنه لا يستفاد التخيير في غير المورد المذكور أعني فرض
إسلامهن معه لاحتمال أن يكون للمعية في الإسلام مدخلية في التخيير فصورة إسلامهن
قبل انقضاء العدة في صورة الدخول خارجة ولم نعر على الرواية الواردة التي أشير
إليها .

و أما لو تزوج العبد باذن مولاه فالمنقول عن الشيخ في النهاية و ابن حمزة أنه
مع إباقه بمنزلة المرتد إلا أن ابن حمزة قيده بكون الزوجة أمة غير سيّدة ، والمدرك
ما روى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب في الموثق عن عمار الساباطي قال : «سألت
أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أذن لعبد في تزويج امرأة فتزوجها ، ثم إن العبد أبق فجاءت
امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد فقال : ليس لها على مولاه نفقة و قد بانت عصمتها
منه فإن إباق العبد طلاق امرأته هو بمنزلة المرتد عن الإسلام ، قلت : فإن هو رجع
إلى مواليه ترجع إليه إمراته ؟ قال : إن كان قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره
فلا سبيل له عليها ، وإن كانت لم تتزوج و لم تنقض العدة فهي امرأته على النكاح
الأول ، (١) .

هكذا في رواية الشيخ للخبر ، و في رواية الصدوق له هكذا « وإن كانت لم
تزوج وهي امرأته على النكاح الأول ، و لفظ و لم تنقض العدة غير مذكور في البين ،
و ظاهر رواية الصدوق أنها مع انقضاء العدة تبقى على نكاحها ما لم تزوج و أما على
رواية الشيخ فهو مسكوت عنه و الظاهر عدم عمل المشهور بمضمون الرواية حيث تكون
مخالفة للقواعد و إن عدّ عمار الساباطي من الثقات .

﴿مسائل سبع : الأولى التساوي في الإسلام شرط في صحة العقد ، وهل يشترط
التساوي في الايمان ؟ الأظهر لا ، لكنه يستحب و يتأكد في المؤمنة ، نعم لا يصح نكاح
النائب و لا الناصبة بالعداوة لأهل البيت عليهم السلام .

قد مر الكلام فيما ذكره زيد ذكر المصنف قدس سره الأسباب الموجبة للتحريم و

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٤ . والفقيه باب أحكام الممايك تحت رقم ١٦ .

اشترط التساوي في الإسلام .

وأما استحباب تزوج المؤمنة للرجل الاثنى عشري فيمكن استفادته من الأخبار المذكورة هناك المستدل بها لاعتبار التساوي وفيها « أن لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » ، « وأن العارفة لا توضع إلا عند العارف » .

وأما عدم جواز نكاح الناصب فلكفره كما يستفاد من الأخبار ويشترط في النكاح التساوي في الإسلام ولهذه الجهة لا يجوز نكاح الناصبة .

ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة ولا يتخير الزوجة لو تجدد العجز عن الإيفاء ، ويجوز نكاح الحرّة العبد والهاشمية غير الهاشمي ، والعريضة العجمي وبالعكس ، وإذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب إجابته وإن كان أخفض نسباً وإن منعه الولي كان عاصياً .

المحكى عن جماعة من الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم إشرط تمكن الزوج من النفقة لقول الله تعالى « ومن لم يستطع طويلاً أن ينكح المحصنات فمما ملكت أيمانكم - النخ » وقول النبي ﷺ على المحكى لفاطمة بنت قيس لما أخبرته أن معاوية يخطبها : « إن معاوية صعلوك لا مال له » وقول الصادق عليه السلام على المحكى : « الكفو أن يكون عفيفاً وعنده يسار »^(١) ولما في ذلك من الإضرار بالمرأة ولا يخفى عدم استفادة الشرطية بمعنى مدخلية التمكّن في الصحة فإن الطول فسر في الحديث بالمهر لما عن الصادق عليه السلام « لا ينبغي أن يتزوج الحر المملوكة اليوم إنما كان ذلك حيث قال الله تعالى ومن لم يستطع طويلاً والطول المهر ومهر الحرّة اليوم مهر الأمة أو أقل »^(٢) .

وقول النبي ﷺ المذكور لا يستفاد منه الشرطية بل الظاهر أنه في مقام النصح للمستشارة ، وقول الصادق عليه السلام المذكور محمول على الفرد الكامل كما يظهر من بعض الأخبار الآخر حيث فسر الكفو بأن يرضى دينه وخلقه .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ .

وأما الاضرار فلا يوجب الشرطيّة للتمكّن مع أنّه كثيراً تتوجّه المرأة بعدم تمكّن الزوج .

و مع هذا الوصف ترضى بالمزاوجة كما في بيع المغبون ، و في صورة عدم العلم لا يوجب إلّا الخيار و في النكاح أسباب الخيار محصورة .

هذا مضافاً إلى ما قيل من أنّه لو أخذ بعموم نفي الضرر و الضرر لزم الفقه الجديد ، و إنّما يؤخذ في الموارد التي أخذ الفقهاء به و يكفي دليلاً للصحة قوله تعالى « إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » .

و ممّا ذكر ظهر وجه عدم الخيار لو تجدّد العجز عن الإنفاق و إن قال المصنّف - قدّس سرّه - في الشرايع فيه روايتان أشهرهما أنّه ليس لها ذلك و هي ما روي ، عن أمير المؤمنين صلوات الله عليه إن امرأة استعدت إليه على زوجها للاعسار فأبى أن يجبسه و قال : إن مع العسر يسراً ، خلافاً للمحكيّ عن أبي عليّ فسأطها على الفسخ . و قيل يفسخه الحاكم فإن لم يكن الحاكم فسخت و قوله تعالى « و إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » و الإمساك بالنفقة ليس بمعروف و للضرر والخرج .

و صحيح أبي بصير عن الصادق عليه السلام « من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما » (١) .

و صحيح ربعي و الفضيل ، عن الصادق عليه السلام « ان أنفق عليها ما يقيم صلبها مع كسوة و إلا فرّق بينهما » (٢) .

و يمكن أن يقال : أمّا ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام فلا دلالة فيه لمقامنا لانفياً و لا إثباتاً ، و قوله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » يستفاد منه لزوم أحد أمرين إمّا الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان فمع عدم القدرة على الإمساك بمعروف يجب التسريح و التسريح هو التطلق و الطلاق غير الفسخ . و لعل المراد من التفريق

(١) الفقيه باب حق المرأة على الزوج تحت رقم ٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٣ .

المذكور في الصحيحين هو التطليق لا الفسخ ، هذا لو أخذ بظاهرهما .
و الظاهر أن المشهور لا يلتزمون بجبار الزوج على التطليق أو تطليق الحاكم
مع عدم إنفاق الزوج سواء كان للإعسار أو مع القدرة و عدم الإنفاق .

و أما جواز نكاح المذكورين فيكفي فيه العمومات و خصوص ما جاء من تزويج
جوهر الدلقاء و منجج بن رياح مولى علي بن الحسين بنت أبي رافع ، و نكاح علي بن
الحسين مولاته ، و نكاح رسول الله ﷺ عائشة و حفصة و نكاح العوام صفيّة و المقداد
ضبيعة بنت الزبير بن عبدالمطلب و عثمان و أبي العاص و عمر و عبدالله بن عمر بن عثمان
و مصعب بن زبير بنات رسول الله ﷺ و علي و الحسين عليهما السلام .

و قد قال رسول الله ﷺ على المحكمي لما تزوج المقداد ابنة زبير بن عبدالمطلب
« لن تنضع المناكح ، كقوله ﷺ « المسلم كفو المسلمة و المؤمن كفو المؤمنة ، و
المؤمنون بعضهم أكفاء بعض ، و إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجه أن لا
تفعلوه تكن فتنة في الأرض و فساد كبير » .

و أما وجوب إجابة الخاطب المؤمن القادر على النفقة و إن كان أخفض نسباً و
كذا عصيان الولي لو امتنع فالظاهر أن نظر القائلين بهما إلى بعض الأخبار حيث فيه
الأمر بتزويج من يرضى دينه و خلقه و أماتته إذا خاطب و في ذيله « أن لا تفعلوه تكن
فتنة في الأرض و فساد كبير » .

و قد يجاب بأن المخاطب ليس هو المرأة بل الرجل و حينئذ إما يراد خصوص
الأولياء العرفية بقرينة ما في ذيلها من التعليل إذ لا يلزم فتنة و لا فساد في ما إذا امتنع
الولي الشرعي عن تزويج الصغيرة ، وإنما يلزمان إذا امتنع الولي العرفي عن تزويج
الكبيرة مع رضاها بالخاطب ، وإما يراد بهم الأعم من الأولياء العرفية و الشرعية فلا بد
أن يراد من الأمر بالتزويج معنى يلائم كلتا الطائفتين و ليس هو إلا عدم جواز الامتناع
عن تزويج الخاطب إياها من حيث عدم الكفاءة في الحسب و النسب و الشرف و الفضل
و العظمة إذ إرادة وجوب التزويج من الأمر به لاتصح بالنسبة إلى الأولياء العرفية
الذين ليست عقدة النكاح بيدهم إذ مع كون النكاح معلقاً على رضاها يكون تزويجها

خارجاً عن قدرتهم مع عدم رضاها و معه كيف يصح أمرهم بتزويجها مطلقاً، ويمكن أن يقال : ما ذكر لا يوجب صرف الأمر المقرون بما في ذيله عن الوجوب ألا ترى أن تأكد استحباب الصلاة جماعةً بالنسبة إلى كل مكلف صحيح مع أن الجماعة منوطة بحضور الغير و هو خارج عن الاختيار مع أن القدرة كما تكون شرطاً في الوجوب تكون شرطاً في الاستحباب أيضاً فلما منع من الحمل على الوجوب مع تحقق الرضا كما أنه لا داعي إلى صرف الخطاب إلى الأولياء العرفية ، بل يمكن أن يكون الخطاب إلى الولي الشرعي و التعبير بالجمع من باب تلاقي الجمع بالجمع كما في قوله تعالى « فاعسلوا وجوهكم » مع أن كل أحد ليس له إلا وجه واحد و مع ذلك كله يشكك حمل الأمر على الوجوب لكونه موجِباً للوحشة حيث إن أخلاق الرجال و المرأة كثيراً ما مختلفة غير متوافقة و بعد تحقق النكاح يخرج الاختيار عن المرأة فكيف يجب على الولي إجابة الخاطب مع أنه لا يبعد لزوم مراعاة المصلحة فمع عدم المصلحة كيف يكون إجابة الخاطب واجباً على الولي فمقتضى التعليل المذكور وجوب رضي الكبيرة بالاكراه أيضاً و لا يلتزمون به ظاهراً ، فلعل النظر إلى الترغيب كالترغيب في أصل الأزواج و إن من تزوج أحرز نصف دينه فإن إحراز الدين لازم و لا يوجب الأزواج .

﴿ ويكره أن يزوج الفاسق ويتأكد في شارب الخمر وأن تزوج المؤمنة المخالف .

و لا بأس بالمستضعف و المستضعفة و من لا يعرف بعناد .

أما كراهة تزويج الفاسق فاستدل عليها بقوله تعالى « أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً ، و مفهوم قوله وَالْفَاسِقُ « إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجه » (١) و عكلاً أيضاً بأن الفاسق لفسقه حري بالاعراض و الإهانة ، و التزويج إكرام و مودة ، و بأنه لا يؤمن من الأضرار بها و قهرها بالفسق ، و لا يخفى الإشكال في استفادة الكراهة مما ذكر أما قوله تعالى فقد فسّر الفاسق فيه بالكافر بقرينة المقابلة مع المؤمن ، و مع قطع النظر عن هذا عدم كون الفاسق كالمؤمن لا يوجب الكراهة ، ألا ترى أن الصلاة في الدار

ليس كالصلاة في المسجد ، ومع هذا لا تكون مكروهة ، و ليس كل فسق يوجب الإعراض
والإهانة وسقوط حرمة الإيمان و ليس مفهوم الخبر المذكور كراهة التزويج لغير
الموصوف بالوصف المذكور .

وأما تأكد الكراهة في شارب الخمر فلقول الصادق عليه السلام على المحكمي «من تزوج
كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها» (١) .

و أما كراهة تزوج المؤمنة بغيرها المخالف فلما عرفت سابقاً .

و أما عدم البأس بالمستضعف و من لا يعرف بفساد فيدل عليه ما رواه في الكافي (٢)
عن زرارة في الصحيح أو الحسن قال : قلت : لأبي جعفر عليه السلام : إنني أخشى أن لا يحل
لي أن أتزوج من لم يكن على أمرى فقال : ما يمنعك من البله من النساء ، فقلت :
وما البله ؟ قال هن المستضعفات من اللاتي لا ينصبن و لا يعرفن ما أتم عليه .

و مارواه في الفقيه عن حمران بن أعين في الحسن أو الموثق و كان بعض أهله يريد
التزويج فلم يجد امرأة يرضاها فذكر ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال : أين أنت من البلهاء
و التي لا يعرفون شيئاً ، قلت : إننا نقول : إن الناس على وجهين كافر و مؤمن ، فقال :
فأين الذين خلطوا عملاً صالحاً و آخر سيئاً و أين المرجون لأمر الله أي عفو الله (٣) .

الثانية إذا انتسب إلى قبيلة و بان من غيرها ففي رواية الحلبي يفسخ النكاح.
الثالثة إذا تزوج ثم بان أنها كانت زنت فليس له الفسخ ولا الرجوع على الولي
بالمهر ، و في رواية لها الصادق بما استحل من فرجها ويرجع به على الولي ، و إن شاء
تركها . الرابعة لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية و يجوز في غيرها و
يحرم التصريح في الحالين .

ذهب الشيخ في النهاية و ابن حمزة و سعيد إلى أن للمرأة الفسخ إذا انتسب

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣٤٩ .

(٣) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ١٢ .

الزَّوْجِ إِلَى قَبِيلَةٍ وَ بَانَ مِنْ غَيْرِهَا لِلتَّدْلِيْسِ وَ مَضَرَ الْحَلْبِيَّ الصَّحِيْحَ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ
 امْرَأَةً فَيَقُوْلُ : أَنَا مِنْ بَنِي فُلَانٍ فَلَا يَكُوْنُ كَذَلِكَ قَالِ يَفْسُخُ النِّكَاحَ - أَوْ قَالَ يَرُدُّ (١) .
 وَ اسْتَشْكَلَ مِنْ جِهَةِ الْأَضْمَارِ مَعَ احْتِمَالِ أَنْ يَكُوْنِ الضَّمِيْرُ رَاجِعاً إِلَى الْحَلْبِيِّ .
 فَلَا يَرُدُّ أَنَّ الْحَلْبِيَّ أَجْلٌ مِنْ أَنْ يَرُوِيْ نَحْوَ ذَلِكَ عَنِ الْإِمَامِ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ .

وَ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : إِنَّ ظَاهِرَ الْمَضْمَرِ الْمَذْكُوْرِ إِنَّ قَوْلَ الرَّجُلِ أَنَا مِنْ بَنِي فُلَانٍ
 بَعْدَ التَّزْوِيْجِ بِقَرِيْنَةِ الْفَاءِ وَ لَا يَلْتَزِمُ أَحَدٌ بِاخْتِيَارِ الْفَسْخِ لِلْمَرْأَةِ فَمَعَ حَصْرِ مَوْجِبَاتِ الْفَسْخِ
 فِي غَيْرِهِ فِي صَحِيْحِ الْحَلْبِيِّ كَيْفَ يُؤْخَذُ بِمَضْمُونِ الْمَضْمَرِ .

وَ أَمَّا التَّدْلِيْسُ فَإِنَّ قَلْنَا فِي مِثْلِ الْبَيْعِ وَ نَحْوِهِ كَوْنَهُ مَوْجِباً لِلخِيَارِ فَلَدَلِيْلٌ فِي النِّكَاحِ
 مَعَ حَصْرِ الْمَوْجِبَاتِ لِلخِيَارِ بِحَسَبِ صَحِيْحِ الْمَذْكُوْرِ عَلَى كَوْنِهِ مَوْجِباً لِلخِيَارِ ، وَ قَدْ يُقَالُ :
 إِنَّ الْمَسْئَلَةَ لَا تَخْلُو عَنْ سُورَلَانٍ أَنْتَسَابِ الزَّوْجِ إِلَى قَبِيْلَةٍ خَاصَّةً قَدْ يَكُوْنُ دَاعِياً إِلَى
 إِقْدَامِ الزَّوْجَةِ عَلَى تَزْوِيْجِهِ بِحَيْثُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ تِلْكَ الْقَبِيْلَةِ لَمَا أَقْدَمَتْ عَلَى تَزْوِيْجِهِ
 أَصْلاً ، وَ قَدْ لَا يَكُوْنُ كَذَلِكَ ، بَلْ تَكُوْنُ مَقْدَمَةٌ عَلَى تَزْوِيْجِهِ عَلَى نَحْوِ تَعَدُّدِ الْمَطْلُوْبِي
 وَ عَلَى كَلَالَةِ التَّقْدِيْرِيْنَ إِمَّا أَنْ تَكُوْنُ هَذِهِ الْجِهَةُ مَأْخُوْذَةً فِي الْعَقْدِ عَلَى نَحْوِ التَّوْصِيْفِ أَوْ الْاِشْتِرَاطِ
 أَوْ لَا ، وَ عَلَى جَمِيْعِ التَّقَادِيْرِ إِمَّا أَنْ يَكُوْنِ الْعَاقِدُ نَفْسَ الزَّوْجَةِ أَوْ وَكِيْلَهَا أَوْ لَيْسَهَا لِإِشْكَالِ فِي
 أَنْ مَقْتَضَى الْقَاعِدَةُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَصْفُ الْكُذَائِيَّ دَاعِياً إِلَى وَحْدَةِ الْمَطْلُوْبِ فَبَانَ خِلَافَهُ هُوَ بَطْلَانُ
 الْعَقْدِ فِي مَا كَانَ الْعَاقِدُ نَفْسَهَا أَوْ وَكِيْلَهَا ، وَ كَوْنُهُ فَضُوْلِيّاً فِي مَا كَانَ الْعَاقِدُ وَكِيْلَهَا ضَرْوْرَةٌ اِتِّفَاقُ
 الرَّضَا بِاتِّفَاقِ مَا قِيْدَبَهُ ، فَيَكُوْنُ الْعَقْدُ خَالِياً عَنِ الرَّضَا فَيَفْسُدُ أَوْ يَكُوْنُ مَوْقُوْفاً عَلَى
 الْإِجَازَةِ وَ مَقْتَضَى الْقَاعِدَةُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَصْفُ دَاعِياً عَلَى نَحْوِ تَعَدُّدِ الْمَطْلُوْبِ وَ ذَكَرَ فِي
 الْعَقْدِ عَلَى نَحْوِ التَّوْصِيْفِ أَوْ الْاِشْتِرَاطِ فَبَانَ خِلَافَهُ هُوَ صَحَّةُ الْعَقْدِ وَ ثُبُوْتُ خِيَارِ تَخَلُّفِ
 الْوَصْفِ أَوْ الشَّرْطِ فِيمَا كَانَ الْعَاقِدُ نَفْسَهَا ، وَ كَوْنُهُ فَضُوْلِيّاً مَوْقُوْفاً عَلَى الْإِجَازَةِ فِيمَا كَانَ
 الْعَاقِدُ وَكِيْلَهَا لِأَنَّ مَتَعَلَّقَ الْوَكَالَةِ الْعَقْدُ الْوَاقِعُ عَلَى وَاجِدِ الْوَصْفِ لَا الْفَاقِدُ .

وَ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : مَا ذَكَرَ أَوْلاً يُوْجِبُ بَطْلَانَ جُلِّ الْمَعَامَلَاتِ الْوَاقِعَةِ بِدَوَاعِ

مختلفة فالعقد الواقع على الصحيح يقع بداعي الصحة بحيث لو علم المشتري العيب لا يقدم على الاثراء وفي النكاح كثيراً يقدم الزوج على التزويج بداعي الخصوصيات التي يعتقد في المرأة بحيث لو كانت فاقدة لما أقدم الزوج على التزويج ، والقائلون بثبوت الخيار لا يكتفون بصرف الداعي بل بناؤهم على لزوم الأخذ في العقد وصفاً أو شرطاً ولا معنى للخيار مع بطلان العقد رأساً ، والظاهر أن وجه الصحة تحقق القصد الرضا بما وقع ، ألا ترى أن الذَّاهِبَ إلى منزل صديقه بداعي ملاقاته يتحقق منه القصد إلى الذَّاهِبَ مع أنه لا يلاقيه و كان الذَّاهِبَ بداعي الملاقاة بنحو وحدة المطلوب ، وهذا لا يلائم مع المضمَر المذكور أيضاً لأنَّ المضمَر ذكر فيه الفسخ أو الردُّ مع التخلف من دون الاستفصال من جهة وحدة المطلوب أو تعدُّه ، وما ذكر من ثبوت الخيار في صورة تعدُّد المطلوب وذكر القيد وصفاً أو شرطاً في العقد يشكل مع حصر الفسخ في أمور مخصوصة وما يقال من أنه يكون الحصر إضافياً و بالنسبة إلى العيوب لا نسلم للاطلاق ولذا لا يجوزون شرط الخيار في العقد .

وما ذكر من أنه إذا كان العاقد وكيلًا يكون العقد فضولياً يشكل من جهة أنه إذا كان بنحو تعدُّد المطلوب فكما أنه لو كان العاقدة نفسها كان برضا منها كذلك توكيلها بالنسبة إلى النكاح .

وأما عدم خيار الفسخ لو تزوج و بان أن المرأة زنت فهو المشهور و يدلُّ عليه ما دلَّ على حصر موجبات الخيار في غيره ففي صحيح الحلبيّ عن الصادق عليه السلام «إنما يردُّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل»^(١) .

وفي خبر رفاة عنه عليه السلام «سأله عن المحدود والمحدودة هل يردُّ من النكاح؟ قال : لا»^(٢) ، خلافاً للمحكيّ عن الصدوق وأبي عليّ فخيراه للعار ولقول أمير المؤمنين صلوات الله عليه على المحكيّ «في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها قال : يفرق بينهما

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ .

ولإصداق لها لأنَّ الحدث كان من قبلها^(١) .

وأُجيب بضعف الرواية وظهوره في الانفساخ وظهوره في كون الزَّنا بعد العقد وقبول الحمل على الطلاق .

ويمكن أن يقال : أمَّا ضعف السند فإن كان اعتماد الصدوق وأبي عليٍّ - قدس سرُّهما - عليه فيشكل ، وأمَّا الظهور في الانفساخ فهو قابل للمنع لأنَّ التعبير بالتفريق نظير التعبير بالردِّ في خبر الحلبيِّ المذكور ولا ظهور في كون الزَّنا بعد العقد والحمل على الطلاق ينافي مع عدم الصداق لأنَّ الطلاق قبل الدُّخول يوجب استحقاق نصف المهر إلا أن يخصص عموم الدليل بهذا الخبر ، ثمَّ إنَّه على المشهور مع الطلاق والإمساك تستحقُّ المرأة المهر نصفه أو تمامه ومقتضى القاعدة عدم الرجوع على الوليِّ إذا أخذت المرأة المهر من الزَّوج لكن مقتضى بعض النصوص استحقاق الزَّوج إن طلقها للرجوع على الوليِّ بالمهر إن كان عالماً بأمرها ففي صحيح معاوية بن وهب « سئل الصادق عليه السلام عن ذلك فقال : إن شاء زوجها أخذ الصداق ممَّن زوَّجها ولها الصداق بما استحلَّ من فرجها ، وإن شاء تركها^(٢) . »

وفي حسن الحلبيِّ « سأله عن المرأة تلد من الزَّنا ولا يعلم بذلك أحدٌ إلا وليَّها أ يصلح لها أن يزوَّجها ويسكت عن ذلك إذا كان قد رأى منها توبة أو معروفاً ؟ فقال : إن لم يذكر ذلك لزوجهائهم علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليَّها بما دأس عليه كان له ذلك على وليَّها وكان الصداق الذي أخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحلَّ من فرجها وإن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس^(٣) . »

وقد يقال : إنَّ دلالة الخبر الثاني على استحقاق الزَّوج للرجوع بالمهر مع الطلاق بقرينة مقابله لقوله عليه السلام « وإن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس » واضحة فإنَّه يدلُّ على أنَّ الزَّوج مخيَّر بين أجد الأمرين من الطلاق والرجوع على الوليِّ بالمهر

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ .

والإمساك من دون رجوع فتدبر ، والخبر الأول يحتمل أن يكون المراد من قوله **عَلَيْهَا** فيه وإن شاء تركها ، هو تركها على حالها و عدم التعرض لها كي يكون بمعنى الإمساك فينطبق على الثاني ، ويحتمل أن يكون المراد منه فراقها بالطلاق فلا ينطبق على الثاني فإن رجحنا الإحتمال الأول بقريضة أن الاحتمال الثاني مستلزم لاستدامة استحلال الانتفاع بوضعها من غير عوض و هو خلاف المعلوم نصاً و فتوى في غير المقام فهو وإلا كان الخبر مجملاً فيسقط عن صحة الاستدلال به .

و يمكن أن يقال : لم يظهر دلالة الخبر الثاني على جواز الإمساك بدون الرجوع إلى الولي بل مقتضى تعليل الرجوع بالتدليس إن له الرجوع مطلقاً .

وما ذكر في الخبر الأول من أنه يحتمل الاحتمالين وعلى أحدهما يلزم استدامة الانتفاع بالبضع من غير عوض فيه نظراً لمكان أن يقال : لم يكن البضع بلا عوض لأن المرأة تأخذ العوض إن كان المهر عوضاً غاية الأمر الزوج يرجع إلى الولي من جهة تدليسه وإن كان مثل هذا يعد من الانتفاع بالبضع بلا عوض فليكن الرجوع بعد الطلاق أيضاً كذلك حيث إن الزوج انتفع وأخذ عوض المهر من الولي غاية الأمر الفرق بين استدامة الانتفاع وبين عدمها و مجرد هذا لا يوجب الفرق حيث إن النص والفتوى على استحقاق الزوجة مع استحلال فرجها المهر ولا نظر إلى صورة الاستدامة وعدمها .

و أما حرمة التعريض في الخطبة لذات العدة الرجعية وجوازه لغيرها وحرمة التسريح مطلقاً فاستدل عليها مضافاً إلى الاجماع المحكيّة بقوله تعالى « ولا جناح عليكم في ما عرّضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن » ولكن لا تواعدوهن سرّاً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ^(١) ، والمعروف أن التعريض خلاف التصريح وهو غير الكناية ولعله الإيماء إلى المقصود بما لا يوضع له حقيقة ولا مجازاً ، فالتخصيص بالذكر يستفاد منه

حرمة التصريح والآية وإن كانت مختصة بذات العدة إلا أنه لما كان حرمة التصريح لذات العدة لاحترام الزوج فتدل على حرمة التعريض بالخطبة لذات البعل فضلاً عن التصريح بالأولوية ومفهوم الموافقة فإذا كان خطبة ذات البعل تصريحاً وتعريضاً محرمة تكون خطبة ذات العدة الرجعية أيضاً كذلك لأنها بحكم الزوجية ولا يخفى الأشكال فيما ذكر فإننا لا نعلم حكم الأحكام، ويمكن منع استفادة التحريم من تخصيص الجواز بالتعريض لا يمكن أن يكون من جهة الحياء فإنه كثيراً في الخطبة في غير ذات العدة لا يصرح وربما يكون بعض التعبيرات من سوء الأدب فالعمدة في إثبات الأحكام المذكورة الإجماعات المحكيّة .

﴿الخامسة إذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ولا تحرم . السادسة نكاح الشغار باطل وهو أن تزوج امرأتان برجلين على أن مهر كل واحدة نكاح الأخرى . السابعة يكره العقد على القابلة المريئة وبناتها وأن يزوج ابنه بنت زوجته إذا ولدتها بعد مفارقتها لها ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك وأن يتزوج بمن كانت ضرة لأمه مع غير أبيه و يكره الزانية قبل أن تتوب .﴾

إذا خطب الرجل فأجابت المرأة فالمحكي عن الشيخ - قدس سره - أنه يحرم على غيره خطبتها لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » و لحرمة الدخول في سوم المؤمن والخاطب مستام بقريئة قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «إنه مستام يأخذ بأعلى الثمن» و لوجوب الإجابة عليها . و أجيب بمنع صحة الخبر الناهي عن الخطبة على خطبة الأخر ومنع كون الخاطب مستاماً وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ «إنه مستام» مبني على التشبيه والمجاز ومنع وجوب الإجابة عليها ومنع كونها مستاماً عن إجابة الآخر فأصالة الحل والعمومات سالمة عن الحاكم والمختص ، ثم على تقدير الحرمة لوعصى وخطب لا يحرم عليه نكاحها و كان العقد صحيحاً للأصل والعمومات و عدم اقتضاء الإثم في الخطبة فساد العقد بعد عدم تعلق نهي به .

ويمكن أن يقال أمّا منع صحة الخبر فإن كان نظر فيه إلى عدم الصحة بالمعنى

المصطلح في لسان الفقهاء فلا إشكال فيه لكن إذا كان الخبر معمولاً به عند مثل الشيخ وعمل الفقهاء به غاية الأمر حملوه على الكراهة فهو حجة إلا أن يكون أخذهم من باب التسامح كالتسامح في أدلة المستحبات ، وعلى تقدير الحجية يمكن أن يكون النهي وضعياً نظير النهي عن إدخال بنت الأخ على العمّة أو بنت الأخت على الخالة حيث إنه وإن كان النهي بملاحظة حال الخاطب الأوّل ومن جهة انكسار قلبه غالباً لكنّه لا يبعد استفادة الحرمة الوضعية الموجبة للفساد منه فتأمل .

و أما بطلان نكاح الشغار فهو المصرّح به في كلام الأصحاب - والشغار بكسر الشين المعجمة وفتحها نكاح كان معمولاً في الجاهلية وهو أن يجعل بضع امرأة مهر الأخرى وقد يفصل بأن يجعل تزويج الأخرى مهراً ، ويدلّ على البطلان من الأخبار ما رواه في الكافي عن غياث بن إبراهيم قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » . والشغار أن يزوّج الرجل المرأة ابنته أو أخته و يتزوّج هو ابنة المتزوّج أو أخته ولا يكون بينهما مهرٌ غير تزويج هذا من هذا وهذا من هذا » ^(١) واستظهر أن هذا التفسير في الخبر من الإمام .

وما رواه في الكافي عن ابن بكير في الموثق ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي جعفر أو أبي عبد الله عليه السلام قال : « نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحدة منهنّ صداق إلا بضع صاحبتهما ، وقال : لا يحلّ أن ينكح واحدة منهما إلا بصداق أو نكاح المسلمين » ^(٢) . ثم إن ظاهر الكلمات بطلان أصل النكاح ويظهر من كلام لبعض الفقهاء صحته في صورة حيث قال والضابط أن كلّ نكاح جعل البضع فيه مهراً أو جزئه أو شرطه فهو باطل وإن جعل النكاح مهراً أو جزئه أو شرطه في نكاح بطل المسمى دون النكاح . وقد علل بطلان النكاح في الأوّل بلزوم التشريك في البضع بين كونه للزوّج و كونه مهراً مع أن البضع لا يصلح أن يكون مهراً .

ويمكن أن يقال : مقتضى القاعدة صحة النكاح سواء كان المهر البضع أو

التزويج لأن المهر ليس ركناً في النكاح وما ذكر من لزوم التشريك في البضع محل إشكال لأن التشريك في صورة الملكية العرضية لا الطولية كما لو باع وشرط على المشتري ملكية عين لعمره بنحو شرط النتيجة فمقتضى الشرط ملكية عمرو للعين والبايع مالك للشرط على المشتري بحيث لو كان المشروط عملاً للغير وأخل المشتري بتحقيق البايع خيار تخلف الشرط ، لكن ظاهر الأخبار بطلان النكاح ولا داعي إلى صرف ما ذكر فيه تفسير الشغار بجعل البضع مهراً إلى جعل التزويج مهراً بعد ذكر التفسيرين في الأخبار .

وأما كراهة العقد على القابلة المريية فللنهي عنه في خبر إبراهيم بن عبد الحميد « سألت أبا الحسن عليه السلام عن القابلة تقبل الرجل أله أن يتزوجها ؟ فقال : إن كان قد قبلته المرأة والمرأتين فلا بأس وإن كانت قد قبلته وربته وكفلته فأنهى نفسي عنها وولدي » وفي خبر آخر « وصديقي » (١) .

وخبر عمرو بن شمر عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت له : الرجل يتزوج قابله قال : لا ، ولا ابنتها » (٢) .

وخبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً « لا يتزوج المرأة التي قبلت ولا ابنتها » (٣) .
وغيرها من الأخبار المحمولة على الكراهة لصحيح البنظي « قلت للرضا عليه السلام يتزوج الرجل المرأة التي قبلته ؟ فقال : سبحان الله ما حرّم الله عليه من ذلك » (٤) .
وإن أمكن التخصيص بصورة الكفالة بملاحظة خبر إبراهيم المذكور لكن الظاهر منه الكراهة بقريظة قوله عليه السلام « أنهى نفسي عنها وولدي » فإن المحرّم لا اختصاص فيه .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٤١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٤٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٤١ والاستبصار ج ٣ ص ١٧٦ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٧٦ .

وأما كراهة تزويج ابنه بنت زوجته إذا ولدتها بعد المفارقة فلخبر إسماعيل بن همام قال : « قال أبو الحسن عليه السلام قال محمد بن علي عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويزوج ابنتها ابنه فيفارقها ويتزوجها آخر فتلد منه بنتاً فكره أن يتزوجها أحد من ولده لأنها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزلة الأب وكان قبل ذلك أباً لها» (١).

و خبر الهلالي « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة ويزوج ابنه ابنتها ؟ قال : إن كانت الابنة لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس» (٢).

و خبر آخر 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 » (٣).

وهذه الروايات محمولة على الكراهة لصحيح عيص بن القاسم ، عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليها رجلاً بعد فولدت للآخر فهل يحل ولدها من الآخر الأول من غيرها ؟ قال : نعم قال وسألت عن رجل اعتق سريته له ثم خلف عليها رجلاً بعده ثم ولدت للآخر هل يحل ولدها الولد الذي اعتقها ؟ قال : نعم » (٤).

وقد يقال باختصاص الكراهة بالنسبة إلى بنت الزوجة ولا دليل على الكراهة بالنسبة إلى بنت الأمة الموطوعة المملوكة لكن يدفع هذا من جهة ما في خبر إبراهيم من التعليل بأنه صار بمنزلة العبد وظهر مما ذكر عدم البأس بمن ولدتها قبل ذلك .

وأما كراهة التزوج بمن كانت ضرته لأمه مع غير أبيه فلخبر زرارة « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج امرأة كانت ضرته لأمه مع

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ .

(٣) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٧٦ . ولعله من عدم ما قبلها .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٩٩ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٤٠ .

غير أبيه» (٢).

و أمّا كراهة التزوّج بالزّانية قبل أن تتوب فقد مضى الكلام فيها .
 ﴿ القسم الثاني في النكاح المنقطع والنظر في أركانه و أحكامه : و أركانه
 أربعة الأوّل الصيغة و هو ينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة خاصّةً و قال « علم الهدى » :
 ينعقد في الإماء بلفظ الإباحة والتحليل . الثاني الزوّجة و يشترط كونها مسلمة أو
 كنيّية . ولا يصحّ بالمشركة والناصبة ﴾ .

قد ادّعى الاجماع على اعتبار الصيغة والإيجاب والقبول و عدم التحقق بالمرضاة
 و يظهر من بعض الاكتفاء بحصول الرضا من الطرفين لخبر نوح بن شعيب عن عليّ ،
 عن عمّه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى عمر فقالت : إنّي زنيّت فطهرني
 فأمر بها أن ترحم فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام فقال : كيف زنيّت قال : مررت في
 البادية فأصابني عطش شديد فاستقيت أعرايياً فأبى أن يسقيني إلا أن أمكّنه من نفسي
 فقال أمير المؤمنين عليه السلام : تزويج و ربّ الكعبة (١) .

وقد رويت هذه القصة بنحو آخر فروى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب عن
 محمد بن عمرو بن سعيد عن بعض أصحابنا قال : أتت امرأة إلى عمر فقالت يا أمير المؤمنين
 إنّي فجرت فأقم فيّ حدّ الله فأمر برجمها و كان عليّ عليه السلام حاضراً قال : فقال له سلها
 كيف فجرت قالت : كنت في فلاة من الأرض أصابني عطش شديد فرفعت لي خيمة
 فأتيته فأصبّت فيها رجلاً أعرايياً فسئلته الماء فأبى أن يسقيني إلا أن أمكّنه من نفسي
 فوليت منه حاربةً وأشدتّ بي العطش حتّى غارت عيناى وذهب لساني ، فلمّا بلغ منّي
 أتيته فسقاني و وقع عليّ فقال له عليّ صلوات الله عليه هذه التي قال الله « فمن اضطرّ
 غير باغ ولا عاد و هذه غير باغية ولا عادية إليه فخلّى سبيلها فقال عمر « لولا عليّ لهلك
 عمر » (٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٥ والكافي ج ٥ ص ٤٦٧ .

(٢) راجع وسائل الشيعة كتاب الحدود أبواب حد الزنا ، ب ١٨ ج ٦ .

ولا يخفى أن الاختلاف بين الخبرين ليس بحدّ يقال فيه خبر واحد اضطرب
مقنه بل كأنهما متباينان واحتمال تعدّد القضيّة بعيدٌ ومع هذا الوصف كيف يمكن
الأخذ بخبر نوح في الاكتفاء بالمرضاة فبعد البناء على لزوم الصيغة والإيجاب والقبول
فالمعروف لزوم أحداً لفظاً الثلاثة وهي زوجتك وأنكحتك ومتعتك في طرف الإيجاب
فيقبل الزوج ، وجوز أبو الصلاح وابن البرّاج في الإيجاب أن يقع من الرجل بقوله
متعيني نفسك كذا فتقول المرأة قبلت أو رضيت ، ونقل عن المرتضى - قدس سره -
أنه جعل تحليل الأمة عقد متعة وقد يقال : إن النكاح المنقطع ليس كالدائم في كونه
من الموضوعات العرفيّة ولذا كثر السؤال عن كفيته عن الأئمة عليهم السلام ولم يسئل عن
كفيته الدائم فلا إطلاق لأدلته كما يرجع إليه عند الشك في اعتبار شيء شرطاً أو شرطاً
إلا أنه يظهر من بعض النصوص الواردة في كفيته عدم اعتبار تعدّد الإيجاب على القبول
في عقده وعدم اشتراط الماضيّة فيهما كرواية أبان بن تغلب قال : « قلت لأبي عبد الله
عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال عليه السلام تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله
وسنة نبيه لا وارثه ولا موروثه كذا وكذا يوماً وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا
وكذا درهماً وتسمي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً ، فإذا قالت : نعم
فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها » (١) .

ورواية النعمان الأحول قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت : أدنى ما يتزوج
به الرجل المتعة ؟ قال عليه السلام : كف [كفين خ ل] من برّ يقول لها زوجيني نفسك
متعة على كتاب الله وسنة نبيه نكاحاً غير سفاح على أن لا أرثك ولا ترثيني ولا أطلب
ولذلك إلى أجل مسمى فإن بدالي زدتك وزدتنى » (٢) .

و يمكن أن يقال ما ذكر من عدم الإطلاق وأنه ليس من الموضوعات العرفيّة فيه
نظر فإنه بعد ما كان معروفاً في عصر النبي صلى الله عليه وآله وكان النكاح المنقطع مستمراً إلى

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

زمان عمر ، فالأخبار الواردة ناظرة إلى ذلك ولا فرق بينه وبين الدائم من حيث الحقيقة إلا من جهة التوقيت حتى أنه ورد في بعض الأخبار أنه لو أُخِلَّ بالمدَّة يصير دائماً غاية الأمر لزوم ذكر الأجل والمهر المسمى بخلاف الدائم وعلى هذا فالأخبار الواردة بعد ذلك لا مانع من الأخذ باطلاقها وإن كان النظر فيها إلى الثواب المترتب منها ما عن بكر بن محمد ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن المتعة فقال : إنني لأكره للرجل المسلم أن يخرج من الدنيا وقد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يقضها ^(١) » فقلت : فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه وآله ؟ فقال : نعم ، وقرأ هذه الآية « وإن أسرت النبي إلى بعض أزواجه حديثاً - إلى قوله - وأبكاراً » ^(٢) .

و نقل شيخنا المجلسي - قدس سره - في كتاب البحار عن رسالة الشيخ المفيد - قدس سره - في المتعة أخباراً 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 ولومرة ^(٣) » .
وعن بكر 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 تقض .
وعن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال : قال لي : تمتعت؟ قلت : لا ، قال : لا تخرج من الدنيا حتى تحيي السنة » ^(٤) .

و عن صالح بن عقبة ^(٥) عن أبيه ، عن الباقر عليه السلام قال : قلت : للمتمتع ثواب؟ فقال : إن كان يريد بذلك وجه الله تعالى و خلافاً على ما أنكرها لم يكلمها كلمة إلا كتب الله له بها حسنة ولم يمدَّ يده إليها إلا كتب الله له حسنة فإذا دنا منها غفر الله له بذلك ذنباً فإذا اغتسل غفر الله له بقدر ما مرَّ من الماء على شعره ، قلت : بعدد الشعر؟

(٢٥١) الفقيه في المتعة تحت رقم ٢٠ و ٣٢ . و قرب الاسناد ص ٢١ .

(٣) الوسائل أبواب المتعة ب ٢ تحت رقم ١٠ .

(٤) الوسائل الباب تحت رقم ١١ .

(٥) الفقيه في المتعة تحت رقم ١٨ .

قال : نعم بعدد الشعر .

هذا والأخبار الواردة في كتب أهل السنة أيضاً كثيرة منها ما رواه الحميدي في الجمع بين الصحيحين في مسند عبدالله بن عباس قال : قال أبو نضرة كان ابن عباس يأمر بالمتعة و كان ابن زبير ينهى عنها ، قال : فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله فقال : على يدي دار الحديث تمتعنا مع رسول الله ﷺ فلما قام عمر قال : إن الله كان يحلّ لنبيه ما يشاء بما يشاء وإن القرآن قد نزل منازل فأتّموا الحجّ كما أمركم وبتوا نكاح هذه النساء فلن أوتى برجل نكح امرأة إلى أجل إلا رجّته بالحجارة .

و روى الترمذي في صحيحه عن ابن عمر وقد سأله رجل من أهل الشام عن متعة النساء فقال : حلال ، فقال : إن أباك قد نهى عنها ؟ فقال ابن عمر : أ رأيت إن كان أبي قد نهى عنها وصنعها رسول الله ﷺ يترك السنة ويتبع أبي ؟ (١)

و روى حافظ أبو نعيم في كتاب الحلية ، وأحمد بن حنبل في المسند عن عمران بن حصين في متعة النساء واللفظ له قال : قد أنزلت المتعة في كتاب الله و عملناها و فعلنا مع النبي ﷺ ولم ينزل قرآن بحرمتها ولم ينه عنها حتى مات ، (٢)

والأخبار المذكورة في كيفية المتعة ليست ناظرة إلى مدخلية الخصوصيات المذكورة في صحتها والشاهد اختلافها في تلك الخصوصيات وعلى هذا فلا مانع من الأخذ باطلاق الاخبار في ما شك في مدخليته ، ثم إنّه على ما ذكر من اطلاق الاخبار لو شك في لزوم تعدد الموجب والقابل في المقام أمكن التمسك بالاطلاق وكفاية المغايرة الاعتبارية وقد يتمسك لرفع هذا الشك باطلاق ولاية الجدّ للأب على الصبيّ والصبيّة من بنيه إذ لا شك في أنّ له الولاية على تزويج أحدهما الآخر ، فلو اشترط تعدد الموجب والقابل لزم عدم ولايته على ذلك وهو مخالف لإطلاق أدلتها المقتضى لجواز تزويجه لهما مباشرة و تصويباً بالتوكيل فإنّ ثبت عدم اعتبار التعدد في العقد الصادر عن الولي يثبت عدم اعتباره في الصادر عن غيره بعدم الفصل .

(١) السنن كتاب الحج باب ما جاء في التمتع .

(٢) المسند ج ٤ ص ٤٣٦ . وفيه « أمر أبي يتبع أم أمر رسول الله (ص) » .

إن قلت : إنَّ الجدة إنما تكون له الولاية على العقد المشروع فمع الشك في مشروعية العقدم وحده الموجب والقابل كيف يتمسك بعموم أدلة الولاية لأنه يتمسك بالعام في الشبهة المصدقية؟ قلت : تقييده بكونه مشروعاً ليس لدليل لفظي بل هو بالاجماع ونحوه من الأدلة اللبئية وقد حقق في الأصول جواز التمسك بالعام مع الشك في مصداق المخصص إذا كان المخصص لبياً .

و يمكن أن يقال : أما ما ذكر من عدم الفصل فيه إشكال لأنه قيل بالمنع في ما لو كان التزويج لنفس العاقد ، و ذكر رواية عمارة الساباطي و إن كان الأصحاب لم يعملوا بمضمونه .

و أما ما ذكر من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية إذا كان المخصص لبياً فيشكل بنحو الإطلاق ألا ترى أنه لو قال السيد لعبده : أكرم جيراني . والعبد عالم بأنَّ زيدا لا يجب إكرامه فوجد رجل من الجيران واحتمل أنه زيد فهل يجب إكرامه من جهة كون المخصص لبياً ، نعم لا إشكال في أنه إذا شك في وجود المصلحة في فرد من أفراد العام فلا إشكال في أنه يؤخذ بالعام لأنَّ إحرار المصلحة مربوط بالمولى فيؤخذ بالعموم و يستكشف منه المصلحة ، وليس مانع فيه من هذا القليل بل المقام من قبيل التمسك بقاعدة السلطنة لرفع الشك في اعتبار شيء في مثل البيع فمع عدم الإطلاق كيف يمكن .

و أما ما حكى عن علم الهدى - قدس سره - من الانعقاد في تزويج الإماء بلفظ الإباحة و التحليل فلم يظهر وجه لعدم الفرق بين الحرائر والإماء من هذه الجهة ، و يمكن أن يكون من جهة أنَّ المستفاد من قوله تعالى « والذينهم لفروجهم حافظون - إلخ » حصر الحلية في الأزواج و ما ملكت أيما نهم فلا بد أن يكون الأمة المحللة داخلة في الأزواج فيحصل النكاح المنقطع بصيغة التحليل ، و في التمسك بالعموم أو الإطلاق في أمثال المقام كلام .

و أما اشتراط كون الزوجة مسلمة أو كتابية فقد سبق الكلام فيه في النكاح الدائم و من لم يقل بجواز نكاح الكتابية بنحو الدوام يقول بالجواز في النكاح

المنقطع كما سبق عدم جواز نكاح الناصبية بنحو الإطلاق وكذا المشتركة .
 * ويستحب اختيار المؤمنة العفيفة ، وأن يسألها عن حالها مع التهمة ، و
 ليس شرطاً . ويكره بالزانية وليس شرطاً ، وأن يستمتع بيكر ليس لها أب فإن فعل
 فلا يفتنها ، وليس محرماً ، ولا حصر في عددن * .

أما استحباب اختيار المؤمنة فيدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة ^(١) في الصحيح
 عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : « سأل رجل أبا الحسن الرضا عليه السلام - إلى أن
 قال :- فقال: لا ينبغي لك أن تزوج إلا مؤمنة أو مسلمة فإن الله عز وجل يقول «الزاني
 لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرّم ذلك على
 المؤمنين » .

وفي رواية الفقيه والتهديب « إلا بمأمونة » عوض « مؤمنة » .

وأما استحباب اختيار العفيفة فلحديث أبي سارة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام
 عنها يعني المتعة ، قال لي : حلال ولا تزوج إلا عفيفة إن الله عز وجل يقول :
 « الذينهم لفروجهم حافظون » فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك » ^(٢) .

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

وأما حسن السؤال عن حالها إذا كانت غير مأمونة فيدل عليه ما رواه المشايخ
 الثلاثة - قدس أسرارهم - عن أبي مريم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « أنه سئل
 عن المتعة فقال : إن المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم إنهن كن يومئذ يؤمن »

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٢ والتهديب ج ٢ ص ١٩١ . والفقيه باب المتعة ج ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٢ والتهديب ج ٢ ص ١٨٧ .

(٣) راجع التهديب ج ٢ ص ١٨٧ .

واليوم لا يؤمن^١ فاسألوا عنهن^٢،^(١) قال في الوافي: يؤمن^٣ إِمَّا بكسر الميم من الإيمان بمعنى إيمانهن^٤ بحل^٥ المتعة وإِمَّا بفتحها من الأمانة بمعنى صيانة أنفسهن^٦ عن الفجور أو عن الإذاعة إلى المخالفين وبعده الأول لأنه مع عدم الإيمان بحل^٧ المتعة كيف ينعقد العقد معها وظاهره وجوب السؤال وإن لم تكن المرأة بشخصها متهمه .

وفي قبال ما ذكر أخبار آخر يستفاد منها عدم لزوم السؤال منها ما روى الكليني^٨ - قدس سره - في الصحيح عن ميسر^٩ قال: قلت لأبي عبد الله^{١٠} : ألقى المرأة في الفلات التي ليس فيها أحد ، فأقول لها : لك زوج ؟ فتقول : لا فأتزوجها قال : نعم هي المصدقة على نفسها^(٢) .

و روى الصدوق باسناده عن يونس بن عبد الرحمن عن الرضا^{١١} في حديث قال : « قلت : المرأة تزوج متعة وينقض شرطها ويتزوجها رجل آخر قبل أن تنقض عدها؟ قال : وما عليك إنما إنم ذلك عليها^(٣) .

و روى في التهذيب عن فضل مولى محمد بن راشد ، عن أبي عبد الله^{١٢} قال : « قلت إنني تزوجت امرأة متعة فوقع في نفسي أن لها زوجاً ، ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً ، قال : ولم فتشت^(٤) .

و عن مهران بن محمد ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبد الله^{١٣} قال : « قيل له : إن فلاناً تزوج امرأة متعة فقيل له : إن لها زوجاً فسألها فقال أبو عبد الله^{١٤} : ولم سألها^(٥) .

و عن محمد بن عبد الله الأشعري^{١٥} قال : « قلت للرّضا^{١٦} : الرجل يتزوج المرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً ، فقال : وما عليه أرايت لو سألها البيّنة كان يجدمن يشهد أن ليس لها زوج^(٦) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٦ والفتية باب المتعة تحت رقم ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٣) الفتية باب المتعة تحت رقم ١٧ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ .

وفي رساله المتعة للشيخ المفيد على ما نقله في البحار عن أبان بن تغلب عن أبي عبدالله عليه السلام « في المرأة الحسنة ترى في الطريق ولا تعرف أن تكون ذات بعل أو عاهرة ؟ فقال : ليس هذا عليك إنما عليك أن تصدقها في نفسها » (١).

و عن جعفر بن محمد بن عبيد الأشعري ، عن أبيه قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن تزويج المتعة ، و قلت أتهمها بأن لها زوجاً يحل لي الدخول بها ؟ قال عليه السلام : أرأيت إن سألتها البينة على أن ليس لها زوج هل تقدر على ذلك .
فمقتضى الجمع صرف ما دل على وجوب السؤال عن ظاهره فليس السؤال شرطاً للصحة كما في المتن .

و أما كراهة التمتع بالزانية فيدل عليها رواية محمد بن الفيض (٢) و فيها قال عليه السلام « إياكم والكواشف ، والدواعي ، والبغايا ، وذوات الأزواج . فقلت : ما الكواشف ؟ قال : اللواتي يكاشفن و بيوتهن معلومة و يؤتين (٣) قلت : فالدواعي ؟ قال : اللواتي يدعون إلى أنفسهن و قد عرفن بالفساد ، قلت : والبغايا ؟ قال : المعروفات بالزنا ، قلت : فذوات الأزواج ؟ قال : المطلقات على غير السنة .

و ما رواه المشايخ الثلاثة ، عن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال : « سأل رجل أبا الحسن الرضا عليه السلام و أنا أسمع عن رجل تزوج المرأة متعة و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها فتأتي بعد ذلك بولد فشد في إنكار الولد ، و قال أيجده إعظماً لذلك ، فقال الرجل : فإن أتهمها ؟ فقال : لا ينبغي لك أن تزوج إلا مؤمنة أو مسلمة ، فإن الله عز وجل يقول « الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة » - الحديث » (٤).

(١) و رواه الكليني في الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٢) كذا في الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ . و هكذا في المعاني ص ٢٢٥ أيضاً وفي بعض

الكتب « محمد بن العيص » .

(٣) كذا في الوسائل والمعاني . وفي التهذيب والاستبصار « و زين » .

(٤) تقدم ص ٢٧٥ .

و ظاهر الخبر الأوّل الحرمة والثاني قابل لها لأنه كثيراً يرد من لا ينبغي»
 الحرمة لكن الجمع مع ما رواه الشيخ عن زرارة قال : « سأله عمار و أنا عنده عن الرجل
 يتزوّج الفاجرة متعة ؟ قال : لا بأس ، وإن كان التزويج الآخر فليحصن بابه » (١) .
 و ما عن إسحاق بن جرير قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن عندنا بالكوفة
 امرأة معروفة بالفجور هل يحلّ لي أن أتزوّجها متعة ؟ فقال : رفعت راية ؟ قلت : لا
 لو رفعت راية لأخذها السلطان ، قال : نعم تزوّجها متعة ، قال : ثم أصغى إلى بعض
 مواليه فأسرّ إليه شيئاً ، فلقيت مولاه فقلت له : ما قال ؟ فقال : إنما قال : ولورفعت راية
 ما كان عليه في تزويجها شيءٌ إنما يخرجها من حرام إلى حلال » (٢) يقتضي الحمل
 على الكراهة .

وأما كراهة الاستمتاع بالبكر فلقول الصادق عليه السلام على المحكمي في خبر البخري
 « في الرجل يتزوّج البكر متعة يكره لليب على أهلها » (٣) .

و قول أبي الحسن عليه السلام على المحكمي في خبر المهلب الدّلال « لا يكون تزويج
 متعة بيكر » (٤) المحمولين على الكراهة المصطلحة من الأخبار المعتبرة الدّالة على
 الجواز ، لكن لا تقييد بعدم الأب كما في المتن .

وأما كراهة الاقتضاض مع تحقق المتعة فللنهي عنه قال الصادق عليه السلام على المحكمي
 في خبر ابن أبي الحلال : « لا بأس أن يتمتع بالبكر ما لم يفض إليها [مخافة] كراهية
 العيب على أهلها » (٥) .

وفي مرسل ابن أبي حمزة عنه عليه السلام أيضاً « في البكر يتزوّجها الرجل متعة ، قال :
 لا بأس ما لم يقتضها » (٦) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ . والكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٨٧ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٦ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٤٦٣ .

و مرسل أمي سعيد القمطاط قلت : لأبي عبد الله عليه السلام جارية بكر بين أبيها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبيها أفأفعل ذلك ؟ قال : و أتق موضع الفرج ، قال : قلت : و إن رضيت بذلك ؟ قال : و إن رضيت فإنه عار على الأَبكار ، ^(١) .
وقد حملت هذه الأخبار على الكراهة بقريئة التعليل في بعضها بما يناسب الكراهة ولا يخلو عن الإشكال .

و أما عدم الحصر في المتعة فقد سبق الكلام فيه .

﴿ ويحرم أن يستمتع أمة على حرّة إلا باذنها وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن ﴾ .

قد سبق الكلام في حرمة إدخال الأمة على الحرّة بدون الإذن و كذا إدخال بنت الأخت أو بنت الأخت على العمّة والخالة ، وذكر الأخبار هناك فإن كان للأخبار المذكورة إطلاق يشمل النكاح المنقطع تمّ حرمة استمتاع الأمة على الحرّة بغير إذنها و حرمة إدخال بنت الأخت والأخت لكن يشكّل إطلاقها فإن المتعة لا يعبر عنها بالتزوّج بدون القيد و من راجع الأخبار يتوجّه إلى أن التزوّج و النكاح بدون القيد يراد منه النكاح الدائم غالباً ، فشمول الأخبار الواردة للنكاح المنقطع مشكّل إلا أن يدعى الإجماع في المسألة .

﴿ الثالث المهر وذكره شرط ، ويكفي فيه المشاهدة ، ويتقدّر بالتراضي ولو بكفّ من برّ ، و لو لم يدخل و وهبها المدّة فلها النصف و يرجع بالنصف عليها لو كان دفع المهر و إذا دخل استقرّ المهر تماماً ، و لو أخذت بشيء من المدّة قاصتها ، و لو بان فساد العقد فلا مهر إن لم يدخل ، و لو دخل فلها ما أخذت و تمنع ما بقي والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها و يستعاد منها مع علمها و لو قيل بمهر المثل مع الدخول و جهلها كان حسناً ﴾ .

لا إشكال ولا خلاف في شرطية المهر في هذا النكاح فيبطل العقد بعدم ذكره ، و

يدل عليه صحيح زرارة عن الصادق عليه السلام ولا تكون متعة إلا بأمرين بأجل مسمى وأجر مسمى (١).

والمشهور أن المهر إذا كان عيناً لزم كونه مملوكاً للزواج ، فلو كان مملوكاً لغيره لم يصح العقد لأن المهر عوض البضع ولا بد أن يخرج العوض من ملك من يدخل في ملكه المعوض .

واستشكل بأن المتعة ليست من العقود المعاوضيّة لعدم مساعدة العرف والاعتبار عليه إذ لا يعد البضع مالاً عندهم ، وقول الصادق عليه السلام على المحكي «إنهن مستأجرات» (٢) كقول الباقر عليه السلام على المحكي «إنما هي المستأجرة» (٣) ، إنما هو في مقام التشبيه و تنزيل المتعة منزلة المستأجرة في مجرد أنها تخرج عن عقد الزواج بانقضاء المدّة كما تخرج المستأجرة من إجارة المستأجر بانقضائها كيف ولو كان المراد التنزيل في جميع الآثار لم يطلان العقد لومات أحدهما في أثناء المدّة ورجوع المهر إلى الزوج بالنسبة إلى ما بقي منها .

ويمكن أن يقال لم يظهر وجه لكون التنزيل منزلة المستأجرة في مجرد أنها تخرج عن عقد الزواج بانقضاء المدّة وفي رواية عبيد بن زرارة عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «ذكرت له المتعة أهي من الأربع فقال : تزوّج منه ألفاً فإنهن مستأجرات» .

وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في المتعة ليست من الأربع لأنّها لا تطلق ولا ترث وإنما هي مستأجرة» .

وفي تفسير العياشي عن عبد السلام عن أبي عبد الله عليه السلام «قال : قلت له : ما تقول في المتعة؟ قال : قول الله : «فما استمتعتم به منهن فآتوهنّ أجورهنّ» فريضة إلى أجل مسمى ولا جناح عليكم فيما تراضيتنّ به من بعد الفريضة ، قال : قلت : جعلت فداك

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٢) كما يأتي في خبر عبيد بن زرارة عن أبيه عنه عليه السلام في الكافي ج ٥ ص ٤٥٢ .

(٣) كما يأتي في خبر محمد بن مسلم عنه عليه السلام في الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

أهي من الأربيع ، قال : ليست من الأربيع ، إنما هي إجارة - الحديث «^(١) .
فإن قلنا بأن الإجارة كالبيع يلزم خروج الأجرة فيها من ملك من يملك المنفعة
كما يلزم في البيع خروج الثمن من ملك من يملك المثلن كما هو المشهور ، فمقتضى
التنزيل في المقام أن يكون المهر الذي يكون بمنزلة الأجر والأجرة ، و يؤيد هذا
ما دل على أن الزوج له أن ينقص من المهر مع عدم وفاة المرأة .

و أما كفاية المشاهدة و ما تراضيا به فيدل عليها ما رواه الكليني عن الكناني
عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن المهر ما هو ؟ قال : ما تراضى عليه الناس »^(٢) .
و عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الصداق كل شيء تراضى الناس عليه قل
أو كثر في متعه أو تزويج غير متعة »^(٣) .

و عن فضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الصداق ما تراضيا عليه من قليل
أو كثير فهذا الصداق »^(٤) .

و عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبدالله عن أدنى مهر المتعة قال : كف من طعام
أو دقيق أو سويق أو تمر »^(٥) .

و أما استحقاق المرأة النصف مع عدم الدخول و هبة المدّة فيدل عليه ما رواه
الشيخ - قدس سره - في الموثق عن سماعة قال : « سألته عن رجل تزوج جارية أو
تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً قال :
نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه و إن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على
الرجل نصف الصداق »^(٦) فانه لو لأن الحكم تنصيف المهر في هذه الصورة لكان
الواجب أن لا ترد إليه شيئاً أو ترد الجميع كما لا يخفى ، و ضعف الرواية وإضرارها

(١) التفسير ج ١ ص ٢٣٤ .

(٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ .

لا يضر أن للانجبار بعمل الأصحاب ، و الظاهر كما استظهره جملة من الأصحاب أن هذه الهبة في معنى الإبراء فلا يتوقف على القبول .

و أما استحقاقها مع الدخول تمام المهر فالظاهر أنه لا خلاف فيه لاقتضاء العقد وجوب المهر بتمامه و استقراره بالدخول ، خرج عن هذه القاعدة ما لو لم تف المرأة بالدليل .

و أما مقاصتها مع الإخلال بشيء من المدة فيدل عليها ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح إلى عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت : أتزوج المرأة شهراً فأحبس عنها شيئاً ؟ قال : نعم خذ منها بقدر ما تخلفك إن كانت نصف شهر فالنصف ، و إن كان ثلثاً فالثلث ، ^(١) .

و عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : الرجل تزوج المرأة متعة تشترط له أن تأتيه كل يوم حتى توفيه شرطه أو تشترط أياماً معلومة تأتيه فيها فتغدر به فلا تأتيه على ما شرطه عليها فهل يصلح أن يحاسبها على ما لم تأت منه الأيام فيحبس عنها من مهرها بحساب ذلك ؟ قال : نعم ينظر ما قطعت من الشرط فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ما خلا أيام الطمث فإنها لها فلا يكون له إلا ما أحل له من فرجها ، ^(٢) .

و أما لو بان فساد العقد فمع عدم الدخول لا إشكال في عدم استحقاقها شيئاً لعدم سبب الاستحقاق ، ومع الدخول فمع كون المرأة عاتمة تكون زانية ، و مقتضى القاعدة المسلمة بين الفقهاء عدم استحقاقها شيئاً لأنه لامهر لبني^٣ ، و مع الجهل يحكمون باستحقاقها من جهة استحلل الفرج .

و يدل على ما ذكر ما رواه في الكافي عن علي بن أحمد بن أشيم قال : « كتب إليه الريان بن شبيب (يعني أبا الحسن عليه السلام) الرجل يتزوج المرأة متعة بمهر إلى أجل

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ، و التهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ .

معلوم وأعطاهما بعض مهرها وأخرته بالباقي ، ثم دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفيهما باقي مهرها أنها زوجته نفسها و لها زوج مقيم معها ، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لايجوز ؟ فكتب لايعطيها شيئاً لأنها عصت الله تعالى ، (١) .

و روى في التهذيب في الحسن عن حفص بن البختری عن أبي عبدالله عليه السلام قال : إذا بقي عليه شيء و علم أن لها زوجاً فما أخذته فلها بما استحل من فرجها و يحبس عنها ما بقي عنده ، (٢) .

و لا يخفى الأشكال فيه من جهة أنه مع جهلها و معذورتها تستحق المهر من جهة استحلال الفرج المسمى أو مهر المثل لا خصوص ما أخذت و مع عدم معذورتها تكون بغيّاً و لامهر لها .

ثم إن الجهل الذي يستحق المرأة معه المهر من جهة استحلال فرجها لا بد أن يكون جهلاً تكون معه معذورة ، أما الجهل الذي لا تكون معه معذورة فمقتضى القاعدة عدم استحقاق المهر حيث إن الحكم بعدم الاستحقاق عكس بعصيانها و المرأة ليست معذورة بل تكون عاصية به و المهر الذي تستحقه هل هو المسمى في العقد الفاسد أو مهر أمثالها ، و على الثاني هل هو مهر أمثالها في النكاح الدائم أو النكاح المنقطع ؟ قد يستظهر المسمى من جهة لام العهد في أخبار تزويج في عدتها جاهلاً .

فمنها قوله عليه السلام على المحكمي : « و إن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها » بعد تعميم الحكم من جهة العلة المنصوصة و يبعد من جهة أن المناسب للعلة أصل المهر لا المهر المسمى في العقد الفاسد و القدر المتيقن في مهر المثل في النكاح المنقطع .

﴿ الرابع الأجل و هو شرط في العقد و يتقدر بتراضيهما كالיום و السنة و الشهر ، و لا بد من تعيينه و لا يصح ذكر المرأة و المرأت مجردة عن زمان مقدّر وفيه رواية بالجواز فيها ضعف ﴾ .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٩ و الكافي ج ٥ ص ٤٦١ .

أما اشتراط الأجل فيدل عليه صحيح زرارة المذكورة في اعتبار المهر و ما رواه في التهذيب عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي في الصحيح قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ، فقال : مهر معلوم إلى أجل معلوم ، ^(١) .

أما التحديد بالمرّة والمرّتين مجردة عن زمان مقدّر فيدل عليه ما رواه الشيخ في الموثق عن زرارة قال : قلت له : هل يجوز أن يتمتع من المرأة ساعة أو ساعتين فقال : الساعة و الساعتان لا يوقف على حدّهما ، و لكنّ العرد و العردين و اليوم و اليومين و الليلة و أشباه ذلك ، و قد فسّر العرد بالمرّة ، و ما رواه الكافي عن خلف بن حماد قال : « أرسلت إلى أبي الحسن عليه السلام كم أدنى أجل المتعة ؟ هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مرّة واحدة ؟ قال : نعم » ^(٢) .

و ما رواه أيضاً عن القاسم بن محمد عن رجل سمّاه قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد ؟ قال : لا بأس و لكن إذا فرغ فليحوّل وجهه و لا ينظر » ^(٣) .

و لا يخفى مع دلالة الموثق على كفاية ما ذكر يقوى الكفاية لكن الظاهر أنّ المشهور لم يعملوا به .

✽ و أمّا الأحكام فمسائل : الأولى الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد ، و ذكر المهر من دون الأجل يقبله دائماً . الثانية لاحكم للشروط قبل العقد و يلزم لو ذكرت فيه الثالثة يجوز اشتراط إتيانها ليلاً أو نهاراً و ألا يطأها في الفرج و لو رضيت به بعد العقد جاز و العزل من دون إذنها ، و يلحق الولد وإن عزل لكن لو نفاه لم يحتج إلى اللعان ✽ .

بعد ما كان ذكر المهر ركناً في المتعة فمع الإخلال به مع ذكر الأجل يبطل العقد لأنّه مع ذكر الأجل لا يصلح للدوام و مع عدم ذكر المهر لا يصلح للانقطاع ، و

(١) المصدر ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٠ و الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ .

مع ذكر المهر بدون ذكر الأجل فهل يبطل العقد مطلقاً أو ينقلب دائماً كذلك أو يفصل بين ما إذا كان مقصوداً له فيبطل وما لم يكن مقصوداً أيضاً فينقلب أو يفصل بين ما إذا كان بلفظ «متعت» فيبطل وما إذا كان بغير لفظه فينقلب وجوه بل أقوال : قد يقال أقوىها بحسب القاعدة الرابع و بحسب الأدلة الخاصة الثاني .

أما وجه أقوىها الرابع فلا نته إذا كان بلفظ «متعت» فحيث إن لفظه يكون بحسب اصطلاح المشرعة متضمناً لزمان ما لكونه موضوعاً عندهم تعييناً أو تعييناً بخصوص النكاح المنقطع فلا يمكن أن ينقلب إلى الدائم لا لأجل أن تضمنه لزمان ما مناف لقصد الدوام كى يمنع عن اعتبار قصده في صحة الدائم بل لأجل أن عدم لحاظ الزمان رأساً له دخل في أصل قوام ذات الدائم، ولا يمكن أن ينعقد متعة لعدم تعيين الأجل، وهذا بخلاف ما إذا كان بغير لفظ «متعت» فإنه ينعقد دائماً على ما هو الحق من كون التقابل بين المطلق والمقيّد هو تقابل العدم والملكية وأن الإطلاق عبارة عن عدم التقييد في محل قابل له ثبوتاً وإثباتاً فإن من مقدمات الحكمة التي ينعقد بها الإطلاق هو عدم ذكر القيد مع كون المتكلم في مقام بيان المراد لأن مع ذكره له مع كونه في هذا المقام يكشف عن عدم دخل خصوصية في موضوع حكمه أو متعلقه وإلا لأخل بغرضه .

و أما كون الثاني (أعني الانقلاب دائماً مطلقاً) أقوى بحسب الأدلة الخاصة فللتصريح به في النصوص ففي خبر أبان بن تغلب قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال عليه السلام : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه عليه السلام لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً - إلى أن قال - : قلت له فإنه أستحي أن أذكر شرط الأيام ؟ قال عليه السلام : هو أضر عليك ، قلت : وكيف ؟ قال عليه السلام : إنك إذا لم تشترط كان تزويج مقام و لزمك النفقة في العدة و كانت وارثة لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة ، ^(١) .

وفي خبر هشام بن سالم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتزوج المرأة متعة امرأة مبهمة فقال عليه السلام : ذلك أشد عليك ، ترثها وترثك ، ولا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر وشاهدين ، قلت : وأصلحك الله فكيف أتزوجها ؟ قال عليه السلام : أياماً معدودة بشيء مسمى - الخبر ،^(١) .

وفي رواية ابن أبي عمير ، عن ابن بكير في الموثق قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام في حديث : إن سمي الأجل فهو متعة وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات »^(٢) . ويمكن أن يقال : أما ما ذكر من أنه إذا كان بلفظ « متعت النخ » . فلفظ المتعة ظاهرٌ فيما ذكر لكن لا نسلم هذا الظهور في لفظ « متعت » ألا ترى الفرق بين لفظ باع فلان في مقام الإخبار وبين لفظ بعث في مقام الإنشاء فإن الأول ظاهر في البيع الملحق بالقبول مع اجتماع شرائط الصحة بخلاف الثاني فإنه إنشاء من قبل البائع يحتاج إلى القبول ، وتحقق الشرائط ، وقد ذكر المصنف - قدس سره - في صيغ النكاح الدائم « متعتك » .

وأما ما ذكر من أنه إذا كان بغير لفظ « متعت النخ » فيشكل من جهة أن لازم ما ذكر عدم الحاجة في الإطلاق إلى كون المتكلم في مقام البيان حيث إنه مع عدم ذكر القيد يكون المذكور مطلقاً قهراً وليس كذلك فإن مادة أنكحت أو زوجت موضوعة للمعنى القابل للإطلاق والتقييد فمع التقييد لإشكال ومع عدم التقييد إن كان المتكلم في مقام البيان يحمل على الإطلاق وإلا فلا ، فمع عدم قصد الدوام كيف ينقلب بالدوام من جهة عدم ذكر القيد .

وأما الأخبار المذكورة فالموثقة لا ظهور لها في الانقلاب كما لا يخفى والخبران فمع اعتماد الفقهاء القائلين بالانقلاب عليهما لا إشكال ومع الشك يشكك الأخذ بمضمونها ، وأما ما ذكر من أنه لا حكم للشروط قبل العقد ويلزم ما ذكر فيه فبعد الفراغ عن صحة الاشتراط في العقد بما لا يخالف الكتاب والسنة يقع الكلام في أنه

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٠ والكافي ج ٥ ص ٤٦٠ .

لا بد من كونه في أثناء العقد أو يصح^١ وإن كان قبل العقد والمحكي^٢ عن الشيخ في النهاية أن كل شرط يشترط الرّجل على المرأة إنّما يكون له تأثير بعد ذكر العقد فإن ذكر الشروط وذكر بعدها العقد كان الشروط التي قدّم ذكرها باطلة لا تأثير لها ، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما ثبت .

وأنكر ابن إدريس^(١) وخصّ اللزوم بما شتمل عليه العقد . والظاهر أن عليه كلفة المتأخرين .

والأخبار التي ذكرت في المقام منها ما رواه في الكافي والتهذيب عن محمد بن مسلم في الموثق قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : في الرّجل يتزوج المرأة متعة أنهما يتوارثان ما لم يشترطا وإنّما الشرط بعد النكاح »^(٢) .

وعن ابن بكير 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^(٣) » .

وما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ « ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » قال : ما كان بعد النكاح فهو جائز وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها وبشيء يعطيها فترضى به »^(٤) .

وعن ابن بكير في الموثق قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به وأوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الأوّل بعد النكاح فإن أجازته فقد جاز وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح »^(٥) .

وقال الرضا عليه السلام في المحكي^٣ في كتاب الفقه الرضوي بعد أن ذكر أن وجوه النكاح الذي أمر الله جلّ وعزّ بها أربعة أوجه - إلى أن قال : والوجه الثاني نكاح بغير شهود ولا ميراث وهو نكاح المتعة بشروطها وهي أن تسئل المرأة فارغة هي أم

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ . والاستبصار ج ٣ ص ١٥١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٥٦ والتهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

مشغولة بزواج أو بعدة أو بحمل ، وإذا كانت خالية من ذلك قال لها : تمتعي نفسك على كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ نكاح غير سفاح بكذا وكذا - وبين المهر والأجل - على أن لا ترثني ولا أرثك ، وعلى أن الماء أضعه حيث أشاء ، وعلى أن الأجل إذا انقضى كان عليك عدة خمسة وأربعين يوماً ، وإذا انعمت قلت لها : قد تمتعتني نفسك وتعيد جميع الشروط عليها لأن القول الأوّل خطبة وكل شرط قبل النكاح فاسد وإنما ينقضي الأمر بالقول الثاني فإذا قالت في الثاني نعم ادفع إليها المهر أو ما حضر منه و كان ما بقي ديناً عليك وقد حل لك وطبها انتهى .

و يمكن أن يقال : إن كان نظر القائلين بعدم صحة ما كان من الشروط قبل العقد ما يلتزم الزوج أو الزوجة قبل العقد بدون أن يكون مربوطاً بالعقد الواقع فلا إشكال لأن الالتزام والالتزام بدون أن يكونا في ضمن العقد إما لا يصدق عليهما الشرط كما ذكر في كتاب المكاسب وعلى تقدير الصدق ادعى الإجماع على عدم لزوم الوفاء به خلافاً لبعض الأكابر ، وعلى تقدير القول بوجود الوفاء في سائر الموارد لا مجال للقول به في المقام للأخبار المذكورة .

و إن كان نظر القائلين بعدم الصحة إلى لزوم ذكر الشرط في ضمن العقد وعدم الصحة مع كون بناء العقد عليه و كون الشرط بمنزلة الجزء المحذوف كحذف المبتداء في جواب « كيف زيد » ، فالقول بعدم الصحة مشكلٌ لعموم « المؤمنون عند شروطهم » ولم يظهر شمول الأخبار المذكورة لهذه الصورة ، والقيود المذكورة في الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام غير لازمة على فرض صحة النسبة إليه ﷺ للأخبار الأخر الغير المتعرضة لهذه الأمور .

و أما جواز اشتراط ما ذكر في المتن فيدل عليه عموم « المؤمنون عند شروطهم » وقد سأل عمار بن مروان الصادق عليه السلام « عن امرأة تزوجت نفسها من رجل على أن

(١) السرائر ص ٤٨٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٤٦ . والتهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٢٥٧ . والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

يلتمس منها ما شاء إلا الدخول فقال : لا بأس ليس له إلا ما اشترط ،^(١) .
 و في خبر إسحاق بن عمار قال للصادق عليه السلام : « رجل تزوج بجارية على أن لا
 يقتضها ، ثم أذنت له بعد ذلك فقال : إذا أذنت له فلا بأس »^(٢) .
 والظاهر اتفاق الفقهاء على جواز العزل و لو مع عدم إذن المرأة و يدل عليه
 قوله عليه السلام في مرسلته ابن أبي عمير « الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء
 إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره ، و شدّد في إنكار الولد »^(٣) .
 و رواه محمد بن مسلم قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل ، فقال : ذلك إلى
 الرجل يصرفه حيث شاء »^(٤) .
 و رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل فقال :
 ذلك إلى الرجل^(٥) » إلى غير ذلك من الأخبار فما دل على النهي محمول على الكراهة
 جمعاً مع هذه الأخبار .

و أما لحقوق الولد حتى مع العزل فالظاهر عدم الخلاف فيه و ذلك لاحتمال
 سبق المنى من غير تنبهه و شعور أو جذب رحمها إياه مع صبه على فم الفرج و يدل
 عليه مرسلته ابن أبي عمير المذكورة حيث إنه يظهر منها أنه ليس له الإنكار مع أن
 الإنكار كثيراً يكون من جهة العزل ، ولا يخفى أنه لا بد أن يكون مع العزل احتمال
 قابل للتوجه عند العقلاء و إلا فمع عدم احتمال كون الولد من مائه كيف يحكم بكون
 الولد له ، والمشهور أنه مع هذا لو نفى الولد عن نفسه و احتمل صدقه انتفى عنه ظاهراً

(*) الرقم في الكراسة السابقة مكرر ولكن المطلوب متصل .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ و التهذيب ج ٢ ص ١٩١ بنحو أبط .

(٢) الفقيه باب المتعة تحت رقم ٣٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ و التهذيب ج ٢ ص ١٩١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٠٤ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٥٠٤ .

وإن كان لم يعزل فضلاً عما إذا عزل ولا يفترق انتفاؤه عنه إلى اللعان وادعى الإجماع عليه مضافاً إلى النصوص كقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان: « لا يلاعن الحرّ الأمة ولا الذمّية ولا التي يتمتع بها » (١).

وفي صحيح ابن أبي يعفور « لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع بها » (٢). ولا يخفى عدم دلالة النصوص الدالة على عدم اللعان على انتفاء الولد بالنفي، وقد يقال في رفع ما ذكر: إن اللازم من عدم انتفاء الولد بنفيه في المتمتع بها هو كونها أتمّ وأعلى فراشاً من الدائمة التي ينتفي الولد عنه بنفيه مع اللعان مع معلومية كونها أنقص وأدون فراشاً منها كما يؤمى إليه عطف المتمتع بها بالأمة والذمّية في صحيح ابن سنان الكاشف عن كونها في عرضهما فلا بدّ أن يكون المراد من عدم لعانها في النصوص هو عدم احتياج انتفاء الولد بنفيه إلى لعانها وإن هذه النصوص ناظرة إلى الأدلة الدالة على احتياج انتفاء الولد عنه بنفيه في الدائمة إلى اللعان فتكون دالة على أن اللعان الذي كان محتاجاً إليه في انتفاء الولد في الدائمة ليس محتاجاً إليه في انتفائه في المنقطعة، وإن الظاهر من نفي اللعان كنفى الضرر هو نفي آثاره وأحكامه التي منها اشتراطه في انتفاء الولد بنفيه كما أن منها اشتراطه في دفع الحدّ عن القاذف لامرأته.

ويمكن أن يقال: ما ذكر أوّلاً من لزوم كون المتمتع بها أتمّ من الدائمة التي ينتفي الولد مع لعانها تقريباً لا مجال له في مقام الاستدلال في الأمور الشرعية كما أنه يشكل الاستدلال بمادل على نفي اللعان دفع الحدّ عن القاذف فإن اللعان يدفع الحدّ ومع عدمه مقتضى العمومات ثبوت الحدّ على الزوج القاذف. وأمّا انتفاء الولد بنفيه بدون اللعان فإن تمّ الإجماع فلا كلام وإلا فاستفادته مما ذكر مشكلاً وقد قيّد الحكم بانتفاء الولد بنفيه بدون اللعان بما إذا لم يعلم ائمه فيه بصور النفي منه مع احتمال

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٩.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٦.

كون الولد منه ، وإلا لم يقيّد بنفيه ويكون نفيه لغواً لأنه آثم بالنفي و بنفيه ينتفي انتساب الولد إليه .

﴿الرابعة لا يقع بالمتعة طلاق إجماعاً ولا لعان على الأظهر ويقع الظهار على تردّد . الخامسة لا يثبت بالمتعة ميراث بين الزّوجين ، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط ، نعم لو شرط الميراث لزم . السادسة إذا انقضى أجلها فالعدّة حيضتان على الأشهر وإن كانت ممنّ تحيض ولا تحيض فخمسة وأربعون يوماً ، ولو مات عنها ففي العدّة روايتان أشبههما أربعة أشهر وعشرة أيّام . السابعة لا يصحّ تجديد العقد قبل انقضاء الأجل ولو أراه و هبها ما بقي من المدّة واستأنف ﴾ .

أما عدم وقوع الطلاق بالمتعة فلا خلاف فيه نصّاً و فتوى ، ويدلّ عليه ما رواه الكليني بإسناده عن عمّه بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام « في المتعة ليست من الأربع لأنها لا تطلق ولا ترث وإنما هي مستأجرة » (١) .

و أما عدم اللعان فيدلّ عليه صحيح ابن سنان وصحيح ابن أبي يعفور المتقدمان وهما يقع الظهار ويرتب عليه أحكامه من تحريم الوطئ قبل الكفارة و لزوم كفارتين لو وطئها قبلها و من إلزام المظاهر بعد انقضاء ثلاثة أشهر من حين رفع المظاهرة أمرها إلى الحاكم على اختيار أحد الأمرين من الرجوع قد يقع التردّد فيه ، وجهه إطلاق النساء في قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثمّ يعودون لما قالوا فتحرير رقبة مؤمنة » مع أن من الأحكام الزام المظاهر بالرجوع بالوطئ أو الطلاق وليس للمتمتع بها حقّ في الوطئ ولا يقع بها طلاق ، هذا مضافاً إلى مرسل ابن فضال عن الصادق عليه السلام « لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق » (٢) فتدبر .

ويمكن أن يقال : ما ذكر من أن المتمتع به ليس لها حقّ في الوطئ قابل للمنع فإنّ ما دلّ على وجوب الوطئ بعد مضيّ أربعة أشهر بإطلاقه يشمل المتمتع بها .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٤ .

وَأَمَّا مَرَسَلُ ابْنِ فَضَّالٍ لَعَلَّهُ يُؤَيِّدُ ثُبُوتَ الظَّهَارِ حَيْثُ إِنَّهُ مَعَ انْحِصَارِ الظَّهَارِ
بِالنِّكَاحِ الدَّائِمِ لَا يُقَالُ «مِثْلُ مَوْضِعِ الطَّلَاقِ» بَلْ يُقَالُ «مَوْضِعِ الطَّلَاقِ» وَلَعَلَّ التَّعْبِيرَ
لِإِخْرَاجِ الْجَارِيَةِ الْمَمْلُوكَةِ . وَثَانِيًا نَقُولُ : لَا مَانِعَ مِنَ الْأَخْذِ بِإِطْلَاقِ آيَةِ الشَّرِيفَةِ
وَشُمُولِ الظَّهَارِ لَهَا وَاجْتِصَاصِ بَعْضِ أَحْكَامِ الظَّهَارِ بِالدَّائِمَةِ .

وَأَمَّا ثُبُوتُ المِيرَاثِ بِالمُتَمَتِّعَةِ فَفِيهِ أَقْوَالٌ : الْأَوَّلُ أَنَّهَا كالدَّائِمِ فَيُثَبِتُ بِهِ المِيرَاثَ
بَيْنَهُمَا مَطْلَقًا شَرْطًا سَقُوطُهُ فِي العَقْدِ أَمْ لَا . الثَّانِي أَنَّهُ لَا يُثَبِتُ بِهِ المِيرَاثَ بَيْنَهُمَا مَطْلَقًا
شَرْطًا سَقُوطُهُ أَمْ لَا ، الثَّلَاثُ أَنَّهُ يُثَبِتُ المِيرَاثَ إِلَّا فِيمَا شَرْطًا سَقُوطُهُ . الرَّابِعُ أَنَّهُ لَا يُثَبِتُ
إِلَّا فِيمَا شَرْطًا ثُبُوتُهُ .

وَاسْتَدْلُّ لِلْقَوْلِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ المِتْمَتَّعَ بِهَا تَصَدَّقَ عَلَيْهَا الزَّوْجَةُ فَتَرِثُ كغَيْرِهَا ، وَلَا
يَصِحُّ اشْتِرَاطُ السَّقُوطِ كغَيْرِهَا مِنَ الوَرِثَةِ .

وَفِيهِ أَنَّ المَرَادَ مِنَ الزَّوْجَةِ فِي آيَةِ الإِثْرِ غَيْرِهَا بِقَرِينَةِ النُّصُوصِ كخَبَرِ أَبَانَ
ابْنِ تَغْلِبَ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَيْثُ إِنَّهُ بَعْدَ أَنْ قَالَ أَبَانَ «إِنِّي أُسْتَحْيُ أَنْ أَذْكَرَ شَرْطَ
الْأَيَّامِ» قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى المَحْكِيِّ : «هُوَ أَضْرُّ عَلَيْكَ لِأَنَّكَ إِنْ لَمْ تَشْتَرِطْ كَانَ تَرْوِيجُ مَقَامِ
وَلِزِمَتِكَ النِّفْقَةُ فِي العِدَّةِ وَكَانَتْ وَارِثَةً» ^(١) .

وَخَبَرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو قَالَ : «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ المِتْمَتَّةِ فَقَالَ : حَلَالٌ
لَكَ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قُلْتُ : فَمَا حَدُّهَا قَالَ : مِنْ حُدُودِهَا أَنْ لَا تَرِثَهَا وَلَا تَرِثُكَ» ^(٢) .
وَصَحِيحُ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ شُرُوطِ المِتْمَتَّةِ ، فَقَالَ
عَلَيْهِ السَّلَامُ : يَشَارِطُهَا عَلَى مَا شَاءَ مِنَ العَطِيَّةِ وَيَشْتَرِطُ الوَلَدَ إِنْ أَرَادَ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا
مِيرَاثٌ» ^(٣) .

وَاسْتَدْلُّ لِلْقَوْلِ الثَّانِي بِأَنَّ آيَةَ الإِثْرِ قَد دَلَّتْ بِضَمِيمَةِ النُّصُوصِ المِزْبُورَةِ وَغَيْرِهَا

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٢) الاستبصار ج ٣ ص ١٥٠ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ والاستبصار ج ٣ ص ١٥٣ .

على اختصاص التوارث بالدائمة فشرط الميراث للمنقطعة مخالف للكتاب والسنة ، فلا يكون نافذاً .

وأجيب بأن ما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف ليس من العمومات الغير القابلة للتخصيص ضرورة أن المراد من كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة ليس مخالفة للمراد الواقعي منهما لكيلا يكون قابلاً للتخصيص بل المراد مخالفة لظاهرهما من عمومهما وإطلاقهما وحينئذٍ إذا قام دليل خاص على نفوذ اشتراط الميراث للمنقطعة نأخذ به ونخصص به عموم ما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف للكتاب والسنة بل على ما حققناه في محله من أن الخطابات الشرعية المتعلقة بالعناوين الكلية إنما تكون متعلقة بها باعتبار مصاديقها الواقعية لا ما يراه العرف مصداقاً لها وإنما ألقى الشارع تلك الخطابات إليهم من دون نصب قرينة تدلهم على موارد خطابهم من أجل كون نظرهم طريقاً نوعياً إلى تشخيص تلك المصاديق يكون خروج نفوذ اشتراط الميراث للمنقطعة عن عموم ما دل على عدم نفوذ الشرط المخالف من باب التخصيص ضرورة كشف ما دل على نفوذ اشتراطه لها من الأدلة الخاصة عن عدم تحقق الموضوع وهو المخالفة حقيقة وإن كان متحققاً بنظر العرف .

و يمكن أن يقال : أما ما ذكر « من أن المراد من كون الشرط مخالفاً - إلخ » . فلم يظهر وجهه إلا أن يقال : إن الكتاب والسنة ليسا إلا الحاكيين عن الواقع لكن يظهر من بعض الأخبار خلافه كالمروي موثقاً عن أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام « من شرط لامرأته شرطاً فليف بها فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحل حراماً » (١) والمروي في طريق العامة قوله صلى الله عليه وآله في حكاية بريرة لما اشتراها عائشة وشرطمواليها عليها ولائها : « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ ! فما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل .. قضاء الله أحق » وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق » (٢) ألا ترى ماورد في باب تعارض الخبرين من طرح الخبر المخالف بنحو

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٤ .

(٢) أخرجه بتمامه النسائي في السنن ج ٧ ص ٢٦٩ .

لا يقبل التخصيص ، والظاهر أن ما ذكر من «أن الخطابات الشرعية - إلخ» لا يجتمع مع ما ذكر أو لا . ثم نقول تارة بكون عدم التوارث في النكاح المنقطع من جهة عدم الاقتضاء فلا مانع من الاشتراط ، وأخرى من جهة اقتضاء العدم فمثله كيف يصح اشتراطه حسب القاعدة ؟ وإن دل دليل على صحة الشرط يقع التعارض ، فالأخبار الواردة في المقام منها خبر عبد الله بن عمرو و صحيح عمر بن حنظلة المذكورتين ، ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الموثق عن أبي بصير قال : «لابد فيه أن يقول فيه هذه الشروط : أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً ، بكذا وكذا درهماً ، نكاحاً غير سفاح على كتاب الله وسنة نبيه ، وعلى أن لا ترثني ولا أرتك ، وعلى أن تعتدي خمسة وأربعين يوماً ، و قال بعضهم حيضة» (١) .

ومنها ما عن أبان بن تغلب 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 مورثة - الحديث» (٢) .

وفي الأول جعل من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك ، وفي الثاني بعد ما سئل من الشروط قال عليه السلام «على المحكي» «بشارطها على ما شاء» وفي آخره «وليس بينهما ميراث» ربما يظهر منه أن شرط الميراث ليس من الشروط الصحيحة فمع عدم الإشكال في سند الأول وتمامية الاستظهار في الثاني والاستظهار من خبر أبي بصير وخبر أبان المذكورين يقع التعارض بينهما وبين ما دل على جواز الاشارة كما رواه في الكافي عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح أو الحسن عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : «تزوج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ، فإن اشترطت كان ، وإن لم تشرط لم يكن» (٣) .

وما رواه الشيخ - قدس سره - في الصحيح عن محمد بن مسلم قال : «سألت

(١) الكافي ج ٦ ص ٤٥٥ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ، والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٣) د د د ص ٤٦٥ .

أبا عبد الله عليه السلام كم المهر يعني في المتعة؟ فقال: ما تراضياً عليه - إلى أن قال: - وإن اشترط الميراث فهما على شرطهما» (١).

و استدللّ للقول الثالث مضافاً إلى أنه مقتضى الجمع بين عموم آية الإرث و بين ما دلّ على لزوم الشرط من قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» و غيره بخصوص موثّق ابن مسلم «في الرّجل تزوّج المرأة متعة أنهما يتوارثان إذا لم يشترط» (٢).

وأجيب بأن الاستدلال بعموم آية الإرث قد عرفت ما فيه في الاستدلال على القول الأوّل و أمّا الاستدلال بالموثّق المذكور فلا مجال للأخذ بظاهره من ثبوت التوارث فيما إذا لم يشترط التوارث فيدور الأمر بين حمله على ما إذا لم يشترط عدم التوارث و بين حمله على ما إذا لم يشترط الأجل، فيدلّ على أنه مع عدم اشتراط الأجل ينقلب دائماً فيتوارثان ولا مرجح للحمل على الأوّل فيكون مجملاً.

و استدللّ للقول الرابع بأخبار خاصة بصحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في حديث «و إن اشترط الميراث فهما على شرطهما».

و صحيح البنظي، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «تزويج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث، فإن اشترط الميراث كان و إن لم يشترط لم تكن» (٣) و قد يقوى هذا القول و قد سبق الأشكال من جهة المعارضة مضافاً إلى المعارضة مع صحيح سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرّجل يتزوّج المرأة متعة و لم يشترط الميراث، قال عليه السلام: ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط» (٤). و حمل هذا الصحيح على أن ليس بينهما ميراث سواء اشترط عدم الميراث أو لم يشترط بقريئة قوله عليه السلام «ليس بينهما» بعيد لا يصار إليه فلا بدّ من الترجيح أو التخيير.

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٤٩.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥.

(٤) التهذيب ج ٢ ص ١٩٠ والاستبصار ج ٣ ص ١٥٠.

و إذا انقضى مدّة المتمتّع بها بعد الدخول أو وهبت فهل عدّها حيضتان أو طهران أو حيضة و طهر أو حيضة واحدة فيه أقوال منشأها اختلاف الأخبار منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن ، عن إسماعيل بن الفضل قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ، قال : القى عبد الملك بن جريج فسله عنها فإنّ عنده فيها علماً فلقيته فأملى عليّ شيئاً كثيراً في استحلالها فكان فيما روى ابن جريج قال : ليس فيها وقت ولا عدد إنّما هنّ بمنزلة الإماء يتزوّج منهنّ كم شاء و صاحب الأربع نسوة يتزوّج منهنّ ما شاء بغير وليّ ولا شهود فإنّ انقضى الأجل بأنّ منه بغير طلاق و يعطيها الشيء اليسير ، و عدّها حيضتان و إن كانت لا تحيض فخمسة و أربعون يوماً . فأثبت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فعرضته عليه فقال صدق و أقرّ به ، قال ابن أذينة : و كان زرارة بن أعين يقول هذا و يحلف أنّه الحقّ إلا أنّه كان يقول : إن كانت تحيض فحيضة ، و إن كانت لا تحيض فشهري و نصف ، (١) .

و يدلّ على ذلك أيضاً ما رواه العياشيّ في تفسيره عن أبي بصير ، عن أبي جعفر عليه السلام في المتعة - إلى أن قال : - « ولا تحلّ لغيرك حتّى تنقضي عدّها ، و عدّها حيضتان » (٢) .

و منها ما رواه الحسين بن سعيد في كتابه على ما نقله في كتاب البحار 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 تحلّ لغيرك حتّى تنقضي لها عدّها و عدّها حيضتان » .

و منها رواية محمد بن الفضيل ، عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال : « طلاق الأمة تطليقتان و عدّها حيضتان » .

و روى زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام « إنّ على المتعة ما على الأمة » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٢) النفسير ج ١ ص ٢٣٣ .

و منها 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 » (١) .

و منها ما في كتاب الاحتجاج عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري ، عن صاحب الزمان عليه السلام أنه كتب إليه « في رجل تزوج امرأة بشيء معلوم إلى وقت معلوم فبقي له عليها وقت فجعلها في حل مما بقي له عليها ، وقد كانت طمشت قبل أن يجعلها في حل من أيامها بثلاثة أيام ، أيجوز أن يزوجه رجل آخر بشيء 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 و طهرة تامة » وفي بعض النسخ « و طهارة » (٢) .

وقد يقال : إنه يمكن الجمع بين الأخبار بملاحظة هذه الرواية حيث إنَّها دالة على أن المعتبر في العدة هو الحيضة والطهر التامان ، أما دلالتها على اعتبار الطهر التمام فالتوصيف بقوله عليه السلام « تامة » . و أما دلالتها على اعتبار الحيضة التامة فمن جهة قوله يستقبل بها حيضة فإنه لو كانت الحيضة الناقصة كافية في العدة لم يكن وجه لقوله عليه السلام « يستقبل بها حيضة » بعد فرض الراوي وقوع هبة مدتها في أثناء حيضتها كما لا يخفى ، ومن المعلوم أن الحيضة والطهر التامين لا ينفكان غالباً من الطهرين أو الحيضتين إذ وقوع الهبة مدتها أو انقضائها مقارنة للآن المتصل بزمان حيضها أو للآن المتصل بزمان طهرها في غاية الندرة بل انقضاء مدتها أو هبتها يكون غالباً ، أما في أثناء حيضها أو أثناء طهرها فإن كان في أثناء حيضها فيقع الطهر التام من عدتها بين الحيضتين إحداهما الحيضة التي وهبت مدتها فيها والأخرى الحيضة التامة التي تكون من عدتها وإن كان في أثناء طهرها فيقع الحيضة التامة من عدتها بين الطهرين أحدهما

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٥٨ .

(٢) الوسائل باب ٢٢ من أبواب المتعة تحت رقم ٦ .

الطهر الذي وهبت مدتها فيه والآخِر الطهر التام الذي يكون من عدتها ، وحينئذ فيمكن حمل ما دل على اعتبار الطهرين أو اعتبار الحيضتين على ما هو الغالب من عدم انفكاك الحيضة التامة عن الطهرين ، و عدم انفكاك الطهر من الحيضتين .

و يمكن أن يقال : ظاهر السؤال أن السائل كان كفاية الحيضة مفروغاً عنها عنده والترديد كان في كفاية الحيضة الناقصة و كان الإمام عليه الصلاة والسلام قرره في معتقده و أجاب بلزوم استقبال حيضة أخرى ، ومن التعليل يستفاد على هذا لزوم الحيضة أو الطهر ، و لولا هذا كان التعليل غير ظاهر ، نعم لولا هذه الجهة كان الكلام ظاهراً في لزوم المجموع ، و ثانياً لا مجال لهذا الجمع لأن الظاهر من هذا الخبر على التقريب المذكور كون العدة محدودة يتحقق حيضة تامة وطهر تام ، والملازمة الغالبة بينهما والطهرين أو الحيضتين لا يجعل كلاً منهما حداً مضافاً إلى أنه لا يجتمع مع التحديد بالحيضة الواحدة فالتعارض باق فلا بد من الترجيح أو التخيير الأصولي هذا في صورة كون المرأة ذات إقراء ، وأما إذا كانت لا تحيض و لم يكن يائسه فخمس وأربعون كما في بعض الأخبار أو شهر و نصف كما في بعضها .

و أما عدة الوفاة لو مات الزوج في أثناء المدّة ولو مع عدم الدخول فالمشهور أنها أربعة أشهر و عشرة أيام إن لم تكن حاملاً ، و ذهب جماعة إلى أنها شهران و خمسة أيام ، واستدل المشهور بعموم قوله تعالى «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً - الآية» لصدق الزوجة على المتمتع بها . والنصوص الكثيرة منها صحيحة ابن حجاج عن الصادق عليه السلام «سأله عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة؟ قال عليه السلام : تعدد أربعة أشهر وعشراً» (١) .

و منها صحيحة زرارة قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام ما عدة المتعة إذا مات عنها الذي تمتع بها؟ قال عليه السلام : أربعة أشهر وعشراً ، قال : ثم قال : يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة ، و على أي وجه كان النكاح منه متعة

أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر و عشراً - الحديث « (١) .
و استدلل غيرهم بأن المتعة كالأمة في حياة الزوج فلا بد أن يكون كذلك في
موته و المرسل الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم
مات عنها ما عدتها؟ قال عليه السلام خمسة و ستون يوماً » (٢) .

و أورد عليهم بأن الأول لا يخرج عن القياس إلا أن يراد التمسك بعموم
المنزلة الذي يجب الخروج عنه بما سمعت من الصحيحين ، والمرسل ضعيف بالإرسال ومن
جهة السند من جهة أن في السند الطاطري الواقفي ، و يمكن حمله على ما إذا كانت
أمة كما حمل خبر ابن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام «عدة المرأة إذا تمتع بها فمات عنها
خمسة وأربعون يوماً» (٣) على موت الزوج في العدة متصلاً بانقضاء الأجل بأن يكون
المراد من قوله «إذا تمتع بها» هو استيفاء التمتع بها في تمام المدة لإحداث التمتع ،
ولا يخفى الإشكال في هذا الحمل لأن العدة على هذا ليس عدة الوفاة فلا حاجة إلى
قيد الموت فإذا كان القيد في كلام الإمام عليه السلام فلا بد من مدخليته في الحكم ، وبعبارة
أخرى إن كان الموت قبل انقضاء المدة فحال المرأة حال الدائمة ، و إن كان مقارناً
لانقضاء العدة فالعدة ليست من جهة الموت بل من جهة انقضاء المدة .

وأما عدم صحة تجديد العقد قبل انقضاء الأجل فهو المشهور و يدل عليه خبر
أبان بن تغلب « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة
فيزوجها على شهر ثم إنهما يقع في قلبه فيحب أن يكون شرطه أكثر من شهر فهل
يجوز أن يزيدا في أجرها و يزداد في الأيام قبل أن ينقضي أيامه التي شرط عليها؟
فقال : لا ، لا يجوز شرطان في شرط ، قلت : فكيف يصنع؟ قال عليه السلام : يتصدق عليها

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ والاستبصار ج ٣ ص ٣٥١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٥١ .

بما بقي من الأيام ، ثم يستأنف شرطاً جديداً ، (١) .

واستدل أيضاً بمفهوم الصحيحة « لأبأس بأن تزيدك و تزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما تقول : استحللتك بأجل آخر برضا منها ، ولا يحل ذلك لغيرك حتى تنقضي عدتها » (٢) .

ولا يبعد أن يكون النظر في هذه الصحيحة إلى عدم العدة بالنسبة إلى الزوج بقرينة ذيله « ولا يحل - إلخ » من دون تعرض لعدم جواز النكاح قبل انقطاع الأجل ثم إنه مع وجود الدليل الخاص على عدم جواز التجديد قبل انقضاء الأجل لا مجال للتمسك بالعمومات لصحة التجديد قبل الانقضاء لما صرح في بعض الأخبار بأنهن مستأجرات ، ولا ريب في جواز التجديد في الإجارة قبل انقضاء مدة الإجارة .

﴿ القسم الثالث في نكاح الإماء : والنظر إما في العقد وإما في الملك ، أما العقد فليس للعبد وللأمة أن يعقداً نفسيهما نكاحاً ما لم يأذن المولى ، ولو بادر أحدهما ففي وقوفه على الإجارة قولان ، ووقوفه على الإجارة أشبه ، وإن أذن المولى ثبت في ذمة مولى العبد المهر والنفقة و يثبت لمولى الأمة المهر ، ولولم يأذنا فالولد لهما ، ولو أذن أحدهما كان للآخر ، و ولد المملوكين رقاً لمولاهما ﴾ .

الظاهر أن النكاح في كلامه - قدس سره - ليس المراد منه المعنى المعروف ، فالنكاح بهذا المعنى إما بالعقد أو بالملك أما العقد فليس للعبد ولا للأمة أن يعقداً لأن نفسيهما لأن المملوك غير قادر فعقد المملوك لا يترتب عليه الأثر إلا بإجازة السيد بعد العقد أو بإذنه قبل العقد ، ثم إن قلنا بصحة الفضولي في العقود على القاعدة بحيث لو لحقه الإجازة يترتب عليه الأثر و ليس العقد قبل لحوق الإجازة لغواً كعقد الصبي عند المشهور فالظاهر شمول القاعدة للمقام سواء كان العاقد عبداً أو أمة لعدم كون المملوك مسلوب العبارة كما يظهر من الأخبار ، و إن قلنا بعدم صحة

(١) الكافي ص ٥ ج ٤٥٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ عن أبي بصير مقطوعاً أو مضمراً .

الفضوليّ على القاعدة بل يقتصر على الموارد التي دلّ الدليل على الصّحة فتعدية الحكم إلى الأمة مشكلة لورود الخبر في خصوص المملوك الظاهر في العبد وهو حسنة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « قال : سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ؟ قال : ذلك إلى سيّده إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما ، فقلت : أصلحك الله إن الحكم ابن عيينة وإبراهيم النخعيّ وأصحابهم يقولون : إن أصل النكاح باطلٌ فلا تحلّ إجازة السيّد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنّه لم يعص الله وإنما عصى سيّده فإن أجاز فهو جائز (١) » .

وأمّا الأمة فربما يظهر من الأخبار بطلان نكاحها بغير إذن السيّد منها ما رواه في التهذيب عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة قال : لا يصلح نكاح الأمة إلّا باذن مولاه (٢) » .

ومنها ما رواه في الكافي عن أبي العباس قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوّج بغير إذن أهلها ؟ قال : يحرم ذلك عليها وهو الزنا (٣) » .

ومنها ما رواه في الفقيه والتهذيب عن أبي العباس البقباق قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يتزوّج الأمة بغير علم أهلها قال : هو زنا إن الله يقول « فانكحوهنّ باذن أهلنّ » (٤) » .

ومنها ما رواه في الكافي عن الفضل بن عبد الملك قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوّج بغير إذن موالها ؟ قال : يحرم ذلك عليها وهو زنا » (٥) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢١٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ .

(٤) الفقيه في أحكام المماليك من كتاب النكاح تحت رقم ٥ . والتهذيب ج ٢

ص ٢١٣ .

(٥) المصدر ج ٥ ص ٤٧٩ .

ومنها رواية الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل تزوج امرأة حرّة فوجدها أمة قد دكست نفسها له ؟ قال : إن كان الذي زوّجها إبتاه من غير مواليها فالنكاح فاسد ، (١) .

و في رواية سيف بن عميرة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا بأس أن يتمتع الرَّجُل بأمة المرأة ، فأما أمة الرَّجُل فلا يتمتع إلا بأمره ، (٢) .

و يمكن أن يقال : إنَّ المستفاد من حسنة رزارة المذكورة حيث علل الصحة بعد إجازة السيّد بأنّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده صحته نكاح الأمة مع إجازة السيّد ولا إشكال في أنّه قبل الإجازة لا يرتب الآثار فمباشرة العبد يكون زناً كما لا يجوز في البيع الفضوليّ التصرف في المبيع و يكون تصرفاً في مالك الغير فلا أخبار المذكورة في الأمة محمولة على ما يقع قبل الإجازة ، و هذا و إن كان خلاف ظاهر الأخبار المذكورة لكنّه بعد ملاحظة إباء العلة المذكورة في الحسنه عن التخصيص بالعبد يكون أولى و أقرب و إن كان رواية الوليد المذكورة تأتي عن هذا إلاّ أنّه لم يظهر اعتبارها من جهة السند و مع اعتبار السند يقع المعارضة .

و أمّا رواية سيف المذكورة فالظاهر عدم عمل الأصحاب بمضمونها . و أمّا ثبوت المهر والنفقة في ذمّة المولى مع الإذن فهو المشهور واستدلّ بأنّ النكاح لمّا وقع صحيحاً لزم الحكم بثبوت المهر والنفقة و لا محلّ لهما إلاّ ذمّة السيّد لأنّ العبد لا يملك ، و عن الشيخ في المبسوط تعلق ذلك بكسب العبد لأنّ المهر و النفقة من لوازم النكاح و كسب العبد أقرب شيء إليه فإنّ مصرف الكسب مؤونة الإنسان و من أهمّها لوازم النكاح .

ولا يخفى الإشكال فيما ذكر للنقض بتعلق عوض التالف و أرش الجنایات بذمّة العبد و جواز تعلق المهر بالكسب كما قيل يتعلق أرش الجنایة برقبة الجاني و مجرد الإذن من المولى لا يوجب تعهده بالمهر و النفقة .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٢٢ و التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

نعم ذكر في المقام خبران أحدهما رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال :
 « سألت عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثم أطلع على ذلك مولاه ، فقال :
 ذلك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما فإن فرّق بينهما فللمرأة
 ما أصدقها إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً وإن أجاز نكاحها فهما على
 نكاحهما الأوّل - الحديث ، (١) .

والثاني رواية عليّ بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام « في رجل زوج مملوكاً له
 من امرأة حرة على مائة درهم ، ثمّ إنّه باعه قبل أن يدخل بها ؟ قال : فقال : يعطيها
 سيّده من ثمنه نصف ما فرض لها ، إنّما هو بمنزلة دين استدانه بإذن سيّده » (٢) .
 ويمكن الاستفادة لزوم المهر على السيّد من الخبر الأوّل من جهة اشتراط عدم
 كون الصداق كثيراً فإنّه لو كان الصداق على العبد وفي نعمته لم يظهر وجهٌ لهذا
 الشرط . والثاني دلالة على لزوم المهر على المولى ظاهرة من جهة أنّ ثمن العبد
 للمولى ، والإشكال فيه من جهة ضعف السند مندفع بأنّ في السند من أجمعت العصابة
 على تصحيح ما يصحّ عنه واعتماد المشهور عليه ، ثمّ إنّ لم يظهر حال نفقة الزوجة
 من هذين الخبرين إلا أن يقال : الإذن في الشيء أو إجازته إذنٌ وإجازة في لوازمه
 والمسئلة مشكلة .

وأما ملكيّة المولى لمهر الأمة المزوجة بإذنه أو بإجازته بعد العقد على المشهور
 فالظاهر أنّه لا خلاف فيها لأنّ المملوكة ومنافعها للمولى والمهر عوض البضع فيعدّ
 المهر من منافعها .

وأما كون الولد لمولى العبد ومولى الأمة إذا تزوّجا بغير إذن الموليين فلكون
 الولد نماءً للملكين ولا مزيّة لأحدهما والنسب لاحقٌ بهما بخلاف الحيوانات فإنّ
 الولد فيها ملحقٌ بالأُمّ ونماءٌ لها والحكم مشهورٌ لكن الدليل غير واضح .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٧٨ .

(٢) الفقيه أحكام المملوك تحت رقم ١٩ والتهديب ج ٢ ص ٣٠٥ .

وأما كون الولد للآذن دون غيره فهو ظاهر الاصحاب كما في الرِّياض بل في المسالك الاتفاق عليه ، فإن تمَّ وإلا فلا نصَّ عليه ظاهراً والتعليل بأنَّ الآذن قد أقدم على فوات الولد منه فإنَّ المأذون قد تزوج من اليس برقَّ فينقصد الولد حرّاً بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصّة لا يتمُّ لأنَّ الآذن قد تنحصر إذنه في وطى المملوكة . وأما كون ولد المملوكين رقّاً ملولهما فلما ذكر من كونه نماء للملكين .

ولو كانا لائنين فالولد بينهما بالسويّة ما لم يشترطه أحدهما ، وإن كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّاً إلا أن يشترط المولى رقيته على تردّد ، ولو تزوج الحرُّ أمة من غير إذن مالِكها فإن وطئها قبل الإجازة عالماً فهو زانٍ والولد رقٌّ للمولى وعليه الحدُّ والمهر ، ويسقط الحدُّ لو كان جاهلاً دون المهر ويلحقه الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً ، وكذا لو ادّعت الحرّية فتزوجها على ذلك ، وفي رواية يلزمه بالوطى عشر القيمة إن كانت بكرّاً ونصف العشر لو كانت نيباً ولو أولدها فكهم بالقيمة ولو عجز يسعى في قيمتهم ولو أبى عن السعي قيل يفديهم الإمام وفي المستند ضعف ، ولو لم يدخل بها فلا مهر .

إذا كان الأبوان لائنين فالولد بينهما مع عدم الاشتراط لعدم مزية لأحد المملوكين مع اقتضاء العقد لحوق الأولاد بهما ، وقد يستظهر عدم المزية من جهة النصوص الواردة في تزوج العبد حرّاً وبالعكس الظاهرة في كون اللّحوق للحرّ منهما من جهة أشرفيّة التي منها يعلم التساوي في اللّحوق بهما مع عدم المزية وبشكل استظهار ما ذكر من تلك الأخبار كما لا يخفى على من لاحظها فالعمدة الشهرة .

وأما صورة الاشتراط فلا خلاف فيها ظاهراً في اختصاص الولد بالمشروط له ، وبدل عليه عموم « المؤمنون عند شروطهم » وليس التملك مما يحتاج إلى سبب خاصّ فلا مانع من حصوله بنفس الشرط . وأما حرّية الولد مع حرّية أحد الأبوين فهي المشهورة للأخبار المستفيضة منها مرسل مؤمن الطاق عن أبي عبد الله عليه السلام : « أنه سئل عن المملوك يتزوج الحرّة ما حال الولد فقال : حرّقت : والحرّ يتزوج المملوكة ؟

قال : يلحق الولد بالحرية حيث كانت إن كانت الأم حرة اعتق بأمه وإن كان الأب حراً اعتق بأبيه « (١) .

و منها خبر جميل و ابن بكير « في الولد بين الحر والمملوكة ؟ قال : يذهب إلى الحر منهما » (٢) .

و في خبر جميل أيضاً « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا تزوج العبد الحر فولده أحرار ، و إذا تزوج الحر الأمة فولده أحرار » (٣) .

و منها خبره أيضاً « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج الأمة أو عبد تزوج حرة ، قال : فقال لي : ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حراً إنه يلحق بالحر منهما أيهما كان ، أبا أو أمًا » (٤) .

و منها ما رواه في الفقيه 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 تزوج بحررة ؟ قال : يلحق الولد بأمه » (٥) إلى غير ما ذكر .

و في قبالتها أخبار أخر منها ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال : « لو أن رجلاً - وفي الاستبصار رواه عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لو أن رجلاً دبّر جارية ثم تزوجها من رجل فوطئها كانت جاريته و ولدها منه مدبرين كما لو أن رجلاً أتى قوماً فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم ممالك » (٦) .

و منها ما رواه الصدوق في الفقيه في الصحيح والشيخ في التهذيب في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل تزوج أمته من رجل و شرط له أن ما ولدت من ولد فهو حر ، فطلقها زوجها أو مات عنها فتزوجها من رجل آخر ما منزلة ولدها ؟ قال : منزلتها ما جعل ذلك للآول وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ .

(٢) (٤٣٣ و ٤٣٤) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٥) الفقيه في احكام الممالك تحت رقم ٢٦ .

(٦) المصدر ج ٢ ص ٢٠٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢٠٣ .

وإن شاء أمسك» (١) .

ومنها ما رواه في التهذيب ، عن الحسن بن زياد قال : « قلت له : أمة كان مولها يقع عليها ثم بداله فزوجها مأمزلة ولدها؟ قال : بمنزلتها إلا أن يشترط زوجها » (٢) .
وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصري في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل زوج جاريتة رجلاً واشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر ، فطلقها زوجها ، ثم تزوجها آخر فولدت منه ؟ قال : إن شاء أعتق وإن شاء لم يعتق » (٣) إلى غير ما ذكر .

ولا يخفى التنافي والتعارض بين الطائفتين والأولى هل الطائفة الثانية على التقية لأن المشهور بين القدماء العمل بمضمون الطائفة الأولى و لم ينقل الخلاف إلا عن ابن الجنيد ، واحتمال أن يكون أخذ القدماء من جهة التخيير بعيد مع كون الطائفة الثانية أصح سنداً بعيد جداً ، هذا كله مع الاطلاق وعدم الشرط ، وأما مع اشتراط الرقية وإن نسب إلى المشهور صحة الاشتراط وتحقق الرقية ، لكنه مشكل من جهة أنه بعد أخذنا بالطائفة الأولى من الأخبار ومقتضاها حرية الولد يكون الشرط مخالفاً للسنة والشرط المخالف للسنة لا يرتب عليه الأثر ، وما قيل في باب الشرط من أن المخالفة في صورة كون الحكم عن اقتضاء وما لم يحرز المخالفة فمقتضى أصالة عدم المخالفة صحة الشرط محل إشكال لأنه إحالة على أمر غير معلوم غالباً فكيف يمكن استفادة القانون الجامع الكلي من كلامهم «المؤمنون عند شروطهم إلا ما خالف الكتاب الخ» بل الظاهر منه أنه كل ما خالف الكتاب أو السنة لا يصح ولا يجب الوفاء به من دون حاجة إلى إحراز كون الحكم عن اقتضاء إلا فيما دلّ الدليل عليه .

وقد أورد على القائل بصحة الشرط هنا بأنه لو صح الشرط في المقام لجاز اشتراط الرقية في المتولد من الحرين واجيب بأن المسلم امتناعه تأثير الشرط في رقية المتصف بالحرية بل والمستعد لها مع عدم المقتضى لها غيره كالمؤكد من الحرين

(١) النفقة في العتق و أحكامه تحت رقم ١٣ . والتهذيب ج ٣ ص ٣٠٩ واللفظ له .

(٢) (٣٥٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٦ .

فإن رفع اليد من كلٍّ من الأبوين عن مقتضى تأثير إطلاق العقد الشركة مقتضى عدم لحوق المتولد منهما بكلٍّ منهما في الصفة وذلك لا يقتضى الرقبة بل افصاها نفي حرّيته من حيث التبعية .

أما حرّيته للأصل فهي باقية . لم يرتفع بشيء بخلاف ما نحن فيه فإن رفع اليد عن مقتضى ما أثبتته العقد له من الشركة في الولد مقتضى اختصاص الآخر في النماء فيتبعه في الملك حينئذٍ ففي الحقيقة صيرورته رقياً بالتبعية لا بالشرط ، وإنما آثار رفع مقتضى الحرّية الذي كان حاصلًا بسبب إطلاق العقد .

و يمكن أن يقال : بعد دلالة الأخبار المذكورة على حرّية المتولد بين الحرّ والمملوك وحكم الشارع بالحرّية لانفهم تحقق اختيار لطرفي العقد في نفي الحرّية وإثباتها حتى يثبتان الحرّية أو ينفيان و ما ذكر من أنه لا عقل ولا نقل يقتضى حرّية المتولد بين الحرّ والمملوك على وجه ينافي الشرط المزبور ، يجب عنه بأنه كفى في المقام الأخبار المذكورة في حرّية المتولد المذكور .

« و لو تزوّج الحرُّ أمة مع عدم إذن مالِكها فإن وطئها قبل الإجازة عالماً فهو زان » و وجهه واضح إنما الكلام في وجه التقييد بالعلم ، والظاهر أن المراد أن المراد العلم بالحرمة ، و أيضاً قد يقيد بعدم لحوق الإجازة بحيث لو وطئها قبل لحوق الإجازة ثم تحققت الإجازة ، لم يكن زانياً ، و لازم التقييد الأوّل أنه لو وطئ أجنبية مع احتمال كونها أجنبية لم يكن زانياً ، ويشكل حيث إنه مع عدم المعذورية يكون الوطني محرماً مأمعاقباً عليه ، و قد ذكروا في كتاب الحدود أن الزنا يتحقق مع العلم بالحكم والموضوع ، و حكى عن الشهيد الثاني و سبطه - قدس سرهما - خلافة من جهة عدم المعذورية مع الالتفات والشبهة ، و ما ذكر من التقييد بعدم لحوق الإجازة لا يخفى الإشكال فيه من جهة أن القائل بالكشف في العقد الفضولي ، لا يمكن أن يلتزم بالكشف الحقيقي للزوم المحذورات المذكورة في معله غاية الأمر استفادة الكشف الحكمي ألا ترى أنه لو بيع مال الغير هل يمكن الالتزام بجواز تصرف المشتري من جهة لحوق الإجازة بعد مدّة بل لازم هذا عدم جواز تصرف

المالك حيث إنه في الواقع ملك المشري ويكشف عنه الاجازة و في المقام يلزم حرمة استمتاع المولى من جهة أنها على ما ذكر زوجة الغير في الواقع فمع عدم تحقق الزوجة قبل الاجازة يكون وطنها زناً محرماً ما يوجب الحد و في الأخبار المذكورة التصريح به من دون فرق بين لحوق الاجازة وعدمه .

و أما رقيّة الولد للمولى فالظاهر عدم الخلاف فيه ، و يمكن الاستدلال بما رواه الشيخ في الصحيح عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام في رجل أقرّ على نفسه أنه غصب جارية فولدت الجارية من الغاصب قال : تردّ الجارية والولد على المغصوب إذا أقرّ بذلك الغاصب ، (١) .

و رواه الكليني كذلك والصدوق (ره) عن الصادق مرسلًا إلا أنه قال فيه «إذا أقرّ بذلك أو كانت عليه بيّنه» .

وظاهر الرّواية صورة وقوع الزّنا بدون وقوع العقد لكنّه حيث لا يرتب عليه الاثر يكون كالعدم و مع هذا قديقع الفرق فإنّ العقد في العدة يوجب الحرمة الأبدية ، والزنا في العدة غير العدة الرّجعية لا يوجب الحرمة الأبدية وقد يعمل الحكم بالرّقية بانّ الولد نماء ملكه .

و أما الحد والمهر فالحد من وظائف الحاكم إن قلنا بجواز إجرائه في زمان الغيبة ، و أما المهر فقد يستشكل فيه مع التفات الجارية حيث إنه لا مهر لبغي . و أُجيب عن الخبر بعد تسليم صحته بأنّه خارج عن محلّ البحث و أنّ المراد به الحرّة لأنّ لفظ المهر إنّما يقال بالنسبة إلى الحرّة و أمّا عوض الأمة فلا ينفيه الخبر المذكور و هو راجع إلى المولى ، و يشكل ما ذكر بأنّ المهر ينسب إلى الامة أيضاً في مقام التزويج و من معاني اللّام الاختصاص و يصحّ أن يقال : مهر الأمة للمولى و إن أبيت فلا بدّ من إقامة الدليل على استحقاق المولى في هذا المقام شيئاً لأنّ لازم كون البضع ممّا يقابل بالمال كسائر المنافع أنّه يكون مضموناً إذا كان الأمة في يد الغاصب ولا أظنّ أن يلتزم به .

و قد يستدل^١ لثبوت العقر من عشر القيمة إن كانت بكرأ و نصفه إن كانت ثيبأ بالصحيحين أحدهما صحيح الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أنه دلست نفسها له قال : إن كان الذي زوجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد^٢ قال : قلت : كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه قال : إن وجدما أعطاها فليأخذها و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها و إن كان زوجها إياه ولي لها ارتجع على وليتها بما أخذت منه و لمواليها عشر قيمة ثمنها إن كانت بكرأ و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل^٣ من فرجها قال : وتعتد^٤ منه عدة الأمة ، قلت : فإن جاءت منه بولد ؟ قال : أولادها منه أحرار^٥ إذا كان النكاح بغير إذن الموالى « (١) .

والثاني صحيح الفضيل بن يسار « سئل الصادق عليه السلام عما إذا أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافترضها ؟ قال : لا ينبغي له ، قال : فإن فعل أيبكون زانياً ؟ قال : لا و لكن يكون خائناً و يفرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرأ فإن لم يكن فنصف عشر قيمتها « (٢) و يقال : من إطلاق الصحيحين يعلم الحكم في أصل المسئلة و إنه لا مدخلية لبغيها في سقوط حق المولى خصوصاً إذا كانت بكرأ فإنه ينبغي القطع بثبوت ذلك له ، و احتمال القول بخروجه عن محل البحث باعتبار كونه جناية على المملوك موجبة لنقصه فضمانه من هذه الحيثية لا من حيث كونه مهراً يدفعه معلومية كون العشر الذي أثبتته الشارع نصفه أرسأ للبكاره و نصفه من حيث الانتفاع بالوطى بقرينة قوله « و إن لم تكن بكرأ فنصف العشر كما هو واضح بأدنى تأمل .

و يمكن أن يقال : أما الصحيح الأول فظاهره بل صريحه عدم تحقق الزنا من طرف الزوج و من طرف الأمة المدكسة لم يظهر منه كونها عاملة بالحرمة حتى يكون وطئها زناً من طرفها ، ثم إنه لا ينطبق على القواعد ما فيه من عدم ضمان المهر المأخوذ من الرجل مع إتلاف الأمة أو التلف و يظهر من ذيل الصحيحة أن الأولاد أحرار و على الأمة العدة و من المسلم كما سبق أنه مع تحقق الزنا من الطرفين يكون الولد

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ والنهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢١٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ والنهذيب ج ٢ ص ١٨٤ .

رقاً ولا حرمة لماء الزنا حتى تجب العدة فان المشهور بينهم أنه يجوز تزويج الزانية بدون الاعتداد والحاصل أن الاستفادة من الصحيح المذكور أنه مع استحلال الفرج يستحق المولى العشر أو نصف العشر و تجب العدة ، والأولاد أحرار فكيف يمكن الاستفادة وجوب العشر أو نصف العشر مع تحقق الزنا وعدم وجوب الاعتداد وكون الولد رقاً .
و مما ذكر ظهر الاشكال في الاستدلال بالصحيح الثاني فانه مع التصريح فيه بعدم تحقق الزنا كيف يستفاد منه وجوب العشر أو نصفه في صورة تحقق الزنا والمسئلة غير خالية عن الاشكال .

و أما سقوط الحد مع الجهل فلأن الحدود تندء من جهة الشبهة ، وقد سبق الاشكال في صورة الجهل مع الالتفات بحيث لم يكن معذوراً ، ومع المعذورية واستحلال الفرج يمكن ثبوت المهر لصحيح الوليد المذكور .

و أما لحوق الولد بأبيه ولزوم قيمته على الأب فيدل عليه موثقة سماعة « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعموا أنها حرة فزروها رجلاً منهم وأولدها ولداً ثم إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البيئنة أنها مملوكة أو أقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع إلى مولاها هي وولدها ، و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمة يوم يصير إليه ، قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال : يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤدبه ويأخذ ولده ، قلت : فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال : فعلى الإمام أن يقتديه ولا يملك ولد حرة» (١) .

و صحيح الوليد صريح في استحقاق المولى عشر القيمة أو نصف العشر كما أن الاستفادة من الموثق المذكور وجوب السعي على الأب إذا لم يجد ومع الإباء يفديه الإمام عليه السلام ويظهر من كلام المصنف - قدس سره - أن المهر اللازم على من تزوج الأمة غير العشر ونصف العشر ، ولا مجال لإثباته من الصحيح المذكور .

ويمكن أن يستدل له بما ورد في أخبار تزويج المرأة في عدتها جاهلاً من قوله عليه السلام «وإن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها» سواء كانت الباء للسببية

أو للوضيعة حيث إنه على الثاني مناسبة الحكم والموضوع يقتضى التعميم .
ثم إن ظاهر كلماتهم أن الموطوء شبهة مطلقاً لا تستحق إلا مهر المثل وأورد
بأنه على هذا لا بد من رفع اليد عن ظهور تلك الأخبار في المهر المسمى وجعل اللام
للجنس .

ويمكن أن يقال : لظهور في المهر المسمى لأن استحلال الفرج يناسب مع
الاستحقاق للمهر في الجملة لا المهر المسمى في العقد الفاسد . هذا ولكنه على فرض
استفادة العموم مما ورد في ترويح المرأة في عدتها لا بد من رفع اليد عن عمومه بواسطة
موثق سماعة المذكور مضافاً إلى اشكال سبق من جهة أن التعبير بقوله عَلَيْهَا على المحكى
«فلها المهر» لا يناسب الأمة حيث إن المهر راجع إلى المولى فتأمل .

وأما صورة عدم الدخول فلا اشكال في عدم استحقاق المهر لعدم ما يوجبه .
ولو تزوجت الحرّة عبداً مع العلم فلا مهر وولدها رق ، ومع الجهل يكون
الولد حرّاً ولا يلزمها قيمته ويلزم العبد مهرها إن لم يكن مأنونا ويتبع به إذا تحرر .
أما عدم المهر فلا نها مع العلم بعدم الصحة بدون الإذن والاجازة تكون بغيّاً
«ولا مهر لبغي» ولخبر السكوني عن الصادق عَلَيْهَا قال : « قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أيما
امرأة زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق لها ^(١) .

وأما رقيّة الولد فالظاهر عدم الخلاف فيها وقد يعلل بانتفاء الولد عن الحرّة
بالزنا حيث لا يثبت معه نسب فيبقى أصل تبعيّة نماء المال للمال المقتضى لكون الولد
رقياً للمولى ، فإن تمّ الاجماع فلا كلام وأما التعليل المذكور فلا يخلو عن الاشكال لأنه لا مجال
لنفي جميع آثار النسب ، ألا ترى أنهم لا يجوزون نكاح ولد الزنا أمه أو أخته أو
خالته وليس إلا من جهة النسب وعلى فرض التسليم لا نسلم كون الولد ككاه نماء العبد
الأترى أنه لو كان الولد بين عبداً وأمة لانتين يكون الولد بينهما بالسوية ومجرد انتفائه
عن الحرّ لا يوجب اختصاصه بالأمة حتى يصير ملكاً طولها ومع الجهل يكون الولد
حرّاً لغلبة جانب الحرّيّة وعدم انتفاء النسب وإجراء للشبهة مجرى الصحيح ، لكن

ينافي ما ذكره العلاء بن رزين عن الصادق عليه السلام وفي رجل دبّر غلاماً فأبى الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم ولم يعلمهم أنه عبد فولد له أولاد وكسب مالاً ومات مولاة الذي دبّره فجاء ورثة الميّت الذي دبّر العبد فطلبوا العبد فماترى؟ قال: العبد وولده لورثة الميّت، قلت: أليس قد دبّر العبد؟ قال: إنه لما أبى هدم تدبّره ورجع رقياً^(٢)، إلا أن يستشكل الأخذ به من جهة السند كما في الرّياض من أن في سنه جهالة فليس فيه حجة.

وأما عدم لزوم القيمة عليها فالظاهر عدم الخلاف فيه وقد يوجّه بأن قاعدة النماء في الأمّ دون الأب كما في ساير الحيوانات ولذا غرم الحرّ في إتلاف نماء الأمّ بخلاف الحرّة وفيه إشكال لأنّ هذا مناف لما قالوا بأنّ الولد المتولّد من المملوك والمملوكة لما لकिन يكون مشتركاً بين المالكين لكونه نماء للملكين فإنّ تمّ الإجماع وإلا يشكّل. وأما لزوم المهر على العبد فلاستحالة الفرج ومع عدم كون النكاح بغير إذن المولى وعدم إجازته لا يغرم المولى بل يتبع به إذا تحرّر كما لو أتلّف مال الغير.

﴿ولو تسافح المملوك كان فلا مهر والولد رقّ مولى الأمة وكذا لو زنى بها الحرّ ولو اشترى الحرّ نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده، ولو أمضى الشريك العقد لم يحلّ وطؤها، وبالتحليل رواية فيها ضعف، وكذا لو كان بعضها حرّاً أو لوها يابها مولاها على الزّمان ففي جواز العقد عليها متعة في زمانها تردّد أشبه المنع﴾.

أما عدم المهر فلعدم ما يوجبّه فإنّ المهر يجب بالنكاح الصحيح أو باستحلال الفرج، وأما اختصاص الولد الرّقّ بمولى الأمة فادعى عليه الاتفاق وعكّل بأنّه نماء الأمة والنسب من جهة الزّنا منتفٍ بالنسبة إلى الأب، وقد يتمسك بالأخبار المستفيضة المتقدمة الناصّة بالحكم في تزويج الأمة المدّعية للحرّيّة أو فحواها إن اختصّت بزويجها من الحرّ، ولا يخفى الأشكال فيه لعدم العلم بمناط الحكم مضافاً إلى احتمال كون الولد في تلك المسئلة حرّاً يجب أداء قيمته بحيث لو لم يؤدّ القيمة لا يخرج الولد عن الحرّيّة غاية الأمر كون الأب مديناً في ذمّته القيمة، وما ذكر من كون الولد نماء

لخصوص الجارية مشكل لما ذكر آنفاً .

وأما لو زنى الحرُّ بالمملوكة فالظاهر عدم الاشكال في اختصاص الولد بمالك الجارية فإنَّ الحرَّ لا يملك ابنه .

وأما المهر فلا موجب له لكن قد يقال بثبوت العقر لفحوي الصحيح أعنى صحيح الفضيل المتقدم ولا يخفى الاشكال للتصريح هناك بعدم الزنا والكلام هنا في صورة الزنا .
وأما بطلان العقد باشتراك الزوج نصيب أحد الشريكين فيدلُّ عليه موثق سماعه « سألته عن رجلين بينهما أمة فزواجاها من رجلٍ ثمَّ إنَّ الرجلَ اشترى بعض السهمين قال : حرمت عليه باشتراكه إياها وذلك أنَّ بيعها طلاقها إلا أن يشتريها من جميعهم ولو أمضى الشريك العقد لم يحلَّ وطئها لأنَّ العقد الباطل لا يؤثر فيه الإيماء ومع بقائه على الصحة لم يحتج إلى الإيماء وجواز الوطئ بالتحليل فيه رواية صحيحة في الكافي والتهذيب ^(١) عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام وفي الفقيه عن محمد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً وقد عمل بها جماعة قال « سألته عن جارية بين رجلين دبَّراها جميعها ثمَّ أحلَّ أحدهما فرجها لشريكه ، قال : هي له حلالٌ وأبنتها مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّاً من قبل الذي قد مات ونصفها مدبراً ، قلت : إن أراد الثاني منهما أن يمسيها أله ذلك ؟ قال : لا إلا أن يثبت عتقها ويتزوَّجها برضى منها متى ما أراد ، قلت : أليس قد صار نصفها حرّاً وقد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر للباقي منهما ، قال : بلى ، قلت : فإن هي جعلت مولاها في حلٍّ من فرجها وأحلت له ذلك ؟ قال : لا يجوز له ذلك قلت : ولم لا يجوز له ذلك وقد أجزت للذي كان نه نصفها حين أحلَّ فرجها لشريكه منها ^(٢) ، قال : إنَّ الحرَّة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلله ولكن لها من نفسها يوم ولذذي دبَّرها يوم فإن أحبَّ أن يتزوَّجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فليتمتع منها بشيء قلَّ أو كثر » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٠٣ والفقيه أحكام الممالك تحت

(٢) في التهذيب والفقيه « فيها » .

وهذه الرواية صريحة في جواز الوطي بالتحليل والمنع مع تحرر بعضها وجواز التمتع بها في يومها المختص بها ، ولا مانع عن العمل بها .
 ﴿ ويستحب لمن زوج عبده أمة أن يعطيها شيئاً ، ولو مات المولى كان للورثة الخيار في الاجازة والفسخ ولأخيار للأمة ﴾ .

قيل: يجب أن يعطيها شيئاً من ماله لصحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام «سألت عن الرجل كيف ينكح عبده أمة؟ قال: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو من مولاة ولو مدّ آ من طعام أو درهماً^(١) ، وحسن الحلبي «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف ينكح عبده أمة؟ قال: يقول: أنكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاة ولو مدّ آ من طعام أو درهماً أو نحو ذلك ،^(٢) .

وأما استحباب إعطاء المولى الأمة شيئاً فهو المشهور بين المتأخرين ، واستدل عليه بالأصل وعدم تصوّر استحقاقه لنفسه على نفسه من جهة أن مهر الأمة لسيدها وبأن التسامح في الخبرين المزبورين في تقدير المهر أوضح قرينة على الاستحباب بل صراحتها بعدم ذكره مهراً شاهد آخر عليه أيضاً .

ويمكن أن يقال: ظاهر الخبرين وجوب الإعطاء لأن الإعطاء وقع في سياق الإكناح المذكور. وأما ما استدل به على الاستحباب فالأصل منه كيف يجري مع ظهور الدليل ، وما ذكر من عدم تصوّر استحقاقه - الخ ، إن تمّ بوجوب عدم الاستحباب أيضاً والحق أن المملوك يملك فما المانع من ملكية المهر للأمة ، غاية الأمر مجبورية المملوك في التصرف وجواز أخذ المولى منه بل في بعض الأخبار ما يستفاد منه عدم جواز الأخذ منه فيما لو أعطاه شيئاً طلباً لرضاه من جهة ظلم المولى والتسامح في تقدير المهر لا يدل على الاستحباب الأتري وقوع التسامح في المهر في المتعة مع ركنيته فيها ، ثم إن

(١) رواه الصدوق في الفقيه والكليني في الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ والشيخ في التهذيب

ج ٢ ص ٢١٢ كلهم بلفظ آخر .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٢ .

الظاهر كونه نكاحاً لانحليلاً فإنّ السائل يسأل عن النكاح و قصده النكاح وعدم ذكر القبول لا يدلّ على عدمه لا يمكن أن يكون عدم الذّكر من جهة وضوح حاجة العقد إلى القبول ، و يحتمل عدم الحاجة إلى القبول فيما كان الاختيار المعاهد الولي على الطرفين كالجدّ للأب في تزويج بنت ابنه ابن ابنه الآخر إن لم يكن الاجماع على خلافه ، غاية الأمر كون فسخه بيد المولى على ما هو المسلم بينهم إن لم يفسخ المولى وأعتق العبد والأمة يكونان باقيين على نكاحهما ويكون الطلاق بيد الزوج ، ولومات السيد كان الخيار للورثة في إمضاء النكاح و فسخه لانتقال ما كان للسيد إلى الورثة ولا خيار للأمة لبقائها على الرّقبة .

واستدلّ على كون الفسخ بيد المولى بما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال : « سألت عن قول الله عزّ وجلّ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم » قال : هو أن يأمر الرّجل عبده وتحتة أمته فيقول له : اعتزل امرأتك ولا تقر بها ، ثمّ يحبسها عنه حتّى تحيض ثمّ يمسخها ^(١) ، وقد يستدلّ بهذا الصحيح على عدم كونه عقداً وكونه إباحة لأنّ رافع العقد إمّا الطلاق أو الموت أو تجدد ملك أو عتق مع فسخ المالك أو العتق أو ملة أو نحلة أو عيب كعفلة على قول وماعدى الاول هنا منتف و الأول إن جعل قوله : «اعتزل امرأتك» طلاق لزم أن يكون الطلاق بيد غير الزوج وهو باطل لقوله عليه السلام : «الطلاق بيد من أخذ بالساق» .

ويمكن أن يقال : لا محذور في كون أمر المولى بالاعتزال فسخاً ، غاية الأمر تخصيص ما دلّ على انحصار أسباب الفسخ فيما ذكر ، والشاهد على كونه عقداً هو أنه لو لم يفسخ المولى وبقيا على نكاحهما واعتقا يترتب على نكاحهما الآثار من الإرث والنفقة واحتياج التفريق إلى الطلاق ولا أظنّ أن لا يلتزموا بما ذكر وإن لم أجد تصريحاً به في كلماتهم ، وما ذكر من انحصار أمر الطلاق مناف لما تسالموا عليه ظاهراً في المرأة الغائب عنها زوجها حيث إنّه بعد الفحص واليأس يطلق الحاكم ويكون

طلاقه صحيحاً وإن كان الزوج حياً ، وما ذكر من ثبوت الخيار للورثة معحل تأمل لأنه إن كان من جهة ثبوت الخيار للمولى والخيار موروث كما ثبت في محله فإن كان المدرك الصحيح المذكور فلا يستفاد منه كون ماله من جواز الأمر بالاعتزال حقاً قابلاً للانتقال ، وإن كان من جهة انتقال العبد والأمة إلى الوارث فالصحيح المذكور لا يشمل كل وارث فإن البنت الوارثة ليست مشمولة للصحيح المذكور .

﴿ ثم الطواري ثلاثة : العتق ، والبيع ، والطلاق . أما العتق فإذا أعتقت الأمة تخيّر في فسخ نكاحها وإن كان الزوج حراً على الاظهر ، ولا خيرة للعبد لو أعتق ولا لزوجه ولو كانت حرة ، وكذا تخيّر الأمة لو كانا مملوكاً فأعتقا أو أعتقت ، ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها ، ويشترط تقديم لفظ « التزويج » في العقد وقيل : يشترط تقديم العتق ﴾ .

لا خلاف في أن الأمة لو أعتقت وكانت تحت عبد تكون منخيرة في فسخ نكاحها ، ووقع الخلاف فيما لو كانت تحت حراً ولنذكر الرّوايات الواردة .

فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثق قال : « ذكر أن بريرة مولاة عائشة كان لها زوج عبد ، فلما أعتقت قال لها رسول الله ﷺ : اختاري إن شئت مع زوجك وإن شئت فلا » (١) .

وما رواه في التهذيب عن عبدالله بن سنان في الموثق عن أبي عبدالله ﷺ أنه كان لبريرة زوج عبد ، فلما أعتقت قال لها رسول الله ﷺ : اختاري » (٢) .

وعن محمد بن آدم عن الرضا ﷺ أنه قال : « إذا أعتقت الأمة ولها زوج خيّر إن كانت تحت عبد أو حراً » (٣) .

ورواه بسند آخر عن زيد الشحام عن أبي عبدالله ﷺ مثله .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن محمد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أبا عبدالله

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ : تَعْتَقُ تَحْتَ الْعَبْدِ نِمْ تَعْتَقُ فَقَالَ : تَتَخَيَّرُ فَإِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ عَلَى زَوْجِهَا وَإِنْ شَاءَتْ فَارْقَتْهُ « (١) .

ومنها ما رواه الشيخ عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أَيُّمَا امْرَأَةً أُعْتَقْتَ فَأَمْرُهَا بِيَدِهَا إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ وَإِنْ شَاءَتْ فَارْقَتْهُ » (٢) .

وعن عبد الله بن بكير في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام « فِي رَجُلٍ حَرًّا نَكَحَ أُمَّةً مَمْلُوكَةً ، ثُمَّ أُعْتِقَ قَبْلَ أَنْ يُطَلِّقَهَا قَالَ : هِيَ أَمْلِكُ بِنَفْسِهَا » (٣) .

ومقتضى إطلاق هذا الموثق وصريح رواية محمد بن آدم عدم الفرق بين ما كان الزَّوْجُ عبداً أو حرّاً ، ومع هذا لا وجه للتقييد بكون الزَّوْجِ عبداً وذكر العبد في عتق بريرة أو في صحيح محمد بن مسلم لا يدلُّ على التقييد لأنَّ ذكر العبد في الصحيح في كلام الرَّاوِي وفي قضية بريرة نقل كلام رسول الله في مورد خاص لا دلالة فيه على التقييد .

وأما عدم الخيرة للعبد لو أُعْتِقَ فلعدم الدليل مع كون بناء النكاح على اللزوم ولا خيرة للزوجة الحرَّة أو الأمَّة لو أُعْتِقَ العبد ويدلُّ عليه خبر علي بن حنظلة عن الصادق عليه السلام « فِي رَجُلٍ زَوَّجَ أُمَّةً وَوَلَدَ لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَأُعْتِقَ الْعَبْدَ بَعْدَ مَا دَخَلَ بِهَا يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ ؟ قَالَ : لَا قَدْ تَزَوَّجْتَهُ عَبْدًا وَرَضِيَتْ بِهِ فَهُوَ حِينَ صَارَ حَرًّا أَحَقُّ أَنْ تَرْضَى بِهِ » (٤) .

وفي خبر أبي بصير عنه أيضاً « فِي الْعَبْدِ يَتَزَوَّجُ الْحَرَّةَ ، ثُمَّ يَعْتَقُ فَيَصِيبُ فَاحِشَةً ؟ فَقَالَ : لَا يَرْجَمُ حَتَّى يَوَاقِعَ الْحَرَّةَ بَعْدَ مَا يَنْعَتُقُ ، قُلْتُ : لِلْحَرَّةِ عَلَيْهِ الْخِيَارُ إِذَا أُعْتِقَ ؟ قَالَ : لَا قَدْ رَضِيَتْ بِهِ وَهُوَ مَمْلُوكٌ فَهُوَ عَلَى نِكَاحِهِ الْأَوَّلِ » (٥) .

(١) الفقيه في طلاق العبد تحت رقم ١٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢١١ واللفظ له .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢١١ .

ويكفي أصالة لزوم النكاح ، ومقتضى إطلاق الأخبار المذكورة عدم الفرق في اختيار الأمة المعتقة بين أن تكون هي والعبد مالكين أو لمالك واحد فأعتقا أو أعتقت نعم على القول باختصاص الخيرة للأمة بصورة كون الزوج عبداً يشكل مع إعتاقها معاً لأن في مرتبة اختيارها يكون زوجها حرّاً ، وأما جواز تزويج الأمة وجعل صداقها عتقها تدل عليه أخبار منها ما رواه في الكافي عن عبيد بن زرارة في الحسن أنه سمع أبا عبدالله عليه السلام يقول « إذا قال الرجل لأتمه أعتقتك وأتزوجك وأجعل مهرك عتقك فهو جائز ، (١) .

وعن سماعة بن مهران في الموثق قال : « سألته عن رجل له زوجة وسرية يبدو له أن يعتق سريته و يتزوجها ، قال : إن شاء اشترط عليها أن عتقها صداقها ، فإن ذلك حلالٌ أو يشترط عليها إن شاء قسم لها وإن شاء لم يقسم ، وإن شاء فضل العجزة عليها فإن رضيت بذلك فلا بأس ، (٢) .

و عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن الرجل يعتق الأمة فيقول : مهرك عتقك ؟ فقال حسن ، (٣) .

و عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له الأمة فيريد أن يعتقها فيتزوجها أ يجعل مهرها عتقها أو يعتقها ثم يصدقها ، وهل عليها منه عدة ؟ و كم تعتد ؟ وهل يجوز له نكاحها بغير مهر ؟ و كم تعتد من غيره ؟ قال : يجعل عتقها صداقها إن شاء وإن شاء أعتقها ، ثم أصدقها وإن كان عتقها صداقها فإنها لا تعتد ، ولا يجوز نكاحها إذا أعتقها إلا بمهر ، ولا يبطأ الرجل المرأة إذا تزوجها حتى يجعل لها شيئاً وإن كان درهماً ، (٤) .

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٧٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ .

(٣) المصدر ج ٥ ص ٤٧٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ .

ثم إنه لا مجال بعد ملاحظة الأخبار الواردة في المقام للاشكال بمخالفة جعل الصداق في التزويج العتق بعدم جواز نكاح المالك أمته وبعدم جواز جعل العتق مهراً و بأنه لا بد من تحقق المهر قبل النكاح و بلزوم الدور لتوقف النكاح على العتق و بالعكس ، و قد يدفع الاشكال بأن العتق لما اقترن بالنكاح لم يتزوج أمته ضرورة كون المسلم منه عدم اجتماع التزويج و الملك و بمنع لزوم تحقق المهر قبل النكاح بل يكفي المقارنة كما أن النكاح يتوقف على اقتران العتق به لا على سبقه .

و يمكن أن يقال : إن كان نظر المستشكل إلى أنه لا بد من وقوع التزويج على غير الملك بحسب القاعدة لا يدفع إشكاله بما ذكر ، و أما ما ذكر من لزوم تحقق المهر قبل النكاح فهو غير مسلم الأثرى أنه يصح جعل المهر كلياً في الذمة كما يجعل الكلي في الذمة مبيعاً فقبل الجعل لا اعتبار في البين ولا تحقق و بالعقد يصح الاعتبار و له تحقق اعتباري و الذي يسهل الخطب أنه ليس في البين إلا تخصيص القواعد الواصلة من قبل الشرع و لا محذور فيه .

و الذي لزم البحث فيه أنه هل يشترط تقديم لفظ العقد على العتق بأن يقول : أتزوجك و أعتقتك و جعلت عتقك مهرك لأنه لو سبق بالعتق كان لها الخيار في القبول و الامتناع ، و لا يشترط ، لأن الكلام المتصل كالجمله الواحدة ، و يمكن استفادة الاشتراط من خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : «سألته عن رجل قال لأمه أعتقتك و جعلت عتقك مهرك؟ قال : عتقت و هي بالخيار إن شئت تزوجت و إن شئت فلا ، فإن تزوجته فليعطها شيئاً و إن قال : قد تزوجتك و جعلت مهرك عتقك فإن النكاح واقع و لا يعطيها شيئاً» (١) .

و خبر محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام «في الرجل يقول لجاريته قد أعتقتك و جعلت صداقك عتقك قال : جاز العتق و الأمر إليها إن شئت تزوجت نفسها و إن شئت لم تفعل فإن تزوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً» (٢) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٣ و الاستبصار ج ٣ ص ٢١٠ و قرب الاسناد ص ١٠٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢١٠ .

و أُجيب عمّا ذكر باحتمال ابتناء ما في هذين الخبرين من عدم حصول النكاح بذلك على عدم ذكر صيغة التزويج لا من حيث تقديم العتق عليها لو جاء بهما معاً ، و لا يخفى بعد هذا الاحتمال لأنّ احتياج التزويج إلى الصيغة ليس أمراً يخفى حتّى يحتاج إلى السؤال و يجاب بما ذكر ، و الشاهد عليه ما في بعض ما في قبال الخبرين المذكورين من صحيح الحلبيّ عن الصادق عليه السلام « سألته عن الرّجل يعتق الأمة ويقول مهرك عتقك ؟ قال : حسن » (١) .

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « أيّما رجل شاء أن يعتق جاريتّه و يجعل صداقتها عتقها فعل » (٢) .

و خبر عبيد بن زرارة سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول : « إذا قال الرّجل لامرأة : أعتقتك و أتزوجك و أجعل مهرك عتقك فهو جائز » (٣) .

و قد يقال : تقدّم العتق لفظاً لا يقتضى ترتّب أثره كي يلزم من تقدّمه ثبوت الخيار لها حينئذٍ ضرورة كونه بعض الكلام الذي هو كالجمله الواحدة الممنوع ترتّب أثره قبل تمامه ، و يمكن أن يقال : إذا قال الرّجل ، أعتقتك و أخرج التزوج عن قوله أعتقتك فقد تمّ العتق فوق التزوج على الحرّة بخلاف العكس فكيف تقدّم العتق لفظاً لا يقتضى ترتّب أثره و كونه بعض الكلام و كالجمله الواحدة لانفهمه إلا أن يكون النظر إلى ارتباطها بالتزويج حيث وقع مهراً نظير بذل الزّوجة مهرها في قبال الخلع فالعمدة الأخبار المذكورة لكن المشهور على الاشتراط و هو الأحوط ، و قد يقال : إنّ التحقيق في كون المراد من إطلاق النصّ و الفتوى عتق الأمة صداقتها أن العتق يكون بالأصداق على معنى أن الشارع قد شرع جعل الأمة نفسها صداقاً في تزويجها فتكون حينئذٍ مالكة نفسها وليست هي إلا الحرّة فيكون طريقاً مخصوصاً للعتق غير العتق

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٣ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٠٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ .

بأن يجاد الصيغة الخاصة ضرورة أن ذلك بعد حصوله بسببه المعد له يقتضى كون الخيار بيدها إن شاءت تزوجت وإن شاءت لا تزوج ، كما صرح به في الصحيح الأول .
 وخبر محمد بن آدم وعزمه على جعل ذلك بعد حصوله صدقاً لا يقتضى مشروعيته بل هو حينئذ كمن أبرأه امرأته بصيغة الإبراء ثم أراد أن يجعل ذلك صدقاً لها فإنه غير جائز قطعاً بخلاف ما لو جعل ما في ذمتها صدقاً لها فإنه يكون حينئذ الإبراء بالصدق نفسه فكذا هنا واستبعاد جعل الإنسان نفسه صدقاً له في غير محله بعد النص .
 ويمكن أن يقال : ما ذكر لا يستفاد من النصوص والفتاوي فلاحظ خبر عبيد بن زرارة يقول : « إذا قال الرجل : أعتقتك الخ ، وكذا صحيح ابن مسلم وكذا صحيح العلبي » .

وأما ما ذكر من ضرورة أن ذلك الخ ، فهو في صورة تقديم العتق ومع التأخير لا يتوجه ، ومع ترجيح الأخبار الدالة على جواز تقديم العتق تأخذ على خلاف القاعدة من جهة النص ، ولم نعثر على الفتوى المطابق لما ذكر .
 ﴿ وأُمُّ الْوَالِدِ وَالْوَالِدَةُ ﴾ وإن كان ولدها باقياً ولومات جازيها . وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها ولو عجز النصيب سعت في المتخلف ولا يلزم الولد السعي على الأشبه .
 وتباع مع وجود الولد في ثمن رقبتها إن لم يكن غيرها .
 أما رقية أم الولد فلا إشكال فيها لعدم ما يوجب حرّيتها وإن منع بيعها لأن تنعتق بعدموت السيد من نصيب ولدها إن لم يف في زمان السيد ومع موت الولد لا مانع من بيعها لخروجها عن معرضة الانعتاق ، والأخبار المتعلقة بالمقام منها ما في الكافي عن أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل اشترى جارية يطؤها فولدت له ولد أفامات ولدها ، فقال : إن شاءوا باعوها في الدين الذي يكون على مولاهما من ثمنها وإن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه ^(١) » .
 وعن عمر بن يزيد ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : « سألت عن أم الولد تباع في الدين قال : نعم في ثمن رقبتها ^(٢) » .

وعن عمر بن يزيد في الصحيح قال : « قلت للصادق عليه السلام - كما في الكافي - أوقلت لأبي إبراهيم عليه السلام - كما في الفقيه - « أسألك؟ فقال : سل ؛ فقلت : لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال : في فكاك رقابهن ، قلت : وكيف ذلك؟ قال : أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤدِّ ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدِّى عنها أخذ أولدها منها وبيعت فأدِّى ثمنها ، قلت : فيبعت فيما سوى ذلك من الدين قال : لا ^(١) .

وفي الكافي عن يونس « في أم ولد ليس لها ولدات ولدها ومات عنها صاحبها ولم يعتقها هل يحل لأحد تزويجها؟ قال : لا هي أمة لا يحل لأحد تزويجها إلا بعثق من الورثة ، فإن كان لها ولد وليس على الميت دين فهي للولد وإذا ملكها الوالد فقد عتقت بملك ولدها لها وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها وتستسعى في بقية ثمنها ^(٢) .

وفي التهذيب عن أبي بصير قال : « سألت الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولدًا فمات ، فقال : إن شاء أن يبيعها باعها وإن مات مولاها وعليه دين قومت على ابنها فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ، ثم يجبر على قيمتها ، وإن مات ابنها قبل أمه يبعث في ميراث الورثة إن شاء الورثة ^(٣) .

وهذه الأخبار وإن لم يكن في إسناد بعضها تصحيح أو توثيق لكن الظاهر عمل أصحاب بضمونها ، فيظهر من صحيح عمر بن يزيد عدم جواز بيع أم الولد في غير ثمنها مع عدم وجود مال يؤدِّي الثمن ، و به يقيد إطلاق خبر عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام حيث يظهر منه جواز بيعها في ثمن رقبته ولو كان له مال غيرها ، ويشكل حيث إن عدم وجدان مال آخر يؤدِّي به ثمن رقبة أم الولد نادراً أو يكون الغالب خلافه فكيف بنحو القانون اجيب بالجواز ، فمن هذه الجهة ربما يقع التعارض بين الخبر والصحيح ويظهر من خبر يونس المروري في الكافي بيعها في بقية ثمنها ويظهر من الخبر المذكور جواز بيع أم الولد في ثمن رقبته حتى في زمان حياة السيد بالاختصاص بصورة موته

(١) الفقيه باب امهات الاولاد تحت رقم ٦ و الكافي ج ٦ ص ١٩٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ و التهذيب ج ٢ ص ٣١٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٣١٣ .

إلا أن يستشكل من جهة السند ، وأما الصحيح المذكور فلا إطلاق فيه للتعبير فيه بقوله عليه السلام « على المحكمي » ولم يدع من المال ما يؤدّي ثمنه ، حيث إن هذا التعبير يناسب ما بعد الموت .

وأما ما رواه في الكافي والفتية في الصحيح عن وهب بن عبدربه ، عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تزوج أم ولد له عبدالله ، ثم مات السيد ؟ قال : لا خيار لها على العبد هي مملوكة للورثة (١) » .

فلم يعمل الاصحاب بظاهره على أن الشيخ رواه عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تزوج عبداً له من أم ولد له ولاولدها من السيد ثم مات السيد - الخ » .
وظهر من خبر يونس المذكور اعتناق ام الولد بصيرورتها ملكاً لولدها بلا احتياج إلى إعتاقها من ناحية الولد .

وأما عدم وجوب السعي على الولد فلعدم الدليل عليه ولم يظهر من الأخبار المذكورة واحتمال كون لفظ « تستسعى » بالتاء في خبر يونس المذكور « يستسعى » بالياء بعيد مع كون المضبوط بالتاء .

ولو اشترى الأمة نسيئة ولم يترك ما يقوم بثمنها فلا شبهة أن العتق لا يبطل ولا يرق الولد ، وقيل تباع في ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بن سالم .
وأما البيع فإذا بيعت ذات البعل تخير المشتري في الإجازة والفسخ تخير أعلى الفور وكذا لو بيع العبد وتحتة أمة ، وكذا قيل : لو كان تحتة حرّة لرواية فيها ضعف .
ومحل الكلام في ما ذكره أولاً اشتراء الأمة مع كون ثمنها ديناً ثم تزوجها وجعل المهر عتقها ثم إيلادها ، فالمحكمي عن الشيخ وابني البراج والجنيد بيع الأمة في الدين وعود الولد بالرقيّة كأمة لرواية هشام بن سالم صحيحة عن الصادق عليه السلام في موضع من التهذيب (٢) وفي آخر (٣) عن أبي بصير عنه عليه السلام قال : « سئل وأنا حاضر

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٣ . والفتية باب أمهات الاولاد تحت رقم ٢ ، واللفظ له .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٣١١ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ٣٠٣ .

عن رجل باع من رجل جارية بكرة إلى سنة فلمّا قبضها المشتري اعتقها من الغد و تزوّجها وجعل مهرها عتقها ، ثمّ مات بعد ذلك بشهر ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : إن كان الذي اشتراها إلى سنة له مال أو عقدة تحيط بقضاء ماعليه من الدين في رقبته فإنّ عتقه ونكاحه جائز ، وإن لم يملك مالاّ أو عقدة تحيط بقضاء ماعليه من الدين في رقبته كان عتقه ونكاحه باطلاّ لأنّه عتق مالا يملك وأرى أنّها رقبته لمولاه الأول ، قيل له : وإن كانت عقلت من الذي أعتقها وتزوّجها ما حال ما في بطنها ؟ فقال : الذي في بطنها مع أمّه كهيتها .

قد استشكل في سند الرّواية من جهة اشتراك أبي بصير حيث إنّ هشام بن سالم تارة يروي عن الصادق عليه السلام وأخرى عن أبي بصير المشترك بين ليث المرادي و يحيى بن قاسم الاسدي والأوّل وإن كان ثقة إلا أنّ الثاني لادليل على توثيقه ، وثانياً يكون مضمونها مخالفاً للقواعد المسلمة فيشكل الأخذ بمضمونها بتخصيص القواعد المسلمة من وقوع التزويج والعتق من أهلها وفي محلها وحرّية الولد لنشوء بين حرّين فيتبعهما . وقال بعض الفقهاء : وقد ورد في رواياتنا أنّهم عليهم السلام أمرونا بعرض ما يرد علينا من أخبارهم بسائر أحكامهم ، ثمّ قبول ما وقفها وطرح ما خالفها .
وأمّا البيع فإنّ ما بيعت ذات البعل تخير المشتري في الفسخ و الإجازة للاخبار المستفيضة .

منها ما رواه في الكافي في الصحيح إلى الحسن بن زياد وهو مشترك بين الثقة وغيره قال « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية يطؤها قبله أن لها زوجاً قال : يطؤها وإنّ بيعها طلاقها وذلك أنّهما لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا ^(١) .
وعن عبد الرّحمن بن أبي عبد الله في الصحيح أو الحسن قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تباع ولها زوج فقال صفقتها طلاقها ^(٢) » .

وعن يزيد بن معاوية وبكير في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام قال : « من اشترى مملوكة لها زوج فإنّ بيعها طلاقها فإن شاء المشتري فرق بينهما

وإن شاء تركهما على نكاحهما (١) .

ومارواه في الكافي والفقيه عن ابن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال: «طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها ، وقال في الرجل يزوج أمته رجلاً حراً ثم يبيعها ، قال: هو فراق فيما بينهما إلا أن يشاء المشتري أن يدعهما (٢) .
فالأولى ترك نقل هذه الرواية .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن عبيد بن زرارة في الموثق قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن الناس يروون أن علياً صلوات الله عليه كتب إلى عامله بالمدائن أن يشتري له جارية فاشتراها وبعث بها وكتب إليه أن لها زوجاً؟ فكتب إليه علي عليه السلام أن يشتري بضعها ، فاشترها؟ فقال : كذبوا على علي عليه السلام أعلي يقول هذا (٣) .

ومارواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : «طلاق الأمة بيعها (٤) .

وما رواه في الفقيه عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني ، 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 ترك معه فليس له أن يفرق بينهما بعدما رضى ، قال : وإن يبع 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 (٥) .

ثم لا يخفى أن التعبير بأن يبيعها طلاقها لا يراد منه ظاهره بل المراد تخيير المشتري بين الفسخ والاجازة بقرينة الجمع بين الأمرين في بعض الاخبار المذكورة ، لكن الاقرب أن يكون الزوج ممنوعاً عن معاملة الزوجية قبل اختيار المشتري أحد الأمرين من الفسخ والامضاء الا أن يقال : لعله من قبيل المطلقة بالطلاق الرجعي حيث إن

(١) إلى (٣) الكافي ج ٥ ب ٤٨٣ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢١٠ .

(٣) المصدر باب طلاق المبتدحت رقم ١١ .

المرأة لم تخرج عن الزوجة ، ويؤيد هذا قوله عليه السلام في خبر أبي الصباح المذكور «إن شاء فرّق بينهما وإن شاء تركها معه ، حيث يظهر منه أنه بالتفريق يحصل الفراق ومع عدم التفريق من المشتري هما باقيان على نكاحهما .

و أما الفورية فلم يظهر وجهها من الأخبار المذكورة بل لا يبعد استفادة التراخي فإن هذه الأخبار يشمل ما وقع من بيع الأمة المزوجة ، والجهل بالفورية ليس عذراً فمع شمول دليل التخيير صورة وقوع بيع المزوجة يستفاد التراخي فلا حاجة إلى استصحاب الخيار حتى يستشكل جريانه من جهة دليل لزوم النكاح والأخذ بالقدر المتيقن في التخيير أو التقييد أو من جهة الاشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية .
نعم مقتضى بعض أخبار الباب مع الرضا بالعقد بقاء النكاح لا خيار ، هذا ولكن ادعى الاجماع على فورية الخيار .

وأما صورة تزويج العبد مع الأمة وبيعه فمقتضى رواية أبي الصباح الكناني فيها ثبوت الخيار للمشتري ويدل عليه أيضاً رواية الحسن بن زياد المذكورة .

وأما صورة تزويجه مع الحرّة فمقتضى ما ذكر أيضاً ثبوت الخيار لمشتري العبد مضافاً إلى خبر محمد بن عليّ ، عن أبي الحسن عليه السلام « إذا تزوّج المملوك حرّة فللمولى أن يفرّق بينهما فإن زوجه المولى حرّة فله أن يفرّق بينهما » ^(١) إذ ليس له التفريق إلا بالبيع حيث إن الطلاق بيد العبد على المعروف ولعل مراد المصنف قدس سره في قوله « لرواية فيها ضعف » هذا الخبر ولكنه لا يحتاج في الاستدلال إلى هذه الرواية بخصوصها .

❦ ولو كانا لمالك فباعهما لثنين فلكلّ منهما الخيار ، وكذا لو باع أحدهما لم يثبت العقد ما لم يرض كل واحد منهما . ويملك المولى المهر بالعقد . فإن دخل الزوج استقر ، ولا يسقط لو باع . أما لو باع قبل الدخول سقط . فإن أجاز المشتري كان المهر له لأن الإجازة كالعقد ❦ .

أما صورة كون العبد والأمة لمالك فباعهما لاثنين فلا اشكال ولا خلاف في ثبوت الخيار للمشتريين بمقتضى الأخبار المذكورة ، ويقع الاشكال في نحو اختيارهما نظير الاشكال في الخيار الموروث ، فظاهر المتن أن ثبوت العقد منوط برضى المشتريين فلو رضى أحدهما ولم يرض الآخر لم يثبت العقد فله الفسخ ويشكل من جهة أنه لم يحرز كون هذا الاختيار حقاً أو حكماً وعلى كلا التقديرين لادليل على قبول التجزئة فمع فسخهما لإشكال وكذا مع الإمضاء ، ومع الاختلاف لا يبعد التمسك بمادل على لزوم العقد وعدم حصول التفريق بفسخ أحدهما .

وأما صورة بيع أحد المملوكين فقد يقال فيها بثبوت الخيار للبايع والمشتري ، وإثباته لهما بالأخبار المذكورة مشكلاً فإن التعبير في الأخبار بأن يبيعها طلاقاً فسرت بتخيير المشتري بين الفسخ والإجازة إلا أن يتمسك بذيل رواية الحسن بن زياد أعني قوله فإنه لا يفسخ على المحكي "وذلك أنهما لا يقدران - النخ" بأن يقال كما أن الأمة لا تقدر على بقائها على الزوجة للعبد إلا باذن جديد كذلك العبد لا يقدر على بقائه على التزوج إلا باذن جديد لكن هذا مبني على شرطية بيع كل من الأمة والعبد في الحاجة إلى إذن جديد بالنسبة إلى العبد والأمة ، وأما إذا كان شرطية بيع كل منهما في حاجه خصوص البيع إلى اذن جديد ومن المعلوم أنه مع خروج المبيع عن سلطنة البايع من جهة البيع لا مدخلة لاذنه فيختص الخيار بالمشتري .

والمعروف ملكية المولى للمهر إذا تزوج أمته لأنه عوض البضع الذي هو ملك المولى فمع دخول الزوج استقر المهر و ثبت للمولى ولا يسقط بالبيع الواقع بعده سواء أجاز المشتري وسواء قبض البايع شيئاً من المهر أم لا ، والوجه فيه أن الدخول موجب لاستقرار المهر في الحرّة حتى لو طلق الزوج والحال هذه لم يسقط من المهر شيء فالبيع أولى ، وبالجملة قد ثبت بالأدلة استقرار المهر ، وسقوطه بالبيع يحتاج إلى دليل وليس فليس ، وإن كان البيع قبل الدخول فظاهرهم سقوط المهر وعدم استحقاق المولى له فإن أجاز المشتري 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

للبيع فيكون بمنزلة المرأة كما لو كان من قبلها ويمكن أن يقال لانسلم كون المهر في قبالة البيع ألا ترى أنه مع تزويج الصغيرة التي ليست قابلة للاستمتاع يجب المهر بموتها نصفه أو تمامه حسب اختلاف الرِّايات مع أنه ليس في قبالة شيء ، نعم مع استحقاق الأمة المهر يكون المولى مختاراً في التصرف فيه لكونه مالكاً لما يملك المملوك بنحو الطولية وتظهر الثمرة في صورة انعقاد المملوك وعدم تصرف المولى في المهر فعلى هذا يكون المهر ملكاً للمرأة المنعقدة ، هذا والظاهر أنه خلاف المشهور .

و أما ما ذكر من أنه إذا كان البيع قبل الدخول فظاهرهم عدم استحقاق المولى البايع للمهر الخ فوجهه أنه بعد ما كان الفسخ موجباً لكون العقد الواقع كأن لم يكن فسواء كان المهر عوضاً أو شرطاً خرج عن ملك من ملكه ولا يقاس المقام بالطلاق قبل الدخول أو الموت قبله ولا بالفسخ بعد الدخول لما دل في الطلاق والموت وصورة الدخول على استحقاق المهر وإن كان ظاهر ما دل على ثبوت المهر بالدخول ثبوته لما استعمل فرجها لا المالك ، وأما لو باع السيد قبل الدخول وأجاز المشتري فمقتضى القاعدة كون المهر للمولى الأوّل البايع لا المشتري لحصول الملكية بالعقد للمولى البايع على المشهور والمفروض إمضاء المشتري وما ذكر من أن الإجازة كالعقد لم يظهر وجهه .

﴿وأما الطلاق فإذا كانت زوجة العبد حرّة أو أمة لغير مولاه فالطلاق بيده وليس لمولاه إجباره ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق إلى المولى ولا يشترط لفظ الطلاق ﴾ .
أما صورة كون زوجة العبد حرّة أو أمة لغير مولاه بعدما كان التزوج باذن المولى ابتداءً أو استدامة ففيها الطلاق بيد العبد على المشهور للنبي « الطلاق بيد من أخذ بالساق » وخبر ليث المرادي « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه ؟ فقال : إن كان أمتك فلا ، إن الله عز وجل يقول « عبداً مملوكا لا يقدر على شيء » وإن كان من قوم آخرين أو حرّة جاز طلاقه ^(١) .

والكناني عنه أيضاً « إذا كان العبد وامرأته لرجل واحد فالمولى يأخذها إذا شاء وإذا شاء ردّها وقال : لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو وامرأته لرجل واحد إلا أن يكون

العبد لرجل والمرأة لرجل وتزوجها بإذن مولاه و إذن مولاهما فإن طلق وهو بهذه المنزلة فإن طارقه جائز (١) .

وخبر عبدالله بن سنان في الموثق عنه أيضاً « سألته عن رجل تزوج غلامه جارية حرّة فقال : «الطلاق بيد الغلام ، فإن تزوجها بغير إذن مولاه فالطلاق بيد المولى (٢) » .

وخبر أبي بصير «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يأذن لعبده أن يتزوج العرّة أو أمة قوم ، الطلاق إلى السيّد أو إلى العبد؟ قال : الطلاق إلى العبد (٣) » .

وعن عليّ بن يقطين في الموثق عن العبد الصالح عليه السلام قال : « سألته عن رجل تزوج غلامه جارية حرّة ، فقال : الطلاق بيد الغلام ، و سألته عن رجل تزوج أمته رجلاً حرّاً فقال : الطلاق بيد الحرّ (٤) » .

ومع كون الطلاق بيد العبد ليس للمولى إجباره إلا أن يقال : لا مانع من كون الطلاق بيد العبد للمولى إجباره على الطلاق كاجبار الحاكم المحتكر على بيع الطعام ، لكنّه لا دليل بالخصوص على جواز الإيجابار والمولوية والعبودية لا يقتضيان جواز الإيجابار في كلّ أمر .

وفي قبال هذه الأخبار ما يخالفها منها صحيح العجليّ عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام «في العبد المملوك ليس له طلاق إلا بإذن مولاه (٥)» .

وصحيح زرارة عنهما عليهما السلام أيضاً « المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيّده ، قلت : فإن كان السيّد زوجته بيد من الطلاق؟ قال : بيد السيّد « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » الشيء الطلاق (٦) » .

وصحيح البجليّ ، عن أبي إبراهيم عليه السلام « سألته عن الرجل يزوج عبده أمة ثمّ يبدوله فينتزعا منه بطيبة نفسه أيكون ذلك طلاقاً؟ قال : نعم لأنّ طلاق المولى

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢١٠ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٦) الفقيه باب طلاق العبد تحت رقم ٢ .

هو طلاقها ، ولا طلاق للعبد إلا باذن مولاه، (١) .

وصحيح العقروقي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سئل وأنا عنده أسمع من طلاق العبد قال : ليس له طلاق ولا نكاح أما تسمع الله يقول « عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » قال : لا يقدر على نكاح ولا طلاق إلا باذن مولاه ، (٢) .

ولا يخفى عدم إمكان الجمع بين الطائفتين و لعل الترجيح مع الطائفة الثانية لموافقة الكتاب .

وقد يرجح الطائفة الأولى من جهة الشهرة والأخصية ، أما الشهرة بحسب الفتوى فليست من المرجحات و أما الأخصية فلم أفهم كيف يكون مرجحة بل مع الأخصية يجمع بين الخاص العام بالتخصيص وهذا غير ممكن في المقام فإنه لا مجال لحمل الطائفة الثانية على خصوص تزوج العبد أمة المولى لأنه حمل للمطلق على الغير الغالب ، مضافاً إلى إباء خبر محمد بن علي عن أبي الحسن عليه السلام قال : « إذا تزوج المملوك حرّة فللمولى أن يفرق بينهما وإن زوجه المولى فله أن يفرق بينهما ، (٣) . و يظهر مما روى العياشي في تفسيره بسنده فيه عن الحسين بن زيد بن علي ، عن جعفر بن محمد عليه السلام قال : « علي بن أبي طالب عليه السلام يقول : ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، و يقول : للعبد لا طلاق ولا نكاح ذلك إلى سيده والناس يرون خلاف ذلك إذا أذن السيد لعبد لا يرون له أن يفرق بينهما ، خروج الطائفة الأولى مخرج التقيّة . و أما صورة كون الأمة لمولى العبد فلا إشكال فيها في إن الطلاق بيد المولى والطائفتان من الأخبار متطابقتان بل للمولى التفريق بغير الطلاق .

وبدل عليه صحيح ابن مسلم « سئل الباقر عليه السلام عن قول الله عز وجل « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكم » قال : هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمة فيقول : اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسه » (٤) .

(٢٥١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢١٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٠ والاستبصار ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٣) د د ص ٢١٢ والكافي ج ٥ ص ٤٨١ .

﴿ النظر الثاني في الملك و هو نوعان الأول ملك الرقبة ولا حصر في النكاح به
و إذا تزوج أمة حرمت عليه وطءاً و لمساً و نظراً بشهوة مادامت في العقد و ليس للمولى
انتزاعها ، ولو باعها تخييراً المشتري دونه ، ولا يحل لأحد الشريكين و طى المشتركة ،
و يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب و أبنائهم و بناتهم ﴾ .
لا خلاف في عدم انحصار النكاح بملك اليمين في عدد و يدل عليه صحيحة ابن
أذينة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت كم يحل من المتعة ؟ قال : فقال : هن بمنزلة
الإماء » (١) .

و حسنة إسماعيل بن الفضل ، عن أبي عبد الله عليه السلام فيما أخبر به ابن جريح في
أحكام المتعة قال : « ليس فيها وقت ولا عدد إنما هي بمنزلة الإماء » (٢) .
و في حديث أحمد بن محمد بن أبي نصر ، عن أبي الحسن عليه السلام في حديث المتعة
حكى زرارة عن أبي جعفر « إنما هي مثل الإماء يتزوج ما شاء » (٣) .
و الحكم المذكور مختص بالرجال ، أما النساء فإن الملك فيهن ليس طريقاً
إلى حل الوطى ، و روى ابن بابويه في الصحيح ، عن العلاء ، عن محمد بن مسلم عن أبي-
جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة مكنت نفسها عبداً لها أن يباع
بصغر منها و يحرم على كل مسلم أن يبيعها عبداً مدركاً بعد ذلك » (٤) .
و روى الكليني الرواية المذكورة بعينها و زاد فيها « أنها تضرب مائة و يضرب
العبد خمسين » (٥) .

و أما حرمة و طى المملوكة المزوجة و لمسها و النظر إليها بشهوة فلا خلاف فيها
و يدل عليها الأخبار منها خبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين
عليه السلام : عشر لا يجوز نكاحهن ولا غشيانهن - إلى أن عد منها - أمتك و لها

(٢٠١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ١٨٨ .

(٤) الفقيه باب احكام المالك والاماء من كتاب النكاح تحت رقم ١٧ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٩٣ .

زوج^١ ، و نحوه الآخر بزيادة « و هي تحته » (١) .

و خبر مسعدة بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام « يحرم من الإماء عشر - إلى أن قال : - ولا أمتك ولها زوج ولا أمتك و هي في عدة » (٢) .

و صحيح عبد الرحمن بن الحجّاج « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل زوج مملوكته عبده فتقوم عليه كما كانت عليه فرآه منكشفاً أو يراها على تلك الحال فكره ذلك وقال قد منعتني أن أزوج بعض خدمني غلامي لذلك » (٣) .

و صحيح عبيد عنه عليه السلام أيضاً « عن الرجل يزوج جاريته هل ينبغي له أن ترى عورته قال : لا و أنا أتقى ذلك من مملوكتي إذا زوجتها » (٤) .

و بعد تسلّم الحكم عند المتشرّعة لامجال للخدشة في دلالة الأخبار، ومع تزويج الأمة بغير عبده لا يجوز له انتزاعها لأنّ الطلاق ليس بيده ولو كان الزوج مملوكاً لغيره ليس الاختيار بيده ، و مع بيع الأمة يكون الخيار بيد المشتري كما سبق الكلام .

و أما عدم حلّية وطى أحد الشريكين فيدلّ عليه موثّق سماعة « سألت عن رجلين بينهما أمة فروّجاها من رجل ثمّ إنّ الرجل اشترى بعض السهمين قال : حرمت عليه بإشترائه إياها و ذلك أنّ بيعها طلاقها إلّا أن يشتريها من جميعهم » (٥) .

والمستفاد من هذا الموثّق أمران أحدهما بطلان التزويج من جهة اشترائه الجارية ، والثاني عدم كفاية ملكيّة بعض الجارية في حلّية وطىها ولا يبعد استفادة الحكم من الآية الشريفة « والذين هم لفروجهم حافظون إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » بدعوى أنّ الظاهر لزوم مملوكيّة الكلّ لا البعض .

و أما جواز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب و أبنائهم و بناتهم فادّعى

(٢٥٩) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ . والفتاوى المحمّدية تحت رقم ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٨٠ . والتهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٥٥ .

(٥) روى صدره الكليني ج ٥ ص ٤٨٢ وتمامه ٤٨٤ .

الإجماع عليه وعلل بأنهم فيء للمسلمين يجوز استنقازه بكل وجه فالملك المترتب عليه بالاستيلاء حقيقة لا بالابتياح ولازم هذا عدم جواز التصرف فيما أخذ الحربي من المسلم بمثل البيع لأنه ما صار ملكاً له فكيف يجوز أخذه منه ، نعم يمكن الاستدلال لفساد البيع بما دل على عدم تملك الأب لأبنائه وبناته لو كان البايع الأب أما لو كان البايع غير الأب أو كان زوجاً فلا إشكال من هذه الجهة فالأولى الاستدلال بالأخبار .
منها ما رواه الشيخ بإسناده عن ابن بكير عن عبدالله اللحام قال : « سألت أبا- عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري امرأة الرجل من أهل الشرك يتخذها أمة ؟ قال : لا بأس » (١) .

و ما رواه الشيخ عن عبد الله بن بكير عن عبدالله اللحام قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يشتري من أهل الشرك ابنته فيتخذها أمة ؟ قال : لا بأس » (٢) .
و ما رواه الشيخ عن إسماعيل بن الفضل قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سبي الأكراد إذا حاربوا و من حارب من المشركين هل يحل نكاحهم و شراؤهم ؟ قال : نعم » (٣) .

﴿ ولو ملك الأمة فأعتقها حل له وطيبها بالعقد وإن لم يستبرئها ولا تحل لغيره حتى تعتد كالحرّة و يملك الأب موطوءة ابنه و إن حرم عليه وطيبها و كذا الابن ﴾ .

أما جواز الوطى بالعقد بدون الاستبراء ففي بعض الكلمات لا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه الأخبار منها صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « في الرجل يشتري الجارية ، ثم يعتقها و يتزوجها هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رجمها ؟ قال : يستبرئ رجمها بحيضة ، قال : قلت : و إن وقع عليها ؟ قال : لا بأس » (٤) .

و نحوه خبر عبيد (٥) و أبي العباس (٦) عن الصادق عليه السلام و يستفاد من هذا

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٢ .

(٢) (٣٥٢)

(٣) (٦٥٥٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣٦١ .

الصحيح أفضلية الاستبراء كما ذكر في الشرايع .

و يمكن أن يقال مع العلم بوقوع الوطي المحترم لها يشكل الحكم بالجواز و لذا قيّد العلامة و غيره جواز الوطي بغير هذه الصورة مع إيجاب الاستبراء في هذه الصورة فإنّ المستفاد من تتبّع الأخبار لزوم الاستبراء ، و لذا اشتهر عدم اختصاص وجوب الاستبراء بمورد الأخبار الدالة عليه فيقيّد بما ذكر ما دلّ بإطلاقه على عدم وجوب الاستبراء .

و أما عدم الحليّة للغير بدون الاعتداد فيدلّ عليه صحيح زرارة « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق سريّة أله أن يتزوّجها بغير عدّة ؟ قال : نعم ، قلت : فغيره قال : لا حتى تعتدّ ثلاثة أشهر » (١) .

و نحوه الصحيح الآخر عنه عليه السلام لكن الظاهر تقييده بصورة عدم العلم بعدم الوطي ، و أما مع العلم بعدمه فلا مقتضى للاعتداد ، ومع الجهل وإن كان مقتضى الأصل عدم الوطي لكنّه يمكن إيجاب الاعتداد للاحتياط على خلاف الأصل .

و أما جواز تملك الأب موطوءة ابنه و بالعكس مع حرمة الوطي فلا إشكال فيه و قد مضى الكلام فيه في ضمن السبب الثالث في المصاهرة .

﴿ النوع الثاني ملك المنفعة و صيغته أن يقول : أحللت لك وطئها أو جعلتك في حلّ من وطئها . ولم يتعدّهما الشيخ واتسع آخرون بلفظ الإباحة ، و منع الجميع لفظ العارية ، و هل هو إباحة أو عقد ؟ قال علم الهدى : هو عقد متعة . و في تحليل أمة المملوكة تردّد ، و مساواته بالأجنبي أشبه ﴾ .

المعروف بين الأصحاب صحّة تحليل المولى وطي أمته لغيره قال ابن إدريس -- قدّس سرّه -- « إته جائز عند أكثر أصحابنا المحصلين وبه تواتر الأخبار - انتهى » . و من الأخبار الواردة في المقام ما رواه الكليني والشيخ - قدّس سرّاهما -- في الصحيح عن الفضيل بن يسار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك إن بعض

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ . و رواه الكليني ج ٥ ص ٤٧٦ من رواية الحلبي عنه

أصحابنا قد روى عنك أنك قلت : إذا أحلّ الرجل لأخيه جاريتته فهي له حلال ؟ فقال : نعم يا فضيل ، قلت له : فما تقول في رجل عنده جارية نفيسة وهي بكر أحلّ لأخيه مادون فرجها ألأن يقتضها؟ قال : لا ليس له إلا ما أحلّ له ولو أحلّ له قبله منها لم تحلّ له ما سوى ذلك ، قلت : رأيت إن أحلّ له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتضها؟ قال : لا ينبغي له ، قلت : فإن فعل أيكون زانياً؟ قال : لا ، ولكن يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشر قيمتها ، وزاد في الكافي «إن كانت بكرأ و إن لم تكن بكرأ فنصف عشر قيمتها - الحديث» (١) .

و ما رواه في الكافي عن أبي بصير - وهو مشترك - قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة أحلت لابنها فرج جاريتها؟ قال : له حلال - الحديث» (٢) .

و في الصحيح عن ضريس بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يحلّ لأخيه جاريتته وهي تخرج في حوائجه ، قال : هي له حلال» (٣) إلى غيرها .

و ظاهر الأخبار صحة التحليل بأي صيغة كانت بعد الفراغ عن عدم كفاية مجرد التراضي حيث ادعى على عدم الكفاية الإجماع ، وقد أجمعوا على الجواز بلفظ التحليل لأنه هو الوارد في النصوص فيصح بقوله : أحلت لك وطبي فلانة ، أو جعلتك في حلّ قاصداً به الإنشاء ، و اختلفوا في لفظ الإباحة و ينبغي الاحتياط كما مرّ الكلام فيه في صيغة النكاح و إن كان مقتضى الأخبار كفاية صدق التحليل باللفظ و لو لم يكن بصيغة الماضي أو كان بالجملة الاسميّة بعد المنع عن لفظ العارية .

وأما الكلام في أن التحليل هل هو إباحة أو عقد متعة؟ و بعبارة أخرى هل هو عقد نكاح أو عقد تمليك منفعة فهو من جهة أن المستفاد من الآية الشريفة «والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين و من ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون» و يمكن أن يقال : عمومات و إطلاقات الكتاب

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٤ . والكافي ج ٥ ص ٤٦٨ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٦٨ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ١٨٤ .

الكريم قابلة للتخصيص والتقييد ألا ترى قوله تعالى بعد ذكر المحرمات « وأحل لكم ما وراء ذلكم » قد خصص بالمحرمات المذكورة في الأخبار ويشكل اندراج المحللة له في ما ملكت أيما منهم فإن المحلل له ما يملك عين المملوكة وكيف يستفاد من تحليل مثلي التقييد واللمس والنظر بشهوة ملكية منافع المملوكة مع أن لازم هذا تفريم من حبس الجارية المملوكة بهذا المقدار ولا أظن أن يلتزم به ، وبعبارة أخرى أمثال ما ذكر لا تعد من منافع الجارية بل الوطني أيضاً غاية الأمر دل الدليل على العقر بنصف عشر القيمة أو العشر تبعداً .

وأما تحليل المالك أمته لعبده فيستفاد منه من صحيح علي بن يقطين أنه سئل الكاظم عليه السلام عن المملوك تحل له أن يطاء الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ؟ قال : لا تحل له ، (١) .

و يستفاد جوازه من خبر فضيل مولى راشد « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ملوأي في يدي مال فسألته أن يحل لي ما أشتري من الجواري ، فقال : إن كان يحل لك أن أحل لك فهو حلال ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : إن كان أحل لك جارية بعينها فهو لك حلال » وإن قال : اشتر منهن ما شئت فلا تطأمنهن شيئاً إلا ما يأمرك إلا جارية يراها فيقول هي لك حلال » وإن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدالك ، (٢) .

وقد تحمل صحيحة علي بن يقطين على التقييد لاعتضاد رواية الجواز بالأخبار الدالة على جواز تسري العبد الجواري بأذن المولى منها ما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألت عن المملوك كم يحل له أن يتزوج قال : حرّتان أو أربع إماء ، قال : ولا بأس إن كان في يده مال » وكان مأذوناً في التجارة أن يتسرى ما شاء من الجواري ويطأهن ، (٣) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٨٢ والاستبصار ج ٣ ص ١٢٨ .

(٢) د د د د

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٨ .

وما رواه في الكافي عن إسحاق بن عمار قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك يأذن له مولاه أن يشتري من ماله الجارية والثنتين والثلاث و رقيقه له حلال ؟ قال : يحد له حداً لا يجاوزه ، ^(١) .

وما رواه في الكافي والتهديب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا أذن الرجل لعبده أن يتسرى من ماله فإنه يشتري كم شاء بعد أن يكون قد أذن له ، ^(٢) .
ويمكن أن يقال : يشكل اعتضاد رواية الجواز بما ذكر من الأخبار فإن المال المذكور في الرواية الأولى إن كان للمولى فمجرد الإذن في التجارة لا يوجب حليّة وطى الجوارى وإن كان للعبد و كان مأذوناً في التجارة فلا ربط له بمقامنا ، والرواية الثانية يمكن أن يكون الضمير في من ماله الجارية راجعاً إلى المملوك فلا ربط له بمقامنا و يقرب هذا الاحتمال أنه لا مجال لاحتمال حليّة الجارية بمجرد الإذن للمملوك في الإشتراء حتى يحتاج إلى السؤال و على فرض الرجوع إلى المولى يشكل الاكتفاء في التحليل بهذا النحو كان يقول : اشتر جارية و أحلت لك وطبها بل المستفاد من رواية الفضيل المذكورة لزوم التعيين .

و مما ذكر ظهر الإشكال في الاستفادة من الرواية الثالثة نعم لا يبعد حمل صحيح ابن يقطين المذكور على التقيّة لأن المنع مذهب العامة كما قالوا .

❖ و لو ملكت بعض الأمة فأحلته نفسها لم يصحّ و في تحليل الشريك تردّد الوجه المنع ، و يستبيح ما يتناوله اللفظ ، فلو أحلّ التقبيل اقتصر عليه وكذا اللمس لكن لو أحلّ الوطى حلّ له مادونه ❖ .

أمّا عدم الصّحة في صورة ملكيّة بعض الأمة و إحلالها نفسها فلما رواه الكلينيّ والشيخ في باب السراري وملك الأيمان في الصحيح عن الحسن بن محبوب ، عن عليّ بن رثاب ، عن محمد بن قيس قال : سألت أبا جعفر عليه السلام . ورواه الصدوق في الصحيح أيضاً عن الحسن بن محبوب عن ابن رثاب ، عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن

جارية بين رجلين دبّرا جميعاً ، ثمّ أحلّ أحدهما فرجها الشريكه ؟ قال : هي له حلالٌ وأيّهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّاً من قبل الذي مات و نصفها مدبّرة ، قلت : رأيت إن أراد الباقي منهما أن يمسه أله ذلك ؟ قال : لا إلا أن يشبث عنقها ويتزوَّجها برضا منها متى ما أراد ، قلت : له أليس قد صار نصفها حرّاً وقد ملكت نصف فرجها والنصف الآخر الباقي منهما ؟ قال : بلى ، قلت : فإن هي جعلت مولاه في حلٍّ من فرجها وأحلّت ذلك له ؟ قال : لا يجوز له ذلك ، قلت : لم لا يجوز لها ذلك وكيف أجزت للذي له نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه منها ؟ قال : لأنّ الحرّة لا تحلّ فرجها ولا تعيره ولا تحلله ولكن لها من نفسها يوم وللي الذي دبّرها يوم ، فإن أحبّ أن يتزوَّجها متعة بشيء في ذلك اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتع منها بشيء قلّ أو أكثر ، (١) .

وهذا الصحيح دليل على صحّة تحليل الشريك ولعلّ المنع من جهة ضعف السند بنظرهم لكنّه بعد ملاحظة صحّة السند كما في الحدائق لا مانع من العمل به .

و أمّا استباحة ما يتناوله اللفظ بل ما يشهد الحال بدخوله تحته في الإرادة على حسب غيره من العقود والاقتران فلا صلة الحرمة في ملك الغير بل أصالة الحرمة في النساء ، فلو أحلّ التقبيل اقتصر عليه وكذا اللمس ، لكن لو أحلّ الوطى حلّ له ما دونه للفهم العرفي المؤيد بقول الصادق عليه السلام في خبر ابن عطية « إذا أحلّ الرجل للرجل من جاريته قبله لم يحلّ له غيرها ، وإن أحلّ له الفرج حلّ له جميعها » (٢) إلا أن يصرّح بالمنع فيما زاد على ما يتوقف عليه الوطى ومعه يقتصر عليه أيضاً بطلاق النصوص الدالة على أنّه ليس له إلا ما أحلّ له ، فعن فضيل بن يسار « قلت لأبي - عبدالله عليه السلام : جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت : إذا أحلّ الرجل جاريته فهي له حلال ، فقال : نعم يا فضيل ، قلت : فما تقول في رجل عنده جارية له نفيسة وهي بكر أحلّ لأخيه ما دون فرجها أله أن يفتنّها ؟ قال : لا ليس له إلا ما أحلّ له منها ولو أحلّ له قبله منها لم يحلّ له ما سوى ذلك ، قلت : رأيت إن أحلّ

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ . والتهذيب ج ٢ ص ١٨٥ و ٣٠٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٤ والكافي ج ٥ ص ٤٧٠ .

له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتضحها ؟ قال : لا ينبغي له ذلك ، قلت : فإن فعل يكون زانياً ؟ قال : لا ولكن يكون خائناً ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرأ وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها ، ^(١) .

و في خبر هشام بن سالم و حفص بن البختری عن أبي عبدالله عليه السلام : « في الرءجل يقول لامراته أحلمي لي جاريتك فإني أكره أن تراني منكشفاً فتحلها له ، قال : لا تحل له منها إلا ذاك وليس له أن يمستها ولا أن يطئها » ^(٢) إلى غير ما ذكر .

و يمكن أن يقال : خبر ابن عطية المذكور مع فرض تماميته من حيث السند مخصص للأخبار الدالة على الاقتصار ولا بعد في التخصيص ألا ترى أنه في خبر فضيل لم يحكم بكونه زانياً مع أنه لم يحلل له إلا أنه لا يشمل صورة التصريح بالمنع .

ولو أحل الخدمة لم يتعرض للوطى و كذا لا يستبيح بتحليل الوطى ، وولد المحللة حرٌّ فإن شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الأب وإن لم يشترط ففي إزامه قيمة الولد روايتان أشهرهما أنها لا تلزم ، ولا بأس أن يطأ الأمة وفي البيت غيره ، وأن ينام بين الأمتين ، و بكره في الحرائر ، و كذا يكره وطى الفاجرة و من ولدت من الزنا .

مقتضى القاعدة والأخبار الاقتصار بما أحل المولى فمع إحلاله لخصوص الخدمة ليس لمن أحل له الخدمة التجاوز ، كما أنه مع تحليل الوطى ليس له الاستخدام لأنه تصرف في ملك الغير بدون إذن المالك ، و خبر ابن عطية ظاهر فيما يكون مرتبطاً بالوطى من مقدّماته .

وولد المحللة حرٌّ مع حرية من أحلت له وبدل عليه عموم الأخبار الدالة على تبعية الولد للحر من الأبوين وخصوص صحيح زرارة قال للباقر عليه السلام : « الرءجل يحل أخيه جاريتة قال : لا بأس به قال : قلت : فإنها جاءت بولد ، قال : ينضم إليه ولده ويرد الجارية إلى صاحبها ، قلت : إنه لم يأذن له في ذلك ؟ قال : إنه قد أذن له وهو لا يأمن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ و التهذيب ج ٢ ص ١٨٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٨٤ .

أن يكون ذلك ^(١) ، ونحوه الصحيح الآخر والصحيح أو الحسن « الرجل يحلُّ جاريتَه لأخيه وحرَّةٌ أحلَّت جاريتها لأخيها ؟ قال : يحلُّ له من ذلك ما أحلَّ له ، قلت : فجاءت بولد ؟ قال : يلحق بالحرِّ من أبويه ^(٢) . »

ثم إنَّه لا خلاف ظاهرأ في أنه مع شرط الحرِّية للولد لا سيَّـب على الأب ومع عدم الشرط حكى عن الشيخ - قدس سره - يجب على أبيه فكَّه بالقيمة والمشهور أنه لا يجب ويدلُّ على قول الشيخ صحيح يونس بن عبد الملك « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يحلُّ لأخيه فرج جاريتَه وهي تخرج في حوائجِه قال : هو له حلال ، قلت : فإن جاءت بولد منه ما يصنع به ؟ فقال : هو لمولى الجارية إلا أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين أحلَّها له إن جاءت بولد فهو حرٌّ ، قلت : فيملك ولده ؟ قال : إن كان له مالٌ اشتراه بالقيمة ^(٣) . »

وصحيح الحسن بن زياد العطار سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج ، فقال لا بأس ، قلت : فإن كانت أتت منه بولد ؟ فقال : لصاحب الجارية إلا أن يشترط عليه ^(٤) .
ورواية إبراهيم بن عبد الحميد ، عن أبي الحسن عليه السلام « في امرأة قالت لرجل : فرج جاريتي لك حلالٌ ، فوطئها فولدت ولداً ؟ قال : يقوِّم الولد عليه ^(٥) . »

ثم لا يخفى التعارض بين الأخبار ولا مجال للجمع بحمل الأخبار السابقة على صورة الاشتراط كما لا يخفى والشهرة بحسب الفتوى لا تكون مرجحة ولا يبعد ترجيح الأخبار السابقة من جهة الموافقة مع الأخبار الدالة على حرِّية الولد بين الحرِّ والمملوك ، وتلك الأخبار وإن كانت أكثرها في مورد التزويج لكن بعضها مطلق ومافيه السؤال الراجع

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٨٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٨٥ والاستبصار ج ٣ ص ١٣٩ .

(٣) ص ١٣٩ .

(٤) ص ١٣٨ و ١٤١ .

(٥) ص ١٤٠ .

إلى التزويج يمكن فيه الأخذ باطلاق الجواب بناء على أن وجود القدر المتيقن في
التخاطب لا يضر بالاطلاق .

وأما جواز وطى الأمة وفي البيت غيره فيدل عليه صحيح ابن أبي يعفور عن
الصادق عليه السلام « في الرجل ينكح الجارية من جواريه و معه في البيت من يرى ذلك و
يسمعه ؟ قال : لا بأس ^(١) » .

ولعل نظر السائل إلى الكراهة وإلا فمن المقطوع عدم الحرمة ولا يبعد خفة
الكراهة في مورد السؤال بملاحظة ماورد من النهي عن الوطى وفي البيت صبي . والخبر
« لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريته وفي البيت صبي ^(٢) » .

وأما جواز أن ينام بين أمتين فلمرسل ابن أبي نجران « ان أبا الحسن عليه السلام كان
ينام بين جارتين ^(٣) » .

والمشهور كراهته بين الحرّتين ولم يظهر وجهها سوى الشهرة بين الأصحاب مع
أن في الخبر « لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين والحرّتين إنما نساؤكم بمنزلة
اللب ^(٤) » .

وأما كراهة وطى الفاجرة ومن ولدت من الزنا فاستدل عليها بمخالفة ظاهر الآية
الشريفة « الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك » وخبر الحلبي عن الصادق عليه السلام « سألته
عن الرجل يكون له الخادم ولذناً عليه جناح أن يطأها ؟ قال : لا وإن تنزّه عن ذلك
فهو أحب إلي ^(٥) » .

و يلحق بالنكاح النظر في أمور خمسة الأول في العيوب والبحث في أقسامها و

(١) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٩ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٦٠ و التهذيب ج ٢ ص ٢٤٩ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ .

أحكامها: عيوب الرُّجل أربعة: الجنون، والنخاء، والعنن، والجُبُّ* .
 أما الجنون فلا خلاف في كونه من عيوب الرُّجل في الجملة ويدلُّ عليه ما رواه
 المشايخ الثلاثة عن عليِّ بن أبي حمزة قال: «سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن المرأة يكون لها زوج
 وقد أُصيب في عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون فقال: لها أن تنزع نفسها منه إن
 شاعت^(١)»، قال في الفقيه بعد أن أورد هذه الرواية: «و روي في خبر آخر إن بلغ
 الجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرَّق بينهما وإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة
 معه فقد ابتليت^(٢)» .

و ادعى الإجماع على أن الجنون قبل العقد موجب للخيار للمرأة سواء كان
 بحدًّا لا يعرف أوقات الصلاة أولاً وعلى هذا يختصُّ التفصيل بصورة عروض الجنون بعد
 العقد كما هو المستفاد ممَّا عن الفقه الرُّضوي حيث قال عليه السلام على المحكي «إذا تزوج
 رجلٌ فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرَّق بينهما فإن عرف
 أوقات الصلاة فلتصبر المرأة فقد ابتليت» .

وقد يقال: إن اختصاص هذا التفصيل بما إذا تجدد الجنون بعد العقد إنما يستقيم
 فيما إذا كان الدليل على الفسخ به مطلقاً في السابق والمقارن هو الإجماع وأما لو كان
 الدليل عليه هو إطلاق صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن رجل يتزوج إلى
 قوم فأذا امرأته عوراء ولم يبيِّنوا له؟ قال: عليه السلام: لا يردُّ إنما يردُّ النكاح من البرص
 والجذام والجنون والعقل - الخبر»^(٣) أو كان الدليل رواية عليِّ بن أبي حمزة التي رواها
 المشايخ الثلاثة المذكورة فلا رجة لاختصاص التفصيل بالمتجدد بل يعمُّ السابق والمقارن
 ثمَّ وجه دلالة هذه الرواية مع أن السؤال فيها عن الجنون العارض بعد العقد بمناسبة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥١ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ . والفقيه في كتاب الطلاق

باب الشقاق تحت رقم ٣ .

(٢) المصدر باب الشقاق تحت رقم ٤ .

(٣) الفقيه باب ما يرد منه النكاح تحت رقم ٤ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ و الاستبصار

ج ٣ ص ٢٤٧ . والكافي ج ٥ ص ٤٠٦ .

الحكم والموضوع فإنها قرينة على أن المراد من الجنون هو المطلق الشامل للسابق والمقارن أيضاً وإن التقييد بما بعد العقد إنما هو لعدم صحة العقد في حال الجنون فيما كان العاقد هو المجنون وندرة وقوعه في هذا الحال لو كان العاقد هو الولي فالتقييد بما بعد العقد محمول على الغالب فلا يكون تقييداً في أصل الحكم ولا في موضوعه سيما مع وقوعه في كلام السائل لا الإمام وضعف السند منجبر برواية المشايخ الثلاثة وكون الرواية معمولاً بها بين الأصحاب .

ويمكن أن يقال لا مجال لاستفادة الإطلاق من جهة المناسبة المذكورة لأن المناسبة تقتضي عدم الفرق بين الجنون البالغ إلى الحد المذكور وغير البالغ فكما قيّد بملاحظة المرسل بالحد المذكور تعبيراً أمكن التقييد بما بعد العقد تعبيراً ، وعدم الإطلاق كاف فلانحتاج إلى التمسك بالمحكى عن الفقه الرضوي حتى يستشكل من جهة عدم إحراز انتسابه إلى الرضا صلوات الله عليه .

وأما الاستدلال بصحيفة الحلبي المتقدمة للإطلاق فيشكل من جهة احتمال ما فيه من قوله عنه على المحكي « لا يرد إنما يرد » - الخ ، مفرداً بالصيغة المبني للفاعل فيرجع الضمير إلى الرضا جل لا بصيغته المبني للمفعول حتى يؤخذ بإطلاقه ، ثم إن ظاهر الأصحاب الاتفاق على أن هذا الخيار على الفور ولعله من جهة كونه على خلاف الأصل أعني أصالة لزوم من جهة عموم «أوفوا بالعقود» ومادل على أن عقد النكاح لا يقبل الإقالة ولا يصح جعل الخيار فيه فيجب الاقتصار على القدر المتيقن فلو علمت بالعيب ولم تتبادر بالفسخ سقط خيارها والتأخير من جهة الجهل بالموضوع أو الحكم صريح جماعة بعدم إسقاطه للخيار ، واستشكل بأن الخيار حق واقعي لا يدور مدار العلم والجهل وهو في الواقع لا يخلو عن كونه معمولاً إما على نحو الفورية أو نحو الإطلاق إن الإهمال بحسب الواقع لا يتصور فلو كان في الواقع مطلقاً فكيف يحكم بلزوم العقد بمجرد علمها بالعيب والخيار ولو كان مقيداً فكيف يحكم ببقائه مع الجهل مع أن القول بالفورية واختصاصه بمقدار التمكن مستلزم إما للدور أو الجمع بين اللحاظين لأن التمكن من أعمال الخيار يتوقف على العلم بالموضوع والحكم العيب والخيار

فلا بدّ من تقييد الخيار بما بعد حصول العلم بهما فإن كان المراد التقييد بهما ثبوتاً يلزم الدّور وإن كان المراد التقييد بذلك بقاء بحيث يكون وجوده بقاء مغيثي بما بعد حصول العلم يلزم أن يكون العلم بالحكم مأخوذاً في غاية الحكم وهو مستلزم للجمع بين اللّحاظين لحاظ إنشاء الحكم ولحاظ الفراغ عنه في إنشاء واحد لأنّ العلم بالحكم يتوقّف على الفراغ عن إنشائه فإذا أخذ العلم به غاية له في مرحلة الإينشاء لزم الجمع بين لحاظ إنشاء الحكم ولحاظ الفراغ عنه .

ثمّ تفصّل عن هذا الإشكال بما ذكر في فوريّة خيار الغبن من أنّ الجعل والإينشاء وإن تعلق واقعاً بالخيار مجرّداً عن ملاحظة الزّمان ولم يكن الزّمان ملحوظاً فيه في مقام الجعل لا ينحو الإطلاق ولا ينحو التقييد بمقدار التمكن من الاعمال لكنّه لما كان موضوعه معنوياً بعنوان كان عدم مبادرة ذي الخيار بأعماله بالفسخ مع علمه بالخيار والغبن موجباً لسقوط تلك الخصوصيّة والعنوان .

توضيح ذلك أنّ عموم «أوفوا بالعقود» وشموله للبيع الغبنيّ لما كان مستلزماً للزومه على الغابن وكان لزومه عليه موجباً لتضرّره جعل الشارع حقّ الخيار بدليل لا ضرر لثلاث يقع في الضرر من قبل حكم الشارع بلزوم العقد فالموضوع الضرر الآتي من قبل الشارع لولا حكمه بالخيار ومن المعلوم أنّ هذا الموضوع لا يقتضي ثبوت الخيار إلّا في مقدار من الزّمان يتمكّن فيه من دفع الضرر بالفسخ ، وأمّا ثبوته في الزّائد عليه فهذا الموضوع لا يقتضي بالنسبة إليه فيقال في المقام إنّ الظاهر من قوله عَلَيْهِ في خبر علي بن حمزة «إن تنزع نفسها منه» هو أنّها حيث ابتليت بهذه البليّة ولم يتمكّن من التخلص جعل لها الخيار فالموضوع الذي حكم عليه بالخيار هي المرأة العاجزة ومن المعلوم أنّها بعد علمها بثبوت الخيار لها لو تسامحت ولم تبادر إلى الفسخ لا يكون عجزها مستنداً إلّا إليها ، وإن أبيت مع ذلك عن تخصيص هذا الخيار بخصوص الزّمان الأوّل من جهة بطلان دليله وعدم ما يوجب تخصيصه لأنّ مجرّد تأخيرها إعمال الخيار ليس رضاً منها بالعقد مطلقاً كي يوجب استناد العجز عن التخلص إليها في الزّمان الثاني فنقول : إنّ من قيام الإجماع على لزوم العقد فيما لو أخبرت الفسخ مع علمها بالعيب والخيار نستكشف

أن من مسقطات هذا الخيار هو الرضا بالعقد ولو في آن ما ، ويمكن أن يقال : ما ذكر أن القدر المتيقن الخيار على الفور لم يظهر وجهه فإن المتيقن جواز الرد من جهة العيب وهذا حق كالخيارات في البيع أو حكم كجواز الرجوع في الهبة لا يظهر من الأخبار شيء منهما و ثبوته في الجملة لا يوجب كونه بعد العقد بلا فصل خصوصاً مع ملاحظة السؤال عما وقع حيث إنه بعد السؤال والجواب وبلوغ الحكم إلى المرأة للمرأة أن تنزع نفسها منه كما في خبر علي بن أبي حمزة وليس الجهل عنداً لأنه مع الجهل لم يستند الابتلاء والتضرر بسقوط الحق أو انتفاء الحكم من جهة التأخير إلى الشارع بل هو مستند إلى الجهل وعدم تعلم الحكم ، وما ذكر من أنه إن كان المراد التقييد بذلك بقاء بحيث يكون وجوده بقاء النخ الظاهر أنه لا مجال لذكر هذا في المقام لأن هذا لا مانع منه في مثل الاستصحاب حيث إنه إذا ثبت حكم في الجملة فلا مانع من إنشاء حكم آخر موجب لاستمرار ذلك الحكم ظاهراً عند القائلين بحجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية ، وأما الحكم الواقعي في مقام الثبوت إما مطلقاً أو مقيداً وفي المقام لا يلتزم القائل باستمرار الحكم إلى زمان العلم بالموضوع والحكم بكون الحكم ظاهرياً . وما ذكر من أن الظاهر من قوله عليه السلام في خبر علي بن أبي حمزة لها أن تنزع نفسها النخ يشكل من جهة أن عنوان الابتلاء والتضرر لم يذكر في هذه الرواية لابنحو القيدية ولا بنحو التعليل وإن أمكن كون الحكمة واقفاً ما ذكر والمذكور في كلام الفقيه و روى في خبر آخر النخ وما ذكر أخيراً من أنه يستكشف أن من مسقطات هذا الخيار هو الرضا النخ يشكل من جهة أنه لم يظهر من الأخبار ثبوت الخيار بمعنى الحق الساقط بالرضا وثانياً بمجرد عدم المبادرة بالفسخ بعد العلم بالموضوع والحكم لا يتحقق الرضا آنأما لأنه كثيراً يتردد ذوالخيار مدّة مديدة في الفسخ والإمضاء بالعقد ولم يتحقق الرضا آنأما فإن تحقق الإجماع على ما ذكر فلا إشكال وإلا يشكل .

ولو ادعت المرأة وأنكره الزوج فهل يعتبر الفورية في الفسخ أو يجوز لها التأخير إلى أن يثبت العيب عند الحاكم فإذا ثبت اختارت الفسخ فوراً ، قد يقال فيه وجهان بل قولان ناشتان من أن مع علمها بالعيب والخيار يكون تأخيرها للفسخ موجباً

لاستناد العجز إليها أورهاها بالعقد فيما قبل ثبوت العيب عند الحاكم ومن أن مجرد علمها بالعيب والخيار ، مع عدم ترتب الأثر على فسخها ظاهراً قبل ثبوت العيب لا يوجب سقوط الخيار بالتأخير ضرورة أن تأخيرها للفسخ حينئذ لا يوجب استناد العجز إليها ولا يكشف عن رضا بالعقد فيما قبل ثبوت العيب .

ويمكن أن يقال : ما ذكر للوجه الثاني لا يتم ، لا يمكن إنشاء الفسخ وإشهاد عدلين عليه ثم بعد رفع الأمر إلى الحاكم يشهد الشاهدان بذلك فيثبت كونها خلية عن الزوج من حين الفسخ وقبل حكم الحاكم أيضاً هي خلية بينها وبين الله وإنما المحتاج إلى حكم الحاكم سائر الناس إن لم يعلموا بفسخها ، وهكذا الكلام في الفسخ في غير المقام مع كونه موقتاً .

و أما الخصاص بمعنى إخراج الانثيين فالمشهور بين الأصحاب أنه من العيوب الموجبة لتسلط المرأة على الفسخ واستدله عليه لجملة من الأخبار منها ما رواه المشايخ الثلاثة في الموثوق عن عبد الله بن بكير عن أبيه عن أحدهما عليهما السلام « في خصي دكس نفسه لا امرأة مسلمة فتزوجها ؟ قال : فقال : يفرق بينهما إن شاعت المرأة و يوجع رأسه و إن رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه » (١) .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن سماعة في الموثوق عن أبي عبد الله عليه السلام « أن خصياً دكس نفسه لا امرأة قال : يفرق بينهما و تأخذ المرأة صداقها و يوجع ظهره كما دكس نفسه » (٢) .

و ما رواه في التهذيب عن عبد الله بن مسكان في الصحيح قال : « بعثت بمسئلة مع ابن أعين قلت : سله عن خصي دكس نفسه لامرأة فدخل بها فوجدته خصياً قال : يفرق بينهما و يوجع ظهره ويكون لهما المهر بدخوله عليها » (٣) .

و ما رواه الحميري في كتاب « قرب الاسناد » عن علي بن جعفر ، عن أخيه موسى

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) د د د د ٤١١ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ٢٣٤ .

ابن جعفر عليه السلام قال : « سألته عن خصي دأس نفسه لا امرأة ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره و يفرق بينهما ، و عليه المهر كاملاً إن دخل بها ، و إن لم يدخل بها فعليه نصف المهر » (١) .

و قد ذهب بعض الأصحاب كما في المبسوط والمختلف إلى أن الخصاء ليس بعيب لأن الخصي يقدر على الإيلاج و عدم إنزاله ليس بعيب و إنما العيب عدم الوطى ، و لعله لما في جميع النصوص من الاشتغال على التدليس فيحتمل أن يكون خيارها من جهته لا من حيث كون الخصاء عيباً و تظهر الثمرة فيما إذا لم يدأس نفسه لها بأن اعتقد أنها تعلم بالحال أو جهل بكونه خصياً فإنه ليس لها الخيار فيها بناء على كونه من جهة التدليس و يكون لها الخيار فيها بناء على كونه من جهة الخصاء .

و قد يقال : إن الظاهر من قولهم عليه السلام « و يوجع ظهره كما دأس نفسه » هو أن الخيار من جهة الخصاء و إجماع الظهر بالضرب بإزاء التدليس لأن الخيار والايلاج كليهما من جهة التدليس ، و يمكن أن يقال ظاهر هذا الكلام حمل الكاف في الخبر على التعليل و هو محل الكلام عند النحويين حيث إن القائل به يتمسك بمثل قوله تعالى « و اذكروه كما هداكم » و الأكثر حملوا الكاف على التشبيه و على فرض التسليم لامانع من كون التدليس علة لأمرين الخيار و إجماع الظهر نظير الاستثناء عقيب الجمل المتعددة مع الرجوع إلى الجمل لا إلى خصوص الجملة الأخيرة ، و ما ذكر من الثمرة يشكل من جهة أنه بناء على كون الخيار من جهة الخصاء لامن جهة التدليس المستفاد من الأخبار المذكورة ثبوت الخيار في صورة التدليس ، و أما مع عدم التدليس فلا دليل على ثبوت الخيار ، و بعد مدخلية التدليس يقع الاشكال فيما يتحقق به التدليس وأنه مجرد عدم إخباره بعيبه أو يعتبر إظهاره عدم العيب ولا يبعد كفاية عدم الإظهار نظير تعريف البايع متاعه المعيب للبيع مع كون العيب غير ظاهر ، و القدر المنصوص صورة كون العيب سابقاً على العقد بل لا يتحقق التدليس في غير هذه الصورة ، فالخصاء بعد

العقد لادليل على ثبوت الخيار به .

وأما العنن المفسر بالمرض الذي يضعف معه القوة الناشئة للعضو بحيث لا يقدر على الايلاج فلا إشكال في كونه من العيوب الموجبة لثبوت الخيار للزوجة والأخبار الواردة في المقام مختلفة بحسب الإطلاق والتقييد منها صحيحة أبي بصير « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أتفارقه؟ قال: نعم إن شئت » (١) .
وصحيحة الكناني « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أبداً أتفارقه؟ قال: نعم ، إن شئت » (٢) .

ومنها ما دل على ثبوته إذا لم يقع عليها دفعة واحدة كخبر غياث عن أبي عبد الله عليه السلام « في العنن إذا علم أنه لا يأتي النساء فرّق بينهما فإذا وقع عليها دفعة لم يفرّق بينهما والرجل لا يرد من عيب » (٣) ،

وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام « قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأة مرة واحدة ثم أخذ عنها فلا خيار لها » (٤) .

ومنها ما دل على ثبوته بعد انتظار سنة كصحيحة ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « العنن يترتب به سنة ثم إن شئت امرأته تزوّجت وإن شئت أقامت » (٥) .

ومنها ما دل على ثبوته فيما إذا لم يقدر على إتيان غيرها من النساء أيضاً كملوثق عن أبي عبد الله عليه السلام إنه « 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

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ . والكافي ج ٥ ص ٤١٠ وفيه « عباد » مكان « غياث » .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ . و التأخير حبس السواحر

ازواجهن عن غيرهن من النساء .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٩ .

على إتيان غيرها فلا بأس بإسماها» (١).

ومنها ما دلَّ على ثبوته بعد مضيَّ سنة من يوم مراعاة المرأة إلى الحاكم كرواية الحسين بن علوان ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن عليّ عليه السلام « كان يقضي في العنين أنه يؤجل سنة من يوم مراعاة المرأة » (٢).

ومنها ما دلَّ على ثبوته فيما إذا علم أنه لا يأتي النساء كخبر عبدالله بن الحسين عن عليّ بن جعفر ، عن أخيه عليه السلام قال « سألت عن عنين دكس نفسه لا مرأته ما حاله؟ قال : عليه المهر ويفرق بينهما إذا علم أنه لا يأتي النساء » (٣).

وقد يقال : إن القيود المذكورة باختلافها يمكن أن يكون اعتبارها لأجل طريقيتها إلى تحقق العنن كما يؤيده ما دلَّ على ثبوت الخيار بمجرد العلم بأنه لا يأتي النساء ويمكن اعتبارها على وجه الموضوعية ، وحيث إن ثبوت الخيار يكون على خلاف الأصل يجب الاقتصار في الخروج عنه على القدر المتيقن وهو ما إذا لم يقع عليها أصلاً ولو مرة ولم يقدر على إتيان غيرها من النساء ، ومضيَّ سنة من يوم مراعتها إلى الحاكم .

ويمكن أن يقال : أما احتمال الطريقية فبعيد من جهة أن السؤال في غير واحد من الأخبار المذكورة عن صورة تحقق العنن .

وأما احتمال القيدية للموضوع فهو مستبعد للزوم حمل صحيحة أبي بصير وصحيحة الكناني وخبر عبدالله بن الحسين على صورة غير غالبية مع أن الظاهر أن مورد السؤال في هذه الأخبار ليس بنحو الفرض حتى يقال : مطلقات قابلة للتقييد بل الظاهر السؤال عن قضية شخصية فالظاهر وقوع التعارض فلا بد من الترجيح أو التخصير .

ثم إنه لو اختلف الزوج والزوجة في أصل العيب فهل القول قولها أو القول

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) قرب الإسناد ص ٥٠ .

(٣) المصدر أيضاً ص ١٠٨ .

قول الرّجل ؟ قد يقال : فيه تردّد من أصالة عدم قدرته على إتيان النساء قبل بلوغه و من أصالة الصحة بمعنى عدم خروجه عمّا هو مقتضى طبعه من القدرة على إتيان النساء عند البلوغ .

و يمكن أن يقال : أصالة الصحة والسلامة مقدّمة ألا ترى أنّه يجوز معاملة الرّجال في أموالهم مع الشكّ في الرّشد مع أنّهم قبل البلوغ غير متمّصين بالرّشد، ولا ينافي هذا مع لزوم الامتحان و الابتلاء قبل البلوغ أو بعده لدفع الولي المال الذي عنده إلى المولّي عليه كما لا يخفى .

و أمّا الجبّ بمعنى عدم الآلة أو مقدار الحشفة فالمشهور أنّه من العيوب الموجبة لثبوت الخيار و قد تردّد المصنّف - قدّس سرّه - في الشرايع من جهة عدم ورود نصّ فيه بالخصوص ، واستدلّ للمشهور بإطلاق صحيحتي أبي بصير والكناني المتقدّمين في العنن الدّألتين على ثبوت الخيار بعدم القدرة على الجماع فإنّ عدم القدرة تارة يكون لضعف القوّة و أخرى من جهة عدم العضو و بفحوى أدلّة الخضاء والعنن .

و استشكل في الاطلاق المذكور بأنّ عدم القدرة على الوطى من إعدام الملكات فليس هو عدم القدرة مطلقاً و في الفحوى بأنّ المراد بالفحوى و مفهوم الموافقة هو أن تكون القضية مسوقة لبيان المفهوم وكان هو المقصود بالأصالة منها وكان المنطوق مقصوداً بالتبع وليست أدلّة الخضاء والعنن من هذا القبيل إلاّ أن يكون المراد بالفحوى الأوليّة القطعيّة أو الاطمينانيّة فلا بدّ من اعتبار ما هو معتبر في الخضاء والعنن من القيود والشروط .

و يمكن أن يقال : لا مانع من صدق عدم القدرة مع الجبّ إن فسّر بفقدان الآلة كما يصدق الأعمى على من قلعت عينه و إن خفي صدقه على من كان فاقداً للعين بالخلقة .

و أمّا دعوى القطع فلا تخلو عن الاشكال ألا ترى أنّه مع ممنوعيّة الزّوج عن ملاقة الزّوجة كما لو كان محبوساً مادام الحياة لا يثبت الخيار بل لا بدّ من التفريق

بالطلاق فمع صدق عدم القدرة لا يبعد التمسك بإطلاق الصحيحين لولم يستشكل من أن المتيقن في السؤال والجواب صورة عدم القدرة من جهة الضعف و عدم انتشار الآلة لا صورة فقدان الآلة .

﴿ و عيوب المرأة سبعة : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والقرن ، والإفشاء ، والعمى ، والاقعاد ﴾ .

أما الجنون الذي هو عبارة عن فساد العقل فلا خلاف نصاً وفتوى في كونه بأقسامه موجباً لخيار الزوج في صورة سبقه على العقد .

و أما المقارن والمتجدد بعد العقد فقد يستشكل في ثبوت الخيار به بدعوى أن الأخبار الواردة في المقام لا إطلاق لها و لننقل الأخبار .

فمنها ما رواه في الصحيح أو الحسن عن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل تزوج إلى قوم فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال : يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل » (١) .

و الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال في الرجل تزوج إلى قوم فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال : لا ترد و إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل ، قلت : أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحل من فرجها و يغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها » (٢) .

و ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل » (٣) .

و يمكن أن يقال : دعوى عدم الإطلاق في هذه الأخبار مشكلة خصوصاً مع ملاحظة الخبر الثاني حيث تعرض فيه لاستحقاق المهر مع الدخول و غرامة الولي ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٧ .

إلا أن يقال : هذا قرينة على سبق العيب .

و منها ما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المرأة تردُّ من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا » (١) .

و هذا الخبر كيف يقال فيه بعدم الاطلاق مع التعرُّض للتفصيل بين الوقوع عليها

و عدمه .

و أمّا الجذام الذي عرف بأنه مرض سوداوي يوجب تناثر اللحم و سقوط بعض الأطراف كالأنف فلا خلاف ظاهراً في كونه موجباً لثبوت الخيار للزواج مطلقاً ، وقد تكرر ذكره في الأخبار المذكورة .

و أمّا البرص فلا خلاف نصّاً و فتوى في كونه موجباً للخيار ، وقد وقع الخلاف في حقيقته و أنه خصوص البياض الظاهر في ظاهر البدن لفساد المزاج أو الأعم منه و من السواد فالمذكور في كلمات جملة من الأصحاب والمصنّح به في القاموس أنه بياض يظهر في ظاهر البدن . و قال في المسالك : إنه مرض معروف يحدث في البدن يغيّر لونه إلى السواد أو إلى البياض و في المجمع « البرص لون مختلطٌ حمرة و بياضاً أو غيرهما ولا يحصل إلا من فساد المزاج ، و خلل في الطبيعة » .

وقد يستظهر من دعاء أمير المؤمنين صلوات الله عليه على أنس لما لم يشهد بخبر الغدير و قال : أنا ناس فدعا عليه ببياض لا يواريه العمامة أن البرص خصوص البياض حيث إن الظاهر أن مراده عليه السلام من البياض ليس إلا المرض المعروف و يقال : إن القدر المتيقن منه خصوص البياض فلا اعتبار بالسواد الذي يظهر على ظاهر البدن و يمكن أن يقال : مع معرفيّة البرص عند الأطباء والناس و عدّهم البياض المختلط بالسواد والحمرة برصاً بشكل التخصيص بالبياض ، و دعاء أمير المؤمنين صلوات الله عليه لم يظهر منه التخصيص كما لا يخفى وكيف كان لا اعتبار بالبهق الذي يشترك مع البرص ويفترق عنه بأن البرص غائر في اللحم إلى العظم بخلاف البهق فإنه كما قيل في سطح

الجلد خاصة ويتميزان بأن يغرز في الموضع إبرة فأخرج منه الدم فهو بهق وإلا فهو برص .

وأما القرن بسكون الراء وفتحها الذي يعبر عنه بالعفل وهو الظاهر من كلمات كثير من اللغويين ويشهد به تفسير أحدهما الآخر في بعض الأخبار كصحيحة عبد الرحمن ابن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام المذكورة ، و صحيحته الأخرى عنه عليه السلام أيضاً «الرجل إذا تزوج المرأة فوجد بها قرناً وهو العفل أو بياضاً أو جذماً يردّها ما لم يدخل بها»^(١) فلا خلاف فتوى ونصاً في كونه من العيوب التي بها يردّ الزوج ، ووقع الخلاف بين الأصحاب في أنه هل هو شيء من قبل المرأة يشبه ادرة الرجل التي هي عبارة عن انتفاخ الخصلتين أو هو عظم كالسنّ يكون في باطن القبل يمنع من الوطى أو أنه لحم ينبت في باطن القبل ؟ وقد يقال : الذي يسهل الخطب هو إمكان دعوى القطع بمشاركة كل من العظم واللحم النابتين في الباطن و اللحم الخارج من القبل في الحكم من جهة مناسبة الحكم والموضوع حيث يستفاد من جهتها أن العلة للحكم هو المنع عن الوطى كما يشعر بذلك صحيحة أبي الصلاح الكناني قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال عليه السلام : هذه لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها - الخبر^(٢) . ويمكن أن يقال : دعوى القطع مشكلة لا يمكن الفرق بين ما ذكر لسهولة العلاج وصعوبته إلا أن يقال : الظاهر أن الناس مع عدم إطلاعهم على ما هو شأن الأطباء إذا أطلعوا على وجود ما يمنع من الوطى يعبرون بوجود القرن .

وأما الإفضاء الذي هو عبارة عن صيرورة المسلمين واحداً فلا خلاف في كونه عيباً تردّ به المرأة ويدلّ عليه صحيحة الحدّاء عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة من وليّها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها ، قال : فقال عليه السلام : إذا دكست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمغضاة و من كان بهازمانة ظاهرة فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق^(٣) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٨ والكافي ج ٥ ص ٢٠٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٠٨ .

ولقائل المناقشة في دلالة هذه الصحيحة من جهة احتمال كون الخيار من جهة التديس وذلك لذكر من كان بها الزمانة فإن الزمانة ليست من العيوب الموجبة للرد وقد ذكر هذه الاحتمال سابقاً في الخصاء .

وأما العمى فالمشهور أنه من العيوب الموجبة للخيار ويبدل عليه صحيفة داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء قال : ترد على وليها وإن كان بها زمانة لا يراها الرجل أجزيت شهادة النساء عليها ^(١) » .

وموثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : « ترد البرصاء والعمياء والعرجاء . وزاد في الفقيه « الجذماء » ^(٢) .

وأما الإقعاد فاختلف كلمات الأصحاب فيها وقد يقوي كون مطلق العرج من العيوب الموجبة للخيار سواء كان بيناً أو غير بين إلا إذا كان غير بين على وجه لا يعد بيناً عرفاً .

وذلك لإطلاق صحيفة داود بن سرحان وموثقة محمد بن مسلم المذكورتين . وتوهم أن الرأيتين وإن كانتا مطلقتين إلا أن قوله عليه السلام في صحيفة داود « وإن كان بهازمانة - الخ » ظاهر في إناطة الرد بالزمانة التي تؤدي إلى الإقعاد فيدل بالمفهوم على عدم الرد إلا بالعيب المقعد فيقيد بمفهومه ظهور الرأيتين في الرد بالمرج مطلقاً مدفوع بأن ظهور قوله عليه السلام « وإن كان بهازمانة - الخ » في ذلك مبني على القول بالمفهوم للوصف وهو ممنوع سيما في الوصف الغير المعتمد على الموصوف .

ويمكن أن يقال : لاجابة إلى القول بالمفهوم بمعنى الانتفاء عند الانتفاء بل يكفي كون الوصف للاحتراز والمدخلية في الحكم من غير فرق بين كون الوصف معتمداً على الوصف أو غير معتمد .

ومافي الخبر من شهاده النساء تدل على موضوعية الوصف فإنه مع عدم المدخلية

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ و ٢٣٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤٥ .

في الحكم وعدم الأثر ما الفائدة في الشهادة . واستشكل في الاستدلال بالرّوايتين المذكورتين من جهة معارضتهما مع ما دلّ على حصر العيب في الأربعة المشهورة أعني الجذام والبرص والجنون والعقل كصحيحة الحلبيّ السابقة ، ورواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام : سألته عن رجل تزوّج امرأة فعلم بعد ما تزوّجها أنّها قد كانت زنت قال : إن شاء زوجها أخذ الصادق ممّن تزوّجها ، ولها الصادق بما استحلّ من فرجها وإن شاء تركها ، قال : وتردّ المرأة من العقل والبرص والجذام والجنون وأمّا ما سوى ذلك فلا (١) .

وأجيب بأنّ هذا الإشكال لا يختصّ بالمقام بل يأتي بالنسبة إلى غيره ممّا سوى هذه الأربعة من الإفضاء والعمى فلا بدّ إمّا من حمل الحصر في الرّوايتين على الإضافي بدعوى أنّ القائل حيث توهم أنّ مطلق العيب في المرأة موجب للخيار ولذا سئل عن العوراء في الصحيحة وعن الزّانية في الرّواية حصر الإمام عليه السلام موجبات الخيار في الأربعة للدّلالة على أنّ مطلق العيب لا يكون موجباً للخيار . وأمّا من حمل مفهوم الحصر وهو المنع عن الرّدّ بغير الأربعة على مطلق المرجوحية لكيلا ينافي جواز الرّدّ بغيرها من العيوب الثلاثة : الإفضاء والعمى والعرج على كراهة .

ويمكن أن يقال : يشكّل ما ذكر من جهة عدم مساعدة العرف على الجمع بين المذكورين بل بنظر العرف يقع المعارضة بين ما دلّ على الحصر وما دلّ على ثبوت الخيار ، ثمّ إنّ عدّة في بعض الرّوايات كصحيحتي داود بن سرحان والحدّاء المذكورتين الزّمانة من العيوب كما حكى عن الصدوق - قدّس سرّه - لكنّ الأصحاب لم يعدّوها من العيوب الموجبة للخيار وقد يوجّه بوجه لا يساعد عليه العرف .

❖ وفي الرّفق تردّد أشبهه بثبوتها عيباً لأنّه يمنع الوطئ ولا تردّد بالعور ولا بالنزنا ولوحدت فيه ، ولا بالعرج على الأشبه ❖ .

قد سبق الكلام في القرن أنّه مع وجود ما يمنع المجامعة يعبّر بالقرن فيقوى

ثبوت الخيار بالرتق .

وأما عدم ثبوت الخيار بالعمور والبالزنا فلما دل على الحصر في غيرهما وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام « في الرجل يتزوج الأمة إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال : لا ترد^(١) » .

وأما رواية عبدالرحمن المذكورة الظاهرة في الخيار للزنا والمرسل الحاكي لقول علي صلوات الله عليه في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها يفرق بينهما ولا صداق لها لأن الحدث كان من قبلها^(٢)، وغيرهما مما يظهر منه ثبوت الخيار بالزنا فالأصحاب لم يعملوا بها .

وأما العرج الغير البالغ إلى حد الإقعاد فقد سبق الكلام فيه والإشكال في ثبوت الخيار بالعرج مطلقاً .

﴿ وأما الأحكام فمسائل : الأولى : لا يفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول وفي المتجدد بعد العقد تردّد عدى العنن . وقيل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لأوقات الصلاة وإن تجدد . الثانية : الخيار فيه على الفور وكذا في تدليس ﴾ .

الظاهر عدم الخلاف نصاً وفتوى في أن العيوب الحادثة قبل العقد موجبة لثبوت الخيار وادعى عدم الإشكال في أن العيوب المتجددة بعد العقد والوطي لا يثبت بها الخيار والإشكال في المتجددة بعد العقد وقبل الوطي ، وقد يقال : ظاهر أكثر النصوص وصراحة بعضها ثبوت الخيار في السابق على العقد كقوله في خبر عبدالرحمن « تزوج امرأة فوجد بها قرناً » وفي خبر الحدّاء « تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً » وفي خبري الحسن ابن صالح والكناني « تزوج امرأة » وفي خبر غياث « تزوج امرأة فوجد بها برصاً » و في خبر ابن مسلم « من تزوج امرأة فيها عيب دأسته » وفي خبر رفاعة « تزوجها وليها وهي برصاء » وأما باقي النصوص فليس فيها ما يكون لها إطلاق يعم المتجدد بعد

(١) تقدم عن الكافي .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ .

العقد بل هي في مقام تعداد العيوب الموجبة للفسخ نعم لا يبعد التمسك لإثباته بالمتجدد بالاستصحاب التعليقي بأن يقال : إن هذا العيب لو كان قبل العقد لكان موجباً للخيار والآن كما كان ، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب لزوم العقد الثابت قبل حدوث العيب كما لا يخفى .

و يمكن أن يقال : لانسلم ظهور جميع الأخبار المذكورة في سبق العيب على العقد فإن قوله في خبر عبدالرحمن «فوجد بها قرناً» وقوله في خبر الحداء «فوجد بها عيباً» لم يظهر منهما كون القرن والعيب قبل التزوج لا يمكن كون العيب في الفصل بين التزوج و ورود الزوجة على الزوج ، فإذا كان السؤال عما وقع وأجيب بالجواب المذكور بدون الاستفصال والفرقة بين كون العيب سابقاً على العقد وكونه بعد العقد قبل الوجود على الزوج يشمل الجواب المذكور صورة تحقق العيب بعد العقد .

وأما الاستصحاب التعليقي المذكور فهو مبني على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية وحكومته على استصحاب لزوم العقد وكلاهما محل إشكال وقد سبق الكلام في العنن وكذا في تقييد جنون الرجل بكونه لا يعرف أوقات الصلاة وفي كون الخيار على الفور .

الثالثة : الفسخ فيه ليس طلاقاً فلا يطرد فيه تنصيف المهر ، الرابعة : لا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم ، ويفتقر في العنن بضرب الأجل ، الخامسة : إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر ، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدكس ، وإذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر إلا في العنن ولو كان بعده فلها المسمى ، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر .

لإشكال في أن الفسخ ليس طلاقاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق ولا شروطه فلا يطرد فيه تنصيف المهر ولا يبعد من الثلث وثبوت نصف المهر للدليل .

وأما عدم افتقار الفسخ بالعيوب إلى الحاكم فلا طلاق الأدلة ، نعم مع ثبوت العنن يفتقر إلى الحاكم لضرب الأجل بناء على لزوم المراجعة إلى الحاكم وقد سبق الكلام فيه ، نعم من ينكر إطلاق الأدلة لابد له من اعتبار كل ما يحتمل مدخليته في الفسخ .

وأما عدم استحقاق الزوجة المهر إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا إن حقيقة الفسخ حل العقد وجعله كأن لم يكن فلا وجه لاستحقاق المهر ، وبعد الدخول لها المسمى بما استحل من فرجها ، ووجه تعيين المسمى ظهور الأخبار فلاحظ ما في الصحيح أو الحسن عن الحلبي المذكور في عيوب المرأة « قلت : أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحل من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها^(١) » فان الظاهر أن اللام في « لها المهر بما استحل من فرجها » للعهد الذكري وكذا سائر الأخبار ولولا الأخبار كان مقتضى القاعدة لزوم مهر المثل .

وأما الرجوع إلى المدلس فيدل عليه الأخبار ومنها الصحيح أو الحسن عن الحلبي المذكور وفيه « ويغرم وليها الذي أنكحها » .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب عن رفاعة قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود والمحدودة 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 استحل من فرجها وأن المهر على الذي زوجها وإنما صار المهر عليه لأنه دلسها ، ولو أن رجلاً تزوج امرأة قد زوجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذ منها^(٢) » .

ومنها صحيح الحداء في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعدما دخل بها ، قال : فقال : إذا دكست العفلاء و البرصاء والمجنونة والمفضاة أو من كان بها زمانة ظاهرة فإنتها ترد إلى 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 شيئاً مما أخذت منه فهو له وإن لم يصب شيئاً فلا شيء له قال : وتعتد منه عدة المطلقة إن كان قد دخل بها وإن لم

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

يكن دخل بها فلاعدة ولا مهر لها (١) .

ثم إن الظاهر أن المراد من التدليس في المقام عدم إظهار العيب مع العلم لاخصيص إظهار عدم العيب و الصحة مع وجوده كما هو المستفاد من الأخبار المذكورة وبعبارة كان الأصل في النكاح اللزوم وعدم جواز الفسخ من جهة غير العيوب المنصوصة فليس المقام كالبيع وغيره من المعاملات بحيث لو شرط وصف كمال وبان خلافه من جهة التدليس جاز للمشروط له الفسخ، بل الخيار في موارد مخصوصة ويتعدى عن العيوب المذكورة إلى غيرها منها ما إذا تزوج امرأة على شرط أنها حرة أو بوصف أنها حرة فبانت أمة فالمشهور أنه صح العقد فيما إذا كان بائناً سيدها أو إجازته وكان الزوج ممن يجوز له نكاح الإماء لا إطلاق الأدلة وأن له الفسخ ولو دخل بها للعموم «المؤمنون عند شروطهم» لمنع دلالة على ثبوت الخيار أو لا وكونه مخصصاً بما دل عليه النص من عدم رد النكاح بشيء غير العيوب المنصوصة ثانياً ، بل لخصوص ما دل على ثبوت الخيار بالتدليس بمثل ذلك كصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دكست نفسها ؟ قال عليه السلام : إن كان الذي زوجها إتياء من غير موالها فالنكاح فاسد ، قلت : كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه قال عليه السلام : إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، وإن كان زوجها إتياء ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ولموالها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرًا وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها - الخبر (٢) .

وقد يقرب دلالة هذا الصحيح على الصحة وثبوت الخيار للتدليس بأن الظاهر من قوله عليه السلام على المحكي « وإن كان زوجها إتياء ولي لها - الخ » .

بقريئة مقابلته لقوله عليه السلام في الصدر « إن كان الذي زوجها إتياء من غير موالها فالنكاح فاسد » هو صحة نكاحها فيما كان المنكح لها من موالها ورجوع الزوج بعد الفسخ بما اغترمه عوض البضع من المهر على وليها الذي أنكحها ، غاية الأمر عبر

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ صَاحِبَةِ النِّكَاحِ وَ ثُبُوتِ الْفَسْخِ لِلزَّوْجِ بِإِذْنِهَا مِنْ اسْتِحْقَاقِهَا لِلْمَهْرِ وَ رُجُوعِ الزَّوْجِ بَعْدَ الْفَسْخِ بِمَا اغْتَرَمَهُ مِنَ الْمَهْرِ عَلَى وَلِيِّهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا وَ لَا يَبْنَى فِي هَذَا مَعَ لُزُومِ الْعَشْرِ أَوْ نِصْفِ الْعَشْرِ لِلْمَوْلَى لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِلتَّعَبُّدِ لِثَلَاثٍ يَكُونُ وَطِيئَهَا مِنْ دُونِ عَوْضٍ يَعُودُ إِلَى مَوَالِيهَا .

وَيُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ : لِأَظْهَرِ لِلصَّحِيحِ الْمَذْكُورِ فِي الصَّحَّةِ وَ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْوَلِيَّ الْمَذْكُورَ فِيهِ غَيْرَ الْمَوْلَى بَلِ الْوَلِيُّ الْعَرَفِيُّ ، وَمَنْ أَوْكَلَتِ الْأُمَّةُ أَمْرَهَا إِلَيْهِ لِلتَّزْوِيجِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى وَلَا ظَهْرٌ فِي مَقَابِلِهِ ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا إِيَّاهُ وَلِيِّهَا ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى الْمُحْكَمِيِّ فِي الصَّدْرِ « إِنْ كَانَ الَّذِي زَوَّجَهَا إِيَّاهُ مِنْ غَيْرِ مَوَالِيهَا فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ بَلْ لَعَلَّهُ فِي مَقَابِلَةِ وَقُوعِ التَّزْوِيجِ بِدُونِ الْإِذْنِ وَ بِدُونِ الْوَلِيِّ وَ التَّعَرُّضُ لِصُورَةِ تَزْوِيجِ الْوَلِيِّ لِأَخْذِ مَا اغْتَرَمَ الزَّوْجُ مِنْهُ وَ يَشْهَدُ لِهَذَا أَنَّهُ مِنَ الْمُسْلِمِ أَنَّ الْمَهْرَ فِي صُورَةِ الْإِذْنِ مِنَ الْمَوْلَى رَاجِعٌ إِلَى الْمَوْلَى لَا إِلَى الْأُمَّةِ فَكَيْفَ يَجْمَعُ بَيْنَ الْمَهْرِ وَ الْعَقْرِ الْعَشْرِ أَوْ نِصْفِ الْعَشْرِ ، وَ لَا مَجَالَ لِرُجُوعِ مَا ذَكَرَ فِي الصَّحِيحِ مِنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى الْمُحْكَمِيِّ « وَ لِمَوَالِيهَا عَلَيْهِ عَشْرُ قِيمَتِهَا - إِنْ خَرَجَ إِلَى الصَّدْرِ لِأَنَّ هَذَا مِنْ قِبَلِ إِرْجَاعِ الْاسْتِنَاءِ الْوَاقِعِ عَقِيبَ الْجَمَلِ الْمُتَعَدِّةِ إِلَى غَيْرِ الْجَمَلَةِ الْأَخِيرَةِ .

وَ مِنْهَا مَا لَوْ تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ بِرَجُلٍ عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ فَبَانَ مَمْلُوكًا مَا ذُوِنَا مِنَ الْمَوْلَى فَلَهَا الْخِيَارُ سِوَاءِ دَخَلَتْ بِهَا أَمْ لَا وَ لَا مَهْرَ لَهَا لَوْ فَسَخَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ وَ لَهَا الْمَسْمُومَةُ لَوْ فَسَخَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ لَكِنَّهَا تَرْجِعُ بِهِ عَلَى السَّيِّدِ لِأَنَّ مَهْرَ الْعَبْدِ الْمَأْنُونِ عَلَى سَيِّدِهِ . وَ يَنْدَلُ عَلَى مَا ذَكَرَ صَحِيحٌ تَحَدُّثُ بِنِ مَسْلَمٍ « سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ تَزَوَّجَتِ مَمْلُوكًا عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ فَعَلِمَتْ بَعْدَ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، قَالَ : هِيَ أَمْلِكُ بِنَفْسِهَا إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ مَعَهُ وَ إِنْ شَاءَتْ فَلَا فَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الصَّدَاقُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلَيْسَ لَهَا شَيْءٌ ^(١) .

وَ أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَا ذُوِنَا مِنَ الْمَوْلَى لَمْ يَكُنِ الْخِيَارُ بِيَدِهَا لِأَنَّ الْعَقْدَ مُتَوَقِّفًا عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى فَلَا مَعْنَى لِلْخِيَارِ ، وَ مِنْهَا مَا إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ وَ شَرَطَ كَوْنَهَا بِكْرًا

(١) التَّهْذِيبُ ج ٢ ص ٢٣٣ وَ الْكَافِيُّ ج ٥ ص ٤١٠ .

فوجدتها ثيباً و ثبت بإقرارها أو بالبيّنة أنّها كانت كذلك قبل العقد فالمشهور أنّ له الفسخ و استدللّ لهم مضافاً إلى عموم « المؤمنون عند شروطهم » بمفهوم خبر القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام « في الرّجل يتزوّج المرأة على أنّها بكرٌ فيجدها ثيباً أيجوز أن يقيم عليها ؟ قال عليه السلام : قد تفقّ البكر من المركب ومن النزوة » ^(١) بدعوى أنّه ظاهر في أنّه لو احتمل تجدّد الثيبوبة بسبب خفيّ من النزوة و غيرها لم يكن له الفسخ فيدلّ بمفهومه على ثبوت الفسخ مع عدم احتمال ما ذكر .

و قد يورد عليه بأنّ « المؤمنون عند شروطهم » لا دلالة فيه على الخيار و على تقدير الدلالة مخصّص بمادّلّ على عدم ردّ النكاح بشيء غير العيوب المخصوصة ، و أمّا خبر القاسم فالظاهر من قول السائل فيه أيجوز أن يقيم عليها هو أنّه توهم حرمة القيام معها أو كونه زاحزاة فسأل الإمام عن جواز القيام معها ، و أمّا احتمال كون السؤال عن ثبوت الفسخ فبعيد .

و يمكن أن يقال : الجواز تارة يراد منه ما يقابل الحرمة والكراهة و أخرى يراد منه النفوذ كما يقال متى يجوز أمر الغلام فمع احتمال كلام السائل لكلّ من المعنيين يكون الجواب ما يناسب كليهما .

و أمّا صورة فسخ المرأة فمع كون الفسخ فيها قبل الدخول لا مهر لها لعدم ما يوجبها و لو كان بعد الدخول فلها المسمى لكن في الفسخ من جهة العنن لها نصف المهر و يدلّ عليه صحيحة أبي حمزة قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إذا تزوّج الرّجل المرأة الثيب التي قد تزوّجت زوجاً غيره فزعمت أنّه لم يقربها منذ دخل بها فإنّ القول في ذلك قول الرّجل ، وعليه أن يحلف بأنّه قد جامعها لأنّها المدّعية ، قال : فإنّ تزوّجها و هي بكر فزعمت أنّه لم يصل إليها فإنّ مثل هذا يعرفه النساء فلينظر إليها من يوثق به منهنّ فإذا ذكرت أنّها عذراء فعلى الإمام أن يؤجّله سنة فإن وصل إليها و إلّا فرّق بينهما و أعطيت نصف الصداق و لا عدّة عليها » ^(٢) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

و مع الدخول تستحق المرأة المهر لاستحلال الفرج و مقتضى القاعدة الرجوع إلى مهر المثل إلا أنه دلّ الدليل على استحقاق المهر المسمى في بعض الأخبار و إن لم يكن الدليل عاماً و في جميع موارد الفسخ لكنّه ادعى عدم الخلاف عند الأكثر و إن أشكل الجزم به .

وأما ثبوت المهر مع الخلوة لو فسخت بالخضاء مع التعزير فهو المعروف و استدلت عليه بما رواه الشيخ في الصحيح عن ابن مسكان قال : « بعثت بمسألة مع ابن أعين قلت : سلّه عن خصي قد دلس نفسه لامرأة و دخل بها فوجدته خصياً ؟ قال : يفرّق بينهما و يوجع ظهره و يكون لها المهر بدخوله عليها » (١) .

و عن سماعة في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام « أن خصياً دلس نفسه لامرأة ، فقال : يفرّق بينهما و تأخذ المرأة منه صداقها و يوجع ظهره كما دأس نفسه » (٢) . ولا يخفى أن الصحيح المذكور مجمل حيث إن ما فيه من قوله « دخل بها » يظهر منه كون المرأة مدخولاً بها و يظهر من قوله « لها المهر بدخوله عليها » كفاية الخلوة . و يظهر من الموثق المذكور ثبوت المهر بالفسخ ولو مع عدم الخلوة لكن يظهر من رواية عبدالله بن جعفر الحميري الثقة الجليل في كتاب قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : « سألت عن خصي دلس نفسه لامرأة ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره و يفرّق بينهما و عليه المهر كاملاً إن دخل بها و إن لم يدخل فعليه نصف المهر » (٣) التفصيل بين الدخول و عدم الدخول و ثبوت تمام المهر المسمى بالدخول مع الفسخ و نصف المهر مع عدمه و لا مانع من الأخذ به و لعله خلاف المشهور .

السادة : لو ادّعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه و مع ثبوته يثبت لها الخيار و لو كان متجداً إذا عجز عن وطئها قبلاً و دبراً ، و عن وطئ غيرها ولو ادّعى

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣١١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٣) المصدر ص ١٠٨ .

الوطي فأنكرت فالقول قوله مع يمينه . السابعة : إن صبرت مع العنن فلا بحث و إن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع ، فإن عجز عنها و عن غيرها فلها الفسخ و نصف المهر .

لو ادّعت المرأة عنن الزوج فالمعروف أن القول قول الرجل لأصالة السلامة فإن العنن خلاف السلامة و هي مقدّمة على أصالة عدم قدرته على المباشرة استحجاباً لعدم القدرة قبل البلوغ و وجه تعميم ثبوت الخيار حتى مع التجدد بعد العقد إطلاق الأخبار بعد التقييد بالعجز عن الوطي قبلاً و دبراً و عن غيرها ، و قد سبق الكلام في ما ذكر .

و أما أن القول قوله لو ادّعى الوطي فقد يتمسك له بإطلاق صحيح أبي حمزة « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول « إذا تزوّج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوّجت غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها فإن القول في ذلك قول الرجل و عليه أن يحلف بأنه قد جامعها لأنّها المدّعية ، قال : فإن تزوّجها و هي بكر فزعمت أنه لم يصل إليها فإن مثل ذلك يعرفه النساء فلينظر إليها من يوثق به منهن » فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنة و إن وصل إليها وإلا فرّق بينهما و أعطيت نصف المهر و لا عدّة عليها » (١) .

و استشكل صاحب المسالك - قدّس سرّه - في الاستدلال بهذا الصحيح لمقامنا هذا بأن محلّ البحث ما إذا ثبت عننه و مورد الرّواية دعواها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك و قبول قوله هنا واضح لموافقة قوله أصل السلامة بخلاف موضع النزاع لتحقق العيب فهو فيه المدّعى لزوال ما كان قد ثبت ، و أوجب بظهور الصحيح في أن مورد الخلاف في الوطي و عدمه الشامل بإطلاقه محلّ النزاع و قد جعلها المدّعية فيه مع موافقة قولها لأصالة عدم وطيها و مخالفة قوله لذلك ، و يمكن أن يقال يشكّل شمول الصحيح صورة ثبوت العنن للتعليل بأنّها مدّعية ، و لعلّ الوجه فيه أنه مع

(١) تقدم آنفاً .

سلامة الرجل والدخول على المرأة بقصد المباشرة الظاهر بتحقيق المباشرة فدعوى عدمها من المرأة خلافه لا تسمع ، وأما مع تحقق العنن ودعوى الرجل الوطى فالحكم يكون المرأة مدعية تعبداً بعيد جداً يشكل التعليل به كما لا يخفى .

أما التمسك بأنه لا يعلم إلا من قبله و التعتذر أو التعسر في إقامة البيّنة عليه فيقبل قوله كدعوى المرأة انقضاء العدة بالإقرار فلا يخلو عن الإشكال لأنه مع تسليم هذه القاعدة لانسالم الأخذ بها في جميع الموارد ، ولذا يستشكل في قبول قول المرأة في انقضاء العدة في شهر واحد .

وأما ما ذكر من أن المرأة مع عدم صبرها مع عنن الزوجان رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة - إلخ فقد سبق الكلام فيه وكذا ثبوت نصف المهر مع الفسخ .

﴿ تنمة لو تزوّج على أنها حرّة فبانت أمة فله الفسخ ، فلا مهر لو لم يدخل ، ولو دخل فلها المهر على الأثبه ، ويرجع به على المدلس ، وقيل : لمولاه العشر أو نصف العشر إن لم يكن مدلساً ، وكذا تفسخ هي لو بان زوجها مملوكاً . ولا مهر قبل الدخول و لها المهر بعده ، ولو اشترط كونها بنت مهيّرة فبانت بنت أمة فله الفسخ ولا مهر ، ويثبت لو دخل . ولو تزوّج بنت مهيّرة فأدخلت عليه بنت الأمة ردّها و لها المهر مع الوطى للشبهة ويرجع به على من ساقها و له زوجته ﴾ .

قد سبق البحث في صورة التزوّج على أنها حرّة فبانت أمة والمدرك صحيح الوليد ابن صبيح المتقدم فمع عدم الإذن من المولى أو الموالى يكون النكاح فاسداً إن لم يتحقق الإجازة فلا استحقاق للمهر ولا فسخ لأن الفسخ فرع الصحة ومع الإذن يستحق المولى أو الموالى المهر مع الدخول ومع استحقاق المهر كيف يجب العشر أو نصف العشر وجوب العشر أو نصف العشر في صورة عدم الإذن خلاف ظاهر الصحيح المذكور فالاستدلال به لما ذكره مشكل فثبوت خيار الفسخ والرّجوع إلى المدلس من جهة الصحيح المذكور لا يتم والتمسك بمثل « المؤمنون عند شروطهم » لا مجال له لما ذكره هناك مع أن النكاح لا يرد إلا بأسباب خاصّة .

ولو تزوّجت الحرّة مملوكاً على أنه حرّ فبان عبداً مأذوناً من قبل مولاه فقد

سبق الكلام فيه و مقتضى صحيح محمد بن مسلم ثبوت الخيار للحرّة فمع الدخول بها تستحق المهر على السيد ومع عدم الدخول لامهر لها .

ولو اشترط كون المرأة بنت مهيّرة فبانت بنت أمة فالمحكي عن جماعة أن له الفسخ للتدليس في الصفة و يشكّل من جهة ما دلّ على عدم ردّ النكاح إلاّ بأسباب خاصّة وعموم المؤمنون عند شروطهم، لا يدلّ على الخيار مضافاً إلى أن الأمور الخارجة عن الاختيار لانفهم وجهاً لاشتراطها كما بيّن في محله و نمنع سيرة العرف على الرّدّ والفسخ بتخلف الشرط والوصف في باب النكاح وإن سلمت في باب البيع عند ظهور العيب و عند تخلف الشرط والوصف ، فإذا لم يكن له خيار فليس له الرّجوع على المدكس .

ولو تزوّج بنت مهيّرة فأدخلت عليه بنت أمّه فلاشكّ في وجوب الاجتناب وردّها فإن كانت المرأة عاملة فلا مهر لها لأنّه لا مهر لبغيّ ، و مع جهلها تستحقّ مهر المثل و يرجع في المهر إلى من ساقها و استدللّ عليه بصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : « سألته عن رجل خطب إلى رجل ابنة له من مهيّرة فلمّا كانت ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه ابنة له أخرى من أمة قال عليه السلام : تردّ على أبيها و تردّ إليه امرأته و يكون مهرها على أبيها » (١) .

و بصحيحة الأخرى « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يخطب إلى آخر ابنته من مهيّرة فاتاه بغيرها قال عليه السلام : تردّ التي سميت له بمهر آخر من عند أبيها والمهر الأوّل للتي دخل بها » (٢) .

و أورد بأن الاستدلال بهما للمقام ، مبنى على كون المراد منهما إدخال بنته من الأمة مع وقوع العقد على بنته من المهيّرة ، و أمّا إذا كان المراد مجرد خطبة بنت المهيّرة مع وقوع العقد على بنت الأمة بعنوان أنّها بنت المهيّرة التي خطبها تدليساً من الأب كما لعله الظاهر من الصحيحة الثانية بل الأولى أيضاً بناءً على كون المراد من امرأته فيها هي المسمّاة له بالخطبة فتأمل فتكون الصحيحتان من أدلّة المسئلة السابقة

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٠٦ .

و على أي حال ظاهر الأولى و صريح الثانية هو أن مهر بنت المهيرة التي ترد إلى زوجها يكون على أبيها و يكون المهر الأول المسمى لبنت الأمة التي دخل بها ، و هذا كما ترى لا ينطبق على القواعد لما عرفت أن مقتضى القاعدة هو استحقاق بنت الأمة المدخول بها لمهر المثل و للزوج الرجوع به على أبيها المدكس لها و إن بنت المهيرة تستحق للمهر الأول المسمى اللهم إلا أن يفرض كون المهر الأول المسمى الذي حكم باستحقاق بنت الأمة له مساوياً لمهر المثل و يكون المراد من كون مهر بنت المهيرة على أبيها هو أن الزوج يرجع بالمهر الأول الذي غرمه لبنت الأمة على الأب فيأخذه منه و يدفعه إلى بنت المهيرة فتدبر .

و يمكن أن يقال : أما الصحيحة الأولى فظاهرها وقوع العقد على المخطوبة بقرينة قوله عليه السلام « ترد إليه امرأته » و قول السائل على المحكي « فلما كانت ليلة دخولها على زوجها ، نعم بوهم أن يكون قوله على المحكي « مهرها على أبيها » راجعاً إلى امرأته لكن لا يبعد رجوعه إلى البنت التي أدخلت عليه لأن مهر المخطوبة ليس غرامة على الزوج بل كان باختياره بخلاف مهر المثل للموطوءة بالشبهة فإنه غرامة غير منتظرة توجهت إلى الزوج و تكون ناشئة من تدليس و لعل هذا قرينة على الرجوع إلى الإبنة المردودة إلى الأب .

و أما الصحيحة الثانية فيمكن أن يراد من قوله عليه السلام « ترد إليه امرأته » فيها « ترد التي سميت له » التي أمي بها غير المخطوبة و الرد إلى الأب لا إلى الزوج و غرامة مهر المثل على الأب و المهر الأول المسمى التي ذكر في عقد المخطوبة فلا يخالف القواعد .
 ﴿ ولو تزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الآخر كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطي للشبهة وعليها العدة ، و تعاد إلى زوجها و عليه مهرها الأصلي ولو تزوجها بكرأ فوجدها ثيباً فلارد ، وفي رواية ينقص مهرها ﴾ .

لو تزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على آخر فمقتضى القاعدة استحقاق كل موطوءة بالشبهة مهر المثل و عليها العدة لاحترام ماء الواطي بالشبهة و تعاد إلى زوجها ، و يدل على ما ذكر بعض النصوص كالصحيح « في رجلين نكحا امرأتين فأتى

هذا بامرأة ذا وهذا بامرأة ذا قال : تعتد هذه من هذا وهذه من هذا ثم ، ترجع كل واحدة إلى زوجها ، (١) .

و مرسله جميل بن صالح عن الصادق عليه السلام « في أختين أهديتا إلى أخوين في ليلة فأدخلت امرأة هذا على هذا وأدخلت امرأة هذا على هذا قال عليه السلام : لكل واحدة منهما الصداق بالغشيان وإن كان وليهما تعتد ذلك أغرم الصداق ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة ، فإن انقضت العدة صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول ، قيل له عليه السلام : فإن ماتا قبل انقضاء العدة ؟ فقال عليه السلام : يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثهما الرجلان ، قيل : فإن مات الرجلان وهما في العدة ؟ قال : ترثانها ولهما نصف المهر المسمى لهما وعليهما العدة بعد ما تفرغان من العدة الأولى تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها ، (٢) .

ولو تزوجها بكرًا فوجدها ثيبًا سبق البحث فيه وأن مقتضى الرواية أغنى رواية القاسم بن الفضيل المذكورة ثبوت الخيار وهو المشهور والمشهور أن له أن ينقص من مهرها ، واستدل بصحيفة محمد بن جزيك « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكرًا فوجدها ثيبًا هل يجب لها الصداق وإفياً أم ينقص ؟ قال عليه السلام : ينقص ، (٣) .

فيقع الكلام في مقدار النقص ، فديقال الأولى أنه ما بين مهر البكر والثيب من التفاوت ويرجع إلى تعيينه إلى العادة وتؤيده سكوت الإمام عليه السلام عن التعيين ، ويمكن أن يقال : هذا يتم على فرض كون المتكلم في مقام البيان كما هو الأصل ، وأما من ينكر ويقول : إنه ليس في مقام البيان في أمثال هذه الرواية يشكل على مبناه ما ذكر .

﴿ النظر الثاني في المهر وفيه أطراف ، الطرف الأول : كل ما يملكه المسلم يكون

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ .

مهرأ عيناً كان أو ديناً أو منفعة كتعليم الصنعة و السورة و يستوي فيه الزوج والأجنبي
 أما لو جعلت المهر استيجاره مدّة فقولان أشبههما الجواز ، ولا تقدير للمهر في القلّة ولا
 في الكثرة على الأ شبه بل يتقدّر بالتراضي ، ولا بدّ من تعيينه بالوصف أو الإشارة ،
 و يكفي المشاهدة عن كيله و وزنه .

مقتضى الأخبار المستفيضة جواز جعل المهر ما تراضى به الزوج و الزوجة أو
 وليهما ممّا يصحّ أن يملكه المسلم عيناً كان أو منفعة ، كثيراً كان أو قليلاً ، ففي صحيحة
 الكناني « سأته عليه السلام عن المهر ماهو ؟ فقال : ما تراضى عليه الناس ، ^(١) .

و في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « الصداق كل شيء تراضى عليه الناس
 قل أوكثر ، ^(٢) .

و في صحيحة فضيل عنه عليه السلام أيضاً « الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير ، ^(٣) .
 و في صحيحة أخرى ، عن أبي عبد الله عليه السلام « سأته عن المهر فقال : هو ما تراضى
 عليه الناس أو اثنتا عشرة أوقية و نش أو خمسمائة درهم ، ^(٤) .

و في صحيحة أخرى عن أبي جعفر عليه السلام « قال : جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله
 فقالت : زوج جنني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : من لهذه ؟ فقام رجل فقال : أنا يا رسول الله
 زوج جنيتها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما تعطيها ؟ فقال : مالي شيء فقال صلى الله عليه وآله : لا فأعادت
 فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقم أحد غير الرجل ، ثم أعادت فقال رسول الله
صلى الله عليه وآله : أتحسن من القرآن شيئاً ؟ فقال : نعم ، قال صلى الله عليه وآله : قد زوجتكها على ما تحسن
 من القرآن فعلمها إياه ، ^(٥) .

و في صحيحة أخرى عنه عليه السلام أيضاً « سأته عن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها
 سورة من كتاب الله عز وجل فقال عليه السلام : ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السورة
 و يعطيها شيئاً ، قلت : أيجوز أن يعطيها تمراً أو زيبياً ؟ فقال عليه السلام : لا بأس بذلك إذا
 رضيت به كائناً ما كان ، ^(٦) .

. (٢٠١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨

. (٢٠٣) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨

. (٢٠٥) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠

فلا إشكال في جواز جعل المهر ما ذكر في المتن ، نعم حكى عن الشيخ - قدس سره -
 المنع عن جعل المنفعة مهراً استناداً إلى رواية البرنطي عن الرضا عليه السلام قال : « قلت له :
 قول شعيب على نبينا وآله وعليه السلام «إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على
 أن تأجرني ثمانى حجج فان أتممت عشرأ فمن عندك » أي الاجلين قضى؟ قال عليه السلام :
 الوفاء منهما أبعدهما عشرين ، قلت : فدخل بها قبل أن ينقضى الشرط أو بعد انقضائه؟
 قال : قبل أن ينقضى ، قلت : فالرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة شهرين
 يجوز ذلك؟ فقال : إن موسى قد علم أنه سيتم له شرطه فكيف لهذا بأن يعلم أنه
 سيقى (يبقى خل) حتى يفى وقد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يتزوج
 المرأة على السورة من القرآن وعلى الدرهم وعلى القبضة من الحنطة ، ^(١) .
 وجه الاستدلال عدم جواز جعل المهر إجارة نفسه من جهة أنه لا يعلم بالبقاء
 إلى أن يفى ، فيدل على أن كل أمر متدرج الوجود لا اطمينان بحصوله كالمنفعة لا
 يجوز جملة مهراً .

وأورد على الاستدلال بها مضافاً إلى ضعف السند بوجوه منها تقريره عليه السلام السائل
 على ما زعمه من جواز جعل المهر لأب الزوجة مع أنه مخالف للأخبار الصحيحة
 الصريحة في عدم جواز ذلك مطلقاً بأنه ثمن رقبته وهي أحق بمهرها ومنها ظهورها في
 كون المانع عدم الاطمينان بحصول المنفعة ومقتضى ذلك الجواز مع العلم بحصولها .
 ومنها أن مقتضى ما فيها من التعليل عدم جواز جعل تعليم السورة ونحوه مهراً
 لعدم الاطمينان بحصوله مع أن جوازه مما قام عليه الإجماع وتضمنته نفس هذه الرواية
 ودلت عليه الأخبار . وأجيب بإمكان التفصي عن الكل أما عن الأول فبأن يقال :
 إن ما جعل للأب في الرواية هو نفس الإجارة وليست هي مهراً لها بل المهر لها
 اشتراطها ولا محذور في جعله مهراً بعد كونه مما يتعلق به غرض عقلائي ومشمولاً لعموم
 قوله عليه السلام في بعض الأخبار ما تراضيا عليه في جواب السؤال عن المهر . وأما عن الثاني

فبأن قوله ﷺ « إن موسى ﷺ قد علم النخ ، في مقام بيان حكمة الحكم لا علمه كي يدور الحكم مداره ، ويجوز جعل المنفعة مهراً فيما لو اطمئنَّ بحصولها . وأما عن الثالث فبمنع كون مثل تعليم السورة مما لا اطمينان بحصوله .

ويمكن أن يقال : ما ذكر في التفصي عن الإشكال الأول يتم مع كون الاشتراط للمرأة وإن كان المشروطاً لبيها والسؤال في الرواية ليس ظاهراً فيه بل ظاهره كون نفس الاشتراط للأب ولا أقل من احتمال كلامه فلا بد من كون الجواب شاملاً له ، وما ذكر في التفصي عن الثاني يشكل من جهة أنه إذا كان الحكم في المنع عدم اطمينان بالوفاء فالعلم والاطمينان لا يفيدان فكيف علل الصحة في قضية موسى على نبيتنا وآله وعليه السلام وما ذكر في التفصي عن الثالث يشكل من أنه قد يجعل المهر تعليم مثل سورة البقرة وسورة آل عمران أو غيرها من السور الطوال والمرأة عجمية لا تعرف شيئاً لا بد من تكرير الآيات مدة طويلة حتى تحفظ السورة بتمامها أو السورتين أو أزيد فكيف يمنع عدم حصول اطمينان ؟ وكيف كان المشهور لم يعملوا بمضمون هذه الرواية ، وقالوا بضعف سندها وقد ظهر من الأخبار المذكورة كفاية ما تراضى به الزوج والزوجة والزواج من دون تقدير في القلة والكثرة ، والمحكي عن علم الهدى السيد المرتضى - قدس سره - المنع عن الزيادة عن مهر السنة وهو خمس مائة درهم وإن ما زاد على ذلك رد إلى هذه السنة .

واحتج عليه في الانتصار بعد إجماع الطائفة بأن المهر يتبعه أحكام شرعية فإذا وقع العقد على مهر السنة فما دون ترتبت عليه الأحكام بالاجماع وأما الزنا أندفليس عليه إجماع ولا دليل شرعي ، ولا يخفى ما فيه .

وأما الاستدلال له بما رواه الشيخ عن محمد بن سنان عن المفضل بن عمر قال : « دخلت على أبي عبد الله ﷺ : فقلت له : أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه ؟ فقال ﷺ : السنة المحمدية صلى الله على محمد وآله خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك رد إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من خمس مائة درهم فإن أعطاهم من الخمس مائة درهم درهماً أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه ، قال : قلت :

فإن طلقها بعد ما دخل بها ؟ قال : لا شيء لها إنما كان شرطها خمس مائة درهم فلما أن دخل بها قبل أن تستوفى صداقها هدم الصداق فلا شيء لها إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها فإذا طلبت بعد ذلك في حياته أو بعد موته فلا شيء لها ^(١)، فمع ضعف السند ومعارضته للأخبار المعتبرة ومخالفته لقوله تعالى وإن آتيتهم إحدن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، لا مجال للعمل به .

وأما لزوم تعيين المهر بالوصف أو الإشارة وكفاية المشاهدة فهو المصرح به في كلمات الأصحاب ويشكل من جهة أنه إن كان النظر إلى نفي الفرر فالدليل المعتبر عليه مخصوص بالبيع ويتعدى عنه إلى الإجارة ، وقيل : كذلك الصلح المبني على المدافعة ، وعلى فرض التمسك في المقام لا بد من التعيين كما في البيع ولا يلتزمون به في المقام فلا يبعد التمسك باطلاق الأخبار للصحة مع عدم التعيين .

ويدل على الصحة الصحيحة المتقدمة المتضمنة لحكاية المرأة التي أتت إلى رسول الله ﷺ وطلبت أن يزوجه فإن المهر فيها قد جعل ما يحسنه الرجل من القرآن ولم يسأل عن مقداره وما دل من الأخبار على جواز جعل المهر بيتاً أو داراً أو خادماً وإن لها الوسط منها .

﴿ ولو تزوجها على خادم فلم يتعين فلها وسطه ، وكذا لو قال : دار أو بيت ، ولو قال : على السنة كان خمسمائة درهم ، ولو سمى لها مهراً ولأبيها شيئاً سقط ماسمى له ، ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح ، ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عيناً أو مضموناً ، ولا يجوز عقد المسلم على الخمر ولو عقد صح ، ولها مع الدخول مهر المثل وقيل يبطل العقد ﴾ .

لو تزوجها على خادم من دون التعيين صح ويدل على الصحة والتعيين في الوسط مارواه في الكافي والتهذيب 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 (١).

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا، عن أبي الحسن عليه السلام «في رجل تزوج امرأة على دار؟ قال: لها دار وسط» (٢).

و ما رواه في الكافي عن علي بن أبي حمزة قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل تزوج ابنته ابن أخيه وأمهرها بيتاً وخادماً، ثم مات الرجل؟ قال: يؤخذ المهر من وسط المال، قال: قلت: فالبيت والخادم؟ قال: وسط من البيوت، والخادم وسط من الخدم قلت: ثلاثين أربعين ديناراً؟ والبيت نحو من ذلك؟ فقال: هذا يعني سبعين ثمانين ديناراً مائة نحو من ذلك» (٣).

فديتوقف في الحكم من جهة ضعف السند من جهة علي بن أبي حمزة رأس الواقفية وقد يؤخذ بمضمون الأخبار المذكورة ويقتصر على ما ذكر في الأخبار المذكورة لكونها على خلاف ما تسالموا عليه.

ويمكن أن يقال: أما ضعف السند فمع رواية ابن أبي عمير مع جلالة قدره وخصوص ما رواه في الصحيح المذكور لا يوجب الإشكال، وأما الاقتصار على مورد النص فهو على تقدير كون الحكم على خلاف الأصول والقواعد، وأما مع عدم الدليل على لزوم التعيين وكفاية الإطلاقات فلا يبعد التعمد إلى غير ما ذكر في النصوص المذكورة لكن مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن الأخبار المذكورة عدم تعيين الوسط بل جواز الاقتصار على ما يصدق العنوان المذكور في العقد عليه كما أنه لو أخذت المرأة الفرد الأكمل ما أخذت الزائد عن حقها لكونه مصداقاً فإن استفيد من الأخبار تعيين الوسط أشكل التعمد عن موردها، وإن كان التعيين رعاية لطرف الزوج والزوجة بحيث لو تراضيا على أحد الطرفين كان لهما ذلك أمكن التعمد لكنه مع ذلك يشكل الاحتياج إلى رضی الزوجة لأنها لا تستحق إلا ما صدق عليه ما هو مذكور في العقد.

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٨.

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٢٠.

(٣) المصدر ج ٥ ص ٣٨١.

ولو تزوج على السنة ولم يسم مهرأ فالمشهور من غير خلاف يعرف أن مهرها خمسمائة درهم واستدل عليه بما رواه في التهذيب عن أسامة بن حفص القيسم لأبي الحسن موسى عليه السلام المعتبر بوجود المجمع على تصحيح ما يصح عنه في سنده وبالانجبار بعمل الأصحاب قال : « قلت له رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرأ و كان في الكلام أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه عليه السلام فمات عنها أو أراد أن يدخل بها فمالها من المهر؟ قال عليه السلام مهر السنة ، قال : قلت : يقول أهلها : مهور نسائها ، فقال : هو مهر السنة و كلما قلت له شيئاً قال عليه السلام : مهر السنة ^(١) . »

وقد يقرب الاستدلال بعد حملها على ما إذا كان المراد من هذه العبارة يعني قوله على كتاب الله وسنة نبيه عليه السلام ، هو خصوص مهر السنة أوجميع ما اعتبر في التزويج في الكتاب و السنة من الشرائط والخصوصيات التي منها كون المهر خمسمائة درهم إذ لو كان المراد بهذه العبارة أنه نكاح غير سفاح من غير أن يقصد منها المهر عموماً أو خصوصاً كان الواجب مهر المثل لعدم ذكر المهر حينئذ بأنه لما كان الزوج والزوجة في مورد السؤال جاهلين حين العقد بمقدار ما عقدا عليه من مهر السنة و توهم أهلها فساد هذا المهر بمكان الفرر واستحقاقها مهر المثل أجاب الإمام عليه السلام باستحقاقها لما عقدا عليه من مهر السنة و أن الجهالة لا تضر بصحته لكن يرد عليه أنه لو كان السؤال في الرواية عن صحة المهر وفساده من جهة الجهالة بمقداره لم يكن وجه لتوهم أهلها أن لها مهر نسائها لومات عنها زوجها أو أراد الدخول بها ، ضرورة أنه لو كان المهر المذكور في العقد فاسداً يكون العقد كالخالي عن المهر رأساً في أنها لا تستحق إلا مهر المثل بالدخول لا بإرادته وأنها لومات عنها زوجها قبله لا تستحق شيئاً إلا أن يحمل هذا التوهم من أهلها على جهلهم بالمسئلة فتدبر .

و يمكن أن يقال : هذا التقريب يشكل كفايته لما ذهب إليه المشهور حيث إن ظاهر كلماتهم أنه متى عبّر في العقد بالعبارة المذكورة تستحق المرأة خمسمائة درهم

مع أن هذه العبارة قابلة لأن يراد منها النكاح المشروع غير السفاح و يبعد أن يراد منها خصوص مهر السنة من جهة عدم ذكره في الكتاب ، والتوجيه بأنه ورد في الكتاب « ما آتاكم الرسول فخذوه » بعيد لعدم توجه عموم الناس لهذا بل لعل العطف يوجب المغايرة بغير هذا الوجه .

ولو سمي للمرأة مهراً ولا يبيها شيئاً سقط ما سمي له ، أما صحة المهر الذي جعله للزوجة و بطلان ماسماه لغيره فظاهر الأصحاب الاتفاق عليهما و استدلوا على ذلك بصحيفة الوشاء عن الرضا عليه السلام قال : « لو أن رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً والذي جعله لأبيها فاسداً ^(١) . ولا يخفى أن ظاهر الصحيفة أن عشرة آلاف المجمعول لأبيها كان فاسداً فلو فرض أن شرط الزوج للمرأة أن يعطي الأب شيئاً بحيث يكون الشرط للمرأة وداخلا في مهرها و المشروط للأب أو بنحو شرط النتيجة و ملكية الأب لشيء ، كما لو باع شيئاً و شرط للمشتري أن يعطي شخصاً آخر شيئاً أو يملك عليه شيئاً أو يعمل له عملاً فالظاهر عدم شمول الصحيفة للمفروض ولا أقل من الشك ولا ينافي ما دل من الأخبار المانعة من جعل المهر لأب الزوج معللاً بأنه ثمن رقبته الشاملة باطلاقها لجعل بعض المهر لأبيها . ألا ترى صحة البيع واشتراط شيء لغير البايع بنحو يكون الشرط للبايع و المشروط للغير مع التسالم على أن مقتضى المعارضة دخول العوض في ملك من يخرج عن ملكه المعروض .

ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح سواء قيل بأن الكفار ليسوا مكلفين بالأحكام الوضعية وأن ما بأيديهم من الأسباب صحيح مؤثر في حصول ما قصده منها من المسببات وإن كان الظاهر خلافه بل مقتضى إطلاق الأدلة عدم الفرق بين المكلفين والكفار مكلفون بجميع الفروع كالأصول ، و هل يمكن القول بصحة نكاح المحارم كما يلتزم به المجوس بناء على كونهم من أهل الذمة ، أو قلنا بأنهم مكلفون كالمسلمين

غاية الأمر إنهم مقرؤون على صحة ما في أيديهم من الأسباب مما شاة معهم وإلزاماً لهم بما ألزموا على أنفسهم مع كونها فاسدة غير مؤثرة فيما قصدوه منها من الآثار ، وذلك لأن الخمر والخنزير يصح تملكها في شريعتهم فيصح لهم جعلها مهراً ، وحينئذ لو أسلما أو أسلم أحدهما فإن كان بعد القبض فلا إشكال في أنه لا شيء للزوجة على الزوج لبراءة ذمته وإن كان قبل القبض فهل يجب على الزوج دفع ما هو القيمة عند المستحلين تنزيلاً لتعذر التسليم منزلة التلف أو الواجب مهر المثل تنزيلاً لتعذر التسليم منزلة الفساد .

ذهب المشهور إلى الأول ويدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن رومي بن زرارة ، عن عبيد بن زرارة قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دنياً من خمر أو ثلاثين خنزيراً ثم أسلما بعد ذلك و لم يكن دخل بها ؟ قال عليه السلام : ينظر كم قيمة الخمر وكم قيمة الخنزير فيرسل بها إليها ، ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الأول ، ^(١) .

ولا يعارضه ما رواه في الكافي والتهذيب عن طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سأله رجل عن رجلين من أهل الذمة أو من أهل الحرب تزوج كل واحد منهما امرأة وأمهرها خمرأ أو خنازير ، ثم أسلما ؟ فقال عليه السلام : ذلك النكاح جائز حلال لا يحرم من قبل الخمر ولا من قبل الخنازير ، قلت : فإن أسلما قبل أن يدفع إليها الخمر ؟ قال : اذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئاً من ذلك و لكن يعطيها صداقها ، ^(٢) .

قد يقال في دفع المعارضة : إن الرواية الأولى صريحة في وجوب الانتقال إلى القيمة بخلاف الثانية فإنها ليست إلا ظاهرة في وجوب الانتقال إلى مهر المثل ، وذلك لا مكان حمل الصداق فيها على القيمة مضافاً إلى أن الظاهر أن المراد من قول الرأوي في الثانية

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٣٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٤ .

« فان أسلما - الخ » هو إسلام الرجلين لا إسلام الزوج والزوجة ، فتكون الرواية خارجة موضوعاً عما نحن فيه .

ويمكن أن يقال : أما الرواية الأولى فحملها على صورة عدم قبض المهر مشكل بل إطلاقه يشمل صورتى القبض و عدم القبض ، فما ذكر من أنه لا إشكال مع القبض مشكل إلا أن يكون إتفاق .

وأما ما ذكر من رفع المعارضة بين الخبرين فلا نسلم فيه صراحة الأولى في تعيين القيمة بل هي ظاهرة في التعيين فلا يبعد الجمع برفع اليد عن ظهور كل فيها بنص الآخر أو كالنص ، فإن حمل الثانية على القيمة بعيد لا يصار إليه .

و أما ما ذكر من ظهور قوله في الثانية « فان أسلما - الخ » في إسلام الرجلين لا الزوج والزوجة فيشكل من جهة أنه لا يناسب مع قوله قبل أن يدفع إليها الخمر إلخ ، بل كان المناسب أن يقول قبل أن يدفع إليهما الخمر والخنزير هذا مضافاً إلى أنه بعد ما حرّم دفع المسمى إلى الزوجة ولو كانت كافرة لعلّه لا يفرّق الأصحاب بين صورة إسلام الزوجة و عدم إسلامها ، ثم إنه لا فرق بين كون المهر عيناً شخصية كخمر شخصية أو خنزير شخصي أو كلي مضمون وإطلاق الخبرين يشملهما ولا يجوز عقد المسلم على مثل الخمر والخنزير مما لامالية له في الشرع المقدس بمعنى انه لا يصير مهراً ولو وقع العقد وانفسد المهر . أو يقع العقد باطلاً الظاهر عدم الاشكال في الصحة فيما إذا عقدا على مالا ماليتها له في الشرع بزعم كونه ممّا يصحّ تملكه كما لو عقدا على ظرف من الخمر بزعم أنه خلّ و إنما وقع الخلاف في صورة التوجه و العلم ، فذهب جماعة إلى البطلان و استدللّ لهم بأن رضا الزوجة بالنكاح كان معلقاً على صيرورة المهر المسمى ملكاً لها فاذا لم يصير المسمى لبطلانه ملكاً لها فلا رضا لها بالنكاح ، و بأن النكاح مع ذكر المهر فيه من العقود المعاوضيّة لدخول الباء على المهر وإطلاق الأجر في قوله تعالى « فآتوهنّ أجورهنّ » فلا بدّ أن يعتبر فيه ما يعتبر فيها من توقّف صحتها على صحّة العوض ولا ينافي صحته بلا مهر جريان حكم المعاوضة مع ذكر المهر .

و يمكن أن يقال : أولاً كثيراً تكون الزوجة راضية بالنكاح مع قطع النظر عن المهر المسمى في العقد فيكون من باب تعدّد المطلوب ، و على فرض وحدة المطلوب

لا يكون المهر من قبيل العوض في باب البيع والإجارة وليس ركناً في النكاح ولذا يصح النكاح بدون ذكر المهر بخلاف باب البيع والإجارة ، نعم لا إشكال في الارتباط فمع الارتباط يكون نظير شروط المذكورة في ضمن العقود فمع عدم الإمضاء من طرف الشرع المقدس لا يخرج العقد عن القصد ، ألا ترى أنه لو شرب الصائم ما يعاً بتوهم أنه ماء بحيث لولا هذا التوهم لما شرب لم يخرج شرب هذا المايح مع أنه لم يكن ماءً عن الإفطار العمدي ، وأوضح من هذا ما لو توجه إلى عدم الإمضاء من قبل الشرع .

و يمكن الاستدلال بما دلّ من الأخبار على أنه لو اشترط في العقد ما يخالف المشروع مثل أن لا يتزوج عليها أولاً يتسرى بطل الشرط وصح العقد معللاً بأن شرط الله قبل شرطكم .

﴿ الطرف الثاني التفويض : لا يشترط في الصحة ذكر المهر فلو أغفله أو شرط أن لا مهر لها فالعقد صحيح ، ولو طلق فلها المتعة قبل الدخول و بعده لها مهر المثل ، و يعتبر في مهر المثل حالها في الشرف والجمال وفي المتعة حاله ، فالغنى يتمتع بالثوب المرتفع أو عشرة دنانير فأزيد ، والفقير بالخاتم أو الدرهم ، والمتوسط بينهما ، ولو جعل الحكم لأحدهما في تقدير المهر صح ، و يحكم الزوج بما شاء وإن قل ، وإن حكمت المرأة لم تتجاوز مهر السنة ، ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمرء لها المتعة ﴾ .

لا خلاف في أن ذكر المهر ليس شرطاً في صحة عقد و يدل عليه قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، والنصوص منها ما رواه في الكافي عن عبد الرّحمن بن أبي عبد الله قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة و لم يفرض لها صداقاً ، ثم دخل بها ؟ قال عليه السلام : صداق نساها ، ^(١) .

وفي رواية أخرى له عنه عليه السلام « سألت عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها

صداقاً فمات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها مالها عليه ؟ قال عليه السلام : ليس لها صداق وهي ترثه ويرثها (١) .

و مارواه الشيخ في الموثق عن منصور بن حازم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ؟ قال عليه السلام : لا شيء لها من الصداق ، فإن كان دخل بها فلها مهر نساها (٢) » .

و ما عن الحلبي في الصحيح قال : « سألت عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً ، ثم طلقها ؟ فقال : لها مهر ، مثل مهور نساها ويمتعتها (٣) » .

و ما عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : سألت عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمي لها صداقاً حتى دخل بها ؟ قال عليه السلام : السنة ، والسنة خمسمائة درهم (٤) .

فالتزوج بدون ذكر المهر صحيح بلا إشكال ولا خلاف .

و أما لو شرط عدم المهر حتى بعد الدخول فلا إشكال ولا خلاف في فساد الشرط لكونه خلاف السنة ، والمعروف فساد العقد أيضاً ولعل وجه صحيحة الحلبي عليه السلام سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر ، فقال عليه السلام : إنما كان هذا للنبى عليه السلام وأما لغيره فلا يصلح هذا حتى يعوضها شيئاً يقدم إليها قبل أن يدخل بها قل أو أكثر . ولو ثوب أو درهم وقال : يجزى الدرهم (٥) .

وقد يقال : لا يخفى عدم دلالتها على فساد العقد لاحتمال أن يكون المراد من ينكحها في قول السائل هو الوطي فلا دلالة لها إلا على عدم جواز الدخول بغير عوض ، ويمكن أن يقال : يبعد أن يكون المراد الوطي لخروجه عن النكاح الدائم والمنقطع وكيف مثل الحلبي عليه السلام يخفى عليه حتى يحتاج إلى السؤال ، وعلى فرض احتمال هذا المعنى

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٥ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٣١٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ .

واحتمال العقد لا بد من أن ينطبق الجواب على كلا الاحتمالين ، نعم يمكن الغدشة بالدلالة من جهة عدم ظهور لا يصلح في عدم الجواز الوضعي مع اقترانه بقوله حتى يعوضها شيئاً يقدم إليها مع أن الإعطاء قبل الدخول غير لازم .

ثم إنه لا إشكال في أن مجرد العقد في تفويض البضع لا يوجب المهر ولا المتعة وإنما يجب مهر المثل بالدخول والمتعة بالطلاق قبل الدخول ويبدل عليه قوله تعالى في الآية الشريفة والأخبار المذكورة والمعروف بين الأصحاب أن المعتبر في مهر المثل حال المرأة فالمراد به ما يبذل في مقابل نكاح أمثالها ممن كانت متصفة بمثل صفاتها وما هي عليه من الشرف والجمال وعادة نساؤها والسنن والبكارة والثروة والعقل والعفة والأدب وحسن تدبير المنزل وأزداها وبالجملة ما يختلف به الغرض والرغبة والمذكور في الأخبار قولهم **عَلَيْهَا** : لها صداق نساؤها ، ومهر مثل مهور نساؤها الظاهر في نساء أهلها وقديوجه بدعوى أن المراد من نساؤها فيها من شابهتها في الصفات من نساء أهلها من جهة أن ذلك نوع من التقويم الذي ينبغي ويبعد هذا التوجيه أنه على هذا ليس لذكر خصوص نساؤها فائدة ، وربما لم يكن في نساؤها من تكون مثلها فالظاهر ملاحظة نساء أهلها من دون ملاحظة ما ذكر والمعروف أيضاً أنه يرجع إلى مهر المثل ما لم يتجاوز عن مهر السنة ومع التجاوز يرد إلى مهر السنة .

واستدل عليهم مضافاً إلى دعوى الإجماع برواية أبي بصير المذكورة وأورد عليه بأن الرواية مع ضعف سندها وإن كانت منجبرة بالشهرة قاصرة الدلالة من جهة أنها ظاهرة بقرينة الفاء في مفوضة المهر لامفوضة البضع وهذه محل كلامنا ، بل يمكن دعوى أن موردها ليس المفوضة أصلاً لأن ظاهرها أنه كان بناؤه على ذكر المهر ونسبه ، هذا مضافاً إلى أن مقتضى إطلاقها هو استحقاقها لمهر السنة بالدخول مطلقاً سواء كان مهر مثلها أقل من مهر السنة أو أكثر فتقع المعارضة بينها وبين ما دل على أنها تستحق بالدخول مهر نساؤها أقل من مهر السنة أو أكثر . ثم جمع بينهما بحمل مهر النساء في الثاني على مهر السنة ، واستشهد لهذا الجمع بأخبار منها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله **عَلَيْهَا** قال : «سألته عن المهر فقال : ما تراضى عليه الناس أو اثنتي عشرة

أوقية ونش^١ أو خمسمائة درهم ، (١) .

و منها رواية جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المهر ما تراضى عليه الناس أو اثنتى عشرة أوقية ونش^٢ أو خمسمائة درهم ، (٢) .

و ما في ذيل رواية العياشي عن عمر بن يزيد في جواب السؤال عن مقدار مهر المثل أن مهر المؤمنات خمسمائة و هو مهر السنة ، و قد يكون أقل من خمسمائة و لا يكون أكثر من ذلك و من كان مهرها و مهر نساؤها أقل من خمسمائة أعطى ذلك الشيء و من فخر و بذخ بالمهر فإزداد على خمسمائة ثم^٣ و جب عليها مهر نساؤها في علة من العلل لم يزد على مهر السنة خمسمائة درهم ، و يمكن أن يقال : لم نفهم شهادة صحيح المذكور و رواية جميل لما ذكر من الجمع كما لا يخفى .

و أما رواية العياشي^٤ فمحمولة على أن المؤمنات لا ينبغي أن يكون مهرهن^٥ أزيد من مهر السنة ، وليست إخباراً بأن مهرهن^٦ لا يكون أزيد فمع كون المهر أزيد كيف يرد^٧ إلى مهر السنة مع ظهور ما دل^٨ على أن المفوضة مهرها مهر نساؤها و كونه في مقام البيان فيشكل رفع اليد بواسطة خبر العياشي .

ثم إن^٩ ظاهر الفتاوى عدم ثبوت المتعة إلا للمفوضة التي طلقت قبل الدخول و استدلوا عليه مضافاً إلى قوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن^{١٠} أو تفرضوا لهن^{١١} فريضة و متعهن^{١٢} على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، بأخبار كثيرة .

منها رواية علي^{١٣} بن أحمد بن أشيم قال : « قلت لأبي الحسن عليه السلام : أخبرني عن المطلقة التي تجب لها على زوجها المتعة أيهن^{١٤} هي ؟ فإن^{١٥} بعض مواليك يزعم أنها تجب المتعة للمطلقة التي قد بأت و ليس لزوجها عليها رجعة و التي عليها رجعة فلا متعة لها ، فكتب عليه السلام البائنة^{١٦} ، (٣) بناءً على كون المراد من البائنة هي المطلقة قبل الدخول .

(٢٠١) الكافي ج ٤ ص ٣٧٨ و ٣٧٩ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ .

و رواية الحلبي^١ عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته قبل أن يدخل بها ؟ قال عليه السلام : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً وإن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء » (١) .

و رواية أبي الصباح الكناني^٢ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها ، وإن لم يكن سمى لها مهراً فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدرة ، وليس لها عدة تزوج إن شاعت من ساعتها » (٢) .
و رواية الحسن بن زياد ، عن أبي عبد الله عليه السلام « عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها ، قال : فقال : إن كان سمى لها مهراً فلها نصفه ، وإن لم يكن سمى لها مهراً فلا مهر لها ، ولكن يمتعها إن شاء الله يقول : « و للمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين » (٣) .

و رواية 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 نحو ما يمتع به مثلها من النساء » (٤) .

و ما عن فقه الرضا عليه السلام « كل من طلق امرأته من قبل أن يدخل بها فلا عدة عليها منه ، فإن كان سمى لها صداقاً فلها نصف الصداق ، وإن لم يكن سمى لها صداقاً يمتعها بشيء قل أو أكثر على قدر يساره فالموسع يمتع بخادم أو دابة ، والوسط بثوب ، والفقير بدرهم و خاتم كما قال الله تعالى « و متعوهن » على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعاً بالمعروف » .

و قد يقال : لا يخفى عدم دلالة شيء منها على حصر المتعة و اختصاصها بالمطلقة الغير المدخول بها ، أما الآية الشريفة فلعدم دلالتها إلا على اشتراط انتفاء المهر للمطلقة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) الفقيه باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١ ، ورواه العياشي ج ١ ص ١٢٤ .

(٣) رَوَاهُ الْعِيَّاشِيُّ ج ١ ص ١٣٠ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ .

باتقاء أحد الأمرين من الدخول و فرض الفريضة .

أما اشتراط ثبوت المتعة لها باتقاء أحدهما كي تدل بمفهومها على عدم ثبوتها عند وجود أحدهما فلا دلالة لها عليه أصلاً و إنما تدل على مجرد ثبوتها للمطلقة التي لا مهر لها لاتقاء أحد الأمرين ، ومن المعلوم أن مجرد تغيير موضوع الحكم بقيد لا يوجب إلا تضييق موضوع ذلك الحكم لا انتفاء عنه عند انتفاء ذلك القيد و من هنا ظهر وجه عدم دلالة الأخبار أيضاً على الحصر والاختصاص ، وذلك لعدم دلالتها إلا على ثبوت المتعة للمطلقة الغير المدخول بها .

و أما اشتراط ثبوتها لها بعدم الدخول كي يدل على حصرها و اختصاصها بتغير المدخول بها فلا دلالة لها عليه أصلاً فتدبر ، نعم رواية علي بن أحمد تدل على الحصر بغير المدخولة بناء على حمل قوله عليه السلام فيها «البائنة» على المطلقة قبل الدخول، لكن لاشاهد على هذا الحمل .

و يمكن أن يقال : ما ذكر من أن مجرد تقييد موضوع الحكم بقيد لا يوجب النكاح يشكّل لأن الأصل في القيود الاحترافية فمع انتفاء القيد ينقضي الحكم إلا أن يقوم مقام القيد المذكور قيد آخر ، و أما رواية علي بن أحمد المذكورة فالمستفاد منها الحصر في البائن والبائن الغير المدخول بها والمطلقة ثلاثاً فلا بد من مدخلية البينونة و عدم استحقاق الزوج للرجوع ، و على هذا فلامجال للتمسك بمثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً ، ثم طلقها قال عليه السلام لها مثل مهور نسائها و يمتعها » (١) .

و خبره الآخر عنه عليه السلام « في قول الله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » قال : متاعها بعد أن تنقضي عدتها على الموسع قدره و على المقتر قدره » (٢) مع أن العدة مخصوصة في غير الوفاة بالمدخول بها .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٥

(٢) » » » »

ورواية زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام «متعة النساء واجبة دخل بها أو لم يدخل بها» (١) للتعميم وذلك لظهور الأخبار في أن المدخول بها ليس لها مع عدم فرض المهر إلا مهر نسائها ولا يجب لها المتعة ولا تنافي استحبابها بل ادعى الاجماع على اختصاص الوجوب بالمطلقة المفوضة التي لم يفرض لها المهر ولم يدخل بها .

ثم إن ظاهر الأصحاب أن المعتبر في المتعة حال الزوج خاصة وهذا هو الظاهر من الكتاب العزيز وخبر الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام «إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها فإن لم يكن سمى لها مهرأ فمتاعاً بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» (٢) .

وقد يقال : الظاهر من قوله تعالى ومن قوله عليه السلام «على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» هو اعتبار حال الزوج في مقام الإعطاء وحينئذ لا ينافي اعتبار حالها ضرورة أنه كما أن حال الزوج يتفاوت في مقام الإعطاء بحسب كونه موسعاً أو مقترراً كذلك يتفاوت بحسب كون المستعطي شريفاً أو ضيعاً ، ويؤيد ذلك ما في صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام «في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها من قوله عليه السلام : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً وإن لم يكن فرض لها فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء» (٣) .

ورواية أبي بصير «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها - إلى أن قال : - وإن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء» (٤) .

ويمكن أن يقال : ظاهر الآية الشريفة وخبر الكناني اعتبار حال الزوج ليس غير في مقام الوجوب وظاهر الخبرين المذكورين اعتبار حال الزوجة فمع التعارض ترجيح بموافقة الكتاب وما ذكر من عدم المنافات لم يظهر وجهه ، ثم إن ظاهر الآية الشريفة وكثير

(١) روا المياشي ج ١ ص ١٣٠ .

(٢) الفقيه باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١ .

(٣) و (٤) تقدما ص ٣٩٧ .

من النصوص هو انقسام حال الزَّوج إلى السعة والافتقار والمشهور زيادة قسم ثالث وهو التوسُّط ، ويدل عليه ما في المحكمي عن فقه الرضا عليه السلام من قوله « وإن لم يكن سمى لها صداقاً يمتنعها بشيء قلَّ أو كثر على قدر يساره ، فالموسع يمتنع بخادم أو دابة و الوسط بثوب و الفقير يمتنع بدرهم أو خاتم كما قال الله تعالى « وامتنعوهنَّ - الخ » وما في محكمي الفقيه ^(١) من أنه « روي أن الغني يمتنع بدار أو خادم و الوسط يمتنع بثوب و الفقير يمتنع بدرهم أو خاتم » و روي أن أدناه خمار وشبهه .

ولا يبعد أن يكون المتوسط داخلًا في الموسع المقابل للمقتر وإن كان الموسع بدون المقابلة مع المقتر يكون مقابلاً للمتوسط أيضاً وعلى هذا ليس المتوسط خارجاً عن الآيات والأخبار .

ولو جعل الحكم في تعيين المهر لأحد الزوجين صحَّ بلا خلاف ظاهر ابن الأصحاب يدل عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي و التهذيب في الحسن عن الحسن بن زرارَةَ عن أبيه قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزَّوج امرأة على حكمها ؟ قال : لا تجاوز بحكمها مهور نساء آل محمد عليهم السلام اثنتي عشرة أوقية ونش وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة ، قلت : أرايت إن تزَّوجها على حكمه و رضيت بذلك ؟ فقال : ما حكم به من شيء فهو جائز عليها قليلاً كان أو كثيراً ، قال : فقلت له : كيف لم تجز حكمها عليه وأجزت حكمه عليها ؟ قال : فقال لأنه حكمها فلم يكن لها أن تجوز ما سنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله وتزوج عليه نساء فرددتها إلى السنة و لأنها هي حكمته وجعلت الأمر إليه في المهر و رضيت بحكمه في ذلك فعليها أن تقبل حكمه قليلاً أو كثيراً ، ^(٢) .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزَّوج امرأة على حكمها أو حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها ؟ قال : لها المتعة و الميراث ولا مهر لها ، قلت : فإن طلقها وقد تزَّوجها على حكمها ؟ قال : إذا طلقها وقد تزَّوجها على حكمها لم يتجاوز على حكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة

(١) المصدر باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ .

درهم فضة مهور نساء رسول الله ﷺ (١) .

ومنها صحيحة أبي جعفر (يعنى الأ حول) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل تزوج امرأة بحكمها ، ثم مات قبل أن تحكم ؟ قال : ليس لها صداق وهي ترث (٢) » .
ومنها خبر أبي بصير « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يفوض إليه صداق امرأته فينقص عن صداق نساها ؟ قال : يلحق بمهر نساها (٣) » .

وقد يقال : تفويض المهر يتصور على قسمين أحدهما أن يذكر المهر في العقد على نحو الإجمال وفوض تعيينه إلى أحد الزوجين أو إلى أجنبي . ثانيهما أن لا يذكر المهر في العقد أصلاً إلا أنه فوض فيه أصل فرض المهر وتقديره إلى أحد الزوجين أو الأجنبي ولا فرق بينهما في أن كليهما من المهر المجهول ، أما الأول فواضح وأما الثاني فلأن مرجع تفويض أصل تقدير المهر إلى أحد الزوجين إلى جعل مهر يفرضه أحدهما ونظير هذين القسمين من حيث الجهالة في العوض في المعاوضات كالبيع مثلاً هو أن يبيع المتاع تارة بقميته السوقية مع جهلها بها حال العقد وأخرى بأن يبيعه بما يعينه أحدهما أو كلاهما فيما بعد ، فإذا كان كلا القسمين من المهر المجهول فلا فرق بينهما في أنه لودل دليل على صحتهما أو صحة أحدهما كان على خلاف القاعدة الأولية المقتضية للزوم تعيين المهر بما يرفع الجهالة ، ويستظهر من الأخبار المذكورة صحة القسم الثاني لا الأول .

ويمكن أن يقال : لم يظهر فرق بين القسمين المذكورين لأن المفروض أن العقد ليس بلامر غاية الأمر تارة يكون ذكر المهر بنحو الإجمال في العقد وفوض تعيينه إلى أحد الزوجين أو كليهما أو الأجنبي وأخرى لم يذكر المهر في العقد لكن ذكر في العقد فرض المهر وتقديره إلى من ذكر ، وقد جعل هذا في الكلام المذكور بعد ما ذكر من العقد على المهر المجهول وكذا الكلام فيما ذكر في البيع ، وكيف كان لم يظهر دليل

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ و التهذيب ج ٢ ص ٢١٧ . الفقيه باب ما أحل الله من النكاح

تحت رقم ٣٤ .

(٢) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٣٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١٧ و ٢٤٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٣٠ .

على عدم الصحة وأنها خلاف القاعدة فيقتصر على ما يستفاد من الأخبار المذكورة لأنه قد سبق ذكر الأخبار في باب المهر وفيها ما دل على جواز التزويج على ما يحسن الرجل من القرآن بأن يعلم المرأة مع عدم معلومية المقدار .

فلو طلقها قبل الدخول وقبل الحكم فالمعروف بين الأصحاب أن الحاكم يجبر الحاكم في باب المهر على الحكم مقدّمة لا يصلح الحق إلى ذي الحق وكان لها النصف مما حكم به .

و استدّلوا عليه مضافاً إلى استصحاب حكومته الثابتة قبل الطلاق بعموم «المؤمنون عند شروطهم» الدال على لزوم الوفاء بما شرطه في العقد من فرض المهر مطلقاً سواء طلقها قبل فرضه أولاً، وبقوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في صحيحة ابن مسلم المتقدم «إذا طلقها وقد تزوّجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة درهم الخبر» فإنه بضميمة عدم القول بالفصل بين ما لو كانت هي الحاكمة أو الزوج يدل على أن عليه الحكومة إلى ما بعد الطلاق واستشكل بأنه إن كان هناك إجماع على ما ذكره الأصحاب فهو وإلّا فلا استدلال عليه بما ذكره من الوجوه في غاية الاشكال ضرورة أنه لا مجال للاستصحاب وعموم «المؤمنون» مع الآية الشريفة وهي قوله تعالى «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن» أو تفرضا لهن فريضة حيث تكون حاكمة على الاستصحاب ومخصصة لعموم الوفاء بالشرط هذا مع إمكان المنع عن عمومها لما بعد الطلاق لأن عمومها له متفرّع على كون اشتراط تقدير المهر مطلقاً بالنسبة إلى حالتها وقوع الطلاق قبل التقدير وعدم وقوعه واشتراطه كذلك مخالف لعموم الآية الشريفة فلا يشمل عموم «المؤمنون» لأنه مقيد بعدم كونه مخالفاً للكتاب .

وأما الاستدلال بالصحيحة بضميمة عدم القول بالفصل ففيه أن الحجّة المتعبرة هي القول بعدم الفصل لا عدم القول به . ويمكن أن يقال : لانسلم شمول الآية الشريفة للمقام لأن المفروض وقوع العقد على المهر المجهول ولذا كان نظير البيع بالقيمة التي يعينها المشتري أو البائع أو كلاهما فإنه مع عدم الثمن لا معنى لقصد البيع فمع عدم شمول الآية يقع الإشكال في شمول «المؤمنون عند شروطهم» من جهة أنه إذا كان الشرط ما

كان في ضمن العقد على ما حكى من القاموس أو لا يجب الوفاء به إلا إذا كان في ضمن عقد على المشهور فمع وقوع الطلاق كيف يعتبر بقاء عقد النكاح حتى يجب الوفاء بالشرط الواقع في ضمنه فلعله من قبيل انفساخ العقد .

وأما ما ذكر من منع عموم « المؤمنون عند شروطهم » لما بعد الطلاق لكونه مخالفاً للكتاب فيشكل من جهة أنه على هذا يكون شمول الشرط في الصحيح المذكور لما بعد الطلاق مخالفاً للكتاب مع أن « المخالفة للكتاب ليست قابلة للتخصيص وأما الاستصحاب فيشكل التمسك به لكون الشبهة حكمية ولا نسلم جريانه في الشبهات الحكمية .

وأما لو كان الزوج على حكم المرأة فمقتضى صحيحة ابن مسلم المذكورة أن لها أن تحكم بعد الطلاق بما لا يزيد على مهر السنة فإذا حكمت به فلها نصفه لمادل على التنصيف بالطلاق قبل الدخول كما أن مقتضى إطلاقها هو بقاء حكومتها إلى ما بعد الطلاق و لو كان بعد الدخول فيقع التعارض بينها وبين ما دل على أن لها مهر المثل بعد الدخول بناء على عدم كون المراد من مهر المثل هو مهر السنة .

وقد يقال : يمكن ترجيح ذلك الدليل عليها لكونه أظهر في الإطلاق منها لاحتفاف الإطلاق فيها بما يصلح قرينة على التقييد بما قبل الدخول وهو قوله في صدرها « فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها » فإنه يصلح للقرينية على كون المراد من قوله بعد هذا « فإن طلقها » هو الطلاق قبل الدخول ، و يمكن أن يقال : الظاهر أن القرينة الصارفة لابد أن تكون بحيث يعتمد عليها و يرتفع بملاحظتها الشك والترديد ، وأما مع بقاء الشك فلا يصلح الاعتماد عليها .

ثم نقول على فرض التسليم كان الأُنبأ أن يقال : لظهور للموثقة لما بعد الدخول ولولم يكن لها معارض لا أن يتمسك بالترجيح والأظهرية بل يمكن أن يقال : باختصاص مادل على استحقاق مهر المثل بصورة عدم تعيين المهر ومع إطلاق دليل التعيين لا يشملها . ولومات الحاكم قبل الحكم وبعد الدخول فلا إشكال ولا خلاف في أن لها مهر المثل وإنما وقع الإشكال والخلاف فيما لومات قبل الحكم وقبل الدخول ، والمحكي عن ابن إدريس وابن جنيد والشيخ في الخلاف عدم وجوب شيء لها لا المتعة ولا غيرها لأن المتعة إنما تجب

بالطلاق وإلحاق الموت به قياس والمهر إنما يجب بالفرض في العقد أو بعده أو بالذخول والمفروض انتفاء جميع ما ذكر والمشهور سقوط المهر واستحقاقها للمتعة واستدل لهم بقوله عليه السلام على المحكمي في صحيحة ابن مسلم المتقدمة « لها المتعة والميراث ولا مهر لها » .

و نوقش في دلالتها على المطلوب بأن قول السائل فيها « رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت » يحتمل أن يكون على نحو اللف والنشر المرتب كي يكون المعنى رجل تزوج امرأة على حكمها فمات أو على حكمه فمات فيدل حينئذ على كون الميت هو المحكوم عليه لا الحاكم ومع قيام هذا الاحتمال يبطل الاستدلال .

و أجيب عن هذه المناقشة بأن مجرد احتمال ذلك لا يضر بالاستدلال بعد كون الظاهر المتفاهم منه عرفاً هو كون الميت هو الحاكم لأنه الأقرب والمحدث عنه هذا مضافاً إلى أنه عليه السلام ذكر في آخر الحديث إن الحكم لا يسقط بالطلاق مع بقاء الحاكم وإذا لم يسقط الحكم بالطلاق الذي هو قاطع لعلاقة الزوجية لم يسقط بالموت الذي لا ينقطع به علاقة الزوجية بطريق أولى فلا بد من حمل الصدر الدال على سقوطه بالموت على موت الحاكم جمعاً بين طرفي الحديث .

وقد يقال : ما تعرض من الأخبار الواردة في المقام لحكم الموت روايتان إحداهما صحيحة أبي جعفر عليهما السلام المتقدمة الصريحة في كون الميت هو المحكوم عليه حيث سئل فيها عن رجل تزوج امرأة بحكمها ثم مات الرجل قبل أن يحكم المرأة . ثانيتهما هذه الصحيحة التي استدل بها للمشهور . و الاحتمالات فيها ثلاثة أحدها ما مر من كون ما ذكر فيها على نحو اللف والنشر المرتب والثاني كونه على نحو اللف والنشر المشوئش ، ثالثها احتمال رجوع كل من قوله فمات أو ماتت إلى كل من قوله على حكمها وقوله على حكمه كي يكون المعنى رجل تزوج امرأة على حكمها فمات أو ماتت أو على حكمه فمات أو ماتت فيدل على سقوط الحكم بالموت مطلقاً كان الميت هو الحاكم أو المحكوم عليه و عليه تكون هذه الصحيحة أعم من تلك

الصحيحة لاختصاص تلك بما إذا كان الميِّت هو المحكوم عليه و شمول هذه لما إذا كان الميِّت هو الحاكم أيضاً و أظهر الاحتمالات هو هذا الاحتمال الثالث ، ويمكن أن يقال يشكّل هذا لأنّ قوله عليه السلام على المحكمي «لها المتعة والميراث» لا يساعد مع موتها فإنّها إن ماتت يكون المناسب وراثته الرّجل إيّاها و على هذا فلا تشمل صورة كون المرأة حاكمة و موتها .

﴿الطرف الثالث في الأحكام وهي عشرة: الأوّل تملك المرأة المهر بالعقد وينتصف بالطلاق ، ويستقرّ بالدخول وهو الوطي قبلاً أو دبراً ولا يسقط معه لولم يقبض ولا يستقرّ بمجرّد الخلوة على الأشهر . الثاني قيل إذا لم يسمّ لها مهر أو قدّم لها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهراً ما لم يشترط غيره ﴾ .

المشهور بين الفقهاء - قدس الله تعالى أسرارهم - إنّ المرأة تملك الصداق بمجرّد العقد و استدللّ عليه مضافاً إلى كونه مقتضى لزوم الوفاء بالعقد حيث إنّهُ جعل في العقد عوضاً عن البضع فكما أنّ العقد يقتضي تملك الزوج للبضع كذلك يقتضي تملكها للمهر وإلى ظهور قوله تعالى «وآتوا النساء صدقاتهن» حيث إنّ ظاهر الإضافة الاختصاص و بالنصوص الدالّة على اختصاص النماءات المتخلّلة بين العقد والطلاق بها المستلزم تملكها لها . فمنها موثقة عبيد بن زرارة « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل تزوّج امرأة على مائة شاة ، ثمّ ساق إليها الغنم ، ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم ؟ قال عليه السلام : إنّ كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها ، وإن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من الأولاد بشيء » (١) .

وموثقة الأخرى أيضاً قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل تزوّج امرأة ومهرها مهراً فساق إليها غنماً و رقيقاً فولدت عندها فطلقها قبل أن يدخل بها ؟ قال عليه السلام : إنّ كان ساق إليها ما ساق و قد حملت عنده فلها نصفها و نصف ولدها وإن كن حملت عندها فلا شيء له من الأولاد » (٢) .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

وغير ما ذكر من الأخبار الدالة على أن النماءات الحاصلة بين العقد والطلاق لها. وفي قبال ما ذكر ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألت عن رجل تزوج امرأة على بستان له معروف وله غلة كثيرة ، ثم مكثت سنين لم يدخل بها ثم طلقها ؟ قال عليه السلام : ينظر إلى ما صار إليه من غلة البستان من يوم تزوجها فيعطىها نصفه و يعطىها نصف البستان إلا أن تغفو فتقبل منه و يصطلحان على شيء ترضى به منه فإنه أقرب للتقوى » (١) .

والإنصاف إنه لا مجال للجمع ولا يقاوم هذا أعني خبر أبي بصير مع ما ذكر مضافاً إلى ما دل من النصوص على وجوب المهر بالموت الشاملة بإطلاقها لما إذا لم يدخل بها و إلى ما دل على وجوب النصف عليها فيما لو أبرأتها من الصداق ثم طلقها قبل الدخول معللاً بأنها إذا جعلته في حل منه و قد قبضته فإنها لو لم تكن ما لكه لتمام المهر بالعقد بل كانت مالكة للنصف لم يكن إبرائها للزوج من الصداق مؤثراً إلا في إسقاط ما ملكته ، ولا يقاوم ما ذكر ما دل من النصوص على أن المهر لا يجب إلا بالدخول لا يمكن حمل الوجوب على الثبوت والاستقرار نظير ما ورد « البيعان بالخيار ما لم يفترقا وإذا افترقا وجب البيع » .

وأما انتصاف المهر بالطلاق قبل الدخول فيدل عليه قوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم - الخ » ويدل عليه من الأخبار ما رواه في الفقيه عن محمد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها ، وإن لم يكن سمى لها مهراً فمتاع بالمعروف - الحديث » (٢) .

وما رواه في الكافي عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها ؟ قال : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً - الحديث » (٣) .

(١) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح و ما حرم تحت رقم ٧٧ .

(٢) المصدر باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١ .

(٣) الكافي ج ٤ ص ١٠٨ .

وعن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها ؟ قال : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً - الحديث ^(١) » .

وأما استقرار المهر بالدخول أي الوطي فلا خلاف فيه وبدلّ عليه الأخبار منها مارواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل دخل بامرأته ؟ قال : إذا التقى الختانان وجب المهر والعدّة ^(٢) » .

وعن حفص بن البختريّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : إذا التقى الختانان وجب المهر والعدّة والغسل ^(٣) » .

وعن داود بن سرحان في الصحيح أو الحسن عنه عليه السلام « قال : إذا أولج فقد وجب الغسل والجلد والرّجم و وجب المهر ^(٤) » .

و عن يونس بن يعقوب في الموثق قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فأغلق باباً وأرخصى ستراً ولمس وقبّل ، ثمّ طلقها أيوجب عليه الصداق ؟ قال : لا يوجب الصداق إلاّ الوقاع ^(٥) » .

وعن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سأله أبي وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه فلم يمستها ولم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عدّة منه ؟ قال : إنّما العدّة من الماء ، قيل له : وإن كان واقعها في الفرج ولم ينزل ؟ قال : إذا أدخله وجب الغسل والمهر والعدّة ^(٦) » .

وهذه الأخبار وغيرها لا ذكر فيها للوطي في الدبر ففي بعضها علق على التقاء الختانين وفي بعضها على الوقاع ، وفي بعضها على الإيلاج فإن كان ذكر التقاء الختانين من باب ذكر الفرد الغالب أمكن حمل الوقاع والإيلاج أيضاً على الغالب ، ولم أر من استشكل وأما عدم سقوط المهر لولم تقبض فللمعومات من قوله « وآتوا النساء صدقاتهنّ نحلة » ، وغيره ، وخصوصاً الأخبار المعتبرة المستفيضة المعتمدة بأصول المذهب . وفي قبالتها أخبار

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ .

(٢) و (٣) و (٤) المصدر ج ١٠٩٦ .

(٥) و (٦) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

يستفاد منه السقوط .

منها مارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن الفضيل عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث ؟ فقال : أما الميراث فلها أن تطلبه ، وأما الصداق فالذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلاً كان أو كثيراً إذا هي قبضته منه وقبلت ودخلت عليه بولاشيء لها بعد ذلك ^(١) . »
ومارواه في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجّاج في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الزوج والمرأة يهلان جميعاً فيأتي ورثة المرأة فيدعون على ورثة الرجل الصداق فقال : وقد هلكا وقسم الميراث ؟ فقلت : نعم ، فقال : ليس لهم شيء ، فقلت : إن كانت المرأة حية فجاءت بعد موت زوجها تدعى صداقها ؟ فقال : لاشيء لها وقد أقامت معه مقربة حتى هلك زوجها ، فقلت : وإن ماتت وهو حي فجاءت ورثتها يطالبونه بصداقها ؟ فقال : وقد أقامت حتى ماتت لا تطلبه ، فقلت : نعم ؟ قال : لاشيء لهم ، قلت : فإن طلقها ، فجاءت تطلب صداقها ، فقال : وقد أقامت لا تطلبه حتى طلقها لاشيء لها ، فقلت : فمتى حدث ذلك الذي إذا طلبته كان لها ^(٢) قال : إذا أهديت إليه ودخلت بيته ، ثم طلبت بعد ذلك فلا شيء لها إنّه كثير لها أن تستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل ولا كثير . »

و عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل يتزوج المرأة ويدخل بها ثم تدعى عليه مهرها ؟ قال : إذا دخل بها فقد هدم العاجل ^(٣) . »
وهذه الأخبار كما ترى على خلاف القاعدة حيث إنّ الزوج اشتغل ذمته بالمهر للزوجة ولا بد من الفراغ وقيام البيّنة على أداء المهر .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢١٦ .

(٢) كذا في الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ و في التهذيب ج ٢ ص ٢١٦ و نقلا عن المصنف

- رحمه الله - « إذا طلبته لم يكن لها » .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ .

و يمكن أن يكون إقامة المرأة مع الزوج بمنزلة إقرارها على أخذ المهر لكن المشهور لم يعملوا بها فلا بد من رد علمها إلى أهلها ، وإن كان المراد من بعضها أنه إذا أخذ مقداراً من المهر يكون العاجل هادماً للباقي فهو أيضاً خلاف القاعدة لا بد من رد علمه إلى أهله .

وأما عدم استقرار المهر بمجرّد الخلوة فلما سبق كخبر يونس بن يعقوب المذكور وفيه « لا يوجب الصداق إلا الوقاع » وفي قبالة أخبار أخر منها ما رواه في الكافي عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يطلق المرأة وقد مس كل شيء منها إلا أنه لم يجامعها ألها عدّة ؟ فقال : ابتلى أبو جعفر عليه السلام بذلك فقال له أبو علي بن الحسين عليه السلام : إذا أغلق باباً وأرخصى ستراً وجب المهر والعدّة (١) . »

قال في الكافي (٢) قال ابن أبي عمير : « اختلف الحديث في أن لها المهر كاملاً وبعضهم قال : نصف المهر وإنما معنى ذلك أن الوالي إنما يحكم بالحكم الظاهر إذا أغلق الباب وأرخصى الستور وجب المهر ، وإنما هذا عليها إذا علمت أنه لم يمسه فليس لها فيما بينها وبين الله إلا نصف المهر . »

وما رواه في التهذيب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا تزوّج الرجل المرأة ثم خلاها وأغلق عليها باباً وأرخصى ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق وخلاؤه بهاد خول (٣) . »

ومنها ما رواه في التهذيب عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن المهر متى يجب ؟ قال : إذا أرخصى الستور وأجيف الباب . وقال : إنني تزوّجت بامرأة في حياة أبي علي بن الحسين عليه السلام وإن نفسي تافت إليها فذهبت إليها فنهاني أمي فقال : لا تفعل يا بني لا تأتها في هذه الساعة وأنتي أبيت إلا أن أفعل فلما دخلت عليها قذفت إليها بكساء كان علي فكرهتها ، وذهبت لأخرج فقامت مولاة لها فأرخت الستور وأجافت الباب فقلت : قد وجب الذي تريد (٤) . »

(١) المصدر ج ٦ ص ١٠٩ . (٢) المصدر ج ٦ ص ١١٠ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٣ والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٧ .

وهذه الأخبار قد تحمل على طريقتين الخلوّة وإرخاء السرّ وإجافة الباب على تحقّق الوقاع فمع القطع بعدم تحقّقه لا يستقرّ تمام المهر ، وقد تحمل على التقيّة ولا يخفى إباء بعضها عن الطريقتين فيردّ علمها على أهلها ومع ذلك فمقتضى الاحتياط ما حكى عن ابن أبي عمير - قدس سره - لأنّه أعرف بمعاني الأخبار

وأما ما قيل من أنّه إذا لم يسمّ مهراً وقدّم شيئاً إلى آخر ما في المتن فاستدلّ عليه بصحيح الفضيل المذكور في قبال الأخبار الدالة على عدم سقوط المهر لولم تقبض المرأة ولا يخفى أنّه لم يذكر في السؤال عدم تسمية المهر بل السؤال شامل لصورتى التسمية وعدم التسمية ، وفي صورة التسمية لا يلتزم بمضمونه فكيف يؤخذ بمضمونه في صورة عدم التسمية مع أنّه مع عدم التسمية والدخول يكون اللازم مهر المثل .

﴿ الثالث إذا طلق قبل الدخول رجع بالنصف إن كان أقبضها أو طالبت بالنصف إذا لم يكن أقبضها ، ولا يستعيد الزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق متصلاً كان كاللبن ، أو منفصلاً كالولد ، ولو كان النماء موجوداً وقت العقد رجع بنصفه كالحمل ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته ولو أبرأته من الصداق رجع بنصفه ﴾

لاخلاف بين الأصحاب في أنّه إذا طلق الزوجة قبل الدخول وقد فرض له مهراً يرجع الزوج بنصف المهر ومع الدّفْع إلى الزوجة استعاد نصفه ويدلّ عليه روايات محمد بن الفضيل وأبي بصير والحلبى المتقدمة .

ثمّ إنّ في المقام صوراً عديدة .

الأولى أن يكون المهر ديناً في ذمّة الزوج فإذا طلق برعت ذمّته من نصفه ووجب دفع النصف الآخر إلى الزوجة .

الثانية أن يكون عيناً باقية في يد الزوج من غير زيادة و نقيصة فلا إشكال في أنّه يستحقّ نصفها ويكونان شريكين فيها وإن زادت العين بزيادة من الله سبحانه فالأشهر أنّ الزيادة لها من جهة أنّ المهر كلاً انتقل إلى الزوجة بالعقد وإن كان ملك أحد النصفين منزلاً وإن كانت بفعل الزوج فقيل: إن الزيادة للمرأة والزوج بمنزلة الغاصب لا يستحقّ شيئاً من الزيادة وإن نقصت كان النقص مضموناً عليه وإن تلفت العين رجعت

إليه بالمثل أو القيمة .

الثالثة أن يكون المهر عيناً إلا أنه سلمها إلى الزوجة فإن كانت باقية استعاد نصفها وإن وجدها تالفة استعاد نصف مثلها أو نصف القيمة ، ثم إنه إن اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلا إشكال ، وإن اختلفت قيل : يرجع بأقل القيم لأن قيمة يوم العقد إن كانت هي الأكثر منها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضمواً عليه فلا يضمن ما هو في ضمانه وإن كانت القيمة يوم القبض أكثر مما زاد بعد العقد لها فلا يضمن ما هو ملكها .
الرابعة كسابقها إلا أنه وجد العين ناقصة وكان النقص نقصان عين كعور الدابة أو صفة كنسيان الصنعة قيل : إن الزوج يتخير بين الرجوع بنصف القيمة سليماً وبين أخذ نصف العين من غير أرش ، وقيل : يرجع بنصف العين ونصف الأرش لأن العين لا تخرج عن حقيقتها بالتعيب وقيل بالتفصيل بين النقص الحاصل بفعلها أو بفعل الله تعالى فيتخير بين أخذ نصفها ناقصاً وبين تضمينها نصف قيمته وبين ما كان بفعل أجنبي فلم يكن له سبيل على المهر وضمن نصف القيمة يوم قبضه .

الخامسة الصورة بحالها إلا أنه وجد العين زائدة فتارة تكون الزيادة باعتبار قيمة السوقية ولا إشكال في أنه يأخذ نصف العين وإن كانت الزيادة منفصلة كالولد واللبن فهي للمرأة لأنها تابعة للعين فعلى المشهور من تملك المرأة المهر كمالاً تكون الزيادة لها وإن كانت متصلة كالسمن وكبير الحيوان فالمحكي عن جماعة أن للزوج نصف قيمة العين من دون الزيادة وإن المرأة لا تجبر على دفع نصف العين المشتمل على الزيادة لعدم انفصال الزيادة وعدم كون الزيادة مما فرض في العقد وتخير المرأة بين دفع نصف العين وبين نصف القيمة مجرداً عن الزيادة .

وروى الشيخ في التهذيب عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام عن أبيه « أن علياً عليه السلام قال : في الرجل يتزوج المرأة على و صيف فيكبر عندها و يريد أن يطلقها قبل أن يدخل إليها قال : عليها نصف قيمته يوم دفعه إليها لا ينظر في زيادة ولا نقصان (١) » .

ورواه الكليني عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن أمير المؤمنين عليه السلام قال : في المرأة تزوج على الوصيف فكبر عندها فيزيد أو ينقص ثم يطلقها قبل أن يدخلها - الحديث كما تقدم (١) » .

ويمكن أن يقال : ما قيل في صورة الثانية من أن النقص مضمون على الزوج لا بد من تخصيصها بما لو لم تكن العين عند الزوج بنحو الوديعة كما لو أراد الزوج رد العين إلى الزوجة ورضيت بكونها عنده لعدم الضمان مع كون اليد أمانية ، وما ذكر في الصورة الثالثة في وجه الرجوع بأقل القيم من أن ما نقص قبل القبض كان مضموناً عليه فلا يضمن ما هو في ضمانه منافع ما هو لعله المسلم بينهم من أنه مع رد العين المضمونة باليد لا يضمن القيمة إلا في صورة خروج العين عن المأينة كما لو غصب ماء له قيمة في البر ورده عند الشط ، وما ذكر في الصورة الرابعة من الأقوال يشكل من جهة أنها مبنية على ضمان المرأة نقصان العين كضمانها في صورة تلف العين أو كونها بحكم التلف .
ولقائل أن يقول : الضمان في صورة التلف أو النقصان ليس ضمان اليد ولا ضمان المعاوضة فمادام العين باقية يرجع الزوج بحكم الشارع إلى نصف العين ومع التلف أو النقصان لا موضوع حتى يرجع الزوج بنصفه ، نعم في صورة تلف العين دل الدليل على الرجوع إلى البديل كخبر شهاب بن عبد ربّه في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على ألف درهم فبعث بها إليها فردتها إليه فوهبتها له وقالت : أنا فيك أرغب مني في هذه الألف هي لك فتقبلها منها ، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ؟ قال : لاشيء لها وترد عليه خمسمائة درهم (٢) » .

ومارواه الشيخ في الموثق عن سماعة قال : « سألت عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حلّ أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ؟ قال : نعم إذا جعلته في حلّ فقد قبضته منه وإن خلاها قبل أن يدخل بهارت المرأة على الزوج نصف الصداق (٣) » والرّوايتان كغيرهما لا تشملان غير صورة تصرف المرأة ولا تعرض

(١) المصدر ج ٦ ص ١٠٨ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ . والكافي ج ٦ ص ١٠٧ .

لصورة التلّف السماوي فلا دليل على الضمان في صورة تلف العين بالتلف السماوي ، نعم ما ذكر خلاف المشهور بين الأصحاب .

و أما صورة حصول الزيادة المتصلة في العين فمقتضى الرّوايتين المذكورتين أعني رواية عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام ورواية السكوني تعيين القيمة فيها لكنّه بعد صدق بقاء العين بنظر العرف مقتضى قوله تعالى « فنصف ما فرضتم » شركة الزّوج في نصف العين غاية الأمر اختصاص الزّيادة بالزّوجة فيرفع اليد عن ظهور الخبرين في تعيين القيمة فلا يبعد التخيير بين أخذ القيمة وبين أخذ نصف العين والتصالح بملاحظة اختصاص الزّيادة بالمرأة وبالدفّة لافرق بين حصول الزّيادة المتصلة وبين عدمه حيث إنّه مع عدم حصول الزّيادة وطول المدّة بين زمان وقوع العقد وضمن الطلاق لم يبق العين بحالها بل تحلّت و تبدّلت و بدل ما تحلّ ملك الزّوجة ، ولا أظنّ أن يلتزم بتعيين القيمة بل مقتضى قوله تعالى « فنصف ما فرضتم » تعيين الرجوع إلى العين وحصول الشركة ، والشاهد رجوع الزّوج بنصف الحمل الموجود في زمان العقد مع أنّ نماءه و كبره تحقّق في ملك الزّوجة .

و أمّا لو كان المهر تعليم صنعة أو علم وعلمها فيرجع الزّوج إلى نصف الأجرة فالمقام كما لو علم صنعة أو علم علماً غير الزّوجة حيث يستحقّ الأجرة المثل لكون العمل محترماً فلا حاجة إلى بعض التوجيهات .

و أمّا الرجوع إلى النصف مع الإبراء فلاّنّ الإبراء بمنزلة القبض ومقتضى الخبرين المذكورين صحيح شهاب وموثق سماعه وغيرهما رجوع الزّوجة إلى النصف .
 ﴿الرابع لو أمهرها مدبرة ، ثمّ طلق صارت بينهما نصفين ، وقيل : يبطل التدبير بجعلها مهراً ، وهو أشبه . الخامس لو أعطها عوض المهر متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً ثمّ طلق رجع بنصف المسمّى دون العوض . السادس إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط دون العقد والمهر كما لو شرطت أن لا يتزوّج أو لا يتسرّى وكذا لو شرطت تسليم المهر في أجل فإن تأخّر عنه فلا عقد أمّا لو شرطت أن لا يقتضها صحّ ولو أذنت بعد جاز ، ومنهم من خصّ جواز الشرط بالمتعة ﴾ .

الظاهر أنه لا خلاف في جواز إمهارة المدبرة لعدم خروجها عن ملك المدبر ، ولا إشكال في أنه إذا طلق قبل الدخول يرجع نصفها إلى المدبر ، وإنما الإشكال في بطلان التدبير بالإمهارة كما لو أوصى بشيء لأحد ، ثم وهبه لغيره أو يكون التدبير باقياً بحاله فإذا مات المدبر تحررت ، وقد يتمسك لهذا بخبر المعلّى بن خنيس « سئل أبو عبدالله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على جارية له مدبرة قد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك وطلقها قبل أن يدخل بها؟ قال : فقال : إن للمرأة نصف خدمة المدبرة يكون للمرأة يوم في الخدمة ويكون لسيدها الذي دبرها يوم في الخدمة ، قيل له : فإن ماتت قبل المرأة والسيّد لمن يكون الميراث؟ قال : يكون نصف ما تركته للمرأة والنصف الآخر لسيدها الذي دبرها ^(١) . »

ولا يخفى أن هذا الخبر مع قطع النظر عن ضعفه لا ظهور فيه في بقاء التدبير ولا في بطلانه ، وحيث إنّه لا تضاد بين التدبير والإمهارة لا يبعد بقاء التدبير ولو أعطاه عوض المهر متاعاً أو عبداً أو بقاً وشيئاً ثم طلقها قبل الدخول فالظاهر عدم الخلاف في أنه يرجع بنصف المسمى دون العوض ، ويدل عليه صحيح الفضيل بن يسار « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطاها عبداً أو بقاً وبردا جيرة بالألف التي أصدقها فقال : إذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلا بأس إذ هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد ، قلت : فإن طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال : لا مهر لها وتردّ عليه خمسمائة درهم ويكون العبد لها ^(٢) . »

ويمكن أن يقال : مقتضى القاعدة أنه إذا وقع المعاوضة بين المهر والمتاع قبل الطلاق لا يبطل من جهة الطلاق كما قالوا في البيع لو تصرف المشتري في المبيع تصرفاً ناقلاً عن ملكه ثم فسخ البايع لا يبطل نقل المشتري من جهة فسخ البايع بل يرجع إلى المثل أو القيمة فإذا كان المهر المنتقل إلى الغير قيمياً وطلق الزوج قبل الدخول ، فمقتضى القاعدة الرجوع إلى القيمة لا المسمى ، وليس الصحيح المذكور شاهداً على خلافه فإنّ الدرهم مثليٌّ ظاهراً ، وعلى هذا فإن كان المسمى قيمياً وعوضت المرأة مع شيء آخر لا يرجع

الزَّوْجِ إِلَى الْمَسْمُومِ وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْإِعْطَاءَ بِعَنْوَانِ الْوَفَاءِ فِي حَكْمِ الْمَعَاوِضَةِ فِيكُونُ فِي حَكْمِ التَّلْفِ فَإِنْ كَانَ مِثْلِيًّا يَأْخُذُ الْمِثْلَ . وَإِنْ كَانَ قِيَمِيًّا يَأْخُذُ الْقِيَمَةَ ، وَلَعَلَّ هَذَا هُوَ مَرَادُ الْمُصَنِّفِ (رَه) فَالْمُرَادُ مِنَ الْمَسْمُومِ بَدْلُهُ مِنَ الْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةَ يَرْجِعُ الزَّوْجُ بِهِ وَلَا يَرْجِعُ إِلَى عَوْضِهِ .

وَأَمَّا لَوْ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ مَا يَخَالِفُ الْمَشْرُوعَ فَالْمَشْهُورُ فِي كَلَامِ الْأَصْحَابِ بِطَلَانِ الشَّرْطِ وَصِحَّةِ الْعَقْدِ وَالْمَهْرِ . وَالْمُرَادُ بِالشَّرْطِ الْمَخَالِفِ لِلْمَشْرُوعِ هُوَ الْأَعْمُ مِنْ أَنْ يَشْتَرِطَ فِعْلًا مَحْرُومًا مَّا كَشْرَبِ الْخَمْرِ مِثْلًا أَوْ يَشْتَرِطَ فِعْلًا مَبَاحًا فِعْلِيًّا يَكُونُ أَمْرُهُ بِيَدِ الزَّوْجِ بَأَنْ يَكُونَ لِدَلِيلِ إِبَاحَتِهِ إِطْلَاقًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْعَنَاوِينِ الطَّارِيَةِ فِي مَقَابِلِ الْمَبَاحِ الْاِقْتِضَائِيِّ الْحَيْثِي الَّذِي لَا يَكُونُ لِدَلِيلِهِ إِطْلَاقٌ بِهَذَا النِّحْوِ وَإِنْ كَانَ اسْتِظْهَارَ هَذَا مِنَ الْأَدَلَّةِ فِي غَايَةِ الْأَشْكَالِ وَقَدْ مَرَّ الْكَلَامُ فِيهِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ .

وَيَقَعُ الْكَلَامُ فِي وَجْهِ صِحَّةِ الْعَقْدِ مَعَ فِسَادِ الشَّرْطِ مَعَ أَنَّهُ لَا بَدَأَ فِي كُلِّ عَقْدٍ الْقَصْدُ وَطَيْبِ النَّفْسِ فَإِذَا كَانَ الْقَصْدُ وَطَيْبِ النَّفْسِ مَقْيُودِينَ بِالشَّرْطِ فَكَيْفَ يَصِحُّ الْعَقْدُ مَعَ عَدَمِ الشَّرْطِ ، وَلِذَا اسْتَشْكَلَ فِيْمَا لَوْ بَاعَ وَشَرَطَ شَرْطًا فَاسِدًا فِي صِحَّتِهِ فَيُقَالُ: مَا قَصِدُ لَمْ يَقَعْ وَمَا وَقَعَ لَمْ يَقْصِدْ ، وَمَا رَضِيَ بِهِ لَمْ يَقَعْ وَمَا وَقَعَ بِهِ لَمْ يَرْضَ بِهِ . وَقَدْ يَجِبُ هُنَاكَ بَأَنَّ الْبَيْعَ مَعَ الشَّرْطِ بِنَحْوِ تَعَدُّدِ الْمَطْلُوبِ فَمَعَ عَدَمِ إِمْضَاءِ الشَّارِعِ أَحَدِ الْمَطْلُوبِينَ لَا مَانِعَ مِنْ صِحَّةِ الْمَطْلُوبِ الْآخَرَ ، فَمَعَ تَمَامِيَّةِ هَذَا الْجَوَابِ أَمَكَّنَ أَنْ يَجِبَ فِي الْمَقَامِ أَيْضًا بِهَذَا بَأَنَّ يُقَالُ: الْقَصْدُ الرَّضَا تَعَلُّقًا بِالنِّكَاحِ وَبِالشَّرْطِ بِنَحْوِ تَعَدُّدِ الْمَطْلُوبِ فَلَا مَانِعَ مِنْ صِحَّةِ النِّكَاحِ وَفِسَادِ الشَّرْطِ ، لَكِنَّ الظَّاهِرُ أَنَّ الْغَالِبَ خِلَافَ هَذَا فِي الْبَيْعِ مَعَ الشَّرْطِ وَالنِّكَاحِ مَعَ الشَّرْطِ كَمَا لَا يَخْفَى .

وَيَمَكَّنُ أَنْ يُقَالُ: الظَّاهِرُ عَدَمُ اعْتِبَارِ الرَّضَا وَطَيْبِ النَّفْسِ بِنَحْوِ تَعَدُّدِ الْمَطْلُوبِ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَا يَرْضَى بِاشْتِرَاءِ الْعَيْنِ الْمَعْيِبَةِ بِحَيْثُ لَوْ تَوَجَّهَ إِلَى الْعَيْبِ يَنْصَرِفُ عَنِ الْاِشْتِرَاءِ وَمَعَ ذَلِكَ حَكْمُ الشَّارِعِ بِصِحَّةِ الْبَيْعِ كَمَا أَنَّهُ لَوْ شَرِبَ فِي نَهَارِ شَهْرِ رَمَضَانَ مَا يَمَعًا بَزَعَمَ أَنَّهُ مَاءٌ بَارِدٌ يَرْفَعُ بِهِ عَطْشَهُ فَبَانَ خِلَافَ زَعْمِهِ كَانَ الشَّارِعُ مَفْطَرًا عَنْ عَمْدٍ ظَاهِرًا يَجِبُ عَلَيْهِ الْكُفَّارَةُ بَلْ غَالِبُ الْمَعَامَلَاتِ الَّتِي عَلَيْهَا يَتَرْتَّبُ الضَّرْرُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ .

وما هو المعروف من أن تخلف الداعي لا يضر بصحة المعاملة لم يظهر وجهه مع الاشتراك في وجه الشبهة . واستدل لصحة العقد مع فساد الشرط بالنصوص :
 منها خبر محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سريّة فهي طالق ففضى عليه السلام في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم فإن شاء وفي لها بما اشترط وإن شاء أمسكها و اتخذ عليها سريّة و نكح عليها » (١).

و منها ما رواه العياشي في تفسيره عن ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين صلوات الله عليه في امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها إن تزوج امرأة أو هجرها أو أتى عليها سريّة فإنها طالق ، فقال عليه السلام : شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفي بشرطه و إن شاء أمسك امرأته و نكح و تسرى عليها و هجرها إن أتت بسبيل ذلك قال الله تعالى في كتابه « فانكحوا ما تاب لكم من النساء منى و ثلاث و ربا ع » و قال : « أحل لكم ما ملكت أيما نكم » (٢) و قال « اللاتي تخافون نشوزهن » - الآية .

وقد يستشكل في دلالة خبر محمد بن قيس على كون اشتراط عدم التزويج والتسري من الشرط المخالف للمشروع لاحتمال كون الشرط هو المجموع المركب من الشرط والجزاء أو خصوص الجزاء وهو قوله «فهي طالق» وعلى أي تقدير يكون مخالفته للمشروع واضحة لأنه على أي حال يرجع إلى شرط النتيجة ، ثم ذكر توهم مخالفته للمشروع عليه السلام على المحكمي « إن شاء وفي » لأن الوفاء إنما يصح نسبتة إلى الأمر الاختياري ولا يكون الشرط المذكور كذلك على التقديرين أما على تقدير كونه نفس الجزاء فواضح و أما على تقدير كونه المجموع المركب منه و من الشرط فلا أن المركب من الأمر الاختياري ، وغير الاختياري لا يكون اختياريًا . ودفع التوهم بأن الوفاء بالشرط يتحقق بمنع تحقق موضوعه ومحلّه ثم بعد كلام منع عن كون مثل هذا وفاء فيتعين أن يكون المراد من الشرط في الخبر عدم التزويج والتسري .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٩ . (٢) كذا .

و يمكن أن يقال : حمل الشرط في الخبر « و شرط لها إن هو تزوج - الخ » على ترك خصوص الشروط المذكورة في الجملة الشرطية لعله خلاف الظاهر أو طرف الاحتمالين الآخرين المذكورين فلا بد من حمل قوله عليه السلام على المحكمي « فإن شاء وفي » على جميع التقادير أو على التقديرين المذكورين فلا بد من حمل الخبر على التقيّة لقول العامة بوقوع الطلاق بالشرط أو الحمل على قاعدة الالتزام و إلزام من التزم بصحة الطلاق بنحو شرط النتيجة مع أن « الحق أن » الطلاق لا يقع بالشرط بل له سبب خاص .

و في قبال الخبرين المذكورين خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « في الرجل يقول لعبده : أعتقك على أن أزوجك ابنتي فإن تزوجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار ، فأعتقه على ذلك وتسرّى أو تزوج ؟ قال عليه السلام : عليه شرطه » (١) .

وخبر منصور بن زبير « قلت لأبي الحسن عليه السلام وأنا قائم : جعلني الله فداك إن لي شريكاً لي كانت تحته امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها فقالت المرأة : لا والله لا أتزوجك أبداً حتى تجعل لله عليك أن لا تطلقني ولا تزوج علي ؟ قال عليه السلام : وقد فعل ؟ قلت : نعم قد فعل جعلني الله فداك ، قال عليه السلام : بشس ما صنع و ما كان يدرية ما يقع في جوفه في جوف الليل أو النهار ، ثم قال : أما الآن فقل له فليتم للمرأة شرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : « المسلمون عند شروطهم » (٢) .

ونحوه خبره الآخر عن العبد الصالح عليه السلام (٣) مما دلّ على مشروعية هذا الشرط و لزوم الوفاء به وغير ما ذكر .

فلا بد من الترجيح أو التخيير إلا أن يحمل ما دلّ على صحة الشرط على التقيّة لموافقته العامة كما في الاستبصار أو يفرق بين النذر والشرط كما عن الشيخ في التهذيبين ولا مجال لاستصحاب عدم المخالفة كما بيّن في محله .

وكيف كان لو شرطت تسليم المهر في أجل فإن تأخر عنه فلا عقد ، يكون الشرط

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٩ و ج ٥ ص ٤٠٣ . و التهذيب ج ٢ ص ٢١٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢١٩ .

فاسداً لأن انتفاء العقد لا يتحقق إلا بالفسخ أو الطلاق ليس غير .

ويدل عليه أيضاً صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل تزوج المرأة إلى أجل مسمى فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهي امرأته ، وإن لم يأت بصداقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل ، وذلك شرطهم بينهم حين أنكحوه ففرضي للرجل أن ييده بضع امرأته وأحبط شرطهم ^(١) » .

ولو شرط أن لا يفتننها صح ولزم الشرط ويدل عليه خبر سماعة « قلت : جاء رجل إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها ، فقالت : أزوتك نفسي على أن تلتمس مني ماشئت من نظروالتماس ، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي وتلدن بما شئت فأنثي أخاف فضيحة ، قال : ليس له منها إلا ما اشترط ^(٢) » .

ورواه في الكافي عن عمار بن مروان عن أبي عبدالله عليه السلام مثله إلا أن فيه « فسألها أن تزوجه نفسها متعة ^(٣) » .

وعن إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت له : رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا يفتننها ، ثم أذنت له بعد ذلك ؟ قال : إذا أذنت له فلا بأس ^(٤) » .

وضعف السند مجبور بعمل الأعلام فلامجال للإشكال بأنه مناف لمقتضى العقد أو مخالف للمشروع كما أنه لامجال للتفرقة بين النكاح الدائم والمنقطع بعد ظهور التزوج بلا قيد في الدائم .

وقد يقال بالتفصيل من جهة صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى علي عليه السلام : في رجل تزوج امرأة وأصدقها واشترط في ذلك أن ييدها الجماع والطلاق ، قال عليه السلام : خالفت السنة وولت الحق من ليس بأهله ^(٥) » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ والتهذيب ج ٢ ص ١٩٠ عن الكافي .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

(٥) الفقيه باب المتعة تحت رقم ٣٠ .

ومقتضى الجمع حمل الطائفة الأولى على النكاح المنقطع ، ويمكن أن يقال :
فرق بين كون أمر الجماع والطلاق بيد المرأة وبين اشتراط عدم المباشرة أو عدم الاقتضاض
فالأول كما لو باع وشرط على المشتري كون أمر البيع بيده والثاني كما لو باع وشرط
أن لا يبيع من زيد وبعبارة أخرى الثاني يرجع إلى قصر السلطنة والأول على إثبات
السلطنة مضافاً إلى أن هذا لو تم لزم عدم صحة الاشتراط حتى في النكاح المنقطع وإلى
أن التزوج بلا قيد ظاهر في الدائم .

السابع لو شرط أن لا يخرجها من بلدها لزم ولو شرط لها مائة إن خرجت معه
وخمسين إن لم تخرج فإن أخرجها إلى بلد الشرك فلا شرط له ولزمتها المائة وإن أرادها
إلى بلد الإسلام فله الشرط. الثامن لو اختلفا في أصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه
ولو كان بعد الدخول ، وكذا لو خلافاً عن المواعدة . التاسع يضمن الأب مهر ولده الصغير
إن لم يكن له مال وقت العقد ولو كان له مال كان على الولد .

إذا اشترط أن لا يخرجها من بلدها فالمعروف صحة الشرط ولزومه و استدلال
بعموم « المؤمنون عند شروطهم » و خصوص صحيحة أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام
« في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها عن بلدها ، قال عليه السلام : يفي لها
بذلك - أو قال : يلزمه ذلك - (١) » .

وصحيحة ابن أبي عمير قال : « قلت لجميل بن دراج : رجل تزوج امرأة وشرط
لها المقام بها في أهلها أو بلد معلوم ، يقال : قدروى أصحابنا عنهم عليهم السلام « أن ذلك لها
وأنته لا يخرجها إذا شرط ذلك لها (٢) » .

وحكي الخلاف من جهة أن مقتضى العقد هو استحقاق الاستمتاع بها في كل
زمان ومكان فاشترط هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وبأن الاستمتاع بها في كل مكان
حق للزوج بأصل الشرع فإذا شرط ما يخالفه بطل ، وأجيب عن الصحيحتين بحملهما
على الاستحباب .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ .

وأجيب عما ذكر بعدم كون هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وإلا لزم بطلان العقد للزوم التناقض ولا يلتزم به ، وما دل على كون الاستمتاع بالنحو المذكور حقاً للزوج شرعاً لم يثبت كونه فعلياً ناظراً إلى العناوين الطارية كي يكون الشرط المخالف له باطلاً مخالفاً للمشروع ، وحمل الصحيحتين على الاستحباب خلاف الظاهر لوجه لعم عدم المعارض .

ويمكن أن يقال: ما ذكر أخيراً من أن المدار في المخالفة الفعلية والنظر إلى العناوين الطارية يشكل لأن لازمه أنه مع عدم الدليل أيضاً يشك في ثبوت الحق بحيث لولا عموم « المؤمنون عند شروطهم » والصحيحان كنا شاكرين في ثبوت الحق المذكور وليس كذلك فالأولى أن يقال: لولا الصحيحتان أشكل التمسك بعموم « المؤمنون عند شروطهم » لاحتمال المخالفة وبعد ملاحظة الصحيحتين وظهورهما في لزوم نستكشف عدم المخالفة .

ولو شرط لها مائة إن خرجت معه وخمسين إن لم تخرج - الخ فاستدل على عدم صحة الشرط في صورة الإخراج إلى بلد الشرك وصحة الشرط له إن أرادها إلى بلد الإسلام مضافاً إلى عموم « المؤمنون عند شروطهم » بحسنة علي بن رثاب عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال : « سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً أرأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده ؟ قال : فقال عليه السلام : إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط لعليها في ذلك ولها مائة دينار التي أصدقها إياها ، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط عليها ، والمسلمون عند شروطهم وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها أو ترضى منه من ذلك بما رضيت به ، وهو جائز له ^(١) » .

وقد توقف في العمل بهذه الرواية من جهة مخالفتها مع أصول من جهة مجهولية المهر حيث جعله مائة على تقدير وخمسين على تقدير ، والحكم بأن لها مائة إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرك وأنه لا شرط له عليها بمعنى أنه لا يجب عليها الخروج معه

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٢ باختلاف في اللفظ .

مع أنه خلاف الشرط الذي وقع العقد عليه لأن استحقاقها للمائة علق على الخروج معه إلى بلاده كائنة ما كانت والحكم بأنه ليس له أن يخرجها إلى بلاد المسلمين إلا بعد إعطاء المهر فإنه يشمل باطلاقه ما لو كان ذلك بعد الدخول مع أنه لا يجوز له الامتناع بعد الدخول ولا يجب عليه إعطاء المهر إلا أن تطلبه مع تهيئتها للتمكين وأجيب بأن الرواية بعد كونها واجدة لشرائط الحجية من جهة كونها حسنة بإبراهيم بن هاشم لوجه لعدم العمل بها والرجوع إلى مقتضى الأصول ، وغاية الأمر مخالفتها لبعض القواعد التي اقتضتها العمومات والاطلاقات ، هذا مضافاً إلى إمكان المنع عن مخالفتها لمقتضى الأصول لأنه لا يعتبر في صحة المهر معلوميته من كل وجه ولذا يكفي بالمشاهدة مع احتمال كون المهر هو المائة وإنما اشترط عليها الإبراء إن لم تخرج معه وأما الحكم بأنه له المائة إن أراد إخراجها إلى بلاد الشرك وأنه لا شرط له عليها فلعله لانصراف الإخراج الذي علق عليه المائة إلى الإخراج الجائز ، وأما الحكم بأنه ليس له أن يخرجها إلى بلاد المسلمين إلا أن يعطيه المهر ، فيمكن أن يكون حكماً تكليفاً من دون استتباع لحكم وضعي كحق الامتناع لها ولو بعد الدخول وسقوط حق امتناعه عن إعطاء المهر مع عدم تهيئتها للتمكين ، ويمكن أن يقال : إن كان حكم على خلاف الأصول فلا بد فيه من الاقتصار على المورد الخاص ولاأظن أن يلتزم به ، وما ذكر من عدم اضرار الجهالة لا يصحح الاشكال من جهة التردد في المهر ولم يذكر في السؤال شرط الإبراء حتى ينزل الجواب عليه ، وما ذكر من انصراف الإخراج الجائز يشكل من جهة أنه يلزم منه حرمة خروج المسلمين إلى بلاد الشرك ولو كانوا متمكنين من حفظ تكاليفهم من الايتان بالواجبات وترك المحرمات وما ذكر من إمكان كون الحكم بوجوب إعطاء المهر حكماً تكليفاً محضاً يشكل من جهة أن اختصاص هذا التكليف في خصوص المورد بعيد والتعميم لا يلتزم به .

ولو اختلف الزوج والزوجة في استحقاق المهر وعدمه فلا إشكال في أن القول بقول الزوج مع يمينه إذا كان الاختلاف قبل الدخول وأما لو كان بعد الدخول فكذلك على المشهور لأصالة براءة ذمة الزوج عن المهر المسمى مع ثبوت انتفاء التفويض وعن

مهر المثل مع عدم ثبوته أما على الأول فلاحتمال كون المهر على أيه لا تهزوجه و هو صغير معسر أو كونه ديناً في ذمة الزوجة أو عيناً في يدها .

و أما على الثاني فلأن أصالة عدم التسمية بضميمة مادل على استحقاقها مهر المثل عليه بالدخول إن لم يسم لها مهراً و إن كان مقتضاها استقرار مهر المثل عليه والأصل عدم دفعه إليها لكن عموم مادل على استحقاقها مهر المثل بالدخول فيما لم يسم لها مهراً مخصص بمادل على سقوط مهر المثل عن ذمته بالتهاتر فيما لو كان له دين في ذمتها بمقدار مهر المثل أو يزيد فمع احتمال كونها مدينة له بمقدار مهر المثل لا يصح التمسك لاستقرار مهر المثل لها عليه بعموم مادل على استحقاقها له بالدخول إلا بناء على صحة التمسك بالعام مع الشك في مصداق المخصص والحق أن يقال : أصالة براءة ذمة الأب و كذا أصالة براءة ذمة الزوجة جاريتان ، والثانية مقدمة على أصالة براءة ذمة الزوج لتقدم الأصل السببي على المسببي ولذا لا يشك في مالو ادعى البايع عدم رد الثمن في أن القول قول البايع . هذا مضافاً إلى الاشكال في صحة التهاتر لأن عمدة ما قيل فيها أنه إذا اشتغل ذمة أحد الشخصين للآخر بمثل ما اشتغل ذمة الآخر له فأداء كل واحد منهما ما في ذمته للآخر لغو فلا يصح أن يكون معمولاً به ، وأراد بعض الاعلام الاستدلال ببعض الأخبار ويشكل الاستفادة منه . وقد سبق الكلام فيه فنقول : لازم ما ذكر أنه لو كان عين لزيد مثلاً في يد آخر ومثل العين المذكورة في يد زيد لعمر وحصول المعاوضة قهراً من دون حاجة إلى المعاوضة لما ذكر من اللغوية .

وقد يستشكل المحقق الأردبيلي - قدس سره - في صحة النهاء تربل بيالى وقوع الاستشكال في كلام العلامة - قدس سره - أيضاً .

و أما أصالة براءة ذمة الأب فليست مقدمة على أصالة براءة ذمة الزوج لكن احتمال اشتغال ذمة الأب لا يوجب سقوط المهر عن ذمة الزوج . وقد يقال : إذا ثبت انتفاء التفويض وعلم بعدم كون المهر في ذمة الوالد وعدم كونه عيناً في يدها أو ديناً في ذمتها فالحق ما ذهب إليه المشهور من أن القول قول الزوج لأن البراءة الأصلية وإن كانت منتقضة بالعلم باستقرار شيء في ذمة الزوج ومقتضى الأصل عدم دفعه إليها لكن الزوجة

لا تخلو إما أن تدعى المهر المسمى من غير تعيين له أو تدعى مع التعيين فعلى الأول لا تكون دعواها مسموعة لعدم سماع الدعوى على المجهول وعلى الثاني يكون الأصل مع الزوج لأن الأصل عدم كون المهر ماتدعيه من المهر المعين ومجرد العلم باستقرار شيء في ذمته لا يجدى شيئاً .

ويمكن أن يقال : لازم ما ذكر عدم منجزية العلم الإجمالي باشتغال الذمة بشيء مردد بين أشياء مختلفة كما إذا كان عليه دين لشخص معين وكان الدين مردد بين أشياء مختلفة ، وما ذكر من الأصل المذكور أعني عدم كون المهر ماتدعيه المرأة للاحالة سابقة لهو السالبة بانتفاء الموضوع لانقضاء بنظر الأعلام مضافاً إلى معارضة الأصل المذكور بأصالة عدم كون المهر غير ماتدعيه المرأة ومع التعارض كيف يجري الأصل المذكور ولا يتصور خروج بعض الأطراف عن محل الابتلاء بناء على جريان الأصل حينئذٍ ، غاية الأمر عدم التمكن من تأدية ما هو طرف العلم الإجمالي وهو لا يوجب سقوط التكليف لا يمكن تأدية البديل مضافاً إلى الاشكال في مانعية خروج بعض الأطراف عن محل الابتلاء عن تنجيز العلم الإجمالي .

ولو خلى الزوج بالزوجة فادعت المواقعة وثبوت المهر أو استقراره فالقول قول الزوج للأصل وقد يستظهر من بعض الأخبار خلافه وقد مر الكلام فيه . وإذا زوج الأب الزوجة من ولده الصغير ولم يكن له مال حين العقد ضمن المهر بلا خلاف ظاهر وبدل عليه صحيح الفضل بن عبد الملك « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير ؟ قال : لأبأس ، قلت : يجوز طلاق الأب ، قال : لا ، قلت : علي من الصداق ؟ قال : علي الأب إن كان ضمنه لهم وإن لم يكن ضمنه فهو على الغلام إلا أن لا يكون للغلام مال فهو ضامن له ، وإن لم يكن ضمن ^(١) . »

وموثق عبيد « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير ؟ قال : إن كان لابنه مال فعليه المهر ، وإن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر ضمن أولم يضمن ^(٢) . »

والمحكي عن القواعد أنه لو تبرء في العقد من ضمان العهدة صح إن علمت المرأة بالإعسار ، ويقال : لعله لأن المؤمنين عند شروطهم ولدخول المرأة على ذلك وللإقتصار في خلاف الأصل على المتيقن .

ويمكن أن يقال : مع ملاحظة النص الدال على الضمان لعل الشرط المذكور مخالف للسنة ومع الإطلاق كيف يقتصر على القدر المتيقن وكيف يلاحظ دخول المرأة على ذلك ومقتضى الصحيحة والموثقة أنه مع وجود المال للولد يكون المهر على الولد .
 العاشر للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها ، وهل لها ذلك بعد الدخول فيه قولان أشبههما أنه ليس لها ذلك .

المعروف بين الأصحاب أن المرأة لها الامتناع من تسليم نفسها للزوج قبل الدخول حتى تقبض مهرها ، وقد يقال في وجهه : إن النكاح مع ذكر المهر فيه يكون من العقود المعاوضية كالبيع الذي يقال فيه إن لكل من البيعين الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض لأن معنى الوفاء بالعقد اللأزم بحكم العرف والشرع هو العمل خارجاً على طبق ما التزم به المتعاقدان به في العقد من النقل والانتقال . وهذا التقريب لا يخلو عن الإشكال لأن النكاح الدائم ليس على النحوين فكما يصح النكاح بدون ذكر المهر كذلك في صورة ذكر المهر ليس المهر عوضاً ولازم التقريب المذكور أن لها الامتناع حتى بعد الدخول ولا يلتزمون به وقد استدل على ذلك بخبر زرعة عن سماعة « سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها ، يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ؟ قال : نعم ، إذا جعلته في حل فقد قبضته (١) ، فإنه يدل بمفهومه على عدم جواز الدخول بها قبل أن تقبض مهرها ، ولا يخفى أن المراد امتناع الزوجة من تسليم نفسها لاستمتاع الزوج ، والمستفاد من هذا الخبر - لو لم يكن إشكال فيه من جهة السند - عدم جواز خصوص الدخول دون سائر الاستمتاع بل لا يبعد أن يكون مساق هذا الخبر مساق الأخبار أخر المحمولة على الكراهة كخبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً درهماً . (١) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ .

فما فوقه أو هديّة من سويق أو غيره (١) .

ويؤيده ما في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام «عن رجل تزوّج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله عز وجل» فقال عليه السلام : ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السورة ويعطيها شيئاً ، قلت : أيجوز أن يعطيها تمراً أو زبيباً ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا رضيت به كائناً ما كان (٢) .

والمحكى عن الحدائق ونهاية المرام أنه ليس لها الامتناع من تسليم نفسها وللزّوج الامتناع من تسليم المهر بل كل منهما مكلف شرعاً بأداء ما عليه عصى الآخر أو أطاع .

﴿ النظر الثالث في القسم والنشوز والشقاق . أما القسم فللزّوج الواحدة ليلة وللأتنين ليلتان وللثلاث ثلاث ، والفاضل من الأربع له أن يضعه حيث شاء ولو كنّ أربعاً فلكلّ واحدة ليلة ولا يجوز الاخلال لإامع العذر أو الإذن ، والواجب المضاجعة للمواقعة ويختصّ الوجوب بالليل دون النهار ، وفي رواية الكرخي إنّما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظلّ عندها في صبيحتها ﴾ .

الظاهر من كلمات الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - وجوب القسمة بين الزّوجات في الجملة وإنّما الخلاف في أنه هل تجب على الزّوج ابتداء بمجرّد العقد والتمكين كالنفقة أو لا تجب عليه حتى يبتدئ بها وتظهر الثمرة في أنه على الأوّل لو كانت للزوجة واحدة يجب عليه المبيت في كلّ أربع ليال ليلة وكان اللّيالي الثلاث له يضعه حيث يشاء ولو كان له زوجتان كان لكلّ واحدة ليلة من كلّ أربع ليال والليلتان الباقيتان له وهكذا لو كانت ثلاث زوجات ، ولو كنّ أربع لا يبقى له ليلة وعلى القول الآخر فلو كانت له زوجة واحدة لم يجب عليه القسمة لها مطلقاً ولومع المبيت ليلة عندها ولو كانت للزوجتان أو أزيد لم يجب عليه القسمة لإامع المبيت ليلة عند إحداهنّ فيجب القسمة لهنّ

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢١٥ ، والاستبصار ج ٣ ص ٢٢٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢١٨ .

حتى يتم الدور ولا يجب عليه استيناف الدور بل كان له الاعتزال عنهن .
 واستدل للقول الأول بوجوب العدل والأمر بالمعاشرة بالمعروف والتأسي بالنبي
 ﷺ حيث كان يقسم بينهن^(١) ، وقول الصادق عليه السلام على المحكي في خبر البصري
 « في الرجل يكون عنده المرأة فيتزوج أخرى كم يجعل للتي يدخل بها ؟ قال عليه السلام :
 ثلاثة أيام ، ثم يقسم^(٢) ، حيث إن قوله عليه السلام يدل على وجوب القسم وإطلاق الاخبار
 المستفيضة الآمرة بالقسم للحرّة مثل ما للأمة .

منها مرواه الشيخ - قدس سره - في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام
 قال : « سألت عن الرجل تزوج المملوكة على الحرّة ؟ قال : لا ، فإذا كانت تحته امرأة
 مملوكة فتزوج عليها حرّة قسم للحرّة مثل ما يقسم للمملوكة^(٣) . »

وعن محمد بن قيس في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى في رجل نكح أمة
 ثم وجد طولاً يعني استغناء اولم يشته أن يطلق الأمة نفسه فيها فقضى أن الحرّة تنكح
 على الأمة ولا ينكح الأمة على الحرّة إذا كانت الحرّة أوليهما عنده وإذا كانت الأمة
 عنده قبل نكاح الحرّة على الأمة قسم للحرّة الثلثين من ماله ونفسه [يعني نفقته] وللأمة
 الثلث من ماله ونفسه^(٤) . »

وعن عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألت عن الرجل
 تزوج الأمة على الحرّة قال : لا يتزوج الأمة على الحرّة ويتزوج الحرّة على الأمة
 وللحرّة ليلتان وللأمة ليلة^(٥) . »

وما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن نكاح
 الأمة قال : يتزوج الحرّة على الأمة - إلى أن قال - وإن اجتمعت عندك حرّة وأمة

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٤) و(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ .

فللحرّة يومان وللأمة يوم» (١).

وإطلاق ما دلّ من النصوص على أن لكلّ زوجة ليلة من أربع كخبر عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : « سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما : ليلتي ويومي لك يوماً أو شهرأ أو ما كان ، أيجوز ذلك ؟ قال عليه السلام : إذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس (٢) » .

وخبر الحسن بن زياد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن الرّجل يكون له المرأتان وإحداهما أحبّ إليه من الأخرى أله أن يفضلها بشيء ؟ قال عليه السلام : نعم له أن يأتيها ثلاث ليال والأخرى ليلة ، لأنّ له أن يتزوّج أربع نسوة فليلتاه يجعلهما حيث يشاء ، قلت : فتكون عنده المرأة فيتزوّج جاريةً بكرةً قال : فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال وللرّجل أن يفضل نساءه بعضهم على بعض ما لم يكن أربعاً (٣) » .

وصحيح ابن مسلم قال : « سألته عن الرّجل تكون عنده امرأتان إحداهما أحبّ إليه من الأخرى قال : له أن يأتيها ثلاث ليال والأخرى ليلة ، فإن شاء أن تزوّج أربع نسوة كان لكلّ امرأة ليلة ولذلك كان له أن يفضل بعضهم على بعض ما لم يكن أربعاً (٤) » .

ونوقش في استفادة مذهب المشهور ممّا ذكر بأنّ وجوب العدل فرع ثبوت الحقّ لأنّ العدل إعطاء كلّ ذي حقّ حقه فيه لا يثبت الحقّ ، والأمر بالمعاشرة بالمعروف لا يقتضى وجوب المبيت ، والتأسي بالنبي صلى الله عليه وآله لا محلّ له بعد معلومية عدم وجوب القسم عليه . وأمّا خبر البصريّ فهو في مقام بيان عدم استحقاق الجديدة أكثر من ثلاث ليال يختصّ لها وليس في مقام بيان وجوب القسمة . وأمّا أخبار الحرّة والأمة فهي في مقام بيان كيفية العدل حيث يريد القسمة ، وأمّا خبر عليّ بن جعفر وخبر الحسن بن زياد وغيرهما من

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٦٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ .

(٤) الفقيه باب ما أحلّ الله من النكاح تحت رقم ٦٨ .

النصوص الدالة على أن لكل زوجة ليلة من أربع ليال فهي في مقام بيان جواز تفضيل بعض النساء على بعض لافي مقام بيان وجوب القسمة بينهما ابتداء .
ثم بعد نقل القول الآخر والاشكال فيما استدل له قرب الاستدلال لمذهب المشهور بخبر الحسن بن زياد المتقدم حيث عكّل جواز تفضيل النساء بعضهم على بعض بقوله «لأن له أن يتزوج أربع نسوة» ومن المعلوم أنه لا دلالة لهذا التعليل على جواز التفضيل أصلاً إلا بضميمة مقدّمة كانت مفروغ عنها عند السائل وهي استحقاق كل زوجة ليلة واحدة من أربع ليال إذ حينئذ يكون حاصل التعليل أنه حيث كان للزوجة الواحدة من كل أربع ليال ليلة واحدة لأزيد كانت الليالي الثلاث الباقية له أباح الله تعالى له أن ينكح أربع نساء إذ لو كان للواحدة من كل أربع ليال أزيد من ليلة واحدة لم يبح له أن ينكح أربع نساء لاستلزامه تضييع حق كل منهن فهذا التعليل يدل بدلالة الاقتضاء على أن للزوجة على الزوج القسم ابتداء ولو كانت عنده واحدة .

ويمكن أن يقال : لا مجال لا نكار ظهور جملة الخبرية أعني قوله عليه السلام على المحكي في خبر البصري « ثم يقسم » وقوله عليه السلام على المحكي في صحيح محمد بن مسلم « قسم للحرّة مثلي ما يقسم للمملوكة » . وما في موثق محمد بن قيس وكون هذه الأخبار في مقام بيان أمر آخر لا يمنع الظهور .

وما ذكر في الاستدلال بخبر الحسن بن زياد يشكّل من جهة أن استحقاق الزوج ليلة واحدة من أربع ليال لا يلزم وجوب المبيت عندها الأتري أن حقوقاً كثيرة للمؤمن من دون الإيجاب هذا ، ولكن يشكّل مذهب المشهور بملاحظة ما استدل به للقول الآخر وهو ماروي من أن النبي صلى الله عليه وآله غضب على بعض نساءه فاعتزلهن أجمع شهراً فلو كان القسم واجباً لكان المتعين اختصاص الناشئة بالحرمان والنصوص المستفيضة الدالة على حصر حق الزوجة على الزوج في غير القسم كخبر إسحاق بن عمار قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ما حق المرأة على زوجها الذي إذا فعله كان محسناً قال عليه السلام : يشبعها و يكسوها وإن جهلت غفر لها (١) »

وخبر شهاب بن عبدربه قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ما حق المرأة على زوجها ؟ قال : يسدُّ جوعها ويستر عورتها ، ولا يقبح لها وجهاً ، فإذا فعل ذلك فقد والله أدّى حقها ^(١) . »

ونوقش بعدم استفادة المدعى مما ذكر إلا الأصل أما ما روي من اعتزال النبي صلى الله عليه وآله لنسائه أجمع فلا ن دلالة على عدم وجوب القسم مبني على وجوب القسم عليه أيضاً على تقدير وجوبه على الزوج وقد عرفت أن المشهور بين الخاصة والعامة عدم وجوبه عليه صلى الله عليه وآله وأما النصوص الدالة على حصر حق الزوجة على الزوج في غير القسم فهي محمولة على الحقوق المختصة بها فلا دلالة لها على عدم استحقاقها القسم الذي هو من الحقوق المشتركة بينهما لأنه نحو من أنحاء الاستمتاع الذي هو حق للزوج .

ويمكن أن يقال : إذا لم يكن القسم واجباً على النبي صلى الله عليه وآله فلا مانع من التأسي به صلى الله عليه وآله لأنه لم يحرز أن يكون عدم الوجوب من خصائصه . وأما النصوص الدالة على الحصر فما ذكر فيها من الحمل على الحقوق المختصة مشكك ، من جهة أن الحق المشترك حق الاستمتاع من دون مدخلية لليوم والليل و الاخبار الواردة في القسم يستفاد منها مدخلية ليلة واحدة ، من أربع ليال ، و ظاهر الاخبار الاختصاص بالزوجة وعلى هذا فلا مانع من الجمع وحمل أخبار القسم على الحق الغير الواجب مراعاته كحقوق المؤمن على أخيه الثلاثين أو أقل ، هذا مضافاً إلى أن الظاهر من الأخبار إستحقاق الزوجة مبيت الزوج تمام الليل مع أن سيرة المتشرعة على خلافه لاشتغالهم بالصلاة والتدريس والتدريس والشواغل الدينية والدنيوية ومن المسلم عند الفقهاء جواز المسافرة ولم نعر على نص استثنى فيه أوقات المسافرة ومقتضى الإطلاقات وجوب القسم في جميع الأزمنة والسفر بدون مسافرة الزوجة وإن لم يكن مقدّمة لترك القسم الواجب لكنّه ملازم لتركه فيكون المسافر عاصياً من جهة ترك القسم .

هذا كله إن لم يكن إجماع في البين ومع تمامية الإجماع القدر المتيقن ما ذهب إليه الشيخ - قدس سره - وهو القول الثاني ، وفي المتن لا يجوز الإخلال إلا مع العذر

أو الإذن والظاهر من كلماتهم أن المراد من العذر ليس ما يبيح ترك الواجب بل مطلق ما يكون مثله عذراً في العادة في التخلف عنها في بعض الليلة تمسكاً بالسيرة القطعية وأن الميزان ما يتحقق به مسمى العدل والعشرة بالمعروف ولا ينفي الأشكال فيه مع القول بالوجوب ، ولا إشكال في أن الواجب ليس الواقعة التي لا تجب عليه إلا في كل أربعة أشهر مرة لعدم الدليل على وجوبها بل الدليل على عدم وجوبها وبدل على عدم الوجوب خبر إبراهيم الكرخي « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن فيمسهن وإذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمستها فهل عليه في هذا إثم ؟ قال : إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها صبيحتها وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك ، ^(١) وأما المضاجعة بمعنى النوم في فراش واحد بحيث يتحقق التلاصق بالأبدان أو الثياب فيشكل استفادة لزومها من الأخبار واستفادة اللزوم من قوله تعالى : « فاهجروهن في المضاجع » مشكلة حيث إن الهجر وإن كان مشروطاً بالنشوز لكن ليس كل ترك هجراً بل الظاهر أن الترك بنحو الإعراض يكون هجراً ومقتضى الأخبار المذكورة إستحقاق المرأة مبيت الزوج عندها في خصوص الليل دون النهار وما في رواية إبراهيم المذكورة من قوله عليه السلام على المحكي « ويظل عندها صبيحتها » محمول على النذب نعم في الأخبار الواردة في تزوج الرجل المملوكة والحرّة عبر للحرّة يومان وللأمة يوم فلا بد من التوجيه باستحباب إضافة اليوم اليوم الى الليلة أو إرادة معنى الآخر ولا مجال لرفع اليد عن الأخبار الدالة على تعيين خصوص الليلة في القسم .

ولو اجتمعت مع الحرّة أمة بالعقد للحرّة ليلتان وللأمة ليلة والكتيبة كالأمة ولا قسمه للموطوعة بالملك وتختص البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع والثيب بثلاث ويستحب التسوية بين الزوجات في الإفناق وإطلاق الوجه والجماع وأن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبها .

(١) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٦٧ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٢

لواجتمعت مع الحرّة أمة بالعقد فمقتضى الأخبار أن الحرّة ليلتين وللأمة ليلة .
منها مارواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال : سألته عن
الرجل يتزوّج المملوكة على الحرّة قال : لا فإذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوّج
عليها حرّة قسم للحرّة مثلي ما يقسم للمملوكة ^(١) .

ومنها موثق محمد بن قيس وخبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله المتقدمان وغيرها
وأما كون الكتابية كالأمة فهو المشهور ويدل عليه مارواه في الكافي عن عبدالرحمن
ابن أبي عبدالله قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام هل للرجل أن يتزوّج النصرانية على المسلمة
والأمة على الحرّة ؟ فقال : لا يتزوّج واحدة منهما على المسلمة ويتزوّج المسلمة على
الأمة والنصرانية والمسلمة الثلثان وللأمة والنصرانية الثلث ^(٢) » .

وضعف السند مجبور بالعمل ، وأما عدم القسمة للموطوءة بالملك فادعى عليه
الإجماع ويكفي في المقام عدم دليل على استحقاتها فمقتضى الأصل عدم استحقاتها ، وأما
اختصاص البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع والثيب بثلاث فهو المشهور ويدل عليه
النبوي عليه السلام « للبكر سبعة وللثيب ثلاث » ^(٣) .

وصحيح ابن أبي عمير ، عن غير واحد ، عن محمد بن مسلم قال : « قلت : الرجل
تكون عنده المرأة يتزوّج الأخرى أله أن يفضلها ؟ قال : نعم إن كانت بكرأ فسبعة أيام
وإن كانت ثيباً فتلاثة أيام ^(٤) » .

وخبره الآخر قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل تزوّج امرأة وعنده امرأة ؟ قال :
إذا كانت بكرأ فليبت عندها سبعا وإن كان ثيباً فتلاثاً ^(٥) » .

وخبر هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوّج البكر قال : يقيم

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ .

(٣)

(٤) الفقيه باب ما أحل الله من النكاح تحت رقم ٦٦ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ والاستبصار ج ٣ ص ٢٤١ .

عندها سبعة أيام (١) .

وعلى ذلك ينزّل إطلاق خبر البصريّ عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يكون عنده المرأة فيتزوج الأخرى كم يجعل للتي يدخل بها ؟ قال : ثلاثة أيام ثم يقسم (٢) » .

وفي قبال ما ذكر خبر حسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام وفيه « قلت : فيكون عنده المرأة فيتزوج عليها جارية بكرة قال : فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال (٣) » .
وفي موثقة سماعة « سأله عليه السلام عن رجل كانت له امرأة فيتزوج عليها هل يحل له أن يفضل واحدة على الأخرى ؟ قال : يفضل المحدثة حدثان عرسها ثلاثة أيام إذا كانت بكرة ثم يسوي بينهما بطيبة نفس إحداهما الأخرى (٤) » .

وعن الشيخ في التهذيبين الجمع بينهما وبين النصوص السابقة بحمل السبع للبكر على الجواز ، والثلاث على الأفضل ولا يبعد من جهة عدم ظهور الأخبار في لزوم تظير الأمر الوارد في مقام توهم الحظر .

وأما استحباب التسوية بين الزوجات فيدل عليه خبر عبد الملك بن عتبة الهاشمي « سئل الكاظم عليه السلام « عن الرجل يكون عنده امرأتان يريد أن يؤثر إحداهما بالكسوة والعطية يصلح ذلك ؟ قال : لأبأس واجتهد في العدل بينهما (٥) » .

وفي الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام : من كان عنده امرأتان فكان إذا كان يوم واحدة فلا يتوضأ عند الأخرى (٦) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ .

(٢) تقدم ص ٤٢٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٤٢ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٣١ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٤١ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٤١ .

(٦) مجمع البيان ذيل الآية المائة والثلاثين من سورة النساء والوسائل كتاب النكاح

ابواب القسم والنشوزب ٥ تحت رقم ٣ .

بل في خبر المعمر بن خلاد النهي عن ذلك فإنه «سأل الرضا عليه السلام أن يفضل نساءه بعضهن على بعض ، فقال : لا (١)» .

وأما استحباب أن يكون في صبيحة كل ليلة عند صاحبها فيدله عليه خبر إبراهيم الكرخي المتقدم بعد حمله على الاستحباب .

✽ وأما النشوز فهو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له فتمت ظهر من المرأة أماراة العصيان وعظها فإن لم ينجع هجرها في المضجع ، وصورته أن يوكيها في الفراش ، فإن لم ينجع ضربها مقتصراً على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحاً ، ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها ، ولو تركت بعض ما يجب أو كلفه استمالة جازله القبول ✽ .

بعد ما كان لكل من الزوج والزوجة حقوق على الآخر يجب القيام بها بارتفاع أحدهما عن الطاعة بتحقيق النشوز بل هو عين النشوز ويشير إلى نشوز المرأة قوله تعالى «واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن - الآية» ويشير إلى نشوز الزوج «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً - الآية» وارتفاع كليهما يكون شقاق . وهل يكون وجوب القيام بالحقوق مطلقاً بالنسبة إلى كل منهما أو يكون مشروطاً بقيام الآخر وعدم نشوزه ؟ مقتضى إطلاق الأدلة الإطلاق فيجب على كل من الزوج والزوجة القيام بالحقوق وإن نشر الآخر ، نعم بشكل بنظر من يستشكل في أمثال هذه الأدلة بأنها ليست في مقام البيان ، وقد دل الدليل على عدم الوجوب مع نشوز المرأة ، وقد يقال ببقاء الإطلاق في طرف الزوج بجهة بحيث لولم يرقم الزوج بحقوق الزوجة لم يجز لها عدم القيام بالحقوق الواجبة عليها ففي رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «أنت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت : ما حق الزوج على المرأة ؟ فقال صلى الله عليه وآله وسلم : أن تجيبه إلى حاجته وإن كانت على ظهر قتب ، ولا تعطى شيئاً إلا بأذنه ، فإن فعلت فعليه الوزر وله الأجر ، ولا تبئت ليلة وهو عليها ساخط . قالت : يا رسول الله وإن كان ظالماً ؟ قال نعم (٢)» حيث إن

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٠٨ .

الظاهر من قولها « وإن كان ظالماً » كونه ظالماً لها بعدم القيام بحقوقها فقال : صلى الله عليه وآله : نعم .

ويمكن أن يقال : الظاهر معارضة هذه الرواية بما روى في الكافي عن سفيان بن عيينة عن أبي عبد الله عليه السلام « أن النبي صلى الله عليه وآله قال : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه وعلى عليه السلام أولى به من بعدي ، فقيل له : ما معنى ذلك ؟ فقال قول النبي صلى الله عليه وآله : من ترك ديناً أو ضياعاً فعلى عليه السلام ومن ترك مالاً فلورثته ، فالرجل ليس له على نفسه ولاية إذا لم يكن له مال ، وليس له على عياله أمر ولا نهي إذا لم يجر عليه النفقة ، والنبي صلى الله عليه وآله وأمير المؤمنين ومن بعدهما عليهم السلام ألزمهم هذا ، فمن هناك صاروا أولى بهم من أنفسهم ، وما كان سبب إسلام عامة اليهود إلا من بعدهم هذا القول من رسول الله صلى الله عليه وآله فإنهم آمنوا على أنفسهم وعلى عيالاتهم ،^(١)

ولننقل ماورد من الأخبار الواردة في الحقوق :

فمنها ما روى في الكافي عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت : يا رسول الله ما حق الزوجة على المرأة فقال : لها أن تطيعه ولا تعصيه ولا تصدق من بيته إلا بإذنه ، ولا تصوم تطوعاً إلا بإذنه ، ولا تمنعه نفسها وإن كان على ظهر قتب ، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماوات وملائكة الأرض وملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى ترجع إلى بيتها ، فقالت : يا رسول الله من أعظم الناس حقاً على الرجل ؟ قال : والده ، قالت : فمن أعظم الناس حقاً على المرأة ؟ قال صلى الله عليه وآله : زوجها ، قالت : فما لي عليه من الحق مثل ما له علي ؟ قال : لا ولا من كل مائة واحد ، فقالت : والذي بعثك بالحق لا يملك رقبتى رجل أبداً ،^(٢) » .

وعن عمرو بن جبير العزرمي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى

(١) المصدر ج ١ ص ٤٠٦ باب ما يجب من حق الامام على الرعية .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٠٧ . والفتاوى باب حق الزوج تحت رقم ١ .

رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة ، فقال : أكثر من ذلك ^(١) قالت : فخبّرني عن شيء منه فقال صلى الله عليه وآله : ليس لها أن تصوم إلا بإذنه - يعنى تطوعاً - ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه ، وعليها أن تطيب بأطيب طيبها ، وتلبس بأحسن ثيابها ، وتزين بأحسن زينتها وتعرض نفسها عليه غدوة وعشيّة وأكثر من ذلك حقوقه عليها ^(٢) . ومنها خبر أبي بصير المتقدم .

وعن سعد بن أبي عمرو والجلاب قال : قال أبو عبد الله ﷺ : «أيما امرأة باتت وزوجها عليها ساخط في حق لم تقبل لها صلاة حتى يرضى عنها ، وأيما امرأة تطيبت لغير زوجها لم تقبل منها صلاة حتى تغتسل من طيبها كفسلها من جنابتها ^(٣) » .

ولا يخفى أنها مشتملة على الحقوق الواجبة وغير الواجبة فإنما في رواية محمد بن مسلم من قوله عليه السلام على المحكمي «أن تطيعه ولا تعصيه» يشمل إطلاقه الإطاعة وترك العصيان في كل أمر ومن المعلوم عدم لزوم إطاعة الزوج في غسل ثوبه وطبخ الخبز وغيره وسائر حوائجه وكذلك قوله ﷺ على المحكمي «ولامن كل مائة واحد» وكذا ما في خبر عمرو بن جبير من قوله ﷺ على المحكمي «وعليها أن تطيب - الخ » مع أن السيرة على عدم التزام النساء المتديّنات بما ذكر وكذا ما في خبر أبي بصير من عدم المبيت والزوج ساخط ولو كان ظالماً .

ويشهد لعدم الحرمة ما في خبر سعد بن أبي عمرو من قوله ﷺ على المحكمي «باتت وزوجها عليها ساخط في حق» فلا يستفاد من خبر أبي بصير المذكور وجوب الإطاعة حتى مع عدم قيام الزوج بحقوقها كما ذكر آنفاً .

وأما الأخبار المتضمنة لحقوق الزوجة على الزوج فمنها ما رواه في الكافي في الموثق عن إسحاق بن عمار قال : «قلت لأبي عبد الله ﷺ : ما حق المرأة على زوجها

(١) أي حقوقهم أكثر من أن تذكر .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٥٠٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٠٧ والفقيه باب حق الزوج تحت رقم ٨ .

الذي إذا فعله كان محسناً؟ قال : يشبعها ويكسوها وإن جهلت غفر لها (١) .
ورواه في الفقيه عن إسحاق بن عمار قال : « سأل إسحاق بن عمار أبا عبد الله عليه السلام
عن حق المرأة على زوجها ، قال : يشبع بطنها ويكسو جسدها (جثتها خل) وإن جهلت
غفر لها (٢) » .

ومارواه في الفقيه مراسلاً قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : كان امرأة عند أبي تؤذيه
فكان يغفر لها (٣) » .

وروى في الكافي عن عمرو بن جبيرة العزرمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « جاءت امرأة
إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فسألته عن حق الزوج على المرأة فخبّرهما ، ثم قالت : فما حقها
عليه ، قال : يكسوها من العرى ويطعمها من الجوع وإن أذبت غفر لها ، فقالت : فليس لها
عليه شيء غير هذا ؟ قال : لا ، قالت : لا والله لا تزوجت أبداً ، ثم وكّلت فقال النبي صلى الله عليه وآله :
ارجعي فرجعت فقال لها : إن الله عز وجل يقول : « وأن يستعففن خير لهن » (٤) .

ومارواه في الكافي عن روح بن عبد الرّحيم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام قوله
عز وجل : « ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » قال : إذا أنفق عليها ما يقيم
ظهرها مع كسوة وإلا ففرق بينهما (٥) » .

ومارواه في النهاية عن عاصم بن حميد ، عن أبي بصير - في الصحيح - قال : « سمعت
أبا جعفر عليه السلام يقول : من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم
صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما » .

ثم إن ظاهر المتن أنه مع ظهور أمانة العصيان من المرأة يعطها الزوج فإن
لم ينبجع هجرها وإن لم ينبجع ضربها ضرباً غير مبرّح ، ويشكل أن الأصل في المقام

(١) المصدر ج ٥ ص ٥١٠ .

(٢) المصدر باب حق المرأة على الزوج تحت رقم ٢ .

(٣) المصدر الباب تحت رقم ٣ .

(٤) و (٥) الكافي ج ٥ ص ٥١١ و ٥١٢ .

قوله تعالى «واللاتى تخافون نشوزهن» الخ، فإن كان المراد من الخوف التوقع فاللازم كفاية التوقع في الهجر والضرب لأن الواو لمطلق الجمع، وإن كان المراد من الخوف العلم فاللازم عدم كفاية الامارة مع عدم تحقق النشوز بل اللازم تحققه بالفعل في الوعظ والهجر والضرب والمعنى الثانى للخوف محكى عن الفرء اعوظا هر جملة من الأصحاب ويؤيد هذا ما قيل من أن المراد من الخوف في قوله تعالى «فمن خاف من موص جنفاً أو إثمأ» العلم وكذا في قوله تعالى: «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً» بملاحظة ماورد من النصوص فيه، وكذا في قوله تعالى «وإن خفتن شقاق بينهما» من جهة اتحاد المساق، هذا مضافا إلى أن الهجر والضرب كيف يترتبان على توقع النشوز مع أنه لم يتحقق بعد لعدم استحقاقها بعد للعقوبة، هذا مضافاً إلى أن قوله تعالى «فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً» في ذيل قوله «فعضوهن» واهجروهن» واضربوهن» يستفاد منه أنه مع الإطاعة لاسبيل على المرأة ومع عدم تحقق النشوز تكون مطيعة لعدم الوسطة بينهما ولا إشكال في أن الهجر وكذا الضرب سبيل عليها لولم يكن الوعظ سبيلاً.

ثم إن الأمور الثلاثة أعني الوعظ والهجر والضرب لإشكال فيها بحسب المفهوم فحيث إن الهجر والضرب بل الوعظ أيضاً توجب تأذى المرأة لا بد من الاقتصار بأقل مراتبها، أما الهجر فقد حكى عن غير واحد من الأصحاب توليتها ظهره في الفراش كما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام بل عن المبسوط نسبه إلى رواية أصحابنا وعن مجمع البيان إلى الباقر عليه السلام وعن المبسوط و السرائر هو أن يعتزل فراشها وعن المفيد التخيير ولعله أقوى لاندرجاهما في الهجر عرفاً، وفي الضرب يقتصر على أدنى مراتبه مع حصول الغرض به، والظاهر لزوم أن يراعى الزوج الإصلا ح لا التشفى والانتقام كما قيل في تأديب المؤدب حيث إنه يقتصر في الايذاء المحرم على النحو المرخص فيه فتأمل.

ولو كان النشوز من طرف الزوج بمنع حقوقه الواجبة عليه فلا إشكال في أن المطالبة بها والمعروف أن الزوجة ليس لها منع ما عليها من الحقوق.

ويمكن أن يقال: إن كان المدرك لإطلاق الأدلة فر بما يستشكل بعدم كونها في مقام

البيان بجميع الجهات مضافاً إلى الخبر المروي في الكافي عن سفيان بن عيينة إلا أن يستشكل فيه من جهة السند . والمعروف أنه إذا امتنع الزوج من القيام بحقوقها ترفع أمرها إلى الحاكم فإن ثبت عنده ما دعت به بيئته أو اعتراف أو نحو ذلك قرره بما يراه وأجرى عليها النفقة من ماله ولو يبيع عقاره عليه وإلا نصب بينهما نفقة يستعلم صدق ما دعت به ويكون الحاكم كما تقدم ، ولو لم يكن يؤذيها ولا يمتنع شيئاً من حقوقها الواجبة إلا أنه يكرهها لكبر أو مرض أو غيرهما فلا يدعوها إلى فراشه ويهم بطلاقها فلها أن تسترضيه باسقاط بعض حقوقها من القسم أو النفقة أو نحوهما ويحل له ذلك وهذا هو الصلح الذي أشارت إليه الآية بقوله تعالى « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً » .

والاخبار الواردة في المقام منها ما رواه في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألت عن قول الله عز وجل » وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً « فقال : هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها : إنني أريد أن أطلقك فتقول له : لا تفعل إنني أكره أن تشمت بي ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك ودعني على حالتي فهو قوله « فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما » فهذا هو الصلح (١) .

وعن علي بن أبي حمزة قال « سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل : « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً » قال : إذا كان كذلك فهم بطلاقها قالت له : أمسكني وأدع لك بعض ما عليك وأحللك من يومي وليتني حل له ذلك ولا جناح عليهما (٢) » .

وما رواه في الفقيه عن المفضل بن صالح عن زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « النشوز يكون من الرجل والمرأة جميعاً فأما الذي من الرجل هو ما قال الله عز وجل في كتابه « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا والصلح خير »

وهو أن تكون المرأة عند الرجل لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له : أمسكني ولا تطلقني وأدع لك ما على ظهرك وأحل لك يومي وليتني فقد طاب له ذلك (١) .

وفي خبر زرارة « سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهارية ويشترط عليها عند عقدة النكاح أن يأتيها ماشاء نهاراً أو من كل جمعة أو من كل شهر يوماً وإن النفقة كذا وكذا ، قال : فليس ذلك الشرط بشيء ، من تزوج امرأة فلها مال للمرأة من القسمة و النفقة ولكنه إن تزوج امرأة فخافت منه نشوزاً أو خافت أن يتزوج عليها فصالحت من حقها على شيء من قسمتها أو بعضها (أوليتها داخل) فإن ذلك جائز لا بأس به (٢) .

وقد يقال : إن الأخبار المذكورة ظاهرة الاتفاق في تخصيص صحة الصلح وبرائة ذمة الزوج مما أسقطته عنه المرأة بمالو كرها أو أراد التزويج عليها أو نحو ذلك مما لا يتضمن إخلالاً بواجب أو إرتكاب محرم وبذلك يظهر ضعف قول من قال : إنه لو أخل الزوج بحقوقها الواجبة أو بعضها فتركت له بعض الحقوق جاز ذلك وبرئت ذمته وإن كان آثماً في نشوزها لأن الآية بمقتضى الروايات التي فسرها أكثرها صريح في تخصيص ذلك بكرهته لها ونحو ذلك دون الإخلال بالحقوق الواجبة عليه لها وما أطلق فقرائن ألفاظه ظاهرة في ذلك أيضاً .

ويمكن أن يقال : لا ظهور في الأخبار المذكورة في الحصر الأتري أنه ذكر في بعضها إرادة الطلاق وفي بعضها إرادة التزوج فإذا كانت حقوق المرأة حقوقاً قابلة للإبراء والنقل كما يشهد به بعض الأخبار الواردة في القسم فلاحظ خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام المذكور هناك فلأمانع من الصلح مع الزوج بلا عوض ومع العوض ، ومع الصلح وبرائة ذمة الزوج لا إخلال بالواجب .

وأما ما ذكر قبل ذلك من المراجعة إلى الحاكم فمع اختلاف الزوجة مع الزوج في القيام بالحقوق الواجبة على الزوج لا إشكال فيها حيث إن الترافع أمره راجع إلى الحاكم . وأما مع عدم الاختلاف و عدم قيام الزوج بها فتعيّن الرجوع إلى الحاكم

(١) المصدر باب النشوز تحت رقم ١ .

(٢) تفسير المياشي ج ١ ص ٢٧٨ .

إن كان من جهة الولاية العامة يشكل عند من لا يسلم الولاية العامة، وإن كان من جهة العسبة فلا يبعد الرجوع إلى عدول المؤمنين ولو مع التمكّن من المراجعة إلى لحاكم حيث لا يبعد الاستفادة من بعض الأخبار كما ذكر في محله .

﴿ و أما الشقاق وهو أن يكره كلُّ منهما صاحبه ، فإذا خشي الاستمرار بعث كلُّ منهما حكماً من أهله ، ولو امتنع الزَّوجان بعثهما الحاكم ويجوز أن يكونا أجنبيَّين وبعثهما تحكيم لاتوكيل فيصلحان إن اتفقا ولا يفرِّقان إلا مع إذن الزَّوج في الطلاق و المرأة في البذل ، ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم ﴾ .

الشقاق هو أن يكره كلُّ من الزَّوجين صاحبه فيكون كلُّ منهما في شقٍّ عن الآخر أي في ناحية والحكم في ذلك أن يبعث حكمان من أهله وأهلها للصلح أو التفريق .

والأصل في المقام قوله عزَّ وجلَّ « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما » . والأخبار . ومنها :

مارواه في الكافي عن عليِّ بن أبي حمزة قال : « سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عزَّ وجلَّ : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » فقال : يشترط الحكمان إن شاءا فرِّقا وإن شاءا جمعاً ففرِّقا أو جمعاً جاز (١) .

وعن سماعة في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله الله تعالى « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » أ رأيت إن استأذن الحكمان فقلا للرجل والمرأة : أليس قد جعلتما أمركما إلينا في الإصلاح والتفريق ؟ فقال الرجل والمرأة : نعم وأشهدا بذلك شهوداً عليهما يجوز تفريقهما عليهما ؟ قال : نعم ولكن لا يكون إلا على طهر من المرأة من غير جماع من الزَّوج ، قيل له : أ رأيت إن قال أحد الحكمين : قد فرقت بينهما ، وقال الآخر : لم أفرق بينهما ؟ فقال : لا يكون تفريق حتى يجتمعا جميعاً على التفريق ، وإذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما (٢) . »

وعن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن قول الله عزَّ وجلَّ « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » قال : ليس للحكمن أن يفرِّقا حتى يستأمر (٣) . »

وماروا المشايخ الثلاثة - قدس أسرارهم - عن الحلبي في الصحيح وفي آخر في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «سألته عن قول الله عز وجل "فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها" قال : ليس للحكمين أن يفترقا حتى يستامرا الرجل والمرأة ويشترطا عليهما إن شاء جمعا وإن شاء فرقا ، فإن جمعا فجائز وإن فرقا فجائز (١) » .

وما في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل : «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» قال : الحكمان يشترطان إن شاء فرقا وإن شاء جمعا ، فإن جمعا فجائز وإن فرقا فجائز (٢) » .

ثم نقول : قد يحمل قوله تعالى «إن خفتم شقاق بينهما على خشية استمرار الزوج والزوجة على الكراهة والشقاق بالاضمار، وقد يحمل على العلم بأن يكون المراد من قوله : خفتم» وإن علمتهم كما حمل خوف الجنف من الموصى على العلم والأول بعيد لأنه لا شاهد «وإن له ، والظاهر أن البعث مترتب على الشقاق المحقق لا مجرد خشية الشقاق المجتمع مع عدم تحققه من جهة أن الحكمين مبعوثان للجمع أو التفريق ومع عدم تحقق الشقاق واقعاً لا معنى للجمع .

ثم إنه وقع الكلام في أن المخاطب بالبعث الحاكم أو عدول المؤمنين أو الزوجين قديقال : المخاطب بالبعث الحكام المنصوبون لمثل ذلك وأنه المروي عن الباقر والصادق عليهما السلام وفي المرسل عن تفسير علي بن إبراهيم عن أمير المؤمنين عليه السلام «في رجل وامرأة في هذا الحال فبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها» . ونحوه عن مجمع البيان وكون المخاطب الزوجين مناف لاختلاف الضميرين بالغبية والحضور والتثنية والجمع وليس المقام مقام الالتفات على أن المأمور بالبعث الخائف من شقاقهما وهو غيرهما والإِنسان لا يبعث إلى نفسه ولا منافات بين كون الباعث الحاكم وبين اشتراطهما على الزوجين ما يريدان اشتراطه .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٨ والفتاوى باب الشقاق تحت رقم ٢.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ .

ويمكن أن يقال إن الالتفات غير عزيز والجمع يمكن أن يكون بالنظر إلى عموم الزوجين ، ويمكن أن يستظهر من موثق سماع المتقدم وفيه « فقلا للرجل والمرأة ليس قد جعلتما أمركما إلينا - الخ » كون الحكمين منصوبين من قبل الزوجين . ويمكن الجمع بجواز النصب من قبل الحاكم ومن قبل الزوجين ولا مانع من نصب طرفي الاختلاف والشقاق شخصين بعنوان الحكيمية لدفع اختلافهما ، ثم إنه إذا استظهر أن المأمور بالبعث الزوجان فلا دليل على لزوم أو استحباب بعث الحاكم أنه لو استظهر أن المأمور الحاكم فلا دليل على لزوم أو استحباب بعث الزوجين إلا أن يثبت لزوم رفع الشقاق بالجمع أو التفريق ، ويشكل من جهة احتمال كون الشقاق في المقام كسائر المخاصمات الواقعة بين الناس حيث إنه لا دليل على لزوم فصل الخصومة بدون المراجعة إلى الحاكم .

وأما جواز بعث الحكمين من غير أهلها فلا يستفاد من الأدلة إن حمل الأدلة على وجوب البعث أو الاستحباب وإن حملت على الإرشاد إلى رفع الاختلاف فلا مانع منه كما في قوله : « واشهدوا إذا تبايعتم » وقد يستدل على الوجوب بما يدل على أن الامام عليه السلام يجبر المتخلف عن حكم الحكمين بعد التحكيم على القبول ويعاقبه ويشكل لأنه يمكن أن يكون من قبيل ترافع المتخاصمين حيث إنه لا يجب مراجعتهم إلى الحاكم ومع الرجوع إليه وحكمه يجبر المحكوم عليه بالقبول وفي العبادات يستحب الحج لمن أتى بالحج الواجب ومع إحرامه للحج المندوب يجب عليه الاتمام ويحرم عليه الإفساد .

وهل البعث تحكيم أو توكيل ؟ قد يستظهر أنه تحكيم لأنه مقتضى تسميتهما حكيمين في الكتاب والسنة ومقتضى خطاب غير الزوجين ببعثهما والوكيل مأذون ليس بحكم والمخاطب به الزوجان لا غيرهما ولا نهما إن رأيا الإصلاح فعلاء من غير استئذان ويلزم ما يشترطانه عليهما من السائغ ولو كان توكيلاً لم يقع إلا ما دل عليه لفظهما .

ويمكن أن يقال : إن كان المخاطب بالبعث الزوجان كما يستظهر من موثق سماعه فلا نرى ثمرة لهذا البحث لأنه بعد ما جعل الزوجين الأمر إلى الحكمين فكان ما يفعلان من الإصلاح والتفريق من طرف الزوجين ما شئت سم وإن كان المخاطب بالبعث

الحاكم فلا إشكال ظاهراً في أن التفريق لا بد أن يكون بإذن الزوج في غير الخلع وفي الخلع بإذن الزوجين وفي غير التفريق أيضاً مقتضى بعض الأخبار كصحيح الحلبي المذكور استيثار الزوجين فلا أثر للبحث المذكور ومقتضى الأخبار المذكورة أنه مع اختلاف الحكمين لم يمض لهمحاكم .

﴿ النظر الرابع في أحكام الاولاد ولد الزوج والدائمة يلحق به مع الدخول ومضى ستة أشهر من حين الوطى ووضعه لمدة الحمل أو أقل وهي تسعة أشهر ، وقيل : عشرة أشهر ، وهو حسن ، وقيل : سنة وهو متروك ، فلو اعتزلها أو غاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به ، ولو أنكر الدخول فالقول قوله مع يمينه ، ولو اعترف به ثم أنكر الولد لم ينتف عنه إلا باللعان ، ولواتهمها بالفجور أو شاهدزناها لم يعجزه نفيه ويلحق به الولد ولو نفاه لم ينتف إلا باللعان وكذا لو اختلفا في مدة الولادة ﴾ .

إذا كان الولد ولد الزوج الموطوءة بالنكاح الدائم يلحق بالزوج بالاختلاف ولا إشكال بشرط مضي أقل الحمل وعدم التجاوز عن أقصى مدته وإنما الإشكال في موضعين أحدهما في تعميم الدخول المعتبر في الإلحاق بمجرد غيبوبة الحشفة في القبل وإن لم ينزل بل بمجرد الوطى بالدبر ، وادعى عدم الخلاف فيه .

وجه الإشكال أن اعتبار الدخول لوجه له إلا كونه منشئاً لاحتمال كون الولد من ماء الزوج ومعها كيف يمكن الحكم بالإلحاق بمجرد الوطى في القبل مع العلم بعدم الإنزال فضلاً عن الوطى في الدبر غاية ما يوجه به هذا التعميم أن اعتبارهم الدخول في الإلحاق ليس لكونه منشئاً لاحتمال كون الولد من ماء الزوج بل لعدم تحقق الفراش الذي دل الحديث على أن الولد له إلا بالدخول ولولم ينزل ، والحاصل أنه بعد تحقق الفراش بمجرد الوطى ولو في الدبر لو احتمل كون الولد من ماء الزوج يحكم بالحق به فقاعدة الفراش قاعدة مضروبة لمقام الشك في كون الولد للزوج بعد تحقق الفراش فلو علم بعدم الإنزال لا بالوطى المحقق للفراش ولا بغيره لا يحكم بالإلحاق بمجرد تحقق الفراش بمجرد الوطى في القبل فضلاً عن الوطى في الدبر . وبدل عليه مارواه في قرب الإسناد عن جعفر بن محمد ، عن علي بن الحسين قال : جاء رجل إلى رسول الله

وَالْوَالِدَاتُ لِأَبْنَائِهِنَّ وَلِلأَبْنَاءِ لِهِنَّ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : الْوَكَاءُ قَدْ يَنْفَلُتُ فَأَلْحَقُ بِهِ الْوَالِدَ (١) ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ تَحَقَّقَ الْفِرَاشُ بِمَجْرَدِ الْوَطْئِ كَافِيًا فِي إِحْلَاقِ الْوَالِدِ لَمْ يَكُنْ وَجْهٌ لِتَعْلِيلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِأَنَّ الْوَكَاءَ قَدْ يَنْفَلُتُ .

ويمكن أن يقال : الفرائش في الحديث المعروف « الولد للفراش وللعاهر الحجر » قيل فيه : أي لملك الفراش وهو الزوج أو المولى والمحكي عن المصباح المنير قوله « الولد للفراش » أي الزوج فإن كل واحد من الزوجين يسمى فراشاً للآخر كما سمي كل واحد لباساً للآخر انتهى . فعلى هذا لاحاجة في تحقق الفرائش إلى الدخول ومن المعلوم أن إحقاق الولد إلى الزوج حكم ظاهري فمع القطع بالخلاف كيف يحكم به فلا بد من التقييد بصورة الاحتمال كما يستفاد من الخبر المذكور .

ثانيهما في تحديد أقصى مدة الحمل فاختلف الأصحاب فيه فذهب المشهور إلى أنه تسعة أشهر ، ومال الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرايع إلى أنه عشرة أشهر وذهب جماعة إلى أنه سنة ومنشأ الخلاف اختلاف الأخبار فمما يدل على الأول مرسله عبد الرحمن ابن سيابة عمته عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن غاية الحمل بالولد في بطن أمه كم هو فإن الناس يقولون : ربما بقي في بطنها سنتين ؟ فقال عليه السلام : كذبوا أقصى مدة الحمل تسعة أشهر لا يزيد لحظة ولو زاد ساعة تقفل أمه قبل أن يخرج (٢) ، وهي صريحة في التسعة .

واستدل له أيضاً بما رواه في روضة الكافي عن أبان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن « مريم عليها السلام حملت بعيسى علي نبينا وآله وعليه السلام تسع ساعات كل ساعة شهر (٣) » . وصحيح عبد الرحمن بن الحججاج قال : « سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول : إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً انتظر بها تسعة أشهر فإن ولدت وإلا اعتدت بثلاثة

(١) المصدر ص ٦٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٢ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٨١ و ٢٩٥ .

(٣) الروضة ص ٣٣٢ .

أشهر ، ثم قد بان منه (١) .

وخبر محمد بن حكيم ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : « قلت له : المرأة الشابة تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها كم عدتها ؟ قال عليه السلام : ثلاثة أشهر ، قلت : فانها ادعت الحمل بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : عدتها تسعة أشهر ، قلت : فانها ادعت الحمل بعد تسعة أشهر ؟ قال : إنما الحمل تسعة أشهر ، قلت : تتزوج ؟ قال : تحتاط ثلاثة أشهر ، قلت : فانها ادعت بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : لاربية عليها تزوجت إن شئت (٢) .

وخبره الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام أو أبي الحسن عليه السلام قال : « قلت : له رجل طلق امرأته فلما مضت ثلاثة أشهر ادعت حبلاً قال : ينتظر بها تسعة أشهر ، قال : قلت : فانها ادعت بعد ذلك حبلاً ؟ قال عليه السلام : هيهات هيهات إنما يرتفع الطمث من ضربين إما حبل يبين وإما فساد في الطمث ولكنها تحتاط بثلاثة أشهر بعد (٣) .

وخبره الآخر عن العبد الصالح عليه السلام قال : « قلت له : المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها ماعدتها ؟ قال : ثلاثة أشهر ، قلت : فانها تزوجت بعد ثلاثة أشهر فتبين بها بعد ما دخلت على زوجها أنها حامل ؟ قال : هيهات من ذلك يا ابن حكيم رفع الطمث ضربان إما فساد من حيضة فقد حل لها الأزواج وليس بحامل وإما حامل فهو تستين في ثلاثة أشهر لأن الله عز وجل قد جعله وقتاً يستين فيه الحمل قال : قلت : فانها ارتابت ؟ قال : عدتها تسعة أشهر ، قال : قلت : فانها ارتابت بعد تسعة أشهر ؟ قال : إنما الحمل تسعة أشهر قلت : فتتزوج قال : تحتاط بثلاثة أشهر ، قلت : فانها ارتابت بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : ليس عليها ربية تتزوج (٤) .

ونوفس في دلالة الأخبار المذكورة أما ما رواه في روضة الكافي فلا أنه ليس في مقام بيان الحكم أصلاً . وأما صحيح ابن الحججاج وروايات محمد بن حكيم فلبداهة أن

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠١ .

(٣) و (٤) المصدر ج ٦ ص ١٠٢ .

المبدء لتسعة أشهر التي أمرني تلك الرِّوايات باعتداد المسترابة بها هو يوم الطلاق ضرورة أن التسعة عدّة الطلاق فلا يمكن أن يكون مبدءه قبله ومن المعلوم أن الطلاق حيث يكون صحّة مشروطه بوقوعه في طهر لم يواقعها فيه فلامحالة يتأخّر عن الحمل بالحیضة الواقعة بين الطهر الذي واقعها فيه فصارت حاملاً و بين طهر الذي طلقها فيه ولازم ذلك أن يزيد مدّة الحمل على تسعة أشهر بمقدار تلك الحيضة المتوسطة بين الطهرين هذا امضافاً إلى أن أمره عليه السلام لها بالاحتياط ثلاثة أشهر بعد قوله الحمل تسعة أشهر وقول السائل : فإنها ارتابت بعد التسعة ظاهر بل صريح في أن الاعتداد بثلاثة أشهر بعد التسعة إنما هو لاحتمال الحمل لأنه اعتداد تعبدی وإلا لم يصح التعبير عنه بالاحتياط فالمتعین جعل هذه الرِّوايات من أدلة القول بالسنة ولا ينافي حصره عَلَيْهِ السَّلَام الحمل في تسعة بقوله : «إنما الحمل تسعة أشهر» لا يمكن حمله على الغالب .

ويمكن أن يقال : ليس في صحيح ابن الحجاج الاعتداد تسعة أشهر حتى يقال مبدئها يوم الطلاق بل فيه بعد ادعاء المرأة الحمل انتظر بها تسعة أشهر والأظهر أن يكون مبدء تسعة أشهر موافقة الزوج فإن الطلاق يمكن أن يكون واقعاً بعد طهر هامن الحيضة بلافضل أو مع الفصل بمدّة قصيرة أو الفصل بمدّة لا تزيد عن ثلاثة أشهر فإن كان النظر إلى زمان الطلاق يلزم أن لا يكون لأقصى الحمل حدّ معين لاختلاف وقت الطلاق .

وأما خبر محمد بن حكيم فما فيه من قوله عَلَيْهِ السَّلَام على المحكي «عدّها تسعة أشهر» فليس محمولاً على ظاهره لأن المطلقة إن كانت ذات إقراء تكون عدّها على المشهور ثلاثة أقراء و القرء بمعنى الطهر وإن كانت ذات أشهر لا ترى الدّم فدّها ثلاثة أشهر وإن كانت حاملاً فمقتضى عدّها بوضع الحمل ولو بعد ساعة فتسعة أشهر بالخصوص ليست عدّة ، نعم القائل بأن أقصى الحمل تسعة أشهر يقول بأن هذه المدّة مدّة الحمل وإلا فالعدّة التي يكون مبدئها من حين الطلاق ليست تسعة أشهر .

وما ذكر من الاستظهار من قوله عَلَيْهِ السَّلَام على المحكي «تحتاط بثلاثة أشهر» لازمه أن يزيد أقصى الحمل عن السنة لأنه إن كان تسعة أشهر من زمان وقوع الطلاق وثلاثة

أشهر بعدها يزيد عليها مضي زمان يصح بعده الطلاق حتى يكون الطلاق واقعاً في طهر لم يواقع فيه .

ومما يدل على القول الثالث ما رواه في الكافي والتهديب عن محمد بن حكيم عن أبي إبراهيم أو أبيه عليهما السلام أنه قال له : «المطلقة يطلقها زوجها فيقول : أنا حبلتي فتمكث سنة . فقال عليه السلام : إن جاءت به لا أكثر من سنة لم تصدق ولو ساعة واحدة في دعواها ^(١) ، فإنه يدل بمفهومه على أنها تصدق فيما إذا جاءت به إلى سنة .

ويمكن أن يقال : يشكل الاستدلال بهما لما يستظهر من الأخبار المتقدمة أن مبدء تسعة أشهر زمان وقوع الطلاق لازمان للمواقعة المتقدمة حيث إنه على هذا يلزم في هذا الخبر أن يكون المبدء زمان وقوع الطلاق بعد المواقعة فيزيد على السنة ولا مجال للحمل على طلاق الحامل لعدم صدق الحمل بمجرّد المواقعة ، مضافاً إلى أنه قد يستظهر من بعض الأدلة لزوم استبانة الحمل .

وثانياً نقول : يشكل تصديق المرأة بآداء كون الولد من زوجها بمجرّد إمكانه من جهة ندرة طول الحمل سنة والشاهد على هذا أنه يظهر من بعض الأخبار أنه إذا ادّعت المرأة انقضاء عدتها في مدة أمكن انقضاء العدة فيها نادراً عدم تصديقها بمجرّد الدعوى بل يلزم تفتيش حالها .

فتلخص مما ذكر أنه مع حجّية خبر محمد بن حكيم تقع المعارضة بين الأخبار السابقة وهذا الخبر ولا يبعد حمل الأخبار السابقة على الغلبة بعد حملها على الحد الذي لا يزيد عليه كسائر الحدود وكيف تحمل على عدم الزيادة عن تسعة أشهر أو يومين أو نصف يوم وعلى هذا لا مانع من البلوغ إلى السنة نادراً . وأما البلوغ إلى عشرة أشهر فلم نثر على خبر يدل عليه إلا أن المحكي عن ابن حمزة - رحمه الله عليه - أكثر مدّة الحمل فيه روايات ثلاثة تسعة أشهر وعشرة وسنة . ثم إن ظاهر الكلمات لحقوق الولد مع عدم انقضاء أقصى مدّة الحمل وعدم اللّحوق مع التجاوز و ربما يقع الإشكال

في صورة الندرة مع الإمكان لما ذكر آنفاً ولو أنكر الدخول فالمعروف أن القول قول الزوج للأصل وقد يقال : يشكل لحق الولد من جهة أن التمسك بإطلاق قوله ﷺ «الولد للفراش - إلى آخر» بعد تقييده بما دل على اعتبار الشروط الثلاثة في الإلحاق يكون تمسكاً به مع الشك في المصداق ، ولكن يمكن أن يقال : باللحوق مع الشك أيضاً وذلك لا يمكن أن يقال : إن النصوص المحددة لأقل مدة الحمل وأقصاها لما كانت في مقام ضرب القاعدة لما إذا شك في الإلحاق من جهة احتمال الفجور ولم تكن متكفلة لحكم ما إذا كان الشك في الإلحاق من جهة الشك في انقضاء أقل مدة الحمل أو أقصاها لعدم إمكان تعرض الحكم لحال موضوعه أسس ﷺ بقوله «الولد للفراش» قاعدة أخرى في طول القاعدة المستفادة من النصوص المحددة لمدة الحمل قلة وكثرة فلا يمكن أن تكون تلك النصوص مقيّدة لإطلاق الولد للفراش كي لا يصح التمسك بإطلاقه عند الشك في انقضاء أقل مدة الحمل أو أقصاها ويؤيد ذلك أنه لو كانت تلك النصوص في مقام تقييد إطلاق «الولد للفراش» ولم تكن قاعدة مستقلة للزم لغوية قاعدة «الولد للفراش» أو كونها قليل المورد ضرورة أن مع تحقق الشروط الثلاثة يكفي تلك النصوص للحكم بالإلحاق ولا يحتاج معه إلى التمسك بقاعدة الفراش كما لا يصح التمسك بتلك النصوص إلا فيما كان هناك أصل موضوعي كما إذا كان الشك في انقضاء أقصى مدة الحمل فإن استصحاب عدم انقضاء مدته يحرز الشرط فيحكم باللحوق بمقتضى قاعدة الفراش وهذا بخلاف ما إذا كان الشك في الدخول أو في انقضاء أقل مدة الحمل ، فإن مقتضى استصحاب عدم الدخول وعدم الانقضاء هو عدم تحقق الشرط ومعه لا مجال للحكم باللحوق بمقتضى قاعدة الفراش بعد تقييد إطلاقها بما دل على اعتبار الشروط الثلاثة في الإلحاق كما هو واضح .

ويمكن أن يقال الأخبار المذكورة متعرّضة لصورة الشك في الحمل و القاعدة و القاعدة متعرّضة للشك في أن الولد للزوج فسواء قلنا بأن قاعدة الفراش مقيّد بالدخول أو لم نقل لا يلزم اللغوية لكن لا دليل على التقييد حيث تكون القاعدة متعرّضة للحكم الظاهري بقرينة قوله ﷺ «وللعاهر الحجر» والتعرض للحكم الظاهري لا يقيّد بالقيود الرجعية

إلى الحكم الواقعي بل ليس التقييد بالدخول قيداً بل من جهة عدم تكون الولادة بدون الدخول أو ما يقوم مقامه من جذب الرحم الماء ، نعم لو أخذ الدخول في مفهوم الفرائض حيث يفترض الزوج زوجته فلا بد من إحراز الدخول وهذا ليس من التقييد حتى يكون الأخذ بالقاعدة مع الشك من التمسك بالعام في الشبهة المصادقية وقد سبق كلام بعض اللغويين فبعضهم قال : معنى « الولد للفراش » الولد لمالك الفراش من الزوج أو المولى ، وبعضهم قال « كل من الزوج والزوجة فراش للآخر كما أن كلاً منهما لباس للآخر » فعلى هذا يكون القول قول الزوجة في لحوق الولد سواء كان مصبب الدعوى كون الولد للزوج أو كان مصببها الدخول وليس المقام من قبيل دعوى ذي اليد ملكية شيء يكون في يده حيث يفصل بين صورة عدم ذكر منشأ الملكية فالقول قوله وبين ذكر المنشأ كان يقول لطفه اشتريت منك فالقول قول الطرف وينقلب ذو اليد مدعياً لأن الظاهر أن ذاليد حينئذ تسقط يده عن الاعتبار فتأمل .

وجه التأمل أن لازم سقوط اليد عن الاعتبار عدم جواز اشتراء ما في يده بمجرّد ذكره منشأ يده لسقوط يده عن الاعتبار والظاهر أن بناء العقلاء على خلافه بل تكون يده أمانة الملكية وليس حاله حال غير ذي اليد ، وفي مقامنا لا يسقط قاعدة الفراش عن الاعتبار بدعوى الزوجة الدخول لاعتبار القاعدة معها .

ولو اعترف الزوج بالدخول ثم أنكر الولد لم ينتف عنه الولد إلا باللعان لعموم قاعدة « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولو اتهمها بالفجور أو شاهد زناها لم يجز له نفيه ويلحق به الولد للقاعدة المذكورة . ولو نفاه لم ينتف عنه إلا باللعان كما سيأتي في محله إن شاء الله تعالى .

ولو اختلفا في مدة الولادة بعد الاتفاق بالدخول فمقتضى القاعدة المذكورة لحوق الولد بالقول قول من يوافق قوله هذه القاعدة لتقدم القاعدة على الأصل في طرف أقل مدة الحمل أو أقصاها .

ولو زنى بامرأة فأحبها لم يجز إلحاقه به ، وإن تزوج بها وكذا لو أحبل أمة غيره بزنى ثم ملكها ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأمت بولد لدون ستة

أشهر فهو للأوّل ولو كان لستة فصاعداً فهو للأخير ، ولولم تزوّج فهو للأوّل ما لم يتجاوز أقصى الحمل وكذا الحكم في الأمة لو باعها بعد الوطى .

أمّا صورة الزّنا بامرأة وإحبالها بالزّنى فلا يجوز فيها إلحاق الولد لقوله صلى الله عليه وآله «علي المحكمي» : « وللماهر الحجر » وتجدرُ الفرائ لا يوجب إلحاقه به كما هو واضح وكذا الكلام في صورة إحبال الأمة بالزّنى والتملك بعده ولو طلق زوجته فاعتدت وتزوّجت غيره وأنت بولد دون ستة أشهر فهو للأوّل ولو كان لستة فصاعداً فهو للأخير ويدل عليه خبر زرارة « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل إذا طلق امرأته ، ثم نكحت وقد اعتدت ووضع لخمسة أشهر فهو للأوّل وإن كان ولد أنقص من ستة أشهر فلائمه ولا يبه الأوّل وإن ولدت لستة أشهر فهو للأخير ^(١) .

ومرسل جميل عن أحدهما عليه السلام « في المرأة تزوّج في عدتها قال : يفرق بينهما وتعدّ عدّة واحدة منهما جميعاً وإن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للأخير وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأوّل ^(٢) .

وفي خبر أبي العباس قال : « إذا جاءت بولد لستة أشهر فهو للأخير وإن كان أقل من ستة أشهر فهو للأوّل ^(٣) .

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « إن كان للرجل منكم الجارية يطأها فيعتقها فاعتدت ونكحت ، فإن وضعت لخمسة أشهر كان من مولاها الذي أعتقها وإن وضعت بعد ما تزوّجت لستة أشهر فإنه لزوجها الأخير ^(٤) .

ومن هذا الصحيح ظهر حكم الولد الذي جاءت به الأمة بعد الاعتداد والنكاح. ولوباع الأمة بعد الوطى فأنّت بولد فإن كان الولد لأقل من ستة أشهر عند المشتري تبين أنه من البايع ويكون البيع باطلاً لظهور كونها أم ولد ولم تخرج عن فرائس المولى البايع ومقتضى قاعدة « الولد للفراش » كون الولد له وأما لو ولدت لأكثر من سنة فهو للمشتري والبيع صحيح .

(١) (٢) (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٣ و ٢٩٤ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٩١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ .

ويقع الإشكال في صورة إمكان كون الولد من كل من البايع والمشتري حيث أمكن أن يكون متولداً من البايع فيكون بيع الأمة باطلاً لكونها أم ولد ، و أمكن أن يكون متولداً من المشتري والأخبار المذكورة غير شاملة لصورة البيع إلا خبر أبي العباس لكنه لم يظهر منه مرجع الضمير هو الحرّة أو الأمة .

﴿ وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى و يلزمه الإقرار به ، لكن لو نفاه انتفى ظاهراً ولا يثبت بينهما لعان ، ولو اعترف به بعد النفي ألحق به ، وفي حكمه ولد المتعة ، وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه ، ولو وطئها المولى وأجنبي حكم به للمولى فإن حصل له أمانة يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجز له إلحاقه ولا نفيه بل يستحب أن يوصى له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد ﴾ .

أما لحوق الولد بالمولى مع الوطي فالظاهر عدم الخلاف فيه ويدل عليه صحيح سعيد بن يسار قال : « سأل الكاظم عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق ؟ قال : يتهمه الرجل أو يتهمها أهله ، قلت : أما تهمة ظاهرة فلا ، قال : إذا لزمه الولد ^(١) ، وسأل الصادق عليه السلام في حديث آخر « عن رجل وقع على جارية له تذهب وتجيء وقد عزل عنها ولم يكن منها إليها شيء فما تقول في الولد ؟ قال : أن لا يباع هذا ياسعيد ، قال : و سألت أبا الحسن عليه السلام قال : أيتهمها ؟ قلت : أما تهمة ظاهرة فلا ، قال : فيتهمها أهلك ؟ فقلت : أما شيء ظاهر فلا ، فقال : فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد ^(٢) . »

ولا يخفى أنه مع الاتهام لا استفاد ممّا ذكر اللّٰهوق ولزوم الولد به ، فقاعدة الفرائش يشكّل التمسك بها مع احتمال أن يكون المراد من الفرائش الزّوج .
وربما استفاد ممّا ذكر عدم لزوم لحوق الولد مع التهمة الظاهرة بالنسبة إلى الأمة لكنه لا استفاد جواز النفي والانتفاء ظاهراً بنفي المولى بقول مطلق ولادليل عليه ظاهراً إلا الإجماع المذكور في كلمات الأعلام .

وأما عدم اللعان فلاختصاص اللعان بالزَّوجين ولو اعترف بالولد بعد النفي ألحق به لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» لكنَّه مع النفي السابق يشكّل ترتب بعض الآثار مثل أن يرث من الولد المنفي حيث إنَّه اعترف بأنَّه ليس ولده فكيف يرث منه نعم بمقتضى اعترافه بعد النفي يرث الولد منه ولا مانع من التفكيك بين الآثار .

وفي حكم ولد الأمة ولد المتعة فلا إشكال في اللِّهوق ولزوم الاعتراف مع الدخول وعدم العلم بانتفائه عنه وكذا لا إشكال في أنَّه إذا اعترف به لا يجوز له النفي ويبدل على اللِّهوق ولزوم الاعتراف به قاعدة «الولد للفراش» وعدم الانتفاء مع الإقرار قاعدة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» وأما انتفاء الولد مع النفي فادعى عليه الإجماع وقد يستشكل في تحقُّق الإجماع لدعوى الشهرة في موضع من الرِّوضة وذكر خلاف المرتضى - قدس سره . .

ويمكن التمسك لعدم الانتفاء بالنفي بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث في المتعة قال : «قلت : رأيت إن حملت قال : هو ولده (١)» فانَّ ظاهره لِّهوق الولد سواء نفي أولم ينف .

وفي صحيفة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : «سأل رجل الرضا عليه السلام عن الرجل يتزوَّج المرأة متعةً ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها وتأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد فشدَّد في ذلك فقال : يجحد وكيف يجحد إعظماً لقولك قال : فانَّ اتهمها قال : لا ينبغي لك أن تزوَّج إلا مأمونة (٢)» .

وكلُّ من أقرَّ بولد فليس له نفيه لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» وتدلُّ عليه الأخبار منها ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنَّه قال : أبما رجل أقرَّ بولد ثمَّ انتفى منه فليس له ذلك ولا كرامة ، يلحق به ولده من امرأته أو وليدته (٣) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ١٩١ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ و التهذيب ج ٢ ص ١٩١ والاستبصار ج ٤ ص ١٨٥ .

وما رواه في الكافي عن سعد بن سعد في الصحيح قال : « سألت - يعني أبا الحسن الرضا عليه السلام - عن رجل كان له ابن يدعيه فنفاه وأخرجه من الميراث وأنا وصيته فكيف أصنع؟ فقال : لزمه الولد بإقراره بالمشهد ، لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه (١) . »
 وإن وطأ الأمة المولى وأجنبى حكم بالولد للمولى ويدل عليه خبر سعيد الأعرج « سئل الصادق عليه السلام عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال :
 للذي عنده الجارية لقول رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر (٢) . »
 ويستفاد من هذا الخبر عدم الاختصاص بالزوج بل يشمل المولى .

ولو حصل أمانة يغلب معها الظن بأن الولد ليس له فالمنسوب إلى المشهور أنه ليس له إلحاقه به ولا نفيه بل ينبغي له أن يوصى له بشيء وذكر في المقام نصوص .
 منها خبر ابن عجلان « أن رجلاً من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السلام فقال : قد ابتليت بأمر عظيم إنني قد وقعت على جاريتي ثم خرجت في بعض حوائجي فانصرفت إلى الطريق فأصبحت غلاماً بين رجلي الجارية فاعتزلتها فحملت ، ثم وضعت جارية لعدة تسعة أشهر فقال له أبو جعفر عليه السلام : إحبس الجارية فلا تبعها وأنفق عليها حتى تموت أو يجعل الله لها مخرجاً ، فان حدث بك حدث فأوص أن ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجاً (٣) . »

ونحوه خبر عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام « أن رجلاً من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السلام فقال له : لا ينبغي لك أن تقربها ولا أن تبيعها . »
 وخبر حرير عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل كان يوطأ جارية له وأنه كان يبعثها

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٨٨ و ج ٧ ص ٦٤ . الاستبصار ج ٤ ص ١٣٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ و ج ٧ ص ١٦٥ . و الفقيه باب ميراث الولد

في حوائجها وأنها حملت وأنه بلغه عنها فساد؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام: إذا ولدت أمسك الولد ولا تبعه، ولا تجعل له نصيباً من دارك، قال: فقيل له: رجل يبطأ جاريته وأنه لم يكن يبعثها في حوائجها وأنه اتهمها وحبلت؟ فقال: إذا هي ولدت أمسك الولد ولا يبعه ويجعل له نصيباً من داره وماله وليس هذه مثل تلك (١) .

وخبر عبدالحميد بن إسماعيل الذي رواه المشايخ الثلاثة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له جارية يطأها وهي تخرج فحبلت فخشى أن لا تكون منه كيف يصنع أبيع الجارية والولد؟ قال: يبيع الجارية ولا يبيع الولد ولا يورثه من ميراثه شيئاً (٢) .

وخبر محمد بن إسماعيل الخطّاب كتب إليه يسأله عن ابن عمّ له كانت له جارية تخدمه وكان يطأها فدخل يوماً منزله فأصاب معها رجلاً تحدّثة فاستراب بها فهدّد الجارية فأقرّت أن الرّجل فجر بها، ثمّ إنّها حبلت فأنت بولد؟ فكتب: إن كان الولد لك أو منه مشابهة فيك (منك خل) فلا تبعهما فإنّ ذلك لا يحلّ لك، وإن كان الابن ليس منك ولا فيه مشابهة منك فبعه وبع أمّه (٣) .

وخبر يعقوب بن يزيد كتب إلى أبي الحسن عليه السلام: في هذا العصر رجل وقع على جارية، ثمّ شكّ في ولده؟ فكتب إن كان فيه مشابهة منه فهو ولده (٤) .

ولا يخفى الأشكال في الأخذ بها مع المخالفة لقاعدة «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولا يظهر من هذه الأخبار اعتبار أمانة يغلب معها الظنّ بأنّ الولد ليس له، ويستفاد من بعض الأخبار أنّه قد يخرج الولد على غاية البعد عن الأب في اللون ونحوه مثل ما رواه في الكافي، عن عبدالله بن سنان، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «أتى رجل من الأنصار رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: هذه ابنة عمّي وامرأتي لا أعلم إلاّ خيراً وقد أتتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جعد ققط أفضس الأنف لأعرف شبهه في أخوالي ولا في أجدادي

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ وج ٧ ص ١٦٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ و التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ والفتاوى باب ميراث الولد المشكوك .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٧ .

فقال لامرأته : ما تقولين ؟ قال : والذي بعثك بالحق نبياً ما أقعدت مقعده مني منذ ملكني أحد غيره ، قال : فنكس رسول الله ﷺ رأسه ملياً ثم رفع بصره إلى السماء ثم أقبل على الرجل فقال : يا هذا إنه ليس من أحد إلا بينه وبين آدم تسعة و تسعون عرفاً كلها تضرب في النسب فإذا وقعت النطفة في الرحم اضطربت تلك العروق تسأل الله الشبه لها فهذا من تلك العروق التي لم يدركها أجدادك ولا أجداد أجدادك ، خذ إليك ابنك ، فقالت المرأة : فرجت عنّي يا رسول الله (٣) .

ومارواه في الكافي عن ابن مسكان ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إن رجلاً أتى بامرأة إلى عمر فقال : إن امرأتى هذه سوداء وأنا أسود ، وإنها ولدت غلاماً أبيض ، فقال لمن بحضرة : ماترون ؟ فقالوا : نرى أن ترجمها فإنها سوداء وزوجها أسود وولدها أبيض ، قال : فجاء أمير المؤمنين عليه السلام وقد وجه بها لترجم فقال : ما حالكما فحدثناه فقال للأسود : أنتهم امرأتك ؟ فقال : لا ، قال : فأتيتها وهي طامث ؟ قال : قد قالت لي في ليلة من الليالي إنني طامث فظننت أنها تتقي البرد ، فوقعت عليها فقال للمرأة : هل أذاك وأنت طامث ؟ قالت : نعم سله قد حرّجت عليه وأبيت ، قال : فانطلقا فإنه ابنكما وإنما غلب الدم النطفة فايض ولو قد تحرك أسود فلما أبيض أسود (٤) . »

وروى الصدوق في الفقيه مرسلًا قال : قال النبي ﷺ : « من نعم الله على الرجل أن يشبهه ولده . قال الصادق عليه السلام : إن الله إذا أراد أن يخلق خلقاً جمع كل صورة بينه وبين آدم ، ثم خلقه على صورة إحداهن فلا يقولن أحدكم لولده هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئاً من آبائي (٥) . »

ولو وطئها البايع والمشتري فالولد للمشتري إلا أن يقصر الزمان عن ستة أشهر ، ولو وطئها المشتري فولدت وتداعوه أقرع بينهم وألحق بمن يخرج اسمه ويغرم حصص الباقي من قيمته وقيمة أمه ، ولا يجوز نفي الولد لكان الغزل ولا مع التهمة بالزنا

(١) المصدر ج ٥ ص ٥٦١ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٥٦٦ .

(٣) الفقيه باب فضل الاولاد تحت رقم ٢٣ و ٢٢ .

والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالوطني ، ولو تزوج امرأة لظنته خلوتها من بعل فبان
محصنة ردت على الأول بعد الاعتداد من الثاني وكانت الأولاد للوطني مع الشرائط .
أما لحوق الولد بالمشتري مع وطى البايع والمشتري فيدل عليه ما رواه المشايخ
الثلاثة - رحمهم الله تعالى - عن الصيقل ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سمعته يقول وسئل
عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرء رحمها قال : بش ما صنع يستغفر الله
ولا يعود ، قلت : فإنه باعها من آخر ولم يستبرء رحمها ، ثم باعها الثاني من رجل آخر
فوقع عليها ولم يستبرء رحمها فاستبان حملها عند الثالث ؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : « الولد
للفراش وللعاهر الحجر ^(١) » .

رواه الشيخ في التهذيب بسند آخر عن الصيقل قال : « سئل أبو عبدالله عليه السلام وذكر
مثله إلا أنه قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : الولد للذي عنده الجارية وليصبر لقول رسول الله
صلى الله عليه وآله : الولد للفراش وللعاهر الحجر ^(٢) » .

والمستفاد من الخبرين صدق الفراش في المقام ولا بد من التقييد بعدم قصور الزمان
عن ستة أشهر ولو وطئه المشتركون فيها ولا ريب في أنهم فعلوا محرماً لعدم جواز
الوطني لأحد من الشركاء بدون إذن ساير الشركاء إلا أن الولد لاحق بهم بمعنى أنه
يختص بأحدهم فالواجب القرعة في تعيين الأب ويدل عليه ما رواه في الكافي والتهذيب
في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا وقع الحر والعبد والمشارك بامرأة
في طهر واحد فادعوا الولد أفرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه ^(٣) » .

وما رواه في الكافي والفقهاء عن العاصم بن حميد عن أبي بصير في الصحيح أو الحسن
عن أبي جعفر عليه السلام قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وآله علياً عليه السلام إلى اليمن فقال له حين
قدم : حدثني بأعجب ما ورد عليك ؟ قال : يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطئوها

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٦٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩٠ والتهذيب ج ٢ ص ٧٤ .

جميعاً في طهرواحد فولدت غلاماً فاختلفوا فيه كلهم يدّعيه فأسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم ، فقال النبي ﷺ : إنه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله تعالى إلا خرج سهم المحق^(١) .

ورواه الشيخ عن عاصم بن حميد عن أبي جعفر عليه السلام مثله^(٢) .

ومارواه في التهذيب عن معاوية بن عمار في الصحيح والصدوق عنه في الضعيف عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جارية في طهرواحد فولدت فادّعوه جميعاً أقرع الوالي بينهم لمن قرع كان الولد له ويردّ قيمة الولد على صاحب الجارية - الحديث^(٣) . »

واستشكل في المقام بأنه مع ادّعاء كلّ من الشركاء أن الولد له كيف يأخذ الغرامة ممن خرج القرعة باسمه حيث إنه يعترف بأنه لا يستحق شيئاً من باقي الشركاء والولد له وكذا بالنسبة إلى الأم حيث إن الأم بصيرام^(٤) ولد له ، ولا يجوز بيعها فلا بد من الضمان لباقي الشركاء .

ويمكن أن يقال : لانسلكم جواز الإقرار حتى مع ثبوت خلاف المقرّ به كما لو قطع تفصيلاً بأن الإقرار على خلاف الواقع وإن كان المسلم بينهم نفونه مع العلم الإجمالي بالمخالفة للواقع كما لو أقرّ لزيد بعين ثم أقرّ بها لعمرو حيث يحكمون بردّ العين إلى زيد وردّ المثل أو القيمة إلى عمرو وفيه بحث ليس ههنا محلّه ففي المقام إذا ثبتت بالقرعة أن دعوى غير من خرج القرعة باسمه باطلة بحكم الشرع كيف يؤخذ المقرّ بأقراره ؟ هذا لو بنينا على حفظ القواعد وإلا فلأمانع من تخصيصها بالدليل مع ورود النصّ ثم إن ظاهر الكلمات أنه مع خروج القرعة باسم أحد الشركاء يحكم بأن الولد له وتكون الأمة أم ولد له ومع تعرّف من الأخبار لخصوص الولد دون الأم يشكّل ما ذكر لأنّه مبني على

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ والفتاوى باب الحكم بالقرعة تحت رقم ١١ .

(٢) المصدر ج ٢ ص ٧٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ب ٢٩٤ .

كون القرعة أمانة حتى يثبت اللوازم وإن كانت بمنزلة الأصل لا يثبت به اللوازم .
 و أما عدم جواز نفي الولد لمكان العزل فادعى عليه الإجماع وقد سبق الكلام فيه وأنه
 مع احتمال كون الولد من مائه وكذا لا يجوز نفي الولد مع التهمة بالزنا لماسبق . وأما
 لحوق ولد الموطوءة بالشبهة بالواطى كما في النكاح الصحيح فيدل عليه جملة من الاخبار .
 منها صحيحة جميل بن دراج في المرأة تزوج في عدتها قال : يفرق بينهما وتعدت عدتها
 واحدة منهما فإن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للأخير وإن جاءت بولد في أقل من ستة
 أشهر فهو للأول^(١) ، هكذا في الفقيه ورواه الكليني والشيخ في الضعيف عن جميل عن بعض
 أصحابه عن أحدهما عليه السلام في المرأة - النخ .

ومارواه في الكافي عن زرارة في الموثق قال : سألت أبا جعفر عليه السلام - إلى أن قال -
 قلت : فإن تزوج امرأة ثم تزوج أمها وهو لا يعلم أنها أمها ؟ قال : قد وضع الله تعالى
 عنه ببهالة لذلك ، ثم قال : إذا علم أنها أمها فلا يقربها ولا يقرب البنت حتى تنقضي
 عدتها الأم منه ، فإذا انقضت عدتها الأم حل له نكاح البنت ، قلت : فإن جاءت الأم
 بولد ؟ قال : هو ولده وأخ أمرته^(٢) .

ولو تزوج امرأة لظنه خلوتها عن بعل فبانت محصنة ردت على الأول بعد الاعتداد
 من الثاني أما الرد على الأول فلعدم خروجها عن الزوجية للأول وفي الخبر إذا
 نعى الرجل إلى أهله أو خبروها أنه طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الأول بعد
 فإن الأول أحق بها من هذا الآخر ، دخل بها الأول أو لم يدخل وليس للآخر أن
 يتزوجها أبداً ، ولها المهر من الأخير بما استعمل من فرجها^(٣) .

وأما الاعتداد فلا احترام ماء الثاني حيث إنه ليس بزان ويدل عليه موثق زرارة
 عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها أو نعى إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك

(١) الفقيه باب النوادر من كتاب النكاح تحت رقم ٢٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٣٣١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ . الاستبصار ج ٣ ص ١٩٠ . الكافي ج ٦ ص ١٥٠ .

فطلّقها؟ قال : تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة ، وليس للآخر أن يتزوّجها أبداً^(١) .

وكانت الأولاد للوطني مع الشرائط من الولادة بعدمضيّ أقلّ المدّة إلى الأقصى بعدم التجاوز عنها .

ويُلحق بذلك أحكام الولادة وسننها استبداد النساء بالمرأة وجوباً لإمعن عدمهنّ ولا بأس بالزّوج وإن وجدن . ويستحبّ غسل المولود والأذان في أذنه اليمنى والإقامة في اليسرى ، وتحنيكه بتربة الحسين عليه السلام وبماء الفرات ، ومع عدمه بماء فرات ولولم يوجد إلا ماء ملح خلط بالعسل أو التمر .

أما حضور من علم بحال المرأة عند الولادة فقليل بوجوبه من جهة خوف التلف لولا الحضور . ووجوب استبداد النساء قيل : إنّه من جهة ملازمة اطلاع الرّجال حتّى المحارم لما يحرم عليهم من النظر إلى العورة وغيرها ومسّها وسماع الصوت وربّما يرشد إلى ذلك ما دلّ من نصّ و فتوى على قبول شهادة النساء منفردات بالولادة والاستهلال ونحوهما ، نعم مع فرض عدم من يقوم بحاجتها من النساء يجب على الرّجال وينبغي تقديم المحارم ولا يخفى إمكان الخدشة فيما ذكر لأنّ خوف التلف غير غالب ومع خوف لا يرفع بحضور من علم بحاله بل يراجع إلى القوابل . وكما يحرم النظر للرّجل إلى العورة كذلك يحرم على المرأة وسماع صوتها لادليل على حرمتها ، وأخذ الولد حال الوضع لا يلازم النظر ولا المسّ ، بل يمكن من وراء الستر ، نعم لإشكال في أنّ استبداد النساء أوفق بحال المرأة حتّى بالنسبة إلى الزّوج .

وأما استحباب غسل المولود فلما ذكره الفقهاء في باب الأُغسال من استحباب الغسل بضمّ الغين المعجمة وعلّمه الظاهر من الأخبار وربما يحتمل الفتح ويدلّ عليه قوله عليه السلام على المحكمي في موثقة سماعة في تعداد الأُغسال وغسل المولود واجب^(١) ، والمشهور فيه الاستحباب ، وعن المعبر رمي القول بالوجوب بالشذوذ، وعن المنتهى بالمتروكيّة ولا

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٠٢ .

(٢) الكافي ج ٣ ص ٤٠ .

يخفى أن الذكر في ضمن الأغسال لا يدل على كون الغسل بالضم كسائر الأغسال المستحبة .

وأما استحباب أن يؤذّن في أذنه اليمنى ويقام في اليسرى فيدل عليه أخبار منها ما عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من ولد له مولود فليؤذّن في أذنه اليمنى بأذان الصلاة وليقيم في اليسرى فإنه عصمة من الشيطان الرّجيم^(١) .

و روى في الفقيه مرسلًا قال : قال الصادق عليه السلام : المولود إذا ولد يؤذّن في أذنه اليمنى ويقام في اليسرى .

وأما استحباب التحنيك بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام فيدل عليه ما رواه في الكافي عن بعض أصحابه عن أبي جعفر عليه السلام قال : «يحنك المولود بماء الفرات ويقام في أذنه»^(٢) قال : وفي رواية أخرى «حنكوا أولادكم بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام وإن لم يكن فبماء السماء»^(٤) .

وعن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : حنكوا أولادكم بالتمر هكذا فعل النبي صلى الله عليه وآله بالحسن والحسين عليه السلام^(٤) .

وفي كتاب الفقه الرضوي عن الرضا السلام «التحنك بالعدل» .

والظاهر أن الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم أخذوا من كلام الصدوقين .

ويستحب تسمية الأسماء المستحسنة وأن يكتبه ويكره أن يكتبه محمدًا بأبي القاسم وأن يسمى حكماً أو حكيماً أو خالداً أو حارثاً أو مالكاً أو ضراراً ، يستحب حلق رأسه يوم السابع مقدماً على العقيقة والتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضة ويكره القنازع .

والأخبار الواردة في المقام منها ما رواه في الكافي عن ثعلبة بن ميمون ، عن رجل ،

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٤ .

(٢) و (٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ٢٤ .

عن أبي جعفر عليه السلام : «أصدق الأسماء ماسمى بالعبودية وأفضلها أسماء الأنبياء» (١) ،
وعن موسى بن بكر عن أبي الحسن عليه السلام قال : «أول ما يبر الرجل ولده أن
يسميه باسم حسن ، فليحسن أحدكم اسم ولده» (٢) .

وعن عبدالله بن الحسين بن زيد بن علي بن الحسين عليه السلام عن أبيه ، عن أبي عبدالله
عليه السلام قال : «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : استحسنوا أسماءكم فإنكم تدعون بها يوم القيامة :
قم يا فلان بن فلان إلى نورك ، قم يا فلان بن فلان إلى نورك» (٣) .

وعن سليمان بن جعفر الجعفري قال : «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول : لا يدخل
الفقر بيتاً فيه اسم محمد أو أحمد أو علي أو الحسن أو الحسين أو جعفر أو طالب أو عبدالله أو
فاطمة من النساء» (٤) .

ويستفاد من بعض الأخبار استحباب التسمية قبل الولادة وإلا فبعد الولادة حتى
السقط فروي في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبدالله ، عن أبيه ، عن جده عليه السلام قال أمير المؤمنين
عليه السلام : «سموا أولادكم قبل أن يولدوا فإن لم تدرؤا أذكر أو أنثى فسموهم بالاسماء التي
تكون للذكر والأنثى فإن أسقاطكم إذا لقوكم في القيامة ولم تسموهم يقول السقط
لأبيه : ألا سميتني وقد سمى رسول الله صلى الله عليه وآله محسناً قبل أن يولد» (٥) .

وأما استحباب أن يكنى الولد فقد ذكر فيه قول الباقر عليه السلام على الماسكي في
خبر معمر بن خنيم إننا نكنى أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم (٦) .
وفي خبر السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام : «من السنة أن يكنى الرجل باسم
ابنه» (٧) .

وأما كراهة أن يكنى محمداً بأبي القاسم فلخبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام
«إن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن أربع كنى : عن أبي عيسى وعن أبي الحكم وعن أبي مالك

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٨ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ١٩ .

(٥) المصدر ج ٦ ص ١٨ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٢٠ . والنبز : اللقب السوء .

(٧) الكافي ج ٦ ص ٢٠ و ٢١ .

وعن أبي القاسم إذا كان الاسم محمداً (١) « وقد يستظهر أن القيد للآخر .
وأما كراهة أن يسمي حكيماً - النح ، فلخبر حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام
قال : « إن رسول الله صلى الله عليه وآله دعا بصحيفة حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يتسمى
بها فقبض ولم يسمها منها الحكم وحكيم وخالد ومالك (٢) .
وفي خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « إن أبيض الأسماء إلى الله سبحانه
حارث ومالك وخالد (٣) . »

وقال أبو جعفر عليه السلام على الملحكي في خبر جابر المروي عن الخصال قال : « قال
رسول الله صلى الله عليه وآله : ألا إن خير الأسماء عبدالله وعبدالرحمن وحارثة وحمّام ، وشر الأسماء
ضرار ومرة وحرب وظالم (٤) . »

وأما استحباب حلق رأسه فيدل عليه ما رواه في الكافي ، عن أبي بصير ، عن أبي
عبدالله عليه السلام في المولود قال : « يسمي في اليوم السابع ، ويعق عنه ويحلق رأسه ، و
يتصدق بوزن شعره فضة ، ويبعث إلى القابلة بالبرجل مع الورك ويطعم منه ويتصدق (٥) .
وعن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا ولد لك غلام أو جارية فعق عنه
يوم السابع شاة أو جزوراً ، وكل منهما ، وأطعم وسم واحلق رأسه يوم السابع ، وتصدق
بوزن شعره ذهباً أو فضة ، وأعط القابلة طائفاً من ذلك فأبى ذلك فعلت فقد أجزأك (٦) .
وأما كراهة القنازع فيدل عليها ما رواه في الكافي ، عن السكوني ، عن أبي
عبدالله عليه السلام قال : « قال : أمير المؤمنين عليه السلام : لا تحلقوا الصبيان القزع - والقزع أن
يحلق موضعاً ويدع موضعاً (٧) . »

ويستحب نقب أذنه وختانه فيه ، ولو أخر جاز ، ولو بلغ وجب عليه الاختتان

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ٢٠ و ٢١ .

(٤) الخصال باب الأربعة .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٩ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ٢٨ .

(٧) الكافي ج ٦ ص ٤٠ .

وخفض الجارية مستحبٌ ، وأن يعق عنه فيه أيضاً ولا تجزئ الصدقة بشمنها ، ولو عجز .
توقع المسكنة ، ويستحب فيها شروط الأضحية ، وأن تخص القابلة بالرجل والورك .
ولو كانت ذميمة أعطيت ثمن الربع . ولو لم تكن قابلة تصدقت به الأم ، ولو لم يعق
الوالد استحب للولد إذا بلغ . ولو مات الصبي في السابع قبل الزوال سقطت ، ولو مات
بعد الزوال لم يسقط الاستحباب ، ويكره أن يأكل منها الوالدان وأن يكسر شيء من
عظامها ، بل يفصل مفاصل الأجزاء .

أما استحباب ثقب الأذن فيدل عليه جملة من الأخبار منها ما رواه الكافي عن
مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إن ثقب أذن الغلام من السنة وختانه
لسبعة أيام من السنة ^(١) . »

وعن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « ثقب الأذن من
السنة وختان الغلام من السنة ^(٢) . »

وأما استحباب الختان في اليوم السابع فيدل عليه رواية المسعدة المذكورة ويدل
عليه أيضاً ما رواه في الكافي عنه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « اختنوا أولادكم بسبعة أيام
فإنه أطهر وأسرع لنبات اللحم وإن الأرض اتكره بول الأغلغ ^(٣) . »

وعن علي بن يقطين في الصحيح قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن ختان الصبي
لسبعة أيام من السنة هو أو يوختر وأيهما أفضل ؟ قال : لسبعة أيام من السنة وإن أخر
فلا بأس ^(٤) . »

ثم إنه لا خلاف ظاهر في أنه يجب الاختتان بعد البلوغ وإنما الخلاف فيما
قبله ، فذهب الأكثر إلى أنه كغيره من التكليف التي لا تجب إلا بالبلوغ ، والأصل براءة
ذمة الولي من هذا التكليف ونقل عن العلامة - قدس سره - في التحريرات أنه قال : « ولا يجوز

(١) المصدر ج ٦ ص ٢٥ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٢٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٢٥ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ٢٦ .

تأخيره إلى البلوغ» ويشكل استفادة هذا من الأخبار إلا أن يقال : يستفاد مما روي في كتاب عيون أخبار الرضا صلوات الله عليه بإسناده عن الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام أنه كتب إلى المأمون «والختان سنة واجبة للرجال ومكرمة للنساء»^(١) الوجوب المطلق ينحو الوجوب الكفائي لا الوجوب على خصوص من يختن حتى يقال : قبل البلوغ لا يجب كسابر التكليف إلا أن يستشكل احتمال كون الوجوب بمعنى الثبوت لا بمعنى اللزوم. وأما استحباب خض الجارية فيدل عليه ما رواه في الكافي ، عن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «ختان الغلام من السنة ، وخض الحواريس من السنة»^(٢) .

وعن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «خض النساء مكرمة ليست من السنة ولا شيئاً واجباً وأى شيء أفضل من المكرمة»^(٣) .

وعن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الختان سنة في الرجال ومكرمة في النساء»^(٤) .

وأما العقيقة فاختلف في وجوبها واستحبابها والمشهور الثاني. وإلى الأول ذهب السيد المرتضى وابن الجنيد - رحمهما الله - والأخبار الواردة منها ما رواه في الكافي والفقهاء عن علي بن أبي حمزة ، عن العبد الصالح عليه السلام قال : «العقيقة واجبة إذا ولد للرجل فإن أحب أن يسميه من يومه فعل»^(٥) .

وما رواه في الكافي عن علي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «العقيقة واجبة»^(٦) .

وعن أبي خديجة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «كل مولود مرتين بالعقيقة»^(٧) .

وما رواه في الفقيه مرسلًا قال : في رواية أبي خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام : «كل»

(١) العيون ص ٢٤٧ .

(٢) و (٣) و (٤) المصدر ج ٦ ص ٣٧ والنهذب ج ٢ ص ٣٣ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٤ والفقهاء باب العقيقة تحت رقم ٤ .

(٦) و (٧) المصدر ج ٦ ص ٢٤ و ٢٥ .

إنسان مرتين^١ بالفطرة ، وكل مولود مرتين^٢ بالعقبة^(١) .
 ومارواه في الموثق عن عمارة الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كل مولود
 مرتين^٣ بعقيقته^(٢) » .

وعن أبي بصير في الموثق أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن العقيقة
 أواجبة هي ؟ قال : نعم هي واجبة^(٣) » .

ومارواه في الكافي عن عبد الله بن سنان ، وفي الفقيه عن عمر بن يزيد في الصحيح
 قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنني والله ما أدري كان أبي عاق^٤ عني أو لا ، قال :
 فأمرني أبو عبد الله عليه السلام فعمقت عن نفسي وأنا شيخ . وقال عمر : سمعت أبا عبد الله عليه السلام
 يقول : كل امرئ مرتين^٥ بعقيقته والعقيقة أوجب من الأضحية^(٤) » .

فذهب الشيخ ومن تأخر عنه إلى الاستحباب واستدل العلامة في المختلف بعد
 اختيار الاستحباب بأصالة البراءة وحمل روايتي علي بن أبي حمزة وأبي بصير على شدة
 الاستحباب .

ويمكن أن يقال : عمدة ما يمكن أن يستدل به للوجوب المصطلح بين الفقهاء
 بمعنى اللزوم التعبير بالوجوب في الأخبار المذكورة ، ونوفس باحتمال إرادة الثبوت
 من الوجوب ، ويمكن دفع هذه المناقشة ببعد إرادة الثبوت في خبر عمر حيث قال عليه السلام
 على المحكي : « والعقيقة أوجب من الأضحية » .

فالأولى أن يقال : يظهر من هذا التعبير أن الأضحية واجبة والعقيقة أوجب
 فإذا علمنا بأن الوجوب في الأضحية بمعنى الاستحباب فالعقيقة أشد استحباباً من
 الأضحية ظاهراً .

ويؤيد هذا ماورد في موثقة سماعة قال : « سألته عن رجل لم يعق^٦ عن ولده حتى

(١) المصدر الباب تحت رقم ٢ .

(٢) المصدر الباب تحت رقم ٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٢٥ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٢٥ والفقيه باب العقيقة تحت رقم ٣ و ١ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٣٧ .

كبر وكان غلاماً شاباً أو رجلاً قد بلغ ، قال : إذا ضحى عنه أو ضحى الولد عن نفسه فقد أجزء عن العقيقة (١) .

و موثقة عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام وفيها « وإن لم يعق عنه حتى ضحى فقد أجزء » (٢) .

حيث إنه يستبعد جد أجزاء الأضحية المستحبة عن الواجب حيث يقال : لا نظير له في الأحكام الشرعية ويمكن أن يقال : التزم بعض الفقهاء بكفاية الغسل المستحب عن غسل الجنابة وإن لم ينو الجنابة .

وأما عدم أجزاء الصدقة بثمانها فلما رواه في الكافي في الحسن عن محمد بن مسلم قال : « ولد لأبي جعفر عليه السلام غلامان فأمر زيد بن علي أن يشتري له جزورين للعقيقة وكان زمن غلامه ، فاشترى له واحدة و عسرت عليه الأخرى فقال لأبي جعفر عليه السلام عسرت علي الأخرى فتصدق بثمانها ، فقال : لا اطلبها حتى تقدر عليها فإن الله يحب إهراق الدماء وإطعام الطعام (٣) » .

و عن ابن بكير في الموثق قال : « كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فجاء رسول عمه عبدالله بن علي ، فقال له : يقول : عمك إنا طلبنا العقيقة فلم نجدها فما ترى نتصدق بثمانها ؟ قال : لا إن الله يحب إطعام الطعام وإراقة الدماء (٤) و يظهر من الرواية الأولى توقع المكنة .

وأما استحباب شروط الأضحية فهو المعروف وقديراد الاستفادته مما في خبر عمر ابن يزيد من قوله عليه السلام على المحكي « والعقيقة أوجب من الأضحية » .

وما في الموثق عن الصادق عليه السلام « يذبح عنه - أي المولود - كبش وإن لم يوجد كبش أجزاء ما يجزى في الأضحية ، وإلا فحمل اعظم ما يكون من حملان السنة (٥) » .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٩ .

(٣) و (٤) الكافي ج ٦ ص ٢٥ .

(٥) الفقيه باب العقيقة تحت رقم ٥ . والكافي ج ٦ ص ٢٨ .

وما في بعض النصوص من أنه «إذا ضحى أضحى عنه فقد أجزاء عن العقيقة». ويشكل استفادة الاستحباب مما ذكر كما لا يخفى .

وأما اختصاص الرّجل والورك بالقابلة فيدل عليه ما رواه في الكافي عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام « في المولود يسمّى في اليوم السابع ويعق عنه - إلى أن قال - : و يبعث إلى القابلة بالرّجل مع الورك فيطعم منه ويتصدّق ^(١) .

وفي موثقة عمار عن أبي عبدالله عليه السلام « ويعطى القابلة ربعمها وإن لم يكن قابلة فلاّمه تعطيه من شاة - إلى أن قال - وإن كانت القابلة يهوديّة لا تأكل من ذبيحة المسلمين أعطيت قيمة ربع الكبش ^(٢) .

والمستفاد من هذه الموثقة استحباب إعطاء الرّبع القابلة وإن كانت يهوديّة تعطى قيمة الرّبع . ولا تعرّض لغير اليهوديّة من النصرانيّة أو المجوسيّة إن عدت من أهل الدّمة . ومع عدم القابلة تعطى الأمّ من شاة .

وأما استحباب أن يعق الولد لولم يعق الوالد فيستفاد من خبر عمر بن يزيد المتقدم . وأما سقوط انعقيقة لومات الصبي في اليوم السابع قبل الزّوال فيدل عليه خبر إدريس بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن مولود يولد فيموت يوم السابع يعق عنه ؟ قال : إن مات قبل الظهر لم يعق عنه وإن مات بعد الظهر عق عنه ^(٣) .

وأمّا كراهة أكل الوالدين منها فلقول الصادق عليه السلام على المحكمي : « لا يأكل هو ولا أحد من عياله من العقيقة ، وقال : وللقابلة ثلث العقيقة فإن كانت القابلة أم الرّجل أو في عياله فليس لها منه شيء ، وتفصل أعضاء ثمّ يطبخها ويقسمها ولا يعطيها إلا أهل الولاية ، وقال : يأكل من العقيقة كل أحد إلا الأم ^(٤) .

ويظهر من هذه الرّواية تأكّد الكراهة بالنسبة إلى الأمّ وفي خبر يحيى بن أبي

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ٢٩ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٩ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٣٢ .

العلاء عن الصادق عليه السلام في حديث عقيقة الرسول صلى الله عليه وآله عن الحسن والحسين عليهما السلام قال: «وعقق^١ عنهما شاة وبعثوا برجل شاة إلى القابلة ونظروا ما غيره فأكلوا منه واهدوا إلى الجيران - الحديث (١) .»

وأمّا كراهة كسر عظامها فربما استفيدت من قول الصادق على المحكمي^٢ يفصل أعضاء (٢) .»

وقوله «واقطع العقيقة جداول فاطبخها وادع عليها رهطاً من المسلمين (٣) .» وقد منع من استفادتها خصوصاً بعد ملاحظة خبر عمّار^٤ «سئل عن العقيقة إذا ذبحت هل يكسر عظمها؟ قال: نعم يكسر عظمها ويقطع لحمها؟ وتصنع بها بعد الذبح ماشئت (٤) .»

وقيل: ورد في بعض النصوص النهي عن الكسر ومع عدم الكسر يفصل مفاصل الاعضاء .

﴿ومن التوابع الرضاع والحضانة، أفضل ما رضع لبن أمه، ولا تجبر الحرّة على إرضاع ولدها ويوجب الأمانة مولاهما . وللحرّة الأجرة على الأب إن اختارت إرضاعه، وكذا لو أرضعته خادمته . ولو كان الأب ميتاً فمن مال الرضيع ﴾ . المعروف أنه أفضل ما يرضع به الصبي^٥ لبن أمه وبدل^٥ عليه ما رواه في الكافي عن طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين صلوات الله عليه: ما من لبن يرضع به الصبي أعظم عليه بركة من لبن أمه (٥) .»

وأما عدم إجبار الحرّة على الإرضاع وإجبار الأمانة عليه فيدل^٥ عليهما ما رواه في الكافي، عن سليمان بن داود المنقري قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرضاع قال:

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٨ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٣٧ .

(٤) الفقيه باب العقيقة تحت رقم ١٢ .

(٥) المصدر ج ٦ ص ٤٠ .

لا يجبر المرأة على إرضاع الولد ويجبر أم الولد (١) ،
 واستدل أيضاً بقوله عز وجل "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن" فإن تعاسرتن
 فسترضع له أخرى .

واستشكل بأن مورد الآية كما ينادى به سياق الكلام إنما هو المطلقة البائن و
 عدم الوجوب هنا مما لا خلاف فيه ، ويمكن أن يقال : استحقاق الأجرة لا ينافي الوجوب
 كما في الواجبات الكفائية ، و بعبارة أخرى إن كان شيء واجباً على المكلف مجاناً
 وبلا عوض لا يستحق العوض وإن كان الواجب الجامع بين ما كان بلا عوض وما كان مع
 العوض لا ينافي استحقاق العوض .

و أما أمة المولى فللمولى إجبارها على الإرضاع لأن جميع منافعها للمولى ومع
 اختيار الأم إرضاع الولد فمع الإرضاع بلا قصد أخذ الأجرة لإشكال ومع قصد أخذ
 الأجرة يقع الكلام في أن الأجرة على الأب ولو كان للولد مال أو كان الأب معسراً أو
 يكون الأجرة على الأب بالخصوص في صورة عدم وجود المال للولد وكون الأب موسراً؟
 الظاهر الثاني لاندراج أجرة الإرضاع في النفقة الواجبة على الأب مع عدم المال للولد
 وإيسار الأب ، ولم يظهر من الآية الشريفة وجوب الأجرة على الأب من ماله ، بل يمكن
 وجوبها من مال الولد ومع عدم المال للأب والولد يتعلق التكليف بالأم بإرضاع الولد
 بلا أجرة أو إعطائها الأجرة لمرضعة أخرى ويكون من باب نفقة الأقارب وكذا الكلام
 في إرضاع خادمة الأم .

ولو كان الأب ميتاً يعطى الأجرة من مال الولد من يلي أمره لوجوب حفظه ومع
 عدم المال يتعين على الأم كما ذكر .

﴿ ومدة الرضاع حولان ، ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً لأقل ،
 والزيادة بشهر أو شهرين لا أكثر ، ولا يلزم الوالد أجرة ما زاد عن حولين ، والأم
 أحق بإرضاعه إذا تطوعت أو قنعت بما تطلب غيرها ، ولو طلبت زيادة عن ما قنع
 غيرها فلا لب نزعه واسترضاع غيرها ﴾ .

أما تحديد مدة الرضاع بحولين فيدل عليه قوله تعالى « ووالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » .

و ما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « ليس للمرأة أن تأخذ في رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين فإن أراد الفصال قبل ذلك عن تراض منهما فهو حسن ^(١) » .

وأما جواز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً فاستدل له بقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلثون شهراً ، فإذا حملت به تسعة أشهر كما هو الغالب كان الباقي للرضاع أحداً وعشرين شهراً » .

وما رواه في التهذيب عن عبدالوهاب بن الصباح قال : « قال أبو عبدالله عليه السلام : الفرض في الرضاع أحد وعشرون شهراً ، فما نقص من أحد وعشرين شهراً فقد نقص الموضع فإن أراد أن يتم الرضاعة له فحولين كاملين ^(٢) » .

وما رواه في الكافي عن سماعة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « الرضاع أحد وعشرون شهراً فما نقص فهو جورٌ على الصبي ^(٣) » .

ولا يبعد الجمع بين هذين الخبرين والصحيح المذكور بتخصيص النقصان في الصحيح بما ذكر في الخبرين .

وأما الزيادة على الحولين بشهر أو شهرين لأكثر فهو المعروف وقيل : إنه مروى ولم نثر على خبر يدل على ذلك ، نعم روى الكليني وابن بابويه في الصحيح عن سعد ابن سعد الأشعري ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « سألت عن الصبي هل يرتضع أكثر من سنتين فقال : عامين ، قلت : فإن زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شيء ؟ قال : لا ^(٤) » .

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧

(٣) المصدر ج ٦ ص ٤٠

(٤) الكافي ج ٦ ص ٤١

وقد يستظهر من هذا الصحيح جواز الزيادة على الحولين مطلقاً ويمكن أن يقال: لعلّ التعبير بالزيادة لا يشمل كل زيادة بلغت ما بلغت ، وقد يستند في المنع بحرمة فضلات غير المأكول ولا يخفى الإشكال فيه حيث إنّ لازمه حرمة اللبن بالنسبة إلى الرضيع أيضاً والترخيص للولد مدّة معيّنة اضطراراً .

وأما عدم لزوم أجره ما زاد على الحولين على الوالد فلانّ الحولين منتهى الرضاة بحسب الآية الشريفة والواجب على الأب أجره الرضاة مع يسره وعدم المال للولد بمقتضى قوله تعالى « فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ » وقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهنَّ وكسوتهنَّ » .

واستشكل في المقام بأنّه لا معنى لعدم استحقاق المرأة الأجرة للزائد الذي هو بمنزلة النفقة الضرورية الذي تجب على الوالد بعد حمل النصوص على الغالب وأجيب بالفرق بين الأجرة المضروبة على الأب في الحولين وبين الأجرة بعد الحولين فإن الأولى مضروبة على الأب ولومع عدم رضی الأب وعدم تحقق معاملة بين الزوجة والأب وعدم رضی الأب بإرضاعها بل الأب ملزم بحكم الشرع بخلاف الثانية حيث إنّها محتاجة إلى المعاملة وتراضى الطرفين .

ويمكن أن يقال : لآمانع من رجوع المرضعة إذ ألزم إرضاعها للولد إلى أجرة المثل ولو كان الأب غير راضٍ أو كان غائباً إذا لم تقصد الإرضاع بلا أجرة من جهة وجوب النفقة على الأب إذا لم يكن للولد مالٌ ، نظير لزوم حفظ الدابة المستأجرة مع غيبة مالكها .

وأما أحقية الأمّ مع التطوع أو القناعة بما يطلب غيرها فلا خلاف فيها ظاهراً ويدلّ عليها رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سمعته يقول : المطلقة الحبلية ينفق عليها حتى تضع حملها وهي أحقُّ بولدها أن ترضعه بما تقبله امرأة أخرى يقول الله تعالى « لا تضارُّ » والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك ، لا يضارُّ بالصبي ولا يضارُّ بأمّه في رضاعه وليس لها أن تأخذ في رضاعه فوق حولين كاملين فإذا أراد

الفصال قبل ذلك عن تراض منهما كان حسناً والفصال هو الفطام (١) .

ومارواه الشيخ عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « إذا طلق الرءجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها فإذا أرضعته أعطاها أجرها ولا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص منها فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بلبنها حتى تفضمه (٢) » .

وعن فضل بن أبي العباس عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : « فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها : أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه فهي أحق به (٣) » .

﴿ وأما الحضانة فالأم أحق بالولد بمدّة الرضاع إذا كانت حرّة مسلمة وإذا فصلت الحرّة أحق بالبت إلى سبع سنين ، وقيل : إلى تسع سنين . والأب أحق بالابن ولو تزوّجت الأم سقطت حضانتها . ولومات الأب فالأم أحق به من الوصي ، وكذا لو كان الأب مملوكاً أو كافراً كانت الأم الحرّة أحق به ولو تزوّجت ، فإن أعتق الأب فالحضانة له ﴾ .

الحضانة لغة بمعنى الحفظ والصيانة وقيل في اصطلاح الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - الولاية والسلطنة على تربية الطفل وما يتعلق بها من مصلحة حفظه وجعله في سريره وكحله وتنظيفه ونحو ذلك ، وأورد عليه بأن الحضانة لو كانت ولاية على تربيته فالأزم أن لا تسقط بإسقاط الأم وتجب عليها مراعاة ذلك على وجه لا تستحق عليها الأجرة كما هو الشأن في غيرها من الولايات مع أنه ليس في شيء من الأدلة ما يقتضي ذلك بل فيها ما يقتضي خلافه كالتعليق على مشيتها والتعبير بالأحقية بل ظاهرها كون هذه الأحقية مثل الأحقية في الرضاع وحينئذ لا يكون ذلك واجباً عليها ولها إسقاطها ومطالبة الأجرة عليه ، ويمكن أن يقال : الظاهر أن الحضانة بمعناه اللغوي والعرفي والمستفاد من الأدلة

(١) الفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ و ٢٧٧ .

ولاية الأب والأم^١ عليها في الجملة وليس الحضانة نفس الولاية ، بل الولاية ثابتة على الحضانة فمع عدم قيام الأم^٢ لا تسقط ولايتها بل تثبت للأب كما أنه مع عدم قيام الأب تكون لغيرهما نظير الولاية بالنسبة إلى الصغير حيث إنها ثابتة للأب والجد^٣ ومع عدم قيامهما ثابتة للحاكم ومع عدم قيام الحاكم لمانع تثبت لعدول المؤمنين ولا تدل الأدلة على خلاف ما ذكر ، والمشهور بين الأصحاب أن الأم^٤ أحق بالولد ذكراً كان أو أنثى مدّة الرضاعة أي الحولين وبعد انقضائها يكون الأب أحق بالذكر والأم^٥ أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين فلتنقل الأخبار الواردة .

فمنها صحيح الحلبي^٦ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الحلبي المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها وهي أحق^٧ بولدها حتى ترضعه بما تقبله امرأة أخرى ، إن الله تعالى يقول : « لا تضار^٨ والدته بولدها ولا مولود له بولده^(١) » .

وخبر الكناشي^٩ عنه عليه السلام أيضاً « إذا طلق الرجل امرأته وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها ، فإذا أرضعته أعطاهما أجرها لا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص أجراً منها فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق^{١٠} بابنها حتى تفضمه^(٢) » .

وخبر فضل بن أبي العباس البقباق قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل أحق^{١١} بولده أو المرأة ؟ قال : لا بل الرجل فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها : أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه فهي أحق^{١٢} به^(٣) » .

ومنها صحيح أيوب بن نوح قال : « كتب إليه بعض أصحابه إنه كانت لي امرأة ولي منها ولد و خلّيت سبيلها ؟ فكتب : المرأة أحق^{١٣} بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة^(٤) » .

وصحيحه الآخر قال : « كتب إليه - يعني بشار بن بشير - جعلت فداك رجل تزوج

(١) (٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣٢٠ .

(٤) الفقيه باب الولد يكون بين والديه تحت رقم ٤ .

امراً فولدت منه ثم فارقها من يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب عليه السلام: إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله وإن تركه فله (١).

ومنها مرسل المنقري قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته وبينهما ولد أيهما أحق بالولد؟ قال: المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج (٢).

ومنها خبر داود بن حصين عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهن» قال: مادام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية فإذا فطم فالأب أحق به من الأم فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصة فإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الأم: لا أرضعه إلا بخمسة دراهم فإن له أن ينزعه منها إلا أن ذلك خير له وأرفق له أن يذره مع أمه (٣).

ولا يخفى عدم استفادة ما ذهب المشهور إليه من التفصيل بين الذكر والأنثى بعد الحولين وقد يقال: مقتضى الجمع العرفي وهو حمل الظاهر على النص والأظهر هو حمل مادل على استحباب وضع الولد عند الأم إلى السبع وكراهة أخذه منها قبله لصراحة مادل على الحولين في جواز أخذه منها بعد الحولين بخلاف مادل على السبع فإنه ظاهر في حرمة أخذه منها.

ويمكن أن يقال: هذا الجمع يوجب الجمع بين الوجوب والاستحباب حيث إن السبع بعضها أعني الحولين يجب وضع الولد فيهما عند الأم والسنين الباقية يستحب وضع الولد عندها فيها، والجمع بهذا التحول ليس بعزيز لکن يتوجه إشكال آخر وهو أن خبر داود بن حصين صريح في أنه مادام الولد في الرضاع يكون بين الأبوين بالسوية فكيف يجمع مادل على اختصاص الحضنة في الحولين بالأم إلا أن يقال: ولاية الحضنة في الحولين مع قطع النظر عن هذا الخبر للأب باقية، ولذا كان له أن ينزع الولد

(١) السرائر ص ٢٧١.

(٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ٤٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٦. والفتاوى باب الولد يكون

بين والديه تحت رقم ١ و ٢ واللفظة.

منها ، ولا ينافي هذه الولاية لزوم وضع الولد عند الأم في الحولين إلا في صورة الاختلاف في الأجرة .

وأما سقوط حق الحضانة للأم مع تزوجها فيدل عليه مرسل المنقري المذكور وبهذا المضمون روى عن حفص بن غياث وأغيره (١) .

وأما أحقية الأم مع موت الأب من الوصي فهي المعروفة في كلماتهم ولم يستند إلى رواية .

وأما اشتراط الحرية في الأم في أحقيتها بالولد فاستدل عليه بما رواه في الكافي في الموثق عن جميل وابن بكير جميعاً « في الولد من الحر والمملوكة قال : يذهب إلى الحرّ منهما (٢) » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن داود الرقي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرّة نكحت عبداً فأولدها أولاداً ثم إنه طلقها فلم تقم مع ولدها فتزوجت فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد أن يأخذ ولده منها وقال : أنا أحقّ بهم منك إذا تزوجت ، فقال : ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها ، وإن تزوجت حتى يعتق ، هي أحقّ بولدها منه مادام مملوكاً فإذا أعتق فهو أحقّ بهم منها (٣) » .

ومارواه الصدوق في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب ، عن الفضيل بن يسار ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « أيما امرأة حرّة تزوجت عبداً فولدت منه أولاداً فهي أحقّ بولدها منه وهم أحرار ، فإذا أعتق الرجل فهو أحقّ بولده منها لموضع الأب (٤) » .

وبأن المملوكة لا تقدر على شيء ، هذا مع التأييد بأن منافع الأمة مملوكة للسيد المقدم حقه على غيره .

(١) الفقيه الباب تحت رقم ٢ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٤٩٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٤) الفقيه باب الولد يكون بين والديه تحت رقم ٣ .

ويمكن أن يقال : أما موثق جميل و ابن بكير فلا ظهور له لما نحن فيه لاحتمال أن يكون النظر إلى حرّية الولد من جهة حرّية أحد أبويه ، وأما الخبران الآخريان فراجعان إلى الزّوج المملوك لا إلى الزّوجة فلا بدّ من دعوى القطع بعدم الفرق بين الزّوج والزّوجة . وأما مسلوبيّة القدرة للمملوك فليست بنحو لا تقبل التخصيص فإنّهم قائلون بأنّ الطلاق بيد المملوك ، وعموم ما دلّ على أنّ الأمّ أحقّ بالولد في حولى الرضاع يشمل المملوكة .

وأما ما ذكر من تقدّم حقّ المولى فلا يوجب سلب أحقيّة الأمّ حيث إنّ تزوّجها كان باذن المولى ومن لوازم الزّوجيّة حقّ الحضانة بحسب عموم الدّليل فهذا كحقّ الزّوج من جهة الاستمتاع بها فإنّ تمّ الإجماع وإلا يشكّل الحكم .

وأما اشتراط الإسلام فاستدلّ له بأنّ حقّ الحضانة ولاية ومع كون الولد بحكم المسلم من جهة إسلام أبيه لا ولاية لها عليه ، فإنّ الله لم يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً بمقضى الآية الشريفة .

ويمكن أن يقال : ليس كلّ حقّ بالنسبة إلى المسلم ولاية بالنسبة إليه الأترى أنّ العبد المسلم المملوك للكافر إذا كان إسلامه بعد مملوكيته له يكون مملوكاً له ما لم يبيع ومنافعه ملكاً له ، والآية الشريفة لا توجب نفيها وليس هذا تخصيصاً بالنسبة إليها لا بآية الآية الشريفة عن التخصيص فلا مانع من كون حقّ الحضانة من هذا القبيل إلاّ أن يتمّ الإجماع على الاشتراط فإنّ أعتق الأب المملوك فالحضانة له إن قلنا باشتراط الحرّية .

﴿النظر الخامس في النفقات ، وأسبابها ثلاثة : الزّوجيّة والقرابة والملك ، أما الزّوجيّة فيشترط في وجوب نفقتها شرطان : العقد الدائم ، فلانفقة لمستمع بها . والتمكين الكامل فلانفقة لناشئة ولو امتنعت لعذر شرعيّ لم تسقط كالمرض والحيض وفعل الواجب أمّا المندوب فإنّ منعها منه فاستمرت سقطت نفقتها ﴾ .

لاشبهة ولا خلاف بين علماء الإسلام في وجوب النفقة بالثلاثة المذكورة في الجملة فالزّوجة يجب نفقتها بالجملة بالكتاب والسنة قال سبحانه « لينفق ذو سعة من سعته

ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله .

وروى ثقة الاسلام في الكافي عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ما حق المرأة على زوجها الذي إذا فعله كان محسناً ؟ قال : يشبعها ويكسوها وإن جهلت غفر لها ^(١) . »

وروى في الفقيه في الصحيح عن ربعي ، عن الفضيل بن يسار ، عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله عز وجل « ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » قال : إذا أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلا فرّق بينهما ^(٢) . »

وعن عاصم بن حميد عن أبي بصير في الصحيح قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرّق بينهما ^(٣) » إلى غير ذلك من الأخبار .

و يشترط في وجوب نفقة الزوجة شرطان : أحدهما أن يكون العقد دائماً فلا نفقة لذات المنقطع ، و ادعى الإجماع ، و قد يراد استفادة عدم استحقاق المتمتع بها النفقة من قول الصادق عليه السلام على المحكمي في رواية زرارة « تزوج منهن ألفاً فما نهمان مستأجرات ^(٤) . »

فقول أبي جعفر عليه السلام على المحكمي في رواية محمد بن مسلم : « إنها لا تطلق ولا ثورت وإنما هي مستأجرة ^(٥) . »

ومن المعلوم أن الأجير لا نفقة له ، ويمكن أن يقال : الظاهر أن التعبير بهن مستأجرات ليس من جهة أنهن مستأجرات ولذا لا يلتزم بصحة الانشاء بالإجارة والاستيجار فلا يترتب ما يترتب على الأجير ، وعلى فرض الترتب بالإطلاق يكون في قبالة إطلاق ما دل على

(١) المصدر ج ٥ ص ٥١٠ .

(٢) و (٣) المصدر باب حق المرأة على الزوج تحت رقم ٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ .

(٥) المصدر ج ٥ ص ٤٥٢ .

وجوب نفقة الزوجة والثاني أظهر في مورد التعارض لكن بعد تسلّم عدم استحقاق النفقة لاتصل التوبة إلى ما ذكر .

الشرط الثاني التمكين الكامل على المعروف فنقول: لا إشكال في أنه مع تحقق النشوز من طرف الزوجة بالاخلال بما هو واجب عليها من حقوق الزوج تسقط نفقتها ويبدل عليه مارواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : أيما امرأة خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقة لها حتى ترجع ^(١) » .

والمروي في تحف العقول عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال في خطبة حجة الوداع : « إن نسائكم عليكم حقاً ولكم عليهن حقاً ، حققم عليهن أن لا يوطئن فراشكم ولا يدخلن بيوتكم أحداً تكرهونه إلا بأذنكم وأن لا يأتين بفاحشة فإن فعلن فإن الله قد أذن لكم أن تعزلوهن وتهجروهن في المضاجع وتضربوهن ضرباً غير مبرح وإذا انتهين فأطعنكم فعليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

قد يستظهر من الخبر الأول أن الخروج بغير إذن الزوج الذي عد من الحقوق موجب للنشوز من حيث عدم القيام بحقوق الزوج لا الخروج بغير رضاه كي لا يكون دالاً إلا على سقوط النفقة بالمخالفة ، ويقال : المستفاد مما في تحف العقول المذكور تفريع الهجر والضرب على عدم القيام بما عد من حقوق الزوج ولو لم يصدق المخالفة ويستفاد من تفرعة وجوب رزقهن وكسوتهن على إطاعتهم للزوج سقوط نفقتهم وكسوتهن مع عدم الإطاعة بالتقصير في تعديده حقه .

ويمكن أن يقال : بناء على ما ذكر من ترتب وجوب النفقة والاستحقاق على الإطاعة لا بد من سقوطها إذا لم تتحقق الإطاعة من جهة عدم أهلية الزوج كما لو كان صغيراً أو مجنوناً مع أنه لا يصدق النشوز إلا أن يقال : مقتضى إطلاق دليل وجوب النفقة وجوبها والمقيّد لا يشمل صورة عدم أهلية الزوج وكذا صورة عدم أهلية الزوجة لصغرهما أو جنونها إلا أن يستشكل في إطلاق الدليل ويقال : ما دل على وجوب النفقة في مقام

أصل التشريع .

وعلى ما ذكر ينبغي أن يراد من التمكين الكامل ما ذكر لا ما ذكر من إظهارها كونها ممكنة له إما بأن تعرّض نفسها عليه أو بان تقول: سلّمت إليك نفسي في كلّ زمان ومكان شئت وقد يراد استفادته من قوله وَالْمَرْءُ عَلَى مَا أَعْرَضَ عَنْهُ في جواب السؤال عن حقّ الزّوج على المرأة «وعليها أن تتطيّب بأطيب طيبها وتلبّس بأحسن ثيابها وتزيّن بأحسن زينتها و تعرّض نفسها غدوة وعشيّة» وذلك لأنّ الظاهر عدم وجوب ما في هذه الرواية لقيام السيرة على عدم مراعات ما ذكر فلا بدّ من الحمل على الاستحباب فلا مجال للقول بسقوط النفقة مع عدم القيام بما ذكر .

وأمّا عدم سقوط النفقة إذا كان امتناع المرأة لعذر شرعيّ فهو مبنيّ على الأخذ بإطلاق دليل وجوب النفقة وعدم شمول ما دلّ على الاشتراط بالتمكين الكامل المفقود في هذه الصورة ومع التشكيك في إطلاق دليل وجوب النفقة يشكل القول بعدم السقوط إلاّ أن يتمسك بالسيرة من غير تكبير ، وما في كلماتهم من التفرقة بين الأعداء مشكل جداً .

وأمّا صورة منع الزّوج عن العمل الواجب فإن كان الواجب مضيقاً فلا إشكال في تقديم الواجب المضيق ولو كان موسعاً وطلب الزّوج ما ينافي بالمبادرة كقضاء صوم رمضان فقد يقال بتقديم حقّ الزّوج لدوران الأمرين الموسع والمضيق ومع التزام لا إشكال في تقديم المضيق .

ويمكن أن يقال : أمّا ما ذكر من تقديم الواجب مع تضيقه فلغائل أن يقول : مجرد الوجوب من دون ملاحظة الأهمية كيف يوجب تقديمه لأنّ إطاعة الزّوج أيضاً واجبة ولا يوجب سبق أيضاً التقدّم . وأمّا ما ذكر من تقديم حقّ الزّوج لدوران الأمرين الموسع والمضيق فيمكن منعه لأنّ دليل وجوب القيام بحقوق الزّوج لا يشمل مثل أوقات الصلوة والصوم وعلى هذا ليس من التزام الواجبين حتّى يقال : يدور الأمرين الموسع والمضيق فبعد خروج الوقت بقدر أن تصلى بين الظهر والمغرب مثلاً ما وجه تقديم حقّ الزّوج بأن يطلب منها ما ينافي في المبادرة إلى الصلاة .

وأما عمل المندوب فإن كان مما يتوقف على إذن الزوج كالحج والصوم يكون فعله بدون الإذن موجباً للفساد ولا يوجب منع النفقة لأنه غير مانع من التمكين وإن كان مما لا يتوقف على إذنه جازلها فعله بغير الإذن ومتى طالب منها الاستمتاع المنافي لفعل المندوب تجب إطاعته ومع عدم الإطاعة تسقط النفقة ، وأما التقييد بالاستمرار في المتن فلم يظهر وجهه .

«وتستحق الزوجة النفقة ولو كانت زعيمة أو أمة وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون البائن والمتوفى عنها زوجها إلا أن تكون حاملاً فتثبت نفقتها في الطلاق على الزوج حتى تضع وفي الوفاة من نصيب الحمل على إحدى الرأتين فنفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب وتقضى لو فاتت» .

أما استحقاق الزوجة الذميمة فلا إشكال فيه لا لطلاق الأدلة بناءً على صحة نكاحها بالنكاح الدائم . وأما الأمة فإذا أمكن السيد الزوج منها ليلاً ونهاراً فلا إشكال وإن لم يمكنه منها إلا بناءً على أن له ذلك فيشكل وجوب النفقة لعدم التمكين التام وإن كانت معذورة من جهة أن اختيارها بيد السيد فليست ناشزة فتدخل في ذوات الأعداء فإن أخذ بالطلاق الدليل الدال على وجوب النفقة وعدم شمول ما دل على سقوط النفقة لعدم القيام بحقوق الزوج للمقام من جهة العذر فلا بد من القول بوجوب النفقة وإن نوقش في الإطلاق فالمرجع أصالة براءة الزوج عن النفقة ولعل الأقوى الأخذ بالإطلاق . وأما استحقاق المطلقة الرجعية فالظاهر أنه موضع وفاق ويبدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إن المطلقة ثلاثاً ليس لها نفقة على زوجها إنما ذلك للتي لزوجها عليها رجعة ^(١) » .

و ما رواه في الكافي عن سعد بن أبي خلف في الصحيح قال : « سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شيء من الطلاق فقال : إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعة طلقها وملكت نفسها ولا سبيل له عليها وتمتد حيث شاءت ولا نفقة لها ، قال : قلت : أليس الله عز وجل يقول « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن »

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٤ . والفتاوى باب طلاق العدة تحت رقم ٥٥ .

قال : فقال : إنما عنى بذلك التى تطلق تطليقة بعد تطليقة . فتلك التى لا تخرج ولا تخرج حتى تطلق الثالثة ، فإذا طلقت الثالثة ، فقد بان منى ولا نفقة لها ، والمرأة التى يطلقها الرجل تطليقة ، ثم يدعها حتى يخلو أجلها فهذه أيضاً تقعد في منزل زوجها ولها النفقة والسكنى حتى تنقضى عدتها ، (١) .

و روى الثقة الجليل عبدالله بن جعفر الحميري في قرب الإسناد ، عن عبدالله بن الحسن ، عن جدّه عليّ بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : « سألته عن المطلقة أها نفقة على زوجها حتى ينقضى عدتها ؟ قال : نعم » (٢) .

وهذه الرواية وإن كانت فيها ترك الاستفصال لكنها محمولة على الرجعية ، وأما البائن والمتوفى عنها زوجها فلا نفقة لهما إلا مع الحمل . أما سقوط النفقة للبائن فلما ذكر من الخبرين المذكورين . وأما ثبوته مع الحمل فلا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه قوله تعالى « فإن كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ » .

وما رواه ثقة الإسلام في الصحيح أو الحسن عن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الحامل أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها » (٣) .

وعن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى قال : أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها حتى تضع حملها » (٤) .

و نحوهما صحيحة الحلبي (٥) و رواية الكافي و إطلاق الآية الشريفة والأخبار تشمل البائن والرجعية .

وأما عدم ثبوت النفقة للمتوفى عنها زوجها الحامل فلرواية زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام « في المرأة المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة ؟ فقال : لا » (٦) .

(١) المصدر ج ٦ ص ٩٠ .

(٢) المصدر ص ١١٠ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ١٠٣ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ١٠٣ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١١٥ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

و عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن المتوفى عنها زوجها أُلها نفقة ؟ قال : لا ينفق من مالها » (١) .

و أما المتوفى عنها زوجها الحبلى ففي ثبوت النفقة لها خلاف فيظهر من بعض الأخبار عدم ثبوت النفقة كما رواه ثقة الإسلام في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : « في الحلبي المتوفى عنها زوجها أنه لا نفقة لها » (٢) .

وعن أبي الصباح الكناني عنه عليه السلام قال : « في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة ؟ قال : لا » (٣) .

و ما رواه في التهذيب عن زيد بن أبي أسامة قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحلبي المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة ؟ فقال : لا » (٤) .

و في قبال ما ذكر ما رواه في الكافي والفقيه عن محمد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المرأة الحلبي المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها » (٥) .

و ما رواه في التهذيب و الفقيه عن السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام قال : « نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها من جميع المال حتى تضع » (٦) .

وقد ينافش في رواية محمد بن الفضيل من جهة ضعف السند ، ويشكل هذه المناقشة من جهة أنه يظهر من كلام الصدوق - قدس سره - اعتبارها (٧) فمع عدم إمكان الجمع تصل النوبة إلى الترجيح أو التخيير ، والترجيح مع الأخبار النافية .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١١٥ .

(٣) د د د ١١٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١١٥ والفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٣ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٩ . والفقيه الباب المذكور تحت رقم ٤ .

(٧) لمقال بدتقل رواية السكوني : « والذي نفق به رواية الكناني » .

و أما تقدم نفقة الزوجة على نفقة الأقارب فهو المعروف بين الفقهاء فقالوا :
نفقة الإنسان على نفسه مقدّمة على نفقة غيره و نفقة الزوجة مقدّمة على نفقة الأقارب
و استدّلوا على ذلك بأن نفقة الزوجة وجبت على وجه المعاوضة في مقابل الاستمتاع
بخلاف نفقة القريب ، و استشكل بأن هذا الوجه لا يوجب التقديم بملاحظة الأخبار
الواردة .

فمنها ما رواه الكليني - قدّس سرّه - في الصحيح أو الحسن عن حرير عن أبي-
عبدالله عليه السلام قال : « قلت : من الذي أُجبر عليه ويلزمني نفقته ؟ قال : الوالدان والولد
والزوجة » (١) .

و روى الشيخ في التهذيب والصدوق في الفقيه في الصحيح عن محمد الحلبي ، عن
أبي عبدالله مثله .

و ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قلت من يلزم
الرجل من قرابته ممن ينفق عليه ؟ قال : الوالدان والولد والزوجة » (٢) و زاد في
الفقيه « والوارث الصغير » يعني الأخ و ابن الأخ و نحوه .

و عن جميل في الصحيح عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام قال : « لا يجبر
الرجل إلا في نفقة الأبوبين والولد ، قلت لجميل : والمرأة ؟ قال : روى بعض أصحابنا
و هو عنيسة بن مصعب و سورة بن كليب عن أحدهما عليه السلام « أنه إذا كساها ما يوارى
عورتها و أطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه و إلا طلقها ، قال : قلت لجميل : وهل يجبر على نفقة
الأخت ؟ قال : إن أُجبر على نفقة الأخت كان ذلك خلاف الرواية » (٣) .

و يمكن أن يقال : وجوب الإنفاق على الأقارب حكم تكليفي صرف وليست نفقتهم
على المنفق بمنزلة الدين بحيث تكون الذمّة مشغولة بها حتى مع عدم القدرة ، و بعبارة أخرى

(١) و (٢) المصدر ج ٤ ص ١٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٨٩ و ١٠٥ .

لا إطلاق في الأدلة حتى يستفاد منها الوجوب مع عدم القدرة ، غاية الأمر معه يكون معذوراً عقلاً بخلاف وجوب نفقة الزوجة حيث إنها بمنزلة الدين والذمة مشغولة بها حتى مع عدم القدرة ، غاية الأمر المعذورية معه فمع الدوران تقدم نفقة الزوجة وهذا نظير دوران الأمر بين صرف مقدار من الماء في رفع الخبث و بين صرفه في رفع الحدث حيث إنه يمكن أن يقال : حيث إن لزوم رفع الخبث مطلق وليس مشروطاً بالتمكّن بخلاف لزوم الطهارة المائية حيث إنه مشروط بالتمكّن فلا بد من صرف الماء في رفع الخبث و بعد لزومه فيه لا تمكّن لرفع الحدث فنقول في المقام حيث إنه يستفاد مما دل على وجوب الإنفاق على الزوجة مع عدم النشوز من غير الأخبار المذكورة في المقام بالنحو المذكور لا يبعد التقديم عند الدوران هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه ما ذهب إليه الأكاير فتأمل .

وأما تقديم نفقة نفسه على الغير فقد يستدل عليه بالنبوي صلى الله عليه وآله وفيه أن رجلاً جاء إليه صلى الله عليه وآله فقال : معي دينار ؟ فقال : أنفقه على نفسك ، فقال : معي آخر ؟ فقال : أنفقه على ولدك ، فقال : معي آخر ؟ فقال : أنفقه على أهلك .

والاستفاد منه تقديم نفقة الولد على الأهل وقيل مع تسليم صحة الخبر يحتمل الحمل على غير النفقة الواجبة مع أن الرجل كان موسراً كما يظهر منه وكلام الأصحاب في شأن المعسر .

و أما وجوب قضاء نفقة الزوجة فلا إشكال فيه فيما تملك المرأة من قوتها و يدل على الملكية ما رواه الشيخ في الصحيح والكليني بسند فيه إرسال عن شهاب بن عبد ربّه قال : قلت لأبي عبد الله صلى الله عليه وآله : ما حق المرأة على زوجها ؟ قال : يسد جوعها و يستر عورتها ولا يقبح لها وجهاً ، فإذا فعل ذلك فقد والله أدّى حقها ، قلت : فالدّهن ؟ قال : غباً يوم و يوم لا ، قلت : فاللحم قال : في كلّ ثلاثة أيّام فيكون في الشهر عشر مرّات لا أكثر من ذلك ، قلت : فالصّبغ ؟ قال : في كلّ سنة أشهر ، ويكسوها في كلّ سنة أربعة أثواب ثوبين للشّاء و ثوبين للسيف ، ولا ينبغي أن يفقر بيته من ثلاثة أشياء دهن الرّأس والخل والزيت و يقوتهن بالمد ، فإنّي أقوت به نفسي و عيالي ، وليقدر لكلّ انسان منهم

قوته فإن شاء أكله وإن شاء وهبه وإن شاء تصدَّق به ولا تكون فاكهة عامَّة إلا أطمع عياله منها ، ولا يدع أن يكون للعيد عندهم فضل في الطعام أن ينيلهم من ذلك شيئاً مما لا ينيلهم في سائر الأيام ،^(١) .

حيث إنَّ الهبة والتصدُّق من لوازم الملكية إلا أن يقال : لا إشكال في تملك المرأة القوت بعد القبض لكن مجرد هذا لا يثبت كون النفقة قبل إقباض الزَّوج بمنزلة الدين ، ألا ترى أنَّ الزَّكاة المندوبة تملك بعد الإقباض والقبض ، وقبل القبض لا تكون ملكاً لأحد من الفقراء ، ثمَّ إنَّه يشكّل استفادة لزوم تملك الزَّوجة في قوته من هذا الصحيح لأنَّ الظاهر أنَّ الضمير في قوله «وليقدر لكلِّ إنسان منهم الخ» يرجع إلى العيال المعلوم ممَّا قبله والعيال يشمل الزَّوجة ومن وجب نفقته ومن لم يجب كالأخ والأخت والخدم فلا يجب الإفناق عليهم على نحو التملك بل على نحو الامتاع أيضاً لا يجب ويقع التعارض بين ظهور «وليقدر» في الوجوب وعموم كلِّ إنسان منهم بالنسبة إلى العيال بل لعلَّ الخصوصيات المذكورة في الصحيح ليست على نحو الوجوب كما لا يخفى .

وأما ما استدلَّ به من أنَّ نفقة الزَّوجة اعتياض في مقابلة الاستمتاع فتصير بمنزلة الدين ، ففيه إشكال لأنَّه مع تسليم استفادة الاعتياض من الأخبار لا بدَّ من القول به في الكسوة أيضاً وفي الكسوة لا يسلم كونها بمنزلة الدين للخلاف في أنَّ الزَّوجة تملك الكسوة كالقوت أو أنَّ حقَّها على الزَّوج إمتاعها وعدَّ من الثمرات إنَّه على الامتاع لا يصير ديناً وإنَّه لا يصحُّ لها بيع ولا جواز التصرف فيه بغير اللبس هذا ولكنَّ الظاهر أنَّ وجوب القضاء فيما تملك من المسلمات ؟ وأما ما تستحقُّ الزَّوجة بنحو الامتاع فلا ولذا عدَّ من الثمرات في الكسوة ما ذكر .

﴿ وأما القرابة فالنفقة على الأبوين والأولاد لازمة وفيمن علا من الآباء والأمهات تردُّدٌ أشبهه اللزوم ولا تجب على غيرهم من الأقارب بل تستحبُّ وتناكَّد

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٣ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٤١ .

في الوارث .

مقتضى الأخبار المذكورة في المقام الأشكال على القول بتقدم نفقة الزوجة على الأقارب لزوم نفقة الأبوين على الأولاد ولزوم نفقة الأولاد على الأبوين وأدعى عدم الخلاف على لزوم نفقة من علامن الآباء والأمهات أو سفل من الأولاد ، و تردّد المصنّف - قدس سره - من جهة صدق الأب والوالد على من علا وصدق الولد على من سفل ، ولعلّ التردّد في محله ، ألا ترى أنه لو قال : قال أو فعل أبي أو والدي هل يكون ظاهراً في غير أبيه بلا واسطة وكذلك في طرف الأم إلا أن يتمّ الاجماع ولعله لهذه الجهة احتاط بعض الأكابر بنحو الاستحباب في الرّبّيا بين الوالد والولد وقد يستشعر من الخبر في الزكاة يعطى منها الأخ والأخت والعمّ والعمّة والمخال والخالة ولا يعطى الجدّ والجدّة خصوصاً بعد استفادة النصوص وانعقاد الاجماع على حرمتها لواجبي النفقة ، فليس النهي عن إعطائهما إلا لوجوب نفقتهما .

و يمكن أن يقال : المستفاد من الدليل حرمة الزكاة لكل من وجب نفقته لا أن من لا يجوز إعطاؤه الزكاة يكون من الأقارب التي يجب نفقتها ، والمستفاد من الأخبار المذكورة لزوم النفقة على المذكورين وما يظهر من بعضها من إضافة الوارث الصغير محمول على الاستحباب بقرينة غيره و من جهة استفادة النصوص في إعطائه الزكاة المنافي لوجوب الإنفاق عليهم .

وأما استحباب الإنفاق على الأقارب عدا من ذكر فيدلّ عليه ما رواه الصدوق في الخصال بسنده عن زكريّا المؤمن رفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام قال : « من عال ابنتين أو أختين أو عمّتين أو خاليتين حجبتاه من النار يا ذن الله . » (١)

وفي تفسير الامام العسكري عليه السلام في قوله : « و ممّا رزقناهم ينفقون » قال : من الزكاة والصدقات والحقوق اللّازمات - إلى أن قال - وذوي الأرحام القربيات والآباء والأمهات ، و كالنفقات المستحبة على من لم يكن فرضاً عليهم النفقة من ساير القرابات - الحديث .

وأما تأكيد الاستحباب في خصوص الوارث فيمكن استفادته من خبر غياث عن
أبي عبد الله عليه السلام قال : « أئمتي أمير المؤمنين صلوات الله عليه بيّتم قال : خذوا بنفقته
أقرب الناس منه من العشيرة ممن يأكل ميراثه » (١) .

وما في صحيح الحلبي المذكور من قوله « والوارث الصغير » (٢) .
ولعلّ التفسير بالأخ وابن الأخ وغيره من الرأوي .

✽ ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب . ولا تقدير للنفقة بل يجب
بذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن . و نفقة الولد على الأب ومع عدمه أوفره
فعلى أب الأب وإن علامرتباً ، ومع عدمهم تجب على الأم وآبائها الأقرب فالأقرب ،
ولا تقضى نفقة الأقارب لوفات ✽ .

أما اشتراط الفقر فادعى عليه الأجماع ، وأدلة وجوب النفقة منصرفه إلى صورة
الفقر ، وأما اشتراط العجز عن الاكتساب فلأن القادر لا يعدّ من الفقراء وحكم في
كتاب الزكاة بعدم استحقاقه للزكاة فعن النبي صلى الله عليه وآله « لاحظّ في الصدقة لغني ولا لقوي
مكتسب » إلا أن يقال : ظاهر هذا الخبر نفي الحظّ في الصدقة للقوي المكتسب بالفعل
لامن يقدر على الاكتساب اللائق بحاله المعرض عنه ، لكن في كتاب الزكاة يظهر من بعض
الأخبار نفي الصدقة لذئ مرّة (٣) .

ويمكن أن يقال : العمدة في المقام دعوى الانصراف ولم نعثر في الأخبار التقييد
بالفقر والعجز عن الاكتساب بخلاف باب الزكاة فدعوى الانصراف بالنسبة إلى القادر
على الاكتساب اللائق بحاله المعرض عنه مشكلة إلا أن يدعى عدم الاطلاق في الأدلة و
هو بعيد جداً .

ولا تقدير لنفقة الأقارب بل إطلاق الأدلة يقتضي الاقتصار على قدر الكفاية من
الاطعام والكسوة والمسكن مما يليق بحال المنفق عليه وقد فرّق بين نفقة الزوجة ونفقة

(١) الكافي ج ٢ ص ١٣ والنهذيب ج ٢ ص ٨٩ :

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٨٩ .

(٣) راجع الكافي ج ٣ ص ٥٦٣ .

الأقارب حيث إن نفقة الزوجة بالنسبة إلى القوت بنحو التمليك وفي الكسوة خلاف بخلاف نفقة الأقارب فإنها بنحو الامتاع حتى بالنسبة إلى القوت ، ونوقش بأن مقتضى صحيح شهاب المتقدم الذي هو العمدة في اعتبار الملك هناك عدم الفرق بين الزوجة وغيرها في ملك الطعام منها لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « و ليقدر لكل إنسان منهم قوته إن شاء وهبه و إن شاء تصدق به » قلت : قد سبق الأشكال في استفادة لزوم الانفاق على نحو التمليك بالنسبة إلى الزوجة من الصحيح المذكور بل يصدق الإمساك بالمعروف مع عدم الملكية أيضاً إلا أن يدعى الإجماع ، و أما الترتيب المذكور في كلماتهم من تقدم الأب على أب الأب وإن علامرتباً ومع عدمهم على الأم فاستدل على تقدم الأب على الأم بقوله تعالى « فإن أرضعن لكم - الخ » قلت : الأولى أن يقال : لم يذكر في الأخبار الدالة على لزوم نفقة الأقارب الأم ومع عدم الآباء لزوم النفقة على الأم لا بد أن يكون من جهة دعوى الإجماع فمقتضى الأصل البراءة .

واستدل لتقدم الأب على أب الأب بآية «اولوالأرحام» وقول أمير المؤمنين صلوات الله عليه في الخبر السابق على المحكي : « خذوا بنفقته أقرب الناس منه في العشرة كما يأكل ميراثه » ويشكل شمول الآية الشريفة لمثل المقام ولازمه تقدم الأم على الجد ولا يقولون به ، وقول أمير المؤمنين صلوات الله عليه على المحكي محمول على الاستحباب فكيف يستدل به على الوجوب ، وأيضاً لازمه تقدم الأم على الجد فلا بد من التمسك بالإجماع إن تم .

و أما عدم القضاء مع فوت نفقة الأقارب فادعى عليه الإجماع وقد يعلل بأن وجوب الانفاق عليهم حكم تكليفي وليس من قبيل الدين اللازم قضاءه بل النفقة مواسات لسد الخلة ولولا الإجماع أشكل التفرقة بحسب الأخبار بين نفقة الزوجة و نفقة الأقارب خصوصاً مع ملاحظة صحيح شهاب بن عبد ربه المذكور .

﴿ و أما المملوك فنفقته واجبة على مولاه و كذا الأمة و يرجع في قدر النفقة إلى عادة ممالك أمثال المولى و يجوز مخارجه المولى على شيء فما فضل يكون له فإن كفاه وإلا أتمه المولى . وتجب النفقة على البهائم المملوكة فإن امتنع مالكها جبر على

بيعها أو ذبحها إن كانت مقصودة بالذبح * .

لاخلاف في وجوب النفقة للعبد والأمة وبدل عليه ماروى ثقة الاسلام في الصحيح عن عبدالرحمن بن الحججاج عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً : الأب والأُم والولد والمرأة والمملوك وذلك أنهم عياله لازمون له » (١).

و عن جميل بن دراج في الصحيح أو الحسن قال : « لا يجبر الرّجل إلا على نفقه الأبوين والولد - الحديث » (٢).

و روى الصدوق في الأُمالي عن عبدالله بن الصلت عن عدّة من أصحابنا يرفعونه إلى أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : « خمسة لا يعطون من الزكاة : الولد والوالدان والمرأة والمملوك لأنّه يجبر على النفقة عليهم » .

ولا فرق بين المملوك بين الصغير والكبير والصحيح والأعمى والمدبّر والمرهون والمستأجر وغيره ، و كذا لا فرق بين كسوب وغيره ، لكن متى كان كسوباً يخيّر المولى بين الإنفاق عليه من ماله وأخذ كسبه و بين الإنفاق عليه من كسبه ، و يمكن أن يقال إذا ملك العبد كما لو أوصى له بمال و قلنا بأنّه يملك و يكون محجوراً في التصرفات فلا دليل على وجوب نفقته بل حاله حال الأقارب إذا كانوا أغنياء و كونه محجوراً لا يوجب كون النفقة على المولى كالصغير المالك حيث يصرف الولي ماله في نفقته و مع لزوم النفقة لا تقدير فيها بل الواجب قدر الكفاية من إطعام و ادم و كسوة و لم يظهر وجهها في المتن من الرجوع إلى عادة ممالك أمثال المولى حيث إنّ أمثال المولى ربما يستوعون في نفقات ممالكهم فيجب على المولى التوسعة على هذا ولا دليل عليه و يجوز مخارجه المولى بأن يضرب على المملوك ضريبة في كل يوم أو مدّة يؤدّها بها للمولى و يجعل الفاضل له إذا رضى المملوك بلاخلاف ظاهراً .

و يدل عليه صحيح عمر بن يزيد « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له و قد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة و رضى بذلك

(١) الكافي ج ٣ ص ٥٥٣ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٥١٢ .

المولى فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبة ، قال: فقال: إذا أدنى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك ، ثم قال أبو عبد الله عليه السلام : أليس قد فرض الله على العباد فرائض فإذا أدوها لم يسألهم عما سواها، قلت له : فلمملوك أن يتصدق بما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤدّيها إلى سيده؟ قال : نعم واجب ذلك له ، قلت: فإن اعتق مملوكاً مما اكتسب سوى الفريضة لمن يكون ولاء المعتق؟ فقال : يذهب فيتوالى إلى من أحبّ فإن ضمن جريسته و عقله كان مولاه و ورثه ، قلت له: أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه وآله : «الولاء لمن أعتق»؟ قال : فقال : هذا سائبة لا يكون ولاؤه لعبد مثله ، قلت : فإن ضمن العبد الذي أعتقه جريسته وحدته أيلزمه ذلك و يكون مولاه و يرثه؟ قال : فقال : لا يجوز ذلك لا يرث عبدٌ حرّاً^(١) . فإن فضل قدر كفايته و كله إليه وإلا كان على المولى التمام وهل لابد من أن يكون ذلك برضى المملوك أو يجوز لمولاه إجباره؟ الظاهر الثاني لجواز إجبار العبد على أمر ليس شاقاً على العبد تحمّله لأنه مملوك له و يجوز إجباره على الخدمة و تكسيبه نظير الخدمة .

ثم إنّه هل يتعيّن أن يكون نفقة العبد ممّا يملك من فاضل الضريبة أو يكون الأمر بيد المولى فيجوز له منعه من التصرف في الفاضل و يعطى نفقته من مال نفسه الذي يظهر من هذا الصحيح أن ما اكتسب العبد سوى الضريبة يتصرف فيه بالاستقلال ولا يحتاج إلى إجازة المولى فيكون مستغنياً عن المولى كالغريب المستغنى ، و على فرض الاحتياج إلى الإذن قد سبق أن دليل وجوب النفقة يشكّل شموله لمثله .

وأما البهائم المملوكة فنفتها واجبة بلا خلاف ظاهر أسوأ كانت مأكولة أو لم تكن، و سواء انتفع بها أولاً و قد يستدل عليه بما رواه في الكافي عن السكوني عن أمي عبد الله عليه السلام قال : «للدابة على صاحبها سنة حقوق : لا يحملها فوق طاقتها ، ولا يتخذ ظهرها مجالس يتحدث عليها ، و يبدأ بعلفها إذا نزل ، ولا يسمها ، ولا يضربها في وجهها فإنها

تسبّح ، و يعرض عليها الماء إذا مرّ به « (١) .
 و روي في الفقيه عن السكوني باسناده قال : « قال رسول الله ﷺ : للدابة
 على صاحبها خصال : يبدء بعلقها إذا نزل ، ويعرض عليها الماء إذا مرّ به ، ولا يضرب
 وجهها فإنّها تسبّح بحمد ربّها ، و لا يقف على ظهرها إلّا في سبيل الله ، و لا يحملها فوق
 طاقتها ، و لا يكلفها من المشى إلّا ما تطيق » (٢) إلى غير ذلك من الأخبار .
 و يشكل استفادة الوجوب ممّا ذكر ، قالوا : و إن امتنع المالك أُجبر على بيعها
 أو ذبحها إن كانت مقصودة بالذبح ، فإن تمّ الإجماع على ما ذكر فلا إشكال و إلّا فلا يخلوما
 ذكر عن الإشكال للسؤال عن الفرق بين حفظ البهيمة من التلف و بين حفظ ساير الأموال
 مع امتناع مالكها عن حفظها . و الحمد لله ربّ العالمين أوّلاً و آخراً .



(١) المصدر ج ٦ ص ٥٣٧ .

(٢) المصدر كتاب الحج باب حق الدابة على صاحبها تحت رقم ١ .

كِتَابُ الطَّلَاقِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

كتاب الطلاق والنظر في أركانه وأقسامه ونواحيه

الرُّكن الأوَّل في المطلق ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد ، فلا اعتبار بطلاق الصبي ، وفي من بلغ عشرين أو ثمانية عشر أو ثمانية عشر أو ثمانية عشر ، ولو طلق عنه الولي لم يقع إلا أن يبلغ فاسد العقل ، ولا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا المكره ولا المغضب مع ارتفاع القصد .

من الشرائط المعتمدة في المطلق في الجملة البلوغ بلا خلاف ظاهراً فلا اعتبار بطلاق الصبي قبل بلوغ العشر ، والأخبار الخاصة في المقام منها ما رواه في الكافي عن النوفلي ، عن السكوني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبي أو مبرسم أو مجنون أو مكره » (١) .

وعن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « ليس طلاق الصبي بشيء » (٢) .

و عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا يجوز طلاق الصبي ولا السكران » (٣) .

(١) المصدر ج ٦ ص ١٢٦ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٢٤ .

وفي الفقه الرضوي «والغلام إذا طلق للسنة فطلاقه جائز» .
وعن الشيخ في النهاية وابن البراءة وابن حمزة وغيرهم صحة طلاق من بلغ
عشر سنين .

ويدل عليه ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير، عن بعض رجاله
عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين» .

وما رواه في الكافي والفقهاء عن سماعة في الموثوق قال: «سألته عن طلاق الغلام ولم يحتمل
وصدقته فقال: إذا طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحقها فلا بأس وهو جائز» (١) .

وما رواه في الكافي في الموثوق ، عن ابن بكير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «يجوز
طلاق الغلام إذا كان قد عقل ووصيته وصدقته وإن لم يحتمل» (٢) .

وما رواه الشيخ بطريقه عن علي بن الحسن بن علي بن فضال عن يعقوب بن يزيد،
عن ابن أبي عمير ، عن جميل بن دراج ، عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : «يجوز
طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتمل» (٣) .

وقد يجمع بين الأخبار بحمل ما دل على عدم جواز طلاق الصبي على من لم
يبلغ عشر سنين أو بلغ ولكن لا يعقل والأخبار المجرّدة على البالغ عسراً وهو يعقل،
ويشكل من جهة أن «الصبي» قبل التمييز ليس مورداً لأخبار الطرفين كما لا يخفى وبعد التمييز
مع تساوي الأفراد الباقية تحت المطلق والخارجة من جهة التقييد كيف يحكم بالنفي
والإثبات بنحو بيان القانون فمع اعتبار ما دل على جواز طلاق الصبي بعد بلوغ العشر
من جهة اعتماد مثل الشيخ وغيره يقع التعارض ولا يبعد الترجيح مع ما دل على عدم
الجواز بملاحظة حديث الرّفيع الشامل للأحكام التكليفيّة والوضعيّة .

لا يقال : كيف يكون الصبي قبل التمييز خارجاً عن مورد الأخبار وقد ذكر -
المجنون أيضاً في الأخبار لأنّ للجنون مراتب ولعلّ النظر إلى بعض مراتبه بحيث
يكون المجنون مميّزاً ، ثم بعد اعتبار البلوغ لو طلق الولي عنه لم يقع ، وادّعى عليه

(٢١) المصدر ج ٦ ص ١٢٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٠٣ .

الإجماع واستدلّ عليه بالنبويّ المقبول «الطلاق بيد من أخذ بالساق» فإن تمّ الإجماع وإلا أمكن الخدشة بأنّ دليل الولاية له الحكومة ولذا نقول بأنّ ولاية الولي بالنسبة إلى الفاسد العقل بعد البلوغ ليس تخصيصاً للنبويّ المذكور وكذا الوكالة ، والأولى الاستدلال بالأخبار الخاصّة منها ما رواه في الكافي عن الفضل بن عبد الملك قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرّجل يزوّج ابنه وهو صغير قال : لا بأس ، قلت : يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا ، (١) .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام في الصبيّ يتزوّج الصغيرة يتوارثان ؟ قال : إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم ، قلت : فهل يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا ، (٢) .

وعن عبيد بن زرارة في الموثق مثله (٣) .

ولو بلغ فاسد العقل جاز للمولى أن يطلق عنه مع مراعاة الغبطة بناء على لزوم مراعاة الغبطة في تصرفات الولي ولا يبعد الأخذ بالاطلاقات وعدم لزوم المراعاة غاية الأمر مراعاة عدم المفسدة لأنّ الله تعالى : لا يحبّ الفساد نعم في خصوص مال اليتيم مقتضى قوله تعالى « ولا تقرّبوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن » مراعاة الغبطة ويدلّ على جواز الطلاق للولي ما رواه ثقة الإسلام والشيخ في الصحيح عن أبي خالد القمّاط قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرّجل الأحمق الذّاهب العقل أيجوز طلاق وليّه عليه ؟ قال : ولم لا يطلق هو ؟ قلت : لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً : لم أطلق أولاً يحسن أن يطلق ، قال : ما أرى وليّه إلاّ بمنزلة السلطان ، (٤) .

وما رواه في الكافي والفتاوى إنّ أبي خالد قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل يعرف رأيه مرّة وينكر أخرى يجوز طلاق وليّه عليه ؟ قال : ما له هو لا يطلق ؟ قلت : لا يعرف حدّ الطلاق ولا يؤمن عليه إن طلق اليوم أن يقول غداً : لم أطلق ؟ قال : ما

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٠٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٣) والكافي ج ٦ ص ١٢٥ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

أراه إلا بمنزلة الإمام - يعنى الولي ، (١) .

وما رواه في الكافي عن أبي خالد القمّاط عن أبي عبد الله عليه السلام « في طلاق المعتوه قال : يطلق عنه وليّه فانّي أراه بمنزلة الإمام » (٢) .

وعن شهاب بن عبد ربّه قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : المعتوه الذي لا يحسن أن يطلق يطلق عنه وليّه على السنّة - الحديث » (٣) وفي المتن لا يصحّ طلاق المجنون ولا السكران ولا المكروه ولا المغضب مع ارتفاع القصد ويشكل حملّه على ما هو الظاهر منه من ارتفاع القصد حيث إنّ الطلاق من الإيقاعات المحتاجة إلى القصد فمع عدم القصد المقوم للإشياء لا يناسب التعبير بعدم الصحة كما لا يخفى ، فالظاهر أن المراد من ارتفاع القصد ارتفاع قصد تحقق الطلاق في الخارج نظير ما ذكر في بيع المكروه من أنه غير قاصد لوقوع ما أكره عليه في الخارج ، فالقصد المقوم للإشياء متحقق وعلى هذا صحّ اشتراط القصد في صحة الطلاق .

و يدلّ على عدم صحة طلاق المجنون والمكروه خبر التوفلي المتقدّم المروي في الكافي ، وعلى عدم صحة طلاق السكران خبر أبي بصير المتقدّم .

و يدلّ على اعتبار القصد بالمعنى المذكور رواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : « لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق » (٤) .

ورواية هشام بن سالم ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق » (٥) .

وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام إنه قال : « لا يقع الطلاق بإكراه ولا إجبار ، ولا على سكر ، ولا على غضب » (٦) ويمكن أن يقال في صورة الإكراه

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٥ . والفقير باب طلاق المعتوه تحت رقم ٣ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٢٤ .

(٣) د د ص ١٢٥ .

(٤) د د ص ٦٢ .

(٥) د د ص ٦٢ .

(٦) الفقير باب طلاق السنة تحت رقم ٥ .

والسكر والغضب قصد تحقق الطلاق في الخارج متحقق ففي صورة الإكراه كثيراً لا يتوجه المكروه إلى أن له التفضي بعدم القصد وكذلك في صورة الإيجابان كان الإيجاب غير الإكراه وفي صورة الغضب والسكر يتحقق القصد المذكور ، لكن المطلق لا يتوجه إلى الصلاح والفساد وعواقب الأمر وفي غير حال الغضب والسكر كثيراً لا يتوجه المطلق إلى التوالي والعواقب ولهذا يحصل الندم بعد الوقوع و مثل ما ذكر كيف يوجب الفساد إلا أن يقال: مقتضى الأخبار المذكورة عدم صحة الطلاق في حال السكر والغضب والإكراه وإن تحقق قصد تحقق الطلاق والجد بوقوعه في الخارج لكن هذا خلاف ما ذكروا من أنه لو أكره على الطلاق فطلق نواباً يقع صحيحاً كما اختاره العلامة في التحرير و جزم به الشهيد الثاني وكل بحصول اللفظ والقصد وان قصد لا إكراه فيه عليه فلو لا حصول القصد لما قصد إليه ، وقيل بالبطلان وأيد بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في رواية يحيى بن عبدالله بن الحسن عن أبي عبدالله عَلَيْهِ السَّلَامُ قال : « سمعته يقول : لا يجوز الطلاق في استكراه ، ولا يجوز يمين في قطيعة رحم - إلى أن قال - وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه ولا إضرار ، ^(١) حيث يظهر منه أنه مع إرادة الطلاق إن كان مع الاستكراه أو الاضرار لا يصح ، وقد يقال توضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور أن الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به .

أما أن لا يكون له دخل في الفعل فلا إشكال في صحة الطلاق وكذا لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل وإن كان الداعي هو الإكراه ، وأما أن يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوعد به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكروه بالكسر كمن قال له ولده : طلق زوجتك وإلا قتلتك أو قتلت نفسي فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أو كان الداعي على الفعل شفقة دينية على المكروه بالكسر أو على المطلقة أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لثلاث يقع الناس في محرّم والحكم في صورتين

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٢٧ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

لا يخلو عن إشكال ، وإن كان الداعي التخلّص من الضرر لاعتقاد المكره أن العذر لا يتحقق إلاّ بإيقاع الطلاق حقيقة فيوقع الطلاق قاصداً أو من جهة جهله بالحكم فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه فقصد وقوعه . والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال إلاّ أن تحقق الإكراه أقرب .

ويمكن أن يقال : الظاهر أن ما دلّ على عدم صحة بيع المكره أو طلاق المكره كحديث الرّفْع أو الأخبار الخاصة بمورده صورة تاميّة مثل البيع أو الطلاق من جهة القصد الجديّ بالوقوع في الخارج لأنّه مع عدم القصد لم يكن الفساد من جهة الإكراه و ظاهر الأدلّة أن وجه الرّفْع أو عدم الصحة تحقق الإكراه و يشهد لهذا رواية يعيى ابن عبد الله المذكورة ، فما ذكر من أنّه لو طلق ناوياً - الخ كأنّه فرض خارج عن الإكراه أو يشك في خروجه والحال أنّه هو مورد مثل رافع ما استكرهوا عليه ومورد الأدلّة الخاصة وأما الصور المذكورة في التوضيح المذكور فلا إشكال في الصورة الأولى منها وأما صورة عدم استقلال الإكراه في الدّاعيّة فيشكل الحكم بالصحة فيها وإلاّ لزم صحة طلاق إحدى الزوّجات المعيّنة حيث وقع الإكراه على أصل الطلاق من دون تعيين و كان التعيين باختيار الزّوج و صحة بيع أحد المالكين باختياره مع وقوع الإكراه على أصل البيع من دون تعيين ، والالتزام بالصحة كما ترى .

وأما ما ذكر من الاشكال في الصورتين قبل الصورتين الأخيرتين فيمكن رفعه بعدم الفرق بين الصورتين و بين ما لو أوقع الطلاق مخافة قتل الولد نفسه أو مخافة وقوع الزّوجة أو الغير ممّن يريد ازدواجها في المحرّم من دون إكراه عن أحد فإن كان الدّاعي نفس الإكراه فلا إشكال في كون الطلاق مكرهاً عليه وإن كان مع القصد الجديّ بوقوعه وإن كان الدّاعي عدم وقوع المحذور بلا توسط الإكراه في الدّاعيّة فالظاهر عدم صدق الإكراه وإلاّ لزم بطلان بيع ماله لحفظ نفسه و عياله مع أنّه يشك عليه بيع مثل داره بحيث لولا جهة حفظ النفس لما أقدم على البيع و بطلان البيع كما ترى .

وأما الصورتان الأخيرتان فلا إشكال في صدق الإكراه فيهما وبطلان الطلاق بل مورد الأخبار صورة القصد الجديّ بالوقوع .

﴿الرُّكْنُ الثَّانِي فِي الْمَطْلَقَةِ، وَ يَشْتَرَطُ فِيهَا الزَّوْجِيَّةُ وَالِدَوَامُ وَالطَّهَارَةُ مِنَ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ إِذَا كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا وَ زَوْجَهَا حَاضِرًا مَعَهَا، وَ لَوْ كَانَ غَائِبًا صَحَّ. وَ فِي قَدْرِ الْغَيْبَةِ اضْطِرَابٌ مَحْصَلُهُ انْتِقَالُهَا مِنْ طَهْرٍ إِلَى آخَرَ. وَ لَوْ خَرَجَ فِي طَهْرٍ لَمْ يَقْرَبْهَا فِيهِ صَحَّ طَلَاقُهَا مِنْ غَيْرِ تَرْبِصٍ وَ لَوْ اتَّفَقَ فِي الْحَيْضِ. وَ الْمَحْبُوسُ عَنْ زَوْجَتِهِ كَالغَائِبِ﴾
 أما اشتراط الزَّوْجِيَّةِ فَلَا إِشْكَالَ فِيهِ وَ تَدُلُّ عَلَيْهِ الْأَخْبَارُ مِنْهَا مَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَلِيمَانَ، عَنْ أَبِيهِ قَالَ: «كُنَّا فِي الْمَسْجِدِ فَدَخَلَ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ لَمْ أَتَّبِعْهُ وَ عَلَيْهِ عِمَامَةٌ سُودَاءٌ قَدْ أُرْسِلَ طَرَفِيهَا بَيْنَ كَتْفَيْهِ، فَقُلْتُ لِرَجُلٍ قَرِيبٍ مِنَ الْمَجْلِسِ مَنْتَى: مِنْ هَذَا الشَّيْخِ؟ فَقَالَ: مَا لَكَ لَمْ تَسْأَلْنِي عَنْ أَحَدٍ دَخَلَ الْمَسْجِدَ غَيْرَ هَذَا الشَّيْخِ؟ فَقُلْتُ: لَمْ أَرَأِ أَحَدًا دَخَلَ الْمَسْجِدَ أَحْسَنَ هَيْئَةً فِي عَيْنِي مِنْ هَذَا الشَّيْخِ، فَقَالَ: إِنَّهُ عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ. فَقَمْتُ وَقَامَ الرَّجُلُ وَ غَيْرُهُ فَارْتَفَعْنَا وَ سَلَّمْنَا عَلَيْهِ فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: مَا تَرَى فِي رَجُلٍ سَمِيَ امْرَأَةً بَعِينًا وَقَالَ يَوْمَ يَتَزَوَّجُهَا مِنْ طَالِقٍ ثَلَاثًا بِدَالِهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا أَبْصَلِحَ لَهُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: إِنَّمَا الطَّلَاقُ بَعْدَ النِّكَاحِ. قَالَ عَبْدُ اللَّهِ: فَدَخَلْتُ أَنَا وَ أَبِي عَلِيُّ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَحَدَّثَنِي أَبِي بِهَذَا الْحَدِيثِ فَقَالَ لَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَنْتَ تَشْهَدُ عَلِيَّ بْنَ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِهَذَا الْحَدِيثِ؟ قَالَ: نَعَمْ، (١).

و مِنْهَا مَا رَوَاهُ الصَّدُوقُ فِي الصَّحِيحِ عَنْ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِي الْحَلْبِيِّ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ «سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا مَا عَاشَتْ أُمِّي فِيهِ طَالِقٌ، فَقَالَ: لَا - طَّلَاقٌ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ، وَ لَا عَتَقٌ إِلَّا بَعْدَ مَلِكٍ» (٢).

وَأَمَّا اعْتِبَارُ الدَّوَامِ فِي الزَّوْجِيَّةِ فَلَا خِلَافَ فِيهِ ظَاهِرًا وَ يَدُلُّ عَلَيْهِ مَا دَلَّ عَلَى لُزُومِ كَوْنِ الْمُحَلَّلِ نَاكِحًا لِلْمَطْلُوقَةِ ثَلَاثًا بِالنِّكَاحِ الدَّائِمِ بِمُلَاحَظَةِ قَوْلِهِ تَعَالَى «فَإِنْ طَلَّقَهَا - النِّخَ» حَيْثُ إِنَّهُ لَا طَّلَاقَ فِي الْمَتْعَةِ كَالصَّحِيحِ أَوْ الْحَسَنِ الْمَرْوِيِّ فِي الْكَافِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا، ثُمَّ تَمَتَّعَ مِنْهَا رَجُلًا آخَرَ

(١) المصدر ج ٦ ص ٦٣.

(٢) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ٣.

هل تحلُّ للأوَّل؟ قال: لا، (١).

وما رواه الشيخ في التهذيب عن الصيقل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له رجلٌ طلق امرأته طلاقاً لا تحلُّ له حتى تنكح زوجاً غيره فيتزوَّجها رجلٌ متعةً تحلُّ للأوَّل؟ قال: لا لأنَّ الله تعالى يقول: «فإن طلقها فلا تحلُّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها، والمتعة ليس فيها طلاق»، (٢).

وأما اشتراط الطهارة من الحيض والنفاس إذا كانت مدخولاً بها وزوجها حاضر معها فلا خلاف فيه ظاهراً بيننا و يدلُّ عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد الحلبي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: «الرجل يطلق امرأته وهي حائض؟ قال: الطلاق على غير السنة باطل»، (٣).

وما رواه في الكافي عن الحلبي قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهي حائض؛ فقال: الطلاق بغير السنة باطل»، (٤).

وأما التقييد بكونها مدخولاً بها وحضور الزوج معها فللأخبار الدالة على أنَّ خمساً يطلقن على كلِّ حال منها ما رواه في الكافي، عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا بأس بطلاق خمس على كلِّ حال: الغائب عنها زوجها، والتي لم تحض، والتي لم يدخل بها، والجبلى، والتي قد يشئت من الحيض»، (٥).

وما رواه المشايخ الثلاثة عن إسماعيل بن جابر الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «خمس يطلقهن على كلِّ حال: الحامل المتبين حملها، والتي لم يدخل بها

(١) المصدر ج ٥ ص ٤٢٥.

(٢) المصدر ج ٢ ص ٢٥٩ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٥.

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣.

(٤) الكافي ج ٦ ص ٥٨.

(٥) الكافي ج ٦ ص ٧٩.

زوجها ، والغائب عنها زوجها ، والتي لم تحض ، والتي يئست من الحيض ، (١) .
وما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم و زرارة وغيرهما عن أبي جعفر وأبي
عبدالله عليهما السلام قال : « خمسٌ يطلقهن أزواجهن متى شاء : الحامل المستبين حملها ،
والجارية التي لم تحض ، والمرأة التي قعدت من الحيض ، والغائب عنها زوجها ، والتي
لم يدخل بها » (٢) .

ثم إنه وقع الاضطراب في قدر الغيبة فالمحكى عن الشيخ المفيد وسائر ، و
علي بن الحسين بن بابويه وابن أبي عقيل - قد استأسرارهم - جواز طلاق الغائب إذا
كانت بحيث لا يمكن استعمال حالها من غير تريبص والمحكي عن الصدوق قدس سره
إذا أراد الغائب أن يطلق زوجته في غيبته التي إذا غابها كان له أن يطلق متى شاء أقصاه
خمساً أشهر أو ستة أشهر ، أو سطره ثلاثة أشهر وأدناه شهر ، وقال الشيخ في النهاية « و
متى لم يكن دخل بالمرأة و طلقها وقع الطلاق وإن كانت حائضاً وكذلك إن كان غائباً
شهرًا فساعداً وقع طلاقه إذا طلقها وإن كانت حائضاً . وقال في موضع آخر منها : « إذا
خرج إلى السفر و قد كانت طاهرًا طهرًا لم يقربها فيه بجماع جازله أن يطلقها أي
وقت شاء و متى كانت طاهرًا طهر قد قربها فيه بجماع فلا يطلقها حتى يمضي ما بين شهر
إلى ثلاثة أشهر ثم يطلقها بعد ذلك أي وقت شاء ، فلنرجع إلى الأخبار الواردة في المقام
و قد ذكر الأخبار المطلقة . و منها ما رواه في الكافي في الموثق عن إسحاق عن أبي عبدالله
عليه السلام قال : « الغائب إذا أراد أن يطلقها تركها شهرًا » (٣)

و عن حميد ، عن ابن سماعة قال : « سألت محمد بن أبي حمزة متى يطلق الغائب؟
قال : حدثني إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام أو أبي الحسن عليه السلام قال : « إذا مضى
له شهر » (٤) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٩ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٤ والفتاوى باب اللاتي يطلقن على كل

حال تحت رقم ١ واللفظ له .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٨٠ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ٨١ .

وما رواه الشيخ في الصحيح عن جميل بن دراج ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
 « الرجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضي ثلاثة أشهر » (١) .
 وما رواه في الفقيه عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : « قلت لأبي إبراهيم عليه السلام :
 الغائب الذي يطلق كم غيبته ؟ قال : خمسة أشهر أو ستة أشهر ، قلت : حدُّ دون ذا ؟
 قال : ثلاثة أشهر » (٢) .

وما رواه في الكافي عن بكير في الحسن قال : « أشهد على أبي جعفر عليه السلام أنني
 سمعته يقول : الغائب يطلق بالأهلة والشهور » (٣) .

وقد يجعل هذه الأخبار مخصصة للأخبار المطلقة و يحمل اختلاف الأخبار
 المخصصة على اختلاف النساء بحسب عاداتهن حيث إن بعضهن ترى الدِّم في كل شهر
 مرة و بعضهن في شهرين أو ثلاثة أشهر أو أزيد مرة ، ولا يخفى الإشكال في هذا الجمع
 لأن الغالب في النساء رؤية الدِّم في كل شهر مرة فكيف يحمل رواية جميل بن دراج
 على غير الغالب وكذا رواية إسحاق بن عمار ، ثم إنه كيف يقبل الأخبار المطلقة
 التخصيص مع التعبير بأنه خمس يطلقن على كل حال ، فلولا مخالفة المشهور لأمكن
 حمل الأخبار المخصصة على الاستحباب و يشهد له سؤال الراوي في خبر إسحاق المذكور
 « حدُّ دون ذا » و ظاهر الأخبار عدم الفرق بين صورة غيبة الزوج و كون المرأة في حال
 الطهر الذي واقعها فيه و بين كونها طاهراً في طهر لم يواقعها فيه و بين كونها في حال
 الحيض فمع لزوم الأخذ بالأخبار المخصصة الظاهر جواز الاكتفاء بمضي شهر موثوق
 إسحاق المذكور .

وقد يقال : إن النزاع في اعتبار المدّة و عدمها و في مقدارها على الأول في
 الغائب عنها في طهر الواقعة لمكان إرادة تعريف الانتقال منه و عدمه لامطلقاً ضرورة عدم

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٢) الفقيه باب طلاق الغائب تحت رقم ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧٩ .

مدخلية المدّة كائنة ما كانت في تعرف حيضها وعدمه حاله .
ويمكن أن يقال : لم يظهر من الأخبار المذكورة كون العلة تعرف الانتقال حتى
يتوجه ما ذكر وإن أمكن كونه حكمة ، ألا ترى اختلاف الأخبار في المدّة فمع
تعرف الانتقال لمضي شهرين لاجابة إلى الغيبة إلى مضي ثلاثة أشهر أو خمسة أشهر أو
ستة أشهر .

وأما كون المحبوس كالغائب فاستدلّ عليه بما رواه في الكافي ورواه في الفقيه في
الصحيح عن عبدالرحمن بن الحجّاج قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوّجت
امراً سرّاً من أهلها وهي في منزل أهلها وقد أراد أن يطلقها وليس يصل إليها ليعلم طمئتها إذا
طمئت ولا يعلم بطهرها إذا طهرت ، قال : فقال : هذا مثل الغائب عن أهله يطلقها بالأهلة
والشهور ، قلت : رأيت إن كان يصل إليها الأحيان والأحيان لا يصل إليها فيعلم حالها كيف
يطلقها ؟ فقال : إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيه فيطلقها إذا نظر إلى غرّة الشهر الآخر
بشهود و يكتب الشهر الذي يطلقها فيه و يشهد على طلاقها رجلين ، فإذا مضى ثلاثة
أشهر فقد بانت منه ، و هو خاطب من الخطّاب و عليه نفقتها في تلك الثلاثة الأشهر التي
تعدّ فيها » (١) .

وما رواه في الكافي عن الحسن بن عليّ بن كيسان قال : « كتبت إلى الرّجل عليه السلام
أسأله عن رجل له امرأة من نساء هؤلاء العامّة و أراد أن يطلقها و قد كتمت حيضها و
طهرها مخافة الطلاق ، فكتب عليه السلام يعتزلها ثلاثة أشهر و يطلقها » . (٢)

والظاهر حمل ثلاثة أشهر في هذا الخبر و تربص الأهلة و الشهور في الخبر
السابق محمولان على الاستحباب و كفاية شهر واحد و يشهد لها بعض الأخبار السابقة و
قوله عليه السلام على المحكيّ في الخبر السابق « إذا مضى له لا يصل إليها - الخ » .
ويشترط رابع و هو أن يطلق في طهر لم يجامعها فيه و يسقط اعتباره في الصغيرة

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٦ و اللفظ له و الفقيه باب طلاق السر تحت رقم ١ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٩٨ .

و الياسة والحامل . أما المسترابة فإن تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة أشهر ولا يقع طلاقها قبله و في اشتراط تعيين المطلقة تردّد *

أما اشتراط كون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه الظاهر أنه يجمع عليه و يدلّ عليه الأخبار و قيل : إنها متواترة . فمنها ما رواه الشيخ في الصحيح عن عمر بن أذينة عن زرارة و محمد بن مسلم و بكير بن أعين و غيرهم عن أبي جعفر عليه السلام و عن ابنه بعد أبيه عليه السلام بصورة ما قالوا و إن لم أحفظ حروفه غير أنه لم يسقط جعل معناه : « أن الطلاق الذي أمر الله به في كتابه وسنة نبيّة صلى الله عليه و آله أن المرأة إذا ما حاضت و طهرت من حيضها أشهد رجلين عدلين قبل أن يجامعها على تطليقه » .^(١)

وما رواه في الكافي بالسند المذكور عن أبي جعفر و أبي عبدالله عليهما السلام قال : « إذا طلق الرجل في دم النفاس أو طلقها بعد ما يمستها فليس طلاقه إياها بطلاق » .^(٢) و ما رواه في الكافي ، عن ابن أذينة في الصحيح ، عن بكير و غيره ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « كل طلاق لغير العدة فليس بطلاق أن يطلقها وهي حائض أو في دم نفاسها أو بعد ما يغشاها قبل أن تحيض فليس طلاقها بطلاق - الحديث^(٣) » إلى غير ذلك من الأخبار .

و أما سقوط اعتبار الشرط المذكور بالنسبة إلى المذكورات في المتن فلا خلاف فيه ظاهراً و تدلّ عليه جملة من الأخبار منها ما رواه في الكافي عن الحلبيّ في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس بطلاق خمس على كل حال : الغائب عنها زوجها ، والتي لم تحض ، والتي لم يدخل بها ، والحمل ، والتي قديشت^(٤) » وغيره من الأخبار المذكورة السابقة . وما رواه في الخصال عن حماد بن عثمان في الصحيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « خمس يطلقن على كل حال : الحامل ، والتي قديشت من المحيض

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٠ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٧٩ .

و التي لم يدخل بها ، و الغائب عنها زوجها ، و التي لم تبلغ المحيض ،^(١) .
و المذكور في غير المروي في الخصال « التي لم تحض » و الشيخ و من تأخر عنه
فهموا منه الصغيرة فجعلوها من الخمس ، و استشكل عليهم بأن « التي لم تحض لا تختص »
بغير البالغة بل تشمل البالغة التي لم تر الدم . و أجيب بأن المراد غير البالغة بملاحظة
التعبير في المروي في الخصال بالتي لم تبلغ المحيض .

و يمكن أن يقال : لظهور للتي لم تبلغ المحيض في خصوص غير البالغة و ثانياً
لا يستفاد منه نفي الحكم عن التي بلغت ولم تحض فإن ذكر فرد مورداً لا يوجب تخصيص
الحكم نعم يستفاد أن المراد غير البالغة ، مما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجاج
قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : ثلاث يتزوجن على كل حال : التي لم تحض و مثلها
لا تحيض ، قال : قلت : وما حدُّها ؟ قال : إذا أتى لها أقلُّ من تسع سنين ، و التي لم يدخل
بها ، و التي قديست من المحيض و مثلها لا تحيض ، قال : قلت : وما حدُّها ؟ قال : إذا
كان لها خمسون سنة »^(٢) .

و أما المسترابة و المراد منها من كانت في سنٍّ من تحيض و لا تحيض ، سواء كان عدم
الحيض خلقة أو لعارض فمع تأخر الحيضة ثلاثة أشهر صحَّ طلاقها و لا يقع قبل ثلاثة أشهر
و يدل عليه ما رواه ثقة الإسلام في الصحيح عن داود بن أبي يزيد العطّار عن بعض أصحابه ،
عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن المرأة يستراب بها و مثلها تحمّل و مثلها لا تحمّل
و لا تحيض و قد واقعها زوجها كيف يطلقها إذا أراد طلاقها ؟ قال : ليمسك عنها ثلاثة
أشهر ثم يطلقها »^(٣) .

و أما اشتراط تعيين المطلقة ففيه خلاف قد يقال بالبطلان مع عدم التعيين كأن
يقول : « إحدى زوجاتي طالق » أو يقول : « هذه طالق » أو هذه ، من جهة قول أبي
جعفر عليه السلام في صحيح محمد بن مسلم على المحكي : « إنما الطلاق أن يقول في قبل العدة

(١) المصدر ج ١ ص ٢٠ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٨٥ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٩٧ .

بعد ما تطهر من حیضها قبل أن يجامعها « أنت طالق » أو « اعتدي » يريد بذلك الطلاق و يشهد على ذلك رجلين عدلين « و صدر هذه الرواية « أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته : أنت علي حرام أو بائنة أو بتة أو بريئة أو خلية قال : هذا كله ليس بشيء إنما الطلاق - النخ ، (١)

و خبر محمد بن أحمد بن المطهر قال : كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام أني تزوجت بأربع نسوة و لم أسأل عن أساميهن ثم أني أردت طلاق إحداهن و أتزوج امرأة أخرى ؟ فكتب عليه السلام إلي : انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهن فتقول : أشهدوا أن فلانة التي بها علامة كذا وكذا هي طالق ، ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العدة ، (٢)

مضافاً إلى استصحاب بقاء النكاح المتوقف زواله على السبب الشرعي المحتمل مدخلية ذكر ما يقتضي التعيين لأقل من الشك في تناول العمومات التي لم تسق لبيان مشروعيتها مسمى الطلاق ، و يمكن أن يقال : أما رواية محمد بن مسلم الصحيحة أو الحسنه فالظاهر أنها في مقام بطلان إيقاع الطلاق بالصيغ المذكورة فالحصر راجع إلى غير جهة التعيين و إلا لزم بطلان الطلاق إذا لم يقل : أنت طالق ، بل قال : هند طالق ، أو زوجتي طالق مع تعيين الزوجة .

و أما الخبر الثاني فمع قطع النظر عن سنده لعل مراد الزوج أن يطلق إحداهن المعينة و طريق التعيين غالباً الاسم و لم يكن له هذا الطريق حيث قال : لم أسأل عن أساميهن فقال الإمام عليه السلام على المحكي : « انظر إلى علامة النخ » فلا يستفاد منه لزوم التعيين .

و أما الاستصحاب فمع قطع النظر عن الإشكال في جريانه في الشبهات الحكمية يشكل جريانه من جهة شمول حديث الرافع لكل ما شك في شرطيته و كان بيانها راجعاً إلى الشارع إن استشكل في إطلاق الأدلة و مع الإطلاق لا إشكال .

(١) المصدر ج ٦ ص ٦٩ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٢٩ .

و أما الإشكال من جهة إبهام المطلقة فغير متوجه ألا ترى أن الأختين بعد حرمة الجمع بينهما في النكاح يكون المحرم منهما ما به يتحقق الجمع فهو أحدهما لابعينها هذا غاية ما يمكن أن يقال والمسألة بعد محل الإشكال عند الأعلام .

✽ **الركن الثالث في الصيغة** و يقتصر على طالق تحصيلاً لمورد الاتفاق ولا يقع بخليّة ولا بريئة ، وكذا لو قال : اعتدي . ويقع لو قال : هل طلقت فلانة ؟ فقال : نعم و يشترط تجريدته عن الشرط و الصفة . ولو فسّر الطلقة باثنين أو ثلاث صحّت واحدة و بطلت التفسير . و قيل يبطل الطلاق . و لو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزم ✽ .

قديقال : إن النكاح لما كان عصمة مستفادة من الشرع وقف زواله على رافع شرعي و سبب من جاب الشارع يوجب رفع ذلك وقد اتفق النص و الفتوى على الصحة بلفظ الطلاق باضافته إلى لفظ يدل على التعيين وما عدا ذلك فيجب نفيه إلى أن يثبت دليل على صحة الوقوع به .

و يمكن أن يقال : مرجع ما ذكر إلى استصحاب بقاء العصمة الزوجية ما لم يدل دليل على ارتفاعها و هذا لا يختص بباب الطلاق بل يجري في نوع أبواب المعاملات ، فإن تم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية فله وجه لكنه يتم لو لم يكن عموم أو إطلاق لأنه لا مجال للأصل مع الدليل الاجتهادي بل مع عدم الدليل الاجتهادي أيضاً لا يبعد التمسك بحديث الرقع في رفع الشرطية أو الجزئية فيما كان بيانه راجعاً إلى الشرع . لكن الذي يسهل الخطب أنه يستفاد من الأخبار الخاصة انحصار تحقق الطلاق بإيقاعه بالصيغة الخاصة و الأخبار الواردة في المقام منها ما روى في الكافي في الصحيح أو الحسن عن محمد بن مسلم أنه « سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته : أنت علي حرام أو بائة أو بريئة أو خلية قال : هذا كله ليس بشيء إنما الطلاق أن يقول لها في قبل العدة بعد ما تطهر من حيضتها قبل أن يجامعها : أنت طالق أو اعتدي يريد بذلك الطلاق و يشهد على ذلك رجلين عدلين » (١)

و نقل العلامة في المختلف^(١) عن البرزطي قال: روى أحمد بن محمد بن أبي نصر في كتاب الجامع عن محمد بن سماعة، عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « في رجل قال لامرأته أنت حرام أو بائنة أو بسة أو بريئة أو خلية فقال: ليس بشيء: إنما الطلاق أن يقول لها من قبل عدتها قبل أن يجامعها: أنت طالق. ويشهد على ذلك رجلين عدلين، وهذه الرواية خالية من الزيادة التي في سابقتها.

وفي الكافي، عن الحسن بن سماعة: « ليس الطلاق إلا كما رواه بكير بن أعين أن يقول لها - وهي طاهر من غير جماع -: أنت طالق ويشهد شاهدين عدلين وكل ما سوى ذلك فهو ملغى،^(٢).

وفي قبالة ما ذكر أخبار آخر منها خبر السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن علي عليه السلام « عن الرجل يقال له: طلقت امرأتك؟ فيقول: نعم، قال: قد طلقها حينئذ،^(٣).

ومرسل عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت: رجل طلق امرأته من هؤلاء ولي بها حاجة، قال: فتلقاه بعد ما طلقها وانقضت عدتها عند صاحبها فتقول له: اطلقت فلانة؟ فإن قال: نعم فقد صارت تطليقة على طهر، فدعها من حين طلقها تلك التطليقة حتى تنقضي عدتها ثم تزوجها فقد صارت تطليقة بائنة،^(٤)

وموثق إسحاق عنه عليه السلام أيضاً « في رجل طلق امرأته ثلاثاً فأراد رجل أن يتزوجها فكيف يصنع؟ فقال: يدعها حتى تحيض و تطهر، ثم يأتيه ومعه رجلان شاهدان فيقول: اطلقت فلانة؟ فإذا قال: نعم، تركها ثلاثة أشهر ثم خطبها إلى نفسه،^(٥)

(١) المصدر ص ٣٠٤. والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ والاستبصار ج ٣ ص ٢٧٧.

(٢) المصدر ج ٦ ص ٧٠. والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٠.

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٠.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٢٣.

(٥) المصدر ج ٥ ص ٢٢٤.

و نحوه موثقه الآخر و موثق حفص بن البختری ^(١) عن أبي عبدالله عليه السلام .
 و قد تحمل هذه الاخبار على الإقرار بالطلاق ، لا أن يراد من قول « نعم »
 إنشاء الطلاق و لا يخفى بعد هذا الحمل فإن « خبر السكوني ظاهر في أنه حين إذ يقول :
 « نعم » قد طلقها .

و مرسل عثمان في تحقق الطلاق بعد قوله : « نعم » و إن كان هذا خلاف ما هو
 المعروف من الالزام بما أئزموا على أنفسهم و يكفي في صحة التزوج الطلاق السابق
 و كذلك موثق إسحاق و موثقه الآخر و موثق حفص بن البختری فالعمدة عدم عمل
 المشهور بهذه الاخبار و إلا لا يمكن الجمع بين ما دل على الحصر و هذه الاخبار بأن
 ما دل على الحصر ، على الحصر بالإضافة إلى مثل برية أوتبة أو خلية و ما يماثلها دون ما يقع
 مقام الطلاق الأتري أنه لا إشكال ظاهر في عدم لزوم بعض الخصوصيات كلفظ أنت و
 عدم لزوم بعض الخصوصيات بالنسبة إلى بعض المطلقات أعني الخمس اللاتي يطلقن
 على كل حال . و قد حكى عن الشيخ وغيره وقوع الطلاق بعد سؤال و قول الرجل « نعم »
 و في المتن جوّز المصنّف و استشكل في الشرايع .

و أما وقوعه بقول الرجل للمرأة اعتدي فالمشهور عدمه و إن ورد في بعض الاخبار
 وقوع الطلاق به و يعارضه الخبر الآخر .

و أما اشتراط تجريده عن الشرط و الصفة فادعى الإجماع عليه و مثل لعدم
 التجريد عن الشرط بأن يعلق الطلاق على نحو مجيء زيد المحتمل ، و لعدم التجريد
 عن الوصف التعليق بالمعلوم الحصول بأن يعلق الطلاق بنحو طلوع الشمس و العمدة
 الإجماع المدعى .

و أما الاستدلال بنصوص الحصر و منافاته لقاعدة عدم تأخر المعلول عن علته
 إذ السبب الشرعي كالسبب العقلي بالنسبة إلى ذلك فيشكل لا مكان أن يقال : نصوص
 الحصر ناظرة إلى الصيغة التي يقع به الإنشاء لا التنجيز و التعليق فتأمل .

و أما قاعدة عدم تأخر المعلول عن العلة فلم تنخرم كالايجاب المشروط فحيث لا يتوقع منه تقدم الوجوب بل ينظر إلى تحقق الشرط بالنحو المذكور في الواجب المشروط فكذلك نقول في المقام .

نعم الظاهر عدم الإشكال في صحة التعليق على الشرط الذي علق الصحة عليه شرعاً كالزوجة والدوام و الطهارة عن الحيض والنفاس كما ذكر نظيره في مثل البيع و الاجارة إلا أن يستشكل من جهة ما دل على الحصر .

و لو فسر الطلقة باثنتين أو ثلاث كأن يقول : أنت طالق ثلاثاً فلا إشكال في عدم وقوع اثنتين أو الثلاث و كأنه من ضروريات مذهب الشيعة ويدل عليه الأخبار منها ما رواه في الكافي ، عن زرارة في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد وهي طاهر ، قال : هي واحدة » ^(١)

و في الصحيح أو الحسن عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثاً ، قال : هي واحدة » ^(٢)

و في الصحيح عن أبي بصير الأسدي و محمد بن علي الحلبي ، و عمر بن حنظلة جميعاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « الطلاق ثلاثاً في غير عدّة . إن كانت على طهر فواحدة و إن لم تكن على طهر فليس بشيء » ^(٣) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

و فسر قوله « في غير عدّة » أي إذا لم يكن للعدّة بأن يرجع في العدّة و يجامع . و ما رواه الكليني في الصحيح عن شهاب بن عبد ربه عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : « قلت : فطلقها ثلاثاً في مقعد ؟ قال : ترد إلى السنة ، فإذا مضت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء فقد بانت منه بواحدة » ^(٤)

و الأخبار المخالفة للأخبار المذكورة محمولة على التقيّة و المعروف و وقوع الواحدة مع تكرير الصيغة ثلاثاً . و يقع الاشكال في وقوع الواحدة إن قال : « أنت

(١) و (٢) المصدر ج ٦ ص ٧١ ، و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٤ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٧١ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ١٢٥ .

طالق ثلاثاً، فالمحكى^١ عن الشهيد في شرح الإرشاد الاستدلال بهذه الأخبار على وقوع واحدة واستشكل بأن المتبادر من قوله طلق ثلاثاً أنه أوقع الطلاق بثلاث صيغ إذ لا يصدق على من قال «سبحان الله عشراً» أنه سبح الله عشر مرات، ويمكن أن يقال: هذا لو لم يكن متعارفاً بين الناس ومع التعارف بينهم فترك الاستفصال يقتضى وقوع الواحدة في صورتين وقيل يبطلان الطلاق وعدم وقوع الواحدة، ويشهد لهذا القول خبر أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام «من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء ومن خالف كتاب الله رد» إلى كتاب الله تعالى،^(١) و السنة النبوية صلى الله عليه وآله وسلم التي منها رد النبي صلى الله عليه وآله وسلم طلاق ابن عمر ثلاثاً فكل من طلق على خلاف السنة رد إليها.

و مكانة عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام « جعلت فداك روى أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة على طهر بغير جماع بشاهدين أنه يلزمه تطليقة واحدة، فوقع عليه السلام بخطه خطأ على أبي عبد الله عليه السلام إنه لا يلزمه الطلاق و يرد إلى الكتاب والسنة إن شاء الله،^(٢).

و خبر هارون بن خارجة عن أبي عبد الله عليه السلام المروي عن كتاب الخرائج قال: «قلت: إنني ابتليت فطلقت أهلي ثلاثاً في دفعة فسألت أصحابنا فقالوا: ليس بشيء إلا أن المرأة قالت: لأرضي حتى تسأل أبا عبد الله عليه السلام، فقال: ارجع إلى أهلك فليس عليك شيء،^(٣)».

و قديقوى هذا القول من حيث النصوص ضرورة احتمال النصوص المزبورة أرادة من طلق ثلاثاً بتكرار الصيغة المصرح به في خبر الصيرفي عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يقول: «إذا طلق المرأة قبل أن يدخل بها ثلاثاً في كلمة واحدة فقد بانت منه ولا ميراث بينهما ولا رجعة ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره و إن قال: هي طالق هي طالق هي طالق فقد بانت منه بالأولى وهو خاطب من الخطأ إن شاءت نكحته نكاحاً

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٥ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٨٧ .

(٢) الوسائل ابواب مقدمات الطلاق ب ٢٩ ج ٢٩ .

جديداً وإن شئت لم تفعل ، (١) المحمول صدره على التقيّة أو غيرها إذ هو مخالف للقولين معاً ، بل قد يقال : لو كان الحكم فيه كالصورة الأخيرة لكان المتّجه الجواب عنهما بجواب واحد وهو وقوع الطلاق إذ الحكم في صورتين متحد عند العامة ولو سلم تناول النصوص للصورتين ولو لكون ذلك متعارفاً بين العامة إلا أن ذلك لا يعارض التصريح بعدمه في المكاتبة السابقة .

ويمكن أن يقال : بعد ما كان المتبادر لفظ طلق ثلاثاً في قول الإمام على المحكيّ في خبر أبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام المذكور تكرير الصيغة كيف يحمل الأخبار الدالة على وقوع الواحدة على صورة التكرير فالمعارضة بين الأخبار باقية فمع الأخذ بالأخبار الدالة على عدم الصحة ولا واحدة أمكن تخصيصها بما دلّ على صحته مع التكرير من جهة خبر أبي بصير المذكور ثانياً إلا أن يقال : من المستبعد جداً في صورة تكرار الصيغة بطلان الأولى بحيث تكون صحتها منوطة بعدم التكرير فيكون النظر في السؤال والجواب إلى غير هذه الصورة أو حمل ما دلّ على الفساد على وقوع الثلاثة ولو كان المطلق يعتقد الثلاثة لزم وادّعى عليه الإجماع ويدلّ عليه خبر عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً قال : إن كان مستخفاً بالطلاق ألزمته ذلك ، (٢) .

و عن أبي العباس قال : « دخلت على أبي عبد الله عليه السلام قال : فقال لي : اروعني أن من طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فقد بانت منه ، (٣) .
ومارواه في التهذيب عن جعفر بن محمد بن عبيد الله ، عن أبيه قال : « سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثاً فقال لي : إن طلاقكم لا يحلّ لغيركم وطلاقهم يحلّ لكم لا تكتم لا ترون الثلاث شيئاً وهم يوجبونها ، (٤) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٦ . والاستبصار ج ٣ ص ٢٩٢ .

(٣) د ج ٢ ص ٢٦٦ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٦ و٢٦٤ والاستبصار ج ٢ ص ٢٩٣ .

﴿الركن الرابع في الإشهاد ولا بد من شاهدين يسمعهما ولا يشترط استدعائهما إلى السماع، ويعتبر فيهما العدالة، وبعض الأصحاب يكتفي بالإسلام، ولو طلق ولم يشهد ثم أشهد كان الأول لغواً ولا تقبل فيه شهادة النساء﴾ .

لا خلاف في لزوم الإشهاد في الطلاق ويدل عليه الكتاب والسنة منها قوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم « طلاق السنة يطلقها تطليقة يعني على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين - الحديث » (١) .

وقوله عليه السلام في صحيحه زرارة : « فإذا خرجت من طهرها طلقها تطليقة من غير جماع ويشهد شاهدين على ذلك - الحديث » (٢) .

وقوله عليه السلام في صحيحه أبي بصير « فإذا طهرت طلقها واحدة بشهادة شاهدين - إلى أن قال - فإن طلقها واحدة أخرى على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثم تركها حتى يمضي إقراؤها - إلى أن قال - أيضاً وأما طلاق الرجعة فإنه يدعها حتى تحيض وتطهر ، ثم يطلقها بشهادة شاهدين - الحديث » (٣) .

و في حسنة زرارة و محمد بن مسلم و من معهما عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام أنهما قالا : « وإن طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق » (١) .

و حسنة زرارة و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « الطلاق لا يكون بغير شهود وأن الرجعة بغير شهود - الحديث » (٢) .

و في رواية أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من طلق بغير

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٤ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٧ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٤ . الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٨ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٦٤ . التهذيب ج ٢ ص ٢٥٧ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٦٠ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٦١ .

شهود فليس بشيء» (١) إلى غير ذلك من الأخبار .

والظاهر أن اعتبار السماع من جهة عدم صدق الشهادة بدون السماع ولازم هذا عدم كفاية حضور العدلين مع عدم السماع لصمم أو غيره ، والظاهر عدم الإشكل في صدق الشهادة مع عجز المطلِّق عن التلقُّظ كما في طلاق الأخرس حيث لا يوجبون التوكيد بل يكفي بإشارته فمع توجه الشاهد الأصم حركة المطلِّق المقارنة لإنشاء الطلاق من دون أن يسمع اللَّفْظ كيف لا تصدق الشهادة مع أنه لم يظهر من أخبار المسئلة اعتبار خصوص السماع .

والظاهر عدم اعتبار استدعاء الشهادة لصدق الشهادة بدون الاستدعاء مضافاً إلى ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كانت له امرأة طهرت من حيضها فجاء إلى جماعة فقال : فلانة طالق أيقع عليها الطلاق ، و لم يقل : اشهدوا ؟ قال : نعم » (٢) .

و عن صفوان بن يحيى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : « سألت عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال : فلانة طالق و قوم يسمعون كلامه و لم يقل لهم اشهدوا أيقع الطلاق عليها ؟ قال : نعم هذه شهادة » (٣) .

والمحكى عن صاحب المدارك في شرحه للنافع اعتبار تمييز الشاهدين المطلِّق و المطلِّقة لعدم تحقق الإشهاد بدون ذلك مضافاً إلى ما رواه الكليني عن محمد بن أحمد ابن مطهر قال : « كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام إنني تزوجت نوسة لم أسئل عن أسمائهن ثم أريد طلاق إحداهن وتزوج امرأة أخرى فكتب عليه السلام : انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهن فتقول : اشهدوا أن فلانة التي لها علامة كذا وكذا هي طالق ، ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العدة (٤) » .

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٠ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٢ و ٣) الكافي ج ٦ ص ٧٢ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٤) تقدم ص ٥٠٥ .

وَأُجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّ الْمَعْرِفَةَ الْإِجْمَالِيَّةَ وَلَوْ بِمَجْرَدِ الْأَسْمَاءِ لَا بَدَّ مِنْهَا وَالزَّائِدُ عَلَيْهَا لِأَدْلِيلٍ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْخَبْرُ الْمَذْكُورُ فَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى لَزُومِ تَعْيِينِ الْمَطْلُوقَةِ وَحَيْثُ لَا يَعْرِفُ الْأَسْمَاءُ فَلَا بَدَّ لَهُ مِنَ التَّعْيِينِ بِنَحْوِ آخِرِ .

وَيَدُلُّ عَلَى عَدَمِ لَزُومِ الْمَعْرِفَةِ التَّفْصِيلِيَّةِ مَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي بَوَسَائِطٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ يَعْنِي الْمُرَادِيَّ قَالَ : « سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ يَتَزَوَّجُ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ فِي عَقْدَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ قَالَتْ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ وَمَهْرُهُنَّ مُخْتَلَفَةٌ قَالَ : جَائِزٌ لَهُ وَ لَهُنَّ ، قُلْتُ : أَرَأَيْتَ إِنْ هُوَ خَرَجَ إِلَى بَعْضِ الْبُلْدَانِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مِنَ الْأَرْبَعِ وَأَشْهَدَ عَلَى طَلَاقِهَا قَوْمًا مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الْبُلَادِ وَهُمْ لَا يَعْرِفُونَ الْمَرْأَةَ ، ثُمَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الْبُلَادِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْمَطْلُوقَةِ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ مَا دَخَلَ بِهَا كَيْفَ يَقْسَمُ مِيرَاثَهُ ؟ قَالَ : إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنَّ الْمَرْأَةَ الَّتِي تَزَوَّجَهَا أُخِيرَ أَرْبَعٌ نَمَنَ مَاتَرَكَ وَإِنْ عَرَفْتَ الَّتِي طَلَّقْتَ بَعِينَهَا وَنَسَبَهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا مِنَ الْمِيرَاثِ وَ لَيْسَ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ ، قَالَ : وَ تَقْسَمُ الثَّلَاثُ النَّسْوَةَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ نَمَنَ مَا تَرَكَ وَ عَلَيْهِنَّ الْعِدَّةُ وَ إِنْ لَمْ تَعْرِفِ الَّتِي طَلَّقْتَ مِنَ الْأَرْبَعِ قَسَمَ النَّسْوَةَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعٍ نَمَنَ مَاتَرَكَ بَيْنَهُنَّ جَمِيعًا وَ عَلَيْهِنَّ جَمِيعًا الْعِدَّةُ ^(١) ، وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ فِي الصَّحِيحِ عَنِ الْحَسَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ وَطَرِيقَهُ إِلَيْهِ صَحِيحٌ .

وَ يُمْكِنُ الِاسْتِدْلَالُ بِتَرَكَ الِاسْتِفْصَالِ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ وَ رِوَايَةِ صَفْوَانَ الْمَذْكُورَتَيْنِ .

وَ أَمَّا اعْتِبَارُ الْعَدَالَةِ فِي الشَّاهِدِينَ فَهُوَ الْمَشْهُورُ وَ اسْتَدَلَّ عَلَيْهِ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى « وَ أَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ » وَ التَّقْرِيبُ أَنَّ الْخَطَابَ لِلْمُسْلِمِينَ فَالْإِسْلَامُ مُسْتَفَادٌ مِنْ قَوْلِهِ « مِنْكُمْ » وَ يَبْقَى الْعَدَالَةُ أَمْرًا زَائِدًا عَلَى الْإِسْلَامِ فَلَا يَكْفِي الْإِسْلَامُ . وَ بَعْدَ مَلَا حِظَّةِ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِي الْمَقَامِ لِامْجَالِ لِلْخُدْشَةِ فِي اسْتِفَادَةِ اعْتِبَارِ الْعَدَالَةِ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى « وَ أَشْهَدُوا - النَّحْ ، مِنْهَا قَوْلُ الصَّادِقِينَ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ عَلَى الْمُحْكَمِيِّ فِي حَسَنَةِ الْفَضْلَاءِ « وَ إِنْ طَلَّقَهَا

في استقبال عدتها طاهر من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقاً بإياها بطلاق (١) .

وقول أبي جعفر عليه السلام على المحكمي في حسنة بكبير وغيره « وإن طلقها للعدّة بغير شاهدي عدل فليس طلاقه بطلاق (٢) » .

وقول أمير المؤمنين عليه السلام على المحكمي في رواية محمد بن مسلم « أشهدت رجلين ذوي عدل كما أمر الله عزّ وجلّ؟ فقال : لا ، فقال : اذهب فإنّ طلاقك ليس بشيء (٣) » إلى غير ذلك .

والمحكمي عن الشيخ (٤) وغيره الاكتفاء بمجرد الإسلام و قد يستدل لهذا القول برواية أحمد بن محمد بن أبي نصر البرزنيّ الحسنة قال : سألت أبي الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشهادة شاهدين عدلين ؟ قال : ليس هذا طلاقاً ، فقلت : جعلت فداك كيف طلاق السنّة ؟ فقال : يطلقها إذا طهرت من حیضها قبل أن يغشاها بشهادة عدلين كما قال الله عزّ وجلّ في كتابه فإن خالف ذلك يرد إلى كتاب الله ، فقلت له : فإن طلق على طهر من غير جماع بشاهد وامرأتين ؟ فقال : لا تجوز شهادة النساء في الطلاق و قد تجوز شهادتهن مع غيرهن في الدّم إذا حضرته ، فقلت : فإن أشهد رجلين ناصبيّين على الطلاق أ يكون طلاقاً ؟ فقال : من ولد على الفطرة أ جيزت شهادته على الطلاق بعد أن يعرف منه خيراً (٥) .

و تقريب الاستدلال بأنّه بعد ما صدر الرّواية باشتراط شهادة عدلين ثم اكتفى بما ذكر استفاد منها أنّ العدالة هي الإسلام .

و بصحيفة عبد الله بن سنان قال : « قلت للرّضا عليه السلام : رجل طلق امرأته وأشهد

(١) تقدم ص ٥١٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦١ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٦٠ .

(٤) راجع النهاية له .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٦٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ و اللفظ له .

شاهدين ناصبيين ؟ قال : كل من ولد على الفطرة وعرف بصلاح في نفسه جازت شهادته (١) .

وقد شدّد النكير بأنّه مع اعتبار العدالة كتاباً وسنة كيف تجوز شهادة الناصب ؟ و يمكن أن يقال : لظهور في الرّوايتين في جواز شهادة الناصب ولعلّ المقام نظير ما لو استأذن الخادم مخدومه في دخول شخص يكون من أعداء المخدوم عليه فيقول المخدوم : ليدخل علينا من يعرف بالصّلاح فهذا ليس إنزناً في دخول هذا الشخص الذي يكون من الأعداء حيث لم يرد المخدوم التّصريح بالمنع بل أراد المنع من دخول العدو بنحو آخر .

وأما الجمع بين الصدر والذّيل في الرّواية الأولى فإنّما بأن يكون معروفة الخيرية فيها طريقاً إلى العدالة بمعنى الملكة كما جعل حضور الانسان لصلاة الجماعة أمانة العدالة في صحيح ابن أبي يعفور المذكور في تعريف العدالة ، وإمّا بنحو الحكومة وكفاية حسن الظاهر واقعاً وتظهر الثمرة في صورة انكشاف الخلاف و التفصيل المذكور في كتاب الصلاة ، و على كلّ تقدير لا يستفاد من الرّوايتين كفاية مجرد الإسلام .

ولابدّ من اجتماع شاهدين حال إنشاء الطلاق واستدلّ عليه بما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن البرز نظي قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع و أشهد اليوم رجلاً ثم مكث خمسة أيّام ثم أشهد آخر ؟ و قال : إنّما أمران يشهدا جميعاً (٢) .

وما رواه في التهذيب في الصحيح عن ابن بزيع ، عن الرضا عليه السلام قال : « سألته عن تفريق الشاهدين في الطلاق ؟ فقال : نعم وتعدّد من أوّل الشاهدين ، وقال : لا يجوز حتّى يشهدا جميعاً (٣) » بأن يكون المراد من صدر الخبر الأداء بمعنى جواز تفريق الشاهدين

(١) التهذيب ج ٢ ص ٨٦ عن عبدالله بن المغيرة .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧١ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ . و الاستبصار ج ٣ ص ٢٨٥ .

في أداء الشهادة ولهذا قال من أو لهما فإن إخبارها بالطلاق بعد وقوعه كاف في الشروع في العدة . و التزويج يتوقف على الثاني لثبوت الطلاق بذلك ، و عجز الخبر يراد به التأمل ، ولا يخفى الاشكال في توجيه هذا الصحيح بالنحو المذكور فإن السائل لم يسئل عن كيفية أداء الشهادة بل الظاهر أن سؤاله عن تفریق الشاهدين في الشهادة المعتبرة في صحة الطلاق و لا أقل من كونه المتيقن من سؤاله ثم إن الاعتداد من زمان وقوع الطلاق لامن زمان أداء الشهادة و لعله يؤيد قوله عليه السلام على المحكمي « و نعتد من أول الشاهدين » كون النظر إلى الشهادة المعتبرة في تحقق الطلاق و التزويج لا يتوقف على شهادة الشاهدين بل إخبار المرأة كاف في جواز التزويج ، هذا و لكن المعروف لزوم اجتماع شاهدين وقت إيقاع الطلاق ويدعى ظهور الكتاب العزيز والسنة في هذا . و أما عدم قبول شهادة النساء لا منفردات و لا منضمات فلما في رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر البنظلي المذكورة من قوله عليه السلام على المحكمي « لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ^(١) » .

و صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام « سئل عن شهادة النساء في النكاح قال : تجوز إذا كان معهن رجل » ، و كان علي عليه السلام يقول : لا أجزها في الطلاق ^(٢) ، إلى غير ذلك من الأخبار .

﴿ النظر الثاني في أقسامه ، و ينقسم إلى بدعة و سنة . فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول و حضور الزوج أو غيبته دون المدة المشترطة و في طهر قد قربها فيه . و طلاق الثلاث المرسل ^(٣) و كله لا يقع ﴾ .

بعد ما ثبت اشتراط الطلاق بخلو المرأة عن الحيض مع الدخول و حضور الزوج أو غيبته مع مضي المدة المشترطة ، و وقوعه في طهر لم يقربها فيه و اشتراط الطلاق

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٨ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٨٢ .

(٣) أي طلاق الثلاث من غير رجعة بينها .

الثاني والثالث بالوقوع بعد الرجعة ، فالطلاق الواقع مع فقدان الشرائط لا يصح ، فإيقاعه بقصد التشريع محرّم لكونه بدعة محرّمة فإن كان النظر في التعبير بالبدعة إلى ما ذكر فلا إشكال لكنّه لا اختصاص بباب الطلاق ، وإن كان النظر إلى غير ما ذكر فلا بدّ من إثبات الحرمة بالدليل والأدلة على الاشتراط لانفي بها .

﴿ و طلاق السنّة ثلاث : بائن ، ورجعي ، ولعدّة . فالبائن ما لا يصحّ معه الرجعة و هو طلاق اليائسة على الأظهر . ومن لم يدخل بها . والصغيرة . والمختلعة . والمبارات ما لم ترجع في البذل . والمطلقة ثلاثاً بينهارجعتان . و الرجعي : ما يصحّ معه الرجعة و لولم يرجع . و طلاق العدّة ما يرجع فيه و يواقع ، ثمّ يطلق فهذه تحرم في التاسعة تحريماً مؤبداً و ما عداه تحرم في كلّ ثلاثة حتّى تنكح غيره . ﴾

لا يخفى أنّ الطلاق العدّي على هذا قسم من الرجعي وليس قسيماً له وإن قلنا بأنّه المجموع المركّب فهو مركّب من الرجعي والبائن وبهذا الاعتبار يصحّ أن يكون قسيماً للبائن و الرجعي ثمّ إنّ البائن ما لا يصحّ فيه الرجعة و هو طلاق اليائسة بناء على عدم العدّة فيها مع الدخول كما هو المشهور و من لم يدخل بها والصغيرة والمختلعة والمبارات ما لم ترجع في البذل ، و المطلقة ثلاثاً بينهارجعتان سواء كان الرجوع يرجع الزّوج المرأة إليه أو بعقد جديد فالنسوة المذكورة بعضها لا موجب لاعتدادها فلا يرجع للزّوج حيث إنّ الرجوع في العدّة و بعضها عليها الاعتداد ، لكن ليس للزّوج الرجوع في العدّة والرجعي ما يصحّ معه الرجعة . و طلاق العدّة فسّر بالمذكور ، يترتب عليه التحريم الأبدي في التاسعة منه .

و في المقام إشكال و هو أنّ تحريم التاسعة بحسب الأخبار لا اختصاص له بالعدّي المذكور و الأخبار الواردة منها ما رواه الكليني ، عن زرارة بن أعين ؛ و داود بن سرحان ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الملاعنة إذا لاعنها زوجها لم تحلّ له أبداً ، و الذي يتزوّج المرأة في عدتها و هو يعلم لا تحلّ له أبداً ، و الذي يطلق الطلاق الذي لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرّات لا تحلّ له أبداً ، و المحرم إذا تزوّج

وهو يعلم أنه حرام عليه لاتحل له أبداً، (١).

وفي الصحيح ، عن جميل بن دراج ، و ابراهيم بن عبد الحميد ، عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام قال : « إذا طلق الرجل المرأة فتزوّجت ثم طلقها زوجها فتزوّجها الأول ، ثم طلقها فتزوّجت رجلاً [آخر] ثم طلقها فتزوّجها الأول ثم طلقها الزوج الأول هكذا ثلاثاً لم تحل له أبداً (٢) » .

و هذان الخبران يستفاد منهما حرمة المطلقة تسعاً من دون تقييد بكون الطلاق عدياً ، ومنها يستفاد منه انحصار الطلقات التسع المحرمة أبداً بما إذا كانت الثلاث الأخيرة للسنة كرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « و سألته عن الذي يطلق ثم يراجع ، ثم يطلق ثم يراجع ، ثم يطلق ؟ قال عليه السلام : لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره فيتزوّجها رجل آخر فيطلقها على السنة ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث مرات على السنة فتنكح زوجاً غيره فيطلقها ثم ترجع إلى زوجها الأول فيطلقها ثلاث مرات على السنة ، ثم تنكح فتلك التي لاتحل له أبداً (٣) » .

فإن كان المراد من السنة السنة بالمعنى الأخص كما لعله الظاهر ، فالظاهر من هذه الرواية عدم كفاية كون الطلقات التسع للعدّة ، وإن كان النظر إلى كون الطلاق سنياً بالمعنى الأعم في قبال البدعي فتكون من قبيل الخبرين السابقين .

ومنها ما دل على اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة أبداً للعدّة كما في المروي عن الخصال في تعداد المحرّمات من قول الصادق عليه السلام « وتزويج الرجل امرأة طلقها للعدّة تسع تطليقات ، وما في المحكمي عن الفقه الرضوي من قوله عليه السلام على المحكمي « و أما طلاق العدّة فهو أن يطلق الرجل امرأته على طهر من غير جماع ، ثم يراجعها من يومه أو من غد أو متى يريد من قبل أن تستوفى قرءها وأدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق فيكون إنكار الطلاق مراجعة فإذا أراد أن يطلقها ثانية لم يجز ذلك

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٥ .

(٢) و (٣) المصدر ج ٥ ص ٢٢٨ . و والاخير في الخصال ج ٢ ص ٢٤٦ مثله .

إلا بعد الدخول بها ، وإذا أراد طلاقها تربص بها حتى تحيض وتطهر ، ثم يطلقها فإن أراد مراجعتها راجعها فإن طلقها الثالثة فقد بانت ساعة طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فإذا انقضت عدتها منه فتزوجها رجل آخر فطلقها أومات عنها وأراد الأول أن يتزوجها فعل - إلى أن قال - فإن طلقها ثلاث تطليقات على ما وصفته لك واحدة بعد واحدة فقد بانت منه ولا تحل له بعد تسع تطليقات أبداً . واعلم أن كل من طلق تسع تطليقات على ما وصفته لم تحل له أبداً .

وقيل في الجمع بين الأخت والمذكورة بوجوه منها أن التعارض بين الرواية الأولى منها وبين الثانية والثالثة وإن كان بالإطلاق والتقييد إلا أنه بعد تعارض الثانية والثالثة وسقوطهما عن الحجية يكون إطلاق الأولى سليماً عما يقيدها .

وأورد عليه بأن التعارض بين الأخيرتين إنما أوجب سقوطهما عن الحجية بالنسبة إلى ما تعارضتا فيه وأما بالنسبة إلى ما تعاضدتا عليه من نفي الثالث فلا مانع من الأخذ بهما ، ويمكن أن يقال مضافاً إلى ما ذكر : إن الروايتين المتعارضتين لا تسقطان عن الحجية بل لا بد من الترجيح أو التخيير بحسب الأخبار فلا تبقى الأولى سليم عن المقيّد ومنها حمل السنة في الثانية على السنّي بالمعنى الأعمّ المقابل للبدعيّ فتطبق على الأولى الدألة على الاكتفاء بمطلق الطلقات التسع في التحريم الأبديّ وحينئذ لا بد من تقييد الأولى والثانية بالثالثة الدألة على اعتبار كون الطلقات التسع المحرّمة أبداً للعدّة وأورد عليه أو لا بأنه كما يمكن حمل السنة في الثانية على مقابلة البدعة كذلك يمكن حمل العدّة في الثالثة على الطلاق في طهر لم يواقعها فيه الذي هو ابتداء العدّة على نحو قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » كي تنطبق على الأولى وتقيّد كلتاها بالثانية الدألة على اعتبار كون الطلقات التسع المحرّمة أبداً للسنة ولا مرجح في البين لأحد الحملين .

ويمكن أن يقال : إن كان الحمل على السنة في قبالة البدعة والحمل على العدّة بالمعنى المذكور ليسا مخالفين للظاهر فلا تعارض في البين حتى يحتاج إلى التقييد ، وانياً نقول : حمل السنة في الثانية على السنة بالمعنى الأعمّ ، ثم تقييدها بالثالثة الدألة

على اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة للعدَّة مستلزم لحمل المطلق على الفرد النادر فلا بد من معاملة المتباينين والرُّجوع إلى المرجحات السندية ، ومنها أن الأولى بضميمة القطع بأن الطلاق الذي لا تحل له معه حتى تنكح زوجاً غيره هو مطلق الطلقات الثلاث ، عدَّة كانت أو غيرها تكون كالصريح في الاكتفاء في الطلاق المحرّم لها أبداً بمطلق الطلقات التسع فلا يبقى المعارضة إلا بينها وبين الثالثة الصريحة في اعتبار كون الطلقات التسع المحرمة أبداً للعدَّة وذلك لأن الثانية وإن كانت ظاهرة في اعتبار كون الثلاث الأخيرة من الطلقات التسع للسنة إلا أن ظهورها في ذلك ليس بمثابة يقاوم ظهور الأولى في الإطلاق إذ ليس حمل السنة فيها على السنة بالمعنى الأعم بعيداً . والمعارضة بين الأولى والثالثة وإن كانت بنحو الإطلاق والتقييد إلا أنه لا يمكن المعاملة معهما معاملة المطلق والمقيّد من جهة استلزامه لحمل المطلق على الفرد النادر ، ولا يمكن المعاملة معهما معاملة المتباينين بالرُّجوع إلى المرجحات السندية لأن الرُّجوع إلى المرجحات السندية فيما إذا كان المتعارضان متنافيين بتمام مدلولهما وليس في المقام كذلك لتوافق الطائفتين في أن التسع للعدَّة موجبة للحرمة الأبدية وإنما التعارض بينهما في اعتبار خصوص كونها للعدَّة في ذلك بعدم اعتباره بل لا بد من الأخذ بما هو المتيقن منهما وهو كون التسع للعدَّة موجبة للحرمة الأبدية والرُّجوع في غيره إلى مقتضى عموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

ويمكن أن يقال : قد سبق أن حمل السنة في الثانية على السنة بالمعنى الأعم المقابلة للبدعة ليس بالأولى من حمل العدَّة على المعنى المراد من قوله « فطلقوهن » لعدتهن ، فما الوجه في رفع اليد عن ظهور السنة من جهة إطلاق الأولى وعدم رفع اليد عن ظهور العدَّة ، و ثانياً ما ذكر من الأخذ بالقدر المتيقن يوجب رفع اليد عن الحجّة الصريحة حسب ما ذكر بلا جهة لعدم شمول ما دل على الترجيع والتخيير حسب المفروض .

وما قد يقال من أن العام يكون مرجعاً ففي المقام عموم قوله تعالى « وأحل لكم - الخ ، يكون مرجعاً مشكلاً لأن العام أيضاً طرف المعارضة وليس حاله حال

الأصل الذي لا يكون الموافق والمخالف منه مأخوذاً به في مرتبة الدليل الاجتهادي والخبر يمكن أن يخصص العام الكتابي . ولا يبعد الأخذ بمجموع الأخبار المذكورة بأن يقال مفاد الرواية الأخيرة الثالثة مدخلية كون الطلقات للعدّة ومفاد الرواية الثانية مدخلية الطلقات الثلاث للسنة بالمعنى الأخص ، ولعلّ تخصيصهما للرواية الأولى المطلقة لا يوجب حملها على الفرد النادر ، ووجه الجمع بهذا النحو أنّ مدخلية العدّة في الحرمة الابدية لا توجب كونها بنحو العلة المنحصرة لعدم الدليل على الانحصار وكذلك مدخلية السنة في الرواية الثانية ، وإن أبيت فلا بدّ من الرجوع إلى المرجح السندي أو التخيير ولا نسلم اختصاص الترجيح والتخيير بخصوص المتنافين بتمام المدلول و لعلّ قوله تعالى « وأحلّ لكم - الخ ، مرجح .

و أما تحقق الحرمة في كلّ ثلاثة حتى تنكح غيره فيماعداء طلاق العدّة فيدلّ عليه ما رواه الشيخ في الصحيح عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا أراد الرجل الطلاق طلقها في قبل عدتها بغير جماع فانه إذا طلقها واحدة ثم تركها حتى يخلو أجلها إن شاء أن يخطب مع الخطاب فعل فإن راجعها قبل أن يخلو أجلها أو بعده كانت عنده على تطليقة ، فان طلقها الثانية أيضاً فشاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها حتى يخلو أجلها وإن شاء راجعها قبل أن ينقض أجلها ، فإن فعل فهي عنده على تطليقتين ، فان طلقها الثالثة فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره وهي ترث و تورث ما كانت في الدّم من التطليقتين الأولى والثانية ، (١) .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته تطليقة ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها فإذا طلقها الثالثة لم تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره - الحديث ، (٢) .

وما رواه في الكافي عن صفوان ، عن ابن مسكان ، عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ والكافي ج ٦ ص ٦٩ واللفظ له .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٦ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

عليه السلام في المطلقة التالفة الثالثة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره و يذوق عسيتها» (١).

و خالف في المقام ابن أبي بكير والصدوق فجعلوا الخروج عن العدة هادماً للطلاق فله حينئذٍ نكاحها بعد الثلاث بلا محلل .

و روى ابن بكير عن زرارة في الصحيح « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الطلاق الذي يحبّه الله تعالى والذي يطلقه الفقيه و هو العدل بين المرأة والرجل أن يطلقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين و إرادة من القلب ، ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء فإذا رأت الدّم في أوّل فطرة من الثالثة وهو آخر قرء لأنّ الأقرء هي الأظهار فقد بانت منه و هي أمك بنفسها ، فإن شاءت تزوّجت و حلت له بلا زوج ، فإن فعل هذا بها مائة مرّة هدم ما قبله و حلت بلا زوج ، وإن راجعها قبل أن تملك نفسها ، ثم طلقها ثلاث مرّات يراجعها و يطلقها لم تحل له إلا بزواج » (٢).

و حكى عن ابن سماعة (٣) أنّ الحسين بن هاشم سأل ابن بكير هل سمعت فيما ذكرته شيئاً فقال رواية رفاعة فقال له : إنّ رفاعة روى إذا دخل بينهما زوج . فقال : الزّوج و غير الزّوج عندي سواء فقال له : هل سمعت في هذا شيئاً فقال : لا هذا ممّا رزق الله من الرّأي (٤) ، ولذا قال ابن سماعة على المحكي : وليس لأحد أن يأخذ بقول ابن بكير فإنّ الرّواية « إذا كان بينهما زوج » و يقرب منه المحكي عن ابن المغيرة . و مع هذا الوصف كيف يعتمد على روايته في المقام و من هنا ينقدح الشكّ في موقوفة عبد الله بن سنان الموافقة لما ذكره ابن بكير قال : « إذا طلق الرّجل امرأته فليطلق على طهر بغير جهاع بشهود فإن تزوّجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث و بطلت التالفة الأولى فإن طلقها اثنتين ثم كف عنها حتى تمضي الحيضة الثالثة بانت منه بثنتين وهو خاطب

(١) المصدر ج ٦ ص ٧٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

(٣) راجع التهذيب ج ٢ ص ٢٦٠ . والكافي ج ٦ ص ٧٨ .

(٤) راجع الكافي ج ٦ ص ٧٨ .

من الخطأ ، فان تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث تطليقات و بطلت الاثنتان فان طلقها ثلاث تطليقات على العدة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ،^(١) وإنه ذكر ذلك عن ابن بكير وأصحابه أو صدر منه تقيّة .

✽ و هنا مسائل خمسة الأولى لا يهدم استيفاء العدة تحريم الثلاثة ، الثانية يصح طلاق الحامل للسنة كما يصح للعدة على الأشبه ، الثالثة يصح أن يطلق ثانية في الطهر الذي طلق فيه و راجع فيه ولم يظاً لكن لا يقع للعدة . الرابعة لو طلق غائباً ثم حضر ودخل بها ، ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه ولا بينته ولو أولدها لحق به . الخامسة إذا طلق الغائب و أراد العقد على أختها أو على خامسة تربص تسعة أشهر احتياطاً ✽ .

قد ظهر مما دل على حرمة نكاح المطلقة ثلاثاً على المطلق حتى تنكح زوجاً غيره من غير فرق بين استيفاء العدة و وقوع الطلقة الثانية والثالثة بعد استيفاء العدة أو قبله أن استيفاء العدة ليس هادماً للتحريم وما ذهب إليه ابن بكير لا يصح ، وما رواه في هذا المقام ليس حجة من اسناده إلى رفاة مع نقل الخلاف منه وإن كان خبره في غير المقام حجة .

و أما صحة طلاق الحامل للسنة بمعنى طلاقها بعد المراجعة بالامواعة وهو السنى بالمعنى الأخص فمع قطع النظر عن عموم أو إطلاق الأدلة يدل عليه موثق اسحاق بن عمار «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الحامل يطلقها زوجها ، ثم يراجعها ، ثم يطلقها ، ثم يراجعها ، ثم يطلقها الثالثة قال : تبين منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ،^(٢) . و موثقه الآخر عن أبي الحسن عليه السلام ، سألت عن رجل طلق امرأته وهي حامل ثم راجعها ، ثم طلقها ، ثم راجعها ، ثم طلقها الثالثة في يوم واحد تبين منه ؟ قال : نعم^(٣) » مضافاً إلى غير ما ذكر .

والمحكى عن الشيخ في النهاية و ابنا البراءج و حمزة عدم الجواز وربما يستظهر

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ .

من مرسل ابن بكير قال : « في الرجل تكون له المرأة الحامل و هو يريد أن يطلقها ، قال : يطلقها إذا أراد الطلاق بعينه و يطلقها بشهادة الشهود فإن بداله في يومه أو بعد ذلك أن يراجعها يريد الرجعة بعينها فليراجع و ليواقع ثم يبدو له فيطلق أيضاً ، ثم يبدو له فيراجع كما راجع أولاً ، ثم يبدو له فيطلق فهي التي لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره إذا كان إذا راجع يريد المواقعة والإمسك^(١) فيواقع » .

و يحمل الأخبار الدالة على أن طلاق الحامل واحدة على ما ذكر ، والأخبار الدالة على أن طلاق الحامل واحدة منها ما رواه الشيخ في التهذيب عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة و إن شئت راجعها قبل أن تضع فان وضعت قبل أن يراجعها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب »^(٢) .

و عن إسماعيل بن الجعفي في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه »^(٣) .

و ما رواه في الكافي والتهذيب عن الكنايني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة و عدتها أقرب الأجلين »^(٤) .

و ما رواه في الفقيه والتهذيب عن محمد بن منصور الصيقل عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته و هي حبلى قال : يطلقها قلت : فيراجعها ؟ قال : نعم يراجعها ، قلت : فإنه بداله بعد ما راجعها أن يطلقها ؟ قال : لا حتى تضع^(٥) » إلى غير ذلك من الأخبار .

و يمكن أن يقال : أما المرسل المذكور فمع قطع النظر عن السند لا ظهور له فيما ذكر لأنه لا يستفاد منه شرطية المواقعة للطلاق الثاني لوحدة السياق مع قوله على المحكي فليراجع .

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٠٠ .

(٣) والكافي ج ٦ ص ٨١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٨١ .

(٥) الفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٩ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٩ .

و أما الاخبار المذكورة فالجمع بينها وبين ما دلّ على الجواز بلا قيد ليس جمعاً عرفياً بل يكون التباين بين الطرفين ولم يحرز إعراض الأصحاب عن العمل بالأخبار الحاصرة لطلاق الحامل في الطلقة الواحدة بل لعلّ نظرهم إلى الترجيح من جهة الموافقة للكتاب والسنة ومع ذلك يشكل مع ملاحظة صحة أسانيد الأخبار الحاصرة ، وهذه الأخبار الحاصرة كما ينفي طلاق الحامل للعدّة كذلك ينفي الطلاق للسنة زائداً عن الواحد وان ادعى الإجماع على صحته خلافاً للصدوقين - قدس سرهما - .

وأما صحة الطلاق ثانياً بعد الرجعة بدون المباشرة فيدلّ عليها موثق إسحاق ابن عمار عن أبي الحسن عليه السلام « قلت له : رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ، ثم طلقها ثم بداله فراجعها بشهود ، ثم طلقها فراجعها بشهود تبين منه ؟ قال : نعم ، قلت : كل ذلك في طهر واحد ؟ قال : تبين منه ، (١) .

وصحيحة عبد الحميد و محمد بن مسلم « سألا أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل طلق امرأته وأشهد على الرجعة ولم يجامع ، ثم طلق في طهر آخر على السنة أثبتت التطليقة الثانية بغير جماع ؟ قال : نعم إذا هو أشهد على الرجعة ولم يجامع كانت الطلقة ثانية [ثابتة خ ل] ، (٢) .

وصحيحة البرزطي « سألت الرضا عليه السلام عن رجل طلق امرأته بشاهدين ، ثم راجعها ولم يجامعها بعد الرجعة حتى طهرت من حيضها ، ثم طلقها على طهر بشاهدين أيقع عليها التطليقة الثانية وقد راجعها ولم يجامعها ؟ قال : نعم ، (٣) .

وفي قبالها ما يدلّ على المنع وهو أخبار منها صحيحة ابن الحجّاج عن أبي - عبدالله عليه السلام « الرجل يطلق امرأته له أن يراجع . وقال : لا يطلق التطليقة الأخرى حتى يمستها ، (٤) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٢) النذبي ج ٢ ص ٢٦٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٨١ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٨١ .

(٤) ص ٢٨٠ .

و موثقة إسحاق بن عمار ، عن أبي إبراهيم عليه السلام « سألته عن رجل يطلق امرأته في طهر من غير جماع ، ثم يراجعها في يومه ذلك ، ثم يطلقها تبين منه بثلاث تطليقات في طهر واحد ؟ فقال : خالف السنة ، قلت : فليس ينبغي له إذا هو راجعها أن يطلقها إلا في طهر آخر ؟ قال : نعم ، قلت : حتى يراجع ؟ قال : نعم ، (١) .

و رواية معلى الخنيس عن أبي عبدالله عليه السلام « عن رجل يطلق امرأته يطلقها الثانية قبل أن يراجع ؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : لا يقع الطلاق الثاني حتى يراجع و يراجع ، (٢) .

وصحيحة أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن طلاق السنة - إلى أن قال : - و أما طلاق الرجعة فان يدعها حتى تعيض و تطهر ثم يطلقها بشهادة شاهدين ثم يراجعها و يواقعها ثم ينتظر بها الطهر فإذا حاضت و طهرت أشهد شاهدين على تطليقة أخرى ، ثم يراجعها و يواقعها ثم ينتظر بها الطهر فإذا حاضت و طهرت أشهد شاهدين على التطليقة الثالثة ثم لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره و عليها أن تعتد بثلاثة قروء من يوم طلقها التطليقة الثالثة فان طلقها واحدة على طهر بشهود ، ثم انتظر بها حتى تعيض و تطهر ثم يطلقها قبل أن يراجعها لم يكن طلاقه الثاني طلاقاً لأنه طلق طالقاً لأنه إذا كانت المرأة مطلقة من زوجها كانت خارجة من ملكه حتى يراجعها ، فإذا راجعها صارت في ملكه ما لم يطلق التطليقة الثالثة ، فإذا طلقها الثالثة فقد خرج تلك الرجعة من يده فان طلقها على طهر بشهود ، ثم راجعها و انتظر بها الطهر من غير موقعة فحاضت و طهرت ، ثم طلقها قبل أن يدنسها بموقعة بعد الرجعة لم يكن طلاقه لها طلاقاً لأنه طلقها التطليقة الثانية في طهر الأولى و لا ينقض الطهر إلا موقعة بعد الرجعة وكذلك لا يكون الطلقة الثالثة إلا بمراجعة و موقعة بعد الرجعة ، ثم حيض و طهر بعد الحيض ، ثم طلاق بشهود حتى يكون لكل تطليقة طهر من تدنيس الموقعة بشهود ، (٣) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ والاستبصار ج ٣ ص ٢٨٤ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٦ ، والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٧ والاستبصار ج ٣ ص ٢٦٨ .

وقد جمع بين الطائفتين تارة بحمل رواية الجواز على طلاق السنة الذي هو بمعنى خلاف العددي مستشهداً بخبر معلى بن خنيس عن أمي عبدالله عليه السلام الذي يطلق، ثم يراجع، ثم يطلق فلا يكون بين الطلاق والطلاق جماع فتلك تحل له قبل أن تنزّوج زوجاً غيره والتي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره هي التي تجامع بين الطلاق (١).

مؤيداً بخبر أبي بصير «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره؟ فقال: أخبرك بما صنعت أنا بامرأة كانت عندي أردت طلاقها فتركتها حتى طمئت و طهرت، ثم طلقها من غير جماع وأشهدت على ذلك شاهدين، ثم تركتها حتى إذا كادت أن تنقضي عدتها راجعتها ودخلت بها، و تركتها حتى طمئت، ثم طلقها على طهر من غير جماع بشاهدين ثم تركتها حتى إذا كان قبل أن تنقضي عدتها راجعتها ودخلت بها حتى إذا طمئت و طهرت طلقها على طهر بغير جماع بشهود وإنما فعلت ذلك لأنه لم يكن لي بها حاجة (٢)».

وأخرى بحمل مادّل على الجواز بشرط الموافقة على الاستحباب، و نالته بنحو آخر.

ولا يخفى أن الجمع بالنحو الأول ليس جمعاً عرفياً بين الطائفتين لعدم مساعدة العرف عليه غاية الأمر أنه إذا أخذ بالطرف المخالف للمخصص يخص به هذا مع أنه لاشهادة في الخبر المذكور على الحمل المذكور مع أنه لا يلتزم المشهور به فإن المشهور أن الطلاقات الثلاث تكون موجبة للتحريم حتى تنكح زوجاً غيره من دون اشتراط بالموافقة والحمل على الاستحباب أيضاً بعيد جدّ الآباء رواية معلى بن خنيس المذكورة حيث قال عليه السلام على المحكى: لا يقع الطلاق الثاني و ليس هذا من قبيل «لا نكاح إلا بولي» و كذلك صحيحة أبي بصير المذكورة حيث إنها بصدد بيان الشروط والقيود الدخيلة في الصحة مع ذكر العلة لكن المشهور شهرة عظيمة صحة الطلاق بدون الموافقة.

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦١ .

و لوطلق غائباً ثم حضر ودخل بها ثم ادعى الطلاق فالمعروف عدم قبول دعواه ولا بيينة لخبر سليمان بن خالد المعتضد بالعمل «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهو غائب وأشهد على طلاقها ، ثم قدم فأقام مع المرأة أشهراً لم يعلمها بطلاقها ، ثم إن المرأة ادعت الحبل فقال : قد طلقتك وأشهدت على طلاقك ، فقال : يلزمه الولد ولا يقبل قوله^(١) ، ولأن اعترافه متعلق بحق الغير وتصرف المسلم المنزل على المشروع مكذب لبيئته .

و استشكل في هذا الوجه بأن تصرفه بحمل على المشروع حيث لا يعترف بما ينافيه ولذا لو رأينا بجامع امرأة واشتبه حالها لا يحكم عليه بالزنا فإذا اقر بأنه زان يحكم عليه بمقتضاه والبيينة مكذبة بفعله إذا كان هو الذي أقامها وأما لو قامت حسة بما ينافي فعله قبلت ، وقد يقال بعدم سماع ما اعترف به مما ينافي فعله إذا كان متعلقاً بحق الغير وإن أخذ به في حقه لعموم إقرار العقلاء كما أن ظاهر الخبر عدم سماع دعواه حتى قامت بيينة بمقتضاها سواء كان هو المقيم لها أم لا مؤاخذة له بفعله المقتضى ترتب ذلك عليه فالمراد عدم سماع البيينة المكذبة بالقول أو الفعل الذي ألغاه بفعله على أن قيام البيينة هنا حسة مبنية على أن المقام منها باعتبار حق الله تعالى فيها . وأما إذا قلنا إن ذلك من حقوق الآدميين فلا سماع للبيينة المكذبة بالقول أو الفعل ، نعم قد يقال بسماعها إذا أظهر تأويلاً مسموعاً لفعله .

و يمكن أن يقال : تارة يتكلم في المقام حسب ما يستظهر من الخبر المذكور فعلى فرض حجتيته من جهة عمل الأصحاب فالظاهر منه عدم قبول قول الرجل في وقوع الطلاق ولحقوق الولد به ولا مانع من الأخذ به وإن كان على خلاف القواعد ، وأخرى يتكلم على حسب القواعد فلنقل أن يقول : فعل المسلم محكوم على الصحة لكنه لا يثبت الزوجية وعدم وقوع الطلاق ولذا يقال : لو تكلم أحد بكلام مردد بين الشتم والتسليم يحمل كلامه على عدم الشتم ولا يثبت التسليم حتى يجب رد السلام ، هذا

مضافاً إلى أنه يكون الفعل محمولاً على الصحة إذا لم يعترف الفاعل بالفساد لأن المدرك إن كان السيرة فالقدر المتيقن ما لو لم يعترف بالخلاف وإن كان الأخبار يشكل شمولها لهذه الصورة و ظاهر كلمات الأصحاب لحقوق الولد بحيث يترتب عليه أحكام الأبوة و البنوة و ما ذكر من أن الإقرار لا يسمع في حق الغير بوجوب التفكيك بأن يرثه الولد ولا يرث هو .

و أما ما ذكر في الشهادة من قبولها فيما كان حقاً لله تعالى دون ما كان حقاً للناس إذا لم يكن هو مقيمها فالظاهر أنه ليس كذلك في غير مقام المرافعة فمقتضى عموم رواية مسعدة بن صدقة قبولها فلو شك في ملكية عين لأحد يريد بيعها و ليس في يده و شهد شاهدان بالملكية بدون أن يقيم المدعى البيئته فالظاهر ترتب الأثر على شهادتهما و لا يخفى أنه مع الأخذ بمضمون الخبر المذكور فالحكم المذكور حكم ظاهري و الرّجل المدعى للطلاق لا بد له أن يعمل على طبق تكليفه . و إذا طلق الغائب و أراد العقد على أخت المطلقة أو على الخامسة فالمعروف أنه يترتب تسعة أشهر احتياطاً و الأصل في هذا الحكم ما رواه ثقة الإسلام قدس سره عن حماد بن عثمان في الحسن أو الصحيح قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما تقول في رجل له أربع نساء طلق واحدة منهن و هو غائب عنهن متى يجوز له أن يتزوج ؟ قال : بعد تسعة أشهر وفيها أجلا ن فساد الحيض و فساد الحمل» (١) و جماعة الحقوا بذلك تزويج الأخت . و يمكن أن يقال : إن استفيد من قوله عليه السلام على المحكمي و فيها أجلا ن النخ العلية أتجه الحاق نكاح الأخت لكن يقع الاشكال من جهة أنه مع القول بأن أقصى الحمل عشرة أشهر أو سنة مقتضى القاعدة الترتيب إلى أقصى و حمل الخبر على الغالب و إن كان من باب ذكر الحكمة فلا وجه لحاق نكاح الأخت باختصاص النص بغيره فيكون تطليقه كتطليق الحاضر يترتب مقدار ثلاثة أقرء مع العلم بعادة المرأة أو ثلاثة أشهر ، و يدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال : «إذا طلق الرجل امرأته و هو غائب فليشهد على ذلك فإذا مضى ثلاثة

أشهر فقد انقضت عدتها^(١)، وقد يقال بتنافي هذه الصحيحة مع رواية حماد بن عثمان المذكورة لأن كليهما في طلاق الغائب ولا يعلم وجه لخصوصية لأحد الأربعة فيستثنى من هذه القاعدة الاستفادة من هذه الصحيحة وغيرها من الأخبار ولا وجه للجمع لإجماع الرواية الأولى يعني رواية حماد على المسترابة .

ويشكل من جهة أنه كيف يحكم بنحو القانون الكلي مع اختصاص الحكم بالفرد الغير الغالب ومع احتمال كون الحكم في رواية حماد من باب التعبد يؤخذ به ويكون الرواية مخصصة لمادلاً على الترتيب بثلاثة أشهر ولا مجال للتعدّي إلى نكاح الأخت ومع القطع بعدم اختصاص الحكم بنكاح أحد الأربعة يكون التعارض باقياً ولا وجه للجمع المذكور .

﴿النظر الثالث في اللواحق وفيه مقاصد: الأول يكره طلاق المريض ويقع لو طلق ، ويرث زوجته في العدة الرجعية ، وترثه هي ولو كان الطلاق بائناً إلى سنة ما لم تزوج أو يبرأ من مرضه ذلك﴾

أما كراهة طلاق المريض فيدل عليها ما عن عبيد بن زرارة في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المريض أله أن يطلق امرأته في تلك الحال ؟ قال : لا و لكن له أن يتزوج إن شاء فإن دخل بها ورثته وإن لم يدخل بها فنكاحه باطل ^(٢) » .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن زرارة في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال : « ليس للمريض أن يطلق و له أن يتزوج فإن هو تزوج و دخل بها فهو جائز وإن لم يدخل بها حتى مات في مرضه فنكاحه باطل ولا مهر لها ولا ميراث ^(٣) » .
وظاهر هذين الخبرين كغيرهما وإن كان عدم الصحة وبطلان الطلاق لكنته بملاحظة ماسياتي لا بد من الحمل على الكراهة .

(١) المصدر ج ٦ ص ١١١ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٢١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ و التهذيب ج ٢ ص ٢٧١ .

وَأَمَّا وَقُوعُ الطَّلَاقِ لَوْ طَلَّقَ فَيَدُلُّ عَلَيْهِ صَحِيحُ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ سَأَلَ عَنِ الرَّجُلِ يَحْضُرُهُ الْمَوْتُ فَيَطْلُقُ امْرَأَتَهُ هَلْ يَجُوزُ طَلَاقُهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ ، وَإِنْ مَاتَ وَرَثَتُهُ وَإِنْ مَاتَتْ لَمْ يَرِثْهَا ^(١) .

وَأَمَّا ثُبُوتُ التَّوَارِثِ بَيْنَهُمَا فِي الْعِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ فَهُوَ الْمَعْرُوفُ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مُوْتَقٌ زَرَّارَةٌ سَأَلَتْ أَبَا جَعْفَرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ الرَّجُلِ يَطْلُقُ الْمَرْأَةَ ؟ فَقَالَ : تَرِثُهُ وَيَرِثُهَا مَا دَامَ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ ^(٢) .

وَصَحِيحَتُهُ عَنْهُ أَيْضاً « إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَوَارِثًا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ فَإِذَا طَلَّقَهَا التَّطْلِيقَةَ الثَّلَاثَةَ فَلَيْسَ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ ، وَلَا مِيرَاثٌ بَيْنَهُمَا ^(٣) » .

وَالصَّحِيحُ « أَيُّمَا امْرَأَةٍ طَلَّقْتَ نَمَّ تَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا وَلَمْ تَحْرَمْ عَلَيْهِ فَإِنَّهَا تَرِثُهُ وَتَعْتَدُ عِدَّةَ الْمَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا وَإِنْ تَوَفَّتْ وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا وَلَمْ تَحْرَمْ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يَرِثُهَا ^(٤) » .

وَقَدْ يَسْتَشْكَلُ مِنْ جِهَةِ إِطْلَاقِ صَحِيحِ الْحَلْبِيِّ الْمَذْكُورِ حَيْثُ لَمْ يَفْرُقْ فِيهِ بَيْنَ الْبَائِنِ وَالرَّجْعِيِّ فِي عَدَمِ وِرَاثَةِ الزَّوْجِ إِذَا مَاتَتِ الْمَرْأَةُ مَعَ أَنَّهُ أَخْصٌ مِنَ الْأَخْبَارِ الدَّالَّةِ عَلَى التَّوَارِثِ فِي الْعِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ وَإِنْ كَانَتْ الْأَخْبَارُ الدَّالَّةُ عَلَى التَّوَارِثِ فِي خُصُوصِ الرَّجْعِيِّ وَالصَّحِيحُ الْمَذْكُورُ أَعْمٌ مِنْ جِهَةِ شَمُولِهِ لِلْبَائِنِ وَالرَّجْعِيِّ ، وَيُمْكِنُ تَقْيِيدُهُ بِخُصُوصِ الْبَائِنِ إِلَّا أَنَّهُ يُوجِبُ حَمْلَ الْمَطْلُوقِ عَلَى الْفَرْدِ الْغَيْرِ الْغَالِبِ وَلَا يَنْبَغُ ذِكْرُ الْمَطْلُوقِ بِنَحْوِ ضَرْبِ الْقَانُونِ ، وَقَدْ يَجَابُ بِتَقْيِيدِ صَحِيحِ الْمَذْكُورِ بِالْأَخْبَارِ الدَّالَّةِ عَلَى التَّوَارِثِ فِي الْعِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ وَأَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الصَّحِيحِ مَا لَوْ طَلَّقَ الْمَرِيضُ زَوْجَتَهُ وَخَرَجَتْ عَنِ الْعِدَّةِ . وَتَارَةً أُخْرَى تَقْيِيدُهُ بِالْبَائِنِ ، وَلَا يَخْفَى الْأَشْكَالُ فِي مَا ذَكَرْنَا مِنْهُ وَإِنْ دُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى وِرَاثَةِ الزَّوْجَةِ - مَعَ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الشَّرْطِ فِي الْأَخْبَارِ - الزَّوْجَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَرْفَعُ التَّعَارُضَ بَيْنَ الْأَخْبَارِ الْمَذْكُورَةِ وَالصَّحِيحِ

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ والتهذيب ج ٥ ص ٢٧١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٤ والتهذيب ج ٢ ص ٤٤٣ .

(٣) الفقيه كتاب الموارث باب توارث المطلق والمطلقة تحت رقم ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

المذكور بل لعلّ الوراثة في العدة كالمتيقن و لعلّه لذا احتيج إلى التعبير بمثل « وإن انقضت عدتها » في الأخبار الآتية و التقييد بالبائن ظهر الإشكال فيه ، فمقتضى القاعدة تقديم الصحيح المذكور في تلك الأخبار لكنه خلاف المشهور ، و أما وراثتها للزوج ولو كان الطلاق بائناً فالظاهر عدم الخلاف فيها و أنّها ترثه ما بين الطلاق و بين سنة مالم تنزّج أو يبرأ من مرضه الذي طلقها فيه و يدلّ عليها النصوص المستفيضة منها ما رواه في الكافي عن أبي العباس في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا طلق الرجل المرأة في مرضه ورثته مادام في مرضه ذلك وإن انقضت عدتها ، إلا أن يصحّ منه ، قال : قلت : فإن طال به المرض ؟ قال : ما بينه و بين سنة ، ^(١) .

و ما رواه في الكافي والفقيه عن الحدّاء و أبي الورد عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا طلق الرجل امرأته تطليقة في مرضه ثم مكثت حتى انقضت عدتها فإنها ترثه ما لم تنزّج ، فإن كانت تزوّجت بعد انقضاء العدة فإنها لا ترثه ، ^(٢) .

و ما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجاج في الموثق عمّن حدّثه عن أبي-عبد الله عليه السلام « في رجل طلق امرأته و هو مريض قال : إن مات في مرضه و لم تنزّج ورثته و إن كانت قد تزوّجت فقد رضيت بالذي صنع فلا ميراث لها ، ^(٣) .

و عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته و هو مريض حتى مضى لذلك السنة قال : ترثه إذا كان في مرضه الذي طلقها فيه لم يصحّ من ذلك ، ^(٤) .

و ما رواه في الكافي والتهديب عن أبي العباس في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له رجل طلق امرأته و هو مريض تطليقة و قد كان طلقها قبل ذلك تطليقتين قال : فإنها ترثه إذا كان في مرضه ، قال : قلت و ما حدّ المرض ؟ قال : لا يزال مريضاً

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ و ج ٧ ص ١٣٤ .

(٢) « د » ١٢١ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ١٢٢ و ج ٧ ص ١٣٤ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

حتى يموت و إن طال ذلك إلى السنة » (١) .

المقصد الثاني في المحلل و يعتبر فيه البلوغ و الوطء في القبل بالعقد الصحيح الدائم ، و هل يهدم ما دون الثلاث ؟ فيه روايتان أشهرهما أنه يهدم ولو ادعت أنها تزوجت و دخل و طلقت فالمروي القبول إذا كانت ثقة .

يشترط في المحلل أمور أحدها البلوغ على المشهور خلافاً للشيخ في المبسوط و الخلاف و يدل على المشهور ما رواه في الكافي عن علي بن الفضل الواسطي قال : « كتبت إلى الرضا عليه السلام : رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوجها غلام لم يحتلم ؟ قال : لا حتى يبلغ فكتبت إليه ما حد البلوغ ؟ قال : ما أوجب على المؤمنين الحدود » (٢) .

و ضعف الرواية من جهة السند مجبور بعمل الأصحاب به ، و استدلالاً أيضاً بما روى في عدة أخبار عنه عليه السلام « حتى تذوق عسيلته و يذوق عسيلتك » وهو كما في كتب اللغة كناية عن لذة الجماع و قيل : الإيزال وهو لا يتحقق إلا في البالغ ، و استدلالاً للشيخ بقوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره » الصادق على الكبير و الصغير مع استضعاف سند الخبر و حمل الحديث النبوي على ما يشمل المراهق لأن له لذة الجماع .

و يمكن أن يقال : العمدة الخبر المذكورة المنجبر بالشهرة و إلا فلا مانع من الأخذ باطلاق قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره » و أمّا دعوى الانصراف إلى الأفراد الكثيرة دون النادرة و حمل ذوق العسيلة على اللذة الكاملة الغير الحاصلة لغير البالغ حيث لا يتحقق إلا باليزال فلا يخفى ما فيها من الإشكال لأن مجرد الكثرة لا يوجب الانصراف ولا مجال لحمل ذوق العسيلة على ما يوجب الإيزال لأن الإيزال في المرأة غير غالب بل يكون نادراً على ما قيل فكيف يتحقق الذوق بالنسبة إليهما ومع الإجمال و احتمال كون المراد ذوق لذة الجماع يؤخذ باطلاق الكتاب العزيز لأن الشبهة مفهومية فالمرجع الإطلاق .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٦ .

الثاني أن يظاً المحلل فلا يفي العقد المجرّد عن الوطي و يدلّ عليه ما دلّ على اشتراط ذوق العسيلة . ومن الأخبار الدالة عليه ما رواه في الكافي عن أبي حاتم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يطلق امرأته الطلاق الذي لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره ، ثم تزوّج رجلاً لا يدخل بها قال : لا حتى يذوق عسيلتها » (١) . وما رواه في التهذيب عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته تطليقة ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها فإذا طلقها الثالثة لم تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره فإذا تزوّجها غيره ولم يدخل بها وطلقها أو مات عنها لم تحلّ لزوجها الأوّل حتى يذوق الآخر عسيلتها » (٢) .

الثالث أن يكون الوطي في القبل فلا يكفي في الدبر وهو مستفاد من ذوق العسيلة فإن المرأة لا تلتذّ به بل ربما تتأذى .

الرابع كون الوطي موجباً للغسل بأن تغيب الحشفة أو قدرها من مقطوعها لما اعتبر في الأخبار من الدخول بالمرأة ، واستشكل في الاكتفاء به من جهة ما دلّ على اشتراط ذوق العسيلة وهو لا يحصل بمجرّد هذا وإن كان الظاهر اتّفاقهم على الكفاية .

ويمكن أن يقال بعد اشتراط الدخول و ذوق العسيلة لا يلزم أن يكون ذوق العسيلة من جهة خصوص الوطي حتى يقال : لا يكفي بل يحصل اللذة بالمقدّمات والملاعبة و يكون الوطي بهذا المقدار موجباً لتماميّة اللذة ويتحقّق الإيزال .

الخامس كون ذلك بالعقد الدائم فلا يكفي ملك اليمين والتحليل والنكاح متعة و يدلّ عليه ما رواه الشيخ في التهذيب عن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « قلت له رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوّجها رجل متعة أتحلّ للأوّل ؟ قال : لا لأنّ الله تعالى يقول : « فإن طلقها فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها ، والمتعة ليس فيها طلاق » (٣) .

(١) المصدر ج ٥ ص ٢٢٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

(٣) المصدر ج ٢ ص ٢٥٩ .

والمستفاد من هذا الخبر أن ما ليس فيه طلاق لا يوجب الحلية سواء كان متعة أو تحليلاً أو ملك يمين ، والظاهر اتفاق الفقهاء على ما ذكر .

و أما هدم ما دون الثلاث بأن يكون التحليل كما يتحقق به هدم الثلاث يتحقق هدم ما دون الثلاث بمعنى أنه إذا طلق الزوجة طلقة واحدة أو طلقته ثم خرجت من العدة وتزوجت بغيره تزوجاً مشتملاً على شروط التحليل ثم طلقها أو مات عنها ثم رجعت إلى الزوج الأول بعقد جديد فهل تبقى معه على ثلاث تطليقات بمعنى أن هذا التزوج قد هدم الطلاق الأول بالكلية ولا يحسب تلك الطلقة أو الطلقتان أو أنها تبقى معه على ما بقي من الثلاث بمعنى أن تزوج الثاني لم يهدم الطلاق الأول فتبقى بعد عودها إلى الأول على واحدة أو اثنتين قولان وروايتان الأشهر الأول ويدل على الهدم ما رواه ثقة الإسلام في الكافي عن رفاعة في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته حتى بانت منه وانقضت عدتها ثم تزوجت زوجاً آخر فطلقها أيضاً ثم تزوجها زوجها الأول أيهدم ذلك الطلاق الأول ؟ قال : نعم » (١) .

و روى الشيخ في التهذيب عن رفاعة بن موسى قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل طلق امرأته تطليقة واحدة فتبين منه ، ثم يتزوجها آخر فطلقها على السنة فتبين منه ثم يتزوجها الأول على كم هي عنده ؟ قال : على غير شيء ، ثم قال : يا رفاعة كيف إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها ثانياً استقبل الطلاق فإذا طلقها واحدة كانت على اثنتين » (٢) .

و ما رواه في التهذيب عن عبد الله بن عقيل بن أبي طالب عليه السلام قال : « اختلف رجلان في قضية إلى علي عليه السلام و عمر في امرأة طلقها زوجها تطليقة أو اثنتين فتزوجها آخر فطلقها أو مات عنها فلما انقضت عدتها تزوجها الأول ، فقال عمر : هي تمكث على ما بقي من الطلاق وقال أمير المؤمنين عليه السلام : سبحان الله أيهدم ثلاثاً ولا يهدم واحدة » (٣) .
وفي قبالة ما ذكر أخبار آخر منها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن وفي

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٧ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٨ و ٢٥٩ .

التهديب في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل طلق امرأته تطليقة واحدة، ثم تركها حتى انقضت عدتها، ثم تزوجها رجل غيره، ثم إن الرجل مات أو طلقها فراجعها الأول؟ قال: هي على تطليقتين باقيتين» (١).

وما رواه في الكافي عن علي بن مهزيار في الصحيح قال: كتب عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام «روى بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته على الكتاب والسنة فتبين منه بواحدة فتزوج زوجها غيره فيموت عنها أو يطلقها فترجع إلى زوجها الأول أنها تكون عنده على تطليقتين وواحدة قد مضت؟ فوقع عليه السلام بخطه صدقوا. وروى بعضهم أنها تكون عنده على ثلاث مستقبلات وأن تلك التطليقة ليست بشيء لأنها قد تزوجت زوجها غيره؟ فوقع بخطه: لا» (٢).

وما رواه الشيخ في الصحيح عن منصور، عن أبي عبد الله عليه السلام «في امرأة طلقها زوجها الأول واحدة أو اثنتين، ثم تركها حتى تمضي عدتها فتزوجها غيره فيموت أو يطلقها فيتزوجها الأول؟ قال: هي عنده على ما بقي من الطلاق» (٣).

ورواه أيضاً بسند آخر في الصحيح عن ابن مسكان عن محمد الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام مثله (٤). إلى غير ما ذكر من الأخبار، والمشهور لم يعملوا بهذه الأخبار مع ملاحظة صحة السند وكثرتها والموافقة لاطلاق الكتاب أعني قوله تعالى «فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره» حيث أن المراد كما ورد في الأخبار به أنه إذا طلقها الثالثة وهو أعم من أن يتخلى نكاح زوج غيره أم لا ولو ادعت المرأة أنها تزوجت ودخل الزوج بها وطلقها فالمشهور قبول قولها في ذلك وإن لم تكن ثقة.

وربما يتمسك بمادل على قبول قول المرأة إذا ادعت أنها لازوج لها وبشكل من جهة مغايرة المقام مع دعواها أنها لازوج لها بل المستفاد من رواية حماد الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانت منه فأراد مراجعتها فقال لها:

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٢٦ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

(٢) المصدر ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٥٩ .

إنني أريد مراجعتك فتزوجني زوجاً غيري فقالت لي قد تزوجت زوجاً غيرك و حللت لك نفسي أتصدق و يراجعها و كيف يصنع؟ قال : إذا كانت المرأة ثقة صدقت في قولها ، (١) .

وقد يحمل هذه الرواية على النذب لعدم القائل بالشرطية وعدم مدخلية الوثاق في قبول قول المدعى ولا يخفى الإشكال فيه لعدم تحقق إجماع في المقام وعدم مدخلية الوثاق للمدعى في مقام المرافعة عند المحاكم لا ينافي حجية قول الثقة في غير مقام الترافع ، ألا ترى أن اليد حجة ولا يحكم المحاكم بمجرد دها بل لابد من اليمين حتى يفصل الخصومة والمستفاد من الأخبار حجية قول الثقة وظاهر الرواية الشرطية فلا مانع من الأخذ بمضمونها في المقام .

﴿ المقصد الثالث في الرجعة تصح نطقاً كقوله راجعت ، و فعلا كالوطي والقبلة واللمس بالشهوة ، ولو أنكر الطلاق كان رجعة ، ولا يجب في الرجعة الإشهاد بل يستحب رجعة الأخرس بالإشارة ، وفي رواية بأخذ القناع . ولو ادعت انقضاء العدة في الزمان الممكن قبل ﴾ .

لا خلاف في مشروعية الرجعة و يدل عليه الكتاب والسنة ولا خلاف أيضاً في أنها تصح نطقاً كقوله راجعتك و رجعتك ، ولا شك في أن الرجعة من الإيقاعات المنتهقة بإنشاء الزوج المطلق و على هذا فكل ما يصدق عليه الرجعة من القول والفعل إذا تحقق قبل انقضاء العدة في غير الطلاق البائن يوجب بقاء زوجية السابقة ، نعم لا مانع من جعل ما لا يصدق معه الرجعة رجعة تنزيلاً أو جعله طريقاً شرعاً إلى الرجعة فمثل الوطي والقبلة إن كان مقروناً بقصد الرجوع يكون رجعاً و إن لم يكن مقروناً بالقصد فإن استفيد من الدليل كفايته في تحقق الرجعة ليس رجعاً حقيقة بل نزل منزلة الرجوع و إن استفيد من الدليل ترتب الأثر عليه مع الشك أمكن أن يكون من جهة الطريقية ، فمع القطع بعدم القصد لا يكفي .

و مما يدل على وقوع الرجعة بالوطي ما رواه الصدوق عن الحسن بن محبوب في الصحيح عن محمد بن القاسم قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام : من غشي امرأته بعد انقضاء العدة جلد الحد و إن غشيها قبل انقضاء العدة كان غشيانه إياها رجعة » (١) .

الظاهر عدم شمول هذا الخبر صورة الغفلة والنسيان حيث إنه لا يجلد معه الحد بعد انقضاء العدة فلا بد أن يكون مع الالتفات والتأمل فتارة يكون بقصد الرجوع ولا إشكال في تحققه وأخرى لا بقصد الرجوع بل لقضاء الشهوة بحيث لا يبالي بأي نحو أمكن فشمول الخبر لهذه الصورة لا يخلو عن الإشكال لاحتمال أن يكون النظر إلى عدم الحاجة في الرجعة إلى القول كالطلاق المحتاج إلى اللفظ الخاص ، وأن يكون النظر إلى حمل فعل المسلم على الصحة ، وأن يكون فعله بقصد الرجعة نظير بيع ذى الخيار العين المبيعة فمع عدم التصديق بتحقيق الرجعة مع أنها من الأمور القصدية غاية ما يقال أن إطلاق الخبر يشمل صورة عدم قصد الرجوع لكنه مع ملاحظة اشتراط القصد بل ركنيته في الإيقاعات كيف يؤخذ بالإطلاق مع احتمال كون النظر إلى رفع توهم لزوم اللفظ أو إلى عدم التوجه إلى الشك مع احتمال عدم القصد إلى الرجعة إلا إن يتحقق الإجماع على الكفاية مع عدم القصد ولو أنكر الطلاق كان إنكاره رجعة بلا خلاف ظاهراً . ويدل عليه صحيحة أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن امرأة ادعت على زوجها أنها طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً يعني على طهر من غير جماع وأشهد لها شهوداً على ذلك ثم أنكر الزوج بعد ذلك ؟ فقال : إن كان إنكار الطلاق قبل انقضاء العدة فإن إنكاره للطلاق رجعة لها وإن أنكر الطلاق بعد انقضاء العدة فإن على الإمام أن يفرق بينهما بعد شهادة الشهود بعد ما تستحلف أن إنكاره الطلاق بعد انقضاء العدة وهو خاطب من الخطاب » (٢) .

وعن الفقه الرضوي عليه السلام « وأدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق فيكون

(١) النقيه باب ما يجب به التمييز والحد تحت رقم ١٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٢ .

إنكار الطلاق رجعة ، وقد يستظهر من ذلك عدم اعتبار قصد معنى الرجوع في الرجعة ضرورة أن إنكار أصل الطلاق منافي لقصد الرجعة به ، ومن هنا استشكل بعضهم الحكم المزبور بأن الرجعة مترتبة على الطلاق و تابعة له و إنكاره يقتضي إنكار التابع فلا - يكون رجعة و إلا لكان الشيء سبباً في النقيضين ، بل يكفي فيه قوله حينئذ : « هي زوجتي » .

و يمكن أن يقال : يستفاد من قوله تعالى « و بعولتهن أحق بردهن » اعتبار حقيقة الرد و الرد محتاج إلى الإنشاء فإِنْ نكار الطلاق تارة يكون باعتقاد الزوج عدم وقوع الطلاق أصلاً و تكذيب الزوجة في تحققه ، و أخرى يكون مع اعتقاده وقوع الطلاق ، ففي الصورة الثانية يرجع الإنكار إلى التمسك بالزوجة بالملازمة أو بالتضمن و لعل هذا هو مراد المحقق - قدس سره - في الشرايع من قوله : كان ذلك رجعة ، لأنه يتضمن التمسك بالزوجة . و أما الصورة الأولى فليس فيه التمسك الإنشائي بل تخطئة لما تدعى المرأة فشمول الخبر له يحتاج إلى الالتزام بكون الإنكار نزلاً منزلة الرجعة تبعاً فلا مجال لدعوى أن الرجعة ليست من الإيقاعات المحتاجة إلى القصد و شمول الخبر لهذه الصورة بعيد لبعده خطأ الزوج مع وقوع الطلاق .

و أما ما ذكر من « أن » إنكار الطلاق إنكار التابع فلا يكون رجعة - إلخ ، فيمكن أن يجاب عنه بأن اللازم التمسك بالزوجة بعد ما كانت مترتبة من جهة الطلاق الرجعي قابلة للزوال بانقضاء العدة فانكار تزلزله من جهة الطلاق لا ينافي التمسك فلا يكون الإنكار سبباً للنقيضين و مع تعليل المصنف - قدس سره - بأن إنكار الزوج يتضمن التمسك بالزوجة يشكل دعوى الاتفاق على كون الإنكار رجعة في كلتا صورتين .

و أما عدم وجوب الأشهاد في الرجعة فلا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه جملة من الأخبار منها ما رواه في الكافي عن زرارة و محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إن الطلاق لا يكون بغير شهود و إن الرجعة بغير شهود رجعة ، و لكن يشهد

بعد فهو أفضل ، (١) .

و عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام « في الذي يراجع ولم يشهد ؟ قال : يشهد أحب إلي ولا أرى بالذي صنع بأساً » (٢) .

و في صحيحة محمد بن مسلم « وإنما جعل الشهود لمكان الميراث » (٣) .

و إما استحباب الإشهاد فلما في ما ذكر من قوله عليه السلام على المحكمي ، « فهو أفضل و يشهد أحب إلي » ، لكنّه لم يظهر أن الإشهاد مستحب شرعي مولوي أو يكون لأمر آخر من عدم وقوع التنازع في نحو الميراث كما ذكر في الصحيحة فلعله للإرشاد . و أما تحقيق الرجعة بإشارة الأخرس فالمعروف أنه لم يعثر فيه على رواية والمحكمي عن الشيخ علي بن الحسين في رسالته إلى ولده : الأخرس إذا أراد أن يطلق امرأته ألقى على رأسها قناعها يربها أنها قد حزمت عليه و إذا أراد مراجعتها كشف القناع عنها يرى أنها قد حلت . و نحو ذلك في كتاب المقنع لابنه . و هذا القول قد جعله الشيخ و ابن البرّاج رواية و كذلك المحقق في المتن أسنده إلى الرواية ، نعم روي الكليني عن السكوني عن الصادق عليه السلام أنه قال : « طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها و يعتزلها » (٤) .

و نصب هذا القول في الشرايع إلى الشذوذ ، و يمكن أن يقال بعد ما لم يعتبر في الرجعة لفظ خاص أو فعل خاص فكل ما يصدق عليه الرجعة يكفي ولو لم يدل دليل على اعتباره بالخصوص و لو ادّعت انقضاء العدة في الزمان الممكن أي المحتمل فالمعروف قبول قولها و مع إنكار الزوج والترافع القول قولها مع يمينها و يدل على قبول قولها قول أبي جعفر عليه السلام على المحكمي في صحيح زرارة أو حسنه « العدة والحيض للنساء إذا ادّعت صدقت » (٥) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٣ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٢ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠١ . و التهذيب ج ١ ص ١١٣ .

وما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « العدة والحيض إلى النساء » (١) .

وروى أمين الإسلام الفضل بن الحسن الطبرسي عن الصادق عليه السلام في قوله تعالى « ولا يحلُّ لهنَّ أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهنَّ » قال : قد فوّض الله إلى النساء ثلاثة أشياء : الحيض والطهر والحمل .

وغير ما ذكر من النصوص الدالة على تصديقها وقد يقال : إن مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين دعوى المعتاد وغيره لكن قرّب في اللمعة عدم قبول دعوى غير المعتاد من المرأة إلاّ بشهادة أربع نساء مطلعات على باطن أمرها ناسباً له إلى ظاهر الروايات ففي التهذيب مسنداً عن أمير المؤمنين صلوات الله عليه أنه قال : في امرأة ادّعت أنها حاضت في شهر واحد ثلاث حيض أنه كلفوا نسوة من بطانتها هل كان حيضها فيما مضى على ما ادّعت فإن شهدن صدّقت وإلا فهي كاذبة » (٢) .

وعن الشيخ حملة على التهمة جمعاً بين الأخبار ، واستشكل بأن الخبر المذكور معارض بالأصح سنداً وأكثر عدداً .

ويمكن أن يقال : مقتضى الأخبار المذكورة تصديق قولها إلاّ أنه إذا ادّعت ما يوثق بخلافه - والوثوق طريق عند العقلاء - فشمول الأخبار لهذه الصورة بدعوى إطلاقها لها مشكك ألا ترى أن القائلين بوجوب الاحتياط في أطراف الشبهة المقررة بالعلم الإجمالي يفرّقون بين الشبهة المحصورة وغير المحصورة ، والظاهر أن الوجه في عدم لزوم الاحتياط ليس إلاّ موهونية الاحتمال لا لزوم الحرج أو غيره مما يرخّص به عدم الاحتياط ولعلّ التعبير في كلام المصنّف - قدّس سرّه - « في الزمان الممكن » لا يشمل هذه الصورة فتأمل .

﴿ المقصد الرابع في العدد ، والنظر في فصول : الأوّل لاعدّة على من لم يدخل بها عدى المتوفى عنها زوجها ، ونعني بالدخول الوطى قبلاً أو دبراً ولا تعجب بالخلوة

(١) التهذيب ج ٢ ص ٠٠٠ .

(٢) التهذيب ج ١ ص ١١٣ .

الثاني في المستقيمة الحيض ، وهي تعدُّ بثلاثة أطهار على الأشهر إذا كانت حرة ، وإن كانت تحت عبد . وتحتسب بالطهر الذي طلقها فيه ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة ، وتبين برؤية الدم الثالث . وأقل ما تنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان ، وليست الأخيرة من العدة بل دلالة الخروج .

لا عدة على الزوجة الغير المدخول بها سواء بانء بطلاق أو فسخ إلا المتوفى عنها زوجها إتفاقاً ، ويدل عليه من الكتاب العزيز في الطلاق قوله عز وجل : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعدونها » .

ومن الأخبار في ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل إذا طلق امرأته ولم يدخل بها ، فقال : قد بانء منه و تزوج من ساعتها إن شاءت » (١) .

وما رواه في الكافي في الصحيح عن زرارة ، عن أحدهما عليهما السلام « في رجل تزوج امرأة بكراً ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ثلاث تطليقات في كل شهر تطليقة ؟ قال : بانء منه في التطليقة الأولى و اثنتان فضل و هو خاطب يتزوجها متى شاءت و شاء بمهر جديد قيل له فله أن يراجعها إذا طلقها تطليقة واحدة قبل أن تمضي ثلاثة أشهر قال : لا إنما كان يكون له أن يراجعها أو كان دخل بها أولاً و أمّا قبل أن يدخل بها فلا رجعة له عليها فقد بانء منه ساعة طلقها » (٢) .

و عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إذا طلق امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدة تزوج من ساعتها و بينهما تطليقة واحدة وإن كان فرض لها مهراً فلها نصف ما فرض » (٣) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٢ و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٨٢ .

ولا خلاف ظاهراً في أن المراد بالدخول الوطى قبلاً أو دبراً وطياً موجباً للفسل واستدل على ذلك بقول أبي عبدالله عليه السلام في حسنة الحلبي « في رجل دخل بامرأته إذا التقى الختانان وجب المهر والعدّة » ^(١) و بهذا المضمون أخبار آخر ^(٢) .

وفي الصحيح عن عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سأله أبي و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأة فأدخل عليه فلم يمستها ولم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عدّة منه ؟ قال : إنما العدّة من الماء ، قيل له : وإن كان يواقعها في الفرج ولم ينزل ؟ فقال : إذا أدخله وجب المهر والفسل والعدّة » ^(٣) .

وفي الموثق ، عن يونس بن يعقوب عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سمعته يقول : لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج » ^(٤) .

وقد يستشكل في شمول الأخبار الوطى في الدبر وما في خبر عبدالله بن سنان المذكور من التعليق على الإدخال في الفرج منصرف إلى الافراد الشائعة لا النادرة ، ويمكن أن يقال : بعد ما كان المتكلم في مقام البيان لا بد من ظهور كلامه بحيث يرتفع الشبهة وليس كل غلبة وشيوع يرتفع منه الشبهة ، و بعبارة أخرى لا بد أن يكون الانصراف بمنزلة التقييد اللفظي وليس المقام من هذا القبيل مع أنه ورد في بعض الأخبار أنه أحد المأثنين .

و استشكل أيضاً في صورة انصباب المنى في الفرج بدون إدخال من جهة أن الأصل في الاعتداد التحرّز عن اختلاط المياه و من جهة ترتب العدّة على الوطى والدخول .

و يمكن أن يقال : لا مانع من الأخذ بقوله عليه السلام على المحكمي في صحيح عبدالله بن سنان « إنما العدّة من الماء » والظاهر أن الحصر إضافي في قبال عدم المس

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

(٢) جامع الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ .

(٤) المصدر ج ٦ ص ١٠٩ بدون ذكر « في الفرج » .

بوجه فلا ينافيه قوله بعد ذلك « إذا أدخله وجب المهر والغسل والعدّة » لمنع استفادة العليّة المنحصرة من القضية الشرطيّة بل لازم استفادة العليّة المنحصرة في المقام لغوية مدخليّة الماء في العدّة هذا مضافاً إلى أن مقتضى قوله تعالى « وأولات الأسمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ » ثبوت العدّة مع الحمل ، وقد يستشكل في المقام بأن الآية إنما يراد منها بيان مدّة العدّة للحامل لأن المراد منه بيان وجوب العدّة على الحامل .

ويمكن أن يقال : إذا ثبت الإطلاق في مدّة العدّة للحامل يثبت أصل العدّة بالملازمة ولعلّ هذا نظير استدلال الإمام عليه السلام على المحكمي بقوله تعالى « فإن طلقها - الخ » لانهصار المحكم في النكاح بالنكاح الدائم .

وأما ثبوت العدّة للمتوفى عنها زوجها ولو لم تكن مدخولاً بها فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

وأما عدم ثبوت العدّة بمجرد الخلوة فلما ذكر في كتاب النكاح من توجيه الأحكام الحاكمة بكون الخلوة كالدخول ، ثمّ إنّه بعد ثبوت العدّة فمع كون المرأة مستقيمة الحيض تعدّ بثلاثة أقرء وهي الاطهار على الأشهر إذا كانت حرّة ، سواء كانت تحت حرّة أو تحت عبد ، والعمدة في المقام الأخبار الواردة في تفسير القرء وإن كان القرء يستعمل في الطهر والحيض بحسب اللغة . والأخبار الدالة على أنّها الاطهار منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في الحسن قال : « الأقرء هي الاطهار » (١) .
فما رواه في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « القرء ما بين الحيضتين » (٢) .
وعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام مثله (٣) .

وعن زرارة في الصحيح أو الحسن قال : « سمعت ربيعة الرأي يقول : إن من رأيي أن الأقرء التي سمى الله عزّ وجلّ في القرآن إنّما هو الطهر فيما بين الحيضتين فقال : كذب لم يقله برأيه ولكنه إنما بلغه عن عليّ عليه السلام ، فقلت : أصلحك الله كن عليّاً عليه السلام يقول ذلك ؟ فقال : نعم إنّما القرء الطهر تقرأ فيه الدّم فتجمعه فإذا

جاء الحيض دفته « (١) .

وفي المروي عن جمع البيان و تفسير العياشي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « أن علياً صلوات الله عليه كان يقول: إنما القرء الطهر يقرء فيه الدم فتجمعه فإذا جاء الحيض قذفته ، قلت : رجل طلق امرأته من غير جماع بشهادة عدلين ؟ قال : إذا وقعت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها و حلت للأزواج ، قلت : أهل العراق يروون أن علياً عليه السلام يقول : إنه أحقُّ برجمتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة « فقال : كذبوا .

وفي قبال ما ذكر أخبار آخر منها ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « عدّة التي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة أقراء و هي ثلاث حيض ، (٢) . وعن أبي بصير وهو المرادي في الصحيح مقطوعاً مثله (٣) .

و عن القدّاح في الموثوق عن أبي عبد الله ، عن أبيه عليه السلام قال : قال علي عليه السلام : « إذا طلق الرجل المرأة فهو أحقُّ بها ما لم تغتسل من الثالثة » (٤) .

و عن إسحاق بن عمار ، عن حدّثه ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « جاءت امرأة إلى عمر فسألته عن طلاقها قال : اذهبي إلى هذا فاسأليه - يعني علياً عليه السلام - فقالت لعلي عليه السلام : إن زوجي طلقني ؟ قال : غسلت فرجك ؟ قال : فرجعت إلى عمر فقال : أرسلتني إلى رجل يلعب ، قال : فردّه إليه مرتين كل ذلك ترجع و تقول : يلعب ، قال : فقال لها : انطلقني إليه فإنه أعلمنا ، قال : فقال لها علي عليه السلام : غسلت فرجك ؟ قالت : لا ، قال : فزوجك أحقُّ ببيعتك ما لم تغتسل فرجك » (٥) .

(١) الحيض في اللغة بمعنى السيالان والقرء بمعنى الجمع ، و لما كان اندم في أيام الطهر ساكناً غير سيال و يجمع الرحم هذا الدم و يدفته في زمان الحيض سمي حياً فظهر عدم اشتراك القرء في الحيض والطهر فاستعمال القرء بمعنى الحيض مجاز . والخبر في الكافي

ج ٦ ص ١٩ .

(٢) (٣٠٢) الاستبصار ج ٣ ص ٣٣٠ ، و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ .

(٤) (٥٠٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٢٩ .

وعن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام «في الرِّجُلِ يَطْلُقُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً عَلَى طَهْرٍ مِنْ غَيْرِ جَمَاعٍ يَدْعُهَا حَتَّى تَدْخُلَ فِي قَرْنِهَا الثَّالِثَ وَيَحْضُرُ غَسْلَهَا ثُمَّ يَرَا جَمْعَهَا وَيَشْهَدُ عَلَى رَجْعَتِهَا ، قَالَ : هُوَ أَمْلَكَ بِهَا مَا لَمْ تَحُلْ لَهَا الصَّلَاةَ ، ^(١) .

والمشهور حمل هذه الأخبار على التقيّة وقد ذكر في بعض الأخبار تكذيب ما ينسب إلى عليّ صلوات الله عليه . هذا إذا كانت المرأة حرة ولو كان تحت عبد لماسيجبيء إن شاء الله تعالى من أن عدّة الأمة قرآن .

وَأَمَّا احْتِسَابُ الطَّهْرِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الطَّلَاقُ فَلَمَّا دُلَّ عَلَى أَنَّ الدُّخُولَ فِي الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ مُوجِبٌ لِلخُرُوجِ عَنِ الْعِدَّةِ وَلَا يَتَوَصَّرُ ذَلِكَ إِلَّا بِاحْتِسَابِ الطَّهْرِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الطَّلَاقُ .

وَأَمَّا انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ بِسِتَّةِ وَعَشْرِينَ يَوْمًا وَلِحِظَتَيْنِ فَلَا مَكَانَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ فِي لِحِظَةِ الطَّهْرِ وَرُؤْيَةِ دَمِ الْحَيْضِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَقَلَّ أَيَّامِ الْحَيْضِ وَحُصُولِ الطَّهْرِ بَعْدَ الثَّلَاثَةِ عَشْرَةِ أَيَّامٍ أَقَلَّ الطَّهْرِ ، وَرُؤْيَةِ الدَّمِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ الطَّهْرِ عَشْرَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ رُؤْيَةِ الدَّمِ لِحِظَةً وَاللَّحِظَةُ الْآخِرَةُ بِمَلاحِظَةِ الدَّلَالَةِ عَلَى تَمَامِيَةِ الطَّهْرِ الْآخِرِ وَبِئْسَ الدَّاخِلَةُ لِمَا نَبَتْ مِنْ أَنَّ الْأَقْرَاءَ الْأَطْهَارَ لَيْسَ غَيْرُ .

﴿ الثالث في المسترابة وهي التي لا تحيض وفي سنّها من تحيض ، وعدّها ثلاثة أشهر . وهذه تراعى الشهور والحيض وتعدّ بأسبقهما . أمّا لو رأت في الثالث حيضة وتأخّرت الثانية أو الثالثة صبرت تسعة أشهر لاحتمال الحمل ثمّ اعتدّت بثلاثة أشهر ، وفي رواية عمّار تصبر سنة ثمّ تعدّ بثلاثة أشهر ﴾ .

أمّا المسترابة التي لا تحيض وهي في سنّ من تحيض فعدّها ثلاثة أشهر وهذه تراعى الشهور والحيض وتعدّ بأسبقهما واستدلّ بعموم قوله تعالى «واللّائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدّتهنّ ثلاثة أشهر واللّائى لم يحضنّ» وفسر اللّائى يئسن من المحيض باللّائى لا تدرن لكبر ارتفع حيضهنّ أم لعارض لأنهن لو كنّ

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٣١ .

في سنّ من لا تحيض لم يكن للارتباب معنى ، والأخبار منها ما رواه في الكافي والتهذيب في الحسن أو الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « أمران أيهما سبق بانت به المطلقة المستترابة تستريب الحيض إن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت به ، وإن مرّت به ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض » قال ابن أبي عمير : « قال بهيل : و تفسير ذلك أن مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت ثم مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت ثم مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت ثم مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت فهدت تعدد بالحيض على هذا الوجه ولا تعدد بالشهور ، وإن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض لم تحض فيها فقد بانت » (١) .

وما رواه في الكافي عن زرارة في الموثق عن أحدهما عليه السلام قال : « أي الأمرين سبق إليها فقد انقضت عدتها إن مرّت ثلاثة أشهر لا ترى فيها دم فقد انقضت عدتها فإن مرّت ثلاثة أفرأ فقد انقضت عدتها » (٢) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

أما لو رأت في الشهر الثالث حيضة و تأخرت الحيضة الثانية أو الثالثة فالمشهور أنها صبرت تسعة أشهر لاحتمال الحمل ثم اعتدت بثلاثة أشهر والأصل في هذا الحكم ما رواه الشيخ في التهذيب عن سورة بن كليب قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع طلاق السنة و هي ممن تحيض فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلّا حيضة واحدة ، ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أخرى و لم تدر ما رفع حيضها قال : إذا كانت شابة مستقيمة الطمث فلم تطمث في ثلاثة أشهر إلّا حيضة ثم ارتفع طمثها فلا تدرى ما رفعها فإنها ترتب تسعة أشهر من يوم طلقها ثم تعدد بعد ذلك ثلاثة أشهر ثم تزوج إن شاءت » (٣) ثم إن هذه الرواية و إن كانت تخالف الأخبار السابقة الدالة على أن الشهور والحيض أيهما سبق بانت المرأة لكنّها أخص من تلك الأخبار و لهذا يؤخذ بمضمونها ؛ و لكنّه استشكل في تعميمها من جهة اختصاصها بخصوص مستقيمة الحيض دون غيرها فلا بد من الاقتصار عليها .

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٨ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٠٠ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٨١ .

ويمكن أن يقال وجه الأخصيثة إذا كان جهة استقامة الحيض فلا بد من اختصاص مورد تلك الأخبار بغير صورة استقامة الحيض ولعله لا يخلو من البعد لأن دم الحيض طبيعي بحيث يكون انقطاعه خلاف الطبيعة فلعل الغالب فيه الاستقامة ولا أقل من كون صورة عدم الاستقامة غير الغالب فكيف يحمل الأخبار الواردة بعنوان القانون الكلي على غير الغالب وأما ما في المتن من الصبر تسعة أشهر فبعيد من جهة أن الحمل يستين بأقل من هذه المدة فكيف يحمل الخبر المذكور على هذا . وأما رواية عمارة عن الصادق عليه السلام « أنه سئل عن رجل عقد امرأة شابة وهي تحيض كل شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة كيف يطلقها زوجها ؟ فقال : أمرها شديد تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود ، ثم ترك حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضت فإذا حاضت ثلاثاً فقد انقضت عدتها ، قيل له : وإن مضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض ؟ قال : إذا مضت سنة ولم تحض ثلاث حيض يترتب بها بعد السنة ثلاثة أشهر ثم قد انقضت عدتها ، قيل : فإن مات أو ماتت ؟ فقال : أيهما مات ورث صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهراً ،^(١) فالظاهر أنه لم يعمل بمضمونها ، وحكى عن الاستبصار حملها على ضرب من الندب والاحتياط ، ويشكل من جهة أنه كيف يؤخذ بما في ذيلها من الوراثة ما بينه وبين خمسة عشر شهراً مع انقضاء العدة واقعاً .

ولا عدة على الصغيرة ولا اليائسة على الأشهر ، وفي حد اليأس روايتان أشهرهما خمسون سنة ولو رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت اليأس أكملت العدة بشهرين ، ولو كانت لا تحيض إلا في خمسة أشهر أو ستة اعتدت بالأشهر .
المعروف أنه لا عدة على الصغيرة مع الدخول بها ولا على اليائسة ويدل عليه أخبار منها حسنة زارة عن الصادق عليه السلام « في الصبية التي لا تحيض مثلها والتي قد يتست من المعيض ليس عليهما عدة وإن دخل بهما »^(٢) .

وموثقة عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام « ثلاث يتزوجن على كل حال : التي

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٥ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٧ .

لم تحض و مثلها لا تحيض ، قلت : و ما حدُّها ؟ قال : إذا أتى لها أقلُّ من تسع سنين و التي لم يدخل بها ، و التي قد يشت من المحيض و مثلها لا تحيض ، قلت : و ما حدُّها ؟ قال : إذا كان لها خمسون سنة « (١) .

و صحيح حماد بن عثمان « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التي يشت من المحيض و التي لا تحيض مثلها ؟ قال : ليس عليهما عدة » (٢) .

و حسنة محمد بن مسلم « سألت (سمعت خ ل) أبا جعفر عليه السلام « يقول في التي يشت من المحيض يطلقها زوجها ، قال : بانت منه و لا عدة عليها » (٣) .

و حسنة محمد بن مسلم عنه أيضاً « التي لا تحبل مثلها لا عدة عليها » (٤) .

و تعيين حدِّ اليأس بخمسين سنة هنا يخالف التحديد المذكور في باب الحيض حيث فصل بين غير القرشية و القرشية و حدُّ في القرشية بستين ، و لعلَّ التحديد المذكور هنا محمولٌ علي الغالب ، و لعلَّ الغالب في القرشية أيضاً في هذه الأعمار حصول اليأس بعد بلوغ خمسين سنة .

و في قبال ما ذكر أخبار آخر منها مضمرة أبي بصير « عدة التي لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر و التي قد قعدت من المحيض ثلاثة أشهر » (٥) .

و خبر ابن سنان عن الصادق عليه السلام « في الجارية التي لم تدرك الحيض يطلقها زوجها بالشهور » (٦) .

و خبر هارون بن حمزة الغنوي « سألته عن جارية طلقت و لم تحض بعد فمضى لها شهران ثم حاضت أعتدُّ بالشهرين ؟ قال : نعم و تكمل عدتها شهراً ، قال : فقلت : أتكمل

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٥ .

(٢) و (٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ . و الكافي ج ٦ ص ٨٥ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ . و الكافي ج ٦ ص ٨٥ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٨٥ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

(٦) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٧ .

عدتها بحيضة؟ فقال: لا، بل بشهر يمضي آخر عدتها على ما يمضي عليها أو لها،^(١) إلى غير ما ذكر من الأخبار.

و الظاهر عدم العمل بهذه الأخبار والمخالف في المسئلة السيد المرتضى وغيره واستدل بقوله «واللآئي يثن من المحيض - الخ -» بحمل الارتياح على الجهل بالحكم مؤيداً بما روي في سبب نزول الآية أن أبي بن كعب قال: يا رسول الله إن عدداً من عدد النساء لم تذكر في الكتاب الصغار والكبار وأولات الأحمال، فأنزله الله تعالى الآية فكان هذا دالاً على أن المراد من الارتياح ما ذكرنا لا الارتياح بأنها آيسة لأنه تعالى قد قطع في الآية على اليأس من المحيض والمشكوك في حالها والمرتاب في أنها تحيض أو لا تحيض لا تكون آيسة على أنه لو كان المراد ذلك لكان حقه أن يقول: إن ارتبتن لأن المرجع في ذلك إليهن ولما قال «إن ارتبتم» علم إرادة الارتياح بالمعنى الذي ذكرنا.

وأجيب بأنه خلاف الظاهر من التعبير بالارتياح إذ لو كان ذلك المراد لكان المناسب التعبير بالجهل على أن جميع الأحكام واردة على حال الجهل بها فيكون حينئذٍ لفائدة فيه، وخبر أبي مع أنه مقدوح فيه بأنه إن صحّ لزم تقدّم عدّة نوات الأقران مع أنها إنما ذكر في البقرة وهي مدنيّة وتلك الآية في الطلاق وهي مكّيّة في المشهور لا تعين في غير البالغة والياثسة، وما حكاه عن جمهور المفسرين في تفسير الآية معارض بما في المحكي عن مجمع البيان في تفسيرها قال: فلا تدرن لكبر ارتفع حيضهن أم لعارض فعدتهن ثلاثة أشهر و هن اللواتي أمثالهن يحضن لأنهن لو كن في سن من لا تحيض لم يكن للارتياح معنى، وهذا هو المروي عن ائمتنا عليهم السلام ففي الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عز وجل «إن ارتبتم ما الرية فقال: ما زاد على شهر فهو رية، فلتعدت ثلاثة أشهر ولترك الحيض، وما كان في الشهر

لم يزد في الحيض على ثلاث حيض فعدتها ثلاث حيض ، (١) .
قال الشيخ - رحمه الله تعالى - : الوجه فيه أنه إن تأخر الدم عن عاداتها أقل من الشهر فليس لريبة الحمل بل ربما كان لعلة فلتعدت بالأقراء فإن تأخر الدم شهراً فإنه يجوز أن يكون للحبل فتعدت ثلاثة أشهر ما لم تر فيها دمياً .

ويمكن أن يقال : بما يبعد حمل الارتباب على الجهل بالحكم أن ظاهر القضية الشرطية مدخلية الشرطي في الجزاء ولا نرى في المقام مدخلية للجهل بالحكم لثبوت الاعتداد بثلاثة أشهر ، ونظر جمهور المفسرين بلا استناد إلى قول المعصوم أو قرينة حالية أو مقالية مع عدم الظهور اللفظي ما معنى حجيته ، فبعد ورود الأخبار وعدم العمل بالأخبار المعارضة لا مجال للعدول عن المشهور .

و لو رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت اليأس أكملت العدة بشهرين بلا خلاف ظاهراً لخبر هارون بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام « في امرأة طلقت وقد طعن في السن فحاضت حيضة واحدة ، ثم ارتفع حيضها؟ قال : تعدت بالحيض وشهرين مستقبليين فإنها قد بثت من المحيض » (٢) .

و لو كانت لا تحيض إلا في خمسة أشهر أو ستة أشهر اعتدت بالأشهر دون الأقراء بلا خلاف ظاهراً و يدل عليه خبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام « إنه قال في المرأة التي يطلقها زوجها وهي تحيض كل ثلاثة أشهر حيضة ، فقال : إذا انقضت ثلاثة أشهر انقضت عدتها بحسب لها لكل شهر حيضة » (٣) .

و خبر أبي مريم عنه عليه السلام أيضاً « عن الرجل كيف يطلق امرأته وهي تحيض في كل ثلاثة أشهر حيضة واحدة؟ قال : يطلقها تطليقة واحدة في غرة شهر فإذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم طلاقها فقد بانت منه وهو خاطب من الخطاب » (٤) .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩٩ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٤) الاستبصار ج ٣ ص ٣٢٤ والتهذيب ج ٢ ص ٢٨٢ .

و من المعلوم كون المراد من حيضها في كل ثلاثة أشهر بعدها .
 و في صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « أنه قال في التي تحيض في كل ثلاثة
 أشهر مرّة أو في ستة أو في سبعة أشهر والمستحاضة التي لم تبلغ المحيض و التي تحيض
 مرّة و يرتفع مرّة و التي لا تطمع في الولد و التي قد ارتفع حيضها و زعمت أنها لم
 تياس و التي ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم . فذكر أن عدّة هؤلاء كلهن ثلاثة
 أشهر » (١) .

و قد سبق ما دلّ من الأخبار على الاعتداد بأسبق الأمرين من الأقران و الثلاثة
 أشهر .

الرابع في الحامل و عدتها في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة ولو لم
 يكن تاماً مع تحققه حملاً . و لو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى الحمل . و لو وضعت
 توأماً بانت به على تردّد . و لا تنكح حتى تضع الآخر ، و لو طلقها رجعيّاً ثم ماتت استأنفت
 عدّة الوفاة ، و لو كان بائناً اقتصر على إتمام عدّة الطلاق .

المشهور أن عدّة الحامل في الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة و يدلّ عليه
 قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » و الأخبار منها ما رواه في الكافي
 عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا طلق المرأة وهي حامل فأجلها أن تضع حملها
 و إن وضعت من ساعتها » (٢) .

و ما رواه في الفقيه في الصحيح والكليني في الموثق عن عبد الرحمن بن الحجاج
 عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : « سألته عن الحبلية إذا طلقها زوجها فوضعت سقطاً ثم أولم
 يتم فقد انقضت عدتها و إن كان مضغة ، قال : كل شيء وضعته يستين أنه حمل ثم
 أو لم يتم فقد انقضت عدتها و إن كان مضغة » (٣) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٩ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ٨٢ .

(٣) الفقيه باب طلاق الحامل تحت رقم ٦ . و الكافي ج ٦ ص ٨٢ .

وما رواه في التهذيب عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن رجل طلق امرأته وهي حبلية وكان في بطنها اثنان فوضعت واحداً وبقى واحد ؟ قال : تبين بالأول ولانحل للأزواج حتى تضع ما في بطنها » ^(١) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

والمحكي عن الصدوق والسيد المرتضى أن عدّة الحامل أقرب الأجلين من الوضع ومضي ثلاثة أشهر . ويدل على هذا القول ما رواه في الكافي والتهذيب عن أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق الحامل واحدة وعدتها أقرب الأجلين » ^(٢) .

وعن الحلبي في الصحيح ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « طلاق الحبلية واحدة وأجلها أن تضع حملها ، وهو أقرب الأجلين » ^(٣) .

ورواه في الكافي أيضاً عن ابن مسكان عن أبي بصير في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام مثله ^(٤) .

وأجيب بحمل قوله عليه السلام على المحكي أقرب الأجلين على أن وضع الحمل أقرب باعتبار جواز حصوله بعد الطلاق بلحظة أو أيام يسيرة بخلاف التحديد بالثلاثة الأشهر .

وأورد عليه بأن الوضع قد يكون أبعد الأجلين فكيف يوصف بأنه أقرب الأجلين ولازم هذا أن يجعل الجملة وهي أقرب الأجلين في صحيح الحلبي المذكور حالاً بمعنى أنه مع الأقرية تعدد بالوضع لامع الأبعدية . ويمكن الجواب بأنه مع عدم الأقرية بحسب الغالب كيف جعل الأجل وضع الحمل بقول مطلق في الكتاب والأخبار .
و يدل على كفاية الوضع ولو لم يكن ما وضعته تماماً صحيح عبد الرحمن المذكور .

فلو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى الحمل والظاهر أنه سنة واستدل عليه

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٠ والكافي ج ٦ ص ٨٢ .

(٢) (٣١٣ و٣٢) الكافي ج ٦ ص ٨٢ والتهذيب ج ٢ ص ٢٦٨ .

- مضافاً إلى الوجدان كما حكى عن المسالك حيث قال : قد وقع في زماننا - صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج « سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول : إذا طلق الرجل امرأته فادّعت حبلاً انتظرت تسعة أشهر فإن ولدت وإلا اعتدت بثلاثة أشهر ، ثم قد بانت منه » (١) .

وخبر محمد بن حكيم عن أبي إبراهيم أو ابنه عليه السلام أنه قال : « المطلقة طلقها زوجها فتقول : أنا حبلى فتمكث سنة قال : إن جاءت به لاكثر من سنة لم تصدق ولو ساعة واحدة في دعواها » (٢) .

و لو وضعت توأماً فهل تبين بوضعه قبل وضع الآخر؟ فيه قولان أحدهما أنه تبيين وإن لم تنكح إلا بعد وضع الآخر . وهو مختار الشيخ في النهاية و ابن البراءج و حمزة و ابن الجنيّد - قدس سرهم - وعليه تدلّ رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله المتقدمة و قال صاحب مجمع البيان وروي أصحابنا : إن الحامل إذا وضعت واحداً انقطعت عصمتها من الزوج ولا يجوز أن تعقد على نفسها لغيره حتى تضع الآخر . و يمكن أن يكون نظره إلى هذه الرواية . و استشكل من جهة ضعف الرواية و عدم الجابر لضعفه .

و القول الآخر أنها لا تبين إلا بوضع الجميع استظهاراً مما دلّ على انقضاء العدة بالوضع . ولا يخلو عن الإشكال لا مكان أن يقال : وضعت حملها بعد وضع أحدهما كما أن الطبيعة متحققة بتحقيق فرد منها .

و مع الشكّ إن بنى على جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية كما هو المعروف بين الأكابر المتأخرين يستصحب بقاء العدة ، و مع التأمل فيه يشكّل الأمر من جهة رجوع الزوج إليها في زمان الشكّ والوراثة إذا مات أحد الزوجين و ساير ما يترتب على بقاء العدة و انقضائها فلا بدّ من الاحتياط إن أمكن .

ولو طلقها رجعيّاً ثمّ مات استأنفت العدة عدّة الوفاة بلا خلاف ظاهراً و يدلّ عليه الأخبار منها المرسل عن أحدهما عليه السلام « في رجل طلق امرأته طلاق يملك فيه

الرَّجْعَةَ ، ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا قَالَ : تَعْتَدُ بِأَبْعَدِ أَجَلَيْنِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ^(١) .
 وَخَبَرَهُ هِشَامُ بْنُ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ « فِي رَجُلٍ كَانَ تَحْتَهُ امْرَأَةٌ طَلَّقَهَا ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا قَالَ : تَعْتَدُ بِأَبْعَدِ الْأَجَلَيْنِ عِدَّةَ الْمُتَوَقَّئِ عَنْهَا زَوْجًا » ^(٢) .
 وَخَبَرَهُ مُحَمَّدُ بْنُ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ قَالَ : « سَمِعْتُهُ يَقُولُ : إِذَا مَاتَ امْرَأَةٌ طَلَّقَتْ ثُمَّ تَوَقَّئَتْ عَنْهَا زَوْجَهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا وَلَمْ تَحْرَمْ عَلَيْهِ فَإِنَّهَا تَرْتَدُّ ثُمَّ تَعْتَدُ عِدَّةَ الْمُتَوَقَّئِ عَنْهَا زَوْجَهَا وَإِنْ تَوَقَّئَتْ وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا وَلَمْ تَحْرَمْ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يَرْتَدُّ - الْحَدِيثُ » ^(٣) .

وَخَبَرَهُ سَمَاعَةُ « سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثُمَّ إِنَّهُ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا؟ قَالَ : تَعْتَدُ عِدَّةَ الْمُتَوَقَّئِ عَنْهَا زَوْجَهَا وَلَهَا الْمِيرَاثُ » ^(٤) إِلَى غَيْرِ مَا ذَكَرَ مُضَافًا إِلَى أَنَّهُ بِحُكْمِ الزَّوْجَةِ فَيَشْمَلُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى « وَالَّذِينَ يَتَوَقَّئُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا » هَذَا عَلَى تَقْدِيرِ زِيَادَةِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ عَلَى عِدَّةِ الطَّلَاقِ .

وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : لَمْ يَظْهَرْ مِنَ الْأَخْبَارِ الْمَذْكُورَةِ انْتِفَاءُ أَثَرِ الطَّلَاقِ مِنْ حَيْثُ لَزُومُ الْعِدَّةِ وَلِذَا لِاشْبَهَةِ فِي أَنَّهُ مَعَ الْحَمْلِ لِابْتِدَاءِ مِنَ الصَّبْرِ إِلَى الْوَضْعِ حَتَّى مَعَ التَّأَخُّرِ عَنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَرَفْعِ الشُّكِّ وَالتَّرْدِيدِ فِي صُورَةِ زِيَادَةِ الْمُدَّةِ الَّتِي وَجِبَ التَّرَبُّصُ فِيهَا مِنْ جِهَةِ الطَّلَاقِ وَمَعَ عَدَمِ انْتِفَاءِ أَثَرِ الطَّلَاقِ لِابْتِدَاءِ مِنَ التَّدَاخُلِ فِي الْمُدَّةِ الْبَاقِيَةِ مِنْ عِدَّةِ الطَّلَاقِ مَعَ عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَالتَّدَاخُلِ خِلَافَ الْأَصْلِ وَإِنِّبَاتِ التَّدَاخُلِ بِالِاطِّلَاقِ الْمَقَامِي بَأَنَّ يُقَالَ فِي مَقَامِ الْجَوَابِ عَنِ الْأَسْئَلَةِ الْمَذْكُورَةِ : لَمْ يَذَكَرْ غَيْرَ وَجُوبِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَلَوْ كَانَ أَمْرًا آخَرَ وَاجِبًا لَكَانَ اللَّازِمُ بَيَانُهُ فَمَعَ عَدَمُ الْبَيَانِ يَظْهَرُ عَدَمُ وَجُوبِهِ مُشْكَكٌ لِأَنَّهُ يَكْفِي فِي الْبَيَانِ الْأَدْلَةُ الدَّالَّةُ عَلَى لَزُومِ الْعِدَّةِ لِلطَّلَاقِ ، هَذَا وَلَكِنْ ظَاهِرُ كَلِمَاتِهِمْ تَسْلَمُ عَدَمُ لَزُومِ غَيْرِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ مَعَ زِيَادَةِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَوْ التَّسَاوِي .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ والتهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٧١ و ٢٩١ .

(٣) الفقيه باب طلاق المريض تحت رقم ٢ .

و يمكن أن يكون من جهة أن عدّة الطلاق بعده بلا فصل فمع وقوع الوفاة في عدّة الطلاق لا بدّ من التداخل حفظاً للاتصال فقاعدة عدم التداخل لا تجري في المقام كما أن عدّة الوفاة بعد وصول خبر الموت فمع الاجتماع لا بدّ من التداخل إلا أن يقال : غاية الأمر وقوع التعارض فعلى القول بجريان الاستصحاب في أمثال المقام لا بدّ من عدم التداخل والأخذ بكلّ من المسببين والاحتياط .

و إذا زاد أحد العدتين فلا بدّ من حفظ الزيادة فذات الأقران إذا زادت عدتها عن عدّة الوفاة كما لو رأت الدّم في كلّ شهرين ونصف مرّة فأقرأها تزيد عن عدّة الوفاة كما أنه لو دلّ الدليل على وجوب التربص من جهة ارتياب الحمل لامن جهة الاحتساب في العدّة لزم مراعاته .

ومع كون الطلاق بائناً لا يجب على المرأة عدّة الوفاة لانقطاع العصمة والظاهر عدم الخلاف فيه .

و خبر عليّ بن إبراهيم ، عن بعض أصحابنا « في المطلقة البائنة إذا توفى عنها زوجها وهي في عدتها قال : تعدّ بأبعد الأجلين »^(١) متروك للقطع والإرسال فلا يعارض ما يستفاد من الأخبار من مدخلية الزوجة وعدم انقطاع العصمة .

الخامس في عدّة الوفاة ، تعدّ الحرّة بأربعة أشهر وعشرة أيّام إذا كانت حائلاً صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل ، و بأبعد الأجلين إن كانت حاملاً و يلزمها الحداد وهو ترك الزينة دون المطلقة ، ولاحداد على أمة ❀ .

تعدّ الحرّة وإن كان تحت عبد عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيّام إذا كانت حائلاً في النكاح الدائم بالإجماع والأخبار المستفيضة مضافاً إلى قوله تعالى « و الذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهنّ أربعة أشهر وعشراً » و من الأخبار ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « في الرّجل يموت و تحته امرأة لم يدخل بها ؟ قال : لها نصف المهر و لها الميراث كاملاً ، و عليها

العدّة كاملة ، (١) .

وما رواه في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن رجل عن عليّ ابن الحسين عليه السلام « في المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها أن لها نصف الصداق ولها الميراث وعليها العدّة » (٢) .

ومنها ما رواه الصدوق عن محمد بن أذينة عن زرارة في الصحيح قال : « سألت أبا- جعفر عليه السلام ما عدّة المتعة إذا مات عنها الذي يتمتع بها ؟ قال : أربعة أشهر و عشرأ قال : ثم قال : يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة وعلى أيّ وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدّة أربعة أشهر وعشرأ وعدّة المطلقة ثلاثة أشهر ، والأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرّة وكذلك المتعة عليها ما على الأمة » (٣) .

وأما قوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصيةً لأزواجهن متاعاً إلى الحول » بناءً على أن المراد منه الاعتداد بالسنة فهو منسوخ بقوله تعالى المذكور آنفاً .

وتبين المرأة بانتفاء اليوم العاشر حسب ما ادعى من الاتفاق و يدلّ عليه ما عن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المتوفى عنها زوجها لا تطيب ولا تزيّن حتى تنقضي عدّتها أربعة أشهر وعشرة أيّام » (٤) خلافاً لبعض حيث قال : بأنّها تبين بطلوع الفجر العاشر لتذكير العدد المقتضى لتأنيث المميّز فيكون ليالي .

وأما الحامل فعدّتها أبعد الأجلين بلاخلاف ظاهراً و يدلّ عليه من الأخبار ما رواه في الكافي والتهديب عن سماعة في الموثق قال : « قال المتوفى عنها زوجها الحامل أجلها آخر الأجلين إذا كانت حبلى فتمت لها أربعة أشهر وعشرأ ولم تضع فإنّ عدّتها إلى أن تضع وإن كانت تضع حملها قبل أن يتمّ لها أربعة أشهر وعشرأ تعتدّ بعد ما تضع

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٨ .

(٢) الفقيه باب المتعة تحت رقم ٢٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٧ .

تمام أربعة أشهر وعشراً و ذلك أبعد الأجلين ، (١) .

و ما رواه في الكافي عن عبد الله بن سنان في الموثق قال : « المتوفى عنها زوجها عدتها آخر الاجلين » (٢) .

و عن محمد بن قيس في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة توفى عنها زوجها وهي حبلى فولدت قبل أن تنقضي أربعة أشهر وعشراً فتزوجت فقضى أن يخلى عنها ثم لا يخطبها حتى ينقضي آخر الأجلين ، فإن شاء أولياء المرأة أنكحوها وإن شاذوا أمسكوها ، فإن أمسكوها ردوا عليه ماله » (٣) إلى غير ما ذكر من الأخبار الواردة في هذا المقام .

و أما لزوم الحداد بمعنى ترك الزينة في البدن واللباس على الزوجة المتوفى عنها زوجها فلا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه الأخبار منها صحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن المتوفى عنها زوجها ، فقال : لا تكتحل للزينة ولا تطيب ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ولا تبئت عن بيتها و تقضي الحقوق و تمتشط بغسلة و تحج إن كانت في عدتها » (٤) .

و ما رواه في الكافي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال فيه : « فتمسك عن الكحل والطيب والاصباغ » (٥) .

و عن أبي العباس قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : المتوفى عنها زوجها ؟ قال : لا تكتحل للزينة ولا تطيب ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ولا تخرج لها راءً ولا تبئت عن بيتها قلت : رأيت إن أرادت أن تخرج إلى حق كيف تصنع ؟ قال : تخرج بعد نصف الليل

(٢١) الكافي ج ٦ ص ١١٣ ، و النهديب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٤ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٦ . والغسلة - بالكسر - : ما يجعله المرأة في شعرها

عند الانتشار .

(٥) المصدر ج ٦ ص ١١٢ .

و ترجع عشاءً ، (١) .

و عن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « المتوفى عنها زوجها ليس لها أن تطيب ولا تزين حتى تنقضي عدتها أربعة أشهر و عشرة أيام » (٢) .

و عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « سألته عن المرأة يتوفى عنها زوجها و تكون في عدتها أتخرج في حق ؟ فقال : إن بعض نساء النبي صلى الله عليه وآله سألته فقالت : إن فلانة توفى زوجها فتخرج في حق ينوبها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله : أف أكن قد كنتن من قبل أن أبعث فيكن ، و أن المرأة منكن إذا توفى عنها زوجها أخذت بعة فرمت بها خلف ظهرها ، ثم قالت لا أمشط ولا أكتحل ولا أختضب حولاً كاملاً وإنما أمرتكن بأربعة أشهر وعشراً ، ثم لا تصبرن لا تمشط ولا تكتحل ولا تختضب ولا تخرج من بيتها نهراً ولا تبث عن بيتها ، فقالت : يا رسول الله فكيف تصنع إن عرض لها حق فقال : تخرج بعد زوال الليل و ترجع عند المساء فتكون لم تبث عن بيتها ، قلت له : فتصح ؟ قال : نعم » (٣) .

و يظهر من بعض الأخبار جواز بعض ما يكون ممنوعاً في الأخبار المذكورة من ذلك ما رواه في الفقيه في الصحيح قال : « كتب الصغار إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام في امرأة مات عنها زوجها و هي في عدتها منه و هي محتاجة لا تجد من ينفق عليها و هي تعمل للناس هل يجوز لها أن تخرج و تعمل و تبث عن منزلها في عدتها ؟ قال : فوقع عليه السلام : لا بأس بذلك إن شاء الله تعالى » (٤) .

وما رواه في الفقيه والتهذيب عن عمار الساباطي في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام « أنه سئل عن المرأة يموت زوجها هل يحل لها أن تخرج من بيتها في عدتها ؟ قال : نعم و تختضب و تدخن و تمشط و تصنع ما شاءت لغير زينة من زوج » (٥) .

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٦ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٧ . والنوب نزول الامر ، والظاهر أن الرمي بالبرء و رواه

الظهر كناية عن الاعراض عن الزوج فتأمل .

(٣) (٥٢٤) المصدر باب طلاق التي لم يدخل بها تحت رقم ١٢ .

و ما رواه في الكافي عن ابن بكير في الموثق قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التي توفي عنها زوجها نجح ؟ قال : نعم و تخرج و تنتقل من منزل إلى منزل » (١) .
 وقد يجمع بين الأخبار السابقة و بين هذه الأخبار بحمل الأخبار المجوزة على صورة الضرورة و لا يخفى بعده ، و يمكن أن يقال : قد قيّد في صحيح ابن أبي يعفور المذكور و ما روي عن أبي العباس الاكتحال بكونه للزينة و لعل وحدة السياق تقيّد غيره من المذكورات بهذا القيد أيضاً ؟ و لا أقل من عدم الإطلاق فلا يبعد اعتبار القصد لأن الاكتحال في نفسه زينة فذكر للزينة يفيد اعتبار القصد فتعريف الحداد شرعاً بمطلق الزينة مشكك و على هذا يمكن الجمع بحمل الأخبار المجوزة على صورة عدم قصد الزينة لكن ظاهر كلماتهم لا يساعد على هذا الجمع ، هذا في غير الخروج عن البيت و البيوتة في غير منزلها ، و أما هما فخارجان عن الزينة فلا يبعد الجمع بالحمل على الكراهة .

و يمكن ترجيح الخروج و البيوتة في غير منزلها لجهة أخرى فروى في الكافي عن معاوية بن عمّار في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألت عن المرأة المتوفى عنها زوجها تعتد في بيتها أو حيث شاعت ؟ قال : لا بل حيث شاعت إن علياً عليه السلام لما توفي عمر أُمّ كلثوم فانطلق بها إلى بيته » (٢) .

و عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة توفي عنها زوجها أين تعتد في بيت زوجها تعتد أو حيث شاعت ؟ قال : حيث شاعت ، ثم قال : إن علياً عليه السلام لما مات عمر أُمّ كلثوم فأخذ بيدها فانطلق بها إلى بيته » (٣) ، فتأمل .

و أما عدم الحداد على المطلقة رجعية كانت أو بائنة فلا خلاف فيه ظاهراً و يدل عليه ما رواه في الكافي عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إن عدّة المتوفى

(١) المصدر ج ٦ ص ١١٨ .

(٢) و (٣) المصدر ج ٦ ص ١١٥ .

عنها زوجها آخر الأجلين لأن عليها أن تحدها أربعة أشهر وعشراً، وليس عليها في الطلاق أن تحدها^(١).

و ما رواه في الكافي عن عمارة بن موسى الساباطي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه سئل عن المرأة إذا اعتدت هل يحل لها أن تختضب في العدة ؟ قال : لها أن تكتحل و تدهن و تمتشط و تصبغ و تلبس الصبغ و تختضب بالحناء و تصنع ما شاعت لغير ريبة من زوج^(٢).

و عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام « المطلقة تشوفت لزوجها ما كان له عليها رجعة ولا يستأذن عليها^(٣).

و عن أبي بصير عن أحدهما عليه السلام « في المطلقة تعدد في بيتها وتظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً^(٤).

وأما ما رواه الشيخ في التهذيب عن محمد بن يعقوب بسنده إلى مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام عن علي عليه السلام قال : « المطلقة الرجعية المتوفى عنها زوجها لا تكتحل ولا تطيب ولا تختضب ولا تمتشط^(٥) ، فلا يبعد حملها على المطلقة الرجعية المتوفى عنها زوجها في عدة الطلاق حيث إنهما بحكم الزوجة و مع عدم الحمل على ما ذكر فهو غير معمول به .

و أما عدم الحداد على الأمة فلما رواه ثقة الإسلام في الصحيح عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام « أن الأمة و الحرة كليهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة إلا أن الحرة تحدها والأمة لا تحدها^(٦) و به تقييد المطلقات .

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩١ و التشوف : التزين . و قوله « ما كان » أي مادام .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٩١ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٥ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ .

السادس في المفقود لا خيار لزوجته إن عرف خبره أو كان له وليٌ ينفق عليها ، ثم إن فقد الأمران و رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها أربع سنين فإن وجدته و إلاً أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح فإن جاء في العدة فهو أملك بها و إن خرجت و تزوجت فلا سبيل له ، و إن خرجت و لم تتزوج فقولان ، أظهرهما أنه لا سبيل له عليها .

المفقود المنقطع خبره إذا تبين موته فلا إشكال و إن علم حياته و لم يعلم أنه في أي بلد فقد يقال بوجود الصبر على زوجته إلى أن يعلم تطليقه لها أو موته و أن طالت المدّة ولا تجوز لها أن تتزوج بل يجب الإيفاق عليها من ماله إن كان له مال و إلاً فمن بيت المال ، نعم إذا حصل لها العلم بموته من القرائن جاز لها ذلك و يجوز للغير تزويجها إذا لم يعلم كذبها لجملة من الأخبار الدالة على جواز نكاح امرأة ادّعت أن لازوج لها و إن علم كونها مزوجة سابقاً ، و أمّا إذا لم يعلم موته ولا حياته فإن كان له مال ينفق عليها أو أنفق عليها وليه أو متبرّع و جب عليها الصبر ، ولا يجوز أن تتزوج لاستصحاب حياته ، و مقتضى الاستصحاب عدم جواز تزويجها أيضاً لأن جملة من الأخبار تدلّ على أنها إن لم تصبر و أرادت أن تتزوج تصبر أربع سنين للفحص عن حياته و موت زوجها فإن لم يتبين أحد الأمرين أمرها الحاكم بالاعتداد أو يطلقها أو يأمر وليه أن يطلقها ثم يجوز لها أن تتزوج بعد العدة و هذا المقدار متفق عليه عندهم . و يمكن أن يقال : ما ذكر من العلم بالحياة مع فرض كون الزوج مفقوداً أثر لعله مجرد فرض و لعل المراد الاطمينان بالحياة بحسب العادة ثم إنه لم يعلم وجه لزوم الإيفاق من بيت المال بل مع تمكّنها من تحصيل نفقتها عليها كسائر الناس و مع عدم التمكن يكون حالها حال ساير الفقراء ينفق عليها من الصدقات و مع عدم التمكن يجب على المكلفين نفقتها .

ثم إن الأخبار الآتية بعضها يكون مطلقاً يشمل صورة العلم بالمعنى المذكور و بعضها المقيد غير نقيّ السند ، و الظاهر وقوع التعارض بينها و لا تقبل الجمع العرفي فنقول : اختلف في أمور أحدها أنه هل يشترط طلاقها بعد مدّة التربص أو يكفي

أمر الحاكم لها بالاعتداد من غير حاجة إلى الطلاق؟ الثاني هل اللازم عليها عدّة الوفاة أو عدّة الطلاق؟ الثالث هل اللازم من الأول رفع أمرها إلى الحاكم لضرب الأجل و الفحص في الأطراف أو يكفي مضي أربع سنين قبل الرجوع إلى الحاكم؟ الرابع هل المدّة من حين فقد خبره وصدق كونه مفقوداً أو من حين تعيين الحاكم؟ ومنشأ هذه الاختلافات اختلاف الأخبار فمنها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «عن المفقود قال عليه السلام : المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها فإن لم يوجد له أثر أمر الوالي وليّه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهي امرأته قال : قلت : فإنّها تقول : فإنّي أريد ما تريد النساء؟ قال : ليس لها ذلك ولا كرامة ، فإن لم ينفق عليها وليّه أو وكيله أمره بأن يطلقها و كان ذلك عليها طلاقاً واجباً» (١).

وهذا الخبر يشمل صورة العلم بالحياة بمعنى الاطمينان كما لو أخبر المخبر برؤيته في خلال الغيبة ، ثم بعد ذلك انقطع أثره و مقتضى هذا الخبر اشتراط الطلاق والظاهر أنّ العدّة اللازمة عليها عدّة الطلاق .

ومنها خبر بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام «عن المفقود كيف يصنع بامرأته؟ قال : ما سكنت عنه و صبرت فخل عنها ، فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين ، ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فيسأل عنه فإن خبر عنه بحياته صبرت وإن لم يخبر عنه بشيء حتى تمضي أربع سنين دعى وليّ الزوج المفقود فقيل له : هل للمفقود مال؟ فإن كان له مال أنفق عليها حتى تعلم حياته من موته وإن لم يكن له مال قيل للولي : أنفق عليها فإن فعل فلا سبيل لها أن تزوج ما أنفق عليها وإن أبي أن ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقة في استقبال العدّة وهي طاهرة فيصير طلاق الوالي طلاق الزوج فإن جاء زوجها من قبل أن تنقض عدتها من يوم طلقها الوالي فبداله أن يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين وإن انقضت العدّة قبل أن يجيء أو يراجع فقد حلّت للأزواج ولا سبيل للأول عليها» (١).

و مقتضى هذا الخبر أيضاً اعتبار الطلاق و ظاهره لزوم كون العدة بعد الرّفْع و تعيين الحاكم بخلاف الصحيح السابق حيث يستفاد منه كفاية مضيّ المدّة و لو قبل الرّفْع إلى الحاكم و من غير تعيينه و مقتضاه أنه مع الإخبار بالحياة لا بدّ لها من الصبر .

و منها خبر أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام « في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين ولم ينفق عليها ولم تدراحيّ هو أم ميّت أيجبر وليّه على أن يطلقها ؟ قال : نعم ، وإن لم يكن له وليّ يطلقها السلطان . قلت : فإن قال الوليّ أنا أنفق عليها ؟ قال : فلا يجبر على طلاقها ، قلت : أرايت إن قالت : أنا أريد ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا ، قال : ليس لها ولاكرامة إذا أنفق عليها » (٢) .

و ظاهر هذا الخبر أيضاً عدم لزوم كون المدّة بعد رفع الأمر إلى الحاكم و لزوم الطلاق و أنه مع الاتفاق عليها لا تطلق و يجب عليها الصبر .

و منها مرسله الفقيه « إن لم يكن للزّوج وليّ طلقها الوالي و يشهد شاهدين عدلين فيكون طلاق الوالي طلاق الزّوج و تعدّ أربعة أشهر و عشرأ ، ثمّ تنزّوج إن شاءت » (٣) و تظهر منها و من سابقها تقدّم طلاق الوليّ على طلاق الوالي .

و منها موثّق سماعة قال : « سألته عن المفقود فقال : إن علمت أنه في أيّ أرض فهي تنتظر له أبداً حتى يأتيها موته أو يأتيها طلاقه ، وإن لم تعلم أين هو من الأرض كلّتها ولم يأتيها منه كتاب و لا خبر فإنّها تأتي الامام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب في الأرض فإن لم يوجد أثر حتى تمضي أربع سنين أمرها أن تعدّ أربعة أشهر و عشرأ ، ثمّ تحلّ للزّواج ، فإن قدم زوجها بعد ما تنقضي عدّتها فليس له عليها رجعة ، و إن قدم وهي في عدّتها أربعة أشهر و عشرأ فهو أملك برجعتها » (٤) .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٧ و الفقيه باب طلاق المفقود تحت رقم ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٨ .

(٣) الفقيه باب طلاق المفقود تحت رقم ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤٨ .

و مقتضى هذا الخبر كفاية أمر الحاكم بالاعتداد من غير حاجة إلى الطلاق وأما النبوي « تصبر امرأة المفقود حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه » و العلوي « هذه امرأة ابتليت فلتصبر » و خبر السكوني أن « علياً عليه السلام قال في المفقود : « لا تزوج امرأته حتى يبلغها موته أو طلاق أو لحوق بأهل الشرك ^(١) » فلا عامل بها .

وقد يقال : مقتضى الجمع بين الأخبار المذكورة لزوم الطلاق بتقييد خبر سماعه بساير الأخبار و لزوم كون العدة عدة وفاة بتقييد أخبار الطلاق بخبر سماعه والمرسل و لزوم رفع الأمر إلى الحاكم و كون ضرب الاجل بتعيينه و كون ابتداء الاجل من حين ضربه بتقييد خبر الحلبي و خبر أبي الصباح بخبر بريد و خبر سماعه ، والحاصل أنه يحمل المطلق منها على المقيّد و المجمع على المفصل فيصير الحاصل أن عند انقطاع خبره إذا لم يكن من ينفق عليها مع إرادتها التزويج و جب رفع أمرها إلى الحاكم فيضرب لها المدة و يتفحص عن زوجها و بعد انقضائها يأمر وليّة أن يطلقها و إذا لم يكن له ولي أو امتنع فيطلقها هو و تعدّ عدة الوفاة ثم تزوج إن شاءت مع أن هذا مقتضى الاحتياط .

و يمكن أن يقال : أن ما ذكر من الجمع خلاف ما يقال في مقام آخر من أنه مع تعدّد القضية الشرطيّة و اختلاف الجزاء مع وحدة الشرط يؤخذ بمقتضى كل من القضيتين أو القضايا و يجعل الجزاء متعدّداً من دون تقييد بعض بالآخر ، و وجهه بأن الظاهر في كل شرطية تعيّن الجزاء مع كونها نصّاً في الكفاية فيرفع اليد عن الظهور بالنص . و هذا الجمع أقرب مما ذكر حيث إن ظاهر الأخبار المذكورة كون الإمام صلوات الله عليه في مقام بيان تمام ماله الدخّل في حليّة المرأة للزواج فكيف يكفي ببعض ماله الدخّل ، و هذا نظير ما يقال في التعريف والتحديد من لزوم الاحتراز عما يوجب الاختلال فهل يمكن ذكر الطلاق الملازم للعدة المخصوصة بدون ذكر عدة الوفاة مع إرادتها ، و هل يمكن عدم ذكر الطلاق مع ركنيته للمقام و ما ذكر من المبعّدات للجمع المذكور ، ثم إنه يشكل ما ذكر من أن الجمع المذكور مقتضى

الاحتياط أيضاً حيث إن عدّة الطلاق قد تزيد على عدّة الوفاة كما لورأت المرأة الدّم في كل شهرين ونصف مرّة فمع هذا إذا اعتدت أربعة أشهر وعشر ألم تعمل ما يطابق الاحتياط لاحتمال لزوم الاعتداد بعدّة الطلاق الزائدة عليها .

ثم إن ههنا إشكالاً آخر وهو أن التعبير في لسان الأخبار المذكورة بالإمام في بعضها أو الوالى في بعضها وبالسلطان في بعضها وانطباق السلطان أو الوالى على الفقهاء في عصر الغيبة محل إشكال من جهة الشبهة في ثبوت الولاية العامة بل الظاهر الانطباق على النوّاب الخاصّة ولم يظهر من الأدلة لزوم تخليص المرأة في كل زمان حتى يقال : القدر المتيقن مداخلة الحاكم ، ثم عدول المؤمنين ، ثم غير العدول ، ثم إن المرأة مع مراعاة ما ذكر في الأخبار وحليتها للزواج لا سبيل لزوجها عليها إذا جاءت بمقتضى الأخبار لأن المرأة لا تحلّ لأحد إلا بعد انقطاع عصمتها بالنسبة إلى الزوج فلا فرق بين أن يكون مجيئ الزوج بعد ازدواجها أو قبله ، وما في الشرايع من أن له السبيل عليها قبل أن تنزوّج بمقتضى بعض الأخبار لم يظهر وجهه لعدم العثور على الخبر المشار إليه ، وأما لوجاءت قبل تماميّة الأمور المذكورة في الأخبار فلا ينبغي الإشكال في أن الزوج الأول أمك حتى لو قلنا بعدم لزوم الطلاق كما في خبر سماعه لما فيه من قوله عليه السلام على المحكمي « وإن قدم وهي في عدتها أربعة أشهر وعشر فهو أمك برجمتها » لكن لا بدّ من التقييد بصورة عدم كون الطلاق الطلاق الذي لا تحلّ لزوجها إلا أن تنكح زوجاً غيره .

السابع في عدو الإماء والاستبراء . عدّة الأمة في الطلاق قرءان وهما طهران على الأشهر ولو كانت مسترابة فخمسة وأربعون يوماً ، تحت عبد كانت أو تحت حرّ ولو أعتقت ثم طلقت لزومها عدّة الحرّة وكذا لو طلقها رجعيّاً ، ثم أعتقت في العدّة أكملت عدّة الحرّة ، ولو طلقها بائناً أتمت عدّة الأمة .

لا إشكال ولا خلاف في أن عدّة الأمة في الطلاق مع البلوغ والدخول وعدم اليأس وكونها حائلاً قرءان والمشهور أنّهما طهران ، وذهب جماعة إلى أنّهما حيضتان ويدلّ على المشهور صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام « عن حرّ تحتة أمة أو عبد تحتة

حرّة كم طلاقها وكم عدّها؟ فقال : السنّة في النساء في طلاق فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاثاً وعدّها ثلاثاً أقرأ ، وإن كان حرّاً تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدّها قرآن ،^(١) حيث إن الظاهر أن القرء في قوله ﷺ على المحكي « ثلاثة أقرأ » وقوله عليه « قرآن » بمعنى واحد والقرء في عدّة الحرّة بمعنى الطهر فيكون كذلك في عدّة الأمة .

ويمكن أن يقال : لم يعلم أن المراد من القرء في عدّة الحرّة بمعنى الطهر غاية الأمر في عدّة الحرّة قدّم الأخبار الدالة على أن القروء بمعنى الأطهار وحمل الأخبار المخالفة لها على التقيّة ومجرد هذا لا يفيد في تعيين المراد في هذا الخبر فلعل هذا الخبر موافق لتلك الأخبار المخالفة .

ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أمي جعفر عليه السلام قال : « عدّة الأمة حيضتان ، وقال : إذا لم يكن تحيض فنصف عدّة الحرّة »^(٢) .

وعن سليمان بن خالد في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة إذا طلقت ما عدّها قال : حيضتان أو شهران - الحديث »^(٣) .

وعن محمد بن قيس في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سمعته يقول : طلاق العبد للأمة تطليقتان وأجلها حيضتان إن كانت تحيض وإن كانت لا تحيض فأجلها شهر ونصف »^(٤) إلى غير ما ذكر من الأخبار .

ومع ملاحظة هذه الأخبار يشكل القول بأن القرنين الطهران ، نعم هذا هو المشهور ويوافق المستفاد من الأخبار من أن كل عدد يؤثر فيه الرق نقصاناً يكون الرقيق فيه على النصف وحيث إن التنصيف في الطلاق لا يمكن والتنصيف في القرء لا يتيسر لأن الطهر بين الدمين إنما يظهر نصفه إذا ظهر كله بعد الدّم فلا بد من

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٦ . والكافي ج ٦ ص ١٦٧ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ .

الانتظار ، فالأمة تعتدُّ بقرنين مع أن الحرَّة بثلاثة أقرء و تحرم بتطليقتين مع أن الحرَّة تحرم بالثلاث .

و إذا كانت مسترابة ولا ترى الدَّم تعتدُّ بخمسة وأربعين يوماً نصف ثلاثة أشهر و يدلُّ عليه صحيح محمد بن مسلم وصحيح محمد بن قيس المذكوران ، نعم يخالف هذا ما عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة إذا طلقت ما عدتها ؟ قال : حيزتان أو شهران ^(١) ، والظاهر أنه غير معمول به في تعيين شهرين . ويقع الاشكال في المقام من جهة أنه إذا اكتفى بالشهر الهلالي الناقص وانفق الشهران كذلك فهل يكتفى بالنصف حقيقة وذكر خمسة وأربعين لامن باب الخصوصية أو لا بد من الاعتداد بهذه المدَّة بالخصوص و إن كانت الحرَّة تعتدُّ بثمانية و ثمانين يوماً . ثم إنه بحسب إطلاق الأخبار لا فرق بين كون الأمة تحت حرٍّ أو عبد ولو اعتقت ، ثم طلقت لزمها عدَّة الحرَّة لأنَّها حين أمرت بالاعتداد تكون حرَّة ، ولو طلقها ثم اعتقت في العدَّة فهل تعتدُّ عدَّة الأمة لأنَّها حين أمرت بالاعتداد كانت أمة أو تعتدُّ عدَّة الحرَّة لأنَّها حين الاعتداد حرَّة فتعتدُّ عدتها أو يفرق بين الطلاق البائن والرَّجمي ففي البائن تعتدُّ عدَّة الأمة دون الرَّجمي وقد يستشهد لهذا التفصيل برواية الشيخ باسناده عن أحمد بن محمد ، عن الحسن بن محبوب ، عن أبي أيوب الخزاز عن مرزم وفي نسخة عن مهزم عن أبي عبد الله عليه السلام « في أمة تحت حرٍّ طلقها على طهر بغير جماع تطليقاً ثم اعتقت بعد ما طلقها بثلاثين يوماً ولم تنقض عدتها ، قال : فقال : إذا أعتقت قبل أن تنقض عدتها اعتدت عدَّة الحرَّة من اليوم الذي طلقها و له عليها الرَّجعة قبل انقضاء العدَّة فإن طلقها بتطليقتين واحدة بعد واحدة ، ثم اعتقت قبل انقضاء عدتها فلا رجعة له عليها و عدتها عدَّة الأمة ، ^(٢) .

و يشكل من مجهولية الراوي عن الإمام عليه السلام والمعارضة بين ما دلَّ على أنها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٧ .

تعتدُ عدَّةُ الحرَّةِ و بين ما دلَّ على أنها تعتدُّ عدَّةُ الأمة فمن الأول ما رواه في الفقيه في الصحيح عن ابن أبي عمير ، عن جميل و هشام بن سالم جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام « في أمة طَلقتَ ثمَّ اعتقتَ قبل أن تنقضي عدَّتُها قال : تعتدُّ بثلاث حيض فإن مات زوجها ، ثمَّ اعتقتَ قبل أن تنقضي عدَّتُها فإنَّ عدَّتُها أربعة أشهر و عشرأ ، » ^(١)

و ما رواه الشيخ في التهذيب في الصحيح عن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام « في أمة كانت تحت رجل فطلقها ، ثمَّ اعتقتَ قال : تعتدُّ عدَّةُ الحرَّة ، » ^(٢)

والثاني ما رواه في الفقيه و التهذيب في الصحيح عن القاسم بن يزيد عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا طلق الحرُّ المملوكة فاعتدتَّ بعض عدَّتُها عنه ، ثمَّ اعتقتَ فإنَّها تعتدُّ عدَّةُ المملوكة ، » ^(٣)

و مع قطع النظر عن مجهوليَّة الراوي في الرواية المفصلة بين الرِّجعي والبائن أشكل التخصيص من جهة أفليَّة الطلاق البائن بالنسبة إلى الرِّجعي فكيف يحمل ما دلَّ على لزوم الاعتداد بعدَّة الأمة بقول مطلق على صورة التطبيق بالطلاق البائن .
 ﴿ وعدَّة الذميمة كالحرَّة في الطلاق والوفاة على الأشبه ، و تعتدُّ الأمة من الوفاة بشهرين و خمسة أيام ، ولو كانت حاملاً اعتدتَّ مع ذلك بالوضع ، و أمُّ الولد تعتدُّ من وفاة الزوج كالحرَّة ﴾ .

مقتضى ما دلَّ باطلاقة على مقدار اعتداد الحرَّة في الطلاق والوفاة عدم الفرق بين المسلمة والذميمة بل في خصوص عدَّة الوفاة دلَّ الدليل على عدم الفرق إلا أنه ورد الرواية بالفرق في خصوص عدَّة الطلاق وكون الذميمة كالأمة و نسبت الرواية إلى الشذوذ وهي ما رواه ثقة الإسلام في الكافي والشيخ في التهذيب في الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها

(١) المصدر باب طلاق العبد تحت رقم ١٤ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٣) ج ٢ ص ٢٨٧ والفقيه باب طلاق العبد تحت رقم ٨ .

عدّة منه مثل عدّة المسلمة؟ فقال: لا لأنّ أهل الكتاب ممالك الإمام ألا ترى أنّهم يؤدّون الجزية كما يؤدّ العبد الضريبة إلى مواليه، قال: ومن أسلم منهم فهو حرٌّ يطرح عنه الجزية، قلت: فما عدّتها إن أراد المسلم أن يتزوَّجها؟ قال: عدّتها عدّة الأمة حيثان أو خمسة وأربعون يوماً قبل أن تسلم، قال: قلت له: فإن أسلمت بعدما طلقها؟ قال: إذا أسلمت بعد ما طلقها فإنّ عدّتها عدّة المسلمة، قلت: فإن مات عنها وهي نصرانية وهو نصراني فأراد رجلٌ من المسلمين أن يتزوَّجها؟ قال: لا يتزوَّجها المسلم حتى تعتدّ من النصراني أربعة أشهر وعشراً عدّة المسلمة المتوفى عنها زوجها، قلت له: كيف جعلت عدّتها إذا طلقها عدّة الأمة وجعلت عدّتها إذا مات عنها عدّة الحرّة المسلمة وأنت تذكر أنّهم ممالك الإمام؟ فقال: ليس عدّتها في الطلاق مثل عدّتها إذا توفى عنها زوجها، وزاد في الكافي «ثمّ قال: إنّ الأمة والحرّة كليهما إذا مات عنهما زوجها سواءً في العدّة إلا أنّ الحرّة تحدّوا الأمة لا تحدّ» (١).

وعن يعقوب السراج في الصحيح قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نصرانية مات عنها زوجها وهو نصراني ما عدّتها؟ قال: عدّة الحرّة المسلمة أربعة أشهر وعشراً» (٢).

و لو لا شبهة الأعراض و عدم العمل لتعيّن التخصيص .

وأما اعتداد الأمة من الوفاة بشهرين وخمسة أيّام فهو المحكيّ عن جماعة لقاعدة التنصيف . وصحيح الحلبيّ عدّة الأمة إذا توفى عنها زوجها شهران وخمسة أيّام» (٣).

وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال فيه: «وإن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرّة شهران وخمسة أيّام» (٤).

وما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الأمة فقال: «تطلقان وقال: قال أبو عبد الله عليه السلام: عدّة الأمة التي توفى عنها زوجها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٥ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٤٧ .

(٢) د د ص ١٧٥ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٤ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ والاستبصار ج ٣ ص ٣٤٧ .

شهران وخمسة أيام ، وعدة الأمة المطلقة شهر ونصف ،^(١) .
 وعن سماعة في الموثق قال : «سألته عن الأمة يتوفى عنها زوجها فقال : عدتها
 شهران وخمسة أيام و قال عدة الأمة التي لا تحيض خمسة وأربعون يوماً ،^(٢) .
 وقيل : يجب عليها بوفاة زوجها أربعة أشهر وعشراً لجملة من الصحاح وغيرها
 كصحيح زرارة «أن الحرّة والأمة كلتيهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة إلا
 أن الحرّة تحدد والأمة لا تحدد»^(٣) .
 وصحيحه الآخر «يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت
 أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح من متعة أو تزويج أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر
 وعشراً»^(٤) .

و موثق سليمان بن خالد عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و
 عشراً ،^(٥) .

وخبر وهب بن عبد ربه على ما في الفقيه عن رجل كانت له أمٌ ولد ومات ولدها
 منه فزوجها من رجل فأولدها غلاماً ، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها أله أن
 يطأها قبل أن يتزوج بها ؟ قال : لا يطأها حتى تعتد من الزوج الميئت أربعة أشهر و
 عشرة أيام ، ثم يطأها بالملك من غير نكاح^(٦) ، إلى غير ذلك .

وقيل بالتفصيل بين ما لو كانت أمٌ ولد لمولها فكالحرّة أولاً فخمسة وأربعون
 لشهادة صحيح سليمان بن خالد «عن الأمة إذا طلقت ما عدتها ؟ فقال : حيضتان أو
 شهران حتى تحيض ، قلت : فإن توفى عنها زوجها ؟ فقال : إن علياً عليه السلام قال : في

(١) و (٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ و الاستبصار ج ٢ ص ٣٤٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ التهذيب ج ٢ ص ٢٩١ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٣ . والاستبصار ج ٣ ص ٣٥٠ . والفقيه باب .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٦) . . .

أمهات الأولاد : لا يتزوجن حتى يعتدن بأربعة أشهر و عشرأ و هن إماء^(١) وخبر وهب بن عبدربه على رواية الكليني^(٢) الساقط فيها قوله « ثم مات ولدها منه » حيث خص في الأولى بأمهات الأولاد وكذا في الثانية. وقد يقال : إن الظاهر أن ما نقل عن علي صلوات الله عليه ليس لبيان اختصاص الحكم بأمهات الأولاد بل لبيان أنه عليه السلام إذا قال في أمهات الأولاد أن الحكم كذا مع أنها إماء فيظهر أن حكم الإماء ذلك فلا دلالة فيها على الاختصاص ، فقوله عليه السلام : « و هن إماء » ليس قيداً للحكم ليبدل على الاختصاص .

و أما خبر وهب فأولاً معارض بما في رواية الفقيه من ثبوت قوله « فمات ولدها » فيكون صريحاً في كون العدة أربعة أشهر و عشرأ في غير أم الولد و ثانياً غاية الامر أن مورده صورة كونها أم ولد فلا يدل على الاختصاص إذ المورد غير مخصص فيكون التعارض بين الطائفتين باقياً و الأقوى القول الأول يعني القول بأنها تعدد أربعة أشهر و عشرأ لأرجحية أخباره بموافقتها لعموم الكتاب و مخالفتها للعامة لأن مذهب جماعة منهم على ما قيل هو التنصيف على أنه يمكن الحمل على التقيّة و على فرض التساوي مقتضى الاستصحاب هو القول الأول .

و يمكن أن يقال : أما ما ذكر من أن الظاهر أن ما نقل عن علي صلوات الله عليه الخ فيشكل من جهة أنه إن كان حكم الأمة في عدة الوفاة حكم الحرّة بلا فرق فلا يترتب على خصوصها أثر بل في الحقيقة يكون الاعتداد بأربعة أشهر و عشر مرتباً على الزوجية فما معنى و هن إماء لعدم الأثر فالأظهر أن يحمل على أن كونهن إماء و إن اقتضى التنصيف في العدة لكن بواسطة الامومة للولد تعدد أربعة أشهر و عشرأ و الأصل في القيود الاحترازية و المدخلية في الحكم .

نعم يشكل هذا التفصيل من جهة أخرى و هي أنه كيف يحمل المطلقات على

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ و ١٧٣ .

خصوص أم ولد مع عدم الغلبة .

وأما ما ذكر من الترجيح من جهة موافقة الكتاب فهو حق لكن في الطائفة الأخرى أيضاً مزبنة من جهة موافقة السنة حيث يستفاد من السنة التنصيف .
وأما ما ذكر من أنه مع التساوي نرجع إلى الاستصحاب وعدم الحليمة للأزواج إلا بعد انقضاء أربعة أشهر وعشر فيشكل مع قطع النظر عن الأشكال في جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية من جهة أن مقتضى القاعدة مع التساوي التخيير لا الرجوع إلى الأصل . ومع كون الأمة حاملاً تعتد بالوضع أيضاً بالأشكال ولا خلاف ظاهراً .

ولو طلقها الزوج رجعية ثم مات وهي في العدة استأنفت عدة الحرّة ولو لم تكن أم ولد استأنفت عدة الأمة للوفاة ، ولو مات زوج الأمة ثم أعتقت أتمت عدة الحرّة تغليباً لجانب الحرّية ، ولو وطىء المولى أمته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة أقراء ، ولو كان الزوجة الحرّة أمة فابتاعها بطل نكاحه وله وطنها من غير استبراء .

إن قلنا بالتفصيل بين أم الولد وغيرها فلو طلق الزوج أم الولد رجعية فعالها حال أم الولد التي مات زوجها محكومة بالاعتداد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشر أعدة الحرّة لأن المطلقة بالطلاق الرجعي بمنزلة الزوجة ولو لم تكن أم ولد تعتد عدة الوفاة شهرين وخمسة أيام عدة الأمة ، ولو مات زوج الأمة ثم أعتقت اعتدت عدة الحرّة ويدل على الحكم ما رواه الصدوق في الصحيح عن جميل وهشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة طلقت ثم أعتقت قبل أن تنقضي عدتها قال : تعتد بثلاث حيض فإن مات عنها زوجها ثم أعتقت قبل أن تنقضي فإن عدتها أربعة أشهر وعشراً^(١) ، والأولى الاستدلال به بالتغليب لجانب الحرّية .

ولو وطىء المولى أمته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة أقراء ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال في رجل

(١) الفقيه باب طلاق المبد تحت رقم ١٤ .

كانت له أمة فوطئها ثم أعتقها وقد حاضت عنده حيضة بعد ما وطئها قال : تعتدُّ بحيضتين . قال ابن أبي عمير : و في حديث آخر بثلاث حيض (١) .

و في الصحيح أو الحسن عن الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يعتق سرية أبلح له أن يتزوَّجها بغير عدة؟ قال : نعم ، قلت : فغيره ؟ قال : لا حتى تعتدُّ ثلاثة أشهر - الحديث ، (٢) .

وما رواه في التهذيب في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « إن أعتق رجل جاريتته ثم أراد أن يتزوَّجها مكانه فلا بأس ولا تعتدُّ من مائه وإن أرادت أن تتزوَّج من غيره فلها مثل عدة الحرَّة » ، (٣) .

وما رواه في الكافي والتهذيب عن داود الرقي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في المدبرة إذا مات عنها مولاها أن عدها أربعة أشهر و عشرة من يوم يموت سيدها إذا كان سيدها يطاها ، قيل له : فالرجل يعتق مملوكته قبل موته بساعة أو بيوم قال : فقال هذه تعتدُّ بثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء من يوم أعتقها سيدها ، (٤) .

و لو كان زوجة الحرَّة أمة فابتاعها بطل نكاحه بلا خلاف ظاهراً واستدل له بالموثق المتتم بعدم القول بالفصل « عن رجلين بينهما أمة فزوَّجها من رجل ، ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين فقالت : حرمت عليه (٥) » ، ويستأنس لذلك بالمعتبرة المستفيضة الدالة على بطلان نكاح الحرَّة إذا اشترط زوجها له وطئها من غير استبراء بلا خلاف ظاهراً لقصور الأدلة عن الشمول لمثله ، و ما دلَّ على عدم وجوب الاستبراء عليه للأمة الموطوءة له إذا أعتقها وأراد أن يتزوَّجها .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧١ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٧٢ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ .

(٥) التهذيب ج ٢ ص ٣٠٤ و ٣٠٥ من حديث ساعة .

﴿تتمة﴾ : لا يجوز لمن طلق رجعيًا أن يخرج الزوجة عن بيته إلا أن تأتي بفاحشة وهو ما يجب به الحد^١ وقيل أدناه أن تؤذي أهله ولا تخرج هي فإن اضطرت خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر^٢.

أما عدم جواز إخراج الزوجة المطلقة بالطلاق الرجعي فيدل عليه الكتاب قال الله تعالى شأنه «ولا تخرجوهن» من بيوتهن^٣ ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة^٤ ، و السنة ففي صحيح سعد بن أبي خلف «سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن شيء من الطلاق فقال : إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت ساعة طلقها وملك نفسها ولا سبيل له عليها وتعد^٥ حيث شاعت ولا نفقة لها ، قال : فقلت : أليس الله يقول : «ولا تخرجوهن» من بيوتهن^٦ ولا يخرجن^٧ ؟ قال : فقال : إنما معنى بذلك التي تطلق تطليقة بعد تطليقة فتلك التي لا تخرج ولا تخرج حتى تطلق الثالثة فإذا طلقت الثالثة فقد بانت منه ولا نفقة لها ، والمرأة التي يطلقها الرجل تطليقة ثم يدعها حتى يخلو أجلها فهذه أيضاً تعد^٨ في منزل زوجها و لها النفقة والسكنى حتى تنقض عدتها^٩ ، (١) .

وما رواه في الكافي والتهديب عن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام «في المطلقة أين تعد^{١٠} ؟ قال : في بيتها إذا كان طلاقاً له عليها رجعة ليس له أن يخرجها ولا لها أن تخرج حتى ينقض عدتها» (٢) .

وما رواه في الكافي عن سماعة في الموثق قال : «سألته عن المطلقة أين تعد^{١١} ؟ قال : في بيتها لا تخرج وإن أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل ولا تخرج نهراً وليس لها أن تحج^{١٢} حتى تنقض عدتها - الحديث» (٣) .

وعن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «لا ينبغي للمطلقة أن تخرج إلا بأذن زوجها حتى تنقض عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر إن

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٠ و التهديب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩١ و التهديب ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ٩٠ .

لم تحض ، (١) .

وأما الفاحشة المذكورة في الآية فاختلف في معناها والأخبار المتعلقة بالمقام منها ما رواه في الكافي عن محمد بن علي بن جعفر قال : «سأل المأمون الرضا عليه السلام عن قول الله عز وجل «ولا تخرجوهن من بيوتهن» ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، قال يعني بالفاحشة المبينة أن تؤذي أهل زوجها فإذا فعلت ذلك فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضي عدتها فعل ، (٢) .

و عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن بعض أصحابه ، عن الرضا عليه السلام في قوله عز وجل : «ولا تخرجوهن» - الخ ، قال : «أذاها لأهل الرجل وسوء خلقها» (٣) .
وما رواه في الفقيه مرسلًا قال : «سئل الصادق عليه السلام في قوله عز وجل «ولا تخرجوهن» - الخ ، قال : «إلا أن تزنى فتخرج ويقام عليها الحد» (٤) ، وفي خبر سعد ابن عبد الله المروري عن كمال الدين و تمام النعمة قال : قلت لصاحب الزمان عليه السلام : أخبرني عن الفاحشة المبينة إذا أتت المرأة بها في أيام عدتها حل للرجل أن يخرجها من بيته فقال : الفاحشة المبينة السحق دون الزنا فإن المرأة إذا زنت وأقيم عليه الحد ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزويج بها لأجل الحد فإذا سحقت وجب عليها الرجم والرجم خزي ومن قد أمر الله برجمه فقد أخزاه ومن أخزاه فقد أبعدته فليس لأحد أن يقربه (٥) ، وكان ذلك هو الذي دعى المصنف في الشرايع وغيره في الكتاب إلى الجمع بما عرفت على معنى كل فاحشة تقتضي إخراجها وأدائها ذلك .

ويمكن أن يقال الأخبار المذكورة في هذا المقام مع ضعف السند يشكل الأخذ بها مع اختلافها ولأمانع من الأخذ بظاهر الكتاب وما يصدق عليه الفاحشة المبينة وأما مثل أذاها لأهل الرجل فإن تم الدليل على كونها فاحشة من جهة عمل الفقهاء

(١) المصدر ج ٦ ص ٨٩ .

(٢) (٣) الكافي ج ٦ ص ٩٧ و التهذيب ج ٢ ص ٢٨٦ .

(٤) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ١٠ .

(٥) المصدر ص ٢٥٤ .

قدّس الله أسرارهم وإلا يشكل من جهة الإشكال في صدق الفاحشة عليه لكن المعروف بين الأعلام عدّه من الفاحشة واستدلّ بالاجماع وعموم الآية و بإخراجه عليه السلام فاطمة بنت قيس لما بذت على أحمائها ، وعن مجمع البيان هو المروي عن أبي عبدالله عليه السلام وكيف كان لا إشكال في حرمة خروج المرأة لا طلاق الكتاب والسنة إلا مع الاضطرار فيجوز بلا خلاف ظاهراً ملكاتبة الصّفار إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام في امرأة طلقها زوجها و لم يجز عليها النفقة للعدّة وهي محتاجة هل تجوز لها أن تخرج وتبيت عن منزلها للعمل والحاجة؟ فوقع عليه السلام لا بأس بذلك إذا علم الله الصّحة منها (١) .

ويمكن أن يقال : بعد ما كان حرمة الخروج في صورة عدم إذن الزوج ومع الإذن لم يحرم الخروج كما يستفاد من رواية الحلبيّ المذكورة فاللازم الاستيذان من الزوج ومع إذنه لا حرمة حتّى يحتاج إلى تحقّق الاضطرار ، ومع عدم الإذن يرفع الحرمة من جهة الاضطرار ، والملكاتبة المذكورة لا تقييد فيها بالخروج بعد انتصاف الليل والعود قبل الفجر ، نعم التقييد بالخروج بعد انتصاف الليل مقتضى ما رواه في الكافي عن سماعة في الموثق قال : « سألته عن المطلقة أين تعتدّ قال : في بيتها لا تخرج وإن أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل ولا تخرج نهاراً وليس لها أن تحجّ حتّى تنقضي عدّتها - الحديث (٢) » ، ولم يذكر فيها الاضطرار .

ولا يلزم ذلك في البائن ولا المتوفى عنها زوجها بل تبيت كل واحد منهما حيث شاءت وتعتدّ المطلقة من حين الطلاق حاضراً كان المطلق أو غائباً إذا عرفت الوقت ، و في الوفاة من حين يبلغها الخبر .

لا إشكال ولا خلاف ظاهراً في عدم لزوم ما ذكر في المطلقة بالطلاق الرّجعي من عدم الخروج من بيت الزوج وعدم إخراجها مع كون الطلاق بائناً لانقطاع العصمة وقد وقع التصريح في صحيح أبي خلف المذكور وكذلك المتوفى عنها زوجها حيث إنّها بانت ، ويستفاد من قوله عليه السلام في الصحيح المذكور على المحكمي «إنما عنى بذلك -

(١) الفقيه باب طلاق السنة تحت رقم ١١ .

(٢) تقدم آنفاً .

النخ ، انحصار الحكم المذكور بالمطلقة الرجعية ، وأما اعتداد المطلقة من حين الطلاق فلا خلاف فيه ظاهراً مع حضور الزوج وأما مع الغيبة فهو الأشهر وهو مقتضى اتصال المسبب بسببه واستدل بالصحيح عن محمد بن مسلم قال : قال أبو جعفر عليه السلام : « إن طلق الرجل وهو غائب فليشهد على ذلك فإذا مضى ثلاثة أقرء من ذلك اليوم فقد انقضت عدتها » (١)

وعن زرارة ومحمد بن مسلم وبريد بن معاوية ، عن أبي جعفر عليه السلام في الصحيح أو الحسن أنه قال : في الغائب : « إذا طلق امرأته فإنها تعتد من اليوم الذي طلقها » (٢) وما في خبر الحلبي من قوله عليه السلام على المحكي « فلتعتد من يوم يبلغها » (٣) لعله قابل للحمل على يوم الطلاق الواصل إلى المرأة وللحمل على يوم بلوغ الخبر ، و مع إجماله لإشكال بعد التصريح باعتبار يوم الطلاق في سائر الأخبار .

وأما الاعتداد في الوفاة ومن حين بلوغ الخبر فيدل عليه ما رواه في كتاب قرب الإسناد عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر ، عن الرضا عليه السلام في الصحيح قال : « سأله صفوان بن يحيى وأنا حاضر عن رجل طلق امرأته وهو غائب فمضت أشهر فقال : إذا قامت البينة أنه طلقها منذ كذا وكذا وكانت عدتها قد انقضت فقد حلت للأزواج ، قال : فالتوفى عنها زوجها؟ قال : هذه ليست مثل تلك هذه تعتد من يوم يبلغها الخبر لأن عليها أن تحده » (٤)

وما رواه ثقة الاسلام في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام « في الرجل يموت وتحتة امرأة وهو غائب قال : تعتد من يوم يبلغها وفاته » (٥) ، إلى غير ما ذكر من الأخبار .

وفي قبالة ما ذكر صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت له : امرأة بلغها نهي زوجها بعد سنة أو نحو ذلك ؟ فقال : إن كانت حبلى (٦) فأجلها أن تضع حملها ، وإن كانت

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ١١١ و ١١٠ .

(٤) المصدر ص ١٥٩ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١١٢ . (٦) يعني حين خروج زوجها

ليست بجبلى فقد مضت عدتها إذا قامت لها البيّنة أنه مات في يوم كذا وكذا ، وإن لم يكن لها بيّنة فلتعتدّ من يوم سمعت ، (١)

و خبر الحسن بن زياد سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلقة يطلقها زوجها ولا تعلم إلا بعد سنة والمتوفى عنها زوجها ولا تعلم بموته إلا بعد سنة ؟ قال : إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدّان وإلا يعتدّان ، (٢)

وخبر وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام سئل عن المتوفى عنها زوجها إذا بلغها ذلك وقد انقضت عدتها فالحداد يجب عليها ؟ فقال علي صلوات الله عليه : إذا لم يبلغها حتى ينقض عدتها فقد ذهب ذلك كله وقد انقضت عدتها (٣) ، ولكن الأصحاب لم يعملوا بمضمونها ولكونها موافقة للمحكي عن العامة و ذهب الشيخ في التهذيب إلى أن المتوفى عنها زوجها تعتدّ من يوم وفاة الزوج إن كان المسافة قريبة كيوم أو يومين أو ثلاثة وإلا فمن يوم بلغها الخبر واستدل عليه بما رواه في الصحيح عن منصور قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : في المرأة يموت زوجها أو يطلقها وهو غائب قال : إن كانت مسيراً يام فمن يوم يموت زوجها تعتدّ ، وإن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر لأنها لا بد أن تحده ، (٤)

ولا يخفى الاشكال في العمل به في قبال الأخبار الكثيرة وعدم عمل غير الشيخ ، والحمد لله أولاً وآخراً .

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ و الاستبصار ج ٣ ص ٣٥٥ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٤ والاستبصار ج ٣ ص ٣٥٥ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٤٤ و قرب الاسناد ص ٦٧ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٩٥ والاستبصار ج ٣ ص ٣٥٦ .

كتاب الخلع

❦ (بسم الله الرحمن الرحيم) ❦

الحمد لله رب العالمين و الصلوة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

❦ كتاب الخلع والمبارأة والكلام في العقد والشرائط واللواحق وصيغة الخلع أن يقول : خلعتك أو فلانة مختلعة على كذا ، وهل يقع بمجرده ؟ قال علم الهدى : نعم ، و قال الشيخ : لا حتى يتبع بالطلاق ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى و فسخاً عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرداً ❦ .

قد يقال : إن الخلع بالضم من الخلع بفتح الخاء المعجمة الذي هو بمعنى النزاع لغة ، و شرعاً إزالة قيد النكاح بفدية من الزوجة وكراهة منها له خاصة .
وعن القاموس الخلع كالمنع النزاع إلا أن في الخلع مهلة - إلى أن قال : وبالضم طلاق المرأة ببذل منها أو من غيرها .

و يمكن أن يقال : يظهر من الكلام الأوّل اشتقاق الخلع بالضم من الخلع بالفتح وهذا مبني على كون المصدر مشتقاً منه و كون المشتقات مشتقات منه ، و الظاهر أن المصدر ليس مشتقاً منه بل هو أيضاً مشتق كساير المشتقات وكلها هيئات للخاء المعجمة واللام والعين المهملة المحفوظة في جميعها وما قيل في تعريف الخلع شرعاً من إزالة قيد النكاح الظاهر خروج مثل الفدية والكراهة عن حقيقته وإلا لزم التكرار كما لا يخفى فالخلع نفس الأزالة والخصوصيات خارجة عن مدلوله بدوال آخر وكيف كان يحتاج الخلع إلى الانشاء بالصيغة وظاهر المتن انحصارها في الصيغتين وبشكل من جهة أن الخلع الظاهر أن من العقود بخلاف الطلاق حيث إنه من الأيقاعات فإن شمله عموم «أوفوا بالعقود» فلا وجه

للحصر و إن استشكل فيه من جهة أن العقد بمعنى العهد أو المشدّد منه فلا يشمل مثل الخلع و إن كان الظاهر عدم توجه الاشكال و مع عدم شمول عموم «أوفوا» و عدم عموم أو إطلاق في الأخبار المتعلقة بالمقام فاللازم الرجوع إلى الأصل و المعروف بينهم الاحتياط و الأخذ بالمتيقن لأصالة عدم ترتب الأثر و لا يبعد التمسك بحديث الرّفعة في الشك في الجزئية و الشرطية و هو مقدّم على أصالة عدم ترتب الأثر إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية .

و أما الكلام في وقوعه مجرداً عن الطلاق أو أنه يحتاج إلى الطلاق بعده فيحتاج إلى ذكر الأخبار الواردة في المقام فمنها ما رواه الصدوق في الصحيح عن حماد عن العليّ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «عدّة المختلعة عدّة المطلقة و خلعتها طلاقاً و هي تجزى من غير أن يسمى طلاقاً» (١)

و ما رواه الشيخ عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «لا يكون الخلع حتى تقول : لا أطيع لك أمراً ، و لا أبرّ لك قسماً ، و لا أقيم لك حدّاً فخذمني و طلقني ، فإذا قالت ذلك فقد حلّ له أن يخلعها بما تراضيا به من قليل أو كثير و لا يكون ذلك إلا عند سلطان ، فإذا فعلت فهي أملك بنفسها من غير أن يسمى طلاقاً» (٢) .

و عن سليمان بن خالد في الصحيح قال : «قلت : رأيت إن هو طلقها بعد ما خلعها أيجوز عليها ؟ قال : قال : و لم يطلقها و قد كفاه الخلع و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً» (٣) .

و عن محمد بن إسماعيل بن زبيح قال : في الصحيح قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق ؟ قال : تبين منه و إن شاءت أن يردّها إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت فقلت : إنّه قدروي أنّه لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق ؟

(١) النقيه باب الخلع تحت رقم ٢ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ . والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ . والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

قال : ليس ذلك إذا خلع ، فقلت : تبين منه ؟ قال : نعم ،^(١) وما رواه في الكافي عن محمد بن إسماعيل في الصحيح قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه ؟ فقال : أما إذا كان على ما ذكرت فنعم ، قال : قلت : قد روي لنا أنها لا تبين منه حتى يتبعها بالطلاق ؟ قال : فليس تلك إذا خلعا فقلت : تبين منه قال : نعم^(٢) .
وفي قبال ما ذكر ما رواه في الكافي عن موسى بن بكر ، عن العبد الصالح عليه السلام قال : قال : علي عليه السلام : «المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في العدة»^(٣) .
وما رواه الشيخ في التهذيب عن موسى بن بكر ، عن أبي الحسن الأول عليه السلام قال : «المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في عدة»^(٤) قد يقوي عدم الحاجة إلى الاتباع بالطلاق من جهة الأخبار الصحاح المذكورة .

وفي قبالها ليس إلا خبر موسى بن بكر وهو واقفي غير موثق ، ويمكن أن يقال : هذا لو لم يكن مجبوراً بعمل مثل الشيخ وابن زهرة وابن إدريس مع أن ابن إدريس ممن لا يعمل إلا بالقطعيات من الأخبار ، وحكى الشيخ أنه مذهب جماعة من المتقدمين ، وبعده أن يكون الفتوى من غير جهة الرواية وقد يحمل الأخبار الصحاح المذكورة على التقية لموافقها للعامة ، ويشكل من جهة إباء بعضها عن هذا الحمل ففي صحيح سليمان بن خالد « لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً » ، ثم إنه مع الأخذ بالأخبار الدالة على عدم الاتباع بالطلاق قد يستظهر من بعضها أنه مع الاتباع لا يصح الخلع لأنه لفظاً يضر بصحة الخلع فاستظهر من صحيحتي ابن بزيع حيث قال علي المحكي « ليس ذلك إذا خلعا » بناءً على نسخة النسب وفي الأخرى « فليس تلك إذا خلعا » بل وعلى نسخة الرفع مع اضممار ضمير الشأن إسمائاً ليس وعلى هذا فما هو المعمول المتعارف من الاتباع احتياطاً يكون خلاف الاحتياط إلا أن يكون لفظ خلع فعلاً ولم يكن بالنسب خبراً

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٢) المصدر ج ٦ ص ١٤٣ .

(٣) المصدر ج ٦ ص ١٣١ .

(٤) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٧ .

ليس و يشكل من جهة لزوم كون ليس تامة و لا يستعمل ليس تامة ولا يبعد أن يكون المراد أنه مع الاتباع ليس خلعاً بمعنى أنه شيء آخر لا أنه مانع عن تحقق الخلع الواقع فتدبر .

والحاصل أنه مع حجية خبر موسى بن بكر تقع المعارضة ولعل الترجيح مع تلك الأخبار الصحاح والمشهور أخذوا بها .

وأما أنه مع تجرد الخلع عن الطلاق والقول بصحته يكون طلاقاً يترتب عليه أثر بحيث تكون المرأة معه على تطليقتين و بعدهما تحرم حتى تنكح زوجاً غيره أو يكون فسخاً لا يترتب عليه أثر الطلاق ففيه خلاف ذهب الأكثر إلى أنه طلاق ويدل عليه قول أبي عبدالله عليه السلام على المحكمي في صحيحة الحلبي أو حسنته «فاذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ لها أخذها منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقة^(١)» وقوله عليه السلام على المحكمي في صحيحة محمد بن مسلم أو حسنته «فاذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذها منها وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها وكانت بائناً بذلك - الخبر»^(٢) .

وفي خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام «إذا خلع الرجل امرأته و هي واحدة بائن و هو خاطب من الخطاب»^(٣)

وفي رواية أبي بصير عنه عليه السلام «فاذا قالت المرأة لزوجها ذلك حلّ خلعها و حلّ لزوجها ما أخذ منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقة^(٤)» إلى غير ما ذكر من الأخبار .

واحتج للشيخ بأن الخلع فرقة عريت عن صريح الطلاق و نيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ و أوجب بأنه لاستبعاد في مساواته للطلاق و قد دلّ الحديث عليه .
وما صحّ أن يكون مهراً صحّ فدية في الخلع و لا تقدير فيه بل يجوز أن يأخذ منها زائداً عمّا وصل إليها منه ولا بدّ من تعيين الفدية و صفاً أو إشارة .

(١) و (٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢١ .

المعروف أن "كلّما صح" أن يكون مهراً صح" أن يكون فدية ، ولازم هذا حيث إنّه في مقام التحديد أن "كلّما لا يصح" أن يكون مهراً لا يصح" أن يكون فدية . و من الأخبار المتعلقة بهذا المقام قوله عليه السلام على المحكمي في موثقة سماعة "فإنّ ما هي اختلعت فهي بائن وله أن يأخذ من مالها ما قدر عليه و ليس له أن يأخذ من المبارئة كل" الذي أعطاه (١) .

و في رواية زرارة "فإنّ ما قلت ذلك فقد حل" له أن يخلعها بما تراضيا عليه من قليل أو كثير ، (٢) .

وروى زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : "المبارئة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ما شاء لأن" المختلعة تعتدي في الكلام وتكلم بما لا يصلح لها (٣) ، و في جملة من الأخبار "حل" ما أخذ منها .

ويمكن الفرق بين المهر والفدية إن قلنا في المهر باعتبار كون المهر ملكاً للزوج باعتبار شبه المعاوضة بين المهر والبضع بخلاف باب الخلع حيث إنّ الظاهر أنّ المعاوضة فيه بين البذل والتمليك وبين الخلع والطلاق ولا مانع من تمليك ملك الغير في قبالة ما يرجع إلى المملك وإن كان الملك ملكاً لغير المملك إذا كان بائناً المالك للملك كاذن مالك رهن ملكه للراهن ، نعم هذا يتم إن أخذ باطلاق قوله عليه السلام على المحكمي في رواية زرارة " فقد حل" له أن يخلعها بما تراضيا عليه - الخ ، و لا يستشكل بأنّ النظر إلى القليل والكثير في مقابل المبارئة ولا إطلاق له من هذه الجهة .

وأما ما ذكر في المتن من لزوم التعيين وصفاً أو إشارة فيشكل بعدم الدليل عليه حيث إنّه قد سبق في باب المهر في النكاح عدم لزوم التعيين غاية الأمر لا بد أن لا يكون مجهولاً بحيث لا يعتبره العقلاء في باب المعاوضات كالتعير بشيء أو فعل و نحوهما .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٥ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ .

﴿ أما الشرائط فيعتبر في الخالع البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد ، و في المختلعة مع الدخول الطهر الذي لم يجامعها فيه إذا كان الزوج حاضراً و كان مثلها تحيض و أن يكون الكراهية منها خاصة صريحاً ، و لا يجب لو قالت لا دخلن عليك من تكره بل يستحب ، و يصح خلع الحامل مع الدم لو قيل أنها تحيض ﴾ .

أما اعتبار البلوغ و سائر ما ذكر في الخالع فلما ذكر في الطلاق لأن الخلع طلاق حقيقة أو بمنزلة فيعتبر في الخالع ما يعتبر في المطلق فإن بنى على صحة طلاق البالغ عشرأ فالظاهر صحة خلعها نعم على مذهب الشيخ القائل بأن الخلع فسح أمكن المنع هنا ولو قيل في الطلاق بالصحة لما دل على عدم صحة نحو هذا من غير البالغ و كذا الكلام في المختلعة فيعتبر فيها ما يعتبر في المطلقة و يشكل بناء على كون الخلع فسحاً إلا أن يستشكل بأن الخلع ليس طلاقاً حقيقة و التنزيل لا يدل على جريان تمام أحكام الطلاق فيه حتى مثل صحة طلاق الغائب بالنحو المذكور في باب الطلاق .

نعم لا إشكال في اعتبار كون الخلع على طهر المرأة من غير جماع و يدل عليه ما رواه الكليني عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا طلاق و لا خلع و لا مبرأة و لا خيار إلا على طهر من غير جماع » (١) .

و ما رواه الكليني أيضاً في الصحيح عن محمد بن إسماعيل قال : « سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه ؟ فقال : إذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم » (٢) .

و ما رواه في التهذيب عن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال : « سألت أبي الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق ؟ فقال : تبين منه - الحديث » (٣) .

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ .

(٣) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

وأما اشتراط كون الكراهية منها خاصةً صريحاً فاستدلّ عليه بما رواه في الكافي والفقيه في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «المختلفة لا يحلّ خلعها حتى تقول لزوجها : والله لأأبرئك قسماً ، ولا أطيع لك أمراً ، ولا أغتسل لك من جنابة ولا وطن فراشك من تكرهه ولا أذنّ عليك بغير إذنك وقد كان الناس يرخّصون في ما دون هذا فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقة وقال : يكون الكلام من عندها» (١) .

وما رواه في الكافي عن سماعة في الموثق قال : «سألته عن المختلفة فقال : لا يحلّ لزوجها أن يختلمها حتى تقول : لأأبرئك قسماً ، ولا أقيم حدوداً لله فيك ، ولا أغتسل لك من جنابة ، ولا وطن فراشك ولا أدخلنّ بيتك من تكرهه من غير أن تعلم هذا ولا يتكلمونهم و تكون هي التي تقول ذلك فإذا هي اختلعت فهي بائن و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه» (٢) .

و ما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «المختلفة التي تقول لزوجها : اخلعني و أنا أعطيك ما أخذت منك فقال : لا يحلّ له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لأأبرئك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولا أذنّ في بيتك بغير إذنك فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما يأخذ منها وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها و كانت بائناً بذلك و كان خاطباً من الخطاب» (٣) ، إلى غير ما ذكر من الأخبار .

فاستظهر من هذه الأخبار اشتراط شدة الكراهية و قول المرأة أمثال هذه الأقوال فالكراهية الغير البالغة إلى الشدة أو البالغة إليها بدون القول لا تكفيان ، و المعروف بين المتأخرين الاكتفاء بمطلق الكراهية و استظهر من قول الله تعالى « فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» .

(١) الفقيه باب الخلع تحت رقم ٢ و الكافي ج ٦ ص ١٤١ .

(٢) و (٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ .

والمروى من طرق العامة عن ابن عباس أنها جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ وهي بنت عبد الله بن أبي وكان يحبها و تبغضه ، فقالت: يا رسول الله لا أنا ولا ثابت ولا يجمع رأسى رأسه شيء والله لأعيب عليه في دين ولا في خلق ولكن أكره الكفر بعد الإسلام ما أصفه بغضاً إنني رفعت جانب الخبأ فرأيت أقبل في عدة فاذا هو أشدُّهم سواداً وأخصرهم قامه وأقبحهم وجهاً فنزلت الآية وكان قد أصدقها حديقة فقال ثابت: يا رسول الله ترد الحديقة فقال رسول الله ما تريدن؟ فقالت: نعم وأزيدة فقال لاحديقة فقط فاختلعت منه .

ويقول الباقر عليه السلام على المحكمي في صحيح ابن مسلم «إذا قالت المرأة لزوجها لا أطيع لك أمراً مفسراً وغير مفسر حل له أن يأخذ منها وليس له عليها رجعة (١)» وخبر سماعة قال للصادق عليه السلام: «لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعة حتى تتكلم بهذا الكلام كله فقال: إذا قالت: لا أطيع الله فيك حل له أن يأخذ منها ما وجد (٢)» .

والمحكمي عن الشيخ وغيره من المتقدمين أنه لا يجوز الخلع إلا بعد أن يسمع منها ما لا يحل ذكره من قولها لا أغتسل لك عن جنباه ولا أقيم لك حداً ولا وطن فراشك من تكرهه أو يعلم ذلك منها فعلاً .

ويمكن أن يقال يشكل استفادة اشتراط شدة كراهية المرأة بل أصل الكراهية من الكتاب والأخبار المذكورة ، نعم الأقوال المذكورة في الأخبار ناشئة عن الكراهية بل يمكن أن تكون المرأة بانية على عدم القيام بما يجب عليها من دون كراهية بالنسبة إلى الزوج وقوله تعالى: «فان خفتم أن لا يقيما - الخ» لا استفاد منه الكراهية ونزوله في شأن شخصين خاصين لا يوجب اعتبار خصوصياتهما لكن الظاهر أن اشتراط الكراهية من المسلمات ويقع التعارض بين الأخبار السالفة والخبرين المذكورين ولا يبعد الأخذ بهما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ .

(٢) النهديب ج ٢ ص ٢٧٦ والاستبصار ج ٣ ص ٣١٨ .

لموافقة الكتاب وإن كانت مخالفة تلك الأخبار مع صراحتها وصحة إسنادها مشكلة ،
 ثم إنه مع فرض شدة الكراهة أو مطلق الكراهة إذا كانت المرأة مقيمة حدود الله و
 لم يخف ترك حدود الله تعالى بشكل صحة الخلع لظاهر قوله تعالى «فإن خفتن» وظهور
 ما في الأخبار المذكورة ، من قولها كذا و كذا في كون المرأة ممن يخاف أن تفعل أو
 تترك ما ذكرت .

وأما عدم وجوب الخلع لو قالت لا دخلن عليك من تكره فلظاهر قوله تعالى في كلامه
 تعالى و تقدس «فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، والتعبير في الأخبار المذكورة بالحكمة .
 وما في الشرايع من أن فيه رواية بالوجوب لم يعثر عليها ولم يظهر دليل على
 الاستحباب أيضاً إلا أن يتمسك بقاعدة التسامح في السنن وفيه كلام .

و أما صحة خلع الحامل مع رؤية الدّم مع القول باجتماع الحمل والحيض
 فلما مر في كتاب الطلاق من صحة طلاق الحامل مع استبانة الحمل وإن رأت الدّم .
 ويعتبر في العقد حضور الشاهدين العدلين وتجريده عن الشرط ولا بأس بشرط
 يقتضيه العقد كما لو شرط الرجوع إن رجعت .

أما اعتبار حضور الشاهدين العدلين فلاعتبره في مطلق الطلاق و الخلع طلاقاً أو
 بمنزلة الطلاق فيعتبر فيه جميع ما يعتبر في الطلاق و لما في خبري محمد بن إسماعيل
 المذكورين .

وأما اعتبار تجريده عن الشرط فقد يقال : إن كان المراد من الشرط في المقام هو
 نحو الشرائط الالتزامية في العقود فهو خارج عما نحن فيه من الشرط التعليقي الذي
 تقدم اعتبار تجرّد الطلاق عنه ، وإنما هي مسألة أخرى مبناها على قابلية الطلاق و
 غيره من الإيقاعات للشرائط الالتزامية على نحو العقود أو خصوص الخلع منه باعتبار
 مشابهته للعقد لعموم «المؤمنون عند شروطهم» وعدمها ، وإن كان المراد من الشرط هنا
 هو الذي يقتضي تعليق انشاء الإيقاع فتحقيق الحال فيه أن الإجماع بقسميه على اعتبار
 التنجيز في العقد و الإيقاع وقد ذكرنا أن وجه البطلان أنه يقتضي تأخير الأثر سواء
 كان على أمر محتمل أو متيقن الحصول .

ويمكن أن يقال : إن النظر إلى المعنى الثاني للشرط كما ذكر في العقود من اعتبار التنجيز فيها في مقابل التعليق والوجه في اعتباره الإجماع ليس غير وما ذكر في وجه البطلان من أنه مع التعليق يلزم تأخر الأثر لا يتم وإلا لزم بطلان الوجوب المشروط والإجماع فيما لم يكن المنشأ متعلقاً في الواقع ومع كون المنشأ معلقاً في الواقع لا مانع من التعليق في مقام الإيناء فالطلاق معلق واقماً على الزوجة فلو طلق المرأة معلقاً على زوجيتها كما لو كان شاكراً في زوجيتها فلا مانع والبيع معلق على الملكية والسلطنة فلو علق التمليك على الملكية فلا دليل على البطلان وما ذكر من كون المنشأ معلقاً هو المشهور وبعض الأكابر يجعل الإيناء معلقاً على الشرط وتفصيل الكلام في الأصول .

هذا ولكن ما ذكر في المتن من قوله - قدس سره - : « ولا بأس بشرط يقتضيه - الخ ، ليس من هذا القبيل فإن جواز رجوع الزوجة مع رجوع الزوجة إلى الفدية من الآثار وليس مما يكون الخلع معلقاً عليه ويكون من قبيل شرط خيار المجلس في العقد ولا دليل على اشتراط عدمه والأولى التعبير بالرجوع لا الرجوع لأن الزوج في الطلاق الرجعي وما هو بمنزلة له أن يرد المرأة إلى نفسه والرجوع متعدّد دون الرجوع .

﴿ وأما اللواحق فمسائل : الأولى لو خالها و الاخلاق ملتزمة لم يصح ، ولم يملك الفدية . الثانية لا رجعة للخال نعم لو رجعت في البذل رجوع إن شاء . و يشترط رجوعها في العدة ، ثم لا رجوع بعدها . الثالثة لو أراد مزاجعتها ولم ترجع في البذل افتقر إلى عقد جديد في العدة أو بعدها . الرابع لا توارث بين المختلفين ولومات أحدهما في العدة لانقطاع العصمة بينهما ﴾ .

أما عدم صحة الخلع مع إتيان الأخلاق بنحو لا كراهة للمرأة فظهر وجهه مما مرّ ومرّ أن حليّة الفدية منوطة بصحة الخلع وقد سبق الإشكال من أن مقتضى قوله تعالى « فإن خفتم - الخ ، أن النظر إلى عدم إقامة حدود الله بل لولا شبهة الإجماع أمكن أن يقال : إذا خيف عدم إقامة حدود الله ولو كانت المرأة مقيمة في الواقع حلّ

الفدية و صح الخلع وهذا أيضاً مقتضى خبر سماعة المذكور . و الظاهر عدم التزامهم بهذا .

وأما أنه لارجمة للخالع فلما في الأخبار المذكورة من التصريح بالبينونة و في صحيح ابن مسلم المذكور «وليس له عليها رجعة» .

و أما صيرورته رجعياً مع رجوع المرأة إلى الفدية فيدل عليها صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام قال فيها على المحكمي «تختلع منها بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع و هل تبين منه بذلك أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق فقال تبين منه وإن شاء أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت - الحديث (١)» .

و موثقة فضل أبي العباس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح يقول لأرجعن في بضعك (٢)» ، و مقتضى الإطلاق جواز رجوع المرأة إلى الفدية ولو لم يرض الزوج الخالع فلا وجه لاعتبار تراضي الطرفين كما حكى عن ابن حمزة و إن نفي البأس عنه في المختلف لكن الظاهر من صحيحة محمد بن إسماعيل المذكورة جواز رد الزوج الفدية . و إن لم ترض المرأة و صيرورة الخلع رجعياً وهذا خلاف ظاهر كلماتهم من اعتبار رجوع المرأة .

و هل يعتبر في جواز رجوع المرأة إلى الفدية تمكن الزوج من رجوعها بحيث لو لم يكن لها عدّة كالصغيرة و اليائسة لم يكن لها الرجوع قد يقال بالاعتبار تمسكاً بقاعدة نفي الضرر و استظهاراً من النصوص و يشكل من جهة الإشكال في تعميم القاعدة و لذا قيل : لو أخذ بعموم القاعدة يلزم فقه جديد .

و أما النصوص فلا يستفاد منها إلا أنه مع رجوع المرأة للرّجل أن يرجعها ولا يستفاد منها أنه مع عدم إمكان الرجوع ليس له الرجوع ، ثم إنه مع اعتبار إمكان الرجوع لا بد من كون رجوع المرأة في العدّة لعدم إمكان الرجوع إلا في العدّة و مع

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٦ .

(٢) التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

عدم الاعتبار ما الوجه في اعتبار كون رجوع المرأة بالفدية في العدة بحيث لم يجز بعد انقضاء العدة إلا أن يتمسك بالاجماع كما ادعى .
و أما أنه لو أراد مراجعتها مع عدم رجوع المرأة بما بذلت احتاج إلى عقد جديد فليهنوتها من الزوج وانقطاع العصمة فلا بد من العقد وقد ذكر في بعض الأخبار ، أنه خاطب من الخطاب إلا أنه لا مانع من العقد في العدة بالنسبة إلى الزوج بخلاف العقد بالنسبة إلى غير الزوج حيث إنه لا بد فيه من انقضاء العدة .

و أما إنه لا توارث بينهما فلما عرفت من البيونة بعد تحقق الخلع وانقطاع العصمة ، ويدل عليه ما رواه الشيخ عن ابن رثاب قال : « سمعت حمران يروي عن أبي عبيد الله عليه السلام قال : لا يكون خلع ولا تخيير ولا مباراة إلا على طهر من غير جماع و بشاهدين يعرفان الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير وإقرار المرأة على أنها على طهر من غير جماع يوم خيرها ، قال : فقال له محمد بن مسلم : أصلحك الله ما إقرار المرأة ههنا ؟ قال : يشهد الشاهدان عليها بذلك للرجل حذراً أن تأتي بعد فتدعي أنه خيرها وهي طامث فيشهدان عليها بما سمعا وإنما يقع عليه الطلاق إذا اختارت نفسها قبل أن تقوم .

و أما الخلع والمباراة فإنه يلزمها إذا أشهدت على نفسها بالرضا فيما بينها وبين زوجها بما يقترقان عليه في ذلك المجلس فإذا افترقا على شيء ورضيا به كان ذلك جائزاً عليهما وكانت تطليقة بائنة لارجعة له عليها سمى طلاقاً أولم يسم ولا ميراث بينهما في العدة . قال : والطلاق والتخيير من قبل الرجل و الخلع والمباراة من قبل المرأة ^(٢) .

و المباراة هو أن يقول بارتك على كذا وهي تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الأكثر والشرائط المعتمدة في الخلع والمختلعة مشترطة هنا ولا رجوع للزوج إلا أن ترجع هي في البذل ، وإذا خرجت من العدة فلا رجوع لها ويجوز أن تفاديا بقدر ما وصل إليها منه فما دون ولا يحل له ما زاد عنه .

المباراة المفارقة وعدت قسم من الخلع ولذا أثبتوا لها أحكام الخلع من دون أن

يدل دليل على تنزيلها منزلة الخلع ومن الأخبار الواردة في المقام مارواه ثقة الاسلام في الموثق عن سماعة قال : « سألته عن المباراة كيف هي ؟ فقال : تكون للمرأة شيء على زوجها من صداق أو من غيره قد أعطاها بعضه فيكره كلُّ منهما صاحبه فتقول المرأة لزوجها : ما أخذت منك فهو لي وما بقي عليك فهو لك وأبارئك فيقول الرجل لها : فإن رجعت في شيء مما تركت فأنا أحقُّ ببيضك (١) .

ورواه الشيخ في التهذيب عن سماعة عن أبي عبدالله وأبي الحسن عليهما السلام مثله (٢) .

وعن أبي بصير في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المباراة تقول المرأة لزوجها لك ما عليك واطركني ، أو تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها إلا أنها يقول : فإن ارتجعت في شيء فأنا أملك ببيضك ولا يحلُّ لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه (٣) .

وما رواه في الكافي و التهذيب عن أبي الصباح الكناني قال : قال أبو عبدالله عليه السلام « إن با رأت امرأة زوجها فهي واحدة وهو خاطب من الخطاب (٤) .

وما رواه في التهذيب عن إسماعيل الجعفي عن أحدهما عليهما السلام قال : « المباراة تطليقة بائن وليس فيها رجعة (٥) .

فاستفيد من هذه الأخبار اعتبار كراهية كلِّ من الزوجين بمقتضى موثق سماعة وبندل المرأة وعدم حلية ما يأخذ الزوج أزيد من المهر بل يأخذ المهر وما دونه وانقطاع العصبة و بينونة المرأة إلا أن ترجع المرأة إلى ما بذلت . و كون المباراة تطليقة حقيقة أو بمنزلتها فيعتبر فيها ما يعتبر في الطلاق والصيغة بحسب موثق سماعة المذكور « أبارئك » و يظهر من بعض هذه الأخبار كفاية أن تقول المرأة لزوجها : لك ما عليك و اتركني أو تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها .

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ . و التهذيب ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٥) المصدر ج ٦ ص ٢٧٧ .

وأما اشتراط اتباعها بالطلاق فهو المشهور بل ادعى عليه الإجماع والنصوص خالية عن اعتبار اتباعها بالطلاق بل موثق جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المباراة تكون من غير أن يتبعها الطلاق^(١)» يستفاد منه عدم اعتباره ، لكن مخالفة المشهور مشكلة حيث نسب الشيخ في التهذيب بعد إيراد الروايات ، الاتباع بالطلاق إلى الأصحاب المحققين من تقدم منهم ومن تأخر وحمل الرواية بمعنى رواية جميل ظاهراً على التقيّة واستشكل صاحب المدارك في شرحه على الذافع من خلوة الأخبار المتعرّضة للمباراة المترتبة عليها أحكامها بلفظ الطلاق وكذا صاحب الحدائق .

ثم إنّه وقع الخلاف فيما يؤخذ من فدية المباراة بعد الإتيان على أنّه لا يجوز الزيادة على ما أعطاه فالمشهور أنّه يجوز له المهر فما دونه ، وذهب جمع إلى أنّه لا يؤخذ إلا دون ما دفع إليها ويبدل عليه ما رواه في الكافي عن زرارة في الصحيح أو الحسن بإبراهيم بن هاشم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «المباراة يؤخذ منها دون الصداق والمختلعة يؤخذ منها ما شاء أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر ، وإنما صارت المباراة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ما شاء لأنّ المختلعة تعدي في الكلام و تكلم بما لا يعمل لها^(٢)» .

ولا مجال للقدح في هذه الرواية من جهة القطع لأنّ السند في الكافي متصل لا قطع فيه ولا للقدح في خبر أبي بصير باشتراك أبي بصير لأنّ الراوي عن أبي بصير هنا عبد الله بن مسكان وهو من قرائن أنّه ليث المرادي الثقة الجليل .

وقد يجمع بين المتعارضين بحمل رواية الأقلّ من المهر على الأفضل ، وإنّ جاز له أخذ الجميع . ويمكن أن يقال : يقوى قول الأكثر من جواز أخذ الأكثر بعمل المشهور وإطلاق بعض الأخبار الواردة في المقام كرواية محمد بن مسلم في الصحيح قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة قالت لزوجها : لك كذا وكذا وخلّ سبيلي فقال :

(١) التهذيب ج ٢ ص ٢٨٨ و الاستبصار ج ٣ ص ٣١٩ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ .

هذه المباراة (١) .

وما عن عبدالله بن سنان في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « المباراة تقول لزوجها : لك ما عليك وبارئني فيتركها ، قال : قلت : فيقول لها : إن ارتجعت في شيء فأنا أملك ببيضك ؟ قال : نعم (٢) » .

حيث إن هذين الخبرين ظاهران في بيان حقيقة المباراة فيبعد تقييدهما بقيد له المدخلية في الحقيقة فتأمل حيث إن لازم هذا عدم مدخلية الكراهة ولا الصيغة بارأتك أو أبارئك وهو خلاف ما التزموا به . والحمد لله أولاً وآخراً .

تم الجزء الرابع وبليه كتاب الكفارات في الجزء الخامس



فهرست

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٥٥	شرائط الموصى		كتاب الوقوف والصدقات
٥٨	شرائط الموصى له	٢	حقيقة الوقف
٦١	عدم صحة الوصية للحربي ^٢	٦	شروط الوقف
٦٩	إطلاق الوصية يقتضى التسوية	١١	شروط الموقوف
٧٠	الوصية للأخوال والأعمام	١٢	شروط الواقف
٧١	إذامات الموصى له قبل الموصى	١٤	شروط الموقوف عليه
٧٣	شرائط الموصى وما يعتبر فيه	١٦	لووقف المسلم على الفقراء
	عدم جواز الوصية من المسلم إلى	١٨	لووقف على مصلحة
٧٧	الكافر	٢٢	لووقف في سبيل الله
٨٠	جواز تغيير الموصى الوصي ^٣	٢٤	إذا وقف على الفقراء
٩٢	الموصى به وما يعتبر فيه	٢٥	عدم جواز إخراج الوقف عن شرطه
٩٦	جواز الوصية بالمضاربة بمال الصغار	٢٩	إطلاق الوقف يقتضى التسوية
١٠٤	الوصية بعتق المماليك	٣٠	السكنى والعمرى
١٠٥	الوصية بجزء من المال	٣٦	معنى الصدقة وأحكامها
١١٢	أحكام الوصية	٣٠	معنى الهبة وشرائطها
١١٩	تصرفات المريض	٣٤	حكم هبة الأب أو الجد للولد الصغير
	كتاب النكاح	٣٧	حكم هبة أجدان ^٤ وجين ^٥ للآخر
١٢٢	صفة العقد وأحكامه		كتاب الوصايا
١٣٠	آداب النكاح	٥١	معنى الوصية وأحكامها

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
٣٨٣	المهر وفيه أطراف	١٢٢	آداب الخلوة
٢٠٥	احكام المهر	١٢٠	أحكام التزويج
	الشرط في النكاح وما يجوز وما	١٥١	أولياء العقد
٢١٩	لايجوز	١٧٢	عدم ولاية الأم
٢٢٥	القسم والنشوز والشقاق	١٧٦	أسباب التحريم
٢٢٣	أحكام الاولاد	١٧٦	المحرّمات بالنسب
٢٥٩	احكام الولادة وسننها	١٧٧	المحرّمات بالرّضاع
٢٦٨	سنن الرضاع والحضانة	١٩٢	شرائط الرّضاع
٢٧٦	النفقات وأسبابها	١٩٦	مستحبات الرّضاع
	كتاب الطلاق	١٩٨	أحكام الرّضاع
٢٩٢	شرائط المطلق	٢٠٥	المحرّمات بالمصاهرة
٢٩٨	شرائط المطلقة	٢٢٦	كراهية عقد الحرّ على الأمة
٥٠٦	صيغة الطلاق	٢٢٢	المحرّمات باستيفاء العدد
٥١٢	الاشهاد على الطلاق	٢٥٥	المحرّمات باللّعان
٥١٧	اقسام الطلاق	٢٥٧	المحرّمات بالكفر
٥١٧	الطلاق البدعي	٢٨٢	النكاح الشغار
٥١٨	طلاق السنة	٢٨٤-٢٩٦	النكاح المنقطع
٥٢٢	أحكام طلاق السنة	٣١٦	نكاح الاماء وأحكامه
٥٣٢	المحلل وما يعتبر فيه	٣٥٧	في العيوب و البحث في أقسامها
٥٣٨	أحكام الرّجوع	٣٥٨	عيوب الرّجل وهي أربعة
٥٢٢	أحكام العدة وشرائطها	٣٦٧	عيوب المرأة وهي سبعة
٥٥٢	الحامل وعدتها في الطلاق	٣٧٢	أحكام العيوب

الصفحة	الموضوع	الصفحة	الموضوع
	كتاب الخلع والمباراة		
٥٨١	صيغة الخلع وشرائطه	٥٥٧	عدّة الوفاة
٥٨٦	شرائط الخالع والمختلعة	٥٦٣	المفقود وأحكامه
	اعتبار حضور الشاهدين عند إجراء	٥٦٧	عدّة الامة في الطلاق
٥٨٩	صيغة الخلع	٥٧٠	عدّة الذميمة في الطلاق والوفاء
٥٩٠	اللواحق		عدم جواز اخراج المطلقة الرجعية ٥٧٦
٥٩٢	المباراة		







