

حائق و الفقه

في شرح شرائع الاسلام

تصنيف

حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشهور بالمحقق الطهراني دام تله

المجلد الخامس والثلاثون

وقد طبع بنفقة الفاضلة المحترمة المكرمة شريف الاصلين

محبوبة الدارين حاج شريف خانم الخندق آبادى بنت

حجة الاسلام والمسلمين الحاج شيخ جعفر الخندق آبادى

غفر الله لهما ولآبائهما آمين رب العالمين

في منتصف شهر شعبان المعظم سنة ١٣٠٣ هـ - ق



المطبعة العلمية - قم

Princeton University Library

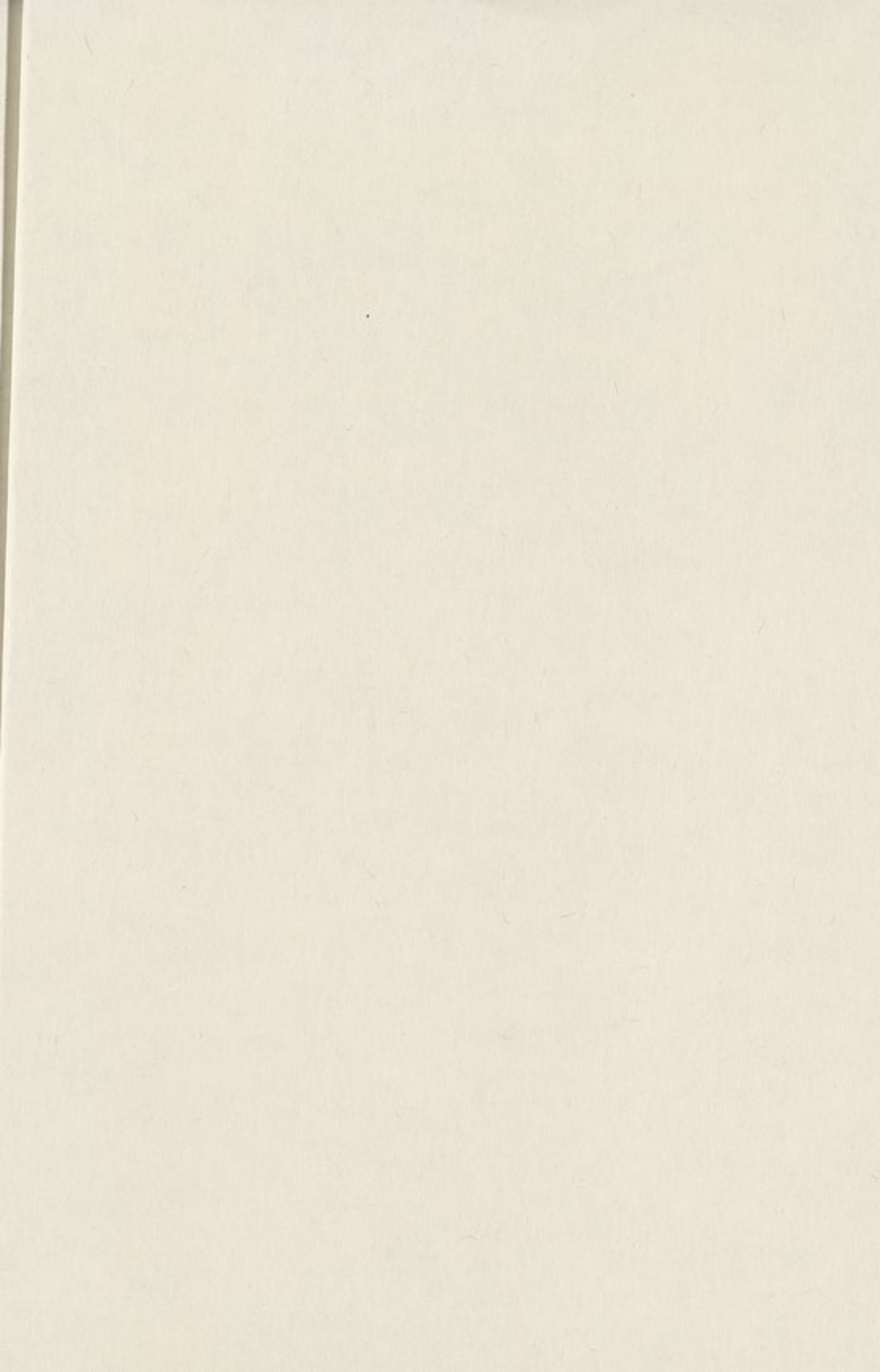


32101 047105778

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

--	--



حائق و الفقه

في شرح شرائع الإسلام

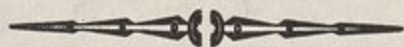
تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا البشير بالمحقق الطهراني دام ظلّه

المجلد الخامس والثلاثون

وقد طبع بنفقة الفاضلة المحترمة المكرمة شريف الاصلين
محبوبة الدارين حاج شريف خانم الخندق آبادي بنت
حجة الاسلام والمسلمين الحاج شيخ جعفر الخندق آبادي
غفر الله لهما ولآبائهما آمين رب العالمين

في منتصف شهر شعبان المعظم سنة ١٤٠٣ هـ - ق



2271

.3553

.827

mujallad 35

بِسْمِ اَيْدِي الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله خالق السموات ورازق المخلوقات وراحم العباد في يوم
المعاد والذي أسكنهم دار رحمته وسلامته وخلوده وكرامته التي وعدهم
بكرمه فانه لا يخلف الميعاد والسلام والصلاة على رسوله وخلفائه وأصفياؤه
الذين هم أوتاد الارضين واولى الامر على المخلوقين .

وليس لاحد هذا المنصب العظيم بل مختص بالائمة المعصومين الذين نزل
في بيوتهم الكتاب وهم الحجة على العباد الى يوم الدين .

﴿ القسم الثالث في نكاح الاماء وهو اما بالملك أو بالعقد ﴾ لعدم خروج
أصل النكاح عن ذلك لقوله تعالى «الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيماهم» وغيره،
والتحليل عقد أو ملك منفعة كما ستعرفه ان شاء الله . ثم اعلم ان مسائل العبيد
والاماء في مثل هذا العصر لم يكن محل الابتلاء فلا ينبغي التطويل فيها .

﴿ و ﴾ قد عرفت أن ﴿العقد ضربان دائم ومنقطع ، وقد مضى كثير من
أحكامهما ﴾ المشتركة بين الاماء وغيرهن ﴿ و ﴾ لكن ﴿ يلحق هنا مسائل ﴾ .

﴿ الاولى لا يجوز للعبد واللاماة أن يعقدا لانفسهما نكاحاً الا باذن المالك ﴾
بل ولا يجوز على الاصح أن يعقدا لغيرهما أيضاً ذلك ولا غيره من المعقود ، ﴿ فان

عقد أحدهما من غير اذن وقف على اجازة المالك ﴿ بناء على المختار من صحة الفضولي في النكاح ايضاً كما عرفته مفصلاً فراجع .

﴿ وقيل ﴾ والقائل النهاية والتهذيب والمهذب فيما حكى عنها: ﴿ بل تكون اجازة المالك كالعقد المستأنف ﴾ قال فيها على ما حكى عنه « ان من عقد على أمة الغير بغير اذنه فنكاحه باطل ، فان رضى المولى كان رضاه كالعقد المستأنف » .

﴿ وقيل ﴾ والقائل من أبطل الفضولي ﴿ يبطل ﴾ العقد ﴿ فيهما ﴾ أى فى العبد والامة ، وحينئذ ﴿ فتلغى الاجازة ﴾ وقد عرفت ما فيه .

﴿ وفيه ﴾ ايضاً ﴿ قول رابع ﴾ قد اختاره ابن حمزة فيما حكى عنه ﴿ مضمونه اختصاص ﴾ تأثير ﴿ الاجازة بعقد العبد ﴾ للنصوص الكثيرة ﴿ دون الامة ﴾ التى نهى عن العقد عليها بدون الاذن .

﴿ والاول أظهر ﴾ بل الرابع منها واضح الضعف ، لان النصوص ظاهرة فى عدم الفرق بين العبد والامة ، كحسن زرارة أو موثقه عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده ان شاء أجازة وان شاء فرق بينهما ، قلت : أصلحك الله ان الحكم بن عيينة ، و ابراهيم النخعى و أصحابهما يقولون : ان أصل النكاح فاسد ، ولا يحلله اجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله وانما عصى سيده ، فاذا أجازة فهو جائز له» .

وخبره الاخر عنه عليه السلام ايضاً «سألته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه ، فقال : ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء أجاز نكاحهما ، وللمرأة ما أصدقها الا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً ، فان أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الاول ، فقلت لابي جعفر عليه السلام : فانه فى أصل النكاح كان عاصياً ، فقال أبو جعفر عليه السلام : انما أتى شيئاً حلالاً ، وليس بعاص لله ، وانما عصى سيده ولم يعص الله ، ان ذلك ليس كاتيانه ما حرمه الله عليه من نكاح فى عدة واشباهه» وهذا لافرق فيه بين العبد والامة .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لمو ﴾ كان قد ﴿ أذن المولى ﴾ ابتداء ﴿ صح ﴾

بلاخلاف ولا اشكال ﴿وعليه مهر مملوكه ونفقة زوجته﴾ كما تقدم الكلام فيه مفصلاً ﴿وله مهر أمته﴾ وان تأخرت الاذن بلاخلاف ولا اشكال، كما أن الظاهر قال في الحدائق المشهور بين الاصحاب انه اذا اذن المولى لعبده في التزويج كان المهر ونفقة الزوجة على السيد لان النكاح لما وقع صحيحاً لزمه الحكم بثبوت المهر والنفقة ولا محل لهما الاذمة السيد لان العبد لا يملك انتهى .

﴿وكذا لو كان كل واحد منهما﴾ أى العبد والامة ﴿لمالك أو أكثر﴾ وحيث أن ﴿ف﴾ ان ﴿اذن بعضهم لم يمض الا برضا الباقين أو اجازتهم بعد العقد على الاشبه﴾ باصول المذهب .

المسألة الثانية اذا كان الابوان رقاً كان الولد كذلك بلاخلاف ولا اشكال، لان نماء المال ملك لمالكه ﴿فان كانا﴾ أى العبد والامة ﴿لمالك واحد فالولد له وان كانا لاثنين كان الولد بينهما نصفين﴾ وفاقاً للمشهور بين الاصحاب ، بل كافتهم ﴿ولو اشترطه﴾ أى الولد ﴿أحدهما أو شرط زيادة عن نصيبه لزم الشرط﴾ لعموم المؤمنون عند شروطهم كما قد مر .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لمو كان أحد الزوجين حراً لحق الولد به سواء كان الحر هو الاب أو الام﴾ وفاقاً للمشهور لاصالة الحرية وغلبتها .

والمعتبرة المستفيضة [كمرسل] مؤمن الطاق عن أبي عبد الله عليه السلام « انه سئل عن المملوك يتزوج الحرة ما حال الولد؟ فقال : حر، فقلت : والحر يتزوج المملوكة قال : يلحق الولد بالحرية حيث كانت ، ان كانت الام حرة أعتق بأمته ، وان كان الاب حراً أعتق بأبيه » [وخبر جميل] وابن بكير فى الولد بين الحر والمملوكة قال : « يذهب الى الحر منهما » .

[وخبر جميل] أيضاً « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : اذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار ، واذا تزوج الحر الامة فولده أحرار » .

[وخبره] أيضاً « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج الامة أو عبد تزوج حرة ، قال : فقال لى : ليس يسترق الولد اذا كان أحد أبويه حراً انه يلحق بالحر

منهما أيهما كان : أباً أو أمّاً » الى غير ذلك .

فلامناص حينئذ عن القول بالحرية مع حرية أحدهما ﴿ إلا أن يشترط المولى ﴾ للامة أو العبد ﴿ رق الولد فـ ﴾ انه ﴿ ان شرط لزم الشرط على قول مشهور ﴾ بين الاصحاب ، وفي الجواهر بل لم أجد فيه تردداً فضلاً عن الخلاف قبل المصنف ، بل ظاهر حمل الشيخ والفاضل خبر أبي بصير السابق على الشرط المفروغية عنه ، ولعله لعموم « المؤمنون » واطلاق النصوص المزبورة الشامل لحالي الشرط وعدمه ، كشمول اطلاق الادلة الا أنها رجحت على هذه في صورة عدم الشرط بالعمل بين الاصحاب انتهى .

ولا يخفى ما فيه فان حرية الولد ان كان تابعة لحرية أحد أبويه شرعاً فلا يجري فيه الشرط ولا يصح أن يجعله الشرط رقاً بل الرقيّة والحرية لهما شروط واسباب يدور مدارها فالشرط لا يكون مشرعاً أصلاً بل لامجال لملاحظة الاطلاق والقول بأن ذلك لو خلى وطبعها فلا ينافي خلافه الشرط في غير محله فالحرية دائرة مدار واقعها من دون مدخلية لادلة الشروط .

المسألة ﴿ الثالثة اذا تزوج الحر أمة من غير اذن المالك ﴾ سابقاً ولاحقاً ﴿ ثم وطأها قبل الرضا عالماً بالتحريم ﴾ ولم يلحقه ثم رضاً ﴿ كان زانياً ﴾ قطعاً ﴿ وعليه الحد ﴾ وفي الجواهر بلا خلاف ولا اشكال ، بل على الامة أيضاً الحد لو كانت عالمة بذلك .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لامهر ﴾ لها عند المصنف وبعض ﴿ اذا كانت عالمة مطاوعة ﴾ لانها حينئذ ، بغى ، ولا مهر لبغى ، ولا يخفى ان ذلك لا يقتضى العدم في المقام فان البضع ملك لمولاها وقد تصرف فيه خصوصاً لو كانت بكرأ فعدم المهر للبغى فيما لم يكن المرأة ملكاً للغير فالعشر على البكرية ونصفها على عدمها للمولى لقوى جداً .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا اشكال في انها ﴿ لو أتت بولد كان ﴾ الولد ﴿ رقاً لمولاها ﴾ وفي الجواهر لكونه نماء ملكه ، والفرض عدم العقد المقتضى لثبوت

النسب ، فهو كولدها منه زناً من غير عقد ، انتهى .
 والحاصل ان التزويج حيث لم يكن باجازه مالك الامة كان بمنزلة الغصب
 ووطئه زناً للحرمة فلا يلحق الولد بالاب بل رق لمولى الامة .
 ﴿ و ﴾ أما ﴿ ان كان ﴾ أى ﴿ الزوج جاهلاً ﴾ بحرمة ذلك عليه ﴿ أو كان
 هناك شبهة ﴾ وطأها بها بعد العقد كأن وجدها على فراشه ﴿ فلاحد ﴾ قطعاً لعدم
 تحقق موجبيه ، وهو الزنا ﴿ ووجب المهر ﴾ للمولى وهو العشر أو نصفه كما عرفت
 ﴿ و كان الولد حراً ﴾ اجراء للشبهة ﴿ لكن يلزمه قيمته لمولى الامة ﴾ لكونه
 كالمثل مال غيره بغير اذنه و كونه نماءً للجارية وتابعاً لها ﴿ يوم سقط حياً ﴾ اذ
 مع السقوط ميتاً ليس بمال .

﴿ وكذا لو عقد عليها لدعواها الحرية ﴾ مع قيام بينة لها بذلك أو قرائن
 أفادت القطع به أو الظن ﴿ لزمه المهر ﴾ وفى الجواهر المسمى فى قول ضعيف ،
 ضرورة تبين فساد العقد المقتضى له من أصله لا من حينه ، كما عساه يتوهم من بعض
 العبارات ، ولادليل يعتد به على لحوق عقد الشبهة بالصحيح بالنسبة الى ذلك انتهى
 بل ولا المثل لبغى الزوجة قال فى المسالك ثم فى تقديره أقوال :

أحدها انه المسمى لانه عقد صحيح قبض فيه أحد العوضين فيجب الاخر
 وعروض الفسخ لا يوجب فساده من أصله وهو ظاهر اختيار المصنف والاكثر وفيه
 نظر لانه واقع بغير اذن السيد ولا اثر لصحته ظاهراً اذا تبين فساده بعد ذلك ودعوى
 كون الفسخ لا يفسده من أصله غير سديدة .

والثانى انه مهر المثل ذهب اليه الشيخ فى المبسوط ونقله فخر الدين عن ابن
 حمزة كما نقل الاول عن القاضى ابن البراج وردهما الشهيد فى شرح الارشاد
 وحكم بانهما قائلان بالثالث ووجه هذا القول قد أشرنا اليه سابقاً من انها ملك
 الغير والنكاح موقوف على رضاه فحيث لم يرض بطل من أصله فكان كالفاسد وقد
 حصل الوطى المحترم بسبب الجهل فوجب مهر المثل وهو واضح هذا اذا لم يجز
 المولى والا فالمسمى وان كان الوطى قبل الاجازة بناء على القول الاصح من

انها كاشفة .

والثالث وجوب عشر قيمتها ان كانت بكرأ ونصفه ان كانت ثيبأ وهو مختار
الشيخ في النهاية والقاضى وابن حمزة انتهى .

﴿و﴾ قد اشار اليه المصنف بقوله ﴿قيل عشر قيمتها ان كانت بكرأ، ونصف
العشر ان كانت ثيبأ وهو المروى﴾ كما في صحيحة الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله
عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة دلست نفسها قال ان كان الذى زوجها
اياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد قلت كيف يصنع بالمهر الذى اخذت منه قال :
ان وجد مما أعطاهما شيئاً فليأخذها وان لم يجد شيئاً فليأخذها منه ولمواليتها عليه عشر قيمتها ان كانت
اياه ولى لها ارتجع على وليها بما اخذت منه ولمواليتها عليه عشر قيمتها ان كانت
بكرأ وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها قلت فان جاءت
منه بولد قال أولادها منه أحرار اذا كان النكاح بغير اذن المولى .

وفى المسالك وينبغى أن يكون العمل بها لصحتها وربما حملت على ما اذا
طابق العشر أو نصفه لمهر المثل وهو بعيد ومن الجائز اختصاص الامة بهذا الحكم
وجعل مهر المثل للحرة او للامة أيضاً فى غير موضع النص انتهى .

وحاصل الكلام لامهر لها لبغيها لا المثل ولا المسمى لكن عليه للمولى لا الامة
عشر القيمة أو نصف العشر لتفويته بضع الذى كان ملكاً للمولى .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لو كان دفع اليها مهرأ استعداد ما وجد منه﴾ أى من
المهر لما عرفت من عدم استحقاقها المهر فما اخذت كان ملكاً للمولى فعليها رد
مابقى وعلى ذمتها ما اتلفت ويتبعها بعد عتقها كسائر الديون.

﴿و﴾ لو أولدت منه ﴿كان ولدها منه رقأ﴾ وفى الجواهر عند الشيخ وأتباعه
بل فى الحدائق أنه هو المشهور انتهى .

والظاهر انه ليس من المصنف ومذهبه بل أنه مقول قيل ، كى يكون منافياً
لما اختاره آنفاً فى شبهة الزوج بغير دعوى الحرية فمع شبهة الحق الولد بالاب
فيكون حرأ .

قال فى الجواهر لكن الاقوى عدم الفرق بين أفراد الشبهة فى حرية الولد ، وفاقاً للمحكى عن المبسوط والسرائر ونكت النهاية ، للاصل ولظهور الادلة فى كونه كالعقد الصحيح فى لحوق النسب المقتضى لحرية الولد على الوجه الذى قد عرفته سابقاً ، مضافاً الى أصالة الحرية ، وأصالة عدم لحوق أحكام العبيد ، والى خصوص ما فى ذيل صحيح الوليد بن صبيح الذى هو دليل المسألة انتهى .
وقد عرفت ان ذيله صريح فى الحرية وقد عرفت فى السابق ان كل وطء شبهة ملحق بوطء صحيح وان الولد ملحق بالاب .

ويدل عليه ايضاً [صحيح] محمد بن قيس عن ابى جعفر عليه السلام « فى رجل تزوج جارية رجل على أنها حرة ثم جاء رجل آخر فأقام البينة على أنها جاريته ، قال : يأخذها ويأخذ قيمة ولدها » الظاهر فى حرية الولد فلولا حرية الولد لكان له أخذه لاقيمته .

ويدل عليه ايضاً موثق سماعة « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعموا أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولدأ ثم ان مولاهم أتاهم فأقام عندهم البينة أنها مملوكة او أقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع الى مولاهم هى وولدها ، وعلى مولاهم أن يدفع ولدها الى أبيه بقيمته يوم يصير اليه ، قلت : فان لم يكن لابيها ما يأخذ به ابنه ، قال : يسعى أبوه فى ثمنه حتى يؤديه ، ويأخذ ولده ، قلت : فان أبى الاب أن يسعى فى ثمن ابنه ، قال : فعلى الامام أن يفديه ، ولا يملك ولد حر » .

﴿ و ﴾ لكن صرح غير واحد بأنه يجب ﴿ على الزوج ﴾ الذى هو الاب ﴿ أن يفكهم بالقيمة ويلزم المولى دفعهم اليه ﴾ وفى الجواهر بمعنى أنه يضمن قيمة الولد للمولى ، لانه كالمثلف لماله الذى هو نماء ملكه وان كان مشتبهأ ، لان الاشتباه لا يرفع الضمان الذى قد دلت عليه نصوص الامة المشترأة ثم ظهر أنها مستحقة ، وبعض نصوص المقام انتهى .

والظاهر انه ليس من مقول قيل فانه عليه كان الولد رقاً فلامعنى للفك ودفع

القيمة وانما يكون ذلك على كون الولد حراً ومنه يظهر أيضاً ان قوله كان ولدها رقاً انه مقول لقليل ﴿ولو لم يكن له﴾ أى الاب ﴿مال سعى فى قيمتهم ، وان أبى السعى فهل يجب أن يفديهم الامام ؟ قيل ﴿والقاتل الشيخ ومن تبعه : ﴿نعم تعويلا على رواية﴾ سماعة التى مرت آنفاً و﴿فيها ضعف﴾ بناءً على أن الموثق من الضعيف . ﴿و﴾ لذا ﴿قيل ، لا يجب لان القيمة لازمة للاب لانه سبب الحيلولة﴾ بين المالك والاولاد .

﴿ولو قيل بوجوب الفدية على الامام فمن أى شىء يفديهم ؟ قيل : من سهم الرقاب﴾ كما سمعته من النهاية ﴿ومنهم من أطلق﴾ وفى الجواهر ولعله أولى ، للاطلاق ولان بيت المال معد لمصالح المسلمين التى هذه منها ، لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله غير متجه على ما اخترناه من الحرية انتهى .

المسألة ﴿الرابعة اذا زوج عبده أمته هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من ماله ؟ قيل﴾ والقاتل الشيخان وابنا حمزة والبراج وأبو الصلاح : ﴿نعم﴾ يجب لصحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام « سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يجرؤه أن يقول : قد أنكحتك فلانة ويعطيها ماشاء من قبله أو من مولاه ، ولو مداً من طعام أودرهما » وحسن الحلبي قلت لابي عبدالله عليه السلام : « الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يقول : أنكحتك فلانة ويعطيها ماشاء من قبله أو من قبل مولاه ولو مداً من طعام أودرهما أونحو ذلك .

﴿و﴾ لكن مع ذلك ف﴿الاستحباب أشبه﴾ وفى الجواهر بأصول المذهب وقواعده وأشهر بل المشهور سيما بين المتأخرين ومتأخريهم للاصل وعدم تصور استحقاقه لنفسه على نفسه ، ضرورة أن مهر الامة لسيدها ، كعدم تصوره استحقاق ماله عليه مالا ، بل التسامح فى الخبرين المزبورين فى تقدير ذلك أوضح قرينة على الاستحباب ، بل صراحتها بعدم ذكره مهراً فى النكاح شاهد آخر عليه أيضاً انتهى .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لومات﴾ السيد ﴿كان الخيار للورثة فى امضاء النكاح

وفسخه ﴿لانتقال ما كان للسيد اليهم ، ﴿ولا خيار للامة ﴾ الباقية على الرقية وان تغير المالك ، كما هو واضح .

المسألة ﴿الخامسة اذا تزوج العبد بحره مع العلم ﴿لها ﴾ بعدم الاذن ﴿له من السيد فى ذلك ﴾ لم يكن لها مهر ولا نفقة مع علمها بالتحريم ﴿قطعاً لكونها بغيّاً حينئذ ولخبر السكونى عن الصادق عليه السلام قال : « قال رسول الله ﷺ : أيما امرأة حرة زوجت نفسها عبداً بغير اذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق لها » .

﴿و﴾ من ذلك يعلم أنه متى فعلت ذلك ﴿كان أولادها منه رقاً ﴾ لمولى العبد وفى الجواهر بلاخلاف ، بل فى كشف اللثام نسبته الى قطع الاصحاب مشعراً بدعوى الاجماع كغيره انتهى لبطلان النكاح مع العلم بعدم الاذن فكانت الحره بغيّاً فلا يلحق به الولد فكان رقاً لمولى العبد .

﴿و﴾ أما ﴿لو كانت جاهلة ﴾ بكونه عبداً أو بحرمة ذلك عليها فلا حد عليها قطعاً للشبهة و﴿كانوا ﴾ أى أولادها منه ﴿أحراراً ﴾ وفقاً للمشهور شهرة عظيمة كما فى الجواهر وذلك لوجود الشبهة حينئذ بالنسبة الى الحره فيلحق بها الاولاد ﴿ولا يجب عليها ﴾ هنا ﴿قيمتهم ﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، للاصل بعد اختصاص الدليل بالحر المتزوج أمة شبهة ، وحرمة القياس خصوصاً مع امكان ابداء الفرق بين المقامين ، اللهم الا أن يقال : ان غرم القيمة هناك ليس الا للحيلولة بين المالك ونماء ملكه المشترك بين المقامين .

ولا يخفى عدم الفرق فى وحدة الملاك بين كون الحر متزوجاً أمة المولى وبين كون العبد متزوجاً حرة فالاولى دفع القيمة لو كان للزوجة مالا .

﴿وكان مهرها ﴾ المسمى أو مهر المثل حينئذ ﴿لازماً لذمة العبد ان دخل بها ﴾ لكن حيث كان العبد غير قادر على شىء فهو معسر حينئذ فلامحالة أنها ﴿تتبع به اذا تحرر ﴾ وفى الجواهر هذا اذا لم يجز المولى ، والا كان اللازم المسمى

تطالب به السيد ، لما عرفت من أن مهر العبد المأذون على مولاه كنفقة زوجته وذلك كله واضح بعد الاحاطة بماقدمنا فى المباحث السابقة .

المسألة ﴿ السادسة اذا تزوج عبد بأمة لغير مولاه فان أذن المولى سابقاً أو لاحقاً ﴾ فالولد لهما ﴿ بلاخلاف ولا اشكال ﴾ وكذا لو لم يأذنا ﴿ بلاخلاف أيضاً ولا اشكال بعد ما عرفت سابقاً من الحكم برقية ولد الامة المزوجة بغير اذن ﴾ ولو أذن أحدهما ﴿ خاصة ﴾ كان الولد لمن لم يأذن ﴿ منهما ، عدم الاذن لا يوجب لسقوط حقه عن الولد بعد كونه رقاً مطلقاً وموجباً للتصنيف بينهما فى جميع الحالات مع قطع النظر عن النص .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو زنى بأمة غير مولاه كان الولد لمولى الامة ﴾ من غير خلاف ولا اشكال ، لعدم العقد المقتضى للتشريك ، فلم يكن الا قاعدة النمائية ، وهى متحققة عرفاً فى الام دون الاب نحو الحيوانات .

المسألة ﴿ السابعة لو تزوج أمة بين شريكين ثم اشترى الزوج حصة أحدهما بطل العقد وحرم عليه وطؤها ﴾ مع عدم رضا الشريك الاخر وفى الجواهر بلاخلاف ولا اشكال ، لعدم التبويض فى أسباب النكاح ابتداءً واستدامة للاصل ولظهور الاية انتهى .

ويدل عليه موثق سماعة «سألته عن رجلين بينهما أمة فزواجهما من رجل ثم ان الرجل اشترى بعض السهمين ، قال : حرمت عليه باشتراؤه اياها ، وذلك ، أن يبيعها طلاقها الا أن يشتريها من جميعهم ﴾ ولو أمضى الشريك الاخر العقد بعد الابتياح لم يصح ﴿ ضرورة عدم تأثير الامضاء فى العقد بعد بطلانه ، ولو فرض بقاؤه على الصحة للاصل لم يحتج الى امضائه ، ضرورة صحته بالاصل باذنه .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ والقاضى فى النهاية ومحكى المذهب : ﴿ يجوز له وطؤها بذلك ﴾ الامضاء ، قال فى النهاية : «واذا تزوج الرجل أمة بين شريكين ثم اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه ، الا أن يشتري النصف الاخر أو يرضى

مالك نصفها بالعقد ، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً ﴿ وهو ضعيف ﴾ ﴿ ولو حلها ﴾
 أى الشريك الآخر ﴿ له ﴾ أى للمتزوج ﴿ قيل : تحل : وهو مروى ﴾ فى الصحيح
 ويمكن ان يقال بعد دلالة الوثيقة بالحرمة بمجرد الاشتراء فكيف يحلله
 الشريك الآخر له مع انه بحكم الوثيقة حرام ﴿ و ﴾ لذا ﴿ قيل لا ﴾ يجوز ، بل
 لعله المشهور ﴿ لان سبب الاستباحة لا يتبع ﴾ ولتحقيق الكلام فيه زمان آخر وسيع
 ﴿ وكذا لو ملك ، نصفها وكان الباقي حراً لم يجزله وطؤها بالملك
 ولا بالعقد الدائم ﴾ اتفاقاً لتبعض السبب ، ﴿ فان هايساها ﴾ والمراد جعل المولى
 بينه وبين الامة النوبة وقول المولى لها يوم لك ويوم لى فيقع النوبة ﴿ على الزمان
 قيل ﴾ كما عن الشيخ وجماعة : ﴿ يجوز أن يعقد عليها متعة فى الزمان المختص
 بها ﴾ أى يجوز للمولى عقد المتعة عليها فى زمان كان لها حيث قال لها يوم لى
 ويوم لها ففى يوم لها جعلها متعة ﴿ وهو مروى ﴾ فى الصحيح .

﴿ وفيه تردد ﴾ بل منع ﴿ لما ذكرناه من العلة ﴾ وهو لزومه تبعيض السبب ،
 فانها لم تخرج بالمهاياة عن ملك المولى ، على أن منافع البضع لاتعلق لها
 بالمهاياة والاحل لها المتعة بغيره فى أيامها ، وهو باطل اتفاقاً على ما فى المسالك
 كما فى الجواهر .

﴿ ومن اللواحق الكلام فى الطوارئ وهى ﴾ على ما نقله المصنف ﴿ ثلاثة :
 العتق والبيع والطلاق ﴾ .

﴿ اما العتق فاذا أعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها سواء كانت تحت
 عبد أو حر ﴾ فلها الخيار فى الذهاب والاقامة مع زوجها حراً كان زوجها او عبداً
 لاطلاق قول الصادق عليه السلام فى صحيح الكنانى «أىما امرأة أعتقت فأمرها بيدها ان
 شاءت أقامت معه ، وان شاءت فارقت» وقوله عليه السلام فى مرسل ابن بكير : «فى رجل
 حرنكح أمة مملوكة ثم أعتقت قبل أن يطلقها ، قال : هى أملك ببعضها» وقوله عليه السلام
 أيضاً فى خبر الشحام .

وقول الرضا عليه السلام فى خبر محمد بن آدم : اذا أعتقت الامة ولها زوج خيرت ، ان كانت تحت حر أو عبد» ومن هنا كان خيرة الاكثر عدم الفرق ، بين كون زوجها حرا او عبداً وان كان بهض الروايات وارده فيما كان زوجها عبداً لكنه من حيث ان محل الحاجة من حيث السؤال ونحوه هو العبد والا لا اختصاص لذلك بالعبد كما عرفت فى الروايات ومن روايات الاختصاص ما وردت فى بريرة حيث كان زوجها عبداً .

قال أبو عبد الله عليه السلام فى خبر العيص «وبريدة كان لها زوجاً فلما أعتقت خيرت» وقال عليه السلام أيضاً فى مرسل أبان : «قال أمير المؤمنين عليه السلام فى بريرة ثلاث من السنن حين أعتقت فى التخيير وفى الصدقة وفى الولاية» بل فى خبر سماعة قال : «ذكر أن بريرة مولاة عائشة كان لها زوج عبد ، فلما أعتقت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : اختارى ان شئت مع زوجك ، وان شئت فلا» .

وفى خبر العجلي عن أبى عبد الله عليه السلام قال : « كان زوج بريرة عبداً » وفى خبر ابن سنان عنه عليه السلام أيضاً «انه كان لبريرة زوج عبد ، فلما أعتقت لها النبى صلى الله عليه وسلم اختارى» .

﴿و﴾ لاجل هذه الروايات المصرحة بالعبد كان ﴿من الاصحاب من فرق﴾ واختص هذا الحكم بما اذا كان زوجها عبداً مشيراً بذلك الى الشيخ فى محكى المبسوط والخلاف ، بل اختاره المصنف هنا ، فقال : ﴿وهو أشبه﴾ بأصالة اللزوم فى العقد وقاعدة الاقتصار على المتيقن ، وهو كما ترى مع اطلاق بعض الروايات .

ثم ان ظاهر بعض الاخبار ارتفاع العقد بمجرد العتق مثل قول الصادق عليه السلام فى صحيح عبد الله بن سنان «اذا أعتقت مملوكك فليس بينهما نكاح ، وقال : ان أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق» لكنه كما فى الجواهر يجب ارادة الخيار منه بقريئة التصريح به فى غيره من النصوص المعتمدة بالفتاوى ، بل وفيه

بعد ذلك ، قال : و «سألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثم أعتقها قال : نعم تخير فيه اذا أعتقت» .

ثم انه اذا اختارت الفراق فان كان قبل الدخول سقط المهر وان كان بعده ثبت لمولاها بلا خلاف كما فى الجواهر .

﴿و﴾ كيف كان فى الخيار على الفور ﴿و﴾ وفى الجواهر اتفاقاً على الظاهر كما فى كشف اللثام ، بل فى الرياض حكاية الاتفاق عن طائفة ، وهو ان تم الحجة . ولا يخفى ما فيه فانه مساوق لعدم الخيار اذ قل مورد كان للانسان الخيار وفسخ بمجرد ثبوته بل الغالب يحتاج الى تفكير وصلاح فى الفسخ والامضاء وربما لم يعلم صلاحه وفساده فيه فيحتاج الى مشورة وسؤال وربما لم يترجح أحد طرفى الصلاح والفساد فوراً ويحتاج الى تأمل فى يوم او يومين او اكثر بل الفورية على خلاف الاصل وانه بعد الشك فاصالة الخيار بحاله .

ويؤيده ما روى ان معتباً كان يطوف خلف بريرة فى سكك مدينة وان دموعه لتسيل على لحيته يترضاها وجعل رسول الله ﷺ شفيعاً فى ذلك ، حتى قال لها رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله أأمرنى ؟ فقال لها : لا بل انما أنا شافع ، فقالت : لاجابة لى فيه « فلو كان على الفور لما معنى لذلك وشفاعة النبى ﷺ بل بمجرد تأخيرها الفسخ انفسخ مع ان الظاهر بقاء الزوجية بحالها بعد العتق وكانت عازمة على الفسخ .

وبالجملة لامعنى فى الفسخ الفورى فى جميع موارد التى للانسان خيار كما لو ظهرت لها فقر الزوج وقد مر انها كانت بالخيار فليس المراد انه بمجرد العلم بالفقر يجب عليها الفسخ أو الامضاء بل لا بد من تفكير وبقاء مدة والصبر عليه بمقدار .

وكيف كان فالظاهر كون الخيار على التراخى واما الاجماع فليس له دليل أصلاً لو لم يكن كاشفاً عن قول المعصوم .

﴿ ولو أعتق العبد لم يكن له خيار ﴾ وفى الجواهر وان كان قد زوجته مولاه مكرهاً ، للاصل بعد اختصاص الدليل بالامة ، وحرمة القياس خصوصاً مع الفرق بينها وبينه بأن الطلاق المستغنى به عن الخيار بيده دونها ، انتهى وهو فى محله ﴿ ولالمولاه ﴾ وان كان تحت أمته ، لخروجه بالحرية عن ولاية السيد عليه .
 ﴿ و ﴾ اولى من ذلك انه ﴿ لا ﴾ خيار ﴿ لزوجه حرة كانت أو أمة لانها رضيته عبداً ﴾ فأحق أن ترضى به حراً ، كما أوماً اليه الصادق عليه السلام فى خبر على ابن حنظلة « فى رجل زوج ام ولد له من عبد فأعتق العبد بعد ما دخل بها يكون لها الخيار ؟ قال : لا قد تزوجته عبداً ورضيت به ، فهو حين صار حراً أحق أن ترضى به » .

﴿ ولو زوج عبده أمته ثم أعتق الامة أو أعتقهما كان لها الخيار ﴾ للاطلاق الذى لافرق فيه بين اتحاد المولى وتعدده ﴿ وكذا لو كانا لمالكين فاعتقا دفعة ﴾ .
 ﴿ ويجوز أن يجعل عتق الامة صداقها ﴾ وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى استفاضة النصوص أو تواترها به وان كان الاصل فيه ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم اصطفى صفية بنت حى بن أخطب من ولد هارون عليه السلام فى فتح خيبر ثم أعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضة حتى زعم مخالفوننا أن ذلك من خواصه ، لكن اتفقت النصوص والفتاوى على خلافهم وكفى بذلك دليلاً على الحكم .

فلاوجه للاشكال فيه بعدم جواز نكاح المالك أمته ، وبعدم جواز جعل العتق مهراً ، ولانه لا بد من تحقق المهر قبل النكاح ، وبلزوم الدور لتوقف النكاح على العتق وبالعكس ، اذ هو من الاجتهاد فى مقابلة النص على أنه يمكن دفع الجميع بأن العتق لما اقترن بالنكاح لم يتزوج أمته ، ضرورة كون المسلم منعه عدم اجتماع التزويج والملك ، لاما كان نحو المقام الذى يقتضى عموم الادلة واطلاقها جوازه وبمنع لزوم تحقق المهر قبل النكاح ، بل يكفى فيه المقارنة أيضاً ، كما ان النكاح

يتوقف على اقتران العتق به لاعلى سبقه له كى يلزم الدور ، الا أن الانصاف مع ذلك مخالفة المسألة للقواعد فى الجملة انتهى .

﴿ويثبت عقده عليها بشرط تقديم لفظ العقد على العتق بأن يقول : تزوجتك وأعتقتك وجعلت عتقك مهرك﴾ كما هو المشهور على ما حكاه غير واحد ﴿لانه لو سبق بالعتق لكان لها الخيار فى القبول والامتناع﴾ كما تضمنه خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام « سألته عن رجل قال لامته : أعتقتك و جعلت عتقك مهرك ، قال : عتقت وهى بالخيار أن شاءت تزوجت وأن شاءت فلا ، فان تزوجته فليعطها شيئاً ، فان قال : قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فان النكاح واقع لا يعطيها شيئاً » وخبر محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام « فى الرجل يقول لجاريته : قد أعتقتك و جعلت صداقك عتقك ، قال : جاز العتق و الامر اليها أن شاءت زوجته نفسها وأن شاءت لم تفعل ، فان زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً » ولا يخفى معارضة الاخبار لاخبار اخر وهى [صحيح الحلبى] عن الصادق عليه السلام سألته « عن الرجل يعتق الامة ويقول : مهرك عتقك ، قال : حسن »

[و صحيح ابن مسلم] عن ابى جعفر عليه السلام « أيما رجل شاء أن يعتق جاريته ويجعل صداقها عتقها فعل » وغيرهما ، وخصوص خبر [عبيد بن زرارة] « سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول : اذا قال الرجل لامرأته : أعتقتك و أتزوجك و أجعل مهرك عتقك فهو جائز فان ظاهرهما صحة تقدم العتق فيرد عليه اشكال انه لو تقدم العتق كان لها الخيار وان تقدم التزويج لم يقع على الملك فانه بالملك يحصل الحلية فلا مورد للحلية بالعقد ويكون بمنزلة من عقد على امرأة معقودة ولعله لذلك قال فى الجواهر مخالفة المسألة للقواعد فى الجملة .

﴿وقيل﴾ : والقائل الشهيدان وجماعة بل لعله المشهور بين من تأخر عنهما ﴿لا يشترط﴾ فى الصحة تقدم صيغة التزويج ولا صيغة العتق ، بل يجوز كل منهما ، ﴿لان الكلام المتصل كالجملة الواحدة ، وهو حسن﴾

﴿ لان الكلام المتصل كالجمله الواحده ، وهو حسن ﴾ .

ولا يخفى عدم حسن فيه بوجه فان الاشكال ليس فى تقدم اللفظ بلا قصد بل المعيار هو وقوع احدهما فاللفظ المتقدم ان كان بدون القصد فهو غير مؤثر جدا ويكون لغواً وان كان مع القصد فان كان المقصود المتقدم العتق فيكون لها الخيار وان كان هو العقد ولم يقع على الملك .

﴿ ولذا ﴾ ﴿ قيل يشترط ﴾ فى الصحة ﴿ تقديم العتق ﴾ كما هو المحكى عن الشيخين وأبى الصلاح وغيرهم ﴿ لان بضع الامة مباح لمالكها ، فلا يستباح بالعقد مع تحقق الملك ﴾ اذ قد عرفت أن الكلام المتصل كالجمله الواحده التى يترتب أثرها دفعه واحده عند التمام ، وحينئذ يتحقق العتق والنكاح فى آن واحد من غير فرق فيه بين تقدم كل منهما وتأخر الاخر .

﴿ والاول ﴾ وأن كان ﴿ أشهر ﴾ الا ان الثانى اقوى لما عرفت ، قد عرفت القوة فيه لاستلزامها الخيار لها كما لا قوة فى الثانى لاجل عدم قبول الاباحه الحاصله التزويج و الكلام المتصلة بمنزله كلام واحد حسن فى غير المقام مما كان مثل الاتيان بكلام له العموم او الاطلاق فهو يتوقف على تمام كلام المتكلم ولا يصح الاخذ بعموم كلامه ما دام يتكلم بخلاف المقام .

فانه اذا قال زوجتك ان اراد معناه حصل التزويج ولا يتوقف على وقوع العتق وان لم يرد فهو لغو ولا يصح التكلم به وحصول معناه بعد تمام الكلام ففى مثل الاتيان بالعموم مع الاتيان بالمخصص فى كلام واحد اراد المتكلم من حين التلفظ بالعموم التخصيص غايته انه لم يظهر للسامع قبل اتيان بالمخصص فارادة المعنى لا ينفك عن لفظه فى كل مقام سلمنا صحة ذلك فبعد وقوع الايجاب والعتق و تمام الكلام لا يخلو اما ان يقع كلاهما معاً واما ان يتقدم العقد او العتق وعلى الاخيرين الاشكال بحاله وعلى الاول لا ترجيح لتقدم احدهما على الاخر وعلى الثانى ان الاشكال فى عدم قبول الحليه ثانياً وهو مانع عن وقوع العقد الا بعد

العتق فالعتق مقدم رتبة والعقد متوقف على حصوله قبلاً فلا يصح وقوعهما معاً .
وبالجمله روايات الصحة بنحو الاطلاق مشكل بخلاف ما دل على الصحة
مع تقدم العتق غاية الامر مع خيار بعده للامة ولا يمكن طريق للعمل بالطائفتين من
الروايات ولا يصححها القول بان المعنى ان الشارع قد شرع جعل الامة نفسها
صداقاً في تزويجها فيكون حينئذ مالكة نفسها وليست هي الاحرة فيكون طريقاً
مخصوصاً للعتق غير العتق بايجاد الصيغة الخاصة كما في الجواهر فانه ان اراد ان
العتق كما يحصل بالصيغة فكذلك يحصل بان تجعل نفسها مالكة مختارة حرة فهو
غير تام فان جعلها نفسها كذلك متوقف على حصول الحرية والمالكية لنفسها
المتوقف على صيغة العتق وبعده لا يحتاج الى هذا التفصيل وان اراد من كون
جعل نفسها صداقاً انه بمجرد قول الزوج جعلت نفسك صداقاً لك قد حصل
الزوجية فهو كما ترى وان اراد انه بعد اجراء الصيغة يكون كذلك فيعود الاشكال.
وبالجمله لا يفهم من هذا التحقيق معنى محصل بل ظاهر كلامه انه بنفسه جعل
الامة نفسها صداقاً يتحقق العتق ومنه ظهر عدم صحة عقد الدوام على الانقطاع الا
بعد تمام مدة الانقطاع او فسخه .

﴿ و ام الولد لا تنعتق الا بعد وفاة مولاها ﴾ فلا يكون الاستيلاد عتقاً بمعنى
انه اذا صارت ام الولد ينعتق كما انه لا يجوز بيعها أيضاً بل تبقى حتى مات مولاها
والولد حتى فعتقت ﴿ من نصيب ولدها ﴾ اتفاقاً ان وفي ، لانتقالها كلا او بعضا
الى الولد بالارث ، فينعتق عليه كلها أو بعضها ، ويسرى العتق في الباقي فيكون
منعتقة كلا .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو عجز النصيب ﴾ عن الكل ﴿ سعت ﴾ هي ﴿ في المتخلف ﴾
عند الاكثر ﴿ ولا يلزم ولدها السعي فيه ﴾ أو الفك من ماله غير الارث ﴿ وقيل ﴾
والقائل الشيخ في محكي النهاية ﴿ يلزم ﴾ الولد السعي ان كان قيمتها ديناً على المولى

ولم يخلف سواها الا أن يموت قبل البلوغ ، فتباع ويقضى بثمنها الدين ، وفي محكى الوسيلة كذلك ان كان عليه دين في غير ثمنها ، ﴿ و ﴾ لاريب في أن ﴿ الاول ﴾ أشبه ﴿ باصول المذهب وقواعده .

﴿ ولومات ولدها وأبوه حتى جاز بيعها و ﴾ غيره لانها حينئذ ﴿ عادت الى محض الرق ﴾ الخالي من تشبث الحرية ﴿ و ﴾ صارت كحالها قبل الولادة ، بل ﴿ يجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبتها اذا لم يكن لمولاها غيرها ﴾ كما عرفته مفصلا في كتاب البيع .

﴿ وقيل ﴾ والقائل ابن حمزة : ﴿ يجوز بيعها بعد وفاته في ديونه وان لم يكن ثمناً لها اذا كانت الديون محيطة بتركته ، بحيث لايفضل عن الدين شيء أصلاً ﴾ لانه لانصيب للولد حينئذ : ﴿ ولو كان ثمنها ديناً فتزوجها المالك وجعل عتقها مهرها ثم أولدها وأفلس بثمنها ومات بيعت في الدين ﴾ وعليه يعود الام الى الرقية ﴿ و هل يعود ولدها رقياً ؟ قيل ﴾ و القائل الشيخ و ابنا الجنيد والبراج :

﴿ نعم ﴾ هورق للمولى الاول بل و امه كذلك أيضاً ﴿ لرواية هشام بن سالم ﴾ له صحيحاً عن الصادق عليه السلام في موضع من التهذيب .

وفي آخر عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : « سئل وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرة الى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها ، وجعل مهرها عتقها ، ثم مات بعد ذلك بشهر ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : ان كان الذي اشتراها له مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فان عتقه ونكاحه جائز ، وان لم يملك مالا أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلا لانه عتق ما لا يملك ، وأرى أنها رق لمولاها الاول ، قيل له : وان كانت علقت من الذي أعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها ؟ فقال : الذي في بطنها مع امه كهيتها . »

والرواية مضافاً الى صحتها ولا اقل من كونها موثقة يجب العمل بها عند الاصحاب كان مضمونها مطابقة للقاعدة بعد ما فصل الامام عليه السلام فانه لو لم يكن له مال لم يكن له اشترائها فبعد الافلاس وبيعها تعود الى الرقية مع ولدها .

﴿و﴾ عليه ان ﴿الاشبه انه لا﴾ يتم قوله ﴿لا يبطل العتق ولا النكاح ، ولا يرجع الولد رقاً﴾ بل يبطل كلاهما ولكن في الجواهر قال بعد العبارة وفاقاً لابن ادريس وأكثر المتأخرين ﴿لتحقق الحرية فيهما﴾ والحر لا يعود رقاً ، والخبر مطرح أو محمول على ما فى القواعد من حمل عود الرق فيه على وقوع العتق فى مرض الموت والفرض عدم الثلث له ، لاستغراق الدين ، وان كان فيه أن ذلك يفسد عتقها لا حرية الولد ، الا أن يحمل قوله عليه السلام : « كهيئتها » على المساواة فى الحرية ، لكنه بعيد جداً من اللفظ ومن انكشاف عدم الحرية انتهى .

اما موافقة ابن ادريس فعلى اصله صحيح فى الجملة .

اما طرح الخبر ففى غاية الاشكال بل هو على القواعد فان من ليس له مال يؤدى دينه لا يجوز له اشتراء مال الغير فانه فى قوة اكل المال بالباطل ونوع من السرقة فيكون النكاح باطلا والوطء زنا والولد رقاً .

وقوله عليه السلام كهيئتها معناه ان ولدها كنفس امها فى ان الولد كما هو رق فكذلك الام .

ومن العجب حمل الخبر على ما هو ابرد من الثلج نعم لا بد من حمل الخبر على قطع المشتري فى حين الشراء على عدم تمكنه من اداء الثمن لاصورة احتمال التمكّن قبل حلول الاجل احتمالاً صحيحاً عقلائية كظن اداء ماله ووصوله عند غرماءه فتصادف عدم الوصول فانه صح العقد والعتق و كون الولد حراً فان القسمين صحيح .

فاذا باع مع عدم التمكّن من اداء الثمن بوجه ولم يحتمل التمكّن كان من اول الامر نظير السرقة و أكل مسال الغير فيبطل البيع فى كل حال وفى كل شيء

ولا يصلحه التمكن بعد ذلك وقصده الاداء بل يترتب عليه ثمراته من ضمان منافعه المستوفاة وغير المستوفاة وفى المقام من رقية الام والولد بخلاف عكسه مثل من علم قدرته من الاداء وباع نسيته و عرض له العجز بعد ذلك فانه يصح حينئذ فاذا كان حين الشراء فى المقام كذلك و عرض العجز بعد ذلك كان الام حرة والولد حراً جداً فافهم واشكر له تعالى .

﴿ و أما البيع ﴾

﴿ فاذا باع المالك الامة ﴾ المزوجة بعبد مملوك للبائع أو غيره أولهما أو حرّ كلاً أو بعضاً من واحد أو متعدد ﴿ كان ذلك كالطلاق ﴾ بلا خلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه ، كما فى الجواهر والمراد انه كما بالطلاق يحصل الفراق والبيونة فكذلك بالبيع فان المالك اذا لم يبيع ماله بمجرد ازدواج أمته او عبده وصبر عليهم الى الابد كان ذلك ضرراً عليه جداً فلا مناص له من البيع وبعدها لم يتمكن الزوج والزوجة من البقاء على الزوجية فلا جرم كان بمنزلة الطلاق فى حصول المفارقة .

ويدل عليه روايات كثيرة مثل خبر الحسن بن زياد «سألت أبنا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية يطأها فبلغه أن لها زوجاً : قال : يطؤها . فان بيعها طلاقها ، وذلك أنهما لا يقدران على شىء من أمرهما اذا بيعا» وصحيح عبد الرحمن «سأله عليه السلام عن الامة تباع ولها زوج ، فقال : صفقتها طلاقها» وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام «طلاق الامة بيعها أو بيع زوجها ، وقال فى الرجل يزوج أمته رجلاً حراً ثم يبيعها ، قال : هو فراق ما بينهما الا أن يشاء المشتري أن يدعهما» وحسنه بريد وبكير عن الباقر والصادق عليه السلام «من اشترى مملوكة لها زوج فان بيعها طلاقها ، فان شاء المشتري فرق بينهما ، وان شاء على نكاحهما» .

﴿ والمشتري بالخيار بين امضاء العقد وفسخه ﴾ يعنى انه اذا باع البائع الامة

كان من ناحيته حصول الفراق بينهما لكن المشتري ان اراد بقائهما على نكاحهما كان له كما ان له عدم ذلك فللمشتري بعد بيع البايع الخيار في بقاء عقدهما وعدمه بان يجعل الامة لنفسه وحينئذ ان اختار فسخ نكاحهما فواضح و ان اختار البقاء فالظاهر انه منوط باجازة المالك الاول لو كان العبد له ايضاً او رضاه المالك الاصلى للعبد فانه ربما كان الغرض من الافتراق دفع غائلته عن نفسه وخيار المشتري نقض لغرضه وضرر عليه .

وكيف كان فيدل عليه الاخير ان مما تقدم آنفاً .

وخبر الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام « اذا بيعت الامة ولها زوج فالذى اشتراها بالخيار، ان شاء فرق بينهما وان شاء تركها معه ، فان هوتر كها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد ما أمضى قال وان بيع العبد فان شاء مولاه الذى اشتراه أن يصنع مثل ما صنع صاحب الجارية فذلك له ، وان هو سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم» فالروايات صريحة الدلالة فى كون البيع طلاقاً مطلقاً كان زوجها حراً او عبداً و حينئذ فما فى الخبر البصرى عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يبتاع الجارية ولها زوج حر ، قال : لا يحل لاحد يمسه حتى يطلقها زوجها الحر» لا يعارض الكثيرة الدالة على الفراق والبيونة بمجرد البيع .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿خياره على الفور﴾ وحينئذ ﴿فاذا علم ولم يفسخ﴾ لزم العقد ﴿على قول المصنف وهو غير معلوم لاحتياج ذلك الى التفكير فى صلاحه وصلاح الامة نعم الفورية العرفية التى لا ينافى التراخى تراعى فى كل خيار كما تقدم مرارا .

وفى الجواهر بعد المتن قال بلاخلاف فى الظاهر كما اعترف به فى الرياض بل فيه أن ظاهرهم الاجماع عليه ، لخبر الكنانى مؤيداً بمادل من النصوص على أن سكوت الموالى بعد بلوغهم تزويج عبيدهم اجازة ، وبقاعدة الاقتصار على المتيقن

واندفاع الضرر معها ، ودلالة التأخير على الرضا ، لكن الجميع كما ترى غير صالح لقطع الاستصحاب وتقييد الاطلاق ، والمراد بتر كها معه فى خبر الكنانى ان شاء الابقاء الذى يؤول الى اسقاط حق الفسخ وهو غير مانحن فيه .

نعم ان تم الاجماع كان هو الحجة والا كان للنظر فيه مجال ، ومن هنا اتجه بقاء الخيار مع الجهل به ، كما صرح به عن غير واحد ، بل فى الرياض نفى الخلاف عنه انتهى .

ولا يخفى ما فى التمسك بالاجماع فى امثال تلك المقامات .

﴿ وكذا حكم العبد اذا كان تحته أمة ﴾ وبيع فان مشتره بالخيار أيضاً على حسب ماسمعه فى الامة بلاخلاف أجده ، لصحيح ابن مسلم وخبر الكنانى المتقدمين والتعليل فى خبر ابن زياد المؤيدة بما سمعته .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو كان تحته حرة فبيع ﴾ فالمشهور أيضاً أنه ﴿ كان للمشتري الخيار على رواية فيها ضعف ﴾ سنداً وهى رواية محمد بن على عن أبى الحسن (ع) « اذا تزوج المملوك حرة فللمولى أن يفرق بينها ، فان زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما » .

ويؤيده الاطلاق الوارد فى رواية الكنانى فان قوله وان بيع العبد يعم ما اذا كان زوجته امة او حرة .

وفى الجواهر خلافاً لابن ادريس وجماعة كما قيل ، بل فى محكى السرائر أن الشيخ أورد ذلك فى النهاية ايراداً لا اعتقاداً ، وقد رجع عنه فى مبسوطه فقال: « وان كان للعبد زوجة فباعه مولاه فالنكاح باق بالاجماع ، للاصل واختصاص المثبت للحكم بغيره مع حرمة القياس » انتهى ولا يخفى ان اطلاق ما حكى عنه يعم الامة والحررة وهو على خلاف جميع روايات الباب .

﴿ ولو كانا ﴾ أى الزوج والزوجة ﴿ لمالك ﴾ متحد ﴿ فباعهما لاثنين ﴾ دفعة أو ترتيباً على جهة الشركة بينهما أو اختصاص كل واحد بواحد ﴿ كان الخيار

لكل واحد من المبتاعين ❊ وحينئذ ان اختارا الفسخ فواضح فيقع كل واحد منهما عند مولاه الثاني وان اختار الامضاء فان كان بموافقة كل منهما مع رضا البايع فلا اشكال وان تخالفا كما اذا اختار احدهما الامضاء وبقائهما على الزوجية والاخر الفسخ فهو مشكل حيث لا ترجيح لاختيار احدهما ويمكن ترجيح ما وافق مع المولى الاول والافسقا فلا خيار لهما حينئذ الا اذا كان لاحدهما مرجحاً وسياتي بعض الكلام .

❊ وكذا لو اشتراهما واحد ❊ بلا خلاف ولا اشكال .

والحاصل تارة باع المالك كلا الزوجين بائنين واخرى باع كلا الزوجين بواحد وثالثة باع احد الزوجين بواحد .

وقد اشار الى الاخير بقوله ❊ وكذا لو باع أحدهما كان الخيار للمشتري ❊ أيضاً لذلك ❊ وللبيع ❊ في جميع الاقسام الثلاثة والاخير تكرر لما مرفى اول البحث من قوله واما البيع من غير فرق الا في زيادة الخيار للبايع ايضاً وهو محلله اذ لو كان اختيار امضاء عقد الزوجين بيد المشتري دون البايع فربما كان نقضا لغرض البايع يبيعه لاحد الزوجين فانه قد يكون غرضه دفع شرهما من حيث الازدواج ولذا باع احدهما فلا بد وان يجبر ضرر البايع ولا يكون الاثبوت الخيار له ايضاً حتى يدفع امضاء المشتري العقد بالعدم والا بفسخ اصل البيع وكان عليه ذكره هنا وحينئذ ان اراد غير ما ذكر فعليه بيانه الا ان يكون تكراره لاجل ذكر خيار البايع .

وكيف كان فهذا الخيار للبايع ليس من حيث ادلة الباب ضرورة انه مختص بالمشتري ولا من حيث ان البيع مثل الطلاق في كونه مسلطاً على الفسخ كى يستفاد خيار البايع من هذه الجهة بل خيار من حيث ادلة الضرر لو اختار المشتري امضاء العقد فيكون في طول خيار المشتري فمن حيث ان البايع بمجرد البيع كانه طلق امته فلا تسلط له بعد البيع له على الامة بوجه كما اذا فسخ المشتري ايضاً العقد بينهما فالمقصود من كون بيع الامة قطع يد مالكة عنها الا ان الشارع جعل مفرراً للزوجين باختيار المشتري الامضاء مع موافقة البايع .

فمقصود المصنف من الخيار للبايع لو كان ما ذكرنا فنعم الوفاق والا فلا معنى له اصلا .

ومن العجيب جعل وجهه استصحاب الحالة السابقة قبل البيع فانه قبل البيع لا يكون انتقالا كى يستصحب وبعده انقطع يده عن ماله فلاشك بعد البيع كى يستصحب ولا محل له قبله وان كان وجه توهم الخيار له هو خيار الحيوان على القول بثبوتة للمقام والقول بثبوتة للبايع ايضاً هو غير مراد جداً فانه مع عدم تصريح به اصلا ينافيه كون البيع هو الطلاق فكما لا يكون فى الطلاق خيار فكذلك فى المقام ولولم يكن طلاق من جميع الجهات .

وكيف كان فالخيار للبايع فى محله ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لا يثبت عقدهما الا برضا المتبايعين ﴾ احدهما المولى لاحدهما وثانيهما المشتري لاحدهما فاذا رضى المشتري ببقاء العقد ورضا به المولى فقد ثبت والا فلا ومع الاختلاف قدم خيار الفاسخ فى المقام وان كان فيه كلام كما تقدم فى الخيارات لكن الفسخ هناك موافق لبيع البايع وغرضه .

﴿ ولو ﴾ أمضيا و ﴿ حصل بينهما اولاد كانوا لموالى الابوين ﴾ كالمتمنك حين ابتداء باذن من مولييهما الذى قد عرفته فيما تقدم .

﴿ مسائل ثلاث الاولى اذا زوج أمته ﴾ بالحر ﴿ ملك المهر ﴾ بلاخلاف ولا اشكال ﴿ لثبوتة فى ملكه ﴾ باعتبار كونه عوضاً للبضع المملوك له .

﴿ فان باعها قبل الدخول ﴾ وقلنا ان البيع نفسه بحكم الفسخ أو فسخ المشتري بخيار ﴿ سقط المهر لانفساخ العقد الذى ثبت المهر باعتباره ﴾ من غير قبل الزوج لانصفه ان قبضه كما عن المبسوط ، ضرورة عدم كونه طلاقاً ولا فسحاً من قبل الزوج ملحقاً به .

﴿ فان اجاز المشتري ﴾ العقد الثابت بين الامة والحر ﴿ كان المهر له ﴾ اى للمشتري الذى هو مولاها الثانى فان امر الامة قد خرج عن يد مولاها الاول

وصار بيد مولاها الثانى اى المشتري والفرض ان له الخيار فى فسخ عقدهما وامضائه فان امضى العقد بقيا على النكاح وكان المهر للمشتري حيث انه مولاها حينئذ فلا جرم يكون المهر بعد الدخول للثانى .

و ﴿لان اجازته كالعقد المستأنف﴾ فكأنه زوج امته الان فالمهر له ﴿ولو باعها بعد الدخول﴾ الموجب لاستقرار المهر ﴿كان المهر للاول ، سواء أجاز الثانى أو فسخ ، لاستقراره﴾ اى استقرار المهر فى حال كون الامة ﴿فى ملك الاول﴾ اى المالك الاول والمسألة فى غاية الاشكال من حيث ان استقرار الملك وان كان فى ملك المولى الاول فانه قد ملك مهر امته على الزوج لكنه اذا لم يتلفه بسوء اختياره حيث باع الامة و كان بمنزلة الطلاق فضيع المهر الذى كان له .

وبالجملة كان المهر له على فرض بقاء الامة على الزوجية حتى يرفع الزوج يده عنها وحينئذ كان المهر له بخلاف ما اذا اتلف المهر الثابت له على الزوج وقياسه على المتعة او الدوام وغير ذلك باطل ولا يرتبط بتلك المسائل .

فالحق فى المسألة ان يبعه الامة بعد الدخول بمنزلة اتلاف ماله بسوء اختياره وكان للزوج سئوال انك لو اردت المهر لم بعث الامة والفرق بين كونه البيع قبل الدخول او بعده انه فى الاول لم يستقر المهر اصلا وفى الثانى اتلفه بعد استقراره فى ملكه فلا يستحق شىء على الزوج .

﴿و﴾ على اى حال كان ﴿فيها أقوال مختلفة ، و﴾ لكن قال المصنف ﴿المتحصل ما ذكرناه﴾ بل المتحصل ما ذكرناه والتفصيل فى زمان يحتاج الناس اليها و لو لا ذكر المصنف هذه المسائل لم نتعرض لها اصلا المسألة الثانية لو زوج عبده بحره ثم باعه ﴿بعد الدخول استقرار المهر على السيد ، لما سمعته سابقاً من كون مهر العبد على مولاها وان فسخه المشتري .

وان باعه ﴿قبل الدخول قيل : كان للمشتري الفسخ﴾ أيضاً ، وهو الاقوى كما كان له الامضاء من غير فرق بين كون الزوجة امة او حرة ﴿و﴾ حينئذ فاذا فسخ

المشترى كان ﴿على المولى نصف المهر﴾ عند المشهور الحاقاً لمثل هذا الفسخ قبل الدخول بالطلاق .

ولخبر على بن حمزة المنجبر ضعفه بالشهرة عن الكاظم عليه السلام « فسى رجل زوج مملوكاً له امرأة حرة على مائة درهم ثم انه باعه قبل أن يدخل عليها، فقال: يعطيها سيده من ثمن نصف ما فرض لها ، انما هو بمنزلة دين استدانه بأمر سيده». وانما الكلام فيما اذا امضى العقد فيمكن كونه المهر كاملاً على الاول فان امضاه بمنزلة عدم فسخ الاول بالبيع والطلاق كما كان عليه كاملاً قبل البيع لان المفروض بقاءه ثانياً كما يمكن كونه كاملاً على الثانى لما ذكر فان امضاه رافع لفسخ العقد وبيعه فيكون المهر من الاول منتقلاً الى الثانى وما فى المتن اولى فان بيع الاول طلاق بالنسبة اليه فيلحق بالطلاق فلا ربط لذلك بفسخ الثانى او امضاه فاذا امضى انتقل نصف الاخر بالثانى جمعاً بين جميع الحقوق .

﴿ومن الاصحاب﴾ وهو ابن ادريس ﴿من أذكر الامرين﴾ أى الخيار للمشترى فسى نكاح العبد الحرة كما تقدم ، وتنصيف المهر بالفسخ على تقديره أيضاً لاختصاص الدليل بالطلاق وحرمة القياس ، فالمهر كاملاً واجب على السيد. المسألة ﴿الثالثة لو باع أمته وادعى﴾ بعد ذلك ﴿أن حملها منه﴾ فيكون البيع فاسداً لكونه بيع ام الولد ﴿وأنكر المشتري لم يقبل قوله فى افساد البيع﴾ المخالف للاصل لاصالة الصحة ولان الظاهر من حال المسلم بيعه صحيحاً ولا يجديه اقرارها ، لانه فسى حق الغير ، نعم ان ادعى علمه كان له احلافه . ﴿ويقبل فسى التحاق الولد﴾ عندنا كما عن الخلاف والسرائر ، سواء كان داخلاً فسى ملك المشتري بالتبعية أو الشرط أو غير داخل ﴿لانه﴾ على كل حال ﴿اقرار لا يتضرر به الغير وفيه تردد﴾ من المصنف ولعله فى محله.

﴿واما الطلاق فاذا تزوج العبد باذن مولاه﴾ ابتداءً أو استدامة ﴿حرة أو أمة لغيره لم يكن له اجباره على الطلاق ولا منعه﴾ على المشهور بين الاصحاب

للنبوي «الطلاق بيد من أخذ بالساق» .

ويدل عليه [حسن علي بن جعفر] عن أخيه عن آبائه عن علي عليه السلام «انه أتاه رجل بعبده فقال : ان عبدى تزوج بغير اذنى ، فقال علي عليه السلام لسيده : فرق بينهما ، فقال السيد لعبده : يا عبدالله طلق ، فقال علي عليه السلام : كيف قلت له ؟ فقال : قلت له : طلق ، فقال علي عليه السلام للعبد : الان فان شئت فأمسك وان شئت فطلق ، فقال السيد : يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي جعلته بيد غيرى ، قال : ذلك لانك حيث قلت له : طلق اقررت له بالنكاح» اى نكاح صحيح كان بالاذن فكان امر الطلاق بيد العبد ولكن الروايات مختلفة مع مفاد المتن فان الظاهر من المتن هو كون معيار الجواز وعدمه اذن المولا وعدمه فان كان مع اذنه لايجوز وان كان بدونه يجوز للمولى طلاقه وظاهر بعض الروايات التفصيل بين كون الزوج والزوجة كلاهما للمولى فلايجوز اذا كان مع اذن المولى وان كان حرة او من غير المولى فيجوز له الطلاق .

مثل [خبر ليث المرادى] «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال أن كان أمتك فلا ، ان الله عزوجل يقول : عبداً مملوكا لا يقدر على شيء ، وان كان من قوم آخرين أو حرة جاز طلاقه» .

والكنانى عنه عليه السلام أيضاً «اذا كان العبد وامرأته لرجل واحد فالمولى يأخذها اذا شاء ، واذا شاء ردها ، وقال : لايجوز طلاق العبد اذا كان هو وامرأته لرجل واحد الا ان يكون العبد لرجل والمرأة لرجل وتزوجها باذن مولاها واذن مولاها ، فان طلق وهو بهذه المنزلة فان طلاقه جائز» .

وخبر عبدالله بن سنان عنه عليه السلام أيضاً «سألته عن رجل تزوج غلامه جارية حرة فقال : الطلاق بيده ، فان تزوجها بغير اذن مولاها فالطلاق بيد المولى» .

وظاهر هذه الروايات التفصيل بين كون الزوجة امة باذن المولى فيكون امره بيد العبد وبين كون الزوجة حرة او امة الغير فيكون بيده المولى وظاهر

بعضها العكس وهو ان كان الزوجة حرة او امة الغير فكان بيد العبد وان كان وليدة المولى كان بيد المولى .

مثل [خبر محمد بن الفضيل] عن أبى الحسن عليه السلام «طلاق العبد اذا تزوج امرأة حرة أو تزوج وليدة قوم آخرين الى العبد ، وان تزوج وليدة مولاه كان هو الذى يفرق بينهما ان شاء ، وان شاء انتزعهما منه بغير طلاق» خبر أبى بصير «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يأذن لعبده أن يتزوج الحرة أو أمة قوم الطلاق الى السيد أو الى العبد؟ قال : الطلاق الى العبد» .

وخبر على بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام «سألته عن رجل يتزوج غلامه جارية حرة ، فقال : الطلاق بيد الغلام» .

وظاهر بعض الاخبار يعارض الكل وان طلاق العبد مطلقاً بيد المولى مثل صحيح العجلي عن أبى جعفر وأبى عبد الله عليهما السلام «فى العبد المملوك ليس له طلاق الا باذن مولاه» وصحيح زرارة عنهما عليهما السلام أيضاً «المملوك لا يجوز طلاقه ولانكاحه الا باذن سيده ، قلت : فان كان السيد زوجه بيد من الطلاق؟ قال بيد السيد، ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء، الشيء الطلاق» وصحيح البجلي عن أبى ابراهيم عليه السلام «سألته عن الرجل يزوج عبده أمة ثم يبدوله فينتزعهما منه بطيبة نفسه أياكون ذلك طلاقاً من العبد؟ قال : نعم ، لان طلاق المولى هو طلاقهما ولاطلاق للعبد الا باذن مولاه» .

وصحيح العرقوفى عن أبى عبد الله عليه السلام قال : «سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد ، قال : ليس له طلاق ولانكاح ، أما تسمع الله يقول : عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، قال : لا يقدر على نكاح ولاطلاق الا باذن مولاه» .

بل عن العماني وابن الجنيد أن الطلاق مطلقاً الى السيد ان شاء فرق بينهما

بل ظاهر ثانى الشهيدين الميل الى ذلك ، لصحة هذه النصوص .

﴿ولو زوجه أتمته كان عقداً صحيحاً﴾ عند المشهور بين الاصحاب ،

﴿ لا اباحه ﴾ كما عن ادريس ، لجواز تفريق المولى بينهما كما ستعرف بالامر بالاعتزال ونحوه ، ولو كان عقد نكاح لم يفسخ الا بالطلاق ونحوه مسن فواسخ النكاح ، وفيه منع واضح بعد ثبوت ذلك بالادلة كغيره من الفواسخ .

﴿ وكيف ﴾ كان ﴿ ف ﴾ الطلاق بيد المولى ﴿ اجماعاً بتسميه ونصوصاً ﴾ وله أن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق ، مثل أن يقول : فسخت عقدك كما ﴿ أو فرقت بينكما ﴾ أو يأمر ﴿ هما أو ﴾ أحدهما بالاعتزال عن صاحبه ﴿ أو نحو ذلك بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى استفاضة النصوص أو تواترها به ، كصحيح ابن مسلم «سأل الباقر عليه السلام عمن قول الله عزوجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم ، قال : هر أن يأمر الرجل عبده وتحتة أمته فيقول له : اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثم يحبسها حتى تحيض ، ثم يمسها» .

﴿ وكيف كان ﴾ هل يكون هذا اللفظ ﴿ وهو «فسخ» وما شابهه في فسخ عقد النكاح ﴾ طلاقاً؟ قيل ﴿ والقائل الشيخ في المحكى من تهذيبه واستبصاره : ﴿ نعم ﴾ فيثبت فيه حينئذ ما يعتبر فيه من الشرائط ويلحقه أحكامه ﴿ حتى لو كرره مرتين وبينهما رجعة حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ لظهور أن المراد من نصوص المقام توسعه ما يحصل به الطلاق هنا وان كان لا يقع بالكناية في غير هذا المقام .

ويدل عليه محال الفسخ التي لا يتخير فيها بين الطلاق وغيره .

[لخبر ابن زياد] «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يزوج عبده أمته ثم يبدو للرجل في ذلك فيعزلها عن عبده ثم يستبرئها ويواقعها ، ثم يردها على عبده ثم يبدو له بعد فيعزلها عن عبده أيكون عزل السيد الجارية عن زوجها مرتين طلاقاً لانهل حتى تنكح زوجاً غيره أم لا؟ فكتب لانهل له الابنكاح» .

﴿ وقيل : يكون فسخاً ﴾ لاطلاقاً ﴿ وهو أشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده التي منها أصالة عدم لحقوق أحكام الطلاق، له ومعلومية اعتبار اللفظ المخصوص

في الطلاق وأنه لا يقع بالكناية مطلقاً ، ومشاركته له في بعض الاحكام لا يقتضى كونه طلاقاً كالتخيير المزبور .

﴿ ولو طلقها الزوج ثم باعها المالك أتمت العدة ﴾ بلا اشكال ولا خلاف .
 ﴿ و ﴾ لكن ﴿ هل يجب أن يستبرئها المشتري ﴾ بالحیضة مثلاً ﴿ زيادة
 عن العدة ؟ قيل ﴾ كما عن الشيخ وجماعة : ﴿ نعم ، لانهما حكمان ، وتداخلهما
 على خلاف الأصل ، وقيل : ليس عليه استبراء لانها مستبرأة ، وهو أصح ﴿ لان
 الاستبراء انما هو لتحصيل العلم ببراءة الرحم ، ولذا يسقط ان كانت حائضاً وهو
 يحصل بانقضاء العدة ، هذا كله في نكاح الامة بالعقد .

﴿ وأما ﴾ نكاحها ب ﴿ الملك ﴾ فهو ﴿ نوعان : (١) الاول) ملك الرقبة ﴾
 لاخلاف ولا اشكال في أنه ﴿ يجوز أن يطاء الانسان بملك الرقبة ما زاد على أربع
 من غير حصر ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، والنصوص متواترة فيه ، بل العموم في
 الكتاب السالم عن المعارض كاف فيه .

﴿ و ﴾ كذا لاخلاف ولا اشكال في جواز ﴿ أن يجمع في الملك بين المرأة
 وامها ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه أيضاً مضافاً الى النصوص ضرورة عدم كون
 الملك نكاحاً ، و لذا جازله ملك من حرم عليه وطؤها بالنسب ﴿ لكن متى وطأ
 واحدة ﴾ بأى وجه كان ﴿ حرمت الاخرى ﴾ عليه ﴿ عيناً ﴾ .

﴿ و ﴾ كذا له ﴿ أن يجمع بينها وبين اختها بالملك و ﴾ لكن ﴿ لو وطأ
 واحدة ﴾ به ﴿ حرمت الاخرى ﴾ عليه و لكن ﴿ جمعاً ﴾ أى مادامت الاولى
 مملوكة له وان اعتزلها أو حرمتها على نفسه بنكاح ونحوه ﴿ فلو أخرج الاولى ﴾
 مثلاً ﴿ عن ملكه حلت له الثانية ﴾ كما مر الكلام في ذلك كله مفصلاً .

﴿ و ﴾ من أنه ﴿ يجوز ﴾ أيضاً بلاخلاف ولا اشكال ﴿ أن يملك الابن
 موطوءة الاب كما ﴾ أنه ﴿ يجوز للوالد ملك موطوءة ابنه و ﴾ ان كان ﴿ يحرم
 على كل واحد منهما وطء من وطأها الاخر عيناً ﴾ لدخولهما حينئذ فيما نكح الاب

وحلائل الابناء بل الاجماع عليه .

﴿ ويحرم على المالك وطء مملوكه اذا زوجها ﴾ بغيره ولو عبده ﴿ حتى تحصل الفرقة وتنقضى عدتها ان كانت ذات عدة ﴾ بلاخلاف لخبر مسمع عن أبي- عبدالله عليه السلام قال : « قال أمير المؤمنين عليه السلام : عشر لا يجوز نكاحهن ولا غشيانهن - الى أن عد منها - أمتك ولها زوج » ونحوه الاخر بزيادة « وهى تحته »

وخبر مسعدة بن زياد عن أبي عبدالله عليه السلام : « يحرم من الاماء عشر - الى أن قال - ولا أمتك ولها زوج ، ولا أمتك وهى فى عدة » وغيرها .

﴿ وليس للمولى فسخ العقد ﴾ اذا لم يكن الزوج عبده ﴿ الا أن يبيعها ﴾ مثلاً ﴿ فيكون المشتري بالخيار ﴾ على ما عرفته مفصلاً .

﴿ وكذا لا يجوز له النظر منها الى ما لا يجوز لغير المالك ﴾ اذ هى حينئذ كالأجنبية بالنسبة اليه ، وملكه لها بعد ان كان الاستمتاع بها مملوكاً لغيره غير نافع بحاله ولصحيح الحلبي « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل زوج مملوكه عبده فتقوم عليه كما كانت عليه فتراه متكشفاً أو يراها على تلك الحال ، فكره ذلك ، وقال : قد منعى أن ازوج بعض خدمى غلامى لذلك » المراد الحرمة من الكراهة به ، وصحيح عبيد عنه عليه السلام أيضاً « عن الرجل يزوج جاريتة هل ينبغى له أن ترى عورته ؟ قال « لا وأنا أتقى ذلك من مملوكتى اذا زوجتها » .

وفى الجواهر : بل الظاهر أن الموطوءة بالتحليل كذلك كما صرح به فى جامع المقاصد وغيره ، نعم قديتوقف فى حرمة الاستمتاع بالمحلل منها دون الوطأ مع أن الاحوط ان لم يكن الاقوى اجتنابها ، لانه لا اشتراك فى النكاح وتوابعه ، كما أن الاحوط اجتناب المحللة وان لم توطأ اجراء لعقد التحليل مجرى عقد النكاح .

والاحوط أيضاً اجتناب الاستمتاع حتى بالنظر فى المعتدة عن وطأ الشبهة مدة عدتها وان كان قد يقوى حل ما عدا الوطأ منه ، للاصل وفحوى ما ورد فى

الامة المستبرأة أيام استبرائها من جواز الاستمتاع بها فى غير الوطأ انتهى ولا بأس بالجميع .

﴿ وكيف كان فقد عرفت فيما تقدم أنه ﴾ لا يجوز له وطأ أمة مشتركة بينه وبين غيره بالملك ﴿ لان لها فرجاً واحداً لافرجين ، ولا بالعقد أيضاً ، لما عرفت من عدم التبعض فى أسباب النكاح ، ولا يرتفع الحرمة الا بالاختصاص ﴾ ﴿ وكذا لا يجوز أيضاً غير الوطأ من باقى الاستمتاع .

﴿ وكذا ﴾ لا يجوز للمشتري ﴿ مثلاً ﴾ وطأ الامة ﴿ المشترية التى يجب عليه استبرائها ﴾ الا بعد استبرائها ﴿ أما غير الوطأ فالظاهر جوازه فتوى ونصاً . ﴿ ولو كان لها ﴾ أى الامة المشترية ﴿ زوج فأجاز ﴾ المشتري ﴿ نكاحه لم يكن له بعد ذلك فسخ ﴾ نكاحه ضرورة صيرورته حينئذ كالنكاح المبتدأ باذنه . ﴿ وكذا لو علم فلم يعترض ﴾ لما عرفت من فورية الخيار ، فيحرم حينئذ مطلق الاستمتاع بها عليه ﴿ الا أن تفارق الزوج وتعد منه ان كانت من ذوات العدد ﴾ لانه أمة ذات زوج ﴿ وقد عرفت الكلام فيها ، نعم ﴾ لو لم يجز ﴿ المشتري ﴾ نكاحه لم يكن عليها عدة وكفاه الاستبراء ﴿ بحیضة أو خمسة وأربعين يوماً ﴾ فى جواز الوطأ ﴿ عند الفاضل وغيره ، لاطلاق ما دل على حلية الامة المشترية . وفى الجواهر : لكن الاقوى وجوب العدة وفاقاً للكركى وثانى الشهيدین والفاضل الهندى .

﴿ ويجوز ابتیاع ذوات الأزواج من أهل الحرب ﴾ من أزواجهن وغيرهم ﴿ وكذا بناتهم ﴾ وغيرهن اجماعاً ، لانهم فىء للمسلمین يجوز استنقاذه بكل وجه فالملك المترتب على ذلك بالاستيلاء حقيقة لا به ، ضرورة كونه بيعاً فاسداً . ﴿ وكذا يجوز اجماعاً ابتیاع ﴾ ما يسيبه أهل الضلال منهم ﴿ ، وللأخبار فيترتب عليه حينئذ آثار الابتیاع الصحيح من حل الوطأ بالملك وغيره .

﴿ تمة تشتمل على مسألتين ﴾ قد تقدم الكلام فى ﴿ الاولى ﴾ منهما فى

كتاب البيع ، وهى ﴿ كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك ﴾ ولو ارثاً ﴿ حرم عليه وطؤها ﴾ قبل بل ودبر أعلى اشكال ﴿ حتى يستبرأها بحيضة ﴾ مع احتمال وطأ السيد لها ، بل وعلمه للنص على الاجتزاء بذلك للسيد لو أراد بيعها مع وطئها وكيف كان ﴿ فان تأخرت الحيضة ، و كان فى سنتها من تحيض اعتدت بخمسة وأربعين يوماً ﴾ وفى الاجتزاء بالملفق وجه .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ يسقط ذلك ﴾ أى الاستبراء ﴿ اذا ملكها حائضاً الامدة حيضها ﴾ المحرم وطؤها فيه ، فيكفى حينئذ فى جوازه الطهارة من تلك الحيضة ولو لحظة .

﴿ وكذا ﴾ يسقط ﴿ ان كانت لعدل وأخبر باستبرائها ﴾ للعلم الشرعى حينئذ بالبراءة .

﴿ وكذا ﴾ يسقط ﴿ ان كانت لامرأة ﴾ وفقاً للمحكى عن الاكثر ، للاصل وعموم « ما ملكت » وخصوص خبر ابن أبى عمير عن حفص عن أبى عبدالله عليه السلام « فى الامة تكون للمرأة فتبيعها ، قال : لا بأس بأن تطأها من غير أن تستبرئها » .
المسألة الثانية اذا ملك امة فأعتقها كان له العقد عليها ووطؤها من غير استبراء ﴿ بلا خلاف .

وعن المسالك دعوى الوفاق عليه ، للاصل وخروجها عن الامة التى حكمها الاستبراء ، وللأخبار كصحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام « فى الرجل يشتري الجارية ثم يعتقها ويتزوجها هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها ؟ قال : يستبرئ بحيضة ، قال : قلت : فان وقع عليها ، قال : لا بأس » ﴿ و الاستبراء أفضل ﴾ ﴿ ولو كان وطأها وأعتقها لم يكن لغيره العقد عليها الا بعد العدة ، وهى ثلاثة أشهر ان لم تسبق الاطهار ﴾ والا كانت هى العدة ، ضرورة كون العدة هنا عدة الطلاق ونحوه كما فى الجواهر .

النوع ﴿ الثانى ﴾ ، من نوعى الملك ﴿ ملك المنفعة ﴾ أى الانتفاع ، فيمكن

أن يجامع كونه عقداً وانه مبنى على كون التحليل ملك يمين للمنفعة ، كما ستعرف تحقيق الحال .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿النظر فى الصيغة والحكم﴾ وفى الجواهر بعد القطع بجوازه عندنا للاجماع بقسميه عليه و تواتر النصوص به فما فى محكى الخلاف والسرائر من ارسال قول عن بعض أصحابنا بالمنع منه بل فى كشف اللثام أنه معطى كلام الانتصار مسبوق بالاجماع وملحوق به ، ضرورة معلومية جوازه فى مذهبنا عند المخالف فضلاً عن المؤلف كالمقطع انتهى والمسألة محل خلاف اجمالاً كما عن هذه الاكابر .

ويدل على المنع ما لم يكن بيعاً وهبة [مضمرا بن يقطين] «سألته عن الرجل يحل فرج جاريتيه ، قال : لا احب ذلك» و [خبر عمار] عن أبى عبدالله عليه السلام (فى المرأة تقول لزوجها جاريتى لك ، قال : لا يحل له فرجها الا أن تبيعه أو تهب له» و خبر أبى هلال عن أبى عبدالله عليه السلام «سألته عن الرجل هل يحل له جارية امرأته؟ قال : لا حتى تهبها له ، ان علياً عليه السلام قد قضى فى هذا ، أن امرأة أتت تستعدى على زوجها ، قالت : انه قد وقع على جاريتى فأحبها ، فقال الرجل : انها وهبتها لى ، فقال على عليه السلام : ائتنى بيينة والا رجمتك ، فلما رأته المرأة أنه رجس ليس دونه شيء أقرت أنها وهبتها له ، فجلدها حداً ، و أمضى ذلك له ، و ظاهرها المنع لكن الظاهر من بعضها هو الكراهة كما يظهر من صدر [خبر اسحاق] «سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن المرأة تحل فرج جاريتها لزوجها ، فقال : انى أكره هذا ، كيف يصنع ان هى حملت ؟ قلت : تقول ان هى حملت منك فهى لك ، قال : لا بأس بذلك ، قلت : فالرجل يصنع هذا بأخيه ، قال : لا بأس بذلك» .

وقد يحمل لفظ الهبة الواردة فى اخبار المنع على التحليل بأن يكون المراد من الهبة هو التحليل فلا منع حينئذ وفيه ان الهبة مفيدة للملك كالبيع والتحليل امر

موقت ومنه ظهر ما فى الجواهر قال ومنه ينقدح حينئذ قوة كون التحليل ملك يمين بهذا المعنى ، بل وقوة جواز كون صيغته بلفظ الهبة انتهى .

وقد يستدل للمنع بمفهوم قوله تعالى . الاعلى أزواجهم أو ما ملكت أيماهم فانهم غير ملومين : فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون» .

تقريبه كما فى الجواهر : عدم كونه تزويجاً دائماً ولا منقطعاً ، لعدم اعتبار المهر فيه ولا المدة ولا النفقة ، ولا يقع به طلاق ولا غير ذلك من لوازم الدائم والمنقطع ، وعدم كونه ملك اليمين ، لان الفرض ملك الرقبة لغيره والانصاف ان الكل فى محله مضافاً الى الاحتياط فى امر النكاح ومنه الولد .

بل لو كان ذلك مجرد استبعاد لكان ايضاً فى محله بعد عدم كونه من اسباب الحلية وحينئذ ينحصر رفع المنع بدليل قاطع من الروايات فكيف يحلل البضع بمجرد قوله احللت لك نكاح الجارية بل ليس له هذا الكلام بدون الدليل بمجرد كون الامة ملكه .

[فان قلت] الفرق بين العقد والملك واضح فان الاول لا يخرج عن تحت الرجل الا بالطلاق او مضى المدة وهبتها بخلاف ملك اليمين قلت هو كذلك بعينه فان الفرض ان الملكية لا تزول الا برفع اليد عنها باحد اسباب الخروج وما دام فى ملك شخص معين لا يحل لغيره بالبداة .

ومما يؤيد المنع انه فى حال التحليل ان جاز لمالكها الاستمتاع عنها لزم الاستمتاع مع ذات بعل وان لم يجز لزم خروج ملك اليمين عما اقتضاه و هو انفكاك المعلول عن علته و لكن الانصاف انه استبعاده لا يؤثر فى شىء فى مقابل الروايات مع ان الظاهر منها هو الجواز .

مثل [خبر هشام بن سالم] قال : أخبرنى محمد بن مضارب ، قال : قال ابو عبد الله عليه السلام : يا محمد خذ هذه الجارية اليك تخدمك وتصيب منها ، فاذا خرجت فردها اليها « بل ظاهره عدم الاحتياج الى الصيغة المخصوصة وحصوله بنفس

الاعطاء بل الظاهر من بعضها عارية من الجوارى .
 وذلك [لخبر البقباق] «سأل رجل ابا عبد الله عليه السلام ونحن عنده عن عارية الفرج
 فقال: حرام ، ثم مكث قليلا ثم قال : لا بأس بأن يحل الرجل الجارية لاختيه» [وخبر
 الحسن العطار] «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج ، قال: لا بأس به» فالاقوى
 هو الجواز .

﴿أما الصيغة فأن يقول : أحللت لك وطئها او جعلتك فى من وطئها و﴾ عند
 المصنف ﴿لا يستباح بلفظ العارية﴾ كما عند المشهور وقد عرفت الجواز من الخبر .
 ﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿سهل يستباح﴾ فرج الجارية ﴿بلفظ الاباحة﴾ المرادف
 للتحليل ﴿فيه خلاف﴾ بين الاصحاب ، أشهره عدم الجواز ﴿أظهره الجواز﴾
 وفاقاً للفاضل وجماعة ممن تأخر عنه ، ومحكى المبسوط والسراير لعوموم الاخبار .
 ﴿ولو قال : « وهبتك وطئها » او «سوغتك» او « ملكتك »﴾ متجاوزاً بها
 بارادة معنى التحليل منها ﴿فمن اجساز﴾ العقد بلفظ ﴿الاباحة يلزمه الجواز هنا
 ومن اقتصر على التحليل﴾ ولم يجز العقد بلفظ الاباحة المرادفة له اقتصاراً على
 المتيقن فى الفرج المطلوب فيه الاحتياط ﴿منع﴾ هنا .

وقد عرفت الجواز وظاهرها كفاية ذلك بلفظ المفيد لذلك فلا يحتاج الى
 صيغة معينة بل قد عرفت فى الدائم وحصوله باى لفظ مفيد لذلك فى اى لسان كان
 ﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿سهل هو عقد﴾ نكاح ﴿او﴾ عقد ﴿تمليك منفعة؟ فيه
 خلاف بين الاصحاب منشؤه عصمة الفرج عن الاستمتاع بغير العقد او الملك﴾
 للاية ودعوى الاتفاق على ذلك، فبعد معلومية جوازه فى الشرع لا يخلو من احدهما
 ﴿ولعل الاقرب﴾ عند المصنف ﴿هو الاخير﴾ .

وفى الجواهر وفاقاً للمحكى عن الاكثر، بل لم يعرف حكاية الخلاف فيه
 الا عن المرتضى فى الانتصار ﴿وفى تحليل أمته لمملوكه روايتان احدهما المنع﴾
 وهى صحيح ابن يقطين انه سأل الكاظم عليه السلام «عن المملوك يحل له ان يطأ الامة

من غير تزويج اذا احل له مولاه ، قال : لاتحل له ﴿ ويؤيدها انه نوع تمليك والعبد بعيد عن التملك ، والآخرى الجواز اذا عيّن له الموطوءة ﴾ .

وليس ذلك بتأييد اصلا بعد كون مسألة تملك العبد محل خلاف وظاهر بعض الاخبار كونه مالكا بل هو بعض اخبار الباب ولو سلم ان ذلك غير مربوط به تملك العبد بل لطف واحسان من مولافلا مانع من قبول العبد واخذه بل يمكن كون رواية الجواز قريبة على التصرف في لا يحل له .

قال فضيل مولى راشد قلت لابي عبدالله عليه السلام: «لمولاي في يدي مال فسألته ان يحل لى ما اشترى من الجوارى، فقال: ان كان يحل لك ان احل لك فهو حلال، فسألته ابا عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال: ان احل لك جارية بعينها فهي لك حلال، وان قال: اشتر منهن ما شئت فلا تطأ منهن شيئا الا ما يأمرك الا جارية يراها ، فيقول : هي لك حلال ، وان كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدأ لك» وظاهر الرواية كونه مالكا ايضا وكيف كان فظاهره الجواز مضافا الى عدم الفرق بل اولوية تزويجه مملوكة من الغير .

﴿ ويؤيدها ﴾ ايضا ﴿ أنه ﴾ أى التحليل ﴿ نوع من الاباحة وللمملوك أهلية الاباحة والآخر اشبه ﴾ باصول المذهب .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا اشكال فى أنه ﴿ يجوز تحليل المدبرة ﴾ نعم ﴿ و ﴾ فى ﴿ امّ الولد ﴾ ينبغى الاحتياط فى تركه بل هى شاملة لابن مولاه فلا ينبغى لها ولمولاهما وقوع ماء الغير عليه ﴿ ولو ملك بعضها ﴾ بأن أدت بعض ما عليها على وجه يكون به بعضها حراً ﴿ فأحلته نفسها لم تحل ﴾ بذلك لان التحليل مختص بالاماء فلا يعم من بعضها صارت حرة .

﴿ ولو كانت مشتركة ﴾ بين اثنين مثلا ﴿ فأحلها الشريك ﴾ لشريكه ، فانه على ما ﴿ قيل تحل ﴾ بذلك ، بل قد عرفت فيما مضى أنه الاصح ، لعدم التبعض فيه ، بناء على أن التحليل ملك يمين وان كان للمنفعة ، فان سبب الوطاء حينئذ

متحد النوع .

﴿والفرق أنه ليس للمرأة الحرة أن تحل نفسها﴾ لما علمت أن التحليل مختص بالاماء بخلاف الامة ، فان لسيدها تحليلها ، أو بل يمكن اولويته من التحليل بالاجنبي فانه يملك منها شيء بخلاف احد الشريكين فان نصفها له والنصف الاخر ايضاً يباح له بالتحليل فتأمل ثم ان الظاهر انه لا يشترط في التحليل مدة . كما في الجواهر قال لا يشترط في التحليل تعيين المدة ، للاصل واطلاق النصوص خلافاً للمحكى عن المبسوط ، ولا وجه له انتهى لكنه فيه تأمل لا مكان ان يحبسها مدة طويلة ويرده انه متى ارادها مولاها لزم على المحلل له ردها . ﴿واما الحكم فمسائل الاولى يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ﴾ الكاشف عن ارادة اللفظ حقيقة أو مجازاً بالقرائن المقالية ﴿ و ﴾ الحالية التي منها ﴿ما شهد الحال بدخوله تحته﴾ فلا يصح التعدي عن صور اللفظ الى غيره فانه لو قال له احللتها النظر اليها او قبلتها فقط لا يجوز له اللمس من غير موضع القبلة فضلاً عن الوطء .

ولذا قال ﴿فلو أحل له التقبيل اقتصر عليه﴾ وعلى اللمس المتوقف تحقق التقبيل عليه ﴿وكذا لو أحل له اللمس﴾ أو النظر اقتصر عليهما ﴿فلا يستباح الوطء﴾ الذي هو غير داخل في شيء منها لاحقيقة ولا مجازاً ولا تبعاً ﴿ولو أحل له الوطء حل له ما دونه من ضروب الاستمتاع﴾ للفهم العرفي .

وبدل على الجميع [قول الصادق] عَلَيْهِ السَّلَامُ في خبر ابن عطية : «إذا أحل الرجل

للرجل من جاريته قبلة لم يحل له غيرها ، وان احل له الفرج حل له جميعها» .

﴿و﴾ حينئذ ﴿لو أحل له الخدمة﴾ المتوقفة على عقد التحليل للاحتياج

الى لمس ونظر ونحوهما ﴿لم﴾ يجز له أن ﴿يطأ﴾ ، وكذا لو أحل له الوطء لم

يستخدم ﴿من غير اشكال في شيء من ذلك نصاً ولا فتوى .

﴿و﴾ قواعده ﴿لموطأ﴾ مثلاً ﴿مع عدم الاذن كان عاصياً﴾ قطعاً مع

العلم بالتحريم ﴿ولزمه عوض البضع﴾ لمولاهما عشر القيمة أو نصفه ، كما تقدم ﴿وكان الولد رقاً لمولاهما﴾ باختلاف والفرض عدم العقد الممتضى لتبعية الولد ولا الشبهة ، بل هو زان لاحق له في مائه .

المسألة ﴿الثانية ولد المحللة﴾ للحر ﴿حر﴾ شرطها او اطلق ، تغليباً لها قال في المسالك اذا حصل بن تحليل الوطى ولد فان شرط في صيغة التحليل كونه حراً كان حراً ولا قيمة على الاب اجماعاً وان شرط كونه رقاً بنى على صحة هذا الشرط في نكاح الامة وعدمه وقد تقدم وان اطلقا العقد فلم يشترط رقيته ولا حرته فللاصحاب قولان .

احدهما وهو الذى اختاره المصنف وجعله اصح الروايتين ام حر فلا قيمة على ابيه وهو مذهب الشيخ في الخلاف والمتأخرين لبناء الحرية على التغليب والسراية والولد متكون من النطفتين فيغلب جانب الحرية ولعموم الاخبار السابقة المتضمنة ان ولد الحر لا يكون الا حراً ثم نقل خصوص ما دل الحرية ثم ما دل على الرقية ثم اورد بسند الثانى ثم قال فلذلك قال المصنف ان الاولى اصح الروايتين ولو قال اوضح الروايتين سنداً كان اجود لا شتر اتهما في عدم الوصف بالصحة فضلاً عن كون الاولى اصح انتهى . وكيف كان فيدل على حرية الولد [صحيح زراة] قال للباقر عليه السلام : «الرجل يحل لاختيه جاريتها قال : لا بأس به ، قال : قلت : فارجعها بولد ، قال : يضم اليه ولده ، ويرد الجارية الى صاحبها ، قلت : انه لم يأذن له فى ذلك ، قال : انه قد أذن له وهو لا يأمن أن يكون ذلك» .

ونحوه الصحيح الاخر بل فى الحسن أو الصحيح أيضاً «الرجل يحل جاريتها لاختيه وحررة أحلت جاريتها لاختيها ، قال : يحل له من ذلك ما أحل له ، قلت فجاءت بولد ، قال : يلحق بالحر من ابويه» .

والخبر عن الرجل يقول لاختيه : جاريتى لك حلال ، قال : قد حلت له ، قلت : فانه ولدت ، قال : الولد له والام للمولى ، وانى احب للرجل اذا فعل ذاباً لاختيه ان

يمن عليه فيهبهاله» يعنى اذا جاءت بولد .

وهذه الاخبار مطابقة لقاعدة كون الولد تابعاً لاشرف الوالدين ولكن يعارضها روايات اخر تدل على رقية الولد حينئذ الا ان يشترط الاب حين التحليل حرته و من اجل ذلك قال ﴿ ثم ان شرط الحرية مسح لفظ الاباحة فالولد ححر ﴾ وقد عرفت ان صريح الروايات عدم هذا الشرط في الحرمة من حيث كون ابيه حراً ثم انه على تسليم كون الحرية متوقفة على اشتراط الاب كان الولد حينئذ له للمولى الامة لا عيناً ولا قيمة فلا يكون لمولى الامة من جهتين الاولى الشرط الثانية علم المولى بان قبوله الشرط معناه كون الولد للزوج فكيف يكون للمولى حتى يجب على الاب قيمته له فقبوله الشرط بمنزلة اتلاف نماء ملكه عليه .

فلامعنى لقول المصنف ايضاً تبعاً للرواية ﴿ ولا سبيل على الاب ﴾ ولا لقول الشارح بلا خلاف اذ معناه عدم دوران الحرية مدار كون احد ابويه حرأوبنائها على غلبة جانب الحرية ثم ان ظاهر الروايات المنافية انه ان يشترط كان رقا ومقتضاه كونه لمولى الامة فلامعنى للاختلاف الذى اشار اليه .

بقوله ﴿ وان لم يشترط قيل ﴾ والقائل الشيخ فى غير خلافه : ﴿ يجب على ابيه فكه بالقيمة ﴾ ، بل هو المحكى عن الصدوق أيضاً . ﴿ وقيل ﴾ والقائل المشهور شهرة عظيمة ، وفيهم من لا يعمل الا بالقطعيات ﴿ لا يجب وهو ﴾ مع كونه كذلك ﴿ أصح الروايتين ﴾ وان كانت الاخرى أيضاً صحيحة .

وما ذكرنا من الروايات المنافية مع القواعد هو [صحيح] ضريس بن عبد الملك قلت لابي عبد الله عليه السلام : « الرجل يحل لاختيه فرج جاريتها وهى تخرج فى حوائجه ، قال : هو له حلال ، قلت : : فان جاءت بولد منه ما يصنع به ؟ فقال : هو لمولى الجارية الا أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين أحلها له ان جاءت بولد فهو حر ، قلت : فيملك ولده ، قال : ان كان له مال اشتراه بالقيمة» .

وصحيح الحسن بن زياد العطار «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج ، فقال : لا بأس ، قلت : فان كانت اتت منه بولد ، فقال : لصاحب الجارية الا ان يشترط عليه » ورواية ابراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام «في امرأة قالت لرجل : فرج جاريتي لك حلال ، فوطأ فولدت ولداً ، قال : يقوم الولد عليه بقيمته» نعم ناقش في المسالك في سندها .

وكيف كان فالحق مع المشهور من انه لا يجب قيمة الولد على الاب لانه ولده وانعقد حراً اما بمقتضى الاطلاق واما بمقتضى الشرط واما بمقتضى ما صرح بالحاق الولد بالحر من ابويه .

المسألة ﴿الثالثة﴾ لا بأس أن يطاء الأمة وفي البيت غيره ﴿﴾ يراه أو يسمعه [لصحيح] ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام «في الرجل ينكح الجارية من جواريه ومعه في البيت من يرى ذلك ويسمعه ، قال: لا بأس واطلاق الغير يشمل كون من يراهما امة او حرة او صبية .

نعم المتيقن من الغير هو من يجوز نكاحه لوقوع النظر من الغير اليهما او منهما اليه بل يجوز و ان كان الغير متعددأ بل الظاهر من الخبر عدم الكراهة ايضا وان كان يظهر من غيره وعن كشف اللثام : « لا يبعد القول بالكراهة لعموم النهي عن الوطاء وفي البيت صبي يراهما ويسمع نفسيهما » انتهى .

ولا ينافي الكراهة حينئذ اصل وجود الغير لما عرفت من ان المراد بالغير هو الغير من النساء المحللة على الواطى لوضوح عدم الجواز عند الرجل الاجنبى او الرجل من المحارم وبالجملة من يجوز نكاحه ايضا للواطى .

﴿و﴾ كذا لا بأس ﴿﴾ أن ينام بين أمتين ﴿﴾ لمرسل ابن أبي نجران « ان أبا الحسن عليه السلام كان ينام بين جاريتين » ﴿و﴾ ان كان ﴿﴾ يكره ذلك في الحرة ﴿﴾ عند المشهور بين الاصحاب وفيه منع للخبر «لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين والحرتين

انما نساؤكم بمنزلة اللعب» .

﴿ويكره﴾ أيضاً ﴿وطأ﴾ الامة ﴿الفاجرة﴾ بالملك والعقد، للعار، وحذراً من اختلاط المائتين ، ومخالفة ظاهر الاية وفي خبر محمد بن مسلم « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الحبشية يتزوجها الرجل ، قال : لا وان كان له أمة وطأها ، ولا يتخذها أم ولد» .

بل ﴿و﴾ يكره له وطأ ﴿من ولدت من الزنا﴾ وان كانت هي عفيفة ، للغيب ، ولانها لا تفلح ، وخبر الحلبي عن الصادق عليه السلام «سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا عليه جناح أن يطأها ، قال : لا وان تنزه عن ذلك فهو أحب اليّ» وحسن ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام «في رجل يشتري الجارية ويتزوجها بغير رشدة ويتخذها لنفسه ، قال : ان لم يخف العيب على نفسه فلا بأس» وعن ابن ادريس تحريم وطئها لكفرها ، وفيه منع تقدم في السابق .

نعم لاشكال في الكراهة مضافاً الي [خبر الحسين بن أبي العلاء] المروى عن خرائج الراوندي قال : « دخل على أبي عبدالله عليه السلام رجل من أهل خراسان فقال : ان فلان بن فلان بعث معي بجارية وأمرني أن أدفعها اليك ، قال : لا حاجة لي فيها : ، انا اهل بيت لا يدخل الدنس بيوتنا ، قال : لقد أخبرني أنها ربيبة حجره ، قال : لاخير فيها ، فانها قدأ فسدت ، قال : لا علم لي بهذا . قال : أعلم أنه كذا» .

بل في خبر آخر عنه «أنه لما دخل عليه الرجل من خراسان قال له : ما فعل فلان؟ قال : لاعلم لي به ، قال أنا اخبرك به ، بعث معك بجارية لا حاجة لسي فيها ، قال : ولم؟ قال : لانك لم ترقب الله فيها حيث عملت ماعملت ليلة نهر بلخ ، فسكت الرجل ، وعلم أنه علم بأمر عرفه» .

﴿ويلحق بالنكاح النظر في امور خمسة: الاول مايرد به النكاح وهو يستدعي بيان ثلاثة مقاصد الاول فسي العيوب وهي اما في الرجل واما في المرأة ، فعيوب

الرجل * المتفق على الفسخ بها * ثلاثة * بل أربعة بل ستة بزيادة الجذام والبرص * الجنون والخصا والعنن * والجب * فالجنون * الذى هو مرض فى العقل يقتضى فسادَه وتعطيله عن أفعاله وأحكامه ولو فى بعض الاوقات هو * سبب لتسلط الزوجة * الجاهلة * على الفسخ دائماً كان * الجنون * أو أدواراً * .

قال فى المسالك : لاختلاف فى كون الجنون من عيوب الرجل المجوزة لفسخ المرأة للنكاح فى الجملة .

ثم ان كان متقدماً على العقد أو مقارناً له يثبت لها به الفسخ مطلقاً سواء كان مطبقاً او ادواراً وسواء عقل اوقات الصلوة أم لا وان كان متجدداً بعد العقد سواء كان قد وطىء أم لا فان كان لا يعقل اوقات الصلوة فلها الفسخ أيضاً .

وان عقل حينئذ فاكثر المتقدمين كالشيخ واتباعه على عدم الفسخ والاقوى عدم اشتراطه لعدم وجود دليل يفيد التقييد وتناول الجنون باطلاقه لجميع اقسامه فان الجنون فنون والجامع بينها فساد العقل كيف اتفق .

وليس فى الباب حديث سوى صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل وهو شامل لما قبل العقد وبعده ولما يعقل معه اوقات الصلوة وغيره .

ورواية على بن ابي حمزة قال سئل أبو ابراهيم عليه السلام من امرأة يكون لها زوج اصيب فى عقله من بعد ما تزوجها او عرض لسه جنون قال لها ان تنزع نفسها منه ان شئت وهى صريحة فى المتجدد وشاملة باطلاقها لما قبل الدخول وبعده وفيها ترك الاستفصال من الامام وهو دليل العموم انتهى .

ولا يخفى ان الجنون الحادث بعد العقد اولى للفسخ لانه أكثر وقوعاً ولو كان اللازم فيه الصبر لكان ضرراً على المرأة بخلاف السابق لقلة مورد لم يتوجه المرأة فى ابتداء التزويج عليه بل لا يجوز تزويج المجنون الا من وليه وكان الجنون متصلاً بالبلوغ وهو قليل لا يناسب العمومات فمن ذلك يمكن القول بكون

المراد من العمومات هو المتجدد الحاصل بعد العقد وكيف كان فالكلام حينئذ فى السابق قبل العقد ويدل عليه روايات كثيرة باطلاقها ولو لم يقل بانصرافها الى المتجدد. مثل صحيح الحلبي .

ثم ان قوله وليس فى الباب الخ وهذا الحديث أيضاً ليس فى خصوص الرجل فانه مضاف الى اطلاقه كان ذكر العقل مختص بالمرءة نعم رواية أبى حمزة مختصة بالرجل ومن العجب أنه مع التصريح بأن عمدة الخبر هو صحيح الحلبي الشامل باطلاقه لهما خصوا عيوب الرجل بالثلاثة المتقدمة دون البرص والجذام حتى انه فى الجواهر بعد حكايته دخولهما فى عيوب الرجل أيضاً عن القاضى وأبى على قال ولم أعرف أحداً وافقهما على ذلك عدا جماعة من المتأخرين فى خصوص الجذام والبرص وكيف كان فالروايات تعم المتجدد .

وبالجملة الروايات وان كان مطلقة من حيث السابق واللاحق لكنه بالنسبة الى الاول مشكل جداً وعمدته ان ارادة الاطلاق مستلزم لارادة الفرد النادر لما عرفت من بطلان عقد المجنون وكيف كان فان تحقق ذلك ولو نادراً فلا كلام لخيار المرأة فى الاقامة معه ولذا قال ﴿وكذا المتجدد بعد العقد وقبل الوطأ أو بعد العقد والوطأ﴾ بلاخلاف لاطلاق الروايات المتقدمة بل المتيقن منها ذلك كما هو صريح ما عن فقه الرضا عليه السلام بل صريح .

[خبر على بن أبى حمزة] «سئل أبو ابراهيم عليه السلام عن امرأة يكون له زوج قد اصاب فى عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون ، قال : لهما أن تنزع نفسها منه ان شاءت » .

ثم انه من الاشكالات تقييد الجنون الموجب لفسخ المرءة بما اذا لم يعرف اوقات صلته دون ما اذا عرف ذلك فانه مشكل جدا اذ الجنون لا اختصاص له بذلك الا ان يكون ذلك علامة لعدم جنونه وهو اشكل والا فاذا صدق عليه الجنون فلا فرق بين ان يعرف اوقات الصلاة وعدمه فالجنون صادق وان عرف اوقات الصلاة دائماً

فضلا عن ان يكون ذلك فى بعض اوقات .

وقد اشار اليه بقوله ﴿ وقد يشترط فى المتجدد أن لا يعقل أوقات الصلاة ﴾
ايضا كما يشترطوا فى السابق و فى الجواهر بل الظاهر عدم الفرق فيه بعد صدق
اسمه بين عقله أوقات الصلاة و عدمه ، خلافاً لظاهر المحكى عن ابن حمزة من
تقييد الخيار بذلك مطلقا بل ربما حكى أيضاً ذلك عن المبسوط و المهذب
مشعرين بالاجماع عليه ، كما عن الصدوق نسبتة الى الرواية ولعله لدعوى توقف
الصدق على ذلك ، وفيها منع .

وجه المنع ان المعيار هو الجنون ولو عرف بعض الاشياء أحيانا نعم قيد
بذلك فى الفقه المنسوب الى الرضا عليه السلام « اذا تزوج رجل فأصابه بعد ذلك جنون
فبلغ منه مبلغاً حتى لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما ، وان عرف أوقات الصلاة
فلتصبر المرأة ، فقد ابتليت » كالمرسى عن الفقيه ، فانه بعد أن روى خبر ابن أبى
حمزة الاتى فى المتجدد قال : « وروى فى خبر آخر أنه ان بلغ به الجنون
مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما ، فان عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة
معه ، فقد ابتليت » .

ولا يخفى منافاته لنفى العسر والحرَج بل الضرر و اى ضرر أشد على ذلك
عليها فمقتضى جميع الأدلة هو خيارها ومنه ظهر ما فى كلام المقيدى بذلك كما عن
ابن بابويه والمفيد والشيخ وبنى زهرة و البراج وادريس فقيده بما اذا كان لا يعقل
معه أوقات الصلاة والا فلا خيار، بل فى الرياض نسبتة الى الأكثر، للاصل والمرسل
والرضوى واليه أشار المصنف بقوله : ﴿ وهو فى موضع التردد ﴾ لذلك ولاطلاق
خبر على بن ابى حمزة وما عرفت من كونه عسراً وحرَجاً وضرراً .

وفى الجواهر من اطلاق الخبر المزبور المؤيد باستبعاد الفرق بين ما قبل
العقد وبعده ، خصوصاً اذا كان المستند فى الاول اطلاق النصوص الذى لا فرق فيه

بين السابق والمتجدد ، ومن المرسل المؤيد بالرضوى وأصالة اللزوم فيمن يعقل ، وعدم الجابر لخبر ابن أبى حمزة بالنسبة الى ذلك ، بل الموهن محقق ، بل لأبأس بتقييده بالمرسل المزبور المنجبر بفتوى الاكثر ، ومن هنا كان مختار بعض الافاضل ذلك انتهى .

وكيف كان فالاقوى عدم الاشتراط بذلك بل بمجرد تحقق الجنون كان للزوجة خيار الاقامة عنده وعدمه ولو كان الجنون ادواريا .

ثم انه قال فى الحدائق بقى هنا شىء وهو انه هل يفتقر فسخ المرثه فى المتجدد الى طلاق أم لا ظاهر الشيخ فى النهاية الاول حيث قال فان حدث بالرجل جنه يعقل معها اوقات الصلوة لم يكن لها اختيار وان لم يعقل اوقات الصلوة كان لها الخيار فان اختارت فراقه كان على وليه ان يطلقها وكذا قال ابن البراج فى المذهب وابن زهرة وابن ادريس لم يذكر الطلاق قال فى المختلف والوجه انه لا يفتقر الى طلاق سواء تجدد بعد الدخول أو قبله كغيره من العيوب انتهى .

اقول انت خبير بأن الروايتين الواردتين فى المسئلة لادلالة فيهما على الطلاق بوجه بل ظاهر رواية على بن ابى حمزة وقوله فيها لها أن تنزع نفسها منه ان شاءت انما هو الفسخ خاصة و ان الاختيار لها فايهما اختارت مضى و عبارة كتاب الفقه وان كانت مجملة الا ان الظاهر حملها على هذه الرواية لصراحتها فى الفسخ وبالجملة فالظاهر ضعف القول المذكور انتهى .

اقول ومما يرد على القول بالطلاق انه ان كان الطلاق بيد الزوج فيعود المحذور فانه ربما لا يطلقها وان كان بيد غيره فليس الا الحاكم وربما لا يتمكن من ذلك فيجب عليها الصبر الى حين التمكن مضافاً الى عدم الاشارة الى الطلاق فى شىء من الروايات والى انه على لزوم الطلاق لا يحتاج الى ذكر الفسخ فهو أمر فى مقابل الطلاق جداً و انه كما ان أمر الفراق بيد الزوج فى غير موارد العيب فكذلك أمره بيد الزوجة فى هذه الموارد .

﴿و﴾ أما ﴿الخصاء﴾ بالكسر والمد فهو ﴿سل الانثيين﴾ أى اخراجهما
 ﴿وفى معناه﴾ بل قيل منه ﴿الوجاء﴾ بالكسر والمد ، وهو رضهما .
 وفى الجواهر فالمشهور بين الاصحاب أنه عيب تتسلط به الامرأة الجاهلة
 على الفسخ ، لحديث الضرار انتهى .

وفى الحدائق بقى الكلام فى الوجاء فان ثبت انه داخل تحت الخصاء والا
 نالتمسك باصالة صحة العقد اقوى مستند فى المقام وبما ذكرنا ايضاً صرح السيد
 السند فى شرح النافع انتهى وفيه مضافاً الى دخوله فى الخصاء كان عيباً برأسه موجباً
 للخيار لعدم الفرق بين افراد العيب .

قال فى المسالك الخصاء بكسر الاول وبالمد والوجاء بالكسر والمد ايضاً
 هو رض الخصيتين بحيث تبطل قوتهما بل قيل انه من افراد الخصاء فيتناوله لفظه
 والمشهور بين الاصحاب كونه عيباً والنصوص به كثيرة الى ان قال وقال الشيخ فى
 المبسوط والخلاف ان الخصاء ليس بعيب مطلقاً محتجاً بان الخصى يولج ويبالغ
 وحالته اكثر من الفحل وانما لا ينزل وعدم الانزال ليس بعيب انتهى .

وفى الحدائق ونقل عن الشيخ فى الخلاف والمبسوط ان الخصاء ليس بعيب
 محتجاً بان الخصى يولج ويبالغ اكثر من الفحل وانما لا ينزل وعدم الانزال ليس بعيب
 والعجب منه مع ورود هذه الاخبار ونقله لجملة منهما فى كتب الاخبار كيف يطرحها
 فى معارضة هذا التعليل ويرجحه عليها وبالجملة فان الحكم بعد ورود هذه الاخبار
 مما لا ريب فيه انتهى .

قال فى الجواهر لكن مع ذلك كله فعن المبسوط والخلاف انه ليس بعيب
 لانه يولج بل ربما كان ابلغ من الفحل لعدم فتوره الا انه لم ينزل و هو ليس
 بعيب انما العيب عدم الوطء انتهى .

ولا يخفى ما فى هذه النسبة الى الخلاف منهم وزعمى انه اشتبه عليهم ما
 نقله عن الشافعى وذلك فان عبارة الخلاف هذه قال اذا تزوجت برجل فبان انه

خصى او مسلول او موجود كان لها الخيار وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني لا خيار لها لانه متمكن من الايلاج وانما لا ينزل وذلك لا يوجب الفسخ .
[دليلنا] اجماع الفرقة و اخبارهم انتهى وانت اذا تأملت تجد صدق ما قلناه فهو عيب عند الشيخ ايضا فى الخلاف ولعل عبارته فى المبسوط كذلك او كان فيه كذلك .

وكيف كان فهو اشد العيوب بالنسبة الى المرأة خصوصا المشتاقه الى المواقعة بنحو المتعارف وخصوصا بالنسبة الى من اشتاق الى الولد ويكون الإقامة عنده موجبة للمحرومية نعم عن كشف اللثام حمل الاخبار على غير المتمكن من الدخول فانه قال ولعله يحمل الاخبار على من لا يتمكن من الايلاج ، وليس ببعيد .

وفى الجواهر بعده قال وفيه أنه مناف لما فى أكثرها من أخذ صداقها أجمع منه المشروط بالدخول المصرح به فى بعضها نعم قد يقال : ان النصوص جميعها قد اشتملت على التدليس ، ولعل خيارها من جهته ، لامن حيث كونه عيبا انتهى .
وحيث حمل الاخبار على غير المتمكن من الدخول وحيث لا يستحق الزوجة المهر وهو مناف لما فى الاخبار من الامر باخذها المهر الظاهر فى الدخول فرده قده بذلك ولقد اجاد وان كان فى قوله ان النصوص من حيث التدليس فيه ما فيه لظهور جميع الروايات فى كونه عيبا .

مثل [صحيح ابن مسكان] «بعثت بمسألة مع ابن أعين ، قلت : سله عن خصى دلس نفسه لامرأته فدخل بها فوجدته خصياً ، قال : يفرق بينهما ، ويوجع ظهره ، ويكون لها المهر بدخوله عليها .

[وفى رواية الكشى] «أنه كتب بذلك الى الصادق عليه السلام مع ابراهيم بن ميمون» و الموثق عن أحدهما عليه السلام «فى خصى دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها فقال : يفرق بينهما ان شاءت المرأة ، ويوجع رأسه ، وان رضيت به وأقامت معه

لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه .

[والاخر] عنه عليه السلام «ان خصياً دلس نفسه لامرأة ، قال : يفرق بينهما ، وتأخذ المرأة منه صداقها ، ويوجع ظهره كما دلس نفسه » .

[وصحيح على بن جعفر] عن أخيه عليه السلام المريرى عن قرب الاسناد « سألته عن خصى دلس نفسه لامرأة ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره ، ويفرق بينهما ، وعليه المهر أن دخل بها ، وان لم يدخل فعليه نصف المهر .

[وما عن الفقه] المنسوب الي الرضا عليه السلام « وان تزوجها خصى فدلس نفسه لها وهي لاتعلم فرق بينهما ، ويوجع ظهره كما دلس نفسه ، وعليه نصف الصداق ولاعدة عليها منه ، فان رضيت بذلك لم يفرق بينهما ، وليس لها الخيار بعد ذلك » .

فلا كلام في كون الخيار للعيب ومنشأه التدليس وهو غير موجب لكون الخيار للتدليس نعم ﴿ و ﴾ يقع الاشكال في اللاحق علي العبد .

ولذا قال ﴿ انما يفسخ به ﴾ اي الخصاء وما في معناه ﴿ مع سبقه على العقد ﴾ دون المقارن فضلا عن المتجدد بعده وهو مشكل ولذا قال ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ قيل ﴾ تفسخ به ﴿ وان تجدد ﴾ بعد العقد قبل الوطء بل قيل وبعد الوطء . ﴿ و ﴾ هو ﴿ ليس بمعتمد ﴾ عند المصنف لما عرفت من ان مورد الروايات هو حصوله قبل العقد لكن الملاك واحد والضرر غير مندفع بذلك واصالة اللزوم لما اقتضى اللزوم المطلق بحيث لا ينسلم ابدا والالما معنى للفسخ بهذه الامورات والعيوبات فيكون امددها من اول الامر الى ان لا يحصل خلافه .

ولذا في الجواهر قال لم نعرف دليلا معتداً به له فلا فرق بين سبقه على العقد ولحقوقه لوحدة المناط ومما ذكرنا ظهر ما في المسالك قال والاقوى ان المتجدد بعد الدخول لا يثبت به فسخ استصحابا للزوم العقد وعدم تناول النصوص له فان التدليس انما يتحقق قبل الدخول ويبقى الاشكال في المتجدد بين العقد والدخول

من تناول النصوص له باطلاقها وظهور ارادة المتقدم واصالة اللزوم مع ما فى النصوص من ضعف فى السند او قطع انتهى .

وفيه مواقع للنظر :

اما استصحاب اللزوم فمرتفع بالروايات الواردة فى المقام فاللازم هو البحث فى مفاد الروايات ومعه لامجال للاستصحاب واما عدم تناول النصوص من حيث ان التدليس قبل الدخول فظاهر الاخبار وان كان كذلك وصرح فيها بتدليس الزوج .

لكن سبب الخيار هو الخصاء لا تدليس الزوج وغيره بمعنى ان هذا المرض يوجب للفسخ لكونه ضررا على المرأة ولو لم يكن تدليس اصلا ولولا ذلك لم يكن وجه للاشكال فى حدوثه بعد الدخول ايضا لانه ليس فيه تدليس اصلا فالاشكال والخلاف من حيث ان الخيار ليس للتدليس بل من حيث نفس الخصاء كان معه تدليس اولاً .

وذلك لانه لا تدليس حينئذ اصلا ومع ذلك كان محل البحث فمنه يعلم ان السبب هو الخصاء وانه موجب للخيار ويؤيده انه لو كان هذا الخيار للتدليس فلو لم يكن فيما قبل العقد ايضا تدليس لزم عدم الخيار للمرأة وهو خلاف قطعاً فلو كان الخصى لم يتمكن من الاعلام بحاله فلم يصدق عليه التدليس فلازمه عدم الخيار للمرأة مع انه يكون لها الخيار قطعاً .

ومنه يعلم عدم تمامية قوله فان التدليس انما يتحقق قبل الدخول وقوله تناول النصوص له الخ ان كان لاجل عدم التدليس حينئذ فيعلم منه عدم هذا الخيار مربوط بالتدليس والافتناول بعد الدخول ايضا والله العالم .

﴿و﴾ الثالث : ﴿العنن﴾ وهو ﴿مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو﴾

بحيث يعجز عن الايلاج ﴿ قال فى الحدائق مالفظه ومنها العنن وقد عرفه المحقق فى الشرايع بانه مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز عن الايلاج قال

في المسالك والاسم العنه بالضم ويقال للرجل اذا كان كك عنين كسكين اقول قال في ق
العنين كسكين من لا ياتي النساء عجزاً ولا يريدن وقال في كتاب المصباح المنير
رجل عنين لا يقدر على اتيان النساء ولا يتشهى النساء وظاهره انه لا بد في تحقق العنن
من امرين احدهما العجز عن اتيانهن لضعف العضو وعدم قدرته على الانتشار وثانيهما
عدم الارادة القلبية بالكلبة وظاهر كلام الفقهاء انما هو الاول خاصة كما عرفت من كلام
المحقق وكيف كان فانه قد اجمع الاصحاب على انه من العيوب الموجبة لتسلط المرأة
على الفسخ .

وعليه تدل جملة من الاخبار الى ان قال بعد نقل روايات الباب .

اقول ويفهم من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض بحمل مطلقها على مقيدها
ومجملها على مفصلها امور الاول انه يحب تأجيله سنة بعد ظهور العنن وان مبدء ذلك
من وقت المرافعة الى الحاكم الذي وقعت النزاع والدعوى بينهما وقد نقل الشهيد
الثاني وقبله المحقق الشيخ على الاتفاق على وجوب التأجيل سنة انتهى .

وكيف كان فهذا مرض لا يقدر صاحبه عن الايلاج مع انه كان ممن من
شأنه ان يكون له قوة النشر لافى مثل الشيخ الكبير ولا اشكال في أنه ﴿ يفسخ به ﴾
العقد ، بل الاجماع بقسميه عليه ، ﴿ وان تجدد بعد العقد ﴾ كما هو المعروف بين
الاصحاب ، بل لأجد فيه خلافاً منا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لاطلاق الادلة ،
﴿ لكن بشرط أن لا يطأ ﴾ بعد العقد اصلاً ﴿ زوجته ولا غيرها ، فلو وطأها ولو مرة
ثم عن أو أمكنه وطء غيرها مع عننه عنها لم يثبت لها الخيار على الاظهر ﴾ الا شهر
كما في الجواهر .

وحاصل المتن انه لا اشكال في الخيار في العنن قبل العقد وكذا بعده وقبل
الوطء لامكان صحة الشخص الى آن حصول العقد ثم عنن بعده اما الحصول العنن
فور او اما للفصل الطويل بل بين العقد وبين الدخول فحدث العنن فيما بينهما بخلاف
ما اذا دخل بعد العقد ثم حدث المرض سواء كان الدخول مرة او مرات كما اذا

كان بعد اشهر مثلافان ظاهر بعض الاخبار حينئذ عدم الخيار .

لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام : قال أمير المؤمنين عليه السلام : من أتى امرأة مرة واحدة ثم اخذ عنها فلا خيار لها .

ومثل خبر عباد الضبى او غياث عن ابى عبد الله عليه السلام « فى العنين اذا علم أنه لا يأتى النساء فرق بينهما ، فاذا وقع عليها دفعة واحدة لم يفرق بينهما ، والرجل لا يرد من عيب » والفقرة الاخيرة من الاخير معارض مع جميع ما دل على ان الرجل رد بالعيوبات المذكورة .

واما قوله فاذا وقع عليها دفعة واحدة هل المراد انه اذا تحقق منه وطء واحد لم يحكم به بالعنين ولولم يقدر عليه بعده ايضا فهذا كما ترى لصدق العنين عليه حقيقة ولوقدر احيانا على الوطء فالرواية حسب الظاهر لم يطابق مع العنين الذى موضوع للحكم وهو بمثابة من الوضوح يرد العرف فضلا عن اللغة فان العنين من عليه ثابت هذا المرض سواء كان من الاول او حدث بعد العقد ولا يضر بثبوت قدرته عليه احيانا بحيث لم يقدر عليه دائما والرواية عكس ذلك .

وبالجملة ان الحاصل من الرواية ان من قدر على الرطء مرة لم يكن صاحب هذا المرض ولولم يقدر بعده ابدا مع ان العنين من لم يقدر عليه ولوقدر احيانا عليه مرة او مرتين بحيث كان بعده غير قادر ايضا .

بداهة انه ليس المناط الوحيدة مالم يتحقق منه مكررا بل دائما ولذا حكى الخلاف عن ابن زهرة وظاهر المفيد فذهبا الى تخييرها مطلقا مدعى عليه اولهما الاجماع وعن المختلف التوقف وبالجملة العنن ان كان عيبا فهو كذلك مطلقا ولوقدر احيانا مرة او مرتين بحيث يكون بالنسبة الى سائر الايام بمنزلة العدم والا لم يكن عيبا مطلقا .

ويؤيده اطلاق غير واحد من الروايات فى الحكم بالفراق من غير تقييد .

ويدل عليه [صحيح الكنانى] « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها

فلم يقدر على الجماع أبداً أتفارقه ؟ قال : نعم : ان شاءت » وصریح الرواية ان المعيار هو العجز عن الجماع ابداً وعليه لاعتماد بخبرين المتقدمين .
 وذلك لانهما مناف مع مسألة كون العنن عيباً موجبا للفسخ اذ ظاهرهما انه لوجامعها بعد العقد دفعة واحدة ولو عجز مادام العمر عنه لما خيار لها فساين العنن المتجدد بعد العقد فالامر بالعكس ويعارضه الخبر ابي البختری الآتی وينافيهما ايضا [صحيح ابي بصير] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أتفارقه ؟ قال : نعم ان شاءت » فان الظاهر عدم قدرته ابداً فاثبت لها الخيار مع انه في خبرين نفى عنها الخيار مع عدم قدرته ايضا على الجماع ابداً وينافيهما ايضا .

[الموثق] عن الصادق أيضاً «أنه سئل عن رجل اخذ عن امرأته فلا يقدر على اتيانها ، قال : ان كان لا يقدر على اتيان غيرها من النساء فلا يمسكها الا برضاها بذلك ، وان كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها» ،

فان الظاهر انه في صدد بيان أن مناسط العنن هو عدم القدرة على الجماع بالنسبة الى جميع النساء لا بالنسبة الى مرثة معينة فان قوة المجامعة حاصلة حينئذ لكن المانع في هذه المرأة بخلاف من لم يقدر على جميع النساء فان العنن متحقق حينئذ فيكون للزوجة الخيار ولو قد يقدر على الجماع احياناً نعم ان تجدد العنن بعد العقد فلا يمكن العلم بدوامه لا مكان زواله الى سنة فان داواه وحصل العلاج والا كان للمرأة الخيار ولذا في اكثر الروايات قد قيد بالسنة وهو في غاية المتانة ففي المتجدد تصبر الى سنة حتى تعلم حاله .

ويدل عليه [خبر ابي البختری] عن ابي جعفر عن ابيه عليه السلام «ان علياً عليه السلام كان يقول يؤخر العنن سنة من يوم مرافعة امرأته ، فان خلص اليها ، والا فرق بينهما ، فان رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها» وعن حديث آخر «ينتظر سنة فان أتاها والا فارقت ، وان أحببت أن تقيم معه فلتقم معه»

[وصحيح ابن مسلم] عن أبى جعفر عليه السلام «العنين يتربص به سنة ، ثم ان شاءت امرأته تزوجت ، وان شاءت أقامت» فمحصل الروايات والذى يمكن ان يكون تحقيقا للمقام هو ان العنن ان كان قبل العقد فلا كلام فى خيار المرأة به وان كان بعده بمعنى حدوثة بعده ولم يكن قبل ذلك فمهلة الى سنة فان افاق والافلها الخيار وذلك لامكان عروض الضعف عن ذلك وارتفاعه فى هذه المدة .

بل لا يعد كون المقيدة بالسنة لاجل حصول العلم به فالظاهر هو التفصيل بين السابق واللاحق والقول بالصبر الى سنة فى الثانى فهو تفصيل متين كما عن ابى على وفى الخلاف مانصه العنة عيب يثبت للمرأة به الخيار يضرب لها المدة سنة فان جامع فيها والافرق بينهما وبه قال جميع الفقهاء وقال الشافعى لا اعلم خلافاً فيه عن مفت لقبته فى انه ان جامع والافرق بينهما وقال الحكم لا يضرب له مدة ولا يفسخ به النكاح وبدقال اهل الظاهر .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً اجماع الصحابة فانه روى ذلك عن على عليه الصلوة والسلام وعمرو ابن مسعود والمغيرة بن شعبة فقالوا (قالوا) كلهم يؤجل سنة ولا يعرف لهم مخالف واستدل بقوله تعالى «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان» فاذا عجز عن احدهما وهو ان يمسكها وجب ان يسرحها بالاحسان انتهى .

وقال ايضا اذا رضيت به بعد انقضاء المدة اوفى خلال المدة لم يكن لها بعد ذلك خيار وللشافعى فيه قولان احدهما مثل ما قلناه وهو الاظهر عندهم انتهى .

ثم انك قد عرفت ان الظاهر كون ذلك من حيث تطرو المرض لامن حيث الاشخاص لامكان القدرة على المواقعة بالنسبة الى مرءة وعدمها بالنسبة الى الاخرى لامن جهة السحر بل من جهات خارجية حاصلة بالنسبة الى الزوجين المعينين مثل عدم الميل اليها او مانعية كبر جسة الزوجة وعدمه بالنسبة الى الزوج وبالعكس وكيف كان فالمانع لعدم الامكان الى المواقعة كثيرة مع فقدانها بالنسبة

الى الاخرى وفي مثل ذلك لا يحكم بالعن ولا خيار للزوجة ابدا كما لا خيار لها لو كان ذلك بالسحر على الزوج ومن ذلك ظهر فيما حكى عن ظاهر المقيد من ثبوت الخيار بالعجز عن وطئها وان تمكن من وطء غيرها لاصالة اللزوم ، بعد عدم تحقق العن حينئذ كما انه قد ظهر ما فى قول المصنف .

﴿ وكذا ﴾ يسقط خيارها ﴿ لو وطأها ﴾ بعد العقد ﴿ دبراً وعن قبلاً ﴾ لما عرفت من ان العن مرض او عرض لا طرد فى جميع المواقع وجميع الموارد فى زمان عرض قد ثبت حكم الخيار نعم ذلك مشروط باليأس عن البرء ولاجل ذلك يكون قوة فى المقيد بالسنة فانه ان برء بالمعالجة برء فى هذه المدة والا فلا قوى هو الصبر الى سنة ثم يكون هى بالخيار .

﴿ وهل تفسخ ﴾ المرأة ﴿ بالجب ﴾ وهو من قطع ذكره السابق على العقد؟ ﴿ فيه تردد ، منشؤه التمسك بمقتضى العقد ﴾ المقترن فى خلافه على المنصوص عليه ومن صدق التدليس فان من قطع ذكره وجب عليه بيانه للمرأة عند ارادة التزويج بها فلولم يذكر كان من اشد موارد التدليس بل من المقطوع ان المرأة لو علمت بذلك لما قبلت قطعاً خصوصاً فى الشابة المشتاقة الى الوطء والظاهر لاشكال فى كونه عيباً موجبا للفسخ .

وفى المسالك قال المشهور بين الاصحاب ان الجب من جملة عيوب الرجل لم ينقل احد منهم فيه خلافاً ولكن المصنف تردد فيه هنا ووجهه عدم النص عليه بخصوصه وانما ورد فى النصوص الفسخ بالخصاء والعن لانهما من عيوب الجماع ولما كان الحكم بالخيار فى هذه العيوب على خلاف الاصل فلا بد لمثبتها من دليل صالح ليخرج عن حكم الاصل والا فلا يصل فى العقد اللزوم وليس على الجب دليل انتهى .

اقول كون الخصاء والعن عيب انما يكون من حيث عدم القدرة على الجماع والجب شريك معها فى ذلك لقطع ذكره بل هو اولى منهما فى دخول ثبوت حكم الفسخ للزوجة فالظاهر لا وجه لترديد المصنف ولذا قال فى الجواهر ومن صدق

التدليس ، وكونه بمعنى الخصى أو العنن ، بل أعظم منهما ، لقدرة الاول على الايلاج ، واحتمال الثانى البرء ، والضرر ، وشمول صحيح الكنانى وأبى بصير له انتهى .

وبالجملة المقصود عيوب التى كان الصبر عليه عسرا وحرجا وضررا على المرأة وحينئذ يمكن القول بعدم الفرق فى ذلك بين العيوب من حيث انه عيب موجب لذلك ولذلك قال المصنف .

﴿ والاشه تسلطها به ﴾ وفى الجواهر ، بل عن المبسوط والخلاف نفيه عنه ﴿ لتحقق العجز عن الوطء ﴾ الذى يسببه بتدرج فى السابقين ، لكن ﴿ بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشفة ﴾ والافلاختيار لها .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو حدث الجب ﴾ بعد العقد قبل الوطء أو بعد الوطء ﴿ لم يفسخ به ﴾ وفى الجواهر وفاقاً لما عن جماعة ، منهم ابن ادریس والفاضل فى الارشاد وموضع من التحرير والخلاف وموضع من المبسوط ، بل فى الاخير عندنا أنه لا خيار فيه ، لاصالة اللزوم وكونه كالخصاء الذى قد عرفت اشتراط سبقه انتهى وفيه ما فيه ولذا قال .

﴿ وفيه قول آخر ﴾ وفى الجواهر محكى عن القاضى والفاضل فى التلخيص وموضع من التحرير أنها تنسلط به حتى لو حدث بعد الوطء فضلا عما قبله ، بل فى محكى المبسوط نفى الخلاق فيه بيننا وبين غيرنا ، ولعله لقاعدة الضرر وشمول الصحيحين انتهى وهو متين جداً نعم لو كانت الزوجة سبب لذلك القطع فلا خيار لها فى الفسخ قطعاً لأنها كانت سبباً لفوت منفعة الدخول عليها .

قال فى الجواهر وعلى كل حال فلو قلنا بشيوته بتجده بعد العقد قبل الوطء أو بعده ففى القواعد « أن الاقرب عدم فسخها لو كان قد صدر منها ذلك عمداً » ولعله لأنها حينئذ هى التى فوتت على نفسها الانتفاع ، كما لا خيار للمشتري لو أتلف المبيع أو عيبه ، فبقى حينئذ أصالة اللزوم سالمة عن قاعدة الضرر وغيرها ، انتهى .

﴿ولوبان﴾ الزوج أو الزوجة ﴿خنثى﴾ واضحاً ولو بأحد الامارات المعتمدة
 ﴿لم يكن﴾ له ولا ﴿لها الفسخ﴾ لاصالة اللزوم . وقوله في الخبر السابق : «وليس
 يرد الرجل من عيب .

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في موضع من المبسوط : ﴿لها ذلك﴾ للنفرة قال
 في الحدائق ومنها ما لو ظهر كون الزوج خنثى قبل لها الفسخ وهو قول الشيخ في المبسوط
 في موضعين منه قال في احد هما ولو اصابته خنثى وقد ثبت انه رجل فهل لها الخيار
 على قولين احدهما لها الخيار وهو الاقوى وفي موضع ثالث انه ليس بعيب وانما
 هو بمنزلة الاصبع الزائدة وهذا هو الاقوى وكذا لو ظهرت المرثة خنثى لان الزائد
 فيها كالاصبع الزائدة انتهى .

اقول والظاهر ان يقال بالنسبة الى الرجل كالثقبه الزائدة لا كالاصبع كما
 ذكره وانما التشبيه بالاصبع لمن حكم بكونها امرئة قال في المسالك وموضع الخلاف
 ما اذا كان محكوماً له بالذكورية او الانوثية اما ان كان مشكلاً تبين فساد النكاح .

وبذلك صرح الشيخ في المبسوط بانه صرح بكون الخلاف في الخنثى الواضح
 لانه قال في الموضعين المشار اليهما انفاً لوبان خنثى وحكم بانه ذكر هل لها الخيار
 ام لا واختار في المختلف عدم الخيار لما ذكره الشيخ من التعليل بان هذه الزيادة كالاصبع
 الزائدة قال ولا وجه للخيار مع امكان الوطى وثبوت الرجولية وقال في المسالك ووجه
 الخيار مع وضوحه وجود النفرة منه وكون العلامات ظنية لا تدفع الشبهة والانحراف
 الطبيعي .

اقول وبمقتضى هذا التقرير انه لو ظهر كون الزوج امرئة والزوجة رجلاً
 بالعلامات التي يستعلم بها الواضح بطل العقد وكذا لو ظهر كونه خنثى مشكلاً بطل
 ايضاً ولم اقف في هذه المسئلة على نص يدل على ما ذكره من ثبوت الخيار للمرثة
 لو ظهر كون زوجها خنثى وقد حكم بكونه رجلاً شرعاً وللرجل لو ظهر كون زوجته

خنى قد حكى شرعاً بكونها امرئة الا ان حديث دينار الخصى المشتمل على عدا الاضلاع .

وان امير المؤمنين عليه السلام الحق تلك الخنى بالرجل لما كانت اضلاعها مثل اضلاع الرجال يدل على بطلان النكاح لو ظهر كون الخنى التى كانت زوجة رجلاً ويأتى مثله فى الزوج اذا كان خنى وظهر كونه امرئة بالعلامات المنصوبة من الشارع وهو مملاً اشكال فيه كما صرح به الاصحاب واما موضع البحث فلم اقف فيه على نص انتهى .

والظاهر ارادة عدم معلومية كون الخنى رجلاً او امرأة وحينئذ ان كان بحيث يشكل الامر فيه فالعقد باطل والاصح ولا يكون عيباً ولا نفرة فيه اصلاً ولذا قال (وهو) اى النفرة **﴿تحكم﴾** واضح **﴿مع﴾** فرض **﴿امكان الوطء﴾** .

وفى الجواهر الذى هو المقصود فى النكاح ، ومن هنا حكى عن الشيخ فى مواضع آخر التصريح بعدم كونه عيباً ، وكون الامارات ظنية لا تقتضى بذلك بعد أن كانت معتبرة عند الشارع على وجه تشخص الموضوع وتجرى عليه أحكامه انتهى وبالجملة لىس فى البين الاشكال كون الخنى مشكلاً وحينئذ يبطل العقد ولو لم يكن كذلك لاشكال اصلاً كما هو الفرض من المصنف والالحكم بعدم جواز العقد .

وفى الخلاف الخنى تعتبر بالمبال فمن ايها خرج او احكم به فان كان خرج منهما فمن ايها انقطع اخيراً حكم به وبه قال الشافعى الى هيهنا فوافقنا فان انقطعنا معاً عندنا يرجع الى القرعة وروى عدا الاضلاع والمعول على القرعة وعنده هل يراعى قلة البول وكثرته فيه قولان فان تساوى فى ذلك رجح اليه فألى ايها مال طبعه حكم به وهو المعول عليه عند هم انتهى .

﴿و﴾ اذا ظهر العيوب الموجبة للفسخ وانحصار الرد فيها فيعلم انه **﴿لا يرد الرجل بعيب غير ذلك﴾** وفى الجواهر وفاقاً للمشهور للاصل وحرمة القياس عندنا وقوله عليه السلام

فى المعتر بوجود من أجمع على تصحيح ما يصح عنه فى سنده أولانجباره بالشهرة بالنسبة الى ذلك : « وليس يرد الرجل من عيب » انتهى .

والاخير من العجائب مع كثرة تلك الاخبار المتقدمة على رد النكاح عليه كصحيح الحلبي المتقدم فى صدر البحث المصرح بالرد بتلك العيوب فراجع ولذا حكى عن القاضى فى المهذب ، فرده بالجذام والبرص والعمى ، وأبى على بها وبالعرج والزنا والكل موافق لنفى الضرر والحرج .

وبالجملة الجذام والبرص من المنصوص فى الروايات المتقدمة فكيف يصح الاختصاص بالثلاثة او الاربعة مع ان النفرة ثابتة فى الجذام والبرص قطعاً خصوصاً ما اشتهر من قوله عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد فكيف يصح صبر الزوجة على من امر بالقرار عنه .

ومثلها العمى والعرج فان ملاك ثبوت الفسخ للمرأة ان كان هو ضرر الضبر عليه فلا فرق بين الموارد ففى سوى الزنا كان الضرر ثابتاً لها ولولا ذلك لم يكن لها مناص بل هى مبتلى به مادام العمر وهو بعيد من الشرع وليست هى كالرجل حتى يمكن له الفراق والقرار بالطلاق فلا بد من الشرع من طريق علاج لها حتى لا يبقى احد من حيث الدين فى ضرر وحرج والله العالم .

قال فى المسالك وذهب ابن البراج فى المهذب الى اشتراك الرجل والمرأة فى كون كل من الجنون والجذام والبرص والعمى موجباً للخيار فى النكاح وكك ابن الجنيد وزاد العرج والزنا ودليلهما فى غير الجذام والبرص غير واضح اما فيهما ففى غاية الجودة لصحيفة الحلبي عن ابى عبدالله عليه السلام يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل وهو متناول باطلاقه للرجل والمرأة ولان ثبوتها عيباً فى المرة مع ان للرجل وسيلة الى التخلص منها بالطلاق يوجب كونها عيباً فى الرجل بالنسبة اليها بطريق اولى لعدم قدرتها على التخلص لولا الخيار وحصول الضرر منه بالعدوى باتفاق الاطباء واهل المعرفة مضافاً الى ما اشتهر من قوله عليه السلام فر من المجذوم

فرارك من الاسد ولان النفرة الناشية من ذلك المنافية للمقصود من الاستمتاع أزيد من غيره من العيوب المتفق عليها انتهى .

﴿ و ﴾ أما ﴿ عيوب المرأة ﴾ فهى ﴿ سبعة ﴾ : الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والعرج ﴿ قال فى الحدائق وهى على المشهور فى كلامهم سبعة الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد وفى العرج أقوال يأتى ذكرها انتهى .

﴿ واما الجنون فهو فساد العقل ﴾ فالمجنون من أصيب جنانه أى قلبه ، أو أصابته الجن ، أو حيل بينه وبين عقله فستر عقله كما عن كشف اللثام ، ولا كلام فى كونه عيباً .

﴿ ولا يثبت الخيار مع السهو السريع زواله ﴾ وان كثر ، لعدم كونه من الجنون ﴿ ولا مع الاغماء العارض مع غلبة المرأة ﴾ ونحوها مما لا يصدق معه اسم الجنون ﴿ وانما يثبت الخيار فيه ﴾ أى الاغماء ونحوه ﴿ مع استقراره ﴾ .
وفى الجواهر لكونه حينئذ منه وان سمي باسم آخر عرفاً كما سمعته فيما تقدم انتهى .

و كيف كان فلا اشكال فى كون الجنون فى المرأة عيباً موجباً لفسخ الرجل كان مقدماً على العقد أو مؤخراً والاخبار الواردة فى المقام كثيرة .

كالصحيح او الحسن عن الحلبي عن ابى عبدالله عليه السلام قال سئلته عن رجل تزوج الى قوم فاذا امرئته عوراء ولم يبينوا له قال يرد النكاح من الجذام والبرص والجنون والعقل و الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن ابى عبدالله عليه السلام انه قال فى رجل تزوج الى قوم فاذا امرأة عوراء ولم يبينوا له قال لا ترد انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل قلت رأيت ان كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها قال لها المهر بما استحل من فرجها ويغرم وليها الذى أنكحها مثل ما ساق اليها .

ومارواه الشيخ في التهذيب عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل .

﴿ وأما الجذام فهو ﴾ المرض السوداوى ﴿ الذى يظهر معه يبس الاعضاء وتناثر اللحم ﴾ ولا بد أن يكون بيئاً ﴿ لا يجزىء قوة الاحتراق ولا تعجر الوجه ﴾ أى غلظ وضخم وصار ذاعجر أى عقد ﴿ ولا استدارة العين ﴾ اذ لم يعلم كونه منه ، والا فسخ بها ، لعدم اعتبار الاستحكام فيه عندنا بعد تحققه .

وفي الحدائق قال وكذا الجذام متفق عليه نصاً وفتوى الا انه لا يحكم به الا بعد تحققه بتناثر اللحم وسقوط بعض الاطراف كالانف وذلك فان الجذم بالفتح بمعنى القطع وانما سمي مجذوماً لذلك قال فى كتاب المصباح المنير بعد ان ذكر ان الجذم مصدر من باب ضرب بمعنى القطع مالفظة ومنه يقال جذم الانسان بالبناء للمفعول اذا أصابه الجذام لانه يقطع اللحم ويسقطه وهو مجذوم انتهى .

واما مع ظهور علاماته قبل أن يتحقق من ضيق النفس ومجة الصوت وكود العينين الى حمرة ونحو ذلك فانه يرجع فيه الى اهل الخبرة من الاطباء قالوا ويشترط فيهم العدالة والتعدد والذكورة كغيرها من الشهادات أو الشياخ المتأخم للعلم وبدون ذلك يتمسك باصالة لزوم العقد انتهى .

﴿ وأما البرص فهو ﴾ لغة وعرفاً ﴿ البياض الذى يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ﴾ .

قال فى الحدائق مالفظة وكذا لاخلاف فى البرص نصاً وفتوى والذى ذكره جملة من الاصحاب وبه صرح فى ق انه بياض يظهر فى ظاهر البدن لفساد مزاج وقال المحقق فى الشرايع هو البياض الذى يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم وقال فى المسالك والبرص مرض معروف يحدث فى البدن يغير لونه الى السواد لان سببه قد يكون غلبة السوداء فيحدث الاسود وقد يكون غلبة البلمم فيحدث الابيض وقال فى كتاب مجمع البحرين البرص لون مختلط حمرة وبياضاً أو غيرهما ولا يحصل

الا من فساد المزاج وخلل فى الطبيعة .

اقول والمفهوم من دعاء امير المؤمنين عليه السلام على أنس لما لم يشهد بخبر الغدير فدعا عليه ببياض لاتواريه العمامة ان البرص هو البياض وكيف كان فانه لا يحكم به الا بعد تحققه كالجدام انتهى .

قال فى الجواهر وعند الاطباء أوالسواد كذلك لغلبة السوداء ، لكن قد يمنع تسلط الفسخ به ، للاصل وعدم الصدق عرفاً وان سلم اشتراكه معه فى العلامات ، فان ذلك أعم ، وستسمع التعبير بالبياض فى خبر البصرى .

ويدل عليه ايضاً ماتقدم وفى الجواهر قال وكيف كان فلا اعتبار بالبهق الذى فرق بينه وبين الرص مع كونهما أبيضين بأن البرص غائر فى اللحم الى العظم دونه ، ومن علاماته أنه اذا غزر فى الموضع ابرة لم يخرج دم ، بل ماء ابيض ، وان ذلك لم يحمر اذاً ، ويكون جلده أنزل وشعره أبيض ، واذا كانا أسودين بأن البرص يوجب تفليس الجلد كما يكون للسّمك .

﴿و﴾ كيف كان ﴿لا يقضى بالتسلط﴾ على الفسخ ﴿مع الاشتباه﴾ للاصل وغيره ﴿وأما القرن﴾ بالسكون أو الفتح ﴿فقد قيل : انه﴾ لحم ينبت فى فم الرحم يمنع من الوطاء وهو المسمى به ﴿العقل﴾ .

وفى الجواهر بل فى كشف اللثام « هو المعروف عند أهل اللغة » وفى محكى المبسوط « قال أهل الخبرة : العظم لا يكون فى الفرج ، لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم فى فرجها ، وهو الذى يسمى العقل » انتهى .

﴿وقيل﴾ من أنه ﴿عظم﴾ كالسن ﴿ينبت فى الرحم يمنع من الوطاء﴾ كما عن النهاية والصحاح والجمهرة ﴿والاول اشبه﴾ .

ولا يخفى اختلاف كلمات اللغويين فى القرن والعقل وانهما متحدان أو مختلفان وقد نقل صاحب الحدائق عنهم بقوله وكلام أهل اللغة قد اختلف فى الاتحاد والتغاير وباختلافه اختلف كلام الفقهاء ايضاً قال فى كتاب المصباح المنير

عفلت المرثة عفلاً من باب تعب اذا خرج من فرجها شيء يشبه أدرة الرجل فهى عفلاء وذان حمراء والاسم العفلة مثل قصبه وقال ابن الاعرابى العفل لحم ينبت فى قبل المرثة وهو القرن قالوا ولا يكون العفل فى البكر وانما يصيب المرثة بعد الولادة وقيل هى المتلاحمة ايضاً وقيل هو ورم يكون بين مسلكى المرثة فيقبض فرجها حتى يمنع الايلاج انتهى .

وقال فى مادة قرن والقرن مثل فلس ايضاً العفلة وهو لحم ينبت فى الفرج فى مدخل الذكر كالغدة الغليظة وقد يكون عظماً ثم نقل عن الاصمعى انه سمي قرناً لانه اقترب مع الذكر خارج الفرج انتهى .

وقال فى القاموس العفل والعفلة محركتين شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة كالادرة للرجال ولم يذكر القرن وقال فى النهاية الاثيرية القرن بسكون الراء شيء يكون فى فرج المرثة كالسن يمنع من الوطى يقال له العفل وقريب منه قال الجوهري الا انه قال فى موضع آخر العفل شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالادرة التى للرجل ونقل عن ابن دريد فى الجمهرة ان القرناء هى المرثة التى يخرج قرنه من رحمها قال والاسم القرن وضبطه محرراً مفتوحاً وقال فى العفل انه غلظ فى الرحم .

أقول وكلام أكثرهم يدل على اتحاد العفل والقرن ولكنه مختلف فى انه هل هو عبارة عن شيء يخرج من قبل المرثة الى خارج القبل ويكون كالادرة للرجال والادرة على ما ذكره وزان غرفة انتفاخ الخصيتين أو انه عبارة عن عظم كالسن يكون فى باطن القبل يمنع من الوطى أو انه لحم ينبت فى باطن القبل وعلى كل تقدير فان النصوص قد دلت على انه عيب يجوز الفسخ به فبأى معنى كان من هذه المعانى فان الفسخ به جائز لدوران الحكم مدار هذا الاسم بأى معنى كان انتهى موضع الحاجة .

ويدل عليه روايات مثل ما رواه في الكافي عن عبدالرحمن بن ابي عبدالله في الصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام قال المرثة ترد من اربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل مالم يقع عليها فاذا وقع عليها فلا وما رواه في الكافي والنهاية عن الحسن بن صالح قال سئلت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرئة فوجد بها قرناً قال هذه لاتحبل وينقبض زوجها عن مجامعتها ترد على أهلها قلت فان كان دخل بها قال ان علم بها قبل ان يجامعها فقد رضى بها وان لم يعلم بها الا بعد ما جامعها فان شاء أمسك وان شاء سرحها الى أهلها ولها ما اخذت منه بما استحل من فرجها . وما عن عبدالرحمن بن ابي عبدالله أيضاً عن ابي عبدالله عليه السلام قال قال في الرجل اذا تزوج المرثة فوجد بها قرناً وهو العفل أو بياضاً أو جذاماً انه يردها مالم يدخل بها ومضمراً البصرى « في الرجل اذا تزوج المرأة فوجد بها قرناً وهو العفل أو بياضاً أو جذاماً انه يردها مالم يدخل بها » وغير ذلك .

وكيف كان ﴿فان﴾ منع من الوطء فسخ به اجماعاً بقسميه ونصوصاً وان ﴿لم يمنع الوطء قيل﴾ والقائل الشيخ والقاضى بل في المسالك نسبته الى الاكثر: ﴿لا يفسخ به﴾ لاصل و﴿لامكان الاستمتاع﴾ فتأمل .

﴿و﴾ لذا قال ﴿لوقيل بالفسخ به﴾ مطلقاً ﴿تمسكاً بظاهر النقل أمكن﴾ وذلك لوجود العيب الموجب للفسخ وان أمكن الوطء لان امكانه لا يرفع العيب ولا الفسخ ، بل في صحيح أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها ، فقال : اذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها من زمانة ظاهرة فانها ترد على أهلها من غير طلاق » .

نعم ظاهره حصول العلم بعد الوطء فلا يشمل ما لو علم به قبله [كخبر الحسن ابن صالح] « سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال : هذه لاتحبل ، وينقبض زوجها عن مجامعتها ، ترد على أهلها ، قلت : فان كان دخل بها ،

قال : ان علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضى بها ، وان لم يعلم بها الا بعد ما جامعها فان شاء بعد أمسك ، وان شاء سرحها الى أهلها ، ولها ما أخذت منه بما استحل من فرجها .

ويمكن ان يكون الدخول مع العلم بالعيب من زعمه التمكن منه فعلم بعده عدمه فيكون الخيار باقياً بل هو كذلك بل لا يحصل الوطء المتعارف الكامل مع هذا العيب لان هذا المانع عظماً كان أو غيره انما يكون في قعر الرحم يمنع وصول الذكر الى قعره .

ولذا في الجواهر في بيان عدم القدرة على الوطء الكامل قال انه لا يتمكن من كماله ، لكونه ثابتاً في قعر الرحم ، فيمنع من ولوج الذكر ووصوله الى محله ، ولذا لم تحبل العفلاء غالباً ، وكان فيه كمال الضرر باعتبار نقصان الاستمتاع والتلذذ فضلاً عن غيرها ، فناسب اطلاق تسلط الزوج على الفسخ انتهى بل الظاهر انه عند الدقة لافرق في الدخول وعدمه فان كثيراً ما يكون الدخول مع العلم بالعيب ايضاً من حيث انه مهما أمكن صبر عليه فيفسخ عند اليأس عن امكان التحمل والصبر أو كان من قصده زوال المانع بكثرة الدخول لانه كثيراً ما كان انسداد الرحم لاجل عدم الدخول بحيث لو دخل الذكر مكرراً فيه انفتح بابه وارتفع مانعه ومثل ذلك لا يكون رضى بالعقد فمع انه علم بالعيب يحتمل زواله بالدخول أو يحتمل دخول الذكر بقدر حاجته فيكتفى ورضى به ولو لم يجعل الذكر في قعر الرحم .

ثم علم بعد الدخول بعدم كونه كافياً له فكيف يصدق قوله عَلَيْهَا فقد رضى بها ضرورة انه ليس المراد هو الرضا تبعداً بل الرضا واقعاً وهو يتوقف على كون دخوله مع العلم بنحو بناءه على الصبر مطلقاً أمكن له الدخول او لا كاف بغرضه او لا هذا تمام الكلام فيه ثم انه لو علم بالعيب في مثل الجذام والبرص ودخل دخول الرضا بالمرض ثم زاد المرض يوماً فيوماً فهل يسقط الخيار بالرضى بالقدر المعين أو يبقى بحاله .

وفي الجواهر ما لفظه ولو رضى ببرص مثلاً ثم اتسع بعده في ذلك العضو ففي الخيار وعدمه وجهان أقواهما العدم ، كما عن التحرير والجامع ، لان الرضا بالشىء رضا بما يتولد منه ، ولانه عيب واحد وقد حصل الرضا به ، خلافاً للفاضل في القواعد فله الخيار ، لانها عيب لم يحصل الرضا به .

نعم لو حصل البرص في غير ذلك العضو اتجه ثبوت الخيار فيه ، لظهور المغايرة حينئذ مع أن المحكى عن المبسوط التوقف منه ، لان اتفاق الجنس يوجب الرضا بفرد منه الرضا بغيره ، أما مع اختلاف الجنس فلا اشكال في ثبوت الخيار انتهى .

اما الرضا بالشىء رضا بما يتولد منه ففي وقياسه معه بدليل انه لو رضى بقليل فقال له طيب هذا المرض يسرى الى غير العضو وصار كثيراً لما أرضى به أبداً كمن رضى بالضرر القليل لزعم انه تمام الضرر فلو اعلمه آخر بأن هذا الضرر يستلزم ضرراً كثيراً لما رضى به جداً .

ونظيره قوله عيب واحد ضرورة انه لم يحصل الرضا به والرضا ببعضه غير الرضا بكله وقد عرفت ان رضاه به من حيث العلم بمقدار مخصوص فالصحيح ما عن قواعده من انه عيب لم يحصل به الرضا فالتحقيق انه كلما حدث عيب سواء زاد على العيب السابق او كان غيره قد ثبت له خيار مستقل غير السابق فله الفسخ بزيادة العيب المتجدد والله العالم .

﴿وأما الافضاء فهو تصيير المسلكين واحداً﴾ ولا خلاف في كونه عيباً .

﴿وأما العرج ففيه تردد﴾ منشؤه من أصالة اللزوم ومن صدق الزمانة فسى صحيح أبى عبيدة السابق وخصوص صحيح داود بن سرحان عن أبى عبدالله عليه السلام «فى الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء . قال : ترد على وليها ، ويكون لها المهر على وليها ، وان كان بها زمانة لا يراها الرجال أجز شهادة النساء عليها» .

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : «ترد البرصاء والعمياء والعرجاء والجذماء» بل وعليه كان ولا يخفى انه مضافاً الى دخول العرجاء في مطلق العيوب كان منصوصاً في هذه الروايات وواقعاً في سياق العيوب المسلمة القطعية فلا يرى حينئذ وجه لتردد المصنف ولو كان منشأ اصالة اللزوم كما في الجواهر لينبغي ان يقال ذلك في جميع العيوب وان كان النص فالكل شريك في ذلك مضافاً الى كونها واردة في قاعدة رفع العسر و الحرج فانه لولا ثبوت الفسخ للرجال لا نجر الامر بالاطلاق فربما لا يتحقق شرائطه ولم يتمكن من الشهود العدول ونحو ذلك فلا بد للشرع المسهل للامورات المكلفين من طريق نجاة لهم للخلاص مسن تدليسات النساء في هذه الموارد .

ولذا قال ﴿أظهره﴾ اي أظهر وجهى التردد هو ﴿دخوله في أسباب الفسخ اذا بلغ الاقعاد﴾ بل ولولم يبلغ الاقعاد بل هو فرد نادر للعرج بعيد ارادته مسن العرجاء فانه عيب في النهاية والمراد اثبات الفسخ لما هو دون ذلك فضلاً عن مثله. وبالجملة لا يطلق العرجاء على المقعد فان العرجاء من يقدر على المشى الا انه بنحو لم يكن متعارفاً وبنحو مستقيم القامة بل له اعوجاج وتمايل الى اليمين واليسار بخلاف المقعد فان مشيه بنحو القعود أو لم يقدر على المشى أصلاً و من ذلك يظهر ان حمل العرجاء على الاقعاد بعيد من الاعلام فانهما عيبان متباينان بل لا يمكن جامع اشراك بينهما الا ندره بل كيف يمكن تزويج مقعد ولم يعرفه الزوج. نعم انما يتحقق ذلك بعد العقد وكذا العرج فانهما غالباً حاصلان بعد العقد بالعوارض الموجبة له وهو كلام آخر سيأتى بيانه ومثل العرج في جميع ما قلناه العمى ولذا صرح في النص أيضاً بالعمياء فان الحاصل منه قبل العقد موجباً لفسخ الرجل جداً فان العمى أظهر افراد العيوب و أشدها للمرأة بل لم يتحقق معه امر الزوجية لاحتياج الزوج الى امور غير حاصل من العمياء .

ومن جميع ذلك ظهر التعدى الى عيوب مزمنة التى كانت قبل العقد ودلس فيها اودلست هى بنفسها ولم يبين للزوج كالمسمى [بسلى وسرطان] ونحوهما لعدم اختصاص المذكورات فى النصوص فىكون للزوج خيار الفسخ لو كان امثالهما قبل العقد .

وكيف كان فمن المسلم المقطوع عدم ارادة الاقعاد من العرجاء بل ليس المراد من الزمانة الواقع فى الاخبار أيضاً هو الاقعاد ولو كان أحياناً من مصاديق الزمانة فان الظاهر من الزمانة هو الامراض التى يكون مع الشخص زماناً ودهراً .
ولذا عن محكى المصباح «أن الزمانة مرض يدوم زماناً طويلاً» .

وعن الصحاح «الزمانة آفة تكون فى الحيوانات ، ورجل زمن أى مبتلى بين الزمانة» فليس المراد من الزمانة الاقعاد كما ليس المراد من العرجاء هو الاقعاد فالمراد من العرجاء ما هو الظاهر منه لغة وليس الامن مشى بغير المتعارف من الاستقامة .
ولذا فى الجواهر قال لان العرج فى الاصل هو الميل ، وانما سمي به الآفة المعهودة لميل الرجل أو عضو منها عن مكانه أو عن الاستقامة فى المشى ونحوه ، والميل يتحقق فى الاقعاد . فالعرج هو الميل الى اليمين أو اليسار فى حال المشى وبهذا المعنى يمكن أن يقال لا يتحقق فى الاقعاد أصلاً .

ومن جميع ذلك ظهر كون العرج غير الاقعاد فلا يتم ما افاد .
وفى جامع المقاصد على ما حكى عنه قال «الظاهر ان المراد بالاقعاد فى المتن والقواعد والعرج البين واحد ، وهو أن يكون فاحشاً لا يستطيع معه التردد فى العادة الا بالمشقة الكثيرة ، فلا ترد بالعرج اليسير ، وهو الذى لا يكون كذلك» بل قال : «وهذا هو المختار ، لان فى صحيحة داود بن سرحان «وان كان بها زمانة» وظهرها أن الرد منوط بالزمانة ، ومفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين ، وكذا رواية أبى عبيدة مع أن المطلق يجب حمله على المقيد ، والاقتصار فى المخالف للاصل على موضع اليقين أقرب» أنتهى .

وجه الظهور كما عرفت انه معنى فى مقابل العرج عرفاً ولغة فان المقعد لا يقدر على المشى بخلاف الاعرج وكون الاعداد مرتبة الاخيرة من العرج لا يدل على اتحاد معناه بل كثيراً ما يكون لمراتب الماهية الواحدة فى الشدة والضعف اسماء مختلفة بل حقائق مختلفة .

ولذا قيل كون المراتب فى الاشتداد انواعاً فاذا بلغ العرج الى النهاية صار مقعداً لا يقدر على المشى وليس هو المراد من العرجاء فى الرواية بحيث يخرج عن العيب دون هذه المرتبة بل المراد مراتب دونه مع أنه عيب مستقل .

وفى الحدائق فى مقام الاختلاف فى كونه عيباً قال ومن هنا اختلف كلمة الاصحاب فى ذلك على أقوال عديدة أحدها عده مطلقاً وهو قول الشيخين فى النهاية والتهديب والمقنعة وابن الجنيد وابى الصلاح وأكثر الاصحاب للخبرين المذكورين .

وثانيها : ثبوته بشرط كونه بيناً ذهب اليه العلامة فى المختلف و سرائر ونقله عن ابن ادريس واستدل عليه بالروايتين المذكورتين .

و أنت خبير بأنه لا دلالة فيهما على هذا القيد والعجب ان العلامة نسب هذا القول الى الشيخ فى النهاية والتهديب مع ان الشيخ لم يقيده بذلك والمتبادر من لفظ البين ما كان ظاهراً فى الحس وان لم يبلغ حداً يمنع من التردد الالبمشقة كثيرة وهذا هو المتبادر من لفظ العرج وحينئذ فيرجع القولان الى قول واحد وان أريد هنا معنى آخر فلا أعرف له دليلاً .

و ثالثها تقييده ببلوغ حد الاعداد وهو قول المحقق فى الشرايع والعلامة فى القواعد والنهاية .

وانت خبير بما فيه فان هذا لا يسمى عرجاً لغة ولا عرفاً قال فى المسالك وكان الحامل لهم على هذا التقييد أمران :

أحدهما استبعاد كون مطلق العرج عيباً موجباً للخيار خصوصاً مع وقوع

الخلاف فيه وحصول الشك فى خروج العقد من اللزوم الى الجواز ومعارضة صحیحة الحلبي السابقة الدالة على عدم الرد بغير ما ذكر فيها من العيوب .
والثانى ورود كون الزمانة عيباً فى صحیحة داود بن سرحان فان ظاهرها ان الرد منوط بالزمانه عملاً بمفهوم الشرط وكذا رواية ابى عبيدة السالفة فيجب حمل المطلق على المقيد .

ثم قال وفيه نظر لان مفهوم الزمانة امر آخر غير المفهوم ومن العرج ومقتضى النصوص كون كل واحد منهما عيباً برأسه وليس ذلك من باب المطلق والمقيد فى شىء بل الظاهر ان الزمانة امر خفى لا يطلع عليه الرجال والعرج ليس كذلك وسيأتى النقل عن الصدوق ره انه جعلهما أمرين وأثبتت الخيار بالزمانه دون العرج الى أن قال والمسألة عندى لا يخلو من الاشكال انتهى .

وفى الجواهر فى مقام كونه عيباً قال ولما عن الاسكافى والشيخين فى المقنعة والنهاية وسلار وأبى الصلاح وابن البراج فى الكامل وابن حمزة من اطلاق كونه عيباً .

وفى الجواهر بل لعله ظاهر الفقيه أيضاً ، بل وموضع من المقنع ، وقيل : بل اليه يرجع ما فى المختلف ومحكى السرائر والتحرير وان قيده بالبين الذى يمكن ارادته للاصحاب أيضاً ولذا قال ابن ادریس : «وألحق أصحابنا عيباً ثامناً ، وهو العرج البين ، ذهب اليه شيخنا فى نهايته» مع خلو عبارة النهاية بل وغيرها من التقييد بالبين ، ولعل الوجه فيه - مضافاً الى استبعاد كون مطلق العرج عيباً - وصف الزمانة بالظاهر فى صحيح أبى عبيدة انتهى .

وأنت خبير بأن كلامهم فى التقييد بالبين وعدمه مع ان العرجاء فى النص مطلق لا يكون فيه هذا القيد فما يصدق عليه العرج يترتب عليه الفسخ كان بيتاً أولاً وفى الجواهر قال فالاقوى كون العرج مطلقاً عيباً الا أن لا يكون بيتاً على وجه لا يعد عيباً عرفاً ، ولعل هذا هو مراد من قيده بالبين : لا وصوله الى

حد الاقعاد ، نعم قد يستفاد من فحواه ومن الزمانة كون الاقعاد أيضاً غيباً آخر أيضاً .
 ﴿و﴾ من جميع ما ذكرنا ظهر صحة ما ﴿قبل الرتق﴾ وهو التأم فم البضع
 وسده بحيث لا يتمكن من دخول الذكر فيه هو انه ﴿أحد العيوب المسلطة﴾ للرجل
 ﴿على الفسخ، وربما كان﴾ ذلك ﴿صواباً ان منع الوطأ أصلاً لقوات الاستمتاع﴾
 حينئذ ﴿اذا لم يكن ازالته أو أمكن وامتنعت من علاجه﴾ والفرص عدم وجوبه
 عليها .

ومن المعلوم ان كل ما يمنع عن الوطأ هو موجب للرد بمقتضى الروايات
 المتقدمة كان ذلك بالالتحام فم الرحم أو بكون عظم فيه وغير ذلك فالرتق بهذا
 المعنى لا كلام فيه وان كان لصغير الالة امكان الدخول لكن الكلام في زوجه الذى
 لا يتمكن من ذلك لكبر آله بالنسبة الى هذا الرحم ونحو ذلك فالحق هو موجب
 للفسخ .

قال فى الحدائق الرتق على ما ذكره أهل اللغة التحام الفرج على وجه
 لا يمكن دخول الذكر فيه قال فى كتاب المصباح المنير رتقت المرثة رتقاً من باب
 تعجب فهى رتقاً اذا انسد مدخل الذكر من فرجها ولا يستطاع جماعها وفى ق امرثة
 رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها أو لا خرق لها الا المبال خاصة ونحوه كلام
 الجوهري فى الصحاح وفسره علامة فى القواعد بأنه عبارة عن كون الفرج ملتحمأ
 بحيث لا يكون فيه مدخل للذكر وهذا هو الموافق لما ذكره أهل اللغة .

ولكنه قال فى السرائر ان الرتق لحم ينبت فى الفرج يمنع دخول الذكر
 وعلى هذا يكون مرادفاً للعفل بأحد معانيه المتقدمة والظاهر انه الى هذا اشار فى
 المسالك بقوله وذكر بعضهم ان الرتق مرادف للقرن والعفل وان الثلثة بمعنى
 واحد فعلى هذا يكون داخلاً فى النص انتهى .

قال فى الجواهر بل الظاهر دخوله فى العفل ، لانه هو كون الفرج ملتحمأ
 على وجه ليس للذكر مدخل فيه، ومن هنا حكم فى التحرير على ما قيل بمرادفته

له ، بل لعل الخبرين المزبورين قاضيان بالخيار فيه اذا لم يمكن الزوج الوطأ ، وان أمكن لغيره ممن هو صغير الالة انتهى على ان موضوع الحكم اذا كان هو الرتق فلا يكون دائراً مدار صغير الالة وعدمه ولا غير ذلك .

وعلى كل حال فعن القواعد وغيرها أنه ليس للزوج اجبارها على علاجه ، ولعله للحرج وانتفاء الضرر عنه بالخيار ، بل في المسالك لان ذلك ليس حقاً له ، كما أنها لو أرادته لم يكن له منعها ، لانه تداولا تعلق له به .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ لا ترد المرأة بعيب غير هذه السبعة التي منها العمى ، فانه موجب للخيار أيضاً بلا خلاف صريح أجده فيه ، بل عن المرتضى وابن زهرة الاجماع عليه فلا اشكال فيه لان الصبر عليه في غاية العسر والضرر على الزوج اذ مدار التعيش جميعاً على الصبر مثل ادارة المنزل والاولاد وغيرها بل يمكن بوجه توقف الوطأ عليه فانه بدونه لما كان الميل والشوق اليها ولو حصل مرة او مرات لكنه لا يكون دائماً قطعاً للزوج الفسخ ان شاء فهل يدخل في العمى العوراء فيه اشكال لخروجه عنه لغة وحكماً وعرفاً .

ويدل عليه [صحيح الحلبي] عن الصادق عليه السلام «في الرجل يتزوج الامة الى قوم فاذا امرأة عوراء ولم يبينوا له ، قال : لا ترد» ثم انه قال في الجواهر أن تعدادها سبعة مبني على جعل القرن والرتق والعقل واحداً والاقعاد والعرج كذلك ، والامر سهل بعد وضوح الحكم انتهى .

ثم ان زنا السابق قبل العقد وبعده عيباً كما أثبت الخيار به الصدوق ، لقول علي عليه السلام «في المرأة اذا زنت قبل أن يدخل بها يفرق بينهما ولا صداق لها ، لان الحدث كان من قبلها» وللمرسل عنه عليه السلام أيضاً «أنه فرّق بين رجل وامرأة زنا قبل دخوله بها» و لخبر عبدالرحمان ابن أبي عبدالله عن الصادق «سألته عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت زنت ، قال: ان شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها ، ولها الصداق مما استحل من فرجها» ونحوه صحيح معاوية بن وهب

وحسن الحلبي .

وفيه ما لا يخفى من معارضة الروايات مع أكثرها وأصحها مع ان الاصحاب قد أعرضوا عنها كما في الحدائق وتقدم الكلام فيه في المجلد الرابع والثلاثين فراجع .

﴿المقصد الثاني فسى أحكام العيوب وفيه مسائل الاولى﴾ لاخلاف نصاً وفتوى فى أن ﴿العيوب الحادثة بالمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ﴾ التى هى مستفيضة أو متواترة ﴿و﴾ أما ﴿ما يتجدد بعد العقد والوطء﴾ فالمشهور نقلاً وتحصيلاً أنه ﴿لا يفسخ به﴾ .

وفى الجواهر بل لأجد فيه خلافاً بين العامة و الخاصة الا من ظاهر موضع من المبسوط وصريح آخره ، فخيره مطلقاً ، ومن أبى على فى خصوص الجنون ، ولاريب فى ضعفها للاصل بل الاصول السالمة عن معارضة النصوص انتهى .

وهذه العبارات مع الاختلاف فى كل من المتجدد والوطء بعد العقد وعدمه لعله فى غير محلة ﴿فى المتجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد﴾ من اطلاق بعض النصوص الرد بها ، ومن أصالة اللزوم واشترط التدليس فى صحيح أبى عبيدة ولذا قال المنصف ﴿أظهره أنه لا يبيح الفسخ تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض﴾ بل هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ، بل لعلها كذلك فى الاعصار المتأخرة على المخالف على وجه كان قوله من الشواذ المقطوع بطلانها انتهى .

قد عرفت ان الخيار للعيب لا للتدليس فاذا تحقق كان الفسخ ثابتاً وليس الا لدفع الضرر فلا فرق بين كونه قبل العقد أو بعده نعم اذا عرض فلا بد من الصبر بمقدار يرجى زواله وبعد الياس كان له الخيار من غير فرض بين زمان حدوثه .

المسألة ﴿الثانية خيار الفسخ على الفور﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل حكى غير واحد الاتفاق عليه ، اقتصاراً فيما خالف الاصل على المتيقن ، و تحرزاً من

الضرر اللازم بالتأخير و العمدة الاجماع ، و لولا ه لامكنت المناقشة بما سمعته غير مرة .

وحيثئذ ﴿ فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد ﴾ و أن لم يكن ذلك منهما عن رضى باللزوم ﴿ وكذا الخيار مع التدليس ﴾ بالعيب أو غيره مما ستعرف .

قال فى الجواهر ضرورة كون الفورية فيه قيدية ، فيسقط الخيار بفواتها ، لا أنها أمر آخر على حسب التكاليف الفورية التى من الواضح الفرق بينهما ، نعم قد عرفت فيما تقدم أن الجهل بالخيار بل والفورية عذر، لاطلاق مادل على الخيار المقتصر فى تقييده على محل الاجماع الذى غير المفروض انتهى .

قد عرفت مسألة الفورية فى الخيار مكررا وان الفورية بنحو ما افاد القوم مساوق لعدم الخيار اذ قل مورد لا يحتاج الى التفكير والتردد فيه ويحتاج اختيار احد طرفيه الى تأمل وزمان ففى المقام بمجرد العلم بالعيوب يحتاج الى ما ذكر بل كثيراً ما لا يقدر على احد الامرين بحيث لو علم عنه لقال فى الجواب لا ادرى .

فالمراد بالفورية ليس الفورية الفعلية الانية كما ان المراد بالتراخى ليس التراخى الابدية بل هو امر بينه وبينها بحيث لا ينافيه التأمل والفكر ولو بالمشورة فيه ولسؤال من الاشخاص الواردين فيه ونحو ذلك .

بل رضاه ودخوله عليها ايضاً ناش عن جهل وشك و تردد فربما كان بعد الدخول والرضا يحصل له جالة الاولى من الشك والترديد والضرر و عدم الميل و كيف كان فلا بد من تأمل فى ذلك ، و لازمه زمان ينافى الفورية والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة الفسخ بالعيب ليس بطلاق ﴾ قطعاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه وحيثئذ ﴿ فلا يطرد معه تنصيف المهر، ولا يعد فى الثلاث ﴾ و لا غير ذلك من أحكام الطلاق كما لا يشترط فيه شىء من شرائطه بلا خلاف ولا أشكال ، وثبوت

النصف فى العين للدليل، ولذا قال المصنف : لا يطرد كما فى الجواهر .

المسألة ﴿ الرابعة يجوز للرجل الفسخ من دون اذن الحاكم ، و كذا للمرأة ﴾ لاطلاق الادلة ﴿ نعم مع ثبوت العنن يفتقر الى الحاكم لضرب الاجل ﴾ كما ستعرف ﴿ ولها التفرد بالفسخ عند انقضائه وتعذر الوطء ﴾

وفى الجواهر كما هو مقتضى الادلة المثبتة للخيار لذى الخيار السالمة عن معارضة ما يدل على اعتبار حضور الحاكم او اذنه فضلا ، عن مباشرته نفسه الفسخ ، ومن هنا أفتى الاصحاب فى الحكم المزبور من غير اشكال فيه ولا تردد انتهى .

المسألة ﴿ الخامسة اذا اختلفا فى العيب ﴾ فى موارد التى يفرق حكم تقدمه وتأخره ﴿ فالقول قول منكره مع عدم البينة ﴾

المسألة ﴿ السادسة اذا فسخ الزوج ﴾ أو الزوجة ﴿ بأحد العيوب ﴾ السابقة ﴿ فان كان قبل الدخول فلا مهر ﴾ بلا خلاف .

و يدل عليه روايات مثل قول الباقر عليه السلام فى [صحيح أبى عبيدة] : (وأن لم يكن دخل بها فلا عدة لها ، ولا مهر لها) والصادق عليه السلام فى خبر أبى الصباح « يردها على أهلها صاغرة ، ولا مهر لها »

و قول على عليه السلام فى خبر غياث عن جعفر عن أبىه عليه السلام « فى رجل تزوج امرأة فوجدها برصاء أو جذماء : أن كان لم يدخل بها ولم يبين له فان شاء طلقها و ان شاء امسك ، ولا صداق لها ، و اذا دخل بها فهى امرأته المراد من الطلاق فيه الفراق قطعاً ضرورة عدم اشتراط الطلاق المخصوص بالشرط المزبور ﴾ وأن كان بعده فلها المسمى ﴿ بما استحل من فرجها ﴾ لانه يثبت بالوطء ثبوتاً مستقراً فلا يسقط بالفسخ ﴿ وله الرجوع به على المدلس ﴾ متحداً كان أو متعدداً ، ولياً شرعياً كان او غيره ، حتى لو كان المدلس نفسها بان تخفى عيبتها فلا مهر لها الا ان تكون قد جهلت بحالها من العيب او لم تعلم حكمه وح تستحق المهر كلا

ويدل على عدم المهر في صورة تدليسها [خبر رفاعة] عن أمير المؤمنين عليه السلام «لو ان رجلاً تزوج امرأة او زوجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها» وفي صحيح الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام «في رجل ولته امرأة امرها او ذات قرابة أو جارة له لا يعرف دخيلة أمرها ، فوجدها قد دلست عيباً هو بها، قال يؤخذ المهر منها ، ولا يكون على الذي زوجها شيء» بل ذلك مقتضى غيرهما أيضاً لكن عن القواعد : «رجع عليها الا بما يمكن أن يكون مهراً وهو أقل مما يتمول لثلاث يخلوا البضع عن العوض ، و عن أبي علي الا بمهر مثلها فانه العوض للبضع اذا وطأ لاعتنا زنا .

ولا يخفى ان الروايات وان كانت مطلقة في عدم المهر في صورة التدليس لكنه لا بد من حملها على المهر كملا دون مقدار يقع في مقابل الوطاء فما عن القواعد لعله متين فانها وان دلست لكن القرض انه قد وطئها الزوج فلا بد وان يقع في مقابل الوطاء شيء حتى لا يخلو البضع عن العوض واحسن منه قول ابي علي من مهر مثلها .

و لكن يشكل الامر لمفاد الروايات النافية مطلقاً مع ان ذلك ظاهر قوله يؤخذ المهر منها وظاهر ان المدلس ليس عليها شيء ولا يخلو عن قوة.

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو فسخت الزوجة قبل الدخول﴾ بل هي أولى من الزوج بذلك باعتبار كون الفسخ من قبلها ﴿فلا مهر﴾ لها حينئذ بلا خلاف ولا اشكال نصاً وفتوى ﴿الافى العنن﴾ فيكون لها نصف المهر وان كان بدون الدخول للدليل عليه بخصوصه .

قال في الحدائق اذا فسخت الزوجة بعيب في الزوج فان كان بعد الدخول فان لها المسمى في العقد لان المسمى يلزم بالعقد و يستقر بالدخول و ان كان قبل الدخول فلا شيء لها لان الفسخ جاء من قبلها واستثنى من ذلك الفسخ بالعنن فان لها نصف المهر .

فاما ما يدل على ان الفسخ متى كان من قبل المرثة فانه مع عدم الدخول لا مهر لها فهو ما رواه المشايخ الثلاثة عن السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام في المرثة اذا زنت قبل ان يدخل بها الرجل يفرق بينهما ولا صداق لها ان الحدث كان من قبلها وهو ظاهر في انه متى كان السبب الموجب للفسخ من قبلها فانه لا مهر لها عملا بالعلة المذكورة وهذا الحكم من القواعد المتفق عليها عندهم والمسلمة بينهم كما صرحوا به في غير موضع من الاحكام .

واما ما يدل على استثناء الفسخ بالعنن من هذه القاعدة فصحيححة ابي حمزة قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول اذا تزوج الرجل المرثة الثيب التي قد تزوجت زوجاً غيره فزعمت انه لم يقربها منذ دخل بها الى ان قال فعلى الامام ان يؤجله سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما واعطيت نصف الصداق ولا عدة عليها وقد تقدم انتهى .

﴿ولو كان بعده كان لها المسمى﴾ الذي استقر بالوطء وبما استحل من فرجها .

وفي الجواهر بلا خلاف معتدبه اجده فيه ، بل حكى بعضهم الاجماع عليه فالفسخ لو سلم اقتضاؤه الرجوع الى مهر المثل نحو الاقالة والخيار في البيع مع تلف أحد العوضين يجب الخروج عنه بذلك كما عرفته في الزوج انتهى .

ولا يخفى انه مضافا الى ان المسمى من الزوج لامكان تدليسه وتسلطه على المرثة ومن المرثة من حيث زعمها بصحة الزوج فبعد العلم بحاله وفسخها لا يقتضى الفسخ الا مهر المثل كما في غير ذلك ان المثل جمع بين الحقين فانه ربما كان المسمى اضعاف قيمة المثل والزوج قد اقدم عليه من حيث زعمه البقاء عليها وعدم الفسخ فلولم ترض الزوجة وارادت الفسخ لا يقتضى فسخها الا مهرها بحسب النوع لا الشخص فلا يتضرر حينئذ كل منهما .

والحاصل مضافاً الى ان مقتضى الفسخ هو المثل ان الحكم بالمسمى ظلم

على الزوج و ضرر عليه اذا كان ازيد من المثل بكثير فانه كما عرفت جعله مهراً لزعمه كونها زوجته فلو علم ارادة الفسخ لمسا اقدم عليه فالحكم بلزوم المسمى في صورة الزيادة ظلم على الزوج بخلاف الزوجة لان الفسخ من قبلها و احسن من المثل هو التفصيل بين كون ايهما اقل فيؤخذ منه ومع ذلك ان المسألة لاتخلو عن شوب اشكال .

قال في الحدائق ما لفظه اذا فسخ الزوج بعد الدخول استحقت الزوجة المسمى ومقتضى القواعد الشرعية انه لافرق في ذلك بين كون العيب الذي فسخ به كان قبل العقد او حدث بعده لان النكاح صحيح و ان فسخ بالخيار و ثبوت الخيار فرع على صحة العقد في نفسه لان الفسخ لا يبطله من اصله ولهذا لا يرجع بالنفقة الماضية وحينئذ فالواجب هو المسمى الصحة العقد

وقال الشيخ في المبسوط ان كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى لان الفسخ انما يستند الى العيب الطارى بعد استقراره وان كان بعيب موجود قبل العقد او بعده قبل الدخول وجب مهر المثل لان الفسخ وان كان في الحال الا انه مستند الى حال حدوث العيب فيكون كأنه وقع مفسوخاً حين حدث العيب فيصير كأنه وقع فاسداً فليلحقه احكام الفاسدان كان قبل الدخول فلامهر ولامتعة وان كان بعده فلانفقة للعدة ويجب مهر المثل

قال في المسالك ولا يخفى ضعفه لان النكاح وقع صحيحاً والفسخ وان كان بسبب العيب السابق لا يبطله من اصله بل من حين الفسخ ولايزيل الاحكام التي سبقت عليه خصوصاً اذا كان العيب حادثاً بعد العقد فان دليلاً لا يخفى عليه اقول وفيه ايضاً ان مقتضى كلامه ان ظهور العيب السابق على العقد او على الدخول موجب لبطلان العقد حيث انه جعل العقد في قوة المفسوخ به وفيه انه قد ثبت له التخيير بين الفسخ والامضاء واختياره الامضاء لا يجمع بطلانه بالعيب حين ظهوره

وكيف كان فان المعتمد في ذلك على الاخبار انتهى

اما ما حكاه عن المبسوط فالظاهر غير تام فان العقد صحيح قطعاً سواء كان العيب قبل العقد او بعده قبل الدخول او بعده غاية الامر ان العيب موجب للفسخ لو شاء فلا شيء يوجب فساد العقد في البين واستقرار العقد في حال لم يكن العيب موجوداً دون العيب الموجود في حال العقد لواقضى الصحة في الاول دون الثاني ليجرى الصحة فيما حصل العيب بعد العقد مطلقاً قبل الدخول وبعده لان بناء الاستدلال على وجود العيب في حال العقد وعدمه فيقتضى البطلان في الاول دون التسمين الاخيرين من دون مدخلية للدخول اصلاً بل الدخول فرع صحة العقد فاذا وجد العيب بعد العقد لم يكن في حال العقد فيصح دخله او لا واذا كان قبل العقد لم يصح العقد لان فسخه في حال مستند الى حال حدوث العيب الذي كان قبل العقد فكان العقد لم يقع من اول الامر كما زعمه

ولازم هذا الاستدلال صحة العقد اذا تجدد ولو قبل الدخول والفرض انه حكم بالبطلان لذا قال بمهر المثل ايضاً ويرد عليه ان الزوج لو لم يفسخ العقد فيما كان العيب قبل العقد ودلس الولي او الزوجة او بعده وقبل الدخول كان بقاء الزوج عند هذه المرأة بدون عقد صحيح فلا يجوز نظره وسائر لذاته والدخول عليها لان مفروض كلام الشيخ بطلان العقد

[فان قلت] فرض كلام الشيخ ان ذلك يلزم لو فسخ والاصح العقد ومراده انه لو فسخ العقد كان من الاصل حينئذ

[قلت] حيث كان بناء الاستدلال على انه لو تعلق العقد في حال العيب لم يستقر ولم يصح فسواء فسخ هذا العقد ام لا يفسخ كان هذا العقد ام لا يفسخ كان هذا العقد في الواقع باطلا لوقوعه في حال تحقق العيب

ولو لم يعلم الزوجان فلو كان صحيحاً لا يقتضى العقد افساده من حين رفع اليد عنه فهو حينئذ عقد باطل في الواقع وبنظر الجاهل صحيح وايضاً لولا بطلان العقد لم يستحق المثل بل المسمى فانه مترتب على الصحة فهذا الكلام في غاية

البعد وان الفسخ فى النكاح انما يكون من حين الفسخ كان العيب قبلاً أو بعداً مطلقاً وحيث ان استحق المسمى فلا فرق بين الاقسام والا فالمثل من غير فرق .
فهذا الاستدلال ضعيف كما ضعفه فيما حكاه عن المسالك و اشار نفسه أيضاً الى ما قلناه نعم قوله فان المعتمد فى ذلك على الاخبار هو متين جداً وظاهرها وان كان المسمى لكنك عرفت ان المسمى الذى هو فى الغالب بل جميع موارد الطلاق ونحوه انما هو مقتضى صحة العقد وان المهر حيثئذ بمنزلة أحد العوضين فلا بد عند الفسخ من رجوع كل من العوض والمعوض الى صاحبه .

لكن المتيقن من ذلك صورة عدم تدليس وعيب فى البين ومعه لو علم الزوج لما أقدم على المسمى بوجه كما عرفت فالاولى هو المصالحة بما هو أقل .
﴿وكذالو كان﴾ الفسخ ﴿بالخصاء بعد الدخول﴾ انه ﴿لها﴾ أيضاً ﴿المهر﴾ كما ان حصل الوطأ ﴿والا فالنصف اذ هو مع اندراجه فى القاعدة الكلية دلت عليه الروايات مثل [للصحيح] المروى عن قرب الاسناد عن «خصى دلّس نفسه لامرأة ما عليه؟ قال : يوجع ظهره ، ويفرق بينهما ، وعليه المهر كما ان دخل بها، وان لم يدخل بها فعليه نصف المهر» خلافاً للمحكى عن الصدوقين فالنصف .

وقد يحتمل كون المدرك هو الفقه المنسوب الى الرضا عليه السلام وان تزوجها خصى وقد دلّس نفسه لها وهى لاتعلم فرّق بينهما ، ويوجع ظهره كما دلّس نفسه ، وعليه نصف الصداق ، ولاعدة عليها منه» وربما جمع بينه وبين غيره بحمل ما عداه على صورة الدخول وحمله على ما قبل الدخول .

ولا يخفى انه ليس فيه اشارة الى الدخول بوجه فنصف الصداق على القاعدة حيثئذ وأما قوله ولاعدة عليها منه فهو مطلب آخر ليس مربوطاً بما قبله كى يكون قرينة على الدخول والمعنى انه على فرض الدخول ليس عليها عدة ثم ان تلك الجملة ظاهرة فى عدم وجوب العدة من الخصى وليس الا لاجل عدم الانزال فيظهر منه عدم وجوب العدة فى موارد التى يقطع بعدم الحمل كالوطأ من الدبر ولومع

الانزال أو القبل مع عدم الانزال وتام الكلام فى محله ثم انه قد الحق الخلوة مع الزوجة بمنزلة الدخول لصحيحة ابن مسكان وموثقة سماعة على وجوب المهر بالخلوة فمن ثم اتخذهما الشيخ دليلا على ما ادعاه من وجوب المهر بالخلوة وردهما ابن ادريس .

وفى الحدائق قال وفيه ان غاية ما يدل عليه الخبران المذكوران هو انه بتزويجه بها ودخوله عليها يجب المهر وهو مجمل بالنسبة الى الوطى وعدمه انتهى . ولا يخفى ان لفظ الخلوة والدخول ليس لاجل ثبوت حكم المهر مستقلا بل لفظ الخلوة ليس الامقدمة للدخول اذ ليس الدخول حاصل الا بالخلوة فذكرها من باب المقدمة لا من باب انها موضوعة للحكم نظير نفس الدخول وتام الكلام فى محله انشاء الله .

المسألة (السابعة) * انه اذا اختلفا فى العيب فهو ظاهر وخفى والاول ظاهر والثانى يقع مورد الحكم والقضاء .

قال فى المسالك العيب منه جلى ومنه خفى فالجلى كالعمى والعرج والجنون المطبق والاقعاد وهذا لا يفتقر الى البينة ولا الى اليمين بل ينظر الحاكم فيه ويعمل بمقتضى ما يظهر منه واما الخفى كالعنة والقرن والجنون الدورى والجذام والبرص الخفيين فاذا ادعاه أحدهما على الاخر وأنكر رجوع فيه الى القاعدة الشرعية وكان القول قول المنكر لاصالة الصحة والبينة على المدعى الى آخر ما يترتب فى القاعدة من حكم النكول واليمين المردودة وغيرهما وأما العن فالنزاع فيه وفيه بحث يخصه وسيأتى انتهى .

ونظيره فى الجواهر قال العيب جلى أو خفى ، فالجلى قطع المنازعة فيه سهل ، وأما الخفى فلا شك فى وجوب البينة على مدعيه ، كما أن على نافية اليمين ، بل يعتبر فى الشاهدين مع العدالة العلم بذلك العيب ، ككونهما طبييين عارفين يقطعان بوجوده ان كان مما يمكن علم الغير به كالبرص والجذام الخفيين ، وان

كان لا يعلمه غالباً الا صاحبه كالعنن لم تسمع البينة انتهى .
 اذا عرفت هذا فاعلم بأن العنن حيث كان من العيوب الخفية ولا يعلم الامن
 قبل صاحبه فلا جرم ﴿لا يثبت العنن﴾ باقامة الزوجة المدعية البينة على زوجها
 فان البينة فيما يمكن اقامة الشهود عليها مثل الشهادة على الدين أو القرض ونحوهما
 فالعلم بالعنن وان كان حاصلًا للزوجة بلا كلام لكنه لا طريق لها الى اثباتها لعدم
 امكان العلم للشاهدين كما ان اقامة البينة للزوج على عنن نفسه أيضاً كذلك لانه
 لا يعلم الا من قبله فكيف يصح اقامة البينة على من ضعف عن الوطأ الا بالمشاهدة
 التى لا يمكن لغير الزوجة فلا سبيل لاثبات العنن ﴿الا باقرار الزوج أو البينة
 باقراره﴾ اى أقر الزوج بالعنن عند الشاهدين فشهدا عند الحاكم بأنه قد أقر عليه
 وفى الجواهر أضاف الى المتن بعد قوله باقراره قوله أو اليمين المردودة
 وذلك لما عرفت من انه لا يمكن اقامة البينة عليه لانه لا يمكن الاطلاع عليه الا من
 قبل نفسه فلامحالة ثبوته يحتاج الى اقرار نفسه عند الحاكم أو عند الشاهدين فشهدا
 باقراره فان تحقق الاقرار أو الشهادة عليه ثبت العنن الموجب للفسخ و الا فلا بد
 له من اليمين لانه منكر فان حلف ثبت النكاح فسان القول حينئذ قوله بعدم العنن
 وان لم يحلف ورد اليمين الى الزوجة فان حلفت ثبت العنن والابقيت على النكاح .
 فقد تلخص انه بالاقرار أو الشهادة على الاقرار أو بورد يمينه الى الزوجة او
 بنكوله عن الحلف قد ثبت العنن وانما الكلام فى مجرد نكوله عن اليمين من دون
 الرد الى الزوجة فهل يثبت بذلك كما هو ظاهر المتن من حيث ان الظاهر من النكول
 هو اعترافه بالعنن ولو لم يظهر بذلك والا فلا جهة تعرف للنكول أو لا هذا مع
 ان القاعدة المسلمة عليها وهى ان البينة على المدعى واليمين على من أنكر حاكمة
 بأن اليمين من وظيفة المنكر فلا وجه لارجاعه الى المدعى وكونه بالعنوان الاولى
 للمنكر فلا ينافى كونه له بالعنوان الثانوى وهو نكوله عنه غير مقتضى لذلك بعد
 عموم القاعدة .

ولكنه غير تام بعد ورود الروايات في ذلك الا ان يقال ظاهرها فيما أرجع المدعى اليه لا اذا نكل عنه واما منافات رد اليمين الى المدعى بقوله بأنه انما اقضى بينكم بالبينات والايمان ولو بمقتضى الحصر حيث ان رد اليمين الى المدعى ليس بينة على المدعى ولا يميناً على المنكر فهو مندفع قطعاً فان الظاهر من النبوى اختصاص حل الدعاوى باليمين والبينة .

وفى المقام كذلك لبداهة عدم التوصل الى غيرهما قطعاً بل الحل منحصر فيهما وأما اختصاص كون اليمين بالمنكر ولو فى صورة رده الى المدعى فلا يقتضى النبوى أصلاً .

قال فى المسالك كان الطريق الى اثباته أما اقرار الرجل بها أو البينة على اقراره فان انتفيا وادعتها المرأة فالقول قوله فى عدمها عملاً باصالة السلامة فان حلف استقر النكاح و ان نكل عن اليمين بنى على القضاء بالنكول فيثبت العيب وان اوقف القضاء معه على يمين المدعى فاذا حلفت المرثة قضى بشوته أيضاً والا فلا والمصنف اقتصر فى الحكم على نكوله بناء على مذهبه من القضاء به من غير يمين كما سيأتى فى بابه والحكم على هذا القول واضح لان النكون ينزل منزلة الاقرار بالحق .

وأما على القول بالقضاء بيمين المدعى فيشكل ثبوت هذا العيب به على القول بكون اليمين حينئذ كالبينة من المدعى فانها لو اقامتها عليه بأصل العيب لم تسمع كما قلناه فكذا ما قام مقامها وانما تسمع البينة باقراره وهى هنا ما ادعت الاقرار حتى ينزل يمينها منزلته وانما ادعت العيب فينزل يمينها منزلة البينة به انتهى . وفى الحدائق أيضاً قد عرفت ان العنة عبارة عن ضعف الالة عن الانتشار والولوج فى الفرج فهو أمر مخفى لا يطلع عليه غير من ابتلى به فلا يمكن الاطلاع عليه بالشهادة حينئذ فلا طريق الى الحكم به الا باقرار صاحبه على نفسه أو قيام بينة باقراره فعلى هذا لو ادعت المرثة عليه ذلك وأنكر الرجل فالقول قوله بيمينه عملاً

باصالة السلامة الراجعة الى اصالة العدم فان حلف استقر النكاح وان نكل فان قضينا بمجرد النكول ثبت العيب والاردت اليمين على المرثة فان حلف ثبت العيب الا انه لا بد فى حلفها من حصول العلم لها به وذلك يحصل بممارستها له مدة على وجه يحصل لها بتعاقد القرائن العلم بالعنة انتهى .

وبالجملة ان المقام وان كان مقام اقامة البينة لان الزوجة مدعية لكنه حيث لا يمكن ذلك فكان على الزوج اليمين واثبات النكاح الا ان يردده الى الزوجة أو نكل عنه . ثم لا يخفى انه مضافاً الى أصل النزاع فى ان نفس النكول عن اليمين كاف فى العيب أو لا بد من رده الى المدعى فحلف المدعى انه كان اشكال فى خصوص المقام وهو ان الحكم بالقضاء بيمين المدعى ليس الامن حيث ان اليمين المردودة الى المدعى بمنزلة البينة للمدعى والفرض ان البينة منه فى خصوص المقام لا يقبل من حيث انه لا يعلم الا من صاحبه فهى انما تصح فى موارد التى صح اقامة البينة . وبذلك اشكل الشهيد فى عبارته المتقدمة آنفاً وأشار اليه فى الجواهر أيضاً فقال بل أشكل فى المسالك ثبوته باليمين المردودة بناءً على أنها كالبينة بكونها حينئذ كالبينة منها ، والفرض عدم سماعها منه فكذا ما قام قيامها ، وانما تسمع البينة باقراره وهى لم تدع اقراره بذلك كى ينزل يمينها المردودة منزلته ، وانما ادعت العيب فينزل يمينها منزلة البينة عليه انتهى .

وكيف كان ان صح القضاء بمجرد النكول فلا اشكال لعدم استلزامه البينة على من لا يمكن فيه اللهم الا ان يقال على الحاكم حينئذ الرد على الزوجة وحيث كان بمنزلة البينة على الزوج وهو غير ممكن فيعود الاشكال الا ان يقال ان ذلك انما يرد لو كان اليمين المردودة بمنزلة البينة ولا مانع من ان يكون بمنزلة الاقرار بالبينة حيث ان نفس النكول كأنه اقرار بالعن .

وقد عرفت ان احد وجوه ثبوت العنن هو الشهادة على الاقرار بالبينة .

وكيف كان فيدل على رد اليمين ما عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام فى

الرجل يدعى ولا بينة له قال : يستحلفه ، فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له .

وفي الوسائل : رواه الشيخ باسناده عن أبي علي الأشعري مثله وما عن عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله (ع) في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعى، قال : يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق ، فان لم يفعل فلاحق له .

وفي الوسائل رواه الشيخ باسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى مثله والروايتان صريحتان في انه عند تعذر البينة للمدعى يستحلف المنكر او رد المنكر اليمين اليه ولو بدون الاستحلاف وان لم يفعل ولم يحلف لم يكن له حق وما عن ابن أبي عمير عن هشام عن أبي عبد الله (ع) قال : ترد اليمين على المدعى .

وما عن يونس ، عن رواه قال : استخراج الحقوق بأربعة وجوه : بشهادة رجلين عدلين ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى ، فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعى فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقه فان أبي أن يحلف فلا شيء له . صريح الرواية هو الترتيب بين البينة واليمين وان الاول لزوم اقامة البينة ان امكن وان لم يمكن فاليمين على المدعى عليه وان رد اليمين على المدعى يجب عليه اليمين والا فلاحق له فاليمين التي وظيفة المنكر اذا فوض الى المدعى وحلف قد ثبت حقه .

ومنه يعرف عظم حق اليمين كما وردت الرواية في العكس وان المدعى مع امكان اقامة البينة لو لم يقمها بل اكتفى بيمين المنكر فحلف بالله كاذبا فقد سقط حق المدعى بحيث لا يجوز اخذ ماله بعد الحلف وان قدر عليه وان شهد بعد الحلف خمسون قسامة بثبوت حق بل المدعى لا يجوز المقاصة لو كان من مال المنكر عنده وتمام الكلام وما يدل عليه سيأتي في باب القضاء انشاء الله .

ويسدل على رد اليمين الى المدعى ما عن أبان عن أبي العباس ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا أقام الرجل البينة على حقه ، فليس عليه يمين ، فان لم يقم

البينة فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين ، فان أبى أن يحلف فلاحق له .
وفى رواية جميل وهشام ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه .

وفى حديث سلمة بن كهيل ، عن على عليه السلام فى آداب القضاء ورد اليمين على
المدعى مع بيئته ، فان ذلك أجلى للعمى وأثبت فى القضاء .

وفى الوسائل قال أقول : هذا يمكن حمله على الاستحباب مع قبول المدعى
لليمين ، لتصريح الحديث الاول وغيره بنفى الوجوب ، ويمكن حمله على الدعوى
على الميت لما مر ، ويحتمل الحمل على التقية لانه قول جماعة من العامة ، ويؤيد
الاستحباب أن أكثر ما شتمل عليه الحديث المذكور مستحب فعلا أو تركاً ، مع
ما يفهم من التعليل وأفضل التفضيل انتهى .

وعن حميد بن زياد ، عن الحسن بن محمد وماعن سماعة مرسلاً عن بعض
أصحابه ، عن أبان ، عن رجل ، عن أبى عبدالله عليه السلام فى الرجل يدعى عليه الحق
وليس لصاحب الحق بينة ، قال : يستحلف المدعى عليه ، فان أبى أن يحلف
وقال : أنا أرد اليمين عليك لصاحب الحق فان ذلك واجب على صاحب الحق أن
يحلف ويأخذ ماله .

وماعن جميل ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : اذا أقام المدعى البينة فليس عليه
يمين ، وان لم يقم البينة فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلاحق له .
﴿و﴾ كيف كان ﴿لمولم يكن ذلك﴾ أى لم يتحقق اقراره بالعن ولا بشهادة
العدلين على الاقرار به ولا برد اليمين على الزوجة ولا بالنكول عنه ﴿و﴾ حينئذ
ان الزوجة ﴿ادعت عنه﴾ فأنكر فالقول قوله مع يمينه ﴿فلا يثبت العن بل بقى على
نكاحه لان الاصل السلامة أولانه يترك لو ترك .

﴿قيل﴾ والقائل ابنا بابويه وابن حمزة : انه ﴿يقام فى الماء البارد فان
تقلص﴾ أى تشنج ﴿حکم بقوله ، وان بقى مسترخياً حکم لها﴾ .

قال فى الحدائق ونقل الاصحاب عن الصدوق ره ان الرجل المدعى عليه العنة يقام فى الماء البارد فان تقلص حكم بقوله وان بقى مسترخياً حكم لها ونقل ذلك فى المسالك عن ابن حمزة ايضاً قال ومعنى تقلص انضم وانزوى ولفظ الصدوق وان تشنج والمراد به نقبض الجلد قال وانكر هذه العلامة والمتأخرون لعدم الوثوق بالانضباط وعدم الوقوف على مستند صالح نعم هو قول الاطباء وكلامهم فيشمر الظن الغالب بالصحة الا انه ليس طريقاً شرعياً انتهى .

اقول لا يخفى ان ما نقلوه عن الصدوق فانه قد رواه فى كتابه من لا يحضره الفقيه عن الصادق عليه السلام مرسلًا وبه صرح الرضا عليه السلام فى كتابه حيث قال واذا ادعت عليه انه عنين وانكر الرجل ان يكون كذلك فان الحكم فيه أن يجلس الرجل فى ماء بارد فان استرخى ذكره فهو عنين وان تشنج فليس بعنين ولكن اصحابنا المتأخرين حيث لم يصل اليهم الكتاب المذكور ولا اطلعوا عليه لم يطلعوا على مافيه من الاحكام .

وروى الصدوق فى النهاية وكذا الشيخ فى كتابى الاخبار مرسلًا قالا وفى خبر آخر انه يطعم السمك الطرى ثلاثة ايام ثم يقال له بل على الرماد فان ثقب بوله الرماد فليس بعنين وان لم يثقب بوله الرماد فهو عنين انتهى .

ولا يخفى مافى جميع ذلك **﴿و﴾** لذا قال المصنف ان هذا القول أى الجلوس فى الماء **﴿ليس بشيء﴾** عند المتأخرين ، لعدم الوثوق بالانضباط ، وعدم الوقوف على مستند صالح لارسال الخبر .

وفى الجواهر نعم هو قول الاطباء ، وكلامهم يثمر الظن الغالب بالصحة الا انه ليس طريقاً شرعياً انتهى .

﴿و﴾ كيف كان **﴿لموثبت العنن﴾** باقراره وغيره **﴿ثم ادعى الوطء فالقول قوله مع يمينه﴾** ولا يخفى انه ان اريد بالثبوت اصل العنن بمقتضى القواعد الشرعية ثم ادعى الوطء فلاجرم كان فى اثناء سنة التأخير اذ فى هذا الوقت يثمر تقدم قوله

وان اريد بالثبوت ثبوت استقراره بعد السنة فبعدها لم يكن زمن تقدم قوله اذ بعد مضي سنة التأجيل قد ثبت الخيار للزوجة بلا كلام فلان نتيجة في ادعاءه الوطء أصلاً . قال في الحدائق اطلق الاكثر بانه لو ادعى الوطء وانكرت فالقول قوله يمينه سواء كان بعد ثبوت العنن أو قبله والمحقق في الشرايع فرض المسئلة فيما لو ادعى الزوج الوطء بعد ثبوت العنن وحكم بأن القول قوله يمينه والمحكم ظاهر فيما لو ادعى الزوج الوطء قبل ثبوت العنن فانه يقبل قوله يمينه قالوا لان دعوى الوطء يتضمن انكار العنن المؤيد باصالة السلامة من العيب فيكون قوله مقبولاً يمينه .

ثم روى رواية ابي حمزة الى ان قال وانما الاشكال فيما اذا كانت الدعوى بعد ثبوت العنن كما فرضه المحقق ونحوه العلامة في القواعد ووجد الاشكال انه مدع لزوال ما قد ثبت فلا يكون قوله مقبولاً مع انهم حكموا هنا بقبول قوله يمينه والمفهوم من كلام المحقق الشيخ على في شرح القواعد ان الوجه فيما حكموا به من قبول قوله يمينه في هذه الدعوى مع ثبوت العنن احد امرين :

اما لان هذا الفعل لا يعلم الا من قبله فيقبل قوله فيه كدعوى المرئة انقضاء العدة بالاقراء .

واما لان العنة لا تثبت قبل مضي السنة والا تثبت الفسخ وانما الثابت العجز الذي يمكن ان يكون عنه وان يكون غيرها ولهذا يجب ان يؤجل سنة لينظر فيها هل يقدر على الوطء أم لا فان قدر فلا عنة والا تثبت وحكم بها فيكون الزوج بدعواه الوطء وان كان بصورة المدعى الا انه في الحقيقة منكر للعنة والاصل الصحة وحصول العيب على خلاف الاصل وان كان بعد ثبوت العجز .

وحينئذ فيقبل فيه واستدلوا ايضاً بصحيفة ابي حمزة المذكورة بدعوى انها مطلقة فان موردها اختلافهما في حصول الوطء وعدمه المتناول لما اذا وقع ذلك قبل ثبوت العنة وبعده وفيه ان الظاهر بعده لانه بعد ثبوت العنة يثبت لها الخيار في

الفسخ وعدمه فلاوجه لما تضمنه الخبر حينئذ من الحكم المذكور فيه ولاضرورة تلجىء اليه انتهى .

ويظهر من الجواهر تخصيصها ببعده السنة ايضاً قال بعد المتن على الاشهر ، كدعوى عدم العنن أصلاً ، لانه لايعلم ايضاً الا من قبله ، ويتعذر او يتعسر اقامة البينة عليه فيقبل قوله ، كدعوى الامراة انقضاء العدة بالاقرء ، ولعدم ثبوت العنن قبل مضى سنة التأجيل ، وانما الثابت قبلها العجز الذى يمكن معه العنة وعدمها . ولذا أجل سنة لتنظر أيقدر على الوطء أم لا ؟ فان قدر فلاعنة والا ثبت ، فيرجع حينئذ دعواه الى انكارها ، كالاول الذى قد عرفت عدم الخلاف والاشكال فى ثبوت قوله فيه ، انتهى قوله لعدم ثبوت العنن قبل مضى سنة التأجيل لأفهم مراده لما عرفت من ان بعده ليس زمان ثبوت العنن بل زمان خيار الزوجة وبعد ثبوت الخيار لها بحكم الحاكم لامعنى لقبول قول الزوج بالوطء وعدم العنن فبعد مضى السنة ارتفع زمان قبول القول فانه ادعى عدم الثبوت بعد ثبوته ثبوت أصله وثبوت استقراره بخلاف قبل تمام السنة فان ادعاه الوطء يرفع اصل الثبوت ويقبل قوله لانه لايعلم الا من قبله .

﴿وقيل﴾ والقائل الصدوق فى المقنع والشيخ فى الخلاف وجماعة : ﴿ان ادعى الوطء قبلاً وكانت بكرةً نظر إليها النساء﴾ أى كان ادعائه فى الوطء فى البكرة وحينئذ لايجتاج الى الدعوى والحكومة فانه يعلم بملاحظة النساء والقوابل من غير توقف على العلم بقواعد القضاء وهو متين فهو امر ظاهر حينئذ لايجتاج الى القواعد الشرعية ﴿وان كانت ثيباً﴾ أى ادعاه الوطء فى الثيبة وحينئذ ﴿حشى قبلها خلوقاً﴾ فان ظهر على العضو صدق ﴿بل عن الخلاف دعوى اجماع الفرقة واخبارها عليه فان قواعد الحكم فى صورة عدم طريق الى الحل بخلاف المقام لكن الشق الثانى لايدخل عن نظر لعدم الفرق حينئذ بينه وبين غيره بل لايدخل عن اشكال من حيث ان فاعل ذلك غير الزوجة قطعاً لان نفسها مدعية والوطء وعدمه

معلوم عندها ولا يجوز هذا العلم من غيرها لاستلزام ذلك النظر الى البضع واللمس به وفيه فلا بد حينئذ من اجراء قواعد القضاء .

وقد عرفت حكمه ولذا قال المصنف ﴿ وهو شاذ ﴾ ان اريد بذلك الشق الثانى نقت .

و كيف كان فقال فى مجمع البحرين المخلوق كرسول على ما قيل طيب مركب يتخذ من الزعفران وغيره من انواع الطيب والغالب عليه الصفرة او الحمرة ومنه الحديث وتحشوها القابلة بالخلوق انتهى .

وقد يدل عليه الصحيح فى البكر ولخبر عبدالله بن الفضل عن بعض مشيخته قالت امرأة لابي عبدالله عليه السلام أو سأله رجل « عن رجل تدعى عليه امرأته أنه عنين وينكر الرجل ، قال : تحشوها القابلة بالخلوق ولم يعلم الرجل ، و يدخل عليها الرجل ، فان خرج وعلى ذكره الخلق صدق و كذبت . و الا صدقت و كذب .

[وخبر غياث] بن ابراهيم عن ابي عبدالله عليه السلام قال : « ادعت امرأة على زوجها على عهد امير المؤمنين عليه السلام أنه لا يجامعها ، و ادعى أنه يجامعها . فأمرها امير المؤمنين عليه السلام أن تستدفر بالزعفران ثم يغسل ذكره ، فان خرج الماء أصفر صدقه ، والا امره بطلاقها » .

ويمكن حملهما على موارد التى لا يتمكن من الوصول عند الحاكم والا فلا بد من اجراء قواعد الحكومة والقضاء .

﴿ ولو ادعى أنه وطأ غيرها أو وطأها دبراً كان القول ﴾ حينئذ ﴿ قوله مع يمينه ﴾ يحكم له ، كما أنه ﴿ يحكم عليه ان نكل ، وقيل : بل يرد اليمين عليها ، وهو ﴾ أى الحكم المردود فى المسألة ﴿ مبنى على القضاء بالنكول ﴾ أو باليمين من المدعى ، وسيأتى أنشاء الله فى كتاب القضاء .

المسألة ﴿ الثامنة اذا ثبت العنن ﴾ بأحد الوجوه السابقة ﴿ فان صبرت ﴾

عالمة بالموضوع والحكم راضية ﴿ فلا كلام ﴾ كما لاخلاف في عدم الخيار لها بعد ذلك اذا ارادته ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ، و لانه حق متحد يسقط بالاسقاط ، و للمرسل في الفقيه « متى أقامت المرأة مع زوجها بعد ما علمت أنه عنين و رضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا » انتهى قد عرفت تمام الكلام فيه فيما تقدم .

وقد عرفت ايضاً ان المراد بفورية الخيار فورية العرفية الغير المنافية مع التأخير وكذا الامر في الفورية الرجوع الى الحاكم لضرب الاجل .

﴿ وان ﴾ لم تصبر بل ﴿ رفعت أمرها الى الحاكم أجعلها سنة من حين المرافعة ، فان واقعها أو واقع غيرها فلا خيار ﴾ لعدم العن حينئذ ان اريد ارتفاع العن رأساً بحيث يقدر على الجماع عند الارادة مطلقاً فلا كلام وان اريد ارتفاعه بمجرد القدرة على الدفعة او الدفعتين مع بقاء المرض بحيث لا يقدر ثانياً و ثالثاً ففي غير محله لبقاء العن جداً .

فيبقى خيارها مادام بقى العجز كما عن المفيد ﴿ والا ﴾ اي وان لم يواقعها او غيرها ﴿ كان لها الفسخ ﴾ وقد عرفت ان لها الفسخ ايضاً حتى مع الدخول عليها او غيرها مرة او اكثر مع بقاء المرض بحيث لم يقدر عند الارادة عليه ولو نهض احياناً .

و يدل عليه [صحيح أبي حمزة] السابق، وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « العنين يتربص به سنة ثم أن شاءت أمراؤه تزوجت و ان شاءت أقامت » .

[وخبر البخاري] عنه ايضاً عن ابيه عليه السلام : أن علياً عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم مراعاة امرأته ، فان خلص اليها والافرق بينهما ، فان رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها « وخبر الكنانى قال : « اذا تزوج الرجل المرأة وهو لا يقدر على النساء أجل سنة حتى يعالج نفسه »

الى غير ذلك من النصوص المطلقة من حيث وقوع الوطء فى اثناء السنة و عدمه .

ثم الظاهر ان الروايات ناظرة الى حدوث العنن بعد العقد فلا يشمل العنن السابق فلا تأخير فيه الى السنة لانه دلس نفسه للزوجة ولان الظاهر بقاء مرضه فلو قابلا للعلاج لعالجه .

كما عرفت عن ابى على فانه قدحكى عنه قصر التأجيل على الحادث بعد العقد دون السابق : فيجوز لها الفسخ فيه فى الحال.

ويدل عليه قول الصادق عليه السلام فى خبر غياث « اذا علم أنه عنين لا يأتى النساء فرق بينهما » وخبر أبى الصباح « سألته عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أتفارقه؟ قال ان شاءت » ولا يصغى الى القول بضعف الروايتين فالكلام فى الحادث بعد العقد وامكان ارتفاعه بنفسه لامكان حدوثه بالعوارض المنتفية عن قليل ويجب فيه التأخير الى سنة .

بل الحكم بالخيار فيه فوراً موجب للعسر والهرج الشديد على الزوج كما ان البقاء عليه موجب للضرر على الزوجة فالجمع لا يكون الا بذلك فان ارتفع بحيث امكن له الدخول المتعارف زال الخيار والا يبقى بحاله ما لم يرض الزوجة بذلك ولا يكفى فى ذلك مسمى الدخول باى نحو كان ولاى بعلاج وفشار وادخاله باليد حتى تغيب الحشفة ومجرد اشتمال شفرات البضع على الحشفة غير كاف لولم يكن بانتشار العضو وقدرته على الادخال والاخراج .

بداهة انه لو دخل جميع الذكر فيه لكن بعلاج بنحو اليد وغيره أو بجلوس الزوجة على بطن الزوج و نحو ذلك كان ذلك غير رافع لحكم العنن ما لم يقدر على الدخول من دون علاج .

﴿ و ﴾ على كل حال فلها ايضاً بعد الفسخ ﴿ نصف المهر ﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف قبل الدخول بل لصحيح ابى حمزة السابق المعتضد

بالعمل وبما عن فقه الرضا عليه السلام الذي يجب به الخروج عن مقتضى قاعدة الفسخ خلافاً
لابي علي أيضاً فجميع اذا خلا بها وان لم يدخل بناء منه على الحاق الخلوة بالدخول
بالنسبة الى قرار المهر، وستسمع الكلام فيه في محله انتهى وقد مر ما يتعلق بالمقام
جميعاً .

و عرفت ايضاً ان الخلوة من مقدمات الدخول لانفسه فلا يتعلق حكم بنفسه
من دون دخول.

﴿المقصد الثالث في التدليس﴾ :

وفي المسالك قال التدليس تفعيل من الدلس وهو الظلمة واصله من المخادعة
كان المدلس لما اتى بالمعيب او الناقص الى المخدوع وقد كتم عليه عيبه آتاه في
الظلمة وخدعه والفرق بينه وبين العيب ان التدليس لا يثبت الا بسبب اشتراط صفة
كمال هي غير موجودة او ما هو في معنى الشرط ولولا له لم يثبت الخيار بخلاف
العيب فان منشأ وجوده و ان لم يشترط الكمال و ما في معناه فمرجع التدليس
الى اظهار ما يوجب الكمال او اخفاء ما يوجب النقص ومنشأ الخيار فوات مقتضى
الشرط انتهى .

ولا يخفى ان التدليس عبارة عن اظهار شيء لم يكن او اخفاء شيء كان بخلاف
العيب فانه امر موجود و ان يعلم به المتبايعان و المتعاقدان ففي العيب يمكن فقدان
التدليس و قد يجتمع بخلاف التدليس .

﴿وفيه مسائل الاولى اذا تزوج﴾ الحر أو العبد ﴿امرأة﴾ معينة ﴿على﴾
شرط ﴿أنها حرة فبانة أمة﴾ صح العقد مع اذن السيد أو اجازته لامته المدلسة
او لعبده لكن ﴿كان له﴾ اي للزوج ﴿الفسخ ولو دخل﴾

وفي الجواهر قيل : لان فائدة الشرط قلب العقد اللازم جائزاً، بل لا يسقط
الخيار الحاصل منه بالتصرف كما عرفت في محله .

وفيه ان الاولى الاستدلال بظاهر النص والفتوى بتحقيق الخيار بالتدليس بنحو

ذلك ، لالشرط المزبور ، والالكان مقتضاه ثبوت الخيار بتعذر كل شرط في عقد النكاح ، او بالامتناع من الوفاء به على نحو ما سمعته في البيع ، و احتمال الالتزام بذلك يتنافيه اقتضارهم في خيار النكاح على العيوب المخصوصة ، والتدليس بالامور المذكورة ، بل تصریحهم بعدم قبول النكاح لاشترط الخيار انتهى .

ولا يخفى اني لا افهم معنى عدم الاشرط في النكاح فان كان المراد هو الشرط بانه لو لم يشأها فسخ فنعم الوفاق فان النكاح عقد لا يزيله الا الاطلاق بل و مع جعل الطريق للانفصال وهو الطلاق لامعنى للشرط و ان كان غير ذلك مثل ظاهر المتن وغيره من الشروط المختلفة واقعة في النكاح كما تقدم بعضها .

ومثل اشترط كون المرأة كاتبة او ذات فعل كذا او تارك لفعل كذا او شرط تركها لشرب التوتون او ما يسمى في عصرنا به (هرئين) و غير ذلك فانه مضافا الى عموم المؤمنون عند شروطهم ولم يكن دليل دل على عدم جريانه في النكاح انه شرط صحيح عند العرف والعقلاء .

وقد يتداول الاخير بين الناس والشبان من قبل السلطان الجائر واتباعه وشاع شيوعا كثيرا وكان بحيث يسقط الاعتداد به الانسان عن الانسانية وصار حيوانا بصورة الانسان لا يقدر على شيء من امور الدنيا والاخرة و كان غالب اوقاتهم يتلف بالنوم ولائمة لحالة ايقاظهم ويسقط عند الناس عن الاعتبار والشخصية والمقام وينظرون اليه نظر الحقارة والخساسة .

ومثل ذلك كيف يمكن الصبر عليه للمرأة وكيف لا يصح اشترط الفسخ لسو كان كذا و كون امر الطلاق بيد مثل هذا الزوج لما طلقها اصلا و يكون ذلك مساوقا لخروج الزوجة عن الاعتبار ولا يكون ضررا عظم من ذلك .

وكذا اشترط عدم كونه شاربا للخمر وتاركا للصلاة وقد تقدم ذلك انه لو شرط كونها من قبيلة وظهر خلافه كان للزوج الفسخ او شرط انه لو لم يقدر على النفقة كانت لها الفسخ وقد تقدم فراجع الجلد الرابع والثلاثين صفحہ ١٩٦ و صفحہ

٢٠٥ هذا تمام الكلام من حيث صحة الشرط وإيجابه الفسخ لو خالف .
 واما من حيث الصحة اذا كان باذن مولى الامة وفساده من حيث عدم الاذن
 فيدل عليه [خبر اسماعيل] بن جابر ، «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأة
 فأعجبته ، فسأل عنها ، فقيل : هي ابنة فلان فاني اباه فقال زوجني ابنتك ، فزوجه غيرها ،
 فولدت منه ، فعلم بعد أنها غير ابنة ، وأنها أمة ، قال : ترد الوليدة على موالها ، والولد
 للرجل ، وعلى الذى زوجه قيمة الولد ، يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه»
 [وخبره] الاخر عنه عليه السلام ايضا قلت : « جاء رجل الى قوم فخطب اليهم أن
 يزوجه من أنفسهم فزوجوه وهو يرى أنها من أنفسهم فعرّف بعد ما أولدها أنها أمة ،
 قال : الولد له ، وهم ضامنون لقيمة الولد لمولى الجارية» الى غير ذلك .

ظاهر الروايتين كون الامة مزوجة بدون اذن مولاها ولعله بنحو السرقة والافكيف
 يمكن غيبتها عن مولاها بمقدار الحمل والولادة وحينئذ النكاح باطل ولكن الرجل
 حيث لا يعلم بذلك لا معصية له ويكون الولد له لانه وطء شبهة كمن وطء غير زوجته
 بزعم زوجته وقيمة الولد لمولاها على الذى زوجها .

﴿وقيل العقد باطل﴾ وفى الجواهر والقائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه
 وخلافه : ﴿العقد باطل﴾ لقاعدة لزوم الوفاء بالشرط المتعذر هنا ، بل هو مشخص
 للمعقود عليها ، فمع انتفائه يكون الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع انتهى .
 قال فى المسالك بعد عبارته المتقدمة فمن فروعه ما اذا تزوج امرأة على انها
 حرة فظهرت امة فان كان ذلك بالشرط فى نفس العقد فلا شبهة فى ان له الفسخ لان
 ذلك فائدة سواء الشرط دخل ام لا لان التصرف لا يسقط خيار الشرط كما سبق وقيل
 يبطل العقد بناء على بطلان نكاح الامة بغيرذن مولاها وقد تقدم الخلاف فيه لان
 المفروض هنا ذلك ولو كان العقد باذنه لم يتوجه البطلان بل الخيار للزوج خاصة
 هذا اذا كان الزوج ممن يجوز له تزويج الامة والا كان العقد باطلا بغير اشكال
 انتهى .

والبطلان ظاهر الحدائق قال في هذا المقام وقيل انه باطل وهو الاظهر ولا فرق في جواز الفسخ في الصورة المذكورة بين الدخول بها وعدمه اما ثبوت الفسخ فلان ذلك قضية الشرط دخل ام لم يدخل فان التصرف لا يسقط خيار الشرط كما سبق في موضعه انتهى .

ولا يخفى اختلاف جهة البطلان من صاحبي الجواهر والمسالك فان المظاهر من الاول ان وجه البطلان هو ان الفاقد للوصف غير مقصود بالعقد بخلاف الثاني فان البطلان من حيث عدم اذن مولاها ولا يخفى ان البحث فيما بعد الفراغ عن كونه بالاذن وانه معه ايضا باطل كما ان البطلان بدون الاذن صريح [خبر الوليد بن صبيح] عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلتست نفسها ، قال : أن كان الذي زوجها اياه من غير موالها فالنكاح فاسد ، قلت : كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟ قال : ان وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه ، وان لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، وان كان زوجها أباه ولّى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه ، ولموالها عليه عشر قيمتها ان كانت بكرأ ، وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها ، قال : و تعتمد منه عدة الامة ، قلت : فان جاءت منه بولد ، قال : أولادها منه أحرار اذا كان النكاح بغير اذن الموالى» .

فانه كالصريح في ان البطلان والفساد لا يكون الا فيما زوجها غير وليها لا البطلان ولومع الاذن بتوهم انه غير مقصود فالحق هو صحة العقد غاية الامر للزوج الخيار في فسخه وعدمه ﴿و﴾ لذا قال المصنف ﴿الاول اظهر﴾ .

وقد ظهر ان الاقوى صحة امثال هذه الشروط في النكاح ويكون للشارط الفسخ عند التخلف والله العالم ﴿ولامهر لها مع الفسخ قبل الدخول﴾ لما تقدم من أن مقتضاه رد كل عوض الى صاحبه ، بل ﴿و﴾ لافي أن ﴿لها المهر﴾ تماماً ﴿بعده﴾ .

وفي الجواهر لما تقدم من قراره بالدخول ، وقد فرض كون العقد صحيحاً

ومقتضى صحته لزوم ما تضمنه من المسمى ، انتهى .

ولا يخفى ان قرار المسمى بالدخول وان كان صحيحا لكنه فيما لم يفسخ الزوج للتدليس ونحوه بل معه لا يرضى الزوج بالمسمى بحيث لو علم تدليس الزوجة لما مهرها بالمسمى سيما اذا كان كثيرا فى العادة بداهة ان جعل المهر المسمى الخارج عن المتعارف فى صورة زعم الزوج بقائها مع الوصف وحينئذ ان اريد بكون قرار المسمى بالدخول مطلقا فغير تام وان اريد فى الجملة ولو فى صورة عدم تدليس ونحوه فلا يقتضى المسمى .

وسأتى حكاية المثل عن الشيخ فى العيب السابق بعد الفسخ ولا فرق بينه وبين المقام فلا يقتضى الفسخ حينئذ الارجاء البضع الى اهله وعليه غرامة الوطء **﴿﴾** حينئذ ان كانت الزوجة أمة .

﴿﴾ قيل **﴿﴾** كما عن المقنع والنهاية وغيرهما **﴿﴾** لمولاهما العشر **﴿﴾** ان كانت بكراً **﴿﴾** أو نصف العشر **﴿﴾** ان كانت ثيباً **﴿﴾** ويبتل المسمى **﴿﴾** لصحيح الوليد الذى عرفته آنفا وان كانت حرة فلا يقتضى بعد الفسخ الامهر المثل كما عن ابن الجنيدهو فى غاية القوة وبما ذكرنا ظهر فساد ما فى الجواهر موافقا للمتن **﴿﴾** ومن هنا كان **﴿﴾** الاول **﴿﴾** وهو المسمى ضعيف فى الغاية وان مهر المثل كان **﴿﴾** اشبه **﴿﴾** بالقواعد من المسمى والعشرو نصفه .

﴿﴾ وعلى كل حال **﴿﴾** يرجع بما اغترمه **﴿﴾** من مهر بل وقيمة ولد ونفقة **﴿﴾** على المدلس **﴿﴾** ان كان النكاح فاسداً قطعاً ، بلا خلاف كما فى الجواهر فيه ، لقاعدة الغرور ، والنصوص السابقة فى التدليس بالعيب ، وصحيح الوليد المتقدم آنفا انتهى .

وفى المسالك بعد عبارة المصنف قال اذا تزوجها على انها حرة فبانث امة اما بالشرط أو بدونه على القولين وكان ظهور ذلك بعد الدخول بحيث وجب عليه المهر أو ما فى حكمه رجع بما اغترمه على المدلس للغرور ثم لا يخلو اما ان

يكون المدلس المرثة أو المولى أو أجنبياً فان كانت هي لم يمكن الرجوع اليها حال الرقية لانه يكون كالرجوع على المولى وهو باطل بل انما يرجع عليها بعد العتق واليسار فان لم يكن دفع المهر اليها غرمه للمولى ورجع به كما قلناه وان كان قد دفعه اليها رجع به ان كانت عينه باقية أو بعضه ويتبعها بالباقي وان كان المدلس المولى فان تلفظ بما يقتضى العتق كقوله هي حرة حكم عليه بحريتها سواء جعله انشاء أم اخباراً اعمالاً للسبب بحسب مقتضاه وحينئذ فيصح العقد ويكون المهر لها دون السيد .

ويعتبر في صحة النكاح حينئذ اذنها سابقاً أو اجازتها لاحقاً كغيرها من الحرائر وان لم يتلفظ بما يقتضى العتق بل تكلم بكلام يحتمل الحرية وغيرها ففهم الزوج منه الحرية ونحو ذلك فلا شيء للسيد ولالها لان الزوج يرجع به على تقدير الغرور على المدلس ولا وجه لغرامته له ثم الرجوع عليه به ولم يذكر المصنف استثناء ما يصلح ان يكون مهراً كما ذكره غيره لعموم الدليل الدال على رجوعه على المدلس بما غرم وللاصل .

وقول المصنف فيما لو كان المدلس المولى وقد تلفظ بما يقتضى الحرية قيل يصح وتكون حرة يؤذن بعدم ترجيحه القول ووجهه ان العتق يتوقف على الصيغة الخاصة بشرائها ولم يحصل والوجه انه يحكم عليه بظاهر الاقران ان لم يتلفظ بصيغة تصلح للانشاء والا بظاهر اللفظ الدال على الانشاء ولا يعتبر ما فى نفس الامر كغيرها من الصيغ وهذا هو الذى قطع به الشيخ والجماعة من غير نقل خلاف انتهى .

وفروع هذه المسائل أكثر من ذلك لكنه حيث لا يكون مورداً للحاجة فى هذا اليوم فلا ينبغي الاطالة أكثر من ذلك ﴿و﴾ اما ﴿لو كان مولاها دلسها﴾ فـ ﴿سقىل﴾ والقائل الشيخ والجماعة كما عرفت من المسالك ﴿يصح﴾ العقد وجه الصحة ان العقد حينئذ باذن المولى بخلاف ما اذا كان بتدليس غيره فانه كان بدون

اذن مولاها ثم ان التدليس منه لا يكون الا بأن يقول المولى بان هذه حرة كذباً .
 ﴿و﴾ حينئذ ﴿تكون حرة بظاهر اقراره﴾ ولا يخفى انه يتم فيما اذا لم
 ينكشف الخلاف فقول المولى حينئذ حجة بظاهر اقراره واما مع ظهور الخلاف
 وكون الزوجة امة فيبطل الاقرار قطعاً وكيف يصح الحكم بصحة العقد بدون الخيار
 كما هو مقتضى الحكم بظاهر اقراره وجعل الزوجة حرة وانما تجرى عليها احكام
 الحرة بظاهر اقرارها مالم يعلم الحال فاذا ظهر كونها امة يكشف عن فساد ما يجرى
 عليها حرة .

ومنه يظهر ما في قول الجواهر بعد قول المصنف بظاهر اقراره قال او انشائه
 لو كان قد قال : «هى حرة» أو «هذه حرة» أو نحو ذلك مما يقتضى الحكم بحريتها
 اقراراً او انشاء قبل حصول العقد عليها ، فمع فرض رضاها بالنكاح سابقاً أو لاحقاً
 يصح العقد على جهة اللزوم انتهى كأنه قرر ما فى المتن .

وليت شعري كيف يقتضى الحكم بحريتها بحسب الاقرار مع كشف الخلاف
 وكيف يرتفع به الخيار الثابت مع هذا الاقرار الظاهري والتدليس وكيف يؤثر
 فى اللزوم فهو نظير ما اذا باع البايع المعيوب تدليساً بدون اظهار العيب فيقال عند
 ظهور العيب انه قد اقرر بالصحة فيلزم البيع بظاهر اقراره وهكذا وهو يسرى فى
 ساير الموارد ففى كل مورد اقرر بشيء كذبا اقتضى الصحة واللزوم بيعاً كان أو
 تزويجاً أو غيرهما .

بل لو قال الغاصب هذا ملكى فباع بمقتضى اقراره بالملك ثم ظهر خلافه
 لزم القول باللزوم بمقتضى اقراره فلو جعل الاقرار ما هو غير واقع كالواقع والاقرار
 بالحرية حرة واقعاً فليجعل مال الغير مال الغاصب بمقتضى اقراره تأمل تعرف .

﴿ولو لم يكن تلفظ بما يقتضى العتق﴾ لا اقراراً ولا انشاءً ﴿لم تعتق﴾
 وفى الجواهر بل هى باقية على الرق ، خلافاً لما عن ظاهر المبسوط انتهى .
 ولا يفهم لهذه العبارة معنى محصل اذ فرض الكلام تدليس المولى بمعنى

ان المولى زوج امته عن الحرية وظهر تدليسه وانه أمة وحينئذ اى معنى اريد من العبارة فان الظاهر منه انه لم يتكلم بما هو ظاهر فى العتق فيفهم منه انه ﴿لم تعتق﴾ بل كانت رقياً وهو أصل محل الكلام والنزاع بين الزوج والمولى حيث ظهر كونها رقياً فهل المراد انه بعد الظهور اقرّ المولى بالرقية بأن يصدق الزوج فلا ربط ذلك بهذه العبارة ولا يحتاج اليها بل الزوج بعد الظهور و تدليس المولى كان له الفسخ .

اللهم الآن يراد ان المولى يتكلم بلفظ يحتمل العتق وعدمه وحينئذ ان قصد ان يفهم منه الزوج العتق ففيه ان الزوج لو فهم من عبارة المولى العتق لمانزاع له اذ الزوج أيضاً يميل ويشوق الى كون زوجته حرة سواء كان من الاول أو بعد الرقية ألا ان يكون غرضه حرّيتها من الاصل وان فهم منه الرقية وان المولى دلّس فيه فالكلام فيه ولا يحتاج الى هذه العبارة .

وكيف كان فبعد ظهور كونها أمة لا يتصور الا تكذيب المولى بالحرية وان كان المراد هو التكلم بنحو يقع الزوج فى التردد والشك فى كونها امة كى لا يثبت الخيار له لاصالة الحرية فالكلام فيما ثبت الرقية والتدليس فلا معنى للعبارة كما عرفت انها لا معنى لقوله هذه الحرية لانه كان كذباً محضاً فلا مناص له من التصديق بكونها أمة فلو كان هذه الفروع على هذا الفرض فهو كما ترى وان كان فى مقام الدعوى وادعاء الزوج كونها امة و انكره المولى فهو خارج عن البحث مع فرض تدليس المولى وظهور كذبه .

﴿و﴾ كيف كان ﴿لم يكن لها مهر﴾ وفى الجواهر لان الفرض تدليس المولى اياها ، والمهر راجع اليه ، بل لو كان قد دفع اليها شيئاً من المهر باذنه وأتلفته يرجع به عليه ، للغرور أيضاً .

﴿ولو دلست﴾ هى ﴿نفسها كما ان عوض البضع لمولاها﴾ وهو المسمى فى العقد مع اجازته على الاصح ومهر المثل أو العشر ونصفه ان لم يجز ﴿و﴾

لكن ﴿رجع الزوج به عليها اذا اعتقت﴾ لقاعدة الغرور ﴿ولو كان دفع اليها المهر استعداد ما وجد منه﴾ ودفعه بعينه الى المولى اذا كان العقد واقعاً عليه والا ان شاء دفعه أو غيره من الافراد ﴿و﴾ أما ﴿ما تلف منه﴾ فـ ﴿يستبعضها به عند حرمتها﴾ للقاعدة السابقة .

المسألة ﴿الثانية﴾ عكس المسألة السابقة ، وهى ما ﴿اذا تزوجت المرأة برجل على أنه حرفان مملوكاً﴾ مأذوناً ﴿كان لها الفسخ قبل الدخول وبعده، ولا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول﴾ لانه من قبلها ، ﴿و﴾ لاقتضاء الفسخ ذلك كما عرفته سابقاً ، نعم ﴿لها المهر﴾ المسمى ﴿بعده﴾ .

والظاهر لا اشكال فيه فى مثله فان التدليس حينئذ من قبل الزوج فعليه المسمى بلا كلام بل الخدعة و التدليس فى قوة الدخول على المسمى والاقدم عليه لانه يكشف لامحالة يعلم ان لها خيار الفسخ مع الكشف ولزوم المسمى عليه بخلاف المتقدم فى العكس فان التدليس من المرأة و متعلقها و الزوج مهتر لها المسمى بزعم الإقامة معها بحيث لو علم بالحال لما مهتر لها كذلك .

وكيف كان فيدل على المقام [صحيح] محمد بن مسلم «سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة حرة تزوجت مملوكاً على أنه حر ، فعلمت بعد أنه مملوك ، قال : هى أملك بنفسها ان شاءت أقامت معه وان شاءت فلا ، فان كان دخل بها فلها الصداق ، وان لم يكن دخل بها فليس لها شىء» .

وظاهر قوله عليه السلام : «الصداق» أنه المسمى كما فى الجواهر ، لامهر المثل ، كما انه فيه أن ظاهره كون العبد مأذوناً والا لم يكن الخيار بيدها مع عدم اجازة السيد ، ولكن لها المهر على العبد تتبعه به بعد العتق ، بخلاف ما اذا كان مأذوناً ، فان المهر يرجع به على السيد ، لما تقدم سابقاً من أن مهر العبد المأذون على السيد ، وكذا ظاهر الصحيح المزبور عدم الفرق بين شرطية الحرية فى متن العقد وعدمها بعد صدق التدليس والغرور والخدعة انتهى .

ومن جميع موارد المتشقة يعلم صحة اشتراط شيء في النكاح .
ويأتى الان ايضاً مايدل عليه في المسألة الآتية :

المسألة ﴿ الثالثة قبل ﴾ وفي الجواهر في محكى المقنعة والنهاية والمهذب
والسرائر والوسيلة بل نسب الى أكثر المتقدمين ﴿ اذا عقد على بنت رجل على
أنها بنت مهيرة ﴾ أى حرة سميت الحرة بالمهيرة لأنها ذات مهر ﴿ فكانت بنت أمة
كان له الفسخ ﴾ للتدليس سواء كان للاب بنت مهيرة ايضاً أم كانت منحصرة في
بنت أمة والظاهر لا اشكال فيه بل الاشكال في انه كذلك مطلقاً أو في صورة الشرط
في ضمن العقد فظهر خلافه والمسألة وان كانت غير محل الابتلاء في عصرنا الحاضر
لكن نظائرها مما كان محل الابتلاء كثيرة كما اذا شرط كونها كذا .

﴿ والوجه ﴾ حينئذ ﴿ ثبوت الخيار مع الشرط ﴾ في متن العقد تحقيقاً أو
تقديرأ على القول به ﴿ لامع اطلاق العقد ﴾ بل ومع الاطلاق اذا كان العقد منصرفاً
الى بنت مهيرة ولا أقل من كون المتيقن هو ذلك فلا معنى للتمسك باصالة اللزوم
كان ففيهما صح العقد مع الخيار بل لعل صورة الفرق بينهما والقول بالخيار مع
الشرط لعله عجيب بعد كون نظر العاقد في المقام الى ذات مهيرة خصوصاً اذا كان
في عصر ليس ذلك مطابقاً لشؤون الزوج وكان عيباً متنفراً من ذلك طبعاً فكما لايناسب
حاله مع كون زوجته أمة .

فكذلك اذا كانت أمها أمة او كان له موانع من كون زوجته كذلك او كان
ذا نذر كذلك ولو اطلق في العقد نظراً الى انصرافه الى كون المعقودة وكذلك
أمها حرة .

وعلى كل حال ﴿ فان فسخ قبل الدخول فلامهر ﴾ لها على الزوج اجماعاً،
ولاعلى أبيها الذى زوجها على المشهور، للاصل مع انتفاء المقتضى، خلافاً للشيخ
وفي الحدائق قال اختلف الاصحاب فيما لو عقد على بنت رجل على انها
بنت مهيرة فبان بنت أمة فقال الشيخ فى نهايته ان له ردها فان لم يكن دخل بها

لم يكن لها عليه شيء وكان المهر على أبيها وان كان قد دخل بها كان المهر عليه بما استحل من فرجها .

وقال ابن البراج اذا تزوج من رجل ابنته على انها بنت مهيرة فوجدها بنت أمة كان مخيراً بين ردها وبين اقرارها على العقد فان ردها فعلى قسمين اما ان يكون دخل بها فعليه المهر بما استحل من فرجها وان لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيء . وقد ذكر ان المهر يجب لها على أبيها اذا لم يدخل بها والاولى ان ذلك لا يجب وقال الكيدري ان لم يدخل بها فلا شيء عليه والمهر على أبيها على ما روى والاصل انه غير واجب .

وقال ابن ادریس ان لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيء وروى ان المهر على أبيها وليس عليه دليل من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا اجماع والاصل برائة الذمة فمن شغل ذمة الاب بالمهر يحتاج الى دليل وان دخل بها كان المهر عليه لها بما استحل من فرجها ورجع على أبيها به فان رضى بعد ذلك بالعقد لم يكن له بعد رضاه الرجوع بالمهر ولا خيار الرد .

وقال المحقق في الشرايع قبل اذا عقد على بنت مهيرة فبانت بنت أمة كان له الفسخ والوجه ثبوت الخيار مع الشرط لامع اطلاق العقد فان فسخ قبل الدخول فللمهر ولو فسخ بعده كان لها المهر ويرجع به على المدلس أباً كان أو غيره . اقول وقد اتضح بما ذكرناه ان الخلاف هنا في مواضع ثلاثة :

احدها انه مع عدم الدخول بها هل يثبت لها المهر على أبيها أم لا والاول قول الشيخ في النهاية خاصة .

والثاني هو المشهور وثانيها انه هل الحكم في هذه الصورة هو ردها على أبيها كما ذكره الشيخ او انه يتخير بين الرد والقبول كما هو المشهور .

وثالثها انه على تقدير ان الحكم هو الخيار كما هو المشهور هل الخيار مخصوص بما اذا شرط كونها بنت مهيرة في أصل العقد او مطلقاً عبارة المحقق

المذكورة صريحة كما ترى في الاول ومثله العلامة في المختلف حيث قال والوجه عندي انه لا خيار الا مع الشرط واختاره في المسالك فقال بعد ان نقل عن المحقق ذلك وهذا هو الاقوى وظاهر الاكثر الثاني انتهى .

اقول : اما وجوب المهر على الاب فهو كما ترى ونظيره الثالث والتخيير بين الرد والقبول هو الحق ﴿ نعم لو فسخ بعده كان لها المهر ﴾ المسمى الذي استقر بالدخول على الزوج ، كما عرفته فيما تقدم من نظائر المسألة ﴿ و ﴾ لكن ﴿ يرجع به على المدلس أبأ كان أو غيره ﴾ .

وفي الجواهر لقاعدة الغرور وفحاوى النصوص السابقة في أمثال المسألة انتهى .

وقد عرفت من الكلمات ما يدل عليه لكن المسمى مورد اشكال من حيث ان زعم الزوج كونها بنت مهيرة ولو علم بالحال لما مهرها كذلك فالمتيقن هو المثل دون المسمى ولا فرق بينه وبين المسألة الآتية حيث حكموا هنا بالمثل من حيث انه لم يكن زوجته وفي المقام كان لكن جعل المسمى بزعم انها زوجته والا لما أقدم عليه .

المسألة ﴿ الرابعة لو زوجه بنته من مهيرة وأدخل عليه بنته من الامة فعليه ﴾ اجتنابها مع العلم بالحال و ﴿ ردها ، ولها مهر المثل ان دخل بها ﴾ وهى غير عالمة وان كان هو عالماً ﴿ ويرجع به ﴾ مع جهله ﴿ على من ساقها اليه ﴾ لقاعدة الغرور . ﴿ وترد عليه ﴾ زوجته ﴿ التى تزوجها ﴾ لان الفرض كونها امرأته ﴿ وكذا كل من أدخل عليه غير زوجته فظنها زوجته سواء كانت أرفع أو أخفض ﴾ او مساوية فوطأها ، فانه يغرم لها مهر المثل ان لم تكن عالمة ، ويرجع به ان لم يكن عالماً على المدلس ، للقواعد المقررة .

وفي الحدائق ما لفظه ثم ان الاصحاب ذكروا مسألة اخرى على اثر هذه المسئلة فقالوا لو زوجه بنت مهيرة وادخل عليه بنته من أمة فعليها ردها ولها مهر

المثل ان دخل بها ويرجع به على من ساقها اليه ويرد عليه التي زوجها وكذا كل من ادخل عليه غير زوجته فظنها زوجته قالوا والفرق بين المسئلتين ان العقد في السابقة على بنت الامسة مع دخوله على ان يكون بنت الحرة فلذا كان له الخيار لغوات شرطه او ما قدم عليه .

وفي هذه الصورة وقع على بنت الحرة باتفاقهما وانما دخل عليه بنت الامة بغير عقد والحكم بوجود رد التي ادخلت عليه ظاهر لانها ليست هي المعقود عليها ولها مهر المثل اذا دخل بها جاهلا بالحال لانه وطىء شبهة ومهر المثل عوضه ويرجع به على المدلس الذي ساقها اليه لغروره .

وقال الشيخ في النهاية ومتى كان للرجل بنتان احدهما بنت مهيرة والاخرى بنت امة فعقد الرجل على بنته من المهيرة ثم ادخل عليه بنته من ائمه كان له ردها وان كان قد دخل بها وأعطها المهر كان المهر لها بما استحل من فرجها وان لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر وعلى الاب ان يسوق اليه ابنته من المهيرة وكان عليه المهر من ماله اذا كان المهر الاول قد وصل الى ابنته الاولى وان لم يكن قد وصل اليها ولا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمة الزوج .

وقال ابن البراج وان كان الرجل قد دفع الصداق الى الاولى لم يكن لهذه عليه شيء ووجب على ابيها في ماله صداقها دون الزوج .
ثم جعل قده الروايات الواردة في هذا المقام الى المسألة الثانية أى الرابعة في الكتاب فقال :

وبالجملة فانه لم يصل اليها خبر يتضمن تلك المسئلة بالكليسة وانما الذي وصل اليها هذه الاخبار التي ذكرناها وموضعها انما هو المسئلة الثانية وحيث قد فيشكل الكلام فيها وان أمكن بالنظر الى تقريراتهم العقلية في بعض المواضع منها الا انها غير معمول عليها عندنا كما عرفت في غير موضع مما تقدم والعلامة في المختلف بعد ان اختار فيها انه لا خيار الامع الشرط كما قدمنا نقله عنه .

قال والشيخ عوكل على رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ثم ساق الرواية الاولى من روايته ثم قال وان كان ضامناً في هذه الصورة فكذا في المتنازع لعدم التفاوت وفي ايجاب المهر على الاب اشكال انتهى .

وانت خبير بأن ظاهر كلامه ان الشيخ انما قال بوجود المهر على الاب في المسئلة الاولى الحاقاً لها بالمسئلة الثانية حيث أوجب على الاب المهر للزوجة . ولا يخفى انه مع كونها قياساً فهو قياس مع الفارق لان التي حكم بايجاب المهر لها على الاب في المسئلة الاولى ليست زوجة لان الشرط والتراضي انما وقع على بنت المهيرة وهذه انما هي مدلسة ولذا حكم بردها على أبيها ومن أجل ذلك استشكل ايضاً في ايجاب المهر على الاب والتي حكم بايجاب المهر لها في المسئلة الثانية زوجة شرعية مستحقة للمهر لكن لما كان الاب سبباً في فوات مهرها باستحقاق الاخت لها دخلت عليه لدخوله بها غرم المهر عقوبة لابنته التي أخت ادخالها على زوجها .

وبالجمله فالمسئلة حيث كانت عارية عن النص فالكلام فيها مشكل وحبس الفكر عن الجولان في ميدانها أوفق بالامثال لما أمروا به عليه السلام في أمثالها انتهى . اما عبارة المختلف فلم أر بعد واما ورود الروايات في المسئلة الثانية دون الاولى فحق كما ان في الرواية الثانية ايضاً كون المهر على أبيها كما ذكره لكن قوله في المسئلة الاولى ليست زوجة الخ ولعله على خلاف ذكر المسألتين فان الثانية ليست بزوجة دون الاولى لان الفرض انه في الثانية أدخل على الزوج غير زوجته المعقودة له .

واما الاولى فقد وقع العقد على ذات المرأة المعينة غاية الامر دلّس فيها بانها بنت مهيرة مع انه ليست كذلك فالعقد واقع عليها والشرط والتراضي وان كانت واقعة على بنت المهيرة لكن على زعم ان نفسها بنت مهيرة بخلاف الثانية اللهم الا أن يكون مراده ان العقد حينئذ باطل لان تحقق الرضا عليها كان بعنوان

انها بنت مهيبة ولم تكن وحيتنذ يخرج عن محل البحث لعدم زوجة أخرى له كى يكون هي صحيحة العقد فلا يناسب كون المهر حيتنذ على الاب بحال كما لا يناسب مع كونها زوجة لعدم الدخول عليه وحكم ردها على أبيها من حيث كون الزوج حيتنذ مخيراً بين اقامته معها وبين ردها لا لان العقد باطل لعدم كونها زوجة ولم يقل أحد في المسألة الاولى بعدم كون المعقودة زوجة .

ولذا قال المصنف في المتن كان له الفسخ فلولم تكن زوجة فكيف له الفسخ نعم في المسألة الثانية ليست الداخلة عليه زوجة والزوجة هي التي لم تدخل عليه فان زعم ان رد المهر الى الاب في الثانية باعتبار كون غير الداخل هي زوجته فمع انه ايضاً لا يوجب المهر على ابها لا يوجب كون الزوجة في المسألة الاولى لم تكن زوجته .

وبالجمله الظاهر من عبارته ذلك مع انه بعيد عنه مع نقله المسألتين كما عرفت نعم الاشكال بان الرد على الاب في المسألة الثانية والشيخ جعله حكم المسألة الاولى كما مر آنفاً حكايته عنه في محله وكذا اشكال كونه قياساً ولكن حكمه بان في الاولى ليست زوجة كما ترى بل لا يلتزم هذه العبارة منه مع نقله الاقوال الثلاثة في الاولى وقال او انه يتخير بين الرد والقبول الخ .

فان التخيير بينهما فرع كونه زوجته وان كان مقصوده انه في الثانية قد تعلق العقد باتفاقهما على بنت مهيبة وهي زوجته فمع انها لا يوجب المهر مع عدم الدخول ولم يكن زوجته عنده انه لا يدل على عدم كون الاولى في المسألة الاولى ليست بزوجة .

وكيف كان فلم يظهر لى من العبارة شيء محصل مع الاتفاق على ان العقد في الاولى وقع على المرثة المغيبة الا انه بعنوان انه بنت مهيبة والرضا والتراضي وان وقع عليها بهذا الوصف لكن لا يوجب تخلفه الا الخيار لا البطلان وعدم كونها

زوجته والالزم البطلان في كل مورد تخلف الشرط للمشروط له.
وبالجمله الفرق بين المسألتين ان في الاولى وقع العقد على المرءة المرثية
موصوفة بصفات ظاهرة وباطنة وقد تخلفت عن الصفات الباطنة مثل التخلف عن
وصف الكتابة وفي الثانية وقع العقد على المرثة التي رآه متصفة بصفات وكانت
كذلك واقعاً لكن ادخل عليه غيرها .

وكيف كان فلا بد من نقل جميع عبارته قال ما لفظه والذي وقفت عليه من
الاخبار في هذا المقام مارواه في الكافي والتهذيب في الموثق عن محمد بن مسلم
عن ابي جعفر عليه السلام قال سئلته عن رجل خطب الى رجل ابنة له من مهيرة فلما كان
ليلة الدخول على زوجها ادخل عليه ابنة له اخرى من امة قال ترد على ابيها ويرد
اليه امرثته ويكون مهرها على ابيها .

وهذه الرواية ظاهرة في المسئلة الثانية لدالتها على ان التي ادخلت عليه غير
الابنة التي وقع العقد عليها .

وقد حكم عليه السلام بانه ترد الابنة التي ادخلت عليه الى ابيها لانها ليست هي
الزوجة و يرد الى الرجل ابنته التي وقع عليها العقد لانها زوجته و مهرها على
ابيها عوض تدليسه و المهر الذي دفعه اولا للتي ادخلت عليه بناء على انه دخل بها.
والرواية و ان كانت مجملة في ذلك الا ان هذا التفصيل معلوم مما سيأتى
انشاء الله تعالى .

وما رواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح او الحسن قال سألت
ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخطب الى الرجل ابنته من مهيرة فاتاه بغيرها
قال ترد اليه التي سميت له بمهر اخر من عند ابيها والمهر الاول للتي دخل بها.
وهذه الرواية ايضاً ظاهرة بل صريحة في المسئلة الثانية وان التي ادخلت

عليه غير زوجته المعقود بها وقد كنى عن العقد في الخبرين بالخطبة.
وقد حكم عليه السلام بان ما ساقه الزوج من المهر يكون للتي ادخلت عليه لمكان

دخوله بها مع جهله بالحال و ان على الاب ان يدفع لزوجته التي عقد بها عليه المهر من ماله والروايتان المذكورتان كما ترى على خلاف قواعدهم من ايجاب مهر المثل للتي ادخلت عليه لانه نكاح شبهة وهو موضع مهر المثل وانه يرجع به على الاب لتدليسه مع ان الروايتين ظاهرتان في ان لها المهر الذي ساقه الزوج اولا ومقتضى قواعدهم انه يجب الزوجة المهر الذي سمي في العقد و يجب على الزوج دفعه لها مع انه عليه السلام حكم في الخبرين بايجابه على الاب.

و يعضد هذين الخبرين ايضاً ما رواه الثقة الجليل احمد بن محمد بن عيسى في كتاب النوادر عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال ان علياً عليه السلام قضى في رجل له ابنتان احديهما لمهيرة و الاخرى لام ولد فزوج ابنته المهيرة فلما كان ليلة البناء ادخلت عليه ابنته لام الولد فوقع عليها قال تردّ عليه امرئته التي كانت تزوجها وتردّ هذه على ابيها ويكون مهرها على ابيها ورواه الصدوق في المقنع مرسلًا قال قضى على عليه السلام الحديث.

اقول قوله ويكون مهرها على ابيها راجع الى التي كانت قد تزوجها كما صرح به الخبر المتقدم .

ويؤكده ايضاً ما رواه ابن شهر آشوب في كتاب المناقب عن اسماعيل بن موسى باسناده ان رجلاً خطب الى رجل ابنة له عربية فانكحها اياه ثم بعث اليه بابنة له امها اعجمية فعلم بذلك بعد ان دخل بها فاتي معاوية وقص عليه القصة فقال معضلة لها ابو الحسن فاستأذنه واتي الكوفة وقص على امير المؤمنين عليه السلام فقال على ابي الجارية ان يجهز ابنته التي انكحها اياه بمثل صداق التي ساق اليه فيها و يكون صداق التي ساق منها لاختها بما اصاب من فرجها وامره الا يمس التي تزف اليه حتى تنقضي عدتها ويجلد ابوها نكالا لما فعل .

وانت خبير بان هذه الاخبار بعد حمل مجملها على مفصلها قد اتفقت على ان الحكم في المسألة الثانية هو وجوب مهر الزوجة التي اخر دخولها على ابيها

والمهر الذي ساق الزوج اولايكون للتي ادخلت عليه لمكان الدخول بها و ان كان ذلك على خلاف قواعدهم المشهورة، الا انه صريح كلام الشيخ في النهاية كما قدمناه .

و كذا كلام ابن البراج والمشهورين المتأخرين خلافه كما عرفت مما قدمنا نقله عنهم .

قال العلامة في المختلف بعد ذكر المسئلة الثانية ونقل قول الشيخ في النهاية بنحو ما نقلناه آنفاً وذكر رواية محمد بن مسلم الاولى .

والحق ان نقول ان كانت الاولى عالمة بانها ليست الزوجة ودخل بها على علمها بالتحريم لم يكن لها مهر لانها زانية وان لم تكن عالمة او جهلت التحريم كان لها مهر مثلها الى ان قال :

و اما الاولى فلها مهرها على الزوج لانه لايسقط بدفع الزوج السى الثانية ثم الزوج يطالب الاب الرافع بما دفعه الزوج الى الثانية لانه غره انتهى .

وفيه انه وان كان ذلك مقتضى قواعدهم المقررة لكن اتفاق هذه الروايات ودلالاتها صريحاً على ما ذكرناه يمنع من ردّها وطرحها في مقابلة ما ذكره سيما مع ما عرفت في غير موضع مما تقدم من وقوع نحو ذلك ، في مواضع لا تحصى كثرة .

و كيف كان فجملة هذه الاخبار انما تضمنت حكم المسئلة الثانية و ليس غيرها في الباب و على هذا فالمسئلة الاولى خالية من الدليل وان كثر فيها القول والقبيل انتهى .

وكيف كان والرواية الاولى صريحة في وقوع العقد على بنت مهيرة وليلة الزفاف ادخل عليه غير المعقودة عليها والثانية وان كانت ليست بمثل هذا الظهور لامكان ارائته بنت المهيرة ثم عقده بنت الامة كما في الجواهر كي يكون الروايتان دليلين على المسألتين فقال بعد الرواية الثانية مالفظه .

بناء على كون المراد منهما ادخال الاخرى بعد العقد على الاولى، مع احتمال ارادة الخطبة بنت المهيرة و لكن العقد وقع على بنت الامة بعنوان أنها بنت المهيرة تدليسا من الاب فيكون الخبر ان حينئذ دليلي المسألة السابقة، بل لعل الثاني منهما ظاهر في ذلك، بل و الاول بناء على ان المراد من « امرأته » فيها المسماة له بالخطبة ونحوها انتهى لكنه غير تام جداً .

مضافا الى انه حينئذ كان العقد على بنت امة فضوليا اذا لفرض ان الزوج رأى ما هي بنت المهيرة .

وقد عقد له بنته من الامة ولم يرها ولم يقدم عليه فالعقد على هذا الفرض فضولى يبطل بمجرد فيكون بمنزلة عدم العقد عليها فالظاهر ان الروايتين ناظرتان الى المسألة الثانية والمسألة الاولى وهى العقد عليها بعنوان انها بنت المهيرة لادليل عليها فهى على قاعدة التدليس .

و خبر اسماعيل بن جابر كسان للزوج الخيار فى الفسخ ولا مهر عليه قبل الدخول وبعده المسمى على المشهور والمثل على المختار شرط فى العقد ام لا و يرجع الزوج حينئذ على المدلس مطلقا فما افاد فى الحدائق من ان الروايات ناظرة الى المسألة الثانية مستقيم .

وحاصله ان من عقد على امرأة معينة وادخل عليه ليلة الزفاف غيرها فان علم الزوج والزوجة بذلك لايجوز للزوج التمتع منها بوجه كما لايجوز للزوجة التمكين له كذلك وان دخل عليها والحال هذه كان زنا ولايوجب المهر ولاالعدة وكون الولد للزنا ويجب ردها الى اهلها وارجاع زوجته اليه .

ثم اعلم ان ما ذكر فى هذه المسألة كلها جار فى كل من ادخلت عليه غير زوجته عمدا اوسهوا دخولا بها وعدمه فيجرى فيها جميع ما ذكر .

المسألة ❊ الخامسة اذا تزوج امرأة وشرط كونها بكرأ فوجدها ثيباً لم يكن له الفسخ لامكان تجرده بسبب خفى ❊ ولا يخفى مافيه من الاشكال فانه وان امكن

ذلك لكن الفسخ مقتضى الشرط فانه ربما كان نظر الشارط الى البكرية لامجرد عدم مسها البشر بحيث لو علم عدم البكرية ولو بالعوارض لما خبطها .
ومنه ظهر ما عن كشف اللثام من عدم الخيار وان الثيبوبة ليست من العيوب وذلك لانا سلمنا لم يكن من العيوب لكنه اذا شرطها كان اللازم من عدمها هو الفسخ فضلا عما اذا عد من العيوب ايضا كما هو الظاهر في الاحرار لعدم الكثرة فيها بل ازالة البكارة فيهن قليل في الغاية في بلاد المسلمين سيما اذا كان سببها غير الرجال فانه في غاية القلة .

وخصوصا في عصرنا حيث يعملن اعمالا يمكن ازالتهما بذلك وهو اعمال البسيج المتعارف لهن في عصرنا وكيف كان فالخيار ثابت للزوج .

ولذا في الجواهر بعد نقل عبارة الكشف قال وفيه أنالم تتحقق ماحكاه ، بل لاوجه له مع الفتوى من غير خلاف منهم في تحقق الخيار مع شرط الصفات ، ككونها بنت مهيبة ونحوها ، لدليل الشرطية القاطع للاصل ، وغير متوقف على العيب حينئذ ، نعم أطلق كثير من الاصحاب فيمن تزوج جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً لم يكن له الفسخ انتهى .

وقد عرفت ان امكان تجرده من غير جهة الرجال غير كاف وغير رافع لغرض الشارط بل لاينافي ذلك [خبر القاسم بن الفضيل] عن أبي الحسن عليه السلام : في الرجل يتزوج المرأة على أنها بكر فيجدها ثيباً أيجوز أن يقيم عليها ؟ قال : قد تفتق البكر من المركب ومن النزوة « فانه عليه السلام لم يصرح فيه بعدم جواز الفسخ وانما أبدء احتمال تحققه من غير جهة الفجور فكان المورد مورد لم يتمكن بالتصريح بالفسخ لاحتمال خطر قتل النفس او ذهاب عزة الابوين وحصول الخجلة لهم بداهة ان كل شيء له مناسبات لا بد من المتكلم ان يلاحظها في مقام الجواب .

فانت تزعم ان يقول عليه السلام في مثل هذا السؤال نعم له الفسخ فانه تزوج بزعم البكرية التي ازالتهما بالفجور ولا تفهم مضرات هذا الجواب حينئذ فيما قلت المرءة

نفسها او قتلها ابوها او اخوها ونحو ذلك فلا بد للحكيم ان يجاب بنحو لا يترتب عليه شىء من هذه المفاسد .

[فان قلت] هذا المحذور جارفى جميع موارد هذا السؤال فاين صحة الفسخ بدون المحذور .

[قلت] ليس الامر كذلك فاكثر الاوقات ليس للمرأة اهل ولا يترتب على الجواب محذور فيمكن الجواب بالفسخ .

وبالجملة فى صورة الشرط لاشكال فى جواز الفسخ واما بدونه مع كون زوال البكارة لا يكون عيبا فالظاهر عدم الثبوت الا اذا عد ذلك عيبا كما لا يبعد فى الاحرار فلا يبعد جواز الفسخ وان كان الاحوط انه لو لم يشأ فرق بينه وبينها بالطلاق .
وكيف كان فهذا اذا كان قد ثبت الثبوت قبل العقد بالقرائن او الاقرار او البينة دون ما اذا حدث بعد العقد لان العقد حينئذ قد تحقق لزوما فلامعنى لزواله بها وكذلك اذا شك فى تاريخ حدوثه وانه قبل العقد وبعده لاصالة تأخر الحادث فلا يثبت به الفسخ .

وفى الحدائق ما لفظه اذا تزوج الرجل امرئة على انها بكر فظهرت ثيبا فظاهرة كلام جملة من الاصحاب التفصيل فى ذلك بانه ان كان شرط كونها بكرأ وثبت سبق الثيبوبة على العقد فانه يجوز له الفسخ لفوات الشرط المقتضى للتخيير كمنظائره والا فلان الثيبوبة فى نفسها ليست عيباً بحيث ترد به المرثة ولذلك لم يذكر فى العيوب المتقدمة وانما جاز الفسخ من حيث الشرط ويثبت سبق الثيبوبة باقرارها وبالبيينة او بقرائن الاحوال المفيدة للعلم ولو تجددت الثيبوبة بعد العقد فلا خيار ايضاً ولا رجوع لعدم المقتضى وما تجدد بعد العتق من جملة العوارض اللاحقة لها لا توجب شيئا ولا يترتب عليها اثر ولو اشتبه الحال بان لم يعلم تقدم ذلك على العقد او تاخره عنه فلا خيار ايضاً لاصالة عدم التقدم .

ثم انه متى فسخ فان كان قبل الدخول فلا شىء لها وان كان بعده فقد استقر المهر ويرجع به على المدلس وان كانت هى المدلسة فلا شىء لها الا انهم قالوا هنا

جريا على ما تقدم من نظائر هذا الموضوع انه يستثنى لها اقل ما يصلح لان يكون مهراً كما هو احد القولين انتهى .

والانصاف ان الثيبوبة في البنات الاحرار عيب موجب للفسخ مطلقا هذا كله فيما لو اراد الزوج الفسخ ﴿و﴾ اما لو اختار البقاء ﴿﴾ كان له أن ينقص من مهرها ﴿﴾ على المشهور بين الاصحاب، لصحيح محمد بن جزك « كتبت الى أبي الحسن عليه السلام سألته عن رجل تزوج جارية بكرأ فوجدها ثيبأ هل يجب لها الصداق وافيأ أو ينتقص؟ قال : ينتقص » خلافاً للحلبى وابن البراج فلم ينقصا منه شيئاً ، للاصل .

وهو عجيب فانه مضافا الى ان هذا الفتوى اجتهاد في مقابل النص انه قد يؤيد النقص بالعقل بداهة انه لم يصل اليه ما صرف لها المال .

قال في الجواهر انما الكلام في مقدار النقصان ، ففي ، محكى النهاية شيء لاطلاق لفظ النقصان في الصحيح المزبور وهو كما ترى .

وعن القواعد ومحكى السرائر والتحريير والارشاد والتلخيص هو ما في المتن وهو ﴿ ما بين مهر البكر والثيب ، ويرجع فيه الى العادة ﴾ وشرحه في الجواهر فقال فينقص من المسمى مقدار التفاوت بينهما نصف أو ثلث أو غيرهما ، لانه الذي فوته المدلس باعتبار أنه بذل المسمى في مقابلة الوصف بالبكارة ولم تكن كذلك فيلزم التفاوت كأرش ما بين كون المبيع صحيحاً ومعيباً .

﴿وقيل﴾ و القائل قطب الدين الراوندى : ﴿ينقص السدس﴾ لانه المراد من الشيء في الوصايا ﴿وهو غلط﴾ لخلو الخبر عن لفظ «الشيء» ولو سلم فالحمل على الوصية ممنوع ، وعن المصنف في النكت احواله على رأى الحاكم كما هو الشأن في كل ما لا تقدير له شرعاً .

وفي الجواهر قلت : وقد يقال : ان الاولى تقديره بالنصف عملاً بالنصوص المعتمدة المستفيضة الواردة في تقديره بالامة بعشر قيمتها ونصف عشر قيمتها الظاهرة في كون التفاوت بين البكارة والثيبوبة التي لا فرق فيهما بين الامة وغيرها بالنصف

و ان اختلفا في كون ذلك نصف عشر القيمة و نصف المسمى الذي قد وقع العقد والتراضى عليه ، بل هو الاقوى في النظر ان لم يكن اجماع على خلافه انتهى . ولا يخفى فرق كثير بين نصف عشر القيمة وبين نصف القيمة ولادليل على ان منهما مع كون قياس المقام بالامة قياس مع الفارق فالاولى هو المو كول الى العرف بالنسبة الى الزمان والشخص وهو قد يتفق مع الاول وقد يتفق مع الاخر وقد يخالف كل منهما . ثم انه اذا اراد الزوج الاقامة عندها امالعدم موجب الفسخ او كان ولم يرد لكن اراد نقص المهر بمقدار هذا العيب فهل له ذلك اولاً والظاهر ان نقص المهر وعدمه ليس دائراً مدار الفسخ وعدمه بل هو دائر مدار النقص وعدمه ومن المعلوم الان في صورة ازالة البكارة فات منه شيئاً يعتنى به عند العقلاء فينقص منه لذة ازالة البكارة خصوصاً لمن لا يمكن له تداركها بعد ذلك فله نقص المهر جدالكن المحكى عن ابي الصلاح عدمه وانه اذا اراد البقاء لا ينقص من المهر شيئاً .

قال في الحدائق مانصه بقى هنا شيء وهو انه حيث لا يفسخ اما لعدم وجود موجهه او لاختياره المقام معها وان جازله الفسخ فهل للزوج ان ينقص شيئاً من المهر لظهور الثبوتية التي هي على خلاف ما وقع عليه الاتفاق من البكارة ام لا قولان والثاني منقول عن ابي الصلاح وابن البراج والاول هو المشهور قال ابو الصلاح على ما نقل عنه في المختلف في بحث المهور اذا تزوج بكراً فوجدتها ثيباً واقرت للزوج بذلك حسب واقامت به البينة فليس يوجب الرد ولا نقصاناً في المهر .

وظاهر هذا الكلام عدم ثبوت الخيار وان تقدم حصول الثبوتية على العقد وشرط البكارة وهو خلاف ما يفهم من كلام الاصحاب كما عرفت ولهذا ان العلامة في المختلف قال و ابو الصلاح ان قصد التزويج بالبكر مع عدم شرط البكارة فهو مسلم وان قصد ذلك مع اشتراط البكارة فهو ممنوع ثم انه على تقدير القول المشهور من جواز ان ينقص من المهر شيئاً فانهم قد اختلفوا في قدر ذلك على اقوال .

احدها ان ينقص شيء في الجملة حيث قد ورد عن الشارع نقص شيء ولم يقدره كما تشعر به صحيحة محمد بن جزيك المتقدمة والتقريب فيها استلزام النقص

تقدير منقوص والمناسب تقدير لفظ شىء مبهم لاقتضاء المقام اياه وهذا القول للشيخ فى النهاية .

وثانيها الى ان قال اذا عرفت ذلك فاعلم ان المسئلة غير خالية من الاشكال والظاهر عندى ضعف القول الرابع بعد الثانى فانه اضعف الاقوال وما احتج به فى المسالك لهذا القول من ثبوت النقص بالرواية وعدم تقدير دلغة وشرعا يعنى عدم تقدير الشىء فانه لا يستلزم الرجوع الى الحاكم بوجه من الوجوه وكيف والحاكم انما يجوز له الحكم بشىء بعد قيام دليل عليه عنده ولم يرد من الشرع تفويض الاحكام الشرعية او تقدير المجهولات اليه يحكم فيها برأيه كما ادعاه من قوله وينظر فى اصل المسئلة برأيه واى دليل دل على تفويض ذلك اليه يحكم فيه برأيه مع انه مأخوذ عليه آية ورواية ان لا يحكم الا بما انزل الله واقرب هذه الاقوال القول الاول والثالث بل يمكن ارجاعهما الى قول واحد كما هو ظاهر العلامة فى المختلف حيث قال بعد اختيار مذهب ابن ادريس وهو غير مناف لما قاله الشيخ والله العالم انتهى .

ولقد اجاد فى بطلان الرجوع الى الحاكم فان وظيفته بيان الاحكام الواردة من جانب الشرع لا تفويض الاحكام اليه بحيث يحكم بميله ورأيه

المسئلة السادسة اذا استمتع امرأة فبان ان كتابية

وفى المسالك بعد المتن قال متى جورنا نكاح الكتابية امامتة على رأى المصنف او مطلقا على القول الاخر به فتزوج امرأة فظهرت كتابية فان كان قد شرط فى العقد كونها مسلمة فلا شبهة فى جواز فسخه عملا بمقتضى الشرط وان لم يشترط ذلك فلا خيار له لان الكفر فى الزوجة على هذا الوجه ليس عيبا فى النكاح ولا ينقص بسببه الاستمتاع فلا ينقص من المهر بسببه شىء بخلاف ما لو ظهرت ثيبا وقوله فليس له الفسخ من دون هبة المدة يدل بمفهومه على انه لو وهبها المدة جاز له الفسخ وليس كذلك بل المراد انه ان اراد مفارقتها وهبها المدة وكان ذلك بمنزلة الفسخ

وحيث يثبت له الفسخ لكونه شرطه في العقد فلامهر لها قبل الدخول وتستقر بعده كظاهرة انتهى .

اقول لاشكال على الظاهر في متعة الكتابية وانما الكلام في دوامها وكيف كان فلاشكال في جواز الفسخ لو شرط الاسلام بخلاف العكس

وانما الكلام في قول المصنف ﴿ لم يكن له الفسخ من دون هبة المدة ﴾ اما اولاً فان الفسخ عبارة اخرى عن هبة المدة الباقية سواء قال فسخت او قال وهبتك بقية المدة فان معنى الفسخ ازالة العقد وبعده لامدة اصلا وبالعكس فلامعنى للعبارة الابنحو من التوجيه كما عرفت من المسالك فكونها كتابية لا يوجب الفسخ ولكن لو اراد ذلك قد حصل بهبة المدة التي عبارة عن الفسخ كما يحصل بنفس الفسخ

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لا ﴾ يكون ﴿ له اسقاط شيء من المهر ﴾ لعدم نقص الاستمتاع عليه بشيء نعم له فسخ عقدها بهبة العدة كغيرها من النساء التي استمتع بها ﴿ وكذا لو تزوجها دائماً ﴾ بناء ﴿ على أحد القولين ﴾ ولكن له أن يطلقها كغيرها من النساء ﴿ نعم لو شرط اسلامها ﴾ مثلاً ﴿ كسان له الفسخ اذا وجدها على خلافه ﴾ لما عرفت من اقتضاء الشرط ذلك

وفي الجواهر بل قد عرفت قوة ثبوت الخيار بالتدليس بنحو ذلك على وجه تزوجها على أنها مسلمة مثلاً فبان الخلاف ، وعلى كل حال فحكمها في الفسخ قبل الدخول وبعده وفي الرجوع بالمهر على المدلس وغير ذلك حكم نظائرها السابقة انتهى .

ولو شرط عليها الكتابية فبان مسلمة هل له خيار الفسخ لعموم ادلة الشروط اولاً لان الكتابية امر منفور عند الشرع وادلة الشروط انما يتبع فيما كان موافقاً للشرع ولذا لا يصح الشروط المخالفة للكتاب لكن الاول اقوى كما في الجواهر فان الغرض العقلاني قديكون بالكتابية بحيث لو كانت مسلمة فات الغرض كما يكون مقصوده دخول بلدها و كان اهلها كتابية وغرضه من ذلك هو ان يعرف لسان

اهل البلدة ولا يقدر عليه الابمصاحبة الكتابية من هذه البلدة وهذا الغرض لا يحصل في المسلمة قطعاً فيجوز له الفسخ جداً لو كان على خلاف شرطه .

المسألة ﴿ السابعة إذا تزوج رجلان ﴾ مثلاً ﴿ بامرأتين فأدخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطأها فلكل واحدة منهما على واطئها ﴾ مع جهلها ﴿ مهر المثل ﴾ ومع علمها كانت بغياً ولا مهر لبغى ويرجع به على الغار ان كان ﴿ وترد ﴾ كل واحدة على زوجها ، وعليه مهرها المسمى ﴿ بالعقد عليها ﴾ وليس له وطؤها حتى تنقضى عدتها من وطء الاول ﴿ الا اذا كان الوطء زنا منهما ، فانه لا عدة حينئذ ﴾ ولوماتنا في العدة أومات الزوجان ورث كل واحد منهما زوجة نفسه وورثته .

وفي المسالك ما ذكره من حكم المسئلة هو الموافق للقواعد الشرعية فان وطء الانسان زوجة الآخر بشبهة منهما يوجب لها مهر المثل والانزول الزوجية بذلك والاعتداد من وطى الشبهة لا ينافى الزوجية ايضاً بل تحريمها حينئذ على الزوج بسبب عارض للفرق بين المائتين كتحريمها عليه في زمان الحيض فلا يؤثر في الارث لومات احدهما ولا يوجب نقص المهر سواء كان قد دخل بزوجه ام لائم ان كان هناك غار رجوع الغارم عليه بما اغترمه من مهر سواء كان هو الاب ام غيره ولو كان الغرور منها فلا شيء لها انتهى .

قال في الحدائق قد صرح جملة من الاصحاب بانه اذا تزوج رجلان بامرأتين فأدخلت امرئة كل واحد منهما على الآخر فوطئها فلكل واحدة منهما على واطئها مهر المثل وترد كل واحدة على زوجها وعليه مهرها المسمى وليس له وطؤها حتى تنقضى عدتها من وطى الاول ولوماتنا في العدة اومات الزوجان ورث كل منهما زوجة نفسه وورثته .

وقال الشيخ في النهاية اذا عقد الرجلان على امرأتين فأدخلت امرئة هذا على هذا والاخرى على الاخر ثم علم بعد ذلك فان كانا قد دخلا بهما فان لكل واحدة منهما الصداق فان كان الولي تعمد ذلك اغرم الصداق ولا يقرب كل واحد منهما امرئته

حتى تنقضى عدتها فان ماتا قبل انقضاء العدة فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتها ويرثانها الزوجان وان مات الرجلان وهما في العدة فانهما يرثانها ولهما المسمى .

وقال ابن ادريس والصحيح من الاقوال ان يموت احد الزوجين يستقر جميع المهر كملا سواء دخل بها الرجل اولاً انتهى .
ويدل عليه [الصحيح] « في رجلين نكحا امرأتين ، فأتى هذا بامرأة هذا ، وهذا بامرأة هذا ، تعتد هذه من هذا وهذه من هذا ، ثم ترجع كل واحدة الى زوجها »
وفى [مرسله جميل] بن صالح عن الصادق عليه السلام « في اختين اهديتا الى أخوين فى ليلة ، فأدخلت امرأة هذا على هذا وأدخلت امرأة هذا على هذا ، قال : لكل واحدة منهما الصداق بالغشيان ، وان كان وليهما تعمد ذلك أغرم الصداق ، ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضى العدة ، فان انقضت العدة صارت كل واحدة منهما الى زوجها بالنكاح الاول .

قيل له : فان ماتا قبل انقضاء العدة ، فقال : يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ، ويرثهما الرجلان ، قيل : فان مات الرجلان وهما في العدة ، قال ترثانها ، ولهما نصف المهر المسمى لهما ، وعليهما العدة بعد ما تفرغان من العدة الاولى ، تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها » .

وفى الجواهر نعم هى تتضمن تنصيف المهر بالموت قبل الدخول من أيهما كان ولم يقل به أحد كما فى كشف اللثام ، قال : « ولذا عمل بها الشيخ فى محكى النهاية الا فى تنصيف المهر لهما اذا مات الزوجان فأثبت لهما تمام المسمى » وستسمع انشاء الله تحقيق الحال فى ذلك انتهى .

وفى الحدائق مانصه واما ما ذكره من السؤال فى الرواية بقوله فان ماتا قبل انقضاء العدة قال يرجع بنصف الصداق فالمراد بالصداق هنا انما هو المسمى فى العقد بين تلك المرثة وزوجها لامهر المثل الذى تقدم فى صدر الرواية .

وبذلك على ذلك ان هذا السؤال انما وقع على اثر قوله ولا يقرب واحد منهما امرئته حتى تنقضى العدة فاذا انقضت العدة صارت كل امرئة منهما الى زوجها فانه لما تضمن وجوب ارجاع كل واحدة منهما الى زوجها الذى عقد عليها بعد ان تنقضى عدة نكاح الشبهة رجوع السائل وسئل عن موت احد الزوجين من المرئة او الرجل فى تلك العدة وحاصله يرجع الى موت احد الزوجين قبل الدخول وهى مسألة مشهورة سيأتى تحقيق الكلام فيها .

وقد قيل بتنصيف المهر فى الموضعين ودلت عليه جملة من الاخبار ايضا وهذا الخبر من جملتها وان عارضها غيرها من الاخبار .
وبالجملة فان كلام المرأتين المذكورتين لها صداقان .

احد هما وهو مهر المثل على الواطى لها وهو المذكور فى صدر الرواية والمهر الاخر المسمى فى العقد على الزوج وهذا هو الذى وقع السؤال عن وجوبه كاملا او تنصيفه بالموت وهى مسألة مشهورة و اخبارها من الطرفين ماثورة وهذا الخبر من جملتها وبذلك يظهر انه لاطعن من هذه الجهة لوجود القائل ودلالة الاخبار على تنصيف المهر فى الموضعين ولا ضرورة الى ما تكلفه فى المختلف ولا غيره ولا اشكال بحمد الملك المتعال فى هذا المجال كما لا يخفى على من عرف الرجال بالحق لا الحق بالرجال .

ومن روايات المسئلة ايضا وان لم تشتمل على هذه الاحكام مارواه فى النهاية عن محمد بن مسلم فى الصحيح عن ابي جعفر قال سئلته عن رجلين نكحا امرأتين فاتى هذا بامرأة هذا وهذا بامرئة هذا قال تعتد هذه من هذا وهذه من هذا ثم ترجع كل واحدة الى زوجها .

اقول حكمه عَلَيْهَا بالعدة هنا محمول على وقوع الدخول والافع عدمه فانه ترجع كل واحدة الى زوجها من حين العلم بالحال وبه صرح الاصحاب ايضا وقد صرحوا ايضا بانه متى كان الرجل عالماً بالحال وهى جاهلة فانه يكون زانياً

فيحد لذلك ولها المهر وعليها العدة ولو علمت هي وجعل هو كانت زانية لامهر لها ويجب عليها الحد وعليها العدة لو طئه للحرم والعدة تثبت مع احترام الوطى من جهتها او من جهةه كما عرفت ولو علمنا معاً كانا زانيين فلامهر ولا عدة ولو فرض دخول احد همدون الاخر او العلم من احد همدون الاخر اختص كل بما يلزمه من الاحكام المذكورة والله العالم .

ثم ان هذه مع العمد واما اذا اشبه زوجة كل منهما على الاخر كما اذا كانتا اختين شبيهتين فالواجب على منهما هو الطلاق ثم بعده العقد ايهما شاء

المسألة ﴿ الثامنة ﴾ كل موضع حكمنا فيه ببطان العقد فللزوجة ﴿ الحرة ﴾ مع الوطء ﴿ والجهل ﴾ ﴿ مهر المثل ﴾ كوطء الشبهة بلا عقد ﴿ لا المسمى ﴾ الذى قد وقع فى العقد الفاسد، خلافاً لبعضهم كما عرفت الكلام فيه وفى غيره سابقاً ﴿ وكل موضع حكمنا فيه بصحة العقد فلها مع الوطء ﴾ .

وفى الجواهر قال بعده وعدم التدليس وظاهره انه مع التدليس ليس المسمى وهو خلاف ما صر به من المسمى فى التدليس .

وقد عرفت ان الحق هو المثل مع التدليس لا ﴿ المسمى ﴾ الذى تستقر بالدخول ﴿ وان لحقه الفسخ ﴾ ولذا ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ: ﴿ ان كان الفسخ بعيب سابق على الوطء لزمه مهر المثل سواء كان حدوثه قبل العقد او بعده ﴾ ولارب ان الثانى لا ﴿ الاول ﴾ اشبهه ﴿ باصول المذهب وأخباره وعرفت ان العيب السابق على العقد ان كان فى المرأة فكانت مدلسة فبعد فسخ الزوج لادليل على المسمى

نعم صح ذلك فى الرجل كما مر انه حكى عن القواعد : « لو انتسب الى قبيلة فبان من غيرها أعلى أو أدون من غير شرط فالاقرب أنه لافسخ ، وكذا المرأة نعم لو شرط أحدهما على الاخر نسباً فظهر من غيره كان له الفسخ ، لمخالفة الشرط وكذا لو شرط بياضاً أو سواداً أو جمالاً » .

قال فى الجواهر قلت : قد تكرر منا غير مرة قوة ثبوت الخيار با لتدليس

بصفة من صفات الكمال على وجه يتزوجها على أنها كذلك فبان الخلاف ، أى صفة كانت ، لظهور نصوص التدليس فيه ، خصوصاً المشتمل منها على التعليل الذى يكشف عن الوجه فيما ورد الخيار به من التدليس بالحرية ونحوها انتهى وليكن اولافى ذكر منك مسألة الخلاف بل الاجماع على عدم صحة الشرط فى النكاح مع هذه الموارد الكثيرة وانما اكرره لما اشتهر من عدم صحة الشرط فى النكاح وهو خلاف وليس ذلك الا لسهولة الشريعة وعدم وقوع الناس فى مضيقه خصوص النساء التى لامناص لهن بعد التزويج اذا ابتلت بالزوج التى لا يناسبها من حيث الاعتياد بعض الاشياء المضره التى يخرج الانسان عن الانسانية كما عرفت آنفا فيما يسمى (به هروئين) فلا يقدر معه على شغل وكسب ونفقة وعبادة .

وعليه يظهر صحة شروط امثال ذلك كعدم الاعتياد بشرب الخمر والقمارفانه بمجرد الاعتياد بذلك لافعله اتفاقا واحيانا كان للزوجة فسخ النكاح بدون الطلاق ولولا ذلك لكانت مبتلية بذلك مادام العمر حيث ان الطلاق بيد الزوج ولا يطلقها وكيف كان فيدل عليه فحوى خبر حماد بن عيسى عن جعفر عن أبيه عليه السلام انه خطب رجل الى قوم ، فقالوا : ماتجارتك ؟ فقال : أبيع الدواب ، فزوجوه فاذا هو يبيع السنانير فمضوا الى على عليه السلام فأجاز نكاحه ، وقال : ان السنانير دواب « السنانير جمع السنور ويقال له الهرة حيوان معروف وانما اجاز النكاح من حيث انه لم يخالف الشرط لان الشرط كون الزوج يباع الدواب والهرة ايضا دواب فلم يكذب الزوج ولم يخالف الشرط فيفهم منه انه لو لم يكن يبيع الدواب كانت له الفسخ فلوقيل بعدم جواز بيع الهرة وسلم ذلك لما يضر بالشرط بصدقه فى كسبه وتجارته ولو بنحو عدم الجواز فعدم الجواز لا ينافى بقاءه على شرطه .

وقد عرفت ان الزوجة لو لم يشترط ذلك ايضا فى متن العقد ولكن اتصف الزوج بصفات منغورة عند الشرع مثل الاعتياد بالمذكورات يكون لها الفسخ اذا اعتاد الزوج بذلك للزوم العسر والحرج لو كان الامر بيد الزوج بل استلزامه

للضرر العظيم على الزوجة لولم يكن لها مناص .

ويدل عليه ايضا خصوص نص الحلبي «في رجل تزوج امرأة فيقول : انامن بنى فلان ، فلا يكون كذلك ، قال: يفسخ النكاح أو قال : يرد» ولا يخفى انه اذا كان لها الخيار في مثل ذلك ففي اتصافه بالصفات الخبيثة الخسيصة اولى بذلك مؤيدا بعدم العسر والحرج والضرر في الشريعة بل بدون الشرط في متن العقد كما عرفت . قال في الجواهر بعد نقله ولعله لذا كان المحكى عن ظاهر ابي على والنهاية والخلاف والوسيلة الخيار وان لم يشترط ذلك في العقد .

ومنه يعلم الحكم في صورة الشرط المعلوم أو لويتها من ذلك، ولذا اقتصر عليها ابن ادريس فيما حكى عنه نحو الذي سمعته من الفاضل، بل يمكن دعوى تحصيل الاجماع منهم هنا ، على أن شرطية الصفات توجب الخيار اذا بان الخلاف ، بل قد عرفت فيما تقدم قوة ذلك حتى مع اشتراط الناقص من الصفات فبان الكامل لاختلاف الاغراض ولانحصار فائدة الشرط بذلك هنا .

نعم لو كان الشرط من الافعال أمكن القول بعدم الخيار بتعذره أو امتناعه ، للفرق بين النكاح والبيع بذلك، بل يلزم المشتراط عليه بأدائه ، كما أنه تقدم لك منا أنه وان قلنا بالحقاق صورة التندليس بصورة الشرط في اثبات الخيار، لكن ذلك انما هو فيما اذا دلّس صفة كمال فبان صفة نقص لا العكس وان قلنا بالخيار في صورة شرطه .

ومن ذلك كله يظهر لك ما في كلام المصنف ره في مسألة الانتساب في بحث الكفاءة ، وقد أوكلنا الامر هناك الى هذا المقام، فلا حظ وتأمل، والله العالم انتهى . ولا يخفى في متانة ما ذكره هؤلاء وفي سهولة امر الشرع وان قوله الطلاق بيد من اخذ الساق ليس باطلاقه ولو تم ذلك لكان مساوقا مع خروج الزوجة عن الاعتبار والحيثية لوقوعها في ضرر الصبر عليه مادام العمر .

وفي الجواهر ايضا ما لفظه لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيماً ففي القواعد

لافسخ، لامكان تجدد شرطه ولو فى الشيخوخة وعدم العلم بالعمم من دونه، وجواز استناده اليه .

وفيه (أولا) أن فرض خروجها عقيما ينافى هذه الاحتمالات التى منها جواز ولادتها فى الشيخوخة التى لوقع ذلك فيها عد من المعجزات ، والمراد من العمم العمم المشترط عدم حملها ، فجواز كونه لمانع للعمم غير مجد، وجواز استناده اليه ينفيه ولادتها من غيرها .

وأن المراد من اشتراط الاستيلاد ما يرجع الى صفاتها لا الى ما يرجع الى فعل الله الذى لا اختيار لاحدهما فيه ، فان ذلك لايجوز اشتراطه ودعوى أنه وان أريد بالشرط ما يرجع الى صفاتها الى أنه لايعلم بوجه فلا يفيد اشتراطه انتفائه ، فان انتفاء الولادة لايدل على العمم يدفعها امكان معرفة ذلك بالقرائن العادية التى تفيد الطمأنينة بذلك ، وكذا حكم اشتراطها عليه الاستيلاد انتهى . ولا يخفى ان العمم عبارة عن لايتولد منه كما ان الظاهر من هذا الشرط هو حملها بعد الزفاف لاعند الشيخوخة والحق ايضا ثبوت الخيار بمثل هذا الشرط فانه شرط عقلاىي بخلاف كون احدهما من طائفة كذا فاذا كان هو مقتضى للخيار ففيه اولى والحمد لله رب العالمين .

﴿النظر الثانى فى المهور﴾ قال فى الجواهر جمع مهر ، ويسمى الصداق بفتح الصاد وكسرهما ، والنحلة والاجر والفريضة والعقر والصدقة بفتح الصاد مع ضم الدال واسكانها وفتحها وبضمها .

﴿و﴾ على كل حال ﴿فى﴾ البحث عن ﴿ه﴾ اطراف الاول فى الصحيح وهو كلما يصح أن يملك ﴿ه﴾ المسلم ﴿عينا﴾ كان أو منفعة ﴿ه﴾ .

وفى الجواهر لعقار أو حيوان أو انسان عبد أو حر انتهى اما كونه من الاموال فلاشكال فى وقوعه مهرا قليلا او كثيرا ﴿و﴾ اما المنافع ففيها تفصيل وكلام فعند المصنف ﴿يصح العقد على منفعة الحر كتعليم الصنعة والسورة من القرآن﴾ والشعر

والحكم والاداب ﴿وكل عمل محلل﴾ بل ﴿وعلى اجارة الزوج نفسه مدة معينة﴾
وفى الجواهر أوعلى عمل مخصوص وفاقلا للمشهور واشكاله من جهات الاولى
عدم العلم باتمام العمل لامكان الموت قبله الثانية عدم كونه معلوما فى الجملة الامقدارا
ولاوصفا ولو كان كذلك فى بعض المنافع ولا بد من المهر معلومه من جميع الجهات
حتى لا يلزم الغرر الثالث عدم كونه مما يصح مهرا عند العرف .

﴿و﴾ لذا ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ فى النهاية وجماعة على ما حكى عنهم
﴿بالمنع استناداً الى رواية﴾ عند المصنف ﴿لاتخلو من ضعف﴾ فى السند ﴿مع
قصورها عن افادة المنع﴾ وهى [رواية البنظلى] عن الرضا عليه السلام «فى الرجل يتزوج
المرأة ويشترط لايها اجارة شهرين فقال عليه السلام موسى على نبينا وآله وعليه السلام علم
أنه سيتم له شرطه فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفى ، وقد كان على عهد
رسول الله ﷺ تتزوج المرأة على السورة وعلى الدراهم وعلى القبضة من الحنطة».

وظاهره وان كان المنع من حيث عدم العلم ببقائه حتى يتم الاجارة بحيث
لو علم بالبقاء لجاز لكنه مع امكان احتمال الجواز فى شريعة موسى فلا علم
ببقاء الجواز فى شريعتنا واستصحابه ايضا غير تام من ان العلم بالحالة السابقة مما
كان فى الشريعة المغايرة مع شريعتنا انه يمكن كون ذلك ممنوعا لكن اتى الامام
الجواب بمثل ذلك لمصلحة والالزم ان يصرح بالجواز صريحاً مع العلم بالبقاء
ويؤيده انه اتى بالجواز فى زمن الرسول بامورات مسالية سوى تعليم السورة وهو
ايضاً معينة .

وكيف كان فى المقام روايات مثل [صحيح الكنانى] «سألت عن المهر ما هو؟
فقال : ما تراضى عليه الناس» وصحيح [زرارة] عن أبى جعفر عليه السلام «الصداق كل شىء
يتراضى عليه الناس قل أو كثر» [وصحيح فضل] عنه عليه السلام أيضاً «الصداق ما تراضى
عليه الناس من قليل أو كثير فهو الصداق» [وفى الصحيح] الاخر عن أبى عبد الله عليه السلام
«سالته عن المهر، فقال: هو ما تراضى عليه الناس أو اثنتا عشرة أوقية ونش أو خمسمائة

درهم» [والصحيح] عن أبي جعفر عليه السلام «جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله، فقالت: زوجني فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله زوجنيها، فقال ماتعطيها فقال: مالي شيء، فقال: لا، قال: فأعادت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقم أحد غير الرجل ثم أعادت، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال قد زوجتكها على ماتحسن من القرآن فعلمها اياه» [وفي آخر] عنه عليه السلام أيضاً سألته عن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله عزوجل فقال: ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السورة ويعطيها شيئاً قلت ايجوز ان يعطيها تمراً أو زبيباً؟ فقال: لا بأس بذلك اذا رضيت به كائنا ما كان» وهذه الروايات كلها في مقام كون المهر مسالاً قليلاً او كثيراً واما الاخير فصرح بالاعطاء بها شيئاً من المال فكانه هو المهر واما قبله فعدم دلالة على المقصود واضح لوجهين: الاول ان قول النبي صلى الله عليه وآله حجة لا يمكن لاحد ان يردده فانه ردّ حكم الله الثاني انه في المهر لا بد من التراضي للزوجة وهو هنا غير معلوم فان الفرض ان رسول الله قال للرجل ايجوز ان يقول نعم .

قال زوجتكها به فعلمها فربما لم يرض بذلك المرأة ولم يتمكن من ردّ قول النبي واني له بذلك مما بعده صلى الله عليه وآله من زمان لم يكن المعصوم في البين والافلازمه انه ان قال لها الزوج صدائك سورة من القرآن لزم عليها القبول.

وكيف كان فهو عندي مشكل وان كان مشهوراً، و اقوى منعا جعله الاجارة لنفسه فانه من احكام الشريعة السابقة مع امكان كونه مع ذلك من مختصات موسى عليه السلام.

وكيف كان فعن النهاية: «يجوز العقد على تعليم آية من القرآن او شيء من الحكم والاداب، لان ذلك له اجر معين وقيمة مقدرة، ولا يجوز العقد على اجارة، وهو أن يعقد الرجل على امرأة على ان يعمل لها أولولها اياما معلومة او سنين معينة» .

وقال في محكى المبسوط : « يجوز أن تكون منافع الحر مهراً ، مثل ان يخدمها شهراً ، او على خياطة ثوب ، أو على أن يخيظ لها شهراً و كذلك البناء وغيره ، وكذلك تعليم القرآن والشعر المباح ، كل هذا يجوز أن يكون صداقاً وفيه خلاف غير أن أصحابنا رووا ان الاجارة مدة لايجوز ان تكون صداقاً ، لانه كان يختص موسى عليه السلام :

وفي محكى الخلاف بعد أن ذكر ان الصداق ما تراضيا عليه مما يصلح ان يكون ثمناً لمبيع أو اجرة قليلاً كان او كثيراً واستدل على ذلك باجماع الفرقة وأخبارهم ، قال : « مسألة يجوز أن تكون منافع الحر مثل تعليم قرآن أو شعر مباح أو بناء أو خياطة أو غير ذلك مما له اجرة صداقاً واستثنى أصحابنا من جملة ذلك الاجارة ، وقالوا : لايجوز ، لأنه كان يختص موسى عليه السلام ،

وبه قال الشافعى ولم يستثن الاجارة ، بل اجازها ، ثم حكى عن أبى حنيفة وأصحابه أنه لايجوز أن تكون منافع الحر صداقاً بحال سواء كانت حجاً أو غيره - ثم قال : دليلنا أجماع الفرقة وأخبارهم ، وأيضاً روى سهل الساعدى وساق الحديث السابق وظاهره المنع عن وقوع الاجارة مهراً .

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ لو عقد الذميان ﴾ أو غيرهما من أصناف الكفار ﴿ على خمر أو خنزير ﴾ أو نحوهما مما لا يصح من المسلم ﴿ صح ﴾ العقد والمهر حكماً اذا كان كذلك فى دينهم ، بمعنى اقرارهم على ما فى أيديهم وعدم التعرض له ، والزامهم بما ألزموا به أنفسهم و ﴿ لانه ﴾ فى دينهما ﴿ يملكانه ﴾ فيصح ذلك بالنسبة اليهم عقداً ومهراً .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ فلو أسلما أو أسلم أحدهما ﴾ بعد القبض فلا أشكال ، وان كان ذلك ﴿ قبل القبض دفع ﴾ الزوج ﴿ القيمة ﴾ عند مستحليه ﴿ لخروجه عن ﴾ صلاحية ﴿ ملك المسلم ﴾ له ، فيكون حينئذ كالمثل الذى قد تعذر مثله فى الانتقال الى القيمة ﴿ سواء كان ﴾ الخمر والخنزير المجموعان مهراً ﴿ عيناً ﴾ مشخصة ﴿ أو ﴾ كلياً ﴿ مضموناً ﴾ فى الذمة .

و يدل عليه [خبر عبید] بن زرارة قلت لأبي عبد الله عليه السلام النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين دنًا خمرًا أو ثلاثين خنزيرًا ثم أسلم بعد ذلك ولم يكن يدخل بها، قال : ينظر كم قيمة الخمر؟ وكم قيمة الخنازير؟ فيرسل بها اليها ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الاول .

قال في الجواهر ما لفظه لكن ينبغي أن يعلم هنا أن ما يظهر من المصنف وغيره من ملكية الكافر للخمر والخنزير ونحوهما مناف لقاعدة تكليف الكافر بالفروع، ولما دل على عدم قابليتهما للملك شرعاً من غير فرق بين المسلم والكافر ، انتهى راجع مجلد الرابع والثلاثين .

﴿ ولو كانا ﴾ أي الزوج والزوجة ﴿ مسلمين أو كان الزوج مسلماً ﴾ و عقدا على خمر أو خنزير مثلاً عالين بعدم صحة ذلك أو جاهلين أو مختلفين ﴿ قيل ﴾ والقائل جماعة منهم الشيخان في المقنعة والنهاية والقاضي والتقي على ما حكى : ﴿ يبطل العقد ﴾ لان عوض العقد وهو المهر غير قابل للملكية فيبطل كما يبطل لو باع بذلك لعدم وصول العوض بيد الزوجة شرعاً.

و في الحدائق بعد نقل قول النافين والمثبتين قال فالكلام هنا في موضعين أحدهما في صحة العقد وبطلانه وقد اختلف الاصحاب في ذلك فذهب جمع منهم الشيخان في المقنعة والنهاية والقاضي وابن البراج والتقي أبو الصلاح الى القول بالبطلان وقيل بالصحة وهو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وبه قال ابن حمزة وابن زهرة وابن ادريس والمحقق والظاهر انه المشهور بين المتأخرين .

احتج الاولون بأن الرضاء شرط في صحة العقد وهو انما وقع على جعل الخمر في مقابلة البضع مع انه باطل فما وقع عليه الرضاء غير صحيح لسم يقع عليه التراضي ولانه عقد معاوضة فيفسد بفساد المعوض كالبيع وقول الباقر عليه السلام الصداق ما تراضيا عليه قل أو أكثر و يلزمه بطريق عكس النقيض ان لم يراضيا عليه لم يكن مهراً .

احتج الآخرون بوجود المقتضى للصحة وهو الإيجاب والقبول وعدم المانع إذ ليس إلا بطلان المهر لكن بطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لصحة عرائه عنه بل صحة العقد مع شرط عدمه فلا يكون ذكر المهر الفاسد أعظم من اشتراط عدم المهر ولأن المهر والعقد غيران ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر ويظهر الغيرية فيما لو عقد بغير مهر فانه يصح بلا خلاف الى أن قال :

أقول والمسئلة لخلوها عن النص محل اشكال سيما مع تدافع هذه الاقوال ولهذا توقف العلامة في المختلف وكذا شيخنا الشهيد الثاني في المسالك وسببه في شرح النافع ألا أنه في المسالك مع موافقة العلامة في التوقف قال ان جانب الصحة لا يخلو من رجحان وسببه قال بعد نقله التوقف عن العلامة و هو في محله وان كان القول بالبطلان لا يخلو من رجحان وقد عرفت في غير موضع مما تقدم عدم جواز الاعتماد في تأسيس الاحكام الشرعية على هذه التعليقات العقلية مع سلامتها مع التعارض فكيف والحال كما رأيت انتهى .

أقول المهر وان كان ليس من أركان العقد حتى يوجب البطلان اذا فقد لكنه اذا كان كذلك من أول الامر بمعنى ان بنائهما على عدم الفرض فصح العقد حينئذ ويرتب عليه مهر المثل بالدخول فقط لا مطلقاً .

وأما اذا كان بنائهما على المهر فالرضا مقيد بهذه الصورة دون مطلق الزوجية فاذا لم يكن له مالية شرعاً لم يصح العقد ففرق واضح بين عدم التسمية رأساً وبينها باطلاً فان الاول مطلق ويصح دون الثاني فان العقد وقع مبنياً على المهر المعين واذا فقد القيد انتفى المقيد رأساً .

وفي الجواهر وكذا في المسالك في وجه البطلان قال لتعليق الرضا بالباطل المقتضى لارتفاعه بارتفاعه ، ولانه حيث يذكر المهر فيه عقد معاوضة ، ضرورة اتحاده مع عقود المعاوضة فسي القصد ودخول الباء ونحو ذلك ، ولذا أطلق عليه اسم الاجر في قوله تعالى : « فآتوهن اجورهن » فينبغي أن يعتبر فيه ما يعتبر فيها

من توقف الصحة على صحة العوض كالبيع ونحوه ، وصحته بلا مهر لا ينافي جريان حكم المعاوضة عليه مع ذكر المهر ، بل قد يترد ذلك ما فسى المعتبرة المستفيضة من أن المهر ما تراضيا عليه المنعكس بعكس النقيض الى أن ما لا يتراضيان عليه لا يكون مهراً انتهى وهو متين .

بداهة ان العقد فى صورة ذكر المهر معلق عليه فى الواقع بحيث لو لواه لما رضيت بالعقد فتأمل بخلاف ما لم يذكر فيه ذكر المهر فانه من أول الامر قد رضيت بالزوج بلا عوض .

﴿وقيل﴾ والقائل المشهور: ﴿يصح﴾ العقد ، وفى الجواهر بل عن بعض نفى الخلاف فيه الا من مالك وبعض الاصحاب ، للعمومات السالمة عن معارضة غير ما عرفت من التعليق المذكور الذى يمكن منعه بعدم ظهور المعاوضة فى ذلك ، وانما تقتضى معنى التعاوض والتبادل عرفاً من غير اعتبار معنى التعليق بل ذلك فيها شبه الداعى يعنى أن الزوجة مثلاً رضيت بالنكاح ورضيت بكون الخمر ملكاً لها ، والزوج رضى بكونها زوجة وأنها مالكة للخمر عليه ، لأن المراد انشاء معلقاً على وجه يكون الرضا معلقاً عليه ، فيكون حاصله أن الزوجة قد أنشأت الرضا بالنكاح معلقة ذلك على أن يكون الخمر ملكاً لها ، بحيث ان لم يكن ملكاً لها فلا رضا لها بالنكاح ، انتهى .

قال فى المسالك واختار المصنف وجماعة منهم الشيخ فى كتابى الفروع وابن ادريس وأكثر المتأخرين الصحة لوجود المقتضى لها وهو الايجاب والقبول وعدم المانع اذ ليس الا بطلان المهر لكن بطلانه لا يؤثر فى بطلان العقد لصحة عرائه عنه بل صحة العقد مع شرط عدمه فلا يكون ذكر المهر أبلغ من اشتراط عدم المهر ولان العقد والمهر غيران ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر والغيرية تظهر فيما لو عقد بغير مهر فانه يصح بخلاف انتهى قولهم فى مقام وجود المقتضى الايجاب والقبول دل هما قول الرجل زوجته .

وقول المرأة قبلت أولهما قيود وشرائط في بعض الموارد والعقد عبارة عما وقع بين المتعاقدين بما تراضياً من القيود ومجرد كون المرأة زوجة للرجل مسن دون شيء آخر عقد ومع المهر عقد وبيهما بون بعيد ففي الاول يصح بدون حالة منتظرة وفي الثاني يبطل بمجرد الاخلال ببعض القيود لانه في الثاني مقيد بالمهر الموجب انتفائه لانتفاء المقيد فكون العقد والمهر غيران يصح ولكن الغيرية لاتدل على عدم الفساد لو انتفى فان الغيران اذا قيد أحدهما بالآخر يخرج عن النيرية . وبالجملة حاصل كلامهم ان في البين تراضيين مختلفين لا يرتبط فقد أحدهما بالآخر لأول ان الرضا بكون المرأة المعينة زوجة له والثاني الرضا بكون المهر ملكاً للزوجة لاشيء واحد مقيد بالآخر كي ينتفى بانتفائه وحينئذ اذا انتفى الرضا بالمهر لا ينتفى أصل العقد وهو عجيب .

وهل العمومات عبارة عن مثل اوفوا بالعقود وهو العقد مطلقاً أو عبارة عن تزويج المرأة بالمهر المعين فاذا فسد المهر شرعاً كان بمنزلة عدم المهر رأساً فلا عقد كي يقتضى الصحة .

ومن العجيب جعل المهر بمنزلة الداعي فكان الغرض هو مجرد كون المرأة زوجة بدون المهر والفرق بين كونه من أول العقد بدون المهر وبين كونه معه من الارض الى السماء لكنه مع ذلك كانت المسألة محتاجة الى التأمل وسيأتى تنمة الكلام فيه .

﴿و﴾ كيف كان فعلى تقدير الصحة انما ﴿يثبت لها مع الدخول مهر المثل وقيل﴾ لا يجب مهر المثل لها ﴿بل﴾ الواجب لها ﴿قيمة الخمر﴾ أو مقداره خلا والكل كما ترى بعد بطلان العقد .

﴿و﴾ ان كان عند المصنف . ﴿الثاني﴾ أى القول بصحة العقد مع مهر المثل ﴿أشبه﴾ باصول المذهب مع الدخول .

قال في الحدائق وثانيهما انه على تقدير القول بالصحة كما هو المشهور

بين المتأخرين فما الذي يجب قداختلف الاصحاب القائلون بهذا القول على اقوال: الأول انه يجب مهر المثل مع الدخول كالمفوضة ذهب اليه الشيخ في الخلاف وابن ادريس والمحقق وعلل بأن عدم صلاحية المسمى لان يكون صداقاً اقضى بطلان التسمية فيصير العقد خالياً من المهر ويلزم بالوطىء مهر المثل لانه قيمة البضع حيث لاتسمية .

وقد اختلف كلام العلامة هنا ففي الارشاد قيد بالدخول كما ذكره هؤلاء المشار اليهم وفي غيره اطلق مهر المثل وظاهره وجوب مهر المثل وان كان بمجرد العقد بدل المسمى حيث تعذر وعلى هذا يكون هذا القول منقسماً الى قولين وقد نبه عليهما شيخنا الشهيد في شرح نكت الارشاد ونقل القول بوجوب مهر المثل بنفس العقد عن الشيخ انتهى .

ولا يخفى ان التراضى قد وقع اولا بمقدار يكون مسالا عند هما ولو عصينا وبدون النظر الى جوازه و ماليته في الشرع ولا بد من مقداره مما يملك في الشرع شاة او خلا او دينار او درهما كما في المتن .

﴿ولاتقدير في المهر﴾ في جانب القلة ﴿بل ماتراضى عليه الزوجان وان قل مالم يقصر عن التقويم كحبة من حنطة﴾ ونحوها فانه لا يصدق عليه المال الواقع في الصداق عرفاً كحبة من الحنطة والشعير .

وبدل على صحة المهر القليل ما دل على التراضى بينهما مضافاً الى ان لهما السلطنة على أنفسهما وليس لاحد منعهما عن ذلك ولذا صح التزويج بدون المهر مع التراضى على نفس التزويج .

وبدل عليه ما عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال:

سئلته عن المهر فقال ماتراضى عليه الناس الحديث .

وعن زرارة بن أعين عن ابي جعفر عليه السلام قال الصداق كلشيء تراضى عليه

الناس قلّ أو أكثر في متعة أو تزويج غير متعة الى غير ذلك من الاخبار التي بهذا المضمون .

ومارواه في الكافي عن محمد بن مسلم في الصحيح عن ابي جعفر عليه السلام قال جاءت امرئة الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت زوّجني فقال رسول الله صلى الله عليه وآله من لهذه فقام رجل فقال انا يا رسول الله زوجنيها فقال ماتعطيها فقال مالي شيء قال لا فأعدت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يبق أحد غير الرجل ثم أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة أتحسن من القرآن شيئاً قال نعم قال قد زوجتكها على ماتحسن من القرآن فعلمها اياه .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن بريد بن معوية عن ابي جعفر عليه السلام قال : سئلته عن رجل تزوج امرئة على ان يعلمها سورة من كتاب الله عزوجل فقال ما احب ان يدخل بها حتى يعلمها السورة ويعطيها شيئاً قلت أيجوز ان يعطيها تمراً أو زيباً فقال لا بأس بذلك اذا رضيت به كائناً ما كان وهذه الاخبار .

﴿وكذا لاحد له في الكثرة﴾ وفي الجواهر على المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ، بل لعلها كذلك ، لاطلاق الادلة وعمومها كتاباً وسنة ولقوله تعالى وآتيتم احداهن فنظاراً انتهى .

وقد أشار اليه في الجواهر ونقل قصة عمر في ذلك حيث منع عن زياد المهر قال فيه مالفظه وخصوص المعبرة المحددة له بما تراضيا عليه قلّ أو أكثر، وقوله تعالى : « وآتيتم احداهن فنظاراً » الذي هو المال العظيم أو وزن أربعين أوقية من ذهب أو فضة أو الف ومأتا أوقية او سبعون ألف دينار او ثمانون ألف دينار او مائة رطل من ذهب أو فضة أو ملء مسك ثور ذهباً أو فضة وقضية عمر مع المرأة التي حجته بهذه الاية حين نهى عن المغالات في المهر حتى قال : « كل الناس أفسه منك يا عمر حتى المخدرات » معروفة انتهى .

وليت شعري انه مع معروفة هذه القصة ومعروفة قوله في موارد لا يحصى

لولا على لهلك عمر كيف يطردون العامة عليا ويختارون عمر أليس بحكم العقل تقدم الاعلم فالاعلم .

وكيف كان فيدل على عدم منع فى زيادة المهر وصحيح الوشاء عن الرضا عليه السلام « سمعته يقول : لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لايها عشرة آلاف كان المهر جائزاً والذي سماه لايها فاسداً » وصحيح الفضيل « سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطاهما عبداً آبقاً وبرداً بألف درهم التى أصدقها ، قال : اذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلا بأس ، اذ هي قد قبضت الثوب ورضيت بالعبد .

وعن الشيخ فى المبسوط انه روى فيه عن عمر انه لما تزوج ام كلثوم بنت على عليه السلام اصدقها اربعين ألف درهم وان أنس بن مالك تزوج امرأة على عشرة آلاف وان الحسن بن على عليه السلام تزوج امرأة فأصدقها مائة جارية ، مع كل جارية الف درهم بل ربما روى أزيد من ذلك فى عهد الصحابة والتابعين من غير نكير من أحد منهم .

﴿و﴾ العجب انه مع الاية وتلك الروايات ما ﴿قيل﴾ والقائل المرتضى بل حكى عن الاسكافى والصدوق ﴿بالمعنى﴾ من الزيادة عن مهر السنة و﴿هو﴾ خمسمائة درهم بل ﴿لوزاد عليه﴾ رد اليها ﴿بل﴾ عن الانتصار دعوى اجماع الطائفة عليه ، قال فيه : « ومما انفردت به الامامية أنه لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جيد ، قيمتها خمسون ديناراً ، فمازاد على ذلك رد الى هذه السنة ، وباقى الفقهاء يخالفون فى ذلك - الى أن قال - .

والحجة بعد اجماع الطائفة أن قولنا : مهر يتبعه احكام شرعية ، وقد اجمعنا على ان الاحكام الشرعية تتبع ما قلناه اذا وقع العقد عليه وما زاد عليه لا اجماع على أنه يكون مهراً ، ولادليل شرعى ، فيجب نفي الزيادة» انتهى .

وفيه مضافا الى عدم اجماع فيه وكان معارضا مع الاجماع ايضا انه دل

الدليل على عدم حصر الزيادة واما البرهان عليه بقوله المهر يتبعه احكام شرعية الخ فالصغرى وان كانت صحيحة لكن الكبرى ممنوعة جداً والحجة عليه هذه الروايات بل آية القنطار وانه لا يوجد منها شيء .

وفى محكى الفقيه «والسنة المحمدية فى الصداق خمسمائة درهم ، فمن زاد على السنة رد اليها» ونحوه عن هدايته ثم ذكر «أنه اذا أعطها درهماً واحداً من الخمسمائة ودخل بها فلا شيء لها بعد ذلك ، وكان ذلك صداقها الا أن يجعله ديناً فتطالب به فى الحياة وبعد الممات ، واذا لم يجعله ديناً فالاولى أن لا تطالب به - ثم قال وانما صار مهر السنة خمسمائة درهم ، لان الله تعالى أوجب على نفسه مامن مؤمن كبره وسبحه وهلمه وحمده وصلى على نبيه ﷺ مائة مائة ثم قال : اللهم زوجنى الحور العين الا زوجه الله حوراء من الجنة، وجعل ذلك مهرها» .

ولا يخفى ما فيه أما فى مرسل فلا ينافى الاية والروايات الكثيرة التى قدمرت آنفاً وصريح آية القنطار عدم أخذ شيء من المهر وأما اذا أعطها درهماً الخ فهو مناف لقواعد الشرع والاية أيضاً ولا يعرف له وجهه وعلى فرض تسليم الصدور يحمل على الاستحباب جمعاً واما علة ذلك فمع ان لسانها لسان الاستحباب بسل صريحها ذلك كانت أجنبية عن جعل المهر كذلك بل يدل على استحباب هذه الخمسة كل واحدة منها مائة مرة وانه موجب لاعطاء الله له حورية كان ذلك عند جعل المهر أو لا زيادة على مهر السنة أو لا قصد لنفسه التزويج أو لا .

والظاهر أنه ره لم يرد بذلك الا الاستحباب فان الاخير صريح فى ذلك فلا منافاة بين جعل المهر ما شاء بل صريح صدر الكلام ذلك حيث قال والسنة المحمدية فى الصداق فلا ينافى ما زاد على السنة فان الكلام أصل الجواز ولو كان بنحو غير راجح .

وأما ابن الجنيد فالمحكى عنه بعد أن ذكر أن كل ما صح الملك له والتمول من قليل أو كثير فينتفع به فى دين أو دنياً من عروض أو عين أو يكون له عوض

من أجرة دار أو عمل اذا وقع التراضي بين الزوجين، فالفرج حينئذ يحل به بعد العقد عليه - قال - «وسأل المفضل [أبا عبد الله عليه السلام] الى آخر الخبر المذكور دليلاً للمرتضى وهو «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له : أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمن أن يجوزه ، فقال: السنة المحمدية صلى الله عليه وآله خمسمائة درهم، فمن زاد على ذلك رد الى السنة، ولا شيء عليه أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه ، قال : قلت : فان طلقها بعد ما دخل بها ، قال : لا شيء لها انما كان شرطها خمس مائة درهماً فلما أن دخل بها قبل أن تستوفي صداقها هدم الصداق فلا شيء لها انما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها ، فاذا طلبت بعد ذلك في حياته أو بعد موته فلا شيء لها» .

ولا يخفى ان صدر كلامه صريح في تعميم المهر بأي مقدار شاء حيث قال من قليل أو كثير وانه يحل به الفرج بعد العقد فمن أين وافق السيد في ذلك وأما نقله الرواية الضعيفة التي هي دليل السيد فلا دلالة فيه على أن مذهبه ذلك أيضاً والافلا يصح منه التعميم الذي عرفت بل انما نقل الرواية من حيث ان يعلم غيره بورود مثلها فليس كل من نقل الرواية كان مذهبه ذلك صرح به فسي الجواهر قال لكن لا يخفى عليك عدم صراحة كلام الاسكافي في موافقة المرتضى ، بل ولا ظهوره ، بل لعل ظاهره خلافه كما أنه قد يظهر من الصدوق ارادته الاستحباب الذي لا كلام فيه للتأسي وغيره ، بل لا يبعد كراهة الزيادة خصوصاً من المحكى عنه في المقنع قال : «واذا تزوجت فانظر أن لا يتجاوز مهرها مهر السنة ، وهو خمس مائة درهم ، فعلى هذا تزوج رسول الله صلى الله عليه وآله نساءه ، وعليه زوج بناته، وصار مهر السنة خمس مائة لان الله أوجب على نفسه» الى آخره ما سمعته انتهى .

وفي المسالك قال واحتج السيد المرتضى على مذهبه باجماع الطائفة وهو عجيب فانه لا يعلم له موافق فضلاً عن أن يكون مما يدعى فيه الاجماع وقد اتفق له

ذلك في الانتصار فسي مسائل كثيرة ادعى فيها الاجماع وليس له موافق ذكرنا جملة منها في بعض الرسائل الى آخر عبارته .

وفي الجواهر قال فسي هذا المقام وانحصر الخلاف حينئذ في المرتضى خاصة ، ومنه يعلم ما في دعواه اجماع الطائفة على ذلك كما يعلم مما عرفت ما في الاستدلال له بالخبر المزبور الذي هو فسي غاية الضعف سنداً ، ومشمول على بعض الاحكام الغريبة الذي لم يقل به أحد ، ولذا سمعت الصدوق ذكر مضمونه على معنى رضاها بالدرهم و ابرائها اياه عن الباقي فلا بأس بحمله على التذب والكرامة انتهى .

وكيف كان فما عن المرتضى بعيد عن مثله وأبعد منه تمسكه لذلك برواية محمد بن سنان المتقدمة وضعفها معروف بين الاصحاب .

قال في المسالك و في طريقة محمد بن سنان و هو ضعيف قال مطعون عليه بامور كثيرة .

منها انه قال عند موته لاتروا عنه مما حدثت شيئاً فانما هي كتب اشتريتها من السوق والمفضل بن عمر مثله في الضعف وقد قال عنه (فيه - خ ل) النجاشي انه فاسد المذهب مضطرب الرواية لا يعبأ به وقيل كان خطايا فهذا حالها من جهة الاسناد وأما من جهة المتن فمخالفتها فيما ذكر لعموم الكتاب والسنة ظاهرة وبقي فيها انه قال فيها بعد ذلك فان أعطاها من خمس مائة درهم درهماً أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه .

قال قلت فان طلقها بعد ما دخل بها قال لا شيء لها انما كان شرطها خمس مائة درهم فلما ان دخل بها قبل ان تستوفي صداقها هدم الصداق فلا شيء لها انما لها ما أخذت من قبل ان يدخل بها فاذا طلبت بعد ذلك في حيوة منه أو بعد موته فلا شيء لها فانظر الى هذه المخالفات العجيبة والاحكام الغريبة في هذا الخبر الواهي وكيف يحسن بعد ذلك الاستناد اليه في حكم من هذه الاحكام مع مخالفته

مدلوله في جميعها لما عليه علماء الاسلام بل مثل هذا لا ينبغي ايداعه كتب الحديث فضلاً عن ان يجعل سند الحكم انتهى .

وفي الحدائق بعد هذه العبارة قال وفيه ان هذا الطعن ليس من خصوصيات هذا الخبر بل هنا اخبار عديدة فيها الصحيح باصطلاحهم دالة عليه وبها قال جملة من الاصحاب أيضاً كما سيأتى ذكره انشاء الله تعالى عند ذكر المسئلة المشار اليها . بل الظاهر عبارة الصدوق في الفقيه والهداية هو القول بمضمون هذه الرواية وكذا عبارة ابن الجنيد القائل بذلك أيضاً ولكن شيخنا لحرصه على رد هذا الخبر ورميه من البين غفل عن ذلك نعم هو بما تضمنه صدره من عدم جواز الزيادة على الخمس مائة درهم مخالف لعمومات الكتاب والسنة كما عرفت والله العالم وكيف كان فان الافضل هو الاقتصار على الخمس مائة انتهى .

والانصاف ان جميع ما قاله في هذه الرواية وارده ولقد اجد في قوله لا ينبغي ايداعه الخ بل يلزم من الرواية نفيها اذ في الغالب يوجد قدر من المهر قبل الدخول ولازمه عدم المهر فهي مساوقة لعدم وجوب المهر فلا يصح في الشرع الا اذا وهبته المرأة بقية المهر وأبرئته ذمة الزوج منه ولذلك قال المصنف : * وليس بمعتمد * أي عدم جواز الزيادة بل له الزيادة ما شاء .

وفي الجواهر بعد المتن قال ولكن مع ذلك كله فالاولى الاقتصار على الخمس مائة تأسيساً بهم وان أريد الزيادة نحلّت على غير جهة المهر ، كما فعله الجواد عليه السلام لابنة المأمون قال : « وبذلت لها من الصداق ما بذله رسول الله صلى الله عليه وآله لازواجه ، وهوائنتا عشرة أوقية ونش على تمام الخمس مائة ، وقد نحلّتها من مالى مائة ألف » .

بل قد يقال : ان المرتضى أجل من أن يخفى عليه ما في الكتاب والسنة المتواترة وفعل الصحابة والتابعين وتابعيهم وما عليه الطائفة المحقة واحتجاج المرأة على عمر وغير ذلك ، واحتمال الاعتذار عنه - بأن ذلك منه بناءً على مذهبه من

أنه ليس للعموم صيغة تخصه، وحينئذ قوله **عَلَيْهَا** : «ماتراضى عليه الزوجان» لادلالة فيه على العموم - يدفعه .

(أولاً) عدم حصر الدليل في نحو ذلك كما عرفت و(ثانياً) أنه وان قال: انه ليس له إنة لكنه وافق على كونه في الشرع كذلك و(ثالثاً) أن النصوص المزبورة فيها ما يدل على ارادة العموم ، كقوله **عَلَيْهَا** : « قلّ أو كثر » ونحو ذلك كاحتمال الاعتذار عنه - بأن مراده الاستحباب وكرهه الزيادة ، واستحباب العفو عنها مع فرض حصولها ونحو ذلك - مما ينافيه ظاهر كلامه أو صريحه انتهى ولعله في محله سيما في خصوص الآية واحتجاج المرأة .

﴿و﴾ على كل حال ﴿يكفى في المهر مشاهدته ان كان حاضراً ولو جهل وزنه وكيلاه﴾ وعده وذرعه ﴿كالصبرة من الطعام والقطعة من الذهب﴾ والصبرة من الدراهم والثوب والارض ونحو ذلك .

وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، بل نسبه بعضهم الى قطع الاصحاب لاطلاق الادلة التي منها ما سمعته من المعتبرة المشتملة على تحديد المهر بما تراضى عليه ، وأنه كان على عهد رسول الله **ﷺ** تزوج الامراة على السورة وعلى القبضة من الحنطة ، مضافاً الى فحوى الاكتفاء بالقبضة ونحوها في نصوص المتعة التي يعتبر في صحتها المهر بخلاف المقام الذي هو ليس على حد المعاوضات المعتبر فيها العلم الذي لا يكفى في المشاهدة وان ارتفع بها معظم الغرر الذي يكفى هنا فيفتقر حينئذ ما عداه انتهى .

قال في الحدائق قد صرح الاصحاب بأن المهر اذا ذكر في العقد فلا بد من تعيينه ليخرج عن الجهالة اما بالاشارة كهذا الثوب وهذه الدابة وبالوصف الذي يحصل به التعيين وظاهرهم انه يكفى فيه المشاهدة وان كان مكيفاً أو موزوناً وأمكن استعلامه بهما بل صرح بذلك جملة منهم كالصبرة من الطعام والقطعة من الفضة أو الذهب .

ومرجع ذلك الى المعلومية فى الجملة من غير استقصاء لجميع طرقها قالوا والوجه فيه ان النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقية والركن الاعظم فيه الزوجان والمهر دخيل فيه لم يعتبر فيه ما يعتبر فى غيره من المعاوضات المحضة . اقول ويدل على ذلك صحيح محمد بن مسلم المتقدمة المتضمن لحكاية المرأة التى أتت الى رسول الله ﷺ وطلبت منه أن يزوجه فان المهر فيها قد جعل ما يحسنه من القرآن ولم يسئل عن مقداره وهو مجهول فاذا جاز التزويج بالمهر الذى على هذا النحو بالمشاهدة من غير وزن ولا كيل بطريق أولى لحصول المعلومية فى الجملة بخلاف المهر فى هذا الخبر انتهى .

ولا يخفى انه اما ان يقال بعدم اشتراط العقد بالمهر أصلاً بل أركانه نفس الزوجين فصح العقد فى صورة الاخلال بالمهر عمداً أو سهواً كما فى صورة عدم شرط المهر رأساً او يقال بالاشتراط .

وعلى الثانى اما أن يشترط فى الجملة ولو بنحو الاجمال المستلزم للغرر ايضاً أو لا كما فى ساير المعاوضات .

اما الاول فالظاهر عدم الالتزام به بنحو الاطلاق والثانى لازمه الصحة ولو بنحو مهرها من دون أن يعلم بخصوصيات ذلك بحيث علمت الزوجة بأن مهرها صبرة من الحنطة مثلاً أو قطعة من الغنم من دون العلم بمقدارهما .

والثالث لازمه العلم به كما فى المعاوضات المالية ولا يكفى حينئذ نفس المشاهدة التى لا يعلم منها وزنه ولا كيله وذلك لضرورة ان القطعة من الذهب لا يرتفع عنه الغرر بنفس المشاهدة حيث يكون الفرق بينه وبين التعيين لها بمقدار الوفوف من حيث القيمة وهو مساوق لقوله مهر ك مقدار من الذهب أو النحاس وليكن فى ذكر منك .

وكيف كان فقال فى محكى القواعد : « انه يشترط فى صحته - أى المهر -

مع ذكره التعيين اما بالمشاهدة وان جهل كيله ووزنه ، كقطعة من ذهب وقبة من

طعام ، أو بالوصف الراجع للجهالة مع ذكر قدره ان كان ذا قدر ، فلو أبهم فسد المهر وصح العقد .

وفى الجواهر بعد العبارة قال بل لم أجد خلافاً بينهم فى ذلك ، نعم يستمع البحث فيما لو جعل المهر خادماً آبقاً لكن التأمّل التام يورث اشكالا فى المقام ، ضرورة أن المهر ان كان مع ذكره يعتبر فيه ما يعتبر فى المعاوضات - كما صرح به غير واحد بل نفى عنه الخلاف .

بل ربما نسب الى قطع الاصحاب - ينبغى أن لا يكتفى فيه بالمشاهدة التى قد عرفت نفى الخلاف عن الاكتفاء بها أيضاً كما لم يكتف فيها ، وان لم يعتبر فيه ذلك فلا وجه للبطلان بالجهالة فى بعض الاوصاف والقدر ونحو ذلك ، ضرورة كون حيثئذ من قبيل الخطابات الشرعية فى الزكاة والكفارة والعق والنذر والوصية ونحوها مما لا يعتبر فيها المعلوماتية ، ويكفى المطلق عنواناً لها انتهى .

ولا يخفى ان ذلك مبنى فعلا اما على عدم اشتراط المهر رأساً واما على ان الشرط الفاسد غير مفسد للعقد كما عرفت لو شرط فى العقد المهر والافالاشكال وارد فعلا .

وكيف كان فان قلنا بوجود كونه معلوماً فلا يجوز وقوع عقود متعددة فى عقد واحد ﴿و﴾ وان قلنا بالجواز وكفاية كونه معلوماً فى الجملة كما هو المشهور ﴿يجوز أن يتزوج امرأتين أو أكثر بمهر واحد﴾ .

ولا يخفى ان الاشكال تارة من حيث المهر الواحد المجهول لدى المرأتين فى حال العقد وأخرى من حيث وحدة العقد فانه مراد المتن كما شرحه فى الجواهر من تزويج امرأتين بمهر واحد .

فالمراد هو وحدة العقد بأن يكون بايجاب واحد كما فى الجواهر ويقول الموجب زوجت فاطمة خالداً وزينب بكراً وكلثوم عمراً مثلاً وعلى هذا لو تعدد الايجاب تعدد العقد كما كرر لفظ زوجت فيرجع الكلام الى صحة انشاء عقود

متعددة بعقد واحد قال قده بعد المتن فى مقام العقد الواحد مالفظه :
بل صريح بعض وظاهر آخرين عدم الفرق فى ذلك بين اتحاد الزوج وتعدده
كما لو قال مثلاً : « زوجت فاطمة زيدا وهنداً بكراً » فقال وكيلهما : « قد قبلت »
والمراد باتحاد العقد اتحاد ايجابه وقبوله أو أحدهما ، فتعدده يكون بتعدد ايجابه
وقبوله ، صرح قده بأن تعدد العقد يكون بتعدد ايجابه .

ثم قال وعلى ذلك يمكن اجتماع البيع والنكاح وغيرهما من العقود بعقد
واحد فضلاً عن اجتماع المنقطع والدائم بأن يقول : « بعثك العبد وآجرتك الدار
وزوجتك فاطمة بكذا » فيقول الرجل مثلاً : « قبلت كل ذلك » .

وفى الحدائق قال الظاهر انه لاخلاف ولااشكال فى صحة النكاح لو تزوج
امرأتين فصاعداً فى عقد واحد بمهر واحد انما الخلاف والاشكال فى صحة المهر
فى هذه الصورة وبطلانه وانه على تقدير الصحة فهل يقسّط المهر على عدد
رؤسهن بالتسوية او يقسط على مهر أمثالهن وجهان بل قولان وتفصيل هذه الجملة يقع
فى مواضع .

الاول ان ماذكر من صحة النكاح فى هذه الصورة لم أف فيه على نص
بخصوصه الا ان الظاهر دخوله تحت العمومات والاصحاب قد عللوا ذلك بوجود
المقتضى للصحة وهو العقد الجامع لشرايطه وانتفاء المانع اذ ليس الا جمع المهر
على شىء واحد وهو لا يصلح للمناعية لانه على تقدير صحة المهر يظهر حق كل
واحدة بالتوزيع وعلى تقدير البطلان لا يؤثر فى العقد كما سيأتى بيانه وهو يرجع
الى ما ذكرنا .

الثانى فى صحة المهر وبطلانه والمشهور هو الاول حتى ان اكثرهم لم ينقل
هنا خلافاً وانما تعرضوا للخلاف فى التقسيط كما سندكره فى الموضوع الاتى
ومن حكم بالصحة كما هو المشهور قال لانه معلوم جملة وحصه كل واحدة يمكن
علمها بعد ذلك كضمن المبيعين فى عقد واحد من حكم بالبطلان قال لان المهر هنا

متعدد في نفسه وان كان مجتمعاً وحصّة كل واحدة منه ليست معلومة عند العقد وعلمها بعد ذلك لا يفيد الصحة كما لو كان مجهولاً منفرداً وعلم به بعد ذلك ونمنع صحة البيع للملكين غير المشتركين بثمن واحد كما هو مذهب الشيخ في الخلاف وغيره .
اقول : ويؤيده ما تقدم في كتاب البيع من دلالة صحيحة محمد بن الحسن الصفار على انه لو باع ماله ومال الغير بطل بالنسبة في مال الغير وصح بالنسبة الى ماله والوجهان حكاهما الشيخ في المبسوط ولم يتعرض الاكثر لذكر البطلان ولا لذكر وجهه .

اقول حيث كانت المسئلة عارية من النص اشكل الكلام فيها سيما مع تدافع هذه التعليقات وان كانت لاتصلح لتأسيس حكم شرعى انتهى .

وكيف كان فيرد على كون الاكثر بعقد واحد عدم معلومية المهر وثمن البيع واجرة الاجارة قبل العقد ولا يكفي العلم الاجمالي بان الثمن مثلاً مائة ولو لم يعلم ما وقع في مقابل الاجارة او البيع ماذا فلا غرر اعظم من ذلك وهل يكفي معلوميته في عقد يشتمل على نسوة مختلفة شاناً وكماً واحسناً بمائة درهم بحيث لم يعلمن كون الدرهم لكل واحد منهن أو للجميع بنحو التقسيط فهو في حال كونه معلوماً مجهولاً واي فائدة في معلومية الكل مع عدم علمها بخصوص ما وقع لها .

وبالجملة انه تارة يريد بالمهر الواحد واحداً معيناً لكل واحد كما يقال زوجت فاطمة زيدا وزينب بكر او هنذا خالداً بمائة درهم لكل واحدة منهن .

واخرى بحيث يكون المائة بينهن بالنسبة المتساوية ففى كليهما يصح مع معلومية ذلك المهر لهما قبل العقد بحيث علمن بأن عقد الجميع مائة يقسط بينهن او عقد كل واحدة منهن مائة ولا اشكال في الصحة في القسمين مع علم كل من النساء الواقعة في هذا العقد بالمهر .

وثالثة يذكر مع عدم بيان لمن وقع في العقد كمائة بحيث لم تعلم كل واحدة منهن اى مقدار مهرها ففى منله يبطل العقد لو لم تعلمه قبلاً والقول بالصحة بتقسيط

المهر بينهما ولزوم مشاهدته مكياً او موزوناً ونوعاً وصنعاً مما لا يجتمعان والاقوال الواقعة في المقام من تقسيط المهر على الزوجات خصوصاً فيما كن مختلفات من حيث الشئون والمقامات مساوقة لصحة المهر جهلاً .

وأعجب من ذلك ضم النكاح والاجارة والبيع بعقد واحد وثن واحد ثم التقسيط .

والحاصل ان المهر وان لم يكن من ار كان العقد بل الاركان نفس المتعاقدين لكن ذلك فيما لم تختر الزوجة المهر و اما مع بنائها على المهر وبدونه لا ترضى بذلك فلا بد من التعيين بتمام خصوصياته .

وفي الجواهر أيضاً لاطلاق الادلة عمومها من الامر بالوفاء بالعقود وغيره ، وفرعوا على ذلك جواز ذكر عوض واحد للجميع ، ويكفي ومعلوميته في هذا العقد وان جهل التقسيط ، فيصح مهر امرأتين أو أزيد بشيء واحد ، بل يصح جعله عوضاً للنكاح والبيع والاجارة ، وذلك لان المتيقن من اشتراط المعلومية حصولها في ذلك العقد ، وهو حاصل وان جهل التقسيط ، نحو ما سمعته في كتاب البيع من جواز بيع المالكين من متحد أو متعدد بثن واحد ، ويقسط حينئذ على ما يخص كل واحد بحسب قيمته انتهى .

وقياس المقام على بيع مالين مع الفارق اذا المبيعين بثن واحد اذا كانا لمالكين يقوم كل واحد منهما بقيمة اهل الخبرة وتعيين ذلك عند الوصول الى المالك فان المالكين قيمتهما معلوم نظير منوين من الحنطة أو الزيت أو الأرز فان قيمة الكل ينصف بكل واحد من المالكين بخلاف عقد الدائم والمنقطع أو عقد المرثتين لهما اختلاف شئون وكمال فكيف يقوم ما يكون للدائم وما يكون للمنقطع فربما كان للمنقطع أكثر من الدائم باعتبار توقيتها دون الدائمة بل ربما لا ترضى كل واحدة منهما الا بتمام المهر وامثال ذلك مما لا يكون بتقويم اهل الخبرة قطعاً . ثم ان قوله لاطلاق الادلة من الامر بالوفاء لازمه صحته وان كان فاقداً

للشرائط فانه عقد وهو كما ترى فالعقد الذى يجب الوفاء به انما يكون اذا اشتمل على جميع شرائط الصحة فاذا شرط المهر ففى العقد ووقع التراضى عليه فكيف يكون عقداً صحيحاً بدون علم الزوجة به اذ الغرض ان لازم ذلك هو التقييد وفيهن مختلفات ولا يعلم كل منهن ما وصل اليها فلا يصح ولا يكون عقداً الا اذا علم بمقدار مهرها وكيفية ونوعه والا فلا يكون عقداً .

ثم قال أيضاً نعم لو فرض تعدد العقد بتعدد ايجابه وقبوله وجب حينئذ معلومية عوضه ، ولا يكفى التقييد حينئذ ، فلا يجوز مثلاً «زوّجت فاطمة زيداً وزوّجت هنداً بكرأ بمأة» فقال كل منهما : « قبلت » ضرورة تعدد العقد حينئذ ، فلا يكفى معلومية العوض بالنسبة الى العقدين ، مع احتمال أيضاً اكتفاء بالمعلومية فى هذه المقابلة وان تعدد العقد ، لعدم دليل على اعتبار الازيد ذلك ، كما لو قال : « بعث الدار زيداً وبعث العبد عمرواً بمأة » فقال كل منهما : « قبلت » فتشغل ذمة كل منهما بما يخص المبيع من التقييد انتهى .

غير خفى انه لو اشترط كون المهر معلوماً حين العقد فلامحالة لا يقع العقود المتعدد بالعقد الواحد بعد كون العلم اجمالاً غير مفيد فى معلوميته تفصيلاً فاحتمال الاكتفاء بالمعلومية الاجمالية فى حال العقد للمجموع كما ترى وعدم استفادة أزيد من ذلك من الدليل تأمل خال من الدليل فى ذلك .

وفى الأدلة الواردة فى المقامات المتعددة واستدلالات الاصحاب بالغرر بمجرد عدم العلم بالثمن ومال الاجارة والمهر حتى تعرف ويرد على ايجاد المتعدد بعقد واحد أيضاً انه لو تحقق عيب موجب للفسخ فى احدهما فمن حيث ان العقد واحد صح فسخ الجميع ومن حيث انه كل معقود عليه راجع الى آخر لا يصح . فاذا قال زوّجت فاطمة بكرأ وزينب خالداً فظهر كون بكر عنيّنا او فاطمة ذى عيب موجب للفسخ كان لها اوله الفسخ مع ان العقد واحد فيوجب فسخه فسخ الجميع فيلزم فسخ عقد من لا يكون فى عقده عيب .

و غير ذلك من المفاسد الطارئة على احد العقدين دون الاخر و لذا رجح
فى الجواهر عما افاد و قال هذا و لكن المتّجه بناء على ما عرفت فسخ العقد
بوجود العيب فى احدى الزوجتين أو أحد الزوجين ، ضرورة اتحاد العقد ، و لا
يتصور تبعيضه فى الفسخ الطارئ عليه ، كما لو باع شيئين وكان أحدهما معيبا ،
و يلزم حينئذ رد نكاح الامرأة الصحيحة أو الرجل الصحيح من دون عيب و مع
تراضي الزوجين وعدم ارادتهما الفسخ .

بل يتجه حينئذ مسع نظم العقود المتّحدة بقبول واحد فسخ النكاح منها و
غيره بخيار فى البيع مثلا ، لكون المفروض اتحاد العقد الذى لا يتبعّض بالنسبة
الى ذلك ، و لو سلم امكان التزام تعدد العقد فى هذا الفرض و فرض تعدد الزوجة فلا
محيط عن الحكم باتحاده مع تعدد الزوجة و اتحاد الزوج ، فان الايجاب فيه و
القبول كذلك و مقتضاه انفساخ نكاح الصحيحة بفسخه فى المعيبة فينا فى ما دل
على عدم رد المرأة بغير العيوب السابقة كما انه قد يتوقف من نظم العقود بتعدد
ايجابها و اتحاد قبولها و عوضها فى اندراجها تحت اسم أى عقد ، و مع فرض
خروجه عنها - لكنه يندرج تحت « أوفوا بالعقود » - يشكل جريان حكم كل عقد
على متعلقه ، و يشكل فسخ النكاح بفسخ البيع و بالعكس .

ومن ذلك ونحوه قد يشك فى أصل تعلق عقد النكاح الواحد بالمتعدد وان
لم يظهر فيه خلاف بينهم ، بل قد يفرق بينه و بين البيع فى ذلك فضلا عن غيره
بامكان ملاحظة جهة الوحدة فى المبيع وان تعدد على وجه يكون المجموع من
حيث كونه كذلك ، و لذا يثبت له خيار تبعض الصفقة بخلافه فى النكاح ، فان
جهة الوحدة فى النساء على معنى يكون المجموع من حيث كونه كذلك منكوحا
غير صحيح وحينئذ يكون المدار فى جواز التعدد وعسدمه فى العقود على ذلك ،
انتهى .

فلاقوى عدم صحة العقود المتعددة بعقد واحد .

﴿ و ﴾ من العجب تسوية المهر بينهما كما قال ﴿ يكون المهر بينهما ﴾

بالسوية ﴿ كما عن مبسوط الشيخ و من تبعه باعتبار عدم كونه عوضاً حقيقة ، فيبقى حينئذ على الاصل في الاستحقاق لو قيل لفلان و فلان كذا المقتضى للتسوية اذا لارجيح في مقتضى التمليك .

﴿ و ﴾ نظيره في الضعف ما ﴿ قيل : يقسط على مهور أمثالهن ﴾ فيعطى كل واحدة ما يقتضيه التقسيط نحو البيع ﴿ وهو ﴾ عند المصنف ﴿ أشبه ﴾ باصول المذهب و قواعده ، لما عرفت من ان مهر المثل له موارد خاصة و ليس هذا من تلك الموارد فـ ﴿ لو تزوجها على خادم غير مشاهدة و لاموصوفة قيل ﴾ بل هو المشهور ﴿ كان لها خادم وسط ، و كذا لو تزوجها على بيت مطلقاً استناداً الى رواية على بن أبي حمزة أو على دار على رواية ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام .

ويدل عليه ما عن على بن أبي حمزة قلت لابي الحسن عليه السلام : « تزوج رجل امرأة على خادم ، فقال : لها وسط من الخدم قال : قلت : على بيت ، قال : وسط من البيوت » و مرسله الاخر عن بعض أصحابنا عنه عليه السلام « في رجل تزوج امرأة على دار ، قال : لها دار وسط » .

وخبر على بن أبي حمزة « سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن رجل زوج ابنة اخيه وأمهرها بيتاً وخداماً ثم مات الرجل ، قال ، يؤخذ المهر من وسط المال ، قلت : و البيت و الخادم ، قال : وسط من الخدم ، قلت : ثلاثين أربعين ديناراً ، والبيت نحو من ذلك ، فقال : هذا - يعني البيت - سبعين ثمانين ديناراً مائة » .

وفي الجواهر بعدها المحكى على مضمونها الشهرة بين الاصحاب ، بل في الخلاف دعوى اجماع الفرقة بعد أن نسبه الى رواية أصحابنا ، بل قال : انه ما اختلفت روايتهم و لا فتاواهم « وفي المبسوط فيما اذا أصدقتها عبداً مجهولاً .

« قد روى أصحابنا أن لها خادماً وسطاً ، و كذلك قالوا في الدار المجهولة وهو الذي نفتى به » وفي موضع آخر منه « لها عبد وسط عندنا وعند جماعة - الى أن قال - : و كذلك اذا قال : تزوجتك على دار مطلقاً ، فعندنا يلزم داراً بين دارين »

وقد تبعه عليه ابناء زهرة والبراج ، بل لعله هو الظاهر من ابن ادريس أيضاً ، بل هو خيرة المصنف في النافع والفاضل في الارشاد انتهى .

ولا يخفى ان الظاهر من هذه الروايات بل الفتاوى عدم التعيين وعدم كون الغرر مضراً فيستفاد منها كفاية مهر مجهول و توجيه الروايات بمثل اما انصراف المطلق الى الفرد الغالب ، وليس هو الا الوسط بخلاف الاعلى والادنى ، بل لا يكاد يتحقق الفرد الاقصى منهما ، واما لانه الجامع بين الحقين ، بل ظاهر النصوص المزبورة عدم الخصوصية بما فيها ، كما ترى فلا بد من الالتزام بعدم تطرق الغرر في المهر وعدم كونه كسائر المعاوضات .

وهذا هو الذي ألبأ المحقق الكركي على طرح هذه الروايات لقصورها سنداً ودلالة ولقد أصر في الجواهر على تمامية الدلالة والسند فان في السند فيها مثل ابن ابي عمير قال واختلاف أفراد الوسط بعد أن اجتزأ الشارع بأى فرد منها كالاجتهاد في مقابلة النص ، اذ الوسط كالمطلق بالنسبة اليها ، نحو اجتزائه في الزكاة ، الى أن قال :

وحديث الغرر مع أنه من طرق العامة انما هو النهي عن بيع الغرر أو ما كان كالبيع في اعتبار المعلوماتية التي لا تكفي فيها المشاهدة ، كالأجرة في الإجارة وحينئذ فيصح جعل المهر « شيئاً » ونحوه ، ويتعين على الزوج أقل ما يتمول ، على أنه ليس في شيء من نصوص المقام اعتبار المعلوماتية فيه انتهى .

﴿ ولتزوجها على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ﴾ ولم يسم مهراً كان مهراً خمس مائة درهم ﴿ وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، بل هو مجمع عليه مع قصدهما عالمين ، بل ظاهر الاصحاب ذلك مطلقاً ، بل في الروضة وغيرها الاجماع عليه ، لاطلاق الادلة وعمومها انتهى .

ويدل عليه خبر أسامة بن حفص قال : « قلت له : رجل يتزوج امرأة ولم يسم لها مهراً وكان في الكلام أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ، فمات عنها

أو أراد ان يدخل بها ، فما لها من المهر ؟ قال : مهر السنة قال : قلت : يقول أهلها : مهور نسائها قال : فقال : هو مهر السنّة . وكلما قلت له شيئاً قال : مهر السنّة « فلا وجه للاشكال في ذلك بعد ما عرفت بأن تزويجها على الكتاب والسنة أعم من جعل المهر مهر السنة ، كما لا يخفى ، اذ كل نكاح مندوب اليه بل جائز فهو على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ .

﴿ ولو سمي للمرأة مهراً ولأبيها ﴾ أو غيره واسطة على عمل مباح أو أجنبي ﴿ شيئاً معيناً لزم ماسمى لها ﴾ بلاخلاف ، بل عن الخلاف الاجماع عليه ﴿ وسقط ماسمى لابيها ﴾ وفي الجواهر بلا خلاف محقق أيضاً ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، انتهى .

ولا يخفى ان ماسمى للاب تارة بنحو التبرع المحض من دون شرط وقرار للاب بل نظره الارفاق والانفاق عليه واخرى مع شرط للزوج ايضاً من نفسه من دون الزام والالتزام من أحد بأن شرط على نفسه دفع شيء على الاب ارفاقاً أو تحبيباً وغير ذلك .

وثالثة قد اشترطت الزوجة زيادة شيء سوى المهر لابيها ورابعة قد اشترط الزوج الاب او غيره ذلك ان يتموا له ذلك الامر وخامسة يجعل الزوج ايضاً للواسطة مطلقاً ذلك بنحو الجعالة دون الشرط اما الاول فلاشكال في انه تبرع محض وكذا الثاني لانه شرط ابتدائي منه بالنسبة الى الاب وان وقع في متن العقد .

واما الثالث اى ما شرطت الزوجة ذلك في متن العقد كانت تقول البنت أنا زوجتك بمهر معلوم بشرط ان تجعل لابي مائة مثلاً عدا المهر والظاهر القوي صحة الشرط ايضاً كالمهر فيجب عليه الوفاء بالشرط بتمامه ولو طلقها قبل الدخول لزم عليه نصف المهر ونمام ما شرط لابيها عملاً بعموم المؤمنون عند شروطهم والرابع كالثالث ايضاً في وجوب الوفاء بالشرط والفرق بينهما ان الثالث شرط للمرأة على الزوج والرابع شرط للزوج على الاب فكان الاب واسطة لرضى البنت على

ذلك ونحوه .

الرابع لو كان بنحو الجعالة بأن قال الزوج لايبيها لو فعلت ذلك الامر لى كان لك عندى كذا ولافرق فى الاخير بين أبيها وبين غير أبيها مما كان واسطة فى امر التزويج بين الرجال والنساء .

[وصحيح الوشاء] عن الرضا عليه السلام « لو أن رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لايبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً ، والذي جعله لايبيها فاسداً» ظاهر فى جعل الزيادة من المهر فيخرج عن البحث فهو دليل للمسألة الثانية لبداهة انه لو كان تبرعاً أو بالشرط لايصح جعله فاسداً .

والثالث والرابع داخلان فى عموم الشروط خلافاً لما حكى عن المشهور والخامس داخل فى الجعالة فيجب على الزوج الوفاء لكل من جعل الوساطة فيه أباً كان او غيره والشهيد فى المسالك جعل مالم يكن فى العقد خارجاً عن النزاع وما فى العقد غير واجب الوفاء .

وقد عرفت ان ما وقع فى العقد تارة من شرط الزوجة واخرى من شرط الزوج على الوساطة وكلاهما داخلان فى عموم أدلة الشروط فكما لو باع شرط خياطة الثوب كذلك زوجت بشرط جعل شىء معين لايبيها او شرط الزوج فى صورة عدم رضاء الزوجة مع الاب ان ترضاها أعطيتك كذا واما ما وقع بنحو الجعالة كقوله من فعل كذا فله كذا فهو داخل فى عموم أدلتها كما سيأتى فى محله ان شاء الله .
وفى المسالك ما لفظه فالبحث يقع فى موضعين :

احدهما ان يكون المشروط لغيرها خارجاً عن المهر وهى المسئلة الاولى بأن يجعل مهرها ألفاً مثلاً فيعقدان على ذلك ويشترطان لايبيها فى نفس العقد شيئاً آخر وقد قطع المصنف والاصحاب بلزوم ما جعل لها وعدم صحة ما جعل لغيرها لصحيفة الوشاء الى ان ساق الصحيفة فقال ولم يخالف فى ذلك احد من الاصحاب الا ابن الجنيدي قال ولايلزم الزوج غير المهر من جعالة جعلها لولى او واسطة ولو

وفى الزوج بذلك تطوعاً كان احوط لقول النبي ﷺ احق الشروط مانكحت به الفروج فان طلقها قبل الدخول لم يكن عليه الا نصف الصداق دون غيره فان كان قد دفع ذلك يرجع عليها بنصف المهر وكل الجعالة على الواسطة .

وقال فى المختلف الوجه ان يقول ان كان قد جعل للواسطة شيئاً على فعل مباح وفعله لزمه ولم يسقط منه شيء بالطلاق لانها جعالة على عمل محلل مطلوب فى نظر العقلاء فكان واجبا بالعقد كغيره وان لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره فى العقد لم يكن عليه شيء سواء طلق اولا وما ذكره جيد الا انه خارج عن محل الفرض لان الكلام فيما يشترط فى العقد ويلزم به بمجرد .

وكذلك كلام ابن الجنييد وانما جعل الوفاء به على وجه الاحتياط رعاية للحديث النبوى واذا دفعه على هذا الوجه لا يملكه القابض بمجرد الدفع فيجوز الرجوع فيه بعده سواء طلق ام لا لكن فرضه مع الطلاق نظر الى فوات المطلوب من النكاح فلم يجد فى الرجوع مخالفة للحديث .

وما ذكره فى المختلف انما يلزم من حيث الجعالة لامن حيث ذكره فى العقد بل ذكره فى العقد بدون لفظ يقتضى الجعالة لغو فهو خارج عن محل الفرض وبتقدير وقوعه بالجعالة على عمل محلل لاشكال فى لزومه بالفعل وعدم الرجوع فيه بالطلاق حيث لا يكون له مدخل فى ذلك انتهى .

قد عرفت ان ما جعل فى العقد ايضاً تارة بنحو الشرط بحيث لولاه لماترضى البنت بالتزويج اولما يفعل الاب ذلك وكان امر تزويجها باختيار الاب وبدونه لا تفعل البنت هذا الامر فإى مانع من شرط ذلك فى العقد مع البنت او الاب واما ما حكاه عن المختلف فهو متين غاية الامر كان خارجاً عن محل البحث لكنه مما يرتبط بالبحث قطعاً .

وفى الجواهر قال والشرط فى العقد انما يلزم اذا كان لمن له العقد، وفرض ذلك على وجه يرجع الى الزوجة - حتى أنه ربما كان السبب فى رضاها بذلك

المهر يخرج عن مفر وض المسألة الذي هو جعل ذلك لايبها على نحو جعل المهر لها ولا ريب في بطلانه بما عرفت ، من غير فرق بين المجمعول لايبها تبرعاً محضاً أو لاجل وساطة وعمل محلل ، ولا بين كون المجمعول مؤثراً في تقليل مهر الزوجة بسبب جعله في العقد وقصدها الزامه به وعدمه ، كما هو مقتضى الصحيح المزبور انتهى .

وفيه ان الشرط بجميع اقسامه يرجع الى الزوجة اما فيما شرط نفسها للزوج فلان وصول نفع لايبها كانه واصل اليها ولولا ذلك لما شرطت للزوج ذلك وليس معنى النفع الواصل الى الشخص خصوص شيء الى خصوصه بل كلما يرجع اليه ولو بوسائط كثيرة فربما كان غرض الزوجة وصول شيء لايبها بحيث يرجع نتيجه اليها ايضاً .

واما ما شرط الزوج للاب او للواسطة فهو سبب بحصول التزويج الذي اقوى نفع للمرأة والفرض انه لا يرتبط بالمهر اصلاً لان فرض خروجها عن المهر واما الصحيح فقد عرفت ان الظاهر منه هو كون الزيادة داخلاً في المهر وذلك لما عرفت من خروج الزيادة عن الاقسام المذكورة والجميع خارج عن الفساد فالفساد غيرها وهو ما اذا كانت مرتبطة بالمهر ولو بالواسطة .

اما المسألة الثانية ﴿ و ﴾ هي ﴿ لو أمهرها مهراً و شرط أن يعطى أبها منه شيئاً معيناً ﴾ وفي الجواهر فان المشهور كما في المسالك وغيرها على البطلان ايضاً بل لم يعرف فيه خلاف الا ما يظهر من المحكى عن أبي علي ، وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله : ﴿ قيل : يصح المهر ويلزم الشرط بخلاف الاول ﴾ .

ولا يخفى صحة ما عن أبي علي وقوته جد العموم المؤمنون وعدم كون الشرط مخالفاً لشيء من الكتاب والسنة والمخالف ما كان الشرط جعل مهرها خمراً او خنزيراً ونحو ذلك ولا اجبار في البين لامن الشارط ولا من المشروط عليها بل ربما جعل المهر كثيراً بمقدار يبذلها لايبها بحيث لولا ذلك لما جعل لها هذا المهر

فيصح المهر ويلزم عليها الوفاء به والمنع في الصحيح ناظر الى عدم الشرط وحينئذ كان الجميع للزوجة .

والحاصل لاشكال في جعل مقدار من المهر لابيها اختيارا والقول بان الزوجة مسلط على مهرها فلا يصح جعله بالشرط للغير في غير محله فان معنى الشرط الاختيارى في قوة خروج هذا المقدار عن مهرها فكانه من اول الامر كان بدون المشروط اذ الفرض انه ليس ذلك بنحو الاجبار والاكراه فالزوجة مختارة في قبولها وعدمه فلو قبلت فكانها رضيت بهذا المقدار من المهر بدون الشرط فلا اشكال في دخوله تحت ادلة الشروط فضلا عن الربيب ولا فرق بين كون هذا الشرط من البنت او الزوج او الاب ويكون شرطاً في العقد ويكون للمشرط له كما لا اشكال في المسألة الاولى باقسامها .

فحاصل المسألتين انه لو شرط شيئاً زائداً عن المهر او منه بالشرط لزم الوفاء به والممنوع جعل مقدار للزوج بدون الشروط ﴿و﴾ على كل حال فبإسناداً على اعتبار المعلومية ﴿لا بد من تعيين المهر بما يرفع الجهالة﴾ .

قال في المسالك من جملة المفسدات للمهر جهالته فمتى عقد على مجهول كدابة وتعليم سورة غير معينة بطل المسمى لان الصداق وان لم يكن عوضاً في اصله الا انه مع ذكره في العقد يجرى عليه احكام المعاوضات والجهالة من مواضع صحتها فيثبت مهر المثل مع الدخول والمتعة مع الطلاق كالمفوضة لا بمجرد العقد لان فساد المهر باعتبار الجهل به الموجب لتعذر تقويمه صير العقد كالحالى عن المهر فلا يثبت مهر المثل بمجرد العقد كما صرح به المصنف وغيره وفهم خلاف ذلك وهم انتهى فاللازم هو العلم بالمهر بمقداره ونوعه وصنفيه لكن لا بمثل ما ذكره في العلم بالثمن والمثمن في البيع بل بمقدار ترفع الجهالة بالرؤية او المشاهدة .

وعلى ذلك يشترط الرؤية في المهر لو كان بمثل قطعة من الذهب او الفضة او النحاس او قطعة غنم ونحو ذلك ويكفى علمها بان مهرها مقدار من الذهب وذلك كاف في ذلك المقام .

قال في المسالك بل يكفي مشاهدته عن اعتباره بالكيل والوزن والعدوان كان الاصل فيه الاعتبار باحدها لزوال معظم الغرر بالمشاهدة واغتفار الباقي في هذه المعاوضة ولان الله تعالى سماه نحلة وهي العطية ومن شأنها تحمل مثل هذا الغرر ازيد ولعموم الاخبار الدالة على جواز جعل المهر مراضى به الزوجان الشامل لذلك وقول الكاظم (ع) كان الرجل يتزوج على عهد رسول الله ﷺ على القبضة من الحنطة ثم ان قبضته ولم ينوقف الامر على العلم بقدره او علمه بعد ذلك فلا كلام وان استمر مجهولاً .

واحتيج الى معرفته لتلغه قبل التسليم او بعده وقد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه فالوجه الرجوع الى الصلح اذ لا طريق غيره واحتمال وجوب مهر المثل كما ذكره بعضهم لا يوافق مذهبنا من ان ضمان المهر ضمان يدل لاضمان معاوضة ومن ثم كان التلف قبل القبض يوجب الرجوع الى القيمة نعم هو مذهب العامة وليس هذا كما تزوجها على مهر مجهول ابتداء ومن ثم صح في الابتداء بخلاف المجهول وسيأتي تحقيقه انتهى .

نعم لو كان المهر من جنس النقود فيكفي العلم بمقداره مثلاً كان مائة تومان ولا يلزم العلم بانه من الذهب او الفضة او القرطاس او النحاس بعد العلم بان الكل بمقدار واحد ﴿فلو اصدقها تعليم سورة وجب تعيينها﴾ رفعا للجهاالة ضرورة فان السورة تارة تقع بمثل التوحيد واخرى بالبقرة وهكذا فيكون اختلاف افرادها اختلافاً شديداً .

﴿و﴾ حينئذ ﴿لموأبهم فسد المهر، و كان لها مع الدخول﴾ لا بدونه ﴿مهر المثل﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك كما في الجواهر ولكن ينافيه خبر سهل الساعدي المتقدم من تزويج المرأة .

قال فيه قد يشكل أصل الحكم بما سمعت ، بل قد تقدم ما في خبر سهل الساعدي من تزويج النبي ﷺ اياه على ما يحسنه من القرآن الذي استدل به في الرياض على

اغتفار مثل هذه الجهالة في المهر، كما أنه قد يشكل ما ذكره غير واحد من وجوب المتعة في الفرض لو طلق قبل الدخول، بعد صدق التفويض عليه بناء على أنه ذكر المهر في العقد، اللهم الا أن يقال ان الفاسد بحكم العدم، وستسمع ان شاء الله .

﴿وهل يجب تعيين الحرف﴾ وفي المسالك المراد بالحرف القراءة المخصوصة كقراءة عاصم وغيره ووجه وجوب التعيين اختلاف القراءات في السهولة والصعوبة على اللسان والذهن والاقوى ما اختاره المصنف من عدم وجوب التعيين ويجتزى بتلقينها الجائز منها سواء كان احدى القراءات المتواترة ام الملفق منها لان ذلك كله جائز انزله الله تعالى والتفاوت بينها مغتفر والنبي ﷺ لما زوج المرأة من سهل الساعدي على ما يحسن من القرآن لم يعين له الحرف مع ان التعدد كان موجوداً من يومئذ واختلاف القراءة على السنة العرب اصعب منه على السنة المولدين .

ووجه تسمية القراءة بالحرف ما روى ان النبي ﷺ قال نزل القرآن على سبعة احرف وفسرها بعضهم بالقراءات وليس بجيد لان القراءة المتواترة لا تنحصر في السبعة بل ولا في العشرة كما حقق في موضعه وانما اقتصر على السبعة تبعاً لابن مجاهد حيث اقتصر عليها تبركا بالحديث وفي اخبارنا ان السبعة احرف ليست هي القراءة بل هي انواع التركيب من الامر والنهي والقصص وغيرها ثم ان لم نوجب التعيين كان التخيير اليه لان الواجب في ذمته امر كلي وتعيينه موكول اليه كغيره من الدين الكلي انتهى .

﴿قيل﴾ والقائل بعض الاصحاب : ﴿نعم﴾ يجب ذلك مع فرض عدم فرد ينصرف اليه الاطلاق ، لشدة اختلافها وتفاوت اغراض فيها .

﴿وقيل﴾ والقائل الاكثر كما عن كشف اللثام : ﴿لا﴾ يجب للاصل وعدم تعيين النبي ﷺ ذلك على سهل مع أن التعدد كان موجوداً في ذلك الزمان واغتفار هذه الجهالة بعد فرض جواز الجميع .

وحيثند ﴿فيلقنها الجائز﴾ منها ، سواء كان احدى السبع أو الملقق منها ، بل فى المسالك أن المتواترة لا تنحصر فى السبع ، بل ولا فى العشر كما حقق فى محله ﴿وهو أشبه﴾ باطلاق الأدلة وعمومها .

﴿ولو أمرته بتلقين غيرها﴾ أى غير القراءة المعينة لو كانت أو غير القراءة التى اختارها وفاء لما وجب عليه ﴿لم يلزمه﴾ اجابتها ﴿لان الشرط لم يتناولها﴾ كى يجب عليه امتثالها ، كما هو واضح .

قال فى المسالك ضمير غيرها يرجع الى الحرف لتضمنه معنى القراءة المخصوصة او الى الجائز منها لانه فى معنى القراءة الجائزة وكلامها مؤنث والمراد انه مع تعيين القراءة المخصوصة او الاطلاق وحملناه على الجائزة لو طلبت منه غير ما عين شرعا اما لكونه قد اختاره او شرطه او اراد تعليمها الجائز وهو المتواتر فارادت غيره لم يلزم اجابتها بل يعلمها ماشاء من الجائز او الحرف المعين حيث يتعين لان الشرط لم يتناول ما طلبته واراد بالشرط ما اقتضاه الشرع من شرط التعليم سواء كان ذلك من جهة التعيين ام الاطلاق انتهى .

﴿ولو أصدقها تعليم صنعة لا يحسنها أو تعليم سورة﴾ كذلك ﴿جاز لانه ثابت فى الذمة﴾ سواء أصدقها التعليم مطلقا بنفسه أو بغيره أو التعليم بنفسه .

وفى المسالك اشار بقوله لانه ثابت فى الذمة الى تعليل جواز اصدقا ما لا يحسنه من الصنعة او القراءة فان المعتبر فيه كونه معينا فى حد ذاته مقدورا عليه عادة سواء امكنه تحصيله بنفسه ام بغيره كما لو اصدقها ما لا يملكه فانه يثبت فى ذمته ويلزمه تحصيله حيث تطالبه به كيفما اتفق فعلى هذا ان امكنه التوصل الى تعليمها الصنعة والسورة بغيره وجب وان تعذر كان عليه اجرة مثل ذلك العمل لانه قيمة المهر حيث تعذر عينه .

وهل يعتبر فى المعلم لها غيره المحرمة وجهان من استلزامه سماع صوت الاجنبى المحرم ونظره كذلك ومن تقيده بخوف الفتنة واستثناء نظر يمكن معه التعليم وقد تقدم بحثه فى بابه خصوصا تعليم القرآن اذا كان واجبا فانه مستثنى

للضرورة ولا اشكال لو امكن من وراء حجاب ولو توقفت تعليمها على تعلمه ففي وجوبه وجهان من انه تكسب لوفاء الدين ومن توقف الواجب عليه نعم لو شرط تعليمها بنفسه فلا اشكال في الوجوب

﴿ولو تعذر﴾ عليه ﴿التوصل﴾ الى تعليمها بنفسه وغيره ، بل في القواعد اوتعلمت من غيره ﴿كان عليه اجرة﴾ مثل ذلك ﴿التعليم﴾ لانها قيمة المهر ﴿ولو اصدقها ظرفاً﴾ مخصوصاً ﴿على أنه خل﴾ مثلاً ﴿فبان خمراً﴾ فلا خلاف في صحة العقد ، بل في جامع المقاصد وغيره هو كذلك قولاً واحداً انما الكلام في المهر ﴿قبيل﴾ والقائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه وخلافه ﴿كان لها قيمة الخمر عند مستحليه﴾ لانها اقرب شيء اليه عند التعذر

﴿ولو قيل كان لها مثل الخل كان حسناً﴾ وفي الجواهر بل هو المحكى عن ابني الجنيد وادريس والفاضل في المختلف لانهما عقداً على الخل بهذا القدر وظناه خلا فاذا ظهر خمراً لزم مثله اذ هو مثلى فات فيلزم مثله الذي هو اقرب الاشياء اليه انتهى هو متين

واستدل عليه في المسالك بقوله لان تراضيهما وقع على الجزئي المعين الذي يظنان كونه خلا وهو يستلزم الرضا بالخل الكلي مهراً لان الجزئي يستلزم الكلي فالرضاء به يستلزم الرضاء به فاذا فات الجزئي بعدم صلاحيته للملك بقى الكلي لانه احد الامرين اللذين وقع التراضي بهما ولانه اقرب الى المعقود عليه لانه مثله وهو خيرة ابن الجنيد ايضاً وابن ادريس والعلامة في المختلف انتهى
وهنا قولان آخران احدهما مهر المثل والثاني قيمة الخمر عند مستحليه وكلاهما كما ترى

﴿وكذا﴾ الكلام فيما ﴿لو تزوجها على﴾ ان يكون مهرها ﴿عبد﴾ معين ﴿فبان حراً او مستحقاً﴾ للغير فكان عليه مثل هذا الحر عبداً او قيمة هذا الحر لو فرض كونه عبداً كما انه لو فرض عبد للغير فقوم وبأخذ من الزوج قيمته

﴿وإذا تزوجها بمهر سراً وبآخر جهراً كان لها الاول﴾ سواء كان هو الزائد أو الناقص وفي الجواهر بلاخلاف ولا اشكال اذا كان قد أوقع العقد معها بمهر معين سراً ضرورة كون الثاني لغواً فلا يفيد شيئاً وبدل عليه [خبر زرارة] في «رجل أسر صداقا وأعلن أكثر منه فقال هو الذي أسر وكان عليه النكاح

﴿والمهر مضمون على الزوج﴾ حتى يسلمه الى الزوجة عينا كان او ديناً او منفعة أو عملاً بلاخلاف ولا أشكال والاشكال في ان ضمانه ضمان المعاوضة حتى يترتب عليه بعد تلف المهر وجوب مهر المثل لا المسمى ولا المثل في المثل والقيمة في القيمي او ضمان يدكى يكون عليه المثل او القيمة والظاهر هو الثاني من غير فرق بين الضمانين .

لذا لم يتعرضوا الاكثر لكون الضمان في المقام ضمان المعاوضة او اليد وذلك لانه قبل تلف العين كان العين على الذمة كما في المعاوضة فانه بمجرد البيع خرج المال عن ملك البايع ودخل في ملك المشتري وبالعكس في الثمن فيجب على كل منهما رد عين المال الى صاحبه ولذلك يعبر عنه بضمان المعاملة وكذا المهر فانه مادام نفسه باقيا كان هو في الذمة وبعده كان المثل او القيمة فلا فرق بينهما حينئذ ولا يكون التلف موجبا لابطال المسمى كى يرجع الى مهر المثل قال في المسالك بعد العبارة ما لفظه لا اشكال في كون المهر مضمونا على الزوج الى ان يسلمه الى الزوجة ولكن جهة الضمان مختلفة فان من المال ما يضمن ضمان معاوضة كالمبيع في يد البايع والثمن في يد المشتري قبل التسليم ومنه ما يضمن ضمان يد كالمستعار المضمون والمقبوض بالسوم وفي النكاح شبه من الامرين فمن حيث انه عوض كما يظهر من قوله تعالى وآتوهن اجورهن وقولهم زوجتك بكذا كقوله بعتك بكذا ولانها تتمكن من رده بالعيب وتحبس نفسها لتستوفيه وهما من احكام الاعراض يناسب القول الاول ومن حيث جواز اعراء النكاح عنه وعدم انفساخ النكاح بتلفه ولا برده ولا يسقط بمنعها نفسها الى موتها ويطلق عليه اسم

النحلة كما قال تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة يناسب القول الثاني .
 والمعروف من مذهب الاصحاب هو الثاني واليه أشار المصنف بقوله في
 قول مشهور لنا ونبه بنسبته الى القول على عدم تعيينه واحتمال القول الاخر ويتفرع
 على الوجهين مسائل كثيرة .

منها ما ذكره هنا من تلف المهر قبل تسليمه الى الزوجة فعلى المشهورين
 الاصحاب يكون مضموناً على الزوج بالمثل أو القيمة كغيره من الاموال المضمونة
 ضمان اليد .

وعلى الاول يجب مهر المثل كما لو تلف احد العوضين فسي البيع قبل
 القبض فان البيع يفسخ ويجب مثل المبيع او قيمته ولا سبيل هنا الى فساد اصل
 النكاح لان الصداق ليس ركناً فيه كما مر وقد أطلق الاصحاب هنا ضمان المهر
 التالف بمثله او قيمته من غير ان ينقلوا وجوب مهر المثل قولاً أو وجهاً قال الشيخ
 في المبسوط بعد نقل القولين عن العامة والذي يقتضيه مذهبنا في كل مهر معين
 اذا تلف فانه يجب قيمته ولا يجب مهر المثل ولكن العلامة أوجب مهر المثل في
 مواضع نزل فيها المهر منزلة التالف انتهى .

ونظيرها في الجواهر قال انما الكلام في أنه هل هو ضمان معاوضة لقوله تعالى
 « وآتوهن اجورهن » واطلاق اسم الثمن عليه ، والتعبير بلفظ المعاوضة في نحو
 « زوجتك بكذا » وجواز عدم التمكين قبل القبض ، ورده بالعيب كما ستعرف ، ونحو
 ذلك ، أو ضمان يد كالعارية المضمونة والقبوض بالسوم ونحوهما لتسميته نحلة ،
 وجواز خلو العقد عنه ، وعدم انفساخه بتلفه ، وعدم سقوطه بامتناعها من التمكين
 الى الموت ، ونحو ذلك المعروف عندنا الثاني .

بل لم أجد الاول قولاً لاحد من أصحابنا ، وانما هو لبعض العامة ، اذ لو
 كان ضمان معاوضة لاقتضى تبعض العقد ، ضرورة عدم انفساخه بتلفه ، الذي هو
 ليس بأولى من عدمه من أول الامر ، وانما يفسخ بالنسبة اليه خاصة ، وهو تبعض

للعقد من غير دليل شرعى ، فليس هو حينئذ ضمان معاوضة انتهى .
ولا يخفى ان ضمان اليد فيما اخذت اليد شيئا من احد كالعاصب والقاهر والعارية
المضمونة والمقبوض بالسوم ونحوها بخلاف المقام فلا اخذ الزوج شيئا من الزوجة
كى يكون عليه ضمانه بخلاف ضمان المعاوضة فان الزوجة عاوضت بضعها بالمهر
المعين فيكون المهر عوضا عنه وتسميته بحلة ان لم تدل على المعاوضة من حيث انه
نحلة من الزوج وهبة وهبها اياها فى مقابل بضعها لم تدل على ضمان اليد فان الظاهر
من النحلة هو الاعطاء والهبة .

وقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة اى هبة .
والهبة اعطاء مجانى او مع العوض وهى اجنبية عن اليد وجواز خلو العقد
عنه بحسب الروايات محل كلام ومن بعضها يستفاد البطلان بدون المهر كالمشتملة
على هبة المرأة نفسها للرجل واختصاص ذلك بالنبي ﷺ دون غيره ومن بعضها يظهر
الصحة وانه لو لم يسم لها مهر كان لها مهر المثل وعلى فرض جواز لا يدل على عدم
كونه معاوضة وعدم انفساخه بتلفه لا يدل على ضمان اليد .

وقياسه بالبيع حيث انفسخ بتلف المبيع قبل القبض مع بطلانه مع الفارق
اذفى البيع ارتفع بالتلف موضوع العقد فلا شىء باقيا كى يكون العوض متعلقا
به فان التلف يكشف عن بطلان البيع من اول الامر ومن الاصل لامن حين الفسخ
كما عرفت فى المجلد الثالث والعشرين ص ١٧٣ بخلاف المقام فان اركانه بحاله
وانما تلف العوض و كان على الزوج مثله او قيمته و عدم سقوطه بامتناعها من
التمكين .

ففيه ان امتناعها غير ثابت بل لا يجوز لها الامتناع من التمكين كما سياتى
وقوله اذلو كان ضمان معاوضة الخ فيه اولالا فرق فيه بين الضمانين فى ذلك وثانيا
التبويض فيما تلف بعض المبيع او بعض الثمن او ظهر البضع من احدهما مستحقا
للغير فيوجب تبويض الثمن او المثل فى البيع .

واما لو تلف احدهما فان كان قبل القبض فينفسخ من الاصل كما امر او من الحين كما على المشهور وان كان بعده فيوجب المثل او القيمة في ايهما كان فكل من القياس «المقيس عليه خارجان عن مسألة تبويض العقد» .

والحاصل او الاصل قياس المقام بالبيع باطل من حيث ان النكاح شبيه بالبيع في الجملة فان احكامه مع احكام البيع متخالفان وثانيا فان كنت لا بد من القياس ففس تلف العوض على تلف احد العوضين في البيع ومن المعلوم انه لو تلف احد العوضين قبل القبض انفسخ البيع وهو غير ممكن في المقام فلا يربط للمسالة بتبويض العقد ولا بانفساخه فلا وجه لمهر المثل بعد ما كان في العقد هو المسمى فلا يبطل العوض بالتلف اصلا ولا يتبويض العقد ابدأ بل انما تلف في يد الزوج مال الزوجة فيكون كما لو تلف الثمن عند المشتري بعد القبض فكما انه كان على المشتري خروجه عن عهدة ضمانه مثلها فمثل قيميا فقيمي .

فكذلك في المقام وهو مقتضى تلف كل مال عند الغير كان في المعاوضة او فيما اخذ من الغير غصبا وقهراً واعارة ونحوها فعلى كل متلف هو مثل ما تلف او قيمته ثمنا كان او مهرا او اعارة فقاعدة مهر السثل غير جار في المقام من غير فرق بين نحوى الضمان فالعقد بحاله من دون ابطال او تبويض فمع عدم الفرق بين نحوى الضمانين كان الواجب هو المثل او القيمة مطلقا .

وفي الحدائق أيضاً بعد نقل القولين ونقل الثمرتين قال وبالجملة ان المسئلة كما عرفت عارية عن النص وليس الاهدان الوجهان الاعتباريان المتضادان ولا ترجيح لاحدهما على الاخر الا بالشهرة المدعاة في الثاني وفرعوا على الوجهين المذكورين فروعاً منها ما نحن فيه من تلف المهر في يد الزوج قبل تسليمه اذا كان التلف من جهته أو من جهة الله .

فعلى الوجه الاول يجب مهر المثل لانه ينفسخ المهر فيرجع الى مهر المثل كما انه اذا تلف احد العوضين فسي البيع قبل القبض انفسخ البيع وانما جعل

الانفاسخ في البيع دون النكاح لان العوضين مسن ار كان البيع بخلاف المهر فانه ليس بركن في عقد النكاح فانما ار كانه الزوجان فلا يبطل النكاح هو انه قبل القبض ومعنى كونه مضموناً عليه هو ان فواته من ماله فيكون في حكم مالولم يذكر بالكلية ويرجع الى مهر المثل ويكون هو الواجب كما لولم يذكر المهر بالكلية. وعلى الوجه الثاني يكون مضموناً على الزوج بالمثل ان كان مثلياً او القيمة ان كان قيمياً كغيره من الاموال المضمونة ضمان يد مما تقدم ذكره ونحوه وأكثر اصحاب انما ذكروا في هذا المقام الضمان على هذا الوجه من غير ان ينقلوا قولاً بوجود مهر المثل او يذكروه احتمالاً في المسئلة .

و الظاهر ان القول بمهر المثل انما هو للعادة وان ذكره بعض متأخري اصحابنا وجهاً واحتمالاً في المسئلة كما يشير اليه كلام الشيخ في المبسوط حيث قال بعد نقل القولين عن العامة والذي يقتضيه مذهبنا في كل مهر معين اذا تلف فانه تجب قيمته ولا يجب مهر المثل لايق ان الظاهر كلام العلامة ينافي ذلك حيث انه اوجب مهر المثل في مواضع نزل فيها المهر منزلة التالف .

ومن جعلتها ما لو تزوجها على ظرف خلّ فظهر خمراً وما لو تزوج المسلم على خمرا او خنزير عالماً بالحال فان حكمه بمهر المثل هنا انما يتم على تقدير ضمان المعاوضة لاضمان اليدمن حيث ان هذا في حكم التلف مع انه لايقول بضمان المعاوضة في التلف الحقيقي .

لانا نقول ان موضع البحث في البناء على ضمان المعاوضة او ضمان اليد انما هو بالنسبة الى عروض التلف بعد الحكم بالصحة كما في ما نحن فيه لانه بعد صحة المهر عرض له البطلان بالتلف اما مع فساد المهر ابتداء من اول الامر فلا اشكال في وجوب مهر المثل والمواضع التي نقلناها عن العلامة انما هي من قبيل الثاني لا الاول وبذلك صرح الشيخ في المبسوط أيضاً حيث قال عقيب ما تقدم نقله عنه .

واما المهر اذا كان فاسداً فانه يوجب مهر المثل بلا شك والعلامة انما ذكر مهر المثل بناء على ان المهر المذكور فاسد من أصله ولذلك ذكر مهر المثل انتهى . وبالجملة التلف ليس من موارد فساد المهر او لا وليس كل فساد موجباً لمهر المثل ثانياً بل الفساد من الاصل لا بعد الصحة كما فى المقام .

وحينئذ ﴿ف﴾ فى الفرض ﴿لو تلف قبل تسليمه﴾ بفعل المرأة برىء وكان الاتلاف منها كالقبض ، و ان تلف بفعل أجنبي تخيرت بين الرجوع على الاجنبى أو الزوج وان كان لو رجعت على الزوج رجوع هو به على الاجنبى ، وان تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد ﴿كان ضامناً له﴾ .

وفى الجواهر بمثله ان كان مثلياً ، و ﴿بقيمته﴾ ان كان قيمياً ، وهو صريح فى كون تلف المهر كسائر ما يتلف يجب على التالف خروجه عن عهدة المهر مثلياً أو قيمياً فعليه لافرق بين نحو الضمانين .

والاقوى اعتبار قيمته ﴿وقت تلفه﴾ و ان طالبت به فمنعه لا لعذر كما فى نظائره ﴿على قول مشهور لنا﴾ .

وفى الجواهر لانه وقت الانتقال اليها ، وأما القول بضمان أعلى القيم من حين العقد الى حين التلف أو من حين المطالبة به ان كانت اليه فقد عرفت فساده فى نظائر المسألة فى محالها ، نعم لو كان نقصان القيمة لنقصان فى العين ولو السمن لا لتفاوت السوق ففى احتمال ضمان ذلك الفائت قوة كما ذكرناه فى محله، ويأتى ان شاء الله فى الغصب له تنمة انتهى .

قال فى الحدائق بقى الكلام فى انه على تقدير الضمان بالقيمة اذا كان قيمياً فالاعتبار بأى القيم هل هى قيمته وقت التلف او أعلى القيم من حين العقد الى حين التلف او الاعلى من حين المطالبة الى وقت التلف فيما اذا طالبت وامتنع من التسليم أقوال :

للاول ان العين ما دامت موجودة لاتجب القيمة قطعاً وانما ينتقل اليها مع

تلف العين فيكون المعترف فيها وقت الانتقال اليها ولا ينافي ذلك كون العين مضمونة عليه حينئذ لان معنى ضمانها انما هو بمعنى انها لو تلفت لوجب الانتقال الى البديل وهذا القول هو الذي صرح به المحقق فسي الشرايع والعلامة في د قال فسي المسالك وهو الاقوى وفي القواعد اقتصر على القولين الاولين من غير ترجيح لشيء منهما .

والظاهر انه المشهور كما تقدم في كتاب البيع وعلل الثاني بانه مضمون في جميع الاوقات ومن جعلتها ضمان علو القيمة خصوصاً مع مطالبتها بالتسليم وامتناعه لانه يصير حينئذ غاصباً فيؤخذ باشق الاحوال وجوابه يعلم مما ذكر في تعليق القول الاول وبيانه ان ما ذكره من كونه مضموناً في جميع الاوقات ليس الا بمعنى انه لو تلف لوجب الانتقال الى البديل كما عرفت والتعدي بالمنع بعد المطالبة وعدم التسليم غاية ما يوجبه الاثم لا الزيادة في القدر الذي قام الدليل على ضمانه ومنه يعلم الجواب عن الثالث انتهى موضع الحاجة .

وقد مرّ تحقيقه في المجلد الثاني والعشرين ص ١٩٦ فراجع وعرفت هناك ان لازم القول بضمان يوم التلف عدم الضمان اذا حفظ الغاصب العين الى آخر عمره فلا يكون ضامناً لقيمتها لبقائها بل لم يتلف عند وارثه ولا يبعد قوة القول بضمان يوم الغصب فانه يوم قد قطع يد المالك عن ملكه فيكون ضامناً لقيمتها في هذا اليوم .

فان قلت فيمكن ارتفاع القيمة بعد هذا اليوم .

قلت يمكن للمالك أيضاً بيعه في يوم الغصب لو لم يغصب فلا يكون ارتفاع

القيمة دليلاً لكونه ضامناً لما بعده .

قال فسي المسالك اذا تقرر ذلك فنقول اذا اثبت على الزوج ضمان المهر

بالقيمة بسبب تلفه قبل التسليم ما الذي يعتبر من قيمته الذي ذكره المصنف اعتبار

وقت تلفه كما هو المعتبر في ضمان اليد وجهه ان العين ما دامت موجودة لا يجب القيمة قطعاً .

و انما ينتقل اليها مع تلف العين فيكون المعتبر فيها وقت الانتقال اليها ولا ينافي ذلك كون العين مضمونة عليه حينئذ لان معنى ضمانها انها بحيث لو تلفت وجب الانتقال الى البدل وهذا هو الاقوى وقيل يعتبر اعلى القيم من حين العقد الى حين التلف لانه مضمون في جميع هذه الاوقات و من جعلتها زمان علو القيمة خصوصاً مع مطالبتها بالتسليم ومنعها لانه حينئذ يصير غاصباً فيؤخذ بأشق الاحوال وقال الشيخ في المبسوط انه مع المطالبة يلزمه الاعلى من حين المطالبة الى وقت التلف لانه غاصب و قد ظهر من تعليل الاول جواب الثاني والتعدى بعدم التسليم لا يوجب ضماناً زائداً على ما دل عليه الدليل وان اوجب الاثم انتهى .

قد عرفت في محله بما لا مزيد عليه ما هو الحق من الاقوال وبالجملة يوم التلف اضعف الاقوال واقواه يوم الغصب وبعده اعلى القيم ايضاً يوم الغصب يوم قد ارتفع سلطنة المالك عن ملكه بحيث لو كان في يده لتمكن من جميع ما اراده من العين فكان الغاصب قد اتلفه .

وفي الجواهر بعد قول المسالك قال قلت : قد عرفت أنه ليس محل بحث ولا اشكال عندنا لما يناسب المصنف التوقف فيه ، وأما القول بالضمان يوم التلف فهو ان لم يكن المشهور فهو قول مشهور لنا ، وقوته ظاهرة كما حرر في محله .

﴿ و لو وجدت به عيباً ﴾ سابقاً ﴿ كان لهارده بالعيب ﴾ ، والرجوع الى قيمته بناء على ضمان اليد ، ولها امساكه بالارش ، لان العقد انما وقع على التسليم فاذا لم تجده كذلك أخذت عوض الفأنت ، وهو الارش ، كذا ذكره بلاخلاف فيه .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو عاب بعد العقد قيل ﴾ والقائل الشيخ فسي محكى الخلاف وموضع من المبسوط والقاضى فى محكى المذهب : ﴿ كانت بالخيار ﴾ أيضاً ﴿ فى أخذه ﴾ مع الارش ، لكونه مضموناً عليه ضمان يد ﴿ أو أخذ القيمة ﴾ بعد

رده ، لان العقد وقع عليه سليماً فاذا تعيَّب كان له رده ، ﴿ ولو قيل : ليس لها القيمة ﴾ لاصالة لزوم ملكها له ﴿ و ﴾ انما ﴿ لها عينه وأرشه ﴾ لكونه مضموناً ضمان يد ﴿ كان حسناً ﴾ بل في القواعد أنه الاقرب ، وهو كذلك .
قال في الحدائق لو ظهر الصداق معيباً فلا يخلو اما ان يكون العيب كان قبل العقد ولكن لم تعلم به الزوجة .

والحكم فيه عند الاصحاب ان لهارده بالعيب والرجوع الى قيمته ولها امساكه بالارش لان العقد انما وقع على السليم فاذا لم يجده كذلك اخذت عوض الفاتت وهو الارش ولم ينقلوا فيها خلافاً واما ان يكون بعد العقد وقبل التسليم فالذى صرح به الشيخ في المبسوط على ما نقل عنه انها تتخير بين اخذه بالارش ورده فتأخذ القيمة كما لو تلف لانه مضمون عليه وقد وقع العقد عليه سليماً فاذا تعيَّب كان لها رده والمشهور في كلام المتأخرين ان الذى لها في هذه الصورة ارش النقصان من غير رد انتهى .

﴿ ولها أن تمتنع ﴾ قبل الدخول بها ﴿ من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها ﴾ و في الجواهر اتفاقاً ، كما في كشف اللثام وغيره ، لان النكاح مع الاصداد معاوضة بالنسبة الى ذلك ، لاتحاده معها في الكيفية المقتضية أن لكل من المتعاضين الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض الى ان قال :
وللحرج والعسر والضرر والظلم عليها ان لم يكن لها الامتناع ، لان للبضع عوضاً بالاجماع ، كان النكاح معاوضة أولا ولاستفاضة الاخبار ، بأن ما يعطيها الزوج تتمكنه من الدخول به استحل فرجها انتهى .

ولا يخفى ظهور العبارات في كون ضمان المهر من ضمان المعاوضة لاضمان اليد خلافاً لهم لما مر منهم فعليه كان النكاح بمنزلة المعاملة ، و المعاوضة بل عينها فكما ، في المعاوضة مثل البيع كان الامتناع من رد الثمن حتى يأخذ بالمبيع .

فكذلك فى المقام حيث ان المهر عوض عن بضعه فلها الممانعة عن الدخول حتى تأخذها .

وفى المسالك بعد العبارة وذكر مقدمات مثل كون المهر معاوضة فى العقد وأنه لكل من المتعاضين الامتناع من التسليم حتى يسلمه الاخر وانه مع قبض احدهما بالاذن يسقط حق القابض من الامساك وانه ان الوطاء فى النكاح هو القبض وان المهر يجب جميعه بالعقد الى آخر عبارته التى جعل الصور ثمانون صورة قال :
و خلاصة القول فيها ان الزوجة ان كانت كاملة صالحة للاستمتاع ولم يكن قد دخل بها الزوج والمهر حال وهو موسر فلها الامتناع من التمكين حتى تقبض مهرها بتمامه اتفاقا لابعنى وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر اولا بل اما بذلك او بتقابضهما معاً بان يؤمر الزوج بوضع الصداق فى يد من يتفقان عليه او يد عدل و يؤمر بالتمكين فاذا تمكنت يسلم العدل الصداق اليها وهذا فى الحقيقة فى معنى اقباض المهر اولا الا ان ما يخافه الزوج من فواته بوصوله اليها يستدرك بوضعه على يد العدل فيصير فى معنى التقابض معا حيث ان القابض نائب عنهما وانما اعتبر ذلك لما تقرر فى المقدمة الاولى ان فى النكاح معنى المعاوضة وفى الثانية من ان لكل من المتعاضين الامتناع من الاقباض ، حتى يقبض الاخر و طريق الجمع ما ذكر .

وفى المسئلة وجهان آخران احديهما انه يجبر الزوج على تسليم الصداق اولا فاذا سلم سلمت نفسها و الفرق بينهما ان فأت المال يستدرك وفأت البضع لا يستدرك .

و الثانى انه لا يجبر واحد منهما ولكن اذا بادر احدهما الى التسليم اجبر الاخر على تسليم ما عنده واصحهما الاول لما فيه من الجمع بين الحقين وبه يحصل الجواب عن الوجه الثانى .

وفى الثالث انه قد يؤدى الى بقاء النزاع بعدم بدائة احدهما ولا بد من نصب

طريق شرعى يحسم مادته وهذه الاوجه قدمضى مثلها فى البيع انتهى .
ولا يخفى ما فى هذه العبارات التى يقبح نسبتها الى الشارع مثل ان يجعل
ليلة الزفاف الصداق ، فى يد عدل ثم يأمر هذا العدل الاجنبى المرثية بالتمكين
من زوجها .

قال فى الحدائق بعد نقل الاخبار الدالة على الوقوف عند الشبهة وعدم
المبادرة فى الفتوى ما لفظه .

وحينئذ فكيف يمكن التجاسر على الحكم لها بالامتناع من تسليم نفسها بعد
ملك الزوج للبضع بالعقد و انه هو الناقل له والمبيح للزوج التصرف فيه بمجرد
هذا التخريج الشارد والتكلف البارد وغاية ما يمكن ان يقال فيه انه محتمل لذلك
لانه دليل شرعى يصح تأسيس الاحكام الشرعية به وترتيبها عليها ولو صح الاعتماد
على مثل هذه التخريجات فى الاحكام الشرعية لاتسع المجال وعظم الاشكال سيما
مع ما عرفت من استفادة الايات والروايات بالنهاى عن القول والفتوى بغير علم
قطعى ويقين شرعى كما عرفت .

واما ثانيا فان ما استند اليه من رواية ابي بصير وان المعنى انه لا يحل له جبرها
على فرجها حتى يسوق اليها مهرها اوشيثاً ترضى به .

ففيه ان المراد من الرواية كما ذكره الاصحاب قديماً وحديثاً انما هو كراهة
الدخول بها قبل ذلك وكيف لا وهو قد استباح فرجها بالعقد و ملك بضعها بذلك
فكيف يتوقف حلها على دفع المهر أو شىء آخر مع اتفاق الاصحاب على ان
المهر ليس ركناً فى العقد ويملك البضع بدون ذكره بالكلية .

ويوضح ذلك باتم ايضاح قيام غير المهر مقامه فى ذلك فان الاتفاق قائم على
ان حل الفرج لا يتوقف على ذلك بالكلية فكيف يتوهم من لفظ لا يحل هنا التحريم
والحال كما عرفت .

ومن الاخبار الظاهرة فيما ذكرناه صحيحة يريد العجلى عن ابي جعفر عليه السلام

قال سئلته عن رجل تزوج امرئة على ان يعلمها سورة من كتاب الله فقال ما أحب ان يدخل حتى يعلمها السورة او يعطيها شيئاً قلت أيجوز ان يعطيها تمراً او زبيباً قال لا بأس بذلك اذا رضيت به سائناً ما كان .

وروى احمد بن محمد بن عيسى في كتاب النوادر عن احمد بن محمد بن ابى نصر قال سئلت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرئة بنسيئة فقال ان ابا جعفر تزوج امرئة بنسيئة ثم قال لابي عبدالله عليه السلام يا بنى ليس عندي من صدأها شيء اعطيها اياه وادخل عليها فاعطني كسائك هذا فاعطيها اياه فاعطاها ثم دخل بها .

وفي موثقة ابى بصير قال تزوج ابو جعفر امرئة فزارها فأراد أن يجامعها فألقى عليها كسائه ثم اتاها قلت أرايت اذا أوفى مهرها أله ان يرتجع الكساء قال لا انما استحل به فرجها و انما حملنا هذه الاخبار على الكراهة لما بازائها من الاخبار الدالة على جواز الدخول بها من غير ان يعطيها شيئاً الخ .

وقد مر ما يدل على الجواز وعدم البأس ثم نقل قده عن صاحب المدارك فى حاشيته على النافع ما لفظه : والذى يقتضيه النظر فيها ان تسليم الزوجة لنفسها حق عليها وتسليم المهر اليها حق عليه فيجب على كل منهما ابصال الحق الى مستحقه واذا اخل احدهما بالواجب عصي ولا يسقط بعصيانه حق الاخر فان تمّ الاجماع على ان لها الامتناع من تسليم نفسها الى ان تقبض المهر كما ذكره الاكثر أو الى ان يحصل التقابض من الطرفين فلا كلام والاوجب المصير الى ما ذكرناه انتهى .

وهو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه و ما اعترضه به هنا بعض مشايخنا المعاصرين من المحدثين حيث قال بعد نقله ما صورته و قد ظهر من كلامه انه مخالف للاصحاب فى المسئلة وانما خالفهم لعدم وقوفه فى المسئلة على نص مع ان الذى ذكره أيضاً خال من النص فلاوجه لترجيحه على كلامهم انتهى .

ظاهر السقوط وذلك لان ما ذكره السيد المزبور وان كان خالياً من النص على الخصوص الا انه الموافق للقواعد الشرعية والضوابط المرعية اذ لا يخفى

ان قضية العقد اوجبت استحقاق الزوج البضع واستحقاق المرثية المهر فليس لاحدهما الاخلال بما وجب عليه فى مقابلة امتناع الاخر واخلاله بما وجب عليه وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لكل ناظر .

وما ذكره السيد المشار اليه هنا قد سبقه اليه استاده المحقق الاوحد المولى احمد الاردبيلى ره فى كتاب البيع فى شرحه على الارشاد كما ذكره ثمة حيث قال بعد نقل قول المصنف ويجب على المتبايعين دفع العوضين من غير اولوية الخ ما صورته :

اعلم ان الاكثر هكذا قالوا وحاصله انهما يجب عليهما معا بالدفع اوبعد اخذ العوض ويجوز لكل المنع حتى يقبض وكانهم نظر والى ان البيع معاوضة محضة ولا يجب على كل منهما الدفع لان العوض مال الاخر فما لم يأخذ المعوض لا يجب اعطاء العوض والمسئلة مشكلة كسائرهما لعدم النص وثبوت الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الاخر وعدم جواز الحبس حتى يقبض و جواز الاخذ لكل حقه من غير اذن الاخر ان امكن له على أى وجه كان لان ذلك هو مقتضى الملك و منع احدهما حق الاخر وظلمه لا يستلزم جواز الظلم للاخر ومنعه من حقه فيجبهما الحاكم معا على ذلك ان امتناع يعطى من يد و يأخذ من اخرى او يقبض لاحدهما ويأمره بالاعطاء انتهى كلامه ولقد أجادوا فى المقام والله درهم .

ومن العجيب الاستدلال للمشهور مع وجود روايات الناصة بالجواز ومخالفة المنع مع القواعد بمثل ما رواه الشيخ عن ابى بصير عن ابى عبدالله عليه السلام قال اذا تزوج الرجل المرثية فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئاً درهما فما فوقه او هدية من سويق او غيره .

ومثل قول ابى جعفر عليه السلام فى صحيحة الفضيل بن يسار فالذى اخذت من الزوج قبل ان يدخل بها حل للزوج به فرجها قليلا كسان او كثيراً اذا هى قبضته وقبلت

ودخلت عليه ولاشى لها بعد ذلك وقول ابي عبدالله عليه السلام في صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج اذا اهديت اليه ودخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلاشىء لها بتقريب انه قبل الدخول في بيتها كان لها شىء .

ولا يخفى ما في الاستدلال بها مع قطع النظر عن غيرها امارا واية ابي بصير لا يظهر منها كون السوق اليها من جهة المهر كما هو المدعى فاذا لم يكن من المهر لم يجب عليه اصلا بل يستحب ولاجل الاستحباب لا يكون ما كان حلالا بالعقد غير حلال . فهذا كله قرينة على استحباب دفع شىء لها قبل الدخول الاول ولعله احسان حسن وارفاق في مورده وتحبيب للزوجة المأمور باحسانها والافكيف يتصور كون الفرج ملكاله وينام في جنبها ويحرم عليه الوطء هذا كله مما شاة مع القوم والا فيمكن ان يقال ان امثال تلك الروايات كانت بصدد بيان ان العقد لا يصح بدون المهر بل لا بد من ذكرها ولو كان قليلا .

[لصحيح الحلبي] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة تهب نفسها للرجل ينحكها بغير مهر ، فقال : انما كان هذا للنبي صلى الله عليه وآله ، فأما لغيره فلا يصلح هذا حتى يعوضها شيئا يقدم اليها قبل أن يدخل بها ، قل أو أكثر ولو ثوب أو درهم ، وقال : يجزىء الدرهم » .

وفى [صحيح زرارة] عن ابي جعفر عليه السلام « سألته عن قول الله عزوجل : وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي فقال : لاتحل الهبة الا لرسول الله صلى الله عليه وآله ، وأما غيره فلا يصلح نكاح الابمهر » .

[وفي المرسل] عن عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام « في امرأة وهبت نفسها لرجل أو وهبها له ولبيها . فقال : لا ، انما كان ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله ، وليس لغيره الا أن يعوضها شيئا ، قل أو أكثر » .

وفى [مرسل ابن المغيرة] عنه عليه السلام أيضاً « في امرأة وهبت نفسها للرجل من المسلمين قال : ان عوضها كان ذلك مستقيماً » :

وهذه الروايات كان مفادها عدم صحة العقد بدون المهر فمع انها اجنبية عما افاد القوم في هذا المقام من عدم حلية وطء بدون اعطاء مهر او مقدار منه كانت في مقام اثبات لزوم المهر وان هبة المرأة نفسها لشخص مختصة بالنبي ﷺ بحيث لا يشترط بشيء سوى هبة نفسها .

واما لغيره ﷺ فلا بد من جعل المهر لها قليلا او كثيراً وانه يعطيها شيئاً منه قبل الدخول .

فما ورد مما يتوهم كونها في مقام عدم حلية الوطء قبل اندفع شيئاً منه اليها كلها وارد في ذلك المقام وليكن في ذكر منك حتى ينفعك فيما سيأتي فمقتضى تلك الاخبار كان خلوا العقد عن المهر باطلا ولا منافاة بين كون الاركان في النكاح هو الزوجان وبين عدم صحته الا بالمهر .

وبالجملة المقصود ان اخبار المقام قريب في المضمون مع تلك الاخبار فلا بد من ملاحظة جميع الاخبار حتى ظهر ما يستفاد من الجميع بل لم يظهر منها ايضاً منع بضميمة روايات اخر مما سيأتي مما كان مفادها صحة العقد لولم يسم للمرأة شيئاً من الفرض وانه بالدخول كان لها مهر المثل .

واما اذا طلقها قبل الدخول فلا شيء لها من المهر بل الايات القرآنية شاهدة على الصحة كما سيأتي بل جميع الاقوال شاهدة على ان الركن في النكاح هو الزوجان من دون شيء آخر .

نعم ان سمي لها الفرض وكان نقداً لزم عليه الوفاء لانه بحيث لو لم يف من اول الامر خصوصاً في صورة عدم التمكن لم يحل له الفرج والالم يحل له الخلوة معها ولا نظره الى البضع منها تامل تعرف .

ومن عجائب الدهر ما قيل في جواب ذلك بان لها الامتناع حتى يقبضه هي او وكيلها وفاقاً للمشهور لان تقديم المهر او بعضه هو المتعارف في جميع الاعصار وبه جرت السنة فعند اطلاق العقد يكون بمنزلة ما شرط تقديمه فلها الامتناع حتى تقبضه او ترضى بشيء عملاً للمقتضى الشرط وما كان بمنزلة انتهى .

حيث ان الامر بالعكس بدهاءة ان المتعارف في جميع الازمنة ومنها عصرنا
وزماننا عدم الاخذ ليلة الزفاف شيئاً قليلا او كثيراً من المهر وعدمه الا ان يبذل الزوج
لها شيئاً منه او مطلقاً وهو امر آخر .

نعم قد يمكن نادرا ادعاء الزوجة لذلك وعدم التمكين له قبل الاخذ لكنه
لا يكون من حيث علمها بالشرع اصلا بل من حيث عدم الاطمينان بالزوج وخوف
تضييع فرجه فكان الغرض بذلك حصول الاطمينان لها وهو غير مربوط بالشرع
ولابالتعارف بل مع كون الوطاء حلالاً للزوج في مثل ذلك كان للزوجة هو الممانعة
عن الوطاء لذلك وهو خارج عن المقام .

وبالجملة لا يتم ما ذكره بوجه **﴿سواء كان الزوج موسراً او معسراً﴾** واشد منعا
في هذا الحكم صورة اعسار الزوج بل حينئذ يقبح المنع من الزوجة جداً بحكم العقل
فانه ظلم في حق الزوج خصوصا في الشاب الذي لا يتمكن من الصبر ومن العجيب
ايضا ما قد يقال من انه يملك البضع بالعقد ملكا متميزا لاحتى يدفع المهر تامل .

ومن جميع ما ذكرنا ظهر ما في الجواهر قسال هذا ولكن في محكي
الحدائق تبعاً لنهاية المرام أنه ليس لها ذلك ، ولاله ، بل كل منهما مخاطب بأداء ما
عليه عصى الاخر أو أطاع ، وفيه ما لا يخفى ، ضرورة اقتضاء من المعاوضة ، فما
عن ابن ادريس من منعها من الامتناع للاعسار المانع من المطالبة واضح الضعف ،
اذ امتناع المطالبة لا يوجب تسليم المعوض قبل العوض ، وانما يختلف الحال
بالايسار وعده بالاثم واستحقاق النفقة وان لم تسلّم نفسها اذا بذلت التمكين بشرط
تسليم المهر ، لان المنع حينئذ بحق ، فلا يقدر في التمكين ، وأما مع اعساره
فلا اثم عليه بالتأخير ، وفي استحقاقها النفقة حينئذ وجهان : من انتفاء التمكين ،
اذ هو متعلق بأمر ممتنع عادة انتهى .

ولا يخفى انه مضافا الى ان الاعسار والايسار لا يوجبان للحلية والحرمة وان
الفرج ان كان حراما قبل دفع المهر حراما مطلقا كان الزوج معسرا او

موسراوان كان حلالا فلا يتم هذا البحث ان من المسلم القطعى الواضح من الشرع انه بمجرد اجراء الصيغة و تماميتها كانت الزوجة حلالا للزوج بجميع انواع التمتع من النظر واللمس والمس و التقبيل والدخول وغير ذلك وهو مقتضى جميع المطلقات الواردة فى مقام البيان من دون اشارة فى احدها الى عدم الحلية قبل اخذ المهر .

والحاصل ان الزوج بتمام المعنى مالك لبضعها بعد العقد ولا منع للدخول حتى فى صورة ايسار الزوج وتمكنه من الاداء فيجوز له الدخول وحلال له مع عصيانه فى امر عدم الدفع مع القدرة لامن حيث الدخول.

ومن العجيب قوله فى مقام رد ابن ادريس اذ امتناع المطالبة لا يوجب تسليم المعوض قبل العوض فالعقد وان كان من قبيل المعاوضات لكنه ليس عين البيع والشراء كى يقاس بالبيع وعدم جواز المعوض والمبيع قبل اخذ الثمن مع ان هناك ايضاً ليس كذلك

وهل يصح من الشارع تحليل الخلوة للزوجين والنوم على فراشها ولمسها وتقبيلها وحرمة وطئها لمجرد عدم دفع المهر حتى مع اعسار الزوج .

فان قلت هذا ظاهر النص والفتوى .

قلت اما النص فلا يظهر منها ذلك .

واما الفتوى فحجيتها تابع للنص مضافا الى منافاتها لروايات آخر مثل رواية عبد الحميد ابن عواض عن أبى عبد الله عليه السلام الدالة على انه يصلح ان يواقعها ولم ينقدها من مهرها شيئاً وفى رواية اخرى له عنه عليه السلام قال قلت له اتزوج المرثة وادخل بها ولا اعطيها شيئاً قال نعم يكون ديناً عليك وفى ثالثة له عنه عليه السلام .

قال سئلته عن الرجل يتزوج المرثة فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها قال

لا بأس انما هو دين عليه وما رواه أحمد بن محمد بن عيسى فى كتاب النوادر فى

الموثق عن زرارة قال سئلت أبى عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرثة أيحل له ان

يدخل بها قبل ان يعطيها شيئاً قال نعم ولا يخفى مطابقتها للقواعد الشرعية .
 وحلية البضع للزوج بمجرد العقد من غير قيد و الا لزم تقييدها في الكتاب
 والسنة بذلك وما أبعد ما بينه وبين القول بعدم كون المهر كناً ويصح العقد بدون
 المهر .

ولذا قد مر انه لو امهرها المسلم الخمر والخنزير عمد أذهب المشهور الى
 صحة العقد وقد ابطالناه فيما تقدم من حيث انه في هذه الصورة قد تعلق الرضا بالعقد
 مع المهر دون العقد المجرد عنه فالبطلان من هذه الجهة لامن حيث ركنية المهر
 لكن المشهور قد حكموا على الصحة مع جعل المهر عمداً مما لا يملك ثم اختلفوا
 في دفع المهر مما يملك فليس كلامهم الا في ان السهر لا يضر فقده في صحة العقد
 و انه بمجرد العقد صح العقد ويحل ويملكه الزوج فهذا الكلام منهم مع المقام
 مما لا يجتمعان قطعاً خصوصاً مع تلك الروايات المصرحة بعد الحرمة .

ومقتضى الجميع بينهما حمل ما قد يظهر منهما النهي على الكراهة كما في
 الحدائق والاعتراض عليه ناش من عدم التأمل فسي جميع ما في المقام و جميع
 الاخبار وكم من فرق بين البناء على ما وافق المشهور وبين البناء على درك الواقع
 وان كان على خلاف المشهور .

ثم انه مما ذكرنا يعرف الحال فيما كان المهر مؤجلاً كان الزوج موسراً
 ومعسراً فانه اذا لم يكن لها المنع في مهر معجل فلا يكون لها المنع في المؤجل بطريق
 اولى وهو واضح وانما الكلام ايضا فيما اخر امر الدخول حتى صار المهر حالاً
 كان التأخير لعذر شرعى كمرض او سفر او لتأخر من الزوجة قال في الحدائق
 ما لفظه .

وانما الكلام فيما لومضت المدة ولم يدخل بها لمانع من جهته كمرض او
 غيبة او نحوهما او مانع من جهتها شرعى كالحج والمرض المانع من جميع انواع
 الاستمتاع او غير شرعى كما لومنت نفسها عسيانا واقدمت على فعل الحرام حتى

انقضت المدة قالوا فى جواز امتناعها الى ان تقتضيه تنزيلاً له منزلة الحال ابتداء وعدمه نظراً الى استصحاب وجوب التمكين الثابت قبل الحلول وجهان استجود السيد فى شرح النافع الثانى وجعله الاقوى فى شرح المسالك ونقله عن الشيخ فى المبسوط قال وتبعه عليه الاكثر .

اقول والقول بجواز الامتناع منقول عن الشيخ فى النهاية حيث اطلق جواز امتناعها حتى تقبض المهر الشامل المحل النزاع اما بخصوص المسئلة فلانعلم به قائلاً ولاذكره احد ممن تعرض لنقل الاقوال علي ما صرح به فى المسالك وانما ذكره من ذكره وجهها فى المسئلة واحتمالاً ثم اقول وعلى ما اخترناه وحققناه فلا وجه للوجه الاول اذا الواجب عليها بذل الطاعة وعدم جواز الامتناع سواء كان المهر حالاً او مؤجلاً كما عرفت انتهى .

و ما افاده فى محله هذا كله حال ابتداء الدخول و اما لو دخل مع القهر والغلبة او تمكيناً فهل لها المنع ثانياً وهكذا ام ليس لها بعد الدخول الاول ذلك وقد اشار اليه بقوله ﴿ وهل لها ذلك ﴾ أى الامتناع ﴿ بعد الدخول ؟ قيل ﴾ والقائل المفيد فيما حكى عن مقننته، والشيخ فيما حكى من مبسوطه : ﴿ نعم ﴾ لها ذلك ، لان أحد العوضين وهو منفعة البضع تتجدد لا يمكن قبضه جملة ، والمهر بازاء الجميع ، فبال تسليم مرة لم يحصل الاقباض ، فجاز الامتناع ، ولعموم العسر والحرج والضرر والظلم .

﴿ وقيل : لا هو ﴾ - مع كونه أشهر ، بل المشهور ، بل عن السرائر الاجماع عليه - ﴿ أشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده ، ﴿ لان الاستمتاع حق لزم بالعقد ﴾ خرج منه الاستمتاع قبل القبض بالاجماع ، فيبقى الباقي على أصله ، ولما سمعته من سقوط حقها برضاها ، ولادليل على عوده .

اقول اما على المختار من عدم جواز الامتناع مطلقاً فواضح واما على مذاق

القائلين بجواز الامتناع فلاشك في ان مناط المنع في الاول موجود في الثاني والثالث والرابع وهكذا .

وذلك لان البضع ليس قابلاً للتسليم الى الزوج بعينه والقابل له هو منفعه التي هي الدخول فيها وهو امر تدريجي لا يتحقق الا يوماً فيوماً مثلاً ومادام لم يسلم الى الزوج بتمام المنافع كان لها المنع كالمرة الاولى وليس البضع كالعين المستأجرة التي سلمها الى المستاجر بمنافعها وتسقط المستاجر بجميع منافعها الفعلية والتدرجية بل هو عين ثابت عند صاحبها ولا يمكن تسلمها الا بمنافعها .

ومناط المنع في الجميع واحد الا ان يمنع جواز الامتناع مطلقاً كما عرفت ولو منع ذلك في الابتداء كان لها ذلك بعد الدخول ايضاً فان المهر بازاء الجميع .

قال في الحقائق: في المقام الرابع الصورة الاولى الا انه قد دخل بها والمشهور انه ليس لها الامتناع بعد ذلك وبه صرح الشيخ في الخلاف والمرضى وابوالصلاح واختار المحقق وجمله من المتأخرين

قال في المسالك وهو الاقوى عملاً بمقتضى القواعد السابقة فان المهر قد استقر بالوطء وقد حصل تسليمها نفسها برضاها ومتى سلم احد المتعاضين الذي قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه .

وقيل بجواز الامتناع لها وهو خيرة الشيخ في النهاية والمبسوط والشيخ المفيد والقاضي ابن البراج وفرق ابن حمزة بين تسليم نفسها اختياراً فحكم بسقوط حقها من الامتناع واكراهاً فجوز لها الامتناع لانه بسبب الاكراه قبض فاسداً فلا يترتب عليه اثر القبض الصحيح ولاصالة بقاء الحق الثابت الى ان يثبت المزيل .

اقول و هذا التفصيل مبني على ما ذكره في المسالك من انه هل يشترط في

القبض وقوعه طوعاً ام يكتفى به مطلقاً وجهان من حصول الغرض وانتفاء الضمان به كيف اتفق ومن تحريم القبض بدون الاذن فلا يترتب عليه اثر التصحيح قال والحق ان بعض احكام القبض متحققة كاستقرار المهر بالوطى كغيرها وبعضها غير متحقق قطعاً كالنفقة ويبقى التردد فى موضع النزاع حيث يدخل بها كرهاً هل لها الامتناع بعده من الاقباض حتى تقبض المهر ام لا انتهى .

وانت خبير بانه على ما حققه فان الحكم بقى فى قالب الاشتباه ثم لا يخفى ان البحث هنا جار على ما مهدوه من الحكم بكون النكاح من قبيل المعاوضات التى يشترط فيها التقابض من الطرفين واما على ما اخترناه فانه لاثمرة لهذا الخلاف لوجوب الطاعة عليها وبذل نفسها له متى طلبها سلم اليها المهر او لم يسلمه دخل بها او لم يدخل انتهى .

و الحق ما عرفت من انه لو بنى على جواز المنع كان لها ذلك مطلقاً ولو بعد الدخول الاول فان المهر بازاء جميع ما اراد من الوطاء فلو صح لها الامتناع امتنعت عن جميع منافع بضعها قبل وصول عوضه اليها بل لو تمكنت فى المرة الاولى مع كمال الميل كان لها المنع فى الثانى والثالث وهكذا والله العالم .

﴿ ويستحب تقليل المهر ﴾ بلا خلاف كما فى المسالك، لقوله صلى الله عليه وسلم: « أفضل نساء امتى أصبحهن وجهاً، وأقلهن مهراً » وان من شؤم المرأة كثرة مهرها ﴾ ﴿ و ﴿ ان أعظم النكاح بركة أسره مؤنة ﴾ بل ﴿ يكره أن يتجاوز ﴾ مهر ﴿ السنة ، و هو خمس مائة درهم ﴾ لانه صلى الله عليه وسلم كما حكاها الباقر عليه السلام عنه « لم يتزوج ولا زوج بناته بأكثر من ذلك » و قد أمر أن يسن ذلك لامته ففعل « وحينئذ فما زاد عليه فهو شؤم المرأة الذى هو كثرة مهرها .

وفى خبر حسين بن خالد عن ابي الحسن عليه السلام « أيما مؤمن خطب الى أخيه حرمة فبذل خمس مائة درهم فلم يزوجه فقد عقتّه واستحق من الله عز وجل ان لا يزوجه حوراء

﴿و﴾ كذا يكره ﴿أن يدخل بالزوجة حتى يقدم مهرها أو شيئاً منه أو غيره ولو هدية﴾
لما تقدم آنفاً من خبر أبي بصير الذي قد عرفت حمله على الكراهة .

﴿الطرف الثاني في التفويض﴾ وفي الحدائق وهو لغة الرد إلى الغير ومنه
قوله وافوض امرى إلى الله والاهمال .

ومنه قوله شعراً :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

قال في كتاب المصباح وفوض إليه امره تفويضاً أسلم امره إليه وفوضت المرثة
نكاحها إلى الزوج حتى تزوجها من غير مهر وقيل فوضت أي أهملت حكم المهر وهي
مفوضة اسم فاعل وقيل مفوضة اسم مفعول لأن الشرع فوض أمر المهر إليها في
إثباتها واسقاطه وقوم فوضى إذا كانوا متساوين لارئيس لهم والمال فوضى بينهم أي
مختلط من أراد منهم شيئاً أخذه وكانت خبير فوضى أي مشتركة بين الصحابة غير
مقسومة انتهى .

والتفويض شرعاً رد أمر المهر والبضع إلى أحد الزوجين أو ثالث أو أهمال
المهر في العقد وعدم ذكره بالمرّة والأول منهما يسمى تفويض المهر والثاني تفويض
البضع فالكلام هنا يقع في مطلبين .

الأول في تفويض البضع وهو أن لا يذكر في العقد مهر مثل أن تقول هي زوجتك
نفسى أو يقول وليها أو وكيلها زوجتك فلانة فيقول الزوج قبلت وتحقق القول فيه
يقع في موضعين الأول لا خلاف بين الأصحاب في جواز إخلاء العقد من المهر
وإدعى عليه جماعة الأجماع انتهى .

أقول تفويض البضع عبارة عن عدم ذكر المهر في العقد أمامطلقاً وفعالاً ومفوضة
المهر تفويض أمر المهر إلى الروح أي مقداره باختياره كما سيأتى وهي مسألة مهمّة
من حيث الآيات والروايات ومن حيث كلمات القوم الظاهرة بعضها في الجواز

وبعضها في المنع اما الايات الظاهرة في صحة العقد بدون المهر فقوله تعالى لاجنح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة .

والتقريب فيها ان الظاهر ان المراد من الجناح المنفى هو المهر لانه تعالى نفى الجناح الى احدى الغايين وهى المسيس او الفرض والثابت عند احد هذين الامرين هو المهر فانه يجب بالجماع او فرضه بعد اخلاء العقد منه .

ويشير الى ذلك تنمة الاية من قوله سبحانه ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الاية .

والمراد عدم الجناح وعدم البأس في عدم المهر ان طلقتم ولا يلزم المهر لكنه في صورتين احدهما عدم الدخول والثاني عدم تسمية الفرض والمهر .

وحينئذ لا يكون لها من المهر شيء لكن متعوهن من متاع الدنيا شيئاً على قدر القدرة والطاعة بالنسبة الى الموسع والمقتر وان طلقتموهن والحال ان المهر سمي لها .

فان كان الطلاق قبل الدخول فالواجب نصف الفرض وان كان بعده فتمامه فقبل المس والتسمية لاشيء لهن الا الممتعة عند الطلاق فلو كان العقد باطلا بدون الفرض لما صح الطلاق .

ولما كان لها الممتعة فلو كان قد دخل بها كان لها مهر المثل فلو كان العقد باطلا بدون جعل المهر كيف يكون مهر المثل فانه مترتب على العقد الصحيح في المقام

و بالجمله لامحذور في عدم جعل المهر اصلاً بعد ما جعل الشارع لها مهر المثل عند الطلاق فالقول بعدم اشتراط العقد بالمهر قوى ولومع شرط عدمه .

واما الاخبار فمنها ما رواه فى الكافى عن عبدالرحمن بن ابى عبدالله قال قال ابو عبدالله عليه السلام فى رجل تزوج امرئة ولم يفرض لها صداقاً ثم دخل بها قال صداق نساؤها .

وعن عبدالرحمن المذكور قال سئلت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل تزوج المرئة ولم يفرض لها صداقاً فمات عنها او طلقها قبل ان يدخل بها مالها عليه قال ليس لها صداق وهي ترثه ويرثها .

وما رواه الشيخ فى الموثق عن منصور بن حازم قال قلت لابي عبدالله عليه السلام فى رجل تزوج امرئة ولم يفرض لها صداقاً قال لاشىء لها من الصداق فان كان دخل بها فلها مهر نساؤها .

وعن الحلبي فى الصحيح قال سئلته عن رجل تزوج امرئة فدخّل بها ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها فقال لها مهر مثل مهور نساؤها ويمتعتها .

وعن ابى بصير قال سئلته عن رجل تزوج امرئة فوهم ان سمى لها صداقاً حتى دخل بها قال السنة، والسنة خمسمائة درهم وعن اسامة بن حفص وكان قيماً لابي الحسن موسى (ع) قال قلت له رجل تزوج امرئة ولم يسم لها مهراً وكان فى الكلام اتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه فمات عنها او اراد ان يدخل بها فما لها من المهر قال مهر السنة قال قلت يقول اهلها مهور نساؤها قال فقال هو مهر السنة الحديث .

ولا يخفى ان الروايات صريحة الدلالة على صحة العقد بدون تسمية المهر من غير فرق مع صورة جعل الفرض والتوارث بينهما اقوى شاهد على عدم الفرق بين التسمية وغيرها الا فى بعض ما لا يربط له بالصحة والبطلان مثل المسمى والمهر المثل .

ومن ذلك يقوى صحة العقد فى صورة جعل المهر ما لا يملك فى الشرع عمداً فان الرضا وان تعلق على هذه الصورة بالمهر لكن العمدة هي رضائها بالتزوج

وكان المهر على نحو الداعى بل الاكثر جعلن المهر من اجل عدم الاطمينان بالزوج والخوف من الطلاق لو كان بدون المهر وانما جعلن المهر وسيلة لعدم تمكن الزوج من الطلاق ولذا كن اكثرهن بعد التعيش والبقاء مع الزوج والرضا به فى ذهنهن العفوعن المهر والاعراض عنه وهبته للزوج .

ولعله على ذلك كان المشهور هناك ايضا الصحة بدون ذكر المهر اصلا بل ولو كان المهر مما لا يملك فان المقصود الاصلى هو الزوجان .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿هو قسمان : تفويض البضع وتفويض المهر﴾
بمعنى ايكال امر مقداره الى الزوج ﴿أما الاول فهو ان لا يذكر فى العقد مهر أصلاً، مثل ان يقول﴾ الوكيل : ﴿زوجتك فلانة أو تقول هى : «زوجتك نفسى» فيقول﴾
الزوج : ﴿قبلت﴾ .

قال فى المسالك فنقول من حكم التفويض ان لا يجب المهر لها بالعقد عندنا ولا المتعة بل انما تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل بالدخول او ما يتفقان عليه من المهر قبل الدخول فاذا طلقها بعده فلها نصف ما يفرض انتهى .

﴿وفيه مسائل الاولى﴾ ان ﴿ذكر المهر ليس شرطاً فى﴾ صحة ﴿العقد﴾
بمعنى انه يصح ولو لم يكن مهر أصلاً .

قال فى المسالك : قد قررنا فى اول الباب ان المهر ليس ركناً من أركان النكاح بخلاف العوضين فى البيع ونحوه من عقود المعاوضات وانه يقوم بالزوجين وان كان العوض لازماً فى الجملة فاذا تزوج ولم يذكر فى العقد مهرأ سواء اطلق ام شرط ان لامهر عليه فى الحال او مطلقاً صح لان عدم ذكره فى معنى نفيه فى الحال وذلك لا ينافى حكم التفويض ووجوبه فى المآل .

نعم لو صرح بنفيه فى الحال والمآل على وجه يشمل ما بعد الدخول فسد

العقد في قول قوى لمنافاته مقتضاه لان من مقتضياته وجوب المهر في الجملة اما بالعقد او بالفرض او بالدخول وما في معناه فاذا شرط نفيه في جميع هذه الاحوال فقد شرط ما ينافى عقد النكاح فيفسد انتهى .

ولا يخفى اجمال عبارته فان قوله ليس ركناً ظاهر في عدم اشتراطه بالمهر رأساً ومن قوله نعم لو صرح الخ يظهر ان من مقتضيات عقد النكاح هو المهر بحيث لو خلى منه مطلقاً بطل وانما لم يبطل لو لم تعينه في حال العقد لتعينه بمهر المثل فلا ينافى الادلة الصحة بدون المهر مع مقتضى العقد لانه مع المهر في الواقع . وكيف كان فيدل على البطلان لو لم يكن مهر رأساً روايات مثل المشتملة لهبة المرأة نفسها للرجل فقال عنه هذا للنبي عليه السلام ، فأما لغيره فلا يصلح هذا حتى يعوضها شيئاً يقدم اليها قبل أن يدخل بها ، قل أو أكثر ولو ثوب أو درهم ، وقال : يجزىء الدرهم .

وفي [صحيح زرارة] عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن قول الله عزوجل : وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي فقال : لاتحل الهبة الا لرسول الله عليه السلام ، وأما غيره فلا يصلح نكاح الا بمهر» .

وفي المرسل عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام «في امرأة وهبت نفسها لرجل او وهبها له وليها ، فقال : لا ، انما كان ذلك لرسول الله عليه السلام ، وليس لغيره الا ان يعوضها شيئاً ، قل أو أكثر» .

وفي مرسل ابن المغيرة عنه عليه السلام أيضاً «في امرأة وهبت نفسها للرجل من المسلمين ، قال : ان عوضها كان ذلك مستقيماً» فظاهر هذه الروايات فساد العقد ان كان بدون المهر رأساً حتى بعد العقد والدخول فانه نوع معاوضة لا يصح بدون العوض وظاهر المتن هو الصحة حيث قال ﴿فلو تزوجها ولم يذكر مهرأ﴾ في حال العقد ﴿او شرط ان لا مهر صح العقد﴾ .

وحيث كان ظاهر شرط عدم المهر عدمه مطلقاً ولو بعد العقد والدخول

وجّهه في الجواهر والمسالك بقوله مع ارادة نفي المهر المسمى في العقد امالو ارادت نفيه حال العقد وما بعده و لو بعد الدخول فلا خلاف ولا اشكال في فساد الشرط بل المعروف فساد العقد أيضاً .

ثم تمسك لبطلان العقد في صورة عدم قصد المهر مطلقاً بما عرفت آنفاً من الروايات المشتملة على هبة المرءة نفسها للنبي ﷺ ثم قال بعد نقلها ما لفظه خلافاً للمحكي عن الشيخ من الصحة لانه بمعنى ولا مهر عليك .

فانه أيضاً نكرة منفية تفيد العموم ، فكما خص ذلك بمجرد العقد فكذا هنا ، ورد بأن العام يقبل التخصيص بخلاف التنصيص .

ونظيره تقرير أوجواب عبارة المسالك أيضاً قال وفيه وجه آخر بالصحة والحاقه بما لو نفاه مطلقاً لان قوله على ان لامهر نكرة منفية وهي من صيغ العموم فيتناول الحال والمال وقد حكم بالصحة وتخصيصها بمقتضيات التفويض فيكون الحكم فيما لو صرح بالعموم كذلك لا اشتراكهما في قبول التخصيص وفيه ان اطلاق العموم لا ينافي التخصيص اما التصريح بنفيه كصورة الفرض فمنافاته للتخصيص ظاهرة لظهور ان نفي المهر في الحالين ينافي ثبوته في احدهما انتهى .

وقد عرفت انه الى الصحة ذهب الشيخ على ما حكى عنه في الجواهر قائلان بان لامهر عليك نكرة منفية قابلة للتخصيص وحاصله ان قوله لامهر عليك نكرة في سياق النفي و هي تفيد العموم فكما ان لفظ العموم قابل للتخصيص فكذلك النكرة التي تفيد العموم فان مفادها عدم المهر في الحال والمثال فيخصص بالمثال اي لامهر الا في المثال فيكون مع المهر موافقا لمقتضى العقد كما يخصص العمومات بالمخصصات .

وجوابه واضح للفرق بين العموم وبين النص والتصريح بالنفي بنحو العموم كما هو مقتضى شرط عدم المهر بنحو الاطلاق فانه اذا قال احدهما بشرط ان لا يكون مهراً كان صريحاً في عدمه في جميع الاحوال فيوجب البطلان بخلاف النكرة .

فينتجى ذلك ان العقد مع شرط عدم المهر باطل فان الشرط نص في عدم المهر

في الحال والمثال فلو كان مقتضى العقد هو المهر لانه معاوضة او شبهة بالمعاوضة كان هذا الشرط على خلاف مقتضاه فلا يصح .

ولكن الجمع بين مقتضى العقد وهو المهر مؤيداً باخبار المنع والبطالان في المجرد عن المهر وبين الايات والاخبار الظاهرة في الصحة بدون المهر في غاية الاشكال .

قال في الحدائق والوجه في صحة العقد مع خلو عن ذكر المهر ما تقدم من ان المهر ليس من اركان عقد النكاح كالعوضين في البيع ونحوه من عقود المعاوضات وانما الاركان فيه الزوجان خاصة وان كان المهر لازماً في الجملة . ويتحقق التفويض بعدم ذكر المهر في العقد سواء اطلق أم شرط ان لا مهر عليه في الحال او اطلق بان قال لا مهر عليه فان مرجع الجميع الى امر واحد لان عدم ذكره في معنى نفيه في الحال وهو لا ينافي مقتضى التفويض ووجوبه في المثال نعم لو صرح بنفيه في الحال والمثال على وجه يشمل ما بعد الدخول او قال قبل الدخول وبعده .

فالظاهر كما صرح به الاصحاب بطلان العقد لان المعلوم من الاخبار ان وجوب المهر من مقتضيات عقد النكاح اما بالعقد او بالوطأ او بالفرض فاذا شرط خلاف ذلك فقد شرط خلاف مقتضى العقد فيبطل انتهى غير خفي ان ظواهر هذه الكلمات هو انه لا عقد الا بالمهر .

وفي الجواهر بعد رد الجواب الذي افاد الشيخ بقابلية التخصيص بان النص غير قابل للتخصيص المستلزم لصحة العقد مع شرط عدم المهر اراد اثبات تصحيح جواب الشيخ بوجه آخر وهو ان شرط عدم المهر فاسد والشرط الفاسد لا يسرى فساده الى المشروط فالشرط فاسد ولكن العقد صحيح فقال ما هو لفظه :

وفيه ان مرجع كلام الشيخ الى فساد الشرط في الفرض دون العقد، ضرورة كون محل البحث مع ارادة عدم التخصيص ، فليس حينئذ الا القول بعدم التلازم

بين فساد الشرط وبين فساد العقد هنا ، ولذا لم يفسد بفساد ما يذكر فيه من المهر الذي هو أعظم من الشرط باعتبار ذكره بصورة العوض .

و ربما يؤيده ما تسمعه فيما يأتي من أن المعروف بين الاصحاب عدم فساد عقد النكاح بفساد الشرط فيه ولا صراحة في النصوص السابقة في فساد العقد ، بل قد يظهر من بعضها الصحة وان وجب عليه أن يدفع عوضاً ، ولا يخلو من قوة ، وربما احتتمل صحة العقد وفساد التفويض ، فيثبت حينئذ مهر المثل بمجرد العقد، ولا ريب في ضعفه لان غاية فساد الشرط كونه في حكم السكوت عن المهر انتهى .
وحاصل كلامه ان ظاهر نفى المهر هو نفيه بنحو العموم كما هو مقتضى شرط عدم المهر وهو تصريح بالعدم في جميع الحالات فلا يقبل التخصيص كما ذكر في الجواب فالشرط تصريح بالعدم بنحو العموم الموجب لبطلان العقد لانه لانكاح الا بمهر لكن نظر الشيخ القائل بالصحة الى ان هذا الشرط فاسد لكن فساده غير ملازم لفساد المشروط اي العقد .

ولا يخفى انه كر الى ما فر حيث ان لازمه عدم اشتراط العقد بالمهر اصلاً وهو المقصود من المتن ولا يحتاج الى مثل هذا التعب فان مفاد الشرط والمشروط كلاهما هو الصحة اذا شرط عدم المهر والمشروط ايضا عدم لزوم المهر فاين الشرط الفاسد كى يكون نظر الشيخ الى فساد الشرط دون العقد .

والحاصل فساد الشرط فيما كان العقد مشروطاً بالمهر فحينئذ يكون اشتراط عدم مخالفاً للمشروط كما اذا كان المشروط جواز التسرى والمتعة فتشترط على الزوج عدم التسرى بخلاف ما اذا كان مفادها متحدين فاذا لم يكن العقد مشروطاً بالمهر فان شرط عدم المهر كان كلاهما متحدين فلا فساد للشرط حينئذ وان كان العقد مشروطاً بالمهر فشرط عدم المهر وان كان مخالفاً له فيكون فاسداً دون المشروط .

لكنه هو على خلاف المطلوب ادل اذ لازمه اثبات اشتراط العقد بالمهر وبطلان فقهه عنه ومقصود المتن وصاحب الجواهر صحة العقد بدون المهر الا ترى ان في المتن

حكم بالصحة بدون المهر او شرط ان لا مهر .

فقال في الجواهر قطعاً ثم قال مع ارادة نفى المهر المسمى في العقد اما لو ارادت نفيه حال العقد الخ فحكم في المتن ان العقد ليس مشروطاً بالمهر يعني انه صحيح شرط المهر او لا فالعقد بدون ذكر المهر صحيح مطلقاً فباي غرض افاد بعده شرط عدم المهر نكرة قابلة للتخصيص ورده بانه نص في العدم بخلاف العام الى آخر كلماتهم .

والحاصل ما المراد من قوله اما لو اراد نفيه حال العقد وما بعده ولو بعد الدخول فلا خلاف ولا اشكال في فساد الشرط بل المعروف فساد العقد فان ظاهر هذه العبارة انه لو اراد نفى المهر في حال العقد وبعده كان الشرط بل المشروط فاسداً وليس ذلك الا لاشتراط المهر في العقد وهو مناقض للمتن المصرح بالصحة وعدم اشتراطه بالمهر وان كان المقصود صحة المتن فلا يحتاج الى هذا البيان المتناقض المضر .

ومع ذلك كانا كلامنا الفقا اذ الفرض صحة العقد بدون المهر ومع شرط العدم كان مؤكداً للمشروط لا مخالفاً له .

والحاصل ان كان المصنف والشارحان مذهبهما صحة العقد بدون المهر ولو شرط عدم المهر فالشرط مؤكد ومؤيد له وان كان مخالفاً في ذلك و ان العقد بدون المهر باطل فلا يفهم من عبارته وعبارة شارحه بل يفهم خلافه .

ومن ذلك ظهر فساد ما في المسالك ايضاً فهذا البيان تخصيصاً للعموم عدم المهر ورده مناسب بل لازم لمن اشترط في العقد مهراً وجعل المهر من مقتضيات العقد الذي كان شرط عدمه على خلاف مقتضى العقد كما عرفت من عبارة المسالك فاللازم هو الاعراض عن امثال تلك العبارات والتأمل في اصل الاشتراط وعدمه .

وقد عرفت اختلاف الاخبار فسي ذلك فمن اخبار هبة المرأة نفسها لرجل يظهر بطلان العقد بدون ذكر المهر و من الايات المتقدمة وبعض الروايات ايضاً يستفاد عدم الاشتراط وانه ان لم يسم في العقد مهراً صح العقد فان طلقها قبل الدخول فيكون لها المتعة وان طلقها بعد الدخول فيكون لها مهر المثل .

والظاهر انه هو منشأ خروج الاعلام والنوابغ عن المعركة وعن حد الاعتدال ولم يتوجهوا فى بيان الصحة والفساد وخلطوا بعضها ببعض .

ثم انك اذا عرفت منا جميع ما ذكرنا فأردت ذكر عبارة صاحب الجواهر وأتكلم فيها جملة جملة قوله مرجع كلام الشيخ الى قوله بعدم التلازم الخ حاصله ان مرجع البحث الى كون الشرط فاسداً دون العقد .

ووجه فساد الشرط ان ظاهره نفي المهر عموماً وعدم صحة تخصيص عمومه بالنسبة الى المثال فيكون عاماً فى جميع الازمنة وهو فاسد ولكن العقد اللازم فيه المهر غير فاسد لعدم التلازم بينهما فيمكن كون الشرط الدال على عدم المهر فاسداً والعقد الدال على المهر صحيحاً .

والى هنا كان ظاهر كلامه وجوب المهر فى العقد وهو على خلاف عبارة المصنف ونفسه أيضاً حيث صرح بعدم اشتراط العقد بالمهر وصحته بدونه .
والحاصل قوله مع ارادة عدم التخصيص بمعنى كون شرط عدم المهر بنحو العموم الشامل فى الحال والمثال مع عدم صحة تخصيصه اى تخصيص النفى بالمثال من حيث انه ليس بمثل النكرة المنفية القابلة للتخصيص فالشرط فاسد دون العقد .
وحينئذ يستل عن وجه عدم فساد العقد فان كان لاجل اشتراطه بالمهر فكان مخالفاً للمتن والشرح وان كان لاجل عدم اشتراطه بالمهر كان موافقاً للشرط وملازماً معاً فأين عدم الملازمة .

وقوله بعد ذلك ولذا لم يفسد بفساد ما يذكر فيه من المهر فقوله ولذا المشار اليه بهذه الاشارة ما هو فان كان اشارة الى عدم التلازم الذى هو وجوب المهر فى العقد فيكون شرطه الدال على عدمه فاسداً فلازمه اشتراط العقد بالمهر ولازمه أيضاً بطلان العقد لو كان المهر من اول الامر فاسداً كالخمر والخنزير لانه مشروط بالمهر القابل للتملك وعدم التلازم انما يكون فيما لم يبطل العقد بالمهر الفاسد او عدم المهر وان كان اشارة الى غيره ما هو فظاهر عدم التلازم هو التفكيك بينهما وان

الشرط دل على عدم المهر والعقد دل على وجوده وهو أيضاً على خلاف صراحة المتن الظاهر فى صحة العقد بدون الشرط .

قوله ولذا ظاهر العبارة اى لاجل عدم التلازم بين فساد الشرط وبين فساد العقد بل يمكن كون العقد صحيحاً دون الشرط .

ونسئل أيضاً عن وجه عدم فساد العقد فان كان لاجل عدم اشتراطه بالمهر فكان موافقاً مع الشرط وان كان لاجل اشتراطه بالمهر كان مخالفاً للمتن الدال على عدم لزوم المهر .

وبالجملة لا أفهم سرّ هذه العبارات مجملة وان كان نظره الى الخلاف فهذه عبارته قال اذا عقد على مهر فاسد مثل الخمر والخنزير والميتة وما شبهه فسد المهر ولم يفسد النكاح ووجب لها مهر المثل وبه قال جميع الفقهاء الا مالكا فان عنه (عنده) روايتان احديهما مثل ما قلناه والاخرى يفسد النكاح وبه قال قوم من أصحابنا. [دليلنا] ان ذكر المهر ليس من شرط صحة العقد فاذا ذكر ما هو فاسد لم يكن اكثر من ان لم يذكره اصلا فلا يؤثر ذلك فى فساد العقد انتهى .

وصحة عبارته ومئاته مما لا يخفى فانه ذهب الى صحة العقد بدون المهر فالمهر الفاسد وجوده كمالعدم بالنسبة اليه لعدم تأثيره فيه فهو قد لم يتكلم بما هو متناقض جداً بل جعل من اول الامر النكاح صحيحاً بدون المهر وان ذكر المهر ليس من شروط الصحة .

و حينئذ اذا عقد على مهر فاسد لا يسرى الى العقد فسادة لان القرض صحة العقد بدون ذكر المهر سواء ذكر المهر أم لا صح المهر أم لا حتى لو فرض تعلق الرضا بالعقد مع المهر الفاسد .

وذلك لانه بمنزلة تعلق القصد بما هو مقصود اصلى وشىء زائد لغو فلا يؤثر هذا الامر الزائد اللغو فى المقصود الاصلى .

وكذا لا يرد الاشكال على عبارة المصنف فى المقام حيث حكم بصحة العقد

بدون المهر والاشكال كل الاشكال انما يرد على صاحبه المسالك والجواهر من انهما وغيرهما أيضاً جعل المهر من مقتضيات العقد بحيث لو خلى عنه فسد وجعلا شرط عدم المهر العام الشامل للحال و المال تخصيصاً بالمال كى يكون له المهر بالمثال والا يبطل العقد فيرد عليهما ما المقصود من هذه العبارات وما افاد فى بعد المتن من الصحة بدون المهر أيضاً .

وعليه كان امثال تلك العبارات فى غاية الاشكال واما اشكال تناقض الايات والابخار فى الصحة والبطالان فليس فيهما أيضاً كثير اشكال لامكان الجمع .
وبالجملة لست أدرى الى الان الجمع بين كلماتهم بنحو يطمئن به النفس فان كون مقتضى عقد النكاح هو مع العوض بحيث وجهوا شرط عدم المهر بعدمه فى حال العقد لامطلق كى يبطل هو وجوب المهر ومن قولهم بأن المهر ليس من أركان العقد ويصح بدون المهر حتى فيما جعل المهر عمداً مما لا يملك هو عدم وجوبه والايات والروايات مختلفة فى ذلك وصريح الايات بانه فى وقت الطلاق يجعل لها شيئاً من المتعة او مهر المثل فلولا صحة العقد لامعنى للطلاق .

والحل ان ما دل على المنع ظاهر فى ذلك وما دل على الجواز والصحة اظهر او نص فيقدم فى مقام التعارض على الظاهر بل اخبار المنع مع قطع النظر عن تقدم النص عليها ليس بحيث تعارض ما دل على الصحة بدون المهر ولاجل ذلك اميل كل الميل الى صحة العقد و لو جعل المهر عمداً مما لا يملك خلافًا منّا فيما تقدم .

ومنه يظهر فساد القول بأن من مقتضيات عقد النكاح هو المهر حيث لم يظهر ذلك من آية او رواية بل المهر المثل أيضاً ليس من حيث انه من مقتضيات العقد و لذا لم يجب الا عند الطلاق فلو كان لاجل صحة العقد لزم وجوبه عند العقد بحيث ملكته المرأة بالعقد دخل بها أو لا مع انه ليس كذلك فاذا عقدها بدون المهر ثم طلقها قبل الدخول لم يجب عليه شيء وانما يجب عليه النصف بالدخول.

وكذا المتعة لا يجب بالعقد بل بالطلاق فيظهر من جميع ذلك ان نفس العقد بدون المهر فيما لم يعينه الزوجة وكانت مفوضة صحيح من غير توقف على شيء آخر كما في الخلاف وكذا من المصنف عدم وجوب شيء للمفوضة اذا طلقها قبل الدخول فلو كان من مقتضيات عقد النكاح هو المهر لما صح العقد المتوقف عليه الطلاق تأمل فيما ذكرناه تعرف .

فقولهم من مقتضيات النكاح هو المهر بحيث بطل لولم يكن معه مهر عمداً أو سهواً أو شرطاً بنحو الاطلاق في الحال والمثال لما كان عليه دليل .

اللهم الا ان يكون المقصود ان من مقتضيات العقد وان كان هو المهر وشرط نفى المطلق ينفيه لكنه مع ذلك لا اشكال في شرط العدم فان الاشكال فيما لم يعينه الشارع لكن الفرض ان الشارع جعل للمفوضة مهر المثل فلا ينفك العقد عن المهر اما بجعل الزوجين و اما بجعل الشارع ولو بان يجعله للطلاق كما عرفت فشرط نفيه مطلقاً في الحال والمثال بحيث يشمل مهر المثل أيضاً ينافي مقتضى العقد فان الشرط يصح ما لم يكن مشرعاً .

و من المعلوم ان شرط العدم بنحو الاطلاق الشامل لمهر المثل أيضاً ينفيه بل لا اشكال في البطلان حينئذ فان الكلام في الصحة بدون المهر والقول بأن اركان العقد هو الزوجان كل ذلك من حيث محفوظية المهر بجعل الشارع وانه حينئذ صح القول بوقوع العقد .

والانصاف انه توجيهه وجيه بل به يجمع بين الجميع فلا يحتاج في العقد جعل المهر و يصح بسدود ذلك لثبوت مهر المثل بجعل الشارع على فرض عدم جعل الزوجين فلا يكون تعيين المهر مما به قوام العقد ولا يكون ركناً له لثبوت مهر المثل ولا يصح العقد خالياً عن المهر لان من مقتضيات العقد هو المهر وهو ثابت له وحينئذ لو شرط عدم المهر حتى مهر المثل قد بطل العقد جداً وعليه يمكن حمل كلمات القوم بانه لو قصد في شرطه عدمه في الحال والمثال بطل العقد .

وكيف كان فان كان نظر القوم الى ما ذكرنا فنعم الوفاق والا فلا يجمع بين
كلماتهم وبين الروايات والايات والله العالم .
[فان قلت] اليس قلت قبلا كان ضمان العقد ضمان المعاوضة فكيف يعقل في
المعاوضة عدم العوض .

[قلت] لامنافات في ذلك فان النكاح معاوضة فيما يجعل فيه المهر والكلام
فيما لم يجعل وذلك لانه اذا جعل لها مهرا كان ذلك عوضا لبضعها وكان الزوج
ضامنا لها بضمن المعاوضة بخلاف ما اذالم يجعل ذلك على انالم نفهم كون المهر
من مقتضيات العقد فان ذلك مع القول بالصحة بدون المهر ولو عمدا وبالشرط او
بالمهر الفاسد مما لا يجتمعان .

وما دل على عدم صحة هبة المروة نفسها للرجل وانه مما يختص بالنبى وفي
غيره يحتاج الى المهر ايضا لا يتم مع الأدلة الدالة على الصحة كما مرت وجعل مهر
المثل حيثئذ كان تفضلا من الشارع في مقابل هبة المرأة واحسانها وانه اذا فوضت
المرءة نفسها وبضعها جعل الشارع في مقابلها لها مهر المثل .

ولا يدل ذلك على كون ذلك من مقتضيات العقد والافقد وجب بالعقد مع
انه ليس كذلك بل انما يجب بالدخول فهو من مقتضيات الدخول لا العقد .

وعلى كل حال ﴿ فان طلقها ﴾ الضمير راجع الى المفوضة بضعها بمعنى ان
لا تجعل لنفسها المهر ﴿ قبل الدخول فلها المتعة ﴾ ثم ان صريح الآية ترتب المتعة
على الطلاق لا على العقد فكما لا اشكال في صحة العقد بدون المهر فكذلك لا اشكال
في وجوب المتعة بعد الطلاق .

ثم ان المتعة عبارة عن كل شيء يمكن التمتع به مثل الثوب والدرهم والدينار
وكل ما يتمتع منه النساء كالظروف ونحوها على حسب حال الزوج غناء أو فقرا
لقوله تعالى ومتاع بالمعروف .

قال في الخلاف : المتعة على الموسر خادم وعلى الاوسط ثوب او مقسنة

وعلى الفقير خاتم و ما اشبهه و قال الشافعى المستحب من ذلك خادم فان لم يقدر فمقنعة فان لم يقدر فثلثون درهماً و الواجب فيه ما يراه الامام و من اصحابه من قال اقلها ما يقع عليه الاسم ولو كان قيراطاً و الاول اظهر فاما الاعتبار بالاعسار و اليسار بالرجل دونها و للشافعى فيه قولان احدهما مثل ما قلناها و الاخر الاعتبار باعسارها و يسارها و جمالها انتهى .

﴿ حرّة كانت أو مملوكة ﴾ فهى واجبة على الزوج بقدر الاستطاعة و يكون احساناً فى مقابل احسان الزوجة بترك المهر بل لا يلىق بالزوج الطلاق حينئذ و كيف كان ليس قوله تعالى على المحسنين قرينة على الاستحباب خصوصاً مع قوله حقاً فانه ظاهر فى الوجوب بل لفظه على .

وفى الجواهر والمراد بالمحسنين: من يحسنون بفعل الطاعة واجتناب المعصية وخصهم بالحكم تشريفاً لهم ، أو أن المراد من اراد أن يحسن فهذا طريقه وهذا حقه بأن يعطى المطلقات ما فرض الله لهن .

﴿ و ﴾ حين ظهر كون الواجب لهن المتعة وهو حين عدم الفرض فلامحالة ﴿ لامهر ﴾ لهن بلاخلاف أجده ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه كما فى الجواهر وعدم الخلاف اقوى شاهد على عدم دخل المهر فى الصحة ﴿ و ﴾ انه ﴿ ان طلقها بعد الدخول ﴾ وقبل الفرض ﴿ فلها مهر أمثالها ولامتعة ﴾ لانه بالدخول وجب مهر المثل وبدونه المتعة فلا اجتماع لهما .

وفى الجواهر بلاخلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه .

و يدل عليه [الصحيح] « عن رجل تزوج امرأة فدخول بها ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها فقال : لها مثل مهور نساؤها ، ويمتعها » .

ولا يخفى ضم التمتع الى مهر المثل وصرح المصنف آنفاً بعدم المتعة مع المهر ونحوه الموثقان « فى رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ، قال : لاشيء لهما من الصداق فان كان دخل بها فلها مهر نساؤها » .

﴿ فان مات أحدهما قبل الدخول و قبل الفرض ﴾ اى قبل تسمية الفرض والمهر المسمى كما اذا عقدت تفويضاً للبضع ﴿ فلا مهر لها ولا متعة ﴾ اذا الفرض عدم ذكر المسمى حيث انه لو ذكرها المسمى كان لها الفرض فلا يثبت لها حينئذ شيء لا المسمى ولا مهر المثل فانه يجب بالدخول.

والفرض ان المتعة ايضا بالطلاق ، [لصحيح الحلبي] عن الصادق عليه السلام « في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول ان كان فرض لها زوجها فلها ، وان لم يكن فرض لها مهرأ فلامهر » فانه صريح في ان ثبوت المهر فيما سمي الفرض والافلامهر ومهر المثل ، انما يكون بالدخول لا بالعقد لثلا يلزم خلوا بالبضع عن العوض فاذا لم يكن الدخول فلا يكون شيئاً اصلاً ﴿ و ﴾ لذا قال ﴿ لا يجب مهر المثل ﴾ عندنا ﴿ بالعقد ، وانما يجب بالدخول ﴾ .

وفي الجواهر خلافا لبعضهم ، فأثبتته فيه ، و لا ريب في ضعفه ، بل ظاهر الكتاب والسنة و الاجماع على خلافه انتهى .

المسألة ﴿ الثانية المعترف في مهر المثل حال المرأة في الشرف والجمال وعادة نسائها ﴾ قال في الحدائق قد صرح الاصحاح بان المعترف في مهر المثل بحال المرثة وفي المتعة بحال الزوج فالكلام هنا ايضاً في موضعين .

احدهما في المهر المثل والمراد به ما يندل عادة في مقابل نكاح امثالها والمراد بامثالها من كان متصفاً بمثل صفاتها وما هي عليه من الجمال والبركة والشرف والثروة والعقل والادب وحسن التدبير في المنزل ونحو ذلك و اضداد هذه الاشياء لان ذلك مما يختلف به المهر اختلافاً ظاهراً وفي الاخبار فسر عليه السلام مهر المثل هنا بمهور نسائها كما تقدم في رواية عبدالرحمن بن ابي عبدالله الاولى و موثقة منصور بن حازم وصحيحة الحلبي .

وحينئذ فيجب تقييد ما ذكره الاصحاح من مثلها وان المراد به من شابها في

اوصافها انتهى .

وفى الجواهر المراد بنسائها من ماثلها بالصفات من نساء أهلها، ضرورة كون ذلك نوعاً من التقويم الذى ينبغى فيه ملاحظة كل ماله مدخلية فى ارتفاع القيمة ونقصانها حتى الزمان والمكان انتهى .

وفى المسالك مهر المثل هو قيمة المثل بالنسبة الى البضع المخصوص وهو ما يبدل فى مقابلة نكاح امثال المرثة المشتملات على مثل صفاتها التى يزيد المهر وينقص باعتبارها لان ذلك هو المفهوم من المثل لغة وعرفا وقد ذكر المصنف من صفاتها الشرف و الجمال وعادة نسائها ولا شبهة فى اعتبار ذلك لكن يعتبر مع رعاية باقى الصفات التى يتفاوتت بتفاوتها المهر من العقل والادب والبركة وصراحة النسب واليسار وحسن التدبير وما جرى مجرى ذلك واضدادها لان ذلك مما يختلف المهر باختلافها .

وبهذا صرح المحققون وان اختلفت عباراتهم فيما يعتبر به المهر فالحاصل ما ذكرناه والمعتبر فى اقاربها من الطرفين على الاقوى لاختلاف المهر باختلافهن فيهما و لان النساء جمع مضاف فيعم الجميع وقيل يعتبر جانب الاب خاصة لعدم اعتبار الام فى الفخر وهو ممنوع ويعتبر فى الاقارب ان تكونوا من اهل بلدها او ما قاربها مما لا يختلف باختلافه المهر عادة على الاقوى انتهى .

ولا يخفى ان من قاربها من اهل بلدها لا مدخلية للمثلية ابدا اذ المثلية المطلوبة فى المقام هى التى يبذل بازائها المال فيلاحظ فيها الجمال والادب وحسن الكتابة والصناعة والتدبير ومن المعلوم ان من قاربها ان كان من حيث السن فلا مدخلية لها اصلا وان كان من حيث الخصوصيات الواقعة فيها فلا يختص بالاقارب الفاقدة منها ولا باهل بلدها .

فمرة يبذل بازائها الوف من الدينار و اخرى بمثله سناو كمالا لا يبذل بازائها نصف الالوف لفقدانها من الجمال ولذلك قد يكون المثل اكثر من مسمى النوعى فهذا المعيار نوع من التقويم لمن لم يسم فى العقد مهرها .

وعلى كل حال ففي المتن وغيره تقييد مهر المثل بـ ﴿ ما لم يتجاوز ﴾ مهر السنة وهو خمس مائة درهم ﴿ والا رد ، بل المشهور نقلا وتحصيلا ، بل عن الغنية وفخر المحققين الاجماع عليه .

واستدلوا عليه بموثق أبي بصير عن الصادق عليه السلام « سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمى صداقها حتى دخل بها ، قال: السنة، والسنة خمس مائة درهم » والى ما تقدم من قوله عليه السلام أيضاً في خبر المفضل ابن عمر « فمن زاد على ذلك رد الى السنة ، ولا شيء عليه أكثر من الخمس مائة درهم » .

وفي التمسك لذلك بالموثق عجيب اولاً ان الرجل وهم ان يسمى اى ظن بصداقها ولو بالظن الضعيف فخرجت الموثقة عن التفويض او كان المراد وهم تسمية الصداق ومقداره وهو أقرب الى ظاهر اللفظ ولعل المراد بالسؤال فسمى الصداق وينسى مقداره فأجاب بانه حينئذ بالسنة .

وأعجب من ذلك ان الاصحاب غالباً لم يتدبروا في بعض الجهات مثل الازمنة وتغييرات الحوادث فيها وتغييرات النقود والاوراق ومن المعلوم ان خمس مائة نى زمان صدور الرواية كانت كثيرة بخلاف زماننا فان من حيث القلة يعد بمنزلة المعدوم بل القول بلحاظ مهر المثل بالنسبة الى المرأة شرافة وكمالا ونحوهما مما يناقض عدم التجاوز عن مهر السنة .

بداية ان لحاظ الشرافة فى النساء أبا واما وغنى وفقرا ونحوها ربما يزيد عن المسمى فضلا عن زيادته على مقدار خمس مائة فالمهر المثل حينئذ مساوق للعدم تقريباً فاللازم هو بقاءه بحاله من دون تقييد بمقدار مهر السنة والرواية غير دالة على ذلك لما عرفت .

ورواية المفضل أيضاً محمولة على ما يوافق الزيادة أو مساو مع خمس مائة.

وبالجمله مهر المثل اما لازم فى صورة تفويض البضع أو لا ولازم الاول

هو الاطلاق مع لحاظ حال المرأة من جميع الجهات حتى الزمان .

قال في المسالك وقد قيد المصنف والاكثر ذلك بما اذا لم يتجاوز مهر السنة وهي خمس مائة درهم كما سلف استناداً الى رواية أبى بصير الى أن ساقها ثم قال وفيها مع ضعف السند قصور الدلالة لان الكلام فى المفوضة ومورد الرواية ما اذا وهم ان يسمى صداقها وهويقتضى كونه أراد التسمية فسيها وهذا ليس من التفويض فى شىء وان كان العقد قد وقع بصورة التفويض فجاز اختلاف الحكم لذلك ومن ثم ذهب بعض علمائنا الى أن مهر المثل لا يتقدر بقدر لاطلاق الاخبار فى ذلك انتهى . وبذلك ظهر ما فى الجواهر حيث قال فى مقام رد هذه المناقشات ما لفظه :
و المناقشة فى خبر أبى بصير مع فسادها فى نفسها مدفوعة بالانجبار بما عرفت ، كالمناقشة فى دلالتها بأنها ليست من المفوضة باعتبار نسيان ذكر الصداق ، ضرورة أنك قد عرفت أن موضوع المفوضة يشملها ، وكذا المناقشة فى بعض ما ذكر مؤيداً للحكم المدلول عليه بما عرفت .

وحينئذ فلا محيص عن القول به ، فما وقع من ثانى الشهيدين وبعض من تأخر عنه - من الوسوسة فى ذلك ، بل جزم بعضهم بعدم التحديد بذلك ، لاطلاق النصوص السابقة المؤيدة بظهور اقدمها بلا ذكر مهر فى كون نظرها مهر أمثالها - واضح الفساد .

وجه الظهور ما ظهر من المسالك ﴿والمعتبر فى المتعة﴾ عند المشهور بل عن الغنية الاجماع عليه ﴿حاله الزوج﴾ أو الزوجة أو كليهما أى يلاحظ وسع الزوج وشئون المرأة وكون ما يعطيها مورد حاجتها وتمتعها فان المتعة عبارة عن الامتعة التى يحتاج الزوج اليها وبهذا اللحاظ كان مراعاة جانب الزوجة اولى اذ الغرض منه تحبيبها واحسانها حتى خرجت من عنده فرحاً لامغضباً ومحزوناً فلا بد وان يلاحظه فيما يعطيها الزوج كمان مما يسرّها واحتاجت اليها ويلاحظ جانب الزوج أيضاً وموسراً ومعسراً ومقتراً .

ولذا عن المبسوط ان الاعتبار بهما جميعاً عندنا .

﴿والغنى يمتنع بالدابة أو الثوب المرتفع أو عشرة دنانير ، والمتوسط ، بخمسة دنانير أو الثوب المتوسط ، والفقير بالدينار أو الخاتم وماشاكله﴾ .
وبالجملة يكفي في ذلك كلمات تحتاج اليها ولذا قد أشار في الروايات بأمور مختلفة كالمحكي عن فقه الرضا عليه السلام «يمتعه منه قس أو كثر على قدر يساره ، فالموسع يمتع بخادم أو دابة ، والوسط بثوب ، والفقير بدرهم أو خاتم ، كما قال الله : ومتعوهن - الى آخره» .

و في محكي الفقيه وروى أن الغنى يمتع بدار أو خادم ، والوسط يمتع بثوب ، والفقير يمتع بدرهم أو خاتم وروى أن أدناه خمار وشبهه» .
و[خبر ابن بكير] المروى عن قرب الاسناد «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل : ومتعوهن ، ما قدر الموسع والمقتر؟ قال : كان على بن الحسين عليه السلام يمتع بالراحلة» .

و[عن العياشي] أنه رواه في تفسيره ثم قال : «يعنى حملها الذي عليها» .
و[خبر أبي بصير] قلت لابي جعفر عليه السلام : «أخبرني عن قول الله تعالى : وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين ، ما أدنى ذلك المتاع اذا كان معسراً لا يجد ؟ خمار وشبهه» .

و[في خبر الحلبي] «ان كان الرجل موسعاً عليه أن يمتع امرأته العبد والامة ، والمقتر يمتع الحنطة والزبيب و الثوب والدرهم ، وان الحسن بن علي عليه السلام متع امرأة له بأمة ، ولم يطلق امرأة الا متعها» .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿سلا تستحق المتعة الا المطلقة التي لم يفرض لها مهر ولم يدخل بها﴾ .

و في الجواهر كما هو ظاهر معظم النصوص والفتاوى ، بل والاية باعتبار تعقيها المتعة و الا لناسب تأخيرها ، انتهى والاشكال من جهات الاولى من حيث اختصاص هذا الحكم بالطلاق كما هو صريح المتن او يعم كل فرقة بفسخ أو موت

ونحوهما منه أو منها أو مطلقاً ظاهر النصوص هو الاختصاص بالمطلقة خصوصاً فيما كان السبب في الفرقة هو الرجل فلا وجه يعلم للتعدى عنه الى غيره .
 وفي المسالك بعد العبارة الوجه في اختصاصها بذلك ثبوت الحكم لها بقوله تعالى ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعهن مع اصاله البرائة في غير ما دلت عليه الاية لان الظاهر من نفي الجناح عدم لزوم المهر بالطلاق على هذه الحالة وهي طلاق المفوضة قبل الميسيس وفرض مهر لها والا فالجناح منفي عن الطلاق مطلقاً ثم امر بالمتعة حينئذ والامر للوجوب الى ان قال فلو حصلت البينونة بينهما بفسخ او موت اولعان او غير ذلك من قبله او قبلها او منهما فلامهر ولا متعة للاصل .

وقوى الشيخ في المبسوط ثبوتها بما يقع من قبله من طلاق او فسخ او من قبلها دون ما كان من قبلها خاصة وقوى في المختلف وجوبها في الجميع والاقوى اختصاصها بالطلاق عمل بمقتضى الاية ورجوعا في غيره الى الاصل ومجرد المشابهة قياس لانقول به وهذا هو الذي اختاره المصنف والاكثر ومنهم الشيخ في الخلاف انتهى .

قال في الحدائق ما لفظه قد عرفت مما قدمناه في صدره هذه المسئلة ان مستحق المتعة هي المطلقة على الوجه المتقدم فلو حصلت البينونة بينهما بغيره من فسخ او موت اولعان او غير ذلك من قبله او من قبلها او منهما فلامهر ولا متعة للاصل وهذا هو المشهور .

وقوى الشيخ في المبسوط ثبوتها بما يقع من قبله من طلاق او فسخ او من قبلها دون ما كان من قبلها خاصة وقوى في المختلف وجوبها في الجميع قال في المبسوط الفراق اربعة اضرب اما ان يكون من جهته بطلاق اولعان او ردة او اسلام فان كان بالطلاق فلها الممتعة لعموم الاية وان كان باللعان او الارتداد او الاسلام .

قال قوم تجب المتعة لان الفراق من قبله وهو الذي يقوى في نفسى ولو قلنا

لا يلزمه متعة لانه لا دليل عليه لكان قوياً واما من جهتها بارتداد او اسلام او بعثت تحت عبد فتختار نفسها او تجد به عيباً فتفسخ او يجذبها هو عيباً فانه وان كان الفاسخ هو فهي المدلسة فالكل من جهتها ولا متعة في ذلك كله فاما امرئة العينين فلو شئت اقامت معه وقال قوم لهامتعة وقال آخرون لا متعة لها وهو الصحيح .

فاما ان جاءت الفرقة من جهتهما معاً كالخلع وهو كالطلاق يجب به المتعة فاما مع جهة اجنبى بان ترضعها امه فهو كالخلع المقلب فيه حكم الزوج لانه يعود اليه بها قبل الدخول نصف المهر فكانه طلقتها هو فعليه المتعة قال فى المختلف بعد نقل ذلك عنه وهذا الكلام يدل على تردد ويجاب المتعة باللعان وشبهه .

والوجه عندى الوجوب وكذا فى زوجة العين لما تقدم فى الاول ولوجوب نصف المهر فى الثانى انتهى .

والشيخ فى الخلاف قد وافق القول المشهور فقال كل فرقة تحصل بين الزوجين سواء كان من قبله او من قبلها او من قبل اجنبى او من قبلهما فلا يجب بها المتعة الا الطلاق فحسب وبه قال ابن ادريس وجل من تأخر عنه وهو الاظهر لدلالة الآية والاحبار المتقدمة على ان ذلك فى الطلاق مع تأييدها بالاصل .

وحمل غيره عليه بمجرد المشابهة قياس لا يوافق اصول المذهب انتهى .

غير خفى على اولى الباب ان النص اذا كان مفاد المطلقة لا يعم الفسخ مطلقا ولا الموت ولا كونه منه او منها فالشارع عين للمفوضة المتعة وكانت لها فى الواقع بازاء محروميتها عن المهر حتى لو تصادف الطلاق قبل الدخول كان لها المتعة عوضا عن المهر حيث لا مهر لها حينئذ لا المسمى لفرض عدمه لا والمثل لكونه مشروطا بالدخول فيختص حينئذ بالمطلقة .

وفى الجواهر فى مقام التعميم بمطلق المفارقة قال بل هو [اى الحاق] هو خيرة المحكى عن مختلف الفاضل ، بل ظاهر المحكى عن المبسوط الميل اليه الا أنه لم نجد لهما موافقا منا .

وانما هذا الكلام ونحوه مذکور فی کتب العامة ، ولا دلیل سوى دعوى تنقيح المناط ، وما يشعر به خبر جابر من التعليل ، وهما معا كما ترى ، ضرورة عدم التنقيح المعتبر ، خصوصاً بعد الشهرة العظيمة أو الاجماع على الاختصاص بالمطلقة وضعف الخبر المزبور الظاهر فى جريان ما فيه مجرى الحكمة لالعلة ، ولعله لذا وافق الشيخ فى المحكى من خلافه الاصحاح انتهى وهو فى محله .

الجهة الثانية من الاشكالات كونها قبل الطلاق او بعدها ومما يدل على الاول [خبر الكنانى] عنه عليه السلام «اذطلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها فان لم يكن سمى لهامهراً فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» [صحيح الحلبي] عن الصادق عليه السلام «فى رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها عليه نصف المهر ان كان فرض لها شيئاً ، وان لم يكن فرض لها فليمتعها على مثل ما يمتع مثلها من النساء» [وخبر أبى بصير] «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها - الى أن قال - : فان لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على مثل ما يمتع مثلها من النساء» [وخبر زرارة] عن ابى جعفر عليه السلام «متعته النساء واجبة دخل بها او لم يدخل ، وتمتع قبل أن تطلق» وغير ذلك مما سياتى لكن الظاهر ان التقدم والتأخر ليس بحيث يفرق فى الحكم بل المقصود هو دفع المتعة كان ذلك قبل الطلاق او بعده ويدل عليه انها فى ذمته على الوجوب ولا يبرء منها الا بالدفع من غير فرق بين التقدم والتأخر فالروايات وان كانت مصرحة بالقبل لكنه لا ينبحو يضر ببعد الطلاق كما فى الجواهر قال بل هو ظاهر قوله تعالى : «فتعالين» الى آخره نعم الظاهر ان ذلك من باب الاستحباب دون الاستحقات الذى هو لا يتحقق الا بعد تحقق الطلاق ، كما هو مقتضى قوله تعالى : «وللمطلقات متاع» الى آخره بل قد عرفت خبر الحلبي وان كان هو فى المتعة المستحبة ، وحينئذ فاذا قدمها لا تكون متعة الا بتعقيب الطلاق ، لكن يقوى حينئذ كونه كاشفاً ، لما سمعته من النصوص الدالة على كونها متعة قبل أن يطلق الجهة الثالثة كونها للوجوب او الندب

والاول ظاهر الادلة كصريح خبر زرارة المتقدمة آنفا وغير ذلك مثل [صحيح الحلبي «سألته عن رجل تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهرأ ثم طلقها ، قال : لها مهر مثل مهور نسائها ويمتعها .

[وخبره الاخر] عنه عليه السلام في قول الله عزوجل : وللمطلقات متاع بالمعروف - الى آخره - قال : متاعها بعد أن تنقضى عدتها على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، وكيف يمتعها وهي في عدتها ترجوه ويرجوها ويحدث الله بينهما ماشاء » ونحوه [خبر سماعة] وما سمعته من أن الحسن عليه السلام لم يطلق امرأة الا متعها وقوله تعالى : «فتعالين أمتعكن واسرحكن» الى آخره .

[وصحيح حفص] عنه عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته أيمتعها ؟ قال : نعم ، أما يحب أن يكون من المحسنين ؟ أما يحب ان يكون من المتقين ؟ » [وخبر البزنطي] « ان متعة المطلقة فريضة » وخبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام « في قوله تعالى : فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً ، قال : متعوهن حملوهن بما قدرتم عليه من معروف ، فانهن يرجعن بكآبة وخسارة ، وهم عظيم ، ومهانة من أعلقهن ، فان الله كريم يستحي ، ويحب أهل الحياء ، ان أكرمكم أشدكم اكراماً لحلائلهم .

وهذه الروايات صريحة في الوجوب فلا بد من علاجها مع مظاهره الاستحباب بل الظاهر انه ليس فيه كثير اشكال لان كون الامر ظاهراً في الوجوب لولا قرينة على الندب وهنا مطلقات بلا قرينة الندب بل الامر بالعكس اي للمطلقات قرينة على الوجوب كما عرفت ولذا قال به .

وايضاً الاستحباب مساوقة للترك لعدم الالزام بها وهو مناف لتشريعها حيث ان الغرض من جعلها هو استمالة الزوجة وجبران تعب الفرقة والخجلة وغير ذلك . قال في الخلاف : المفوضة اذا طلقها زوجها قبل الفرض وقبل الدخول بها فلامهر لها لكن يجب لها المتعة وبه قال الاوزاعي وحماد بن ابي سليمان وابو حنيفة

واصحابه والشافعي وقال مالك لامهر لها ولامتعة لها يستحب ان يمتعها استجباً وبه قال الليث بن سعد وابن ابي ليلى .

[دليلنا] قوله تعالى « يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً » وهذا امر يقتضى الوجوب وقال تعالى « لاجنح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين » وفيها ثلاثة أدلة :

أولها قوله تعالى ومتعوهن وهذا امر يقتضى الوجوب

وثانيهما فصل بين المومس والمعسر فلو لم تكن واجبة لما فصل بينهما كصدقة التطوع لافصل بينهما .

والثالث قوله تعالى حقاً على المحسنين وقوله على من حروف الوجوب ثبت انها واجبة وعليه اجماع الصحابة روى ذلك عن علي عليه الصلاة والسلام وعمر ولا مخالف لهما وقال تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين » فاضاف المتعة اليهن ثبت انه واجب لهن وقال حقاً على وظاهر ذلك يقتضى الوجوب انتهى .

وظهور العبارة بل صريحها بل دليله فى الوجوب غير خفى .

وفى الحدائق لاختلاف فى وجوب المتعة هنا لاية والروايات المتقدمة ونحوها المشتملة على الامر بها الذى هو حقيقة فى الوجوب وفى بعضها انها فريضة . وظاهر جملة من الاخبار المتقدمة انها قبل الطلاق كرواية ابي حمزة وصحيحة محمد بن مسلم ورواية زرارة المنقولة فى الفقيه الا ان رواية الحلبي المنقولة فى الكافي صريحة فى ان المتعة انما هى بعد ان تنقضى عدتها معللاً لذلك بانها فى العدة ترجوه و يرجوها و الجمع بين هذه الاخبار لا يخلو من اشكال ولا يحضرنى الان

وجه يعتمد عليه فسي ذلك هذا على تقدير ما دلت عليه الاخبار من ثبوت المتعة للمدخول بها .

واما على ما ذكره الاصحاب من تخصيصها بغير المدخول بها فالظاهر انها قبل الطلاق كما هو الظاهر هذه الاخبار ولسم أقف على من ذكر هذا الحكم من الاصحاب بل ظاهرهم وجوب دفع ذلك وان كان بعد الطلاق ولعل مستندهم الاطلاق في أكثر الاخبار الا ان مقتضى القاعدة بعد ورود هذه الاخبار بالتقييد هو حمل المطلق على المقيد انتهى الجهة الرابعة من الاشكالات هي كون المتعة قبل المدخول أو بعده .

قال في الحدائق الظاهر من كلام الاصحاب هو اختصاص المتعة بغير المدخول بها كما قدمناه في عنوان المسئلة وعليه تدل أكثر اخبار المسئلة المتقدمة الا ان جملة من الاخبار قد دلت على ثبوتها للمدخول بها ايضا ثم نقل ما دل على ثبوتها للمدخول بها مما تقدم

ثم قال والشيخ قد حمل هذه الاخبار على الاستحباب وتبعه الجماعة ولا يخفى بعده سيما مع قوله في رواية زرارة واجبة دخل بها اولم يدخل المسئلة لا تخلو من توقف واشكال والاحتياط فيها مطلوب على كل حال انتهى

ظاهر العبارة ان كلام الشيخ في اصل المتعة وانه في اصل المتعة حملها على الاستحباب مع انك قد عرفت صراحة عبارة الخلاف بالوجوب وانما قلنا ظهور العبارة في ذلك لانه تمسك للوجوب برواية زرارة والرواية واردة في اصل وجوب المتعة غاية الامر عممت من حيث الدخول وعدمه فاصل الوجوب بحاله كما ان اشكال كونها قبل الدخول وعدمه بحاله ايضا .

ويمكن ان يقال بانه بعد الدخول ليس محلا لوجوبها فانه بعد الدخول كان

لها مهر المثل لا المتعة كما ان قبل الدخول كان لها المتعة دون مهر المثل

وعلى هذا يمكن ان يقال بانه بعد الطلاق ليس محلا للوجوب لمكان مهر

المثل لكنه يستحب كما يجمع بينهما في الصحيح المتقدم من قوله عَلَيْهَا لها مهر مثل مهر النساء ويمتعها وعلى هذا يمكن حمل ما عم لمابعد الدخول على الاستحباب وان نظر الشيخ الى ذلك حيث انه صرح بوجود المتعة كما عرفت فاصله واجب وبعد الطلاق ايضا مستحب .

وانما قلنا ذلك لانه مقتضى الجمع بين الروايات الدالة على كون المتعة بالدخول كرواية زرارة وقوله فيها متعة النساء دخل بها اولم يدخل ورواية الحلبي لقوله فيها متاعها بعدما تنقضى عدتها الى ان قال وكيف يتمتعها وهي في عدة ترجوه ويرجوها فانه ظاهر في المدخول بها اذ لعدة على غير المدخول بها اجماعا نصا وفتوى وصحيفة الحلبي قال سئلته عن رجل تزوج امرئة فدخل بها ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال لها مهر مثل مهر نساءها ويمتعها وهي صريحة في مجامعة المتعة للمهر كما عرفت آنفا وبين ما دل على عدمه وانه بالدخول وجب مهر المثل ان لم يكن سمي لها مهراً لا المتعة [كخبر الكنانى] فان لم يكن سمي لها مهراً فمتاع بالمعروف .

و[صحيح الحلبي] وان لم يكن فرض لها فليتمتعها و[خبر ابي بصير] فان لم يكن فرض لها شيئا فليتمتعها وغيرها كما تقدم وصرح تلك الروايات انه ان سمي لها مهرا والا كان لها مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله فلا متعة بعد الدخول على مفاد تلك الروايات لكن النفي من حيث الوجوب فلا ينافى كونها ثابتة بعده ندبا والظاهر لا اشكال حينئذ

وقد تخلص من الجميع ان المفوضة التي لا يسمي لها مهرا كان لها مهر المثل ان دخل بها والا فيكون لها المتعة لا غير فبالدخول لا محل للمتعة واجبا وان كانت مستحبة ايضا

المسألة الثالثة لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز ، لان الحق لهما ، سواء كان بقدر مهر المثل أو زيد أو أقل ، وسواء كانا عالمين او جاهلين ، أو كان

أحدهما عالماً ﴿دون الآخر﴾ لان فرض المهر اليهما ابتداءً فجاز انتهاء ﴿وفي الجواهر بل ذلك بعد تراضيهما لازم لهما ، فليس لاحدهما الرجوع عما وقع التراضي عليه ، بل يكون حينئذ كالواقع في العقد انتهى وليس به بأس فانه فالتراضي يتعين المهر ولايجوز اكثره او اقله اذا اتفقا عليه كما انه كذلك لو اتفقا عليه في حال العقد لكن الظاهر ايضا لهما التغيير قلة وكثرة مع الرضا منهما فكما امرهبة المهر عليها فكذلك امرقلته وكثرته في كل مورد شاعت

المسألة ﴿الرابعة لو تزوج المملوكة ثم اشتراها﴾ قبل الدخول بها ﴿فسد النكاح﴾ وفي الجواهر قطعاً لما عرفته سابقاً من عدم اجتماع سببيه انتهى ولا يخفى ان عدم الاجتماع لايدل على فساد الاول وذهابه ودخول السبب الثاني وتأثيره بل لاترجيح لذلك بل مقتضاه عدم ورودالسبب الثاني لانالسبب انما يؤثر فيما لا يؤثر قبله سبب آخر فلامورد للثاني فانه يكون من قبيل اجراءالعقد على المعقودة ولومن نفس الزوج او عقد دواما على العقد انقطاعا ولايصح قطعاً فان الزوجية قدتحقق بالسبب الاول فلايؤثر السبب الثاني في ذلك والمقام كذلك فان الزوجية قدحصلت قبلا بالعقد فلايؤثر الشراء في الزوجية مادام الاول باقيا بل غايته انه يؤكد الاول

نعم ماتقدم في اوائل الكتاب من ان بيع المولى امته المزوجة طلاقا لها لو عممه الى نفس الزوج بان باعها من زوجها كان البيع طلاقا والمقام كذلك فان الزوج قدزوج قبلا امه المولى ثم اشتراه من المولى فكان بيع المولى من الزوج طلاقا لعقدما السابق فيؤثر الشراء في الزوجية بالملك .

﴿و﴾ على هذا الاحتمال ﴿لامهر لها ولامتعة﴾ لان الطلاق بالبيع قدفصل من المولى لامن الزوج وكان قبل الدخول فيسقط بل وكذا الحال على قول المصنف لان النكاح قد فسد قبل الدخول .

وفي الجواهر قال وان كانت مفوضة ، ضرورة عدم استحقاق السيد الاول المهر مع الانتقال عن ملكه وفسخ النكاح ، ولامتعة لعدم كونه طلاقاً ، ولانها حال

استحقاقها غير مملوكة للسيد الاول ، ولا يستحق المشتري على نفسه مالا ، وكذا لو كان لها مهر مسمى في العقد وقد اشتراها قبل الدخول ، كما هو مفروض المسألة ، نعم لو كان قد اشتراها بعد الدخول كان للسيد الاول المسمى أو مهر المثل ، كما هو واضح انتهى .

المسألة ﴿الخامسة يتحقق التفويض في البالغة الرشيدة﴾ قطعاً وان كانت بكرأ بناء على الاصح من أن أمرها اليها ﴿ولا يتحقق في الصغيرة﴾ ولا المجنونة ﴿ولا في الكبيرة السفهية﴾ قطعاً أيضاً ، لانه ليس لهن التزويج بالمهر فضلاً عن التفويض .

وفي الجواهر قال وانما الكلام في جواز ذلك للمولى فعن بعضهم عدم جواز ذلك بل لا يجوز له التزويج بدون مهر المثل انتهى ﴿و﴾ على عدم الجواز ﴿لوزوجها المولى بدون مهر المثل اولم يذكر مهر اصلاً﴾ فسد خصوص المهر وبطل دون العقد اما في اقل من مهر المثل فلكونه ضرراً على الصغيرة واما في التفويض فبطريق اولى فانه حينئذ لامهر اصلاً نعم ﴿صح﴾ حينئذ خصوص ﴿العقد﴾ دون مهرها الاقل بل يرجع في المهر الفاسد الى مهر المثل .

فعلى هذا القول لا يجوز عقد المولى اقل من مهر المثل فضلاً عن التفويض . وفي الجواهر بعد قوله صح العقد قال بلا خلاف ولا اشكال مع المصلحة فيه او عدم المفسدة وبطل التفويض والنقص من مهر المثل انتهى ولعله في محله لوجوب مراعات حفظ مصلحة الصغيرة بل بوجه يمكن الاستدلال على المنع بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الابالتي هي احسن فان جعل اقل من مهر المثل تفويضاً لمال الصغيرة فيبطل ما يرجع الى ضررها ويبقى ما يصلح بحالها .

﴿و﴾ حينئذ لامحالة ﴿يثبت لها مهر المثل بنفس العقد﴾ لانقص فضلاً عن التفويض .

وفي الجواهر قال لانه «لانكاح الابمهر» فمع فرض فساد التفويض والمسمى

ليس الامهر المثل الذي هو عوض شرعى فهو حينئذ اتلاف لبضع الغير بغير عوض ، فلا يجوز كما لايجوز فى المعاوضات على الاموال ، و نسب هذا القول الى مبسوط الشيخ ، ولم نتحققه انتهى .

﴿و﴾ مع ذلك كان ﴿فيه﴾ اى فى عدم جواز اقل من مهر المثل والتفويض ﴿تردد منشؤه أن الولى له نظر المصلحة فيصح﴾ منه ﴿التفويض﴾ فضلاً عن اقل مهر مثل ﴿وثوقاً بنظره ، وهو أشبه﴾ مع تحقق المصلحة والافلا .

وفى الجواهر باطلاق الادلة المقتضى جواز تصرف الولى فى البضع والمال وغيرهما مع المصلحة أو عدم المفسدة ، ولان له العفو عن المهر أصلاً ، كما أشار اليه فى الاية الشريفة «أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح» فالمتجه حينئذ صحة ذلك معها ، نعم لولم يكن ثم مصلحة فى أصل النكاح أوفى خصوص المهر بالاقل او التفويض كان العبد أو المهر فضولياً أو باطلا انتهى .

ولا يخفى انه متين فان الولى حينئذ بمنزلة الزوجة فكما ان للزوجة الكبيرة اختيار ذلك تفويضاً او مهر أفكذلك لوليها وحينئذ ان عقدها تفويضاً كان الحكم كذلك فيجرى احكام الكبيرة فان طلقها قبل الدخول كان لها المتعة وان كان بعده كان لها مهر المثل كما فى البالغة الرشيدة نعم ان قلنا بطلان التفويض وصحة العقد كان لها مهر المثل قال فى الخلاف :

مسئله ٢٣ : حكم الصغيرة والبكر الكبيرة التى تجبر على النكاح اذ زوجها وليها الذى له الاجبار مفوضة البضع حكم التى لها الاذن فى انه لايجب مهر المثل بنفس العقد وقال الشافعى هيهنا يجب مهر المثل بنفس العقد .

[دليلنا] قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضاوا لهن فبرضة) ولم يفصل وايضاً الاصل براءة الذمة انتهى ظاهره صحة عقد الصغيرة مفوضة . قال ايضا فيه : اذا زوج الاب او الجد من له اجبارها على النكاح من البكر الصغيرة او الكبيرة بمهر دون مهر المثل ثبت المسمى ولا يجب مهر المثل وبه قال

ابو حنيفة وقال الشافعي يبطل المسمى ويجب مهر المثل .

[دليلنا] ان المسمى لا خلاف انه واجب عليه و من اوجب مهر المثل فعليه الدلالة وايضاً قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » و لم يفصل بين ان يكون دون مهر المثل او مثله او فوقه فوجب حمله على عمومه .

وايضاً روى ابن عمر ان النبي ﷺ قال ادوا العلائق قيل (فقيل) وما العلائق قال (فقال) ماتراضي (تراضوا) عليه الاهلون وهذا قد تراضي الاهلون عليه فوجب ان لا يؤدوا (يؤدى) غيره وايضاً فقد علمنا ان النبي ﷺ زوج بناته بخمس مائة ومعلوم ان مهر مثل بنت (ابنة) النبي ﷺ لا يكون هذا القدر فلولا ان الولي اذا عقد على اقل من مهر المثل صح ولزم المسمى لما كان رسول الله ﷺ يفعل.

﴿ وكيف كان ﴾ فعلى التقدير الاول ﴿ وهو فساد الاقل والتفويض وقوع مهر المثل بنفس العقد ﴾ لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مهر المثل ﴿ الذى قد ثبت بنفس العقد ﴾ وعلى الثانى الذى هو ﴿ ما اخترناه ﴾ من صحة التفويض كان ﴿ لها المتعة ﴾ فقط و انما يكون لها المهر لو دخل بها .

قال فى الحدائق لا اشكال فى صحة التفويض من البالغة الرشيدة الغير المولى عليها لان الحق فى ذلك لها وامر نكاحها بيدها تختار ما تريد من الوجوه الصحيحة ومنها التفويض وانما الكلام فى المولى عليها بجميع انواعها فهل للولى ان يزوجه مفوضة أم لا قولان :

أحدهما صحة التفويض كغيرها فعلى هذا ليس لها بعد الطلاق وقبل الفرض أو الدخول الا المتعة والثانى صحة العقد وان الثابت لها مهر المثل بمجرد العقد ولا تفويض وعلى هذا فبالطلاق ينتصف المهر .

وانت خير بان اطلاق الاخبار المتقدمة الواردة فى التفويض شامل للتفويض

من الزوجة والولى مثل قولهم فى تلك الاخبار رجل تزوج امرئة ولم يفرض لها

صداقاً و نحو ذلك من العبارات وحينئذ فاذا صح التفويض من الولي كما هو احد القولين المذكورين ترتب عليه أحكام التفويض و القائل بوجود مهر المثل هنا انما علله بان تصرف السولي منوط بمهر المثل و ثمن المثل لان النكاح يلحق بالمعاوضات فيجب مراعاة عوض البضع فاذا فرض دون مهر المثل وقع فاسدا فوجب مهر المثل كما لو فسد المهر بغيره .

وفيه انك قد عرفت ما فسى قياس النكاح على المعاوضات وانه متى كانت الاخبار شاملة لهذا الفرد فالتفصيل السدى اشتملت عليه بأنه ان دخل بها فلها مهر المثل او فرض لها فرضاً فهو ما فرضه والا فالمتعة ان وقع الطلاق بدون أحد الامرين جار فيه انتهى .

وفي المسالك قال ما لفظه فهل للمولى ان يزوجه مفوضة او بدون مهر المثل قولان سبق الكلام في الثاني منهما وان الاقوى جوازه مع المصلحة وقد حكى المصنف فيهما هنا قولان :

أحدهما صحة العقد و ثبت لها مهر المثل بنفس العقد ولا يتوقف على الدخول كالمفوضة و نسب هذا القول الى الشيخ فسى المبسوط ووجهه ان تصرف الولي منوط بمهر المثل و ثمن المثل لان النكاح ملحق بالمعاوضات فيجب مراعات عوض البضع فاذا فرض دونه وقع فاسداً يوجب مهر المثل كما لو فسد المهر بغيره وقد تقدم له نظائر و كذا مع التفويض لاشتماله على المعاوضة على البضع بدون مهر المثل على تقدير عدم الدخول وهو ممتنع ولو لم يجب مهر المثل بالعقد لكان تفويضاً صحيحاً و المفروض عدمه .

والذي وجدته في المبسوط في موضعين الصحة و لزوم مهر المثل بالدخول فأول موضعين قوله فيه فاما من تجبر على نكاح لصغر او بكاراة فلا تكون مفوضة البضع و متى عقد وليها مفوضة لم تكن مفوضة ووجب مهر المثل بالعقد عند قوم وعندنا بالدخول وقال في الموضع الثاني من تجبر على النكاح من الصغيرة و البكر

الكبيرة يجبرها أبوها أوجدها على النكاح فمتى زوجها مفوضة البضع كان الحكم فيه كالحكم فيمن لا تجبر سواء وقال قوم لها مهر المثل لا غير .

ثم قال بعد ذلك فاذا ثبت هذا فان أجبرها فزوجها مفوضة لم يجب عليه ضمان المهر لانه قد وجب بالعقد وهذا الكلام الاخير ربما او هم ما نقلوه عنه الا انه بانصاله بالاول و منافاته له ظاهر يمكن حمله على وجود سبب وجوبه بالعقد لاعلى وجوبه حقيقة لانه ذكر في غير موضع ان المفوضة ملكت بالعقد ان تملك المهر .

وقال كل موضع حكمننا بانها مفوضة لم يجب لها بالعقد مهر ولا المطالبة بالمهر لان المهر ما وجب لها لكن لها المطالبة بفرض المهر والمهر يجب لها بالفرض أو بالدخول و كذلك صرح في باب الاولياء بصحة تزويج الولي بدون مهر المثل محتجاً بأن له العفو عن الصداق فله ان يعفو من بعضه وهذا كله موافق لما اختاره المصنف فسي جواز تفويض الولي بضع المولى عليها وزاد المصنف التقييد برعاية المصلحة وهو حسن .

اذا تقرر ذلك فنقول اذا طلقها قبل الدخول في صورة التفويض بنى على القولين فان جعلنا الواجب مهر المثل بالعقد كما نقله الشيخ عن بعضهم وجب لها نصف مهر المثل لان الواجب بالعقد ينتصف بالطلاق وعلى القول بصحة التفويض يجب المتعة كما في كل مفوضة و اما على تقدير تزويجها بدون مهر المثل فان جوزناه بالمصلحة فلها مع الطلاق قبل الدخول نصف المسمى و ان اوقفناه على رضاها بعد الكمال كما هو المشهور فان طلقها قبل الكمال فلها نصف المسمى وان طلقها بعد روعى فسي الواجب رضاها او فسخه فيرجع الى مهر المثل و ان جعلنا الواجب حينئذ مهر المثل بالعقد الحاقاً لهذه التسمية بالفاسدة حيث وقعت بغير عوض المثل وجب بالطلاق نصف مهر المثل انتهى .

﴿ويجوز أن يزوج المولى أمته مفوضة، لا اختصاصه بالمهر﴾ بخلاف

المولى عليها لصغر، وحينئذ يلحقها حكم المفوضه من الفرض والمتعة ومهر المثل بالدخول كما عرفت، فان بقيت على ملكه الى أن دخل بها الزوج استقر ملكه على مهر المثل .

المسئلة ﴿ السادسة اذا زوجها مولاها مفوضة ثم باعها ﴾ من آخر ﴿ كان فرض المهر بين الزوج والمولى الثاني ﴾ الذى هو المشتري وفى المسالك قال هذا كالتمة المسئلة السابقة فانها دلت على جواز تفويض المولى بضع امته ثم ان بقيت على ملكه فالحكم واضح و ان خرجت من ملكه فاما ان تخرج بالانتقال الى ملك آخر كالمشتري وشبهه او تملك نفسها كالمعتقة فان كان الاول فقد تقدم ان المنتقل اليه يتخير فى اجازة العقد وفسخه فان فسخه بطل العقد وتبعه المهر وان اجازته قال فرض المهر اليه والى الزوج ﴿ ان اختار النكاح ، ويكون المهر ﴾ المفروض أو مهر المثل المستحق بالدخول ﴿ له دون الاول ﴾ .

نعم ان فسخ النكاح بطل العقد وتبعه المهر ﴿ ولو أعتقها الاول قبل الدخول فرضيت بالعقد كان المهر لها خاصة ﴾ سواء كان مهر المثل الذى تستحقه بالدخول أو المهر الذى قد تراضت مع الزوج على فرضه بعد تحريرها، وهذا بخلاف ما لو أعتقت بعد تزويجها وتعيين المهر فى العقد، فانه يكون للمولى كما مر .

والفرق أن المهريملك بالعقد والمالك لمهر الامة هو السيد بخلاف المفوضة، فان ملك المهر يتوقف على الفرض أو الدخول كما مر ، وقبله لا مهر ، وقد حصل الانتقال عن ملكه قبل تحققه ، فيكون لها لحدوثه على ملكها ، وأما المشتري فانه يملك .

﴿ وأما ﴾ القسم ﴿ الثانى - وهو تفويض المهر - فهو أن يذكر على الجملة ويفوض تقديره الى أحد الزوجين ﴾ بعينه .

وفى الجواهر كما عن ظاهر التحرير وغيره ، وفى كشف اللثام أو مطلقا ، كما ربما يظهر من الخلاف والمبسوط والسرائر ، واليهما جميعاً كما فيها وفى

التحرير ، لئلاصل ولعموم كون المؤمنين عند شروطهم ، و الاولوية من تفويض البضع مع الاتفاق في المقتضى .

وفي القواعد أو أجنبي على اشكال من ذلك أيضاً ، حتى الاولوية بناء على فرض الاجنبى فى المفوضة للبضع ، وأنه كالثائب عنهما ، ومن انتفاء النص ، لاقتصاره على أحدهما وأنه معاوضة ، فتقدير العوضين انما يفوض الى المتعاضين دون الاجنبى ، وفي كشف اللثام وضعفهما ظاهر بعد ما عرفت انتهى .
ولا يخفى خروج المسألة عن الشرط كما سيأتى .

قال فى الخلاف : مفوضة المهر هو ان يذكر مهرا ولا يذكر مبلغه فيقول تزوجتك على ان يكون المهر ما شئنا او ما شاء احدنا فاذا تزوجها على ذلك فان قال على ان يكون المهر ماشئت انا فانه مهما يحكم به وجب عليها الرضا به قليلا كان او كثيراً وان قال على ان يكون المهر ما شئت انت فانه يلزمه ان يعطيها ما تحكم به مالم يتجاوز خمس مائة درهم وقال الفقهاء كلهم ابوحنيفة والشافعى انه يلزمه مهر المثل .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير انتهى وفى الحدائق ﴿المطلب الثانى فى تفويض المهر﴾ وهو كما تقدمت الاشارة اليه ان يذكر فى العقد مجملا ويفوض تعيينه الى احد الزوجين ولاخلاف بين اصحابنا فى الجوازه واخبارهم دالة عليه وانما خالف فيه العامة فحكموا بان المهر الواقع على هذه الكيفية فاسد فيكون الكلام فيه على قياس المهر الفاسد من الرجوع الى مهر المثل الى آخر كلامه الذى مال الى المشهور خلافا لصاحب المدارك فى حاشيته على النافع .

والمسألة فى غاية الاشكال نصا وفتوى حيث ان ظاهر ما استدل به المشهور اجحاف بحال المرأة دون الرجل مع انها سواء .

قال فى المسالك قوله واما الثانى اه هذا هو القسم الثانى من قسمى التفويض وهوان يذكر المهر فى العقد اجمالاً ويفوض تقديره فيه الى احد الزوجين وعليه اقتصر المصنف او اليهما معا ولا اشكال فى جوازه ايضاً الى ان قال :

اذا تقرر ذلك فعلى تقدير تفويضه الى الزوج فتقديره اليه فى جانب القلة والكثرة اما فى الكثرة فظاهرة لان حكمه به على نفسه واما فى جانب القلة فلا يتقدر الا بما يجوز جعله مهراً وعلى تقدير تفويضه اليها لا يتقدر فى جانب القلة كما مر لانه حققها فلها الاقتصار على القليل ويتقدر فى جانب الكثرة بمهر السنة عند جميع الاصحاب ومستند ذلك اخبارهم الى ان قال بعد نقل الروايات والظاهر ان الحكم المذكور موضع وفاق والا فالرواية به لا تخلو من ضعف انتهى .

وقد أتعب فى الجواهر نفسه الشريف الى ارجاع تفويض المهر بالمفوضة المهر وانهما من واحد وهو ايضاً مشكل لاختلاف روايات هذا الباب مع ما هناك قال قده ما لفظه .

لكن قد يقال : ان مبنى ذلك اطلاق الادلة وعمومها الذى لا فرق فيهما بين هذين القسمين وغيرهما ، ضرورة أنها مفوضة البضع ، الا أنه اشترط فى العقد تعيين الفارض للعقد ، وبذلك افرقت عن موضوع مفوضة البضع الذى هو اهمال ذكر المهر أصلاً فى العقد حتى اشترط فرضه، فليس حينئذ تفويض المهر قسماً من المهر المجهول صح للدلالة الخاصة حتى يقتصر فيه على ما تضمنته دون غيره من الاقسام ، اذ لم يذكر مهرها فى العقد بلفظ مشترك لفظاً او معنى مراداً منه فرد خاص وفرض تعيينه الى الزوجة أو الزوج حتى يكون من المهر المجهول .

بل المراد أنه فوض فى عقدها أصل تقدير المهر الى الزوج او الزوجة ، فهى فى الحقيقة مفوضة البضع ، الا أن الفرق بينهما بأن الفرض فى مفوضة البضع لم يتعرض فى العقد اليه ولا الى من يفرضه ، بخلاف مفوضة المهر ، فانه قد تعرض فى عقدها الى تعيين من يفرض مهرها ، فللمهر فى عقدها كى يكون مجهولاً .

فالمراد حينئذ من ذكر المهر في الجملة المذكور في المتن وغيره ذكره بالطريق الذي قلناه. بمعنى أنه تعرض في عقدها الى تعيين من يفرضه بخلاف مفوضة البضع التي أهمل فيه ذكر المهر اصلاً حتى بذلك ، بل المراد بما في النصوص «من تزوج المرأة بحكمها أو بحكمه هذا المعنى أيضاً وليس هو من المهر المجهول الذي هو بمعنى ذكر مشترك لفظاً او معنى وأريد منه فرد خاص وفوض تعيينه الى أحدهما ، فان هذا ونحوه المهر المجهول .

ومن ذلك ظهر لك خطأ المخالفين في ابطال هذا القسم من التفويض وجعله من المهر الفاسد واجراء حكمه عليه انتهى .

وانت اذا تأملت في ذلك تجد اختلاف المسألتين موضوعاً وحكماً وسؤالاً وجواباً حيث أن السؤال في مسألتنا في كون حكم المهر ومقدار تعيينه بيد أحدهما فالمهر مسلم ومقداره مجهول بخلاف السابقة لعدم المهر بل شرط عدمه فكيف تكونان واحداً .

الأتري الى قوله عَلَيْهَا هناك ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها وفي خبر آخر ولم يفرض لها صداقاً وفي ثالث وان لم يكن فرض لها مهراً فلامهر وما بعد فيما بين عدم جعل المهر رأساً وبين جعله مجملاً ومبهما فهذا الكلام مع طوله مما لا طائل تحته مع ان في رواية ابي بصير ضعف كما افاد الشهيد وصاحب المدارك فاللازم هو اصلاح الروايات .

وبيان الفرق بين حكمها مع أنه على الظاهر مما لافرق بينهما فان كان الفرق في طرف الزوجة باحتمال اجحافها الزوج في الزيادة ولذا حده الشارع بمهر السنة كان ذلك في طرف الزوج باحتمال اجحافه اياها في طرف النقيصة لامكان كون مهر مثلها فضلاً عن مسمائها بقدر مائة فجعله عشرة دراهم وهو اجحاف في حق الزوجة جداً .

فالقاعدة يقتضى اصابلان كون المهر بيدهما او جعل كليهما متساويين في ذلك
في كون المعيار هو مهر السنة او جعل الحكم من كل منهما صحيحاً كيف جعل وعلى
الاول يرجع الى مهر المثل فانه القاعدة في كل المهر الفاسد ولذا كراولا ماورد
في ذلك من الروايات .

فمنها [خبر زرارة] «سألت ابا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على حكمها ،
قال : لا تتجاوز بحكمها مهر نساء محمد صلى الله عليه وآله اثنتى عشرة أوقية ونش ، وهو وزن
خمسة مائة درهم من الفضة ، قلت : أرأيت ان تزوجها على حكمه ورضيت بذلك ؟
فقال : ما حكم من شيء فهو جائز عليها قليلا كان أو كثيراً ، قال : قلت له : فكيف
لم تجز حكمها عليه وأجزت حكمه عليها ؟ قال : فقال : لانه حكمها ، فلم يكن لها
أن تجوز ما سن رسول الله صلى الله عليه وآله وتزوج عليه نساءه ، فرددتها الى السنة ، ولانها هي
حكمته ، وجعلت الامر اليه في المهر ، ورضيت بحكمه في ذلك ، فعليها ان تقبل
حكمه قليلا كان أو كثيراً» .

ولا يخفى ان الاشكال في جانب الرجل ايضا لانها حكمته فلم يكن له الحكم
بالمهر قليلا فلم يجوز حكم الرجل مطلقا دون المرأة حتى يحد بعدم التجاوز عن
مهر السنة .

ونظيره [صحيح ابن مسلم] عنه عليه السلام أيضاً «في رجل تزوج امرأة على حكمها
أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها : قال : لها المتعة والميراث ولا مهر لها ،
قلت : فان طلقها وقد تزوجها على حكمها ، قال : اذا طلقها وقد تزوجها على حكمها
لم يتجاوز بحكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة درهم فضة ، مهر نساء رسول الله صلى الله عليه وآله
هذا حال النص والفتوى على طبقه بل المرأة أولى بالمرعات من الرجل يضعفها مع
ان جعل المهر باختيار الزوج لينتهى الى نهاية القلة بخلاف جانب الكثرة من الزوجة
وهو ظلم لا يليق بالشرع جعله هذا كله مع معارضة [خبر أبي بصير] «سألت

ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يفوض اليه صداق امرأته فتنقص عن صداق نساءها ، قال : يلحق بمهر نساءها» .

لهذه الروايات فانه صريح في عدم صحة ذلك وان المعيار انه لو نقص عن مهور النساء يلحق بها ولعله لافرق في ذلك بين الرجل والمرئة وان كان مسورد السؤال هو الرجل ولكن لا اختصاص به في ذلك ويكون المفاد انه في حينئذ مورد الاجحاف باحدهما كانت و القاعدة هو مهر المثل لا القلة في المرئة والكثرة في الرجل فانه مقتضى مختاريتهما و حمل الخبر على غير ما هو الظاهر منه خلاف الظاهر وتصرف في الرواية بغير وجه .

فالظاهر عدم صحة الرجوع اليها فيدور الامر بين قبول حكمهما مطلقاً قلصة وكثرة وبين ارجاع الاكثر من الزوجة والقلة من الزوج الى مهر المثل .

وكيف كان فقد ظهر مما ذكرنا عدم تمامية قوله وعلى كل حال ﴿ فسان كان الحاكم ﴾ الذي اشترط في العقد ﴿ هو الزوج لم يتقدر في طرف الكثرة ﴾ التي هي حكمه على نفسه ﴿ ولا القلة ﴾ الا بما يتمول و يصح جعله مهراً التي هي حكم على الزوجة برضاها .

﴿ و ﴾ لذلك ﴿ جاز ان يحكم بما شاء ﴾ وان قال في الجواهر بلا خلاف أجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى ماسمعه من الصحيح وغيره ومن هنا وجب حمل خبر أبي بصير على الندب ، أو على ما عن الشيخ من أنه فوض اليه صداق امرئته على أن يجعله مثل مهور نساءها فنقصها ، او غير ذلك الذي هو اولى من الطرح انتهى .

ولا يخفى ما في المتن والشرح ﴿ ولو كان الحكم اليها لم يتقدر في القلة و يتقدر في ﴾ طرف ﴿ الكثرة ﴾ بما لا مزيد عن مهر نساء محمد عليه السلام و بناته الثلاثي هن اعلى من كل امرأة ﴿ اذ لا يمضى حكمها فيما زاد عن مهر السنة ، و هو خمسمائة درهم ﴾ .

و في الجواهر بلا خلاف اجده في شيء من ذلك بل وقد عرفت عدم تمامية ذلك عندي و كون بنات النبي ﷺ اعلا من كل امرأة لا يدل على عدم جواز مهرن بقدرها كيف ويصح مهر امرأة اخست منهن بمراتب ومع ذلك كان مهرها اعلى واكثر من مهرن بمراتب والله العالم .

ثم انه في الحدائق في مقام الاخر قال ما لفظه وبمادلت عليه هذه الاخبار من تفسير الاوقية و النش صرح به اهل اللغة ايضاً قال ابن ادريس في سرائره النش بالنون المفتوحة والشين المعجمة المشددة وهو عشرون درهماً وهو نصف الاوقية من الدراهم لان الاوقية عند اهل اللغة اربعون درهماً فاني سئلت ابن القصار ببغداد وهو امام اهل اللغة في عصره فاخبرني بذلك انتهى .

و قال في ق النش الى ان قال ونصف اوقية عشرون درهماً وقال الجوهري النش عشرون درهماً وهو نصف اوقية لانهم يسمون الاربعين درهماً اوقية ويسمون العشرين نشا ويسمون الخمسة نواتا انتهى .

ثم انه مما ذكر يعلم عدم تمامية هذه الفروع .

﴿ و ﴾ هو قوله ﴿ لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم الزم من اليه الحكم ان يحكم ﴾ مقدمة لا يصال الحق الى صاحبه ﴿ و كان لها النصف ﴾ من ذلك .

و في الجواهر ولا تسقط حكومته بالطلاق ، للاصل و عموم «المؤمنون عند شروطهم» والصحيح السابق متمماً بعدم القول بالفصل ، وبذلك ظهر الفرق بينها وبين مفوضة البضع الذي لا فرض لها بعد الطلاق انتهى .

و ذلك لانه اذا لم يجز ذلك قبل الطلاق فبعده بالاولوية فانه بعد الطلاق يتحقق البغض والعداوة فلو كان امر الحكم بيد الزوج لا يمكن ان يحكم بما شاء لان الفرض عدم تقديره بشيء وهو اجحاف على الزوجة و من العجب تمسك صاحب الجواهر بعموم الشروط مع انه ليس من الشروط فيما بينهما عين ولا اثر

بل جعلاً فيما بينهما امر المهر من دون شرط اصلاً.

ومما ذكرنا يعرف مافى كلمات الاصحاب قال فى الخلاف اذا دخل بمفوضة المهر استقر ما يحكم واحد منهما به على ما فصلناه و ان طلقها قبل الدخول بها وجب نصف ما يحكم به واحد منهما وقال الشافعى وابو حنيفة ان دخل بها استقر مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها استحقت نصفه عند الشافعى وقال ابو حنيفة يسقط بالطلاق قبل الدخول ويجب المتعة .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً فاذا ثبتت المسئلة الاولى ثبتت هذه لان احداً لا يفرق بينهما انتهى .

قال فى الحدائق قد ذكر الاصحاب انه لو طلقها قبل الدخول وقبل الحكم الزم من اليه الحكم ان يحكم وكان لها النصف مما حكم به ولو كانت الحاكمة هى المرثة و حكمت بما يزيد على مهر السنة فالواجب هو نصف مهر السنة لما تقدم من بطلان ما زاد عليه و لو كان الحكم بعد الدخول فالواجب هو جميع ما يحكم به الحاكم لانه مقتضى العقد وقد استقر بالدخول ولا موجب لتنصيفه .

ويشير الى هذه الصورة قوله عليه السلام فى صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة فان طلقها وقد تزوجها على حكمها لم تتجاوز بحكمها على خمس مائة درهم الحديث والرواية وان كان موردها كون الحاكم هو المرثة الا انه لا قائل بالفرق والاصل بقاء الحكم حتى يحكم الحاكم ايها كان و الحكم بالتنصيف بالطلاق و ان لم يتضمنه هنا روايات المسئلة الا انه مستفاد من ادلة اخرى انتهى .

اقول ومورد الرواية ايضاً بقاء الزوجية لابعد الطلاق وقد عرفت عدم تمامية ذلك فى حال الزوجية فضلاً عن كونه بعد الطلاق .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا يتم قوله ولو كان مشهوراً ﴿ لو كانت هى الحاكمة فلها النصف مالم تزدد فى الحكم عن مهر السنة ﴾ .

﴿ و لومات الحاكم قبل الحكم ﴾ وبعد الدخول فلها مهر المثل مطلقاً أو ما

لم يزد عن مهر السنة ، على المشهور ، و مطلقا على المختار فيجب بالدخول تمام ما اختار وما اختارت لو لم تقتصر ذلك بالحياة وبالموت يرجع الى القواعد الكلية .

وحيث **﴿** قبل الدخول قبل **﴾** والقائل المشهور نقلا او تحصيلا: **﴿** سقط المهر ، ولها المتعة **﴾** وهو في محله لان الفرض عدم الحكم فيكون بمنزلة المفوضة البضع والفرض انه قبل الدخول فيكون الموت بمنزلة الطلاق فلها المتعة.

قال في الحدائق الرابع اختلف الاصحاب فيه لومات الحاكم قبل الحكم وقبل الدخول فالمشهور بينهم ومنهم الشيخ في النهاية و ابن البراج و ابن حمزة والصدوق في المقنع و العلامة في المختلف وولده في الشرح و الشهيد في شرح (د) ان لها المتعة .

وعلى هذا القول تدل صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة وربما قيل ان الرواية غير صريح الدلالة على المطلوب لان قوله فمات او ماتت محتمل لكون الميت هو الحاكم وكونه المحكوم عليه ومع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال و رد بانه لا ريب ان الظاهر منها كون الميت هو الحاكم لانه الاقرب والمحدث عنه ولانه **﴿** البتة **﴾** في آخر الحديث ذكر ان الحكم لا يسقط بالطلاق مع بقاء الحاكم واذا لم يسقط بالطلاق لم يسقط بالموت بطريق اولى انتهى .

و منه يعلم ما في قوله **﴿** و قيل : ليس لها أحدهما **﴾** لكن قد عرفت أن **﴿** الاول مروى **﴾** صحيحاً وقد عمل به المعظم ، فلا محيص عنه حيثئذ ، ووجوب المتعة حيثئذ له لا على اصولنا كما في الجواهر .

﴿ الطرف الثالث في الاحكام وفيه مسائل الاولى اذا دخل الزوج قبل تسليم **﴿** ما في ذمته من **﴾** المهر **﴿** الحال فضلا عن المؤجل أو بعضه **﴾** كان **﴿** جميعه أو الباقي منه **﴾** ديناً عليه ، و لم يسقط بالدخول ، سواء طالب مدتها **﴿** عنده **﴾** و أقصرت ، طالبت به أو لم تطالب **﴿** به للاصل بل الضرورة من الدين

بل هو ممالا يمكن الربب والوسوسة فيه و ما ابعده بين سقوط المهر بالدخول .
وبين وجوبه بالدخول فاذا دخل وجب المهر و اذا دخل سقط فمتى لم يدخل لم
يجب وان دخل فسقط فلاوجه للسقوط اصلا بعد دلالة الايات والروايات على دفع
المهر كلاحتى الى آخر عمره فالسقوط بالدخول مما لايرتبط بقواعد الشرع اصلا
وفى الحدائق المشهور بين الاصحاب ان المهر كلاو بعضاً لايسقط بالدخول
لولم تقبضه بل يكون ديناً عليه طالبت المدمة ام قصرت طالبت ام لم تطالب ويسدل
عليه ظاهر قوله عزوجل وآتوا النساء صدقاتهن نحلة انتهى.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه رواية اخرى﴾ اراد بالرواية جنسها لكثرة ما دل
على السقوط و بعضها معتبر السند ، لكنها ﴿مهجورة﴾ بين الطائفة و ان قيل فى
التهديبين عن بعض الاصحاب السقوط بالدخول .

وفى الجواهر ولم نتحققه ولا يخفى انه امر عجيب فالرواية التى أشار اليها
المصنف هى [خبر محمد بن مسلم] عن أبى جعفر عليه السلام «فى الرجل يتزوج المرأة ويدخل
بها ثم تدعى عليه مهر ، قال: اذا دخل بها فقد هدم العاجل» .

[وخبر عبيد بن زرارة] عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يدخل بالمرأة ثم تدعى
عليه مهرها ، قال ، اذا دخل بها فقد هدم العاجل» .

[وخبره الاخر] عنه عليه السلام أيضاً «دخول الزوج على المرأة يهدم العاجل» .
[وخبر على بن كيسان] «كتبت الى الصادق عليه السلام أسأله عن رجل يطلق امرأته وطلبت
منه المهر ، وروى أصحابنا اذا دخل بها لم يكن لها مهر ، فكتب : لامهر لها» .
[وخبر عبد الرحمان] «سألت أبى عبد الله عليه السلام عن الزوج والمرأة يهلكان
جميعاً : فيأتى ورثة المرأة فيدعون على ورثة الرجل الصداق ، فقال : وقدهلكا
وقسم الميراث ؟ فقلت : نعم ، فقال : ليس لهم شىء ، قلت : و ان كانت المرأة
حية فجاءت بعد موت زوجها تدعى صداقها فقال : لاشىء لها ، وقد أقامت معه مقرة

حتى هلك زوجها ، فقلت : فان ماتت و هو حي فجاء ورثتها يطالبون بصداقها ، فقال : و قد أقامت حتى ماتت لا تطلبه ؟ فقلت : نعم ، قال : لاشيء لهم ، قلت : فان طلقها فجاءت تطلبه صداقها ؟ قال : وقد أقامت لا تطلبه حتى طلقها؟ قال : لاشيء لها ، فقلت : فمتى حدث ذلك الذي اذا طلبته كان لها؟ قال : اذا أهديت اليه ودخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلا شيء لها ، انه كثير لها أن يستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل ولا كثير» .

[وخبر المفضل بن عمر] عن الصادق عليه السلام المتقدم سابقاً في مهر السنة ، قال فيه : «فان أعطاها من الخمسة مائة درهم أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه ، قلت : فان طلقها بعدما دخل بها ، قال : لاشيء لها انما كان شرطها خمسمائة درهم فلما أن دخل بها قبل أن تستوفي صداقها هدم الصداق فلا شيء لها انما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها ، فاذا طلبت بعد ذلك في حياته أو بعد موته فلا شيء لها .

[وصحيح الفضيل] عن أبي جعفر عليه السلام «في رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شيئاً من صداقها على ورثته فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث

فقال : أما الميراث فلها أن تطلبه ، وأما الصداق فالذي اخذت من الزوج قبل أن يدخل بها فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلاً كان أو كثيراً اذا قبضته منه ودخلت عليه به ، ولا شيء لها بعد ذلك» .

[وخبر أبي بصير] عن أحدهما عليهما السلام «في رجل زوج مملوكته من رجل على أربعمئة درهم فيحل له مأتى درهم ، و اخر عنه مأتى درهم فدخل بها زوجها ، ثم ان سيدها باعها من رجل لمن يكون المأتان المؤخرتان على الزوج ؟ قال : ان لم يكن أو فاها بقية المهر ان كان الزوج دخل بها و هي معه ولم يطلب السيد منه بقية المهر حتى باعها فلا شيء له عليه ولا لغيره ، واذا باعها السيد فقد بان من الزوج الحر اذا كان يعرف هذا الامر» الى غير ذلك .

فهذه الروايات صريحة الدلالة على اسقاط الدخول لكن الجميع مضافا الى اعراض المشهور عنها معارضة مع الايات والروايات والقواعد الشرعية هذا مضافا الى ان لزوم المهر مع الذكر في العقد مما لا كلام فيه حتى قالوا ان المهر من مقتضيات العقد وسقوطه بالدخول مساوق لعدم الوجوب فيلزم من وجوبه عدمه و مايلزم من وجوبه عدمه محال .

فاخبار اسقاط المهر بالدخول غير قابل للقبول بوجه فيدور الامر بين ردها وبين عدم جواز جعل المهر في العقد والا فالقول بوجوب المهر في العقد مع التزام احد الزوجين به والقول بسقوطه بالدخول دينا كان او نقدا .
وانه اذا اخذ مقدار منه كان هو المهر من المعارضات التي لم يصح استاده الى الشرع خصوصا مع كون المتعارف هو جعله على ذمة الزوج الى مدة عمره كما هو المتعارف في عصرنا و خصوصا مع ما أتى من انه بالدخول صار المهر دينا ثابتا في الذمة فينقلب من العاجل الى الاجل وسيمان اشتغال ذمة الزوج بالمهر وثبوته فسي ذمته سواء دفع شيئا منه عند الدخول ام لامن الواضحات عند العرف وجميع الناس بحيث من اراد عدم الاداء عند الناس من الظالمين والذين لا يباليون عن اكل اموال الناس وغير ذلك .

وقد هدانا الله برسوله و او صيائه بروايات متضمنة لغرض ماورد عنهم الى الكتاب وان ما كان خلاف الكتاب فاضربه على الجدار وانه مما لم نقله وهذه الروايات كانت مما لا يصح اصلاحها وتوجيهها بوجه حيث كانت صريحة الدلالة في السقوط فلا مناص لها من الطرح

ومنه ظهر فيما عن الكاشاني حيث انه بعد ذكر جميع النصوص قال : «و يخطر بالبال أن يحمل مطلق هذه الاخبار على مقيدتها اعنى يحتمل سقوط مطلق الصداق على سقوط العاجل منهم، فانهم كانوا يومئذ يجعلون بعض الصداق عاجلا وبعضه آجلا ، كما امر التنبيه عليه في بعض ألفاظ خطب النكاح .

وكان معنى العاجل ما كان دخوله به مشروطاً على اعطائه ايها ، فاذا دخل

بها قبل الاعطاء فكان المرأة أسقطت حقها العاجل ورضيت بتركه له ، ولاسيما اذا أخذت بعضه أو شيئاً آخر ، كما دل عليه حديث الفضيل ، وأما الاجل فلما جعلته حين العقد ديناً عليه فلا يسقط الا بالاداء ، وعليه يحمل أخبار أول الباب .

قال فى الجواهر بعد نقل الاخبار لكن لقصورها عن معارضة عرفت من وجوه وجب طرحها أو حملها على هدم المطالبة للتمكين ثانياً ، أو على أن الظاهر من التمكين اما القبض أو الأبراء خصوصاً اذا تأخرت المطالبة عن الطلاق أو الموت فلا يقبل قولها فى الاستحقاق انتهى .

وفى المسالك بعد نقل تلك الاخبار قال وعمل بمضمون هذه الاخبار بعض الاصحاب لكنها بعيدة عن اصول المذهب بل اجماع الامة معارضة لمادل على ثبوت المهر فى ذمة الزوج على كل حال من الكتاب والسنة كقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة الشامل بعمومه لموضع النزاع .

وروى محمد بن ابى نصر البزنطى فى الحسن قال قلت لابى الحسن عليه السلام الرجل يتزوج المرثة على الصداق المعلوم فيدخل بها قبل ان يعطيها فقال يقدم اليها ما قل او اكثر الا ان يكون له وفاء من عرض ان حدث به حدث ادى عنه فلا باس .

الى ان قال والشيخ حمل الاخبار السابقة على دعوى الزوجة المهر بغير بينة فانها لاتسمع واستشهد عليه برواية الحسن بن زياد عن الصادق عليه السلام المتقدمة آنفاً انتهى ولا يخفى ما فى هذا الحمل .

وفى الحدائق ايضا بعد تلك الاخبار وانت خبير بان هذه الاخبار على كثرتها وصحة جملة منها لم اقف على قائل بما دلت عليه غير ذلك البعض الذى نقل عنه الشيخ ومن تاخر عنه كلهم قد صرحوا بخلاف ما دلت عليه وارتكبوا التاويل فيها و هو كك لما عرفت من وضوح ادلة القول المشهور وموافقها لاصول المذهب ومخالفة هذه و الشيخ حمل هذه الاخبار تارة على انه ليس لها شىء بمجرد الدعوى من دون بينة كما يدل عليه خبر الحسن بن زياد عن ابى عبد الله عليه السلام الى آخره .

و مما يدل على فساد ذلك جميع ماورد فى اداء ديون الناس وحرمة اموال اليتامى لاستلزام ذلك لذهاب اموالهم جداً فقيما ماتت الزوجة ولها صغار ذكورا واناثا ومن المعلوم ان مهرها من اموالها التى يرثه الصغار فذهابه ذهاب مال الصغار الممنوع فى الكتاب والسنة .

وليت شعرى من اين يوجب الدخول لذهاب المهر بل يحرم عليه الدخول والوطء قبل دفع المهر وكان على الزوجة الامتناع عن التمكين والمنع عن الدخول الموجب لذهاب حقها و كلاهما بعيد عن الشرع المسهل لامور الناس و الدافع للنزاع فيما بينهم بخلاف خلافه وكيف كان فطرح تلك الاخبار مقتضى القواعد الشرعية .

ومما يدل على بطلان هذا المطلب هو قول الصادق عليه السلام فى خبر الحسن بن زياد : اذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر وقال الزوج : قد أعطيتك فعليها البينة وعليه اليمين « .

بل قوله عليه السلام فى خبر فان لفظه ثم ظاهرة فى كون الادعاء بعد الدخول كثيرا فلو كان الدخول موجبا للاسقاط لما وجه لادعاء الزوجة المهر حتى يحتاج الى البينة منها واليمين على الزوج بل يكفى الزوج بان يقول ان الدخول اسقط حقتك عن المهر فاثبات الدعوى واجراء قواعدها مما يثبت بطلان هذا القول جدا .

ويدل على المشهور ايضا روايات كثيرة مثل (مارواه) فى الكافى فى الصحيح او الحسن عن احمد بن محمد بن ابي نصر قال قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يتزوج المرثة على الصداق المعلوم فيدخل بها قبل ان يعطيها فقال يقدم اليها ماقل او كثر الا ان يكون له وفاء من عرض ان حدث به حدث ادى عنه فلا بأس .

(و عن عبد الحميد) بن عواض فى الموثق قال سئلت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرثة فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها قال لا بأس انما هو دين عليه لها .

(و عن غياث) بن ابراهيم عن ابى عبدالله عليه السلام فى الرجل يتزوج بعاجل و آجل قال الاجل الى موت او فرقة :

(ومارواه) الشيخ فى التهذيب عن عبد الحميد الطائى قال قلت لابى عبدالله عليه السلام اتزوج المرثه و ادخل بها ولا اعطيها شيئاً قال نعم يكون ديناً عليك .

(ورواه) الكلينى فى الحسن عن ابن ابى عمير عن بعض اصحابه عن عبد الحميد بن عواض فى الموثق قال قلت لابى عبدالله عليه السلام المرثه تزوجها ايصلح ان اواقعها ولم انقدها من مهرها شيئاً قال نعم انما هو دين عليك .

ورواه الكلينى ايضاً مثله [وعن عمرو بن خالد] عن زيد بن على عن آباءه عن على عليه السلام ان امرثه اتته و رجل قد تزوجها و دخل بها وسمى لمهرها اجلا فقال له على عليه السلام لا احل لك فى مهرها اذا دخلت بها فأد اليها حقها .

(و عن عبد الخالق) قال سئلت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرثه فيدخل بها قبل ان يعطيها شيئاً قال هو دين عليه و مما يؤيد ذلك تأييداً ظاهراً جملة من الروايات الدالة على ان من لم ينوا عطاء المهر فهو زان و لافرق بين عدم نيته سابقاً او لاحقاً .

ومنها [مارواه] فى الكافى عن الفضيل بن يسار فى الصحيح عن ابى عبدالله عليه السلام فى الرجل يتزوج المرثه ولا يجعل فى نفسه ان يعطيها مهرها فهو زان و عن حماد بن عثمان عن ابى عبدالله عليه السلام قال من تزوج امرثه ولا يجعل فى نفسه ان يعطيها مهرها فهو زاناً .

و عن السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله ان الله ليغفر كل ذنب يوم القيمة الا مهر امرثه و من غصب اجيراً اجرته و من باع حراً .

وما رواه الصدوق فى الفقيه مرسلاً قال قال الصادق عليه السلام من تزوج امرثه ولم ينوا ان يوفىها صداقها فهو عند الله زان قال وقال امير المؤمنين عليه السلام ان احق الشروط ان يوفى به ما استحللتم به الخروج .

وروى في حديث المناهى عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله قال من ظلم امرئة مهرها فهو عند الله زان يقول الله عزوجل يوم القيمة عبدى زوجتك امتى على عهدى فلم توف بعهدى وظلمت امتى فيؤخذ من حسناته فيدفع اليها بقدر حقها فاذا لم يتبق له حسناته امر به الى النار لنكته العهد ان العهد كان مسئولا .

وروى الراوندى فى كتاب النوادر عن موسى بن جعفر عن آبائه قال قال على عليه السلام فى قوله تعالى و آتوا النساء صدقاتهن نحلة اعطوهن الصدق الذى استحلتم به فروجهن فمن ظلم امرئة صداقها الذى استحل به فرجها فقد استباح فرجها زنا .

وما رواه الصدوق فى كتابى العلل والعيون عن الرضاء عليه السلام فى علل محمد بن سنان انه كتب اليه ان علة المهر ووجوبه على الرجال ولا يجب على النساء ان يعطين ازواجهن قال لان على الرجال مؤنة المراءة وهى بايعة نفسها والرجل مشتر ولا يكون البيع بلائمن ولا الشراء بغير اعطاء الثمن .

وقد استدل بها فى الحدائق ومن العجيب انه مع هذه الكثيرة المطابقة للدين كيف ذهب بعض الى هذه الاخبار .

﴿ و ﴾ كيف كان فالمشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة أن ﴿ الدخول الموجب للمهر هو الوطاء قبلا ﴾ بلا كلام ﴿ او دبرا ﴾ على الاحوط وهذه المسألة من المشكلات من حيث الجمع بينه وبين ما دل على انه بالعقد تملك الزوجة المهر .

ويدل على ذلك روايات كثيرة وقال الصادق عليه السلام فى خبر ابن البخترى : « اذا التقى الختانان وجب المهر والعدة والغسل » وفى خبر داود بن سرحان « اذا أولجه فقد وجب الغسل و الجلد و الرجم ووجب المهر » وسأله عليه السلام يونس بن يعقوب أيضاً « عن رجل تزوج امرأة فأغلق باباً وأرخى ستراً ولمس وقبل ثم طلقها

أيجب عليه الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق الا الوقاع .

وقال عبدالله بن سنان: سأله عليه السلام أيضاً أبى وأنا حاضر «عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه فلم يمسه ولم يصل اليها حتى طلقها هل عليها عدة منه؟ فقال: انما العدة من الماء، قيل له: فان كان واقعها فى الفرج ولم ينزل، قال: اذا أدخله وجب الغسل والمهر والعدة .

وقال يونس بن يعقوب سمعته عليه السلام أيضاً يقول: «لا يوجب المهر الا الوقاع فى الفرج» .

وقال ابن مسلم . «سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال: اذا دخل بها . وقال يونس: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه، فأغلق الباب وأرختى الستر وقبل ولمس من غير أن يكون وصل اليها بعد ثم طلقها على تلك الحال، قال: ليس عليه الا نصف المهر» الى غير ذلك من النصوص الواردة فى العنين وغيره .

اقول ظاهر هذه الروايات كلا كون تعلق المهر بالدخول لا غير وهو مناف مع القول بان الزوجة تملك بالعقد ولا يجمع بينهما حتى على قول المصرحين بانها تملك نصفها ونصف الباقي بالدخول او القائلين بانها تملك الكل لكن نصفه غير مستقر وتستقر بالدخول فلا بد له من علاج فان الظاهر من قوله الا الوقاع او الا الماء انه لا يؤثر فى تملك المهر العقد وهو مشكل جداً وسيأتى تحقيقها فى مسألة الثالثة عشرة .

﴿ و ﴾ حينئذ فى ﴿ لا يوجب بالخلوة ﴾ وان كانت تامة بحيث لا مانع من الوطء حتى الانزال فى الفرج من دون وطء ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ قيل ﴾ : يجب ﴿ بالخلوة أيضاً .

قال فى المسالك اتفق الاصحاب على أن الوطى الموجب للغسل يوجب استقرار ملك جميع المهر للمرثية واختلفوا فى أنه هل يقوم غير الوطى من مقدماته

كالخلوة مقامه فى ذلك على أقوال منشأها اختلاف الاخبار ايضاً فذهب الاكثر الى عدمه وان الخلوة وباقى المقدمات لا تكفى فى ايجاب المهر وذهب جماعة من المتقدمين الى ان الخلوة توجب المهر ظاهر احيث لا يثبت شرعاً عدم الدخول واما باطناً فلا يستقر المهر جميعه الا بالدخول واطلق بعضهم كالصدوق وجوبه بمجرد الخلوة .
واضاف ابن الجنيد الى الجماع انزال الماء بغير ايلاج ولمس العورة والنظر اليها والقبلة مثلنذا بذلك والمعتمد الاول لنا قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم والمراد من المس هنا الجماع للاجماع .

ثم تمسك بروايات الدالة على أن الموجب للمهر مجرد الدخول ولا يخفى أن صراحة الروايات فى أن الموجب للمهر هو الدخول لا مجرد الخلوة .
ويؤيده روايات واردة فى عيوب المرئة او الرجل بل مثل العنين الذى يؤجله الحاكم سنة حتى يعلم حاله ومع ذلك بعد الطلاق بغير الدخول لم يجب الانصف المهر مع ان كل اللبالي كان معها فى خلوة نعم ظاهر بعضها الاتية هو ذلك ويمكن ان يكون المراد منها هو الوجوب لمجرد العقد .

وفى الجواهر بعد قول المصنف قيل يجب قال على معنى أنها سبب تام فى وجوبه كالدخل ، الا أنا لم نتحقق القائل به ، وان حكى عن خلاف الشيخ أنه حكاه عن قوم من أصحابنا ، نعم فى النهاية «متى خلا الرجل بامرأته وأرخى الستر ثم طلقها اوجب عليه المهر على ظاهر الحال ، وكان على الحاكم أن يحكم بذلك وان لم يكن قد دخل بها ، الا أنه لا يحل للمرأة أن تأخذ أزيد من النصف» .

ونحوه حكى عن ابن البراج والكيبرى ، بل عن ابن أبى عمير «أنه اختلف الحديث فى أن لها المهر كملا أو بعضه، قال بعضهم: نصف المهر، وانما معنى ذلك أن الوالى انما يحكم بالحكم الظاهر اذا أغلق الباب وأرخى الستر ووجب المهر» وانما هذا عليها اذا علمت أنه لم يمسه فليس لها فيما بينها وبين الله الانصف المهر» انتهى .

ولا يخفى ان هذه مشكلة ايضا من هذه الجهة و كان نفس الدخول محل منع عندى فضلا عن مقدماته التى لاتدل على الدخول بوجه لكنه قدورد روايات دالة عليه وان الخلوة بالمرئة مما ايضا يوجب المهر .

بل لعله هو مراد الصدوق فى محكى المقنع «اذ تزوج الرجل المرأة وأرخى الستور وأغلق الباب ثم أنكرا جميعا المجامعة فلا يصدقان ، لانها ترفع عن نفسها العدة ويرفع عن نفسه المهر» مشيرا بذلك الى ما [فى خبر أبى بصير] عن أبى عبد الله عليه السلام قلت له: «الرجل يتزوج المرأة فيرخى عليه وعليها الستور أو يغلق الباب ثم يطلقها فتسأل المرأة هل أتاك ؟ فتقول : ما أتانى ، ويسأل هو هل أتيتها ؟ فيقول : لم آتها فقال : لا يصدقان ، وذلك لانها تريد ان تدفع العدة من نفسها ، ويريد أن يدفع هو المهر» .

[وخبر زرارة] عن أبى جعفر عليه السلام : « اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها وأغلق باباً وأرخى ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق ، اخلاؤه بها دخول» .
[وخبر السكونى] عن أبى جعفر عن أبيه عليه السلام : «ان علياً عليه السلام كان يقول من اجاف من الرجال على أهله باباً او ارخى ستراً فقد وجب عليه الصداق [وحسن الحلبي] عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يطلق المرأة وقد مس كل شيء منها الا أنه لم يجامعها ، ألهما عدة ؟ فقال : ابتلى أبو جعفر عليه السلام بذلك ، فقال له أبوه على بن الحسين عليه السلام : اذا أغلق باباً وأرخى ستراً وجب المهر والعدة» .

[وخبر محمد بن مسلم] عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن المهر متى يجب ؟ قال : اذا أرخيت الستور وأجيف الباب ، وقال : انى تزوجت امرأة فى حياة أبى على بن الحسين عليه السلام وان نفسى تاقت اليها فذهبت اليها فنهانى أبى ، فقال : لاتفعل يا بنى ، لاتأتها فى هذه الساعة ، وانى أبيت الا أن أفعل ، فلما دخلت عليها قد ذفت اليها بكساء كان على وكرهتها ، وذهبت لاخرج ، فقامت مولاة لها فأرخت الستر

وأجافت الباب ، فقلت : قد وجب الذي تريدین .

وفى الجواهر بعدها قال الى غير ذلك من النصوص المحمولة على ما عرفت أو على التقية ، لقصورها عن معارضة ما سمعت من وجوه انتهى وكيف كان فقد عمل بها ايضاً كثير مع ان الخلوة لم يكن دخولاً جدياً فربما كان يحصل موانع اخر من الدخول كحصول مرض فى حال الخلوة او عدم نهوض الالة فى تلك الحالة او تحقق كلام وحدث واقعة بينهما لم يردا الدخول فكيف يكون مجرد الخلوة دخولاً موجباً للمهر مع معارضة الجميع مع اخبار الدالة على أن ايجاب المهر بالدخول والايقاب او الماء والكل منتف فى المقام وبينها وبين ما دل على تملك المرأة المهر بالعقد وانه هو الموجب للمهريون بعيد فلا بد من حملها على صورة وجود قرينة على الدخول كمقام الفرار عن العدة او عن دفع المهر .

ونحو ذلك كما يظهر من بعض اخباره واقواله وبالجملة كون الخلوة دخولاً او بحكم الدخول فى مجرد تعلق المهر على خلافه العرف واللغة والشرع ﴿ و ﴾ لذا قال ﴿ الاول ﴾ اى عدم وجوب المهر بالخلوة ﴿ اظهر ﴾ واقوى مع كلام فى ان أصل الدخول ايضاً وسيأتى تحقيقه .

المسألة ﴿ الثانية قيل ﴾ والقائل الشيخان وسلاروبونوزهرة وادريس وسعيد على ما حكى عنهم : ﴿ اذا لم يسم لها مهراً ﴾ فى العقد ولا بعده ﴿ وقدّم لها ﴾ قبل الدخول ﴿ شيئاً ثم دخل بها كان ذلك مهرها ، ولم يكن لها مطالبته بعد الدخول ، الا ان تشارطه قبل الدخول على أن المهر غيره ﴾ أو أن ما قدمه لها بعض المهر ﴿ وهو تعويل على تأويل رواية واستناد الى قول مشهور ﴾ .

وفى الجواهر بل لا جد فيه خلافاً بل فى محكى السرائر أن دليل هذه المسألة الاجماع مؤيداً بما عن المقتنة من دلالة التمكين على الرضا بذلك مهراً ، وان كان فيه ما فيه انتهى ولا يخفى ما فيه وفى خروج مصداق التفويض بمثل ما يتعارف من تقديم شىء قبل الدخول بعنوان التحفة والهدية عن حكم العمومات الدالة على حكمه وانه لو طلق قبل الدخول ليس لها الا المتعة وبعده مهر المثل .

وبالجمله ماتقدم لها قبل الدخول غير مرتبط بالمهر ولا يسقط به شيئاً منه
والتمسك لذلك باجماع كما ترى .

المسألة الثالثة اذا طلق قبل الدخول كان عليه نصف المهر * المسمى في
العقد أو المفروض بعده وفي الجواهر بلاخلاف بل الاجماع بقسميه عليه ،
مضافاً الى الكتاب والسنة انتهى وقد كررها المصنف في المسألة الثالثة عشرة
ايضاً حيث قال هناك على ماسياتى .

الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين ، ومراده بأشهر الروايتين الموثقتين
لعبيد بن زراره وفي الجواهر هناك ايضاً قال بل المشهور منهما شهرة عظيمة ، بل
عن الحلبي نفى الخلاف فيه . ولعله كذلك ، فاني لم أجده الا من المحكى عن
الاسكافي ، فملكها النصف به والآخر بالدخول أو ما يقوم مقامه مع عدم صراحته
في ذلك ، لاحتمال ارادته الاستقرار كما في كشف اللثام ، فلاخلاف حينئذ اصلاً ،
كما يشهد به ماسمعت من الحلبي ، وعليه يمكن دعوى لحوقه بالاجماع ان لم يكن
سبقة انتهى .

والمسألة في غاية الاشكال رواية وفتوى .

وظاهر العبارة هناك هو الترديد حيث اسند الى أشهر الروايتين قال في الخلاف
اذا اصدقها صداقاً ملكته بالعقد وكان من ضمانه ان تلف قبل القبض ومن ضمانها
ان تلف بعد القبض فان دخل بها استقر وان طلقها قبل الدخول بها رجع بنصف
المهر العين دون نمائه وبه قال ابو حنيفة واصحابه والشافعي .

وقال مالك انما تملك (ملك) بالعقد نصفه فيكون الصداق بينهما نصفين
فاذا قبضته كان لها نصفه بالملك والآخر امانة في يدها لزوجها فان هلك من غير تفریط
هلك منها فان طلقها قبل الدخول كان له اخذ النصف لان ملكه لم يزل عنه .

[دليلنا] قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وفيه دلالة من وجهين

احدهما انه اضاف الصدقات اليهن والظاهر انه لهن ولم يفرق بين قبل الدخول وبعده والثانى انه امر بايتائهن ذلك كله فثبت ان الكل لهن وايضاً اجماع الفرقة فانهم رووا بلاخلاف بينهم انه اذا اصدقها غنماً ثم طلقها قبل ان يدخل بها فقال عَلَيْهَا ان كان اصدقها وهى حامل عنده فله نصفها ونصف ما ولدت وان اصدقها حائلاً ثم حملت عندها لم يكن له من اولادها شيء .

وهذا يدل على انها (قد) ملكته بالعقد دون الدخول انتهى صريح العبارة صيرورتها مالكة لصدقاتها وجميع ادلتها ايضاً ظاهرة بل صريحة فى الملك خلافاً للمالك .

نعم قوله رجع بنصف المهر العين دون نمائه ظاهر بل كالصريح فى عدم كونها مالكة لجميع المهر والا كان النماء بتمامه لها ايضاً حيث ينموفى ملكها وبعد الطلاق يرجع الزوج الى نفس العين دون نمائها الحاصلة فى ملكها .

واما قوله بعد الاية وفيه دلالة من وجهين الخ فيه ان الاية راجعة الى النساء المدخولات وكل من تمسك لمالكيتهما لجميع المهر استدل بمثل هذه الايات .

قال فى المسالك ما لفظه اختلف الاصحاب فى ان المرأة هل تملك الصداق جميعه بالعقد وان لم يستقر الملك قبل الدخول او تملك نصفه خاصة والنصف الاخر

يتوقف على الدخول بسبب اختلاف الروايات فى ذلك وظواهر الادلة فالمشهور بينهم الاول لعدم قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة الشامل لما قبل الدخول

وبعده ولانها ان ملكت نماء الصداق بنفس العقد وجب ان تملك الصداق به والملازمة ظاهرة لان النماء تابع للاصل فملكته تستلزم ملكية الاصل انتهى موضع الحاجة

ونظيره فى الجواهر قال مضافاً الى ظهور قوله تعالى «وآتوا النساء صدقاتهن» وغيره مما دل على وجوب دفعه اليهن المقتضى لملكهن فضلاً عن ظهور الاضافة

فى الاختصاص ، والى أن ذلك شأن المعاوضات ، فكما أن المشتري يملك المبيع

بالعقد والبائع الثمن به فكذلك النكاح الذى لا ريب فى ملك الزوج البضع به

المقتضى ملك الامرأة المهر به الذى هو عوض عن ذلك فى اللفظ والقصد انتهى
ونظيره صاحب المدارك فالاية دليل للمشهور على تملكها جميع المهر بالعقد
ولنامع الجميع كلام لعدم دلالة الاية على ذلك اصلا والخطاب الى ازواجهن
والاية غير مر بوطه بالطلاق بل راجعة الى وجوب دفع مهورهن سواء كان بعد الطلاق
او بعد الموت او قبلهما وان الواجب على الازواج هو دفع المهور التى هى نحلة
وهبة واعطاء من الزوج اليهن

فهذه الاية وامثالها راجعة الى دفع اصل المهر و عدم قصد الظلم باكل
مهورهن فالاستدلال به اجنبى عن المقام فالاية راجعة الى رد ما هو حقهن من دون
نظر الى كفيته ومقداره

ومن اى شىء من الاية يستفاد كون المرأة مالكة لجميع المهر بل استفادة اصل
المقدار يحتاج الى دليل الاخر وهو اصل الثبوت وهذه الاية فى مقام اعطاء ما ثبت من
حقوقهن نصفاً كان او تاماً

وبالجمله ظاهرها كونها فى مقام الامر بدفع صدقاتهن اللازمة على الازواج
بالعقد نصفاً كان كما اذا كان قبل الدخول او تاماً كما اذا كان بعده فالمعنى ادفعوا
اليهن صدقاتهن ولا تكونن من الذين قصدهم الظلم واكل تلك الصدقات فان اللازم
والواجب دفع مهور النساء كلا او بعضاً قليلاً او كثيراً كساير الديون فالامر بدفع
الصدقات

واما مقداره وكونه قبل الدخول او بعده فهو خارج عن مفاد الاية فلا دليل يدل
على ان الزوجة تملك المهر كلا وكما قال فى المجمع ما لفظه واختلف فىمن خوطب
بقوله وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فقيل هو الازواج امرهم الله باعطاء المهر للمدخول
بها كملاً ولغير المدخول بها على النصف على ما مر شرحه من غير مطالبة منهن
ولا مخاصمة لان ما يؤخذ بالمحاكمة لا يقال له نحلة وهو قول ابن عباس وقتادة
وابن جريح واختاره الطبرى والجبائى والرمانى والزجاج

وقيل هم الاولياء الخ لانظر للاية على المقدار اصلا مضافا الى ظهورها في النساء المدخول بها .

واما الاية التي اشار اليها الامام حكاية عن الله تعالى من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الخ .

ففيه ان الظاهر من الاية انه في صورة فرض المهر فاللازم دفع نصف الفرض ان كان قبل المس والدخول ولادلالة للاية على ان الزوجة تملك جميع المهر بالعقد بل لا يكون في المقام دليل دل على ذلك اصلا بل لو كانت تملك تماما لمعنى لاخذ نصفه منها لانه حينئذ غصب حقوقهن التي اثبتته الله لهن .

فالاية عند التامل يظهر منها انه في صورة عدم الوطاء ان حق الزوجة من اول الامر هو النصف بل هو الظاهر منها فان المعنى حينئذ ان قبل المس قد لزم نصف ما سمي لهن فنصف ما سمي لهن من اول الامر ثابت لهن ولزم رده اليهن والنصف الباقي ثابت بعد المس .

وبالجمله الاية في مقام تشريع كون المهر قبل الدخول هو النصف ومن قال بان الظاهر من الاية هو التمام وبدون الدخول رد النصف وخرج عن ملكها كان عليه الدلالة هذا حال الايات .

واما الروايات مثل ما [عن أبي عبد الله عليه السلام] في قول الله عز وجل وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الحديث والاية ظاهرة في ان المهر قبل الدخول هو النصف من اول العقد والا كان عليهم رد جميع المهر والمعنى انما فرضتم في حال العقد على فرض الدوام والدخول بهن مادام العمر فنصفه قد لزم قبل الدخول فالمهر من الاول جعل نصفه لنفس العقد ونصفه للدخول ولو قبل الطلاق فالعقد ليس بحيث يوجب المهر كلا .

[وما عن أبي بصير] عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فقد بان وتزوج ان شاءت من ساعتها وان كان فرض لها مهرا فلها نصف

المهر وان لم يكن فرض لها مهراً فليمتعها .

[وما عن عبيد] بن زرارة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها فقال : ان هلكت أو هلك أو طلقها فلها النصف وعليها العدة كاملة ولها الميراث قوله فلها النصف ظاهر فى ان حقها هو النصف وانها مالكة لخصوص النصف وذلك لظهور لفظة لها فيما لها من الاول ذلك ولا معنى لكون الكل لشخص فيقال له بعد ذلك لك النصف من الكل .

وفى المقام كذلك فاذا كان لها الكل فيؤتى بها النصف فليس حينئذ لها النصف بل الكل واسوء حالا حينئذ انه لو سئل عن علة النصف يقال لها لعدم الدخول فانه قالت فى الجواب لم يكن الدخول فى العقد وصح لها ذلك بخلاف ما اذا استحقت من الاول النصف الا ترى الى ظهور قوله ان هلكت او طلقها فلها النصف فانه صريح او كالصريح فى ان العقد فقط موجب لنصف المهر وليس ذلك دائراً مدار الطلاق بل لو هلك الزوج او الزوجة كان ذلك الامر لها دون الكل

[فان قلت] اليست الروايات وردت فى تمام المهر ان هلك الزوج فالطلاق قبل الدخول يرد النصف الثابت لها

[قلت] اخبار ثبوت الكل بالموت معارضة بما هو اقوى واكثر من اخبار المقام كما سيأتى .

وما عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها قال : عليه نصف المهر ان كان فرض لها شيئاً وان لم يكن فرض لها فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء . الحديث .

وخبره الاخر عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدة «الى ان قال :» وان كان فرض لها مهراً فنصف ما فرض الى غير ذلك من الروايات الدالة عليه .

بيان ذلك انه لو كانت مالكة بالعقد لتمام المهر لا يصح اعطاء النصف لهن فهى

ظاهرة في انه لهن نصب الفرض من اول الامر ومعنى ما فرض لهن ان سمي لهن على تقدير الدخول وبدونه نصف ذلك فانه حينئذ يستقيم اعطاء النصف والافلو ملكت تمام المهر لزم دفع تمامه اليها .

والحاصل قوله البنات فنصف ما فرض صريح في انه من حين العقد لهم نصف ما فرض لاتمام ما فرض .

وبالجملة ليس في البين ما يدل على تملك المرأة المهر بالعقد تماما فما هو المشهور من انها تملك نصفه مستقلا ونصفه متزلزلا يحتاج الى دليل فان اشكال المعارضة بين الروايات ناش من هذه الجهة بل جميع الروايات الدالة على رجوع نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ظاهرة في كون المالكيته للمهر من اول الامر بالنصف .

مضافا الى صراحة رواية ابي بصير الاتي في ذلك و في الحدائق ما لفظه المشهور بين الاصحاب ان المرثة تملك المهر بمجرد العقد وان كان الملك كاملا لا يستقر الا بالدخول فلو طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه ان كان قد دفعه اليها و خالف في ذلك ابن الجنيدي فقال الذي يوجب العقد من المهر المسمى النصف والذي يوجب النصف الثاني من المهر بعد الذي وجب بالعقد منه هو الوقاع او ما قام مقامه من تسليم المرثة نفسها لذلك .

احتج من ذهب الى الاول بقوله عز وجل وآتوا النساء صدقا تهن نحلة حيث اضاف الصداق اليهن ولم يفرق بين قبل الدخول و بعده وامر ايضاً بايتائهن ذلك فثبت ان الكل لهن وان الصداق عوض البضع فاذا ملك الزوج البضع بالعقد وجب ان تملك المرثة عوضه لان ذلك مقتضى المعاوضة وهذا الوجه من حيث الاعتبار جيد .

ويدل على ذلك ايضاً موثقة عبيد بن زرارة المروية في الكافي وكذا موثقة المروية في التهذيب وقد تقدمنا في المسئلة الثالثة وتقدم القول في تقريب الاستدلال

بهما ويدل على ذلك ايضاً الاخبار الاتية انشاء الله في مسألة موت احد الزوجين قبل الدخول الدالة على ان الزوجة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول تستحق المهر كما الى ان روى رواية منصور بن الحازم .

ثم قال والتقريب فيها انه لو كان الامر كما يدعيه ابن الجنيدي من انها لا تملك بالعقد الا النصف والنصف الاخر انما تملكه بالدخول والتمكين لما حكم عليه بان الصداق بعد الموت لها كاملاً الا انه قد تقدم في المسئلة المشار اليها دلالة رواية ابي بصير على ما ذهب ابن الجنيدي بالتقريب الذي ذكرناه ثمة و من اجل ذلك بقي الاشكال في المسئلة .

والعلامة في المختلف احتج لابن الجنيدي بانه لو ملكت بالعقد لاستقر ولم يزل عن ملكها الاسبب ناقل كبيع ونحوه .

ومارواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه قال سمعته يقول لا يوجب المهر الا الوقاع .

وعن محمد بن مسلم عن الباقر عليه قال سئلته متى يجب المهر قال اذا دخل بها قال وهو يقتضى عدم الوجوب مع عدم الدخول ثم رده بما ملخصه ومنع الملازمة في الاول فان الوجوب اعم من الاستقرار ولان المتبادر من الوجوب اللزوم والاستقرار وانتفائه قبل الدخول لا يقتضى انتفاء اصل الملك .

وبالجمله فان محل الاشكال انما هو باعتبار دلالة الظاهر رواية ابي بصير المذكورة على ما ادعاه وما اجيب به عنها قد عرفت ما فيه مما قدمناه في تلك المسئلة ولا يحضرني الان وجه تحمل عليه انتهى:

قوله احتج من ذهب الى الاول الخ مراده به هو صاحب المدارك في حاشيته وقد خلط بعض عباراته بعباراته .

وكذا قوله و العلامة في المختلف فانه قد نقل صاحب الحاشية استدلال العلامة ثم رده بمنع الملازمة اي لاملازمة بين كون المهر بالوقاع وبين عدم كون

الزوجة مالكة بل هي مالكة للمهر بملك غير لازم الا انه لا يثبت به ويلزمه الا الواقع .
والحاصل قد اتى في حاشيته بما يمكن كونه مدركا للمشهور بامور الاول الآية
وقد عرفت كونها اجنبية عما اراد القوم بها .

وليث شعري من اى جهة استفادوا كونها مالكة للجميع الثانى كون الصداق
عوض البضع وفيه ان الصداق عوض البضع الذى قد دخل فيه بحيث يكون مسلط
عليه واتى به فى كل مكان وزمان لا بمجرد كونه عنده وكونه مالكا للنظر اليه ومسه
ولمسه فلا يعد حينئذ كون العوض تاما فى مقابل الدخول كما هو المعروف عند
العرف بحيث صح التقسيم عند هم بقسمين قسم فى مقابل اصل العقد وقسم فى مقابل
الدخول فضلا عن الشرع تامل تعرف .

الثالث موثقة عبيد وهي معارضة بصحيح ابى بصير الذى كالصريح فى كونها
قبل الدخول مالكة للنصف كما تقدم والترجيح للثانية لانطباقها مع القواعد الاخر
الرابع الاخبار الدالة على تمام الملك بالموت وهي معارضة بالاكثر الدالة على النصف
بالطلاق وبالموت ايضا كما سيأتى .

واما رواية ابى بصير عن ابى عبد الله عليه السلام فهي العمدة فى الاستدلال على هذا القول
قال : سألته عن رجل تزوج امرأة على بستان له معروف وله غلة كثيرة ، ثم مكث
سنين لم يدخل بها ثم طلقها ، قال : ينظر الى ما صار اليه من غلة البستان من يوم
تزوجها فيعطيه نصفه ، ويعطيها نصف البستان الا أن تعفو فتقبل منه و يصطلحا على
شىء ترضى به منه ، فانه أقرب للتقوى ،

وفى الحدائق بعد نقل رواية ابى بصير قال و هو كما ترى ظاهر فيما ذهب
اليه ابن الجنيد من انها بالعقد لا تملك الا النصف خاصة ولهذا حكم بان غلة البستان
فى تلك السنين التى بين العقد و الطلاق تقسم انصافاً بينهما ومن المعلوم ان الغلة
تابعة للاصل .

وبذلك يظهر لك ما فى كلام السيد السند فى شرح النافع حيث قال فى الجواب

عن دلالتها على مذهب ابن الجنيّد ما صورته. وهذه الرواية غير دالة على المطلوب صريحاً. إذ لا مانع من ثبوت هذا الحكم وان قلنا ان المرثة تملك المهر باجمعه بالعقد وهكذا كانت العبارة في الحاشية الا انه بعد قوله بالعقد اضاف قوله ومع ذلك فهي ضعيفة السند باشتراك راويها بين الثقة وغيره.

ولا يخفى على المتأمل الدقيق ما في قوله اذا مانع من ثبوت هذا الحكم اذ فساده بما لا يخفى على ذي مسكة فضلاً عن الافضل فانه اذا لامانع من ثبوت حكم ما في الصحيح فان الاصل والنماء من البستان ينصف فكيف يمكن القول بان المرثة تملك باجمعه للعقد.

ومن المعلوم ان النماء تابع للاصل فاذا كان للمرثة نصف البستان كان لها انماء خصوص هذا النصف ولا يصح القول بانها تملك جميع البستان ومع ذلك كان نماء ينصف بينها وبين الزوج وهذه الحكم من مثله من الاعاجيب.

واما مسألة ضعف الرواية فهو كلام لا بد من التأمل فيه وليس بمثابة كلامه في دلالة الصحيح فقد قال في رده في الحقائق ايضاً بقوله هذا كلامه في تلك المسألة اي مسألة ملك الكل او النصف بالعقد.

واما في هذه المسألة فاقصى ما اجاب به عنها هو ضعف السند.

وبالجملة فالمسألة غير خالية من ثبوت الاشكال في كل من الموضوعين لعدم ظهور محمل لرواية ابي بصير المذكور وليس في سندهما من ربما يتوقف في شأنه الا ابو بصير لا اشتراكه بين يحيى بن القاسم الضعيف باصطلاحهم والمرادى الثقة والحق عندي كما عليه جملة من افضل متأخر المتأخرين هو جلالة يحيى بن القاسم وعد حديثه في الصحيح فان المستفاد من جملة من الاجاز انه بالمحل الاعلى عندهم وحينئذ فتكون الرواية صحيحة معتبرة وبذلك يعظم الاشكال انتهى.

ومن العجيب ما حكاه عن صاحب المدارك في الحاشية من ان رواية ابي بصير على خلاف القاعدة فان مقتضى القاعدة كون النماء تابعاً للاصل وحيث كان الاصل

للزوجة فالفرع لها ايضا والحكم بالتنصيف على خلاف القاعدة قال قده في الحاشية
مالفظه وان المرأة ان ملكت نماء الصداق بنفس العقد وجب ان تملك الصداق به
لان النماء تابع للاصل فملكها يستلزم ملك الاصل ثم تمسك بموثق عبيد بن زرارة
الآتية ثم قال احتج العلامة في المختلف لابن الجنيدي الخ .

و الانصاف ان استدلال العلامة في غاية المتانة فانه لو ملكت تمام المهر
بالعقد لما صح اخذ نصفه منها لعدم الدخول اذ الفرض عدم مدخلية الدخول حينئذ
و لما صح ما دل على ان و جوب المهر بالوقوع الا بما افاد ابن الجنيدي وبعضه
موثقة ابي بصير .

وبالجمله الصحيح غير قاصرة سنداً او دلالة لكنه معارضة بموثقة عبيد بن زرارة
قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل تزوج امرأة على مائة شاة ثم ساق اليها الغنم ،
ثم طلقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم قال : ان كانت الغنم ، حملت عنده
رجع بنصفها ونصف اولادها وان لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من
الاولاد بشيء .

وعن الفروع هكذا فيه رجل تزوج امرأة ومهرها مهراً فساق اليها غنماً ورقياً
فولدت عندها فطلقها قبل ان يدخل بها ، قال : فان كان ساق اليها ماساق وقد حملن
عنده فله نصفها ونصف ولدها : وان كان حملن عندها فلا شيء له (لهاخ) من الاولاد .
لكن الترجيح لصحيح ابي بصير مع ما عرفت من عدم دليل صريح دل على كون
المرءة مالكة بالعقد للجميع بل هو مناف لطوائف من الاخبار .

ومما يؤيده خبر المعلى بن خنيس قال سئل ابو عبدالله عليه السلام وانا حاضر عن رجل
تزوج امرأة على جارية له مدبرة وقد عرفتها المرثة وقد قدمت على ذلك فطلقها قبل
ان يدخل بها قال فقال ارى للمرثة نصف خدمة المدبرة يكون للمرثة يوم في الخدمة
ويكون لسيدها الذي كان دبرها يوم في الخدمة قيل له فان ماتت المدبرة قبل المرثة
والسيد لمن يكون الميراث قال يكون نصف ما تركته للمرثة والنصف الاخر لسيدها

الذي دبرها وجه تأييده لمذهب ابن الجنيدي ان الحكم بالصحة متوقف على كون الزوجة مالكة للنصف و النصف الاخر باقيا على ملك السيد و الفرض طلاقها قبل الدخول كما هو مورد الرواية فيبقى التدبير في النصف صحيحا وسيأتي تمام الكلام في المسألة السادسة .

ثم ان اللازم هو الاشارة الى مسألة موت الزوج قبل الدخول فهل يكون موجبا لتنصيف المهر ايضا كى تكون قاعدة كلية للتنصيف لو وقع الفرقة قبل الدخول مطلقا ام لا بل يختص ذلك بالطلاق .

و هي ايضا مسألة مهمة قد ورد فيه الروايات المتعارضة بعضها صريحة في التنصيف وبعضها في المهر كاملا وتامما .

ومن الثاني صحيحة منصور بن حازم قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرثة فيموت عنها قبل ان يدخل بها قال لها صداقها كاملا وترثه وتعتد اربعة اشهر وعشرا كعدة المتوفى عنها زوجها وغير ذلك مما هو بمضمونه .

ومما يدل على عدم كون المهر كاملا هو روايات كثيرة ايضا وان الموت بمنزلة الطلاق كما في بعض الاخبار الاتية الان حيث قال هو بمنزلة الطلاق فالموت والطلاق سواء في انه قبل الدخول موجب لتضعيف المهر فلا بد من طرح المخالف او الحمل على التقية كما يظهر ايضا من بعض الاخبار واختاره في الحدائق وقدمت كثير منها .

ويدل عليه ايضا خصوص ما عن الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح في الصحيح عن ابي عبد الله (ع) في اختين اهديتا الى اخوين ثم ساق الحديث الى ان قال فان ماتتا قال يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما و يرثانهما الزوجان قيل فان مات الزوجان قال ترثانهما ولهما نصف الصداق .

وعن عبدالعزيز بن المهدي عن عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يزوج ابنه يتيمة في حجره وابنه مدرك واليتيمة غير مدركة قال نكاحه جائز

على ابنه فان مات عزل ميراثها منه حتى تدرك فاذا ادركت حلفت بالله مسا دعاها الى أخذ الميراث الارضاها بالنكاح ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر الحديث. وفي صحيح ابى عبيدة الحذاء وقد تقدم قال سئلت ابا جعفر (ع) عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين الى ان قال قلت فان كان الرجل ادرك قبل الجارية ورضى بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية اترثه قال نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث الارضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر الحديث .

وفي حديث زرارة عن ابى جعفر (ع) فى جارية لم تدرك لا يجمع مثلها او رتقاء الى ان قال قلت فان مات الزوج عنهن قبل ان يطلق قال لهما الميراث ونصف الصداق وعليهن العدة .

وعن عبيد بن زرارة عن ابى عبدالله عليه السلام فى المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها قال هى بمنزلة المطلقة التى لم يدخل بها ان كان سمي لها مهرأ فلها نصفه وهى ترثه وان لم يكن سمي لها مهرأ فلها مهرها وهى ترثه قلت والعدة قال كف عن هذا. ولا يخفى انها أكثر واقوى فانها مجموعاً بمنزلة القاعدة الكلية فى كون عدم الدخول مطلقاً موجباً للتنصيف ألا ترى الى قوله عليه السلام هى بمنزلة المطلقة فانه لضرب القاعدة مضافاً الى الروايات الكثيرة الدالة على انه لا يوجب المهر الا الوقاع فى الفرج .

قال فى الحدائق بعد الاخبار المتقدمة واما بالنسبة الى موت الزوج من ان الواجب هو الجميع فمحل اشكال وان كان هو المشهور فى كلامهم الا ان ظاهر صاحبه الكافى والفقيه هو القول بالتنصيف حيث انهما اقتصرافى نقل اخبار المسئلة على اخبار التنصيف ولم ينقل شيئاً من اخبار وجوب الجميع .

والى هذا يميل كلام المحدثين الفاضل المحسن الكاشانى فى الوافى والشيخ محمد بن الحسن الحر العاملى فى الوسائل والى ذلك أيضاً يميل كلام

السيد السند فى شرح النافع بعد الاشكال فى المقام وهو الاقرب عندي .
 اما اولاً فلتكاثر الاخبار بالتنصيف كما عرفت منها ما نقلناه ومنها ما لم نقله
 مما ورد فى مواضع من الاحكام الى ان قال :

و انت خير بان اخبار المهر كملا وهى الاربع الروايات المتقدمة لاتبلغ
 قوة فى معارضة هذه الاخبار المستفيضة فى احكام عديدة . وموضع متفرقة فالواجب
 هو جعل التأويل فى جانبها لقلتها ورجحان ما عارضها بالكثرة والاستفاضة .

و اما ثانياً فانه قد نقل جملة من اصحابنا ان جمهور العامة على القول فى
 هذه المسئلة بوجوب المهر كملا و يؤيده ما نقله بعض اصحابنا عن كتاب ينابيع
 الاحكام فى معرفة الحلال والحرام حيث قال ويتقرر المهر كله بالوطى ولو حراماً
 وموت أحدهما لانتهاء العقد به وهو كاستيفاء المعقود عليه به قبله انتهى .

قال و ضابطه فى الكتاب نقل مذاهبهم الاربعة متفقة كانت او مختلفة انتهى
 ويشير الى ما ذكرناه من حمل اخبار المهر كملا على التقية قوله فى رواية منصور
 بن حازم الثانية قلت فانهم رووا عنك ان لها نصف المهر قال لا يحفظون عنى انما
 ذلك فى المطلقة .

و يوضحه ما رواه الثقة الجليل سعد بن عبدالله فى بصائر الدرجات عن
 محمد بن ابى عمير عن جميل بن صالح عن منصور بن حازم عن ابى عبدالله عليه السلام
 قال ما أجد احداً احده وانى لاحد الرجل بالحديث فيتحدث به فاوتى فأقول
 انى لم اقله فان فيه اشعار بالشكاية من اصحابه فى عدم كتمان ما يحدث عن غير
 أهله وانه اذا سئل بعد ذلك أنكر ما قاله اولاً تقية .

ولا يخفى ان الامر هنا كذلك فان قوله عليه السلام بالتنصيف قد استفاض كما عرفت
 من هذه الاخبار التى ذكرناها على وجه لا يقبل الانكار فانكاره عليه السلام لذلك وقوله
 لا يحفظون عنى بعد افتائه بوجوب الجميع انما خرج مخرج التقية وهو بحمد الله
 سبحانه واضح لكل ذى ذكر وروية وحمل روايات التنصيف على الاستحباب كما

زعمه الشيخ بمعنى انه يستحب للمرثة اخذ النصف خاصة أبعد بعيد لما عرفت من تعدد الاخبار وتكاثرها في غير حكم من الاحكام مضافا الى ما عرفته في غير موضع مما تقدم مما في الحمل على الاستحباب وان اتخذه قاعدة كلية في جميع الابواب. وبالجملة فالظاهر عندي بالنظر الى ما ذكرته من الاخبار هو القول بالتنصيف وحمل الاخبار المعارضة على التقية التي هي في اختلاف الاخبار اصل كل بلية انتهى وقال في هامش كتابه ايضا ما لفظه :

أقول روايات التنصيف التي هنا سبع عشرة رواية أكثرها من الصحيح والحسن والموثق ومنه يعلم استفاضتها كما ذكرناه انتهى .

قد عرفت ان روايات التنصيف بمنزلة قاعدة كلية مضافا الى انها اقرب الى العرف بل العقل لعدم استفادة ما هو المطلوب من العقد وهو الدخول سواء كان سببه هو الطلاق او الموت بل لعل الحكم بالجميع في صورة الموت كان ضررا على الزوج خصوصا فيما كثر المهر بل هو المتيقن من الروايات فانه هو معلوم لا كلام فيه بخلاف الجميع كما فانه مع روايات على خلافه كيف يمكن الوثوق بالحكم بالكل فالاصل في غير ما هو المتيقن عدم تمام المهر ولا يمكن التمسك بالعموم مع ما كان على خلافه .

ويؤيد اخبار التنصيف مطلقا ان المصنف لم يتعرض لحكمه في المقام ولم ارفيه مع ان محل ذكره هذا المقام والله العالم بحقيقه احكامه .

ثم الظاهر عدم الفرق في ذلك بين موت الزوجة والزوج وانه بموت احدهما ينصف المهر لما عرفت من ان الظاهر من الروايات انها في مقام ضرب قاعدة في ذلك .

ويبدل عليه خصوصا ما [عن ابن رثاب] عن زرارة قال سألته عن المرأة تموت قبل ان يدخل بها فقال ايها مات فللمرأة نصف ما فرض لها وان لم يكن فرض لها فلا مهر لها .

[وما عن ابن ابى يعقوب عن ابى عبد الله عليه السلام انه قال فى المرأة توفيت قبل ان يدخل بها مالها من المهر و كيف كان ميراثها فقال اذا كان قد فرض لها صداقا فلها نصف المهر وهو يرثها وان لم يكن فرض لها صداقا فلا صداق لها وقال فى الرجل توفى قبل ان يدخل بامرأته قال ان كان فرض لها مهراً فلها نصف المهر وهى ترثه وان لم يكن فرض لها مهراً فلا مهراً لها .

ولا يخفى ان المسألة مشكلة نصاً وفتوى لاختلافهما فى الغاية وفى الحدائق فى مقام نقل الاقوال فى جميع المهر بالموت و عدم تنصيفه قال ما هو لفظه و قال ابن حمزة يلزم المهر المعين بنفس العقد ويستقر باحد ثلثة اشياء بالدخول والموت و ارتداد الزوج .

وقال ابن ادريس متى مات احد الزوجين قبل الدخول استقر جميع المهر كاملاً لان الموت عند محصلى اصحابنا يجرى مجرى الدخول فى استقرار المهر جميعه و هو اختيار شيخنا المفيد فى احكام النساء ، و هو الصحيح لانه قد بينا بغير خلاف بيننا ان بالعقد تستحق المرأة جميع المهر المسمى ويسقط الطلاق قبل الدخول نصفه والطلاق غير حاصل اذامات فيقينا على ما كنا عليه من استحقاقه فمن ادعى سقوط شىء منه يحتاج الى دليل ولادليل على ذلك من اجماع لان اصحابنا مختلفون فى ذلك ولامن كتاب الله تعالى ولا تواتر اخبار ولا دليل عقلى بل الكتاب قاض بما قلناه والعقل حاكم بما اخترناه .

ثم نسب كلام الشيخ فى النهاية الى انها اخبار احاد اوردها ايراداً لاعتقاداً فلا رجوع عن الادلة القاهرة اللايحة و البراهين الواضحة باخبار الاحساد التى لا توجب علماً ولا عملاً .

قال فى المختلف وقول ابن ادريس قوى ثم قال فى المختلف .

تذنيب لو مات الزوج قبل الدخول وجب لها المهر كاملاً كما نقلناه فى

وقال الصدوق في المقنع وفي حديث آخر ان لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهراً فلها نصفه ولها الميراث وعليها العدة وهو الذى اعتمده وافتى به الوجه الاول لما تقدم انتهى .

اقول ظاهر كلامه انه لا مخالف في وجوب المهر كاملاً بموت الزوج الا الصدوق في المقنع وقد اقتفاه في نقل هذا القول من تأخر عنه والذي وقفت عليه في كتاب المقنع لا يساعد ما ذكره بل ظاهره انما هو موافقة القول المشهور وهذه صورة عبارته في النسخة التى عندى و المتوفى عنها زوجها التى لم يدخل بها ان كان فرض لها صداقاً الذى فرض لها ولها الميراث وعدتها اربعة اشهر وعشراً كعدة التى دخل بها وان لم يكن فرض لها مهراً فلا مهر لها وعليها العدة ولها الميراث وفي حديث آخر ان لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهراً فلها نصفه ولها الميراث وعليها العدة هذه صورة ما في الكتاب .

والظاهر منه هو الفتوى بما ذكر فاولاً من وجوب المهر كاملاً والقول بالنصف انما نسبه الى الرواية مؤذناً بضعفه او التوقف فيه كما هو الجارى في عبائر غيره فقوله وهو الذى اعتمده وافتى به يعنى القول بالتنصيف لا عرف له وجهاً وهذه عبارته كما عرفت .

ولا يحضرنى الان نسخة اخرى من الكتاب المذكور فليتأمل في ذلك هذا .
واما روايات المسئلة فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام في الرجل يموت وتحتة امرئة لم يدخل بها قال لها نصف المهر ولها الميراث كاملاً وعليها العدة كاملة .

وما رواه في التهذيب عن عبيد بن زرارة في الموثق قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرئة ولم يدخل بها قال ان هلك او هلك او طلقها فلها النصف وعليها العدة كاملاً ولها الميراث الى آخر روايات الباب و آخر كلمته .

وقد عرفت كثرة ورود الروايات من الجانبين ولكن الاكثر هو روايات

التنصيف وهو قوى والله العالم .

ثم ان ظاهر الراويات يعم المنقطعة ايضا فاذا فسخ او مضت المدة او مات احدهما قبل الدخول كان للمرأة نصف ما عين لها في العقد والله العالم باحكامه .
وكيف كان فكان على الزوج نصف المهر وحينئذ ان كان المهر ديناً على ذمة الزوج برئت ذمته من نصفه ﴿و﴾ الا في ﴿لو كان دفعه﴾ اليها ﴿استعاد نصفه ان كان باقياً أو نصف مثله ان كان تالفاً ، ولولم يكن له مثل فنصف قيمته﴾ التي هي أقرب شيء اليه ، وتقوم مقامه عند التعذر كما عرفت ﴿ولو اختلف قيمته في وقت العقد ووقت القبض لزمها﴾ دفع ﴿اقل الامرين﴾ من القيمة الى الزوج على المشهور كما في الجواهر .

ولا يخفى ان في المسألة فروعا كثيرة قد اشار الى الجميع في المسالك ولا يخلو ذكرها عن الفائدة قال فيما يتعلق بالمقام ما لفظه .

الثالث ان يكون قد سلمها و هو موضع البحث هنا فان وجده تالفا رجع بنصف مثله ان كان مثليا و نصف قيمته ان كان قيميا ثم ان اتفقت قيمته من حين العقد الى حين القبض فلا اشكال وان اختلفت رجع باقل القيم لان قيمته يوم العقد ان كانت هي الاكثر منها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضموناً عليه فلا يضمها ما هو في ضمانه وان كانت القيمة يوم القبض اكثر فما زاد بعد العقد لها فلا يضمها ما هو ملكها .

وفي حكم التلف ما لو انتقل عن ملكها انتقالا لازماً كالعتق والبيع والهبة اللازمة و ان عادت العين بعد اخذ العوض ولو كان الانتقال غير لازم لها فالاقوى تخييره بين الرجوع فيرجع في العين وعدمه فينتقل الى البدل وحكمه لو عاد بعده كالسابق ولو كان الانتقال غير مخرج عن الملك كالرهن والاجارة تخير بين الصبر الى الفك وتعجيل اخذ البدل وحيث يرجع بالقيمة .

ففي رجوعه بنصف قيمته او قيمة نصفه وجهان اجودهما الثاني لان حقه النصف

فإذا فات قد وكك لا منضمّاً ألى الجملة اذلا يلزمها تقويم ملكها معه وربما كانت القيمة للمجموع اكثر من قيمة النصف منفرداً واختار المصنف كالاكثر الثانى انتهى موضع الحاجة .

ونظيره فى الحقائق، قال فى هذا المقام ما لفظه :

الاولى ان يكون المهردينياً فى ذمته ولا اشكال فى انه اذا طلقها قبل الدخول برئت ذمته من نصفه ووجب عليه دفع النصف الاخر اليها .

الثانية ان يكون عيناً الا انها باقية فى يد الزوج وحينئذ فان كانت باقية الى وقت الطلاق من غير زيادة ولا نقصان فلا اشكال فى انه يستحق نصفها و يكونان شريكين فيها وان زادت بزيادة من الله سبحانه فالزيادة لها بناء على ما هو الا شهر الاظهر من انتقال المهر كملا اليها بالعقد و انها تملكه وان كان ملك احد النصفين متزلزلا وان كانت الزيادة بفعله فهو بمنزلة الغاصب بناء على القول بانتقال المهر اليها كملا كما هو المعتمد فانه كالاجنبى ويصير كالغاصب وان نقصت كان النقص مضموناً عليه وان تلف رجعت عليه بالقيمة او المثل .

الثالثة ان يكون عيناً الا انه قد سلمها اليها فان كان باقياً استعاد نصفه وان وجده تالفاً استعاد نصف مثله ان كان مثلياً ونصف قيمته ان كان قيمياً ثم انه ان انفقت قيمته من حين العقد الى حين القبض فلا اشكال وان اختلفت قالوا يرجع باقل القيم لان قيمته يوم العقد ان كانت هى الاكثر منها حين قبضها فما نقصت قبل القبض كان مضموناً عليه فلا يضمنها ما هو فى ضمانه و ان كانت القيمة يوم القبض اكثر مما زاد بعد العقد لها فلا يضمنها ما هو ملكها قالوا وفى حكم التلف ما لو انتقل عن ملكها انتقالاً لازماً كالبيع والعق والهبة انتهى .

وفى الجواهر ما لفظه لانه ملكته بتمامه بالعقد على الاصح فالزيادة حينئذ لها وليس النقصان عليها فانه ليس مضموناً عليها للزوج ، لانه ملكها . خصوصاً و لم يسلم اليها ، فان زادت حين التسليم لم يستحق الزيادة ، نقصت حينه لم يضمن

له النقصان ، وان نقصت في البين ثم زادت والزيادة متجددة غير مستحقة له فهي لها (و بالجملة) ان كانت القيمة يوم العقد هي الاكثر فالنقص قبل القبض مضمون، عليه فلا تضمن له ما هو في ضمانه وان كانت القيمة يوم القبض هي الاكثر فهي زيادة في ملكها ، فلا تضمن له ما هو لها ، هذا خلاصة ما ذكره .

وفيه أن القيم السوقية غير مضمونة بحال ، والمتجه لولا ما سمعته من خبر على ابن جعفر من ضمان القيمة يوم القبض لا أقل الامرين ما بينه وبين العقد ، كما سمعته من المشهور ضمانها القيمة يوم التلف باعتبار تعلق حق الاستعادة في العين مادامت موجودة ، فمع تلفها يتعلق بقيمتها في ذلك اليوم الذي هو ابتداء تعلق الحق المزبور أو ضمانها القيمة يوم الطلاق الذي هو يوم تملك النصف من العين أو من قيمتها في ذلك اليوم ، .

الا أن ذلك كله من الاجتهاد في مقابلة النص بعد ما سمعته من خبري على بن جعفر فضلاً عما سمعته من المشهور المبني على ما عرفت مما لا يخفى مافيه ، خصوصاً قولهم : «انها لا تضمن له ما هو لها» ضرورة أن المال في يدها وان كان لها الا أنه مضمون عليها ، بمعنى أنه لو طلق قبل الدخول كان له عليها القيمة لو كانت العين تالفة ، وهذا معنى الضمان ، فتأمل جيداً انتهى .

و امسما يستفاد من خبر على بن جعفر عن أخيه عن أبيه عليه السلام ان علياً عليه السلام قال في الرجل : يتزوج المرأة على وصيف فيكبر عندها ، ويريد أن يطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : عليها نصف قيمته يوم دفعه اليها ، لا ينظر في زيادة ولانقصان» فهو كما ذكره كان معياره يوم القبض لاقل الامرين من زمان القبض او الطلاق والعقد وما ذكره من الوجه في ذلك في غيره محله ولا يقال الوصيف حي والكلام في التلف فانه يقال حيث لم يمكن تنصيف الوصيف و هو الطفل من العبيد فيكون بمنزلة التلف فلا محالة يرجع الى نصف قيمته .

و كيف كان فلا يظهر وجه صحيح لما ذكره المشهور فما ذكره في غاية

الجودة من حيث عدم الفرق في ذلك بين المقامات حيث ان عليها قيمة يوم الدفع اليها فانه يوم ضمانها للنصف فلو تلفت العين كان عليها قيمة يوم قبضها منه كما هو صريح خبر على بن جعفر الاتي .

ولكن الظاهر من الخبر هو قيمة يوم الدفع باعتبار القيمة السوقية وسيأتي الكلام فيه مفصلاً .

ثم انه كالتلف فيما زالت ملكها عن العين ببيع لازم ونحوه قبل الطلاق ولو كان لها الخيار فوقع الطلاق فسخت المعاملة ان امكن و دفع عين النصف الى الزوج ففي كل ما امكنت لها ارجاع العين ارجعت ودفع الى الزوج والادفع القيمة كما في العتق والرهن الغير الممكن للفك .

واما قوله قده سره ان القيم السوقية غير مضمونة بحال فلنا فيه كلام حيث ان جميع الاقوال المتقدمة في المثلى والقيمي وغيرهما مما تقدم من يوم القبض او الغصب او التلف وغير ذلك كلها انما يتصور مع الاختلاف في القيم السوقية وغيرها قليل في الغاية بل لا يتصور كثيراً اذ مورد غير السوق اولاً في الحيوانات دون سائر الاشياء لوضوح ان مثل الفروش والذهب او الفضة او الاجناس الاخر كلها بحالها من غير تفاوت ولومضت عليها قرون كثيرة فالتفاوت انما يكون في الحيوان لكنه بالنسبة السى مثل السمن والهزال او حدوث عيب كالعور والعرج والجميع في غاية القلة خصوصاً السمن والهزال اللذان لا يطهر الا في مدة كثيرة .

الا ترى ان من ذهب الى اعلى القيم اطلاق كلامه يعم ما اذا كان اول الغصب واخره يوماً ففي اليوم الواحد كيف يتصوراً على القيم في غير قيمة السوقية فلا يليق بهذا البحث الطويل مثل هذه النتيجة القليلة الشاذة بل الذي يليق بالبحث .

وكثيراً قد اتفق هو الاختلاف في القيم السوقية فانه في كل ساعة بنحو وانه على مدارها يدور قيمة الاجناس فلا افهم ماذا يريدون بقولهم ان القيم السوقية غير مضمونة وعليه يلقي جميع الصور اذ لا فائدة فيها الاشاداً ولو كان المراد غير ارتفاع

القيمة كيف يعلم القيمة وكيف يتميز بين كونه في صبح كذا وفي العصر كذا وای مقوم يتمكن من تعيين القيمة في حالات مختلفة .

هذا مضافاً الى ان ما استفاد من الروايات الظاهرة في وقت القيمة هو القيمة السوقية الا ترى الى ظهور قوله الْبَغْلُ قيمة بغل يوم اكريته في القيمة اليوم بلحاظ ساير الايام فانه معنى يفهم منه الجميع فان البغل في كل يوم له قيمة غير قيمته في يوم آخر بخلاف قيمته من حيث نفسه لو خلى وطبعه فانها في جميع حالاته سواء الا اذا كان بلحاظ صغره وكبره وصحيحه ومعيبه واما البغل المتعارف سنا وصحة وسقماً لا يتفاوت حاله ولو بحسب السنين المتعددة .

وبالجملة قيمة الاجناس بالنسبة الى السوق متعينة معلومة عند الاكثر في كل زمان بخلاف غيره فانه منشأ الاختلاف والشك فالروايات ان لم يكن نظرها الى خصوص السوق فلا جرم لم يكن خارجاً عنه بل نظرها الى الجميع .

وليت شعري علمت انه ما اراد المصنف من قوله في المتن فان كان المقصود انه مع بقاء العين لا اعتبار بزيادة القيمة ونقصانها فله وجه وان كان المقصود عدم الاعتبار بهما ولو في صورة التلف فلا اعتبار بقيمة السوقية من حيث يوم التلف او القبض او الغصب وغير ذلك فهو كلام لا اعتبار به اصلاً .

هذا مضافاً الى القيم لا يتصور الا بالنسبة الى السوق بل كل شيء له قيمة لا يكون القيمة الا بلحاظ السوق فلا يتحقق القيمة من السماء ولا من الارض بل يتحقق من الناس من حيث السوق في زمان معين .

غاية الامر في زمان القبض والاخذ قيمته السوقية شيء وزمان آخر شيء آخر فان كان المراد المعتبر قيمته السوقية التي في يوم الغصب و القبض او التلف او المطالبة لا السوقية مطلقاً وفي كل زمان كان له ايضاً وجه لكنه يرجع الى القيمة السوقية .

فما معنى قولهم لا اعتبار بالقيمة السوقية مع ان كل قيمة بلحاظ السوق لا غير

والذهب مثقاله في زمان خمسين تومانا وفي زمان الحاضر قريب بالفين فان كان المقصود من عدم الاعتبار هو السوق الاول لا السوق لزمان التالف فلامعنى لهذه الاقوال الكثيرة المتقدمة ويأتى فى باب المثلى و القيمى وباب الغصب وغيرهما اذ مرجع الكل هو القيمة السوقية فى الزمانين وان اريد القيمة السوقية باعتبار السمن وفى حال اللاحق باعتبار الهزال فهو ايضاً باعتبار القيمة السوقية فالقيمة السوقية غير منفكة عن الاشياء باى لحاظ ونظر .

ولذلك عن القواعد بعد أن ذكر ذلك قال: « وتضمن - أى الزوجة للزوج - النقص - أى للقيمة لتفاوت السعر - مع التالف دون الزيادة ، يعنى اذا نقصت القيمة بعد القبض لنقصان السعر ثم تلفت العين ثم طلقها كان عليها رد نصف القيمة قبل القبض ، لانه لا عبرة بالنقص بعد القبض ، لتعلق حق الاستعادة به حين التسليم ولو زادت القيمة بعد القبض لزيادة السعر ثم تلفت كان عليها رد نصف القيمة قبل الزيادة ، اذ الزيادة بعد القبض أولى بعدم الاعتبار من النقصان بعد القبض »

وفى الجواهر وهو جيد موافق للخبر المذبور انتهى .

ولا يخفى انه على ما عرفت لا فرق بين الزيادة والنقصان فاذا اعتبر بالسوقية النقصان فلا جرم تعتبر بالسوقية الزيادة .

وبالجملة ان ظنى انه فى كل مكان يبحث عن يوم الضمان كان باعتبار القيمة السوقية بلحاظ الاخبار والقواعد ولولم يكن كذلك عند الاصحاب بل هو المعيار لزيادة الاموال بالنسبة الى الزكاة والخمس والحج والمهر فمن جعل مهر زوجته عشرة دنائير فى زمان كان قيمة كل واحد منها خمسين تومان وكان على ذمته وكان فى زمان الدفع لكل واحد الفين تومان لا يصح له الدفع بقيمة يوم العقد بل لا بد له من نفس الدينار .

وبالعكس لو كان المهر مائة تومان وكان فى زمان قد سقط عن القيمة تقريبا بحيث عد المائة فى زمان الدفع بالنسبة الى زمان العقد بمنزلة العدم فيكون مثل

من قرض ماء في زمان له قيمة كثيرة كالصيف في مثل الحجاز ووقع عبورها على قرب البحر فاراد اداء ماءه من البحر فهو مما يعد عند العقلاء سفها و سفيها ومن كان امواله في زمان الابتياح قليلا لا يكون مستطيعا بهذا اللحاظ و كان بلحاظ زمان الحاضر مستطيعا ليس له لحاظ قيمة الابتياح بل لحاظ قيمة زمان الحاضر والمسألة مهمة .

الآثرى ان قيمة العين يوم القبض او العقد او الغصب مثلا لو كان عشرين دينارا بتمام خصوصياتها و يوم التلف بخمسين دينارا بتمام خصوصيات السابق و الفرض عدم الفرق في زيادة عينية او نقيصة كذلك وحينئذ ان لوحظ زمان القبض كان بلحاظ القيمة السوقية وان لوحظ زمان التلف كان كذلك ففي جميع الحالات كان المعيار هو قيمة السوقية اذ الفرض ان العين الى زمان التلف بحالها كما في السابق .

فان قلت نعم لكن السوق الاول هو المعيار بمعنى انه اذا قوم المقوم قوم بقيمة سوق الاول الذي وقع في اليد غصبا او معاملة ونحوهما قلت لو كان المعيار بالسوق فلا فرق بينه وبين اللاحق .

و الحاصل لا يمكن تحقق القيمة للاشياء الا بلحاظ السوق واذا كان كذلك فلا جرم كان المناط بقيمة سوق الحاضر .

بل الظاهر ان السوقية هي الاستفادة من خبر ، على بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر ، عن أبيه أن علياً عليه السلام قال في الرجل يتزوج المرأة على وصيف فيكبر عندها ويريد أن يطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : عليها نصف قيمته يوم دفعه اليها ، لا ينظر في زيادة ولا نقصان .

و الظاهر من قوله لا ينظر في زيادة ولا نقصان هو عدم لحاظهما من حيث السمن والهزال بل المعيار هو قيمته السوقية في حال الدفع ولا ينظر الى سمنه وهزاله بعد ذلك .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لو نقصت عينه أو صفته مثل عور الدابة ﴾ مثال
للاول اى عمى الدابة .

﴿ أو نسيان الصنعة ﴾ كما اذا كان المهر عبداً كاتباً أو ذاصنعة كذا فنيه فقيه
اقوال منها التخيير قال فى الحدائق :

الرابعة كسابقتها الا انه وجد العين ناقصة و كان النقص بنقصان عين كعور
الدابة او صفة كنسيان الصنعة ففي كيفية الرجوع اقوال ثلثة .

احدها وهو المنقول عن الشيخ فى المبسوط ان الزوج يتخير بين الرجوع
بنصف القيمة سليماً وبين اخذ نصف العين من غير ارش .

وثانيها الرجوع بنصف العين ونصف الارش لان العين لا تخرج عن حقيقتها
بالتعيب ومستحقه انما هو العين وتعيبها مجبور بالارش و ظاهره فى المسالك اختيار
هذا القول .

وثالثها التفصيل بان النقص ان كان بفعلها او فعل الله سبحانه تخير بين اخذ
نصفه ناقصاً وبين تضمينها نصف قيمته وان كان من قبل اجنبى لم يكن له سبيل على
المهر وضمنها نصف القيمة يوم قبضه وهو قول ابن البراج .

وكيف كان ف ﴿ قيل ﴾ وفى الجواهر القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه
ويحى بن سعيد فى المحكى عن جامعه : ﴿ كان له نصف القيمة ﴾ سليماً تنزيلاً
للتعيب بذلك منزلة التلف ، وله نصف العين أى بلا ارش ﴿ ولا يجبر على اخذ
نصف العين ﴾ حيثئذ كما لا يجبر على القيمة .

ولا يخفى انه مسح بقاء العين لاعمى للرجوع الى القيمة فان الرجوع
اليها انما يكون لتعذر العين ومع بقائها فلا بد من الرجوع الى نصف العين اذا
تعدت .

واما مسألة الارش وحيث حدث العيب عند الزوجة فلا جرم كان عليها الارش
ايضاً فلامعنى حيثئذ للتخيير بين القيمة او العين بل الثانى هو المتعين .

﴿و﴾ لذا قال ﴿فيه تردد﴾ ونظر وجهه بقاء العين والرجوع الى القيمة فيما تلفت وفي الجواهر وذلك لان العين المفروضة ان كانت بهذه الحالة قائمة فاللازم أخذها من غير انتقال الى القيمة ، وان كانت بهذا التغيير غير مفروض كما اعترفوا به فلاوجه للرجوع بالعين ، ولان التعيب - وان كان في ملكها - لاينافي ضمانها الارش للزوج ، ضرورة كونه كتلف العين على ملكها الموجب لضمانها قيمتهال بل ضمانها مستلزم لضمان أجزائها وصفاتها وأرش ذلك كقيمة نفس العين . فالمتجه حينئذ كما في القواعد والمسالك الرجوع بنصف العين مع الارش لان التعيب بذلك خصوصاً مثل نسيان الصنعة لا يخرج العين عن حقيقتها ، وبقبضها العين تدخل في ضمانها كلا أو جزءاً أو صفة .

وعن كشف اللثام «قديقال : منشأ الخلاف أن معني «ما فرضتم» هل هو الماهية وحدها أو مع صفاتها ؟ فعلى الاول يتعين الرجوع في نصف العين ، وعلى الثاني يتخير أو يتعين القيمة » انتهى .

ولا يخفى ان معنى ما فرضتم هو الماهية مع جميع صفاتها التي لها مدخلية في قيمتها ومع ذلك لاتقتضى التخيير بل ان كان موجودة مع العيب لزم الاخذ بنصف العين مع ارش القيمة والاتعين نصف القيمة ثم انه بناء على نصف العين ان تعدد العين كالغنيمين فيؤخذ الزوج واحدمنهما وان كان واحداً لزم الشركة بينهما حتى يفرز بالقيمة ويؤخذ كل منهما نصفها .

﴿و﴾ منه يعلم أن المراد ما فرضتم العين وصفاتها ، ويعلم أن الواجب قيمته يوم الدفع لا الاقل . ﴿أما لو نقصت قيمته لتفاوت السعر كان له نصف العين قطعاً وكذا لو زادت قيمته لزيادة السوق ، اذ انظر الى القيمة مع بقاء العين ﴿على حالها وذلك لان الكلام في دفع نصف القيمة فيما تلفت العين فمع بقائها لا بد من دفع نصف الموجود من دون نظر الى ارتفاع قيمتها و نقصانها من حيث السوق كما لا ينظر حينئذ بقيمة يوم القبض او الطلاق لان الفرض بقاء العين .

﴿ولوزاد بكبر أو سمن كان له نصف قيمته من دون الزيادة﴾ وفي المسالك قال الخامس ان يجده زايداً فان كانت الزيادة بمجرد قيمة السوق اخذ نصف العين كما لو نقصت كذلك وان كانت منفصلة كالولد واللين والكسب فهي للمرثة لانها نماء في ملكها سواء حدثت في يدها او يد الزوج ويختص الرجوع بنصف الاصل وان كانت متصلة سواء كانت الزيادة عينا كالسمن او صفة كتعليم الصنعة والسورة وقصارة الثوب ام عينا من وجه وصفة من آخر كصبغ الثوب لم يستقل الزوج بالرجوع الى نصف عين الصداق لان الزيادة ملكها ولا يمكن فصلها ولا تجبر على بذلها مجاناً ولا بالعوض لكنها تتخير حينئذ بين دفع نصف العين المشتمل على الزيادة وبين بذل نصف القيمة مجردة عنها انتهى .

ولا يخفى ان الزيادة وان كانت حاصلة في ملكها لكنه فرق واضح بين النمآت منفصلة والمتصلة فان الاولى لاتصدق عليها ما فرضتم بخلاف الثانية ومجرد تغييره بالسمن والهزال لا يوجب لعدم صدق ما فرض عليه كما ان زيدا من اول طفولته الى آخر عمره و كهولته يصدق عليه انه زيد مع ان النمآت معلق في الواقع على عدم الطلاق.

ومعلوم عند الشارع تحقق الطلاق وعدم كون نصف العين لها حقيقة هذا مضافاً الى اطلاق قوله فنصف ما فرضتم لعدم تقييده بعدم حصول الزيادة او حصول النقيصة فما فرض في اى حال وشأن كان سواء على الزيادة او النقيصة يرجع نصفه الى الزوج فليس للزوجة هو الممانعة بدعوى حصولها في ملكها .

﴿ و ﴾ لا يتم قول المصنف على تخيير المرأة على دفع القيمة حيث قال ﴿لاتجبر المرأة على دفع العين﴾ مجاناً ولا بعوض بل يجبر على العين ايضاً ﴿على الاظهر﴾ عن المبسوط فجعل له الرجوع بنصف العين مع زيادتها ، للاية .

فان قلت خبر على بن جعفر دل على رد القيمة لا العين .

قلت كون المهر في الخبر هو وصيف واحد ولا يمكن نصفه فلا جرم كان مورده القيمة والكلام فيما بقيت العين مع امكان نصفها كما اذا كانت متعددة وبالجملة

رد نصف العين فيما تعددت رد لنصف ما فرضتم ولو حصل له زيادة متصلة من دون ارش للزيادة ايضا .

وخبر على بن جعفر هكذا «أن علياً عليه السلام قال في الرجل: يتزوج المرأة على وصيف فيكبر عندها ، ويريد أن يطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : عليها نصف قيمته يوم دفعه اليها ، لا ينظر في زيادة ولا نقصان» .

والظاهر من قوله في زيادة هو زيادة العين ونقصانها يعني ان الملحوظ نفس العين من دون زيادتها ونقصانها ولذا كان اللازم نفس العين ايضاً لو انتقل من السمين الى الهزال وبالعكس بل نفس القيمة السوقية .

﴿ ولو حصل له نماء ﴾ منفصل ﴿ كاللبن والولد كان للزوجة خاصة ﴾ على المشهور من كونها مالكة للكل سواء كان في يده او يدها ، لانه نماء ملكها ﴿ و ﴾ انما ﴿ له نصف ما وقع عليه العقد ﴾ وهو ذو النماء فقط لان النماء .

وعلى ما ذكره ابن الجنيدي ينصف النماآت ايضاً فانها مالكة للنصف فلها نماء خصوص النصف لاجممع كما صرح به في صحيح ابي بصير على ما تقدم وعليه يكون الزوج شريكاً مع الزوجة في النماء كما كان شريكاً لها في العين .

﴿ ولو أصدقها حيواناً حاملاً ﴾ على وجه يدخل الحمل في الصداق بالشرط او بالتبعية ﴿ كان له النصف منهما ﴾ وان كان بعد الوضع لان الفرض كون الصداق كليهما فينصف بالطلاق وهو خارج عن مسألة النماء بل بمنزلة كون الصداق حيوانين .

﴿ ولو أصدقها تعليم صناعة ثم طلقها قبل الدخول كان لها ﴾ عليه ﴿ نصف اجرة تعليمها ﴾ لتعذر المهر حيثئذ في يده اذ ليس للصنعة نصف ، فيكون كالتالف في يده الذي يرجع فيه الى القيمة ﴿ ولو كان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الاجرة ﴾ لتعذر رجوعه بعين ما فرض ، فيكون بمنزلة التالف في يدها .

﴿ولو كان تعليم سورة قبل﴾ والقائل الشيخ في المحكى من خلافه ومبسوطه
﴿يعلمها النصف من وراء حجاب﴾ بناءً على جواز سماع صوتها مطلقاً او للضرورة،
ولم يكن ثم خوف فتنة وخلوة محرمة ، والاعتبار في النصف بالحروف .

﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردد﴾ وفي الجواهر ينشأ من التردد في حرمة سماع
صوتها وان كان الاقوى جوازه ، ومن اختلاف الالفاظ سهولة وصعوبة فلا يتعين
النصف ، وقد يقال : ان ذلك لا يمنع معرفة النصف عرفاً .

وفي كشف اللثام وغيره « اذا لم يمكن التعليم الا بالخلوة المحرمة او مع
خوف الفتنة فالرجوع بنصف الاجرة قطعاً » قلت : قد يقال : بوجوب استئجار
من يعلمها ممن لا يحصل معه جهة محرمة مع امكانه اذا لم يكن قد اشترط عليه
المباشرة انتهى .

المسألة ﴿الرابعة لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه﴾
وفاقاً للمشهور ، والمسألة محل خلاف بين العامة وبعضهم ذهب الى الرجوع
وبعضهم الى عدم الرجوع .

قال في الخلاف اذا أصدقها صداقاً ثم وهبته له ثم طلقها قبل الدخول فله ان
يرجع عليها بنصفه وللشافعي فيه قولان قال في القديم لا يرجع وهو اختيار المزني
وقال الشافعي وهذا حسن وقال في الجديد وهو أصح القولين عندهم ﴿و﴾ سواء
وهبت له بعد ان قبضته او قبل القبض الباب واحد وقال ابو حنيفة ان كان ذلك بعد
القبض رجع عليها بالنصف وان كان قبل القبض لم يرجع عليها بشيء .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وقد ذكرناها في الكتاب الكبير انتهى .
والمسألة عندي في غاية الاشكال .

واستدلوا عليه [بمضمرة سماعة] « سألته عن رجل تزوج جارية او تمتع بها
ثم جعلته من صداقها في حل ، قال : اذا جعلته في حل فقد قبضته ، فان خلاها قبل
ان يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق وهذه المضمرة دليل الاصحاب

ونظير المضمرة ايضاً ما رواه في التهذيب والنهاية عن شهاب بن عبد ربته في الصحيح قال مثلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على الف درهم فبعث بها اليها فردتها عليه ووهبتها له وقالت انا فيك ارغب مني في هذه الالف هي لك فيقبلها منها ثم يطلقها قبل ان يدخل بها قال لاشيء لها وترد عليه خمسمائة درهم . وكيف كان فالروايتان متعارضتين مع ضعفهما مع القواعد والعرف .

وفي الجواهر بعد نقل المضمرة ما لفظه مؤيداً بأن ذلك تصرف منها فيه تصرفاً ناقلاً له عن ملكها بوجه لازم واسقاط ، فيلزمها عوض النصف كما لو نقلته الى ملك غيره او اتلفته ، لكن في القواعد ومحكى المبسوط والجواهر انه يحتمل عدم رجوعه عليها بشيء ، بل عن بعض العامة القول به ، لانها لم تأخذ منه مالا ، ولانقلت اليه الصداق ، ولا اتلفته عليه فلا تضمن .

اما الاول فظاهر ، واما الثاني فلاستحالة أن يستحق الانسان شيئاً في ذمة نفسه ، فلا يتحقق نقله اليه ، واما الثالث فلانه لم يصدر منها الا ازالة استحقاتها في ذمته ، وهوليس اتلاًفاً عليه ، ومن هنا لورجع الشاهدان بدين في ذمة زيد لعمرو بعد حكم الحاكم عليه وبراء المشهود عليه لم يرجع عليهما ، لعدم تغريمهما له بشيء ، ولو كان البراء اتلاًفاً على من في ذمته غرماً له ثم شرع في الجواب بما لا يخلو عن منع واشكال .

ونظيره في المسالك ايضاً قال وهذا هو المذهب وحكى في القواعد وجهاً بعدم الرجوع وقبله الشيخ في المبسوط وهو قول لبعض العامة لانهما لم تأخذ منه مالا ولانقلت اليه الصداق ولا اتلفته عليه فلا تضمن .

وقال في شرحه على اللمعة عند قوله لو ابرئته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه لانها حين البراء كانت مالكة لجميع المهر ملكاً تاماً وما يرجع اليه بالطلاق ملك جديد ولهذا كان نماؤه لها فاذا طلقها رجع عليها بنصفه كما لو صادفها قد اتلفته فان تصرفها فيه بالبراء بمنزلة الاتلاف فيرجع بنصفه وكذا لو كان

عيناً ووهبته اياها ثم طلقها فانه يرجع عليها بنصف القيمة .
ويحتمل ضعيفا عدم الرجوع في صورة الابراء لانها لم تأخذ منه مالا ولا نقلت
اليه الصداق لان الابراء اسقاط لاتمليك ولا اتلفته عليه كما لو رجع الشاهدان بدين
في ذمة زيد لعمره بعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء وكان قد ابرء المشهود
عليه فانه لا يرجع على الشاهدين بشيء ولو كان الابراء اتلافاً على من فسى ذمته
لغير ماله .

والفرق واضح فان حق المهر ثابت حال الابراء في ذمة الزوج ظاهراً وباطناً
فاسقاط الحق بعد ثبوته متحقق بخلاف مسألة الشاهد فان الحق لم يكن ثابتاً كذلك
فلم يصادف البراءة حقاً يسقط بالابراء انتهى .

وفيه مواقع للنظر الاول قوله حين الابراء الخ اولا ذلك لا يتم على قول ابن
الجنيد الذي هو الحق وثانياً على فرض تسليم كونها مالكة لجميع المهر ما المراد
بكونها مالكة للجميع في هذا المقام فان كان المراد ان الزوجة مالكة للمهر و لها
اختياره في الهبة والابراء فلها ابراء زوجها من مالها .

وفي الجواهر مؤيداً للمشهور والمضمرة ما لفظه :

فابترت ذمة زوجها من المهر كي لا يبقى عليه شيء بعد ذلك ففيه انه لا يبقى
بعد الهبة لها مهر يرجع الزوج باطلاق الى نصفه حتى يكون ملكاً جديداً وان كان
المراد ان الزوجة اعطته من اموالها بمقدار المهر لا بعنوان المهر بل بعنوان الارفاق
او التحبيب ونحوهما بحيث كان في ذهنها بقاء مهرها بحاله .

فمال للزوجة تهيه زوجها ومال يرجع اليه بعد الطلاق فلا ريب لاحدهما بالآخر
وحاصله ان ما لنصف الطلاق غير ما وهبته فاذا وهبته كان النصف الذي للطلاق بحاله
فلا اشكال حينئذ من خروجه عن محل البحث والنزاع اذ الكلام في الهبة والابراء
من خصوص المهر لامن غيره وان كان المراد ان المهر للزوجة وقد اتلفته بالابراء
فيكون حق الزوج باق بحاله كما يظهر من عبارته في المسالك قال يرجع عليها

بنصف المهر لتصرفها فيه قبل الطلاق تصرفا ناقلا له عن ملكها بوجه لازم تلزمها عوض النصف كما لو نقلته الى ملك غيره او اتلفته .

فساده ايضا مما لا يخفى اذ نظير قوله فان تصرفها فيه بالابراء بمنزلة الاتلاف ففيه اولا ان الابراء غير الاتلاف جداً فان الابراء سقوط حق والاتلاف تضييع مال ولو سلم فالابراء انما يكون للزوج ونتيجته سقوط حق رجوعه اليها فلا شيء بعد الابراء كى يرجع اليه .

و بالجمله فالمهر من اموال الزوج قبل العقد و قد دخل فى اموال الزوجة بالعقد فاذا ابرئته الزوجة قد اسقط ما دخل فى امواله من المهر فلا يبقى بعده مال بعنوان المهر كى يرجع اليه الزوج بعد الطلاق .

وبالجمله تفويت المهر على الغير وعلى الزوج امر يعلمه كل من كان من اهل العلم فانه على الاول لا يبقى محل للمهر كى يرجع الزوج الى نصفه بخلاف التفويت على الزوج بمعنى دفعها اليه ما هو حقه لو طلقها فانه وهبته او ابرئته مسن الكل المشتمل على حقه ايضا فكون الزوج مالكا بالهبة او الابراء ليس شيئا سوى ملكيته بالمهر او الابراء عنه حتى يكون رجوعه رجوعا بالمهر فما يمكن ان يصل اليه بعد ان يصل اليه قبل فلا يكون الابراء اليه تفويتا بحال .

فمضافا الى انه احسان وما على المحسنين من سبيل انها ادت حقه اليه قبلا يعنى انها ابرئته عن شىء يحتمل اشتغال ذمته به فقدمت ما يحتمل تأخير فمعنى ابرائها عنه اذ هاب حقه المحتمل تعلقه بها نعم الحنفية فقد أنجوا انفسهم عن عمق بحر الجهل فى المسألة حتى بلغوا فى توضيح المسألة الى قرب الساحل ولكن عمائم الظاهرة والباطنة قد اسقطهم ثانيا الى العمق حتى غرقوا فى بحر الجهل .

قال فى الفقه على المذاهب او يقال انها وهبت له كل المهر بعنوان كونه مهراً فليس وراء مهر حتى يأخذ نصفه وعلى هذا لا يرجع عليها بشىء زيادة على الذى وهبته مثلا اذا مهرها الف جنية فوهبته الف جنية بعنوان كونه مهرها بعد قبضه

فصار آلاف ملكه ثم طلقها قبل الدخول .

وبذلك اصبح يستحق خمس مائة نصف المهر فهل تعتبر الخمس مائة داخلة في المهر الذى وهبته لزوجها اولا الجواب لا تعتبر وذلك لان النقد من دراهم او دنانير او جنيهات لا يتعين بالتعيين فلا ينحصر المهر فى خصوص آلاف التى قبضتها ووهبتها .

ولذا لها ان تعطيه غيرها بعد الهبة ولها ان تعطيه نصف الالف اذا طلقها بدون هبة من نقود اخرى وحيث ان النقد لا يتعين بالتعيين فلا ينحصر المهر فى الالف حتى ولو قالت له وهبتك الف المهر بل لافرق بين ان تقول له وهبتك الف المهر او وهبتك الف بصرف النظر عن كونها مهر الى ان قال اما اذا وهبت له الف المهر قبل ان تقبض ثم طلقها قبل الدخول فان كلامهما لا يرجع على صاحبه بشيء لان المهر تعين فى ذمته وقد وهبته له فلم يبق وراءه مهر الخ .

وليت شعري انه اذا وهبته الف جنية بعنوان كونه مهرا وبقصد كونها مهرا وان هذا الالف الذى وهبته فى مقابل الف جنية التى فى ذمة الزوج حتى لا يكون فى ذمة الزوج شىء فهل يكون لعاقل ان يقول الدراهم والدنانير والجنية التى فى ذمة الزوج لا يتعين بالذى اعطته .

وفساده مما لا يخفى وانه اذا وقع المعاملة بيعا او اجارة او نكاحا على الدرهم والدنانير كانا يتعينان فى الذمة ولا يجوز له دفع شىء غير ما وقع عليه العقد وان كان مساويا مع الدرهم والدينار فى المالية بل وجب عليه دفع عين ما وقع عليه العقد وفى المقام اذا كان المهر الف جنية يتعين بذلك فى الذمة جدا فلا يجوز للزوج تبديلها بشىء آخر الامع التراضى .

وذلك لان العقد قد وقع عليه وهو المقتضى للتعيين لا القبض فيجب الوفاء عليه بدفع مثل الدرهم والدينار او الجنية فى المقام ومن العجيب ان الزوج ايضا دفع مثل الجنية لاشىء اخر وكون دفعها ايضا بعنوان المهر وان هذا الموهوب فى

مقابل ما في ذمته من المهر ومع ذلك قال لا يتعين ما في الذمة بالجنية الموهوبة فلا ينحصر المهر ولا يتعين في خصوص الالف الذي قبض منها .

وهذا من اعجب الاعا جيب هذا مع ان معنى عدم التعيين على قوله جواز دفع شىء آخر عوض ما في الذمة مساويا معه في المالية ولا يلزم خصوص الجنية وفي المقام دفعت الزوجة ايضا الف جنية لا شىء آخر وان هذا الالف الذي في ذمتك من المهر ومع ذلك قال بعدم التعيين سلمنا لکن لازم كلامه جواز دفع عوض ما في الذمة بشىء آخر .

وفي المقام دفع نفس الجنيهات ايضا وكيف لا يقع عن المهر فانه فرض كون المهر الف جنية والفرض ان الزوجة اعطته الف جنية التي كانت في ذمة الزوج فهل يتوهم ان يكون الف جنية بعد في ذمة الزوج وان الالف الذي اعطته مع كون الاعطاء بقصد فراغ ذمة الزوج لم يتعين ولم يقع الفراغ وكان بعد ذلك على ذمة الزوج بحيث اذا طلقها قبل الدخول يسترجع نصفها وهو خمس مائة جنية عهدته على مدعيه كيف ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور.

افلا تعجبوا من قوله فلا ينحصر المهر في الالف حتى ولو قالت له وهبتك الف المهر مع ان المهر جنية والهبة ايضا جنية والتصريح بان الجنية الموهوبة هبة المهر حتى لا يبقى بعد ذلك في ذمتك شىء منه .

وكيف كان فقد وافقنا فيما لم يقبض الزوج المهر بالزوجة وانه بعد جعل الف جنية المهر وهبتها الزوجة فلارجوع حينئذ لاحدهما فاذا وهبت الزوجة المهر فلارجوع لها فيسقط المهر فلارجوع للزوج ايضا لعدم بقاءه والله العالم .

ثم ان الجنية مارأيت في اللغة معنى مناسبا لها للمقام والظاهر من عبارته انه من سنخ الدرهم والدينار والالف خرج عن مسئلة الدرهم والدينار .

[نان قلت] انه على المشهور من كون الزوجة تملك تمام المهر قد وهبت التمام بالزوج فالزوج ملك تمام المهر قبل الدخول فاذا طلقها رجعت اليها بالنصف [قلت] الفرض ان هبة الزوجة هي بعنوان المهر لا بعنوان آخر فالهبة تعلق

بكل المهر النصف المستقر والنصف المتزلزل على فرض الطلاق فكانها قالت قد وهبت لك المهر حتى النصف الذى لو اردت الطلاق كان لك ففي حال الهبة ارتفع موضوع النصف فلا يبقى محل لرجوعه بالنصف .

نعم لو كان هبة الزوجة من غير المهر من أموالها الاخر كعين ونقد وعروض ثم طلقها قبل الدخول كان له الرجوع الى نصف المهر اذا عد عند العرف كون الهبة لاتكون بعنوان المهر كما اذا كانا فى كمال الملائمة والرفاقة والحب فوهبته بستانا او عقارا كما يكون ذلك متعارفاً بين الاحباب والزوجين احياناً من غير زعم المفارقة واتفق النفاق والشقاق فطلقها قبل الدخول فانه يرجع الزوج حينئذ الى النصف بلا كلام ويمكن حمل المضمرة وغيرها على هذه الصورة .

وكيف كان فلا يرى وجها لذلك ولذا حكى عن القواعد والمبسوط وجه لعدم الرجوع ﴿وكذا لو خلعها به أجمع﴾ .

وفى الجواهر الذى معناه أنه كالابراء والهبة مالو بذلته له ليخلعها عليه فخلعها به ، فانه يستحق عليها مقدار نصفه مضافا الى ما خلعها به الذى بذلته له انتهى .
وايضا هذه المسألة انما يكون فيما كان ما بذلت للطلاق من غير المهر كنقد او عين او عقار وغير ذلك والا فلا يتم ذلك فى بذل المهر بحال بل فى بذل المهر ايضاً يجرى ذلك الاشكال .

وفى المسالك قال الثانية لو خلعها بمجموع المهر قبل الدخول سواء كان عيناً او ديناً قال المصنف يكون حكمه حكم مالو ابرأته منه قبل الطلاق فيرجع عليها بنصفه مثلاً او قيمة لانه ملكه بالخلع فلم يصادف استحقاؤه النصف بالطلاق ووجوده على ملكها فينتقل الى عوض النصف هذا هو الظاهر من عبارة المصنف وغيره وعبارة عد صريحة فى ذلك لانه شرك فى الحكم بين مالو وهبته المهر المعين او ابرأته منه اذا كان ديناً او خلعها به اجمع وحكم بالرجوع بنصف القيمة ولا يخلو الحكم هنا من اشكال للفرق بين الهبة والابراء له قبل الطلاق وبين الخلع لان انتقال

الملك فيهما قبله فلم يصادف الطلاق الموجب لعود النصف اليه ملكا فانقل الى العوض .

واما الخلع فانقل ملك المهر به الى الزوج لا يحصل بمجرد البذل من المرأة بل به وبالخلع لانها جعلته عوضا عن البيونة فلا يملك الا بتمام السبب وهو الطلاق وبه يحصل ايضا استحقاقه ايضا للنصف فيتم السببان في حالة واحدة وان تقدم جزء السبب في ملك عوض الخلع فلا يتم ما قالوه من سبق ملكه له على استحقاقه النصف بالطلاق فضلا عن سبقه على الطلاق كالهبة انتهى .

وتمام الكلام في الخلع واجماله اذا كان الخلع وبذل امرأة للطلاق فمعناه ان البذل في مقابل الطلاق بحيث لا يبقى منه شيء لانه اذا بذلت وارضت بالمال للطلاق كان له ايضا نصف .

وبالجمله ظاهر البذل للطلاق كونه بحيث لا يبقى من تبعه الطلاق شيء بعده ويمكن ان يرد عليه اشكال الدور فان نصف المهر حينئذ يتوقف على الطلاق قبل الدخول والطلاق يتوقف على المهر ولا فرق في الموقوف عليه بين كونه كلا او جزءاً المسألة ﴿الخامسة اذا اعطاها عوضا عن المهر عبداً ابقا وشيئاً آخر﴾ بان وقع المعاملة بينهما فاشترت الزوجة من زوجها عبداً بالمهر بحيث كان المهر ثمنا للعبد ﴿ثم طلقها قبل الدخول﴾ وحينئذ ﴿كان له الرجوع بنصف المسمى﴾ الذي هو المفروض ﴿دون العوض﴾ بلا خلاف كما في الجواهر .

ونحو ذلك لو كان المبيع غير العبد وكذا كان المهر غير النقود كما اذا مهرها بفرس او دار فباعت الزوجة الفرس او الدار بارض او قرية ثم طلقها قبل الدخول فالزوج يرجع بنصف المهر ان امكن والا بمثله او قيمته .

وفي المسالك قال المراد برجوعه بنصف المسمى هنا رجوعه بمثله او قيمته لانه بالمعاوضة صار ملكه والعايد اليه بالطلاق نصف ما جعله مهراً لقوله تعالى فنصف ما فرضتم اي لكم على حد قوله ولكم نصف ماترك ازواجكم وقد وجد النصف

المحكوم بعوده اليه قد انتقل عن ملكها بالمعوضة الجديدة عليه فيرجع الى مثله او قيمته كما لو انتقل عنها الى غيره ولا فرق في ذلك بين انتقاله بعوض يساوي قيمته او ينقص او يزيد ولا بين انواع الاعواض لاشترائك الجميع في المقتضى وهو خروجه بذلك عن ملكها كما لو خرج بغير عوض كالهبة انتهى .

ويدل عليه ما قال الفضيل بن يسار «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطاها عبداً آبقاً وبرداً حبرة بألف التي أصدقها ، فقال : اذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلا بأس ، اذ هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد ، قلت : فان طلقها قبل أن يدخل بها ، قال : لامهر لها ، وترد عليه خمس مائة درهم ، ويكون العبد لها» .

ظاهره وقوع البيع بين العبد والضميمة وبين ألف درهم بقرينة ضميمة العبد كما مر في البيع وعليه وان كان الزوجة قد ملكت الالف لكنه ثانيا جعلته ثمنا للعبد فصار ملكا للزوج فكانه قد تلفت المهر كما اذا ملكت بغير الزوج فاذا طلقها رجع الزوج بالنصف وحيث لم يبق لها وصار ملكا للزوج كان عليها نصفها قيمة او مثلا كما عرفت فعليه خمسمائة درهم نصف المهر والعبد لها لانه مضمن ثمنه وكذا الضميمة من حيث ان العبد الابق لا يجوز بيعه الا مع الضميمة .

المسألة ﴿ السادسة اذا أمهرها مدبرة ﴾ وفي الجواهر فعن النهاية والمهذب لا يبطل التدبير بامهارها ، لكونه عتقا معلقا ، أولان الملك المتجدد لا يبطله وان قلنا : انه وصية بالعتق ، وحينئذ فلو فعل ذلك انتهى ﴿ ثم طلقها ﴾ قبل الدخول ﴿ صارت بينهما نصفين ، فاذا مات تحررت ﴾ .

وفي المسالك بعد القول بعدم البطلان قال ويحتمل البطلان لوجود العقد الدال على الرجوع كما لو وهب الموصي به قبل الاقباض واما على القول الاخر والنصف الاخر فلا وجه لبقاء التدبير فيه بناء على انه وصية فيبطل بخروج المدبر عن الملك وكذا يقوى خروج النصف الاخر وان لم نقل بخروجه عن ملكه لان

ذلك يبطل الوصية كما امر والتدبير كذلك وهذا قول ابن ادريس واختاره المصنف والمتأخرون والقول بعدم البطلان للشيخ في النهايه وتبعه عليه القاضى فى المهذب استناداً الى رواية المعلى بن خنيس انتهى .

ولا يخفى عدم الاشكال فى اصل التدبير فانه الوصية بالمدبرة او كالوصية والموصى اذا اوصى بشيء فله تغييره مادام حياً واخراجه عن ملكه بجعل المدبرة فى المقام او غيرها مهراً او زوجة او مبيعة او وصية بنحو آخر .

والاشكال فى انه بعد تغييره عن الاول فهل يبطل الاول او يبقى بحاله والظاهر القوى هو الاول فان اختيار المال بيد المكلف ولو بعد الوصية .

ففى المقام جاز له جعلها مهراً وبعده قد بطل التدبير بل لا يصح لان معنى التدبير بقائها حتى يموت المدبر ثم تعتق وكيف يصح هذا المعنى مع كونها مهراً وما لا للزوجة فربما لم يطلقها قبل الدخول بل على قول المشهور الذى كون الزوجة مالكة لجميع المهر بمجرد كونها مهراً صارت ملكاً للزوجة والطلاق قبل الدخول امر اتفاقى شاذ فكونها ملكاً للزوجة وملكاً للزوج للتدبير متناقضان .

نعم انما يصح ذلك بناء على قول ابن الجنيدي المختار وهو كون الزوجة قبل الدخول مالكة للنصف حيث كان مورد خبر المعلى بن خنيس الوارد فى المقام هو طلاق الزوج قبل الدخول قال « سئل ابو عبد الله عليه السلام وانا حاضر عنده عن رجل تزوج امرأة على جارية له مدبرة قد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك، وطلقها قبل ان يدخل بها، قال : فقال : أرى للمرأة نصف خدمة المدبرة يكون للمرأة يوم فى الخدمة، ويكون لسيدها الذى دبرها يوم فى الخدمة، قيل له : فان ماتت المدبرة قبل المرأة والسيد لمن يكون الميراث؟ قال : يكون نصف مآثر كته للمرأة، والنصف الاخر لسيدها الذى دبرها » .

وعلى ذلك لا اشكال على الظاهر على الخبر بل هو مما يؤيد ابن الجنيدي والا فمع علم الامام ببطلان التدبير وعدم الامكان فى الحال الواحد ملكاً للزوج والزوجة

كيف حكم بالصحة .

واما اذا كانت الزوجة مالكة للنصف فمن اول العقد يصح جعلها مهراً فانها تملك نصفها والنصف الباقي للزوج الذى هو السيد للمدبرة فاذا سئل السائل بالطلاق قبل الدخول كان ذلك الامر باقياً وكان نصف المدبرة للزوجة مهراً ونصفها للسيد نعم لو دخل بها بعد العقد يبطل التدبير من حين الدخول وحكم الامام بالصحة من حيث سؤال الراوى بالطلاق فيرتفع حينئذ الاشكالات الواردة فى المقام غفلة عن صحة مذهب ابن الجنييد .

واما على مذهب المشهور فلا طريق الى العمل بالخبر اذ بناء عليه فبمجرد كونها مهراً كانت للزوجة ويبطل التدبير بلا كلام للمناقضة التى عرفت فبعد الخروج عن الملك لامعنى للدخول فيه بلا سبب فلو فرض انها صارت مطلقة قبل الدخول لاتعاد الى الملك الاول وهو واضح .

قال فى الحدائق الظاهر انه لاشكال ولا خلاف فى انه اذا دبر مملوكاً ذكراً كان أو انثى جاز لمن دبره ان يجعله مهراً لزوجته لانه بالتدبير لا يخرج عن ملكه بل له التصرف فيه بجميع انواع التصرفات من بيع وغيره وهو كالوصية بل هو فى التحقيق وصية بالعتق وحينئذ فلو طلقها قبل الدخول صار المدبر مشتركاً بينهما لرجوع نصفه الى الزوج حيث انه المهر وحكمه الرجوع بنصفه فى الطلاق .

وهذا كله مما لا خلاف فيه انما الخلاف فى انه يجعله مهراً هل يبطل التدبير او يبقى صحيحاً اكثر الاصحاب سيما المتأخرين على الاول وهو مذهب ابن ادريس ومن تأخر عنه .

وذهب الشيخ فى النهاية وبعض اتباعه الى الثانى قال فى النهاية اذا عقد لها على جارية مدبرة له ورضيت المرأة به ثم طلقها قبل الدخول بها كان لها يوم من خدمتها وله يوم فاذا مات المدبر صارت حرة ولم يكن لها عليها سبيل وان ماتت المدبرة وكان لها مال كان نصفه للرجل ونصفه للمرثة ونحوه كلام ابن البراج فى

كتايبه المذهب والكامل .

وقال ابن ادريس الذى يقتضيه اصول المذهب ان العقد على هذه المدبرة صحيح وتخرج عن كونها مدبرة وتستحقها المرأة لان التدبير وصية ولو اوصى ببعض املاكه ثم اخرجها عن ملكه قبل موته بطلت وصيته والمدبرة هنا قد اخرجها بجعلها مهراً الى ان قال اللهم الا ان يكون التدبير المذكور واجباً على وجه النذر لارجوع للمدبر فيه فيصح ماقاله شيخنا ره .

واعترضه العلامة فى المختلف ببطلان جعلها مهراً حينئذ وقيد بقاء التدبير بما لو شرط بقاء التدبير فانه يكون لازماً لعموم المؤمنون عند شروطهم ولانه كشرط العتق فى البيع ونحوه انتهى .

ظاهر كلامه ان جواز تغيير الوصية ونحوه مما لاخلاف فيه ولا اشكال ولكن قوله لانه بالتدبير لا يخرج عن ملكه مع اختياره لمذهب المشهور متناقضان فانه اذا كانت المدبرة ملكاً للزوجة كملاً وتاماً كيف لا يخرج عن ملك سيدها تدبر حتى تفهم .

وحينئذ قد خرجت عن ملك سيدها ودخلت فى ملك زوجها فاذا طلقها قبل الدخول ورجع النصف الى السيد ثانياً كان ملكاً جديداً ايحدث بعد بطلان التدبير فلا دليل على عود التدبير بعد ذلك الا بجعلها مدبرة ثانياً تأمل تعرف .
ومن ذلك تعرف سائر ما كان فيه وفى كلام الاصحاب .

واما حمل الخبر الظاهر فى بقاء التدبير المنافى لمذهب المشهور على التدبير المنذور فيه وانه لهذا لا يبطل ففيه ان التدبير اذا كان واجباً بالنذر كان معناه بقاءه على حاله وفاء للنذر ولا يجوز ان يجعله مهراً حينئذ حتى على مذهب ابن الجنيد كما عن المختلف الاعتراض بذلك عليه .

﴿و﴾ لماذا كرنا ﴿قيل﴾ والقائل ابن ادريس وغيره على ما حكى: لا يصح جعلها وهى مدبرة مهراً ﴿بل يبطل التدبير بجعلها مهراً كما لو كانت موصى بها﴾
لزيد مثلاً .

وفى الجواهر فان تجدد الملك يبطل ذلك ، ضرورة تعلق الوصية فى ملكه ،
فمع فرض خروجها عن ملكه فبعدم موضوع الوصية ، والتدبير نوع منها .
بل قد يقال ببطلانه ايضا لو قيل بأنها تملك بالامهار النصف والاخر يبقى على
ملك الزوج حتى يدخل ، انتهى

قد عرفت انه على مختار ابن الجنيد صح التدبير فى النصف فان نصف
المدبرة قد خرجت عن ملك سيدها بجعله مهراً والنصف الاخر باقيا بحاله حتى
يدخل بالزوجة فخرج النصف الاخر ايضا عن ملكه ودخل فى ملك الزوجة وان
لم يدخل يبقى المدبرة شريكة بين الزوجة والسيد اى الزوج فان مات السيد يعتق
نصفه بالوصية او بصيغة العتق التعليق ويسرى فى نصفها الاخر تغليباً لجانب الحرية
ويسعى فى قيمة نصفها للزوجة .

ويمكن ان يقال ان التدبير يبطل مطلقاً بمجرد جعلها مهراً حتى على مذهب
ابن الجنيد من حيث انها فى معرض الخروج عن الملك بالدخول فتأمل .
وبالجملة على القول المشهور يبطل التدبير والوصية فان المدبر يعلم بأن الزوجة
مالكة لها مهراً فهو سبب لخروج ملكها عنه فلا يبقى للتدبير والوصية محل ولو
رجع نصفها اليه بالطلاق فان الملك الاول قد زال فلا يتم ذلك والرواية الا على
قول المختار موافقا لابن الجنيد .

﴿و﴾ كيف كان فالقول ببطلان التدبير كان ﴿هو اشبه﴾ على المشهور
وفى المسالك قال :

وهذه الرواية مع ضعف سندها لاتدل على انتعاقها بموت السيد كما ادعاه
الشيخ وانما تضمنت صحة جعلها مهراً وعود نصفها الى المولى وكونها مشتركة
بينه وبين المرأة وماتر كته بينهما كذلك وهذا كله لا كلام فيه نعم يظهر منها راحة
البقاء على التدبير من قوله وقدمت على ذلك وقوله فان ماتت المدبرة وشبه ذلك
ومثل هذا لا يكفي فى اثبات الحكم المخالف للاصل انتهى .

وفي الحدائق بعد نقل العبارة قال وهو جيد .

اقول الاقرب في هذه الرواية وارجاعها الى ما عليه الاصحاب هو ما ذكره في المختلف من الحمل على الشرط بمعنى انه أمهرها المدبرة وشرط بقاء التدبير فان الشرط سايخ كما في شرط العتق في البيع فيكون التدبير لازماً لا يمكن الرجوع فيه لوجوب الوفاء بالشرط ويشير اليه قوله في الرواية وقد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك بمعنى انها عرفت الشرط عليه بذلك ورضيت به وعلى هذا يرتفع منافاة الخبر للقواعد الشرعية وينطبق على ما قاله الاصحاب ولا ريب انه اقرب ما يمكن ان يقال انتهى .

ولا يخفى ان شرط بقاء التدبير معناه عدم الخروج عن ملك الزوج اى السيد بل بقيت على تملكه حتى يموت السيد وهذا المعنى مناف مع جعلها مهراً فانه في معنى جعل المهر للزوجة وعدمه وقياسه على شرط العتق في البيع مع الفارق .

وقوله وقد عرفتها المرأة معناه عرفت كون مهرها مدبرة لانها شرط فيه البقاء على التدبير ايضا كيف فلو علمت بالشرط الكذائى لاعترضت بانها لاتصلح لكونها مهراً الى فمع ان هذا الشرط على خلاف الظاهر اذ لم يعلم من الرواية لورد عليه الاعتراض المذكور فعملها حينئذ باصل التدبير لابطال البقاء عليه ولا يضرها هذا العلم اذ كما تعلم الزوجة بالتدبير فكذلك تعلم على خروجها عن التدبير بجعلها مهراً لها .

[فان قلت] لو علمت بالشرط علمت بكونها مفوضة المهر فلا اشكال [قلت]

مفوضة المهر هي المرأة التي لم يجعل لها مهراً اصلاً لا اذا جعل شيئاً لم يكن مهراً اصلاً فالحق ما قلناه والله العالم .

المسألة ﴿السابعة﴾ ﴿اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع﴾ مما لم يكن

فيه خلل بمقصود النكاح على وجه يكون منافياً لمقتضى العقد ﴿مثل﴾ اشتراط

﴿أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى﴾ أولاً يقسم لضررتها أو لا يمتنعها من الخروج من المنزل متى شاءت ﴿بطل الشرط﴾ اتفاقاً كما عن كشف اللثام وغيره ، لكون الشرط على خلاف الكتاب مثل قوله «من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز له ولا عليه». و ﴿ لكن ﴾ صح العقد ﴿ حيث ان الشرط حينئذ امر لغو كان وجوده كعدمه لا يضر ولا ينفع بحال العقد كما هو ظاهر قوله فلا يجوز له ولا عليه اي الشرط الفاسد لا يكون وجوده مؤثراً بحال والبناء عليه عند المتقاعدين غير ممضاة شرعاً. وقد مر تحقيق الحال فيه فى المجلد الرابع والثلاثين .

﴿و﴾ كذا صح ﴿المهر﴾ لانه من تبعه صحة العقد فالفساد فى خصوص الشرط وقد عرفت فى محله عدم الملازمة بين فساد الشرط وفساد العقد والرضاوان تعلق بهما لكن الشرع قد امضى العقد دون شرطه الا اذا كان الشرط بحيث يسرى الى المشروط فلا يعلم حقيقته .

ويدل عليه خبر محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأة وشرط لها ان هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهى طالق، فقاضى فى ذلك أن شرط الله قبل شرطكم ، فان شاء و فى لها ما يشترط ، وان شاء أمسكها ، واتخذ عليها ونكح عليها »

﴿و كذا﴾ فى صحة العقد والمهر وبطلان الشرط خاصة ما ﴿لو شرط تسليم المهر فى أجل﴾ معين وقال له ﴿فان لم يسلمه كان العقد باطلا﴾ ومع جعل الشرط بطلان العقد لو لم يسلم المهر ﴿لزم العقد والمهر و بطل الشرط﴾ خاصة [لصحيح محمد بن قيس] عن أبى جعفر عليه السلام أيضاً «فى الرجل تزوج المرأة الى أجل مسمى فان جاء بصداقها الى أجل مسمى فهى امراته وان لم يأت بصداقها فليس له عليها سبيل ، وذلك شرطهم بينهم حين أنكحوه ، فقاضى للرجل أن بيده بضع امراته وأحبط شرطهم »

[ولما رواه زرارة] «من أن ضريساً كان تحته بنت حمران بن أعين فجعل

لها أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى أبدأ في حياتها ولا بعد موتها على أن جعلت له هي أن لا تتزوج بعده أبدأ، وجعلا عليهما من الهدى والحج والبدن وكل مالهما في المساكين ان لم يف كل واحد منهما لصاحبه ، ثم انه أتى أبا عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك ، فقال : ان لابنة حمران لحق وحرمة عندي ، ولن يحملنا ذلك على أن لا نقول لك الحق، اذهب فتزوج وتسر، فان ذلك ليس بشيء ، وليس عليك شيء ولا عليها وليس ذلك الذي صنعتما بشيء ، فجاء وتسرى وولد له بعد ذلك أولاد .

و[خبر ابن سنان] عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل قال لا مرأته : ان نكحت عليك أو تسريت فهي طالق ، قال : ليس ذلك بشيء ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ، ولا عليه .

ويمكن الاستدلال عليه بخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام « في الرجل يقول لعبده : أعتقك علسي أن ازوجك ابنتي فان تزوجت أو تسريت عليها فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك وتسرى أو تزوج ، قال : عليه شرطه » بتقريب ان الشرط المخالف هو الذي جزاه ونتيجته مخالفاً للكتاب مثل وقوع الطلاق بذلك لا مثل اعطاء الدراهم .

ولو سلم عدم الفرق فلان سلم كونه مضر اذا كان نتيجة الشرط امر مباح ففرق واضح بين كون الجزاء اطلاق الزوجة ونحوه وبين كونه وقوع امر مباح فمعنى انك لو تسرى وجب عليك اعطاء الدراهم ليس عدم التسرى الجائز في كتاب الله فعله بل معناه ان فعلت فعليك الدراهم وهو ليس مخالفاً للشرع .

وبالجملة فرق بين كون نتيجة مخالفة الشرط الزام امر جائز او غير جائز ومفاد الخبر هو الاول فان اللازم هو اعطاء الدراهم الجائزة لا كون المرأة مطلقة .

نعم ينافي ذلك خبر [بزرج] قلت لابي الحسن موسى عليه السلام وأنا قائم : « جعلني الله فداك ان شريكاً لي كانت تحته امرأة فطلقها فبان منه ، فاراد مراجعتها ، فقالت

المرأة : لا والله لا أتزوجك أبداً حتى تجعل الله لى عليك أن لا تطلقنى ولا تتزوج على
قال : وقد فعل ، قلت : نعم قد فعل جعلنى الله تعالى فداك ، قال بشس ما صنع ،
وما كان يدريه ما يقع فى قلبه فى جوف الليل أو النهار ؟ ثم قال : أما الان فقل له
فليتيم للمرأة شرطها ، فان رسول الله ﷺ قال : المسلمون عند شروطهم » الحديث .

وخبره الاخر [عن عبد صالح] عنه قلت : ان رجلا من مواليك تزوج امرأة
ثم طلقها فبانث منه ، فأراد أن يراجعها فأبث عليه الا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا
يتزوج عليها ، فأعطاها ذلك ، ثم بداله فى التزويج بعد ذلك ، فكيف يصنع ؟ قال :
بشس ما صنع ، وما كان يدريه ما يقع فى قلبه فى الليل والنهار ؟ قل له : فليف للمرأة
بشرطها ، فان رسول الله ﷺ قال : المؤمنون عند شروطهم » .

وغير ذلك مما يدل على المشروعية فى مثل ذلك والمسألة مشكلة مضافا الى اشكال
اصل قوله الا شرطا حرم حلالا راجع المجلد الرابع و الثلاثين ص ٢٢٥ .
وكيف كان فلا يعارض الخبران الكثيرة الدالة على عدم الوفاء وفى الجواهر
اللهم الا أن يحمل ذلك على التقية ، لموافقته العامة كما عن الاستبصار ، أو يفرق
بين النذر والشرط ، كما عن الشيخ فى التهذيبين ، وان كان هو كما ترى وعلى كل
حال فالمعروف ما عرفت من فساد الشرط وصحة العقد والمهر انتهى .

وقد يحتمل فساد المهر لانه رضىت به مع الشرط و اذا فسد الشرط بحكم
الشرع فلا يسلم المهر بحاله بنحو تعلق الرضا به وهو كما ترى ﴿ ولو شرط أن لا يفتضها لزم
الشرط ﴾ ان كان العقد متعة دون الدوام لان بنائه على الدخول بل هو من لوازم التى
لا ينفك عنه بل هو مقتضاه بخلاف المتعة فان الدواعى على عدم الدخول كثيرة .

ويدل عليه [خبر سماعة عنه عنه قلت : « جاء رجل الى امرأة فسألها أن
تزوجه نفسها ، فقالت : ازوجك نفسى على أن تلتمس منى ماشئت من نظرو التماس
وتنال منى ما ينال الرجل من اهله الا أنك لا تدخل فرجك فى فرجى فانى أخاف
الفضيحة ، قال : ليس له منها الا ما اشترط .

وظهور قوله اخاف الفضيحة في المتعة مما لا يخفى على احد اذ فيها الخوف
الفضيحة دون الدوام بل الامر فيه بالعكس .

قال في الحدائق اختلف الاصحاب فيما لو شرطت ان لا يفتضها على اقوال .
احدها ما ذهب اليه الشيخ في النهاية من لزوم الشرط وصحة العقد في الدائم والمنقطع
وبه قال جمع من الاصحاب منهم المحقق في الشرايع والشارح في المسالك قال في
النهاية لو شرطت عليه في حال العقد ان لا يفتضها لم يكن له افتضاؤها فان
اذنت له بعد ذلك في الافتضاخ جاز له ذلك .

وقال المحقق في الشرايع واذا شرطت ان لا يفتضها لزم الشرط ولو اذنت بعد
ذلك جاز عملاً باطلاق الرواية وقيل يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع
وهو تحكم .

واستدلوا على ذلك بما تكرر من الحديث المستفيض المؤمنون عند شروطهم
وما رواه الشيخ عن سماعة بن مهران الى ان ساق الرواية الى ان قال :

وثانيها ما ذهب اليه الشيخ في المبسوط من بطلان الشرط والعقد معاً في الدائم
وصحة الشرط في المنقطع وهو مذهب العلامة في الخلاف وولده في الشرح واختاره
المحقق الشيخ على في شرح القواعد والسيد السند في شرح النافع قال في المبسوط
اذا كان الشرط يعود بفساد العقد مثل ان تشرط الزوجة عليه ان يطأها فالنكاح باطل
لانه شرط يمنع المقصود بالعقد قال وقد روى اصحابنا ان العقد صحيح والشرط
صحيح ولا يكون له وطؤها فان اذنت فيما بعد كان له ذلك قال وعندى ان هذا
يختص عقد المتعة دون عقد الدوام ومثله قال القطب الكيدري .

قال في المختلف بعد نقل الاقوال في المسئلة والوجه عندى ما قاله الشيخ في
المبسوط من بطلان العقد والشرط معاً اما الشرط فلانه مناف لمقتضى العقد واما
العقد فلعدم الرضاء به بدون الشرط انتهى .

اقول قد عرفت صحة الشرط في المنقطع و يجب العمل على طبقه لان

المؤمنون عند شروطهم ولا يصح في الدائم لكن بطلانه فيه لا يوجب فساد اصل النكاح فالعقد صحيح والشرط فاسد فيجوز له الوطأ في الدائم ولو مع عدم رضاء الزوجة .
 ﴿ولو أذنت بعد ذلك جاز عملا باطلاق الرواية﴾ عن اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قلت له: رجل «تزوج بجارية على أن لا يفتضها ثم أذنت له بعد ذلك قال: اذا أذنت له فلا بأس» وظهوره ايضا في المنقطع كسابقه ﴿و﴾ لذا ﴿قيل﴾ وفي الجواهر و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه ، وابن حمزة في المحكى من وسيلته ، بل في المسالك نسبه الى جماعة من المتقدمين والمتأخرين: منهم العلامة في المختلف وولده في الشرح : ﴿يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع﴾ الذى هو مورد النصوص [كخبر عمار] بن مروان عن الصادق عليه السلام «فى رجل جاء الى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها متعة ، فقالت : ازوجك نفسى » الى آخر ما فى خبر سماعة المتقدم الذى قد يظهر ارادة ذلك أيضاً، خصوصا مع قولها فيه : «انى أخاف الفضيحة » .

وبالجملة ان الفضيحة انما تكون فى المنقطع لا الدائم الذى بناءه ليس على الخفاء من الولى ففى الاول يلزم مراعاة هذا الشرط لا الدائم لانه بالاذن ولو لم يكن شرطا لكنه غالبا لا يخفى عنهم فلو لم يشترط الدخول لانجر الى الفضيحة والنزاع ولكن فى الانقطاع يحصل منها الغرض من غير الفرج ايضا ولم يؤد الى الفضيحة بعد ذلك .

﴿و﴾ من ذلك يعلم ما فى كلام المصنف من قوله ﴿هو تحكم﴾ بل يمكن ان يقال بعدم صحة هذا الشرط فى الدائم لغرض النسل ولان عمدة صحة العقود لاثارها لقريبة المترتبة عليه وليس فى الدائم الا الوطء فالشرط لعله مناف لمقتضى العقد فيما امكن للزوج ولم يكن متعذرا .

وفى الجواهر قال لأنه هو الذى لم يطلب فيه النسل ، وانما يراد منه الاستمتاع المتحقق بغيره ، ولذا لم ينافه الشرط المزبور بخلافه فى الدائم المراد منه النسل

والتوالد، فهو حينئذ خلاف مقتضى العقد، بل لعله أيضاً من خلاف المشروع باعتبار تصريح الكتاب والسنة بأن له الوطء أنى شاء، فيكون شرط عدمه خلاف المشروع وربما يومیء اليه الحكم بفساد اشتراط جعل الوطء والطلاق بيد الزوجة في غير واحد من النصوص وأنه من خلاف السنة، ولا ريب في أن اشتراط عدم الوطء أصلاً أولى بذلك منه انتهى .

المسألة ﴿الثامنة﴾: اذا شرط أن لا يخرجها من بلدها قبل ﴿﴾ كما عن النهاية والمهذب والوسيلة والجامع والنافع : ﴿يلزم﴾ الشرط للعمومات ، بعد أن كان سائغاً جارياً مجرى مقاصد العقلاء .

وذلك ان العقد يقتضى كون الاختيار من جميع الجهات بيد الزوج لكنه لا ينافى رفع هذه السلطنة المطلقة بالشرط والفرض عدم كون الشرط بنفسه حراماً فلا مانع من اشتراط رفع هذه السلطنة بالشرط كى يكون امر المكان بيد الزوجة. ﴿وهو﴾ مع ذلك ﴿المروى﴾ صحيحاً عن الصادق عليه السلام «فى الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها قال : فى لها بذلك ، أو قال : يلزمه ذلك» والصحيح لابن أبى عمير قال : «قلت لجميل بن دراج : رجل تزوج امرأة وشرط لها المقام بها فى أهلها أو بلد معلوم ، فقال : قد روى أصحابنا عنهم عليهم السلام أن ذلك لها ، وأنه لا يخرجها اذا شرط ذلك لها» .

ومع هذه الصراحة لا وجه للمخالفة كما عن المبسوط والخلاف والغنية والسرائر من بطلان الشرط بمخالفته مقتضى العقد الذى هو استحقاق الاستمتاع بها فى كل زمان ومكان .

وذلك لما عرفت من ان ذلك وان كان مقتضى اطلاق العقد لكنه لا ينافى رفعه بالشرط وقد تقدم الكلام فى الشرط المخالف للكتاب فى مجلد الرابع والثلاثين صفحة ٢٢٥ فراجع .

﴿ولو شرط لها مهراً ان أخرجها الى بلاده وأنقص منه ان لم تخرج معه،

فاخرجها الى بلد الشرك * أى أراد اخراجها اليه * لم يجب * عليها * اجابته ولها الزائد * .

ولا يخفى ما فى المتن فان الكلام فى قسمين من المهر أكثر وأنقص غير مربوط ببلاد الشرك و الاسلام فانه مسألة اخرى و كون قبولها بمهر انقص لو لم تخرج معه مسألة اخرى اللهم الا ان يكون بلد الزوج هو بلد الشرك فحاصل الشرط خرجت معه الى بلد الشرك وعبارته فى النافع اولى قال ولو شرط لها مائة ان خرجت معه و خمسين ان لم تخرج فان اخرجها الى بلد الشرك فلا شرط له ولزمته المائة وان ارادها الى بلد الاسلام فله الشرط انتهى .

لكن الظاهر ان وجه اجمال العبارة اجمال مدركه وهو رواية [حسن بن على بن رثاب] عن الكاظم عليه السلام قال : « سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه الى بلاده، فان لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً أرايت ان لم تخرج معه الى بلاده؟ قال : فقال: ان أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها فى ذلك ، ولها مائة دينار التى أصدقها اياها ، وان أراد أن يخرج بها الى بلاد الاسلام ودار السلام فله ما اشترط عليها ، والمسلمون على شروطهم، وليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي لها صداقها أو ترضى من ذلك بما رضيت به ، وهو جائز له » .

فلا بد من توجيهها بأن مهرها مائة دينار لو خرجت معه الى بلاده التى هى بلاد الاسلام ولكن الزوج بعد ذلك أراد اخراجها الى بلاد الكفر والشرك وحيث لا يكون فى هذه البلاد رجحان فلا شرط له عليها اذ الشرط خروجها معه فى بلاد الاسلام لا الكفر والشرك فلا يجب الوفاء بهذا الشرط بان يخرج الى بلد الشرك فيبقى مهرها وهو مائة دينار بحاله ان اطاعته الى بلاده الاسلام من حيث انه لاممانعة منها من الخروج الى البلاد الاسلامى .

ولكن مع ذلك قوله عليه السلام و ان أراد ان يخرج بها الى بلاد الاسلام الخ

لا يخرج عن الاجمال فهل المراد خروجها الى بلاد الاسلام الذى هو بلد الزوج الذى جعل مهرها له مائة دينار فقوله فله ما اشترط عبارة عن مائة دينار لكنه خلاف الظاهر ولا يلائم أيضاً قوله وليس له الخ .

و يمكن ان يخرج الرواية عن الاجمال بان يكون بلد الزوج بلد الشرك بقربنة قوله وليس له ان يخرج بها الى بلاده الخ فانه لولا بلاده بلاد الشرك لما كان له الاخراج اليه فالزوج من الذين بلدهم بلد الشرك ككثر اهل زماننا ولاجل ذلك لم يصرح الامام بذلك بل قال ان اراد ان يخرج بها الى بلاد الشرك .

فعليه كان الحاصل ان الزوج المسلم الذى بلده بلد الشرك جعل المهر مائة على فرض اطاعة الزوجة معه فى الإقامة فسى بلده وخمسين على عدم اطاعة وبقائها فى بلدها او غير بلدها من البلاد الاسلامية فاجاب عليه السلام بان الزوج ان اراد اخراجها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها ولها المائة وان اراد اخراجها الى دار الاسلام كان له شرطه .

وعليه يتم قوله ﴿وان أخرجها الى بلد الاسلام كان الشرط لازماً﴾ ﴿و﴾ مع ذلك كان ﴿فيه تردد﴾ من المصنف .

وفى الجواهر بعد تردد المصنف قال مما عرفت ومن مخالفته للاصول، لجهل المهر، وللحكم بأن لها الزائد ان اراد اخراجها الى بلاد الشرك من غير خروج اليها مع أنه خلاف الشرط، وللحكم بأنه لا يخرجها الى بلاد الاسلام الا بعد أن يوفى لها مهرها الازيد، مع عدم جواز الامتناع لها مع الدخول، وعدم وجوب الوفاء بالمهر الا بعد الدخول، أو المطالبة مع التهيؤ للتمكين، ولما عن السرائر من لزوم اطاعة الزوج والخروج معه الى حيث شاء انتهى .

وفى المسالك ما لفظه: هذه المسئلة متفرعة على السابقة فان منعنا من اشتراط عدم اخراجها من بلدها معنا هنا بطريق اولى وان جوزنا الشرط ثم احتمل الجواز هنا أيضاً و هو الذى اختاره المصنف فسى النافع والشيخ فى النهاية وجماعة منهم

العلامة في أكثر كتبه عملاً بعموم الأمر بالوفاء بالشرط .

و يدل على التفصيل المذكور بخصوصه حسنة على بن رثاب عن الكاظم عليه السلام قال سئل و أنا حاضر عن رجل الى ان ساق الرواية بتمامها ثم قال و المراد بقوله ان أراد ان يخرج بها الى بلد الشرك ان بلاده كانت بلاد الشرك ولا يجب عليها اتباعه في ذلك وان كان داخل في الشرط لمافى الإقامة ببلاد الشرك من الضرر بالمسلم في دينه المنفى شرعاً .

و بقوله و ان أراد يخرج بها الى بلاد الاسلام ان بلاده كانت بلاد الاسلام و طلبها الى بلاده لا الى مطلق بلاد الاسلام بقريئة قوله فله ما اشترط عليها لانه لم يشترط عليها الا الخروج الى بلاده لا الى مطلق بلاد الاسلام وان كان لفظ الرواية أعم من ذلك انتهى .

و في الحدائق قال ما لفظه لو شرط لها مائة ان خرجت معه وخمسين ان لم تخرج معه فان أخرجها الى بلد الشرك بطل شرطه ولزمته المائة و ان أخرجها الى بلاد الاسلام لزم الشرط ثم نقل رواية على بن رثاب بتمامها ثم قال :

أقول : لا ريب ان هذه المسئلة من فروع المسئلة السابقة فكل من منع من صحة هذا الشرط ثمة كابن ادريس ومن تبعه منع من الصحة هنا و ان صح العقد ومن جوز الشرط وقال بصحته ثمة فبعض منهم قالوا بذلك هنا أيضاً وبعض توقف وتنظر هنا ومن الاولين الشيخ في النهاية وجماعة منهم العلامة في أكثر كتبه والمحقق في النافع عملاً بالخبر المذكور و عموم الأمر بالوفاء بالشروط و من الاخرين المحقق في الشرايع فانه حكم بالصحة في المسئلة الاولى وتردد في هذه المسئلة ثم ان قوله عليه السلام في الجواب ان أراد ان يخرج بها الى بلاد الشرك ا ه معناه انه لما اشترط عليها ان يخرج الى بلاده وهو أعم من أن يكون بلاد الاسلام أو بلاد الشرك أراد عليه السلام ايضاح الحكم بالنسبة الى كل مسن الفردين فقال ان كان

بلاده التي شرط الخروج اليها بلاد الشرك فانه لا شرط له عليها في ذلك بمعنى ان شرطه باطل .

والوجه في الظاهر لما في الاقامة في بلاد الشرك من الضرر بالمسلم في دينه فلا يجب عليها اطاعته وكان لها مجموع المائة الدينار التي أصدقها اياها وان كان بلاده بلاد الاسلام فله ما اشترط عليها بمعنى انه يجب عليها متابعتها والوفاء بما شرطه عليها من الخروج الى بلاده لدخوله في الحديث المشهور المسلمون عند شروطهم انتهى .

ويرد على الرواية امور الاول ان الظاهر من الرواية وقوع العقد على المهر الواقع على المائة أو الخمسين من دون تعيين في حال العقد فهو مجهول في حال العقد ويبطل فيرجع الى مهر المثل لا المسمى فضلاً عن شرط الزيادة .

الثاني ان الشرط هو ان الزوجة ان وافقته في المجيء معه الى بلاد الشرك كان لها مائة دينار فاذا كان الشرط فاسداً لم يكن لها ذلك المهر فما معنى لقوله ^{عَلَيْهَا} ولها مائة دينار التي أصدقها فان هذا الصداق على فرض صحة الشرط ووفائها به ضرورة ان الزوج لم يجعل الصداق بهذا المقدار لها مطلقاً وان كان الشرط جعلها في بلاد الاسلام دون بلد الزوجة وان كان هو أيضاً بلد الاسلام فالشرط صحيح وكان لها المائة مع الموافقة .

وحينئذ ما معنى لقوله وليس له ان يخرج بها الى بلاده فانه ان كان المراد بلد نفسه فهو مورد الشرط ولا معنى لقوله وليس له الخ بل المعنى حينئذ وليس لها المخالفة وعدم المجيء الى بلاد الزوج وغير ذلك من الاشكالات .
وفي المسالك ايضاً بعد عبارته المتقدمة قال وهذه الرواية مع حسن سندها مخالفة للاصل في مواضع .

منها عدم تعيين المهر حيث جعله مائة على تقدير وخمسين على تقدير وذلك يقتضى تجهيله في الجملة حتى لو شرط ذلك على خلاف الجهة المنصوصة فلا شبهة في فساد المهر .

ومنها حكمه بلزوم المائة على تقدير ارادته منها الخروج الى بلاد الكفر وان لم تخرج وذلك مناف لمقتضى الشرط على تقدير صحته فانه اقتضى كون المهر خمسين مع عدم خروجها .

ومنها حكمه بعدم جواز اخراجها الى بلاده مع كونها دار الاسلام الا بعد ان يعطيها مهرها الشامل لما لو كان ذلك قبل الدخول وبعده وقد تقدم الحكم بانه مع الدخول لا يجوز لها الامتناع بل ولا يجب عليه اعطاء المهر المطلقا من دون ان تطلبه وقد حكم بعدم جواز خروجه مسن دون ان يعطيها مطلقا وهذا يصلح منشأ لتردد المصنف في الحكم مع عدم ترده في السابقة والذي يوافق الاصل بطلان الشرط المذكور لما ذكرناه وبطلان المهر لكونه غير معين وصحة العقد لعدم ارتباطه به انتهى .

وفي الحدائق ايضا بقى هنا شىء وهو انه قد طعن جملة من الاصحاب في متن هذه الرواية بمخالفتها لمقتضى الاصول في مواضع .
احدها مجهولية المهر و عدم تعيينه حيث جعله مائة على تقدير و خمسين على تقدير .

وثانيها انه اوجب فيها مائة دينار على تقدير ارادة الخروج بها الى بلاد الشرك وانه لا شرط له عليها بمعنى انه لا يجب عليها الخروج معه مع انه خلاف الشرط الذي وقع العقد عليه لان استحقاق المائة انما وقع على تقدير الخروج معه الى بلاده كائنة ما كانت فكيف تستحق المائة مع عدم الخروج .

وثالثها الحكم بعدم جواز اخراجها الى بلاده وان كانت دار الاسلام الا بعد ان يعطيها المهر الشامل لما لو كان ذلك قبل الدخول وبعده مع انه بعد الدخول لا يجوز لها الامتناع عند اكثر الاصحاب كما تقدم على انه لا يجب عليه اعطاء المهر مطلقا من دون ان تطلبه مع انه قد حكم في الرواية بعدم جواز خروجه بها الا بعد ان يؤدى صداقها ولولم تطلبه وربما كان منشأ تردد المحقق كما قدمنا نقله عنه

من هذه المخالفات التى اشتملت عليها الرواية .

وظاهر المحقق الشيخعلى فى شرح القواعدبناء على مذهبه فى المسئلة السابقة من موافقة ابن ادريس فى بطلان الشرط رد الرواية هنا بما اشتملت عليه من هذه المخالفات مضافاً الى ما اعتمده من المخالفات التى ذكرها فى تلك المسئلة انتهى .
والمسئلة مشككة فى الغاية ورد الرواية اشكل ومن جملة الاشكال عدم المرجوحية فى بلاد الشرك مطلقا بل يمكن كونه ارجح من جهات آخر كما اذا تمكن الزوج من ترويح الدين فيها وهداية الناس الاسلام وحيثئذ يجب الخروج اليها سواء كان بلد الزوج بلد الشرك او بلد الاسلام ولكن اراد البقاء الى بلد الشرك سلمنا لم يكن ترجيح من الجحة المذكورة .

لكنه من المعلوم ان اختيار المكان مع الزوج الا ان يغيره بالشرط على كلام فيه كما تقدم فمع الدخول يجب متابعة الزوج ومجرد كونه بلاد الشرك لا يوجب المخالفة اذا كانت من نفسها الاطمينان بحفظ دينها فيجب عليها الاطاعة كما عن ابن ادريس .

وبالجملة الاشكالات واردة على الرواية لكنه يمكن ان يكون فى البين قرائن بينهما وبين الامام بحيث لها وجه يوجب الصحة وهى الاولى من الرد فالاولى ايكال علمها الى اهله .

وعلى اى حال يبطل المهر لاجل المجهولية دون العقد فيرجع الى مهر المثل الا ان تحمل الرواية على صورة قرار العقد على احد الشقين بان يقع العقد على الماء بناء على خروج الزوجة معه ثم بدلها فى عدم الخروج بعد ذلك .

وحيثئذ قد تم العقد على المائة من دون ترديد ثم خالفت الشرط فليس لها الا الخمسين وكيف كان فلا بد من اصلاح الرواية حتى الامكان فانه اولى من الطرح والله العالم .

وفى الجواهر ايضا قد يقال : المهر هو المائة ، وانما اشترط عليها الابراء ان

لم يخرجها ، فتجب عليه المأة ان أراد اخراجها الى بلاد الشرك ، وان عصته لوجوب الهجرة عنها فلا بد من صرف الاخراج المشترط الى الجائز منه ، لثلايخالف المشروع والاطاعة انما تجب فيما ليس معصية لله وليس نصاً في وجوب اعطائها المهر قبل الاخراج مطلقاً لاحتمال أنه ليس له الاخراج حتى يلزمه الاداء ولو بعده ، او حتى يوطن نفسه على الاداء ، او اذا طالبته ورضى من ذلك بما رضيت يشمل الرضا بالتأخير . ويمكن أن يكون التقديم مراداً من الشرط ، بمعنى أنه اشترط على نفسه تعجيل ذلك اليها ان أراد اخراجها الى بلاده ، كما أنه يمكن بناء ذلك على وجوب تعجيل الزوج المهر اذا طلبته الزوجة ، لارادة التمكين وغير ذلك انتهى .

المسألة ﴿التاسعة﴾ لو طلقها بائناً ثم تزوجها في عدته ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر ﴿ وفي الجواهر لخروجها عن الزوجية الاولى بالطلاق البائن الذي لا ينافيه جواز تزويجها في العدة باعتبار كونها حقاً له لحرمة مائة ، فلا تمنعه وانما تمنع غيره ، فاذا تزوجها ثبت المهر حينئذ في ذمته كغيره من عقود النكاح وبالطلاق قبل الدخول يعود اليه نصف ما فرض في العقد الجديد ، انتهى .

قال في المسالك وجه خروجها عن الزوجية بالطلاق البائن ولا ينافيه جواز تزويجها في العدة من حيث ان العدة حق للزوج لاجل حرمة مائة فلا مانع من تزويجها فيها وانما يمنع غيره لحرمة مائة فاذا تزوجها بمهر جديد ثبت المهر في ذمته كغيره من عقود النكاح فاذا طلقها قبل الدخول به اعاد اليه نصف المهر عملاً بالعموم ونبه به على خلاف بعض العامة حيث اوجب لها جميع المهر تنزيلاً للعقد منزلة الرجعة المقتضى لصيرورتها مدخولاً بها لوجوده قبل الطلاق ومن ثم لم يجز تزويج غيره بها وضعفه ظاهر انتهى .

قال في الخلاف اذا تزوج امرأة ودخل بها ثم خالعا فلزوجها نكاحها في عدتها فان فعل وامهرها مهراً فان دخل بها استقر المهر وان طلقها قبل الدخول ثبت نصف المهر وسقط نصفه وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يسقط شيء ولها المهر كله . [دليلنا] قوله « فنصف ما فرضتم وهذا طلاق قبل المس وايضا فان الاصل براءة

الذمة ومن اوجب جميع المهر فعليه الدلالة انتهى

ويمكن ان يقال بان النصف قبل الدخول منصرف الى عدم الدخول مطلقا ولو سلم هو كونه قبل الدخول في عقد كان بعد تمام العدة منه بان يدخل عليها في العقد الاول ثم زوجها ثانيا بعد تمام العدة ولم يدخل بها في الثاني ومن لوازم ذلك ان في النكاح المنقطع اذا وهب الزوج المدة للزوجة ثم زوجها ثانيا ثم وهب المدة من غير دخول صح للغير تزويجها وهكذا لانه غير مدخول بها في التزويج الثاني فلا عدة لها اوزوجها الى ساعة ودخل بها وبعد تمام المدة زوجها ثانيا ولم يدخل بها حتى تحت المدة اوفسخ جازلا اخر عقدها منقطعة وهكذا فيمكن في يوم كانت منقطعة لكثير كل مع الدخول

[فان قلت] هذا قياس محض فان صدق عدم الدخول من حيث المهر اجنبى عنه

من حيث العدة

[قلت] المناط صدق عدم الدخول فان كان في مثل ذلك صادقا فيصدق في

كل مقام يترتب عليه احكام كثيرة فكما يترتب عليه نصف المهر فكذلك يترتب عليه عدم العدة .

[فان قلت] المناط في العدة عدم خلط المياه فلا يصح ذلك الحلية هناك لحصول

الخلط بخلاف المقام .

[قلت] مضافا الى ان عدم الدخول موضوع للحكمين وهما مترتان عليه انه

نفرض الكلام فيما لم ينزل او كونه من الدبر او عزل عنها الماء

[فان قلت] ليس ان اللازم على المرأة هو العدة بعد المفارقة

[قلت] هذا ان لم يتقلب بالعدم لاجل المفارقة بدون الدخول

[فان قلت] هذا بالنسبة الى الزوج لا للغير فان اللازم على الغير هو العدة

[قلت] ان كان يصدق في المقام هو المفارقة قبل الدخول فلا عدة في البين

مطلقا نعم لو اخص تنصيف المهر بخصوص الطلاق لما يجرى في المتعة لكن الظاهر

هو تعميم الاصحاب وانه بمجرد عدم الدخول ينصف المهر سواء كان بالطلاق او بتمام المدة او هبتها

بل يمكن هذه الحيلة لوصول المتعديين الى نكاح امرء واحدة بانزوجها ودخل بهائم بعد تمام المدة ان كان في ساعة مثلا او هبتها ان كانت كثيرة زوجهاتانياً من غير دخول ثم فسخ وهكذا فعل الثاني والثالث وهكذا

والحاصل ان كان مناط عدم الدخول بالنسبة الى العقد فيصح ماقلناه وان كان بالنسبة الى الشخص فلا يجري في المقام ايضا لكون المرء المطلقة مدخولة قطعاً وليس التزويج الثاني الا بمنزلة الرجوع في الطلاق الرجعي فكما كانت زوجته مدخولاً بها فكذلك في المقام وسياتي بعض الكلام فيما ذكرنا في محله

المسألة العاشرة لو وهبته نصف مهرها مشاعاً ثم طلقها قبل الدخول فله الباقي ، ولم يرجع عليها بشيء ، سواء كان المهر ديناً او عيناً * بناءً على كفاية لفظ الهبة في البراء * (صرفاً لـ) * ما وقع منهما من * الهبة الى حقها منه * بمعنى انه بالطلاق قبل الدخول يتمحض النصف الباقي للزوج ، لانه مصداق «نصف ما فرضتم فلا يرجع الى المثل أو القيمة لعدم تعذره»

وفي المسالك قال وجه استحقاقه الباقي انه استحق النصف بالطلاق قبل وقد وجده في اخذه وينحصر هبتها في نصيبها ولان الله تعالى جعل لها نصف ما فرض وذلك يقتضى استحقاقه في العين ما لم يجدها تالفة او يمنع مانع منها وهما منتفیان هنا فلا وجه للانتقال الى البديل انتهى .

هذا لو كان الهبة نصفه مشاعاً وكذا لو كانت نصفه معيناً كما اذا امهرها مائة غنم فوهبت خمسين منها معينة وبقي لها خمسين فطلقها قبل الدخول فرجع بالخمسين الموجود نعم لو تلف النصف الباقي كان عليها مثله او قيمته وهذه المسألة واضحة بخلاف ما تقدم من هبتها للزوج جميع المهر فانه لاموضوع للمهر حينئذ كى يرجع الزوج الى نصفها بعد الطلاق كما تقدم

ويدل على المقام ما رواه محمد بن مسلم في الموثق قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرئة فامهرها الف درهم ودفعها اليها فوهبت له خمسمائة درهم وردتها عليه ثم طلقها قبل ان يدخل بها قال ترد عليه الخمسمائة درهم الباقية لانها انما كانت لها خمسمائة فوهبتها له وهبتها ايها له ولغيره سواء وكيف فلا اشكال في المقام ،

المسألة ﴿الحادية عشرة لو تزوج﴾ امرأة وكان مهرها منحصرة ﴿بعبدين﴾ اوفرسين اوفرشين ﴿فمات﴾ اوتلف ﴿احدهما﴾ فطلقها قبل الدخول ﴿رجع﴾ عليها بنصف الموجود ونصف قيمة الميت ﴿او التالف﴾ وفي الجواهر قال ضرورة كون ذلك كانتقال أحدهما عن ملكها ، لان التالف عليهما والموجود بينهما وتزلزل ملكهما في النصف المشاع من كل منهما ، الا أنه لما كان ما يرجع اليه مضموناً عليها وجب الانتقال الى بدل التالف عليه في يدها وعن الشافعية احتمال الرجوع بتمام الموجود أو ما يساوي منه النصف ، لصدق أنه نصف المفروض ، واحتمال التخيير نحو ما سمعته في المشاع ، ولاريب في ضعفهما .

المسألة ﴿الثانية عشرة﴾ ﴿لو شرط الخيار في النكاح بطل﴾ العقد فضلاً عن الشرط على المشهور بين الاصحاب ، بل لأجد خلافاً في بطلان الشرط ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه كذا في الجواهر لمعلوميته عدم قبول عقد النكاح لذلك ، لان فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار ، ولحصر فسخه بغيره ، ولذا لا تجرى فيه الاقالة بخلاف غيره من عقود المعاوضات ، فيكون حينئذ اشترط الخيار فيه منافياً لمقتضاه المستفاد من الأدلة الشرعية ، انتهى .

وظاهره بطلان العقد فان معناه كان له الخيار في فسخ النكاح وهو باطل بالضرورة لان لازمه ارتفاع نظم المعاشرة بين المؤمنين فيمكن ارتفاع النكاح بدون السبب من جانب الزوج او الزوجة مع ان الشارع جعل للمفارقة طريقاً اليه وهو

الطلاق فلا يحتاج الى ثبوت الخيار ولذلك يمكن القطع بكون العقد باطلا حينئذ كما في الجواهر لا خصص الشرط كما لعله الظاهر من عبارة المتن حيث قال : ﴿ وفيه تردد منشؤه الالتفات الى تحقق الزوجية ، لوجود المقتضى وارتفاعه عن تطرق الخيار ، أو الالتفات الى عدم الرضا بالعقد ، لترتبه على الشرط ﴾ . فان ترديده من حيث الصحة والبطلان وجه الصحة ان قصده هو حصول الزوجية والمقتضى لوجوده موجود وجه البطلان ان الرضا قد تحقق بالعقد مع الشرط لا مطلق العقد ولو بدون الشرط .

وفي الجواهر ايضا وكان الاولى جعل منشئه التردد في ان بطلان هذا الشرط لمخالفته مقتضى العقد أو لكونه غير مشروع ، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة ، فعلى الاول يتجه بطلان العقد دون الثاني اللهم الا أن يكون مراده ذلك انتهى غير خفي ان شرط الخيار مثل سائر الشروط غير مربوط بمقتضى العقد والا يكون شرط الخيار في البيوع ايضا مخالفاً لمقتضى العقد وهو كما ترى .

وانما لا يصح من حيث عدم الاحتياج اليه بعد جعل الشارع طريقاً الى ارتفاعه بالطلاق مع ما اشرت اليه آنفاً من انه موجب لارتفاع علقه الزوجية كثيراً بلا سبب واما كونه مخالفاً لمقتضى العقد فهو كلام خارج عن السداد اذ مقتضى العقد هو بقاء الزوجية وهو حاصل بحسب ذاته غاية الامر ان اراد ارتفاعه ارتفع كما هو كذلك في الطلاق اذ مقتضى التزويج بقاءه فعلا مع ارادة ارتفاعه ان شاء بالطلاق ولذا أشار المصنف بقوله لوجود المقتضى فالوجه ما ذكرناه بل وعلى ما ذكرنا يمكن ان يقال بالصحة دون الشرط فقط اذ المقتضى للصحة موجود ورضائه بهذا النحو من العقد ملقاة كما في سائر الشروط الفاسدة .

وقد عرفت صحة العقد دون الشرط فتدبر ﴿ و ﴾ لذا صح ما عن ابن ادريس من بطلان الشرط خاصة ، بل قال فيما حكى عنه : انه لا دليل على بطلان العقد من كتاب ولا سنة ولا اجماع ، بل الاجماع على الصحة ، لانه لم يذهب الى البطلان

أحد من أصحابنا وانما هو من تخريج المخالفين وفروعهم ، اختاره الشيخ على عادته في الكتاب انتهى .

ولقد اجاد فقد وافقه صاحب الحقائق وهو في محله هذا كله في الاشتراط في العقد أما ﴿لواشترطه في المهر صرح العقد والمهر والشرط﴾ كما مر سابقاً .
المسألة ﴿الثالثة عشرة الصداق يملك بالعقد على أشهر الروايتين﴾ والقولين والمسألة مكررة وقد مرت في المسألة الثالثة المتقدمة بما لا مزيد عليه وقد عرفت عدم دليل لهم على ذلك اصلا وان الايات من قبيل قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن كانت بصدد بيان لزوم اعطاء المهن من جميع المهر او نصفه بل الخطاب الى الأزواج بالنسبة الى نسائهم التي دخلوا بهن .

وكيف كان فلا وجه لتكراره ﴿و﴾ على المشهور القائلين بتملكها لجميع المهر كان ﴿لها التصرف فيه قبل القبض﴾ بالبيع والصلح والهبة ﴿على الاشبه﴾ عند المصنف .

وفي الجواهر بل المشهور ، بل لم أجد فيه خلافاً الا من الشيخ في محكي الخلاف ، فمنع منه قبله ، ويمكن دعوى لحقوقه بالاجماع ، بل وسبقه للاصل ، وعموم تسلط الناس ومادل على جواز ابرائها اياه منه ، وعلى العفو عنه انتهى .
وعبارة الخلاف هكذا : ليس للمرأة التصرف في الصداق قبل القبض وبه قال جميع الفقهاء وقال بعضهم لها ذلك .

[دليلنا] ان جواز تصرفها فيه بعد القبض مجمع عليه ولادليل على جواز تصرفها فيه قبل القبض وروى عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع مالم يقبض وقد روى ذلك اصحابنا ولم يفصل انتهى وقد مر الكلام في بيع مالم يقبض مفصلا في المجلد الثالث والعشرين صفحة ١٨١ فراجع والظاهر ان جوازه محل اتفاق .

وعلى كل حال ﴿فاذا طلق الزوج عاد اليه النصف ، وبقي للمرأة النصف﴾
بلاخلاف كتاباً وسنة واجماعاً ﴿فلوعفت عما لها كان الجميع للزوج﴾ بلاخلاف

ايضاً ولا اشكال كتاباً وسنة واجماعاً بقسميه ، مضافاً الى عموم تسلط الناس على اموالهم فالزوجة بعد عود النصف الى الزوج عفت عما يختص بها فنصفه للزوج استحقاقاً ونصفه هبة منها وما مر آنفاً فيما اذا ابرئته قبل الطلاق من الكل .

وفي الجواهر قال : فاذا كان الصداق ديناً أو عيناً وقد تلفت في يد الزوج صح عفوها بلفظه والاسقاط والابراء والترك ، بل في القواعد والمسالك وكشف اللثام والهبة ، بل في الاخيرين والتمليك ، بل لم يحك أحد منهما الخلاف هنا ولعله لدلالة كل منهما على اسقاط الحق الذي لا يختص بلفظه ، ولا اشكال فيه مع ارادة معنى الابراء منهما ، الخ .

﴿ وكذا ﴾ الكلام ﴿ لو عفى الذى بيده عقد النكاح ﴾ المذكور فى الاية ﴿ وهو الولي ﴾ كما عند الخاصة ، ﴿ كالاب والجد للاب ﴾ وعن النهاية زيادة الاخ .
والمسألة مشكلة وقبل الخوض فى البحث لابد من بيان امر مع قطع النظر عن الاية والاخبار وهو ان الولي شرعاً وعرفاً هو الاب والجد لاب وعقد النكاح بيدهما وغيرهما لا يكون ممن كان عقد النكاح بيده كالزوج فان العقد بيده من حيث الطلاق وعدمه يعنى ان اختياره فى ذلك فقط اما كون امر العفو عن المهر بيده فلا بل هو اجنبى عن ذلك ضرورة ان المهر للزوجة بل لولا الاية والروايات لقلنا بان تمام الملاك فى ذلك هو الزوجة فانها مالكة للمهر لا الاب والجد فلها العفو عن المهر كلا او بعضاً واما الوصى والاخ فهو ايضا اجنبى من حيث الولاية هذا حسب القاعدة واما بحسب الروايات فهو محل خلاف لاختلافها .

قال فى الحدائق ما لفظه بقى الكلام فيمن بيده عقد النكاح انه من هو؟ هل هو الولي الجبرى الذى هو الاب او الجد له او هو مع من توليه امرها فى النكاح كان من كان والاول مذهب اكثر الاصحاب ومنهم الشيخ فى الخلاف مدعياً عليه الاجماع والثانى قوله فى النهاية وتلميذه القاضى والواجب اولاً نقل ما وصل الينا من عباراتهم ثم عطف الكلام على نقل اخبار المسئلة .

ثم الكلام فى المقام بما وفق الله سبحانه لفهمه منها ببركة اهل الذكر عليه السلام .
 فنقول قال الشيخ فى النهاية الذى بيده عقدة النكاح الاب او الاخ اذا جعلت
 الاخت امرها اليه او من وكلته فى امرها فإى هؤلاء كان جازله ان يعفو عن بعض
 المهر وليس له ان يعفوا عن جميعه وقال فى الكتاب الخلاف الذى بيده عقدة النكاح
 عندنا هو الولى الذى هو الاب او الجد الا ان عندنا له ان يعفوا عن بعضه وليس لها
 ان يعفوا عن جميعه .

وقال فى كتاب التبيان قوله تعالى : الا ان يعفون معناه من يصح عفوها من
 الحرائر البالغات غير المولتى عليها لفساد عقلها فيترك يجب لها من نصف الصداق
 وقوله او يعفوا الذى بيده عقدة النكاح .

قال مجاهد والحسن وعلقمة انه الولى وهو المروى عن الباقر عليه السلام والصادق عليه السلام
 غيرانه لا ولاية لاحد عندنا الا الاب والجد على البكر غير البالغ فاما من عداهما
 فلا ولاية له الا بتولية منها .

وروى عن على عليه السلام وسعيد بن المسيب وشريح انه الزوج وروى ذلك ايضا
 فى اخبارنا غير ان الاول اظهر و هو المذهب و من جعل العفو للزوج قال له ان
 يعفوا عن جميع النصف و من جعله الولى .

قال اصحابنا له ان يعفوا عن بعضه وليس له ان يعفوا عن جميعه وان امتنعت
 المرثة من ذلك لم يكن لها ذلك اذا اقتضت المصلحة ذلك عن ابي عبد الله عليه السلام واختار
 الجبائى ان يكون المراد به الزوج لانه ليس للولى ان يهب مال المرثة .

وقال ابن البراج الذى بيده عقدة النكاح من الاب و غيره ممن تجعل المرثة
 ذلك الى آخر عبارته .

وكيف كان فهل الولى خصوص الاب و الجد او مع زيادة الزوج او مع
 زيادة الاخ ﴿ و ﴾ اشكل من ذلك ضم ﴿ ما قيل ﴾ كما عن المذهب : ﴿ أو من تولته
 الامراة عقدها ﴾ .

وقد ورد في الكل روايات كثيرة ومن العجيب ان في امثال تلك المقامات لم يلحظ قواعد الضرب على الجدار فيما خالف الكتاب او فيما خالف قول ربنا لم نقله وامثال ذلك والروايات على ما في الجواهر متواترة مثل [صحيح] ابن سنان عن الصادق عليه السلام « الذي بيده عقدة النكاح فهو ولي أمرها » .

[وحسن الحلبي] أيضاً في قوله تعالى «أو يعفوا» الى آخره «هو الاب والاخ والرجل يوصى اليه ، و الرجل يجوز أمره في مال الامرأة ، فيبيع لها ويشترى ، فاذا عفا فقد جاز »

ونحوه [في خبر سماعة] عنه عليه السلام أيضاً ، و في مرسل ابن ابي عمير عنه عليه السلام أيضاً « يعنى الاب و الذى توكله المرأة و توليه أمرها من أخ أو قرابة أو غيرهما » .
[في خبر اسحاق بن عمار] « أبوها اذا عفا جازله ، و أخوها اذا كان يقيم بها ، و هو القائم عليها ، فهو بمنزلة الاب يجوز له ، و اذا كان الاخ لا يهتم و لا يقيم عليها لم يجز أمره »

و في [خبر ابي بصير] عنه عليه السلام أيضاً قال : هو الاخ والاب ، والرجل يوصى اليه ، والذى يجوز أمره في مال يتيمة قال : قلت : رأيت ان قالت : لا اجيز ما يصنع ؟ قال : ليس لها ذلك ، أتجيز بيعه في مالها ولا تجيز هذا ؟ .

وقال الباقر عليه السلام في [صحيح ابن مسلم] و ابي بصير : « هو الاب والاخ والموصى اليه ، والذى يجوز أمره في مال الامرأة من قرابتها ، فيبيع لها ويشترى فأى هؤلاء عفا فغفوه جائز في المهر .

وسأل رفاعة الصادق عليه السلام في الصحيح « عن الذى بيده عقدة النكاح فقال : الولي يأخذ بعضاً و يترك بعضاً و ليس له أن يدع كله » الى غير ذلك من النصوص المتفقة في الدلالة .

و في الحدائق ايضا بعد نقل الروايات ما لفظه هذا ما حضرني من اخبار المسئلة والكلام فيها يقع في المواضع .

الاول لا يخفى ان اكثر هذه الرويات انما تدل على القول الثانى الذى هو خلاف المشهور بينهم والاصحاب يذكروا دليلا عليه الا صحيحة ابى بصير ومحمد بن مسلم ورواية ابى بصير عارية عن الوصف بالصحة والعلامة فى المختلف حيث اختار القول المشهور رد رواية ابى بصير بانها مرسلة .

وبالجملة فانهم لعدم اعطاء الوسع حقه فى تتبع الاخبار يقفون فى مثل هذه الاشكالات وسوء الاختيار كما لا يخفى على من نظر ما نقلناه من اخبار المسئلة هنا من الكتب الاربعة وغيرها و ليس فيها على تعددها ما تدل على المشهور الا صحيحة عبدالله بن سنان وصحيحة رفاعة مع انها غير صريحتين فى الحضر فى الولي بل غايتها انها بالنسبة الى غيره مطلقتان وقضية الجمع بينهما و بين باقى الاخبار حمل اطلاقهما على ما فصلته الاخبار الباقية سيما مع ما عرفت من صحة اسانيد كثيرة منها .

وبالجملة فالظاهر بالنسبة الى ما ذكرناه من الاخبار هو القول الثانى لما عرفت والا فالعمق بما دلت عليه هاتان الروايتان وطرح باقى اخبار المسئلة على كثرتها وصحة اكثرها مما لا يتجشمه محصل على انه متى كان جواز عفوه مشروطاً بكونه وكيلا من جهتها فى ذلك فانه لا مانع حينئذ من ذلك كما سيأتى ذكره .

ثم قال الثانى لا يخفى ان ما ذكره جملة من اصحابنا كما عرفت من كلام الشيخ ره فى التبيان و ابن ادريس من ورود الرواية من طرقنا بتفسير الذى بيده عقدة النكاح بالزوج لم نقف عليها فيما وصل الينا من اخبار المسئلة و هى هذه التى ذكرناها ولو ثبت ورود خبر بذلك .

فالظاهر انه خرج مخرج التقية لاختصاص هذا القول بالعمامة وادواتهم له عن على عليه السلام كما تقدم فى كلام الشيخ فى التبيان على ان انطباق الاية على ذلك لا يخلو من تعسف لان العفو حقيقة انما هو بمعنى الاسقاط فمعنى عفو الزوجة عن النصف الباقى لها فى ذمة الزوج بعد الطلاق يعنى اسقاطه فيكون الجميع للزوج و ليس للزوجة شىء بالكلية و عفو الزوج ليس بهذه الكيفية بل هو عبارة عن التزامه ما

سقط بالطلاق ورده على الزوجة فيكون المهر كاملاً للزوجة وهذا ليس باسقاط بل هو عكسه على ان صدق من بيده عقدة النكاح على الزوج أيضاً لا يخلو من تكلف. فان الظاهر ان الذى بيده عقدة النكاح انما هو الموجب له وهو الذى يعقده كالمرثة او الولى دون القابل الذى هو الزوج .

و بالجمله فان هذا القول وان أطال فى المسالك الذب عنه فهو بمحل من الضعف لخلو اخبارنا عنه وعدم قائل به منا فيما أعلم فالاشتغال بغيره أهم .

ثم قال الثالث لا يخفى ان الظاهر هذه الاخبار ان احد افراد من بيده عقدة النكاح الذى يقوم على المرثة ويبيع ويشترى لها قريباً كان كما تضمنه صحيح ابى بصير ومحمد بن مسلم او غيره كما هو ظاهر .

ثم قال الاخبار الباقية و الاصحاب حملوه على ان يكون وكيلاً فى النكاح او العفو والاف مجرد قيامه بامرهما والبيع والشرى لها لا يسوغ له العفو عن مهرها لعدم دخوله فى من بيده عقدة النكاح اذ لا يسوغ له تزويجها بمجرد ذلك الا ان الحمل على ذلك فى غاية البعد عن ظواهر الاخبار انتهى .

ولقد اجاد خصوصاً فى امر الثانى والثالث وفى الخلاف ما لفظه : الذى بيده عقدة النكاح عندنا هو الولى الذى هو الاب او الجد وبه قال ابن عباس والحسن البصرى وربيعه ومالك واحمد بن حنبل وهو قول الشافعى فى القديم الا عندنا له ان يعفو بعضه وليس له ان يعفو عن جميعه وقال فى الجديد هو الزوج وروى (رووا) ذلك عن على عليه الصلوة والسلام وجبير بن مطعم وسعيد بن جبير وسعيد بن المسيب وشريح ومجاهد الشعبى والنخعى والأوزاعى واهل الكوفة سفيان الثورى وابن ابى ليلى وابى حنيفة واصحابه [دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً قوله تعالى «وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن» الى قوله «او يعفو الذى بيده عقدة النكاح» وفيها دلة او لها انه افتتح الاية مخاطباً (فخاطب) للزوج بخطاب المواجهة ثم عدل عنه الى الكناية فقال «فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذى بيده عقدة النكاح» والخطاب متى عدل به عن

المواجهة الى الكنايه .

فالظاهر انه كنى عن غير من واجهه بالخطاب اولاولو لو كان المراد به الزوج لما عدل به عن المواجهة .

الثانى انه قال الا ان يعفون يعنى الزوجة عن نصفها ثم عطف على هذا فقال «او يعفو الذى بيده عقدة النكاح» فكان حمله على الولي اولى لانه عطف عفو نصف الصداق من الولي على عفو نصفه من الزوجة فكان عطف عفو على عفو تقدم اولى من عطف عفولا على عفو تقدم .

الثالث قوله تعالى او يعفو الذى بيده عقدة النكاح فاذا حملناه على الولي حملنا الكلام على ظاهره من غير اضممار فان للولي ان يعقد ويبيده ان يعفو بعد الطلاق وقبل الدخول والزوج لا يملكها بعد الطلاق وانما كان يملكها فافتقر الى اضممار والرابع ان الله تعالى ذكر العفو فى الاية فى ثلثة مواضع فقال الا ان يعفون او يعفو الذى بيده عقدة النكاح وان تعفوا اقرب للتقوى فمن قال الذى بيده عقدة النكاح الولي حمل كل عفو على فائدة واذا قلنا هو الزوج حملنا عفوين على فائدة واحدة على ماضى فكان حمل كل عفو على فائدة اولى من حمل عفوين على فائدة انتهى .

ولا يخفى ان الظاهر من الولي هو أكثر المذكورات فى الروايات .
مضافاً الى ان الذى له عقدة النكاح من حيث العفو عن المهرأولا وبالذات هو نفس الزوجة و لذا كان امرها بيدها فيما كانت بالغة رشيدة فى اصل النكاح واختيار الزوج ولم يكن للولي اجبارها بما لا تميل اليه فالمهر وجعله بيدها وعفوها ايضا بيدها .

ثم بعده هو الاب والجد وغيرهم اجنبى عن اختيار العفو بل يمكن ان يقال بعدم جوازه فان المهر الذى للزوجة بأى مناسبة كان لمن يتصدى بعض اموراتها الخارجة عن ذلك العفو عنه وليس الا التصرف فى اموال الناس بغير اذنتهم الا ان يراد بكون مثل الاخ وغيره مأذوناً عن جانب الزوجة فى العفو فتأمل .

وفى الجواهر ما لفظه لكن قد عرفت اشتمال بعض النصوص على الاخ، والاجماع محقق منا على عدم ولايته، فلا بد حينئذ من ادراجه فيما بعده من كونه وصياً أو ولته أمرها كما سمعته فى خبر اسحاق بن عمار، فيكون حينئذ تعميماً بعد تخصيص ولا بأس به كما أنك قد عرفت اشتمالها على من توليه أمرها الذى سمعته من القاضى المؤيد .

مضافاً الى ذلك - بعموم الاية وبعدم الفرق بين الاخ وغيره فى انتفاء الولاية بدون توليتها وثبوتها بتوليتها وتوكيلها، ولانها اذا وكلت رجلاً وأذنت له فى كل ما يراه من التصرف فى أموالها مطلقاً كان له جميع ما يدخل فى الاذن ومنه هذا التصرف، ولعل اقتصار معظم الاصحاب على الاب والجد لعدم كونه ولياً حقيقة، ضرورة أنه عن أمرها وعن توليتها وتوكيلها .

ومن ذلك يظهر أنه لا وجه لما فى المتن وغيره من نسبته الى القيل مشعراً بتمريضه فضلاً عن وقوع الخلاف، لما عرفت من عدم تصويره فيه، اذ مع فرض عموم وكالته لما يشمل ذلك لاشكال فى اعتبار عفوّه حينئذ، كما أنه لاشكال فى عدم اعتباره مع فرض عدم عمومها، واحتمال أن القائل يقول بذلك على هذا لتقدير بعيد، بل لعل النصوص كالصريحة فى خلافه انتهى .

ولا يخفى ان الروايات جعلت الولي كله على واد واحد وسلك فأراد من غير فرق بينهما بمعنى انه كما كان الاب والجد ولياً فكذلك الاخ ومن كان له تولية فى أمرها أى يكون له مدخلية فى اصلاح أمرها وبيعها وشرائها وهو لا يتوقف على كونه وكيلاً عن الزوجة ولو سلم ليس له الوكالة فى العفو عن الصداق فان الوكيل انما يتصرف فيما كان للموكل لا فيما عليه فمن كان من جانبها أمر فى البيع والشراء اجنبى عن التصرفات فى العفو الموجب للضرر عليها فالحمل على هذا المعنى فى غاية البعد .

وأبعد من ذلك الفتوى على طبق الاخبار مطلقاً وان الاخ ونحوه كان فى قبالة الاب والجد وليس كلما ورد من الروايات يصح الفتوى على طبقها وقد قال الصادق

ﷺ اننا أهل البيت صدقون لا تخلون كذاب يكذب علينا وقال أيضاً ان الناس أولعوا بالكذب علينا كأن الله افترض عليهم ولا يريد منهم غيره .

وعن محمد بن سنان عن نصر الخثعمي قال: سمعت أبا عبد الله ﷺ يقول: من عرف أننا لانقول الا حقاً فليكتف بما يعلم منا ، فان سمع منا خلاف ما يعلم فليعلم أن ذلك دفاع منا عنه .

والخبر وان كان فيه ضعف من حيث السند لكن مضمونه مطابق للواقع وان الصادر منهم ﷺ ليس الا الحق وانه ما يسمع منه خلافه وانه ليس بحق فقد صدر عنهم بنحو الدفاع حذراً من حفظ دمائهم ودماء شيعتهم فانهم محصورون محدودون لا يكون لهم بسط اليد في كل زمان ومكان فيكونون مجبورين في الكلام على خلاف الواقع تقيّة ونحوها .

ونحو ذلك ما دل على ان لهم من كلام واحد ارادة سبعة أو سبعين من المعاني فلا بد من الاقتصار فيما كان على وفق القواعد وهو كون الولي هو الاب والجد بل لو لم يكن مخالفة للاصحاب نقول ان اختيار العفو عن المهر ليس الا بيد الزوجة فانه هو المالك للمهر وبعضها هو المعوض عن المهر ومع مخالفتها ليس لايبها العفو على زعمها فلا بد من حمل عفوها على صورة رضاء الزوجة .

﴿و﴾ لذلك قال ﴿يجوز للاب و الجد للاب أن يعفو عن البعض وليس لهما العفو عن الكل﴾ بل قيل: انه يظهر الاتفاق عليه في المبسوط والتبيان ومجمع البيان وفقه القرآن للراوندي، ولعل دليله الاصل ، وصحيح رفاة السابق ومرسل ابن أبي عمير عن الصادق ﷺ «ومتى طلقها قبل الدخول بها فلايبها أن يعفو عن بعض الصداق يأخذ بعضاً ، وليس له أن يدع كله» فالعفو عن الجميع تصرف في مال الغير بل البعض كذلك أيضاً اذالم يكن برضاها وكان بدون اذنها ولو كان في العفو عن الكل مصلحة فضلا عما اذا لم يكن الا عن البعض فان المصلحة مع كون النصوص خالية عنها لم يكن محل لها بعد حومة التصرف في مال الغير وعدم كونه

صغيراً كى ينوط بهالكن عن المختلف وفاقاً للجامع أن المصلحة ان اقتضت العفو عن الكل جاز ، وعن كشف اللثام وهو الموافق للاصول .

و فى الجواهر و يمكن حمل الخبرين على أن الغالب انتفاء المصلحة فى العفو عن الكل وفيه أن محل البحث العفو من حيث كونه عفواً مع قطع النظر عن أمر خارج عنه ، ولاريب فى عدم جوازه من الولى فى غير المقام ، لكونه تضييع مال المولى عليه .

﴿و﴾ لذا قال المصنف وغيره بل ظاهرهم الاتفاق عليه انه ﴿لا يجوز لولى الزوج أن يعفو عن حقه ان حصل الطلاق﴾ منه ثم صار مولى عليه بجنون أو بلغ فاسد العقل وقلنا بصحة طلاق الولى عنه حيثنثذ ﴿لانه منصوب لمصلحته ولا غبطة له فى العفو﴾ .

وبالجملة مسألة العفو غير مربوط بالمصلحة وليس امر المهر الا بيد الزوجة البالغة الرشيدة فلا يجوز عفو الولى واخذه بدون اذن منها قال فى الخلاف .
البكر البالغة الرشيدة يجوز لابيها ان يقبض مهرها بغير امرها مالم تنهه عن ذلك وبه قال ابو حنيفة وهو قول بعض الخراسانية من اصحاب الشافعى وقال اكثر اصحابه ليس له ذلك الا باذنها .

[دليلنا] اجماع الفرقة على ان له ان يعفو عن المهر ومن له العفو له المطالبة والقبض ونحن ندل على ذلك فيما بعد وان الذى بيده عقدة النكاح هو الاب دون الزوج انتهى قوله ان له ان يعفو عن المهر مصادرة ولو سلم فصريح العبارة عدم جواز القبض مع النهى وهو كاف فيما هو المقصود .

﴿و﴾ كيف كان فقد عرفت مما قدمناه أنه ﴿اذاعت﴾ الزوجة ﴿عن نصفها﴾ مثلاً ﴿أو عفى الزوج عن نصفه لم يخرج عن ملك أحدهما بمجرد العفو لانه هبة فلا ينتقل الا بالقبض﴾ بان يكون القبض شرطاً لحصول الانتقال والملك ولا يخفى ان الشرط ح يكون متأخراً عن العلة وهو محال وان كان القبض جزءاً فيكون الايجاب

والقبول و القبض مر كبا علة لحصول الملك فح لزم الدور اذ القبض يتوقف على ايجاب الهبة وقبولها حتى يصح قبضه وهما يتوقف على القبض اذ القرض انه قبل القبض لا يحصل الانتقال والملك .

وقد مر ايضا في بعض المباحث المتقدمة .

وبالجملة حصول الملك بمجرد الايجاب والقبول من غير الاحتياج الى القبض يكون كسائر المعاملات فكما يحصل الملك بمجرد الايجاب والقبول والقبض واجب آخر وفاء للعقد فكذلك الهبة غاية الامر في الهبة كان الملك جائزا امكن له الرجوع ان كان في غير ذى رحم فالقبض شرط للزوم لا الصحة والنقل . قال الوحيد في شرح المفاتيح عند قوله القبض شرط في لزوم الهبة بالنص والاجماع الخ ما لفظه اجمع اصحابنا على ان القبض شرط في لزوم الهبة الى ان قال وبما قلنا قطع الحلبي والعلامة في المختلف فيمجرد العقد صار ملكا للمتهب وان لم يستقر ملكيته بالمعنى المذكور الا بالقبض .

وعليه ظاهر الشيخين بل صريح الخلاف الى ان قال واكثر متأخري اصحابنا على ان المتهب لا يملك الموهب مطلقا الا بالقبض فيكون شرط الصحة العقد وان عقاده على نحو ما هو المشهور في الوقف من ان القبض شرط لصحته كما يأتي بل زعمه الشهيد في الدروس اجماعيا كما هو ظاهر التذكرة وان اخطأ في هذا الزعم فلا يتأثر الايجاب والقبول الا بعد القبض ويكون وجودهما قبل القبض كعدمه انتهى موضع الحاجة .

وتمام الكلام في كتاب الهبة انشاء الله ثم ان العفو هل يكون بنحو الاستحباب اولا كما عن مجمع البيان .

قال في الحدائق ثم ان الظاهر من الاية واكثر الاخبار ان عفوها من النصف الذي لها انما هو على جهة الفضل والاستحباب وظاهر روايتي سماعة وابي بصير المنقولتين عن تفسير العياشي تحتم الاجازة عليها والرضاء اللهم الا ان يحملا

على الوكالة وان الوكيل اذا تصرف بعد الوكالة فليس للموكل فسخه بل يجب عليه امضاؤه وربما قيدتحم ذلك عليها بما اذا اقتضته المصلحة قال في كتاب مجمع البيان فان امتنعت المرثة عن ذلك لم يكن لها ذلك اذا اقتضته المصلحة عن ابي عبد الله عليه السلام.

اقول و هذه الرواية لم تصل اليها ولا وقفنا عليها فان هذه روايات المسئلة التي قد مناها والروايتان الدالتان على ذلك خاليتان من هذا القيد انتهى .

ولا يخفى ان العفو في معناه مأخوذ كأنه الاستحباب والمختارية في طرفيه غاية الامر مع المصلحة أكد ولا معنى للوجوب والتحتم فللزوجة هو العفو عن المهر ايضاً بعد الطلاق كما ان للزوج ايضاً العفو عن اخذ النصف بعده فاذا عفت الزوجة عن نصف الثابت لها ملك الزوج تمام المهر ايضاً .

قال في الحدائق الخامس مقتضى اطلاق الاية والاختار انتقال الجميع الى الزوج بالعفو عن النصف الباقي لها اعم من ان يكون المهر ديناً او عيناً وبهذا صرح الشيخ في المبسوط و اكثر الاصحاب و حمل على ان العفو بمعنى العطاء فيتناول الاعيان .

قال في المسالك وهو قوى لوروده بمعنى العطاء لغة كما سننبه عليه .

وقيل ان العفو مختص بالدين واما العين فلا تنتقل الا بلفظ الهبة او التملك او نحوهما بالعفو لانه لامجال فيه للاعيان كلفظ البراء فلا يتناول الا الدين واجابوا عن الاية بان المراد من العفو معناه لا لفظه بمعنى ارادة حصول الملك للمعفوع عنه بعبارة تفيد ذلك ولو كان المراد لفظه لتعين في الموضوعين وهو منفي بالاجماع وسمى نقله منها عفواً تشبيهاً على حصول فضيلة العفو والمدح فان توقف النقل له على صيغة شرعية كما لو قال ملكه هذا فانه يريد نقل ملكه اليه بلفظ شرعي يفيد باى لفظ ادى معناه وان لم يكن بلفظ التملك .

اقول الظاهر عندي قوة هذا القول وان كان خلافاً ما عليه الاكثر فان الاول

مبنى على صحة كون العفو بمعنى الاعطاء وما ادعاه شيخنا المتقدم ذكره من وروده بمعنى العطاء لغة لم اقف عليه في كلام احد من اهل اللغة والمذكور في كلامهم انما هو الاسقاط قال في كتاب المصباح المنير ، و عفوت عن الحق اسقطته .

وغاية ما استند اليه ره وهو الذي اشار اليه بقوله كما سننبه عليه هو ما ذكره اخيراً حيث قال والعفو كما يطلق على الاسقاط يطلق على الاعطاء كما اشرنا عليه سابقاً ومن الاول قوله تعالى و العافين عن الناس اى التاركين ما لهم عندهم من مظلمة ومن الثانى قوله تعالى يسئلونك ما ذا ينفقون قل العفو اى الفضل من الاموال الذى يسهل اعطاؤه .

وقوله تعالى خذ العفو اى خذ ما اعطاك الناس من ميسور اخلاقهم ولا تستقص عليهم وغير ذلك فيصلح الامرين .

اقول لا يخفى ان غاية ما تدل عليه الايتان هو كون العفو هنا بمعنى الميسور وعن الصادق في تفسير الاية الاولى قال العفو الوسط من غير اسراف ولا اقتار انتهى ﴿ نعم لو كان ﴾ الصداق ﴿ ديناً على الزوج أوتلف في يد الزوجة كفى العفو عن ﴾ الذى هو ﴿ الضامن له ﴾ وعلى عهده سواء كان زوجا او زوجة فبمجرد العفو سقط عن ذممة المديون ﴿ لانه يكون ﴾ حينئذ ﴿ ابراء ﴾ كما عرفت ذلك ، ﴿ و ﴾ عرفت أيضاً أنه ﴿ لا يفتقر الى القبول على الاصح ﴾ خلافاً للشيخ وعرفت أيضاً عدم تمامية قوله ﴿ اما الذى عليه المال ﴾ او عنده ﴿ فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه ﴾ حيث عرفت عدم الاحتياج الى القبض فتدبر وتأمل .

ثم ان لصاحب المسالك كلاماً وقد لخصه فى الحقائق مع كلامه أيضاً قبله يمكن كون مراده ما ذكرناه من عدم اشتراط القبض .

قال ما لفظه ظاهر الاية والاحبار المتقدمة هو ان القدر المعفو عنه ينتقل بمجرد العفو الى من عفى له من زوج او زوجة ولا يتوقف على امر آخر وهو لا يوافق

مافصله الاصحاب في هذا الباب مما تقدمت الاشارة اليه وبسط جملة من الاصحاب الكلام عليه .

ونحن نذكر هنا ملخص ما ذكره شيخنا في المسالك الذي اوضح فيه طرق الاحكام لكل قاصد و سالك قال ليس المراد من العفو الموجب لبراءة كل من الزوجين من حق الاخر كونه سبباً تاماً بمجردة في نقل الملك او البرائة منه بل المراد كونه سبباً في ذلك اعم من ان يكون تاماً او ناقصاً او متوقفاً على شرط آخر وان كان قد اطلق في الاية كون العفو موجبا لسقوط الحق او نقله لان اطلاقه كذلك لا ينافي اعتبار امر آخر اذا تقرر ذلك فنقول :

المهر اما ان يكون عيناً او ديناً .

وعلى الاول اما ان يكون في يدها او يده .

والثاني اما ان يكون في ذمتها بان قبضته وتلف في يدها او في ذمته .

وعلى التقادير الاربعة اما ان يكون العافي الزوج او الزوجة ومن يقوم مقامهما

في معنهما فتحقق الملك وانتقاله وسقوطه عن الذمة يتم بثمان صور .

الاولى ان يكون ديناً في ذمة الزوج والعافي المرثة فتحصل براءة ذمته

بمجرد عفوها لان العفو حينئذ بمنزلة البراء فلا يشترط فيه سوى اللفظ الدال عليه

وان لم يقبل من عليه الحق على الاقوى وقد تقدم تحقيقه في باب الهبة ويصح ذلك

بلفظ العفو والبراء والاسقاط والترك والهبة والتملك لاشتراك الجميع في الدلالة

عليه الثانية الصورة بحالها ويكون عيناً في يده فلا يكفي مجرد العفو لان ذلك بمنزلة

الهبة لعين بل لا بد من لفظ يدل عليه كلفظ الهبة والتملك او العفو على قول قوى

لا لبراء والاسقاط وماشا كلهما ويشترط ايضاً قبول المتهب ولا يشترط قبض جديد

لانه مقبوض بيده بالفعل ويلحقه حينئذ احكام الهبة من اللزوم او الجواز على

ما سبق تفصيله .

الثالثة الصورة بحالها بان كان عيناً في يده لكن كان هو العافي عن حقه

فيشترط فيه ما اشترط في السابقة من الايجاب والقبول ويزيد اشترط اقباضها اياه لانه خارج عن يدها .

الرابعة الصورة بحالها بان كان هو العاقى ولكن كان ديناً في ذمته ولا ينقل بالابراء وما فى معناه قطعاً لاختصاصه بالدين في ذمة المعفو عنه لا العاقى وينتقل بلفظ الهبة لكن بشرط التسليم .

الخامسة ان يكون ديناً في ذمتها و تكون هي العاقية والحكم فيه كالسابقة والاقوى افتقاره الى العقد بعد التعيين فيهما لان ذلك مقتضى الهبة ولاوجه هنا سواها وهذا هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط .

السادسة الصورة بحالها وهو كونه ديناً في ذمتها لكن العاقى هو الزوج وهنا ينزل منزلة الابراء كما مر فى نظيره ويصح بجميع الالفاظ الستة ولا يفتقر الى القول على الاقوى .

السابعة ان يكون عيناً فى يدها وهى العاقية ايضاً ويشترط فيه ما يشترط فى الهبة من العقد والاقباض

الثامنة الصورة بحالها والعاقى هو الزوج فيشترط فيه عقد الهبة ولا يشترط تجديد اقباض لحصوله فى يدها واشترط الشيخ مضى مدة يمكن فيها قبض من هى فى يده والاقوى عدم اشتراطه وقد تقدم البحث فيه فى بابته انتهى ملخصاً انتهى كلام الحدائق . ولا يخفى ان عبارات القوم مملوءة من لزوم القبض فى الهبة ولكنه غير تام بظنى القاصر بل نفس الايجاب والقبول علة تامة لحصول الملك كساير المعاملات لزوماً وجوازاً فمجرد العفو قد خرج عن ملك الواهب ودخلاً فى ملك المتهب كما هو ظاهر صدر عبارة الحدائق بعد قبوله غاية الامر يجوز الامتناع عن الرد لجوازه لالعدم حصول الملك ان كان العفو والهبة بغير ذى رحم .

المسألة ﴿ الرابعة عشرة لو كان المهر مؤجلاً لم يكن لها الامتناع ﴾ عن الدخول بها ، لان بعضها ملك بالمهر المتأخر برضاها بل قد عرفت انه ليس لها الامتناع مطلقاً حتى للمهر الحال قبل الاخذ به ﴿ فلو ﴾ عصت و ﴿ امتنعت ﴾

وحل ﴿مهرها المؤجل﴾ هل لها أن تمتنع؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول ، وهو أشبه ﴿باصول المذهب وقواعده . هذه المسألة مكررة حيث فصلناها في محله بما لا مزيد عليها .

المسألة ﴿الخامسة عشرة﴾ ﴿لو أصدقها قطعة من فضة﴾ مثلاً ﴿فصاغتھا﴾ حلياً أو ﴿آنية﴾ محللة أو للادخار بناء على جوازه ﴿ثم طلقها قبل الدخول كانت بالخيار في تسليم نصف العين او نصف القيمة﴾ التي هي هنا المثل ﴿لانه لا يجب عليها بذل الصفة﴾ نما تقدم البحث في نظيره من كل عين قدزادت في يدها، بل قد تقدم سابقاً قوة تعيين القيمة لخبر العبد الذي كبر في يدها .

﴿ولو كان الصداق ثوباً﴾ فصلته و﴿خاطته قميصاً﴾ لم يجب على الزوج أخذه ﴿كما لا تجبر هي على دفعه﴾ وكان له الزامها بنصف القيمة ، لان الفضة لا تخرج بالصياغة عما كانت قابلة له ، وليس كذلك الثوب .

المسألة ﴿السادسة عشرة﴾ قد تقدم سابقاً أنه ﴿لو أصدقها تعليم سورة﴾ مثلاً ﴿كان حده أن تستقل﴾ الزوجة ﴿بالتلاوة﴾ صحيحاً بغير مرشد ﴿ولا يكفي﴾ في صدقه عرفاً ﴿تبعها لنطقه نعم﴾ قيل : ﴿لو استقلت بتلاوة الآية ثم لقتها غيرها فنسيت الاولى لم يجب عليه اعادة التعليم﴾ وهو واضح .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لو استفادت ذلك من غيره كان لها﴾ عليه ﴿اجرة التعليم كما لو تزوجها بشيء وتعذر عليه تسليمه﴾ سواء كان بتقصير منها في التعلم منه مع بذله نفسه لذلك وعدمه .

المسألة ﴿السابعة عشرة يجوز أن يجمع بين نكاح وبيع﴾ وغيرهما ﴿في عقد واحد، ويقسط العوض﴾ حينئذ ﴿على الثمن﴾ الذي هو قيمة المبيع ﴿ومهر المثل﴾ الذي هو قيمة البضع، وقد تقدم ما يمكن ان يقال هناك فراجع ﴿ولو كان معها دينار﴾ مثلاً ﴿فقلت : زوجتك نفسي وبعتك هذا الدينار بدينار﴾ فعن المبسوط ووافق المصنف ﴿بطل البيع ، لانه ربا﴾ باعتبار مقابلته بدينار مع زيادة

النكاح أو عوضه ﴿وفسد المهر﴾ حيثئذ ﴿وصح النكاح﴾ الذى قد عرفت غير مرة أن المهر ليس من شرطه ويمكن القول بصحة كليهما بل هو غير بعيد بان يكون الدينار بدينار والنكاح بالتفويض من حيث المهر فيكون له مهر المثل لما عرفت سابقا من لزوم مهر المثل فى المفوضة البضع فلو طلقها قبل الدخول كان على الزوج نصف مهر المثل ولورد التمام اليها كان له رد نصفه الى نفسه ﴿أما لو اختلف الجنس﴾ كالدينار بالدرهم ﴿صح الجميع﴾ لعدم الربا .

﴿فروع الاول﴾ انه ﴿لو أصدقها عبداً فأعتقه ثم طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمته﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، ﴿ولو دبرته قيل : كانت بالخيار فى الرجوع﴾ عن التدبير واعطائه نصف العين ﴿و﴾ فى ﴿الاقامة على تدبيره﴾ واغرامه نصف القيمة، ﴿فان رجعت﴾ عن التدبير ﴿أخذ نصفه، وان أبت لم تجبر﴾ على الرجوع ﴿وكان عليها قيمة النصف﴾ ﴿ولو دفعت نصف القيمة ثم رجعت فى التدبير﴾ الذى هو أولى من الاول بالحكم السابق وان ﴿قيل كان له العود فى العين لان القيمة اخذت لمكان الحيلولة﴾ كالعين المغصوبة ﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردد منشؤه استقرار الملك بدفع القيمة﴾ و لو للاصل .

﴿الثانى اذا تزوجها﴾ اى الصغيرة ﴿الولى بدون مهر المثل﴾ اى بالمسمى الذى اقل من مهر المثل للمصلحة .

﴿قيل : يبطل المهر ولها مهر المثل ، وقيل : يصح المسمى وهو أشبه﴾ بعمومات الولاية .

﴿الثالث لو تزوجها على مال مشار اليه غير معلوم الوزن﴾ أو غيره مما يعتبر فيه العد والكيل والذرع ﴿فتلف قبل قبضه فأبرأته منه صح﴾ لعموم أدلة الابراء المتقدمة كثيراً وهذا مبنى على كفاية المشاهدة فى المهر كما هو مفروض المسألة حيث انه لا وزنه معلوم ولا كيله ولا عده وقد مر الكلام فيه .

﴿وكذا﴾ صح التزويج ﴿لو تزوجها بمهر فاسد﴾ كالخمر ﴿و﴾ الخنزير

فانه حينئذ استقر لها مهر المثل ﴿ف﴾ اذا ﴿أبرأته منه او من بعضه صح﴾ لذلك ﴿ولولم تعلم كميته، لانه اسقاط للحق، فلم يقدح فيه الجهالة﴾ التي لادليل يعارض العمومات .

﴿ولو أبرأته من مهر المثل قبل الدخول﴾ بناءً على وجوب مهر المثل بالدخول ﴿لم يصح، لعدم الاستحقاق﴾ حينئذ ، فهو ابراء مما لم يجب .

وفي الجواهر مع احتمال أن يقال : انه مع تحقق استحقاق أن تستحق بالعقد مثلاً يصح له اسقاط ذلك الاستحقاق لكنه ليس ابراءً من مهر المثل فتأمل، انتهى .

﴿تمتة اذا زوج ولده الصغير فان كان له مال فالمهر على الولد ، وان كان

فقيراً﴾ أى لم يكن له مال ﴿فالمهر في عهدة الوالد و﴾ حينئذ ﴿لومات الوالد اخرج

المهر من أصل تركته﴾ لانه من ديونه ﴿سواء بلغ الولد وأيسر أومات قبل ذلك﴾

قال في الحدائق المشهور في كلام الاصحاب بل الظاهر انه لاخلاف فيه

كما يفهم من المسالك ونقل عن التذكرة انه اسنده الى علمائنا مؤذنا بدعوى الاجماع

عليه انه اذا زوج الرجل ولده الصغير وللولد مال فان المهر في مال الولد وان كان

الولد فقيراً فالمهر لازم للاب يخرج من اصل ماله لومات ولم يدفعه وان بلغ الولد

وايسر اومات قبل ذلك انتهى وفي الجواهر بلاخلاف أجده فيه بيننا .

ويدل عليه النصوص ، الكثيرة مثل [صحيح] الفضل بن عبد الملك «سألت

أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير، قال : لا بأس ، قلت : يجوز طلاق

الاب ، قال : لا ، قلت : على من الصداق ؟ قال : على الاب ان كان ضمنه لهم ،

وان لم يكن ضمنه فهو على الغلام الا أن لا يكون للغلام مال .

وعن الكافي بدون لفظة لا وهو غلط جداً فهو ضامن له وان لم يكن ضمن» .

[وموثق عبيد] «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال :

ان كان لابنه مال فعليه المهر، وان لم يكن للابن مال فالاب ضامن المهر ضمن أم

لم يضمن .

[وخبر على بن جعفر] عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير فدخل الابن بامرأته على من المهر؟ على الاب؟ قال: المهر على الغلام وان لم يكن له شيء فعلى الاب ضمن ذلك عن ابنه أو لم يضمن اذا كان هو أنكحه وهو صغير» .

ولكن قد ينافي هذه الاخبار [صحيح ابن مسلم] عن أحدهما عليه السلام «سألته عن رجل كان له ولد فزوج منهم اثنين وفرض الصداق ثم مات، من أين يجب الصداق من جملة المال أو من حصتهما؟ قال؟ من جميع المال، انما هو بمنزلة الدين» حيث ان ظاهره هو كون المهر مطلقا على الاب .

وقد يؤيده ان الفرض ان الصغير لا يحتاج الى النكاح كي يكون فيه مصلحة له فيكون تزويجه اقدام على ضرره وضمانه وعليه يحمل الاخبار المصرحة بكونه على الاب فيما اذا ضمن المهر فان الاقدام على المهر بمنزلة التضمن عليه ويحمل كونه على الولد فيما له مال على الندب فلا يلحظ حينئذ فقر الولد والوالد بل مطلقا على الوالد كما في سائر ديونه .

فما عن السرائر والتذكرة - من الاستدلال عليه بأنه لما قبل النكاح لولده مع علمه باعساره وبلزوم الصداق فعقد النكاح علمنا بالعرف والعادة أنه دخل على أن يضمنه - في غاية المتانة خصوصا مع علم الوالد باعسار الولد كما ذكر .

وبالجملة الاقدام على المهر مع العلم باعسار الولد تضمنين للمهر وعبرة اخرى عنه فيوقف ذلك مع قوله عليه السلام على الاب ان كان ضمنه لهم واما قوله عليه السلام وان لم يكن ضمنه فهو على الغلام يحمل على صورة عدم صدق الاقدام كما يكون اقدمه فيه مشتمل على نوع كراهة واجبار .

ولكنه مشكل جداً مع صراحة الروايات في ان المهر في صورة كون الولد ذامال على عهدة الولد .

لكنه لا يخفى ان الروايات الباب ليست بهذه الصراحة حيث جعلت المهر على الاب في صورتين احدهما فقر الولد والثاني تضمنين الوالد له حيث أن

الظاهر انه حينئذ لم يكن على الولد وان كان ذامال وهو خلاف الفتوى بكونه على الولد مع الايسار ضمن الاب اولا اللهم الا ان يكون تضمين الوالد في صورة فقر الولد بل لعله قوى اذ ليس ذلك الا فيما لم يكن للابن شيء والا فلا يحتاج الى التضمين وحينئذ يستقيم بعض الروايات مع الفتوى فان المعنى انه على الاب فيما كان الابن فقيراً ضمن او لم يضمن غاية الامر في صورة التضمين يزيد في الوثاقه وشدة اعتبار المهر اللهم الا ان يرد عليه ايضا بان التضمين لذلك فيجتمع مع غناء الولد .

وكيف كان فالظاهر قوة ماهو المشهور .

نعم لو تبرأ الاب نفسه من ضمان المهر في العقد بان شرط على ان لا يكون على عهده فالظاهر لا يكون عليه وفاء بعموم المؤمنون عند شروطهم فان قوله ^{الابن} ^{عليه} ضمن او لا يضمن وان كان عاماً يعم صورة عدم الضمان في كونه على الاب لكن عمومه لو خلى وطبعه مع قطع النظر عن اشتراط عدمه واما مع شرط العدم لزم اما العمل بالشرط واما تخصيص العموم بلامخصص واما عدم العمل بالعموم رأساً ومن ذلك يعلم ما في كلمات القوم .

قال في الحقائق في هذا المقام ما لفظه :

نقل عن العلامة في التذكرة انه استثنى من الحكم بضمنان الاب له على تقدير فقر الابن ما لو صرح الاب بنفى الضمان فانه لا يضمن وحمل قوله في الرواية او لم يضمن على عدم اشتراط الضمان لاعلى اشتراط عدمه .

واعترضه في المسالك بانه لا يخلو من اشكال قال لان النص والفتوى متناول لما استثناه وحمله على غيره يحتاج الى دليل نقلى يعارضه حتى يوجب حمله على ذلك ولان الصبي لا يحتاج الى النكاح فلاحظ له في التزام الصبي بالمهر مصلحة بان كانت الزوجة مناسبة له وخاف فوتها بدون ذلك ونحوه قرب من الصواب الا ان تخصيص النصوص الصحيحة بذلك لا يخلو من اشكال انتهى .

وقال سبطه السيد السند في شرح النافع بعد ان نقل عن جده ان النص والفتوى متناول لما استثناء ما لفظه وهو كذلك لكن لا يبعد المصير الى ما ذكره في التذكرة لعموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ المؤمنون عند شروطهم و الرواية لاتنافيه صريحاً ولاظاهراً .

اقول لا يخفى قوة ما ذكره شيخنا في المسالك فان قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ اولم يضمن شامل لكل من صورتي عدم الضمان واشتراط عدمه والتخصيص بالاول يحتاج الى مخصص وبذلك يظهر ما في قول سبطه و الرواية لاتنافيه صريحاً ولاظاهراً وكيف لاتنافيه وهي دالة باطلاقها وعمومها على الصورة المذكورة فانه يصدق على من اشترط عدم الضمان انه لم يضمن وحديث المؤمنون عند شروطهم انما يتم الاستدلال به لولم يكن له معارض والمعارض كما ذكرنا موجود فان مقتضى الاطلاق الروايات المتقدمة انه يضمن في هذه الصورة اعنى صورة فقر الولد اعم من ان يشترط الضمان على نفسه ولا يشترط بان اشترط عدمه اولم يشترط انتهى .

وإذا تأملت فيما ذكرنا نجد قوة ما يكون في المقام من العمل بعموم الشرط من غير معارض واطلاقات الرواية انما يكون بلحاظ العناوين الاولى فيكون الواردة عليها بعنوان ثانوى حاكمة وشارحة عليه .

وكيف كان فالظاهر تعين العمل بالروايات ويحمل اطلاق صحيح ابن مسلم على صورة تضمين الوالد والله العالم ثم ان اللازم المتيقن هو الاقتصار على خصوص الاب دون الجد وان علا ولا فرق في ضمان الاب بين المؤجل والمعجل ولا في الولد بين كون ماله بقدر المهر فان المهر حينئذ عليه بقدر ماله .

وكيف كان ﴿فلودفع الاب المهر﴾ الذي ضمنه في ذمته لاعسار الصبي ﴿وبلغ الصبي فطلق قبل الدخول استعاد الولد النصف﴾ منه ﴿دون الوالد﴾ وفي الجواهر لان الطلاق مملك جديد للنصف لا فاسخ لسبب الملك انتهى .

غير خفى انه على المشهور من كون الزوجة مالكة بالعقد لجميع المهر ايضا كان دفع المهر الى الزوجة معلق على عدم الطلاق قبل الدخول فانه على فرض كونها مالكة ايضا كان نصفه بنحو التزلزل وعدم الاستقرار حتى يعلم الحال فدفع الاب كان فى نصفه متزلزلا على فرض عدم الطلاق بحيث لو طلق لما استقر هذا النصف من اول الامر فعلى فرض كون الطلاق ملك جديد انما يكون فى النصف المستقر لا المتزلزل .

واما الوجه الذى ذكره المصنف من قوله ﴿لان ذلك يجرى مجرى الهبة﴾ بتقريب انه هبة الى ذى رحم فلا يصح الرجوع فيه فهو مبنى على كون هبته على فرض الطلاق ايضا اولاهو غير معلوم والاصل عدم كونه كذلك .

وكذا الاشكال فى قوله ﴿فرع لو ادى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعاً ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر، ولم يكن للوالد انتزاعه منه لعين ما ذكرناه فى الصغير﴾ ولاجل ذلك قال فى المتن ﴿وفى المسألتين تردد﴾ وذلك لان الوالد ادى المهر عن الولد لاشياء زائد عليه والمهر فى الواقع نصفه المستقر فالوالد انما وفى بدينه الواقعى اى الذى يثبت فى الواقع وهو التمام على فرض عدم الطلاق والنصف على فرض الطلاق فعليه يرد النصف الى المؤدى على فرض الطلاق .

وفى الجواهر بعد المتن قال وكذا فى القواعد لكن فى الدفع عن الكبير ولداً كان أو اجنبياً، بل فى محكى التحرير المحكم برجوع النصف للوالد كما فى القواعد ولعل ذلك كله لان دفع الوالد انما هو للوفاء عما فى ذمة الوالد تحقيقاً أو تقديرأ ، كما فى الصبى المعسر الذى كان ينبغى صيرورة العوض فى ذمته مقابل البضع الذى ملكه على حسب المعاوضات، كما يؤمىء اليه التعبير فى النصوص بضمان الوالد المشعر بكونه كالضمان عنه، فمع الطلاق الذى هو فسخ عقد النكاح يعود النصف الى من دفعه وفاء، نحو الفسخ بالعيب فى البيع الذى دفع فيه الثمن عن ذمة المشتري تبرعاً مثلاً .

ومن هنا جزم في القواعد بأنه «لوطلق الولد قبل أن يدفع الأب عن الصبي المعسر سقط النصف عن ذمة الأب والابن، ولم يكن للابن مطالبة الأب بشيء» بل في كشف اللثام «أنه ظاهر، لانه بضمائه تمام المهر للمرأة لا يثبت للابن عليه شيء وإنما ينتقل إليه المهر بدفعه عنه إليها، كما أن المديون لا يطالب الضامن عنه بشيء إذا أبرأه المضمون له، نعم لو كان المهر عيناً للاب ملكتها المرأة بالاصداق وان لم تقبضها، فإذا طلقها رجع إليه لآلى الأب نصفها .

الا أن الجميع كما ترى بعد ما عرفت من ظهور النص والفتوى في أن الطلاق مملك لأنه فاسخ يعود به السبب الاول للملك، بل ظاهر المحكى عن الشيخ الاجماع عليه، وحينئذ لافرق بين دفع الأب وعدم دفعه، بل ولا بينه وبين الضمان تبرعاً، ولا بين كونه عيناً أو ديناً، ضرورة عدم الفرق في تسببه الملك لنصف العين أو الدين فيطالب به الأب انتهى .

ولا يخفى ما في هذه الكلمات فانه على المشهور من تملك الزوجة جميع المهر ايضاً ليس بنحو استقرار الجميع بالاتفاق بل نصفه معلق على عدم الطلاق قبل الدخول فليس بحيث تملك الزوجة جميع المهر مستقلاً ومستقراً فحال الدافع ايضاً في الدفع بهذا النحو من اول الامراى ادى المهر من الاول على فرض عدم الطلاق بحيث لو وقع استرجع فيما ادى بنصفه و لو لم يؤدلم يستحق الزوجة الا النصف سواء كان الدافع نفس الزوج او غيره .

﴿ الطرف الرابع فى التنازع و فيه مسائل الاولى : اذا اختلفا فى أصل ﴾
 استحقاق ﴿ المهر ﴾ وعدمه لافى قلته و كثرته بان تدعى الزوجة المهر و الزوج ينكره
 ﴿ فالقول قول الزوج مع يمينه و لا اشكال قبل الدخول ﴾ للاصل بل الاصول السالمة
 عن المعارض ﴿ لا احتمال تجرد العقد عن المهر ﴾ .

وفى الجواهر الذى قد عرفت عدم اعتباره فى صحته ، بل قيل : مقتضى الاصل

تجرده و لذا كان الاصل التفويض انتهى .

ولا يخفى ما فى كلام المصنف والشارح فان الاحتمال كما يكون فى عدم المهر و مجرد العقد فكذلك يكون فى عدم تجرد العقد عن المهر لا يقال ان احتمال العدم مجرى الاصل بخلاف خلافه فانه يقال هو الغالب الاكثر والظن يلحق الشئى بالاعم الاغلب بل لا يصل النوبة الى هذا الاحتمال مع عدم خلو عقد النكاح عن المهر الا شاذاً فلامعنى لاجراء الاصل بكل معانيه قبل الدخول فضلاً عما بعده ومنه يعلم ما فى قوله ﴿ لكن الاشكال لو كان ﴾ الاختلاف بينهما فى أصل استحقاق المهر وعدمه ﴿ بعد الدخول ﴾ المشهور كما فى كشف اللثام أن ﴿ القول قوله أيضاً نظراً الى البراءة الاصلية ﴾ .

وفى الجواهر لاحتمال أن ذلك قد كان بانكاح أبيه وهو صغير معسر ، فيكون المهر على أبيه ، وانكاح سيده لانه رق سابقاً فيكون المهر فى ذمة السيد ، انتهى .
و هو منه و من القائلين به لعجيب بعد العلم الاجمالي باشتغال الذمة بالمهر بعد الدخول فانه ان سمي فى العقد مهر فهو الواجب تمامه بالدخول والا فيجب مهر المثل به فيقطع بوجود المهر حينئذ فكيف يجرى البراءة الاصلية فانه ان اريد به الاستصحاب العدم الازلى ففى صورة الدخول انقلبت باشتغال الذمة بالمهر فالاصل يقتضى استمرار الشغل .

و اما قبل الدخول فالغالب كون العقد لم يكن بنحو التفويض و بنحو كون الزوجة صغيراً قد تعلق المهر بابيه او عبداً كان على سيده بل هى امورات النادرة لا يعتنى بالشك فيه بعد الافراد المتعارفة بل يبنى على عدمها بخلاف ما هو الغالب فبناء الناس على جعل العقد من المعاملات فيكون له عوضاً و معوضاً بحيث يعلم باشتغال ذمته بالمهر عوضاً عن البضع بمجرد العقد .

وقد تقدم انه لا عقد الا بالمهر فما من عقد الا سئل عن مقدار المهر بحيث كانه مر كوز فى اذهانهم ثبوت المهر حتى سئلوا عن مقداره لاعتنوا باصل وجوده فكيف يمكن التمسك بالبراءة الاصلية لنفيه بل اذا علم بتوجه تكليف قطعاً اما اليه او الى

غيره مثل الاب والسيد كان مقتضى الاصل عدم التعلق بالغير بل نفسه المتيقن من تعلق الحكم عليه فلو شك فى ان المهر هل يتعلق على أب الزوج او على السيد فالاصل هو العدم بل يمكن التمسك بالعدم لنفسه بالاستصحاب حيث انه قبل العقد لم يكن كذلك فيشك فى انه فى حال العقد صار المهر كذلك اولا فالاصل عدم تحقق المهر بمثل تلك الامور .

[فان قلت] هذا مثبت فان لازمه تحقق المهر على ذمة الزوج .

[قلت] اول ليس المقصود اثبات المقام بالاستصحاب بل المقصود اثبات عدم جريانه فى المقام فلا بد من التماس دليل آخر للمطلوب وهو كون الظاهر والغالب وقوع العقود بالمهر والقول بالعدم مخالفا للظاهر والغالب فالمنكر له انما يتكلم على خلاف الظاهر الغالب الاكثروثانيا لابأس باجراء الاستصحاب لاثبات اشتغال ذمة الزوج بتقريب انه فى الازل لم يكن العقد بمثل الامورات المذكورة الى حين العقد فلم يكن بعده كذلك .

فيثبت كونه بنحو المتعارف من ثبوت المهر ولابأس به فان الاستصحاب عندى من الامارات الموجبة لحجية مثبتاته ولو بالوسائط والروايات كلها راجعة الى الظن ببقاء ما كان وهو امر عقلائى لامجرد التعبد وله محل آخر .

وكيف كان فبعد العلم الاجمال بوجود المهر بعد الدخول لامجال للتمسك بالبراءة الاصلية اصلا .

هذا مع انه لا يصل النوبة الى ذلك اصلا لما عرفت من ان الاغلب الاكثر عدم خلو العقود عن المهر فكيف يمكن للزوج ادعاء عدم كون العقد بدون المهر ومع التسليم كان للمدعى اقامة البينة وبعد عدمها تصل نوبة الى اليمين للمنكر .

وفى المسالك بعد المتن قال اذا اختلف الزوجان فى اصل المهر بان ادعت الزوجة عليه المهر فقال لامهر لك عندى او ما ادى ذلك من غير ان يتعرض الى

القدر او التسمية وعدمها فقد اطلق المصنف وجماعة من الاصحاب تقديم قول الزوج مطلقاً .

اما اذا كان الاختلاف قبل الدخول فواضح لان مجرد العقد لا يستلزم المهر لانفكاكه عنه مع التفويض ثم يمكن استمرار برائته الى ان يموت احدهما قبل الدخول. واما اذا وقع بعد الدخول ففي قبول قوله اشكال لان العقد ان اشتمل على مهر فهو اللازم به والاصل بقاؤه والا فاللازم بالدخول مهر المثل .

والمصنف بعد ان استشكل المحكم اولا عقبه بقبول قوله ايضاً مستدلاً بالبرائة الاصلية وتوجيهها ان العقد لا يستلزم المهر على الزوج ولا الدخول بل هو اعم فلا يدل على الخاص ووجه عمومه ان الزوج قد يكون صغيراً معسراً زوجه ابوه فكان المهر في ذمة الاب او كان عبداً زوجه مولاه فكان لازماً للمولى فمجرد النكاح المشتمل على الدخول لا يقتضى وجوب المهر في ذمة الزوج فيتمسك عند الاختلاف باصالة براءة الزوج ويدخل في عموم اليمين على من انكر وهذا التوجيه حسن حيث يكون الزوج محتملاً لكونه باحد الوصفين فلو علم انتفاؤهما في حقه بان كانت حرته معلومة و لم يتزوج المرأة المدعية الا وهو بالغ او مات ابوه قبل ان يتزوجها ونحو ذلك لم يتم التمسك بالبرائة الاصلية للقطع حينئذ باشتغال ذمته بعوض البضع لانحصار امره حينئذ في الامرين على سبيل منع الخلوانه ان كان لم يسم مهراً فقد استقر عليه مهر المثل وان كان قد سمي استقر المسمى والاصل عدم دفعه اليها واللازم من ذلك ان لا يلتفت الى انكاره بل اما ان يحكم عليه بمهر المثل او ماتدعيه المرأة ان كان اقل نظراً الى اصالة عدم التسمية الموجب لذلك و اما ان يطالب بجواب آخر غير اصل الانكار فان ادعى تسمية حكم عليه بالمسمى الى ان يثبت براءة منه او عدمها فيثبت عليه مقتضى التفويض ومن الاصحاب من نظر الى دور الامرين الموجبين لبرائة ذمته من المهر بعد الدخول فلا يعارض بهما الاصل من ايجاب الوطى المحترم عوضاً فوجب عليه مهر المثل وهو اختيار العلامة في

الارشاد انتهى تدبر فيما ذكره وفيما ذكرنا حتى تقدر على الجمع ما بيننا وبينه .

وكذا كلام الحدائق حيث قال ما لفظه فى التنازع وفيه مسائل :

الاولى : لو اختلفا فى اصل المهر بأن ادعته المرءة وأنكر الزوج فقال لامهر

لك عندى وما أشبهه فان كان ذلك قبل الدخول .

فالظاهر انه لا اشكال ولا خلاف فى ان القول قول الزوج بيمينه لان مجرد

العقد لا يستلزم المهر لانفكاكه عنه فى صورة التفويض ثم يمكن استمرار برائته الى

ان يموت أحدهما قبل الدخول .

وان كان بعد الدخول فقد أطلق الاكثر انه كذلك أيضاً وهو على اطلاقه مشكل

لان العقد ان اشتمل على مهر فهو الواجب والاصل بقاءه وان لم يشتمل على مهر

كان مهر المثل واجباً بالدخول فالقول بأن القول قول الزوج بيمينه والحال كما

عرفت مشكل .

وربما اجيب بالتمسك بالبرائة الاصلية وتوضيحه ان العقد لا يستلزم وجوب

المهر على الزوج وكذا الدخول لا يستلزمه بل هو اعم منه والعام لا يدل على الخاص

وبيان العموم ان الزوج قد يكون صغيراً معسراً زوجته أبوه فان المهر فى ذمة الاب

أو يكون عبداً زوجته مولاة فكان المهر لازماً للمولى .

وبذلك يظهر ان الدخول لا يستلزم ثبوت المهر فى ذمة الزوج ومنه يظهر

صحة التمسك باصالة البرائة فى مقام الاختلاف .

وفيه انه لا خلاف نصاً وفتوى فى ان تفويض البضع موجب لمهر المثل مع

الدخول وهذا هو الذى تمسكنا به وما ذكر من هذين الموضوعين لا ينافى ذلك فانا

نقول بموجبهما فان ثبت هنا ان النكاح كان على أحد هذين الوجهين فلانزاع فى

ان القول قول الزوج بيمينه اما لو علم انتفاؤها فهو محل الاشكال فلا يتم ما ذكره

كلياً .

و بالجمله فان ما ذكره جيدان ثبت انتفاء التفويض اما باتفاقهما على ذلك

أو قيام البينة وما في معناها على ذلك لجواز ان يكون المهر المسمى ديناً في ذمة المرأة او عيناً في يدها فلا يكون العقد المشتمل على التسمية بمجرد مقتضياً لاشتغال ذمة الزوج بشيء من المهر انتهى .

ثم ان المراد مسن تقدم قول المنكر انه لا يكون فسى عسر و حرج من اقامة البرهان بخلاف المدعى فانه يحتاج الى مؤنة تحصيل البينة فان فيه العسر والحرج في غالب الموارد واما المنكر فانه لا يحتاج اليها اصلاً بل يكون القول قوله بيمينه فيرجع البحث الى انه لو لم يمكن اقامة البينة للمدعى كان المدعى عليه في فسخه من ذلك ولا يحتاج الى اتعاب نفسه الى تحصيل البينة ولكن على المدعى اثبات مدعاه بها .

وكيف كان ففي كل مورد يمكن للمدعى اقامة البينة تقدم بينته والافالقول قول المنكر فالمراد من تقدم قول المنكر عدم مشقة لتحصيل البينة .
وانما الاشكال في المتن وكلمات الاصحاب من حيث البرائة الاصلية .

وفي الجواهر في ضمن كلامه في المقام واستبعاد البرائة الاصلية قال مالفظه بل قديقال بذلك مع عدم العلم أيضاً ، بدعوى أن الاصل ثبوت الاستحقاق بالدخول حتى يعلم عدمه ، لاستفاضة النصوص بكون الدخول موجباً للمهر والغسل والعدة وهو قاعدة شرعية قاطعة لاصالة البرائة ، مضافاً الى اولوية البضع من المال بأصالة الاحترام والضمان ، ولعله الى ذلك أوماً في كشف اللثام حيث انه بعد أن ذكر ما عرفت عن المشهور قال: «ويشكل بأن الاصل مع الدخول شغل ذمة الزوج خصوصاً اذا علم انتفاء الامرين» بل هو ظاهر المسالك في أثناء كلام له ، بل لعله اليه يرجع ما عن الارشاد في مفروض المسألة من وجوب مهر المثل انتهى موضع الحاجة .

﴿ولا اشكال﴾ ايضاً في تقدم قول الزوج ﴿لو قدر المهر بارزة واحدة﴾

أي ربع حبة، والحبة ثلث قيراط، وهو جزء من عشرين جزء من دينار ﴿لان الاحتمال متحقق والزيادة غير معلومة﴾ فالزوجة تدعى الزيادة والزواج ينكره ونفى الاشكال

حيثذ فى محله لما ذكر فى المتن لامكان كون المهر قليلا فى النهاية كما قال بارزة واحدة وحيثذ ان كانت مع الزوجة بينة قدمت على قول الزوج والا كان القول قوله مع يمينه .

واما ماعن التحريم من أنه «اذا وقع الاختلاف فى أصل المهر بعد الدخول يستفسر هل سمي أم لا؟ فان ذكر تسمية كان القول قوله مع اليمين ، وان ذكر عدمها لزمه مهر المثل، وان لم يجب بشيء حبس حتى يبين» ففيه اولا انه مع ذكر التسمية واعتراف كليهما بأصل التسمية كان لامحالة نزاعهما فى القلة والكثرة وان الزوجة تدعى الزيادة والزوج ينكره وان ذكر عدمها متفقا كان لازمه التفويض وهو يثبت مهر المثل مع الدخول وليس محلا للنزاع والدعوى اذ مهر المثل معلوم بحكم العرف والشرع فيرجع اليه فلا اثر لاستفسار اصلا .

و فى الجواهر بعد عبارته قال اذ من المعلوم ان الاستفسار انما يجب مع افادة الكلام فائدة بدونه ، وقد عرفت أن مجرد الاعتراف بالنكاح مع الدخول له حكم يترتب عليه ، فلا يجب الاستفسار و ان كان جائزاً ، كما أن من المعلوم ان القول قولها فى عدم التسمية لا قوله، نعم هو كذلك لو اتفقا عليها واختلفا فيها قلة وكثرة ، كما تسمع الكلام فيه، وحبسه اذ لم يبين تعجيل عقوبة لاسبب لها، وذلك لان الدخول يقتضى حكماً فينبغى ترتيبه عليه حتى يتبين خلافه انتهى .

﴿ ولو اختلفا فى قدره ﴾ بأن ادعت المرأة تسمية الزائد والرجل الناقص ﴿ أو ﴾ اختلفا فى وصفه ﴿ بعد الاتفاق على جنسه أى نوعه على وجه ترتفع الجهالة القادحة فيه ثم ادعت المرأة زيادة وصف آخر مثلاً وأنكر هو ذلك ﴾ فالقول قوله أيضاً ﴿ مع عدم البينة والاقدم قولها وفى الجواهر كما هو المشهور بين الاصحاب بل هو كالمجمع عليه .

ويدل عليه [صحيح أبى عبيدة] عن الباقر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فادعت أن صداقها مائة دينار وذكر الزوج أن صداقها خمسون ديناراً

وليس لها بينة على ذلك ، قال : القول قول الزوج مع يمينه . مفهوم الرواية انه مع وجود البينة كان القول قولها .

قال في الحدائق والحق جماعة من الاصحاب منهم الشيخ في المبسوط وابن ادريس في السرائر والعلامة ير اختلافهما في جنسه بالاختلاف في قدره كما لو قالت المهر مائة دينار فقال بل مائة درهم واستدلوا عليه بان الزوج منكر فيكون القول قوله قال في المسالك والاشكال فيه اقوى ووجه التحالف فيه اولى الا ان الاصحاب أعرضوا عنه راسا وجماعة من العامة اثبتوه في اكثر هذه المسائل حتى في الاختلاف في اصل المهر وما حققناه اظهر .

اقول ما ذكره من اختيار القول بالتحالف في هذه المواضع يخالف ما قدمه في كتاب البيع في مسألة اختلاف المتبايعين فانه قد جعل لذلك ضابطة وهو ادعاء كل منهما صاحبه ما ينفيه الاخر بحيث لا يتفقان على امر فلو اتفقا على امر خرج ذلك عن مقتضى الضابطة المذكورة وفي هذا الموضوع قد اتفقا على امر وانما الاختلاف في الزيادة التي يدعيها المدعى والزيادة في الوصف او الزيادة في الجنس . وقد تقدم منا تحقيق الكلام في ذلك في المسئلة المذكورة في كتاب التجارة وتحقيق آخر ايضا في آخر ابواب الاجارة فليرجع اليه من احب الوقوف عليه . وكيف كان فالاحتياط فيما عدا المنصوص من هذه المواضع بالصلح ونحوه اولى انتهى .

﴿أما لو اعترف﴾ أي الزوج ﴿بالمهر ثم ادعى تسليمه ولا بينة﴾ ﴿فالقول قول المرأة مع يمينها﴾ لاصالة عدم التسليم واما مع البينة فلا .

قال في الحدائق الثانية لو اقر بالمهر وادعى تسليمه وانكر المرثة فمقتضى القواعد الشرعية ان القول قولها بيمينها و به صرح الاصحاب ايضاً لثبوته في ذمته باعترافه واصالة بقائه وعدم تسليمه حتى يثبت ذلك بوجه شرعي واما ما ورد في رواية الحسن بن زياد عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا دخل الرجل بامرئته ثم ادعت المهر

وقال الزوج قد اعطيتك فعلها البينة وعليه اليمين فهى غير معمول عليها عند اصحابنا سيما مع ما فى متنها من المخالفة للاصول فان المهر اذا تعين فى ذمة الزوج فهو المدعى للايفاء وهى المنكرة فيكون البينة عليه لاعليها انتهى .

واما جعل البينة على الزوج فهو على خلاف ظاهر ادعت ولازم ادعاؤها المهر عدم ايفاء الزوج فالبينة على الزوجة وعلى فقدها لم يصل النوبة الى يمين الزوج .

﴿ولو دفع قدر مهرها﴾ مثلاً من دون أن يقرن دفعه بما يقتضى وفاء أو هبة من لفظ أو غيره ثم اختلفا بعد ذلك ﴿فقالت﴾ المرأة ﴿دفعته هبة فقال : بل﴾ دفعته ﴿صداقاً فالقول قوله ، لانه أبصر بنيته﴾ والوفاء انما يعتبر فيه نية الدافع دون القابض ، بل فى المسالك «أنه كذلك بغير يمين ، لانه لو اعترف لها بما تدعيه لم تتحقق الهبة الا بانضمام لفظ يدل عليها ، فلا يقتقر الى يمين» .

المسألة ﴿الثانية اذا خلا﴾ الزوجة ﴿بالزوجة﴾ خلوة خالية عن موانع الوقاع ﴿فادعت الواقعة فان أمكن الزوج اقامة البينة﴾ على فساد دعواها ﴿بأن ادعت هى أن الواقعة قبلا وكانت بكرأ فلا كلام﴾ فى بطلان دعواها حيثئذ من غير يمين ، والا كان القول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الواقعة و﴿حيثئذ فهو منكر لما تدعيه﴾ المرأة عليه ، فيكون القول قوله بيمينه .

وعن المسالك فى شرح عبارة المتن « اذا ادعت بعد الخلوة التامة الخالية من موانع الوقاع الدخول وأنكر فان كانت بكرأ فلا اشكال ، لامكان الاطلاع على صدق أحدهما باطلاع التعاقب من النساء عليها ، وذلك جائز لمكان الحاجة ، كنظر الشاهد والطبيب » .

وفى الجواهر بعده قال وفيه مضافاً الى ما عرفت أن رؤياها ثبباً لادلالة فيه على صدق دعواها ، لاحتمال زوال بكارتها بغير وقاعه ، انتهى .

ولا يخفى انه أولاً على الزوجة البينة لانها مدعية للمواقعة والزوج ينكرها

وليس على الزوج الا اليمين وثانيا ان البينة غير ممكنة في امثال تلك المقامات لانها عبارة عن شهادة العدلين المتوقف على حضورهما عند الواقعة وهو يستحيل عادة اقامتها سواء كانت على الزوجة او الزوج لعدم الطريق اليها فالذى يمكن هو اليمين واما كون ادعاء الزوجة بحيث يظهر كذبها كما اذا ادعت الواقعة وكانت بكرأ فانه حينئذ لزم ان يلاحظها القوابل ومن كان نظرها اليها جائزاً فاذا رأتها بكرأ علمت بكذبها من غير احتياج الى البينة او اليمين من احدهما وان وجدتها ثيبّة وكون الازالة من قريب لقرائن تدل على وقوع الواقعة في تلك البارحة فانها نعلمها اهل الخبرة من القوابل علمت بصدقها .

نعم ان اتفقا على كون التزويج مع الثيبوبة لا طريق للعلم بادعائها الواقعة من طريق البينة ولكن يمكن ان يكون القول قولها حينئذ لظاهر الحال مع ارخاء الجلباب فقول الزوج على خلاف الظاهر .

﴿و﴾ لذا ﴿قيل﴾ كما عن الشيخ في النهاية والتهذيبن : ﴿القول قول المرأة﴾ مع يمينها ﴿عملا بشاهد حال الصحيح في خلوته بالحلائل﴾ فيكون قولها موافقاً للظاهر وهو المحكى عن ابن ابي عمير وجماعة من القدماء .

فالظاهر وقوع الواقعة بحيث كان ادعاء العدم على خلاف الظاهر ﴿و﴾ عليه كان الثانى لا ﴿الاول﴾ هو ﴿اشبه﴾ عملا بظاهر الحال .

المسألة ﴿الثالثة﴾ ﴿لوأصدقها تعليم سورة او صناعة فقالت : علمنى غيره فالقول قولها﴾ بلاخلاف ولااشكال ﴿لأنها منكورة لما يدعيه﴾

وفى الجواهر نحو انكارها وصول المهر لو ادعى عليها تسليمه ، ونحو انكارها لو ادعى عليها تعليم السورة فقالت : علمنى غيرها ، وحينئذ يلزم فى الفرض باجرة التعليم كما عرفته سابقاً .

المسألة ﴿الرابعة﴾ ﴿اذا أقامت المرأة بينة انه تزوجها فى وقتين بعقدين﴾ على مهرين متفقين أو مختلفين أو أقر الرجل بذلك ﴿فادعى الزوج

تكرار العقد الواحد وزعمت المرأة انها عقدان فالقول قولها لان الظاهر معها * .
وفى الجواهر اى ظاهر الايتان بالصيغ ارادة ترتب آثارها عليها الذى هو
مقتضى اصالة الصحة فيها ، لكن فى المسالك « قدّم قولها عملاً بالحقيقة الشرعية
لان العقد حقيقة شرعية فى السبب المبيح للبضع ، واستعماله فى نفس الايجاب
والقبول المجردين عن الاثر مجاز بحسب الصورة ، كسمية الصورة المنقوشة على
الجدار فرساً ، انتهى .

كون القول قولها مما لا ينكر لان الاصل كون العقد لاجل اثره المقصود
وليس الا فى التأسيس لا التأكيد بل لوجه للتأكيد خصوصا اشتغال العقدين على
قرائن غالباً لا يمكن انكاره حيث ان قصة الزوجين بمنظر من الناس وقران الطرفين
فكيف يمكن اخفائه وانكاره غالباً ومع الغض عن ذلك كون العقدين واقعا كثيراً
كما اذا عقد ثم طلقها ثم عقدها بعد تمام العدة بمهر آخر فيكون على الزوج مهريين
للاول والثانى .

﴿و﴾ حيثذ ﴿هل يجب عليه المهران﴾ المسميان فيهما ؟ ﴿قيل . نعم
عملاً بمقتضى العقدين﴾ المحكوم بصحتها شرعاً فيترتب على كل منهما أثره
كما هى القاعدة فى كل سبب ، ﴿وقيل﴾ كما عن الشيخ فى المبسوط وسديد
الدين والد العلامة: ﴿يلزمه مهر ونصف﴾ .

﴿و﴾ لذا كان ﴿الاول أشبه﴾ عند المصنف وفى الجواهر باصول المذهب
وقواعده ضرورة عدم ما يصلح به الخروج عن مقتضى السبب الثابتة سببته والمستصحب
مقتضاه ، وأصالة عدم الدخول لا تصلح لاثبات التنصيف الذى ينفى مقتضيه بأصالة
عدم حصوله ، كأصالة عدم العيب ونحوه ، ومجرد احتمال كون الفرقة مما تقتضى
عدم المهر أصلاً أو نصفه لا يقطع أصالة بقاء الاستحقاق والملك ونحوهما التى
يكفى فى ثبوتها احتمال كون الفرقة بما يقتضى تمام المهر ، ولا ريب فى تحقق
الاحتمال فى الفرض ، كما هو واضح انتهى .

ولكن الانصاف قوة مساويل فان المتيقن من تقدم دعوى الزوجة هو اثبات العقدين واما كونهما مع الدخول كى يثبت مهرين فهو منفى باصالة عدم الدخول اللهم الا ان يقال من سكوت كليهما فى امر الدخول يعلم ان كلامهما ليس فيه اصلا بل انما كان نزاعهما فى الوحدة والتعدد فاذا ثبت بمقتضى تقدم قول الزوجة التعدد ثبت جميع آثار العقد فاثبات المهرين على الزوج قوى.

﴿النظر الثالث فى القسم والنشوز والشقاق﴾ و﴿القول﴾ الان ﴿فى القسم﴾ والكلام فيه وفى لواحقه ، أما الاول فنقول : ﴿ .

وفى الجواهر هو بفتح القاف مصدر قسمت الشىء أقسمه ، او بالكسر : الحظ والنصيب ، ويقال : هو التقدير ، وعرفاً هو قسمة الليالى بين الزوجات ، ويمكن اعتباره من كل منهما .

وكيف كان فى ﴿لكل واحد من الزوجين حق يجب على صاحبه القيام به﴾ استحباباً ووجوباً بالسنة المتواترة واجماعاً وان كان حق الزوج على الزوجة أعظم بمراتب ، فانه لاحق لها عليه مثل ماله عليها ، بل ولا من كل مائة واحد ، بل هو أعظم الناس حقاً عليها وقال رسول الله ﷺ : «لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر، ولو صلح لامرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها ، والذى نفسى بيده لو كان من مفرق رأسه الى قدمه قرحة ترشح بالقيح والصديد ثم استقبلته تلمسه ما أدت حقه» وقال أمير المؤمنين عليه السلام «كتب الله الجهاد على الرجال والنساء فجهاد الرجل بذل ماله ونفسه حتى يقتل فى سبيل الله ، وجهاد المرأة أن تصبر على ماترى من أذى زوجها وغيرته» وجهادها أيضاً حسن التبعل .

ومن حقه عليها «أن تطيعه ولا تعصيه ولا تصدق من بيته الا باذنه ولا تصوم تطوعاً الا باذنه ، ولا تمنعه نفسها ، ولو كانت على ظهر قتب ، ولا تخرج من بيتها الا باذنه» ولو الى أهلها ولو لعبادة والدها أوفى عزائه «وأن تطيب بأطيب طيبها ، وتلبس أحسن ثيابها ، وتزين بأحسن زينتها ، وتعرض نفسها غدوة وعشية» .

بل «ليس للمرأة أمر مع زوجها فى عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر فى مالها الا باذن زوجها الا فى حج أوزكات أو بر والديها أو صلة قرابتها» بل «أىما امرأة قالت لزوجها : مارأيت منك خيراً قط أو من وجهك خيراً فقد حبط عملها» .
و «أىما امرأة باتت وزوجها عليها ساخط فى حق لم تقبل منها صلاة حتى يرضى عنها ، ولا يرفع لها عمل» و ان خرجت من غير اذنه لعنتها ملائكة السماء وملائكة الارض وملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى ترجع الى بيتها» .

ثم انه كما يكون حق للزوج عليها فكذلك حق للزوجة عليه .

ومن حقها عليه أن يشبعها وأن يكسوها وأن يغفر لها اذا جهلت ولا يقبح لها وجهها ورحم الله عبداً أحسن فيما بينه وبين زوجته ، فان الله تعالى قدم لك ناصيتها، [وقال رسول الله ﷺ] : « اوصانى جبرئيل بالمرأة حتى ظننت أنه لا ينبغى طلاقها الا من فاحشة مبينة» و«عيال الرجل اسراؤه، وأحب العباد الى الله تعالى احسنهم صنعا الى اسرائه» وانما المرأة لعبة من اتخذها فلا يضعها « أ يضرب أحدكم المرأة ثم يظل معانقها » «وخير كم خير كم لنسائه ، وأنا خير كم لنسائى» الى غير ذلك مما يدخل تحت قوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف» .

كذافى الجواهر والمسالك و الحداثى ﴿ فكما يجب على الزوج النفقة من الكسوة والمأكل والمشرب والاسكان ﴾ على حسب ما ستعرف ﴿ فكذا يجب على الزوجة التمكين من الاستمتاع ﴾ مع عدم المانع عقلاً أو شرعاً ولو كانت على ظهر قبة ﴿ و ﴾ أن ﴿ تتجنب (تجنب خ) ما ينفر منه الزوج ﴾ من الثوم والبصل والاوساخ والقذارات وغير ذلك .

﴿ و ﴾ أما ﴿ القسمة بين الأزواج ﴾ فهى ﴿ حق على الزوج ﴾ وفى الجواهر وله، لا شراك ثمرته، وهو الاستئناس، ولان الاخبار توجب استحقاقها ، وحق الاستمتاع يوجب استحقاقه، فلكل منهما الخيار فى قبول اسقاط صاحبه له وعدمه ولا يتعين عليه القبول انتهى .

ظاهر العبارة وجوب القسمة مطلقا ولو للزوجة الواحدة وانه بمجرد العقد يجب على الزوج ان يختص ليلة من ثلاث ليال له بها فان زادت على الواحدة فليلتان حتى يتم لياليه بالاربع .

وبالجمله فى الزوجة الواحدة ليلة وفى الثانية ليلتان وفى الثالثة ثلاث وفى الرابعة اربع فلا يبقى للزوج ليلة اذله اربع زوجات فله اربع ليال ولكن فى ظهور الروايات فى ذلك تامل غايته ذلك عند الشروع فى ازيد من واحدة .

قال فى الحقائق ما لفظه : الثالث ينبغى ان يعلم ان مما يتفرع على الخلاف المتقدم كما صرح به الاصحاب ايضا انه لو لم يكن له الأزوجة واحدة فعلى المشهور من وجوب القسم ابتداء فان لها ليلة من اربع ليال يبيت فيها عندها وثلث له يضعها حيث يشاء لان الله تعالى اباح له ان ينكح اربع نساء لا ازيد فللواحدة من الاربع ليلة فاذا انقضت الاربع وجب ان يبيت عندها ليلة ثم له ثلث يضعها حيث يشاء . وهكذا ومن كان له زوجتان فلكل واحدة ليلة من الاربع واثنان من الدور له يضعها حيث يشاء ومن كان له ثلث زوجات يبقى له من الدور ليلة يضعها حيث يشاء ومن كان له اربع فقد كل الدور لهن فليس له شىء زايد ولم يكن له الاخلال بالبيت عند صاحبه لليلة ابدأ مع الاختيار وعدم الاذن وكل ما فرغ الدور استأنف الدور على الترتيب الذى فعل فى الدور الاول وله ان يختص بعض الزوجات بالليلة التى له الا ان الفضل المساواة بينهن .

واما على القول الاخر من عدم الوجوب الا اذا ابتداء فلو لم يكن عنده الأزوجة واحدة لم يجب القسم لها مطلقا بل له ان يبيت عندها متى شاء ويعتزلها متى شاء ومن كانت عنده زوجتان فانه لا يجب عليه القسم لها ابتداء بل له ان يبيت حيث يشاء فان بات عند واحدة منهن ليلة وجب عليه ان يبيت عند الاخرى مراعاة للعدل بينهما وعملا بالامر بالمعاشرة بالمعروف ونحو ذلك من الادلة الدالة على وجوب العدل كما تقدم .

فاذا ساوى بينهما فى المبيت كما ذكرنا جاز له اعتزالهما وترك القسمة الى ان

بيت عند واحدة منهما فيلزمه المبيت عند الاخرى لما تقدم وهكذا ومثله يأتي فيما لو كان عنده ثلث واربع فانه بعد كمال دوره عليهن والمساواة بينهما في ذلك الدور له الاعراض عنهن كما في الابتداء انتهى .

وكيف كان فعلى وجوب ذلك ﴿ حرراً كان أو عبداً ولو كان عنيماً أو خصياً ﴾ فان القسمة للايناس والعدل والتحرز عن الايذاء، وللمعاشرة بالمعروف، فلم يفرق فيها بين الحر والعبد، ولا بين العنين والفحل، ولا بين الخصى وغيره، لاشتراك الجميع في الفائدة المطلوبة منه .

بل ﴿ وكذا لو كان مجنوناً ﴾ ان كان ﴿ يقسم عنه الولي ﴾ بأن يطوف به عليهن أو يدعوهن اليه أو بالتفريق، نعم ان لم يوثق به لا ينتفع به اوفى مثل ذلك فلا قسم في حقه ، وان أمن كذا في الجواهر .

وفي المسالك ما لفظه: لما كان الغرض من القسمة الايناس والعدل بين الزوجات والتحرز عن الايذاء والايحاش بترجيح بعضهن على بعض لم يفرق فيها بين الحر والعبد ولا بين العنين والفحل ولا بين الخصى وغيره لاشتراك الجميع في الفائدة المطلوبة منه والوقاع غير واجب .

واما المجنون اذا كان له زوجات متعددة و يتصور ذلك فيمن بلغ رشيداً فتزوج اكثر من واحدة ثم عرض له الجنون اوزوجه وليه صغيراً اكثر من واحدة ثم بلغ مجنوناً لافي غير ذلك لان المجنون البالغ لا يجوز لوليها ان يزوجه اكثر من واحدة لانتفاء الحاجة بها ثم لا يخلو اما ان يكون جنونه مطبقاً او اوارافان كان الثاني فهو في وقت الافاقه كثيره من المكلفين وفي غيرها كالمطبق ثم ان لم يؤمن منه فلا قسم في حقه وان أمن فان كان قد قسم لبعض نسائه ثم جن .

فعلى الولي ان يطوف به على الباقيات قضاء لحقوقهن كما يقضى ما عليه من الدين وكذلك اذا طلب ان جعلنا حق القسمة مشتركا بينهما وان جعلناه مخصوصاً بالزوج لم يجب على الولي الاجابة ولو اردن التأخر الى ان يفيق فيتم المؤانسة

فلهن ذلك وان لم يكن عليه شيء من القسم بأركان معرضاً عنهن جمع أو جن بعد التسوية بينهما فان رأى منه الميل الى النساء أو قال اهل الخبرة ان غشيانهن ينفعه. فعلى الولى ان يطوف به عليهن أو يدعوهن الى منزله او يطوف به على بعضهن ويدعو بعضهن كما يرى وليس له ان يجور لان الولى عاقل و ليس للعاقل الجور فى قسم زوجاته و لا يفضل بعضهن فان جار و قسم لاحديهن اكثر اثم فاذا أفاق المجنون فالمشهور ان عليه القضاء لمن نقص من حقها ولو قيل بعدم وجوب القضاء على المجنون وبقاء الحق فى ذمة الولى كان وجهاً لان المجنون غير مكلف والقضاء تابع للتكليف بالفعل او ثابت بامر جديد وهو منتف هنا انتهى .

و كيف كان فالمشهور وجوب القسم بالعقد كسائر الحقوق فانه حق لهما لا لخصوص الزوج .

وفى الجواهر و كيف كان فالمشهور على ما حكاه غير واحد وجوب القسمة ابتداءً ، بمعنى وجوبها بالعقد والتمكين كالنفقة ، انتهى وسيأتى ما فيه .

وفى الحدائق ما لفظه وبالجملة فانه لاخلاف فى وجوب القسمة انما الخلاف فى انه هل تجب بنفس العقد والتمكين أم يتوقف على الشروع قولان المشهور على ما نقله فى المختلف الاول ومبنى هذا الخلاف على ان القسمة هل هى حق للزوج خاصة أو مشتركة بينه وبين الزوجة .

و قال الشيخ فى المبسوط لايجب عليه القسمة ابتداء لكن الذى يجب عليه النفقة و الكسوة والمهر والسكنى فمتى تكفل بهذا لايلزمه القسم لانه حق له فاذا سقطه لايجبر عليه ويجوز له تركه وان بيت فى المساجد وعند اصدقائه .

فاما اذا أراد يتدى بواحدة منهن فيجب عليه القسمة لانهن ليس واحدة منهن اولى بالتقديم من الاخرى انتهى واعترضه فى المختلف باننا نمنع انه حقه المختص به بحيث يكون له تركه فانه حق مشترك فللمرئة المطالبة بحقها منه والاخبار وردت مطلقة بالامر بالقسمة فان الباقر عليه السلام قسم للحررة الثلثين من ماله ونفسه وللامة الثلث

من ماله ونفسه والى القول بما ذهب اليه الشيخ فى المبسوط ذهب المحقق فى الشرايع والعلامة فى السراير واختاره السيد السند فى شرح النافع قال ره بعدنقل ذلك عن هؤلاء المذكورين وهو المعتمد تمسكاً بمقتضى الاصل السالم عما يصلح للمعارضة فان الاخبار الواردة فى هذا الباب قليلة جداً وليس فيها ما يدل على وجوب القسم ابتداءً بخصوصه أو اطلاقه كما يظهر للمتتبع وكذا الكلام فى التأسى فانه لم يثبت ان النبى ﷺ قسم بين نسائه ابتداءً على وجه الوجوب ليجب التأسى به فى ذلك على ان المشهورين الخاصة والعامة ان القسم لم يكن واجباً عليه ﷺ انتهى .

أقول والحق انه لادليل فى الاخبار على شىء من القولين الا ان ما ذهب اليه الشيخ ومن تبعه مؤيداً بالاصل كما ذكره السيد السند فلا يبعد ترجيحه لذلك وادلة القول المشهور كلها مدخولة كما بسط عليه الكلام فى المسالك انتهى .

ولا يخفى ان الدليل على القسم اجمالاً موجود مسن الروايات فان المتيقن منها انما هو فى البيوتة معها مطلقاً فما عن المبسوط متين وحجة المشهور روايات مضافاً الى التأسى بالنبى ﷺ فان كان يقسم بينهما دائماً حتى كان يطاف به فى مرضه محمولاً وكان يقول «أللهم هذا قسمى فيما أملك وأنت أعلم بما لأملك» يعنى من جهة الميل القلبى .

مثل اطلاق قول الصادق عليه السلام فى [خبر البصرى] «فى الرجل تكون عنده المرأة فيتزوج اخرى كم يجعل للتى يدخل بها؟ قال: ثلاثة أيام، ثم يقسم» .

وخبر [على بن جعفر] عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل له امرأتان قالت احدهما: ليلتى ويومى لك يوماً أو شهراً أو ما كان أيجوز ذلك؟ قال: اذا طابت نفسها واشترى ذلك منها لا بأس به» .

[وخبر الحسن ابن زياد] وغيره قال: «سألته عن الرجل يكون له امرأتان واحداً هما أحب اليه من الاخرى أله أن يفضلها بشىء؟ قال: نعم له أن يأتيها ثلاث

ليال والآخرى ليلة، لان له أن يتزوج أربع نسوة، فثلاثة يجعلها حيث شاء، قلت : فتكون عنده المرأة فيتزوج جارية بكرة، قال: فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال، وللرجل أن يفضل نساءه بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً .

[وصحيح ابن مسلم] «سألته عن الرجل يكون عنده امرأتان احدهما أحب اليه من الاخرى، قال: له أن يأتيها ثلاث ليال والآخرى ليلة، فان شاء أن يتزوج أربع نسوة كان لكل امرأة ليلة فلذلك كان له أن يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً» الى غير ذلك من النصوص الدالة على أن لكل زوجة ليلة من أربع ليال لكن فيه عدم منافاتها لما عن المبسوط اذ اقصاها ان لكل زوجة ليلة وهو لا يدل على ان جميع الاوقات كذلك بل في الشروع في الدورة فاذا بات عند احدهما يجب عليه مراعات العدالة والتسوية بين الجميع ان كن اربع نسوة وهذا هو الموافق للشريعة السهلة وحرية الرجل بالنسبة الى نساءه لعدم قدرة الزوج على عدم الحب بالنسبة الى من هي احسن من الاخرى حسنا واخلاقا وادبا فالحب اليه قهري دون غيره فالمناسب للشرع حرية ومختارته بالنسبة الى زوجاته .

ويدل عليه ما عن علي بن ابراهيم في تفسيره عن أبي جعفر الاحول وانه سأله رجل من الزنادقة فقال أخبرني عن قول الله فانكحوا ما طاب لكم من النساء الى قوله فان خفتم الا تعدلوا فواحدة وقال في آخر السورة ولو تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فبين القولين فرق .

فقال أبو جعفر الاحول فلم يكن عندي فسي ذلك جواب فقدمت المدينة فدخلت الى أبي عبدالله عليه السلام فسئله عن الايتين فقال اما قوله فان خفتم الا تعدلوا فواحدة فانما عنى في النفقة .

و أما قوله ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فانما عنى فسي المودة فانه لا يقدر احد ان يعدل بين امرئتين في المودة فرجع ابو جعفر الى الرجل فأخبره فقال هذا شيء حملته الابل من الحجاز .

ومن ذلك يظهر عدم الاشكال فى ترجيح من هى أحسن بنحو لا ينافى العدالة بأن يكون الاياب والذهاب عندها أكثر ولو فى أوقات لم يضر بغيرها .
وبالجملة تقييده على خلاف الاصل الا ان يثبت بدليل قطعى .
هذا مضافا الى عدم ظهور هذه الروايات فى وجوب القسمة على الزوج بمجرد العقد وعليه بينه وبين ما هو المشهور بون بعيد اذ لازم قول المشهور اولا وجوب القسمة ولو للزوجة الواحدة وثانيا وجوب الدور الى بقاء الزوج .
وكلاهما يحتاج الى الدليل وغاية الاخبار وجوب القسمة اذا بات عند واحدة منهن ولا يجب عليه بعد تمام الدور لو اعرض وانصرف عن ادامة البيوتة عند من ابتداء بها اما خبر البصرى وابن زياد فى صدد بيان ان الزوجة الجديدة لها ثلاثة ايام فضلا عليها حتى تميل وتأنس بزوجها وبعد الثلاثة يكون كغيرها .
وخبر على بن جعفر المشتمل على شراء الزوجة ليلتها فلا يظهر منه ما زاد على ليلتها التى وصلت نوبتها اليها بالدورة لانه كذلك الى الابد ومن المعلوم ان النوبة لكل منهن فى كل دورة لصاحبها ويجوز لها شرائها وهبتها ويكون كسائر الاشياء التى قد يكون مالكا له وقد لا يكون كذلك فشرائها لا يدل على كونها مالكة لها مطلقا .
نعم صحيح ابن مسلم لعله ظاهر فى ذلك مع امكان ارجاعه الى اى دورة صارت نوبتها فيها فمعنى قوله عَلَيْهَا له ان يأتها ثلاث ليال انه فى كل دورة شرع الزوج فيها لافى جميع الايام وكذا معنى قوله عَلَيْهَا كان لكل امرأة ليلة اى ليلة وقعت فى دورة شرع فيه لها لافى جميع الايام .
ويمكن ان يستفاد عدم وجوب القسم مطلقاً من قوله تعالى ترجى من تشاء منهن وتؤوى اليك من تشاء وفى مجمع البيان الارجاع هو التأخير ويكون من تباعد وقت الشيء عن وقت غيره ان قال اى تؤخر و تبعد من تشاء من ازواجك و تضم اليك من تشاء منهن .

ثم قال واختلف فى معناه على اقوال احدها ان المراد تقدم من تشاء من نسائك فى

ايواء وهو الدعاة الى الفراش و تؤخر من تشاء في ذلك و تدخل من تشاء منهم في القسم و لا تدخل من تشاء عن قتاده و كان رسول الله ﷺ تقسم بين ازواجه و اباح الله له ترك ذلك انتهى و جعل معنى الثانى هو الطلاق و عدمه .

و لا يخفى ان المعنى الاول اظهر وهو التقدم و التأخر فى الفراش من دون لحاظ القسمة و كون ذلك من مختصات النبي ﷺ غير معلوم و اباحة الله له ﷺ لا يدل على وجوبه عليه لامكان ان يجعله ذلك عدالة بينهن و لحسن معاشره لهن خصوصاً مقام النبي ﷺ و موقعيته و شأنه و جلالة قدره عند الناس و محبته فى قلوبهم فكان يليق بان افعال بهن ما هو احسن و اولى منه حتى لا يتوهم جاهل حساسة علوه و مقامه و ينزل رتبه عندهن فانه ربما يوجب كفر الجاهلين فمع عدم وجوبه عليه يفعل ذلك بل بما هو فوقه تحرزاً عن ذلك التوهيمات الحاصلة من الجهال ذكوراً و اناثاً لكن الله تعالى لم يرض بذلك لمشقته عليه فاباح له ﷺ ذلك .

و بالجملة ظاهر نفس الاية هو عدم الوجوب بل التخيير فى امر اختياره أيهن للبيتوته معه على خلاف الترتيب و ظاهر نقل الخبر ايضاً غير مناف له كما عرفت و قد تلخص انه لم يكن دليل للمشهور على ما ادعوه .

وفى الحدائق مالفظه و غاية ما تدل عليه هذه الاخبار و نحوها هو انه يجوز له التفصيل بماله من لىالى الدور بمن شاء من نساءه ما لم يكن اربعاً .

و اما ما نحن فيه من الخلاف فلا دلالة و لا اشارة فى هذه الاخبار اليه و قد عرفت انه على المشهور يجب عليه استيناف الدور كلما فرغ و على القول الاخر لا يجب عليه بل له ان يبيت حيث شاء الى ان يبيت عند واحدة منهم فيجب عليه المبيت عند الاخرى متحدة او متعددة .

ثم قال و مما يتفرع على القولين انه لو كان عنده منكوحات لا يجب لهن قسمة فعلى الاول بعد تمام الدور لا يجوز له المبيت عند واحدة منهم الا باذن مستحقة تلك الليلة و على الثانى يجوز له المبيت عند كل من لا يستحق قسمة الى ان يبيت

عند واحدة من ذوى القسم فيجب عليه اتمام الدور و له بعد تمام الدور ان يعدل الى من لا يستحق قسمة وذلك واضح والله العالم انتهى.

﴿و﴾ لذلك كله ﴿قيل لا تجب القسمة حتى يتدىء بها ، وهو اشبه﴾ فلا يجب حينئذ للواحدة مطلقاً التى لاموضوع للقسمة فيها، بل ولا للمتعددات الا مع المبيت ليلة عند احدهما فيجب حينئذ ذلك لهن حتى يتم الدور ، ثم لا يجب عليه شىء . فله الاعراض حينئذ عن القسم عنهن أجمع ، للاصل وماروى عن النبى ﷺ انه غضب على بعض نسائه فاعتزلهن أجمع شهراً، ولو كان القسم واجباً اختصت الناشزة بالحرمان .

هذا كله مع الغض عما ورد فى انحصار حقوق الزوجة فيه بداهة ان حق القسم خارج عنها كخبر [اسحاق بن عمار] قلت لابي عبدالله عليه السلام : « ما حق المرأة على زوجها الذى اذا فعله كان محسناً ؟ قال : يشبعها و يكسوها ، و ان جهلت غفر لها » .

[فى خبر] شهاب بن عبد ربه قلت لابي عبدالله عليه السلام : « ما حق المرأة على زوجها قال : يسد جوعتها ، ويستر عورتها ، ولا يقبح لها وجهها ، فاذا فعل ذلك فقد والله ادى اليها حقها » .

[وفى خبر العزمى] عن أبى عبدالله قال : « جاءت امرأة الى النبى ﷺ فسألته عن حق الزوج على المرئة فخيرها، ثم قالت : فما حقها عليه ؟ قال : يكسوها من العرى ويطعمها من الجوع ، وان أذنبت غفر لها ، فقالت : فليس عليه شىء غير هذا ؟ قال : لا ، قالت : لا والله لا تزوجت ابداً ثم ولت » الحديث .

[وفى خبر] يونس بن عمار قال : « زوجنى أبو عبدالله عليه السلام جارية كانت لاسماعيل ابنه ، فقال : احسن اليها، فقلت : و ما الاحسان اليها ؟ قال : أشبع بطنها ، واكس جنبها ، واغفر ذنبها » الى غير ذلك من النصوص الدالة عليه .

[فان قلت] هذه الروايات تخصص بادلة القسم.

[قلت] اولاً ان ذلك فرع ظهور ادلة القسم فى الوجوب بنحو ما قال المشهور و ثانياً فرع صلاحية عمومات الحقوق للتخصيص و الفرض ان تلك الادلة نافية لغير ذلك الا ترى الى قوله عَلَيْهَا لافى جواب المرأة.

حيث قالت فليس عليه شىء غير هذا حتى كبرت عليها وقالت والله لاتزوجت ابداً فكيف يصح القول بوجوب القسم ايضاً فانه يكون حينئذ لها و من المعلوم انه لو كانت لها القسمة لما قالت لاتزوجت ابداً و اضعف من الجميع هو اثبات القسمة بالعقد للواحدة مع اطلاق جميع الادلة و عدم الاشارة اليه .

قال فى الجواهر على أن جميع هذه النصوص جارية مجرى الغالب فى حال الزوج أنه يبيت عند زوجته ، فمع فرض تعددها كان عليه ملاحظة العدل فى القسمة والتفضيل على الوجه المذكور فى النصوص ، وليس المراد وجوبها ابتداءً و لا وجوب مبيت ليلة من الاربعة لو كانت واحدة ، بل ينبغى الجزم بعدم الاخير كما جزم به فى الرياض ، لعدم دلالة شىء من تلك الادلة عليه ، سوى دعوى ظهور خبر الحسن بن زياد و ما شابهه فى أن لكل امرأة ليلة من اربع ليال الممنوعة على مدعيها على وجه يفيد ذلك بحيث يعارض الاصل ، و نصوص حصر حق الزوجة فى غير ذلك .

و من هنا كان صريح ابن حمزة و ظاهر المحكى عن المقنعة و النهاية و الغنية و المهذب و الجامع و وجوب القسم مع التعدد و الواحدة ، و اختاره بعض المتأخرين و متأخريهم ، و لا ينافى ذلك ما سمعته من دعوى الاجماع المركب المردودة على مدعيها بذلك الذى منه و غيره يظهر ما فى دعوى الشهرة على القول الاول ايضاً .

وقد تحصل من ذلك ان الاقوال فى المسألة ثلاثة ، ولكن القول بوجوب

القسمة ابتداءً و لو فى المتعددات التى هى محل اجتماع القولين - مع ما عرفته فيه من عدم الدليل الواضح فضلاً عن أن يكون بحيث يعارض ما سمعت - يستلزم أحكاماً

عديدة يصعب التزامها ، بل لعلها مخالفة للمعلوم من سيرة أهل الشرع وطريقتهم ، كعدم جواز الاشتغال فى العبادات والاستئجار فى الليل لبعض الاعمال وغير ذلك الا برضا صاحبة الليلة .

وعلى كل حال ﴿ف﴾ قدبان لك أن مقتضى القول المشهور الذى ذهب اليه المصنف ان ﴿من﴾ كان ﴿له زوجة واحدة﴾ ان ﴿لها ليلة واحدة﴾ ﴿من أربع﴾ ، وله ثلاث يضعها حيث يشاء ﴿ولو عند مملوكاته﴾ وللاثنين ليلتان ﴿وله ليلتان يضعها حيث يشاء﴾ وللثلاث ثلاث ، والفاضل ﴿وهو ليلة واحدة﴾ ﴿له﴾ يضعها حيث يشاء . ﴿و﴾ وأما ﴿لو كان له أربع فلكل واحدة ليلة﴾ بحيث لا يحل له الاخلال بالميت ﴿فى احدهن﴾ الامع العذر ﴿العقلى أو الشرعى المرجع على أداء حقها المسقطين لادائه أوله ولقضائه﴾ أو السفر ﴿منه أو منها على الوجه الذى ستعرف الحال فيه﴾ أو اذنهن أو اذن بعضهن فيما يختص به الاذنة ﴿اذلاسلطان لها على غير حقها .

و اما على القول المختار فلاشئ عليه الا فيما دار عليهن و مما يترتب على المختار هو جواز جعل القسمة اقل من ليلة لو كان للجميع سواء كنصف الليل او ثلاث ساعة مثلا بخلافه على القول المشهور .

﴿وهل يجوز أن يجعل القسمة أزيد من ليلة لكل واحدة؟ قيل﴾ و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه وجماعة : ﴿نعم﴾ يجوز للاصل و اطلاق الامر بالقسمة مع عدم العول والجور فيها ، ولاشئ منهما فى المفروض .

﴿والوجه﴾ عند المنصف وجماعة ﴿اشتراط﴾ جوازه ﴿بـ﴾ رضاهن ﴿فلا يجوز مع عدمه﴾ [لخبر سماعه] « سألت عن رجل كانت له امرأة فيتزوج عليها هل يحل له أن يفضل واحدة على الاخرى؟ قال: يفضل المحدثه حدثان عرسها ثلاثة ايام اذا كانت بكرأ ، ثم يسوى بينهما بطيبة نفس احدهما للاخرى .

وظهورها فى الاستحباب غير خفى لدخوله فى حسن المعاشرة و كراهة ان يكون على خلاف رضاها فالجواز قوى خصوصاً فيما لا يتمكن الزوج من غير ذلك

كما اذا كان له وطنان او ازيد وفي كل واحد زوجة منه فلا يمكنه الا بقاء خمسة ايام عند كل واحد منهن ويرحل الى الاخرى وهو موافق لسهولة الشريعة السمحة .

بل لزوم الصعوبة على قول المشهور و هو مما يكون قرينة على عدمه في الشرع و عدم ظهور الروايات في ذلك و كيف يجبي عن قبل التزويج عسرو حرج لبعض المكلفين مع ان جواز تعدد الزوجات ايضا لرفع العسرو الحرج .

ومن كان شغله و كسبه في مكان الى شهر او ازيد وفي مكان آخر كذلك وفي مكان ثالث كذلك كيف يمكنه الليلة فقط و كيف يمكنه ارضائها لو لم ترض بذلك فلزم عليه ترك امكنة كسبه الملازم لقضاء امور معيشته و ذهابها و تفرق اوضاع افعاله المرتبة في دور الامر بين تركها و العزم الى تفرقها او تفرق زوجها بالطلاق و كلاهما مشكل فلا يكون الاخبار ظاهرة في وجوب القسم بالعقد او بالشروع في جميع الاوقات . و على التسليم كان المراد بالليلة ليلة عرفي غالبى لامن اول الليل الى الفجر ولا في الاقتصار بخصوصها في جميع الاوقات بل فيما لم يكن مانعا من زيادة و نقصان و الا فيشكل الامر في كثير من الامور حتى للتهجد و الاعتكاف و ما قد يتفق في الليل لاصلاح امور الناس و المملكة بحيث يحتاج الى التكلم و الفكر الى طلوع الفجر و نحو ذلك فربما يتفق له امورات و احداث لم يخطر بباله و مع ذلك لم يرض بذلك زوجته فالحق عدم وجوب القسم الا بعد التعدد و الشروع فسي الدورة فيجب بقاء ليلة عندها عرفا لولا عروض مانع من تمامها .

قال في الحدائق الرابع لاختلاف و الاشكال في ان اقل افراد القسم لو تعددت الزوجة ليلة فانه هو المستفاد من الاخبار و من سيرة النبي ﷺ و الائمة الابرار عليهم السلام .

وانما الخلاف و الاشكال في الزيادة فليل يجوز ان يجعلها ازيد من ليلة و نقل عن الشيخ في المبسوط و جمع من الاصحاب للاصل و حصول الغرض حيث تحصل التسوية بينهن في الزمان و لان الحق له فتقديره اليه و حقهن انما هو فسي العدل

والتسوية وهو متحقق .

وقيل لايجوز الزيادة على ليلة وهو اختيار المحقق فى الشرايع وغيره والظاهر انه المشهور بين المتأخرين تأسيساً بالنبي ﷺ ولما فيه من الاضرار والتضرير اذ قد يحصل لبعضهن القسم ويلحقه مايقطعه عن القسم للباقيات .

ولا يخفى ما فى هذه التعليقات العلية من الضعف والقصور لو جوزنا بناء الاحكام الشرعية على مثلها وقد اوضحه شيخنا فى المسالك وبالجملة فانه بالنظر الى تعليقاتهم فى المقام فالاول هو الاقرب انتهى .

ثم انه على تقدير جواز الزيادة هل له حد او لزم الاقتصار على ليلة ليلة كما عن جمع واختاره ايضا فى الحدائق قال:

وقد اختلفوا ايضا فى انه على تقدير جواز الزيادة فهل لها قدر محدود ففى المبسوط قدرها بثلاث ليال واعتبر فى الزائد عنها رضاهن ونقل عن ظاهر ابن الجنيد جواز جعلها سبعا والظاهر كما اشرنا اليه فى غير موضع مما تقدم سيما فى كتب المعاملات ان هذه التفريعات و نحوها الاصل فيها العامة و الشيخ حذى حذوهم كما هى عادته فى المبسوط ومن تأخر عن الشيخ اخذ ذلك عنه و هى بمعزل عن الاخبار والكلام فيها بمثل هذه التخرصات والتخريجات مشكل وطريق الاحتياط يقتضى الوقوف على القسمة ليلة ليلة من غير زيادة و لانقصان فانه هو المعلوم من سيرته ﷺ وسيرة ابنائه الطاهرين ﷺ وشيعتهم الماضين انتهى .

ولا يخفى فساد فلو ان الاصحاب كل حكم ورد عليهم من الشرع لاخطوه مع العمومات النافية للعسر والخرج والضرر لما وقعوا فى امثال هذه المحذورات بحيث حكموا بنحو الاطلاق وسياتى الكلام فيه .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لمو تزوج أربعاً دفعة﴾ مثلاً ﴿رتبهن بالقرعة﴾ مع

التشاح، سواء قلنا بوجوب القسمة ابتداءً أو بالشروع تخلصاً من ترجيح بلا مرجح،

ومن العول فيها .

﴿ وقيل : يبدأ بمن شاء ﴾ منهن ﴿ حتى يأتى عليهن ثم يجب التسوية على الترتيب ﴾ وعند المصنف بل قيل والاكثر ﴿ هو أشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده لان ولاية القسمة بيده ، اذ هو المخاطب بها وهو المختار فيها فيكون الامر بيده خصوصاً على القول بان وجوب القسمة عند اختياره النوبة لنفسه وليس ذلك امر مشكل يحتاج الى القرعة فان المشكل فيما لا ينحل بيد الناس كالمشبهة الحكمية التي رفعها الى الامام والمقام مما يرفع الاشكال بيد الناس .

قال في الحدائق اذا اراد القسمة سواء قلنا بوجودها ابتداء او بعد الاختيار فقد اختلف الاصحاب فسي كيفية البدئة فهل له ان يبدأ بمن شاء منهن ثم يختار ثانياً وثالثاً الى ان يتم الدور على العدد الذي عنده ولا يتوقف ذلك على القرعة او انه يجب الرجوع الى القرعة قولان :

المشهور الاول وهو اختيار المحقق في الشرايع والشارح في المسالك وعلى الثاني فمن خرج اسمها بدأ بها فان كانتا اثنتين اكتفى بالقرعة مرة واحدة لان الثانية تعينت ثانياً وان كن ثلاثا اقرع بين الباقيين في الليلة الثانية وان كن اربعاً اقرع بين الثلث ثانياً ثم بين الاثنتين ثالثاً تحرزاً عن التفضيل والترجيح انتهى .

﴿ وكيف كان ﴾ ﴿ الواجب في القسمة المضاجعة ﴾ بأن ينام قريباً منها على النحو المعتاد معطياً لها وجه كذلك في جملة من الليل ، بحيث يعد معاشرها بالمعروف لاهجراً وان لم يتلاصق الجسمان ولم يلعب معها مساً وتقبيلاً ﴿ لا الواقعة ﴾ التي لاتجب عليه الا في كل أربعة أشهر مرة ، وليست مقدورة في كل وقت ، فان المعروف وحسن المعاشرة وغير ذلك يحصل بنفس المضاجعة وكلما زاد في ذلك من التقبيل واللمس والمس والضحك والتكلم معها كان حسناً وان كان يكفي بدون المذكورات فضلاً عن ترك الواقعة .

وفي خبر الكرخي « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربعة نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن واذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها فهل عليه في

هذا اثم ؟ قال : انما عليه أن يكون عندها فى ليلتها ، و يظل عندها فى صبيحتها ، وليس عليه أن يجامعها اذا لم يرد ذلك .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ يختص الوجوب بالليل ﴾ الذى خلقه الله للناس سكناً ونحوهما ، ﴿ دون النهار ﴾ الذى خلقه لهم مبصراً ليبتغوا فيه من فضله ، خلافاً للمحكى عن المبسوط « كل امرأة قسم لها ليلاً فان لها نهار تلك الليلة . وهذا عجيب منه لو اراد النهار بتمامه بان يترك الكسب وبقى عندها مع ان النصوص مصرحة بالليل ولو اراد اشتغاله باعماله وكسبه فلا وقت له الا الليل .

نعم ﴿ و ﴾ لو ﴿ قيل ﴾ : يكون عندها فى ليلتها ويظل عندها فى صبيحتها ﴿ كان حسناً بل ﴾ هو المروى ﴿ فى الخبر الحضرمى السابق و لا بأس بتركه ايضا فان الليل انتهاه اول الفجر الصادق بل يمكن ان يقال ان المقصود من الليل هو ليس من اوله الى آخره بداهة انه عسر و حرج لا كثر الرجال بل الليل المتعارف عند العرف بحيث لا يضطره لو نقص مقداراً من اوله او آخره كيف ورسول الله ﷺ يصرف غالب لياليه فى العبادة لله تعالى والصلاة بالليل فيكفى فى صدق الليل بقاء معظم اجزاء الليل عندها هذا كله اذا لم يكن مع الحرائر أمة مطلقاً .

قال فى الحدائق ثم ان ما تقدم ذكره من تخصيص القسم بالليل ليس المراد به انه يجب المقام عندها من اول الليل الى آخره بل يجب الرجوع الى ما جرت به العادة من كون ذلك بعد قضاء الحوائج كالصلوة فى المسجد ومجالسة الضيف ونحو ذلك نعم ليس له الدخول فى تلك الليلة عند ضررتها الا للضرورة فيما قطع به الاصحاب .

ومن الضرورة عيادتها اذا كانت مريضة وقيده فى المبسوط بما اذا كان المريض ثقيلًا و الا لم يصح فان مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعذر اقامة عرفاً فإثم خاصة قيل هذا كله فيمن لا يكون كسبه ليلاً كالحارس وشبهه والا فعماد القسمة فى حقهم النهار انتهى .

ولا يخفى ان ما قيل حسن جداً وأقرب بالغرض الشارع فلا مناص الا من جعل النهار له كالليل فى جميع ما ذكر بل يجرى ذلك فى الذى شغله من نصف الليل فلزم عليه التلفيق بمقدار من النهار عرفاً والله العالم .

﴿و﴾ أما ﴿اذا كانت الامة مع الحرية أو الحرائر﴾ حيث يجوز الجمع بينهما بأن تكون الحرية على الامة لا العكس ﴿فللحررة ليلتان وللامة ليلة﴾ .
وفى الجواهر بلا خلاف معتد به أجده فيه ، اذ المحكى عن بعض القدماء منا من عدم القسم للامة محجوج بالنصوص التى كادت تكون متواترة فى خلافه ، مضافاً الى ما دل على أن الامة على النصف من الحرية ، وحينئذ فالمتجه كون الدور من ثمانية ، خمس للزوج ، وليلتان للحررة ، وليلة للامة لكن نظر فيه فى المسالك الخ والظاهر كون الدور من ثمانية محل اتفاق بينهم كما ان نظره قد ه الى بعض القدماء منا هو المفيد له والروايات التى أشار اليها .

[منها ما رواه] الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج المملوكة على الحرية قال لا فاذا كانت تحته امرئة مملوكة فتزوج عليها حرية قسم للحررة مثلى ما يقسم المملوكة و عن محمد بن قيس فى الموثق عن أبى جعفر عليه السلام قال قضى فى رجل نكح امة ثم وجد طولاً يعنى استغناء أولم يشته ان يطلق الامة نفسه فيها فقضى ان الحرية تنكح على الامة ولا ينكح الامة على الحرية اذا كانت الحرية اوليهما عنده واذا كانت الامة عنده قبل نكاح الحرية على الامة قسم للحررة الثلثين من ماله ونفسه وللامة الثلث من ماله ونفسه .

وعن عبدالرحمن بن أبى عبدالله عن أبى عبدالله عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج الامة على الحرية قال لا يتزوج الامة على الحرية ويتزوج الحرية على الامة وللحررة ليلتان وللامة ليلة .

وما رواه فى الكافى والتهذيب عن أبى بصير قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن

نكاح الامة قال يتزوج الحرة على الامة الى أن قال وان اجتمعت عندك حرة وامة فللحرة يومان وللامة يوم الحديث .

وهذه الروايات صريحة فى كون القسمة ثابتة للامة وانها يوم ونفى ذلك عن مثله بعيد فى الغاية بحسب الظاهر الا ان يكون عنده قرائن على العدم من حيث قربه بزمان صدور الاخبار ولم يكن موجودة لنا وهو بعيد .

وامانظر المسالك فهذه عبارته بعد عبارة المصنف اذا كان له زوجة امة مع حرة حيث يجوز الجمع بينهما بأن يكون عبداً أو قد تزوج الامة اولاً فقد شرط الحرة ثم وجده فتزوج الحرة فالمشهور ان للامة نصف حق الحرة ولما كانت القسمة لاتصح من دون ليلة كاملة جعل للحرة ليلتان وللامة ليلة و ليكن ذلك من ثمان جمعاً بين حقهما وحق الزوج فيكون له منها خمس ليال ولهما ثلث هكذا ذكره جماعة من المتأخرين ولا يخلو من نظر لان تنصيف الليلة فى القسمة يجوز لعوارض كما سيأتى وان لم يجز التنصيف ابتداء فلامانع من كونه هنا كذلك ولما كان الاصل فى دور القسمة أربع ليال فالعدول الى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل خصوصاً اذا قيل بجواز جمع ليلتى الحرة من الثمان لان ذلك خلاف وضع القسمة شرعاً وهذا كله اذا أوجبنا القسمة ابتداءً اما لو لم نوجبها الا مع الابتداء بها وفى الحرة والامة بما ذكر اولاً سقط حقهن الى ان يبتدى باحديهن من غير اعتبار دور وكذا القول فى باقى الصور الاتية .

وفى الجواهر بعد عبارته رداً عليه قال: وفيه ما قد عرفت سابقاً من أن القسم لا يقع فى أقل من ليلة ، لما فيه من تنغيص العيش ، و تعسر ضبط أجزاء الليل ، والمنافاة لظاهر التقدير بالليلة واليوم ، فلا يجوز قسمة الليلة الواحدة كما اعترف به سابقاً ، والمقام من ذلك قطعاً .

وعليه جرى قوله إِنَّمَا «وان تزوج الحرة على الامة فللحرة يومان وللامة

يوم» ونحوه آخر ان .

وقوله عليه السلام في الموثق : «للحرة ليلتان وللامة ليلة» ونحوه غيره اذ هو مبني اما على بيان أقل القسمة بناء على جوازها بالازيد أو على كيفيتها على وجه لازيادة ولا نقيصة ، نحوما ورد في الحرة من أنها «لها ليلة من أربع» الذي فهموا منه عدم جواز القسم بأقل منها ، بل قد سمعت البحث في الازيد ، كل ذلك مضافاً الى ما عن الخلاف وغيره من الاجماع على ذلك، قلت : بل لعله من المسلمين فضلاعن المؤمنين انتهى .

غير خفي ان جواز تنصيف الليلة مضافاً الى صعوبته على خلاف الروايات الدالة على ان لهاليلة واحدة كما مرت آنفاً فلا بد من علاج حتى يصح كون سهمها يوماً وليس طريق اليه الا ان يجعل الدورثمانية كي تكون ليلتان للحرة وليلة للامة وخمسة أيام للزوج يصرفها فيمن يشاء لامكان ان يضم اليهما حرتان اخريان أيضاً فيكون ستة أيام لثلاث حرائر ويوماً للامة ويوماً لنفسه وفي الجواهر بعد حاصل نقل عبارته قال :

﴿والكتابية﴾ الحرة ﴿كالامة في القسمة﴾ وحينئذ ﴿فلو كان عنده مسلمة او كتابية﴾ حرة ﴿كان للمسلمة ليلتان وللكتابية ليلة﴾ بخلاف أمة كتابية فان لها نصف مة مسلمة قال في الجواهر بلاخلاف معتدبه أجده فيه، بل عن الخلاف الاجماع عليه، لاطلاق انهن بمنزلة الاماء ، وخصوص الخبر المنجبر بذلك ، بل عن جماعة عد مثله في الصحيح « للمسلمة الثلثان ، وللامة والنصرانية الثلث » فتوقف ثاني الشهيدين فيه في المسالك في غير محله انتهى .

﴿و﴾ حينئذ ﴿لمو كانت﴾ عنده ﴿أمة مسلمة و حرة ذمية كانتا سواء في القسمة﴾ فتستحقان ليلتين من ثمان .

قال في المسالك مساواة الحرة الكتابية للامة في القسمة لانص عليه لكنه مشهور بين الاصحاب و ذكر ابن ادريس انه مروى وربما استدله باقتضاء الاسلام ان يعلو على غيره ولا يعلو عليه فلو ساوت المسلمة لزم عدم العلو وفيه نظر لان مثل ذلك

لا يقاوم الأدلة العامة المتناولة لها وعلو الاسلام يتحقق في غير أداء الحقوق الشرعية فان المسلم والكافر فيه سواء وعلى المشهور لو كانت الزوجة امة كتابية كانت على نصف الامة المسلمة فيكون لها مع الحرة المسلمة ربع القسمة فيكون لها ليلة من ستة عشرة وللحرة المسلمة أربع والباقي للزوج حيث لا يكون له غيرهما انتهى .
حيث ادعى عدم نص في مساواة الحرة الكتابية مع الامة أورد عليه في الحدائق بوجوده .

قال في الحدائق: ولو اجتمع عنده حرة وزوجة كتابية فالمشهور بين الاصحاب من غير خلاف يعرف ان للكتابية مثل ما للامة في هذه الصورة فلها ليلة وللحرة المسلمة ليلتان .

والمستند في ذلك ما رواه في الكافي عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال سئلت أبا عبدالله عليه السلام هل للرجل ان يتزوج النصرانية على المسلمة والامة على الحرة فقال لا يتزوج واحدة منهما على المسلمة ويتزوج المسلمة على الامة النصرانية ولللمسلمة الثلثان والامة والنصرانية الثلث .

وبذلك يظهر ما في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك من انكار النص في هذه المسئلة حيث قال مساواة الحرة الكتابية للامة في القسمة لانص عليه ظاهراً لكنه مشهور بين الاصحاب وذكر ابن ادريس انه مروى .
وربما استدل له باقتضاء الاسلام ان يعلو على غيره ولا يعلو عليه فلو ساوت المسلمة لزم عدم العلو .

وفيه نظر لان مثل ذلك لا يقاوم الأدلة العامة المتناولة لها الخ .
والعجب أيضاً من سبطه السيد السند في شرح النافع حيث قال بعد ان أورد الرواية المذكورة مستنداً للحكم المذكور ما لفظه وسندها معتبر اذ ليس فيه من يتوقف في حاله سوى عبدالله بن محمد بن عيسى الاشعري فانه غير موثق لكن كثيراً ما يصف الاصحاب رواياته بالصحة مع ان عدم ظهور الخلاف في المسئلة

كاف في اثبات هذا الحكم انتهى .

أقول لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه من الوهن والتستر بما هو أوهن من بيت العنكبوت وانه لا وهن البيوت ولكن هذا إعادة أصحاب هذا الاصطلاح المحدث اذا أضاق عليهم الخناق واضطروا الى العمل بالرواية الضعيفة باصطلاحهم تسترًا وبأمثال هذه الاعذار السخيفة وهو أظهر دليل على ضعف اصطلاحهم كما تقدم تحقيقه في غير موضع وكذا قوله مع ان عدم ظهور الخلاف في المسئلة كاف في اثبات الحكم .

فان فيه ان غاية ما يستندون اليه مع فقد النص الاجماع وهو هنا مما لم يدعه احد ومجرد عدم ظهور الخلاف لا يدل على العدم و الاحكام الشرعية مطلوب فيها وجود الادلة الشرعية والا كان قولنا على الله بغير علم فيدخل قائله تحت ذم الايات والروايات المتضمنة لذلك .

وبالجملة فان كلامه ره هنا بمحل من الضعف والقصور انتهى .

ثم ان ظاهر المتن جواز تزويج الكتابية دواما لاطلاق كلامه الشامل للدوام والانقطاع و لكن صرح في النافع بعدم القسمة للمتمتع بها فلو كان نظره هنا الى الانقطاع فلا قسمة لها وان كان الى الدوام فهو مبني على جواز تزويج اهل الكتاب دواما وقدمر الكلام فيه في المجلد الرابع والثلاثين .

ثم ان الظاهر ان مسألة صيرورة عدد الدور من ستة عشرة اذا كان مع الحرية أمة كتابية كانت مشهور عند القوم .

قال في الحدائق ما لفظه : قالوا ولو كانت الزوجة امة كتابية فالظاهر انها تستحق من القسم نصف ما تستحقه الامة المسلمة فيكون لها مع الحرية المسلمة ربع القسم فتصير القسمة من ستة عشر ليلة للامة الكتابية منها ليلة وللحرية المسلمة اربع والباقي للزوج حيث لا يكون له غيرهما انتهى .

وفى الجواهر بل المتجه على ذلك ما ذكره غير واحد من الاصحاب

قاطعين به من أنه لو كان عنده أمة كتابية كان لها ربع القسمة ، فستحق ليلة من ست عشرة ليلة ، ثلاثساوي الأمة المسلمة التي هي خير من الحرة الكافرة ، انتهى .
توضيح ما ذكره انه لو كان مع الحرة أمة كتابية كان لها نصف الأمة المسلمة اي نصف الليلة وهو ربع نصيب الحرة اذ لها يومان وهما اربعة انصاف الليل وواحد لها للأمة الكتابية وحيث لا يزيد عليها فانه زيادة على حقها و لا يمكن تنصيفها فلاجرم يزيد في الدور بان يجعله ستة عشرة اربع للحرة ويوم للكتابية والباقي للزوج لولم يكن معهما غيرهما .

فالاربعة المتوالية في ستة عشرة في الحقيقة واحدة في كل واحد من الادوار الاربعة فسواء جعل لها في الدور الاربعة وواحدة او في الدور الستة عشرة أربعة غاية الامر ان في الاول الواحد في ضمن الاربعة وفي الثاني الاربعة في ضمن الستة عشرة وانما زاد وافي الدور من حيث جعل سهم الكتابية ليلة صحيحة تماما فحق الحرة واحدة من اربعة ليال .

غاية الامر ان حقها الذي في الاربعة ليال تارة يلحظ منفصلا عن وحدات اخر بان يكون في دور اربع ثم يستأنف واخرى متصلا بان يكون الدور ستة عشرة فيكون الوحدات الاربعة متصلة فحقها هو الواحد والتوسعة والضيق في مقدار الدور .
فلا يتوهم ان حق الحرة كيف يكون اربع ليال فان اربع ليال اذا جعل في دورات اربعة صارت واحدة فتدبر .

الى هنا قد تم ما اردت تسويده في هذه الاوراق .

فاعلم اني قد اكتفيت في شرح المتن والاحتياج الى الروايات الدالة عليه ونقل الاقوال الراجعة اليه بما افاد في الجواهر الا فيما يحتاج الى شرح وروايات و نقل اقوال ازيد فتجاوزت عن مقدار ما ذكره .

ثم اني اشكر ممن تقبل زحمات هذه المجلدات و صرف اوقاتهم في طبعتها و جهدوا غاية الجهد في اخراجها عن الطبع سيما العالم الفاضل الشريف الحاج فضل الله الطباطبائي و العالم الفاضل الشريف محمد علي المشهور بخوشنويس

وحضرت المستطاب محمد علي كاظمي وساير اعوان المطبعة وفقهم الله تعالى للخدمة
بشرع المقدس الانوار .

وقد تم الكتاب بيد الحقير الذليل محمدرضا المشتهر بالمحقق

غفر الله له ولوالديه في شهر رمضان المبارك سنة ثلث

و اربعمأة بعد الالف من الهجرة النبوية عليه

آلاف التحية والثناء ويليه المجلد السادس

و الثلاثون في فروع هذه المسألة

انشاء الله بتوفيق الملك العلام

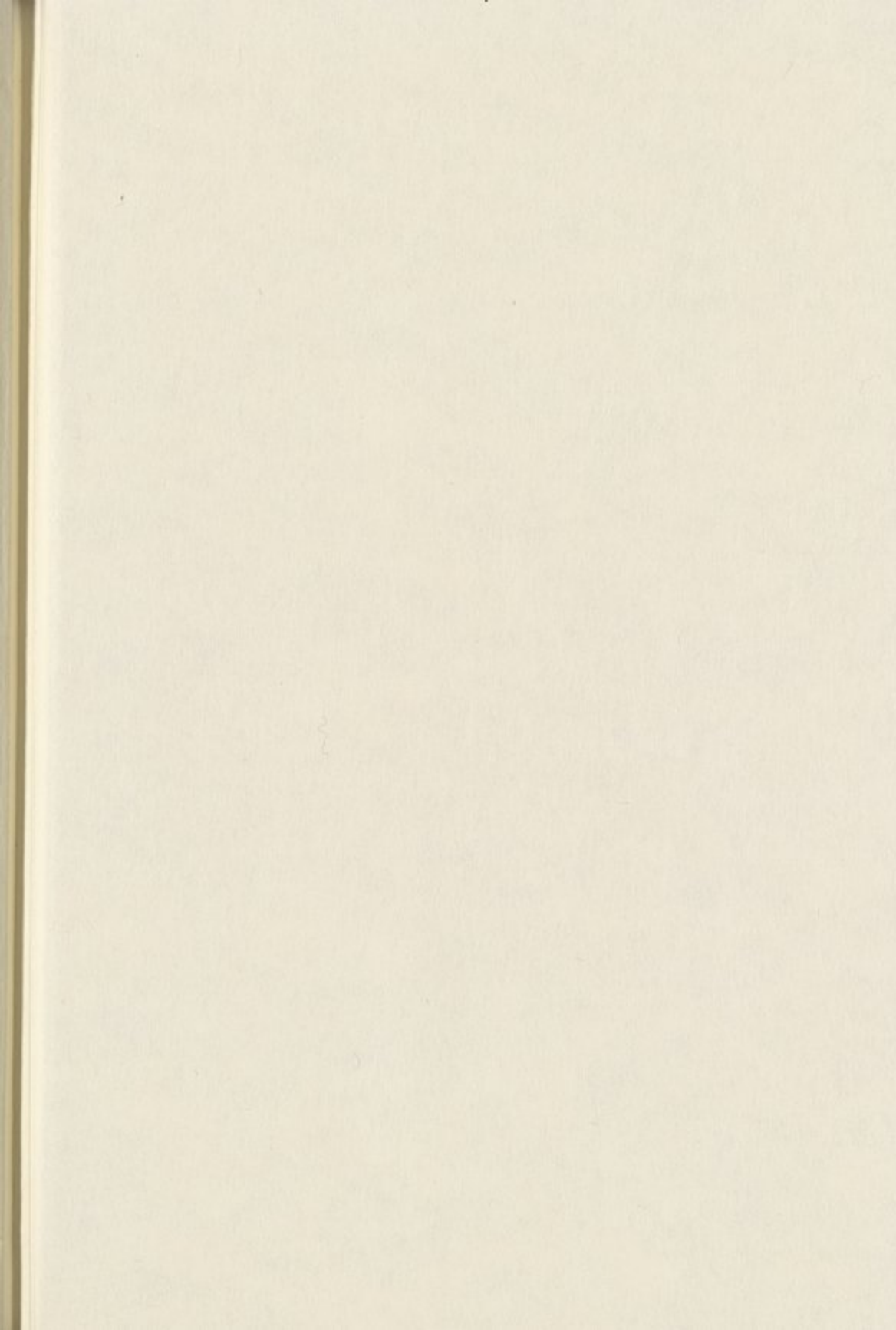
فانه خير موفق ومعين وصلى الله على محمد و آله

الطاهرين و حشرنا الله بلطفه معهم ابد الابدين.

فهرس كتاب حقائق الفقه

٣	فى نكاح العبيد والاماء واحكامها
٢١	فى ان بيع احد الزوجين طلاق لهما
٢٩	فى طلاق العبيد
٣٥	فى ملك المنفعة والتحليل
٤٣	فى حرية الولد وعدمه
٤٥	فى عيوب الرجل
٤٩	فى ان الخصاء عيب موجب لفسخ الزوجة
٥١	فى ان العنن عيب
٥٧	فى ان الجب سبب للفسخ
٥٩	فى ان الخنثى ليس بعيب
٦١	فى عيوب المرأة
٧٥	فى فسخ احد الزوجين
٩٥	فيما دلس فى النكاح
١٠٣	فيما اذا عقد على بنت مهيرة فبان بنت امه
١١٣	فيما اذا اشترط البكارة
١١٧	فيما اذا بان الامراة كتابية
١١٩	لو تزوج الرجلان بأمرأتين ودخل كل بأمرأة اخرى
١٢٣	فى لزوم مهر المثل عند بطلان العقد
١٢٥	فيما اذا تخلف الشرط
١٣١	فيما لو كان المهر غير قابل للتملك
١٣٥	فى صحة زيادة المهر
١٣٩	فى عدم وجوب معلومية المهر
١٤٩	لو تزوجها على خادم لزم وسطه

- ١٥١ فيما سمي للمرثئة مهراً ولايبيها شيئاً
- ١٥٩ فى عدم كون المهر مجهولاً
- ١٦٥ فى ان الاعتبار فى الضمان بقيمة يوم الغصب
- ١٦٧ فى ان لها الامتناع عن الدخول قبل اخذ المهر اولاً
- ١٧٩ فى التفويض من البضع
- ١٩٣ - ٢٢١ فيما يتعلق بالمتعة - فى مفوضة المهر
- ٢٢٣ فى عدم سقط المهر بالدخول
- ٢٢٩ فى عدم وجوب المهر بالخلوة
- ٢٣٣ فى تنصيف المهر بالطلاق قبل الدخول
- ٢٤٧ فى انه هل ينصف المهر بالموت اولاً
- ٢٦١ فيما لو ابرأته من الصداق فطلقها قبل الدخول
- ٢٦٧ لو تعا ملت الزوجة مهرها بالعبد
- ٢٦٩ فيما لو مهر المدبرة
- ٢٧٣ الشرط المخاطب للكتاب
- ٢٧٧ فيما لو شرط فى العقد عدم الوطاء
- ٢٨١ فى تنصيف المهر بالطلاق قبل الدخول
- ٢٨٩ فى بطلان النكاح لو شرط فيه الخيار
- ٢٩٣ فى ان الذى عقدة النكاح بيده من هو
- ٣٠١ ما يرد على كون القبض شرطاً فى الملك فى الهبة
- ٣٠٥ فيما لو كان المهر مؤجلاً لم يكن الامتناع
- ٣٠٧ فى فروع المقام
- ٣٠٩ اذا زوج ولده الصغير كان المهر على الولد
- ٣١٥ فى التنازع بين الزوجين
- ٣٢٥ فى القسم بين الزوجات







32101 047105778



تمثال مبارک حضرت آیة الالعظمی جناب قاضی حاج شیخ محمد رضا محقق تهرانی
مؤلف کتاب حقائق الفقه